HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第60巻　第2号　全1冊
Citation	北大法学論集, 60(2)
Issue Date	2009-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38914
Type	journal
File Information	60-2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 60 巻　第 2 号

論　説

福祉国家の多様性・再考
——新たな類型論の試み—— …… 加藤雅俊　1
被害者の承諾（9・完）
——各論的考察による再構成—— …… 佐藤陽子　51
詐害行為取消権の理論的再検討（5） …… 水野吉章　452[1]

研究ノート

欧州連合の対テロ政策の枠組み …… 鈴木一人　121
現代アメリカにおけるコミュニティの組織化運動
——オバマ「現象」の基層として—— …… 小島(石神)圭子　143
国際信託統治の歴史的起源（3・完）
——帝国から国際組織へ—— …… 五十嵐元道　193
西洋における宗教生活のゆくえ
——チャールズ・テイラー著『世俗の時代』をめぐって——
…… 辻　康夫　402[51]
マンションの終焉における法と正義
——区分所有法の建替え制度に関する批判的考察——
…… 南部孝幸　380[73]

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉
韓国の憲法裁判制度の現況と課題 …… 閔　炳老　227

判例研究

公法判例研究 …… 山崎左紀子　257
民事判例研究 …… 稲垣美穂子　271
英米法判例研究 …… 会沢　恒　306[147]

雑　報

2009(平成21)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
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）
小木曽得雄（刑法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
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）
藤岡康宏（民法）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）

教授

大塚龍児（商法）
古矢旬（アメリカ政治史）
奥田安弘（国際私法）
池田清治（民法）
遠藤乾（国際政治）
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
権左武志（政治思想史）＊
佐々木雅寿（憲法）
○笹田栄司（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
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）
曽野裕夫（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）
辻村康之（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）＊
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
林貴俊（経済法）
人見剛（行政法）
藤原正則（民法）
町村泰貴（民事訴訟法）
松久三四彦（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）＊
山口二郎（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊
山下龍一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）＊

特任教授

伊藤誠一（民事実務）
太田覧二（法実務基礎）
川上有（刑事実務）
村主隆行（民事実務）
弁田雅彦（法実務基礎）
佐藤崇（刑事実務）

准教授

齋藤哲志（比較法）
桑原朝子（日本法制史）
○新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済）＊
得津晶（商法）
中川寛子（経済法）
中島岳志（アジア政治論）＊
藤谷武史（行政法）＊
堀口健夫（国際法）＊
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
吉田徹（ヨーロッパ政治）
吉田広志（知的財産法）

助教

板橋拓己（国際政治）
葛愛軍（刑法）
金澤誠（憲法）
坂口一成（比較法）
下村太一（政治史）
菅原寧格（法哲学）
宋峻杰（憲法）
池炫周・直美（政治学）
宮崎悠（国際政治）
孟根巴根（比較法）

雑誌編集委員　○印

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

会澤恒（比較法）

論　説

福祉国家の多様性・再考

――新たな類型論の試み――

加藤雅俊

はじめに
一　福祉国家レジーム論再訪
二　福祉国家類型論の現状と課題
三　調整メカニズムの四つの理念型

四　「ケインズ主義」段階における四類型から「競争志向」段階における二類型へ
五　結論―福祉国家の特徴把握に関する段階論と類型論の知見―

はじめに

本稿はシリーズ「構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析」[1]の第三論文にあたり、その目的はある段階における福祉国家の多様性を捉えるための分析枠組（共時比較のための類型論）を提示することにある。ここで本稿でいう構成・戦略論的アプローチとは、構成主義的視角に依拠し、構造と主体の相互作用（共時的および通時的）におけるアイデアの二つの役割（構成的および因果的）に注目するアプローチを指す。第一論文（加藤 二〇〇八）で論じたように、福祉国家の特徴を把握するためには、ある段階と現在における共通性と差異を明らかにするだけでなく、各段階における多様性を明らかにする必要がある。本稿では、第二論文（加藤 二〇〇九）で提示した段階論（「ケインズ主義的段階」から「競争志向段階」への再編）を前提として、各段階における多様性を把握するための構成・戦略論的アプローチに依拠した類型論を提示する。本アプローチの特徴のひとつは、アイデア的要因を重視する点にある。従って、類型論を提示する上でも、実体的・制度的側面だけでなく、理念的側面にも注目した分析枠組を提出する。類型論に関して検討されるべき論点は、どのような分析枠組ならば、より的確に福祉国家の多様性を捉えることができるかという点にある。本稿では、先行研究の知見を踏まえ、多様性を捉えるための新たな類型論として、経済社会問題に対する調整メカニズム（国家と社会パートナーの関与度から類型化）に注目した各段階の類型論を提示する。

本稿の構成は、以下の通りである。まず、福祉国家の多様性という論点に関する到達点であるエスピン―アンデルセンの福祉レジーム論の概要を確認し、その意義を明らかにする（第一節）。続いて、福祉レジーム論に関する諸議論をレビューし、エスピン―アンデルセンの分析枠組では福祉国家の多様性が十分に捉えきれないことを確認する（第二節）。そこで本稿では、新たな分析枠組として、経済社会問題に関する調整メカニズムに注目した類型論を提示する。まず、資本主義の多様性論などの知見を参考にして、類型論を展開するための新たな分析視角として、調整メカニズムの四つの理念型を提示する（第三節）。その後、この理念型を踏まえて、各段階における類型論を示す（第四節）。まず、ケインズ主義段階として、先行研究を参考にすることで、四類型を提示し、競争志向段階として、経済・社会政策領域における補完性・親近性に注目することで、二類型を提示する。そして、この両段階における類型論が示唆する理論的含意を検討する。最後に、本稿の主張を整理した上で、段階論と類型論がもたらす知見を明らかにする（第五節）。

一　福祉国家レジーム論再訪

本節では、類型論に関する議論の到達点を把握するため、エスピン―アンデルセンの福祉レジーム論の特徴および意義を簡単に振り返る。彼の福祉レジーム論は、比較福祉国家研究において最も言及される研究のひとつである。九〇年の『福祉資本主義の三つの世界』の刊行以降、多くの賛辞とともに様々な批判がなされ、九九年には、これらの批判へ応答する形で『ポスト工業経済の社会的基礎』が刊行された（Esping-Andersen 1990, 1999）。次節で検討するように、類型論に関する議論は[2]、彼の福祉レジーム論を中心に、現在もなお続いている。従って、議論の到達点を理解するためには、まずエスピン―アンデルセンの問題設定および分析枠組の特徴を捉えておく必要がある。

そもそも、彼は、福祉国家を社会政策のみから捉える狭義のアプローチを批判し、福祉国家の質的差異を把握するため、現代資本主義社会において福祉生産が国家・市場・家族という三者の間でどのように分配されているかに注目し、福祉国家「レジーム」という用語を採用する。彼は、権力資源動員論を批判的に発展させ、政治的な階級連合の歴史的な形成の差異（具体的には、労働者階級の階級動員、階級政治的な同盟のあり方、レジームの制度化に関する歴史的遺産の三要因）により、質的に異なる三つの福祉国家レジームが作られたことを指摘する。それらは、主導してきた政治的アクターの差異から、自由主義レジーム、社会民主主義レジーム、保守主義レジームと名付けられる（Esping-Andersen 1990, chapter 1）。彼の議論のポイントは、各レジームの質的な差異が、労働市場から自由に離脱できる程度を示す「脱商品化」および福祉政策がもたらす階層化の程度を示す「社会的階層化」という二つの指標から把握できるという点にある。しかし、この脱商品化指標は、労働力の「商品化」が前提とされているため、商品化されていない女性による福祉負担という観点を見落とし、福祉生産における家庭の果たす役割を軽視しているとして、次節で紹介するジェンダーの視点に立つ論者から批判を受けた。彼は、その批判を受け『ポスト工業経済の社会的基礎』において、家庭が福祉生産から解放されている程度を示す「脱家族化」指標を導入して、三類型の妥当性を再検討し、その有効性を確認している（Esping-Andersen 1999）。

各レジームの特徴をまとめると以下のようになる（表1を参照）。自由主義レジーム（代

	自由主義	社会民主主義	保守主義
家族	周辺的	周辺的	中心的
市場	中心的	周辺的	周辺的
国家	周辺的	中心的	補完的
脱商品化	低	高	相対的に高い
階層化	大	小	大
脱家族化	中程度	高	低

表1　福祉レジームにおける役割の差異
（Esping-Andersen 1999をもとに筆者作成）

表：アメリカ）は、福祉生産において、市場が支配的な役割を占め、国家や家族の役割は二次的にとどまる。福祉政策は主に貧困層に限定され、一般税を財政ベースとした所得・資産調査に基づく低水準の画一給付という形態をとるため、脱商品化は低い。また、市場で福祉を調達できる富裕層とそうでない貧困層の間のギャップを再生産するため、社会的階層化も高い。その一方で、私的社会サービス市場が存在するために、相対的に脱家族化は高い。一方、社会民主主義レジーム（代表：スウェーデン）は、福祉生産において、国家の役割が大きく、市場や家族の役割は小さい。ここでは、シティズンシップに基づき、寛大で普遍主義的な福祉政策が整備されているため、脱商品化は高く、社会的階層化が低くなる。さらに、公的な社会サービスが充実しているために脱家族化が進展している。保守主義レジーム（代表：ドイツ）では、福祉生産において、家族が中心的な役割を占め、補完性原理に基づき国家は補完的役割を果たし、市場は限定的な役割を果たすにとどまる。福祉政策では職域ベースの社会保険に基づく給付が発達しているため、社会的階層化が高く、また所得比例的であるため、脱商品化は相対的に高くなる。しかし、公的社会サービスは限定的であり、私的社会サービス市場も発達していないため、福祉供給を家族に依存する傾向がある。

ここで「福祉国家の特徴把握」という理論的課題を検討する本稿との関連における福祉レジーム論の最も重要な意義[3]は、産業化テーゼ（cf. Wilensky 1975）や初期の権力資源動員論（cf. Korpi 1983, Esping-Andersen 1985）の単線的な発展イメージを批判し、ある共通の段階における福祉国家の多様性の存在を明確にした点にある。例えば、産業化論は、国家が家族および地域社会により果たされてきた福祉供給機能を代替する必要性から、社会政策が展開してきたと捉えるため、産業化・近代化の進展によって各国が収斂することを含意する。他方、初期の権力資源動員論は、資本主義社会における階級間の対立が福祉国家の発展をもたらすと捉え、労働権力の動員の成否が福祉国家の発展（の差異）を説明すると考えるが、その差異は残余的な福祉国家と制度化された福祉国家という一次元上の軸に位置づけられることに

なる。両者は、特定の変数と福祉国家の発展の関係を単線的に捉えることで、福祉国家の差異を、あるモデルの量的な差異と見なす点で共通している。そのため、両者において、福祉国家の差異は発展段階の差異として把握されやすい。言い換えれば、この単線的な発展イメージでは、福祉国家の質的差異を十分に捉えきれないのである。これらに対して、福祉レジーム論は、量的差異に解消できない（つまり収斂しない）、共通の段階における福祉国家の質的差異を発見し、比較福祉国家研究の重要な論点として位置づけることに成功した。次節で触れるように、福祉レジーム論をめぐる議論は現在もなお続いており、この新たな論点の提示という研究史上の意義は大きい。つまり、「特徴把握」という理論的課題への福祉レジーム論の貢献は、ある共通の段階における福祉国家の質的な多様性という論点（類型論）を明確にし、国家・市場・家族における福祉生産の分配のあり方の差異という福祉国家の質的差異を、「脱商品化」、「社会的階層化」、および「脱家族化」という指標を用いて把握するという分析枠組を提示した点にある。次節では、福祉レジーム論に対して提出された諸批判の検討を通して、福祉国家類型論の現状と課題を検討する。

二　福祉国家類型論の現状と課題

本節では、エスピン－アンデルセンの福祉レジーム論への批判を検討することを通じて、福祉国家類型論の現状と課題を考える。彼の類型論には様々な批判が提示されているが、特に、ジェンダーの視点の軽視、福祉レジーム概念の有効性への疑問、三つのレジーム類型への疑問という三種類の批判[4]に注目する。これらの諸批判の検討を通して、福祉国家の質的差異を明らかにするというエスピン－アンデルセンの当初の問題設定に答えるためには、新たな類型論が必要とされていることを確認する。

まず第一の批判として、ジェンダーの視角[5]を重視する論者によるものがある。この立場に立つ論者は、「脱商品化」という概念がすでに労働力として商品化されていることが前提となっており、そもそも社会進出への諸障害に直面している女性の置かれた状況の困難さや不平等さ、福祉国家がそれに与えるインパクトなどを捉え切れていないことを批判する。つまり、エスピン－アンデルセンの福祉国家概念に含まれるジェンダーバイアスを指摘するのである。そこで、福祉国家のジェンダー的側面を捉えるため、新たな類型の提示が試みられている。例えば、ルイス（Lewis 1992）は、どの戦後福祉レジームも理念型としての「男性稼得者モデル」[6]という共通の傾向を持つことを指摘し、その中での差異を明らかにするため、イギリスなどの「強い」モデル、フランスに代表される「修正された」モデル、スウェーデンに代表される「弱い」男性稼得者モデルに分類する。また、近年のスウェーデンが「二人稼ぎ手モデル」という別の理念型へ接近していることも指摘される。コルピ（Korpi 2000）は、核家族にサポートを与える「一般的な家族支援モデル」、女性の労働市場への参加や賃労働と家庭のバランスの再考を促す「共稼ぎ支援モデル」、およびジェンダー関係を一般的に市場に委ねる「市場志向モデル」という三類型[7]を提示している。

他方、福祉レジーム論が利用する概念にジェンダーの視角を統合する試みもなされている。例えば、オコンナーは、政治的動員における階級アクター以外の政治アクターの重要性を指摘し、脱商品化指標を、個人が家族や国家に従属する程度を示す「個人の自律性」指標により補完する必要性を説く（O'Conner 1993）。他方、オルロフは、福祉供給主体としての家族の重要性を指摘し、階級的階層化だけでなくジェンダー階層化に注目する必要を説く一方で、市民権・脱商品化概念のジェンダーバイアスを指摘し、社会政策がジェンダー関係に与える影響を捉えるため、新たに、女性の賃労働へのアクセス能力および自律的な家計を維持する能力という二つの側面を付け加える（Orloff 1993）。

これらの問題提起を受けて、エスピン－アンデルセンは、上述のように、九九年の『ポスト工業経済の社会的基礎』

において、ジェンダーの視角を分析に取り込むため、家族が福祉生産から解放されている程度を示す「脱家族化」指標を導入し、自らの類型論の妥当性を確認している（Esping-Andersen 1999）。この試みはジェンダーの視角が主流派の分析枠組に組み込まれたことを示しており、福祉レジーム論が自らへの批判を吸収することによって、新たな段階へ到達したことを示唆している。

第二の批判として、福祉レジーム概念の有効性への疑問を提示するものがある。例えば、スカラグスら（Scruggs and Allan 2006, 2008）は、福祉レジームの差異を把握するための「脱商品化」や「社会的階層化」という指標を形成する上で、エスピン－アンデルセンにより用いられているデータが一般的に利用可能でないことを批判し[8]、公的に利用可能なデータを利用して両指標を再現し、その主張の妥当性を再検討している。その結果、彼らは、福祉「レジーム」を論ずることの妥当性に疑問を提示している。彼らによれば、新たなデータを用いて脱商品化（Scruggs and Allan 2006）および社会的階層化（Scruggs and Allan 2008）の再評価を行うと、第一に、各国が十分な差異を示さず（レジーム論が示唆する「まとまり」が発見できない）、第二に、ある国における諸政策間に十分な共通の特徴がないことが発見される。つまり、レジーム論の想定とは異なり、脱商品化および社会的階層化という指標は、各国における諸政策の特徴を類型化するには十分とは言えないのである。言い換えれば、彼らの研究は、ある共通の段階における各国の差異を捉えるための新たな分析枠組の必要性を示唆している。

福祉レジームを前提にした分析への疑問は、変化のダイナミズムを重視する論者からも示されている。例えば、カザ（Kasza 2002）は、社会政策の政策決定の諸特徴（累積性、個別政策ごとの歴史性、多様なアクターの関与、多様な決定プロセス、および諸外国のモデルの影響など）から、レジーム概念が示唆する政策間の一貫性が十分に見られないことを指摘し、個別のプログラムごとの比較が有効であることを主張する。また、バニンクら（Bannink and Hoogen-

boom 2007）は、ある社会問題に対して各国で採用されるアプローチや対処法が複合的な特徴を持つことを指摘する。つまり、社会政策の各領域において、ひとつのプログラムで対応されることはまれであり、所得・資産調査に基づく画一的な給付から所得比例型給付や職域保険および私的保険まで多様なプログラムによって対処されるのである。彼らは、この複合性が諸問題の発生と対処の繰り返しという一連の政治的ダイナミズムから生じることを主張する。そのため、近年の変化を分析する上では、諸問題への固有の対処法の採用を含意する「レジーム」に注目するのではなく、プログラムレベルの動態に視点を移す必要があると指摘する。また、クーンナー（Kühner 2007）は、近年のマクロデータに基づく類型論の成果を検討した論文において、特定の国の位置づけが一貫していないこと、変化のダイナミズムが捉えられていないこと、およびケーススタディの成果と一致しないことなどを指摘する。(9) 重要なポイントは、社会政策の変化を支出データの変動から捉えることには限界があるため、近年の変化を捉える上では、福祉「レジーム」などの複合的な要素ではなく、個別の社会政策領域ごとに分解する必要があるという点にある。これらの議論は、福祉国家の近年の変化を把握するためには、福祉「レジーム」とは異なる視角が必要となることを示唆している。

まとめると、ここで紹介したレジーム概念の有効性に疑問を示す研究が示唆することは、第一に、脱商品化や社会階層化に基づく類型化は、福祉国家の特徴を把握する上では十分とはいえず、第二に、とりわけ近年の福祉国家の変化のダイナミズムを捉える上では新たな分析視角が必要になるということである。つまり、これらの研究は、福祉国家の定義に戻った上で、変化のダイナミズムを射程に収めた、ある共通の段階における多様性を把握するための新たな分析枠組の必要性を示している。

第三の批判として、南欧モデルやオセアニアモデルなどの四つ目のレジームの存在が主張される。例えば、フェレーラは、福祉政策の受給権、給付形態、ファイナンス形態、および組織運営形態の差異に注目して、南欧モデルの特殊性

を主張する（Ferrera 1996, 1998）。つまり、南欧モデルは、雇用ベースの拠出に基づく分断化されているが寛大な所得保障システムと一般財政による普遍的ヘルスケアから構成される福祉ミックスに加え、国家の福祉領域への浸透が相対的に低く、さらに恩顧主義的な政策の利用という特徴を有する。また、ボノーリは、「どれだけ多く（社会支出の大小）」[10]だけではなく「どのように（一般財政と社会保険拠出の割合）」支出されているかという点から、四つのレジームに類型化し、南欧モデルを「支出が少なく、社会保険拠出への依存が高い」特徴を持つものとして提示する（Bonoli 1997）。

他方、キャッスルズは、オセアニアモデルの特殊性を強調する。例えば、彼は、オセアニア諸国を、①高関税などの保護主義的な経済政策、②高賃金の波及をもたらす強制仲裁裁判所を通じた賃金政策、③限定的な社会政策、④労働力供給を制限するための移民政策という四つの特徴から構成される「賃金稼得者モデル」とする（Castles 1985, 1988）。つまり、移民政策により労働力をコントロールし、高関税政策により競争力のない国内製造業を維持することで、完全雇用を実現し、強制仲裁裁判所を通じて相対的に高い賃金を労働者に広く提供することにより、社会政策の対象を就労できない人に限定し、一般税を基盤とする所得・資産調査に基づく画一給付によって、小規模だが再分配志向を持つという福祉国家形態を形成してきたのである。ここで重要な点は、賃金稼得者モデルが社会民主主義的な北欧諸国の政治経済システムと機能的に等価であるという彼の指摘にある。すなわち、市民に社会的保護を提供するという共通の目標に対して、北欧では狭義の社会政策の拡充による事後的な補償が選択されたのに対して、オセアニア諸国では雇用・所得政策を通じた補償が選択されたのである[11]。つまり、社会支出の増大が再分配の唯一の効果的な手段とは限らず、労働市場で得られる賃金の平等性を高め、社会政策をターゲット化することによっても、十分な再分配を達成しうるのである（Castles and Mitchell 1993）。「福祉国家の特徴把握」という論点に関するキャッスルズの分析の持つ意義は、雇用政策と社会政策が特定の条件下において代替的な機能を果たすことを示唆している点にある。

このキャッスルズの知見は、ボノーリによって「労働市場を通じた社会政策」という視角に拡大され、引き継がれていく。彼は、経済的保障を実現する上で、①労働法による規制、②団体交渉に基づく賃金設定、および③再分配的な所得移転プログラムという三つの労働市場政策の持つ機能的等価性に注目し、ヨーロッパ諸国での政策ミックスを検討する（Bonoli 2003）。彼は、それぞれの手段が果たす役割から、アングロサクソン諸国（主に所得移転プログラムを利用し、他の二つはあまり役割を果たさない）、北欧諸国（労働市場の規制は低いが、団体交渉および再分配的な所得移転プログラムの両者が発展する）、大陸諸国（中程度の労働市場規制および団体交渉の進展という性格を持つが、再分配的な所得移転プログラムは相対的に弱い）、および南欧諸国（高い労働市場規制を設ける一方で、他の二つはあまり利用しない）という四つのモデルを析出する。

ここで重要な点として、南欧モデルやオセアニアモデルの固有性を強調する研究の意義は、第四のレジームの存在を指摘している点にのみあるのではない。むしろ、「福祉国家における質的な差異を明らかにする」というエスピン－アンデルセンの問題提起が、機能的等価性や代替性を軽視することにより、彼自身の分析枠組では十分に捉えきれないことを示唆している点にこそ意義がある。つまり、第二論文で示した福祉国家の定義（国家が経済過程に介入し、経済成長と雇用を実現し、公共政策による再分配を通じて、市民に社会的保護を提供することにより統合を図る政治的メカニズム）が示唆するように、国家は目標達成のための複数の政策選択肢を保持しているため、福祉国家の特徴を捉えるためには、狭義の社会政策だけでなく、広義の経済・社会政策など公共政策一般のあり方にも注目する必要があるといえる。

以上のように、福祉レジーム論に関する諸批判の検討を通して、ある共通の段階における福祉国家の多様性を把握するためには、エスピン－アンデルセンの分析枠組では十分とは言えず、政策領域間の機能的等価性や代替性などを考慮

して、狭義の社会政策だけでなく、政治経済システムにおける公共政策のあり方に注目した新たな分析枠組が必要となっていることが明らかとなった。また、近年における変化のダイナミズムを把握するという点でも、福祉レジーム論は限界を抱えていることが示唆された。本稿では、変化のダイナミズムも考慮した新たな類型論として、経済社会問題への調整メカニズムに注目した分析枠組を提示する。次節では、まず、先行研究を手がかりに、調整メカニズムの理念型を検討する。

三　調整メカニズムの四つの理念型

本節では、各国の特徴に基づくアドホックな類型化を避け、また近年の変化のダイナミズムを射程に収める類型論を展開するための分析視角として、資本主義の多様性論に関する諸議論の知見を参考にして、調整メカニズムの四つの理念型を提示する。

福祉レジーム論の意義のひとつは、上述のように、福祉国家の多様性を把握するために、社会政策の働きを、市場・国家・家族の関連の中に位置づけた点にある。また、キャッスルズやボノーリの研究は、政策領域間の機能的等価性や代替性に注目することで、社会政策の働きを、政治経済システムにおけるその他の諸政策との関係性の中で把握しようと試みている。このように、現在の比較福祉国家研究では、社会政策をより広い観点から捉え直す試みが広がってきている。

このような研究動向の中で注目を集めているのが、生産レジームと社会政策の制度的補完性[12]である。すなわち、政治経済システムを構成する「経済」政策領域と「社会」政策領域という二つの領域のリンクの形態という観点から、各

国の特徴を把握する試みがなされている。例えば、エビングハウス（Ebbinghaus 1999）は、四つの制度領域（経済ガバナンス、労使関係、雇用レジーム、および福祉国家）に注目し、北欧型、大陸型、南欧型、およびアングロサクソン型という四つの社会モデルを提示する[13]。ポンツソン（Pontusson 2005）は、社会経済モデルを、①ビジネス調整の形態、②労働勢力のあり方および賃金決定システム、③社会政策の形態という三点から整理し、アングロサクソン諸国から構成される「リベラル市場経済」とヨーロッパ諸国からなる「社会市場経済」を提示する。そして、フーバーらはマクロなレジームレベルでの補完性の存在を指摘（Huber and Stephens 2001）し、エビングハウスらが編集した共同研究は主にミクロ・メゾレベルでの補完性について考察している（Ebbinghaus and Manow 2001）[14]。シュローダーは、生産レジームと福祉レジームの両領域に補完性があることを確認し、資本主義の多様性論と比較福祉国家論の知見を統合した新たな類型論を提示することを試みている（Schröder 2008）。また、三浦（二〇〇三）は、制度的補完性や機能代替性に注目する研究を批判的に継承し、雇用と福祉のリンケージの四類型[15]を提示する。

同様に、労使関係と福祉国家の補完性に注目する研究もある。例えば、トランプッシュ（Trampusch 2006, 2007a, 2007b）は、労使間の労働協約に基づく諸給付が社会政策全体で果たす役割に注目する。社会パートナー間の合意が重要な役割を果たす諸国では、社会パートナーへの権限委譲と財政負担の削減策を引き替えることにより、市場化路線とは異なる福祉国家再編プロセスがみられることを指摘する。つまり、福祉縮減という文脈において、労使関係が社会政策や社会的連帯の新たな代替源となりうるのである。また、ハッセル（Hassel 2003, Ebbinghaus and Hassel 2000）やローズ（M. Rhodes 1999, 2001, Molina and Rhodes 2003）らの研究は、労使間の協調メカニズムとそれを支える積極的な国家の役割が、緊縮財政下における賃金抑制と社会政策改革のリンクを実現するための制度的条件となったことを指摘している。

まとめると、これらの諸研究は、第二論文で示した福祉国家の定義が示唆するように、新たな類型論を考える上で、狭義の社会政策だけでなく、政治経済システムにおける公共政策一般のあり方に注目する必要性を示している。さらに、重要な点として、各国の公共政策の諸形態を把握する上で、関与するアクター（社会パートナーや国家など）の相互作用パターンの差異が重要となることを示唆している。[16]

しかし、これらの研究にも問題点が残されている。それは、比較のための類型化が各国の諸特徴からアドホックになされることが多いという点にある（cf. Amable 2003）。[17] この手続に基づく類型論は、各国の特殊性を強調することで、共通性と差異の把握という類型化の意義を失わせかねないだけでなく、差異の持続を含意することになりかねない。これを避けるためには、各国の差異から直接的に類型化を試みるのではなく、新たな分析視角に基づいた類型化が必要となる。つまり、類型論を展開するための新たなパースペクティブが必要とされているのである。

そこで、本稿では、新たな分析視角として経済社会問題に関する調整メカニズムに注目し、変化のダイナミズムを射程に収めるため、調整メカニズムに注目した各段階の類型論を展開する。本節では、まず資本主義の多様性論に関する諸議論を参考にして、国家および社会パートナーという調整主体の関与度のあり方から析出される調整メカニズムの四つの理念型を提示する。

近年広く注目を集めている資本主義の多様性（varieties of capitalism：VOC）論は、新古典派経済学を批判するレギュラシオン理論や新制度派経済学および制度に注目する比較政治経済学などを理論的背景として発達してきた。効率性を持つ資本主義システムとして唯一の市場均衡モデルを想定するのではなく、多様なモデルの存在を認め、それを論理的に説明し、そのモデルの意義や含意を明らかにすることを目的とする。その際に注目されるのが、資本主義システム内に存在する制度形態の差異である。具体的には、コーポレートガバナンスのための金融システム、労使関係、教育・

トレーニングシステム、および企業間関係などである。これらの制度形態の差異がビジネスアクターの調整能力を規定し、特定の経済システムをもたらすとされる。

特に、政治経済学で注目を集めている研究は、ホールとソスキス（Hall and Soskice 2001）[18]によるものである。彼らは、『資本主義の多様性』という論文集の序論で、上記の諸領域で生じる調整問題を解決するメカニズムとして、企業アクターが依拠する制度構造の差異から、ドイツに代表される戦略的調整などの非市場形態に依拠する「調整市場経済：coordinated market economy: CME」とアメリカに代表される市場形態に依拠する「自由市場経済：liberal market economy: LME」という資本主義システムの二つの理念型[19]を提出する。

このホールらの類型化に対しては、様々な批判（例えば、類型数の問題、変化の軽視および権力の軽視などの静態的傾向、依拠する方法論など）[20]が提出されている。その中でも、調整メカニズムという点で注目に値するのが、シュミットによる批判である。シュミットは、調整問題を解決する上で、「アクターとしての国家」の役割が軽視されていることを批判する（Schmidt 2002, 2006）。つまり、ＬＭＥのような市場調整、ＣＭＥのような非市場調整だけでなく、国家による調整も重要なメカニズムとして存在するのである。彼女は、国家が主導的な役割を果たしている資本主義システムの理念型として、フランスに代表される「国家資本主義」を提示[21]する。シュミットの議論は、ホールらの分析枠組では軽視されていたアクターとしての国家を分析枠組に呼び戻すことで、位置づけが曖昧とされてきたフランスなどの特殊性を明示した点で重要な貢献をなしている。

ホールらおよびシュミットの議論は、経済・社会問題の調整メカニズムとして、市場メカニズムおよび非市場メカニズム（戦略的調整および国家主導）があり、調整主体として、国家および社会パートナーが存在することを示唆している。しかし、ここで重要な点は、どの国においても、国家および社会パートナーは多かれ少なかれ経済社会問題の調整

に関与するのであり、各国の特徴を把握するためには、各アクターの果たす役割の差異に注目する必要があるという点にある（同様の指摘として、Hancké et. al 2007）。つまり、重要なのは、調整主体それ自身ではなく、調整主体の果たす役割である。

そこで、本稿では、資本主義の多様性論による調整主体に関する知見に加えて、両アクターの関与度の大小という視角を加える[22]。国家の関与度は、国家がアクターとして経済社会問題の調整に積極的に関与するか、それとも、市場メカニズムの円滑な作用や社会パートナー間の協調の促進という間接的な役割に止まるかという点で整理できる。他方、社会パートナーの関与度は、労使の各アクター内の調整および労使間の協調が実現することで経済社会問題の調整に主体的に関与するか、もしくは、労使内・間で協調が実現しないために調整に関与しないかという点で整理できる。この二つの軸から調整メカニズムに関する四つの理念型を考えることができる（図1参照）。すなわち、第一に、両アクターの関与が低いため、市場メカニズムを通じた調整に依拠する「自発的交換」型、第二に、社会パートナーが十分に組織化されていないため、国家が調整主体となる「国家主導」型、第三に、社会パートナー間の自主的調整に依拠し、国家は副次的な役割を担う「自主的調整」型、第四に、両アクターが積極的に調整問題に関与する「三者協調」型である。この理念型は、特定の国における調整メカニズムから析出したものではなく、調整主体の関与度から論理的に導かれており、アドホックな類型化を避けるという点で意味がある。また、次節で確認するように、



図1　調整メカニズムの四つの理念型（筆者作成）

この分析視角としての調整メカニズムに注目した各段階の類型論を展開することで、ケインズ主義的段階から競争志向段階への移行という再編プロセスにおける変化パターンに関して重要な知見を得ることができる。

四　「ケインズ主義」段階における四類型から「競争志向」段階における二類型へ

本節では、前節で析出した調整メカニズムの理念型をもとに、各段階における類型を考察する。まず、先行研究の知見を参考にして、ケインズ主義的段階に関して、四類型（市場リベラル、社会的市場経済、社民コーポラティズム、および国家主導経済の各モデル）を提示する。そして、競争志向段階に関して、政策領域間における親近性に注目することで、二つの再編戦略（市場化戦略および積極的介入戦略）を析出し、調整メカニズムに注目することで、二つの政治経済モデル（交換モデルおよび協調モデル）を提出する。その上で、各段階における類型論がもたらす理論的知見を明らかにする。

（一）ケインズ主義段階における四類型

まず、調整メカニズムに注目することで、ケインズ主義段階においてどのような類型が析出できるであろうか。第二論文で論じたように、ケインズ主義的段階は、①埋め込まれたリベラリズム、②フォーディズム的発展様式、③経済成長およびその分配へのコンセンサス、④マクロ需要管理政策、および⑤雇用および家族の安定性を前提とした脱商品化政策という諸基盤および諸政策によって特徴付けられた。上述のように、エスピン－アンデルセンの福祉レジーム論およびキャッスルズやボノーリらの批判は、市民に社会的保護を提供するという共通の目標に対して、各国が質的に異な

る対応戦略を採用したことを明らかにしている。これらの諸研究は、自由主義レジーム、保守主義レジーム、および社会民主主義レジームという質的に異なる三つのレジームの存在に加え、第四のレジームとして南欧モデルやオセアニアモデルの存在を指摘している。

これらの研究成果は、その基礎にある調整メカニズムという点に注目することによって、以下のように整理することができる。自由主義レジームは、賃金決定および社会政策の管理などに関する労使協調のメカニズムが十分に発達せず、国家の役割は貧困除去のための限定的な社会政策の実施や市場を円滑に機能させることに限定されるなど、主に市場メカニズムによる調整に依拠するという点で「自発的交換」型に依拠している。保守主義レジームは、団体交渉に基づく賃金決定システムの制度化が進み、職域ベースの所得比例型の社会保険原理を採用し、社会パートナーによる自主的な管理を重視する一方で、国家は労使の自主的管理を補完する役割を担う点で「自主的調整」型に依拠している。他方、社会民主主義レジームは、シティズンシップに基づく寛大な社会政策の整備や積極的労働市場政策の導入など国家が積極的な役割を担う一方で、頂上組織間の団体交渉を発展させるなど高い調整能力を持つ社会パートナーが公共政策の形成・執行にも関与するという三者協議制（コーポラティズム）を発達させてきたという点で「三者協調」型に依拠している。そして、それ以外のタイプは、社会パートナーの組織力が低いため、積極的な調整主体としての役割を担わな



図２　ケインズ主義的段階の四類型（筆者作成）

い一方で、国家を中心とした狭義の社会政策領域以外における調整を重視してきた（例、オセアニア：高関税政策や移民政策などの保護主義的政策および仲裁制度による賃金設定の活用など、南欧：高いレベルの労働市場規制による雇用保護の実現など）点で「国家主導」型に依拠している。本稿では、調整メカニズムを重視するという観点から、自由主義レジームを「市場リベラル」モデル、保守主義レジームを「社会市場経済」モデル、社会民主主義レジームを「社民コーポラティズム」モデル、その他のタイプを「国家主導経済」モデルとする（図2参照）。

そして、各政治経済モデルは、異なる調整メカニズムに依拠することで、重視する価値や政策目標が異なることが予測される。グッディンらの研究は、この点に関して有効な手がかりを与えてくれる（Goodin et. al 1999, Heady et. al 2000）。彼らは、各レジームが、福祉を提供する共通の理由（①経済的効率性の促進、②貧困の除去、③社会的平等の促進、④社会的統合の促進と社会的排除の回避、⑤社会的安定性（地位の保全）の促進、および⑥自律性の促進）を持つ一方で、異なる優先順位を持つことを指摘する。すなわち、自由主義レジームは、経済的効率性の促進および貧困の除去に重点を置き、コーポラティストレジーム（保守主義レジーム）は、経済的効率性だけでなく、社会的統合や社会的安定性の促進に重点を置き、同様に、社民レジームは、経済的効率性だけでなく、社会的平等の促進に重点を置くのである。彼らの研究は、各国が、市民へ社会的保護を提供することを通じて政治的統合をはかるという福祉国家の共通目標のもと、諸価値を反映した固有の政策対応をとることを示唆している。

ここで注意すべき点がある。それは、グディンらの研究がエスピン－アンデルセンの三類型を踏襲している点にある。本稿は、調整メカニズムに注目して四類型を析出したため、彼らの知見に修正を加える必要がある。すなわち、「国家主導経済」モデルが重視する価値や政策目標を特定する必要がある。国家主導経済モデルの特徴は、経済成長の達成による豊かさの実現というケインズ主義的段階の共通目標のもと、社会パートナーのみによる調整や市場メカニズムでは

十分な成果が得られないという想定に基づき、国家が諸領域に主体的に介入を行うという点にある。従って、彼らの整理に依拠すれば、「国家主導経済」モデルでは、経済的効率性の促進に加えて、社会的統合の促進が重視されていると考えられる。

以上のように、調整メカニズムに注目することで、ケインズ主義的段階においては、異なる四つのモデル（市場リベラル、社会的市場経済、社民コーポラティズム、および国家主導経済）を析出することができる。[23] それぞれは、埋め込まれたリベラリズム、フォーディズム的発展様式、経済成長の実現へのコンセンサス、マクロ需要管理政策および脱商品化政策という共通の諸基盤・諸特徴を持つ一方で、利用する調整メカニズムが異なるため、政策形態だけでなく、重視する価値や政策目標も異なることが予測される。

（二）競争志向段階における二類型

続いて、競争志向段階における類型はどのようになるだろうか。第二論文で指摘したように、「競争志向の福祉国家」とは、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行という変容圧力に直面し、①経済自由主義優位という国際経済体制および②ポスト・フォーディズム的発展様式に依拠し、③競争力の確保や個人の自律性および社会的包摂の強調という正統化言説に依拠している。経済政策は、④ミクロレベルの競争力政策が中心となり、社会政策は、⑤家族の多様化および雇用の流動性を前提として（再）商品化政策が特徴となる。ここで重要な点は、以上のような共通の特徴がある一方で、各領域には多様な選択肢が残されていることにある。

まず、経済政策の多様性について検討する。ここで手がかりとなるのが、ヘイ（Hay 1996）によるイギリス国家の変容に関する分析である。ヘイは、サッチャリズムを、ケインズ主義的福祉国家に代わる新しい政治経済システムと捉

え、国家と経済再編に関する異なった二つの考え方が併存していることを指摘する。その上で、両者を、自由放任経済と最小国家に特徴付けられる「ネオリベラルプロジェクト」と、国際経済での競争力確保のため、経済的・社会的調整を通じた積極的な国家介入に特徴付けられる「シュンペーター主義プロジェクト」と整理する。前者から導かれる経済政策は、規制緩和、市場メカニズムの導入、および民営化の促進などであり、後者から導かれる経済政策は、イノベーションの促進のためのインセンティブ付与や構造的競争力のための戦略的介入などである。ヘイの整理を手がかりとすれば、国際競争力を確保するための経済政策は、A自由化促進政策とB戦略的介入政策があると考えられる。

続いて、社会政策の多様性について検討する。ヘイの整理は、社会政策に関しても、知見をもたらしてくれる。つまり、ネオリベラルプロジェクトは、社会政策の縮減や私的セクターによる供給の促進を示唆し、シュンペーター主義プロジェクトは、就労と給付を結びつけるワークフェア化が示唆される。しかし、彼の整理では、近年の社会政策の刷新という側面を捉える上では、不十分な点が残る。ここで注目すべきは、ワークフェアの類型論[24]である。近年の研究は、ワークフェアに諸類型が存在することを明らかにしている。様々な整理が行われているが、少なくとも労働市場拘束モデル（labour force attachment: LFA）と人的資本開発モデル（human capital development: HCD）の二つの形態が存在することには異論が少ない。ペックら（Peck and Theodore 2000, Theodore and Peck 2001）の整理によれば、両モデルは、福祉受給者を労働市場へと統合することを目指すサプライサイド戦略という点で共通するが、その達成手段・目標・理念は大きく異なる。すなわち、LFAは、負のインセンティブを提供し、労働市場への参加を促すことにより、できるだけ早期に雇用へ移行することを目標とするのに対して、HCDは、持続可能な労働への移行には教育やスキル形成が不可欠であるとの認識の下、トレーニングや職業教育など人的資本への投資を重視することになる。前者はまず就労を求める点でワークファーストモデル、後者は就労支援サービスを重視する点でサービスインテンシブモデルとも

整理される（cf. 宮本 二〇〇二）。そして、第二論文で指摘したように、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行に伴って生じている「新しい社会リスク（new social risk: NSR）」に対応するための新しい政策という観点からは、アクティベーションという視角が重要となる。イエンソンら（Jenson and Saint-Martin 2003, 2006）が指摘するように、NSRへの対応の中で、「社会的投資」という側面に重点を置いた新しい社会政策のパラダイムが生じつつある。これは、HCDモデルの既存の労働者の人的資本開発という側面に加えて、女性や若者などNSR集団も主要な対象に加え、積極的に社会進出・参加できるように諸条件を整備する諸政策（例、スキル形成や教育・訓練の支援、社会サービスの充実、フレキシブルでセキュリティ（フレキシキュリティ）の高い雇用の創出、および雇用形態の変化に応じたカバー原理の導入など）を含むと考えられる。従って、社会的包摂を目指すための社会政策は、a労働市場拘束モデルに代表される狭義のワークフェアとbアクティベーションがあると考えられる。

以上のように、各政策領域には、競争志向段階においても選択肢が残されていることが確認できたが、両者の間に関連性を見つけることはできるであろうか。ここで重要となるのが、調整メカニズムである。つまり、調整メカニズムに注目することで、両政策領域における選択肢に親近性を発見することができる。まず、経済社会問題の調整を主に市場メカニズムに委ね、国家は市場メカニズムの円滑な作用を実現する機能を担うに止まる戦略（A自由化＋aワークフェア→市場化戦略）がある。ここでは、社会パートナーは積極的な役割を担うことは期待されていない。そのため、市場化戦略は、「自発的交換」メカニズムに依拠していると考えられる。他方、両政策領域に積極的に介入するなど、国家が調整主体として積極的な役割を担い続ける戦略（B戦略的介入＋bアクティベーション→戦略的介入戦略）も存在する。ここでは、経済社会問題の処方箋が自明とはいえない複雑化・流動化した状況において、諸原因を発見し、公正かつ効率的な政策の策定・採用・実施のためには、社会パートナーの協力が必要になることが前提とされる。そのため、

戦略的介入戦略は、「三者協調」メカニズムに依拠していると考えられる。この両戦略に基づいてもたらされる競争志向段階における二つの政治経済システムを、調整メカニズムに注目して、自発的交換メカニズムに依拠した「交換モデル」と三者協調メカニズムに依拠した「協調モデル」とする（表2および図3を参照）。

さらに、両モデルには、ミクロ競争力政策および（再）商品化政策という共通の特徴内で、政策形態に差異がもたらされるだけでなく、競争力の実現や社会的包摂の促進のために利用される正統化言説においても、差異が生じることが予測される。政策形態に関しては、上述のように、「交換モデル」はA自由化＋a狭義のワークフェアが採用され、「協調モデル」はB戦略的介入＋bアクティベーションが採用されると

	市場化戦略	戦略的介入戦略
政策	経済：自由化促進 社会：狭義のワークフェア	経済：戦略的介入政策 社会：アクティベーション
国家の役割	市場メカニズムが円滑に作用するような政策介入に限定	調整主体として、積極的に政策介入
社会パートナーの役割	市場メカニズムを利用した上での自発的交換に従事	国家と協調のもと、調整主体として積極的に関与
調整メカニズムとアウトカム	メカニズム：自発的交換 アウトカム：交換モデル	メカニズム：三者協調 アウトカム：協調モデル

表2　二つの再編戦略の諸特徴（筆者作成）

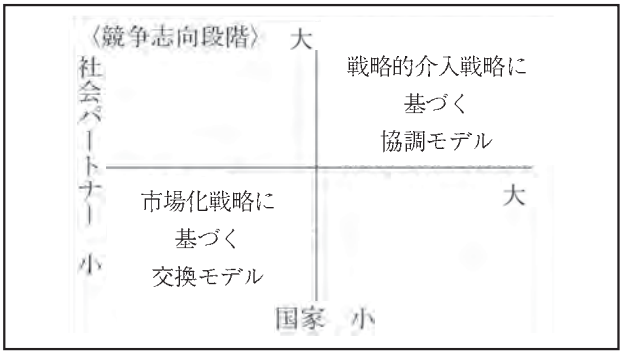


図3　競争志向段階の二類型（筆者作成）

予測される。正統化言説に関しては、例えば、「交換モデル」では、市場メカニズムの効率性が強調され、また社会政策のコスト面に注目が集まり、その縮減こそが競争力の確保に不可欠であることが強調される。そのため、モラルハザードや福祉依存が強調され、貧困などの諸問題の責任を個人に転嫁する傾向などが見受けられる。それに対して、「協調モデル」では、競争力を確保する上で諸アクター間の協調がもたらす効率性が強調され、各アクターの参加や社会的多様性の持つメリットに注目が集まる。

以上のように、経済自由主義優位の国際経済体制、ポストフォーディズム的発展様式、競争力の確保および個人の自律性や社会的包摂の強調、ミクロ競争力政策および（再）商品化政策という共通の諸基盤・諸特徴を持つ「競争志向段階」では、調整メカニズムという分析視角から政策領域における親近性に注目することで、それぞれ固有の政策形態および正統化言説を持つ二類型（交換モデルと協調モデル）を析出することができる。(25)

（三）モデルの理論的含意

本稿では、新たな類型論として、国家と社会パートナーの関与度から類型化される調整メカニズムの理念型を析出し、これに注目することで、ケインズ主義段階における四類型および競争志向段階における二類型を提示した。それでは、この各段階における類型論がもたらす理論的含意を検討する。

重要な点として、この二つの類型論を組み合わせることにより、段階の移行という再編プロセスにおける変化パターンに関する知見を得ることができる。つまり、福祉国家の動態を考察する上で、ヒューリスティックな価値を持つのである。従来、福祉国家レジーム自体は経路依存的な発展をたどることが予測されていた。例えば、アイヴァーセンらは、雇用実現・賃金平等・財政規律という三つの目標が同時に実現できないという「サービス経済のトリレンマ下」で、各

レジームは経路依存的な対応を取ることを示唆する（Iversen and Wren 1998）。つまり、社会民主主義レジームは財政規律を犠牲にし、保守主義レジームは雇用実現を犠牲にし、自由主義レジームは賃金平等を犠牲にする。同様に、エスピン＝アンデルセンも、ポスト産業化に伴う問題がレジームごとに大きく異なることを確認し、社会民主主義レジームは人的資本への投資や積極的労働市場政策を採用し、自由主義レジームは新自由主義路線を採用し、保守主義レジームは労働力削減路線を採用するなど、政策対応が経路依存的になることを指摘する（Esping-Andersen 1996, chapter 1）。

これらの研究に対して、実際の比較研究では、経路依存的とはいえない変化を経験した国々や困難と考えられていた改革に成功した国々も指摘されている。例えば、ヘメレイクら（Hemerijck and Schludi 2000）は、先進諸国の政治経済システムの変容を比較分析した研究において、各レジーム内で雇用も福祉も高いパフォーマンスを実現した国（オーストラリア、デンマーク、オランダ、スイスなど）を指摘している。[26] さらに、上述のように、競争的コーポラティズム（M. Rhodes 1999, 2001, Molina and Rhodes 2003）など、効率性と公正を両立させるための新たな協調メカニズムの出現が注目され、一部の大陸諸国では、政労協調のもと社会政策の拡充と縮小をミックスさせた福祉国家の刷新と考えられる諸改革の実現が指摘されている（Bonoli 2000, Ebbinghaus and Hassel 2000, Levy 1999。また Menz 2005, Regini 2000 も参照）。また、オーストラリアでは、アコードと呼ばれる政労間の協調メカニズムを形成することによって、保護主義的な賃金稼得者モデルからの転換が実施された（Bell 1997, Castles et. al 1996, Schwartz 2000, Ramia and Wails 2006 など）。つまり、比較研究は、経路依存的な漸進的な対応だけでなく、抜本的な転換に成功した諸国の存在を明らかにしており、後者の国々では国家と社会パートナー間の新たな協調メカニズムの形成が政策転換の重要なカギとなっていることを示唆している。[27]

それでは、なぜ一部の国々では、国家と社会パートナーの協調に基づく抜本的な変化を経験したのであろうか。この

論点に対して、本稿の提示したモデルは、変化の背景要因として、各国の依拠していた調整メカニズムの重要性を示唆する。つまり、福祉国家の段階の移行に際して、ケインズ主義段階における調整メカニズムが競争志向段階において利用できない諸国（国家主導経済および社会的市場経済）では、調整メカニズムの変容を伴う抜本的な改革に向かいやすく、他方、競争志向段階でも利用可能な諸国（市場リベラルおよび社民コーポラティズム）では、従来型の調整メカニズムを維持した漸進的な変化に止まりやすいと予測できる。従って、新たな協調メカニズムの形成に基づく抜本的な改革の実現という比較研究の知見は、以下のように解釈することができる。抜本的な改革を経験した国々は、ケインズ主義段階における「国家主導経済」モデル（オセアニア諸国や南欧諸国）および「社会的市場経済」モデル（大陸ヨーロッパ諸国）に属している。依拠する調整メカニズム（「国家主導」および「自発的交換」）が競争志向段階において有効ではないため、これらの諸国は、新たな経済社会問題への対応を調整する上で大きな困難に直面したと考えられる。様々な試行錯誤の結果、これらの諸国は、依拠していた調整メカニズムを転換し、「戦略的介入」戦略を採用し、国家と社会パートナーの協調（「三者協調」）に基づく「協調モデル」へと接近することで、結果的に、抜本的な転換に結びついたと考えられる。このように、調整メカニズムに注目した

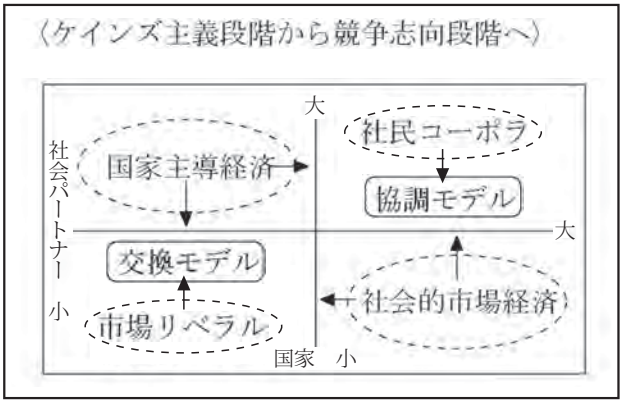


図４　福祉国家の段階の再編（筆者作成）

各段階の類型論を組み合わせることで、再編プロセスの変化パターンに関する理論的知見を得ることができる。

ここで注意すべき点が二点ある。第一に、調整メカニズムは変化に影響を与える背景的な要因であり、変化の方向や速さは、再編戦略の選択など政治アクターの行為に依存している。ここで興味深い事例として、ニュージーランドの再編が挙げられる。ニュージーランドは、オーストラリアと同じ賃金稼得者モデルに依拠していたが、政労協調に基づく自由化が進められたオーストラリアとは異なり、政府主導のもとで一方的な新自由主義的改革が採用された。その結果として、ニュージーランドではラディカルな新自由主義化が進む一方で、オーストラリアでは自由化の促進だけでなく、社会政策の拡充や戦略的産業政策の導入など、諸政策領域で自由化への補償がなされた。つまり、両国の再編アウトカムは大きく分岐することになったのである（両国の比較分析として、Castles and Pierson 1997, Castles et. al 1996, Cox 2006, Goldfinch 2000, Quiggin 1998, Ramia and Wailes 2006, Schwartz 2000, Saunders 1999, Shaver 1999 など）。本稿のモデルによって解釈すれば、ケインズ主義段階から競争志向段階への移行において、「国家主導」メカニズムに依拠した賃金稼得者モデルから、ニュージーランドでは、「市場化戦略」を採用し、「自発的交換」メカニズムに依拠した「交換モデル」へと接近していったのに対して、オーストラリアでは、「戦略的介入戦略」を採用し、「三者協調」メカニズムに依拠した「協調モデル」へ接近していったと考えられる。このオセアニア両国の分岐は、調整メカニズムは福祉国家の段階の移行に伴う変化の規模を規定する要因にすぎず、複数の再編戦略が存在するため、政治アクターによる主体的行為が重要になるということを示唆している。言い換えれば、過去の制度的・政策的遺産である調整メカニズムのみでは再編プロセスの多様性を説明することができないため、政治アクターの行為に注目しなければならない。

そして、第二に、ケインズ主義的段階から競争志向段階への再編に伴う諸改革は既存利益集団の利益と対立する可能性を持つため、協調モデルもしくは交換モデルへ接近せず、従来型の対応が持続する可能性も残されている。つまり、

ケインズ主義段階から競争志向段階への再編が順調に進むとは限らず、調整メカニズムが有効性を持たない「国家主導経済」モデルや「社会的市場経済」モデルにおいても、経路依存的な対応が採用され続ける可能性がある。つまり、福祉国家の再編プロセスでは、ケインズ主義段階における諸問題の発生と諸改革の採用・実施の間に、時間的なギャップが存在することが示唆される。

五　結論―福祉国家の特徴把握に関する段階論と類型論の知見―

本節では、今までの議論を整理した上で、「福祉国家の特徴把握」という福祉国家論の理論的課題に関して、第二論文および本稿で検討してきた段階論と類型論がもたらす知見を明らかにする。

（一）調整メカニズムに注目した類型論

本稿の課題は、ある段階における福祉国家の多様性を把握するための分析枠組（類型論）を提示することにあった。まず、比較福祉国家研究における類型論の到達点であるエスピン―アンデルセンの福祉レジーム論の概要を簡単に振り返り、その意義を明らかにした。つまり、彼の議論の意義は、発展段階の差異に解消できない「福祉国家の質的な多様性」という論点を、比較福祉国家研究の重要な課題として位置づけた点にある。その上で、福祉レジーム論に関する近年の議論を検討することで、エスピン―アンデルセンの分析枠組では彼自身の問題設定に十分に答えられないことを確認した。そこで、福祉国家の定義に戻り、目的達成のための多様な選択肢の存在を前提として、政策領域間の機能的等価性や代替性などに注目した新しい分析枠組が必要となることを導いた。

本稿では、新たな分析枠組として、調整メカニズムに注目した各段階の類型論を提示した。まず、アドホックな類型化を防ぎ、また変化のダイナミズムも考慮するために、新たな類型論の基礎となる分析視角として、資本主義の多様性論をめぐる諸議論を手がかりに国家と社会パートナーという両調整主体の関与度から四つの調整メカニズムの理念型（国家主導、自発的交換、自主的調整、および三者協調）を導いた。その上で、ケインズ主義段階に関して、先行研究の知見を参考にして、四類型（国家主導経済、市場リベラル、社会的市場経済、および社民コーポラティズム）を導いた。他方、競争志向段階に関して、調整メカニズムに注目することで、政策領域間における親近性を発見し、二つの再編戦略（市場化戦略および戦略的介入戦略）および二つの政治経済モデル（交換モデルおよび協調モデル）を導いた。そして、このケインズ主義段階における四類型から競争志向段階における二類型というモデルが、再編プロセスにおける変化パターンを捉える上でヒューリスティックな価値を持つことを確認した。つまり、依拠する調整メカニズムの利用可能性が、変化パターン（経路依存的で漸進的な対応、もしくは抜本的な転換）を規定付けるという仮説が得られるのである。

（二）福祉国家の特徴把握

第一論文では、比較福祉国家論が「特徴の把握」および「動態の説明」という二つの理論的課題から構成されていることを明らかにした。その上で、「特徴把握」を行うためには、福祉国家の定義に戻り、ある段階と別の段階における共通性と差異を比較するための分析枠組（通時比較のための段階論）、および、ある共通の段階における多様性を把握するための分析枠組（共時比較のための類型論）が必要となることを主張した。第二論文では、まず福祉国家を「国家が経済過程に介入し、経済成長と雇用を実現し、公共政策による再分配を通じて、市民に社会的保護を提供することに

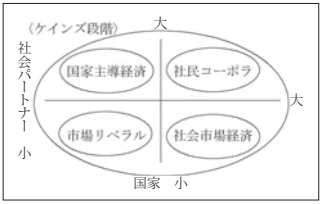
より統合を図る政治的メカニズム」と定義づけた。その上で、戦後の安定的な経済成長を支えた福祉国家を、①埋め込まれたリベラリズム、②フォーディズム的発展様式および③経済成長とその分配へのコンセンサスに依拠し、④マクロ需要管理政策および⑤脱商品化政策から特徴付けられる「ケインズ主義的福祉国家」と捉えた。そして、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行という変容圧力に直面した現在の段階を、①経済自由主義優位の国際経済体制、②ポストフォーディズム的発展様式および③競争力の確保と社会的包摂や個人の自律性の強調という正統化言説に依拠し、④ミクロ競争力政策および⑤（再）商品化政策から特徴付けられる「競争志向の福祉国家」とした。第三論文である本稿では、類型論を展開するための分析視角として、まず国家と社会パートナーという両調整主体の関与度から四つの調整メカニズムの理念型（国家主導、自発的交換、自主的調整、および三者協調）を析出した。その上で、ケインズ主義的段階に関して四類型（国家主導経済、市場リベラル、社会的市場経済、および社民コーポラティズム）を提示し、競争志向段階に関して二類型（交換モデルおよび協調モデル）を提示した。

これらの議論は、「福祉国家の特徴把握」という論点に関して、経済社会的基盤および政治的基盤と政策領域の特徴に注目することで、政治経済システムとしての福祉国家が「ケインズ主義的段階」から「競争志向の段階」へと質的に変化していることが把握でき、また調整メカニズムに注目することで、各段階の多様性を把握することができることを示している（図5参照）。さらに重要な点として、これらの議論は、再編プロセスの特徴に関する諸知見をもたらすだけでなく、「動態の説明」という比較福祉国家論のもう一つの理論的課題を考察する上でも重要な知見をもたらす。再編プロセスの特徴として、例えば、多様性の持続、各国における変化の規模の差異、および時間的ギャップの存在などが示唆され、その結果として、「動態の説明」のためには、再編プロセスを政治アクターの主体的な対応を含む政治的プロセスと捉える必要性が示唆される。以下では、それぞれの点について整理する。

○福祉国家の定義

・国家が経済過程に介入し、経済成長と雇用を実現し、公共政策による再分配を通じて、市民に社会的保護を提供することにより統合を図る政治的メカニズム

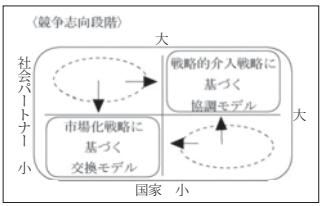
○福祉国家再編プロセス



〈ケインズ主義段階〉

①埋め込まれたリベラリズム
②フォーディズム的発展様式
③経済成長とその分配へのコンセンサス
→・経済政策：マクロ需要管理政策
・社会政策：安定的な家族と雇用を前提とした脱商品化政策

・経済のグローバル化の進展
＋
・ポスト産業社会への移行



〈競争志向段階〉

①経済自由主義の優位
②ポスト・フォーディズム的発展様式
③競争力の実現および個人の自律性や社会的包摂の強調
→・経済政策：ミクロ競争力政策
・社会政策：流動的な雇用と多様化する家族を前提とした（再）商品化政策

○ポイント

・政治経済システムとしての福祉国家は、多様性を保持する形で、「ケインズ主義的段階」から「競争志向の段階」へと質的に大きく変化している
・異なる政策遺産（依拠する調整メカニズムの利用可能性の差異）および複数の再編戦略（市場化戦略および戦略的介入戦略）のため、変化の規模は各国で異なり、また再編プロセスは収斂をもたらさない
・「ケインズ主義段階」の諸政策へ利益を持つ利益集団と対立するため、諸問題の発生と「競争志向段階」に向かう諸改革の実現の間に時間的ギャップが生じやすい
・再編プロセスは、政治アクターの主体的な対応を含む政治的プロセス（→目標設定および支持調達という政治的ダイナミズムを射程に収める必要性あり）

図５　福祉国家の特徴把握のまとめ（筆者作成）

まず、政治経済システムとしての福祉国家は、戦後の安定的な経済成長を支えた「ケインズ主義的」段階から、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行に伴い、「競争志向」段階へと再編している一方で、各段階の内部では多様性を保持している。福祉国家は、マクロレベルの環境の変化に伴い、経済・社会的基盤だけでなく政治的基盤も変化しており、結果として、政策的な特徴も変化しており、全体として大きく質的に変化しているといえる。ここで重要な点として、福祉国家の定義が示唆するように、目標達成のためには多様な政策手段が存在するため、各段階の福祉国家は諸基盤および諸政策に共通の傾向を持つ一方で、その内部には多様性が存在している。この各段階における多様性は、採用される政策手段や再編戦略を規定する調整メカニズムに注目することで把握することができる。また、比較福祉国家論の論点として、この段階の変化は、福祉国家の「移行」や「持続」ではなく、福祉国家の「再編」と考えられる。つまり、政治経済システムとしての福祉国家は質的に変化しているが、福祉国家の定義の中心的な要素である「経済過程への介入」および「公共政策を通じた政治的統合」という側面は維持されている。また、アクティベーションなどの近年の変化の一部は、新たな公正のあり方や連帯の基盤を模索する積極的な試み（福祉国家の刷新）と考えられる。つまり、政治経済システムとしての福祉国家は多様性を保持する形で質的に大きく変化しているが、それは依然として福祉国家の中心的要素を引き継いでいるため、福祉国家の「再編」と評価できる。

そして、この段階論と類型論の知見は、再編プロセスの特徴に関して、様々な知見をもたらす。まず、第一に、この再編プロセスは、各国で変化の規模が大きく異なり、また、あるモデルへの収斂を導くとは限らない（多様性の持続）という性格を持つ。この性格を理解する上での手がかりとなるのが調整メカニズムである。調整メカニズムは、異なる政策遺産および複数の再編戦略という二つの点で、再編プロセスの性格に影響を与える。まず、段階移行の際に政治的アクターが直面する政策遺産であるケインズ主義段階における調整メカニズムは、複雑性が増大し、流動化する状況で、

諸問題への迅速な対応が求められるという競争志向段階において利用可能性が大きく異なる。すなわち、利用可能性が劣る「国家主導」および「自主的調整」の両調整メカニズムに依拠していた諸国（国家主導経済および社会的市場経済）は、それ以外の国々に比べて、環境の変化に由来する新たな経済社会問題への効果的な調整が困難な状況に直面したと考えられる。これらの国々では、従来型の調整メカニズムに依拠したモデルからの転換が必要となるため、より抜本的な改革に向かいやすい。他方、依拠してきた調整メカニズムが有効性を持つ諸国（市場リベラルおよび社民コーポラティズム）では、経路依存的で漸進的な政策対応が取られることが予測される。そのため、異なる調整メカニズムという政策遺産から、各国で変化の規模が異なり、また競争志向段階でも多様性が持続することが予測される。また、複数の再編戦略の存在という点からも、多様性がもたらされることが予測される。上述のように、競争志向段階では、政策領域間の親近性（そして、諸政策を規定する調整メカニズム）に注目することで、経済社会問題の調整を市場メカニズムに委ねる市場化戦略および、国家と社会パートナーの協調に基づく調整を目指す戦略的介入戦略という二つの再編戦略を導くことができる。つまり、政治アクターには再編プロセスに関する複数の選択肢が残されており、どちらが選択されるかは政治アクターの選択に依存している。そのため、複数の再編戦略の存在という点からも、収斂が起こるとは考えにくい。

さらに、第二に、この再編プロセスは、環境の変化に伴う諸問題の発生と実際の政策対応の実現の間には時間的ギャップが存在しやすいという性格を持つ。これは、ケインズ主義段階から競争志向段階への再編が、多かれ少なかれ、既存の政策形態における諸変化を含むために生じる。すなわち、どの国においても、ケインズ主義段階の諸政策に利益を持つ利益集団による再編への抵抗に直面する可能性があるため、競争志向段階への移行がスムーズに進行するとは限らないのである。これは、再編プロセスが政治的対立や諸改革への障害の克服を含む政治的プロセスであることを示唆する。

さらに、この再編プロセスの時間性は、経路依存的な政策対応に、政治的性格の差異が存在することを含意する。この点についても、調整メカニズムへの注目が手がかりを与えてくれる。すなわち、ケインズ主義的段階における調整メカニズムが競争志向段階においても利用可能な諸国（市場リベラルおよび社民コーポラティズム）における経路依存的対応と、そうでない諸国（国家主導経済および社会的市場経済）における経路依存的対応は質的に異なると考えられる。つまり、生じている諸変化が漸進的で経路依存的という共通性を示したとしても、前者では、調整メカニズムの変化が不必要なため、変化の規模が小さいのに対して、後者は、調整メカニズムの改革への抵抗や新たな調整メカニズムを模索する試行錯誤のために、変化が生じていない状態といえる。

従って、第三に、上述のような再編プロセスの性格は、比較福祉国家論のもう一つの理論的課題である「動態を説明」するための理論枠組を形成する上での知見をもたらす。つまり、再編プロセスは、ある特定のパターンの採用が予測される諸環境の変化への受動的な対応ではなく、政治的対立および改革の諸障害の克服や複数の再編戦略からの政治的選択などを含む、政治アクターの主体的・積極的な対応に基づく政治的プロセスとして理解されなければならない。ここで再編プロセスにおける政治的ダイナミズムは、目標設定および支持調達という両局面において発揮される。つまり、ケインズ主義段階の問題が蓄積するという文脈で、政治アクターがどのように問題を設定し再編戦略の選択を行い（目標設定）、その実現に向けてフレーミングなどを駆使して支持調達を目指したか（支持調達）を分析する必要がある。構成・戦略論的アプローチは、アイデアの二つの役割（構成的および因果的）を重視することによって、政治的ダイナミズムの両側面を分析の射程に収めることができる。

以上のように、比較福祉国家論の理論的課題である「特徴把握」に関して、段階論および各段階の類型論を再検討することで、政治経済システムとしての福祉国家が変容圧力に直面する中で大きく再編していることが明らかとなり、異

なる政策遺産および複数の再編戦略という点から、この再編プロセスの中でも引き続き多様性が示されることが明らかとなった。そのため、「動態の説明」というもう一つの理論的課題を検討する上では、再編プロセスを、政治アクターの主体的・積極的な対応を含む政治的プロセスとして捉え、そのダイナミズムを把握しうる理論枠組を形成することが必要となる。ここで、構成・戦略論的アプローチは、アイデアの二つの役割を重視することによって、目標設定および支持調達という二つの政治的ダイナミズムを射程に収めることを可能にする。第四論文では、「動態の説明」に関する既存の理論枠組を批判的に検討し、その問題点を明らかにした上で、再編プロセスの政治的ダイナミズムを捉えるための新たな枠組として、構成・戦略論的アプローチに依拠したモデルを提示する。

（1）シリーズ「構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析」は、構成・戦略論的アプローチというメタ理論に依拠し、「現代福祉国家の特徴を把握し、その動態を説明するための理論枠組」を提示し、それを経験分析に適応することによって、比較福祉国家論および政治学理論の発展に貢献することを目的としている。

第一論文（加藤 二〇〇八）では、比較福祉国家論が「福祉国家の特徴把握」および「動態の説明」という二つの理論的課題から構成され、「特徴把握」のためには、福祉国家の定義に戻り、通時比較のための段階論と共時比較のための類型論が必要となることを指摘した上で、構造と主体の相互作用（共時的および通時的）におけるアイデアの二つの役割（構成的と因果的）に注目する構成・戦略論的アプローチの概要を示した。第二論文（加藤 二〇〇九）では、福祉国家を政治経済システムとして定義し、戦後の安定的な経済成長を支えた「ケインズ主義的段階」から、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行という変容圧力に直面し、「競争志向段階」へと再編していることを主張した。前者の諸基盤および諸特徴は、①埋め込まれたリベラリズム、②フォーディズム的発展様式、③経済成長へのコンセンサス、④マクロ需要管理政策、⑤脱商品化政策であり、後者は、①経済自由主義優位の国際経済体制、②ポストフォーディズム的発展様式、③競争力の確保および個人の自律性や社会的包摂の強調、④ミクロ競争力政策、⑤（再）商品化政策と整理で

きる。

（2）本文で具体的に取り上げる研究の他に、福祉レジーム論自体に関する最近の研究に関しては、以下の文献も参照（Abrahamson 1999, Arts and Gelissen 2002, Powell and Barrientos 2004, Bambra 2007, Hicks and Kenworthy 2003など。）包括的なレビュー論文としてはアブラハムソンとアーツほかによるものが優れている。アブラハムソンのレビューは、エスピンーアンデルセン以前の福祉国家類型論の伝統についても紹介されている。アーツほかでは、エスピンーアンデルセン以後の類型論の展開が詳しく紹介されている。それ以外の研究は、福祉レジームの類型を批判的に検討している。パウエルほかは、積極的労働市場政策を変数に加えても、レジーム論の有効性が確認されることを指摘し、バンブラは、福祉レジームの二面的なアプローチ（「どれだけ多く」と「どのように」支出するかという点から分類する）の重要性を説き、ヒックスらは社民・リベラル軸と保守軸の二つの軸から福祉国家レジームの政治的アイデンティティを検討している。また、邦語文献では、以下の研究を参照（埋橋（編）二〇〇三、新川 二〇〇五、宮本（編）二〇〇二、二〇〇六など）。

また、近年の各国・各レジームの動向に関する代表的な比較研究としては、以下の文献を参照（Allan and Scruggs 2004, Armingeon and Bonoli 2006, Bonoli et. al 2000, Castles 2004, Ellison 2006, Garret 1998, Huber and Stephens 2001, Korpi and Palme 2003, Mishra 1999, Pierson 2001, Pontusson 2005, Scharpf and Schmidt 2000, Swank 2002, Taylor-Gooby 2004など）。

（3）福祉レジーム論のその他の意義としては、第一に、質的な差異の存在を明らかにするために採用した彼の研究戦略も注目に値する。彼は、福祉国家の質的差異を明らかにするために福祉レジーム概念を採用し、その差異を捉えるために「脱商品化」と「社会階層化」（そして後に「脱家族化」を追加）という指標を作成し、三つのレジームへと類型化する。これにより、方法論的な曖昧さやアドホックな類型化の危険性を回避することに成功している。第二に、初期の研究（Esping-Andersen 1985）で依拠していた権力資源動員論を批判的に継承し、射程を広めた階級連合論によって、このレジームの差異を説明している点も重要である。つまり、福祉国家の多様性を把握するという「特徴把握」という課題だけでなく、「その動態を説明する」という理論的課題も念頭に置かれている。

（4）その他の批判として、グディンによる一連の研究も注目に値する。彼は、オランダの位置づけの再検討や近年の福祉国家の変化パターンを検討することを通じて、動態的な福祉国家分析の必要性を主張する。例えば、境界事例としてのオラ

ンダに注目し、歴史的背景、プログラムの特徴、およびアウトカムの帰結という三つの観点からすると、保守主義レジームではなく社民レジームに位置することを確認する（Goodin and Smitsman 2000）。さらに、分析の射程を広げると、オランダは、三つのレジームの持つ生産主義的傾向（福祉受給を労働とリンクさせる）に対して、寛大な給付・労働要求の緩和・自律性の確立というポスト生産主義レジーム（労働とのリンクを緩める）に位置づけられることを説く（Goodin 2001）。また、給付の水準や寛容度などに注目するだけではなく、近年の供給主体の多様化や給付メカニズムの多様化傾向を踏まえて、より動態的な福祉国家の論理を把握する必要を説く（Goodin and Rein 2001）。

（5）ジェンダーと福祉国家一般に関する研究のレビューとしてはオルロフ（Orloff 1996）が有益である。

（6）ルイス（Lewis 1992）は、理念型としての「男性稼得者モデル」の特徴として、結婚した女性の労働市場からの排除、社会保障の受給資格に関して夫の地位への依存、公的保育支援がなく家庭での育児、公私領域の明確な区分などを挙げる。それに対して、「二人稼ぎ手」モデルは、分離税制や育児休暇の導入および保育サービスの提供により、女性を労働市場に参入させることを特徴としている。

（7）コルピ（Korpi 2000, pp.139-48）は家族関連の諸政策を以下のように分類する。「一般家族支援モデル」は、代表的な政策として、児童手当、家族税給付、三歳から就学前までの公的ケアサービスを含み、「共稼ぎ支援モデル」は、〇歳から二歳児くらい向けの公的ケアサービス、所得保障のある出産育児休暇および父親休暇、老齢者介護のための公的ホームヘルプからなる。これらをもとに、ＯＥＣＤ諸国をランク付けしている。

（8）例えば、スカラグスらは「福祉国家の特徴における差異を把握するために最も利用されている経験的指標が、科学的な反証・批判・再現という標準的な手続きに十分にさらされていない」とする（Scruggs and Allan 2006, p.56）。その他には、キャッスルズも、エスピンーアンデルセンが利用したデータが公的に利用可能でないことを批判し、近年利用可能となったＯＥＣＤによる項目別の社会支出に関する集合データを利用して、福祉国家の特徴および変動を分析している（Castles 2002, 2004, 2008）。

（9）量的研究とケーススタディの知見の関係性について、テイラーグッビィ（Taylor-Gooby 2002）は、二つの研究手法で、近年の福祉国家の動向に関する評価が大きく分かれる傾向があることを指摘する。量的研究は、データの持つバイアスから持続性を強調する傾向があるのに対して、ケーススタディでは、様々な国々での福祉政策の変化が指摘されるのである。

彼は、両者の知見を統合する方法を考える必要と自らの研究手法の持つバイアスに自覚的になる必要性を説く。

(10) ボノーリの他の類型は、支出が多く社会保険拠出も高い大陸諸国、支出が高く一般財政に依拠する北欧諸国、支出が低く一般財政に依拠するアングロサクソン諸国である。

(11) キャッスルズら（Catles and Mitchell 1993）は、オセアニア諸国が、国家を通じた再分配による平等の実現ではなく、賃金制度への介入を通じた一次所得の平等を目指している点（つまり、資本主義メカニズムへの介入を目指す）に注目して、ラディカルモデルと名付ける。

(12) 制度的補完性概念に関しては、ディーグ（Deeg 2007）を参照。彼によれば、「制度補完性」とは、制度間リンケージのひとつの形態であり、「ある複数の制度の共存によって、アクターのパフォーマンスが高まる」ときを指す。例えば、それは、ある社会政策と労働市場政策の相互作用が、それがないときに比べて、経済成長や雇用拡大などのアウトカムを高める状態を意味する。従って、単に諸制度が並立しているのみで、アウトカムに影響を与えない「制度両立」とは異なる。その他の制度間リンケージとしては、諸制度が特定の原則を共有する「制度的一貫性」、ある制度が事例横断的に観察される「制度クラスター」がある。制度的一貫性は、パフォーマンスを高めるとは限らない点で、制度補完性とは概念的に異なる。

本文中で言及した研究以外にも、キッチェルトら（Kitschelt et. al 1999）の試みは、政治経済システムにおける生産レジームと政治制度や社会政策との関係を整理したものとして注目に値する。また、社会政策と労働市場政策の補完性に注目する研究もある（例えば、Sarfati 2003, Ramia et. al 2005 など）。サーファティは、近年の経済社会文脈の変化によって社会政策と労働市場の相互作用が大きく変化していること、およびその含意を検討している。ラーミアらは、オーストラリアを事例として、労働市場政策および社会政策に加え、労働法など法体系も含めた相互作用を検討している。

(13) エビングハウスは、ヨーロッパ社会経済モデル（経済ガバナンス、労使関係、雇用レジーム、および福祉国家の四領域から構成）として、北欧、大陸、南欧、およびアングロサクソンの四つのモデルを提示する。経済ガバナンスは金融ガバナンスと生産レジームから整理され、労使関係は組織利益と交渉システムから整理され、雇用レジームは雇用形態と労働市場から整理され、福祉国家はファイナンス形態と社会保障形態から整理されている。各モデルの特徴は、論文中に表で整理されている（Ebbinghaus 1999, p.16 table2）。別の論考では、これらのマクロレベルでの補完性を念頭に置きながら、

早期退職政策という政策レベルでの補完性の差異に注目し、各経済社会モデル（大陸、南欧、北欧、アングロサクソン、および日本）の特徴および変遷が分析されている（Ebbinghaus 2000）。この研究は、政策レベルにおける生産・雇用レジームと福祉レジームの補完性の現れ方の差異を描いている点、および、それらを支える政治的・制度的基盤の差異から、環境の変化への異なる対応がもたらされるという政治的ダイナミズムも描かれている点で興味深い。

(14) 資本主義の多様性論による比較福祉国家論への貢献（例えば、Estevez-abe et. al 2001, Ebbingaus and Manow 2001, Mares 2003, Swank and Martin 2001, Wood 2001 など）は、第四論文で言及する。彼らの重要な知見は、例えば、社会政策が特定の条件下ではビジネス勢力の利益にもなるため、福祉レジームが多様な政治連合によって支えられること、そして、社会政策はそのタイプごとに異なる雇用・賃金保障を提供するため、生産レジームと福祉レジームの補完性には多様な形態が存在しうることなどを示した点にある。

(15) 三浦の四類型は、①雇用と福祉が制度補完的である場合（＝完全雇用・福祉国家、例：北欧）、②福祉が雇用を代替する場合（＝雇用なき福祉国家、例：大陸）、③雇用が福祉を代替する場合（＝雇用による福祉、例：日本）、④両者の連関が弱い場合（＝ワークフェア、例：アングロサクソン諸国）である（三浦 二〇〇三）。

(16) 制度補完性に注目する研究に対しては、各国の特徴に基づくアドホックな類型化に陥りやすいという批判に加えて、機能主義的傾向が批判され、歴史的分析の必要性が指摘されている。例えば、エビングハウスら（Ebbinghaus and Manow 2001）は、生産レジームと社会保障レジームのリンクが一対一になるとは限らず、多様な結びつきの可能性を調べる必要性を説き、また、補完性がどのように歴史的に形成されてきたかを分析する必要性を主張する。ボワイエ（二〇〇五）は、レギュラシオン理論と政治経済学における制度派アプローチ（例えば、ＶＯＣ論や比較歴史制度分析など）の理論的な共通性と差異を検討する中で、レギュラシオン理論が諸制度の持つ政治性や社会システムへの埋め込みという側面を重視していることを説き、機能主義的な捉え方をするアプローチを批判している。

(17) 例えば、アマーブル（Amable 2003）は、製品競争、賃労働関係、金融のあり方、社会保障、および教育という諸領域に存在する制度的補完性が資本主義モデルを特徴付けることを指摘し、統計分析を用いて五つのモデル（市場ベース型、社会民主主義型、大陸欧州型、地中海型、およびアジア型）を析出している。

(18) ソスキスによる整理については、以下を参照（Soskice 1999）。

(19) ホールらは、以下のように特徴をまとめる。調整市場経済では、①長期のファイナンスを可能にし、相互モニタリングを利用するコーポレートガバナンス、②企業レベルでの労働者の協力を提供し、賃金抑制を可能にする労使関係、③企業・産業レベルでの人的資本への投資を可能にする教育・トレーニングシステム、④企業間協力、標準規格設定および技術移転を可能にする企業間関係が存在する(Hall and Soskice 2001, p.28)。一方、自由市場経済では、①一般的に評価可能な情報、リスクおよび評判が利用でき、短期的なファイナンスを可能にするコーポレートガバナンス、②規制緩和された労働市場、低コストの採用・解雇およびフレキシブルな賃金設定に代表される労使関係、③一般的なスキルへの投資を可能にする教育・トレーニングシステム、④競争的な企業関係、市場を通じた標準規格設定および技術移転などが存在する(ibid., p.32)。

ここで重要な点は、これらの制度間には制度的な補完関係が存在し(ibid., p.17)、両市場経済には、それぞれ適合的な生産戦略（調整市場経済：漸進的イノベーション、自由市場経済：ラディカルなイノベーション）が存在すること(ibid., p.38)である。制度的補完性の存在は、一方で、ある特定の制度を改革しても、うまく機能しない可能性が存在し、他方で、カギとなる制度を変革すると、他の制度にも変化を及ぼす可能性が存在することを示唆する。適合的な戦略の存在は、それぞれに適合した生産物が存在するために、資本主義があるモデルに収斂することはなく、両市場経済が今後も競争力を持ち続けることを示唆する。つまり、今後も収斂はおこらない可能性が高いのである。

(20) 批判的なレビューとして、例えば、以下のものを参考（Amable 2003, Blyth 2003, Goodin 2003, Hay 2000, 2004, Hancke et. al 2007など。邦語文献としては、山田 二〇〇八)。ホールらも、諸批判に応答している(Hall and Soskice 2003)。

(21) シュミット（Schmidt 2002）によると、フランスに代表される国家資本主義は、①国家により組織化された企業関係、②対立的なため国家によるコントロールが必要な労使関係、③主導的な国家という特徴を持つ。後の論文(Schmidt 2006)でも強調されているように、彼女によれば、国家をＶＯＣに位置づけることは三つの意義がある。第一に、国家が重要な役割を果たす資本主義レジームとして国家主導経済の存在を認識でき、第二に、近年の変化を動態的に把握する上で示唆をもたらし、第三に、各資本主義類型における国家の役割の差異を認識することにつながり、調整プロセスの理解につながるのである。

(22) この二つの軸から整理することは、ＶＯＣ論からの知見に加え、シャープとシュミット(Schapf and Schmidt 2000, p.12)

による労使メカニズムの類型化の試みやジョンソン（C. Johnson 1982）による調整メカニズムの整理からも示唆を受けている。シャープらは、国家の関与度（高ー低）と賃金交渉単位の協調度（調整ー非調整）から類型化を試みている。一方、日本の政治経済システムを分析したジョンソンは、まず、国家類型として規制指向型国家と発展指向型国家を提示し、後者における国家と企業の関係を二つに分類する。民間企業による発展目標の設定を国家が支える「自主管理」、企業を国家の管理の下に置こうとする「国家主導」、両者の協力に基づく「官民協調」に分類する。本稿は、アクター（国家および社会パートナー）の関与の程度から、労使間の調整メカニズムや国家ー企業関係を超えて、政治経済システムの特徴を整理できると考えている。

また、本稿と同様の類型化の試みとして、ハンケら（Hancké et al 2007）のものがある。彼らは、ホールらのＶＯＣ論の知見を批判的に継承し、その問題点を克服するため、①階級（利益の多様性）、②多様な連合のあり方（政治的・制度的基盤への注目）、③国家の役割に注目する必要を説き、組織利益のあり方（分裂的ー組織的）および国家・経済関係（密接ー距離を置く）から四類型を提示する。彼らの試みと本稿の試みの差異は、本稿では、まず国家と社会パートナーの両アクターの関与度の差異から経済社会問題に対する調整メカニズムとして四つの理念型を析出した上で、各段階の類型論を考察する点にある。そのため、各国の位置づけなどで差異が生じている。

(23) 本稿と同じような類型化として、ジェソップ（Jessop 2002）は、ケインズ主義的福祉国民国家における多様性に関して、福祉レジームがどのように経済成長メカニズムに組み込まれているかに注目して、四類型（自由主義モデル、社会民主主義モデル、コーポラティスト的モデル、南欧モデル）を提示している。

(24) ワークフェアの類型論に関しては、宮本（二〇〇二）や孫（二〇〇六）なども参照。ペックら（Peck and Theodore 2000, p.122）は、「人的資本開発モデル」と「労働市場拘束モデル」に加えて、「地方政府モデル」と「コミュニティセクターモデル」も提示する。

(25) ジェソップ（Jessop 2002）は、本稿と異なり、「ケインズ主義的福祉国民国家」から「シュンペーター主義的ワークフェアポスト国民レジーム」への移行に関する再編戦略として、新自由主義戦略、ネオコーポラティズム戦略、新国家主義戦略、およびネオコミュニタリアニズム戦略の四類型を提示する。

(26) 競争的コーポラティズムに関しては、Ｍ・ローズ（M. Rhodes 1999, 2001）の研究を参照。彼によると、その特徴は、

①社会パートナー組織が伝統的に弱い諸国で発生し、②政府が主導的な役割を果たし、③十分に制度化されておらず、その都度交渉されるため、安定的ではない傾向をもつ。また、この政労使の新しい協調では、効率と公正の新たな両立が模索される。つまり、政府の主導性を背景とした労使の協調を実現することで、従来の社会政策のバイアスを緩和し、新たな諸問題（新しい社会的リスクなど）に対応する一方で、生産性上昇のための諸政策を導入することが目指されている。イタリアやスペインなどが主要な例と考えられる。

(27) オランダとドイツにおける社会政策改革を比較分析した中で、ヘメレイクらは、ドイツでは、社会パートナーの自律性が高く、国家が限定的な役割しか担ってこなかったという伝統が改革を困難にしてきたのに対して、オランダでは、労使間の協調メカニズムが存在し、それを支える国家の影響力の存在が改革を可能にさせたことを指摘している（Hemerijck and Manow 2001）。

【参考文献】

埋橋孝文（編）二〇〇三『比較のなかの福祉国家』ミネルヴァ書房。

加藤雅俊 二〇〇八「転換期の福祉国家分析に向けて」『法政論集（名古屋大学）』二二八号。

加藤雅俊 二〇〇九「政治経済システムとしての福祉国家の再編」『北大法学論集』六〇巻一号。

新川敏光 二〇〇五『日本型福祉レジームの発展と変容』ミネルヴァ書房。

孫暁冬 二〇〇六『中国型ワークフェアの形成と展開』昭和堂。

ボワイエ、ロベール／山田鋭夫訳 二〇〇五『資本主義ＶＳ資本主義』藤原書店。

三浦まり 二〇〇三「労働市場規制と福祉国家」埋橋孝文（編）『比較のなかの福祉国家』ミネルヴァ書房。

宮本太郎 二〇〇二「社会民主主義の転換とワークフェア改革」日本政治学会（編）『年報政治学　三つのデモクラシー』岩波書店。

宮本太郎（編）二〇〇二『福祉国家再編の政治』ミネルヴァ書房。

――――（編）二〇〇六『比較福祉政治』早稲田大学出版部。

山田鋭夫 二〇〇八『さまざまな資本主義』藤原書店。

Abrahamson, Peter 1999: "The Welfare Modelling Business" *Social Policy & Administration* 33:394-415.
Allan, P. James and Lyle Scruggs 2004: "Political Partisanship and Welfare State Reform in Advanced Industrial Societies" *American Journal of Political Science* 48:496-512.
Amable, Bruno 2003: *The Diversity of Modern Capitalism*, Oxford University Press. (山田鋭夫ほか訳『五つの資本主義』藤原書店, 二〇〇五年.)
Armingeon, Klaus and Giuliano Bonoli (eds.) 2006: *The Politics of Post-industrial Welfare States*, Routledge.
Arts, Wil and John Gelissen 2002: "Three Worlds of Welfare Capitalism or More ? A State-of-the-art Report" *Journal of European Social Policy* 12:137-58.
Bannink, Duco and Marcel Hoogenboom 2007: "Hidden Change: Disaggregation of Welfare State Regimes for Greater Insight into Welfare State Change" *Journal of European Social Policy* 17:19-32.
Bambra, Clare 2007: "'Sifting the Wheat from the Chaff': A Two-dimensional Discriminant Analysis of Welfare State Regime Theory" *Social Policy & Administration* 41:1-28.
Bell, Stephen 1997: *Ungovernig the Economy*, Oxford University Press.
Blyth, Mark 2003: "Same as It Never Was: Temporality and Typology in the Varieties of Capitalism" *Comparative European Politics* 1:213-25.
Bonoli, Giuliano 1997: "Classifying Welfare States: A Two-Dimension Approach" *Journal of Social Policy* 26:351-72.
——— 2000: *The Politics of Pension Reform*, Cambridge University Press.
——— 2003: "Social Policy through Labor Markets: Understanding National Differences in the Provision of Economic Security to Wage Earners" *Comparative Political Studies* 36:1007-30.
Bonoli, Giuliano, Vic George and Peter Taylor-Gooby 2000: *European Welfare Future*, Polity Press.
Castles, G. Francis 1985: *The Working Class and Welfare*, Allen & Unwin. (岩本敏夫ほか訳『福祉国家論』啓文社, 一九九一年.)
——— 1988: *Australian Public Policy and Economic Vulnerability*, Allen & Unwin.
——— 2002: "Developing New Measures of Welfare State Change and Reform" *European Journal of Political Research* 41:613-41.

——— 2004: *The Future of the Welfare State*, Oxford University Press.
——— 2008: "What Welfare States Do: A Disaggregated Expenditure Approach" *Journal of Social Policy* 38:45-62.
Castles, G. Francis and Deborah Mitchell 1993: "Worlds of Welfare and Families of Nations" Pp.93-128 in *Families of Nations*, edited by F. G. Castles, Dartmouth Publishing Company.
Castles, G. Francis, Rolf Gerritsen and Jack Vowles (eds.) 1996: *The Great Experiment*, Allen & Unwin.
Castles, G. Francis and Christopher Pierson 1997: "A New Convergence ?: Recent Policy Developments in the United Kingdom, Australia and New Zealand" *Policy and Politics* 24:233-45.
Cox, Lloyd 2006: "The Antipodean Social Laboratory, Labour and the Transformation of the Welfare State" *Journal of Sociology* 42:107-24.
Deeg, Richard 2007: "Complementarity and Institutional Change in Capitalist Systems" *Journal of European Public Policy* 14:611-30.
Ebbinghaus, Berhard 1999: "Does a European Social Model Exist and Can it Survive ?" Pp.1-26 in *The Role of Employer Associations and Labour Union in the EMU*, edited by G. Huemer, M. Mesch and F. Traxler, Ashgate.
——— 2000: "Any Way Out of "Exit from Work"? Reversing the Entrenched Pathways of Early Retirement" Pp.511-53 in *Welfare and Work in the Open Economy VOL.2*, edited by F. W. Scharpf and V. A. Schmidt, Oxford University Press.
Ebbinghaus, Bernhard and Anke Hassel 2000: "Striking Deals: Concertation in the Reform of Continental European Welfare States" *Journal of European Public Policy* 7:44-62.
Ebbinghaus, Berhard and Philip Manow (eds.) 2001: *Comparing Welfare Capitalism*, Routledge.
Ellison Nick 2006: *The Transformation of Welfare State?*, Routledge.
Estevez-abe, Margarita, Iversen, Torben and David Soskice 2001: "Social Protection and the Formation of Skills: A Reinterpretation of the Welfare State" Pp.104-44 in *Varieties of Capitalism*, edited by P. A. Hall and D. Soskice, Oxford University Press.
Esping-Andersen, Gøsta 1985: *Politics Against Market*, Princeton University Press.
——— 1990: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press. （岡沢憲芙・宮本太郎監訳『福祉資本主義の三つの世界』

ミネルヴァ書房，二〇〇一年）
——— 1999: *Social Foundation of Postindustrial Economies*, Oxford University Press.（渡辺雅男・渡辺景子訳『ポスト工業経済の社会的基礎』桜井書店，二〇〇〇年）
Esping-Andersen, Gøsta (ed.) 1996: *Welfare States in Transition*, Sage Publications.（埋橋孝文監訳『転換期の福祉国家』早稲田大学出版部，二〇〇三年）
Ferrera, Maurizio 1996: "The "Southern Model" of Welfare in Social Europe" *Journal of European Social Policy* 6:17-37.
——— 1998: "The Four "Social Europes": Between Universalism and Selectivity " Pp.81-96 in *The Future of European Welfare*, edited by M. Rhodes and Y. Meny, Macmillan.
Garett, Geoffrey 1998: *Partisan Politics in the Global Economy*, Cambridge University Press.
Goldfinch, Shaun 2000: *Remaking New Zealand and Australian Economic Policy*, Georgetown University Press.
Goodin, E. Robert 2001: "Work and Welfare: Towards a Post-Productivist Welfare Regime" *British Journal of Political Science* 31:13-39.
——— 2003: "Choose Your Capitalism?" *Comparative European Politics* 1:203-213.
Goodin, E. Robert, Heady, Bruce, Muffels, Ruud and Henk-Jan Dirven 1999: *The Real Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge University Press.
Goodin, E. Robert and Martin Rein 2001: "Regimes on Pillars: Alternative Welfare State Logics and Dynamics" *Public Administration* 79:769-801.
Goodin, E. Robert and Anneloes Smitsman 2000: "Placing Welfare States: The Netherlands as a Crucial Test Case" *Journal of Comparative Policy Analysis* 2:39-64.
Hall, A. Peter 1999: "The Political Economy of Europe in an Era of Interdependence" Pp.135-63, in *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, edited by H. Kitschelt, P. Lange, G. Marks and J. D. Stephens, Cambridge University Press.
Hall, A. Peter and David Soskice 2001: "An Introduction to Varieties of Capitalism" Pp.1-68 in *Varieties of Capitalism*, edited by P. A. Hall and D. Soskice, Oxford University Press.

——— and ——— 2003: "Varieties of Capitalism and Institutional Change: A Response to Three Critics" *Comparative European Politics* 1:241-50.

Hancké, Bob, Martin Rhodes and Mark Thatcher 2007: "Introduction" Pp.3-38 in *Beyond Varieties of Capitalism*, edited by B. Hancké, M. Rhodes and M. Thatcher, Oxford University Press.

Hassel, Anke 2003: "The Politics of Social Pacts" *British Journal of Industrial Relations* 41:707-26.

Hay, Colin 1996: *Re-stating Social and Political Change*, Open University Press.

——— 2000: "Contemporary Capitalism, Globalization, Regionalization and the Persistence of National Variation" *Review of International Studies* 26:509-31.

——— 2002: *Political Analysis,* Palgrave.

——— 2004: "Common Trajectories, Variable Paces, Divergent Outcomes ?: Models of European Capitalism under Conditions of Complex Economic Interdependence" *Review of International Political Economy* 11: 231-62.

Headey, Bruce, Goodin, E. Robert, Muffels, Ruud and Henk-Jan Dirven 2000: "Is There a Trade-Off between Economic Efficiency and a Generous Welfare State? A Comparison of Best Case of 'The Three Worlds of Welfare Capitalism'" *Social Indicators Research* 50:115-57.

Hemerijck, Anton and Philip Manow 2001: "The Experience of Negotiated Reforms in the Dutch and German Welfare States" Pp.217-37 in *Comparing Welfare Capitalism,* edited by B. Ebbinghaus and P. Manow, Routledge.

Hemerijck, Anton and Martin Schludi 2000: "Sequence of Policy Failures and Effective Policy Responses" Pp.125-228 in *Welfare and Work in the Open Economy VOL.1*, edited by F. W. Scharpf and V. A. Schmidt, Oxford University Press.

Hicks, Alexander and Lane Kenworthy 2003: "Varieties of Welfare Capitalism" *Socio-Economic Review* 1:27-61.

Huber, Evelyne and John D. Stephens 2001: *Development and Crisis of the Welfare State*, Chicago University Press.

Iversen, Torben and Anne Wren 1998: "Equality, Employment, and Budgetary Restraint: The Trilemma of the Service Economy" *World Politics* 50:507-46.

Jenson, Jane and Denis Saint-Martin 2003: "New Routes to Social Cohesion? Citizenship and Social Investment State" *Canadian*

Journal of Sociology 28:77-99.

——— and ——— 2006: "Building Block for a New Social Architecture: The LEGO Paradigm of an Active Society" *Policy & Politics* 34:429-51.

Jessop, Bob 2002: *The Future of the Capitalist State*, Polity Press.

Johnson, Chalmers 1982: *MITI and the Japanese Miracle*, Stanford University Press. (矢野俊比古監訳『通産省と日本の奇跡』TBSブリタニカ, 一九八二年。)

Kasza, J. Gregory 2002: "The Illusion of Welfare 'Regimes'" *Journal of Social Policy* 31: 271-87.

Kitschelt, Herbert, Lange, Peter, Marks, Gary and John D. Stephens 1999: "Conclusion" Pp.427-60 in *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, edited by H. Kitschelt, P. Lange, G. Marks and J. D. Stephens, Cambridge University Press.

Korpi, Walter 1983: *The Democratic Class Struggle*, Routledge and Kegan Paul.

——— 2000: "Faces of Inequality: Gender, Class, and Pattern of Inequalities in Different Types of Welfare States" *Social Politics* 7:127-91.

Korpi, Walter and Joakim Palme 2003: "New Politics and Class Politics in the Context of Austerity and Globalization: Welfare State Regress in 18 Countries, 1975-95" *American Political Science Review* 97:425-46.

Kühner, Stefan 2007: "Country-Level Comparisons of Welfare State Change Measures: Another Facet of the Dependent Variable Problem within the Comparative Analysis of the Welfare State" *Journal of European Social Policy* 17:5-18.

Levy, D. Jonah 1999: "Vice into Virtue ? Progressive Politics and Welfare Reform in Continental Europe" *Politics & Society* 27:239-73.

Lewis, Jane 1992: "Gender and the Development of Welfare Regimes" *Journal of European Social Policy* 2:159-73.

Mares, Isabela 2003: *The Politics of Social Risk*, Cambridge University Press.

Menz, Georg 2005: *Varieties of Capitalism and Europeanization*, Oxford University Press.

Mishra, Ramesh 1999: *Globalization and the Welfare State*, Edward Elger.

Molina, Oscar and Martin Rhodes 2002: "Corporatism: The Past, Present, and Future of a Concept" *Annual Review of Political*

Science 5:305-31.

O'Conner, S. Julia 1993: "Gender, Class and Citizenship in the Comparative Analysis of Welfare State Regimes: Theoretical and Methodological Issues" *British Journal of Sociology* 44:501-18.

Orloff, Ann 1993: "Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare State" *American Sociological Review* 58:303-28.

——— 1996: "Gender in the Welfare State" *Annual Review of Sociology* 22:51-78.

Peck, Jamie and Nikolas Theodore 2001: "'Work First': Workfare and the Regulation of Contingent Labour Markets" *Cambridge Journal of Economics* 24:119-138.

Pierson, Paul (ed.) 2001: *The New Politics of the Welfare States*, Oxford University Press.

Pontusson, Jonas 2005: *Inequality and Prosperity*, Cornell University Press.

Powell, Martin and Armando Barrientos 2004: "Welfare Regimes and the Welfare Mix" *European Journal of Political Research* 43:83-105.

Quiggin, John 1998: "Social Democracy and Market Reform in Australia and New Zealand" *Oxford Review of Economic Policy* 14:76-95.

Ramia, Gaby, Anna Chapman and Marco Michelotti 2005: "How well Do Industrial Relations and Social Policy Interact? Labour Law and Social Security Law in the Social Protection of Sole Parents" *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 21:249-79.

Ramia, Gaby and Nick Wailes 2006: "Putting Wage-Earners into Wage-Earners' Welfare States: The Relationship between Social Policy and Industrial Relations in Australia and New Zealand" *Australian Journal of Social Issues* 41:49-68.

Regini, Marino 2000: "Between Deregulation and Social Pacts: the Responses of European Economies to Globalization" *Politics and Society* 28:5-33.

Rhodes, Martin 1999: "Globalization, Labour Markets and Welfare States: A Future of 'Competitive Corporatism' ?" Pp.178-203 in *The Future of European Welfare*, edited by M. Rhodes and Y. Meny, Macmillan.

——— 2001: "The Political Economy of Social Pacts: 'Competitive Corporatism' and European Welfare Reform" Pp.165-94 in *The New Politics of the Welfare States*, edited by P. Pierson, Oxford University Press.
Sarfati, Hedva 2003: "Interaction between Labour Market and Social Protection Systems: Policy Implications and Challenges for the Social Partners" *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 19:253-65.
Saunders, Peter 1999: "Social Security in Australian and New Zealand: Means-tested or Just Mean?" *Social Policy & Administration* 33:493-515.
Scharpf, W. Fritz 1997: *Games Real Actors Play*, Westview Press.
Scharpf, Fritz W. and Vivien. A. Schimdt (eds.) 2000: *Welfare and Work in the Open Economy VOL.1.2*, Oxford University Press.
Schmidt, A. Vivien 2002: *The Futures of European Capitalism*, Oxford University Press.
——— 2006: "Bringing the State Back into the Varieties of Capitalism and Discourse Back into the Explanation of Change" Paper Prepared for the Annual Meeting of the American Political Science Association.
Schröder, Martin 2008: "Integrating Welfare and Production Typologies: How Refinements of the Varieties of Capitalism Approach Call for a Combination of Welfare Typologies" *Journal of Social Policy* 38:19-43.
Schwartz, Herman 2000: "Internationalization and Two Liberal Welfare State" Pp.69-130 in *Welfare and Work in the Open Economy VOL.2*, edited by F. W. Scharpf and V. A. Schmidt, Oxford University Press.
Scruggs, Lyle and James Allan 2006: "Welfare-state Decommodification in 18 OECD Countries: A Replication and Revision" *Journal of European Social Policy* 16:55-72.
——— and ——— 2008: "Social Stratification and Welfare Regimes for the Twenty-First Century: Revisiting *the Three Worlds of Welfare Capitalism" World Politics* 60:642-64.
Shaver, Sheila 1999: "Gender Down Under: Welfare State Restructuring in Australia and Aotearoa/ New Zealand" *Social Policy & Administration* 33:586-603.
Soskice, David 1999: "Divergent Production Regime: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s" Pp.101-34 in *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, edited by H. Kitschelt, P. Lange, G. Marks and J. D.

Stephens, Cambridge University Press.
Swank, Duane 2002: *Global Capital, Political Institutions, and Policy Change in Developed Welfare States*, Cambridge University Press.
Swank, Duane and Cathie Jo Martin 2001: "Employers and the Welfare State: The Political Economic Organization of Firms and Social Policy in Contemporary Capitalist Democracies" *Comparative Political Studies* 34:889-923.
Taylor-Gooby, Peter 2002: "The Silver Age of the Welfare State: Perspectives on Resilience" *Journal of Social Policy* 31:597-621.
Taylor-Gooby, Peter (ed) 2004: *New Risks, New Welfare ?*, Oxford University Press.
Theodore, Nik and Jamie Peck 2000: "Searching for Best Practice in Welfare-to-Work: The Means, the Method and the Message" *Policy & Politics* 29:81-98.
Trampusch, Christine 2006: "Industrial Relations and Welfare States: The Different Dynamics of Retrenchment in Germany and the Netherlands" *Journal of European Social Policy* 16:121-33.
——— 2007a: "Industrial Relations as a Source of Social Policy: A Typology of the Institutional Condition for Industrial Agreements on Social Benefits" *Social Policy & Administration* 41:251-70.
——— 2007b: "Industrial Relations as a Source of Solidarity in Times of Welfare State Retrenchment" *Journal of Social Policy* 36:197-215.
Wilensky, L. Harold 1975: *The Welfare State and Equality*, University of California Press. (下平好博訳『福祉国家と平等』木鐸社、一九八四年。)
Wood, Stewart 2001: "Labour Market Regimes under Threat ?" Pp.368-409 in *The New Politics of the Welfare States*, edited by P. Pierson, Oxford University Press.

論　説

被害者の承諾（九・完）

――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）　（以上、五八巻五号）
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
第四節　盗品等関与罪　（以上、五九巻二号）
第五節　小括
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾
第一節　はじめに
第二節　住居侵入罪　（以上、五九巻三号）
第三節　監禁罪
第四節　小括　（以上、五九巻四号）
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾について
第一節　はじめに
第二節　殺人罪（同意殺人罪）
一　はじめに
二　殺人罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について　（以上、五九巻五号）
三　同意の真意性について
四　錯誤・強制に基づく同意
五　その他の要件
六　まとめ　（以上、五九巻六号）
第三節　傷害罪
一　はじめに
二　傷害罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位とその制限可能性について
三　同意傷害罪の成立範囲（判例の紹介・分析）

四　錯誤・強制に基づく同意
五　その他の要件
六　まとめ
第四節　小括
結語　――総論への示唆――
一　被害者の承諾の犯罪論体系上の地位
二　有効な承諾の成立要件
三　今後の課題

（以上、本号）

第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾について

第三節　傷害罪

一　はじめに

日本刑法二〇四条は「人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する」と規定している。被害者の承諾の総論的検討において、もっともテーマとして取り上げられるのはこの傷害罪である。しかし、これまでの熱心な議論にもかかわらず、現在でも承諾論が広く議論され続けているのは、傷害罪の複雑性ゆえであるといっても過言ではないだろう。なぜなら同意傷害として問題となりうる行為は、髪を切る、爪を切る、ピアスをあける、刺

青をするといったささいなものから始まって、指をつめる、臓器を摘出する、四肢を切断する、前頭葉を切除するといった重大なものにまで及んでいるからである。前半の部分は、「身体は個人法益であり、個人はそれを自由に処分できる」というテーゼがふさわしいように思われるが、後半部分は、このテーゼに疑問の余地が生じる。それゆえに傷害罪という一つの罪の中で、承諾論における様々な問題が表出するのである。

本節の目的は傷害罪に係る承諾の様々な側面について検討することである。具体的には、傷害罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位、犯罪阻却の根拠、処分権の制限の可否について検討することであり、また有効な承諾の要件について検討することである。なお本稿の方法論によれば、このような検討のために、まず傷害罪の法益の性質を確定することが重要となる。ゆえに、以下ではまず傷害罪の法益について、そしてそれに関する承諾の犯罪論体系上の地位について、加えて承諾の制限の可否・程度（二）について論じたい。これらの問題の帰結は、必ずしも相互にリンクするものではない、つまり法益論や本罪に関する承諾の犯罪論体系上の地位が確定したからといって、承諾の制限の可否や程度が当然推測されるといった種類のものではないが、それらは議論するにおいて全く無関係ではいられないのであり、それゆえ同じ項で扱うことにする。その後、傷害罪独自の問題領域である同意の制限についての判例を紹介・分析し（三）、またこれらの検討から導かれた傷害罪における承諾の性質を基礎にして、錯誤・強制に基づく承諾について（四）、更にその他の要件について（五）検討していきたい。

二　傷害罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位とその制限可能性について

傷害罪の保護法益は、身体である。おそらくこのことは学説上広く認められていることであろう。しかし、「身体」

という法益の性質については、一部で争われているようである。すなわちそれが誰の法益であるのか、そして処分権との関係はどのようになっているのかという点である。それゆえにまた、本罪における被害者の承諾の法的性質も争われている。本稿では傷害罪の法益と被害者の承諾の関係について、そして多くの場合それとリンクして議論される傷害罪における承諾の制限の可否・程度について検討したい。以下ではまず日本の議論の基礎となっているドイツの議論を紹介・検討する。その上で日本の議論について検討したい。

（一）ドイツの議論

ドイツの現行刑法には、周知のように同意傷害罪についての条文がある。ドイツ刑法二二八条は「被害者の同意をえて傷害をおこなった者は、その行為が同意にもかかわらず良俗に反するときにのみ、違法に行為したものである」と規定している。この条文から明確に二つのことが読み取れる。まず被害者の承諾は傷害罪においても有効であることであり、次に場合によってはその承諾の効果が制限されることである。このような規定に対しては、「良俗違反」という文言が明確性の原則に反するゆえに憲法違反であるとの批判もなされてはいるが[1]、ドイツ立法者はこのような異議にもかかわらず、この条文を維持し続けているし、また判例・学説も「良俗違反」を客観化するあるいは制限的に適用することで明確性を確保しようと努めているのであって、二二八条の削除は現実的な問題としては捉えられていないようである[2]。

二二八条の文言である「良俗違反」の明確性については、条文のあるドイツ独自の問題であるので、以下ではそれよりも奥にある問題、すなわち（仮に条文がなかったとしても）そのような制限がそもそも可能であるのか、可能ならどのような制限であるべきかについて検討したい。

①自由主義的な法益論を徹底して同意傷害を不可罰だとする説

純粋に自由主義的な法益論に基づけば、それが被害者自身の法益である限り、生命・身体に対する罪においても被害者の承諾は例外なく行為の可罰性を排除することになる。[3] R. シュミットは前節で紹介した承諾論、とりわけ自由主義的な法益論に加え、二二八条は、ナチスドイツにおいて国民の人口政策のため、つまり同意断種を可罰的とするために作られた条文であるゆえに、今日においてはナチス時代の目的はもはや利用し得ず、[5] また人間の身体は一身専属的な法益であるので、そのような規定は不適切であると主張した。[4] さらに彼は明確性原則違反の主張を加えて、二二八条は違憲ゆえに無効であると解したのである。

同様にリベラルな刑法のコンセプトを開始点とするカーグルも、二二八条は削除の必要があると主張した。[6] 彼は、身体という行為客体が法益としての価値をもつ理由を、個人がそれに価値を見出していることだと考え、そうでない場合は、身体は単なる客体であり、法益ではないと考えた。そしてまた、これまで二二八条を正当化するために主張された様々な見解を否定することで自説を強化した。まずカーグルによれば、ドイツで有力に主張される、被害者の自律的決定には欠缺があったとして二二八条により被害者自身を保護するという態度（詳細は後述）は間違いである。同意能力との関係で、同意者に決定の自由が存在しているのであれば、彼を彼の自由の利用の結果から保護することは刑法の課題ではないからである。[7] 人の自律性の質は、公的な機関が具体的な選択を無分別やモラル違反、あるいはさらなる意味において社会的に有害であると評価できるか否かには左右されないのであり、決定の内容を第三者の評価に左右させるときは、それによって自己決定が否定されてしまうという。またこちらもドイツで有力に主張されている見解であるが（同じく詳細は後述する）、（一般予防的な意味で）第三者の保護を理由に同意を制限する見解に対しては、以後の傷害の予備行為として当該行為を処罰することになってしまい、合意的に傷害をした具体的な行為者はそのような状況

について責任を負うべきではないし、公共の利益の保護を理由に同意を制限する見解に対しても、このような見解は、社会の存在はその構成員の利益に反しても維持する必要があるような積極的な独自の価値を有していることの受け入れを意味しているとして批判している。[8] そしてカーグルによれば、個人の身体は個人の利益以外の利益を有しておらず、同意によって常に違法性は阻却されるのである。

これらの見解は、個人法益としての「身体」からスタートし、それは常に処分可能だとして、同意の一切の制限を否定するものである。このような見解は殺人罪との関係をも顧慮すれば、同意殺人（要求に基づく殺人を含む）を不可罰とする又は同意殺人の場合は生命とは別の法益が保護されていると解する限りで首尾一貫することになるが、その帰結が一般に受け入れ難い点で問題である。だからこそドイツにおいては、二二八条の正当性を主張し、何らかの根拠でもって身体傷害への同意に制限を設ける見解が有力なのである。

②傷害罪に「身体」とは異なる法益を付与して同意の制限を正当化する見解

人の体はその人のものであるというテーゼを維持しつつ、傷害罪における被害者の承諾を最も矛盾なく制限できる方法は、（同意）傷害罪の法益は身体ではないと言ってしまうことである。しかし前述のように、同意殺人の場合とは異なって、傷害罪に身体とは異なった法益を付与する見解は非常に少数である。なぜ類似の法益にもかかわらず、このような違いが生じるのか。確かに二一六条の特権的構成要件という性質と、そうではない二二八条という条文の違いも影響を与えているように思われる。しかし二一六条の議論は要求に基づく殺人のみならず、通常の殺人罪に分類される同意に基づく殺人の場合にもあてはまるものであるから、この差異は決定的なものではないであろう。むしろ重要なのは、傷害罪は多様な結果をもたらすが、殺人罪の結果は一つであるということであるように思われる。ささやかな傷害から、命にかかわる重大な傷害までをカバーする傷害罪においては、完全に個人を離れた法益を設定することは難しいのであ

る。しかし、それをやってのけたのがゲーベルであった。ゲーベルは、二一六条に個人法益「生命」とは別の法益を付与したが[9]、同じことを傷害罪でも行った。

彼の議論の特徴は、二二八条を二一六条とリンクさせて考えることである[10]。自己決定の基礎は生命だけではなく、身体的完全性の核の部分にもあるので、重大で取り返しのつかない傷害は、部分的な殺人であると解するのである。それゆえにそのような部分の侵害は、たとえそれが当事者の意思に基づいて行われたとしても、一般的に許容されないという[11]。ここで侵害されるのは、重大な傷害の非許容性についての一般的な期待（二一六条でいう平穏）であり、それこそが法益ということになる。

つまり、傷害罪には個人の放棄することができない「重大な傷害の非許容性についての一般的な期待」という法益が存在するのである。そして、このような期待を侵害する行為、つまり部分的殺人を意味するほどの重大な傷害が行われた場合に限って、承諾は無効となる。

確かにゲーベルの見解は、生命と身体の連続性を顧慮し、また身体は個人のものであるとの前提を無理なく維持できている点で優れているように思われる。しかし、「重大な傷害の非許容性についての一般的な期待」が、それ自身法益として保護に値するかは疑問であろう。動物愛護管理法のような、所有権にかかわりなく生物を保護できるような法とリンクさせるその思考方法は、しかし、動物が虐待に承諾していない点に留意すべきである。

このように考えると、やはり「身体」以外の法益を傷害罪の法益として想定することには困難があるだろう。

それでは傷害罪の保護法益が一般的に認識されているとおり、個人の「身体」だとして、果たして同意傷害はなぜ一部で許容され、そしてまた一部で制限されるのだろうか。

③「身体」は純粋に個人の法益（利益）ではないとして同意の制限を正当化する説

R．シュミットと同じように純主観的な法益論から議論を開始させる論者や、主観的な法益論をとらないまでも自己決定を広く認める論者は、そのような理論的基礎から二二八条の正当性を導き出すことに苦労することになる。

そこで本罪の純粋な個人法益性を否定して、傷害罪は純粋に個人的な利益（処分権）のみを保護しているのではなく、社会的な利益をも保護しているという考えや、同じく傷害罪では処分権ではなく、絶対的な価値の「身体」が保護されるという考えが持ち出されうる。

たとえばヴァイゲント[12]は、（殺人罪の際と同様に）身体は純粋な個人法益ではなくすべての個人の生命と健康が維持されたままであることについて公共の利益が存在すると主張する[13]。ここでいう公共の利益とは社会の自己維持の利益であって、傷害罪においては、自らの健康に関する処分の可能性の制限は、当事者が侵害によって長時間、一方では社会生活の利益に参加し、他方では社会が彼に向けた期待を充足できなくなった時にのみ正当化されると考えた。ただし、第一義的には身体の完全性についての処分権の保護を重視していて、それゆえに自傷行為は可罰的ではないことになる。つまり、公共の法益としての「身体（の維持の利益）」を考慮するのである。

しかしヴァイゲントの見解にもやはり問題がある。もちろん、個人の身体に関して国家、公共の利益を認めることへの違和感もあるのだが、何よりこのような利益は同意傷害でなくとも侵害しうることである。物理的にこのような期待が果たせなくなることと、ただこのような期待を果たさないことに、それほど大きな違いがあるかは疑問である。

また、シュミッドホイザーは、主観的な法益論を前提とするが、傷害罪については殺人罪と同じように被害者の同意に相対的な重要性しか与えない、つまり一定の制限を加えている。この制限の際には、生命・身体に関係した犯罪類型[14]には、「個人は他人によって犠牲にされない」ということについて社会の利益があるとの主張がなされることになる。ここで重要なのは「人間の尊厳が侵害されたか否か」であって、ゆえに重大な侵害行為がおこなわれた場合には二二八

条の良俗違反が満たされるのである。[15]

シュミッドホイザーの見解は、同意に相対的な価値しか与えず、逆に（人間の尊厳が侵害される場合に限ってとはいえ）「身体」に絶対的な価値をもたせる点で私見と一致している。しかし、その「身体」が、誰のものか分からない点で問題である。シュミッドホイザーの理論によればおそらくそれは国家・公共の法益ではない。しかし、個人のものだとすれば、今度は彼の主観的法益論が根本から崩れることになる。つまり、個人法益に対する罪では処分権が保護されているものが「多い」、程度の二元説になってしまうのである。「人間の尊厳」が法益だとしない限りは、主観説を貫くことができないが、そのような法益が傷害罪として保護されているかは疑問である。

これらの見解は、個人法益に関しては同意があれば常に構成要件が排除されるという一元説のテーゼを出発点としたうえで、客観的な存在としての「身体」をイメージして、その維持が公共の利益（法益）である、又はそれ自体が絶対的な価値をもつとして、二二八条の正当化を導いている。

④「身体」を純粋な個人法益であるとしつつ、同意の制限を認める見解

殺人罪と同様に、ドイツにおいては多くの論者が、傷害罪の法益を個人法益である「身体」だと解している。しかし、上述のように、この「身体」が法益所有者の意思を含む身体であるのか、客観的な身体そのものであるのかは論者によって様々である。以下ではまず一元説の立場が、傷害罪における承諾を、そしてその制限をどのように解しているかについて検討する。

まずロクシンは、殺人罪とリンクした主観的な法益理解からスタートして、憲法に基づく自己決定は、他人の権利、憲法に合致した秩序、そして良俗法（Sittengesetz）の限界までしか保障されていないとし、[16]二二八条は正当化できると考えた。[17]しかし、そこから純粋にモラル的な根拠からの処分権制限の許可を導くことは許されないとして、ここで

いう良俗法は、その侵害が社会的な害悪をもたらすような倫理的な原則だけであると解した。なぜなら、第一にモラル的な原則それ自身はそもそも刑法の保護の対象ではないし、第二に明確性の原則も法益と引き離されたモラル的な判断を直接顧慮することを禁じているからである。我々の多元的で、一部では多文化的な社会においては、モラルの原則について法的安定性を保証する一致をもはや達成することができないのである。

そしてまた、良俗法をモラルと考えることは、ドイツ刑法二二三条以下の法益をも見誤ることになるという。ここでの保護法益は身体であって、モラルではない。このようにロクシンは二二八条の正当性を認め、また、同意制限の基準が法益である「身体」との関係で導かれることを明らかにした上で二二八条の制限の範囲をより詳細に導き出すことに尽力した。

結論から言えば、承諾が制限されるのは第一に具体的に生命に危険のある傷害が問題であるときであり、第二に確かに生命の危険はないが、取り返しのつかない重大な身体傷害が、被害者の立場からも理解可能な理由なく惹起されたときである。[18] 前者については、明白で真意の被殺者の要求にもかかわらず、殺人を処罰する二一六条のコンセプトから、具体的に故意に生命を危険にさらすことは、それがリスクのある手術のように生命を維持させるのに貢献しない限りで、被害者の同意にかかわりなく良俗違反であるという考えを導き出したのであり、[19] 後者については、断種や性転換を例に上げ、このような場合は客観的に考えても人格の自由な発展の表明として受け入れられるが、そうでない場合には、同意は法益所有者の生活の発展可能性を保障すべきであり、その損壊を保障すべきではないとの考えから導き出したのである。[20]

なお注意しなければならないのは、確かにロクシンは個人の自己決定、自由主義的な法益論を重視する立場ではあるが、このような制限は被害者の利益のためというよりは、むしろ社会的な利益のために行われると考えているようであ

る。ロクシンによれば二一六条の制限と同じように、公共も第三者による身体的な完全性の中心的部分への侵害をタブー化することに利益をもつことが同意制限の根拠となる。[21] それは一般予防的な理由からであり、[22] またそのような（同意傷害の結果としての）障害者はしばしば国家的な看護や支援を要求しなければならないからである。

他方、主観的法益論を明言しないまでも、同意は構成要件該当性排除事由であるとするホルンとヴォルタースも、二二八条は彼の（刑法的にも保護されている）財について自律的に処分する権利をも含む基本権的に保障された一般的行為の自由の表れであるとしたうえで、このような自由は再び良俗の留保によってその限界を見つけると説明した。[23] ロクシンと類似のこのテーゼから導かれる帰結は、しかしロクシンのそれとはかなり異なっている。ホルンとヴォルタースは、身体の完全性という法益がそもそも処分可能であるとすれば二二八条の意義を「彼自身の短絡性」からの被害者の保護に見出すこと（パターナリズム）、そしてそれゆえ行為の良俗性を専ら構成要件該当の法益侵害の重要性に基づいて判断することは首尾一貫していないとして、[24] 二二八条の制限は傷害の重大性ではなく純粋に「良俗違反」の問題であると主張した。[25] というのも、もしある人が医師の侵襲によって、たとえば目や腎臓あるいは歯を失ったときには、それが二二八条にあたるか否かは具体的な侵害が貢献するであろう目的が非難されうるかだけに左右されうるからである。しかしさらに、およそ「目的がない」こと、あるいは十分に積極的な目的性のないことが、合意的に行われた侵害を良俗違反へと導くような見解は否定されるべきであるとして、結局、二二八条と基本法とが一致する形での、自己答責的に身体的利益を利用した市民の保護は、犯罪行為の予備、実行、隠蔽あるいは偽装の目的で行われた傷害だけを良俗違反と解することによって達成されうると解した。[26]

犯罪目的のみを顧慮する見解に対しては、犯罪が既遂にいたれば、傷害行為は少なくとも目的とされた犯罪の共犯で処罰されるし、未遂以前ではそれぞれの犯罪の未遂・予備で処罰され、あるいは処罰されないときはその必要がないこ

とが明らかにされているのであって、これは法律によって裏付けられない保護法益の取替えであるという批判[27]、二二八条の文言からはこのような制限は導けないし、場合によっては、これは事実に見合わない二二八条の拡大へと導くとの批判[28]がなされている。

最後に、同じく一元説に依拠するフリッシュの見解を紹介・検討したい。彼の理論によれば、（二元説がいうように）傷害の不法はすでに自然主義的な傷害によって完全に基礎付けられ、このような不法は確かに同意の際には通常は欠けるが、良俗に反した同意にはこのような効果はふさわしくないとの理解は、以下のような理由で適切ではないという。すなわち、ある身体侵害あるいは財の変化が不法とみなされるのは、ただこのような状況が原因なのではなく、我々が変化を黙示的に他人の意思の侵害として、それゆえその限りで存在する法的な関係の破壊としてみなすからである[29]。それゆえにのみ、同意の際に不法が排除されるということが適切で、首尾一貫している。このような主観的法益論から開始して、フリッシュはさらに、憲法にも基づく自由は良俗法にその限界を見出すといった事情はここでは関係ないとして、同意の良俗性違反は、事象が良俗に反しているゆえに、そもそも違法として示される根拠を打ち立てるかもしれないが[30]、傷害罪独自の不法は、同意者の意思決定がその他の点で自律的な決定である限り、それを基礎付けないと解した。つまり同意の制限の前提はあくまでも同意が自律的な法益放棄の表明としてみなされえないときであって、理論上は有効な同意に基づく傷害はすべて不可罰ということになる。しかし、フリッシュはそこから二二八条の削除へは行きつかなかった。なぜならば、フリッシュによれば、二二八条はこれまで認識されている状況（同意無能力、意思の欠缺）に並ぶ無効な同意についての更なる規則であるからである[31]。つまり同意の解釈と法的な同意の規則は、財の所有者の自律的な決定を助けるというだけではなく、ある人の自律的な決定の表明ではない同意意思表明が、財の侵害へと導くことを妨げることもできる。しかし同意無能者の同意を無効とすることや、一定の錯誤・強制がある場合に同意の効力を否

定するようなこれまで展開されてきた議論は、それを限定的にしか保障していない。それは、同意無能力や重要な意思の欠缺の状況の範囲が十分に解明されていないからである。このように考えた上でフリッシュは、同意無能力や意思の欠缺の状況に存在する核心部分についての検討を行い[32]、そのような者達が合理的な決定をできないことが、自律的な表明の否定を正当化したのだと考えた。このことから、合理的な人はそのように決定しないだろう場合には、もはやそれは自律性の表明として理解可能ではないのであって、そのために同意能力や重要な意思の欠缺といったカテゴリーとは独立して、一定の同意の際に傷害の禁止に固執し、それに反する行為を傷害として処罰する必要があるという帰結に至ったのである。これはパターナリズム的な後見ではなく、純経験則的な同意の自律性の問題である。フリッシュのこのような理論によれば、二二八条の際には、明白なあるいは理解可能な理由なく要求された取り返しのつかない結果をもつ重大な侵害が、良俗違反として認められることになるのである[33]。それに対して犯罪者の整形は合理的でないということができないので二二八条にはあたらないし、一時的な軽い傷害も、些細な傷害を行ったり許したりすることには、かなり多様な合理的理由があるので二二八条にはあたらないと考えた。結論的には近年ドイツで試みられている傷害の重大性を重視する制限的な解釈と同じ帰結が導かれることになったのである。

フリッシュのこのような見解に対しては、意思の欠缺や認識能力が欠けている場合とは異なり、ここでは当事者は彼が何をするのか知っているのであって、無分別は何の問題もなく人の自律性の限界を打ち立てたりはせず、むしろ人間は原則的に自己責任で無分別に行動することが許されているという批判[34]、分別といった基準は行為にむけられた良俗違反のそれよりもなお不明確な基準であるといった批判[35]、自律性の欠陥は同意能力の問題であって、二二八条がなくても正しい解決が与えられうるといった批判[36]、二二八条の文言と一致しないとの批判[37]がなされている。

フリッシュの見解は、主観的法益論を開始点として、公共の利益も憲法上の良俗制限も傷害罪の法益として理解され

た身体の完全性の侵害を肯定することはできないとする点で、一元説の中ではもっとも首尾一貫している。しかし、彼が後に展開する理論、すなわち不合理な決定は自律的なそれではないというテーゼに批判が集中することになった。

このように一元説はその法益論ゆえに二二八条の正当化に苦心することになるのだが、これらの見解は大きく分けて基本法による自己決定の制限を根拠にする立場と、被害者の自律的決定を否定する立場に分かれていたことが明らかになっただろう。

それでは主観的な法益理解を否定し、自然主義的な傷害を構成要件該当の法益侵害とする二元説は二二八条をどのように正当化するのだろうか。二元説は被害者の承諾を正当化する理論に基づき、大きく二つの道筋にわかれている。一つは同意を法的保護の放棄とみなして、政策的な考察で同意の効力を制限する方法であり、もう一つは同意に法益衡量の原理を当てはめて、傷害の重要性と自己決定の重要性を比較衡量する見解である。

前者の見解を代表する論者はヒルシュである。ヒルシュは、まず、一元説のような法益の解釈は、すでに刑法三四条（正当化緊急避難）の実定法的な概念理解と矛盾していることを主張した。条文に列挙されているように、身体、活動の自由、名誉、所有権、そしてその他の個人的な法益は、それだけで原則的に法秩序の保護を受けており、そして少なくともまた憲法によって保障された価値であるというのである。[38] このような個々の法益は法律によって特別な保護価値として認められていて、単なる権利者の意思への（間接的な）侵害の行為客体を意味しているのではないので、基本法二条一項の行動の自由だけが、同意の影響を決定するために援用されることは許されないという。このような法益論は当然傷害罪にもあてはまり、傷害罪の法益は身体そのものであって、被害者が法益侵害に承諾をした場合には、（刑事政策的な判断の内部で）決定の自由の顧慮と個々の規範の保護目的が衡量され、場合によっては違法性が阻却されることになる。[39]

ヒルシュはこのような総論的な基本的視座に基づいて、傷害罪の同意の制限の詳細については以下のように考えた。それによれば、第三者の侵害に対する法益の保護は、完全に個人の自由処分のために用意されているのではなく、法秩序によって許容可能な範囲でのみそうされているので、行為が良俗違反であるときには規範の放棄についての法益所有者の権限の制限が問題となる[40]。そしてここでは、良俗の基準を行為の目的にあわせるべきではない[41]。それは法が行為だけを顧慮するよう要求しているのに、同意の良俗違反だけを問題にしてしまうからである。また、同意でもって行われた傷害を、ただ良俗的にマイナスに評価されるべき目的があるからといって違法にしてしまえば、二二八条はもはや真の同意規定でなくなってしまう。なぜなら許容しうる同意の本質は、まさに各々の規範によって保障された刑法的な保護についての原則的に自由な処分にあるからである。文言に反して同意規則の機能を二二八条から奪いたくないのであれば、原則的に行為の良俗違反について決定的となるのは、構成要件的な法益侵害の特別な重要性、すなわち結果の範囲・危険の程度・故意あるいは過失を顧慮して、傷害が同意にもかかわらず違法であるかどうかなのである。SMや犯罪目的といった動機は身体の完全性の必要な保護の程度と何の関係もないので、つまり傷害罪の法益とは係わりがないので、良俗性の判断の際には独自の重要性をもたないことになる。ただし当該傷害がそれ自体だけを顧慮すると良俗違反とみなされるが（つまり結果は重大であるが）、そのような消極的な評価が積極的あるいはいずれにせよ理解できる目的によって補われるときには、例外的に、二二八条にとって目的が重要になる。その際違法性を左右するのは、そのような犠牲においても、それを合意的に実現することにふさわしいとみなされるほど、その目的が重要か否かである[42]。このように一部にだけ目的を考慮している見解に対しては首尾一貫していないとの批判がなされることになるが、これに対しても彼は、積極的な目的が加わることで違法性が左右される領域において重要なのは、法益侵害の強度をひとめ見て、自由処分の領域から離された場合であって、ここでは加えられた要件が正当化のために役割を果たすことに

なると反論する。[43] つまり、個人が法的保護を放棄できるか否かは、傷害の重要性を見る段階で終わっているのであって、それ以降は本人の放棄の問題ではなく、更に別の問題であると解するのである。結局、プラスの目的は同意の問題ではなく、社会秩序が積極的にそのような侵害を許しているかという問題へ移るといえよう。

一方でヒルシュと同様、同意はあくまで法的保護の放棄にすぎないというテーゼからスタートし、しかし同意の制限においては目的をも考慮するという見解も有力である。たとえばシュトレーは、二二八条の制限の基礎にあるのは、殺人罪において同意による正当化が排除されるのと同じように、同意でもって表明された法的保護の放棄にもかかわらず、それが社会倫理的な価値イメージに反するときには保護法益は第三者の介入には委ねられるべきではないという考えであると解する。[44] 社会倫理的な無価値判断がなされるところでは、第三者の身体的侵害は許されないことになるのである。そして良俗違反のうけいれは民法から引き出されることになるのだが、それは思慮分別に従って疑われえないような一般的に普遍的な価値基準が明白に良俗違反である場合に制限されるのであって、[45] 行為について確かな価値判断が提供できないところでは被告人は無罪とされなければならない。そして判断資料には行為の目的も含まれるのであり、たとえば身体の一部を切断するといった行為の場合、行為目的を含むことなく、身体侵害が良俗違反かといったことはしばしば全く事実にみあって判断することができないのである。[46] 行為者が積極的な目的（たとえば臓器移植目的の臓器の摘出）を追求している限り、目的には重要性が認められるとするのが一般的である以上、翻って行為の良俗違反性にも、重要性が拒絶されえないことになる。

その一方で、シュトレーは行為の目的は、それが侵害の種類と範囲を顧慮することなく単独で判断基準となることは許されないと考える。[47] 行為は「同意にもかかわらず」良俗に反していなければならないので、法的保護の放棄は常に同意に顧慮されることになる。些細な侵害の際には良俗違反の目的は、身体を法益所有者の意思に反して保護するほど

の強い効果をあらわさないのであり、そうでなければ身体の保護が単に他の利益の保護のための手段としてもちいられる危険をおかすことになるからである。従って些細な傷害の際には、行為者がサディスティックな目的を追求していたことや、犯罪目的であったことも、同意の良俗違反のためには重要ではないことになる。[48]

これらの見解は、いずれも客観的な侵害行為によって構成要件該当の法益侵害を肯定し、他方で自己決定の表れである同意という正当化事由によって、被害者の法的保護の放棄を認める見解である。このような見解に基づいても、二二八条における良俗性の基準は一致しておらず、一方では二二八条の目的と文言を理由にそれを結果の重大性に求め、他方では行為と目的が不可分の存在であることを理由に、結果の重大性を顧慮しつつも、目的の重要性を判断材料に加えている。

このような、同意を法的保護の放棄と解する見解に対して、同意は法益衡量に基づく正当化事由であるとする見解もある。序論ではその代表としてノルを挙げたが[49]、現在でもこのような考えは一部で支持されている。ただし、以下で紹介する論者は、ノルのように同意と傷害の結果を衡量するだけではなくて、立法意思を探るというより政策的な方法論に基づき、より複雑な検討を行っている点に注意するべきであろう。

ハートゥングによれば、被害者の同意にもかかわらず行為が良俗に反している時に傷害を違法と確定することは、刑法二二八条をおいて処罰の対象となる行為規範の重要性を有しているという。すなわち行為が行為者に禁じられるのであって、このような諸行為規範は立法府の衡量に基づいている。[50] 立法者は実際に存在する利益と不利益を考量し、不利益が上回ったときに行為を禁止する。そこで次に問題となるのはそれぞれ衡量の秤にのせられた（あるいは具体的な事例においてのせられるべき）材料は何かということである。天秤のマイナス側の皿にのせる要素に関してハートゥングは、重要なのは「他人を傷害してはいけない！」という刑法規範の対象である不利益、つまりは傷害結果であると考

えた。しかし彼はノルと異なり、すべての傷害結果をマイナスの皿に乗せない。というのも、彼は、立法者が被害者の同意にもかかわらず傷害を禁止するとき、それは被害者の自己決定への介入を意味していると考えるからである。このような自由への介入は以下の理由で許されることになる。つまり、一定の場合において国家は市民を自傷あるいは自己危殆から保護することが許されているからであり（パターナリズム）、また国家はもっとも重要な法益である生命と健康の保護のために、ある市民が他人の生命（二一六条）や身体（二二八条）を侵害することを禁止することが許されているからである。[51] 後者は教育的な効果を有するものであって、すなわち他人を殺害することの禁止は、他人のその法益は我々によって尊重されねばならない、それは我々にとってタブーであるという見解を強固にするものである（タブー化）。このような後見とタブー化は、死や重大な健康障害が差し迫っている時にはじめて釣り合いがとれるし、合憲的であるので、結局、良俗違反を決定する際に秤のマイナスの皿にのせられるのは、客観的に重大な健康障害や死の危険を作り出す傷害ということになる。

他方でプラスの皿にのせられるのは、あらゆる利益であり、なぜならそれが一般的な正当化の体系に適応しているからである。[52] 行為にプラスの材料を提供するすべてのものは、ここでの重要性をもたらす。すなわち、まず常に被害者の自己決定がのせられることになり、状況次第では、被害者の生命を救うチャンス（手術等）や他人の法益の保護（去勢や臓器提供）であり、あるいは他の法的に認められた利益（ボクシングやオートレース）である。しかしこれらの利益はもちろん、その実現のために行為が必要である時にのみプラスの材料としてカウントされることになる。これも一般的な正当化の利益衡量の原則であるといえよう。

ハートゥングの見解は、ノルのように軽重にかかわらない傷害の結果と、目的によって重さの異なる自己決定を比較するのではなく、憲法的に自己決定の制限が許される程度の傷害の結果を一方の皿にのせ、他方の皿には、その自己決

定とさらにそれを補強するプラスの価値をのせることによって利益の衡量を行う点に特徴がある。この理解によれば、ノルとは異なり、自己決定の価値（重さ）は目的の具体的内容によって左右されず、一定の価値を有するものとして理解することができるし、序論で述べたような自己決定の価値（重さ）を一定に保つ日本の法益衡量説とは異なり、追求した目的がプラスの価値を持つ際の、たとえば臓器提供の際の解決が容易になるのである。その一方で実は、刑罰介入の直接的な根拠は、マイナスの材料を取り出す際に顧慮されたパターナリズムと他人の生命のタブー化でもってはじめて正当化できるものであり、純粋な利益衡量説とは若干性質が異なっている点にも注意すべきであろう。確かにこの見解は、被害者の同意を他の正当化事由と同じように説明できる点で優れているが、上述のような二度手間が、果たして必ずしも必要かどうかは議論の余地があるだろう。

以上が、二二八条に関するドイツの学説である。ここでは、まず同意傷害罪の保護法益が何かが問題となった。一部の説によれば、それは身体とは異なる何か（平穏や秩序）であり、多数説によれば「身体」である。そして後者を選択した場合、次に「身体」は誰の法益かが重要となり、少数説によれば個人と国家（公共）の、多数説によれば個人の法益ということになる。なお、少数説は決して国家主義的な見解ではなく、個人法益は常に処分可能であるという一元説的でリベラルな法益論を徹底したゆえの帰結であった。最後に多数説を選択した場合、つまり個人法益である「身体」が傷害罪の保護法益であると解した場合、その法益を一元説的に解するか二元説的に解するかが再び問題となる。一部の学説によれば、それは個人の処分権と不可分一体の被害者の主観をも含んだ「身体」であり、他の学説によればそれは客観的に存在する「身体」そのものである。前者に依拠した場合には、二二八条の説明が困難になるので、ここではさらに、二二八条を体系違反と解する見解と、二二八条はそもそも錯誤や同意無能力と同じ自律的な自己決定を（その不合理性ゆえに）類型的に否定するための規定であるとする見解、パターナリズムにより自己決定を制限する見解、又

は自己決定は公共の利益に反して保護できないとして殺人のタブー化を優先する見解がある。他方で、通説・判例によれば、「身体」は客観的な価値を有するものであり、被害者の同意は正当化事由にすぎない。その上で二一八条の制限を正当化するに際して、これらの説は殺人のタブー化や公共の利益といった、被害者とは離れた外部的社会的要素に求める説、あくまでも被害者に着目し、パターナリズムによる被害者の保護を主張する説に分かれることになった。

なお二一八条の制限の程度に関してだけみれば、近年のドイツの傾向は、結果の重要性に重きをおいている。これは二一八条が傷害罪の規定であって、傷害罪の法益を顧慮せずに行為の目的の良俗違反のみで傷害罪の罪責を課すのがふさわしくないと解されているからであり、一般に「法益的解決（Rechtsgutslösung）」や「重大性理論（Schweretheorie）」と呼ばれるものである。ここでは、行為の目的の果たす役割はささいなものとなる。このような学説の傾向は、後に見るように、判例においても大きな影響を与えている。

（二）日本の議論

日本にはドイツ刑法二一八条のような規定はないので、傷害罪と被害者の承諾の関係については、完全に解釈に委ねられている。このような議論はドイツの議論を参考に論じられることが多いのだが、日本においては、傷害罪に「身体」以外の法益を付与する見解がないこと、そして一元説・二元説はあまり区別して論じられていないことが特徴的である。これはおそらく、日本で傷害罪と被害者の承諾の関係は、総論的な承諾論の一部として（たとえば、承諾の犯罪阻却根拠との関係で）展開され、殺人罪のように独自に検討されることは少ないので、総論的検討でこのような区別が重要ではないと判断されたことが強く影響していると思われる。しかし本稿においては一元説と二元説の区別は重要であると考えるので、必要な場合には便宜的に、日本の学説の理論をドイツのような区別に当てはめていきたい。(53)

①自由主義的な法益論・解釈論から同意傷害を不可罰とする説

身体を純粋に個人法益であるとし、個人の法益は常に個人の自由処分に服すると解すれば、同意傷害を不可罰とする見解がもっとも首尾一貫している。その際に同意は常に構成要件該当性を排除すると考えれば、それは法益に被害者の意思侵害をも含ませた理解であって、ドイツの一元説のそれと一致するといえるだろう。このような立場は、日本では少数ではあるが、一部の学説で支持されている[54]。なぜならば、「人の身体は個人的な法益であり、だれでも、その身体のそれぞれの部分の所有者であって、その法益主体が自由にその意思で処分することができるものであると考える方が、むしろ現代の法思想にあう」と考えているからである[55]。

また、これほど強くリベラルな法思想を主張しない見解であっても、「『違法性が阻却される（構成要件該当性が否定される）』とは、必ずしも『積極的に推薦できる行為』を意味しない。褒められた行為ではないが、処罰に値しない場合も不処罰とされるのである[56]」として、同意傷害を不可罰にする立場がある。確かに現行法下では、同意殺人の規定が存在するのに対して、同意傷害の規定は存在しない。ゆえにもし承諾による傷害が違法であり犯罪になるものとすると、それは傷害罪として刑法二〇四条で一五年までの懲役で処罰されるが、それでは被害者の承諾をえてこれを殺した場合に、同意殺人罪として二〇二条で七年までの懲役で処罰されるのと刑のアンバランスが出てくるし、同意に基づき暴行を加えたところ意外にも被害者が死んでしまった場合には、傷害致死として三年以上の有期懲役で処罰されることになるから（二〇五条）、（殺人の故意ある）同意殺人の場合の六月から七年までの懲役か禁固に比べて刑がアンバランスになるのである[57]。

しかし、同意傷害と同意殺人罪の刑のアンバランスの指摘については、傷害罪の法定刑が広いことから、刑法二〇四条を用いながら刑法二〇二条とのバランスに鑑み刑の上限を「七年以下の懲役」にとどめることで解決できるとして[58]、

すでに説得力ある反論がなされている。また、同意殺人の場合と傷害致死の場合のアンバランスは、おそらく被害者が「死」について承認しているか否かにあるように思われる。同意殺人の場合には、被害者の同意の効果は「死」にまで及んでいるが、傷害致死の場合には、被害者の同意の効果は「暴行」あるいは「傷害」にしか及んでいない点に、アンバランスを（一定程度）正当化する根拠があるのであろう。なお、ドイツにおいても、確かに二二八条の規定はあるが、それは要求に基づく殺人罪とは異なって、刑の減軽を定めたものではない。つまり、二二八条でいう良俗に反する承諾の場合には、同意（要求を含む）は違法性阻却の効果を有さないので、要求に基づく殺人罪と要求に基づく傷害とのアンバランスが生じうるのである。このような状況下で二二八条に該当する承諾に違法性減少の効果があることが、近年、BGHの判決によって明示された事実は、日本法にとっても意味深いことであるだろう。[59]

このように主観主義的な法益論・解釈論を開始点として、同意傷害の不可罰性を認める見解は、確かに首尾一貫している。しかし前述したように、同意傷害の規定のない日本においても、その帰結は、同意殺人罪（とりわけ未遂）とのバランス上、受け入れ難いものとなるだろう。[60]

②自由主義的な解釈論から同意傷害はすべて違法だとする見解

①と同じ出発点から、まったく逆の帰結にいたる見解もある。この説の論者は、①説の論者と同じように、被害者の同意は「あくまでも法益を放棄することを肯定することであり、法益の持ち主つまり法益侵害される立場の者がそれを肯定するということは、既に刑法の介入する余地はないことを意味する」ということから議論を開始する。[61] しかしこの見解は、その上で、生命には社会的な法益としての側面があるので、また生命と身体は別個の法益ではなく、「生理機能への侵害はすべて生命侵害への可能性と危険を孕むもの」なので、同意傷害はすべて違法であると主張する（結果無価値の肯定）。このような理論で法益侵害を肯定した上で、さらに行為無価値的な要素を顧慮し、動機や目的、行為

態様によっては必ずしも違法と決め付ける必要がない場合があるとして、判例や一般の法感情に反しない解決を試みるのである。このような解決によれば、医療行為といった行為無価値面がないものだけが許されることになる。[62]

傷害罪における同意の違法性阻却効果を広く否定する見解に対しては、「軽微ないし些細な傷害までも画一的に違法とするのは非常識である」という批判[63]や、「身体に対してもつ個人と社会・国家との利益はつねに必ずしも対立するものではなく、一定の限度では、個人の承諾があれば社会や国家もこれを承諾していると考えてもよいのではなかろうか」、という批判が向けられている。[64]

③自由主義的な法益論・解釈論（いわゆる法益放棄説）から一部の同意傷害を可罰的とする説

現在日本において、もっとも有力な見解の一つ[66]は、主観的な法益論から開始して[65]、あるいは主観的な法益論までは意識しなくとも自由主義的な解釈論から開始して、同意の制限のために自己決定の内在的制約を主張する見解である。パラドックス性の理論あるいはパターナリズム的な自己決定の制限によって同意の成立を妨げる。[67]このような見解は、自己決定の存在価値を重視し、将来の自己決定を破壊するような傷害の可罰性のみ肯定することになる。すなわち生命に危険のある傷害、又は重大な傷害、具体的には、身体の枢要部分に対する回復不可能な永続的損傷を与える場合である。[68]前者は同意殺人罪との関係で導かれる要素であるが、後者は傷害罪独自の要素である。「自己決定の自由を構成する行動の自由を回復不可能な程度に侵害するような重大な傷害についても違法性阻却をみとめないと解することには、十分な理由がある」とされ、ゆえに「将来の行動の自由を著しく損なう、腕や足の切断などは、被害者の同意では違法性が阻却されない」と解されることになるのである。[69]

しかし、重大な侵害をパターナリスティックに制限する見解に対しては、「自己決定の存立基盤である個人の抹殺を意味する生命処分と、生命そのものには危険が及ばない身体の重要部分の処分との間には、質的な差異が存在する」と

して、「後者の場合には未だ自己決定の可能な主体が存在するのであり、自己の身体の処分は、それがたとえ重大なものであれその人の生き方・価値観の問題として許容しうるように思われる」という批判がなされている。[70]

④客観的な法益論から社会的相当性の原理で一部の同意傷害を可罰的とする見解

序論で述べたように、承諾の違法性阻却根拠を「法が個人に対して認めているところの処分可能な法益処分権の保護という国家的に承認せられた共同生活の目的を達成するために適切な手段である」[71]こと（目的説）あるいは「法益の主体からその承諾を得て、その者の法益を侵害することは社会的に相当であり、それを許すことは違法性阻却の一般原理である」[72]ことに見出す見解（社会的相当性説）は、全体としての法秩序に鑑みて、当該同意に違法性阻却効果を与えてしかるべきかを判断する。[73]このような説に立つ論者は、ときおり法益侵害の有無にかかわらず、行為無価値的側面として社会倫理を顧慮しなければならないといった説明をするが、[74]これは適切ではない。なぜならば、法益侵害がなければ刑法は機能する余地がないからである。ここでは、客観的な価値である身体の侵害ゆえに、法益侵害が肯定され、そのうえで同意の重要性が全体法秩序との関係で問題となっていると解するべきであろう。これらの説によれば、同意はそれだけで違法性を阻却する効果を有さず、当該行為が社会的に許されるものか否かが、同意を一要素としてその他の事情を取り込みながら判断される。とりわけ行為の目的・手段・方法・態様といったものが相当性の判断に組み込まれるようである。[75]結果として、同意傷害の可罰性は、それぞれ具体的な状況に基づいて、その背景に添った判断が求められるのであって、一概に基準を提示することはなされない。

このような見解に対しては、その背景に「実質的には『身体の処分は個人の自由には任されていない』という価値判断が存在するように思われる」という批判[76]、ここではなぜ被害者の同意が、法益侵害を社会的に相当なものとすることができるのかという議論をしているのに、社会的相当性説では循環論になるという批判がなされている。[77]また、こ

の見解は「傷害罪の成否が論じられるべき場面において、『被害者の身体の保護』とは別個の、法益保護と合理的な関連性をもたない考慮を混入させるおそれをもつ」とも批判されるところである。(78)

⑤客観的な法益論から刑事政策的な観点で一部の同意傷害を可罰的とする見解

日本で優越的利益説と呼ばれるこの見解によれば、「法益の主体である被害者自身が、その処分可能な個人的法益に対する侵害に同意し、自由な自己決定によりその法益の事実的基礎である生活利益を放棄している以上、法益保護を任務とする刑法は、原則として、侵害された法益を刑罰をもって保護する必要がなくなる」という。(79)(80)(81) ここでは刑事政策的な自己決定の尊重によって、法益侵害の違法性が阻却されることになる。しかし、この見解によれば自己決定の尊重にも限界が認められなければならず、それは被害者による同意があるにもかかわらず、その法益のいわば後見的保護のために刑法が干渉する必要が生じる場合である。(82) なぜなら、自己決定を行う主体そのものを破壊するような結果になる場合にもこれを合理的な意思決定として尊重することは、自己決定の思想と矛盾するからである。そして、同意傷害における後見的保護は、傷害の程度に注目して重大な（取り返しの付かない）傷害を与える場合になされるのであり、具体的には生命に危険が及ぶ傷害と、重要な四肢の部分、眼球や臓器などを特段の理由もなく切断・摘出するような行為である。(83)

⑥客観的な法益論から利益衡量に基づき一部の同意傷害を可罰的とする見解

この見解は、序論でいうところの利益衡量説であり、「承諾に基づく行為が正当化されるのは、承諾によって実現された『個人の自由』が行為によって侵害された法益に優越する」からであると解する説である。(84) 日本の利益衡量説は、自己決定の価値に目的によって差を設けない立場であって、侵害の重大性と一般抽象的法益としての自己決定そのものとが衡量されることになる。(85) この見解が主張する具体的な基準は、「死の危険」であって、これが存在しない場合には、

常に同意傷害は不可罰である。(86)

この見解に対しては、「もし自己決定の自由自体に状況により価値の高低を認めないなら、それは直裁に承諾による法益ないし利益の放棄に還元しえようし、また、同一人格である被害者内部での利益衡量という点も違法性阻却事由としては特殊であろう」という批判(87)がなされている。

以上が日本の学説であるが、これらはまず同意を法益放棄とみなすか否かで、第一の分岐点に立つ。日本では意識的に論じられていないが、もしも法益放棄とみなすのであれば（①説）、一般に違法性阻却事由としてみなされているそれは、場合によっては構成要件該当性排除事由となり、このように解する見解は、同意傷害は常に不可罰という帰結に達する傾向が強いといえる。他方で同意を同じく法益放棄の問題と解した上で、それを違法性に分類する見解もあるが（③説）、この説はたとえばパターナリズムや自己決定の内在的制約によって、同意（自己決定）の存在それ自体を否定し、重大な傷害・生命にかかわる傷害を可罰的だとみなすことになる。ここでは同意（自己決定）は法益侵害（法益放棄）の問題であるので、同意の成立自体を阻止しなければ、法益侵害が否定され、処罰の余地がなくなってしまうことから、自己決定の内在的制約を必要とする。他方で、客観的な基準（傷害結果の発生）でもって法益侵害を認め、そのうえで同意は法益の要保護性のみを排除するという見解（⑤説）も、パターナリズムによって同意の効果を制限するので、第二説と同じ帰結へと至ることになる。本稿は後述のように⑤説に与しているのだが、この理解によれば同意は法益侵害とは係わりがないので、法益所有者の自己決定によって同意は成立していると宣言する一方で、自己決定としての同意の効果は刑事政策的に制限されると主張することができ、結果として同意傷害の刑の減軽根拠を導き出すことができる。他方で、法益侵害を認め、重大な傷害については同意に違法性阻却効果を与えないという点では利益衡量説（⑥説）も共通であるが、この見解は自己決定を絶対的に尊重する前の二つの説とは異なって、それを衡量の材料とす

る点に特徴がある。そして、結果の重大性ではなく、行為の目的や態様といった様々な事情を含んで同意傷害の可罰性を考える見解（④説）は、上記のすべての説とはことなり、同意をそれだけで違法性阻却に十分な要素とみておらず、ゆえに広範な処罰範囲が導かれることになる。

（三）傷害罪における承諾の犯罪阻却根拠と可罰的な同意傷害の範囲―私見―

これまでの検討でもおこなってきたように、ある罪における被害者の承諾の性質を検討するにおいてまずやるべきことは法益の確定である。日本では、傷害罪の法益を（傷害罪の一部分にせよ）身体以外のものに求める見解は存在しないが、ドイツではゲーベルによって主張されている。

身体以外に考えられる法益として挙げられるのは、社会の平穏や秩序である。しかし、このような法益がそれ自体保護に値する法益として傷害罪で保護されていると解するのは疑問であろう。やはり、傷害罪で身体以外の法益を考えるのは難しい。また通常の傷害罪は人の身体を、他方で同意傷害には、別の法益を顧慮すると解することになれば、同意傷害罪のない日本においては罪刑法定主義違反となるし、自傷も違法となりうることになる。違法となった自傷においては、違法となった自殺のように、行為者の類型的な責任阻却が認められるかは疑問であろう。

そこで、傷害罪の法益が身体として、次はその身体は誰の法益かということである。確かに国家・公共は社会を形成する国民の身体について重大な関心を持っているし、同意傷害によって重大な傷害を負った者は国家に財政的な負担をかけるのだから、同意傷害を禁止する実質的な利益を有している。しかしこのような「利益」は「法益」ではないというべきである。国家・社会の利益でもって同意傷害を制限するのであれば、それを独自の法益とするか、身体は国家の物、少なくとも個人と国家との共有物であると解するしかないが、前者が適切でないことは前述の通りだし、後者の立

場は、近代国家のテーゼとしては適切ではないだろう。結果として、傷害罪の保護法益である身体は、現在、その身体で生を享受している者が単独で所有している法益である。

それでは、傷害罪の法益が個人法益である「身体」として、処分権との関係はどのようになるのだろうか。つまり、一元説的な法益理解が適切なのか、二元説的な法益理解が適切なのか。結論からいえば、後者であろう。ここでは、生命と身体の連続性、生命の侵害と身体の侵害は、同一の客体に向けられた侵害行為であることが重要であるように思われる。つまり殺人行為は必ず傷害行為を実行行為とする。身体の傷害と生命の喪失が多くの場合、行為者の意思にかかわらず連動することは、様々な結果的加重犯の規定からも明らかであろう。また生命と同様に、誰のものでもない身体は存在せず、「身体」それ自身は、生物学的な存在であるヒトを支える重要な要素なのであって、それだけで十分に存在価値のあるものである。確かに、個人の身体は多くの場合において個人の自由にできるし、そうあるべきである。しかし、そのことが「法益」として、身体と共に処分権を保護することには必ずしも繋がらず、ここでは客観的に存在する身体だけでも、十分「法益」として尊重されるべき価値を有していると解するべきである。そして結論としては、傷害罪のおける被害者の承諾は、本稿における「同意」の性質をもつものとなる。確かに殺人罪と異なり、傷害罪には同意傷害についての規定がないが、それは傷害罪の広い法定刑が同意傷害罪の規定を不要なものとしたと解することで解決することができるだろう。

それでは、傷害罪の法益が客観的な（ヒトの基礎である）「身体」だとして、被害者の同意はなぜ、違法性を阻却するのか。ここで法益放棄が問題でないことは、本稿が被害者の処分権を法益に含めないことから明らかである。法益は客観的に存在するものであって、被害者が同意したからといって、身体が刑法上の「法益」でなくなることはない。それは「被害者の自己決定によっても法益は放棄できない」という意味ではなく、「（身体という）法益は客観的に存在す

るものであって、主観的に決定するものではない」という意味である。そして、被害者の同意は違法性の段階で初めて「法的保護の放棄」の問題として現れることになる。つまり、客観的に存在する自己の「法益」がもはや刑法で保護する必要のないものとなったことを、被害者が同意によって表明するのである。たしかに法益侵害を肯定しただけでは、日本の学説における④説・⑥説の可能性も残されているが、ここではやはり刑事政策的な（あるいは憲法的に要請された）同意の尊重が問題となっているように思われる。社会的相当性の理論は、自己決定を違法性阻却の一要素としかみなさない点で不十分であるし、利益衡量説は、侵害の重大さと自己決定という質の違う二つのものを比較衡量できるのかに疑問がある(88)。そのような衡量に際してはやはり政策的な価値判断が入るのであり、そうであるのならば、端的に刑事政策を前面に出してもかまわないように思われるのである。個人の物を個人で自由に処分できるというのは、近代国家の当然の要請であって、そのために刑法が妨げになるときは、それすらも個人は排除できると解するべきであろう。ここでは自己決定という刑事政策的に（あるいは憲法的にも）重要視された価値が、一般的な価値判断に基づく禁止命令（法益の保護の命令）を一定程度後退させることになるのである（優越的利益説）。このような後退が、構成要件の段階ではなく、違法性の段階で現れると解するのは、同意殺人罪で述べたのと同様に、構成要件該当の法益侵害を例外的に許容するという性質は、違法性のそれであると考えるからである。

それでは、どのような場合に同意は制限されるのか。ここではドイツで言う「法益的解決」が目指されるべきであろう。傷害罪の構成要件は、他の倫理や利益を保護するためのものではなく、人の身体を保護するための規定である。また、殺人罪では「殺人のタブー」を維持する必要性が同意を制限したのであり、傷害罪でも同意を制限するためにはそれなりの根拠が必要とされる。そうすると同意傷害が可罰的になる理由は、「殺人のタブー」に匹敵するような、「そのように（重大に）人を傷つけてはいけない」という規範を維持する必要性であり、結果として生命を危険にさらすよう

な傷害や、四肢の切断のような生活に重大な影響を及ぼす傷害は同意にもかかわらず違法であるというべきであろう。なぜなら、殺人罪の場合と同様、人間の共同生活の場である社会にとって、他人の身体に対する最低限の尊重が維持され続けている秩序は重要だからである。人間社会ではただ人格としての人だけではなく、生物学的に見たヒトも尊いという価値基盤が必要であるように思われるのである。ヒルシュが指摘したように、「人間はバラバラの島なのではなく、社会的群島の部分である」[89]のだから、自己決定の酷使が連なる島を脅かすのであれば、そのような自己決定は群島全体を保護するために存在する者（国家）によって保障される必要がないことは明らかである。このような保障は生物学的なヒトを、結果として群島に暮らす人格としての人をも脅かすことになるのである。

確かに、ささいな傷害も禁止することで生物学的な人の保護はより強く図られることになるが、一方で人格としての人も尊重されるべきであろう。また同意殺人罪が最大でも七年の懲役にとどまることに鑑みれば、刑事政策的な観点からもささいな傷害は許されているとみるべきである。さらに重大な傷害であっても、日常生活にそれほど支障のない範囲の傷害、あるいは一般社会においてすでに認められているような傷害は、相互に尊重しあう社会において何ら影響を与えない（場合によっては促進される）ように思われるので、安全な措置がとられている限りでの指つめや、断種や去勢、美容整形手術、臓器移植手術の際のドナーからの臓器摘出といったものは許されるべきである。確かに傷害行為（その目的）のプラスの価値を判断要素として取りいれることは、結果の重大性のみを判断要素とする見解（法益的解決）にとって矛盾のようにも思えるが、ここでは同意によって阻却されずに残った、残りの違法性を排除するためのさらなる要素の問題であるので矛盾はしていないと解されるべきであろう[90]。つまり、行為がそのような目的を追求する限りで、その行為は単に「同意に基づく行為」ではない、特別な価値をもった社会的に意味のある行為になるのである。

なおパターナリズムによる制限も、これと同様の方向に向かうと思われる。しかし理論的に見れば、「被害者の被害

者自身からの保護」というテーゼは、行為者を羽交い絞めにして被害者を傷つけるのをやめさせたり、自分を傷つけてくださいという被害者の要求を無視したりするために有効であっても、さらに一歩進んで行為者の処罰をも基礎付けるものとしては不十分であるように思われる。あなたの自己決定は保障しませんよ、という主張が、だから同意傷害は可罰的ですよという結論に結びつくのかは検討の必要があるだろう。

以上のことから、本稿において、同意傷害に関するいくつかの帰結が導かれた。第一に傷害罪の保護法益は客観的な価値を有する「身体」であり、ここでの承諾は違法性阻却の効果をもたらす同意である。第二に、同意の違法性阻却の根拠は人格としての「人」、すなわち自己決定を尊重する近代社会の（憲法的な）要請であって、制限する根拠はその基礎としての生物学的ヒトを尊重するという社会秩序の基盤となる価値観を維持することである。最後に可罰的となる同意傷害の範囲は、生命に危険が及ぶような傷害であり、四肢の切断といった身体の重要な部分に取り返しのつかない結果をもたらす傷害である。ただし社会一般に認められた行為は同意制限の根拠を失うことになるので、たとえ重大な傷害をもたらしてもなお不可罰である。

なお、刑法においては判断の基準は行為時であるので、結果の重要性の判断は、実際に生じた結果ではなく、当該行為が有していた結果の重要性を基準とすべきであろう。そして行為時に予定していた可罰的な程度の重大な結果が生じず、ささいな傷害にとどまった場合であっても、法益侵害の結果を引き起こしたそのような行為は正当化根拠をすでに失っているので、傷害罪の既遂が成立するということになる。(91)

そして本稿の立場によれば、同意は法益所有者の自律的な自己決定によって成立し、場合によってはその効果だけが外在的な理由から制限されることになる。つまり可罰的な同意傷害の場合でも同意は存在しているのであり、同意殺人罪の場合と同様に、少なくともそれは違法性減少の効果をもつことになる。

三　同意傷害罪の成立範囲（判例の紹介・分析）

本稿においては、可罰的な同意傷害の範囲は、生命を危険にさらすあるいは四肢の切断といった重大な傷害である。しかし、日本の判例はそのようには解していないようである。本項ではこの点について、紹介・分析する。またドイツの同意傷害に関する判例は、近年転換期を向かえ、BGHの二〇〇四年の判例は、学説で有力になりつつある「法益的解決」を取り入れた判示を行っている。以下ではそれについても紹介・分析したい。

（一）ドイツの判例

ドイツの判例によれば、二二八条（旧二二六a条）の良俗違反の判断の対象は、同意ではなく行為である。[92] また被害者の同意が違法性を阻却する根拠は、「法的保護の放棄」として理解されているようである。[93] それでは、判例は二二八条における「良俗違反」をどのように理解しているのだろうか。

これまで判例は、二二八条の文言の不明確性を補うために、良俗性判断を制限する基準として「すべての公正で公平に考える者の礼節感情（Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden）」という用語をもちいてきた。[94] このような限定によって、二二八条の不明確な適用が被告人に有利となるように、一部のグループの価値観や裁判官個人の主観による安易な良俗判断が排除されるようにしたのである。これはライヒ裁判所時代からの伝統ではあったが、[95] 行為の動機（たとえばサドマゾ行為や保険金詐欺目的の傷害）に注目するこのような表現への固執とは裏腹に、BGHの判決は、二二八条の判断基準として結果の重大性を重視する傾向に移行していった。

一九五〇年代の判例において、なお動機の良俗性は二二八条の判断に強い影響力をもっていた。BGHSt 4, 24 は、サー

ベルを用いた決闘で被害者に全治二週間の刀傷を負わせたという事例であり、ＢＧＨは行為者らが決闘という形式を用いて、身分のしきたり、あるいはそれと結びついた特権制度を復活させようとした、という外観はあるものの、このような貴族特権意識と結びついた「決闘」自体の良俗違反は「すべての公平で公正に考える者の礼節感情」に基づいて良俗違反とされるものではないとして、また決闘のために包帯やサポーター、その他の防護措置をつけていたことに言及し、生命に危険な傷害が生じる可能性はなかったことをも確認したうえで、傷害罪の成立を否定した。ここでは確かに傷害結果（行為態様）の重大性も同意の有効性判断において大きな役割を果たしているが、同意の動機も同じくらい重要な役割を果たしている。ＢＧＨは判決文の中で「傷害が被害者の同意にもかかわらず良俗に反しているかどうかという問題は、傷害の重大性に基づいてのみでは答えられない。むしろその他の状況も、そしてとりわけ動機が本質的な役割を果たす」[96]と明示している。

このようなＢＧＨの傾向に変化が現れてきたのは、一九九〇年代に入ってからであった。BGHSt 38, 83は、施設から脱走するため同室の囚人を人質にとったふりをしたという事件であり、その際その同意をもって仲間の囚人を縛りつけ、頭部に表面的な傷を二ヶ所与えた被告人に対して、ＢＧＨは明らかにほんのささいな傷害にかんがみて、行為の良俗違反性は認められないと判示し、被告人に傷害罪の成立を否定した[97]。またBGH, NStZ 2000, 87においても、被害者の挑発に乗って、被告人がいまだ体勢の整っていない被害者の顔面にスプレーを吹きかけ、ジャックナイフで胸を刺した事例において、良俗違反に基づく同意の無効性を認める根拠として、被告人の行為が不意打ちであったこと、そしてこのような攻撃（スプレーの噴射）は被害者に著しい傷害を与えうるものであって軽微な性質とはいえなかったことをあげた[98]。さらに下級審の判決には、少年グループに入る儀式として〈グループへの入団志願者が、他のメンバーのうち三人と二分間（本件においては特別に一分三〇秒）殴り合いをすること。挑戦者は当然三人のメンバーに抵抗するこ

とができるし、また途中でテストの中止を申し出ることもできる〉というルールで行われた暴行や、[99]数名の仲間が屋根にしがみついたままの状態で時速七〇～八〇キロのスピードで車を走らせるといういわゆる「オート・サーフィン」[100]における同意傷害を、前者は重大な健康障害の危機と被害者が客体になり下げられたという理由で、後者は傷害の重大性とバランスのとれる行為の目的がないという理由で可罰的だと判断した。この時期の判例は、行為の目的と傷害の重大性のいずれもが重視され、とりわけ結果の重大性に言及するものが多かった。しかしそれでも「すべての公平で公正に考える者の礼節感情」のテーゼから離れることは決してなく、判断要素の一つとしての「結果」が果たす役割が大きくなったにすぎないものと考えることができた。

そしてこのような判例の態度は二〇〇〇年に入って相次いで出された二つの判例によって変化した。BGHSt 49, 35は、すでに大量のアルコールを摂取していた被害者にヘロイン注射を行い、それによって被害者をヘロイン中毒で死に至らせたという事例であったのだが、それは手の震えゆえに自分で注射をうつことができなかった被害者の要求に基づいて行われていた。BGHは「合意的なヘロインの注射は、被告人がその行為によって麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）に基づき可罰的であるという理由では良俗違反、そしてそれゆえに二二八条に基いて違法ではない。」。「むしろ決定的なのは、具体的な行為によって健康の危険ないしは中毒の危険が基礎付けられ又は強化されるか否か、どの程度そうされたかである。一般的な良俗感情によれば、モラル的な非難性の限界は、あらゆる決定的な諸状況について先見の明をもって客観的に顧慮した際に、当事者が麻酔剤の投与によって具体的な死の危険にさらされるときに超えられる」と判示している。[101]この判決においてBGHはなお「被害者の同意による傷害行為の正当化の検討は、規範的・評価的な法の解釈行為というよりは、むしろ存在しているモラルの確証を経験論的に確定する行為である」として、「すべての公平で公正に考える者の礼節感情」に反するか否かを重要な判断基準としているが、「行為の良俗違反性の検討は、行為

でもって非難すべき目的が追求されたかどうかに結びつきえない。」「むしろ常に考慮されるのは、傷害が各々の構成要件的な法益侵害の特別な重要性ゆえに、すなわち被害者に甘受された身体的虐待又は健康障害の範囲とそれと結びついた更なる身体や生命の危険の程度ゆえに良俗と一致しないとみなされるか否かである」として、目的ではなく結果を重視することを明らかにしている。[102] 二二八条がそのように考えられる理由として、BGHは「二二八条は、倫理的・モラル的基準を援用して、彼の身体的な完全性という個人法益を自由な意向に基づいて処分する個人の自由を制限する。他の個人が自由に処分することができない超個人的な法益の保護はここからは離されている。立法者は傷害の危険を含んでいる行為をそのような普遍的な法益の保護のために特別な規定で処罰することが必要だと考えたので、そのような行為によって実際に身体的な完全性あるいは健康を侵害される人の同意は、このような規定に基づく行為者の可罰性のために重要ではない。」「他方で、このような普遍的な法益の刑法的な保護からは、仮にそれに間接的に個人法益の保護の効果があったとしても、具体的な事例において、彼の身体的な完全性という個人法益の侵害についての被傷者の同意が、一般的に認識可能な良俗価値のイメージと一致しないかどうかという問題の答えは導けない」[103]と説明している。

このようなBGHSt 49, 35の見解は、ライヒ裁判所時代の常套句の呪縛からは逃れられていないものの、学説でいう「法益的解決」や「重大性理論」とよばれるものにかなり歩み寄りを見せている。これは、二二八条において結果の重大性が決定的な役割を果たすことを明確に判示した画期的な判例として受け入れられたようである。[104]

そしてついにライヒ裁判所時代から続いた「あらゆる公平で公正に考える者の礼節感情」から解き放たれた判例が二〇〇四年に出されることになる。それはBGHSt 49, 166の事案である。いわゆるサドマゾ行為の類型であって、この事例において、行為者は被害者の執拗な要求に応えて金属の棒で被害者の頸部を圧迫し、被害者を心拍停止、そして死へと至らしめた。ここでは被害者はあくまで受動的な役割しか果たしておらず、行為はもっぱら被害者の性的興奮を高

めるために行われ、またこのような行為はロープやザイルを用いて頻繁に行われており、結果的に死をもたらした金属の棒を用意したのも被害者自身であった。BGHの第二刑事部はこのような事案に対して「当部は二二八条に基づく行為の良俗違反の判断については、優越的に、各々の構成要件的法益侵害の重要性を、そしてそれゆえ客観的な基準を決定的とみなす。その際にはまず第一に、被害者によって甘受された身体的虐待あるいは健康障害の範囲とそれに結びついた身体あるいは生命の危険の程度が決定的である」と述べた[105]。その上で、サドマゾ行為を良俗違反とするライヒ裁判所の見解は、変化したモラルの解釈においては時代遅れであるとして、そこに明確な良俗違反はないとした。「当部は、一定程度の身体侵害又は生命の侵害が起こりうるようになって以降は、同意だけには原則的に正当化の効力はないという帰結でもって、脅かされた法益侵害の程度又は重要性を決定的とみなす。このような限界を超えるか否かは事前に行われた判断に基づいて決定される。良俗違反の限界は、いずれにせよ、先見の明ある客観的なあらゆる決定的な行為の諸事情についての顧慮の際に、同意者が傷害行為によって具体的な死の危険に陥らされたときには超えられる」と判示している。そしてBGHはこのような制限根拠について「このような限界には二二八条の規範の目的からも二一六条の規定からも導き出される立法者の評価がプラスの材料をもたらしている。法は、当事者の意思に反してもこのような法益を維持する社会的な利益を追求しているので、それが殺人あるいは傷害における同意の正当化の効力を制限する。」「第三者による侵害に対して身体的な完全性や生命を保護することは、個人の自由処分[106]に完全に任されるのではなく、法秩序によって許すことのできる範囲においてのみ、それに任される」と説明している。

この判決は法益侵害の重大性を根拠に同意の良俗違反を判断し、さらにそのような法益に基づく判断が二二八条の判断において「優越的」になされることを明らかにした。そのことで、これまでの判例[107]の傾向は大きく変り、「法益的解決」あるいは「重大性理論」と呼ばれる学説の有力説と一致することになったのである。但し、BGHの判旨においては、

法益侵害はあくまで「優越的」に二二八条の基準とするという表現が用いられている。また、サドマゾ行為の良俗違反性についての検討も行われているのであって、これに鑑みればBGHはあらゆる事例の中で、良俗違反が許されない行為目的からのみ生じる場合がありうることを排除していないとの指摘もなされている。[108] しかしいずれにせよ、判例の立場が大きく変わりつつあることは、明らかであろう。なおこの事例は、正当化の効果を持たない同意であっても、事実上存在していれば刑を減軽する可能性が考えられることを指摘している点でも注目すべき判決であった。

（二）日本の判例

日本の判例においては、傷害罪における被害者の承諾は、正当化事由とみなされているようである。[109] 判例の蓄積をみたところ、判例においては傷害罪における同意は、一部で犯罪阻却の効果をもち、一部ではそれを有しないことが認められている。しかし、いつ同意の違法性阻却効果が制限されるかについては、昭和五五年の最高裁の決定を挟んだ二つの時期によって、判断基準が異なっているようにみえる。

後述する同意傷害に関する唯一の最高裁決定がでるまで、下級審の判断は結果の重大性に注目する傾向にあったとされている。中でも被加虐的性行為、いわゆるサドマゾ行為に関する判例の多くがこれに属しているといえよう。同意傷害罪に関する被加虐的性行為に関する判例は、これまで三つのものが出されている。第一に、被告人が内縁の妻と性交するに際し、従来から時折そうしていたように、同女の承諾に基づき手で首をしめ、よって窒息死させたという事例である。[110] この事例において大阪高裁は「婦女の首を絞めることはもとより暴行行為であるが、性交中その快感を増さんがため相手方の首を締めるようなことが行われたとしても、相手方の要求もしくは同意を得ている以上、違法性を阻却するものとして暴行罪成立の余地なきものというべく、ただその場合相手が傷害を受けて死亡したとき、嘱託による殺

人罪を構成するが如く、たとえ相手方の同意があってもこれを不問に附し得ないのであるが、本件のように被告人が屢々アグリ（被害者・筆者注）との性交に際し同女の首を絞めていたことがあり、いずれも同女が死亡するに到らなかった場合には致死につき不確定犯意又は未必の故意があったということはできず、単に危険の発生を防止すべき義務を尽さなかった点において過失致死罪に問擬すべきである」と判示した。第二の事例は、被告人が妻の求めに応じて、同女の首を寝間着の紐で絞めながら性交に及んだ事例であり、それによって被害者を窒息死させた[11]。ここでは「この絞首が暴行であることはいうまでもなく、且つかかる方法による暴行は仮令相手方の嘱託ないし承諾に基くものといっても社会通念上許される限度を超えたものと言うべく、従って違法性を阻却するものとは解せられない」として被告人に傷害致死罪の成立が認められている。第三の事例は、被告人が妻と性交を行うに際して、連日行っていたようにその承諾の下に、被害者の首から後ろ手に渡したロープを締めて、よって同女を窒息死させた事例である[12]。大阪地裁は「たしかに、相手方の嘱託ないし承諾の下になされた有形力の行使は、一般的には、違法性を欠き、そもそも『暴行』の定型性を有しないというべきであるが、右の有形力の行使が相手方の生命の危険や身体の重大な損傷の危険を包含しているような場合においては、相手方の嘱託ないし承諾により『暴行』の定型性あるいは違法性が阻却されるものでないと解するを相当とする」として被告人に傷害致死罪の成立をみとめた。

これらの事案は、いずれも死の結果が生じた事例であって、第一の事例だけが傷害致死罪の成立が否定されている。この事案では、「不確定犯意あるいは未必の故意」がなかったことが過失犯成立の大きな要素として挙げられているが、この故意が傷害致死罪の不成立にどのような役割を果たしたのかは明らかではない。むしろ第一とその他の事例に違いを見出すとすれば、第二の事例において大阪高裁が述べたように「寝間着の紐で締めるとなると単に手で締める場合に比すると一段とその調節は困難であり、相手方の首に対する力の入り具合を知り難いものである。かつ、被害者が真に

苦しくなった時、被告人に対し、その意思（ゆるめてくれという）を表示伝達する方法、手段が準備されておらず、かつ被告人側から見れば性交の激情の亢じた時紐に対する力を制御する方法、手段が準備されていない。これは窒息死という生命に対する危険性を強度に含んでいる」ということ、すなわち事前判断による行為の危険性の程度にあるのだろう。後の二つの判例は実際にその文面で、行為とその結果を重視した言い回しを用いている。以上のことに鑑みれば、これらの判例はいずれも結果を重視したものと捉えることができるだろう。[113] 同様の傾向は、いわゆるワンダーフォーゲル事件においてもとられており、これは新人錬成山行における上級生らの「しごき」によって下級生一人が死亡、二人が傷害を負った事例であったのだが、[114] 東京地裁は被害者の承諾は「真意とは解しがたいが、仮に真意であったとしても（中略）激励する等他にとるべき方法が考えられるに拘らず」被告人らが「何のためらいもなく（中略）殴打したことは」決して正当化されないとした。他方で同判決は、同じ目的（訓練目的）で、被害者の顔を数回叩いた他の上級生らの行為は正当化しており、ここから東京地裁が被害者らの行為の危険性と結果の重大性を重視したことが読み取れるのである。しかし、このような判例は、最高裁の決定によって大きく立場をかえることになった。

同意傷害に関する判断基準として、その後有力になったのは「社会的相当性」の基準である。唯一存在している同意傷害に関する最高裁決定がこのような基準をとったことによって、日本の判例の立場はそれ以後「社会相当性」の基準へとその傾向を変えることになったのである。最高裁の事例は、業務上過失致傷事件の有罪判決に対する再審申し立て事件であり、被告人と被害者らが、（本物の事故に見せかけるために）他者の車を挟んだ玉突き事故をおこし、保険金を騙取し、また身体障害者であった被害者のうち一人に入院治療の機会を得させようとしたものであった。[115] 申立人は、追突事故で四名に安静加療三週間から三ヶ月のむち打ち損傷を負わせたとして業務上過失致傷のために懲役八月（執行猶予三年）に処せられたものであるが、やがて右事故が保険金騙取を目的とした故意の追突事故であったことが発覚し、

保険金詐欺を理由に懲役刑に処せられた。そこで申立人は、右事故が過失によるものではないから業務上過失致傷罪は成立せず、また故意による衝突であるとしても身体傷害の点について被害者の承諾があるから傷害罪も成立しないとして、再審請求を行ったものである。この事例では、間に挟まれた一人を除く他の被害者らが傷害に同意していたことから、四名の被害者に対する過失致傷罪の科刑上一罪を個別に再審できるか、被害者が隠していた事実を刑訴法四三五条六号でいうところの新たに判明した事実といえるか、一人の被害者には傷害罪が成立しうるにもかかわらず、「軽い罪」を認めるべき事情といえるかという刑訴法上の論点に取り組んだ上で、最高裁はなお書きとして傷害罪の成立の可否について言及した。

最高裁判所によれば「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決するものである」。よって本件同意は保険金の騙取という違法な目的で得られた違法なものであるゆえに、違法性が阻却されないとした[116]。ただ、本件の判示はその判断基準として大いにあいまいであり、たとえば相当性の判断基準が行為なのか同意なのか[117]、違法性の阻却を妨げる目的が犯罪目的に限られるのかそうではないのかといったことは明らかにされなかった。

このように抽象的で、明確な基準が導き出せないと批判される[118]最高裁の判断基準はしかし、その後の下級審の判例においても受け継がれていった。仙台地裁によってなされたやくざによる指つめ事件の判決においては、「被告人の行為は、公序良俗に反するとしかいいようのない指つめにかかわるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失なわれると解することはできない」と判示されている[119]。

このように、日本においては、判例の立場は結果の重大性に基づく基準から、社会的相当性の基準へと移行してきたともいえるし、実際にそのように考えられている。しかし、より詳細に事案を比較してみると、簡単にそのように断言することは難しいかもしれない。なぜなら、前者の、結果の重大性が強調された時代における判例の事案は、それ自体で「社会的相当性」に反するような行為目的によってなされたものではなかったからである。確かに死の結果は発生しているが、サドマゾ行為や、部活動におけるしごきは、詐欺や指つめとは異なって全般的に禁止されるような性質の行為ではないであろう。推奨されるべきものではないが、一定範囲で許容されている類の行為なのである。それに鑑みれば、このような判例においては、目的の判断はそもそも必要がなかったとも考えられる。とはいえ、いずれにせよ現在の判例が、社会的相当性説の立場にあることは、疑いのない事実である。

これまでドイツと日本の判例の傾向を見てきたのだが、本稿は、近年のドイツの立場に賛成し、日本の立場に反対することになる。日本の判例の基準は、傷害罪の法益と関係のない利益を考慮に入れて違法性を判断することになり妥当ではないからである[120]。傷害罪は人の身体を保護するものであり、同意はそれに関するものである。傷害の同意は詐欺罪を排除できないし、詐欺罪の合意は傷害罪を排除できない。承諾は当該構成要件との関係で有効とみなされるものであり、他罪との関係ではその承諾は常に影響を与えないものなのだから、逆もまた同じことがいえるはずである。また本稿では同意の制限根拠を生物学的なヒトの基礎としての身体の尊重を維持するため、そして更なる個人の（身体に関する）保護のためと解しているのだから、重要なのは一定程度以上の重さをもつ傷害であるということができるだろう。動機を顧慮しない同意殺人罪とのバランスに鑑みても、ささいな傷害による処罰は立法者の意思に反するようにも思われるのである。

四　錯誤・強制に基づく同意

これまで傷害罪における法益、承諾の性質、有効範囲についてみてきたのだが、傷害罪においても他罪と同様、違法性阻却（減少）の効果をもつ有効な同意を認めるためには、自己決定に基づく同意と呼ぶにふさわしい要件が必要である。そこで本項では、同意の要件のうちとりわけ錯誤・強制に基づく同意について検討してみたい。なお、傷害罪における同意の際には、すでに述べたように、その違法性阻却の効果が場合によっては奪われることになるが、このような領域においても錯誤・強制に基づく同意の検討は必要である。なぜなら、被害者の同意が存在すれば、たとえ違法性阻却を認めないとしても、違法性が減少していることは疑いがなく、少なくとも同意傷害を同意殺人（六月以上七年以下）より重く処罰することはできなくなるからである。[121]

本稿の立場によれば、自己決定を他者決定とするほどに重要な影響を与えた（法益侵害を目的としてなされた）欺罔・強制に基づく承諾は無効である。傷害罪における同意も、自己決定に基づく法的保護の放棄が問題となっており、犯罪阻却の基礎となる「自己決定」の要素は同じであるので、ここでも同じことがあてはまる。それゆえここで検討すべきはむしろ反対説である法益関係的錯誤説である。被害者の承諾の各論的検討を課題とする本稿においては、法益関係的錯誤説が、傷害罪においてどのような解決を適切とするのかを、検討しないわけにはいかないのである。

法益関係的錯誤説の主張をまとめれば以下のとおりである。

「傷害罪における保護法益は身体の生理的機能であるから、生理的機能の侵害の部位・程度・範囲などについての錯誤は法益関係的錯誤である」[122]。「しかも、身体の個々の生理的機能は身体の全体的機能の下でのみ意味を持つのであるから、個々の生理的機能の侵害に錯誤なく承諾していても、身体全体の健康状態の変化について錯誤があれば、法益関

係的錯誤と言える」[123]。ゆえに、手術の必要性についての錯誤、あるいは医的侵襲が身体の健康状態にとってもつ意味についての錯誤は法益関係的なものとなる。「これに対して、身体の生理的機能と無関係な事情について錯誤があったとしても承諾は有効である」ので、金銭的反対給付の錯誤や治療行為を行う人についての錯誤は（なお後者は結果に影響を及ぼさない限りで）法益関係的錯誤とはみなされない[124]。また、錯誤の問題とは別に、脅迫（あるいは脅迫類似の錯誤）にもとづく承諾は、それが自由意思によってなされた同意ではないので、無効ということになる[125]。

これまでにも何度か指摘したように、そもそも法益関係的錯誤説は、対価に関する欺罔が同意の有効性に影響を与えるべきではないということを開始点とした理論である。アルツトは、彼の法益関係的錯誤に関する先駆的な論文の初めに、金銭と引き換えに暴行を許容した者の例をあげ、その同意の有効性を認めないそれまでの通説への疑問を呈した。刑法がここで傷害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ことになると考えたからである[126]。「刑法は、すべての法益、またいわゆる『一身専属的な』法益が交換客体になることに貢献すべきではない」。傷害罪を題材にしたこのテーゼは、瞬く間に多くの刑法学者の共感をえることになった。法益関係的錯誤説の起源は、傷害罪にあるといっても過言ではないだろう。

確かに対価的な欺罔に基づく承諾の有効性を否定することで、一身専属的な財の商業化にはどめをかけることができるだろう。だが逆に、このような身体の商業化を防ぐという課題は刑法の課題なのであろうか。刑法にとって重要なのはむしろ被害者の財が（被害者の真の意思に反して）失われたという点であって、商業化の禁止はまた別問題ではないだろうか。対価に関係した被害者の錯誤を意識的に利用し、そして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処罰することこそが重要であり[127]、もしもそれを否定するのであれば、巧みに同意を得てなされる身体傷害を促進することになりかねない。刑法

の任務はむしろこのようなものを禁止することにあるように思われるのである。

また法益関係的錯誤説でもっとも説得力があるのは、治療行為においては、同じ治療の結果が得られるのであればベテランの医師が行おうと研修医が行おうと問題はないし、その効率的な運営に鑑みればそれを問題とすべきでないから、こういったことに関する錯誤は、傷害罪との関係で重要性を持つべきでないという主張である。このような錯誤を一律に傷害罪の成立と無関係のままにしておこうと試みれば、確かに法益関係的錯誤説へと行きつくことになるだろう。これは、法益関係的錯誤説にとって非常に有効な主張である。誰もがベテランの医師による手術を望むし、誰もが研修医による手術は拒絶するはずであり、このような患者の自由を認めれば医療機関は麻痺するし、研修医はいつまでも経験を積めずにベテランになることはできない。それゆえ、このような錯誤は重要ではないと評価することが適切であるように思われるのである。しかし、逆に医療サイドの効率を無制限に認めてしまえば、患者には手術をするかしないかの二者択一しか与えられないことになり、患者の自由意思を重要視する現代の傾向に逆行した帰結へと至ってしまうだろう。インフォームドコンセントの重要性が強調される現代医療においては、当該施術者に耐えられない患者には他の病院で手術するという選択肢も用意されてしかるべきであるように思われる。日本の判例・通説は医的侵襲を傷害罪の構成要件該当行為と解しており[128]、当該行為の正当化は最終的にプラスの結果が出た（治った）ということだけでは認めることはできない。これは、専断的治療行為とリンクする問題である。実際には研修医が行うにもかかわらず、ベテランが手術を行うという欺罔によって得られた承諾は、承諾なく行われたが、よい結果に終わった手術（すなわち専断的治療行為）と同価値であろう。上記の場合において同意の無効性を認める本稿の立場は、結論においても十分に納得の行くものであるように思われるのである。

このように法益関係的錯誤説に立たなければ、決して妥当な結論を導けないわけではない。

他方でまた法益関係的錯誤説は、錯誤の種類を重視するが、このようにして導かれた同意の有効性又は無効性は誰に対しても同じ効果をもつことになる。これも私見とは大きく異なる点であり、この点について多少ではあるが検討してみたい。ここでは例として、前述のやくざの指つめ事件を挙げておく[129]（脅迫に基づく同意）。指つめ事件は、被告人からある不義理を理由に二五〇万円を出すか指をつめろと難詰されて止むなく被告人の言いなりに指をつめてもらった可能性があったのである[130]。判例は直接的に「強制」あるいは「脅迫」といった用語を用いてはいないが、仮にこのような事実が認められたのであれば、本件被害者は確かに傷害に同意してはいるが、瑕疵ある同意（他者決定）であるので、私見によれば、脅迫の行為者との関係だけでそれは無効となる。それに対して法益関係的錯誤説によれば、このような強制状況は誰に対しても同じ効果を持つので、あらゆる者による傷害は可罰的である。なお、仙台地裁は被害者の指つめの動機が、行為者ではなく同じ組の兄貴分によって与えられたものであったことを根拠に、行為者との関係で被害者の自発的な依頼（承諾）があったと認定しており、この点で本稿の立場に近いものということができるだろう。

確かに、同意が強制状況に基づく場合、あらゆる同意傷害を可罰的とすることで被害者の身体は一見厚く保護されるようにみえる。しかしなんらかの理由で追い詰められた者が、そこから逃れる手段として選択した同意傷害を常に可罰的とするのは必ずしも被害者の保護にはつながらない。被害者が強制状況を脱出する手段として法益侵害を選んだ以上、そこには常に自由ではない人間に残された範囲での自由な決定があるというべきであり、窮状から逃れたいという被害者の意思を重視するべきであろう。

以上のことから、本罪においても必ずしも法益関係的錯誤説の解決は妥当ではなく、法益侵害を目的として行った欺罔・強制に基づく同意の場合に、当該行為者に対して承諾が無効となると解する本稿の立場が適切であるように思われるのである[131]。

五　その他の要件

傷害罪における同意は、法益侵害性に係る合意と同様、自己決定を基礎として犯罪の阻却を導く法的な制度である。ゆえに、それは自己決定として十分でなければならないし[132]、社会現象として把握できる類のものでなければならない。前者からは、同意の真意性や同意能力の必要性[133]、条件付の同意の有効性が導かれ、後者からは表明の必要性（ただし黙示の意思表示も含む[134]）が導かれる。また同意は犯罪の成立に係る要素であるので、行為時に存在していなければならず、取り返しがつかない程度に事象が進行していない限り撤回は常に可能である[135]。治療行為の契約は、対価と引き換えに治療をするものであって、契約者の債務は治療を受けることではないし、民法上の良俗規定に反さずに契約者が身体の侵害を債務として引き受けなければならなくなるような契約は考えられないように思われるから、常時撤回可能性のテーゼは例外なく認められることになるだろう。

一方で同意の真意性や同意能力といった問題は、これまで、とりわけ三で検討した同意効果の制限の問題とリンクして議論されることが多かった。たとえばワンダーフォーゲル事件[136]では、疲労と眠気のひどい状態にあったと思われる被害者の暴行への同意が、上級生の叱咤激励に対して反射的にでた言葉、つまり真意ではないものと考えられたが、東京地裁は被害者の承諾が「仮に真意であったとしても」という表現で真意性の判断を回避し、次に続く同意の社会的相当性の判断によって行為者に傷害（致死）罪の成立を認めた。重大な結果を生ぜしめる行為に同意した者の同意の真意性や同意能力は、確かに一般論的に言えば疑わしいと思わせるだけのものはあるだろう。また、どちらかの検討で同意の有効性が否定できるのであれば、もう一方の検討は不要であるとの考えは十分理解可能である。しかし両者は厳格に区別して論じられるべきである[137]。というのも前者は、同意の成立要件の判断であり、後者はその効果の判断だからである。

前者が否定されるのであれば、それは唐突に行われた（同意のない）法益侵害と同じであるが、後者のみが否定されるのであれば、そこには自己決定による法的保護の放棄があるといえる。後者は規範的な同意の効果の問題であって、少なくとも自律的な決定が存在するのであれば、違法性減少の効果を有しているのである。

なお同意傷害における同意能力は、他の罪と同様に、被害者が身体の価値、身体侵害の事実と程度、それによって導かれる帰結（利益得失）について認識し、そのような認識に基づいて何を優先すべきかを自己の価値観に基づいて判断し、さらにそれに基づいて行動することができるときに認められるものである。傷害罪においては些細な侵害から死に至るような重大な侵害までと、その結果の重要性は非常に様々であるから、侵害の程度に応じた判断能力が必要であろう。侵害結果が大きいほど高い能力が要求されることになる。とはいえ前節で一六歳の同意が殺人罪との関係で有効とみなされたことから、少なくとも一六歳以降は、あらゆる傷害行為に同意をする能力があるとみることができるかもしれない。また治療行為の際の同意は、ドイツにおいては医師による説明（インフォームド・コンセント）がなされて初めて、患者は同意能力者になるとみられている[138]。専門知識を必要とする侵害の際には、素人は専門家による説明後にはじめて認識能力と判断能力のある状態になるのである。そして同意の事実的な基盤について十分に情報を与えられれば、通常はそれで充分であろう。かつてBGHは、数年前からあらゆる医学的な努力ではその原因を解明できなかった頭痛に悩まされていた被害者が、その痛みは歯が悪いせいで引き起こされているという根拠のない確信に達したため、その歯を抜くことを歯科医である被告人に要求したという事例を取り扱った。被告人は、被害者の仮説に根拠がなく、歯の状態が頭痛の原因ではありえないことを再三説明したが、それでもそれが唯一の治療方法だと思い抜歯に固執する被害者の要求に基づいて抜歯を行った（結局頭痛は治癒しなかった）。BGHはこのような事例において、被害者の同意を無効だと判断している[139]。被害者の素人じみた無思慮は、無知と説明された医学的論証を理性的に考慮することを

妨げる心理的な状態に起因していて、他方で被告人には被害者のイメージを現実的な医学的な判断に合わさせることができなかったのだから、抜歯は見合わせなければならなかったと考えたのである。しかしこのような判断は学説によって、正当にも否定されている。[140] ここでは被害者が精神的にあるいは心理的に混乱していたかということは明白にされておらず、また医師は説明義務を十分に果たしており、結果としてBGHは被害者の無思慮な同意を認識能力の欠如ゆえに無効だと示したことになるからである。判断能力において重要なのは、事実を認識する能力であって実際にそれを認識したかどうかは別問題である。生物学的にはもちろん、当時の精神状況によってもそれが否定されないのであれば、それは同意能力者による有効な同意といえるであろう。被害者の錯誤を解消すべき義務のある被告人は、すでにその義務を履行しているのだから、ここでは義務違反に基づく同意の無効性の問題も生じないといえる。[141] ただし、医師の準則的に見て、このような行為が治療行為としてみなされないのであれば、本節三で述べたように結果の重大性に応じて、同意の効果が制限されることになるだろう。[142]

また当然ながら、酩酊者やアルコール又は薬物中毒者の同意能力も場合によっては制限される。[143] BGHSt 4, 88 の喧嘩闘争事例は、被害者が四本のビールを飲んでおり、それによって被告人を挑発したという事情があったのだが、BGHは被害者には「彼の表明の効果を認識し、利益得失を思慮分別のあるように相互に衡量するために必要な判断能力と冷静さ」が欠けていたとして、同意の無効性を認めている。[144] また NJW 2004, 1054[145] は、大量に飲酒した後のヘロイン中毒者の同意能力が否定される可能性を指摘しているし、BGH, NJW 1983, 462[146] もアルコール中毒者の同意を否定している。前二者はそもそも行為時にアルコールを大量に摂取していたことからその判断能力が否定されたものであり、[147] 後者はアルコール中毒ゆえに自らをコントロールする能力がなかったとみなされたものである。

六　まとめ

本稿の立場によれば傷害罪の保護法益は、処分権とは区別された身体そのものである。ゆえに、法益の侵害は被害者の意思に左右されるものではなく、客観的に判断されることになり、被害者の承諾は違法性阻却（同意）としての役割を果たすことになる。被害者の同意が傷害の違法性を阻却する根拠は、優越的利益説が適切であると思われる。つまり自己決定を尊重することが、近代国家の要求であり、それは個人の憲法上の権利でもあるからである。しかし、自己決定は常に尊重されなければならないものではなく、公共の利益や第三者の権利保護のために制限されうる。同意傷害においては第三者がそれを行うことによって、生物学的な意味でのヒトを尊重し、また結果として人格としての人を尊重するという秩序を著しく侵害することになる場合にそれは制限されることになる。人を尊重する秩序を維持し、また将来的に（場合によっては意思に反して）侵害される者を保護するために、同意を制限することは、自己決定の制限として適切な目的であり手段となるだろう。以上のことから、このような秩序を著しく害する行為（具体的には重大な結果をもたらす行為）には、同意の違法性阻却の効果は完全には与えられないことになる。ただし、法益所有者の自律的な自己決定によって、同意は一応は存在しているので、同意殺人罪に鑑みて少なくともそのような同意には違法性減少の効果が与えられることになる。このような制限の判断は行為時になされるものであるので、思いもよらず重大な結果が発生した場合には過失が問題となり、他方で思いかけず軽微な結果しか生じなかったときは故意犯が問題となる。ただし、そのような場合においてもやはり同意には違法性減少の効果が与えられるべきである。

また、同意は自己決定によって構成要件該当行為の違法性を排除する（あるいは減少させる）刑法上の法制度であるので、決定は自律的に行われ、それが刑法的な同意という現象として社会に認識されなければならない。そこから、こ

れまで論じてきた犯罪と同様に、有効な承諾にふさわしい要件が導かれることになるのである。

第四節　小括

生命・身体は、人の生活にかかせないものであり、個人の自己決定をささえる基盤ともなるもっとも重要な法益である。そしてこのようなものがむやみに侵害されない社会秩序も、人が社会生活をおくる上で重要な要素であって、国家にはそれを維持する義務があるというべきである。

（同意）殺人罪・傷害罪における保護法益は、処分権とは別個に保護された、（ヒトとしての）生命・身体そのものである。ゆえに、被害者の承諾は構成要件該当性を排除する「法益放棄」の効果を持たず、違法性を阻却する「法的保護の放棄」にとどまる。本稿においてはこれを法益侵害性に係る合意と区別して、同意と呼んだ。同意は近代国家の要請で憲法的に保護された自己決定を尊重するという刑事政策上の制度であって、それゆえ場合によっては公共の利益や第三者の利益との関係で刑事政策上の制限をうける。具体的には同意殺人は常に、同意傷害は生命の危険にいたるようなあるいは重大でとりかえしのつかない傷害の場合において、その違法性阻却の効果が否定されることになる。なぜならば、生物学的なヒトを尊重し、結果として人格としての人の尊重にも繋がるような社会的な秩序を維持する社会の要請が優先するからである。同意殺人・一部の同意傷害の可罰性は、近代国家に必要最低限の「ヒト」を尊重する秩序を維持し、将来的な（場合によっては意思に反して侵害される）被害者の保護に貢献することができる。ただしこのような可罰的な行為であっても、法益所有者の自律的決定である「同意」自体が存在しているのであれば、唐突に行われた侵害と同視することはできないので、その同意には違法性減少の効果を与えることができるだろう。

同意の違法性阻却（減少）根拠は自己決定であるので、自己決定の表れとして表明されたものだけがその違法性阻却（減少）の効果を有する。ゆえに、同意は同意能力を有するものが真意でなした同意でなければならないし、法益侵害の目的をもった欺罔・強制に基づいて行われた同意は当該欺罔者・強制者に対して無効である。他方で、同意につけられた条件は有効である。

さらに同意は刑法上の法制度であるので、刑法的に重要な社会現象として認識されなければならない。ゆえに明示的にせよ黙示的にせよ同意は表明されなければならないし、少なくとも行為時に存在しなければならない。また同意は契約ではないので、撤回は常に可能である。なお撤回は刑法上の制度という点に鑑みれば表明を必要としているようにも思われるが、内心的な撤回後は自己決定という違法性阻却根拠が存在していない以上、同意には犯罪阻却の効果はなく、表明は不要と考えることもできるだろう。後者がふさわしいように思われる。

（1）*Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 136 ff.; *Rudolf Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 118 f.

（2）*Bernhard Hardtung*, Die guten Sitten am Bundesgerichtshof, Jura 2005, 405 f.; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2000, §228, Rdn. 2.

（3）*Schmitt*, a.a.O. (Anm. (1)), S. 118 ff.

（4）なおシュミットの論文発表当時は、旧条文下であったので二二八条ではなく二二六ａ条の問題として論じられていた。条文の内容自体は同じものである。

（5）ただし、同意傷害における良俗違反の制限は、ナチ時代以前から存在していたものであり、この主張には論拠が薄いと言う批判もある（*Sitzmann*, Zur Strafbarkeit sado-masochistischer Körperverletzung, GA 91, 74.）

（6）*Walter Kargl*, Probleme der Strafbegründung bei Einwilligung des Geschädigten am Beispiel des Dopings, JZ 2002, 389 ff.
（7）*Kargl*, a.a.O. (Anm. (6)), 395.
（8）*Kargl*, a.a.O. (Anm. (6)), 396 ff.
（9）詳細は拙稿「被害者の承諾（七）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五九巻五号（二〇〇九）一一一頁以下を参照。*Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, 39 ff.
（10）*Göbel*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 46 ff.
（11）*Göbel*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 54.
（12）ヴァイゲントは、主観的法益論を出発点とする（*Thomas Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98, 60 ff.）。
（13）*Weigend*, a.a.O. (Anm. (12)), 62 ff.
（14）*Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, §5, Rdn. 119.
（15）*Schmidhäuser*, a.a.O. (Anm. (14)), §5, Rdn. 120.
（16）基本法二条一項「すべての者は、彼が他人の権利を侵害し、憲法に合致した秩序あるいは良俗法に違反しない限りで、その人格を自由に発展することについての権利を持つ」
（17）*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. Ⅰ, 4.Auflage, 2006, §13, Rdn. 38.
（18）*Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 41.
（19）*Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 42.
（20）*Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 43.
（21）*Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 44.
（22）また *Fischer*, Strafgesetzbuch and Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, §228, Rdn. 2 ff. も法益論については明言していないが、傷害罪における同意の制限は、自己決定自体が一般予防によって制限されるからと解している。そして重大な侵害の範囲においてのみ一般予防的に慎重な、個人の自己決定への国家の介入が正当化されるので、二二八条の制限は、結果の種類と重要性だけに制限されることになる。ただし、それが重大な傷害に向けられた合意的傷害行為の違法性を阻却しう

る限りで、行為の目的も考慮されることになる。

(23) *Horn/Wolters*, Systematischer Kommentar, 7. Auflage, 2003, §228, Rdn. 2.

(24) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 9.

(25) ロクシンもかつて、良俗違反は法的な拒絶が明らかな場合にのみ許されるとして、たとえば生命に危険のある傷害（二一六条）、兵役の義務を逃れる目的での切断（一〇九条）又は保険金詐欺のための傷害は違法であるとしていた。このような基準はたしかに明確性の必要性にふさわしいし、良俗違反の規準を適切に法的基準に還元するが、しかしそれは同様に保護法益に適合していないとして現在では自説を改めること明らかにしている（*Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 39.）。

(26) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 9.

(27) *Kargl*, a.a.O. (Anm. (6)), 397; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 39. ただし、*Ulrich Berz*, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 69, 145 ff. はこのような議論を顧慮した上で、このような場合は明らかに社会生活の最小限の良俗に反しているのだから処罰しても構わないと結論付けている。

(28) *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, §228, Rdn. 6; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 9.

(29) *Wolfgang Frisch*, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 488 f.

(30) *Frisch*, a.a.O. (Anm. (29)), S. 490 f.

(31) *Frisch*, a.a.O. (Anm. (29)), S. 492.

(32) *Frisch*, a.a.O. (Anm. (29)), S. 492 ff.

(33) *Frisch*, a.a.O. (Anm. (29)), S. 498 ff.

(34) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 6; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 52.

(35) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 6.

(36) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 52.

(37) *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §228, Rdn. 10. ただし、フリッシュは同意が自律的でないときは行為は良俗に反しているとして、二二八条の文言からこの理論を導けると主張している（*Frisch*, a.a.O. (Anm. (29)), S. 504.）。

(38) *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 98 ff. なお、ここでの衡量は侵害された財と保全された財を比較する正当化事由としてのそれではない。

(39) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (38)), Vor§32, Rdn. 98.

(40) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 7.

(41) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 9.

(42) *Gunnar Duttge*, Abschied des Strafrechts von den »guten Sitten«?, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 779 f.; *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 7.

(43) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 9.

(44) *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 5.

(45) *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 6.

(46) *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 7.

(47) *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 8.

(48) 同様の見解として *Duttge*, a.a.O. (Anm. (42)), S. 780 ff. が挙げられるが、具体的基準としては、価値観は時代によって変るゆえに個別具体的に判断されなければならないとしつつ、あきらかに「人間の尊厳」に反しているとみなされるものが良俗違反であると結論付けている。なお彼によれば、「人間の尊厳は、とりわけ、他のすべての人には処分できないような人格と自己決定、従って主観的な自由の中にある。しかしそれは余すところなく主体性の中に埋没してなくなるわけではない。個人が処分することができず、そして放棄できないような客観的に課せられている（aufgegeben）人間の尊厳の要素が残っている」という。人間の尊厳ある社会秩序を憂慮することも国家機関の課題というのである。

(49) Vgl. *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955.

(50) *Hardtung*, a.a.O. (Anm. (2)), 404.

(51) *Hardtung*, a.a.O. (Anm. (2)), 404.
(52) *Hardtung*, a.a.O. (Anm. (2)), 404.
(53) Vgl. *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (38)), Vor§32, Rdn. 98.
(54) 前田雅英『刑法総論講義』（第四版、二〇〇六、東京大学出版会）三一八頁、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（二〇〇四、成文堂）七四頁以下、高山佳奈子「自己決定とその限界（上）」法学教室二八四号（二〇〇四）六一頁、斉藤誠二「被害者の承諾と傷害（二）」受験新報（一九九一）二二頁以下。
(55) 斉藤・前掲論文（注（54））二六頁。
(56) 前田・前掲書（注（54））三一八頁。
(57) 須之内・前掲書（注（54））七四頁以下、斉藤・前掲論文（注（54））二二頁以下。
(58) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（二〇〇四、法律文化社）一五八頁、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇）九〇頁、斎藤信治「被害者の承諾」阿部純二ほか編『基本問題セミナー刑法一総論』（一九九二、一粒社）一六四頁、木村静子「被害者の承諾について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（一九八四、有斐閣）三三八頁、古田佑紀「被害者の承諾と犯罪の成否」法律のひろば三四巻三号（一九八一）五五頁。
(59) BGHSt 49, 166, 176 f. 事件の詳細は後述。
(60) 西田典之『刑法総論』（二〇〇六、弘文堂）一七三頁以下、吉澤三枝「違法性の本質と被害者の承諾」司法研究所紀要一二巻（二〇〇〇）六四頁。
(61) 吉澤・前掲論文（注（60））六一頁以下。
(62) 吉澤・前掲論文（注（60））六九頁以下。
(63) 夏目文雄「判批」愛知大学法経論集九七号（一九八一）八六頁、古田・前掲論文（注（58））五五頁。
(64) 木村静子「傷害罪と被害者の承諾」ジュリスト七六八号（一九八二）一五三頁。
(65) 山中敬一『刑法総論』（第二版、二〇〇八、成文堂）二〇三頁。また、拙稿「被害者の承諾（一）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五八巻二号（二〇〇七）一八頁以下を参照。
(66) たとえば佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（一）」法学教室二九五号（二〇〇五）一一〇頁があげられる。ここでは

被害者の同意は、正当化事由であるとされつつ、その犯罪阻却根拠は法益放棄で説明されている。この点で主観的法益論と類似した点がある。

(67) 武藤眞朗「承諾に基づく傷害の許容範囲―ドイツ刑法の規定との比較―」宮澤古稀編集委員会『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・現代社会と刑事法』（二〇〇〇、成文堂）八八頁以下、生田勝義「『被害者の承諾』についての一考察」立命館法学二二八号（一九九三）二〇五頁、山中・前掲書（注(65)）二〇五頁、佐伯・前掲論文（脚注(66)）一一〇頁。また橋本雄太郎「被害者の承諾と自己決定権」杏林社会科学研究一五巻一・二号（一九九九）八二頁参照。

(68) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（二）」法学教室二九六号（二〇〇五）八六頁、武藤・前掲論文（注(67)）八八頁。ただし生田・前掲論文（注(67)）二〇五頁は生命に危険が及ぶ場合しか制限の事由に挙げていない。

(69) 佐伯・前掲論文（注(68)）八六頁。

(70) 塩谷・前掲書（注(58)）一六〇頁。ただし、前頭葉を切除するような場合にも同じ批判があてはまるかは疑問である。また、西田・前掲書（注(60)）一七四頁も参照。

(71) 木村亀二・阿部純二『刑法総論』（増補版、一九七八、有斐閣）二八六頁以下。

(72) 『大コンメンタール刑法第二巻』（第二版、二〇〇三、青林書院）〔古田佑紀〕二五一頁、団藤重光『刑法綱要総論』（第三版、一九九〇、創文社）二二二頁以下、団藤重光編『注釈刑法（二）のI』（一九七六、有斐閣）〔福田平〕一一三頁。

(73) 大塚仁『刑法概説総論』（第四版、二〇〇八、有斐閣）四一八頁、伊東研祐「違法性阻却の原理と事由―その二：被害者の同意」法学セミナー六一五号（二〇〇六）一〇四頁以下、川崎一夫「傷害罪―傷害の意義・傷害の故意、被害者の承諾・同時傷害の特例」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第六巻）各論の諸問題』（一九九三、法学書院）四〇頁以下、宇津呂英雄「判批」警察学論集三四巻二号（一九八一）一五一頁、土本武司「被害者の承諾」警察研究五二巻五号（一九八一）一三頁以下、阿部純二「傷害罪と承諾―その一側面」阿部純二ほか編『鴨良弼先生古稀祝賀論文集・刑事裁判の理論』（一九七九、日本評論社）四一六頁、古田・前掲論文（注(58)）五七頁、夏目・前掲論文（注(63)）八六頁以下。

(74) 宇津呂・前掲論文（注(73)）一五一頁参照。

(75) 夏目・前掲論文（注(63)）八六頁以下、伊東・前掲論文（注(73)）一〇六頁、宇津呂・前掲論文（注(73)）一五一頁、土本・前掲論文（注(73)）一六頁。

(76) 前田雅英「侵害結果と被害者の承諾」法学セミナー四〇七号（一九八八）九七頁。
(77) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六、有斐閣）五八三頁、木村（静）・前掲書（注（58））三三一頁以下。
(78) 井田・前掲論文（注（58））八九頁。
(79) ただし、井田・前掲論文（注（58））八八頁は、優越的利益説という名称を本稿における法益衡量説の意で用いている。
(80) 内藤・前掲書（注（77））五八七頁。
(81) また井田・前掲論文（注（58））八六頁も同旨である。井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇六、成文堂）一九五頁も参照。
(82) 井田・前掲論文（注（58））八九頁、内藤・前掲書（注（77））五八七頁以下。
(83) 井田・前掲論文（注（58））八九頁以下、内藤・前掲書（注（77））五八八頁。
(84) 曽根威彦『刑法における正当化の理論』（一九八〇、成文堂）一四九頁。また、三枝有「被害者の承諾」石堂巧卓編『現代刑事判例研究第一巻』（一九九六、成文堂）五四頁以下。
(85) 曽根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』（第二版、二〇〇五、成文堂）一三九頁。
(86) 曽根威彦『刑法各論』（第四版、二〇〇八、弘文堂）一七頁以下。
(87) 振津隆行「被害者の承諾（下）」法学セミナー三九〇号（一九八七）五七頁以下、内藤・前掲書（注（77））五八七頁。
(88) またプラスの衡量材料である自己決定に、目的によって価値の差異を認めれば、自己決定に量的な差はあるのかという疑問が生じるし、価値の差を認めなければ、プラスに評価されるべき動機（たとえば治療行為や臓器移植のための臓器の摘出）が重大な傷害を正当化するものとして機能しなくなる点にも問題があるだろう。
(89) *Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimung, in: Festscrift für Hans Welzel, 1974, S.800.
(90) 塩谷・前掲書（注（58））一六〇頁以下。しかし、ここでは同意の存在も重要な違法性阻却の要素であることには変わりない。*Dieter Dölling*, Einwilligung und überwiegende Interessen, in: Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 211 は、正当にも、「同意と重大な利益のコンビネーションが正当化のために必要である」と解している。
(91) Vgl. *Walter Stree*, BGH, NStZ2005, 41. 但し、違法性減少の効果によって、結果の違法性が、可罰性が欠けるほどに排除される可能性は残っている。

(92) BGHSt 4, 88, 91. この点は、学説上もほぼ一致しており、ゆえにもしある人がもらった謝礼金で犯罪に着手しよう（たとえば殺人用のナイフを買う）として、献血を行ったとしても、献血自体は社会的に有益なので、また謝礼の利用は当該医師の行為とは無関係なので、医師の行為は良俗違反とみなされないことになる（Vgl. *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil1 Lehrbuch, 2000, §6, Rdn. 31; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 7; *Göbel*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 47; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 38; *Berz*, a.a.O. (Anm. (27)), 145; *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 7; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (37)), §228, Rdn. 10.)。

(93) BGHSt 17, 359, 360.

(94) BGHSt 4, 24, 32; BGHSt 4, 88, 91; BGHSt 49, 35, 41; BayObLG, NJW 1999, 372, 373.

(95) ライヒ裁判所時代の判断については、*Hardtung*, a.a.O. (Anm. (2)), 402 を参照。

(96) BGHSt 4, 24, 31.

(97) BGHSt 38, 83, 87.

(98) BGH, NStZ 2000, 87, 88.

(99) BayObLG, NJW 1999, 372.

(100) OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325. ただし、これは同意に基づく他者危殆化の事例であるので、直接二二八条の問題とリンクさせることはできないという指摘もある（*Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 58)。

(101) 当該事例においては、被害者が麻薬剤法違反ゆえに良俗違反であるのと、結果の重大性ゆえに良俗違反であるのとは、行為者の錯誤の問題とリンクして結論に差異をもたらす。すなわち、前者に錯誤があれば禁止の錯誤であり、後者に錯誤があれば正当化事由の前提の錯誤、つまりは事実の錯誤として取り扱われることになるのである。

(102) BGHSt 49, 35, 41 ff.

(103) BGHSt 49, 35, 42 ff.

(104) *Hardtung*, a.a.O. (Anm. (2)), 406 f.; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 61 ff.

(105) BGHSt 49, 166, 171 ff.

(106) BGHSt 49, 166, 173 ff.

(107) *Hirsch*, BGH, JR 2004, 475; *Shwe*, BGH, NStZ 2005, 41.

(108) *Hardtung*, a.a.O. (Anm. (2)), 407.

(109) 業務上横領罪の承諾の効果が争われた事例において、大判昭和一〇年三月九日刑集一四・一九〇は業務上横領罪のような被害者の承諾の存在が構成要件要素である犯罪類型に関しては「傷害罪ニ於ケル違法阻却事由タル承諾ノ如キト混同スヘカラサルコトヲ要ス」と解している。

(110) 大阪高判昭和二九年七月一四日裁特一・四・一三三。

(111) 大阪高判昭和四〇年六月七日下刑集七・六・一一六六。

(112) 大阪地判昭和五二年一二月二六日判例時報八九三号一〇四頁。

(113) 平野龍一「傷害と同意―刑事法ノート一」警察研究五七巻三号（一九八六）一〇頁以下、夏目・前掲論文（注(63)）九〇頁、佐伯・前掲論文（注(68)）八七頁。なお反対は、宇津呂・前掲論文（注(73)）一五二頁、阿部・前掲書（注(73)）四〇四頁。

(114) 東京地判昭和四一年四月二二日下刑集八・六・八六九。

(115) 最決昭和五五年一一月一三日刑集三四・六・三九六。

(116) 神崎武法「被害者の承諾と傷害罪の成否」研修三九二号（一九八一）六四〇頁、夏目・前掲論文（注(63)）九三頁、土本・前掲論文（注(73)）一三頁参照。

(117) 伊東研祐「判批」警察研究五三巻九号（一九八二）六四頁、宇津呂・前掲論文（注(73)）一五四頁、神崎・前掲論文（注(116)）六三九頁参照。

(118) 阿部純二「傷害罪と承諾・再論」研修五〇二号（一九九〇）五頁、平野・前掲論文（注(113)）四頁、伊東・前掲論文（注(117)）六四頁以下参照。

(119) 仙台地裁石巻支部判昭和六二年二月一八日判例タイムズ六三二号二五四頁。この事案は、被告人が被害者から依頼されて、ありあわせの道具を用いて、被害者の左手小指を包丁で切り落としたという事案であり、このような事実に基づいて仙台地裁は、被害者の同意が真意であったかは疑わしいし、仮に真意であったとしても上述のような理由ゆえに傷害罪の成立は妨げられないとした。

(120) 佐伯・前掲論文（注（68））八六頁。
(121) 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）七二頁（以下、佐伯・錯誤と略す）。
(122) 佐伯・錯誤（注（121））七二頁。
(123) 佐伯・錯誤（注（121））七二頁以下、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）一〇二頁。
(124) 佐伯・錯誤（注（121））七三頁。ただし、山口・前掲論文（注（123））一〇四頁以下は、法益関係的錯誤を非常に広く解しており、身体についても、処分の自由を肯定する余地がないわけではないと考えるので、「毛髪をかつらに利用するため買い取るからと欺罔して切り取ることに同意させたが、切り取った後、報酬の支払を拒絶したというような場合を想定すると、毛髪という身体の一部を処分する自由を認めることは不可能ではないと考えることができるから、暴行罪の成立を肯定することは考えうるように思われる」としている。一方で処分の自由を肯定できないような重大な傷害・生命に危険のある傷害については、「緊急避難状態等の欺罔により同意の有効性が否定されることはありうるとしても、傷害自体について認識がある以上、処分の目的等について錯誤が存在しても、それを『法益関係的錯誤』と認めることはできない」と解している。前述したように法益関係的錯誤説に依拠する最大のメリットは、対価的な錯誤に基づく行為を不可罰にできるという点にあるし、アルツト以来、この点は法益関係的錯誤説のゆずれない帰結となっている。対価的な錯誤をも法益関係的錯誤としてみとめてしまうのであれば、もはや法益関係的錯誤説に依拠する本来の意味は失われてしまうように思われるのである。また、たとえ同意効果の制限を受けるとはいえ、かけがえのない性質であることを根拠に、重要な傷害の方が軽微な傷害や暴行よりも、保護が薄くなるという結論は、納得することができないだろう。
(125) 詳細は、拙稿「被害者の承諾（四）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五九巻二号（二〇〇八）二三二頁以下参照。
(126) *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 20.
(127) *Amelung*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 60.
(128) 詳細は、拙稿「治療行為の傷害構成要件該当性について」北大法学論集五六巻二号（二〇〇五）三二一頁以下参照。
(129) 注（119）参照。

(130) 仙台地裁は、このような捜査段階での被害者の証言よりも、同じ組の兄貴分に、他の組の構成員である被告人らと交遊していた不義理をなじられケジメをつけるように言われたゆえに被害者から被告人に指つめを依頼したという公判廷における被害者の証言の方に合理性が感じられ、ゆえに「本件の動機がK（被害者・筆者注）の自発的な依頼すなわち同人の承諾によるという疑問は合理的な疑いの段階に達している」と判断している。その上でそのような同意は社会的に相当でないとして、傷害罪の成立を認めた。

(131) 詳細は、拙稿・前掲論文（注（125））一二五八頁以下参照。

(132) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (37)), §228, Rdn 5.

(133) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 3; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 3; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (37)), §228, Rdn. 5.

(134) *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (2)), §228, Rdn. 3; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 3; *Stree*, a.a.O. (Anm. (28)), Rdn. 3; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (37)), §228, Rdn. 5.

(135) *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 13; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (37)), §228, Rdn. 5.

(136) 注（114）参照。

(137) 佐伯・前掲論文（注（68））八七頁。

(138) *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage , 1991, §14, Rdn. 7; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 86. 他方説明義務を錯誤との関係で説明とするのは、*Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1992, §17 Ⅲ, Rdn. 59; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 14. また *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil 1), ZStW 104, 554 では、専門知識の必要な（たとえば治療）侵襲の場合には、同意能力はその説明を理解できる能力としているので説明義務違反は錯誤（欺罔）に基づく承諾の問題となる。

(139) BGH, NJW 1978, 1206.

(140) *Knut Amelung/Frieder Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 941; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 87; *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 3.

(141) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), §13, Rdn. 112.

(142) Vgl. *Horn/Wolters*, a.a.O. (Anm. (23)), Rdn. 3.
(143) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 89; *Hirsch*, a.a.O. (Anm. (38)), Vor832, Rdn. 118.
(144) Abw. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (17)), Rdn. 89.
(145) BGHSt 49, 35 と同じ事例であるが、BGHSt 49, 35. では、この点は省略されている。
(146) 事例の詳細は拙稿「被害者の承諾（二）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五八巻四号（二〇〇七）七七頁以下参照。
(147) Vgl. *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 540.

結語　―総論への示唆―

本稿は、これまで総論的な視点によって検討されてきた被害者の承諾を、違った角度から見直そうと各論的検討を行ってきた。そして各論的な検討によって総論的な承諾の議論へ行うべきいくつかの示唆を見出すことができたように思われる。

一　被害者の承諾の犯罪論体系上の地位

これまで、被害者の承諾の犯罪論体系上の地位は日本の議論においてあまり重視されてこなかった。それは、構成要件該当性を排除する合意と違法性を阻却する同意の区別を結果に影響を及ぼさないささいなものとしてみなしてきたか

らである。しかし、そのような前提は必ずしも正しくないといえるであろう。

先駆的に被害者の承諾の多様性を認めたゲールズは、被害者の承諾を構成要件を排除する合意と違法性を阻却する同意に区別した(1)。このようなテーゼは一部正しく、一部間違っている。被害者の承諾には、構成要件の文言を排除するもの（本稿でいう行為態様に係る合意）、構成要件で保護されている法益の侵害性を排除するもの（法益侵害性に係る合意）、違法性を阻却（減少）するにすぎないもの（同意）という三つの種類のものが認められるべきである(2)。

たとえば窃盗罪における窃取への承諾や、住居侵入罪における侵入への承諾は行為態様に係る合意である。両者は自己決定に基づく法益の処分として不十分であっても（たとえば瑕疵ある合意であっても）、事実上そのような合意の存在によって刑法の構成要件が要求する行為態様を満たさなくなるという点で、正確には被害者の承諾論というよりは、構成要件メルクマールを問題としている。

それに対して、器物損壊罪における損壊への承諾や監禁罪における監禁への承諾は法益侵害性に係る合意である。両者は、被害者が当該財（財産・自由）の保護を要求している限りで「法益」としての価値が与えられる、被害者の意思と密接に関係した（処分権・自由を保護する）構成要件において、その法益を保護する必要がもはやないことを主張する承諾であり、このような承諾があれば当該罪の法益は法益としての価値を失うことになる。それゆえ、法益侵害性に係る合意は、行為の構成要件該当性を排除するのである。

最後に、同意殺人罪における殺人への承諾や傷害罪における傷害への承諾は同意である。これらの条文では（その重要性ゆえに）個人の意思とは関わりなく法益が保護されているので、たとえ被害者の同意があったとしても構成要件該当性を否定することはできない。そして、自己決定を尊重するという近代国家のそして憲法的な要請ゆえに当該同意は、違法性を阻却（減少）する効果をもちうることになる（法的保護の放棄）。ただし生命のタブー化を破ったりその他、

人の尊厳を根本から崩壊させるような行為が行われた場合には、その同意を尊重することはできない。つまり、同意には外在的な制約がかかっているのである。

このように被害者の承諾には三つの種類がある。行為態様に係る合意は、被害者の承諾というよりは、各論的な文言解釈の問題となるので、本来的な総論的な承諾論の検討範囲は、法益侵害性に係る合意と同意の二つということができるだろう。ここでは、どちらも被害者の自己決定があることを理由に、行為の犯罪性が阻却されることになる。

なお、両者は自己決定を根拠とする法的制度であるという点で、多くの共通点を有する。それは、たとえば有効な承諾を認めるための要件である。被害者の自律的決定が否定されるような承諾は、どちらにおいても常に無効であるし、社会現象として把握できない承諾は同じく無効とされるべきであろう。それに対して両者の違いは、効果の点に現れる。法益侵害性に係る合意の犯罪阻却効果は常に認められるが、同意のそれは制限される。またその犯罪論体系上の地位の違いから、行為者の同意の不知や、錯誤による受け入れといったものに（説によっては）差異が生じる可能性がある。[3] とはいえこれは承諾論だけではなく違法論と深くかかわる問題なので、本稿では検討を控えた。

そして本稿に基づき、方法論的な問題として明らかになったのは、「被害者の承諾」を論じるためには、取り扱う構成要件の文言と法益を確定することが不可欠であるということである。もちろんこれは上記三つの承諾のどれに当てはまるのかを確定する作業でもあるが、一般的に国家・公共の法益に対する罪として分類されている構成要件においても、本当にその罪が被害者の承諾論の範囲外なのかを確定するために重要である。国家・社会の法益と個人の法益の二つが保護されている場合には、その関係も重要となる。両者が択一的に保護されているのであれば個人法益の処分はせいぜい当該犯罪の違法を減少する役割しかもたないが、重層的に保護されているのであれば犯罪の成立が阻却されることになるからである。当該構成要件の法益と文言を確定せずに被害者の承諾を論じることは、時に間違った結論へと導きう

るのである。

二　有効な承諾の成立要件

また、本稿では具体的な構成要件を例に、被害者の承諾が有効に成立する要件についても具体的な検討をおこなった。そこから以下のような結論が導かれている。

まず、行為態様に係る合意は自己決定ではなく構成要件メルクマール（行為態様）の問題であるので、要件は文言の解釈に左右される。ゆえに「行為態様に係る合意」類型には、統一的に理解された要件は存在しない。

次に前述のように、法益侵害性に係る合意と同意は、いずれもその犯罪阻却（場合によっては違法性減少）根拠が「自己決定」であるという点で共通しており、またそれらは刑法上の制度であるので、前者からは自己決定を認めるために必要な要件が導かれ、後者からはその法的性質にみあった要件が導かれる。

自己決定との関係でいえば、第一に、同意は真意でなければならない。あざむれの承諾は無効であり、たとえ被害者側に落ち度があったとしても、同意に基づいて侵害行為をすることはできない。情を知らなかった場合は故意の問題として取り扱われるのみである。また、類型的に被害者と行為者が特別な関係にある場合、又は被害者が特殊な環境にいる場合においては、個人の「真意性」はより慎重に決定されなければならない。前者の例として公務員暴行陵虐罪が挙げられ、後者の例として盗品等関与罪が挙げられる。なんらかの理由で類型的に被害者の意思や自由がすでに抑圧されている場合、それをカウントした上での真意性の判断を行わなければならないだろう。

第二に、被害者は同意能力を持たなければならない。具体的には、自己決定を行うための能力であるから、侵害結果

の発生や程度、侵害によって導かれる帰結（利益得失）を認識し、自己の価値観に従ってそのような認識に基づいて判断し、それによって自己を制御する能力が必要である。これは自己決定の最低限の条件であり、精神的な欠乏ゆえに主観的に合理的な方法でその財を扱うことのできない者は、彼自身から保護する必要があるのである。(4)

第三に承諾は結果の発生とその程度を認識していなければならない。もしもそれを認識していない又は錯誤している場合にはそもそも承諾は存在しないので、不知や錯誤の原因が何であろうと、誰もこのような承諾に基づいて侵害を行うことはできない。

第四に欺罔・強制によって人為的に導かれた承諾は無効である。法益侵害を目的とした欺罔・強制によって巧みに獲得された承諾に基づく侵害行為は、突然の侵害と同価値であり、ここでの承諾は被害者の自己決定ではなく、行為者によって法益侵害のために操作された他者決定である。ゆえに、欺罔者・強制者はそれに基づいて行為をすることは許されない。しかし、第三者にとっては、それは有効とみなされる。なぜならば、欺罔・強制とはかかわりのない第三者から見れば、それは一〇〇パーセント自由ではない人間が行った通常の決定と変らないものだからである。(5)欺罔・強制にかかわりのない行為者による承諾に基づく侵害行為は、その行為者による唐突の侵害と同一視することはできない。なお単なる錯誤に基づく承諾は、全知全能ではない人間が行う通常の自己決定であり、同意は常に有効である。同様の基準が、自然の強制状況に基づく承諾においてもあてはまる。

続いて、両者の承諾の法的性質から言えば、第一に、これらの承諾は刑法的に重要な社会現象として表明されなければならない。ただし明示的に表明される必要はなく、黙示的なものでもかまわない。

第二に、刑法の犯罪性の判断は行為時に行われるので、承諾は少なくとも行為時に存在していなければならない。事後の追認は、犯罪阻却の効果をもたない。

第三に、これらの承諾は常に撤回可能である。第三の要件はしかし、法的性質と自己決定としての性質が交錯した要件でもある。撤回を承諾の表明とリンクして考え、社会現象としての表明を要求する説[6]に納得すべき点がないわけでもないが、被害者の承諾が自己決定であることに鑑みれば「自己決定」がそれを拒絶している（撤回した）場合には、やはり犯罪阻却の根拠がなくなるというべきだろう。ゆえに同意の表明とは異なり社会現象としての撤回が社会に認識される必要はないことになる。この場合、表明された同意を信用した行為者の保護は、故意の問題として行われる。

以上のような要件が、総論的、そして各論的承諾論のために導かれる結論であろう。更なる詳細は、各々の構成要件でもって検討しなければならない。

三　今後の課題

本稿は、被害者の承諾を各論から検討することで、これまで総論的な検討においてあいまいなまま残されていた被害者の承諾の犯罪論体系上の地位や有効な承諾成立のために必要な要件を検討することを目的としていた。これによって総論的な被害者の承諾の議論にわずかながらの示唆を与えることができたのであれば幸いである。

なお本稿では、被害者の承諾と深いかかわりをもつ「自己危殆行為（承諾に基づく他者危殆行為）」や「治療行為」といった問題について検討することができなかった。被害者の承諾の周辺にあるこのような問題を分析することは、承諾論を深めていく上で重要な手がかりとなるものであることは間違いがないだろう。また、承諾に係る行為者側の事情（承諾の不知、錯誤による受け入れ）も検討しておらず、被害者の承諾の事例を真に解決するためには、このような論点も重要である。このような諸々の課題は、今後の研究に委ねたい。

（1）*Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262 ff.

（2）なお、三元説ともいえる本稿の立場は、構成要件内部でも（代替可能性を基準に）異なった種類の承諾を問題とするヤコブスの三元説とも若干性質を異にしている。(Vgl. *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, §7, Rdn. 1 ff)

（3）なお深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否―同意の処罰阻却効果の『絶対性』との関係について―」岡山大学法学会雑誌五一巻四号（二〇〇二）七七頁以下参照。

（4）*Thomas Rönnau*, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura2002, 668; *Knut Amelung/Frieder Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS2001, 942.

（5）仙台地裁石巻支部判昭和六二年二月一八日判例タイムズ六三二号二五四頁が、やくざの指つめの事例において、被害者に指つめをやむなくした事情が被告人によるものなのか、被害者の組の兄貴分によるものなのかを承諾の成立との関係で重視したことも、これと同様の考えに基づくものであろう。

（6）*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. Ⅰ, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 79; *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (4)), 944.

〔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～各論論的考察」に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一九年・二〇年度日本学術振興会科学研究費補助金（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。

研究ノート

欧州連合の対テロ政策の枠組み

鈴木一人

多国間枠組みによるテロ対処を検討するに当たり、EUほど適切な題材はないであろう。かつてはIRAなどの民族集団テロや「赤い旅団」のような極左テロが頻発し、現在でもバスク地方のETAなどテロ活動は継続されている[1]。欧州各国はこれらのテロに対し、長い間悩まされ、そして粘り強く解決に向かって努力してきた[2]。一部を除けば、このようなテロ対処は功を奏しているが、多くの場合、欧州各国が一国単位で対応できるテロ活動であり、テロ組織間の国際的な連携はあったとしても、その程度は限定されていた。

しかし、近年、欧州各国が直面するイスラム原理主義や、そ

れらによって扇動されたテロは、これまでのテロ対処のあり方を大きく変えている。第一に、欧州統合が進展し、域内でのヒト・モノ・カネ・情報の移動に制約がほとんどなくなり、テロリストは容易に国境を越えて、各国警察の管轄権を脱することができ、インターネットなどによって情報伝達を行い、テロ関連物資を欧州各地から調達することができるようになった。とりわけ、一九八五年に始まり、現在ではイギリスとアイルランドを除く二五のEU加盟国に加え、ノルウェーとアイスランドが加盟するシェンゲン協定が存在し、EU域内の人的移動が完全に自由になっていることで、EU各国は一国単位で国境での管理を行うことが出来なくなっている。第二に、IRAや極左テロのように、限定された民族集団や思想集団が行うテロ行為ではなく、移民として入国し、定住するようになった移民社会がテロ組織の母体になっており、テロリストとその支援者の特定が困難となっている。第三に、かつてのテロリズムは国家権力に対する暴力であり、明白な目的を達成する手段としてのテロであったのに対し、現下に懸念されるテロは、グローバルな不公正や近代西洋文明に対する暴力であり、テロ行為そのものが目的化される傾向にある。第四に、統合が進んでいるとはいえ、警察・司法の管轄権は各国ごとに区切られており、後述するように「自由・安全・公正（Freedom, Security and Justice）」領域の政策が進んでいるとしても、まだEU全体を統合するような警察組織も司法機関も存在していない。[3]

このような条件の中で、これまでのように欧州各国は一国単位でテロに対処することは極端に困難となっており、EUの枠組みで協力・連携せざるを得なくなっている。EUレベルでは、二〇〇五年の「対テロ戦略（Counter Terrorism Strategy）」[4]と「アクションプラン二〇〇五」[5]を採択し、テロ対策調整官を設置することで、各国の司法・警察・情報機関の連携を高めようとしているが、その成果は必ずしも大きいとはいえない。

本稿では、これまでEUが行ってきたテロ対処の取り組みを紹介し、多国間協力の枠組みとして、どのような問題があるのか、またEUの経験から、将来的にグローバルなテロ対処の多国間枠組みの構築を進めるにあたって、どのような戦略を展開すべきかを議論する。特に、日本がテロ対処を多国間枠組みで進めるにあたっての問題点などを議論する。

一・対テロ対処の歴史

欧州におけるテロ対処の歴史は、それほど新しいものではな

い。一九七〇年代には欧州政治協力（European Political Cooperation）の枠組みの下に、各国のテロ対策担当者が定期的な会合を持つ「トレビグループ（Trevi Group）」が設置され、三〇年にわたって会合がもたれてきた。このトレビグループはＩＲＡなどの民族テロおよび極左テロの情報交換が主たる目的であり、各国の内務省・警察のTelexネットワークを構築するには至ったが、統一的なテロ対策戦略を生み出すことはなかった。

一九九三年に発効したマーストリヒト条約は、これまでの経済統合から共通外交安全保障政策（ＣＦＳＰ）、内務・司法協力（ＪＨＡ）をＥＵの政策領域と定め、ＣＦＳＰの枠組みの下に「テロ委員会（Committee on Terrorism: COTER）」とＪＨＡの下に「テロワーキンググループ（Terrorism Working Group）」を設置した。しかし、これらも各国の担当者が欧州レベルでのテロ対処に関する協議を行うにとどまり、効果的なテロ対処の枠組みとして機能したわけではなかった。

また、一九八五年にドイツ、フランス、ベネルクス三国で始まったシェンゲン協定が一九九七年のアムステルダム条約でＥＵの枠組みに組み込まれたことで、人の移動に関する政策が加盟国間の二国間・多国間協力関係からＥＵの政策領域へと移行したことは、テロ対処のあり方にも大きな変化を与えることとなった。シェンゲン協定の下では、加盟国間の人的移動を管理する出入国管理がなくなり、自由な移動が保障されるため、テロリストに限らず、犯罪者や組織犯罪の組織が容易に国境を越えることとなる。しかし、ＥＵ全域を統括する法執行システムは存在しておらず、EuropolやEurojustといった各国機関の協力組織しか存在していない（後述参照）。つまり、域内の移動が自由になったにもかかわらず、法執行管轄権は各国にあるため、その制度的なずれを見越した越境犯罪やテロリスト・ネットワークの構築は容易に想定された。そのため、ストラスブールにシェンゲン情報システムを設置し、各国の犯罪者や行方不明者の情報を共有している。

このシェンゲン情報システムは一定程度以上の成果を挙げており、越境犯罪は容易ではないことが示唆されるが、それでも、各国の法執行機関の能力の差や、電子化されていない「生きた情報の交換」の欠如、さらに各国法制度のずれ、またテロ対処に重要な役割を果たす治安維持機関や情報機関の協力は必ずしもすべての加盟国で進んでいるわけではない。また、二〇〇四年、二〇〇七年に加盟した一二ヶ国は、これまでの西欧諸国の法執行機関とは制度的にも文化的にも異なっており、腐敗や汚職の問題も指摘されている(6)。こうした加盟国間の能力の格差は

シェンゲン域内における「抜け穴」を作り出してしまい、テロリストはそうした「抜け穴」を容赦なく利用して活動を広げる可能性がある。

このような各国別のテロ対処メカニズムと緩やかな欧州レベルでの協力関係が大きく変わったのは、二〇〇一年九月一一日のアメリカにおける同時多発テロであった。二〇〇一年末に、EUはCFSPの枠組みで、すべての加盟国に対し、対テロ条約の批准と履行を訴え、アルカイダと関連する資金の凍結、EU共通逮捕状（Common Arrest Warrant）の設置、テロの共通定義の設定、テロ関連の国際条約の批准と履行といった共通アクションを提起し、二〇〇二年には枠組み決議とよばれる法的拘束力のある文書を採択した(7)。

しかし、EUのテロ対処戦略を本格化させたのは、皮肉なことに欧州各国の分裂であった。二〇〇三年のアメリカが主導するイラク戦争への参加をめぐって、大量破壊兵器の査察継続を主張する仏独と、イラクへの武力行使をやむなしとする英伊西との間に生まれた深刻な亀裂は、ようやっと立ち上がった欧州安全保障防衛政策（European Security and Defence Policy: ESDP）の行く末に暗雲をたちこめさせ、欧州がグローバルな安全保障問題に対して影響力を持つことが困難であることが明らかにした。この欧州内での分裂を回避すべく、EUの外交上級代表であり、ESDPを取りまとめる責任を持つソラナがリーダーシップを発揮し、初めての欧州安全保障戦略となる「ソラナペーパー」をまとめた(8)。このソラナペーパーの特徴として、従来の軍事力に依存する安全保障戦略ではなく、紛争地の治安回復や平和構築、テロや組織犯罪に対処するための国境管理や警察協力といった、いわゆる「ソフトな安全保障」に軸足を置いている点がある。イラク戦争で明らかになったとおり、欧州各国の間の安全保障戦略は、アメリカとの同盟を重視する「大西洋主義（Atlantist）」と欧州の独自性を重視する「欧州主義（Europeanist）」に分かれているだけでなく、二〇〇四年に控えたEUの東方拡大を踏まえて、新規加盟国の安全保障上の懸念であるロシアの脅威への対抗と、既存の加盟国のロシアとの積極的な協力と経済相互依存への要望とのバランスを維持することは困難であり、統一した安全保障戦略を構築するには程遠い状況であった。こうした中で、既存の加盟国と新規加盟国、大西洋主義と欧州主義の国々が共有できる安全保障上の脅威がテロであった(9)。また、新規加盟国の国内ガバナンスの問題、とりわけ行政組織の腐敗や汚職、国境管理の甘さなどが問題となっており、ソラナペーパーでテロ対処を強調することは、新

規加盟国に強いメッセージを発することも意図されていた。[10]

このように、各国別にバラバラであった安全保障戦略をつなぎとめる横糸としてテロ対処が挙げられることで、「EUの安全保障戦略＝テロ対処」といったニュアンスすら持つようになり、欧州レベルでのテロ対処の枠組みが強化されていくこととなる。こうした動きに更なる拍車をかけたのが二〇〇四年三月一一日のマドリッド、二〇〇五年七月七日のロンドンにおけるテロであった。

すでに二〇〇一年のアメリカ同時多発テロの関係者がドイツで拘束されたり、ロンドン発の航空機に爆発物を持ち込もうとしたテロリストが拘束されるなど、EU域内にもアルカイダに関係したテロリストが潜伏している可能性は強く指摘されていたが、これらのテロリストの標的は、欧州域内というよりは、アメリカに向いたものと一般には認識されていた。しかし、マドリッドでのテロは、イラク戦争に参加し、アメリカを支援するスペイン・アズナール政権の是非をめぐる総選挙の直前に起こっており、ロンドンでのテロはグレンイーグルズでG8サミットを行っている最中の出来事であった。このように、テロリストの標的はアメリカに限定されているわけではなく、欧州各国も十分にターゲットになり、自らの問題としてテロ対処を進めなければならないことが明確に認識された。[11]

しかも、マドリッド、ロンドンのテロは、アメリカのそれとは異なり、テロ対処の方策を進める上で多くの問題を示唆していた。第一に、これらのテロは、外国人によるテロではなく、自国民（国籍を持つ市民）によるものであった、という点である。いわゆる移民系の市民によるHome-grownテロ（自国で生まれ育ったテロリストによるテロ）は、外国においてテロリストとしての訓練を受けることはあっても、あくまでも国籍を持つ自国民であるがゆえに、これまでのような国境管理の強化といった方策だけでは対応仕切れない問題である。また、イギリスの場合、国内の移民系社会における差別や不公平感が、過激な思想を唱える宗教指導者への支持を高めたように、国内における社会統合をめぐる問題を解決しない限り、Home-grownテロを撲滅することが困難となっている。第二に、マドリッドのテロの背景には、ドイツやオランダといった広域に広がるテロリスト・ネットワークがあり、一国単位で問題を解決することは不可能であることを改めて認識させた点である。伝統的な内務省・警察を中心としたテロ対処では、国境を越えるネットワークを追跡し、テロ行為を未然に防ぐことは不可能であり、欧州全域での協力が必要という認識が強まった。第三に、自国

民がテロリストとなり、移民系住民の社会がテロリストの温床となると、これまでの欧州各国が進めてきた社会的規範（多文化社会への寛容性や差別撤廃などの人道的価値）との矛盾や軋轢が生まれてくる可能性が高くなってきた、という問題がある。二〇〇一年以降、アメリカは「愛国者法」の成立など、個人の自由などを制限してでもテロ対処を推進する姿勢を見せたが、欧州では個人の自由やプライバシーの保護が重要な価値として位置づけられている。しかし、欧州自身がテロの標的になることで、果たして、そうした対処で十分なのか、という疑問が出されるようになってきた。

このような問題に対応するべく、EUとしては初めて「対テロ戦略（Counter Terrorism Strategy: CTS）」を二〇〇五年に発表し、EU各国に共通するテロ対処の戦略的ガイドラインを明らかにした。このCTSが現在のEUのテロ対処の基礎となっており、重要な議論の起点となっている。以下では、このCTSを少し詳細に見ていこう。

二．テロの定義

テロ対処の枠組みを多国間で構築するに当たって、最も重要で、最も困難なのがテロの定義である。誰をテロリストとして認定し、その人物ないしは集団を捜査・情報収集し、テロを未然に防ぐためには、各国が共通したテロの定義を持つことが肝要である。しかし、各国の安全保障の認識上の相違や、各国国内の社会的事情（例えばムスリム社会の存在や社会的統合政策など）の違いによって、「誰を」テロリストとして認定するかを客観的に定義することは困難である。

したがって、CTSではテロリストが「誰であるか」ではなく、「何をするか」という行為によって定義するということが基本的な了解となっている。CTSでは、テロの一般的な定義として、「国家や国際機関に対し、その人口を脅かし、政府や国際機関に何らかの行為を強制する、ないしは行為をやめることを強制し、政治的、憲法的、経済的、社会的構造を不安定化させ、破壊することを目的とする行為」としている。その中でも具体的なテロ行為として、以下の要件が挙げられている：

（一）個人の生命を狙い、死に至らせる攻撃
（二）個人の身体的統一性に対する攻撃
（三）誘拐ないしは人質をとること
（四）政府ないしは公共施設、交通システム、情報システムを

含むインフラ施設、大陸棚に設置されたプラットフォーム、生命を脅かすか重大な経済的損失をもたらす公共空間ないしは個人資産の破壊的行為

（五）航空機、船舶、その他の公的交通機関の強奪

（六）武器、爆発物ないしは核、生物、化学兵器の製造、保持、調達、輸送、供給、使用、および生物、化学兵器の研究開発

（七）生命を危険にさらす危険物質の散布、放火、意図的な洪水、爆発

（八）生命を危険にさらす水、電力ないしは他の基本的な自然資源の供給を妨害ないし断絶させること

（九）（一）から（八）までの行為を行うと脅すこと。(12)

これらのテロ行為の定義は、これまで国際的なテロ関連条約などでも定められてきたことであるが、大きな問題として挙げられるのは、これらの行為は、実際にその行為ないしはその行為の意図が明白にならない限り、取り締まることができない、という点にある。刑罰や軍事的報復といった伝統的な抑止が機能せず、テロリストが自由に移動し、匿名性の高いインターネットなどでの通信を行う時代にあって、テロへの対処の基本は予防が中心となる。しかし、行為ないしは行為の意図を基準にしたテロの定義では、予防に必要な十分な定義となるのかどうか、少なからず疑問が残るといえる。

三　対テロ戦略の論点

対テロ戦略（ＣＴＳ）の中心には「戦略的コミットメント」と呼ばれる、対テロ対処の政策的大目標が掲げられ、それを実現するための手段として、四つの柱が立てられている。この「戦略的コミットメント」とその手段こそが、現時点でのＥＵ各国が共有できるテロ対処の中核であると考えて問題はないだろう。

「戦略的コミットメント」とは、「人権を尊重しながら、グローバルにテロリズムと戦い、ヨーロッパを安全な場所とし、市民が自由で、安全で、公正な領域で生活できることを可能にする」というものである。この「戦略的コミットメント」で注目すべきは、人権を尊重するという点が含まれ、安全であると同時に、自由であり公正であることを求めている、という点にあることであろう。この点は「愛国者法」などに見られるアメリカが持つテロ対処への理念との決定的な違いを明らかにしているだけ

でなく、人権を尊重することがヨーロッパにおけるテロ対処の「アイデンティティ」として確立していることを示唆している。事実、アメリカがテロリストとして容疑をかけた人物をアメリカ国内ではなく、第三国の収容所にて尋問する際に、容疑者を乗せた飛行機が欧州域内を通過することを許可したことが欧州議会をはじめ、各国議会にて批判されている。また、アメリカに向かう旅客機の搭乗者の住所などが掲載されたリストをアメリカ側に通達するとの措置をアメリカ政府が要請した際も、プライバシーの侵害との批判を受け、大きな波紋を呼んだ(13)。

このように、テロ対処において人権を尊重することが、戦略的な中核概念となっており、欧州のアイデンティティを形成するものとなっているがゆえに、EUと他国（とりわけアメリカ）との共同行動に大きな温度差があるといえよう。しかし、同時に、この戦略的コミットメントの中には「グローバルにテロリズムと戦い」と記されている以上、国際協調によるテロ対処が含意されているわけだが、それを実現するための大西洋関係の調整を困難にする「人権を尊重」するというもうひとつのコミットメントと矛盾する結果となってしまう。この国際協調と人権尊重のトレードオフの関係は、単にアメリカとの関係にとどまらず、テロ対処において、人権よりもテロ情報の収集を優先するのか、それとも、その逆なのか、という各国間のプライオリティの違いにも反映されている。マドリッドやロンドンにおけるテロが、スペインやイギリスのイラク戦争への関与と無縁ではないと考えられる以上、EUの対テロ戦略において、アメリカとの関係は様々な矛盾をはらんだものといわざるを得ないだろう(14)。ただ、二〇〇九年に発足したオバマ政権はグアンタナモ基地における「敵性戦闘員（Enemy Combatant）」の収容を見直し、「敵性戦闘員」という概念も使用しないことを明言していることから、前政権とは異なるテロ対処の方向性を打ち出していくと見られている。これは欧州各国から見れば、上述した矛盾が緩和する方向を示しており、テロ対処における欧米間の認識や手法の相違による問題は減っていくと思われる。とはいえ、オバマ政権が欧州と完全に一致するという保障はなく、今後とも対米関係においては、様々な調整が必要となる局面が出てくるであろう。

CTSの中核的目標である戦略的コミットメントを実現させる方法として「予防（Prevention）」「保護（Protection）」「追跡・告発（Pursue/Prosecution）」「対応（Respond）」の四つが対テロ戦略の柱として掲げられている。

「予防」とは、ヨーロッパのみならず国際的なレベルで、市

民がテロリズムに誘惑されないよう、根本となる原因に対処し、市民の過激化とテロ集団へのリクルートを阻止することを意味する。技術革新により、テロリストの移動が容易になり、インターネットなどを通じた過激なメッセージの伝達が進むことは、伝統的な一国レベルでの予防を困難にさせている。したがって、EUでは以下の課題に重点を置いて予防活動を行うとしている。

- インターネットの乱用を含む、問題のある行為を摘発する共通アプローチの確立
- 刑務所や宗教施設といった重点的拠点における扇動行為やリクルートに対する刑事罰の設定
- EUの政策を効率的に伝達するメディア・コミュニケーション戦略の開発
- EUと加盟国の援助プログラムによるグッド・ガバナンス、民主主義、教育、経済的発展の推進
- EUとその他の地域の文化間対話の促進と、市民社会を巻き込んだ対話
- 感情的にならずにこれらの問題を議論する語彙の発展
- テロ対処に関する研究の継続と経験・分析結果の共有による、テロ問題に関する理解の促進

これらの課題を実現するために、EUでは過激な急進主義の専門家グループを設立し、問題のあるインターネットサイトの監視や過激な活動家の監視などを通じて、テロリストのネットワークの分析を行っている。また、テロにつながる資金供給を立つための法律を各国で調整し、過激な急進主義者がNGOやNPOといった組織に隠れて行動しないよう、一見平和的に見える組織に関しても、それが悪用されていないかどうかの監視を進めている。また、危険物質や爆薬の管理を強化し、テロリストが武器として使用する物質の生産と流通チェーンを監視することも進められている。

第二の柱である「保護」とは、国境、交通機関、主要なインフラの安全確保を強化することで、市民とインフラを保護し、テロ攻撃に対する脆弱性を軽減することを意味する。テロを直接抑止することは困難であるが、保護を強化することで社会システムの最低限の確保を目指すことが明記されている。ここで興味深いのはオリンピックやサッカースタジアムのようなHigh Profile ターゲット（重要性の高い標的）の保護というよりは、交通機関や上下水道、発電所といった社会インフラの保

護が重視されている点である。これは、High Profile ターゲットを軽視しているのではなく、マドリッドやロンドンのテロが通勤客で混み合う鉄道や地下鉄、バスをターゲットにしたテロであったことが色濃く反映された結果といえよう。EUの「保護」における課題は以下の通りである。

- 生体認証システムの導入によるEUパスポート（EU各国発行）のセキュリティ強化
- ヴィザ情報システム（VIS）と第二世代シェンゲン情報システム（SISⅡ）の確立
- Frontex（EUの共通国境管理機関）を通じたEUの対外境界線の効果的なリスク分析の推進
- 民間航空輸送、港湾、海事の安全保障の共通スタンダード合意の履行
- 主要インフラ保護の欧州プログラムの合意
- EUと共同体レベルの研究開発の成果利用の最大化

ここで明らかになるのは、これまでインフラの保護や国境管理は加盟国の責任で行われており、EUレベルでの協力体制はまだ十分ではない、ということであろう。既に述べたように、国境管理や犯罪者情報の共有、情報機関の協力など、伝統的な国民国家体制の下では実現する可能性が極めて低かった分野に関しては、アムステルダム条約が発効して一〇年以上経った現在でも制度的な成熟がなされたとは言いがたい状況にある。

第三の柱である「追跡・告発」とは、テロリストを越境的に、かつグローバルに追跡し、捜査することを意味する。また、テロリストの計画、移動、通信を妨げ、支援ネットワークをかく乱し、資金と危険物へのアクセスを断ち、裁判にかけることを意味する。実際の政策としては、「保護」と重複する部分もあるが、ここではテロの計画が明白である、ないしは既にテロリストとしての容疑が確定しているといった状況での法執行システムの強化が念頭に置かれている。この分野での重点的な課題は以下の通りである。

- 国内対テロ措置のピア評価を通じた各国の対テロ能力の強化
- Europol, Eurojust と共同現状分析センター（Joint Situation Centre）の活用（後述参照）
- 欧州証拠令状（European Evidence Warrant）を含む、司法判断の相互承認の更なる促進

●既存の法制度の履行と評価、ならびに関連する国際条約の批准
●加盟国間の法執行情報交換への「可用性の原則（Principle of Availability）」の適用
●手製爆弾から生物・化学・放射能・核物質にいたる広範な物質や武器へのテロリストによるアクセスの断絶
●合意されたEU法の履行によるテロリストへの資金供給の断絶、NPOセクターの悪用の阻止、この分野におけるEU活動のレビュー
●第三国における対テロ能力の強化を優先した技術支援

ここでは既存の組織や制度の強化が重点的に議論されている点が興味深い点である。これまでEUは政府間の合意が得られる範囲で緩い枠組みを設定してきたが、それを徐々に強化することで、効果的なテロ対処枠組みを構築していこうとする戦略が見える。こうした制度構築の手法はEUが他の政策領域でも展開してきたやり方であり、複数の主権国家を横断する枠組みの構築手法として興味深い事例といえる。中でも、EUが近年積極的に活用している手法が「ピアレビュー方式」である。これは、同じく加盟国間の文化的、制度的、社会的な差異が大きい社会政策の分野で「開放された調整方式（Open Method of Coordination）」と呼ばれる政策調整でも用いられている手法であり、加盟国同士が互いに自らの政策手段や成功例などを学習する仕組みである。[15]

また、マドリッドでのテロでの初動捜査で各国機関が情報共有に積極的であったことをきっかけに生み出された「可用性の原則」も、新たなEUの政策的原則として興味深い。これまで「補完性の原則」や「追加性の原則」といった、政策執行における一般原則として、すべての政策に適用される原則を作り、EUのガバナンスを強化するというパターンを取ってきたが、この「可用性の原則」は対テロ戦略構築過程で生まれた新たな原則として認識されつつある。「可用性の原則」とは、捜査に必要な情報を他の加盟国が保有している場合、当該加盟国はその情報を常に利用可能にしていなければならない、という原則である。[16] これまで法執行機関や情報機関が収集した情報は、国家安全保障上、機微な情報として保持され、他のEU加盟国であっても、その情報を共有することは困難であった。しかし、それではEU域内を移動するテロリストを捕捉することは不可能となるため、「可用性の原則」が定められた。しかし、この原則によってすべての情報が共有されるわけではなく、加盟国

は一定の条件の下で情報共有を拒否することができる。その条件とは（一）進行中の捜査を妨げる場合、（二）情報源や個人の身体的危険を保護する必要がある場合、（三）情報の秘匿が定められている場合、（四）基本的人権と個人の自由を保護する場合、の四つである。また、加盟国は各国法において厳格なデータ保護法制を確立し、共有した情報が流出しないよう、最善の努力をすることが義務付けられる。このように、「可用性の原則」が確立したとはいえ、加盟国に一定の裁量権があり、EU全体でのテロ対処枠組みの構築の困難さが伺える。

関連してもう一点、興味深い点を指摘すると、欧州証拠令状という新しい仕組みが導入されたことである。すでに二〇〇二年から欧州逮捕令状（European Arrest Warrant）が導入され、EU域内全域で有効な逮捕状を発効し、域内の第三国の法執行機関であっても、逮捕、拘留、収容が可能にし、犯罪人を移送することが可能となった。これと同様に、刑事事件の証拠、文書、データを他の加盟国に要求することができる、とする仕組みとして欧州証拠令状が導入された（現在は移行期間）。欧州証拠令状は、新たな証拠獲得を要求することはできないが、法執行機関が取得した証拠に対して、他の加盟国がその証拠を要求することができる（ただし、供述調書や容疑者の宣誓書は請求できない）[17]。これはEU全域における司法空間を統一するためには必要な措置といえるが、しかし、欧州逮捕令状の場合と同様、各国の司法判断が異なる場合、単一の令状を発行することで、いずれかの加盟国の司法判断を否定することになることが懸念されており、また、ブルガリアやルーマニアといった新規加盟国における司法システムの腐敗なども問題となっている。

第四の柱である「対応」とは、連帯の精神の下、テロ攻撃の結果を最小化し、テロが起きた場合でも適切に対処するための能力を高め、対応の調整を行い、犠牲者のニーズに対応できるようにすることを意味する。ここでは、テロであれ、自然災害であれ、起こった状況に対応することが求められるため、既存の加盟国がもつ対応メカニズムが中心となるが、EUレベルでも、一九九九年から発展してきた市民保護の枠組みが環境総局の下にあり、連帯基金（Solidarity Fund）を通じた資金供与も可能となっている。ここでの重点課題は以下の通りである。

- EU危機管理調整枠組みの合意と支援活動手続きの確立
- 市民保護の共同体メカニズム法制の再検討
- 攻撃に対処する能力構築に資するリスク評価ツールの確立

●国際機関とのテロ攻撃や自然災害への対処手法の調整
●ベスト・プラクティスの共有とテロ被害者とその家族への支援手法の開発

通常、EUが関与する問題は加盟国の領域を超える問題であるが、テロは局地的に起こるものであり、国境を越えた大規模な災害につながるケースは想定しにくい。したがって、テロ発生後の対応については、主として加盟国が対処し、EUとしての関与は限られている。

四. アクションプラン

対テロ戦略で、戦略的コミットメントと「予防」「保護」「追跡・告発」「対応」の四つの柱が定められたが、これだけでは政策として具体性に欠ける。したがって、EUならびに加盟国が具体的に行うべき政策のアクションプランが定められ、これに基づいて加盟国の活動状況を定期的にレビューする仕組みが取られている。EUの通常の政策決定の流れでは、戦略が定まった後にアクションプランを採択し、具体的な行動を収斂させていくのだが、テロ対処問題については、対テロ戦略が出される前の二〇〇四年六月に、アクションプランが提示され、同年一二月、二〇〇五年六月に改訂されて現在に至っている。(18)

ここでは大きく七つの月標が設定され、それぞれに具体的な下位項目に細分化され、それぞれの政策イシューを誰が（加盟国、議長国、Europol などのEU機関、EU外交上級代表など）行うかが明示され、いくつかのイシューにはそれが達成されるべき時期が記されている。加盟国の履行状況は、半年ごとに行われるレビュー報告書によって明らかにされることになっているが、このレポートは、EU組織内の問題など（後述）に阻まれ、二〇〇五年一二月以来公表されていないが、このアクションプランは現在でもEUのテロ対処の具体的なガイドラインとして機能している。

アクションプランの目標と具体的なイシューは以下の通りである。

●Objective 1：国際的コンセンサスの深化と国際的努力の強化
① 国連を通じた制裁・予防の強化
② 国連決議や条約の履行の徹底
③ 国際機関、地域機関との協力

④　米国などとの二国間協力

● Objective 2：テロリストによる財政的・経済的資源へのアクセスの低減

①　EUの資金凍結手段の強化

②　テロリストへの資金供給に関する情報共有

③　チャリティ組織などに対するEUの戦略の策定（透明性の向上など）

④　FATF（OECD金融活動作業部会）との協力関係の強化

⑤　第三国との政治的・技術的対話の促進

● Objective 3：EUと加盟国の能力の最大化

①　テロ対策の法制化の促進と履行

②　Europolなどの既存の組織の最適化と効率化

③　警察と保安機関の経験共有のためのメカニズムの改善

④　インテリジェンス共有のための効率的で組織的な協調

⑤　テロリストへの武器供給ルートの発見と遮断

⑥　ESDP分野における予防措置を含めた概念枠組みの適用

● Objective 4：国際運輸交通と国境管理

①　EUの交通機関保安スタンダード設定

②　旅客データの交換と分析におけるEU共通アプローチ

③　EU域外国へのICAO（国際民間航空機関）、IMO（国際海事機関）基準の履行の要求

④　港湾、空港などの国境におけるテロリストと武器発見の能力強化

⑤　第三国におけるEU市民の保護の強化

⑥　市民、重要インフラ、産業インフラの保護と監視

● Objective 5：EUと加盟国のテロが起こったときの処理能力の強化

①　リスク評価とリスク分析

②　発見、検証、警告能力の向上

③　テロの結果に対する準備とテロの帰結のマネージメント（Consequence management）、軍事的リソースの開発

④　相互支援メカニズム、一般市民とのコミュニケーション

⑤　研究開発による能力強化

● Objective 6：テロリストをリクルートし支援する要因への対策

①　宗教過激派、政治的過激派とテロリストとのリンクの捜査

② ＯＤＡなどの効率的な活用によるグッド・ガバナンスの発展
③ イスラム世界との文化交流と相互理解の推進

● Objective 7：対テロ対策が必要な第三国に対する対外政策
① 共同現状分析センターによる脅威分析
② 技術支援
③ 国際協定における対テロ対策の挿入

このアクションプランで興味深いのは、極めて広範な政策領域をカバーしているにも関わらず、各国レベルでも、とりわけＥＵレベルでも、政策横断的な調整が難しい、という点である。日本で言うところの縦割り行政はＥＵでも存在しているが、政策部門別に統合を進めてきたＥＵの場合、意思決定方式（全会一致か特定多数決か）や欧州委員会と加盟国の権限の分担が政策部門ごとに異なっており、意思決定の場である閣僚理事会も政策イシューによって財務相理事会や交通相理事会、内務相理事会など、出席する大臣も担当する省庁も異なる理事会となり、それぞれの管轄の範囲でしか決定をすることができない。したがって、極めて強力なリーダーシップが、各国内の政策調整だけでなく、ＥＵレベルの調整に不可欠なのであるが、ＥＵにはテロ対策調整官のポストはあっても、その人選を巡って加盟国間の対立が起こったことで、人選すらままならない、という状態が起きている。ＥＵのテロ対処はＣＴＳとアクションプランによって大きく前進したが、枠組みがしっかりしたとはいえ、それを履行し、目標を実現するまでにはまだまだ大きな障害があるといえよう。

五．ＥＵのテロ対処機関

五．一　テロ対策調整官

上述のように、ＥＵの対テロ戦略の中で挙げられた様々な政策と対応を実行するは、各国の管轄権と政策領域にまたがるだけでなく、欧州委員会の複数の総局をまたがり、閣僚理事会の各担当理事会の枠組みをもまたがるため、強力な政策調整能力が求められる。そのため、ＥＵ全体のテロ対策を調整するポストとしてテロ対策調整官（Counter Terrorism Coordinator）が設置されることとなった。このポストはマドリッドでのテロの直後に開かれた欧州理事会でＥＵ外交上級代表の下に設置され、[19]

オランダの内務副大臣を経験したハイス・デ・ヴリース（Gijs de Vries）が初代の調整官として任命された。テロ対策調整官は、加盟国のアクションプランの進捗状況を監視し、テロ対処能力が十分でない加盟国に対しては、様々な技術的な援助を提供し、第三国に対して、テロ対処協力を調整することが主たる任務であるが、調整官に与えられた権限は限られており、その活動にはおのずから限界がある。とりわけ、これまで議論してきたように、加盟国間の差異が大きな問題について、強制的に介入・調整する権限を持たず、あくまでも仲介役としての役割しか果たせていないのが現状である。さらに、テロ対策調整官の下、「クリアリング・ハウス」と呼ばれる各国諜報機関の情報交換ワーキンググループが設置され、テロリストの認定と資産凍結などの手段が議論されているが、ここでの決定が加盟国市民の権利を侵害しているとして、当該加盟国政府や欧州議会議員が欧州司法裁判所に提訴する事態も起こっており、諜報機関が秘密保持を理由に証拠の提出を拒むことで、大きな論争が巻き起こる、といったことが起こっている。[20]

また、初代の調整官であるデ・ヴリースが三年の任期を終えた後、半年以上もこのポストの後任が決まらず、欧州議会が強く批判し、早急に後任を決めるように求めたことによって、ようやっと二〇〇七年九月にベルギー人のジル・ド・ケルコーヴ（Gilles de Kerchove）が任命されることとなった。[21] デ・ヴリースは欧州政策研究センター（Centre for European Policy Studies）での講演で、EUレベルでの調整は進んでおり、ドイツやイギリスにおけるテロ計画を未然に防ぐことに成功したと自賛しているが、[22] 現実の問題としては調整官の持つ権限が極めて限られており、加盟各国が自国のテロ対策責任者をEUのポストに出すことをためらったこと、また加盟国の間で調整官がどの程度の権限を持ち、加盟国のテロ対策に関与するかをめぐって認識の違いがあったことが六ヶ月間のポストの空白を生み出したといわれている。[23] ケルコーヴも就任以来、EUのアクションプランを前に進めるべく、様々な提案を行っているが、加盟国の反対や抵抗などもあり、二〇〇七年に各国にアンケートを送ってアクションプランの進捗状況を確認して以来、二〇〇九年初頭に至るまで、そのアンケートの結果すら公表できないような状況にある。[24]

テロ対策調整官はEUが効果的なテロ対処を行ううえで不可欠な存在ではあるが、人選の問題を含め、まだ加盟各国の間に十分な認識の共有がなされておらず、縄張り争いに決着がついていないことを示唆している。

五．二　Europol

Europol は言うまでもなく欧州全域にわたる警察協力機関であり、EUのテロ対処機関の中核に位置する組織である。Europol はマーストリヒト条約の発足に伴い、一九九四年の麻薬捜査協力からスタートし、EU域内の越境的組織犯罪の捜査・摘発を進めてきた。しばしば Europol はアメリカのFBIと同等のものとして見られる傾向があるが、Europol 自身は捜査権を持たず、ゆえに独自の警察官も存在しない。Europol の主たる任務はデータ収集と分析、また集積した捜査情報の発信であり、各国の警察機関の協力をスムーズにすることが中核的任務である。Europol には各国警察から派遣された Europol Liaison Officers（ELO）と呼ばれる各国警察の幹部級スタッフがおり、各国の機関と連絡調整を行っている。Europol の代表的な活動として、組織犯罪や社会秩序に対する脅威分析といった「戦略レポート」と呼ばれる報告書の作成と、大規模な組織犯罪の分析がある。これらは各国の警察に伝達され、越境的犯罪の摘発に効果を挙げている。テロリスト情報などもこうしたラインに乗せられており、情報共有のメカニズムは整っていると評価することはできる。また、警察の操作能力に限界のある中小国にとっては Europol による組織犯罪分析などは、自国の能力を保管する有力な資源となっている。

しかし、各国の警察協力を進める上で、大きな困難となっているのは各国の警察組織系統が統一されていないという点にある。たとえばイギリスの警察組織はきわめて分権的であり、スコットランドヤードがロンドン警視庁と訳されるとおり、その管轄はロンドン行政区であり、補助的に全国的な犯罪を統括するのに対し、フランスでは中央集権的な警察組織が存在し、全国的な犯罪の調整が容易である。また、フランス、イタリア、スペイン、ギリシャ、オランダでは、いわゆる武装警察（フランスでは Gendarmerie、イタリアでは Carabinieri などと呼ばれる）が存在し、内務省ではなく、国防省の組織であるため、他国の一般警察との連携がとりにくい、といった問題がある。(25)

また、制度としての情報共有のメカニズムは整っているとはいえ、どれだけの情報を提供し、どれほど他国の警察と協力するのか、という問題は、各国の警察の裁量にゆだねられているという問題もある。一般的に、警察は自らの足で稼いだ情報を簡単に他者と共有することはせず、自らの組織内部に保持する組織文化が強い。一国内の警察ですら管轄権をめぐって諍いが起きることもしばしばであるのに、外国の警察と協力するとい

うことが容易に進むということは考えにくい。テロ対処に関しては情報共有の重要性が認識されつつあり、協力が進みつつあるとはいえ、外国籍の容疑者の監視や逮捕に関して、国籍国が介入してくるようなことがあれば、積極的に協力するモチベーションは高まらない。こうした問題に対する解決はこれからの課題として出てくるであろう。

五・三　Eurojust

EU各国間の警察協力がEuropolの設立に伴い、一定の制度的進展を見せると、各国ごとに異なる刑事法の調整の必要性が高まり、EU全域にわたる検察組織の協力が必要となることが明らかとなってきた。そこで二〇〇一年の越境的組織犯罪協力から、EU各国の検察協力機関としてEurojustが発足した。このEurojustは各加盟国の法源や犯罪者データベースなどを融通し、情報提供を行う機関である。とりわけその効果が発揮されているのは越境的な資金移動に対する監視と訴求の仕組みにおいてであり、欧州委員会の詐欺対策局（Office Européen de Lutte Anti-Fraud: OLAF）[26]と協力し、マネーロンダリングを目的とした資金移動やテロリストの資金ルートの解明を行っている。また各国間の検察組織を結ぶ、欧州司法ネットワーク（European Judicial Network: EJN）を構築し、各国の検察組織の中に担当者を設け、日常的な連絡を可能にしている。[27]

Eurojustは組織としてはきわめて緩やかなものであり、基本的には各国における司法手続きにおける支援という範囲を超えたものではない。しかし、Eurojustの存在とEJNが構築されたことで、越境的犯罪における各国法の差異を調整し、EUとしての集合的な司法対応を可能にすることで、テロリストの捜査・検挙がスムーズになる、という点で評価することはできるだろう。

まとめ：多国間テロ対処枠組みへのインプリケーション

EUのテロ対処枠組みは、当然のことながら完全無欠のものではない（そもそも完全無欠なテロ対処など存在しない）。EU加盟国間の法的・制度的差異は大きく、それを調整することは極めて困難なことである。しかし、同時にマドリッド、ロンドンでのテロに見られるように、各国ごとの対テロ政策だけではテロを未然に防ぐことはできないことも明らかであり、EU

としての対処の必要性は十分認識されている。それが対テロ戦略やアクションプランといった、具体的な政策課題と対応の構築につながっているし、テロ対策調整官やEuropol、Eurojustといった組織の整備を進めている。これらの対応や組織はいまだに緩やかなものであるとはいえ、大きな前進であることには変わりがない。

こうした前進が見られたのは、マドリッド、ロンドンのテロによる「当事者意識」の広がりだけでなく、いまだに続く民族・地域紛争のテロ（とりわけバスク地方など）や、欧州各国が共通して抱える移民社会への対応といった必要性があるからといえる。実際、二〇〇七年には五八三件のテロ攻撃があり、一〇四四人が逮捕されたが、そのうちの八九％はフランス・スペイン両国における分離主義者のテロであり、四件のみがイスラム過激派によるテロであり、逮捕されたのは二〇一人であった。またこれらの逮捕者のほとんどはEU加盟国の国籍を持っており、いわゆる"Home-grown terrorism"の問題が明らかになった(28)。こうした問題が顕在化していることがEUレベルでのテロ対処の必要性への認識を強め、制度的・政策的な前進が見られたといえよう。

しかし、その必要性は法執行機関の現場レベルでは必ずしも共有されておらず、より具体的な対応を進めれば進めるほど、各国間の差異が明らかとなり、諍いの元を生み出す結果ともなっている。テロ対策調整官の人事をめぐる問題は、まさにそうしたことが象徴される出来事であった。

にもかかわらず、EUにおけるテロ対処枠組みの構築は、将来的な多国間協力枠組みの構築のモデルになると結論付けることはできるだろう。各国レベルでの対処を第一義的な対応としつつも、各国の能力の格差を埋め合わせ、必要な場合は各国の協力を要請することが可能な仕組みを用意し、できることから実行していく、という方向性は、法制度が異なる国々が協力する唯一の現実的方法だからである。すでにEUでは各国の協力を通じてテロ容疑者を逮捕し、テロを未然に防いだケースもあるだけに、こうした事例が積み重なっていけば、各国の法執行機関の信頼関係が構築され、より効率的な組織に深化していくことが期待できる。重要なポイントは、各国がテロ対処協力の必要性に対する認識を共有し、真摯に「できること」から共有していく、ということを積み重ねていくことなのであろう。

＊本稿は国際政治学会二〇〇八年度研究大会の部会二「テロ

対処における多国間枠組みの可能性と課題」での報告を元に加筆修正したものである。また、本研究はサントリー財団助成事業「テロ対処における多国間枠組みの可能性と課題」の支援を受けた研究である。

(1) T. Delpech, *International Terrorism and Europe*, Chaillot Paper No. 56, 2002.

(2) なかでもイギリスのブレア首相が主導した北アイルランド和平合意（「聖金曜日 Good Friday 合意」）は、こうした伝統的テロに対する欧州的な解決の代表としてみることが出来るだろう。P. Bew, *The Making and Remaking of the Good Friday Agreement*, Liffey Press, 2007 などを参照。

(3) これらの点はEUのテロ対処を論じた文献の多くに共通している。M. Dittrich, *Facing the Global Terrorist Threat: A European Response*, EPC Working Paper No.14, 2005; D. Keohane, *The EU and Counter-Terrorism*, Centre for European Reform, 2005; J. Monar, J. and D. Mahncke, *International Terrorism: A European Response to a Global Threat?*, Peter Lang, 2006; D. Spence, *The European Union and Terrorism*, John Harper, 2007 などを参照。

(4) Council of European Union, *European Union Counter-Terrorism Strategy*, 14469/3/05 REV 3, 2005.

(5) Council of European Union, *EU Plan of Action on Combating Terrorism - Update*, 9809/1/05 REV 1 ADD 1, 2005.

(6) イギリス貴族院（上院）の報告書では、これらの問題点についての専門家による証言がまとめられている。House of Lords, European Union Committee, Schengen Information System II, 9th Report of Session 2006-2007, 2 March 2007, http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200607/ldselect/ldeucom/49/49.pdf

(7) Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision, 2002/584/JHA, 13 June, 2002.

(8) *A Secure Europe in a Better World: The European Security Strategy*, 12 December 2003, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf

(9) D. Spence, "Introduction: International Terrorism - The Qeust for Coherent EU Response", in D. Spence (ed.) *op.cit.*

(10) M. Ekengren, "Terrorism and the EU: The Internal-External Dimension of Security", in D. Spence (ed.) *op.cit.*

(11) J. Monar, J. and D. Mahncke, *International Terrorism: A*

European Response to a Global Threat?, Peter Lang, 2006

(12) Council Framework Decision on combating terrorism, OJ. L 164, 22 June 2002

(13) F. Cameron, "Transatlantic Relations and Terrorism", in D. Spence (ed.), *op.cit*

(14) それでも、アメリカとの対比で、EUにおける人権尊重の原則を評価する声も多い。この点については多くの人権NGOが指摘している点であり、重要な論点ではあるが、本稿の議論から若干離れた議論になってしまうため、ここでは論じない。たとえばAmnesty International EU Office, *Human Rights Dissolving at the Borders? Counter-terrorism and Criminal Law in the EU,* 2005 などを参照。

(15) 「開かれた調整方式」をめぐる議論は数多くあるが、優れたものとして以下を参照。A. Caviedes, "The Open Method of Co-ordination in Immigration Policy: A Tool for Prying Open Fortress Europe?", *Journal of European Public Policy,* Volume 11, Issue 2 April 2004, pp. 289-310; C. De la Porte, "Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?", *European Law Journal,* vol. 8, 2002, pp.38-58; C. M. Radaelli, *The Open Method of Coordination: A New Governance Architecture for the European Union?,* Sieps Rapporter 2003/1, Swedish Institute for European Policy Studies, March 2003.

(16) 「可用性の原則」に関するEUの定義と解説についてはhttp://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33257.htmを参照。

(17) 欧州証拠令状についてはCommission of the European Communities, "Criminal Proceedings : Commission proposes European Evidence Warrant to Facilitate the Obtaining of Across Frontiers", *Press Release,* IP/03/1549, 14 November 2003の説明がわかりやすい。

(18) 最新のものはCouncil of European Union, Implementation of the Action Plan to Combat Terrorism, 15704/05, 12 December 2005.

(19) テロ調整官については、欧州理事会ホームページを参照。http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/79637.pdf

(20) A. Rettman "EU's secretive counter-terror group to face scrutiny", *EUobserver.com,* 13 June 2007, http://euobserver.com/9/24266/?rk=1

(21) R. Goldirova, "Counter-terrorism sparks hot debate in EU parliament", *EUobserver.com,* 5 September 2007, http://euobserver.com/9/24703/?rk=1

(22) "Europe 'doing its homework' on terrorism" *Euractiv.com*, 11 September 2007, http://www.euractiv.com/en/justice/europe-doing-homework-terrorism/article-166629

(23) "Belgian appointed new EU counter-terrorism coordinator", *Euractiv.com*, 20 September 2007, http://www.euractiv.com/en/justice/belgian-appointed-new-eu-counter-terrorism-ordinator/article-166886

(24) このアンケートについては http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/terrorism/docs/questionnaire_en.pdf を参照。

(25) S. Lavenex and W. Wallace, "Justice and Home Affairs", in H.Wallace, W.Wallace and M.Pollack (eds.), Policy-making in the European Union, 5th Edition, Oxford University Press, 2005.

(26) OLAF については http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_en.html を参照。

(27) Eurojust については http://www.eurojust.europa.eu/ を参照。

(28) R. Goldirova "Home-grown terrorism rising in EU, Europol says", 8 April, 2008, http://euobserver.com/9/25935/?rk=1

研究ノート

現代アメリカにおけるコミュニティの組織化運動

――オバマ「現象」の基層として――

小島（石神）圭子

目次

序
第一章　「コミュニティ」から見るオバマ「現象」
　第一節　「コミュニティ・オーガナイジング」の概念と定義

第二節　「コミュニティ・オーガナイジング」の機能と可能性
第二章　コミュニティ・オーガナイジングの実践――バックオブザヤーズにおける組織化の試み
第一節　アリンスキー哲学の形成とその歴史的背景
一）アリンスキー哲学の原点と戦術的特徴
二）アリンスキー哲学形成の契機――「組織化」をめぐる理念対立の構造
三）シカゴにおける都市政治構造と移民文化
第二節　組織化の着手――対立から統合へ
一）アリンスキー哲学の確立と実践
二）ＢＹＮＣは何を達成したのか――アリンスキー哲学の評価と位置付け
第三章　「草の根」から「全国」へ――アリンスキー哲学の「限界」と継承
第一節　ローカリズムの壁――「人種」的「コミュニティ」の組織化の模索
一）「人種」の表出――「コミュニティ」の分断
二）ＴＷＯの発足とアリンスキー哲学の再定義
三）ＴＷＯの成功と「挫折」――モデル都市計画（Model Cities Plan）
第二節　ポスト・アリンスキー時代のコミュニティ・オーガナイジング
一）バラク・オバマとアリンスキー哲学――“Why Organize（なぜ組織するのか）?”
二）コミュニティ・オーガナイジング――民主主義の「補給」（replenishing democracy）
結

序

近年、アメリカにおける市民参加の衰退に、多くの関心が集まっている。多くの研究者が共通して指摘するのは、アメリカ人が公的な市民生活に背を向け始めたために、「アメリカの民主主義が危機に瀕している」ということである。例えば、パッ

トナムは、現代社会における個人間の互酬性（ソーシャル・キャピタル）の衰退が、民主主義を根底から脅かしていると警告した。[1] また、スコッチポルは、専門家が運営するアドヴォカシー・グループやロビイスト団体などが、従来の民衆による草の根組織に取って代わることによって、普通の人々の動員・参加が困難になっている近年の状況を指摘した。彼女によれば、民衆を公的な議論の場へと導くには、ローカルな善行主義を超えた、よりナショナルな組織と制度改革が重要であるという。[2]

かかる市民参加と組織の衰退の弊害が、インナーシティにおいて特に深刻であることもまた、共通の了解である。インナーシティに集中する貧困層は、政治参加における不均衡を生み出しているが、トップダウン型の専門家組織は、低所得者層や都市の貧困層ではなく、専ら教育程度の高い郊外住民を対象としている。コーエンらは、貧困地区の住民は自分たちのコミュニティにとって重要な決定に直接関与しているという意識が低く、限定的な政治的有効感しか持てないことを指摘した。[3] また、マーカスらは、強いコミュニティ組織の伝統を備えるネイバーフッドに住む低所得者層は、資源のあるネイバーフッドに居住する者よりも、政治参加のレベルが高い、と指摘している。[4]

こうした状況をみて、近年、政治参加の生態に関係する文脈において、インナーシティが直面する社会・経済的問題に対し、地域コミュニティの活性化・組織化という戦略を用いる潮流が生まれている。都市の権力不均衡の実態とソーシャル・キャピタルの再生を事例的に検証するオーアやドレイアは、コミュニティの公共文化を変え、草の根から全国レベルの保守主義に対抗しうる文化を再形成する運動として、コミュニティ・オーガナイジング（Community Organizing）と呼ばれる運動に注目している。[5] 現在、アメリカ社会には都市における貧困層へのエンパワメントとコミュニティが抱える問題の改善を目的としたコミュニティ組織が六〇〇〇以上も存在するといわれており、近年においては、こうしたコミュニティ・オーガナイジングの全国的なネットワークも確立しているのである。

筆者は前稿において、現代アメリカにおけるリベラル―保守の政党政治の展開が、市民社会の現状の形成・維持に一定のインパクトを与えているとの認識を提示し、二〇〇七年夏の段階でクリントン上院議員に次ぐ支持率を得ていたバラク・オバマなる一人の黒人政治家の理念を通して現状打開の方向を探った。[6] その際、黒人であるオバマが人種を超えた包括的な支持を得た理由として、オバマが持つカリスマ的魅力と弁舌力のみならず、彼自身がコミュニティ・オーガナイザーとして地域社会に深く

関わった経験を通じて内面化された公的意識が、アメリカ社会の伝統的な精神と共鳴した点を指摘した。そもそも、アメリカの政治社会は、個人の自律性を重んじる伝統とともに、自立した個人が日常的に連帯し、結社を形成する伝統も兼ね備えていた。一九世紀初期のアメリカ社会を観察したトクヴィルによれば、連帯や結社の文化は、公的意識の発揚と涵養を促し、私的領域への埋没という個人主義の病理の緩和剤となっている。しかし、トクヴィルが観察した当時よりも格段に多元化・多様化した現代アメリカ社会において、自立した個人はアメリカの民主主義を支えてきた相互的人間関係から離れ、自己の内面化された価値体系の中で生活するようになった。ベラーは、かくて生じる個人主義の強化傾向に警告を発し、個人の価値体系に「他者」を引き入れ、「全体」が意識されることによる「善い社会」の実現可能性を提示したのであった(7)。こうしたベラーの指摘が説得力を持つ背景としては、一九八〇年代以降顕著に現れた政党政治における人種的分裂と、それに伴う公共文化の狭隘化があげられる。有権者・政党間における人種的亀裂は公民権運動を契機として見られるようになったが、六四年の大統領選挙において有権者・政党間を二分した「人種平等（とその制度化）」対「反」人種平等」の構図は、八〇年代前半に至って「平等」対「反」平等」の構図に取って代わった。つまり、保守勢力は、「人種」問題を税金や権利の問題と結びつけ、人種的表現を用いることなく、勤労する市民に手を差し伸べるとのレトリックを用いて擬似平等主義をアピールし、対するリベラリズムに、個人ではなく「集団」の利益の体現者なるイメージを貼り付けて攻撃した(8)。かくして形成される政党政治の言説空間が、市民社会内部における亀裂を増幅、あるいは再形成するとともに、政治文化としての他者性や寛容性を徐々に侵食していった。当然のことながら、その過程で、いったん権利を獲得したはずのマイノリティ側による公正な利益の反映を求める運動が展開されたが、特定の人種へのコミットメントと広範な政治的基盤の確立という両立困難な挑戦が成功を収めることはなかったのである。

これに対して、オバマは、二〇〇八年大統領選挙において、従来の黒人政治家が回避できなかった「黒人の利益」という人種的アピールを超え、公的意識、連帯意識に基づく「全体の利益」へのアピールを成功させ、白人票を取り込んで勝利した。予備選における彼のメッセージには、トクヴィルやベラーが指摘するような自由主義の負の側面を問題化する思想が読み取れる(9)。そして、オバマがこうした思想を構築するに至った契機の一つ

が、オーガナイザーとしての自らの経験であり、実際、メディアの中には、指名を争ったクリントンにはないオバマの「草の根の経験」に、彼の本質的な強さを見る向きもある。[10]

では、現代における「孤立した個人」と衰退する組織、その枠組みの形成・維持に関わる政党政治という条件の下、オバマがアメリカの政治文化の源泉の一つである「連帯する個人」を体現し、それによって支持・共感を得ているとすれば、そのことは、政党政治との相互関係を含めた市民社会の発展と市民運動の歴史的展開においていかなる意味を持ち、どのような潮流の延長上に位置付けられるのだろうか。本稿は、かかるオバマ「旋風」の基層と政治的含意を明らかにするために、市民参加の生態とアソシエーションの役割という文脈から「コミュニティ（の）組織（化）」に焦点を当て、その歴史的展開過程を俯瞰することによって、現代のアメリカ社会においてコミュニティ・オーガナイジングが持つ社会的機能と、政治運動としての可能性を探る。本稿の目的は、前稿においてアメリカの伝統的政治文化の変容過程から思想的に解き明かしたオバマ「現象」に対し、草の根組織と全国政党政治のダイナミズムという別の観点から光をあてることにある。

第一章　「コミュニティ」から見るオバマ「現象」

第一節　「コミュニティ・オーガナイジング」の概念と定義

「我々の理念は、アメリカにおいて最上の伝統である信仰と民主主義に根ざしている。……アレクシス・ド・トクヴィルは、かつてアメリカにおける民主主義を、優れて知性的に観察した。いわく、アメリカの民主主義における神秘とは、市民がアソシエーションを形成して問題に取り組むという才能を備えている点である。[11]」

これは、現在二一の州に六〇の支部を持つ団体、ガマリエル財団（Gamaliel foundation）の「理念（our philosophy）」に掲げられている文言である。ガマリエル財団は、教会のネットワークを基礎として主に低所得者層の組織化支援や組織化を先導するコミュニティ・オーガナイザーの教育・養成活動を行う団体である。この団体は、一九六八年、シカゴ・ウエストサイドで住宅所有をめぐって反人種差別運動を行っていた黒人団体を支援するために設立され、一九八六年、組織化戦術とオーガナイ

ザーの教育を更新すべく、再組織化された。

一九八五年、シカゴ・ウエストサイドでコミュニティ・オーガナイザーとしての活動を開始したバラク・オバマは、翌年、その活動の一環として、ガマリエル財団の再編成事業に参加し、オーガナイザーの教育・養成に携わっている。近年の大統領選挙予備選に際して、彼はしばしばオーガナイザーとしての経験に触れ、そこで「市民が自発的に、協力して団結する力、それによってもたらされる意味のある変化」[12]を学び、「ネイバーフッドは、私が受けた教育の中で、最も優れた教育だった」[13]と言及してきた[14]。また、バラク・オバマの名を全国的なものにしたとされる二〇〇四年の民主党党大会での基調演説に関して、ワシントン・ポスト紙はその核心が「我々が個人として存在するだけではなく、隣人でもあることを喚起した」点にあると評価した[15]。二〇〇八年六月、民主党大統領候補として指名を勝ち取ったオバマは、共和党大統領候補ジョン・マケインとの選挙戦の中でも、「人民による連帯」と現状変革の可能性という文脈で「コミュニティ・オーガナイザー」の経験に言及していた。

しかし、オバマが「コミュニティ・オーガナイザー」という言葉を引用するとき、必ずしも聴衆のすべてがその意味を理解したわけではなかった。彼らの多くは、演説中の、あるいはオバマの経歴にある「コミュニティ・オーガナイザー」なる耳慣れない言葉に首をかしげた[16]。オバマ自身ですら、実際にシカゴでの活動を開始するまで、「コミュニティ・オーガナイザー」はまったく未知の職業であったという[17]。

「コミュニティ・オーガナイジング」は、一九世紀初頭にアメリカのソーシャルワーカーによって、新参の移民や貧困層への支援活動を意味する言葉として用いられ始め、その後、都市の貧困地区でのセツルメント運動[18]を中心に一八九〇年代の農民運動や一九三〇年代の労働運動などでも用いられてきた。二〇世紀以降においては、公民権運動や女性運動、同性愛者の人権保障運動など、特定の地域を越えた、社会全体の変革のためのアプローチとして広く採用され、一九八〇年代以降にはＡＩＤＳ防止運動や新右翼による中絶禁止法制定運動などの中で、新たな展開を見せている。

「コミュニティ・オーガナイジング」の活動を論じる際には、二つの点に留意しなければならない。まず、一般に「コミュニティ」という場合、空間的・地理的単位のみを意味するわけではない。エスニシティや性的志向、職業、あるいは特定のイシューなど、共通の利害関心や特徴に基づく非地理的コミュニティも含まれる。現在のコミュニティ・オーガナイジングに関

する研究は、コミュニティ組織の形態・ネットワーク基盤の多様性に配慮したより多角的な組織モデルが提唱され、非地理的なコミュニティにも適用できる概念が模索されており[19]、したがって「コミュニティ・オーガナイジング」に言及する際には、「コミュニティ」の示す範囲を明確にし、「オーガナイジング」の対象に留意する必要があるのである[20]。

この点について、オバマがシカゴで受けたオーガナイザー養成教育プログラムと組織化の実践は、コミュニティ・オーガナイジングの展開における歴史的かつ重要な一系譜に連なっている。彼がオーガナイザーとしての教育を受けた工業地域財団（Industrial Areas Foundation：以下ＩＡＦと略記）は、一九四〇年、シカゴで「ソーシャルアクションのための組織化」を提唱したソール・アリンスキー（Saul Alinsky）によって設立されたオーガナイザー養成機関[21]である。アリンスキーによる「ソーシャルアクション」アプローチは、外部の専門家であるオーガナイザー[22]が、正当な権利を剥奪された状態にあるコミュニティメンバーに現状への不満を認識させ、コミュニティ全体のアイデンティティを確立し、獲得可能な目標と非暴力的な対抗戦略の構築を支援することで、社会におけるパワーの不均衡を是正しようとするものである。このアプローチは、一九世紀後半に創始されたセツルメント運動がとる「博愛」主義的な組織化アプローチを、権力・資源配分の是正を求める「権利」主義的アプローチへと転換したもので、その後拡大したＩＡＦのネットワークと組織化の「伝統」は、公民権運動と密接に結びついたとされるが[23]、両者とも、対象とするのは社会的に周辺化された地理的・空間的コミュニティとその住民である。

つぎに、「コミュニティ」が組織されるとき、それは常に搾取され差別されてきた社会的マイノリティの解放を促す運動の源泉・主体となりえてきたわけではないことにも留意する必要がある。合衆国には、ＫＫＫなどの人種差別を目的として結成された結社や、コミュニティの人種的同質性を維持するために郊外住民によって結成された近隣組織などが一九世紀半ばから存在している。後者は、主に近隣の不動産価値を維持・向上させようとするミドルクラスの土地所有者による防衛的運動だが、経済的投資としての住宅という観念が強く、住宅・土地管理が主に私的領域に任されているアメリカにおいては、住宅所有率が増加した一九二〇年代以降、住宅・土地所有者連盟が強い力を持っていた。特に、戦後から公民権運動期にかけては郊外におけるコミュニティの人種的同質性を維持するための抵抗運動が活発化し、各地で住宅所有者の会（Homeowners' Asso-

ciation：以下ＨＡと略記）などの団体が結成されている。[24]

しかしながら、こうした近隣地区の「維持」を目的とする保守的な自発的組織は、「持たざるもの」をメンバーとし、専門的教育を受けた「オーガナイザー」を中心とする「コミュニティ・オーガナイジング」の文脈とは、（たとえＨＡの活動家が都市の将来を憂慮する「コミュニティ活動家」として自らを捉えていたとしても）相容れにくい。ＨＡのような組織のメンバーは同質的で、労働者やマイノリティ集団が排除されている。さらに、保守的な組織において中心的な役割を果たすのは近隣の名士であり、専門的教育をうけたオーガナイザーではない。後述するように、アリンスキーによるコミュニティ・オーガナイジングのアプローチにおいて、土着のリーダーとオーガナイザーは、概念的に明確な区別がなされている。[25][26]

前述のガマリエル財団、ＩＡＦのほか、現存する「コミュニティ組織のための平和的組織（Pacific Institute for Community Organization: PICO）」、「直接行動とリサーチ・トレーニング（Direct Action and Research Training: DART）」といった組織は、二〇世紀後半を通じて、オーガナイジングの「戦略」に通じた専門のオーガナイザーを教育・雇用し、貧困層・低所得者層の住むコミュニティのエンパワメントと経済的・社会的改善を支援・指揮してきた。実際、一九九四年のボルチモアにおける労働者の賃上げの成功、ニューヨークやシカゴ、テキサスなどにおける公立学校の改善など、多くの事例がコミュニティ・オーガナイジングのもたらすエンパワメントとそれに伴う実質的な生活・社会サービスの向上を示している。[27] また、これらの組織の近年的特徴として、組織化されたローカルなコミュニティが緩やかに連合し、全国規模の運動となって政治的発言力を強めていることも重要である。

では、かかる地域コミュニティを出発点とした運動は、アメリカの民主主義において、どのような歴史的意味を持ち、いかに機能してきたのだろうか。

第二節　「コミュニティ・オーガナイジング」の機能と可能性

合衆国において、「コミュニティ」や「ネイバーフッド」といった地理的単位は、自立的な地域共同体（タウン）として、アメリカ的自由の原則に埋め込まれている。トクヴィルは、合衆国の国家構造について「（ヨーロッパとは逆に）アメリカでは郡より前にタウンが、州より前に郡が、そして連邦より前に州が

組織された」[28]と指摘している。

一方で、トクヴィルはタウンや市や郡という名の、法律によって作られる恒久的結社とは別に、発足するのも発展するのも諸個人の意思次第である結社が合衆国に無数に存在していることに驚いた[29]。合衆国では、政治目的以外にもあらゆる年齢・身分・気質の人々によってアソシエーションが形成され、学校や教会、病院や刑務所などが形をなしていく。

合衆国ではなぜ、かくも下からの参加と制度作りが可能なのか。トクヴィルは、「習俗」という概念を用いてこの問いを解明しようとした。「習俗」とは、「心の習慣とも呼びうる、人間の持つ様々な観念や人々の間で流通する種々の意見、そして精神の習慣を形作るもろもろの考えの総体[30]」と定義されている[31]。トクヴィルは、結社の権利はアメリカで常に存在し、権利の行使はこの「習俗」の中に組み込まれているというのである[32]。トクヴィルのもう一つの発見は、こうした習俗のもとで形成される国家内の独立した組織や団体の存在が、憂慮すべき「部分」あるいは「特殊利益」を意味するのではなく、それらが個人の自由と文明の発展において一定の積極的な存在理由をもっている点であった。かくして、個人によって自発的に形成される結合体であるアソシエーションと個人主義は、トクヴィルにおいて緊密な相互関連性を持つ政治社会的問題となるのである[33]。

トクヴィルは、アメリカで諸階層の平等という根源的事実が生み出した個人主義的風潮とその脅威――孤立した個人が私的利益に埋没し、公共精神を失っていくことの結果、民主主義を内側から崩壊させる――を認識したが、同時に民主主義を保証する集団主義的態度も発見した。彼によれば、民主主義の下で独立した個人が文明を築き上げるには、他者との共存が不可欠なのであり、したがって個人主義と集団主義的態度は矛盾しない。かかる条件下で自発的に形成された様々なアソシエーションへの参加は、人々を公共の問題へと導き、市民としての義務や責任の精神の涵養を促す。市民が首尾よく市民道徳を涵養するためには、単なる投票行動以上の参加形態が不可欠であるということになるのである。

前述のガマリエル財団は、まさにこうした市民による自発的なアソシエーションの形成と参加という民主主義の伝統に依拠し、荒廃したネイバーフッドの実質的回復と、市民参加の拡大の両方を担うべく組織されている。このようなタイプの組織化を下からの変革の原動力とみなし、現代アメリカにおける政治参加の生態にポジティヴな可能性を見出す一人であるオーアは、コミュニティ・オーガナイジングの本質を、周辺化された

地域における政治的パワーの確立を目指した「戦略」と「プロセス」であると規定する[34]。つまり、コミュニティ・オーガナイジングは戦略的に実体のある（tangible）成果を獲得し、その過程において人々の公的意識や価値の醸成といった無形の（intangible）効果を生み出すものとされるのである。

二〇世紀後半以降、アメリカの民主主義を支えてきた社会内部における成員同士の結びつきや強い結合力のある地域コミュニティ、活発な市民参加が衰退することによって（トクヴィルが危惧したような）民主主義が内側から崩壊する危機が指摘されてきたが、ガマリエル財団が一九八六年にオーガナイザーの養成機関として再編されているように、一般に保守派が台頭し、草の根レベルの市民運動が停滞したといわれる七〇年代後半から八〇年代にかけて、すでに組織化活動を牽引する外部の専門家であるコミュニティ・オーガナイザーの養成機関が全米各地で増え始め、オーガナイジング活動のより広範なネットワーク化と体系化が推し進められてきた。この時期、一方では全国レベルの社会運動は勢いを失っていたが、他方では市民による草の根レベルの活動が活発化し、多くの市民グループが地域の諸問題をめぐって組織された運動に従事し始めていたのである。こうした状況を「裏庭革命（The Backyard Revolution）」と呼んで、草の根から開く新しい政治の方向性を提示したボイトは、コミュニティ・オーガナイジングの伝統を、すべての人々が公的な営みを行いうるメカニズムとして、つまりアメリカの民主主義を内側から支える社会的支柱として評価していた[35]。さらに同様の認識に基づき、フィッシャーは、コミュニティ・オーガナイジングの歴史的展開を全国政治の流れと関連付けて精査し、組織化の目的や形態に基づくコミュニティ組織の類型、及び組織化戦術や手法の歴史的変容過程の分析を提示している。彼は、従来のコミュニティ・オーガナイジング研究がコミュニティの組織化運動を過去の遺物とみなし、草の根組織の全盛といわれる六〇年代のアンソロジーの中でのみ完結していると指摘し、歴史的な解釈の必要性を主張している[36]。また、ドレイアは、六〇年代以降のリベラルな政治・政策が失敗し続けてきた貧困と実質的な不平等の改善という問題にローカル・レベルとナショナル・レベルの両方から取り組み、リベラル政治の復活の一翼を担う運動として、コミュニティ・オーガナイジングを捉えている[37]。

これらの論者に共通しているのは、地縁に基づくコミュニティの組織化運動を、全国政治の文脈と切り離すことなく、現状変革の担い手とみなす点である。彼らは、アソシエーション

がもたらす負の側面に配慮しつつも、組織化の理念と発展体系に公共文化の生成と市民参加の本質を見、それらを維持するような政府のあり方を展望する。コミュニティ・オーガナイジングの伝統は、「コミュニティ」にローカル・イニシアティヴを超えた政治的契機を与えるものとして、現代に至るまで理念・実践の両レベルで発展してきたと考えられているのである。

本稿は、かかるコミュニティ・オーガナイジングの歴史的展開を俯瞰しつつ、その政治的契機と政治運動としての発展可能性を整理することでオバマ「現象」の基層を解明しようとするものであり、その際、現代的な組織化モデルとオーガナイザーの教育体系を確立し、オーガナイザーとしてのオバマがその理念を継承したとされるオーガナイジングの「始祖」、ソール・アリンスキーによるシカゴでの組織化運動に焦点を当てる。以下では、アリンスキーによって組織された二つのコミュニティ組織を取り上げ、組織化の理念・手法の形成と変容及び組織化運動が直面した「限界」と現代的継承を明らかにすることによって、オバマ「現象」の基底の一部を成す歴史的潮流を示したい。

第二章　コミュニティ・オーガナイジングの実践——バックオブザヤーズにおける組織化の試み

第一節　アリンスキー哲学の形成とその歴史的背景

一）アリンスキー哲学の原点と戦術的特徴

アリンスキーの名が全国的に認知されていくのは、一九三〇年代から一九六〇年代にかけてであり、彼はその間、シカゴにおける二つの地域で画期的な組織化を行っている。最初の組織化は、一九三九年、シカゴ市南部にある白人労働者居住区の組織化であり、次の組織化は、一九六〇年、同じくシカゴ市南に位置する黒人居住区におけるそれである。本章では、初期アリンスキー哲学に影響を与えた理論及びアリンスキー哲学の特徴と、独自の理念形成の素地となった政治・社会的条件との関係を整理する。

アリンスキーは、一九二六年にシカゴ大学に入学し、一九三〇年に社会学の学士号を取得した。同年に進んだ大学院では犯罪学を専攻し、修士課程一年目には、師であるクリフォード・ショウとともにイリノイ州青少年研究所（Institute for Juvenile

Research）で少年非行の現状と要因に関するフィールドワーク研究に従事した。[38]

当時、シカゴ大学社会学科は社会学において「シカゴ学派」と呼ばれる研究スタイルを生み出しており、一九二〇年代はその黄金時代とされる。[39] アリンスキーは、ここでシカゴ・スタイルとよばれる徹底したフィールド・スタディによる経験的調査を学んだ。シカゴ学派の研究領域の一つである犯罪研究は、二〇年代から三〇年代のアメリカの実証的な犯罪研究に圧倒的な影響力を持ったとされ、ショウらのアプローチはその代表例であった。ショウらによる少年非行の「生態学的研究」は、犯罪や非行が、少年の成長のプロセスや、当時のシカゴ市や近隣社会などの「コンテクスト」の中に位置づけられていると捉えていた。このような彼らのマクロな社会構造・社会過程への着目は、特定の地区に貧困や病気、犯罪などが集中するという経験的事実を、居住者の属性に由来するものではなく、都市の生態学的な構造の中でそれらの地区が占める位置に由来するという解釈を可能にしたのである。これは、スラム地区などでの犯罪を居住者の遺伝的性格などに起因するものとみなす当時の俗流優生学的な議論への、強烈なアンチテーゼであった。[40] シカゴ学派に属する社会学者としてのアリンスキーは、ショウやシカゴ学派黄金時代を担った一人であるバージェスらの協力を得、生活のほとんどをフィールドワークに費やした。後に出版される著書『急進派のための目覚めのラッパ（*Reveille for Radicals*）』[41]において、アリンスキーは既存の社会改革事業と対比しながら、「社会生活（social life）」を対立する利益に基礎付けられたプロセスとして概念化している。これは、社会における対立は個人や集団の利益（interests）の間の相違に基づいているとみなすパークやバージェスの前提と一致する。[42] アリンスキーによるコミュニティ・オーガナイジングの長期的な目標は、この個人の「自己利益（self-interest）」を出発点として、強欲（avarice）やご都合主義（opportunism）へと向かう個人の傾向を「社会的善（social goods）」や「共通の利益（common interests）」を基礎とした相互作用的価値体系へと向かわせることであった。[43]

すでに見たように、アリンスキーはその後、コミュニティの組織化を主導する活動家として全国的に名を馳せていくが、アリンスキーによる初期の組織化は、上記のような社会学的な問題関心と分析視角に基礎づけられた、コミュニティ・オーガナイジングの「新しい出発（new departure）」[44]であった。実際に、本章で見るシカゴ・サウスサイドでの組織化の過程においては、シカゴ学派の理論と実践を継承しつつも、都市における権

力構造とコミュニティの文化へのまなざしに立脚したアリンスキー独自の組織化スタイルが見出されるのである。

では、アリンスキー哲学（Alinskyism）を特徴づける組織化の理論と戦術とは、どのようなものだろうか。また、それはどのような民主主義のイメージを含んでいたのだろうか。

アリンスキー哲学を構成する戦術的要素及びその特徴は、以下の三点にまとめることができる。第一に、初期のセツルメント運動における組織化が、しばしば社会改革者によって近隣住民に対する特定の価値観（娯楽や飲酒に関する中産階級的価値観）や習慣の押し付けを生み、また、組織化によってコミュニティ全体が団結し、集団訴訟等を通して直接に政治過程に声をあげるということがほとんどなかったのに対し、アリンスキーによるコミュニティ・オーガナイジングは、コミュニティの問題を一般的な社会的文脈から孤立した実態とみなすのではなく、近隣生活が、地域を越えた権力（構造）によって形成されているとの認識から出発していた[45]。そして、コミュニティの改善という目的のために、持たざるもの（have-nots）を結集し、既存の権力（構造）に対する異議申し立て――示威運動やピケ、訴訟など――を手段とした。

第二に、ほぼ同じ認識に立った三〇年代の共産主義者や社会主義者が、人民を政党という全国組織へと動員する手段としてコミュニティを捉えていたのに対し、アリンスキー哲学は、一貫してプラグマティズムとコミュニティ組織の非イデオロギー性に立脚した。アリンスキーのプラグマティズムとは、彼の属するシカゴ学派社会学が重視したプラグマティズムの倫理観――道徳的秩序が相対的であるという観点――に依拠しているが、実際には労働者階級の利益を政策過程に反映させるための手段をとるのであって、その意味で同じシカゴ学派政治学による「多元主義（pluralism）」の前提に立っているとの見方もある[46]。しかし、アリンスキー哲学におけるコミュニティ組織は単なる利益集団でも、ロビイングの主体でもない。「対抗」という対権力戦略を取る以上、原則的に（権力との）「共存」「合意」は否定される。さらに、アリンスキー哲学におけるコミュニティ組織の非イデオロギー性は、組織が特定のア・プリオリな理念やそれに基づくゴールをコミュニティに「押し付け」るのは「民主主義的ではない」とするアリンスキーの信念に基づいていた。したがって組織化を牽引するコミュニティ・オーガナイザーは、コミュニティメンバーに目標を提案するが、意思決定はあくまでもコミュニティメンバー自身によって行われる[47]。

したがって第三に、コミュニティメンバーの主体的な参加と

自己決定というプロセスを確保するために、意思決定のシステム構築を支援する専門的オーガナイザーの教育・養成が推し進められた。[48] 後述するように、アリンスキーは、組織化に際して、コミュニティの既存のネットワーク――教会やクラブ、小売業者、労組など――を無視するのではなく、むしろそれらを保存し、統合・動員のための文化的資源とみなしていたが、そうしたインフォーマルな集団に属する土着のリーダーと、専門的教育を受けたプロのオーガナイザーの間には、明確な線引きがなされていた。[49] オーガナイザーは、触発者（catalyst）であってリーダーではなく、したがって客観的な立場から、土着のリーダーを「訓練する」能力が求められることになったのである。[50]

二）アリンスキー哲学形成の契機――「組織化」をめぐる理念対立の構造

アリンスキーが最初に本格的な組織化に着手したのは、シカゴ・サウスサイド食肉加工業地域の東欧移民居住区、バックオブザヤーズ（Back of the Yards）であった。アリンスキーは、この地域の貧困、青少年非行、住宅、失業といった一連の問題に取り組むため、一九三九年、バックオブザヤーズ近隣協議会（the Back of the Yards Neighborhood Council：以下BYNCと略記）を組織し、食肉加工労働者の組織化をはじめることになる。

ここで、アリンスキー哲学形成の契機となった当時のバックオブザヤーズにおける政治・社会状況及びコミュニティをめぐる理念対立の構造を明らかにしよう。アリンスキー哲学は、当時の組織化における理論と実践の多面的なフィードバックの中から生まれているからである。

サウスサイド食肉加工業地域は、一九世紀後半から合衆国に流入する移民の増加による都市の食肉不足を背景に成立した。伝統的に畜肉を主食とする欧米にあっては、その円滑で潤沢な供給ルートの確保は生活史を通じて最重要課題の一つであったが、この時期、フロンティアラインの西進によって一大畜産地帯となったミシシッピ河以西と東部との間の食肉流通における格差が拡大していた。こうした産業と流通の過渡期に、全国的な鉄道網の整備と食肉輸送技術の革新があり、大規模産業としての精肉業に目を付けた東部企業家が登場した。かかる条件の下、ミシガン湖の水利を生かした精肉都市シカゴが発展していった。[51] 精肉業の中心となったのは、都心から離れ、それでいて鉄道の便もよいシカゴ市南の郊外を干拓して作られたユニオンストックヤード（The Union Stock Yard and Transit Company of Chi-

cago）であった。このストックヤードの裏側に位置する東欧移民居住区が、バックオブザヤーズと呼ばれたのである。

バックオブザヤーズのすぐ隣には市のごみ処理場が広がり、日常的に煙と悪臭が漂っていた。したがって住民は慢性的な疾病に悩まされ、大恐慌を契機とする失業と貧困が生活環境の悪化に追い討ちをかけていた。一九三四年、ショウらは、シカゴにおいて、同様に社会的荒廃に陥ったコミュニティにおける少年非行の悪化に着目し、その改善と少年非行の要因に関する新しい理論構築を目指してシカゴ地域プロジェクト（Chicago Area Project：以下CAPと略記）と呼ばれるプロジェクトを進めていた。[52] ショウらは、シカゴ市内のいくつかのコミュニティを選び、アリンスキーらスタッフと共にコミュニティに入り込んでいった。[53] このプロジェクトにおけるショウのアプローチに特徴的なのは、従来のコミュニティ支援活動に中心的役割を果たしていたソーシャルワーカーのアプローチから意識的に距離をとったことである。コミュニティとは無関係な中産階級の改革者がコミュニティの住民に様々なソーシャル・サービスを「施し」ていくアプローチの有効性に批判的だったショウは、CAPのスタッフを少年たちのカウンセラーとして配置すると同時に、スタッフを土着のリーダー、あるいはカウンセラーの育成者として機能させた。当然のことながら、こうしたアプローチはソーシャルワーカーの側から「あまりに理想的で、危険すぎる」との批判を受けたが、ショウの理論は一貫して、非行が蔓延するコミュニティに対する「施し」ではなく、少年たち自身の「自助努力」を促すことによる効果を期待していた。その意味で、このプロジェクトは「壮大な実験（great experiment）」でもあった。[54]

ここで留意すべきは、バックオブザヤーズの組織化の前段階において、理論的・実践的にすでに既存のソーシャルワークとの決別が行われていたことである。前述したように、ショウは「科学としての社会学」を標榜するバージェスやパークらシカゴ学派第二世代に属しているが、この時期、ソーシャルワークと社会学の協力関係は破綻していた。[55] CAPにおいてショウは、少年たちがコミュニティの改善を目指すプロセスに「参加」することを、最終的な目的としていた。つまり、プロジェクトは、土着のリーダーらとともにプログラム実行委員会を設立するほか、非行少年たちのために様々なアクティビティやリクリエーションを準備したが、それらは公的な活動を通して少年たちの市民的責任感を涵養し、「参加」がコミュニティの改善に直接結びついていることを認識させるように設計されており、単に

少年たちのエネルギーを発散させ、彼らを監視することが目的だったのではないのである。[56]

一九三八年、CAPは、次なる社会実験の場を「ジャングル」[57]の名で知られるバックオブザヤーズに設定した。アリンスキーは、当初プロジェクトのスタッフとして、バックオブザヤーズに足を踏み入れた。

当時のバックオブザヤーズには、四平方マイルの居住区に約九万人の移民が生活していた。また、彼らはポーランド、リトアニア、スロヴァキア、アイルランド、ドイツ、ウクライナ、メキシコという多様な民族から成り、九〇%以上はカトリックであった。当然のことながら、教会が彼ら移民の生活の総合的な基盤であり、上記七つのエスニシティがそれぞれの教区を形成していた。各民族の生活は教区単位で独立しており、組織化に至るまで、これらの教区が協働し、一つの単位として共に行動することはなかったという。[58]バックオブザヤーズの住民たちはそれぞれのエスニック・コミュニティ内で完結した生活を営んでいたが、ポーランド人とリトアニア人の間の憎悪感情をはじめ、新参の諸民族に対する不信や偏見による民族同士の対立もまた絶えなかった。民族的ナショナリズムの壁は高く、加えて各教区はそれぞれ独自の社会規範と文化を保っていたため、当時、それらを超えたコミュニティ全体のネットワークと共通の利益を導き出すことは、容易ではないとみられていた。

また、「第二の恐慌（Second Depression）」[59]と呼ばれる一九三七年の景気後退以降、産業民主制の導入を図ってアメリカ労働総連盟（American Federation of Labor：以下AFLと略記）から分離した産業別組合組織（the Congress of Industrial Organization：以下CIOと略記）の運動が活発化していた。[60]当時のバックオブザヤーズには、CIOの主導による精肉業労働者組織化委員会（Packinghouse Workers Organizing Committee：以下PWOCと略記）が一九三六年に設立されていた。[61]指導者であるジョン・ルイスは、全米の精肉業界を牛耳っていたビッグ・ファイブ[62]と呼ばれるシカゴ精肉大手五社の未組織労働者を組織するために全国的キャンペーンを行っており、PWOCはその拠点の一つとされていたのである。

しかしながら、社会学者であるショウにとって、CAPのプロジェクトはあくまでも社会学的「実験」であった。ゆえにショウはPWOCとの関係を好まず、一貫して政治的な議論との距離をとっていた。[63]これに対して、プロジェクトの過程でコミュニティ内の権力構造に精通し始めていたアリンスキーは、次第に政治的なアプローチとの融合を図るようになる一方で、[64]コ

ミュニティという社会集団の理解の違いや組織化の手法の相違に基づく同時代のソーシャルワークへの批判は、アリンスキーをして、ショウが踏み込まなかった組織や人物の直接的な攻撃へと向かわせた[65]。

当初、PWOCは組織化の基盤形成のためにバックオブザヤーズの若者たちへの社会的支援に関心を持っていたため、アリンスキーは利害の一致からPWOCのリーダー及びルイスと友好的な関係を築きはじめ、最終的にはルイスから組織化における対抗戦略とコンセプトを吸収するに至る[66]。ここにおいて、すでに悪化を辿っていたアリンスキーとショウの亀裂は決定的となった。

しかし、アリンスキーにとってそれは、CAPでの活動から引き出された原則――「参加」と「自助努力」に基づく個人の意識改革――を捨て去る契機にはならなかった。その上、彼にとっては組合運動の原理もまた、決して無条件に受容できるものではなかった[67]。ルイス率いるCIOが組織の原理・方法においてAFLよりも進歩的であったことは事実であるが、その政治哲学はAFLとほとんど変わらず、基本的にはニューディールに忠実であった。全体として、アメリカの労働者はニューディールの受益者であり、ニューディールが確立されればされるほど、既得権の擁護という保守的な態度を強化し、既存の秩序に正面から挑戦する勢力が生まれにくい運命にあったのである。アリンスキーは著書において以下のように指摘している。

「労働組合に属するものすべてが理解し、知らねばならないことがある……それは、彼らの仕事と工場、組合、そして彼らの生活を形成するすべてのものがいかに関係しているか、ということである。労働者が賃上げのために戦っているとき、それが食べ物や医療費の値上げと引き換えであるならば、彼にとっての便益とは何だろうか？工場の労働条件が改善されても、依然として彼の家族が疾病に悩まされる地域への居住を強いられているとしたら、彼にとっての便益とは何だろうか？……」[68]。

三）シカゴにおける都市政治構造と移民文化

ところで、当時の移民労働者の政治文化は、都市政治構造と密接な関係を持って形成されていた。一九世紀後半から二〇世紀前半にかけて、都市政治を牛耳っていたのは政党マシーンと呼ばれる集票組織であった。マシーンは一定のイデオロギーよりも、むしろ物質的利益を動機として主に大都市で組織され、マシーン政治家は、自らの選挙区で暮らす住民（移民）たちに「恩恵」――仕事や住居、葬儀費用から保釈金の提供、あるい

は新参の移民が直面する日々の生活でのトラブルの相談にのったりする――を与える代わりに、選挙で票を得ていた。マシーンのあり方は、時代や場所、その他の条件によって多様であったが、シカゴでは、大恐慌後、ニューヨークのタマニーホールが急速に衰退していったのとは対照的に、その後四〇年以上にもわたって強力な民主党マシーンが存在し続けることになる。

当時、こうした政治ボスと支持基盤たる移民の物質的関係、そしてそこに生ずる市政の腐敗を、農村に根付いた自治を重視するアメリカ民主主義の伝統に反するとして真っ先に批判したのが中産階級以上の社会改革者であった。社会改革者の一人で、セツルメント運動の創始者であるジェーン・アダムズは、その仕事の一環として市政浄化を求め、ボス政治の追放キャンペーンを組織したが、成功には至らなかった。その理由の一つとして、アダムズらの説く倫理観が、実質的な貧困や犯罪の構造的要因を理解し、根絶することにはほとんど貢献しなかったことが挙げられる。また、その背後には、物質的利益を介したマシーンと移民との強固な相互依存関係があった。貧困や犯罪、偏見といった新天地での逆境に直面する移民たちにとって、年中無休の「ソーシャル・サービス」を提供してくれるマシーン政治家に一票を投じることは、（それが政治道義上いかに腐敗していたとしても）当然の返礼でもあった。さらに加えて、多くの移民は、概して封建制の名残の強い母国での生活で、権威に服従することに慣れており、民主主義国アメリカにやってきても、自己の要求を自律的な政治活動を通じて主張していくことが困難であったとされる[69]。彼らは、マシーンを批判する社会改革者が市民的モラルを説いても、動じることなくマシーンを支持する性向を備えていたのである。

しかし、付言すれば、社会改革者たちがそうした実態を認識していなかったわけではない。地区住民自身がボス支配を肯定している現実に直面したアダムズは、改革派の雑誌の論評において、ボスと庶民との関係を考察するとともに、崇高な社会改革運動に庶民の実情から遊離した官僚的な欠陥があることも明らかにしていたし[70]、著名なマックレーカーズの一人であるリンカン・ステファンズも、マシーン政治を激しく攻撃する一方で、その社会的機能という側面を重視し、無関心な市民やモラルばかりを重視する改革者を批判していたのである。

当時のシカゴにおけるこうした政治・社会構造の中で、アリンスキーは単なる「慈善」ではなく、権力に対して発言力のある、人民を主体とした運動の実践を模索していた。彼による組織化は、権力への対抗という戦略において労働組合のそれと共

鳴しつつも、産業労働者のための経済的便益のみを重視するアプローチとは一線を画した。また、移民の政治的無関心というソーシャルワークと共有する問題に対しては、ソーシャルワークの限界を踏まえ、中産階級的な視点からの脱却と人民の自己統治能力の涵養が前提とされた。すでにBYNC発足以前の段階において、アリンスキーは、特定の地域の労働者を経済的争点のもとに利益集団化するのではなく、「コミュニティ」を社会全体の善に関わるより大きな文脈の中に据え、非経済的な価値のもとに住民たちを結集させる組織化運動を目指していたといえよう。次に見るように、同時にそれは運動の主体を労働者「階級」から「市民」へと転換していくことを意味したのだった。(71)

第二節　組織化の着手——対立から統合へ

一）アリンスキー哲学の確立と実践

大恐慌以降、バックオブザヤーズでは、民族対立が解消しない一方で、住民の間に「統合」が意識されてもいた。未曾有の経済的惨禍に直面した住民たちは、自身のコミュニティのみで対処できる範囲の限界を認識するとともに、既存の慈善組織が提供する社会福祉が十分に機能しないことから、次第に連邦政府に対する経済的な救済要求への気運を高めていた。(72)

依然としてCAPのスタッフの一人として活動していたアリンスキーは独自の組織化を進めるべく、PWOCのリーダーに接触し、プロジェクトに必要な人材のパイプ作りを行うとともに、労働者の組織化アプローチとの共通項を確認しあい、逆に彼らに対して反非行プログラムについてのアイディアを提案するなど、組織化の基盤となる合意形成に努めた。

他方で、アリンスキーは、バックオブザヤーズの住民が生活の多くを依拠している教会と教区を軽んじては、円滑な組織化は望めないことを認識していた。各民族は、自身のナショナル・チャーチとグラマー・スクールを有し、教区司祭はコミュニティの道徳的リーダーとして機能していた。しかし、より大きなハードルは、教会と労働組合の間の対立関係であった。カトリック教会は、労組の組織指導者たちを共産主義者として敵視していた。そこで、アリンスキーは独自のネットワークを通じて、カトリック教会を統括するシェイル司教との接触を試みた。(73)アリンスキーらの組織が、民族や教区にかかわらず、すべての人々の共通の利益を実現することを目的とし、特定のイデオロギーに立脚していないことから、司教は提案に協力することを約束した。彼は、アリンスキーらに各教区と教会の特徴と対応

の仕方をアドヴァイスし、各教会には組織への参加を呼びかけた。アリンスキーらは、各教会の司祭たちの説得に長い時間をかけ、一九三九年三月、ついにBYNCが誕生した。(74)

牧師たちとの最初のミーディングにおいては、カウンシルに関するいくつかの重要な取り決めがなされた。まず第一に、カウンシルは、民主的媒体となり、地域を基礎とし、外部の専門家や改革者によって管理されるものではないとされた。そして第二に、メンバーシップは、教区クラブや各エスニシティの結社、SACs（social and athletic clubs）のほか、労働組合（PWOC）や自営業者、若者や主婦のグループも加え、各組織は一票を持ち、投票で選ばれた代表を委員会に送ることとされた。(75)ショウらによるCAPがある種の集団やクラブといった属性ではなく「個人」を対象としていたのに対し、アリンスキーらは、カウンシルの構造に関して、バックオブザヤーズ内の小規模なコミュニティから委任された代理人が、中央のカウンシルに代表として参加するという代表制をとったのである。(76)アリンスキーによれば、各集団の利益代表による長く激しい議論の過程において、各集団が抱える「個別の問題」の根底には、失業や貧困という「共通の（in common）問題」があることが認識されていったという。委員会は「共通の問題」の改善のために各集団が知恵を寄せ合って実際の解決策を生み出していく場となったのである。(77)

こうした土着リーダーの養成や、個人の主体的な「参加」とその公的意味に重きを置くアプローチが、CAPへの参加からアリンスキーが学び取ったものであり、かつアリンスキー哲学の核を構成する一部分であることは間違いない。それにもかかわらず、BYNCは政治的アプローチとは距離をおいた非行防止プログラム、社会的実験としてのCAPを超える必要があった。一九三九年七月、アリンスキーと土着のリーダーたちが一堂に会したBNYC最初の会議において、次のような宣言がなされている。

「四〇年間もの間、我々は解決法が提示されるのを待ち続けてきたが、何も提示されなかった。今日、我々は、現在直面している解決すべき問題群を知っている。我々は、粗末な住宅や蔓延する疾病、失業や少年非行が何を意味しているのかを知っている。そして確信するのは、解決法が見出されるのであれば、我々にはそれらを理解する能力と義務があるということである。（中略）この会議の目的は、おそらく、以下のカウンシルの決意声明を通して最もよく表明されているだろう。

「この組織は、バックオブザヤーズ内のすべての組織を統合

する目的で設立された。この組織は、人種や肌の色、信条にかかわりなくバックオブザヤーズのすべての住民の福祉を促進し、したがってすべての人々に民主的な生活を通して健康、幸福、そして安全を手に入れる機会があるものとする。」[78]

CAPは、より保守的な市民組織やビジネスリーダーからの資金援助を受けていたため、民族対立が激しく、労働者の不満が鬱積したバックオブザヤーズの組織化から次第に手を引いていた。三八年の秋以降、CAPの報告書からアリンスキーが担当する部分への文言が消え、四〇年に出版されたプロジェクト実施リストから、バックオブザヤーズの名が削除された。さらに同年、アリンスキーはCAPのスタッフを辞職している。[79]

かくして、「人民（people）」による決定という前提の下、対立しあうエスニシティ・教区の代表が定期的に集まり、相互行動の可能性を模索するという全く新しい民主的な組織化プロセスが、アリンスキー独自の理念とメソッドによって確立された。そして、上記の決意声明で明示されているコミュニティの「統合」とそれを担う自律的「市民」という構図は、二〇世紀以降のコミュニティ・オーガナイジングの展開における一つの規準となっていくのである。

二）BYNCは何を達成したのか――アリンスキー哲学の評価と位置付け

事実上BYNCと結合したPWOCは、最初のミーティング後、直ちに食肉加工業者に対するストライキと賃金交渉を敢行し、時給の賃上げに成功した。さらに土着のリーダーたちが中心となり、BYNCはバックオブザヤーズ内の学校給食の支給やリクリエーションのための敷地確保、乳幼児福祉施設の設立や私企業と共同した新しい雇用の創出なども次々と実現していった。[80]

こうしたバックオブザヤーズにおけるアリンスキーの組織化の試みは、一九四〇年の夏から秋にかけてジャーナリズムの目に留まり、全国的に報道された。ニューヨーク・ヘラルド・トリビューン紙は、「ジャングルにおける民主主義（Democracy in the Jungle）」との見出しでアリンスキーを評価し[81]、また、シカゴ・デイリー・タイムズ紙は、バックオブザヤーズにおけるアリンスキーの功績を「民主主義の奇跡（the miracle of democracy）」と論評している。[82]

他方で、当時の権力エリートたちは、ストライキや激しいロビイングを運動の手段とするアリンスキーを共産主義者、あるいはファシストであると非難し、敵視する傾向にあった。[83]しか

し、アリンスキー哲学は、既存の政治経済システムの革命的改革という要求を含んでいたわけではなく、資本主義と利益集団モデルを受け入れた上でのアプローチであり、アリンスキー自身、フランクリン・ローズベルトを「ヒーロー」と敬うリベラル資本主義の信奉者であった。[84] むしろ彼が最も重要視していたのは、コミュニティの組織化によって促進されうる個人の自律性・自己決定力と個人間の相互作用から生まれる公共性という、民主的プロセスであろう。一九五一年、当時のイリノイ州知事であったスチーブンソン[85]は、アリンスキーが最も信頼する部下であるミーガンに以下のような手紙を宛てている。

「我々のデモクラシーのすべてを最も見事に体現している団体を一つ挙げるとするなら、私はバックオブザヤーズ近隣協議会を挙げるだろう。あなたたちがコミュニティの人々の健康、社会福祉、経済発展、そして幸福のために行ったことはすべて、同時代で最も勇気付けられる功績の一つであると、私は断言する。[86]」

では、こうしたBYNCに対する客観的評価は、アリンスキー自身によってどのように認識されていたのだろうか。アリンスキーはコミュニティ住民自身の決定や問題解決のプロセスと同様に、「普通の人々（ordinary people）」の積極的な参加の重要性を強調していた。そして、彼は自身の理念をより広範囲な歴史的文脈の中に位置づけ、しばしば『アメリカにおけるデモクラシー』（Democracy in America）から、トクヴィルの言葉を引用したという。たとえば、「賢明かつ力強い政府が、盲従的な人民による投票によって生まれるということを信じるものは誰もいないだろう」という文言である。[87] ここで想起されるのは、トクヴィルにおける人民主権原理の観察である。トクヴィルによれば、人民主権原理は、当初アメリカの大部分のイギリス系植民地の起動原理であったが、この原理は理論と実践の両面で、アメリカとフランスでは極めて対照的な発展過程をたどっている。すなわち、「別のある国々では、力が分割されて社会の内部と外部に同時に存在する。このようなことは合衆国には何一つ見られない。ここでは社会がそれ自身の力で、それ自身に働きかける。力は社会の内部にしか存在しない……人民は立法者を選ぶことを通じて法の作成に加わり、執行権の行使者を選挙することでその適用に参加する。……神が宇宙を統べられるように、人民がアメリカの政治の世界を支配している。人民こそ万物の原因であり、目的である。すべてはこれに発し、すべてはこれに帰する[88]」と。

トクヴィルによれば、フランスにおける人民主権原理はいまだに抽象的・一般的観念に覆われたままであるのに対して、ア

メリカにおける人民主権原理は下から上へと、つまりタウンシップから郡、州、連邦へと実践形態に発展した。こうした人民主権原理の実践の一つとして、アメリカではタウンシップが公共精神を修得する「学校」としての役割を果たし、統治に「参加」する権利に人民主権の力点が置かれている。さらに人民主権に基づく共同体の自由は、あくまでも「個人の意思・思考・イニシアティヴ」を基礎とする統治の原理を前提とする。ここに、アリンスキー哲学が依拠する民主主義の原理と、そうした原理の「触発者」たるオーガナイザーの本質的存在理由が見出されよう。

前述したように、一九三〇年代の東南欧系新移民たちの多くは、市民としての権利やシティズンシップの概念に精通していたわけではなく、しばしば新天地と母国との間の文化的相克に直面した。また、当時都市政治を牛耳っていた政治マシーンは、ウォード（行政区）レベルで住民への各種社会サービスを提供し、新参の移民たちは投票や参加の真の意味に無自覚なまま、マシーン政治に取り込まれる傾向にあった。もとより、非イデオロギー性を掲げるアリンスキー哲学と政治的取引は相容れるものではなく、ＢＹＮＣは政党政治を超えたすべての人民による参加を基礎としていた。アリンスキーらＢＹＮＣのスタッフは、コミュニティのサービス向上のために政治家と接触することはあっても、ウォード内の政治的抗争[89]や政党政治への直接的関与を常に回避していた。しかし一方でシカゴ民主党マシーンの支配は、ＢＹＮＣの存在理由と真っ向から対立していた。ＢＹＮＣが掲げる人民による「自己決定」と、マシーンが依拠する移民との相互「依存」関係は、全く相反するものであったからである。したがって、ＢＹＮＣは、その結合力と自治能力を「危険視」するマシーン政治家との対立を避けられなかったが、アリンスキーはシカゴ市全体を含めた宣伝活動によって、最終的にマシーンからＢＹＮＣの自立的な活動を守ることに成功している[90]。

アリンスキーがトクヴィル的な人民主権原理と参加の意義をＢＹＮＣの理念に位置付けていたのだとすれば、彼は「人民」たるバックオブザヤーズの移民たちを民主主義の単なる受け手とみなすのではなく、人民こそが民主主義の担い手であるとみなすことによって、オーガナイジングを「デモクラシーの実践」へと昇華させたといえるだろう。バックオブザヤーズの住民たちは、「（個人の意思・思考・イニシアティヴに基づく）自己統治」を旗印に、自らが日常的に政治にコミットすることによって不均衡な権力配分や市民的責任を自覚し、コミュニティの公

共文化をより広義のものへとシフトさせた。アリンスキーはアメリカ国家の起動原理である「人民主権」に立脚しながらコミュニティの組織化に一定の公的意味を与え、「人民」による参加の可能性を提示したのである。

第三章　「草の根」から「全国」へ——アリンスキー哲学の「限界」と継承

第一節　ローカリズムの壁——「人種」的「コミュニティ」の組織化の模索

一）「人種」の表出——「コミュニティ」の分断

一九三九年に発足したBYNCは、五〇年代を境に一転して急激に保守化し、アリンスキーを落胆させたとされる。その最大の理由は、いうまでもなく人種問題であった。戦後、北部における労働需要の高まりと南部農業の機械化を最大の要因として黒人たちの北上（大移動）が始まり、シカゴでは一九四〇年から六〇年までの間に黒人人口は三〇万から八〇万に増加した。BYNCは、大量の黒人が近隣に押し寄せ始めたとき、白人居住区維持組織へと化した(91)。

一九四〇年代に「民主主義の奇跡」とまで評されたBYNCの「挫折」は、アリンスキー哲学に「人種」という新しい難問を突きつけた。コミュニティ内のあらゆる民族を「統合」し、自律的で相互的なシティズンシップの涵養に寄与した手法・戦略は、肌の色による居住区の分断という新しい問題に直面していかなる運命をたどったのだろうか。

六〇年代の北部都市コミュニティに特徴的な条件を整理すると、第一に、旧移民からの差別の対象でもあった東南欧系移民（新移民）の子供や孫の世代による「アメリカの夢」の共有化があった。一戸建てのマイホームの獲得は、庶民にとって手近な「アメリカの夢」の実現を意味していた。第二次世界大戦のもたらした「総動員体制」の副産物としての公的住宅資金援助やインフラ開発などの様々な連邦政府の恩恵的政策によって、戦後工業的大都市の白人労働者はようやくこの夢を実現したのである。第二に、彼らにとって、黒人の隣人は資産価値を下げ、犯罪を持ち込むことによって近隣の安定性を揺るがす脅威であった。南部と違って法的な人種隔離体制のなかった北部では、黒人を排除するために「自由な不動産市場」の下、居住者による住宅の「制限協定（restrictive covenants）」が設けられていた。第三に、そうした大都市内部の住み分けを規定した差別的

な地方条例や州法、あるいはそれに対する連邦政府の差別黙認政策によって、人種隔離は事実上制度化され、再生産される構造にあった[92]。

アリンスキーは、かかる条件の帰結として急速に「黒人化」するコミュニティのエンパワメントを目的とし、IAFとともにシカゴ市のいくつかのコミュニティの組織化に着手した。彼はまず、一九五九年、カトリック教会の司教区の資金援助を受け、シカゴ・サウスウエストサイドにおいて、教会や各近隣組織、企業、そして白人居住者、黒人の新参者を含めたサウスウエスト・コミュニティ組織（the Organization for the South-west Community：以下OSCと略記）を発足させた。OSCの組織化の過程で共通の敵とされたのは、住宅所有を望む黒人の期待と黒人を警戒する白人の住宅所有者の不安の双方を利用して、巨大な経済的機会を得ていた不動産代行業者であった。彼らは、白人地区に転入を希望する黒人中産階級に破格に高い金額を吹っかける一方で、黒人が転入するというわさを流して白人住民に不動産価格下落の不安を煽り、安く買い叩く「ブロックバスティング（街区破壊商法）」を常套手段としていた[93]。アリンスキーのねらいは、こうした搾取の構造を明らかにし、住民たち自身がコミュニティの不動産市場を統制するために協働することで、白人の反黒人感情と人種間の対立を解消することにあった。しかし、アリンスキーとIAFのオーガナイザーらは、争点としての人種「統合」が白人と黒人が居住するサウスウエストの組織化において分裂の起爆剤となることを予測し、「人種」が不可避的に争点化した場合でも、人種「統合」（あるいは「隔離」）のイデオロギーにはコミットせず、オーガナイザーの役割をあくまでも異人種間の意思疎通を促す「触発者」に限定した。彼らは白人たちが郊外へと「逃亡」するのを防ぎ、白人居住者と新参の黒人たちの間の相互利益と協働行動の契機となる基盤を構築することで、コミュニティの「安定化」を目指したのである。

しかしながら、結局のところOSCは郊外への「白人の逃亡（white flight）」を阻止することができなかった[94]。たしかに、OSCは人種的緊張の緩和、（白人の逃亡を防ぐことによる）経済状況の安定化、さらに異人種間の協働関係の構築などの面で、一定の成果をあげていた。しかし、組織内部で保守的なグループが台頭しはじめたことと、周辺のコミュニティから協力を得られなかったことから、OSCの内部で白人の基盤が脆弱化し、一九六五年には一千世帯の白人家族が郊外へと「逃亡」したのである[95]。

たしかに、白人の逃亡の阻止に重点を置き、不動産業者を「共通の敵」として内的統合を図るOSCの活動は多くの住民たちを惹きつけた。しかし、住宅市場のダイナミクスはOSCが想定していた以上に重要かつ決定的な影響力を持っていた。すなわち、黒人の増加するコミュニティから白人が郊外へ「逃亡」することを促したのは、不動産業者による斡旋商法のみではなかったのである。連邦政府の住宅政策によって、郊外には安くて手に入りやすい住宅が建設され、新しい住宅ローンが準備された。また、郊外と都市を結ぶ高速道路の建設・整備も進められた。一方で、都市の老朽化した交通輸送機関の改善、下水道システムの合理化などに対する政府支援の比重は低く、連邦住宅局による低利の住宅ローンも、その運用が地元銀行に委託されたために、「レッドライニング（融資危険地域）」の認定を受けたゲットー地区の黒人住民は、住宅融資を受給することができなかった[96]。これに対して、OSCは独自に住宅融資プログラムを設立したが、それはレッドライニングの効果を減殺するのみで、白人の「逃亡」を食い止めることはできなかったのである[97]。

OSCの戦略は、白人の「逃亡」阻止をオーガナイジングの中心的課題としたものの、白人たちに用意されている強力な住宅市場と、黒人たちに押し付けられている狭隘な住宅市場及びその背景にあるアンバランスな住宅・都市政策といった複雑な問題構造の改善にほとんど無力だった。サントゥによれば、OSCの戦略は、白人の「逃亡」を促す非人種的なファクターを看過し、住民によるコミュニティにとどまるか、逃げ出すかの選択を、あくまでも個人の道徳的・社会的価値観に基づく選択とみなすものであった。つまり、OSCの戦略は、特定の地域の問題を包摂するより広範な権力構造の分析において未だ十分ではなく、異なる歴史をもつ「人種」間に、明確かつ持続的な「共通の基盤」を確立することができなかったのである[98]。

二）TWOの発足とアリンスキー哲学の再定義

OSCの着手から二年後の一九六一年、アリンスキーは、ウエストサイドにある黒人貧困地区、ウッドローンの組織化（The Woodlawn Organization：以下TWOと略記）に乗り出した。

シカゴ市サウスサイドに位置するウッドローン地区は、「白人の逃亡」に伴う急速な「黒人化」ばかりでなく、コミュニティ全体の若年化及び慢性的な貧困化という問題を抱えていた。ウッドローンでは、一九五〇年まで八〇％以上を占めていた白人人口が徐々に減少し、一九六〇年には人口の八〇％以上を黒

人が占めるようになっていた。さらに、二十歳以下の人口は一九五〇年から一〇年間で二〇％近く増加し、一九五九年の時点で、男性労働者の一二・二％が失業状態にあった。その他、公的扶助受給率、乳児死亡率などにおいて、ウッドローンは当時シカゴ市に七五あったコミュニティのうち、最も高い比率を占めるコミュニティの一つであった。[99]その間、ソーシャルワーカーや市民団体、都市プランナー、そしてウッドローン北部に隣接するシカゴ大学などによって、ウッドローンが抱える諸問題に対する改善策が議論・実行されたが、スラム化の速度が低下することはなかった。かかる事態を憂慮し、対応策の協議を繰り返していたウッドローンのカトリック、プロテスタント両教会の聖職者たちは、ウッドローンの問題はコミュニティ内部の「権力不足（powerless）」にあるとの認識に至った。問題の改善のためには、コミュニティ内部が結束し、権力に働きかけるための「パワー」を確立することが必要であった。そこで、アリンスキーの過去の功績を知る聖職者らによって、ＩＡＦに対する組織化の要請が提案され、会議での合意を得るに至ったのであった。[100]

聖職者グループの要請を受諾したアリンスキーとＩＡＦのオーガナイザーたちは、各教会から資金を得てＴＷＯを発足させた。ＴＷＯに特徴的なのは、住民による「自己決定」というＢＹＮＣ以来の組織化哲学をいかに定義し、制度化するかに力点が置かれていたことである。アリンスキーらは、ウッドローンのような「黒人」コミュニティを組織化するに当たり、パワーの源泉としての「人民」を基礎としながら、現状に沿ったアリンスキー哲学の戦略的（部分的には理念的）刷新に取り組むこととなった。

アリンスキーらは、まず、白人を郊外に引き付ける強力な「プル」要因と、黒人に押し付けられるゲットーへの継続的居住という構造から、ウッドローンの状況をコントロールし方向付けているのは「外部権力」であると分析した。そしてかかる認識の下、ＴＷＯの役割は、コミュニティ生活に対する住民自身の影響力を高めることによって、既存の支配体系を破壊し、住民による自己統治のための手段を確立することにあるとの指針が示された。[101]しかし、ウッドローン内部に目を転じれば、強制的・継続的なゲットーへの居住は、住民の中で育まれるべき決定の主体たる「我々（人民）」の意識を摩滅させ、コミュニティ内には「無関心（apathy）」が蔓延していた。孤立したインナーシティにおいて貧困は累積的な「文化」であり、黒人たちの行動や思考パタンは直接的な現状変革のパワーとなりえなかった。つまり、かつてエリートや国家に不満を抱く民衆を組織化

の運動に結集させた「人民」イメージは、インナーシティの内部において（あるいは外部においても）共有されえなくなっていたのである。また、こうした都市貧困地域の問題に対する当時の社会的解釈の主流は、ゲットーの住民を、貧困という疾病に悩む「病人」あるいは「犠牲者」とみなし、彼らに必要な処置は、専門的コンサルタントと適切な治療薬による「痛みの緩和」であるとの見方に傾いていた。

こうした現状に対して、アリンスキーらは組織化哲学における戦略上の分析と見直しを行った。コノリーによれば、アリンスキーはＴＷＯの運営に当たり、地域住民の人民意識の発揚、参加と協働によって「パワー」を獲得し、コミュニティに共通の問題を改善するという民主的プロセスに基づいたＢＹＮＣ以来の組織化アプローチに、組織化を通して近隣地域の既存のシステムを解体（disorganize）するという戦略上の手法を加えた。すなわち、「コミュニティ生活において受容されている秩序（arrangement）と環境（circumstances）の現状態を解体」し、「市民参加の機会促進と（実質的な）参加の方法におけるパターンを再形成する」戦略である[102]。アリンスキーによれば、ウッドローンの根本的問題は（「医学的」ではなく）政治的問題であり、住民は「病人」ではなく、政治過程にアクセスし、影響力を持つことができない人々であった[103]。したがって、コミュニティに渦巻く不満や怒りにチャネルを提供し、権力を行使して現状の改善につなげるメカニズムの構築が必要となる。そこで、ウッドローンの問題を基礎付けている「外部権力」と「無関心」の相互関係を断ち切るべく、土着の権力資源を動員して外部権力に抵抗しうる人民組織を形成し、同時に決定への参加の機会を提供することによって「無関心」の克服を目指すという方法が案出された。アリンスキーは、かかる「被支配」への抵抗と主体的かつ協同的なコミュニティ活動によって促される個人の情報化とシティズンシップの涵養に「自己決定」の原理を据え、主体的で外部からの情報に精通した個人の参加が民主主義の核心であると考えたのである[104]。ＢＹＮＣの保守化と「人種的」コミュニティにおける問題を通して、アリンスキーが主導する組織化の機能は、都市住民の「無関心や没個性」、その結果としての「公的権力への絶対的依存と市民的硬化症（civic sclerosis）[105]」の克服へと刷新されたのであった。

三）ＴＷＯの成功と「挫折」――モデル都市計画（Model Cities Plan）

ところで、一九六〇年代を通して、黒人を中心とする公民権

運動が全国的に活発化していたが、あくまでも特定の地域における問題の改善を重要視していたTWOは、時の民主党ジョンソン政権が掲げた「貧困との闘い（War on Poverty）」と貧困撲滅プログラムの恩恵を受けた[106]。貧困撲滅プログラムは、そのガイドラインに「最大限に実現可能な参加（maximum feasible participation）」なる目標を掲げ、コミュニティメンバーのプログラムへの参加を促進することによって、教育や雇用の問題をコミュニティレベルで改善することを目的としていた。したがって、連邦主導による様々なコミュニティ支援制度が確立され、新設された経済機会庁（Office of Economic Opportunity: OEO）のもとで、各地方に創設されたコミュニティ活動局（Community Action Agencies: CAAs）が主導し、ウッドローンのような経済的貧困を抱えるコミュニティへの資源分配が可能となったのである[107]。

しかし、リベラル派による一連の社会政策は、連邦政府によるプログラムの要請と地方政府のプログラム運用・実施形態の間に格差があったために、必ずしも一貫した成果を生み出したわけではない[108]。また、連邦主導の社会政策は資金の使途・配分調整に関する体系的な基準を欠いていたため、各プログラムの重複、あるいは個別化といった運用面における非効率性も問題視されていた。当時のシカゴでは、七〇年代半まで強大な権力を維持した政治ボス、デイリーが市長として未だに市政を牛耳っており、市政府とは政治的に独立したコミュニティ組織への連邦資金投入を拒否する姿勢を固持していた[109]。したがって、市政府とTWOの間に、「参加」をめぐる対立が存在していたことは、想像に難くない。住民のより主体的な「参加」が促進されることによって権力基盤の脆弱化を恐れる政治ボスと、貧困の原因を「社会サービス」の欠如ではなく「パワー」の欠如にあるとみなし、住民を（決定過程への）「参加」へと動員するTWOの立場は、あい対立するものだったのである。

TWOは、シカゴ市が貧困撲滅プログラムの一貫として推し進める都市再生プランに対して、独自の報告書を作成し、政策へのより直接的な市民参加を求めて市政府に提出するなど、対権力的姿勢を貫いていたが、TWOのプランが市政府の決定過程に反映されることはほとんどなかった。したがって、アリンスキーは実質的にデイリー主導で行われている貧困撲滅プログラムを、政治的なパトロネジを形成し、巨大な利益誘導を生み出す「政治的わいせつ文書（political pornography）」として激しく攻撃[110]し、決定過程に貧困の当事者を含めるよう強く求めていた。

こうした中、一九六六年に連邦政府により「モデル都市計画（Model Cities Plan）」が創設された。このプログラムは、従来の連邦主導プログラムが陥ってきた非一貫性、非効率性の問題に対応すべく、政府内部の革新派が中心となって推し進めたものであった。モデル都市計画は、高層住宅建設によるコミュニティ「再建」ではなく、コミュニティの機能回復、社会サービスの拡充や市民参加の促進など、より包括的な目的を掲げ、従来のように資金を広範な地域に分散するのではなく、一定の人口以下の小規模な地域を「モデル都市」に選び出し、資金の投入する地域を限定することによって効率化を図るものであった。[11]

さらに重要なのは、モデル都市計画が、プログラムの官僚化を回避し、決定過程への広範な市民参加を確保することを最も重視して設計されていたことである。住宅都市開発省（the Department of Housing and Urban Development：以下ＨＵＤと略記）は、モデル都市計画の最大の目的を「近隣地域におけるコミュニティ組織や制度を強化し、当該住民がプログラムに積極的に関わること」とし、モデル都市としての採用基準には「広範な市民参加」という文言が明記された。[12]

これをうけて、ＴＷＯとシカゴ市はそれぞれ独自に委員会を設立し、連邦が示したガイドラインに沿ったコミュニティ改善計画の作成に乗り出した。ＴＷＯは、「市民による主体的な公活動への参加の確保」を計画の骨子とし、シカゴ大学と共同して、プログラムに対する単なる参加以上の参加、つまりコミュニティと市民がプログラムの「運営と実施」において主要な役割を果たすことができるような構造の構築を掲げた。[13]一方、シカゴ市による計画案は、実質的に市の行政機関のスタッフによって作成され、また、策定されたモデル地域の改善案においても、シカゴ市が任命したスタッフが作成にあたり、地域住民によるプログラムへの直接的な参加の道は閉ざされていた。

ＴＷＯは、自身のプランの作成過程において、住民であれば誰でも参加できるオープンな会議の場を提供することで、より多くのウッドローン住民の参加を呼びかけた。結果として、総勢一四〇〇人の住民が会議に出席し、五〇〇人の住民が実際のプランの作成に参加したとされている。[14]かくして、ウッドローンの内部における「対権力」への士気と結束意識が高まり、ウッドローンはかつてないほどの「人民」による熱気に包まれ、デイリー主導の委員会を凌ぐ勢いを示した。一九六八年には、ＴＷＯの趣旨に好意的なＨＵＤの職員から（非公式に）サポートを受けるに至り、ＴＷＯのスタッフのほとんどが、ＨＵＤが採用するのはＴＷＯプランであると楽観視していた。[15]

しかし、一九六九年、HUDが最終的に「モデル都市計画」として採用したのはデイリープランであった。TWOプランがあらゆる面でデイリープランを凌いでいたにもかかわらず、HUDがデイリープランを採用せざるを得なかった要因の一つは、TWOプランへの市政府による「承認」が、「モデル都市」採用の条件として課されていたことであった。すなわち、「モデル都市計画」は、既存の貧困撲滅プログラムの中で最もコミュニティの自律性と住民の「参加」に依拠した改革であったが、結局のところコミュニティの統治権は住民に与えられず、官僚主義・形式主義的な政策にとどまったのである。このような「専門家による統治」を是とするリベラル派の政策は、多くの人々に政治的疎外感を生み、経済成長の停滞と相俟って反動勢力を形成し、一九六八年に共和党ニクソン政権を誕生させ、TWOプランの棄却に決定的な影響を与えた。TWOによれば、連邦政府からシカゴ市にモデル都市採用通告がなされた二日後、ニクソンが推す累進付加税法（surtax bill）が、シカゴ民主党による投票が決め手となって下院を通過した[116]。また、ニクソン政権下において、HUDの長官補佐に任命された前フレズノ市長（カリフォルニア州）であるハイド（Floyd Hyde）は、「モデル都市計画」の「参加」に関わる要件を「最大限に実現可能な参加（maximum feasible participation）」から「適切な市民参加（adequate citizen participation）」へ変更したのである[117]。

前述の通り、戦後、北部都市へと「移動」した黒人たちを待ち受けていたのは、住宅や雇用、教育の機会などにおいて（公式的であれ非公式であれ）黒人を排除する「人種コード」であった。シカゴのような都市では、増加する黒人の地理的な集住を政治的なマス・パワーに転換しにくい政治・社会的構造が確立されており、連邦政府主導による「貧困との闘い」プログラムは、このような都市の歴史を超えるにはあまりに表面的で官僚主義的な政策であった。こうした状況は、コミュニティの自律（立）性とパワーの獲得を基礎としたアリンスキーの組織化哲学にジレンマを生み出した。すなわち、六〇年代を通して、コミュニティ活動が国家によって正当性を付与され、制度化されたことは、コミュニティ・オーガナイジングの積極的展開に大きな意味を持ったが、実際の制度の運用は歴史的な人種差別構造の払拭に無関心であったため、「人種的に」周辺化されたコミュニティの組織化は、権力（資源）再分配と人種的排除構造の解消という同時に実現することが困難な二つの問題を抱えることになったのである。

サントゥは、六〇年代のリベラル政策は「人種（race）」と「地

理（geography）」という歴史的条件を見落とすことによって、都市の貧困問題における本質的な問題解決に失敗した、と断言したうえで、そうした失敗を特定の地域を基礎とした（place-based）コミュニティの組織化運動によって補完しようとしたアリンスキーもまた、最終的には「白人の逃亡」に伴うウッドローンの経済的衰退を食い止めることができず、全国的な都市問題に対する一貫したアプローチと戦略の構築には至らなかったという点で挫折したと指摘する[18]。「地理的コミュニティ」の組織化は、（サントゥがいうところの）「社会的に構築された地理（social geography）」を所与のものとみなすその基本的前提によって、まさしく岐路に立たされたといえるだろう。

しかしながら、ＴＷＯは、六〇年代のインナーシティにおける貧困層の組織化において最も成功した組織であった。ＴＷＯの活動は、当時アリンスキー最大の功績ともいわれるほど、各ジャーナリズムから称賛を受けた[19]。当時のフォーチュン（Fortune）誌編集者であったシルバーマンは、ベストセラーとなった人種対立に関する著書の最終章で、ＴＷＯの活動をケーススタディの題材として扱い分析している。シルバーマンは、ＴＷＯの活動を、スラム化したコミュニティの黒人が、限定的「機会」に伴う心理的拘束感を「彼ら自身の力で」打ち破った好例を提示したとして紹介し、「アメリカ中の黒人に影響を与えた最も重要で優れた試みである」と評価した[20]。シルバーマンによれば、アリンスキーは、コミュニティにおけるあらゆる資源・能力を動員し、既存の社会福祉システムに対峙することで黒人住民の自尊心と市民的権利・責任の意識の涵養に成功しており、それは当時のニューレフトが信奉したある種のロマンティシズムに基づいたイデオロギーとは明らかに異なっていた。アリンスキーは、六〇年代の福祉政策を「福祉植民地主義（welfare colonialism）」と称し批判しているが、彼にとって、救済されるべきコミュニティに一貫して欠けているのは、人間としての尊厳と自律的生活を営むための「パワー」であった。シルバーマンは、人種とコミュニティの問題を「パワー」をめぐる構造的問題として捉えた点で、アリンスキーは同時代の活動家の中で傑出していたとするのである。

第二節　ポスト・アリンスキー時代のコミュニティ・オーガナイジング

一）バラク・オバマとアリンスキー哲学――“Why Organize（なぜ組織するのか）?”

アリンスキーは一九七二年、カリフォルニアで死去したが、その後アリンスキーの後継者たちがＩＡＦの運営にあたり、今日まで多くのオーガナイザーを輩出している。一九八五年にシカゴに降り立ったバラク・オバマもまた、ＩＡＦで教育を受けたオーガナイザーの一人であり、アリンスキー哲学の継承者でもある。[12]

オバマによるアリンスキー哲学の継承を示すものの一つが、ＩＡＦのオーガナイザーらが中心となって執筆し、一九九〇年に出版された『アフター・アリンスキー（After Alinsky: Community Organizing in Illinois）』である。オバマはその第四章（「なぜ組織するのか？――インナーシティにおける問題と希望（why organize? Problems and Promise in the Inner City）」）を執筆し、自身の経験をもとに、インナーシティの現状とコミュニティ・オーガナイジングの意義、そしてコミュニティ・オーガナイジングの現代的課題を提示している。

オバマはまず、インナーシティの現状について、初期の公民権運動と多くの黒人リーダーたちによる多様なアプローチは一定の達成をもたらしたとしつつも、未だに黒人の多くが二級市民（second-class citizenship）であり続けているとの認識を示す。[13] オバマによれば、こうした現実を打開するにあたって、グラスルーツのコミュニティ・オーガナイジングが果たす役割は大きい。たしかに、公民権運動がもたらした政治的エンパワメントの高まりと中流黒人の増加は紛れもない事実であり、初の黒人市長ハロルド・ワシントンやジェシー・ジャクソンらによる運動が伝統的な政治権力に楔を打ち込み、黒人の政治参加は増大し、中流化も進んだのであった。しかし、オバマは、「どのようなアプローチも、コミュニティ組織に対する体系的なアプローチによって強化されなければ、インナーシティの真の変化という希望を持続させることにはならない」という。なぜならば、インナーシティが抱える問題は、以前よりも複雑で、根深いものだからである。かつてのような露骨な人種差別は制度的なレイシズムという隠微な差別にとって変わり、したがって、十代の妊娠やギャング、ドラッグなどの問題は、経済的な資源分配だけでは解決できなくなっている。また、インナーシティの経済と政府からの援助が衰退する一方で、貧困層の支援において重要な役割を持つ中流黒人がネイバーフッドを離れ、郊外へと「逃避」することによって、特定のネイバーフッドへの投資や意識がますます低下していく。

オバマによれば、選挙政治も、個人の自助努力を促す政策・戦略も、こうした新しい状況には十分ではない。ハロルド・ワ

シントンの当選でさえ、インナーシティの雇用問題を完全に改善することはできなかった。実際、インナーシティのあらゆる問題に取り組もうとすれば、財源不足という身動きの取れない状況に追い込まれる。同様に、自助努力を促すようなプログラムも、犯罪などによるコミュニティの安定性の欠如や、教育や雇用の面におけるインフラの不備といった限界に直面する。

しかし、コミュニティを組織するにあたっては、教会やクラブ、父母会などを統合し、雇用や教育、犯罪など広範囲のイッシューをめぐって計画がたてられる。組織形成の過程で、人々は互いの孤立状態から抜け出し、共通の価値（mutual value）を認識するとともに、協同行動（acting collaboratively）に希望を見出していくという。オバマは、こうした相互関係の存在こそが、「自助努力」というイニシアティヴの前提である、と指摘する。実際に、オバマらが組織化したプロジェクトは、こうした認識の下で、職業訓練プログラムを備えた学校の建設や住宅再開発、また行政サービスの充実化などの成果をあげていたのである。

ここで、二つの点において、オバマによるアリンスキー哲学の継承を見ることができる。第一に、オバマは論文中で、組織化を進める前提として、「インナーシティのコミュニティが直面する問題は、効果的な解決法の不足から発生しているのではなく、これらの解決法を実行する権力（power）の不足からくるものである」との認識を示している。また、インナーシティの問題を、制度的な人種差別や、中流化した黒人の（郊外への）逃亡とそれによる黒人間の二層化・意識の分断といった外的・構造的要因と結び付けて分析している。いうまでもなく、コミュニティの問題を「パワー」の欠如とする認識、及び外部の権力関係を含めた文脈とコミュニティの内部統合力を重視する戦略は、アリンスキー哲学の支柱であった。

第二に、インナーシティにおける黒人の集住、貧困の集中の改善に取り組む政治権力への批判的認識である。TWOの組織化過程においてアリンスキーが問題化したような六〇年代以降のコミュニティをめぐる福祉国家体制の本質的欠陥は、オバマの記述を見る限り八〇年代に至っても改善されていない。政府主導のプログラムは、貧困地域の累積的な「システム」の脱構築にはあまりに限定的であった。オバマによれば、こうした条件のもとで現状を変革しうる唯一の道は、コミュニティの組織化によって住民たちを孤立状態から救い出し、協働行動と相互的価値の涵養を「パワー」獲得の源泉とすることだった。

さらに、オバマは七〇年代以降のコミュニティ・オーガナイ

ジングが抱えた新たな課題も提示している。それは、「コミュニティ」をめぐる価値体系の変容と、それに伴う実質的な財源不足の問題である。

前述したように、六〇年代に肥大化した政府に対する民衆の間の不満と反感が、七〇年代の経済停滞の中でますます高まり、「小さな政府」を志向する共和党保守派の権力の「基盤」となるにつれ、政府によるコミュニティ支援の規模は縮小していった[122]。たしかに、八〇年代に圧倒的な支持を集めて当選したレーガン大統領は、家族やコミュニティ、ヴォランティアといった草の根の活動をアメリカ的価値を体現するものとみなし、コミュニティの復興こそアメリカの再生であると説いた。レーガンは一九八五年の一般教書演説で、「進歩はワシントンD.Cではなく、我々の家族やコミュニティ、職場やヴォランティアグループの中からはじまった[123]」と指摘し、一九八五年の税制改革案を、経済的権力を人民に返還し、個人の企業家精神を解放する第一歩であると語った。そして、肥大した政府の手から権力を地域の人々に取り戻せ、という保守派のメッセージは、「偉大な社会」政策下での税負担と経済成長の停滞に不満と不安を感じていた中所得者層のアメリカ人に、より真実味を帯びた響きを持ったのである。

しかしながら、実際には、レーガン政権は政府から自立した草の根の市民活動やヴォランティア活動、及び地方のコミュニティ組織の活動を支える政府プログラムに関心を示さなかった。レーガンをはじめとする政府保守派は、コミュニティが失われているという民衆共通の感情に訴えながらも、社会が「個人」の献身的・家庭的な精神によって支えられていた「(想像の)過去」への回帰を呼びかけ、子供たちが学校で読む本から女性にふさわしい場所に至るまで、社会における広範な問題についての厳格な道徳的規範の強化を促すのみであった[125]。ベラーらによれば、八〇年代の末までに、人民を財産所有者とみなし、政府の存在理由は個人的利益の最大化であるとする保守派のイデオロギーは、個人による家族やコミュニティといった社会へのコミットメントを蝕み、「共同体」を形骸化させた。さらに、政府の財源が次々と新しい用途に充てられていくにつれ、市民的行動もまた、そうしたサービスに個人としてまたは特定集団の一員として与るための権利の行使として定義されるようになった。かくして、権利要求者の政治が、市民の政治に影を落とすことになったのである[126]。

オバマもまた、「財源不足」という問題に対してはコミュニティ内部における資金やマンパワーの生産性の向上によって対

処すべきと論じた上で、特に才能ある若者の間に、コミュニティ組織への参加を自己実現の機会としてのみ捉え、自身が生を営むコミュニティの再建・修復そのものに関心を寄せない傾向が見られることをより深刻な問題と考えている。そしてオバマは、コミュニティ・オーガナイジングの最も重要な貢献とは、なぜ組織するのか、という問いに対する住民一人一人の答えを引き出し、彼らの日常的な生の営みから「コミュニティ意識（sense of community）」を形成することにあるとしている。

ここに、ポスト・アリンスキー哲学が抱えた現代的課題の本質が明らかとなる。コミュニティの組織化が仮に財源不足の問題を何とか乗り越え、一定の生活改善を達成できたとしても、それが政治やナショナルな政府から切り離されたところで行われる「参加」の効用なのだとすれば、コミュニティ・オーガナイジングは真に「民主主義の実践」といえるのだろうか。以下では最後に、かかるポスト・アリンスキー哲学の課題を乗り越えようとする新しい世代によるコミュニティ・オーガナイジングの展開を概観し、オバマ「現象」の実体を構成する部分に接近しよう。

二）コミュニティ・オーガナイジング――民主主義の「補給」（replenishing democracy）

従来、コミュニティ・オーガナイジングは、各州、各都市に固有の社会問題を、土着のオーガナイザーたちによる動員と戦略のもとに改善していくものであり、その性質上、全国レベルの組織化には至らないとされてきた。しかし、TWOをはじめとした六〇年代以降のコミュニティ組織とオーガナイザーたちは、ローカル・レベルでの闘争がたとえ人民の生活を改善できたとしても、全国的な経済・社会問題――都市問題を含む――の真の解決には、連邦政府による政策が必要であることを認識していた。八〇年代、シカゴ・サウスサイドで貧困地区の住宅問題に取り組んでいたバラク・オバマもまた、ローカル・レベルでの解決によっては根本的な問題の解決にならないことを自覚していた[12]。また、七〇年代以降は地方都市の経済的疲弊が組織化の効力をますます失わせ、グローバリゼィションによって企業体系が変化し、従来のような直接交渉が困難になるにつれ、ますますコミュニティ・オーガナイジングの全国的ネットワーク・連合の必要性に対する認識が高まった。この頃から、未だ全国的には希少であったオーガナイザーの養成機関の数が増加し始め、現在までシカゴ中西部学院（the Midwest Academy）、

全国訓練情報センター（the National Training and Information Center）などが中心となってコミュニティ組織の数を拡大し、それらのネットワーク化とキャパシティの強化を推し進めてきた。

こうした中で、設立から三五年の間に全国的な組織へと発展し、各都市でのプロジェクトの達成とオーガナイザーの育成において目覚しい成果を挙げている組織の一つが、改革のためのコミュニティ組織連合（the Association of Community Organizations for Reform Now：以下ＡＣＯＲＮと略記）である。ＡＣＯＲＮは、主に低中所得者層・貧困層・労働者階級の人々を代表する組織であり、人種別では黒人とラティーノの比率が高い。一九七〇年、アーカンソー州リトルロックで組織されて以来、二〇〇五年まで四〇の州、九二の都市に支部を広げている。[128] ＡＣＯＲＮは、九〇年代を通して、各地で労働者の最低賃金の引き上げに成功し、二〇〇四年には、全国的なキャンペーンアジェンダに教育問題を据えるため、全国教育連盟（the National Education Association）やムーヴ・オン（Moveon. org）[129]等の各組織と連携して積極的に全国的活動を行った。また、ＡＣＯＲＮはフロリダ州における最低賃金引き上げを実現するため、大規模な有権者登録運動を行って勝利し、その他六州においても同様のイニシアティヴをとった。こうした運動は、二〇〇六年の議会選挙における上院民主党の勝利に貢献したとされる。[130] ＡＣＯＲＮは、最低賃金の全国基準の引き上げを掲げ、民主党のケネディ上院議員と共に立法化に取り組む等、政策過程への影響力を高めている。

近年、アメリカの市民社会論の文脈において、トクヴィルのアソシエーションの役割についての議論をソーシャル・キャピタル――個人間のつながり、及びそこから生まれる相互依存、信頼関係――という概念を用いて再構成し、ソーシャル・キャピタルが減少したことによる市民参加の低下傾向を問題視したパットナムの議論に対して、スコッチポルは、その問題意識を共有しつつも、以下のような反論を提示した。すなわち、六〇年代以降の「参加」における変化は、「結社」の低下ではなく、結社の性質と個人にとっての結社の意味、そして社会における結社の機能の変化である。彼女によれば、近年の草の根の進歩的な組織の特徴は、外部の有給専門スタッフによって運営され、土着のリーダーや構成員を基礎とした組織がますます脆弱化している点にある。つまり、合衆国の市民組織は、メンバーシップの動員から、市民的組織化のマネージメント的な形態へと変化したのである。[131]

また、スコッチポルによれば、ソーシャル・キャピタル衰退論のように、個人間のつながりの価値を強調し、公的な問題もその原因を個人の協力関係の欠如に帰する考え方は、一方で「小さな政府」を標榜し、政府の責任を回避する保守派や中道派の政治家に利用されやすい。そうした政治家や論客の多くは、ナショナルな政府が社会に「介入」すればするほど、市民は積極的に参加しなくなるという一種のゼロ・サム的理解に固執し、政治やナショナルな政府から市民的積極参加を切り離そうとしているのである[132]。トクヴィルは、活発かつ民主的な政府と政治が参加的な市民社会を活性化し、補完すると信じていたのであって、活発なシヴィック・ローカリズムが健全な民主主義の維持に直結すると見ていたのではない[133]。したがって、スコッチポルは、活発な市民社会の創出と維持にきわめて重要な全国的コミュニティ、積極的政府、そして民主的な動員というアメリカの民主主義の真の教訓が視界から消えつつあることを最も憂慮するのである。

こうした指摘に鑑みると、ACORNは他の組織のようにリーダーの養成や地方組織のインフラ整備を行うよりも、土着のリーダーを全国的な問題・争点にも適応できるよう教育することに力を入れており、広い視野を持ちつつ個々の地域の多様性に対応できるオーガナイザーを有している。また、その資金源で重要な割合を占めるのは、財源「部門」による集金額ではなく、個々のファミリーメンバーが一年間に支払う一二〇ドルの会費である[134]。さらに、従来のコミュニティ組織は、地方組織の全国化の試みにおいてしばしば構造上のジレンマに陥っていたが、ACORNは、各地方の自立性を保ちながらも、全国的な動員を可能にする組織構造をとることによって、全国的なネットワーク化を成功させている。ドレイアによれば、ACORNは、スコッチポルが重要視する草の根の動員を全国的動員にまで繋げていくような「連合組織（federated organization）」の実践であり、その可能性を示すものなのである[135]。

これまでみてきたように、コミュニティ・オーガナイジングの「伝統」とは、合衆国の民主主義原理に立脚しつつ個人・地域共同体・国家の間の関係を草の根から再定義しようとする試みであった。オーアは、かかる「伝統」のもとで形成されたコミュニティ組織を、スコッチポルが民主主義の障害として批判するような専門家集団（アドヴォカシー・グループ）とは対照的に、現代アメリカにおける民主主義の欠損部分を補う（補給する）（replenish）集団として評価する[136]。ポスト・アリンスキー時代の新しい世代のオーガナイザーたちは、コミュニティ・

オーガナイジングの戦略と実践が、実質的なコミュニティの改善だけでなく、衰退しつつある人々の相互的ネットワークと互酬性を半ば人為的に再構築し、参加と討議に基づく市民社会の復興に寄与するものとみなすと同時に、地域コミュニティ組織を、政府権力をより民主的に構成するための回路として発展させようとしている。バラク・オバマもまた、そうした新しい世代のオーガナイザーの一人なのであった。

結

アリンスキー哲学が時代とともに再構築を迫られたことが明らかなように、地方のコミュニティレベルの動員が常に地域「コミュニティ」を中心とした一定の戦略のもとで成功を収めるとは限らない。しかし、コミュニティ・オーガナイジングが民主主義を内側から支える「伝統」とされるのは、その理念が合衆国の起動原理である「人民」の名の下に形成され、実践されてきたからに他ならない。アリンスキーは、その生涯を通じ、一貫して自らの組織を「人民の組織（people's organization）」と呼んだのである。

ロバート・ウィーブは、アメリカの一九世紀について、人民意識で結ばれた民衆が政治参加を通じて自分たち自身を統治する自己支配（self-rule）体制が実際に存在した時期とし、この時期幾千もの行動（action）する「人民」がアメリカ民主主義の推進力となったと指摘する。[137] また、モローンは、合衆国における大規模な改革の実現は、国家やエリートに不信を抱く民衆が、人民イメージの下に政治運動を組織してきたことにあると指摘し、アメリカ民主主義の特徴を、政治意識を高揚させた民衆が積極的に公的秩序の形成に関与してきたことに求めている。[138] そして、彼らは二〇世紀後半の状況をこうした史的経験にてらして考察し、人民統治の伝統が形骸化している点を厳しく批判する。人民のための政治を声高に叫ぶ勢力はあっても、人民という名にふさわしい民衆は運動体として政治の場に登場しておらず、また、かつて人民理念が呼び起こした民衆の連帯意識・一体感も今は失われているというのである。[139]

たしかに、六〇年代以降の政府の肥大化とその反動としての保守主義の興隆過程は、アメリカ人を「彼ら」と「我々」に分断し、すべての人が「自由」や「平等」の実現のもと、「他者」のために一定のコストを引き受ける寛容性を失わせた。その結果、社会問題を公的な問題として認識し、議論する領域は縮小し、かつてのような「人民」は影をひそめたかに見えた。しか

し、合衆国における「コミュニティ・オーガナイジング」の「伝統」が、人民イメージに基づく市民参加や政治参加が自発的（あるいは自動的）に発生しえなくなった今日においてもなお、確かに理念的・実践的にアメリカの民主主義を支え、補給する役割を担っていることは、本稿が示したとおりである。

いみじくも、オバマは二〇〇八年一一月五日に行った大統領選勝利演説で、こう述べている。「私たちの選挙戦はワシントンの大広間で始まったわけではありません。この選挙戦は、（アイオワ州）デモインの裏庭（backyards）で始まったのです」。そして、オバマは選挙戦を支えた多くの個人献金者、選挙ヴォランティアなど何百万もの「人民」から力を得、「彼らこそ、人民の、人民による、人民のための政治がこの国から消え去っていないことの証明です」と強調したのだった[10]。つまり、オバマ「現象」とは、「人民」を触発する役割を担う一人の「オーガナイザー」による、アメリカの「組織化」だったのである。

（1）ロバート・D・パットナム（柴内康文訳）『孤独なボウリング――米国コミュニティの崩壊と再生』柏書房、二〇〇六年。

（2）シーダ・スコッチポル（河田潤一訳）『失われた民主主義――メンバーシップからマネジメントへ』慶應義塾大学出版会、二〇〇七年。

（3）Cathy Cohen and Michael Dawson, "Neighborhood Poverty and African American Politics," *American Political Science Review* 87 (1993): pp. 286-302.

（4）Gregory B. Markus and Hanes Walton, Jr. "Civic Participation in American Cities", Institute for Social Research, University of Michigan, 2002.

（5）Marion Orr, *Black Social Capital: The Politics of School Reform in Baltimore* (Lawrence: University Press of Kansas, 1999); Marion Orr, "Community Organizing and the Changing Ecology of Civic Engagement," *Transforming the City: Community Organizing and the Challenge of Political Change* (Lawrence: University Press of Kansas, 2007); Peter Dreier," Community Organizing for What? Progressive Politics and Movement Building in America," *Transforming the City*, 2007.

（6）拙稿「現代アメリカ政党政治空間の転換可能性――バラク・オバマの場合」『北大法学論集』第五八巻第六号、二〇〇八年、一六一―二〇四頁。

（7）R・N・ベラー、R・マドセン、W・M・サリヴァン、A・スウィンドラー、S・M・ティプトン（中村圭志訳）

『善い社会――道徳的エコロジーの制度論』みすず書房、二〇〇〇年。

(8) トマス・B・エドソール、メアリー・D・エドソール（飛田茂雄訳）『争うアメリカ――人種・権利・税金』みすず書房、一九九五年。

(9) 拙稿「現代アメリカ政党政治空間の転換可能性」、一六一―一七一頁。

(10) たとえば、Letta Tayler and Keith Herbert, "Obama Forged Path As Chicago Community Organizer," *Los Angeles Times*, March 2, 2008. また、以下のページのニューヨーク大学ジェフリー・ゴールドファーブ教授のインタビューを参照。[http://sankei.jp.msn.com/world/america/080221/amr0802211852016-n1.html].

(11) [http://www.gamaliel.org/NewsRoom/NewsPhilosophy.htm].

(12) Barack Obama.com., "My Plan for 2008"（メーリングリスト）

(13) Transcript of Barack Obama's Speech, Springfield, Ill., February 10, 2007 [http://www.cbsnews.com/stories/2007/02/10/politics/main2458099.shtml].

(14) オバマの公的価値の獲得と内面化の過程については、拙稿「現代アメリカ政党政治空間の転換可能性」一八四―一八七頁を参照。なお、同時代の政治の世界では、黒人であるジェシー・ジャクソン（Jesse Jackson）が多人種・多民族からなる支持基盤（Rainbow Coalition）の形成に健闘し、人種や階級を横断する「共通の基盤」が模索されてもいた。しかし、オバマを駆り立てたのは、ジャクソンのような黒人政治家が発するイデオロギーではなく、ローカルな地域コミュニティの組織化運動であった。オバマは、コロンビア大学卒業後、ジェシー・ジャクソンの初期の運動のイデオロギーに影響を与えた「黒人」性を鼓舞する「ブラック・パワー」の提唱者、ストークリー・カーマイケル（Stokely Carmichael）の演説を耳にするが、そのときの感想を「変化への道は踏みにじられ、あらゆる戦略は使い尽くされたのだ」と記している（Barack Obama, *Dreams from my Father: a Story of Race and Inheritance* (New York: Three Rivers Press, 2004) p. 140)。

(15) William Raspberry, "All Together, Now," *The Washington Post*, August 2, 2004, A17.

(16) Byron York, "The Organizer: What did Barack Obama really do in Chicago?," *National Review* (June 2008): p. 31.

(17) 彼は自伝において、「大学の同級生たちからコミュニティ・オーガナイザーとは何なのか、と聞かれても、それに答えることはできなかった」と回顧している

(Obama, *Dreams from my Father*, p. 133)。

(18) セツルメントとは、中流階級以上の社会活動家が、労働者街やスラム街に定住し、そこの住民との人格的接触を通して、自力による生活の向上や社会的活動への参加を促す運動・活動・団体のことである。創始者であるジェーン・アダムスは、シカゴにハルハウスを設立し、読み書き教室やスポーツクラブ、演劇、公衆浴場や託児所など、広範囲に渡す社会サービスの提供を通して、移民たちを新しい都市的環境へと適応させることに貢献した。

(19) たとえば、Fellix G. Rivera & J.L.Erlich, ed., *Community Organizing in a Diverse Society* (Massachusetts: Allyn & Bacon, 2002)。実際のコミュニティの組織化においては、歴史的に、その目的及び採用されるメソッドが多様であり、多くの研究者が類型化を試みている。代表的なものとしては、八〇年代に提唱されたロスマン (J. Rothman) による三類型であり、ソーシャルアクション (social action)、ソーシャルプランニング (social planning)、ローカリティ開発 (locality development) に分類されている。また、近年においては、市民的機関 (civic agency) や圧力集団 (pressure group) なども、その類型に加えられている。また、組織化の基盤となる「コミュニティ」についても、一定の分類が可能である。たとえば、職場 (階級) を基礎とした「組合」(union) や、共通の問題としての「イシュー」(issue)、さらに学校や宗教的教区などの「制度」(institution) もまた、組織化の基盤となる。組織化においては、「どこで」「誰を」「何を目的として」行うのか、についての明確な前提が必要であり、特に地理的コミュニティにおいては、個々のメンバーがどのような集団とアイデンティファイしているのか、を見極めることが重要な作業となる。本稿が扱うアリンスキーの場合、空間的コミュニティにおける「組合 (union)」と「教区 (parish)」ベースの組織化といえるが、スピアは、アリンスキースタイルの組織化は「権力 (power)」をベースとしたものと定義している。アリンスキーメソッドは、メンバーやコミュニティの生活改善のために必要な資源獲得を可能にする社会的権力の構築を目指しており、権力の役割を認識した上でコミュニティの機能における権力関係の再構成を求めるからである。Paul W. Speer, "Organizing for Power: A Comparative Case Study", *Journal of Community Psychology* 23 (1995): p. 53.

(20) Robert Fisher and the Estate of Peter Romanofsky, *Community Organization for Urban Social Change: A Historical Perspective* (Connecticut: Green Wood Press, 1981), xiii.

(21) 正確には、ＩＡＦは当初オーガナイジングのネットワーク形成を目的として設立され、一九六九年にアリンスキー自らによってオーガナイザー養成機関に改編されている。

(22) 「オーガナイザーは、人々を共通の価値と利益のための行動へ導くものである。彼らは、人々の関係性と（相互）理解を深め、人々に、現在持っている資源を利用して新たな利益を獲得するための認識と力を与え、行動へ導く。オーガナイザーは、関係性と（相互）理解、行動と言う三つの要素の対話（dialogue）を通して活動するのである。」Marshall Ganz, "What is organizing," *Social Policy* 33 (1) (2002): pp. 16-17.

(23) Orr, "Community Organizing and the Challenging Ecology of Civic Engagement," p. 4; Harry C. Boyte, *Everyday Politics: Reconnecting Citizens and Public Life* (Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2004), p. 51. あるいは、Charles Payne, *I've Got the Light of Freedom: Organizing Tradition and the Mississippi Freedom Movement* (Berkley: University of California Press, 1994) に詳しい。

(24) Robert Fisher, "Neighborhood Organizing: The Importance of Historical Context," [http://comm-org.wisc.edu/papers96/fishercon.htm]. なお、ＨＡが新しい形の保守主義の誕生に果たした役割については、宮田伊知郎「白人近隣組織の活動と新しい保守主義の形成――第二次世界大戦後におけるジョージア州アトランタの郊外化を題材に――」久保文明・有賀夏紀編『個人と国家の間〈家族・団体・運動〉』ミネルヴァ書房、二〇〇七年に詳しい。

(25) 宮田、五三頁。

(26) Robert Fisher, *Let The People Decide: Neighborhood Organizing in America* (New York: Twayne Publishers, 1994), p. 80.

(27) Orr, "Community Organizing and the Challenging Ecology of Civic Engagement," p. 2.

一九九四年、ボルチモアにおける五〇〇〇人規模の低賃金労働者の賃金値上げを規定する市条例が議会を通過した。これを支援したのが、BUILD (Baltimoreans United in Leadership Development) と呼ばれる土着のコミュニティ組織である。

(28) トクヴィル（松本礼二訳）『アメリカのデモクラシー』第一巻（上）、岩波文庫、二〇〇五年、六五頁。

(29) 同上、第一巻（下）、三八頁。

(30) 同上、二一一頁。

(31) 小山によれば、現代的な用語に置き換えるとすれば、「習俗」概念は社会学や人類学で使われている「文化」概念となる。なぜなら、トクヴィルの「習俗」概念は人

間の集団としての生き方、共同体的な行動様式および思考様式を意味しているからである。小山勉『トクヴィル――民主主義の三つの学校』ちくま学芸文庫、二〇〇六年、二八頁。

(32) トクヴィル『アメリカのデモクラシー』第一巻（下）、四四頁。

(33) 小山、二八三頁。

(34) Orr, "Community Organizing and the Changing Ecology of Civic Engagement," *Transforming the City*, p. 2.

(35) Harry C. Boyte, *The Backyards Revolution: Understanding the New Citizen Movement* (Philadelphia, Temple University Press, 1980).

(36) Fisher and Romanofsky, *Community Organization for Urban Social Change*, xii.

(37) Dreier, "Community Organizing for What?", *Transforming the City*, p. 248.

(38) また、アリンスキーは一九三二年に修士号を取得した後、再び青少年研究所からイリノイ州ジュリエット（Juliet）にある州立刑務所にスタッフとして派遣され、そこでの観察と在監者へのインタビューから、犯罪と貧困の直接的な結びつきに関する知見を得、文書にまとめている。Stanford D.Horwitt, *Let Them Call Me Rebel: Saul Alinsky, his Life and Legacy* (New York: Vintage Books, 1989), p. 30.

(39) 中野正大、宝月誠編『シカゴ学派の社会学』世界思想社、二〇〇三年、四頁。

(40) 同上、一九四頁。

(41) この著書は、一九四六年に出版後ニューヨーク・タイムズ紙のベスト・セラーリストに名を連ね、シカゴ大学出版会を驚かせた。Horwitt, p. 176.

(42) Michael Patrick Connolly, "An Historical Study of Change in Saul Alinsky's Community Organization Practice and Theory 1939-1972," (University of Minnesota, Ph.D. Dissertation, 1976), p. 83-84.

(43) Saul D. Alinsky, *Reveille for Radicals* (Chicago: University of Chicago Press, 1946), p. 38.

(44) アリンスキーは、最初の組織化に際して、自身の立場をこう表現していた。Connolly, p. 9.

(45) Saul D. Alinsky, "Community Analysis and Organization", *The American Journal of Sociology* 46 (May 1941): pp. 797-798.

(46) Fisher, *Let the People Decide*, p. 55.

(47) Ibid., p. 54.

(48) Ibid., p. 53.

(49) Boyte, *The Backyards Revolution*, *p. 51.*

(50) Fisher, *Let the People Decide*, p. 53.

(51) 松田裕之『労働者文化の胎動――精肉都市の光と影』清風堂書店、一九九九年、十八頁―二七頁。

(52) このプロジェクトは、少年非行は個人の心理的欠陥ではなく社会的秩序に起因するものであり、したがってその改善には地方制度の強化が必要である、というショウの学問的立場に立脚していた。

(53) Horwitt, pp. 47-50.

(54) Ibid., pp. 48-49. また、ショウとアリンスキーのアプローチの相違に関しては、Harry C. Boyte, *Everyday Politics*, p. 43も参照。

(55) シカゴ学派第一世代の時代には、ハル・ハウスとシカゴ大学社会学科には密接な関係があった。教員はハル・ハウスをしばしば訪れ、講義などを行った。逆に、アダムズもシカゴ大学の公開講座で授業をしている。実際、一九一〇年代までの社会学科の教育方針は、ハル・ハウスなどの社会改革運動への参加を通して、社会学の基本的技能を学生に修得させるというものであった。しかし、第一次大戦時の愛国主義的雰囲気のなか、戦争反対を唱えるアダムズと教員の溝が深まり、また、アダムズと親交の深かったトマスが大学から追放されることにより、こうした方針は破綻したのだった。『シカゴ学派の社会学』八〇頁、一一六―一一七頁。

(56) Horwitt, pp. 51-53.

(57) 世紀転換期から二〇世紀初頭にかけて、巨大化した企業の社会的不正を暴露する記事を書くジャーナリスト、マックレーカーズが登場した。マック（muck）はごみ、レイカーズ（rakers）は馬鍬でかき集める人を意味する。このマックレーカーズの一人であるアプトン・シンクレア（Upton Sinclair）は、ストックヤードの食肉加工工場における劣悪な衛生状態を暴露する小説「ジャングル（The Jungle）」を著し、以来、シカゴの食肉加工工場を象徴する言葉となった。

(58) Alinsky, "Community Analysis and Organization", p. 799.

(59) ルーズベルト政権第一期目の諸政策によって、経済活動が恐慌の最低点から徐々に回復しつつあったことは事実だが、恐慌以前の水準には程遠く、三八年の完全失業者数は再び一〇〇〇万の大台に達した。実際、恐慌からの脱出を可能にしたのは、ニューディールではなく、第二次世界大戦の勃発とこれに伴う経済の軍事化であった。

(60) ニューディール以降、労働者の組織化が進み、組合員も年々増加していたが、ＡＦＬは未組織労働者の組織化に消極的であった。それに対してＣＩＯは、鉄鋼や自動車産業など、大量生産産業の未組織労働者の組織化を進め、従来ＡＦＬが極めて冷淡であった黒人の組織化に対

しても積極的な活動を展開した。

(61) Horwitt, pp. 58-59.

(62) スイフト社（Swift）、アーマー社（Armour）、ウィルソン社（Wilson）、カーダイ社（Cudahy）、モーリス社（Morris）の五社である。

(63) Horwitt, p. 72.

(64) Ibid., p. 68.

(65) Connolly, p. 86.

(66) Horwitt, p. 59; Connolly, pp. 80-81.

(67) Connolly, pp. 80-83.

(68) Alinsky, *Reveille for Radicals*, p. 58.

(69) 平田美和子『アメリカ都市政治の展開――マシーンからリフォームへ』勁草書房、二〇〇一年、六三頁。

(70) アメリカ学会編『原典アメリカ史社会史資料集』岩波書店、二〇〇六年、一五八頁。

(71) Fisher, *Let the People Decide*, p. 219, Dreier, p. 224.

(72) Robert A. Slaton, *Back of the Yards: The Making of a Local Democracy* (Chicago: The University of Chicago Press, 1986), p. 189.

(73) シェイル司教との橋渡しをしたのは、ＢＹＮＣの設立前からアリンスキーと親交のあったジョセフ・ミーガンであった。ミーガンはアイルランド系で、バックオブザヤーズ内にあるデイヴィス・スクエア・パーク（Davis Square Park）の管理者（park district director）であった。ミーガンは、ネイバーフッドの非行の改善、サービスの向上に関してアリンスキーと目的を同じくするとともに、すべての人々が参加できる民主的な組織の必要性を感じてもいた。アリンスキーにとっては、ネイバーフッドに精通し、出身教区が異なるために民族的しがらみの少ないミーガンは力強い支援者だった。シェイル司教は、ミーガンが開催したサマースクールでの挨拶を行うほか、シカゴ市の公園修繕プロジェクトや全国青少年管理会（National Youth Administration）でのとり組みにおいてミーガンと面識があった。

(74) Slaton, pp. 200-201.

(75) Ibid., p. 202.

(76) これは、当時の労働組合の組織化システムに類似しており、アリンスキーがルイスから学び取った手法である。Horwitt, p. 68; Robert Bailey Jr., *Radicals in Urban Politics: The Alinsky Approach* (Chicago: The University of Chicago Press, 1974), p. 48.

(77) Alinsky, "Community Analysis and Organization", p. 802.

(78) Staton, pp. 202-203; Alinsky, "Community Analysis and Organization", p. 800.

(79) Horwitt, p. 84.

(80) Alinsky, "Community Analysis and Organization", p. 803; Fisher, *Let the People Decide*, p. 60; Horwitt, p. 149. また、その効果として、バックオブザヤーズの青少年犯罪率も急激に低下している。Boyte, *Everyday Politics*, p. 46.

(81) "salvation of our way of life", *New York Herald Tribune*, August 21, 1940, p. 14, cited in Horwitt, p. 102.

(82) Herb Graffis, "miracle of democracy", *Chicago Daily Times*, undated reprint, IAF, cited in Horwitt, p. 102.

(83) ある企業は私的に探偵を雇いアリンスキーを監視し、またカリフォルニア州オークランドの市議会はアリンスキーの市への出入りを禁止する決議案を通している。Robert Bailey, Jr., p. 1.

(84) Fisher, *Let the People Decide*, p. 64.

(85) アドレイ・ユーイング・スチーブンソン二世。(Adlai Ewing Stevenson II.) 祖父のアドレイ・E・スチーブンソン一世は第二四代アメリカ合衆国副大統領。スチーブンソン二世は一九五二年と五六年に民主党から大統領候補に指名され、二度ともアイゼンハワーに敗れている。

(86) Slaton, p. 228; Bailey, Jr., p. 1.

(87) Horwitt, p. 471.

(88) トクヴィル(松本礼二訳)『アメリカのデモクラシー』第一巻(上)、岩波文庫、二〇〇五年、九六頁。

(89) バックオブザヤーズは当時のシカゴ市の五〇のウォードのうち四つにまたがっていたが、中心的地域を形成するのは第一四ウォードであった。第一四ウォードは、三〇年代を通して(八〇年代まで)アイルランド系が支配していたが、スロヴァキア系やポーランド系などほかの民族との対立と緊張は絶えず、各民族はたいてい自らの政治クラブ(Democratic club)を形成していた。こうしたクラブは、選挙時には民主党マシーンの票田となるが、同時に第一四ウォードにおける対アイルランド系権力基盤ともなっていた。Horwitt, pp. 145-148.

(90) 当時、シカゴ市長のケリーは、アリンスキーの有能なスタッフを市の役職からはずそうとするなど、BYNCの活動阻止に動いていた。アリンスキーは、当時BYNCの成功に注目していたジャーナリズムを味方に付けマシーンとの交渉を公表するとともに、教会のネットワークを梃子に福祉団体、市民団体、宗教団体などシカゴ市に数百ある様々な組織に「小さき人民の会議(Little People's Congress)」と名づけた集会の招待状を送付した。そこには、「コモン・マンに政治家に対して意見する機会を与えよ」という内容の文言が書かれていた。この集会が行われる前に、ケリー陣営はBYNCとのミーティングに応じ、実質的なBYNCの「勝利」が確定した。Horwitt, pp. 148-160.

(91) 一九四七年から一九五二年までの間に、約五〇〇〇人の住人がバックオブザヤーズから去り、住宅状況は悪化の途を辿った。Connolly, p. 148.

(92) 川島正樹「住宅と「人種」」川島正樹編『アメリカニズムと「人種」』、名古屋大学出版会、二〇〇五年、一九七頁。

(93) 同上、二〇一頁。

(94) Mark Santow, "Running in Place: Saul Alinsky, Race, and Community Organizing", *Transforming the City*, p. 33.

(95) Ibid.

(96) Horwitt, p. 432.

(97) Ibid., p. 433.

(98) Santow, p. 39.

(99) John Hall Fish, *Black Power, White Control: The Struggle of The Woodlawn Organization in Chicago* (Princeton: Princeton University Press, 1973), pp. 12-13.

(100) Santow, p. 41; Fish, pp. 15-16. なお、この時アリンスキーの組織化の理念・手法に懐疑的だった教会グループは、反アリンスキー（反IAF）を掲げて牧師同盟（Pastors Alliance）を組織した。その後、アリンスキーの右腕であったオーガナイザー、ホフマン（Von Hoffman）が、アリンスキーの組織化哲学をめぐって分裂した牧師同盟を近隣組織の必要性の下でまとめあげ、牧師たちからTWO発足の承認を得た。Connolly, pp. 181-183.

(101) Fish, pp. 20-21.

(102) Connolly, p. 235.

(103) Fish, p. 22.

(104) Ibid., p. 29.

(105) Ibid., pp. 29-30.

(106) 六〇年代を通して、地方のコミュニティ組織は急激に増加し、コミュニティ・オーガナイジングは「全盛期（heyday）」を迎えた。

(107) 当時、IAFの知名度は格段に上昇し、カトリック教会だけでなく、プロテスタント教会からの寄付も増加した。また、六〇年代にはIAFの予算は年間二五万ドルに拡大したという。Connolly, p. 46.

(108) 各都市の資源運用形態とコミュニティの参加の程度に関しては、J. David Greenstone and Paul E. Peterson, *Race and Authority in Urban Politics: Community Participation and the War on Poverty* (New York: Russel Sage Foundation, 1973) を参照。

(109) デイリーから指名されたシカゴCAA長官のBrooks (Deton Brooks) は、TWOのプログラムを専門性に欠け、非効率的であるとして非難した。

(110) Saul D. Alinsky, "Excerpts from: The War on Poverty:

Political Pornography," *Social Policy* 33 (Summer 2003): pp. 55-58. なお、オリジナルは Saul D. Alinsky, "The War on Poverty: Political Pornography," *Journal of Social Issues* 11 (Summer 1965): pp. 41-47.

(111) Fish, p. 237.

(112) Ibid., pp. 238-239.

(113) Santow, p. 44.

(114) Fish, p. 250.

(115) Santow, p. 47.

(116) Fish, pp. 272-273.

(117) Ibid.

(118) Ibid., p. 50.

(119) 一九七〇年の『タイム』誌は、「アリンスキーによってアメリカの民主主義が部分的に塗りかえられたといっても過言ではない」と論評している。"Essay," *Time*, March 2, 1970.

(120) Charles E. Silverman, *Crisis in Black and White* (New York : Vintage, 1964), p. 318.

(121) なお、二〇〇八年大統領選挙に民主党から立候補し、予備選でオバマと熾烈な戦いを繰り広げたヒラリー・クリントンは、ウェルズリー大学（Wellesely College）在学中に社会運動に関心を持ち、卒業論文ではアリンスキーの組織化モデルの実証分析をテーマとした。アリンスキーとヒラリーは面識があり、アリンスキーはオーガナイザーとしてヒラリーを勧誘したが、ヒラリーは辞退し、イエール大学ロースクールへの進学を選んだ。その意味で、ヒラリーは社会運動に知的に傾倒するにとどまった。

(122) Barack Obama, "Why organize? Problems and Promise in the Inner City," in Peg Knoepfle, ed., *After Alinsky: Community Organizing in Illinois* (Springfield, IL: Illinois Issues, University of Illinois at Springfield, 1990), Ch. 4. なお、上記の資料は日本国内で閲覧するのが不可能であるため、オバマの論文部分について以下のページを参照した。[http://illinoisissues.uis.edu/archives/2008/09/whyorg.html].

(123) ニクソン政権期、地方自治体への補助金システムが政府一括補助金（block grants）へと変更されると、補助金の使途における自治体の自由裁量が拡大し、国家による実質的なコミュニティ支援は形骸化の途をたどった。Fisher, pp. 129-130.

(124) State of the Union Address: Ronald Reagan (February6 1985). [http://www.infoplease.com/t/hist/state-of-the-union/198.html].

(125) ハリー・C・ボイト、ヘザー・ブース、スティーブ・マックス（海外市民活動情報センター訳）『アメリカン・

ポピュリズム――暮らしを守り政治を変える市民活動』亜紀書房、一九九三年、四五頁。

(126) ベラー『善い社会』、六四頁。

(127) Obama, *Dreams from My Father*, p. 248.

(128) Heidi Swarts, "Political Opportunity, Venue Shopping, and Strategic Innovation: ACORN's National Organizing", *Transforming the City*, p. 137.

(129) ムーヴ・オンは、インターネットを通して結ばれたイラク戦争に反対する若者のネットワーク組織であり、メンバーは戦争や文化の問題で基本的にはリベラルな立場を取り、党派的には本来無党派であるが、二〇〇二年中間選挙で開戦に反対する民主党の議員候補のためにインターネットで献金を集めるなど、民主党とのかかわりを次第に強めつつある。二〇〇四年大統領選挙においても、民主党リベラル派の選挙運動において、その動員力を大きく拡大してインパクトを与えた。(砂田一郎「二〇〇四年選挙で活力を取り戻したリベラル派」久保文明編『米国民主党――二〇〇八年政権奪回への課題』日本国際問題研究所、二〇〇五年、四〇頁。)

(130) Dreier, "Community Organizing for What?", *Transforming the City*, p. 238.

(131) スコッチポル『失われた民主主義』。

(132) 同上、八―九頁。

(133) 同上、同頁。

(134) Swarts, "Political Opportunity, Venue Shopping and Strategic Innovation" *Transforming the City*, p. 135.

(135) Dreier, "Community Organizing for What?", *Transforming the City*, p. 232.

(136) Orr, "Community Organizing and the Changing Ecology of Civic Engagement", *Transforming the City*, p. 10.

(137) Robert H. Wiebe, *Self-Rule: A Cultural History of American Democracy* (Chicago: The University of Chicago Press, 1995), p. 71.

(138) James A. Morone, *The Democratic Wish: Popular Participation and the Limits of American Government* (New Haven: Yale University Press, 1998).

(139) 中野博文「二〇世紀アメリカ民主政と政治制度をめぐる権力対立」『アメリカ研究』No. 33、一九九九年、六十一頁。

(140) [http://my.barackobama.com/page/community/post/stateupdates/gGx3Kc].

研究ノート

国際信託統治の歴史的起源（三・完）

――帝国から国際組織へ――

五十嵐　元道

目　次

序章：問題の所在
第一章　国際信託統治史の確立：国際信託統治学説史
　第一節　論争点と語義の定義

第二節　破綻国家と信託統治復活論：一九九〇年代前半の論争
第三節　正統性とカテゴリーの論争
第四節　ワイルドによる歴史的検討：国際信託統治史の展開
第五節　国際信託統治史の課題：起源の探求
第六節　分析枠組みの設定：理念型としての国際信託統治
第七節　分析対象の具体化
第二章　アフリカをめぐる国際信託統治構想の展開：J・A・ホブソンを中心に
第一節　実現しなかった国際信託統治
第二節　帝国主義のアンチテーゼとしての国際信託統治
第三節　国際政府の一機能としての国際信託統治
第四節　アフリカをめぐる国際信託統治構想の特質
第三章　王朝・家産帝国をめぐる国際信託統治構想：J・C・スマッツの委任統治論
第一節　ふたつの帝国と国際組織：スマッツの委任統治論の文脈
第二節　スマッツの委任統治論の構造
第三節　スマッツの委任統治論の特質
第四章　国際信託統治構想の制度化
第一節　第一次大戦期のイギリスの国際信託統治構想
第二節　委任統治制度の成立
第三節　スマッツの広義の委任統治の制度化
第四節　小括
終章　国際信託統治の起源と正統性
第一節　国際信託統治の起源
第二節　国際信託統治の正統性

（以上、第五九巻六号）

（以上、第六〇巻一号）

（以上、本号）

第三章　王朝・家産帝国をめぐる国際信託統治構想：J・C・スマッツの委任統治論

第二節　スマッツの委任統治論の構造

こうした旧帝国秩序再建を目的としたスマッツの国際連盟構想のなかで、その中心的位置を占める制度が委任統治論だった。彼の委任統治論の詳細に入る前に、この国際連盟案の全体像を確認しておく。この『国際連盟』は全体が三つのセクションからなり、それぞれのセクションで国際連盟の権能などを定めた条項（全二一条項）が列挙されている。まず「連盟の位置と権力」と題されたセクションＡでは、国際連盟がいかなる権限をもち、国際政治上でどのように位置づけられるのかを検討している。続くセクションＢは「連盟の体制」と題され、国際連盟がどのような体制で運営されるかを具体的に説明する。そして最後のセクションＣは「連盟と世界平和」という表題のもとで、国際連盟が世界の平和に対していかなる寄与をなすかについて、特に軍備縮小や紛争解決の方法に着目して検討している（表）。

このうちスマッツの委任統治論はセクションＡ「連盟の地位と権力」で展開された。そして、これまでの委任統治研究はスマッツの委任統治論とは『国際連盟』のセクションＡで提言された九つの条項のうちの第四～七条項であると考えてきた[1]。第四条項ではハプスブルク帝国、オスマン帝国、およびロシア帝国の周辺といった王朝・家産帝国地域の行政権を国際連盟へ移譲することが論じられ、第五条項ではその国際連盟の代わりに当該行政権を執行する受任者（mandatary）として特定の国家が指名されるとした。続く第六条項ではこうした受任国は国際連盟の権限の下で管理・監視されるとし、第七条項ではこうした委任統治地域での門戸開放と非軍事化が提示される。以上のように、ここにはその後パリ平和会議において成立する委任統治制度の骨格となる制度案が示されていた。

しかし、これまでの先行研究では、ス

表　スマッツ『国際連盟：実践的提案』の構成

	題　　名	条　項	主要な提案
セクションＡ	連盟の権力と地位	１～９条項	委任統治
セクションＢ	連盟の体制	10～14条項	国際連盟の総会、理事会、裁判所の設置
セクションＣ	連盟と世界平和	15～21条項	軍縮と紛争調停制度

マッツの国際連盟案のみが分析対象とされたため、スマッツ自身が四～七条項のみを委任統治論として考えていたのではなかったという事実を見落としてきた。彼はパリ平和会議の最中、一九一九年四月にハンガリーとの講和に関する交渉の連合国側の代表として中・東欧へと送り出され、ハンガリーの指導者はもとより他の中・東欧の指導者たちとも会談した。そしてその際、非公式のメモを残し、次のように述べている。

旅行から帰るに際して、私はマサリク〔T. G. Masaryk、後のチェコスロヴァキアの初代大統領〕と会談した。彼とはプラハで会った。また、ウィーンでも指導的な大臣たちと会った。ベラ・クン〔Bela Kun、ハンガリー共産党の指導者〕は、大国の代表のもとでの会議とともに、オーストリアとハンガリー、さらには近隣諸国の間の経済連合（an economic union）を提案した。中央ヨーロッパの国々は、弱小で敵対した国家群に分裂していった。国際連盟によって監視された経済連合は、思うに、彼らにとって他国やドイツの将来的活動に対しての唯一の安全網となるだろう。それは私の委任統治案を変形したものである。マサリクもこれを好んだ。……彼はそのような連合がヨーロッパを救うかもしれないと言った。(2)（傍点筆者）

このメモによれば、スマッツは国家運営を先進国に委任するという意味での委任統治のみならず、国際連盟の監視下での新興諸国（旧帝国地域）による経済連合をも「委任統治」というカテゴリーに含めていたのである。

しかし、なぜ経済連合が「委任統治の変形」になるのか。それはスマッツの委任統治論が展開された『国際連盟：実践的提案』のセクションA全体（第一条項～第九条項）を読み直すことで明らかになる。先述のように、このセクションAは旧帝国地域の秩序回復を国際連盟の目的とし、そのための政策を論じた場所であった。スマッツはこのセクションの冒頭で「連盟の経済的機能は、戦争防止、または権威付けられていない交戦国の処罰のみならず、連盟の構成国間での日常の平和的な交流の領域にまで拡大する」として、連盟の経済的機能の射程を明らかにした。(3) またその第二条項では、国際連盟に旧帝国地域での最高裁量権を付与し、国際連盟をスマッツが言うところの「帝国の相続人」として位置づけた。ただし、この「相続人」は、権力の求めるままに行動して良いのではなく、あくまで非併合と民族自決をその裁量権の原則とするとされた（第三条項）。

そして先述の通り、第四～七条項では（当該地域の）国家運営を先進国に委任するという意味での委任統治をそこに据えた。さらに彼はそれだけにとどまらず、第八条項において新興国の軍備制限を定め、これを世界大での軍縮の契機たるものとした。そして最後の第九条項で、新興独立国間の関係の監視と調整を国際連盟の機能として定めたのである。とりわけ、この最後の条項はスマッツ自身が重要視しており、彼は国際連盟が崩壊した旧帝国の統治機能全般を担うという意味において「帝国の相続人」として位置づけられる意義がここにあるとした(4)。

すなわち以上のようなスマッツの構想において、国際連盟という国際機関は旧帝国地域で統治機能を肩代わりしながら国民国家を育成すると同時に、構成国間、とりわけ新興国間の関係を軍備縮小や経済連合、さらには関係の監視および調整などといった恒常的な内部への介入によって常時旧帝国秩序を安定させる役割を持つものとされたのである。この国民国家の育成と、恒常的な国家間関係の安定化政策は、時系列的に連続する（育成から監視へ）こともあれば、当該地域の秩序形成という面では同時的であり相互依存的でもあった。すなわち、これらはひとつひとつの機能が全体として結合した一連のモデルなのである(5)。そのように考えると、国際連盟の監視下での経済連合や国家運営の先進国への委任に加え、セクションＡの第八条項における新興独立国に対する軍備制限（これは連盟加入の条件ですらあった）、さらに第九条項における新興国間関係の監視・調整も、スマッツの委任統治論のひとつの具体的政策として見ることが出来る。そこで本稿は、先進国への国家運営の委任（これを「狭義の委任統治」と呼ぶ）を含めた、国際機関による不安定地域の秩序確立のための諸政策の総体を、スマッツの「広義の委任統治」と呼ぶことにする。

こうしたスマッツの委任統治論は、同時期のアフリカを対象とした国際信託統治論と決定的に異なる。アフリカを対象とした国際信託統治論がアフリカでの国民国家の建設を想定しなかったのに対して、スマッツの委任統治論は国際組織が構築する秩序の基盤を国民国家としながら（すなわち民族自決権を認めながら）、国際組織という比較的中立な組織をその地域全体の上に乗せて常時介入させることで、当該地域の国民国家間の平和を維持しようとした。ただし国際組織が対象地域に介入する権限は無制限ではない。あくまで被介入側の意思や同意が尊重されねばならないとされた。すなわち、どのような援助が国際連盟から必要か、どの国が狭義の委任統治の受任国となるか、どのような政府をつくるかは、委任統治される地域の人々が自

ら決定するのであり、決して彼らが歓迎しないものを押し付けてはならないのである。[6] 歴史学者ニーアル・ファーガソンの指摘によれば、「ヨーロッパの平和を脆弱にした最大の要因は、民族自決主義と少数民族の存在という根本的な矛盾がぶつかった」ことにあった。[7] スマッツの問題意識はまさにこのファーガソンの指摘そのものであり、ヨーロッパが抱えるこの矛盾を解決するためにスマッツは委任統治論を考案したのである。

ではスマッツの構想において国際組織はいかなる体制でこの委任統治を実施するのか。この点をスマッツは『国際連盟』のセクションBで明らかにしている。彼は国際連盟が大国はもちろんあらゆる中小国を含めた総会と、大国と選出された中小国からなる理事会、さらに国際法上の問題を扱う裁判所よりなるとした。この三権分立とも言うべき三重の体制は大国の横暴を防ぎながらも、その国際組織の実効性の源泉となる大国の力を逃さず、効果的に生かすこと、それと同時に中小国の支持を確保することを目的とするものだった。

このうち委任統治を実施するとされたのが理事会である。理事会は恒常的に世界中の紛争可能性のある対立を監視し、委任統治はもちろん国際行政全般（郵便や著作権、貿易、衛生、金融問題、奴隷貿易の禁止など）を集権的に担うとされ、総会や裁判所と比べて強い権限を持つように設計された。[8] また理事会はその補助機関として常設の事務局を設置すること、そして旧帝国地域の秩序再建活動を実行に移すための合同委員会を設置することが定められた。[9] ただしスマッツは必要に応じて新たに組織をつくるような柔軟な体制でなければならないとしており、状況次第で様々な組織が展開される余地を残した。

第三節　スマッツの委任統治論の特質

（一）国際信託統治史におけるスマッツの委任統治論の位置づけ

本章はここまで以下の二点を明らかにした。第一に、スマッツの委任統治論は、変容しつつあったイギリス帝国と、崩壊しつつあった王朝・家産帝国、とりわけハプスブルク帝国に関する秩序構想から生まれた。第二に、スマッツの委任統治論は、アフリカをめぐる国際信託統治構想とは異なり、対象地域において国民国家を建設すること（すなわち、民族自決の履行）を目的としつつ、包括的な国際組織の関与によって、国民国家建設中のみならず、それ以後も当該地域秩序の安定を目指すものだった。

こうしたスマッツの委任統治論は本稿の第一章で設定された

理念型と多くの共通点を見出すことができる。理念型の第一要素では国際信託統治は主権国家体制の再生産を担うとされたが、スマッツの委任統治論もまた主権国家体制の再生産を目指すものだった。スマッツは旧帝国地域を主権国家体制に再編成しようと考えた。しかし主権国家としてこの地域を再編成するにあたって、まだ十分に主権国家を運営できない地域が存在すると考えられたこと、また新興国間のナショナリズムが衝突することによって再びヨーロッパが戦争に陥る可能性があったことから、彼は当該地域を国際組織によって管理しようとした。その点で、スマッツの構想は理念型の第二要素（活動主体としての国際組織）を備えている。ただし理念型の国際信託統治においては国際組織が主権国家建設のために一時的で局所的な介入を行うことになっていたのに対し、スマッツの委任統治論では恒常的で広範な地域を対象とした介入（国際組織による行政権の行使をはじめ、軍備縮小や地域内国家間の調停まで）が想定されていた。この点で両者は大きく異なる。

以上の特質に鑑みれば、スマッツの構想は安定した国際秩序を形成する上で非常に有用であるように見える。しかし介入の度合いが大きい分、「特定地域に実質的統治能力（積極的主権）を与えるために、その領有権に付随する介入からの自由の権利（消極的主権）を侵害する」ことで生じる「主権のパラドクス」の問題（理念型の第三要素）は、理念型の国際信託統治が想定するよりも一層深刻となる。スマッツはこの問題について、「帝国の相続人」となった国際連盟が被介入側の意思を十分に反映させた政策をとり、各共同体の多様な善を認める限り、各構成国は主権の制限を受容し、この主権のパラドクスは克服可能とみていたのかもしれない。あるいは各国がナショナリズムに任せてそれぞれの目標を追求することは国際社会を巻き込む紛争を惹き起こしかねなかった以上、国際組織による介入に伴う主権の侵害は必要悪とされたのかもしれない。けれども「『民族自決』が『完全な独立国家』へと結びつかぬような白治権には、もはや決して満足できないと考える傾向が強まった」[10]とき、スマッツの構想がそのまま旧帝国地域に受け入れられることはなかった。

とはいえスマッツの委任統治論が国際信託統治の歴史において、きわめて重要な位置を占めていることは否定しがたい。それは国家を国際組織によって建設し、恒常的に管理していくという、それまでの思想に見られない画期的な構想だった。ゆえにそれはアフリカをめぐる国際信託統治構想よりも冷戦以降に実施されてきた国際信託統治構想に近い。こうした画期的な構

想をスマッツが案出し得たのは、対象地域であるハプスブルク帝国などの旧帝国に対するスマッツの認識がアフリカとは異なり、人種主義から自由だったからである。またそれは彼が南アとイギリス帝国のあるべき関係を長年にわたって模索し続け、コモンウェルスというモデルにたどり着いたからであった。

（二）他者としてのアジア・アフリカ

その一方で、スマッツがその構想の範囲を王朝・家産帝国に限定したことは注意しておかなくてはならない。スマッツはアジア・アフリカの植民地は自決権の主体足りえないとした。『国際連盟：実践的提案』において、彼はアフリカおよび太平洋地域について次のように述べている。そこには「野蛮な人々が住んでいる。彼らは自己統治ができないだけでなく、むしろヨーロッパ的な意味での政治的民族自決の理念は適用できない」[11]と。

スマッツはアフリカのネイティブが西洋とは違った独自の道を進むべきだとした。一九二九年の演説において、彼の原住民政策の原理を次のように述べた。

> アフリカというものをアフリカ的ではなくしようとし、アフリカ的なるものの基盤を破壊してしまうような目的や傾向をもった政策ほどアフリカにとって悪いものはありません。またアフリカ人を家畜扱いするか、さもなければ疑似ヨーロッパ人に改造するというのは最悪です。にもかかわらず、これまで我々はその最悪な選択肢の両方を行ってきたのです。まず私たちはアフリカ人を、もともと魂を持たない人間以下の劣ったものたちとみなし、奴隷にだけにしか適さない人たちという見方をしました。そして何世紀もの間、彼らを奴隷として商品に変え、この大陸から輸出しました。…そして次にそれと反対の極端なものへと政策を変えました。今やアフリカ人は同じ人間であり兄弟であるとみなされました。…そして白人の社会システムに等しく同化させるため、原住民たちが長年続けてきた政治システムが無情に破壊されつくしました。…平等の権利という原則を粗雑なまま適用し、原住民にとっては利のない白人との見せかけの平等を与え、かけがえのない価値をもったアフリカ人自身のシステムの基盤を壊しました。このような二つの両極端な白人による原住民への政策が過去に徹底されたのです。前者は後者よりもいくらかまし、という程度のものでした。[12]

すなわちアフリカ人はアフリカ人自身のシステムに沿って生活

すべきだというのである。では西洋文明は全く不要なのだろうか。スマッツによれば、ネイティブは「伝統的」な制度内で彼らの間違った農業方法を改善し、白人が組織した教育機関で教育を受け、白人の下で勤勉に働いてより多くの賃金を得、より豊かに生活すべきだった。[13] そのために白人はアフリカにおいて農業方法の指導に努め、人獣感染症を予防したり、教育機関を組織したり、公共（土木）事業を行ってインフラを整備したりすることが責務とされた。そうである以上、アフリカはヨーロッパからの白人の入植を必要とした。スマッツにとって、そうしたビジョンを実現しつつあるのが南アフリカであり、アフリカ全体が南アフリカのような国家で敷き詰められるべきだった。そして、これらの白人入植者による諸国家がいつかひとつのコモンウェルスのような共同体を形成するとスマッツは考えたのである。[14]

しかし実際にスマッツがネイティブに文明化の恩恵をもたらすこうした政策を実施することはなかった。彼は必ずしもネイティブの利益を重要視するつもりはなかったからである。戦間期、国際宣教師協議会（International Missionary Council）の会長を務め、「アフリカの友」と称された人道主義者Ｊ・Ｈ・オールダム（J. H. Oldham）はスマッツと会談した際、次のような印象を抱いた。「彼〔スマッツ〕にとって、南アフリカの問題はつまるところ白人文明の発展の問題である。……ネイティブはほとんど考慮されていない。[15]」では、なぜその人道主義的な演説にも関わらず、スマッツはネイティブの利益をほとんど顧みなかったのか。この問題はスマッツに関する最も解き難い謎のひとつである。スマッツとアパルトヘイトの関係に着目しながらスマッツの伝記を著したＫ・インガム（K. Ingham）は、「〔スマッツがネイティブの利益を考慮しない政策を追求する〕動機はおそらく実践的なものというよりも、本能的なものだった」と記している。[16] 少なからず言えるのは、スマッツの政治行動と、スマッツが度々主張する理想主義的な原理や構想は必ずしも一致しないということ、またその両者の齟齬はスマッツにとり、何らかのかたちで受容されているということである。その受容のメカニズムが具体的にどのようなものであったかはまだ分かっていない。

このようにスマッツの原住民政策およびその原理は白人共同体の利益保護のために犠牲にされた。しかしスマッツの原住民政策に関する演説だけ見れば、彼の「アフリカなるもの」をアフリカ人の理想的な姿とする考えは、前章で言及した人道主義者Ｅ・Ｄ・モレルの思想にも通じる。この代表的な人道主義者

モレルの思想と、代表的な帝国主義者でしばしばアパルトヘイト体制の基礎を築いたとされるスマッツの思想との間の奇妙な符合は、「アフリカなるもの」の独自性を強調することが分離政策の正当化に陥る危険性を示している。アフリカと、ヨーロッパ的な意味での「近代化」との関係は、脱植民地化後もアフリカを悩ませ続けることになる。

以上のようにアフリカのネイティブを徹底して他者として位置付けたスマッツは、他方で第一次大戦の結果、独立や自治を求める運動がいよいよ強まったインドやエジプトなどの地域についても、独立はおろか自治さえ決して認めようとはしなかった[17]。またインドの独立運動を率いたガンディー（M. K. Gandhi）が南アフリカでインド人の人権保護、差別の撤廃を求める運動に身を投じた際、その闘争の相手こそスマッツだった[18]。スマッツは南アでのこうしたインド人の権利要求運動を弾圧した。スマッツ自身がガンディーへの書簡で述べているように、南アフリカは多数のアフリカ人と少数の白人が住む国であり、そこにアジア人が入る余地はなかった[19]。アジアもまたスマッツにとっては他者だったのである。

こうしたスマッツのアジア・アフリカ観によって、その画期的な委任統治論は範囲を狭めてしまった。スマッツの古くからの友人であったJ・A・ホブソン（J. A. Hobson）は、いみじくも一九一九年一月一八日の『コモンセンス』紙上で、スマッツの委任統治論および国際連盟論はその適用範囲が限定的である以上、構想として問題があると批判している[20]。こうしたスマッツの委任統治論の対象範囲をめぐってはパリ平和会議でも熾烈な論争が展開されることになったのである（第四章第二節を参照）。

第四章　国際信託統治構想の制度化

本稿第二章および第三章で検討してきたように、第一次大戦の前後の時期、アフリカめぐる国際信託統治構想、そして王朝・家産帝国をめぐるJ・C・スマッツの国際信託統治構想（委任統治論）が展開された。前者は国際組織を通じてアフリカにおけるヨーロッパ列国の植民地における主権を制限し、ヨーロッパ列国間の国際的協調体制、およびネイティブの保護・文明化を保障しようとするものだった。他方、後者は旧帝国地域を国際組織によって主権国家システムに再編し、恒常的な国際組織の介入の下で安定化させようとするものだった。ベルリン・コンゴ会議では実現しなかった国際信託統治構想は、コンゴでの

スキャンダル、南ア戦争、そして第一次大戦を経て実現に近づきつつあった。本章は二つの国際信託統治構想が実際の政治の場でどのように扱われ、どのように制度化されていったのか、またどの程度制度化されたのかを検討する。

第一節　第一次大戦期のイギリスの国際信託統治構想

本稿第二章ですでに述べた通り、第一次大戦が勃発した当初、戦況に対する楽観的な見方が広がっていたことに伴って、イギリス政府は戦後の植民地獲得に積極的だった。しかし一九一七年末には第一次大戦が長期化し、そのコストが膨大になるとともに、アフリカの委任統治案を含んだ「労働党の戦争目的覚書」が発表され、イギリス政府の旧来の併合を旨とした植民地政策に対する変更圧力は内外で強まった。その結果、イギリス政府内でも一九一八年の中葉、（敗戦国となる予定の）ドイツの植民地を戦後、国際化することで大よそ一致した(21)。

一九一八年七月、スマッツは主要列国によって構成された植民地統治に関する国際的「開発委員会」（Development Board）の監視下で植民地統治を行うという案を提出し、戦時内閣において多くの賛同を得ている。この提案はドイツ植民地のみを国際的に統治するというものではなく、列国のアフリカ植民地全体を対象とした。そして宗主国の所有権や行政権を宗主国に帰属させたまま、国際的な会議に基づき設置された「開発委員会」が特定の目的（例えば、天然資源の開発・分配）について監視するというものだった。この「開発委員会」はイギリス、フランス、ベルギー、ポルトガル、そしてドイツの代表と、アメリカが指名した議長によって構成されることになっていた。スマッツはこの案で「アメリカに擦り寄り、こちらの味方につけよう」と考えたのである(22)。しかし、このスマッツの構想においても国際組織による植民地統治の介入については認められていなかった。イギリスの左派が主に主張したアフリカをめぐる国際信託統治構想は、この時点ではイギリス政府の植民地政策を部分的に変更するにとどまっていた。

イギリス政府がその態度を大きく変化させる契機となったのがアメリカの戦後構想だった。一九一八年一〇月、アメリカ世論が反植民地であることが明らかになるとともに、W・ウィルソン（W. Wilson）が国際連盟による国際信託統治を望んでいることが明らかとなった(23)。さらに一九一八年の一一月のはじめ、ウィルソンは小国を受任国とした委任統治案を表明し、イギリス政府にも大きな衝撃を与えた(24)。第一次大戦中、イギリスはア

メリカの軍事的な支援がなければ勝利はおよそ不可能と考えており、アメリカはその当時、イギリスの戦後秩序を形成する上で最も重要なパートナーだった。そのためアメリカが国際連盟による国際信託統治を望んでいる以上は植民地政策での妥協は避けられなかった。その結果、イギリス政府は一一月末、国際連盟による植民地への関与を一定程度認めたのである。

ただし、こうした内外の圧力を受けてもなお、イギリスの植民地政策での妥協は限定的なものだった。一二月にJ・C・スマッツの指示のもとで作成されたドイツ植民地問題に関するパリ会議対策のメモによれば、国際連盟の監視下での旧ドイツ植民地の委任統治はあくまでも限定的に受容しなければならないとしている。翌年一月に行われるパリ会議ではまず直接の併合を主張する（第一ラインの主張）。もしここでウィルソンの支持が得られなければ、東アフリカに関してのみ、これを認めるとした（第二ラインの主張）。また西アフリカに関してはあくまでもフランスが主張するのに任せて、イギリスは「フランスの主張に対する一般的な支持のみを表明するべきである」としている[23]。それに加えて、南西アフリカをはじめとするイギリス帝国の自治植民地が占領した旧ドイツ植民地は、委任統治の対象地域には含まれておらず、パリ会議ではこれが論争の火種となる。

第二節　委任統治制度の成立

パリ平和会議は一九一九年一月一八日に始まった。委任統治論が討議されたのは、その六日後の十人会議からだった。ここでイギリス、アメリカ、フランス、日本、イタリアの代表が集まり、討議がなされた。イギリスはドミニオンの代表者を含めて討議に参加しており、実際には、ここに南ア、オーストラリア、ニュージーランド、カナダが加わった。J・C・スマッツはこの会議にイギリス戦時内閣の代表の一員として参加し、植民地問題に関し、水面下でアメリカとの交渉に当たることになった。他方、アフリカをめぐる国際信託統治を主張していたイギリスの労働党は、イギリスで行われた一二月中葉の総選挙でロイド・ジョージ（Lloyd George）側に敗北したため、この会議に代表を送ることはできなかった。けれども彼らの意見はアメリカのウィルソン大統領が代弁してくれるはずだった。

討議はロイド・ジョージの問題提起によって開始された。彼はまずイギリスにとって最も妥協し難いドミニオンの征服した旧ドイツ植民地の処遇から議論を始めた。ただし争点は委任統

治制度全体の可否ではなく、あくまでもドミニオンの近隣地域の旧ドイツ植民地が併合可能なのかどうかに問題が絞られた。ロイド・ジョージはすでに一九一八年の一〇月末、ウィルソンの片腕であるハウス大佐（Colonel House）に対して、南アとオーストラリアの主張が通らなければ、イギリスはドミニオンで「革命」にあうと前もって主張していた。[26] 実際にイギリスが革命の危険にさらされていたわけではないが、このロイド・ジョージの発言は第一次大戦によってイギリス帝国内でドミニオンが強い影響力を持つようになったことを示している。

ロイド・ジョージは議論の冒頭で委任統治案を紹介し、これはイギリスの植民地行政の特徴と一致していると述べるにとどめ、この制度の適用地域などには触れなかった。その代わり、併合こそがドミニオンの近隣ドイツ植民地に当てはまると主張した。[27] これに続き、スマッツやオーストラリアの首相Ｂ・ヒューズ（B. Hughes）などが、ドミニオンにとっていかに旧ドイツ植民地が必要で、その現地の住民たちもまたドミニオンの統治を必要としているかを滔々と述べた。[28] 彼らは国際主義的な枠組みも受け入れるつもりは一切なかった。しかしウィルソンもまた植民地の併合に首肯しなかった。合意が容易でないことは明らかだった。

翌日スマッツは、親友のＭ・Ｃ・ギレット（M. C. Gillet）に対して、次のように手紙で述べている。

> 昨日、ドイツ植民地へのドミニオンの主張について議論した。私は、南西アフリカの件はうまくいかせたいと思っている。しかし分からない。あそこは単なる砂漠で、カラハリの一部だから誰にとっても良いものではないと主張した。……南西アフリカへの我々の〔併合の〕主張は罪深いものでもなく、また間違ったものでもないと思うのだが。[29]

この手紙から分かるように、スマッツにとって南西アフリカの併合は非道徳的な話ではなかった。彼はアフリカには文明化が必要であり、その文明化を担うのは白人の役割であると確信していた。前章でも触れたように、スマッツは南西アフリカのみならず、アフリカ大陸全体を南アのような白人が支配する国家で敷き詰め、アフリカ連邦を形成したいと考えていた。[30] こうしたアフリカ連邦化構想の是非はともかく、南西アフリカの併合はウィルソンにとっては認めがたいことだった。それは植民地主義を肯定してしまうことになり、国際連盟の正統性を傷つけることになると思われたからである。

それでもウィルソンはスマッツを信頼していた。[31] ウィルソンが自らの考えと「スマッツの考えがあまりにも似ていたために」驚いたと周囲に語ったほど、民族自決や国際法の支配といった原理を反映したスマッツの国際連盟構想はウィルソンの思想と親和的だった。[32] そのため国際連盟に関する交渉での妥協点がスマッツの構想と自分の構想との間に見出せる可能性があると踏んでいたのである。[33] スマッツとともにウィルソンとの交渉に当たり、積極的に国際連盟に関する制度案を書き続けたロバート・セシル（Robert Cecil）でさえも、ウィルソンの信頼に足る人物ではなかった。[34] セシルの考え方はスマッツほどウィルソン主義とは一致していなかった。一方のスマッツもウィルソンの思想を評価していた。彼は第一次大戦中、演説の中で度々ウィルソンの自由、民主主義、民族自決といったメッセージを称賛していた。[35]

委任統治に関する第一回目の話し合いの翌日、イギリスの「委任統治に関する条約草案」がアメリカ側に渡された。[36] この草案は、委任統治地域を「付与地域」（vested territories）と「補助国家」（assisted states）に分類した。後者はより自律性が尊重され、住民の意思が考慮される。一方、前者は、奴隷や強制労働の禁止、アルコールや麻薬の貿易禁止といったベルリン会議以来の人道主義的な規定に重きが置かれた。こうした点に鑑みれば、イギリスがアフリカをめぐる国際信託統治構想を受容したと見ることができる。ただし、この草案ではあくまで対象地域はまだ特定されておらず、それは会議の結果によるとされた。その一方で、最終的に制度化される国際連盟への毎年の報告書の提出義務や、委任統治委員会の設置案はすでにこの時点で盛り込まれていた。

二七日、二度目の十人会議が開始された。ここでウィルソンは議論の土台を作るべく、委任統治の定義から入ることにした。委任統治の原理はいかなる人々の搾取も意図しないことであり、いかなる人々にも専制的な主権の行使を意図しないことである、彼はそのように述べた。そして委任統治の目的は発展途上地域（underdeveloped parts）の人々に奉仕すること、虐待から守ること、彼らの発展を確かなものにすること、そして最終的には受任国とどのような関係を結ぶか意思表明できるようにすることであると主張した。[37] ここでウィルソンは南西アフリカも委任統治領とされるべきであるとし、スマッツらを牽制した。ウィルソンによれば、ウィルソンのスキームと併合とでは行政上の差異はないとされた。[38] しかし具体的な行政上の違いはこの会議の時点では誰にも分かるはずがなかった。そうした行

政上の違いは、委任統治制度が施行された後、委任統治領の現場で初めて少しずつ認識されていくことになる。[39]

興味深いのはウィルソンの次の発言である。彼は委任統治の根本理念について次のように述べた。

> 根本的な理念は次のようなものである。世界は委任統治を通して受託者として行動し、住民の本当の意思を確認できるときまで行政全体に責任を持つ、ということである。……いかなる国民がドイツ植民地だった領域を併合した場合も、国際連盟の理念全体に挑戦するものである。[40]

ウィルソンはこのように普遍的な理念から委任統治の問題を考えていた。実現はしなかったものの、彼が一九一九年一月二十日に書いた国際連盟規約の草案（パリ第二草案）では、旧ドイツ植民地とともに中・東欧地域が委任統治の範囲に含まれていた。ウィルソンをはじめ何人かのアメリカ代表たちは、スマッツ同様に中・東欧地域を完全に独立した国民国家に分裂させるのを避けたいと考えていたのである。[41] ウィルソンはアジア・アフリカと中・東欧を制度上区別するつもりはなかった。しかしアメリカ代表団の法律の専門家であったD・H・ミラー（D. H. Miller）のように、中・東欧がアジア・アフリカ地域よりもずっと発展した歴史的共同体であると考える人々にとっては、こうしたウィルソンの普遍主義的なスキームには我慢ならなかった。[42] イギリスの労働党でさえも、非自立的な地域を全て等しく扱うことはなかった。[43] その点で、ウィルソンの普遍主義は徹底していた。

ただし、ウィルソンはアフリカあるいは太平洋の諸地域を、民族自決を根拠に即時に独立させようなどとは思っていなかった。第一に、彼はあらゆる共同体が野蛮から文明への単線的な進歩の歴史をたどると考えていた。アジアやアフリカは前者に位置づけられ、主権国家として完全に独立するには未熟すぎるとされた。[44] 第二に、ウィルソンは国内および国際社会の急激な変化を望まなかった。彼はフランス革命に対するバークの思想に共感し、アイルランドに対するイギリスの保守派の態度にも理解を示していた。[45] これと同様にアジア・アフリカの広大な植民地が第一次大戦を機に軒並み独立することを欲さなかったのである。しかしその一方でウィルソンは植民地帝国秩序に対しても否定的だった。こうしたウィルソンの思想からすれば、委任統治制度は理想的な選択肢だった。国際秩序の急激な変化を避けつつ、植民地の漸進的な発展を促すとともに、列国間の紛

争を防ぎ、自由貿易を保障するからである。(46)

皮肉なことに、今やスマッツは自分が考え出した枠組みに苦しめられていた。ハプスブルク帝国の再編を想定していたはずの制度はウィルソンの手にかかって全く望んでいないアフリカと太平洋に向けられていた。ロイド・ジョージはこの様子を見て、セシルに嬉しそうにスマッツのアイロニーを嘲笑した。ロイド・ジョージは他のイギリス帝国の代表に比べて植民地問題にはそれほど関心が無かった。そのため植民地問題でアメリカと過度に対立するのは何の利益もないことだと考えた。セシルは険しい表情でロイド・ジョージの嘲笑を聞いていた。(47) ロイド・ジョージと違って、水面下でウィルソンとの交渉の矢面に立たされているセシルにとってはスマッツの苦しみは全く他人事ではなかった。

他方、植民地競争の最大の宿敵だったフランスの首相ジョルジュ・クレマンソー（Georges Clemenceau）はとにもかくにもドイツとの安全保障問題を重要視していた。それはクレマンソー自身の至上命題であったのみならず、フランスの国是だった。そのため彼自身は植民地問題（特に西アフリカ）に関してある程度妥協する用意があった。ただ一点、委任統治領のアフリカ人を兵力として使用することだけは安全保障上の観点から譲れなかった。(48)

このようにイギリス、フランスが植民地問題についてやや妥協的だったのに対し、オーストラリア、ニュージーランド、そして南アフリカは頑として旧ドイツ植民地の併合を譲らなかった。会議はウィルソンとドミニオンの代表者の間で膠着した。この膠着状態を打開するべく、イギリス帝国の代表者たちは妥協点を探りにかかった。二七日の深夜、イギリス代表団は会議を開き、政策方針の転換を図った。妥協案として、ドミニオンが旧ドイツ植民地を併合するのを認めてもらう対価に、アフリカと旧オスマン帝国のトルコ以外の地域での国際連盟の監視（委任統治）を認める第二ラインの戦略を展開することが決まった。(49) これは大よそ一九一八年一二月のスマッツのメモに従ったものである。そこで早速セシルはウィルソンの腹心のハウス大佐にこの妥協案が提示したが、ハウスはこれを不十分と看做し拒否した。(50)

翌日、ニュージーランドの代表W・F・マッシー（W. F. Massey）が再びドイツ植民地の併合を主張した。そして話題はフランスの西アフリカの併合に移行した。フランスの植民地相シモン（Simon）は併合を求めた。スマッツの一九一八年一二月メモでは、西アフリカのフランスの主張には一般的な支持

を与えるはずだったが、ここでイギリスは違う対応を見せた。ロイド・ジョージは「併合は許されるのだろうか、それとも他の方法が採られるのだろうか」と述べ、問題の核心に迫った。[51] これに対して、イギリス代表Ａ・Ｊ・バルフォア（A. J. Balfour）はイギリスもドミニオンが占領した以外のドイツ領では委任統治を認めるだろうと述べた。これにすかさずフランスのクレマンソーが、ロイド・ジョージはウィルソンよりシモンと同意見だったと応酬した。そして国際連盟は平和を確保するための「防衛の連盟」であるべきだと主張し、国際連盟による統治は限度を超えていると述べた。けれども、これに対してロイド・ジョージは、あくまで国際連盟の介入は統治が受任国に委任された条件が明白に侵害されたときのみに限定されるとして、クレマンソーの心配は杞憂であるとした。[52]

交渉の行き詰まりを解放に向かわせたのはスマッツだった。翌二九日、今度はスマッツからハウスにロイド・ジョージなどの承認を得た委任統治の妥協案を提示した（ただし、マッシーとヒューズには見せていなかった）。スマッツが提示したのは、ドミニオンの隣接地域を委任統治に組み込み、委任統治を三つに区分するものだった（これは後のＡ、Ｂ、Ｃ式委任統治となる）。ハウスはイギリスが大いに譲歩したと考え、この案を受容し、ウィルソンに送った。ウィルソンはこれが合意の土台となることを認めた。ウィルソンから送られてきたメモには、「私はこれに同意するつもりだ。もし、その実施上の解釈がスマッツ将軍からのものであれば」と書いてあった。[53] これをもって委任統治案は一気に成立の方向へ進むことになった。

しかし翌日の会議は紛糾した。三〇日の朝『デイリー・メール』がヒューズに影響を受けて、アメリカに妥協するイギリスの姿勢を批判する記事を出したのである。[54] ヒューズとマッシーは最後の最後まで委任統治制度に執拗に反対するつもりだった。ウィルソンは激怒した。ロイド・ジョージもヒューズのやり方に怒っていた。

混乱した会議を妥結へと向かわせるきっかけとなったのがＬ・ボータ（L. Botha）の演説だった。彼は英語があまり得意ではなかったものの、その演説は参加者の感動を呼んだとされる。ボータは農業経営に成功したブール人農民の出で、南アフリカ戦争を指導した英雄だった。正規の教育を受けておらず、学識は必ずしも優れていなかったが（その点をスマッツが補完していた）、戦後も南アフリカの首相として、対立するアングロ（英語を話す白人系南ア人）とブール（アフリカーナー）をまとめてきた、非常に魅力的な人格を備えたリーダーだった。

演説は、植民地の分捕り合戦のような小さなことよりも、ウィルソンが提案する高い理念を達成することの大切さを説くものであった[35]。これまで傍観してきた日本とイタリアが英米の側に付くようになったこともあり、マッシーもヒューズもようやくしぶしぶと引き下がった。

合意に至ったスマッツ案は、文明化の度合いに応じて委任統治の内容を三つに分けるものだった。スマッツの分類をそのまま受け継いだ二月一四日の国際連盟草案では、三つの区分は次のようになっている[36]。第一の区分（A式）の対象は旧オスマン帝国のトルコ以外の地域で、最も発展度合いが高く、独立した国民（nations）としてその自主性が尊重されることになっていた。受任国は助言と援助を与えるとされた。第二の区分（B式）の対象地域は主に熱帯アフリカで、原住民の福祉に関する項目（思想・信条の自由の保障、奴隷貿易や武器・酒類などの輸入禁止）と自由貿易、さらに軍事利用の制限（警察と領土の防衛以外の目的の禁止。ここにはフランスへの譲歩が見られる）などが定められていた。第三の区分（C式）は南西アフリカと南太平洋諸島が対象で、ここで受任国は対象地域を「統合された一部として受任国の法律の下で」統治することになっていた。

第一の区分の対象地域（A式委任統治領）は、スマッツがその委任統治論のなかで、「行政を安定させるために外部の権威による指導を必要とする」地域とした場所だった[37]。この領域は独立した国民としてその自主性が尊重されることになっており、この第一区分はスマッツの構想に比較的近いものだった。実際、A式委任統治領は他の委任統治領と異なり、第二次大戦の前後に早々と独立することになった（もちろん、その独立は非公式の帝国への再編入に過ぎなかったが）[38]。

一方、第二区分（B式委任統治領）の対象地域のアフリカは、イギリスの左派が提起した信託統治構想が対象地域として想定した場所だった。B式委任統治制度の内容は、植民地帝国間の競争・対立の防止、そして原住民の虐待・搾取の防止、福祉の発展を目指すとされ、その点でもイギリスの左派が唱えた信託統治構想が反映されている。このうち植民地における奴隷問題、および強制労働の問題については、委任統治制度とともに国際連盟が後に設置する「奴隷制に関する臨時委員会」（The Temporary Slavery Commission）、そして国際労働機関（International Labor Organization: ILO）が取り組むことになる[39]。

そして最後の南西アフリカや南太平洋といった第三の地域（C式委任統治領）は、イギリスの左派やウィルソンの立場と、スマッツをはじめとするドミニオンの併合派が対立した結果生

まれた妥協の産物だった。スマッツは交渉が袋小路に入った際に、より具体的な制度案を積極的に提案することで、巧みに自己利益を忍び込ませたと言えるかもしれない。彼は「実際、南西保護領と〔南ア〕連邦の関係は名前以外、併合である」と述べている。(60)

しかしウィルソンの強固な姿勢が委任統治制度の例外を作ることを回避させた、ということもまた事実だった。すなわちスマッツを含め、多くの帝国主義者たちが欲した旧ドイツ植民地は、結局のところ、委任統治に組み込まれることになったのである。実際、一月三一日付けのモーニング・ポスト紙は、スマッツの委任統治がスマッツを含むアフリカを欲する帝国主義者たちの野望の実現を阻害したことを受けて、「スマッツ将軍、墓穴を掘る」と題し、皮肉を込めて論じている。(61)

以上のように、一九一九年に成立した委任統治制度は、スマッツの委任統治論、およびアフリカをめぐる国際信託統治構想がそれぞれ部分的に反映されたものだった。

第三節　スマッツの広義の委任統治の制度化

ところで第三章で述べたように、スマッツの委任統治論には、かつてハプスブルク帝国が存在した地域の秩序を再形成し、維持していく政策（当該地域での経済協力や新興国の軍備制限条項など）が含まれていた。果たしてこうした構想はどうなったのか。パリでの会議中、スマッツは自身の構想を実現しようと奔走していた。

スマッツはハンガリーとの交渉を終えて会議に復帰した直後の四月二三日、ベラ・クンが提案した中央ヨーロッパの経済連合案を最高経済理事会（Supreme Economic Council）で提起した。本稿第三章で明らかにしたように、これはスマッツが委任統治の変形としたアイディアであった。ヨーロッパの平和にとってこの制度は非常に重要なものだとスマッツは信じていたが、連合国はこの案に興味を示さず、結局、承認を受けることはできなかった。(62)

けれども、スマッツの試みはこれで終わりではなかった。彼はJ・M・ケインズ（J. M. Keynes）とかねてからの友人で、イギリスの代表団の一員として同行していた彼と、この問題について多くの時間を割いて話し合い、協議を重ねた。そこでケインズが四月中葉から温めてきた中・東欧への国際的な資金貸付のシステムというアイディアにスマッツが賛同し、会議のなかで提案することにした。(63) この案では、敗戦国のための復興債

券を発行し、それを連合国やスカンジナビア諸国、スイスやオランダに保証させることになっていた。[64]

まずケインズはこの案をロイド・ジョージに伝えた。そしてロイド・ジョージからクレマンソーとウィルソンにそれを伝えてもらうことにした。またこの案についてアメリカの財務官僚との会談で協議することが許された。しかしワシントンではこのケインズ案に反対する意見が多数を占め、実現が困難であることがすぐに明らかとなった。そこでスマッツはケインズとともに五月三日の夜、非公式に晩餐の席で米の財務官僚に再度この案を提示した。しかし、またしても彼らは良い返事をもらうことはできなかった。[65] ワシントンはヨーロッパの政治経済に過度に介入することを恐れており、ウィルソンもそのような提案が議会を通過することなどあり得ないと考えていた。[66]

さらにスマッツはそれまで反対してきたオーストリア・ハンガリーなどの敗戦国への過度の賠償金も、結局は阻止することが出来なかった。これまで多くの研究が指摘してきたように、スマッツには賠償金の決定に際して最終的な案を提案した責任があった。彼は個人的には徹底的に過度の賠償金に反対していたが、会議終了間際になって、戦争未亡人や孤児への年金、さらには留守家族に対する補償までを含めた賠償金を提案した。スマッツはこの点を後に批判されることになるが、新聞や手紙でこの提案は法律家たちが承認した意見を述べたものに過ぎないと弁解している。また、こうした賠償が含まれなければ、フランスが全ての賠償金を取っていってしまっただろうとも主張している。[67] パリ平和会議の席の前後一貫して過度の賠償金に反対していた彼の態度から考えれば、この弁解もおそらくは真実であっただろう。またW・K・ハンコック(W. K. Hancock)は、スマッツの意見は多数の議論のわずか一部に過ぎず、ウィルソンは彼のメモを読む前に意思を決めており、その影響を強調することはできないと分析している。そうであるならば、賠償金の問題についてスマッツに全責任を負わせるのは公平ではない。

一方、新興国の軍備制限条項それ自体は成立しなかったが、一般的な軍縮の制度は実現した(国際連盟規約第八条)。スマッツ自身は、新興国の軍備制限条項と一般的な軍縮の条項を切り離して議論していたが、バルカンなどの小国への武器供給の問題と、(とりわけ大国の)私企業による軍需品製造の弊害は結び付けており、両者は密接に関連していた。成立した国際連盟規約では、私企業による軍需品製造の弊害を回避するために連盟理事会が具申するという条項が盛り込まれることになってお

り、その点では、スマッツ案は部分的に実現したとも言える。しかしケインズと考案した国際基金制度と、敗戦国への過重な賠償金の免除ないし軽減が実現できなかったことはスマッツを失望させることになった。スマッツは五月、ウィルソンとロイド・ジョージへの手紙の中で「この条約の下では、ヨーロッパは平和に出会うことはないでしょう」と述べている。[68]

けれどもスマッツの予期しない形で、国際連盟による中・東欧の秩序形成機能（広義の委任統治論）が部分的に実現することになった。[69] 一九一九年六月二八日にポーランドと連合国の間で結ばれたポーランド少数者保護条約がスマッツの構想と非常に類似したものになった。ポーランド少数者保護条約は次のように謳う。

国際連盟理事会のすべての構成国が〔本条約で定められた〕これらの義務の〔ポーランドによる〕あらゆる違反およびその危険に対して、理事会が注意を向けるように促す権利を有すること、そして、理事会がその状況において適切で効果的な措置および指導を行うことに、ポーランドは同意する。[70]

このようにポーランド少数者保護条約によって、ポーランドにおける少数者政策に対する国際連盟理事会の恒常的な監視が定められたのである。この条約に基づき、一九二〇年一月一三日、国際連盟の機能として少数者保護を認める決議が採択された。そして、この少数者保護条約はユダヤ人のロビー活動に促されたアメリカと、中・東欧の安定に関心を持っていたフランスの後押しを背景に、一九二四年までに中・東欧を中心とした一三の国々で締結されることになった。[71] 大まかに言って、この制度は国民国家として中・東欧を再編する際に出てくる、重要な紛争の火種である少数者問題を解決し、秩序を安定させることを目指してつくられたものだった。それはスマッツが国際連盟を「帝国の相続人」として位置づける上で中心的な意義を有した、旧帝国地域の新興国家間の関係調整・監視機能が部分的に実現したことを意味していた。

第四節　小括

本章はここまで、本稿第二章、第三章でそれぞれ検討した国際信託統治構想が実際の政治の場において、どのように扱われ、どのように制度化されたかを検討してきた。アフリカをめぐる国際信託統治構想はイギリスの左派によって、また第一次大戦

を通じて台頭してきたアメリカ（ウィルソン）によって唱導され、イギリス政府に少しずつ受容され、最終的には委任統治制度のなかのB式委任統治として結実した（植民地での奴隷制、および強制労働の規制を臨時委員会や国際労働機関が担うことになった点に鑑みれば、その成果はもう少し広く捉えられるかもしれない）。ただしC式委任統治は旧来の帝国主義と国際信託統治構想との妥協の産物だった。また国際連盟の受任国に対する権限も、制度上は非常に限定されてしまった。そのためホブソンをはじめとするイギリスの左派は委任統治制度成立直後、制度全体を「五大国での植民地分配のための薄い化粧板」として批判した(72)。他方、J・C・スマッツの委任統治論は経済連合や国際貸付基金制度などが実現されなかったものの、委任統治制度のなかのA式委任統治、また軍備縮小について定めた国際連盟規約第八条、そしてスマッツの予期しないかたちではあったが、少数者保護制度として部分的に実現することになった。

終章　国際信託統治の起源と正統性

第一節　国際信託統治の起源

本章では、これまで明らかにしてきた国際信託統治構想の出現とその制度化の過程を概観する。そして制度化された国際信託統治がその後、今日までどのように継続してきたかを検討し、本稿で分析した国際信託統治構想を国際信託統治の起源として位置付ける。最後に、これまでの国際信託統治の起源の分析から、国際信託統治と植民地との関係がいかなるものであるかを検討する。

本稿第二章で明らかにしたように、一九世紀末、コンゴ自由国でのネイティブの搾取と虐待が明らかになり、植民地帝国の統治が非人道的であることが批判され始めた。さらに一八九九年、南アフリカ戦争が勃発すると、J・A・ホブソンによって帝国の構造そのものが問題とされた。そして一九一四年に第一次大戦が勃発し、イギリスの左派などがその原因を植民地獲得競争などに求めたことから、いよいよ植民地帝国はその正統性を失っていった。

ホブソンが唱えた国際信託統治は、植民地帝国から植民地を切り離し、国際組織によって統一的に管理するものだった。そして統一的に管理された植民地は、人類の福祉のためにその資源を開発されるとされた。それは植民地帝国の排他的権限領域であった植民地統治に国際組織が介入するという画期的なもの

だった。すなわち主権国家の建設でもなく植民地帝国による支配でもない、第三の選択肢としての国際組織による統治（国際信託統治）がここに登場したのである。

けれども国際組織によって管理された植民地は、主権国家として発展することが予定されているわけではなく、半永久的に国際組織の管理下に置かれるとされた。すなわち植民地帝国秩序のヒエラルヒーが国際組織によって温存されるのである。第二章で指摘したように、ホブソンをはじめ幾人かの反帝国主義者が主張したアフリカをめぐる国際信託統治構想は、「帝国意識」の延長線上に位置する「受託者意識」（trustee-ship）をはらんでいた。すなわち、本稿で検討したアフリカをめぐる国際信託統治は、「受託者意識」と結びついた国際信託統治構想であった。ただしアフリカのナショナリズムがまだ植民地独立に至るほど成熟したものではなかったこと、他方、ヨーロッパの植民地統治がアフリカで集権的な権力機構を設立できなかったことによって、アフリカを主権国家システムに再編成するという選択肢ははじめから取り除かれていた。

他方、J・C・スマッツが取り組んだハプスブルク帝国崩壊の問題は、崩壊した秩序をいかに再構築するかという意味において、冷戦後に登場する準国家あるいは破綻国家の問題に先駆けた事例だった。スマッツはこの旧帝国地域全体をアジア・アフリカのように植民地化するなどとは考えず、その代わりに各共同体の自決権を尊重しながら、非自律的で不安定な地域を安定した主権国家体制に転換することを試みた。その具体的政策としてスマッツは、主権国家として自らを運営できない地域の行政権を国際組織によって補助する制度に加え、新興諸国の紛争を未然に防止する軍備縮小や調停などの制度を国際連盟に担わせる包括的な国際信託統治を構想した。この国際信託統治の運用を行うのが、大国によって構成された理事会であった。その点で言えば、委任統治の主体と客体の間にはヒエラルヒーが存在していた。ただし、それは人種主義に基づいたものではなかった。またスマッツの委任統治の目的は永続的な支配ではなく、自律的な主権国家の建設と秩序の安定であった。このようにスマッツの委任統治論はホブソンの「アフリカをめぐる国際信託統治構想」とは異なり、「受託者意識」（trustee-ship）の薄い「国際信託統治」（international trusteeship）構想であった。

これまでスマッツの委任統治論が過小に評価されてきた原因は、先行研究が第一次大戦前後の時期に考案された全ての国際信託統治構想をアフリカの脱植民地化の歴史、あるいは英仏の植民地帝国の衰亡史のなかに位置づけてきたことにある。しか

し本稿が明らかにしたように、スマッツの委任統治論の意図はアフリカ植民地問題の解決ではなく（これに対しては「開発委員会」という別の構想を出していた）、旧帝国地域における民族自決と国際秩序の安定の両立にあった。スマッツは確かにアジア・アフリカを他者として位置づけていたが、だからといって、その委任統治論の意図そのものに意味が無かったわけではない。中・東欧やアラブ地域において不安定な主権国家秩序が出来たり、そのなかで少数者が迫害されたり、虐殺されたりすることもまた、アフリカでの植民地問題と同じように大きな問題だった。[73] だからこそスマッツの委任統治論はアフリカの脱植民地化までの歴史とは別の文脈で正当に評価する必要がある。本稿は国際信託統治史という新たな視点を導入することによって、このスマッツの委任統治論の本来の意図や目的を汲み取ることができた。

こうしたホブソンによる国際信託統治構想と、スマッツによる国際信託統治構想は、本稿第四章で論じたように、パリ平和会議において委任統治制度や軍縮条項、少数者保護制度などとして部分的に制度化されることになった。この制度化はホブソンをはじめとするイギリスの左派や、スマッツにとって十分なものでは必ずしもなかったが、彼らの国際信託統治構想は単なる構想には終わらず、制度として実現した。

その後、委任統治制度を含む国際連盟体制は二度目の大戦を迎える中で事実上その機能を停止し、国際連合に引き継がれることになる。ただし国連を創設するにあたっては、少数者保護制度のようなシステムが再び形成されることはなかった。またスマッツとケインズが考案した国際貸付基金制度は、当のケインズ自身によって世界銀行を中心とした新たな国際金融制度として実現され、スマッツの当初の「帝国の相続人」としての国際組織構想とは異なる、より普遍的な制度となった。他方、委任統治制度は信託統治制度（trusteeship system）として国際組織（国連）の権限を拡大しつつ、発展的に継承されることになり、国際信託統治の歴史は継続することになった。

委任統治制度から始まった国際信託統治の国際制度の文脈は第二次大戦後、ひとつの転換点を迎える。中東で勃発した紛争に対応するべく、国連による平和維持活動（ＰＫＯ）が新たに開始されることになったのである。ＰＫＯはその歴史のなかで徐々に変質し、現在行われている国際信託統治へとつながる。ＰＫＯが変質する最初の契機は、一九六〇年に生じたコンゴ民主共和国での紛争だった。国連はこの紛争を鎮めるべく、大規模なＰＫＯ（Opération des Nations Unies au Congo: ONUC）を

展開した。ＯＮＵＣは当初、主に独立したばかりのコンゴへのベルギー軍の介入に対応するためのものだったが、紛争はコンゴ全体を分断する内戦に発展し、ＯＮＵＣはその規模を拡大しながら、内戦の鎮圧に当たらなければならなかった。ＯＮＵＣは軍事活動が主であり、国際信託統治の性格は弱かったが、脱植民地化後のアジア・アフリカにおける国際組織の大規模な介入の先駆となった。委任統治制度の後継である信託統治制度（trusteeship system）は、一九六〇年代の脱植民地化のなかで、植民地統治とともにその正統性を失い、事実上、機能を停止するが、ＰＫＯは冷戦の中、断続的にではあったが確実に実施され、徐々に変質していった。

冷戦が終結を迎えると、国連はＰＫＯを活発化させることになる。一九八九年にナミビア（旧信託統治領の南西アフリカ）で行ったＰＫＯ（United Nations Transition Assistance Group: UNTAG）は南アの軍隊を撤退させるとともに、ナミビアの人種差別的な法律を撤廃したり、政治犯を釈放したり、難民を帰還させたりするなど、軍事以外の国家建設に関わる活動を行い成功した。一九九二年から一九九五年に行われた二度のソマリアでの活動（United Nations Operation in Somalia Ⅰ, Ⅱ: UNOSOM Ⅰ, Ⅱ）は失敗に終わったものの、国家建設を含む新たな種類のＰＫＯがその後、カンボジアやボスニアなどで実施された。そして一九九九年からはコソボ、および東チモールでの大規模な国際信託統治が開始されたのである。

帝国が崩壊し、主権国家システムへと移行する際、国民国家の建設・運営は必ずしも一律にうまくいったわけではなかった。そのため帝国に代わって国際組織がこうした国家建設失敗地域に介入する必要が常に生じてきた。国際組織による国際信託統治はその必要性を満たすために、これまで継続されてきたのである。第一次大戦前後の時期から冷戦後の現在までを俯瞰すれば、国際組織は百年あまりかけて（植民地、および王朝・家産）帝国秩序に取って代わったということが言える。このおよそ百年間の歴史の起点こそ、本稿で検討した国際信託統治構想だった。

第二節　国際信託統治の正統性

では国際信託統治は植民地統治とどのような関係にあるか。本稿第一章で述べたように、国際信託統治の植民地統治との関係は脱植民地化以後、国際信託統治の正統性の評価と密接に関係する。本稿がこれまで行ってきた国際信託統治構想の分析か

ら結論してみたい。

本稿第二章で議論したように、アフリカをめぐる国際信託統治は植民地帝国秩序の代替構想として登場してきたものだった。植民地帝国秩序が達成に失敗してきた人道主義的な目標（すなわちアフリカのネイティブの福祉の発展）、あるいは国際協調（植民地をめぐる獲得競争の防止）という目標を達成するために国際信託統治は構想された。その意味において、国際信託統治構想は本来、植民地帝国秩序とは一線を画したものなのである。しかしその一方で、アフリカをめぐる国際信託統治構想は、植民地帝国と同様に「帝国意識」の一種である「受託者意識」（trustee-ship）を内在しており、その意味で両者は負の共通点を持つ。

他方、第三章で議論したように、国際信託統治は崩壊しつつあった王朝・家産帝国にイギリス帝国から導き出された「コモンウェルス」という政体モデルを適用することで生み出されたものでもあった。これまでの研究史で忘れ去られてきたこの国際信託統治の文脈（スマッツの委任統治論）は、アフリカなどで行われてきた植民地統治に対応して出てきたものではなく、それゆえにアフリカをめぐる国際信託統治ほど「受託者意識」（trustee-ship）を内在したものでもなかった。このことが意味するのは、国際信託統治が必然的に植民地統治や人種主義と結合したものではないということである。

以上のように、国際信託統治の起源には「植民地帝国に対するアンチテーゼ」という文脈と、「王朝・家産帝国に対するアンチテーゼ」という文脈があり、後者の文脈は植民地を特徴づける「受託者意識」（trustee-ship）から比較的自由なものだった。この両方の文脈を備えた国際信託統治は、一言でいえば、国際社会を不安定化させる二つの帝国秩序を国際組織に代替させることで安定させ、人道的な統治を実施することをその目的・機能とする新たな国際秩序のあり方だった。そうした意味で、国際信託統治はその起源において植民地統治とは別のものだったと結論できる。

しかし一九六〇年以降、植民地帝国が崩壊し、国際組織が帝国の代替的秩序としていよいよ本格的に機能し始めたとき、民主主義的なインプットが存在しない国際組織が実は第二の植民地帝国たりうるのではないかという疑いが出てきたことには何の不思議もなかった。なぜなら国際組織が代替すべき帝国秩序はもはやなく、国際信託統治はその正統性を背後から支えてくれていた「帝国」という存在を失ってしまったからである。すなわち脱植民地化以降、われわれは国際信託統治が善なのか（あ

るいは、より少ない悪であるか）どうかを弁証するために、反植民地帝国論とは全く別の経路（例えば人権規範の侵害）に依拠しなくてはならなくなったのである。[74] 本稿が国際信託統治の起源を詳細に論証してきたことによって、国際信託統治はその起源において植民地帝国のくびきから逃れることが出来たかもしれない。しかし正統性の問題は未着のままである。皮肉にもそれは植民地帝国を国際組織が本格的に相続してしまったからである。すなわち脱植民地化と冷戦終結を経て国際信託統治が大規模に展開されることになって初めて、国際信託統治の正統性の弁証という問題は解答困難なものとなったのである。

※本稿は平成二〇年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

（1）たとえば Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations* (Chicago: University of Chicago Press, 1930), p. 23; Michael D. Callahan, *Mandates and empire: the League of Nations and Africa, 1914-1931* (Brighton: Sussex Academic Press, 1999), p. 24.

（2）Quoted in S. G. Millin, *General Smuts* (Safety Harbor, FL: Simon Publications, 1936), p. 194. この経済連合案はスマッツのオーストリア・ハンガリー交渉についての公式の報告書でも論じられている。Report by General Smuts on his Mission to Austria-Hungary, Apr. 9, 1919, *British Documents on Foreign Affairs*, Part II, Series I, Vol. 10, Doc. 9.

（3）J. C. Smuts, *The League of Nations: a practical suggestion* (London: Hodder and Stoughton, 1918), pp. 7-8.

（4）*Ibid.*, pp. 12-27.

（5）フランスの国際法学者ジャン・レは一九二〇年に『国際連盟規約の解説』のなかで「スマッツ将軍の構想において、委任統治は自由主義政策の全体的な計画の一部に過ぎなかった」とした。ただし、レは一連のモデルの全体像については詳述せず、その後成立した少数者保護制度の功績をスマッツに帰したにとどまった。Jean Ray, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations selon la politique et la jurisprudence des organes de la Société* (Paris: Sirey, 1930), p. 635.

（6）Smuts, *League of Nations*, p. 19.

（7）ニーアル・ファーガソン（仙名紀訳）『憎悪の世紀 上巻』（早川書房、二〇〇七年）、二九六頁。

（8）Smuts, *League of Nations*, pp. 35, 37, 63-70.

（9）Smuts, *League of Nations*, p. 41.

(10) エリック・J・ホブズボーム(野口建彦・野口照子訳)『帝国の時代Ⅰ』(みすず書房、一九九三年)、二〇四頁。
(11) Smuts, *League of Nations*, p. 15.
(12) Smuts, "Native policy in Africa," *Toward a Better World*, pp. 40-41.
(13) *Ibid.*, pp. 46, 51, 53, 56.
(14) J. C. Smuts, "African Settlement," "Native policy in Africa," *Africa and Some World Problems; Including the Rhodes Memorial Lectures Delivered in Michaelmas Term* (Oxford: Clarendon Press, 1930), pp. 37-69, 73-103.
(15) Keith Clements, *Faith on the Frontier: A Life of J. H. Oldham* (Edinburgh: T&T Clark, 1999), p. 233.
(16) K. Ingham, *Jan Christian Smuts: the conscience of a South African* (New York: St. Martin's Press, 1986), pp. 186-187.
(17) Smuts' statement, 28 June, 1919, W.K. Hancock and Jean Van Der Poel (eds.), *Selections from the Smuts Papers*, IV (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1966-1973), p. 273. エジプトやインドなどの自治および独立を求める運動がウィルソン主義の言説の影響を受けて強固になっていく様子を描いた著作として、Erez Manela, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism* (Oxfrod: Oxford University Press, 2007).
(18) ガンディーはスマッツを次のように分析する。「〔南アでのインド人の差別撤廃を求める〕闘争は八年も続いたのです。この間、私は〔スマッツ〕将軍と会う多くの機会を持ちました。その後の私たちの会見から、私はこんなふうに思えているのですが、スマッツ将軍の狡猾さについて、南アフリカで一般に信じられていること〔スマッツは老獪で前言をすぐに撤回するという評判〕は変更を加えなければならない、二つのことが私にははっきりと分かったのです。氏〔スマッツ〕は、自分の政治についていくつかの原則をしっかり持っており、それは道徳にも反していない。しかし、同時にこうも見ました。氏の政治学では、機会があれば、狡猾さが真実をねじ曲げるということです。」(M・K・ガンディー著(田中敏雄訳)『南アフリカでのサッティヤーグラハの歴史 一』(東洋文庫、二〇〇五年)、二六頁)。
(19) スマッツからガンディーへの手紙には次のようにある。「この国はカフィル族(Kaffirs)の国であり、白人が少数しかいない。我々はアジア人に入ってきて欲しくはないのだよ。……君たち〔インド人〕は何千年も続いてきた文明に属している。しかし分かるように、ここではアジア人を必要としていないのだ。」(O. Geyser, *Jan Smuts and His International Contemporaries* (Johannesburg:

Covos Day, 2001), p. 133)°

(20) J. A. Hobson, "Gen. Smuts on World-Government," *Common Sense* (Jan. 18, 1919), p. 34.

(21) 外務省では一九一七年末すでにドイツ植民地の国際化が正統性を得ていたとされている（P. J. Yearwood, "Great Britain and the Repartition of Africa, 1914-1919," *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 18 (1990), p. 329)° また戦時内閣では、バルフォアがすでに一九一七年三月の時点でドイツ植民地の国際化を認める発言をしている（H. D. Hall, *Mandates, dependencies and trusteeship* (Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1948), p. 108)° しかし政府関係者で最も早かったのは、おそらくP・カーであった。彼は一九一五年の論文では早くも植民地の国際化を示唆し、一九一七年一二月にはスマッツに対して手紙でドイツ植民地の国際化を主張している（[P. Kerr], "The End of War," *The Round Table*, Sept. 1915, pp. 772-792; [P. Kerr], "The Foundations of Peace," *The Round Table*, June 1915, pp. 589-625; John E. Kendle, *The Round Table movement and imperial union* (Toronto: University of Toronto Press, 1975), pp. 255-259. P. Kerr to Smuts, 14 Dec., 1917, W.K. Hancock and Jean Van Der Poel (eds.), *Selections from the Smuts Papers*, Ⅲ (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1966-1973), p. 576.)° 一方、植民地相のロングは一九一八年を通して国際化に強固に反対していた（Wm. R. Louis, *Great Britain and Germany's lost colonies 1914-1919* (Oxford: Clarendon Press, 1967), p. 118)°

(22) "The German colonies at the Peace Conference," 11 July 1918, Smuts Papers, Box G., No. 2 A, Cape Town University (PRO classification is CAB 29/ 1/ 3), cited in John Dugard (ed), *The South West Africa / Namibia Dispute: Documents and Scholarly Writings on the Controversy Between South Africa and the United Nations* (Berkley: University of California Press, 1973), pp. 35-37; Eastern Committee Minutes, Secret, 2 Dcember 1918, CAB 27 / 24, cited in Dugard (ed.), *The South West Africa / Namibia Dispute*.

(23) J. S. Galbraith, "British War Aims in World War I: A Commentary on 'Statesmanship'." *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 13 (1985). p. 41.

(24) Callahan, *Mandates and Empire*, p. 23.

(25) Memorandum by Sir Erle Richards, "German Colonies," Dec.? 1918, *British Documents on Foreign Affairs (B. D. F. A)*, Part Ⅱ, Series Ⅰ, Vol. 7, Doc. 15; Louis, *Great Britain and Germany's lost colonies*, p. 119.

(26) Hall, *Mandates*, p. 119.
(27) Hankey's notes, Council of Ten, BC-10, 24 Jan., 1919 (3 P. M.), *The Papers of Woodrow Wilson (PWW)*, LIV, pp. 250-251.
(28) Hankey's notes, Council of Ten, BC-10, 24 Jan., 1919 (3 P. M.), *PWW*, LIV, pp. 251-253.
(29) Smuts to M. C. Gillet, 25 Jan., 1919, *Smuts Papers*, III, pp. 55-56. こうしたスマッツの併合の主張は、おそらく国内の正統性確保のためではなく、彼独特のアフリカの文明化構想から生じていた。すでに述べたとおり、スマッツはアフリカ全体をヨーロッパの白人入植者によって文明化すべきだと考えていた。もちろん、南アフリカ国内ではケープ・タイムズなどがドイツ植民地を求める主張を展開していたが、だからといって、スマッツが国内での正統性確保のために南西アフリカを欲していたことを示す明確な証拠はない。トンプソンが指摘するように、アフリカーナー（ブール）と英語を話す南ア人（アングロ）の人々との間の亀裂は、この当時、エスニック的な側面はもとより階級的な側面も強かった（レナード・トンプソン（宮本正興、吉國恒雄、峯陽一訳）『南アフリカの歴史』（明石書店、一九九五年）、二七六頁）。一九二四年に南ア党が下野する契機となったのは、再三にわたる政府によるストライキの弾圧に端を発した労働党の離反であり、第一次大戦期から平和会議の時期にかけて、スマッツが指導する南アフリカ党がその正統性を失う最大の可能性は、国際問題よりもむしろ国内の経済問題での無策や失策の方にあったと考えられる。
(30) J. C. Smuts, "African Settlement," "Native policy in Africa," *Africa and Some World Problems*, pp. 37-69, 73-103.
(31) ウィルソンとスマッツの信頼関係を描いた論文として George Curry, "Woodraw Wilison, Jan Smuts, and the Versilles Settlement." *The American Historical review*, Vol. 66, No. 4. (Jul. 1961), pp. 969-986. ただし、この論文はスマッツの帝国主義的性格を一次資料に基づかずに否定している。
(32) T. J. Knock, *To end all wars: Woodrow Wilson and the Quest for a New World Order* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1995), p. 204.
(33) *Ibid.*
(34) ウィルソン研究の第一人者であるトマス・ノックが描いているように、セシルの連盟案とウィルソンの連盟案は衝突することになる。Knock, *To end all wars*, pp. 217-221.
(35) J. C. Smuts, "The War and the Empire," *War-Time Speeches: A Compilation of Public Utterances in Great Bri-*

tain (London: Hodder and Stoughton), p. 45; Smuts, "Freedom," *War-Time Speeches*, p. 74; Smuts, "Democracy and the War," *War-Time Speeches*, p. 127.

(36) D. H. Miller, *Drafting of the Covenant* Vol. 1 (Buffalo: William S. Hein, 2002), pp. 106-107.

(37) Hankey's notes, Council of Ten, BC-11, 27 Jan., 1919 (10:30 A.M.), *PWW*, LIV, p. 294.

(38) *Ibid.*, p. 295.

(39) 委任統治領の現場で実際にどのような影響が出ていたかについては、Callahan, *Mandates and Empire* に詳しい。

(40) *Ibid.*, pp. 295-296.

(41) N. Gordon Levin, Jr., *Woodrow Wilson and World Politics* (Oxford University Press, 1968), p. 187.

(42) Miller, *The Drafting of the Covenant*, Vol. 1, p. 102.

(43) 例えば、第二章で検討したJ・A・ホブソンは後進地域を、①明らかに劣等で非進歩的な人種が住んでいる地方、②急速に進歩する能力を現している地方、③ヨーロッパと違うが高級な古い文明を持っている地方、の三つに分類している（ホブソン『帝国主義論（下）』（岩波書店、一九五一年）、一三八頁）。また、「労働党の戦争目的覚書」でも、熱帯アフリカ、バルカン、旧トルコ帝国など地域毎で提案された政策は異なっていた。

(44) Lloyd E. Ambrosius, *Wilsonian Statecraft: Theory and Practice of Liberal Internationalism during World War I* (Wilmington: SR Books), pp. 7-9.

(45) *Ibid.*

(46) Levin, Jr., *Woodrow Wilson and World Politics*, pp. 245-247.

(47) Knock, *To end all wars*, pp. 211.

(48) Margaret MacMillan, *Peacemakers: the Paris Conference of 1919 and its attempt to end war* (John Murray paperbacks) (London: J. Murray, 2003), Ch. 8 （稲村美貴子訳『ピースメイカーズ（上）』（芙蓉社、二〇〇七年）、第八章）.

(49) Minutes of British Delegation, 4, Secret, 27January, 1919, CAB 29 / 28 / 1 cited in John Dugard (ed), *The South West Africa / Namibia Dispute*, pp. 42-43.

(50) Callahan, *Mandates and Empire*, p. 31. ハウスの日記によれば、この日、ウィルソンと話してアメリカのドイツ植民地への態度を決定したとされる（House diary, 27 Jan., 1919, *PWW*, LIV, p. 304）。

(51) Hankey's notes, Council of Ten, BC-14, 28 Jan., 1919 (4 P.M.), *PWW*, LIV, p. 323.

(52) *Ibid.*, p. 329.

(53) House diary, 29 Jan., 1919, *PWW*, LIV, p. 347; Knock, *To end all wars*, p. 212; Callahan, *Mandates and empire*, p.

31; G. Curry, "Woodrow Wilson, Jan Smuts, and the Versailles Settlemnet," *The American Historical Review*, Vol. 66, No. 4. (Jul., 1961), p. 981.

(54) MacMillan, *Peacemaker*, pp. 112-113.（稲村美貴子訳『ピースメイカーズ（上）』、一二九頁）。

(55) Hankey's notes, Council of Ten, BC-17, 30 Jan., 1919 (3:30 P.M.), *PWW*, LIV, p. 363; Miller, *The Drafting of the covenant*, p. 113.

(56) "Draft Agreement for a League of Nations," Feb. 14, 1919, *B. D. F. A.*, Part II, Series I, Vol. 4, Doc. 29.

(57) Smuts, *League of Nations*, p. 16.

(58) ルイスが指摘するように、A式委任統治に関しては、パレスチナ問題、および英仏の中東政策という二つの複雑な問題が絡んでいる（Wm. Roger Louis, "The Era of the Mandates System and Non-European World," H. Bull and A. Watson (eds.), *The Expansion of International Society* (Clarendon Press, 1984), pp. 209-210）。イラクにおける委任統治制度とイギリスの非公式帝国との関係については、渡辺正志「イラクにおける委任統治体制の成立：イギリスの論理（一）－（二）」『高岡法学』第三巻一－二号（一九九二年）。また、H・J・マッキンダーが一九一九年に出版した著書のなかで地政学の見地からA式委任統治制度の重要性を主張していることは注目に値する（H・J・マッキンダー（曽村保信訳）『マッキンダーの地政学：デモクラシーの理想と現実』（原書房、二〇〇八年）、二〇三－二〇七頁）。

(59) Antony Alcock, *History of the International Labor Organization* (NY: Octagon Books, 1971), Ch. 5; S. Miers, *Slavery in the Twentieth Century* (Oxford: Altamira Press, 2003).

(60) Quoted in Wm. Roger Louis, "The United Kingdom and the Beginning of the Mandates system, 1919-1922," *International Organization*, Vol. 23, No. 1. (Winter, 1969), p. 82.

(61) Dugard (ed), *The South West Africa / Namibia Dispute*, pp. 38-39.

(62) Ingaham, *Smuts*, p. 107.

(63) Smuts to M. C. Gillet, 24 April, 1919, *Smuts Papers*, IV, p. 127; W. K. Hancock, *Smuts I*, (London: Syndics of Cambridge University Press, 1962-1968), p. 518. ケインズはベストセラーとなり、多くの影響を与えた自著『平和の経済的帰結（ケインズ全集第二巻）』（早坂忠訳）（東洋経済新報社、一九七七年）においても、このアイディアを論じている（二二一－二二五頁）。

(64) J. M. Keynes, *The collected writings of John Maynard Keynes*, 16 (London: Macmillan, 1971), pp. 428-431.

(65) Smuts to M. C. Gillet, 4 May, *Smuts Papers*, IV, p. 144.
(66) Keynes, *Collected Wrightings* 16, pp. 437-441.
(67) Hancock, *Smuts I*, pp. 540-541.
(68) Smuts to Willson & Lloyd George, *Smuts Papers*, IV, p. 158; Curry, "Wilson, Smuts and the Versailles Settlement," p. 985.
(69) 同様の指摘として、Ray, *Commentaire du Pacte*, p. 635.
(70) Julius Stone, "The Legal Nature of the Minorities Petition," *British Year Book of International Law* XII (1931), p. 76.
(71) C. A. Macartney, *National states and national minorities* (New York: Russell & Russell), pp. 218-240; R. Veatch, "Minorities and the League of Nations," the United Nations Library and the Graduate Institute of International Studies, *The League of Nations in retrospect: proceedings of the symposium* (New York: W. de Gruyter, 1983), p. 370; M. O. Hudson, "The Protection of Minorities and Natives in Transferred Territories," E. M. House and C. Seymour (eds.), *What really happened at Paris: the story of the Peace Conference, 1918-1919, by American delegates* (New York: Scribner's Sons, 1921); 唐渡晃弘『民主権と民族自決：第一次大戦中の言説の変化とフランス』（木鐸社、二〇〇三年）、第五章。
(72) Long, *Towards a New Liberal Internationalism*, p. 158.
(73) 第一次大戦から第二次大戦にかけての旧帝国地域での少数者の弾圧や虐殺については、ファーガソン、前掲書、注七、特に二八七―二九一頁を参照。
(74) W・ベインが脱植民地化の延長線上と見た東チモールでの国際信託統治を肯定しながら、コソボでの国際信託統治を脱植民地化後の国際社会の規範の侵害として否定したのは、帝国がいかに国際信託統治の正統性に深く関わっているかを示すものと言えよう（William Bain, *Between Anarchy and Society: Trusteeship and the Obligations of Power* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 151-154)。

資料

〈北大立法過程研究会報告〉

韓国の憲法裁判制度の現況と課題

閔炳老

一．はじめに

一般に、憲法裁判とは、憲法との関係で争点となる法令が一般的・抽象的性格の強い憲法規範に適合するか否かを、一定の審査機関が憲法解釈を通じて判断する制度である。こうした憲法裁判制度は各国によって多少の差はあるが、「憲法秩序の保障」と「人権保障及び救済」をその主な目的としていると言えよう。韓国においても、一九八七年の民主化運動の成果によっ

て行われた第九次憲法改正によって、通常裁判所から独立したヨーロッパ型の憲法裁判所が導入された[1]。それによって、憲法裁判所は、憲法を具体的に実現して公権力が濫用されることを防止し又は公権力の行使によって侵害された国民の基本権を救済し、なお政治勢力間の極限闘争を予防することによって社会秩序を平和的に維持する役割を担うことになった。韓国において、現行ヨーロッパ型の憲法裁判所が導入される以前には、憲法委員会と弾劾裁判所（第一共和国）→憲法裁判所（第二共和国）→大法院と弾劾審判委員会（第三共和国）→憲法委員会（第四・五共和国）という制度的変遷を経てきた。しかしながら、これらの制度は、政治的状況などと絡んであまり機能していなかった[2]。

そこで、従来の制度ではあまり機能しなかったという経験から一九八七年の憲法改正の際に、与・野党側は交渉を重ねたうえ、第五章『法院』とは別に、第六章に『憲法裁判所』を置き（法院は、以下「裁判所」とする）、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判、権限争議審判、憲法訴願審判をその管轄とすることに合意した。こうして導入された現行憲法裁判制度は、韓国の民主主義と人権保障に大きく寄与しながら二〇〇八年九月に憲法裁判所設置二〇周年を迎えた[3]。その間に処理された審判統計をみると、違憲法律審判事件が五五二件、憲法訴願審判が一五、三四五件、弾劾事件一件、権限争議審判三九件である（参考資料一・二参照）。こうした審判累計に限定してみると、人々は憲法裁判所に多くの期待を持ち違憲法律審判や憲法訴願審判を活用しており、憲法裁判所もそれなりに憲法秩序の維持と人権保障・救済のために積極的に応じてきたと言えよう。

しかしながら、現行憲法裁判制度の下で二〇年間にわたって憲法裁判を行ってきたところ、少なからず制度上・運営上の問題が浮かび上がってきた。すなわち、制度的問題としては、抽象的規範統制が違憲法律審判から除外されていること、憲法訴願審判の対象から裁判所の「裁判」が除外されていること、憲法裁判官の資格に法曹資格を有する者に限定されていることなどが指摘されており、運営上の問題としては、政治的に重大な意味を持つ事件や精神的自由権に関する事件について憲法裁判所が消極的に臨んでいることや、緻密で体系的ではない違憲審査基準が用いられていることなどが指摘されている[4]。

そこで、本稿においては、韓国の憲法裁判二〇年にわたる運営のなかで主に指摘されている制度的・運営上の問題点を検討しながら、改善策を模索することとする。

二．憲法裁判所の構成と組織

一．憲法裁判所の構成

憲法裁判所は、憲法裁判官九人で構成される。その構成は、法曹資格を持つ一五年以上の経歴のある四〇歳以上の者の中から、大統領・国会・大法院長が三人ずつ指名し、大統領が任命する（憲一一一条二項・三項）。任期は、六年で再任も可能である。但し、憲法裁判所長には再任規定がないので、憲法第一〇五条第一項の大法院長の重任不可規定を準用して重任不可と解釈するのが学界の多数説である。また、憲法裁判所長は、憲法裁判官のなかから国会の同意を得て大統領が任命する。(3)

二．憲法裁判官の構成の問題

憲法裁判所の憲法裁判官構成の問題としては、第一に、憲法裁判官の任命方式の問題がある。大法院長が憲法裁判官三人の指名権を有するということは、大法院との関係において憲法裁判所の権威を低下させる結果を招く恐れがある。また、大統領が大法院長の任命権を持っているので、大統領が大法院長の憲法裁判官の指名権行使に実質的影響力を発揮することができる。こうした問題点を解消するには、国民の代表機関である議会を中心に憲法裁判官全員を選出する必要がある。少なくとも大法官の任用（憲一〇四条二項）と同様に、大統領及び大法院長が指名する計六人の憲法裁判官も、国会の承認を得て大統領が任命するように改める必要がある。こうしたことから、二〇〇三年の国会法の改正によって国会法第四六条の三によって憲法裁判所長及び国会選出の憲法裁判官だけが人事聴聞特別委員会の人事聴聞会の対象になっていたことが、大統領と大法院長の指名の憲法裁判官にまで国会の所管常任委員会の人事聴聞会の対象になった（国会法第六五条の二）。

第二に、憲法裁判官の任期の問題である。憲法裁判官は、六年で再任可能である。このように再任可能にしたことは、憲法裁判官の独立性を害する恐れがある。その任期を一二年程度に延ばして再任制度を廃止すべきである。第三に、憲法裁判官の資格の問題である。憲法裁判官は、法曹の資格を有する者で一五年以上の経歴を有する者に限定されている。しかし、憲法裁判の特殊性を考慮して、多様な識見と豊富な経歴及び憲法感覚を有する者に開放すべきである。

三．憲法裁判所の組織と管轄

憲法裁判所の組織は、裁判部として全員裁判部と指定裁判部がある。全員裁判部は、憲法裁判官九人で構成されており、七人以上の出席で事件が審理される。また、指定裁判部は、憲法裁判官三人で構成される三つの指定裁判部があり、憲法訴願審判の手続きで適法性要件に関する事前審査機関としての役割を担う。その他に、憲法裁判所の規則の制定と改正、予算及び決算に関する事項などを担当する裁判官会議と、行政事務を担当する事務処がある。さらに、事件の審理及び審判に関する調査・研究業務を担当する憲法研究官・憲法研究員がある。

憲法裁判所の管轄事項としては、裁判所の提請による違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判、権限争議審判、法律が定める憲法訴願に関する審判がある（憲一一一条一項）。

憲法裁判所は、第一期憲法裁判所（一九八八・九―一九九四・九）、第二期憲法裁判所（一九九四・九―二〇〇〇・九）、第三期憲法裁判所（二〇〇〇・九―二〇〇六・九）を経て、現在は、第四期憲法裁判所（二〇〇七・一―二〇一三・一）の李康国の憲法裁判所長の時期である。

三．一般審判手続き

一．準用規定

憲法裁判審判手続きには、各種審判手続きに一般的に適用される一般審判手続きと個別審判手続きに適用される特別審判手続きがある。憲法裁判所の審判手続きについては憲法裁判所法（以下、「法」とする）の規定が優先的に適用される。法律に特別規定がない場合には憲法裁判の性質に反しない限度内で民事訴訟に関する法令を準用する。また、弾劾審判の場合には刑事訴訟に関する法令を、権限争議審判及び憲法訴願の場合には行政訴訟法を準用する。なお、刑事訴訟に関する法令及び行政訴訟法が民事訴訟に関する法令と抵触する際には民事訴訟に関する法令を準用しない（法四〇条）。

二．審判定足数

憲法裁判所の全員裁判部は、七人以上の憲法裁判官の出席で事件を審理する（法二三①）[6]。憲法訴願審判の事前審査機関である指定裁判部は、憲法裁判官三人の出席で事件を審理する。

そして、憲法裁判所の事件の決定に必要な定足数は、単純多数決と特別多数決がある。憲法裁判所法で定められている特別多数決の決定事項以外には、終局審理に関与した憲法裁判官の過半数の賛成で決定する。それには、権限争議審判、仮処分審判がある。なお、憲法裁判官六人以上の特別多数決で決定する事項としては、法律の違憲決定、弾劾決定、政党解散決定、憲法訴願認容決定、先例変更である（憲一一三①、法二三②但）。

三．申請主義と訴訟代理

憲法裁判所法は、請求権者が憲法裁判所に一定内容の審判を求める審判請求を行うことによって憲法裁判手続きが開始される申請主義を採択している（法四一①、六八②）。訴訟手続きが開始された後にも請求人の意思表示で請求を取り下げることができる。但し、口頭弁論を行った後は訴訟の相手方の同意を得なければ、取り下げの効力が生じない（民訴法二六六条二項）。また、憲法裁判所法は弁護士強制主義を採択している。つまり、請求権者は、弁護士を代理人として選任しないと審判請求や審判遂行ができない。但し、無資力者に対する国選弁護人制度が設けられている（法七〇条）。

四．審理方式

憲法裁判手続きにおける審判請求は、書面によって行われており、その審判の請求書が憲法裁判所に到達した時に審判の請求があったことになる。審判請求書が受け付けられて訴訟記録になった後に事件が主審憲法裁判官に配当されると、その請求書が適法か否かを審査する。主審憲法裁判官が請求書を審査した結果、請求書が不適合と判断した際には、補正できる場合には裁判長に補正を要求することを要請し、補正できない場合には不適法却下の意見を提出する。また、弾劾審判、政党解散審判、権限争議審判の裁判手続きにおいては、基本的に対立当事者の構造を成しているため充分に両当事者が審判廷で意見を述べるよう必要的口頭弁論を採択している。それ以外に、違憲法律審判、憲法訴願審判の場合には書面審理が原則で、例外的に裁判部が必要と認める場合には弁論を開くことができる（法三〇②）。

五．評議

憲法裁判所の審理が終結されると憲法裁判官会議で事件に関

する評議を行う。評議は、非公開で行われる。評議手続きは、主審の憲法裁判官が事件に対する検討報告書を作成し配布する。そして、評議日程を協議し確定する。評議では、主審の憲法裁判官が検討内容を要約発表し評議した後に最終的に表決する。通常の慣例によると、表決においては主審の憲法裁判官が先に意見を提示し、その次に職務上最下位の序列の憲法裁判官から順次に意見を提示する。憲法裁判所長は最後に意見を提示する。評議での表決の方法には、順次表決方式（＝争点別表決方式）と主文別表決方式（＝同時表決方式）があるが、韓国では主文別表決方式を採択している。つまり、請求の適法要件に対する判断と本案判断を区別せずに、各争点について各憲法裁判官が意見を出して決定定足数を充足するか否かを決定する方式である。(7)

六．終局決定の効力

憲法裁判所の決定が宣告されると裁判は確定する。そして、憲法裁判所は、その決定を取消または撤回ないし変更することはできない。また、提請裁判所または請求人などはすでに宣告された決定について不服を申し立てて争うことはできない。

七．仮処分

仮処分は、本案決定の実効性を確保するために暫定的に地位を定めることを主たる目的とする仮救済制度である。これは、本案決定以前に回復困難な損害が発生することによって、本案決定が実効性を持たなくなる事態を防止することにその趣旨がある。憲法裁判所法には、政党解散審判と権限争議審判についてのみ、仮処分に関する規定が置かれている。そこで、憲法訴願審判などにおいての仮処分の可否が問題となる。学界では、違憲であることが明白であるか違憲であることが濃厚な法律について、本案決定以前に仮処分で予めその効力を停止させる必要性を認めることができると解される。また、同法四〇条によって民事訴訟法上の仮処分の規定や行政訴訟法上の執行停止の規定を準用することができるということである。憲法裁判所も、司法試験の受験回数を制限する司法試験令四条三項によって憲法上保障される職業選択の自由や公務就任権などの基本権が侵害されたとして憲法訴願審判を請求した事件において、受験資格の制限を受ける申請人らが当該規定の効力停止を求めた仮処分の申請を認容した［憲裁二〇〇〇・一二・八、二〇〇〇憲サ四七一］。

仮処分決定の要件としては、①侵害行為が違憲と決定される場合に発生しうる回復困難な顕著な損害又は回復可能であるが重大な損害が生じうる場合、②その侵害行為を緊急に停止させる必要がある場合である。つまり、仮処分は、本案審判決定が重大な損失を防止するには適切な期間内に下されることを期待しにくい時だけにのみ認容されうる。その仮処分の必要性の判断は、二重仮説理論（Doppel hypothese）によって行われる。つまり、仮処分の決定のためには、仮処分の申請を認容した後に本案審判が棄却された時に発生しうる不利益と、仮処分の申請を棄却した後に本案審判が認容された時に発生しうる不利益を衡量して、その不利益が少ない方を選択すべきである［憲裁一九九九・三・二五、九八憲サ九八・二〇〇〇憲サ四七一］。

四．特別審判手続き

一．違憲法律審判

（一）違憲法律審判

違憲法律審判とは、国会が制定した法律の憲法適合性が通常裁判所で裁判の前提になった場合に、裁判所が憲法裁判所に違憲審判を提請し、憲法裁判所がその憲法適合性を審査・判断する事後的・具体的規範統制の制度である。但し、事前的・予備的規範統制や抽象的規範統制は認めていない。審判手続きは、法律または法律条項の憲法適合性が裁判の前提になった時に、当該事件を担当する裁判所が職権または当事者の申請によって違憲提請の決定をし、大法院を経て憲法裁判所に訴状を送付すると、憲法裁判所がこれを受理し、事件番号と事件名を付与することによって審判手続きが進行する。そして、裁判所が違憲法律審判を提請した時には、当該訴訟事件の裁判は、憲法裁判所の終局決定が下されるまで停止される。但し、裁判所が緊急と認める場合には終局裁判以外の訴訟手続きを進行することができる。

（二）違憲法律審判の対象

違憲法律審判の対象となるのは、国会で議決され公布・施行されている現行の法律である。しかし、命令・規則・処分は、大法院の管轄なので原則的に除外される（憲一〇七条②）。但し、憲法裁判所は例外的に裁判の前提になっていない場合には、憲法訴訟の対象として認められると決定している［憲裁一九九〇・一〇・五、一九八九憲マ一七八］。そして、立法をしなけ

ればならない法的義務があるにもかかわらずその立法義務を怠っている場合の「真正立法不作為」は違憲法律審判の対象から除外されるが、立法義務を移行して現実に法律が存するが立法義務を不完全に移行して一定の部分に立法欠陥がある場合の「不真正立法不作為」は、違憲法律審判の対象となる。

（三）適法性の要件

法律の憲法適合性の問題が「裁判の前提」になった場合には、当該事件を担当する裁判所は「職権」または「当事者の申請」に基づいて決定によって憲法裁判所への憲法適合性の審判を提請することができる（憲法一〇七条一項、法四一条一項）。つまり、韓国の違憲法律審判は抽象的規範統制ではなく、具体的規範統制である。それゆえ、違憲法律審判を提請するためには、第一に、議会で制定・改正された有効な法律が違憲法律審判の対象であって、その法律の憲法適合性が「裁判の前提」になる場合である。違憲法律審判の適法要件である裁判の前提性とは、①具体的事件が裁判所に係属中であり、②憲法適合性が問題となる法律または法律条項が、当該訴訟事件の裁判と関連して適用されるものであり、③その法律または法律条項が憲法に違反するか否かによって当該事件を担当する裁判所が異なる内容の裁判を行うことになる場合である。ここで言う「異なる内容の裁判」とは、原則的に裁判所が審理中である当該事件の裁判の結論や主文に何らかの影響を与えるものだけではなく、問題となる法律の憲法適合性が裁判の主文自体には何ら影響を及ぼさなくとも裁判の結論を導く理由を左右するか、または裁判の内容と効力に関する法的意味が全く異なる場合をも含む［憲裁一九九三・五・一三、九二憲カ一〇］。第二に、こうした裁判の前提性以外に当事者適格性、訴えの利益など司法権の発動要件を充足しなければならない(83)。

（四）裁判の前提性の有無の判断

憲法裁判所は、裁判の前提性の有無の判断権について、一次的には提請裁判所が有し、提請裁判所の見解が明白に不合理で誤りがある場合を除き提請裁判所の見解を尊重すべきであるという立場をとっている［憲裁一九九三・五・一三、九二憲カ一〇］。その理由は、事実関係の認定とこれに関する法律の解釈・適用は、憲法裁判所よりも当該事件を直接担当している提請裁判所の方がより正確に行うことができることと、法律の解釈・適用と違憲法律審判の機能を区分し、前者は裁判所が、後者は憲法裁判所が中心的に担当するようにした憲法の権力分立的な

機能分担を考慮すべきであることである。

二．憲法訴願審判

（一）憲法訴願審判の類型と性格

憲法訴願とは、公権力の行使または不行使により憲法上保障されている自己の基本権を侵害された者が、法律で認められているすべての救済手段を尽くしたのち、最後の手段として申立てることができるという人権救済制度である。韓国では、一九八七年の憲法改正によって初めて導入されたものである。その類型には、公権力の行使または不行使によって憲法上保障された基本権の侵害を受けた者が申立てる権利救済型憲法訴願（法六八条一項）と、裁判の当事者が裁判所に違憲法律審判を憲法裁判所に申立てをするよう申請したが裁判所によって棄却された場合に、直接憲法裁判所に違憲法律審査の申立てをする規範統制型憲法訴願＝違憲法律審判型憲法訴願（法六八条二項）がある。そのなかで、法六八条二項による規範統制型憲法訴願制度は、裁判所の「裁判」が憲法訴願の対象から除外されていることから生じうる憲法訴願の形骸化を防止するために設けられた韓国独特の憲法訴願制度である。

（二）憲法訴願審判の請求要件

憲法訴願審判請求の形式と手続的要件として、①請求形式の具備、②弁護士資格を有する代理人選任、③請求期間の遵守などがある。その類型別に図表すると次のようである。

（三）指定裁判部の事前審査

憲法裁判所法は、憲法訴願審判の濫用を防止し裁判業務を軽減させるために、憲法裁判所長に憲法訴願審判の事前審査機関である指定裁判部を設けることができるように裁量事項として認めている（法七二条③）。それによって、憲法裁判所に請求された事件は、憲法裁判官三人によって構成される事前審査機関である指定裁判部が審査す

憲法訴願の類型	請求様式	請求期間
権利救済型憲法訴願（法68条①）	1．請求人及び代理人の表示 2．侵害される権利 3．侵害の原因となる公権力の行使または不行使 4．請求理由 5．その他の必要な事項	1．その事由があることを知った日から90日以内 2．その事由があった日から１年以内 3．他の権利救済手続きを経た場合には、最終決定が通知された日から30日以内
違憲法律審判型憲法訴願（法68条②）	1．請求人及び代理人の表示 2．事件及び当事者の表示 3．違憲と解釈される法律または法律条項 4．違憲と解釈される理由	1．違憲法律審判の請求が裁判所によって棄却された日から30日以内

る。指定裁判部では、憲法裁判官三人の意見一致によって却下決定をする。したがって、憲法裁判官三人の全員一致でない場合や憲法訴願が提訴された日から三〇日が経過するまでに却下決定がない場合には、全員裁判部に審判を回付したと見做される。

指定裁判部は、憲法訴願審判の本案判断ではなく請求要件を備えているか否かを審査するだけである。それゆえ、事前審査の却下事由は、①他の法律に救済手続きがあるにもかかわらず、その手続きをすべて経ていない場合、②裁判所の「裁判」について請求された場合、③請求期間が経過した場合、④弁護士を代理人として選任せずに請求された場合、⑤その他、憲法訴願審判の請求が不適切でその欠陥を補正できない場合である（法七二条③）。

（四）憲法訴願審判の対象

憲法訴願審判の対象となるのは、憲法に違反するすべての公権力の行使と不行使である。しかし、憲法裁判所法六八条一項によって、裁判所の「裁判」は憲法訴願の対象から除外される。

①公権力の行使

憲法訴願審判の対象となる公権力の行使は、立法権、執行権、司法権の行使である。そこで、第一に、立法作用に対する憲法訴願では、すべての法律が憲法訴願の対象になるのではなく、その法律が具体的執行行為を待たずに直接にかつ現在的に、憲法上保障されている基本権を侵害した場合に限定される。また、行政立法に対する憲法訴願においては、法規命令も公権力の行使に該当するので別途の執行行為なしに直接基本権を侵害した場合には対象となる。

そして、行政作用に対する憲法訴願では、検事の不起訴処分が憲法訴願事件の大部分を占めてきた。その理由は、検事の不起訴処分に対する裁定申請の範囲が刑法上の「公務員の職権濫用罪」に制限されてきたからである。すなわち、検察の起訴独占主義下において憲法上の刑事被害者の陳述権を保障し、告訴人の権利を保護するために、検察の起訴権行使に対する有効な牽制手段が必要であったにもかかわらず、裁定申請の範囲が制限されてきたわけである。二〇〇七年六月一日の刑事訴訟法第二〇六条第一項の改正によって裁定申請の範囲がすべての「告訴」事件にまで拡大されたことによって、検事の不起訴処分に対する憲法訴願審判事件の数が大幅に軽減されることが期待されている。但し、「告発」事件では、依然として検事の不起訴

処分に対する憲法訴願審判が有効に機能する途が残されている。

ところで、憲法訴願審判で問題となるのは、裁判所の行政裁判をすべて経たのちにその行政裁判の対象となった行政処分である「原行政処分」が憲法訴願審判の対象になるか否かである。憲法裁判所は、原則としてその憲法訴願対象性を否定している。その理由として、憲法上に行政処分に対する大法院の裁判が最終的であること（憲一〇七条②）、裁判所の確定判決の既判力を損うこと、憲法訴願審判の対象から「裁判」を除外している憲法裁判所法に違反することなどが挙げられる。但し、例外的に憲法裁判所が違憲と決定した法令を適用した裁判所の「裁判」は、憲法訴願の対象と認定されるので、その裁判所の「裁判」を取消すとともに原行政処分に対する憲法訴願審判の請求まで受け入れて、それを取消したことがある［憲裁一九九七・一二・二四、九六憲マ一七二・一七三併合］。

憲法訴願審判の対象は、以上の立法権、執行権、司法権のみならず、間接的な国家行政作用、例えば、公法上の社団・財団などの公法人、国立大学のような営造物などの公的作用も含まれる。

②公権力の不行使

公権力の不行使に対する憲法訴願は、公権力の主体に憲法上の作為義務が特別に定められており、それに基づいて基本権の主体が公権力の作為を請求したにもかかわず、公権力の主体がその義務を懈怠した場合に許容される。したがって、作為義務がない公権力の不行使に対する憲法訴願は認められない。例えば、立法者が憲法上の立法義務がある事項について全く立法を行わない場合（真正立法不作為）、法律の施行のために施行規則などが制定されるべきにもかかわらず、行政権が法律の施行に必要な行政立法をしない場合（行政立法の不作為）がある。

（五）憲法訴願審判決定の効力

憲法訴願の認容決定は、すべての国家機関と地方自治団体を拘束し（法七五条一項）、憲法訴願の当事者は、すでに審判を経た同一の事件については再び審判を請求できない既判力がある（法三九条）。また、憲法裁判所が公権力の行使または不行使に対して憲法訴願の認容決定をした場合には、国家機関である被請求人は、憲法裁判所の認容決定の趣旨に従って新たな処分をしなければならない（法七五条四項）。そして、法律または法律条項が違憲と決定された場合には違憲法律審判の規定が

準用（法七五条六項）されるので、原則的には将来効を、例外的に刑罰に関しては遡及的効力を有する。

（六）憲法訴願審判の適法要件

憲法訴願審判は、公権力の行使または不行使によって憲法上保障される基本権を侵害された者が憲法裁判所に審判請求を行う制度である。したがって、請求人が憲法訴願審判を提起して本案判断を受けるためには、憲法訴願審判の適法要件を充足させなければならない。その適法要件には、実体的要件と形式的要件がある。まず、実体的要件としては、第一に、請求権者は、請求人適格を有しなければならない。つまり、憲法訴願審判を請求しうる者は、公権力の行使または不行使によって憲法上保障される自分の基本権が侵害されたと主張するすべての国民である。国民の中には自然人だけではなく国内私法人や権利能力なき社団も一定の範囲内で憲法訴願審判を請求することができる。

第二に、基本権侵害の可能性である。憲法訴願審判の請求は、特別の事情がない限り請求人自身が直接そして現在に憲法上保障される基本権を侵害された場合にのみ認められるものである。より具体的には、公権力による基本権の侵害が第三者に対する侵害ではなく自分に関連するものでなければならないという自己関連性（Selbsbetroffeinheit）の要件と、執行機関の法執行行為の介入なしに公権力によって直接基本権が侵害されていなければならないという直接性（unmittelbare Betroffeinheit）の要件、そして、基本権の侵害が将来ではなく現在行われていなければならないという現在性（gegenwär Betroffeinheit）の要件がある。

これらの実体的要件以外にも、第三に、権利保護の利益（＝審判請求の利益）がなければならない。つまり、憲法訴願審判制度は、国民の基本権侵害を救済することを目的としているので権利保護の利益がなければならない。したがって、権利保護の利益がない場合には、憲法訴願審判の請求は不適法として却下されるのである。しかし、侵害行為がすでに終了してそれを取り戻す余地がない場合でもそのような侵害行為がこれからも繰り返される恐れがあり、または憲法秩序の守護・維持のために憲法上重要な意味をもつ場合には例外的に請求の利益が認められる［憲裁一九九二・一・二八、九一憲一一一］。

憲法訴願審判の形式的要件としては、適法な形式の審判請求書の提出（法七一条）、憲法訴願審判以外の他の救済手続きをすべて尽くさなければならないという補充性の原則（法六八条

一項）、請求期間以内に請求すること（法六九条一項）、弁護士を審判代理人として選任すること（法二五条三項）、憲法裁判所が供託金の納付を命じた場合にはそれを納付すること（法三七条二項）などがある。

（七）憲法訴願制度の問題点

韓国の憲法訴願制度のいくつかの問題点をみると、第一に、憲法訴願制度の対象から裁判所の「裁判」が除外されていることがある（裁判訴願の禁止[9]）。そこで、憲法訴願審判では、「他の法律に救済手続きがある場合にはその手続きをすべて経なければ請求できない」（法六八条一項）という「補充性の原則」が適用されるので、「補充性の原則」が厳密に適用されると国家公権力による基本権侵害は殆ど行政訴訟の対象になるので憲法訴願制度自体が形骸化されるおそれがある。そこで、憲法裁判所は、判例を通じて「補充性の原則」の例外事由を幅広く認めている。すなわち、法律上の救済手続きがない場合や、請求人の正当な理由ある錯誤によって法的救済手続きを経ていない場合、法的救済手続きでは権利が救済される可能性が少ない場合、法的救済手続きがあるか否かが客観的に不明確であり期待可能性が少ない場合には、憲法裁判所は「補充性の原則」の例外として認めている［憲裁一九八九・九・九、八八憲マ二］。しかし、それだけでは足りず、憲法訴願の請求人が「重大かつ回復すべからざる損害を被るおそれがある場合」には例外を認める規定を設けるべきであり、より根本的には裁判所の「裁判」を憲法訴願の対象とすべきである。

第二に、本案判決が出されるまで重大な損失を防止するために暫定的に仮の地位を設定し、本案判決の実効性を確保することが目的である仮処分の明文規定を設けていないことがある。憲法裁判所法には、政党解散審判と権限争議審判には仮処分規定（法五七条、六五条）が設けられているが、憲法訴願審判にはその規定が設けられていない。しかし、憲法訴訟法第四〇条によると、憲法裁判所の審判手続きについて特別の規定がある場合を除外して民事訴訟に関する法令を準用し、特に権限争議審判及び憲法訴願審判の場合には行政訴訟法をともに準用することができる。そこで、政党解散審判と権限争議審判のみではなく、その他の審判にも仮処分が許容されるのかが問題となる。多数説では、憲法訴訟法第四〇条によって民事訴訟法上の仮処分規定や行政訴訟法上の執行停止規定はその性質に反しない限り憲法訴訟審判のすべての仮処分に準用されるという。また、違憲であることが明白である場合や違憲であることが強く疑わ

れる法律に対して本案決定前に仮処分によって事前にその効力を停止させる必要性があるから憲法訴願審判などで仮処分を禁止する正当な理由がないという。憲法裁判所も、多数説の主張に従い、司法試験の受験回数を制限する司法試験令の憲法訴願事件で仮処分を認めたことがある［憲裁二〇〇〇・一二・八、二〇〇〇憲サ四七一］。

その他に、憲法訴願事件の大部分を占めてきた検事の不起訴処分の問題は、「裁定申請」の範囲がすべての告訴事件まで拡大されることによって解決されることになった。また、指定裁判部の却下事由の多くを占めてきた請求期間の徒過問題は、その請求期限を延ばすことによって本案判断に回付される途が開かれた。しかし、憲法訴願事件で資力のない者に対する国選弁護人制度を設けてはいるものの代理人を選任しなかったという理由で却下される事件もすくなくないことから、弁護人強制主義の妥当性も見直す必要がある（参考資料三参照）。さらに、憲法訴願の対象が憲法訴訟法に明確に規定されていないことも問題であろう（ドイツ連邦憲法裁判所法九〇条一号）。

三　権限争議審判

（一）概念と意義

韓国の憲法裁判所の管轄に属する権限争議審判というのは、国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間及び地方自治団体相互間における「権限の存否またはその範囲に関する争い」が発生した場合に、国家機関または地方自治団体の請求によって、憲法裁判所がこれを審判することによってその権限の存否または範囲を確定するという制度である（憲一一一条一項四号、法二条四号、法六一条一項）。それによって、各機関に与えられた権限を保護するとともに、客観的権限秩序の維持を通じて国家機能の遂行を円滑にし、水平的及び垂直的な権力相互間の牽制と均衡を維持しようとする点にその制度的意義がある。憲法裁判所も、権限争議審判の目的は、公権力を行使する憲法上の国家機関相互間に「権限の存否またはその範囲」に関して争いがある場合に、「独立した国家機関である憲法裁判所がこれを審判し、その権限と義務の限界を明確にすることによって、国家機能の円滑な遂行をはかり、国家権力間の抑制と均衡を保たせ、憲法秩序を保障すること」にあると述べた［憲一九九五・二・二三、九〇憲ラ一］。さらに、権限争議審判制度は、国民代表機関である国会内部での少数派を保護する機能をも果すことができる(10)。

こうした権限争議審判制度が導入されることによって、既存の行政訴訟法上の機関訴訟の管轄になってきた管轄事項から権限争議審判の管轄事項となる訴訟は除外されることになった（一九八八年行政訴訟法三条四項改正）[11]。

（二）権限争議審判の特徴

韓国の権限争議審判の特徴は[12]、第一に、憲法裁判所が管轄する権限争議審判には、国家機関間の権限争議だけでなく、異なる法主体である国家機関と地方自治団体間及び地方自治団体相互間の権限争議も含まれることである。第二に、権限争議の審判となる法的紛争は憲法上の紛争だけではなく、法律上の紛争も含まれる（法六一条二項）。したがって、憲法裁判所の権限争議審判権は、通常裁判所の行政訴訟の管轄権と重複するおそれがある。第三に、権限争議審判で議論される「権限（Kompetenz）」というのは、主観的権利義務ではなく国家及び地方自治団体などの公法人又はその機関が憲法又は法律によって付与された法的に有効な行為を行う能力又はその範囲であり、その帰属主体はこれを任意に処分又は放棄することはできない。第四に、権限争議審判は、原則的に憲法裁判所の管轄となる。つまり、権限争議審判と重複される余地が多い機関訴訟について、憲法裁判所の管轄事項となる訴訟を機関訴訟の管轄事項から除外することによって、権限争議に関する限り憲法裁判所に原則的で包括的な管轄権が認められている（行政訴訟法三条四項）。

（三）当事者の能力

権限争議審判の当事者となり得る者は、国家機関間の権限争議の場合には、憲法裁判所は国家機関として「国会、政府、裁判所、中央選挙管理委員会」のみを規定している。そこで、「国家機関」をこの規定に列挙されたものに限定するか、または国家の常任委任会、院内交渉団体、政党[13]、個別の国会議員などを含むとみるかにつき、学説上の争いがある。例示的規定説によれば、憲法一一一条一項四号で「法律が定める」という法律留保がないにもかかわらず、もしこの規定を限定列挙的規定とみると、憲法上の国家機関が憲法裁判所法によって縮小されることになり違憲の疑いがあるという[14]。それゆえ、すべての国家機関はその紛争の当事者になることになる。これに対し限定列挙規定説は、権限争議の当事者能力が許される範囲は、立法政策の問題とみる。よって、憲法裁判所法が国家機関の範囲として国会、裁判所、政府、中央選挙管理委員会のみを明示している点を重視し、その拡大解釈は許されないと解する。もし、国家

機関の構成員が権限争議の当事者能力を有するとすれば、裁判部、裁判官、検事、長官などにも権限争議を許すことになり、さらに、国会内での構成員または一部機関間の紛争が権限争議の対象となるため、すべての政治が裁判化するおそれがあるという。

この点について、憲法裁判所は最初は当事者の能力の範囲を厳格にとる限定列挙規定説の立場を取った［憲裁一九九五・二・二三、九〇憲ラ一］が、その後、先例を変更して憲法裁判所法の規定を限定的、列挙的ではなく例示的に解釈するのが憲法に合致すると判示し、当事者能力の範囲を広く認めた［憲裁一九九七・七・一六、九六憲ラ二］。憲法裁判所が当事者能力を認定した例は、国会議員、国会の議長及び副議長、国会の各委員会、国会院内交渉団体、大統領、国務総理、国務会議、行政各部の長、監査院・監査院長・監査委員、地方自治団体の長、地方議会などであり、当事者能力を否定した例は憲法裁判所、政党である。

（四）第三者訴訟担当

第三者訴訟担当というのは、機関の一部が全体機関の権限に関して全体機関に代わって当事者として権限争議審判を請求することをいう。その目的は、機関争訟の本質と機能から出る少数者保護にその制度的保障の意味がある。ドイツの場合には、ドイツ連邦憲法裁判所六四条一項に「請求人が自分が属する機関が基本法によって付与された権利と義務が被請求人の作為又は不作為によって侵害されたか、直接的侵害危険があることを主張する場合」に権限争議審判を請求できるように規定することによって明文で第三者訴訟を認めている。しかし、こうした明文の規定がない韓国の場合には、憲法裁判所の判決によって多数決の原理と議会主義の本質に反するのみならず、討論と対話による解決に努めるのではなく司法的手段による解決の方向で濫用される恐れがあるということで否定されている［憲裁一九九八・七・一四、九八憲一］。但し、少数意見では、第三者訴訟担当を認めるべきだという主張が見られる［憲裁一九九八・七・一四、九八憲ラ一：憲裁二〇〇七・七・二六、二〇〇五憲ラ八］

四．弾劾審判

（一）弾劾審判の意義と目的

弾劾審判制度は、大統領をはじめ高位公職者を対象とし、そ

の法的責任を特に憲法が定める特別訴追手続きに従って追及することによって憲法を保障する制度である。こうした弾劾制度により、大統領、国務総理・国務委員・行政各部の長、憲法裁判所の裁判官、法官、中央選挙管理委員会委員、監査院長、監査委員、その他法律で定められた公務員は、「その職務執行に際して、憲法もしくは法律に違反した場合」には、国会によって弾劾訴追されることがある（憲法六五条一項、法四八条）。但し、憲法裁判官が弾劾対象となる場合には三人以上を同時に訴追できない（法二三条一項、五〇条）。現行憲法上、弾劾審判の対象となる公職者の中で、国務総理・国務委員・行政各部の長の場合には国会における解任「議決」の対象ではなく解任「建議」の対象にすぎないので、弾劾審判制度によってその法的責任を問うことができるという点に現実的な意味がある。

（二）弾劾訴追

弾劾制度は、国会による弾劾訴追件（憲六五条）と、憲法裁判所の弾劾審判権（憲一一一条一項三号）とに二分化されている。弾劾訴追の発議は、国会在籍議員の三分の一以上の発議で行う。但し、大統領についての弾劾訴追の発議だけは、国会在籍議員の過半数の発議がなければならない。国会での弾劾訴追の議決は、国会在籍議員の過半数の賛成で議決する。但し、大統領に対する弾劾訴追の議決は在籍議員の三分の二以上の賛成で議決する（憲六五条二項）。このように、国会で弾劾訴追が議決されると訴追議決書が被訴追者に送達された時から憲法裁判所の審判があるまで、その権限行使が停止される（憲六五条三項、法五〇条、国会法一三四条二項）。権限行使が停止されている状態においては、任命権者は被訴追者の辞任書の受付や解任することができない（国会法一三四条一項）。

憲法裁判所に弾劾訴追議決書が送達されると弾劾審判が開始される。憲法裁判所の弾劾審判は、口頭弁論によって行われる。弾劾審判決定は、憲法裁判官六人以上の賛成で弾劾対象者を公職から罷免する決定を宣告する（憲一一三条一項、法二三条二項一号）。こうして弾劾審判の決定が宣告されると、その効力発生時点に関する明文の規定がないが、弾劾審判について別途の異議手続きがないので、決定宣告時から宣告の効力が発生すると見なされる。弾劾対象者は、公職から罷免されるのであり、民刑事責任は免除されない。弾劾された者に対する大統領の赦免権の行使も制限される。

（三）弾劾対象と事由

弾劾事由については、憲法六五条一項と憲法裁判所法四八条によって、弾劾対象の公務員が「その職務執行に際して、憲法もしくは法律に違反した場合」とし、包括的に規定されている。そこで、「職務」というのは、法制上所管職務の固有業務及び通念上これと関する業務をいう。「職務執行」というのは、所管職務による意思決定・執行・統制行為を包括し法令に規定された抽象的職務に基づいて具体的に外部に表出化かつ現実化される作用である。したがって、職務執行とは関係のない職務就任前や退職後の行為は、弾劾事由にはならない。

また、弾劾事由について「憲法もしくは法律に違反した場合」と規定しているが、これに関して憲法と法律に違反したすべての行為を弾劾事由とみるか、または憲法と法律に対する「重大な」違反行為のみを弾劾事由をみるかについて、見解が分かれていた。これが明確にされたのが、二〇〇四年三月一二日、国会で韓国の憲法史上初めて大統領についての弾劾訴追が在籍議員二七一人中一九三人の賛成で議決された「盧武鉉大統領の弾劾事件」［憲裁二〇〇四・五・一四、二〇〇四憲ナ一］である。そこでは、大統領の特定政党に対する支持発言が選挙法上の公務員の中立義務に違反することと、中央選挙管理委員会が大統領に対する選挙法違反決定を行ったことについて大統領が遺憾表明をしたこと、そして大統領が再信任国民投票を提案したことが弾劾事由である「憲法もしくは法律に違反する場合」に該当するとされた。

しかし、憲法裁判所は、これらの行為が弾劾事由に該当すると認めながらも、「職務行為によるすべての軽微な違法を理由に罷免させるということは、責任に相応しい憲法的懲罰の要請、即ち法益衡量の原則に違反する」と述べた。すなわち、罷免判決を行うためには、それを正当化する事由やそれに相応しい「重大性」がなければならないとしたのである。したがって、「罷免決定を通じて憲法を保障し傷つけられた憲法秩序を再び回復することが要請される程度には、大統領の違法行為が憲法保障の観点から重大な意味を有するとはいえず、また大統領に付与された国民の信任を任期中に剥奪する程度に国民の信任を害した場合に該当するとはいえないので、大統領に対する罷免決定を正当化する事由が存在しない」とし、棄却判断を下した(15)。

五．政党解散審判

憲法八条四項は、「政党の目的及び活動が、民主的基本秩序に違背する場合には、政府は、憲法裁判所にその解散を提訴す

ることができ、政党は、憲法裁判所の審判によって解散される」と規定し、政党の解散審判を憲法裁判所の管轄であることを定めている（憲一一一条一項）。

政党解散審判制度は、違憲政党を解散するという面では憲法を否定し破壊しようと組織化された憲法の敵から憲法を保護することにその基本的な目的があるが、他方では、違憲政党という理由で政党を解散しようとする場合に、行政処分や他の公権力の作用による解散は不可とし、憲法裁判所の審判を通じてのみこれを可能にすることによって、一般団体に比べて政党を厚く保護するという目的がある。[16]

こうした政党解散審判制度は、一九六〇年の憲法に政党条項とともに導入されてから、それを管轄する審判機関の変更はあったが現在まで維持されてきた。しかし、政党解散審判制度が導入から現在まで一件の政党解散審判も行われたことはない。

五．憲法裁判所と大法院との関係

第九次憲法改正によって通常裁判所とは別の憲法裁判所が設置されたことによって、通常裁判所の最高審である大法院との間に、管轄や解釈をめぐって緊張関係が表面に生じている。概略的に整理してみると以下の通りである。

一．憲法解釈権の問題

第一に、裁判所に憲法適合性に関する第一次的な審査権があるか否かの問題である。これは裁判所に一次的審査権が存在することを前提として定めている憲法裁判所法六八条二項の憲法訴願制度が違憲法律審判を定めている憲法一〇七条一項に適合するのかという問題とも関わっている。最初にこれが問題となったのは、私立学校教員の労働三権を制限し、労働運動を免職事由としている私立学校法五五条及び五八条一項四項の憲法適合性に対し免職された当事者によってソウル地方裁判所に提起された事件である。同裁判所は、直ちには憲法裁判所に違憲法律審判の提請を行わず、事実的判断を提示し合憲性推定の原則によって当事者の主張を棄却した。

この判決を契機に、裁判所に一次的審査権があるのか議論されてきた。そこには、第四・五共和国で裁判所に一次的審査権と、大法院の不送付決定権を付与したために、一度も憲法委員会が憲法裁判を行う機会を持ち得なかったという背景がある。

つまり、第五共和国の憲法一〇八条一項は、「法律が憲法に違反するか否かが、裁判の前提になった場合には、裁判所は、法律が憲法に違反すると認める時には憲法委員会に提請し、その決定に基づいて裁判を行う」と規定していたが、現行憲法一〇七条一項は、「認める時には」という文言を削除し、大法院の不送付決定権を削除した。

肯定説は、法の解釈と適用を任務とする裁判所が憲法的判断を行わないというのは妥当ではないと解する。裁判官が憲法と法律に基づきその良心に従い独立して審判を行う（憲一〇二条）というのは、合憲である法律だけを適用しなければならないことを意味するので、裁判所に一次的審査権があるという。否定説は、現行憲法上「認める時には」という文言が削除されているので、憲裁法四一条四項、六八条二項、六九条二項は違憲であると主張する。但し、この主張によっても、当事者の違憲法律審判の申請が訴訟遅延の目的である場合や、裁判の前提ではない法律の場合には、裁判所の一次的審査によって判断可能であるという。憲法裁判所は、裁判官が裁判の前提となった法律または法律条項について違憲という確信を持つ必要はなく、裁判官が職務遂行上違憲であるという「合理的な疑い」があれば憲法裁判所に提請をせよという趣旨であると述べた［憲裁一九九三・一一・一三、九三憲カ二］。

二　命令・規則・処分の管轄権の問題

第二に、命令・規則・処分の管轄権に関する問題である。現行憲法は、違憲法律審査権を憲法裁判所に（憲一〇七条一項、一一一条一項）、命令・規則・処分に関する違憲・違法に関する最終的審査権を大法院に付与している。ところで、憲法一一一条一項五号は、憲法裁判所の管轄権として、違憲法律審査権など以外に「法律が定める憲法訴願に関する審判」と定め、憲法訴願の対象などを法律に留保した。そこで、同規定を根拠とした憲法裁判所法六八条一項は、「公権力の行使または不行使によって憲法上保障される基本権を侵害された者は、裁判所の裁判を除外して憲法裁判所に憲法訴願審判を請求できる」と規定した。したがって、憲法上は、命令・規則・処分に関する最終的管轄権は大法院に付与しているのに対して、憲法に根拠を置く憲法裁判所法がその管轄権を憲法裁判所に付与していることに問題の原因がある。

これが問題になったのは、司法書士法施行規則に対する憲法訴願事件［憲裁一九九〇・一〇・一五、八九憲マ一七八］であ

る。大法院の規則である司法書士法施行規則三条一項は、「裁判所の行政処長は、司法書士を補充する必要がある場合に、大法院長の承認を得て司法書士試験を実施することができる」と規定していた。つまり、司法書士試験を実施するか否かの決定権が全面的に裁判所の行政処長に付与されていたことである。その結果、相当期間に一度も司法書士試験を行わずに、裁判所・検察庁・憲法裁判所の退職公務員に独占されてきたので、司法書士試験を準備してきた請求人と司法書士試験を受験しようとする者の憲法上の平等権と職業選択の自由が侵害されたとして請求された事件である。

憲法裁判所は、この事件で、憲法訴願の対象たる公権力は、立法・行政・司法などのすべての公権力であるから、命令・規則によって直接に基本権が侵害された場合には、法律による基本権侵害の場合と同様に、憲法一〇七条二項とは別の問題であることを前提として、「統一的憲法解釈と規範統制のために公権力による基本権侵害を理由とする憲法訴願請求事件において、法律の下位規範である命令・規則の違憲審査権は憲法裁判所の管轄に属する」と判示した。

しかし、大法院は、憲法上保障されている管轄権を相互尊重する必要があると主張しながら、「裁判の前提の有無」によって管轄権を分離することは、審査機関の二分化及び両機関の結論が異なる場合に混乱を生じさせるので、命令・規則・処分に関する最終的審査権は大法院に属すると主張した。

この問題の原因は、憲法裁判所を導入する際に、憲法一〇七条二項をそのまま残したことと、裁判所の裁判を憲法訴願の対象から除外していることにある。したがって、現状では、憲法裁判制度の目的に照らし統一的憲法解釈と憲法裁判の機能維持のためには、命令・規則・処分に関する憲法適合性審査は裁判の前提になっていない場合には憲法裁判所の管轄であり、裁判の前提である場合には大法院の最終的審査権があると解するのが妥当であろう。勿論、命令・規則・処分の法律適合性の最終的審判権は大法院に属すると解される。

三、立法形成の自由と変形決定

第三に、いわゆる「変形決定」である。変形決定とは、憲法裁判所が法律の憲法適合性を審査するに当たって、審判対象である法律の違憲性が認められるにもかかわらず、憲法適合的解釈または立法者の立法形成権（＝裁量権）に対する尊重、法的空白による困難の防止などを理由として法律に対する違憲宣言

を回避し、その限定された意味領域または適用領域が違憲であることを宣言するか、または法律が憲法に適合しないことを宣言するなど多様な決定類型をいう。しかし、憲法裁判所法四五条は、「憲法裁判所は、提請された法律または法律条項の違憲か否かだけを決定する」よう定められている。そこで、憲法裁判所と大法院とに変形判決の効力をめぐって争いが生じている。

まず、変形決定の一類型である憲法不合致決定（＝違憲確認決定）である。単純違憲決定をする場合には即時効力が喪失し法的空白が生じるため、これによる問題が発生することを防止するために、審判対象である法律の違憲性を認めながらも、立法者が改正するまで、またはその他に一定期間その形式的存続だけを認定して、その適用を中止させるかまたはその期間に暫定的に効力を維持し継続的に適用されるように行う変形された決定をいう（例、同姓同本禁婚事件）。こうした憲法裁判所の憲法不合致決定に対し大法院は、憲法不合致と宣告された法律条項が当該事件に適用されるかについてこれを適用するべきだと判示したものもあるが（大一九九七・三・二八、宣告九六ヌ一一〇六八）、当該事件に適用してはならないと判示したものもある（大一九九一・六・一一、宣告九〇ダ五四五〇）。また、国会は、憲法裁判所が憲法不合致決定をした場合に、憲法不合致として判断された法律条項を廃止することもあり、また憲法裁判所の判断に反して効力が喪失された法律条項と同様の法律条項を再び制定することもできる。さらに、憲法裁判所の判断が正しいと認める場合には憲法裁判所の判断を尊重して該当法律条項を改正することもできる。つまり、国会は、憲法不合致決定に対して改正または廃止で対応している。

その次に、限定合憲決定及び限定違憲決定である。限定合憲決定（＝合憲限定決定）というのは、審判の対象となる法律または法律条項の解釈において、多義的解釈が可能であって、一方の解釈をとると合憲となり他方の解釈をとると違憲となるというような場合に、その法律の解釈・適用において、憲法に違反する意味を排除して合憲的内容に縮小・限定してその意味においてのみ該当法律の効力を維持するという決定である。限定合憲決定を合憲決定と見なせば拘束力は発生しないが、これを違憲決定と見なせば拘束力が発生することになる。憲法裁判所は、限定合憲決定は違憲決定に該当すると見做して拘束力が発生するという立場である。限定違憲決定は、審判の対象となる法律または法律条項の解釈において、多義的解釈が可能であって、一応違憲として解釈される余地が存在することが明らかで

あって、残りの部分においては合憲と解釈される余地もあり、違憲と断定できない部分もある場合、その法律の解釈・適用において違憲と解釈される意味部分だけを該当法律の意味から除外する決定をいう。

憲法裁判所は、ある法律の概念が多義的でその語義の枠の中で多様な解釈が可能な場合には、憲法をその最高法規とする統一的法秩序の形成のために憲法に合致する解釈、つまり合憲的解釈を選択するべきであり、これによって違憲的結果になる解釈を排除しながら合憲的で肯定的な面を生かすことが憲法の一般法理であると述べた［憲裁一九九〇・四・二、八九憲カ一一三］。つまり、限定合憲決定をも違憲決定に該当すると見做して拘束力は発生すると見做した［憲裁一九九〇・六・二五、九〇憲カ一一］。

これに対し、大法院は、憲法裁判所の決定にもかかわらず、法律または法律条項はその文言が全く変更されずにそのまま存続しているので、限定違憲決定は法律または法律条項の意味・内容とその適用範囲を定める法律解釈と言わなければならないという。ところで、具体的事件において当該法律または法律条項の意味・内容と適用範囲がどのようなものであるかを定める権限、すなわち、法令の解釈・適用の権限は司法権の本質的内容を構成するもので、全面的に大法院を最高裁判所とする裁判所に属する。［……］このように、裁判所に専属されている法令の解釈・適用の権限について、いかなる影響や拘束力も有することはできない（大一九九六・四・九、宣告九五ヌ一一四〇五）と判示し、その拘束力を否定した。

ところで、国会は、国会事務処法制室における違憲決定法律の整備状況をみると、憲法裁判所の限定合憲決定及び限定違憲決定に対しては一般的には対応していない(17)。

結局、変形決定に関する拘束力を大法院が否定することによって混乱が生じているので、憲法裁判所は、変形決定を濫用せず憲法合致的解釈または立法者の形成権に対する尊重、法的空白による混乱の防止などのために必要不可欠な場合にのみ、制限的に許容するべきである。また、憲法裁判所法の改正を通じて変形決定の根拠を備えるべきである。

六．違憲判決の効力

韓国では、憲法裁判所の違憲判決の効力と廃止される当該法律の効力に関する憲法上の規定がない。ただ、法律のレベルにおいて、憲法一一三条三項に基づいて制定された憲法裁判所法

四七条二項は、「違憲と決定された法律または法律条項は、その決定があった日から効力を喪失する。但し、刑罰に関する法律または法律条項は遡及して効力を喪失する」と定められている。すなわち、憲法に違反する法律は当初無効ではなく一応有効であるが、違憲判決によってその効力を喪失する将来効が原則的であって、例外的に刑罰に関する法律又は法律条項に限定して遡及効を認める趣旨である。

大法院は、最初は憲法裁判所法四七条二項を根拠に遡及効を否定した［大一九八九・一一・六、宣告八九グ一九］。その後、一九九一年の判決では、民事・刑事の区別なく裁判の前提になった該当事件には遡及効が及ぶと判決し、一九九二年には、裁判の前提になった当該事件、違憲判決がある前に同種の法律の憲法適合性が憲法裁判所や裁判所に申立てられた事件及び違憲の申立てはされていないが当該法律又は法律条項が裁判の前提になって裁判所に係属中の事件に関して遡及効を認めた。また、一九九三年判決には、違憲決定以後に提訴された事件にも遡及効が及ぶと判示し、遡及効の範囲をさらに拡張した。一九九四年の判決においては、基本的には遡及効の範囲を幅広く認定する立場を維持しながら、遡及効が及ぶ範囲は無限定ではなく、法的安定性と当事者の信頼保護のために不可避である場合に限って違憲決定の遡及効を制限することが法治主義の原則上要請されると判示した。

このように、大法院は憲法裁判所法四七条二項の文言と離れた独自の解釈を行っている。そこで、遡及効を否定している憲法裁判所法四七条二項は、違憲の法律ではない憲法に適合する法律による裁判を受ける権利の侵害（憲二七条一項）であり、裁判官は違憲の判決後もそれ以前に成立した法律関係に対して違憲の法律を適用することになるので、「裁判官は、憲法と法律に基づきその良心に従い、独立して審判を行う」という憲法一〇三条に違反し、国家の基本権保障義務（憲一〇条）に違反すると指摘され、憲法裁判所にその違憲性が問われるようになった。これに対して、憲法裁判所は、憲法裁判所法四七条二項の事件の判決で、「遡及効については、特段の事情がない限り、憲法適合性の問題というよりは立法者が法的安定性と個人の権利救済など諸利益を比較衡量しながら決定する立法政策の問題である」から、憲法に違反しないと判示した。しかしながら、違憲決定の特殊性や実効性のために、例外的に部分的な遡及効の認定を否認してはならないと判示した［憲裁一九九三・五・一三、九二憲カ一〇：九一憲バ七：九二憲バ一四・五〇（併合）］。

このように、憲法裁判所と大法院の判決では、当初無効が原則的にとられており、法的安定性と当事者の信頼保護のために不可避な場合に限って将来効を認めていることが挙げられる。したがって、違憲判決の効力は、原則的には当初無効とすべきであり、法的安定性からどうしても将来効を認めなければならない場合には、その基準を厳格に示さなければならないであろう。

七. 結びに

本稿においては、現行韓国の憲法裁判制度の現況を概観するとともに、その導入から二〇年間にわたる運営のなかで現われている問題点とその改善策をも検討した。それらの問題点を簡潔に整理してみると、第一に、韓国の憲法裁判所には管轄権が幅広く与えられている。つまり、違憲法律審判以外に憲法訴願審判、権限争議審判、政党解散審判、弾劾審判がその管轄となっている。しかも、憲法上は命令・規則・処分の違憲違法審査権は大法院の管轄になっているが、憲法裁判所は、解釈を通じて命令・規則によって「直接基本権が侵害された場合」には例外的に憲法訴願の対象になるとした。第二に、裁判所の「裁判」が憲法訴願審判の対象から除外されることによって、裁判所で違憲法律審判の申立てが棄却された場合に、直接憲法裁判所に違憲法律審判を申立てをできる韓国独特の憲法訴願制度が設けられている（法六八条二項）。さらに、憲法裁判所は憲法訴願の形骸化を防ぐために「補充性の原則」の例外事由を幅広く認めている。第三に、憲法裁判所は、法的根拠なしに「変形判決」を多く出している。特に「限定違憲判決」や「限定合憲判決」について、大法院は、司法権の本質的内容である法律の解釈・適用の権限が侵害されるとしながらその拘束力を認めていない。第四に、憲法裁判の特殊性や憲法裁判官になる者の憲法感覚は顧慮されず、憲法裁判官の資格が法曹資格を有する者に制限されている。それゆえ、説得力のある緻密な憲法論理というよりは「立法裁量権の範囲」や基本権の制限が「本質的内容」の侵害ではないというなどの論理で合憲判決に導かれる例が少なくないし、違憲審査基準の適用も体系的で精密的に行われているとは言いがたい。

こうしたことから改善策を検討すると、第一に、裁判所の「裁判」を憲法訴願審判の対象とするべきである。それによって、憲法裁判所法六八条二項の韓国独特の憲法訴願審判制度は、その必要性がなくなり、さらに「補充性の原則」の例外事由も幅

広く認める必要性がなくなる。また、憲法裁判所と大法院との命令・規則の管轄権の問題も生じないので、憲法上定められている管轄権を互いに尊重することができる。第二に、違憲判決の効力を原則的に遡及効・例外的に将来効に改正すべきである。それによって、法的安定性や信頼保護のためにどうしても「変形判決」が必要な場合にはその法的根拠を明確にすべきである。第三に、憲法裁判の特殊性を顧慮して憲法裁判官の資格・任期及び構成方法などを改める必要がある。つまり、憲法裁判官の構成方法は、国会を中心とするべきであり、その資格は憲法感覚を有する憲法学者などにも開放されるべきであって、さらにその任期は一二年程度に延ばして憲法裁判官が任期後の次のステップを顧慮するという「政治的傾向性」を防止して政治的中立性を保つようにするべきである。最後に、何よりも重要なことは、憲法裁判所が「裁判の政治化」を防ぎながら、国民に説得力のある憲法論的根拠に基づく理由付けやある程度予測できる体系的で精密的な違憲審査基準を確立していくべきである。

＊本稿は、二〇〇八年一二月一一日、北海道大学で行われた立法過程研究会主催の学術セミナーでの報告原稿を基に作成されたものである。

（1）李承晩独裁政権に立ち向かって戦った四・一九学生革命によって誕生した一九六〇年の第二共和国では、現行制度と類似した憲法裁判制度が設けられたが、一九六一年の五・一六軍事クーデターによって憲法裁判所の設置までにはいかなかった。当時の制度と現行制度と異なる点は、当時の制度では「憲法に関する最終的解釈権限」を付与することによって抽象的規範統制を可能にしたが、「憲法訴願」制度は導入しなかったことである。

（2）韓国の憲法裁判制度の沿革については、韓国憲法裁判所編（徐元宇ほか訳）『韓国憲法裁判所一〇年史』（信山社、二〇〇〇年）八―六七頁参照。

（3）憲法裁判所は、憲法裁判二〇年周年を記念し、その間の経緯と成果（主要判例）を整理した書籍を発行した。憲法裁判所編『憲法裁判所二〇年史』（憲法裁判所、二〇〇八年）一―九五九頁参照。

（4）韓国憲法裁判所の運営上の問題については、拙稿「韓国の違憲審査制の現況と課題―違憲審査基準を中心にして」小山剛・大沢秀介『東アジアにおけるアメリカ憲法』（慶応義塾大学出版会、二〇〇六年）八一―一一七頁参照。

（5）盧武鉉大統領は、政権末期に、その当時憲法裁判官であった全孝淑（Jeon, Hyo-Sook）憲法裁判官を現職から自ら辞任した形を取った後に所長候補者として指名した。これは、盧武鉉大統領が憲法裁判官から所長になる者の所長任期の争い（残余任期か新しく六年か）を決着させ、六年の憲法裁判所長の任期を保障するためであった。しかし、反対側は、憲法裁判所長は、憲法上には「憲法裁判官のなかから」国会の同意を得て大統領が任命することになっているから、本人が憲法裁判官を辞任したから憲法裁判所長の資格がないという理由などから、国会の人事聴聞会で問題とした。結局、反対側の強い攻撃を受け、盧武鉉大統領は、全孝淑憲法裁判官を憲法裁判所長に任命することを諦めることになった。詳細は、丁泰鎬「憲法裁判所長の任命の憲法的問題」法学論叢一二七巻一号（二〇〇七年）三七七－四〇三頁参照。

（6）憲法裁判官九人の中で三人以上の憲法裁判官が弾劾訴追を受ける場合には、憲法裁判所は裁判業務を遂行できない状況に陥る。こうした事態を防止するためには、国会が一回に憲法裁判官三人以上に対する弾劾訴追をできないようにすることや予備裁判官制度を設けることが主張される。鄭宗燮『憲法訴訟法（第四版）』（博英社、二〇〇六年）一〇三頁。

（7）同時表決方式による事件決定上の主文の決め方は、法院組織法第六六条第二項を準用している。つまり、「数額」または「刑量」に関して意見が三つ以上に分立しそれぞれが過半数に達しない場合には、申請人に最も有利な見解を支持する票数に、その次に有利な見解を支持する票数を順次に加えていく、過半数に達するに至った見解をその合意体の見解とする方式である。例えば、違憲法律審判では、①合憲五人、違憲二人の場合には合憲決定の主文を、②合憲二人、憲法不合致二人、違憲五人の場合には憲法不合致決定の主文を、③合憲三人、限定合憲五人、違憲一人の場合には、合憲限定決定の主文を下すのである。

（8）権寧星『憲法学原論［改訂版］』（法文社、二〇〇九年）一〇九四頁。

（9）憲法訴願制度の導入の時に憲法訴願の対象に裁判所の「裁判」が含まれると四審制を認めることになってしまうという大法院の強い反対があったからである。

（10）鄭宗燮『憲法訴訟法〈第四版〉』（博英社、二〇〇六年）四一五頁。

（11）韓国での権限争議審判と機関訴訟との関係については、拙稿「憲法訴訟と『機関訴訟』―機関訴訟の拡大への試論」早稲田法学七四巻二号（一九九九年）三五九－四六四頁参照。

（12）憲法裁判所『憲法裁判実務諸要〈第一改正増補版〉』（憲

法裁判所、二〇〇八年）三二四―三二五頁。

(13)「政党」に当事者能力を認めることの可否について、否定的見解は、政党の当事者能力を認めるドイツの連邦憲法裁判所の判例や学説を検討したうえで、「政党というのは、本質的に市民的社会生活に基づく一般結社にすぎず、決して国家機関の一つにはならないという立場をとれば、政党が権限争議を提起し、その当事者となりうるという」主張は受け入れられないという。したがって、政党の権利救済の方法は、権限争議審判ではなく憲法訴願であると述べる。金雲龍「国家機関相互間の権限争議審判」憲法裁判研究三巻『権限争議審判制度に関する研究』（憲法裁判所、一九九一年）二一四―二二七頁参照。しかし、議会主義と民主主義の成熟に伴い、政党国家的傾向が強くなっている現実から、政党にも当事者能力を肯定するべきだという見解がある。丁泰鎬「国家機関相互間の権限争議制度と政党」桂禧悦『政党と憲法秩序』（博英社、一九九五年）三八五―四四三頁参照。

(14) 韓柄菜『憲法裁判論』（考試界、一九九四年）二〇五頁。

(15) 盧武鉉大統領の弾劾事件については、拙稿、一一〇―一一三頁参照。

(16) 憲法裁判所、三六五頁。

(17) 国会事務処法制室『違憲決定法律整備現況―二〇〇五年度違憲決定法律を中心に』（国会事務処法制室、二〇〇六年）一―一八四頁参照。

《参考資料１》審判累計表［1988.09.01～2008.10.31現在］

区分		受付	処理											未処理
			合計	決定									取下げ	
				計	違憲	不憲合致法	限定違憲	限定合憲	認容	合憲	棄却	却下	その他		
合計		16665	15937	15386〈358〉	313〈216〉	113〈75〉	51〈38〉	28〈29〉	298	1131	5585	7863(6541)	4	551	728
違憲法律		594	552	446〈175〉	123〈126〉	41〈26〉	15〈9〉	7〈14〉		230		30		106	42
弾劾		1	1	1							1				
政党解散															
権限争議		51	39	33					5		12	16		6	12
憲法訴願	計	16019	15345	14906〈183〉	190〈90〉	72〈49〉	36〈29〉	21〈15〉	293	901	5572	7817(6541)	4	439	674
	§68①	14228	13760	13366〈82〉	52〈47〉	24〈26〉	11〈9〉		293	4	5572	7407(6288)	3	394	468
	§68②	1791	1585	1540〈101〉	138〈43〉	48〈23〉	25〈20〉	21〈15〉		897		410(253)	1	45	206

※注
1．決定欄の〈 〉は、審判対象の法律条文の数字。
2．憲法訴願審判事件の中で、指定裁判部の処理件数は（ ）に記載し、本欄の数字に合算表示。
3．法令に対する§68①の憲法訴願審判事件が認容された場合は、その内容に従って違憲、憲法不合致、限定違憲などで分類。

《参考資料２》審判統計表［2008年度］2008.11.23現在

区分			受付	処理										未処理
				計	違憲	不憲合致法	限定違憲	限定合憲	認容	合憲	棄却	却下	その他		
2008	合計		1876	1114〈18〉	7〈8〉	6〈6〉	3〈4〉		28	72	406	606(560)		34	728
	違憲法律		58	16〈6〉	4〈3〉	2〈3〉				10					42
	弾劾														
	政党解散														
	権限争議		20	6							3	3		2	12
	憲法訴願	計	1798	1092〈12〉	3〈5〉	4〈3〉	3〈4〉		14	62	403	603(560)		32	674
		§68①	1465	970〈7〉	2〈4〉	2〈2〉	1〈1〉		14	1	403	547(512)		27	468
		§68②	333	122〈5〉	1〈1〉	2〈1〉	2〈3〉			61		56(48)		5	206

《参考資料３》憲法訴願審判事件の却下事由別の現況（指定裁判部）2008.10.31現在

区　　分	§68①	§68②	計
計	6288	253	6541
他の救済手続きをすべて経ていない場合（法第72条第３項第１号前段）	509		509
裁判の裁判について請求された場合（同第１号後段）	631	4	635
請求期間が経過された場合（同第２号）	1177	38	1215
代理人選任がない場合（同第３号）	1448	34	1482
その他、請求が不適切でありその欠陥を補正できない場合（同第４号）	2523	177	2700

判例研究

公法判例研究

山崎左紀子

歌劇団公演のための「公の施設」の使用が仮に義務付けられた事例

岡山地方裁判所平成一九年一〇月一五日決定
平成一九年（行ク）第四号
判時一九九四号二六頁、判タ一二五九号二六頁

判自三〇二号六七頁

【事実の概要】

X（x歌劇団岡山公演実行委員会委員長・原告）は、x歌劇団公演のため、岡山市が設置した公の施設である岡山シンフォ

ニーホール（以下、「本件ホール」という。）の使用許可申請をした。x歌劇団は在日朝鮮人によって設立された音楽舞踏集団で、日本国内を中心に活動している。それまでx歌劇団の公演に対しては、各地で右翼団体による妨害活動が発生していたが、警察による警備によって混乱もなく公演が行われてきており、本件でも、右翼団体等による事前の街宣活動等が行われていた。

岡山市から指定管理者として本件ホールの管理を委託されているY（財団法人岡山シンフォニーホール・被告）は、仮にXに対して本件ホールの使用を許可すると、右翼団体の抗議活動等により混乱が生じるおそれがあると判断し、岡山シンフォニーホール条例（以下、「本件条例」という。）三条二号所定の不許可要件である「ホールの管理上支障があるとき」に該当するとして、Xに対し、不許可処分（以下、「本件不許可処分」という。）を行った。これを受けてXは、本件不許可処分は本件条例の解釈適用を誤った違法なものであるとして、その取消及び本件ホールの使用許可の義務付けを求める本案の訴えを提起し、同時に、本件ホールの使用を仮に許可すべき旨を命ずるよう申し立てた。

【決定要旨】

Xの申立て認容

（一）償うことのできない損害を避けるため緊急の必要

本案である本件ホールの使用許可の義務付けの訴えに係る使用許可処分がされなければ、x歌劇団の公演が、Xの予定した公演日ないしこれに近接した日に、岡山市において、予定した規模で実施されることは、事実上不可能といえる。そうなるとXは、公演準備のため既に支出した諸費用その他の財産的損害を被ることになる他、公演を通じて、朝鮮民族教育を守り発展させ、在日朝鮮人社会の連携を深めると共に、朝日友好親善を図るというXの目的は達せられないことになり、ひいては、x歌劇団公演実施に向けてのXの諸尽力や熱意が無に帰して、Xが精神的苦痛を受けることはもとより、憲法によって保障された集会の自由その他のXの基本的自由が侵害されることになり、さらには、公演の観覧を待ち望んでいる市民の期待をも裏切ることになることは明らかである。

公演を実施できなくなることにより、Xは、前記のような財産的侵害や精神的苦痛を被る他、憲法によって保障された基本的自由が侵害されることになるのであるが、そのうち、財産的侵害についてはともかく、精神的苦痛や基本的自由の侵害に対する損害は、元々その算定が甚だ困難であるため、懲罰的賠償

が許容されない現行法制の下では、低額の慰謝料が認容されるにとどまる蓋然性が高いし、また、これらの損害の回復、特に、基本的自由の侵害の回復という観点からしても、これを慰謝料に換算した上、金銭賠償をすることによってたやすくその損害の回復ができると考えてしまうことにも相当問題があり、憲法秩序からしても、また、社会通念からしても是認し難いものがある。そうすると、公演が実施できなくなることによって生じる損害は、金銭賠償のみによって損害を甘受させることが社会通念上著しく不相当と評価されるということができるから、行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）三七条の五第一項所定の「その義務付けの訴えに係る処分がされないことにより生ずる償うことのできない損害」に当たると認めるのが相当である。

また、x歌劇団公演の開催予定日までに本案訴訟である義務付け訴訟の判決が確定することはあり得ないことも明らかである。したがって、Xの申立ては、行訴法三七条の五第一項所定の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」るときに当たるというべきである。

（二）本案について理由があるとみえるとき

本件ホールは、地方自治法二四四条一項の「公の施設」であるから、Yは、正当な理由がない限り、住民が本件ホールを利用することを拒んではならず（同二項）、また、住民が本件ホールを利用することについて、不当な差別的取り扱いをしてはならない（同三項）。そして、本件条例が本件ホールの使用不許可事由として掲げる「ホールの管理上支障があるとき」とは、公の施設である本件ホールについて、利用を拒み得る正当な理由を具体化したものと解される。また、住民は、本件ホールのような公の施設が設けられている場合、その施設の設置目的に反しない限り、その利用を原則的に認められることになるのであって、管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由、表現の自由の不当な制限につながるおそれがある。このような観点からすると、本件条例三条三号所定の「ホールの管理上支障があるとき」とは、本件ホールの管理上支障が生ずるとの事態が、許可権者の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測される場合をいうものと解するのが相当である。そして、Yが主張する管理上支障がある事態とは、x歌劇団の公演に対する右翼団体等の抗議活動に起因するものであって、x歌劇団の公演そのものに起因するものではないのであるから、

このように主催者が集会を平穏に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条等に反対する者らが、これを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことができるのは、前記のような公の施設の利用関係の性質に照らせば、警察の適切な警備等によってもなお混乱を防止することができないなどの特別な事情がある場合に限られるというべきである（最判平成八年三月一五日民集五〇巻三号五四九頁参照）。

過去に各地で開催されたx歌劇団公演に際しては、右翼団体等による抗議活動が行われたものの、警察の適切な警備によって、各公演とも支障なく開催されている。また、本件の場合においても、右翼団体等による抗議活動の発生が予測されるが、Yと岡山市は、警察やXとも協議しつつ、本件ホールの適切な警備方法を工夫、実施することが可能である。以上のことから、x歌劇団の公演が実施された場合に、警察の適切な警備によってもなお混乱を防止することができない事態が生ずることが、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測されるものとは認め難く、本件条例三条三号所定の「ホールの管理上支障があるとき」に該当しないものというべきである。したがって、Xの申立ては、「本案について理由があるとみえるとき」（行訴法三七条の五第一項）に当たる。

【検討】

（一）仮の義務付けの概要と要件充足性判断

平成一六年の行訴法改正は、「行政訴訟制度につき、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため、その手続を整備すること」という考え方に基づいて行われた。その具体的な内容は大きく次のように分けられている。すなわち、「救済範囲の拡大」、「審理の充実・促進」、「行政訴訟をより利用しやすく、分かりやすくするための仕組み」、「本案判決前における仮の救済の制度の整備」、である(1)。

改正前の行訴法の下では、例えば、申請に対する拒否処分に不服がある場合、処分取消訴訟を提起することができた。しかし、取消判決は取消を宣言するにとどまるものであるため、原告は新たな処分を待たなければならず、その結果、別の理由で再び拒否処分を受ける可能性があった。また、申請に対して何らの処分もなされない場合には、不作為の違法確認訴訟による救済が考えられたが、それで仮に原告が勝訴しても、勝訴判決は処分の違法性を確認するだけで、何らかの処分をすべきことが確定するわけではなかった。さらに、申請権の定めのない規

制権限の発動を求めるような場合には、何の処分もなされておらず、申請も前提とされないため、取消訴訟及び不作為の違法確認訴訟を提起することができなかったのである。学説・判例はこれらのケースを無名抗告訴訟の問題として扱っていたが、実際には適法とされる事例がほとんどなかった[2]。そこで、改正行訴法においては、「救済範囲の拡大」という観点から、新たな抗告訴訟類型の一つとして、義務付け訴訟が追加されるに至った（行訴法三条六項）。

また、「本案判決前における仮の救済の制度の整備」という観点から、義務付け訴訟に対応する仮の救済制度として、仮の義務付けが新設された（行訴法三七条の五第一項）。行訴法改正前から、取消訴訟及び無効確認訴訟に伴う執行停止制度が設けられている（行訴法二五条二項）が、義務付け訴訟による救済が想定されているケース、例えば、年金の給付が義務付け判決確定までの生活の維持に必要不可欠な場合等においては、この執行停止が、仮の権利救済手段としてうまく機能しない場合があると考えられる。そこで、仮の義務付けが必要とされたのである[3]。

仮の義務付けは、義務付けの訴えの提起があった場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときに命じられる（行訴法三七条の五第一項）。また、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、することができない（同第三項）。ここでいう「償うことのできない損害」の該当性は、立法趣旨によれば、同じ仮の権利救済制度である執行停止の要件における「重大な損害」（行訴法二五条二項）のそれよりも、厳格に判定されるべきであると考えられている[4]。ところが、執行停止や仮の義務付けに関する決定例の傾向からは、必ずしもそういった立法趣旨が意識されていないことが窺える。

行訴法二五条三項は、執行停止の損害要件の充足性を判定するに当たって、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度ならびに処分の内容及び性質をも勘案するものと定めており、実際の事例において、裁判所はそのような判定方法を採用してきた[5]。一例として、本件と同じx歌劇団の仙台公演につき、仙台市民会館の使用許可取消処分の執行停止が認められた事案では、取消処分が続くことで、申立人が予定した日程・規模で会館を利用することができなくなると、申立人の集会の自由・表現の自由が侵害されることになり、これによって生じる申立人の損害は、申立人の存在理由そのものを失

わせるに等しいほどのものというべきであることから、そういった損害は「重大な損害」に当たると判示されている（仙台高決平成一九年八月七日判タ一二五六号一〇七頁）。

仮の義務付けに関する従来の決定例に目を転じてみると、認容例として、先天的な歩行障害を有する幼児の普通幼稚園への就園許可の仮の義務付けが申し立てられた事例がある（徳島地決平成一七年六月七日判自二七〇号四八頁）。裁判所は、「償うことのできない損害」につき、本案訴訟の判決を待っていては当該児童の保育を受ける機会が失われること、現状が維持されれば当該児童が必要以上に差別感を覚え、児童の成長にとって障害となることを挙げて、「このような損害は、後に回復するような性質のものではないことは明らかである」と判示して、要件の充足を認めた(6)。このように、仮の義務付けの事例においても、裁判所が、損害の性質及び個別の事情を考慮していることがわかる。このような判断が、果たして執行停止の事例よりも厳格であるといえるのかどうかは、明確でない部分がある。

本件においては、Xに及ぶとされる諸々の損害が「償うことのできない損害」に当たるか否かについて、Xに生じ得る精神的苦痛及び基本的自由の侵害については低額の慰謝料が認容されるにとどまる蓋然性が高いこと、それらの損害の回復が金銭賠償によってたやすく実現されると考えてしまうことには相当に問題があること、公演の開催予定日までに本案訴訟の判決が確定することはあり得ないことが認められており、裁判所は本件でも、損害の性質及び個別の事情を考慮していると考えられる。本件はその点で、従来の決定例に倣ったものと位置付けられる。

「本案について理由があるとみえるとき」という要件に関しては、法律が「みえるとき」という文言を用いているにもかかわらず、本件において裁判所は、過去に日本各地で行われたx歌劇団公演においても右翼団体による抗議活動がなされたこと、それに対しては警察による適切な警備が敷かれたことで公演が支障なく行われたこと、右翼団体等の抗議活動等によって本件ホールの周辺を通行する一般市民に混乱が生じるおそれがあるものの、Yが、Xや警察と協議しつつ、適切な警備方法を工夫・実施することが可能であること等、事実関係を詳細に検討している。このように本案審理さながらの踏み込んだ検討がなされた背景には、期限の切迫等の理由から、本案前の仮の義務付けの段階で権利利益の実効的な救済を実現すべきという、裁判所の配慮があるのではないかと考えられる。

（二）表現活動を行う場所としての「公の施設」

本件で裁判所は、「本案について理由があるとみえるとき」の要件充足を判断するに当たり、前提として、「住民は、本件ホールのような公の施設が設けられている場合、その施設の設置目的に反しない限り、その利用を原則的に認められることになるのであって、管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由、表現の自由の不当な制限につながるおそれがある」と述べて、「公の施設」（地方自治法二四四条一項）の設置管理と憲法上保障された表現の自由との関連性に触れている。

表現活動、特に集会に対する規制に関して、従来の判例においては、規制の根拠となった法律ないし条例の目的が前面に押し出され、あるいは当該法律ないし条例に含まれる規制基準の明確性が問題にされることなく、集会規制の合憲性が肯定されてきた[7]。これに対して学説は、公園その他の公共施設の利用については、管理目的に由来する規制を免れないが、その規制は、集会の自由を不当に制限しないよう、明確な基準の下、必要最小限のものにとどまらなければならないとして、裁判所の見解を批判していた[8]。その後、空港建設反対集会を開催するための市民会館の使用をめぐる泉佐野市民会館事件判決（最判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁）において、最高裁は、利益衡量と「明らかな差し迫った危険」という二段階の審査方法を採用して、条例で定められた施設使用の不許可要件を極めて限定的に解釈した。この判決において示された最高裁の厳格な姿勢は、学説上多くの注目を集めたが[9]、なお広範な要件裁量が行政に残されているという意味では問題がある。それを指摘しているのが、泉佐野市民会館事件判決に付された園部逸夫裁判官の補足意見である。すなわち園部裁判官は、問題になった条例上の不許可要件について、公の施設の管理権者には、その解釈適用についての広範な行政裁量[10]が認められている一方で、条例に基づく施設の使用不許可処分が、実質的に、公の秩序維持を理由とする警察規制と同じ効果をもたらす可能性があることから、条例所定の不許可要件を解釈する際、表現の自由に鑑みた周到な配慮が必要になる、と主張したのである。

いわゆる「規制と給付の二分論」に則って考えるならば、そもそも行政による規制作用は、法令上の明確な規定に基づいて適正に行使されなければならないのに対して、給付作用についての行政判断には自由裁量性が認められてきた。ところが、給付作用の中でも、ある施設の利用を許可するか否かという意味での給付作用（この意味で行われる給付を、ここでは「場所の

給付」と呼ぶことにする。）に係る判断は、同時に規制作用の性質をも有しており、これはともすると、規制作用が自由裁量のレールに乗ってしまうことを意味する。園部裁判官は、その点に留意して、表現の自由を積極的に保障するために、表現活動のための「場所の給付」に係る行政の裁量を制限すべきとの注意を喚起したのであろう。

また、泉佐野市民会館事件判決の調査官解説においては、同判決がパブリック・フォーラムの法理を念頭に置いている、との指摘がなされている[11]。パブリック・フォーラム論はアメリカ合衆国の判例法の中で形成・発展してきた法理で、表現の行われる場所（フォーラム）を、①公園や公道などの「伝統的パブリック・フォーラム」、②公会堂や劇場などの「指定的パブリック・フォーラム」、③それ以外の「非パブリック・フォーラム」という三つの類型に区別して、それぞれのフォーラムについて、表現活動の制約に対する違憲審査基準を設定し、問題になっているフォーラムをいずれかに当てはめることによって、表現活動の制約の合憲性を判断する理論である[12]。日本の判例でも、無許可で行われた駅構内におけるビラ配布が問題となった刑事事件（最判昭和五九年一二月一八日刑集三八巻一二号三〇二六頁）で、伊藤正己裁判官が、パブリック・フォーラムという用語を用いて、次のような補足意見を述べている。すなわち、「一般公衆が自由に出入りできる場所は、それぞれ本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。道路、公園、広場などは、その例である。これを『パブリック・フォーラム』と呼ぶことができよう。このパブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる」。

本件をパブリック・フォーラム論との関係で考える際には、そもそもこの理論が一義的な内容を含むものではないということに注意しなければならない。一方で、パブリック・フォーラム論を、前述の三類型の基準を形式的に当てはめる審査方法として用いることについては、学説からの批判がある[13]。他方で、そのようにカテゴリカルなパブリック・フォーラム論とは別に、公衆に広く開かれているが、その本来の利用目的として表現活動の実施を含まないような施設（例えば空港など）を、新しい類型の「パブリック・フォーラム」として性格付ける点に、パブリック・フォーラム論の最大の意義を見いだす有力な見解がある[14]。これを逆に言うと、本件及び泉佐野市民会館事件判決

のように、集会の実施が本来の利用目的として含まれているような施設での集会規制に関する事例においては、パブリック・フォーラム論の果たす役割がそれほど大きくないとも考えられる。しかし、当該施設の本来的な利用目的の差異にかかわらず、一般公衆に開かれているが故に表現の場として役立つような施設を、表現活動のための場所として認め、表現の自由の保障を高めようというパブリック・フォーラム論の趣旨について、その重要性にここで改めて注目すべきである。したがって、パブリック・フォーラム論は、近時の学説及び判例の傾向、すなわち、公共施設の利用規制が表現の自由に配慮したものでなければならないとの見解を裏付けるための理論として有効であり、このようなパブリック・フォーラム論の有効性という視点から見れば、本件及び泉佐野市民会館事件判決を積極的に評価することも可能である。

裁判所は本件において、最判平成八年三月一五日民集五〇巻三号五四九頁（上尾市福祉会館事件判決）を参考に、本件条例所定の不許可要件を限定的に解釈している。上尾市福祉会館事件判決及び泉佐野市民会館事件判決においては、集会の用に供される公共施設（公の施設）の管理者が、当該施設の種類に応じ、その規模、構造、設備等を勘案して、公共施設としての使命を十分達成せしめるよう「適正にその管理権を行使すべきである」という形で、施設管理者の適正な管理権行使について言及があった。これに対して、本件ではその点に関する説示がなく、また施設の利用許否に関する行政裁量についても触れられていないが、先例を引き継いで、本件条例所定の「ホールの管理上支障があるとき」という不許可要件を限定的に解釈する方法が示されている。本件において裁判所が、仮の義務付けの要件である「本案について理由があるとみえるとき」につき、本案審理に近い詳細な検討を施したのは、表現の自由という重大な権利に対する配慮が働いたことも一つの要因ではないかと考えられる。

【本決定の意義と射程】

本決定は、仮の義務付けに関する従来の決定例の中でも、公の施設の使用許可が関連しているという点が特徴的である。本件条例所定の「ホールの管理上支障があるとき」という不許可要件は、いわゆる不確定法概念を含んだ要件であり、先に触れた園部裁判官の立場を採ると、本件でも施設管理者には広範な裁量が認められていることになる。既に述べたように、施設の利用に関して施設管理者に判断の余地があることで、施設利用

者の表現の自由が不当に制限されるおそれがあるため、要件を限定的に解釈することで、表現の自由を保障する必要がある。公共施設の使用許可にかかる事例は、施設の性質、あるいはその施設で行われようとしている集会の内容に応じて多様であるが、近時の判例においては、泉佐野市民会館事件判決を皮切りに、表現の自由ないし集会の自由に対する裁判所の配慮が見られ、本件でもその姿勢が現れている。新設されて間もない仮の義務付け制度について決定例の蓄積が待たれる中、仮の義務付けによる権利の実現と合わせて表現の自由を積極的に実現しようとした点に、本決定の意義があるといえよう。

本決定が、公の施設の使用許可に係る仮の義務付けに関する事例であることから、その直接的な射程は限られ得るが、しかし、学説上パブリック・フォーラム論という形でも議論される施設管理権と表現の自由との緊張関係の中で、表現の自由を重視する方向性を改めて示したという意味においては、本決定は今後、仮の義務付けの事例に限らず、一定の場所での表現活動が問題となる事例全般に対して、少なからず影響を及ぼすものと考えられる。

（1）以上は、首相官邸HP「行政事件訴訟制度の見直しのための考え方」による。これは、政府の司法制度改革推進本部に設けられた行政訴訟検討会における議論をまとめたものである（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangaekata.html）。

（2）小早川光郎＝高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規、平成一六年）六頁以下。

（3）「〈研究会〉改正行政事件訴訟法」小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリ増（二〇〇五年）一八二頁以下〔村田斉志発言〕。

（4）この厳格性の程度の差は、仮の義務付けと執行停止との性質の違いに由来する。すなわち、仮の義務付けは、本案判決の前に、行政庁に対して具体的な処分をすべきことを裁判所が仮に命ずるものであるのに対し、執行停止は、行政庁が下した判断の効力を一旦停止させるに過ぎないため、行政と司法の役割分担という観点から、前者の要件をより厳しくする必要があると考えられている（第一五九回国会衆議院法務委員会会議録第二二号〔平成一六年五月七日〕九頁〔山崎潮政府参考人発言〕（国会会議録検索システム（http://kokkai.ndl.go.jp/）で検索））。

（5）改正前の行訴法では、執行停止に係る損害要件の文言

として「回復の困難な損害」が使われていた。この要件に対する裁判所の姿勢は徐々に変化しており、例えば退去強制令書に基づく収容部分の執行停止の申立てに関する事例には、その変化が顕著に現れている。裁判所は当初、「一般に収容によつて何らかの精神的、肉体的苦痛を被ることのあるのは収容の性質上已むを得ない」（東京高決昭和五二年一二月一三日判例集未搭載）と判示していた。しかし、東京地決平成一三年一二月二七日判時一七七一号七六頁において、裁判所は、「回復の困難な損害」が認められるのは、「処分を受けることによって被る損害が、原状回復又は金銭賠償が不能であるとき、若しくは金銭賠償が一応可能であっても、損害の性質・態様にかんがみ、損害がなかった原状を回復させることは社会通念上容易でないと認められる場合」であるとの見解を示し、申立人が収容されていることによって、申立人が始めた事業が立ち行かなくなったり、配偶者や子との関係に回復し難い悪影響が及ぶ可能性もないとはいえず、「こうした不利益によって生ずる損害は、後の金銭賠償が不可能なものであるか、金銭賠償が一応可能であっても、社会通念上損害がなかった原状を回復させることが容易でない損害であると認められる」と判示した。こうした考え方は、「従来の考え方を明確に否定し、いわば申立人に生ずる損害自体を直視する考え方」に立ったものである、と評価されている（東京地決平成一三年一二月二七日判時一七七一号七六頁の匿名解説参照）。さらに、損害要件の判定に際し、損害の性質、諸般の事情を実質的に考慮するというこの傾向が、仮の義務付けの要件である「償うことのできない損害」の判定に影響を与えたと考えられている（亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリ一三一〇号（二〇〇六年）五頁以下）。

(6) 他方、現に退去強制手続が進んで収容されている申立人が、難民認定の申請をした上で、仮滞在許可の仮の義務付けを申し立てた事例では、仮滞在が認められれば退去強制手続が停止し、難民認定の準備ができることは確かだが、収容によってその準備が困難になるという損害については「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるということはできないとして、申立てが却下されている（東京地決平成一八年一〇月二〇日判例集未搭載）。

(7) 例えば、メーデー集会のための皇居外苑の使用不許可処分の取消請求が棄却された皇居外苑メーデー事件（最判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁）や、無許可で行われた公道における政党の街頭演説に対する道路交通法違反をめぐる刑事訴訟（最判昭和三五年三月三日刑集一四巻三号二五三頁）、無許可で公道における集会ないし集団行進を行ったことにつき公安条例違

反が問われた新潟県公安条例事件（最判昭和二九年一一月二四日刑集八巻一号一八六六頁）、これと同様の事案である東京都公安条例事件（最判昭和三五年七月二〇日刑集一四巻九号一二四三頁）がある。

(8) 佐藤幸治『憲法〔新版〕』（青林書院、平成二年）四七八頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（一）』（有斐閣、一九九八年）四四三頁。

(9) 小高剛「判批」法教一八〇号（一九九五年）一〇二頁、紙谷雅子「判批」判時一五七三号（一九九五年）二一五頁、井上典之「判批」法教一八六号（一九九五年）一三頁、市川正人「集会の自由」法教二〇七号（一九九七年）四八頁、川岸令和「公物管理権と集会の自由」大石眞・石川健治編『憲法の争点』ジュリ増（二〇〇八年）一三八頁。

(10) 園部裁判官は「裁量」という文言を用いているが、法廷意見ではそれが使われておらず、また、本決定で触れられた、合同葬を行う目的での市の福祉会館の利用に関する最判平成八年三月一五日民集五〇巻三号五四九頁（上尾市福祉会館事件判決）も、地方自治法二四四条二項における「正当な理由」があるか否かを客観的な事実から判断しており、裁量権の逸脱・濫用を問題にしていない。これらは公共施設の目的内使用に関する事例であるが、そのような事例においては、一般に、公の施設が集会の自由を実現する物的手段であることを前提に、施設の利用許否が「正当な理由」の有無のみにかからしめられていることに照らして、第三者の妨害行為を理由とした利用不許可処分につき、施設管理者の裁量権は認められない、と考えられている（本田滝夫「判批（後掲最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁）」ジュリ一三三二号（二〇〇七年）三九頁）。

他方、施設の目的外使用の事例（代表的なものとして、学校施設の使用許可に関する最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁がある。）においては、施設管理者に広範な裁量が認められている。裁判所は、教職員組合による教研集会のための学校施設の使用許可が問題になった事例で、学校施設は教育目的で設置される施設であり、広く一般に開放・利用されることを予定して設置された施設でないことから、学校施設を目的外に使用する場合の管理権者の裁量は、行政財産一般の場合と比較してより広範にわたるとの考え方を示している（広島高判平成一八年一月二五日判時一九三七号九五頁）。

(11) 近藤崇晴調査官解説・最判解民事篇平成七年度（上）二九五頁。

(12) 合衆国においてパブリック・フォーラムの考え方が登場した背景には、消極国家から積極国家への移行に伴って、政府による給付の機会が増大し、給付を通じて政府

が市民生活へと積極的に介入してくるようになっていった、という事情がある。そこでは、政府による給付が特権として捉えられ、そのような特権としての給付については、本来、給付を行うか否かの自由を政府が有しており、合衆国憲法が修正一条において保障している言論の自由も、特権としての給付的作用において機能することはあり得なかった。そこで、政府を統御する試みとして展開されたのが、表現活動の実施場所に注目したパブリック・フォーラムの考え方である。パブリック・フォーラムの考え方をめぐる合衆国判例の展開については、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究五〇号（一九八八年）一〇三頁、同「表現の自由（一）～（三・完）――合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法及び態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型――」国家学会雑誌一〇一巻一＝二号（一九八八年）一頁、一〇二巻一＝二号（一九八九年）四六頁、一〇二巻五＝六号（一九八九年）一頁、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告第Ⅰ部六四号（一九八八年）五三頁に詳しい。

(13) 芦部・前掲注（8）四四四頁、松井茂記『日本国憲法〈第三版〉』（有斐閣、二〇〇七年）四七二頁。合衆国において、パブリック・フォーラム論は当初、伝統的に自由な表現との関連性が肯定されてきた公園や公道をめぐって発展したが、次第に、パブリック・フォーラムの概念が、表現活動のために設けられた場所（劇場など）や市教育委員会の公聴会にまで拡張されていったことから、本文に示した三類型に一応整理された。しかし依然として、パブリック・フォーラム概念の内容は一義的に定まっておらず、後に、ある場所をパブリック・フォーラムではないと位置付けることによって表現活動の機会が否定される事例が登場したこともあり、合衆国においては、パブリック・フォーラム論の有効性に批判が唱えられているようである（紙谷・前掲注(12)「パブリック・フォーラム」一一七頁）。

(14) 本文で触れた最判昭和五九年一二月一八日刑集三八巻一二号三〇二六頁の伊藤補足意見は次のような見解に基づくものであると考えられている。すなわち、ある施設がパブリック・フォーラムに該当するか否かではなく、パブリック・フォーラムとしての性質の強弱を重視し、パブリック・フォーラムであることが表現活動の規制の合憲性を判断するための一要素になるとの考え方である（初宿正典ほか『憲法 Case and Materials 人権（展開編）』（有斐閣、二〇〇五年）三五八頁）。本文で示したパブリック・フォーラム論における三類型の基準によれば、空港や駅の構内などは非パブリック・フォーラムに

該当することになろうが、パブリック・フォーラムとしての性質の強弱に着目する方法としてパブリック・フォーラムの概念を用いることによって、空港や駅構内のような場所を一括して非パブリック・フォーラムとして取り扱うのではなく、それらに多かれ少なかれ含まれているパブリック・フォーラム性を考慮して、柔軟に対応することが可能となる。

空港ターミナルがパブリック・フォーラムか否かが問われた一九九二年の合衆国判例である Lee 事件については、中林暁生「給付的作用と人権」法教三二五号（二〇〇七年）二四頁を参照。それによれば、Lee 事件においては、問題になっている場所をパブリック・フォーラムの類型に当てはめる際、当該場所を言論の場所として提供する「政府の意図」の存否が決め手となっていることに、疑問が投げ掛けられたようである。

注（12）において述べたように、パブリック・フォーラム論は、特権としての政府の給付作用を限定する目的で用いられてきたのだが、パブリック・フォーラム論は、給付作用の中でも特に、表現活動のための「場所の給付」に関して、政府を統制する理論であった。しかし、私人の表現活動に対する政府の介入は「場所の給付」を通じたもの以外にも考えられる。そこで、学説においては、より広い範囲で政府の介入を制限する理論が提唱されており、注目に値する。それが、「助成プログラム」という概念装置を用いた考え方である。これを提唱した蟻川恒正教授は、現代国家における給付の構造を「助成プログラム」の概念に沿って捉え、文化に対する国家の主導性と文化の自律性との共存かつ「切断」を試みる。すなわち蟻川は、「助成プログラム」概念を挟んで、国家によるプログラムの基本方針の策定と、専門職（例として医師や美術館が挙げられている。）による基本方針の解釈とを共存させた上で、ここでいう専門職の職責の存在を、国家の裁量を制約する基盤として位置付けるべく、基本方針の策定と解釈との「切断」を要求する。このような「助成プログラム」の構造に基づいて、蟻川は、伝統的パブリック・フォーラムについては、専門職の不在という条件の故に、国家の基本方針策定権限が厳格に束縛されると解することが可能である、と解している（蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法（一）現代国家と法』（岩波書店、一九九七年）一九一頁）。たしかに、パブリック・フォーラム論は「場所の給付」に特化した理論であるため、その射程は極めて限定的である。「場所の給付」を越えて、より一般的に政府の給付作用を統御する試みとして、蟻川の提案は参考になる。

判例研究

民事判例研究

稲垣美穂子

東京地判平成一八年一二月二二日（判タ一二三八号二三一頁）

【事実】

平成一七年七月一日、Xは破産者J（平成一七年七月二〇日破産手続開始決定）との間で、同日までにJがXに対して負担していた投資金返済債権元金二〇億三〇〇〇万円を平成一七年七月五日限り弁済することを内容とする準消費貸借契約（本件準消費貸借契約）を締結し、これを担保するため、同日、有限会社L名義の不動産上に極度額一億四〇〇〇万円の根抵当権（本件根抵当権）の設定を受け、登記を経由した。同年九月九

日、Lは破産開始決定を受け、Lの破産管財人に選任されたYが同年一〇月一七日に本件根抵当権設定契約は破産法一六〇条三項の無償行為に当たるとして否認請求の申立をし、同年一一月九日にこれを認容する決定が出されたために、XがYに対し決定の取消を求めたのが本件である。

ところで、本件では次のような事情が認められた。LはJか、あるいはKのどちらかから合計約九億円の不動産購入資金の融資を受けている（判決はJとKのどちらが真の債権者なのか明確に認定していない）。Jの代表取締役はAであり、他に取締役としてB、Cがいるが、いずれも取締役としての業務を行っておらず、Jの資金運用その他重要事項の決定は全てAが行っていた。同時にAはL及びKの（唯一の）取締役でもあり、J及びKの唯一の株主である。KはLの全持分を有している。

破産法に関わるXの主な主張は次の通りである。①本件根抵当権設定契約は、これが実行されればLはJに対し求償権を取得し、JがLに対して債権を有しているとすれば、これとJがLに対して有する反対債権とを相殺できる。結果的にはJに対する債務の消滅を意味するものでありLにとっては債務減少という利益を得る行為だから、無償ではない、②一六二条が一六〇条三項と別に存在していることからすれば既存の債務に対する弁済の場合には一六〇条三項は適用されないと解されるところ、JがLに対して債権を有する場合、本件根抵当権設定はJがLに対して有する債権に抵当権の設定を受けた上で当該抵当権上に転抵当権が設定されたことと同視しうるから実質的にはJに対する偏頗行為（一六二条）であり、従って一六〇条三項は適用されない、③J・K・Lは共にその取締役はAだから、KがLに対して債権を有する場合にはKがXへの優先弁済を認めていたと言えるのに、否認を認めると破産を契機に自ら認めたことを覆すことになり信義則に反する、また、Jが債権者の場合には、否認によりXは根抵当権を失ってしまうのに対して主債務者Jは根抵当目的財産から配当を得ることができてやはり信義則に反する、④本件否認権行使は根抵当目的財産の早期の換価を目指して破産債権確定を待たずしてなされているが、破産者の債務超過を理由に破産手続開始された場合に債権確定を待たずして財産換価を認めることは、債務超過ではないことが事後的に明らかになった場合にXに決定的な不利益を与えるものであるから、破産債権が確定しない段階で破産財団の換価を先行するためだけに否認権を行使することは許されない。

【判旨】

請求棄却、原決定認可。

無償否認の成否について（争点一）

「破産者が義務なくして他人のためにした保証若しくは抵当権設定等の担保の供与は、それが債権者の主たる債務者に対する出捐の直接的な原因をなす場合であっても、破産者がその対価として経済的利益を受けない限り、破産法一六〇条三項にいう無償行為にあたるというべきであり、破産者が取得することのあるべき求償権は、当然には担保供与の対価としての経済的利益にはあたらないと解されるから、本件においてLがJに対する求償権を取得するとしても、Lがこれにより直ちに経済的利益を取得したということはできない。

この点、原告はLがJの本件融資金債権と、Lが将来取得する求償権とを対等額で相殺できることをもって、Lに経済的利益があると主張する。しかし、求償権を取得することと相殺権の行使により債務が消滅することは、別個独立した法律効果であり、本件融資金債務の消滅を本件根抵当権設定の対価とはいえない。そもそも、根抵当権を設定しただけでは、求償権は未だ将来発生する可能性があるのみで現に発生しているわけではなく、その上、Lは相殺権の行使により上記求償権を失うことになるから、そもそも本件根抵当権設定により経済的利益を受けていたとはいえない。したがって、原告の主張は採用できない。」

偏頗行為の成否と一六二条、一六〇条三項の関係について（争点二）

「原告が既存の抵当権に転抵当権を設定する場合においては既存の抵当権が有効に存在することを前提として設定されるものであることからすると、そのような前提のない根抵当権設定行為とは基本的にその性質を異にしており、単に同様の担保価値を取得できることからこれを実質的に同一視することはできない（現に原告は本件融資金債権を争っている）。また、破産法一六二条は、破産者が支払い不能になった後、又は、破産手続開始の申立てがあった後の既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為を対象としているのに対し、同法一六〇条三項は、破産者の支払停止等の事由があったその前六ヶ月以内にされた無償行為全てを対象にしているのであり、その対象となる行為の時的要件を異にしている。そして、債権者を詐害する行為及び偏頗行為を否定し、公平な債権者へ

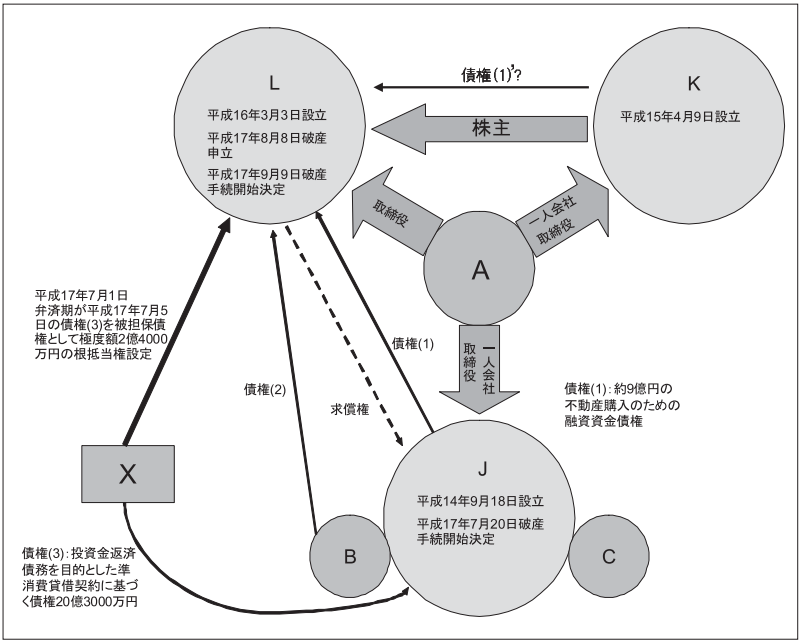
の配当を目的とする否認権の趣旨に照らせば、同法一六二条は、破産者の支払不能ないし破産手続開始の申立てがある前にされた既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為についても、同法一六〇条三項の要件を充たす限り、同条同項による否認権の行使を妨げるものではないと解される。」

信義則違反の有無について（争点三）

「破産法一六〇条三項に定められた否認権は、無償行為が破産債権者を害するおそれが強いことから、破産財団に属する財産を公平に配当するため逸失財産の回復を目的とした権利であって、個別具体的事情を考慮した上で無償行為の相手方とされた者と他の債権者及び担保権者間の利益調整を行うことが予定された制度ではない。…さらに、本件で否認権を行使しているのはLの破産管財人である被告であり、JないしKではない。したがって、原告とJないしKとの間の信義則を前提とする原告の主張は、そもそもその前提を誤っており採用できない。」

破産財団の換価時期について（争点四）

「破産法は、破産財団の換価時期について特段の制限を設け



ていない。かかる趣旨に照らせば、現行法は破産財団の換価と破産債権の確定を並行して進めることを許容していると解される。したがって、本件においても、本件不動産の換価手続を、破産債権の確定より先行させたからといって直ちに違法と評価することはできない。」

【評釈】

本判決の論点は多岐に及ぶが、本稿では破産法に関連する四つの論点、すなわち、一・無償否認の成否について（争点一）、二・偏頗行為の成否と一六二条、一六〇条三項の関係について（争点二）、三・信義則違反の有無について（争点三）、四・破産財団の換価時期について（争点四）について取り上げる。一・はいわゆる（物上）保証の無償否認の成否として議論されてきた論点である。（物上）保証の無償否認に関する判例として、大判昭和一一年八月一〇日民集一五巻一六八〇頁及び最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一九六八頁がある。本件は、特に、会社に対する救済融資の際にその与信不足の填補として、実質的経営者によってされた保証行為の無償否認該当性について、その対価性が問題とされた最判昭和六二年七月三日との関係において、(i)主債務者と（物上）保証人との間に密接な関係が認められる点、及び(ii)主債務と（物上）保証行為が同時交換となっている点において事案に形式的類似性が認められる。他方で、本件特有の問題として主債務者が物上保証人に対して債権を有していたことから、この債権の無償否認の成否に与える影響が問題となり得る。

本稿では、まず無償否認の一般論（一）、を述べた上で、無償否認の成否が問題となった大判昭和一一年八月一〇日及び最判昭和六二年七月三日を概観し（二）、最判昭和六二年七月三日と本件との事案の近似性及びそれに対する評価について検討した上で（三）、本件特有の問題点、すなわち主債務者の（物上）保証人に対する債権の存在が無償否認の成否に与える影響について検討し（四）、この影響について参考となる判例を概観して（五）、本件で無償否認が否定される可能性について検討する（六）。

更に、二・偏頗行為の成否と一六二条、一六〇条三項の関係について（争点二）、三・信義則違反の有無について（争点三）、四・破産財団の換価時期について（争点四）については、従来学説判例共に明確に論じられてこなかった点であるが、これらについても若干の検討を行う。

一・無償否認の成否について（争点一）

一・破産者が支払の停止等があった後又はその前六月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる（無償否認、一六〇条三項）。無償否認は他の一般の否認権と比較して、支払停止その前六ヶ月になされた無償行為であれば否認でき、破産者及び受益者の主観を問わずに否認できる点で、成立要件を大幅に緩和している点に特色がある。その根拠は、危機時期及びそれに隣接する時期に対価なくして無償で経済的利益を付与し、債務者財産を減少させる行為は債権者を害する程度が大きいこと、他方で受益者側から見ても、無償で利益を得ているのであるから、保護の必要性は低いことを理由とする。

ところで、無償否認の成立要件を見ると、その要件は上の条文の通り（一）破産者の支払停止等のあった後又はその前六月以内の行為（二）無償行為及びこれと同視すべき有償行為である。支払停止とは弁済能力の欠乏のために弁済期の到来した債務を一般的、かつ継続的に弁済することができない旨を外部に表示する債務者の行為のことをいい[1]、その前六月の行為であれば（一）の要件を満たすことになるので、（一）について裁判で争われることは少ない。無償否認でもっぱら争点となるのは（二）であり、本件でも、物上保証の無償性が主たる争点となっている。

従来（物上）保証[2]の無償性判断で結論を左右する分岐点とされていたのは、(a)無償とは誰を基準に判断するか、(b)保証債務を履行した後に保証人が取得する求償権は破産者による保証行為の対価といえるか、(c)主債務者と破産者たる保証人間の特別な関係から推測される利益の存在を保証行為の対価と認めることができるか、である。

無償行為とは、破産者が対価を得ないで財産を減少させ、または債務を負担する行為のことをいう[3]。民法上の詐害行為取消権（民法四二四条）では債務者の無資力が要求されるから、これと連動して、詐害行為該当性判断でも当該保証行為が現実にどのくらい債務者の責任財産を減少させるかについての具体的判断が必要となるところ、保証は補充性を有し、保証債務の負担が財産減少に直結する訳ではないので（民法四五二条）、保証債務負担行為が直ちに詐害行為と評価されるかについて争いがある[4]。しかし、破産法上は、他人の債務の保証あるいは担保供与はリスク負担行為としてそれ自体詐害行為と評価されることに争いはない。さらに、保証契約は、保証人が保証を引受け

るについてその対価報酬たる意味を有する経済的利益（典型は保証料）を取得しない限り、原則的に片務かつ無償契約だから、[5]他人の負担する債務に対する保証は、保証料を得ていない限り、一六〇条三項の「無償行為」に当たる。

従って、保証の無償性について保証人たる破産者を基準に判断すれば、保証に対する報酬を受けていない限り、保証は無償行為である。しかし、他方で無償性を受益者側の観点を加えて判断するならば、受益者は主債務者に対して出捐しているのだから、破産者による保証行為は無償でないことになる。

また、仮に保証の無償性について保証人たる破産者を基準に判断するとしても、保証人は保証債務を履行すれば、主債務者に対して求償権を取得する（民法四五九条一項、四六二条、三七二条、三五一条）。そこで、この求償権の存在をもって保証の対価と評価出来るかどうかが争われる。具体的には実体法上求償権は保証人が主債務の弁済をした後に初めて発生する費用償還請求権としての性格を有することから（民法六五〇条一項、七〇二条一項、三項）、このような将来発生する請求権を保証の対価報酬とみることができるかどうかが争点である。

さらに、主債務者と破産者たる保証人間の特別な関係から推測される利益の存在を保証行為の対価と認めることができるか、が争われる。具体的に判例で問題とされたのは、同族会社Pの債務について実質的経営者Qが保証していた事例である。

仮に(a)について破産者たる保証人の経済的利益の存否を基準として無償性を判断し、他に保証行為の対価とみられる利益がなく、かつ(b)求償権の対価性を否定すれば、当該保証行為は保証人の破産により常に無償否認の対象となる。そして、否認されれば結果として会社への債権は無担保債権となる。しかし、小規模閉鎖会社に対して与信を行う場合に経営者の与信力でもって会社の与信不足を補完してきた金融実務からすれば、このような結論は受け入れ難い。そこで、次に述べる最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁をきっかけに、保証の対価といえる利益の授受がない場合であっても、主債務者たる会社Pと保証人、破産者たる実質的経営者Q間の密接な関係の存在から、同族会社への出資によってQの出資の維持、あるいは増殖という形でPの利益が直接、間接的にQの利益に結びついているのだから無償ではないとの主張がされるようになる。[6]この見解は与信時に与信者はPとQを一体として見ることによって与信判断をしている、という現象をとらえて、それを無償否認の無償性判断に反映させる立場である。

二、無償否認に関する以上の争点に関する判例として、大判昭和一一年八月一〇日民集一五巻一六号一六八〇頁及び最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁がある。

主債務者の荷為替手形支払債務に連帯保証をした銀行が破産し、当該連帯保証行為が無償否認の対象となるかどうかが争われた事例である大判昭和一一年八月一〇日民集一五巻一六八〇頁では①（旧）破産法七二条五号の無償行為とは破産者及び受益者の意思によれば破産者の財産に帰する対価が何ら無い場合を言い、②求償権は保証の対価とはならず、求償権の存在をもって有償ということはできない、と判示した。

同族会社が負った主債務に対して個人保証をした当該会社代表取締役が破産し、当該保証行為が無償否認の対象となり得るかが問題となった事例である最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁も、基本的にこの昭和一一年判決を踏襲している。さらに昭和六二年判決では、これに加えて③保証人が同族会社の実質的経営者であって会社のために保証をした場合であっても、破産手続は会社とは別個の破産者個人に対する総債権者の満足のためその総財産の管理換価を目的として行われるものであることに鑑みると、その事をもって別に解する合理的根拠はないとする。

これに対しては、島谷裁判官の反対意見において、受益者の立場からすれば主たる債務者に対しては出捐をしているのであって保証人たる破産者もこの出捐を目的に保証等の行為をしているのだから、両者は密接に関連している。これらは一体として観察されるべきであって、別々に切り離して評価することは許されない。また、破産者は保証行為の時点では単に債務を負担するだけで自ら何の出捐をすることもないが、将来保証債務を履行し、担保権が実行されればその出捐に対して実質的対価としての求償権を取得することになるのであって、贈与のような全く対価のない無償行為とはいえない、として、上記①②について多数意見に反対する。

他方で林裁判官は反対意見において(i)主たる債務者が破産者及びその一族の所有かつ経営にかかるいわゆる同族会社であり、破産者がその代表者で名実ともにこれを支配しうる経営者であるような関係にあって、(ii)債権者が破産者の保証若しくは担保の供与があればこそ会社に対して出捐をしたものであり、(iii)会社が右出捐を得られないことになれば、その営業の維持遂行に重大な支障を来たすため、破産者自らこれに代わる措置を講ずることを余儀なくされたなどの事情があって、実質的に、破産者が会社に対する善管注意義務ないし忠実義務を履行する

とともに自己の出資の維持ないし増殖を図るため保証等をしたものといえる、との要件を満たす場合には、破産者自ら直接ないし間接に経済的利益を受け、破産財団の保全に資したものとして、右行為は無償行為には当たらないものとすべき、と述べ、上記③について多数意見に反対する。

学説は上記①無償とは誰を基準に判断するか②保証債務を履行した後に保証人が取得する求償権は破産者による保証行為の対価といえるかの点について、それぞれ判例の判断を肯定する見解が有力である。(7)

他方、③主債務者と破産者たる保証人との間の特別な関係をとらえて無償性を否定できるか、の問題に関しては、実務上の要請により、昭和六二年判決林裁判官反対意見に与する見解が多い。(8)

三、ところで、上記昭和六二年判決の事案との近似性という点において、本件事案では、次のような事情が認められる。第一に、被担保債権の債務者Jと物上保証人Lとの間に密接な関係が認められる。JはA出資の会社であり、Lは同じくAが出資して設立した会社Kが全額出資して設立した会社であって、これら三者は同族会社である。さらに、三社の取締役はAである。第二に、形式的には、被担保債権であるXのJに対する準消費貸借債権の契約当日に根抵当権設定がされているから、一応主債務の負担と引換に物上保証がされているという関係にある。しかし、他方でこのような近似性がありつつも、本件では債務負担行為と物上保証行為との関連性は希薄である。被担保債権であるXのJに対する準消費貸借債権の契約当日に根抵当権設定がされているから、形式上は主債務の負担と引換に物上保証がされている。しかし、ここでの被担保債権であるXのJに対する債権の実質はJがXに対して負っていた投資金返済債務であって、ここには物上保証があったから与信をした、との関係はない。

物上保証の無償否認該当性について、無償性は債務者の観点から判断し、更に求償権の対価性を否定する点については、既に概観したとおり、従来の判例及び学説の大半が認めるところである。私見もこれに与する。一般債権者の共同担保となるべき財産の確保という否認権の趣旨からすれば、債権者の出捐にかかわらず無償性を破産者を基準に判断することには合理性が認められる。また、求償権は保証人が満足を得て初めて取得する権利であるし、保証料が保証の対価となるのに、これが無い場合に求償権を保証の対価と考えるのは一貫性を欠くと考えら

れるからである。(9) 民法上の詐害行為取消権とは異なり、保証人が経済的に破綻した場合には、保証行為の詐害性判断に際して保証に起因する現実の財産減少の有無を問わずに、他人の債務を保証する行為そのものをリスク負担行為として否認の対象とする以上、負担したリスクの現実化としての求償権は保証行為の対価にはなり得ない。本件判旨は「破産者が取得することのあるべき求償権は、当然には担保供与の対価としての経済的利益にはあたらないと解される」として、求償権が保証行為の対価に該当すると判断しうる場合があるかのような含みを持たせているが、保証行為の対価性について上述のように解するならば、どのような事情を以てしても求償権が保証行為の対価と評価されることはない。

昭和六二年判決をきっかけとする従来の議論によると、そこから更に主債務者と破産者たる保証人との間に密接な関係がある場合に、両者を一体として扱い、債権者が主債務者に対して与信することで破産者たる保証人も直接、あるいは間接的な利益を得ているとして、無償性を否定できるかが問題になり得た。それは、中小企業融資において融資者は与信の際に会社の与信不足をその実質的経営者の信用で補填することによって両者を一体として与信対象とし、これに基づいて与信判断を行っている、という実務を、無償否認の無償性判断に持ち込んだものである。同じ理は会社と実質的経営者間のみならず、親会社と子会社、あるいは同族会社間にも妥当する。

しかし、既に挙げた通り、本件では、主債務者と破産者たる物上保証人との間に、主債務者が間接的に破産者たる物上保証人の株式を持ち、かつ、取締役が同一人物であるという、非常に密接な関係が認められるものの、主債務者に対する与信と破産者たる物上保証人の財産上に根抵当権を設定する行為との間に何ら関連性は認められない。主債務者と破産者たる保証人間の特別な関係をとらえて無償性を否定できるかという問題(c)が、中小企業融資の現状をふまえて、与信時に与信者が担保権を取得したと信頼したことに対する保護の観点から、取引の安全を否認権要件該当性判断に折り込んだ無償否認回避構成であるとすれば、本件で形式的には準消費貸借を挟むことによって旧債務が新債務に転換し、主債務たる新債務と物上保証とが引換給付の形になったとしても、両者間に何らそのような、つまり、保証人による保証があったから融資した、との関連性を認めることはできないのであるから、従って本件は従来保証行為の無償否認該当性が専ら問題としてきた争点とは、問題状況を異にする、といえる。

四．他方、本件事案の特徴としてーこの点は判旨で明確に認定されている訳ではないがーXの主張によると、主債務者が物上保証人に対して債権を有している点を挙げることができる［これを債権(1)とする：図参照］。

この特徴から、従来保証行為の無償否認につき論じられてきたものとは別の問題点が浮上する。Xの根抵当権取得時に主債務者Jが破産者である物上保証人Lに対して債権(1)を有しているとすると、これとLがJに対して取得する求償権と相殺できる。そうすれば、判例、学説が認める通り求償権の対価性が認められないとしても、債権(1)の名目債権額の限度で求償額を回収できるから、その限度で有害性が認められないのではないか。

例え行為が形式的には詐害性を有していたとしても、当該行為の前後で破産財団財産の増減に影響を及ぼさないとみることができる個別の事情が存する場合には、そのような行為を否認の対象とする必要はない。ここに、有害性を否認権行使の一般的要件として認める基礎がある。[10] また、有害性判断は客観的かつ、その基準時は否認の対象となる行為の時と解するのが一般である。[11] そこでかかる基準に従って検討するに、本件で有害性が否定されるためには、Lが自己の不動産上に根抵当権を設定した時点を基準に、客観的状況から見てXに対する根抵当権設定によっても財産の増減が生じなかった、と言えなければならない。そのためには、Xによる根抵当権実行後にLがJに対して取得する求償権が債権(1)との相殺に供されることで価値を有するから、財産減少には至らない、ということが必要である。しかし、本件では破産手続開始時に結果として債権(1)がそのままの形で債権者を変えずに残っていたが、仮にLが根抵当権設定後にJが債権(1)を第三者に対して譲渡していれば、求償権と相殺することはできなくなる。また、仮にJが債権(1)の債権者のままであったとしても、求償権以外にLがJに対して別の債権を有していれば、その別の債権での相殺を望むかもしれない。また、物上保証設定後にそもそもLの弁済によって債権(1)は消滅するかもしれない。とにかく、Xが根抵当権を取得した時点においては債権(1)がJとLとの間にあるとも、また仮に帰属を変えずにそのまま存在するとしても、求償権との相殺に供されるかどうか、全くわからないのである。従って、有害性判断基準時を否認の対象となる行為時とする限りにおいて、本件では、求償権と債権(1)との間に牽連性がなく、根抵当権設定によっても財産の増減に影響を及ぼさないとの客観性に欠けるといわざるを得ない。

五、無償否認の成否を問題としつつ有害性を否定した判決として、最判平成八年三月二二日（金法一四八〇号五五頁、原審東京高判平成四年六月二九日、判時一四二九号五九頁、金法一三四八号三四頁）がある。最判平成八年三月二二日は、会社の経営者である夫婦'Aが会社の借り入れについて包括連帯保証するとともに（この連帯保証は会社財産が健全である時に為されたので、否認の対象にはならない）、主債務に対して'Aと共に保証したX'の会社に対する求償権についても連帯保証（当該連帯保証）し、'Xが債権者の求めに応じて弁済して求償権を取得後に'Aが破産したため、Aの管財人'Yが'Xに対する当該連帯保証の無償否認を主張したのに対し、'Xが破産債権確定請求訴訟を提起して無償否認の成否を争った事案である。ここでは、'Xは債権者に対して弁済すれば、債権者に代位して連帯保証人への求償権の範囲内でこれを当然に行使できる地位に就く（民法五〇〇条）。これと、'Aが'Xに対して別に負担した'Xの会社に対する求償権についての連帯保証債務とは実質的に同じであって、[13]'Xとしては'Aに対してどちらかを行使すれば良く、一方を行使すれば他方は消滅する関係に立つ。従って、'Aが'Xの会社に対する求償権について連帯保証した段階で、当該連帯保証の有無によっても財産変動の危険性に差がないことはほぼ明らかであって、有害性がないことは否認の対象となる行為時に客観的に認められる事案であった。

六、もっとも、本件でも無償否認を回避できる要素が全く無い訳ではない。というのは、廉価で売却した財産価格がその後に下落した場合、あるいは高価で買い取った財産の価格がその後に高騰した場合に有害性があると言えるか、の問題に関して、有害性判断の基準時を行為時としつつも、否認権行使の時に債権者を害する事実がなくなれば、否認の要件が欠けることになる、と解されているからである。[14]これに問題を引きつけて考えると、たとえ保証契約時に主債務者の保証人に対する債権と将来発生する求償権との牽連性に欠け、従って客観性が認められないものであるとしても、破産手続開始後に、結論において、負担したリスクの現実化として求償権が発生し、これと相殺できる反対債権があって、他に相殺に供される可能性のある保証人の主債務者に対する債権が無い場合であれば、少なくとも計数上は求償権に実質的価値が有ると認められ、主債務者の保証人に対する債権の名目額の限度で保証契約は保証人の財産に影響を与えなかったとして、有害性を否定出来る可能性がある、ということになろう。

但し、通常詐害行為否認では有害性の立証責任は破産管財人が負担するが[15]、無償否認における保証の対価性の問題について、他人のためにする保証が利益交換的な取引合理性に乏しい行為であるために有償とみうるだけの対価の授受があったことは、否認を免れたい相手方において主張、立証すべきとされている[16]こととの均衡からすれば、有害性判断の基準時後の事情により当該保証行為に有害性がないことの立証を、保証債権者（本件では根抵当権者X）が負うと考えるべきであろう。

また、以上の議論は保証人に求償権が発生することを前提とするが、主債務者が破産している場合にはー本件でもそうであるがーそもそも保証人の主債務者に対する求償権の行使が制限される場合があることに気をつける必要がある。保証人は債権者が破産手続開始時の現存額全額について破産手続に参加した時には求償権をもって破産手続に参加できないし（一〇四条三項但書）、また破産手続開始後に保証人が弁済したとしても、債権全額が消滅しない限り求償権を行使できない[17]（一〇四条四項）。物上保証人も同様である（一〇四条五項）。

さらに、求償権に実質的価値が認められることによって有害性を否定すれば通常の詐害行為否認規定（一六〇条一項）の適用も認められなくなることから、これもまた有害性が無いことを理由に無償否認の適用を回避することを難しくする一要素となりうる。

判旨は相殺の可能性による求償権の実質的価値の問題を求償権の対価性の問題として捕らえているが、上述の通りそもそも求償権を物上保証の対価と評価する余地はない。むしろ、求償権の実質的価値の問題は行為の有害性の問題として把握すべきである[18]。そして、本件で結果的に破産手続開始時に債権(1)が存在し、かつその帰属を変えていないことを考えれば、債権(1)の限度で有害性が否定される可能性がある。

二．偏頗行為否認の成否について（争点二）

一．他人の債務を担保するための物上保証は、財産減少の恐れを生じさせるリスク負担行為として、対価を全く得ていない場合には無償否認規定（一六〇条三項）、対価を受領していても保証行為とその対価との均衡がとれていなければ詐害行為否認規定（一六〇条一項）による否認の対象となり得る。もっとも、本件のように主債務者が物上保証人に対して債権を有していた場合には、当該物上保証行為は単純な財産減少行為ではない実質を有し得る。というのは、この場合の債権者は、主債務者が

物上保証人から物上保証人の他の債権者に先立って受ける弁済を主債務者の代わりに受領したにすぎず、従って、当該弁済に代わる物上保証は単純な財産減少行為ではなく債権者間の公平を害する偏頗行為である、と見ることも不可能ではないからである。これを法律構成すると、本件でXが主張する通り、主債務者が物上保証人に対して有している債権を被担保債権として抵当権を設定し、これが主債務者による物上保証人の他の債権者に対する偏頗行為と評価され、更にこれを債権者が主債務者に対して有している債権を担保するため転抵当に供することで債権者は偏頗行為目的物の転得者の地位に立つ、ということになる。

しかし、当該行為が単純な財産減少行為なのか、あるいは偏頗行為に該当するのか、の否認類型判断について、管財人に、現実にされた法律行為以外に取引全体の経過からその経済的帰属の所在を見て判断させる事は煩雑であるし、実際において困難であろう。また、いかに他の法律構成が可能であったとしても、否認権の対象は現実に当事者が行った行為（あるいはその効果）である。

従って、本件において、実際に債権(1)に抵当権が設定された訳ではなく、転抵当もなされなかった以上、転抵当との実質的同一性を理由にLの物上保証を偏頗行為と見ることを否定した判旨は正当である。

二、本件で偏頗行為否認規定の適用を否定する以上、一六二条、一六〇条三項の関係については事案の解決に直接結びついていないが、この点についても一応検討する。

一般的には、支払不能後あるいはその三〇日前に既存の債務を被担保債権として担保の設定がされたが、しかしそれが利息の軽減や弁済期の猶予といった対価なくして義務なくされた場合には、論理的には一六二条一項二号と共に、一六〇条三項の適用が考えられないこともない。しかし、一六〇条三項の無償行為の典型は贈与であって、取引行為ではない場面での適用を予定している。そのような場面における財産減少行為だからこそ一六〇条三項の適用要件として当事者の主観的要件が全く課されていないのであって、純客観的見地から否認が認められる所以である。そうであるとすれば、通常の商取引の中で弁済がされたが、それが本来的な義務の沿ったものでなかったような場面において一六〇条三項の適用はないと解すべきである。

従ってこのような場合についてはもっぱら一六二条一項二号が適用される。抽象的に一六二条と一六〇条三項の成立要件の違い

及び一六二条の趣旨から一六二条の適用場面においても一六〇条三項の適用が排除されない旨述べる判旨には賛成できない。[19]

三　信義則違反の有無について（争点三）

原告は第一次的に、KがLに対する債権者である場合には、Kの唯一の株主及び取締役は共にAでありLの取締役もAだから、Lが本件抵当権を設定したことで、KはXがKに優先して本件不動産から優先して本件不動産から債権回収を図ることを黙認していたといえるのであり、Lが破産したことを理由に自ら認めたことを覆すことは信義則に反して許されないと主張する。この主張は、LとK間で成立していた黙示の約定を覆すような効果をもたらす否認権行使を管財人が行った事を問題視しているのか（つまり、当事者と管財人を同視して、そのような管財人が黙示の約定を覆す行為をしたことについて禁反言に違反するという意味で）信義則に反すると主張しているのか、あるいは、KのLに対する債権［債権(1)：図参照］をXとの関係において劣後させるとの黙示の約定が成立しているのに、破産管財人の否認によりそれが覆される結果となることを問題視してそのような結論をもたらすことが信義則違反であると主張しているのか、原告Xがどちらの意味で信義則違反を主張しているのかについては不明であるが、判旨は前者のようにとらえた上で「本件で否認権を行使しているのはLの破産管財人である被告であり、JないしKではない。したがって、原告とJないしKの間の信義則を前提とする原告の主張は、そもそもその前提を誤っており採用できない。」とする。

破産管財人の法律上の地位をいかに解するかについては諸説あるが、現在の通説である管理機構人格説を前提とすれば、破産管財人は破産法律関係において破産者とは独立の法主体とみなされる。[20] 従って、ここでの判旨は通説の立場からも支持されよう。

他方、Xの主張を後者のように捕らえたとしても、このような特定の債権のみに劣後する旨の約定（相対的劣後特約）は、それ自体破産手続上もかかる合意に従った処理をするとなると管財事務の円滑な遂行を阻害する恐れがあることから、そもそも当該合意に従った処理がされることは破産手続上保証されていない。[21] 従って、管財人による破産手続遂行の過程でかかる約定に反する取り扱いがされたとしても、それだけで信義則違反とはならない。

さらに、Xは二次的に、JがLに対する債権者である場合に

は、否認によりXは本件根抵当権を失う不利益を有するのに対し、債権(3)の債務者たるJは本件根抵当権目的不動産より配当を得る利益を受けられることになり、均衡を失し、信義則に反すると主張する。これは破産債権者の共同担保となるべき破産財団財産の充実という否認権行使の本来的な機能を貫徹させるべきかどうか、否認権行使に際して、取引の安全あるいは債権者間の利害調整といった判断要素を付加すべきかどうかについて、否認権の機能論にも関わる価値判断の問題であると思われるが、否認権は、基本的には債務者の財産処分行為自体に着目してその結果帰属するに至った権利の有無を決するものである以上、やはり否認権に他者との利害調整を図る機能を持たせることは難しいと言わざるを得ない。従って、否認権行使の結果他者との関係において仮に均衡を失すると思われるような事態が生じたからといって、直ちに信義則違反が問題となることはない。もっとも、破産法では、特に有害性が高い無償否認を除いて否認権行使に際して受益者の主観的要件を要求し、さらに、従来判例学説は否認の一般的要件としての前述の有害性及び不当性の概念を用いることで個別具体的な事情に基づく結論の不具合を調整しており、取引の安全あるいは債権者間の利害調整といった要素はこの範囲内で加味される。とはいえ、ここでの不当性とは、破産秩序より高次の法秩序や社会経済秩序に照らしたときに、破産債権者の利益を犠牲にしても受益者の利益を保持させるとの要請に基づく否認成立可能性阻却事由であるとされており(22)、有害性概念に関しても、現行法では否認権規定の整備により当該概念に依拠しなければならない場面が大幅に減少したと評価されていることを併せて考慮すると（注(10)参照）、否認の一般的要件による利益調整は排除されないまでも、ごく限定的であるように思われる。本件では前で述べた通り有害性の存在自体に疑問があるが、仮に有害性が肯定されるとすれば否認権行使の結果当事者が主張するような結論が生じたとしても、そのような不均衡な結論が直ちに破産法秩序に上位の法秩序に反するとは言い難い。もっとも、一般論としては無償否認の場合であっても、限定的ながら有害性、不当性の観点から個別具体的事情を加味した結論の妥当性を問う余地はある。その意味においては、判旨が述べるように無償否認の場合に債権者間の利益調整を行うことが必ずしも予定されない訳ではない。

四．破産財団の換価時期について（争点四）

破産財団の換価時期について、旧法下では原則として管財人

は一般の債権調査の終了前に破産財団の換価をなしえず（旧破産法一九六条一項）、例外的に破産財団に属する財産を遅滞なく換価しなければ破産財団に損害を与える虞ある場合には監査委員の同意か、あるいは監査委員ない場合には裁判所の許可を得て換価出来る旨の定められていた（旧破産法一九六条二項）。この趣旨については、配当にあずかるべき債権額が不明では、換価方針をきめることも困難だし、また、早計な換価によって強制和議の実効を失わせてはならないからであると説明されていた[23]。しかし現実には、破産財団帰属の財産が破産債権の総額を上回るために換価すべき財産の範囲を限定する必要がある事件は稀で、むしろ時間の経過と共に破産財団帰属財産の価格が下落し、他方で保管料及び固定資産税など財団債権の増加をも来す場合が多いことから、旧法下においても、法文上は例外的とされる扱いが実務では一般的な運用であったといわれる[24]。そこで新法では管財人の換価時期を制限する規定は削除されることとなった。もっとも、現行法でも実際に管財人が行った破産者の財産換価が後からみれば適切な時期に行われなかったと評価しうることはあるだろう。しかし、旧法下では、破産財団の管理ならびに換価の実施は原則として管財人の自由裁量に任せられ、旧法一九六条一項の破産財団の換価時期制限規定に違反した換価がなされた場合であっても、原則的には破産管財人の善管注意義務を問いうるに止まっていた。このことからすれば、現行法の下で仮に管財人によって適切でない時期に財産換価がなされたとしても、その行為の違法性は問題とならず、専ら破産管財人の善管注意義務違反が問題になるにすぎないと解される。従って、「破産法は、破産財団の換価時期ついて特段の制限を設けていない。かかる趣旨に照らせば、現行法は破産財団の換価と破産債権の確定を平行して進めることを許容していると解される。したがって、本件不動産の換価手続を、破産債権の確定より先行させたからといって直ちに違法と評価することはできない…」として、管財人による財団財産換価行為を違法と評価しうる余地を残す判旨には疑問がある[25]。

五．おわりに

Lに対する債権(1)がJに帰属するのか、あるいはKに帰属するのか、いずれに帰属するのかについて裁判所は明確な認定をしていない。本件事案は、AはJ、L及びKの取締役、かつ、J及びKの唯一の株主であって、KはLの全持分を有している、という関係にあり、このことからすれば、L・J・K間の結合

の度合いが大きく、それぞれ単体としての破産処理ではLの債権者が受ける配当とJの債権者が受ける配当との間にばらつきが生じて公平な配当が実現されない為に、併合処理が必要なケースであると認められるようにも思われる[26]（現に本件では、LとJの管財人は同一人物が担当しており、手続的な併合処理がされているようにも見受けられる。但し、Kについては倒産処理手続を開始していない。）本件が仮にそのようなケースに当てはまるとするなら、債権の所在につき明確に認定をしていない裁判所の態度も理解できない訳ではない。しかし、本件では否認権の成否が問題となっており、Lに対する債権の所在如何によってはその成否に影響が生じ得る以上、裁判所は当該債権の所在について明確にすべきだったのではないか。

（1）伊藤眞『破産法・民事再生法（第二版）』八一頁（有斐閣、二〇〇九）

（2）物上保証も主債務者が弁済すれば担保権が実行されずに済むという点で広義の保証に含まれ、無償否認の場面では、物上保証と保証は同様に扱われている。従って、以後、本稿でも保証に物上保証を含むものとして扱う。もっとも、保証のように補充性はないので、物上保証人の債権者に対する共同担保となるべき財産の減少リスクは保証よりも高いものと評価できよう。

（3）伊藤・前掲注（1）、四〇七頁

（4）保証債務や連帯債務に関してはその負担が実質的にどれだけ消極財産を増加させることになり、どれだけ共同担保を減少させることになるか、の観点から、詐害性の有無、詐害の限度が判定されることになるので、保証債務の負担についての詐害性の有無、その限度の問題は、無資力判断の際にどの限度で債務者の消極財産の中に算入されるかの問題と重なるとされる、奥田昌道『債権総論（増補版）』三〇二頁（悠々社、二〇〇二）、奥田昌道編『注釈民法（一〇）』八三四頁［下森定］（有斐閣、昭和六二年）。この点につき、保証人は、保証債務の負担によって直ちに財産的犠牲を実質的に蒙るものでないから、保証人が負担した債務が保証債務であることを保証人が立証すれば、当該債務は債務者の消極財産から除外されなければならないが、保証債務の負担が実質的にも保証人たる債務者財産に犠牲を及ぼすが如き特別の事由ある場合には、それについて債権者が立証する責任を負うとの立場として、杉之原舜一・判例民事法昭四年度一六事件評釈八二頁（民事法判例研究会）、松坂佐一『民法提要債権総論（新版）』一〇七頁（有斐閣、昭和四一年）。保証した債務者が、主たる債務者に十分な資力があって

その債権者は保証人に請求することを要しないことを主張したときは取消せないとの立場として、於保不二雄『債権総論（新版）』一八八頁（有斐閣、昭和四七年）、柚木馨［高木多喜男補訂］『判例債権法総論（補訂版）』二〇二頁（有斐閣、昭和四六年）、保証債務は消極財産を増加させる行為だから、人的担保の負担も詐害行為となりうるとする立場として、川井健『民法概論』一八五頁（有斐閣、二〇〇二）。保証債務は補充性を有することを理由に、主債務者に十分な資力があって債権者が保証人に対して請求することを要しないことを被告が主張すれば債権者は詐害行為取消権を有しないとの判例がある（大判昭和四年三月一四日民集八巻三号一六六頁）。

（5）西村信雄編『注釈民法（一一）』一五一頁［西村信雄］（有斐閣、一九六五）、保証料は実務上保証した債務額の一―三％とされる、古曳正夫「緊急時、上手に保証を取り、戦う」NBL三九八号四四頁

（6）後述注（8）参照。

比較法の観点から付け加えると、会社経営者によってされる会社債務の保証行為の無償性について、フランスでは我が国の学説と類似の破棄院判決がある。

前提として、フランスでも支払停止後の全ての無償譲渡行為は当然無効とされ（C. Com. art. L. 632-1-Ⅰ, 1°）、裁判所は支払停止日前六ヶ月以内の無償譲渡行為を無効にできる（C. Com. art. L. 632-1-Ⅱ）。対価なくしてなされた保証行為も上記規定によって無効とされるが（Cass. com., 12 juin 1963, Bull. civ., Ⅲ, n°298）、会社の債務についての保証が会社経営者によってされた場合には経営者は会社の順調な経営につき個人的利益を有することを理由に無償行為ではないとする（Cass. com., 14 févr. 1989）。もっとも、親会社が子会社の債務を保証する場合については、企業グループを結びつける利益連帯を理由に当然無効を免れるとの有力説もあるが（Ripert et Roblot par Delebecque Ph. et Germain M., Traité de droit commercial, t. Ⅱ, 17°éd., LGDJ, 2004, n°3116）、これを否定する破棄院判決がある（Cass. com., 25 févr. 1986）。

（7）①につき、破産者を基準とする立場として、住吉博「判批」民商九八巻六号七九五頁（一九八八）、石川明「判批」ジュリ三三五号三三七頁、田原睦夫「判批」金法一一八二号一〇頁、佐藤鉄男「判批」ジュリ九〇五号八四頁、佐藤秀夫他編『注解破産法・第三版（上）』四七九頁［宗田親彦］、伊藤眞「判批」判時一二七三号二〇九頁、竹下守夫他編『大コンメンタール破産法』六三三頁［山本和彦］（青林書院、二〇〇七）。債権者の出捐の有無も併せて考慮すべきとする立場として加藤正治『破産法研究（第十巻）』七一頁（有斐閣、一九四三）、菊井維大・判

例民事法昭一一年度一一五事件評釈四三四頁（民事法判例研究会）、中西正「無償否認の根拠と限界」法と政治四一巻二＝三号五〇頁（一九九〇）。②につき否定説にたつ見解として住吉・前掲注（7）、七九五頁、家近正直「判批」別冊ジュリ一〇六号八三頁、宗田・前掲注（7）、四八一頁、山本・前掲注（7）、六三三頁、伊藤・前掲注（7）、二〇九頁、松下淳一「判批」ジュリ一八四号六五頁、肯定説として加藤・前掲注（7）、七二頁、菊井・前掲注（7）、四三四頁。但し、加藤・菊井両博士は、保証の当時主債務者が無資力であって求償権が無価値になるときには無償といいうる、とする。

（8）もっとも、具体的に主債務者と保証人がどのような関係にある場合に主債務者の利益が保証人の利益になったと認めることができるか、の要件をどのように定めるか、については様々である。主債務者と保証人との間に法人格否認の法理が適用される場合、子会社が親会社の一事業部門といえるような親子会社間、保証人が主債務者の既存の債務のほとんどを保証しており、主債務者の倒産が即保証人の倒産に連なる場合（田原・前掲注（7）、一一頁）、保証人の財産の中で主債務者の株式が大きな比重を占め、主債務者の倒産によって保証人の資産状態に顕著な悪影響が生じる場合（伊藤・前掲注（7）、二〇九頁）、これに加えて保証人の財産の中で主債務者の株式が大きな比重を占めていない場合であっても、保証があったからこそ債権者は与信したという引換融資であった場合（石川明「判批」判時一四四二号二〇七頁）等。

（9）松下・前掲注（7）、六五頁

（10）旧法下では、担保目的物による代物弁済の有害性を否定し、あるいは、適正価格売買、本旨弁済の有害性を認める、という形で用いられていた。これらの問題は現行法では否認権規定の整備により原則として有害性の解釈論に依拠する必要はなくなった［代物弁済（一六二条一項二号）、適性価格売買（一六一条）、本旨弁済（一六二条一項一号）］。それでも伊藤・前掲注（1）、三九〇頁は、別除権の目的物について担保権の消滅を前提とする破産管財人の任意売却権と売却代金の一部の財団組み入れが認められていることを前提とすると、現行法下においても相当額の担保目的物による代物弁済について有害性を理由とする否認の可能性があるとする。

（11）宗田・前掲注（7）、四三二頁

（12）山本・前掲注（7）、六二五頁、山木戸克己『破産法』一八九頁（青林書院新社、一九七四）

（13）但し、債権者がAに対して有していた被代位債権よりも保証利息を含む分において、Aが、Xに対して負担する連帯保証債務の方が高額になりうる。

(14) 山木戸・前掲注(12)、一八九頁、山本・前掲注(7)、六二五頁は否認権が事実上行使されないと考えておけば足りるとする。詐害行為取消権でも、詐害性判断のための債務者の資力は行為当時を基準としつつ、債権者がその後資力を回復した時は詐害性は消滅すると考えられている、奥田・前掲注(4)、二九五頁、

(15) 伊藤・前掲注(1)、三九〇頁、宗田親彦『破産法概説(新訂第四版)』三五一頁(慶応大学出版会、二〇〇八)

(16) 佐藤・前掲注(7)、八四頁

(17) 物上保証であっても、担保目的物の担保権を実行して自己の責任を果たしても尚債権者に債務が残る場合に、保証人のような全部義務者と同様に、責任財産相当額を超えた債務全額について弁済されなければ求償権を行使できないと解するかについては議論がある。仮に後者の立場をとるとすれば、被担保債務の額が担保目的財産価値を上回る場合には、求償権取得のために当初負っている責任を超えた弁済を強いられる点で、たとえ主債務者の物上保証人に対する債権額が被担保債務の額を上回っていたとしても、有害性が無いということは更に困難となろう。

(18) 伊藤・前掲注(7)、二一〇頁注(一三)は、主債務者に対する求償権が実質的価値をもち、保証人が債権者に対して支払った金額を主債務者に対する求償によって容易に回復できる場合に、否認の一般的要件である有害性が否定されることもあり得る、とする。

(19) 同様に一六〇条三項(旧七二条五項)の適用を否定する立場として加藤正治『破産法研究第七巻』八〇頁(有斐閣書房、一九二七)、同八巻一三二頁、兼子一監修『条解会社更生法(中)』六九頁(弘文堂、昭和四八年)、山本・前掲注(7)、六三三頁、一六〇条三項の適用を肯定する立場として宗田・前掲注(15)、三七九頁。

(20) 伊藤・前掲注(1)、一四八頁

(21) 竹下守夫他編『大コンメンタール破産法』[堂園幹一郎]四一五頁(青林書院、二〇〇七)。九九条二項は絶対的劣後の約定のみを対象とする、伊藤眞他編『新破産法の基本構造と実務』ジュリ二〇〇七年一二月増刊号三五二頁[小川、松下発言]

(22) 伊藤・前掲注(1)三九一頁。従来不当性が無いとして否認が否定される例として念頭に置かれてきたのが、破産者の生活費や事業資金捻出のための財産売却行為や担保権設定行為であったために、かかる適正価格売買や同時交換的取引が新法において要件が明確に定められる形で明文化された以上は不当性概念はもはや必要ではなく、後は一般法理の問題として捕らえるべき、と主張する立場もある、山本・前掲注(7)、六二六頁。しかし、それを不当性と呼ぶか、権利濫用、公序良俗と呼ぶかは

別として、ここで予定されている否認阻却事由の内容につき両者の間に差はないものと思われる。

(23) 中田淳一『破産法・和議法』一八七頁（有斐閣、昭和三四年）、谷口安平『倒産処理法（第二版）』三一五頁（筑摩書房、昭和五一年）

(24) 小川秀樹『一問一答新しい破産法』二四七頁（商事法務、二〇〇四）、前掲注(21)、『新破産法の基本構造と実務』二二七頁［花村発言］

(25) もっとも、判旨が述べる財団財産換価行為の違法性が換価行為の効果の問題に直結するかどうかは別問題であろう。

(26) 破産の場合の併合処理の手段として、破産裁判所は複数の破産手続を併合し、共通の破産管財人を選任する方法が可能である。破産管財人は破産財団の管理処分権を有しているので、一方の事件の資産及び負債を他方の事件のそれと併合することができるとする、伊藤眞「結合企業の倒産処理」『債務者更正手続の研究』三二四頁（西神田編集室、一九八四）

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇九年三月二七日（金）午後二時より
「民法と宗教・学者的良心――奥田民法学の五〇余年」

報告者　奥田昌道
（京都大学名誉教授、学士院会員、元最高裁判事）
出席者　三九名

本報告の内容、本誌次号（六〇巻三号）に掲載予定である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 60 No. 2 (2009)
SUMMARY OF CONTENTS

'The Varieties of the Welfare State' Reconsidered: Towards the New Typology of the Welfare State

Masatoshi KATO*

In this paper, I propose the synchronic comparative frameworks [ie. typlogy] to analyze the welfare state in terms of Constitutive-Strategic Approach. This approach pays attention to the interaction of structure and agency through idea. So, It focuses on not only the economic-social base of the welfare state, but also the political base. First, I review the discussion about Esping-Andersen's welfare state regimes. I argue that his framework has some limitations to understand the diversity of the welfare state and we need the alternative framework. Second, I propose the new typology of the welfare state in terms of the coordination mechanism. The coordination mechanisms are characterized by both the actor [ie. state as actor and social partners] who engages in solving the social/economic problems and how to coordinate with each other. In Keynesian model, I find four sub types [1 Market Liberal type, 2 State-lead Economy type, 3 Social Market Economy type, and 4 Social Democratic Corporatism type]. As for Competitive model, I find two strategies of welfare state realignment [1 "Marketization" and 2 "Intervention"]. So, I argue that they imply two sub types [1 Exchange type and 2 Cooperation type]. Finally, I consider the implications of new framework for the future research of welfare state.

*Assistant Professor, School of Law, Hokkaido University

The Origin of International Trusteeship (3): From Empires to International Organizations

Motomichi IGARASHI*

The purpose of this article is to examine the origin of "international trusteeship," which is defined as territorial administration by international organizations on behalf of a territory and its people. This includes the Mandates System of the League of Nations, the Trusteeship System of the United Nations, and peace-building operations (state-building operations) by the United Nations and other international organizations. By tracing the origin of international trusteeship, this article tries to reveal the nature of these peace-building operations. This article locates the origin of "international trusteeship" to a number of international trusteeship plans that were proposed around the time of WW I. **Chapter 1** summarizes the controversy over "international trusteeship," and suggests my own approach to "international trusteeship." **Chapter 2** examines the international trusteeship plans for the African colonies, especially J. A. Hobson's plan, and concludes that these plans were innovative in that they assumed an international organization (the League of Nations) as the executor of territorial administration, while at the same time being racialistic and paternalistic. **Chapter 3** analyses Jan Smuts' international trusteeship plan for the Austro-Hungarian, Ottoman and also parts of the Russian Empire, and concludes that we should conceive Smuts' international trusteeship plan for rearing newly-independent nation-states in the former Empires, while at the same time, maintaining a stable and peaceful order by intervening in the relations of the newly independent countries through an international organization (the League of Nations). **Chapter 4** explores to what extent international trusteeship plans were institutionalized at the Paris Peace Conference. **The last chapter** con-

*Ph. D. Student, Hokkaido University
JSPS Research Fellowship

cludes that international trusteeship plans were created as the antitheses of empire (not only the colonial empires, but also the Austro-Hungarian, Ottoman and Russian Empire), and therefore we should distinguish "international trusteeship" from colonial and imperial administration. Also, it can be pointed out that empire contributed toward legitimating the international trusteeship plans, because the international trusteeship plans were assumed as a *panacea* for flaws of empire; accordingly, international organizations carrying out "international trusteeship" inevitably faced difficulties legitimating themselves after empire disappeared.

論　　説

詐害行為取消権の理論的再検討(5)[1]

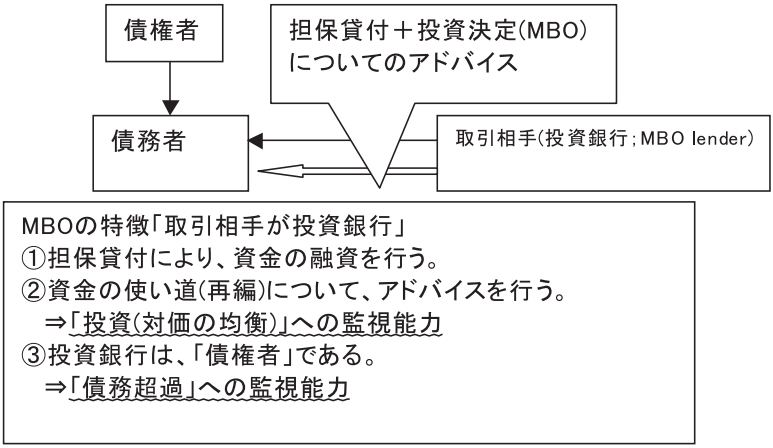
水　野　吉　章

目　　次

第1章　序論
第2章　アメリカ詐害取引法理の展開
第3章　詐害取引法の存在意義 —— 機能的分析の視点から
第4章　現代取引 —— Leveraged Buy-Out（LBO）を中心として
（以下、本号）
1　LBO（MBO）スキーム
2　LBO（MBO）の目的
3　MBOに対する詐害取引法の適用
4　再考 —— 文脈化；「社会の変容」「法理の役割」と「総合判断」
（以上、本号）
第5章　日本法の史的考察 —— 存在意義に関する議論の視点から
第6章　日本法の分析と日本法への示唆
第7章　結論とその他の示唆
課題
参考文献

[1] 本稿においては、先に示したように、修士論文に加筆した部分について、「財団法人 松下国際財団」からの2008年度研究助成によるところが大きい。

第4章　現代取引――Leveraged Buy-Out（LBO）を中心として



図：投資銀行と MBO

3章においては、要するに、詐害取引法は、債権者達が規制を望む債務者の行動――その典型は、過剰なリスクテイキングや経営についての無関心のような「債務者の意思の歪み」――について、それを監視する能力が最も高いものに監視させるための制度であるとする議論を紹介してきた。それによると、LBO において、「融資の取引相手」であり、加えて「金融と再編についてのアドバイスを行うことによってこの取引全体をアレンジし支配する」ともいい得る LBO ファイナンサー（「LBO lender」ともいう）である投資銀行は、この監視役の適任者である。その結果、LBO は、以上のような簡略な図に還元できた。

しかし、まだ問題が残されていた。先の議論によれば、「過剰なリスクテイクをはじめとした、債務者の問題行動による取引であれば取り消し得る」はずだが、LBO スキームはその基準に照らすと如何なるものと評価し得るのか。一見すると、LBO では、「債務者企業に負債を残したまま」「融資をされた資金が、すべて株主へ流れてゆく」ように見える。さらに、株主に対して、「買収プレミアム」が支払われる。ここから、債権者は（負債によって融資された資金以上のものが株主に流出し、負

債だけが債務者企業に残ることによって、引当てが減少するので）損しかしていないのではないか、すなわち、LBO を行う債務者の行動はあまねく債務者の問題行動によるものであるかもしれないという疑義が生じる。

もし、一律にそうだとしたら、詐害取引法の適用を論じるまでもない。先の分析により、LBO は、詐害取引法の観点からすれば、即違法ということになろう[2]。このことを確認するために、LBO 自体の分析が必要となる[3]。果たして、アメリカにおいては、存在意義に関する議論と同時に、詐害取引法の適用対象となるところの LBO についても議論が行われることになる[4]。

本章においては、まず、LBO おける議論を簡単に紹介することによって、この問題がまさに詐害取引法理が処理すべき悩ましい問題のひとつ、すなわち、「LBO は債務者企業にとって望ましい場合もあれば、債務者の問題行動によって引き起こされる場合もあり得、したがって、詐害取引法理によって処理されなければならない問題」であることを説明する。ここにおいては、筆者の能力上の問題から、以上の目的にしたがっての

---

[2] たとえ、そうであったとしても、3 章における議論は、無駄にはならない。当初より、本稿は「ヨリ一般的に、詐害取引法の役割（更には、日本民法の詐害行為取消権の役割）」という基礎理論的な関心から、分析を進めているのであって、詐害取引法の動揺の原因となる特定の現代取引が詐害取引法が対象とする問題からはずれたとしても、そのこと自体はそれほど重要なものではない。逆に言うと、個々の現代取引に関する分析やそれらが日本法でどうあつかわれるべきかという解釈的問題は、この関心の範囲を超えるものなので、本稿の考察では不十分なものであることになる。

[3] Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyances, Agency Costs, and Leveraged Buyouts*, 20. J. LEG. STUD. 1(1991), at 23,「conclusion」参照。

[4] ただし、MBO についての分析は、詐害取引法の解釈との関係で行われただけのものではなく、ヨリ大きな問題との関係で行われている。例えば、ある論文においては、1980年代の「現代取引の波」のなかで、LBO は、連邦政府の失業対策予算を不足に陥れる原因として扱われたとの記述があり、その問題提起に対して MBO や LBO の意義を分析している（Barry E. **Adler** and Larry E. **Ribstein**, *Debt, Leveraged Buyouts, and Corporate Governance*, Cato Policy Analysis No. 120(1989) http://www.cato.org/pubs/pas/PA120.HTM (2005.6.11現在)）。

み説明を行うものであり、実際、LBOが如何なる取引であるのかについての詳論（様々なLBO）、各LBOが詐害取引法に照らしてどのように処理されるのか、また、日本においてはどのように処理されるべきなのか（実際には、詐害行為取消権によってではなく企業法上の債権者保護手続によって処理されることも考えられる[5]）というヨリ具体的な議論には立ち入らない[6]。

こうして「LBOをはじめとする現代取引や企業取引が詐害取引法上の問題となることを確認」した後、「2章からこれまでの議論を通して、企業取引を規整するための法制としての詐害取引法は、それを基礎付ける理論も含め、金融取引の進化（債務者としての企業・取引としての現代取引）という社会の変容に直面して如何なる形に変化したのか」を確認する。具体的には、先述してきた「3章と4章における議論」を通して、「社会の変容を認識した論者達が、詐害取引法をどのように変化させることを主張したか」を俯瞰的に分析することになる。この作業によって、逆に「アメリカにおける論者が、アメリカ詐害取引法のどの部分を維持することを、暗に主張しているのか」を明らかにできることになる。「日本法とは異なり、一般法と特別法という役割分担を持たないアメリカ詐害取引法[7]」についてのこの視点からの分析は、「一般法として、社会の変容を吸収するという任務を与えられている日本民法の詐害行為取消権が、一体どのような形を持っていなければならないのか」という点について、一定の示唆を与えてくれるものとなろう。

では、まず、以下において、LBOのスキームをBaird論文[8]より説明

---

[5] したがって、本文においては、詐害取引法理が処理すべき問題と記述した。

[6] **北川**徹「マネジメント・バイアウト（MBO）における経営者・取締役の行為規整」経済産業研究所ポリシーディスカッションペーパー http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/07070007.html（2007）には様々な類型のMBOが紹介されている。

[7] 日本においては、一般法として民法は、商法との比較において特に明らかになるが、①一般私人を念頭に置いて関係者の利害を調整するという役割、また、②ヨリ社会の変容を吸収するという役割を持っている。他方、アメリカにおいてはそのような区分はなく詐害取引法は全ての関係者の利害を調整する法制であり、且つ、社会の変容を吸収する法制でもある。

[8] Baird, *supra* note 3, at 3-4; Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyance Law and*

し、この取引が如何なる目的によって行われるのか（過剰なリスクテイキングと言い得るか）についての議論を見てゆく。

1　LBO（MBO）スキーム

LBO は企業を買収するためのスキームの一つである[9]。LBO は様々な

Leveraged Buyouts, 546 PLI/ Comm 101(1990), at 105-106. この観点から、近時日本においても詳細な研究が見られる（**柏木**昇「LBO と米国倒産法（1）－（5）」NBL448号 6 頁・449号30頁・450号51頁・451号56頁・452号30頁（1990）、**斉藤**善人「LBO と詐欺的譲渡についての第三巡回区連邦控訴裁判所の判断」（成文堂、2001）、**宍戸**善一『動機付けの仕組みとしての企業』（有斐閣、2006）、**北川**徹「マネジメント・バイアウト（MBO）における経営者・取締役の行為規整」経済産業研究所ポリシーディスカッションペーパー http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/07070007.html（2007）。なお、柏木論文においては、既に様々な目的をもって行われる LBO の概要とともに、LBO に対する詐害取引法の適用を論じた Baird & Jackson 論文や Carlson 論文の引用、LBO が実際連邦裁判所で争われた事例などが紹介されている。また、斎藤論文においては、柏木論文を敷衍する形で、LBO に対する詐害取引法の適用が争われた第 3 巡回区控訴裁判所における事例の紹介、倒産法上の詐害取消しに関わる規定である連邦倒産法548条の適用除外を定める546条の紹介など本稿において扱っていない問題も紹介されている。これらの先行研究との関係では本稿はヨリ理論的な解説を加えることになる。宍戸・北川論文においては、Jensen の free cash flow 理論をはじめヨリ取引的（ファイナンス理論的）な視点から、MBO そのものが分析の対象とされている。本稿においてもこの視点に立脚するファイナンス理論に関する論文を本稿でもいくつか紹介しており、それとの関係ではこれらの文献のほうがヨリ詳しい紹介となっている。また、北川論文においては様々な MBO における利害対立が詳細に分析されている他、4-5、63-68頁においては MBO と詐害取引法に関する記述もある。）。

[9] 本稿で紹介するスキームは、Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain*, 38 VAND. L. REV. 829(1985), at 850; Baird, *supra* note 3, at 3 紹介のスキームによる。他にも、目的会社が、SHELL CORP. を作らず、自己の資本に担保権を設定して、株式を買い取る方法等がある（Barry L. **Zaretsky**, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk*, 46 S. C. L. REV. 1165(1995)）。他にも、David Gray **Carlson**, *Leveraged Buyouts in Bankruptcy*, 20. GA. L. REV. 73(1985) 等にスキームの説明が詳しい。

パターンをとって行われるが、経営者が、自社（経営者が経営している会社）を買収する場合（MBO）について（そのような場合についても、様々なスキームが考えられるがその中の一つを）、紹介する[10]。以下においては、MBOもLBOと区別することなく、「LBO」と称することにする。

LBOは、経営者が、安定的なキャッシュフローを有している企業の株価が実際の価値より低く見積もられていると感じている時に、現在の株式を買い取るために行われる[11]。その買取りを行うための資金の一部は、経営者の自己資金によって賄われる。そして、その資金の大部分は、投資銀行を中心とした新しい融資者からの融資によって賄われ、その融資の担保として、対象企業（自社）の資産が提供されることになる[12]。

---

[10] なお、**上野**正裕執筆「第9章 第4節 MBOファイナンス」西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全（下）』（商事法務、2003）412頁、**上野**正祐＝**杉山**康成執筆「第3節 MBOファイナンス」西村ときわ法律事務所編『ファイナンス法大全アップデート』（商事法務、2006）678頁もほぼ同様である。なお、柏木・前掲注8「LBOと米国倒産法（1）」にはいくつかの一般的なパターンが紹介されている（8-10頁）。

[11] Baird, *supra* note 3, at 3.

[12] 上野・前掲『ファイナンス法大全（下）』注10（2003）416頁においては、この担保権設定契約の特徴が記されている。それによれば、その特徴は、キャッシュフローベースのノンリコースファイナンスであること、対象企業の全資産（売掛債権を含む）について担保権を設定すること、とある。キャッシュフローベースであることによって、ファイナンサーは完全に、融資を回収するに至らない場合もあることになり、そして、企業体に担保権を設定することによって、融資者は、一般債権者に優先することになり、融資が滞った際には、一体として企業体を売却できることになる（前掲書（下）、466頁、注64）。

ただし、後の、上野＝杉山・前掲『アップデート』注10（2006）680頁（LBOファイナンスを行うのは銀行の他に、劣後投資家があり、それらの者の間における優先関係の法律関係について論じた記述である）においては、LBOファイナンサー達の優先劣後関係について「デット資金拠出者の契約上の相対的優先関係にとどまる場合が多く、メザニン・デットおよびジュニア・デットの債権者であっても、買収用SPCおよび（買収用SPCとの合併後は）対象会社の取引先等の他の債権者との間では同順位として扱われる」とある。この記述によれば、対象会社の資産に対して、既存の一般債権者を排除するた

具体的なスキーム（下図参照）についてであるが、①通常は、買収のためのみに存在するペーパー会社 SHELL CORP.[13]を設立する（経営者が最初の資本を拠出しその株式は経営者が全て手に入れる）。②その後、SHELL CORP. が投資銀行を中心とした融資者（LBO ファイナンサー、LBO lender）から、LBO を実行するための資金を借り入れる[14]。③ SHELL CORP. は、新たに借り入れた資金を利用して、対象企業の株式を、旧株主 old shareholders から、全て、買い取る。大抵、その時の買取り価格は、市場価格よりも50％程度高いものになる[15]。そして、対象企業は、SHELL CORP.（その資産は対象企業の株式のみである）の子会社となり、その後、SHELL CORP. に合併される。合併の後には、SHELL CORP. の負債[16]が、対象企業によって全額負担され、対象企業の資産には LBO 融資を行った新たな融資者のために担保権が設定されていることになっている。

旧株主は、株式を SHELL CORP. に売却した後は、LBO とは無関係となる。例えば、対象企業の株式の30％は、旧経営者が取得し、残りは、その他の融資者（銀行・その他の融資者）が取得することになる。その時、対象企業に融資を行っていた債権者の中のある者達は、予め締結していた契約条項の効力により、融資を回収することになる。この者達は、企業の組織変更を条件として融資を回収し得るという契約を締結している者達や、何時にても融資を回収し得るという契約を締結している者達のうち、その契約上の権利を実行した者達である[17]。

めに、LBO ファイナンサーのために担保権を設定するという実践はなくなったのかもしれない。ただし、同順位であったとしても問題は生じる。

[13] 実際には、SHELL CORP. の調達にも気をつけるべきことが存在する（上野＝杉山・前掲書注10、678頁、注95）。

[14] LBO のための融資を、LBO ファイナンスと称する（**柏木**昇「レンダー・ライアビリティー論の現状」別冊 NBL60号（商事法務、2000）参照）。

[15] Baird, *supra* note 3; Michael C. **Jensen**, *Active Investors, LBOs, and the Privatization of Bankruptcy*, in: JENSEN, A THORY OF THE FIRM—GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000), at 70は、40-56％と述べる。

[16] LBO に融資した、銀行やその他の「融資の取引相手」に対する負債。

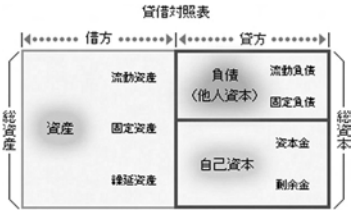
[17] Baird, *supra* note 3, at 4.

そして、既存の一般債権者のある者達は（それらの権利を契約していなかったので)、企業に「債権者」として残ることになる。この一般債権者達に対する負債の総額は、LBO 取引終了時点において、対象企業が全「債権者」に対して有している負債の総額に比べると非常に少ないものになっている[18]。なぜならば、企業が、全株式買取りのために要した莫大な資金は、ほとんど新たな借入れによって賄われているからである。その新たに負担した負債（借入れ）が、対象企業の負債総額を飛躍的に上昇させているというわけである。株式買取り（買収）以前においては、対象企業の、負債比率 debt-equity ratio[19]は１よりも少ないが、買収後においては、８や10[20]になっている[21]。そして、その総負債を満

---

[18] 負債の総量が急増していることを意味している。

[19] 「レバレッジ比率・ギアリング比率のこと。貸借対照表の貸方側（バランスシートの右側）の資本構成を示す指標。自己資本（株主資本）に対する、負債の割合を示す。一般的には、企業の安全性を図る指標として使用され、以下の計算式によって求められる。負債比率＝他人資本÷自己資本（株主資本)。」負債比率１とは、負債１に対して、株式が１あること。負債比率８とは、資本のほとんどを負債によっている状態で、資産の変化によって債務超過になる確率が上昇する。



（図・説明は、野村證券証券用語解説集 http://www.nomura.co.jp/terms/japan/hu/fusaihiritu.html （2009現在） より引用）

[20] Michael C. **Jensen**, *Agency Cost of Free Cash Flow Corporate Finance and Take over,* 76 AM. ECON. REV. 323(1986), at 325は、 debt : equity ＝10 ： １であることも珍しくないと述べている。

[21] Baird, *supra* note 9(1990), at 106, Baird, *supra* note 3, at 4. 負債１円、株式５円の会社の場合、単純に、新な借入れによって調達した資金によって株式（総額５円） を全て買い取るとすると、負債６円、株式０円となる。このように、新たな借入れによって調達した資金により、既存の株式を買い取るならば、負債比率は飛躍的に上昇する。

足させるために必要な額は、買収以前の年において、その企業が有していたキャッシュフローを大幅に上回ることになる[22]。

その後、SHELL CORP. は、対象企業に合併されることになる。こうして、対象企業の資産を引当てにしていた一般「債権者」は、その引当てを担保権の設定により奪われ、返済能力のないペーパーカンパニーである SHELL CORP. の有する負債の負担を、実質的に、（合併後は形式的にも）負担することになる[23]。事件は、3章にて説明したように、対象企業が、LBO の後に倒産した際に発生する[24] [25]。

2　LBO（MBO）の目的

この LBO は、詐害取引法にとって、如何なる意味を持つ取引なのか。この問題に答えるべく、Baird は、LBO に特有の特徴の意味を探る[26]。

---

[22] この状態を指して、LBO によって対象企業が債務超過に陥ったとして、対象企業の「債権者」によって、後に、詐害取消訴訟が提訴されることになる。

[23] ちなみに、対象企業内部のある部門は、買収の後、直ちに売却され、そして、その売却代金により新しい融資者達 lender は返済を受けることになる。

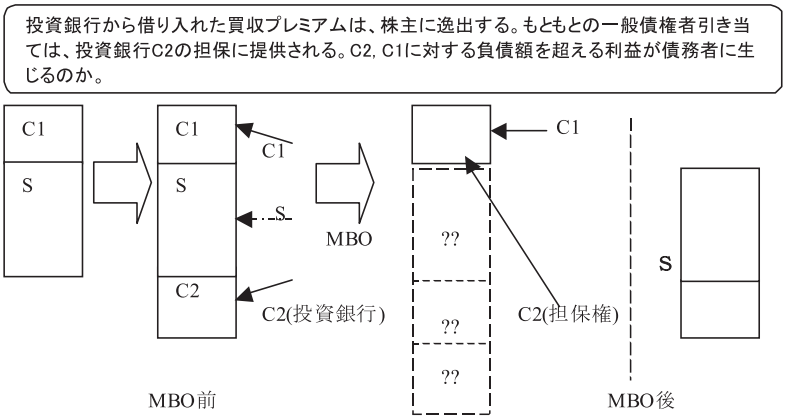
[24] Baird, *supra* note 3, at 4.「企業は大量の負債を有することになるので、その取引がうまく行かなかったら、企業は再編を迫られ、時には、その再編は法的倒産において行なわれることになる。」

[25] 上野＝杉山『アップデート』682頁（2006）によれば、1980年代、アメリカにおいては盛んに LBO が行われたが、「金融機関が対象企業の審査基準を緩和した結果、財務的危機に見舞われ倒産するものものあり、1990年代においては LBO の取引事例も減少を示している」とある。ただし、続けて、「このことから」「全ての企業買収において有用であるのではなく、一定の範疇に含まれる対象会社についてのみ行われることが要求されてるものと解される」とあることから、先の事実を持って、LBO が利用されなくなったと評価しているわけではないようである。

[26] もっとも、株主に支払われるプレミアムが如何に捻出されているかを説明することによって LBO や現代取引が如何なるものであるかを説明しようとするアプローチは、珍しいものではない。Michael C. **Jensen** and Donald H. **Chew**, *U.S. Corporate Governance: Lessons from the 1980s,* in: JENSEN, A THORY OF THE FIRM—GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000) (Originally published in the Portable MBA in Investment, ed. Peter Bernstein (New York: John Wiley and Sons, 1995) at 377-406) at 13は、「企業にお

①LBOでは、その特徴として、対象企業に投資している旧株主の株式を、その市場価格の1.5倍もの価格にて（市場価格に50％のプレミアムを付与して）買い取る取引を含む。②加えて、LBOにより、対象企業は、多くの負債を背負い、③その支配権も変更される。

これらの現象が、全体として、債務者企業の価値を増加させるものとして意味を持つのか、すなわち、債権者にとっても有意義なものなのかが詐害取引法の存在意義から見た問題となる。このようなプレミアムを上乗せしてまで、この取引を行うメリットが特定の関係者に、発生しているからこそこの取引が起こることになるが、このプレミアムが「債権者」の損のみによって賄われているならば、まさに債務者の問題行動の発露であるといえよう[27]。



以下においては、Baird論文[28]を中心に、経済学者のModigliani and

ける他の利害関係者からの利益の移転のみによっては説明できない、株主の利益の増加は、マスコミによると、アメリカ経済を破壊しかねない、短期的な投資家心理を表すものであると解釈されるが、金融経済学者によると、企業の経営効率が上昇したことを表すものであると解釈される」と述べている。

[27] Bairdは、もし、LBOが、債権者から株主への利益の移転のみを目的としているならば、そのような取引は許されるべきではないと述べる（Baird, *supra* note 3, at 23, coclusion）。

[28] Baird, *supra* note 3.

Miller[29]、Jensen[30]、Adler and Ribstein[31]らの論文等から、LBOとは如何なる意味を有する取引であると理解されているのかを簡単に本稿の目的に必要な範囲でまとめることにする。

2.1　「債権者」から株主への利益の移転 —— 債権者の犠牲における株主の利益

まず、LBOの説明として考えられるのが、経営者が、「債権者」から、株主に対しての利益の移転を狙った結果、行われているというものである。これは、「債権者」の損において、株主が利益を得るために行われるという説明である。

もし、この説明しかあり得ないのであれば、LBOは、詐害取引となる公算が強まるであろう[32]。この説明のみにより、LBOの発生が完全に説明されるというためには、LBOによって生じる「債権者」の損失によって、株主に支払われるプレミアム（株主が市場価格以上に利益を得ている部分）が完全に賄われていなければならない。

2.1.1　「債権者」からの移転？

しかし、実証によれば、「債権者」の引当資産を全て奪ったとしても、プレミアムの総額を完全に説明することができないという[33]。すなわち、「債権者」の損失により、株主が利益を得ているという説明は、LBO

---

[29] Franco **Modigliani** and Merton H. **Miller**, *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment,* 48 American Economic Review 261 (1958); Merton H. **Miller**, *Leverage,* in: *Foundations of Bankruptcy Law* (Barry E. Adler, ed., Foundation Press, 2005) (originally published in 46 Journal of Finance 479 (1990)), at 15.

[30] Jensen, *supra* note 20.

[31] Barry E. **Adler** and Larry E. **Ribstein**, Debt, Leveraged Buyouts, and Corporate Governance, Cato Policy Analysis No. 120 http://www.cato.org/pubs/pas/PA120.HTM (1989).

[32] 例えば、**藤田**友敬「株主の有限責任と債権者保護」法学教室223号（1999）、23頁は、RJR-Nabiscoの事例を取り上げ、このような説明を紹介している。

[33] Baird, *supra* note 3, at 4. アメリカの議論についてヨリ詳細な解説が北川・前掲注8、46-48頁においてなされている。

が起こる原因の一部しか説明できていないことになる。

例えば、RJR-Nabiscoの事例[34]においては、100億ドルのプレミアムが支払われた[35]。しかし、LBOによる「債権者」の引当て喪失による損失の総量は、旧株主を買収するためのプレミアム[36]のわずか5％（5億ドル）[37]であったという。これは、株主が、「債権者」以外から（90億5000万ドルの）利益の移転を受けていることを意味しており、「債権者」から株主に対して利益を移転するためにLBOが起こるという説明が、LBOの全てを説明し得ていないことをも意味している[38]。

そして、実証データによると、大抵のLBO取引における「債権者」の損失総額は、株主が得ることになるプレミアムの5％以内になってしまうと、Bairdは述べる[39]。すなわち、残りの95％のプレミアム（Nabiscoの事例においては90億5000万ドル）を賄える利益が何処からか捻出されないと、この取引は全体として成立し得ない（起こるはずもない）というわけである。

---

[34] Michael C. **Jensen**, *Active Investors, LBOs, and the Privatization of Bankruptcy*, in: JENSEN, A THORY OF THE FIRM—GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000) (Originally published in Journal of Applied Corporate Finance. 2, no. 1, at 35(1989)), at 63は、1980年代に数多く行なわれたLBOの中においても、RJR-Nabiscoの事例は、最大級（250億ドル）のものであると述べる。それ以前には、Chevron（旧Standard Oil Co. of California）社が1984年にGulf石油を132億ドルで買収した事例が最大級であったという。

[35] 株主が、株価を市場価格より、100億ドル高く売却したということである。

[36] 投資銀行が、債権者の損失（対象企業資産に対する担保権の設定）の対価として融資している。

[37] 藤田・前掲注32、23頁は、社債の価値が、2億9800万ドル下落したとある。

[38] 前注26参照。藤田・前掲注32、23頁は、「買収によって株主が得た利益のすべてが債権者のポケットから出たとはいえない（買収によって何らかの新たな価値が生み出され全体のパイが大きくなった可能性もある）にせよ・・・」と記述している。この記述は、LBOには、「債権者の損により株主が利益を得ている（これだけではパイは大きくならない）」という側面と、「それ以外のところから利益が発生している（パイが大きくなる）」という側面があることを説明しているといえる。

[39] Baird, *supra* note 3, at 4-5.

2.1.2　「取引債権者[40]」からの移転？

以上の記述における「債権者」達とは、事前に、契約によって自衛し得る金融債権者を念頭においている[41]。しかし、対象企業に対して、信用を供与している「債権者」は、金融債権者のみではない。対象企業と取引を行っている「取引債権者」は、掛売り[42]によって商品を対象企業に供給している。この者は、商品の代金について、信用を供与していることになる。そして、一般的に、彼らの多くは、先に述べた「債権者」達よりも、自らを契約条項により防衛することはない。この、自衛し得ない「取引債権者」の損失において、この取引が行われている可能性があるわけである（その者から利益が株主に流出していることになる）。

この「取引債権者」の損失においてこのプレミアムが捻出されている可能性は十分にあり、そのことも検討しなければならない。しかし、これらの者は、信用を供与する期間を30-60日と短くする等の方法により、自衛を行っている[43]。Baird は、取引債権者について、自己防衛により

---

[40] 本稿における、「取引相手」とは別のものである。本稿における、「債権者」でありながら、金銭を「債務者」に貸し付けているわけではなく、「債務者」と物やサービスの取引を行いながら、（代金の後払いという意味での）信用の供与を「債務者」に対して行っている者のことを指す。

[41] 以上に説明した、金融債権者の多くは、既に、契約条項によって、対象企業から融資を回収してしまっている（Baird, *supra* note 3, at 4）。以上の説明の「債権者」とは、いわば、“逃げることができなかった”極一部の「債権者」であると評価されているようである。Baird & Jackson, *supra* note 9（1985）によるとこのような者は保護に値しないということになろうか（先述）。

[42] Baird, *supra* note 3, at 5によれば、「債務者」は、常に、30-60日以内に代金を支払わなければならない、平均して、10万ドルの商品の供給を、受けているとある。すなわち、「取引債権者」は、常に、10万ドルの信用を「債務者」に供与しているということになる。

[43] 前注42参照。また、Robert J. **White**, *Leveraged Buyouts and Fraudulent Conveyance Laws under the Bankruptcy Code--Like Oil and Water, They Just Don't Mix*, 1991 ANN. SURV. AM. L. 357（1992）は、取引債権者の自衛能力について記述している。彼によれば、取引相手は、取引期日を細分化しているので、通常は、LBO 以後の者か、LBO 以前であっても LBO について十分知ることができる者であるという（ここから、White は、取引債権者は取消権を行使し得

損失を限定しているのであるから、「プレミアムの捻出の全て」を、彼らの損失によって説明することは不可能なのである、と説明する。

2.1.3 株式の買取り以外の「債権者から株主への利益移転手法」の存在

さらに、このような数的な実証データに加えて、法技術上も、これらの「債権者」から株主への利益の移転という説明は採用できない、とBairdは説明する。なぜならば、株主は「債権者」の利益を自己に移転するためのヨリ簡便な方法を有しているからである[44]。

すなわち、LBOという迂遠な方法を使わずとも、株主は自分達で配当を決定することによって債権者からの利益の移転（LBOと同じ効果）を受けることができる。このような配当が「債権者」達により禁じられていないのならば、株主は、負債の増加や、支配権の変更を伴うLBOのようなコスト高な方法を使わずとも、配当を利用することにより、「債権者」の利益を株主に移転することができるのである[45]。すなわち、LBOを完全に説明するには、「負債の増加（資本構成の変更）」「対象企業の支配権の変更」を説明しなければならないことになる[46]。

2.2 税法上の優遇 —— 政府からの助成

その他にも、税制上の優遇措置（政府から助成）を受けるために

る「債権者」ではないと論じる）。これに対する批判としては、Barry L. **Zaretsky** & Prudence B. **Abram**, *Commentary on Mr. Whites Paper: Leveraged Buyouts* (Proceedings and Papers of a Bankruptcy Law Symposium Held at the New York University School of Law April 12, 1991), 1991 ANN. SURV. AM. L. 433(1991) がある。

[44] この部分のみを見れば、LBOは、対象企業から旧株主への配当と同じであるといえる。

[45] ただし、制定法上の配当規制が存在するならばこの説明が成立し得ることになる。

[46] Michael C. **Jensen**, *Introduction,* in: JENSEN, A THORY OF THE FIRM—GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000) もはなから「支配権」に着目している。

LBO を行うという説明が考えられる[47]。

LBO によって結果的に、対象企業は大量の負債を負うことになる。もし、大量の負債の負担により（発行する企業や、発行を受ける投資家にとって）、税制上の優遇を受けられるとするならば、負債を増加させるために、LBO を行うかもしれないというのである。そして、この説明によれば、1986年の Tax Reform Act により、企業にとって大量の負債を発行し、負債比率（かつ負債の量）を高くしておくことの利益が増加し、そして、負債を発行するために LBO が行われるようになったという[48]。

しかし、これらの税法上の優遇による説明は、先の説明と同じ理由で、失敗するという。まず、確かに、これらの説明は的を射ており、あるケースにおいては、税の利益は、旧株主に支払われたプレミアムを十分説明することができるが、その他のケースにおいては、プレミアムの半分も説明できない[49]。次に、「税の利益」という理由により、取引を構成す

---

[47] Adler and Ribstein, *supra* note 4; Baird, *supra* note 3, at 6等に税法からの説明がある。また、アメリカの議論については、北川・前掲注８、44-46頁によってヨリ詳しい解説がなされている。

[48] Miller, *supra* note 29, at 15; Adler and Ribstein, *supra* note 4; Baird, *supra* note 3, at 6. 企業にとって、負債と株式どちらで資金調達を受ける方が税制上のメリットがあるかは、税制によって得られるところの「発行する企業と発行を受ける個人の利益の総和」の大きさによる。

株式に関わる租税としては、企業のレベルで課される法人税と、投資家のレベルで課される配当課税とキャピタルゲイン課税（配当を留保した際に上昇する株式価値を株式の売却によって実現したものに対して課せられる）とがある。株主は、配当を企業内に留保することによって、配当課税を免れキャピタルゲイン課税だけを受けることが可能となる（キャピタルゲイン課税率が低い場合はその利益を享受できる）。他方、負債に関わる租税としては、（企業レベルで負債に対する利息について課税所得から控除され）投資家のレベルで利息収入に対して課される税がある。以上より、一般的に法人税率が高く、キャピタルゲイン課税率が高く、配当課税率が低い場合には、負債による資金調達が有利になる（もちろん、税法が安定していることも条件となろう）。一般的には、負債の有利性は認められるようである。

[49] Baird, *supra* note 3, at 6.; Miller, *supra* note 29, at 15.

る「負債を比率（負債の量）の上昇」の意味は説明できるが、やはり、「支配権の変更」の意味については、説明できない[50]。

2.3 資本構成（負債比率・負債の量）の変更による利益

以上の説明によれば、「債権者」からの利益を株主が搾取するという説明と、税制上の優遇を企業・投資家が受けるという説明は、LBOが発生する動機の一部しか説明しきれていないといえる。

すなわち、LBO取引の意味を理解するには、「資本構成の変更（負債比率・負債の量）」と「支配権の変更」によって生じる利益が旧株主への買収プレミアム全てを賄うという説明が必要であることになる[51]。

2.3.1 資本構成（負債比率）は企業価値に影響を及ぼさない

（Modigliani – Miller 無関連性命題［MM理論］）

資本構成（負債比率）の変更は投資家、すなわち企業価値にとって如何なる意味を有するのか。この問題提起は、「完全情報（全ての人が全ての情報についてアクセスし得る環境）の仮定の下においては、資本構成（負債比率）は企業の価値に何ら影響を及ぼさない」というファイナンス理論の基本的な考え方によってなされる[52] [53]。すなわち、こうである。

---

[50] その他の説明は、Baird, *supra* note 3, at 7; Adler and Ribstein, *supra* note 4を参照されたい。MBOの場合には、Buy-Outによる課税についても考えなければならないので、税法上の考慮から負債による資本構成が企業にとって有利だとしても、それが即時にMBOの促進に繋がるとは言い難い。例えば、キャピタルゲイン課税は、Buy-Out時にも課税されることになるので、キャピタルゲイン課税率の上昇は、負債比率の増加をもたらす可能性があるが、同時にMBOを阻害する可能性もある。Adler and Ribsteinによれば、1986年のTax Reform Actは、キャピタルゲイン課税や（個人税率）に比して法人税率を上昇させたという点では負債による資金調達を有利にしたが、他方、キャピタルゲイン課税率の上昇やBuy-Outによって得られた資産に対する課税率を高めたことによってMBOを阻害したという。

[51] Baird, *supra* note 3, at 7.

[52] Modigliani and Miller, *supra* note 29。Miller, *supra* note 29は記念講演であるが、直感的、且つ、コンパクトに解説してある。**宍戸**善一＝**常木**淳『法と経済学』（有斐閣、2004）、131頁にも記述がある。Millerによれば、投資家は、

負債比率の変更は、企業に投資している投資家の個々のリスクや期待利益を変化させるが、企業全体のリスクや期待的な利益を変化させるものではない。故に、負債比率の変更は、企業価値[54]を、変化させることにはならない。例えば、特定の会社において、資本を構成する証券の一部である株式を負債に変更した場合、当該新しい負債に関しての、リスク（利率）[55]は低下する[56]。他方で、その他の株式のリスク[57]（利率）が

自己のポートフォリオ（資産構成）を操作することによって投資の対象となる企業の資本構成が変更されるのと同様の効果を得ることができるという。（投資家にとって、無負債企業の株式を１％買い取ることと、同じ収益力を持つ企業の株式と社債をそれぞれ１％づつ買い取ることは、経済的に同じ実質を持つ）そうであるならば、投資家にとっては企業の資本構成（負債比率）は自己の投資決定にとって意味が無い。したがって、企業の資本構成の変更に対して、なんらプレミアムを支払うことはしない。

[53] なお Modigliani-Miller の無関連性命題の法学への応用については、**沖野**眞已「約定担保物権の意義と機能 —— UCC 第９編の『効率性』に関する議論の素描」学習院大学法学会雑誌34巻１号75頁（1998）、**森田**修『アメリカ倒産担保法「初期融資者の優越」の法理』（商事法務、2005）の226頁、注１に詳しい。本稿においては、ヨリ直感的な前掲 Miller 論文を紹介するが、フォーマルなものについては、沖野・森田論文を参照されたい。

沖野は、アメリカにおいて、この理論を応用して展開された、担保権と一般債権の関係（担保権の存在意義）についての議論を素描している。そこにおける問題意識は、以下のようなものである。MM 理論によれば、担保権によって、無担保債権がリスクに晒されていることにより、企業価値には何ら影響を及ぼさないはずであり（債権と株式との関係が、そのまま担保権と無担保債権にも当てはまる）、したがって、担保権の存在によっては、（担保権者から一般債権者へ利益が移転しているのみであり）社会的な利益は生まれていないということになる。そうであるとするなら、担保権とは何故必要なのか、ということについて考えなければならない。

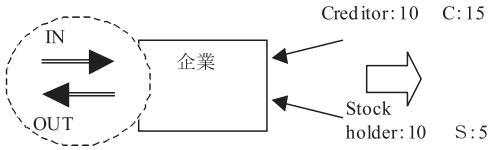
[54] 企業の証券を所持している者の全員の期待利益。

[55] 株式が負債に変化したので、回収可能性が上昇する。

[56] Miller, *supra* note 29, at 17の説明は以下のようなものである。

ある企業に投資している10人の証券保有者がいるとする。その内、５人が債券保有者・５人が株式保有者であるとする。この中の株式保有者２人が、現状のリスクが高すぎると感じ、自己の保有する証券の性質を債券に変更するように求めるとする。そして、旧債券保有者の権利を薄めないように、旧債券保有

上昇する。こうして、当該企業においての全証券保有者（全権利者）の平均的なリスク（リターン）は、資本構成の変化によっては何ら変わることはない。よって、資本構成の変化によっては、企業の資産価値は変わらない。企業の資産価値は、企業の有する事業の収益によってのみ変動するといえる。したがって、この議論だけからすれば、資本構成の変更は何ら利益をもたらさないことになる。



投資家（債権者・株主）は、企業のリスクとリターンを分け合っているに過ぎない。その分け方を返るだけで、企業の収益が増えるわけではない。

2.3.2　M=M 理論における仮定

しかし、この MM 理論は幾つかの仮定をした上での理論上の結論である。この仮定を取り外すと、その結論どおりにはいかなくなる[58]。

者に対して劣後する劣後債の発行を受けるとする（2つの株式が劣後債に交換される）。この時、劣後債保有者（新債券保有者）は、旧債券保有者よりは、リスクが高い証券を保有していることになるので、その利率（期待的な利益）も高く設定される（勿論この証券のリスクは、その優先権により以前所有していた株式よりは低くなっている）。この状況下においては、7人の債券保有者の平均的なリスクと平均的な利率は、旧債券よりもリスクと利率の高い劣後債を保有する2人が追加されたことにより、上昇する。同時に、株主に優先する者が新たに2人出現したので、残された3人の株主のリスクも上昇し、したがって、利率も上昇する。このように、確かに、債権者・株主両方のクラスの平均的なリスクと利率は上昇しているが、全体のリスクは、以前と変わっていない。なぜならば、3人の株式保有者についてのリスクの上昇は、2人の新債券保有者についてのリスクの低下によって相殺されるからである。厳密な説明は、前注54に挙げた諸文献を参照されたい。

[57] 債権という株式に優先する権利の総量が増加したので、株式はハイリスクな証券となる。

[58] MM 理論は、幾つかの仮定を置いているが、その仮定により現実世界を説

例えば、MM 理論は、完全情報（全ての人が全ての情報についてアクセスし得る環境）の世界を想定した上で、その世界における負債比率と企業価値の関係を説明するが、実際の社会においては、全ての情報にアクセスすることは不可能である（不完全情報）し、且つ、その情報も偏って存在している（情報の偏在）[59]。つまり、実際の世界においては、投資家は、経営者に比して、企業に配当や利息の分配原資となる企業の利益が、如何なる程度存在しているかを認識することができず、企業の経営者が有する、事業についての情報についても認識することはできない。また、彼らは、経営者が合理的に経営を行っているかについても認識することはできない。また、実際の世界においては税金や倒産も存在する。

この状況下においては、負債と株式の比率が、それぞれの権利の法的性質を原因として、企業の価値に、影響を及ぼすことになる[60]。以下、情報の偏在する中で、負債比率が企業価値に如何に影響をするか、について説明する Baird の議論を簡単に紹介する。

企業が資金調達をする際の選択肢として、負債（債権）[61]と株式を利用する方法がある。それぞれの権利の法的性質を簡単に説明する。まず、債権とは、定期的に確実かつ固定的な利息を得ること、一定期間が過ぎた後元本を回収すること、ができる権利である。また、債権者は、債務不履行の場合には強制執行によって強制的に投資を回収することが可能

明できないことをもって、この理論が利用できないものとなるわけではない。確かに、現実世界にはあり得ない仮定を置いているが、現実世界を記述するにはその仮定を緩めればよいだけの話である。MM 理論は、「仮定を緩めた後、その結論が如何なるものになるのかという分析」にとっては不可欠のものであったということができよう。

[59] 不完全情報とは、全ての情報が開示されているわけではない状態のことを指す。情報の偏在とは、あらゆる当事者に均等に情報がいきわたっているわけではないことを指す。例えば、企業の経営者だけが知っている情報が存在するなら、情報は、不完全かつ、偏在している。このような状況においては、しばしば市場が失敗する。

[60] Miller, *supra* note 29.

[61] 投資家からみれば債権である。

である。次に、株式とは、債権者に対する支払いを終えた後の余剰に対する分配を（経営者が主導する配当に関する判断を条件として）受け得る権利である。この権利は、定期的な利息をもたらすわけでも、元本の返却が認められるわけでもない[62]。これについては、債務不履行も観念できない。この権利の性質が、情報偏在の社会の下においては企業の価値に影響をすることになる。

2.3.3 経営者による余剰資金の非効率利用 —— Free cash flow theory[63]

企業に資金が十分に存在している場合は、倒産の心配がない。そのような場合、債権回収が確実なものとなるので、債権者による企業（経営者）に対する監視の力は弱まる[64]。その結果、経営者は、「その管理下にあり自由に利用できる余剰資金やキャッシュフロー free cash flow」を使い非効率な経営を行う可能性がある[65]。すなわち、経営者は、意味のない買収・多角化を行ってしまうことにより、企業の収益に打撃 —— 維持費や赤字事業は企業の経営を圧迫すると同時に得られるはずのシナジーは得られない —— を与える可能性がある[66]。

このメカニズムの発生を防止するには、経営者の管理下にある「経営者が自由に利用できる余剰資金 free cash flow」を定期的・継続的に、取り去れば良いことになる。その手段として、負債の持つ定期的な利息

---

[62] 株式の譲渡によって、元本の返却と同じ利益を得ることはできる。

[63] Michael C. **Jensen**, *Agency Cost of Free Cash Flow Corporate Finance and Take over*, 76 AM. ECON. REV. 323(1986), at 324.。この文脈において、北川・前掲注42-44頁によって解説がなされている。

[64] 先（**3章**）に、企業が健全である場合においては、その株主は、企業の投資による利益と損失が自己の利益に直結することになるので、効率的な選択をすると述べたが、本文に説明するようなメカニズムも発生するので、そう単純ではない。

[65] その原因の一つは、経営者の給与システムにあるという（Jensen, *supra* note 63)。

[66] すなわち、債務超過の場合も、資金が十分にありすぎる場合も、異なるメカニズムにより非効率投資が発生することになる。

支払機能が着目されるという[67]。負債を負担することによって、定期的、かつ強制的に利息としてfree cashを吐き出させ、経営者の管理下からfree cashを取り去ることができるわけである。こうして、free cashを吐き出した企業は、資金が必要となる度に、資本市場に出向き自己の企業の評価を受け、経営に対する規律も強まるというわけである。これがJensenの主張である。

このように、特定の場面においては、企業の負債比率（負債の量）を上昇させることにより、企業の価値を上昇させることができるということになる[68]。

---

[67] Jensen, *supra* note 63, at 324. 株主に対する定期的な配当を行うことによっても可能であるが、この方法は万全ではないという。理由は二つある。まず、配当原資は一度、経営者の管理下に置かれることになるので、「free cash flow」の問題が発生するのを防ぎきれない。次に、配当を行うか否かの決定は、経営者の裁量に委ねられており、確実に配当が行われるとは限らない。こうして、配当によっては、問題は解決されないことになる。

[68] 自明のことであるが、こうして、ファイナンスの道具立てである負債や株式が、ガバナンスと直結することになる。藤田・前掲注32、23頁にその視点が提示されている。また、宍戸＝常木・前掲書注52、131-139頁、特に133頁には、「負債の量が増えると、経営者にとって確実に返済すべき部分が増すために、経営努力とリスクを避ける確実な経営への誘因が増え、逆に自己資本比率が増えると、（安定的な大株主と経営者との間に信頼関係があり、かつ、敵対的企業買収が効果的に阻止されている場合）短期の利潤にとらわれないリスク・テイキングが可能になる代わりに、経営の放漫化を誘発する危険性があるといわれてい」る、とある。後者の場合には、負債比率を上昇させることが重要となる。

また、負債の株式に対する優位性を、別の方法によって示すものもある。現実では、経営者は自己の経営する企業の将来性や事業について外部投資家よりも相対的に情報を有している。この状況で、経営者は株式価格が企業の将来性を反映しておらず割安である場合には、効率的に資金を得ることができないので株式の発行を控えることになる。また、逆に、株式価格が割高である（企業の将来性以上に株価が見積もられている）場合には、株式による資金調達が合理的なものとなる。しかし、このことを外部投資家もわかっているので、経営者の株式による資金調達は、外部投資家に、企業の株式が割高である（株価ほどは企業の事業に将来性がない）という情報を実際のところはどうであれ与え

2.3.4 税の優遇（政府の助成による負債の有利性）

さらには、先に述べた税法上の優遇措置等が、負債の魅力を高めることになる（先述）。MM 理論は、負債に有利な税制が採用されていない状況を仮定としている。しかし、実際においては、負債の方が税制面においては株式よりも有利となっている。

2.3.5 負債のコスト（倒産によるエージェンシーコスト）

他方、負債は倒産確率を上昇させる。負債がないと倒産はないので、負債比率を増加させると倒産確率が上昇する。

そして、倒産においては、様々な、倒産コスト distress cost が発生してしまう。例えば、倒産手続においては、企業の今後（資本構成や支配権）についての交渉が、株主と債権者の間で行われることになるが、その交渉が苛烈を極めることにより、経営者の経営が散漫になってしまうことによる間接的な損失 indirect cost が発生する。また、倒産処理においては、会計士や弁護士等の専門家を雇わなければならないことにより直接発生する損失 direct cost も発生する。そして、倒産を睨んだ局面においては、先に説明してきたように、エージェンシー問題を原因とする企業価値の減少による損失 agency cost 等が発生する[69]。

てしまうことになる。他方、負債による資金調達ではこのような情報の非対称性による問題は生じない。さらに、負債を返済するに足りる収益があることを経営者に確約させ、経営の効率性を高めさせることにもなる。これらの理論は、最適な負債比率が存在することを示す。負債はこれらの観点から、企業にとって便益（例えば、経営者と株主とのエージェンシー問題解消）をもたらすが費用（債権者と株主・経営者とのエージェンシー問題）ももたらす（以上については、**小林**磨美「企業金融と負債の役割」経済論叢別冊調査と研究第26号（2003）62-65頁にアメリカの議論についての概説がある）。

[69] 債権者－株主間のエージェンシー問題は、投資決定における過剰なリスクテイク（先述）や、倒産手続の選択（例えば、如何なる倒産手続を申立てるかについての選択の場面において、倒産処理の具体的方法の選択において、倒産財団の価値の評価の場面において問題になる。倒産実体法の目的はこの手続に参加する相反する利害を合理的に調整する仕組みを構築することにある。）や、倒産手続における再建計画の決議それについての交渉等に現れ、それぞれ企業価値を下落させる。これは、経営者の経営の散漫を引き起こすので、indirect cost の原因となっている。

負債の増加により倒産確率が上昇するならば、それによって倒産した場合に発生するコストも企業価値に織り込まれることになる[70]。このように、負債比率の上昇によって企業価値を下げてしまうというメカニズムも一方においては、存在することになろう。

2.3.6　適切な負債比率（負債の量）

これらのメカニズムは、現実の世界においては、負債と株式の比率（負債の量）が企業価値に影響をすることを示している。例えば、小規模な企業においては、市場による評価が低いので負債によって資金調達をすべきであるし、大規模、且つ、余剰資金を大量に有する企業においては、負債を負担することにより、資金を吐き出さなければならないだろう[71]。企業にとって適切な負債比率（負債の量）は、健全時においては、企業の損失も利益も内部化されるはずの、株主の利益を代表する経営者によって決定されることによってうまくゆくことになる。

2.4　支配権の変更

以上より、負債の利益を享受するためにそれを増やそうとするならば、負債による損失（倒産リスクの上昇）も発生することになる。結果、資本構成を変更した場合、その企業のガバナンスの体制も変更することが重要になってくる。ここに、資本構成と、支配権を同時に変更するLBO取引の意味（うまみ）がある[72]。

2.5　小括 ―― 経営判断としてのMBO

Baird論文は、この資本構成のあり方と、支配権の変更との関連性

---

[70] 先述した期待的利益の考え方を参照。倒産したら10の損失が発生する場合を考えると、倒産確率が10％の場合は、1（計算式：0.1×10）のコスト、倒産確率が50％の場合は、5（計算式：0.5×10）のコストがそれぞれ現在の企業価値に織り込まれることになる。負債の量と倒産確率は正の相関を示すのであるから、負債を増やすと倒産確率が上昇し、倒産コスト（先述）がより現在の企業価値に織り込まれるようになる。

[71] Jensen, *supra* note 63.

[72] Baird, *supra* note 3, at 7-9.

（LBO の意味）を、ある企業における具体例を挙げつつ説明している。大略すると、以下のようである。

まず、企業は特定の資本構造をとって事業を開始する。この際、企業の資本は、完全に経営者や企業の日々の業務に近い関係者によって積み上げられているものであり、完全に株式のみであるかもしれない。この段階においては、外部から資金調達は得ることができず、経営者の能力を個人的に知っている人によって資本が積み立てられることになる。

そして、企業が成長してくると、企業のベストな資本構成は変更してくる。その中で、LBO が望ましい選択肢の一つとして挙げられるかもしれない。例えば、成長産業において、潤沢な余剰資金を有する企業は、その資金を非効率に投資しないように、負債によって企業の資金 free cash flow を吐き出す必要があるかもしれない。そして、その負債に対する弁済を確約するためには、経営者や投資者（投資銀行）が新しい株主となることが必要となるかもしれない。そして、LBO の際、大部分の株式を少数の者が買占めることにより、権限の集中が起こり、少数株主が取締役になるならば、「株主と経営者との間のエージェンシー問題」[73]が減少するかもしれない。さらには、経営者が株式（企業資産）の大部分を保有することにより、経営者は企業の運命（企業価値）に大きな利害関係を有することになり[74]、彼の経営意欲は高まるかもしれない[75]。

---

[73] 株主と経営者との間のエージェンシー問題（株主－経営者のエージェンシー問題）は、株主が分散している場合に良く起こる。すなわち、株主は議決権が分散されることで、企業の意思決定に対する自分の損や得がすくなくなるので経営を積極的に監視するインセンティブが減少し、他人任せの議決権行使となる（フリーライドの一種）。それを見越した経営者が、自己の利益のために行動をしてしまうという利益の相反が発生する。

[74] 企業資産が減少すれば、経営者の個人資産も大きく減少することになる。

[75] リスクをとらなければならないハイテク企業において、企業資産のほとんど全てを、経営者が所有していることは望ましくはない。このような企業で、経営者に企業資産の多くを所有させてしまうと、リスクを選択できなくなり逆に企業価値が下がってしまう（Baird, *supra* note 3）。このような企業は、常に、設備投資に資金を回しているので、余剰資金もなく、資本市場を頻繁に訪れる

この時、経営者は、企業の資産の多くを有することにより、企業のリスク投資に慎重になる。成熟産業における、安定したキャッシュフローを有する企業においては、LBOのこの機能を使うことにより、経営者が利益のない（コストのみの）事業に手を出すことを、防止できる。こうして、LBOは、特定の経営判断のもと、望ましい取引として、行われることになる[76]。

そうして、経営者の判断により、適切に負債比率（負債の量）を変更するならば、（負債契約における財務条項などの他に）支配権の変更が必要となる。これによって、株主に支払われるプレミアムが説明されるというのである。

以上の議論により、LBO実行の際に、株主に対して支払われるプレミアムは、①「債権者」から株主に対しての利益の移転[77]、②負債比率（量）の増加（税の利益・利益吐き出し機能）による企業価値の増加[78]、③負債比率（量）に適切な支配権構成の採用による企業価値の増加、によって賄われるということがわかる。

そして、②③の要素があることにより、LBOは、一定のリスクと引換えに、対象企業にとって企業価値を上昇させる取引である可能性がある[79]。このように、投資決定と資本構成の変更は変わらない[80]。他方で、

ことによってモニターもされているので、free cash flow理論によってもLBOを行う必要はないということになる（Jensen, *supra* note 63）。

[76] Jensen, *supra* note 63, at 325-326. 宍戸9-10、379、383頁以下・前掲注書８、北川・前掲注８各論文においてもMBOが、企業の展開過程のある一時期において有力になる手法となることが記述されている。

[77] これは、利益が移転しているのみなので、企業価値の増加をもたらさない。

[78] これは、負債によるコストも発生するので、失敗すれば企業価値を減少させる。

[79] 前注204に挙げた文献参照。

[80] MBOとは、資金調達を受け、負債を負担し、株式を旧株主から買い取り、その支配権を適切に配置することにより経営効率を飛躍的に向上させ、企業価値を高めるために行う投資決定といえる。これは、資金調達を受け、コンピューターチップを買い取り、自社のパソコンに組み込むプロジェクトを行い期待的な企業価値を高めるのとそれほどかわらない。

①の要素があることにより、債務者の意思の歪みであると評価できる余地はある[81]。加えて、「債権者」の財務条項によって規律できない場面もあろう。

3　MBO に対する詐害取引法の適用

ここに、大雑把ながらも、LBO の文脈において、先の二つの問題 —— 誰を相手に取消しを行うのか（取引相手とは如何なるものか）、如何なる場合に取り消しが認められるのか（詐害取引法の適用範囲は如何なるものか） —— に対する一応の解答が得られたことになる。

すなわち、こうである。前者の問題については、取引を適切に規整するために「取引相手」の選択が必要となり、その取引相手の候補として有力なのは、LBO ファイナンサーである。他方、後者の問題について、理論上は、LBO は詐害の審査に服し、過剰なリスクテイキングが行なわれているならば（さらに、「債権者」の財務条項によって規律させることが適当でないならば）、LBO は詐害取引として取り消されるべきであるということになる[82]。以下に、それぞれについて、残された問題を示しておこう。

3.1　『如何なる者が取引相手か』—— 最安価な監視者

詐害取引法の存在意義からすれば、現代取引においては、「取引相手」として、当該取引を最安価に監視できるものを選択することになる。

この理論によれば、LBO においては、現代取引についてのアドバイスと融資を行う故に、スキーム全体の合理性を、安価に監視できる「取引相手」の候補として有力なのは、投資銀行業務（Investment Banking）を行なう LBO ファイナンサーである[83]。この監視者たるべき LBO ファ

---

[81] 藤田・前掲注32、23頁。

[82] Baird & Jackson, *supra* note 9(1985) 以来、Baird は、「法定詐害」の適用を否定するのみで、「現実の詐害 actual fraud」の適用を否定しているわけではないことには留意を要する。

[83] Baird, *supra* note 3, at 22は、通常の銀行が伝統的なビジネスローンを提供するような場合とは違い、投資銀行は、さらに、積極的にこれらの取引に参加する共同事業者的な存在であると述べる。同時に、Lender に担保権の実行を認めるべきではないと述べる。その理由は、本文に紹介したように、担保権の

イナンサーを「融資の取引相手」として、「担保権の設定」「融資」を「詐害取引」として取り消すことを認め、さらに、「企業価値を下落させる詐害取引」であることを知るべきであったとして「bad faith」にするという解決が、彼らを適切な取引の監視に向かわしめるためには、合理的であるということになる。

こうして詐害取引法の規律により、主に、LBO ファイナンサーに、「債務超過、または、それに近い状態」においては、企業価値を下げるような融資を行ってはならないという義務を課すことになる。これは、まさに、詐害取引法が、この文脈におけるレンダー・ライアビリティー（融資者の責任；lender liability）の基礎を為すことを示している[84]。

他方で、もう一つの選択肢として、「旧株主」に関しても、監視者たり得るとも考えられる[85]。この者は、詐害的 LBO によって恩恵を受けている者であるからである。そして、確かに、支配株主は LBO の発生について監視できる場合もある[86]。そして、例えば、両方が監視者とし

実行を認めないことにより（lender の回収可能性を、「債務者」の事業の成功にかからしめ）lender をして債務者企業の監視に向かわせることができるからというものである。

[84] Baird は、strategy of lender liability と表現している（Baird, *supra* note 3, at 23）。なお、**柏木**・前掲注14が、レンダーライアビリティーの表題により詐害取引法（または、「衡平法上の劣後 equitable subordination」）を取り上げている趣旨は、本稿の説明によって明らかになるといえる。すなわち、本稿における詐害取引法の存在意義に関する基礎理論が、そのまま、衡平法上の劣後という衡平の内容を形作る一要素であると考えられる。

[85] Zaretsky は、この旧株主に対しても取消請求を行い得るとしている（Margaret **Howard**, *Vern Countryman and Barry Zaretsky: A Legacy of Ideas,* 75 AM. BANKR. L.J. 283 (2001), at 290, n44; Barry L. **Zaretsky** & Prudence B. **Abram**, *Commentary on Mr. Whites Paper: Leveraged Buyouts* (Proceedings and Papers of a Bankruptcy Law Symposium Held at the New York University School of Law April 12, 1991), 1991 ANN. SURV. AM. L. 433 (1991) 等参照）。なお、Howard の言う Zaretsky のレポートは参照できなかった。

[86] そうではない場合も多い。この者を監視者とするのは合理的ではないとするものに、Baird, *supra* note 3, at 24がある。Baird の説明によれば、分散して存在する株主から株式を買い取り、株式を少数の株主に集中させることに

て最適であるならばそれぞれに対する請求の関係が問題となる[87]。

さらに、付け加えておこう。ここにおけるLBOファイナンサーとして投資銀行業務を行うものは、一般的にその融資資金を証券化によって投資家から調達している。したがって、その最終的な融資者はその背後にいる投資家ということになる。すなわち、企業資産に担保権を取得することによって一般債権者よりも上位の優先権を獲得した投資家こそが詐害取引の相手方だと見る余地もある。しかし、最安価な回避者の考え方によると、責任の負担者は取引全体をアレンジし取引を支配したファイナンサーに留まることになろう。詐害取引規制が従来有していた「一般債権者の責任財産を保全するために、流出した資産を取り戻す」という法的効果はこの場面においては、取引を支配する者に対する抑止的損害賠償責任的なものとして現れる余地があることになる。

3.2 『如何なる取引が詐害取引か』——債権者の損による過剰なリスクテイク

LBOは一般的に詐害取引法の審査に服すると言っても、実際上は、問題が多い。Bairdをはじめ、全ての論者は、LBOが過剰なリスクテイキングによって行なわれていることの識別は非常に困難であると述べる[88] [89]。

LBOの一つの意味があった（Baird, *supra* note 3）。そうであるならば、Bairdの議論は、LBO以前の旧株主は小口に分散して存在するような事例を念頭においてのものである。確かに、この前提例における小口株主は、企業の経営を監視したとしても、その損も得も他の株主に分散してしまうので、企業の行う取引を合理的に監視し得ないであろう（一種のフリーライド問題）。したがって、Bairdは、株式売買を取消しの対象として、その取引相手である旧株主に損失の内部化を行い、それによって、債務者を監視させることについては否定的であるのかもしれない。だとするならば、旧株主が支配的株主であるような場合においては、その結論を維持しないのかもしれない。

87 Baird, *supra* note 9(1990), at 112.

88 Baird & Jackson, *supra* note 9; Barry L. **Zaretsky**, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk,* 46 S. C. L. REV. 1165(1995); Marie T. **Reilly**, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law,* 57 LA. L. REV. 1213(1997), at 1251.

LBOを審査する方法について、簡単に説明しておこう[90]。まず、“債

[89] エージェンシー問題以外の理由で、LBOを行い倒産することは、何の問題にもならない。例えば、資金状態が健全な「債務者」によって、ハイリスク投資が選択されたのであれば、それは経済にとっては寧ろ望ましい行動であろう。

また、「債務超過」の状態においても、対象企業が、期待的利益の基準によりその企業価値が増加するMBOを実行するのであるならば、それは望ましいリスクの選択であるといえる。すなわち、意思決定による損失の多くが株主に内部化される状態であるならば、それ以上の意思決定を制度によって確保することはできないという意味において、その株主の意思決定は望ましいといえる。この状態においては、株主は、residual ownerとして企業の利益にとっても合理的な決定を行う。企業の意思決定者である株主にその投資による損が吸収されるからである。もし、結果的に、投資決定が誤っていたとしても、結果的に倒産しているだけであり、社会全体にもたらされる確率的な利益は上昇する。ただし、債務者の資金状態が債務超過に近接しつつ「債務者の価値が上昇している場合」であっても、債権者の契約上の権利が一定の額を回収する権利である以上「一般債権者全体の価値は低下させられている場合」もあることから、別の基準 —— 債務者価値の減少を詐害とする —— を詐害の基準として採用することもできることは先述している。債権者は、そのような場合にはそれ以上のリスクを許容できない（したがって、仮定的契約の内容としてもその場合には債務者価値を増加させる投資を望まないだろう）という価値判断に立つこともできるからである。この問題は、「債権者は、一般的に債務者がLBOを行う自由を認めていると見るべきか」、すなわち、「債権者はどの程度のリスクを一般的に負担するべきか」「債権をどのような契約上の権利として構成するべきか」という、国家の債権政策に依存する。本稿では、この問題については考える余地を残されており、あくまでも一つの考え方に立脚しての行論となっている。この問題について如何なる立場を採ろうとも、本稿において提示されている詐害取消しの射程を決定する際に考慮すべき要素や後に述べる詐害取引法の機能や解釈的なあり方（詐害取引法の機能や存在意義から導かれるもの）は妥当する。

[90] Zaretsky, *supra* note 89, at 1183-1184に詳しい。必然的に、LBOにおいては、特に対象企業（債務者企業）の資産を担保に入れることによって資金調達を行う場合においては、実質的に、（LBOを主導する当事者達が旧株主から株式を買い取り新株主となりつつ同時に融資者として対象企業に担保権を有することから）株主が一般債権者より優先的な地位に立つようになるという意味において、一般債権者を従来以上のリスクにさらすものである。それが取消し得るほどに過剰なリスクであるかが問題となる。簡単に後述するが、第3巡回区控訴裁判所は、このように

務者の金融危機が、LBOではないものによって引き起こされているかを審査する方法”である[91]。別の原因によって債務者の失敗が起こっているならば、そもそもLBOを問題にする必要はない。

そして、次に、“資本構成を直接に審査する方法”である。LBOは、一種の企業再編であり、したがって、企業の資本構成の変更と企業の支配権の変更を伴うものであるから、LBOによる企業価値の変動（公正な対価性）を調べるためには、「資本構成・支配権の変化」（再編）が企業価値に与える影響についての評価を行わなければならない。この判断は非常に困難である。

なぜなら、先に述べたように、企業の最適な資本構成や支配権のあり方は、企業毎に異なり、したがって、如何なる資本構成や支配権の分布を採用すれば、対象企業の価値が最大になるかは、企業毎に異なるからである。しかも、調査対象となる資本構成は、LBO取引時のそれである[92]。

Bairdによれば、「債権者と株主全体にとって、望ましい資本構成であるか否かを評価する方法は、コーポレートファイナンスの理論においても未発達である」という[93]。大略して、以下のような説明がなされる[94]。

判断方法として考えられるのは、例えば、判断対象企業が存在してい

述べ、LBOを詐害取引の審査対象となるとしながら、それによって債務者企業（ひいては一般債権者に）得られる付加価値（シナジー）があることから詐害取引法の適用を否定した（Mellon Bank, N.A. v. Metro Communication, Inc., 945 F. 2d 635(1991)）。

91 失敗の原因が別の原因によるものであるならば、詐害取引法の請求は棄却される（Zaretsky, *supra* note 89）。

92 LBOが詐害取引法との関係で問題になる事例は、LBOを実行してからしばらく後、対象企業の「倒産」により回収不能リスクに晒された対象企業の「債権者」が詐害取引訴訟を起こすことにより始まる。そして、その訴訟の際には、LBOによって企業価値が下落したのか、それともその他の原因で倒産が起こったのかが審査されることになる。

93 Baird, *supra* note 3, at 13-14. ただし、1991年当時のことである。

94 Baird, *supra* note 3, at 14.

る産業分野で成功している企業の資本構造を参考にするという方法である。確かに、成功している企業は、その産業の企業として優秀な資本構成を有している。しかし、まず、似たような事業を行う企業を検索することは困難であるし、その中で、同じ規模、同じ業務、同じ創業年月の企業を検索することは、さらに困難である。さらに、競争産業の場合は試行錯誤が行われおり安定的な勝者は存在していないと思われる。また、たとえ、検索し得たとしても、資本構成 debt-equity ratio は動的なものであるので、常に変化する。LBO を行った企業はその時点においては大きな負債比率（量）となっているが、その負債比率（量）と、安定的に経営を行っている「似ている企業」の資本構成を比べてみてもあまり意味がないであろう。

そして、さらに、この判断に関する審査をビジネスの専門家ではない裁判所が行うので、先述した、「後知恵の問題」（特に、「不確実の問題」）が発生してしまうのである。「裁判所の能力」や、「企業価値評価の手法」に詐害取引法の射程が影響されざるを得ない。

3.3　実際の裁判例

実際の裁判例においては、判断が分かれている。Credit Managers Association of Southern California v. Federal Co., 629 F. Supp. 175（1985）は、詐害取引法（法定詐害）の適用に否定的である[95]。この事例における地裁の判断は、179頁において、Baird & Jackson 論文を引用して、「エリザベス法時代における債務超過の債務者による羊の取引とはわけが違う」（LBO には、有益なものがある）として、取消しを否定した[96]。Kupetz v. Wolf. 845 F. 2d 842（9th Cir. 1988）は、全面的に

[95] この事案においては、法定詐害のみしか主張されていない（判決文177頁、fn.1等参照）。これについては柏木・前掲注 8「LBO と米国倒産法（4）」56-58頁にも紹介がある。

[96] このような言葉は、公明正大な取引に見える限りは、詐害取引法は適切ではないという意味で利用されるようである（Zaretsky, *supra* note 89, at 1180）。これは、原則的に LBO に対する同法の適用を否定する Baird & Jackson, *supra* note 9の影響を受けていると思われる。Baird & Jackson は、オリジナルな意

Baird & Jackson の議論に依存して、もし、株主が「債権者」を害する意図がないのならば、fraudulent conveyance law を株主の利益の吐き出しに使用する事はできないとした[97]。これは第9巡回区控訴裁判所のものである。

他方で、詐害取引法の適用を受けて、取り消せるとしたものに、In United states v. Tabor Court Realty Corp., 803 F. 2d 1288 (3ed Cir. 1986) がある[98]。これが広い取消しルールについてのリーディングケースとされている[99]。この事例において、裁判所は「UFCA の拡張的な文言は、あらゆる金銭の支払いや担保権の設定等、あらゆる取引に対して適用され、単に、複雑、かつ、革新的であるからといって適用が除外されるということにはならない。もし、適用の除外があるとすればそれは、州の立法府がそのように定めた場合のみであり、裁判所が決定する事項ではない」と述べた[100]。

味における「詐害の意図」がある場合以外は、LBO に対する同法の適用を否定すべしと論じている（先述）。

[97] Baird, *supra* note 9 (1990), at 112-113. これについては柏木・前掲注8「LBO と米国倒産法（4）」60-61頁にも紹介がある。

[98] この事例においては、石油メーカーが買収された。買収者は Shell corporation をつくり、850万ドルのローンを受け、それによって調達した資金を買収に使った。ローンは、対象企業の資産を担保にしている（LBO）。取引前から、対象企業の資金繰りは悪化していた。買収者は、目的会社の資産を、目的会社の運転資金の金融が難しくなった時でさえ、目的会社の資産の売却をしない条項をつけて担保に提供していた。lender は、担保物を foreclosure（担保権実行）して、事情がわかっている人に売り渡した。United States は、LBO と担保の提供を詐害取引として提訴した。

これに対して、第3巡回区控訴裁判所は、LBO の中には取り消し得ないものもあるが、この事例は取り消し得るとして訴えを認めた。Zaretsky は、「下級審が「現実の詐害 actual fraud」があるケースであると認定していることに影響されているかもしれない」と説明している（Zaretsky, *supra* note 89）。なお、柏木・前掲注8「LBO と米国倒産法（3）」54-57頁、斎藤前掲注8、288-290頁にも紹介がある。

[99] Howard, *supra* note 86, at 289; Baird, *supra* note 3, at 24; Baird, *supra* note 8 at 112-113.

[100] Howard, *supra* note 86, at 289に、この部分の引用がある。

詐害取引法の適用を受けることを認め、LBOで発生する通常のリスクのみでは取り消せないが、不合理な場合は取り消せるという趣旨の一般論を述べて、「取消し否定」という判断をしているものにMoody v. Security Pac. Business Credit, Inc., 971 F. 2d 1056 (3ed Cir. 1992)[101]、Mellon Bank, N.A. v. Metro Communication, Inc., 945 F. 2d 635 (1991)がある[102]。また、同じ前提に立ちつつ、「取消し肯定」と判断したものに、Murphy v. Meritor Savs. Bank (In re O'Day Corp.), 126 B.R. 370 (Bankr.

---

[101] 対象企業の資産を担保にして、買収、その後倒産し、管財人が融資者の担保権の設定を取り消そうとした。一般論としては、LBOは詐害取引法により、取り消せるものであるし、LBOは、債権者をリスクにさらす濫用である可能性が高いとしながらも、検討の末、このケースにおいては、取消しは否定されるべきと判示された。

このケースにおいては、実際の事業計画をしらべ、LBO以外の事業が原因で倒産していると判示している。Zaretsky, *supra* note 89, at 1187-1191の解説も併せて参照されたい。

[102] LBOによって、報道企業を含む企業グループがMetro (対象企業) (テレビ・グループ企業) を買収した。Mellonbank (lender) が、185万ドルを買収資金として融資した。Metoroと企業グループの他のメンバーがローンを保証した。そして、Mellon Bankは、Metoroに運転資金として、230万ドル融資した。これは買収者により保証された。Mellonbankは、Metroが放映権を買い取ることにも融資をしている。Metroが返済の義務を負った。買収資金を含むMellonbankへの負債は、Metroの資産によって担保されている。その後Metroが倒産して担保権を取り消すよう求められた。一般論としては、担保権の設定の設定によって、株主が担保権者に入れ替わってしまう状況をさして濫用的としながらも、①対価が合理的に対等である、②金融状態が悪化していない、という基準を満たしているので取り消されないとした。①については、企業体になることにより追加的に信用を得られていることと、企業体によってシナジーが発生しているという間接的な利益を対価として認めた。②については、対象企業が引き受けた保証は、実際はグループ企業全体による保証なので、それほど個々の保証契約は、負担にならないとしたこと、バランスシート上は債務超過ではなかったとして資産状態は悪化していないとした。Zaretskyは、これに対しては、バランスシートは (詐害取引法にいう) 資産価値を示すものではない、また、LBOの負債比率の上昇が、合理的なレベルであるかということが問題として残っていると指摘している (Zaretsky, *supra* note 89によるこの事例についての分析を参照)。

D. Mass. 1991)[103]がある。

こうして概観すると、裁判例は、LBOに対する法定詐害の適用を否定する立場から、一般論として適用を肯定しつつ、個別的に審査する立場に理解を示してきているようにも見える[104]（これは、**3章**における学説史と同じ展開を辿っているといえる)。そして、そこにおいては、取消訴訟の相手方となっている者は、「LBOファイナンサー（投資銀行等lender)」であることが確認される[105]。

3.4 実務の対応

以上に述べた、詐害取引法の裁判実務を受け、LBOファイナンサーは、「融資先である対象企業」が「債務超過」ではなく、かつ、LBOファイナンスの結果、「債務超過」にもならないことを証明する資産超過証明書（solvency certificate）を公認会計士事務所から取る等の対策を講じているようである[106]。そして、Schwarcz論文[107]には、LBOは、対象

---

[103] このケースは、LBO直前に事業能力が低下しているのを無視して問題が顕在化する前にLBOを行った事例である。その判断を下すために、裁判所は、LBO以前からの事業計画を精査して、そこに無理があり、LBOの時点においては、関係者はそのことに気付いていたという認定を行っている（Zaretsky, *supra* note 89によるこの事例についての分析を参照)。

[104] 本稿においては、網羅的に裁判例の内容を検討することはできなかった。この部分は残された課題とする。ただし、一般的な傾向は見て取れると思われる（柏木・前掲注８「LBOと米国倒産法（５)」35頁)。学説については、柏木論文は、公刊年である1990年までの議論をフォローしているが、その後の議論は先に述べたとおりである。また、この点については北川・前掲注８、67頁にも若干の記述がある。

[105] ただし、Zaretskyは、金融アドバイザーの他に、株主もその請求の対象になるとしている。この、Zaretskyの判断は、詐害取引法の原理からは前例がないと評価されている（Howard, *supra* note 86, p289-290, n44)。本稿によって分析してきた議論からすれば、支配株主に対してであれば詐害取消しを基礎付けることができるとも言い得る。なお、斎藤・前掲注８は、その後第３巡回区控訴裁判所でなされた旧株主に対する取消し訴訟（Lowenschuss v. Resorts International, Inc., 181 F. 3d 505(3ed Cir. 1999)）における取消し否定の判断を紹介している。

[106] 柏木・前掲注８、36-37頁、柏木・前掲注14、284頁。

企業の資産状態が「債務超過」ではないことが確保されてから行われるので、詐害取引法によって取り消されることはないという説明も見られる。こうして、「融資の取引相手」は、法定詐害による攻撃を免れ、対象企業の倒産手続の中で、有効に自己の担保権を主張できる[108]というわけである[109]。

---

[107] Steven L. **Schwarcz**, *Rethinking a Corporation's Obligaitions to Crediors,* 17 CARDOZO L. REV. 647 (1996).

[108] この証明書により、「融資の取引相手」である投資銀行は、「LBO 当時は、対象企業は「債務超過ではない」」ことを証明して、詐害取引法の適用を免れることができる。すなわち、融資の取引相手は、証明書を用意することにより、LBO 以外の理由により TARGET が倒産したことを証明でき、そして、倒産した対象企業（債務者企業）に対して、有効に担保権を主張することができる。

[109] これは、担保権者が、特定の事情（法定詐害）を要件として、その優先権を部分的に修正させられることを意味する。（担保権は、法定詐害に当たらない場合のみ有効となる。）担保権についての“絶対優先ルール（優先権が上位の者が弁済されなければ、下位の者は弁済されないという倒産法上の原則的な分配ルール）”を部分的に解除するという発想は、既に、Lucian Arye **Bebchuk**, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claim in Bankruptcy,* 105 YALE. L. J. 857 (1996), (SSRNversion (p1-88)) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=417960（2005.4時点、2006.1時点においても確認済み）によって議論されている。Bebchuk は、担保権が設定された場合、調整不能債権者（後述）に対して、債務者企業がエージェンシーコストを外部化させてしまう問題を指摘する。

その説明は以下のようなものである。有限責任制度の下、債務者企業が、債権者から融資を受け、その融資を担保するために担保権を設定した“後”に、その債務者企業に対して融資を行おうとする、その他の債権者が存在するとする。この場合、担保権者が設定した担保権により、「債権者」の回収不能リスクは高まっていることになるが、この債権者は利率を上げ、または、契約をしないことによりそのリスクを回避することができる。その結果、債務者の担保権設定という行動の、利益も損失（利率の上昇や取引の減少）も全て債務者に帰することになるので債務者は、社会的にも最も望ましい行動（適切な担保権の設定や、それによって得られた資金を効率的に利用する）を採る。

だが、担保権の設定の前に契約をしている債権者（at 35-39）・不法行為債権者（at 29-31）・契約を結べない債権者（at 32-35）達は、先の事例において、担保権設定後の一般債権者が行ったような自衛ができない。すなわち、

これらの現象は、詐害取引法の威圧の下、投資銀行である「融資の取引相手」が、融資の前に、「債務者」（対象企業）の調査を行い、自己のアドバイスするLBOが詐害取引に当たると評価され得るものならば、事前に「取引」（融資）を回避するか、詐害性――「債務超過」[110]「企業価値を下落させる」――を解消させている結果、起こるものである

これらの者は、担保権設定によって上昇する、自らの債権が回収不能となるリスクについて、そのリスクを債務者に受け流す方法を有しておらず自らがそのリスクを負担することになる（これらの債権者を調整不能債権者という）。この場合、債務者企業や担保権者は、これら者達に、担保権設定による損失のみを負担させ、自らは担保権設定の利益のみを得ていることになる。すなわち、債務者企業は、自らの行う行動から生じる損失を全て負担する事は無くなるので、社会的に望ましくない担保権設定や、その資金の利用を起こしてしまうというわけである（at 44-45）。

Bebchukは、この問題を和らげるために、担保権に適用される、絶対優先ルールを緩めることを提案する。これによって、劣後させられる、担保権者が、劣後額を最小にするために、「債務者」に対する監視を行うようになり、この問題が緩和されるというわけである。

本稿に紹介する議論は、担保権設定前の（本来は契約によって規律する能力を有するはずの）債権者の契約による規律も十分ではない（調整できない）ことを原因として、債務者企業の規律付けが機能しなくなる問題（過剰なリスクテイキング）に対して、この「融資の取引相手」の地位にいる「担保権者」の優先権を一部解除し、この者に、債務者企業の監視を行わせることによって対処しようというものである。故に、同じ発想の延長線上にあるとみることができようか。

[110] なお、本稿においては、簡略化のため、「債務超過」としているが、実際の基準は、「当該ビジネスにとっては不合理な程の過少資本 unreasonably small capital」の基準である。だが、その原理は、本稿において「法定詐害」として説明してきた「UFCA 4条・UFTA 5条（a）」と同じものであることは、先にも述べた。

ただ、「unreasonably small capitalの基準」UFTA 4条（a）（2）（i）は、「現在及び将来」の債権者に対して取消権を与えているが、本稿において「法定詐害」として説明してきたUFTA 5条（a）は、「現在」の債権者に対してのみ取消権を与えている。考え方が同じであるならば、取消権が与えられる債権者の範囲は同じになるはずであるのに、何故、取消権が与えられる範囲に差異が出てくるのかは問題となる（Baird, *supra* note 3）。

と理解できる。すなわち、詐害取引法の狙い通り「融資の取引相手」が、「債務者」（対象企業）を監視し、詐害取引の発生を未然に防いでいるといえるのである[111]。ただし、過剰に規制されている可能性を常に気をつけなければならないことは先述した。

以上をまとめるとこうなる。「詐害取引法は、債権者の能力の不十分性を取引相手の能力によって補わせる仕組み」である。そうであるなら、企業取引に対して詐害取引法の適用が検討される際には、取引相手の能力に気を配らなければならない。「債務者の資金状態や債務者の行なう取引」に対する監視能力を持ち合わせていない取引相手は、取消しが安易に容認されるルールによって、取引そのものを萎縮させてしまう可能性があるからである。ここからは、「債務者企業の意思決定によって行われる取引である以上、詐害取引法の適用を受けることになり」、「企業の経営判断によって行われ、その経営判断の詐害性を取引相手は知る由もないものである以上、詐害取引法の適用を謙抑的に行わなければならない」という示唆が得られる。

4　再考 —— 文脈化；「社会の変容」「法理の役割」と「総合判断」

ここにおいては、やや視点を変え、3章、4章を通じて説明して直前まで展開された議論を、「2章において表された詐害取引法の展開過程に位置付けること、すなわち、社会の変容を詐害取引法が吸収するに際して行われてきた議論」として捉えなおすことによって別の意味を抽出することにしよう。その展開過程において、詐害取引法（エリザベス法）は、コモンローとして、「新しい取引を法の網に包摂し、評価し、規整することによって、それを社会に受容する」という役割を担うようになった。そして、詐害取引法が債権者保護法として確立したUFCA以後も「現

[111] また、Baird, *supra* note 3は、後知恵の危険を回避するために、債権者の取引に対する異議申し立ての機会を、取引実行時（前）に前倒しする詐害取り消しルールを提案するが、Baird, *supra* note 3, at 20においては、（前倒しを採用していない）現行法においても、事前に、事後的な取消しの影響を受ける者達によって、企業がbuyoutを行う前に健全状態であることを確保するインセンティブが発生するので問題はないかもしれない、と述べている。

実の詐害」として残存することになった。この詐害取引法の役割、すなわち「新しい取引を規整することによって、それを社会に受容する」を分析の軸として、今まで紹介してきた3章・4章の議論を整理しつつ俯瞰するならば、先の章において紹介された「詐害取引法の適用は謙抑的であるべし」という主張――それは客観要件である「法定詐害」を新しい取引に対して適用すべきではないという形で行われた――も、「社会の変容を吸収する詐害取引法という議論の場」によって支配されていることが想起され、別の意味づけが可能となる。先の議論は、「詐害取引法の持つ社会の変容を吸収するという」役割をまっとうするために、「社会の変容を織り込んでいない射程の狭い法規(法定詐害)」を廃止し、「一般条項的な従来の要件を適用した上での総合判断に戻した上で、その判断の客観性を理論によって支えることによって、ヨリ望ましい規整を実現できる可能性が存在することを示唆する」ものであると。そのことは、時代の変遷の中で詐害取引法の果たしてきた役割(日本法の文脈に引きなおすなら、一般法としての民法的な役割)を、再確認させることにもなろう。

この分析によって、詐害取消規制を企業統治の一道具として、その他の商法上の規制と同列に扱うかに見える先行研究に、「社会の変容」を考慮に入れる本稿の分析の視点から色付けを行い得るかもしれない。

では、詳しく敷衍していこう。

4.1 新しい取引に対する規整――拡張・包摂・総合考量と理論による可視化

1980年代において、現代取引という新しい取引の前に、客観要件である「法定詐害」の適用が問題となり、その解決のために存在意義に関する議論がBaird & Jacksonにより開始されることになった。まず、20世紀初頭に当時の法(特に裁判所による実践)を追認する形で登場した「客観要件たる法定詐害」も、当時において想定外であった「企業取引をはじめとする新しい取引」の前においてはその妥当性を疑われることになる[112]。次に、それに際して、「詐害取引法はなぜ存在するのか」すなわ

[112] 法定詐害の制定時点において、法定詐害について、①歴史的な展開を重視

ち「債権者を害するとは如何なることか」とはじまり、「法定詐害は目的を実現する手段として適当か」と進められ、「法定詐害は企業取引を規制するには適当なものではない」と結論されることになる。この彼らの主張を理解するに際して、注意しなければならないのは、最終的な彼らの主張は、「詐害取引法の適用は謙抑的であるべき」というものであって、「全面的に詐害取引法の適用を否定していない」ということである。すなわち、彼らは、「法定詐害の適用を否定する」ものの、「エリザベス法以来の一般的な要件である現実の詐害の適用は肯定する」（ただし、彼らの詐害取引法の存在意義に関する理論から謙抑的な適用とはなるが）ものなのである。

ここにおいて確認すべきは「客観要件である法定詐害を後退させる根拠」も「詐害取引法はなぜ存在するのかという議論」であり、「現実の詐害の適用を認めておく根拠」も「詐害取引法はなぜ存在するのか」という存在意義に関する理論であるということである。結局、彼らの主張は、社会の変容を前に、「詐害取引法の存在意義をまっとうするべく」「古くなった客観要件を廃止し、一般的な現実の詐害の要件を適用した上総合判断を行うべきである（一昔前に戻すべき）」というものである。こうして、総合判断の際の客観性の担保は学者による「詐害取引法の存在意義に関する理論の精密化」に委ねられることになった。

し、あくまでも「現実の詐害（債務者の害意）を推定するための証拠（したがって、詐害の意図に拘束される）」と位置付ける見解と、②UFCA の立法者のように「債権者を害するものを積極的に規制するための新たな法理」と位置付ける見解とがあったが、想定される取引が「毎年母に対する贈り物を贈っていた債務者が債務超過に陥った」というものであった故、①では理論的には詐害取引法によって取り消すべきではないが例外的に無視できる事例として、②ではまさに法定詐害が取り消す典型事例として、「共に取消し得る」として問題にはならなかった（Baird & Jackson は、1980年代までは、債務者として個人・取引としては贈り物などが詐害取引法が問題とされる事例であったと述べる）。これが、企業取引（確率的に債務者にリスクを背負わせるが、債務者は詐害の意図を全く有していない）の大規模化活発化により、①では「それを例外として無視できるものではなくなり」、②では「企業取引すべてを取消し得るものとしかねない」ことから、法定詐害の射程が（それを基礎付ける基礎理論と共に）問題となった（先述、Baird & Jackson 論文）。

この「規整という目的実現のための客観性の後退」は、現代取引との関係において、「取引相手の選択」理論や、「詐害性の判断における総合判断」に現われることになる。そして、当然、それぞれの場面において、「客観性」とのせめぎあいが問題となっている。以下においては、それぞれの場面における、「規整」の観点からの説明をまとめておこう。

4.2 「取引相手の選択」と市場

そもそも、詐害取引法が三当事者（「債権者」「債務者」「取引相手」）のみを念頭に置いているとするならば、本稿に紹介したような「取引相手の選択」は行なわずに、解釈上は、LBO が複数の関係者によって行なわれていることから詐害取引法の適用を排除することも可能となる[113]。確かに、このような解釈指針を裁判所が採用することによって、LBO は詐害取引法によって取り消されることはなくなり、ビジネス社会（「取引相手」）は萎縮することなく取引スキームを開発できるようになる。

しかし、問題は多い。なぜなら、関係者は、取引を複雑化しさえすれば、「取引相手」は、自己の行なった取引が取り消され得ないことを、取引前に確信することができるからである。現代取引には、必ず、会計・法律・ビジネスの専門家が多くかかわっている。これらの者の助言や能力によって、取引は必要以上に複雑化させられ、その結果、一層うまく詐害取引法を抜けることができるようになってしまうのである[114]。この

---

[113] Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyances, Agency Costs, and Leveraged Buyouts*, 20. J. LEG. STUD. 1(1991), at 21-22。現に、訴訟においてはこの主張がなされることになることは先述した（3章）。

[114] Baird, *supra* 114, at 22にも同趣旨と見られる記述がある。Baird は取引の形式のみに焦点を当てるルールは、単に、利害関係者をして、その形式の変更をもたらしめるだけであると述べる。この取引スキームの複雑化は、社会にとってコストそのものであるといえよう。したがって、コストをかけて取引を複雑化することによって「債権者」から利益の移転を狙う行動を、“一律に禁じる”ほうが社会にとっては望ましい。このことは、日本法を分析する**金本**良嗣＝**藤田**友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』191頁（東京大学出版会、1998）224頁において、事前規制によると「規制を回避する手段を工夫することが比較的容易になってしまう」と述べる趣旨と同じであろう（あらかじめ違法の形式が特定されているとそれを抜

ような、法の趣旨に反した、「抜け駆け」を防ぐために、立法府や行政府は「抜けられた後」制定法によって個別的に対処することになる。

制定法の対応が社会の変化に即応できるか、社会の変容が遅い場合においてであれば、この方法が合理的なものとなろうが、そうでない場合においては、寧ろ、「取引相手の選択」を認める解釈をする方が、「規整」という目的からすれば、望ましいといえるかもしれない。これによっても、厳格なまでの文言解釈を採用した場合における「形式の複雑化による詐害」をアドバイスすることになる専門家の能力を、法の「目的に沿った適切な行動」をアドバイスすることに向けさせることができれば副作用を抑えることができるかもしれないからである。

アメリカにおける議論が、詐害取引法の持つ「三当事者の想定」から、現代取引に対して詐害取引法の適用を排除するという（有力に考え得る）選択肢を、当初より採らずに、存在意義論を行うことによって適用を検討してみること自体も、既に、「新しい――未知の――取引の規整」という詐害取引法理の伝統的な役割に枠付けられていると見ることも可能である。

4.3　「詐害性判断における後知恵」と市場

［後知恵］ 企業取引に対する「法定詐害」の適用を認めるならば、困難な「詐害性の判断、すなわち、債務超過や対価の不均衡の判断」を、裁判所が行うことになるので「後知恵」（「裁判所による後知恵的判断」「不正確」「不確実性」）が生じ、それが取引の萎縮という致命的な問題（債権者達にとっても損）に繋がってしまうというのがBaird & Jacksonから得られる重要な示唆である[115]。彼らは、この問題があることから、「法

けることも容易になるということを述べるのであろうから）。さらに、柏木・前掲注８「LBOと米国倒産法（５）」37頁には、「LBOの仕組みを工夫することによって、詐欺的譲渡防止法の適用が異なることはほとんどないようである」とのアメリカの現状分析を示しているが、本稿の理論によってもそのことは基礎付けられる。

[115] Baird & Jackson (1985) は、このことを主な理由として、MBOも一般論としては、詐害取引法の審査に服するとしながらも、「法定詐害」は適用されない（「現実の詐害 actual fraud」のみ適用される）という結論を導いていた。

定詐害という客観要件」の後退を主張することになる。加えて、彼らの考え方によれば、客観要件を後退させた後に適用される「一般的な要件である現実の詐害」の適用に際しても、この要素は考慮されることになろうから、その要件の適用も（したがって、詐害取引法の適用そのものを）謙抑的にならざるを得ないだろう。結局、「後知恵」をはじめ、法定詐害の適用除外を主張する際に提示された「詐害取引法の存在意義に関する理論とその現れとしての考慮要素」が、「詐害取引法の適用を決定付け、その射程を可視化させるもの」であることになる。以下、後知恵とそれがもたらす詐害取引法の謙抑的適用について若干敷衍した後、詐害取引法がその展開過程において担わされた社会の変容の吸収という役割の視点から、彼らの議論を読み直すことにしよう。

先に見てきたように、「後知恵的判断」については、企業価値評価を「期待的利益」の基準によって判断し、その基準が採用されていることについて市場の信頼を勝ち得たならば、この限りにおいて除去し得る。しかし、問題は残されている。なぜならば、たとえ、「後知恵的」に判断を行なわないとしても、裁判所の判断が不確実であれば、「取引相手」にとって、その判断を予測し得ないことに何ら変わりがないからである[116]。

［市場による不確実性の解消］ ただし、裁判所による判断がもたらす「不確実性」については、これを打ち消すメカニズムも、弱いものではあるが、存在することには留意されなければならない。それは、ビジネスの競争の力による。

こうである。投資銀行等「融資の取引相手」には多くの専門家（法律家や会計士）が参加している。彼らは、自己の得意とする法的・会計的判断により、裁判所の判断を予測し裁判所の不確実性を除去することができる。そして、彼らは、その「裁判所による不確実性の除去」を自己の商品として、専門家市場において競争を行っている。そこにおいては、最も不確実性を除去し得る者が競争力を得ることになる。彼らは、その意味において、最も安価に、裁判所の不確実性を減少させることができる者達である[117]。そして、「融資の取引相手」は、安価に法律家や会計

[116] ただし、裁判所の判断の不確実性は、債権者にも影響する。

[117] また、不確実性は、「債権者」の融資にも影響を与えるが、同じことが、

士等専門家へのアクセスができる（投資銀行は会計士事務所や弁護士事務所と顧問契約を結んでいるであろう）。投資銀行は、裁判所の判断に関する予測を正確に行える専門家に、如何にしてアクセスするかにその業務の成績がかかっていることになる。勿論、彼ら自身も、現場にある情報やノウハウを総動員して、専門家と協働しながら裁判所の判断を予測することになるだろう。こうして、彼ら「融資の取引相手」――「債権者」にも同じことがいえる――は、市場における競争を通じて、裁判所の判断を可及的に再現できるわけである。

［残された問題］以上より、専門家市場が競争的であること・ビジネスが専門家市場へ容易にアクセスできること・ビジネスが競争的であること、という条件が備われば、彼ら「融資の取引相手」は、裁判官の判断が与える不確実性を安価に除去できる者であるということができる[118]。もともと、法解釈という戦略は、社会の変化に対応するためのルールチェンジの負担を利害関係者（の競争）によって安価にする仕組みであろう。

とはいえども、「不正確性の問題」は残されていることにも注意を要する。すなわち、専門家が裁判所の「不確実性」を除去でき「後知恵」が減少したとしても、裁判所の判断が不正確である場合には、法の狙い通りに社会を規整することは不可能となる。Baird 論文によれば、この文脈において、不正確性の問題の解決に必要な――総合考量を支配する――「企業価値の評価方法」は開発されていないのであるから、「詐害の判断」には謙抑的にならざるを得ないのかもしれない。「企業価値評価の方法」や「裁判制度の改革」等を待たなければならないのかもしれない。

［Baird & Jackson の再評価――文脈から］ただし、ここでも、先に簡単に説明したこと、すなわち、「詐害性＝債務者価値減少」の評価手法が存在しないことから、即、詐害取引法そのものの適用の除外が導か

彼らにもいえよう。

[118] 金本＝藤田・前掲書注115、225頁は、「債権者」の契約によって規律させる方式が良く機能する前提として、契約についてのノウハウ（知的資産）が蓄積されていることが前提と言うが、このことは、事後規制である詐害取消し方式を採ったとしても同じであるといえる。

れているわけではないことには注意を要する。

先に紹介した、Baird & Jackson の議論は、「債務者の投資決定（企業取引）という行為類型に対しては、法定詐害によっては審査をしてはならない」とするものであると説明した。すなわち、Baird の議論は、新しい企業取引類型に対しては、「法定詐害」の持つ「それ自体違法 per se rule」の適用はさけるべきであると主張するもの —— 企業取引に対しては、伝統的な「現実の詐害」による取消しに限るというもの —— である。このことから、以下のことが再度確認できる。

［「現実の詐害 actual fraud」の適用を認めていること］ここにおいて、彼の議論も、企業取引に対する「現実の詐害 actual fraud」による審査を肯定した上でのものであることには注意を要する。そして、現実の詐害が適用され、取消しが肯定される時には、「取引相手の選択」理論が利用されることになる。

［その判断においては、Baird & Jackson の提示した要素が考慮されること］さらに、「現実の詐害」の審査を受けるとするならば、「債権者を害する意図を有しているか」というエリザベス法以来の判断を行なうことになり、その際に「債権者保護としての詐害取引法は、如何なる目的・趣旨をもって存在するのか、当該企業取引はそれに照らして如何なるものか」という分析が行われることになる。この総合判断においては、Baird & Jackson が「法定詐害の不適用」を主張するために提示した要素が総合判断の考慮要素として利用されることになる。なぜならば、彼らの議論は、「詐害取引法の存在意義」を考え、それを企業取引にあてはめるという作業に他ならなかったからである。彼らの支持するのが現実の詐害による総合判断である故に、裁判所で彼らの理論が実践されたならば、その際、彼らの思惑よりも広く詐害取引法が適用される可能性も十分にあり得る（特に、企業価値評価の基準などが開発されていれば）。

［文脈からの再整理 —— 総合考量の示唆］この彼らの議論を、アメリカ詐害取引法の展開過程に位置付けておこう。アメリカにおいては、客観化の要請から、1918年に「法定詐害」という強力な「客観性」「推定力」を有するところの“ルール型の要件”が作り出された故に、それが近時に登場した「新しい取引」に対して機能しないという問題が生じた。Baird & Jackson は、これについて、その機能不全を証明するために「詐

害取引法の存在意義とその応用」を議論し、「客観要件である法定詐害」の適用除外（「現実の詐害 actual fraud」の適用）を導いた。彼の議論は、実は、この文脈からすれば、「規整」のために、客観要件である法定詐害を廃止し「現実の詐害という一般的要件による総合判断」を行うべきことを主張していることには注目しなければならないのである[119]。すなわち、Baird & Jackson の議論は、具体的には、「新しい取引の規整、社会への受容」の観点から、一般的に、詐害取引法を債務者の意思決定に広く拡張し、個別的に、その適用についての否定的な要素 ―― 「裁判所の能力」等 ―― を考えるべきであるとしていることからも、総合考量を示唆するものと評価できる。あらゆる債務者の意思の現われである行為（債権者－債務者間の仮定的な契約によって把握される行為）は「詐害取引法による一般的な審査に服し、個別的に彼らの理論によって評価される」というわけである。

以上より、「数世紀に渡って展開され維持されている詐害取引法 ―― それは次々に現れる新しい取引を規整してきた ―― についての議論である」「この法は社会の変容を規整することをその役割としている」という文脈からすれば、Baird & Jackson の議論を、単に、「私人の行う企業取引に影響を与えるかもしれない裁判所の活動範囲を抑えるべき旨を主張するもの」として読むべきではない。寧ろ、それは、「新しい取引に対しては、法定詐害のような形式的な要件を廃止し、総合判断（あらゆる取引の規整・新しい取引の規整）を行うべきこと」「総合判断を可視化させるための要素として存在意義に関する議論が利用できること」を示唆するものとして読むべきなのである。文字通り、謙抑的な適用は、不適用を意味しない。

ここに、一見して、ビジネス保護の観点から、詐害取引法適用における問題点を提示しているかに見える Baird & Jackson の議論でさえ、エリザベス法以来この法理が担ってきた役割[120]によって枠付けられている

---

[119] 他方で、彼以外の議論は、「法定詐害」の適用を規範化（総合考量化）することによって、新しい取引を規整しようとしたということになる。

[120] Orlando F. Bump, Fraudulent Conveyances (Beard Books, 2000, originally published in 1872) p58-59. は、2章において前掲したように、以下のように

ことが窺える。その視点より彼の議論を再度評価するならば、「変化の時代においては、その変化を織り込んでいない法規を後退させ、総合判断を理論によって補いながら行うことの有用性を示唆するもの」と評価することができよう[121]。こうして、詐害取引法を素材に行われた議論は、社会の変容に法を再適応させようとした解釈的運動の潮流に正当に位置付けられる。

4.4　小括 —— 日本法への示唆；包括・総合考量説＝適用除外否定説

［変容の文脈における総合考量］ ともかくも、理論上は、「次々と生まれる新しい取引を規整し、社会に受容する」ために、詐害取引法の一般的・包括的な適用は必要となり、それは、「理論の提供」「法律実務の競争」「ビジネスの競争」「裁判所の能力」によって正当化されることは確

述べる。

> 詐害取引法が、コモンローであることは実践的にも意義深い。なぜならば、エリザベス法が、制定法との抵触や、他のコモンローとの抵触、制定法の立法者による排除の意図がない限りは、強制力を持つことになるからである。…（中略）…コモンローは、制定法が機能しない時、例えば、慣習の変化（a change of custom）、新しいタイプの所有（財産）の導入（the introduction of a new kind of property）、新しい取引の混成（the concoction of some new device）によって制定法が機能しない時には、純粋且つ高尚な、道徳且つ正義の原則によって介入を行い、共通誠意（common honesty）と共通感覚（common sense）を強制するのである。言い換えれば、コモンローは、正義 justice が実現されるように、そして、あらゆる種類の詐害が抑制されるように補うのである。

[121] Douglas G. **Baird**, Elements of Bankruptcy, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 159において、Baird は、「法定詐害（Transfers by insolvents fore less than reasonably equivalent value）」が、「誰にでも適用される出来合いの要件（off-the-rack protection）であるので問題のあるあらゆる債務者には適用できない」としながらも、at 160. において、「詐害取引法と詐害の徴憑（Fraudulent Conveyance Law and Badges of Fraud）」」という項目の下、「詐害取引法は『法定詐害』を越えて適用される（Fraudulent conveyance law extends beyond transfers by insolvent debtors for less than reasonably equivalent value.）」と述べ、取締役によって考案された複雑な取引に対する適用を例に挙げている。この説明も、本文における分析と整合的である。

認されることになる。

学説によって詐害取引法の存在意義についての議論が行われ、裁判や学説を通して適切に理論が示されるならば、市場は予測可能性をある程度回復することができるといえる。そもそも、立法のみに頼らない司法システム（特に弁護士制度）の存在意義とはそういうものかもしれない。そこにおいて必要なのは、学説が、存在意義を提示することである。逆にいえば、学説がそれについての理論を提供し、市場が競争的に機能していれば、裁判所が解釈の方法の指針を変えるのみで、専門家市場を法システムに寄与させるように誘導できることになる。彼らの能力を、裁判所の判断の予測に使わせる方が合理的な資源の配分であるといえるかもしれない。

そうであるならば、現行法の運用における「客観性の後退」（且つ、総合考量）も、詐害取引法が伝統的に担ってきた役割である「社会の変容の中で次々に生まれくる未知の取引の規整」の観点からは、寧ろ望ましいものとさえ位置付けることはできる。その視点からは、アメリカの議論も、規整の意欲の現われを示唆するものとして評価し得るものであった。Baird & Jackson の議論も、詐害取引法の展開過程に位置付けるならば、彼は最後の一線を踏み越えず――「現実の詐害の適用を除外すること」は主張せず――に、社会の変容の前に、詐害取消規制の客観性の後退（「規整の意欲の現われ」）と総合判断を示唆するものと読むことも可能となることには留意が必要である[122]。

更に言うと、「企業取引に法定詐害を適用することを主張するその後の論者」も、法定詐害を柔軟化・規範化することによって企業取引に対応しようとするものである以上、これらの取引類型については総合考量による処理を示唆するものに他ならないといえよう。Baird & Jackson らの主張とこれらの主張との違いは、若干の規範認識の違いはあれど法律構成レベルにおける違い、すなわち、法定詐害の適用せず現実の詐害の適用によって総合判断をすべきか法定詐害を柔軟化して適用するかの

[122] ただし、実際の適用については、特に「詐害性の判断」については、資本構成を適切に評価する技術（理論）が存在しないならば、やや適用の範囲を狭めなければならないのかもしれない。実証が待たれるところである。

違いに過ぎない。

以上より、この詐害行為取消権のもつ機能――現時点のみならず将来にわたる関係者の「規整」――を見るならば、闇雲なルール化・適用除外は、外部性を生ぜしめる（逆に信用の維持に繋がらない）という意味において、慎重さを持って行われなければならないことになる。アメリカにおける裁判例の一般論において繰り返されるところの「この法理は形式ではなく実質を見る」という言説は、かかる考慮によって基礎付けることができよう。

同時に、この現象について、「MBO、LBOは既に既知のものとなっており、一般債権者はすでに防衛手段を有しているので詐害取引法の適用を論じる必要はない」「MBO、LBOは日本法の文脈では問題とならない」というありがちな意味付け・理解は、狭きに失することになる。日本においても、MBO、LBOではないにせよ、法規の想定していない「新しい取引の発生という社会の変容」（企業取引の大規模化・活発化）は常に起こっており、したがって、それらを吸収するための詐害行為取消権のあり方（規定の存在の形式、既定を運用する際の解釈の方法、さらに、想定外の取引の発生段階でのそれと、取引が既知になった際のそれ）は、重要な問題として常にあり続けているからである。また、既知であるか未知であるかを重要視するならば、「特定の取引が未知のものとして発生した段階でのその取引の扱いとその取引が既知のものになった段階でのその取引の扱いとは異なるべき」というように理解すべきであろう。

［日本法の確認］以上を踏まえて、日本法について簡単に確認しておく。日本法における詐害行為取消権は、この問題に関する限り、且つ、現時点においては、この「現実の詐害」と「法定詐害」の混合形態であると評価し得る（少なくともそれ以上のものではない）のであるから、詐害取引法は謙抑的であるべしというBaird & Jacksonの議論をそのまま直輸入したとしても（アメリカの議論の文脈が示唆するものを導入するならなおさら）、新しい取引に対して同取消権の適用を一律に強固な形で除外するという結論には、まず至らないことを再度確認しておこう。「謙抑的な適用は、不適用を意味しない」のである。このことは、たとえ、産業の発展段階（市場の育成段階）に応じて、詐害行為取消権の適用の程度を変えることが必要であったとしても、新しい取引に対して、詐害

行為取消権の適用の除外を強固かつ硬直的な形で認めるならば（それらの適用除外を一過性のものと見なければ）、詐害行為取消権のもつ「新しい取引を規整し社会に受容する」という機能を消滅させてしまい、また、特定の機会主義的な融資行動（規制回避行動）によって却って信用秩序を破壊してしまうことになってしまうという実質的な理由によって説明される。「詐害取消法理の文脈」においては、総合考量も有力なアプローチなのである。

加えて、実際の詐害行為取消権の展開史においても、詐害行為取消権は、偏頗弁済や相当対価の売却などの「新しい問題」に直面し、伝統的な解釈的要件（客観要件としての「債務超過」「対価の不均衡」、主観要件としての「詐害の意思」「受益者の悪意＝取引相手の悪意」）は、総合考量説のもと既に崩され拡張的総合考量的に運用されていることも付言しておく（偏頗弁済については若干文脈が異なるが、相当価格の売却においては法規・解釈が想定していない詐害に対する取消権の拡張適用と理解することができよう）。他方、既に完成された形での「債務超過」「対価の不均衡」「受益者の悪意＝取引相手の悪意」という解釈的要件を導入したことから、「詐害の意図という主観要件が歴史的な展開の中で、拡張的に適用され客観化し、その客観化が新しい取引との関係で後退し（新しい取引との関係では、詐害取引法は歴史に忠実に詐害の意図にひきつけて解釈すべきか・債権者保護にひきつけて解釈すべきか・その射程はいかなるものかという議論によって客観要件が後退し）、再び理論に支えられる形で主観化してゆく」という経験をしていない[123]。このことが、

[123] 日本においては詐害行為取消権について、一般論（法的根拠論）として、主観的要件から客観化して現在に至りそれが至当であるという理解が、史的発展観に支えられて存在するに留まり、要件論に直結するような主観化・客観化についての議論自体が存在しない。例えば、詐害行為取消権の法的根拠論における不法行為説について、下森定はこう述べる。「たしかに沿革的には不法行為思想によるものであったし、今日でも債務者受益者間に通謀的害意があるような場合には、この説明は分かりやすい。しかし、客観主義的傾向を強めた現代の債権者取消権制度全体を不法行為思想で一元的に説明するのは問題であり（主観的要件につき、単なる認識で足りる解するのが今日の通説である）、逆に、制度の適用を通謀的害意ある場合に限るべしとするのは、制度の機能を大幅に制約するものとなって、詐害行為に対する救済制度の史的発展に逆行するものといえ、

詐害行為取消権の要件論を精密化する方向に議論が向わなかったことの一因かもしれない。

この説は学説多数の支持をうけるに至っていない（下森定「民法424条」『注釈民法（10）　債権（１）§399-426』（有斐閣、1987）784頁）」と。他方、下森は、「偏頗弁済」「相当価格の売却」については、悪性の総合評価（また、前者と後者を詐害の視点から区別している）を行うことを支持していると思われることから、社会の変容において、ドイツ由来の要件が崩され詐害行為取消権が拡張適用されていくことは支持されていることになる。本稿の分析によると、社会の変容という文脈においては、客観要件（「債務超過」「対価の不均衡」）・主観要件（「詐害の意思」「受益者の悪意」）という二分論は後退し、総合考量（行為の悪性判断）に移行し、さらに、取引の性質に応じた取消謙抑論から、既に克服してきた不法行為的な取消し（「詐害の意図」のように狭い取消し）と同じように運用される場合もあり得ることになる。であるとすれば、日本法の法的根拠論レベルの議論（ほとんど解釈論にインパクトを持たない）と実際の解釈的実践のレベルの議論との間には微妙な緊張が見て取れる。

研究ノート

西洋における宗教生活のゆくえ

―― チャールズ・テイラー著『世俗の時代』をめぐって ――

辻　　康夫

はじめに

本稿は、チャールズ・テイラーの近著『世俗の時代』[*1]の議論を概観しつつ、その意義について考察するものである。本書は、西洋キリスト教世界における宗教生活の歴史的変遷と、今後の可能性を論じたものある。本書のタイトル「世俗の時代」の意味するところは、今日において宗教の持つ意義が減少しつつあるということではない。テイラーによれば「世俗」ないし「世俗化」の語は多義的であるが、さしあたり次の三つの意味が問題になる。第一に、社会の公的な制度が、神への引照なしに、その存在を意味づけられるようになること。第二に、宗教的実践を行う人が減少すること。第三に、神を信じないという選択肢が生じること。いうまでもなくこれらは相互に関係しているが、本書は第三の意味の世俗化をテーマにするものである。すなわち、今日では神を信じるにせよ、信じないにせよ、不信仰という選択肢の存在自体は、広く認められており、その意味で現代は「世俗の時代」なのである。人類史を通じてつい500年前までは、神の存在を疑うことが不可能であったのに、今日、神を信じない生き方が有力な選択肢になったのはなぜなのか。またその意味は何であるのか。これが本書のテーマなのである。

ところで一般に、信仰の妥当性の問題は、その教義の内容の真偽の問題として扱われることが多い。その場合、世俗化は、宗教的教義の妥当性が近代科学

[*1] Charles Taylor, *A Secular Age* (Harvard University Press, 2007).

の知見によって掘り崩されてゆくプロセスとして描かれる。しかし、これは科学の立場を自明の前提とする点で不適切である。探求されるべきは、近代科学の認識構造の成立を含めた、人間の体験の構造自体の変化なのである。

テイラーは人間の追求する価値を「道徳的善（moral good）」とよび、さらにこれらを統合し、人間の生の意味を秩序づける体験の源泉を「道徳的源泉（moral source）」とよぶ[*2]。近代における道徳的源泉には、「神」以外にも、「人間理性」や「自然」などが存在するが、上述の「世俗化」とは、人間の生の充実の体験が、「神」以外の源泉に結びつけられる可能性が生じたこと、と言い換えることができる。以下、本書の主要な議論を順次概観してゆく。

1　宗教的体験の変遷

(1)　中世における宗教的体験

本書が扱う第一のテーマは、宗教的体験の変遷であり、世俗的思想の生成の歴史の探求である。中世においては神が三つの次元においてリアルに体験された[*3]。第一に、人々は魔術の世界にすみ、世界には霊や悪魔が遍在していた。第二に、自然界の大きな出来事は神に由来するものと考えられた。第三に、主要な社会制度（王国、教区、ギルド）は儀礼・礼拝を通して神に結びついていた。これらの条件が結びつき、神の存在を認識することは不可避のものであった。

近代の世界観においては、思考・感情は人間の心の内側に生起するものと観念されるが、これに対して魔術の世界では、意味は人間の外側に存在する。すなわち、人間の外にある物／主体が、人間に意味を押しつけたり、力の中に引き入れたりする。人間がこれらの霊や諸力の作用を受けることで、様々な体験が生じるのである。こうした作用を及ぼす霊・主体には、様々な物が存在する。神や聖者、聖遺物、さらには魔力を持つ物体も多数存在する。それらのうちには、善いものも悪いものも存在する。意味と因果的な力は不可分であり、これに対応して人間の側では罪と病が不可分である。たとえば、聖なる力を帯びた物体は、人間の病をいやすとともに、罪を取り除く。こうした世界においては、

[*2] Charles Taylor, *Sources of the Self* (Harvard University Press, 1989), part 1.

[*3] *A Secular Age,* ch. 1.

人間はたえず諸力の作用にさらされ、これをおそれている。この状況下で、善い諸力が悪い諸力に勝利することを保証するのが神であり、したがって、魔術の世界では、神への信仰が必然的なものである。魔術の世界において、魔術を行う主体、その作用の対象は、コミュニティ全体であり、したがって個人は共同体のなかに埋め込まれていた。たとえば教区単位で豊作の祈願が行われたのであり、儀礼の有効性を確保するために、逸脱に対しては厳しい制裁が行われることが多かった。

ところで、中世の宗教生活においては、異質な要素が、「相互補完・均衡」の原理によって共存していた。第一に、宗教への帰依と、現世的繁栄への関心の間には緊張が存在する。中世のカトリシズムは、この両者の要請を社会的分業の形で両立させる。すなわち現世的関心から離れて神に帰依する聖職者と、現世的機能を果たす他の社会層が、相互補完的に分業を行うのである。第二に、中世においては、構造と反構造が並存する。すなわち社会の規範が否定される瞬間が存在するのである。これに対応して、時間は均質ではなく、通常（世俗）の時間と、これを統合しリアリティを与える永遠・高次の時間が並存していた[*1]。高次の時間は、聖なる場所とつながっており、場所によって異なる時間が存在する。宇宙全体は、中心と境界をもつ、階層的な秩序をなすと観念された。

(2) 世界観の転換

以上のような中世の構造が崩壊する原因は、キリスト教自体の内在的な変化によるところが大きい。テイラーはヤスパースを手がかりに、「枢軸時代」以前と以後の宗教を次のように対比する[*5]。「枢軸時代」以前の宗教においては、社会ないし共同体が、その主たる担い手であり、共同体の代表者が聖なるものとの仲介者であった。その目的は社会の繁栄を実現することであった。また社会はコスモスの秩序の中に位置づけられていた。これに対して「枢軸時代」以降の、より発達した宗教においては、これらの特徴が変化する。すなわち、宗

[*1] 中世にはこのような永遠の時間として、三つの種類が存在したとされる。ギリシア哲学に由来する、イデアの普遍の世界の時間。キリスト教のもたらした「救済の時間」と、すべての瞬間の神への現前の観念。第三はエリアーデが定式化したもので、民衆の伝統のうちに見いだされ、儀礼を通じて回帰される始原の瞬間である。

[*5] *A Secular Age,* ch. 3.

教は個人が自らの救済のために行うもので、個人主義的契機が強い。その目的は通常の人間的繁栄を超越したものとなり、また人間の世界は、聖なる秩序と区別されるようになる。

中世初期においては、キリスト教の社会への浸透の程度は限られていた[*6]。宗教エリートにおいては、個人の内面における帰依が重視されたが、他方、非エリートは「枢軸時代」以前の、異教的要素のつよい、共同体的な世界を生きていた。このような宗教的な帰依の程度の違いは、「相互補完」の観念によって許容されていたのである。

中世が進み、キリスト教が社会に浸透するとともに、信仰の個人化と内面化が進む。これとともに、非エリートに対する要求水準が高まる。すなわち「相互補完」の観念は失われ、万人に対して、より徹底した敬虔が要求されるにいたる。中世末には、このような「改革」の動きが強まることになる。内面における敬虔が強調され、神の全能性が強調されるなかで、非エリートの中に根強かった魔術への批判が生じる。同時に、魔術に対する恐怖を全能の神の力によって克服する願望も働いた。これに「信仰による救い」の観念が加わり、宗教改革が起こることになる。

宗教改革は「脱魔術化」を引き起こす。当初、神の魔術によって、他の魔術を克服することが目指されたが、後にはすべての魔術が否定されるようになる。この結果、救済は内面の回心によって達成されるものとなり、特定の神聖な人物、時間、空間、身振りと切断され、儀礼はシンボルにすぎないものになってゆく。この動きは、神の絶対性を強調して事物に内在する目的を否定するノミナリズムの流れとも結びつき、均質な時間と空間の観念を生み出してゆく。また、万人への高い基準の要求は、個人の生活、社会秩序、内心の態度を変革・改善する志向を生む[*7]。これは秩序と効率的な統治を求める世俗の運動と結びつくことで、社会全体におよぶ規律化の動きへと変容してゆく。このなかで、祝祭を伴う民衆文化や、セクシュアリティや情念と結びついた身体接触が抑圧されてゆく。

(3) 近代の「社会イメージ」(modern social imaginaries)

[*6] *A Secular Age,* ch. 1, 3.

[*7] *A Secular Age,* ch. 2.

中世の社会においては、個人は共同体を介してはじめて聖なるものに結びついていたので、その存在は共同体の中に埋め込まれていた。宗教的個人主義は、個人と社会の関係を大きく変える[*8]。個人が神の呼びかけに応えて家族やコミュニティから離れ、教会、社会を作るという観念が生じる。こうして社会に先だって個人が存在し、彼らが契約を通じて、社会を形成すると観念される。その目的は、自由、平等、相互の便益の実現である。このようにして成り立つ社会の自己イメージは、次のような要素から構成される。(1)経済活動の領域。(2)公共圏。局地的な討論が集まって、広い範囲の討論の空間が存在していると観念される。(3)社会契約によって構成される主権を持つ人民[*9]。注意すべきは、これらの「諸領域」が、それ自体で存在している訳ではなく、神、社会、自己についての抽象的な観念を不可分の構成要素として存在していることである。テイラーがこれをあえて、imaginaries とよぶ理由のひとつは、この点にあると思われる。

それでは、宗教の観点から見た場合、このようなイメージの特徴はどこにあるのか。第一に、これらのイメージはいずれも、世俗の時間の中で形成されるものと観念され、聖なる時間との結びつきを持たない。論理的には個人が社会に先立って存在し、社会は人間の目的のために形成されると観念される。第二に、人々は相互に水平的な関係にあり、個々人が直接に社会に結びついている。これらの点は、近代以前の社会において、人間が特定の集団を介して社会につながり、それらを通じて「聖なる時間」とつながっていたことと対照的であり、近代特有の宗教観を前提にして初めて可能になることなのである。

(4) 理神論を経て無神論へ

脱魔術化以来、自我の諸霊からの「絶縁性」が強まり、神への依存の意識が低下する一方、人間による社会と世界の再編の志向が強まると、世界が自己完結性を持つものと観念されるようになる[*10]。18世紀になると、いわゆる理神論が生まれてくる。理神論において神は宇宙の設計者という位置を与えられる

[*8] *A Secular Age,* ch. 4.

[*9] これに加えて現代では、人々がみずからのスタイルを提示する「ファッションの空間」が存在するとされる（*A Secular Age,* ch. 13）。

[*10] *A Secular Age,* chs. 6, 7.

が、その設計の目的は人間の繁栄に還元され、また恩寵の必要性も減じられる。神は直接に歴史に介入する主体ではなくなり、神と人間との人格的交わりの観念が失われる。人間が理性によって把握する自然宗教のみが、本来の原初の宗教と観念されるようになる。人間の邪悪と無力という宗教的奥義の中核に位置する観念が失われる。内面の敬虔よりも、外面の行為が強調され、これが道徳的改良・規律化の動きと結合する。こうした動きの背後には、宗教がもたらす抑圧や原罪の観念を批判し、博愛や現世的幸福を求める動機がある。18世紀には、その基礎を求めて、「理性」「共感」「尊厳」など、「神の愛」に依存しない形での模索が行われる。

こうした段階を経て、やがて世界の背後の神への意識が薄らぎ、19世紀にはいると、唯物論・無神論が生じる。今や均質な時間・空間の観念が強まり、人格を持つ神の観念に違和感が生じてくる。またあたらしい「社会イメージ」は、非人格性な関係をその中核としており、これが人格を持つ神とのパーソナルなネットワークというキリスト教の観念と整合しにくいことも、無神論を助長した。

(5) 近代的道徳秩序への批判

以上のようにして成立した近代の道徳秩序は、人類の現世的幸福の実現を目指し、理性や博愛などの強力な理想と結びついている。しかしこれが超越的なものとのつながりを失うにつれ、重要なものを切り落としているという批判が生じてくることになる[*11]。これらの批判には、いくつかの流れがある。第一に、人間は単に日常の便宜のために協働するのみでなく、より高次の目標を持つ存在であるという批判がある（ルソー、カント）。第二に、近代的な理性主義がもたらす様々な分裂を批判し、理性と感性、個人と社会、人間と自然の間の統一・調和を回復しようとする、ロマン主義の流れがある。第三に、世界における諸善の調和という楽観的な見方に反対し、人間の生の悲劇性を強調する流れがある（ニーチェ）。とりわけ、日常的な繁栄と便益の確保のために抑圧される、ヒロイズムや貴族的精神の称揚が生じる。これらの三種の批判と、信仰・不信仰との対立軸は必ずしも一致せず、信仰・不信仰の対立は、より複雑な様相を見せるようになる。

[*11] *A Secular Age*, ch. 8.

ところでこうした新しい動きは、新たな感性を生み出してゆく[*12]。第一に、いまや境界を失って無限になった自然が、人間の内なる深みと共鳴し、ある種の道徳的な意味を回復する。たとえば「崇高」の観念に見られるように、自然の無限性のなかに、道徳的な意味を見いだす感性が生じる。また、文明発生以前の太古の時間の無限性が意識され、人間が動物や無生物と連続することが意識される。この結果、人間のもつ内なる深みの中には、前人間的な野生的なものがあり、これが自然の無限性と共鳴することが発見される。こうしてフーコーの指摘するように、ロマン主義期以降、人間存在のリアリティが、知覚困難な深い場所に存するという観念が生まれる。第二の重要な変化は、ロマン主義における芸術の変化である[*13]。18世紀までの芸術は、伝統的なコスモスの観念を前提に、これを模倣するものであったが、コスモスの観念の消失とともに、芸術はこれを創造する役割を与えられるにいたる。コスモスの観念の消失とともに生じた、自己と機械論的な宇宙の分裂を克服する欲求が背後に存在するのである。しかもこれを既成の言語で表現することはできないため、あたらしい言語の創造が求められる。

こうして19世紀以降、思想的立場は多岐にわたることになるが、宗教性をめぐる観点からは、これらは大きく三つに分けることができる。すなわち、(a)啓蒙主義的・世俗的なヒューマニズムの潮流、(b)悲劇性を強調する世俗的な反啓蒙・反ヒューマニズムの潮流、(c)キリスト教の立場（ヒューマニズムの諸価値との関係は多様でありうる）である。こうした図式は、今日まで持続しているのである。

2　宗教と社会秩序の関係

第二に論じられる問題は、キリスト教会の組織原理、宗教と社会秩序の関係の推移であり、ここではエリートの思想のみならず、社会一般の意識が検討される。テイラーはこの原理の転換を理解するために次のような時代区分と社会モデルを提示する。

第一はアンシャン・レジーム型の社会であり、テイラーはこれを「原デュル

[*12] *A Secular Age,* ch. 9.

[*13] *A Secular Age,* ch. 10.

ケーム型」と名付ける[*14]。人々は社会の特定の部分への帰属をとおして、全体社会に帰属していた。信仰の内実は、枢軸時代以前の要素と、それ以後の要素が並存しており、とくに前者は庶民レベルで強く、農村コミュニティの共同生活と結びついていた。この形態は宗教改革以降も強い抵抗力を示し、長期間生き延びた。このモデルの特徴は、共同体が特別の人、場所、時間を通じて、聖なるものとのつながりを持っており、共同体の制度が神聖な性格を持つことである。

第二は、19世紀から20世紀中葉にいたる「動員の時代」であり、この時期のモデルは「新デュルケーム型」とされる。このモデルは、脱魔術化、宗教的個人主義、水平的な社会イメージとともに、社会に浸透する。脱魔術化にともない、特定の制度は神聖なものではなくなる。教会は、神の意思にしたがって、人々が自発的に形成すべきものになる。このため、多様な宗派（denomination）の存在が許容され、人々はこれらの中へと動員されることになる。しかし同時にこれらが集まって包括的な教会を形成すると観念され、しかもこれが「文明の表象」や政治的アイデンティティと接続する。信仰は国家のナショナリズムや、サブカルチャーの核のひとつを形成し、宗教的動員はしばしば社会的・政治的動員と連動した。その典型であるアメリカにおいては、その政治的アイデンティティの中心に「歴史のなかにおける神の意図の実現」という宗教的な観念がおかれる。イギリスにおいても、プロテスタンティズムは国家のアイデンティティ、国民文化の優越性の意識と結びついていた。

第三は、1960年代以降、現在まで続く「真正さ（authenticity）の時代」である[*15]。この時代には、それまでエリートのみに限られていた、多様な思想が社会に浸透する。とくに、ロマン主義に起源を持つ「表現的個人主義」が社会に浸透する。この社会的背景として、社会の富裕化と消費生活の発展、都市化やマスメディアの発達があげられる。ファッションや生活スタイルを表現する余裕と、そのための空間が生じ、自分らしさの表現が奨励されるようになる。これに伴い、ロマン主義的な近代批判に由来する表現的個人主義が社会に浸透することになる。それはまた、理性による支配への反発、身体・精神・社会の調和の希求と結びついていた。

[*14] *A Secular Age*, ch. 12.

[*15] *A Secular Age*, chs. 13, 14.

この文化は、宗教と既存の組織のつながりを揺るがすことになる。第一に、いまや神聖なるものは、個人の内面に共鳴するものとされ、個々人が、自己の表現手段を見いだしつつ、自ら探求するべきものになる。対象の客観性よりも、感性が重要になる。こうして、個人による「探求」に先立ち、結果を先取りする「権威」は否定的に見られるようになる。

第二に、新しい潮流は、感性や肉体への抑圧を否定し、身体はスピリチュアルなものに感応する媒体と見なされるようになる。スピリチュアルなものへの希求は、健康の希求と融合する。近代のキリスト教は、「規律や性モラル」と結びつき、社会の秩序の維持や家族の保護という機能を果たしてきたが、こうしたモラリズムが批判されるようになる。

このようにして、「真正さの時代」において、信仰は既成の組織・制度とは一致しなくなる。信仰を持つ人々においても、既成の教会・宗派に対する帰属意識がしばしば後退し、また宗派間の壁も消失しつつある。「ニュー・エイジ」「スピリチュアリティ」のように、個人が自らの見解に合う信条を合成するようになる。「帰属なき信仰」（Grace Davis）の現象が広がるのである。オランダの脱注状化のような、サブカルチャーの衰退もこの現れと考えられる。

今日、信仰と組織の関係は、きわめて多様なものになっている。スピリチュアルなものへの通路は、特定のコミュニティの場合もあれば、緩やかなグループの場合もある。また、新しい志向が必ずしも伝統的な組織を拒否するとも限らない。歴史を通じて、多くの人々が、自らの罪深さを意識するが故に、権威を求めてきたのであり、「権威」と「探求」の二項対立は誇張されるべきでない。また個人による「探求」も、超越的なものとの接触を持続したいと望めば、安定した組織への帰属の願望に行き着く場合も多いのである。

3　人間にとっての信仰の意義

以上、テイラーの叙述が批判するのは、世俗化を必然的な過程と見る見解である。すなわち宗教という余分な要素が消失し、その下に存在していた世俗的な基層が顕現したという見解である。これに対してテイラーが強調するのは、体験の構造、それを支える善の構造、超越的なものの構造自体が変化したこと、それによって神への引照を欠いた体験の形式が生じたことである。テイラーのこうした見方は、世俗的世界観の自足性への疑問と結びついている。

ここで焦点になるのは、歴史的に形成された現代の体験の構造が、超越的なものの体験を完全に排除しているかどうかである*16。すなわち、脱魔術化、「絶縁された」自己、世俗的時間によって形作られる「内在的な世界（immanent frame）」が、時として修正を受け、超越的なるものの体験を許容するのであろうか。これはまた、こうした体験の構造を支えている諸価値（自由、博愛、日常的幸福の追求など）が、自己完結的であるか、という問題でもある。

テイラーは、近代の「内在的世界」を基本的な前提としつつも、こうした超越的なものの体験を是認する立場にたつ*17。我々を博愛などに向かわせる力がどこから来るか。我々が美的なものによって動かされるのはなぜか。「内在的な世界」に対して欠乏感を持つのはなぜか。これらの問いに十分に答えるためには、超越的なものへの引照が不可欠になるのである。また我々が時に集合的な祝祭において体験するように、均質な時間にも裂け目が存在するのである。

前述のように、今日の西洋文明において、人間の善をめぐっては、三つのビジョンが争っている。第一に、人間の生をこえた超越的なものを信じる信仰の立場。第二は、世俗的なヒューマニズムの立場である。啓蒙思想に由来するこの立場は、超越的なものを信じずに、人間の生命・幸福を最上のものとして信奉する。第三は、ニーチェ以来の世俗的な反・啓蒙（counter-Enlightenment）ないしは、反ヒューマニズム（anti-humanism）である。この立場は人間の生の悲劇性を強調し、世俗的なヒューマニズムが人間の生を矮小化しているとして、これを批判する。

注意すべきは、これらの三つの立場が、相互に独立して存在しているのではなく、根源において深く結びついているという点である*18。人間は、性的・暴力的衝動を持つとともに、この世にあふれる死・苦痛・悪の引き起こす恐怖に対処しなければならない存在である。こうした人間の実存の条件は、次のようなジレンマを生み出す。第一に、人間は一方で高次の善を希求しており、他方において、身体に発する基礎的欲求などの充足を含めた、十全な生を希求している。基礎的な欲求を切りつめずに、高い願望の充足に至ることは可能であろうか。第二に、人間は一方で平和な秩序を求め、他方で暴力や性的放縦の魅

*16 *A Secular Age,* ch. 15.
*17 *A Secular Age,* ch. 16.
*18 *A Secular Age,* chs. 17-19.

力に引きつけられる。これらしばしば衝突する願望を持つ人間の本性は、どのように理解され、どのように方向付けられるべきであろうか。こうした問題に応答する仕方の違いにより、これらの三つの立場が生み出されるのである。

世俗的なヒューマニズムは、暴力的衝動を抑圧し、また世界の苦痛・悲惨や悪を根絶しようとする。たとえば、その苦痛や悲惨に対して自己を絶縁して冷静さを保ち、他方では、博愛の精神をもってこれらに戦いを挑み、世界を改良すべくつとめる。こうした態度によって、世界にあふれる悲惨や悪に圧倒されることから、自らを守るのである。しかしこの立場には脆弱さが存在する。世界の悲惨・悪は決して尽きることがなく、人間は終わりのない戦いを強いられる。この場合、世俗的ヒューマニズムは、この永続的な努力を支える源泉を持つのであろうか。

世俗的ヒューマニズムにおいて、博愛の源泉のひとつは、カント的な尊厳の理想である。この理想に立つならば、人間は至高の道徳的価値を持つ存在であり、他人の境遇を改善し、その潜在性の実現を助ける行為は高い価値を持つものと理解される。しかしながら、援助の受け手が、つねに援助者の期待に応えるとは限らない。彼らは、向上心を見せずに無知と悲惨のうちにとどまることがある。こうした場合、勝ち目のない戦いを、カミュ流のヒロイズムによって続けることも考えられるが、多くの人にとってこれは困難なことであろう。そうした場合に、援助者の善意は相手への失望、軽蔑、さらには怒りに変わり、彼らを矯正・処罰する試みすら生じうる。この場合、悲惨・悪に対する戦いは、これに苦しむ人々への憎悪・暴力へと容易に反転しうるのである。

この関連から明らかなように、暴力的衝動や、悪・悲惨への恐怖を封じ込めることは難しい。さらに、これらを封じ込める試みは、その反動として反・啓蒙ないし反ヒューマニズムを生み出す。この立場は暴力や悪を内に取り込むことで、その恐怖を克服しようとするのである。

こうした反動を避けようとすれば、暴力的衝動を抑圧するのではなく、その力を保ちつつ、それを高次の美徳へと変容（transform）させることが重要であり、ここでキリスト教信仰が決定的な役割を果たすのである。この立場にたてば、変容のプロセスは次のように説明される。人間は、動物と攻撃性や性衝動を共有するが、これに対しては、その抑制を求める規範が与えられ、これらの規範は超越的なものの命令として観念される。しかし人間は規範を無視し、衝動の解放によって自己主張を達成したいという願望を持ち、さらには超越的

なものに抵抗することが悪魔的な魅惑を放つのである。ところが人間は宗教の形態の発展を通じて、換言すれば神の教化と人間による抵抗のプロセスを経て、神との交流のなかに導かれてゆく。はじめに生け贄や神殿での乱交のような形態が現れる。ここにおいては欲望の充足が神へ捧げる儀式という形をとることで一定の制約を課されるが、欲望そのものの変容は起こっていない。次に旧約の世界においては、人間の生け贄が禁じられ、また暴力自体への耽溺が禁じられるが、依然として異教徒に対する暴力が残存している。キリストによってはじめて、人間は神の愛（agape）のネットワークに導かれ、その欲望が大きく変容するのである。

世俗的なヒューマニズムと対比した場合、キリスト教信仰の目指す善意は、他者の実現する価値を条件とせず、他者への無条件の愛にもとづくものである。人間の尊厳や正義の感覚にもとづく行為は、このような愛と結びつかない限り、前述のような危険を持つのであり、テイラーの見るところ、それは超越的なものとの結びつきによって可能になるのである。世俗的な啓蒙・ヒューマニズムは、超越的なものへの途を閉ざすことにより、逆説的なことに、その敵対者である反・ヒューマニズムを助長するといえるのである。

もちろん、信仰を持つ人間もしばしば神の愛を見失う。そうした場合には、人間は容易に暴力の衝動にとらえられてきた。自己の内部の悪から目を背け、同時に自らの暴力的欲求を満足させるために、他者を神の敵と見なし、自らを神の道具としてこれを攻撃する行為は、今日に至るまで繰り返されてきたのである。他方で、宗教がなくなればこうした蛮行がなくなると考えるのは不適切である。世俗的ヒューマニズムに動かされた運動も、社会主義のプロジェクトに見られるように、歴史上、残酷な行為を繰り返してきたのであり、これはむしろ人間の条件から生じたものと見るべきである。なお、テイラーによればキリスト教の目指すこうした衝動の最終的な変容は、歴史の中では実現できないと考えられる。また、これら三つの立場は、現時点では、ひとつに綜合することは困難であり、また望ましくもない。現代人の多くは、これらのそれぞれに同時に引きつけられジレンマを抱えつつ生きており、またしばしばその立場を変更する。現時点で望みうることは、これらの立場が相互に学び合うことである。テイラー自身、信仰の立場に立ちつつ、他の二つの立場の洞察を取り入れるべく努めるのである。

4　テイラーの著作の中での位置

以上のように、本書の議論は壮大なスケールを持ち、その論点は多岐にわたるが、以下では若干の点について考察を行いたい。テイラーがこれまでに行ってきた研究はきわめて広範な領域に及んでいるが、これらはレベルの異なるいくつかの領域分けることができる。第一は、人間の経験を規定する超越論的な条件に関わるもので、自己解釈とアイデンティティ、「道徳的善」の観念の不可欠性、言語の役割、人間存在の間主観性、他者からの承認の意義、などが論じられる。第二は、「善の歴史の分析」とよぶべき領域であり、西洋文明における道徳的善・道徳的源泉の観念の変遷を分析するものである。第三は、現代社会の分析であるが、テイラーの分析の特徴は、「道徳的善」に対する注目にある。現代社会において、どのような善が支配的な善なのか、それらがどのような生活領域に割り当てられているのか、そのどこにジレンマや歪みが存在するか、といった点を軸に議論が行われる。第四は、これをふまえて、望ましい社会制度について議論するもので、多文化主義、参加民主主義、ケベック政治に関わる議論などはこれに含まれる。このうち本書の議論は、主として第二の領域に属するものであり、1989年の大著『自己の源泉』の議論を引き継ぐものである。この間に発表された業績の多くは[*19]、本書に統合されている。『自己の源泉』では、競合する善・源泉のあいだのジレンマが提示されたが、本書では、聖なるものと社会制度との関係の変容、聖なるものと身体・情念の結びつき、近代における身体の抑圧、20世紀末の文化変容などの議論を加えて、これらの諸源泉の間の対立の構造に切り込み、またその調和の方向を示している。

本書における議論の特徴として、文明史のナラティブの重要性の強調があげられる[*20]。すなわち、我々が道徳的善・源泉を見いだすにあたり、現在の時点に至った経緯に関する包括的な物語がその重要な部分をなす、というのである。リオタールはこのような「大きな物語」が人間の認識を制約する危険を指

[*19] Charles Taylor, 'A Catholic Modernity?', James L. Heft et al. (ed.), *A Catholic Modernity?* (Oxford University Press, 1999); idem, *Varieties of Religion Today* (Harvard University Press, 2002); idem, *Modern Social Imaginaries* (Duke University Press, 2004).

[*20] *A Secular Age,* ch. 1.

摘するが、テイラーによれば、リオタールはナラティブが認識を可能にする側面を正当に評価していない[*21]。そしてナラティブを改善する努力を拒否すれば、より不適切で歪められたナラティブが、広く受け入れられることになってしまう。本書におけるテイラーの意図も、宗教をめぐる支配的なナラティブに対して、別のナラティブを対置することにある。すなわち、経済的発展や科学的知識の蓄積によって、宗教が必然的に衰退する、というナラティブへの批判なのである。もちろんこれは、すべての人間が常に明晰なナラティブを必要とすることを意味しない。そもそも、みずからの信奉する善の観念や自己解釈についてすらも、明瞭な分節化を行っている人間はわずかであろう。しかしこの事実は、テイラーの主張を否定するものではない。人生の意味が問われるような岐路におかれた時に、人間はそれまで曖昧な形で意識してきた善の観念や、文明のナラティブを分節化する必要に直面しうる。また今日、世界の至る所で、宗教と結びついた政治的対立が多発し、世俗的な政治原理が挑戦を受け、「近代性」・「世俗性」の意味をめぐる議論がかつてないほど活発化している。こうした状況を念頭に置けば、我々が歴史のナラティブから逃れられないというテイラーの主張には説得力が感じられる。

第二に、善の多様性、人間存在のジレンマと、これに対応する「相互補完（complimentarity）」の主張が強く打ち出されている。これらはテイラーのかねてからの立場であるが、諸善・諸源泉の対立と調和の可能性が取り上げられた本書では、キリスト教信仰をめぐる多様な立場や、信仰と不信仰の立場の関係ついて、この主張が具体的に展開されている。なお、こうした議論の根本にあるのは、人間の変容の可能性の認識である。前述のように、キリスト教の本質は、神に向かっての人間の欲求の変容に求められる。テイラーによれば、人間の欲求は本能によるものではなく、すでに一定の意味に媒介されたものである以上、このような変容の可能性が存在している。テイラーは、実証主義や科学主義の立場が、客観性の装いの下に人間の経験の幅を切りつめ、変容の可能性を閉ざしてしまう危険を繰り返し指摘してきたが、本書においても世俗化を

[*21] Charles Taylor, 'Secularization Theory: Science or Ideology?': A paper presented at the 2008 Kyoto Prize Workshop "A Secular Age and After: Secularization and Modernity" (Kyoto International Conference Center, November 12, 2008).

自明とするナラティブが宗教的な変容の途を閉ざしてしまうことが問題視されているのである。

5　キリスト教解釈の特徴

テイラーはカトリックの信仰を持つが、その宗教思想は、現存するひとつの宗派の枠内にとどまるものではなく、多様な思想の洞察を集めることで形成されている。前述のように、キリスト教信仰の本質は、聖なるものの体験のあり方に存在するのであり、数個のドグマに尽くされるようなものではない。したがって少数のドグマの違いが、宗派感に超えがたい境界を作るわけではなく、むしろ宗派の境界を超えて、また信仰と不信仰の境界を超えて、相互に学びあうことが重要だと考えられている。

テイラーのキリスト教理解の特徴として、第一に、多様性と相互補完の原理の重要性をあげることができる。テイラーによれば、キリスト教は人間の個別性を重視するのであり、教会は時代を異にする多様な人々の交わりとして存在する。また一人の人間がキリスト教の全貌を把握することは不可能である。しかもそれぞれの時代において、その背景に規定されて、見えやすい部分とそうでない部分があり、それぞれの時代の信仰は長所と危うさを合わせ持っている[*22]。したがって、我々は相互に学びあうことで狭隘さを脱して、全体性（wholeness）にちかづくことができる。とくに近代人は、過去の様々な思想や実践から学ぶことができるという有利な位置にいる。カトリシズムの理念とは、「相互補完」の原理を通じて、全体性を通じた普遍性（universality）を実現することにある。

第二に、テイラーはキリスト教の理解にあたり、近代思想の洞察を大幅に取り込み、「近代的なキリスト教信仰（modern Christian consciousness）」の立場をとる。その要素のひとつは、アウグスティヌス流の堕罪の観念の否定である[*23]。人間の堕罪を強調し、人間が処罰にふさわしいとする観念は、神の名による暴力の行使につながる危険がある。それは人間への愛の妨げになり、人間を神から遠ざける危険をはらむのである。また、人間の持つ攻撃性や性的放縦の欲求

[*22] *A Secular Age*, pp. 752-755; Charles Taylor, 'A Catholic Modernity?', in James L. Heft (ed.), *A Catholic Modernity?* (Oxford University Press, 1999).
[*23] *A Secular Age*, pp. 651-656.

を、単に人間の堕落の帰結と見なすのではなく、前述のように人間が神に近づく運動のなかに位置づけるべきである。人間の無力や苦痛、キリストの受難の意義などについても、アウグスティヌス流の解釈に変わる、あらたな解釈の方向がとられる必要がある。

信仰と政治権力の関係についても、テイラーは近代の洞察を受け入れ、自由民主主義の諸原理を支持する。たとえば、普遍的な人権は重要な成果であり、これらが特定の信仰を理由にして奪われてはならない[*24]。この点は信仰の立場からは次のように理解される。信仰と社会を合一させる試みは、現実の人間社会においては権力の濫用につながり、これはキリスト教の理念の否定につながる。むしろ良心への強制をやめることで、自らの自由によって神に近づき、福音をより純粋な仕方で生きることが可能になるのである。

第三に、人間の身体性の重視があげられる。肉体を脱した普遍性を志向したギリシア思想と異なり、キリスト教においては、身体を持った個々の人間が重視される[*25]。個人は時間の中で固有の物語・旅路を持ち、終末においてはこれらすべての人の旅路が集められる。またキリスト教においては、肉体を通じて生起する感情が重要な意味を与えられる。人間は愛という感情によって神に応答し、また他人と交流するのである。キリスト教の愛は、正しい身体的な感情として考えられるものである。神が人格を持ち、人間との交流をなし得るのはこれに対応したものである。受肉は、神が肉体を通じて人間と接触し、感情を交流させることを可能にしたのである。かくしてキリスト教がイメージする社会とは、個別的な人格の人称的な愛のネットワークである。神と人間を包む愛の流れの中に身を置くことで、人間が変革をとげるという観念がその中核なのである。

ところがテイラーによれば、身体を通じた人称的な愛の観念は、近代において見失われてきた。本書における最も重要な主張のひとつは、近代を通じて、受肉（Incarnation）の宗教としてのキリスト教が、脱肉体化（'excarnation'）されてきたというものである[*26]。枢軸時代以前の宗教においては、身体的な欲求や感情は、聖なるものと結びつきを持っていた。またコミュニケーション

[*24] 'Catholic Modernity?'

[*25] *A Secular Age,* pp. 275-279.

[*26] *A Secular Age,* pp. 611-617.

の媒体についても、身体による儀礼の行為、音楽・芸術・舞踏などのシンボリックな表現などが、聖なるものと結びつく手段であった。これらの要素は、中世を通じて残存した。中世末以降の改革の動きは、宗教の内面性や神の絶対性を強調して脱魔術化に至ったが、これは以前の実践との衝突を引き起こした。さらにこの運動は社会改良や文明生活のルールの強制のための規律化の運動と結びつき、身体の抑圧に手を貸してゆく。この結果、正しい信仰内容が重視され、理性に高い地位が与えられる一方で、身体と結びついた感情・情念は聖なるものとの結びつきを失ってゆく。散文・写実的言語のみが特権化される反面、その他のコミュニケーション行為の価値が否定されるにいたる。こうした流れは今日に至るまで続いてきたのである。

前述のように、宗教の本質は、人間の攻撃的な衝動を抑圧するのではなく、高次の愛へと変容させることにある。この点から見る時、原始宗教における身体や感情の重要性、1960年代以降の文化変容における身体性の回復の要求はきわめて示唆的である。信仰において身体、感情、美的なものへの抑圧が除かれ、さらに、これらに聖なるものとのつながりが回復される必要がある。テイラーは、カトリック教会に対して、こうした変化の必要性を説き、とくに厳格な性的モラルを放棄し、またデュオニソス的な祝祭に対する敵意を改めるべきことを主張する[*27]。

6　倫理学・政治哲学に対する含意

テイラーの議論は、正義を中核とする現代の倫理学・政治哲学にどのような含意を持つのであろうか。はじめに確認すべきことは、「コミュニタリアン」いうイメージは、テイラーの政治的主張の要約としては必ずしも適切ではないということである。テイラーは政治権力によって特定の善を奨励し、個人の自由を制約することに対しては非常に慎重である[*28]。実際のところテイラーが

[*27] テイラーはカトリック教会の第二バチカン公会議以降の動き（教権主義・モラリズム・恐怖の優位の否定）を評価しつつも、民衆的祝祭や性モラルに関する厳しい態度を改めるべきことを指摘する。*A Secular Age,* pp. 503-504.

[*28] その主たる理由は次の通りである。①善の観念が多元的であること。②リベラリズムの中心的な価値である選択・自律などが近代の達成として高く評価

政治権力を用いた特定の善の奨励を是認しているケースはわずかしかない*29。しかも、いわゆるリベラル＝コミュニタリアン論争以降、多くのリベラルの論客が、リベラリズムを支える伝統や美徳に関心を払うようになった結果、政策上の含意としては、テイラーとリベラルの間の違いは、ごくわずかになっているといえる*30。テイラーは本書において、世俗的ヒューマニズムの立場の限界を指摘し、キリスト教信仰の意義を指摘しているが、政治制度の構想としては、ロールズ流の「政治的リベラリズム」が妥当な選択であると述べている*31。

主流の政治哲学に対するテイラーの批判は、別のところにある。現代の倫理学・政治哲学の関心は、正義にかなったルールの探求にもっぱら向けられている*32。他方、正義にかなった行動に人間を促す動機の問題、正義のルールの妥当する限界の問題が適切に扱われていない。ロールズの『正義論』にみられるように、正義をめぐる議論は、平均的な正義感を持つ人間を想定したうえで、正義のルールを探求する。しかしながら、人間はしばしば低次の正義のルールの遵守に失敗するし、他方では利己心を超えた偉大な行為をも行いうるのである。しかも今日我々は、国内的にも国際的にも、耐え難い不平等や悲惨に直面しており、正義が要求する最低限の規範の遵守のみならず、高いレベルの博愛

されるべきこと。③政策レベルでは、特定の価値の強要が望ましくない結果を引き起こすことが予想され、中立性を採用すべき場合が多いこと。④「相互補完」の原理にしたがって、多様な善が追求され、相互に学び合うことが望ましいこと。

*29 テイラーが認めるものとして、次のものがある。①民主主義の美徳（参加民主主義やパトリオティズム）の奨励。②少数派言語文化（ケベックのフランス語文化など）の保全。③「好意的な無視」に代わり、対話による共存のモデルが採用されること。たとえば、住民が互いのニーズを尊重するための制度に関して合意に至った場合には、政府は厳格な中立性の原則を緩和して、これを公的制度の上で尊重することが許されるとする。Cf. Charles Taylor, "Living with Difference", in Anita L. Allen and Milton C. Regan, Jr. (ed.), *Debating Democracy's Discontent* (Oxford University Press, 1998).

*30 先に挙げた3つの例については、これらの政策をリベラルの枠組みからも正当化することが可能である。次を参照。辻康夫「共同体」（福田有広・谷口将紀編『デモクラシーの政治学』、東大出版会、2002年）、pp. 144-161.

*31 *A Secular Age,* p. 532.

*32 *A Secular Age,* pp. 704-707

が必要とされる局面は多い。このような状況下で持続的に博愛を実践するための条件の解明は、喫緊のものなのである。

さらに、モラルの問題を正しい規範の遵守に還元する傾向は、社会的制度のレベルにおいては、非人間的な帰結を引き起こす可能性を孕む。これはかつてイヴァン・イリイチによって指摘された問題である。イリイチはテイラー同様に、キリスト教の本質を、個別的な肉体をもつ具体的な他者に対する感情的な愛に見いだす。イリイチによれば、キリスト教徒はこの愛を見失うことをおそれるが故にこれを制度化する試みを行い、時代を経るとともに、教会は抽象的ルールにしたがって非人称的な福祉サービスを提供する官僚組織へと変容していった[*33]。今日の福祉国家はその末裔であり、そこでは本来の人称的な愛は見失われ、学校や病院ではしばしば非人間的・残酷な処遇が行われ、人間の生の尊厳が損なわれているというのである。テイラーはイリイチほどラディカルな立場をとらず、近代社会における抽象的・形式的な規範の役割をみとめる。しかし彼も、宗教が規律化の運動と結びつき、モラリズムに陥ってきたことを問題視するのである。

この問題は、いわゆる「ケア」の倫理に密接に関わるものである。キャロル・ギリガンの提示したのは、個別性をもった他者に対する人称的な共感のありかたであり、これはテイラーやイリイチの扱う問題に重なっている。しかしながらこの問題は、今日の倫理学においてはしばしばルールの内容をめぐる問題に翻訳されてしまう。すなわち、正義とケアという二つの種類のルールの両立可能性の問題、あるいは両者の作用する領域の分割の問題として定式化されることが多い[*34]。こうした現象も、倫理の探求をルールの探求の問題と同一視する傾向の強さを示すものであろう。

[*33] Ivan Illichi, ed. by David Cayley, *The Rivers North of the Future* (House of Anansi Press Inc., 2005)（イバン・イリイチ著・臼井隆一郎訳『生きる希望』藤原書店、2007年）

[*34] Cf. Will Kimlicka, *Contemporay Political Philosophy* (Clarendon Press, 1990), ch. 7；樋口明彦「『ケアの倫理』と「正義の倫理」をめぐる対立の諸相」（有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編『ポスト・リベラリズムの対抗軸』ナカニシヤ出版、2007年）

7　社会的連帯の問題への示唆

今日、ソーシャル・キャピタル論に見られるように、市民の社交や結社活動をめぐる議論が盛んであるが、テイラーの議論はこれにも重要な示唆を与える[*35]。代表的な研究者のひとりシーダ・スコッチポルは、20世紀中葉のアメリカの市民社会のあり方を高く評価するが、そこにおいて人々の社会参加の媒体となったのは、地域支部を持つ市民組織、すなわち社会奉仕団体、友愛組織、教会などである[*36]。会員たちは日常的に会合し、社交、地域の奉仕活動、啓蒙活動など多様な活動を行い、時には郡・州・全国レベルの組織を通じて政治活動に携わった。これら地域レベルの組織は、長期的に居住する住民によって構成され、文化・宗教の同質性を持っていた。また、よき家庭人・社会人であること、信仰心、団体への忠誠などが、そのメンバーに求められていた。

ところがこれらの市民組織は徐々に活力を失い、これに代わって成長したのは、第一にプロフェッショナルに運営される政策主張団体（advocacy group）、第二に、個人のメンタル・ケアを目的とするスモール・グループないしセルフ・ヘルプ・グループである。前者において、一般会員は寄付者ないしはボランティアとして散発的に参加するにすぎず、社交の密度は低い。後者においては、活動の特殊化・細分化が著しく、また感情のシェアが重視される一方、参加脱退が自由でメンバーの義務もほとんどない。いずれのタイプの組織も、メンバーの間の連帯や信頼関係を形成する機能が低く、また市民が社会への働きかけをする回路としてはきわめて不十分なものとされるのである。

社交形態におけるこのような変化に関しては、さまざまな原因が指摘される。スコッチポルは、政府の統治構造の変化、女性の職場進出、マスメディアや通信技術の発達を重視する。また今日のスモール・グループを研究するロバー

[*35] 以下の議論につき、城谷民世氏（北海道大学法学研究科博士課程）から示唆を得た。

[*36] Theda Skocpol, “Advocates without members: the recent transformation of American civic life”, in Theda Skocpol and Morris P. Fiorina (eds.), *Civic Engagement in American Democracy* (Brookings Institution Press, 1999); idem, *Diminished Democracy* (University of Oklahoma Press, 2003)（河田潤一訳『失われた民主主義』慶應義塾大学出版会、2007年）

ト・ウスナウは次のような要因を挙げる[*37]。人々が多忙になり、共働きが増加したために、アド・ホックで選択的参加を好むようになったこと。ライフスタイルや家族形態の多様化（離婚、同性愛、シングル・マザー）、地域における人種・民族・宗教の混在がすすみ、ニーズや価値観の共有が困難になったこと。通信・交通手段の発達により、地域への愛着が希薄化したこと。こうした条件のもとでは、新しい社交の形態に一定の合理性があるとされるのである。

このように、多くの研究においては、社会経済的要因が重視されるが、テイラーの議論をふまえれば、文化的な要因についても目を向ける必要があろう[*38]。テイラーによれば、19世紀から20世紀中葉までの時代は、教会は自発的結社の性格を強めながらも、「文明の表象」と結合し、しかもこれが国家やサブカルチャーなどの政治的アイデンティティと結びついていた。この点はスコッチポルの描く20世紀中葉の団体の多くが、キリスト教信仰や愛国心、家庭人・地域住民のモラルと結びつき、安定した世界観と結合していたことと符合するものである。ところがテイラーによればこの状況は20世紀後半からの文化変容によって変化することになる。すなわち第一に、世界観の揺らぎが生じ、いまやそれは個人による「探求」を通じて構成されるべきものになる。第二に、個人の「感性」が重視され、また身体の復権が求められる。このような視点からは、古い団体の動揺や、セルフ・ヘルプ・グループ、スピリチュアリティ、健康への関心の増加などの理解が容易になるであろう。

さらにこうした事情は、アメリカ社会、あるいは宗教的な組織に限らず、社会主義や共和主義などの世俗主義的なサブカルチャー、さらには多様な市民組織・市民運動にも妥当すると思われる。一般的にいって、大部分の市民組織は何らかの理念と結びついていると考えられ、またそれらの理念は漠然とではあれ、ある種の世界観に接続しているからである。したがって今日における世界観の揺らぎが、組織の活力に影響を与えたとしても不思議ではない。もっとも

[*37] Robert Wuthnow, *Loose Connections: Joining Together in America's Fragmented Communities* (*Harvard University Press,* 1998): idem, *Sharing the Journey: Support Groups and America's New Quest for Community* (New York, 1994).

[*38] スコッチポルは、旧来の団体にみられた愛国主義や人種・性差別が、これらの組織の魅力を減じたことに言及するが、その議論は十分に展開されていない。

それがただちに組織の活力を奪い、社交の空間を細分化し、ナルシシズムを引き起こす必然性はない。テイラー自身主張するように、「探求」の結果、共通の価値観・世界観に到達することは十分にあり得ることであり、探求の主観化が、価値観・世界観の主観化を必ず引き起こすわけではない[*39]。また、人間が自らの弱さに気づき、また意味のある体験を持続させるために、しばしば権威や組織を求めることも指摘される。テイラーがカトリック教会について指摘するように、個人による「探求」を受け入れる柔軟性を持ちつつ、同時に意味のある体験の共有を実現することが、今日の組織が活力を維持する条件であると思われる。

[*39] なお、テイラーはこの両者が同一視され、自己を超えた価値が見失われることの危険を指摘している。Charles Taylor, *The Ethics of Authenticity* (Harvard University Press, 1992)（田中智彦訳『〈ほんもの〉という倫理』産業図書、2004年）, ch. 8.

＊本稿の執筆に先立ち、2008年京都賞関連行事（稲盛財団主催）に参加する機会を与えられ有益な知見を得ることができました。川勝平太、飯島昇蔵、井上達夫、田中智彦、中野剛充の各先生、稲盛財団に厚く御礼申し上げます。

研究ノート

マンションの終焉における法と正義

――区分所有法の建替え制度に関する批判的考察――

南　部　孝　幸

目　次

序　章　終焉の多様化
第一章　札幌市における老朽小規模マンションの実態(アンケート調査)
　第一節　調査報告
　　Ⅰ．調査の実施・背景
　　Ⅱ．主要データの分析
　第二節　札幌市の老朽化マンションの特性
　　Ⅰ．「終（ついの）棲家」意識の低い所有者
　　Ⅱ．管理に対する絶望
　　Ⅲ．敷地、構造の特性
　　Ⅳ．高齢者の多い分譲マンションの実態
　第三節　合意形成もままならない小規模マンション
（資　料　小規模マンションにおける実態調査アンケート）
第二章　震災マンションと老朽マンションの建替えの相違点
　　(2002年区分所有法改正前の建替え決議の検証)
　第一節　震災マンション…係争の果て
　第二節　老朽マンションの建替え成功例…客観的要件を乗り越えて
　第三節　スクラップアンドビルドがもたらすもの
　　Ⅰ．景観との緊張関係
　　Ⅱ．コミュニティ破壊の論理
　　Ⅲ．既存不適格建築物の問題
第三章　マンションにおける多数決ルールの正義
　　(改正区分所有法の問題点)

第一節　不可解な区分所有法改正の経緯
Ⅰ.「費用の過分性」の撤廃
Ⅱ. 団地一括建替え決議の規定の浮上
Ⅲ. 市場主義は無責任を産む（売渡し請求の時価額の問題）
第二節　管理組合の「私的自治」に対するコントロール
第三節　事例「千里桃山台第二団地建替え決議における訴訟」の争点…試される私的自治
Ⅰ. 背景
Ⅱ. 問題の所在と検討
ⅰ）規約の有効性について
ⅱ）長期修繕計画の捉え方
ⅲ）議決権行使書の事前開封の疑い
ⅳ）第70条の違憲性について
ⅴ）まちづくり指針との緊張
ⅵ）その他
第四節　多数決への疑念…正義の拠りどころ
Ⅰ. 一般論の展開
Ⅱ. 多数決ルールが機能するために…民主主義のダイナミズム
Ⅲ. 手続きの大切さ…手続的正義の確保
第四章　マンションの終焉と制度のあり方
（彷徨う区分所有権の出口への提案）
第一節　落ちこぼれたマンションの終焉…区分所有権解消制度の導入
第二節　諸外国瞥見
第三節　合意形成ルールの見直しの必要性
第四節　問題の行方・課題
Ⅰ. 世代間の衡平の論点から
Ⅱ. フェミニズムの論点から
終　章

序章　終焉の多様化

「終の棲家」であったはずのマンションが突然その終焉を迎えてしまう。それは居住者にとって晴天の霹靂であると同時に大いなる不安と負担を強いることとなる。老朽化したマンションであれば、区分所有者による建替え等の協議の歴史を経てその時を迎えるはずであるが、2005年に起きたＪＲ福知山線列車

脱線事故の惨事の現場となった「エフュージョン尼崎」[1]や「耐震偽装問題」[2]が発覚した数多くのマンションのように、建築後数年しか経っていないものがコンクリートの固まりと化してしまうことを予測することは難しい。線路の傍らにマンションがあるからといって電車が飛び込んで来るとは思わないし、建築確認がなされて検査済証の出されたマンションが震度５強で倒壊するとは誰も予想し得ないであろう。まさに法律の想定を超えたところで「終焉」の現実が起きているのである。以前、阪神・淡路大震災において、数多くのマンションが倒壊、あるいは大きな被害に遭ったのを受けて、「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法（以下、「被災区分所有法」という。）が制定され、「建物の区分所有等に関する法律（以下、「区分所有法」という。）を補完することとなったが、これはあくまで政令の指定を受けた災害において適用されるものであり、今回のようなケースでは対象外となってしまうのである。

耐震偽装の発覚したマンションのいくつかについて、国土交通省や地方自治体が緊急に自主退去勧告を出したり、さらに横浜市のように即座に建築基準法９条１項の使用禁止命令を出して、公設の住宅への転居を斡旋するなど、この件に関して行政の対応はいつになくスピーディであった。震度５強の地震が来たときに人命の危険があることが明白なのだから当たり前ではあるのだが、やはり国または自治体が建築確認業務について、自ら指定した民間の「指定確認検査機関」がマンション業者の耐震偽装を見抜けなかったことに対する責任はもちろん、制度を作った国の責任を否定できなかったからであろう。これは、

---

[1] ＪＲ西日本との補償交渉は2006年12月に全住民との間で終了した。事故から１年７月余りを要した。

[2] 政府が支援する11棟のマンションのうち数棟が建替えに向けスタートを切っているが、まだ、見通しの立たないマンションもある。比較的戸数の少ないマンションから徐々に建替え合意が出来つつある。また、耐震強度が0.15と最も強度が不足していた「グランドステージ藤沢」は解体を先に進めて協議を継続しているところに住民の苦悩が見て取れる。また、なかなか進まない合意形成に国や自治体の原則２年間としてきた仮住まいの家賃補助を３年６ヶ月以内に延長した。また先ごろ建替え計画がまとまった「グランドステージ川崎大師」では、１戸当たりの自己負担は2300万円であるという。金額が安いかどうかの判断というより、二重ローンとなり区分所有者にのしかかる。（http://www.asahi.com 参照）

最判平成17.6.24第二小法廷決定[3]において、横浜市の抗告が棄却された事案を引くまでもなく、私もそう考えている。しかし、こうした国土交通省や自治体の早急な対応[4]に疑問も感じている。本当に「危ないマンション」はこの渦中にあるマンションだけであろうか。建築基準法は、既存不適格建築物[5]の存在を認めており、今回偽装が行われた「新耐震基準」(1981年) に基づくものだけでなく、それ以前に建設されたマンションについては当然この基準を満たしていないと考えられるのだ。そうであるならば、震度5強で倒壊するマンションは他にも存在しているのである。

2003年度マンション総合調査結果報告書[6] (以下「総合調査」という。) によれば、約100万戸程度が旧耐震基準によるものと推定される。こうしたマンションは果たして「危ないマンション」ではないのだろうか。2005年11月29日神戸簡裁で和解した神戸の被災マンション「東山コーポ」(全壊と認定) は1968年建築、半壊した芦屋の「翠ヶ丘マンション」は1966年建築であった。すなわち、阪神・淡路大震災において大きな被害を受けたマンションのほとんどが旧耐震基準[7]で建てられたものだったのである。その中でも被災により傾いた建物に、神戸市からの危険勧告を受けながら住み続けていた居住者がいたと聞いている。私も、被災後10年経った東山コーポに実際に足を運んで、L字型の建物の

---

[3] 判時第1904号69頁。まとめて参考になるのは、辻山幸宣編『耐震偽装政府の責任－建物の安全の制度設計』(公人社、2006) 80頁　資料1を参照。

[4] これら一連の対応については、五十嵐敬喜・耐震偽装から日本を立て直す会編『建築革命－偽装を超えて　「安全」で「美しい」まちへ』(建築ジャーナル、2006) において、抜本的な法改正を行わなければこうした偽装を阻止することはできないと、政府の法改正に批判的な見解を述べて参考になる。

[5] 柳沢厚・山島哲夫編著『まちづくりのための－建築基準法　集団規定の運用と解釈』〔山島〕(学芸出版社、2005) 130頁以下に、「既存不適格建築物制度は、法律不遡及の原則により、既存の適法な建築物が法令の改廃や都市計画等の変更で違反建築物となる不合理を防ぎ、国民の法的・経済的生活の安定性を図るもの」とあり、現行では違反建築物とはならないが、増築、建替えの際には現行基準で建築しなければならない。

[6] 国土交通省住宅局住宅総合整備課マンション管理対策室編、(2004年2月公表)。

[7] 五十嵐前掲書注4　192頁　によれば旧耐震基準は、現行の耐震基準と比較すると、0.5以下というものも数多くあるといわれる。

エキスパンションジョイント部分が互いに寄りかかるように縦に亀裂が入ったその悲惨な外観に言葉を失ったことを覚えている。そして、つい先ごろ（2008年１月）まで「宝塚第三コーポラス」では高齢の女性がたった一人暮らしていたのである。（震災マンションについては第二章で記述）

「新耐震基準」を満たしていないのは偽装されたマンションだけではない。全国にはおよそ30％近くのマンションが、さらに老朽化（さらにコンクリートの劣化）という問題も抱えながら、震災の脅威のなか存在している事実にもっと目を向けるべきであると思う。顕在化しないものは手当をしないというのであれば､モラル・ハザードといった公平性を欠く現象が生ずるばかりではなく、憲法第13条の幸福追求権すら危うくしてしまうことになりかねない[8]からである。決して場当たり的な支援策ですむ問題ではないと考える。さらに今回、耐震偽装マンション[9]の支援策については、公費解体はもちろん、基本的には仮住まい等への優先的入居の手配も行い、再建マンションについてはできるだけ建替えの支援を行うというものである。しかし､「個人の資産形成に税金は出さない」はずではなかったのかとの違和感を持つのは私だけではあるまい。建替えまで税金を投入することに疑問を持つ人は多いはずだ。相当数の震災マンション居住者が、建替えに際して組まざるを得なかった新たな二重ローンに屈して再建マンションへの入居を断念したではないか[10]。

もっとも、今回の支援策は条例による高さ制限を撤廃し、総合設計制度など

---

[8] 現在、旧耐震基準のマンションの耐震改修には、耐震改修促進法を改正し、国や自治体が当初15.2％を補助することを決めていたが、現行では３分の１まで引き上げている。しかし、ある自治体のいう「先行投資」というのは何か違和感をおぼえる。ただ、老朽マンションは３分の１補助されても改修できない事情がある。それが深刻なのだ。第一章、終章で後述する。

[9] 耐震偽装マンションについては、（注４）の他、細野透『耐震偽装』（日本経済新聞社、2006）野辺公一編『耐震偽装－安全なマンションに暮らしたい』（雲母書房、2006）などがあるが、事件の急展開もあってか、なぜかあまり見るべきものがない。ただ、細野の「構造計算方法（限界耐力計算）への危惧」は、今後の高層マンションの建築においてクローズアップされてくるだろう。

[10] 島本慈子『倒壊－大震災で住宅ローンはどうなったか』（ちくま文庫、2005）160頁他。これによれば年金生活者にとって、二重ローンを組むことはマイホームを断念することだった。

による容積率の緩和を行い、さらに高層化し保留床を販売することで居住者の負担、国や自治体の負担を最大限軽減させて解決しようとしている。確かに居住者にとっても行政にとっても考えられる最善の施策のようにみえる。しかし、すべてのマンションが同じように対応できるはずはない。敷地の大小もあるだろうし、自治体の対応が画一であるはずがないからである。そして何より管理組合の能力不足が深刻なのである。また緊急避難的措置とはいえ、現在のマンションよりも大規模になることにより、周辺住民の日照や景観が阻害されるという問題が浮上することも容易に考えられる。確かに耐震強度のない大規模な建物が隣接する不安は耐え難いものだが、規制緩和によって周辺住民の居住環境をも変えてしまうことも配慮しなければならないと考える。

以前、震災地神戸で開かれたマンション学会において、丸山英気中央大学法科大学院教授が、「建替えでなければ解決しないマンションがある」とその挨拶の中で話していたことを思い起こす。修復しがたい損傷を負ってしまったマンションにおいては、区分所有者の権利を守る意味での「建替え」しかないのかもしれない。私は被災マンションを実際に見るまでは、否定的な見解を持っていたのだが、そんな生易しいものではなかった。被災マンションは結局震災に耐えられる強度がなかったから倒壊あるいは半壊したものである。少なくとも建築当時は合法的な既存不適格建築物であったのかもしれないが、「危ないマンション」であったのである。その反省を踏まえて、耐震偽装のマンションだけでなく、こうした既存不適格の「危ないマンション」の予備軍の一掃（建替えではなく耐震改修）を国や自治体はもう少し真摯に取り組むべきである。なぜなら、この問題はもっと根深い病巣があると思うからだ。構造計算が規定通りでも、「再生鉄筋」や「不良コンクリート」など伝えられていない施工不良や欠陥は決して場当たり的な対応で解消できるものではないからである。まさに早期発見、早期対応によりスクラップにならないようリカバリーすることが急務ではないだろうか。また、ハードの部分だけが問題となっているが、管理業者の質の向上は深刻な問題で、現在のような新規参入が容易にできる状況は改善しなければならない。そして、何より、区分所有法の改正点の周知徹底である。いつのまにか少数者になってしまうと、生活基盤を根こそぎ奪われてしまう法制度であることを理解していない区分所有者がほとんどであることが「マンション難民」という悲劇を生み出すことになるのである。

ここで、法的背景を整理しておきたい。2001年８月にマンションの管理の適

正化の推進に関する法律（以下「適正化法」という。）が施行され、「終の棲家」としてのマンションを意識した、長期修繕計画に基づく「管理」重視の様々な対策が講じられた。この法律以降、管理組合（居住者）の意識が高まり、多くのマンションで長期修繕計画の作成がなされたことは、マンションの「長命化」という点で意義深いことであった。しかし一方で、2002年12月に施行されたマンションの建替えの円滑化等に関する法律（以下「円滑化法」という。）と2003年６月に施行された「区分所有法」の改正[11]は、区分所有者（マンションの所有者）の合意形成要件さえ整えば、建物にまだ効用があるかどうかにかかわらず「建替え」を可能にするものであった。そして、2004年１月に従来の「中高層共同住宅標準管理規約」を「マンション標準管理規約」（以下「標準規約」という。）に改正し、一連の法改正の帰着をなした。私は、そもそも「区分所有法」の改正が、「適正化法」よりも「円滑化法」にシフトして改正された「ねじれ」が、今後大きな問題となるのではないかと危惧している。なぜならば、合意形成さえままならないマンションがまだ相当数多く存在[12]しており、法の描いたとおりに「終焉」を迎えることができるか疑問であると考えるからである。もっとも、建替え一辺倒だった施策に微妙な変化が生じてきているのも事実である。国土交通省も「総合調査」の結果、何らかの理由により「建替えが必要」と考えるというマンションが全体で僅か2.6％しかなかったことなどから、現在、修繕履歴などをデータベース化する「マンション履歴システム」[13]

---

[11] 鎌野邦樹・折田泰宏・山上知裕編『改正区分所有法＆建替事業法の解説』（民事法研究会、2004）85頁～。区分所有法の旧法62条１項の「老朽、損傷、一部の滅失その他の事由」が存在し、「建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、又は回復するのに過分の費用を要することを必要としていた客観的要件は廃止されるとともに、再建建物の目的が旧建物と同一目的であることと敷地の同一性の要件も撤廃された。

[12] 1984年に報告された「分譲マンションの賃貸化に関する実態調査」（財団法人日本住宅総合センター）において、分譲マンションの賃貸化はすでに20％程度あったことがわかる。先述の「総合調査」（2003年）では平均13.2％だが、高経年では20％超となっている。しかし、前者は理事長面接調査、後者は調査票回収であるためあまり参考にならないが、いずれにしても、高経年のマンションでは賃貸化率が高いことを見ても合意形成が難しいことを窺わせる。

[13] 「マンションみらいネット」として運用されている。「個々のマンション管

の導入を試みている。国土交通省の担当官が話すように、「国土交通省住宅局が出した今後の住宅政策改革要綱の中にはマンションの建替えという言葉はなく、再生と改修で組み立てて」[14]いることが如実に物語っている。

しかし、マンションはそう単純な代物ではなく、いきなり「再生と改修」と言われても、高経年のマンションにはその「再生すべき力（管理組合）」も「改修する費用（修繕積立金）」も十分にないのが実情である。そして、何よりも区分所有権を持つ区分所有者が法制度を理解していないことが問題をより複雑化させている。「自己責任論」を主張する者がいるかもしれないが、購入時に詳細な説明がなされることもなく戸建住宅と同様に販売されている実態を鑑みるとき、「自己責任論」を持ち出すのは区分所有者に酷であると思料する。

私は、本稿で、2005年３月～５月にかけて、札幌市内の老朽小規模マンションに絞ってアンケート調査を行った結果を下に、同年５月の日本居住福祉学会で報告した「札幌市における老朽マンションの管理と実態」にデータ分析を付け加えて再構成するとともに、実態把握を行う。第二章で区分所有法改正前の「震災マンションと老朽マンションの建替えにおける合意形成の相違点」を検証し、「景観」「既存不適格」といったその周辺の問題にも言及したい。そして第三章では、拙速すぎたとの批判のある一連の改正法の問題点を整理するとともに、改正後初の建替え決議無効確認訴訟である「千里桃山台第二団地」の事例を元に、多数決ルールについて考察を加え、合意形成における手続的正義の論点を浮き彫りにしたい。また、マンションは終焉をどう迎えるべきなのか。永遠に容積率を増やして際限なく建替えることが難しいことは明らかであり、建替え以外の終焉のしくみや居住形態が必要となってくるはずであり、その相応しい制度・手続を導き出すことにも考察を試みることにする。

理組合の運営状況［建物等の概要、管理組合の活動状況、過去の修繕履歴、図書の保管状況など］を財団法人マンション管理センターのコンピューターに登録し、登録情報はインターネットを通じて随時閲覧できるようにするものです」（『マンションみらいネット登録補助業務実施要領』〔2005〕財団法人マンション管理センター）しかし、運用が円滑に実施できるかどうか疑問視されている。

[14] マンション学会神戸大会メインシンポジウムにおける国土交通省国土技術政策総合研究所の長谷川洋氏の発言（マンション学　第22号〔2005〕10頁）

第一章　札幌市における老朽小規模マンションの実態（アンケート調査）

第一節　調査報告

Ⅰ．調査の実施・背景

札幌市は人口190万人に迫り、なお微増が続いている。郊外での宅地分譲に一時の勢いはなくなったものの、近年、高層マンションの建設が進み「都心回帰」が顕著となっている。特に市内中心部における超高層マンションは売れ行きも好調で各社が競って建設ラッシュを続けている。しかし、街並みの景観破壊、日照の問題など既存の住民との間で新たな社会問題[15]が生じてきているのも事実である。そしてまた、華やかなマンション建設の陰で、築後25年～30年以上の小規模マンション（30～50戸以下）が褪せた外壁を曝しながら管理上の深刻な問題を抱えている。

2004年１月、国土交通省が「総合調査」を発表したが、翌年５月に札幌市も「分譲マンション管理実態調査報告書」（以下「実態調査」）[16]をまとめた。こうした一連の動きは、今後、大規模修繕や建替えといったマンションをめぐる諸問題が都市生活の居住の安定に深く影響を与えると想定されることから急がれたものだ。しかし、こうした総合的な調査でも浮かび上がってきていない隠れた問題が潜んでいるのではないだろうか。

私は、今回、札幌市内、特に中央区の高経年のマンションを51棟ほど訪問し

---

[15] 北海道新聞「さっぽろ解剖」（第四部『マンションと暮らす』2004.8.1朝刊）全７回の連載は断片的ではあったが、札幌市内の実情を知る意味ではまとめられている。札幌市の「高度規制」もここから加速する。

[16] 札幌市都市局市街地整備部住宅課「分譲マンション管理実態調査報告書」（2005年５月公表）2004年１月１日現在、札幌市のマンション総数は3,214棟。うち高経年（1979年以前）のマンション460棟すべてについてアンケート調査を実施（回答約200棟）、ヒアリング調査は20棟で行われた。札幌市がこういった詳細な調査報告をするのは初めてである。しかし、ほとんどが返信されたアンケートでの統計であるため、苛烈な状況にあるマンションの実情は浮かび上がってこない。以前、市役所の担当者との話において、管理組合のないマンションの存在をあまり認識していなかったことでも露呈している。

「聞き取り調査」を行った。それらマンションの選択は、中古マンション市場の中で、築後25年以上で価格の安い順から経験的に問題のありそうなものを選んでみた。その手順は、まず周囲を廻って外壁、敷地の管理状態、駐車場の区画数をチェックする。建物内に入って管理員に会い、理事長に面会できれば、理事長と面談し、いなければ管理員からマンションの実情を聞くという形をとった。もちろん、管理員が不在のマンションも5～6棟あったが、その場合は居住者から情報を得ることで終わった。なお、理事長が不在だったマンションにはアンケート用紙を置いてきたのだが、返送されたのは44管理組合のうち僅かに3通であった。

Ⅱ．主要データの分析

まず今回の調査の分析に入る前に、一言断っておかなくてはならない。あくまで私の主観で問題のありそうなマンション[17]を選んで聞き取り調査を行ったものであり、札幌市の老朽マンションのすべてが後述のような問題を抱えているわけではなく、しっかりと管理がなされ、理事長のリーダーシップが発揮されているマンションも意外と多かったのも事実である。ただ、気になった点は、そうしたしっかり管理されているマンション（耐震基準改正以前に建築された）においても「耐震補強」については修繕計画に組み入れられていないことである。また、さらに残念なこととして「バリアフリー」、「省エネ」といった、「耐震補強」とともに、老朽マンションの再生のキーワードとされるものも、長期修繕計画に組み入れられているケースが皆無であったことを付言しておかなければならない。

また、私は、マンションの問題というのは個別的な問題が潜在していることが多く、統計になじまない部分を孕んでいると思っている。たとえば、これはあくまでも一例であるが、エントランス前の正規の駐車場ではない空きスペースに、明らかに暴力団関係らしき人の車が停めてあって出入りを不自由にしているのに、「うちにはそういう問題は全くありません」となる。なかなか管理者（理事長、管理会社）はマイナスの情報を出したがらない傾向があり[18]、こ

[17] 競売物件、売却情報（廉価販売されている）の中でピックアップした。
[18] 管理会社の管理員教育が不十分であるなどの理由で、宅建業者が重要事項説明書の記載事項を調査する際にも都合の悪いことを秘匿する場面がみられ、

うした見えない問題をいかに抽出できるかは難しい作業であり、聞き取り調査でもこうした傾向が認められることから、先述した国土交通省が進める「マンション履歴システム」の運用もうまく機能するのか疑問を感じる。

(1) 賃貸比率：区分所有者の居住率　有効回答45棟

30％以下	50％以下	70％以下	70％以上
5棟	10棟	15棟	15棟

※首都圏のマンションの平均と比べても札幌市の場合の賃貸化率は高い[19]。これは、やはり一戸建ての価格とマンションの価格差がないため、老朽化し設備が陳腐化したマンションを離れ、戸建て住宅へ転居した例が多い。

(2) 高齢者居住比率：65歳以上の住戸数・55～65歳未満（予備軍）の住戸数

※有効回答数44棟

高齢者の割合	0～10％以内	10%超~25%以内	25%超~50%以内	50％超～
＋（予備軍）	5棟（2棟）	30棟（32棟）	8棟（8棟）	1棟（2棟）

※比較的回ったところは、当初の所有者がずっと住んでいる割合が低かったようである。

(3) 単身者比率：うち高齢者世帯

→4棟が単身者用のマンションだったが、近年着実に一人暮らしの高齢者世帯が増えてきており、それは賃貸で住んでいる場合顕著である[20]。

(4) 管理組合はありますか？　有効回答51棟

あ　る	な　い	あるが機能していない
44棟	2棟	5棟

消費者（買主）とトラブルになることもある。「積立金総額を言わない」「修繕予定を明かさない」など、このような状況下では「マンション履歴システム」は機能不全に陥る危険性が高いと言わざるを得ない。

[19] これは、調査対象を価格の低廉なものにしたため、投資用の単身マンションが多いことが要因だろう。ただ、全国の13.2%（「総合調査」）に比べて札幌市の場合は賃貸化率が高い。今般の札幌市の「実態調査」ではこのデータがなかったのが残念である。

[20] 単身者用のマンションの場合、高齢者が複数戸所有し、自ら使用したりするほか、賃料を得て年金の足しにしているケースもある。（この傾向は第二章でも触れる）

※「ない」と回答したマンションのうち一つは、管理会社が各区分所有者と直接個別に委託契約を交わしている。もう一つは、倒産した分譲会社の元社員が委託を受けて管理人をしているという悲惨な形態であった。

(5) 集会は開催されていますか？ 有効回答48棟

定期的に開催	不定期に開催	開催されない
33棟	7棟	8棟

※「開催されていない」ところは、ほとんど管理会社まかせ。その管理会社が分譲マンション管理業の登録を得ていない業者であったりした[21]。そのうち2棟は修繕積立金の徴収も行われていないことが判明した。

(6) 集会の参加人数は？ 有効回答33棟

理事含んで20％未満	半数程度出席	7割以上出席
28棟	5棟	0棟

※合意形成が少数者の独断で決められることが多く、これが特別決議にしこりを残すことにつながる。

※半数程度出席の5棟は、ほとんど20戸以下の小規模マンションである。

※120戸のマンションで参加者がいつも5人程度というマンションもあった。

(7) 管理費・積立金の納入は順調ですか？ 有効回答38棟

滞納率10％超	滞納率10％以下
21棟	17棟

※多いところでは20％超というところもあった。無回答のところは10％超の可能性は高い。

※老朽マンションにおいては、「競売」になっている専有部分が常時存在しているなどの事情もあり、管理費の徴収はどこでも深刻な問題である。

(8) 管理組合法人にする予定はありますか？ 有効回答41棟

既に申請又は設立済み	検討中	予定なし
7棟	12棟	22棟

[21] 「適正化法」により、管理業者は、修繕積立金等については「整然と管理する方法」として国土交通省令の定める方法により、自己の固有財産及び他の管理組合の財産と分別して管理しなければならないことになっている。またこうした「基幹業務」を行う場合、国土交通大臣の登録が必要なのだが、いわゆる「もぐり」業者が管理している場合が散見された。

※区分所有者数の規定（30以上）が撤廃されたが、小規模マンションほど法人化の動きがみられない。

(9) 標準管理規約（2004年施行）に基づいた規約に変更されていますか？ 有効回答41棟

既に変更済み	以前の標準規約のまま	原始規約のまま
7棟	28棟	6棟

※回答がなかったマンションはほとんど原始規約のままであると思う。管理会社が変更に消極的？ と思われる。

※既に変更済みというのは、実物をみていないので…、信憑性は？ 管理員の勘違いかもしれない。老朽マンションでは規約の改正が以前のままのところが多いはずである。

(10) 管理形態は？ 有効回答51棟

24時間常駐	日中通勤	自主管理	その他
10棟	27棟	8棟	6棟

※24時間常駐は2棟を除くと管理員住み込みの形態。その他の5棟は自主管理までは行かないが、賃貸マンション管理業者が日常管理業務のみを請け負っている。1棟は管理されているか不明だった。

(11) 管理会社とはコミュニケーションは取れているか？

取れている	まあまあ	不十分
10棟	22棟	16棟

上記(11)と関連して、次のようなトラブルはありませんか？

ⅰ．管理組合に設計図書が存在しない。→12棟

ⅱ．販売（管理）会社が、売れ残りの複数の住戸を所有していたため、競売により価値が下落したり、管理費の収納に支障をきたしたことがある。→1棟

ⅲ．管理が一時不能状態に陥ったことがある。→15棟

ⅳ．管理会社の倒産等により、管理費・積立金の全部または一部が消えてしまった。→4棟

ⅴ．理事の不正による管理費・積立金等の使途不明があった。→2棟

ⅵ．上記のようなトラブルは一切ない。→18棟

⑿　長期修繕計画は作成されていますか？　有効回答41棟

作成済	作成済みだが不十分	作成していない
16棟	10棟	15棟

※建築後20年ぐらいのマンションであれば、もっと長期修繕計画が作成されているのだろうが、やはり合意形成がしっかり行われていない一つの証であると思う。

※修繕計画はあると思うが知らない。といった回答も多かった。

※著名な管理会社に委託している場合は作成されていることが多いが、住民に行き渡っていない。

⒀　すでに大規模修繕工事は行われましたか？　※複数可　実施棟数／有効回答45棟

屋上防水	鉄部塗装	外壁塗装	給排水管取替	入口改修	全てやった
39棟	37棟	26棟	22棟	40棟	29棟

※これは少し正確ではないかもしれない。聴けなかったところは、目視で私が記入している。基本的に給排水管取替工事をしているところは、ほとんど全ての改修は行っている。ただ、外壁を一度も塗り替えていないのでは？というところも数棟あった。もちろんそういうところは回答が得られない。すでにスラム化が始まっているとみることもできるのではないか。

※屋上防水と鉄部塗装は２～３回実施しているところもあった。実際に、調査したうちの15棟ぐらいは見た目にも綺麗な印象を持った。集会がしっかり行われているところほど修繕は実施されている。

※修繕積立金不足で、各戸負担を求めたケースでは、費用負担をしなかった区分所有者との間で深刻な問題が生まれているところもあるようだ。（２棟で訴訟中）

⒁　結露による被害はありますか？　有効回答47棟

かなりある	一部ある	全くない
36棟	８棟	３棟

※ほとんどのマンションで結露被害はあった。専有部分によっては、坪当たり20数万円で結露対策の改修工事をしたようなところもあった。

※特に本州の中小デベロッパーが分譲したマンションにおいて本州仕様で設計されたところに被害が大きいように感じた。

※全くないというところは、セントラル方式で全室暖房を取っているところ

であった。老朽マンションの多くは居間のみのＦＦ一室暖房であることが多く、室間の温度差が激しい。

⑮　日照は確保されていますか？　有効回答44棟＋目視記入７棟

十分ある	一部確保できない	不十分（隣地建設計画あり）
27棟	12棟	12棟（10棟）

※札幌は比較的敷地があると思っていたが、半数近いマンションで日照をしっかり確保できていない。また超高層マンションの建設によって日照が深刻になりそうな小規模マンションも散見された。（調査対象が中央区に多かったことも影響している。）

※日照が悪ければ結露被害はさらに悪化傾向となる。

⑯　バリアフリーの改良は進んでいますか？　有効回答32棟

全く考えていない	予定はある	実施済
27棟	１棟	４棟

※ほとんどバリアフリーについては考えられていない。そんな改修するくらいならもっとやるべき改修があると考えている。

※「実施済み」と回答されたところも、すりつけ板をコンパネで作成して段差を解消した程度のものであって、コンクリートを斫（はつ）ってスロープにしたようなものではない。

⑰　耐震基準について知っていますか？　口頭で管理員等に尋ねた程度。有効回答32棟〈※調査時、耐震偽装問題は発覚していないことを断っておく〉

知ってる	知らない
15棟	17棟

※このマンションは新耐震基準ではないですよ、と言ってもピンと来ない人が多かった。

※ピロティ部分、エキスパンションジョイント部分などを有しているマンションが危険であるという話にも理解していない方が多かった。

⑱　耐震改修計画はありますか？　聞き取り調査においてのみのため、有効回答32棟

全くない	予定している	実施済み
32棟	０棟	０棟

※昨今の耐震偽装問題後、耐震診断する組合は増えたかもしれないが…。調査時において阪神・淡路大震災の経験は札幌市においては、まさに「対岸

の火事」である。

⑲ 管理組合で「建替え」について論議されたことはありますか？　有効回答47棟

ある	ない
28棟	19棟

※「ある」と回答していても、消極的な話しか出ていないというのが実情である。

⑳ 建替えの合意形成4/5の同意は得られそうですか？　有効回答45棟

得られると思う	難しい	わからない
6棟	26棟	13棟

※建て替えられない理由の一つに、「区分所有者が住んでいない」ということをあげる方がいて、協力は得られないだろうという声が多かった。

㉑ 建替えが出来ない場合、どのような施策が考えられますか？

ⅰ．建替え勧告（使用禁止命令など）まで住み続ける。→18棟

ⅱ．区分所有者全員の合意による土地のみの売却。→14棟

ⅲ．自治体に買い取ってもらう。→7棟

ⅳ．その他→3棟

※どこまでも直していくというのが3棟である。

※どうせ建て替えなんかできないのだから、土地を売却するという項目を選んだ人は意外と多かった。

㉒ 建替えの合意形成にあたって不安な点は？

ⅰ．建替え期間中の仮住まい。→12棟

ⅱ．追加の資金の額。→27棟

ⅲ．（高齢のため）借入れが出来るか？→16棟

ⅳ．せっかく築いたコミュニティが乱される。→2棟

ⅴ．そもそも集会が開催できるかどうか。→19棟

ⅵ．その他→7棟

※コミュニティを不安とした2棟は、賃貸化率が小さかった。もう老朽マンションにはコミュニティは存在していないのかもしれない。

㉓ 建替え円滑化法はご存知ですか？

知っている	少し知っている	知らない
12棟	26棟	6棟

※回答は上記の通りだが、しっかり把握しているとは思われない。「知っている」という人の多くは、建替え決議後は全て円滑化法でやらなければいけないと誤解していた。

第二節　札幌市の老朽化マンションの特性

Ⅰ.「終（ついの）棲家」意識の低い所有者

先述の国土交通省の「総合調査」を見ても、1980年に永住するつもりで購入した人は、わずか22.5％しかいなかった。いずれ住み替えるつもりの人は59.0％ということを考えると、25年経った調査時には、賃貸比率の高いマンションが数多く存在していることは想像に難くない。札幌市の場合は、さらに悪条件が重なる。それは、中古マンションの市場がダブつき気味であり、価格が10年を経ると一気に暴落しているという現実がある。4LDKで半値以下になるケースも散見できる。こうしたマンションが本州の投資家の標的となり、さらに賃貸化に拍車がかかるのである。各戸所有者がバラバラに賃貸に出すことにより、管理の行き届いていないマンションでは、暴力団関係者が入居するといった事態を引き起こし、ますます所有者の永住意識が諦めとともに消えていくことになる。

Ⅱ．管理に対する絶望

築後25年以上であればそもそも分譲した会社がすでにないマンションが多い。もちろんバブル崩壊で消えたものもあるが、本州から札幌に進出して撤退したものも含めると２～３割（あるいはもっと）になるかもしれない。しっかり引き継いで消えたのであれば問題はないのだが、子会社の管理会社で管理していたところがほとんどであったから、「適正化法」のない時代に「維持修繕積立金」や「通常管理費」を分別管理していたわけもなく、会社が消えたと同時に「積立金も消えた！」というような経験をしたマンションも多い。さらに、複合用途型（いわゆる「下駄履きマンション」）の場合、店舗（多くは１階）に、倒産した（分譲）会社の関連する会社が所有または占有している場合もあり、管理費の徴収や集会の決議構成に深刻な影響を与えているケースもある。また、30戸程度の小規模マンションでは、スケールメリットを活かすこともできず自主管理で運営しているところが多く、運良く管理会社に依頼できたとしても質

の高いサービスを契約できない場合が多いのである。また「適正化法」により分譲マンションの管理業は登録制度が義務づけられたが、その登録のない賃貸マンションの管理会社が管理している物件も一部散見された。

Ⅲ．敷地、構造の特性

札幌市内でも当初建設された分譲マンションの駐車場は、住戸分の駐車台数もなく１戸当たりの自家用車の保有台数の多い地域の実情に合っておらず、その後竣工したマンションと比べると敷地が極端に狭かった。ただ、以前であれば、月極め駐車場を周辺に求めて不便を解消できたが、その駐車場が数十年の間に新たなマンションの敷地となってしまい、深刻な駐車場不足となっている。また、そうした今まで空地状態だったところへ、相次いで高層マンション[22]が建設され、日照や眺望が阻害されるといったマイナス要因が加味されてくる。こうした日照の問題はさらに北海道特有の「結露被害」を増長させるのである。「結露」は本州仕様で建設された昭和50年代半ばぐらいまでのマンションで特に深刻な問題となる。寒中のコンクリート打設、断熱材の不足、換気能力不足などが寒い外気温と暖かい室内との想定以上の温度差に対応できなかったため[23]であり、この問題も価格下落の要素、賃貸化への加速となっていることが多い。

Ⅳ．高齢者の多い分譲マンションの実態

土地の価格がまだ安い札幌では、未だに一戸建の割合が多いのが現状である。しかし、高齢者、特に虚弱高齢者にとって一戸建での一人暮らしは難しい。一戸建ての問題は、除雪であったり、病院など公共施設へのアクセス難であったりするという。私が実際に聞き取り調査したマンションにおいて顕著だったのも、賃貸化された分譲マンション（ワンルーム・１LDK）に住む数多くの高齢者だった。それは立地だけではなく、賃貸住宅よりも管理が行き届いている、入居者の質が安定しているなどの理由から札幌では好まれているようである。

---

[22] 札幌市の「実態調査」では、1989年以前は、６階建以下がその半数を占めていたが、1990年以降高層マンションが建設されはじめ、1995～1999年の建設では５割以上、2000～2003年の建設では約７割の分譲マンションが11階建以上である。特に2000～2003年では、15階建以上が約２割を占めている。

[23] さらに、室間の温度差も要因となる。アンケート(14)(15)を参照。

ただ、小規模マンションでは先述したように管理が必ずしも行き届いているわけではない。エントランス部分などの共用部分のバリアフリーはほとんど未整備である。新しいマンションであれば、ハートビル法[24]や住宅の品質確保の促進等に関する法律などの基準をクリアしていなければならなかったが、こうしたマンションにはそれを望むべくもないのである。また、こうした建物と敷地の段差だけであれば良いのだが、雪国ゆえに歩道に降り積もった雪のためにマンション敷地と歩道との段差が高齢者の外出を阻んでしまっている。

第三節　合意形成もままならない小規模マンション

札幌市内の30戸以下の老朽マンションにおいて、分譲当初の管理費と修繕積立金は、3LDK　80㎡程度で、月額管理費8,000円、修繕積立金800円ぐらいであった。ということは、一戸当たり修繕積立金は年間1万円にも満たないわけであり、10年経過して30戸であったとしても総計で300万円程度しか積み立てられないのである。現在、こうしたマンションでは修繕積立金の不足を解消するため月額管理費12,000円、修繕積立金20,000円という数値が一般的となっている。購入した際のローンの支払いとともに20,000円以上負担増となる所有者の戸惑いは量りしれない。もっとも中古マンションの価格の暴落はこうした現象を背景として起こった[25]ものなのである。しかし、このように管理費の変更ができたところは区分所有者の合意形成の可能性が残っているが、いまだに当初の設定通りの管理費・修繕積立金で運営されている驚くべきマンションも存在している。

こうしたマンションでは、実際に所有者が住んでいるケースは2割程度であって、その他の住戸はすべて賃貸となっているところが多い。全室入居であればまだいいのだが、空室率が3割を超えるところもある。売り出し価格が当時1800万円であったマンションも、中古市場では300万円でも買い手がつかない。それは先述の結露の問題など様々な要因を抱えていることが多いためで、

---

[24] 「ハートビル法」は2006年12月20日に「バリアフリー新法」（高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律）に統合された。

[25] 一度に多額の修繕費用の分担ができない者や毎月の負担増に堪えられない者は売却するしかない。

普通に改修すれば600万円程度で売却可能であるにもかかわらず改修工事ができずにいるのである。それは、区分所有者達の多くが倒産してしまった分譲会社に関係のあった人達が多いという特殊な事情を抱えている場合が多い。取引（下請け）業者であったり、親類・知人であったりというものであり、彼らの思いの中では、このマンションは消してしまいたい過去であり、見たくもないものであったりする[26]。敷地が広ければ、また日照が阻害されていなければ、権利変換による建替えメリットを活かして彼らの気持ちを揺り動かすことができるかもしれないが、小規模マンションには建替えのメリット[27]すらない（建替えても保留床が生み出せない）のである。したがって、彼らはこれ以上負担をする気にはなれないし、当然、集会などに出席するつもりもない。居住している２～３割の区分所有者たちもほとんどが高齢者となってしまい、彼らの首根っこを引っ掴んで特別決議を行う集会を成立させる気力も残っていないのが実情である。また、管理規約も「原始規約」のままで、「標準規約」の存在さえ知らないマンションも数棟あった。それらのマンションには、すでに存在しない管理会社に管理委託契約をした状態のままというところさえあった。あと10年も経たないうちに、合意形成もできないまま設備不良からスラム化の道を辿るマンションが出現することは必至ある。

以前、西区内にある総戸数10戸の小規模分譲マンションの「賃貸化」に向けた交渉を行った経験がある。すでに競売で５戸を落札した会社が私に依頼してきたものだ[28]。このマンションも本州の業者（すでにバブル崩壊後に倒産）が

---

[26] 私は以前、倒産したデベロッパー系管理会社から管理を引き受けた経験があるが、こうした人たちは、管理上問題があると自分達の責任も問われるため、積極的に集会や組合活動に参加することはなかった。

[27] 芥川基『マンション建替え成功マニュアル』（中央経済社、2003）171頁以降では、「敷地（隣地を買収する場合も含む）が広く容積率に余裕があるマンション、あるいは総合設計制度の適用を受け、より大きな高層のマンションを建設し、保留床（従来の戸数より多くの住戸を確保し、それを売却することで元々の区分所有者の負担を減らすことができる）を確保できることが、建替えを成功させる原動力となる。」と解説している。

[28] 現在、私は、２つの不動産会社の顧問として不動産実務に携わっているが、このケースは、最終的に２戸所有していた区分所有者の債権者と価格の調整（高額のローン残金があったため抵当権の抹消ができなかった）がつかずご破算となってしまった。

建設したものだ。営業マンを大量採用しその縁故関係で購入者を決めていくという安易なセールスで売られた問題の多いマンションである。札幌にはこうしたマンションが数多く存在している。3階建てで外階段から入る形式で、周辺の人がこれを分譲マンションだとはたぶん思えないほど外観がみすぼらしく、しかも駐車場は4台しか駐車できない。もちろん区分所有者は誰一人住んでいないし、集会も行われていない。管理組合も当然あるはずもなく、管理会社も登録を持ったマンション管理業者ではなく名ばかりの管理がなされているだけである。ところが、こうした問題の多いマンションであるにもかかわらず築後20年程度しか経っていないため、先述の札幌市の「実態調査」からも（高経年の）対象外として把握されていないのである。さらにこの分譲業者は、同様のマンションを少なくとも50棟近く建設分譲している。管理費は月額4,000～4,500円／戸で、修繕積立金はなんと0円である。中には所有者が住んでいるケースもあるが、それはほとんど競売でこのような実態だと知らずに買った人たちなのである。このまま放置すれば所有者は次から次へと安く転売していくであろうが、将来誰かがババを引くことになり区分所有権が「居住」を支えることはできなくなる。まさにこうしたバブル崩壊後の「売り逃げマンション」をどうするかという問題も次に迫ってきているのである。

区分所有法は、こうした負の履歴を持ったマンションをカバーしきれていないのではないか。敷地も狭く賃貸化率の高いマンションは、じっと、その終焉の時を待つしかないからである[29]。しかし、こうしたマンションは解体費用さえままならず「建替え」という選択肢は存在しない。私は、老朽化した小規模マンションにおいて、「私的自治」を求めるだけの「区分所有法」では制度的に不十分ではないかとの疑問を持っている。

[29] すでに既存不適格となり、現在の規模で建替えられないマンションにおいて、合意形成されたケースは「同潤会江戸川アパートメント」（次章で解説）しかないのが現状である。小規模老朽マンションには「建替え」とは別の行き先を考えるべきである。

資　料

小規模マンション実態調査（札幌市中央区・西区・南区）

〔基本データ〕

1．マンション名　2．竣工年　3．施工業者名　4．販売業者名

5．当初の管理会社名　6．現在の管理会社名

7．全体戸数（内訳4LDK以上、2～3LDK、1LDK以下、店舗等）

8．区分所有者数（※複数戸所有者は1名として下さい）　9．当初の管理費

10．現在の管理費　11．当初の積立金　12．現在の積立金　13．駐車場台数

〔管理についてのアンケート〕

1．敷地の状況について

①敷地の権利形態は？

（区分所有者の共有・賃借権・一部分譲会社所有・その他）

②除雪はどうしていますか？

（管理会社に委託・建設会社（個人）に委託・自力除雪）

③ロードヒーティング設備はありますか？

（ある・あるが切っている・ない）

④駐車場収入は駐車場経費を除いて何に組み入れていますか？

（管理費・積立金・その他）

2．管理員室について

①管理員室に居住スペースはありますか？

（入口共通である・入口別である・ない）

②管理員室の所有権は？　（規約共用部分・管理組合・管理会社・その他）

3．居住状況について

①賃貸比率　：　所有者居住戸数・賃借居住戸数　　％

②高齢者居住比率　：　65歳以上の住戸数・55～65歳未満の住戸数

③単身者比率　：　うち高齢者世帯

4．管理組合・集会・管理費について

①管理組合はありますか？　（ある・ない・あるけど機能していない）

②集会は開催されていますか？

（定期的に開催されている・不定期である・ない）

③集会の参加人数は？

（理事を含めて10人未満・半数は出席・7割以上出席）

④集会招集通知は全戸届いていますか？（全て届く・75％届く・75％未満）
⑤理事会は開催されていますか？（月１回以上・半年に１回以上・開催なし）
⑥区分所有者の中に販売（管理）会社の関係者はいますか？　またいる場合、組合に協力的ですか？
（いない・いるが協力的である・いるが非協力的である）
⑦預金口座管理はどうしていますか？
（管理組合がしている・管理会社がしている）
⑧ベイオフ対策はとられていますか？（している・していない・必要ない）
⑨管理費・積立金の納入は順調ですか？（滞納率10％超・滞納率10％未満）
⑩管理組合法人にする予定はありますか？
（すでに申請又は設立している・検討中・予定なし）

5．管理会社・規約について
①管理委託契約の当事者は？
（管理会社 VS 区分所有者・管理会社 VS 管理組合）
②マンション標準管理規約（2004年１月施行）に基づいた規約に変更されていますか？
（変更した・以前の標準管理規約に基づいたまま・原始規約のまま）
※原始規約とは、分譲マンションを購入したときに販売会社で用意した規約
③管理形態は？　（24時間常駐・日中通勤・自主管理・その他）
④管理会社への委託業務の範囲は？
（ほぼ全て委託している・一部委託：清掃業務と管理員業務程度・自主管理・その他）
⑤管理会社とはコミュニケーションは取れているか？
（いる・まあまあ・不十分）

6．管理トラブルについて
①居住していない区分所有者は組合に協力的ですか？
（協力的・一部非協力的・非協力的）
②暴力団関係者の入居で困ったことがありますか？
（入居したことはない・以前住んでいたことがある・現在も住み続けている）
③（施工会社・販売会社・管理会社）で破綻している会社はありますか？
※複数可

④上記③と関連して、次のようなトラブルはありませんか？　またありませんでしたか？

ⅰ．管理組合に設計図書が存在しない。

ii．販売（管理）会社が、売れ残りの複数の住戸を所有していたため、競売により価値が下落したり、管理費の収納に支障をきたしたことがある。

iii．管理が一時不能状態に陥ったことがある。

iv．管理会社の倒産により、管理費・積立金の全部または一部が消えてしまった。

v．理事の不正による管理費・積立金等の使途不明があった。

vi．上記のようなトラブルは一切ない。

7．建物のトラブル（修繕）について

①設計図書はどこまでありますか？

（確認図面・施工図・設備・構造計算書・ない）※複数可

②長期修繕計画は作成されていますか？　（いる・いるが不十分・いない）

③上記②の計画が作成されている場合、誰が中心に作成しましたか？

④すでに大規模修繕工事は行われましたか？　※複数可

ⅰ．屋上防水工事　ii．鉄部塗装工事　iii．外壁塗装工事

iv．給排水管取替工事　v．入口（エントランス）改修工事　vi．その他

⑤結露による被害はありますか？　（かなりある・一部ある・全くない）

⑥日照は確保されていますか？　（十分ある・一部確保できない・不十分）

⑦建物内での事故（転倒・転落・落下物による等）はありましたか？

（あった・ない）

⑧バリアフリーの改良は進んでいますか？

（全くしていない・予定はある・実施済み）

8．建替えの合意形成について

①管理組合で「建替え」について論議されたことはありますか？

（ある・ない）

②建替えの合意形成4/5の同意は得られそうですか？

（得られる・難しい・わからない）

③建替えが出来ない場合、どのような施策が考えられますか？

ⅰ．建替え勧告（使用禁止命令など）まで住み続ける。

ii．区分所有者全員の合意による土地のみの売却。

iii. 自治体に買い取ってもらう。
iv. その他

④建替えの合意形成にあたって不安な点は？
ⅰ. 建替え期間中の仮住まい。
ii. 追加の資金の額。
iii. (高齢のため) 借入れが出来るか？
iv. せっかく築いたコミュニティが乱される。
v. そもそも集会が開催できるかどうか。
vi. その他

⑤建替え円滑化法はご存知ですか？
(知っている・少し知っている・知らない)

以上

※マンションに関するアンケートについて一言

本論の中でも述べたが、マンションのアンケート調査は実態を反映しないことが多い。しっかり「聞き取り」がなされているものであれば多少信頼できるかもしれないが、先頃の国交省の建替え実態アンケート調査（2008年11月21日発表）が回収率19％という低率であることでも分かるとおり、真に実態を映し出しているかどうか疑わしい。アンケート自体全く開封もされていないところが多いのではと私は考えている。アンケートを返送してくれるところはまだ管理が良好なところであって、実態はより深刻なのである。

第二章　震災マンション[30]と老朽マンションの建替えの相違点（2002年区分所有法改正前の建替え決議の検証）

第一節　震災マンション…係争の果て

1995年の阪神・淡路大震災からすでに14年が経過している。すでに104棟の分譲マンションが建て替えられた。その中には、「東山コーポ」をはじめ、「グランドパレス高羽」といった、長い訴訟の末にようやく建替えが行われたマンション[31]もある。震災マンションの建替えにおいて合意形成が難しかったのは、被害の多い住戸と被害の少ない住戸の程度差が出たことであるといわれている。特に水道やガス・電気といったライフラインさえ問題なければ、直してここに住み続けたいと願うであろうし、下の階で柱が座屈するような被害を受けたようなところは、恐ろしくて住んでいられないということになるのである。ましてや、震災ショックの癒えぬ間になかなか冷静な判断がつかないことは想像に難くない。その中で、「大被害を受けて住めないマンションを大量に放置しておけば、外部不経済を発生させて都市の居住環境に問題がある。」[32]と、公的資金による建物解体、総合設計制度や優良建築物等整備事業などといった支援策が１～３年程度の時限措置であったことから、大破したマンションだけでなく中破、小破といったものまで建替えられた。これには、自治体の派遣したコンサルタントの暗躍があったとされる[33]。しかしこれらの施策には拙速で

---

[30] 震災におけるマンション問題については、吉田邦彦『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、2006）第一部第一章、第四章を参照。当初、老朽小規模マンションをテーマにしていた私にとって吉田教授の研究が視座を与えてくれた。

[31] 2006年10月下旬に現地を廻ってみると、「東山コーポ」は春に解体が完了し基礎工事が本格化していたが、「グランドパレス高羽」は解体工事にようやく着手され、コンクリートの残骸がまだ敷地内に溢れていた。現在、２つのマンションはともに再建マンションが竣工しているが、「宝塚第三コーポラス」だけがようやく更地化され、これから工事が始まろうとしている。

[32] 日本マンション学会神戸大会(2005)メインシンポジウムでの長谷川洋氏(国土交通省国土技術政策総合研究所）の発言。(マンション学　第22号〔2005〕９頁）当時の復興策が建替え政策偏重だったと振り返っている。

[33] 前掲シンポジウム（マンション学　第22号〔2005〕４頁　藤本佳子千里金

あったがゆえに矛盾点も多く、先述のマンションのように決議無効確認訴訟が長期化したものが出てしまった[34]。

震災マンションは旧法(区分所有法2002年改正以前)下での建替え決議であったため、「費用の過分性」要件が争われた。補修のためにかかる費用と建替えに要する費用を比べ、客観的に「過分」かどうかという難しい判断に対して裁判所[35]は「多数の主観的意思を尊重する」という結論を下した。これは1983年改正の時の法務省参事官室の「その建物にどの程度の効用を期待するかは、価値判断の問題であるから、建替え決議に現れた区分所有者の大多数の意思というもの」が尊重されるべきである[36]という考えに拠っているものと思われるが、果たしてそうであろうか。グランドパレス高羽は確かにピロティ部分が座屈して鉄筋が剥き出しになっていたり、火災が発生していたりとかなり補修しなければならないところはあったが、原告側が行った見積り金額をみると当初の見積りでの意思形成に瑕疵があるのは明らかな[37]ように思える。また、修復の専門家によれば、震災直後に行われた「応急危険度判定」(文字通り応急的な数分の目視調査)を、大部分の人がこれを公的な滅失判定と受け取り、多くのマンションを解体除去に向かわせたと断じている[38]。国土交通省、兵庫県、神戸市等といった行政が、都市機能の早期復興をまず一義と捉え、その意向を受け

蘭大学教授の発言)等の他、梶浦恒男『新世紀のマンション居住－管理・震災・建て替え・更新を解く』(彰国社、2001) 23頁など。

34 例えば「グランドパレス高羽」は、地裁2年、高裁1年、最高裁2年11ヶ月を要し、2003年6月24日に上告を棄却された。

35 「グランドパレス高羽」訴訟は、藤本佳子「被災マンションの復興過程に関する研究－復旧か建替えかで混乱したもしくは協議中の事例(その2)」(マンション学　第21号〔2005〕50頁)、島本慈子『倒壊－大震災で住宅ローンはどうなったか』(ちくま文庫、2005) 152-182頁、あるいは、山岡淳一郎『あなたのマンションが廃墟になる日－建て替えにひそむ危険な落とし穴』(草思社、2004) 146-173頁また、訴訟原告の証言として、鶴田守人＝谷口浩司『建替えか補修か－被災マンション住民の証言』(被災地クラブ、2002)を参照した。

36 法務省民事局参事官室編『改正区分所有法の概要』(商事法務研究会、1983) 49頁

37 この経緯については、前掲注35 (被災地クラブ、2002) 18-30頁の「陳述書」に詳しい記述がある。

38 西澤英和・円満字洋介『地震とマンション』(ちくま新書、2000) 36頁

たコンサルタントの建替えありきのプログラムを、被災者が十分な情報も与えられず、限られた期限内（時限措置）で十分な議論を尽くしえなかったことは悔やまれる。

以前何度か宝塚第三コーポラスにたった独り生活していた宝川さんを尋ねてお会いしたことがある[39]。宝塚市による給水停止で、半分以上残っていた住民はみな居なくなってしまったという。先述の他の二棟とは違い、ここは鉄骨造で建てられており私の目で見てもそれほど修復費用がかかるとは思われない。壁のあちこちに傷があったり、雑誌が散乱していたり、駐車場内に放置自動車が置かれたり、彼女によればこれらの多くは人為的な仕業だという。もっともこうした嫌がらせ行為は、訴訟になったマンションでは恒常的に起こっていることに、日本のコミュニティ社会の貧困さがみてとれることは憂慮すべきだと思う。

こうした長い訴訟の末、建替え後に戻ってくる区分所有者はどの程度いるのか。2006年12月31日付の神戸新聞のニュースによれば、東山コーポで約二割、グランドパレス高羽で約三割弱、宝塚第三コーポラスではほとんどの居住者が再建マンションに戻らないのではと伝えている。都市の再生はコミュニティの再生であるべきなのだが、これでは誰のための建替えなのか。決議の意味さえ見出せないのではないか。確かに、老朽マンションとは違い、何千人もの人の命が失われた惨事を目の当たりにして、冷静な対応を管理組合や区分所有者に求めることの難しさはあると思うが、多数決で個人の財産を左右することを決定する際には、十分な議論と正確な情報の提供が不可欠でなければいけないと思う。「終（つい）の棲家」を奪うことは、ボタンの掛け違いでは済まされないと私は考える。

---

[39] これも前掲注35（被災地クラブ　2002）94-106頁。また、前掲注35　藤本佳子（マンション学　第21号51-52頁）ここで、藤本教授も、「このマンションでは、被災後、全世帯が居住していた。物理的に建替える必要があるのかどうか、建物調査をしていないのであるが、建替えか補修かの住民合意形成ができないというより、建て替えるという結論が先にあったように思える事例」と疑問を投げかけて、さらに「特に給水栓を閉栓し、給水を止めるという、ライフラインを止めて退去を迫る方法は、決して許されるべきでない」と断じている。また、山岡前掲書注35　173-185頁　にも詳しい記述がある。その後給水は確保されたが、私が2007年に訪問した時にはガスの供給を止められていた。

この３棟だけでなく、係争となったマンションはいずれも合意形成の段階において、管理組合が何らかの手続的瑕疵を浮かび上がらせている。もちろん今までに述べた当初から建替えありきの議論の進め方であったり、それに基づいた「費用の過分性」の判断となる恣意的な見積もり金額の提示であったり、あるいは、決議成立の根回しであったりするのだが、それは到底コミュニティの意思決定としては相応しくないものであった。ただ、これは第一章でも触れたが、管理組合自体が「私的自治」を担う組織となっていなかったことに大きく基因していたものである。

第二節　老朽マンションの建替え成功例…客観的要件を乗り越えて

阪神・淡路大震災前において基本的に旧法による建替えは全員一致による建替えがほとんど[40]であり、幾度となく62条の建替えが試みられても「費用の過分性」要件による補修派との意見対立であまり実現し得なかった。また、その後決議ができたとしても、大阪の「新千里桜ヶ丘住宅」のように訴訟に年月がかかったものもある[41]。しかし、建替えに至ったマンションは、ほとんどが「等価交換方式」であり、保留床を売却することで元々の区分所有者の持ち出しを抑えるメリットがあったから比較的合意形成が楽だったものである。(2005年秋に竣工した新千里桜ヶ丘住宅の建替えは、平均還元率130％[42]だった。)

そういう意味では、同潤会江戸川アパートメントの建替え事業[43]は稀有な

---

[40] さしあたり、梶浦前掲書注33　78頁並びに巻末資料が有用である。

[41] H13.6.8最高裁上告棄却　築後29年のマンションにおける「費用の過分性」が判断されたケースであったが、これも最高裁は「区分所有者の大多数の意思を尊重する」考え方を貫いた。詳細は、藤木良明「建物の耐用年数と老朽に関する考察－最高裁判所上告棄却事件をめぐる諸問題－」マンション学　第17号（2003）70-80頁。また、住民の声としては　今里寛子「千里ニュータウンにおける分譲集合住宅の建替えについて」日本居住福祉学会編『居住福祉研究６』（東信堂、2008）135頁。

[42] 従前の区分所有者の平均専有部分の床面積が、56.1㎡から73.4㎡へと生まれ変わった。

[43] 太田知行・村辻義信・田村誠邦『マンション建替えの法と実務－同潤会江戸川アパートメントの事例に学ぶ－』（有斐閣、2005）25頁以降

ケースと言えよう。通常平均還元率が53％で合意形成ができるとは思えないからだ。2005年に建替え当時の管理組合の理事長だった太田知行東北大学名誉教授を迎えて行われたシンポジウム[44]でその概要を聴く機会があった。元々「同潤会アパートメント」は比較的富裕層が住んでいたこともあり、70年近いコミュニティの歴史が息づいていた。また、単身者向けの住戸も129戸（一部資料では131戸）と相当数あったにもかかわらず、家族向けの所有者がそれらを複数所有するなど、間取りが陳腐化していくのを補う形で単身者向けの住戸が生かされていた[45]。もちろん、区分所有法がない時代から、生活協同組合を住民が組織して管理していたことも大きかったものと思う。太田教授は、このシンポジウムにおいて「公正な合意形成」をするための要因をいくつか挙げていた。一つはリーダーシップをとる理事の選任方法であった。つまり、選挙で選ぶことの重要性ということであり、そこで得られた信頼がデベロッパーの選定や退去時期など数々のハードルをクリアする原動力となる。そして、区分所有者全体の最大の利益につながるよう、建替え組合[46]の役員、組合員、そしてデベロッパーの三者がうまく機能することだとしている。そして、もう一つは情報伝達の的確性だという。インフォーマルなものも含めて情報伝達の仕方でさまざまな軋轢（詐欺的言動も含めて）が生じてしまうことを指摘して注意を喚起し、最後に、白紙委任状の濫用の防止が決議無効確認訴訟につながらないように、建替え決議だけでも代理人による議決権行使を認めない法改正が必要であると言及されている。私もこれに関しては同感である。手続きの公正を担保する意味でも理想的であるからだ。この部分については次章において論じたい。

さらにもう一つこの建替えの事例が稀有であると言わしめる点は、「費用の

---

44 以下、シンポジウムの詳細については、太田知行「老朽マンション建替えにおける合意形成」北大法学論集第57巻第１号（2006）307頁以降を参照されたい。

45 この点に関しては、早川和男『日本の住宅革命』（東洋経済新報社、1983）166-171頁に、同潤会江戸川アパートメントを例に挙げ、単身向けと家族向けの混合形態の興味深い利用法が述べられている。複数戸所有による三世代入居など。これからの高齢化社会における居住のあり方を示唆している。

46 この場合の「建替え組合」は、円滑化法によるものではなく、「民法上組合類似の団体」となる。円滑化法を採用しなかった経緯については、太田他前掲書注43　273頁以下（田村・村辻執筆）に円滑化法の問題点を挙げている。

過分性」が争われなかったことである。1970年代に入って、すでに建物の傾斜、雨漏り、アンペア不足、エレベーターの未設置などの生活の不便程度であったものが、1990年代に至って、壁の崩落、ガス漏れ、赤茶けた水道水と、誰の目にも「費用の過分性」を疑いようがなくなってしまったからだ。まさに使えるだけ使って寿命を終えるという本来改正前の区分所有法が理想とした建替えが行われたのである。

私は、1987年９月に出されたリポート[47]の中で、「朽廃の度合がひどく住宅としての性能を維持できないという条件のもとに」建替え決議が認められるものは、「現状における建替えでは全員の合意という形になる」と諦めにも似た報告がなされていることを鑑みるとき、客観的要件撤廃の動きを加速させたのは阪神・淡路大震災が契機であったと確信している。

第三節　スクラップアンドビルドがもたらすもの

なぜ、壊して建て替えなければならないのか。私は、そもそも建設当時の状況が少なからず影響していると考えている。新耐震基準となる前の1979年に出された分譲マンションに関する行政監察結果報告書[48]によると、管理組合のないマンションが新築物件でも30％～40％という実態がみてとれる。また、調査項目に修繕積立金に関するものがないということを見ても、この頃建設されたマンションは使えなくなったらそれまでという代物だったのである。小手先の補修工事をされるよりも解体して建て替えることにより仕切り直しさせた方が、間取りや設備の陳腐化あるいは家族構成の変化、高齢化社会などそれらを克服できるものに作り変えることができ、何よりも将来的に利益[49]が得られる

[47] 財団法人　日本住宅総合センター『マンションの建替え事業に関する基礎調査』(1987)。これをみると同潤会アパートメントも「代官山」「中之郷」「三輪」の例を挙げて事例紹介をしているが、必ずしもコミュニティが成熟しているわけではないことがわかる。しかし、ここで触れられた３つの団地は、いずれも使用容積率が少なく、平均還元率が「江戸川」よりも有利であった。

[48] 行政管理庁行政監察局編『分譲マンションの現状と問題点－民間分譲中高層共同住宅に関する行政監察結果報告書－』（大蔵省印刷局、1979）　報告書の内容も取引における問題点（広告、瑕疵担保、契約内容など）が中心で、管理の実態までは調査されていない。

[49] 梶浦前掲書注33　184頁

と考えたのであろう。つまり管理組合が磐石ではないし、そのうえ修繕積立金が不足しているところが多いはずだからだ[50]。しかし、当時の改正前の区分所有法ではやはり「費用の過分性」の部分で訴訟を起されてしまう[51]。それゆえ、少しでも合意形成がしやすい比較的容積率の余裕のある旧住宅都市整備公団（現在の独立行政法人都市再生機構）の多摩、千里といった団地を目がけて大手開発業者が、一時期の地上げ屋のような動きを見せたのも頷ける[52]。区分所有法の改正はまさに、高経年のマンションを区分所有建物という居住形式が確立しない前の「負の遺産」として根絶やしにし、折からの超高層マンションブームの追い風となったものである。

Ⅰ．景観との緊張関係

改正法は、「費用の過分性」だけではなく「敷地の同一性」と「使用目的の同一性」も撤廃した[53]。この改正については、狭小敷地のマンションに「建替えの希望」を与えるものであるし、商業地で孤立したマンションに付加価値を生み出し建替えを容易にすることは自然な風潮であった。しかし、こうした建替えは、景観や近隣との間で新たな緊張を生むことになる。

景観とマンションの問題については、国立マンション訴訟[54]、都立大学理工

---

[50] このことは、私がこの論文で幾度か触れる、「管理組合が私的自治に堪えうる組織となっていない」一つの手がかりになると思う。まさに、区分所有権の脆弱性がここにある。

[51] 吉田徹編著『一問一答改正マンション法』62頁（商事法務、2003）によれば、「改正法はでは、費用の過分性を廃止し、建替えをすべきか否かの判断を専ら区分所有者の自治に委ねる」こととした。この背景には先述した「新千里桜ヶ丘住宅」の訴訟における最高裁の判断（最判H13.6.8判例集未登載）における「区分所有者の大多数の意思＝費用の過分性」があったものと思われる。

[52] 山岡淳一郎『マンション崩壊－あなたの街が廃墟になる日－』（日経ＢＰ社、2006）14-17頁では、さらに多摩地区の公団の欠陥マンションの建て直し等も改正を急いだ理由だと指摘している。

[53] 水本浩・遠藤浩・丸山英気編『基本法コンメンタール　マンション法』（日本評論社、2006）119-120頁〔稲本洋之助・鎌野邦樹〕

[54] 国立マンション事件については、2001年の宮岡判決（東京地裁）で20ｍ以上の部分の撤去という判断を下したが、高裁で一転撤去の必要なしとし、2006年３月最高裁も撤去の必要なしとして上告を棄却し確定した。しかし、「良好

学部跡地開発（深沢ハウス）など、枚挙にいとまがないというのが現実である。開発業者は少しでも住環境の良い地域にまとまった土地を求めていく。収益が見込めるからであって、決して「この最適な住環境をより多くの人々に満喫してもらいたい」というようなコピーのためではないのである。

訴訟提起してまもなくの深沢ハウス[55]に私は現地調査を行っているが、閑静な住宅街を抜けて歩いていくと、通りに面して城壁のように高層のマンションが林立している。真夏の正午近かったが、北側の戸建住宅に掲げてある「太陽を返せ」などの看板を写そうとしたが、上空が快晴にもかかわらず叶わないほどに暗かった。真っ直ぐ駒沢公園の方へ降りて周囲を眺めながら、団地内に足を踏み入れると、広い敷地に小川が流れ、別世界が広がっている。もちろん眼下には都内有数の緑地である駒沢公園が見渡せるのであろう。まさに「社会的ジレンマ」[56]を見る思いだった。戸建の人の最適な住環境は、団地の人の最適な住環境と引き換えにされてしまったのである。

Ⅱ．コミュニティ破壊の論理

こうした問題が、マンションの建替えにおいても今後大きくクローズアップされてくるだろう。第三章で私が取り上げる改正後初めてとなる「千里桃山台第二団地」の建替え決議無効確認訴訟[57]にしても、地域住民を巻き込んで住環

な景観に近接する地域内に居住する者が有するその景観の恵沢を享受する利益は、法律上保護に値するものと解するのが相当である。」とし、景観利益に法的根拠が与えられた。経緯等については、五十嵐敬喜・小川明雄『都市再生を問う－建築無制限時代の到来－』（岩波新書、2005）212頁以降がよくまとめられている。また、石原一子『景観にかける－国立マンション訴訟を闘って』（新評論、2007）に訴訟の詳細が書かれている。

55 世田谷区と目黒区の境にある。駒沢公園に隣接していた都立大学理工学部の跡地を長谷工コーポレーション他８社が共同で落札し開発したものである。周辺の用途地域は「低層住居専用地域」のところが多い中、都立大学があったことから、ここは「第一種中高層住居専用地域」となっていた。これも、五十嵐・小川前掲書注54　186頁以降に詳しい。本書では、産業再生法の申請をした長谷工の支援策となったのではと断じている。

56 山岸俊男『社会的ジレンマ－「環境破壊」から「いじめ」まで－』（PHP新書、2001）10頁、16-25頁。

57 詳しくは第三章で述べることとする。生活道路の問題、ゴミ集積場の問題

境の保全は死活問題となっているからだ。前章でも述べたが、現在は「適正化法」成立以来、管理組合が機能しているマンションにおいて、「建替え」を視野においているマンションは少ない。また、先述したように、開発業者は、等価交換比率の高い、合意形成のし易い、旧公団や住宅供給公社などの団地型の（敷地が広大な）マンションに照準を合わせているため、コミュニティごと大きく変容させていく危険性があるのである。さらにもう一つ、マンションの建替えで起こっていることは、「都市再生」[58]の名のもとに市街地再開発事業の中に組み込まれて事業化されていくことである[59]。既存の街並みや景観、さらに長年の都市計画さえも一変させるような計画が持ち上がる。なぜこのような施策が取られているのであろうか。根底にあるのは次のような理論のようである。それは、「従来から低層の戸建住宅に居住してきた持ち家世帯はそのまま居住を継続したいと希望するかもしれない」が、そのためには、相応の「費用負担が前提条件となる」というのだ。さらに、こうした土地所有者には、「大都市の土地課税は負担が低すぎるため、将来のキャピタルゲイン取得を留保した土地の低未利用という広義の土地投機が普遍的に存在する」とし、「負担すべき費用を負担することなく現状を維持したいのであれば、それは既得権者の甘えとの批判を免れることはできない」[60]と論じている。もっとも、「新規転入需要

など周辺住民も固唾を飲んで訴訟の推移を見守っていた。

58 五十嵐・小川前掲書注54　124-130頁。規制緩和策によって生まれた「都市再生特別措置法」が、いままで進められてきた都市計画と逆行し、スクラップアンドビルドを加速するもので、建築無制限時代となったとしている。2000年に導入された「特例容積率適用区域」（複数の敷地間で未利用容積率を移転することができる制度）が近年、商業地域だけでなく、低層と工業専用を除く用途地域に適用範囲が拡大されたこともこの一環である。123頁に「手品」と表現されているのは、言い得て妙だ。

59 「敷地の同一性」、「使用目的の同一性」の撤廃がこうした事業に組み込まれやすくなった。

60 福井秀夫『都市再生の法と経済学』（信山社、2001）115頁。福井教授は、さらに「本来あるコミュニティの姿とは、新規転入世帯を暖かく迎え入れつつ常に若返りを果たし、将来に向けて発展していくことにある」とし、「そのような営みがあれば、コミュニティの維持という命題と大規模再開発という命題が相反することになるとはいえない」と論じている。また、本書では、敷地を集約化し共同建替えを主張されているなど、区分所有法の改正時の審議会で意見を述べた背景がみてとれる。

世帯の利益との比較衡量が要請される」と結んでいるが、その意思は伝わってこない。これ以上の負担ができない、大量の新規転入者とコミュニティを再構築できない人々は他へ行くしかないということなのか。「規制緩和」に名を借りた地上げではないのか。本来、「都市は人の住み生活するところであるべきなのに」、都市計画において「産業や経済を優先させて」しまうことは本末転倒と言わざるを得ない[61]。

Ⅲ．既存不適格建築物の問題

大規模建替えや大規模再開発といった潮流の一方で、横浜市[62]や札幌市などの地方中心都市では、用途地域内のすべてにわたって「高度規制」[63]を敷いた。これは高層マンション群を規制して、住環境を保護しようというものだったが、札幌市において、施行前の駆け込み申請がなされ、竣工と同時に既存不適格となるマンションが平然と階数を積み上げてしまった。先日、ある会社の重要事項説明書を見せてもらったが、小さな文字で2006年９月29日より高度規制がかかる旨記載されている。説明したのかどうかは甚だ疑問だ。ひょっとすると記載していない会社もあるかもしれない。すでに将来「既存不適格」となること

---

[61] 早川和男『住宅貧乏物語』（岩波新書、1979）153-154頁。ここで、「都市の土地や空間は限られたものであるから、経済的な利用を優先しようとすれば、生活的利用は圧縮させられる。」とし、「都市計画とは、いかに人間にふさわしい居住環境をつくるかということが、中心になければならない」と論じている。また最近は、「超高層マンション」の居住が必ずしも相応しい住環境ではないとう報告が数多くなされている。（マンション学　第20号〔2004〕『特集　超高層マンションと都市居住』とくに織田正昭「超高層マンションの子育て環境」35-36頁、松本恭治「超高層人気の落とし穴」53-61頁　が興味深いが、その他、メンテナンスなどの高額化などにより定着率が悪く中古市場がダブつき、スラム化が加速度的に訪れるのではないかと危惧される）

[62] 田村明『まちづくりと景観』（岩波新書、2005）159-160頁。景観重視の都市計画が進められると既存のマンションはますます既存不適格となる危険を孕んでいる。

[63] 都市計画法の「高度地区」による規制。市町村の条例で細部を決める。ただ、この規制があったとしても、必ず高層マンションが規制されるわけではない。一団地認定や総合設計制度など、注58に示されるような「手品」がたくさんある。

を承知で販売するということは、「売り逃げ」ともとられモラルに反すると思うのだが、これが現実である[64]。

また、最近では、近年改正追加された、都市計画法第21条の２の都市計画の提案制度を使って、地域住民が自分達の街並みを保全しようという動きがある。すでに札幌でも南円山６条地区において、13階建のマンションの建設を食い止めた[65]事例がある。これも今後注目を集めるものと思う。ただ、ここでも地権者等の合意形成が必要であり、なかなかタイムリーに高層建築物を食い止めるのは難しく、事前に構築することが重要となる。

こうした規制によって、今後「既存不適格マンション」は激増するかもしれない。そうすると、建替えようと思っても、そこに全員が入れないということが起こり得る。いま現在でも高経年のマンションでは、その後の法改正の中で容積率不足のマンションは相当数ある[66]。今後、高度規制でさらに厳しくなると、建替え制度そのものが意味のない[67]ものになってくるのではないだろうか。すでに建替えられたマンションはある意味幸運だったということになりかねない。また、震災マンションのように一つ一つ緩和措置を出して合意形成を図るのであれば、所詮、先述した「高度規制」や「計画提案」などといった都市計画の決定は無意味になってしまうではないか。この件に関しては誰も声高に主張しないのは不自然だと私は考える。

いずれにしても、もうすでに管理不能になってスラム化しようとしているマ

---

64 先述の国立マンション訴訟で問題となったマンションは、「根切り」段階で地区計画が施行されてしまったため、これも竣工と同時に既存不適格建築物となっている典型例である。また、これを秘匿して説明をしないことは単にモラルに反するだけではなく、宅地建物取引業法第47条の「重要な事実の不告知」違反となる。

65 入江明美「住み続けたい思いから『地区計画』提案へ－暮らす論理－」マンション学　第24号〔2006〕16-20頁。マンションの建設計画が分譲業者の事情で頓挫していた間隙をついて都市計画提案制度を成就したもので、今後、このような取り組みは増えてくるものと思う。

66 前掲「総合調査」によれば、44.8％のマンションが容積率を超過している。

67 区分所有法62条によれば、建替え決議に賛成して建替え事業に不参加することを認めていない。全員参加するためには床面積が30％も減るのであれば、合意形成を得るのも至難の業である。結局諦めてスラム化の道をたどるしかないのかもしれない。

ンションがあることを認識すべきである。すべてのマンションが未来永劫建替えていくことは不可能であるのなら、新しい制度の構築を早急に進める必要がある。

第三章　マンションにおける多数決ルールの正義（改正区分所有法の問題点）

私たちは、民主主義のルールの根本として「多数決」を経験してきた。それが正しいとか間違っているかとかはあまり気にせずにコミュニティの意思決定として使ってきたのである。しかし、多数決が正しい答え（正義）を導くとは限らない[68]ことは、世界に戦争が絶えないことを例にとるまでもない。いま、私が敢えてここで多数決を論じようとしているのは、私たちの体に沁みついているはずの「民主主義」が、いつの間にか、新自由主義的な施策のもとに、市場世界に押しやられ、そこから毀れてしまった少数者の利益（高齢者や女性）を奪うことを平気でするようになったのではないかという着眼点からだ。地区計画が施行される前に、開発指導要綱が施行される前に、法改正される前、あるいは補助金がもらえる期限前になど、十分な討議を重ねずに多数意思を構成してしまえば、「多数決」は「専制」[69]と何ら変わらないではないか。また、いくら多数意思が少数意思の権利を圧倒する場合であっても、法の下の平等を実践する意味においても客観的な判断基準がなくてはならない[70]と考える。そう

---

[68] 斉藤規『正義とは何かー多数決は正しいか』（ポプラ社、1993）165-166頁には、多数決は民主主義の一原則でありすべてではない。「討論や議論などの〈方法〉と、自由や平等という〈価値〉があるのです。多数決という決め方は、こうした〈方法〉と〈価値〉を合わせ持ったときにはじめて、本当の民主主義となる」とし、その実現した社会が「正義」が実現した社会だとしている。

[69] 杉田敦『デモクラシーの論じ方』（ちくま新書、2001）22-31頁の記述が興味深い。

[70] 川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書、1967）21-26頁。もちろん、法もその客観的判断基準になりうるが、それが多数決のみ（改正62条）ということでは、あまりにも正当性がないと言えるのではないか。なお、川島博士の『科学としての法律学』（弘文堂、1978）84頁において、「単なる政策の当不当が多数決で決められるのは、民主政治の基本原理として承認されなければならない

でなければ、市場原理にフリーライドする形で多くの区分所有者たちが、「正義」を見失ってしまうことになる[71]。2002年の区分所有法改正を経て、いま、マンションはその固有の「私的自治」を試されるときを迎えている。

第一節　不可解な区分所有法改正[72]の経緯

Ⅰ.「費用の過分性」の撤廃

改正前の区分所有法では、震災マンション以外で62条の建替え決議で建替えられたマンションは皆無で、ほとんどが全員の合意がなされた上での建替えが行われていた。それは、敷地が広く等価交換で、新たにローンを組むことなしに行えるケースであり、そういう意味では、前章で論じた同潤会江戸川アパートメントは特異なケースであった。ただ、戦前や戦後まもなく建てられたものは誰の目から見ても「費用の過分性」について疑いようはなかったのである。現在、ほとんどのマンションで修繕積立金が徴収されている。購入時に50万円程度一時金として徴収される場合もあり、マンションはいまや「長命化」を前提として居住者に販売されているのである。もちろん、売買契約に際して締結前に交付される重要事項説明書[73]でも、特別多数決によりまだ使用できる段階

としても、憲法に違反するかどうかの判断を多数決で決めるということは、それと問題の性質が違う。そのような経過をたどってきた法律に対しては、国民がわりきれないものを感ずるのはあたりまえである。」としている。

71　集会にもほとんど参加したことのない不在区分所有者や、建替えを目当てに購入してきた者の意見が急に幅を利かせてくるようになる。賃貸化率の高いマンションほど、居住している区分所有者との意識の違いが大きい。

72　星野英一『民法論集』第７巻（有斐閣、1989）315頁。「特別法には、民法的な規定と公法的な規定とが含まれているものが多くなっている。」と指摘されているが、この区分所有法は民法の特別法でありながら、特に公法的な色彩が強く時の政治思潮によって右往左往しているところがある。

73　宅地建物取引業法第35条により、分譲主は購入前の買主に対してこの法に基づく「重要事項説明書」を交付しなければならないが、修繕予定等は調査で判明すれば説明事項とはなるが、建替え等の可能性の有無については説明事項とはなっていない。ただ、すでに建替え決議がなされているものを売却する場合は、これを知っていて告げなかった場合同法第47条の違反となるものと考える。

でも建替えが可能であることは告知されていない。したがって、居住者（購入者）の意識としては、完全な所有権（持ち家）として考えていてもおかしくないのである。まさか、人生最大の買い物を、「マンションなど絶対的な所有権ではない」「所詮は空間利用権であるという割り切りが求められる」[74]と断じられてしまえば、日本人の持ち家意識とは似て非なるもの[75]となってしまう。そもそも、区分所有権という権利の創設自体に無理があったのかもしれない。

もちろん、本来の「所有権であっても、もはや絶対の自由を持っているものではない」[76]のだから、ましてや「区分所有権」に絶対性はないということなのかもしれない[77]。しかしながら、すでにマンション人口は1,200万人と言われている。やはり、一棟の建物を「区分」して所有するとしても、「独立した所有権である以上、どのような団体的拘束であっても、団体的意思が常に優位するというわけではない」[78]と思うのだが。

そもそも、この「費用の過分性」の撤廃は多数意思だったのか？「法制審議会建物区分所有法部会」の議事録を読んでも、中間試案[79]の取りまとめの段階

---

[74] 島本前掲書注35　179-180頁に、戎正晴弁護士の話として述べられている。

[75] 大本圭野『[証言] 日本の住宅政策』（日本評論社、1991）412-413頁。ここで、区分所有法成立当時財団法人住宅協会・公社側の代表であった畔柳安雄氏が大本教授との対談で、「分譲住宅をやるには、所有権が自分のものではないと日本人としては相当に不安なんです。だから、将来はどうあろうとも、一応所有権の対象になるというほうが安心して分譲住宅に飛びついてくれると思ったんです。また、確かにそうでした。」と振り返り、「現在でも、区分所有法には法的に不備な点がある」と危惧している。

[76] 我妻榮著、幾代通・川井健補訂『民法案内　物権法下』（勁草書房、2006）４頁。ここで、制限の態様を三つあげている。一つは、「公用収用」であり、二つ目は「一定の利用方法の禁止」、三つ目は「一定の施設を強制される」とし、最も強い「公用収用」の場合は必ず「正当な補償を与える」としている（憲法29条３項）。

[77] この文脈で、法制審議会に参加した森田宏樹東大教授は「建物の区分所有権も１個の所有権であって、所有権の絶対性が妥当とする考え方が現行法にもある」としているが、「未来永劫、存続が保障されているかといえば、そうではない」と述べている。（ジュリストNo.1249（2003）15頁）。

[78] 千葉恵美子「検証・新マンション建替え決議制度-理論的視点から」ジュリストNo.1249（2003）56頁。

[79] 別冊ＮＢＬ no.76『改正マンション法等新旧対照条文』（商事法務、2002）

において、「費用の過分性」要件は、甲案、乙案いずれにも明記されていた。特に、乙案については、「費用の過分性50％ルール」[80]を参考とした合理的なものであったし、この時点において甲案ないし乙案が多数意見であったと思う。ところが、数ヵ月後、事態は急変する。法制審議会に、総合規制改革会議のメンバーが乗り込んできたのだ。同会議のメンバーであった森稔氏(森ビル社長)、専門委員の福井秀夫政策大学院教授が法制審議会に出席するに至り、法務省が急に法案成立を急ぎ、客観的要件をすべて取り去り、単純に特別多数決で決められることになってしまった[81]のである。法制審議会の委員からも、「今回の改正は、民事立法の立法プロセスが変化してきていることを象徴的に示したという点でも、非常に興味深い事例であった」としている[82]が、言い換えれば、

または、「ジュリスト」No.1225〔2002〕の特集に詳細が掲載されている。NBLの134頁に客観的要件の撤廃云々については、なお検討事項とするとだけと触れているだけであり、この時点では、「費用の過分性」は多数意見であったし、残されるものととれる内容であった。事実、森田教授も前掲注77で引用した座談会の中で、「当初は（客観的要件廃止に）慎重だった法務省の説明の仕方がある時点で変わり、最終的な取りまとめ段階では、客観的要件を廃止しても既存建物への適用は可能であるという見解が表明されるに至りました。この点が、全体の意見集約のあり方が最終的に変わった大きな理由の一つ」と語っている。（ジュリNo.1249（2003）13頁）

[80] 西澤英和・円満宇洋介前掲書注33　201頁。さらに西澤准教授は、マンション学会神戸大会（2005）のシンポジウムでもこの「費用過分性50％ルール」を紹介しており、（マンション学22号〔2005〕19-21頁）このルールが復旧建替えの諸外国のスタンダードだとしている。また、日弁連もこの中間試案を受けて、その意見書の中で、この乙案が、客観的基準になりうると支持している。

[81] この経緯については、島本慈子『住宅喪失』（ちくま新書、2005）107-113頁に詳しい。

[82] 前掲注77、79と同じ座談会で司会をつとめた内田貴東大教授の言（ジュリNo.1249〔2003〕40頁）ここで、内田教授が、「マンションが区分所有権という一種の所有権の集合体ではなくて、むしろ一つの建物に住む区分所有者たちが構成する団体の持物であるという側面が強く出て」きて、「建て替えという非常に重要な決定において団体としての意思決定を尊重して、少数派の個別の所有権を守るためには法的な介入をしないという政策判断をした意味は大きい」とし、「今後区分所有法が大変面白い法領域になってきた」とは、部会を軽視された怒りが見えてこないのは甚だ疑問である。

本来、中間試案に近い形で法改正がなされるはずであったのに、「大きな力」が働いたことを認めているのだ。同じ年の６月に成立していた「円滑化法」の改正とともに、老朽マンションは「都市再生」におけるスクラップアンドビルドの標的とされてしまったのである。もちろん、国会の多数決で決まったものであるから、国民の多数が支持したものかもしれないが、「総合調査」における「建替えを全く検討していない→81.8％。」という意識とのギャップがそこにはあるのではないか。多くの区分所有者は、まだ区分所有権をかけがえのない所有権であると信じているのである。このような政治の思潮による法改正が行われれば紛争が絶えないことは予測できる。大きな声の少数を取るのか、小さな声の多数を取るのか司法の判断[83]に託すしかない。そして「多数者が公共的理由として提示するものは、正義の関門を通過しうるためには、自己の立場が少数派に逆転したと想定した場合でもなお自ら受容できるものでなければならない。〈彼ら〉をその少数性・無力性ゆえに抑圧搾取して多数者が〈我々〉の生の繁栄を享受するような政治決定は、いかに公共性を偽装しようとも、〈我々〉が〈彼ら〉だとしたら到底受容し得ない以上、正義のテストによってふるい落とされる」[84]というべきである。

Ⅱ．団地一括建替え決議の規定の浮上

「費用の過分性」については、法制審議会でも結果はどうあれ議論が行われたのだが、「団地一括建替え決議」（区分所有法70条）については、ほとんど議論がなされないまま、いきなり法案成立[85]となった規定である。先の森田教授ですら（前掲ジュリストの）座談会で「（棟別の３分の２以上）この数字がどこから来たのか説明がなされていないように思いますが」と参事官に尋ねているくらいである。この制度は、団地内建物の区分所有者及び議決権の各５分の４以上で団地内建物をすべて一括で建替えるというものだが、同時にその場合、

---

83 吉田前掲書注30　48頁

84 井上達夫『他者への自由－公共性の哲学としてのリベラリズム』（創文社、1999）223頁。また、井上は、『共生の作法－会話としての正義』（創文社、1986）202頁。においても、この「寛容」を説いている。

85 稲本洋之助・鎌野邦樹『コンメンタール　マンション区分所有法　第２版』（日本評論社、2004）。ここで、69条と違い、この70条は、法制審議会で決定された法律案要綱にはなかったと指摘されている。

各棟ごとに区分所有者の定数と議決権（専有部分の割合）の各３分の２以上をクリアしていなければならないというものである。

この制度の一番の疑問は、あまりにも唐突に登場した各棟における３分の２以上の多数という根拠である。吉田徹法務省民事局参事官は、「論理的にどうとか、この数字でないと合理的ではないというようなことはいえない」と述べ、単純に敷地共有持分の５分の４以上という決め方もあるという前提で、「現行法の建物と土地が別個の不動産だという原理原則と新たな制度との架橋として、どの程度の数字が相当なのかということを考えて、落ち着いた数字が３分の２」[86]ということだとしている。しかし、本来、各棟にも独立して自治が存在すること[87]を鑑みるならば、各棟において62条の建替え決議（５分の４以上）を経てくる必要性はなかったのだろうか。それでは団地建替えが一部区分所有者のために立ち行かなくなるというのであれば、少なくとも現行法を尊重し、共用部分の変更行為でさえ特別決議にしていることを踏まえ、また、規約の設定変更がそうであることも鑑み４分の３以上というところで落ち着くべきではなかったのだろうか。私が、このように思う理由は、団地が形成される場合、相当年月をかけて建設されることが多く、同じ団地内でも築年数が離れているものや地盤が違うもの、施工業者が違うというケースも存在している。つまり、老朽化の進行しているマンションとそうではないマンションの違いもあるからである。また、現在、団地管理組合が機能しているところは多くなってきた[88]が、いま建替えを検討しているところのほとんどは、少し前までは棟別の管理組合しか機能しておらず、その管理組合の管理の差により老朽化の違いが出ているのだ。したがって、各棟別の要件を引き下げて３分の２以上としたことについては、以前の客観的要件が存在していれば建替える必要性のないマンションまでも巻き込んでいくことが予想される。その意味で、区分所有権をますます脆弱なものにしてしまうものであり、再考の余地があるのではと考える。

---

[86] 前掲注77、79、82（ジュリ No.1249）31-32頁

[87] 「適正化法」も「区分所有法」も各棟の自治を想定している。

[88] 団地管理組合が機能していても、規約を原始規約のままにしているところが多い。この点を立法者は理解していないように思われる。つまり、決議要件の前提となる、団地内建物についての規約が定められていない団地が意外と多いはずである。

Ⅲ．市場主義は無責任を産む（売渡し請求の時価額の問題）

福井教授が、法務省との意見交換において、「ただ少数者から奪うだけで補償しないわけではなく、そこにその形態で住む権利がある場合でも正当な補償というのが憲法上の要件。現在のマンション建替え円滑化法でも、現行の区分所有法でもそうだが、その分の対価は払うということで、市場価値として従前従後で等価だから、どんなに泣き叫んでも追い出していい（略）。」[89]と述べている。ところが、国土交通省の建替えマニュアル[90]を見ると、売渡し請求による時価の算定は、「再建建物が建築された状態における建物及び敷地利用権の価額とそれに要する経費との差額、または、再建建物の敷地とすることを予定した敷地の更地価格と現在の建物取り壊し費用との差額を基準として算定される。」[91]と、明らかに再建建物を取得する建替え参加者との間に不利益が生まれてくる。この算定方法のどこに福井教授のいう「補償」[92]があるのだろう。建替えに参加しない者と参加した者とで得る利益が違うということは、「衡平性」に欠けるばかりでなく、その所有権（居住権）を奪った「補償」をしないというのでは、少数者への迫害ではないのか。この売渡し請求の時価額の算定[93]は、あくまで客観的要件（費用の過分性）があったときのままのものである。改正法において変更されないのはやはりおかしい。公的収用による補償が憲法で明文化されているのに、私企業の開発利益を生む「私的収用」において補償がないというのは許されるべきではない。ただ、断っておくが、私は、補償を払え

---

89 島本前掲書注81　109頁

90 国土交通省住宅局市街地建築課　監修『よくわかるマンション建替え実務マニュアルースムーズな事業推進のための法と実務』（ぎょうせい、2006）10-11頁。

91 東京高裁平成16年７月14日判決（一審引用判決）を参考としている。

92 この補償については、山野目章夫「マンションの建替えをめぐる法律改正の評価」（前掲ジュリストNo.1249〔2005〕48-50頁）があり、ここで、憲法29条との問題で、「憲法適合性審査基準が用意されなければならない」と強調している。なお、最判H8.10.31民集50巻９号2563頁を引いた部分（49頁）は、私の「私的収用」を後押ししてくれる。

93 売渡請求における時価額については、澤野順彦「時価の算定」塩崎勤編『裁判実務大系19区分所有関係訴訟法』（青林書院、1992）504頁などに同調する。私は、区分所有法改正後は、時価額に「開発利益」・「補償」を含むとする澤野説を中心に検討されるべきと考えている。

ば「私的収用」がいいという考えではない。この改正が違憲である可能性の一つとしての視座を強調したものである。

第二節　管理組合の「私的自治」に対するコントロール

私は、法改正の前提に管理組合の強固性が必要だったと思うのだが、法は改正されてしまった。では、法が求める自治能力を「管理組合」は果たして備えているのだろうか。特に老朽マンションの場合は、慢性的な管理費滞納の問題を抱え、集会すら開けない状況の管理組合が相当数あると考えられる[94]。このような管理組合の実態を理解したうえで、私的自治を期待するのであろうか。そこで決めたことは「自己責任」だからということであれば、居住の「セーフティネット」は機能していないということになりはしないか。やはり、区分所有建物の出現により生まれたコミュニティとしての管理組合は、極めて人工的であり、実態は脆弱な存在[95]であるため、「私的自治」を全うできるコミュニティではないと言えるのではないか。逆に今後62条や69条[96]、70条の決議の有効性の要件として管理組合の能力を問題視されるべきである。つまり、改正法が客観的要件を廃し、「手続き要件」を強化したことで、今後これらの手続きをいかに「公正」に運営できるかどうかということが、決議の有効性に深く関わってくる[97]と考えるからである。

---

[94] 北海道新聞（平成19年１月15日朝刊）の記事によれば、総会は年１回というところが９割強、管理組合の理事会は４割弱が定期的に開いているという。この記事では、管理会社に任せ切りにしがちな住人の無関心が背景にあるとしている。この記事は私の第一章での調査を裏付けるものである。

[95] 吉田前掲書注30　第一部第一章「居住福祉法学の俯瞰図」17頁

[96] この論文では触れないが、団地内の建替え承認決議（団地一括ではなく各棟ごとの建替えを承認する決議）のことである。

[97] 前掲77、79（ジュリNo.1249）14頁　森田宏樹東大教授は、「今後は、建替え決議の合理性は、手続的要件を通じて、別の形で担保される」と述べている。つまり、手続面を強化したことで、客観的要件の検討も決議の前提において管理組合で行われるはずであると考えているものと思われる。しかし、私には強引なこじつけに思えて理解しかねる。

第三節　事例「千里桃山台第二団地建替え決議における訴訟」の争点[98]…試される私的自治

Ⅰ．背景

改正後初となる決議無効確認訴訟[99]が提起された。千里桃山台第二団地[100]（以下、「当該団地」という。）は、17棟380戸、現在の都市再生機構によるいわゆる「公団マンション」である。千里ニュータウンでも駅に至近で広めの敷地にゆったりと配置されており、隣接の戸建住宅との高さもそれほど違和感はない。私が2006年５月に訪ねたときはすでに、６戸を除いてほとんどの住民は立ち退いていた[101]。震災マンションのような危険性のために住めないというならまだ理解できるが、反対者が訴訟係属している現実を踏まえれば、建替えのための解体工事に着手するまで住民は住み続けた方がよい（仮住まいの費用を最小限にできる）と思うのだが、2005年３月６日の決議の日から約８ヵ月後の11月13日をもって一斉に退去してしまい廃墟と化していたのだ。

当初は全員一致による等価交換方式での建替えを目指していたが、2004年７月１日に吹田市の「千里ニュータウンのまちづくり指針」が条例として施行される前の６月29日に、事業協力予定者であった株式会社リクルートコスモス（現

98　この節については、私が2006年10月に行われた大阪地裁の口頭弁論を傍聴した際に、熊野勝之弁護士（被告代理人）や桃山台３丁目自治会（近隣住民）の方から頂戴した裁判資料並びに大阪地裁平成19年10月30日判決、大阪高裁平成20年５月19日判決（いずれも判例集未登載）等を参考に記述している。

99　当初、建替え決議無効確認訴訟が提起されていたが、現在それは和解している。しかし、建替え不参加者に対してなされた売渡請求に基づく「所有権移転登記手続請求等訴訟」（平成17年（ワ）第8415号ならびに平成18年（ワ）第7205号）において、決議無効も争点の一つとして争われ大阪地裁、高裁と敗訴し、最高裁第一小法廷で審理中であったが、平成21年４月23日に上告棄却となった。

100　山岡淳一郎『マンション崩壊－あなたの街が廃墟になる日』（日経BP社、2006）127-132頁にも記述がある。

101　震災マンションでの成功例を持つコンサルタントのアドバイスに従い、不参加者にプレッシャーを与え、早期解決を図るために行ったものだが、長期にわたってしまうと訴訟の結果によっては、戻るに戻れない（設備の劣化など）状況も出てくるため、こうした「まだ住める」マンションにおいてはこのような手段をとることは禁止されるべきであると思う。

：株式会社コスモスイニシア）が事前協議申出を行ったあたりから「法定建替え」（多数決）の動きが加速した。この条例施行により、容積率が200％から150％となることは、当然事業計画にも深刻な影響を与えるため、企業側の動きとしては住民の利益のためという方便であったかもしれない。この間、管理組合が建物老朽度判定調査を実施したところ「構造は問題なし、老朽化している箇所はいずれも修繕可」との判定を受けるも、全員合意の覚書の期限切れの９月末に、管理組合は「建替え推進決議総会」を開催、賛成77.8％を得た。その後女性部会との討議、有識者の講演などを開催し、2004年12月に議案要領他所定の手続きを経て、先述の建替え決議（翌年３月）に至ったのである。

その後、いくつかの訴訟が提起されたが、最後まで争われたのは、一住戸を譲受け区分所有者となった株式会社コスモスイニシア（原告）側から提訴された二件に対しての「所有権移転登記手続等請求訴訟」が併合審理され、最高裁の判断が待たれていた。原告には、管理組合が補助参加人となって早期結審の嘆願書がなされ、また、被告側は十分な審理を望む嘆願書を出すなど対立の溝は深く、さらに、近隣住民を巻き込んだ行政訴訟[102]にも発展していた。

Ⅱ．問題の所在と検討

私は、一連の区分所有権に関わる改正法が前提としている「私的自治」の能力が管理組合に備わっていないことが一番の問題だと考えている。そもそも管理組合は、毎日のように話し合いが可能な組織ではないのに、総事業費で何十億もの建設計画を構築・分析できるはずがない。結局は、開発業者主導で計画が押し進められていってしまうことになる。今般、当該団地の建替えにおける一連の流れは、区分所有者達が自らの意思で立案したものであろうか。

当該団地の管理組合は幾度の規約変更を経ているが、二度にわたる区分所有法の改正にも準拠していないし、長期修繕計画さえも保持していない。2002年の区分所有法改正の内容を建替えの規定だけ利用して、その他の改正には見向きもしていないのである。果たして、このような状況で立法担当者がいう合理性は担保されているのだろうか。「建替え決議までに十分な検討時間と情報を確保する手続を整備することで、管理組合における自治が有効に機能し、合理

[102] 隣接する桃山台３丁目住民らが2007年９月28日に吹田市に対して訴訟を提起した。

的な判断がされることが担保されている」とは考えにくいのではないかと私は考えている。

ⅰ）規約の有効性について

1983年の区分所有法改正において、それ以前の原始規約についても、全員合意の上で団地内建物を一括で管理している内容を持っていれば「みなし規定」により有効とされ、今回の改正でも有効と取り扱うのだから、規約は有効であるというのが裁判所の基本的考え方である。そこで、問題なのは、全員の合意が証明できるかどうかという問題であったが、これは少し前の「2007年４月27日判決」（当該団地の別訴訟、高裁で和解した。）と同様の論法で終始した。当時336戸における創立総会において「全員了承」があった旨議事録に記載があり、うち329戸（７戸分不明）の承認書が現存しているなど、分譲業者が当時の住宅都市整備公団で「公的性格」の強い事業者であることなど、そして、約38年間誰からも規約の効力について疑問が指摘されていないから、全員の合意が推認できるということであった。

しかし、当該団地の規約は、現行の「マンション標準管理規約」と比べればその精度は一目瞭然であり、かけがえのない380戸の区分所有権を守ってきた規約としてはあまりにお粗末な規約[103]である。これは、管理会社（ＵＲ関連会社）の怠慢でもあったのだろうが、2002年改正に準拠していないばかりか、1983年改正にも準拠していない[104]のである。このような規約をそのままにしておく管理組合もそうだが、「適正化法」施行後数年が経過しているのに、これを指摘しない管理会社は、少なくとも「公的性格」を有し信頼に足るとは言い難いのではないか。このような規約しか持たない管理組合に建替え決議がで

---

[103] 玉田弘毅『コンメンタール区分所有法』（(財）マンション管理センター、2005）113頁は、「分譲業者が分譲に際しその作成に係る原始規約案の内容を被分譲業者に対し的確に説明したかどうかなどで、その規約の有効・無効の判断に関わりがある。」としている。

[104] 私が問題視するのは、規約の設定・変更の要件である。1983年改正において初めて団地の規定がおかれ、各棟に関わる規約の設定・変更については、団地組合のみならず、各棟においても区分所有者の総数及び議決権の各４分の３以上の要件が加わったはずなのだが、当組合の規約にはそれが入っていない。「建替え」とは各棟に関わることであることを鑑みるとき、少なくとも規約の設定・変更を行うべきであった。

きると判断するのではなく、やはり、全員合意が確定できない（７戸分の合意書の消失）以上、改正法に準拠した規約に改正し、建替え決議を目指すことがあるべき「手続」の姿（下線は筆者）ではないのか。このような原始規約をそのまま使用している状況そのものが、法改正の認知度が低く、理事も含め区分所有者の多くに「区分所有法」自体も理解されていなかった証左であり、区分所有者の団体的意思として「合理的判断」がなされたか大いに疑問である。

また、建替えに関わったコンサルタントや弁護士は当時この事実を知っていたはずであり、なぜ、規約改正をしてから建替え計画を推進しなかったのか疑念を抱かずにはいられない。「適正化法」はすでに2001年から施行されており、2004年１月には「マンション標準管理規約」ができていたはずである。区分所有者の不明に乗じて、あえて規約の設定・変更をしなかったということなのかもしれないが、そうであるならばあまりにも不誠実である。規約は、マンションの最高自治規範であり、「憲法」ではないのか。

ⅱ）長期修繕計画の捉え方

地裁判決においては、「長期修繕計画が策定されている」かのごとく捉えられているが、当該団地において長期修繕計画はない。これは、2004年12月21日付けで通知された「建替えの臨時総会招集通知書」の最後のページにしっかりと記載されている。判決文によれば、最新の修繕計画案は2003年１月のものとしているが、これは10年（中期計画である）とやはり通知書に書かれている。そもそも大阪地裁は「長期修繕計画」というものを理解していないのではないか。本来、長期修繕計画とは、「計画期間は25年程度以上であり、計画修繕の対象となる工事として外壁補修、屋上防水、給排水管取替え、窓及び玄関扉等開口部の改良等が掲げられ、各部位ごとに修繕周期、工事金額等が定めれているもので、なおかつ全体の工事金額が定められたものでなければならない。そして概ね５年毎に見直しをすることが必要」とされるものである[105]。当然、理事に報告されるばかりではなく経費の支出を伴うものであり、総会において議案としても区分所有者全員に告知されているはずである。この長期修繕計画がしっかり作成されていないということも重大な「手続的」瑕疵[106]と言える

[105] マンション標準管理規約コメント参照。

[106] 例えば、鎌野邦樹・折田泰宏・山上知裕編『改正区分所有法＆建替え事業法の解説』（民事法研究会、2004）117頁。長期修繕計画がない以上、建替え決

のではないだろうか。ここでも、「適正化法」における管理業者の基幹事務における怠慢がみてとれる。

さらに私が疑問視するのは、老朽化判定度調査において、17棟の団地のうちサンプリングが3棟だけという点である。しかし、地裁判決では、「確かに、サンプリング調査は全件調査に比して推定に係る要素が多くなる点で信頼性に一定の限界があることは否めない」としつつも、「経費や手間の削減、期間の短縮等の利点もあり、それ自体不合理な調査・推計方法であるといえないし、本件においては、サンプル数の設定やサンプルの選定に特段不合理な点があったことを認めるに足りる証拠はない」とし、長年適宜報告してきたし、被告らが出席した総会で異議を述べていないことも理由としているが、被告らに専門的知識を求めるかのようなやや乱暴な論理を展開しているのである。また、事前の通知、説明会の趣旨を、「手続要件の前提をなす上で、建替えをするか否かの判断に際し、区分所有者が合理的な判断をするに足りる程度の情報の記載を要求する一方で、通知等された内容そのものが建替えの合理性を客観的に担保する必要まではないと解するのが相当である。」とした判断は、改正法で本当に「手続要件の厳格化」がなされたのか疑問が残る。

数十年経た建築物において、その施工時期、施工業者はもちろん、地質的・地理的条件や使用状況などによっても建替えの態様が違うのは常識である。もし、改修も建替えと同じ俎上で検討するのなら全棟で詳細な劣化診断を行う必要があったろうし、また、リニューアルも一緒にもっと詳細に検討すべきであった。これらの点からも当初から「建替えありき」だったことが示されるのではないか。

ⅲ）議決権行使書[107]の事前開封の疑い

これは悩ましい問題であるが、「建替えマニュアル」[108]にも具体的な取り扱いは記載されていない。しかし、取り扱いを間違うと、賛成派からの切り崩し

議の議案である「建替えをしない場合における建物の効用の維持又は回復をするのに要する費用の額及びその内訳」が精確に提示されているか疑問である。

[107] 区分所有法39条2項　「議決権は、書面で、又は代理人によって行使することができる。」。要するに、事前に委任状ではなく、賛否を記載した書面で投票できるのである。この事前議決権行使書は集会の決議の時に開封するものであるべきなのだが、それを決議前に開封することはどうだろうか。

[108] 前掲書注90

やまたその逆という多数決ルールを踏みにじる結果となってしまう。今回のケースはその典型例であるといえる。同潤会江戸川アパートメントのケース[109]のように、「議決権行使書」の取り扱いを合意して臨めばよかったのであるが、千里の場合は、原告代理人[110]が事前開封をし、その後反対していた者が賛成に転じてしまった。このことにより、各棟の3分の2以上という要件をクリアすることになり、決議の成否に関わる問題となってしまった。この点においては、手続的正義という観点からも疑問が投げかけられて当然であると思う。確かに議決権行使書の形式的有効性を確認するために開封をするということはあって当然だと思うが、当時管理組合の顧問弁護士であったものが、建替え賛成派と反対派に配慮したルールを設定しそれに則って開封をするのでなければ失当だったのではないか。反対者側の立会人を受け容れなかったことや三度の事前開封など、一連の手続の公正さに私も疑念を持っている。地裁判決は、ここでも「不合理とは認められない」と判断するのみであった。

ⅳ）第70条の違憲性について

団地一括建替えにおける棟別各3分の2以上の要件についての疑問はなかなか拭えない。各棟別において1/3の反対者の声は無視されるという規定は、「区分所有法」の他の条項とのバランスからも説明がつきにくい。先述した「共用部分の変更」や「規約の設定・変更」の他にも、第59条に義務違反者に対する区分所有権の競売請求という規定があるが、この規定は、管理費を長年にわたって不払いし続けているとか、暴力団の組事務所として使用していて発砲事件があったとか共同の利益に反する行為を行った者に対して、その者の区分所有権を競売して「追い出す」ことができるというものである。これは団地管理組合で決議することはできず、棟別で区分所有者の総数及び議決権の各4分の3以上でないと訴訟さえ提起することができないのである。第70条において、善良な組合員が各棟の3分の2以上の決議のみで追い出せることは、団地全体で5分の4以上を確保しているとしても、義務違反者を4分の3以上で決議してその後訴訟を経ないと追い出せないということと矛盾しないのであろうか。

---

109 太田他前掲書注43　第二章148-151頁。

110 当時、原告（現株式会社コスモスイニシア）代理人は、管理組合の顧問弁護士でもあった。その経緯は不明だが、李下に冠を正さずとした対応が求められたと思うのだが。

弁護団は一貫して、憲法問題と国際人権規約について拘ってきた。先に、区分所有法第70条において、各棟の議決要件が各３分の２以上とされている点について、第59条と第68条との整合性に疑問がある点を指摘したが、そもそも、建替え決議そのものが［適用違憲］の問題を抱えている。これまで私が力説するように、マンションの管理組合に財産権を私人間において左右できる「私的自治能力」はないのである。法律は違憲でないとしても運用する側にその能力が備わっていないのに押しつけた市場原理主義のミスリード（社会経済政策上の失敗）であったと考える。山野目教授は、いくら客観的要件が撤廃されたとしても、建替えに合理性を欠くと認められる場合は、「民法１条２項・同条３項・90条などが提示する一般法理に照らし、建替え決議の無効原因を構成する」とし、「このような一般法理による牽制を伴うことのない62条の運用は、憲法適合性を確保し難い」[111]と62条でさえ疑わしいと指摘されている。私は、地裁判決において言及している「区分所有法70条が建替えの必要性等について区分所有者の自治に委ねていることからすれば、その自治に基づく判断が明らかに不合理であると認められる場合に限って、適用違憲の問題が生じ得るとも考えられる」としたことには評価しつつ、管理組合の脆弱性の証明が今後の課題だと考えている。もっとも大阪地裁が、こうした論点をすべて「自治に基づく判断が明らかに不合理と認めるに足りる証拠はない」と片づけてしまっている点は極めて残念である。

ｖ）まちづくり指針との緊張

吹田市条例の「千里ニュータウンまちづくり指針」[112]が2004年７月１日に施行されるのに伴い、当時、全員合意を前提とする共同事業予定者であった原告が、容積率200％が150％になると計画が頓挫することを危惧して、２日前の６月29日に駆け込み申請[113]を行った。

現在行われている都市再生の手法の多くは「既存不適格建築物」を作り出している。現在の権利者の利益だけを優先して、経済活動の活性化を目途として

---

111 山野目前掲注92（ジュリ No.1249　50頁）

112 「千里ニュータウンまちづくり指針」2004年７月１日に吹田市の条例として施行された。現在、事前協議申出書を受理されたものの、開発許可は、近隣住民との協議成立がハードルとなる。しかし、近隣住民とコスモスイニシア社との軋轢は大きい。

113 この申請自体、果たして原告に申請者としての適格性はあるのだろうかと

建設された建物は、次世代に同規模の建替えが出来ないだけでなく、資産価値を急落させて急速なスラム化を生み出す危険も孕んでいるのだ。東大の西村幸夫教授は、「都市計画をめぐるパラダイムは、価値増進型の環境開発から、価値維持型の環境保全・再生へと大きく舵を切らなければならない」とし、「都市空間を経済活動の草刈場としてはならない」と述べている[114]。このような将来世代に無責任な開発が果たして公共性を認められるのだろうか。

その意味で、地裁判決における「吹田市のまちづくり指針の問題は、将来の２回目の建替えをしなければならない場合に問題となるにとどまるのであるから、まちづくり指針に関する情報提供の問題は、まちづくり指針の法規範性等について検討するまでもなく、手続を明らかに不合理ならしめる事情とまではいえない。」という、今がよければ後はいいという思考には疑問が残る。そしてまた、昨年９月28日地域住民らが、吹田市の原告になした同意処分の取消しを求めて行政訴訟を提起したことでも証明されたように、地域の中でコンセンサスが得られているとは言い難いのである。大阪地裁が「公共の福祉に適合する限り財産権について規制をくわえることができる」[115]を持ち出して論理構成を組み立てているが、「団地再生」は何も建替えという選択肢しかないわけではない。「リニューアル」という選択肢もあるのだ[116]。できる限り使えるものは使っていくことこそ、公共の福祉に合致するものではないだろうか。私企業の利益の温床に区分所有権を差し出してはならない。私は、それが次の世代につながるものだと考えており[117]、あくまで「まちづくり指針」を遵守して団

いう疑問は大きく残る。本件団地はこの時点において「全員合意による建替え」を目指していて、その前提で原告は共同事業予定者となっていたのだ。しかも、法定建替えによる決議は翌年のことである。どうも順序が違うのではあるまいか。したがって、敷地の特定も不明瞭であるとの問題も出てきている。したがって、この申請通り建築ができない可能性が高い。そうなると、この訴訟は「絵に描いた餅」を巡って争われているのか。

[114] 淡路剛久監修、寺西俊一／西村幸夫編『地域再生の環境学』（東京大学出版会、2006）130頁。

[115] 最大判昭62・４・22（民集41巻３号408頁・判時1227号21頁）

[116] 具体例として理解できるのは、ＮＰＯ団地再生研究会・合人社計画研究所編『団地再生まちづくり－建て替えずによみがえる団地・マンション・コミュニティー』（水曜社、2006）

[117] 都市再生と団地再生については、南部孝幸「都市再生に翻弄される区分所

地再生を図るべきであり、抜け駆け的なものに行政が加担するようなことはあってはならないのである。

vi）その他

私は、売渡請求の時価額の算定においてやはり、「補償」の分が加味されていない点に疑問を感じている。転出者への買い取り価格が所有権評価額の90％程度であったことなどから、売渡し請求の価格もこの域を出ないと思われるからだ。実際に交わされた「従前資産売買契約書」によれば、所有権評価額 3 LDK（66.45㎡）25,166千円 → 転出者への買取価格 3 LDK 22,838千円 建替え付加金 全戸へ 3 LDK 1,850千円となっているようである。この契約を交わす前に退去した人から、これと同等の価格で売却できたという話を聞いており、この価格は当時の「時価」に近かったと思われる。売出価格については不明であるが、再建マンションが4,000万円（仮定）で売り出されることになれば、建替え参加者は4,000万円の財産を手に入れることができ、不参加者は半値近い金額で出て行かなくてはならない。これで区分所有者間の衡平は保てるのであろうか、そして開発業者との交換的正義[118]は確保できるのか。やはり、ある程度の補償の余地があるように思える。

一斉立退きに際して、株式会社コスモスイニシアと建替え参加者は売買契約を締結したが、その際の契約内容があまりにも不利な契約であり、その部分でも対立がある。被告弁護団は消費者契約法に違反するものと主張するが、私は、さらにこの契約が従前資産と従後資産との等価交換契約であるならば、宅地建物取引業法第35条の重要事項説明書、第36条の契約締結時期の制限、乃至は第47条の重要な事実の不告知違反に抵触していると指摘しておきたい。「基本協定書」を作成し従後資産の売買契約書を後回しにするという手法でこの問題をクリアしているというが、従前資産売買契約は、あくまで従後資産が等価で手に入ることを前提としており、これにより「一斉退去」という後戻りのできな

有者の居住権－都市再生は都市崩壊へのプロローグ」日本居住福祉学会編『居住福祉研究６』（東信堂、2008）145頁-151頁。

[118] 平井宜雄『債権各論Ⅰ上 契約総論』（弘文堂、2008）105-106頁。平井教授は、合意の内容がそのまま実現されれば、各当事者の投入したものと得たものの比が両者とも等しいという意味において均衡を失する状態が出現するとき「交換的正義」に反するとしている。また、各当事者の相互の言動により交換の比率の計算を誤ったままなされた場合も同様であるとしている。

い義務を伴っていることを考慮すれば、従後資産の建築確認も得ていない、いわば「絵に描いた餅」を取引の目的にしていることは許されるべきではないと考えるからである。

その上で、私は、この契約を有効にするため[119]に、先述したように2005年の11月13日までに（建替え参加者に）退去を迫って実際に明け渡しを強制したことが重要な問題であると思っている。この時点で翌年４月まで裁判日程が決まっていることも知らされず、この行為が早期解決に結びつくと思い退去した者も少なくないという。このマンションは震災マンションのように、いつ余震で壊れるかもしれないという危険性が迫っていたわけではないのである。単に建替え不参加者にプレッシャーを与えるために行われた暴挙というべきであり、退去した者にとっても長期間の仮住まいという苦痛を与えるものであって許されざるものといえる。今後の建替え事業への悪しき慣例とならないよう司法の判断が望まれたが、ここでも地裁判決は、早く新しいマンションに住みたいという意思表示と追認している。しかし、いつ戻れるともメドがつかない中での住居移転は、震災マンションで多くの人が戻ってこない現実をみても、居住区分所有者達に不利を強いる不適切な対応であると思うし、結果的に再建マンションへの入居を断念することを加速させ、建替え決議を無意味なものにする危険性がある。事実、当該団地においても相当数の区分所有者が戻ってこない[120]のである。

こうした中で当該団地において多数を構成した勢力が「不在区分所有者」である。第一章で管理組合の自治能力に微妙な影響力を与えるものとして、区分所有権の賃貸化があると指摘したが、ここでもその影響は大きかった。彼らには、確かに賃借料は入らなくなってしまったかもしれないが、仮住まいという負担は強いられない。また、建替えが近いということで「投資」のために購入した者も相当数いると聞く。管理組合活動はもちろん草刈や植栽、各種行事な

---

[119] 期限を守らなければ買い取り価格を２割値引かれるばかりでなく元の団地に戻る権利を失うというもの。しかも、全員で売り渡さない場合、株式会社コスモスイニシア（現）は契約を解除できるとしている。その期限を11月13日と区切られて退去が一気に加速した。

[120] 2008年12月におよそ100戸近い（建替え決議に賛成をし、参加を表明していた）区分所有者が従前売買契約書に基づき株式会社コスモスイニシアに買い取られた。

ど地道にコミュニティを築いてきた居住区分所有者にとって「禿げ鷹」のように襲ってきたと感じられるのも無理からぬ話である。もちろん、在・不在によって権利の差をつけることは難しいかもしれないが、今後このような問題は様々な集会の決議の場面で起こり得る問題であると思う。大阪高裁は、区分所有権を「その程度の権利」と切って捨てた。それならば両者の間でドラスティックに権利の差を法制度によって決めることも考慮すべきである。

第四節　多数決への疑念…正義の拠りどころ

Ⅰ．一般論の展開

Ｊ・Ｓ・ミルは『自由論』の中で、「個人は、他人の迷惑になってはならない」とし、「個人は、彼の行為が彼自身以外の何人の利害とも無関係である限りは、社会に対して責任を負っていない」[121]と述べている。すなわち、人に迷惑をかけない限り、世論も国家も個人の生活に口を出すべきではないと述べている。そして、「国内に存在している広大な教養と練達した知能の一切が、厖大な官僚群の中に集中し、社会の残りの人々は、何もかもひたすら彼らにだけ期待することになるであろう。すなわち、一般国民は、自分たちの為さねばならぬ一切の仕事に関して、彼らの指導と命令を期待し、能力と野心を持つ者は、自己の立身出世をそこに求めるであろう」といい、国の官僚機構が肥大化すれば、いかに民主主義国家であっても、また、出版・言論の自由が確立していても、「自由」は名ばかりのものになってしまい、国家は衰退すると警告している。

最近の日本の現況をみるとどうであろう。選挙（多数決）で選ばれた国会議員による政府の施策が、必ずしも国民の多数者の支持を得られているとは言いがたく、年金問題、公務員制度改革など枚挙に暇がないほどである。国民を向いているかのように装いながら、声の大きい少数者が多数者を圧していく、ある意味危険な兆候であると言わざるを得ない。官僚機構が思い描いたシナリオが政府と与党のねじれに代表される現象であるとするならば、国民は益々混迷を深め、言論の自由がありながら言葉を失い、多数者であったとしても「法」に遵わざるを得なくなってしまう。昨今の新自由主義の流れは、ミルの危惧し

[121] Ｊ・Ｓ・ミル／塩尻公明・木村健康訳「自由論」（岩波文庫、1971）189頁、222頁の「危害原理」である。

た「少数者に対する多数者の専制」[122]であるばかりでなく、全体主義的な側面も垣間見られるのである。

ロールズは「多数決」を「不完全な手続的正義」と考え、それを補完するものが「市民的不服従」と捉えて[123]、その正当性を民主主義の原理に適ったものと考えている。「われわれは多数者が法律で決めたことに従う責務と義務を有する場合が多いのだが、もちろんそれに対応して、多数者が制定したものそれ自体を正義に適ったものとみなすべき責務と義務が存在するわけではない……市民は、自己の行動を民主主義的権威の判断に服しこそすれ、自分自身の判断をそれに服させるわけではない。したがって、もし多数者の制定した法律に一定限度を超えた不正義があると判断された場合には、市民は市民的不服従を考慮できるだろう。なぜなら、われわれは多数者の行為を無条件に受け入れ、自分及び他人の自由の否定に黙従することまで要求されていない」からだと述べている。

では、正義に悖る法には遵わなくてよいのか。もっともロールズも「さしあたって」の遵法義務は容認している。しかし、ハートの「道徳的に邪悪なルールもやはり法」[124]ということになると、法治国家に生きる者であっても、「疑わしい法律」[125]には一旦遵っても、自己の判断で「不服従」を模索するのが民主主義ではないだろうか。多数決で民主的に制定された法であればすべてに服従しなければならないとすると、多数決が必ずしも「正義」を導き出しているわけではないことを鑑みるとき、法が多数者の専制の道具ともなりかねないのである。つまり、「立憲民主制のもとでは、政治的な取引交渉や功利主義的計算に服しない一定の基本的な権利が、すべての市民に対して平等に保障されており、このような基本的権利は、多数決によっても侵害することが許されない」[126]のであり、「居住」の権利はこの「基本的な権利」の一部であると言えるので

---

[122] さらに続けて、ミルは「個人の自由は、多数者が支持する民主主義的な権力によって抑圧される可能性がある」と警戒している。

[123] ジョン・ロールズ／矢島鈞次監訳「正義論」（紀伊国屋書店、1979）276-302頁または、同／田中成明編訳『公正としての正義』（木鐸社、1979）201-218頁。

[124] H・L・A・ハート／矢崎光圀訳『法の概念』（みすず書房、2000）230頁。

[125] ロナルド・ドゥオーキン／木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論』増補版（木鐸社、2004）第7章。

[126] 田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994）291頁。

ある。

また、加藤尚武京都大学名誉教授は、「『権利はすべて多数決制度にもとづく合意形成によって正当化される』ということはなりたたないだろう。なぜなら多数決の正当性が権利に先行するのであれば『少数者の権利』という概念がなりたたなくなるからである」とし、多数決制度への参加をゲームにたとえて、「『権利とは、そのゲームの敗北者ですら奪われることのない持分』という性格を帯びている。『権利を侵害するような合意形成は無効である』ということが合意形成のルールであるとすれば、権利は合意形成に先行することになる。」[127]とした上で、法実証主義者にとって「権利」という概念は封じ込めてしまいたい鬼門であると述べている。さらに同教授は、20世紀に正義が問われた手続的問題として、「①多数決制度のために重大な利害関係者に決定権が認められない結果になる。②持続可能性のない制度や産業形態が存在するので世代間に不公平が生ずる。③利害関係者に決定権をみとめる国民自決権が国民を窮地に追いやっている。④強者・多数者の悪意がなくても弱者・少数者の権利が合法的に侵害される。⑤特定人に危害を加えない個別的な利益の追求が全体では有害な結果になる。つまり、主権国家、多数決主義、市場経済が正義の実現を不可能にする側面がある。」[128]とし、多数決制度への過信、新自由主義における市場経済のあり方に警鐘をならし、持続可能性のある社会の創出のために「正義」の再考を促している。現代日本社会は、市場経済にも国家にもガバナンス（統治）が機能していない[129]状況で、多数であれば「公共性」があるかのごとく、景観訴訟や雇用問題など平気で個人の「権利」を脅かしているのであり、このようなガバナンスの能力不足が多数決制度の（危うい）倫理欠如をもたらしていると考える。

Ⅱ．多数決ルールが機能するために…民主主義のダイナミズム

多数決決定の条件として、「匿名性」と「中立性」ということが重要な条件

---

[127] 加藤尚武『合意形成とルールの倫理学－応用倫理学のすすめⅢ』（丸善ライブラリー、2002）191頁。

[128] 加藤前掲書注127　213頁。

[129] Ｊ・ジェイコブス／香西泰訳『市場の倫理　統治の倫理』（日経ビジネス人文庫、2003）389-390頁。

の一つとしてあげられる[130]。しかし、当初、全員一致で議論を進めていく中で「匿名性」と「中立性」というものは崩れていってしまうものである。これは、日本人の議論下手ということも起因しているのかもしれないが、市場のメカニズムが許さないともいえる。すなわち、多数派が自己の利益を重んじるがために個人への尊重を欠く行動に走り、配慮に欠けるようになり、堂々巡りを避けるために多数決が用いられることになりかねないからである。そこに平等（中立）性の概念が入り込めなくなってしまう。また、理想である全員一致に向かう場合でも、暗黙の威圧のような個人の選好を歪めるような働きが作用する場合が少なくない[131]からである。

では、何をもって多数決の公正を保つかだが、ロールズは、「公正な機会の平等」という条件下で、「社会の中で一番恵まれない人々に大きな利益」という、正義の原理に適うものでなければならないと述べているが、この点に関して、アマルティア・センは、最も不遇な人への利益の最大化に固執するあまり、正義の概念が大幅に制約されてしまうと指摘[132]している。また、共同体論者（コミュニタリアン）のM・J・サンデルは、「原初状態によって、現存の欲望や欲求からの離脱が真に達成されるかどうかを疑問視する」[133]とし、その無知のヴェールという環境があまりに人々の置かれている環境とかけ離れていて、抽象的で現実味がなく説明がつかないと批判している。しかし、一方でサンデルは「『コミュニタリアニズム』が多数決主義の別名、あるいは、いかなる所与のコミュニティにおいても、いかなる所与の時でも、圧倒している価値に、権利が依拠すべきであるという考えの別名である限り、それは私が擁護したい見解ではない。」[134]として自ら『コミュニタリアニズム』の限界に言及し、ロー

---

130 アマルティア・セン／志田基与師監訳『集合的選択と社会的厚生』（勁草書房、2000）87-95頁において、「アローの定理」についての解説を加えている。

131 セン前掲書注130　35頁。様々な駆け引きと引き換えに恣意的な合意に達する場合がある。

132 アマルティア・セン／池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』（岩波書店、1999）117-120頁。

133 M・Jサンデル／菊池理夫訳『リベラリズムと正義の限界』原著第二版（勁草書房、2009）30-32頁。

134 サンデル前掲書　注133　第二版の序（vi-viii）において、コミュニタリアンであるサンデルが、若干の修正を試みているように思えるが、「コミュニティ」

ルズとの争点は、「個人とコミュニティのいずれの要求に重要性を置くべきかではなく、社会の基本構造を支配している正義の原理が、その市民が信奉し、競い合う道徳的・宗教的信念に関して、中立的でありえるかどうかである」とし、個人の正（権利）は、（「コミュニティ」における）道徳的重要性に正当化が依存していると主張している。そもそも、「共同体論者たちは、集団の成員は自らの属する集団の価値との間に『構成的』なきずなを有していると信じており、それゆえ、共有された価値の実現を促進するために個人の権利を制限しても、いかなる危害も加えることにはならないと信じている。」[135]のであるから、道徳的価値が共有されているという環境の認識も現実味がないような気がする。つまり「多数決主義を擁護しない」という点においては、リベラリズムとコミュニタリアニズムの接近なのかもしれないが、圧倒している価値の見極めについて公正さを確保することはコミュニティには難しい作業なのではないだろうか。

こうしてみると、「多数決＝民主主義」という見方には誤解があるようである。民主主義を機能させるためには、投票や選挙結果が尊重されるのはもちろんだが、「自由を守ること、法的権利や法的資格が尊重されること、自由な議論が交わされること、公正な意見と情報が検閲なしに公表されることなど」[136]が保障されていなければならないとし、反対者が十分な主張の機会を与えられなかったり、有権者が情報を得る自由を享受して検討できなければ、それは民主主義とは似て非なるものになってしまうのである。こうした民主主義の要求が保障されなければ、多数決を強調するあまり、手続・形式に矮小化されてしまう[137]怖れがあるからだ。何より公正な手続きに遵った結果だという「錦の御旗」

の道徳的重要性を追求することは個人の選択の自由や尊厳というものが損なわれる危険はつきまとうのであり、弁解のように思えてならない。

135 ウィル・キムリッカ／角田猛之他監訳『多文化時代の市民権』（晃洋書房、1998）138頁。

136 アマルティア・セン／大石りら訳『貧困の克服－アジア発展の鍵は何か』（集英社新書、2002）118頁。

137 中村浩爾『現代民主主義と多数決原理－思想としての民主主義のために』（法律文化社、1992）201頁以下。民主主義は政治の理論である前に、まず社会の理論でなければならないという評価は、「生活様式あるいは生活形態としての民主主義」という点で有力であるとしている。

で沈黙させてはいけないのである[138]。さらに付け加えると、少数者が「言論の自由の下、「現に政権を握っている多数勢力を忌憚なく批判し、言論による説得によって、多数勢力にまで成長しうる可能性の保障」[139]こそ民主主義のダイナミズムといえるからである。

Ⅲ．手続の大切さ…手続的正義の確保

多数決はいまや意思決定における必要悪になっているのであろうか。マンションのコミュニティにおいても、マジョリティの側の声が意外と小さいなど、日本人には特有の「支えあい」＝依存し合う性向[140]があるのかもしれない[141]。「長いものには巻かれろ」という物言わぬ多数（時にはフリーライドにも向かう）が溢れかえっているのだ。直接、自分に火の粉がかからなければ多少の不便は目を瞑って妥協する。自己判断能力が欠如してしまった多数派依存症候群が大量に生産されている。そうした多様な価値観を持つもの同士が、他人の権利を奪うことにもなる「決議」を行えるのか疑わしいとはいえないだろうか。

ならば、いかにして決議するかである。当然、意思決定の過程で、全員合意の目標でやっていくことがベストな選択であり、その上で、建替え後の「衡平性」を確保できれば全く問題はないのである。しかし、先ほども述べたように、マンションは多様な価値観を持った人の集まりであるため、なかなか全員一致の合意形成を導き出すことは至難である。

---

[138] 佐伯胖『きめ方の論理－社会的決定理論への招待』（東京大学出版会、1980）53頁。

[139] 碧海純一『法と社会』（中公新書、1967）144頁。少数派の市民的不服従が高まり多数派となっていくシナリオは、ハンナ・アレントともつながる（川崎修『アレント－公共性の復権』（講談社、1998）260頁。）。

[140] 中島義道『「対話」のない社会－思いやりと優しさが圧殺するもの』（PHP新書、1997）92-96頁。

[141] いわゆる「調整問題状況」である。「大多数の人がとるような行動にあわせて自分も行動しようと大多数の人が考える状況である。人によって多少の便・不便はあっても、いずれが正しいかをことごとしく議論するより、いずれかに決まっていること自体が、そして決まったことに大多数の人々が従うことが肝要な事柄」とする。つまり、各当事者は、いずれも他の当事者の出方を予想しながら、各自の行動を調整しようとする。長谷部恭男『比較不能な価値の迷路－リベラル・デモクラシーの憲法理論』（東京大学出版会、2000）5頁参照。

まず、「建替え決議」では心得ておかなければならないことがあると私は思っている。この決議は、少数者から「何物にも代え難い物を奪う」ものであるということだ。「区分所有権」は好きなように取り上げることができるものではないという前提を理解しておかなければならない。その意味で、議論は徹底的に尽くさなければならないのである。このとき時間は制約してもかまわないが、それが外的要因ではなく合意の上での制約でなくてはならないと思う。さらに議論の検討材料（情報）を理事会が隠匿することなく開示し、欠席者への報告など情報の乗り遅れをさせないようにするべきである。議論によって、相手方の情報を受け取ることができ、少数者の痛みを知ることは多数者にとってもマイナスであるとは限らない[142]からである。しかし、これらを担保するためには管理組合のコミュニティとしての能力が問題視されるのである。

いずれにせよ、区分所有法は、管理組合に「私的自治」を期待している。管理組合がいままでのコミュニティの歴史を試されるのが「建替え決議」である。しかし、この多様な価値観をもった集団は錯綜して収拾はつかず、手続的工夫による「手続的正義」の確保に止まらざるを得ないことが多い[143]ことを覚悟しておかなければなるまい。その意味で多数決ルールの公正さは厳格でなければならないのである。繰り返しになるが、管理組合にその運用ができる機能が備わっているのであろうか。第一章で私が調査したマンションの管理組合の大半はそのような能力はないのである。十分な討議すらまともにできないのが実態であり、法の埒外と片付けるにはあまりに多くのマンションが存在していることを想起して制度構築を図るべきである。

第四章　マンションの終焉と制度のあり方（彷徨う区分所有権の出口への提案）

第三章で引用した島本慈子の著書の中に、被災マンションのグランドパレス

142 小林和之『おろかものの正義論』（ちくま新書、2004）205-207頁。ここで、「少数者も痛みを知る機会を与えられる」とし、「質の低い意見も淘汰され」、「妥協も行われやすくなる」。

143 吉田邦彦『民法解釈揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）275頁。区分所有法の立法過程における手続要件の付加などに、より実質的・具体的な流れがそこにあると思われる。

高羽に住んでおられた西原道雄神戸大学名誉教授の言葉[144]が記されている。

「建替えは、全員一致の大原則に対する重大な例外であるから、復旧費用の過分性等の客観的要件を慎重に検討すべきことはいうまでもないが、同時に、多数者の決定による少数者の排除が不当な権利侵害をもたらさないように配慮する必要が大きい。特に、居住利益の保護は無視されるべきではない。建設資金等を負担できないために建替えに参加できない少数者の中に、高齢者や経済的弱者が多いことは、すでに各方面からしばしば指摘されている通りである。これら『弱者』が現に居住している住居から事実上追い出され、従来と同程度の住居を確保できないような結果になる場合には、全員一致原則を破っての多数決による建物の解体・建替えは絶対に許されない。」

西原教授の愛したグランドパレス高羽は2008年に再建マンションが竣工した。区分所有法の改正[145]を待ったかのような上告棄却から５年余りの月日を要したわけである。「金もなければ時間もない」そういった高齢者の権利を奪う法制度であっていいのだろうか。そしてまた、「従来と同程度」の補償ができない中で、「居住の権利」を奪ってはいけないのではないか。

国土交通省は、「ボタンの掛け違い」と、その合意形成ができないマンションを表現する。そうであれば、もう一度ボタンを外して掛け直すという道もあったと思うのだが、不完全なまま「建替え推進」に走ってしまった。しかも、客観的要件さえも撤廃してしまったのである。私は、あえて本稿では「円滑化法」を無視して論じ続けている。この法律をしっかり理解して運用できる管理組合がどれくらいあるだろう、と思うからである。管理会社やコンサルタント主導でやればと反論されるかもしれないが、それでは、区分所有者の私的自治に任せることになっていないではないか。そもそも法の目指した文脈ではないと考える。

第一節　落ちこぼれたマンションの終焉…区分所有権解消制度の導入

私は、第一章で、私が管理を経験してきた老朽小規模マンションの実態を調

[144] 島本前掲書注81　118-119頁。西原教授が裁判所に提出した意見書に書かれた内容である。

[145] 2003年６月１日施行。その後、グランドパレス高羽の上告審敗訴（上告棄却）が決定したのが同年６月24日である。

査して、ある意味、管理組合の脆弱性の実証を試みた。修繕積立金さえ徴収されていないマンション、管理組合のないマンション、管理業の登録を持たない管理会社に管理されているマンションなど、区分所有法や適正化法の埒外にあるマンションが相当数存在している現実をどうするのか。今後、こうしたマンションのスラム化の問題や危険建築物としての問題がクローズアップされてくるだろう。都市再生を効率的に進めていく意味でも、都市の負の財産となりつつある老朽マンションを行政が完全に把握し、既存の社会資源[146]を利用して権利調整を行うことが喫緊の課題である。私的自治などと綺麗ごとを言い続けて何もしないのであればそれは市民の権利を守ることにはならないのである。

現在、円滑化法に「危険・有害マンションの建替えの促進のための措置」[147]が規定されており、この規定は、市町村長が自ら判断し勧告する場合と一部区分所有者が市町村長に対し勧告を要請できるという内容になっている。しかし、この制度はあくまで「建替えの勧告」なのであり、建替えができないマンションに建替え勧告をしても意味がない。そうすると、やはりこれも広大な敷地を持つような公団住宅を念頭において規定されているのではと疑念を抱いてしまう。

私は、一歩進めて、「区分所有権解消」まで勧告するものでなければ意味がないと思っている。第二章で紹介したジュリストの座談会で森田教授が、「将来に具体的なニーズが出てくれば…」[148]立法論で検討すればよいと示唆しているが、実態はすでにその時を迎えているマンションも多いのである。私は、さらにこうしたマンションを法の埒外におかないためにも、区分所有法にこそこの規定を設けるべき[149]だと考えている。それでは、今まで述べてきたことと

---

146 財団法人マンション管理センターやＮＰＯ、そしてマンション管理士などが中心となって、行政とともに再生プログラムを立てていくべきであると考える。もっとも、マンション管理士については能力の差が大きいので、建築士や弁護士とチームを組んでということになると思う。

147 まとめているのは、丸山他前掲書注53　235頁。

148 前掲注77、79他（ジュリ　第1249号）21頁。

149 終焉のプログラムとして、「建替え」「区分所有権解消」の２パターン併記し、宅地建物取引業法を改正し、購入者に説明交付される重要事項説明書に「区分所有建物の建替え並びに区分所有権解消決議」の存在を明確に記載し、区分所有権の内容を購入者にもっと理解させる必要がある。

矛盾するのではないかとの指摘を受けるかもしれないが、管理不能に陥ったマンションにおいてもはや行政の介入は避けられない[150]と思うのである。なぜなら、解体費用もままならないマンションの存在があるからであり、今後、スラム化対策のための公費解体制度などが検討すべき課題として浮かび上がってくることが必至だからである。そのためには、行政の窓口の強化がさらに求められ、「紛争処理機関」（後述する）のような駆け込み寺的なものを整備することはもちろんであるが、何よりも行政は実態を早急に把握することである。

第二節　諸外国瞥見

アメリカには、わが国のマンションのような代表的な存在として、「コンドミニアム」と「コウオプ」があるが、「コウオプ」[151]は利用権に相当するものであるので、「コンドミニアム」が比較対象となるものと思う。この形式においては、まず「建替え」という概念がない。一切の客観的事由を問わず80％の議決による「区分所有解消決議」のみが規定されているのだ。だからといって、修繕しないというわけではなく、修繕積立金が修繕工事費用の50％と定められている州も存在する。もちろん、わが国には、この修繕積立金の基準などないのであるから、参考とすべきところでもある。

ドイツとフランスでは、一定規模の滅失・損傷等があった場合に「区分所有

[150] 前掲注44（北大法学論集　第57巻1号（2006）349頁）ここで、太田教授は、「スラム化してしまったマンションは、それは建替えの問題ではなく、スラム化した地域をどうするかという問題でやらざるを得ないのではないでしょうか」と話されていたが、私も同感である。

[151] 竹井隆人「米国のコウオプ（co-op）における所有権的リース（proprietary lease）について」マンション学　第17号（2003）20頁。わが国のコーポラティブとよく似たスタイルである。ヒラリー・クリントンが入居を拒否されたニューヨークなどの富裕層向けが有名だが、低利融資など公的助成と組み合わされた中低所得者向けのものもある。私は当初、このような方式が今後日本でも積極的に導入すべきであると考えていたが、現在は、少し慎重な立場を取る者である。この方式の参考としては、竹井隆人『集合住宅デモクラシー－新たなコミュニティガバナンスのかたち－』（世界思想社、2005）や、エヴァン・マッケンジー／竹井隆人・梶浦恒男訳『プライベートピアー集合住宅による私的政府の誕生－』（世界思想社、2003）などがある。

解消決議」が認められるが、やはり「建替え」の規定を置いていない。富士通総研のレポート[152]によれば、基本的に使うだけ使って、利用できなくなったら土地を売って、それぞれまた別なところに住めばよいということから、「建替え」の概念がないと紹介されている。さらに同レポートでは、「そもそも同じ場所に建替えようとすること自体に無理があり、建物の寿命が尽きたら、個々に別なところに移り住むというのはごく自然なことである。」とし、日本の建替え制度は、政策的対応や合意形成など、行政も区分所有者もわざわざ難しい問題に直面しているとしている。長年経過した建物が、そこに建替えられることは、都市政策上の観点からもおかしな制度である。したがって、次のドイツの例でも見られるように、余程、災害とかテロ行為とかがない限り、同じ場所へ建替えることが常態化していないのである。

ドイツ住居所有権法との違いについては、これまで多くの論点が提示されてきている。私も、以前マンション学会において、ヴェルナー・メルレポツダム大学教授の話を聞いたことがある。この法律の特筆すべきこと[153]は、「私的自治」のあり方であると思う。法律は、原則「全員一致」と決めておき、「絶対的な決議無権限領域」[154]以外は、住居所有権者の規約で一定事項を多数決で決められるということだった。しかもそうした決議に何らかの違法性があったとしても、決議無効の裁判所への申立ては、１ヶ月以内になされなければならない。これは、法的安定性が適法性よりも優先されるということにほかならない。つまり、決議の効力についての争いが、住居所有権者間の関係を長期にわたって妨げることがないようにするものなのである。また、必ずしも建替えができないわけではなく、航空機の落下やテロなど（日本のように地震は想定されていない）により、50％以上損傷するような場合であって、何らかの保険（自ら保険を付保しているか損害賠償金で補填できるケース）で対応できる場合は、多数決で建替えができるようである[155]。しかし、日本のように古くなってき

---

[152] 米山秀隆（主任研究員）「マンションの終末期問題と新たな供給方式」富士通総研（ＦＲＩ）経済研究所　研究レポートNo.239〔2005〕28-29頁。

[153] ヴェルナー・メルレ「ドイツ住居所有権法の当面の課題」マンション学第17号〔2003〕116-119頁。

[154] 例えば、「法律や規約を変更する決議には適用されてはならない」同上（注153）。

[155] メルレ・丸山英気・杉下俊郎・藤井俊二『マンションは生き残れるかードイ

たから建替えるということは難しいとされる。

こうしてみると、わが国も建替えようと思うから、政策の歪みや区分所有者の苦悩が生じるのではないだろうか。使えるだけ使ってあとは清算する、という考えも選択肢としてあってよく、先述した「区分所有権解消制度」の導入を検討すべき時期に来ているのではないだろうか。

また、区分所有制度自体を脱構築して、定期借地権方式[156]やアメリカの「コウオプ」、ドイツの「住居所有権制度」という制度を検討して、「利用権」方式[157]を考えてみることも必要だと考えている。敷地所有権の共有を考え直すことで「建替え制度」に新たな展望が見えてくるかもしれない。人口増が見込めない、高度成長に期待できない中で、都市とマンションが共生していくためには、このような方式も選択肢の一つとして考察していかなければならない今後の課題である。

第三節　合意形成ルールの見直しの必要性

私は、本稿において、「居住権」という言葉を使った場合に多少のアクセントを加味してきた。本来「居住権」は、鈴木禄弥博士の「居住権論」[158]に代表

イツと日本のマンション法』（財団法人アーバンハウジング、1997）23頁

[156] 日本でも最近、スケルトンインフィル方式の定期借地権付分譲マンションが増えてきているが、諸外国では、イギリスの「リースホールドフラット」が該当する。詳細は、大野武「定期借地権住宅の意義と課題－イギリス法との比較法的考察」マンション学　第17号〔2003〕41-50頁。

[157] 現在、さらに信託方式というものも検討されている。詳細は、丸山英気・折田泰宏編『これからのマンションと法』（日本評論社、2008）第一部、小林秀樹「マンション供給の諸方法」に利用権方式は詳しい他、マンション学　第17号〔2003〕の特集も興味深い。

[158] 鈴木禄弥『居住権論』（有斐閣、1981）において、正当事由がなければ借家人を追い出すことができないという論拠を「借家人を保護する一種の社会政策が家主の犠牲において行われている」とした。2004年に北大で行われたシンポジウム『鈴木民法学の60年』において、「国民の大多数というのは嘘ですけれど、嘘の効用でね、国民の大多数がそれでいいと思っているものは全国民にとってもいいのではないですか」（北大法学論集第55巻６号（2005）278頁）という話が、私の多数決へのこだわりとなっている。

される「借家権」を想起させるが、区分所有権は紛れもない「所有権」であり、団体的制約に拘束される部分はあったにしてもなお「借家権」よりは強力な権利である[159]と思っている。にもかかわらず、マンションの建替えにおいて、賃借人に対する補償[160]は考えられるのに、売渡し請求を受ける区分所有者へ「補償」という文字が見当たらない。建替え事業を「私的収用」と考えるならば、「公的収用」よりも厚い補償制度がなければならないのではないだろうか。私は、この「居住権」の持つ重みへの認識の違いが、合意形成を阻む要因の一つであると考える。

もっとも、私的自治で行っていることであり、権利の濫用とも言うべき「参加しない自由」を行使しているだけであるから「補償」は不要との声も聞かれるが、第一章で検証したように管理組合の私的自治が機能しているケースは皆無といってよく、ほとんどが管理会社主導であったり、開発業者主導となることが多いのが現実なのであるから、まずは、管理組合の能力の向上を画する必要があろう。このようなコミュニティに「私的自治」の責任を負わせ、苦悩の道を歩ませて、自己責任と断ずるのは酷な話である。

また、管理組合を補完する意味でも、アメリカにあるような「紛争処理機関」[161]のような中立公正な機関の整備も必要であると考える。そこで、建替え決議に至る手続の公正をコントロールする、または支援するシステムを機能させることが求められるからである。今回浮かび上がってきた「手続的正義」の問題点だけでも次のようなものがある。これらをいかに公正に確保するかがまさに問われるのである。

1．十分な議論が公平に尽くされたか。

（理事会の透明性、女性意見の反映など）

---

[159] 鈴木前掲書注158　64頁に、住宅所有者にも居住権を考えることの実益が存するとし、さらに「財産権的借家権」（ドイツの住居所有権やコーポラティヴが該当するかと思う）というものも紹介している。

[160] 前掲注90　266頁　このマニュアルは、おそらく当初円滑化法に合わせて作られていたと思われ、区分所有法に基づく決議マニュアルとしては内容的に不十分であると、私は評価している。

[161] 本来、財団法人マンション管理センターがその役割を担わなければならないのだが、全国規模で人材を確保できるほどの体制とはなっていない。地域の組織を使う場合の質の担保をどうするかが問題となってくる。

2．十分な情報が公正に与えられたか。
（議案の要領、長期修繕計画など見積り、積立金等だけでなく、法制度の熟知も必要、次世代への不利益はないか）
3．議決権行使書の取り扱い。事前開封の禁止、事後の説得の禁止など。
4．白紙委任状の禁止。（少なくとも建替え決議においては禁止も一つの方法）
5．参加者の早期退去の禁止・給水停止等の禁止。反対者へのプレッシャーを与える行為の禁止。不在区分所有者の取扱い。
6．原始規約ではなく、集会決議によって規約を承認しておく必要性。
7．従前・従後の等価交換契約書の問題。衡平性の確保。不参加者への売渡請求の価格。
8．近隣住民との協議の重要性　など

制度が変えられない以上、こうした手続を公正に推し進めることが求められる。それが、管理組合が機能することであり、最低限団体的制約としての「多数決」が認められることであると考える。

第四節　問題の行方・課題

Ⅰ．世代間の衡平の論点から

建替え問題で、少数派となる多くの場合は高齢者である。千里の事例においても病弱な老夫婦であったりする。多くは、新たなローンが組めない、仮住まい、転居に耐えられないという事情を抱えているからである。ただ、この点に関しては、第二章で取り扱った同潤会江戸川アパートメントの建替えにおいて、単身部に居住していた高齢者に対して規約共用部分を設定しそこに終身で住まわせることで調整した[162]など、程々な知恵[163]は出てくるはずなのである。

こうした、現世代としての、高齢者、中年、若者世代という問題もあるが、もう少し踏み込むと、次世代への問題も考えなければならない。それは都市景観に代表される環境の問題[164]である。人口減の時代になったにもかかわらず、

---

[162] シンポジウム「マンション建替えを巡る法と実践」北大法学論集第57巻第1号（2006）355頁。
[163] その他、リバース・モゲージ制度なども考えられる。
[164] 鈴村興太郎・宇佐美誠・金泰昌編『公共哲学20－世代間関係から考える公

住宅ストックを考えずに超高層マンションが林立すれば、未来に大量のスラム化したマンションを残すことになるであろうし、そうした人も住まぬマンションが何世代かにわたって景観を奪い、太陽を奪うことになるのだ。そういう意味では、既存不適格になるのがわかっていて、駆け込み申請をするような行為を行政が認めるのは決して好ましいあり方とはいえないと思料する。私は、司法判断の役割は、将来世代にとって不正義となるものに対して、現在世代に警鐘を鳴らし、食い止める方向へ向かうべきであると考える。際限なく容積率を増していくことには疑問を感じるし、どこかで負の遺産を引き継ぐ世代があるというのはあまりにも現世代の無責任である。質の高い住宅ストックを目指す意味でも既存不適格建築物を次の世代に残さないというルールが必要である。

Ⅱ．フェミニズムの論点から

また、性差もある意味このマンションの正義の問題に影を落としている。被災マンションである宝塚第三コーポラスに10数年間たった一人で住んでいた宝川さんは、身よりもなく天涯孤独だという。現地の被災マンション居住者団体の「被災地クラブ」がまとめた冊子を読むと、中にこういう件（くだり）がある。「私が集会に出席すると、大勢の男の人が立ち上がり、『おんなのくせにおまえだけが賢いと思っとんか』『男をばかにするなよ』などと罵声を浴びせられるようになりました。」[165]とある。その他、女性だからということで行政の対応も御座なりであったことが窺われるのである。

高齢者でしかも寡婦である場合は特に深刻で、受け取っている年金の額も少なく、さらに新たな追加融資をしてもらえる可能性も少ないことで、物理的に建替えには参加できないということになる。また、こうした人たちは、（訴訟によって）争う「力」もなく、最初から開発業者の圧力に屈してしまい、建替え決議に賛成を表明して立ち退かなければならないという、まさに法制度が想

共性』（東京大学出版会、2006）〔宇佐美〕の発題Ⅲに詳しい。世代間責任を「責任ある自我」による将来配慮がなされた政策へ転換することが必要だと説く。また、鈴村興太郎編『世代間衡平性の論理と倫理』（東洋経済、2006）において、「現在世代と将来世代との間には『非同一性問題』が横たわって」いて、「現在世代は将来世代に対して支配にもとづく責任を有している」〔長谷川晃〕第12章　306頁。

[165] 前掲注39〔宝川福江〕98頁

定しない状況[166]が生まれているのである。

もう一つ、合意形成において指摘しておきたいのは、管理組合において、ほとんど理事・理事長といったメンバーが男性で構成されている点である。原因として、男性が区分所有者（名義人）である比率が高いことがあげられるのだが、マンションにおけるコミュニティの中心である女性がある程度の比率で理事の構成員となるべきであろうと私は考える。理事長の多くが「女性理事が入ると話がまとまらなくなる」「理事会の話がすぐ広まってしまう」など、どうも女性軽視ともとれる考えがあり、重要案件を決定する場面で合意形成がうまくいかない一つの要因となっているように思うからだ。すでに、男女同権から「もはや、同権は当たり前になったのか、“男女平等”といわれるようになり、最近は“平等”から“参加・参画”へと変わってきている」[167]のに、高齢者を中心とする管理組合ではこのアイデンティティが理解されていないことが多いのだ[168]。マンションのコミュニティを支えているのは女性であるから、女性のアイデンティティ[169]を軽視することなく、昨今のフェミニズムの思想を「標準管理規約」に盛り込むようなことも必要となってくるのではないかと考えるのである。つまり、女性部会というような理事会より下位の位置で扱うのではなく、理事のうち少なくとも数人は女性を入れるなどの配慮が必要だと私は考えている。

今回は問題提起にとどめるが、先述した「世代間の問題」も含め、この「フェミニズム問題」へのアプローチ[170]は、「エスニシティ」[171]（本稿では取り上げ

---

166 注67参照。

167 大谷恭子『共生の法律学』（有斐閣選書、2000）258頁。

168 例えば ナンシー・フレイザー／仲正昌樹監訳『中断された正義』（御茶ノ水書房、2003）266-267頁。

169 個人的には、女性の本質的アイデンティティを否定するところからフェミニズムを捉える思考法（例えば野崎綾子『正義・家族・法の構造変換－リベラル・フェミニズムの再定位』（勁草書房、2003）がある。）に賛同するが、まず、高齢男性が牛耳る管理組合に風穴を開けるところから始めていかなければならない。

170 フレイザー前掲書注168 299-300頁以降において、ナンシー・フレイザーの、アイリス・マリオン・ヤングの『正義と差異のポリティクス』における抑圧の分類に関する部分は、女性区分所有者においてもあてはまる。

171 老朽化マンションの賃貸化、スラム化が進めば、管理上の問題が顕在化す

ていないが）の問題とも絡み合って、今後マンションの問題を考える上で新たなアプローチとなってくると思う。

終章

昨年（2008年）12月12日、2005年の11月以来３年もの間、廃墟と化した380戸の団地の最後の住人であった老夫婦が大阪地裁の強制執行により「千里桃山台第二団地」を追われた。せめて最高裁の判断がなされるまでとの願いも叶わなかったのである。障害があり車椅子でなければ外出できない身体でありながら５階の居室に拘った。本当ならいの一番に賛成をするはずではなかったのか。老夫婦の悔しさもさることながら、あらためて日本の持家政策[172]は正しかったのか、区分所有権の創設は正しかったのかと逡巡してしまう。確かに区分所有権は完全な所有権ではない。だからといって現状では「利用権」方式まで一足飛びで導入されるのはそれこそコンセンサスが得られないであろう。

哲学者のガストン・バシュラールは『空間の詩学』で、「もしも家がなかったならば、人間は散乱した存在になるだろう。」[173]と記している。また、現象学的地理学の立場からエドワード・レルフは「住まいの場所は全く人間存在の基礎であり、すべての人間活動の背景となるだけでなく、個々人や集団に対して存在保証とアイデンティティを与える」[174]とし、住まいを強制収用され転居を余儀なくされた人々の多くに、「痛々しい喪失感、……絶え間ない渇望、ど

るものと考える。

[172] 住田昌二・西山夘三記念すまい・まちづくり文庫『西山夘三の住宅・都市論－その現代的検証』第二章〔森本信明執筆〕（日本経済評論社、2007）において、近代住宅計画の草分け的存在である西山が「資本主義社会の住宅問題は、すべての階層の人びとに人間らしい住宅を提供することが出来ないというところから出発している。それを『住宅を所有する』ということで解決できるような幻想を与えているのが持家主義である」と考えていたことがわかる。そして、「持家主義は自民党がしかけたワナだ」と断じているのも興味深い。

[173] ガストン・バシュラール／岩村行雄訳『空間の詩学』（ちくま学芸文庫、2007）49頁。

[174] エドワード・レルフ／高野岳彦・阿部隆・石山美也子訳『場所の現象学』（ちくま学芸文庫、2006）109頁。

うすることもできない無力感、……失った場所を理想化する傾向……を合わせもった悲嘆、……」[175]という感情的反応が見出されると論じた。それだけに「終の棲家」を奪われることは人間の命の問題でもあるのだ。

千里ニュータウンではこの団地の他にも後に続く建替えを実現すべく集会が行われている。しかし、いまは未曾有のマンション不況下にあり、株価の低迷に喘ぐ開発業者が巨額の開発利益を見込んで事業化できたとしても目論見どおりに収益をあげることができればいいが、計画倒れに終わってしまう危険性もある。こうした業者が倒産したマンションでは、価格の下落、アフターサービス、瑕疵担保責任、そして管理の心配がつきまとう。現在は、「適正化法」が整備されているので、バブル崩壊後のように管理不能になるようなマンションはないであろうが、区分所有者のマイホームに対する「不安」は量りしれない。

分譲マンションの購入者の多くは、マイホームであることを疑ってはおらず、そこを「終の棲家」であると信じ余生を送っている人も多いはずである。彼らにとって、それは苦労して長期のローンを組んで掴んだ「住まい」であり、長年培ってきた景観であり、コミュニティである。それが、投資目的に区分所有者となった者が多数意思を構成することで、まだ十分に住み続けることのできる「住まい」を奪われてしまうことが、社会経済政策上「公共性」があるのだとしたらやりきれないものがある。

法は、幸福、生存を守ってくれるものではないのだろうか。訴えれば人間関係が破壊され、「村八分」のような状態に置かれるという危険性がマンションにはあるようである。「集団的エゴイズム」[176]が形成され、それがあたかも「公共性」と勘違いされてはいまいか。誰もが、安心して住んでいたいのである。借家ではない、れっきとしたマイホームであるにもかかわらず、いつ追われる

---

[175] レルフ前掲書注165　107頁。「住まいが強制収用されたボストンのウエストエンド地区から市内の他の場所に転居させられた人々のグループの反応を調査した精神科医フリード」による報告を紹介している。また、ボストンの「押出し転居」については、吉田前掲書注30　第一部第二章に触れられている。

[176] 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003）269頁。「集団的エゴイズムは、利己性の自覚がないだけに個人的エゴイズムよりも御し難い力を振るう」としている。井上はこの著書で「法は正義への企てであって、幸福への企てではない。しかし、正義への企てであることによって法は人々の多様な幸福追求を可能にし、その公正な調整を図る」としている。

かもしれないという「怖れ」を感じながら暮らすのは堪えがたいことであろう。

以上、本稿では、老朽化マンションの建替え制度を対象として、近時の建替え円滑化に向けた立法的改正で念頭に置かれる「マンション居住者の私的自治」という前提について、若干の批判的検討を行ってきた。現場の居住者（多くは高齢者）が直面するのは、不完全なルール形成、投資家的区分所有者との鬩ぎ合い、集団的エゴイズム、開発業者からの不当な圧力（加えて区分所有権補償の不十分さ）等という諸問題であった。ここにおいてわれわれは、「終の棲家」としてのマンション居住の意義に定位した－安易な私的自治・多数決追認ではない－少数居住者の権利保護の法理の再検討にも目を向けて、その法理彫琢の継続を今後の課題としていかなければならないと考える。

（了）

判例研究

英米法判例研究

会沢　恒

District of Columbia v. Heller, 128 S. Ct. 2783 (2008)

――合衆国憲法第2修正が銃の保持を個人の権利として保障しているとした判決――

アメリカ合衆国が銃社会であるというのは人口に膾炙する描写である。その象徴として合衆国憲法第2修正[1]が人民による武器の保持について規定していることもまたしばしば指摘されるが、同条項にかかる判例は僅少であったため、その趣旨は必ずしも明確ではなかった。しかし、コロンビア特別区（首都ワシントン；以下“D.C.”）の銃所持規制法に関する、2008年6月のD.C. v. Heller判決は、第2修正が銃所持を個人の権利として保障している旨、初めて明言した。かかる重要性を持つ判決であることから、ここで紹介する。

【主要判旨】

1．第2修正は個人が銃を保持する権利を保障している。
2．かかる権利は無制約ではなく、伝統的に行われてきた規制を撤廃するものではない。
3．本件D.C.の規制は違憲な規制に当たる。

---

[1] U.S. CONST. amend. Ⅱ（規律ある民兵は、自由な国家の安全にとって必要であるから、人民が武器を保持する権利は、侵してはならない。(A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.)）.

【事案】

D.C. 法は拳銃の所持を原則として禁止している。未登録の銃器の携帯は禁止され、拳銃の登録は認められていない。また、一般に拳銃の携帯は禁止されるが、警察は期限1年の携帯許可を発することができる。合法に所持している銃については、分解するか、弾丸を抜き取るか、トリガーロック等を施して保管しなければならない。

Heller は警察官であり勤務中の拳銃の携帯を認められていた。自宅での銃の保持を求めて許可を申請したが拒否された。そこで Heller は、第2修正に基づいてこれらの執行の差し止めを求めて出訴した。

【法廷意見】

Scalia 執筆。Roberts、Kennedy、Thomas、Alito 同調。

第2修正の前段[2]は後段[3]の目的を示すが、限定はしていない。

独立期の理解に照らした後段の文言解釈によれば、まず、“the Right of the People”とは個人の権利であることを示す。また、“Arms”とは武器一般を指し、軍事上の兵器に限定されない。さらに、“bear Arms”とは、武器の携帯一般ではなく、暴力的対決のために武器を携帯することを指すが、民兵としての組織的活動に限定されるものではない。

中世以来のイギリス、及び植民地時代のアメリカの経験に照らすと、武器を保有することは個人の権利として独立以前から認識されてきたし、後段はそのような権利を保障している。

前段の、“Militia”とは全ての壮健で武器を帯びることのできる男性を指しており、“State”は「州」の意味に限定されない。前段は目的を示すが、唯一の目的として後段を限定するものではない。独立期においてはむしろ、自衛や狩猟の目的が重要であった。第2修正を民兵としての活動に関するものとしてのみ読むことは、連邦議会が民兵を規律する権能を保持している以上、背理である。

---

[2] “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State ...” 以下同じ。判文では“prefatory clause”と呼ばれている。

[3] “... the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.” 以下同じ。判文では“operative clause”と呼ばれている。

同時期に採択された州憲法、その後の注釈、判例法もこの解釈を支持する。奴隷解放運動に関連して自衛のための武装の権利が説かれ、南北戦争後も黒人に対する武器の保持の禁止が問題として意識されていた。

連邦最高裁の関連判決も個人の権利としての理解に反するものではない。反対意見の依拠する Miller 判決[4]も専ら規制される武器の種類に依拠した判断であり、民兵に関連した活動か否かは関係ない。

個人の権利としての武器を保持する権利は無制約ではない。本判決は第2修正の保障の範囲を検討するものではないが、武器を隠し持つことの規制、犯罪者や精神障害者による、あるいは（学校や政府庁舎等）配慮の要求される（sensitive な）場所における火器の所持の禁止、火器の取引における条件等の規制といった、伝統的な規制に疑問を投げかけるものではない。

第2修正の保護が及ぶのは、「その時点における一般的な（common use at the time）」[5]武器に限られ、「危険で異常な武器（dangerous and unusual weapons）」には及ばない。

現代戦において主要な兵器の禁止が認められるとすれば、前段と後段の乖離が生じることになるかも知れないが、このことが権利についての解釈を変じることはない。

自衛の権利が第2修正の中核にはあり、アメリカにおいて広く好まれている拳銃という武器を自宅に保持し、自宅と家族の防衛のために使用することを禁じることは、審査基準の如何にかかわらず合憲とはなり得ない。

本件 D.C. 法ほど厳格な規制は歴史的にも他にない。D.C. 側は他の武器は認められているとするが、拳銃は自衛の武器としてアメリカ人の最も好むものであり、これを完全に禁じることはできない。本件 D.C. 法が保管中の銃を使用不可能にするよう求めている点についても、自衛に使用できないとするものだから違憲である。

控訴審は許可制度については無効としなかった。Heller に対して許可が与えられれば救済としては十分であるから、許可制度については検討しない。

---

[4] United States v. Miller, 307 U.S. 174 (1939).

[5] “[A]t the time” の基準時は本件判示からは読み取れないが、これは Miller 判決からの引用であり、そして Miller 判決ではこの文言は民兵招集時の意で使われている。

【Stevens 反対意見】

Souter、Ginsberg、Breyer 同調。

独立期の人々の関心は民兵制度にあった。

自衛や狩猟といった他の目的が第２修正にはないことは、同時期の州憲法には含まれていることと対照をなす。第２修正前段は後段の意味を画する。“[O]f the people”の文言は民兵以外のコンテクストに権利を拡大するものではない。

イギリスの権利章典はアメリカ建国者のそれとは異なる関心の下で採択されたものであるし、民兵に関連付ける限定句はない。

第２修正採択後の注釈は、関係ないか、むしろ民兵論を支持する。

南北戦争後の立法は限定された重要性しか持たないし、また（黒人）民兵の武装解除の問題を取り扱っていた。

独立期の制定法によれば、武器の保持はむしろ義務であった。

19世紀の先例[6]によれば、第２修正は武器を保持する権利など与えておらず、禁止の名宛人も連邦議会である。

20世紀に入ってからの銃規制立法も特段の反対も受けずに成立している。銃規制に対して第２修正に基づいた無効主張ができないことは、確立しており異論なきものであった。Miller 判決は民兵と非民兵の区別に基づいて下されたものだし、そこでは本件で法廷意見の検討した資料が既に検討済みである。

法廷意見はテクストと歴史に基づかず、確立した了解を覆して新たな権利を宣明し、立法者が利用可能な政策の選択肢を奪っている。

【Breyer 反対意見】

Stevens、Souter、Ginsberg 同調。[7]

自宅での自衛目的も含め、銃規制は植民地時代からなされてきた。

原告の主張する厳格審査を法廷意見は採用していない。また銃規制に関連した政府の利益は市民の生命と安全等のやむにやまれぬ利益であるから、理論上

---

[6] United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876); Presser v. Illinois, 116 U.S. 252 (1886).

[7] 両反対意見は同調する裁判官の顔触れが同一であり、実質的には、権利性と許される規制の範囲について分担執筆されたものと読んでよいだろう。

の厳格審査基準の採用であっても、実践的には規制がもたらす負担についての利益のバランスを審査することになる。かかる利益のバランシング審査を採用すべきであるし、そうした先例もある。この場合、一般に立法部の判断を尊重すべきであるが、最終的な判断は裁判所が下す。

免許要件については判断しない。保管条件規制については自衛の例外を認め得るので、よって憲法判断を回避すべきである。法廷意見は植民地期の規制については黙示の自衛の例外を読み込みながら、本件 D.C. 法についてはそうしていない。

登録要件については、まず本件規制採択当時及び現在の状況に照らすと、D.C. 政府が対応しようとしている銃による重大な被害という問題の存在が認められるし、かかる規制は効果的ではないとの原告らの指摘についてはそうした政策決定は立法部の持つ立法裁量に委ねられる。

第 2 修正の目的の内、規律ある民兵の確保、狩猟等のレクリエーションについては、本件規制によって特に影響を受けない。

自衛目的については影響を及ぼすといえるが、政府目的達成のための他の手段はなく、また不均衡な負担とまではいえない。目的に合致した規制であるし、そもそも自衛目的というのは二次的な目的である。独立期のフロンティアと現代の都市とでは生活のあり方が異なる。独立期当時も都市では規制があったし、当時、拳銃はポピュラーな武器ではなかった。明確な基準の不在は訴訟を招く。

法廷意見の議論は根拠が薄弱だし、現代への適用としても不適切である。

【若干のコメント】

A．冒頭で触れた通り、第 2 修正については判例自体が少なく、その性質について明言した最高裁による判例法はなかった。下級裁判所及び多数説においては、同条項は州の民兵に関する条項であるとの理解が一般的だったと言えよう[8]。他方、アメリカにおける銃の伝統を重視する全米ライフル協会（National Rifle Association）に代表される銃所持擁護団体は、個人が銃を所持することを同条項が権利として認めていると主張してきた。本判決は、この論点をめぐって、連邦最高裁がいよいよ判断を下した、2007-08年度開廷期の最重要判決の一つ

[8] この問題に関する日本語での検討として、富井幸雄『共和主義・民兵・銃規制――合衆国憲法修正第二条の読み方』（昭和堂、2002年）参照。

である。

裁判官の顔触れからして、武器保持を個人の権利として認めた上で、規制の余地を広めに残す、という辺りが落とし所だろうと思われたが、ほぼそれに沿った判断だといえる。

それでは解釈論としてはどうかと問えば、文言解釈という点ではStevens反対意見のほうが説得的なように読むが、前後の歴史の流れへの定位という点では法廷意見のほうに迫力がある、というのが筆者の全般的な評価である。

第2修正の前段はそれ自体が目的の不明確な条項であり、同様のものは合衆国憲法中、他にあまり見当たらない。法廷意見はこれを実質的に空文化してしまったわけだが、それを言えばStevens反対意見のほうも（現代のコンテクストに照らすと）第2修正全体を空文化する解釈ではある。「法文のあらゆる文言が意味を持つべき」との解釈原則に照らせば、いずれの見解も五十歩百歩ではある。[9]

B．法廷意見、反対意見の双方に、解釈の態度に捻れがあるように見受けられる[10]。

法廷意見を構成した諸裁判官は、普段、憲法の原意を強調するわけであるが、今回はそちらの側が19世紀における理解を強調している。

これに対し、今回反対意見に廻った諸裁判官は“living Constitution”の考え方を強調することが多いわけだが、そうした裁判官が専ら独立期に焦点を合わせ、その後の展開をあまり重視していない。「生ける憲法」の考え方を一貫させるのならば、仮に条項の採択当初は個人の権利としては認められていなかったとしても、その後の歴史によってそのように理解されるように至った、とする可能性が開かれるはずである。例えばAmarは、独立期における第2修正の意義として民兵との関連を強調する一方で、（第14修正採択時期を含め）19世紀を通じて――権利のコモンロー的ないし自然権的理解を背景に――個人の権利としての武装の観念が広まっていたことを指摘している[11]。かかる歴史理

[9] 第14修正の特権・免除条項のように、実質的に空文化した条項なら他にもある。

[10] *See* Reva B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in* Heller, 122 HARV. L. REV. 191 (2008).

[11] AKHIL REED AMAR, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION (1998).

解に従うとすれば、原意よりは生ける憲法こそが銃保持の個人権性を支持するはずである。そう解しないのは何故なのか、という疑問が生ずる。

C．他方、法廷意見における歴史への依拠の仕方も、適切なのか、という感もある。

C．1．そもそも、裁判所がその権威を以てこのような形で歴史を書くこと自体が、ある種、公定の歴史を書く、という営為に見えるが、それは如何なものであろうか。他の歴史の見方は如何なる地位に立つのか。もっと慎重であっていいのではないか。[12]

C．2．より具体的な歴史の見方についてだが、法廷意見は歴史の検討の分析を権利章典から始める。そこではチャールズ２世、ジェームズ２世による政敵の追い落としが主たる関心であった。ここでは、封建的自由人 vs 絶対王政型王権、中世 vs 近世という対抗が主題である。

アメリカ独立期においては、少数派が牛耳る連邦政府の常備軍による人民の抑圧を民兵組織が牽制する、という構図が想定された。ここでは、執行権=常備軍（傭兵を含む） vs 国民一般の軍事動員・国民軍の創設、近世 vs 近代という対抗が主題である。

そして、（フロンティアを含む）領域 vs 現代型都市、顔の見える地域社会 vs 隣人とは会ったこともないアパート、近代 vs 現代という対抗がある。

法廷意見の歴史描写は確かに迫力があるのだが、それぞれのエピソードの間にはズレがあるのではなかろうか。中世－近世－近代－現代という位相の差を、本当に法廷意見のように一貫したものとして描写することができるのか、疑問が残らざるを得ない。

C．3．英国権利章典を議論の出発点に据えることは、ある種のアイロニーを帰結する。

英国権利章典の関心は、王権が反抗的な政敵を武装解除することを防ぐことにあった。ここでは危険は王権からやってくる。

他方、本判決は自衛のために武器を保持する権利を認めたわけだが、この場

---

[12] *See, e.g.,* Cent. Va. Cmty. College v. Katz, 546 U.S. 356 (2006)（異なった歴史理解に基づいて法廷意見と反対意見が反対の結論に到達）. *Compare* Lawrence v. Tex., 539 U.S. 558 (2003) *with* Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

See also Saul Cornell, *Originalism on Trial: The Use and Abuse of History in* District of Columbia v. Heller, 69 Ohio St. L. J. 625 (2008).

合、自衛の対象たる危機はどこか他からやってくる。犯罪者かも知れないし、野生動物かも知れないし、独立期であれば先住民かも知れないし、外敵かも知れない。

英国権利章典的コンセプトに従えば、執行権に抗する者こそが、武装の権利を認められるべき中核ということになる。そうだとすれば――思考実験のために極論するわけだが――、最も強く権利を保障されるべきは合衆国政府に敵対するテロリスト、ということになるのではなかろうか!?（抵抗権！）

本判決は、第２修正の権利の保護は「法を遵守する、責任ある市民（law-abiding, responsible citizens）」[13]にのみ及ぶとされているが、このコンセプトからすると背理、ということにすら、なる。[14]

C．4．独立期のフロンティアの状況を想定していた第２修正が、現代の都市的生活に適合し得るのか、という疑問はBreyerも提出している。

この緊張は法廷意見も認識していないものではない。意見の末尾では

> 我が国における銃問題は当裁判所も承知するところであり、銃の所有の禁止が解決策となることを信ずる多くの法廷助言者によって提起された懸念を真摯に受け止めるものである。……我らが常備軍が我が国民の誇りであり、高度に訓練された警察隊が個人の安全を提供し、そして銃による暴力が深刻な問題である社会において、第２修正は時代遅れであると考える人々がいることは間違いない。このことは恐らく議論の余地があるであろうが、議論の余地なきことは、第２修正の廃絶を宣明することは当裁判所の役割ではない、ということである。[15]

としている。

かつて連邦議会がD.C.に適用される法を直接に立法していた頃は、地方部出身の議員の賛成が得られず銃規制法が通らなかった。D.C.が立法の自立性を確立してまず行った作業の一つが本件立法であったという。[16]本件の結論は、にもかかわらず、という皮肉である。都市と領域との相互理解の困難さを浮き

---

[13] *Heller, supra,* 128 S. Ct. at 2821.

[14] あるいは英国絶対王政において違法だったのは国王側だから矛盾しない、ということか。法の支配！

[15] *Heller, supra,* 128 S. Ct. at 2822.

[16] District of Columbia Self-Government and Governmental Reorganization Act, P. L. 93-198, 87 Stat. 774, D. C. Code §1-201 *passim* (1973).

彫りにしているものといえるかも知れない。

しかしこの点、Breyer の批判も弱い。一方で前述のように指摘しながら、他方で「独立期の人々も都市において銃規制をしていた」と論じる。独立期と現代との差異を強調するのか、共通性を強調するのか、曖昧になってしまい、自ら主張を弱めてしまっている。

D．具体的な保護範囲についてであるが、法廷意見は、第2修正の保護範囲は無限定ではなく、「合法な目的のために遵法精神ある市民によって典型的に保有された（typically possessed by law-abiding citizens for lawful purposes）」武器にのみ及び[17]、「自宅での自衛のためにアメリカ人の選択する最もポピュラーな武器（the most popular weapon chosen by Americans for self-defense in the home）」を禁止してはならない[18]とする。

これに対して Breyer 反対意見はかかる概念の不明確さを批判する。この批判は理解できるが、あまり的を射ていない。

というのも、批判に際しては前提として、これらの判示を機能的な概念として把握しているわけだが、法廷意見においてはそのようなものとしては扱われていない。法廷意見におけるこれらの判示は、機能的なものとしてではなく、実体を伴ったものとして扱われている。このように言われて中身（外延）をイメージできる者は、法廷意見が腑に落ちる。要するにアメリカ人の銃に対する信仰が告白されているのであり、必ずしも言語化されない、かかる文化的 convention が（密？）輸入されている。

従って、例えばダガーナイフを規制したとしても恐らくは合憲とされるであろう[19]。

E．大統領選挙の選挙戦の最中に、論争的な争点について最高裁は上訴を採り上げ、判断を下した。もっとも、共和党大統領候補であったマケインのみならず、当時民主党の大統領候補の指名を争っていたオバマも、本判決の結論を歓迎する見解を表明している[20]。

---

[17] *Heller, supra,* 128 S. Ct. at 2816.

[18] *Id.* at 2818.

[19] *Cf. Maloney, supra* note 30（NY 法によるヌンチャクの規制）.

[20] Linda Greenhouse, Justices, Ruling 5-4, Endorse Personal Right to Own Gun, N.Y. Times, June 27, 2008.

最高裁が憲法上の権利としての銃保持を承認したことで、本判決は保守派版の Roe v. Wade 判決[21]のような位置づけになるように考えられる[22]。そうなると、「権利」をめぐる議論状況が入り組んでくると予想できる。一方の権利を擁護して他方の権利を擁護しないというのは、不可能なポジションではなかろうが、かなり特定的な社会構想に依拠した主張にならざるを得ないから、正当化のハードルは上がる。[23] [24]

本件法廷意見は明示的に規制の余地を残しており、実際問題としては現行の銃規制が一挙に流動化するということはないだろう。しかし、Roe 判決後の中絶問題の展開に照らしてみれば、D.C. 自体も含め各地の政府は、可能な規制を求めて諸々の施策を案出していくのだろう。そしてそれらが訴訟で争われていくことになる[25]。

---

[21] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). 女性が妊娠中絶を受けることを第14修正・デュー・プロセス条項上の権利として承認。

[22] *See* Cass R. Sunstein, *Second Amendment Minimalism:* Heller *as* Griswold, 122 Harv. L. Rev. 246 (2008).

[23] 本判決が俎上にあがる前の時点では、むしろ、こうした点を見越して（Roe 判決の維持に関心を持つ）リベラルの側から第２修正の個人権的理解について積極的に議論が提出されていた。Sanford Levinson, Comment, *The Embarrassing Second Amendment,* 99 Yale L. J. 637 (1989) がその嚆矢とされる。*See also* Carl T. Bogus, *The History and Politics of Second Amendment Scholarship: A Primer,* 76 Chi.-Kent L. Rev. 3 (2000).

[24] もっとも、既に出てきている保守陣営からの論評には、本文で指摘したように Heller 判決を Roe 判決とパラレルに位置付けつつ、前者を（も）批判する、というものがある。即ち、Roe 判決同様に、憲法上不安定な権利をあると言ってしまった、司法積極主義的な判決だ、と。Richard A. Posner, *In Defense of Looseness, The New Republic,* Aug. 27, 2009; J. Harvie Wilkinson Ⅲ, *Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law,* 95 Va. L. Rev. 253 (2009). *See also* Adam Liptak, Ruling on Guns Elicits Rebuke From the Right , N.Y. Times, Oct. 20, 2008. Posner や Wilkinson といった保守派法曹の重鎮が Heller 判決を司法積極主義な判決として批判するということは、「保守」とは何かという問いの試金石でもある。憲法解釈方法についての、法理論的、もっと言えば政治構想的な側面を強調するのか、あるいは、アウトプットの社会状態を重視する、社会的保守の立場を強調するのか、という分岐である。

[25] D.C. 同様の厳格な規制を有しているシカゴを初め、各地で既に訴訟となっ

今後の展開においては、本判決が「自衛目的で」銃器を保持することの権利性を認めたことを、どこまで強く読むかがポイントとなるだろう。例えば、ある市の条例が市内の公共空間における拳銃の携帯を禁じた場合に、「自衛目的だから」と違憲を主張するのはどうだろうか。一応、法廷意見は武器の携帯に対する規制の合憲性を仄めかしてはいるが。

仮に公共空間における銃の携帯の規制が許されるとすると、本判決の判示事項の要素としては「自宅 home」の問題系が重要性を持つことになる。これは第4修正[26]の問題領域とも重なり、さらにはプライバシーの問題系へと連なっていくことになる[27]。本判決法廷意見の構成員はその可能性を認識しているだろうか。

F．本件は連邦直轄地たる D.C. にかかる事件であるから、第2修正が直接に問題となる。州に対する権利として編入[28]されるかは全く判断されていない。法廷意見の判示や力点の置き方からすると、編入を認めることを仄めかしてはいる。[29]これについては、近い将来に予想される最高裁の構成の変化にも影響を受けることが考えられ、注視が必要であろう。[30] [31]

ところで、銃所持の権利性という論点がそもそも問題となるのは、連邦政府

ている。 *See* cases cited in *infra* note 30.

[26] U.S. CONST. amend. Ⅳ（不合理な捜索および押収または抑留に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、破られてはならない。（The right of the people to be secure in their persons, *houses*, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated...））(emphasis added).

[27] *See* Michael C. Dorf, *Does* Heller *Protect a Right to Carry Guns Outside the Home?*, 59 SYRACUSE L. REV. 225（2008）.

[28] 編入理論（incorporation theory）については差し当たり、松井茂記『アメリカ憲法入門』（第6版、有斐閣、2008年）135～138頁参照。

[29] なお、最初から第14修正のデュー・プロセス条項の問題であったため、編入の論点は Roe 判決においては存在しなかった。

[30] *Compare* NRA of Am., Inc. v. City of Chi., 567 F.3d 856（7th Cir. 2009）（編入を否定）；Maloney v. Cuomo, 554 F.3d 56（2nd Cir. 2009）（同） *with* Nordyke v. King, 563 F.3d 439（9th Cir. 2009）（編入を肯定）.

[31] 先に触れた Amar のような理解によれば、むしろ第14修正のほうこそが採択時点で個人権的見解を前提としていたことになる。

が――編入が認められるとするとより一般に、政府が――、銃の所持に対して規制を加えようとするからである。

政策的・実践的にも理論的にも興味深い問いは、同様の規制を――形式的には被規制者の“同意”に基づいて――私人が行ったらどうなるか、というシチュエーションであろう。例えばある民間アパートで、「武器を室内に保管する場合には、管理人室で登録したものに限り、また、分解等、無力化しておくこと」という規約が定められていた場合、どうなるか[32]。あるいは地域社会一般に拡張して、ある地域一帯が制限的約款（restrictive covenant）の手法を使って同様の施策を講じたらどうか[33]。このような場合にShelley判決のルール[34]は適用されるであろうか。

[32] 恐らくその代償として、入口には24時間武装した警備員が常駐するといった対応が執られるのだろう。

[33] この場合の代償は、頻繁な警備員の巡回、などといったものだろう。さらにその先には、gated communityがある。

[34] Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948). 私人間の、人種差別的な土地利用約款につき、裁判所による執行を政府行為として規制。

執筆者紹介（掲載順）

加藤雅俊	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専任講師
水野吉章	関西大学法学部専任講師
鈴木一人	北海道大学大学院法学研究科准教授
小島（石神）圭子	北海道大学大学院法学研究科博士課程
五十嵐元道	北海道大学大学院法学研究科博士課程 日本学術振興会特別研究員
辻康夫	北海道大学大学院法学研究科教授
南部孝幸	北海道大学大学院法学研究科博士課程
関炳老	韓国全南大学校法科専門大学院助教授
山崎左紀子	北海道大学大学院法学研究科博士課程
稲垣美穂子	北海道大学大学院法学研究科博士課程
会沢恒	北海道大学大学院法学研究科准教授

平成21年７月25日　印刷
平成21年７月31日　発行

編集人　高見　進

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
常本照樹

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. 60 July 2009 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

'The Varieties of the Welfare State' Reconsidered: Towards the New Typology of the Welfare State ☆ ····· Masatoshi KATO 1

Die Einwilligung des Verletzten (9)
—— Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil ——
····· Youko SATO 51

Reexamination of the Grounds for Fraudulent Transfer Law (5)
—— From the theoretical perspectives ——
····· Yoshiaki MIZUNO 452[1]

NOTES

Framework of the Counter Terrorism Measures of the European Union
····· Kazuto SUZUKI 121

Community Organizing and the Changing Ecology of Civic Engagement in America
—— Barack Obama and The Challenge of Movement Building ——
····· Keiko (ISHIGAMI) KOJIMA 143

The Origin of International Trusteeship (3) : From Empires to International Organizations ☆ ····· Motomichi IGARASHI 193

Future of Religion in the Western Civilization
—— A review of Charles Taylor, *A Secular Age* (Harvard University Press, 2007) —— ····· Yasuo TSUJI 402[51]

Reconsidering Law and Justice at the End-stage of Decrepit Condominiums
—— Critical Analysis of the Recent Law Reform about Condominium Reconstruction —— ····· Takayuki NANBU 380[73]

MATERIAL

Actualities and Problems of the Constitutional Justice in South Korea
····· Byeong-Ro MIN 227

CASE NOTE

Note on Public Law Case ····· Sakiko YAMAZAKI 257
Note on Civil Law Case ····· Mihoko INAGAKI 271
Note on Anglo-American Law Case ····· Hisashi AIZAWA 306[147]

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆···Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan