HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第65巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 65(6)
Issue Date	2015-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/58373
Type	journal
File Information	lawreview_vol65no6.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 65 巻　第 6 号

論　説

倒産手続下での労働者代表の関与
—— 現行法の状況と改正に向けた課題 —— …… 池　田　　悠　　1
罪数論と一事不再理効の関係の再構成（１）
——「かすがい」、集合犯を中心として —— …… 倪　　潤　614[1]
アメリカにおけるコミュニティの組織化運動（４・完）
—— ソール・アリンスキーの思想と実践 —— …… 石　神　圭　子　572[43]
中国の民事裁判における当事者の地位に関する考察（３・完）
—— 処分権への制限を手がかりに —— …… 王　　冊　536[79]
国籍の役割と国民の範囲 — アメリカ合衆国における
「市民権」の検討を通じて（７・完）…… 坂　東　雄　介　476[139]
アメリカにおける歴史的環境保全の法的研究（２）
…… 小　幡　宣　和　426[189]
中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（２）
…… 李　　妍　淑　390[225]

シンポジウム

日仏シンポジウム：
フランス私法および司法制度における最近の動き …… ジョエル・モネ　29
第１部　フランス相続法と家族企業の承継 …… 上向輝宣・張子弦　訳
町村　泰貴　監訳
モネ教授の講演に対するコメント（１）…… 藤　原　正　則
モネ教授の講演に対するコメント（２）…… 篠　森　大　輔
第２部　弁護士の研修について — フランスでは、どうやって弁護士になるのか？
…… 白取　祐司　訳
第３部　フランス法における商事裁判所 …… 町村　泰貴　訳

講　演

司法の使命と役割・学説の使命と役割 …… 藤　田　宙　靖　81
韓国のロースクール制度実施５年間の評価について …… 朴　　溶　佑　330[285]
李　妍淑　訳

研究ノート

イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護（２・完）
—— 錯誤による弁済を中心に —— …… 橋　本　　伸　107
日本と中国を含む北東アジア地域の環境問題の解決のため、国際法は役に立つのか
—— 国際法・国際法学の限界と可能性 —— …… 児矢野　マ　リ　298[317]

資　料

帝国公証人条令（1512年）邦訳 …… 田　口　正　樹　266[349]
〈北大立法過程研究会報告(1)〉
フランスの立法過程における議会多数派の役割 … ジュリィ・ベネッティ　246[369]
徳永　貴志　訳
〈北大立法過程研究会報告(2)〉
権力分立の理論 …… ジュリアン・プドン　230[385]
佐藤吾郎・徳永貴志　訳

判例研究

社会保障判例研究 …… 川久保　　寛　210[405]

雑　報

北海道大学法学会記事

＊　　＊　　＊

林田清明教授の経歴と業績 …… 長谷川　　晃　161
岡田信弘教授の経歴と業績 …… 常　本　照　樹　179

2015(平成27)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷　襄兒（経済法）
五十嵐　清（比較法）
伊藤　大一（行政学）
今井　弘道（法哲学）
臼杵　知史（国際法）
大塚　龍児（商法）
小川　晃一（政治思想史）
小木曽　浩三（法史学）
奥田　安弘（国際私法）
神原　勝（行政学）
小菅　茂男（行政法）
小山　芳太郎（法史学）
近藤　昇一（民事訴訟法）
笹田　栄司（商法）
東海林　邦彦（憲法）
杉原　泰雄（国際法）
瀬川　信久（民法）
曽野　和明（比較法）
高見　勝利（憲法）
高見　進（民事訴訟法）
道幸　哲也（労働法）
中村　睦男（憲法）
中村　研一（国際政治）
長井　長信（刑法）
畠山　武道（行政法）
林　脩造（商法）
稗貫　俊文（経済法）
深瀬　忠一（憲法）
福永　有利（民事訴訟法）
藤岡　康宏（民法）

古矢　旬（アメリカ政治史）
松澤　弘陽（政治思想史）
松村　良之（法社会学）
宮本　太郎（比較政治経済学）
山口　二郎（行政学）
山畠　正男（民法）
吉田　克己（民法）

教授

會澤　恒（比較法）
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）
岸本　太樹（行政法）
○桑原　朝子（日本法制史）
○児矢野　マリ（国際法）
○権左　武志（政治思想史）
○佐々木　雅寿（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　一人（国際政治経済学）
鈴木　賢（比較法）
曽野　裕夫（民法）
空井　護（現代政治分析）*
田口　正樹（法史学）
田村　善之（知的財産法）
辻本　康夫（政治学）
常本　照樹（憲法）
中川　寛子（経済法）

長谷川　晃（法哲学）
林田　清明（法社会学）
藤原　正則（民法）
眞壁　仁（日本政治思想史）*
町村　泰貴（民事訴訟法）
松久　三四彦（民法）
水野　浩二（法史学）
宮脇　淳（行政学）
山崎　幹根（行政学）*
山下　竜一（行政法）
山本　哲生（商法）
吉田　邦彦（民法）
吉田　広志（知的財産法）
亘理　格（行政法）

特任教授

池田　茂徳（法実務基礎）
榎本　光宏（民事実務）
大川　哲也（法実務基礎）
木下　尊氏（民事実務）
岸田　洋輔（刑事実務）
西村　恵三子（刑事実務）

准教授

池田　悠（労働法）
伊藤　一頼（国際法）*
郭　舜（法制度論）
川村　力（商法）
櫛橋　明香（民法）
栗原　伸輔（民事訴訟法）
小濱　祥子（アメリカ政治史）*
佐藤　陽子（刑法）
田中　啓之（行政法）*
中川　晶比兒（経済法）

中島　岳志（アジア政治論）
西村　裕一（憲法）
根本　尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
前田　亮介（日本政治史）
○緑　大輔（刑事訴訟法）
三宅　新（商法）
村上　裕一（行政学）*
山木戸　勇一郎（民事訴訟法）
○山本　周平（民法）*
吉田　徹（ヨーロッパ政治）*

講師

高　影娥（民法）
徐　行（比較法）
白鳥　潤一郎（国際政治）
米田　雅宏（行政法）

助教

五十嵐　元道（国際政治）
石神　圭子（アメリカ政治史）
王　万旭（商法）
小幡　宣和（行政法）
郭　薇（法社会学）
佐藤　結美（刑法）
千田　航（ジョナサン・エドワード・ゾル）（日本政治史）
丁　文杰（比較政治学）
橋場　典子（知的財産法）
比良　友佳理（法社会学）
李　妍淑（知的財産法）（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

林田清明教授は本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

ここに同教授の肖像を掲げて、多年にわたる本研究科へのご貢献に対し、厚く感謝の意を表します。

北海道大学大学院法学研究科

林田　清明　教授

岡田信弘教授は本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

ここに同教授の肖像を掲げて、多年にわたる本研究科へのご貢献に対し、厚く感謝の意を表します。

北海道大学大学院法学研究科

岡田　信弘　教授

論　説

倒産手続下での労働者代表の関与

――現行法の状況と改正に向けた課題――

池田悠

目　次

一　労働者代表による手続的関与の必要性
（一）問題状況
（二）労働者の従属性

（三）労働力の集団性
二　手続的関与の状況
（一）現行法に至るまでの状況
（二）現行法における手続的関与
（三）手続的関与の状況
三　手続的関与の対象となる労働者代表
（一）定義と労働基準法上の過半数代表との異同
（二）各法における定義の相違
（三）過半数組合が存在しない場合の手続
（四）小括
四　意見聴取する場合の方法
五　手続的関与の効果
六　検討

一　労働者代表による手続的関与の必要性

（一）問題状況

労働契約関係の存立には、労働者の相手方当事者となる使用者の存在が必要不可欠である。しかし、景気の変動、産

業構造・需給構造・人口構造の変化、国家政策の変更、経営者の不正あるいは単純な経営判断の失敗により、使用者は時として容易にその存続を脅かされ得る。これは、バブル経済崩壊後の二〇年超の間、わが国が直面してきた状況を見れば明らかである。近年に至っても、いわゆるリーマン・ショックによる二〇〇八年末以降の景気後退に伴う倒産件数の増加は記憶に新しく、二〇一〇年には日本航空グループ三社（一月一九日、会社更生手続開始）、ウィルコム（三月一二日、会社更生手続開始）、日本振興銀行（九月一三日、民事再生手続開始）、武富士（一〇月三一日、会社更生手続開始）などサービス業分野での大規模倒産事件が相次いで、社会的関心を呼んだ。その後、二〇一一年には林原グループ四社（三月七日、会社更生手続開始）、二〇一二年にはエルピーダメモリ（三月二三日、会社更生手続開始）、二〇一四年には白元（六月五日、民事再生手続開始）など、製造業大手の倒産事件も相次ぎ、もはや倒産は日本有数の大企業も含めて特殊例外的な事象ではない。そして、当該倒産手続が、再建目的を第一に掲げる再建型であるか、清算目的を第一に掲げる清算型であるかを問わず、使用者において倒産手続が開始されるということは、労働契約関係の存立基盤である使用者の存続を脅かす事態である。

このように、労働契約関係の存立を左右する倒産手続が日常茶飯事となっている中で、倒産手続における労働者の取扱いが重要な問題として注目されている。しかし、債権者が弁済されていない債権の存在を以って倒産手続に関与し、倒産手続の帰趨を決する機会を付与されるのに対し、労働者は各労働者が未払い賃金などの倒産手続に従って弁済されるべき債権を有していない限り、同様な地位を享受し得ない。また、たとえ労働者が未払い賃金を有していて、債権者として倒産手続に関与することが認められるとしても、各労働者の保有する債権額は多くの場合、僅少であり、倒産手続に有意義に関与できるとは思われない。何より、労働関係には、他の一般的な取引関係にある債権者との関係には見られない従属性や集団性があるため、倒産手続において、労働者を単なる一債権者として取り扱うことで足りるのかは

問題である。

（二）労働者の従属性

そこで、労働者の従属性という観点においては、労働者が担保権の設定を通じて自らの労働債権を保全する余地に乏しいことから、労働債権に対して法定担保権である一般先取特権が広範に認められ、倒産手続下でも優先的な処遇が保障されている。具体的には、民法上の一般先取特権の被担保債権である債権は「一般の先取特権その他一般の優先権がある債権」として、倒産手続における財産分配上の優先権が保障されるところ、現在の民法では「使用人」が有する「雇用関係に基づいて生じた債権」（民法三〇八条）全般について一般先取特権の被担保債権となることが認められているため、労務提供の直接の対価である賃金（給料）はもちろん、労働者が有する「雇用関係に基づいて生じた債権」である限りは、かつて議論のあった退職金も、全額について一般先取特権が認められる。さらに、身元保証金の返還請求権、労務提供の必要経費に関する費用償還請求権、労働基準法上の解雇予告手当請求権や労災補償請求権、安全配慮義務違反に伴う損害賠償請求権など、[1]およそ「雇用関係から生じた債権」は、全額が一般先取特権の被担保債権になると解されている。したがって、現在の民法三〇八条に基づいて一般先取特権の対象となる労働債権の範囲は、任意の社内預金[2]など例外的な場合を除き、極めて広範である。

加えて、労働者は、一般に債権者として行動するための十分な情報を保持していないという実情に鑑みて、一九九〇年代終盤から二〇〇〇年代前半にかけて立て続けに実施された倒産法改正時に、労働債権の届出が必要になる可能性が高い破産法と会社更生法において[3]、労働債権の届出に向けて必要となる情報提供を努力義務として管財人に課すことで、

債権の届出にかかる労働者の負担を軽減するよう措置が講じられ、個人としての労働者の特殊性に一定の配慮がなされている（破産法八六条、会社更生法八〇条の二）。このような、労働者における情報の不足に伴う債権届出の困難さに対して、これまでは管財人との間での団体交渉を通じて情報提供を求めることで労使間の自主的な解決を期待するほかなかったところ、管財人の団体交渉応諾義務が曖昧であることで必ずしも十分に情報提供されない場合があるという労働側の指摘を受けて、当初は管財人の団交応諾義務を明確化するよう求められていた。これに対し、管財人の団交応諾義務を明文化するのではなく、債権届出の便宜を図るという限度に限って、団交中でなされるような労働者に対する情報提供の義務を、努力義務という形で明文化したものである。(4)

（三）労働力の集団性

他方、労働力の集団性という観点からは、労働者を一債権者として取り扱う限界が如実に表れる。というのも、未払い賃金などの債権を有していない場合には、時として債権者以上に倒産手続に利害関係を有する集団である労働者が倒産手続における意思決定から排除されることになる。また、未払い賃金などの倒産手続に服する債権を有している場合にも、個人として労働者が保有する債権は多くの場合に僅少であるため、頭数だけが多い労働者を倒産手続上の意思決定に関与させることによって、倒産手続の円滑な進行を阻害する恐れがある。(5)

このように、労働力の集団性に鑑みると、労働者は未払い賃金などの債権の有無に関わりなく、集団的な形で労働者を倒産手続上の意思決定に関与させることが有用と言える。とりわけ、事業を継続しながら第一次的に再建を目指す再建型倒産手続における労働者は、労働者集団として見ると、単に一債権者集団を構成するのみならず、再建に不可欠な

事業活動の継続を担う主体でもあり、再建目的の帰趨を握っていると言っても過言ではない。同時に、再建型倒産手続における労働者は、事業の継続に向けて必要とされる可能性が高いコスト削減とも無関係ではなく、労務コストを削減する目的の下に集団的な労働力調整としてなされる整理解雇や労働条件変更の対象になることが予定されていることから、削減される対象である将来的な労務コストを仮定すれば、労働者集団は巨大な債権者であり、再建目的との関係では既存の債権を有する債権者以上の利害関係を有している。そのため、倒産手続に対して、単なる債権者とは異なる特殊な法的地位に立つ労働者を、倒産手続過程においてどのように集団的に関与させるかが問題となる。

二　手続的関与の状況

（一）現行法に至るまでの状況

この点、現行の倒産法制では、再建型・清算型のいずれにおいても、労働組合等の労働者代表[6]に対して、一定の場合に、倒産手続における手続的な関与権が保障されている[7]。このような、労働組合等の労働者代表に対する手続的関与権は、二〇〇二年に改正される前の旧会社更生法において、一九五二年の制定当時から、更生計画案の作成に関して労働組合等からの意見聴取が認められていたところに端を発する。もっとも、明文ではないものの、会社更生手続においては、更生計画案の作成以外の場面でも、必要に応じて労働組合等からの意見聴取が行われていたとされている[8]。反面、同じ倒産法制でも、破産法・和議法及び商法上の特別清算・会社整理においては、労働組合等の労働者代表という存在はそもそも想定されず、結果として労働者代表に対する倒産手続上の関与権も特に規定されていなかった。これは、労

働組合を設立する根拠となる労働組合法や過半数代表概念を有する労働基準法など、労働者代表の存在を法的に基礎づける現在の主要な労働法制が戦後に展開したのに対し、大正期に相次いで制定された破産法・和議法及び一九三八年の商法改正でイギリス法に倣って新設された商法上の特別清算・会社整理は、いずれも戦前に制定され、戦後も大規模な法改正を受けることが無かったため、労働者代表という新たな法主体の存在を取り込むに至らなかったものと思われる。

このように、労働者は倒産手続との関係で特殊な法的地位に立つものの、倒産手続に対する関係では、戦後に制定された会社更生法に限って、更生計画策定段階で意見聴取される機会が保障されていたに過ぎない。そして、会社更生法で認められた限定的な手続的関与権を除いては、未払い賃金など倒産手続に服する債権がある場合に限って債権者としての手続的関与権が保障されるにとどまり、その法的地位の特殊性に着目して、労働者の倒産手続に対する関与を特別に認めるような規定は存在しなかった。その意味で、法的に言えば、労働者は、倒産手続上の意思決定からほとんど排除されていたと言わざるを得ない。

ところが、その後、倒産法制の抜本的見直しが唱えられるに至り、一九九九年に和議法を廃止して民事再生法[9]が制定されたのを皮切りに、二〇〇二年には、旧会社更生法が全面改正[10]され、再建型倒産手続の整備が先駆けて行われた。さらに続いて、二〇〇四年の現行破産法制定[11]に伴う旧破産法の廃止[12]によって清算型倒産手続の整備も行われ、二〇〇五年の会社法制定[13]に伴って、商法上の特別な再建型倒産手続である会社整理制度が廃止され、商法上の特別の清算型倒産手続である特別清算制度だけが大改正された上で残された。このような、一連の倒産法改正の結果として、戦後一貫して会社更生法のみに存在していた労働者代表の倒産手続に対する手続的関与権が、関与の対象となる事項を大幅に拡充された上で、全面改正された会社更生法においてはもちろん、同じ再建型である民事再生法、さらに部分的には、破産法及び会社法上の特別清算という清算型倒産手続にまで拡張されている。

（二）現行法における手続的関与

その結果、特に再建型倒産手続である民事再生法及び会社更生法においては、倒産手続の開始決定段階（民事再生法二四条の二、会社更生法二二条一項）から、事業譲渡の許可（民事再生法四二条三項、会社更生法四六条三項三号）、再建計画の作成・認可（民事再生法一六八条、一七四条三項、会社更生法一八八条、一九九条五項）までに至る、手続過程の主要なあらゆる段階において、労働組合等の労働者代表に対して意見聴取や意見陳述など手続的関与の機会が付与されている。

まず、（ⅰ）民事再生法においては、（イ）①民事再生手続の開始申立てがあった場合（二四条の二）[14]、②再生計画外の事業譲渡を行うために裁判所が許可をする場合（四二条三項）、③再生計画案が裁判所に提出された場合（一六八条）、④破産手続において民事再生手続への移行が申し立てられた場合（二四六条三項）には、当該申立てを却下・許可すべきことが明らかな場合を除いて、裁判所による労働組合等からの意見聴取が定められている。また、（ロ）⑤一定の場合[15]に開催される財産状況報告集会において（一二六条三項）、及び、⑥裁判所が再生計画の認可すべきかどうかに関して（一七四条三項）、労働組合等には意見陳述権が認められている。そして、（ハ）⑦債権者集会が開催される場合（一一五条三項）、⑧簡易再生の決定があった場合の再生計画案について決議するための債権者集会期日等の決定があった場合（二一二条三項）、⑨再生計画の認可・不認可の決定があった場合（一七四条五項）には、裁判所は労働組合等に通知しなければならない。また、⑩再生債務者等が簡易再生・同意再生の申立てをする場合は、労働組合等に対して通知しなければならないものとされている（二一一条一項、二一七条六項）。

また、（ⅱ）会社更生法においては、（イ）①会社更生手続の開始申立てがあった場合（二二条一項）、②更生計画外

の事業譲渡を行うために裁判所が許可をする場合（四六条三項三号）、③更生計画案が裁判所に提出された場合（一八八条）、④破産手続及び民事再生手続において会社更生手続への移行が申し立てられた場合（二四六条三項）には、当該申立てを却下・許可すべきことが明らかな場合を除いて、裁判所による労働組合等からの意見聴取が定められている。さらに、（ロ）⑤債権者集会の一種である財産状況報告集会において（八五条三項）、または、財産状況報告集会が開催されない場合、裁判所から通知を受けた上で、裁判所による管財人の選任について（八五条四項）[16]、及び、⑥裁判所が更生計画の認可すべきかどうかに関して（一九九条五項）、労働組合等には意見陳述権が認められている。そして、（ハ）⑦債権者集会が開催される場合（一一五条三項）、⑧更生計画の認可・不認可の決定があった場合（一九九条七項）には、裁判所は労働組合等に通知しなければならないものとされている。

これに対し、（ⅲ）清算型倒産手続の一般法である破産法においては、（イ）①事業譲渡の許可に際して労働組合等が意見聴取の対象となる（破産法七八条四項）ほかは、（ハ）②破産手続の開始決定（破産法三二条三項四号）と③債権者集会期日（一三六条三項）について、労働組合等に対する通知が規定されているにとどまる[17]。

ただし、債権者集会の通知がなされる場合には、単なる通知にとどまらず、会議体の当然の性質として、当該債権者集会への出席及び発言が許されると解されている[18]。そして、再建型倒産手続において債権者集会が開催される場合も、労働者代表の意見陳述権が明文で認められている財産状況報告集会を除いては、労働者代表に対して通知がなされるにとどまるものの、同様に会議体の当然の性質として、労働者代表は債権者集会への出席及び発言が許されると思われる。その意味では、再建型倒産手続における財産状況報告集会を含めて、債権者集会が開催される場合、労働者代表に対して認められる手続的関与権のレベルは、再建型倒産手続の場合と破産手続の場合とで異なるところではない。

他方、（ⅳ）清算型倒産手続の特別法たる会社法上の特別清算においては、株式会社のみに対して簡易迅速な清算方

法を認める立法趣旨から、手続全体が簡素に構成されており、（イ）①事業譲渡の許可に際して労働者代表が意見聴取の対象となる（会社法八九六条二項）以外には、特に労働者代表の手続的な関与が認められていない。

（三）手続的関与の状況

このように、倒産手続下での労働者代表の手続的関与には、大きく分けて（イ）裁判所が行う意見聴取、（ロ）裁判所に対する意見陳述権の付与、（ハ）裁判所による通知の三通りに分かれる。いずれにおいても共通するのは、労働者代表に対する手続的関与の相手方（義務の名宛人）は、簡易再生・同意再生の申立てにかかる通知を除くと、基本的に倒産手続を管轄する裁判所であり、実際の倒産手続を遂行する管財人や再生債務者との関係で規定されたものではない点である。その結果、特に労働組合に関して言えば、労働組合法上の使用者に該当する限りにおいて管財人や再生債務者に対する関係で認められる団体交渉権[19]と、倒産手続上の手続的関与権とは、相手方当事者が異なるため、別次元の手続的権利として両立するものと解される。

また、手続的関与の規定された範囲を見るに、清算型倒産手続と比較した場合、再建型倒産手続においては、労働者代表に対して意見聴取等の手続的関与権が広範に認められている。これは、再建目的の達成に向けて不可欠な「労働者の協力」を確保し[20]、また、その情報提供を受けることが再建に向けて有益であるため[21]として説明されている。したがって、清算型倒産手続における、労働者代表の手続的関与権がなお限定されているのは、再建目的の有無（換言すると、「労働者の協力」の要否）という手続的な性質の差異に基づくものである[22]。そのため、清算型倒産手続においても、一種の「再建」手続となる事業譲渡の場面に限っては、事業の継続が前提となることから「労働者の協力」を不可欠と認め、再建

型倒産手続の場合と同様の手続的関与権として意見聴取の機会が保障されているものと理解できる。

三　手続的関与の対象となる労働者代表

（一）定義と労働基準法上の過半数代表との異同

手続的関与の対象となる労働者代表は、いずれの法律においても「労働組合等」と規定されている。具体的には、民事再生法においては、「再生債務者の使用人その他の従業者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、再生債務者の使用人その他の従業者の過半数で組織する労働組合がないときは再生債務者の使用人その他の従業者の過半数を代表する者」（二四条の二括弧書）、会社更生法においては、開始申立て時の意見聴取について、「開始前会社の使用人の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、開始前会社の使用人の過半数で組織する労働組合がないときは開始前会社の使用人の過半数を代表する者」（二二条一項）、その他の手続的関与について、「更生会社の使用人の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、更生会社の使用人の過半数で組織する労働組合がないときは更生会社の使用人の過半数を代表する者」（四六条三項三号括弧書）、破産法においては、「破産者の使用人その他の従業者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、破産者の使用人その他の従業者の過半数で組織する労働組合がないときは破産者の使用人その他の従業者の過半数を代表する者」（三一条三項四号括弧書）、会社法上の特別清算においては、「清算株式会社の使用人その他の従業者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、清算株式会社の使用人その他の従業者の過半数で組織する労働組合がないときは清算株式会社の使用人その他の従業者の

過半数を代表する者」（八九六条二項括弧書）と定義されている。

このように、手続的関与権を保障される対象である労働者代表としての「労働組合等」は、各倒産手続において基本的に共通の概念によって捉えられており、規定の体裁自体は、労働基準法上の過半数代表（「労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者」）に類似したものとなっている。しかし、労働基準法上の過半数代表が事業場単位で過半数であることが求められるのに対し、倒産手続上の労働者代表である労働組合等については、いずれも使用者を全体として見て過半数を保持していることが求められる点[23]で、労働基準法上の過半数代表とは労働者の過半数を算定する基礎となる分母が異なる。

（二）各法における定義の相違

また、会社更生法においては、労働者代表の選出母体として「使用人」概念が用いられ、労働基準法上の過半数代表の選出母体である労働基準法九条の労働者概念[24]と一致するものとして理解されている[25]。これに対し、民事再生法をはじめとする他の倒産手続では、労働者代表の選出母体が「使用人その他の従業者」と規定されているため、会社更生法において「使用人」が労働基準法上の労働者に一致すると理解されてきた解釈に倣うのであれば[26]、「使用人」である労働基準法上の労働者以外に「その他の従業者」なるものが、労働者代表の選出母体に含まれることになる。そこで、「使用人」以外に「従業者」は観念し得ないとして、定義が曖昧で誤解を招く表現だと批判する見解が存在するほか[27]、会社更生法上の「使用人」概念と会社更生法以外の「使用人その他の従業者」概念の相違を無視し、両者を共通の概念として捉える見解も存在する[28]。

この点、民事再生法の解説においては、労働者代表の選出母体として、「企業に雇用されるすべての者はもとより、派遣社員も含まれる」[29]と解されている。このうち、「企業に雇用されるすべての者」とは、使用者である企業に直接雇用されている労働者を意味すると解されるため、「使用人」である労働基準法上の労働者を捉えているものと言える。したがって、このような解釈は、「その他の従業者」として、使用者から直接雇用されていないために、当該使用者との関係で労働基準法上の労働者には該当しない[30]「派遣社員」を特に含める解釈として理解できる。もっとも、会社更生法においては、一九八五年に労働者派遣が一部解禁される前に制定された旧法から、一貫して労働者代表の選出母体に「使用人」という用語が用いられているため、会社更生法上の「使用人」概念について労働基準法九条に規定された労働者を意味すると理解する学説も、労働者代表の選出母体から派遣労働者を排除し、民事再生法と異なる範囲として捉えるよう意図して唱えられたものとは解されない。したがって、昨今の倒産法改正で労働者代表の手続的関与権が新設された民事再生法や破産法などにおいて、派遣労働者を含めることを念頭に「使用人その他の従業者」という文言が用いられたにもかかわらず、会社更生法だけが現行法においても労働者代表の選出母体として「使用人」という文言を用いているのは、旧法の文言をそのまま転用したに過ぎず、文言の相違によって労働者代表の選出母体を異なるものとして定義する趣旨までは含意されていないように思われる。

また、前述した通り、労働者代表の手続的関与権を認めた趣旨は、労働基準法上の過半数代表のように、事業場ごとに労働基準法の強行性を排除するための労使協定を締結するに当たって、当該事業場における労働者の意思を集団的な形で反映させることが有用と考えられたというものではなく、使用者の倒産手続において、当該使用者の下で就労する労働者の意思や労働者の保有する情報を参考にすることが、倒産手続の円滑な進行に当たって有用と考えられたところにある。そして、派遣労働者も派遣先の維持継続という意味で使用者の事業継続に対して一定の利害を有し、かつ、派

遣先である使用者で現実に就労して情報を保有している可能性もあることを併せ考えると、使用者から直接に雇用されていないとしても、派遣労働者を労働者代表の選出母体に含めて理解することは、労働者代表の手続的関与権を認めた倒産法の趣旨にも合致するように思われる。

（三）過半数組合が存在しない場合の手続

次に、倒産手続に入った使用者において労働者の過半数を組織した過半数組合が存在しない場合における労働者代表たる過半数代表者の選出手続に関しては、いずれの法律においても特段の規制が存在しない[31]。そして、倒産法の解説では、過半数組合または過半数代表者のいずれの意味における労働者代表も存在しない場合が存在することを正面から肯定しつつ、そのような場合には倒産手続下での労働者代表からの意見聴取の必要がないものとして理解する見解が多々見られる[32]。これは、再建型倒産手続の開始申立てに当たって、過半数組合または過半数代表者がいる場合は、申立書の任意的記載事項として記載が求められていることから（民事再生規則一三条六号イ、ロ[33]、会社更生規則一二条八号イ、ロ[34]）、申立書に記載がない場合には、手続的関与の相手方が存在しないものとして捉える理解と思われる。

しかしながら、他方で、倒産法の学説では、倒産手続において手続的な関与の機会を保障される労働者代表は、労働基準法施行規則六条の二に倣って選出されるものを意味するとも理解されている[35]。そして、労働基準法施行規則六条の二は、労働者の過半数を組織する労働組合が存在しない場合に過半数代表となる過半数代表者を選出するための手続を定めた規定であり、また、選出される過半数代表者は常設の労働者代表機関になるものではなく、あくまで当該選出手続の際に明示されていた事項についてのみ労働者代表として行動できるに過ぎない。そのため、仮に労働基準法施行規

則六条の二の定めるところに倣うのであれば、労働者の過半数を代表する過半数組合が存在しない場合には、倒産手続下で労働者代表の手続的関与が必要になる場面において選出手続を履行して過半数代表者を選出することが求められることになる。したがって、労働基準法施行規則六条の二の定めるところに倣うのであれば、倒産法の解説にしばしば見られるように、過半数組合または過半数代表者のいずれの意味における労働者代表も存在しない場合というのは、法的に存在し得ない状況となる。このように、労働基準法施行規則六条の二に従うと解する限り、労働者代表としての過半数組合が存在しない場合には、手続的関与の必要に応じて、労働者代表たる過半数代表者を選出しなければならないため、倒産手続における労働者代表の手続的関与権を保障する対象が存在しないという事態は生じ得ないのである。

もっとも、倒産手続下における手続的関与権を保障される過半数代表者の選出に当たって、労働基準法施行規則六条の二に倣うとされていることの意味するところは、実際のところ必ずしも明らかではない。というのも、倒産手続下の労働者代表は、大きく以下の二点において、労働基準法上の過半数代表とは選出の目的が異なると解されるからである。

まず、倒産手続下での労働者代表は、①倒産手続の進行に当たって労働者の意思や労働者の保有する情報を参考にすることを目的に選出され、②第一次的には倒産手続を管轄する裁判所との関係で認められている手続的関与の当事者となる。これに対し、労働基準法上の過半数代表は、①労働基準法の強行性を排除する労使協定の締結に当たって集団的な労働者の意思を反映させるための労働者代表であり、②使用者との間で労使協定を締結する主体として選出されるものである。そのため、倒産法上の手続的関与権の対象となる労働者代表を労働基準法施行規則六条の二に倣って選出するとしても、労働基準法の強行性を排除する労使協定を使用者の相手方当事者として締結するという、労働基準法上の過半数代表に特有の法的性質に由来する手続的規制は、倒産法上の労働者代表の選出手続には適用されないものと解される。

そこで検討するに、まず、労働者の意思や労働者の保有する情報を参考にするという倒産法上の手続的関与を認める趣旨や裁判所との関係で認められる手続的関与である点に照らすと、使用者と経営上一体であることが労使協定の締結当事者として相応しくないという理由により、労働基準法施行規則六条の二において労働者代表としての適格性を否定されている管理監督者であっても、倒産手続下での労働者代表としての適格性を当然に否定されるいわれはないように思われる。このほか、労働基準法施行規則六条の二では、協定事項ごとの過半数代表者選出が必要とされているところ、倒産手続に関与する労働者代表は、実務上、手続的関与の場面に応じて個別に選出されるというものではなく、手続の開始段階における労働者代表が申立て段階から倒産手続の終結段階まで一貫して倒産手続上の労働者代表として行動するものと理解され、一種の常設機関として取り扱われている。これも、倒産法上の手続的関与を認める趣旨に照らすと、個々に労働者代表を選出しないでも、労働者の意思や労働者の保有する情報を参考にするという倒産法上の目的は達成し得ると実務的に理解しているものと解される。また、倒産手続上の労働者代表の手続的関与権は、基本的に倒産手続を管轄する裁判所との関係で認められているところ、実際の倒産手続を進行する管財人や再生債務者とは異なり、裁判所が手続的関与の都度労働者代表を選出するのは、履行に困難を伴うという事情も寄与しているように思われる。

他方、労働者の意思や労働者の保有する情報を参考にするという趣旨に鑑みると、倒産手続下での労働者代表であっても、何らかの民主的選出プロセスを通じて労働者代表が選出されたことを求め、また、選出された労働者代表を使用者の不利益取扱いから保護するという点においては、労働者代表として当然に要請される規範と言えるため、労働基準法施行規則六条の二が同様に妥当するところと思われる。このように、倒産法上の手続的関与権を保障される対象である労働者代表の選出に当たって、労働基準法施行規則六条の二に倣うとされていることの意義は判然としないものの、倒産手続上の労働者代表に対して手続的関与権を認めた趣旨や手続的関与の相手方が裁判所である点に鑑みると、民主

的な選出手続の要請と不利益取扱いからの保護の要請に収斂されるものと解される。

（四）小括

このように、手続的関与権を保障される対象の労働者代表たる「労働組合等」は、各倒産手続において基本的に共通の概念によって捉えられ、定義自体は労働基準法上の過半数代表に準じた文言が採用されている。しかし、事業場ごとに選出される労働基準法上の過半数代表とは異なり、使用者ごとに選出される点で倒産手続上の労働者代表は選出母体が大きく異なる。

また、労働者代表の定義自体も、必ずしも明確なものとはなっていない。まず、第一に、労働者代表の選出母体となる労働者の範囲をめぐっては、労働基準法上の労働者概念と一致するとされる「使用人」概念を旧法の制定以来一貫して用いている会社更生法と、派遣労働者なども含まれると理解されている「使用人その他の従業者」概念を用いている民事再生法その他の法律との間で、概念が一致するか否か疑問の余地がある。ところが、倒産法における解説は、法律ごとの縦割り状態の解説にとどまり、労働者代表の選出母体としていかなる範囲の労働者（さらには、労働者以外の就業者）を含めるか、法律相互間の文言の相違を踏まえて十分に検討されているとは言いがたい。

第二に、過半数を代表する過半数組合が存在しない場合に倒産手続上の手続的関与権を保障される対象となる過半数代表者をめぐっては、労働基準法上の過半数代表者のような選出手続が法定されていない。そのため、過半数組合はもちろん過半数代表者さえ存在しないという場面を正面から認め、倒産手続下で労働者代表を個別に選任してまで意見聴取などの手続的関与権を保障する必要性を否定する見解も存在する。他方で、過半数代表者の選出手続は、労働基準法

上の過半数代表者の選出手続である労働基準法施行規則六条の二に倣うと解する見解も存在する。しかし、労働基準法上の過半数代表者と倒産手続上の労働者代表の選出目的が異なることに鑑みると、労働基準法施行規則六条の二に倣う意義は、管理監督者に関する代表適格性の否定や手続的関与ごとに個別の労働者代表を選出すべきところには及ばず、民主的な選出手続の要請と不利益取扱いからの保護の要請にとどまるように思われる。このように、労働基準法施行規則六条の二に倣うか否かを問わず、倒産法上の手続的関与権を保障される労働者代表の選出手続は明らかではなく、実務上もうやむやに処理されている可能性が高いと言わざるを得ない。

四　意見聴取する場合の方法

労働者代表から意見聴取する際の方法についても、やはり特段の規制は存在しない。したがって、意見聴取を行う裁判所の広範な裁量が許されるとされ、裁判所自ら意見を直接に聴取する場合に限らず、書面による聴取、管財人を通じた聴取、さらには関係人集会における発言や議事録等に基づいて労働者代表の意見を裁判所が把握することでも足りると解されている[36]。たとえば、東京地裁においては、書面照会によるもの、関係人集会において意見を聴取するもの、審尋形式で意見を聴取するものの三通りがあるとされている[37]。そして、実務上は、裁判所自ら労働者代表の意見を聴取するのではなく、日常的に労働者と接する管財人や民事再生法上の監督委員（民事再生法五四条一項）を通して、間接的に意見を聴取していることが多いと言われている。

五　手続的関与の効果

倒産手続下における労働者代表の手続的関与には、大きく分けて（イ）裁判所による意見聴取、（ロ）裁判所に対する意見陳述権の付与、（ハ）裁判所による通知の三種類が存在する。このうち、（ハ）通知は、債権者集会の開催が通知される場合に、当該債権者集会への参加権と債権者集会での意見陳述権を伴うと解釈上理解されているものの、それ以外の通知に関しては、何らかの法的効果を伴うものではない。次に、（イ）裁判所が労働者代表から意見を聴取した場合や（ロ）債権者集会等において労働者代表が意見を陳述した場合も、労働者代表の意見に対して、他の債権者が拘束されるものでないのはもちろん、裁判所や管財人・再生債務者も何らかの拘束を受けるものではない。その意味で、倒産手続下における労働者代表の手続的関与権は、手続的に関与させることそれ自体にのみ関心を置いており、具体的な法的効果を伴うものとして認められているものではない。

もっとも、労働者代表からの意見をもとに、裁判所が職権を発動することは妨げられない。具体的には、手続開始申立て段階の意見聴取では、手続開始決定をしないことや管財人の選任について配慮することができるとされている。また、事業譲渡段階の意見聴取においては、事業譲渡の許可・不許可の判断に（事実上ではあるものの）大きな影響を及ぼすものとされ、とりわけ再建型倒産手続である民事再生法と会社更生法では、事業譲渡の「必要性」が裁判所による事業譲渡の許可に当たって必要とされるため、労働者代表からの意見聴取の結果が「必要性」判断において反映される可能性も高い[38]。また、再生計画・更生計画の策定段階で意見聴取された場合や認可段階で意見陳述された場合には、労働者代表の意向に基づいて計画の修正を命じ、あるいは最終的な計画を認可しないこともできるとされている。

他方で、労働者代表が、法定された手続的関与の機会を与えられなかった場合の効果も、やはり特段規定されていない。その結果、倒産手続下においては法律が特に認めた場合に限って利害関係人から不服を申し立てることができるため、法定された手続的関与の機会を労働者代表が与えられなかったとしても、それ自体について労働者代表が独自に不

服申立てをすることは許されないことになる。こうして、倒産法上の労働者代表に対する手続的関与の機会が与えられなかった場合や不十分な機会しか与えられなかった場合も、再建型倒産手続における再建計画の不認可事由となり得るにとどまると理解されている[39]。そうすると、再建型倒産手続と異なり、再建計画の認可手続がない清算型倒産手続においては、倒産手続との関係で認められる救済はおよそ存在しないことになる。

六　検討

清算型にせよ再建型にせよ、倒産手続は労働関係に重大な影響を及ぼす。そして、倒産手続が日本で日常的な事象となる中、倒産手続下における労働者の取扱いが注目を集めている。ところが、前述した通り、一連の倒産法改正前において、倒産手続下での労働者代表による手続的関与は、僅かに戦後に制定された会社更生法において、更生計画案の作成に関して労働者代表からの意見聴取が認められていたに過ぎない。

これに対し、一連の倒産法改正を経た結果として、倒産手続下における労働者代表の手続的関与は、その対象を大幅に広げられ、再建型倒産手続においては、手続の開始決定段階から再建計画の認可段階に至るまで手続のあらゆる重要な段階で、また、部分的ではあるものの清算型倒産手続においても、労働者代表の手続的関与が認められるに至っている。これは、倒産手続との関係で、時として債権者以上に利害関係を有している労働者について、その集団的な意思を倒産手続に反映させる必要性が認められ、そのための仕組みが設けられたという意味において画期的な方針転換と言える。そして、倒産手続下における労働者代表の手続的関与が拡大されたことは、「従業員の利益を保護する姿勢[40]」の表れと評価されているように、従来は、労働債権に対する財産分配上の優先権付与など、文字通りの実体的な手法を中心

にして倒産手続下での労働者保護が考えられてきたのに対し、手続的な手法による倒産手続下での労働者保護を試みる動きとして評価することもできる。

もちろん、一連の倒産法改正の結果として認められた労働者代表の手続的関与権も、労働者の意思が倒産手続に反映される制度的な担保はなく、裁判所の職権発動を促す程度にしか機能しない上に、たとえ手続的関与の機会を労働者代表に対して与えなかったとしても、労働者ないし労働者代表に不服申立ての機会が与えられることもない以上、現在の労働者代表の手続的関与権は不十分であるという批判[41]も十分に成り立ち得るところである。しかしながら、一連の倒産法改正前と比較する場合、（少なくとも法的な評価においては）倒産手続の蚊帳の外に置かれてきた労働者について、その意思を反映させる機会が倒産法制において明文で設けられるに至ったことは、その効果の不十分さに照らしてもなお重大な意義を有しているように思われる。これは、倒産手続外の使用者において、（少なくとも法的な評価としては）労働者の経営に対する関与を認めていない日本の会社法制や倒産手続外の労働法制と対比しても、独特で新しい試みということができる。また、現在の実務的な取扱いのように、裁判所が管財人や監督委員を通して間接的に労働者代表の意見を聴取する場合には、結果的に一種の労使コミュニケーションが図られるため、明確な規定のない倒産手続下での団体交渉を補完するような手続的意義も少なくないと思われる。

もっとも、現在の倒産手続下における労働者代表の手続的関与には、効果の不十分さという点を措いても、なお不十分な点が見られるところである。とりわけ、労働者代表の概念及び選出手続に関しては、倒産法上の規定の不十分さが目立ち、結果的に解釈も判然としない状況にある場合が多い。まず、労働者代表の選出母体となる労働者の範囲をめぐっては、「使用人」概念を用いている会社更生法と、「使用人その他の従業者」概念を用いている民事再生法その他の法律との間で、理解の統一が図られていると解しがたい。また、過半数組合が存在しない場合に倒産手続上の手続的関与権

を保障される対象となる過半数代表者をめぐっては、選出手続が法定されていないため、そもそも選任の必要性にさえ統一した理解が存在しない。そして、過半数代表者の選出手続について労働基準法施行規則六条の二に倣うと解する見解も、文言の類似性に基づく見解としての域を出るものではなく、労働基準法上の過半数代表者と倒産手続上の労働者代表とで選出目的が異なることに鑑みると、判然としない部分が多い。このように、一連の倒産法改正で労働者代表の手続的関与が広範に認められたにもかかわらず、そもそも労働者代表の概念自体が不明確なため、労働者の意思を反映させるという手続的関与の趣旨に見合った仕組みが用意されているとは評価しがたい。

また、倒産手続下で労働組合等の労働者代表が関与する場合、有意義に関与するには、関与の前提として倒産手続にかかる情報の提供を受けることが必要になる(42)。ところが、労働法上は、団体交渉の過程で、使用者の誠実団交義務の一環として、労働組合に対し情報提供される可能性があるにとどまる(43)。また、倒産法上も、破産手続と会社更生手続において、労働債権の届出に当たって管財人の労働者に対する情報提供努力義務（破産法八六条、会社更生法八〇条の二）が認められている点を除き、手続的関与の前提となる情報を労働者代表に提供するよう義務づける規定は存在しない。

この点、倒産手続の利害関係人に対しては、事件記録の閲覧（破産法一一条、民事再生法一一条、会社更生法一一条）が認められているため、倒産手続の利害関係人は自ら一定の情報を収集する余地がある。そして、個別の労働者が、労働債権を有するか、労働契約関係にある限りにおいて、倒産手続の利害関係人に該当することに争いはない(44)。一方、倒産手続下での手続的関与権は、労働組合が倒産手続に利害関係を有していることの反映として説明されているもの(45)の、労働組合が倒産手続の利害関係人に該当するか否かに関しては、見解の対立が存在する。すなわち、労働組合も倒産手続の利害関係人として明確に位置づける見解を採る学説や裁判例(46)が存在する一方、少なくとも手続的関与権の保障を以って、直ちに労働組合が倒産手続上の利害関係人になるものではないとする見解(47)も存在する。

このように、現行法では、倒産手続下で労働者代表の手続的関与が認められたにもかかわらず、労働者代表は、労働組合が労働者代表となる場合も含めて、関与の前提となる情報を有しないまま手続的に関与せざるを得ないことになりかねない。こうして、現行法において、労働者代表の手続的関与は、強力な法的効果を認められていない上に、関与を認められた労働者代表の代表性が曖昧であり、関与の前提となる情報の提供も保障されないため、手続的な手法を通じた労働者保護の試みとして未だ有意義なものとは評価しがたい。むしろ、現状では、専ら裁判所など、倒産手続を進める側が、必要に応じて労働者の意向を聴取し、あるいは労働者の保有する情報を利用するための制度にとどまっているように思われる。

（1）東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編著『民事執行の実務―債権執行編（上）〔第三版〕』（きんざい、二〇一二年）二四三頁、我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法―総則・物権・債権―〔第三版〕』（日本評論社、二〇一三年）五一九頁。

（2）任意の社内預金は、雇用契約関係とは独立した消費寄託契約上の返還請求権に過ぎず、一般先取特権の対象にはならないとする解釈が、一般的である（協同広告社破産管財人事件・札幌高判平成一〇・一二・一七判時一六八二号一三〇頁、中山恒三郎商店破産管財人事件・東京高判昭和六二・一〇・二七労民集三八巻五・六号五七一頁、小西康之「企業倒産と労働債権の確保」法律論叢七三巻四・五号（二〇〇一年）三〇八頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第三版〕』（有斐閣、一九九四年）三二九頁注一、上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法（六）』（有斐閣、一九八八年）二六一頁［森本滋］、大森忠夫ほか編『注釈会社法（六）〔増補版〕』（有斐閣、一九八〇年）四〇八頁［中馬義直］、田村諄之輔「賃金債権の確保と商法・会社更生法」ジュリ六〇八号（一九七六年）三三頁、宮脇幸彦＝時岡泰『改正会社更生法の解説』（法曹会、一九六九年）一七三頁、青山善充「会社更生法改正の方向とその内容―法律案要綱の検討〔Ⅰ〕」商事四二号（一九六七年）

二三頁、青木宗也「社内預金をめぐる法律上の問題点」季労五二号（一九六四年）四三頁）。ただし、一般先取特権の成立を認める学説も、少数ながら有力に存在する（大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第三版〕』（有斐閣、一九九二年）五一六頁注一、田中誠二『再全訂会社法詳論（下）』（勁草書房、一九八二年）八二一頁、石井照久『新版商法Ⅰ（三）』（勁草書房、一九六五年）七八五頁）。

（3）これに対し、民事再生法と会社法上の特別清算においては、一般先取特権の認められる債権は倒産手続の拘束を受けずに随時優先弁済される。したがって、「使用人」が有する「雇用関係に基づいて生じた債権」全てについて一般先取特権が認められる現在の民法三〇八条を前提にする限り、倒産手続下で労働債権の届出が必要となる状況はほとんど存在しない。

（4）伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣、二〇〇七年）一七〇－一七一頁［小川秀樹発言］。

（5）そこで、再建型倒産手続では、少額債権に対する弁済許可制度（民事再生法八五条五項、会社更生法四七条五項）の対象となって手続から排除される可能性があるほか、破産手続でも、給与債権に対する特別の弁済許可制度（破産法一〇一条一項）の対象になって手続から排除される可能性がある。

（6）現行法上、「労働組合等」は各倒産手続において基本的に共通の概念であり、枠組み自体は、労働基準法上の過半数代表に倣ったものとなっている。すなわち、破産者・更生会社等の従前の使用者において、労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者を意味する（破産法三二条三項四号括弧書、会社法八九六条二項括弧書、民事再生法二四条の二括弧書、四六条三項三号括弧書参照）。このほか、会社更生法二二条一項も、「労働組合等」という用語ではないが、同様の概念を用いている。

（7）ただし、意見聴取義務等の違反について、不服申立ては認められていない（破産法九条、民事再生法九条、会社更生法九条参照）。

（8）那須克巳「労働組合等の更生手続における処遇」判タ一一三二号（二〇〇三年）一七一頁。ただし、管財人との関係に関して言えば、管財人は労働組合法上の使用者に当たると解されるため、労働組合側は団体交渉として管財人に自らの意見伝達が可能であり、倒産手続上の意見聴取に団体交渉上の意見聴取と異なる独自の意義があったとは解されない。

（9）平成一一年法律第二二五号。

（10）平成一四年法律第一五四号。

（11）平成一六年法律第七五号。
（12）破産法附則二条。
（13）平成一七年法律第八六号。
（14）同条は、二〇〇二年の会社更生法改正時に新たに付け加えられた規定である。
（15）「再生債務者等若しくは第百十七条第二項に規定する債権者委員会の申立て又は知れている再生債権者の総債権について裁判所が評価した額の十分の一以上に当たる債権を有する再生債権者の申立てがあったとき」または裁判所が相当と認める場合に開催される（民事再生法一一四条）。
（16）この意見陳述は、書面によることが明示的に規定されている。
（17）また、再建型・清算型を問わず、個別の労働者にも一定の手続的な権利が保障されている場合がある（新谷眞人「倒産法制における労働者代表関与の意義と課題」労働一一三号（二〇〇九年）六二頁以下参照）。
（18）伊藤ほか編・前掲注（4）書一七〇頁［小川秀樹発言］。
（19）「倒産と労働」実務研究会編『詳説　倒産と労働』（商事法務、二〇一三年）四一八-四一九頁［小林譲二］。
（20）伊藤眞『破産法・民事再生法〔第三版〕』（有斐閣、二〇一四年）八三五頁、園尾隆司＝小林秀之編『条解民事再生法〔第三版〕』（弘文堂、二〇一三年）二三二-二三三頁［松下淳一］、山本和彦ほか『倒産法概説〔第二版〕』（弘文堂、二〇一〇年）四二五頁、四九〇頁、福永有利監修『詳解民事再生法』（民事法研究会、二〇〇九年）一三五頁［四宮章夫］、深山卓也編著『一問一答新会社更生法』（商事法務、二〇〇三年）一四頁。
（21）深山編著・前掲注（20）書一四頁。
（22）実務的には、清算型倒産手続が進行するにつれて労働者は全員解雇されている可能性が高まる中、労働者代表として関与を認め得るか問題が残ることも考慮されたと言われている（伊藤ほか編・前掲注（18）書一七〇頁［花村良一発言］）。
（23）「倒産と労働」実務研究会編・前掲注（19）書三一頁［徳住堅治］、伊藤眞編集代表『民事再生法逐条研究』（有斐閣、二〇〇二年）六二-六三頁［田原睦夫発言］、兼子一監修『条解会社更生法（下）〔第四次補訂版〕』（弘文堂、二〇〇一年）二一九頁。
（24）荒木尚志『労働法〔第二版〕』（有斐閣、二〇一三年）五一頁以下。

(25) 東京地裁更生実務研究会編著『会社更生の実務（下）〔新版〕』二七七頁［木村史郎・山本健央］（きんざい、二〇一四年）、那須・前掲注（8）論文一七一頁。

(26) ただし、破産法上は、「使用人」として雇用関係にあるもののほか、請負の形式を採っていても実質的に雇用関係にあるものを含むとしている（伊藤眞ほか編『条解破産法〔第二版〕』（弘文堂、二〇一四年）一〇一二頁）。これは、労働基準法上の労働者を、契約形式に関わらず実質的に判断するという一般的な理解（菅野和夫『労働法〔第一〇版〕』（弘文堂、二〇一二年）一一四－一一五頁）に倣うという趣旨に過ぎないのか、さらに進んで、独立自営業者など、労働基準法上の労働者以外を積極的に含める趣旨なのか判然としない。この点について、「倒産と労働」実務研究会編・前掲注（19）書三一頁［徳住堅治］は、一般先取特権の成立範囲にかかる一般的な解釈を根拠に、後者の理解を採っているように思われる。

(27) 「倒産と労働」実務研究会編・前掲注（19）書三一頁［徳住堅治］。

(28) そして、同学説は、現行法の解釈として、「明示的な直接雇用契約関係でなくとも、使用従属関係にあれば、契約形式上、専属契約とされている者や、委任・請負契約とされていても使用人に含まれる」と解した上で、立法論として、「他の労働法上概念との乖離が大きく相当でない」と主張する（「倒産と労働」実務研究会編・前掲注（19）書四一八－四一九頁［小林譲二］）。

(29) 福永監修・前掲注（20）書一三四頁［四宮章夫］。

(30) そのため、労働者派遣法上の労働者に対しては、労働者派遣法四四条において個別の規定ごとに労働基準法上の労働者として取り扱うよう規定が整備されている。

(31) 「倒産と労働」実務研究会編・前掲注（19）書四一九頁［小林譲二］。

(32) 東京地裁更生実務研究会編著・前掲注（25）書二七七－二七八頁［木村史郎・山本健央］、那須・前掲注（8）論文一七一頁、兼子監修・前掲注（23）書二一九頁。

(33) 民事再生規則一三条六号

再生債務者について次のイ又はロに掲げる者があるときは、それぞれ当該イ又はロに定める事項

イ　再生債務者の使用人その他の従業者で組織する労働組合　当該労働組合の名称、主たる事務所の所在地、組合員の数及び代表者の氏名

ロ　再生債務者の使用人その他の従業者の過半数を代表する者　当該者の氏名及び住所

(34) 会社更生規則一二条八号

被申立会社について次のイ又はロに掲げる者があるときは、それぞれイ又はロに定める事項

イ　被申立会社の使用人で組織する労働組合　当該労働組合の名称、主たる事務所の所在地、組合員の数及び代表者の氏名

ロ　被申立会社の使用人の過半数を代表する者　当該者の氏名及び住所

(35) 東京地裁更生実務研究会編著・前掲注(25)書二七七頁［木村史郎・山本健央］、那須・前掲注(8)論文一七一頁。

(36) 那須・前掲注(8)論文一七一頁。

(37) 東京地裁更生実務研究会編著・前掲注(25)書二七八頁［木村史郎・山本健央］。

(38) もっとも、事業譲渡の許可に関しても、労働組合等の不服申立ては認められていないため、いかに「必要性」要件を通じて労働者の意向を反映可能であるとしても、何ら法的な効果を伴うものではない。

(39) 東京地裁更生実務研究会編著・前掲注(25)書二七八頁［木村史郎・山本健央］、那須・前掲注(8)論文一七一頁。

(40) 木内道祥監修『民事再生実践マニュアル』（青林書院、二〇一〇年）一三四頁。

(41) 「倒産と労働」実務研究会編・前掲注(19)書四二一－四二二頁［小林譲二］、古川景一「会社更生法の変質　企業安楽死への道と労働者保護の欠落」季刊・労働者の権利二四八号七五頁（二〇〇三年）、古川景一「株式会社制度のあり方を考える　新会社更生法で痛みを押しつけられるのは誰か」世界二〇〇三年四月号二四三頁（二〇〇三年）。

(42) 「倒産と労働」実務研究会編・前掲注(19)書四一九頁［小林譲二］。

(43) 菅野・前掲注(26)書五〇三頁。

(44) 「倒産と労働」実務研究会編・前掲注(19)書二六頁［徳住堅治］、東京地裁更生実務研究会編著『会社更生の実務（上）〔新版〕』四九頁［森岡泰彦・豊島愛佳］（きんざい、二〇一四年）。

(45) 伊藤・前掲注(20)書八三七頁。

(46) 「倒産と労働」実務研究会編・前掲注(19)書三一－三二頁［徳住堅治］、日本航空（更生管財人・不当労働行為）事件・東京地判平成二六・八・二八別冊中労時一四六九号三一頁。

〔付記〕本稿は、池田悠「倒産時の労働者代表の手続的関与―現行法の状況分析から」山川隆一主査『平成二四年度労働問題リサーチセンター研究会報告書　環境変化の中での労働政策の役割と手法』（二〇一三年）に加筆・修正したものである。

＊本稿は、日本学術振興会・課題設定による先導的人文・社会科学研究推進事業（実社会対応プログラム）「雇用確保に向けられた労働法及び倒産法における規制改革の現状と課題」及び日本学術振興会科学研究費補助金・基盤研究（C）「倒産手続下における労働力調整モデルの適用をめぐる比較法的研究」（課題番号二六三八〇〇七五）による成果の一部である。

シンポジウム

日仏シンポジウム：フランス私法および司法制度における最近の動き

講演者　ジョエル・モネ
コーディネータ　町村　泰貴
コメンテータ　藤原　正則
　　篠森　大輔
　　上向　輝宜
翻訳　張　子弦
　　白取　祐司
　　町村　泰貴

前書き

町村泰貴

本稿は、日本学術振興会外国人招へい研究者として採用され、北海道大学大学院法学研究科の客員研究員として平成二六年一〇月一五日より同年一一月九日まで滞在された、ポワチエ大学法学社会科学部前学部長のジョエル・モネ教授の講演を記録したものである。

モネ教授は、商法・相続法・保険法などを専攻される研究者であり、一九八五年、ポワチエ大学にて“Théorie liquidative du régime français de participation aux acquêts”と題する論文により学位を取得された。その後、一九九六年よりレンヌ第一大学教授を経てポワチエ大学教授に就任され、二〇〇九年から二〇一四年までは同大学法学社会科学部の学部長職にあった。

研究面では、親族・相続法における財産の清算および承継（特に相続）、会社法、保険法の分野での活動を精力的に行っている。その成果は多数の論文に現われている他、Juris-Classeur Civil における「夫婦共同財産一般」および「夫婦共同財産、積極要素、収入および後得財産」の項目を継続的に担当されている。また学会・研究集会における活動は、ワルシャワ大学法学部（ポーランド）のシンポジウム（二〇〇一年）における「フランス会社法に対するＥＵ法の影響」

の報告、国立科学研究センター（CNRS）とポワチエ大学の共同研究組織（CECOJI）主催のシンポジウム（二〇〇一年）における「サーカス技法のノウハウに関する契約的保護」の報告、ポワチエ弁護士会調停センター主催のシンポジウム（二〇〇四年）における「保険における調停」の報告、ポワチエ大学とローマ第三大学（イタリア）との共同シンポジウム（二〇〇九年）における「故人の意思と新相続法」に関する報告など国際的に幅広い。

北海道大学大学院法学研究科の客員研究員として滞在された期間中は、専門分野における日本人研究者との意見交換や、フランス法を専攻する博士課程院生、あるいは学部生を対象とした講義、ゼミなどに参加して学生たちへの指導に関与された。さらに、札幌では実務法曹との意見交換も行い、それぞれに有益な知見を得たところである。

本稿の対象である三つの講演は、モネ教授が北海道大学大学院法学研究科客員研究員として行ったもので、以下の日時場所において行われたものである。

第一部　フランス相続法と家族企業の承継

Le droit français des successions et la transmission de l'entreprise familiale.

一〇月一七日　北海道大学大学院法学研究科民事法研究会

同　月三〇日　神奈川大学法学部

第二部　弁護士の研修について～フランスでは、どうやって弁護士になるのか？

La formation des avocats--Comment devenir Avocat en France?

一〇月二一日　日弁連法務研究財団北海道地区講演会

一一月五日　龍谷大学法学部

第三部　フランス法における商事裁判所

Les tribunaux de commerce en droit français.

一一月八日　同志社大学法学部フランス民事訴訟法研究会

第一部の講演の際には、北海道大学と神奈川大学のそれぞれの機会において事前にコメンテーターを依頼しており、議論の口火を切る役割をお願いしたところである。そこで本稿に講演を収録するにあたっても、コメンテーターを担当された藤原正則教授と篠森大輔准教授に、コメントとモネ教授の回答とをご寄稿いただき、末尾に収録した。

翻訳にあたっては、原文にない言葉を補う際には〔〕を用い、注もすべて訳者の責任において訳注として付けた。これらは講演の際にも配布したものに若干の加筆修正を施したものである。

第一部　フランス相続法と家族企業の承継

Le droit français des successions et la transmission de l'entreprise familiale.

ジョエル・モネ
訳　上向　輝宜
　　張　子弦
監訳　町村　泰貴(1)

この研究会〔のテーマ〕は、フランスにおいて重要な立法の進展があった二つの学問領域が交錯するところである。相続法は立法による改正が多い分野というわけではない。しかしフランス法では、実定法を大きく修正した二つの重要な法律が知られている。

第一のものは二〇〇一年一二月三日法律(2)であり、これは二つの発展、すなわち非嫡出子の相続差別撤廃と生存配偶者の権利の大幅な強化を認めた。

第二のものは二〇〇六年六月二三日法律(3)であり、これは相続財産清算に関する法を修正し、死後の先取りをより良くできる方向へ、重要な改革をフランス法にもたらした。

商取引法分野において、企業承継問題はすでに十分古いものである。

ポワチエ大学法学部のルネ・サヴァチエ記念研究集会のシンポジウム[4]でも、学説側が〔この問題に〕早くから取り組んできた。

フランスの立法者はすでに、特に税法においていくども手を加えてきた。一九八八年一月五日に採択された法律[5]が重要で、それは特に民法典一〇七五条を改正した。

さらに、ヨーロッパ委員会は数次の勧告を通じてその立場を明らかにしてきた。

最後に、職業団体の発する文書でもこのテーマの重要性が完全に認められている。

もっとも商法典には、家族企業かどうかを問わず、企業承継問題に関する章がない。

現実には、私が思うに、フランス法上、法的問題は整理されている。我々の法規定は極めて完成度が高く、家族企業の良い承継を可能にするもののはずである。

さらに、とりわけ税負担を減少させる極めて完成された技法と、これを実施できる専門職の存在を思えば、なおさらである。大学においては企業承継のための〔専門家〕養成コースさえも存在する。

企業承継に関する正確な数字を挙げることは、この領域全体に研究が及んでないので困難である。例えば、職人企業をカウントするかどうか、あるいはより一般的に一人で事業を行っている企業をカウントするかどうかで、数字は大きく変わる。その場合〔＝それらを含める場合〕、二〇〇〇年と二〇二〇年の間に約九〇万もの企業、二、五社に一社が所有者を変えている。

しかし、承継を成功させた企業の割合は、今なお、とても少ない。

承継が少ないのは、家族問題や経済問題に関する多くの事情に原因がある。

企業主にとって、その事業を譲る決断をするのは難しいし、他方で若者が家族の歴史を継ぎたいと思うことは少なく、

むしろ他の道を進む方を好むものである。

経済状態がこの傾向にさらに拍車をかける。家族企業は、多くの場合、二世帯がまともな暮らしを立てるほどに利益を上げるものではない。それゆえ、かつては家長と企業の後継ぎになれる子どもとが一緒に暮らしていても、〔子どもが独立して家を出れば〕家長しか残らず、子どもは家族の事業に興味を失ってしまう。

同じように、今日的な〔企業〕管理面の制約が、企業をむしろ家族財産的に見ることに馴染んでいる旧世代と、他の学派で養成された新世代との間に、しばしば大きなギャップをもたらしている。マネージメントの質を向上させると同時に、家族の伝統を守ることは極めて困難である。

ある研究によれば、家族企業の承継は三四％が家族内でなされ、約四五％が第三者の事業承継者によって受け継がれ、残りは消滅している。

さらに、消費生活も変わり、それが小売業の承継を困難にしている。

企業承継問題は、従って、法的問題であると同時に経済的、社会的な問題でもある。

相続法の領域に関しては、次の二つの側面から問題を検討しなければならない。

・企業から経営者がいなくなる予期せぬ状況にいかに対処するか？

・企業の運命を十分に守るようにするには、相続をどう組織するか？

Ⅰ．企業主死亡の場合の家族企業の保護

それでは、家族企業を保護するための、フランス法上の若干の規定を紹介していく。

A―相続に関する選択権の修正

フランスにおいて、相続人は、相続を受け入れることも[6]、拒絶することも、純資産の限度での承認と呼ばれる特別制度[7]〔の適用〕を求めることもできる。

相続人それぞれは、〔それらを〕自由に選択することができ、従ってその立場を表明することを待たなければならない。相続財産の中に企業が含まれる場合、当該企業の債権者およびパートナーは、〔その相続の帰趨が〕どうなるかを知る必要があるので、それほど長い期間待たせることはできない。

二〇〇六年六月二三日法律は、いくつかの措置を採った。

すでに、選択権の規定の一般的な時効期間は、三〇年から一〇年へと制限されていたが、とりわけ民法典新七七一条[8]は、相続人が四ヶ月の〔熟慮〕期間満了後、二ヶ月以内にいずれの立場を採るか決めるべく強制されうること[9]、財産目録を作成し得なかった場合は裁判官の決定によってさらに二ヶ月の期間延長があり得ることを規定した。その期間満了時に、相続人がいずれの立場も採らなかった場合、その者は相続承認をしたものとみなされる[10]。

その一方で、熟慮期間の間、民法典新七八四条[11]は、純然たる保存行為、監督行為、そして仮の管理行為を行うことができ、それらは黙示の承認をもたらさないと規定している。ただしそれらは、行為者が相続人の資格の下で行ったのではないことが必要である。

法文は、相続財産に属する企業の短期の活動を継続するために必要な常務に属する取引を、仮の管理行為とみなすと規定している。

この規定は重要である。というのも、法律〔がこのように改正される〕前に、裁判官は、管理措置を行ったという事実から黙示の承認をもたらすと認めたことが時々あり、そのような〔実務〕状況の下で相続人は、窮境にある企業につ

いて採りうる措置を何ら行わないことを選択していたからである。

B―不分割にある企業の継続

企業の継続は、複数の相続人の存在によって混乱する場合がある。〔相続人の〕一部は可能な限り早く財産の分割を進めることを希望し、そのことが困難を生じさせ得る。

このような状況は、すでに長い間、特に農業企業について、フランス法において考察されてきた。二〇〇六年六月二三日法律の改革の一つは、すべての企業に、すなわち農業、商事、職人、または自由業、そして特に重要な事には個人企業であれ会社であれ、その解決策を拡張することであった。

したがって、企業財産の分割を回避するために、複数のメカニズムを用いることができる。

たとえば、持分を現物または価額によって分配することで、分割請求者を除外することができる予備的分配を求めることができる。当然ながら、どのような財産（商事、手工業、自由業）でも対象とすることができ、請求者に現物を分配するか、または請求者に価額を分配して除外することで不分割を維持することができる。

相続人はまた、二年間の分割猶予あるいは五年間の不分割維持を裁判所に請求することができる。

他方で相続人は、他の相続人の同意なしに不分割相続財産に第三者を入れることはできない。

したがってこの仕組みは、たとえ企業が会社の形態で運営されている場合にはこの仕組みの適用が困難となるだろうと想像できるとしても、今日、あらゆる企業に適用される。つまり実際のところ、二〇〇六年の改革は相続人の一人が他の相続人に会社を構成することを求めることを可能にするかどうか、疑問がある。

C―不分割を促進する管理

二つの重要な改善がもたらされた。

第一に、保全行為の概念は、判例が旧八一五―二条を限定していた緊急性の要件から切り離された。同じ条文が今日、明確に認めている。

「すべての不分割権利者は、緊急性が現れていなくとも、不分割財産の保存に必要な手段をとることができる。」

しかしながら、現在のところ、この条項の具体的な帰結が何かを述べるのは早計である。緊急でない保全措置のリストを確立する必要があろう。

第二に、そしてこれがきわめて重要なものと理解されているが、不分割権利の三分の二の多数決ルールは、不分割財産管理の原則となり、全員一致は、処分行為について、および不分割財産の通常の運用に属さない管理行為についてしか、必要とされない。

かくして、不分割権利者間の全員一致の合意を求めることなしに、ある程度の活動をすることができる。

これらの活動の第一に挙げられるのは管理行為であり、議会資料によれば、財産に利益を生じさせ、あるいは価値を損なうことなくそれを改良するような通常の管理行為に当たるものが例となる。企業の日常的な管理行為は、このカテゴリーの中にある。

第二に挙げられるものは不分割権利者または第三者を受任者に選任し、管理の一般的委任をすることの可能性である。

第三に、不分割財産に属する債務および負担を弁済するための動産売却がある。

終わりに、最後の事例は、商事、農業以外の賃貸借の締結に関係する。

しかしながら、この新たな法は、判例の解決に対して、経営の結果に影響するような修正をもたらしていない。

すなわち、（改正されていない）民法典八一五―一〇条二項[12]に基づき、商事財産にもたらされる価値の増加が不分割財産に利益をもたらすことが認められた。一九八七年の最初の判例が、偶然の価値増加と意図的な価値増加とを区別することを追及したが、一九九四年以後の判決は、それ以後認められている、価値増加に関する解決が自由業職の顧客にも及ぶということを再確認した。

同じ規則は、利益についても認められる。

ところが〔これに対して〕修正されたのは、一方で不分割権利者である管理者の報酬について、他方では不分割財産の現状改良の場合の補償についてだけだった。

同じ方向での観察は、また、損失についてもなされなければならない。損失は不分割権利者全体にもたらされる。不分割権利者それぞれは不分割財産に対するそれぞれの権利に比例して損失を負担する。

D―企業と優先分与

最初は農業企業の利益のために考えられた優先分与は、一九六一年一二月一九日の法律によって、商事、工業および自由業に広げられた。したがって、この解決策は古くからあるものである。

しかし、旧八三二条四項は、家族企業的な規模から外れていない企業のみを対象としていた。

この規定は、多くの法学文献の批判を呼んだ。すなわち、家族企業的な特徴は、従業員の数、家族財産の規模、家族内における管理可能性に関して評価されるべきだった。その上、それらの資格についていつ認められるかも確実ではない。

二〇〇六年六月二三日法律は、家族〔企業〕的な特徴への言及を削除した。本来それは余計であった。さらに、同法は自由業企業を他の企業の列に加えた。最後に同法は、経済的な単位への言及も削除する。今や、法律は企業の規模と

社会的形態の種類にも無関心である。

しかしながら、この条文の続きの部分[13]は、相続人もしくは生存配偶者による会社の継続に関する法律または定款の条項に妨げとならない限りで、この分与が行われ得るということを明示しているので、今や、より精密である。

したがって、企業主死亡の場合に企業を保存することは可能である。しかしよりよい譲渡を実現するには、企業保存を先取りすることが望ましい。

Ⅱ. 承継先取り法の新たな可能性

先の予見がなければ、企業主を継ぐように指名された相続人も他の相続人と同じ一人の相続人であり、均等な相続を前提とせざるを得ず、承継人に指名されるのでなければ、そのように承継することはできない。

具体的には、通常の財産と会社財産との二つの相続を組織することは不可能である。相続人は、経済的な影響に関係なく、財産を相続するか否かに従って、同じ取扱いを受ける。財産の優先分配を除き、企業経営を継続するように仕向けられた相続人の選択は、相続人の一般的な法定順位に依存している。第一順位相続人は、直系卑属および生存配偶者であり、直系尊属と傍系親族の相続は、偶然にしか生じない。

従って、長い間フランス法では、会社譲渡の問題について死亡する前によく考慮しなければならないとされてきたところ、この点について二〇〇六年六月二三日法律によって相当の進歩を遂げることができた。

一方で、恵与[14]の範囲が拡大され、他方で、遺留分の保護は後退した。

A―恵与範囲の拡大

ここでは、主に二つの法律行為と関連している。一つは贈与分割[15]であり、もう一つはいわゆる継伝処分[16]である。

贈与分割に関して、この制度は個人が生前にその財産の分配と分割を行うことを可能にする相続技術だということに注意しなければならない（フランス民法典一〇七五条）。

以前は、贈与分割は直系卑属の利益のためにしか考えられなかったところが、今後は、民法典新一〇七五条[17]により、贈与分割の制度は推定相続人の利益のために、全ての者に開かれた。

従って、これまでの尊属関係・卑属関係のみではなく、他の全ての相続関係の下で、例えば兄弟姉妹又は甥と姪のためにも、跡継ぎではない者についても贈与分割を利用することが可能になるだろう。

〔民法典〕一〇七五―一条[18]は、異なる親等の卑属のために、推定相続人であるかどうかを問わずに、贈与分割の利用を認めている。ここでは、世代を超えた贈与分割が問題となる。

フランスにおいて、その新しさは法的なものと同時に経済的および社会的な面にもある。この新しい法律は、最も若い世代、すなわち孫の世代に、既に年齢が高くなっていると考えられる彼らの親に代わって贈与分割を適用することができるようにしているという点から、正当なものとされる。

かくして、旧法の下では、贈与者たる尊属が子供と孫の間に自分の財産を分配することができず、一人しか子どもがいないときは相続分割を利用することはできなかった。今後、世代を超えて、一人っ子と孫とに〔財産を〕与え、一人っ子が認めるならば孫の間に財産を与えることも可能である。

将来、世代を超えた贈与分割の実務は、新たな展開が期待されている。基本的に、このメカニズムは柔軟さに富んでいるが、容易に実践できるかどうかについては不明瞭である。

実は、贈与分割制度は、直系卑属の遺留分を保護する規則を遵守して行われる。法律は、また別に、この点について

の解決策を定めている。ここで詳しく説明すると、余りにも長くなるが、少なくとも、同じ系統内で代襲者グループと相続人との平等原則に立脚しているということができる。

贈与分割に関するこの新しい法は、従って、家族内における〔事業〕承継実現の新たな可能性を提供する。しかし、贈与分割は、対象財産が企業である場合に、第三者にまでに拡大することができる。これは、現在民法典一〇七五―二条が提供する極めて重要な解決であるが、同じ内容は一九八八年一月五日法律以来、既に定められていた。継伝処分恵与、より正確には段階的恵与に関する立法史についてみると、一八〇四年のフランス民法典は、連続する複数世代の間への恵与方法の固定を可能にし、財産を完全に譲渡不可能にしてしまうという濫用に道を開くような仕組みを拒絶するために、継伝処分を禁止した。

二〇〇六年六月二三日法律の効果により、段階的恵与は恵与者に対して、以下の可能性を開いた。すなわち、恵与者がその受遺者又は受益者に対して、恵与の対象となる財産または権利を保存し、その死亡時には証書で指定した第二の受益者〔継伝指定者〕にそれらを移転する義務を負担させるという可能性である。

この移転は一世代に限るとの制限は残っているが、恵与者の意思は、指定又は指示された者の特定に関して補完されている。

このメカニズムは明確である。というのも〔民法典〕一〇五一条は、「第二受益者は、恵与者から、その権利を取得するものと見なされる」と規定している。このような記述は、やはり税法上の理由で設けられた法文であるが、実は広く擬制的なものである。というのも、特に、第二受益者は、法文が述べているように、〔継伝の〕負担により定められた移転義務の執行として、財産を受領するのである。

B―遺留分という公序の後退

この後退は以下の三点に現われている

（一）尊属の遺留分の廃止

これは確かに二〇〇六年六月二三日法律における一番重要な措置である。

二〇〇六年六月二三日法律は、それまで民法典九一四条により、故人が複数の系列に尊属を残していた場合に全体の半分を尊属に留保し、一つの系列にのみ尊属相続人がいる場合には四分の一を留保すると定めていたところ、この尊属遺留分を廃止した。

注意すべきなのは、この尊属という表現は、特権ある尊属、すなわち両親にも、通常の尊属、すなわち祖父母にも、適用されるものとして拡張されている。

この改正は、注釈者たちにとって実際のところ驚きではなかった。これは単独でも、遺留分全体の再検討を正当化するためにも、すでに提案されていた。

尊属の遺留分廃止は、最も若い相続人への財産承継を優先するための経済的な措置であると、しばしば説明されている。また、この改正に配偶者の権利の新たな向上を見出すこともできる。二〇〇一年以来、具体的に、尊属の遺留分と配偶者のそれとの両立困難が存在していた。配偶者は、尊属が存在する場合に遺留分のある相続人ではなかったが、今後は遺留分権者となる。

（二）価額減殺の一般化

フランス法において、遺留分ある相続人が存在するため、恵与が遺留分の価値を超えた場合には、恵与が減殺されな

ければならない。

民法典において、この減殺は現物で行なわれ、超過した部分も遺留分権者に返還されなければならなかった。価額減殺の方法で行われることは極めて例外的でしかなかった。かくして、相続人間の現物による平等原則が示されていた。財産が今日では名目的に価値で示されるというだけではなく金銭的価値で示されているため、相続財産を構成する財産の継続的な非物質化と、相続法の完全な物質主義という二つの発展を背景に、二〇〇六年法律による〔民法典〕九二四条一項は、価額減殺を一般化した。

贈与または遺言によって財産が移転された場合、相続人であるか否かにかかわらず受贈者は、遺留分ある相続人の権利は常に債権の形を取り、それは結局相続分を代表するものではなく、故人の処分意思と遺留分ある相続人の権利とを両立させるために相続人に支払われる単なる補償ということができる。

しかし、遺留分の権利の存在が犠牲にされたわけではない。なぜなら、この債権は物的保証を享受するからである。具体的には、受贈者が支払不能となった場合、九二四―四条により、「不動産または二二七六条を援用できない動産について、第三取得者に対する現物による遺留分減殺は、その者が遺留分ある相続人に補償する可能性がある場合を除き、なお存続する」と定めている。

（三）減殺請求権の生前放棄

これはフランス法における新たな解決であるが、この制度は〔頭文字をとって〕ＲＡＡＲと呼ばれており、民法典九二九条から九三〇―五条に定められている。

二〇〇六年以前、将来の相続に関する協定の禁止に基いて無効とされていたものが、今日合法化されている。

これは「家族協定」の承認と全く同様である。

実際、民法典九二九条一項が定めるように、この放棄のメカニズムは、原則として非常に簡単である。相続が開始される前に、遺留分ある推定相続人は、共同相続人ではない特定の受益者のために、その者に向けられた恵与によって自らの遺留分が侵害されることを承認することができる。

その相続人は遺留分権利者として計算されるが、〔遺留分を侵害する〕超過恵与の受益者に対して訴え提起をすることは禁止される。

この法規については、いくつか技術的な規定がおかれなければならない。

法律は、形式面に関して、極めて多くの要請を置いている。というのは、放棄が能力面の加重規則に服するだけでなく、二人の公証人の前で作成された公署証書によってでなければ受理されないとしているのである。

この放棄の範囲について、〔民法典〕九二九条二項[19]は、一般的な仕方で、放棄が「遺留分の全部または一部のみに対する侵害を対象とすることができ」ると定め、また放棄は「特定の財産に向けられた恵与の減殺のみを対象とすること」ができると付け加えている。この定式は、様々な対象に放棄を認めている。まず遺留分の権利の部分に対する侵害が対象となりうるが、学説によればそれだけではなく、受益者に贈与または遺贈された財産の評価を定める可能性があり、放棄は、細分化された権利に分けることを受け入れることも対象となりうる。同様に、減殺請求権の停止だけを対象とすることから、可能な減殺補償について弁済猶予を定めることまで、放棄として可能であるように思われる。

効果に関して、放棄者が同意する場合、その放棄は恵与者の意思に基づき存続するということも指摘すべきである。というのも〔民法典〕九二九条一項は恵与者の承諾によりその効果が発生すると定めているからである。

減殺請求訴権の事前放棄の将来は、現在のところ誰も分からない。おそらく、どんな事情の下でそれが適用されるの

か、明らかになるのを待たなければならない。身体障害児を保護するため、または企業承継を容易にするためであれば、このメカニズムは受け入れられるだろう。

C―死後委託への依拠

死後委託への依拠は、フランス法における新しいものである。民法典八一二条[20]によって、今後、全ての個人は、他の一人または複数の自然人もしくは法人に、特定の一人または複数の相続人の計算と利益において、相続財産の全部または一部の管理または運営を委託することができる。受任者の資格で選任される者は、第三者、相続人、法人（企業、銀行、身障者収容機構）がありうる。

この改正は重要であり、過去の法を大きく修正した。占有名義を有する相続人は死後受任者の権利を尊重しなければならない。これは二〇〇六年法律まで認められてこなかった。

この委託は、個人的または物的な、正当かつ重大な利益により正当化されなければならず、相続財産の性質および特に企業の存在に基づくことがあり得る。

死後委託は方式契約であり、公署証書によって締結されなければならず、（重大かつ正当な利益を示す）正確に理由を付せられなければならない。

委任者は、死亡するまで、委任を撤回することができ、それと同様に受任者も拒絶することができる。

その期間は最大二年であるが、相続人の年齢または財産の業務上の性質によって委任が正当化された場合、例外として、最大五年の期間となる[21]。

受任者は管理行為について包括委任を享受するが、不分割財産を処分できるためには、逆に、特別委任が必要である。

Ⅲ―税法上の解決

企業承継の税制は、例外的な体制である。ヨーロッパ委員会の後押しの後、家族企業の承継問題は、相続人が租税の負担を支払うために企業を売却することを強いられることのないように、フランスにおいて極めて深刻に取り上げられた。大筋においては、まず、譲渡税にかかる軽減と、次いでキャピタルゲイン課税についての軽減がなされた。

譲渡税の問題については、無償の承継が一般租税法典七八七条BおよびCの規定、実務上は「Dutreil 条項」と呼ばれる規定により、特に有利な形で扱われている。この規定は、企業に関する相続または贈与について、五〇％から七五％に至るまでの免除を規定している。

ただし、この免除を受けるためには、いくつかの要件が満たされなければならない。

第一の要件：企業が会社形態の下で経営されている場合、自らの権利を相続人に移転させようと望む企業主は、社員権の一部（原則として三四％、上場企業の場合は二〇％）を二年間保存する約定を締結しなければならず、企業の家族の側面を保持しなければならない。団体約定証書は公署証書によるか、または公官庁に対抗するために税務署に登録されなければならない。

承継が企業主の死によって生じる場合、企業主が既に少なくとも三四％の持分権、または上場会社の場合は二〇％の持分権を有していた時には、約定がなされたものとみなされる。

個人企業の承継で有償で取得された場合、少なくとも二年は経営されていたものでなければならない。

第二の要件：相続人または受贈者は、その持分権を、二年の団体約定の後、四年間保持する約束をしなければならない。

第三の要件：相続人または受贈者は、企業の経営職に三年間従事することを約束しなければならない。

譲渡税は、従って、企業価値の二五％にしか課税されず、さらに相続人が直系の場合は一〇万ユーロの控除を受ける

ことができ、贈与者が七〇歳に達する前に贈与がなされた場合にはさらに五〇％の税額控除がある。その上、納付は無利子で一五年に達する期間の間になされればよい。

キャピタルゲイン課税に関しても、極めて有利な状況である。というのも、あらゆる場合に、承継から五年後に譲渡がなされた場合には全額の免除が適用され、五年経過後の譲渡という条件は、一般租税法典一五〇―Ｏ―Ａ条以下の適用がある企業の場合には必要ないとされている。

従って、企業承継については独特の税法が存在する。

（1）脚注は、すべて、監訳者の責任において付した訳注である。

（2）Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral. この法律の翻訳として、大村敦志・幡野弘樹「フランス相続法改正翻訳：生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する二〇〇一年一二月三日第一一三五号法律」法時七五巻九号七二頁。

（3）Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. この法律の沿革に関しては、石綿はる美「遺言における受遺者の処分権の制限 ―― 相続の秩序と物権の理念（一～六）」法協一三一巻二号二七七頁、三号五五二頁、四号八三三頁、五号九三七頁、七号一三六二頁、八号一四七五頁以下（二〇一四）が詳しい。特にいわゆる後継ぎ遺贈への関心から恵与制度の改革を紹介する邦語文献として、足立公志朗「フランスにおける信託的な贈与・遺贈の現代的展開（一）（二・完）」民商一三九巻四・五号四六六頁以下、六号六〇七頁以下（二〇〇九）がある。なお、ミシェル・グリマルディ（北村一郎訳）「フランスにおける相続法改革（二〇〇六年六月二三日の法律）」ジュリスト一三五八号六八頁参照。

（4）ポワチエ大学におけるこの問題のシンポジウムは、以下の文献にまとめられている。Jean-Claude Hallouin, Hervé Causse et Joël Monnet, La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission

des entreprises, LGDJ 2008. 同書にはモネ教授の論考も掲載されている。Joël Monnet, La continuation de l'entreprise par un héritier, ibid., pp.75 et s.

（5）Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises. この法律の四二条が民法典一〇七五条を改正して無償の企業譲渡に関する規定を設けるとともに、四三条以下において一般租税法典の軽減税率規定を設けている。

（6）民法典七八二条以下。

（7）我が国の限定承認に相当する。民法典七八七条以下。二〇〇六年六月二三日法律により、従来の bénéfice d'inventaire が accepter la succession à concurrence de l'actif net に変更された。

（8）Art. 771. - L'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession.

A l'expiration de ce délai, il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession, d'un cohéritier, d'un héritier de rang subséquent ou de l'Etat.

（9）これは七七二条一項による。

（10）七七二条二項。

（11）Art. 784. - Les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire peuvent être accomplis sans emporter acceptation de la succession, si le successible n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier.

Tout autre acte que requiert l'intérêt de la succession et que le successible veut accomplir sans prendre le titre ou la qualité d'héritier doit être autorisé par le juge.

Sont réputés purement conservatoires :

1° Le paiement des frais funéraires et de dernière maladie, des impôts dus par le défunt, des loyers et autres dettes successorales dont le règlement est urgent ;

2° Le recouvrement des fruits et revenus des biens successoraux ou la vente des biens périssables, à charge de justifier que les fonds ont été employés à éteindre les dettes visées au 1° ou ont été déposés chez un notaire ou consignés ;

3° L'acte destiné à éviter l'aggravation du passif successoral.

Sont réputés être des actes d'administration provisoire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession.

Sont également réputés pouvoir être accomplis sans emporter acceptation tacite de la succession le renouvellement, en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en oeuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise.

なお、本条は二〇一五年二月一六日法律二〇一五－一七七号により改正されているが、ここでは講演時の規定のままとする。以下の引用も同様である。

(12) Les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise.

(13) 民法典八三三条一項。

(14) 原語は libéralité であり、恵与が定訳となっている。その意味は、フランス民法典八九三条が以下のように定めている。

「一項　恵与とは、ある者が、他の者の利益のために財産又は権利の全部若しくは一部を無償で処分する行為である。

二項　恵与は生存者間の贈与又は遺言によってのみ、行うことができる。」

これについて北村一郎教授は「贈与・遺贈」という訳語を当てている。グリマルディ・前掲論文（注三）参照。

(15) 世代を超えた贈与分割（la donation-partage transgénérationnelle）という訳し方について、金子洋一「フランス国際私法における遺留分の保護と公序について――EU相続規則の採択による影響を中心に――」千葉大学人文科学研究二八号一四六頁参照。

(16) フランス法における特別な恵与処分制度である。すなわち、生前贈与または遺贈において、恵与者が恵与の受益者に対し、恵与財産を保全し、かつその受益者の死亡に際しては予め恵与者によって指定されたほかの受益者（継伝指定者）に恵与物を引き渡す義務を負う担させることである。（フランス民法典八九六条、一〇四八条以下）

(17) Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits.

Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et pour les testaments dans le second.

(18) Toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs.

(19) La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé.

(20) Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés.

Le mandataire peut être un héritier.

Il doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral.

Le mandataire ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession.

(21) 以上につき，民法典八一一―一一条：Le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé.

Il est donné pour une durée qui ne peut excéder deux ans, prorogeable une ou plusieurs fois par décision du juge, saisi par un héritier ou par le mandataire. Toutefois, il peut être donné pour une durée de cinq ans, prorogeable dans les mêmes conditions, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.

Il est donné et accepté en la forme authentique.

Il doit être accepté par le mandataire avant le décès du mandant.

Préalablement à son exécution, le mandant et le mandataire peuvent renoncer au mandat après avoir notifié leur décision à l'autre partie.

モネ教授の講演に対するコメント（一）

藤原正則

一．モネ先生は、フランスでの二〇〇六年の相続法改革に関して、企業承継に焦点を合わせてお話しされた。そこで、以下では、先ず先生との対話を実りあるものにするために、日本法について報告し、その後に、いくつかの質問をさせていただきたいと考える。

二．日本が、一九世紀末に民法典を制定したとき、相続には、家督相続と遺産相続があった。家督相続とは、家の財産を、原則は長男だが、戸主となった者一人が相続し、配偶者および他の血族には相続権がないが、他面で、戸主は、母親、未成年の係累の扶養義務を負うという制度だった。他方で、日本の民法典は、最初の立法作業はフランス法の翻訳から始まったように、骨格は、フランス法の影響を受けており、遺産相続は、フランス法と類似していた。例えば、共同遺言の禁止、同時存在の原則、遺産に関する契約は効力がないなどである。

さらに、第二次世界大戦後、家督相続は廃止され、配偶者、（相続分は嫡出子の半分だったが）非嫡出子にも相続権が与えられた（二〇一三年に、最高裁は、非嫡出子の相続分に関して、違憲判決を下し、法改正された）。

日本には、例えば、遺言で、用益権と用益権の負担がついた所有権（虚有権）を贈与するといった、フランスの恵与のような制度はない。その結果、第二次世界大戦後の家族法改正で事業承継、特に、農家承継に関しては、経営の細分化が問題となった。そこで、家庭裁判所の許可という要件で、ドイツ法に倣って遺留分の生前放棄の制度を導入した。さらに、遺留分減殺請求に応じるには、現物返還が原則だが、義務者は価格賠償を選択できる。ただし、農家相続に関

しては、第二次世界大戦後に小作農の解放を目指した、農地法が制定され、農業実績のない者は農地の取得はできず、農地の譲渡には、都道府県知事、又は、農業委員会の許可が必要とされたので、現実には遺産分割で、農地は農業承継者の一人に相続され、農地の細分化はされなかった。だから、問題は顕在化しなった。

三．企業承継に関しては、日本は株式会社の割合がきわめて多い。だから、仮に、事業を構成する財産を一人に集中させなくとも、指揮権の一元化はともかく、企業の解体にはつながらない。恐らく、フランスでは人的会社、組合などが多いのではないか、と想像する。日本では、個人商は例外で、多くは有限会社にはなっている。この傾向は、最近の日本での会社法の改正で、一層助長されると予測できる。

今一つ、日本の特徴は、贈与税率が高いことである。相続税に比べて、贈与税はきわめて高い。しかも、贈与税に対する税控除措置も、最近導入された、二〇年以上婚姻関係にある配偶者への贈与などの例外を除いては、きわめて少ない。だから、生前の贈与、ないしは、恵与に対して、日本法は抑圧的である。

四．中小企業の承継に関し得ては、「中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律」（二〇〇八年）が最近になって制定された。

規模の小さな会社で、推定相続人の一人であり、株式の過半数を相続、遺贈、贈与で取得した後継者に、旧代表者が、株式の贈与を行った場合に、

（一）贈与された株式を、遺留分算定の基礎財産から除外する合意（除外合意）、ないしは、贈与時の価格を遺留分の基礎財産の算定の基礎とする（固定合意）を、推定相続人は全員で合意できる。

（二）ただし、その際に、後継者が合意の対象とした株式を処分した場合、および、旧代表者の生前に後継者が経営に従事しなくなった場合の措置も決定する必要がある。

（三）さらに、経済産業大臣の確認と家庭裁判所の許可が必要だ、というのがその概要である。

ただし、この法律の普及、実効性に関しては、未だよく分かっていない。

五．最後に、先生の紹介された二〇〇六年の相続法改正に関して、いくつかの質問をし、日本で議論されている問題に対して、先生のコメントをいただければ幸いだと考える。

（一）二〇〇六年の改正は、主に、事業承継を念頭においたものか。ドイツでも、二〇一〇年に遺留分を中心に相続法改正をしたが、直接の目的は企業承継ではなかった。むしろ、遺留分制度の存在意義に対する懐疑的な議論が背景となっていたと考える。ただし、遺留分の請求に応じる猶予の緩和など、企業承継を念頭においた改正もある。

（二）死後委任を管理に限ったのも、企業の継続の援助であろう。その際に、委任は委任者（相続人）からの任意の解除が可能なはずだが、解除権は制限されているのか。制限しているとすれば、その方法は。

（三）フランスでは、伝統的に、例外を除いて、継伝処分に敵対的だったはずだが、一代に限ってとはいえ、フランスでの反対論はなかったのか。さらに、継伝処分と用益権と虚有権の恵与は、機能はきわめて類似するが、従来は、前者は制限的で、後者は可能だった。その理由は、前者では、所有権から処分権が奪われるからか。

（四）日本では、死後委任を認めた判例があり、しかも、それは少額とはいえ、死因贈与の申込みと履行を、受任者に委任したものだった。これを巡って、日本では議論があるが、反対論は、遺言の方式の潜脱だというものである。死後委任での、死因贈与の履行に対して、先生のコメントをいただければ幸いである。

今一つ、後継ぎ遺贈とよばれているのだが、特定財産（不動産）に関する継伝処分の有効性に関して、日本では、現在議論がなされている。さらに、受益者連続信託によれば、同一の目的が達成できるという考え方もある。しかし、現実に行われることはないのが、日本の現状である。

（五）最後に、二〇〇六年の法改正によって、フランスの相続法はドイツ相続法との共通性を多く有するようになったのではないか。（ドイツ法に関して、先生に伺うのもおかしな話だが）先生から、何かコメントをいただければ幸いである。日本の視角からは、やはりヨーロッパ大陸では、法制度の違いはあれ、相続慣行などを含めて共通性が多いと考えている。

モネ教授の答え、ないしは、コメントの概要

一．フランスの二〇〇六年の法改正の背景は、事業承継（だけ）ではない。特に、障害者団体などが、障害者の生活設計のための継伝処分の必要性を説き、反対できる雰囲気ではなかった。

さらに、フランスで事業承継で主に想定しているのは、小規模の個人商、人的会社である。

二．継伝処分に関しては、フランス革命の精神に反するという批判もあった。つまり、処分権の制限された財産を連続して承継するというのは、貴族の世襲財産の保全につながるからである。だから、処分権を制限された所有権に問題があるという批判だった。しかし、先述したように、障害者団体の要請で、限られた範囲では認めるということになった。

三．フランスでは、死後委任は相続財産の清算が目的だから、相続人（委任者）の解除は可能だが、その意味はない。日本の死後委任は、フランス法で予定しているものより強力なようである。フランスでは、遺産の清算のための死後委任を想定している。さらに、継続的な遺言執行のような制度を考えているわけでもない。

四．日本からみれば、ヨーロッパの各国の相続法には類似性があるかもしれないが、少なくとも、貴族の世襲財産を認めているイギリス法は異質だといえる。

モネ教授の講演に対するコメント（二）

篠森大輔

モネ教授は、札幌に引き続き、横浜（二〇一四年一〇月三〇日・神奈川大学法学部）でも同一テーマの講演をされた。横浜での質疑のうち、上記の藤原教授のコメントとは異なる視点のものをかいつまんで記しておきたい。

一．講演では、家族企業の経営者が予期せぬ死亡をした場合（講演目次Ⅰ）、および、経営者が家族企業承継のための事前の準備をしていた場合（同Ⅱ）について、相続法上の対応がそれぞれ説明された。実際には、両者のうちいずれがよく行われるものか。フランスの農家相続の例にならうとすれば、後者が原則的形態と予想される。

（モネ教授の回答）たしかに、フランスには農家相続に関する経験がある。しかし、経営者の死亡は突然訪れるものである。家族企業の経営者が事前に準備するケースはそれほど多いものではない。

二．家族企業のスムーズな承継には、経営者の死亡による承継よりも、引退による承継の方が望ましい。経営に利用されている経営者の個人財産を一体的に後継者に承継させる家族協定（pacte de famille）を結ぶことは、家族内で対立する利害や感情的葛藤を調整する必要があるので、非常に難度の高いものになると思われる。しかし、ほかならぬ経営者自身が、自らの財産と仕事を手放すことから生じる余生への不安を感じているのではないか。家族企業の承継は、相続法領域にとどまらない総合的な施策があってはじめて可能になるのではないか。

（回答）家族企業を承継させた経営者への年金制度は用意されている。それでも経営者は自分の余生への不安をもっている。経営者にとっては、家族企業を家族内で承継させるよりも、他人に譲渡する方が簡単で、経済的に有利である

から、経営者が家族内での承継に消極的なことは多い。

第二部　弁護士の研修について―フランスでは、どうやって弁護士になるのか？

La formation des avocats--Comment devenir Avocat en France?

ジョエル・モネ(22)
訳　白取　祐司

弁護士になることが予定されているのは、法学部の学生である。毎年、フランスの若者たちは、いつか弁護士になるとの希望をもって法学部にやってくる。今日的な流行でもあるが、一部の学生は、国際ビジネスで活躍する弁護士になろうと考えている。これは、この手の職業を非常に好意的に描いているテレビの連続ドラマなどが増加した結果であろう。しかし、学生たちは、直ちに現実に直面し、法学部一年生から国内外の評判を得るまでの道程（みちのり）が長大になるであろうことに気づき、より一層勉学に励むことになる。

しかし他方、学士の資格をめぐる近時の動向により、各法学部は、学生が将来の職業選択を検討するのを助けるための種々の支援活動メニューを用意しなければならなくなった。また、関連して弁論コンクールが活発になってきており、学生たちに大いに人気がある。このコンクールは、彼らが、学術的法分野における自分たちの能力を評価することを可

能にするだけでなく、弁護士職の伝統として、彼らの弁論能力を評価する機会にもなる。

フランスでは、法律家がその法律職に進むための研修（養成）は、それぞれの職業ごとに異なっている。法学士、法学修士によって得られる［法的素養の］共通基盤は存在するが、その後は、それぞれの職種に応じた独自の研修を提供するための異なった職業が組織された。

しかし、共和国大統領によって惹起された重大な検討により、「大法律職」なる概念を創設し、すべての法律職に共通する研修を検討するという提案があった。ダルア弁護士が委員長を務めるワーキンググループが作成し、二〇〇九年に公表された報告書は、次のような提言をした。すなわち、修士課程一年次に属する学生は、高等法律学院（grandes Ecoles du droit）に配属され、そこで一年間の研修を全法律職共通に行うというものである。この一年間の終わりに、学生は各法律職につき専門化された学校の入学試験を受けることができるようになるが、その学校で行うのは実習のみである。だが、この報告書は、種々議論の対象とされたが、改革に移されることはなかった。提案のいくつかの点が現行法に取り入れられたものの、法律家の養成（研修）に関しては何も変わらなかったのである。

かくして、司法官になるには、国立司法学院の入学試験に合格する必要がある。執行官や書記官になる場合も同様である。公証人は、大学と協定を結んで、公証人法の修士、公証人上級資格（試験）の準備について大学の協力を仰ぐことになった。

弁護士になるには、まず、弁護士学校への入学試験に合格し、同学校における教育を受け、実習を行い、学校の卒業試験に合格しなければならない。これが一般コースであるが、別に特別コースもある。

すなわち、弁護士になるには、一般コースと特別コースがあるのである。

Ⅰ．一般コース

（一）弁護士職研修学校（ＣＲＦＰＡ）の入学試験

法学部生は四年間教育を受けた最後に、ＣＲＦＰＡの入学試験を受けることができる。この試験は、法学部によって実施される。法学部は、この試験を組織する権限を付与されている。具体的には、各法学部に、司法研究所（Institut d'Etudes Judiciaires）〔法職課程〕がつくられている。よく議論されるのは、この試験を実施するのが、各地の大学ではなく、当該職能団体が行うべきではないのか、という問題である。たしかに、全受験者に対して同じ科目についての統一試験を創設することは、公平という点でメリットが大きい。しかし、弁護士団体にとって複雑であり非常にコストのかかることが予想される。統一試験を実施したら、結果としてＣＲＦＰＡに入学する学生数は制限されることになるであろう。これは非常にデリケートな問題である。というのは、フランスでは、弁護士の数が多く、おそらく多すぎるくらいであり、そのため最も若い層の弁護士は、収入が十分でないため、必ずしも安定した暮らしができていないからである。司法省の統計によれば、二〇〇二年に三九、四五五人いた弁護士は、二〇一二年には、五六、一七六人に増加した。これは、この一〇年間で四二％の増加にあたる。

二〇一三年、パリ弁護士会の名前で、ある報告書がだされた。これによると、〔ＣＲＦＰＡの〕受験生の数が大幅に増加し、そのため合格率を多少下げたとしても（四〇％を僅かに下回るようにしても）、入所する学生数も大きく増加する結果となる。たとえば、パリ地区の研修センターである弁護士職研修学校では、二〇〇〇年に九七〇人の合格者をだしたが、二〇〇九年には一、三五一人にまで増えている。パリ弁護士会に登録した弁護士数は、二〇〇二年に一、〇五〇人だったが、二〇一二年には一、五三二人となった。いくつかの措置が検討されている。たとえば、合格平均値を二〇分の一〇から二〇分の一二に上げる、あるいはいくつかの試験、たとえば口述試験に足切り点を設けるなどである。

現在、三回を超えて受験できないことになっている。この三回は、続けて三回か否かを問わない（国務院で批判された解決法だが、国務院はこれを適法だとした（CE 8 juillet 2005, n° 262182）。これを二回に減じることも検討されてよいかもしれない。

ポワチエ大学法学部は、この入学試験を組織する権限を付与されている。この試験を受験するためには、法学修士の資格が必要である〔大学法学部三年で学士、次の一年で修士（maîtrise）〕。この条件は、一九七一年一二月三一日法一一条に規定されている。この条件は、その後大学の学位に関する制度が変更された後も採用されており、現在は、新修士 master 課程の一年目が終了すれば条件を満たす〔受験できる〕。これと同等資格の問題も、重要である。そのリストは簡単で、以下のとおりである。主要なものとして、新修士の学位、およびパリ政治学院の「司法職」あるいは「経済法」の評価で修了証書を得ることである。二〇〇七年三月二一日アレテが認め、全国弁護士会協会が支持したこの同等資格は、各法学部から厳しく批判されている。しかし、これは、ビジネス法分野における弁護士研修の必要性が進化していることを示すものである。この法分野では、会計学、経営学、そしてもちろん外国語など、法の隣接領域の知識が不可欠なのは明らかだからである。

今日、法学部でも、上述のような教育を提供している。何故なら、弁護士の職務自体、大きく変化しているからである。弁護士は、もはやたんなる弁護人ではなく、アドバイザーでもある。弁護士は、もはやたんなる争訟の専門家ではない。彼等は同時に、プロジェクトの具体化や実施の助言をする専門家でなければならない。また、企業のガバナンスを援助する存在でもなければならない。同様に、法学部も、異なる学問分野を関連づけたうえでなされる研修の必要性を十分に自覚するにいたった。仮に研修の初期段階が〔従来型の〕法学科目によって占めざるを得ないとしても、それに続く研修は、ひとつの事件、たとえばビジネス法が問題になる事件において商法、税法、刑法など複数の法分野がど

のように適用されうるのかを学生たちに理解できるように、進化を遂げたものでなければならない。ただし、法律家養成に関するこの新しい見方は、法の基本概念の知識と応用力の必要性を失わせるものではない。それらは、特定の場面に適したある種の方法に関する技術的情報があれば不要になるというようなものではないからである。パリ政治学院の資格の承認のほかに、重要な同等資格はない。

フランスには、法教育に関する私立の機関は少ない。というのは、私立の教育機関が発行する資格は、高等教育及び研究大臣の認可がない限り、公的な意味をもたないからである。これを得るためには、大学と協定を結ぶ必要があるのだが、かつてそのような提案があったものの、どの大学もそうすることを望まなかった。他方、国家に認められ国家資格を発行する私立の法学部あるいは宗教組織が存在する。その結果、私立の教育機関は、発展することが困難なため、それらの機関は、著名な大学教師や実務家を雇用し、もっぱら専門的知識の修得を追求することになる。ただし、学生たちは、高額な授業料を負担しなければならなくなる。同様に、私立の教育機関で、授業料と引き替えに、学生らに弁護士学校の入学準備の援助を提供するところもある。しかし、一般に学生たちは、授業料が安い大学の司法研究所〔法職課程〕で提供される研修を希望することが多い。大学は、自ら主催する入学試験の準備のため、私立機関〔受験予備校〕と協定を結ぶことはできないからである。パリ裁判所は、二〇一三年一〇月二九日、パリ第一大学と Lextenso 出版社の間で、上述の趣旨の提携がなされたことについて違法だと判決した。

また、外国の教育資格についても、問題がある。すなわち、一九九八年一一月二五日アレテ最終条項は、以下のような資格について同等資格があるを認めている。「法律職に就くために要求される、当該資格を発行した外国の国家の制定した大学ないし教育資格」。入学試験に適用される諸規則は、二〇〇三年九月一一日アレテによって定められている。

試験は、以下の二つに区別される。

第一次の筆記試験は、まず五時間の筆記試験。すなわち、長文要約（note de synthèse）、次に、債権法と、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟手続法の三科目から受験生が選ぶ一科目の計二科目の筆記試験である。最後に、受験生が選ぶ選択科目の三時間の筆記試験。

第二次の口述試験は、第一次試験を合格した者に対して行われる最終の口述試験である。まず、自由と基本的人権の保護を主題とする、三人から七人の審査員による大口述試験、次に法律科目から受験生が選択した科目についての口述試験、私会計または公財政、そして現代外国語に関する口述試験である（選択で日本語を選んで試験を受けることもできる）。

口述試験が免除される可能性はあるが、外国語試験はそのような例外はない。以上のように、弁護士職研修学校に入学するのに必要な諸条件の問題については、フランスにおいて実際に種々議論の対象とされている。それに比べると、そこでの教育内容については、議論は少ない。

（二）弁護士職研修学校（ＣＲＦＰＡ）における研修

二〇〇四年二月一一日法および二〇〇四年一二月二一日デクレ二〇〇四―一三八六号によれば、弁護士職研修学校において与えられる研修内容は、全国弁護士会協議会（ＣＮＢ）の定める諸原則にもとづいて構成される。弁護士職研修学校は、全国に一五校ある（二〇〇四年一二月六日アレテ）。そのうち一二校が、フランス本土にある。すなわち、Bastia, Bordeaux, Lille, Lyon, Villeurbanne, Marseille, Montpellier,Paris, Poitiers, Rennes, Strasbourg, Toulouse, Versailles の各校である。海外領土には、Guadeloupe, Martinique, Réunion の三校がある。

弁護士学校の研修内容については、三段階が区別される。

まず、第一段階は、基礎的な共通研修であり、以下のような科目を含む。すなわち、職業倫理、法的書類の起案、弁論および討論術、弁護士事務所経営、現代外国語である。ここでの研修内容は、もっぱら専門分野に関するものである。大学法学部での教育は入学試験のとき評価されているのであるから、弁護士学校では、それを繰り返すべきではないという考え方によるもので、よく分かる理念といえよう。たとえば、一九九四年に公表されたある調査で問題にされたものとして、弁護士学校で比較法教育を認める余地があるのか、という問題がある。というのは、とくにどんな内容の教育をすべきかについて、何ら規定がないからである。しかし、各学校が独自に決めるプログラムによって、たとえば職業倫理の中に、比較法の要素をみることができる。同様に、外国語教育も、法的側面を目指したものでなければならず、それによって、学生が外国法の基本事項、たとえば司法制度について学ぶことも可能になる。同様に、事例研究の授業で、外国の会社法、たとえば英米法の諸準則を学ぶことができる。最後に、学校の運営会議では、弁護士会の経済的支援を受けて、学生が外国で実習をすることを考慮することがなされている。

第二段階は、学生にとって新しい法的環境を見いだすことのできるような、個人の教育計画によって進行する。この法的環境としては、修士課程の二年目コースを履修すること、学校の推薦する研修ユニットに参加して専門性を養うこと、あるいは、法的職業ではない、別のジャンルの専門家集団の中に入って実習すること、などである。

第三段階は、弁護士に付いて六か月の実習を行う。学生は、この一八か月の実務教育の最後に、弁護士職適格証明(Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat)(ＣＡＰＡ)を受けるための試験を受験することができる。この試験は、いくつかの段階から成る。

－五時間の筆記試験。内容は、訴訟書類あるいは法律文書をもとにして行われる意見書の起案

－引き続いて、五科目の口述試験

・三時間の準備の後の訴訟書類に関する一五分の口述試験（口頭弁論）
・弁護士の地位及び弁護士倫理に関する口述試験
・外国語試験
・専門教育計画に関する口頭発表
・実習報告に関する口頭発表
－基礎的共通研修に関する平常点の評点

試験委員は、主に弁護士から構成されるが、ほかに、大学教員、司法官、行政裁判所の構成メンバーなどもこれに加わる。

Ⅱ．特別コース

はじめに、弁護士学校の入学試験に合格することなく弁護士になる二つのルートが存在する。

最初のルートは、二〇〇四年二月一一日法が、一九七一年一二月三一日法に付加した、一二―一条二項であり、これにより、法学博士号取得者は、直接理論および実務の研修に参加することができるようになった。この新条項は、厳しい批判を受けることになる。何故なら、博士号取得者は、人数が多いだけでなく、弁護士研修学校で教育される学科とは隔たりのあるテーマで研究してきた者も少なくないため、卒業試験で相当低い点数をとる者も少なくなかったからである。この点につき、非常に深刻な議論がなされることになった。というのは、大学側からすれば、この例外のおかげで、博士論文を作成する学生たちは法律専門職になる目的を持てるので、大学としてはこの例外を手放したくない。しかし他方で、確かなことは、博士論文を書いていれば、入学試験の準備ができないわけで、両方を求めることはできないのである。

第二の例外ルートは、あまり重要ではない。それは、旧代訴士（avoué）〔日本の司法書士に相当〕の研修生に関するものだが、二〇一二年四月以降、代訴士制度が廃止されたため、解決された。

フランスにおいては、かつて、大変興味深い例外ルートがあった。すなわち、特別な地位として、責任ある立場の政治家、たとえば国会議員が法律の立案に関与することが許されていた。そして、二〇一二年四月三日デクレは、彼らが直ちに弁護士の資格を取得することを認めた。しかし、政治の多数派が変わったため、二〇一二年四月一五日デクレは、法学部からかなり批判されたこの例外に終止符を打った。弁護士会への登録、徳性および能力の確証、および宣誓だけで弁護士業務が直ちにできるその他の地位がある。たとえば、法学の科目を担当する大学教授や、司法官〔裁判官、検察官〕は、他の条件を満たさなくても弁護士になることができる。ただし、教授以外の大学教員、大学講師は、職業倫理や職務規程に関する特別な試験を受ける必要がある。これは、公証人や執行官についても同様で、彼らはほかに、修士一年目の資格と法律職の経験、しばしば八年間の経験を要求される。ヨーロッパの法律家、EU及び他のヨーロッパ経済圏諸国及びスイスの弁護士のために、特別試験が実施される。

Ⅲ. 専門化の問題

法規範の複雑化は、今日、ひとりの弁護士が、求められたすべての事件を受任することを許さないまでになっている。そこで、望ましいのは、弁護士が、以下のようないくつかの分野についてのみ受任することである。その分野については、現行法規範のみならずそれを適用した判例、生じうる問題点、場合によっては当該法の発展可能性についても分かっていることが望ましい。弁護士の依頼者にとって、この側面は非常に重要なことになっている。弁護士が専門性について、公に掲示することが認められ、この専門性の一覧表も作成されている。

この問題は、しばしば検討の対象となっている。全国弁護士会協会は、二〇一〇年三月一二日及び一三日の全国総会において、弁護士の専門性体制の刷新に関する報告書を採択した。この報告書は、その後、二〇一一年三月二八日法の採択をもたらした。同法は、今日の専門性制度を定めたもので、一九七一年一二月三一日法と一体化するものとして立法化された。専門性は、四年間の専門的職務の継続的実践と、審査委員会がそれを有効と認めることによって取得される。審査委員会は、当該弁護士によって作成された書面にもとづいて、その専門分野における専門能力を確認する。審査委員会は、その地方の弁護士職研修所に集まり、専門分野に関するロールプレイを含む口述試験の後に判定を下す。この専門性評価は、全国弁護士会協会の発行する証書によって証明される。

今日、二六の専門性カテゴリーが存在し、弁護士は、一ないし二の専門性資格をもつことができ、それを連絡書類や個人広告で提示することができる。

Ⅳ．最近の動向

この辺で、現行法の紹介を終えて、弁護士職の養成に関する改正案について述べることにしたい。この案は、おそらく数週間後、たぶん一〇月末か一一月中には全国弁護士協会によって採択されるものと思われる。二〇一三年から二〇一四年初頭にかけて、全国弁護士会協会の二〇一三年六月一四―一五日決議の採択をめぐる議論がなされてきた。

このうち、大変重要だと思われるいくつかの点は、今私がお話しした内容を修正する可能性がある。

（一）第一に、弁護士研修学校の入学試験を、弁護士職養成に特化した専門職修士号取得者には免除することが議論された。しかし、この点は挫折することになる。というのは、高等教育省は、修士の学生が弁護士学校への入学試験の準備だけを目的にしているというアイデアを受け入れないからである。他方で、すべての法学修士は、弁護士になる資格

［ただし試験を受ける必要］は有しているのだが。

同様に、入学試験改革も検討されたが、これも同様にうまくいかなかった。

（二）第二に、弁護士職研修学校における研修時間の短縮が提案された。研修期間を四か月に圧縮し、研修プログラムをもっぱら職業倫理、職務実習とし、最後の試験では平常点を大幅に重視するというものである。この提案が採用されるかどうかは、疑わしい。なぜなら、平常点の比重が大きくなりすぎるからである。

（三）第三に、ＰＰＩ（個人の教育計画）について、学生は、四か月以上の複数研修か、八か月の研修のいずれかを選択できるようにするという改革である。この提案は、とりわけ自分でＰＰＩを探せない学生にとって、柔軟に対応できるというメリットがあるため、採用されるであろう。

（四）第四の改革案が、最も重要な点である。それは、弁護士が、学校卒業時に資格を得た後、宣誓をして、その後に、一年または二年の間、関係する弁護士が責任をもって給与制あるいは独立の協力弁護士として過ごす、というものである。この提案は、おそらく採択されると思われる。というのは、現状においては、学生は、弁護士研修学校の卒業試験（二回試験）合格と同時に弁護士になれるが、一部の弁護士は、弁護士の職務を直ちに行うだけの準備ができていない。経験がないため、十分に弁護士の職務をこなすことができず、しばしば職務上の過ちを犯す。こうなると、そのキャリアの最初に責任を背負うことになってしまう。

だがしかし、同時にこの方向には躊躇もある。なぜなら、この提案は、弁護士研修学校ができる以前の、弁護士になるために二年の研修期間を必要とした時代への回帰ともなるからである。

（五）最後の点は、本日の講演の趣旨からは、あまり重要ではない。それは、経済的にゆとりのない学生が奨学金を受け取ることを可能にするための登録件数を増やすという改革である。

以上、フランスの弁護士養成制度と最近の動向である。

（22）モネ教授はフランス中西部弁護士学校運営協会理事を務められている。

第三部　フランス法における商事裁判所

Les tribunaux de commerce en droit français

ジョエル・モネ
訳　町村　泰貴(23)

フランスにおいて、司法の公的サービスに普通の市民の参加を認めることは一つの伝統である。例えば、重罪院における民衆の陪審があり、裁判所の管轄領域に応じた活動分野を代表する者として選ばれた人により構成される裁判所、例えば労働審判所や農事賃貸借同数裁判所、そして社会保障裁判所がある。同様に、市民は近隣裁判官となることもできる。

しかし、商事裁判所に関しては、〔市民〕の関与がよりいっそう重要である。なぜなら、商事事件はすべて、商人である裁判官によって裁かれるし、その裁判官は商人による選挙によって裁判所に就任するからである。

これはフランスだけの例外で、他のヨーロッパ諸国では採用されていないか、またはオランダが一八二七年に、スペインが一八六八年に、そしてイタリアが一八八八年に、それぞれ商事裁判所というやり方を放棄し、あるいはまたドイツの一八七一年の制度のように選任された裁判官と職業裁判官を補佐する参審システムを選択する国もあった。

商事裁判所の創設は、その迅速性、手続の柔軟性、形式主義の回避、そして手続の低コストな性格から説明される。

最初の商事裁判所は、定期市を開いたいくつかの都市において早くから現れた。商事に関する特別の裁判所を創るというアイディアは一五世紀からいくつかの大都市で発展した。一五六三年のシャルル九世による王令はパリの商人による参事裁判官を創設し、一六七三年のコルベールの王令は大部かつ詳細な仲買人と商人の商取引に関する規則が設けられていたが、その中に参事裁判所に関する第一二編が含まれていた。

かつては参事裁判所 juridiction consulaire という表現が用いられていた。それは一人の裁判官と四人の参事とによって構成されていたものである。そして商事裁判所という表現はフランス革命とともに生まれた。

ナポレオンは一八〇七年の商法典において商事裁判所〔の制度〕を維持した。

一九九九年まで、商事裁判所は二二七箇所存在していた。〔その後、〕いくつかのデクレにより、司法管轄図が修正され、裁判所の活動状況を考慮して、いくつかの商事裁判所を削減した。二〇〇九年以降、商事裁判所は一三五箇所存在する。

しかしながら、歴史的理由からオー・ラン県、バ・ラン県、そしてモーゼル県と、海外県および海外領土には特別規定が存在している。

商事裁判所の紹介にあたり、これが極めて特殊な裁判所であること（Ⅰ）、そしてそれが議論の対象となっていること（Ⅱ）を述べる。

Ⅰ―極めて特殊な裁判所

商事裁判所はどこでも存在するわけではない。それがなければ、商事に関して、代わりに判決するのは大審裁判所である。さらに、歴史的理由から、アルザス・モーゼルには参審裁判所 juridictions échevinées がある。最後に、特異な

地位が海外県・海外領土には与えられてきた。

今日、参照すべきは商法典の法律部ではL．七二一―一条以下であり、規則部ではR．七二一―一条以下である。

商事裁判所は、その構成、機能、そして管轄に関しても極めて特殊である。

（一）〔商事裁判所は、〕司法官の地位を有する商人で、二回投票により選ばれた者によって構成されるという点に留意すべきである。

具体的に見ると、一九六一年八月三日のデクレ以来、選挙は二段階となった。まず個人商人、その協力者の資格を有する配偶者、商事会社および商工業を行う公的機関の代表者、経営権を行使する幹部、そして現役の裁判官と選挙に参加を希望した元裁判官によって構成される同僚選挙団 collège électoral により、参事代議員[24]の選挙が行われる[25]。

投票は単記式の一回[26]で、各商工会議所管轄区域ごとに任期五年[27]の参事裁判官が選ばれる。六〇人から六〇〇人までの三つのグループ、商業、工業、サービス業の三グループに分かれ、いずれのグループもポストの過半数を占めることはできない[28]。

この選挙に関する争訟は行政裁判所が管轄する。

次いで、商事裁判所裁判官の選挙に移る。被選挙資格は三〇歳以上で五年以上の商事活動に従事していたこと、そして〔企業〕救助、裁判上の更生または清算手続の対象となっていないこと、あるいはそれらの〔倒産〕手続の対象会社の代表者でないことである。

候補者は県庁に立候補届出をしなければならない。投票は二回の複数記入制で、有効投票数の過半数を獲得した候補者は第一回で当選となる。この選挙に関する争訟は小審裁判所の管轄となる。

裁判官は二年の任期で、四年間の再選が可能という条件[29]で選ばれ、その職務は無償である[30]。彼らは以下のような文言で宣誓を行う[31]。「職務を良く、忠実に行い、評議の秘密を固く守り、尊厳と誠実性のある裁判官として行動することを誓う。」これは職業裁判官の宣誓と同じである。

所長は裁判官の中から任期四年で選ばれる。所長となりうるのは、裁判官の職務を少なくとも六年は行ってきた者でなければならない[32]。

（二）その職務に関して、判決の作成は商事裁判所所長または裁判職を三年以上にわたって行っている商事裁判所裁判官が長となって行われる（商法典Ｌ．七二二―三条）。裁判官は奇数で合議を行い、判決は少なくとも三人の裁判官で下される（商法典Ｌ．七二二―一条）が、単独裁判官を認める法条がある場合は別である（レフェレ命令、申請に基づく命令）。

商事裁判所のもう一つの特殊性は書記課の組織にある。現在の状況は全く異例なもので、その任務は自由職で書記役という公役務の任を委ねられた私人に割り当てられている。

（三）商事裁判所はいくつかの分野について管轄権を有する。

―　まず、商事裁判所は商人間、および商事裁判所の管轄に服する金融機関の間の訴訟について管轄権を有するが、商人が個人的に行った取引に起因する紛争については別である。

当事者の一方のみが商人資格を有する場合、商人が召喚をしたのか[33]、非商人がしたのかによって区別される。

非商人たる当事者は民事裁判所か商事裁判所かの選択権を有する。

反対に、商人たる当事者は、非商人の当事者を商事裁判所の下に召喚することはできない。かくして、商事裁判所に権限管轄を付与する契約条項は、非商人に対しては対抗できない。

フランスで重要なことだが、経済活動の分野に、職人と農民というカテゴリーがある。これらの者は商人資格を有しない。商人の代理人はそれ自身商人資格を有しないし、いくつかの形態の集団でその目的が商業でないものも同様である。

―また商事裁判所は、商事会社間の紛争も管轄する。この点について判例は、商事裁判所が会社の理事に対して提起する訴訟に関しても管轄権があることを明らかにしている。例えば、株式譲渡に関する訴訟や、理事の責任を追及する訴訟など。

しかしまた、フランス法には、商事法に属さない会社〔社団〕も存在する。例えば、自由業会社 les sociétés d'exercice libéral や保険相互会社 les sociétés mutuelles d'assurance など、それらは民事裁判所の管轄に属する。

さらに、労働契約適用に関する紛争は商事裁判所の管轄に属さない。

―もう一つの管轄原因は、争われている行為の性質に基づく。

〔商法典〕L. 七二一―三条[34]はまた、あらゆる主体間での商行為に関する争いに言及しており、ここでは為替手形に関する裁判上の請求を指すものとして理解すべきである。

約束手形についてはL. 七二一―四条[35]に規定されている。

―商事裁判所の管轄に属する第三の大きな部分は、今日その活動の本質的な部分となっているが、企業の〔経済的〕困窮に関する問題[36]である。

〔企業〕救援、裁判上の更生、裁判上の清算の各手続は、商人についても職人についても、商事裁判所の下で開始される。また、〔裁判所〕所長は、臨時委任[37]および和解仲介[38]の各手続を通じて審問および和解的措置権限を行使することができる。

Ⅱ―議論

一九世紀末以降、商事裁判所を廃止するかどうかが学説の議論の的となってきた。とりわけ、商事法が発展し、商事慣習は、法律よりも、また今日ではヨーロッパおよび国際的な法源よりも重要でない法源になったという点が議論されてきた。

〔廃止に〕反対の立場からは、同僚から選ばれた裁判官のみが実務と商業界を知っているのであり、商事裁判所の判決も常に控訴院〔の審査〕に服しうるという議論がされてきた。

この論争は伝統的な大法学者の間でも行なわれ、各々、商事裁判所の存続に賛否を明らかにしてきた。

しかし、この問題は一九八〇年代初頭、倒産処理手続改革の準備の際に新たに提起された。この問題は、選挙された商人が、その諸手続を通じて、自らの活動領域に属する企業の清算を宣言して競争を減少させる方向に流される可能性があるという点で、デリケートなものだった。しかしながら一九八七年七月一六日法律八七―五五〇号[39]は、いくつかの修正を行いながらも、商事裁判所を現状のまま維持した。その修正とは、特に参事裁判官の懲戒制度の導入である。この手続へは検察官の関与が規定されているが、関係する司法官〔検察官〕が合議に参加するわけではない。

議論はさらに二〇〇〇年の少し前に再燃した。

商事裁判所の全国集会が一九九七年一〇月二四日に組織され、いくつかの検討を提案する報告書が作成された。それは特に裁判官の養成を強化するというものであった。この報告書はまた、職業司法官、参事裁判官、その他の有資格者で構成される商事裁判所全国評議会の創設も提案していた。

より重大なのは二つの調査報告書である。その一つは国民議会によって行われたもので、もう一つは財務大臣および司法大臣によって行われたもので、いずれも商事裁判所に対して極めてネガティブな結論をとっていた。一九九八年一

○月、政府は参審制、すなわち職業裁判官と参事裁判官との結合制度の創設を視野に入れた商事裁判制度改革計画を公表した。

商事裁判所改革および混合制を創設する法案は二〇〇一年三月に国民議会で投票されたが、上院では、法律委員会の報告者が改革の条件を満たしていないと判断し、法案を採択しなかった。

フランス憲法は上院が不同意の場合でも国民議会が改正案を採択することを認めているが、この法案は放棄された。

商事裁判所は不可欠なもので、法律が最終的に採択された場合には全裁判官が辞職すると予告されており、そうなればフランス司法システムは危機に陥っていただろうと言わなければならない。

それでも、いくつかの政党は再検討の重要性を認めていた。そしていくつかの点が改正の対象となった。すなわち、司法管轄図は改正され、裁判官の選挙方法は見直され、商事裁判所全国評議会[40]は創設され、裁判官の研修は改善されて、二〇〇三年以来ボルドーの国立司法官学校で行われるようになった。

また商事裁判所書記の地位にも改革がされている。

この議論はここ数年再燃している。

二〇一三年、政府は商事裁判所の発展と司法受託者 mandataires de justice の地位、および倒産手続に関して「刷新され再生された商事裁判のために」再検討を始めた。想定されている推奨項目には、特に、裁判所の数を減らして管轄を拡大し、枠をはめるということがある。

破毀院商事部は商事裁判所裁判官の任官と懲戒に関する合憲性優先審理を二〇一二年三月六日に憲法院に付託した。商法典の規定で憲法院にかけられたのは、管轄、独立、中立性の原則に関してである。違憲主張は、裁判官の法律面の養成の欠如について向けられた（人権宣言六条違反）。また、同一人物に経済界、特に商工会議所における責任と商事

裁判所の裁判官の責任とを負わせる可能性にも違憲主張が向けられている。

憲法院の下では、今日の経済状況は一六世紀と同じではなく、経済的圧力は顕著に多様化し、裁判官に強くかかってきていると論じられた。法の状況も、特にヨーロッパ法源が存在することで複雑なものになっている。同様に、商人で選挙に関心をもつ者は三〇％程度と、極めて少数にとどまるということも指摘された。

これに対して、現行法文を支持する側からは、裁判官の選挙方法がその独立性と中立性を保障するものであること、裁判官は、その職務にある間、いかなる権威にも服さず、職務停止条件も極めてしっかりと定められており、それを疑う者はいないこと、さらには、裁判官の任官が無償であることも指摘された。

中立性の問題に関して、裁判官はすべての司法官に適用される忌避と除斥の規定に服する。さらに、倒産手続に服する商人は裁判所に選出されることはできないし、任官中にその手続が開始されたら、その〔裁判官としての〕職を辞さなければならない。そして控訴院は、当面の利益が正当化するときは常に事件を他の裁判所に移送することを決定している。最後に、商事裁判所の裁判官は国立司法官学校の研修を受けているということも指摘された。二〇一一年に一四〇〇人の裁判官がこの研修を受けている。

商事裁判所の判決は上級審において争われ得るが、変更される割合は低く、四％の判決が修正されるにすぎない。

結局、憲法院は、二〇一二年五月四日の判決[41]で商事裁判所裁判官の地位に関する規定を合憲と認めた。

一般に、憲法院は商事裁判所の制度を認め、参事裁判官の選挙および地位に関する商法典の規定が中立性・独立性の要請に反するものではないと判断した。

しかしながら、私は、このフランスの例外的な商事裁判所制度が将来においても常に存在しうるかどうか、確信はない。フランスにおける司法組織改革の重要な動きが司法大臣の主導により始められている。多くの報告書が作成され、二

〇一四年一月にはパリで大きな報告集会が開かれた。

司法組織改革の一つの重要な考え方は、あらゆる第一審の争いを統一された裁判所の下で扱うこと、その裁判所は異なる家族、刑事、経済、社会、そして近隣という職分に分けられる複数部を擁するというものである。

特に、〔現行の〕商事裁判所を第一審裁判所に附置された商事裁判所によって置き換えようと予定されている。この裁判所はなお選出された裁判官で構成されようが、いわゆる参審制の原理により職業司法官も含まれることになる。さらにいうと、書記の活動は公務員に委ねられ、私人にはもはや委ねられない。

将来の商事裁判所の中に職業司法官が入るということは、現在のところ商事裁判所が常に争っているところであり、受け入れられていない。

商人を説得するため、選出された裁判官を控訴院にも入れることがあり得るとされているが、これは物事の均衡を取り戻させるかもしれない。

現在、商事裁判所の改革問題は不可避だと考えているが、政治的な情勢にもかかっている。この改革がフランス政府の第一の関心事である経済的困難との関係で優先制を持つかどうかは不確かである。それに、フランスにおいて、議会の多数派が政府の改革を常に支持するかどうかも不確かである。

商事裁判所に関する法を修正しようとする意思は確かに存在するが、それがすぐに、私が日本の大学で行う二つの研究会の間に、つまり数週間のうちに具体化するということはできない。あるいは数ヶ月のうちに実現するかもしれないし、来年になることも、またはついに実現しないこともありうる。

（23）注はすべて、翻訳者による訳注である。

（24）délégué consulaire と表記される。その選挙については商法典Ｌ．七一三―六条以下。

（25）商法典Ｌ．七一三―七条。

（26）商法典Ｌ．七一三―一五条二項およびＬ．七一三―一六条三項参照。

（27）商法典Ｌ．七一三―六条一項。

（28）商法典Ｌ．七一三―一一条には選挙人が本文で記した三グループに分かれることが規定され、同法典Ｌ．七一三―一二条Ⅰには参事代議員のポスト数が各地の商工会議所の規模に応じて六〇人以上六〇〇人以下であること、同法典Ｌ．七一三―一三条二項に、各グループが全体の過半数を占めることができないと規定されている。

（29）商法典Ｌ．七一二―六条一項。なお、同法典Ｌ．七一三―七条は、同一裁判所において連続四回選出された裁判官はその後一年間、被選挙資格を持たないと規定する。つまり、最初の任期は二年、二回めからの任期は四年で、最長一四年連続してその職に就くことができることになる。

（30）商法典Ｌ．七一二―一六条。

（31）商法典Ｌ．七一二―七条。

（32）商法典Ｌ．七一二―一一条。

（33）フランス民事訴訟法では、原則的な訴え提起方法を原告による被告の召喚 assignation という方法によっている。この場合、日本法とは全く異なり、原告が独立した自由職である執行士に依頼して、被告に訴えの内容と裁判所への代理人選任届を提出すべきことを記載した召喚状を送達するという方式で行われる。

（34）Les tribunaux de commerce connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;

2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-

dessus énumérées.

(35) Le tribunal de commerce connaît des billets à ordre portant en même temps des signatures de commerçants et de non-commerçants.

Toutefois, il est tenu de renvoyer au tribunal de grande instance s'il en est requis par le défendeur lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures de non-commerçants et n'ont pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage.

(36) 具体的には倒産手続を指す。

(37) mandat ad hoc とは、かつての和解的整理 règlement amiable の時代に付随的に採用されたものだが、現在の商法典 L. 六一一―三条にも規定されている。債務者の請求により指名されるが、その任務は裁判所長が定めるものとされている。また管轄裁判所は商人および職人について商事裁判所、それ以外の者については大審裁判所となっている。なお実務上は和解仲介の前の道ならしのために用いられるとされ、その任務も本来的には債務者が後の手続を準備し、また債権者との議論のために、役割を果たすものとされている。Michel Jeantin et Paul Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 7e éd., pp.56 et 58. これ以外に、債務者の財産管理人となったり、和解仲介人に続けて選任されたりすることも例外的にはあるが、それは裁判官の選択による。

(38) conciliation は経済的困難に陥った商人、職人、その他の者について、商法典 L. 六一一―四条以下に規定された和解仲介人のあっせん手続であり、商人職人については商事裁判所、その他の者については大審裁判所が管轄する。

(39) Loi n° 87-550 du 16 juillet 1987 relative aux juridictions commerciales et au mode d'élection des délégués consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie territoriales. この法律は司法組織法典 L. 四一一―一条以下。

(40) 司法省サイトには、二〇〇四年の商事裁判所全国評議会創設計画と題する報告書が掲載されている。
http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000538/0000.pdf

(41) Décision N° 2012-241 QPC, Journal officiel du 5 mai 2012, p. 8016

講　演

司法の使命と役割・学説の使命と役割

藤田宙靖

Ⅰ　始めに

本日は、北海道大学の皆様にこのような形でお話しできる機会を与えて頂きまして、真に有難うございます。今回の

講演につきましては、この六月に亘理格教授と仙台でお会いする機会がありました時に、教授から、「前々から、最高裁退官後に是非一度札幌に来て話をして頂きたいと考えていた」として、御依頼を受けたものでありますが、その際御希望になった講演テーマが「司法権の使命と役割」というもので、後に更に「学説の使命と役割」という部分が付け足されることになりました。ただ、私自身としましては、退官後既に四年半を過ぎ、その間、こういった関連の話は、もう甚だ多くの機会にして来ましたし、また、それらが、私自身の著書『最高裁回想録』を始めとして、いくつかの文献上において既に公表されていますので【同著の他、それ以後の文献として参照、藤田「裁判とは何か?――最高裁の場合を中心として――」日本臨床麻酔学会誌 Vol.33No.7（2013）、藤田「最高裁判例とは何か」横浜法学二二巻三号、藤田「法解釈学説と最高裁の判断形成」東北ローレビュー Vol.1 等。また、インタビュー「藤田宙靖先生と最高裁」法学教室四〇〇－四〇二号、をも参照されたい】いわばいささか手垢の着いた感を免れないテーマとなってしまっております。従って、実は、正直言って「今更なあ！」という思いが強かったのですが、これを機会に私の考えを更に深めて見ようというようにも考えまして、結局は、こうして本日こちらに罷り来ることと相成りました。とは申しましても、上記のテーマについて、これまで発言して来たことと違う内容の話を準備するだけの能力も余裕もありませんので、本日は、今まで発言して来ましたことに若干の補足を加えながら、ともかくも一時間強の時間を使って、一通りのお話をさせて頂きたいと思います。それで物足りないとお感じになられた向きにつきましては、その後に、かなり余裕を持って質疑応答の時間が設けられているようですので、その際に、現在の私にできる限りの対応はさせて頂きたいと思います。

では、本論に入ります。

Ⅱ　「司法（権）の使命と役割」

一．さてまず、第一のテーマ「司法の使命と役割」ですが、本日これからお話ししますのは、いうまでもなく、専ら、我が国現行法上の司法の問題であって、「およそ司法とは何か」と言った、国家哲学ないし国家学的なお話をしようとするものではありません。また、アメリカ連邦最高裁判所やドイツの連邦憲法裁判所、果てはフランスのコンセイユ・デタ、等に関する話でもありません。日本国憲法は、「すべて司法権は、最高裁判所および法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定めていますが（七六条一項）、私が本日取り上げる「司法」ないし「司法権」とは、こうして現行法上最高裁判所を代表とする我が国の裁判所に委ねられた司法権のことであります。従って、本日のテーマは、あるいは「我が国現行法上の裁判所の使命と役割」と言い換えることもできましょう。

私はこれまで、我が国現行の裁判所の役割について見る限り、それは、あくまでも「当事者からの訴えの提起に基づき、当事者の主張する範囲内の事実を前提として、個別的事件における紛争の解決をするところにある」ということを繰り返し申して来ました（先に挙げた諸文献をご覧下さい）、そして、裁判とは何かということについての、このような理解自体は、一般に広く認められたこととして前提して良いと思います。尤も、この「個別的事件における紛争の解決」ということについては、いやしくも近代法治国家を名乗る我が国憲法の下で、国家権力がただ力任せに解決すれば良いということではないのであって、「法による解決」でなければならないというのは当然のことであります【例えば、最高裁で同僚としてご一緒した泉徳治氏は、〝「司法の役割」を一口で言えば、個別の具体的な法律上の紛争（事件）について、正義（法）に適った解決策を提供すること〟であると述べておられます。参照、泉徳治『私の最高裁判所論――憲法の求める司法の役割』（日本評論社二〇一三年）はしがきⅲ－Ⅴ頁】。ここでは、「裁判とは何か」という問についての以上のような考え方のことを、仮に「通念としての裁判」と呼ぶこととしましょう。その内容について、ここで詳細を繰り返すことは致しませんが、それは、基本的に以下のようなことを含んでいます。

(ア)　裁判はまず、「紛争の解決」を究極の目的とするのであって、そこでは「真実の発見」そのものが目的とされるのではありません。裁判は当事者の訴え提起という行動があって初めて始まるので、世の中にどのような不正義があると思っても、訴えが提起されていないのに、裁判官がこれを取り上げて勝手に裁判をするというようなことはできません。また、訴えが提起された場合に、もっと頑張れば良いのにと思ったとしても、訴えが取り下げられてしまったならば、もはや裁判官は裁判を続けることはできません。これは、民事裁判でも刑事裁判でも同じことです（処分権主義、起訴便宜主義）。そのようなものであるからまた、判決の内容も、その裁判に当事者として関与した者の間でのみ、訴訟の対象となった事項（訴訟物）に限り拘束力を持つものとされます（既判力の主観的範囲・客観的範囲）。

更に又、有効な訴えが提起されて裁判が始まったとしても、我が国の場合、裁判所は、当事者がこういった事実があったと言って主張する限りでの事実を前提として判断をすることができるだけであって、裁判所が勝手に当事者が主張していない事実を探し出して、真実はこうであったなどという判断をすることはできないこととされています（弁論主義、起訴状一本主義）。マスコミなどではしばしば、世間を騒がした重大事件で、事件の背景とか真相を徹底的に解明するなどということを、裁判所とりわけ最高裁に期待したりしますが、これはそもそもお門違いということになります。

(イ)　次に、裁判所は、確かに「正義の具現者」ではありますが、それはあくまでも、目の前の具体的な紛争についてこれをどう裁くかという問題の枠内においての「正義」なのであって、例えば、一般的・抽象的な「法の一般原理」とか或いは「憲法の基本理念」を実現するといったこと自体が裁判所の任務であるわけではありません。これは、例えば「憲法の番人」と言われる最高裁についても、基本的には同じことであります。裁判判決において憲法の規定であるとか法の一般原則が引き合いに出されるのも、基本的にはあくまでも、目の前の具体的な事件について「最も適正な解決」をもたらすための一手段であるに過ぎません。すなわち、「憲法の基本的価値」だとか「法の一般原則」の実現自体が自

己目的とされているわけでは決してないのです（まして、対立する学説のいずれかに軍配を挙げること自体が目的であるなどということは、全くありません）。尤も、最高裁は、御承知のように、下級審の法解釈を統一する責務を負っていますし、また、（付随的）違憲立法審査権を担っています。しかしそれも、あくまでも、現に目の前に存在する個別的な事件が、そういう判断をするのに適した事件であるという判断を大前提としてのことであります。例えば、総理大臣が靖国神社に参拝することは憲法の定める政教分離原則に反するとして、総理が参拝したことによって精神的打撃を受けたと主張する者が国家賠償を求めるようなケースがしばしば登場しますが、こういった場合、原告の受けた不快感が、そもそも法的に保護されるべきであるような性質の利益であるとは言えない、という判断がなされれば、果たして総理の参拝行為が政教分離原則に反するか否かといった憲法問題についてまで最高裁が判断する必要は無いわけです（こういった例で、マスコミ等はしばしば「最高裁が憲法判断を回避した」と言って批判しますが、こういった批判は本来筋違いであるということになります。

二．我が国の裁判制度についての以上のような理論的前提、すなわち「通念としての裁判」は、ごく当然のこととして、これまで広く採用されて来たところであると思われますが、これに対して、改めて今回、私に対し「司法権の使命、役割」について話せというのは、如何なる理由からなのでしょうか？　察するにそれはどうも、「このような原理原則論に立っていたのでは（少なくとも我が国の裁判所、とりわけ最高裁の現状の下では）立法府や行政権に対するチェック、延いては国家権力に対する国民の権利保護という面において、裁判所が消極的になり過ぎ、その機能を十分に発揮し得ない（国民の期待に十分応えていない）」という、これまでの裁判所（とりわけ最高裁）のあり方に対する漠然としたマイナス評価があって、それを基にした問題提起がされているのであるように見えます。

御承知のように、従来しばしば、〝日本の最高裁は、民事事件・労働事件においては弱者救済のために意を尽くし、その方向での判例を大胆に形成して来たが、国や地方公共団体の立法・行政活動の違法性を訴えて国民が争うケースにおいてはそうでなく、国民の権利保護の拡大に極めて消極的である〟ということが、公法学者や弁護士の多くから、更には諸外国の学者等によっても指摘されて来ました（参照、藤田『回想録』九九頁）。その原因について、最高裁は立法府・行政府に対して遠慮し過ぎるという不満が昔からあるのに加えて、近時では、我が国の裁判所とりわけ最高裁が民事法・刑事法の思考枠組に囚われ過ぎているからだ、という見方をする向きがあるようです。ここでは、特に、この後者の問題を取り上げて見たいと思います。

憲法事件、行政事件のようないわゆる「公法事件」は、単なる私的個人同士が、自己の私的な利益をめぐって争うという単純なものではなくて、その裁判の帰趨は公益一般や第三者の利益等多くの利益に関わることなのだから、通常の民事・刑事裁判と同じような発想に立った処理がなされるのではいけないのではないか、という考え方は、元々非常に古くからあるもので、これは例えば、そもそも通常裁判所の他に特別の公法裁判所（行政裁判所・憲法裁判所等）を置くべきか否かという問題をめぐって、歴史上様々な議論がなされて来たところでもありました。御承知のように、我が国の場合、その結果が、現行法上の次のような各法規定となって定着せしめられているわけです。

○憲法七六条一項「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」

同二項「特別裁判所はこれを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」

○裁判所法三条一項「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」する

○行政事件訴訟法七条「行政事件訴訟に関し、この法律に定がない事項については、民事訴訟の例による」等々。

従って、民事・刑事事件と公法事件との間に、言われるような違いがあるとしても、最高裁判所を始めとする我が国

の裁判所として、こういった実定法の枠組み自体を越える判断をすることができないことは、いうまでも無いところであります。そして、こういった枠組み内で、あるべき裁判の形とは何か、ということについて、いわば「社会通念」に基づき形成されて来たのが、先のような「通念としての裁判」であったと言えます。従って、ここでの問題は、この「通念としての裁判」を、「公法事件の固有性」に鑑み、制定法の枠内で果たしてまたどこまで、裁判所自らが修正することができるかにある、ということになります。

ところでこの点、行政事件については既に制定法上、行政事件の固有性に鑑みて「通念としての裁判」に対する多くの例外規定が置かれるところとなっています。例えば、

・「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起」する訴訟であるところの「民衆訴訟」の（限定的な）容認（行政事件訴訟法五条。なお同六条の「機関訴訟」も参照。これらの規定は、従来、上記裁判所法三条一項でいう「法律上の争訟」の例外を定めるものと説明されて来ました。尤も今日では、そういった理解に疑問を挟む向きもあるのですが、この点については、後に触れることがあるかと思います）。

・処分権主義に対する例外としての第三者の（職権）訴訟参加（二二条）

・当事者主義に対する例外としての職権証拠調べ（二四条）

・既判力の主観的範囲に対する例外としての取消判決の第三者効力（三二条）、関係行政機関に対する取消判決の拘束力（三三条）等々がそれです（尤も理論的に正確に言うと、これらが既判力の主観的範囲の拡大と言えるかには、種々議論がありますが、いずれにせよ、行政事件の特殊性に鑑み民事訴訟には無い法的効果が認められているものであるという点では争いはありません）。

・更に平成一六年の改正では、訴訟における当事者間の実質的公平を図る見地から、釈明処分の特則を認める規定が置かれることになりました（行政事件訴訟法二三条の二）。

このようなこともあって、上記のような問題意識からする「通念としての裁判」に対する行政法学の批判意識は、例えば、抗告訴訟の提起を（従来の通説・判例によれば）私人の個別的権利利益が侵害された場合に限っている「処分性」（法三条）及び原告適格（法九条）の要件等について、その範囲拡大を目指すという具体的な問題に向けられて来ました。

これに対して、憲法学においては、問題意識はより広範（あるいは「漠然」？）かつ思い詰めたものであるかのように見えます。そしてそれには、理由が無いわけではないので、何よりもまず、行政法によって規律される行政活動の場合と違い、憲法によって規律される法律そのものの違憲性を争い、直接にその取消しを求めたり無効の確認を求めたりする訴訟というのは、先の「通念としての裁判」を出発点とする限りまず難しく、法律の違憲性は、個別的事件において（行政事件訴訟を含む）民事訴訟或いは刑事訴訟を通し、その前提問題としてしか争うことができない。そして、これらの訴訟においても、先に見たように、法律の違憲性は、当該の紛争を解決するに当たって必要な限りでしか問題とされませんから、いわば、憲法理論並びに憲法学の出番というのは、現実に極く限られてしまうからです。そこで憲法学者は、この事態を何とか変えたいという、いわば一種の苛立ちから、例えば、民事訴訟・刑事訴訟（そして行政事件訴訟）と並び、憲法訴訟という概念を提唱し、その特殊性を主張して来ました。ところが、この「憲法訴訟」の特殊性なるものが、一定の漠然たる気分の問題を越えて、果たして具体的に何を意味するのかについては、今一つ明確でないところがあります。この点について、例えば安念潤司教授は、教授一流の筆法により、「（憲法訴訟論）の致命的な弱点は、実定訴訟法（理論）を殆ど全く顧慮していない点にある」とされ、「これまで目にした限りでは、訴訟法の知識を踏まえた論考に出会った経験は皆無に近い」という熾烈な指摘をしておられます（安念「憲法訴訟論とは何だったか、これ

から何であり得るか」論究ジュリスト二〇一二年春号一三二頁）。門外漢の私にここまでのことをいうことはできないにしても、しかし少なくとも、いわゆる「憲法訴訟論」が、先に見た「通念としての裁判」に現行行政事件訴訟法が加えている修正を越えた何を付け加えようとするものであるのか、現行法（及びそれに基づく最高裁裁判例の考え方）では何が具体的に足りないのか、が明確にならない限りは、いわゆる「憲法訴訟論」なるものが、最高裁を始めとする我が国の裁判所に与える影響は、殆ど皆無であると言って良いと思われます（因みに、この点で、私自身は、「憲法訴訟」という観点が、訴訟上具体的に意味を持ち得るのではないかと思われる一つの例について、後に挙げる「一票の較差訴訟」を廻る論稿において、触れて見ましたので、御関心がおありの向きは、参照して頂きたいと思います。参照、藤田「「一票の較差訴訟」に関する覚書――選挙無効判決の効果について――」法の支配第一七一号八六頁以下）。

三　以上見たのは、「通念としての裁判」が裁判所の使命を「個別的紛争の解決」に制限している点についての不満の一つですが、こういった不満は更に、いわゆる「司法消極主義」ないし「憲法判断への消極性」への不満という形で表明されて来ました。

こういった意味での「司法消極主義」なるものにも、具体的には様々のものがあると思いますが（例えば、「政治的なイッシューに介入することへの消極性」）、ここで取上げるのは、より一般的な問題、すなわち、「最高裁は、違憲判断ができる場合であっても、具体的な事件の解決に不要である場合には、憲法判断に立ち入らない」という意味での消極性です。

こう言った消極性は、一般に「司法（裁判所）の自制」によるものと言われますが、私の見るところ、「裁判所は、具体的紛争の解決に本当に必要である場合でなければ軽々に違憲判断に立ち入るべきではない」という考え方は、裁判所による違憲判断の重みということを大切にすればこその考え方であると思います。つまり、具体的事案の解決に本当

に役立ってこそ、その憲法規範の重みは増すからであって、そうでなければそれは、他に対して、単なる「裁判所のお説教」ともいうべき、上滑りなものにしかならないか、或いは、単に学者の理論的関心を満足させるというだけのものに終わってしまう可能性があるからです。この点については、近時憲法学者の間でも理解が進むようになって来ているようでありまして、付随的違憲審査の意義として、最近私は、以下のような指摘に接しましたが、この指摘は、私の体験に照らしても、まさに当たっているように思われます。

「裁判所の憲法判断が適切なものであるとすれば、それは、法の専門家である裁判官が判断しているからということと共に、具体的な事実に迫られ具体的妥当性と法的な論理とのぎりぎりの調整の中で憲法判断が示されているからではなかろうか」（市川正人「最近の「三段階審査」論をめぐって」法律時報八三巻五号（二〇一一年）一一頁）

また、次のような指摘も、ここでの問題について、一面での真実を突いているものであるように思えます。

「我が国では、もともと私権保護を任務とする司法裁判所が、六〇年かけて漸く憲法の分野にもその任務を達成できるようになったと言えよう。それは付随的司法審査制にふさわしい法発展である、と評価すべきかもしれない」（宍戸常寿・法律時報八二巻四号六〇頁）

これまでの講演・著作等で繰り返し述べて来ましたように、私は、自らの最高裁判事としての体験を踏まえて、裁判官の任務は、「当事者間の具体的紛争において、最も適正な解決を見出すところにある」と考え、その際「最も適正な解決」とは何かと言えば、それはもとより「法に基づく解決」であるべきであるけれども、しかし究極的にはそれは、各裁判官がその良識に基づき判断するものとならざるを得ないし、また裁判制度そのものがそのことを前提として構築されている、という事実を指摘して来ました（この指摘には、近時とりわけ、長谷部恭男教授が賛意を示して下さっているようです。例えば参照、長谷部「権利の機能序説」岩波講座『現代法の動態二』（二〇一〇年）一八頁）。ここでいう「最

も適正な解決」とか「裁判官の良識」とかいうのは、決して、単なる紛争当事者間での利益考量のみをいうものではなく、理論的根拠やその判決がもたらす諸々の効果についての見通し、その他一切の事情を考慮した上での主体的決断ということに他なりません。例えば、この意味での「最も適正な紛争解決」の一環として、最高裁は、厳格に理論的に言えば必ずしも違憲判断を要しないケースにおいて、敢えて違憲判断をすることも決して無いわけではないのです。近時の例では例えば、私が主任裁判官として関与した大法廷の「空知太神社事件判決」（平成二二年一月二〇日判決、民集六四巻一号一頁）がその典型例でした。

【御承知のようにこの事件は、砂川市の市有地が神社の施設のために利用されていた事案で、住民が、これを憲法で定める政教分離規定に違反すると主張して、砂川市長に対し、地方自治法二四二条の二第三号に基づき「怠る事実」（敷地の使用賃借契約を解消し、施設の撤去及び土地の明け渡しを請求することを怠る事実）の確認を求めた住民訴訟でしたが、大法廷（多数意見八名）は、本件利用提供行為は、政教分離原則に反し違憲であると判断した上で、しかし、その違憲・違法状態を解消するためには、原告（被上告人）住民らが必要であると主張する神社施設の撤去及び土地の明け渡し以外にも合理的かつ現実的な手段はあり得ないではない、として、原告（被上告人）勝訴の原審判決を破棄し、事件を原審に差し戻したものでした。

この事件は、本来、砂川市長が市有財産の管理を怠るという事実があったかどうかを廻る地方自治法上の住民訴訟であって、厳密に訴訟法的に言えば、憲法判断をせずとも済む事案でした（つまり、最高裁が採った結論を出すにしても、敢えて「違憲」を言わず「仮に違憲であるとしても、市長の執るべき管理方法は、原告らが主張する神社施設の撤去及び土地の明け渡しの請求に限られるとは言えない」という判断ができた）し、現に、民事裁判官である今井功裁判官は、そういった意見（結果としては反対意見）を書いています。そして、この案件での違憲・合憲の判断は、極めて難しい、

微妙なものでありましたから、最高裁として憲法判断に立ち入らない処理をする誘因は、充分にありました。それにも拘らず、一三人の裁判官が、（違憲・合憲・破棄差し戻しの違いはあれ）積極的に憲法判断を行おうとしたということには、充分注目がなされて良いであろうと思われます。本件において、何故最高裁が憲法判断に立ち入ったかについて、ここで詳細を述べることはできませんが、少なくとも、この種の事案（すなわち、国・公有地上に、純粋な宗教施設であることは明らかであるが、しかしその宗教的色彩は実質上さして濃厚ではない施設が設置されているといった事例）は全国に数多くあると思われ、こういったケースの今後の処理について一定の方向を示すとすれば、この事件は最も適切な例である、と最高裁が考えたこと自体は、否定できないと言って良いでしょう。

四.「通念としての裁判」に対する公法学者の不満として、近年目に見えて強くなりつつあるのは、そこでいう「個別的紛争」の内容に関するものであるように思います。つまり、そこでいう「個別的紛争」は、民事事件や刑事事件をモデルとして想定されているために、「私人の権利・義務を巡る紛争」に限られており、「広く公権力の適法性自体を巡る争い」を排除する結果となっている、そして、それを象徴するのが、従来の学説及び最高裁判例による、裁判所法三条一項でいう「法律上の争訟」という概念についての、極めて狭い解釈である、という訳です。そこで強調されるのは、〝司法の役割として、私権保護・紛争解決に止まらず、政治部門の行為の適法性の統制の側面を強調する見解〟（例えば参照、宍戸常寿「司法のプラグマティーク」法学教室三二二号二〇〇七年二五頁以下。）であり、行政法学においてはこれが、「いまや、民事訴訟モデルに象徴される民事法的発想から脱却し、行政訴訟における「法律上の争訟」性の観念を新たな視点から捉え直す必要がある」（亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」『行政法の新構想Ⅲ』一九頁）という主張となります。なお例えば、「最高裁の司法哲学（あるいは司法権の観念）及び裁判官の構成が、最高裁に期待される多様な機

能に対応するものとなっていない」（佐藤岩夫「最高裁判所は変わったか」法律時報八二巻四号四八頁）という指摘がありますが、この場合の「最高裁に期待される多様な機能」という語も、そういった意味合いのものでありましょう。

私は既に一九八〇年（昭和五五年）に行政法総論の教科書（初版）を世に問うて以来、次のような指摘をしております。

「伝統的な「法律による行政の原理」にあっては、行政の法律適合性を確保することが同時にまた私人の保護に使える所以である、との前提があるのであるが、行政救済法の分野では、…「私人の保護」という要請の方が正面に出て来ることになり、それがむしろ、行政活動の法律適合性の司法審査の可能性を限定する方向に働くことになる。… 行政訴訟が原則として「主観訴訟」としてのみ構築されている、ということは、いわば伝統的な「近代行政救済法の原理」に存する内在的限界なのである」（藤田『新版行政法Ⅰ（総論）』二九五頁）

従って、私から見れば、先のような議論は、私のこの指摘と同じことが、今日正面から取り上げられ議論の対象とされるようになったものであるに他なりません。それ故、これらの指摘には、共感を抱くところも多いのですが、ここではただ、「最高裁の司法哲学」までが問われているので、その関係において、現実の裁判に携わる裁判官の立場から見れば、こういった問題提起については、どう言えるだろうかということにつき、簡単に触れておきたいと思います。

第一に、現行法は、そのこと自体に立法政策上の問題があるか否かは別として、明らかに民事法の基本構造を前提として行政事件訴訟制度を構築しており（同法七条）、ただ、行政事件訴訟の特質に照らして、種々の例外を同法で定めているのは、先に見た通りです。従って、裁判官に「民事法的発想からの脱却」を求めても、そこには自ずから限度があると言わざるを得ず、現実の問題としては、基本的に、これらの例外規定の解釈のレヴェルでどの程度の柔軟性を示せるかという点に帰することとなります。この点、例えば抗告訴訟の対象や原告適格の拡大を巡って、とりわけ近時の最高裁判例に進展がみられることは、周知の通りです。

第二に、「法律上の争訟」が私人の権利・義務に関する争訟以外の紛争を広く含むと言っても、裁判所がどのような訴えを取り上げることができるのか（訴訟類型や訴訟要件の問題）については、（憲法三二条の「裁判を受ける権利」が実質上否定されることにならない限り）法律によって定められることになるのであって、こうして法定された訴訟制度の外に新たな訴訟制度を構築するということは、裁判官にとって、本来その権限を越えるものであるということを、否定することはできません。そういった例が全く無いわけではありませんが（例えば、議院の定数訴訟の例。但し、これも、形の上では既存の訴訟制度を借りたものである）、少なくともそこには、相当程度の無理が働くこともまた、否定できないところです。

説かれるような「民事法的発想からの脱却」を図るためには、このような現実を踏まえた上での考察が必要になろうと思います。

五．ところでいうまでも無く、立法府や行政府に対する裁判所（最高裁）のチェック機能のあり方について語る際には、当然いわばその裏ないし前提として、国民の権利・利益の保護の問題が関連して来ます。先にも触れましたように、従来しばしば、日本の最高裁は、民事事件・労働事件におけるのとは異なり立法府や行政府を相手に国民が争うような訴訟においては、国民の権利保護の拡大につき極めて消極的であるということが、内外の学者・法曹から指摘されて来ました。私はこの点について、過去の例を見るならば、それは確かに否定できない面が無いではないものの、少なくともここ十年来の最高裁判例を見れば、最高裁が「余りにも権力寄り」であるという非難は、必ずしも公平とは言えないと思い、具体的な諸例を挙げて、その旨を指摘して来ました（参照、藤田・回想録七二頁以下、とりわけ、九九頁以下）。そして、この問題について最も重要なのは、次に述べるような事実を踏まえた議論がなされることであろうと思ってい

ます。

例えば、基本的人権の代表例とされる「表現の自由」や「財産権の自由」「営業の自由」等々をとってみても、周知のように、それらが具体的にどのような者により、どのような背景の下どのように行使されるか、といったことは、こういった権利を果たしてまたどの程度保護するかという結論に、大きく影響するわけで、これらの権利と衝突する反対利益との間でどのような調整を行うかということは、個別的事件においては大変微妙な線引きの問題であることを否定できません。そして、最高裁で真に問われるのは、まさにそのような難しいケースなのです。憲法学者は外国法とりわけアメリカ連邦最高裁の判例を拠り所にして、いわゆる「違憲審査基準」なるものを理論的に構築し、日本の最高裁がそれを正面から採用しないことを批判しますが、しかし、最高裁の現場の感覚からすれば、そういった一律の理論的基準（まして外国の判例から抽出された基準）は、個別的な事件に当たって上記のような微妙な線引きをするに当たり、必ずしも有益な（少なくとも決定的な）拠り所とはなり得ない、ということなのだと思います。例えば、いわゆる成田新国際空港事件大法廷判決（平成四年七月一日、民集四六巻五号四三七頁）の調査官解説において、千葉勝美氏は、我が国の最高裁が明確な審査基準論を採用していないことにつき、「（最高裁は）基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処している」（『最高裁判所判例解説』民事編平成四年度二四二頁）と指摘しています（同氏は更に、近時の判決の中でも、最高裁判事の立場で、その補足意見中同様の指摘をしています。例えば参照、最判平成二四年一二月七日、刑集六六巻一二号一三二七頁――いわゆる「堀越事件判決」）が、これは、まさにこのことを意味しているものと言えましょう。また例えば、最高裁の憲法判断の多くが、最後には結局「諸要素の総合的考慮」としてなされるという事実が批判的に指摘されていますが（高橋和之「憲法判断の思考プロセス――総合判断の手法と分節判断の手法」法曹時報六四巻五号）これもまた、上記のような事実の端的な表現であるに他ならないように思われます。

先にも見ましたように、この線引きを、最高裁判事は究極的に最高裁判事としての自らの「良識」に基づき行っているのであって、その際、その時代毎に、各裁判官は、（少なくとも主観的には）それぞれ、自らが中立公正と考えるところに着地点を見出して来たのであり、一昔二昔前の最高裁であったとしても、少なくとも一方的に個人の権利を無視して来たわけではありません（少なくとも当人にその積りはない）。ましてや、ひたすら政権党・自民党に迎合して来た等というのは、いささか公平を欠く見方ではなかろうかと思います。問題は、過去最高裁の多くの裁判官が「中立・公正」と判断して来たことが、今日そうではないとされること、逆に言えば、今日「中立・公正」ではないとされるものが、過去においては「中立・公正」であると考えられていた原因、言葉を変えて言えば、今昔の裁判官の「良識」のずれの原因はどこにあるのか、ということにあります。私はこれを、先の法学教室の対談で、「裁判官の眼差しの変化」という言葉で説明してみました。

七．ここで「裁判官の眼差し」というのは、裁判に当り、先に見たような意味での線引きをするに際しての、裁判官の目の向け方、目の配り方、視線の深さ、等々を意味します。それは言い変えれば、何をどう捉え、また何をどう評価するかの問題であるとも言え、これが例えば行政庁による行政処分の場合であれば、（行政法学者にはお馴染みの）いわゆる「判断過程の統制・審査」の対象となるような知的営みのことであると言ってもよいかもしれません。更に難しい言葉を使おうと思えば、「裁判官の思考枠組（パラダイム）」とか「裁判官の思惟律」とか、学者が好きそうな言葉が様々に浮かんできます。こういった表現自体はどうでも良いのですが、私が、これを「眼差し」という言葉で捉えるようになったのは、いわば、今まで「当然の正義」あるいは「当然の法理」と考えられて来た事柄に対して、それが全く間違っているというのではないにしても、しかし「ちょっと違った方向からの目を向けることもできるのではないか」という

心の動きを表すのに、この「眼差し」という表現が差し当たり最もしっくりするように思われたからです。

こうは言っても、実は私自身、「裁判官の眼差しの変化」ということの意味を、充分正確に説明することはできないのですが、ここでは、一つの例を引いてみましょう。

私が退官後になってから読んだ文献の中で、強く心を惹かれたものの一つとして、著名な元刑事裁判官であり、最高裁調査官も務められた、木谷明氏の刑事事実認定の在り方についての著作がありました。御承知のように、刑事事件で、被告人が犯人であるか否かを判断するに当たっては、当人が犯人であることについて「合理的な疑いを差し挟む余地が無い程度にまで立証されたか否か」が、その判定基準として用いられて来ています。ところが、果たして「合理的な疑いが残るか否か」ということは、現実には、極めて判断の困難なケースが多く、私自身もまた、裁判官として、その判断には、絶えず苦しめられ、毎回、七転八倒の思いをしたものでした。ところでこの点に関しては、木谷氏が、予てより、次のような主張をしておられます（例えば参照、木谷明『刑事裁判のいのち』（二〇一三年法律文化社）一六頁―一八頁）。「合理的疑いを差し挟む余地が無い程度に証明されたかどうか」とは、「被告人は無実である」という前提から出発し、検察官が提出する証拠を検討する際にも、「犯人らしく見える証拠は提出されているが、本当は被告人は犯人ではないのではないか」という頭でとことん考え抜き、それでも被告人が犯人でないとしたら容易に説明できない事情がある場合（平たい言葉で言えば、「まず絶対に犯人であると考えられる場合」）に有罪と認め、そうでない場合は被告人に無罪を言い渡しなさいという意味である。

ここには、まず「被告人は無実である」という前提から出発するということが述べられていますが、もし裁判所の任務が、何よりも、誤判・冤罪を防ぐところにあるという前提に立つならば、これはごく当然の考え方であるように思えます。ところが、問題は、この前提自体が成り立つかどうかにあるわけで、現に、木谷氏のこの考え方に対しては他方、

同じく刑事裁判官を経験した論者から、現行刑事訴訟法の目的としては「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ、事案の真相を明らかにする」ということが書かれているのであり（同法一条）、冤罪防止のみでなく、真実発見（真犯人の探究）もまた、重要な事項として挙げられているのであるから、「被告人は無罪であるという前提から出発する」というのは一方的に過ぎる、という批判があります（参照、石井一正・ブックレビュー、判例タイムズ No.1144（2004.5.1））。そして私の乏しい経験に照らして見ても、この後者のような発想に立つ刑事裁判官は、決して少なくない、むしろ多いと言って良いのではないか、という気がします。私は、この批判に対する木谷氏の次のような反論（木谷明「『合理的疑い』の範囲などをめぐって」判例タイムズ No.1151（2004.8.15））が、私がここで言う「裁判官の眼差し」の問題とは何かということの一面を、良く説明しているものであるように思うのです。

「確かに、真犯人と無辜の間には明確な一線がある筈である。しかし、刑事裁判で求められている判断は、「真犯人」と「無辜」との区別ではなく、「真犯人であると認めることに合理的な疑いがあるかどうか」の判断であることを忘れてはならない」（一二頁）。「裁判所に求められているのは、どこかに存在する客観的な正解（書評のいう「狭い道」）を探し出すことではなく、各裁判官が最高裁の全判例や過去の前例を頭に置きながら自分の良心に忠実に、そして、培ってきた知見と常識を駆使して、「どこまでが不合理な疑いでどこからが合理的な疑いなのか」を必死に模索しながら、自分が正しいと信ずる解答を出すことではないか」（一三頁）。そして、このような考え方の背後にあるものとして、同氏は「真犯人を取り逃がす不正義」と「無辜を処罰することの不正義」とは、同じ不正義でも決して同列に論ずることができない、という考え方を繰り返し述べておられるのです（上記同所及び、木谷明『事実認定の適正化』（二〇〇五年法律文化社）二一頁）。

私が木谷氏のこれらの指摘の中で特に関心を抱いたのは、氏が、通常は「冤罪防止か真実発見か」という二元論で問

われて来た問題を、刑事裁判で求められている真の問題は何か、という見地から、問題は、「真犯人」と「無辜」との区別ではなく、「真犯人であると認めることに合理的な疑いがあるかどうか」の判断であると、喝破されている点です。これは、まさに長く裁判の現場におられた方の経験に基づく、肌理の細かい視線であるというべきですが、実は、私自身もまた、退官直前に裁判長を務めたある刑事事件において、（当時は不明にも、木谷氏によるそのような予てからの指摘があることを知らなかったのですが）いわば無我夢中で判断する中、結果的に、木谷氏が強調されるのと同じ視線に立った裁判をやっていたのだ、ということに気が付いたのでした。この事件（「大阪現職刑務官母子殺人放火事件」平成二二年四月二七日第三小法廷判決、刑集六四巻三号二三三頁）は、大阪市内のマンションにおいて、母親（V_1）と幼児（V_2）が殺害され、更に室内に放火された事件で、（V_1）の義父に当たり現職の刑務官である被告人（Y）が犯人として起訴されたのですが、Yは一貫して犯行を否認しました。しかし、一審（大阪地裁）は、状況証拠に基づきYを犯人と認定して、無期懲役を宣告。更に、原審の大阪高裁は、無罪であるとのYの主張を退け、逆に検察官による量刑不当を理由とする控訴を容れて、死刑を宣告しました。これに対して、第三小法廷の多数意見（四名）は、一審及び原審の事実認定につき、審理不尽、重大な事実誤認の疑いがあるとして、両判決を破棄、第一審に事件を差し戻したものです。

この事件の記録を一読したとき、私には、原審のような判断がなされることにも理由が無いではないと思えた一方で、拭えない違和感も残りました。それは、原審が有罪の理由として挙げる状況証拠の一つ一つが、いずれも間接証拠の又間接証拠というべく、問われている犯罪事実とはいささか距離がある事実ばかりであって、仮にYを犯人であると想定してしまえば、確かに矛盾なく説明できる事実であるけれども、逆に「Yが犯人でないとしたら合理的に説明できないかあるいは説明が極めて困難である」といったような事実ではない。もしYが主張するように、冤罪であると仮定して

見るならば、それでも説明がつかないことはないのではないか、という思いがしたからでした。この私の疑問は、一名の裁判官（刑事裁判官）を除き、第三小法廷の皆が支持してくれる結果となって、破棄差し戻しへとなったわけですが、退官後に初めて木谷氏の著作に触れて、改めて、自分がやったことはそういうことであったのか、と認識したわけです。

今見た例は、いわば、「その事案において問われている真の問題は何か」ということについての眼差し如何、ということになりますが、時間の関係でここでは立ち入ることができませんものの、例えば、いわゆる「君が代ピアノ伴奏拒否事件判決」（最三判平成一九年二月二七日、民集六一巻一号二九一頁）における私の反対意見なども、こういった目で改めて見て頂ければ幸いです。

【この事件の多数意見は、本件で君が代ピアノ伴奏を拒否した音楽教師の「思想及び良心」として問題となるのは、専ら当人の「『君が代』が歴史的に果たしてきた役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観それ自体」であると捉えて、本件においてそのような思想及び良心の侵害は認められない、と判断したのですが、私の反対意見では、ここで問題となる当人の「思想及び良心」としては、それに加えて更に「『君が代』の斉唱をめぐり学校の入学式のような公的儀礼の場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価（従って、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし心情）」といった側面が含まれているのであり、また後者の側面こそが、本件では重要なのではないか、という指摘をしたのでした。】

八．「眼差しの変化」とは、とりわけ、定式化し硬直化した概念や思考様式に対し、より肌理の細かい洞察を加えること（例えば「公務員の政治的行為」とは何か――堀越事件判決、「国会の広い裁量」とはなにか――一票の較差事件、「行政財産」の公益性とは何か――呉市学校施設利用事件、獅子島海岸事件、等々）、そういった意味で、硬直化し或いは判断

停止に陥っている思考様式に柔軟性をもたらすこと、を中核とします。そしてそこからまた、マニュアルないし公式の持っている意義とその具体的事案における限界ないし修正の可能性を探ろうという方向が出て参ります。

マニュアルとか公式、そして更に法制度や法概念というものは、現実には無限に多様な社会事象の中に、様々な線引きを行うものでありますから、その過程の中で、実際には関連する多くの要因が、「関連無し」として排除されてしまうということが起こります。例えば、ノルウエイのニール・クリテイという刑事学者が、アメリカ合衆国において刑事犯が著しく増加しているという現象について分析する中で、「（人に広い意味での迷惑・或いは不愉快をもたらすような行為について）あらゆる事柄を斟酌すると二つとして同じ事件というものは無い。そこで、公式の法律では、全てを考慮に入れるわけにはいかなくなり、同様の事件であるとみなされるようにするために、事件をとりまく多くの要因を除去することが必要になってくる（犯罪成立要件の法定――藤田注）。このプロセスが関連性の無い事実の除去であるが、何を関連性なしとするかは価値観の問題であるため、「独断的に決定された非関連性（e.g. 素人にとっては重要と思える意見でも、弁護士から法廷で持ち出してはいけないと言われることが良くある）」が生じる。」（ニルス・クリステイ『人が人を裁くとき』（平松毅・寺澤比奈子訳）有信堂二〇〇六年（一一三頁以下）ということを言っています。そしてクリステイは、こうして考慮に入れる事柄に制限を設けることによって実現される正義（法律の規定、マニュアル等々に定着させられる――藤田注）を「垂直的正義」と呼び、他方で「関連性が無い」として排除された事柄をも個別の事案に基づき十分に考慮することを「水平的正義」と呼んでいるのですが、「眼差しの変化」とはまさに、この意味での「垂直的正義」あるいは「純化された正義」から、「水平的正義」の方にも目を向ける、という意味を持つものであるかも知れません。こういった意味で、私の印象に強く残っている事件として、私が裁判長を務めた平成一六年三月のいわゆる「学資保険訴訟事件判決」（平成一六年三月一六日第三小法廷判決、民事判例集五八巻三号六四七頁）がありますが、

時間の関係で、ここで詳細に立ち入ることは致しません。

【この事件は、生活保護法による保護を受けている者が、その子の高校就学費用に充てる目的で学資保険に加入していたのですが、それが満期となり、満期保険金を受け取ったところ、これが生活保護の減額理由となる「収入」に当たるかどうかが争われたものでした。処分行政庁は、その一部を「収入」と認定して生活保護費の減額保護変更処分をしたのですが、同処分の取消訴訟である本件において、第三小法廷は、「生活保護法の趣旨目的にかなった目的と態様で保護金品等を原資としてされた貯蓄等は、収入認定の対象とすべき資産には当たらない」とし、更に「非保護世帯において、最低限度の生活を維持しつつ、子弟の高等学校就学のための費用を蓄える努力をすることは、同法の趣旨目的に反するものではない」と判示して、同減額保護変更を違法として取消した原審判決（一審は原告の請求棄却）を支持したのでした。】

Ⅱ　学説の役割と機能

上記を踏まえた上で、最後に、二番目のテーマ「学説の役割と機能」に関して、簡単にお話しすることに致します。

一．先に引いたクリステイは、上に引いた文献において他方、「垂直的正義」は、考慮に入れる事柄に制限を設けることにより実現するが、それは、そうしなければ平等が得られないからだ、と言ってもおります。またクリステイは、「純化された正義」として「マニュアルの利点は、その公正さにある。それは何を考慮し、何を考慮の外に置くかを明らかにしている」（ニルス・クリステイーエ『司法改革への警鐘』（寺澤・平松・長岡訳）信山社二〇〇二年一九九頁）という点をも承認しています。実際一般に、「基準」とか「マニュアル」といったものは、一律的な処理をすることによっ

て事案処理に公平性を保とうとするもので、そのことによってまた「予測可能性」をもたらそうというものであります。そもそも「法概念」というもの自体が、そういったものでありますし、裁判には、この意味での一貫性と予測可能性が保たれることが不可欠であるということは、各方面から強調されて来たところでもありました。例えば、先にも見たように、泉徳治元最高裁判事は、先にも見たように、〝「司法の役割」を一口で言えば、個別の具体的な法律上の紛争（事件）について、正義（法）に適った解決策を提供することである〟というところに見ておられるのですが、他方でまた、例えば、〝違憲審査基準をあらかじめ裁判規範として確立しておかないと、安定的な権利擁護が図れない。国民が権利行使について萎縮することにもなりかねない〟（前掲書一六五頁）とも主張されています。また、例えば高橋和之教授が、違憲審査基準のあり方に関し「アドホック・バランシングでは、いわば「出た所勝負」であり、予測可能性が低すぎるから、法的安定性の点から問題」であると言われるのも（高橋「「通常審査」の意味と構造」法律時報八三巻五号一七頁）、まさに同一の問題意識の発現であるに他なりません。

ところで、もし裁判が、私の考えるように、究極的には、個別的紛争解決に際しての各裁判官の「良識」に掛るものであり、そしてまた、裁判官の「眼差し」の柔軟さが要請されるものであるするならば、こうした「基準」ないし「マニュアル」なるものは、そもそも実効性のあるものとして定立し得、また機能し得るのでしょうか？こういった問題意識から、私は、例えば、最高裁自らがそのような基準として設定するものと考えられている「最高裁判例」なるものについて、それは果たして如何なるものであるかを検討して見ました（前記横浜法学掲載論文）。最高裁判例をめぐる問題については、前期法学教室の対談でも触れていますので、ここでは省略することとして、問題は、それではいわゆる「学説」すなわち、法律学とりわけ実定法の解釈学というものは、この点で、果たしてまた如何なる機能を果たし得るのか、ということになります。この点、「全く役に立たない」という考え方も無いではありません。例えば先の安念教授は、

この点についても、極めてシニカルに、法律学なるものは所詮「暇潰しの芸能」であるに過ぎない、という認識から、「憲法訴訟論、憲法学、更には法律学一般も、二一世紀の日本では暇潰しのための一種の芸能として意外な長寿を保つのではないか」と一種揶揄的な評価をされ（前出一三八頁）、また「暇潰しの芸能の伝承者という確乎たる自覚を持つことが、今後の法律学者に強く求められよう」と指摘されます（同一三九頁）。私は、予てより、「学問」と「実務」との違いを明確に区別して考え、時には、「役に立たない学問こそ本当の学問だ」などとうそぶいて参った者でありまして、安念教授のこの指摘には、大いに共感を抱く部分も無いではないのですが、私は教授よりは今少し気が弱く、「暇潰しの芸能」とまで言い切ることはできないでおります。以下に、先に東北ローレビュー Vol.1 の巻頭文で書いたことを、再現しておきましょう。

二．法解釈学説は、もはや裁判、取り分け最高裁における判断形成について、基本的に、その究極の導きの糸ともなり得なければマニュアルとしての機能をも果たし得ないと言えるでしょう。しかしそれは、裁判官の「良識」を如何に適切な「法の言葉」で表現するかについて、重要な支えを与えるものとして機能し得ると思います。これをより詳しく説明すれば、以下の通りです。

『回想録』その他で詳しく論じていますように、最高裁の判断形成過程は、様々な分野の「良識」を代表する一五人の裁判官による「究極の良識」の形成を図る過程でありますが、この「良識」は、その表現に際して、「法の言葉」で語られなければなりません。この意味において、一五人の最高裁裁判官にとって、法概念や法理論を理解しているということは、「究極の良識」を表現するために必要な共通言語を弁えるということなのであり、最高裁判事たるために最低限必要とされる「法律の素養のある」（裁判所法四一条）とはつまり、この共通言語が使えるということを意味する

ものと思います。ある言語を「使える」とは、個々の言葉の意味を知り、そのことによって他人の言おうとすることを理解し、それらを適切に組み合わせて自らの意を他に伝える方法を知り、そして何よりも、そういった手段によって他に伝えるべき充分な内容を持つということであります。このそれぞれにおいて、どの程度の広さ、深さ、明確さを持つかによって、その表現が、他にどれだけの感銘を与え、影響を及ぼすかが大いに異なって来る。同じ日本語を用いながら、文豪あるいは大作家と称される人々が書く文章が庶民に与える感動と影響の度が凡人の場合と異なるのは、ここのところの違いによります。庶民は、文学や哲学が無くとも生きて行くことはできますが、しかし、優れた文学や哲学が人生の質を高めてくれることもまた、大いにあり得ることです。これと同様に、裁判官は、法解釈学説が無くとも、裁判をして行くことができます。一五人の裁判官の中に行政法学者がいなくとも、最高裁は、行政事件について判断を下して行くことが、充分可能なのです。しかし、そこで用いられる「法の言葉」において（言葉を換えて言えば、判断が行われる「言語空間」において）、上記に述べたような意味においてより優れた表現を、学者の言説の中に見出すこともまた可能であるでしょうし、そこに自らの判断の支えを見出すこともまた可能な筈であります。学者は、このような裁判実務における自らの立ち位置を十分弁えた上で、その言語表現能力を磨くべきでありましょうし、また、裁判官は、このような表現に接することに努めることによって、その表現の質を上げることを図るべきであると思います。福田剛久氏というのは、かつて最高裁民事上席調査官の職にあり、私も当時共に多くの仕事をした極めて優秀な裁判官ですが、この人が、「実定法諸分野における実務と学説」という『法律時報』の特集の中で、「日常的な事件処理には実務家の諸説が役立つことが多いが、本当に困難な或いは新しい法律問題に遭遇したときは、学者の所説を頼りにすることになる。優れた学者の所説は、基礎理論を基に体系的な考察がされており、その考察を敷えんすることによって新しい法律問題を解決する糸口が見つかることが多い」と述べています（福田剛久「裁判官から見た実務と学説」法律時報七九巻一号

（二〇〇七年）六九頁）。これは、大変重要な指摘でありますが、その正確な意味は、正に上記のような視野の中で理解されなければならないであろうと思います。

研究ノート

イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護（二・完）

――錯誤による弁済を中心に――

橋本　伸

目　次

第一章　はじめに――問題の所在
　第一節　導入
　第二節　分析対象および叙述の構成

第二章　錯誤による弁済に基づく原状回復請求権の優先的保護――通説・判例による物的救済の正当化
第一節　錯誤による弁済の処理――Chase Manhattan Bank 事件以前の議論状況
第二節　Chase Manhattan Bank 事件の概要
第三節　物的救済の正当化一――所有権の帰属による正当化
第四節　物的救済の正当化二――柔軟な特定性判断による正当化
第一款　判例の概観――特定性の拡大
第二款　混和財産への追及
第三款　代償財産への追及
第五節　小括
第三章　通説的見解に対する批判と近時の実質論的アプローチ
第一節　通説的見解に対する批判
第二節　近時の実質論的アプローチ
第三節　取引関係アプローチから因果関係アプローチ（財産膨張理論）へ
第四節　小括
第四章　終わりに――日本法への示唆

（以上、六五巻五号）

（以上、本号）

第四節　物的救済の正当化二――柔軟な特定性判断による正当化

第三款　代償財産への追及

次に、β類型（代償財産への追及）についてみることにしよう。原財産の所有者が代償財産に追及することができるのは、代償財産が原財産の交換価値により取得されたことに求められていることは既に指摘した通りである。もっとも、どの程度代償財産の取得と原財産の交換価値の使用との間に関連性を要求するかをめぐっては、通説的見解の中でも分かれている（一）。また、先のように代償財産への追及が説明できるとしても、その効果（代償財産に対する物的権利[137]を原所有者に与えること）を踏まえると、そのような説明が説得的であるかは疑問の余地があり、それゆえ、より積極的な基礎づけを試みる見解もみられる（二）。そこで、以下では、これらの議論に一瞥を与えることにしたい。

（一）**（代償財産への追及の要件）**代償財産への追及は、代償財産が原財産の交換価値それ自体により取得されることを必要とするか、それとも代償財産が原財産の交換価値を含む受領者の責任財産一般により取得されたことをもって足りるか。この点をめぐっては、物的救済一般に関する議論においても、見解が分かれている[138]。その分かれ目は、「代償財産が原財産の交換価値により取得された」という先の説明をどのように法律構成するかという点に帰着する[139]。

すなわち、従来の学説は、大別すると、（ⅰ）代償財産が原財産の交換価値により取得された点に着目し、代償財産に原財産の交換価値が移転（transmission）したと評価して、代償財産への追及を弁済者に認める立場[140]と（ⅱ）弁済者（原所有者）の承諾なしに受領者により原財産が不当に処分された点に着目し、弁済者の損失により、受領者が不当な利得を得ることを防止するために代償財産への追及を弁済者に認める立場[141]、に分けることができる[142]。

両説について、代償財産への追及の要件との関係でみると、まず（ⅰ）説によれば、原財産と代償財産との間に取引関係（transactional link）が存在するか否かが基準となる[143]。すなわち、（ア）まず、追及可能か否かは、代償財産が原財産の交換価値それ自体を使用して取得されたか否かに依存し、そうでない場合には、取得された物に追及することはできない。（イ）次に、

原財産の交換価値により取得された代償財産は、特定物の形で体現されていることが必要であり、原財産の交換価値が債務の弁済に用いられた場合など、特定の代償財産が存在しない場合には、追及は否定されることになる[144]。要するに、この見解は、代償財産が原財産の交換価値により取得されたという点に着目し、原財産上の所有権の効力は、代償財産上にも継続(persistence)していると「擬制」するわけである[145]。これに対し、(ii)説によれば、弁済者の損失と受領者の利得(代償財産の取得)との間に因果関係(causal link)が存在するか否かが基準となる。それゆえに、(i)説とは異なり、代償財産が厳密に原財産の交換価値それ自体を使用して取得された場合に限られず、代償財産が原財産の交換価値を含む受領者の責任財産一般により取得された場合にも、追及は認められる。さらに、この見解の下では、特定の代償財産が存在する場合のみならず、特定の代償財産が存在しない場合(たとえば、債務の弁済などに用いられた場合)においてさえも、受領者の責任財産が弁済者の原財産の交換価値により増大している場合(=現存利得がある場合)には、物的救済が認められる余地がある(この点は、後述する財産膨張理論につながる)。

以上の対比によれば、(i)説から導かれる取引関係は、(ii)説から導かれる因果関係よりも物的救済の成立を制限する傾向にある、といえよう[146]。

(二)(代償財産への追及の基礎づけ)

以上を踏まえると、金銭の特定性の問題は、イギリス法上では、原財産の物理的な特定の問題としてのみならず、原財産の交換価値の特定の問題にまで拡張されており、そして、原財産の交換価値が代償財産という形で特定性が維持されている限り、その法律構成については争いがみられるものの、原財産の所有者に代償財産への追及が認められるという点では一致している。

もっとも、上記の議論は、イギリス法が特定性を広く解していることを説明(記述)するにとどまり、何ゆえイギリス法は原財産の所有者に原財産上の権利と同じ性質の権利を代償財産上に認めるのか、という問題に十分に応えているとはいえない。というのも、代償財産が原財産の交換価値により取得されたとしても、そこから論理必然的に、原財産の所有者に代償財産上の所有権(ないし物的権利)が認められるべきことを意味しないからである[147]。もっとも、イギリス法においては、こうした問題は、すべて追及可能性の問題に還元されてきたために、従来、厳密な基礎づけが行われていなかった[148]。これに対し、近時、一

部の学説により、代償財産への追及（取引関係アプローチ）の基礎づけが（不十分ながらも）試みられている[149]。以下では、こうした議論を手掛かりとして[150]、通説的見解の枠内における代償財産への追及の基礎づけとその限界を示したい。

（ⅰ）まず、この見解は、商事取引という文脈において債務者の破産（ないしそれに類似する状況）により回収できない債権が生じた場合に、どのような基準に従ってある取引債権者が他の取引債権者に優先して自己の債権を回収することができるかという問題に焦点を置きながら、この問題（代償財産への追及の問題）を検討する。そして、債権者間の優先劣後を決定する要素として、商事法全体に通底する「（強い）寄与原理（contribution principle）」という考え方を提示する。ここで、寄与原理とは、債務者の責任財産（estate）に対する事前の寄与度が大きい債権者ほど破産した債務者の財産の分配手続において、より優先的に債権を回収することができるとの原理を指す。もっとも、こうした寄与原理は追及原理を言い換えたものに過ぎない。それにもかかわらず、このような異なる概念を用いる理由は、追及概念よりも寄与概念の方が人々（とりわけ、一般の人々）の道徳的直観に訴えかけるからである、とされる[151]。具体的にみると、代償財産への追及の条件として原財産と代償財産との間に取引関係が要求される理由――寄与原理によれば、単に債務者の責任財産一般に債権者が寄与を行うだけでは足りず、特定の財産の取得のために債権者が寄与を行っていることを要求する理由（強い寄与原理という）――は、このような場合には、寄与債権者が債務者の財産に対して近接性（proximity）を有し、そして、債権者が寄与した特定の財産が債務者の手元に存在するために、債権者の寄与度を評価することが容易であることに求められる[152]。

要するに、この議論は、商事取引における取引債権者の優先的保護という一般的問題としてではあるものの、従来の追及原理のもとで論じられてきた問題を、一般の人々にとって直観的になじみやすい寄与原理の観点から捉え直すことにより代償財産への追及のより説得的な道徳的基礎づけを提供するものであると評されよう。

（ⅱ）そして、この寄与原理によれば、弁済者の優先的な保護は、理論以前の道徳的直観（pretheoretical moral intuition）――すなわち、特定の財産を取得しまたは生産するために使用された資源（resource）を有する者は、そのように使用されな

かった資源を有する者よりもその特定の財産に対して強い請求権（stronger claim）を取得するに値するという直観――に根拠づけられる[153]。この見解は、Locke の所有権論にその道徳的根拠を求める[154]。Locke の説く「所有権論」は、おおよそ次のような内容である[155]。

周知のように、Locke の議論は、各人が自分自身に対して自然権（natural property right）を有し、その自然権は、身体、人格（personality）、そして労働を含む、という前提から始まる。そして、各人は、資源に労働を投下することにより、それ以前に誰も主張していない（unclaimed）資源（＝無主物）に対する正当な権原（entitlement）（＝所有権）を取得（＝原始取得）することができる。というのは、各人が無主物に労働を混入すると、混入による産出物は、各人の労働を含み、いったん混入されると、その物は、その物に含まれる労働を奪うことなしには当該各人から奪われ得ないからである。要するに、Locke の議論は、①無主物に労働を投下し、そして、②産出物が発生し、その結果、③労働投下者はその産出物に対して特別の権原（entitlement）（＝所有権）を取得する、ということである。

こうした Locke の所有権論は、（Locke 自身がそうした分析手法を採るかは別として）従来（i）自己所有権に加えて、（ii）同一化（人格の拡張）（identification）（行為者は、労働という自己の所有物を対象物に混入することによってその人格を対象の中にまで拡張し、かくしてその対象を自分の身体のいわば拡張として所有する）、（iii）功績（労働は苦しくて辛いものだから労働した人はその苦労に応じた財産を受けるに値する）などの理論以前の道徳的直観的な根拠により、正当化されてきた。この見解は、こうした Locke の所有権論と寄与原理との類似性に着目し[156]、そして、Locke の所有権論を債権者の優先的保護の根拠づけとして用いる[157]。

もっとも、こうした Locke の議論は、無主物に寄与した者の原始取得（initial acquisition）――これは非商事法の問題である――を根拠づける議論であることを踏まえると、そこから直截的に優先権ルール（これは、ゼロサムゲームであり、誰かが得をすれば、他の者が損をすることになる）――これは商事法の問題である――の根拠を見出すことは困難である。しかし、この見解によれば、Locke の所有権概念の理解の仕方――言い換えると、所有権を「人」による特定の「物」の支配関係としての捉え方――は、人々の直観に訴えかけるものである、とされる。すなわち、学者は、今日、所有権という概念を「人々の間の権利と義務の束」として理解するのに対し、一般の人々は、

未だにそれを「人による物の支配関係」と考える傾向がある。それゆえに、Locke の所有権理論は、こうした一般の人々の直観に訴えかけるという点で、説得的である。そして、こうした所有権の理解（とりわけ、功績という点）によれば、寄与債権者は、債務者の分配可能財産を増大化させたという点で、特別の保護を受ける地位に値するといえ、また債務者に行った寄与が特定の財産の取得に繋がっている場合には、寄与債権者はその取得された特定の財産に対して優先的な保護が与えられる物的請求権の外観（appearance）を帯びた請求権を取得すると解することが一般の人々の直観に一致する、と考えられる[158]。

しかし、こうした直観による代償財産への追及の基礎づけは、十分とは言えない[159]。その理由としては、第一に、寄与原理で用いられる Locke の所有権論それ自体は、（本稿とは直接関連しないものの）先住民の土地の侵略・征服という面を正当化する点で、理論的に大きな問題があり、支持できないことに加えて[160]、第二に、（功績を優先的保護の根拠として用いるとしても）債務者の財産への寄与は、様々な方法（たとえば、役務の提供など）により行われており、債務者の破産時に寄与債権者の寄与が代償財産として残っているかどうかは偶然的な結果でしかなく、代償財産として残っている寄与債権者がそうではない寄与債権者よりも優先的保護に値するとは必ずしもいえないこと（後述）[161]、などが挙げられる。

以上を踏まえると、この議論は、代償財産に対する追及の基礎づけとしては不十分であると言わざるを得ない。しかし、この議論は、実質論を意識的に回避して優先的保護を形式的に導こうとする伝統的通説の枠組みの限界を明らかにし、そして実質論の検討が不可避であることを示したという点では、意味があると思われる。そこで、後者の検討に入ることが必要であるが、その前に、本章の小括を最後に行っておくことにしよう。

第五節　小括

本章においては、まず、Chase Manhattan Bank 事件以前のイギリス法の議論状況を概観した（第一節）。ここでは、同事件以前のイギリスでは、錯誤による弁済者に優先的な保護を与えるかどうかについては十分に検討されてこなかったこと、そして、その原因がイギリス法上において長らく不当利得原理が欠如していたゆえに錯誤による弁済者の保護が限定的であったこと、しかし、その後、学説・判例は、こうした限定的解釈から脱却し、錯誤による弁済者に不当利得原理の観点から一般的

な返還請求権を認めるようになったこと、を紹介した。

次に、Chase Manhattan Bank 事件の概略を示した（第二節）。ここでは、この事件の概要を示し、本判決の問題点を確認した上で、本判決を契機に、学説が錯誤による弁済者に対する優先的保護の根拠づけの議論、すなわち、何ゆえ弁済者は優先的な保護を与えられるのか、また、何ゆえ受領者の一般債権者は、その損失を甘受させられるのか、という問題に関心を移すに至ったこと、を紹介した。

さらに、同事件の錯誤による弁済者の優先的保護を根拠づけるために、イギリスの従来の判例および通説的見解（とりわけ Peter Birks）を概観した（第三節）。ここでは、弁済の基礎となる原因行為（契約）に瑕疵がある場合、原因行為の瑕疵が金銭所有権移転（譲渡）にどのように影響を及ぼすか、という観点から、イギリスの判例を概観した。その結果、判例は、弁済者が優先的保護に値するか否かという実質的判断に配慮しつつも、理屈としては、所有権が弁済者に帰属するか否かによって形式的に判断を下していること、さらに、通説的見解においても、立法府と司法府の権限に配慮して、このような形式的観点からの基礎づけが意識的に行われていること、を紹介した。

最後に、Chase Manhattan Bank 事件の結論の根拠づけとして残された課題として、物的救済の対象となる金銭の特定の可否という問題について概観した（第四節）。具体的には、第一に、イギリス法上の物的救済一般の局面において展開されてきた金銭の特定性判断に関するルールを確認するために、従来の判例の立場を概観した（第一款）。ここでは、イギリス法においては、特定性の問題は、従来、追及の問題として議論が展開されてきたこと、また、代償財産が（弁済者の）原財産の交換価値によって取得された場合――原財産と代償財産との間に取引関係がある場合――には、代償財産への追及が認められ、特定性は維持されること、さらに、弁済者の原財産と受領者の固有財産が混和した場合には、原財産の交換価値が混和財産という形で特定することができる限り、追及が認められ、特定性は維持されることなどの従来の判例のルールを確認した。また第二に、混和財産への追及について、コモン・ローとエクイティにおいて取り扱いに差異が生じる原因について概観した（第二款）。ここでは、金銭の真の所有権者の保護（静的安全）と通貨たる金銭の流通性確保（動的安全）という相対立する二つの要請の調整方法に関するコモン・ローとエクイティのアプローチ方法の差異を示した。さらに第三に、代償財産への追及について、その（道徳的）基礎づけとその限界について学説の議論を概観した

（第三款）。ここでは、イギリス法は、ある財産上の所有権の効力がその財産（原財産）のみならず、代償財産にも及ぶと解していることから明らかなように、金銭の特定性について、非常に柔軟な立場を採用していること、しかし、その理論的な基礎づけ（具体的には、Lock の所有権論によるそれ）は、必ずしも成功しているとはいえず、形式論によってのみ特定性の拡大を正当化しようとする通説的見解には限界があることを示した。

第三章　通説的見解に対する批判と近時の実質論的アプローチ

通説的見解によれば、錯誤による弁済者の優先的保護は、形式的な観点（所有権の帰属と対象物の特定性の要求）から根拠づけられることになる。しかし、こうした根拠づけに対しては、イギリス法において有力な批判が加えられており、近時、何ゆえ弁済者は優先的な保護が与えられるのか、また、何ゆえ受領者の他の一般債権者は、損失を甘受させられるのか、という実質的な観点から根拠づけようとする動きがみられる。本章は、この点を検討対象とする。

以下では、まず、近時の有力説からの伝統的通説による根拠づけに対する批判内容を確認した上で（第一節）、近時の実質論的アプローチによる弁済者に対する優先的保護の根拠づけに関する議論を概観する（第二節）。その上で、最後に、実質論的アプローチの延長線上に登場した物的救済の前提として対象物の物理的な特定性要件を排除する財産膨張理論について概観する（第三節）。

第一節　通説的見解に対する批判

通説的見解に対する批判は、大別すると、弁済者に対する優先的保護の付与に賛成しつつも、アプローチ方法（形式的アプローチ）を批判するもの（一）と弁済者に対する優先的保護の付与自体を批判するもの（二）、に分けることができる。

（一）（**アプローチ方法に対する批判**）アプローチ方法に対する批判は、優先的保護の根拠を所有権の帰属に求めること（α）、および対象物の特定性の判断基準として取引関係を要求すること（β）に向けられている。[162]

（α）（所有権の帰属アプローチへの批判）まず前者からみると、

第一の批判は、弁済者に物的救済を認めることが受領者の他の一般債権者に及ぼす影響を無視していることに向けられている。エクイティ上の物的救済は、受領者が破産した場合には、弁済者に優先的保護を与えるが、それは同時に、受領者の他の一般債権者の引き当てとなる受領者の責任財産を減少させることになる。そのため、弁済者に物的救済を認めるかどうかの判断は、受領者の他の一般債権者の利益も考慮した上でなされる必要がある。ところが、形式主義アプローチは、問題を所有権の帰属に還元するため、こうした観点を欠いている、というのが第一の批判である。

もちろん、学説および判例も、受領者の一般債権者の利益に全く配慮していないわけではない。たとえば、通説的見解（Birks）が物的救済の前提として要求する所有的基礎という概念は、こうした受領者の一般債権者の利益に配慮して、物的救済が認められる範囲に確実性と予見可能性を与える最適な方法であると理解されている[163]。しかし、Birksは、所有的基礎の具体的な基準について何ら言及していない[164]。そのため、物的救済が認められる範囲は、恣意的になるとの批判がある[165]。また、［1］事件において、Browne-Wilkinson卿は、弁済者に対する優先的保護が受領者の他の一般債権者に及ぼす影響を考慮して、Chase Manhattan Bank事件の射程に一定の制限を設けることを試みている。Browne-Wilkinson卿によれば、Chase Manhattan Bank事件は、受領者が弁済者の錯誤を認識していた事案であり、その意味で受領者が「良心」にもとづいて擬制信託に服するとの立場を示したものである[166]。そうであるとすれば、以上とは反対に、受領者が錯誤について認識していない場合には、受領者は何ら「良心」に影響を受けないので、受領者は擬制信託に服さない。すなわち、Chase Manhattan Bank事件の射程は、受領者が錯誤を認識していない場合には及ばない、というのである[167]。しかし、こうしたBrowne-Wilkinson卿の解釈に対しては、受領者が弁済者の錯誤を認識していたかどうかと、弁済者を受領者の他の一般債権者よりも優先すべきかどうかとは無関係であるため、受領者の認識を物的救済の条件（しかも、必要条件ではなく、十分条件）とすることに批判がある[168]。それゆえに、判例・通説的見解による物的救済の制限は、十分な機能を果たしていないとされる。

第二の批判は、Chase Manhattan Bank事件の帰結が、他の場面における弁済者に対する保護とバランスを欠くことに向けられている[169]。錯誤による弁済は、大別すると、弁済者自身の過失により惹起された場合（自発的錯誤による場合）と受領者（な

いし第三者）の不実表示を契機として惹起された場合（誘発的錯誤による場合）に分けられる。

後者の場合には、弁済者は、弁済の基礎となる原因行為（契約）とともに金銭の所有権移転（譲渡）も取り消すことができる。しかし、取り消されるまでは、契約および所有権移転は有効である。他方で、前者の場合（自発的な錯誤の場合）には取消しが認められず、また、弁済者は、基本的な錯誤（例えば、受領者の同一性の錯誤）にあたらない限り、無効を主張することができないにもかかわらず、Chase Manhattan Bank 事件の判決を踏まえると弁済時に当然に擬制信託が成立し、弁済者にエクイティ上の所有権が帰属することになる。このような違いは、とりわけ、受領者の担保権者との関係において、弁済者の保護に差異をもたらす。というのも、担保権設定前の段階で、所有権が弁済者に帰属するならば、当該財産は、受領者の責任財産を構成せず、担保の対象に含まれない（＝弁済者は、担保権者に優先する）ことになるからである。こうした帰結は、不実表示による錯誤の弁済者よりも自発的な錯誤による弁済者に手厚い保護を与えることになり、錯誤弁済の場面における取消しを不実表示の場面に限定した法の趣旨と矛盾することになる。

第三の批判は、何ゆえ Chase Manhattan Bank 事件の判決において、弁済者は、受領者に対して弁済した金銭それ自体の返還請求権を有し、他方で、受領者は、受領した金銭それ自体（the very money received）の返還債務を負うのかという点に向けられている。[170]

錯誤による弁済により、弁済者の金銭所有権は原則として受領者に移転する。その結果として、弁済者が受領者に対して取得する権利は、原財産の価値相当額の返還請求権（人的請求権）となる。それにもかかわらず、Chase Manhattan Bank 事件では、弁済者は、弁済後も当該金銭に対してエクイティ上の所有権を保持することを理由に、弁済した金銭それ自体の返還請求権（物的請求権）が認められた。しかし、同事件においては、何ゆえ弁済者は対物的保護（優先的保護）を受けるのか、という問題については言及されていない。[171]

こうした問題は、究極的には、弁済者に優先的な保護が与えられるべきかどうか、という価値判断に依存するものの、[172] 形式主義アプローチのもとでは、問題を所有権の帰属に還元することに終始し、このような根本的な価値判断の問題を度外視してしまっている。[173]

第四の批判は、たとえ英米法が擬制信託を承認しているとしても、擬制信託による優先的保護の根拠付けが不明確であるこ

とに向けられている。というのも、擬制信託による優先的保護を認めるアメリカ法においても、その根拠づけは、十分になされているわけではないからである[174]。たとえば、第一次原状回復リステイトメントによれば、錯誤による弁済者の擬制信託による優先的保護は、(i)受領者の他の一般債権者が善意有償取得者にあたらないこと、さらに、(ii)受領者の他の一般債権者が受領者たる債務者による財産の不法な取得により利得を得るべきではないこと、という点に根拠づけられるにすぎない[175]。というのも、伝統的に、擬制信託の第一次的役割は、専ら抑止機能にあり――この点は、擬制信託が物的救済一般の救済手段（信託の受託者の信認義務違反から得た利益を吐き出させるための手段）として登場したことからも明らかである――、優先的保護機能は、擬制信託の賦課に伴う偶然の結果である、と解されてきたからである[176]。しかし、明示信託の受託者と擬制信託の受託者は、負担する義務内容も異なり[177]、また、擬制信託は、単に不当な利得を損失者に返還するための手段でしかないことから、前者（明示信託）の場面において受益者に与えられる優先的保護が後者（擬制信託）の場面において損失者（受益者）に与えられる必然的理由はない、という批判がなされている[178]。

(β)（取引関係アプローチへの批判）次に、後者についてみると、第一の批判は、形式主義アプローチの帰結が、弁済者に損失をもたらす反面、それによって受領者（ないしその債権者）が不当に利益を得ることを是認することに対して向けられている[179]。

形式主義アプローチが、代償財産に対する物的救済の前提として取引関係を要求することに対しては、次のような不都合が指摘されている。たとえば、金塊購入の代金を弁済したが、金塊の引き渡しを受けていなかった顧客が、破産した会社の資産に対して物的救済を求めることができるかどうかが争われた［5］事件では、弁済者である顧客達が自らの原財産と受領者が保持している特定財産（金棒）との代償関係（取引関係）を立証できず、エクイティ上の権利の対象物の特定性（同一識別性）要件が充足されないため、物的救済が認められなかった。その結果、弁済者が支払った代金は、受領者の他の債権者（［5］事件では、浮動担保権者〔銀行〕）の引き当てとなった。こうした帰結に対しては、弁済者の損失によって受領者（ないしその債権者）が不当な利得を得るものである、という批判がなされている。

また、同様の問題は、弁済者の損失により受領者が得た不当

な利益が、受領者の債務の弁済に用いられた場合にも生じる。たとえば、BがAから奪取した一〇〇〇ポンドを自己のCに対する債務一〇〇〇ポンドの弁済に用いた場合には、形式主義アプローチによれば、AからBへ移転した一〇〇〇ポンドの交換価値で取得された特定の代償財産がBのもとにとどまっておらず、エクイティ上の権利の対象物の特定性（同一識別性）要件が充足されないため、物的救済は認められないことになる。

しかし、BがCへ弁済する前に、一〇〇〇ポンドがすでに入金された自己の預金口座に預金し、その後、一〇〇〇ポンドを引き出してCに対して弁済した場合には、物的救済一般に関する判例の理解に従うと、混和資金から引き出された金銭は、返還義務者（＝B）自身の金銭であるとの推定を受ける[180]。それゆえに、Aは、引出後の残高資金上（および、その資金を使用して取得された代償財産）に自己の原財産の交換価値を特定することができるため、物的救済が認められる。このような結論は、混和が先か弁済が先かという偶然の事情により不均衡な取扱いとなり、恣意的である、という批判がなされている[181]。そのため、破産財団が弁済者の損失で得た利得により「膨張」していることを焦点に置き、全体としての受領者の財産に担保を認めるべきとの理論が提唱されている（「財産膨張理論」という）。

第二の批判は、第一の批判とは反対に、形式主義アプローチの帰結が、受領者（ないしその債権者）に損失をもたらす反面、それによって弁済者が不当に利益を得ることを是認することに向けられている[182]。形式主義アプローチは、取引関係さえあれば、弁済者に物的救済を認める。そのため、形式主義アプローチによれば、物的救済は、取引関係がある範囲で認められるが、その範囲内でありさえすれば、受領者が、弁済者の原財産以外に、自らの富（wealth）や労力（labor）を用いて新しい財産を産出したかどうかは考慮されない、という批判がなされている。また、取引関係が及ぶ範囲では、第三者の手元の原財産の交換価値により取得された代償財産に関して訴えることも（第三者が善意有償取得者でない限り）可能とされている。そのため、第三者が受領者から当該財産を取得する際に対価を支払っており、かつ受領者が破産した場合には、善意有償取得者ではない第三者（ないしその債権者）は、損失を被ることになる、という批判がなされている。

第三の批判は、先述したように原財産と代償財産との間に要求される取引関係がLockeの所有権論によっては基礎づけられないことに向けられている[183]。取引関係アプローチ（強い寄与原理）によれば、寄与債権者が優先的保護を受けるには、債権

者が行った寄与が特定の財産の取得に結びついていることが要求される。しかし、多くの債権者は、債務者の総財産の増加に何らかの形で寄与しているとしても、特定財産の取得に寄与しているとは限らない。というのも、特定の財産の取得以外の形――具体的には、債務者の収益の発生に役立つ役務の提供や債務者が事業を継続するために債務を弁済などの形――で、債権者が寄与を行っていることもあるからである。強い寄与原理に従うと、このような場合には、債権者は優先的保護が与えられない。ところが、どのように財産が利用されるかは、専ら債務者の選択に依存するものであり、債権者にとっては、偶然の結果である。そうであるならば、寄与債権者の行為が特定財産の取得に結びついているか否かは、優先的保護を決する根拠にはならない、という批判がなされている。

第四の批判は、Chase Manhattan Bank 事件により、錯誤による弁済者に対して物的救済が認められたからといって、物的救済一般において承認されてきたこれらの金銭の特定性判断に関するルールが、錯誤による弁済者に対する物的救済の場面においても、同様に適用されるべきとはいえないことに向けられている。というのも、物的救済一般と錯誤による弁済の場面における物的救済とでは、問題となる利益状況が異なるからである。

具体的にみると、次の二点が問題となる。(i)まず、錯誤による弁済者は、信託の受益者のように優先的な保護が与えられる地位にいるとはいえないという点である。すなわち、一連の金銭の特定性ルールは、信託受益者を保護するために認められてきたものであり[184]、錯誤による弁済の場面に物的救済が用いられるとしても、直ちにこれらのルールが妥当するわけではない。(ii)また、錯誤による弁済の受領者は、信託の受託者と同じ程度に非難されるべき行為を行ったとはいえないという点である。すなわち、物的救済一般における金銭の特定ルールは、受託者の不正行為を根拠に導かれたものである[185]。これに対し、錯誤による弁済の局面において物的救済として擬制信託が成立するとしても、受託者とされた受領者は、物的救済一般における受託者と異なり、当該財産が錯誤により弁済されたものであること――当該財産が擬制信託に服すること――を認識しているとは限らず、その財産を処分したとしても、必ずしも不正な行為を行ったとはいえず、同様に根拠づけることができない。それゆえに、これらの問題の評価次第で、錯誤による弁済者に対する優先的保護の問題は、大きく後退する可能性がある。ところが、形式論を重視する通説的見解は、これらの問題に応え

ていない。

このように、形式主義アプローチ――すなわち、所有権の帰属アプローチおよび取引関係アプローチ――は、多くの問題があり、今日では貫徹することができない状況にある。それゆえに、近時の学説は、通説的見解の厳格さを批判し、柔軟かつ実質的妥当な観点から弁済者の優先的保護の正当化を志向する。

（二）（**弁済者に優先的保護を与えること自体への批判**）もっとも、こうした方向とは対照的に、原状回復請求権者に対して優先的保護を与えること自体に懸念を抱く見解もみられる[186]。それは、学説にとどまらず、近時の裁判例の中にも見出される[187]。弁済者に優先的保護を与えることに対しては、破産法上の基本原理――後述の同順位原則（pari pass principle）――に抵触することに批判が向けられている。

周知のように、破産法は、債務者の破産において生じる損失を一般債権者にどのように割り当てるかについて決定する役目を担う。この点について、長く使われてきた方法の一つが、一般債権者間においては避けることのできない損失は平等に負担しあうという原則（以下、「同順位原則」という）である（このような原則は、全ての倒産手続に妥当する[188][189]）。このような取扱いは、次の二点から正当化されてきた。

第一は、効率的（ここでの効率性〔efficiency〕は、カルドア＝ヒックス基準――すなわち、ある社会選択が、他の誰かを不利に〔worse-off〕することなく別の誰かを有利に〔better-off〕できれば、効率性が高まるといえる――における効率性を指す[190]）な結果を導くという点である[191]。破産制度は、破産により影響を受ける債権者全体への配当（return）を最大化することを目的とするものである。その際に、同順位原則は、効率性を促進するものとみなされてきた。というのは、同順位原則は、（ア）「早いもの勝ち（first come first served）」という原理に比べ競争コストが安価であり、（イ）破産財団全体の価値を減少させることになったとしても、自らの債権のみ回収しようとする個々の債権者の誘因（incentive）を排除することができ、（ウ）裁判所も、債権者間の順位決定――すなわち、どの債権者に優先的地位を与えるか、あるいは劣後的地位を与えるかという判断――をすることが要求されないので、法的コストと手続的遅延を最小化することができる、と解されてきたからである。それゆえに、「同順位原理により保障された倒産処理の形式は、債権者の配当を最大化することに関心のある債権者によって同意されたルール」であ

るとみなされている。[192]

第二は、公平（fairness）な結果を導くという点である。[193]このようなルールは、一般債権者間の平等な取り扱いを提供し、それにより、もっとも強くかつ迅速な者により勝利することになる権利の執行における競争を防止することができるという点で、公平なルールであるとみなされている。それゆえに、平等分配と正反対の結論を導くChase Manhattan Bank事件の解決は、破産法に「正当化されない不確実性（uncertainly）」をもたらし、破産法の根本原理である「すべての無担保債権は平等に扱われる」との原理（同順位原則）と矛盾する、という批判がなされている。[194]さらに、弁済者に物的救済を認めることは、本来、同順位原則の適用が及ばない担保債権者にも影響を及ぼすとの批判がなされている。というのも、擬制信託の成立を認めると、破産リスクに対して自らを保護するために設定した浮動担保（floating charge）の対象となる財産から、当該財産は除外されることになり、浮動担保債権者の期待を害することになるからである。[195]

それゆえに、弁済者に対する物的救済による優先的保護の付与は、効率性および公平性に反する、という批判である。[196]

第二節　近時の実質論的アプローチ

以上のように、形式主義アプローチに対しては、多くの批判が加えられている。そのため、近時の学説は、形式論から脱却し[197]、いかなる場合に弁済者の原状回復請求権に優先的保護を与えるべきか、それは受領者の他の一般債権者との関係においても正当化されうるのか、さらには、弁済者の原状回復請求権に優先的保護を与えることが破産法の効率性と公平性を害さないようにするためにはどうあるべきか、という実質論に踏み込んだ形で議論を展開するようになっている。[198]

まず弁済者と受領者との関係に着目した場合、原状回復請求の特徴は、（多くのケースにおいて）受領者が弁済者の損失により利益を得たこと、すなわち、受領者の利益と弁済者の損失が一致する点にある。こうした観点からすると、原状回復請求は、不当利得がなければ当事者（弁済者・受領者）が置かれていたであろう地位に戻す機能を有しており、この機能自体には特に問題はない。問題が生じるのは、弁済者と、受領者の他の一般債権者との関係に着目した場合である。というのも、弁済者に原状回復を認めることは、受領者の他の一般債権者の引き当てとなる受領者の責任財産を減らすことになるからである。

したがって、弁済者に物的救済を認めるとすれば、最初に問われなければならないのは、弁済者の原状回復請求権が受領者の他の一般債権者に優先する理由である。

錯誤による弁済者が受領者の他の一般債権者に優先して保護される理由としては、第一に、弁済者に物的救済を認めないならば、受領者の他の一般債権者が弁済者の損失で不当な利益（棚ぼた windfall）を得ることになること、第二に、受領者の破産リスクを弁済者に負担させるべきではないこと、第三に、弁済者に優先的保護を与えることこそが受領者の他の一般債権者にとっても効率的な結果を導くこと、が挙げられている。

（一）**（実質的な根拠づけ）**まず、第一の理由についてみると、弁済者の損失と受領者の利益が釣り合う不当利得の場面で弁済者に物的救済を認めることは、「すべてのその利害関係を持つ当事者（たとえば、弁済者、受領者、そして、受領者の債権者）を、受領者の利得がなければ彼らが享受していたであろう地位に戻す」ことでしかない[199]。その意味では、受領者が得た利益は、もともと受領者の責任財産を構成するべきものではなく、仮にこれを受領者の責任財産に組み込むことは、一般債権者に棚ぼた的利益をもたらすことになる、というのである（こうした考え方は、後述の追及に関する財産膨張理論の基礎になっている[200]）。そのため、錯誤による弁済者に物的救済を認めることは、「弁済者と受領者の債権者間における矯正的正義を実現する」ことになると説明される[201]。

次に、第二の理由についてみると、たとえば、当事者間に契約関係が存在する場合には、当事者の一方は、取引の相手方（他方当事者）を自ら決定し、相手方の破産リスクに対して担保権の設定や保険により回避する手段や破産リスクを対価に反映させる手段を有している。それにもかかわらず、そのような機会（または手段）を利用しなかったのであれば、効率性（裁判所がこの問題を調整するよりも、そうした機会を有する者に破産リスクを課すほうが効率的である）および公平性（引き受けるべきリスクが明確にされたにもかかわらず、そのような機会を利用しないならば、責任を負担させられるのは公平である）の観点から、一方当事者は他方当事者の破産のリスクを引き受けたものとみなされることになる[202]。しかし、錯誤弁済による原状回復の場面では、弁済者が担保権を設定する機会を有していないため、破産リスクを引き受けたとは言えない[203]。そのため、契約によって受領者の破産リスクを引き受けた一般債権者よりも、そのようなリスクを引き受けていない弁済者たる原状回復請求権者に優先

的な保護を与えるのには理由がある。[204]

最後に、第三の理由についてみると、[205]錯誤による弁済に伴う社会的コスト（具体的には、錯誤コスト〔取引コスト[206]や信頼コスト[207]〕、錯誤回避コスト〔錯誤を発見するために被る事務コスト[208]などの情報コスト〕のほか、管理コスト[209]が挙げられる）を誰が最小限にすることができるか（最安価損失回避戦略）という観点から、弁済者の優先的保護の適否が検討されている。[210]まず、錯誤による弁済一般の文脈における戦略についてみると、[211]①弁済者に錯誤弁済を理由に原状回復を常に認めるという戦略（原状回復完全否定ルール）と②弁済者に錯誤弁済を理由に原状回復を常に認めないという戦略（原状回復完全肯定ルール）が考えられる。[212]両者を対比すると、以下のとおりである。①の戦略（原状回復完全否定ルール）のもとでは、弁済者は錯誤による弁済を回避する強い誘因を持つ。すなわち、（i）弁済者は、受領者が受領した金銭を自発的に返還しないことを前提とすると、弁済者は錯誤による弁済を契機に弁済した金銭を喪失するリスクを負う。こうしたリスクを回避するためには、錯誤が発生することを事前に回避するための予防策（たとえば、情報コスト）が必要となる。また、（ii）このルールは、受領者に弁済者の錯誤を誘発する強い誘因を与えることから、弁済者はこれを回避するための予防策が必要となる。いずれにせよ、これらの予防策は、社会的なコストを構成するものの、何らの社会的利益を生むものではない。他方で、受領者は、錯誤による移転を回避する誘因を持たない。というのも、このルールのもとでは、受領者は、たとえ受領した金銭に対して自己の権原（entitlement）を有さない状況下において処分したとしても何ら責任を負わないからである。これに対し、②の戦略（原状回復完全肯定ルール）のもとでは、受領者は、錯誤による弁済を回避する強い誘因を持つ。というのも、このルールのもとで、受領者が受け取った金銭を使用し、その後に、完全な原状回復を求められると、受領者は損失（たとえば、原状回復債務を履行するために金銭を調達するコストや取引コストなど）を被る。他方で、弁済者は、一見すると、錯誤による弁済を回避する誘因を持たないように見えるものの、実際には、回避する強い誘因を持つ。すなわち、弁済者は、このルールのもとでは、錯誤による弁済に基づき損失を被らないから、弁済前に自己の支払義務についての情報を入手する誘因を持たない。しかし、（i）弁済者は、受領者との交渉コストや訴訟コストのいずれかを埋め合わせるためにコストを被らなければならないという点、（ii）弁済者は、錯誤が発見されたときに受領者が無資力に陥っ

ているというリスクに直面するという点から、この場合においても錯誤による弁済を回避する強い誘因を持つ。

要するに、錯誤による弁済を回避する誘因は、①の戦略（原状回復完全否定ルール）のもとでは、弁済者のみ有するのに対し、②の戦略（原状回復完全肯定ルール）のもとでは、受領者のみならず弁済者も有するため、両者は高度な注意義務から解放されることにより、両者は無駄な社会的コストを負担しなくて済む。そのため、②の戦略は、（少なくとも①の戦略よりも）最安価損失回避戦略と一応いえる[213]。もっとも、以上は、錯誤による弁済一般の文脈において、原状回復を認めるというルールが支持されるべきであることを意味するものであり、ここから直ちに、受領者の他の一般債権者との関係で、弁済者に優先的な保護が与えられるべきであることを意味するものではない。

そこで、次に、錯誤弁済を契機として弁済者に受領者の他の一般債権者に対する優先的保護を与えることの適否についてみると、受領者が破産した場面において、弁済者に優先的な保護を与えないという戦略のもとでは、弁済者に原状回復を認めるという戦略を採用したとしても、弁済者は、受領者の破産リスクを考慮して、錯誤回避の誘因を持つ。もちろん、こうした帰結を回避するために、弁済者に優先的な保護を与えるという戦略を採用することは、受領者の他の一般債権者の利益を考慮すると、受け入れがたい。しかし、こうした評価は事後的（ex post）な観点からのものであり、事前的（ex ante）な観点からみると、弁済者に優先的な保護を与えることは、弁済者と受領者の取引コストを低減し、受領者の責任財産の増加をもたらし、受領者の一般債権者にとっても有利（better off）な結果を導く[214]。そのため、弁済者に優先的保護を与えるという戦略は、（事前の同意について）取引コストがかからないという状況において）関係当事者（弁済者、受領者、そして受領者の一般債権者）が事前に同意していたであろう最安価損失回避戦略である[215][216]。

それゆえに、実質論を重視する有力説は錯誤による弁済者が、効率性（第二および第三の理由）および公平性（第一および第二の理由）の観点から、優先的な保護に値する、と説明する。

（二）**（留意点）**もっとも、これらの理由付け（とりわけ、第二のそれ）には、いくつかの留意すべき点がある。まず（ア）破産リスクを引き受けたかどうか（任意性）は、規範的に判断されなければいけないという点である。たとえば、破産リスクを引き受けたと評価される者には、そうしたリスクを認識して契

約関係に自ら入った者のみならず、重過失のある錯誤の弁済者や詐欺の被害者も含まれると解されており[217]、一定の場合には、事実レベルでは認識を有してないといえるとしても、優先的保護が与えられないこともありうる。

また、(イ)((ア)とも関連するが)任意債権者が優先的保護に値しないのは、すべての任意債権者が債務者の破産リスクを適切に評価し、かつ、それに対し自らの権利を保護するための行動をとることができる地位にいるとの理解を前提とする。しかし、現実問題としては、すべての任意債権者が常にこのような地位にいるとは限らない。たとえば、任意債権者が顧客たる債務者の資力状況を調査する際に伴うコストとその結果生じる利益を比較し、後者(利益)が前者(コスト)を超えることができる場合(たとえば、債権者がそのリスクを対価に反映させることで、リスクを分散させることができる地位にいる場合)には、こうした前提は妥当するといえる。他方、後者(利益)が前者(コスト)を超えることができない場合(たとえば、買主〔債権者〕が商品の引き渡を受ける前に代金〔対価〕を支払った場合など、債権者が破産リスクを分散させることができない地位にいる場合)には、こうした前提は妥当しない[218]。それゆえに、債務者の破産リスクを評価し、それに対してリスクを分散する能力は個々の任意債権者ごとに異なり、「任意債権者＝破産リスクを引き受けた」といえるかどうかは、個別の事案ごとに判断されなければならない。

いずれにせよ、以上の検討結果によれば、有力説は、実質的な観点から通説的見解と同様の帰結――弁済者たる原状回復請求権者は、優先的な保護が与えられる立場にいるという帰結――を導きつつも、通説的見解と異なり、弁済者たる原状回復請求権者に対する優先的な保護を絶対的なものと捉えるのではなく、個別の事案ごとに、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者の利益を衡量して妥当な結論を導く余地を残している、ということは可能であろう。

第三節　取引関係アプローチから因果関係アプローチ(財産膨張理論)へ

もっとも、こうした実質的な観点から弁済者の優先的保護の問題にアプローチする見解の中には、弁済者が受領者の他の債権者と比較して、利益衡量上優先的な地位に立つといえるならば、錯誤による弁済者の原財産の交換価値が特定の代償財産に体現されて存続する必要はないとして、従来の特定性要件を放

棄し、受領者の責任財産における「価値増加」の存否（現存利得の存否）にのみ着目して、優先的保護の適否を決定することを志向する見解もみられる（財産膨張理論〔swollon asset theory〕という[219]）。

本節では、前節における実質的議論を踏まえ、いかなる場合に、弁済者は優先的保護を受けることができるかについて、具体的な検討を行うこととする。以下では、まず、財産膨張理論の概要を示した上で（一）、その理論の問題点を明らかにし（二）、その上で、イギリス法において財産膨張理論がどのように評価されているかについて概観する（三）。

（一）（**財産膨張理論の概要**）財産膨張理論は、先述した追及の因果関係アプローチを基礎として、「追及対象たる代償財産の特定性を要件とせず、日本法における一般先取特権のように、返還義務者の全財産を目的とするリーエンの主張を認める理論」であり、もともとはアメリカ法にその萌芽を有する理論である[220]。この理論によれば、弁済者が自己の原財産の交換価値が受領者の手元にある特定の財産に体現されていない場合（すなわち、代償財産がない場合）においても、原財産の交換価値が受領者の責任財産中に現存する限り（すなわち、財産増加がある限り）、弁済者は優先的な保護が認められる[221]。

この理論は、先述の実質的理由により基礎づけられる。すなわち、第一に、錯誤による弁済者が受領者の他の一般債権者と並んで平等の弁済を甘受しなければならないとすれば、一般債権者は本来期待できない不当な利益を得ること[222]、第二に、錯誤による弁済者は、受領者の破産リスクを負って受領者と取引していないこと、さらに第三に、錯誤による弁済者に優先的な保護を与えることは、受領者たる破産者の破産財団の最大化に資することである[223]。

財産膨張理論は、取引関係アプローチと比較すると、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者の利益のバランスを柔軟に調整することを可能にするという利点を有する[224]。というのも、取引関係の存在を要求しないため、このアプローチのもとで生じる不都合な結果――すなわち、弁済者に損失をもたらす反面、それによって受領者が不当に利益を得ることを是認するという結果、および受領者に損失をもたらす反面、それによって弁済者が不当に利得を得ることを是認するという結果（先述）――は、財産膨張理論のもとでは生じないからである。

要するに、財産膨張理論は、弁済者の損失により受領者の責任財産の増加が認められる限り、その利得が物理的な特定の物

として存在しているか否かにかかわらず、原財産の（抽象的な）価値に対して直接に物的権利を認めることにより弁済者に優先的保護を認めつつ[225]、受領者の他の一般債権者の利益にも配慮して、弁済者の優先的保護を現存利得の存否に依存させることにより[226]、関係当事者全体（弁済者、受領者、受領者の一般債権者）の利益調整を可能にする理論である。それゆえに、原財産が債務の弁済に用いられた場合にも、受領者の手元に現存価値がある限り、弁済者に優先的保護を認めることができる。

（二）**（財産膨張理論の問題点）**こうした財産膨張理論は、もともとアメリカにおいて一九世紀末から一九三〇年代――とりわけ大恐慌後の一九三〇年代――にかけて、一般預金者などの救済を目的として発展し、支持されてきた理論であった[227]。しかし、この理論は、その後、判例・学説から様々な批判が加えられたために、今日、アメリカでは支持されていない。

具体的にみると、第一の批判は、錯誤による弁済により受領者が原状回復債務を負うことを理由に、受領者の財産増加があると評価することが困難であることに向けられている[228]。たとえば、①Aは、債権者BおよびCに対してそれぞれ二〇〇〇ポンドおよび三〇〇〇ポンドの債務を負う。②Aの手元には、一〇〇〇ポンドの預金と一〇〇〇ポンド相当の債権しか存在しない。③その後、Dは、錯誤によりAに一〇〇〇ポンドを支払った。④このような状況のもとで、AがBに対して一〇〇〇ポンド（Dの錯誤による弁済により受領した一〇〇〇ポンド）を弁済し、その後、破産したとする。形式的にみると、AがBに債務を弁済することにより、Aの消極財産が減少することにより、財産増加を肯定することができる。しかし、AはDに対して返還債務（原状回復債務）を負うことから、差し引きすると財産は増加していないとみることもできる。それゆえに、受領者が錯誤による弁済により取得した金銭を用いて他の債権者に弁済した場合には、それによって受領者の責任財産の増加があるとはいえない、という点に批判が向けられている。

第二の批判は、錯誤による弁済を契機に受領者の他の一般債権者が損失を被ることに向けられている[229]。（上記の例を前提とすると）弁済者DがAの手元に残っている一〇〇〇ポンド相当の債権に対して物的救済が認められると、錯誤による弁済がなかったときと比較して、受領者の他の一般債権者の利益を害することになるというのである[230]。そのため、財産膨張理論に対しては、受領者の他の一般債権者の関わりのない錯誤による弁済によって、他の一般債権者にこのような負担を強いるべきでは

ない、という点に批判が向けられている。[231]

第三の批判は、正味の現存利得の存否を評価する際の困難性に向けられている。先述したように、財産膨張理論によれば、物的救済の可否は、受領者の財産において原財産の（抽象的な）価値が現存していること――現存利得の存否――に依存する。このような現存利得の存否について、アメリカの裁判所は、受領者の主観的な意思（具体的には、銀行〔受領者〕が預金者〔弁済者〕の預金がなくても他の債権者に対して債務を弁済する意思を有したか否かという点）を基準に判断した。すなわち、現存利得は、錯誤による弁済がなかったとしても、受領者が債務を弁済する意思を有していれば、認められるのに対し、受領者がそのような意思を有していなければ、認められない、ということである。

ところが、このような受領者の主観的な意思を判断することは、弁済者および裁判所にとって困難であり、[232] また、仮に可能であるとしてもかなりのコストがかかるという点に批判が向けられている。[233] それゆえに、アメリカにおいては、財産膨張理論は、今日では主張されておらず、実質的な利益状況に配慮しつつも、物理的な特定性要件を要求する取引関係アプローチが支持されている。

（三）イギリス法における財産膨張理論の評価

もっとも、こうした批判に対しては、近時、イギリスの学説の一部において、再反論が加えられており、そうした動向は、財産膨張理論を再検討する余地が残されていることを示唆する。そこで、最後に、イギリス法において財産膨張理論は、どのように評価されているかについて概観する。

財産膨張理論に関する評価は、イギリスにおいては、実質論を主張する見解が少数にとどまっていることもあり、明確とは言い難いものの、大別すると、（α）実質的な利益衡量に配慮しつつも、特定性要件を要求し、財産膨張理論に消極的な評価を下す見解（特定性必要説）と（β）特定性要件を排除する財産膨張理論に積極的な評価を下す見解（特定性不要説）とに分かれている。

（α）（特定性必要説）まず前者の見解は、先述の財産膨張理論の問題点を踏まえ、このような理論のイギリス法への導入に否定的態度を示す。[234] その上で、アメリカ法の通説的な立場と同様に、従来の取引関係アプローチを次善の解決策（second-best solution）――完全な正義は実現しないが、現行法制度の制約のもとで最もそれに近い結論を導くことができる手段という意

味――としてではあるものの、支持する[235]。この見解は、完全な正義の実現よりも、適用の容易さ（すなわち、客観的かつ機械的に適用可能である点）を重視する。

もっとも、取引関係アプローチに向けられている批判（厳密には弁済者の損失と受領者の現実の利得が一致しないという点）を踏まえて、次のような修正が加えられている[236]。すなわち、受領者の一般債権者との関係では、弁済者の優先的保護の範囲を弁済額に制限することにより（受領者の手元に存在する代償財産が弁済額を超過する場合には、優先的保護の範囲は弁済額に限る）、また、受領者から取得した善意有償取得者ではない第三者（ないしその債権者）との関係では、第三者が当該財産を取得する際に被ったコストを弁済額から控除した額に弁済者の優先的保護の範囲を制限することにより、関係当事者の利益に配慮する。さらに、取引関係アプローチも、受領者の財産が問題の利得により増大していることにより正当化されるという側面を持つことから、因果関係アプローチにおいて考慮される要素（たとえば、〔a〕弁済の受領から破産までの期間[237]や〔b〕受領者の破産原因[238]）も弁済者の優先的保護を否定する要素として考慮する。もっとも、債務の弁済に原財産が用いられた場合は、限界事例として、追及を否定する[239]。

（β）（特定性不要性）これに対し、後者の見解（特定性不要説）は、財産膨張理論に向けられている批判を踏まえつつも、このような理論のイギリス法への導入に積極的態度を示す[240]。この見解は、前者の見解と比較し、手続的な容易さを求めるよりも、完全な正義の実現を重視する。もっとも、財産膨張理論に対して向けられてきた批判（本節（二）参照）に対しては、以下のように反論する。すなわち、第一の批判（錯誤による弁済により受領者の財産増加があると評価することは困難であるという批判）に対しては、債務の弁済は、受領者の財産の正味の総額に影響を及ぼさない利得の浪費とは区別されるべきであり、このような批判は、的外れであると反論する[241]。

また第二の批判（受領者の他の一般債権者に損害を及ぼすという批判）に対しては、受領者の他の一般債権者に損失が生じる場面を具体的に特定し、個別的に対応することにより、受領者の他の一般債権者の利益を不当に害することなく、弁済者に優先的保護を与えることができる、と反論する[242]。この見解によれば、財産膨張理論は、受領者の他の一般債権者に不当な損失をもたらしているようにみえるが、実際には、そのような結果は、財産膨張理論によりもたらされるものではない。敷衍していえば、次のとおりである。例えば、本節（二）の例を少し変

えて、（①から③の状況下において）債務者Aが一般債権者Bにのみ二〇〇〇ポンド（自己の固有財産一〇〇〇ポンド〔預金〕とDの錯誤による弁済により受領した一〇〇〇ポンド）を弁済した後に、破産したとする。このような状況において、弁済者Dに物的救済が認められと、Dは優先的な保護を受けることができるのに対し、受領者の他の一般債権者Cは、何ら配当を受けることができない（B:C:D=1:0:1）。他方、物的救済が否定されると、DとCは、同順位原則のもとでAの残りの責任財産（二〇〇〇万ポンド）について按分配当（B:C:D=4:3:1）[243]を受ける（財産膨張理論が受領者の他の一般債権者に不当な損失を与えるというのはこのためである）。しかし、Cの利益状況がDによる錯誤弁済がなく、AがBにAの固有財産のみで二〇〇〇ポンド弁済した場合も変わらない（B:C=1:0）。問題の本質は、Aが破産間近の状況において、一部の債権者（B）にのみ優先的に弁済したことにある。

要するに、錯誤による弁済があった場合となかった場合を比較し、受領者の他の一般債権者が損失を被るのは、（ア）受領者が、錯誤弁済による金銭を受領しなかったならば、受領者に債務を弁済する意思がなかった場合であり、かつ、（イ）受領者が一部の債権者のみに弁済し、当該弁済行為が詐害行為ないし否認の対象にならない場合のみである、ということである。[244]それゆえに、このような状況についてのみ、Dに対する物的救済を否定すればよく、一律に財産膨張理論を否定する理由はない、というのがこの見解の主張するところである。

さらに第三の批判（現存利得を決定する際に、受領者の主観性を判断することは困難であるという批判）に対しては、次のように反論する。（i）まず、破産者は、破産手続において破産債権者間の分配の争いに直接的な利益を持たないことから、破産手続に非協力的であるかもしれないが、破産手続においては、管財人は、破産財団（分配の対象となる破産者の財産）の確定作業に際して、破産者に情報の提供を要求しうることを踏まえると（一九八六年破産法二三五条、三三三条）、受領者の意思の判断は、懸念に値しない、という。[245]また、（ii）たとえ、このような批判が妥当するとしても、それならば、従来の財産膨張理論が前提としてきた主観的な基準（受領者が弁済する意思があったか否かにより判断する）を放棄し、客観的な基準（受領者が弁済することが可能か否かにより判断する）により財産増加を決定すればよい、とする。[246]要するに、受領者が自分自身の財産から債務を弁済することが客観的に可能ならば、現存利得（＝財産増加）は認められ、他方、客観的に可能でないなら

ば、現存利得は認められない、ということである。というのも、受領者（債務者）の他の一般債権者は、債務者の弁済行為が詐害行為ないし否認にあたらない限度で、受領者（債務者）が債務を弁済するために固有の財産を使用し、そして、その反射的効果として、他の一般債権者の債権を弁済するために利用可能な財産が、その分、減ることになるというリスクを当然に負担している。それゆえに、このような場面（受領者が自己の債務を弁済することができ、かつ、当該弁済行為が詐害行為に当たらない場面）において、弁済者に優先的な保護を与えたとしても受領者の他の一般債権者に不当な損失を及ぼしたとはいえないからである。

以上の学説の議論を踏まえると、財産膨張理論をめぐるイギリスの学説の分かれ目は、次の点をいかに評価するかという点に帰着する。すなわち、第一に、理念的な問題として、完全な正義の実現を目指すか、それとも、（完全な正義を犠牲にしても）より適用のし易さを求めるか、という点、また、第二に、実際的な問題としては、受領者が原財産により債務を弁済した場合に、弁済者に優先的な保護を与えるかどうかという点である。

第四節　小括

上記では、実質的観点から、原状回復請求権の優先的な保護の基礎づけを試みた。

まず、実質的観点から、通説的見解による錯誤による弁済者に対する優先的保護の基礎づけの問題点を概観した（第一節）。ここでは、実質的観点からみると、通説的見解のアプローチ方法（所有権の帰属を重視し、かつ、取引関係という擬制を用いて特定性を拡大しようとする方法）は、完全な正義の実現を果たすことができないという問題点が指摘されていること、また、同様の観点からみると、弁済者に優先的保護を認めること自体が、破産法の基本原理（同順位原則）と抵触する可能性があること、を紹介した。

次に、このような通説的見解の問題点を踏まえ、弁済者に対する優先的保護を実質的に基礎づけようとする近時の学説を概観した（第二節）。ここでは、弁済者の優先的保護の根拠は、第一に、弁済者に優先的保護を認めないと、受領者の債権者が弁済者の損失で棚ぼた的利得を得ることになること、第二に、受領者の破産リスクを錯誤による弁済者に負担させるべきでないこと、第三に、弁済者に優先的保護を認めることこそが受領

者の債権者にとっても効率的な帰結（＝破産財団の最大化）を導くこと、という三点に求められることを紹介した。

最後に、以上の実質的観点から、エクイティ上の権利の対象物として要求されてきた特定性は、受領者の手元に現存価値があることをもって足りるとする財産膨張理論を概観した（第三節）。ここでは、第一に、財産膨張理論を概観し、第二に、その理論に内在する問題点（受領者の他の一般債権者に損害を及ぼす可能性、現存利得の立証の困難性等）を示した。その上で、この理論に向けられている批判に対してイギリス法において再反論する見解が登場しており、再検討の余地があることを踏まえ、第三に、イギリス法においてこの理論がどのように評価されているかについて、二つの見解を検討した。第一の見解は、財産膨張理論の批判をアメリカ法と同様に、回避困難なものととらえて、取引関係アプローチを次善の解決策として受け入れようとする立場である。他方、第二の見解は、財産膨張理論に対する批判が、反論可能であることを踏まえ、その理論を放棄するのではなく、修正した上で再構成しようとする立場である。もっとも、両説の実質的な対立点は、受領者が原財産により債務を弁済した場合に、弁済者に優先的保護を認めるかどうかという点に尽きる。

第四章　終わりに——日本法への示唆

以上、本稿では、イギリス原状回復法において最も困難な問題といわれる物的原状回復——すなわち、原状回復請求権に対して対物的ないし対世的な保護を与えること——の適否に関するイギリスの判例・学説の議論を概観した。最後にこれまでみてきたところをもう一度確認し（一）、それがわが国の議論に如何なる示唆を提供しうるかについて若干言及し（二）、検討を終えることにしたい。

（一）まず、これまでみてきたことをもう一度確認するために、以下では、本稿の目的を再述した上で（α）、イギリス法の議論の対立点が如何なる点にあるかについて確認する（β）。

（α）本稿の目的は、鈴木禄弥の債権者平等の原則の理解——すなわち、債権者平等の原則は、優先的地位が付与されない残りカスの債権についてのみに適用される原則にすぎないという理解——を出発点として、いまだにこの原則に検討すべき余地が残されていることを明らかにすることであった。

具体的には、不当利得返還請求権を取り上げた。たとえば、

錯誤に基づいて弁済者Aから受領者Bへの金銭が交付された後にBが破産した場合、錯誤無効を主張するAは、不当利得返還請求権として扱われ、債権者平等の原則のもとで、優先的な保護が与えられない一般債権者としての地位に服することになる。しかし、こうした帰結は、①Bの他の債権者が、法律上の原因のない給付を行ったAの財により増大した責任財産によって、本来ならば引き当てとすることができない給付分から回収することを認める結果として、Bの他の債権者に「棚ぼた的」利益を与えることになり、また、②金銭かそれ以外の物かという客体の違いによりAの地位に大きな差異を生むことになる。

本稿は、こうした帰結の妥当性に疑問を提起し、不当利得返還請求権に優先的な保護を与えることが、利得者、受領者、受領者の債権者にどのような影響・結果をもたらすか、また、その影響・結果をもたらすことが妥当か、という視角から[247]、イギリスの物的原状回復に関する議論を参照しつつ、原状回復における弁済者の優先的保護の基礎づけに関する議論を検討した[248]。

（β）本稿の検討結果によれば、イギリス法における物的原状回復に関する議論は、①何ゆえ錯誤による弁済者が受領者の他の一般債権者に比較して、優先的保護を受けるに値するか、また、②何ゆえ受領者の他の一般債権者が損失を甘受させられるのか、という観点から論じられていること、そして、イギリスの学説は、こうした問題を、究極的には、（i）破産債権者全体の利益の最大化の要請（分配的正義の実現）と（ii）個々の原状回復請求権者の個別的正義の実現の要請（矯正的正義の実現）をどのように調整するかという枠組みの中で議論していること、が明らかになった。

こうした観点から、イギリスの学説（通説的見解と有力説〔特定性を必要とする見解〔第三章第三節（二）（α）の見解〕は有力説Ⅰとし、特定性を不要とする見解〔第三章第三節（二）（β）の見解〕は有力説Ⅱとする〕）をみると、以下のように位置づけることができる。

まず、通説的見解（形式主義アプローチ＋対象物の特定性要求）は、もっぱら（ii）の要請を重視する。この見解のもとでは、弁済者の優先的保護の根拠は、金銭所有権移転の原因行為に瑕疵がある場合には、譲渡行為も影響を受け（＝有因）、金銭所有権が、弁済者に観念上帰属すること、そして、弁済者は、受領者の責任財産を構成しない自己の所有物（原財産のみならず代償財産を含む）を取り戻したに過ぎないことに求められる。他方で、受領者の他の一般債権者は、債務者（受領者）固有の

財産しか債権の引き当てとすることはできないことから、損失負担の問題は生じない。もっとも、この見解は、何ゆえ弁済者が優先的な保護に値するのかという点について検討していないため、受領者の他の一般債権者の利益に対する配慮を欠き、また、弁済者に物的原状回復を広く認めるとの批判が加えられている。そのため、この見解は、（ii）の要請のみ（取引関係アプローチの不十分性を踏まえると完全とはいえないが）実現し、（i）の要請を欠くことになる。

次に、有力説Ⅰ（実質論的アプローチ＋対象物の特定性要求）は、（i）（ii）双方の要請に配慮しつつも、どちらかといえば（i）の要請を重視するようにみえる。この見解のもとでは、弁済者の優先的保護の問題について、効率性と公平性を踏まえた実質的な観点から検討が行われる。弁済者の優先的保護の根拠は、第一に、弁済者に優先的保護を認めないならば、受領者の他の一般債権者が弁済者の損失で不当な利益（棚ぼた）を得ることになること、第二に、受領者の破産リスクを弁済者に負担させるべきではないこと、が挙げられる。他方で、受領者の他の一般債権者の損失負担の根拠は、第一に、受領者の破産リスクを引き受けていること（契約上の債権者の場合）、第二に、受領者の責任財産の増加に寄与していないこと（交通事故の被害者などの不法行為上の債権者の場合）、第三に、弁済者に優先的保護を与えることこそが受領者の債権者全体にとっても利益を生むこと、が挙げられる。この見解のもとでは、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者、さらには、債権者全体の利益を考慮することにより、問題解決をはかることが可能となる（この点は次の有力説Ⅱも同旨）。

もっとも、この見解は、立証の問題および訴訟コストを考慮して、通説的見解と同様に、対象物の物理的な（代償財産を含む広い意味での）特定性を要求するため、債務の弁済などに原財産が用いられた場合には、弁済者に優先的な保護を認めない。そのため、この見解は、（i）（ii）双方の要請に応えつつも、どちらかといえば（i）の要請に傾いているように思われる。

最後に、有力説Ⅱ（実質論的アプローチ＋対象物の特定性不要）は、（i）（ii）双方の要請の完全な調和を志向するようにみえる。この見解は、有力説Ⅰの実質的な根拠づけをさらに徹底し、物的救済の対象物の特定性を物理的な特定の問題としてではなく、（抽象的な）現存価値の特定の問題として捉え、そして、（抽象的な）価値に対して直接的に物的権利の成立を認めることを提唱する。この見解によれば、債務の弁済などに原財産が用いられた場合にも、受領者の責任財産に現存価値が存

在することを根拠に、弁済者に優先的な保護を与えることができ、（ⅰ）（ⅱ）双方の要請を調和することができるように思われる。

以上を踏まえると、従来のイギリス法の議論は、破産という場面において、原状回復法の規範目的（矯正的正義の実現）と破産法の規範目的（分配的正義の実現）をどのように調整するか、さらに、それを現行法の枠内でどのように実現するかという点で評価が分かれているといえよう。

（二）次に、以上のイギリス法の検討結果から、わが国の議論に如何なる示唆を提供しうるか、について検討を加えることにしたい。以下では、まず、わが国において金銭の所有権者が錯誤弁済を契機に一般債権者に格下げられる原因を示した上で（α）、イギリス法の検討結果が日本法に示唆する点を明らかにし（β）、最後に、今後の課題と債権者平等の原則について簡単に言及することにしたい（γ）。

（α）わが国において錯誤による弁済者が一般債権者としての保護を甘受させられるのは、従来の民法学における以下の理解に起因する。

第一に、所有権は、「特定の物〔有体物〕」に対する権利である（民法八五条）という理解である。すなわち、所有権は、特定の物に対する直接の支配権であることから、金銭を含むすべての物に対して所有権が成立するためには、「特定の物〔有体物〕」の存在が厳格に要求されてきた[249]。こうした理解は、次の第二の理由と結びつくことによって、上記の帰結をもたらした。

第二に、金銭所有権は、占有とともに移転するという理解である。すなわち、所有権の客体が金銭の場合には、いったん引き渡しを受けた者（受領者）の財産に混入すると、金銭の性質上、引き渡した者の金銭と受領者の金銭を区別することが困難になり、引き渡した者の金銭の特定性は失われることになる。第一の理解（所有権は特定の物に対する支配権であるという理解）を踏まえると、特定性を失った金銭に対する所有権を観念することは困難になり、その反射的効果として、原所有者は、当該金銭に対する所有権を喪失することになる。従来、金銭所有権が原因関係の如何を問わずに占有とともに移転すると解されてきたのは、このためであった[250]。

第三は、わが民法学における伝統的な物権・債権峻別論――物権と債権を概念上の論理構成を異にするものと捉え、ここからその法的効力の違いを形式論理的に導くという理解――で

ある。[251] 第二の理解（金銭の「占有＝所有」理論）の帰結として、金銭の法的保護は、物権の形態から債権の形態に格下げられることになった。すなわち、物権は、一定の物を直接に支配して利益を受ける排他的な権利であり、債権は、特定人に対して特定の給付行為を請求する権利である。物権の有体物に対する直接的支配は、対世的効力をもち、物権的請求権によってそれが担保され、排他性の帰結として、優先的効力を付与されている。他方、債権は、相対的な権利であって債務者の給付行為を介して間接的に実現されるにとどまり、給付された結果も対世的に保護されるとは限らない。債権は、最終的には債務者の責任財産によって担保されるが、債務者の責任財産に対してすべての債権者は債権の種類・成立時期にかかわりなく原則として平等な地位にある（債権者平等の原則）[252]。こうした物権・債権峻別論の帰結として、錯誤による弁済者は、錯誤無効の主張が認められたとしても、債権者平等の原則（按分配当）に服する債権的請求権（不当利得返還請求権）を取得するに留まった。

第四に、（第三の立場〔物権・債権峻別論〕を採らないとしても）錯誤による弁済者に優先的保護を認めることは、公示なき物権を認めことになり、他の一般債権者の利益を害するという理解である。従来の学説は、第三の理解（物権・債権峻別論）に対して、様々な文脈（たとえば、不動産賃借権に基づく妨害排除請求や債権侵害論など）において、相対化のために批判的な検討が加えられてきた[253]。これらの議論に共通することは、物権・債権という概念から論理的に法的帰結を導くのではなく、いかなる権利にいかなる法的保護を与えることが妥当であるか、という観点から問題にアプローチするという視点である[254]。もっとも、こうした帰納的なアプローチ方法が破産における優先的保護という本稿の問題にも及ぶかどうかについては、従来、あまり明確に議論されておらず（むしろ、ここでは伝統的な峻別論の理解のほうが強いように思われる）、また、こうしたアプローチ方法が及ぶと理解すると思われる一部の学説においてさえも、錯誤による弁済者の不当利得返還請求権に優先的保護を与えることが公示なき物権を認めことになり[255]、他の一般債権者の利益を害することを根拠として、反対の立場が示されていた[256]。

（β）他方、本稿におけるイギリス法の検討結果は、わが国におけるこうした硬直的な理解に再検討すべき余地が残されていることを示唆する。

まず第一の点（所有権は、「特定の物〔有体物〕」に対する権利

であるという理解）についてみると、イギリス法の通説的見解および有力説Ⅰは、わが国と同様に、所有権の客体が特定の物であるとの理解を前提としつつ、金銭の特定性の範囲を拡張し、原財産のみならず、その代償財産の特定をもって足りると解する。これに対し、有力説Ⅱは、物理的な特定の物の存在を要求せず、（抽象的な）価値に対して直接に物的権利の成立を認めようとする。

こうした理解は、ある物（原財産）の上に認められる所有権の効力が、その物のみならず、代償財産、さらには、（抽象的な）現存価値にまで及び続けることを示す。もちろん、こうした理解は、直ちには、日本法にあてはまるものではない。しかし、金銭と金銭以外の物に差異を認める従来の日本法の解釈は、受領者の他の債権者に棚ぼた的利益を与えることになった。こうした帰結を回避するための一手段として、金銭の特定性に再検討を加える余地はあり[257]、イギリス法の議論は、そうした可能性を示唆する。たとえば、原財産の代償財産がある場合には、価値としての同一性を保っている限り、また、原財産の代償財産が存在しないが、原財産の交換価値により受領者の責任財産が増大している場合には、原財産の交換価値が現存している限り、特定性を認めることができるのではないかと思われる[258]。

次に、第二の点（金銭所有権は、占有とともに移転するという理解）についてみると、イギリス法においては、金銭所有権は、金銭の流通性確保の要請に配慮しつつも、真の所有権者の保護の要請に応える取扱いがなされている。すなわち、原所有者と受領者の間では、真の所有権者の保護の要請を重視し、金銭の占有が受領者に移転し、受領者の固有の財産に混入したとしても、原因関係の如何により原所有者に金銭所有権が復帰する余地を認める。他方で、受領者から譲り受けた転得者（善意有償取得者に限る）が登場した場面では、金銭の流通性確保の要請を重視し、「占有＝所有」理論により、転得者を保護する。こうした理解は、わが国の金銭の取り扱い――すなわち、金銭の流通性の維持の要請（動的安全）を強調し、広く「占有＝所有」理論を認める取り扱い――の特殊性をクローズアップさせるといえよう[259]。

さらに、第三の点（物権と債権は峻別され、両者は異なる法的保護を受けるという理解）についてみると、イギリスの通説的見解は、問題となっている権利が人的権利か物的権利かを決定し、こうした権利の性質から弁済者の優先的保護の適否を演繹的に決定する。これに対し、有力説（ⅠおよびⅡ）は、弁済者と受領者の他の一般債権者との間の利益衡量を踏まえた上で、実質

的な観点から弁済者の優先的保護の適否を決定する。両説は、究極的には、権利が救済手段を決定するのか、それとも救済手段から権利が決定されるか、というアプローチ方法の違いにある。

わが国の従来の議論は、権利の性質（物権・債権）から演繹的に救済手段（優先的保護の適否）を導くとのアプローチ方法によるものであり、イギリスの通説的見解の理解と通底する。しかし、こうしたアプローチ方法に対しては、前述したように批判が加えられており、ある権利に優先的な保護を与えることが適切かどうかは、紛争となっている関係当事者間の社会関係・利益状態の差違を踏まえた上で決定されるべきものであり[260]、権利の性質から演繹的に導かれるものではない。

他方、イギリス法における有力説の議論は、破産における優先的保護という問題に対しても上記のような帰納的なアプローチ方法が及びうることを示唆するものであり、実質的な利益状況の共通性を踏まえると、こうした観点からの検討はわが国においてももっと積極的に行われるべきであると考える（その意味で、鈴木の見解は、結論としては否定するものの、こうした視点を提供する嚆矢といえる）。

最後に、第四の点（一般債権者の利益を侵害するという点）についてみると、こうした理解に対しては、優先的保護は、価値の取戻しによる「あるべき責任財産」への復帰を意味するにすぎず、他の債権者は、本来期待し得ない増加分を失うだけであって、権利を不当に害されたとはいえず、上記の批判はあてはまらないという反論が既にみられるものの[261]、本稿の検討結果は、（不十分ながらも）錯誤による弁済者に優先的な保護を与えることこそが、結果的に受領者の他の一般債権者にとっても利益になるのではないかという視点からのヨリ積極的な根拠づけの可能性を示した。

以上の第三および第四の点を踏まえると、錯誤による弁済者に優先的保護を与えるべきかどうかは、個々の当事者への救済手段を受領者の債権者全体の利益の最大化の要請（(一)（β）（ⅱ）の要請）と弁済者の個別的正義の実現の要請（(一)（β）（ⅰ）の要請）の調和を目指しながら、事案ごとに適切な利益衡量判断に基づき決定されるべきであろう（そのため、本稿の立場は、錯誤による弁済者が常に優先的な保護を受けるに値すると主張するものではない）。

（γ）ところで、こう述べると、日本法とイギリス法は、「氷炭相容れない」ものではなく、日本法も子細に検討するといく

つかの、本稿に紹介・検討したイギリス法のメインストリームに相通ずる法理が偏在する点も確かである。例えば、①価値の上のレイ・ヴィンディカティオという有力説（四宮、広中）、②三者間の不当利得（例えば、金銭騙取弁済や転用物訴権など）において対第三者効に好意的な伝統的な判例[262]、③近時の動産売買の先取特権の物上代位論など[263]がそうであるように、物に付着した債権は、わが国でも第三者への追及を認める。

吉田邦彦は、批判法学的な法理分析として同じ問題群のなかに相克・拮抗する法理が「差延」的に存在することを指摘しているが[264]、イギリス法に関すると、「錯誤による弁済者の保護」の問題群もそれであることがわかる。そして、同法の考察を承けつつ、わが国で周縁化されている諸法理に光を当てて、その本格的な検討（それらのわが民法学における位置づけ、ないし従来の民法学の体系の批判的検討）を行うことが求められているのではなかろうか。

最後に、鈴木は、債権者平等の原則を前述の如き割り切って捉える反面で、次のようにも述べることに留意されたい。

「社会における事態というものには、相互に近似してはいても、一つはAで、もう一つはA＋△という風に微細な差異があり、これをきちんと認知することが法学者の任務である」としつつも、他方では、「社会における一つ一つの事態に正確に対応する効果を与えることこそが本当の公平だと考えると、厳密に公平を実現することはコストと時間との関係で殆ど不可能」であり、「厳密には要件に微妙な差異△があっても、それを無視して、一定の範囲の事態を一律にAと扱って、Bという効果を与えることが、社会のやむを得ざる要請である」とし、むしろ「どの程度の、どのような差異ならばこれを無視して捨象して扱うかを決することこそが、社会の要請への適応であり」、「法学者の任務」である[265]。

こうした鈴木の理解に従うと、優先的な地位が付与されている債権以外（「残りカス」の債権）は、たとえ実質的な観点からみるとその取扱いに疑問の余地が残されているとしても、社会全体のコスト――本稿においては債権者全体のコスト（（一）（β）の（i）の要請）――を考慮に入れると、一律に債権者平等の原則に服することが「社会のやむを得ざる要請」であることになる。しかし、わが国における近年の不当利得返還請求権が問題となる社会的事件を目の当たりにしたとき[266]、われわれはこうした帰結を「社会のやむを得ざる要請」であるとして受

け入れることができるのであろうか。この点については、再考する余地があるように思われる[267]。そして、イギリス法の議論（特に、有力説のそれ）は、原状回復請求権を当然に一般債権とするのではなく、優先的な保護を受けることができる権利であるとした上で、弁済者の利益と受領者の他の一般債権者の利益を衡量することにより、具体的に妥当な帰結を導こうとする姿勢を示しており、わが国の従来の議論を再考する際に、重要な手がかりを提供するものといえよう[268]。

以上、本稿は、鈴木のアプローチ方法（機能的な分析手法）に示唆を得つつ、イギリス法における錯誤弁済者の優先的保護の議論を参照することにより、わが国の不当利得返還請求権に優先的保護を与える余地があることを示し、債権者平等の原則に再検討を加えた。もっとも、この原則の再検討を完成させるためには、本稿で取り上げた場面以外の問題群（例えば、売買契約における買主破産の局面における売主保護の問題、さらには三者間の不当利得の問題など）についても子細に検討した上で、それらの横断的な考察をするという作業が不可欠であろう。しかし、そのような作業は、今後の課題として、ひとまず本稿を終えることとしたい。

(137) 代償財産に対する権利の性質については、比較法的に差異がみられる。すなわち、イギリス法では、上記のように物的権利（所有権）の成立を認めるのに対し、大陸法（ドイツ法、日本法）では、特定物債権の成立を認めるのにとどまっている。もっとも、Häcker によれば、両者の差異は、受領者の破産という局面においては、大きくないとされる。というのも、大陸法においても、特定の代償財産が存在する限りにおいては、原所有者は、破産法上の代償的取戻権の制度により、優先的保護が与えられており、特定の代償財産の存在を要求するイギリス法と実質的に大きな差異はないからである（以上について、Häcker, *supra* note 22 Ch.8を参照）。

(138) なお、イギリス法において、これらの議論は、私法体系内において原状回復法をいかに位置づけるかという文脈で、議論が展開されている。敷衍して言えば、次のとおりである。イギリス法――少なくともイギリス原状回復法――研究者の多くは、規範的議論（法はどうあるべきかを問う議論〔例えば、道具主義的アプローチなど〕）よりも、記述的議論（現にある法〔とりわけ、判例法〕をどのように体系的に整合性をもって説明するかを問う議論）への関心が強い（Birks はその代表である）。このような立場の論者は、法的効果（response）とそれを導く事件ないし要件（event）を分類化することによっ

て私法を体系化することを志向する。代償財産への追及の法律構成をめぐる議論は、分類上、不当利得という事件ないし要件が property 的な保護（効果）を導くものと位置づけることができるか否かという文脈において、展開されてきたものである。

(139) こうした問題は、とりわけ、コモン・ローにおいて生じた。というのも、コモン・ローには、意思による移転の場合を除き、代償財産に対する物的権利を創設する理論的構造がなかったためである（Fox, *supra* note 57, at 55-6）。

(140) David Hayton, *Equity's Identification Rules*, in: Peter Birks ed., Laundering and Tracing (Oxford U.P., 1995) 1. *See* also, Peter Millet, *Proprietary Restitution* in: Simon Degeling & James Edelman eds., Equity in Commercial Law (Australasia Law Book Co., 2005) 309, at 314-7 ; Virgo, *supra* note 23, at 569. 判例は、近時、物的救済一般の局面で、(i) 説の立場を採用した（Foskett v. McKeown, [2001] 1 A.C. 102. なお、同判決については、小山泰史「制定法の規定に基づくプロシーズ（proceeds）への追及権（statutory tracing）――エクイティ上の追及権（equitable tracing）の法理との関係」立命二九八号［二〇〇四］一七四頁以下も参照）。

(141) Peter Birks, *Property and Unjust Enrichment: Categorical Truths*, [1997] NZL. Rev. 623, at 661. *See* also, Smith, *supra* note 51, at 300 ; do., *Tracing*, in: Andrew Burrows & Alan Rodger ed., Mapping The Law: Essays in Memory of Peter Birks (Oxford U.P., 2006) 138～; Burrows, *supra* note 56, at 118.

(142) 要するに、(i) 説によれば、原財産上の所有権の効力は代償財産に及んでいると理解されるのに対し、(ii) 説によれば、原財産上の所有権の効力は代償財産には及ばないものの、そのような帰結が受領者に不当な利得をもたらすとし、これを防止するために原状回復請求権の効果として代償財産に対する追及を認めるとする。

(143) Smith, *supra* note 18, at 298-9.

(144) その例として、先述の［12］事件（過振りの状況にある銀行口座に振り込まれた事案）であり、［5］事件においても同様の見解が示されている。

(145) Andrew Burrows, *The Relationship between Unjust Enrichment and Property: Some Unresolved Issues*, in: Degeling et al. eds., *supra* note 91, at 345.

(146) もっとも、常にそうなるとは限らない。逆の場合（(ii) 説のほうが (i) 説よりも物的救済が制限される場合）もある（Smith, *supra* note 18, at 299 n. 63）。

(147) さらに、代償財産に対する所有権の成立を弁済者に認めることは、受領者の他の債権者にとって不公平となる

こともあるからである。Smith, *supra* note 51, at 303～参照。

(148) Rotherham によれば、追及法理は、問題の複雑さを覆い隠す一種の「レトリック」的な機能、すなわち、先述した追及の取引関係アプローチが「所有権を再分配する（redistribute）救済手段を承認することと所有権の不可侵性を保持することの間の緊張関係」を緩和し、そして、新たな所有権の確立という現実を覆い隠して、司法府が既存の所有権を執行しているという体裁を作ることにより司法府と立法府の権限に配慮する機能を担っていたとされる（Rotherham, *supra* note 57, at 1）。

(149) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 898～; Smith, *supra* note 51, at 303～も参照。

(150) なお、ここで取り上げる Walt & Sherwin の論文は、直接にはアメリカ法を対象とするものであり、イギリス法を対象とするものではない。それにもかかわらず、ここで取り上げる理由は、これらの議論がイギリス法にも基本的に妥当するものであり、参照に値すると考えたからである。

(151) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 899.

(152) *Id.* at 925.

(153) *Id.* at 931（それゆえに、債務者の特定の財産の取得に寄与を行っていない債権者に損失をもたらすことは、理論以前の道徳的直観からの帰結である、ということになる）。

(154) なお、Walt & Sherwin の論文は、Locke に加えて、Hegel の所有権論も取り上げるが、ここでは取り扱わない。

(155) John Locke, Two Treatises of Government, Book Ⅱ (1690) (P. Laslett ed., Cambridge U.P., 1960) Chap.Ⅴ§§ 27-32（ジョン＝ロック著〔加藤節訳〕『完訳　統治二論』〔岩波書店、二〇一〇〕三二四頁以下）。なお、Locke の所有権論一般に関しては、森村進『財産権の理論』（弘文堂、一九九五）参照。

(156) 寄与原理を Locke の所有権論の定式（上記①～③）に即して述べると、①債務者の責任財産（estate）に寄与する、そして、②責任財産の価値が増加する、その結果、③寄与債権者は、その財産に対して特別の権原を有する、ということになる。

(157) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 924.

(158) *Id.* at 948.

(159) なお、規範的な議論において道徳的直観に訴えること自体は、問題ないと考える。問題は、「その直感がどの程度説得力があるか、そしてそれが他の説得力ある直観と矛盾しないか、その帰結が受け入れられるか」である（森村進『自由はどこまで可能か（講談社現代新書）』〔講

談社、二〇〇二）七五頁参照）。

（160）吉田邦彦『所有法（物権法）・担保物権法講義録』（信山社、二〇一〇）三一頁以下の指摘参照。

（161）Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 943.

（162）所有権の帰属と特定性により弁済者の優先的保護を導く通説的見解によれば、受領者の債権者は、善意有償取得者にあたらない限り、保護されないことを意味する。しかし、このような解決は、all or nothing的な処理になり、柔軟性を欠くように思われる。

（163）Mitchell et al., *supra* note 22, at 808.

（164）Birksによれば、「原告〔弁済者〕が破産した被告〔受領者〕に対して物的権利を主張することができるならば、彼に生ずる利益が一般債権者のすべてのクラスに危険となり、かつ損害をもたらすことは、明白である。このため、そのような物的権利は、たやすく与えられてはならないし、そして確実性と正確性をもって捉えられなければならない」と述べられるに過ぎない（Birks, *supra* note 19, (An Introduction to the Law of Restitution) at 378.〔 〕内は引用者による）。

（165）Mitchell et al., *supra* note 22, at 808. というのも、本稿の検討で明らかとなったように、形式主義アプローチは、原因行為に瑕疵がある場合には、広く物的原状回復を承認することになり、まったく物的救済を限定する役割を担っていないからである（Gerard McCormack, *Restitution, Policy and Insolvency*, in: Francis Rose ed., *supra* note 57, at 266）。

（166）[1996] A.C. 699 at 715.

（167）Ben McFarlane, Structure of Property Law (Hart Publishing, 2008) 306 も同旨。

（168）William Swadling, *The Law of Property* in: Peter Birks and Francis Rose eds., Lessons of the Swaps Litigation (Mansfield Press, 2000) 262-3.

（169）Calnan, *supra* note 23 (*Proprietary Rights in Insolvency*), at 137～.

（170）Smith, *supra* note 18, at 293.

（171）Virgo, *supra* note 49, at 296.

（172）Smith, *supra* note 18, at 298.

（173）例えば、Mitchell, *supra* note 22, at 808（形式主義アプローチでは、原状回復請求権に優先的保護を与えるべきか否かという根本的問題は、棚上げされていると述べる）.

（174）例えば、Dagan, *supra* note 59, at 272（任意債権者〔＝契約に基づく債権者〕に対する優先的保護は認めつつも、不法行為の被害者との関係では原状回復請求権者の優先的保護は正当化できないとする）。もっとも、第三次原状回復リステイトメントは、従来の立場を基本的に維持

している。その理由は、Duggan によれば、「錯誤による弁済のケースにおいて擬制信託の利用可能性が長く安定しており、そして、裁判所がその基礎にある政策的問題を再考するには遅すぎ」るという点にあり、それゆえに、ここでも積極的な根拠づけがなされているわけではないとされる（Duggan, *supra* note 58, at 1246）。Lusina Ho, *Proprietary Remedies for Unjust Enrichment: Demystifying the Constructive Trust and Analysing Intentions*, in: Charles Mitchell & William Swadling eds, The Restatement Third: Restitution And Unjust Enrichment: Critical and Comparative Essays (Hart Publishing, 2013) 210 も同旨（擬制信託という用語が実質的問題［何ゆえある者が他の債権者に優先して弁済を受けることができるのかという問題］を巧みに回避するものであると指摘する）。

(175) 第一次原状回復リステイトメント二〇二条、コメント e 参照。

(176) George L Gretton, *Constructive Trust: I・II*, 1 Edin. L. Rev. 281-316, 408-419, at 410 (1996). なお、擬制信託の利益吐き出し機能については、田中英夫『英米法のことば』（有斐閣、一九八六）一二八頁以下も参照。

(177) 例えば、擬制信託を課せられる利得者（受託者）は、自己の固有財産と損失者の財産の分別管理義務を負うにすぎず、本来の信託の受託者が負う忠実義務などを負わない。

(178) この点は、イギリス法においても同様の認識が示されている（Lonrho Plc v. Fayed (No.2), [1992] 1 WLR 1, at 12［Millett 判事は、「擬制信託が生じるすべての状況において、コモン・ロー上の所有者が必然的に、すべての信認義務および明示信託の障害に服すると想定することは誤りである」と述べる］）。

(179) Evans, *supra* note 111, at 492. Rotherham, *supra* note 57, at 111.

(180) Knatchbull v. Hallett, 13 Ch.Div. 696 (1879). ジュッセルの鞄のルールといわれる（松岡・前掲注（16）三七二頁参照）。

(181) 松岡・前掲注（16）三七三頁以下。

(182) Rotherham, *supra* note 57, at 112；Jaffey②, *supra* note 111, at 164.

(183) Walt & Sherwin, *supra* note 63, at 950.

(184) 信託の受益者に優先的保護が認められる根拠に関しては、森田果「組織法の中の信託――Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law をめぐって」『トラスト六〇研究叢書 変革期における信託法』（トラスト六〇、二〇〇六）（同『金融取引における情報と法』〔商事法務、二〇〇九〕第三章所収）

を参照されたい。

(185) 小山泰史・前掲注(140)七九頁。

(186) 例えば、Swadling, *supra* note 168; do., *supra* note 91 が挙げられる。

(187) 例えば、先述の［1］事件および［5］事件。判例の状況については、Häcker, *supra* note 22, at 208〜が詳しい。

(188) 例えば、一九八六年倒産法三二八条三項は以下のように規定する（訳は筆者による。ただし、本条の翻訳にあたっては、小山泰史『流動財産担保論』〔成文堂、二〇〇九〕一三八頁の同法一七五条の翻訳に負うところが大きい）。

「(三) 優先的債権や次節が適用される債権以外の債権は、債権相互間で平等に順位づけられ、そして優先的債権が弁済された後、完全に弁済されなければならない。ただし、破産財団がそれら全ての満足に不足する場合にはそれらの間で等しい割合で縮減される。」

これと同旨の規定は、同法一〇七条などにもみられる。

(189) 同順位原則一般の内容については、Calnan, *supra* note 23 (Proprietary Rights in Insolvency), Ch.1 参照。

(190) カルドア＝ヒックス基準一般については、奥野正寛＝鈴村興太郎『ミクロ経済学Ⅱ』（岩波書店、一九八八）三二四頁以下参照。

(191) Vanessa Finch & Sarah Worthington, *The Pari Passu Principle and Ranking Restitutionary Rights*, in: Francis Rose ed., *supra* note 57, at 2〜; Sarah Worthington, *Proprietary Remedies and Insolvency Policy: The Need for a New Approach*, in: Loukas Mistelis et al. eds., Commercial Law: Perspectives and Practice (Butterworths, 2006) 191.

(192) *Id.* at 3〜(その理由として、各債権者は、同順位原理を戦略コストを下げ、破産財団を増やし、そして効率的な管理を提供するものとしてみることを挙げる). Calnan, *supra* note 23 (Proprietary Rights in Insolvency), at 40〜も同旨（同順位原則が完全な正義（perfect justice）を提供するものではなく、合理的に公平であり、かつ分かりやすい〔そして、それゆえに費用対効果のよい〕方法で、債権者間で債務者の財産の分配を可能にするものである、と指摘する）。

(193) Finch & Worthington, *supra* note 191, at 3; Calnan, *supra* note 57, at 169（「平等こそ公平〔equality is equity〕」であるという格言が実践でよく作用する方法であると指摘する）.

(194) Jones, *supra* note 101, at 275. また、イギリスの判例は、同順位原則を重視しており（例えば、British Eagle International Airlines v. Compagnie Nationale Air

France, [1975] 2 All E.R. 390〔House of Lords〕〔破産において債権者の権利を増加させる旨の契約は、同順位原則に反して無効であると述べた〕)、原状回復請求権に優先的な保護を付与することは、こうした流れに反するともいえる。

(195) Rotherham, *supra* note 57, at 40. というのも、浮動担保権者は、エクイティ上の権利（equitable interest）を取得するものでしかなく、担保財産がコモン・ロー上では、所有者により所持されている場合には、善意有償取得の抗弁が適用されない。しかも、当該権利は、担保権実行後に初めて取得するため、それ以前のエクイティ上の物的権利（擬制信託等を含む）に劣後することになるためである（*Id.* at 77）。

(196) このような対立は、破産法の規範目的と原状回復法の規範目的が異なることに起因するものである。すなわち、破産法は、破産財団（破産債権者全体の利益）の最大化（＝分配的正義）を実現することを目的とするのに対し、原状回復法は、錯誤による弁済者などの個人の正義（＝矯正的正義）を実現することを目的とする（Duggan, *supra* note 58, at 1246）。こうした目的の違いは、物的原状回復の局面において、拮抗関係を生む。というのも、前者（破産法）の目的を強調すると、一部の債権者にとって不正義な結果をもたらすことになり、また、後者（原状回復法）の目的を強調すると、多数の債権者集団への配当を減らすことになるからである。それゆえに、近時の学説は、このような局面において、両者の「適切な折り合い（trade-off）をつける」ことを志向する（Duggan, *id.* at 1269）。

(197) 例えば、Sarah Worthington, *Proprietary, Obligation and Insolvency Policy: Cutting the Gordian Knot* (2005) Journal of International Banking and Financial Law 100は、次のように述べる。「所有権〔物的権利〕と債務〔人的権利〕の区分は、もはや債権者が債務者の破産において優先的保護に値するか否かを決定するための最善の方法を提供するものではない」。なお、イギリス法における人的権利と物的権利の峻別については、Roy Goode, *Ownership and Obligation in Commercial Transactions*" 103 L.Q.R. 433, at 436～(1987). その相対化に関しては、Sarah Worthington, *The Disappearing Divide Between Property and Obligation: The Impact of Aligning Legal Analysis and Commercial Expectation*, in: Degeling & Edelman eds., *supra* note 140, 93；do., Equity (2nd ed.) (Oxford U.P., 2006) Ch.3 が詳しい。

(198) 例えば、Rotherham は、次のように述べる。「我々が物的救済法を理論化したいならば、直接この文脈で生じる政策的問題（policy issues）に取り組む準備をしなけ

ればならない」（Rotherham, *supra* note 57, at 325）。なお、このような実質論を踏まえて議論する見解は、アメリカ法からの影響を強く受けている。もっとも、アメリカ法とイギリス法においては、議論の質が異なることに注意を要する。すなわち、アメリカ法においては、錯誤による弁済者は当然に優先的保護が与えられるという前提から出発し、それに対する批判を踏まえ、優先的保護を制限する理論として実質論は間接的に用いられている。これに対して、イギリス法においては、アメリカ法のような前提の存否は明確ではなく、弁済者に対する優先的保護の根拠づけのために実質論が直接的に用いられている（このような差異は、Swadling, *supra* note 91, at 368 が強調するところである）。

(199) Rotherham, *supra* note 57, at 80; Finch & Worthington, *supra* note 191, at 16（不当な利得を体現する財産に関して、原状回復請求権者に優先的保護を与えることは、第三者に積極的な不公平を及ぼさないと指摘する）.

(200) Jones, *supra* note 101, at 276.

(201) Rotherham, *supra* note 57, at 81. こうした理解は、アメリカ法学者 Emily Sherwin の見解に基づくものである。Sherwin によれば、擬制信託は、弁済者の損失による受領者の不当な利得がなければ受領者の破産財団を構成しなかった財産を取り除くにすぎない。そして、利得と損失の対応関係は、「公正（fairness）と矯正的正義」の観点から、原状回復請求の「強い訴え（strong appeal）」を説明する、とされる（Emily Sherwin, *Constructive Trusts in Bankruptcy* (1989) U.Ill. L. Rev. 297, at 330-4）。これに対して、矯正的正義からの物的救済の正当化に反対するものとして、Smith, *supra* note 18, at 282（矯正的正義は、不正義により妨害されたとき、受領者が弁済者に不正義を矯正するという債務を創設するにすぎず、第三者に影響を及ぼす権利の創設を説明することはできないと指摘する）がある。

(202) Rotherham, *supra* note 57, at 82. 同趣旨として、Burrows, *supra* note 191, at 9（契約上の債権者は、債務者の破産リスクを低減するために債務者の行動を監視し、そして、債務者の破産リスクに対して自分自身を保護するための条件やその他の行為を交渉する立場にいると指摘する）.

(203) Jones, *supra* note 101, at 276; Finch & Worthington, *Id.* at 8-9.

(204) これは、優先的保護の根拠を非任意性（involuntariness）に求めるものである。

(205) この第三の理由は、第一及び第二の理由の下では第三者の取引の安全が考慮されていないとの批判（例えば、Ho, *supra* note 174, at 214）に対する反論と評されよう。

(206) 錯誤を回避するために、過剰な事務手続きを踏むことにより、取引が遅延し、それにより、本来よりも取引量が減ることによるコストを指す。

(207) 錯誤による弁済ではないと信頼した上で、弁済により支払われた金銭を含む自己の金銭を処分したことにより被るコストを指す。

(208) 錯誤弁済を回避するために、二重、三重のチェックをするために雇う従業員のコストを指す。

(209) 錯誤による弁済により支払った金銭を回復するまでに被る様々なコスト（弁護士費用や訴訟費用等）を指す。

(210) こうした視点を提供するものとしては、Anthony Duggan, *Constructive Trust from a Law and Economics Perspective*, 55 U. T. L. J. 217, at 238～(2005) が挙げられる。なお、以下の Duggan の議論は、Chase Manhattan Bank 事件の結論を結論付けることを主たる目的としており、そのため受領者が「悪意」の場面を念頭に議論を行っていることに留意されたい（Duggan, *id.* at 237 note 78）。

(211) 錯誤弁済一般に関する以下の記述は、Duggan のほか、J. Beatson & W. Bishop, *Mistaken Payments in the Law of Restitution*, 36 U.T.L.J. 149 (1986); republished in: Jack Beatson, The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution (Clarendon Press, 1991) 137～, Peter K. Huber, *Mistaken Transfers andProfitable Infringement on Property Rights:A Economic Analysis*, 49 Loui. L. Rev. 71, at 78 ～ (1988) を参照。錯誤に関する法と経済分析については、既にわが国でも先行業績が存在する。例えば、わが国でもよく取り上げられる Anthony T. Kronman (do., *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. Legal Stud. 1 (1978)) について、紹介・検討を加えるものとして、林田清明「錯誤の経済分析（Ⅰ）（Ⅱ・完）――A.T. クロンマン諸説とわが国錯誤法」大分大学経済論集三五巻一号（一九八三）九〇頁、同二号（一九八三）一二三頁以下、同「共通錯誤：経済分析の試み」大分大学経済論集三五巻五号（一九八四）二六〇頁以下、樋口範雄「契約法の目的――危険負担と錯誤を例として」法セ三九六号（一九八七）四六頁以下、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制――情報法学の基礎理論序説」ジュリ一一二六号（一九九八）（同『民法解釈と揺れ動く所有論』〔有斐閣、二〇〇〇〕四六五頁以下所収）などがある。しかし、従来の議論は、受領者に資力がある場面を念頭に議論しており、無資力の場面については立ち入った検討を加えていなかったように思われる。

(212) Huber, *id.* at 79～; Beatson & Bishop, *id.* at 142～.

(213) もっとも、受領者が常に原状回復責任を負うと解する

と、受領者の損害回避コストが高くなり、非効率な帰結を導く可能性がある。このような状況を改善するためには、受領者が金銭を消費したとしても、一定の場合（善意の場合など）には、受領者の免責を認めるといったルールを導入することが必要となる。しかし、ここでの議論は、Chase Manhattan Bank 事件の局面（すなわち、受領者が悪意の場面）が念頭に置かれていることから（前掲注（210）参照）、ここではこの点は扱わない。善意の場面で生じる問題については、Huber, *id.* at 82～を参照されたい。

（214）なお、地位変更の抗弁が、物的原状回復にも及ぶことについては、Peter Birks, *Trusts Raised to Reverse Unjust Enrichment: The Westdeutsche Case*, [1996] R.L.R. 3, at 25～参照。

（215）Finch and Worthington, *supra* note 191, at 8-9 も同趣旨（自発的な錯誤による弁済者の場面では、弁済者に原状回復法による救済を与えるかどうかを問うことが必要である。そのうえで、錯誤による弁済者に原状回復による救済を与えるならば、公平性および効率性の観点から、弁済者に受領者の破産における不当な損失を強いる理由はないとして、当然に優先的な保護を与えると主張する）。

（216）もっとも、こうした理解に対しては、ただちに、感覚的に、弁済者に優先的保護を与えないほうが受領者の他の一般債権者にとっては利益が大きいのではないか、との批判が予想される。しかし、この点 Duggan, *supra* note 212には言及はなく、自明のように考えているようにみえる。というのも、本文の第一の理由づけから、受領者の他の一般債権者が利益を得ることは認められるべきではないと考えているため。

（217）物的救済は、「原告〔弁済者〕がリスクを文字どおり引き受けたために否定されるのではなく、彼ら〔弁済者〕はそのようなリスクに対して自らを保護することをしなかった点で過失があったために否定される」（Rotherham, *supra* note 57, at 83）。

（218）Rotherham, *id.* at 84-5.

（219）Gretton, *supra* note 176, at 413（原状回復請求権が優先的な保護に値するならば、対象物の特定性の有無により結論において差異を生むべきではないとする）. Evans, *supra* note 111, at 475（現存利得が受領者の手元で特定物として体現されているか否かではなく、弁済者が受領者の一般債権者に対して優先的保護に値するか否かで決定すべきであるとして、特定性要件を不要とする）.

（220）松岡・前掲注（16）三七七頁。財産膨張理論に関しては、Smith, *supra* note (51), at 310～; Evans, *supra* note 111, at 492～; Jaffey①, *supra* note 111, at 296～; Jaffey②, *supra* note 111, Ch.6 の記述に負うところが大

きい。

(221) Evans, *id.* at 492. それゆえに、この理論によれば、浪費された場合には、現存利得が消滅するため、物的救済は否定されることになる。

(222) 例えば、Rotherham, *supra* note 57, at 111は、次のように述べる。「弁済者の損失により不当に取得された利得が受領者の破産において分配のために利用可能な財産の膨張を生んだという事実は、弁済者に優先的な地位を与える説得的な根拠を提供する」。

(223) もっとも、イギリスの文献の中では、先の第三の点について明示的に言及するものは見られないが、おそらく妥当すると考えられる。

(224) Jaffey②, *supra* note 111, at 167, 172-3.

(225) Jaffey①, *supra* note 111, at 298; Jaffey②, *id.* at 172, 84. それゆえに、この理論は、伝統的な所有権概念（特定の物を対象とする権利であるとの理解）を否定することになる。

(226) これは地位変更の抗弁を物的請求にも適用することを意味する（Jaffey②, *id.* at 166.）。

(227) 松岡・前掲注（16）三七七頁。Evans, *supra* note 111, at 495～.

(228) Evans, *id.* at 496.

(229) *Id.* 497.

(230) 具体的には、次のとおりである。Dの物的救済を肯定した場合には、Dへの配当額は、一〇〇〇ポンドとなるのに対し、Bへの配当額は、二五〇ポンド（一〇〇〇ポンド〔Bの残りの債権額〕×一〇〇〇ポンド〔Aの責任財産〕÷四〇〇〇ポンド〔Aの総債務額〕）、Cへの配当額は、七五〇ポンド（一〇〇〇ポンド×三〇〇〇ポンド〔Cの債権額〕÷四〇〇〇ポンド）となる。

他方、Dの物的救済を否定した場合には、Dへの配当額は、四〇〇ポンド（一〇〇〇ポンド〔Aの責任財産〕×一〇〇〇ポンド〔Dの債権額〕÷五〇〇〇ポンド〔Aの総債務額〕）となるのに対し、Bへの配当額は、四〇〇ポンド（一〇〇〇ポンド×一〇〇〇ポンド〔Bの残りの債権額〕÷五〇〇〇ポンド）、Cへの配当額は、一一〇〇ポンド（一〇〇〇ポンド×三〇〇〇ポンド〔Cの債権額〕÷五〇〇〇ポンド）となる。

(231) Smith, *supra* note 51, at 317.

(232) Smith, *id.* at 317（このような意思による制限を追及に課すことは、「すべての事後取引のために破産者の意思というパンドラの箱を開くことになる」と述べる）。

(233) Smith, *id.* at 333. 契約関係にある当事者の一方に担保の取得を要求するのはこのためである（Rotherham, *supra* note 57, at 83）。

(234) イギリスの判例の中には、財産膨張理論を認めたもの

もみられるが（Space Investments Ltd v. Canadian Imperial Bank of Commerce, [1986] 1 W.L.R. 1072, at 1074 [per Lord Templeman]）、現在においては明確に否定されている（例えば、先述［ロ］事件［at 107-110 [per Lord Mustill]]）。

(235) 例えば、Rotherham, *supra* note 57, at 113（因果関係の立証が困難であることを根拠に財産膨張理論に反対する）. Smith, *supra* note 51, at 310-11； Burrows, *supra* note 23も同旨。

(236) 以下の記述は、Rotherham, *id.* at 1134に負う。

(237) 利得が破産において分配のために利用可能なまま存続しているか否かは、時間の経過とともに証明困難になるとの合理的な推定に基づく。Rotherham, *id.* at 114.

(238) 受領者の破産の原因が受領者に責めの帰すべき事由（例えば、浪費）によるものかそれ以外の事由（例えば、大規模な不法行為訴訟や自然災害）かを現存利得の判断要素とする。というのも、後者の場合には、そのような偶然的事情がなければ、利得が残っていると推定することができる点で、前者の場合よりも、弁済者が優先的保護を受ける正当な根拠になるからとされる。*Id.* at 114.

(239) *Id.* at 123. もっとも、問題の金銭で後払い債務が弁済された場合には、この債務と引き換えに取得された財産が特定的に存在している限り、それに対して追及できると解する立場もみられる（遡及追及［backward tracing］という）（Smith, *supra* note 51, at 146-152, 松岡・前掲注（16）三八八頁注（25a）参照）。これに対し、Rotherhamは以下のように指摘する。取引行為アプローチは、債務の弁済の局面で機能しないことから、「不完全な正義（imperfect justice）」を導くとしつつも、他方で、債務の代償物に追及を認めることが常に「望ましい結果（good thing）」を導くとは限らない。というのも、そのような結果は、受領者が、錯誤による弁済を受けなくても、別の財産を使って債務を弁済する意思があった場合のみ妥当するものであるからである（Rotherham, *id.* at 123）。

(240) 例えば、Evans, *supra* note 111のほか、Jaffey②, *supra* note 111, Ch.6も肯定的である。

(241) Evans, *id.* at 496.

(242) *Id.* at 499～.

(243) 具体的には、次のとおりである。Dの物的救済を否定した場合には、Dへの配当額は、五〇〇ポンド（二〇〇〇ポンド［Aの責任財産］×一〇〇〇ポンド［Dの債権額］÷四〇〇〇ポンド［Aの総債務額］）となるのに対し、Cへの配当額は、一五〇〇ポンド（一〇〇〇ポンド×三〇〇〇ポンド［Cの債権］÷四〇〇〇ポンド）となる。

(244) 以上のEvansの反論は、Kingsley A. Taft, *A Defense*

of a Limited Use of the Swollen Assets Thory Where Money Has Wrongful Been Mingled with Other Money, 39 COLUM. L.REV. 172 (1939) に負うものである。しかし、ここでは、Taft の議論自体には立ち入らない。

(245) Evans, *supra* note 111, at 502. なお、このような事実の立証責任は、受領者の他の債権者に負担せるのは過酷であるとして、弁済者が負担するべきとされる（Evans, *id.* at 494）。

(246) *Id.* at 503～.

(247) このような視角は、法解釈の実践的性格――すなわち、「法の解釈は、必ず、一定の利益・価値を保護し実現するという機能・意味を持っている」――を重視するものである（星野・前掲注（８）六頁）。

(248) こうした問題は、さらに手続法のレベルにおいて、第一に、民事執行法三八条の解釈として不当利得返還請求権に第三者異議の訴えを認めることができるか、さらに、第二に、破産法六二条の解釈として不当利得返還請求権者が取戻権（さらに、六四条の代償的取戻権）の基礎になりうるか、という観点から検討することも必要である（川地・前掲注（15）一五七頁参照）。しかし、その前提として実体法（民法）レベルでの議論を行うことが不可欠であり、本稿はそのための準備作業である。

(249) 川島・前掲書注（７）一五七頁、我妻・前掲書注（７）一一頁、星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、一九七六）一五頁、鈴木②・前掲書注（５）四頁。

(250) 神田・前掲注（11）五－六頁。

(251) 赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺』（成文堂、一九八九）一頁参照。物権・債権峻別論を提唱する見解としては、例えば、末弘巌太郎『物権法上巻』（一粒社、一九二二）一五－二〇頁、我妻栄『物権法』（岩波書店、一九五二）九－一〇頁、一七－二二頁、末川博『物権法』（日本評論社、一九五六）三一頁、川島武宜『民法Ⅰ総論・物権』（有斐閣、一九六〇）九八－九頁が挙げられる。

(252) 物権と債権の区別に関する記述は、松岡・前掲注（14）六八頁以下参照。

(253) 物権・債権峻別論に対しては、一九七〇年代以降、次のような懐疑論が提起されてきた。すなわち、第一に、先述したように、わが民法典には、物権と債権の中間的権利――例えば、不動産賃借権や仮登記された買主の債権、留置権、先取特権など――が少なくないという懐疑論（鈴木禄弥「物権と債権のわけ方」水本浩＝篠塚昭次『民法を学ぶ』（有斐閣、一九七二）〔同『物権法の研究』〔創文社、一九七六〕一〇三頁以下所収。以下、引用は後者による〕）であり、第二に、「直接性」「排他性」「不可侵性」「絶対性」「優先権」等々の基本概念の内容と関

係に対する懐疑論（星野・前掲書注（249）三－一〇頁、広中俊雄『物権法上巻』〔青林書院、一九七二〕九頁）である（瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ一二二九号〔二〇〇二〕一〇七頁参照）。そのため、今日では、こうした峻別論にこだわる見解（加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリ一二二九号〔二〇〇二〕六五頁以下）は例外的であり（吉田邦彦・前掲書注（160）二一頁の指摘に負う）、学説の多くは、両者の区別を原則論として維持しつつも、柔軟に例外を許容する方向、あるいは、両者の区別を相対化していくという方向に向かっている（前者につき、赤松・前掲書注（251）一頁。後者につき、樋口範雄「英米法から見た『物権』と『債権』」ジュリ一二二九号〔二〇〇二〕七七頁以下、太田勝造「所有制度の創発と物権・債権の区別についての覚書」ジュリ一二二九号〔二〇〇二〕九五頁以下参照）。

（254）鈴木②・前掲書注（5）のほか、星野・前掲書注（249）一〇頁（「ある権利〔例えば、賃借権といった包括的な意味での〕が物権か、債権かを論じてもあまり意味がなく、その権利から具体的にどのような権利〔例えば、妨害排除請求権といった具体的な権利〕が生ずるか、生じさせるのが妥当かを、個別的に判断するのがよい」と述べる。圏点は引用者による）。

（255）例えば、藤原・前掲書注（5）二七五頁以下は、伝統的にわが国では物権の「公示」への要請が英米法と比較して、厳格に解されてきたことを根拠に、このような取り扱い（優先的保護）に否定的な立場を示す。もっとも、近時、このような「公示」への要請に対しては、公示されていなくてもなお価値の独占を認める強い理由があれば、この原則が排除されることがあり得ると解する見解（森田果「お前のものは俺のもの――優先権付与の理論的構造（一）～（三・完）」ＮＢＬ八七五号二九頁、八七六号三三頁、八七七頁三九頁〔二〇〇八〕（同・前掲書注（184）第四章所収。特に、一〇一頁以下）も登場している。以上については、道垣内弘人「さみしがりやの信託法――かわいいふりしてあの子（その一）（その二）」法教三三四号八〇頁、三三五号七〇頁〔二〇〇八〕、特に「（その2）」七四頁以下も参照。

（256）例えば、鈴木は、まず、物権・債権峻別論に対して次のように批判を提起する。すなわち、「現実に存在する権利には、物権・債権のいずれとも軽々には断言できないようなものが少なくない」、また「効力の一つの面では物権というにふさわしいが、他の面では債権というにふさわしい権利も少なからず存在する」として、このような中間的権利については、物権・債権の峻別から演繹的に帰結を導くことはできず、個別の効力ごとに検討することが必要であるとの立場を示す。具体的には、「まず、

関係者の利害を普遍的に衡量して、妥当性の見地から排他性賦与の可否を決し、例えば排他性をみとむべしとの結論が出されたならば、そのことを説明するために、『当該の権利は、排他性の点については物権（的）である』と表現すればよい」と述べる（鈴木・前掲注（253）一〇四頁以下）。もっともここでは、錯誤弁済を契機とする不当利得返還請求権が上記のような中間的な権利にあたるのか、あるいは、破産における優先的効力についても上記のような帰納的なアプローチ方法が及ぶかについては判然としない。しかし、鈴木は、物権的価値返還請求権の議論の文脈において、次のように述べる。すなわち、「甲が一〇〇〇万円を乙により詐取された場合ないし横領された場合のように、一〇〇〇万円の引渡しがともかくも甲の意思に基づいてなされた場合にも、この見解〔物権的価値返還請求権を提唱する見解〕を適用するとすれば、甲に、乙の一般財産上のきわめて強力な一般先取特権を付与するのと同じ結果を招来させ、乙の他の一般債権者を害するおそれがある。この場合には、被詐取者ないし被横領者甲を乙の一般債権者以上に保護すべき理由はないから、やはり、甲には乙に対する損害賠償ないし不当利得返還の請求権が与えられるのみである、と解すべきであろう」（鈴木②・前掲書注（５）四四九－五〇頁。〔〕内および圏点は引用者による）。ここで注目すべき点は、不当利得返還請求権に優先的保護が与えられない理由が、物権・債権峻別の演繹的帰結から導かれるのではなく、あくまで「乙の他の一般債権者を害するおそれ」があるという利益衡量を踏まえた結果に求められている点であり、従って、以上の叙述は、鈴木の帰納的なアプローチ方法が優先的効力の問題にも及びうる余地があることを示唆するものである。本稿は、このような鈴木の帰納的なアプローチ方法に示唆を得つつも、鈴木とは反対の方向――すなわち、他の一般債権者を害するおそれがないことを示すことにより、不当利得返還請求権に優先的保護を与える方向――を志向するものである（松岡・前掲注(14)もこうした方向に位置づけることができる）。(257) 近時の有力説は、特定性の原則について物権一般と担保物権とにおいて、意識的に区別して論じる（星野・前掲書注（249）一五頁以下、二四〇頁以下、鈴木②・前掲書注（５）四五〇－一頁）。例えば、鈴木は、以下のように論じる。まず、前者（物権一般の特定性）についてみると、「債権は、特定物について（特定物債権）のみならず、不特定物についても成立しうる（不特定物債権）のに反して、物権は、もっぱら特定物の上にしか成立しえない」として、この意味での「特定性の原則という語は、物権は物に対する直接の支配権であるから、その対象が特定されていなければならず、物権者は特定物に対

してのみ、その支配を及ぼしうる」として、特定性の意味を厳格に捉える。これに対し、後者（担保物権の特定性）についてみると、ここでの特定性は、「一般債権者の利益保護と設定者の経済活動の自由の保障」のために、要求されるものであるとしつつも、「民法典所定の普通の抵当権自体についても、抵当権設定後の抵当目的物の各部分の新陳代謝が認められている」ことから、厳格には維持されていない。そのため、「一般債権者や設定者の保護が十分に配慮されさえすれば、特定性の原則に執着する必要はない」として、特定性の意味を柔軟に捉える。このように鈴木は、特定性の意味を物権一般の文脈と担保物権の文脈において異なる理解を示したが、こうした理解は、破産における優先的効力が問題となる文脈とそれ以外の文脈において特定性を区別する余地があることを示唆する。本稿において取り上げた錯誤弁済者の金銭所有権の優先的保護という問題との関係でみると、金銭の特定性は受領者が無資力である場合のみ問題となる。というのも、（錯誤による弁済者の）受領者に資力がある限り、弁済者は、債権的請求権（不当利得返還請求権）による保護をもって満足することができる。そのため、平常時においては、金銭の特定性は問題とならない。他方、受領者が無資力である場合には、こうした保護では不十分であり、金銭の特定性の問題が顕在化する。従来、こうした文脈においても特定性が要求されてきたのは、おそらくは特定性がある場合には、「一般債権者や設定者の保護が十分に配慮され」ることになるからであった。これに対し、鈴木の指摘は、特定性がある場合は、こうした配慮がなされる一場面に過ぎず、特定性がない場合においても、こうした配慮を図ることが可能な場面が存在し、そしてそのような場面においては、特定性は要求されないと解釈する余地があることを示唆する。こうした理解によれば、問題は、どのような場面において受領者やその一般債権者の利益に影響を及ぼさないかという点に帰着する。イギリス法の近時の有力説の議論は、こうした観点から検討されているといえよう。

(258) 松岡・前掲注（16）三八四－五頁も同旨。

(259) なお、この点、金銭の占有＝所有理論は、もともと例外を認めない厳格なものではないことは、例えば、この見解のもととなったドイツの少数学説（Kaser）が、無効な法律行為に基づきA（弁済者）から金銭を受領したB（受領者）が破産した場合にも、Aに取戻権を認めていたこと（しかも、金銭の特殊性から金銭を特定しなくともよいとされていたこと）からも明らかであろう（能見・前掲注（10）一一二頁以下参照）。

(260) 星野・前掲注（247）一六頁。

(261) 松岡久和「報告に対するコメント②」民訴雑誌四九号

（二〇〇三）一四五頁。

(262) 例えば、転用物訴権を広く認めるものとしては、最判昭和四五年七月一六日民集二四巻七号九〇九頁（いわゆるブルドーザー事件）がある。もっとも、その後、最判平成七年九月一九日民集四九巻八号二八〇五号は、従来の立場に制限を課した。

(263) 現在の判例は、先取特権者の優先権を強化するために、物上代位の要件である「払渡し又は引渡し前の差押え」（民法三〇四条一項但書）を柔軟に解釈する（最判昭和五九年二月二日民集三八巻三号四三一頁など）。

(264) 吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方（一）（二・完）」民商一一九巻二号三二頁、同三号三二頁（一九九八）（同『民法解釈と揺れ動く所有論』〔有斐閣、二〇〇〇〕第二章所収。特に、八六頁以下）。また本法理との関係では、同・前掲書注（160）二〇〇－一頁の分析は、示唆的である。

(265) 鈴木禄弥「一民法学者の放浪記」北法五五巻六号（二〇〇五）二五六頁（吉田邦彦編『民法学の羅針盤――激動の時代への先進の教訓』〔信山社、二〇一一〕所収）。

(266) その顕著な例として、二〇〇七年のＮＯＶＡの倒産時の受講生徒の授業料の返還請求権の問題が挙げられる。

(267) 例えば、松岡・前掲注（16）三八七頁は、「財産膨張理論による結論が仮に正義により合致するのであれば、コストを理由に正当な請求自体を制限するのは本末転倒である」と指摘しており、同様の問題意識ではないかと思われる。

(268) わが国の不当利得法学者は、ドイツ法学の影響を強く受けており、英米の原状回復法は、こうしたわが国の従来の議論を相対化する上で、今後さらに検討されるべきであると思われる（吉田邦彦『不法行為法講義録』〔信山社、二〇〇八〕二六一－二頁も同旨を説く）。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇一四年一〇月二四日（金）午後一四時より。公法研究会と共催。

「司法の使命と役割・学説の使命と役割」

報告者　藤田宙靖（東北大学名誉教授、日本学士院会員、元最高裁判所判事）

出席者　七七名

本報告の内容については、本誌本号（六五巻六号）に掲載。

林田清明教授の経歴と業績

長谷川　晃

一．経歴

林田清明教授（一九五一・昭和二六年五月七日生）は、二〇一五年三月三一日をもって北海道大学大学院法学研究科を定年退職される。林田教授は、一九七五年三月に九州大学法学部を卒業後、同年四月に九州大学大学院法学研究科修士課程に入学され、一九七〇年三月同課程を修了の後、一九七七年四月九州大学大学院法学研究科博士後期課程に進学された。一九八〇年三月に同課程を単位取得退学され、一九八〇年四月に九州大学法学部助手に採用された。一九八一年四月に大分大学経済学部に専任講師（民法担当）として赴任され、一九八二年四月には同学部助教授に昇任された。その後、一九八五年四月に北海道大学法学部に助教授として赴任され、一九八八年八月から一九九〇年七月までの間、米国イェール大学ロー・スクールの客員研究員として海外研修をされた。一九九一年五月には北海道大学法学部教授に昇任され、二〇〇三年四月の北海道大学の組織替えに伴って同大学院法学研究科教授となられて今日に至られている。

この間、林田教授は、北海道大学法学部・法学研究科、北大全学教育の各種委員を務められ、また『北大法学論集』編集委員会委員長としても尽力された。その一方、学外においては、大規模小売店舗審議会特別委員、また北海道建設工事紛争審査会委員や宅地建物取引業主任者講習会講師などを長年務められて来られた。さらに、二〇〇三年には日本法と経済学会の設立

に携わられ、二〇〇六年には同学会の副会長、二〇〇八年から二〇〇九年まで同学会会長に就任されて、今日まで、同学会理事として、わが国の〈法と経済学〉の発展に大きな貢献をされた。

教育

林田教授は、北海道大学での教育面においては、全学教育・旧教養部における法学の講義、〈法と文学〉の講義、一般教育演習などを、また法学部においては〈法と経済学〉の講義や演習などを担当されて来られた。さらに大学院法学研究科においては〈法と経済学〉特殊研究、〈法と経済学〉特殊演習などを、法科大学院においては兼任教員として法と経済学を担当されて来られた。これら一連の授業、特に法と経済学の講義や演習は、法の新しい見方や考え方を示すものとして学生たちの多くの関心を惹きつけた。そして、教授は、これらの授業での試みや留学での成果などを『法と経済学―新しい知的テリトリー』（信山社）として著わされた。加えて、教授が近年力を入れて来られた〈法と文学〉に係る授業も、全国的な先駆けの試みとして意義があり、その一端は近刊予定の新著『法と文学〉の法理論』（北海道大学出版会）でも触れられる予定である。

このほか、札幌学院大学、北海学園大学、神戸大学、北星学園大学、東北学院大学法科大学院などにおいても、林田教授は、〈法と経済学〉の講義を中心として非常勤講師を務められるなど、全国的な教育活動の面でも多大な尽力をされた。

二　研究業績

林田教授の研究テーマは、大きくは三つの分野に亘っている。すなわち、民事法、〈法と経済学〉、そして〈法と文学〉である。

1．民事法

林田教授は、民事法とくに不法行為責任をテーマとして研究生活をスタートされた。そこでは特に民事法における相当因果関係を英米法との比較において研究される中で、アメリカ法では既に一九二〇年代からリーガル・リアリスト（法現実主義者）の一人で因果関係縮小論者であり、保護目的・保護範囲論の主唱者であったレオン・グリーン教授の理論と出会われた。教授の初期の研究論文はこのテーマに関わるものである。林田教授は、わが国の相当因果関係論の理論的役割を明らかにするために、まず、英米法における法的因果関係（proximate cause）の要件とその多様な実践を詳細に検討することにより、その理

論的構造と機能とを明らかにされた。その上でさらに、アメリカにおいて伝統的な法的因果関係論を一貫して批判してきたグリーン教授の理論、すなわち保護目的・保護範囲論を対比することによって、アメリカにおける法的因果関係の多様な役割と理論的根拠、そしてその問題点を探求されたのである。

この法的因果関係や保護範囲論の研究の延長・発展となるものに、関係的利益論や死者の名誉毀損などに関する一連の論文がある。そこでは、林田教授は、法的に保護されるべき関係的利益の内で、特に取引関係における利益、死者の名誉毀損や近親者の生命侵害の場合などの法益のあり方を検討された。例えば、民法七一一条が保護する法益は、死者と近親者との間に存在する家族関係上の利益であって、この関係的利益が侵害される場合に、同条は賠償請求権を認めるものであるとの分析がなされている。

他方で、林田教授は、これらの保護範囲論やアメリカの民事法の研究を通じてリーガル・リアリズムなどの影響を少なからず受けられ、専門の民法学、そして実定法学をはじめとするわが国の伝統的な法学の在り方にも広い批判的関心を持たれた。この研究関心は、以下に述べる二つの研究テーマによっていっそう進められることになった。

2. 法と経済学

林田教授は、一九七〇年代末には、すでにアメリカ法で盛んになっていた、リアリズム法学の系譜にある〈法と経済学〉の研究へと向かわれた。その背景には賠償範囲を因果関係で区切ること、また法的保護範囲論にも理論的な限界があり、そこにはより合理的な基準が必要であることを感じられたためであった。この〈法と経済学〉は、一九六〇年代初頭からアメリカ法において盛んになった、最も科学的な法理論であると言える。この分野での林田教授の初期の作品には、民法九五条の錯誤の経済分析や共通錯誤の分析を試みたものがある。とくに、民法九五条の役割は、錯誤の危険をいずれの当事者に分配するかということを規定するものとされ、この実質的判断が法律行為の解釈のもとに行なわれているにすぎないとされた。そして同条の問題は、無効の危険（リスク）を表意者たる錯誤者かその相手方のいずれかがいかに安価に負担するかを解明することに核心があるとされ、伝統的な錯誤論の手法とは全く異なる、効率性基準を軸とした注目すべき新しい考え方と分析方法を提唱されたのであった。

この間、林田教授は、〈法と経済学〉の研究を本格的に体得すべく、その中心の一つである米国イェール大学ロー・スクー

ルで二年間の研究に携わられ、〈法と経済学〉や不法行為責任を中心とした研究を進めて、論文も発表された。特に、市場と法というテーマ、とりわけ民法への経済分析の応用、そして憲法と経済学との関係、さらには法や法学の内における経済学的な論理やその方法にも検討を広げられた。教授は、これら〈法と経済学〉の私法・民法分野への適用と法理論としての可能性を究明する研究を著書『〈法と経済学〉の法理論』（北海道大学図書刊行会）としてまとめられている。また、他方では、この研究と関連して、伝統的な法や法解釈のあり方について見直すために、実践的推論に関するテーマも探求された。このような広く〈法と経済学〉に関する一連の研究は、法学への新たな視点と分析方法をもたらすものとして学界の大きな関心を集めている。

3．法と文学

〈法と経済学〉に対しては様々な批判や疑問が国内外で出された。新たな理論や方法について批判や疑問があるのは常である。しかし、林田教授は、もっぱら批判ないしは懐疑を持つ者たちが拠り所としている法や法学とは何かを問われた。〈法と経済学〉への批判や懐疑の背後にある見方が「法は法である」として、法以外の何者でもないというもの、換言すれば、法は自己完結しうるという前提そのものに疑問をもたれたのである。このため、林田教授は、〈法と経済学〉研究の傍ら、法はより多様であっていいのではないかと考えられていた一九九〇年代後半から、〈法と文学〉の研究にも関心を深めてゆかれた。〈法と文学〉は、法と文学との間にある様々な共通性や類似性に関心を向けることで法の意義を再考する試みであるが、教授の意図の背景には、〈法と経済学〉が真に法学の分析方法たり得るかという課題を究明する必要があったと言える。

そこで、林田教授は、〈法と文学〉の方法と可能性を中心に関心を持たれた。チャタレイ裁判をはじめとする文学作品の検討を通じて、私的空間というものが次第にクローズアップされ、わが国の法に取り入れられる時代・文化、法意識の変化を検討された。また、社会の法的空間はいわば「理性と正義」の劇場であるとされ、そこでの法とその権力の作用が、夏目漱石『門』を素材として検討された。またF．カフカの『審判』、A．カミュの『異邦人』、さらにH．メルヴィルの『ビリー・バッド』などの文学作品を通じて、法がどのように人びとに作用するかについて検討された。さらに教授は、解釈としての法という文学的側面を取り上げられ、「意味の所有権」、特に法が価値・意

味を持つのは社会的・文化的コンテクストとの関連付けにおいてであること、また文学であれ法学であれテクストの持つ意味は一定不変ではないことに関わる考察を深められた。

林田教授による〈法と文学〉研究は、事件や紛争を取りあげた物語が法の本質に関する洞察力を提供しうる新たな理論・方法であることを明らかにしようとされるものである。それはまた、法学教育や法解釈論、そして法理学的研究にも資する方法・理論としても有益ではないかとも考えられている。文学作品に関する解釈理論が、社会的・文化的環境ならびに人間洞察を向上させることによって、法の理解をいっそう深め、よりよい解釈に至りうることを教授は明らかにされた。そして、これらの一連の〈法と文学〉研究は、わが国でもこの分野における本格的な研究の端緒であり、伝統的な法学スタイルの色彩の強いわが国の法学にとってその批判的な意義は大きいといえよう。これらの成果は教授の近著である『〈法と文学〉の法理論』（北海道大学出版会）にまとめられる予定である。

以上のように、林田教授は、その研究歴の主要な部分において、特に〈法と経済学〉の研究および〈法と文学〉の研究を進めて来られた。教授のこのような関心は、わが国の法学に係る伝統的な法学観や法解釈観を見直し、法が他の諸学にも開かれたものであることを確認しながら、そのような批判性と開放性を介して法のパフォーマンスを改善することを学問的意図とされるものであったと言える。林田教授が先鞭を付けられたこれらの新たな法のあり方の研究が、次代の研究者によって引き継がれ、さらに深められてゆくことが期待される。

林田清明教授の経歴

一九五一	五月七日	熊本県に生まれる
一九七五	三月	九州大学法学部卒業
一九七七	三月	九州大学大学院法学研究科修士課程修了
一九七七	四月	九州大学大学院法学研究科博士後期課程入学
一九八〇	三月	同右　単位取得退学
一九八〇	四月	九州大学法学部助手
一九八一	四月	大分大学経済学部常勤講師（民法担当）
一九八二	四月	同右　助教授
一九八五	四月	北海道大学法学部助教授

一九八八　八月～　米国イェール大学ロー・スクール客員研究員（American Council of Learned Societies: ACLS 研究奨学生）
一九九〇　七月　北海道大学法学部教授
一九九一　五月　博士（法学）（北海道大学）
一九九六　一二月　北海道大学大学院法学研究科教授
二〇〇三　四月

林田清明教授の業績

Ⅰ　著書

一九九六年
『〈法と経済学〉の法理論』（北海道大学法学部選書2）北海道大学図書刊行会
一九九七年
『法と経済学―新しい知的テリトリー』信山社
二〇〇二年
『法と経済学―新しい知的テリトリー（第二版）』信山社
二〇一五年
『〈法と文学〉の法理論』北海道大学出版会

Ⅱ　学術論文

一九七八年
「相当因果関係の理論的根拠」『九大法学』三六号五頁
一九八〇年
「グリーンの保護目的・保護範囲論」『九大法学』三九号八九頁
一九八一年
「親子関係の法的保護」『大分大学経済論集』三三巻三号四六頁
「The Necessity for the Rational Basis of the Duty-Risk Analysis in Japanese Tort Law: A Comparative Study」1981 Utah Law Review 65-90.
一九八二年

「死者の名誉毀損の法的構成」『大分大学経済論集』三三巻六号二一三頁
「死者と近親者の関係上の利益」『大分大学経済論集』三四巻二号一一四頁

一九八三年
「不法行為法における取引関係の保護」『大分大学経済論集』三四巻四＝六号三六〇頁
「錯誤の経済分析―経済分析の試み（一）」『大分大学経済論集』三五巻一号九〇頁
「錯誤の経済分析―経済分析の試み（二）」『大分大学経済論集』三五巻二号一二三頁

一九八四年
「共通錯誤―一つの経済分析」『大分大学経済論集』三五巻五号二六〇頁

一九八五年
「生命侵害と近親者の関係的利益」『大分大学経済論集』三六巻五号二一四頁
「英米法の精神的ショック・ケースにおける因果関係 対 保護範囲論」『大分大学経済論集』三六巻六号一九三頁
「製造物責任の内容―責任主体」（徳本鎮との共著）加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座』二巻（商品の欠陥）日本評論社、一八三頁

一九八六年
「共同不法行為の経済分析（一）」『北大法学論集』三七巻二号二三二頁

一九八八年
「事故の抑止と交通事故における損害賠償」『判例タイムズ』六五四号五一頁
「製造物責任の現在―食品事故」『判例タイムズ』六六六号五頁

一九九一年
「民事違法の経済理論」『判例タイムズ』七四六号二五頁
「効率性 対 違法性―民事違法の経済理論」『北大法学論集』四一巻三号一四五九頁

「事故の抑止と交通事故における損害賠償」日本交通法学会編『人身賠償・補償研究』第一巻一四二頁［再録］

一九九二年

「賠償と差止」『北大法学論集』四一巻四号一八四六頁

「法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム（一）」『北大法学論集』四二巻三号九〇五頁

「法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム（二）」『北大法学論集』四二巻四号一二三四頁

「法は経済である――ポズナーの『法の経済分析』入門」『北大法学論集』四二巻五号一四〇頁

「実践的推論とプラグマチズム法学（一）」『法律時報』六四巻一一号六頁

「実践的推論とプラグマチズム法学（二）」『法律時報』六四巻一二号五六頁

一九九三年

「実践的推論とプラグマチズム法学（三）」『法律時報』六五巻一号六九頁

「実践的推論とプラグマチズム法学（四）」『法律時報』六五巻三号七四頁

「不法行為法の経済理論」日本法社会学会編法社会学四五号『法の解釈と法社会学』九七頁

「実践的推論と『法と経済学』」日本法哲学会編法哲学年報『実践理性と法』四四頁

「経済学でつかまえて」『法学セミナー』四六一号九八頁

「法と経済学の基本ツール」『法学セミナー』四六二号一〇二頁

「完全競争市場で何が起こっているか」『法学セミナー』四六三号一〇六頁

「とうもろこしと表現の自由」『法学セミナー』四六四号一〇二頁

「コースの定理と法」『法学セミナー』四六五号一〇六頁

「所有権の経済学」『法学セミナー』四六六号一〇二頁

「何を私的に所有するか」『法学セミナー』四六八号一〇〇頁

一九九四年

「物権変動の経済理論」『法学セミナー』四六九号九八頁

「所有権の救済と濫用」『法学セミナー』四七〇号九八頁

「法律行為の経済理論」『法学セミナー』四七一号九八頁

「公序良俗をエコノミックスする」『法学セミナー』四七三号一一二頁
「効率的な契約違反」『法学セミナー』四七四号一〇四頁
「不法行為の経済理論」『法学セミナー』四七五号一一〇頁
「誰が事故の安価回避者か」『法学セミナー』四七六号一一二頁
「共同不法行為」『法学セミナー』四七七号一〇四頁
「過失責任と無過失責任―故意不法行為・懲罰的賠償」『法学セミナー』四七八号九二頁
「独占のエコノミックス」『法学セミナー』四七九号一〇〇頁
「独禁法のパラドックス」『法学セミナー』四八〇号一〇八頁

一九九五年

「規制緩和のポリティックス」『法学セミナー』四八二号一〇六頁
「公共選択と法―悲劇的選択」『法学セミナー』四八三号九八頁
「立法の経済理論―ダンス・ウィズ・リアリズム」『法学セミナー』四八四号一〇五頁
「正義と分配の経済学―神々の争い」『法学セミナー』四八五号一〇三頁
「憲法の経済学（1）―憲法のリアリズム」『法学セミナー』四八七号一〇〇頁
「経済的自由と精神的自由―憲法の経済学（2）」『法学セミナー』四八八号一〇一頁
「裁判所へ行く」『法学セミナー』四八九号九八頁
「法は経済である」『法学セミナー』四九一号一〇三頁
「民法三条―二〇条」注解法律学全集　民法総則1（水本浩編）青林書院

一九九六年

「憲法の経済学的アプローチ」『ジュリスト』一〇八九号七六―八一頁

一九九七年

「損害賠償の経済学」『新・現代損害賠償法講座第1巻』三一九頁
「インターネット上のプライバシー問題」『法学セミナー』五一六号一二六頁

一九九八年
「〈法と経済学〉から見た定期借家権論争―借家規制と効率性」『判例時報』一六四五号八頁
「法律行為の経済理論――基礎と試み」『民法学と比較法学の諸相Ⅲ 山畠正男・五十嵐清・薮重夫先生古稀記念』信山社、二三頁
一九九九年
「ポストモダンと法解釈の不確定性」瀬川信久編『私法学の再構築（北海道大学法学部ライブラリー2）』北海道大学図書刊行会、一四五頁
二〇〇一年
「インターネット時代のプライバシーと個人情報の保護」『くらしと社会のための安全の科学（平成一三年度北海道大学公開講座）』三七―四一頁
二〇〇二年
「インターネット時代のプライバシーと個人情報の保護」栃内香次＝木村純編著『二一世紀の安全を考える』北海道大学図書刊行会、二九頁
二〇〇三年
「現代家族の変化と相続法制―相続法の経済分析の試みと素描」『会計検査研究』二七号二五頁
「法と経済学の方法と可能性―伝統法学との対比から」日本学術会議経済政策連絡委員会編『経済政策とアカウンタビリティ：制度設計と人づくり』七一頁
二〇〇四年
「『法と文学』の諸形態と法理論としての可能性（一）」『北大法学論集』五五巻四号一四三九頁
二〇〇五年
『法と文学』の諸形態と法理論としての可能性（二）」『北大法学論集』五五巻五号一八五五頁
「法曹の合理的行動と利益集団論―その素描」『競争法の現代的諸相〈上〉―厚谷襄児先生古稀記念論集』信山社、二五三頁
二〇〇六年

「法による文学規制と〈法と文学〉―チャタレイ裁判再考」『北大法学論集』五七巻二号五一三頁

二〇〇七年

「私的空間という装置と法―〈法と文学〉による日本プライバシー前史」『北大法学論集』五七巻五号二二四七頁

「家族の変容と相続、扶養行動―法学的観点から」『季刊家計経済研究』七四号四一頁

二〇一二年

「法のナラティヴと法的推論―志賀直哉『范の犯罪』を素材に」長谷川晃編著『法のクレオール』北海道大学出版会、二四一頁

「法・社会規範とその遵守に関する〈法と文学〉による考察―夏目漱石『門』と『理性と正義』の劇場」『北大法学論集』六三巻四号三三二［一］―二九六［三七］頁

二〇一三年

「法解釈・法的判断と経済的ロジック」『北大法学論集』六三巻六号一八八頁

「法・法制度の理解のための文学的フィクションと法の現実―F．カフカ『審判』、A．カミュ『異邦人』、H．メルヴィル『ビリー・バッド』を素材に」『北大法学論集』六四巻四号三六二［一］―三〇九［五四］頁

Ⅲ　判例批評・学会報告など

〔判例批評〕

一九八六年

「使用者責任と共同不法行為責任が交錯する場合の求償（大阪高判昭和六〇年六月二八日判例タイムズ五六八号七七頁）」『判例タイムズ』六一三号九一頁

一九八八年

「昭和四七年九月に出生した極小未熟児の診療に当たった眼科医師に光凝固法による治療を前提とする説明義務、転医義務はないとされた、他の事例（名古屋高判昭和六一年一二月二六日判例時報一二三四号四五頁）」『判例評論』三四七号五一頁（『判例時報』一二五三号一九七頁

一九九五年

「オウム・インコ病事件（東京高判平成四・三・一一）」『〈製造物責任の研究〉 金融・商事判例増刊』九六〇号九二頁

一九九九年

「自動車修理業者・陸送業者―運行供用者責任」『交通事故判例百選［第四版］（別冊ジュリスト）』二四頁

二〇〇〇年

「権利能力なき社団において会務の運営、会計処理等に不明朗が存することが相当の根拠をもって強く疑われるような場合には、構成員が右社団に対し会計帳簿等の閲覧謄写請求権を有するとされた事例（東京地判平成一一・四・二六）」『判例評論』四九八号一一頁（『判例時報』一七一二号二〇五頁）

二〇〇三年

「東京高等裁判所判決平成一四年一月一六日・判例タイムズ一〇八三号二九五頁、判例時報一七七二号一七頁（早稲田大学江沢民主席講演会名簿提出事件控訴審判決）」『北大法学論集』五四巻二号五四一頁

〈学会報告〉

一九七九年

「相当因果関係の理論的根拠」九州法学会第六三回大会（於・北九州大学）

一九八三年

「関係的利益論―死者の名誉毀損の場合」九州法学会第六七回大会（於・大分大学）

一九八七年

「交通事故の抑止と損害賠償」（研究報告）人身賠償・補償研究会（日本交通法学会）

一九九一年

「違法性としての経済的効率性―法律と経済をつなぐ一視点」日本法社会学会関西部会

一九九二年

「不法行為法の経済理論」日本法社会学会一九九二年度学術大会ミニ・シンポジウム「効率性の法社会学」（於・大阪大学）

「実践的推論と『法と経済学』―法解釈と経済学の役割」日本法哲学会一九九二年度学術大会シンポジウム・実践理性と法（於・関西大学）

二〇〇一年

日本法社会学会二〇〇一年度学術大会ミニ・シンポジウム「道徳と法」コンメンテイター・司会（於・御茶ノ水女子大学）

二〇〇三年

日本法社会学会二〇〇三年度学術大会ミニ・シンポジウム「司法改革」（於・青山学院大学）

二〇〇八年

「法的判断を経済的ロジックでする」日本法と経済学会（学術講演、於・東京工業大学）

二〇一二年

「法と文学の可能性と方法」日本近代文学会二〇一二年度春季学術大会・特集〈法〉と〈文学〉シンポジウム（於・二松学舎大学）

Ⅳ　解説・翻訳・書評ほか

一九八一年

「導入預金と民法九〇条」酒巻俊雄・徳本鎮編著『金融事故の民事責任』一粒社、二二〇頁

一九八二年

「民法一〇九条の表見代理」徳本鎮編『判例演習民法総則』九州大学出版会、六〇頁

「民法一一〇条の表見代理と基本代理権の存否」
同右　六二頁

「民法一一〇条の表見代理と正当理由」
同右　六四頁

「代理人による手形の振出と民法一一〇条の第三者」
同右　六六頁

一九八五年

「Alan O. Sykes, The Economic Analysis of Vicarious Liability, 93 Yale L. J. 1231 (1984)」（論文紹介）『アメリカ法』一九八五―二号二六五頁

一九八六年

「Victor P. Goldberg, An Economic Analysis of The Lost-Volume Retail Seller, 57 So. Cal. L. Rev. 283 (1984)」（論文紹介）『アメリカ法』一九八六―一号一五五頁

「胎児の権利能力」五十嵐清編著『法学ガイド民法Ⅰ（総則）』日本評論社、四四頁

「臓器移植と民法上の問題」

同右　四六頁

「死者の人格権」

同右　四八頁

「無能力者の詐術」

同右　五〇頁

「学生選挙権と住所」

同右　五二頁

「失踪宣告の取消と善意者の保護」

同右　五四頁

「期限の利益喪失約款」

同右　一六三頁

一九八九年

「薮重夫教授の経歴と業績」『北大法学論集』三九巻五・六合併号（五十嵐清教授・薮重夫教授退官記念特集号）二〇〇一頁

一九九〇年

「法の効率性の世界―（書評）ランディス・ポズナー著不法行為法の経済的構造（一九八七）」『北大法学論集』四一巻一号三七六頁

一九九二年

「Cristopher H. Schroeder, Corrective Justice and Liability for Increasing Risks, 37 U.C.L.A. L. Rev. 439 (1990)」（論文紹介）『アメリカ法』一九九一―二号二四五頁

「カドーゾとプラグマチズム法学（書評）R. A. ポズナー著カドーゾ―評判の研究（一九九〇）」『北大法学論集』四二巻六号一六〇三頁

「（法学会記事）濱田宏一・報告『法と市場メカニズム』」（北海道大学法学部法学会　平成三年九月一三日）『北大法学論集』四二巻四号一二二七頁

一九九三年
「真実の発見は規制から生まれぬ」『朝日新聞』論壇一九九三年三月二七日朝刊
北海道大学学生部編『学生生活実態調査報告書』平成三年度第四章・第五章、三一―六〇頁、同・資料、一六〇―二一八頁

一九九四年
「見ゆるもの・見えざるもの」『追悼荒木俊夫』荒木俊夫追悼文集編集委員会、二一四頁

一九九五年
「（論文紹介）R. Craswell, Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines, 60 U. Chi. L. Rev. 1 (1993)」『アメリカ法』一九九五―一号一一一頁

一九九六年
「（書評）William N. Eskridge, Jr., Dynamic Statutory Interpretation (Harvard University Press, 1994)」『アメリカ法』一九九六―一号九九頁
「悪徳商法にあわないために、もしあったら」『えるむ』（北海道大学学生委員会）七九号一四頁

一九九八年
「（書評）阿部泰隆＝野村好弘＝福井秀夫編 定期借家権（一粒社・一九九七）」『ジュリスト』一一四〇号一五三頁

一九九九年
「Peter Newman, ed., "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law", 3 vols. Macmillan, 1998」『国家学会雑誌』一一二巻五・六号一八三頁
「法と経済は不可分である――新旧制度学派の〈法と経済学〉」『アメリカ法』一九九九―一号五六頁
「（書評）T. J. ミセリ『法の経済学――不法行為、契約、財産、訴訟』」（細江守紀監訳）（九州大学出版会・一九九九年）」『地域学研究』二九巻一号二〇五頁

二〇〇〇年
「法と経済学」伊藤正己＝園部逸夫編集代表・現代法律百科大辞典、ぎょうせい
「法と経済学――法律実務と周辺学の旬」『法学セミナー別冊

法学入門二〇〇〇』三二頁
「法と経済学から日本法を見る　J. Mark Ramseyer & Minoru Nakazato, Japanese Law: an Economic Approach, The University of Chicago Press, 1999」『アメリカ法』二〇〇〇―一号八九頁
二〇〇一年
「A・ブルックナー　交響曲第九番」『北海道大学大学院法学研究科付属高等法政教育研究センター News Letter（j―mail）』四号三頁
「R・ポズナーの道徳無用論―法的推論の在りか」『アメリカ法』二〇〇一―一号一〇〇頁
二〇〇三年
「法と経済学」AERA・ムック『法科大学院がわかる。』朝日新聞社、三九頁
二〇〇四年
「岡本綺堂のナラティヴと近代」『文芸別冊　岡本綺堂』河出書房新社、一四八頁
二〇〇九年
小泉八雲「橋の上で」: Lafcadio Hearn, "ON A BRIDGE", in JAPANESE MISCELLANY (1901). (http://www.aozora.gr.jp/)
同右「停車場にて」: Lafcadio Hearn, "AT A RAILWAY STATION", in KOKORO (1896). (http://www.aozora.gr.jp/)
二〇一〇年
小泉八雲「博多にて」: Lafcadio Hearn, "AT HAKATA", in OUT OF THE EAST (1895). (http://www.aozora.gr.jp/)
同右「死生に関するいくつかの断想」: Lafcadio Hearn, "BITS OF LIFE AND DEATH", in OUT OF THE EAST (1895). (http://www.aozora.gr.jp/)
二〇一一年
小泉八雲「夏の日の夢」: Lafcadio Hearn, "THE DREAM OF A SUMMER DAY", in OUT OF THE EAST (1895). (http://www.aozora.gr.jp/)
同右「書簡　一八九三年七月二二日付チェンバレン教授宛」: Elizabeth Bisland, The Life and Letters of Lafcadio Hearn (1906). (http://www.aozora.gr.jp/)

同右「夜光虫」: Lafcadio Hearn, "NOCTILUCAE", in SHADOWINGS (1900). (http://www.aozora.gr.jp/)
同右「夜光蟲」(旧字旧仮名): Lafcadio Hearn, "NOCTILUCAE", in SHADOWINGS (1900). (http://www.aozora.gr.jp/)

二〇一二年
「法と文学の可能性と方法」『日本近代文学会　会報』一一六号六頁

岡田信弘教授の経歴と業績

常本照樹

一　経歴

岡田信弘教授は、二〇一五（平成二七）年三月三一日をもって国立大学法人北海道大学の定年をお迎えになる。

岡田教授は、一九七四年三月に北海道大学法学部を卒業され、同年四月に北海道大学大学院法学研究科公法専攻修士課程に進学された。学部においては中村睦男教授（当時、助教授）の憲法演習に参加され、大学院においては深瀬忠一教授に師事して憲法学の研究に勤しまれた。一九七六年四月に博士後期課程に進み、七九年四月に北海道大学法学部助手に採用されている。翌八〇年四月に明治学院大学法学部専任講師に就任され、法学、憲法及び比較憲法などの授業を担当された。八三年四月に助教授に昇任され、八六年四月から二年間、フランス・パリ第二大学においてジャック・ロベール教授の下で在外研究に従事された。帰国後、一九九二年四月に明治学院大学法学部教授に昇任され、九六年四月に請われて北海道大学法学部教授に着任、全学教育科目の日本国憲法、法学部の憲法などの授業を担当された。二〇〇〇年四月には北海道大学の大学院重点化により大学院法学研究科教授となり、また、二〇〇四年四月の法科大学院制度発足に伴い、法学研究科法律実務専攻（法科大学院）の専任教員を兼ねられることとなった。

学外では、二〇〇九年四月から放送大学北海道学習センター客員教授、二〇一三年四月から放送大学客員教授として全国の学生を対象とする憲法のテレビ授業を担当されている。

大学運営面での御貢献も顕著であり、二〇〇二年一二月には北海道大学評議員に選任され、二〇〇四年一二月には大学院法学研究科長・法学部長の重責を担われることになった。折しも法学部研究棟の耐震改修工事が行われることとなり、教員の研究環境を保障するために全学の部局・施設の空き部屋確保に奔走されたことは全教員の記憶に刻まれている。

教育面においては、北大に入学した全学部の一年生を対象として法学、政治学、経済学、教育学及び物理学専攻の教員が合同で実施する「平和の学際的研究」と題する授業の責任者を長年にわたって務めてこられたことが特筆される。法学部においては「憲法Ⅰ、Ⅱ」の講義及び演習を担当され、詳細なレジュメに基づく丁寧な授業で好評を博した。研究大学院（法学政治学専攻）においても、講義及び演習を担当され、国内外の次代を担う研究者の育成に力を注がれた。法科大学院（法律実務専攻）においては、法学既修者を対象とする「公法事例問題研究」を中心に担当されたほか、研究大学院及び公共政策大学院の学生にも開かれた「立法過程論」の授業も展開された。

この他、法学部の学生指導の一環として、学生サークルである裁判問題研究会の顧問を務められた。同サークルでは、「岡田プロジェクト」と称する憲法学習会などを開催しており、学生の憲法に対する関心の高揚に貢献されたということができる。

学会活動では、日本公法学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会、日本財政法学会、国際憲法学会、日本選挙学会、日本自治学会に所属され、公法学会においては、一九九九年の総会において「内閣総理大臣の地位・権限・機能」と題する第一部会報告を、二〇〇四年の総会において「統治構造論の再検討」と題する総会報告を行っておられる。また、学会運営に関しては、二〇〇〇年から全国憲法研究会及び憲法理論研究会の、二〇〇五年から財政法学会の運営委員を務め、各学会の発展に尽力してこられた。

社会貢献活動としては、一九九八年九月から二〇〇四年七月まで北海道情報公開審査会及び北海道個人情報保護審査会の委員を務められたほか、一九九八年に設置された北海道旧土人共有財産等処理審査委員会の委員として、いわゆるアイヌ共有財産の返還に係る検討に関与された。専門に係る活動としては二〇〇一年五月から一〇年一二月まで務められた司法試験（第二次試験）考査委員が特筆される。

二　研究業績

岡田教授の研究業績は統治機構論から人権論まで多岐に渡るが、やはりその重心は統治機構論にあるといって差し支えないであろう。教授の憲法研究者としてのキャリアは、修士論文である「フランス選挙制度史」を始めとする選挙制度研究からスタートしたが、その後の研究を大きく方向付けたのが、一九八六年から二年間のフランス・パリ第二大学における在外研究であったといえよう。それ以降、主な研究関心は議院内閣制のあり方を中心とするデモクラシー論となり、選挙制度論はもとより、憲法学の師である深瀬忠一教授の学統を継ぐ議会制論、あるいは主権論などもそれとの関連で展開されていくようになる。その他に、人権論の分野では、特に「第三世代の人権」に関する研究が異彩を放っているというべきであろう。これらは、いずれも重厚なフランス憲法学の研究を基礎とするものであり、その理解の正確さ、視野の広さはフランス（憲）法自体に係る研究業績からも明らかである。しかし、やや結論先取り的にいえば、岡田憲法学の真骨頂は、フランス憲法学の研究成果に基づく理論的純一性を重視しつつ、健全な常識と人格のフィルターを通してわが国の現実に適合した理論として着地させるという点にあるといえるのではなかろうか。

以下に、主な研究業績の特色について若干の紹介を試みてみたいと思う。

岡田教授は、「フランス選挙制度史」の「序」において、従来の選挙制度研究は「ともすれば実定選挙法の法律学的構成、もしくは個々の選挙方法の技術的解説に陥りがち」であったと指摘した上で、「選挙制度は代表民主制を採用する国家において国民と議会を結びつける最も重要な制度であり」、「その国の民主主義の存在様式を縮図的に示す」ものであると喝破する。このように、憲法全体の性格をも決定する「原理的かつ政治的な問題」として選挙制度を捉える問題関心は、それ以降、代表制と民主制の関係を含めデモクラシーの全体像のあるべき姿を研究対象とする岡田憲法学へと発展していったのである。

岡田教授のデモクラシー像に対して大きな影響を与えたのは、前述のようにフランスでの在外研究期間中の一九八六年に保革共存政権（コアビタシオン）を誕生させた選挙、そしてその後の政権のあり方であった。これはデュヴェルジェのdemocratie direct論やルネ・カピタンのrégime populaire論など、文献を通じて得ていた知識が現実のものとなった姿でもあった。この選挙においては、保革両陣営が、今風にいえばマ

ニフェスト選挙を積極的に展開し、加えて両陣営のリーダーたちがマスコミに登場して雄弁に政策論を語り、有権者はこれらを踏まえた投票によって政権の選択を行い、勝利した陣営が内閣を形成する。当時の大統領はミッテランであったが、選挙の結果首相となったシラクが内閣を作り、政が官をリードする形で法案を次々と作成しマニフェストの実現を目指したのである。

岡田教授が在外研究から帰国した頃は、ちょうど高橋和之教授が国民内閣制論を展開し、また行政学の山口二郎教授などが議院内閣制のウェストミンスター・モデルを提唱していたときであり、岡田教授は、フランスでの強烈な経験を踏まえてこれらの議論と轡を並べ、政党と内閣の権力の二重構造の解消を主張したのである。

こうした岡田憲法学のデモクラシー像におけるキーワードの一つが「責任」であるように思われる。岡田教授は、フランスと対比して、日本においては政府、与党、官僚の誰が実際に決定を行ったのかが明らかでなく、ゆえに責任の所在も不明であると指摘する。そのため、国民も選挙を通じて選択を行うターゲットを捉えることができないことになり、その意味で有権者としても責任をとりがたくなるというのである。したがって、日本におけるデモクラシーのあり方を考えるに際しては、責任の所在を明確にできることが重要な意味を持つ。選挙においては、基本的な政治の方向性とその具体化に係る方策を選択肢として有権者に提示することが政党の責任であり、様々な政党によってこのようなプラットフォームが示されて初めて有権者は責任を持って基本的な選択を行い得るのである。

このように責任の所在の明確化を追求する岡田憲法学の立場からすると、わが国における二院制、とりわけ「強い」参議院の存在は桎梏である。岡田教授は、二院制そのものには積極的意義を認めながら、衆議院を基盤とした議院内閣制の国民内閣制的運用を歪める参議院のあり方については消極に解し、参議院議員からは大臣を出さないといった、参議院と内閣との距離を置くような運用や地域代表を中心とする選挙制度の採用により衆議院と構成原理を変えるなどの二院制の再検討が主張される。

折々の政治状況に関して発言することは岡田教授の問題関心からいえば当然のことではあるが、その際にも時事的評論に流れることなく、常にその根底にある憲法的論点に関する骨太の、かつ一貫した解釈に帰って行くことが岡田憲法学の特質である。一連の首相公選論に関する論考にその典型を見ることができる。周知のように、首相公選論は、一九六〇年代に憲法調査会の委員であった中曽根康弘氏の提唱を契機に始まったが、

これに対する憲法学からの代表的批判の前提にあったのは、芦部信喜教授の主張に見られるように、「選挙の重点を、政府形成よりも代表の正確性の確保という要件におき、政府形成なり政治指導は、議会における各政党・政派の妥協に委ねるという方向」に置くべきであるとする選挙制度の理解であり、これがその後の憲法学の通説的見解となった。首相公選論は、その後、小泉純一郎首相の時代にも注目を浴び、首相の私的懇談会として「首相公選制を考える懇談会」が設置されるに至ったが、これに対し岡田教授は、「首相公選論ブーム」の根底には議院内閣制の運用をめぐる問題群があると指摘し、これに対する厳密な分析を経た処方箋を提示することが憲法学の課題だとした上で、議論の基本的方向性は、芦部教授の示したものか、あるいは国民内閣制論に見られる「選挙を通じた民意の国政への反映、すなわち統治の担い手の中心である首相および内閣が遂行する政策体系が国民の多数派によって選択される」方向のいずれかであるとしたうえで、後者を選択すべきだという立場を明らかにしている。

なお、岡田教授の研究業績を語る際には、立法過程研究に関する貢献を忘れるわけにはいかない。一九七七年から七八年にかけて深瀬忠一教授を中心に行われた共同研究に端を発し、その後中村睦男教授そして高見勝利教授へと受け継がれてきた北大立法過程研究会は、立法に関わる実務家と研究者の密接な共同研究の場として全国的に注目を集めてきたが、高見教授が北大を離れられた後は、岡田教授が研究代表者となり、企画・運営から科学研究費補助金の申請・報告など一切の業務を担われ、立法補佐体制や二院制などに関する実証的・比較法的研究を強力に推進することによってわが国における立法過程研究の火を一層輝かせてきたのである。

次に、岡田教授の人権論に関する研究に目を転ずると、とりわけ「第三世代の人権論」に関する業績が重要であるように思われる。いわゆる国際人権の重要性が高まる中で、その一環として主張されたK. ヴァサクらの「第三世代の人権論」そのものを紹介・検討するという意義も少なくないが、「憲法論における文字どおりキー・コンセプトであるにもかかわらず、人権概念の内包と外延に関してはいまだに共通の了解の存在にはほど遠い現状にある」という状況認識のもとに、「第三世代の人権」をめぐる議論を手がかりとしてその整序を図るという点にも注目すべきであろう。岡田教授によれば、人権とは何かに関わる諸論点は、「人権論の『構え』、すなわち人権の論じ方、語り方、扱い方と深く結びついているのであって、そうした『構え』の

自覚化・明確化がなされれば諸論点に対する解答の道筋も開けてくる」のである。これはデモクラシー論に係る諸論点に対する「構え」にも共通する岡田憲法学の真髄といえよう。

さて、人権概念の基本に関わる第一の論点として、いわゆる質的限定と量的拡張の区別論があるが、これに対して岡田教授は、質的限定論に理解を示しつつ、そのことが人権でないとされた憲法上の権利の意義を不当に低めることがないように顧慮すべきであるという言説が人権論の「構え」として適切であるとする。第二に、集団・団体の人権主体性に関し、人権主体を個人に限定する有力な主張がある一方、従来の「法人の人権」論に止まらず、例えばアイヌ民族のように先住少数民族の人権のとらえ方の問題も見落としてはならないと指摘したうえで、「第三世代の人権」をめぐる議論を踏まえて、民族などの集団・団体自体が人権主体となるとする見方と、集団的人権の本質は個人の権利の集団的行使であるという見方を区別すべきと主張する。人権はあくまでも個人としての「人間」の権利なのであり、目的と手段を混同してはならないというのである。これはまさにクリティカルな視点であるが、アメリカ・インディアンにおける tribe のような自治集団としての実体を有していない現在のアイヌ民族のあり方を考えると、理論的純一性を重視しつつ、現実に妥当する結論に着地させるという岡田憲法学ならではの判断がここでも示されているということができよう。

岡田教授の治博なご業績の紹介としては、まことに意に満たないものではあるが、教授はこれからも憲法学の第一線において御活躍を続けられるのであり、これはあくまでも経過報告に過ぎないものとして大方の御海容を請う次第である。

岡田信弘教授の経歴

【学歴・研究歴・職歴】

一九五一（昭和二六）年八月　北海道に生まれる
一九七四（昭和四九）年三月　北海道大学法学部卒業
一九七六（昭和五一）年三月　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了
一九七九（昭和五四）年三月　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学
同年　四月　北海道大学法学部助手
一九八〇（昭和五五）年四月　明治学院大学法学部専任講師
一九八三（昭和五八）年四月　明治学院大学法学部助教授
一九八六（昭和六一）年四月　フランス・パリ第二大学で在

外研究〔一九八八（昭和六三）年三月まで〕
一九九二（平成四）年四月　明治学院大学法学部教授
一九九六（平成八）年四月　北海道大学法学部教授
二〇〇〇（平成一二）年四月　北海道大学大学院法学研究科教授
二〇〇二（平成一四）年一二月　北海道大学評議員〔二〇〇四（平成一六）年一二月まで〕
二〇〇四（平成一六）年一二月　北海道大学法学研究科長・法学部長〔二〇〇六（平成一八）年一二月まで〕
二〇〇九（平成二一）年四月　放送大学北海道学習センター客員教授〔二〇一四（平成二六）年三月まで〕
二〇一三（平成二五）年四月　放送大学客員教授（テレビ授業担当）

【学会活動】
一九七六（昭和五一）年一〇月　日本公法学会会員
一九七六（昭和五一）年一〇月　全国憲法研究会会員〔二〇〇〇（平成一二）年五月より運営委員〕
一九七六（昭和五一）年一〇月　憲法理論研究会会員〔二〇〇〇（平成一二）年一〇月より運営委員〕
一九八三（昭和五三）年三月　日本財政法学会会員〔二〇〇五（平成一七）年三月より運営委員〕
一九八六（昭和六一）年一〇月　国際憲法学会会員
一九九二（平成四）年五月　日本選挙学会会員
二〇〇〇（平成一二）年一一月　日本自治学会会員

【社会貢献活動】
一九九八（平成一〇）年九月　北海道情報公開審査会委員〔二〇〇四（平成一六）年七月まで〕
一九九八（平成一〇）年九月　北海道個人情報保護審査会委員〔二〇〇四（平成一六）年七月まで〕
二〇〇一（平成一三）年五月　司法試験（第二次試験）考査

委員〔二〇一〇（平成二二）年一二月まで〕

岡田信弘教授の業績

【編著書】

二〇〇四年
『日本国憲法解釈の再検討』（高見勝利、常本照樹の両氏と）有斐閣

『憲法のエチュード』八千代出版（二〇〇四年初版・二〇一二年第三版）

二〇一三年
『事例から学ぶ日本国憲法』放送大学教育振興会

二〇一四年
『二院制の比較研究：英・仏・独・伊と日本の二院制』日本評論社

【学術論文】

一九七八年
「フランス選挙制度史（一）」北大法学論集二九巻二号

一九七九年
「フランス選挙制度史（二）」北大法学論集三〇巻二号

「フランス選挙制度史（三）」北大法学論集三〇巻三号

一九八三年
「現代憲法における人民投票制度（一）」明治学院大学法学研究二九号

「憲法と政党」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念一（講座・憲法学の基礎一）』勁草書房

一九八四年
「現代憲法における人民投票制度（二）」明治学院大学法学研究三〇号

一九八九年
「Une Etude Comparative Sur Les Sessions Parlementaires」明治学院大学法学研究四三号
「古典的人権から第三世代の人権へ」ジュリスト九三七号
「一七八九年人権宣言と一九五八年フランス憲法」ジャック・ロベール（翻訳）ジュリスト九四六号
「フランス憲法院の成立と展開」明治学院大学法律科学研究所年報五号
「政治資金の規制――政治資金の透明化に関する一九八八年三月一一日の組織法律第二二六号（紹介）」日仏法学一六号
一九九〇年
「フランス法における離婚事由」フローランス・ルヴェ（翻訳）明治学院大学法学研究四六号
「現行選挙制度の問題点と改革の方向」法律時報六二巻六号
「アラブ諸国と近代立憲主義」アブデルファタ・アモール（翻訳）法律時報六二巻一〇号
「会期制研究序説（一）」北大法学論集四〇巻五・六号上
一九九一年
「生存権」法学セミナー四三七号
「国際社会における平和的生存権論と日本国憲法」明治学院大学法学研究四七号
「選挙法改正のプロセスと論理（上）――参議院比例代表制導入の場合」明治学院大学法学研究四八号
「フランスの大統領制／『議院内閣制』と『大統領制』の間の制度」法学教室一三一号
「平和的生存の権利――『国際社会における日本国憲法』の視点から」憲法問題二号

一九九二年
「選挙法改正のプロセスと論理（中）――参議院比例代表制導入の場合」明治学院大学法学研究四九号
一九九三年
「第五共和制フランスにおける選挙制度改革」選挙研究八号
一九九四年
「主権論の五〇年」法律時報六六巻一二号
一九九五年
「自衛隊と国際貢献」法学教室一七六号
「『フランス憲法』と戦後憲法学」樋口陽一編『戦後憲法・憲法学と内外の環境〈講座・憲法学別巻〉』日本評論社
一九九六年
「戦後憲法学と『ポストモダン』の憲法理論―『憲法学の現在』の一断面」明治学院大学法律科学研究所年報一二号
「内閣制度と政官関係」ジュリスト一〇八九号
「『住民投票』の挑戦と課題」（磯部力、岩崎忠夫、田島義介、森田朗の各氏と座談会）ジュリスト一一〇三号
「主権論の五〇年」樋口陽一ほか編『憲法理論の五〇年』日本評論社
一九九七年
「政治過程と選挙制度」岩村正彦編『政治過程と法』岩波書店
「選挙立法における政官関係」中村睦男・前田英昭編『立法過程の研究』信山社
一九九八年
「首相の権限強化：行革会議『最終報告』における提言についての若干の検討」ジュリスト一一三三号
「日本の地方自治の法的仕組み」北大法学論集四八巻六号

「大学生の『平和』と『国際協力』に関する意識」深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために：日本国憲法からの提言』勁草書房

一九九九年

「『代表・民主制』の基底にあるアポリア」法学教室二二四号

「第三世代の人権論：その提起するもの」高見勝利編『人権論の新展開（北大法学部ライブラリー一）』北海道大学図書刊行会

二〇〇〇年

「内閣総理大臣の地位・権限・機能：行政学と憲法学の『接点』で考える」公法研究六二号

「議院内閣制の運用」ジュリスト一一七七号

「人権とは何か――『現点』を『原点』から考える」人間と教育二五号

「憲法学における選挙研究」選挙研究一五号

二〇〇一年

「判例を〈裁判官で〉読む――弁護士と裁判官のはざまで：大野正男裁判官の場合」法学教室二四七号

「首相公選論を考える――首相公選論の『重さ』と『軽さ』」ジュリスト一二〇五号

二〇〇三年

「参政権と選挙制度〈憲法学説に聞く一二〉」（山元一氏と）法学セミナー五八二号

「フランスの安全保障とEU」中村睦男ほか編『欧州統合とフランス憲法の変容』有斐閣

「代表民主制と議院内閣制」横田耕一ほか編『ブリッジブック憲法』信山社

二〇〇四年

「議会制民主主義とは何か」法学セミナー五九九号

「『地方自治の本旨』の再定位」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』有斐閣

二〇〇五年

「首相公選論とリーダーシップの政治」法律時報増刊『憲法改正問題：いま、憲法学から改憲論議を問う』

「首相公選制」ジュリスト一二八九号

「統治構造論の再検討」公法研究六七号

二〇〇七年

「日本国憲法における平和主義の『国際性』」ＰＲＩＭＥ（明治学院大学国際平和研究所）二六号

「主権論再考」ジュリスト一三三四号

二〇〇八年

「代表民主制の構造」ジュリスト増刊『憲法の争点』

二〇一一年

「公法とグローバリゼーション」オリヴィエ・ジュアンジャン（翻訳）新世代法政策学研究一二号

Le droit constitutionnel japonais d'après-guerre et «le modèle constitutionnel français» 北大法学論集六二巻二号

「議院内閣制と政官関係――『政官関係論不在の憲法学』克服の一つの試み」憲法問題二二号

「二院制研究の今日的課題」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』敬文堂

二〇一二年

「グローバリゼーション・法システム・民主的ガヴァナンス：オリヴイエ・ジュアンジャン教授の議論を手がかりに」季刊企業と法創造八巻三号

「日本国憲法における統治形態と民意」國分典子ほか編『日韓憲法学の対話１：総論・統治機構』尚学社

「二〇一一（平成二三）年最高裁大法廷判決の憲法学的研究：『法』と『政治』の接点で考える」選挙研究二八巻二号

【判例研究】

一九八五年

「大選挙区制の合憲性審査――Rogers v. Lodge.102 S.Ct.3272 (1982)」ジュリスト八三九号

一九八九年

「選挙権の本質とその制限」「立候補の自由」「選挙権・被選挙権の停止」「議員定数の不均衡」杉原泰雄編『判例マニュアル憲法Ⅰ』三省堂

一九九〇年

「地方公務員の自動失職制の合憲性（最判平成元・一・一七）」別冊法学教室判例セレクト八九

一九九二年

「ヌード・ダンスに対する州の規制と修正一条――Barnes v. Glen Theatre,Inc.3 S.Ct.2456 (1991)」ジュリスト一〇一二号

一九九四年

「選挙権・被選挙権の本質（最大判昭和三〇・二・九）」憲法判例百選（第三版）

一九九五年

「外国の主権免除と商業活動――Saudi Arabia v. Nelson 113 S.Ct.1471 (1993)」ジュリスト一〇六五号

一九九六年

「自衛権・駐留軍・安保条約（砂川事件）」憲法の基本判例（第二版）

一九九八年

「沖縄県知事署名等代行職務執行命令訴訟（最大判平成八・八・二八）」法学セミナー五二一号

「ヌード・ダンスに対する州の規制と第一修正 Barnes v. Glen Theatre Inc., 501 US 560 (1991)」憲法訴訟研究会ほか編『アメリカ憲法判例』有斐閣

二〇〇〇年
「選挙権・被選挙権の本質と選挙の公正（最大判昭和三〇・二・九）」憲法判例百選Ⅱ（第四版）

二〇〇一年
「『エホバの証人』不同意輸血損害賠償事件（最大判平成一二・二・二九）」別冊法学教室判例セレクト〇〇

二〇〇三年
「出生後認知による国籍取得の可否と要件（最判平成一五・六・一二）」民商法雑誌一二九巻六号

「選挙運動の制限の合憲性（最判平成一四・九・一四）」平成一四年度重要判例解説

「司法書士会（公益法人）による災害復興支援拠出金支出の可否と会員の協力義務の範囲（最判平成一四・四・二五）」法学教室二六九号

二〇〇五年
「取材の自由と国家秘密：外務省秘密電文漏洩事件（最決昭和五三・五・三一）」メディア判例百選

二〇〇七年
「選挙権・被選挙権の本質と選挙の公正（最大判昭和三〇・二・九）」憲法判例百選Ⅱ（第五版）

二〇一〇年
「参議院議員定数不均衡訴訟（最大判平成二一・九・三〇）」法学教室三五三号

二〇一二年
「衆議院議員総選挙と『投票価値の平等』――『一人別枠方式』の合憲性（最大判平成二三・三・二三）」平成二三年度重要判例解説

二〇一三年
「空知太神社訴訟第二次（差戻し後）上告審判決（最判平成二四・二・一六）」別冊法学教室判例セレクト二〇一二［Ⅰ］

「玉串料としての公金支出と政教分離の原則――愛媛県玉串料訴訟（最大判平成九・四・二）」憲法判例百選Ⅰ（第六版）

二〇一四年

「州立男子『軍人養成』大学の違憲性――United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996)」憲法訴訟研究会ほか編『続・アメリカ憲法判例』有斐閣

【学界回顧・書評・演習・その他】

一九八九年

「国民主権と人民主権」「資本主義型憲法と社会主義型憲法」清水睦編『法学ガイド憲法Ⅰ〔総論・統治機構〕』日本評論社

一九九一年

「フランス法（特集　一九九〇年学界回顧）」（吉田克己氏と共著）法律時報六二巻一三号

一九九二年

「フランス法（特集　一九九一年学界回顧）」（吉田克己氏と共著）法律時報六三巻一三号

「座談会／法学部共同研究体制について」（京藤哲久、玉国文敏、辻泰一郎、中野実、西澤由隆、宮本健蔵、横山宏章各氏と）明治学院大学立法研究一号

一九九三年

（書評）渡辺洋三『憲法と国連憲章』法学セミナー四六八号

一九九四年

（書評）辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性』憲法理論研究会編『人権理論の新展開』敬文堂

「平和的生存権」岩間昭道ほか編『別冊法セミ憲法Ⅰ〔総論・統治〕（第三版）』日本評論社

一九九五年

「憲法〈演習〉」（青柳幸一氏と）法学教室一七五～一八六号

（書評）高橋和之『国民内閣制の理念と運用』ジュリスト一〇

七七号
一九九六年
「憲法〈演習〉」（松井幸夫氏と）法学教室一八七～一九八号
「大学生の『平和』と『国際協力』に関する意識」明治学院大学法学研究六一号
一九九七年
「憲法（学会展望）」公法研究五九号
「内閣総説」「第六五条」小林孝輔ほか編『基本法コンメンタール憲法（第四版）』日本評論社
一九九八年
「憲法（学会展望）」公法研究六〇号
二〇〇一年
「（全国憲法研究会）秋季研究総会シンポジウムのまとめ」（植村勝慶氏と）憲法問題一二号
「中村睦男教授の経歴と業績」北大法学論集五二巻三号
二〇〇三年
（書評）野中俊彦『選挙法の研究』選挙研究一八号
二〇〇七年
「法学部出身者と非法学部出身者とが混在しているクラスでどのように教えるか〈法科大学院における授業方法の研究／憲法〉」ロースクール研究五号
（書評）田村理『投票方法と個人主義』選挙研究二二号
二〇〇八年
「権力分立」「内閣の地位・組織・権能・責任」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』青林書院

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 65 No. 6 (2015)
SUMMARY OF CONTENTS

"Involvement of Employee Representatives in Corporate Bankruptcy"

Hisashi IKEDA*

1. Issues regarding Involvement of Employee Representatives in Corporate Bankruptcy
2. Analysis of Involvement under Current Bankruptcy Laws
3. Definition of Employee Representative
4. Practice of Hearing
5. Effect of Involvement
6. Consideration

* Associate Professor, Graduate School of Law, Hokkaido University

Community Organizing in America: The Thought and Practice of Saul Alinsky

Keiko ISHIGAMI*

Abstract

This paper clarifies the political possibility of the community organizing in America by considering the thought and practice of Saul Alinsky from 1930s to 1960s. Alinsky has been considered as the founder of modern community organizing in America. However, Alinsky's organizing method has been controversial because he created strong conflict between poor neighborhood and the existing power structure using "radical" rhetoric that denied liberal principle, and thus almost all of his organizations were short-lived and his approach has become marginalized. However, why did he build "community organization" under the "hayday" of American liberalism? What is his radicalism? In this paper, historically analyzing Alinsky's organizing process, I found that the essence of his organizing method is not only to empower the marginalized people but also to create public discourse. He followed Alexis de Tocqueville's "enlightened self-interest" pursuing the "public" from the community, which approached the political theory of John Dewey.

* Research Associate, Graduate School of Law, Hokkaido University

On Nationality: The Meaning, Function and Range from Comparative Perspective Between Japan and United States of America

Yusuke BANDO*

This article discuss a citizenship theory from comparative perspective between Japan and United States of America. Part 1 shows what process the Plenary Power doctrine —Immigration and citizenship law is free from constitutional control, and a court excessively differs a congressional decision — have been made up. U.S. immigration and citizenship law, especially naturalization request, was, to a great extent, influenced on xenophobia. Sometimes they excluded aliens unreasonably with support of plenary power. But since Zadvydas v Davis (2001), plenary power begins to decline.

Part 2 shows that plenary power doctrine have extended to Indian, colony (insular cases) and African-American. If U.S. was consider as an Anglo-Saxon Nation, they were thought as the status of "aliens".

Part 3 shows U.S. citizenship is "right to rights". That is, Bill of Rights is based on citizenship. This theory works to improve the status of a second-class citizen (for example, African-American), but brings result that aliens is excluded from Bill of Rights.

Part 4 contrasted Japanese citizenship theory to U.S. First, in Japanese immigration cases, the similar doctrine to the plenary power doctrine was adopted, for example, Maclean case. But, 2008 court decision, which the article 3 of nationality act was judged as unconstitutional, suggested that Japanese citizenship theory was changed. Second, the Japanese Constitution protects Bill of Rights to not only nationals but also aliens. In a similar way to U.S., Japanese Constitution considers citizenship as the base of Rights and protects rights of citizens at the beginning, because of Nation-State principles.

* Associate Professor, Otaru University of Commerce

This logic works to improve the status of a second-class citizen, but brings result that aliens is excluded from Bill of Rights. In discussion about citizenship, we have to recognize and take notices of the merits and demerits of citizenship.

Symposium Franco-Japonais: Les mouvements récents du droit privé et de la justice en France

Yasutaka MACHIMURA

Préface

En invitant M. le Professeur Joël Monnet, le Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, nous avons organisé une suite de conférences sur le droit français, avec la subvention de "Japan Society For The Promotion Of Science".

Du l5 octobre 2014 au 9 novembre, Professeur Monnet a fait 5 conférences à Sapporo, à Yokohama et à Kyoto sur les trois sujet: le droit des successions, la formation des avocats, et les tribunaux de commerce. A la première conférence, j'ai fait une coordination avec deux étudiants de doctorat, M. Teruyoshi Uemukai et M^{lle} Zixian Zhang, qui avaient traduit le texte de Professeur Monnet. Après son intervention, Professeur M. Fujiwara et Professeur D. Shinomori ont fait des commentaires sur ce sujet. A la

---

Joël MONNET
Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers
Yasutaka MACHIMURA
Professeur de la Faculté de droit de l'Université Hokkaido
Yuji SHIRATORI
Professeur de la Faculté de droit de l'Université Hokkaido
Masanori FUJIWARA
Professeur de la Faculté de droit de l'Université Hokkaido
Daisuke SHINOMORI
Professeur associé de la Faculté de droit de l'Université Kanagawa
Teruyoshi UEMUKAI
Etudiant de doctorat
Zixian ZHANG
Etudiante de doctorat

deuxième conférence, Professeur Y. Shiratori a été coordinateur et traducteur. A la conférence dernière, j'ai été coordinateur et traducteur.

En outre, Professeur Monnet a participé des cours et séminaires universitaires à Sapporo et à Kyoto. Grâce à cette occasion, nous avons pu apprendre les actualités des droits français.

Les articles ci-dessous sont les résumés des interventions de Professeur Monnet.

1. Le droit français des successions et la transmission de l'entreprise familiale.

Le droit français des successions a connu deux lois importantes qui ont profondément modifié le droit positif. La première loi du 3 décembre 2001 a permis deux évolutions majeures, la suppression d'une inégalité successorale tenant à la qualité d'enfant adultérin et le renforcement très important des droits du conjoint survivant. La seconde loi du 23 juin 2006 contient de nombreuses solutions qui modifient le droit de la liquidation des successions et introduisent en droit français des évolutions majeures dans le sens d'une meilleure anticipation du décès.

Dans cette conférence, on présente principalement la loi 2006 comme suivant.

I – La protection de l'entreprise familiale en cas de décès du chef d'entreprise
  A – La modification du droit de l'option successorale
  B – Le maintien de l'entreprise dans l'indivision
  C – La gestion facilitée de l'indivision
  D – Entreprise et attribution préférentielle
II – Les nouvelles possibilités du droit de l'anticipation successorale
  A – L'élargissement du domaine des libéralités
  B – Le recul de l'ordre public de la réserve
  C – Le recours au mandat posthume
III – Les solutions fiscales

2. La formation des avocats---Comment devenir avocat en France ?

En France, pour devenir avocat, il faut d'abord réussir l'examen d'entrée à l'Ecole des Avocats, suivre les enseignements de l'Ecole et effectuer des stages et réussir l'examen de sortie de l'Ecole. C'est la voie normale, mais il y

a aussi des voies spécifiques.

Dans ce domaine, il y a proposition de réforme qui concerne à plusieurs points: de réserver l'accès à l'examen pour l'entrée dans un centre de formation aux étudiants titulaires d'un master professionnel; diminution des heures d'enseignement au cours de la formation; choix entre deux formules, soit PPI (projet pédagogique individuel) plus stage de 4 mois chacun, soit un stage de 8 mois; collaborateurs salariés ou libéraux, pendant un ou deux ans, sous la responsabilité d'un avocat.

3. Les tribunaux de commerce en droit français

Les juges de tribunal de commerce sont commerçants elus, pas de magistrat professionnel. Sa compétence n'est pas limitée sur les litiges entre commerçants. Il est compétent surtout sur la procédure collective.

On discutait la réforme de ce tribunal spécial ou même son abolition. Le débat a repris de la vigueur ces toutes dernières années. Le Conseil constitutionnel a admis que l'institution des tribunaux de commerce étaient conformes à la constitution dans sa décision du 4 mai 2012. Mais il y a bien une volonté de modifier le droit des tribunaux de commerce dans le Gouvernement.

Considering Remedies for Recovery of Money Paid by Mistake in the English Restitution Law

Shin HASHIMOTO*

The focal issue is whether or not a person who paid money by mistake is given priority in the case of the recipient's insolvency.

It was not clear in England until the Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank (London) Ltd., [1981] Ch. 105 case. This case provided the mistaken payer priority in the event of the recipient's insolvency. But this conclusion is controversial. Legal scholarship is divided on whether and how it is justified. This article will introduce this debate on the issue in English Restitution Law.

Under the case law and traditional legal scholarship, the issue is solved under the doctrine of "attribution of title". But this solution is not enough to answer the question- : why do other general creditors of a recipient suffer loss when a mistaken payer is given priority?

Recent legal scholarship aims at finding justification from a realistic perspective. It is that (1) other general creditors of a recipient are unjustly enriched unless the payer is given priority; (2) the payer should not be subjected to the risk of insolvency of the recipient; or (3) from an efficiency perspective, general creditors are better off if the money is returned to the payer.

Finally, this article will critically reconsider understandings of traditional Japanese case law and legal scholarship regarding (1) treatment of money; (2)

* PhD candidate, Graduate School of Law, Hokkaido University, Japan

identification of money and (3) strict distinction between right in rem and right in personam.

Can International Law Contribute to Managing Transboundary Environmental Problems in North-East Asia?: Limits and possibilities of a Legal Approach in a North-East Asian Context[1]

Mari KOYANO[2]

For the last fifty years, international law has remarkably developed for the environmental protection. There exist a huge number of environmental treaties, either multilateral or bilateral, and certain rules of customary international law in the field. Relevant provisions are included by many treaties on the law of the sea, fisheries, nuclear energy, Antarctica, outer space, etc. Moreover, environmental consideration tends to be incorporated into other fields of international law, such as international economic law, human rights law, laws of armed conflicts.

However, due to the various factors there are some tremendous gaps in the state of development of international law for managing transboundary environmental problems between the European or North American region and the others. In North-East Asia few regional or bilateral treaties have been concluded for imposing legal obligation of concrete nature on States. There are some customary rules and global treaties applicable to the problems, but they are too general in substance to regulate them effectively. Faced with increasing concern about transboundary environmental problems in the region, such as air pollution, degradation of the marine environment or transboundary watercourses, risk of nuclear accident, roles of international

[1] The paper is based on the presentation given by the author in the 10th conference of the Japan-China Society of Public Law (Nicchu-Koho-Gakkai), 4-5th August 2014, Hokkaido University: Sapporo.

[2] Professor of Public International Law, Graduate School of Law, Hokkaido University. koyano@juris.hokudai.ac.jp

law should be explored from various points of view.

There may be three approaches that can simultaneously develop for dealing with the problems from the legal point of view. First, we may utilize existing "soft-law" frameworks in the region, such as the East-Asian Monitoring Network (EANET), Long-Range Transboundary Air Pollution Project (LTP), North-East Asian Subregional Programme for Environmental Cooperation (NEASPEC), etc. States are to fulfill their obligations under customary international law by undertaking measures under the frameworks. Second, it may be a good precedent in establishing specific legal rules in North-East Asia to conclude a regional or bilateral treaty to implement obligations of taking procedures, such as environmentally emergency notification, concluded by existing global treaties like the Convention on early Notification on Nuclear Accident, UNCLOS, etc. Most of the North-East Asian States are contracting parties to the conventions. Third, States are encouraged to develop their practice for procedural co-operation between each other mainly in three ways, including taking initiatives for undertaking prior procedure of transboundary EIA, notification and consultation, prompting joint monitoring and exchange information with neighboring States under existing bilateral treaties, for example, concerning the use of transboundary watercourses, and sharing common knowledge of scientific findings on relevant environmental problems by utilizing afore-mentioned existing soft-law frameworks. Finally, and the most fundamentally, we need to find ways to promote the priority of the environmental protection in the regional diplomacy. In this context, environmental co-operation may well contribute to promoting the regional security in North-East Asia as a stabilizer. Thus, flexible approaches are to be adopted to develop various kinds of legal practice in North-East Asia for managing transboundary environmental problems. It reflects limits and possibilities of a legal approach in North-East Asia which has no long experiences of European type of legal tradition.

論　　説

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（1）

――「かすがい」、集合犯を中心として――

倪　　潤

目　次

第一章　序論
　一、問題の所在
　二、研究の対象とその視角
　三、本研究の意義

第二章　公訴事実（所為）単一性の判断基準
　一、日本法――公訴事実の単一性
　　（一）、学説の整理
　　１、伝統的な観点
　　２、批判
　　３、近時の新たな見解
　　（二）、判例の観点：「訴因基準説」
　二、ドイツ法――「所為の単一性」（Einheit der Tat）
　　（一）、学説の整理
　　１、「行為説」
　　（１）Keetsin Liu
　　（２）Herzberg
　　（３）Öhler
　　２、「法益侵害説」
　　（１）Bertel
　　（２）Barthel

（３）Geerds
３、「行為経過の択一説」
（１）Schöneborn
（２）Grünwald
４、「総合説」
（１）Schwinge
（２）Neuhaus
（３）Roxin
５、「起訴状限定説」（Volker Erb）
６、小括
（二）、判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違
三、私見　（以上、本号）

第三章　「かすがい」と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在
（二）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
３、評価
（三）、判例の整理
１、刑法上の代表例
２、刑事訴訟法上の代表例
３、評価
二、ドイツ法の考察
（一）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
（二）、判例の整理
１、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例
２、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例
３、評価
三、私見

第四章　集合犯と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在

（二）、学説の整理
　１、実体法的な見解
　２、訴訟法的な見解
（三）、判例の整理：「心証基準説」から「訴因基準説」への転換
二、ドイツ法の考察
（一）、集合犯の概念と歴史的沿革
（二）、学説の整理
　１、刑法上の学説
　２、刑事訴訟法上の学説
　３、小括
（三）、判例の整理：実体的正義実現の方向へ
　１、訴訟法的な解決方法
　２、刑法的な解決方法
三、私見

第五章　結論
一、解釈論：「制度目的対応説」
二、立法論：集合犯の廃止

第一章　序論

一、問題の所在

刑事訴訟法上、「公訴事実の同一性」という文言が使われているのは312条であるが、同条にいう「同一性」は、単一性及び狭義の同一性の両者を含む概念である[1]。公訴事実の単一性は「一個の事件として不可分に取り扱われる範囲の問題」であるのに対して、狭義の同一性は「手続の前後における事件の連続性の問題」である[2]。公訴事実の単一性の判断基

[1] 伊藤栄樹［ほか］著者代表『注釈刑事訴訟法』４巻（立花書房、1996年）354頁［小林充執筆］。

[2] 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』（法文社、1948年）130頁。狭義の同一性と単一性の関係について、区別論（小野、団藤、平野、平場、高田、鈴木等）、及

準は、基本的に刑法上の罪数論によって決定される。たとえば、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在する。それに対して、観念的競合または牽連犯の関係に立つ数罪は、科刑上一罪として訴訟上も不可分ものとして一罪として取り扱われる（判例、通説）。公訴事実の狭義の同一性、単一性の範囲は一事不再理効及び、二重起訴禁止の範囲を画する[3]。

しかし、罪数論に従属する公訴事実の単一性の判断基準については疑問が生じる。実体法上の「一罪」と訴訟法上の「一罪」はその目的と機能が異なる。前者の意義は形式的数罪を違法、責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。後者の意義は、既に処罰されあるいは無罪となった被告人を、または、既に一回の訴追を受け、その犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった被告人を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。両者の対応関係を強く要求すると、実際の裁判実務において、かなり無理な法解釈もなされることになる[4]。また、この基準の正当性も問題となる。「公訴事実の同一性が二重の危険の範囲を決定すべき憲法上の規範であると位置づけるならば、制定法上の罪数論によって憲法上の規範の範囲が決定されるというのは、基準としての正当性を疑わしめる」のである[5]。

近年、判例あるいは理論上、罪数論と一事不再理効の関係をめぐって、とくに「かすがい」と常習犯の判例について議論が激しくなされてきた。

まず、「かすがい」の裁判例として東京高裁平成17年12月26日判決（判時1918号122頁）および最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定（刑集300号71頁）を取り上げる。

前者の東京高裁平成17年12月26日判決の事案は、前訴で、被告人が平成17年３月26日における被害児童に対する児童淫行罪により家裁に起訴

び統合論（田宮、松尾、小田中、坂本、香城、光藤、大澤裕、上口裕等）の対立がある。

[3] 伊藤・前掲注（１）355頁。

[4] 只木誠『罪数論の研究・補訂版』（成文堂、2009年）158、222頁。

[5] 白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、1986年）４頁。

された後、後訴で、平成16年12月２日から平成17年２月17日までの間の６回にわたって実行された児童ポルノ製造罪により地裁に起訴されたというものである。弁護人は、児童淫行罪を「かすがい」として、後訴の６回にわたって実行された児童ポルノ製造罪と前訴の７回目の児童淫行罪は一罪となり、後訴の６回にわたって実行された児童ポルノ製造罪について公訴棄却されるべきだと主張した。もし「かすがい現象」を認めれば、後訴は前訴の一事不再理効により公訴棄却されることになる。しかし、東京高裁は「かすがい現象」の当否を議論せず、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置を是認し、二重起訴にあたらないという結論を得た。判旨は以下のとおりである。「かすがい現象を承認すべきかどうかは大きな問題であるが、その当否はおくとして、かかる場合でも、検察官がかすがいに当たる児童淫行罪をあえて訴因に掲げないで、当該児童ポルノ製造罪を地方裁判所に、別件児童淫行罪を家庭裁判所に起訴する合理的な理由があれば、そのような措置も是認できるというべきである。一般的に言えば、検察官として、当該児童に対する児童淫行が証拠上明らかに認められるからといって、すべてを起訴すべき義務はないというべきである。そして、児童淫行罪が児童ポルノ製造罪に比べて、法定刑の上限はもとより、量刑上の犯情においても格段と重いことは明らかである。そうすると、検察官が児童淫行罪の訴因について、証拠上も確実なものに限るのはもとより、被害児童の心情を考慮して、その一部に限定して起訴するのは、合理的であるといわなければならない。また、そのほうが被告人にとっても一般的に有利であるといえる。ただ､そうした場合には､児童ポルノ製造罪と別件淫行罪とが別々の裁判所に起訴されることになるから、所論も強調するように、併合の利益が失われたり、二重評価の危険性が生じて、被告人には必要以上に重罰になる可能性もある。そうすると、裁判所としては、かすがいになる児童淫行罪が起訴されないことになり、必要以上に被告人が量刑上不利益になることは回避すべきである。そこで、児童ポルノ製造罪の量刑に当たっては、別件淫行罪との併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮をすべきである。そう解するのであれば、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置も十分是認することができる」。

最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定では、前訴で建造物侵入、窃盗被告事件により起訴され、有罪判決が確定したが、後訴で建造物侵入後の非現住建造物等放火被告事件により起訴された、という事案である。本件の第一審、原審と最高裁決定でそれぞれ三つの判決および決定とも国民の素朴な法感情に応じる「前訴の確定判決の一事不再理効は本件に及ばない」という判断が下されたが、各審級での論証の方法が異なる。一審裁判所は、後訴の放火が再侵入の際に実行されたと認定し、さらに最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の「訴因基準説」を援用して、「犯行の手段となった再侵入行為は、両訴因を通じて訴訟手続に上程されていないから、公訴事実の単一性を判断するにあったてこの事実を基礎とすることは相当でなく、前訴の確定判決の一事不再理効は、本件に及ばない」と判示した。原審は、後訴の放火が初回侵入の際に実行されたと認定し、「かすがい現象」（住居侵入）を認めたが、実質的に見て前訴因および後訴因が別罪であるのを理由として、「かすがい現象」の一事不再理効を否定した。最高裁は、後訴の放火が再侵入の際に実行されたと認定したが、新たな犯意があり、両侵入行為の関連性を否定し、両訴因との間には公訴事実の単一性がなく、前訴の確定判決の一事不再理効は後訴に及ばないという、一審とは異なる方法を使った。

次に、常習犯の判例として、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決（判時1843号３頁）を取り上げる。事案は、被告人が、夜間の侵入盗を繰り返していたところ、その一部の犯行につき、まず単純窃盗の訴因により起訴されて有罪判決が確定し、その後、本件の窃盗事犯計22件が、単純窃盗の訴因により起訴されたというものであった。最高裁は「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗を常習の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、同罪を構成する各窃盗行為間に本来的な結びつきはない。…前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である（「訴因基準説」）。…本件では、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、別個の機会に犯された単純窃盗に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかである」と判示した。

これらの裁判例には、以下のような問題点がある。

まず、「かすがい」の場合に、「かすがい」を媒介とする本来併合罪にある複数の罪が「かすがい」犯罪とともに、全体として一罪となり、公訴事実の単一性を持つ。前記・東京高判平成17年12月26日判決では、このような広い範囲での一事不再理効に対応して、実務において、検察官がそもそも「かすがい」となりうる犯罪については起訴しない、すなわち、一罪の一部を起訴するという運用が考えられる。本件では、裁判所は検察官が「かすがい」となる犯罪を起訴しないという方法を是認し、前訴の一事不再理が後訴に及ばないと判示した。では、検察官の「細切れ的起訴」が許容されるのか、また、裁判所はこのような措置に拘束されるのか。もしこれをを許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまうという批判がなされている。後述の常習犯の場合について、検察官に訴因設定権限はあるが、一罪を分割起訴して一事不再理効をかいくぐることまで認められるのかとの批判がなされているが[6]、同じ批判がここでも当てはまるのではないか。さらに、最高裁平22年２月17日第二小法廷決定は、新たな法律判断を含むものではないが、「訴因基準説」を回避し、また「かすがい現象」の一事不再理効を直接に否定した点で注目される。最高裁は、「訴因基準説」の射程を吟味しているのではないだろうか。また、「かすがい現象」の一事不再理効に対して、判例の統一的な立場はまだ確立されていないのではないだろうか。

次に、常習犯（集合犯の一種）の場合についてだが、常習犯は実体法上の一罪となり、公訴事実の単一性を持つ。過去の判例において、常習累犯窃盗罪の範囲で公訴事実の単一性があるから、常習累犯窃盗罪の一部の窃盗につき確定判決があれば、後に常習累犯窃盗罪で起訴されたとしても一事不再理効が及び、免訴とされている[7]。また、単純窃盗で確定判決があれば、後に右窃盗と同時期に行われた34回の窃盗で起訴しても、一事不再理効が及び、免訴とされる[8]。しかし、このような処理は、一事不再理効の範囲が広がり、正義に反する。最高裁第三小法廷平成15年10

[6] 白取祐司『刑事訴訟法（第７版）』（日本評論社、2012年）452頁。

[7] 最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決刑集22巻３号153頁。

[8] 高松高判昭和59年１月24日判時1136号158頁。

月７日判決において、最高裁は「前訴及び後訴の各訴因のみを基準」とする、独自の理論構成である「訴因基準説」によって、後訴を認めた[9]。しかし「訴因基準説」に対しては、「本来常習一罪にあたる数罪を、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」[10]などの批判がなされている。また、最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定では、最高裁は公訴事実の単一性の判断基準について、時間的に近接し同一建物への２つの住居侵入が包括一罪かどうか問題となった事案について、住居侵入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。この判例は具体的な解決としては適当であるが、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決との整合性に疑問も生じる[11]。さらに、常習罪としての「一罪」と一事不再理効の「一事」を対応させるべきなのであろうかなどの課題を残した。

二、研究の対象とその視角

前述のように、近年の判例は、罪数論と一事不再理効のずれに関する問題（とくに「かすがい」、集合犯に関する事例）について、ケースバイケースで解決策を提示したが、理論の側からこれに対応する体系的な解決策を提示するものは少ない[12]。しかも、判例の解決策の間に整合性の問題もある。例えば、最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定と最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の関係である。本論文は、以上のような問題意識に基づき、罪数論と一事不再理効の関係につき理論と実務で豊富な議論を提供しているドイツ法との比較法的な検討を踏まえて、具体的な事例に着目するのみならず、一事不再理効と罪数論に繋がる機能的な概念である「公訴事実（所為）単一性」の判断基準を、罪数論に従属する

[9] 白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社、2012年）308頁以下。
[10] 白取・前掲注（６）452頁。
[11] 白取・前掲注（６）452頁。
[12] 具体的な内容について、本論文の第２章、第３章、第４章それぞれの日本法の整理を参照されたい。

通説と異なる視角から再検討し、解釈論・立法論の両面にわたり体系的な解決策の提案を試みることにしたい。解釈論·立法論を検討する際に、いままで「かすがい」、集合犯に関する研究の空白を埋め新たな視座を提供するドイツ法について考察しながら、正義の実現と被疑者・被告人の権利の保護のバランスにつきどのように対応すべきなのかという点を念頭に置きつつ、目的論的解釈や立法論的解釈も重視する。また、本テーマは刑法と刑事訴訟法にまたがる課題であり、本論文では、刑事訴訟法の議論を検討しながら、刑法の議論にも必要な限りで触れる。

具体的には、まず第一章では序論として、問題の所在、研究の対象とその視角および研究の意義を提示する。

第二章では、日本の「公訴事実の単一性」の判断基準をドイツ法と比較しながら検討する。「公訴事実の単一性」は、ドイツ刑事訴訟法における「所為単一性（Einheit der Tat）」の観念に対応するものであり[13]、「所為単一性」について、ドイツでは、判例および学説上、古くから実体法の罪数論における帰結には拘束されず、訴訟法の観点から決定されるべきとする見解が支配的である。本章では、ドイツ法における「行為説」、「法益侵害説」、「行為経過の択一説」、「総合説」、「起訴状限定説」などの訴訟法的な学説を詳しく紹介する。さらに、リーディングケースである連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）と、その憲法抗告審である連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）を考察する。最後に、ドイツの「起訴状限定説」及び連邦憲法裁判所決定と日本の「訴因基準説」を比較しながら、解釈論として私見である「制度目的対応説」を導くことを企図している。

第三章では、「かすがい」と一事不再理効について、日本とドイツの理論を、実務とそれぞれ比較しながら検討する。主に、ドイツでは「かすがい」の一事不再理効に対して不合理な結果をどのように回避するのかを分析する。ドイツ法理論で提出された「観念的競合の解決」、「実質的競合の解決」、「優先の原則」、「前法律的な、社会的な理解」、「違法行為の接近性」および「所為複数説」、「所為単一説」、「折衷説」などの諸説を、本章で逐次検討する。さらに、ドイツ連邦通常裁判所第三刑事部

[13] 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性と単一性」法学論叢92巻３号（1972年）２頁。

1980年６月11日判決（BGHSt 29, 288）で提示された「刑の軽重」基準を考察する。最後に、解釈論としての私見である「制度目的対応説」に導く。

第四章では、集合犯と一事不再理効について日本とドイツの理論、実務とを比較しながら検討する。主に、ドイツでは、集合犯の一事不再理効に対して不合理な結果をどのように回避するのかを考察する。ドイツ理論上で提示された「行為複数説」、「所為複数説」に賛同する理由を本章で詳述する。さらに、ドイツ裁判所の訴訟法的な解決方法及び実体法的な解決方法を詳しく紹介する。最後に、今後の立法論（集合犯の廃止）、解釈論（「制度目的対応説」）の一助となるための提案を自説として示す。

第五章では、罪数論、特に「かすがい」、集合犯の一事不再理効につき、日本法への示唆について論ずることとする。解釈論としての「制度目的対応説」に帰結する。さらに、日本の旧連続犯（刑法旧55条）が廃止された理由（刑事政策的理由及び訴訟法上の不公正な結果の回避）及び集合犯の「行為刑法」の属性などを参考したうえで、より抜本的な解決策として立法論（集合犯の廃止）を提案する。

三、本研究の意義

本研究の意義に関連して、職権主義を基調とし訴因制度を採用しないドイツの議論は、当事者主義に基づき訴因制度を採用する日本法の参考になるのか、という問題がある。

思うに、当事者主義に基づき訴因制度を採用する日本の刑事訴訟法では、審判対象を訴因に限定するという前提は、本研究のドイツの議論から示唆を受けることと衝突しない。その理由として、本研究の関心が、刑法の罪数問題の下における一事不再理効の範囲だからである。日本の通説によれば、一事不再理効の範囲が公訴事実の同一性・単一性により決定される。すなわち、本研究の関心は刑法の罪数問題の下における、公訴事実の単一性の範囲である。それに対して、職権主義を基調として訴因制度を採用しないドイツの刑事訴訟法では、審判対象を犯罪事実とするにもかかわらず、一事不再理効の範囲は、依然として公訴事実の単一性によって決定される。それゆえ、罪数問題に関する一事不再理効の範囲は、日本においてもドイツにおいても、公訴事実の単一性の範囲に

よって決定されるという結論が得られる。

以上の次第で、日本の最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決では、公訴事実の単一性の範囲が「前訴及び後訴の各訴因」によって決定されるとする「訴因基準説」が宣言されたが、にもかかわらず、訴因制度を採用しないドイツの刑事訴訟法の議論はなお参考に値する。ドイツの刑事訴訟法は、審判対象を犯罪事実とするものであるが、一回の手続でどこまで解決すべきか、被告人に不当な手続上の負担を課すものではないかという問題を、国家と被告人との関係における関係で検討対象としており、職権主義と当事者主義とで基本的に異なるものではない。職権主義を採用するドイツでは裁判所が一回の手続で解決すべきことについて最終的に責任を負うべきであるのに対して、当事者主義を採用する日本では、検察官が責任を負うべきであるという点に違いがあるに過ぎない[14]。

さらに、ドイツの論者 Volker Erb は、日本の「訴因基準説」に類似する学説「起訴状限定説」を提示した。「起訴状限定説」の根拠づけとドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）の判示は、日本の最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の「訴因基準説」と比べても、正義の実現と被告人の権利の保護の価値衡量について、より本質的な検討を行っているように思われる。本論文は、主にこれらの新たな視角から示唆を受けて、「訴因基準説」とは異なる解決の道筋について、解釈論と立法論の両面から検討するものである。

第二章　公訴事実（所為）単一性の判断基準

一、日本法――「公訴事実の単一性」

（一）学説の整理

１、伝統的な観点

刑事訴訟法上、「公訴事実の同一性」という文言が使われているのは312条であるが、同条にいう「同一性」は、単一性及び狭義の同一性の両

[14] 辻本典央「公訴事実の単一性について」刑法雑誌48巻２号（2009年）220頁。

者を含む概念である[15]。公訴事実の単一性は「一個の事件として不可分に取り扱われる範囲の問題」であるのに対し、狭義の同一性とは「手続の前後における事件の連続性の問題」である[16]。公訴事実の単一性、狭義の同一性の範囲は一事不再理効に及び、二重起訴禁止の範囲を画する。公訴事実の単一性の判断基準は、刑法上の罪数論によって決定される。すなわち、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在する。それに反して、観念的競合又は牽連犯の関係に立つ数罪は、科刑上一罪として訴訟上も不可分ものとして一罪として取り扱われる（判例、通説）[17]。

公訴事実の単一性は罪数論に従属する、という見解は、当初はいわゆる「公訴不可分の原則」に結びつけて説明されていた。「『公訴不可分の原則』とは、事件が単一であるかぎり、公訴提起の効力は事件の全体に及ぶという原則である。すなわち、事件を単一・同一にする限り公訴提起の効力が及び、①一個の事件の一部のみを起訴することはできず、②事件の一部についてした判決は、事件の全体に及ぶ」と解されていた[18]。小野清一郎は、公訴事実の単一性とは「一個の事件として不可分に取り扱われる」べきものであり、科刑上一罪の関係にある事実に関しても、「刑法上特に之を一罪として処断すべき」であるとし、「刑事訴訟法の関係に於いても之を一罪として取り扱わねばならぬ」と主張した[19]。この見解によれば、旧連続犯を構成する事実の一部が起訴された場合、裁判所の審判権限が検察官の主張を超えて、連続犯全体に及ぶことになる。

しかし、このような意味での公訴不可分の原則は、現行刑事訴訟法において訴因制度が導入され、裁判所の審判権限が検察官の主張する訴因の範囲に拘束されるとの見解（訴因審判対象説）が通説となったため、もはや妥当しえなくなった。「たとえば、『公訴不可分の原則』からすると、事件の一部だけを起訴することはできないはずである。にもかかわ

---

15 伊藤・前掲注（１）354頁。

16 小野・前掲注（２）130頁。

17 伊藤・前掲注（１）355頁。

18 三井誠等編『刑事法辞典』（信山社、2003年）253頁［寺崎嘉博執筆］。

19 小野清一郎『新刑事訴訟法講義（全訂第３版）』（有斐閣、1933年）192頁。

らず、実務においては、検察官が事件の一部を『呑む』ことがある。例えば、牽連犯である住居侵入罪と窃盗罪のうち、窃盗罪のみが起訴された（＝検察官が住居侵入を『呑んだ』）とき、裁判所は住居侵入罪の事実について審判することができない。このとき、住居侵入罪も観念的・潜在的には審判の対象であるという説明もあるが、当事者主義を基調とする現行法の下では妥当でない。このような実務の取り扱いは、『公訴不可分の原則』で説明するよりも、検察官が原則として審判対象の設定権を有するという当事者主義の原則と、訴因制度によって説明する方が適切であろう」[20]。

それにもかかわらず、公訴事実の単一性を実体法上の一罪に結びつける結論は、現在でもなお維持されている。平野龍一は、公訴事実の単一性は訴因間の比較において両立しうる事実間の関係であり、単純一罪や法条競合の場合だけでなく科刑上一罪の関係においても訴因変更が許されると主張する[21]。また、田宮裕は、「実際にも、単一性として問題になるのは、すべて罪数論上の問題だといってよい。…単一性として一番問題になるのは、科刑上一罪の場合であるが、これも、刑法54条があるため処断上一罪とされるからこそ単一性は肯定されるのである」と主張している[22]。さらに、鈴木茂嗣は、単一性についても「刑罰関心の単一性」という観点から、一個の手続において、複数の社会的問題の解決が要請されるべき公訴事実の確定基準として、やはり実体法上の一罪性が基準となるべきものと主張する[23]。

2、批判

（1）基準の正当性

このような実体法に従属するという見解に対して、一部の学説から批

---

[20] 三井・前掲注（18）452頁［寺崎嘉博執筆］。

[21] 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）134頁。

[22] 松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣、1966年）85頁以下［田宮裕執筆］。

[23] 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（成文堂、1979年）214頁。辻本・前掲注（14）211頁。

判がなされた。例えば、「公訴事実の同一性が二重の危険の範囲を決定すべき憲法上の規範であると位置づけるならば、制定法上の罪数論によって憲法上の規範の範囲が決定されるというのは、基準としての正当性を疑わしめる」という批判がある[24]。さらに、「実体法上の一罪」という考え方の理解それ自体についても論争があり、実体法上の罪数論への従属といっても、それが具体的に何を指すのか明確でない、との指摘もある。

（２）罪数論への従属の是非

実体法上の「一罪」と訴訟法上の「一罪」は、その目的と機能が異なる。前者の目的は形式的数罪を違法、責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。これに対して、後者の目的は、確定判決によって処罰され、あるいは無罪となった場合のように、既に一回の訴追を受け、その犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった者を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。しかし、両者の対応関係を強く要求するため、実際の裁判実務において、かなり無理な法解釈もなされている[25]。

３、近時の新たな見解

近時、公訴事実（所為）単一性の判断基準について、ドイツの学説及び判例の影響を受けて展開された見解が注目されている。

第一に、「所為単一独立説」（只木説）である。同説は、上述の批判に基づき、「実体法上の罪数論から切り離し、実体法上の所為概念と訴訟法上の所為概念とは無関係であり、訴訟法上の所為は自然的観察や生活観にしたっがて判断され、実体法上数罪でも訴訟上一罪の場合があるが、実体法上一罪でも訴訟上数罪の場合がある」と主張する[26]。実体法上一個の犯罪であっても、一事不再理効の意義に照らすならば、必ずしも公訴事実の単一性を肯定しなければならないわけではない。

第二に、「所為の片面的従属説」（辻本説）は、次のように主張している。

---

[24] 白取・前掲注（５）４頁。

[25] 只木・前掲注（４）158、222頁。

[26] 只木・前掲注（４）248、257頁。

すなわち、「公訴事実の単一性如何の検討にあたり、社会的・歴史的事実といういわば社会において生起した生の事実を基軸にした一般的、社会的視点からの単位を基礎としつつ、なおも法的評価からの単一性、包括性という観点を取り込んで、最終的に一個の訴訟で解決されるべき内容が決定されるべきである」と主張する。即ち、「公訴事実の単一性を判断するにあたって決定的であるのは、一回の手続で処理されるべき社会的事実の範囲であり、それは実体法上の罪数論に拘束されるものではなく、犯罪処理に向けた社会システムとしての刑事裁判の機能から考察されるべきものである。実体法上の一罪関係を最小ユニットとし、観念的競合や牽連犯といった科刑上一罪の関係にあるものも、両訴因が両立しうるものであるにもかかわらず、実体法上の一罪関係から、公訴事実の単一性は基礎づけられる。もっとも、これを広げる方向においては、実体法上の一罪性に拘束されることはなく、数罪の場合にも単一性が認められる場合がある」。これを具体的にいえば、「飲酒運転と業過事件、窃盗教唆と盗品関与罪以外にも、覚せい罪常習使用者による複数回の使用行為、武器所持罪とそれを用いた強盗・恐喝罪、実体法上一罪が成立しうる場合になおも単純窃盗罪で起訴された場合の個別の窃盗行為（最大判平成15年10月７日刑集57巻９号1002頁）といった事例では、その実体法上の罪数評価にかかわらず、社会的・歴史的事実に対する一般的・社会的視点及び法的評価の観点から一個の手続で処理されるべき単一性を肯定することは、可能かつ適切であろう。さらに、東京高判平成17年12月26日（別訴で起訴された事実との間でかすがい現象による科刑上一罪を構成しうる一部の事実が、そのかすがいとなる部分を除外して起訴された事例）にみられるように、本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴時点でその一部をいわば『呑んで』併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である。この場合、訴因と訴因との比較だけでなく、訴因外の事情も考慮にいれるべきである」[27]としている。

[27] 辻本典央「公訴事実の同一性概念について（３）」近畿大学法学55巻２号（2007年）160頁以下。

（二）判例の観点――「心証基準説」から「訴因基準説」への転換

１、次に、判例について検討する[28]。

①最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決（単純窃盗→常習窃盗）[29]（「心証基準説」）

【事実の概要】

被告人は、前訴において、複数の窃盗行為の一部（昭和41年２月５日にＡ市において行った各窃盗行為）について単純窃盗罪で有罪判決が下され、確定した後、昭和40年６月４日から昭和42年１月28日にかけて行った各窃盗行為について常習累犯窃盗罪で起訴された。第一審（熊本地判昭和42年５月10日刑集22巻３号158頁）では、公訴事実どおり有罪判決が下され、控訴審（福岡高判昭和42年９月９日刑集22巻３号162頁）でも量刑が変更された以外は第一審の判断が維持されたため、被告人が上告した。

【判旨】

最高裁は、「各犯行の態様や被告人の前科などから、前訴で起訴された窃盗も常習累犯窃盗罪を構成するものとみるべきであり、本件所為のうち昭和40年６月４日の窃盗は前記確定判決前の犯行であるから、本件の窃盗と共に一個の常習累犯窃盗を構成すべきものであったから、右一罪の一部についてすでに確定判決があった以上、本件所為のうち昭和40年６月４日の窃盗について免訴とされるべきであり、この点を看過した第一審判決や原判決は法令の解釈適用を誤った違法がある。しかしながら、そのほかの窃盗行為が常習累犯窃盗罪を構成すべきであることに変りがなく、それらの犯行態様、被害額、被告人の前科などから考えて、原判決の認容する第一審判決が被告人を懲役５年に処した点が不当であるともいえず、これらの点からすれば、原判決を破棄しなければ著しい正義に反するものとは認められない」と判示して、上告を棄却した。

---

[28] 以下の判例の分析について、第４章で詳述する。

[29] 最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決刑集22巻３号153頁、辻本典央「常習窃盗罪における一事不再理効・形式裁判における訴因の拘束力：最三判平成15年10月７日刑集57巻９号1002頁」『近畿大学法学』第54巻第３号（2006年）294頁など。

②最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決（常習痴漢→単純痴漢）[30]

【事実の概要】

「常習として電車内で痴漢行為を行った」旨の犯罪事実（平成13年大阪府条例第85号による改正前の『公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例』）により略式命令が発付され、確定した後に、その確定前に行われた余罪となる同様の痴漢行為が「単純痴漢罪」として起訴され、その略式命令も確定したところ、検察官から非常上告が申し立てられた。

【判旨】

最高裁は、「原略式命令が認定した各所為は、その態様などに照らすと、別件略式命令で認定された犯行と同様、条例５条１項、９条２項に該当するものとみるべきであり、かつ、別件略式命令の確定する前の犯行であるから、別件略式命令で認定された犯行とともに１個の条例５条１項、９条２項の罪を構成するものであったというべきである。そうすると、既に別件略式命令が上記常習一罪の一部について有罪の裁判をしており、これが確定していたのであるから、原裁判所としては、刑訴法463条１項により、通常の規定に従って審理をした上、同法337条１号により、免訴の言渡しをすべきであった。したがって、この点を看過し重ねて有罪の裁判をした原略式命令は、法令に違反し、かつ、被告人のため不利益である」と判示し、原略式命令を破棄し、被告人を免訴とした。

③最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決（単純窃盗→単純窃盗）（「訴因基準説」）[31]

【事実の概要】

被告人は、合計22件に及ぶ窃盗または建造物侵入・窃盗の罪で起訴された。弁護人は、本件各犯行は常習特殊窃盗罪（盗犯等防止法２条）に該当するものであるところ、被告人はすでに、本件起訴前に犯した別件

[30] 最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決裁刑集284号353頁、多和田隆史「最判平成15.10.７解説」『最高裁判所解説刑事篇平成15年度』465頁以下など。

[31] 最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決刑集57巻９号1002頁、白取祐司「一事不再理効の範囲」井上正仁［ほか］編『刑事訴訟法判例百選（第９版）』（有斐閣、2011年）208頁以下。

の建造物侵入・窃盗罪により有罪判決を受け同判決は確定しているのであるから、本件各犯行は、一罪の一部について確定判決があることになり免訴とすべきだと主張したが、第一審（東京地八王子支判平成13年６月28日刑集58巻９号1018頁）は、起訴された各犯行と確定判決の窃盗罪等は「常習として」なされたものではないとして、これを退けた。原判決である東京高判平成14年３月15日高刑集55巻１号10頁は、「両訴因に掲げられた窃盗行為が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成することは、たやすく否定することができない」として第一審の判断を批判したうえで、現行法は訴因制度を採用しているので、「被疑者が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成する複数の窃盗行為（未遂を含む）を犯した場合であっても、検察官は、…単純窃盗として訴因を構成して起訴することもでき…『それが』確定判決を得ている場合、後訴において、そのほかの窃盗行為も単純窃盗の訴因で起訴すること、すなわち、前訴と後訴を通じて、常習特殊窃盗にいう常習性の評価を入れないで、単純窃盗として訴因を設定することは、前記のような検察官の訴追裁量権に照らして許容される」と判示し、本件についても、確定判決が単純窃盗などであり後訴の本件訴因も単純窃盗であるから、「前件確定判決の一事不再理効は本件起訴には及ばない」として第一審の結論を是認した。被告人が上告した。

【判旨】

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に一つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事

件が確定判決を経たものとみるべきかどうかが、問題になるのである。この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、①両訴因に記載された事実のみを基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、②いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。

思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。

以上の点は、各単純窃盗罪と科刑上一罪の関係にある各建造物侵入罪が併せて起訴された場合についても、異なるものではない。

なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃

盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが（最高裁昭和42年（あ）第2279号同43年３月29日第二小法廷判決･刑集22巻３号153頁参照）、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」

２、判例に対する評価

前記・最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決は、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、単に訴因のみを比較対照するだけでなく、前訴の単純窃盗の訴因につき、実体に踏み込み、それが常習性の発露であるとの心証を形成した上で、常習累犯窃盗罪を構成することに変わりがないと認め、両訴因が一罪の関係にあると判断した。この判断手法は、「心証基準説」であるのか、それとも公訴事実の単一性の判定に必要な限りで、前訴の訴因の実体に踏み込んだというにすぎないのか、両方の理解が可能である[32]。また、最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決において、前訴が常習痴漢、後訴が単純痴漢としてそれぞれ有罪が確定した後に、検察官から非常上告が申し立てられ、後訴を免訴としたものである。免訴の理由については、二つの解釈が成立する。第一に、前訴の常習痴漢の実体と後訴の訴因について心証形成された「実体」とを対照した（「心証基準説」）という解釈である。第二に、常習痴漢の訴因と後訴訴因について心証形成された「実体」とを比較対照した、という解釈である[33]。いずれにも解し得る余地があり、最高裁は、この時点まで一

[32] 多和田隆史「最判平成15年10月７日解説」『最高裁判例解説刑事篇平成15年度』467頁。

[33] 多和田・前掲注（32）468頁。

事不再理効の有無を判断する際に公訴事実の単一性の有無の判断方法について、未だ明確な立場を提示してこなかった。

これに対して、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、最高裁として初めて、一事不再理効の有無を判断する局面における公訴事実の単一性の判断方法について明確に判示したものであって、極めて意義のあるものといえる。また、この判決は、これまで有力に主張されてきた実体裁判の拘束力や、同時訴追可能性の欠如、実体に踏み込む考察などの議論によらずに、公訴事実の単一性の有無の判断手法に修正を加えるという、いわば「第３の道」（実体に踏み込まない「訴因基準説」）を選択した原審の判断を維持するものである[34]。「訴因基準説」により、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はない[35]。換言すれば、前訴の一事不再理効は前訴の起訴状で特定された犯罪行為にのみ及ぶというのである。

次に、公訴事実（所為）の単一性について、ドイツ法についてみていくことにしよう。

二、ドイツ法――「所為の単一性」（Einheit der Tat）

（一）学説の整理

公訴事実の同一性・単一性の観念は、ドイツ刑事訴訟法における

[34] 小島淳「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ばないとされた事例（最三小判平成15年10月７日）」現代刑事法６巻６号（2004年）95頁。

[35] 多和田隆史「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲（最三小判平成15.10.７）」ジュリスト1310号（2006年）442頁。

Identität und Einheit der Tat の観念に対応するものである[36]。公訴事実の単一性あるいは所為単一性（Einheit der Tat）の問題について、ドイツの判例、学説上においては、以前から刑法の罪数論に拘束されず、訴訟法上で考慮されるべきであるとする見解が支配的である。この見解は、「行為説」（Handlungstheorie）、「法益侵害説」（Rechtsgüterverletzungstheorien）、「行為経過の択一説」（Alternativitättheorie）、「総合説」（Kombinationstheorien）、「起訴状限定説」などに大別される[37]。

１、「行為説」（Handlungstheorie）

「行為説」は、訴訟法上の所為を判断する際に、刑法上の行為概念を参考にし、観念的競合の場合にのみ、所為単一が存在すると主張している[38]。この説を主張する主な論者は、Keetsin Liu、Rolf Dietrich Herzberg および Dietrich Öhler である。

（１）Keetsin Liu

Keetsin Liu は、審判の対象である訴訟法上の所為を、刑法上の行為概念と共通し、犯罪概念（Verbrechensbegriff）における構成要件該当性、違法性、有責性に上位するものであると考える。Liu の見解によれば、犯罪構成要素としての構成要件該当性、違法性、有責性は「名詞的行為事情（die substantivischen Tatumstände）」と「形容詞的行為事情（die adjektivischen Tatumstände）」とに区別される。構成要件該当性はメルクマール行為（das Merkmal Handlung）として「名詞的行為事情」に属

[36] 鈴木茂嗣・前掲注（13）２頁。

[37] 本章のドイツ学説の整理については、Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess (Peter Lang, 1994), S.113ff; Kzung Lyul Lee, Die Präzisierung der Tateinheit und die Reichweite des Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt40, 138 zum Fortsetzungszusammenhang－Zurgleich ein Vergleich der Rechtsprechung des BGH und des korObGH (Logos, 2002), S.222ff および辻本典央「公訴事実の同一性概念について（２）」近畿大学法学54巻３号（2006年）165頁以下などを参考した。

[38] Vgl. Kzung Lyul Lee, a.a.O (37)., S.224.

し、これに対して、違法性、有責性は「形容詞的行為事情」に属する[39]。所為単一性を判断する際に、決定的なのは「形容詞的行為事情」の変化ではなく、「名詞的行為事情」の変化である。それゆえ、Liu の理解では、「名詞的行為事情」は重要なものであり、それに対して、「形容詞的行為事情」は相対的に重要ではないものである。常習窃盗罪に関しては、Liu は、そのなかでの個々の窃盗罪において名詞的事情が異なるから、常習窃盗罪全体とその一部としての個別の窃盗罪の間で所為単一性が否定されるべきであると主張した[40]。

（2）Herzberg

Rolf Dietrich Herzberg は、原則として、訴訟法上の所為単一が実体法上の競合理論に従属すると考える。なぜなら、実体法上の行為概念と訴訟法上の所為概念においては、評価の単一を刑法的な観点から人々の連続する活動を評価し限定すべきだからである[41]。このような実体法上の競合理論（罪数論）に従属させる見解は、所為そのものを規範的に理解する見解であるといえる。Herzberg によれば、実体法上の行為単一が訴訟法上の所為単一であり、それに対して、実体法上の行為複数が訴訟法上の所為複数である。上述の実体法上の行為単一は、原則として自然的意味における行為単一（natürliche handlungseinheit）のみならず、法的意味における行為単一（rechtliche Handlungseinheit）をも包含する。しかし、Herzberg は、一つの重要な例外を挙げていた。それは「継続的関連」（Fortsetzungszusammenhang）であり、この場合（たとえば、連続犯、集合犯）には、訴訟法上の所為単一性を有していないとする。ここでいう「継続的関連」という概念は、具体的に妥当な結論を導くための実際的な理由によって導入された一つの擬制（eine Fiktion）である[42]。

---

[39] Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, 1927, S.15.

[40] Vgl. Liu, a.a.O (39)., S.16ff.

[41] Herzberg, ne bis in idem－Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, 117ff.

[42] Vgl. Herzberg, a.a.O (41)., S.118.

（３）Öhler

Dietrich Öhler の以下の見解は、「行為説」に従っているにもかかわらず、Herzberg とは異なり、判例上の所為概念の規範的要素（die normativen Elemente im Tatbegriff）を批判する。Öhler の見解によれば、訴訟法上の所為が実体法上の行為と完全に一致することは不可能であり、前法律的・自然的な観察（auf eine natürliche vorjuristische Betrachtung）によって判断すべきこととされる。訴訟法上の所為単一を判断する際に重要なのは、単一的意思に基づく、法律によって規定された二つの外部の事件の同一である。ここで言及されている「同一」とは、少なくとも実行行為の部分的同一（die zumindest teilweise Übereinstimmung in der Substanz der Handlung）を指す[43]。具体的にいえば、二個の具体的な構成要件における実行行為を相互に含有している場合に、実行行為の部分的同一は成立する。これに対して、一個の行為のいずれの部分も他の行為の一部分ではない場合に、実行行為の部分的同一は成立しない。現在、ドイツ連邦通常裁判所は競合関係を判断する際に、単に実行行為の同一性によって判断されているため、訴訟法上の所為単一と観念的競合の両者は重なり合っている。しかし、Öhler は、訴訟上の所為概念と実体法上の行為概念との完全な重なりあいには、反対しているのである[44]。

Öhler は、訴訟上の所為概念を分析する際に、実体法上の行為概念を参考する一方で、訴訟経済、法的安定性及び正義の観点からも考慮されるべきだと主張する。Öhler は、BGH 刑事第二部は企業の詐欺罪に関する事件（BGH 26, 284）において、５年間にわたって日常的に行われた詐欺罪が「実体法上一個の行為の範囲を超える」ため、個々の行為ごとに別々の手続によって審理をすることに賛成した。さらに、Öhler は、所為の単一性は実行行為が部分的同一であるか、行為が連続している場合に成立すると主張しているが[45]、1938年４月21日の集合犯に関するラ

[43] Dietrich Öhler, Die Identität der Tat, in FS－Rosenfeld, 1949, S.139, 151, 157ff.
[44] Dietrich Öhler, Neuere Verschiebungen beim prozessualen Tatbegriff, in H.Schröder, 1978, S.450.
[45] Vgl. Öhler, a.a.O (43)., S. 157.

イヒ裁判所の決定（RGSt 72, 164）において[46]、個々の堕胎行為が連続的関係にない場合、それらを独立な所為とみなすとする判例の変更について、これを所為概念の変化の結果であると肯定的に分析している[47]。

２、「法益侵害説 / 評価説」

（Rechtsgüterverletzungstheorien/Bewertungstheorien）

「法益侵害説 / 評価説」によれば、訴訟上の所為単一は原則として規範的要素のみ（allein oder grundsätzlich durch normative Kriterien）によって決定される。そのゆえ、法的意味における行為複数も訴訟法上の所為単一に算入することができる[48]。これに対して、自然的意味における行為単一の場合においては、二つの訴訟法上の所為も存在しうる[49]。この見解を主張する論者は多く、主に、Wolfgang Barthel、Jürgen baumann、Christian Bertel、Friedrich Geerds、Joachim Hrschka などである。「法益侵害説 / 評価説」は、所為概念が不明確であるほか、判例における「事実上の所為概念」の解釈の幅が広く、常に正義違反の結果を導くなどの批判的観点をを挙げて分析する[50]。また、Joachim Hrschka によれば、「事実上の所為概念」に対する批判として次のように言う。同概念は、識別機能が十分ではない。なぜなら、判例における「事実上の所為概念」は、事実に対する客観的な理解から出発するものだからである。つまり、「事実上の所為概念」は「歴史的な経過」（historischen Vorgang）という「所為単一」の判断基準を設けたため、裁判官を歴史家として公訴された事実（「歴史的な経過」）を判断し、客観的な結論を得ることを要求する。しかし、社会科学領域において、価値判断による事実調査の必要性が一般的に認められており、客観的な事

[46] ライヒ裁判所の本決定（RGSt 72, 164）について、第４章で詳述する。

[47] Vgl. Öhler, a.a.O (44)., 440ff.

[48] Wolter, Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozess, GA 1986, S.159.

[49] Wolfgang Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, S.171; Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, S.411.

[50] Sebastian Cording, Strafklageverbrauch, S.34; Radtke, Systematik des Strafklageverbrauchs, S.126.

実というものは存在しないのである、と[51]。

以下では「法益侵害説／評価説」を代表する論者 Christian Bertel、Wolfgang Barthel、Friedrich Geerds の見解を紹介する。

（１）Bertel

Christian Bertel によれば、侵害された法益が同一（Identität hinsichtlich des verletzten Rechtsgutes）でなければ、訴訟法上の所為単一は成立しない。しかし、ただ被侵害法益の同一性という要件のみでは足りず、侵害の一致性（die Übereinstimmung der Verletzung）も要求されている。換言すれば、訴訟法上の所為単一を構成するのは二つの要件が必要であり、第一に被侵害法益の同一性であり、第二に侵害の一致性である。侵害の一致性とは、侵害行為の同一性（die Identität der Verletzungshandlungen）のことである[52]。侵害行為の同一性を要求する理由として、Bertel は以下のように分析する。もし訴訟法上の所為単一が、異なる行為の間での抽象的な法益侵害の一致性にのみ依存すれば、まったく異なる事実に基づく同一な法益が侵害されれば、訴訟法上の所為単一も認められることになる。もちろん、これは不可能である[53]。他方で、侵害行為の同一性という要件だけが存在していても、訴訟法上の所為単一も成立しない。Bertel は、複数の犯罪の間で実体法上の観念的競合が成立すれば、訴訟法上の所為複数が成立すると主張する。なぜなら、観念的競合の関係にある行為は原則として侵害された法益により区別されるからである[54]。

もちろん、例外もある。結合された構成要件（zusammengestzten Tatbeständen）および、基本犯（Grunddelikt）と加重犯（Qualifikation）の場合に、異なる法益侵害であるにもかかわらず、所為単一が自動的に排除されるわけではない[55]。

---

[51] Hruschka, JZ 1966, S.700, 702; Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, S.52.

[52] Christian Bertel, Die Identität der Tat, 1970, S.140ff.

[53] Vgl. Bertel, a.a.O (52)., S.141.

[54] Vgl. Bertel, a.a.O (52)., S.171.

[55] Vgl. Bertel, a.a.O (52)., S.141.

（2）Barthel

Wolfgang Barthel は、訴訟法上の所為単一を法益侵害に関連させるにもかかわらず、Bertel の見解と異なり、訴訟法上の所為単一が法益の一致性ではなく、「違法内容の比較（die Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts）」によって決定されると主張する[56]。比較の基準は、実現されたあるいは企てられた、外部の社会的に望ましくない結果（äußere sozial unerwünschte Erfolg）である。他方で、彼は、「違法内容の比較」の結論が、違法内容によって得られるだけではなく、所為の場所、時間、客体及び手段によって識別された所為の事実要素も、同様に比較の基準として機能すると主張する。そのほか、「違法内容の比較」という曖昧な公式を詳細に説明するために、Barthel は「構成要件群（Tatbestandsgruppen）」という法概念を創造し、異なる「構成要件群」のなかで、法益の類似性（Rechtsgutsverwandtschaft）がある場合にしか、訴訟法上の所為単一性が成立しないとするのである[57]。

（3）Geerds

Friedrich Geerds の見解で重要なのは、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、異なる犯罪の類型に関する事実から生じた「社会的な意味における関連（der soziale Sinnzusammenhang）」である。この「社会的な意味における関連」の範囲は広すぎてはならず、それぞれの犯罪の類型のうち同一の保護された法益に限定されなければならない。そうでなければ、この判断基準は内容的な具体性に欠け理解しにくいものとなり、実用性がない。実際に、Geerds は、Bertel と Barthe と異なり、訴訟法上の所為単一を判断する際に、規範の観点は単に判例における「自然的な観察方法」を補充するにすぎないと主張する。それに対して、Bertel と Barthe は、規範の観点が判例における「事実の観察方法」を代替することを主張する[58]。上述したところからみれば、Geerds は、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、判例における「自然的な観察

[56] Vgl. Barthel a.a.O (49)., S.93ff.

[57] Vgl. Barthel a.a.O (49)., S.93.

[58] Vgl. Geerds a.a.O (49)., S.363, 406.

方法」のほか、「法益侵害」の判断を補充的に用いるため[59]、「法益侵害説/評価説」の一類型といえる。

また、Geerds によれば、同一の保護法益を侵害しても、訴訟法上の所為単一であるとは限らない。連続犯を例として挙げると[60]、連続犯のうち個々の行為が訴訟法上の所為複数の関係にあり、前訴で連続犯のうち一個の個別行為だけが審判された後、他の個別行為が発見された場合に、それが行為者の不法内容を決定するのに重要であれば（前訴で判断されたものを本質的に変化させるのであれば）、後に発見した行為に対する公訴を提起することが可能である、とされる[61]。

３、「行為経過の択一説」（Alternativitättheorie）

「行為経過の択一説」とは、問題となる事実の間に論理的択一関係がある場合に「所為同一性」が認められるとする見解である。この見解は主に「所為同一性」を判断する学説であるといえるが、Christian Schöneborn は実体法上の行為複数に対して「行為経過の択一基準」で訴訟法上の所為単一性を判断する。以下では、まず Schöneborn の見解について紹介する。

（１）Schöneborn

Christian Schöneborn は、実体法上の行為単一と行為複数に対して、異なる判断基準を用いて訴訟法上の所為単一性を判断している。まず、実体法上の行為単一に対して、Schöneborn はそれを訴訟法上の所為単一と考える。すなわち、Schöneborn の見解によれば、自然的な意味における行為単一だけではなく、法的意味における行為単一や、「継続的関連」[62]も訴訟法上の所為単一に属する。それゆえ、集合犯、連続犯は

---

[59] Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, 1994, S.128.

[60] Geerds が論文を執筆した時、ドイツでは連続犯はまだ放棄されていなかった。その後、1994年３月３日に、ドイツ連邦通常裁判所は連続犯を放棄した（BGH 40, 138）。

[61] Vgl. Geerds a.a.O (49)., S.413ff.

[62] Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungvorgänge als Kritrium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974, 529, 531.

訴訟法上の所為単一性を有する。

次に、実体法上の行為複数に対して、Schöneborn は「行為経過の択一（起訴された事実の択一性）基準」によって訴訟法上の所為単一性を判断する。つまり、起訴された各事実が事実上一個の事件（ein tatsächliches Geschehen）の場合にしか、所為単一性が成立しない。もっとも、例外的に行為の不法内容を考慮しなければならない場合もあり、起訴された各事実が事実上一個の事件でも、所為単一性も成立しない場合も存在する。たとえば、被告人が飲酒のため運転不能の状態で車を運転して、別の車に衝突させ、事故を惹起した責任を免れるべく、すぐに事故現場から逃走したが、その後第二の事故を惹起し、自身の同乗者をも負傷させたという「かすがい」に関わる事例（BGHSt 23, 141）について、継続犯である飲酒運転を「かすがい」として、第一の事故と第二の事故が一個の事件にあたる。しかし、この場合、実体法上の「刑の軽重」という基準を借用し、訴訟法上において、「かすがい外し」の適用を拡張すべきであるとする[63]。すなわち、「かすがい」となる飲酒運転罪がそれによって結び付けられる犯罪（第一の事故：道路交通危殆化罪、事故現場不法逃走罪；第二の事故：過失致傷罪、道路交通危殆化罪）より法定刑が軽い場合、この軽微な継続犯によって各々の重大な犯罪が実体法上での一個の行為としない。それゆえ、前訴の一事不再理効は、後訴には及ばない。このような分析からみて、Schöneborn は「かすがい」の適用を制限するという判例の立場を明確に受け入れたことがわかる。

（２）Grünwald

Gerald Grünwald は、前訴と後訴で実体法上矛盾した判決を下す場合に、二重処罰禁止の観点からみれば後訴は不適法であると考える[64]。このような矛盾した判決を回避するために、Grünwald は「行為経過の択一説」を採用して公訴事実の同一性を判断する。すなわち、謀殺罪の不届出罪の有罪判決が確定された後、さらに謀殺教唆罪で公訴提起することはできない。なぜなら、謀殺教唆罪と謀殺罪の不届出罪は実体法上両

[63]「かすがい」の一事不再理の問題について、第３章で詳述する。

[64] Gerald Grünwald, Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublid Deutschland, ZStW－Beiheft 86, 1974, S.108.

立しないため、訴訟法上での一個の所為に属するからである。以上からみれば、Grünwald の「行為経過の択一説」は、主に狭義の公訴事実の同一性を判断する基準であることがわかる。公訴事実の単一性に関しては、Grünwald は「行為説」の観点に類似している。Grünwald の見解によれば、実体法上一個の行為が一個の刑罰に対応し、さらに、一個の手続に対応するため、複数の犯罪が実体法上一個の行為と評価される時、刑罰の個数および手続も一個でなければならない。それゆえ、実体法上一個の行為の一部について有罪判決が下された後、そのほかの部分について審判を行い、刑を科すことはできないことになる[65]。

４、「総合説」（Kombinationstheorien）

「総合説」は「行為説」と「法益侵害説」において有益な要素（die brauchbaren Bausteine）を吸収し、観念的競合と実在的競合に対して、それぞれ異なる判断基準を採用する。観念的競合の場合、訴訟上の一個の所為である（「行為説」を採用する）。それに対して、実在的競合の場合、訴訟上の所為の個数が「規範的基準」によって決定される（von normativen Kriterien abhängen）（「法益侵害説」を採用する）。ライヒ裁判所が、最終的に「自然的所為概念」に戻る前に、いくつかの判例において「総合説」を採用しており[66]、その後、ドイツ連邦通常裁判所もいくつかの判例で「総合説」を採用した[67]。「総合説」は「規範的基準」を採るが部分的に「自然的観察方法」と入れ替える（ersetzt）、あるいは補完する（ergänzt）ものであるといえる。「総合説」の代表的な論者は Erich Schwinge、Ralf Neuhaus、Claus Roxin である。そのなかで、Claus Roxin は「総合説」を用いて、裁判所の判断枠組みを体系化することを試みた[68]。

（１）Schwinge

「総合説」の先駆的論者である Erich Schwinge は、「法益侵害説」から

[65] Gerald Grünwald, Anm. BGHSt 29, 288, StV 1981, 326.

[66] RGSt 5, 249; 8, 139; 9, 421; 15, 136; 46, 218.

[67] BGHSt 32, 146; 32, 215; BGH NJW 1955, 1240; BGH NStZ 1984, 469.

[68] Roxin, JR 1984, S.346ff; Wolter, GA 1986, S.143ff.

示唆を受け、訴訟法上の所為の内容および範囲が法律の評価を排除し、自然的な観察のみによって確定することはできないと考える[69]。Schwinge の見解によれば、訴訟法上の所為の内容および範囲に対する法律の評価は刑法的に構成要件該当行為（tatbestandsmäßig Handlung）を参考にすべきである。構成要件的意味での各実行行為は、完全に同一あるいは、少なくとも部分的に同一であるとき、訴訟法上の所為単一が成立する。しかし、実体法上の違法内容がほぼ一致する場合、刑法上の構成要件的意味での実行行為は異なっても、訴訟法上の所為単一も成立する。例えば、「継続的関連」や集合犯における個々の行為は、刑法上の構成要件的意味での実行行為は異なっても、実体法上の違法内容はほぼ一致するため、刑法上の一個の行為であり、内的関連性から一回の訴訟で対応すべきであり、訴訟法上の所為単一性が成立する[70]。Schwinge の観点は、刑法上の構成要件的意味での実行行為を中心とし、自然的な観察を補充し、行為の不法内容をも訴訟法上の所為単一性の判断基準に導入する「総合説」であるといえよう。

（２）Neuhaus

Ralf Neuhaus は、行為形式を「可分的行為」（Trennbarkeit）と「不可分的行為」（Untrennbarkeit）に区別する。前者は訴訟法上の所為単一を指し、後者は訴訟法上の所為複数を指す。Neuhaus によれば、前訴における犯罪行為と後訴における犯罪行為が「訴訟法上の所為単一性」を有しているかどうかは、自然的、規範的、訴訟的要因の全体像（Gesamtschau im Hinblick auf natürliche, bewertende und prozessuale Faktoren）によって決定される。Neuhaus は、訴訟法上の所為と実体法上の行為は相互に独立なものであり、両者が異なる目的を追求するため、観念的競合の場合が常に訴訟法上の所為単一であるという見解は成立せず、訴訟法上の所為単一が自然的な観察方法によって決定される、と主張する。Neuhaus は観念的競合の核心的事例（例えば、一個の自然の意味における行為で複数の刑法上の構成要件を実現する）を訴訟法上の所

[69] Erich Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, 203, 220.

[70] Vgl. Schwinge a.a.O (69)., S.228, 234.

為単一と認める。それに対して、時間的に延ばした犯罪の場合、「かすがい現象」が単に人為的に造られたにすぎないため、時間的に延ばした犯罪（たとえば、継続犯）とほかの観念的競合の犯罪とは、訴訟法上の所為単一とはならない[71]。連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決と連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間には訴訟上の所為単一が存在していないとされた事例）に関しては[72]、Neuhaus は、連邦憲法裁判所の判断に賛成し、刑事政策および実体的正義を考慮しながら、実体法上の行為概念と訴訟法上の所為概念の意義が違うから、後者が前者に従属すべきではないということを理由として、判例の結論を支持した[73]。

（３）Roxin

Claus Roxin は「総合説」を用いて、裁判所の見解を体系化することを試みた。Roxin の見解によれば、訴訟上の所為概念は、実体法上の概念である単一行為（Tateinheit）、連続行為、複数行為（Tatmehrheit）および集合犯に区別すべきであるとされる[74]。

「実体法上の観念的競合が存在する場合（例えば、一回の平手打ちの場合、刑法52条（行為の単一）、223条（傷害罪）、185条（侮辱罪）に該当するが、これらは、原則として、１個の訴訟上の所為が認められる。同時に武器と麻薬とを無許可輸入する場合には、１個の訴訟上の所為が問題となる。したがって、武器罪による確定した有罪判決は、後の麻酔法違反による終局判決を許さない。重大性においてより軽くない犯罪による『かすがい』によっても、観念的競合が構成される。裁判例として、BGH MDR 1981, 456によれば、刑法316条の酩酊運転とそれに引き続く強姦は、刑法237条の誘拐が介在することによって１個の訴訟上の所為

[71] Ralf Neuhaus, Anm., NStZ 1987, 139.

[72] この二つの裁判例について本章（二）および第３章で詳述する。

[73] Vgl. Neuhaus a.a.O (71)., S.138.

[74] Claus Roxin, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 25. Aufl, Verlag C.H. Beck München, 1998, S.152ff; クラウス・ロクシン［著］、新矢悦二、吉田宣之（翻訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規出版社、1992年）190頁以下。

に合体される。

連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）によれば、刑法129条（犯罪組織への参加罪）、129条ａ（テロ組織への参加罪）の組織犯罪について、例外が適用される。すなわち、犯罪組織またはテロリスト組織の構成員である者が、この組織への服従として行った犯罪行為は、刑法129条、129条ａと観念的競合の関係に立つが、それにもかかわらず、これらの犯罪行為について、組織犯罪よりも重い最上限の刑が定められているとき、264条にいう独立した『犯罪事実』とすべきであるとする。この判例がその後の解釈論または実務に対して、どのような影響を及ぼすのかについて、全面的に予測することはできない。この判決は、連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）によって、単一行為（Tateinheit）は、事実上の行為単一の場合は連邦基本法103条３項にいう単一の出来事の認定に必然的に至るとの理由で追認されている。しかし、この決定は、特別な事情の下で例外が認められると判示している。例えば、『かすがい』である軽微な継続犯によって基礎づけられるような、単に法律上の行為単一（Handlungseinheit）には妥当しないのである。

これと関連して、ハム上級地方裁判所1985年９月９日決定（OLG Hamm NStZ 1986, 278）は、観念的競合とするにもかかわらず、また、ツバイブリュッケン上級地方裁判所OLG　Zweibrücken NJW 1986, 2841は実在的競合を認めることによって、いずれも武器罪による確定した有罪判決は、武器を用いて行われた殺人罪に関して公訴権消滅（Strafklageverbrauch）をもたらすことはないと言う。連邦通常裁判所刑事第四部1986年３月16日判決（BGHSt 36, 151）は、問題をツバイブリュッケン上級地方裁判所と類似した方法で、無許可武器所持と武器を用いて行われた強盗的恐喝未遂とは、実体法上でも、また訴訟法上でも二つの異なる犯罪であることを認めることによって解決する。そのため、かかる理由のみでも、武器法違反による確定有罪判決によっては、武器を用いて行われた犯罪に基づく公訴権は消滅しないということになる。

集合犯における個別行為（例えば、刑法260条の業としての盗品等蔵匿、集団形態での盗品等蔵匿）は、単に営業、常習または業務性のゆえに実体法上行為単一でもなく、訴訟上一個の所為でもない。同様に、一つの

可罰的組織の構成員がそのグループに所属していることによって犯罪を行ったときにも、訴訟上一個の所為があるとはいえない。その他、計画的な分担による犯行も、刑訴法264条（判決の対象となるのは起訴時に特定された行為である旨定める）にいう１個の唯一の所為を推定させることにはならない」[75]。

５、「起訴状限定説」

Volker Erb は、連続犯および継続犯に関する犯罪において、訴訟係属および既判力の範囲が、実体法上の競合関係にかかわらず、起訴状で特定された個々の行為または追起訴により刑事手続に取り入れられた行為にのみ及ぶという。Volker Erb の見解によれば、仮に既判力のある判決が存在すれば、前訴に取り込まれなかった個別の犯罪行為に対する訴追が前訴の既判力に対する違反には当たらず、実体刑法に対する違反でもない。なぜなら、前訴において、適切な刑罰（korrekte Strafe）が未だ言い渡されていないからである。上述の観点からみれば、複数の犯罪行為を含む刑法上の一個の行為に対して、前訴で適切な刑罰が言い渡されたかどうかが、Volker Erb の見解の核心であるということがわかる。仮に前訴で適切な刑罰が言い渡されれば、この複数の犯罪行為を含む刑法上の一個の行為のうちのほかの個別の犯罪行為に対して再起訴はできない。それに対して、仮に前訴で適切な刑罰が言い渡されなければ、そのうちのほかの個別の犯罪行為に対して再起訴はできる。しかし、再起訴の対象となった犯罪行為に対して、過剰な刑罰を科すことができず、前訴と後訴の刑罰合計が一回の手続（前訴と後訴で起訴された犯罪行為を一回で起訴すれば）により審判された場合に宣告された刑罰量を超えることはできない。つまり、被告人に不利益な結果をもたらすことが禁じられているのである（二重評価の禁止）。

具体的には、以下の二つの場合、再起訴することができない。第一に、裁判所が起訴状で特定された犯罪行為以外、刑法上の一個の行為のうちのほかの犯罪行為が存在する可能性があると考える場合、刑罰（嫌疑刑）を言い渡した後、そのうちのほかの犯罪行為に対する再起訴はできない。

[75] Vgl. Roxin a.a.O (74)., 152ff ; 新矢悦二［ほか］（翻訳）・前掲注（74）190頁以下。

その理由は、前訴の既判力ではなく、刑法52条１項であり[76]、実体法上の一個の行為に対して一個の刑罰に対応しなければならないからである。量刑に対する考慮は訴訟係属を前提としないから、前訴の量刑が合理的である。第二に、裁判所が時間的に継続する犯罪（たとえば、継続犯）のほか、より重い刑罰にあたる犯罪が存在することを認定した場合、刑法52条により、宣告刑はこれらの犯罪の構成要件の処罰範囲の中から得られる（この場合、宣告刑はこのより重い刑罰である）。裁判所が適切な刑罰を言い渡したため、その時間的に継続する犯罪（たとえば、継続犯）を実行中に犯されたほかの犯罪行為に対する再起訴はできない[77]。

６、小括

以上、ドイツ法における「所為の単一性」を判断する学説を概観してきた。以下では、上述の内容を総括する。

第一に「行為説」は、訴訟法上の所為概念を理解するときに、実体刑法上の行為概念を参考にしたため、「実体法従属説」といえよう。その結果、「行為説」による所為の範囲が非常に狭くなる。

第二に、「法益侵害説／評価説」では、訴訟上の所為単一性は原則として規範的要素のみによって決定される。それゆえ、刑法的意味における行為複数も訴訟上の所為単一に算入することができる。そのほか、「法益侵害説／評価説」により、自然の意味における行為単一の場合に、２個の訴訟上の所為も存在しうる。

第三に、「行為経過の択一説」を代表する論者 Schöneborn は、実体法上の行為単一と行為複数に対して、異なる判断基準を利用して、訴訟法上の所為単一性を判断する。実体法上の行為単一について、Schöneborn は訴訟法上の所為単一と考える。それゆえ、集合犯、連続犯が訴訟法上の所為単一に属する。これに対して、実体法上の行為複数に関して、

[76] 刑法52条１項：「ある同一の行為が、数個の刑罰法規に違反し又は同一の刑罰法規を数回侵害するときは、一個の刑のみが宣告される」。法務大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料第461号（2007年）34頁参照。

[77] Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA1994, 282.

Schöneborn は「行為経過の択一（起訴された事実の択一性）基準」で訴訟法上の所為単一を判断する。もっとも、例外的に行為の不法内容を考慮せざるを得ない場合も存在することを認めている。

第四に、「総合説」は「行為説」と「法益侵害説」の構成要素を吸収し、観念的競合と実在的競合に対して、それぞれ異なる判断基準を採用する。観念的競合の場合、これは訴訟上の一個の所為である（「行為説」を採用する）。これに対して、実在的競合の場合、訴訟上の所為の個数が「規範的基準」によって決定される（「法益侵害説」を採用する）。

第五に、「起訴状限定説」を提起した Volker Erb は、刑罰の二重評価の禁止の観点から、連続犯および継続犯に関する犯罪において、訴訟係属および既判力の範囲が、実体法上の競合関係にかかわらず、起訴状で特定された個々の行為または追起訴により刑事手続に取り入れられた行為にのみ及ぶとしている。

以上からみれば、「法益侵害説 / 評価説」を除いて、「行為説」、「行為経過の択一説」、「総合説」のいずれによっても、原則として「観念的競合の場合に、訴訟法上の所為単一が成立する」ことが認められる。

（二）判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違

１、判例の紹介

次に、ここでの問題のリーディングケースとして連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決 BGHSt. 29, 288と、その憲法抗告審である連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定 BverfGE 56, 22の見解を考察してみよう[78]。

①連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）

【事実の概要】

被告人は、1971年から1972年までの間テロ組織の構成員であった。彼に対して、まず、「犯罪組織への参加罪」（ドイツ刑法129条）及び「文書偽造罪」（ドイツ刑法267条）の行為単一（ドイツ刑法52条）を理由として有罪判決が下された。その後、被告人がこの組織に属した期間内に、組

[78] 辻本典央「公訴事実の同一性概念について（１）」近畿大学法学53巻２号（2005）214頁以下を参考した。

織の目的を追求するため実行した謀殺罪や爆弾事件などの重大犯罪が発見され、被告人に対して未決勾留命令が発せられた。これに対して、被告人は、確定有罪判決を受けた罪と現在追及されている罪とは実体法上の行為単一の関係にあるゆえに、訴訟法上の所為単一の関係にあり、刑罰権はすでに消滅したという抗告を提起した。

この抗告に対し、OLG1977年６月24日決定（NJW 1977, 2222）は「組織の目的を構成する犯罪の実行は、犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法129条）の構成要件に含まれない。その実行行為は、通常、部分的にも構成員という犯罪構成要件と重ならない」と判示した。すなわち、実体法により前訴で下された罪と現在訴追されている罪との関連を否定したのである。

これに対し、被告人は憲法抗告を提起したが、連邦憲法裁判所第二部1977年９月７日決定（BVerfGE 45, 434）は、罪数判断が制定法上の問題であり、OLG の判断が憲法上の恣意禁止に反しないという理由で、抗告を却下した。

この事件は、その後地裁で本案審理に入り、地裁は前訴と後訴とは実体法上行為複数の関係にあり、刑罰権がまだ消滅していないという理由で、被告人に対して有罪判決を下した。被告人は、再び刑罰権消滅を主張して上告した。

【BGH 判決】

連邦通常裁判所は、原判決を結論において支持した。BGH は、犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法129条）と「この組織の目的を追求するために行われた本件事案を構成する犯罪」の間で実体法上行為複数の関係を認めたという原判決の基礎について誤りがある」と指摘した。もっとも、刑の軽重を考慮して、継続犯たる犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法第129条）による「かすがい」を否定すべきであり、また、本件の対象となる犯罪がすでに審判された犯罪組織構成員罪との間で実体法上行為の単一が肯定されることも、本件の審判を妨げない。その理由として、刑法129条による犯罪組織への参加罪は、その犯罪構成要件の特殊な構造ゆえに、他の継続犯と同様に扱われないからである。犯罪組織への参加罪の構成要件が、犯罪組織に対する刑事訴追の可能性を高めようとする立法目的から種々の行為を犯罪として掲げ、しかも、それらを一罪として

処理しようとしているところから考察するならば、この罪を理由とする有罪判決が確定した場合における公訴権消滅の範囲には制限を施す必要があり、さもないと、犯罪組織に対する刑事訴追の可能性をむしろ低下させることになり、立法目的に反する事態を招きかねない。実体法上１個の行為が、常に刑事訴訟法264条の意味での１個の所為であるという原則は、犯罪組織への参加罪の特殊性のため、本件には適用することができないのである。

②連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）

【事実の概要】

被告人は連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）に対して憲法抗告を提出したが、連邦憲法裁判所は、以下のように判示して、申立を棄却した。

【BVerfG 決定】

行為単一（ドイツ刑法52条）の概念は、連邦基本法103条３項の所為概念から切り離されなければならない。…なぜなら、行為単一（ドイツ刑法52条）と所為の同一性（連邦基本法103条３項）とは、追求する目的が異なるからである。実体法上の罪数規定の目的は、複数の法違反の重なり合いに際して、問題となるすべての自由刑を合算すると通常は行為者の責任の範囲を凌駕するため、それを調整し、責任の範囲を限定するのである。…これに対して、連邦基本法103条３項における所為の同一性の概念の目的は、もっぱら、実体的確定力の範囲を画することである。確かに、実体刑法上の行為単一は、通常、訴訟法上の所為単一と重なり合う。しかし、それは、単に原則であるにすぎず、特別な事情があれば、例外も認められうる。…犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法129条）の場合、この犯罪に統合された個々の行為が時間的に遠く離れることもありうる。これらの個々の行為は、連邦基本法103条３項の意味で独立した出来事と見える。

２、評価

ここで注意すべきなのは、連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）が、行為単一と所為単一の異なる制度目的を指摘したことである。刑法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合に

それを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定（二重評価の禁止）であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである。すなわち、連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なることを強調したものと言える。

三、私見――制度目的対応説

日本の最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、「訴因基準説」を採り、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はないと判断した。「訴因基準説」に関して、検察官が訴因設定権限を持ち、一罪を分割起訴して一事不再理効をかいくぐることまで認められるのかなどの批判がなされている[79]。それにもかかわらず、この最高裁平成15年判決は「訴因基準説」という新たな判断手法を通じて、具体的妥当性に疑問がある高松高裁昭和59年１月24日判決[80]とは異なり、国民の素朴な法感情に応える判決を出し、実体的正義を実現した。ここからみれば、最高裁は実体的正義の実現について明確に言及していないが、実体的正義の実現を重視する道を探ったといえよう。では、ここでの実体的正義とは果たしてどのようなものだろうか。この解答は日本の最高裁平成15年判決では理論的に十分解明されなかた

[79] 白取・前掲注（６）、452頁。

[80] 高松高裁昭和59年１月24日判決は、理論的は明快とは言えるものの、当該事実では、被害額1360万円相当の単純窃盗１件の確定判決があったことにより、後に起訴されたその余罪となる30件余り、被害総額４億円余りの窃盗がすべて免訴となるという結果となっており、具体的妥当性の観点から疑問が呈され、この判決を機に、後訴が免訴とならないための様々な理論的提言がされてきた。多和田・前掲注（35）441頁参照。

が、前述のドイツの論者 Volker Erb による「起訴状限定説」にその手がかりを見出すことができる。Volker Erb は、前訴と後訴の量刑の均衡性（たとえば、前訴で適切な刑罰が言い渡されるかどうか、前訴と後訴での二重評価の禁止など）を考慮しつつ、連続犯および継続犯に関する犯罪において、最高裁第三小法廷平成15年判決の「訴因基準説」と類似した主張、すなわち、前訴の一事不再理効の範囲を「起訴状で特定された犯罪行為」にのみ限定されると主張した。これによれば、前訴と後訴の公訴事実の単一性（つまり、一事不再理効と罪数の関係）の判断にあたり、罪数の形式（たとえば、観念的競合、集合犯とも一罪に属する）だけに従属すべきではなく、前訴と後訴の量刑の均衡性を考慮しなければならないことになる。ただ、判決結果の妥当性を実現するために、伝統的な罪数の形式を犠牲にする（たとえば、集合犯のうち各犯罪行為を分離し、個別の犯罪行為を独立した行為として数罪で処理する）正当性があるのかという問題は提起されるかもしれない。

上述のような罪数論に従わない見解の正当性について、ドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）は、その理由を明らかにした。この決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的とは原則として異なるものだと強調した。「行為単一と所為の単一性とは、異なる目的を追求するものである。実体法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合にそれを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定（二重評価の禁止）であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである」。それゆえ、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるからこそ、前訴と後訴の公訴事実の単一性（一事不再理効と罪数の関係）を判断する際に、罪数の形式だけに従属すべきではない。さらに、判決結果の妥当性に疑問がある場合に、その罪数形式が一事不再理効に対応しうるのかを検討すべきである。

このドイツ連邦憲法裁判所1981年１月８日決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものであるとの指摘はしたものの、実体刑法上の行為単一は、原則として、訴訟法上の所為単一

と重なり合うことを認めたうえで、特別な事情の下で例外が存在する（「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間で訴訟上の所為単一に対する否定に限定する）ことを判示したにとどまる。具体的にどのような罪数形式が一事不再理効に対応しうるのか、どのような罪数形式が一事不再理効に対応しえないのか、という類型的な検討はこの決定においてはまだ見られない。

筆者は上述の示唆を受けて、解釈論として「制度目的対応説」を提案する。具体的には、罪数形式ごとの制度目的を検討する必要があり、そのうえで、各罪数形式と一事不再理効の対応関係を類型化することができると考える。例えば、観念的競合（罪数）の場合には、一つの行為に対する二重評価の禁止は制度の目的である。それに対して、現在の通説によれば、一事不再理効の制度目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為（事件）に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である。ゆえに、観念的競合の場合には、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は類似しているといえよう。したがって、観念的競合の場合に、その一事不再理効の「一事」を判断する時に、その一行為の判断基準を借用することができる。また、「かすがい」が介入する場合には、「刑の軽重」という基準によって、その一事不再理効の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準をも借用することができる（詳しくは、第３章を参照されたい）。それに対して、集合犯の場合には、その罪数論の制度目的が一事不再理効の制度目的と異なり、二重評価の禁止と直接的な関係がない。そのため、一事不再理効の「一事」を判断する際に、罪数論での集合犯の判断標準を借用する必然性がないのである。しかし、その一事不再理効の「一事」を判断する際に、集合犯の判断標準を全く借用できないわけではない。なぜなら、集合犯の制度目的は二重評価の禁止と直接的な関係はないが、全然関係がないとは言えないからである（詳しくは、第４章を参照されたい）。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日授与）「罪数論と一事不再理効の関係の再構成――『かすがい』、集合犯を中心として」に加筆・修正したものである。本稿の作成にあたり、指

導教員である白取祐司教授をはじめとして、北大刑事研究会の皆様には貴重なるご指導とご鞭撻を賜り、さらに北海道大学大学院博士後期課程の瀧本京太郎氏には日本語の訂正をしていただいた。心からの感謝を申し上げる次第である。

論　　説

アメリカにおける コミュニティの組織化運動（４・完）

―― ソール・アリンスキーの思想と実践 ――

石　神　圭　子

目　　次

序章
　はじめに
　先行研究の整理　（以上、65巻１号）
第１章　ソール・アリンスキーの「組織化」の理念形成とその確立
　第１節　「ジャングル」の組織化と20世紀都市リベラリズムの陥穽
　第２節　アリンスキー哲学の形成とその歴史的背景
　　１）アリンスキー哲学の原点とその特徴
　　２）コミュニティの「組織化」をめぐる理念対立の構造
　第３節　組織化の着手――対立から統合へ
　　１）アリンスキー哲学の確立と実践
　　２）BYNC は何を達成したのか――アリンスキー哲学の評価と位置づけ
　　３）展望なき「権力」――「権力」をめぐる実践とその陥穽
　第４節　BYNC の保守化と「コミュニティ」の変容
　　１）創られる「空間」と「所有者」の登場
　　２）過渡期のアリンスキー哲学とその修正――「権力」の再構成　（以上、65巻３号）
第２章　コミュニティの組織化の新たな局面
　第１節　戦後における「組織」と「権力」構造の変容
　第２節　OSC の発足と展開――「統合」と「分化」の狭間で
　　１）アリンスキー哲学と人種問題

２）OSC の展開と権力の壁
第３節　TWO の発足とアリンスキー哲学の適用
１）黒人地域の組織化と権力創出の論理
２）公民権と福祉行政批判――誰のための「権力」か
第４節　TWO の成功と挫折
１）「参加」をめぐる軋轢と「統合」
２）「モデル都市計画」と「参加」の壁
３）都市問題と「他者」――「公的空間」としての「コミュニティ」　（以上、65巻４号）
第３章　「中流」の「組織化」と秩序の模索
第１節　新たな組織化の着手
第２節　CAP の展開と位置づけ
１）構造上の限界と課題
２）CAP 形成の意図と意味――「権力化」とは何か
第３節　アリンスキー「哲学」の思想的評価
１）トクヴィルとアリンスキー――連続と非連続
２）「コミュニティ」と「公衆」の再発見
結語　（以上、本号）

第３章　「中流」の組織化と「秩序」の模索

「民主主義の代償は、すべての人々による共通善のあくなき追求である。」
（Saul D. Alinsky, *Rules for Radials: A Pragmatic Primer for Realistic Radicals* (New York, Vintage Books, 1989), xxv.）

「希望のない信念は短命である。」
（Saul D. Alinsky, *Reveille for Radicals* (New York: Vintage Books, 1989), p.197.）

第１節　新たな「組織化」の着手

ソール・アリンスキー（Saul D. Alinsky）は、アメリカにおける「コミュ

ニティ・オーガナイジング（Community Organizing）運動の創始者である。アリンスキーは、1930年代にシカゴの労働者居住区「バックオブザヤーズ（Back of the Yards）」において組織化を開始し、50年代の異人種コミュニティの形成を経て、60年代には黒人コミュニティの組織化を成功に導いた。この間、アリンスキーはニューディール政策下のソーシャル・ワークや60年代の貧困コミュニティ政策を批判し、自身の「コミュニティの組織化」を「民主化」と位置づけた。では、アリンスキーの「民主化」とは何を意味するのか。

アリンスキーの民主化「理念」の形成は、アメリカにおける大衆社会の出現と深く結びついていた。ニューディールから戦争国家（warfare state）への進展は、大多数の「アメリカ人」を受益者化しながら巨大国家権力システムに組み込み、彼らが主体的且つ実質的に統治に参加する必要性を減退させた。アリンスキーはこの点に、アレクシス・ド・トクヴィル（Alexis de Tocqueville）が警告した「平等における隷従」の現実化とアメリカの民主主義の最大の危機を見る。彼が最初に組織化を行ったシカゴの労働者地域は、個人の「私的領域」への撤退と人民統治の形骸化が顕著だった。したがってアリンスキーは、個人を身近な関心によって引き付け、公的関心を醸成する「結社」としてコミュニティ「組織」を建設した。そして、人々の協働に基づいた実質的な自己統治を実現する「運動」として、コミュニティの「組織化」を実践したのである。

では、「民主化」はいかなる方法によって可能となるのか。第一に、アリンスキーによる組織化は、社会経済的に周辺化された地域住民の個別の問題を地域のニーズとして集約化・政治化し、既存権力に対する異議申し立てを通して地域の「権力」（自治）を確立する。第二に、アリンスキーが想定する「権力」は地域の生活改善実現のための「力」であると同時に、人々の相互性や協働を最大の根拠とする。つまり「組織化」は、短期的には人々の主体的な参加に基づいて地域のニーズを解釈・実現する回路の構築を、長期的には人々の政治的自由の空間を確保するものである。第三に、こうしたコミュニティの「権力」の確立は第三者、つまり「オーガナイザー（organizer）」の媒介によってのみ達成される。オーガナイザーはコミュニティの生活改善を支援すると同時に、コミュニティに内在する異質性を導出し、多様なイシューの創出と活発な討議空

間の確保を行う「教育者」としての役割を担う。オーガナイザーは、アリンスキーが設立した「工業地域財団（Industrial Areas Foundation：IAF）[1]において独自の教育を受けた者であり、こうしたオーガナイザーの存在が、「コミュニティ」の本質である保守性や同質性を最小限にとどめ、開かれた民主的空間を可能にする。これらの点を踏まえて、前章までアリンスキーの「民主化」運動を歴史的に考察することにより、以下のような知見が得られた。

アメリカの20世紀前半は、国家行政権力の拡大と集中を伴う「福祉国家」の確立期であった。同時に、この時期は大規模な移民の流入と大恐慌、戦争を通した文化規範の生成と人種的排除の論理が複雑に混ざり合った「国民共同体」の再編期にあたる。したがって、個人と国家の間にある地域「コミュニティ」を「公的な空間」として組織していく組織化「運動」もまた、「他者」の創出から自由ではなかった。とりわけアリンスキーが最初に組織化を行ったシカゴの労働者居住区の住民は、住宅という「アメリカの夢」を渇望する新移民だった。アリンスキーは、多様なイシューの断続的な創出が異質性の確保と公的機能の持続に寄与すると考え、組織化の手順に組み込んだ。だが、組織による自治は国家主導の住宅政策と連動しながら資産としての住宅とその保持という単一イシューに収斂されていく。戦後にかけて「労働者」としての地位向上を果たし、住宅所有というアメリカ的生活様式を受容した住民は、資産価値を下げ自らの地位を脅かす「黒人」を協同不可能な「他者」（あるいは「敵」）として規定した。こうしてコミュニティ「組織」は、地域自治という民主的な手続きを経て「排除」の原動力となっていった。

アリンスキーの組織化「哲学」の大きな特徴は、このようなコミュニティ「組織」の排他性を問題視しながらも、なお地域コミュニティの組織化によってそれを克服しようとした点である。「人種」的コミュニティの分断が明らかとなった50年代後半、アリンスキーは、住宅をめぐる国家行政の拡大と浸透がコミュニティを分断させ、その政治的自由（自治）を脅かしていると批判し、人種統合的なコミュニティ組織を形成した。

[1] IAFは、1940年にアリンスキーによって近隣組織の取りまとめ機関として設立されたが、1969年にオーガナイザーの教育・養成機関として再編成された。

だが、「コミュニティ」は住宅所有と近隣保持という「リベラルな自由」が最も強く表明される空間であり、そうした「声」に基づく戦後の住宅供給・都市再開発行政のダイナミズムは組織の力を超えていた。そのためコミュニティレヴェルの人種統合は困難を極め、都市中心部においては黒人ゲットーが常態化した。こうして「人種問題」が「貧困問題」として表面化した（発見された）とき、国家は人種的「コミュニティ」を「貧困者」の参加に基づく「自助」精神の苗床と位置づけ、コミュニティに直接資源を投入する再分配政策を行った。アリンスキーは、このような国家によるコミュニティ政策の理念を共有しながらも、その実態を激しく糾弾する。国家による参加行政は、その実、貧困地域の当事者を決定過程に含めることを拒否し、貧困者と行政側の対立を回避するうえ、地域の代表に公的な機能を請け負わせることで「支配」を強化するものである、と。

こうした主張は、アメリカ社会に厳然と存在してきた「生まれによる不平等」を認め、被抑圧者の政治的・社会的包摂を求める点でマイノリティの権利運動と親和的だった。だが、アリンスキーの現状批判は、人々の主体的参加やコミュニケーションを制御しつつ「公的な問題」をめぐる人々の合意を確保していく政治のあり方に向けられていた。彼は、貧困政策の実態を、アメリカの「起動原理」たる人民主権原理に基づく公的空間の簒奪である、と非難したのだった。

このような歴史的観点から見ると、60年代のアリンスキーによるコミュニティの組織化は、リベラル・デモクラシーに対する不満に基礎付けられていた。もちろん、公民権運動は規範としてのアメリカ民主主義それ自体の正当性を批判し、「権利」の側面からその再解釈を迫った点で「民主化」に貢献した。だが、アメリカの経済社会に牢固として根付いた差別主義の即時解消は不可能であり、絶望した黒人は急進派に結集し公民権運動から離脱していった。さらに、国家による制度的補償によって黒人の地位向上が進む中、白人のバックラッシュが増幅され、資本や権力の再配分をめぐる熾烈な集団間闘争が過熱化していく。他方で、アリンスキーにとって30年代以来の一貫した問題は、拡大する国家権力を媒介として人民統治が形骸化され、市民的連帯や責任を醸成する空間が奪われていく構造であった。こうした構造の下で不当に不利益を蒙った

のが、黒人だった。したがってアリンスキーは、黒人の地域の「組織化」によって「民主主義」を実践的に補完し、その理念を「権力」を基準に再解釈しようとしたのである。

だが、実践は蹉跌を繰り返した。とりわけ黒人コミュニティの組織化は、60年代後半には人種的な言説による制約と「貧困者」への限定的な政策アプローチという二重の苦難に遭遇した。1968年の大統領選挙における共和党のリチャード・ニクソン（Richard Nixon）の辛勝は、人々の過熱化する暴動に対する警戒と、再配分政策に対する一定の合意の両方を示すものであった。しかし、同選挙での人種差別主義者ジョージ・ウォレス（George Wallace）の健闘は、人種に言及せずとも「人種的」多数派を掘り起こすことが可能な「平等」主義への共鳴を反映していた。それは、白人労働者階級の勤労と税負担に基づいた再配分政策を「不平等」とする新たなイデオロギーの登場を意味していた。ウォレスの言説を利用して「新たな多数派」の確立を目論んだニクソン政権は、人種平等の原則を遵守しつつ「小さな政府」を推進し、「貧困者」を対象とするコミュニティ活動事業を事実上縮小する。他方で、60年代後半以降は公民権運動とヴェトナム反戦運動に端を発するニューレフト運動がアメリカ社会を席巻した。全国各地で多くの中産階級の若者が反戦・反巨大権力を掲げて市民の参加を説き、デモや集会を行って大規模な政治運動を展開したのである。

1970年、アリンスキーが次なる組織化対象としたのは、こうした流れの中で新たな政治文化的規範を共有しつつあった「中流（middle class）」層だった。組織化の契機となったのは、当時のシカゴ市民の間で騒がれ始めていた大気汚染だった。当時、各新聞紙は異常気象と大気汚染の一因をシカゴの電力事業を牛耳るエジソン社（Commonwealth Edison）にあると報道し始めていた。『シカゴ・デイリー・ニュース』紙のコラムニストであったマイク・ロイコ（Mike Royko）[2]は、偶然オヘア空港で会ったアリンスキーに大気汚染に関する新たな組織化の計画について尋ね、

[2] ロイコは、1972年に論説部門でピューリッツァー賞を受賞したシカゴ在住のコラムニストであった。71年に出版されたシカゴのデイリー市長の最初の「伝記」、『ボス（*Boss*）』は、ベストセラーとなった。

ここに実際の組織化が緒についた。ロイコはエジソン社への批判とアリンスキーの組織化計画についてコラムを書き、参加を希望する市民から300通以上の手紙を受けとった。そして、ロイコはアリンスキーにそれらの手紙を届けた。1962年に創刊された新左翼系の雑誌『ランパーツ（*Ramparts*）』誌は、このやりとりがシカゴの歴史上重要な契機となったと記述している。すなわち、「それはアメリカにおける典型的政治ボス、リチャード・デイリー（Richard Daley）市長の「長い」在任期間において、市長を最も重大な局面へと追いやった「草の根組織（grassroots organization）」の発端であった」[3]と。

アリンスキーから手紙を託されたIAFの訓練生らは、手紙を書いた人々に連絡をとり、関心を持つ市民のグループを形成した[4]。さらに、市民組織や教会、シカゴ大学との非公式の接触を通して、イリノイ州商業委員会（Illinois Commerce Commission）の公聴会に参加し、エジソン社への抗議に賛同する200人以上の市民をかき集めた。彼らは、ホワイトカラー、労働者、科学者、環境問題に関心が高い上流階級の人々、そして若干のラディカルな若者といった、雑多な中流階層から成る集団であった。公聴会が、なんとかして彼らを締め出そうと様々な妨害工作を取ったとき、頂点に達した市民らの怒りは、「反汚染キャンペーン（the Campaign Against Pollution）」なる市民組織の結成をもたらした[5]。

1970年1月、「反汚染キャンペーン」の会合において、エジソン社に対して低濃度の燃料利用を、イリノイ州商業委員会に対して電力料金の値

---

[3] Derek Shearer, “CAP: New Breeze in the Windy City”, *Ramperts*, 1973, p.12.
なお、同記事の執筆者シェーラーは、クリントン政権下では商務省官吏も勤めたオキシデンタル・カレッジの現教授である。バラク・オバマ（Barak Obama）は、80年代に同大学卒業後、コロンビア大学に編入している。

[4] IAFの再編事業に際しては、ロックフェラー財団及びマイダス法人財団（Midas Corporation Foundation）から42万5000ドルの寄付を受けた。再編されたIAFの最初の講習には約3000人の応募者があった。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.50.

[5] Shearer, op.cit., p.14.

下げを、シカゴ市に対して大気汚染条例の制定をそれぞれ要求することが取り決められた。IAF のオーガナイザーであるピーター・マルティネズ（Peter Martinez）らは、この時点で「反汚染キャンペーン」がシカゴ市全域を基盤として市政に対抗する市民「組織」となることを明確に意識した。彼らはアリンスキー「哲学」に則って「土着の」リーダーの発掘と育成・支援に努め、最終的にイリノイ州商業委員会の公聴会に積極的に顔を出していたポール・ブース（Paul Booth）とレオナルド・デュビ神父（Reverend. Leonard Dubi）を「反汚染キャンペーン」の共同議長に据えた[6]。ブースは、ニューレフトの学生らによって結成された「民主的社会のための学生同盟（Students for a Democratic Society）」のメンバーだったが、組織の急進化に違和感を持ち、離脱した。その後労働組合での活動を経て、シカゴ大学の国際問題研究所に勤務していた。シカゴのサウスサイド出身のデュビ神父は、公民権運動や貧困撲滅運動の理念に共感を抱きつつも、巨大な下水処理工場に隣接する自身の教区の環境汚染の悪化に悩むカトリックの聖職者だった。デュビ神父は、「権力の欠如（powerless）」という点で、教区民の問題と黒人の貧困の問題とが同根であると認識していた[7]。

「反汚染キャンペーン」の抗議活動の結果、1970年4月、デイリー市長によって環境規制条例が議会に提出され、それは５月の初めに通過した。また、イリノイ州商業委員会の会合において、電力価格の据え置きとエジソン社の汚染低減が採決され、同年夏までに、アリンスキーとメンバーらによって、実質的な「勝利宣言」がなされた[8]。

アリンスキーは、「反汚染キャンペーン」のその後の展開を最後まで見届けることなく、1972年にカリフォルニアで心臓発作のため客死した。したがって、「反汚染キャンペーン」の組織化はアリンスキーによる最後の組織化となった。だが、この組織はそれまで対象としていた社会経

[6] Ibid. また、Joan E. Lancourt, *Confront or Concede: The Alinsky Citizen-Action Organizations* (Massachusetts: Lexington Books, 1979), pp.27-29.

[7] デュビ神父は、ICC の公聴会で IAF の訓練生と接近するとともに、自身の教区民にも公聴会への参加を勧めた。Shearer, op.cit., p.13.

[8] Connolly, op.cit., p.220.

済的に周辺化された「コミュニティ」の範囲を大きく拡大し、「中流」を明確に意識した組織化だった。では、アリンスキーは「中流」の組織化によっていかなる「民主化」を展望したのだろうか。組織化はなぜ「中流」に特化されねばならなかったのか。本章はこの問題に答えた上で、アリンスキーの組織化「思想」の政治的・歴史的意義を提示するものである。

第２節　CAP の展開と位置づけ

１）構造上の限界と課題

「反汚染キャンペーン」の発足に伴い、IAF のオーガナイザーらは、デイリー市政との全面対決を視野に入れ、大都市レヴェルの闘争に適した組織の構築に取り組むこととなった。まず、環境規制条例の成立を受けて、デイリー市長が強く推す市内横断高速道路（Crosstown Expressway）の建設計画反対キャンペーンが組織された。この組織には、高速道路建設によって立ち退きを迫られる住宅所有者や中小企業が数多く参加し、結果的に建設計画は取りやめとなった。また、これを機に「反汚染キャンペーン」は「シチズン・アクション・プログラム（Citizen Action Program：CAP）」と名称を変え、「人々が近隣に影響を与える社会経済的諸問題に関して自ら考え決定するための組織」と明確に位置づけられた[9]。

CAP は、地域社会に立脚し、且つマルチ・イシューを掲げて直接行動を行う姿勢を堅持し、順調に成果を挙げた。たとえば、不当に高い生鮮品の不買運動では、主婦グループらが中心となってスーパーマーケットにピケットを張り、シカゴのメディアはこうした CAP の活動を好意的に報道した。これまで組織化運動の内部において周辺的な役割を担っていた女性たちが CAP の一連のキャンペーンにおいて存在感を増したことは、組織化運動における大きな変化であった。また、CAP は「レッドライニング（融資危険地域）」[10]の解除をイシューとして黒人やメキシ

[9] Shearer, op.cit., p.14.

[10] アメリカの都市においては、銀行を初めとする金融機関が、返済能力の信用が低い低所得層の近隣を赤線で囲み、そこへの融資及び投資を拒否する「レッ

コ系アメリカ人から成る異人種間組織を形成した。この組織は、まず個人投資家や不動産業者、そして地元銀行に融資運営を委託する連邦住宅局（Federal Housing Authority）を、居住地域の悪化要因として絞り込んだ。そして、地域住民らはCAPに賛同する銀行へと預金・貯蓄を移行する誓約を交わし、CAPは、地元のオーガナイザーらの協力の下、州知事に対してレッドライニングへの連邦住宅局の関与に関する調査の誓願を行った。この調査報告が、レッドライニングの禁止と不動産融資情報の開示を義務化する法案の通過に結実する[11]。こうした、公正な投資に関わる地域住民の同意を下にコミュニティの安定化を図るCAPの活動は、「グリーンライニング（greenlining）」と呼ばれ、以後全国のコミュニティで展開していく。CAPは、大規模なグリーンライニング運動を成功に導いた最初の組織となった[12]。

また、CAPとそれ以前の組織との構造上の大きな違いは、地域「コミュニティ」の年次会合（annual meeting）および議会（congress）が、CAPのリーダーと数人のスタッフによる年次計画会議へと取って代わられたことである。従来、年次会合や議会は、地域「コミュニティ」内部の既存の組織の代表者すべてが参加し、各集団の利益とコミュニティ全体の利益の摺り合わせが行なわれる場であった。だが、CAPは、近隣地域を基礎単位としながらも、採用するイシューの性質上、一地域や集団の代表にとどまらない動員を志向するものだった。よってCAPは、地理

ドライニング」が50年代から横行していた。60年代から70年代にかけては、「レッドライニング」が大きな社会問題に発展していた。

[11] Lancourt, *op.cit.*, p.28.

[12] これまでの行論において示したように、ニューディール期の住宅金融政策は、それまで民間住宅金融の世界で公然と行われてきた差別的商行為を正当化するものであった。ニューディール期以降も、住宅金融の実務においては差別的商行為が行われ、連邦政府もこれを規制するものではなかった。だが、70年代以降のアメリカにおいては、そうした行為を公的に容認することは難しく、各地で「レッドライニング」に抗議する住民運動がおき始めていた。CAPの成功は、連邦政府による事実上の住宅金融における反差別法を意味する住宅モーゲージ開示法（Home Mortgage Disclosure Act of 1975）、コミュニティ再投資法（Community Reinvestment Act of 1977）の制定への道を拓いた。

的・制度的代表であるのと同時に、領域に規定されない「個人」の代表である必要があった。それに伴って、組織の意思決定機関は、アド・ホックな原則の下に合意されたコミュニティ全体のための開かれた集会から、特定のイシューを掲げる各連合に対して、目的達成のための仕事（task）を割り当てる機関へと変質したのである。これは、既存の組織の「連合体」として、民主主義を「強化」する機能を果たすとされたアリンスキーの最初の組織、「バックオブザヤーズ近隣協議会（Back of the Yards Neighborhood Council：BYNC）」以降の代表構造とは、根本的に異なるものであった。

こうした構造の下、メンバーの所属意識は、「組織」としてのCAPから、特定の目的を達成した後には解体する「機動部隊（task force）」へと移行していった[13]。言い換えれば、CAPは、近隣に最も影響を与える特定の「イシュー」に関心を持つ、熱狂した人々の集合となった。活動による「利益」は、組織とそのメンバーを直接的につなぐものとなり、各イシュー集団間の相互的関係は薄れていった。そしてそれに伴い、オーガナイザーには、彼らの熱意やある種の興奮を維持していくようなリーダーシップが求められていった。一時期でも人々の士気を停滞させれば、そこから再び彼らの熱意を駆り立てるのは、非常に困難であったからである。事実、CAPによる「グリーンライニング」は、一定の成功を収める一方で、特定の地域の「保全」が達成されれば、メンバーは四散し、継続的な参加に対するインセンティヴを失うという側面もあった[14]。

こうした問題は、組織化の範囲を拡大することによって当然生じうる問題だった。だが、IAFのオーガナイザーらは、イシューへの関心が高い多くの人々の士気を調整・維持できるほど制度化されていなかった[15]。人々の関心が高ければ高いほど、組織化を後方支援するオーガナイザーとの衝突が発生しやすく、相互の不信感が高まった。先行研究も

[13] Connolly, op.cit., pp.224-225.

[14] Ron Dorfman, “Greenlining Chicago: The Citizens Action Program,” *Working Papers* (Summer 1975), pp.32-36.

[15] David Moberg, “Chicago's Organizers Learn the Lessons from CAP,” *Working Papers* (Summer 1977), p.14.

示しているように、このことはオーガナイザーと土着のリーダーの関係性や、選挙活動を排した運動のあり方の見直しを迫った[16]。シカゴ市全域を対象とした「中流」の「組織化」は、政治的意識が高い層の環境保護問題や社会経済的問題などへの関心をさらに高めることになり、それらが個々の運動に分裂・派生していくのはむしろ自然の流れでもあった。だが、アリンスキー・アプローチにおける非イデオロギー性は、そうした流れに明確な政治的方向性を与えるものではなかった。同時期のラルフ・ネーダー（Ralph Nader）による消費者保護運動の高まりを受けて、CAP 内部では公職者との協働を企図する動きが徐々に出始めていたが[17]、政党活動や選挙運動との実質的な関わり方についてはアリンスキー「哲学」の射程外であった。

CAP はアリンスキーの死後も活動を続け、IAF とは別のコミュニティ組織や活動家教育機関を設立した。他方、IAF は対象地域を従来の範域に戻し、「コミュニティ・オーガナイジング」の全国的展開に乗り出していく。アリンスキーというカリスマ的オーガナイザーを失った「コミュニティ・オーガナイジング」は、70年代の保守主義の興隆の中で理念的・戦略的刷新を経て多様化していった。当然のことながら、その過程で、「地域」運動からの脱却を志向する組織も現れるだろう[18]。だが、

---

[16] Donald C. Reitzes and Dietrich C. Reitzes, *The Alinsky Legacy: Alive and Kicking* (Connecticut: JAI Press Inc., 1987), pp.88-89., Lancourt, *op.cit.*, p.41. たとえば、CAP は IAF に年間１万ドルの相談料を支払い、オーガナイザーの供給と戦略的なアドヴァイスを受けていた。また、CAP 内のリーダーの選出も IAF の主導により行われた。こうした中でメンバーの間に IAF に対する不満や資金の流れ、運営のあり方に対する不信感、疎外感が高まった。また、CAP は既存の近隣集団に存在する選挙候補者との関係も断っていたため、より多くの潜在的同盟者を引き付けることもできず、最終的には CAP 内部でメンバー同士の秘密裏のネットワークが形成されるに至った。Moberg, op.cit., p.15.

[17] Moberg,op.cit., p.15. 実際に CAP は、若い大学院生のスタッフを使って各イシューに関する独自の調査を行い、シカゴの主要新聞社の記者と密接な関係を築いていた。

[18] 70年代以降の「コミュニティ・オーガナイジング」の展開と政治運動化の関係に関しては、別稿で論じる予定である。

こうしたポスト・アリンスキーの運動を論じることはアリンスキー「哲学」の本質を問う本論文の目的から外れることになる。したがって以下では、アリンスキーが「中流」の組織化によっていかなる「民主化」を構想したのかについて論じたい。

2）CAP 形成の意図と意味――「権力化」とは何か

2）―1　アリンスキーにおける「中流」の発見

アリンスキーの２作目となる著書『ラディカルの教則（*Rules for Radicals*）』は、着想から10年余りの年月を経て1971年に出版された。アリンスキーがこの著作で最も強調したのは、「中流」の政治的重要度の高まりであった。彼は、戦後のアメリカにおける「現実」を以下のように捉える。

> 「たとえすべての低所得層――黒人、メキシコ系アメリカ人、プエルトルコ人、そしてアパラチア地方の貧困白人――を組織したとしても、もし、彼らを連合として統合する組織を経由しても、それは重大で、基礎的な、必要とされている変化を得ることが出来るほど十分ではない。」[19]

こうしたアリンスキーの認識は、実際の組織化経験に基づいて形成されたものだった。アリンスキーは、1965年にニューヨーク州のロチェスター（Rochester）において黒人組織「今日の自由と統合、神と名誉」（Freedom, Integration, God, Honor, Today：FIGHT）[20]を組織している。コダック社（Eastman Kodak）、ゼロックス社（Xerox）、ボシュロム社（Bausch & Lomb）などの製造工場が林立する「工業地域」ロチェスターでは、当時、「大移動」（20世紀初頭から1960年代にかけての南部黒人の大規模な「北上」）に伴う黒人の増加と彼らの失業状態から、ゲットー地区における大規模な暴動が起こっていた。熟練労働者の安定した雇用が確保されてきたロチェスター地域では、60年以降黒人人口が急激に増加し、白人を含む未熟練労働者の慢性的な失業と黒人地域の住宅不足状態

[19] Alinsky, *Rules for Radicals*, p.78.

[20] Integration の部分は、後に「独立（Independence）」に替えられた。

が続いていた[21]。1964年の夏には、南部公民権運動の中心的な担い手であり、運動の北部への拡大を図っていた南部キリスト教指導者会議（the Southern Christian Leadership Conference）が、ロチェスターの聖職者会議から依頼を受けてゲットー地域の安定化を試みた。だが、これは暴動をさらに悪化させる結果となり、失敗に終わった。この点について、社会学者のパールマン（Robert Perlman）は、公民権運動が北部において限定的な効果しか持たないことを証明した一例と指摘する[22]。黒人人口は多いが、地理的に全体的に散らばっている南部とは異なり、黒人人口が都市に集中していた北部では実質的な人種分離が南部以上に進行していた。加えて、ロチェスターでは、歴史的に大企業による経済・社会的「支配」が浸透していた。たとえば、最大企業のコダック社は、労働組合を持たない代わりに地域の慈善事業に投資し、安定した雇用及び賃金を提供していた。黒人人口の急増と人種意識の高まりによってそうした「支配」構造が崩れ始めたとき、白人リーダーらは慈善事業や投資の拡充をアピールして黒人を懐柔するとともに、暴動の取締りを強化した[23]。

こうした中で対応に苦慮した聖職者会議は、アリンスキーに組織化を打診するに至った。1965年の３月、アリンスキーは正式に依頼を受諾し、後にIAFを引き継ぐことになるエドワード・チェンバース（Edward Chambers）とともにロチェスターへと向かった。

同年６月、ロチェスターの黒人聖職者であるフランクリン・フローレンス（Franklin Florence）を議長に据え、最初の会議が開かれるとともに「黒人組織」としてFIGHTが結成された。こうした早急なプロセスは、従来、コミュニティの最初の会合までに最低でも６ヶ月を必要としてい

[21] 1945年時点でロチェスターにおける黒人は7000人程度だった。だが、60年には、ロチェスターの人口約31万8000人のうち黒人人口は７％を占めるようになり、65年には10％に急増した。Sanford D. Horwitt *Let Them Call Me Rebel: Saul Alinsky, his Life and Legacy* (New York: Vintage Books, 1989), p.454.

[22] Robert Perlman, “Alinsky Starts a FIGHT”, Joan Levin Eclein and Armond Lauffer ed., *Community Organizers and Social Planners: A Volume of Case and Illustrative Materials* (New York: John Wiley & Sons, Inc.,1972), pp.64-66.

[23] Horwitt, *op.cit.*, pp.454-456.

たアリンスキーの組織化手順から逸脱していた。当時、他の多くの都市でも黒人による暴動が頻発していたため、アリンスキーは、新たな暴動の抑制を意図して早期の会合に踏み切ったのだった。また、ロチェスターの白人エリートは、アリンスキー型のプロテストに対して安易な妥協を導こうとする傾向が強かった。アリンスキーはこうした権力側の変化をいち早く察知し、激しい示威運動をできるだけ控え、地域の各家庭を毎日（day-in-day-out）、戸別に（door-to-door）訪問し、参加を説得する動員プロセスを採用している[24]。こうして、アリンスキーは組織への合意を確保しつつ暴動を抑制し、雇用対策や貧困・住宅政策に関するFIGHTと市政府との交渉の後方支援を行った。

この間、FIGHTの活動に関心を持つ多くの白人がFIGHTの会合に出席しようとしたが、フローレンスによって拒絶された。そこで彼らは、水面下でFIGHTに協力的な集団「FIGHTの友人（Friends of FIGHT）」を結成した。FIGHTは66年9月にコダック社に対する雇用訓練センターの拡充と黒人の雇用を求めて交渉を開始したが、「FIGHTの友人」はこの交渉及び成功において、重要な役割を果たしている。いわゆる独占企業であったコダック社は、FIGHTの交渉に応じれば宣伝上、大きな損失を蒙ると判断し、両者の最終的な交渉は事実上暗礁に乗り上げた。このとき、「FIGHTの友人」の一人からコダック社の株を購入することで、社の会合にアクセスする方法が提案された。この「株主議決権（stock proxy）」の行使によって、最終的にFIGHTは成功を収めたのだった[25]。

アリンスキーは、FIGHTの結成に際して、フローレンスのリーダーシップに期待する一方、彼が急進的な黒人分離運動の指導者、マルコムX（Malcom X）に傾倒していることに対して警戒していた[26]。実際に、フ

---

[24] James Ridgeway, “Saul Alinsky in Smugtown,” *The New Republic*, June 26, 1965, p.17; Patrik Anderson, “Making Trouble is Alinsky’s Business,” *New York Times Magazine*, October 9, 1966, p.104.

[25] Horwitt, *op.cit.*, pp.452-505. なお、「株主議決権」は企業に対する効果的な圧力として、「反汚染キャンペーン」においても活用された。

[26] FIGHTの結成以前の段階で、すでにマルコムXやストークリー・カーマイケル（Stokely Carmichael）といった黒人急進派のリーダーがロチェスターを訪れ、黒人住民を集めた集会を行っていた。

ローレンスは「FIGHT の友人」に対する嫌悪感を隠さず、「黒人組織」としての FIGHT に固執した。他方で、アリンスキーは「FIGHT の友人」に含まれていた白人集団の協力が、組織化において決定的な意味を持つことを認識していた。そして、黒人の反感に直面した労働者を含む「中流」白人が組織化の現場を離れないような動機付けを模索し始めていた。さらに、アリンスキーが「中流」の重要性を意識する契機となったのは、62年にカリフォルニアで結成された農業労働者組合（United Farm Workers）の成功だった。農業労働者組合は、IAF のオーガナイザーであるフレッド・ロス（Fred Ross）とメキシコ系移民労働者の若きリーダーであったシーザー・チャベス（Cesar Chavez）によって結成された[27]。二人は、移民労働者の労働条件改善を目的としてコミュニティレヴェルの組織化を進めた。組織化は農場以外の広範な地域に及び、ぶどう農場の不買運動には農業労働者組合に賛同する多くの市民が参加した[28]。アリンスキーは当初、ロスやチャベスの組織化手法に懐疑的だったが、当事者以外の普通の市民が不買運動に参加したことに衝撃を受けた。こうして、アリンスキーは実践の中から組織化の重要な基盤となる「中流」を「発見」したのだった。

２）―２　「中流」の組織化と「民主化」

では、アリンスキーにとって「中流」とはどのような人々なのだろうか。

---

[27] カリフォルニア州は、第二次世界大戦中の一時的な労働力不足を解消するため米墨間でなされた協定「ブラセロ・プログラム（Bracero Program）」の下、数十年にわたって約500万人の農場契約労働者を受け入れていた。労働者は、劣悪な労働環境におかれ、農場主による経済的搾取が横行していた。チャベスらは全国を回って労働者の惨状を人々に訴え、農業労働組合が実施した全国的な不買運動には4700万人が参加した。なお、農業労働組合は、その後アメリカ労働総同盟―産業別組合組織（American Federation of Labor –Congress of Industrial Organizations）とのつながりを深め、リベラル派の運動に携わる人々の支援も得た。農業労働組合の活動については、以下を参照。Randy Shaw, *Beyond the Fields: Cesar Chavez, the UFW, and the Struggle for Justice in the 21st Century* (Berkeley: University of California Press, 2008).

[28] Horwitt, *op.cit.*, p.487.

そして、「中流」の組織化はどのような意味で「民主化」へと繋がるのだろうか。『ラディカルの教則』において、アリンスキーは以下のように述べる。

> 「人間は、「持てるもの（Haves）」と「持たざるもの（Have-Nots））」、そして「少しだけ持てるもの（Have-a-Little）」あるいは「満足しないもの（Want Mores）」の三つに分けられる。……少数の「持てるもの」は、常々現状の維持に腐心する……対して「奪われた」状態にある「持たざるもの」は、パワーを「獲得」するための手段が形成されることによって、扇がれた希望の残り火を輝かせることができる。……これら二者の間にいるのが、「少しだけ持てるもの」「満足しないもの」たちであり、「中流（middle class）」である。中流は、自らの利益を維持し、且つ、より多くを望み、結果として社会的、経済的、政治的に引き裂かれる運命にある。変化によって得られるものへの渇望と、それによって失われるものへの恐怖は、彼らから熱を奪い、無気力（inertia）にする。そして、彼らこそ、西欧世界、とりわけアメリカの多数を占める層である。」[29]

だが、アリンスキーはこのような対立する利益や矛盾の中にいる「中流」こそ、「創造の源（genesis of creativity）」である[30]という。アリンスキーによれば、「満足しないもの」としての彼らは、時に変化を希求し、偉大なリーダーを生み出してきた。一方、「少しだけ持てるもの」としての彼らの内部では、コスト―ベネフィットの比較と価値の矛盾が交錯し、結果として「何もしない者（Do-Nothings）」を生み出す。彼はいう。

> 「「何もしない者」は、正義や平等、機会といったあらゆる社会正義へのコミットメントを表明するが、「変化」のための行動は慎む人々であり、公的には「善人」であっても、実際には公平さを欠く（invidious）人間である。こうした現状維持の歴史は、「持てるもの」を腐敗と怠惰の物質主義に感染させる。こうして、「持てるもの」の精神的生活は、所有（possession）の儀礼的正当化となる。」[31]

---

[29] Alinsky, *Rules for Radicals*, pp.18-19.

[30] *Ibid*., p.19.

[31] *Ibid*., p.20. なお、アリンスキーは1969年の『ラディカルの教則』第二版序論

アリンスキーは、ここでトクヴィルに言及して「中流」を鼓舞する。

「トクヴィルが指摘したように、個人の物質的福祉のみに関心を向けるような自己耽溺は、アメリカの将来における脅威である。……権力の享受には、人々の隷従が重要である。人々は眠っているように言われ、そのうち私的生活に埋没する。「変化」は運動を意味する。運動は摩擦（friction）である。対立という不快な（abrasive）摩擦が存在しないような真空の世界で、「変化」は起こりえない。」[32]

こうしてアリンスキーは、『ラディカルの教則』の中で、「中流」を「変化」の主体として位置づける。そして彼は、「中流」の中でも「低中所得者層（lower middle class）」の存在が重要であるという。この「低中所得者層」は、物質的に決して「豊か」ではなく、日々の生活に不満を抱えている。自分たちが実現できなかった多くの夢を子どもたちに託し、老齢年金の支給延期や失業の影におびえている。そして彼らは、「働かない」貧困者を寄生虫のような依存者とみなし、権利としての福祉を自身への侮辱と捉えている[33]。アリンスキーによれば、限りなく「持たざるもの」に近い「低中所得者層」の意識を利他主義的動機によって変えることは不可能である。だが、組織化によって彼らが「持てるもの」を「発見」し、剥奪された「権力」の意味に通じることで、結果として「低中所得者層」と「貧困層」との同盟的関係の構築が可能となる[34]、という。

において、以下のように記している。「「持たざるもの」から「持てるもの」への移行において明快な実例は、かつてアメリカ最悪のスラムといわれたあの「悪名高い」バックオブザヤーズである。バックオブザヤーズの初期の展開において、そのメンバー（とりわけポーランド人）は、彼ら自身に潜む差別意識と、彼らが人間であるその根拠の正当化と闘っていた。そして、あらゆる人々に対するあらゆる差別を非難したのである。彼らは、全ての人類の平等のダビデとして立ち上がり、「持てるもの」に支配的な偏見や隔離、そして抑圧のゴリアテと闘った。数年後、多くは勝利を勝ち取り、「持たざるもの」から「少しだけ持てるもの」「満足しないもの」への階段を、徐々に昇っていった。そして、中流がそうするように、「持てるもの」とともにその運命を投じたのである。」Alinsky, *Rules for Radicals*, xi.

[32] *Ibid*., pp.20-21.

[33] *Ibid*., pp.186-189.

[34] *Ibid*., pp.188-189.

さらに、『ラディカルの教則』には、公民権やニューレフト運動の若き活動家らに対する「警告」が込められていた。アリンスキーは、運動にコミットする若者に、自らが理想とする人民主権や参加民主主義の実現を期待する一方、若者が信奉する「革命（revolution）」の欺瞞を説く。彼はいう。

> 「運動の若き参加者たちは……暴力を刺激し悲しみの中で泣き叫ぶ。「システムを破壊せよ」と。彼らはシステムに幻想を抱いていない。しかし、我々の世界を変える方法については、幻想に溢れている。この点こそ、この本の原点である。……若き運動家らは、彼らの物質主義的なバックグラウンドを拒絶し、地位や保障など、彼らの両親にとって成功を意味していたものを否定している……この悲観主義は、すべての制度に対する態度へ、そしてシステムそれ自体への悲観へと拡大するのだ……彼らが提起する参加民主主義は、そのアンチテーゼへと陥りかねない。……彼らの世界観は、現代の複雑な社会において、さらなる絶望や失望に帰結しかねない。」[35]

クリストファー・ラッシュ（Christopher Lasch）は、ニューレフトの活動家らは、組織の影響力肥大傾向と支配の病理に直面した個人の無力感を共通の問題として当時の知識人から抽出した、と指摘する[36]。また、「民主的社会のための学生同盟」のメンバーであり新左翼系雑誌の編集者でもあったジャック・ニューフィールド（Jack Newfield）は、ニューレフトの明らかな特徴とは、一言でいえば「操作の恐れ（the fear of manipulation）」だったという[37]。彼らは参加民主主義の「理想」に対する忠誠を最も重要視し、「リーダーシップ」を発揮することを拒絶する人々だった[38]。そして、本来は人民の自治のためにあるはずの政党や政府が

---

[35] *Ibid*., xiv-xvii.

[36] Christopher Lasch, *The True and the Only Heaven* (New York: Norton, 1991), pp.63-64.

[37] Jack Newfield, *A Prophetic Minority* (New York: The New American Library, Inc. , 1966), p.88.

[38]「民主的社会のための学生同盟」のメンバーであったジェイコブとランドーもニューレフトについて以下のように記している。「誰が権威をもっているかをはっきりさせるのは難しい。選ばれた者にせよ、離反者にせよ、リーダー

人民の声を正しく反映していないことを問題とし、人民主権の回復のために支配構造をいったん解体することを目指したのである。それに対してアリンスキーは、「変化」を牽引する「リーダー」として「オーガナイザー」を設定する。そして、彼ら「ラディカル」が変化を起こすには、守らねばならない「教則」がある、という。

> 「時と場所に関わらず、人間の政治における行動には、知っておくべき中心的な概念がある。それは、システムに対するプラグマティックな攻撃の基礎となるものである。現実的なラディカルとレトリック的なラディカルは違う。……コミュニケーションの技術は害悪でしかない。……オーガナイザーは、コミュニティの人々と絶え間ない意思疎通を行う。……つまり、世界をありのままに見ることからはじめるのである。「システム」の中で行動する、とはそういうことだ。」[39]

アリンスキーによれば、「革命」より先に必要なものは「改革（reformation）」である。「改革」は、不満や絶望を感じつつ変化を望む人々の態度を指す。オーガナイザーとは、そうした人々との意思疎通の中で機能する[40]。彼はいう。

> 「我々がシステムから出発すべき、というのは、政治的な錯乱状態以外に、起点などないからである。……一般の人々の改革を支えずして生き残る革命を想像することは、政治において不可能を要請することである。」[41]

60年代には、アメリカの「主流」としての「中産階級」を前提とした著作が多く出された。それらは、郊外の女性や専門職のホワイトカラー、若い学生の内面に迫り、「中産階級」とはどのような人々なのかを懸命に定義しようとするものだった。ジャーナリストのバーバラ・エーレン

は、彼らが「リーダー」と呼ばれることを躊躇する。なぜなら、伝統的な権威と専制的な意思決定は「民主的社会のための学生同盟」スタッフの価値観の中では符合しないからだ。」Paul Jacobs and Saul Landau, *The New Radicals* (New York: Vintage, 1966), pp.57-58.

[39] *Ibid*., xiv-xviii.

[40] *Ibid*., xviii.

[41] *Ibid*., xix-xxi.

ライク（Barbara Ehrenreich）は、それらはブルーカラーの労働者に関する分析について不十分だったと指摘する。1969年の演説でニクソンが言及した「サイレント・マジョリティ（silent majority）」は、福祉国家と税負担、そして反戦運動に反発する声なき保守層を指していた。しかし、エーレンライクは、「サイレント・マジョリティ」の中でも、とりわけブルーカラーの労働者は、メディアが指摘するほど「保守的」ではなかったと指摘する。彼女によれば、メディアを介した「階級」間の「ステレオタイプ」のために、60年代の労働者階級の反動とニューレフト運動の共闘の可能性は、頓挫した[42]。60年代には、公民権運動が黒人工場労働者の間に浸透していた一方で、運動に参加する学生はブルーカラーの白人労働者たちを人種主義者、保守反動家とみなしていた。他方、ブルーカラーの労働者は「中産階級」の消費主義を敵視し、自らの勤労文化を伝統的な「オールド･アメリカ」と自認するようになっていた。だが、投票行動のレヴェルでは68年の選挙においてブルーカラーの労働者のうち約50％は民主党のヒューバート・ハンフリー（Hubert Humphrey）に投票しており、ニクソンに投票したのは35％だった。さらに、世論調査は、ブルーカラーの大部分が、黒人の経済的な要求に対して寛容であることを示していたのである[43]。

エーレンライクは、60年代以降、アメリカにおいては貧困者、労働者、あるいは専門職の人々といった「階級」が発見・分析されたが、一部の最富裕層や大企業は「発見」すらされなかったという。彼女は、富裕層をスポンサーとするメディアが「他者」へのステレオタイプを増幅させたことを背景に、貧困政策や減税政策といった「福祉」の断片化が進み、それが人々の共通の基盤の「発見」を妨げていることに警鐘を鳴らす。「保守主義への変化は……中流階級があえて権力が存在する場所を知ろうとしなかったからこその変化である」、と[44]。

80年代になされたエーレンライクの「中流」の分析は、「活動家」としてのアリンスキーが実践の中で発見した「中流」の構造と重なるもので

[42] バーバラ･エーレンライク（中江桂子訳）『「中流」という階級』晶文社、1995年。
[43] 同上、141頁。
[44] 同上、287頁。

ある[45]。30年代のバックオブザヤーズの組織化とその後の組織の「保守化」に見られたように、コミュニティのレヴェルでは、「階級」意識と「人種」意識がよりダイナミックに交錯し、人々の「他者」への寛容は50年代からすでに侵食されつつあった。だが、アリンスキーは、FIGHT と農業労働者組合の成功に、「権力」をめぐる「中流」の連帯「可能性」を見る。それは、大企業や資本家の不正、それらを権力源とする国家への敵対を通して階級間のステレオタイプを打破し、異質な他者との相互的な協働を模索する新たな公共空間の萌芽を示していた。彼が一貫して訴え、時に「民主化」を歪めてきた「人々の権力」は、実践の中から新たな可能性を生み出していたのである。CAP の形成は、アリンスキーの実践・理念と人々の「変化」への期待の結節点だった。

第３節　アリンスキー「哲学」の思想的評価

１）トクヴィルとアリンスキー――連続と非連続

アリンスキーは、その生涯において『アメリカのデモクラシー（*Democracy in America*）』からトクヴィルの言葉を何度も引用した。では、アリンスキーによるトクヴィルの受容は、本論文で考察してきたアリンスキーの「民主化」の本質に関して、何を示唆しているだろうか。

アリンスキーは、トクヴィルの現代性を論じる際に必ず問題となる以下の点を、現実の問題として引き受けた。つまり、福祉国家がもたらす公権力の拡大と官僚制化が自由主義の原理に照らしてどこまで許容できるか、また、それと表裏をなす大衆の受動性をいかに克服して社会を活性化するかという問題である。そして彼は、これらの問題の克服につい

[45] 72年6月、アリンスキーが長く信頼を寄せていたオーガナイザー、ニコラス・ホフマンは、『シカゴ・トリビューン』紙の追悼文で以下のように述べている。「ソールは、民主主義の問題は更なる民主主義（more democracy）」によって解決しうると信じたジェファソン主義者だった……彼は、35年前に「サイレント・マジョリティ」も「中流アメリカ人（middle class American）」も知っていたのだ。もちろん、彼自身そうした言葉は用いなかったが。」Nicolas von Hoffman, “A Farewell to Saul Alinsky,” *Chicago Tribune*, June 21, 1972, Saul Alinsky Papers, University of Illinois at Chicago, Special Collections, Box32, Folder526.

て、トクヴィルが見たアメリカの「民主主義」の重要な特徴、つまり自治の確立と結社の機能を手がかりとした。

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」[46]と指摘する。トクヴィルがみたニューイングランドのタウンでは、住民が「自治活動の一つ一つに関わり、手近にあるこの限られた領域で社会を治めようと」[47]していた。トクヴィルは、住民はタウンにおいて「それなくして革命によってしか自由が発展しないもろもろの手続きに慣れ、秩序を好み、権力の均衡を理解し、そして自らの義務の本質と権利の範囲について明確で実際的な考えをまとめること」[48]を行っているという。すべての住民は、あらゆる種類の公職の任命、税制度の整備、その徴収などに参加し、統治を行うのである。そこでは、代表の法理を越えた市民の統治への参加が具現化されていた。

一方でトクヴィルは、タウンや市や郡といった法律によって作られる恒久的な結社とは別に、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アメリカに無数に存在していることに驚いた。アメリカでは、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。

では、アメリカではなぜ、こうした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」[49]と定義されている。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。最初は必要から一般の利益を考えた人々が、次には自ら進ん

---

[46] 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、2005年、65－66頁。

[47] 同上、111頁。

[48] 同上、同頁。

[49] トクヴィル(松本礼二訳)『アメリカのデモクラシー　第一巻(下)』岩波文庫、2005年、211頁。

でそれに意を用いる。アメリカの住民が有している自由の諸制度と政治的権利は、各市民に自分が社会の中に生きていることを不断に想い起こさせ、市民としての義務や連帯観を習慣化させている。トクヴィルのもう一つの発見は、こうした習俗の下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持っていることだった。

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あげるには、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。こうした条件下で人々が日常的に自治を行い、様々なアソシエーションへと参加することは、市民としての義務や責任といった公共精神の涵養を促す。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。

アリンスキーによるコミュニティ「組織」は、産業化の進展の中で周辺化されたコミュニティの利益を実現していく媒体である。だが同時に、この「組織」には、人々の公的意識を涵養するための「社会的装置」という機能が付与されていた。アリンスキー「哲学」において、トクヴィルはこの機能の理論的根拠となっている。アリンスキーによるコミュニティ「組織」は、トクヴィルにおける「結社」と「自治」の民主的作用に倣い、人々が異質な他者との出会いの中で自己利益を相対化し、人が自由であるために自らを統治する「場」と位置づけられた。

他方で、20世紀の都市「コミュニティ」は資本主義の進展や社会の大規模化、そして国家行政権力の拡大といった大衆化のダイナミズムの中にあった。アリンスキーは、そこで個人と結社の関係、あるいは結社と国家権力の関係が変質し、治者と被治者が乖離していく不可避的な傾向を目の当たりにする。アリンスキーにとって、そうした巨大な変化の中でなお「普通の人々」の広範な参加を保障するには、「組織」による不断

の動機付けが不可欠であった。したがって、アリンスキーは、実践の過程で公私の「媒介者」としての「オーガナイザー」の役割を次第に拡大するようになる。オーガナイザーは、コミュニティに浸透するあらゆる形態の「権力」を分析し、コミュニティの住民の潜在力を、私的な利益と共通の利益や財との調和において発揮させる役割を担う。つまり、民主的社会の実現のためには、知識の習得のみならず、「個人」の視野を広げ、活発な社会生活を促進する「リーダー」の教育と養成が不可欠なのである。また、トクヴィルがタウンの「自治」にすべての住民が参加する統治形態を見ているのに対して、アリンスキーは「代表制」を美徳（virtue）とし、個人の役割をコミュニティ内の各集団の代表選出過程において発揮させている。後述するように、この点は現代における「コミュニティ・オーガナイジング」と代議制デモクラシーの補完的関係に繋がるものであろう。

このようなトクヴィルとの連続性及び非連続性を考える上で重要なのは、アリンスキーが実践を通して、人々の行動規範に関わるものとして「組織」を理念化していった点である。トクヴィルは、国家権力の専横から個人の自由を守る機能を持つとして自発的な「中間団体」（組織）を重視したが、アリンスキーにとっては国家の後見的権力から「自由の制度」（法の支配、言論、結社の自由など）を守ることのみでは「民主化」は実現できなかった。なぜなら、国家はたとえば住宅政策、貧困撲滅政策といった社会政策を通して、人々の自由を保障するものとなったからである。次第に拡大・浸透していく国家権力と相互に関係しながら生まれる社会内の抑圧こそ、アリンスキーにとっての最大の問題となった。アリンスキーは、そうした「見えない」抑圧や排除を増幅させるような「権力」の恣意性をめぐって対立軸を設定することで、人々の「連帯」――すなわち「人民権力」――を確立したのである。

もとより20世紀の産業発展と福祉国家化への動きは、トクヴィルの想像を超えたものであった。したがって、トクヴィルの現代的意義は、福祉国家批判ではなくむしろ人間の自由と政治の関係を民衆の日常的な政治的実践の中で解決すべき問題として捉えた点にある[50]。一方、アリン

[50] 松本礼二『トクヴィル研究――家族・宗教・国家とデモクラシー』東京大学

スキーは、自身の組織が人々の主体化を促し、自己統治を可能にするとともに、それが「他者」の創出・排除の防波堤とはならないことを経験的に認識した。このことは、とりわけ60年代以降のアメリカ社会の亀裂と動揺、異議申し立てを受けてトクヴィル的なアメリカ理解から距離をとった新たな歴史解釈の潮流とも親和性をもつだろう。だが、アリンスキーはトクヴィルの発想や警告をアメリカ社会の自己批判として活かしながら、あくまでも人々の日常的な政治の実践の中から生まれる「他者」の包摂に期待した。つまり、彼は教会（宗教）の機能や地域の労働組合、コミュニティ内のあらゆる日常的「結社」を重視するとともに、そうした結社の習慣を「コミュニティ組織」を通して「民主化」することを意図したのだった。その意味で、アリンスキー「哲学」はトクヴィルの民主政論の根本にある政治観、「自由の諸制度」に基づくアメリカの政治文化への信頼を確かに継承している。「民主化」への力は、あくまでもアメリカの政治的伝統の中に見出されるのである。

2）「コミュニティ」と「公衆」の再発見

アリンスキー「哲学」は、地域「コミュニティ」における人々の参加と主体化を最も重視するものである。では、この地域コミュニティと「民主主義」の健全化という側面についてはいかなる評価が可能だろうか。

トクヴィルは、ニューイングランドのタウンシップに公共の事がらに深く関わっていく普通の人々の姿を見た。アリンスキーもまた、定期的な選挙参加のみではない、日常的な政治参加の重要性を指摘している。だが、20世紀の「都市」コミュニティにおいては「日常」そのものに様々な形で政治経済的「権力」が浸透し、住民参加に基づく主体的な決定は常に形骸化を免れなかった。そこでアリンスキーは、「コミュニティ」を「公的利益」の正統性の源泉として捉える。彼は、「個人の意思･思考･イニシアティヴ」を真に実現するために、地域「コミュニティ」における共通体験が不可欠であるとするのである。

こうした「コミュニティ」の捉え方は、一面でジョン･デューイ（John Dewey, 1859-1952）の哲学における共同体論と共通するものである。な

出版会、1991年、38頁。

お、デューイの哲学は教育学から心理学、倫理学、政治学など広範な領域に及び、その評価も多岐に渡っている。加えて、デューイがとった立場と行動はきわめて論争的であったことも事実である。とりわけデューイがアメリカの第一次世界大戦参戦を支持したことには厳しい批判がなされており、またアメリカ文化の優越性を移民に強制しようとした同化論者、専門家集団によって無知な大衆を支配するエリートのイデオローグとの評価も存在する。一方で、近年の研究においてはニューレフト的なラディカルの先駆者、あるいはリベラルないし社会民主主義者といった新たなデューイ像が発見されている。ここではそれらに踏み込んだ議論はしないが、デューイ像の多面性を踏まえてアリンスキーとの接点を探ってみたい。

まず、デューイは、近代社会から現代大衆社会への転換期に、民主主義を単なる政治の原理としてではなく社会的理想として捉え、地域共同社会に公衆の再発見を求めて独自の政治哲学を提示した。その特徴として、第一に挙げられるのは、混乱と危機の時代においてアメリカの精神的伝統である個人主義を内側から再検討しようとした点であろう。

1930年の『新しい個人主義の創造』において、デューイは、現代社会においてはもはや人間に安定的な個性は存在しないと述べる。個性を回復させるには、現代の社会的諸関係や諸機能を形成するに至った社会的諸力を明らかにし、我々の志向や欲望の枠組みをこれに一致させる必要があるという[51]。こうした認識が生まれた背景には、大恐慌を契機として一気に加速した大衆社会への移行があった。未曾有の経済的惨禍を境に、従来の「市民社会」の自己統治能力の擬制に対する信頼は決定的に崩壊し、それまでの公・私両領域の関係についてのイメージは大きく変化した。大衆社会の平準化により個人の異質性の承認の上に築かれてきた私的領域は喪失し、生産力の飛躍的拡大やマスメディアの発達により公的領域は拡大していく。また、選挙権の拡大により大衆が政治的領域に出現することにより、個別的福祉とアナーキーの抑制が国家に期待されるようになる。このような革命的転換にも関わらず、政治的・社会的

[51] ジョン・デューイ（明石紀雄訳）「新しい個人主義の創造」明石紀雄訳・本間長世解説『アメリカ古典文庫13　ジョン・デューイ』研究社、1975年。

制度や諸観念は依然として統合化・集産化しているものと個人とを対比させる古い個人主義の原則に基づいているために、人間はいかにして再び自己を見出すか、という本質的な課題が残ったままである[52]。「赤の時代」と呼ばれた30年代においては、アメリカの自由主義を信奉する知識人の中にも共産主義への同調が見られた。だが、デューイは個人主義と自由主義を捨て去るのではなく、実際の状況との相互作用を通してそれを新たに更新すべきであると主張する。彼は、近代国家において公・私領域の峻別を可能にしてきた基盤が失われた「現実」（大衆社会）を、科学対道徳、知識対行動といった対立的二元論を超えて、公共的に捉えなおそうとするのである。

では、行き場を失った個人はどこで再び自己を見出すのか。デューイは、古い小さな共同体に対して郷愁を抱くことはない。それは慣習に封じ込められており、個人的・社会的成長のエネルギーを解放することができない。そこでデューイは、アメリカ民主主義の伝統を「個人の生き方」の問題として再解釈し、民主的共同体の構築と健全な「公衆」の「育成」を志向する。すなわち、彼は普通の人々の共通感覚や思考を信頼し、彼らの日常経験から出発して、顔なじみの人々の協同と参加によって形成される「近隣の共同体」を「公衆」の苗床として重視するのである。彼は、近隣における個人の「共有経験」を人間的な諸々の善の中でも最も優れたものとし、我々はコミュニケーションによる相互の意見交換を通じて共同体の個性的構成員になれるという見解を示す。デューイによれば、我々の個性は、自分たちを結び付けている様々な共通関心を認識し、共同体生活を築き上げるのに必要な分担活動に参加し、責任を担う過程で創られていく。「公共精神（public-mindedness）」は、こうした共同体への奉仕活動や責任分担に参与することによって育成される「個性の別名」でもある。つまり、地域共同体で展開される「親密な人間関係」の回復によってのみ、公衆は自己自身を発見し確認するという課題を解決しうる[53]、というのである。

---

[52] 同上。

[53] ジョン・デューイ（阿部斉訳）『現代政治の基礎――公衆とその諸問題』みすず書房、1969年、234頁。

デューイにおいては、「近隣の共同体」は「教育」の場である。我々は他者とのつながりを求めるように生まれついているが、共同体の構成員として生まれついているわけではない。共同体の構成員となるためには、教育を通じて自らの共同体の伝統や関心を学ばねばならない。この「教育」の役割を果たすのが人々の共通の関心を追求する協同的探究や相互のコミュニケーションである。コミュニケーションの形成は「世論」の形成を意味する。世論とは公衆が不断に探究する「公共知」である。そして、「公共知」を形成する過程においては、知は討議や説得の絶え間ない改善や専門家の貢献を経て社会的な状況に織り込まれ、一対一の人間関係の中で伝播し循環していく[54]。

このように、デューイの民主主義理論では、「個性の回復」を出発点として、協同性やコミュニケーション、対話の方法といった相互主観的な概念装置を軸に理論構築が展開される。つまり、デューイの政治哲学は、偉大な共同体、公共的関心、公衆の創造という政治的諸課題の接点を、社会的状況において生起する協同的な探究やコミュニケーションに求めている。それは、組織的な社会的探究で発揮される知性の方法やコミュニケーション行為が道具的であるだけでなく、目的的でもあることを意味する[55]。言い換えれば、デューイは民主的目的と民主的手段の一体性を、つまり民主主義の究極目的は民主主義過程自体であることを強調したのだった。近隣の共同体は、そうした民主的過程が生成する場所として想定されている。こうして公共的関心の形成を我々「公衆」の日常的課題として突きつけた点に、「ラディカルな民主主義者」としてのデューイが見出されるのである[56]。

さて、アリンスキーによるコミュニティの組織化の「哲学」は、20世

---

[54] 早川操「デューイの政治論」杉浦宏編『現代デューイ思想の再評価』世界思想社、2003年、165－166頁。

[55] デューイは代表的著作『民主主義と教育』において、「社会的個人」の「教育」は遠く離れた未来への準備ではなく外部から課されたものでもない自由で釣り合いの取れた活動（プロセス）であると述べ、知識と実践の統一を主張した。デューイ（松野安男訳）『民主主義と教育（上）』岩波文庫、第８章。

[56] 同上、167頁－168頁、加賀裕郎「リヴィジョニズムとデューイ」『現代デューイ思想の再評価』。

紀のアメリカ社会における民主主義的問題と共同体の構築をめぐるデューイの政治哲学と軌を一にしていた。まず、彼らはともに、同時期のファシズムと「リベラリズム」に明確且つ決定的な相違を認めつつ、「リベラリズム」の絶対化に警鐘を鳴らす。

デューイは、大恐慌を契機として左傾化を強めたリベラルな知識人を批判し、トロツキー擁護に情熱を振り向けた。当時のリベラル派雑誌である『ニューリパブリック』や『ネイション』に集ったリベラルな知識人たちは、政治的自由と経済的自由を切り離す観点からソヴィエト擁護の論陣を張った。そこでは、計画経済の達成しつつある経済領域での民主主義が、やがて生産力の発展にもとなって政治における民主主義を実現するであろうと論じられた。人民戦線のイデオロギーは、リベラルな知識人の理想主義と労働者階級への罪の意識を目覚めさせ、アメリカの「赤い30年代」を牽引した。こうした動向に対して、デューイは一貫してアメリカのリベラリズムが歴史的相対性の感覚を失っていると批判する。リベラリズムは、歴史的分析の視点を自らに適用することを思いつかなかったという点で、マルクス主義と矛盾しない[57]。したがって、彼は相対化の契機を「コミュニティ」を起点とした「過程としての民主主義」に求めたのだった。一方、アリンスキーは生涯、自らを「反ファシスト」と名乗り、大恐慌を境に周辺化されていく人々のエンパワメントの方法として、人々の政治への実質的な参加の確保を目指す。彼は実践の過程で、リベラルな政治経済制度が人々の政治的自由を奪っていることを激しく批判し、「エンパワー」の対象を、経済的自由を享受しつつ政治的自由の意味を忘却していく「境界線」の人々へと拡大する。

アリンスキーは、組織化の役割を「デモクラシーの社会における、自由な市民の遺産である責任、強さ、そして人間の尊厳を所有する人間のあり方を忘却し、未来に何の関係もない社会的なロボットとしか自らを意識できない人々の感覚を打ち破ること」とし、「「人々の組織（People's Organization）」を通してのみ、それが可能である」と述べる。そして、「民主主義とは行動様式であり、ゼリーのように「保存された（preserved）」

[57] 森田尚人「デューイ民主主議論再考――反スターリニズム左翼の可能性」『現代デユーイ思想の再評価』。

定型句ではない、それは過程（process）である」[58]という。アリンスキーは、自治や自発的結社の自由を保障する国家のありようを肯定したうえで、「エンパワメント」を通して、侵食されていく人々の連帯意識を再構築することを組織化の「目的」としたのだった。こうしてデューイとアリンスキーは、社会諸制度の革命的変化ではなく、大衆社会の「見えない」構造体に公共意識を吹き込む新たな「（教育的）共同体」として「近隣コミュニティ」を位置づけるに至る。

ここから敷衍して、アリンスキーによるコミュニティの組織化「哲学」が有する現代的意味が明らかとなる。彼は、個人と社会の問題を思想体系的に論じることはないが、組織化の実践を通して人々の共同生活が依拠している行動様式（制度）の大きな欠落を発見し、そうした「欠落」を埋める鍵を「公衆」に求めた。では、「公衆」はいかにして創出されるのか。アリンスキーは、その答えを地域コミュニティにおける自治と結社の機能回復に加え、巨大権力に対抗的な「人民権力」の確立とそれを支援する「オーガナイザー」に託した。アリンスキーの眼から見たアメリカの福祉国家化のプロセスは、多くの人々の周辺化と広範囲に渡る依存関係を作り出しながら権力の中央集権化を強化し、あらゆる集団や組織の利益を国家の一部として制度化するものだった。こうした中で、人が自由であるための日常的な参加や相互的コミュニケーションは、社会の「民主化」を進める力の基礎となる。地域「コミュニティ」という範域での活動の中で、「個人」は自己利益の正当化を超えて、他者との協同に基づく「啓蒙された自己利益（enlighted self-interest）」を見出すのである。

だが、それは「組織化」が他者の自由を奪う力から自由であることを意味するものではない。「オーガナイザー」は、そうした「権力」の陥穽を自覚したうえでなお不断の参加と討論に基づく「権力」創出にコミットし、国家権力による合理化への対抗軸及び人々の連帯可能性を模索するのである。彼らは専門家でも聖職者でもない。彼らは、公的生活を求め、その実現方法を「学んだ」「普通の人々」である。その意味で、アリンスキー「哲学」における「民主化」の核心は、「オーガナイザー」の教

[58] Saul D. Alisnky, *Reveille for Radeicals* (New York: Vintage Books, 1989), p.47.

育と養成にあるといっても過言ではない[59]。

こうした特徴は、トクヴィルやデューイとの連関を越えて、近年の「参加の衰退」論と危機感を共有するばかりでなく、代議制デモクラシーを前提とした主流リベラリズムに対抗する参加デモクラシーの理論と実践の課題を示唆するものであろう。事実、70年代以降の公共の復興という課題を前に、たとえば共同体論者の間で「コミュニティ・オーガナイジング」は一定の地理的範域に根拠を置きつつ社会経済的開発を牽引する活動として注目されている[60]。その一方で、アリンスキーの実践哲学における「オーガナイザー」の教育や「代表制」の採用は、熟議や決定、行動についてコミュニティの各構成員にかかる負担に配慮するとともに、大規模大衆社会における「民主主義の行きすぎ」を抑制するものでもある。現実の運動の実践は、「公共空間」の可能性と困難性の両方を示唆しているといえるのかもしれない。

結語

トクヴィルの慧眼は、アメリカの現実から自由主義と民主主義の両立

---

[59] 管見の限りでは、「オーガナイザー」の教育や養成活動の具体的な実態に関しては、日本はもとよりアメリカにおいても体系的に明らかにされているわけではない。以下の著作は、「コミュニティ・オーガナイザー」として活動する「普通の人々」の動機や実践を紹介している。Kristin Laying Szakos and Joe Szakos, *We Make Change: Community Organizers Talk About What They Do, and Why* (Nashville: Vanderbilt University Press, 2007.)

[60] たとえば、主流のリベラリズムに対して共同体主義を提唱するマイケル・サンデル（Michael Sandel）は、すべての所得層の人に共通の体験を提供し、市民性を涵養する担い手の一つとしてコミュニティ・オーガナイジングを挙げている。マイケル・J・サンデル（金原恭子・小林正弥監訳『民主政の不満――公共哲学を求めるアメリカ　下』勁草書房、2010年。

なお、ロバート・ベラー（Robert Bellah）らは、近代における公共的な世界の課題を論じたアメリカの代表的思想家の一人としてデューイを挙げている。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、2000年。

を理論化した点にある。19世紀前半の世界では、民主主義は「衆愚政治」「暴徒の政治」の別名として、否定的な意味合いを含んでいた。だが、トクヴィルは、アメリカの一般民衆がいきいきと営む政治的実践に、イデオロギー的に否定的含意を持つ「民主主義」の積極的意義を見出した。トクヴィルにおいて境遇の平等、人々の自治への参加と捉えられる「デモクラシー」は、宗教的自由や経済的自由、代議制や政党制といった自由主義的な政治制度と調和しながら発展していく原理であった。

もちろん、それはアメリカ人がデモクラシーのとりうる唯一の政治形態を発見したというものではない。アメリカとフランスで法と習俗を創りだす源は同じである。それにもかかわらずフランスのデモクラシーは何の支えもなしに無秩序な情熱に身を任せており、対照的にアメリカではデモクラシーの原理が自由に成長し、平穏に展開している。トクヴィルは、『アメリカの民主主義』を著す目的は、アメリカの事例を人間にとって有益なものとしたうえで、アメリカ人がデモクラシーを運用するのに予めどんな注意を払い、どの点では注意が足らなかったかを研究し、それが社会を統治するに至った原因を究明すること[61]にあるという。つまり、トクヴィルの考察の最大の動機は、デモクラシーに何を期待すべきか、何を恐れるべきかを知る[62]ことにあった。

アリンスキー「哲学」は、自由主義と民主主義が調和的に発展し得ない現実から出発した。20世紀前半の産業化・都市化、それに伴う福祉国家化の進展は、構造的抑圧や社会経済的不平等といった民主的諸問題を生み出したが、その是正に関して、自由主義的制度や価値はむしろ足枷になっていた。アリンスキーは、ニューディール以降の政治経済体制において政党や社会事業を担う集団の政治がエリート中心のものとなり、一般民衆から遊離しがちであることに厳しい批判の眼を向け、「組織」による「権力」の確立を志向する。そしてそれは、アメリカ建国時代にまで遡る「論理」と、忍耐強い説得を必要とするものであった。人々が実際に「権力」を持つということ、それを「支援する」ことは、アメリカにおいて非常に論争的な側面を持っているからである。

---

[61] トクヴィル、前掲書、28頁。

[62] トクヴィル、同上、同頁。

そもそも、アメリカの連邦憲法には、中央政府の諸権限を可能な限り制限する意図と強力な権力中枢を確立する試みの二つが共存していた。前者は、地方自治を中心とした市民による参加的実践と国家規模の政治はそもそも和解し得ないことを前提に、中央政府の諸権限を連邦憲法に列挙されている諸権限の枠内に厳しく限定することを求め、ジェイムズ・マディソン（James Madison）とトマス・ジェファソン（Thomas Jefferson）によって組み入れられた。後者は、憲法は政府の諸権限を制限するという考え方を受け入れながらも、植民地社会が決定的に欠いていたものは強力な権力中枢、中央政府であることを前提とし、アレクサンダー・ハミルトン（Alexander Hamilton）によって展開された。両者の論争の根底には、アメリカ革命のプロセスにおいて現出した「市民」と、新たな「政府」の創出を提起した権力の所持者たちとの間の適切な関係をめぐる緊張があった。人民主権に積極的意義を認めていたジェファソンですら、「民衆の情念」の抑制を意識し、直接的に民主主義という用語の使用を避けている。アメリカにおける権力拡大の論理は、こうした広範な権力概念の正統化をめぐる歴史と不可分である。

では、この種の「権力」にとって市民参加はどの程度必要とされるだろうか。政治理論家シェルドン・ウォリン（Sheldon S. Wolin）は、アメリカにおいては建国初期の「分裂した」市民概念が連綿と受け継がれたために、近代的権力への挑戦に資するような市民像が生成しなかった、という[63]。「市民」の自己像は、投票行動に限定された代議制的な市民概念と、市民のあり方を自治への直接的な参加として捉えてきた民主主義的な市民概念との板ばさみになった結果、正統化の一過程の表現でしかなくなってしまった。ウォリンによれば、ニューディールを起点とする国家権力の拡大過程において、アメリカの主要な制度はその精神・機能・目的について反民主主義的になっており、大きな構造的変化を遂げている。ここで強調される問題は、国家と市民社会の統合が「合理化」（官僚制）を通じて行われてきたこと、それが市民を巨大国家に順応させる意図を持っていたことである。とりわけ80年代以降においては、私的セク

[63] シェルドン・S・ウォリン（千葉眞・斎藤眞・山岡龍一・木部尚志訳）『アメリカ憲法の呪縛』みすず書房、2006年。

ターが公的機能や責任を請け負う仕組みが奨励され、「社会の中への政治の拡散」という事態が生じた。ウォリンは、公的なものと私的なものとの相互浸透の基盤の下に生まれた新しい権力システムを「巨大国家（megastate）と呼んでいる。民衆は、この巨大国家の権力に参加することはもはや困難である。「それがわずかでも民主化される可能性があるとすれば、そこには、権威を握る人々を受動的に支持する以外のなんらかの行為をすることによって、自らの公的役割を遂行していく市民たちが必要になる。」[64]（傍点筆者）

アリンスキーは生涯「活動家」として生きた。そのため、彼の「哲学」を規範的な民主主義論として評価することは困難である。だが、アリンスキーが実践を通して克服しようとした問題は、まさにウォリンが提起した「巨大国家」の反民主性であり、それに対抗しうる「市民」の構築を目指したことは明らかである。アリンスキーは、自由民主主義の諸制度の枠組みの中で「デモクラシー」の補完と具現化を志向し、相互性を根拠とする「権力」の具現化・言説化とその「正統性」を模索したのである。

近年のアメリカの社会運動史においては、60年代以降の「権利革命」の端緒がすでに30年代の労働運動にあるとする見方が主流である。こうした歴史解釈に立つならば、30年代に、「組織」を「権力」の源泉として秩序転換の主体とする運動が存在したことの意味は大きい。事実、国家的危機の中で認められた権利の拡充が現実社会の差別的構造の緩和に寄与していないのは明らかなのであり、とりわけ組織化の困難な貧困層が政治社会においてさらに周辺化されていく傾向はむしろ拡大している。アリンスキーの「哲学」は、こうした現代的状況を見通し、不断に創出される「他者」と「自己」の境界線を乗り越えていく「運動」のあり方を示唆するものであろう。もちろん、それはアメリカの政治文化（あるいは自己満足的な国民史観）を批判的観点から検討する思想的契機の存在を示している。コミュニティ・オーガナイジングのその後の展開は、こうしたアリンスキーの思想を出発点として理解しうるものなのである。

[64] 同上、246－247頁。

論　　説

中国の民事裁判における当事者の地位に関する考察（３・完）

―― 処分権への制限を手がかりに ――

王　　冊

目　次

はじめに
第１章　中国民事訴訟法における処分原則の概要
第２章　処分原則の形成史と母法　（以上64巻４号）
第３章　訴訟における処分原則の実態　（以上64巻５号）
第４章　制度の評価と改革をめぐる議論　（以下本号）
　第１節　制度の評価をめぐる議論
　　１　処分権制限肯定説
　　（１）国家、集団と他人の利益保護の必要性
　　（２）裁判権優先の必要性
　　２　処分権制限の目的
　　（１）真実究明に寄与
　　（２）法院の権威を高める
　　（３）司法コストの軽減
　　（４）訴訟の悪用防止
　　（５）当事者間の武器平等確保
　　（６）当事者の訴訟遂行能力補充
　　３　処分権制限否定説
　　（１）私的自治の尊重
　　（２）裁判権の制約
　　（３）手続における当事者の主体的地位
　　４　処分権制限のディメリット

（１）真実究明に寄与しない
（２）法院の権威を高めることにつながらない
（３）司法コストの軽減にはらない
（４）訴訟の悪用防止に役立たない
（５）根拠ない当事者間の武器平等確保論
（６）当事者の訴訟遂行能力補充への反論
第２節　制度の改革をめぐる議論
１　解釈論としての改革案
（１）釈明権制度の確立と強化を主張する学説
（２）協同訴訟モデルの創出を主張する学説
２　立法論としての改革案
３「民事訴訟法典学者改正建議稿（2005年）（2007年）」
４　立法者による改革、改革案
（１）「中華人民共和国民事訴訟の改正に関する決定（2007年）」
（２）「中華人民共和国民事訴訟法修正案（草稿）（2011年）」
５　小括
第３節　2012年民事訴訟法改正
１　改正の経緯と主な内容
２　新民訴における処分権の位置づけ
３　小括
むすび
１　処分原則からみた中国の民事裁判の特徴
（１）この特徴はどこからきたのか
（２）なぜこの特徴が維持されてきたのか
２　処分権への制限は維持されていくのか

第４章　制度の評価と改革をめぐる議論

第３章では裁判例を通して中国における処分権制限の実態を確認した。本章では処分権に対する制限の可否をめぐる学界の議論状況を紹介し、制限肯定派と制限否定派の対立構造を描き、それぞれの立論の根拠を整理する。

第１節　制度の評価をめぐる議論

１　処分権制限肯定説

中国の民事訴訟法学では処分権が一定の制限を受けることこそが、中国民訴法の特色であるとして、これを肯定的に評価する立場がなお有力である。法院による当事者の処分権への介入は、おもに以下二つの方向から根拠づけられている[1]。

（１）国家、集団と他人の利益保護の必要性

処分権への法院による実質的な制限を積極的に評価する楊栄新氏や劉家興氏らは、処分権への国家介入こそ社会主義中国民訴法の特色であると主張している[2]。その特色とは当事者が処分権を行使する際、①法律に違反してはならない、②国家、社会、集団、その他の市民の合法的利益を侵害してはならない、②国家（法院、検察院）が当事者の訴訟行為に対して監督を行う点にあるとされる[3]。処分権への制限は「社会主義民主と適法性の要求であるのみならず、国家利益と人民の合法的権利利益の維持に必要である」とされている[4]。制限の具体的な現れとして、法院の審理範囲は当事者の請求に拘束されない、当事者が訴えを取下げる際、法院による裁定を受けなければならないという点が代表的である[5]。

---

[1] この二つの根拠の関係とは、対立関係ではなく、単に理由付けとして二通りがある。

[2] 1982年民訴が公布された後に出版された教科書では、すべてこのような見解をとっている。さしあたり、法学教材編集部『民事訴訟法教程』（法律出版社、1983年）97頁以下を参照されたい。また、論文としては、呉振海＝鄭学林「談談民事訴訟的処分権原則」法律適応1988年４期５頁、陶秉権「対我国民事訴訟中処分原則的探討」西北政法学院学報1985年１期49頁、がある。なお、当事者処分権への制限を批判する張衛平も訴訟への国家介入は「ブルジョア国家民訴との最大の区別であり、中国の特色である」と指摘する。張衛平『転換的邏輯〔修訂版〕』（法律出版社、2007年）155頁。

[3] 劉家興編『民事訴訟法学教程』（北京大学出版会、1994年）67－68頁。

[4] 劉家興編・前掲注３、67頁。

[5] 処分権制限の詳細について、拙稿「中国の民事裁判における当事者の地位に関する考察（１）」北大法学論集第64巻第４号（2013年）121頁以下を参照されたい。

処分権制限論者らは、多くの場合はブルジョア法との対比から、処分権制限の正当性を語っている。すなわち、「ブルジョア法は『私的自治』によって処分権を解釈している。彼らは『私権』を神聖不可侵と認識し、当事者の『私権』と『私権』を保護する訴訟手段も当然ながら自由に処分できるとするが、我々はそれに賛成しない。民事訴訟では、多くの場合は当事者が自由に自分の権利を処分できるが、しかし他方では各権利主体の民事権利は国家、集団と他人の権利とは緊密にかかわっているため、［牽一髪而動全身（ごく小さいな部分を動かしても全局面に影響が及ぶ）］という状況がある」[6]とされる。そもそも中国の民事法学理論は、レーニンの「私法も公法の領域」や「民事紛争は私的紛争でない」という認識に依拠しているため、「国家が民事法律関係に介入するとすれば、民事法律関係を保護する民事訴訟法律関係についても当然介入を行う。これはプロレタリアート法学の必然な結論である」とされている[7]。

（２）裁判権優先の必要性

中国では、当事者の処分権について、しばしば「裁判権」との関係という枠組において議論が展開されている。ここではまず中国法における「裁判権」の概念を確認しておく。日本法における裁判権とは、主に判決が及ぶ範囲に関連する問題であり、たとえば宗教団体の内部紛争まで裁判の射程におくべきかという類の事項である[8]。それに対して、中国の「審判権」とは、以下二つの内容より構成されている。一つは、裁判を

---

[6] 陳彬「浅談処分原則的幾個問題」河北法学1985年５期29頁。

[7] 陶秉権・前掲注２、47－48頁。ちなみに、中国においてレーニンの法学理論は以下のように紹介されている。1922年ソビエト連邦社会主義共和国民法典を制定する際、レーニンは以下のように指示したとされる。「我々はいかなる『私人』的ものを認めない。我々からみれば、経済領域の中の一切は公法範疇に属し、私人のものなどではない。したがって、国家は『私法』関係に対する介入を拡大しなければならない」（同上）。なお、中国におけるレーニンの私法思想の展開について、王建国『列寧司法思想研究』（法律出版社、2009年）126頁を参照されたい。

[8] 日本の審判権に関して、さしあたり、高橋宏志「審判権の限界」『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（ジュリスト増刊）（有斐閣、1998年）20－23頁参照。

行う際に法院の訴訟指揮の権限を指しており[9]、日本法的に訳すと訴訟進行における裁判所の主導権を認める職権進行主義に類似するものである。もう一つは、個別事案について、法院が当事者の判断を待たず、場合によって当事者の判断を無視し、本来当事者が処分すべき事項まで法院が判断し行動する権限、言い換えれば当事者の訴訟遂行に介入する権限である[10]。

このような「裁判権」、特に二つ目の「裁判権」と処分権との位置関係について、二つの学説が存在する。すなわち、一つは裁判において、法院の「裁判権」と当事者の処分権とは、同じ次元に存在し、その関係は対立し合い、押し合いの状態にあると理解する説である[11]。もう一つは、民訴法の条文13条の解釈に示されているように、当事者の処分権の行使は「法律が規定する範囲内」とされているため、「裁判権」は常に当事者の処分行為が合法か否か、ひいては有効か否かを審査する立場にあり、当事者の処分権に対して、「裁判権」は上位にあるとする説である[12]。当事者の処分権には制約があるとする根拠について、前者の学説では、法院は訴訟法の任務を達成し、裁判活動を順調に行うために当事者の処分権を制限し、裁判権を優先させるべきと説かれ、裁判権優先説（通説）と呼ぶことができる。後者の学説は当事者の処分権の範囲はどうであれ、民訴法の構造上は裁判権が上位であるがゆえに処分権は常に制限されていると説かれ、裁判権上位説と呼ぶ。

2　処分権制限の目的

処分権の制限をポジティブにとらえる学説は、処分権を制限することによって具体的に以下のようなメリットが得られると主張している。

---

[9] 法学教材編集部・前掲注２、65頁以下参照。

[10]「裁判権」を訴訟への国家介入であると認識する学者が少なくなく、「裁判権（国家介入）」という表記方がよく使われているのがその証拠であろう。さしあたり、毛静静「論我国当事者処分権与法院審判権的関係」甘粛政法成人教育学院学報2004年３期71－73頁。

[11] 陳彬・前掲注６、29頁以下。

[12] 楊栄新『民事訴訟法学』（中国政法大学出版社、1997年）100頁。同『民事訴訟法教程』（中国政法大学出版社、1991年）63頁。

（１）真実究明に寄与

中国では、少なくとも建国して以来、司法活動の指導的な原則として［実事求是（事実にもとづいて真理を求める）］と［有錯必糾（間違いがあれば必ず正す）］が挙げられている[13]。中国の訴訟理論では裁判が公正とされるための必須条件の一つとして、客観的に真実そのままに事件の事実関係を再現し、争いのある事実について正確な認定を行うことが挙げられている[14]。こうした裁判モデルは、当事者が請求しない事項について法院が触れてはならない裁判モデルと相容れないことは多言を要しない。また、間違いがあれば必ず正すことを裁判の原則に据え置くことは、たとえば上訴審の範囲は当事者の請求に拘束されることと相容れないのも明らかであろう[15]。したがって、当事者の処分権を全面的に認め、制限を解除することは、司法活動の指導的な原則を真っ向より否定することとなるがゆえに、現行裁判制度の整合性を維持するためにも許されない。

（２）法院の権威を高める

中国の裁判では、裁判官が受動的に当事者の請求についてのみ審理することは、しばしば［官僚主義（現実とかけ離れ、大衆から遊離し、大衆の利益を念頭におかず、命令や指示を出すだけで調査研究をしない仕事ぶり）］や［座堂問案（法廷に座ったまま事件を処理する）］と批判される。その理由とは、①「中国人は意識的、無意識的に司法機関というものは、事件の客観的な真実にもとづいて事案を処理すべきである」[16]と

---

[13] 何永軍『断裂与延続――人民法院建設（1978 ～ 2005）』（中国社会科学出版社、2008）138－139頁。

[14] 鈴木賢「中国における民事裁判の正統性に関する一考察――民事再審制度を素材として」小口彦太編『中国の経済発展と法』（早稲田比較法研究所、1998年）396頁。

[15] ［実事求是］や［有錯必糾］という指導的な原則が、当事者の処分権の行使と衝突すると批判する論考が多数あった。さしあたり、章武生「論民事再審程序的改革」法律科学2002年１期107頁、同「我国民事再審程序之検討与重構」湘江法律論評４巻（2001年）297頁以下、景漢朝「我国伝統審判方式之検討」『中国司法改革策論』（中国検察出版社、2002年）106頁以下。

[16] 鈴木賢・前掲注14、397頁。

考えていること、②法院は自ら積極的に「事件の客観的な真実」を探し出すべきと考えているからであると説明される[17]。こうした背景のもとで、当事者の処分権の尊重という建前をつらぬいて、法院が積極的な介入を取りやめれば、法院の権威が落ちるという批判がある[18]。中国の法ないし法院の権威調達の特徴について、鈴木賢氏は以下のように指摘する。すなわち「西洋型の法では、法技術的な囲い込みが社会的尊重を獲得し、権威あるものとされてきるのに対して、中国法ではあえて法独特の思考を採らずに、日常感覚をそのまま法の世界にも持ち込むことで、逆に法の権威を保持しようとしている」[19]。

（3）司法コストの軽減

当事者の処分権を制限し、法院の積極的な介入による紛争の一括処理は法院のみならず、当事者にとっても負担軽減につながり、双方の利益となるという主張がある。これは主に、当事者の請求範囲に対する法院の恣意的な修正と取下げへの制限という二つの事項に関する議論である[20]。つまり、当事者の請求が不完全であったことに起因する後の別訴

---

[17] 中国では、建国前の根拠地時代よりも裁判官が客観的・全面的に調査研究し、事件に関わるすべての証拠を収集すべきとされ、その伝統はいまだに推奨されている。武鴻雁「中国民事裁判の構造変容をめぐる一考察――『馬錫五裁判方式』からの離脱のプロセス」ジュニア・リサーチ・ジャーナル（北大法学研究科）11号（2005年）81頁以下。ちなみに、こうした法院の積極的な行動の根拠について、裁判官の自由裁量権に由来するとする主張がある。婁正前『訴求与回応：当今中国能動司法的理論与実践』（法律出版社、2011年）39－42頁、李輝『論司法能動主義』（中国法制出版社、2012年）220頁。

[18] 劉政「我国能動司法若干問題的思考」法学論壇2012年１期77頁。林一「提高司法公信力」今日浙江2005年18期36頁。また、処分権を重視するがゆえに、当事者に実質救済の提供を拒めば、被害者を司法に失望し、遵守よりも法を違反する道を選ぶことになるという指摘もある。彭世宇「対司法権威流失現象的反思」最高人民法院司法改革領導小組『司法改革与中国国情研究』（人民法院出版社、2010年）131－143頁。

[19] 鈴木賢「〔書評〕変わらぬ中国法の『からくり』――高見澤磨『現代中国の紛争と法』」体制転換と法創刊号（2000年）112頁。

[20] 呉暁煒「論民事訴訟当事者的処分権及其制限」法制与社会2007年５期229頁。

提起、取下げした後の再訴提起は、訴訟資源の浪費と見なされ、「効率を高める」視点からも、法院の積極的な介入が必要という主張である。2001年より、訴訟件数の爆発的な増加に対応して、最高人民法院長官である肖揚氏が、裁判をより「効率的に」行うことが法院の一つの目標として掲げられるよう指示した[21]ことも、当事者の処分権に対する法院の介入に拍車をかけた。また、法院による処分権への介入はむしろ［便民（人民に便宜を図る）］の一環として語られていることも注目に値する。

（４）訴訟の悪用防止

中国の民事訴訟では、「訴訟詐欺」が問題とされている。「訴訟詐欺」とは、不法の目的を実現するためのいわば訴訟悪用である[22]。たとえば、財産の強制執行から逃れるために、別訴をでっち上げ故意に敗訴することによって資金を転移するなどである。または、多数当事者訴訟の場合、当事者間が悪意により通謀しほかの当事者を落とし入れるのもこれに当たる。陳桂明氏は処分権制限をすべきでなく、当事者主義の徹底を主張しているにもかかわらず、「訴訟詐欺」の防止のためには一定範囲内において処分権の制限もやむをえないと指摘している[23]。また、この論者は、「訴訟詐欺を再審によって正すことはできるが、しかし再審手続を行うことは司法資源の浪費だけでなく、判決の安定性をも損なう」と指摘する[24]。したがって、法院は「訴訟詐欺」が起きないように、訴訟について当事者に任せきるべきではなく、積極的な介入が望ましいとされるのである。

---

[21] たとえば、2001年に肖揚（当時の司法部長）は「公正と効率は、21世紀人民法院活動の中心である」と主張し、その後、裁判の効率化も法院活動を評価する項目となった。金俊銀＝呂方＝陳海光「論法院公正与効率主題創世紀司法与審判新貌――最高人民法院‘公正与効率世紀主題論壇’綜述」法律適応2002年１期37頁以下。

[22] 魯千暁＝呉新梅『訴訟程序公正論』（人民法院出版社、2004年）106－107頁。

[23] 陳桂明＝李仕春「訴訟欺詐及其法律控制」法学研究1998年６期125。陳桂明『程序理念与程序規則』（中国法制出版社、1999年）113－135頁。

[24] 陳桂明・前掲注23、113頁。

（5）当事者間の武器平等確保

80年代までは民事裁判とは家事事件や個人間の紛争が主であったが、改革開放以来は裁判の対象が拡大し、また様々な新しい紛争類型が現れ、紛争はますます多様化、複雑化した。とりわけ、個人と大企業のような、当事者の訴訟能力が釣り合わない場合は、法院は裁判において、一方当事者の処分権を制限することによってより実質上の平等をはかるべきであるという主張がある[25]。この論者の特徴は、処分権の価値を否定するわけではないものの、弱い当事者を保護するために、処分権が制限されることである。

（6）当事者の訴訟遂行能力補充

法院による当事者の訴訟行為への積極的な介入の正当性について、しばしば当事者の法律知識が乏しく、法院が積極的に介入し当事者の利益を保護しなければならないとされている。たとえば、当事者が反訴できることを知らずに反訴を提起しなかったり、当事者が損害賠償のほかに違約金も請求できるのに請求しなかったりする場合には、「当事者が不当に処分権を行使して、自身の利益を損害することとなる」[26]という指摘がある。

当事者は法律について一定の理解があっても、状況によって誤った行動を取り、自分の利益を損なうことがあり、処分権について制限を設ければこのような事態を防げることも処分権制限の一つのメリットとされている。それを説明するために、次の例が挙げられている。Ｘは夫Ｙによる家庭内暴力に怯えて、離婚訴訟を提起した。Ｘは自分に財産を分割する権利があり、子供の養育費を請求できる権利があると知りながらも、一日も早くＹと関係を絶ちたいため、それをすべて放棄する旨を法院に伝えたが、法院はそのような処分権の行使はＸ自身の利益を損なうとして許可しなかった。「法院はＸの請求にしたがって判決すれば簡単だが、（Ｘの処分権を制限し）Ｘの財産分割と子供の養育費の請求などの合法

[25] 何文燕＝廖永安『民事訴訟理論与改革的探索』（中国検察出版社、2002年）52－53頁。

[26] 陳彬・前掲注６、31頁。

的な権利利益を保護しなければならない」[27]。

３　処分権制限否定説

市場経済への転換にともない学界でも処分権への制限を批判的に見る見解が、いまだ少数とはいえ現れている。処分権制限否定説は概ね以下のような根拠にもとづいて展開されている。

（１）私的自治の尊重

中国は改革開放をして以来、既に計画経済から社会主義市場経済への変身を成し遂げた。市場経済とは、意思自治の経済方式とされ、当事者の法的関係は契約関係であり、「意思自治」は法律上の必然的な結果であるとされる[28]。このような背景では、法律制度は計画経済体制から生まれ変わるべく、市場経済が要求する意思自治を貫徹しなければならない[29]。司法における意思自治の現れとは処分原則であり、当事者は民事訴訟において自主的にその訴訟権利を処分する権限があり、法院はそれについて介入を加えることができない[30]。

民訴法研究会会長でもある張衛平氏は私法と民事訴訟法との関係について以下のように指摘し、処分権への制限の問題点を指摘した[31]。調整すべき社会関係の性質によって私法は平等と自由意思を核心的理念とした。訴訟法は私法で定められる権利を実現する方法であるがゆえに、訴訟進行上当事者による訴訟権利への処分が尊重される。当事者が自己の訴訟権利に対する自由支配がなければ、民事主体が民事実体権利への自由支配も実現しえない。平等な民事主体間の紛争について、法院がいわゆる「社会正義の実現」や「国家、集団と他人の利益の保護」などを意識し、当事者の処分権を制限し本来当事者の権限に属すべき事項にまで介

---

[27] 陳彬・前掲注６、31頁。

[28] 江平「市場経済和意思自治」『江平文集』（中国法制出版社、2000年）178以下。文琦「意思自治与市場経済」当代法学2001年12期18頁。黄谷秀「意思自治与市場経済」湘潭師範学院学報（社会科学版）23巻６期（2001年）52頁。

[29] 江平・前掲注28、189頁。

[30] 江平・前掲注28、187－188頁。

[31] 張衛平「民事訴訟処分原則重述」現代法学23巻６期（2001年）93－94頁。

入すれば、民事訴訟がイデオロギー裁判になりかねない。

このように、江平氏らが唱える私的自治尊重説は、制限肯定派による「国家、集団と他人の利益保護説」を否定する学説である。つまり、民事訴訟で争われるものは「私的権利」であるゆえに、自由的な処分が認められるべきであるというのである。

（2）裁判権の制約

処分権の制限を批判する学者らは、法院の裁判権と当事者の処分権との関係について、「法院の裁判権は当事者の処分権に厳格に拘束され、逸脱について常に厳しくチェックされなければならない」と主張し[32]、むしろ当事者の処分権によって法院の裁判権の運用に合理的な制約を及ぼすことを期待する[33]。また、処分原則は法官にも制約の効用が働き、訴訟における法官が中立と公正な立場を保つためには有用であるという指摘もある[34]。これは処分権制限支持論者による「裁判権優先説」と「裁判権上位説」に対する批判とみてさし支えない。

処分権の制限を批判しその廃止を訴える論者らは以下のように指摘する。裁判権と当事者の処分権を同じ次元にあるものと認識し、「裁判権優先説」を説く制限支持論者に対して、裁判権と処分権の関係とは、処分権を拡大すれば裁判権が萎縮するのではなく、処分権が裁判権を合理的に制約することによって、法院による恣意的な行動が制限され、法院の中立的な地位が保たれるという[35]。また、裁判の構造上では裁判権が

---

[32] 何文燕＝廖永安・前掲注25、51－55頁。

[33] 江偉編『民事訴訟法学原理』（中国人民大学出版会、1999年）316－319頁、盛勇強「当事人処分原則」金長栄編『民事訴訟証拠規則応用能力培訓読本』（法律出版社、2004年）17－18頁。

[34] 陳光中編『中国司法制度的基礎理論問題研究』（経済科学出版社、2010年）516頁、執筆＝張健偉。

[35] 何文燕＝廖永安・前掲注25、51頁以下。法院の中立的な立場の重要性について、張衛平氏は以下のように指摘する。「法院が職権で手続を開始することで、訴訟における当事者間の訴訟遂行に関する権利のバランスが崩される。そして、法院が中立性を失う。中立性は裁判の命であるため、中立的な裁判ができなければ、その裁判は公正な裁判とは呼べない」。張衛平＝李浩『新民事訴訟法原

常に処分権を制限する「裁判権上位説」に対して、当事者の訴訟権利と法院の裁判権限との関係では、当事者の訴訟権利が基礎と前提であり、法院の裁判権は当事者が訴訟権利を行使するために発動、配置、設定、運用されるべきであると説く。処分権よりも裁判権を上位に据え置き、法院による当事者の処分権への介入を許すことは本末転倒である[36]。王福華氏は、「そもそも手続とは、（法院と当事者の）役割分担（訴訟における地位）を決めるシステムであり、手続参加者がいったん自分の地位につけば、各自に役割を果たし互いに協力または牽制する関係にある。そうすれば恣意的な空間が自然に圧縮される」と指摘したうえ、裁判権の作用とは「終始当事者が訴訟権利の行使を保護することを徹底することにある」と指摘する[37]。

法院の介入によって制限される処分権について、劉学在氏は「非拘束的処分権」と呼び[38]、張衛平氏は処分権の「非原則」「半睡眠」と批判し[39]、廖中洪氏は処分権を制限すること自体が処分権の価値に対する否定であり、制限された処分権はそもそも処分権と呼ぶに値しないと痛烈に批判している[40]。

裁判権制約説とは、処分権制限肯定派による裁判権優先説に対するものである。法院は当事者の処分権によって制約されるべきとする点、またそれに力点を置き、当事者の処分権への制限をやめるべきと訴えた点は、極めて西洋法寄りの発想にもとづいており、注目に値する。

（３）手続における当事者の主体的地位

中国の民事裁判進行のあり方の特徴は職権主義的であるといわれ[41]、

理と適用』（人民法院出版社、2012年）30－31頁。

[36] 湯維建「市場経済与民事訴訟法学的展望〔上〕」政法論壇1997年１期82頁。

[37] 王福華『民事訴訟基本結構』（中国検察出版社、2002年）53頁。

[38] 劉学在「我国民事訴訟処分原則之検討」法学評論2000年６期71頁。

[39] 張衛平・前掲注31、89頁。

[40] 廖中洪『中国民事訴訟法程序制度研究』（中国検察出版社、2004年）84頁以下。

[41] 中国民事裁判における職権主義的進行について、さしあたり、王韶華「試析民事訴訟中超職権主義現象」中外法学1991年２期17－20頁、王亜新『中国民事裁判研究』（日本評論社、1995年）７－38頁、がある。超職権主義のもとでの処

訴訟における当事者の地位について常に軽視ないし無視されてきた。その一つの現れとしては、旧民訴法〔試行〕（82年公布）では、そもそも民事訴訟法の目的について人民法院が正確に裁判権を行使することを保障するためであることが明記され（第２条）、当事者の訴訟権利については一切触れていない。しかし、91年旧民訴法は、任務に関する条文では、裁判権に関する記載の前に、新たに「当事者の訴訟権利の行使をする（２条）」と書き加えられた。学界における指導的な民訴法学者である江偉氏は、書き足した内容について、訴訟における当事者の主体的地位が確認され、「法院による不適切な職権的介入を弱め、当事者の訴訟権利を保護し、民事訴訟法を当事者主義的に推し進める上で、重大な意義があった」と評価していた[42]。しかし、本格的に訴訟における当事者の地位について考えるきっかけを提供したのは、台湾の民訴法学者邱聯恭氏であった。

1993年に邱聯恭氏が、論文を介して台湾の社会、政治、経済の変容に対応するために、台湾民訴法の訴訟審理に関する原則を調整する必要が差し迫っていると主張した[43]。処分権主義[44]について、当事者の処分権を

分権について、王韶華氏は、処分権の行使が「法律の範囲内」と規定する条文について、「法律の範囲内」は不明確であるゆえに、結果的に「法院が当事者の一切の（当事者による）処分行為について介入を行うこととなり」、当事者が提訴した後、「彼らは自己権利を行使する主導性を失う。一切についてすべき法院が決定することは、事実上当事者が民事権利と訴訟権利の行使の干渉と妨害にほかならない」（同上、17－18頁）。

[42] 江偉＝趙秀挙「評民事訴訟法的修訂及其主要缺陥」湘江法律論評４巻（2001年）154頁以下。

[43] 邱聯恭「程序選択之法理――著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法学」（初出：法学論刊151期（1993年）、民事訴訟法研究基金会編：民事訴訟法之検討（四）（1993年））、同「処分権主義、弁論主義之新容貌及機能演変――著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相関理論背景」『程序選択権論』（国立台湾大学法学叢書126）（三民書局、2000年）79頁以下。

[44] 中国では当事者の処分権を規律する原理を「処分原則」と呼んでいる。これに対して台湾の民訴法学では処分権主義と呼ばれている。台湾法の処分権主義の中身はおおむね日本法と同様であるために、ここではそのまま「処分権主義」と記す。なお、台湾民訴法における処分権主義について、姜世明『民事訴訟法

尊重する根拠は、台湾も日本・西洋法と同様に一般に「私権自治」に求めるが、これでは理論的に不十分であるられる。たとえば裁判官が積極的に釈明権を行使すれば、当事者の処分権が［架空（宙に浮く）］恐れがあり、邱氏は理論のいっそうの緻密化が必要であると訴えた。具体的には、邱氏は現有の処分権主義を補強するために「手続主体性原則」、すなわち当事者の訴訟における主体的地位を積極的にみとめ、それによって裁判官の介入を防ぐような理論再建が必要だと主張した[45]。

邱聯恭氏の論文は中国でも読まれるようになり、「手続主体性原則」は以下のように紹介された。すなわち、「当事者手続主体性原則とは、国家が創設し裁判権によって運用される紛争処理という法的空間では、当事者が尊重され、権利が保障され、当事者は自己決定を行使する自由を有する」[46]。江偉氏も早くから邱聯恭氏の「手続主体性原則」に注目し、「憲法に規定されている基本権に手続保障を獲得させるために、一定範囲内において、国民の主体性が肯定されるべき、さらに当事者と手続関係者に手続主体権を与えるべき、つまり訴訟において当事者は手続主体地位にあるべき、これは『手続主体性原則』である」[47]と述べていた。

こうした背景のもと、唐力氏は「手続主体性原則」にもとづいて、①裁判において、当事者はしかるべき「尊重」を受けるべき、②当事者に十分な権利保障を与えるべき、ことが要請されるとし、これを根拠に処分原則の理論的更新を訴えた[48]。①について、当事者の地位が尊重されることは、「手続主体性原則」の基礎と内在意義である。裁判において法院と当事者の間では、互いに相手の権限範囲を尊重し、相手の判断に委ねる事項について［克制（自制）］の態度を保持しなければならず、権利主体は定められた限度内において自己意思によって行動すべきである。さらに唐力氏は左衛民氏の研究を引用して以下のように主張した。

基礎論』（元照出版公司、2011）21－40頁を参照されたい。

[45] 姜世明『民事訴訟法基礎論』（元照出版公司、2011）37－39頁。

[46] 胡玉栄「民事訴訟当事人処分権制度研究――試論民事訴訟当事人処分権的理論更新」内蒙古農業大学学報（社会科学版）2011年５期40頁。

[47] 江偉「市場経済与民事訴訟法学的使命」現代法学1996年３期４頁。

[48] 唐力「当事者程序主体性原理――兼論‘以当事人為本’之訴訟構造法理」現代法学25巻５期（2003年）122－127頁。

裁判者である法官は当事者らの訴訟主体地位を承認し尊重すれば、当事者らに公正に裁判を受ける機会を与えることとなり、十分かつ有効にかれらを判決制作過程に誘い込み、当事者らは自身の実体利益ないし運命の決定者、支配者になり、（こうすれば）訴訟当事者らおよび関係者はこの裁判過程の公正性と合法性を信頼し尊重するだろうという[49]。

②について、唐力氏は、当事者手続主体性原理は、十分かつ有効な権利を保障されなければ、すべての価値と意義を失うと以下のように主張する[50]。「手続主体性原理の内在精神の一つとは、当事者に相当広範囲の自主決定の権利を与え、これらの権利は侵害されるべきではなく、特に審判権による浸食を受けるべきでない。つまり、紛争処理手続を裁判官職権決定が中心から当事者間平等交渉を中心に転換しなければならず、それに強力な司法保障を与えるべきである」。さらに、唐力氏は、棚瀬孝雄氏の研究を引用し、以下のように当事者主体地位に手続保障を与える必要性を訴えた。「当事者間の相互作用こそ訴訟手続の中心を為すという観念について、それが最大限度に事件の真相発見に寄与すると説明される。また、当事者は自身の切実な利益に関する裁判を受ける際、意見を陳述する機会を必ず提供しなければならないという手続正義の原理から演繹的に導き出される」[51]。

唐力氏は訴訟における当事者主体性は重要かつ不可欠と訴えたが、しかし処分権については言及していない。胡玉栄氏は、唐力氏の研究を基礎に処分権について考察した結果、「上述した理論（唐力氏の見解）から、以下の結論を容易に導き出せる。つまり、訴訟において当事者はしかるべき主体資格があるとすれば、当然ながら訴訟において自身の利益に関わる事項の処分権を有する。この処分権は訴訟請求、抗弁内容という実体権利に対する処分のみならず、訴訟手続進行に関する手続上の権利も含まれる」と主張し、処分権の理念更新を訴えた[52]。

当事者手続主体地位説論者らは、当事者に主体的地位を与える目的は

[49] 唐力・前掲注48、123頁。
[50] 唐力・前掲注48、123頁。
[51] 唐力・前掲注48、124頁。
[52] 胡玉栄・前掲注46、41頁。

私的自治を実現するため、裁判権との関係については、裁判権も当事者の主体的地位を保障するために機能すべきと主張しているため[53]、事実上当事者手続主体地位説は、私権自治尊重説と裁判権制約説を内包しているといっても差し支えない。また、当事者手続主体地位説は、その主張を通して中国の民事裁判にあった最も根本的かつ深刻な問題を端的に示すものといえる。すなわち、中国の民事裁判においては、一貫して訴訟当事者は主体的地位にあらず、その存在は客体視されていたことが分かる。

手続主体地位説論者らによる主張については以下の点が注目に値する。すなわち、邱聯恭氏は、西洋流の処分権主義を補強するために「手続主体性原則」を打ち出したが、中国の学者らはむしろ邱聯恭氏の「手続主体性原則」を利用して、西洋流の処分権主義を中国で実現させようとしているといえよう。

４　処分権制限のディメリット

以上では、近時展開されるようになった処分権制限否定説を紹介した。先述のように処分権制限肯定説は具体的な効用を主張しているが、否定説の論者はこれに批判を加えている。以下では上述の６点にわたって、否定説論者による反論を紹介する。

（１）真実究明に寄与しない

［実事求是］と［有錯必糾］の訴訟理念が中華人民共和国の裁判を指導してきたのは事実である。しかし、近年の研究ではそれらの理念は既に古く、正当性を欠き排除すべきとされている[54]。景漢朝氏や江偉氏は［実事求是］と［有錯必糾］が支配する裁判では、再審が無制限に行われるだけになり、必ずしも真実究明に寄与しないと批判する[55]。さらに、二

[53] 私的自治について、江偉･前掲注47、頁以下、裁判権との関係について、唐力･前掲注48、124頁参照。

[54] 何永軍･前掲注13、231－238頁。廖永安「対民事審判中 ‘実事求是、有錯必糾’原則之再思考」河北法学1999年４期98－100頁。

[55] 景漢朝・前掲注15、113－114頁。章武生「我国民事再審程序之検討与重構」

審や再審の範囲が当事者の請求に拘束されない点について、江偉らはそもそも裁判が開始するまえに「原判決に誤りがある」とは、[先定後審（判決を決めてから審理を行う）] の現れほかならない、[有錯必糾] 原則は審理の形骸化を誘発するものであると批判した[56]。したがって、[実事求是] と [有錯必糾] を堅持するために法院が処分権を制限する説は成り立たない。

（2）法院の権威を高めることにつながらない

当事者の処分権の制限による法院の権威を高めることについて、手続主体地位説論者は、法院は当事者が信頼かつ尊重する審理手続を行い、公正かつ実行力ある判決を下すことこそ権威が維持されると指摘する[57]。信頼されかつ尊重される審理手続にするには、当事者の主体的地位が保障されなければならず、当事者に判決を受け入れさせるためには、それが当事者自由意思決定の結果（自己責任）であれば足りる[58]。

（3）司法コストの軽減にはならない

司法コストについて、紛争の一括処理は法院と当事者にとっては負担が軽減され、訴訟経済に有利であることは否めない。しかし、訴訟経済を追求するために、当事者の手続保障を無視することが本末転倒である

湘江法律論評４巻2001年297－300頁、江偉＝趙秀挙・前掲注42、176頁。

[56] 江偉＝趙秀挙・前掲注42、177頁。柯陽友＝李志強「民事訴訟当事人訴訟権利研究」訴訟法学研究12巻（2007年）82頁。

[57] 唐力・前掲注48、123頁。王福華氏は、法院の権威性を事実上判決の権威性によって構成されると主張し、判決の効力が発した後、当事者と法院に拘束力や執行力があることが重要と指摘する。王福華・前掲注37、49－50頁。

[58] 中国での裁判は常に [執行難（効力を発した判決が執行できない）] に悩まされ、当事者が判決に納得しないのが主な理由である。[執行難] について、小口彦太＝田中信行『現代中国法』（成文堂、2004年）85頁参照。柯陽友らは、当事者の処分権を充分に尊重、保護した場合は、当事者は敗訴の原因を自分の攻撃防御の失敗と認識するが、法院が過度に介入した場合は、当事者は敗訴の原因を法院に求めてしまうと指摘する。柯陽友＝李志強「民事訴訟当事人訴訟権利研究」訴訟法学研究12巻（2007年）96頁。

ばかりでなく、法院が恣意的に当事者の請求を拡大したり、訴えの取下げを実質的に審査したり、または職権で再審を開始したりすることこそ、かえって法院と当事者の負担増につながるではなかろうかという指摘がある[59]。

（４）訴訟の悪用防止に役立たない

法院は訴訟が他人への利益侵害も配慮すべく、介入しなければならないと説くものであるが、それについて、張衛平は、処分権への介入が国家集団と他人利益を守るためとする学説について、「ドンキホーテとの戦い（存在しない利益侵害との闘争）」といい切った[60]。仮に「訴訟悪用」のような当事者が悪意をもって他人の利益を侵害しようとしても、それは別訴による救済が可能であるため法院の介入は要しない。端的にいえば、存在しない利益、まだは別訴で救済しうる利益を守るために、進行中の訴訟における当事者の手続保障を犠牲にしてもよいのか、ということである[61]。

（５）根拠ない当事者間の武器平等確保論

当事者間の武器平等確保について、紛争の多様化、複雑化にともない、たとえば公害訴訟のような当事者の訴訟能力が著しく不釣り合いな状況が現われるのは事実である。公平な裁判を行うためには、日本法においても様々な議論が展開されている[62]。かかる日本法の場合は、むしろ「文書提出命令」[63]など手続法の修正によって当事者への救済をはかってい

---

[59] 李静「論民事訴訟中程序選択権」暨南学報（人文科学与社会科学版）2005年２期22頁。

[60] 張衛平・前掲注31、93頁。

[61] 江偉氏は中国の裁判では常に［軽程序（手続軽視）］であると指摘し、これからは手続保障を法制現代化の重要な課題であり実現しなければならないと指摘する。江偉・前掲注47、６頁。

[62] 公害訴訟など、いわゆる近代型訴訟とその対応について、さしあたり田中成明『現代社会と裁判』（弘文堂、1996年）164頁以下参照されたい。

[63] 平成10年民事訴訟法改正において文書提出命令が盛り込まれた経緯とその詳細について、さしあたり田原睦夫「文書提出命令」『民事訴訟法の争点（ジュ

るのに対して、中国では各裁判官による当事者処分権への介入によって対処しようとするのである。手続保障を抜きにして、各裁判官の権限行使に当事者が依存することは、裁判官の能力によって事件ごとに不平等が生じるばかりか、法院の中立的地位より由来する法院の公正性や裁判の正統性にダメージを与えることになりかねない[64]。

（6）当事者の訴訟遂行能力補充への反論

法律知識が乏しい当事者を救済するために、法院が積極的に介入しなければならないとする解釈は一理があるといわざるをえない。しかし、当事者の法律知識の乏しさに由来する不公平は、弁護士の利用または釈明権の行使で解決すべきであろう[65]。

以上、処分権制限肯定説が主張する制限のメリットについて、制限否定説による反論をみてきた。そのほかに、許可氏は処分権の制限に、［裁判突襲（不意打ち）］の問題もあると指摘する。すなわち「当事者の請求は法院に求める判決範囲を決めるだけでなく、訴訟当事者らの攻撃防御の範囲をも決めている」、そのため、「法院が請求範囲を拡張して裁判を行うことは訴訟双方の当事者に［裁判突襲］となる」[66]。さらに、法院が恣意的に請求範囲を拡張することは、双方当事者の攻撃防御の準備を台無しにするだけでなく、応訴する被告は自分が受ける不利益（敗訴）について予測ができなくなり[67]、被告に対する手続保障という面でも大き

リスト増刊）』（有斐閣、1998年）220－223頁参照。

[64] 江偉・前掲注47、５頁以下参照されたい。

[65] 楊鈞＝秦燕「論釈明制度」法学2003年９期78頁以下参照。

[66] 許可「職権干渉与裁判突襲――従南京彭宇案一審判決看当下之民事審判」清華法学2008年６期58頁。

[67] 訴訟では、原告の請求によって被告は自分が受ける最大限の不利益（敗訴した際の損害賠償の額など）を推測できる。それにしたがって弁護士の利用や攻撃防御の方法を用意する。しかし、審理中に法院によって原告の請求が拡張されたり、変えられたりするとむしろ被告が再度攻撃防御を用意しないといけない。審理の遅延を引き起こすことはともかく、被告に対する手続保障上は無視できない問題が存在することが明らかであろう。

な問題であろう[68]。ちなみに許可氏は、法院の審理範囲が当事者の請求に拘束されないことを、「鶏肉のみそ炒めを頼んだのに、ピーマンと豚肉炒めが出され、謝るどころか、通常通りに勘定させられる」という身近なたとえでこれを批判した[69]。

以上では、処分権制限肯定説論者が挙げたメリットに対する処分権制限否定説論者の反論を紹介した。最後に、私見において処分権の制限と挙証責任との問題もあわせて指摘しておく。通常の民事訴訟は、原告は裁判所に証拠を提出し自らの請求を裏付けなければならず、挙証が不十分によって真偽不明な状況に陥る時には請求を認められない不利益を受ける。しかし、法院が恣意的に原告の請求範囲ないし項目を増やした場合は、いったいだれが挙証責任を負うのであろうか、また、仮に法院が職権にて「挙証」をした場合でも、なお真偽不明の際には法院が敗訴となるはずはない。法院が「判定者」という地位にとどまらず、訴訟行為に入り込む場合は、理論上当然一定の責任を引き受けることとなるため、挙証責任の視点から考えても、法院は当事者の処分権に介入すべきでない[70]。

第２節　制度の改革をめぐる議論

以上では処分権の制限の可否に関する学説をみてきた。本節では、学者らが主張する改革案を紹介したうえ、中国における民事裁判の処分権制限の行方について探ってみる。具体的にまず解釈論としての改革案について紹介し、そして①当事者の請求が法院の審理対象を限定すべきか、②当事者が取下げを求める際、法院による実質的審査をすべきか否か、

[68] 許可・前掲注66、58頁。

[69] 許可・前掲注66、58頁。

[70] 中国の学界では、処分権と挙証責任の関係に関する指摘はない。しかし、訴訟における法院の立ち位置について、江偉らは、法院による当事者の処分権への介入は、［把法官推向了当事人的地位（法官を当事者の地位に押し込む）］になり、訴訟法全体の整合性にダメージを与えると批判している。江偉＝趙秀挙・前掲注42、161頁。

に関する具体案を紹介する。最後に、立法論として改革案に関して、学者立法建議稿（2005年、2007年）と全国人民代表大会（以下全国人代と略す）常務委員会法制工作委員会による「中華人民共和国民事訴訟法修正案（草案）」を紹介する。なお、2012年民事訴訟法改正ついては、第三節にて紹介する。

1　解釈論としての改革案

（1）釈明権制度の確立と強化を主張する学説

近時、当事者の処分権への介入を釈明権の導入によってくいとめようとする動きがある[71]。しかし、現行民事訴訟法では、釈明権を規律する条文がなく、現行法に対する解釈によってその根拠をみちびかなければならない。以下では、まず「釈明権」という概念が中国法に登場する経緯を辿り、そして解釈論を紹介してみる。

処分権と釈明権との関係を論じる前に、まず釈明権が中国に紹介された経緯を辿ってみる。釈明権を紹介した最初の論文とは、王保樹氏が訳した「日本的民事訴訟制度」であろう[72]。ここでは釈明権について以下のように定義し、解釈している。「当事者が弁論を行う中、矛盾あるいは不明確な内容について、審判長は質問することによって、当事者らの問題点を指摘し、当事者に必要とする尋問事項に関する準備を指示することができる。さらに、当事者の粗忽により証拠を提出しなかった場合、審判長は当事者に証拠を提出するように要求することができる。（日本）法院のこの権利は『釈明権』と呼ばれている」、「第二次世界大戦の後、（日本）法院の専断式的な権能が失なわれ、当事者の弁論主義が発揚された。かつて釈明権は常に法院の責任と認識されたが、現在では法院の義務ではなく、権利と認識されるようになった。実践では、当事者の粗忽が原

---

[71] 楊鈞＝秦●（●＝女＋燕）『論釈明権制度』法学2003年９期82頁。

[72] 王保樹「日本的民事訴訟制度」環球法学評論1986年３期47－51頁。翻訳の対象は、日本最高裁判所が出版した『日本民事審判概要（1980年、英語版）』である。なお、林屋礼二氏、奈良次郎氏、高橋宏志氏など日本の学者らの研究を引用し、日本法における釈明権について詳細に紹介したのは、張衛平「民事訴訟‘釈明’概念的展開」中外法学18巻２期（2006年）129－146頁、である。

因である不公正を防止するために、釈明権は広範囲において行使され、引き続き重要な作用を発揮している」[73]。

ついで最初に釈明権と処分権を関連して論じたものは、江偉らによる研究である[74]。江偉らは、「社会経済状況の転換にしたがい、法律制度にも変革が起きる。民事訴訟手続の場合は、法院が訴訟手続に対する職権介入を弱体化にさせ、当事者の手続主体地位を尊重し、当事者の手続基本権を保障しなければならない」と主張し、その際法官の訴訟指揮権を発揮させるためには釈明権の導入を訴えた[75]。

処分権について、江偉らは「訴訟手続の進行に関する管理、審理対象の形成、証拠収集などについて、法院は絶対的な権力を持ち」、「当事者の処分権を著しく干渉している。当事者は手続主体地位が尊重されず、ほとんど訴訟の客体となった」、「法院がまさに当事者の［代言人（代弁者）］であるような背景では、法律をもって法官の釈明権を規定する必要はない」[76]と主張している。

しかし、経済体制改革が進むにしたがい、「いずれ中国の民事訴訟も現在の職権主義モデルから当事者主義モデルに転換され、法院、当事者、それぞれの権限がはっきりする」、法院と当事者の権限には［粘合剤（接着剤）］が必要となり、その［粘合剤］がもつ意義とは「民事紛争処理するための働き合う構造の形成である」、「釈明権はまさに一種有効な［粘合剤］である」[77]。江偉らの主張を敷衍すれば、職権主義裁判モデルでは釈明権は必要がない、しかし、当事者の処分権を尊重する当事者主義裁判モデルでは、法院と当事者を関連させるためには釈明権が必要となる。

裁判における釈明権の運用について、江偉らは請求範囲を例に以下のように説明した。「実際の被害と比較して、救済を求める当事者の訴訟請求が不十分な場合とは、二つの側面がある。一つは量的な不十分、た

---

[73] 王保樹・前掲注72、48－49頁。

[74] 江偉＝劉敏「論民事訴訟模式的転換与法官的釈明権」訴訟法論叢2001号319－349頁。なお、釈明権概念などについて、江偉ら主に台湾学者の研究成果を参照した。

[75] 江偉＝劉敏・前掲注74、320頁。

[76] 江偉＝劉敏・前掲注74、338－339頁。

[77] 江偉＝劉敏・前掲注74、340－341頁。

とえば、被告は明らかに原告に10万元を賠償すべきであるが、原告は法律を知らずに５万元しか請求していない場合がそれにあたる。二つ目は質的不十分、原告は同じ事実に基づき複数項目の主張をなしうるが、しかし一部しか主張していない、たとえば、名誉権が侵害された場合は、原告は相手に侵害の差し止め、謝罪、影響の排除、名誉回復、損害賠償を請求したが、慰謝料も請求できると知らずに請求しなかった場合がそれにあたる。

当事者の訴訟請求が不十分である際、法院は当事者に質問を発し当事者の真意を探知する。当事者が確かにほかの訴訟請求もできることを知らない時には、法院は釈明権を行使し、当事者が訴訟請求を補足（追加）するように啓発する。上述名誉権の例に則していえば、法院は当事者に対して「あなたは被告に慰謝料について請求をしますか？」と質問して啓発する。法院の啓発によって当事者が請求を補足した場合は、法院はそれを許可しなければならない、当事者がなお本来の請求を維持する場合は、法院は当事者本来の請求に基づき審理を行う」[78]。

2000年あたりに、学界において「釈明権」は「既判力」や「挙証責任」などと並んでもっとも注目の的となった。その理由とは中国では裁判方式の改革が行われ、法院の訴訟に関する職権介入が弱体化し、当事者の主導性が強化された中で、法院と当事者との関係において釈明権が注目されるようになった、といわれている[79]。

しかし、そもそも中国法には釈明権に関する条文がなく、法的根拠は現行法に関する解釈に求められることとなった。解釈の対象条文について、主に三つの見解に分かれる。①は現行民事訴訟法８条に、すなわち「民事訴訟の当事者は平等な訴訟上の権利を有する。人民法院の民事事件の審理は、当事者が訴訟上の権利を行使するのを保障し便利にし、当事者に対して法律の適用には一律平等にするべきである」に法的根拠を求める[80]。②は最高人民法院が出した司法解釈である「民事訴訟証拠に関

[78] 江偉＝劉敏・前掲注74、344頁。
[79] 張衛平・前掲注72、134頁。
[80] 李毅軍「談釈明権在審判実践中的適用」山東審判2004年１期81頁。

する若干規定（2002年）」[81] ３条に、すなわち「人民法院は当事者に挙証の要求及び法的効果について説明すべき、当事者が合理的な期間中にて積極、全面、誠実な挙証するように促すべきである」に法的根拠を求める[82]。③は同じく「民事訴訟証拠に関する若干規定」35条１項、すなわち「訴訟審理中、当事者が主張する法律関係の性質または民事行為の効力は人民法院が案件事実に基づく認定と不一致する場合、本規定34条（挙証期限と法的効果）の制限を受けない、人民法院は当事者に訴訟請求を変更できる旨を告知すべきである」に法的根拠を求める[83]。

①について、８条は民訴法の「訴訟権利平等原則」を規定する条文であり、民訴法コンメンタールでは８条は当事者の法律上の平等を規律する条文と解釈されている[84]。②と③は、論者らは文言上の「説明」と「告知」に注目し、法院による「説明」と「告知」に釈明権を含ませようとした。

その後、釈明権に関する論文が多数発表され、当事者の挙証内容と方法にまで法院は釈明権を行使し当事者を啓発しないといけないとの主張もあり[85]、これまでの「法院による職権介入」を「釈明権」という名に変えて処分権を制限する動きもあった[86]。これを受けて、張衛平氏は、釈明権の導入について以下のように警鐘を鳴らした。「釈明制度は法院の介入を強調する制度であり、法院の積極的な介入によって訴訟の実体的正義を実現することを基礎とする理念である。（中略）我々の訴訟体制

---

[81] 「証拠規定（2002年）」を公布した背景、内容および意義について、王亜新「中国民事訴訟制度の新しい展開――最高人民法院の証拠に関する最新の訴訟規則を中心として」北大法学論集（北海道大学）56巻６号（2004年）227－240頁参照されたい。

[82] 張衛平・前掲注72、142頁。なお、張衛平氏は、単にそのような解釈があると紹介したのみであり、それに賛同したわけではない。

[83] 林玉棠「規範和完善法官釈明権的思考――兼評最高人民法院『関於民事訴訟証拠的若干規定』第35条」法律適用2003年９期44－46頁。張衛平・前掲注72、142頁。

[84] 全国人大常務委員会法制工作委員会民法室編『中華人民共和国民事訴訟法条文説明、立法理由及相関規定』（北京大学出版社、2007年）11－13頁。

[85] 宋世俊＝呉長健「民事訴訟証拠制度若干問題引発的思考」安徽警官職業学院学報2003年４期２巻21頁。

[86] 張暁薇「論法官釈明権」新疆大学学報（哲学人文社会科学版）2005年１期47頁。

が職権干渉主義から当事者主義に転換する中、釈明制度には訴訟モデル転換に副作用があることに必ず注意を払わなければならない」[87]。

さらに、張氏は訴訟モデルを転換する過程及び転換後にこそ、釈明権の価値が現れ、そもそも釈明権は処分権主義と弁論主義の尊重を基礎とする当事者主義訴訟にのみに存在するため、まず当事者の処分権の尊重と法院を拘束する弁論原則[88]の構築が急務であると主張した[89]。

以上のように、中国では釈明権をもって法院による処分権の制限を入れ替える動きがある。しかし、張氏が注意を促したように、変えて法院による処分権への制限を強化されることになる恐れがある。処分権や弁論主義という民事訴訟の基本原則の確立が釈明権の必要前提であろう。

（2）協同訴訟モデルの創出を主張する学説

近年、中国の民訴法学界では、ドイツ民訴法の協同主義（Kooperationsmaxime）が紹介され、職権主義と当事者主義の長所を取り合わせる新しいモデルが探求されている。訴訟の当事者主義への動きについて、田平安らは「私的自治を理由に、司法裁判競技説を理論基礎とし、裁判における法官の受動的な姿勢が必要とされ、当事者の訴訟能

---

[87] 張衛平・前掲注72、132頁。

[88] 中国訴訟法では弁論原則に関する規定を以下のように設けている「人民法院が民事事件を審理する際、当事者は弁論を行う権利を有する（12条）」。しかし、この弁論原則とは「当事者が案件の事実と争う問題について、各自主張と根拠を陳述し、相互に反論と答弁を行い、自己権利利益を維持することができる」と解釈されている。楊栄新編『民事訴訟法教程』（中国政法大学出版社、1991年）59頁。張衛平氏は、弁論原則とは単に当事者が法廷にて発言する権利を規定したにすぎず、「弁論」の内容は法院を拘束しない点について、中国の弁論原則は「非拘束的、非実質的弁論主義」であると指摘する。張衛平「我国民事訴訟弁論原則重述」法学研究1996年６期47頁。

[89] 張衛平・前掲注72、132頁以下。ちなみに、張氏は釈明権と弁論主義との関係について、「釈明権の概念は弁論主義（拘束力がある弁論主義。中国伝統的な弁論権をのみ強調する弁論原則ではない）の産物であり、弁論主義による訴訟への支配がなければ、釈明権の概念を存在しない」と指摘し、何ら拘束を受けない法院に、さらに釈明制度を確立させることには意味がないと指摘する。（同上140頁以下）。

力の限界を無視し、過度かつ不適切に当事者の主導性を強調されている」のは、「一つの極端からもう一つの極端に走ることであり、訴訟の実際状況を考慮する場合、この観点は偏っているといわざるをえない、（中略）当事者の主宰地位を追求し、法官の訴訟における役割を否定すれば、「自力救済」の時代に逆戻りする」と批判した[90]。

田平安らは、当事者の処分権を尊重する必要があると指摘しながらも[91]、それに一定の制限をかける必要があり、以下の理由にもとづき協同主義型訴訟モデルを打ち出した。すなわち、民事司法でも公共利益にかかわり、①当事者間の衝突を処理することを通して、公民の社会秩序と経済秩序への認識を共有させ、社会秩序と経済秩序の良好な展開を促す、②民事権利義務の確認を通して、当事者の合法的な権利利益を実現させ、民事違法行為を制裁し、法律の権威と尊厳が維持され、訴訟の［感召力（感化力）］が高められる、③訴訟の過程と結果はその他の社会構成員を教育する効用があるため、人々の行動を選択する合理性が高められる。悪を罰し善を褒め称えることを通して、司法の［行為導向機能（行為指導機能）］が発揮され、社会道徳を全体的に高めることに有利である、④司法裁判は ADR のような紛争処理手続の利用頻度と運用効果を高めることができる。ADR のような紛争処理手続の公正性と全社会の公正観念を高めることができる[92]。

田平安らの主張を端的にまとめれば、民事訴訟は当事者の利益を配慮するほかに、社会正義の実現をも考慮しなければならない。これを実現するために「十分に我が国の［国情（国の状況）］を考慮し、充分に法官の役割を発揮させ、同時に充分に当事者の積極性を発揮させるために、当事者と法官が協同して訴訟を進行させるモデルを確立させなければならない」[93]。

田平安らの主張に対して、孫永軍氏は以下のように批判する。田平安

---

[90] 田平安＝劉春梅「試論協同型民事訴訟模式的建立」現代法学2003年１期83、86、87頁。

[91] 田平安＝劉春梅・前掲注90、88頁。

[92] 田平安＝劉春梅・前掲注90、84頁。

[93] 田平安＝劉春梅・前掲注90、86頁。

らが主張する協同型訴訟モデルの本旨とは「最大限に法官と当事者の主観的能動性を発揮させることにある」[94]が、しかし、「中国の民事訴訟にとって切羽詰まった任務とは、協同主義モデルの設立ではなく、訴訟に適切でない職権主義を排除し、真正なる当事者主義に戻ることである。我が国の民事訴訟に蔓延する国家権威が徹底的に排除されず、社会、政治や経済が充分に近代化される前に、協同論のような広大な理論を公理として未来の民事訴訟に押し広めることは、（訴訟における）当事者の主体的地位の確保、維持ができなくなるのみならず、超職権主義の［死灰復燃（いったん消滅したことが復活する）］を引き起こすことになり、手続自治、手続正義を実現する道が塞がられることとなる」[95]。

以上、解釈論としての改革案をみてきた。両者の共通点とは、当事者の処分権への制限を解除した場合は、法院と当事者との関係をどのように再調整すべきかに着目し、議論を展開している点にある。

２　立法論としての改革案

ついで以下では、立法論としての改革案を紹介する。まず、処分権に関連する条文に対する学者らの立法論としての改革案を紹介し、そして、2003年に江偉氏をリーダーとする「民事訴訟法典の改正と充実」研究チームが作成した「中華人民共和国民事訴訟法改正建議稿（第三稿）（2003年）」と「中華人民共和国民事訴訟法改正建議稿（2007年）」における処分権の条文について検討し、最後に、2011年全国人大常務委員会法制工作委員会が出した「中華人民共和国民事訴訟法修正案（草稿）」における処分権に関する条文を紹介する。

①　当事者による訴訟開始

---

[94] 孫永安「協同主義的追問与我国民事訴訟的未来」河北法学27巻３期（2009年）17頁。

[95] 孫永安・前掲注94、20頁。孫永安氏は田平安氏の主張に細かく反論している。同上18－20頁を参照されたい。その他、王福華氏も、協同主義訴訟に関連して、民訴法の主要任務は法院の職権を拡大させるのではなく、当事者の処分権を保護し、法院による当事者の処分権への干渉を排除することである、と主張する。王福華「民事訴訟協同主義：在理想和現実之間」現代法学28巻６期（2006年）137－145頁。

91年民訴法では訴訟の開始について条文を設けていない。劉学在氏は、司法実践では絶えず［案源開発（訴訟事件の開拓）］や［上門攬案（当事者を訪ねて提訴を促す）］が起きていることを指摘し、訴訟手続の開始を当事者の決定に委ねる、すなわち「不告不理」の明文化を訴えた[96]。さらに、法院、検察院による職権的再審提起について、「私的自治」の理念にもとづき、当事者の意思を無視しているため、関連条文の削除を主張した[97]。

②　法院審理の範囲は当事者の請求に拘束

法院の審理は当事者の請求に拘束されるべきかについて、劉学在氏は司法実践では、法院は当事者の請求を恣意的に拡張、または無視して審理することを問題視し、諸外国の立法を参考にしたうえ、以下の条文を民訴法に含めることを主張した。すなわち「法院は当事者が請求していない事項について判決してはならない」[98]。さらに、二審の審理範囲を規定する民訴意見180条[99]を削除すべきであると主張した[100]。

③　原告による請求放棄と被告による請求認諾の効果、範囲を明確化すべき

91年民訴法では、当事者らの請求放棄または認諾について条文を設けたが[101]、しかし、放棄と認諾の効果について規定していない。劉学在氏は請求の放棄と認諾について、台湾と日本の立法を参照したうえ、①法

---

[96] 劉学在・前掲注38、76頁。

[97] 劉学在・前掲注38、75頁。

[98] 劉学在・前掲注38、74－75頁。

[99] 民訴意見180条とは「二審人民法院は、民事訴訟法151条の規定を基づき、上訴人の上訴請求に関連する事実を適用する法律について審査する際、上訴請求以外の原審判決に誤りがある場合は、それを正すべきである」。

[100] 劉学在・前掲注38、76頁。ほかに「法院の審理が当事者の請求に拘束する」旨の条文を訴訟法に書き込むと主張するのは、欧超栄「論我国民事訴訟処分原則的立法缺陥及完善」政法学刊21巻３期（2004年）38頁、胡玉栄・前掲注46、21頁などがある。

[101] 91年民訴法52条「原告は訴訟上の請求を放棄或いは変更することができる。被告は訴訟上の請求を承認或いは反駁することができ、反訴を提起する権利を有する」。

的効果を明確にすること、②一審と二審においていずれもできること、③その範囲は、請求の全部または一部についてできること、について条文を設けて明確にするべきと主張する[102]。

④　訴えの取下げに対する法院の関与を廃止すべき

91年民訴法では、当事者が取下げを申請した場合は、法院が裁定を行うと定めている。劉学在氏は、以下のことを理由に取下げに対する法院の関与を規律する条文を廃止すべきと主張した。「取下げは提訴と効果が異なり、取下げ自体が法律に違反する可能性は存在しない。当事者の取下げが違法というならば、演繹的にこの事件を原告が提訴しなければ違法であることとなる。論理的にみれば、法院が当事者の取下げを許可しないことは、でたらめである」、「当事者が取下げを申請する場合は、往々して相手当事者とは何らかの和解ができたことに基づく。当事者双方が自ら自己の権利利益紛争に関して協議し解決を図ることについて、法院がその結果を職権にて介入するのは、余計である」と指摘し、裁定の廃止を提案する[103]。

そのほか、杜睿哲氏は、取下げについて実質的な裁定ではなく形式的な許可制度を設けるべきと主張する[104]。また、張雲強氏は法院による裁定を残すにしても、審査は実質審査から形式審査にすべきで、原告が書面にて取下げを申請した場合、法院がそれを許可しなければならないと主張している[105]。

訴えの取下げに関する詳細な立法的提案としては以下のようなものがある。

ⅰ　被告が応訴した場合、取下げに対する被告の同意を要件にすべきとする主張[106]。

---

[102] 劉学在・前掲注38、76－77頁。

[103] 劉学在・前掲注38、78頁。

[104] 杜睿哲「民事撤訴制度之検討与完善」西北師大学報（社会科学版）2000年37巻６期85頁。

[105] 張雲強「申請撤訴制度探求」西華師範大学学報（哲学社会学版）2005年１期90頁。

[106] 劉学在・前掲注38、78頁。谷志平＝張鵬「論法院和被告対申請撤訴的制約」河北広播電視大学学報2004年９巻３期31－33頁。

ii　91年民訴法では、原告が出頭もしくは審理中に退席するときには取下げとみなすが、被告が出廷しない、または審理中に退席するときに欠席裁判を行うと規定している[107]。王秋蘭氏は同じ当事者でありながら、このような規定は不平等であると指摘し、日本民訴法263条を参照して、「取下げの擬制」とする条文、すなわち「双方当事者が召喚状により召喚されて、正当な理由がなく拒み出廷しないとき、あるいは法廷の許可を経ずに中途で退出したときは、訴えの取下げとして処理することができる。提訴した当事者が召喚状により召喚されて、正当な理由がなく拒み出廷しないとき、あるいは法廷の許可を経ずに中途で退出したときは、応訴当事者が出廷したしたときは、欠席判決することができる」を加えるべきと主張した[108]。

iii　取下げの時期について、現状維持（判決が言い渡されるまで）とする学者に対して[109]、王秋蘭氏は口頭弁論終結時に[110]、郭小東氏は同じく口頭弁論終結時とするが、相手が応訴準備した場合、裁判官による審査が必要と主張し[111]、李偉氏は判決の効力が生じる前に[112]と、それぞれ立法提案を行った。

iv　二審時の訴えの取下げについて、李石山氏らは一審判決の法律的地位を考慮し、二審において和解が成立しても訴えの取下げができないとすべきと主張した。また、当事者間に和解が成立したことを理由に取下げを申請する場合は、法院は和解を審査し法院調停によって終了すべ

[107] 民訴法129条では「原告が召喚状により召喚されて、正当な理由がなく拒み出廷しないとき、あるいは法廷の許可を経ずに中途で退出したときは、訴えの取下げとして処理することができる。被告が反訴したときは、欠席のまま判決することができる」、民訴法130条では「原告が召喚状により召喚されて、正当な理由がなく拒み出廷しないとき、あるいは法廷の許可を経ずに中途で退出したときは、欠席のまま判決することができる」。

[108] 王秋蘭「撤訴制度探討」中央政法管理幹部学院学報2000年３期22－23頁。

[109] 李石山＝彭歓燕「民事撤訴制度的若干問題探討」河北法学2001年１期47頁。

[110] 王秋蘭・前掲注108、22頁。

[111] 郭小東「撤訴制度的有関問題初探」河北法学2001年１期153頁。

[112] 李偉「完善我国民事訴訟撤訴制度的思考」遼寧行政学院学報2004年６期15頁。

きと主張した[113]。これに対して占善剛氏は判決の効力が発する前であれば、原告による取下げを許可すべきとするが、ただし一審の取下げよりも厳しい条件を課すべき（再訴禁止）であると主張した[114]。

v　再審時の訴えの取下げについて、徐力英氏は再審とは原審判決に誤りがあるか否かを判断することが主な目的であり、それゆえに取下げを認めると［錯案追究責任制度］[115]の実行ができなくなるとして再審における取下げを認めるべきではないと主張した[116]。趙宏偉は同じく再審における取下げを認めないとするが、審理が尽くされていないとして差し戻された時点で取下げを認めるべきと主張した[117]。

vi　取下げと時効について、江偉氏は取下げの効力は訴えがなかったこととなるため（訴えの遡及的消滅）、時効の中断を認めるのは必ずしも合理的でないとし、取下げの場合は時効は中断しないと主張した[118]。張雲強氏も取下げは訴訟法上の権利の処分という点に注目し、実体的権利の処分でない点を根拠に時効中断は認めない[119]。これらに対して、李石山らは時効制度の趣旨は原告の権利主張を促すためであるがゆえに、訴訟の進行段階によって時効を決めるべきとし、（A）訴状が被告に送達するまで取下げた場合は、中断しない、（B）訴状が相手に届いた後の取下げは時効中断、（C）原告が出廷しない場合、時効は中断しない、と主張した[120]。

vii　取下げしたのちに同一請求について再訴することは、91年民訴法では可能となっている[121]。これについて謝紹静氏は取下げした後の再訴

---

113 李石山＝彭歓燕・前掲注109、47－48頁。

114 占善剛「関与撤訴的幾個問題」法学評論2003年４期121－122頁。

115 中国の民事裁判では、上級法院によって原審判決がくつがえされた場合は、原審法院の判断が「誤判」であるとして、後にその担当裁判官を責任が追及される制度を［錯案追究責任制度］と呼ぶ。

116 徐力英「浅談民事再審案件中的撤訴権」法律適応2001年11期31頁。

117 趙宏偉「審判監督程序当事人撤訴権的行使」法学雑誌2003年３期31－32頁。

118 江偉『民事訴訟法〔第二版〕』（高等教育出版社、2004）172頁。

119 張雲強・前掲注105、91頁。

120 李石山＝彭歓燕・前掲注109、47頁。

121 民訴意見144条では「当事者が取下げ或いは法院が取下げとして処理したの

につき一定の制限を設ける必要があり、とりわけ、以下の場合再訴を禁止すべきと主張した（A）取下げした後、訴えの請求原因が部分的に変化した場合、（B）反訴を取下げたのち、本訴において原告が勝訴した際の反訴の部分につき再訴する場合、（C）上訴を取下げした場合の再上訴[122]。その他、李偉氏は訴権の濫用を防止するため、再訴の回数について制限を設けるべき（三回まで）と主張した[123]。

⑤　法院の職権による独立請求権のない第三者の訴訟参加を廃止すべき

現行では、法院は職権によって独立請求権のない第三者を訴訟に参加させる制度がある[124]。この制度は第三者の処分権を以下のように侵害するとして廃止すべき主張がある[125]。すなわち（A）手続的正当性が欠如、（B）当事者が第三者を訴えていないのに、第三者が民事責任を負う場合がある、（C）一審では第三者は当事者としての訴訟上の権利がないのに、民事責任を負う場合がある、（D）独立した請求権のない第三者の上訴権を保障できない。

⑥　保全手続を当事者申請主義にすべき

保全手続について、91年民訴法は基本的に当事者の申請によるとしながら「当事者が申請を提出しないときに、人民法院が必要と判断する時も財産保全の措置を講じる裁定をすることができる」（92条後段）と定めている。この内容について、姜春蘭氏は当事者が保全を請求しない行為

ちに、当事者が同一訴訟請求について再び提訴した場合は、人民法院はそれを受理すべき」。

[122] 謝紹静「民事撤訴制度之比較研究」黒竜江省政法管理幹部学院学報2004年１期97頁。

[123] 李偉・前掲注112、15頁。

[124] 91年民訴法56条２項では「当事者双方の訴訟目的物に対して、第三者に独立の請求権はないが、ただし事件処理の結果とその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加することを申請、あるいは人民法院がその者に訴訟に参加するように通知することができる。人民法院によって民事責任を負うとの判決を下された第三者は、当事者としての訴訟上の権利、義務を有する」。

[125] 独立請求権のない訴訟参加制度に関する批判について、武鴻雁「中国民事裁判における独立した請求権のない第三者の訴訟参加――手続と実体の狭間でゆれる民事訴訟（３・完）」北大法学論集61巻５号（2011年）201－195頁以下参照されたい。

自体は処分権の行使であり、法院が職権によって保全を行うべきでないとして、この条文を廃止する必要があると主張した[126]。

⑦　執行手続を当事者申請主義にすべき

執行手続について、当事者が執行を請求しない場合でも、法院の職権によって執行を行うことができると定めている(216条)。それについて、姜春蘭氏は効力を発した判決を実現させるか否かは当事者の権能に属し、執行を申請しないことも当事者の処分権行使であるゆえに、法院の職権よる執行を規定する当該条文を改める必要があると指摘した[127]。

⑧　法院・検察院による再審手続の開始を廃止すべき

中国民訴法では、当事者の意思とは関係なく、法院が自ら再審開始を決定することができると定める条文がある（177条)。また、検察院もプロテストによって再審を開始させることができるようになっている(187条)。楊秀清氏はこの条文が規律する内容は当事者処分権の原理に反するとして改める必要があると指摘した[128]。

3　「民事訴訟法典学者改正建議稿（2005年）（2007年)」

以下では、学者らによる改正建議稿を紹介し、処分権にかかわる内容について考察してみる。

2003年11月に、著名な民事訴訟法学者である中国人民大学の江偉氏と中国人民大学博士課程在学の孫邦清氏は民事訴訟法改正建議稿を作成し、民事訴訟法学会に提出した。その後、司法部の重要研究プロジェクトとして、人民大学法学院では、江偉教授をリーダーとする「民事訴訟法典の改正と充実」研究チームが設けられた。2005年３月に、研究チームは「中華人民共和国民事訴訟法改正建議稿（第三稿)」[129]を公表した。2007年に行われた民訴法改定を経て（後述)、2008年に上記「第三稿」を

126　姜春蘭「対完善民事訴訟当事者処分権問題的探討」政法論叢2002年５期18頁。

127　姜春蘭・前掲注126、18－19頁。

128　楊秀清「民事再審制度的理論闡釈」河北法学22巻５期（2004年）16頁以下参照されたい。

129　中国人民大学法学院民事訴訟法典的修改与完善課題組『中華人民共和国民事訴訟法修改建議稿（第三稿）及立法理由』(法院出版社、2005年)。

基礎に、法官、検察官、弁護士や学者らとの充分な討論を重ねたうえ、江偉氏と孫邦清氏は「民事訴訟法典［専家（専門家）］改正建議稿」を公表した[130]。「民事訴訟法典［専家］修正建議稿」とは、事実上「中華人民共和国民事訴訟法改正建議稿（第三稿）」の修正版である。

以下では、91年民訴法、学者建議稿（2005年版）と学者建議稿（2008年版）における処分権に関連する条文を抽出し、どのように改正されたのかみてみる。下線部は変化部分を示す。

	1991年民事訴訟法（1997年に一部改正）	学者建議稿（2005年）	学者建議稿（2008年）
処分原則	13条（処分原則）当事者は法律に規定する範囲内に於いて自らの民事上の権利と訴訟上の権利を処分することができる。	９条（処分原則）当事者は法律に規定する範囲内に於いて自らの民事上の権利と訴訟上の権利を処分することができる。ただし、国家、集団あるいは個人の合法的権利・利益を侵害してはならず、法律の強行規定を違反してはならない。 人民法院は以下の案件を審理する際その限りではない。選挙にかかわる訴訟、公益訴訟、株主代表訴訟、人事訴訟および非訟事件。	９条（処分原則）当事者は法律に規定する範囲内に於いて自らの民事上の権利と訴訟上の権利を処分することができる。ただし、国家、集団あるいは個人の合法的権利・利益を侵害してはならず、法律の強行規定に違反してはならない。
訴えの取下げ	131条（訴えの取下げ）判決宣告前に、原告が訴えの取下を申請したときは、許諾をするか否かを、人民法院が裁定する。	277条（訴えの取下げ）人民法院が判決言い渡す前に、訴えを取下げることができる。 訴えの取下げは、被告が答弁を開始した後にあっては、被告の同意を得なければ、その効力を生じない。 訴えの取下げは、書面でしなければならない。ただし、準備手続または審理中では審判員に口頭ですることは妨げない。	197条（訴えの取下げ）人民法院が判決言い渡す前に、訴えを取下げることができる。被告が答弁を開始した後にあっては、被告の同意を得なければ、取下げできない。 訴えを取下げた場合、取下げの日から新たに訴訟時効が計算される。

[130] 江偉編『民事訴訟法典専家修改建議稿及立法理由』（法律出版社、2008年）。

独立請求権のない第三者の訴訟参加	56条２項（独立した請求権のない第三者）当事者双方の訴訟目的物に対して、第三者に独立の請求権はないが、ただし事件処理の結果とその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加することを申請、あるいは人民法院がその者に訴訟に参加するように通知することができる。 人民法院によって民事責任を負うとの判決を下された第三者は、当事者としての訴訟上の権利、義務を有する。	61条（独立した請求権のない第三者）当事者双方の訴訟目的物に対して、第三者に独立の請求権はないが、ただし事件処理の結果にその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加することを申請、あるいは法院がその者に訴訟に参加するように通知することができる。 訴訟に参加することを申請する場合、訴訟参加の目的および理由を明らかにしなければならない。 62条（独立した請求権のない第三者の訴訟行為）独立した請求権のない第三者は、訴訟において一方当事者を補助する。 第三者は訴訟参加時における訴訟の範囲内で訴訟を遂行しなければならず、主張、証拠の提出、その他一切の訴訟行為を有効に行うことができる。ただし、その行為が補助される当事者の行為と抵触する場合は、無効である。 63条（訴訟参加の効力）独立した請求権のない第三者は、自らが補助する当事者に対して、本訴の裁判の不当を主張してはならない。	70条（独立した請求権のない第三者）当事者双方の訴訟目的物に対して、第三者に独立の請求権はないが、ただし事件処理の結果にその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加するよう申請できる。 独立した請求権のない第三者は、訴訟において一方当事者を補助する。 第三者は訴訟参加時における訴訟の範囲内で訴訟を遂行しなければならず、主張、証拠の提出、その他一切の訴訟行為を有効に行うことができる。ただし、その行為を補助される当事者の行為と抵触する場合は、無効である。 71条（訴訟参加の効力）独立した請求権のない第三者は、自らが補助する当事者に対して、本訴の裁判の不当を主張してはならない[131]。
財産保全	92条（財産保全）人民法院は当事者の一方の行為あるいはその他の原因に因り、判決の執行が不能あるいは執行が困難となるおそれのある事件について、相手方当事者の申請に基づいて、財産保全の裁定を下すことができる。当事者が申請を提出しないときに、人民法院が必要とするときも財産保全の措置を講じる裁定をすることができる。	115条（財産保全）人民法院は当事者の一方の行為あるいはその他の原因に因り、判決の執行が不能あるいは執行が困難となるおそれのある事件に対して、相手方当事者の申請に基づいて、財産保全の裁定を下すことができる。 海外にて強制執行を行う必要がある場合、執行困難とみなす。	105条（財産保全）人民法院は当事者の一方の行為あるいはその他の原因に因り、判決の執行が不能あるいは執行が困難となるおそれのある事件に対して、相手方当事者の申請に基づいて、財産保全の裁定を下すことができる。

[131] 本条の翻訳は、武鴻雁・前掲注125、188頁に依る。

執行手続	216条（執行手続）法律的効力を生じた民事判決・裁定は、当事者が履行しなければならない。一方が履行を拒絶したときは、相手方の当事者は人民法院に対して執行を申請することができ、裁判官が執行官に移送して執行することもできる。	削除	削除
人民法院の職権による再審開始	177条（人民法院による再審決定）下級人民法院院長は既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、確かに誤りがあることを発見し、再審の必要を認めたときは、裁判委員会の討論決定に回すべきである。 　最高人民法院は地方各級人民法院の既に法律的効力が生じた判決・裁定に対して、上級人民法院は下級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、確かに誤りがあることを発見したときは、自ら再審理しあるいは下級人民法院に再審理を指示する権限を有する。	削除	削除
請求の放棄・変更・認諾・反駁と反訴	民訴法52条（請求の放棄・変更・認諾・反駁と反訴）原告は訴訟上の請求を放棄あるいは変更することができる。被告は訴訟上の請求を承認あるいは反駁することができ、反訴を提起する権利を有する。	275条（訴えの変更）被告が弁論を開始した後、被告の同意を得なければ、原告は訴訟を変更することできない。 　下記状況では、その制限を受けない： （１）事実上または法律上の陳述を補充・変更する場合。 （２）訴訟請求を拡張または制限する場合。 （３）請求の基礎事実が同じである場合。 （４）状況の変化によって訴訟請求を変更する場合。	194条（訴えの変更）被告が弁論を開始した後、被告の同意を得なければ、原告は訴訟を変更することできない。 　下記状況では、その制限を受けない： （１）事実上または法律上の陳述を補充・変更する場合。 （２）訴訟請求を追加または一部取下げする場合。

新設·[闡明権（釈明権）]		278条（釈明権）準備手続において、人民法院は下記［闡明権（釈明権）］を行使すべきである。 （1）当事者に争う事実および法律について充分かつ必要な陳述、証拠提出を命令する。当事者に主張および証拠提出が遅れた場合の法的効果を説明する。 （2）当事者の陳述、証拠提出が不十分不明確であるとき、裁判官は当事者にその明確、補充を促さなければならない。 （3）当事者が主張する法律関係の性質または民事行為の効力が人民法院の認定と不一致の場合、人民法院が当事者に釈明すべきである。 （4）効率的、公正な裁判を行うために必要と思われる訴訟行為に対して釈明する。 本条は訴訟手続のすべての過程に適応する。	190条（釈明権）訴訟手続において、人民法院は下記［闡明権（釈明権）］を行使すべきである。 （1）当事者に争う事実および法律について充分かつ必要な陳述、証拠提出を命令する。当事者に主張および証拠提出が遅れた場合の法的効果を説明する。 （2）当事者の陳述、証拠提出が不十分不明確のとき、裁判官は当事者にその明確、補充を促さなければならない。 （3）当事者が主張する法律関係の性質または民事行為の効力が人民法院の認定と不一致の場合、人民法院が当事者に釈明すべきである。 （4）効率的、公正な裁判を行うために必要と思われる訴訟行為に対して釈明する。

以下、立法論的改革の条文の変化について整理してみる。

①　処分原則

処分原則について、現行法13条に対していずれの建議稿も内容を増やした。2005年建議稿の立法理由には以下のような記述がある。「処分原則は民事訴訟の本質特徴をもっとも体現する基本原則であり、この原則に対する制限は少数の例外に限るべきである。しかし、我が国の立法ないし司法実践では、当事者の処分権を尊重する案件と制限する案件について明確かつ具体的に定めていないため、多くの場合において法院による当事者の処分権への制限ないし介入が拡大された。他方、本来ならば処分権を制限すべき事件について法院は適切な制限をしていない。そのため、本条は原条文を基礎に、処分権を制限すべき事案について明確に

規定した」[132]。2008年建議稿の立法理由もほぼ同様であった[133]。

②　訴えの取下げ

訴えの取下げについて、2005年と2008年建議稿のいずれも法院による裁定を削除し、被告が応訴した場合は被告の同意を必要とした。2005年建議稿では、取下げは書面によるなど方法について明示され、2008年建議稿では時効についても触れた。2005年建議稿の立法理由では「取下げとは、原告が法院による訴訟請求に対する審理を望まない意思表示であり、請求を放棄することを意味しない。したがって、原告による取下げを訴訟がなかったとみなすべきである」としたうえ、取下げの条件について①判決が言い渡される前にのみ取下げができる、②被告が実質の答弁を行ったのちは、取下げは被告の同意を要する、とした[134]。これまでの法院の裁定が必要としていたのは、被告の利益が無視され、法院と原告との関係のみ重視する立場を採ったためであるが、建議稿では被告の手続保障の配慮に力点を置いたことは注目を値する。なお、2008年建議稿では、取下げに関する条文は、ドイツ民訴法269条と日本民訴法261条を参照したことを明らかにしている[135]。

③　財産保全

財産保全について、2005年と2008年建議稿ではこれまでの「法院の職権による開始」が削除された。削除の理由について2005年建議稿の立法理由によれば、「（法院の職権による財産保全の開始は）法院の職権主義を強調するものであるため、学者から批判を受けている。同時に、法院が職権にて保全措置をとったことで当事者に不当な損失を与えた場合は、法院が司法賠償責任を負うため、各地の法院はしばしばこの制度の適用を回避しているゆえに、制度の実際の意義はあまりない」、よって削除すべきである[136]。2008年建議稿では、ドイツ民訴法916、917条と日

---

[132] 中国人民大学法学院民事訴訟法典的修改与完善課題組・前掲注129、91頁。
[133] 江偉編・前掲注130、10頁。
[134] 中国人民大学法学院民事訴訟法典的修改与完善課題組・前掲注129、244頁。
[135] 江偉編・前掲注130、227－228頁。
[136] 中国人民大学法学院民事訴訟法典的修改与完善課題組・前掲注129、156－156頁。

本民訴法13、15、20条を紹介し、削除理由について「世界主要国家の民事手続立法では、一般的に法院の職権による保全措置を採る規定はない」を付け加えた[137]。

④　強制執行

強制執行に関して、2005年と2008年建議稿はいずれも条文を設けていない。その理由とは、建議稿を作成した学者らは、執行について単独に「強制執行法」を立法すべきと主張したため、建議稿では当該条文を削除した[138]。

⑤　再審の開始

法院の職権による再審の開始を定める177条は、2005年と2008年建議稿では条文ごと削除された。現行民訴法177条が中心とする「第16章、審判監督手続」は、「再審手続」と名称を改め、その理由とは「現行立法『審判監督手続』の名称は、濃厚な職権主義的色彩を帯びている」としている[139]。建議稿はいずれも法院による再審開始を禁止し、再審の開始は当事者のみによるとし、その理由について2008年建議稿では「民事訴訟法は主に当事者の民事権利に関わる手続であり、当事者意思自治の原則を採用している。当事者が効力を発した判決について再審を申請しないときに、法院が積極的に介入するのは、当事者の処分権に対する侵害であり、民事訴訟の基本原則である消極性と民事権利の処分性可能性に違反する」と述べる[140]。

⑥　請求の放棄と認諾

当事者の訴訟請求に対する放棄と認諾に触れた52条について、2005年と2008年建議稿はその内容を「訴えの変更」に絞って定めた。

⑦　釈明権についての規定新設

2005年と2008年建議稿はいずれも［闡明権（釈明権）］を規律する条文を設けた。釈明権を規定する意義について、法院が訴訟当事者の法律関

[137] 江偉編・前掲注130、132頁。
[138] 江偉編・前掲注130、３頁。
[139] 中国人民大学法学院民事訴訟法典的修改与完善課題組・前掲注129、286頁。
[140] 江偉編・前掲注130、147頁。

係を明確にし、当事者の弁論能力の差を是正するためであるとした[141]。立法建議を行うに際し、「証拠規定（2002年）」３条１項、35条１項、ドイツ民訴法139、273条、日本民訴法149、151条を参照した[142]。少なくとも日本法では、裁判官による釈明権行使の範囲について詳細に規定しているのに対し、いずれの建議稿でも「効率的、公正な裁判を行うために必要と思われる訴訟行為に対して釈明する」と柔軟な条文を設けている。

以上のように、学者らによる立法建議における処分権と関連する条文をみてきた。しかし、設けてしかるべき条文が盛り込まれなかったことは留意すべきであろう。すなわち、「法院の審理範囲は当事者の請求に拘束される」という内容を意味する条文はいずれの建議稿にもなかった。その理由について、建議稿を作成した中心的な人物である江偉氏による以下の記述より示唆がえられるであろう。「建議稿の起草者らは、英米法系の対抗訴訟モデルは我が国の［国情］とだいぶかけ離れて、適切ではない。対抗訴訟モデルが我が国の審判実践にもたらす弊害を消去することに、建議稿は配慮した」、「事件の事実を明らかにし、法廷審理を順調に進行させるために、人民法院は職権によって証拠収集、訴訟参加者に［詢問（尋ねる）］、訴訟指揮を行使することができる」、「これを以て人民法院の訴訟における職権、とりわけ釈明権、［詢問］権、訴訟指揮権、調停案提起権を強化する」[143]。

---

[141] 中国人民大学法学院民事訴訟法典的修改与完善課題組・前掲注129、245頁。

[142] 江偉編・前掲注130、219－220頁。

[143] 江偉編・前掲注130、３頁。しかし、江偉氏によるこれらの主張は、これまで公表した論文の論点とは異なる点を指摘しておく。つまり、これまで江氏は、台湾民訴法学者邱聯恭氏の研究を引用し、当事者こそ訴訟主体である「手続主体性原則」を紹介し（江偉・前掲注47、４頁）、「客観的真実原則（絶対的な真実を解明すべし）」は中国の民訴法発展に巨大な障害であると批判し、「不告不理」の重要性を訴えてきた（江偉＝趙秀挙「評民事訴訟法的修正及其主要缺陥―兼論民事訴訟法的進一歩完善」湘江法律論評４巻2001年165、177頁）。また、江偉氏による建議稿をみれば、当事者の処分権の保障に強く意識していることは容易にわかる。江氏がなお法院の職権行使が重要であると主張した理由とは、立場を変えたとは考えにくく、恐らく処分権制限や職権重視する勢力に配慮し、大原則について現状維持と譲歩しながら、実質な条文において当事者の処分権を保障しようしたではなかろうか。処分権の原則を規律する条文において、処

学者らによるこれらの改革内容は、おおむね中国の処分原則から西洋流の処分権主義への変身を図るものと言ってさしつかえない。その背景には、それまで諸外国の処分権の学説が多く紹介され、また、学者による条文作成の際に、日本をはじめ諸外国の条文も参考されたという事情がある。

4　立法者による改革、改革案

以上では、学者らによる立法建議をみてきた。それに対して、立法者がどのような反応を示したのか、以下、立法者による立法ないし立法草案をみてみる。

（1）「中華人民共和国民事訴訟の改正に関する決定（2007年）」

2007年10月28日第10期全国人代常務委員会第30回会議において「中華人民共和国民事訴訟法の改正に関する決定」が採択され、民訴法の一部改正が行われた（2008年４月１日執行）[144]。当時では［申訴難（不服申立、再審申請が困難）］と［執行難（執行が困難）］の問題が深刻であり、2008年の改正はそれらの問題の処理に限定しておこなわれた[145]。2007年改正内容について、当事者の処分権とは「法院による再審の開始」と「法院による強制執行の開始」と二点が関わる。再審の開始については再審事由を詳細に定め、再審請求の当事者ルートの整備をおこなった[146]ものの、職権ルートを定める177条に関する変更はなかった。同様に、強制執行に関しても、法院の職権による強制執行の開始を定める216条に関する変更はなかった。結果的に2007年民訴法改正は、当事者の処分権について触れていなかった。

分権の行使に「国家、集団あるいは個人の合法的権利・利益を侵害してはならず、法律の強行規定を違反してはならない」と書き加え、制限するように見せかけたのも、同様な理由と考えられる。

144「全国人民代表大会常務委員会関於修改『中華人民共和国民事訴訟法』的決定」国務院公報2007年35期４－６頁。

145 曹守曄「認真学習和貫徹民事訴訟法修改決定」人民司法2007年23期17－18頁。

146 陳桂明「再審事由応当如何確定――兼評2007年民事訴訟法修改之得失」法学家2007年６期１－２頁。

2007年の改正に関する学者は、裁判実践からみれば我が国の［国情］には適していると評価する一方、「今回の改訂は局部工事であり、限界があった。民事訴訟法の改訂は客観的な実情に符合するのみならず、訴訟の法則と訴訟基本原理にも符合しなければならない。訴訟原理を中核にしまたは支配的にすればこそ、制度設計の全体は協調がとれ、［頭痛医頭、脚痛医脚（頭痛がすれば頭痛を治す、脚が痛ければ脚を治す）］を回避することができる」と不満をもらした[147]。

（２）「中華人民共和国民事訴訟法修正案（草稿）（2011年）」

2011年10月に行われた第11期全国人代常務委員会第23回会議において、「中華人民共和国民事訴訟法改定案（草稿）」が審査され、29日に社会に向けて広くパブリックコメントを行った。以下では、「民訴法改訂案（草稿）」における処分権に関する条文を確認してみる。

草案は主に以下七つの項目を取り上げて改正を試みた。すなわち、①調停と訴訟の連携体制の整備、②当事者訴訟権利の保障、③当事者の挙証責任の強化、④簡易・少額手続の整備、⑤法律監督手続の強化、⑥審判監督手続の整備、⑦執行手続の整備。当事者の処分権について一切触れていないが、以下二点において処分権への制限がさらに強化されたと読み取ることができる。まず、草案では「公益訴訟制度」を打ち出し、以下の条文を新設した。「環境汚染、多数消費者の合法的権利・利益を侵害するなど社会公共利益を侵害する行為について、関係機関、社会団体も人民法院に訴訟を提起することができる（55条）」とする条文を設けた。当事者の意思によらない訴訟開始が可能となった点は、現行民訴法よりも後退して当事者の処分権を侵害することとなろう。そのほか、以下の条文も新設した。「当事者らが悪意通謀し、訴訟・調停利用などの方法を通して、債務を逃れ、または他人の財産を侵害する場合は、人民法院はその請求を棄却し、状況に応じて過料、拘留を処する。犯罪を構成した場合、法律にもとづき刑事責任を追及する（111条）」、「被執行人は他人と悪意通謀し、訴訟・仲裁などの方法を通して、法律文書によっ

[147] 陳桂明･前掲注146、１頁。趙鋼「倉促的修訂、局部的完善――対「関於修改『中華人民共和国民事訴訟法』的決定」的初歩解読」法学評論2008年１期12－13頁。

て確定された義務を逃れようとした場合、人民法院は状況に応じて過料、拘留を処する。犯罪を構成した場合、法律にもとづき刑事責任を追及する（112条）」。これはいわば、学者が提起した［訴訟詐欺］を防止するための対策であり「処分権の行使は国家、集団または他人の利益を侵害してはならない」の具体的な現れであろう。しかし、法院は当事者の請求に潜む「他人の利益を害する内容」の発見を任務とされている以上、審理は当事者の請求に拘束されないことを意味することは明らかであろう。この条文は、法院に職権による恣意的な審理を行うために法的根拠を提供したといって差し支えない。

今回の民訴法改正について、まだ草案段階であるため、学者らによる批評論文はまだ少ない[148]。しかし、今回改正草案の一つの目玉である「法院調停優先」に関連して、処分権の問題を言及した論文があり、その論旨を端的にいえば、司法政策的に法院調停を優先にさせるならば、当事者の処分権はむしろ骨抜きにされる恐れがある[149]。

かつて中国の裁判では法院調停が主要終局方法であったが、80年代に行われた審判方式改革にともない、その利用が減る一方であった[150]。しかし、2004年に最高人民法院が「人民法院民事調停活動の若干問題に関する規定」を公布し、法院調停の利用を推奨し、調停率を法官の勤務評価の対象にまでした結果、利用が再び増えた[151]。

---

148 今回の草案について、学者、弁護士らによるさまざまな討論会が行われた。さしあたり、人民大学において開催された「民訴法改正における総合問題と交差問題について」と題するものなどがある。具体的な反応について、たとえば、上海弁護士協会が出された修正建議では、「訴訟詐欺」の防止を目的とする111、112条の削除を主張する議論もあるが（http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2011-12/02/content_3154462.htm?node=35855）、議論の対象は主に今回草案が取り上げた七つの項目に絞られ、草案と処分権について言及したものは管見に及ばなかった。

149 賀小航＝呂輝「論民事訴訟法修改背景下法院調解優先政策」延辺党校学報第27巻１期（2012年）63－65頁。

150 その経緯について、拙稿「調停好き神話の崩壊（１）」北大法学論集57巻２号（2006年）151－278頁参照。

151 この動きについて、范愉「調解的重構――以法院調解的改革為重点（上）（下）」法制与社会発展2004年２、３期113－125頁、90－108頁、呉英姿「法院調解的‘復

こうした中、草案では「当事者が法院に提訴した民事紛争について、調停が適宜と判断した場合は調停前置とする（121条）」条文を新たに設け、「法院調停優先」についてさらに一歩踏み込んだ。このような動きについて、賀小航らは、「当事者は紛争処理の主体であり、その地位は尊重されるべきである」、我が国の法院調停制度の興隆の直接な原因とは当事者に対する法官の働きであり、「法院の自己利益を実現することが動機であるため、当事者が有すべき具体的な訴訟権利を無視され、紛争処理の過程では、当事者の民事権利、処分権や参与権はいずれも極大な制限を受けることとなる」。

［調審合一（調停と裁判を一つにする）］の審理モデルでは、［以判圧調（不利益な判決を出すことをほのめかし、調停させる）］、［以拖促調（審理を引き延ばし、調停するように促す）］、［以誘引調（調停するように利益誘導する）］が度々起き、当事者の正当な権利の保護を軽視したのみならず、当事者の自由意思原則さえ宙に浮かせることとなり、さらに当事者に有すべき権利を侵害し、訴訟における当事者の主体地位を著しく損害する」と批判した[152]。当事者が法院調停を選択し、紛争処理を試みること自体は、処分権の一つであり、法官が調停を強要するのは、そもそも処分権違反であることはもちろんであるが、紛争の大部分が調停で処理されるようになれば、いくら当事者主義的な処分権が法的に整備されても、結局無意味であろう。

５　小括

本章では、処分権の制限に関する肯定説と近時展開している否定説の状況を紹介したうえで、学者による民訴法の改革案を整理し、立法者による改革案と比較した。結論としては、学界では当事者の処分権の拡大を主張する動きがあるが、立法者によるこれまでの民訴法改正作業では、処分権の拡大は目指されていないどころか、処分権をより制限すると見られる規定すら盛り込まれるに至っている。つまり、学界の議論は立法

興’与未来」法制与社会発展2007年３期35－45頁。

[152] 賀小航＝呂輝「論民事訴訟法修改背景下法院調解優先政策」延辺党校学報第27巻１期（2012年）64頁。

過程では生かされていなく、両者の問題意識に距離がある。

第３節　2012年民事訴訟法改正

１　改正の経緯と主な内容

二節にふれたように、2011年10月29日に全国人代常務委員会は民事訴訟法の改正について、「民事訴訟法修正案〔草稿一審稿〕」を発表し、一ヶ月間ほど社会に向けて広くパブリックコメントを行った。その間には、社会各界より改正に関する意見を計8,030件も寄せられた[153]。その意見をもとに、全国人代常務委員会法制工作委員会は「民事訴訟法修正案〔草稿二審稿〕」を作成し、2012年４月に全国人代常務委員会第26回会議の審理に提出した。後に、部分的に修正され、2012年８月27日に全国人代第28回会議に提出され、採択された[154]。

2012年改正では、主に以下の八つの点を中心に行われた。すなわち（１）誠実信用原則の規定、（２）調停手続と訴訟手続との連携の改善、（３）当事者の訴訟権利の保障、（４）当事者挙証制度の整備、（５）簡易手続の整備、（６）法律監督の強化、（７）裁判監督手続の整備、（８）執行手続の整備、である[155]。このように、今回の改正では、当事者の処分原則について触れていない。しかし、改正した条文において当事者の処分権に関連する内容もある。以下、当事者の処分権と関連すると思われる条文に限定し、旧民訴と対照して列記する。なお、変化した部分について下線を付す。

---

[153] 出された意見について、全国人代常務委員会法制工作委員会民法室編『民事訴訟法立法背景与観点全集』（法律出版社、2012年）を参照されたい。なお、意見を提出した主体は学者をはじめ、弁護士（同上、112頁以下）、裁判官（同上、86頁以下）、検察官（同上、107頁以下）のほか、地方政府機関（同上、67頁以下）、国営企業組織（同上、75頁以下）、民営企業組織（同上、82頁以下）などさまざまな部署・組織にわたっている。

[154] その経緯について、宋朝武編『中華人民共和国民事訴訟法精解』（中国政法大学出版社、2012年）９頁を参照されたい。

[155] 全国人代常務委員会法制工作委員会民法室編『民事訴訟法修改前後条文対照表』（人民法院出版社、2012年）２－12頁。

	1991年旧民訴(1997年一部改正)	2012年新民訴
処分原則	13条　当事者は法律に規定する範囲内に於いて自らの民事上の権利と訴訟上の権利を処分することができる。	13条　民事訴訟は誠実信用原則に従わなければならない。 　当事者は法律に規定する範囲内に於いて自らの民事上の権利と訴訟上の権利を処分することができる。
法律監督	14条　人民検察院は民事裁判活動に対して法律監督を実行する権限を有する	14条　人民検察院は民事訴訟活動に対して法律監督を実行する権限を有する
公益訴訟		55条　環境汚染、多数消費者の合法的権利利益を侵害するなど社会公共利益を侵害する行為について、法律が規定する機関、または関係する組織が人民法院に訴訟を提起することができる。
証拠提出		65条　当事者は自らの主張について速やかに証拠を提出すべきである。 　人民法院は当事者の主張と案件審理状況に基づいて当事者が提出すべき証拠とその期限について確定する。当事者が当該期限内に証拠を提出することが困難である場合は、人民法院に期限の延長を申請し、人民法院は当事者の申請によって適宜に期限を延長させることができる。期限を越えて当事者が証拠を提出しない場合は、人民法院は当事者にその理由について説明させるべきである。理由の説明を拒みまたは理由が成立しない場合は、人民法院は状況によって当該証拠を採用しない、または、採用するが（当事者に）訓戒、または過料を課す。
		112条　当事者間に悪意通謀、訴訟・調停を利用して他者の合法的な権利利益を侵害しようとするときは、法院はその請求を棄却すべきであり、また情況にしたがい、過料、拘留を処すべきである。犯罪を構成するときは、法律に基づき刑事責任を追究する。
人民法院による再審	177条　下級人民法院院長は既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、確かに誤りがあることを発見し、再審の必要を認めたときは、裁判委員会の討論決定に回すべきである。 　最高人民法院は地方各級人民法院の既に法律的効力が生じた判決・裁定に対して、上級人民法院は下級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、確かに誤りがあることを発見したときは、自ら再審理しあるいは下級人民法院に再審理を指示する権限を有する。	198条　下級人民法院院長は既に法律的効力の生じた判決・裁定・調停書に対して、確かに誤りがあることを発見し、再審の必要を認めたときは、裁判委員会の討論決定に回すべきである。 　最高人民法院は地方各級人民法院の既に法律的効力が生じた判決・裁定・調停書に対して、上級人民法院は下級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定・調停書に対して、確かに誤りがあることを発見したときは、自ら再審理しあるいは下級人民法院に再審理を指示する権限を有する。

人民検察院によるプロテスト	187条　最高人民検察院は各級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、上級人民検察院は下級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、本法179条が列記する情況の一つがあることを発見したとき、プロテストを提起すべきである。 　地方各級人民検察院は同級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、本法179条が列記する情況の一つがあることを発見したとき、上級人民検察院に同級人民法院にプロテストを提起するように請求すべきである。	208条　最高人民検察院は各級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、上級人民検察院は下級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、本法200条が列記する情況の一つがあることを発見したとき、あるいは調停書が国家利益、社会公共利益を損害することを発見したときは、プロテストを提起すべきである。 　地方各級人民検察院は同級人民法院の既に法律的効力の生じた判決･裁定に対して、本法200条が列記する情況の一つがあることを発見したとき、あるいは調停書が国家利益、社会公共利益を損害することを発見したときは、同級人民法院に検察建議を提出することができ、同時に上級人民検察院に［備案（報告し記録を残す）］を行う。または、上級人民検察院に同級人民法院にプロテストを提起するように請求すべきである。

2　新民訴における処分権の位置づけ

2012年民事訴訟法改定では、正面から処分原則について触れていないものの、上記の表で示されているように、当事者の処分権に関連するいくつかの条文が変更された。以下では、変更された条文の分析を試み、新法における当事者の処分権の位置づけについてみてみる。

まず、第一に処分原則を定める13条について、新法では新たに「誠実信用原則」が追加され、処分原則は第二項となった。なぜ処分原則の前に誠実信用原則が新設されたのか、二つの原則との関係について改正直後に出されたコーメンタールでは一切触れていないが、以下、誠実信用原則を追加した経緯と関連条文から、両原則の関係を探ってみる。

誠実信用原則は、パブリックコメントに寄せられた意見をもとに、2012年４月の民事訴訟法修正案〔草案第二稿〕13条に登場した[156]。当時の条文内容とは「当事者が権利を行使する際に誠実信用原則に従わなければならない」であった。後に、誠実信用原則が対象する主体に関して調整が行われ、「民事訴訟は誠実信用原則に従わなければならない」となった。形式的に当事者のみならず、法院も誠実信用原則の遵守が求められ

[156] 誠実信用原則が追加した経緯について、宋朝武編・前掲注154、９頁を参照されたい。以下同様。

ているが、しかし、誠実信用原則違反の効果を定める112条では、その対象はむしろ当事者のみである。それゆえ、事実上、誠実信用原則とは訴訟当事者の「権利行使」に関する義務であると理解して差し支えないであろう。

また、実務レベルにおける誠実信用原則の運用に関する説明では、以下の表現が用いられている。すなわち「誠実信用原則を具体的な事案に適用するときは、以下の点について注意しなければならない。訴訟中の非誠実信用行為は国家、集団または他人の合法的権利利益を侵害したのか、故意であったのか、悪意の程度はどうであったのか」[157]である。「国家、集団または他人の合法的権利利益を侵害してはならない」とする主旨では、処分原則の要件と重なり、誠実信用原則を処分原則と並列させる理由はそれであったと推測する。そして両者の関係は、異なる原則とはいえ、誠実信用原則とは訴訟権利の行使の前提と位置づけられていると理解することもできる[158]。

第二に、55条によって公益訴訟が新設され、公益性ないし公共性の強い事件について、当事者（直接利益関係者）以外の者も訴訟を開始させることができるようになった。この制度に対する評価は本稿の主旨とは関係ないため省略するが、55条は「訴訟の開始は当事者による」とする処分原則と矛盾していることを指摘しておく。

そして第三に、証拠提出に関する条文改正からも、裁判における当事者の位置づけが変化したと推測する。すなわち、65条では当事者が定められる期間内に挙証しなかった場合でも、訓戒または過料を課したうえで、証拠を採用することがある。この条文の狙いとは、訓戒や過料という罰則をもって当事者の挙証を促そうとするものであろう。しかし、そもそも当事者が挙証しなければ、訴訟における不利益を受ければよく、罰則を設けて挙証を促す必要もなかろう。従来、訴訟における当事者の

---

157 宋朝武編・前掲注154、10－11頁。

158 誠実信用原則と処分原則を同じ条にいれたことについて、張衛平氏は「誠実信用原則をもって当事者の処分行為を制限する意図は明らかであり、処分原則の地位が弱体化された」と指摘する。奚晩明＝張衛平『民事訴訟法新制度講義』（人民法院出版社、2012年）２頁〔執筆＝張衛平〕。

位置づけとは、当事者は主体的な地位にいなく、あくまで促されて行動する客体であった。今回改正した65条では、当事者の客体化が一層進まれたと理解して差し支えないであろう。

第四に、198条に示されるように、新法では法院による再審の対象が拡大された。これまで、法院は裁判が終えたのちに判決・裁定に誤りがあったと認識した場合は、法院が自ら再審を開始させることができていた。今回の改正では、判決･裁定のほかに、調停書がさらに加えられた。法院は自らの判断が誤り、判決や裁定について再審を当事者の同意なしに開始するのは、法院が出した判断について、法院が自ら正すと理解できるかもしれない。しかし、当事者の合意が根拠にできた調停書まで、法院が再審開始できるとは、当事者主義ひいては当事者の処分権がなお後退したといえるかもしれない。

第五に、187条14条に示されているように、人民検察院によるプロテスト、法律監督の範囲が拡大された。まず、187条ではプロテストの対象は判決・裁定のほかに調停書が加わった。そして、14条では、法律監督の対象は「民事裁判活動」から「民事訴訟活動」に拡大された。つまり、人民検察院による法律監督の範囲は、これまでは裁判開始から裁判終了までであったが、今回の改正では、それが［立案］[159]から執行までと拡大した[160]。これまでの紹介では、人民検察院による介入も当事者の処分に対する制限であることが明らかになった。今回の改正は、人民検察院による介入の範囲が拡大されたため、介入できる幅も広くなったといって差し支えないであろう。

3　小括

以上では、当事者の処分権という視点から2012年民事訴処法改正をみてみた。今回の改正では、処分権について正面から触れていないものの、

[159] 中国の民事裁判では、受理の前に、そもそも当該事件を法院が受理するか否かを判断する［立案］審査という関門がある。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門〔第６版〕』（有斐閣、2012年）274頁。

[160] 全国人代常務委員会法制工作委員会民法室編『中華人民共和国民事訴訟法解読』（中国法制出版社、2012年）28頁以下参照されたい。

改正箇条からでは、西洋日本法と比較する場合は、むしろ当事者の処分権がさらに後退したといえよう。

本章では、学界における処分権拡大の主張を紹介したうえで、法改正という立法者の判断を紹介した。対照的な比較による結果は恰も立法者が法学者の主張を無視したようである。しかし、そもそも訴訟における当事者の処分権を問題視する学者がすくなく、それらの主張も西洋法経験から由来するものであり、訴訟当事者の不満が起因したわけでもなければ、訴訟に深刻な制度障碍が起きたわけでもない。それゆえに学者間の議論はやや「空中戦」的であったといわざるをえない。そして、立法者は、改正草案第一稿から処分権を問題にしておらず、学者らの見解を踏みにじったというより､そもそも問題として認識していないであろう。以上総合すると、中国では、当事者の処分権について学界と立法者の間には熾烈な論戦が存在せず、両者ともに当事者の処分権についてそんなに関心を寄せていないのである。

むすび

本稿はこれまで民事訴訟法のもっとも根本的な原則である処分原則の概念、形成史、裁判における実態および近時の改革の動きをみてきた。以下では、処分原則の消長問題に映し出される中国の裁判の特徴をみてみる。

1　処分原則からみた中国の民事裁判の特徴

日本や西洋法的な裁判では、「不告不理」が大原則とされているように、司法は受動的、消極的であることを本質とする。したがって日本の裁判所は、「訴訟の提起の際に原告が提示した申立事項の範囲に、主観的にも客観的にも拘束され、これを超えて判決することは許されない。当事者が判決による訴訟の終結を望まず、訴えの取下げや公訴の取消しをすれば、裁判所はもはや審理を続行することは許されない」[1]。これに対して、本稿が取り上げた中国民事裁判における当事者の処分権への制限の実態からみると、中国の法院はむしろ正反対であり、能動的、積極的である。

法院が行う裁判は処分権という基本原則に限ってみても、日本・西洋法の視点からすると相当異質である。また、日本の司法権について裁判官である井上薫氏は司法権の活動は受動性が第一の特徴であると指摘する[2]。こうした基準に照らせば中国の裁判はむしろ司法権による活動でないと解されかねない。そうであるなら、中国の裁判はいったいいかなる営みなのか。

鈴木賢氏は、清代中国に遡って中国裁判の特徴について以下のように指摘する。「中国で裁判の機能も担った州県の『官衙』はまさに『全能衙門』であり、徴税、警察、裁判など総合的な機能を合わせもった機構であり、裁判業務を担う特別の人員も特別な知的な背景も要しなかった。中国清代においては『訴訟をみごとに裁くこと、政治に通じていること、人の和を保つこと』を県知事評価の基準としていたと言われる。したがっ

[1] 井上薫『裁判の具体性』（法学書院、2001年）43頁。
[2] 井上薫・前掲注１、43頁。

て、裁判官、弁護士といった法律のプロフェッショナル職層も法学という独自の学問体系もそれを伝承し、人材を育成する法学教育も存在しなかった。東アジアにも中国を中心に高度に発達した緻密な制定法、官僚制度があったが、それらは政治世界と区分された独自の領域をなすことはなく、法は政治の一部に解消されていたのである」[3]。

今日の中国の裁判についても、裁判は執政党の指示を忠実に遂行する道具であり、法院は政治より与えられた社会に対する行政的管理という任務の完成を最優先にしているとの指摘がある[4]。以上で示した鈴木氏の指摘を合わせていえば、中国の裁判は端的にいえば、固有法期から現代中国まで司法は政治と未分離であり、それゆえその特徴とは、行政と司法の複合的な性格と機能を併せ持つ制度であり、また法院による活動とは、いわば司法権と行政権の行使であるといえる。

このような特徴に即して中国の当事者の処分権への制限を考察すれば、西洋法からみれば異質的な処分原則も、中国の裁判なら当然の結果ともいえる。すなわち、中国の裁判はむしろ単なる「法的判定」という手続ではなく、当事者の紛争を根こそぎ処理し、社会の不安定要素を取り除く行政的手続でもあるため、審理の対象は当事者の請求に限定されず、法院はむしろ積極的でなければならない。そう考えれば、中国の裁判実務ではなぜ法内の価値の判断に限定せず、社会効果など法外の価値も重視されているのかが説明がつく[5]。そしてその特徴の一つの現れと

---

[3] 鈴木賢「東アジアにおける法と政治の分離」『第８回東アジア法哲学シンポジウム：ポスト継受時代の東アジア法文化』（台湾国立政治大学、2012年３月17－18日開催）基調講演による。ちなみに、中国の法院も行政と司法の未分離を中国伝統司法の特徴とし、その特徴は今日の裁判制度にも大きく影響していると認めている。最高人民法院司法改革領導小組辦公室編『人民法院司法改革与中国国情読本』（人民法院出版社、2012年）58－60頁。

[4] 坂口一成『現代中国刑事裁判論―裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）359頁以下。

[5] 当事者の処分権への制限をもっと掘り下げるならば、執政党と裁判との関係についてさらに考察する必要がある。しかし、本稿は「党と法院、裁判」との関係の解明を目的としていなく、さらにそれを考察した優れた先行研究が多数存在しているため、本稿はそれを省く。党と法院、裁判との関係、ひいては中

は、法院による当事者の訴訟行為に対する積極的な介入である。

（1）この特徴はどこからきたのか

この特徴はどこからきたのかについて、以下処分原則に即して考えたい。

法院による当事者の訴訟行為に対する積極的介入、すなわち処分権への制限について、中国の学者は、それはソビエト法の継受の結果であるとし[6]、「ソビエト法を継受しなければ、処分権について今日我々は苦労することもなかろう」とさえいわれている[7]。本稿でも、ソビエト法と中国の比較によって、同様する条文があることから中国の民訴法は確かにソビエト法の影響を受け、処分権の制限はソビエト法の継受によることを記した。

しかし、鈴木賢氏は上述したように、その特徴はすでに清朝にも見られると指摘する。中国伝統法とソビエト法との関係について、鈴木賢氏はさらに以下のように指摘する。「継受されたソビエト法は中国に伝統的な法文化とは基本的に親和的であり、伝統法的発想のうえに障害なく接合が可能であった。私は中国がソビエト法を継受した結果、却って伝統法文化が復活し、それを温存させる結果になったと考える」と指摘する[8]。鈴木賢氏の指摘に即して中国の処分権についていえば、ソビエト法の継受によっては確かに「処分権」という概念は登場するが、しかし広く処分権制限を設けているため、訴訟における当事者の地位が変化したわけではなく、伝統法文化はソビエト法継受によって再現され温存されたことになるではなかろうか。

本稿は、鈴木賢氏の指摘に賛同する。すなわち、当事者の処分権を制

国の裁判の（執政党からの）独立について、さしあたり、鈴木賢「中国における市場化による『司法』の析出―法院の実態、改革、構想の諸相」小森田秋夫編『市場経済化の法社会学』（有信堂高文社、2001年）275－280頁、坂口一成『現代中国刑事裁判論―裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）359頁以下参照されたい。

[6] 張衛平「絶対職権主義的理性認知」法学争鳴1996年４期63頁。

[7] 張衛平「民事訴訟処分原則重述」現代法学23巻６期（2001年）145頁以下。

[8] 鈴木賢「現代中国法にとっての近代法経験」体制転換と法４号（2003年）19頁。

限する現代中国法のひな形はむしろ中国伝統法であり、条文が初めて設けられたなどソビエト法継受による影響もあるが、しかし中身はむしろ空中一回転して、元の地点に着地している。本稿第二章の冒頭において清朝の裁判例を紹介したが、その中身はまさに人民法院による裁判を彷彿させるようなものであった。固有法期から今日までの中国裁判は、度重なる法継受なり改革なりを経てきたとはいえ、本質はほぼ変わっていないといって差し支えない。

それゆえ、中国の処分原則研究のパイオニアである張衛平氏による、当事者の処分権への制限の真犯人がソビエト法であり、ソビエト法の要素さえ取り除けば西洋的処分権主義が中国で実現できるとする結論はなお議論する余地があるといわざるを得ない。

（２）なぜこの特徴が維持されてきたのか

中国法の近代化について、中国の学者は以下のように指摘する。「すべての先進国家は安定した法治国家であり、安定する秘訣とは政治過程と法律過程の明確な分離である。完全なる法律過程は法治の［底線（ベースライン）］であり、いかなる政治的介入も許されない」[9]。つまり、ほんの一部ではあるが、中国の学者は法の近代化を図るには、法と政治との分離が不可欠であると認識している[10]。

しかし、本稿で紹介した処分権に関する学界の議論と立法者の行動の

---

[9] 張千帆「従‘党幹幹部’到‘党幹立法’」蔡定剣編『走向憲政』（法律出版社、2011年）210頁。また、楊建軍氏によれば「司法と政治とは二つの異なる系統に属し、異なる目標を追求している。両者は適切な距離を置くことは政治の合法性を増進することとなる。司法は政治から独立することは司法運営の基本前提である」。楊建軍「法治国家中司法与政治的関係定位」法制与社会発展2011年５期13頁以下を参照されたい。

[10] ちなみに、政治と司法を分立すべきでないとする論者の論点は主に以下である。すなわち「司法権は政治権力の構成要素である」、「司法そのものは政治の創造物である」、「司法の構造は政治の需要によって設定すべき」、「司法は政治過程の一構成部分にすぎない」、「主流政治イデオロギーは司法の運用過程に影響を及ぼす」、「司法権は政治の支持と保障によって成り立つ」などである。江必新「正確認識司法与政治的関係」求是2009年24期51頁以下を参照されたい。

乖離（第４章）からでも分かるように、学界は裁判において当事者に主体的地位を与え、裁判を当事者のための手続に変化させようとするが、立法者はむしろ当事者の処分権への制限を強め国家による介入を強化し、裁判に一層政治・行政的な性格を強化させようとしている。

なぜ中国では、司法と行政との分離を頑なに拒絶するのかについて、鈴木賢氏は裁判が「社会効果」を重視する現象に力点を置き、裁判は一貫にして党の正統性の調達に使われていると指摘する[11]。また、刑事分野ではあるが、坂口一成氏は「厳打」（刑事犯罪活動への厳しい打撃）を素材に、中国では裁判は党が定めた政策課題を実現するための単なる道具に過ぎないと指摘する[12]。なぜそうなってしまうのかについて、中国の裁判は法律に基づく権利判定の過程ではなく、当事者が納得する判決の発見を目指す過程であるがゆえに、中国において司法に行政的な要素が不可欠であることが指摘できよう。そして、当事者の納得重視とは、決して訴訟における当事者の主体性を認めるものでなく、司法も［国家治理（国によるガバナンス）］の一環と捉える司法観から由来するものである。ゆえに、訴訟において当事者は周辺的な存在にならざるをえない。

本稿の判例類型化作業では、法院が当事者の請求を超えて判決した狙いを分析した。それらの狙いを整理すれば、それは当事者が納得する判決の獲得のためだと推測される。たとえば、判決では［実事求是］をめざす点（実体的真実の発見）、法律適用よりも［合情合理（情に適い、理に適う）］をめざす点（法外の衡平感覚の重視、市民感情の重視）、当事者のみならず国家・集団ないし他人の利益も配慮し保護を図る点（社会正義の実現）、当事者双方の実際の経済利益を考慮した点などは、判決への当事者の納得を重視した証拠であろう。また、これらの点は、当事者の納得を獲得するファクターであるといえる。当事者が納得すればこそ、別訴提起を防止でき、判決の執行が順調に行え、（判決した後の）紛争の激化も防止できる。

---

[11] 鈴木賢「裁判規範としての国家法と民間社会規範の緊張関係」孝忠延夫＝鈴木賢編『北東アジアにおける法治の現状と課題』（成文堂、2008年）。

[12] 坂口一成・前掲注４、361頁以下。

２　処分権への制限は維持されていくのか

裁判実務では、当事者の処分権への制限を否定した判例もあり、学界においても制限の緩和に関する議論が活発的である。しかし、結論を先にいえば、処分権への制限は当分の間は続くと思われる。以下、立法者の視点と当事者の視点から、当該問題をみてみる。

処分原則に関する最近の立法案からでは、立法者は学界の処分権の制限を解除する議論を押し切り、その制限をさらに強化しているようである。処分権の制限に関する立法者による説明がないため、立法者の真意を確かめる術がないが、少なくとも立法者はなお当事者の訴訟行為に介入するツールを手放したくないと考えているようである。

「立法者が当事者の訴訟行為に介入するツールを手放したくない」状況を理解するために、鈴木賢氏と坂口一成氏が重要なヒントを提示している。つまり、中国の裁判は「党の支配の正統性」の調達装置だというのである。鈴木氏らは、①選挙を受けていない共産党は、絶え間なく社会的承認を獲得し、支配の正統性を調達しないといけない、②党は「改革・発展・安定」を通じて社会的承認を取り付け、その支配の正統性を調達している、③裁判の結果によって「改革・発展・安定」が損なわれることは十分にあり得るがゆえに、裁判は「改革・発展・安定」の維持を重要課題にして行わなければならない、と指摘する[13]。鈴木氏らの指摘を敷衍すれば、党による裁判の位置づけは、単なる私人間の紛争処理手続のみならず、その紛争処理によって党の正統性の調達に貢献しなければならない、である。そして判決に対する当事者の納得は裁判手続を提供する党の正統性に寄与し、党は支配の正統性が調達され維持されることとなる。

そうした状況では、訴訟において当事者の処分権を認め、訴訟を当事者に任せることは許さず、法院は当事者の処分権を制限し、自ら当事者が納得する判決の形成に努力しなければならない。つまり、法院は常に裁判の行方を自分の都合のよいように調整できる権限・方法を留保しな

[13] 鈴木賢「中国法の非制度創設的性格」法学セミナー 452号（1992年）14頁、坂口一成『現代中国刑事裁判論―裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）360頁以下。

ければならない。言い換えれば、党の正統性を調達するための裁判では、当事者の処分権への制限は極めて適切かつ不可欠な措置であろう。したがって、中国の裁判における当事者の処分権に対する制限の行方に推測する際に、裁判は「党の支配の正統性」の調達装置と位置づけられている限り変わらない、という結論が導き出される。

当事者の処分権が制限される訴訟について、当事者はどのように考えているのか。少なくとも裁判例をみている限り、当事者は処分権が制限されたことを理由に上訴にしたケースがなく、それどころか、法院の介入による当事者の庇護を期待しているようにさえ見受けられる[14]。このような訴訟における当事者の自律性の欠如は、伝統法時代まで遡って確認できる。たとえば、固有法期では当事者の世話をよくしてくれる裁判官が当事者に「父母官」や「親民官」と褒め称えられていたのが証拠となろう。前述したように固有法期では、「包青天」という人物はもっとも優れた裁判官とされ、大衆に敬愛を博していた。その裁判手法とは、当事者の申請を待たずに自ら乗り出して証拠を集め裁判を開始させ、悪をさばき弱者を助けるものであり、日本でいえば大岡越前のような裁判官である。そして今日でも、「包青天」の例は、中国では裁判官の「不親切」を批判する際によく引用され[15]、裁判官がめざすモデルとされている[16]。

こうした当事者の訴訟に対する期待を背景にして、近時、中国では訴訟において［法律父愛主義（法律的パターナリズム）］が必要と説く研究があらわれ、話題となっている[17]。［法律父愛主義］とは、法院が当事者

[14] たとえば、多くの訴訟請求では、具体的な請求内容を書かずに単に「法院に当事者の合法的な権利利益の保護を乞う」とし、どのような権利利益が保護できるのかむしろ法院の判断に委ねようとしている。

[15] たとえば、王小舒「“包公已死”請思量這沉重的嘆息」法制与経済2009年８頁。

[16] たとえば、馬中東「弘揚包公優秀文化，伝承包公司法精神――包公司法文化的内涵及其現実意義」公民与法2012年３期17頁。

[17] 郭春鎮『法律父愛主義及其対基本権利的限制』（法律出版社、2010年）、孫笑侠＝郭春鎮「法律父愛主義在中国的適用」中国社会科学2006年１期47－58頁。日本・西洋法において「パターナリズム」とは多くの場合はネガティブな表現であるが、中国の場合は「父愛」と訳されているようにむしろポジティブな表現として用いられている。

の訴訟行為に積極的な介入が核心をなし、その中身は以下三つの特徴を有するとされている[18]。①[法律父愛主義]の目的とは、当事者らの福利、需要と利益を満足させまたは増進させるためである、②施す際に、同時に公共の利益に寄与する、③施すには、当事者の自由と権利は必然的に制限される。

そして、[法律父愛主義] は中国において、三つの基盤があるとされている[19]。すなわち、①社会経済的基盤。本日の中国では貧富の差が激しく、経済的に貧困状態にある人が多く存在する。その人達は交渉能力（BARGAINING POWER）が低く、訴訟においては弱者であるがゆえに、[法律父愛主義] 的ケアが必要である。②民衆感覚的基盤。中国では国民は教育水準が低く、生活などでは政府に依頼・依存してきたため、他人または社会に対する個人の自主権を主張するケース極めて稀である。政府は形式的な「自治」を与えるではなく、実質的な法律介入によって人々を積極的に救済しなければならない[20]。[法律父愛主義] は民衆感覚に適し、かつ大衆はそれを必要としている。③政治的基盤。2004年３月に共産党総書記国家主席である胡錦涛氏は、[以人為本] という執政方針を打ち出した。つまり、「人々の根本的な利益から出発し、発展を促進する。人々の日々高まる物質・文化的需要を満足させ、大衆の政治、経済と文化的な権利利益を切実に保障し、全体人民に発展の成果が恵まれるようにしなければならない」。それを実現するために、[法律父愛主義] が必要とされ、また逆に [以人為本] という執政方針が [法律父愛主義] に政治的基盤を提供する。

孫笑侠氏らによれば、[法律父愛主義] とは「政府が公民対する強制的な愛」であり、その理論は中国の伝統文化、法律規範と現在の社会実情に符合し、大衆に歓迎されている[21]。本稿が取り上げる当事者の処分権

---

[18] 孫笑侠＝郭春鎮「法律父愛主義在中国的適用」中国社会科学2006年１期49頁。

[19] 孫笑侠＝郭春鎮・前掲注18、54－55頁。

[20] 郭春鎮氏は、法院が「自治」を理由に当事者の訴訟行為を放任するのは、[隔岸観火（対岸の火事）] であり、不作為であるため批判すべきと指摘する。郭春鎮・前掲注17、150－151頁。

[21] 孫笑侠＝郭春鎮・前掲注18、47－58頁。

に即して言えば、訴訟における法院のパターナリズムが推奨され、かつ大衆が喜んで受けているとされている限り、当事者の処分権への制限は当分の間は存続し続けると推測する。

本稿では、中国の民事裁判における当事者の処分権に対する制限について考察した。その特徴について、以下二つに集約することができる。すなわち（1）当事者客体論、（2）法的パターナリズムである。このような特徴を有する裁判スタールは民事裁判よりむしろ刑事裁判に近いであろう。固有法期の裁判を研究した高見澤磨氏によれば、当時の裁判は、刑事と民事が峻別されることがなく、一つの物差しに連続して刑事、行政、民事が並んでいる[22]。伝統中国法から現代中国法の裁判を考察した鈴木賢氏は、刑事も民事も結局同じ地平にあり、両者に本質的な相違はなく、あるいはグラデーションにつながっていると指摘する[23]。坂口一成氏による刑事法に関する研究結論は驚くほど民事法にも当てはまるのも、その状態を裏付けているといえよう。

中国では、民事裁判と刑事裁判をあわせて［官司（官が司る）］と呼ぶ人が多い。これは大衆が、民事裁判は自分が主体的に行うものではなく、民事も刑事と同様に官によるものであるという意識の現れであろう。

このような裁判情況、または大衆の裁判意識からみれば、訴訟における当事者の処分権が制限されるのは当然となる。そして処分権主義という西洋民事訴訟法の基本原則さえこれであれば、そもそも現代中国では西洋法的な民事裁判は存在するのかという疑問が湧く。この疑問を考察するには、処分権に限定せず、西洋民事訴訟の基本原則や特性を引き出し、中国法ではそれがどうであったのかを比較する必要がある。これを

---

[22] 高見澤磨「罪観念と制裁－中国におけるもめごとと裁きとから－」柴田三千雄ほか『シリーズ世界史への問い』第５巻（岩波書店、1990年）301頁以下を参照されたい。中国では、紛争実態と紛争に対する認識では、民事紛争から殺人まで発展するものであるため、それに対応する処理も、一本の物差しの上に、ここまでは民事的で、ここまでは行政的で、ここから上は刑事的にと大目盛りをふることができると高見澤氏は指摘する。

[23] 鈴木賢「中国法の思考様式――グラデーション的法文化」アジア法学会編『アジア法研究の新たな地平』（成文堂、2006年）327頁以下を参照されたい。

今後の課題とする。

ちなみに、当事者客体論と法的パターナリズムとは中国だけに特有なものではなく、日本の司法制度改革審議会意見書に出てくる非統治者意識（または統治客体意識）もこれに共通するものであろう。日本の民事裁判において、裁判所に真実解明を期待したり、水戸黄門や大岡越前による裁きが古き良き裁判と認識したりする日本国民の裁判に関する意識解明について、中国裁判に関する研究は些か貢献できるかもしれない。

〔附記〕本稿は、北海道大学に提出した博士（法学）学位論文（2013年３月25日授与）に補筆したものである。本稿の執筆にあたり、鈴木賢教授（北海道大学）からご教示をいただいた。同門である武鴻雁氏（法学博士）にも的確なアドバイスをいただいた。ここに記して各位に謝意を表したい。

論　　説

国籍の役割と国民の範囲―アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（7・完）

坂　東　雄　介

目　　次

序
　第１章　本稿の視座

第１部：移民規制と絶対的権限の法理
　第２章　「絶対的権限の法理」の生成とその背景―19世紀末の移民法の検討
（以上、62巻２号）
　第３章　「合衆国市民」の範囲―帰化事例を中心に
（以上、62巻４号）
　第４章　絶対的権限の法理の理論的背景
　第５章　絶対的権限の法理の修正―20世紀後半の判例の展開とZadvydas v.Davis判決が有する理論的意味
（以上、63巻２号）

第２部：合衆国市民と異質な他者―インディアン、植民地住民、黒人
　第６章　インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張―異質な他者との接触と合衆国市民の自己理解
　第７章　拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解
（以上、63巻６号）
　第８章　「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民―20世紀後半の展開
（以上、64巻５号）

第３部：合衆国市民権の価値と役割― Warren Court 再検討
第９章　二級化した合衆国市民の存在―南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み
第10章　Warren Court の論理―合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除
（以上、65巻２号）

第４部　日本における国籍理論と残された課題
第11章　国籍の役割と国民の範囲
１．国籍の役割
１．１．最大判平成20年６月４日が示した国籍の位置付け―権利の土台としての国籍
１．２．第一の結論―外国人の排除
１．２．１．問題の設定
１．２．２．マクリーン判決との整合性―性質説の質的相違と主体＝国民－拡張型性質説
１．３．第二の結論―二級化した国民の地位の解消
１．４．国籍の役割の強調
１．４．１．参政権
１．４．２．他の事例―生存権を例として
２．国民の範囲設定
２．１．マクリーン判決―政治部門の判断の過剰な尊重
２．２．最大判平成20年６月４日の法廷意見と反対意見の対比
２．３．国民の範囲の基準設定に対する統制が可能となった理由
２．４．最大判平成20年６月４日の可能性―「国籍を取得する自由」とマクリーン判決の読み直し
３．国民国家の基本論理と国籍
４．本章の結論

第12章　残された課題
（以上、本号）

第４部　日本における国籍理論と残された課題

第11章　国籍の役割と国民の範囲

本稿は、第１部から第３部まで、合衆国市民の範囲設定と合衆国市民権の役割に関する法理論について明らかにしてきた（本稿の目的①）。本章は、アメリカ法研究によって得られた知見に着想を得つつ、日本における国籍に関する法理論の検討を行う[1]（本稿の目的②）。具体的には、

[1] 日本法解釈を提示する前に、外国法を日本法解釈の際に参照することの意義について筆者なりの言及が必要であると考えるため、以下で述べる。

比較憲法の目的として、君塚正臣は、「教養としての比較憲法」、「科学としての比較憲法」、「実践としての比較憲法」に整理する（君塚正臣「大学における「比較憲法」の存在意義」法学論集52巻２号１頁（2002年））。第一の立場について、君塚は、「果たして実定法学者や広義の政策に関わる学問を営為とする研究者が、興味がある、の一言をもって自己の学問を正当化できるかは、難しい問題」と批判する（同５-６頁）。第二の立場について、君塚は、「科学と実践の区別が可能なのかは疑問である」と批判する（同10頁）。そして、第三の立場、すなわち、「他国の憲法条文や判例、理論などの間に共通性を発見し、或いはその中で自国憲法に関する特殊性を強調し、自国の憲法解釈についての自説の根拠を強める手段」としての比較憲法を―「真理であるかのように強制することは避けつつ」（同17頁）と前置きをした上で控えめに―「提唱」している。

本稿も、基本的には君塚と同様に、第三の立場に立つ（ただし、君塚は、第一の立場を批判するが、この批判は、学問は役に立たなければならないという言説に拘りすぎるあまり、極論をすれば―もとよりこれは君塚が意図することではないであろうが―基礎理論研究を蔑ろにする思考につながるのではないかと思われる）。すなわち、本稿は、「アメリカの憲法理論をすべて日本に直輸入しようと」するのではなく、「当該理論については日本においても妥当するのではないか、アメリカの憲法理論を持ち込むことによってわが国の法制度・実務を批判的に考察できるのではないか」（市川正人「アメリカ憲法研究の50年」法律時報67巻12号７頁（1995年））という意識に立脚している。

本文でも述べたように、国籍に関する法理論については、国民の範囲設定が主権に基づくものである点、国籍が権利保障の基礎となっている点について、日米共通であるため、国籍理論に関しては、アメリカの法発展を適宜取捨選択しながら（時には加工した上で）導入することは可能と思われる。無論、本稿

第1章において述べたように、国籍がどのような役割を果たすと解すべきかという問題（序章において提示した第一の疑問点）と、政治的な領域と理解されている国民の範囲の設定について、なぜ規範的な統制が可能なのかという問題（序章において提示した第二の疑問点）を検討する。

1．国籍の役割

本稿は、第3部において、合衆国市民権が権利保障を実現するための根拠として機能していること、Warren Court は合衆国市民権をベースとした権利保障を展開していたことを指摘した。以下では、日本の判例においても第3部において示したアメリカ合衆国の判例と類似した思考が見られる点を示す。

1．1．最大判平成20年6月4日が示した国籍の位置付け―権利の土台としての国籍

最大判平成20年6月4日は、日本国民である父と日本国民ではない母との間に出生した後に、父から認知を受けた子につき父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得する場合にのみ日本国籍の取得を認めている規定は憲法14条1項に違反すると判断した判決である。判決中において法廷意見は、国籍の役割について次のような注目すべき判断を下している。

は、アメリカ合衆国憲法解釈を、日本法解釈に「直輸入」（奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店・1995年）54頁）し、ストレートに反映させるものではない（橋本公亘「アメリカ憲法の移植と日本国憲法」日本比較法研究所（編）『比較法の方法と今日的課題』（中央大学出版部・1990年）66頁）。

むしろ、本稿は、第1部から第3部までは、アメリカ合衆国の法理論の客観的な紹介に努め―山元の言葉を借りれば「醒めた目で外国憲法のあり方を解明しつつ、そのことを通じて『対話』するべき法素材についての正確な理解を自らに確保し」（山元一「憲法解釈と比較憲法」公法研究66号114頁（2004年））―、そして、本章は、検討によって明らかにした合衆国の法理論から示唆を得つつ、必要に応じて応用しながら―アメリカ合衆国憲法の知見を日本法「解釈論を考案する際の様々な着想のための豊かな源泉―いわば《知恵袋》として―」（山元・前掲107頁）用いて―日本法解釈を提示するものである。

「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある[2]」

この判示には、二つの要素が含まれている。第一に、国籍が、日本における構成員の資格であること、第二に、国籍が基本的人権の保障などにとって重要な意味を持つことである。国籍を国家の構成員資格と解する判断は、既に最判平成14年11月22日[3]において下されているため、最大判平成20年６月４日の特徴は、第二点にある。このような国籍の捉え方は、藤田宙靖意見、横尾和子・津野修・古田佑紀反対意見も共有している。

判示の第二点目は、「国籍が個々人の権利保障と密接に結びついている点[4]」を明らかにした。法廷意見は、「公的給付を受ける地位や公的資格の付与はもちろん、マクリーン判決で問題となった表現の自由のような典型的な自由権についてさえ、日本国籍を有することはそれを国内において実質的に享受し続けるための本質的な条件[5]」と捉えている。すなわち、最大判平成20年６月４日は、国籍には、国家構成員資格であると同時に、権利保障の前提条件としての役割があることを示した[6]。したがって、「同判決は、こうした諸々の『基本権行使権』の確認を、国籍そのものの確認判決（という装いの給付判決）によって、一挙に行った[7]」。

---

[2] 民集62巻６号1372頁。

[3] 訟務月報50巻４号1325頁。

[4] 青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「〔座談会〕外国人の選挙権･公務就任権」ジュリスト1375号78頁（2009年）［青柳発言］。

[5] 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店・2009年）63頁［初出：ジュリスト1366号77頁（2008年）］。

[6] 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって―憲法の観点から(1)」法学教室343号37-40頁（2009年）、長谷部恭男＝阪口正二郎＝杉田敦＝最上敏樹「〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治―ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号４頁（2009年）［阪口正二郎発言］。以下では、石川（2009）と略記する。

[7] 棟居快行「「基本権訴訟」としての確認訴訟」公法研究71号134頁（2009年）。

1．2．第一の結論―外国人の排除

1．2．1．問題の設定

国籍が、権利の土台として地位を有するがゆえに得られる第一の結論は、判例は、日本国憲法が定める権利保障から、外国人をひとまずは排除している点である。

一般的な日本国憲法解釈では、「人が人たるがゆえに」、社会の構成員、生活実態などの論理に依拠し、外国人に対する権利規定の適用を当然視していた。選挙権、被選挙権や生存権は、外国人にも保障が認められない権利としつつも、それ以外の権利は、外国人にも当然に保障が及ぶと解していた[8]。

しかし、最大判平成20年6月4日は、異なる思考を展開していると思われる。この判決は、「公的資格の付与、公的給付」―通常は国民が享有すると捉えられている―のみならず、「基本的人権」までも、国籍と結びついた権利と捉えている[9]。したがって、この論理を貫徹すると、外国人は、日本国籍を有していないため、権利保障の対象から外れることになる。

このような論理は、従来の憲法学にとって異質なものである。したがって、最大判平成20年6月4日に対しては、「本来、基本的人権は、人が人であるという理由だけで、誰でも持っているはずなので、国籍によって変わるのはおかしい[10]」という批判が投げかけられている。

しかし、他方で、判例は、マクリーン判決[11]の下、一貫して、権利の性質によっては、外国人に対しても日本国憲法上の保障が及ぶことを承認している。では、マクリーン判決と最大判平成20年6月4日は、どのような関係にあると解すべきなのか。

---

[8] このような見解は数多くあるため、全てを取り上げることは避けるが、代表的な見解として、例えば、芦部信喜（著）／高橋和之（補訂）『憲法〔第5版〕』（岩波書店・2011年）92-97頁。なお、以下では、芦部（2011）と略記する。

[9] 石川（2009）・前掲37-39頁、長谷部ほか座談会・前掲4頁［阪口発言］、青柳ほか座談会・前掲78頁［青柳発言］、同79-80頁［長谷部発言］。

[10] 長谷部ほか座談会・前掲4頁［阪口発言］。

[11] 最大判昭和53年10月4日（民集32巻7号1223頁）。

1．2．2．マクリーン判決との整合性―性質説の質的相違と主体＝国民－拡張型性質説

⑴マクリーン判決では、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき[12]」と判示している。

マクリーン判決が、特定の権利を除いて広く外国人にも権利保障を認める判断を下している（と捉えられている）一方で、最大判平成20年６月４日は、国籍を権利保障のための重要な地位と位置づけている。確かに、両判決は、一見すると、衝突するようにも思われるかもしれない。

しかし、最大判平成20年６月４日が国民説[13]を採用した、と解することは適切ではない。なぜならば、従来、外国人に対しても基本的人権は、権利の性質によっては保障される場合があるとして、一貫して性質説に基づいて判例が下されてきた以上、性質説から国民説へと、判例を大規模に変更するならば、相応の説明を必要とするからである。

では、外国人の権利保障について、いわゆる性質説を採用したマクリーン判決の判示と、国籍を権利の土台として位置づけた最大判平成20年６月４日の判示について、どのように整合的に解すればよいのか。

最大判平成20年６月４日の発想とマクリーン判決を矛盾なく説明するためには、性質説にはいくつかのパターンがあることを認識することが必要である。従来、日本の学説及び判例は性質説を採用していると言われてきたが、外国人に対する日本国憲法上の権利保障を認めるという意味について、質的に相違がある見解が併存していたように思われる。学界は、異なる発想の性質説が並立していたことに無自覚なまま議論を展開していたのではないか。

以下では、学説を整理した上で、主体＝国民－拡張型性質説が法理論

---

[12] 同・1233頁。

[13] 国民説については、小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）156-157頁、佐々木惣一『日本国憲法論〔改訂版〕』（有斐閣・1952年）468頁、高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩（編）『公法の思想と制度 菅野喜八郎先生古希記念論文集』（信山社・1999年）85頁。

的にも適当であって、最大判平成20年６月４日が示した国籍理解及び判例理解としても整合的であることを主張する。

⑵外国人の権利保障について、憲法学では次のように説明するのが一般的であろう。

日本国憲法上の権利主体は自然人である。したがって、外国人も当然に日本国憲法上の権利主体である。人権が人間性に由来する前国家的性格を有するものであることを根拠に、特に精神的自由権の領域については、当然に保障される[14]。

このような人権の普遍性を強調する発想では、「憲法は外国人にも、権利の性質上国民に限られるものを除いて人権保障を及ぼす趣旨であると解すべきであるから、『国民』という表現にはそれほど重要な意味はない[15]」という帰結が導かれる。

さらに、この立場の論者は、「いやしくも人が人たるが故に保障されている権利は不法滞在者であっても等しく保障が及ぶ[16]」と判示した最判昭和25年12月28日を挙げ、判例も同様の見解に立脚していると主張する[17]。

本稿では、便宜上、これを「主体＝人－当然保障型性質説」と呼ぶ。おそらく、多くの憲法学の体系書・基本書の類でも上記のような説明が一般的かもしれない。

⑶しかし、外国人も日本国憲法の権利保障体系に最初から織り込み済みであると捉える主体＝人－当然保障型性質説の発想とは異なり、日本国憲法は日本国民の権利保障を目的として制定されたのであって、外国人の権利保障を否定しているわけではないが、第一に想定すべき権利主体は国民であるという発想に基づく性質説がある（なお、このような見解を、本稿では便宜上「主体＝国民－拡張型性質説」と呼ぶ）。この見解は、外国人と国民との間に法的地位について本質的差異が存在することを肯

[14] 例えば、芦部信喜『憲法Ⅱ 人権総論』（有斐閣・1994年）122-123頁、151頁。なお、以下では、芦部（1994）と略記する。

[15] 同・64-65頁。

[16] 最判昭和25年12月28日（民集４巻12号686頁）。

[17] 伊藤正己『憲法〔第３版〕』（弘文堂・1995年）196頁。

定する。

例えば、宮沢俊義によれば、「外国人ももとより基本的人権を享有する。そのことを憲法11条は決して否定するものではない。しかし、人権宣言では、とりあえず、国民の基本的人権を保障することを目的とする[18]」。「日本国憲法第三章は、『国民の権利および義務』と題される。『国民』の権利および義務を宣言・保障することがその主な狙いであることは、明らかである[19]」。

また、阿部照哉は、「憲法第三章は『国民』の権利および義務を定めるものであるが、このことは外国人には何らの基本権も保障されないことを意味するのではない。しかし、基本権なおのまず第一の主体は国民である[20]」と指摘する。

憲法が国家と国民の関係を規律するものである以上、日本国憲法は、主体が日本国民であることを念頭において制定されたことは否定できないであろう[21]（後述のように、この点については国民説に傾聴すべき点が多い）。

このとき、注目すべきは、「憲法は、人である以上、当然に保障すべき権利をすべての人に保障しようとしているわけではなく、もともと同国人という特定の人々の権利のみを保障しようとするものであり、その上で、そうした権利の保障をどこまでそれ以外の人々に拡張して適用することが可能かという問題が学説や判例によって議論されてきたのではなかろうか[22]」という長谷部恭男の指摘である。

---

[18] 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕（オンデマンド版）』（有斐閣・2001年）211頁。

[19] 同・240頁。

[20] 阿部照哉『憲法』（青林書院・1982年）76頁。

[21] 憲法制定過程の議論でも、金森徳次郎大臣は、「現実にこの憲法が保障いたしまするのは、日本国民に保障するのである、それ以外には必然の原理として及ぶものではない」、「この憲法は日本国民に権利義務を保障するということを当面の目的としております」と発言している（清水伸(編)『逐条日本国憲法審議録 第２巻』（有斐閣・1962年）193、195頁）。金森大臣は、外国人に対する日本国憲法上の権利保障を否定しているわけではないが、日本国憲法の「当面の目的」は日本国民の権利保障である、という立場に立脚している。

[22] 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）118-119頁［初出：長

以下では、外国人の権利論に関する従来の見解を捉え直す長谷部の指摘に留意しつつ、以下の二点及び補足を理由として、主体＝人－当然保障型性質説は理論的に適当とは言い難く、外国人の権利保障を考える際には、日本国憲法上の権利主体は第一次的には日本国民であると設定した上で、外国人に対しては、権利の性質を検討した上で、当初の保障対象を拡張して認めるという論理構成を用いるべきであると主張する。

第一点は、日本国憲法に内在する範囲限定性である。芦部は、日本国憲法下において権利主体としてまず第一に想定すべきは日本国民であるという発想には批判的である。例えば、上記の「『国民』という表現にはそれほど重要な意味はない[23]」という記述や、「人権規定の外国人への適用を原理的に否定しているところに問題が存する[24]」という準用説に対する批判から読み取ることができる。

しかし、外国人に対する日本国憲法上の権利保障は、「原理的」には―あるいは考え方の出発点としては―否定すべきである。日本国憲法上の権利主体として、当然に観念されるべきは外国人ではなく、日本国民である。権利主体を国民として想定すべきという見解については、国民説に傾聴すべき点が多い。

国民説に対しては、文理解釈に偏りすぎているという批判[25]や外国人を人だと思わない差別主義に基づく発想であるという批判[26]が向けられ

谷部恭男「「外国人の人権」に関する覚書―普遍性と特殊性の間―」小早川光郎＝宇賀克也(編)『行政法の発展と変革：塩野宏先生古稀記念 上』（有斐閣・2001年）387頁］。

[23] 芦部（1994）・前掲65頁。同様の説明として、例えば、「消極説は、憲法第三章が『国民の権利及び義務』と題している点を重視」（中村睦男『憲法30講〔新版〕』（青林書院・1999年）26頁）など。

[24] 同・123頁。同趣旨の指摘として、「日本国民と外国人との間に本質的差異があるとする準用説の出発点そのものに疑問がある」（野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第５版〕』（有斐閣・2012年）222頁［中村睦男執筆］）。

[25] 芦部（1994）・前掲123頁。

[26] このような批判に対して、尾吹善人は、同様の理解から、国民説は「厳格な文理解釈の結果」であって「差別主義的という非難を受けるべきではない」（尾吹善人『日本国憲法―学説と判例』（木鐸社・1990年）189頁）と指摘している。

ることがあるが、このような批判は、国民説を誤解したものであって、国民説批判として適切ではない。

国民説は、「憲法の基本権規定は本来国民と国家の間の権利・義務の個別的関係を規律するにある、という基本権の性質に関する実質的理解[27]」を前提に、「憲法第三章の定める権利及び義務は、国民のみについてその権利、義務を定めるのである[28]」と捉える[29]。国民説は、このような憲法に関する理解を示す証拠として章のタイトルに着目しているのであって、文理解釈に偏っているわけではない。

さらに、これは、国民国家の基本論理からも正当化される。日本国憲法の前文では、「日本国民は」、「われらとわれらの子孫のために」「この憲法を確定する」と述べている。それに続いて、「国民の代表者が」権力を行使し、「その福利は国民がこれを享受する」と宣言している。

この前文は、「人がいずれかの国家に帰属し、その構成員が国家を担うとともに、国家はその構成員を正当に扱う責任を負う[30]」という国民国家体制を採ることを宣言している。そして、「国民国家は、まずは自国民の安全と繁栄を追求するという意味で利己主義的なところがある[31]」。「日本国憲法第３章の標題も『国民の権利及び義務』とあり、さらに、『基本的人権』に関する総則的規定ないし包括的基本権保障規定において、『国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない』(11条)、『この憲法が国民に保障する自由及び権利』(12条)、『生命、自由及び幸

---

[27] 高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩(編)『公法の思想と制度』(信山社・1999年) 96頁。高橋は、佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』(有斐閣・1952年) 387-389頁を挙げている。

[28] 佐々木・前掲468頁。

[29] 他の国民説支持者も同様である。例えば、榎原猛は、「憲法は、本来、国民に対する国権発動の規範としての性格を持つものであること」(榎原猛『憲法―体系と争点』(法律文化社・1986年) 107頁) を根拠に挙げている。また、国民説に関する詳細な整理として、太田益男『日本国憲法下の外国人の法的地位』(啓文社・1964年)、吉田隆「外国人の憲法上の地位―外国人地方選挙権について―」日本大学大学院法学研究年報26号71-73頁 (2006年)。

[30] 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣・2002年) 170頁。

[31] 同。

福追求に対する国民の権利』（13条）というように述べられており…、憲法は直接には『国民』を名宛人として『基本的人権』を保障している。このことは、憲法が元来それぞれの国家の統治のあり方に関する基本法であることに鑑み、当然想定されうることである[32]」。結論的には基本的人権の保障を外国人に認めるにせよ、日本国憲法の権利保障体系として最初から外国人も織り込み済みである、という考え方は、憲法の基本原則を無視した見解と評価せざるを得ない。

つまり、国民説は、日本国憲法は国家と日本国民の権利関係を規律するものであるという憲法上の大原則を貫徹した見解であって、理論的には一貫性を有し、明快である。この大原則は、「国民国家の論理[33]」に基づいて制定された憲法である限り否定し難い[34]。およそ各国の憲法が他国民の権利保障を実現するために制定されたとは考えにくいであろう。主体＝人－当然保障型性質説は、憲法上の大原則を無視したものであって、適当ではない。問われるべき問題は、この大原則を貫徹することで良いと割り切るかどうか、ではないか[35]。

---

[32] 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『憲法Ⅰ』（青林書院・1994年）182-183頁［佐藤幸治執筆］。

[33] 石川健治「人権享有主体性論の再構成―権利・身分・平等の法ドグマーティク」法学教室320号66頁（2007年）。以下では、石川（2007）と略記する。石川によれば、「近代国家は、…法的な承認の回路を独占し、『自由人の身分』『国民の身分』『能動的国民の身分』を、一括して承認するに至った（人権宣言）」（同・64頁）ものである。そして、「すべての自然人に法人格（権利能力）を承認する人権思想が、画餅に帰さないで住んでいるのは、『国民の身分』に基づく国家の権利保護によって、それが下支えされているからにほかならない」（同・63頁）。「『国民の身分』『能動的国民』に外国人を含めることは、…国民国家の論理によりかかる限り、憲法上は困難である」（同・65-66頁）。

[34] 準用説は、このような意識に立脚しているとものと思われる。準用説については後述。

[35] 貫徹することで良いと割り切るべきかという悩みは、実は、国民説の論者も共有している。例えば、「この立場をとっても、外国人に憲法的権利の保障がないとはしない。国際社会において通念となっている程度の保障は当然で、これは憲法典前文に宣言する国際協和の立場からの要求である」（小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）156頁）という記述である。

国民説の貫徹に踏み切ることが出来ない場合、考え方の筋道としては、日本国憲法上の権利保障の主眼が日本国民であることを正面から認めた上―したがって考え方の出発点としては外国人に対する権利保障は認められない―で、次いで、外国人にも権利保障を認めるという論理構成になる。外国人の権利保障に関する学説も、本来は、このような議論の筋道を採用していたのではないか[36]。

第二に、主体＝人－当然保障型性質説が支持できない理由として、従来の見解は、自然権と憲法上の権利を混同していた点を挙げることができる。例えば、国民説を出発点とする準用説は、性質説に対して、次のように批判している。「人が人たるがゆえに」という論理は、自然権と実定法上の権利を同一視する発想であるが、「自然権のすべてがただちに実定憲法上の基本権でありえないのはもちろんであって、日本国憲法は、日本国民と外国人との本質的差異を認識したうえで、何よりもまず国民の人権を保障する立場に立ったものであることは、規定上明白である[37]」。

これと同様の批判が主体＝人－当然保障型性質説にも当てはまる。つまり、主体＝人－当然保障型性質説は、自然権の領域の議論を、実体法たる日本国憲法の解釈に、そのまま持ち込んでいるように思われる。

憲法学では、論者によって使用する用語に差異があるものの[38]、「憲法上の権利」と「自然権」（あるいは「人権」）は区別されている[39] [40]。前者は、

---

[36] 上記の引用した宮沢の記述及び長谷部の指摘を参照。

[37] 萩野芳夫『基本的人権の研究―日本国憲法と外国人―』（法律文化社・1980年）63頁。

[38] 例えば、尾吹善人は、「憲法上の人権」という用語を用いている（尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社・2007年）173頁）。また、奥平康弘は、「憲法が保障する権利」という用語を用いている。奥平の見解に関しては後述する。

[39] 萩野芳夫「基本権・基本的人権」杉原泰雄（編）『憲法学の基礎概念Ⅱ』（勁草書房・1983年）２頁。また、この点に関する学説の整理として、辻村みよ子「人権と憲法上の権利」大石眞＝石川健治（編）『新・法律学の争点シリーズ３　憲法の争点』（有斐閣・2008年）64頁、辻村みよ子『憲法〔第４版〕』（日本評論社・2012年）106-109頁。

石川健治によれば、「人権は、人間性のみを根拠とする以上、時間的・空間

実定憲法上規定されたものであり、後者は、実定法を超えた理念的なものである。前者の中には、後者に由来するものも含まれるが、あくまで実定法上のものである。自然権そのものと、自然権に由来する実定法上の権利は、異なる。通常、我々が日本国憲法上の権利について語るとき、あくまで実定法化された条文に基づいて語っているのであって、その背後にある原理論について語っているわけではない[41]。自然権の理念を肯定するにせよ、自然権と実定法上の権利は区分すべきである[42]。

的拘束を受けない主観法であるが、憲法上の権利条項は、国家による承認を介在させた『この憲法が国民に保障する』権利を規定しており、しかも、時間的空間的な限定のある『国家』を名宛人とする客観法である。仮に、ここから主観法を導出することができたとしても、それは『憲法上の権利』であって、『人権』はその正当化根拠となる政治思想に過ぎない」（石川（2007）・前掲65頁）。

また、この点に関し、先駆的な指摘として、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）1、19-21頁。奥平も、日本国憲法が日本国を成立させる目的のために日本国民が制定したことを宣言している憲法前文を根拠に、「『憲法が保障する権利』の保障の名宛人、つまり権利の主体は、さし当たりまず、自分たち、すなわち『日本国民』を念頭に置いているのは間違いない」（同・49頁）と主張している。

[40] なお、筆者は、過去に両者を区別することを意識せずに「人権」という用語を用いたことがあるが（坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察―絶対的権限の法理の生成と展開―」ジュニア・リサーチ・ジャーナル13号241頁（2007年））、立場を改めた。

[41] 憲法上の権利と人権を区別し、前者を解釈の対象とすることについては、宍戸常寿「「憲法上の権利」の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣・2009年）233頁。宍戸は、日本国憲法に関する「個別の解釈論では」「実定憲法内在的な『基本的人権』が、超憲法的『人権』観念に道徳哲学的根拠を求めつつ」、区別されていることが前提となっていると指摘し、「解釈論の対象は『人権理念』そのものではなく『憲法上の権利』であることを明言する方が、生産的だろう」と指摘する。

[42] 例えば、同様の区別を行う論者であり、国民説の支持者でもある論者として、覚道豊治『憲法〔改訂版〕』（ミネルヴァ書房・1977年）68-69頁。

「実定法化された人権は、その実体法の効力の及ぶ範囲において存在する。自然権たる人権は、古今東西をとわず、永久不変に場所と時間を超えて存するものと観念せられるが、日本国憲法によって保障された人権は、現在の日本という歴史的時間と場所的空間に限定されている。しかしそれによって現実に効

おそらく、自然権と実定法上の権利を混同してしまった原因は、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべき[43]」という判示だろう。この判示は、外国人は人であるがゆえに、という主体＝人－当然保障型性質説に立脚していることが読み取ることができる。この判示を出発点とする限り、「憲法上の権利」と理念としての「人権」は同一のものとして観念されてしまう。その結果として、本来であれば日本国民の権利保障を目的として制定された第三章の権利規定の適用対象に外国人も最初から当然に組み込まれている、という説明困難な事態が生じているように思われる[44]。

しかし、本来であれば、両者は区別されるべきである。例えば、マクリーン判決は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障」は、権利の性質によっては「わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶもの」と判示しているため、自然権そのものではなく、あくまで「憲法上の権利」の保障を問題としている[45]。

我々が議論する対象は、直接には憲法上の権利である以上、日本国憲

力を持ちうる法上の権利となる。その内容も各人が単に恣意によって認識すべきものではなく、客観的に存する条文の文言によって実証され、種々の国家的制度によって実効性を持ちうる。したがってかかる実定法上の、そして憲法上の権利は自然権としての人権そのものではない」。

権利の内容的な観点から自然権に由来する憲法上の権利と、憲法によってはじめて保障された権利が混在することになるが、「これらすべては実体法としての憲法上の権利であるという点において、法的には同じ効力を有」する。

同様の指摘として、石川（2007）・前掲65頁、太田・前掲153頁-155頁。

[43] 最判昭和25年12月28日民集４巻12号686頁。

[44] 同様の指摘として、柳井健一「外国人の人権論―権利性質説の再検討」愛敬浩二(編)『講座 人権論の再定位２ 人権の主体』(法律文化社･2010年) 168頁。柳井は、「理念としての人権と実定憲法上保障された権利とは、密接な関連を有することを確認しつつも、両者がレベルを異にする別の概念であるという理解」が広く共有されている点を指摘した上で、「人権理念の普遍性からただちに、憲法上の権利が外国人にも原理的に及ぶという結論に至るのは、わずかの論理の飛躍があるように思われる」と述べる。

[45] 松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史(編)『岩波講座 憲法２ 人権論の新展開』（岩波書店・2007年）33頁。

法は日本国民のために制定されたという憲法上の大原則に服さなければならない。外国人も日本国憲法が定める基本的人権の保障体系の中に最初から織り込み済みであるという見解は、法的な権利と理念上の人権を混同させたものと言うべきである[46]。

補足的な批判として、従来の見解は判例理解が適切ではない点も指摘しておこう。従来の一般的学説は、「いやしくも人が人たるが故に保障されている権利は不法滞在者であっても等しく保障が及ぶ[47]」と判示した最判昭和25年12月28日とマクリーン判決を併せ読むことによって、判例も主体＝人－当然保障型性質説を採用していると理解している[48]。

しかし、主体＝人－当然保障型性質説が根拠として挙げる最判昭和25年12月28日を重視すること自体、判例理解として適切とは言えない。なぜならば、最判昭和25年12月28日の前述の判示は、「なお」書きに過ぎないからである。しばしば見落とされがちだが、上記判示は、すでに退去強制が違法ではないという結論が提示された後で下された判断であって、上記判示は、本判決の結論とは関係がない傍論に過ぎない。

他方、国籍が権利保障の基礎となることを示した最大判平成20年６月４日の上記引用箇所は、法廷意見が、国籍取得基準の合理性を検討する際には慎重な検討が必要であることを導くために、国籍が法的に重要なものであることを指摘した箇所である。法廷意見は、上記の認識を元に違憲判断を下し、それを前提に、原判決破棄、控訴棄却という結論を導いている。

傍論に過ぎない昭和25年判決と最大判平成20年６月４日の上記判示事項を比べたときに、重視すべきがどちらかは明白である。従来の見解は、傍論に過ぎない最判昭和25年12月28日を過剰に重視していたと言うべきである。

以上の理由から、日本国憲法の権利主体を人として想定し、外国人に対して当然に適用を認める見解は支持できない。日本国憲法上の権利主

---

[46] 同様の指摘として、柳井・前掲168頁。

[47] 最判昭和25年12月28日（民集４巻12号686頁）。

[48] 例えば、伊藤・前掲196頁。

体として想定すべきは日本国民であることを正面から認めるべきである[49]。

では、国民説のように、外国人は憲法上の権利の適用対象ではない、と割り切ることができるのか。

通説は、基本的人権が人間性に由来する自然権的性格を有していること、憲法98条２項が国際協調主義の立場を採用し、世界人権宣言、各種の国際人権条約において外国人も権利保障の対象となっていること、を根拠として外国人にも憲法上の権利が保障される、と解している[50]。

通説は、この根拠を外国人の憲法上の権利を認めるべき一般的な根拠として挙げているが、筆者は、これは、外国人に適用対象を拡張する場合に個別の権利の性質を検討する際の一要素として位置付けるべきだと考える。この点については後述する。

上記の前提を思考の出発点としつつも、何らかの解釈手法を用いた上で、外国人にも権利保障を認めるという論理構成を用いるべきであると考えるならば、問題は、このような論理を活かすために、どのような解釈手法を用いるべきか、である。

⑸ここで、主体＝国民－拡張型性質説と発想が近い裁判例を整理及び紹介する。

名古屋高判昭和37年８月２日は、次のように判示している。「いずれの国においても国家というものが法体制の基礎となっているのであるから、内外人について若干の取り扱いを異にすることがあっても、やむを

---

[49] 本稿と同様の議論及び重要な問題提起を行う近年の見解として、柳井健一「外国人の人権論―権利性質説の再検討」愛敬浩二(編)『講座 人権論の再定位２ 人権の主体』（法律文化社・2010年）158頁。柳井によれば、「憲法という制度が、一定のメンバーシップを享有する人間集団を前提として当該政治共同体の統治のありようを規定する制度である以上、そこで保障された人権は、そのメンバーたる国民を第１次的には保障の対象として」いる（同・169-170頁）。柳井の問題意識は、上記の前提を踏まえた上で、外国人に対する権利保障を認める理屈をどのように構築するのか、という点にあると思われる。そして、従来外国人に対する権利保障を認めてきた根拠（人権の普遍性、国際協調主義）の再検討を行っている。

[50] 例えば、芦部（1994）・122頁。

得ないものといわねばならない。わが憲法第14条第１項もこうした見地から、もっぱら日本国民を対象として法の下における平等を規定したものと解される」。「しかしながら元来法の下における平等の理念は人類普遍の基本的原理であるから、右憲法第14条第１項における『国民』という文言にかかわらず、国家と直接関係のないような生活関係については、合理的理由のない限り、内外人を立法その他の国政の上において差別しないことが、憲法第14条第１項の精神にかなう[51]」（下線部は引用者）。

考え方の出発点としては国民説に依拠する準用説も、主体＝国民－拡張型性質説とほぼ同様の思考である。準用説によれば、「外国人は、わが国の構成員ではなく、したがって、わが国の政治の基本的方向の決定に参与する地位にはなく、この点で、国民とは、地位が異なる。この地位のちがいは、人権の享有ということについて、根本的なちがいが存在するという結果をみちびくはずである」。「国民と外国人は、根本的に立場が違っており、日本国憲法にも、第三章を外国人に適用するという規定がないだけでなく、かえって文言上は、国民の権利を保障するようになっているのであるから、憲法は、外国人に第三章の適用を認めるものではない」。「しかし、他方で、人類の何千年もの間の自由獲得の努力が、今日ようやく実りつつあり、市民の権利ではなく、人間の権利がどこにいても保障されるべきであるという思想と制度が確立」していることから、外国人には、適用ではなく、準用という解釈技術によって基本的人権の保障を及ぼすべきである[52]。

つまり、準用説も、日本国憲法上の権利主体が日本国民であることを前提とした上で、準用という手法を用いることによって外国人に対する権利保障を認めるように処理する。

類推適用説も準用説と同様の思考をたどる。実際、準用説を提唱した

---

[51] 判例時報319号51頁。

[52] 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法―アメリカと日本の比較―』（勁草書房・1982年）433-434頁。なお、準用説とは異なるが、佐々木惣一は、日本国憲法制定時に、日本国憲法の権利規定の適用対象は国民であることを前提に、「この条文の何処かの規定は、外国人にこれを準用すと云う規定を一文入れる」（清水伸（編著）『逐条 日本国憲法審議録 第２巻〔増訂版〕』（原書房・1976年）197頁［佐々木惣一発言］）ことを提唱していた。

萩野は、「憲法14条は『すべて国民は、法の下に平等であって・・・』と規定し、直接には日本国民を対象とするものであるが」、権利の性質を鑑みれば、「わが憲法14条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である[53]」（下線部は引用者）と判示した最大判昭和39年11月18日を、準用説と近い思考を展開していると指摘する[54]。

また、中川剛は、「外国人は法人同様、主権主体でなく、人権主体としての国民でもない[55]」が、「外国人にも憲法上の人権を類推適用することは望ましい[56]」と述べ、類推適用説を提唱している。ただし、類推適用説の場合、類推という解釈技術を用いるため、準用説と同レベルには国民と外国人との距離を明確に意識できなくなるだろう。

端的に整理すれば、本稿が問題としているのは、思考過程の相違である。主体＝人－当然保障型性質説は、日本国憲法上の権利主体は人であると想定するため、外国人に対しても、人が人であるがゆえに保障される権利については、当然に保障が及ぶと解する。

他方、主体＝国民－拡張型性質説の場合、《日本国憲法上の本来的権利主体は日本国民である。争点となっているAという憲法上の権利も、本来の享有主体は日本国民である。しかし、Aという憲法上の権利について権利の性質を検討すると、外国人に対しても保障を認めるべきである》という論理構成を用いる。Aという権利の性質の検討が外国人に対しても権利保障を認めるかどうかを区分する軸となる。

権利の性質を判定する際には、様々な要素を検討するべきである。権利の性質を判断する際には、当該憲法上の権利が人権に沿革を持つものであること、国際的にも保障の必要性が高いこと、各種の権利保障を実現するために必要性が高いこと（例えば、裁判を受ける権利）などが考

---

[53] 刑集18巻９号579頁。

[54] 萩野芳夫『基本的人権の研究―日本国憲法と外国人―』（法律文化社・1980年）65頁。

[55] 中川剛『基本的人権の考え方』（有斐閣・1991年）29頁。

[56] 同・30頁。

慮されるであろう[57]。

この点につき、第一の検討要素、すなわち、基本的人権が自然権に由来するものであるという根拠は、今までの指摘した内容から、根拠として用いることは不適切であって、主張が矛盾している、と受け取られるかもしれない。しかし、次のように考えれば矛盾は生じない。

主体＝国民－拡張型性質説の思考では、適用対象を拡張する憲法上の権利の性質を検討することになる。その際に、当該憲法上の権利は、本来は国民が適用対象であるが、その権利は自然権に由来するものであるから、適用対象を拡張して外国人にも認めるべき、と解釈することは排除されていないだろう。なぜならば、これは、拡張して適用を認める際に自然権に由来するもの、と述べるにとどまり、当該権利が自然権そのものである、と述べているわけではない。権利規定の由来を考慮することは、法解釈における一般的な思考方法である。人が人たるがゆえにという大仰な論理は、あくまで当該憲法上の権利の性質を判断する際の一要素に過ぎない[58]。

第二の検討要素は、国際人権条約においても外国人の権利保障が認められているため、日本国憲法を国際人権条約に適合的に解釈して、日本国憲法解釈上も外国人に権利保障が認められるべきという主張だと解される[59]。この内容をもう少し敷衍すると以下のように説明できる。

憲法と国際条約の関係につき、通説・判例である憲法優位説の下であっても、「日本国が締結した条約…は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定した憲法98条２項には、「憲法的決定として明確に規定[60]」された「国際法調和性の原則の基礎を見出すことができる[61]」ことか

---

[57] なお、「およそ法解釈をすることは、合理的に関連する限り、いかなるものでも根拠となしうる」（須賀博志「人権条約の裁判規範性」大石眞＝石川健治（編）『新・法律学の争点シリーズ３ 憲法の争点』（有斐閣・2008年）342頁）。

[58] なお、この要素は、当然のことながら、理念としての人権（ないし自然権）に由来する憲法上の権利（特に自由権）において妥当するが、それ以外の領域には当てはまらない。

[59] 宮崎繁樹「外国人の人権」ジュリスト586号45頁（1975年）。

[60] 斉藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社・2002年）402頁。

[61] 同。

ら、憲法98条２項は、「最高法規である憲法の規定と矛盾するのではない限りにおいて、憲法解釈においても『日本国が締結した条約』を顧慮することを要請するもの[62]」であって、「日本国が締結した国際人権条約に適合的に憲法を解釈するという手法については、条約規定の援用は憲法98条第２項の要請として行われる[63]」。つまり、「憲法解釈に複数の可能性がある場合において、それらの選択肢の中で、可能な限り、国際人権条約に適合的なものを選択する[64]」ことが求められる[65]。

例えば、上記の最大判昭和39年11月18日では、世界人権宣言７条が、

---

[62] 同。

[63] 同。

[64] 斉藤正彰『憲法と国際規律』（信山社・2012年）80頁。

[65] 憲法の条約適合的解釈に対する批判として、内野正幸「条約・法律・行政立法―交付や罪刑法定主義にもふれつつ―」高見勝利＝岡田信弘＝常本照樹『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2004年）428頁。

しかし、国際人権条約が憲法の解釈基準となることについて、江島晶子は、「単一の絶対的解答が存在しない」状況において、「複数の機関によって、答えを出し、検証し、比較するプロセスを重層的に用意」する多層的モデルが有用である、と指摘する。多層的モデルとは、「多層的レベル（国際・地域・国内）において取り組まれている様々な方向を向いた人権実現の試み（と反発）を考慮に入れながら、進行形の『人権』を捕捉し、そこから部分的・一時的・地域的にせよ了解の得られる一定の基準を抽出し、さらにそれを試していく方法である」。すなわち、「国際人権保障システムは、国内基準を国際基準に近づけるという単線モデルではなく、むしろ国内システムと国際システムとの『対話』を通じた検証の中で試行錯誤を重ねながら人権実施を促進する」思考である（芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎（編）『別冊法学セミナー No.210 新基本法コンメンタール　憲法』（日本評論社・2011年）515-516頁［江島晶子執筆］）。その一環として、憲法解釈の際にも国際人権条約が解釈基準として機能する。江島の見解は、プラクティカルなものであるが、「人権の普遍性」といった漠然とした、かつ合意を容易に得ることが困難な概念に頼らない、「現実的な処方箋」だと評価できる（江島晶子「日本における「国際人権」の可能性」阪口正二郎（編）『岩波講座 憲法５ グローバル化と憲法』（岩波書店・2007年）206頁、江島晶子「憲法の未来像における国際人権条約のポジション―多層レベルでの「対話」の促進」辻村みよ子＝長谷部恭男（編）『憲法理論の再創造』（日本評論社・2011年）316頁）。

外国人に対しても憲法14条の保障を認めるべき根拠として用いられている。

⑹思考の筋道としては、主体＝国民－拡張型性質説は、まずは日本国憲法は日本国民の権利保障を対象としているという点において、準用説ともそれほど差がない。この点について、早くから性質説にはいくつかパターンがあることを指摘していた論者が「権利性質説といっても論者により内容の異なりをみせ、実質的には準用説と同じ立場もあろう[66]」と指摘していた通りである。

しかし、適用（法の本来の対象に法律の条文を当てはめること）と準用（法の本来の対象ではないが、類似する対象にその規定を当てはめること）は、異なる解釈手法である[67]。では、両者はどのように異なるのか。

準用説は、当てはめのレベルで処理する考え方である。法の本来的適用範囲については国民として想定したままであって、規範については動かさない。上記のように、類推適用説も準用説と近い発想である。

主体＝国民－拡張型性質説（適用説という枠組みを採用）は、準用説とは異なり、規範のレベルの処理である。解釈によって、法本来の対象範囲を外国人にまで拡張し、その結果として、外国人も法の適用対象となる。ここに主体＝人－当然保障型性質説との考え方の違いが浮き彫りになる。主体＝人－当然保障型性質説の場合、本来の適用範囲は、最初から人であるため、外国人も当然に含まれると解する。

準用説、あるいは主体＝国民－拡張型性質説の手法を選択するにせよ、《日本国憲法上の権利保障は、本来は日本国民を対象としている》という前提を出発点としている。このような解釈手法に相違があるが、どちらを支持すべきなのか。

準用説は理論的には明快な見解であるが（主体＝人－拡張型性質説は

---

[66] 戸松秀典「人権の享有主体」芦部信喜（編）『ユーブング憲法』（有斐閣・1989年）15頁。なお、第２版では、準用説についてほとんど扱っておらず、記述も削除されているため初版を引用した。

[67] 吉田利宏＝いしかわまりこ『法令読解心得帖』（日本評論社・2009年）118-119頁、長野秀幸『法令読解の基礎知識〔第１次改訂版〕』（学陽書房・2014年）41-42頁。

規範レベルの操作であるため、前提を修正することになり、解釈手法としてはやや迂遠な印象がある）、日本の判例が一貫して性質説を採用してきた以上、性質説の枠組みを維持した方が法解釈として受け入れやすいと思われるため、主体＝国民－拡張型性質説を適当とすべきである。

以上より、主体＝人－当然保障型性質説は、理論的視点、判例理解の観点からも適切とは言えない。国籍が権利保障の基礎となると解しつつも、マクリーン判決を覆したわけではない最大判平成20年６月４日は、日本国憲法は、第一次的には日本国民の権利を保障し、外国人の権利保障は日本国憲法上の主眼ではないと捉えた上で、外国人に権利保障規定の適用を認めるにせよ、当初憲法が想定していた適用範囲を解釈によって拡張することによって外国人にも権利保障が認められるようになった、という性質説に立脚していると解すべきである。結局のところ、最大判平成20年６月４日は、日本国憲法上、外国人の権利保障を否定していないが、日本国憲法にとって主眼ではないことを明らかにした、と解するべきである。

なお、上記の解釈は、考え方の筋道の相違を示すものであって、具体的な結論に差が出るとは考えにくい[68]。マクリーン判決が展開した性質説を上記のように解釈すれば、国家構成員の資格たる国籍を権利保障の前提として捉えた最大判平成20年６月４日とも整合的であり、かつ国民国家に基づく日本国憲法の基本的発想にも合致すると述べているに過ぎ

[68] 本稿について、ある法解釈論と異なる法解釈論を提示する際には実益が必要である、結論が異ならなければ法解釈論として意味が無い、と指摘を受けたことがある。筆者も、一定の結論を変更させるために異なる法解釈論を提示する場合が存在することを認めるが、それだけが法解釈論である、という見解は支持しない。なぜならば、法が理論的に構築されているものである以上、生じる結論を抜きにしてその理論構成の妥当性を検証することは必要な作業だと考えられるからである。本文でも説明したように、従来の見解は、主体＝人－当然保障型性質説と主体＝国民－拡張型性質説の相違を意識せず、性質説という括りの下で問題となっている権利の性質を議論していたのであって、この点から見ても、どちらの見解に立脚したとしても結論に差が出ないことを傍証できる。

ない。

むしろ、従来の発想と結論に差異が出やすいのは、二級化した国民の地位（例えば、海外に居住することによって特定の権利保障を奪われた国民）である。この点については、次に述べる。

1．3．第二の結論―二級化した国民の地位の解消

生活実態をベースとした権利保障か、国籍をベースとした権利保障か。我が国の判例は、後者を選択した。ここから導かれる第二の結論は、国籍は、二級化した国民の地位を解消する役割を果たすという点である。同様の発想は、Warren Court にも見られる（詳細については第10章）。

国籍と権利保障を結びつけ、外国人に対する日本国憲法上の保障を否定はしないものの、保障の主眼ではないと捉える判例の思考は、確かに、「自国籍中心主義[69]」と言うべきかもしれない。

しかし、国籍と権利保障を結びつける論理は、国民の中で、本来国民であれば有する権利（国籍と結びついている権利）が保障されていない者、すなわち、二級化した国民が存在する場合、その者の地位を引き上げる論理を提供する。

国籍が、二級化した国民の地位を解消する論理として機能した事例としては、在外国民の選挙権の行使に関する判断を下した最大判平成17年９月14日を挙げることができる。この判決は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべき[70]」であると捉える。その上で、「在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができない[71]」状態にあると指摘する。

---

[69] 安藤仁介「国際社会と日本―日本国憲法と国際協調主義」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞（編）『憲法50年の展望Ⅰ』（有斐閣・1998年）334頁。

[70] 民集59巻７号2095頁。

[71] 同・2096頁。

このように、最大判平成17年９月14日の法廷意見が、国民の基本的権利である選挙権を行使できない状態に置かれた在外国民は二級化した国民の地位にあると認識している。

二級化した国民の地位を解消するために法廷意見が採用した論理は、選挙権が国民固有の権利であるため、海外に居住する国民であっても特別な理由が無い限り保障されなければならない、というものである。ここに、国籍が二級化した国民の地位を解消する論理として機能している点を見出すことができる[72]。

１．４．国籍の役割の強調

１．４．１．参政権

上記で示したように、国籍には権利の土台としての側面があるがゆえに、外国人の保障は日本国憲法にとって主眼ではなく、二次的に過ぎない。しかし、国籍が権利の土台であるからこそ、二級化した国民を、通常の国民と同レベルにまで引き上げる役割を果たす。

近年の判決において、このような論理を強調した事例は、在外国民の選挙権について争われた最大判平成17年９月14日と、外国人が地方公務員の管理職に昇任する条件として設定された国籍要件について争われた最大判平成17年１月26日である。

上記で指摘したように最大判平成17年９月14日では、国民である以上は海外に居住する者であっても選挙権は保障される、という思考に立脚している。

他方、外国人が地方公務員の管理職に昇任する前提として設定された国籍要件について争われた最大判平成17年１月26日では、「国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきであること（憲

[72] 内野正幸は、選挙権を社会の構成員の権利として捉えた上で、現実に日本社会の構成員ではない、在外国民の選挙権保障を導くことは厳しいと告白する（内野正幸「在外国民の選挙権」法律時報78巻２号79頁（2006年））。これは、内野の立場からの批判であるが、これは、法廷意見が、選挙権が国籍に付着する権利である点を強調しているからこそ、成立する批判であろう。

法1条、15条1項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではない[73]」と判示している。

公務就任権は、選挙権と同じく、広い意味での参政権として位置づけられている[74]。最大判平成17年9月14日と最大判平成17年1月26日は、参政権は国民の権利であるという論理を強調した点において一貫している。すなわち、参政権は国民の権利であるからこそ、海外に居住する国民であっても保障されなければならない。他方、参政権は、国民の権利であるからこそ、日本国内で出生し、生活実態が通常の日本人とほとんど差が無い旧植民地出身者であっても、公権力行使等地方公務員に就任することは、「本来我が国の法体系の想定するところではない」という判示が導かれる。

両判決は、参政権が国民の権利である点を重視する思考に立脚しているために[75][76]、一方では二級化した国民の地位を解消する論理として機能し、他方では、外国人を排除する役割を果たしている[77]。ここには、従来の憲法学が、外国人の地方選挙権を容認する際に用いた、生活実態と

---

[73] 民集59巻1号134-135頁。

[74] 宮沢・前掲92-93頁。

[75] 青柳ほか座談会・前掲79頁［柳井発言］。

[76] 両判決とも、国民主権を強調している。国民主権は多様な概念であるが、その一つは、国民が参政権を有することである。なお、両判決が用いている国民主権概念の混乱と整理については、岡田信弘「主権論再考」ジュリスト1334号39頁（2007年）。

[77] 坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察―絶対的権限の法理の生成と展開」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル13号276頁（2006年）。同趣旨の見解として、棟居快行『憲法フィールドノート〔第3版〕』（日本評論社・2006年）211頁。なお、在外国民の参政権を肯定する論理と在日外国人の参政権を否定する論理の関係について検討している点については、瀧川裕英「国民と民族の切断―外国人の参政権問題を巡って―」法学雑誌49巻1号12-13頁（2002年）。

いう発想は存在しない[78]。

１．４．２．他の事例―生存権を例として

［１．４．１］において取り上げた事例は、一般に、国籍と結び付けて捉えられやすい参政権の事例である。国籍と権利を結びつける論理は、外国人を権利保障から排除する結論を招くが、二級化した国民の地位を解消する論理として機能するという発想は、参政権以外の、他の具体的な事例においても見出すことができるのか。

例えば、生存権に関する判例を検討してみよう。生存権も、一般に、国籍と結び付けて捉えられている権利である[79] [80]。事実、最大判平成20年６月４日も、国籍を「公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位」

---

[78] 青柳ほか座談会・79頁［柳井発言］。

[79] 西村健一郎『社会保障法』（有斐閣・2003年）496頁。西村は、「生存権を普遍的な人権として理解することには問題があり、またわが国が批准した上記の条約（社会権規約及び自由権規約―引用者注）の解釈から直ちに外国人に対する生活保護法を適用しないことが違法とはいえない」と述べる。裁判例としては、例えば、東京地判昭和53年３月31日（行集29巻３号482頁）。

[80] なお、反対説は、次のように指摘する。片岡は、「社会保障の適用に関しては、その者が当該国家の領域内に居住し、共同体の一員として生活しているという社会的事実こそが重要なのであって、共同体の一員として生活しているにもかかわらず外国人であるからという理由だけで共同体共通の利益から排除することは不当である」（古賀昭典（編著）『新版現代公的扶助法論』（法律文化社・1997年）125頁［片岡直執筆］）と批判している。また、憲法学の観点から上記の見解を支持する者として、中村睦男「外国人の生存権・社会保障権の権利主体性」社会保障法５号66頁（1990年）。

外国人一般ではなく、定住外国人の生存権を肯定する見解もある。例えば、大沼は、次のように説く。「経済・社会的権利を基礎づける『強い社会連帯意識』なるものは、まさに同一社会において生活を共にする者としての連帯意識であり、本来擬制的性格を含む国籍を媒介とする連帯意識ではない」として、「憲法14条の平等原則は、社会権の享有につき、少なくとも日本社会に定住し、国民と同一の法的・社会的負担を担っている定住外国人にも妥当するものであり、25条の『国民の生存権』は、むしろ定住外国人を含む社会構成員の権利と構成さ」れるべき（大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」法学協会（編）『法学協会100周年記念論集第２巻』（有斐閣・1983年）411頁）。

と捉えている。

外国人の生存権に関する基本原則を示した判決は、最判平成１年３月２日（いわゆる塩見訴訟）である。この判決では、傍論ながら「社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、国は、特別の条約の存しない限り、当該外国人の属する国との外交関係、変動する国際情勢、国内の政治・経済・社会的諸事情等に照らしながら、その政治的判断によりこれを決定することができるのであり、その限られた財源の下で、福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許されるべきことと解される[81]」と判示した。

判決によれば、社会保障から外国人を排除し、日本国民を優先的に扱うことも可能である。

例えば、それは、不法滞在外国人を、緊急医療からさえも排除した立法を合憲と判断した最判平成13年９月25日[82]にも現れている。これは、「人の生存は人権享有の前提となるものであり、また、その性質上日本国民のみを対象としているものを除く、人であることによって認められる基本的人権は、国籍又は在留資格の有無を問わず尊重されるべきであるから、生存そのものの危機に瀕している者の救護は、わが国に在留する資格の有無にかかわらず、法律上の配慮を受けるべきものというべき[83]」と判示した控訴審判決と対照的である（ただし、控訴審では、立法的検討を促すものの、請求を棄却している）。例外的な事例は、不法入国した外国人に対する原爆医療法の適用を認めた最判昭和53年３月30日[84]を挙げることができるが、これは、人道を理由として適用を認めた判決であって、外国人に対する生存権の保障を正面から認めた事例ではない。

このように、日本の判例は、外国人を、生存権の保障から徹底的に排除している。

では、対照的に、判例は、生存権について、本来、保障されなければ

---

[81] 判例時報1363号70頁。
[82] 判例時報1768号47頁。
[83] 判例時報1611号56頁。
[84] 民集32巻２号435頁。

ならない筈であるのに、十分に保障されていない国民、二級化した日本国民を、国籍を理由として、本来有すべき保障の基準にまで引き上げる論理を展開しているのだろうか[85]。

本稿が Warren Court に着想を得つつ我が国の判例から抽出した思考を貫徹するならば、国籍は、参政権と同様に、十分に保障されていない日本国民の公的給付を、本来有すべき保障の基準にまで引き上げる論理として機能するはずである。

---

[85] 同様の発想として、次のような疑問が投げかけられている。

「『国民』の権利とされてきた生存権ないし生活保護制度について、在外国民も憲法によって生存権を保障されていることに変わりはなく、国内と同一制度を同様に実施することが困難としても、制度の公正な運営が事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、国には権利行使を可能にするために所要の措置を執るべき責務があるといえるだろうか。

『海外移住の自由は、それを行使することによって……日本での社会保障給付を国内在住の時期に比べて十分に受けられなくなる不利益を化せられないことの保障を含む』か否かについて、在外国民は自分の意思で十分な人権保障を犠牲にしてまで海外に居住する道を選んだとして……、22条の問題に吸収することが可能であろうか。

国籍国としての責務は、国民の移動・居住がグローバル化しても、帰国援護にとどまるのであろうか。これまでにも行われてきた在外邦人に対する援助は、専ら政策的なものであって、25条の『精神』に基づいて考える余地もないのであろうか。

逆に、生存権保障は国籍国の責務であるという主張は、在外国民について日本国が責務を免除されるという趣旨を含むであろうか」（齊藤正彰「グローバル化と憲法における国籍の意味」阪口正二郎(編)『岩波講座 憲法５ グローバル化と憲法』（岩波書店・2007年）193頁)。

齊藤の問題提起は、生存権の基礎を国籍に求めるのか、それとも日本社会における生活実態に求めるのかという問いの具体的な問題状況を指摘している。最大判平成20年６月４日が示した判例の思考は、前者、すなわち、海外に居住する日本国民の権利保障の貫徹を選択するであろう。このように、生活実態ではなく、国籍を基礎とした権利保障を想定した場合、海外に居住する日本国民の権利保障を実現する理屈を導き易くなる。

類似した事例としては、在外被爆者に対する健康管理手当の支給について争われた最判平成19年２月６日[86]を挙げることができる。これは、本来支給されるはずであった健康管理手当が、海外に居住していることを理由に支給されなかったことについて争われた事例であり、一見すると、在外国民の選挙権訴訟と類似した構造にある。

しかし、これは、広島県が、消滅時効を援用して支給をしなかった分が信義則に反するかどうかが争われた事案であり、在外国民の選挙権判決のように、在外被爆者が二級化した国民として捉えられるかどうかについては判断していない。

したがって、この事案も、国籍をベースとした権利保障が、参政権以外の他の事例において機能するかどうかについて、十分に証明する根拠ではない。結局のところ、現時点では、本稿が最大判平成20年６月４日から導出した発想について、判決を挙げながら説明できる領域は、せいぜい参政権程度しか見当たらない。

２．国民の範囲設定

上記では、第一の問題関心について検討した。以下では、第二の問題関心、すなわち、国民の範囲の基準設定について検討する。

２．１．マクリーン判決―政治部門の判断の過剰な尊重

⑴国籍法は―間接的には出入国管理法も―国家構成員＝国民の範囲を設定する法律であって、時代状況に応じて、《国民として望ましくない人々》と《国民として望ましい人々》を区分している。M.Waltzer によれば、このような区分をすること、すなわち「入国許可と排除」することは、「共同体自治の核」であって、「自己決定の最も深い意味を示している[87]」。国籍や出入国管理を規制することによって「自己」の範囲を決定することは、主権行使の本質的要素であって、まさに「政治的な」領

[86] 民集61巻１号122頁。

[87] マイケル・ウォルツァー（著）/ 山口晃（訳）『正義の領分―多元性と平等の擁護』（而立書房・1999年）109頁。

域であると捉えられている[88]。

国民の範囲設定は、政治的な領域である以上、立法による判断に広く委ねられる領域のはずである。出入国管理の事例について、政治部門の判断を重視した見解は、マクリーン判決であろう。改めて、判示内容を振り返る。

マクリーン判決では、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である[89]」と判示し、外国人の権利保障を肯定する。

しかしながら、「憲法22条１項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される…。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないと解すべきである[90]」。

このことから、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしやくされないことまでの保障

[88] 杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店・2005年）15-16頁、176-177頁。
[89] 民集32巻７号1233頁。
[90] 同1230頁。

が与えられているものと解することはできない[91]」。

マクリーン判決は、上記の論理を用いて、在留期間更新不許可処分を違法ではないと判示した。

このようなマクリーン判決の判示について、日比野勤は、マクリーン判決を「出入国管理システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国に関わる事柄は基本的人権の射程に含まれない、在留外国人の基本的人権は出入国管理システムの枠内で保障される[92]」という出入国管理システム優位説を採用したもの、と指摘している[93]。

⑵このような発想は、アメリカ合衆国にて展開された絶対的権限の法理と共通していると思われる。日本も、基本的には、アメリカにおける絶対的権限の法理と同様に、国民の範囲を設定する権限は、主権的な権限であって、政治部門に委ねられるべきであり、裁判所が介入することは適当ではないという立場に立脚している。

これを端的に示した近年の判示は、最判平成16年１月15日において提示された、「在留特別許可の付与は、国家主権発動の一つとして政府（所管者法務大臣）が一元的に行うものであり、しかも政府の広範な裁量にゆだねられているものである[94]」という見解である。

日本の判例も、外国人の入国を許可する権限を、主権的権限として位置づける。このような思考を貫徹する限り、合衆国と同様に、政治部門に対して、広範な裁量が承認されるため、原則として、憲法が保障する権利を理由として、構成員を設定する権限を統制することは考えにくい。

２．２．最大判平成20年６月４日の法廷意見と反対意見の対比

⑴マクリーン判決と同様の思考を貫徹するならば、最大判平成20年６月４日で争われた、国民の範囲の基準設定＝国籍付与の在り方は、「完全

---

[91] 同1233頁。

[92] 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室217号44頁（1998年）。

[93] 同様の指摘として、安念潤司「「外国人の人権」再考」樋口陽一＝高橋和之（編）『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣・1993年）164頁。

[94] 民集58巻１号240頁。

に立法府に委ねられるべき、政治過程の問題[95]」であって、違憲と判断する余地は到底出てこない。

この見解に近い思考を展開したのが、最大判平成20年６月４日における横尾･津野･古田反対意見であろう。横尾ら反対意見は、「国籍の付与」を「国家共同体の最も基本的な作用であり基本的な主権作用の一つ」と捉え、「特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則」とする[96]。その上で、「国籍付与の在り方は、出入国管理や在留管理等に関しても、様々な面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題[97]」と位置づけている。

また、百地章と山田亮介は、反対意見に賛成した上で、法廷意見に対し、「判例は外国人の入国の自由も憲法上保障されていないとしているのだから、ましてや未だ日本国籍を有しない外国人への国籍付与は、本来主権の問題であって国籍取得の権利など認められないと考えるのがスジではないか[98]」と批判を展開している。

⑵しかし、最大判平成20年６月４日[99]は、構成員の範囲を設定する権限について、次のように判示した。

> 「憲法10条は、『日本国民たる要件は、法律でこれを定める。』と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。

---

[95] 青山治城「民主主義と立憲主義―日本国憲法のディレンマ―」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣＝竹下賢＝長谷川晃(編)『法の理論27 特集：日本国憲法をめぐる基本問題』（成文堂・2008年）12頁。

[96] 民集62巻６号1399頁。

[97] 同1404頁。

[98] 百地章＝山田亮介「判批」日本法学75巻１号223頁（2009年）。

[99] 民集62巻６号1367頁。

しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条１項違反の問題を生ずることはいうまでもない[100]」。

法廷意見は、上述のように、国籍と権利、利益を結びつけて捉えている。しかし、国籍の取得が恣意的なルールによって設定されるならば、本来保障されるはずの権利、利益を享受できない。したがって、構成員資格を設定する際であっても、立法府が自由に設定できるものではなく、一定のルールに服さなければならない。本件の場合、立法府が服すべきルールは―我が国の構成員設定ルールが血統主義を原則としていることを前提とした上で―非嫡出子に対する差別の禁止である。法廷意見は、このような論理を展開し、時勢の変化を理由に、非嫡出子に対する差別の禁止を、構成員設定ルールを統制する規範として承認した。

この点については、抽象度の高い次元ではあるが、日米共通の現象が生じていることが指摘できる。すなわち、日本においても、出入国管理や国籍取得基準の設定は、政治的な領域と位置付けられ、アメリカにおける絶対的権限の法理と類似の思考を展開している。したがって、望ましい国民／望ましくない国民の区分は存在している。しかし、国籍を権利保障の前提と捉えるとしても、国籍保有者の範囲は恣意的に設定されるべきではない。最大判平成20年６月４日は、この区分をすることが、必ずしも自由に設定できるわけではないことを示している。国籍の取得基準を設定することは、確かに国家主権に基づくものであるが、自由に設定して良いわけではなく、何らかの規範的統制に服する。

⑶このような判決理解から読み直されるべき判決は、出生時の国籍取得に関し、父系優先主義を定めていた国籍法（改正前）の合憲性について争われた東京地判昭和56年３月30日[101]である。国籍法が規定していた父系優先主義は既に昭和59年改正によって父母両系主義に改められた

[100] 同・1371頁。

[101] 行裁集33巻６号1374頁。

が[102]、東京地判昭和56年３月30日は、最大判平成20年６月４日と同様の論理を展開していると思われるため、ここで取り上げる。東京地判昭和56年３月30日は、次のように判示した。

〔判示①〕「日本人と外国人との間に生まれた子が日本国籍を与えられないときは、わが国において憲法の定める基本的人権の保障を完全には享受し得ず、例えば、出入国及び在留の制限（出入国管理令４条、24条、外国人登録法３条、13条、18条等）、参政権及び公職の制限（公職選挙法９条、10条、地方自治法12条、13条、国家公務員法２条７項、人事院規則８-18第９条、同１-７、外務公務員法７条等）、職業及び事業活動等の制限（公証人法12条、弁理士法２条、水先法５条、電波法５条等）、財産権の制限（外国人土地法１条、４条、鉱業法17条、船舶法１条、航空法４条、特許法25条等）、社会保障の制限（生活保護法１条、２条、児童扶養手当法４条、国民年金法７条、９条等）などを受けるに至るのであるし、また、日本国籍を有しない子は日本人親の戸籍にも記載されないこととなっているため、戸籍によってその存在を証明し得ないことからくる不利益ないし不都合も少なくない（例えば、予防接種や就学の通知を受けられないなど）。このように日本国籍の有無が社会生活における各種の関係において極めて重要な意義を有する[103]」。

〔判示②〕「国籍は、国と個人との間の個々の権利義務の集合体のごときものではないにしても、具体的内容を伴わない単なる抽象的記号のごときものではなく、国籍の有無によって基本的人権の保障が直接左右されることもあり得るという意味で個人の憲法的利益に必然的に関わりを有するものであり、恣意的な国籍得喪の定めの故に本来受けられるはずの右基本的人権の保障を受けられないという事態を招くことは、もとより憲法の許容するところではないと考えられる。このような見地からすると、憲法10条の前記規定は、国籍

[102] 概要については、奥田康弘『家族と国籍〔補訂版〕』（有斐閣・2003年）18-22頁。
[103] 行裁集33巻６号1386-1387頁。

の得喪についていかなる基準も法律で自由に定めることができるとしているものではなく、国籍の得喪に関する事項が憲法事項であるとの前提に立ったうえで、その内容の具体化を法律に委任したものであり、右立法による具体化にあたっては、憲法の各条項及びそれらを支える基本原理に従いこれと調和するように定めるべきことを要求しているものと理解すべきである[104]」。

判示①・②から明らかなように、判決は、「国籍を、人権あるいは人権保障を享受する基礎となるようなもの[105]」、「国籍が憲法の保障する基本的人権の完全な享受にとって重要[106]」と捉えている。ここでも、最大判平成20年６月４日と同様に、国家への所属とその対価としての権利保障という発想に依拠している。

しかし、であるからといって、国籍保有者＝権利主体の範囲は恣意的に設定されてはならない。これを示しているのが、判示②である。判示②は、国籍保有者の範囲を設定するに際し、「憲法の各条項及びそれらを支える基本原理」に従わなければならないことを明らかにした。

本件の争点は、国民の範囲を設定するルールとして、父系優先主義に合理性が認められるかどうか、である。この点について、判決は、重国籍を回避する必要性を承認し、それを達成するためには、父系優先主義は有用であることから、本件規定を合憲と判断した。

東京地判昭和56年３月30日は、最大判平成20年６月４日と同様の判断枠組みに依拠し、国籍を権利保障の前提と捉えた上で、父系優先主義が国民の範囲を恣意的に設定するものではない、と判断していると読み直されるべきである。

２．３．国民の範囲の基準設定に対する統制が可能となった理由

アメリカ合衆国の場合、2001年に下されたZadvydas判決の箇所で検討したように、先例を根拠として用いて、絶対的権限の法理に対する制

104 同・1388頁。

105 高良鉄美「判批」法政研究49巻４号441頁（1983年）。

106 欧龍雲「判批」ジュリスト768号（昭和56年度重要判例解説）275頁（1982年）。

約を認めるようになった。しかし、日本の場合、唐突に同様の結論に達したかのような印象を受ける。国民の範囲の基準設定という「政治的な」領域[107]であっても、なぜ憲法上の統制に服さなければならないのか、という原理的な疑問が残されたままである。

手がかりとなるのは、最大判平成20年６月４日自身が、「日本国籍の取得に関する法律上の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱となるときは、憲法14条１項違反の問題を生じることはいうまでもない」と判示している点である。この判示の「いうまでもない」という表現から、〈国籍法であっても法律である以上は、憲法上の統制に服するのが当然〉という当然制約の発想に立脚していると推測できる。

筆者としては、この判示に対しては、T.Alexander Aleinikoff が、絶対的権限の法理に対する制約を認めた Zadvydas 判決に対して、「新米読者にとっては極めて普通に映るかもしれない[108]」と指摘したことと同様の感想を抱く。

当然制約が最高裁の発想だと思われるが、明確な理論的基盤があるわけでもない。上記の問いに対して、もう少し理論的な説明を加えるならば、高橋和之による「憲法上の国民」を想定する見解が参考になる。高橋は、次のように述べる。

> 「憲法10条は『日本国民たる要件は、法律でこれを定める』と規定するが、人権が憲法により保障されたものであり、国民はその当然の主体であるとすれば、憲法の下位にある法律が国民の範囲を自由に定めうると考えることはできない。…そこで、論理上は国民の範囲は『社会構成員』として憲法以前に定まっていると想定しなければならない。…国民の範囲を法律で定めることとされたのであるが、自由に定めるというよりは、論理上法律制定以前に想定されている国民をいわば確認する規定をおくという趣旨と解される。そうであ

[107] 杉田・前掲。［２．１］参照。

[108] T. Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power : The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 Georgetown Immigration. Law Journal 365, 366 (2002).

る以上、憲法が想定したはずの国民（憲法上の国民）がいかなるものであるかを憲法解釈として明らかにすることが必要となる。諸外国が国民を決める方法として採用しているものに生地主義（生まれた場所が帰属する国家の国籍を取得する）と血統主義（親の国籍を取得する）があり、日本国憲法がそのいずれかを明示的に選択していない以上、そのいずれかにより国民となりうるものが憲法の想定する国民であると解すべきではないか。それが近代国家が領土と国民団体を構成要素としていることとも調和すると思われる。それを前提に、憲法10条に基づき法律で国民の要件を定めるのであるが、その立法は憲法上の国民を『確認』すると同時に国籍の抵触を避ける等の目的から『限定』するという意味を持つものと解される。ゆえに、その『限定』に合理性がなければ違憲・無効となり、限定のない状態が回復されることになる[109]」。

このような立場に立脚すれば、最大判平成20年６月４日は、「限定した規定が違憲である以上、限定のない状態にもどるのは当然[110]」ということになる。

２．４．最大判平成20年６月４日の可能性―「国籍を取得する自由」とマクリーン判決の読み直し

⑴出入国管理に関する裁判例を検討すると、法務大臣の裁量権は必ずしも無制約ではなく、「在留制度上認められた在留がみだりに打ち切られない権利[111]」という限度ならば在留権の存在を肯定することが可能、と解されている[112]。

国籍取得の基準設定に対して憲法上の統制を承認した最大判平成20年

---

[109] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第３版〕』（有斐閣・2010年）83頁。

[110] 同・84頁。

[111] 萩野芳夫『判例研究 外国人の人権―国籍・出入国・在留・戦後補償』（明石書店・1996年）178頁。

[112] 門田孝「在留権」近藤敦(編)『外国人の法的地位と人権擁護』（明石書店・2002年）65-66頁。

６月４日は、上記の発想と同様に、日本国憲法上の基本原則に違反する不合理な基準設定が行われないという限度において「国籍を取得する自由」を観念しうる、と構成しているのではないか。

法廷意見の発想に立脚すれば、外国人には特定の国の国籍を取得する自由はないというテーゼから演繹的に推論し、国家は自らの主権行使の一環として国籍の取得基準を自由に設定して良い、という結論を導く反対意見の発想は適切ではない。

第５章にて紹介したように、移民規制権限であっても合衆国憲法による統制がもともと存在していたと判例を読み直すことによって、絶対的権限の法理を放棄することは劇的な変化を招くわけではない。国籍取得基準の設定であっても憲法上の統制に服さなければならないことを認めた最大判平成20年６月４日は、合衆国における絶対的権限の法理の変化を、日本でも同様に導入することが可能であることを示唆している。このような見解を主張したとしても、「ほとんど戦慄すべきもの[113]」とはならないだろう。

⑵国籍取得基準という「政治的な」領域であっても憲法上の統制に服し、自由に設定して良いわけではないと結論を下した最大判平成20年６月４日は、マクリーン判決の読み直しを迫る可能性がある。

上記に説明したように、マクリーン判決は、「国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるもの」と判示している。そして、国家の決定については、基本的人権が優位する構造ではなく、「出入国管理システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国に関わる事柄は基本的人権の射程に含まれない、在留外国人の基本的人権は出入国管理システムの枠内で保障される[114]」という出入国管理システム優位説を採用したもの、と理解されている。

横尾・津野・古田反対意見が「国籍付与の在り方は、出入国管理や在

[113] 安念潤司「「外国人の人権」再考」樋口陽一＝高橋和之(編)『現代立憲主義の展開　上』（有斐閣・1993年）180頁。

[114] 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室217号44頁（1998年)。

留管理等に関しても、さまざまな面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題である[115]」と示しているように、国籍取得を設定する基準と出入国管理規制は、構成員の範囲をめぐる問題として、共通の性質を有している。実際、最大判平成20年６月４日の法廷意見に反対する批評（百地・山田）は、マクリーン判決の論理を引用して、最大判平成20年６月４日を批判している。

しかし、最大判平成20年６月４日では、国籍取得基準の設定であっても、憲法上の統制に服すると判示した。国籍取得基準と出入国管理が共通の性質を有することから、従来、出入国管理システム優位説を採用していたと捉えられてきたマクリーン判決であっても、事案次第―例えば、出入国管理法を統制するほどの不利益に斟酌してはならない外国人個人の利益が存在している場合―では、基本的人権優位説が成立する場面も肯定できるのではないか。

実際に、下級審判決の中には、「婚姻は、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により維持されなければならないものであり（憲法24条参照）、我が国の国民が外国人と婚姻した場合においては、国家としても、当該外国人の在留状況、国内仕様、国際情勢等に照らして当該外国人の在留を認めるのを相当としない事情がある場合は格別、そうでない限り、両名が夫婦として互いに同居、協力、扶助の義務を履行し、円満な関係を築くことができるようにその在留関係等について一定の配慮をすべきもの[116]」と判示している。この判決では、出入国管理において、「在留権が憲法上の人権としては保障されることはなくても、他の人権―本件では家族生活の権利―について配慮する必要[117]」を認め、憲法24条の観点から、出入国管理に関する法務大臣の裁量の統制を認めている[118]。結論として、日本国民との真摯な婚姻関係が形成されていることは法的な保護に値すると判断し、当該外国人に対して法務大臣が在

[115] 民集62巻６号1404頁。

[116] 東京地判平成11年11月12日（判例時報1727号103頁）。

[117] 武市周作「判批」法学新報108巻11・12号232頁（2002年）、山下威士「判批」判例時報1746号207頁［判例評論509号29頁］。

[118] 同様の指摘として、高佐智美「判批」法学セミナー 558号108頁（2001年）。

留特別許可を付与しなかったことを違法と判断した。

このように考えると、マクリーン判決は、デモ行進の自由については出入国管理上考慮する必要がなく、この場合には出入国管理システム優位説に立脚している判決であると理解すべきであって、国家が自らの主権を理由に、外国人の出入国の可否を自由に判断することが常に可能であると述べているわけではない、と読み直す可能性も出てくる。

ただし、最大判平成20年６月４日を根拠として、出入国管理事案一般において、基本的人権優位説に判例が立脚しているとまでは言えない。上記の指摘は、日本においても、広い視点から見ると、アメリカと同様に、「絶対的」な権限という思考から脱却しつつある、という抽象的な指摘にとどまる。具体的な状況下で、どのような規範が出入国管理規制権限を統制する規範として承認されるのか、という問題については、現在のところ、提示できる素材は十分ではない。今後は、出入国管理に関する権限が、どのような場面において、どのような内容の規範に服するのかを明らかにすることが検討課題となる。

３．国民国家の基本論理と国籍

⑴上記に示したように、日本の判例は、国籍の役割を重視している。近年の判例に対しては、国籍は「統治の安定のための法技術以上のものではない[119]」という立場から、国籍に過剰な役割を持たせるべきではなく、生活実態をベースとする発想へ転換するべきであるという批判がありうるかもしれない[120]。

しかし、判例が示した、国家への所属とその対価としての権利保障という発想は、原理論的にも、十分に根拠がある理論である。

この点について、杉田敦による、国民国家の原理論的なイメージが詳しい[121]。国民国家の基本論理では、国籍は、人々を、一定の境界線によっ

[119] 門田孝「憲法における「国籍」の意義」憲法問題９号126頁（1998年）。

[120] 浦部法穂『憲法学教室〔全訂第２版〕』（日本評論社・2006年）60-31頁、長谷部ほか座談会・４頁［阪口発言］、青柳ほか座談会・前掲77頁（2009年）［柳井発言］。

[121] 杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店・2005年）。

て区切り、人々を囲い込む役割を有する。それと同時に、囲い込まれた人々は、一定の同質的存在として扱われる。実際、国民国家は、義務教育などを通して、国民内に存在する生活様式や言語などの多様性を抑圧し、同質的な国民を作り上げていった[122]。

他方、国民国家は、一定の同質性を生み出そうとすると同時に、囲い込まれた人々の生活を保障する役割を担う。杉田は、動物を飼育することに喩えつつ、国民という群れを食べさせるために国民化が必要であった、と説く[123]。杉田によれば、国民は、ネーションの構成員であることによって、平等な権利を期待できるようになった[124]。

国籍を権利保障の基礎と捉える判例は、このような国民国家観と親和的である。現在、EU 統合、グローバル化した市場などを背景に国家という枠組みの揺らぎを提唱する見解も登場している[125]。このような流れを受けて、今後は、旧来型の国民国家のイメージは相対化し続けるであろう。しかし、これは、基本原則の消滅を意味しない[126]。であるならば、

---

[122] 同・32-33頁。

[123] 同・30頁。

[124] 杉田敦「憲法とナショナリズム」杉田敦(編)『岩波講座憲法３ ネーションと市民』（岩波書店・2007年）62頁。以下では、杉田（2007）と略記する。

[125] グローバル化に伴う国家の衰退、国家の役割の変容、あるいは国家の復権に関する論攷は枚挙に暇がないため、すべてを網羅することは不可能であるが、ここでは以下の文献を挙げておく。工藤達朗「市場のグローバル化と国家の位置付け―憲法の視点から」公法研究74号１頁（2012年）、辻村みよ子「国家の相対化と憲法学―21世紀の主権・市民・ジェンダー」法律時報73巻１号18頁（2001年）、長谷部恭男＝阪口正二郎＝杉田敦＝最上敏樹「〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治―ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号４頁（2009年）、藤谷武史「企業・投資活動の国際的展開と国家」公法研究74号100頁（2012年）、棟居快行「グローバル化が主権国家にもたらすもの」長谷部恭男＝安西文雄＝宍戸常寿＝林智更『現代立憲主義の諸相 上』（有斐閣・2013年）697頁。

[126] 国家の復権・再強化を説くものを除いて、前注で掲げた論者も、国家の役割は変容するであろうが、いまだ国家は撤退していない、という見方だと思われる。例えば、長谷部ほか座談会・前掲21頁［阪口発言］。また、浦部法穂＝山元一「外国人の人権」井上典之＝小山剛＝山元一(編)『憲法学説に聞く―ロー

国民国家の基本原理をひとまずは承認した上で、そこから生じる不都合に対処することが現実に即した発想ではないか。

⑵国民国家観をベースとした権利保障と国籍の関係を考えるときに生じる問題点は、構成員の範囲設定の「恣意性[127]」である。日本国憲法の基本原理に反する構成員設定ルールの問題について、本稿では、非嫡出／嫡出子の区分の合理性や父系優先主義の合理性について検討した。

なお、本稿は、旧植民地出身者の問題については扱っていない。戦後の憲法学は、旧植民地出身者の存在を背景に、生活実態に基づく社会構成員性を根拠としながら、外国人に対する権利保障を当然のことと主張してきた。しかし、国籍を権利保障の基礎と位置づける判例及び本稿の立場からすると、問題は、生活実態という論理に基づいて外国人に対する権利保障を当然視することではなく、国籍を取得するときのルール設定の合理性である[128]、ということになるだろう。ただし、この点につい

スクール・憲法講義』（日本評論社・2004年）147頁、森英樹「「グローバル化」変動と憲法・憲法学」樋口陽一＝森英樹＝高見勝利＝辻村みよ子『国家と自由―憲法学の可能性』（日本評論社・2004年）206頁。

[127] 杉田（2007）・前掲62頁。

[128] 旧植民地出身者が抱える問題は、「日本国民の再構成」が適切に行われたのか、である。仮に、日本国民の再構成に問題が無い、すなわち、構成員ルールが公正に設定されているならば、国籍に付随する権利を拡張して保障するべき必然性はない。日本国民の再構成が公正に行われたならば、国籍に付着する権利（例えば選挙権）を求める外国人は、帰化することによって保障を享受するべきである。

逆に、日本国民の再構成が不公正に行われたと捉えるならば、本来有するべき権利を失ったため、何らかの解釈によって権利を保障すべきである必要性、あるいは、構成員ルールを公正に設定しなおす必要性が生じてくる。

例えば、松井茂記は、「憲法の保障する基本的人権はあくまで国民の権利である」と捉えた上で、国籍について選択権を認めるべきであった、と述べる。そして、「そのような選択権が与えられなかった以上、日本国籍を有しなくても、日本国内にいる限り日本国籍を有する人と同等の権利を持って扱われることを認めるべき」と説く（松井茂記『日本国憲法〔第３版〕』（有斐閣・2007年）359頁、139-140頁。319-320頁も同趣旨）。

このような記述から明らかなように、松井は、選択権を認めなかった日本国民の再構成に合理性がないため、本来は日本国民を対象とする権利保障であっ

ては、旧植民地出身者を例外とする論もありうるため、留保を付したい[129]。

旧植民地出身者に関して合理性が再検討されるべき事例として、日本国民の「再構成[130]」―戦後処理の中で通達438号によって旧植民地出身者の日本国籍を喪失させる措置―が適法かどうかという問題[131]や、旧植民

ても、旧植民地出身者については、特別に保障を認めるべき、という発想に依拠している。

結局、ここでも問題は、日本国民の再構成に合理性があるかどうか、である。

[129] 従来の憲法学では、旧植民地出身者を外国人一般の問題へと拡張していたように思われる。しかし、一般外国人の人数が逆転し、今後も一般外国人の流入が続くであろうと予想される現状では、考え方の出発点そのものに見直しが必要であろう。

本稿では、外国人一般を念頭において議論しているが、本文にて言及したように、外国人一般を念頭において国籍取得の合理性を問題とすべきである、と論を構築した場合であっても旧植民地出身者を例外とするべきだ、という論は成立する可能性もあるだろう。

[130] 高橋正俊「日本国民の観念」米沢＝松井＝土井（編）『佐藤幸治先生還暦記念現代立憲主義と司法権』（青林書院・1998年）534頁。

[131] この点については、大沼保昭が提示した有名な論争を参照。大沼保昭は、通達438号は「サンフランシスコ平和条約に存在しない国籍条項をあたかも存在したかのようなフィクションに基づき、法律によらず50万に及ぶ人々の国籍を剥奪する不法な措置」と批判する（大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』（東信堂・2004年）ⅳ頁）。

他方、溜池良夫は、サンフランシスコ平和条約によって旧植民地出身者の国籍が喪失することについて「関係当事国間に黙示の合意があった」として、通達438号の合理性を承認する。桑田三郎も、通達438号を、条約の合理的な解釈の範囲内であると述べ、大沼の見解を批判する。また、江川英文も、「平和条約が、朝鮮との関係においては、日韓併合前の状態に復せしめるという趣旨」であると解し、実務を支持する。各論者の見解については、溜池良夫「判批」別冊ジュリスト133号（池原季雄＝早田芳郎（編）『渉外判例百選〔第３版〕』（1995年））253頁、桑田三郎「判批」ジュリスト731号330頁（1981年）、江川英文「判批」ジュリスト231号93頁（1961年）を参照。

判例及び実務は、一貫して、サンフランシスコ平和条約の領土条項が日本国籍の一斉喪失も含むと解釈した通達438号を支持している。この点については、最大判昭和36年４月５日（民集15巻４号657頁）、最判平成10年３月12日（民集

地出身者が帰化をする際に日本人らしさを過剰に求めることの適否[132]な

52巻２号347頁))、小柳稔「対日平和条約による国籍の変動について―昭和27年４月19日民事甲第438号民事局長通達「平和条約の発効に伴う朝鮮人、台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理」の背景について」民事月報46巻８号21頁（1991年）を参照。

韓国政府が、日本に居住する旧植民地出身者は日本国籍を有さず、大韓民国の国籍を有していると主張し、日本政府の解釈を支持していたことについては、岩崎美和子(訳)「駐日韓国代表部がマッカーサー連合司令官に伝えた在日韓国人法的地位に関する見解（1949年10月７日）」現代コリア309号75頁（1991年)、木村幹「在日韓国・朝鮮人問題と外国人参政権―錯綜する理論的根拠とその原因―」河原祐馬＝植村和秀(編)『外国人参政権問題の国際比較』(昭和堂･2006年）264-269頁、浅川晃広『近代日本と帰化制度』（渓水社･2007年）226-229頁参照。

[132] 帰化実務の担当者は、帰化の際に、民族、習慣的な意味において、日本人になること、日本社会へ同化することを強要する発言を繰り返している。例えば、佐藤重元は、「民事月報」において、次のように述べている。

「わが国籍法には明文をもって規定されていないが、帰化政策上の当然の理として、帰化者は、日本社会に同化していることを条件の一つとして要求される。

ここでいう同化とは、『外国人が日本社会の生活に馴染み、その風習・生活様式等を自分のものとして完全に取り入れ、以前の生活様式を退化させていること』である。

この条件は、大切なものであって、各国とも帰化法上に明記されているところであるが、わが国は帰化条件上当然の理として特に規定するまでもないとしたからであろう。

帰化者が、わが国に同化するということは、単に衣食住を日本様式とするだけでは足りない。更に日本語の読み書き能力についても可能とならなければならない」（佐藤重元「帰化手続小論」民事月報20巻12号61頁（1965年))。

また、門田稔永は、帰化者に対して「正しい日本文字としての漢字」を使用することを求め、「正しい日本文字としての漢字に引き直して記載できない氏名については、原則に戻り片仮名で記載する」と、実務上の取り扱いを解説している（門田稔永「改正国籍法施行後における帰化関係事務取扱上の若干の問題点について」民事月報40巻11号21-22頁（1985年))。日本人にふさわしい氏名を使用することについて、稲葉威雄によれば、「日本国家が単一民族国家であることから、日本国民間には日本国民を一つの血縁集団として観念する傾向が強い。このように同族意識が強い反面として、排他的な国民感情もみられ、

どが挙げられる。このような問題群について、本稿は直接応答するものではない。

4．本章の結論

本章では、以下の内容を示した。

第一に、本稿は、権利の土台としての国籍について検討した。日本国憲法は第一次的には日本国民の権利を保障している。判例は、日本国憲法上の保障が、外国人にも及ぶことを否定していないが、判例にとって、外国人の権利保障は、日本国憲法上の主眼ではなく、二次的なものである。他方、国籍が権利保障の前提である以上、国籍は、二級化した国民の地位を解消する論理として機能する。

国民国家体制、国家同士の境界は、今後、相対化するかもしれないが、

外観上外国人あるいは帰化人とみられることは同化上の妨げとなる…。また、民族意識の発露としてことさらに外国人的な呼称の氏に固執するということになると、帰化により日本国民とするのにふさわしい者とはいえないであろう」（稲葉威雄「帰化と戸籍上の処理」戸籍357号２-３頁（1975年））。

田代有嗣も、日本を、血統主義に基づく「単一民族国家」として捉えた上で、「私は、帰化というものは他民族（外国人）を他民族のままではなく、自民族に同化融合せしめて自国籍を付与するものであることが望ましいと思う。他民族（外国人）が他民族のままで帰化したのでは、分離の恐れがある」と断言する（田代有嗣『国籍法逐条解説』（日本加除式出版・1974年）397頁、401頁）。

このような主張に対して、常本照樹は―旧植民地出身者に対する選挙権の保障に関する文脈であるが―次のように指摘している。

「国家意思の形成に関わるプロセスに参加する資格として国籍を要求することは現行憲法の予定することであろう。問題は、国籍の取得に際して、名前を日本風にあらためるなど、従来、民族的同化までが実際に要求されてきたというところにある。したがって、あらためられるべきは国籍イコール民族という神話であって、主権行使の資格としての国籍ではない」（常本照樹「日本における外国人」北大法学論集46巻６号308頁（1996年））。

この主張は、選挙権が国籍に付随する権利であることを前提とした上で、国籍取得＝民族的同化という、構成員ルールが不公正に設定されてきた点を指摘し、構成員ルールの改善を説いている。

それは、国民国家体制に代わる、新たな体制が構築されることを意味しない。このような状況が続く限り、国民と外国人には、なお埋まらない距離が依然として存在し続けるだろう。日本国憲法は日本国民のために権利を保障しているという原則は覆らない。結局、100パーセントの権利保障を求めるならば、国籍取得しか道はない。

しかし、国籍保有者が恣意的に制限されるならば、権利主体も恣意的に制限されることになる。したがって、国家構成員を設定するルールから恣意性を排除する必要がある。

第二に、日本においても、アメリカと同様、構成員ルールを設定する権限は、主権的権限と捉えられているが、必ずしも、その権限は無制約なものとして位置づけられているわけではない。構成員ルールの恣意性は排除されるべきである。

具体的事例としては、非嫡出子に対する差別の禁止を、構成員を設定するルールを統制する規範として位置づけた最大判平成20年６月４日がある。そのほかに、東京地判昭和56年３月30日は、最大判平成20年６月４日と同様の判断枠組みを採用した上で、14条が定める性差別の解消を、本事例については構成員を設定するルールとして承認しなかった、と読み直されるべきである。

第12章　残された課題

以下では、残された課題として、三点指摘しておく。

第一に、前章では、出入国管理であっても、必ずしも自由に判断できるわけではなく、状況次第では日本国憲法が保障する権利の観点から、法務大臣が行う在留可否判断に対する統制が及ぶ場合もありうるという理論的な可能性を指摘した。

筆者に突きつけられた課題は、このようなマクリーン判決の読み直しを実例に即しながら検証することである。どのような状況下において、出入国管理判断に対する統制が可能となるのか。これが筆者の課題である。もちろん、この際には、日本国憲法以外の視点（例えば、国際人権法上の観点からの制約可能性の有無など）も必要だろう。

出入国管理は、複雑な状況が関連しているため、一つの事例だけを取り上げて検討することは、適当ではない。したがって、前章にて提示した理論的可能性を、実際の裁判例の分析を通じて明らかにすることが今後取り組むべき課題の一つである。

第二に、本稿（特に第４章）では、合衆国において絶対的と捉えられていた移民規制権限をもう一度再検討する見解を紹介したが、本稿で取り上げた見解以外にも、移民法の判例を読み直す見解が提示されている。したがって、本稿は、移民法理論の動向の一部を反映させたに過ぎない。移民規制権限に対する統制を認める理論を構築しようとする合衆国の移民法研究者の動向を踏まえること、そして、そのような理論が日本法へのどのように応用できるのか考えることも、今後の課題としたい。

第三に、より大きな課題として、将来的に移民社会を迎える可能性を有する日本において、外国人に関する法理論をどのように再構築すべきなのか、という課題を抱える。具体的には、以下のような課題に取り組む予定である。

近い将来、外国人人口の増加によって、国籍取得基準の再検討が促される可能性がある。前章で指摘したように、実務担当者は、日本国籍取得の際に過剰なまでの同化を求めている。ここで生じている問題は、国籍を取得することが、特定の生き方を強制することを意味していることである。均質、同質な人民を自明視し、非構成員が構成員に加入すると

きに、非構成員を異質な存在として捉え、構成員の主流派への同化を強要する発想は、今後は克服されるべきであろう[1]。そのためには、杉田敦が主張しているように、アイヌ民族や旧植民地出身者などの記憶の継受、ハイフン付のアメリカ人論を参考にした移民社会の視点[2]の導入などが必要かもしれない[3]。

今後は、杉田の主張のように、多文化主義的視点を導入する必要性あるだろう。しかし、法理論として多文化主義を選択したとしても、すべてが解決するわけではない。例えば、どこまで多様な国民を受け入れることができるのか。社会分裂を引き起こすようになった場合、どのような対応が必要なのか。そのためにはどのような法制度構築が可能か。このような寛容の限界は問題として残るが[4]、この点については、本稿で検討する余裕はない。

---

[1] 杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店・2005年）78-79頁。また、本稿と同様に帰化要件を問題とする論攷として、例えば、近藤敦『外国人参政権と国籍〔新版〕』（明石書店・2001年）94-101頁。

[2] 杉田・前掲70頁。

[3] 同・79頁。

[4] マイケル・ウォルツァー（著）/ 大川正彦（訳）『寛容について』（みすず書房・2003年）48-50頁、55-59頁。

論　　説

アメリカにおける歴史的環境保全の法的研究（２）

小　幡　宣　和

目　　次

序　章　歴史的環境とは何か―多面的かつ発展途上の概念―
第１章　日本における歴史的環境保全の歩み
第２章　アメリカにおける歴史的環境保全
　　―1969年国家歴史保全法の立法史を中心に―
（以上65巻５号）

第３章　アメリカにおける歴史的環境保全の法制度
―多方面からの保護アプローチ―

アメリカ合衆国における歴史的環境保全のシステムを検討するには、連邦・州・各地方のそれぞれのシステムを見てゆく必要がある。ここからは、各主体それぞれの役割・機能について概観する。本節では特に、連邦における歴史的環境保全のシステムをみてみることとする。

アメリカの連邦における歴史的環境保全に関する法律としては、国家歴史保全法が中心的な法律である。しかし、歴史的環境保全のシステムをとらえるためには、同法以外の法律や、これらの法律を連邦・州・地方政府の各主体がどのように執行しているか複合的に見ていく必要がある。なぜなら、①歴史的環境そのものの価値が意識されるようになったのは比較的新しく、歴史的環境を保全するために、様々な法律がいわば

拡大適用されてきたからであり、②連邦制度をとるアメリカは、連邦法のみでは、全ての保全活動についてカバーできないからである。

第１節　連邦の法制度

（ａ）古物法

①概要

アメリカの歴史的環境保全のための法律として、歴史をさかのぼってみると、まず、1906年にルーズベルト大統領の下で制定された、古物法（Antiquities Act of 1906）[1]がある[2]。

この法律は、連邦の管理下にある土地において、盗掘、窃盗、破壊を禁ずるもの[3]であり、さらに、連邦の管理下の土地における、史跡、先史的・歴史的建造物、そして他の歴史的または科学的に重要なものは、国家的記念物として指定する権限を大統領に与えた[4]。また、歴史的遺産、遺跡における採掘、収集、調査は、内務省、農務省及びアメリカ陸軍が行い、[5]また、上記の各省長官は、必要に応じて規則を制定する[6]。このように、古物法は、史跡の盗掘などを防止することを主眼として作られたものであり、重要な史跡は大統領が直接指定するという形式が取られた。

②実際の運用と評価

古物法については、成立当初は、その保護する対象が、自然公園や野生生物であったが、次第に史跡にも適用されるようになってきた。これに対して、本法の起草者は、公園や生物保護を対象としたものであって、古物法を史跡にも適用することは、立法者意志に反すると批判する論者

---

[1] 16 U.S.C. 433.

[2] なお、古物法成立以前のアメリカの歴史保護の動きと、古物法の立法史については、Richard West Sellars, *A Very Large Array: Early Federal Historic Preservation --- The Antiquities Act, Mesa Verde, and the National Historic Preservation Act*, 47 NAT. RESOURCES J. 267 (2007) 以下に詳しい。

[3] *Id.*

[4] 16 U.S.C. 431.

[5] 16 U.S.C. 432.

[6] 16 U.S.C. 433.

もいる[7]。また、実際に、連邦所有地における盗掘の被害などはなくならず[8]、古物法は実効的に機能しなかったとされる[9]。そして、連邦巡回区裁判所でも、古物法は、「あいまいで違憲である（unconstitutionally vague）」とされる判決も出された[10]。しかし、古物法は、後に立法された史跡法や国家歴史保全法の重要な基礎を作り、アメリカにおける歴史保全保護法制のさきがけとなった。

（b）史跡法

①概要

古物法は、保護する範囲が立法当初より広がったのに対し、当初より建物、歴史的財産といった歴史的環境の保全を目的とした、史跡法[11]（Historic Sites Act of 1935）は、1935年に制定された。史跡法は、1条で、「アメリカ合衆国の人民の精神的創造性（inspiration）および人民の利益のために、国家的に意義のある公に利用されている史跡、建物、物体を、国家的政策として保全することをここに宣言する」[12]と定めて、初めて国家の責任として史跡や建造物を保存することを明文化した。また、この法律では、内務大臣が権限を持ち、後述する国立公園局（NPS）を通じてその権限を行使することが定められた[13]。その権限や役割としては、（1）歴史的土地や建物、物体の収集[14]、（2）写真などによる保存[15]、（3）

---

[7] Joe P. Yeager, *Federal Preservation Law: Sites, Structures & Objects*, 8 WIDNER L. SYMP. J. 383, 388 (2001)., Fransis P. McManamon, *Ownership and Protection of Heritage: Cultural Resources and Protection Under United States Law*, 16 CONN. J. INT'L L. 247.

[8] *Id.*

[9] *Id.*

[10] *Id.*, United States v. Smyer, 596 F.2d 939, 940-41 (10th Cir.1979).

[11] 16 U.S.C. 461-467.

[12] 16 U.S.C. 461.

[13] 16 U.S.C. 462.

[14] 16 U.S.C. 462 (a).

[15] *Id.*

保存のための基礎調査[16]、（４）合衆国政府の名において歴史的な財産を取得すること[17]、（５）修繕や修復[18]、（６）歴史的財産の管理、（７）合衆国の歴史、考古学に関わる場所、建物、国家的な意義のある財産に関する教育事業の発展[19]、（８）規則や罰金に関わる権限[20]といったものがある。

同法１条の「国家的な意義」のあるというのは、その場や建物などが、「アメリカ合衆国の歴史、建築、建物、工業そして文化を描写し、解釈するのに特段の価値や質を有し、また、場所（location）、意匠（design）、状況（setting）、素材、技巧、感覚（feeling）そして関連性において高次の清廉さを有するもの」である[21]。このように、同法は、「国家的に意義のある」という限定付きながら、国家的政策として歴史的建造物に代表される歴史的遺産を保存、保全、記録することを推進していくこととなった。さらに、これらの歴史的財産を保護するため、州や地方政府、個人との協力に関するプログラムも設けられ、財政・技術的支援などが内務省により行われた。

史跡法の下で作られた制度は、現在も存在し、発展している。代表的なものとしては、アメリカの工業史の中で成し遂げられたものについて記録し保全する Historic American Engineering record、史跡の国家的目録である、National Survey of Historic Sites and Buildings などがある。

②評価

この法律については、国が歴史保全にむけて政策を推進していくことについて、高く評価されたものの、行政機関間の連携については明文化されておらず、その点についての批判もある[22]。史跡法は、現在も依然として効力を持ち続けているが、次に述べる、1966年に制定された国家歴史保全法の制定と同時に、影が薄れ、影響力も小さくなった[23]。

---

[16] 16 U.S.C. 462 (b), (c).

[17] 16 U.S.C. 462 (d).

[18] 16 U.S.C. 462 (f).

[19] 16 U.S.C. 462 (j).

[20] 16 U.S.C. 462 (k).

[21] 36 C.F.R. 65.4 (a).

[22] Bell, Environmental Law Journal, at 10354.

[23] Joe P. Yeager, *Federal Preservation Law: Sites, Structures & Objects*, 8

（ｃ）国家歴史保全法（NHPA）

歴史的環境保存のための連邦法として現在最も重要なものは、前節においてその成立までの経緯を詳しく述べた1969年国家歴史保全法（National Historic Preservation Act; NHPA）[24]である。この法律は、歴史保全に関する横断的な法律であり、数々の重要な制度を定めている。例えば、重要な歴史的建造物などを台帳に記録し保存する登録（National Register）制度、各州の歴史保全政策の推進、連邦や各地方の歴史保全制度の連携を図るために各州に置かれている州歴史保全官（State Historic Preservation Officer; 以下、SHPO とする）などの規定がある。

①目的と機能

国家歴史保全法では、連邦議会は、次のことを宣言する。まず、アメリカ国民の精神や進むべき道は、歴史的遺産の中に反映されそして見い出される[25]とする。そして、「歴史的・文化的礎は、我々国民の共同体生活と発展が歩んできた部分として、アメリカ国民の進むべき道に意味を与えるために保存されるべきであ」[26]るとして、歴史的遺産は、現在・そして将来の国民にとっても必要である、と強調する。

国家遺産として意義のある歴史的な資産は、ますます、そして不注意にも失われ、変更を加えられる[27]が、歴史的遺産は、かけがえのない公益に属し、文化的、教育的、美観（aesthetic）、刺激（inspirational）、経済などにとって極めて重要な遺産は、維持されるべきで、将来の世代を豊かにする[28]としている。そして、「都市の中心、高速道路、住居、商業、工業の永続的な発展に直面している中で、現在の政府、非政府組織の歴史保全プログラムでは、将来の世代に、国家の豊かな遺産を享受する本当の機会を保障するには不十分であ」[29]るとの現状の制度の不備を指摘する。そして、増えゆく歴史的資源への学識、そしてその発見、また管

Widner L. Symp. J. 383, 390 (2001).

[24] 16 U.S.C. 470.

[25] 16 U.S.C. 470 (b) (1).

[26] 16 U.S.C. 470 (b) (2).

[27] 16 U.S.C. 470 (b) (2).

[28] 16 U.S.C. 470 (b) (4).

[29] 16 U.S.C. 470 (b) (5).

理のよき手段を確立し、それらの推進が、連邦および連邦が助成する事業を改善し、経済成長および発展を促進し[30]、連邦が、自身や自治体そして個人の歴史保全プログラムや計画に関して最大限の促進を図る役割を担う[31]と宣言している。

以上の宣言において重要と考えられるのは、（１）歴史的財産が、不注意にも次々と失われてきたことを認めたこと、（２）これまでの政府や民間による事業は、歴史的環境にとって、ふさわしくないものであったことを認めたこと、（３）歴史的財産は、公の利益に属すること、（３）歴史保全に関する知識の向上などが経済発展に資することを宣言したことである。

その具体的な役割としては、連邦政府は、他国、州、自治体、先住民の種族、そして私的団体と協力しながら、（１）アメリカや、国際社会における先史、および歴史的資源の保全、州、自治体、先住民、ハワイ先住民と協力しながらの国家的保全プログラムの管理のリーダーシップをとること[32]。（２）アメリカ国民の精神的創造性や現在および未来の世代の利益のために、財産管理の精神で（in a spirit of stewardship）連邦が所有し、または管理、コントロールする先史的または歴史的資源の管理をすること[33]。（３）連邦が所有していない土地にある、先史的または歴史的資源の保全へ寄与することや、私的な手段による団体および個人の歴史的保全への最大限の奨励をすること[34]。（４）公的、私的な歴史保全活動を奨励することと、すべての国の確立した保全環境の利用[35]、（５）州、自治体、インディアンの種族、ハワイ先住民の組織、そしてアメリカ歴史保存ナショナル・トラストの歴史保全プログラムと活動の拡張と促進を援助することがあげられている[36]。

②歴史保全プログラム

---

[30] 16 U.S.C. 470 (b) (6).
[31] 16 U.S.C. 470 (b) (7).
[32] 16 U.S.C. 470-1 (2).
[33] 16 U.S.C. 470-1 (3).
[34] 16 U.S.C. 470-1 (4).
[35] 16 U.S.C. 470-1 (5).
[36] 16 U.S.C. 470-1 (6).

（ａ）全国登録制度（National Register）

（１）国家歴史保全法における歴史保全制度で代表的なものの１つに、全国登録制度がある。全国登録制度は、連邦、州、自治体そして個人が利用する最も重要な歴史的環境目録[37]であり、どの財産を取り壊しなどから守ればよいかを考慮する上で最も有効なものである[38]、現在のところ、およそ80,000点の史跡が全国登録制度に登録されている。登録されているもののうち、およそ75％が建築物であり、地区は約10％程度にとどまっている。史跡は、NPS のウェブサイトで検索可能である。後述のように、連邦機関は、公共事業などを行う際、当該事業実施予定地に歴史的環境がないかどうか、この目録を参照することとなっている。

（２）内務大臣は、アメリカの歴史、建築、考古学、工業、そして文化にとって意義のある地区（districts）[39]、史跡（sites）[40]、建物（buildings）[41]、構造物（structures）[42]、そして物（objects）[43]からなる史跡全国登録制度を

---

[37] 36 C.F.R. 60.2.

[38] Norman Tyler, Ted J. Ligibel & Liene R. Tyler, Historic Preservation---An Introductory Guide to Its History, Principals, and Practice, 33 (W.W. Norton&Company, 2nd ed. 2009).

[39] 運用上の指針となる連邦規則（Code of Federal Regulation）によれば、地区とは、地理的に定義可能なエリアで、都会、地方両方を含み、計画または物理的発展による過去の行事または美観的につながった場、建築物、構造物または物の重要な集中、つながり、連合を持つところである。36 C.F.R. 60.3 (d). 連邦規則には、例として、ワシントン DC のジョージタウン歴史地区、ジョージア州のマーチン・ルーサー・キング歴史地区などがあげられている。

[40] 史跡とは、特定の行事、先史的、歴史的仕事または活動であり、現存するか消滅しているかに関わらず、建物、構造物、または、そこに現存する構造物の価値に関わらず、その場所自体が価値を持つものである。連邦規則に掲載されている例として、オクラホマ州のペンサコラ付近にある、キャビン・クリークの戦いの地などがあげられている。36 C.F.R. 60.3 (i).

[41] 建物とは、家、納屋、教会、ホテルおよびそれらに類似した建物であり、人間の活動のための小屋である。また、裁判所、刑務所といった歴史に関係する複合体（historically related complex）にもあてはまる。36 C.F.R. 60.3 (a).

[42] 工作物とは、独立ないしは相互に関係した、ある構成物における部分からなるものである。人工物であり、工学的プロジェクトの部分をなす場合もある。例として、橋、灯台、タワー、望遠鏡があげられている。36 C.F.R. 60.3 (p).

拡張･維持する権限を持つ[44]。また、史跡は、連邦･州政府、地方自治体が所有するもののみならず、私人が所有するものも含まれる。このようにして、国家歴史保全法は、これまでの古物法･史跡法から一歩進んで、連邦財産から私有財産までをカバーする法律となった。

（３）全国登録制度に史跡が登録されると、以下のような効果が生じる[45]。

①重要な史跡として記録されることにより、州、地方自治体などの歴史保全プログラムをサポートする

②事業計画の早期の段階において、連邦、州、自治体に歴史的財産について考慮させる

③連邦が財政支出、また許可・支援した事業において、史跡への影響を考慮させる

④史跡の所有者が、歴史保全活動に対する補助金の申請ができる

⑤税制優遇措置を活用して、歴史保全基準にのっとった改装・修復をして、史跡所有者の収入を増加させることを奨励する

しかし、私人が私的に所有する史跡の使用、開発、売却の権利は制限されず、私人が所有する財産の売却等は自由であり、しかも、史跡を所有し続けることで得られる恩恵は、税制優遇程度にとどまる。したがって、この制度は、政府からの援助のための制度というよりも、むしろ、連邦の事業による史跡の破壊を制限するためにつくられた制度であるといえる。

（４）全国登録制度に登録される際、以下のような条件をみたす史跡が登録される[46]。

・NPS による国立公園システムの下で歴史的区域を定める法、連邦規則の下､議会の意図と一致して､その全部ないしは一部について、

---

[43] 物とは､機能的､美観的､文化的､歴史的また科学的価値のある物質であり、自然または設計されたもので、特定の環境下で利用する可動物である。連邦規則によれば、オハイオ州シンシナチのデルタ・クイーンの蒸気船などがあげられている。36 C.F.R. 60.3 (j).

[44] 16 U.S.C. 470a (a) (1) (A).

[45] 自治体の指定する歴史地区、史跡指定には自動的には登録されない。

[46] 36 C.F.R. 60.1 (b) (1)-(5).

歴史的意義があると認定されたもの
・内務長官により、国家的意義があり、そして国家史跡（National Historic Landmark）として指定されたもの
・州歴史保全官により候補として提出され、NPSにより許可されたもの
・NPSにより許可された個人または地方自治体により推薦されたもの
・連邦保全官により提出され、NPSが許可した、連邦機関推薦の連邦所有財産

しかし、現実には、登録に当たっての推薦のほとんどは、州歴史保全官によって行われる。

全国登録制度に登録されるには、次のような基準を満たさなければならない。

・アメリカの歴史、建築、考古学、工業、そして文化にとって意義のある地区（districts）、場（sites）、建物（buildings）、工作物（structures）、そして物（objects）で、所在地、デザイン、状況、素材、できばえ、感覚、そしてつながりの整合性をもったもの[47]。
・歴史において広く重要な意義を作った出来事に関するもの
・過去の重要人物の人生に関するもの
・熟練工の仕事を代表し、また、高い芸術的価値を持ち、また、その構成要素が個々の特徴を欠きうる、重要かつ見分けのつきやすい実体物
・先史または歴史的に重要な知見を生み出す、または生み出しうるもの。

ただし、全国登録制度に含まれないものとして、墓地、生誕地、宗教的財産、もとの場所から移転した工作物、歴史的建造物を再建築したもの、意義があったとしても、完成後50年を経ていないものが例示されている[48]。

以上のような基準を満たしたものは、①通常、州審査委員会により推

[47] 以下の基準は、36 C.F.R. 60.4による。
[48] ただし、例外的価値が認められていれば、これらのものでも登録されうる。

薦されると、州審査委員会から州歴史保全官へと審査が移り、②州歴史保全官が書類上、技術上、専門的に、そして手続上適格であり、全国登録制度の評価基準に適合すると判断した場合、続いて審査は、NPS の全国史跡登録保全官が行う[49]。③全国史跡保全官のもとでの最終審査が行われ、登録基準に適合すると判断された場合、NPS は、当該財産が史跡登録される予定であると連邦官報（Federal Register）に掲載する[50]。掲載された後、15日間のパブリック・コメント期間を設け、特に異議がなければ、連邦官報に登録された旨、掲載される。

③歴史保全助言委員会（Advisory Council on Historic Preservation ; ACHP）

歴史保全助言委員会は、独立した連邦機関であり、主に、全国史跡登録された史跡に影響を及ぼしうるような連邦の活動、または連邦が援助する活動に対して助言する機関である。国家歴史保全法は201条以下で同委員会に関して詳細な規定を設けている。

詳しい役割を見ると、

・歴史保全に関する問題の、連邦議会や大統領に対する助言
・連邦・州・自治体の組織、そして私的団体や個人の歴史保全に関係する調整的活動の推奨的指針を与えること
・各団体の活動の情報の普及に関する助言[51]
・歴史保全ナショナル・トラストや私的団体の歴史保全に関する公益的活動、参加を推奨し、協力すること[52]
・かかる分野の立法・行政規則の妥当性、州政府・地方自治体機関の歴史保全活動に関する規則、歴史保全に関するすべてのレヴェルでの政府・機関の税政策効果に関する研究の推進、指揮[53]
・州・地方自治体の歴史保全に関する立法の起草についての助言[54]

---

[49] 36 C.F.R. 60.6 (k).
[50] 36 C.F.R. 60.13 (a).
[51] 16 U.S.C. 470j (a) (1).
[52] 16 U.S.C. 470j (a) (2).
[53] 16 U.S.C. 470j (a) (3).
[54] 16 U.S.C. 470j (a) (4).

・歴史保全に関する教育活動の推進・普及[55]
・連邦機関の政策やプログラムの審査や、かかる機関のとる本法下における政策やプログラムの効果・調和・そして一貫性を向上させる方法の奨励[56]
・本委員会が権限を有する活動についての、連邦機関・州・地方自治体・先住民の種族・外国・国際組織・民間団体への指導[57]

その他にも、毎年、報告書を発行し[58]、委員会が実施した統計・合意事項・情報を連邦政府の様々なレヴェルの部署に提供することが規定されている。

このような独立した､かつ専門的な機関である歴史保全助言委員会は、大統領が一般市民の中から任命した①委員長を筆頭に、以下のような委員から構成される。②内務長官、③議事堂建築監（Architect of the Capitol）、④農務長官および大統領が特に指定した歴史保全活動に関係する他の４人の長官、⑤大統領により任命された知事１名、⑥大統領により指名された市長１名、⑦州歴史保全官全国会議の代表、⑧歴史保全ナショナル・トラストの委員長、⑨大統領により指名された、建築・歴史・考古学・その他適切な素養を持った４人の専門家、⑩大統領により指名された、多くとも４人の一般市民、⑪大統領により指名された、インディアン・ハワイ先住民で、歴史保全に関する利益代表者である[59]。

この委員会は、行政側・専門家・利益代表者としてのナショナル・トラストの委員長や先住民、州歴史保全官全国会議の代表者と、中立性に配慮した構成をとっている。この歴史保全助言委員会の機能として最も重要といえるのは､106条審査手続と呼ばれる連邦機関への助言である。

④セクション106審査手続（Section 106 Process）

国家歴史保全法の中で、行政機関に対してもっとも強く歴史的環境に対する保護を求める規定は、次のいわゆる、セクション106と呼ばれる

[55] 16 U.S.C. 470j (a) (5).
[56] 16 U.S.C. 470j (a) (6).
[57] 16 U.S.C. 470j (a) (7).
[58] 16 U.S.C. 470j (b).
[59] 16 U.S.C. 470j (a) (1)-(11).

ものである。

> いかなる州、いかなる連邦行政機関または独立機関において、提案された連邦または連邦が助成した事業に対して直接的または間接的に管轄権を持つ連邦行政機関の長は、全国登録に登録されているか、登録されるのにふさわしい、いかなる地区・場・建築物・工作物・または物に対しても、事業の影響を考慮しなければならない。上の行政機関の長は、本法２章以下に規定された歴史保全助言委員会に対してこのような事業に関してコメントする、理にかなった機会を作らなければならない[60]。

この制度は、連邦機関に対して、事業予定地内に歴史的遺跡があることを、全国登録制度を参照させることによって認識させ、当該事業が、史跡に与える影響を調査することにある。毎年、約2,500件の106条審査手続が行われている。

この審査手続きでは、主に３つのアクターが重要な役割を果たしている。すなわち、①当該公共事業の事業主体となっている連邦行政機関またはその担当者、②その公共事業が行われようとしている州の州歴史保全官、③そして助言委員会である。これら３者は、相互に独立しつつも、密接に関係しあいながら次の３つの段階をたどって審査を進めていく（201頁の図１を参照）。

第一段階として、当該公共事業を行おうとする区域内に、全国登録制度に登録されている、もしくは登録される条件に該当している史跡があると行政機関が判断した場合、行政機関は、州歴史保全官に、そのことを報告する。

第二段階として、報告を受けた州歴史保全官は、さらに確認し、当該公共事業が、史跡・歴史環境に及ぼしうる影響について調査する[61]。仮に、当該公共事業が史跡・歴史環境に影響を及ぼさないと判断した場合は、

---

[60] 16 U.S.C. 470f.

[61] 36 C.F.R. 800.5.

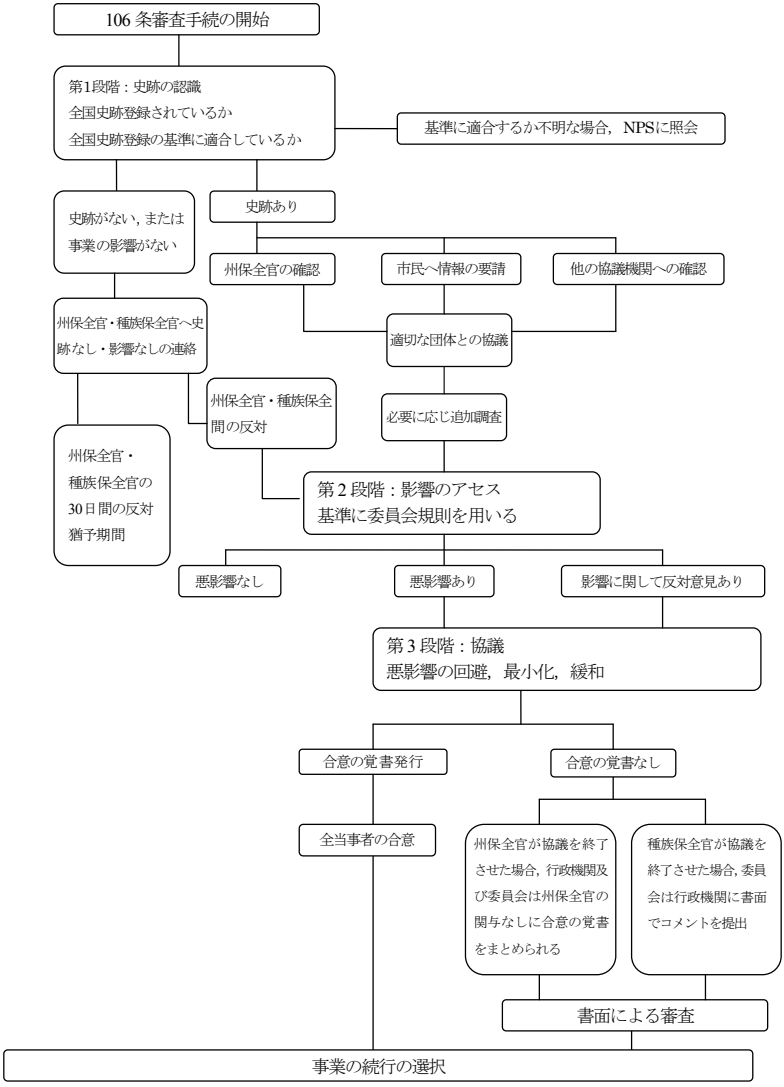

図１：106条審査手続の流れ

Norman Tyler, Ted J. Ligibel, Liene R. Tyler, Historic Preservation---An Introductory Guide to Its History, Principals, and Practice, Second Edition, W.W. Norton&Company, 2009, 52より筆者が訳出し、加筆した。

審査手続はそこで終了し、事業は続行される[62]。

第三段階として、当該公共事業が史跡・歴史的環境に悪影響を及ぼすと判断した場合、行政機関（の担当者）と州歴史保全官は、史跡・歴史環境に対する悪影響を回避・最小化・緩和するように協議を行う。協議中両者が合意に達すれば、続いて、合意の覚書（Memorandum of Agreement ; MOA）を交わす。なお、合意の覚書は、交わされた以降は、行政機関を拘束するものとして扱われる[63]。しかし、合意に達することができなかった場合、行政機関（の担当者）は、事業の提案書を歴史保全助言委員会に提出し、委員会の審査とコメントを受ける。また、歴史保全助言委員会は同時に、新たに合意に達するように協議を行う。

本項冒頭に述べたように、この審査制度は、連邦の行政機関に史跡を認識させ、影響調査させることにある。それゆえ、連邦行政機関に対してそれ以上の強制力はなく、当該事業を中止させるなどの権限は有していない。しかし、悪影響が発見され、ひとたび第３段階での州歴史保全官との協議が長引けば、事業に与える影響、特に経済的損失が増えることになり、早期の幕引きを計りたい行政機関は、合意を交わしたり、歴史保全助言委員会のコメントに従ったりすることが多く、事実上、行政機関を拘束するような制度となっている[64]。

（ｄ）国家環境政策法

この国家環境政策法（National Environmental Policy Act; NEPA）[65]は、アメリカの環境法において検討する[66]上で最も基礎となる法律である。この法律は、アメリカにおける環境保護全般に関することを網羅し

---

[62] 36 C.F.R. 800.5 (b)-(d).

[63] Melissa A. MacGill, *Old Stuff is Good Stuff: Federal Agency Responsibilities Under Section 106 of the Historic Preservation Act*, 7 ADMIN. L. J. AM. U. 697, 711.

[64] Tyler, *Supra* note 40, at 53, Yeager, *Supra* note 7, at 396.

[65] 42 U.S.C. 4321.

[66] なお、この国家環境政策法について解説するものとして、畠山武道『アメリカの環境保護法』（北海道大学図書刊行会、1992年）、ロジャー・W・フィンドレー、ダニエル・A・ファーバー『アメリカ環境法』（木鐸社、1995年）がある。

たものであり、人間と環境との調和、環境・生態系の破壊を食い止めることや自然環境についての知識を豊かにすることなどが目的とされている[67]。この国家環境政策法においても、歴史的環境保全に関する規定が盛り込まれている[68]。また、本法では、連邦の行う事業についての環境アセスメントに関する規定が設けられている。さらに、本法に掲げる政策を進めるため、連邦政府の責任として、可能であればどこであれ、「我々の遺産たる、重要な歴史的、文化的、そして自然…を、保全し、維持する」ことを定めている[69]。

（ｅ）運輸省法

運輸省法（Department of Transportation Act of 1969）[70]も、歴史的環境に配慮し、道路建設など運輸設備の建設の際に歴史的環境に影響があれば、それに対する影響を最小化するための代替案を提案する旨の規定が定められており、歴史的環境に特別の考慮が払われている。運輸省法の Section 4(f)[71]として知られているこの条文は、次のように規定する。

土地、野生生物・水鳥の飛来地及び史跡に対する配慮

（ａ）地方、公的公園、レクリエーション・エリア、野生生物、水鳥の飛来地そして史跡の自然美を保全する特別の取り組みをすべきことは、合衆国政府の政策である。

（ｂ）運輸長官は、内務長官、住宅・都市長官、農務長官そして州と共に、交通関係の活動及び施設が掛かる土地や自然美の維持や強化に努める。

（ｃ）運輸長官は、公的団体所有（publicly owned）の公的公園、レクリエーション・エリア、野生生物そして水鳥の飛来地（waterfowl refuge）…、または歴史的遺跡の使用を必要とする交通プログラムまたはプロジェクトを次の場合に限り、許可で

---

67 42 U.S.C. 4321.

68 42 U.S.C. 4331 (b) (4).

69 *Id.*

70 49 U.S.C. §1951-1659 (1976).

71 49 U.S.C. 303.

きる。

（１）当該土地を使用することに慎重かつ実現可能な代替地がないこと、そして

（２）公園、レクリエーション・エリア、飛来地または歴史的史跡の使用の結果から生ずる害を最小限にする全ての可能な計画を含むプログラムやプロジェクト[72]。

と規定されている。

また、この規定は、「今日現存する環境法の中で最も強い規定の一つ」[73]といわれている。すなわち、運輸長官は、まず、運輸施設建設計画の早期の段階で影響があるかどうかまず、検討しなければならず、もし、影響があれば、代替ルートを検討することになる。また、運輸長官は、当該土地が歴史的に重要なところかどうか判断するために、当該州の歴史保全官に相談し、歴史的に重要なところであれば、長官は代替計画を作成することとなる。もし、適当な代替案が存在しない場合、運輸長官は、歴史的環境への影響を最小限度に緩和しなければならない[74]。

加えて、国家歴史保全法（NHPA）と運輸省法では、後者のほうが保護すべき歴史的財産の範囲が広くなっている。NHPA のセクション106で考慮される歴史的財産は、全国登録されている財産のみであるが、運輸省法で保護される歴史的財産は、連邦・州・地方政府それぞれが重要とみなしている財産がセクション4(f)で検討されるものとなっている[75]。

（ｆ）歴史保全ナショナル・トラスト法

歴史保全ナショナル・トラスト（National Trust for Historic Preservation）[76]は、史跡の保全、コミュニティの再生・活性化、教育、リーダーシップなどを通して、歴史的環境などの保全を図る非営利団体

---

[72] *Id.*

[73] Barbara Miller, *Department of Transportation's Section 4 (f): Paving the Way Toward Preservation*, 36 AM. U. L. REV. 633 (1987).

[74] 49 U.S.C. §303.

[75] 23 C. F. R. §771.135 (c).

[76] http://www.preservationnation.org/

である。ナショナル・トラストの前身である史跡及び建造物に関する全国委員会（National Council for Historic Sites and Buildings）が、1947年に設立され、さらに、歴史的環境保全のための全国的組織の設立を求める声が国内から上がった。そして、トルーマン大統領の在任中である1949年に、歴史保全ナショナル・トラスト法が制定され、団体が発足する運びとなった。

団体の目的としては、その名称の通り、歴史的建造物や史跡の保全や保全活動の支援、機関紙（*Preservation*）の発行を通しての教育・啓蒙活動などがある。さらに、史跡・歴史的建造物などの取得および管理も重要な活動内容となっている。これまでに取得および管理を委託されている史跡などはおよそ30か所にのぼり、新たに取得・管理されようとしている史跡も数箇所存在する。ナショナル・トラストは、取得・管理している史跡で会員や住民などを招き、伝統行事を主催し、地域文化の保全活動もあわせて行っている。その他、1988年から毎年、America's 11 Most Endangered Places を発表し、危機にさらされている歴史的建造物、文化・自然・遺産を広く国民に知らせる活動もしている。

活動費は寄付によって賄われ、会員である団体・個人・企業など広く寄付を募っている。

また、この資金を利用して、州や、各自治体へ歴史的建造物などへの財政支援を行うとともに、技術面での支援も行っている[77]。さらに、州や自治体に対してロビー活動をし、歴史的環境保全関連の立法や規則の制定および普及活動などを行う際には、法律的、技術的な面での援助も行う[78]。

上記の活動を行い、また、史跡法に掲げられた政策を実施し、運営するため、そして活動資金の寄付を受けるため、1949年に、歴史保全ナショナル・トラスト法（National Trust for Historic Preservation）[79]が制定された。この法律は、ナショナル・トラストの設立趣旨と目的を次のように定める。すなわち、「史跡法…の政策をよりいっそう明確にし、そして、

[77] Yeager, *supra* note 13 at 390.

[78] *Id.*

[79] 16 U.S.C. 468.

国家的利益および利益のある場、建築物、そして物の保全における公の参加を促進するため、慈善、教育、そして非営利の法人として、アメリカ合衆国における歴史保全ナショナル・トラストが作られ、…〔そ〕の目的は、アメリカの歴史および文化にとって意義のある史跡、建築物、そして物の寄付の受け取り、それらの公の利益のための保存、管理、歴史保存プログラムを運営する目的の性格のあらゆる金銭、証券、また他の財産の受け取りと管理、本法…により授権された他の職務の実行」[80]である。

また、このナショナル・トラストは、その法人の名において、訴訟を提起することができ、被告にもなりうる[81]。

ナショナル・トラストは、その業務執行に関して、評議委員会がおかれ、私的団体ながらも、合衆国法務総裁、内務長官、国立美術館官庁の監督を受けることとなっており、更に少なくとも、合衆国民６人からなる一般評議員が置かれている。なお、上記評議員は無報酬でつとめることとなっている[82]。

（ｇ）その他

歴史的環境保全のために機能している法律として、①文化財・文化資源保護のための法律としては、宗教的な地（Spiritual places）に関する法律は、NEPA、アメリカ先住民信教自由法（American Indian Religious Freedom Act; AIRFA）[83]、信教自由制限法（Religious Freedom Restoration Act; RFRA）[84]がある。②文書類の保存に関しては、連邦文書法（Federal Records Act; FRA）[85]、また大統領令（Executive Order; EO）も歴史的環境保全に関係している。保護の対象と法律の関係の一覧表を示す（表１）。

---

[80] *Id.*
[81] 16 U.S.C. 468c.
[82] 16 U.S.C. 468b.
[83] 42 U.S.C. 1996.
[84] 42 U.S.C. 2000.
[85] 44 U.S.C. §31.

表１：歴史的環境保全に関する法律と保護の対象

文化資源	関連する法律
宗教的場所（Spiritual Places）	国家環境政策法（NEPA），国家歴史保全法（NHPA），アメリカ先住民信教自由法（AIFRA），大統領令（EO 13007）
文化的景観、河川	NEPA, NHPA,
文化的に貴重な動植物	NEPA, 関連する地域に関係があればNHPA
文化的に重要な水・空気・wind patterns	NEPA, ある特定の地域に関係すればNHPA
史跡	NEPA, NHPA，遺跡及び歴史保全法（AHPA），連邦及び部族の土地であれば考古学的資源保護法（ARPA）
難破船、海底に沈んだ飛行機	NEPA, NHPA,
アメリカ先住民の墓、文化的品物	NEPA, NHPA, アメリカ先住民墓地保護及び帰還法（NAGPRA），連邦および部族の土地であればARPA
歴史的文書	FRA，歴史的な地域に関係すればNHPA, NEPAも関係する可能性もあり
人工遺物	歴史的地区に関係すればNHPA, ARPAも関係する可能性もあり，NAGPRA, NEPA，行政機関の政策，国際法

Thomas F. King, CULTURAL RESOURCE Laws & Practice, Third Edition, 2008, 5を参考に筆者が訳出し、補筆した。

連邦における歴史的環境保全に関する行政を担っているのは、基本的には内務省である[86]。内務省は、連邦の土地・地理・自然・先住民に関する行政を担っている機関である。内務省内部には、漁業・野生生物・公園に関する次官補が置かれ、その下にNPSと漁業野生生物局が設置されている。

そして、国家歴史保全法101条および同301条（11）で、内務長官は、国立公園局（NPS）の局長に委任する旨の規定がおかれている。また、上述のセクション106の規定にあるように、各連邦行政機関は、NPSと協力しながら、それぞれが行う事業について歴史的環境に影響を与えないよう、もしくは影響が最小限にとどまるよう努めることとなっている。

[86]「内務大臣は、地区、史跡、建物、構造物そしてアメリカの歴史に意義のある物体、建築物、考古学、工業、文化からなる全国史跡登録制度を拡張し、維持する権限を有する」などの条文。（NHPA SECTION 101 (a) (1) (A); 16 U.S.C. 470a (a)）

第２節　州

後述のように、連邦政府と連携して連邦プログラムを執行するとともに、独自の条例を定め、歴史保全活動を行うのは、地方政府の役割である。これに対し、歴史保全の分野における州の役割は、アメリカにおいても見過ごされがちであるが、州は、連邦と地方の保全プログラムを結びつける重要な役割を担っている。

保全活動における州の役割は、主に２つある。第一の役割は、連邦法、特に国家歴史保全法の執行にあたり、連邦政府と連携することや、州および地方政府が連邦法に従うための仕組みを作ることである。第二の役割は、州独自の取り組みを行うことである。

3-2-1　連邦政府との連携

歴史的環境保全における州と連邦政府の結びつきは非常に強く、各州は連邦の保全活動のサポートを行っている。２．でも触れた国家歴史保全法（NHPA）[87]をみると、連邦プログラムの成功のためには、州の助力が不可欠であることがわかる。例えば、NHPA は、規定されたプログラムをそれぞれの州で実施するために、各州に歴史保全のためのオフィス（State Historic Preservation Office）を設置し、そしてそれを率いる州歴史保全官（SHPO; State Historic Preservation Officer）を任命することを定めている[88]。SHPO は、州知事によって任命される[89]。SHPO は連邦法の様々な規定を実行するのに極めて重要な存在である。SHPO の役割としては次のようなものがあげられる。

１．州規模での歴史的資産の調査や資産の目録の維持管理
２．州域歴史保全計画の策定
３．連邦の州に対する補助金プログラムの管理
４．連邦・州・地方自治体が行う歴史保全に関する職務を補助する

---

[87] 16 U.S.C. § 470.

[88] 16 U.S.C. § 470 (a) (1) (A).

[89] 16 U.S.C. § 470 (a) (b) (1) (A). 州の規定では、例えば、CAL. PUB. RES. CODE. § 5020.6.

５．全国登録に登録可能な財産の特定や推薦など、連邦の歴史保全プログラムを実施する
６．その他の州機関との連携や調整

また、SHPO たちは、1966年の国家歴史保全法の制定以後、それぞれの州ごとに事業を行っていたが、ノウハウの蓄積や、その経験を共有するため、1969年に州保全官全国会議（National Conference of State Historic Preservation Officers; NCSHPO）を開催し、調査・研究、各州における歴史保全に対する支援、そして提言などを行っている。ここでは、上記の１．～６．の中で、特に重要なものについて詳しく説明する。

SHPO は州知事によって任命され、州の歴史的環境保全の様々な政策を実行する、いわば執行的役割を持つ。一方で、SHPO は、連邦法で定められた連邦歴史保全プログラムの州の窓口にもなっている。さらに州内の様々な機関や地方政府との連携も果たさなければならない。SHPO に関する問題点としては、様々な主体との調整能力が求められること、また、連邦の歴史的遺産を保護することと、州の開発が衝突したときの解決に負担がかかりすぎることがあげられ、解決のために、州と連邦の間の政治的力学が働くのではないかなどの懸念も指摘されている[90]。

①セクション106プロセス

特に SHPO が連邦の保全活動の中で大きな役割を表すのは、セクション106プロセス（連邦の活動―主に公共事業―における歴史的資産に対する影響の審査）である（第３章第１節参照）。これは、上記の４．にあたる役割である。SHPO は、連邦機関に対して、どのような歴史的財産に影響が及ぶか、どの程度の影響があるかを助言し、さらに、それら歴史的財産に対する影響を軽減するための代替案や新たな計画などを連邦機関と協議する[91]。州の歴史担当官も、公共事業の早い段階から参加し、連邦機関の担当者に保護すべき物についての情報提供や、どのように保全するかについて情報・技術支援も行っている。

②州歴史保全計画

---

[90] Elizabeth A. Lyon and David S. Brook, The States- The Backborn of Preservation-, 56 (2008).

[91] 例えば、16 U.S.C. 470a (b) (3) (I).

SHPO はさらに、州内における歴史的環境保全計画を作定する任務を担っている[92]。これは、上記の２．に当たる。この計画は、州内での歴史的遺産の保護の順位付けや調査、情報収集が含まれ、政策的にも重要なものである[93]。多くの計画では、５年ごとに、現在の保全活動の問題点や課題などを総括し、今後取り組むべき課題の見通しを示している。

例えば、ノース・ダコタ州の歴史保全計画[94]では、現状を、州民の歴史保全に対する知識や関心が住民の一部にとどまっていること、州内の人口が減少し、世代交代が進むことによって古い建造物の取り壊しが進む懸念があること、州の産業が農業中心からエネルギー産業や観光産業へと多様化していること[95]と踏まえた上で、次のような計画を立案し、それらの計画の達成のための道筋を提示している。①歴史保全活動への参加のために、財政支援を含むさまざまなインセンティヴを与える。②文化的資源の価値についての、人々の認知度を増加させる。③州の保全活動の実効性を強化する。④重要な文化的資源を保存するために、その特定、記録、評価のプログラムを推進する。⑤歴史的遺産の適切な扱いを増進させる。⑥州の行政機関や個人の、歴史的遺産に影響を与える可能性のある活動の計画や意思決定の中に、歴史保全に対する関心を増加させる。

③認証地方自治体（CLG）の審査

国家歴史保全法の1980年改正で、認証地方自治体（Certificate Local Government; CLG）の制度が導入された[96]。これは、国家歴史保全法のプログラムを地方単位においても効果的に実施するため、また、地方自治

---

[92] 36 C.F.R. §61.2 (f), 61.4 (3).

[93] 連邦公園局のウェブサイトでは、各州の保全計画の一覧のリンクが設けられている（http://www.nps.gov/history/hps/pad.stateplans/index.html）。最終閲覧日2013年９月30日。

[94] Historic Preservation in North Dakota, 2010-2015: A Statewide Comprehensive Plan (North Dakota State Historic Preservation Office; NDSHPO, Archeology and Historic Preservation Division, State Historic Society of North Dakota, 2009).

[95] *Id.* at 23-27.

[96] 16 U.S.C. 470 (a) など。

体の歴史保全活動を活性化するために作られた制度である。認証自治体として登録されると、主に補助金の分野で優遇を受けることができる。例えば、NPS（連邦公園局）から州に対して与えられる補助金の10％を補助金の申請をしたCLGに分け与えることになっている。CLGに配分された補助金は、全国史跡登録の推薦・自治体内の史跡調査・歴史保全教育・歴史保全立法・建造物の保全・保全計画といった歴史保全のための活動に幅広く用いることができる。また、全国史跡登録制度の登録プロセスにおいてCLGが意見を述べる機会が用意されている。

CLGの認証条件として、歴史保全条例を制定すること[97]、専門家から構成される歴史保全委員会を創設すること、歴史的財産の目録や調査制度を維持すること、全国登録に当該自治体内にある財産を推薦する際や、自治体内での歴史保全プログラム内で公の参加を求めるプロセスを盛り込むなどの条件が付されている。各州は、NPSによって認められた認証手続を有しており、全国での統一的基準のほかに、上乗せされた基準を持つ州もある。これら条件や基準をSHPOに提出し、さらにNPSも審査することとなっている。

3-2-2　州独自の取り組み

以上に見たように、連邦政府と連携しながら歴史的環境保全活動を行

[97] CLGと認証されるため、歴史保全条例の形式も決められており、多くの州では、地方政府向けに条例のひな形も用意されている。条例の形式としては、以下の内容を必要としている。A. 目的条項、B. 定義、C. 歴史保全委員会を創設し、権限を授権すること、D. 個別の史跡および歴史地区指定の手続条項、公示と聴聞の機会を与えること、E. 個別の史跡および歴史地区指定の基準の設定、F. 指定された個別の史跡および歴史地区に影響を与えうる改変、解体、新築に関する審査手続の設定、G. 指定された個別の史跡及び歴史地区に影響を与えうる改変、解体、新築に関する審査基準の設定、H. 緊急時の審査、集められた基礎に基づき適用される緊急時の裁決の審査についての明確化、I. 条例の履行の手続、特に個別の史跡や歴史地区に影響を与えるような、違法な改変、解体、または新築を防ぐための手続、J. 歴史保全委員会が決定機関として、もしくは他の最終意思決定機関に対して、賛成か反対かを提言することについての条項。

うことも州の役割のひとつであるが、州独自の取り組みを通して保全活動を行うことも州政府の役割である。

①税金面での優遇

多くの州では、その課税権に基づき、歴史的建造物を所有する者に対する税制面での優遇措置を講じている。通常は、歴史的建造物の改修、保存のための修復などをおこなった所有者に対して税金の優遇を行っている。特徴的な州のプログラムをいくつかあげると、ノース・ダコタ州では、歴史的建造物の再利用を促すため、商用利用目的（例えば、アパートメント・ハウス、オフィス・ビルディング、テレビ・スタジオなどの利用）で古い建造物を改修した場合、税制面での優遇を受けられるシステムがある。また、コネチカット州では、市街地の荒廃を防ぐため、非営利団体や個人の建築物所有者に対し「歴史的家屋税額控除プログラム」を実施している。

このように、州の歴史的環境の保全目的を効果的に達成するための優遇措置が工夫されているが、他方で財政難のため、各州や地方は税金の優遇措置に対して消極的にならざるを得ないとの指摘もある[98]。

②州の登録制度

第３章第１節で述べたように、連邦政府は、歴史的文化財の登録制度を設け、目録を作成している。一方、州レヴェルでも州の歴史や特徴を示す遺産を登録する制度を作り、歴史的環境保全を図ろうとする州も存在する。

州の登録制度の内容や効果は連邦の登録制度と類似しているものが多く、登録された物件に影響を与えるような事業を行う場合は、その影響が軽減されるように代替案を事業者が出さなければならないというものである。またその事業は、州の資金によって行われる事業について対象としている。

例えば、コロラド州の登録制度[99]は、歴史的意義のある財産を登録するものであるが[100]、財産の所在地の自治体か所有者、あるいは州の歴史

---

[98] *Id.*

[99] Register of Historic Places, CRS 24-80. 1-101 to 108 (1991).

[100] ただし、連邦の登録制度とは異なり、具体的な古さについての基準は設け

保全担当機関（History Colorado）から登録の推薦が行われる。ただし、その際、財産所有者の同意と署名が必要である。担当機関は要件審査を14日以内に行う。続いて、州民と専門家から構成されるコロラド州登録審査委員会（Colorado State Register Review Board）が公開の場で、登録にふさわしいかの実体的な審査を行う。委員会は担当機関であるHistory Coloradoの委員長に推薦を行い、30日以内に登録されるか否かの決定がなされる。登録されると、保存・修復などに当たっての税金が優遇されるといったメリットがある。さらに、登録された財産が州の公共事業や州の資金が使われている事業の計画の際に影響が出ない、または最小限の影響にとどめるよう考慮がなされる。所有者は、州から課される義務はなく、当該財産に変更を加えようとする際は、所在地の地方政府の法規に従うだけでよい。

③他の州法（環境法）との関連

連邦政府では、1970年に環境保護に関する基本法であるNEPA（National Environmental policy Act）[101]が施行されたが、州単位においても同様の法律であるSEPA（State Environmental Policy Act）や、その他の環境法が制定されている。

④地方政府への権限の授権

アメリカの州は、各地方政府に権限の委任を行っている。その権限の委任は多岐にわたるが[102]、歴史的環境保全の分野の中で代表的なものは、歴史的ゾーニングである。各州はさまざまな形式でゾーニングの権限をそれぞれの地方政府に与えているが、歴史的ゾーニングに関しては、多

られていないようである。Office of Archaeology and Historic Preservation, *Information on Nominating Properties to the National Register of Historic Places and the Colorado State Register of Historic Places*, at 9 (2012). また同様に、コネチカット州の登録制度でも、登録資格は連邦の登録制度に類似しているが、連邦のように経過年数が50年を超えていることという基準は採用していない。

[101] 42 U.S.C. §4321.

[102] アメリカの地方分権について詳しく書かれた比較的近年の文献として、小滝敏之『アメリカの地方自治』（第一法規、2004年）、岩崎美紀子『文献と連邦制』（ぎょうせい、1998年）。

くの場合、一般的ゾーニング法とは別の立法により、歴史的ゾーニングを授権している[103]。現在では、40以上の州が、何らかの形式での歴史的ゾーニングを地方政府に授権している[104]。さらに踏み込んだ保全の方法として、約20の州が個別の史跡を保護すべきものとして指定できる権限を、地方政府に授権している[105]。地方で歴史保全に関する紛争が起こった際には、授権法内の目的規定や地方の委員会などに与えた権限の内容が裁判所によって検討される場合もあり、授権法は州と地方を結ぶ重要な役割を果たしている。

州授権法の内容は多様であるが、最も多く見られる規定として、歴史保全に関する委員会を設置させるものがほぼ共通して見られる。委員会の役割としては、建築物の外観の変更、改築、そして取り壊しに関する許可権限が与えられている。また、中には、委員会の決定に不服のある場合の手続きについても規定を置いている州法もある。さらに、委員会の人員構成、任期や資格、その権限などを明記した州法も見られる。

このように、委員会の権限などを明示する州法がある一方で、委員会の設置について記載するにとどまり、その権限は各地方政府が決定するという州法もみられる[106]。

なお、歴史地区に関する州授権法の存在しない州では、歴史地区については、州の特別法により地区が指定される。

第３節　地方政府

3-3-1　はじめに

前章では、歴史的環境保全に関する連邦と州の役割について明らかにした。それによると、連邦は、主に、歴史的建造物や史跡の登録、公共

---

[103] Daniel Mandelker, et. al. *Planning and Control of Land Development: Cases and Materials* (seventh edition), Lexis Nexis, 2008 at 941.

[104] James P. Beckwith, Jr., *Preservation Law 1976-1980: Faction, Property Rights, and Ideology*, 11 N.C. Cent. L. J. 276, 278, 280 (1980).

[105] *Id.*

[106] 例えば、アラスカ州、ネブラスカ州、ミシシッピ州など。

工事を行う際の影響調査、また影響を最小限度にとどめること、資金の提供などの役割を担っている。また、州は、①連邦政府と連携して連邦プログラムを執行すると共に、②税金面での優遇、登録制度といった、州独自の取り組みを行っている。しかし、連邦政府は、個別の建物について取り壊しを禁じたり、ゾーニング規制をして建物の改変を制限したりするという役割は負っていない。このような役割は、州や、州から権限の委任を受けた自治体が担っている。地方政府の役割は、ゾーニングにより、保護すべき歴史地区の区分けを行うことや、その地方単位でのレヴェルでの歴史的環境についての調査、歴史地区内にある建物の取り壊しや改築などの際に許可を求めることである。地方政府は、住民にとって一番身近な歴史的環境保全の主体であり、それゆえ、歴史的環境保全活動の中で私人と利益の衝突が起こりやすい部分である。本章では、主に地方政府の歴史保全法における役割や機能を概観する。

アメリカの自治体の自治権については、主に州が自治体に対して権限を授権するのが一般的であり、その方法は、州が、「ホーム・ルール憲章（home-rule charter）」により広く自治体に自治権を授権させる方法と、「授権法（enabling act）」により、特定の権限を、その都度自治体に授権させる方法がある。都市計画についても上のどちらかの方法がとられている[107]。歴史的環境保全の授権の方法は、州により、（1）特定の自治体に歴史的環境保全条例を制定することを授権するもの、（2）州全体の自治体に対して歴史的環境保全条例を制定する権限を与えるもの、（3）歴史的環境を保全する必要のある場所に、保全できるよう一般的な方法を定め授権するものがある[108]。これらの方法による授権により、市町村は歴史保全条例を制定し、これらの条例で、歴史的環境保全のための組織やその権限、手続や救済などの具体的な実施方法が定められる。

3-3-2　歴史

アメリカの地方自治体で始めて歴史的環境保全条例が制定されたの

[107] この点について詳しくは、渡辺俊一『比較都市計画序説―イギリス・アメリカの土地利用規制―』（三省堂、1985年）145頁以下を参照のこと。

[108] J. Morrison, Historic Preservation Law, 12 (1965).

は、1931年にサウス・カロライナ州チャールストンで制定された条例であり、その後、ルイジアナ州ニュー・オーリンズ、テキサス州サン・アントニオなどで相次いで条例が制定された。当時は、ポリス・パワー規制が、単なる有害な土地利用の規制から多目的に広がっていった時期であり[109]、また、歴史的環境保全の側面でも、個人単位での活動から、古物法（1909年）や史跡法（1935年）の制定などにより、行政による保護活動に軸足が移ってきた時期でもあった。さらに、1950年代後半に入り、連邦最高裁により、美観目的でのゾーニングを認めたBerman判決[110]が出され、1965年に国家歴史保全法（NHPA）が制定されると、歴史的環境保全条例の制定数も爆発的に増加し、1990年には、1,500から2,000にのぼり[111]、1998年には約2,200にまで増加した[112]。

3-3-3　特徴

各地方政府の規制は、州からの授権に基づくものである。また、各州が地方政府に授権する規制内容は様々である。さらに、その授権された規制のメニューの中で、地方はその実情に応じた規制を行う。このように、州、さらに地方によっても様々なヴァリエーションの規制が存在するので、連邦のように地方政府の規制について統一的な説明をするのは難しい。

しかし、多くの規制を類型化してみると、地方政府の歴史保全規制は、以下のような特徴をもつ[113]。

（１）歴史的地区では、一定の境界が設定され、しばしばゾーニング

---

[109] Note, *Historic Districts: Preserving City Neighborhoods for the Privileged*, 60 N.Y.U.L. Rev. 64, 73 (1985).

[110] Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954).

[111] Camella, *Landmark Preservation of Church Preoerty*, 34 Cath. Law. 41, 43 (1990).

[112] George B. Abney, *Florida's Local Historic Preservation Ordinances: Maintaining Flexibility while Avoiding vagueness claims*, Florida State Univ. L. Rev. 1017, 1023 (1998).

[113] 次に挙げる特徴は、J. Morrison, Historic Preservation Law, 18-19 (1965) を基に、筆者が各地方の条例を参照しながら加筆したものである。

や都市計画図に線引きがなされる。

（2）史跡・ランドマークに関する条例を用いて、個々の歴史的建造物を保護する[114]。

（3）歴史地区が指定される前の段階として、歴史地区調査委員会を設け、歴史的・建築学的意義のある地域の調査が行われる。

（4）歴史地区内の建築について審査委員会が設けられ、それは、

（a）委員会は、3-11人程度から構成され、当該自治体の市民で、一人以上が当該歴史的地区の住民である。

（b）委員は、3年から5年程度の任期である。

（c）委員は、市長または議会もしくはその他の立法府の同意を得て任命される。

（d）委員は、アメリカ建築家協会の地方支部、歴史的団体、または保全団体の中から選出され、場合によっては、不動産業者、都市計画家がメンバーとして選ばれることもあり、市長自身の決定により任命されるメンバーもいる。

（5）建築審査委員会は、歴史的地区内の全ての建築、改築、修繕、改変、取り壊し（removal or demolition）の許可申請に対して、それら建築物・構造物の概観上の特徴を審査し、申請されている。公の目に触れる部分のスタイル、デザイン、配列、色、性質、材質について適切かどうかを審査する。一部の制定法や条例は、石壁、階段、舗装、そして照明といった細部に至る点まで定めているものもある。

（6）建築審査官や都市計画またはゾーニング委員長は建築審査委員会の決定を尊重する。

（7）全ての事案で、公聴会が開かれる。

（8）争訟手段が条例で用意されている。多くの場合、シティ・カウンシル（city council）へ事件が持ち込まれる。控訴は equity court が担当し、それから控訴裁判所へと審級が上がっていく。

（9）罰則として罰金、禁固または懲役がある。

---

[114]（1）のパターンを用いずに（2）のみを用いる規制、または（1）、（2）両方の規制手段を用いる場合がある。

以上のような特徴を持つ規制であるが、以下では、歴史的地区に関する条例および個々の建物（ランドマーク）を保全する条例の一般的な様相についてもう少し具体的に述べることとする。

3-3-4　歴史的地区保全のための条例

上述したように、歴史地区に関する条例の内容としては、地方政府内のある一定の地区を歴史的地区として指定し、歴史地区内の建造物の改変、改築、取り壊しや新築を規制し、自治政府内に設けられた歴史地区委員会が、建造物の改変、改築、取り壊しや新築の可否について審査するというものが一般的である。

①目的

ゾーニングを行う地方政府の権限は、ポリス・パワーの下で行われるものであり、目的規定において、その権限の行使が公の目的、すなわち、公衆の健康や一般福祉の増進、地区内の財産価値の向上、観光の促進、経済の促進といった目的のために行われることを定める歴史保全条例が多く見られる。この経済の促進という要因は、後の章で見るように、美観的ゾーニングを正当化する理由として、多くの州の裁判所が認めてきたものである[115]。

②委員会組織

歴史地区に関する実務は、歴史保全に関する委員会によって行われる。実務とは、歴史地区の認定に係る調査、歴史地区内の建築物の変更に関する許可などである。通常、このような実務は専門的事項に関することが多いので、法律・建築学・都市計画・不動産の専門家が委員となって構成されている。また、委員の任命は市長がするものや、市長が指名して、地方議会が任命するもの、地方議会が指名・任命の権限を持つ場合もある。

③許可権限

歴史地区内に建築物を所有する者が、新築や取り壊しを行おうとする場合、通常、事前に委員会に申請することになっている。委員会が審査

[115] 例えば、City of New Orleans v. Pergament, 198 La. 852, 5 So. 2d 129 (1941), Opinions of the Justices to the Senate, 333 Mass. 773, 128 N.E. 2d 557 (1955).

するが、申請に対しては、許可と拒否をできる権限を持つ委員会と、申請者に再考を促しながら、申請から許可への手続きを留保するだけの権限を持つ委員会とに分かれている[116]。もし、無許可で新築や建造物の改変を行った場合、委員会は、原状復帰を求める場合がある。

また、新たに特定の地区を歴史地区とするかどうかについても、委員会が審査することが多いが、委員会が指定する場合と、議会が承認する場合とがある。

④委員会の決定に不服のある場合の対応

（1）委員会に対して申請をした者は、不服申立資格を持つ。通常、委員会の決定に不服のある場合、市議会、ゾーニング委員会、そして最後には裁判所へという救済手段が設けられている。中には、直接裁判所への救済を求める地方もある。

（2）委員会の決定に対して不服をもつ第三者の原告適格については、「権利を侵害された者」が原告適格を持つとされる[117]。ここでは、ゾーニング修正委員会の決定に対して、歴史保護団体の不服申立適格が認められた例をみてみよう。

2000年5月4日にテキサス州第一地区控訴裁判所によって出された、Galveston Historical Foundation v. Zoning Board of Adjustment[118]判決では、ゾーニング委員会の決定に不服を持つ、歴史保護団体の原告適格が問題となった。Broadway SE, LP とよばれる有限責任会社は、テキサス州 Galvestone 市に設けられた特別ゾーニング地区である "Broadway Overlay Zone" 内に新規開店された Eckerd 薬品店前にモニュメントを建設しようとして、市の計画委員会に申請し、許可された。なお、モニュメントは、レンガ製で、高さ9フィート、幅13フィートの大きさで、上部に Eckerd の文字が入っていた。これに対し、非営利組織である、Galveston Historical Foundation（以下 GHF という。）は、歴史的保全活動を行う団体であるが、計画委員会の決定に対し、ゾーニン

---

[116] Rohan, ZONING AND LAND USE CONTROLS, § 7.03 [2] [c].

[117] Nichael F. Wiedl III, *Historic District Ordinance*, 8 CONN. L. REV.209, 217 (1975).

[118] 17 S.W.3d 414, 2000 Tex. App. LEXIS 2938 (2000).

グ修正委員会[119]に不服を申し立てた。GHF は、当該モニュメントは特別ゾーニング地区内の看板の大きさの基準を上回るものであると主張した。これに対し、Braodway SE は、GHF に申立ての適格はないと主張した。ゾーニング修正委員会は、GHF には申立ての資格はないとした。GHF は、地方裁判所に裁量上訴を申立てたが、地方裁判所は、ゾーニング修正委員会が GHF に申立て適格がないとした判断に、裁量権の逸脱はないと結論付けた。これに対し、GHF は控訴した。

控訴裁判所は、次のように述べ、GHF の申立て資格を認めた。

＜当裁判所は、GHF が条例中にある『決定により「権利を侵害された」者』[120]に当たるかどうかについて検討した。ゾーニング委員会は、GHF の事務所の所在地がモニュメントの建設地から離れていることを理由に申立て資格を欠くと判断した。テキサス州の裁判所では過去に２例ゾーニング修正委員会の決定に対する第三者の原告適格が問題となったが、いずれも、「権利を侵害された者」には当たらないとされた。一方、ワシントン州とケンタッキー州では、少なくとも２件の裁判例[121]が、ゾーニング決定について、当該地区内に居住している、または財産を持つ者に原告適格を認めた。我々は、ワシントン州とケンタッキー州で出された２例の判決を支持する。この Broadway Overlay Zone は、これを創設する条例の中で、ゾーニング内の地区について「Galveston 市の将来の経済発展や全住民の生活の質の向上」を目的として設けられ、ゾーニング地区内は、前後左右のセットバック、建築材質、景観、街路灯、建築物の高さ、看板、道路、フェンス、アメニティに関し様々な条件や規制を課している。当該ゾーニング地区内において住居を構える者や事業を営む者は「彼ら自身に特有の利益で、一般市民とは異なる利益」を持つ者である。彼らは「当該地区の特徴や統合性を保持するのに十分な利益を持ち」、ゾーニング修正委員会の決定に対して不服申立資格を持つ。なぜならば、それは条例中の「権利を侵害された者」の定義に適合する

[119] Texas Local Government Code Ann. §211.008 (f).

[120] Texas Local Government Code Ann. §211.010 (a).

[121] Byers v. Board of Clallam County Commissioners, 84 Wn.2d 796, 529 P.2d 823,826 (Wash. 1974), Davis v. Richardson, 507 S.W.2d 446, 447 (Ky. 1974).

からである。我々は、自身がゾーニング地区内で事業を営み、当該モニュメントが条例の定める規格に適合しないことにつき権利を侵害された者に当たるので不服申立資格を有するという GHF の主張を支持する。

3-3-5　個別の建築物の保護

連邦レヴェルでは、上記のように国家歴史保全法（NHPA）によって、建造物などが個別に史跡として指定されている。一方、地方ではポリス・パワーを用いて、個々の建造物の取り壊し、改変を制限する手法が用いられる。最初にこの手法が用いられたのは、1930年代前半のサウス・カロライナ州チャールストンとルイジアナ州のニューオーリンズである。さらに、1965年にはニューヨーク市という大都市で、初めてこの手法とゾーニングという手法の両方が用いられた。そして、1965年には、後述するペンセントラル判決で、この規制の妥当性が認められ、全国に大きく広がっていくこととなった。

3-3-6　具体例

①ニューヨーク

1-2でも触れたように、ニューヨーク市旧跡保存法は、全国で始めて具体的に建造物の保存について定めた法律である。1965年に制定されたこの法律は、築30年以上の建物について、「市にとって特殊な性格または特別な歴史ないしは審美的な利益または価値を有するもの」[122]を11人からなる保存委員会のメンバー[123]が審査し、認定する。認定された当該建造物は、その外観などに特に重大な影響がないと認定ないしは告知されない限り、変更、改築、取り壊しを行ってはならないと定めている[124]。現在までで、約1000以上もの建造物が保存の認定を受けている。

②シカゴ

シカゴでは、市の条例に先駆けて、1957年にシカゴ史跡委員会が設け

[122] New York City, N.Y. Admin. Code §25-301 (a).
[123] New York City, N.Y. Charter Sec. 3020 (1).
[124] New York City, N.Y. Admin. Code §25-305 (a).

られ[125]、「シカゴ市およびその市民にとって、美観価値ないしは利益のある地区、史跡、建物、美術品、その他特別な歴史、コミュニティ、建築物など」を認定する[126]。史跡委員会は９人の委員からなり、上記のものについて歴史的価値を有するかどうかを審査し、認定された建造物の改築、取り壊し、外観の変更などの申請について審査をする[127]。その後、1968年に史跡条例が設けられ、史跡委員会が、市長に対し保存すべき重要な建造物および地区を指定する法的根拠を持つこととなった[128]。ただし、ニューヨーク市の場合とは異なり、指定される建造物に対して、年数経過の規定がない。2007年時点では、292の史跡と、238の建造物が指定されている。

③カリフォルニア州ヴァレーホ

カリフォルニア州のヴァレーホ市では、建築遺産および歴史保存条例が1985年に制定されている[129]。同市では、９人の委員が歴史的建造物の指定、指定された建造物の外観などの変更、取り壊しなどの承認などを行っている。この条例で特徴的なのは、（１）連邦レヴェルでの歴史的遺産として登録に値する建造物、（２）傑出した歴史上、建築学上、そして美観上価値を有する歴史的建造物、（３）歴史上、建築学上そして美観上評価できる建造物、（４）歴史的、建築学的に寄与した建物と４段階に分けて建造物を保護していることである[130]。認定された建造物の保存のためにかかる費用を委員会に申請し、委員会が承認すれば、その費用を援助する規定も設けられている[131]。この条例は、歴史的建造物ばかりではなく、広く重要と考える近現代の建造物も保護する趣旨がある

---

[125] Landmarks Ordinance and the Rules and Regulations of the Commission on Chicago Landmarks, Chicago city, Published 2007, preface.

[126] Chicago, Ill, Mun. Code. Sec 2-120-580 (1).

[127] *id*. Sec.2-120-610.

[128] *id*. at 11.

[129] この条例について詳しくは、Gregory A. Ashe, *Reflecting The Best Of Four Aspirations: Protecting Modern And Post-modern Architecture*, 15 Cardozo Arts& Ent. L.J. 69.

[130] Vallejo, Cal., Mun. Code, Sec.16.38.290.

[131] *id*.

とされている。

以上、３つの各自治体では、それぞれ歴史的環境の保存のための委員会を設け、委員会が指定のための審査を行うという共通点が見られる。どれだけの古さのものを指定するかという点ではばらつきがあるものの、指定のためのプロセスはほぼ同様である。また、指定された建造物などは、いずれの都市も、外観の変更や取り壊しなどの際は、届出が必要である。また、建造物の維持のために費用を負担する自治体も見られる。

以上、法律や条例などによる歴史的環境保存のための制度を概観してきたが、判例は歴史的環境保存についてどのような判断をしているのか、以下で見てゆくこととする。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2013年12月25日授与）「アメリカにおける歴史的環境保全」に、補筆したものである。

論　　説

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（２）

李　　妍淑

目　次

はじめに
　１　問題意識および課題
　２　先行研究の検討
　３　本論文の構成
　４　本論文の意義
第１章　婦女聯合会の全体像
　１　組織の構成
　２　組織の性格および法的位置付け
　３　組織の担い手
　４　ナショナルセンターの基本状況
　５　小括　（以上、65巻２号）
第２章　女性の就業問題への取り組み――「自立」を目指して
　１　改革開放以前の女性の就業状況
　（１）生産労働と家事労働の間に
　（２）農村部における女性の労働参加
　（３）都市部における女性の就業
　（４）家事労働
　２　「婦女回家」論争と婦女聯合会の対応
　（１）1980年代の「婦女回家」論争
　①　1980年に始まった「婦女回家」論争
　②　1980年代後半に起きた「婦女回家」論争と段階的就業
　（２）2000年前後の「婦女回家」論争と段階的就業　（以上、本号）
第３章　子ども問題をめぐる活動と家事サービス事業の展開

第４章　婚姻法の制定および改正における婦女聯合会の取り組み
第５章　婦女聯合会の役割――法政策にみられるジェンダー秩序
おわりに

第２章　女性の就業問題への取り組み――「自立」を目指して

第１章では、婦聯の規約がどのように変遷してきたかに着目することで、婦聯という組織の性格を分析してきた。その結果、婦聯とは成立当初から党の下部組織として組み込まれ、直接党の指導を受けていることが、規約に盛り込まれた理念等を通じて明らかになった。また、女性たちが共産党による革命の時代からその「大衆路線」に組み込まれ、次第に政治化されるようになっていったということ、さらには、婦聯という組織が成立したことによって制度的にも公的に位置づけられるようになったということも、これまでみてきたとおりである。

婦聯組織のこのような特徴は、歴年の規約だけではなく、組織自体によりこれまで行われてきた様々な活動を通じても確かめることができる。例えば、1949年９月29日に公布された、臨時憲法としても知られる中国人民政治協商会議共同綱領（以下、「共同綱領」と略す）の第６条には、「中華人民共和国は婦女を束縛する封建制度を撤廃する。婦女は政治的、社会的、文化教育的、社会的生活の各方面において男子と平等の権利を有し、男女の婚姻自由を実行する」との規定が置かれている。この規定に基づき、女性は男性と同じように社会進出が保障されるようになった、と考えられている。二千年以上にわたって女性差別が続いた伝統中国の社会と比べてみた場合、このような法規定が画期的な意義を有することは確かであろう。法的にも保障された上で、建国後まもなくして、かつてとは比べようのないほどの女性の社会進出は実現されるようになり、「天の半分」を支えるといわれるほど、女性の社会に対する貢献は認められるようになったわけである。

こうした状況下にあって、まさに婦聯は女性と国家を媒介する組織として、国家の中心的課題である社会主義建設への積極的参加を女性に呼びかける役割をも担うようになった。具体的には、女性の就業を促進す

るための家事労働の社会化、女性や子どもをめぐる法的問題の解決、国家の理念を絶え間なく女性に伝える上意下達の宣伝教育、さらに女性や子どもをとりまく様々な問題や状況を国家に報告するという業務連絡など、全国女性と国家を繋ぐパイプとして活動を展開することが期待されることになった。

以下、本章では第１章の結論を補強するために、歴史的視点から女性の就業に対する婦聯の役割を検討し、さらにジェンダーという視点から婦聯についての分析を加え、その特徴を明らかにしたい。そうすることで、ジェンダーの視点から現代中国における一党独裁制に基づく統治体制の一旦である、婦聯という組織の全体像をより明確に把握できると思われる。

１　改革開放以前の女性の就業状況

（１）生産労働と家事労働の間に

中国共産党委員会は、1943年２月26日に公表した、各抗日根拠地における当面の婦女工作方針に関する決定（以下、「四三決定」と略す）において、「戦闘、生産、教育は当面の三大重要任務であり」、「女性の政治的地位と文化水準を高め、生活を改善し、もって（女性の）解放の道に到達するためには、経済の豊かさと経済の独立から着手すべき」であるとした。そして生産参加が「抗日根拠地の婦女工作の新方向」であり、そのためには「婦女工作のスタイル（原語：[作風]）、方式、方法を徹底的に変えなければならない」とした。さらに、1948年12月20日に採択された、解放区における当面の農村婦女工作に関する決定（以下、「四八決定」と略す）において、「人口の半分を占める婦女は、…新中国の建設において欠かせない力[力量]である」という立場を示した[1]。このことは、

[1]「中国共産党中央委員会関於目前解放区農村婦女工作的決定」（1948年12月20日採択）中華全国婦女聯合会宣伝教育部編『中国婦女運動的重要文件』（人民出版社、1953年）４頁参照。本決定は、女性の生産参加を婦女工作の重要な方針とした点において優れており、マルクス主義の女性解放理論と中国女性運動実践との結合により生まれたものとして、それは中国女性運動の発展において現

女性解放を実現するにあたって、まずは女性を積極的に生産労働に参加させ、経済的自立を果たさなければならないという党の姿勢を示している[2]。また、このような意味で労働に参加するということは、中国共産党が行う抗日戦争や国共内戦を支援し、新中国建設に向けての課題に取り組む女性像という女性理解と直接リンクしていることをも表している。その後、建国を迎えるにあたっては、長期にわたる戦争の残した傷痕か

在でも指導的意義を持っていると、中国国内では評価されている（中華全国婦女連合会編著（中国女性史研究会編訳）『中国女性運動史1919－49』（論創社、1995年）417頁参照）。しかし、これが制定された背景などを鑑みると、すなわち当時は日本軍と国民党の二重攻撃を受けているなか、軍事的・経済的危機を乗り越えるために生産増加が求められ、抗日根拠地における女性労働力も動員される必要があった。こうした背景の中に本決定を位置づける際、当時共産党が掲げた女性解放というスローガンは、単なる自らの政治目的を達成するための正当化手段にしかならないのではないかと思われる。「四三決定」（「四八決定」の出典と同様。ただし、１～３頁参照。）に関する詳細な論述は、次の江上幸子と小野和子の文献を参照されたい。江上幸子「抗戦期の辺区における中国共産党の女性運動とその方針転換――雑誌『中国婦女』を中心に」柳田節子先生古稀記念論集編集委員会編『中国の伝統社会と家族』（汲古書院、1993年）527～545頁；小野和子『中国女性史――太平天国から現代まで』（平凡社、1978年）217～223頁。なお、本決定の起草を担当したのは、当時党の直轄にある中央婦女委員会の書記を務めていた蔡暢であるとされる（編著者不明『婦女運動的先駆――蔡暢』（中国婦女出版社、1984年）98頁〔羅瓊〕）。

[2] 中国共産党は、1921年の創設当初から女性運動を党の活動内容の一つとしていた。党の女性組織ができる前、上海で最も影響力のある中華女界聯合会を組織改造することがあって、共産党は当時の機関誌『新青年』の９巻５号に中華女界聯合会の改造宣言及び規約を掲載した。改造宣言と規約によれば、女性解放は近代の解放の歴史の中の重要な部分であり、女性組織の任務は組織を拡大し宣伝を繰り広げて解放を求める女性の闘争力を強めることにあるとされる。翌年の1922年、中共第２回全国大会では「女性運動に関する決議」が誕生し、これは中国の女性運動史上､政党の名をもって採択された最初の決議でもある。決議は、資本主義制度の下では女性の解放は不可能であり、それは社会主義社会ではじめて完全に実現することができ、さらに労働の解放と同時に進められる必要があり、プロレタリア政権の下でこそ真の女性解放を獲得することができると結論付けた。中華全国婦女連合会編著（中国女性史研究会編訳）『中国女性運動史1919－49』（論創社、1995年）126～131頁参照。

らいかに復興するかが党の緊急課題として突き付けられることになった。こうした事態は、まさに［一窮二白］（経済的に立ち遅れ、文化的に空白な状態）の状況であるから、一日も早くそうした情況から抜け出して国民経済を立て直すこと、すなわち社会主義を実現させることが最重要課題であるとされた。

1949年４月に設立された全国婦聯（当時は、中華全国民主婦女聯合会と称す）は、党の方針に基づき、社会主義経済建設に必要な女性労働力の組織と動員に努めた。当時党のプロパガンダ的な役割を果たした全国婦聯機関誌である『新中国婦女』（1956年１月から『中国婦女』に改称）の創刊号（1949年７月20日発行）に載せた論説「どうすれば新社会の新婦女になれるか」（原語：［怎様做新社会的新婦女］）は、次のように述べている[3]。

> 「人民政府の施策は、婦女が解放を勝ち取るための社会条件を保障することにある。しかし、婦女がその権利を実現し、この機会を活用するには必ず自分の努力に頼り、旧社会の伝統的思想習慣とたゆまぬ闘争をし、旧社会が自分に残した弱点（狭隘、依存、感情のもろさ、怯懦、虚栄心など）をたゆまず改造しなければならない。どのように努力すべきだろうか。……第一に、私たちは革命的人生観を打ちたて、人民大衆の立場に立って、真剣にきっぱりと帝国主義・封建主義・官僚資本主義に反対する革命運動に参加しなければならない。婦女の抑圧や奴隷化は、帝国主義、封建主義、官僚資本主義の反動統治と切り離せない。さらに広げていうならば、階級搾取制度全体と切り離せないものである。……第二に、私たちは労働の観点をもち、積極的に生産建設に参加しなければならない。私たちは、労働こそが世界を創造することを認識しなければならない。…婦女は必ず生産に参加し、それによって社会の発展を推し進め、経済的

[3] この論説は、当時の全国婦聯常務委員兼事務局長を担当していた、区夢覚氏によるものである。日本語訳は、秋山洋子「婦女連体制――国家に組み込まれた女性組織」中国女性史研究会編『中国女性の一〇〇年――史料にみる歩み』（青木書店、2004年）191 ～ 193頁を参照されたい。

独立を勝ち取るべきであり、これが婦女解放の鍵である。……婦女は社会的生産事業に参加してはじめて男性と同等の権利を享受することができる。……第三に、大衆の観点を持たなければならない。……第四に、実証的で、苦難を恐れぬ素朴な態度を身に付けなければならない。……私たちは一方では人民に、他方では家事や育児が着実に行われるよう家庭にも奉仕しなければならない。このような二重の任務を遂行するには、強い決意が必要であり、困難や辛苦を厭わず、堅忍剛毅に、新社会のためにみずからを捧げなければならない。」

ここでは、一方で人民大衆の立場に立って生産労働に参加し経済的独立を手中に収めることが女性解放であるとしつつも、他方では家事や育児もしっかりと行うべきだとされており、当時の全国婦聯が求めた女性像とはどのようなものであったかが明白に描かれている。そして女性たちは、全国婦聯の求める人間像に近づくためには、どんな困難や辛苦も乗り越えなければならない、とされた。また個人の利益は国家の利益に吸収され、個人の存在は国家のためであることを示したうえで、これら四つの条件を乗り越えてはじめて「新社会の新婦女」になりうると強調された。このように、家庭（家事・育児）と就業（生産労働）という女性への二重負担の要求は、建国当初からすでに国家戦略のなかに位置付けられ、形作られていたことがわかる。

そして全国婦聯は、党中央の方針を反映して、「当面において、農村の婦女工作を軽視しないことを前提の下で都市の婦女工作を中心とし」[4]、「都市の経済建設に合う各種生産事業に参加するよう婦女を組織・動員す」る[5]。とりわけ「工業・手工業生産および商品流通業に参入する」ことを呼びかけ、「大勢の家庭婦女が労働参加により以前生産経験のな

[4]「中国婦女運動当前任務的決議（1949年４月１日採択）」中華全国婦女聯合会宣伝教育部編『中国婦女運動的重要文件』（人民出版社、1953年）13頁参照。

[5]「中国婦女運動当前的方針任務報告――鄧穎超1949年３月26日在中国婦女第一次全国代表大会上的工作報告」全国婦聯辦公庁編『中華全国婦女聯合会四十年（1949－1989）』（中国婦女出版社、1991年）377頁参照。

い婦女が社会的富の創造者となり、もって労働は光栄なものであるという観念をもつようにし」、「婦女の地位を確固たるものにする」ことを目指した[6]。

そのために全国婦聯が真っ先に取り組んだのは、組織のネットワークの形成であった。党の方針や政策を地方組織経由ですべての女性に伝え、それを実施するようにするためである。1949年からの１年間の間に、31の省、83の市、1287の県において、婦聯の地方組織や準備委員会が作られ、３千万余人の女性を組織したとされる[7]。また、全国婦聯には、組織部[8]、宣伝教育部[9]、生産事業部[10]、婦女児童福利部[11]、国民党区工作部[12]、国際工作部[13]、秘書処[14]の７つの部署が設置され、女性に関わる様々な政策や方針などが発信された。女性の生産労働への参加は、主に生産事業部が担当することとされた。より正確な女性状況を把握するために、通信、交通などのインフラがまだ整備されていない中、全国婦聯の幹部は各地方に出向いて実地調査を行い、報告書を作成し、互いの業務連絡関係を改善・強化していくことにも力を注いだ。また、都市部においては子どもを持った女性が安心して生産労働に参加できるための環境づくり、すなわち子どもを預けられる保育所、幼稚園等の整備が積極的に進められた。その結果、建国してから約１年の間に、全国の公・私立保育所は643カ所にのぼり、これは建国前の147カ所の５倍強の数値であり、入所･

[6]「中国婦女運動当前任務的決議（1949年４月１日採択）」中華全国婦女聯合会宣伝教育部編『中国婦女運動的重要文件』（人民出版社、1953年）13－14頁参照。

[7] 蔡暢「全国民主婦聯一年来的工作概況及今冬明春的主要工作任務――在全国民主婦聯第三次執委拡大会議上的報告」編著者不明『婦女運動的先駆――蔡暢』（中国婦女出版社、1984年）175頁参照。

[8] 会員および幹部を管理し、他の女性団体および関係組織と連絡を取り合う業務を担当する。

[9] 宣伝教育関係の業務を担当し、女性の文化運動を推進する。

[10] 女性をめぐる各種生産事業を推進し展開する。

[11] 女性と幼児の健康、児童保育および婦女福利関係の業務を担当する。

[12] 国民党区の女性運動関係の事業を担当する。

[13] 国際民主女性運動および華僑女性との連絡事項関係の業務を担当する。

[14] 総務、秘書、財務など日常の行政的業務を管理する。

入園児は31794人に達していたほどである[15]。農村においては、村民による助け合いグループ［互助組］を立ち上げるなど、農村女性が積極的に農業生産に参加できるよう環境づくりが推奨された[16]。

『中国婦女』誌が発行された初期の頃は、通信網などのインフラがまだ全国的に整備されていなかった。それは、大量の公文書でさえも、各地方まで行き渡るようにするためには一定の困難があったほどである。そこで女性たちとコミュニケーションを取るためには工夫が必要だった。『中国婦女』誌は、質疑応答方式を用いて国の政策や方針をわかり易く記載し、全国に向けて発信することにしていた。こうして、『中国婦女』誌は中央政府と各地方の政府と女性との通信手段として機能したといえよう。

翌年の1950年における中国婦女運動の方針と任務としても、引き続き女性の生産労働への参加を中心としたうえで、「農村婦女を組織して年間農業生産任務を達成させるために、地方各クラスの婦聯に送る通知」という公文書を発表し、党の方針を具体的な形で実現に向けて行動した。こうして全国婦聯は新中国において目指された社会主義経済建設という大局の波に乗り遅れることなく、女性の生産労働への参加を積極的に促すべき貢献をした。女性の就業は、国家建設の重要な一部分として位置付けられ、都市部だけではなく、農村部においても国家主導で大々的に推進されることになったわけである。そこで気になるのは、このような国家建設の初期において重要な位置を占める女性の就業が一体どのように進められてきたのかという点であろう。女性の就業をめぐる情況が、新中国の建国以来、時代に応じて転換を繰り返してきた国家戦略の影響から免れていたと考えるのは難しい。したがって、以下では、建国時期から改革開放政策が実施される時期までの女性就業に関わる状況を総合的に概観してみることにしたい。

便宜上、1949年から1977年までの期間を、大きく四つの時代区分、すなわち社会主義改造期･復興期（1949－1952）、第１次５ヶ年計画期（1953－1957）、大躍進･人民公社化政策（1958－1960年）、調整政策時期（1961

[15] 蔡暢・前掲注７）177 ～ 178頁参照。
[16] 同上、181 ～ 182頁参照。

－1965）に分けることに意識しながら議論を進めることにする[17]。また、中国社会は、都市と農村における人口比はもちろん、経済的、政治的、文化的生活などの格差が大きいことが特徴であるため、農村部と都市部を分けて検討することにしたい。

（2）農村における女性の労働参加

共産党政権がその成立とともに最も早い段階で行った政策は、農村における土地改革であった。すなわち、「土地を耕す農民へ」という原則にもとづき、それまで土地の所有者であった地主から土地を没収し、農民の男性のみならず女性にも農地を分配し、土地の所有形態が再編成されるに至った。このことは、共産党政権が農村社会の根本的な変革を目指したものとして、中国においては非常に画期的な出来事であった[18]。

---

[17] この部分の時代区分は、秋吉祐子「中国の社会主義経済建設過程における女性就業政策――中国共産党政権成立後の約10年間（一九四九～一九六一）――」『慶応義塾創立一二五年記念論集　慶応法学会政治学関係』（慶応通信、1983年）329 ～ 356頁（とくに、334頁）を参照した。なお、以下の内容を記述していくにあたって、秋吉論文を多く参照した。

[18] 「四八決定」は、以下のように述べている。「婦女の生産参加意欲を向上させるために、各地の土地改革工作を終える際には、政策を正し土地改革の残した問題を処理するための各地の党方針に基づいて、婦女に関わる諸問題を解決しなければならない。政府は、明文をもって、婦女の土地所有権を保障しなければならない。家庭を単位として土地証明書を交付するときには、土地証明書に男女がともに同等の土地所有権を有し、家族の全構成員が民主的に財産を処分する権利を有することを明記しなくてはならず、必要な場合には、婦女に対して別個に単独で土地証明書を交付することもできる。同時にまた、農民全体に対して長期の宣伝説明工作を行い、婦女の土地所有権を保障することの重要性を、男女の農民が全面的に認識できるようにするべきである」。このように女性にも男性と同じ一人前の土地が与えられたことは、これまでの従属的な境遇と異なって、画期的な意味をもつといえよう。これにより女性の経済的自立の最低保障が得られたわけだが、現実には女性個人への土地証明書交付に抵抗が強く、家族単位の交付が主流だったため、結婚や離婚に際して女性が自分の土地を自由に処分できないなどの問題が生じたといわれる。また建国後に制定された中華人民共和国土地改革法（1950年６月28日採択、同年同月30日公布）は、人口により土地を配分するよう11条に網羅的に規定したのみで、女性の所有権

そして何よりも、女性に対して所有権が認められたということは、農業における女性の生産労働への参加を意味するものであったといえよう。

社会主義改造期・復興期に国民経済を立て直すために、全国婦聯は、各地の農村部の女性を対象として、1950年にある公文書を発表した。この、「農村婦女を組織して年間農業生産任務を達成させるために、地方各クラスの婦聯に送る通知」という公文書は、各地方婦聯組織を経由して、農村部の女性に対する党の方針という形で伝えられた。これを受けて、全国各地で様々な事業が練られた結果、女性たちが積極的に農業生産労働に参加する光景がみられた。

たとえば黒竜江省では、各クラスの婦聯を通じて「愛国・豊作と婦女解放の一致性」教育というものが行われ、これによって女性の政治的自覚が高まり、実に40％の女性たちが生産労働への参加を約束する「愛国公約」を結んだといわれている。またそれに加えて大規模な愛国豊作競争活動が展開されるなか、女性たちは愛国を競い、生産を競い、技術を競い、助け合うことを競うことで生産力を上げ、より多くの女性の労働意欲を引き起こすために、成績優秀者を労働模範として選出し顕彰したりもした[19]。

また青島市婦聯では、「労働とは光栄なことである」という教育が農村部の女性たちを対象として実施され、労働に関する意欲と意識を高める工夫が行われている[20]。その他にも、秦皇島市婦聯においては、同じく「労働とは光栄なことである」という教育を広く推進するために、生活困窮家庭に対して食糧を支援したり現金を貸出したりするサービスを行い、女性たちが生産労働へと参加するにあたって、家事労働などに対して余計な憂いを抱くことがないような配慮がなされたといわれている[21]。

については、とくに触れていない。

[19] 黒竜江省地方志編纂委員会編『黒竜江省志・婦聯志』（黒竜江省人民出版社、1995年）177頁参照。

[20] 青島市史志辦公室編『青島市志・社団志』（新華出版社、1997年）242頁参照。

[21] 秦皇島市地方志編纂委員会編『秦皇島市志・第六巻』（天津人民出版社、1994年）275頁参照。

その後、1953年に「第１次５ヶ年計画」が実施され、力を集中して重工業を発展させることを基本的な任務とされた。それは全国人民の最高の利益であり、すべてに優先されなければならないとされている。そして、このような工業化を実現するにあたっては、労働生産性を高め、厳格な節約を実行し、経済計算制を貫徹するべきであることが説かれた[22]。こうした動きと呼応するかのように、全国婦聯も本方針を貫き社会主義国家を実現してこそ、はじめて女性の徹底的な解放が見込めると主張した[23]。

農村部に対しては、社会主義改造を実行するために、［互助合作］を通じて全国農民の集団的組織化へと踏み出すことが決定された[24]。だが、土地改革後の実際の農村部では、農民たちに土地が分配され細分化されたものの、生産手段や労働力が不足していたために[25]、これ以上の生産力の向上は見込めなかった。また、土地の私有制は反共産主義的なものとして社会主義計画経済にはふさわしくない制度であるとみなされ、「農業の集団化政策」を実施することによって土地の合理的で有効な使用を可能にしようとする方法が模索された[26]。

---

[22]「為動員一切力量把我国建設成為一個偉大的社会主義国家而闘争――関於党在過渡時期総路線的学習和宣伝提綱（1953年12月）」中共中央文献研究室編『建国以来重要文献選編（第４冊）』（中央文献出版社、1993年）709頁、712 ～ 713頁参照。

[23] 黄甘英（当時の全国婦聯研究室副主任）「教育女職工積極参加社会主義工業建設」人民日報1954年３月８日付３面。

[24] 黒竜江省地方志編纂委員会編・前掲注19）177頁参照。

[25] 地方によっては、軍事動員で労働力が足りなくなったり、土地改革闘争の過程で農機具の破壊や役畜の喪失などで生産手段が不足したりすることが目立ったという。石川忠雄『中華人民共和国――その実態と分析』（時事通信社、昭和39年）88頁参照。

[26] 農業の集団化は、規模によって三つの段階的発展を遂げた。すなわち、「互助組」、「初級生産合作社」、「高級生産合作社」である。「互助組」は平均３～５戸、「初級生産合作社」は平均20 ～ 30戸、「高級生産合作社」は平均200 ～ 300戸の農家がそれぞれ加入していたとする。詳細については、鄭竹園（中俣富三郎訳）『中国経済はどう変わったか』（弘文堂、昭和38年）30 ～ 38頁を参照されたい。

とはいえ、近代以前の伝統的な中国社会によくみられる「纏足」[27]という現象は、女性の労働参加に肉体的な困難をもたらした。また女性たちが受けた教育や習得した技術が依然として低い水準にとどまっていたこともあって、農業生産に従事するうえで女性たちには大きな制約が課されることになった。さらに、女性が生産労働を行う場合、家事労働をどうするかという諸問題も存在していたため、女性の農業生産労働への参加者数は、当初に予想されたほどには増加しなかったとも考えられている。

そこで全国婦聯は、「当面の農村婦女工作に関する指示」[28]を出し、社会主義に対する自覚を高め生産労働の重要性に関する教育により科学技術を習得すること、積極的に［互助組］や［合作社］に参加し同一労働同一賃金の原則を順守し実施することを提唱した。そこには以下の内容が含まれている。第一に、労働力が不足しているにもかかわらず潜在的には生産力があるとみられる地区、たとえば綿花のような経済作物を栽培する地区においては、女性の労働参加を計画的・組織的に促すとともに労働参加へ向けての動員を図ること。第二に、女性が生産活動を行う習慣のない地域では、徐々にこの習慣をかえていくような形で労働参加を進めていくこと。第三に、労働力が豊かであるにもかかわらず潜在的失業者が多い地域では、新しい生産分野を開拓したり、或いは伝統的に行

[27] 一部の地域においてまだ存在していた纏足現象は、女性に対する封建的思想の抑圧であり、健康を害するゆえに労働参加に大きく影響しているとされ、中央人民政府政務院は「女性の纏足を禁止する命令」（1950年７月15日）を公布した。ただし、急に強制的にそれを禁止すると、民衆の不満を引き起こし秩序が乱れる可能性があるので、女性の自らの自由意志でそれを執行するように指示し、その教育係を担われたのは各地の婦聯組織や女性幹部であった。これを受けて、全国婦聯は、同年７月31日に、当該命令を地方の婦聯組織に通知し、教育や宣伝活動を通じて女性の自由意志による遵守を促した。中華全国婦女聯合会編『中国婦女運動百年大事記（1901－2000）』（中国婦女出版社、2003年）136頁参照。

[28]「中華全国民主婦女聯合会関於当前農村婦女工作的指示」中国婦女1954年８月号２～４頁参照。

われてきた副業的分野[29]に女性の労働参加を取り込んだりするなど、女性の適性に応じた種々の実施形態を許容すること。

また、家事労働については、農村部において女性が家庭内で行っている労働それ自体が農業の補助的地位を占める立派な生産労働であると評価した。たとえば、自宅で家畜を飼ったり、農作物の加工をしたりするのはある意味で農業労働に属することであり、家族の食事を準備し、洗濯や掃除を行い、裁縫などをすることも、農業生産者を支えるための必要な農業補助労働であるとして肯定的に評価した。そして、これらの仕事については家族構成員で合理的に分担することを奨励し、女性が気軽に農業生産に参加できるような環境を作っていくことを指示したわけである。

その後、まもなく発表された「高級農業生産合作社模範定款」(1956年)においては、女性労働の参加と女性労働の保護に関する規定が５つの項目にわたって設けられている[30]。そこには、男性と同様に「労働に応じた分配の原則」、女性の肉体的・生理的条件に即した労働の配分、女性の就業を確保するための託児所の設置などを内容として含んでいる。

こうした動向を受けて、互助組から初級合作社、高級合作社へと集団化され、土地の集団所有が進み、労働に応じた所得分配が大きな割合を占めるようになると、女性たちによる集団労働への参加は目に見えて積極的になった。そして、このような一連の政策が功を奏したのか、黒竜江省では、1955年末におよそ80％の女性が党の方針に応じて［初級生産合作社］に参加し、翌年末になると96％に達する農家が農業生産合作社に加入したとのことである[31]。全国レベルで見ると、高級生産合作社が急速な発展をみせた1956年には、農村部における女性労働力のおよそ半数が生産活動に従事するに至ったと伝えられてはいるが、しかし労働日数においては、全国平均で男性の30％にすぎなかったともいわれてい

[29] たとえば、その後1957年３月に、全国婦聯は「大量に豚を養殖するために農村女性を動員する通知」が出された。

[30] 秋吉祐子・前掲注17) 335頁参照。

[31] 黒竜江省地方志編纂委員会編・前掲注19) 178頁参照。

る[32]。

農村部における女性労働力がさらに増大し、全女性労働者の完全就業が基本的に達成されるようになったのは、大躍進・人民公社化運動の時期である。1956年９月に開催された中国共産党第八回全国代表大会以降、工業や農業が迅速かつ順調な発展ぶりをみせ始めたことを受け、中央政府は社会主義経済建設を更に加速し発展させるべきであるとの観点から、1958年５月の中国共産党第八回全国代表大会第一次会議において、「大いに意気込、さらに高いところを目指して、多く・早く・よりよく・倹約して社会主義を建設する」[33]という総路線を打ち出した。いわゆる大躍進運動がこのとき本格的に始まったわけである。全国婦聯も当該会議において「さらに婦女労働力を解放し、多く・早く・よりよく・倹約して社会主義を建設するために奉仕する」[34]と応え、党中央の方針に積極的に受け入れる姿勢をみせた。

農民の集団化が、お互いに助け合いながら生産活動に参加できる方法として、一定の労働意欲をひき出すことに成功したことは確かである。しかし農民の集団化は、他方で新たな貧富の差、すなわち合作社に加入した農民と零細農民との間の格差を引き起こす遠因にもなった。また、水利・灌漑などを中心とする大規模農業建設事業を展開するために合併する合作社もみられ、これまでの合作社の姿が次第に人民公社へと姿を変えていくことにもなった[35]。人民公社化政策は、一年も経たないうちに中国全土へ普及し、90％以上の女性が生産労働に参加するようになった。男性の労働日数に対する女性の労働日数も、この間で、対男性比で40 ～ 45％にまで高められたといわれる[36]。

---

[32] 秋吉祐子・前掲注17）335頁参照。

[33] 中国共産党第八回全国代表大会は、1958年５月５～ 23日にかけて北京で開催され、「鼓足幹勁、力争上遊、多快好省地建設社会主義」という総路線を打ち出した。

[34] 当時の全国婦聯党組織副書記兼書記処書記曹冠群による、「進一歩解放婦女労働力、為多快好省地建設社会主義服務」というスピーチである。

[35] 人民公社化政策の背景については、石川忠雄・前掲注25）87 ～ 90頁を参照されたい。

[36] 秋吉祐子・前掲注17）336頁参照。

1959年、全国婦聯は、中国の婦女運動が新たな段階に入ったことを宣言し、その象徴として、労働生産に参加した女性の比率が全女性の90％にまで達した点が取り上げられた。その後の1960年上半期に大躍進のピーク期を迎えると、全国婦聯は第三回全国代表大会第二次執行委員会拡大会議を開き、大躍進・人民公社化運動での女性工作を肯定的に捉え、「全面的に人民の生活を構成［組織］し、集団生活が社会主義社会の主要な生活方式になるようにする」というスローガンを打ち出した。つまり、人民公社を中心とする生活が推奨されたわけである。

たとえば、黒竜江省婦聯は女性の生産労働への参加を婦女解放の象徴であると捉えており、そうした認識の下で「四九」・「五化」とうスローガンを打ち出し、女性の労働参加を積極的に促した。「四九」とは、四つの項目において90％まで比率を上げることを指す。つまり、女性の生産労働参加者数を全女性の90％に、集団的生産への参加人数を生産労働に参加した総人数の90％に、全ての子どもの数に対する託児所入所児童の比率を90％に、集団的生産へ参加した人々の集団食堂を利用する比率を90％にまで高めることである。また、「五化」とは、女性の食事の食堂化、子どもの預託化、行動の軍事化、組織の集団化、家事労働の全面的な社会化を意味する。黒竜江省婦聯がこのような目標を掲げた結果、女性の生産労働参加者数は、1957年の110万人から200万人へと増加し、労働力一人当たりの年間出勤率は1957年の75営業日から120営業日まで高められ、女性の労働量は全労働量の35％以上にまで達したとされる[37]。

人民公社は、労働可能なすべての人々が生産労働へと参加することで、国家の打ち立てた経済建設の目標を達成するために作られた制度である。また、人々にとっても、安心して働きやすい労働環境が整えられた面があったことは否定しえず、生産労働へと参加する女性の人数が増加したという点からみて一定の効果があったといえる部分もある。しかし、多くの女性たちが生産労働に従事可能となったのには、人民公社以外にもう一つの理由があったからではないかとも考えられる。それは、1957年秋から大規模の水利建設が着手されたこと、さらには大躍進政策に基

[37] この段落の記述については、黒竜江省地方志編纂委員会編・前掲注19）179頁を参照されたい。

づき鉄鋼を中心とする鉱工業製品を農村の小規模かつ伝統的手法で生産するという［土法工業］の振興が大いに奨励された結果、これら工業部門に対して労働力が過度に集中してしまい、農業部門における労働力が不足するといった現象が生じたからである。

また、農村部における大規模な水利工事や工業振興のための資金は、基本的に当該農村においてまかなうことが求められていた。そのため、農業部門で期待される目標を達成しようとするのであれば、農村に残されている多くの女性たちによる労働力に頼らざるを得なかった。もっとも、労働力として農業部門以外の分野に動員されたのは男性だけではなく、多くの女性も参加していた。たとえば黒竜江省では、婦聯が30万人の女性労働力を組織し男性とともに水利建設へと加わり、小型用水路、貯水池、ダム、井戸などを4300カ所も建設したほどである。その他、林業には14万人、生産労働に必要な用具や器具の製作には50万人もの女性が動員されるなど、男性の労働力に劣らぬ成果を積み上げたといわれている[38]。

女性労働力が成果を挙げたケースとしては、次のような場合もある。山西省五台県においては、農村の労働力を軍隊のような方式で組織し、農業社から15－25歳の男女１万人（そのうち女性の比率は約20％）を選出し､いつでも国営･省営企業に行けるように待機させていた。そして、26－40歳の男女２万人（そのうち女性の比率は約22％）を農業部門の水利建設に動員できるように待機させ、その他、７万人程度の労働力を農業生産へと参加できるよう待機させていたとされる[39]。

以上のように待機させていた労働力の比率は､順に１：２：７であるが、そのうち農業生産に従事する人数は７割を占め最も多かった。そして、このような大規模な動員を円滑に進め、その人々の労働意欲を持続させるために、優れた成績を上げた個人や団体に対しては「三八」紅旗手や

[38] 同上。

[39] 金一虹「『鉄姑娘』再思考――中国文化大革命期間的社会性別与労働」社会学研究2006年１期174頁参照（邦訳は、金一虹（大橋史恵訳）「振り返り再考する――中国文化大革命期のジェンダーと労働、そして『鉄の娘』運動」ジェンダー史学６号（2010年）５～28頁である）。

「三八」紅旗集団など様々な表彰が全国各地で行われた。たとえば、1958年12月に全国婦聯は社会主義建設積極分子2504名を選出し、北京にまで招集し表彰した[40]。また、1960年３月に国際女性デーを祝して、全国から選ばれた6305名の「三八」紅旗手と3697団体の「三八」紅旗集団に対しても表彰を行っている[41]。

このような、全国婦聯によるモデル女性［模範］の創出は、生産労働に参加する女性の意欲を掘り起こすだけではなく、まさに旧体制から「解放」された女性像として称揚されることになった。それゆえ、女性たちはそのようなモデル女性としての女性像のなかに、みずからのあるべき規範的な姿を見出すことになった。だが、このようなモデル女性という女性像を創出したことには重要な意味がある。というのも、こうした女性像に対して女性みずから自己の姿を重ね合わせるようになったとすれば、このことは、共産党政権にとって女性たちを政治的に統制することがより容易になったとも考えられるからである。したがって、こうしてみると、最終的には党や政府による政治的統制が行われやすくなるかどうかが重要なポイントだったのかもしれないという疑義は残る。とはいえ、このような限界が懸念されるモデル女性としての女性像という発想であれ、当時の女性の労働参加にとってはやはり少なからざる意味をもったことも確かなところであろう。

ただ、いずれにせよ大躍進運動および人民公社化運動は、当時の中国における経済的基盤や経済的水準を度外視した、その意味ではあまりにも現実とかけ離れた政策であったため、実施する際に様々な問題を引き起こすことになり、政策の目的である工業・農業の大増産をもたらすことはできなかった。とくに農業では、「密植」・「深耕」といった無謀な農法を貫いたため、豊作は見込めず、かえって農業に重大なダメージを与えてしまうことになった。また、人民公社の設立によって農村のコミューン化が進み、生産意欲の漸次的減退がみられ、実際とは乖離した誇大報告を成果として党中央に申告するなどの現象が後を絶たなかっ

[40] 全国婦聯辦公庁編・前掲注５）115頁参照。
[41] 中華全国婦女聯合会編・前掲注27）164頁参照。

た[42]。しかも、この時期は天候にも恵まれず、凶作が続いた結果、多数の人々が食糧難に直面することになった。

そこで党中央は、このような最悪の状況に対処するために、大躍進運動の終息へと向けて動き出すとともに、人民公社を改革する方針を打ち出した。いわゆる調整政策への転換である[43]。従来の計画経済においては「重工業の優先的発展」が基本路線であったのに対して、調整政策のそれは「農業を国民経済の基礎」とする方針へと舵を切ったのである。こうして食糧の増産を中心とする農業振興策がとられることになった。調整政策が採用された結果、都市部の経済活動は縮小を余儀なくされ、そうした縮小にともなう都市部の就業人口削減策として、都市部の人々を農村部へと移動させそこで就業させるという下放政策が採用された。

この下放政策により、1960年春から２千万人の労働者、都市住民および政府役人、学生、党幹部が農業を支援するために農村に送り込まれた[44]。政府は農業生産を強化するために、労働力配分においては、農村の「完全労働力および労働力」の95％以上のうち、80％以上が農業生産に従事するよう要求した[45]。調整政策それ自体は、直接女性労働力について触れていない。ただ、この時期の農村部における女性の労働参加については、党中央による「農村婦女の労働保護政策について」と「農村における託児組織の問題について」という公文書が全国婦聯を通じて各地方組織へと伝達され、各地方の具体的な状況に応じて処理するようにとの指示が出ていた[46]。

そこには、労働力の適正配分と母性保護を遵守すること、および家庭副業の推奨などの内容も盛り込まれていた。黒竜江省でも、都市部の経済規模の縮小化により農村に戻ってきた元農民と下放された「知青」と呼ばれる青年知識人により労働力が過剰となり、女性の労働参加人数は

---

[42] ［浮誇風］、［共産風］、［平調風］、［瞎指揮風］、［強迫命令風］の［五風］現象が起きていた。

[43] 調整政策については鄭竹園・前掲注26）145 ～ 150頁を参照されたい。

[44] 鄭竹園・前掲注26）146頁参照。

[45] 同上。

[46] 中華全国婦女聯合会編・前掲注27）167頁参照。

1960年の190万人から1961年の140万人へと減少し、1962年になるとさらに減少されたといわれている。こうした状況で現状を克服するために、各クラスの婦聯は、女性が副業生産を行うようにとのハッパをかけ、とりわけ家畜（豚、鶏、兎、蚕など）の飼育に力を入れることによって、これ以上に女性の労働参加状況が悪化することを防ごうとした[47]。

このように、農村部における余剰労働力をどのように配分するかが問題となるなかで、適正配分および母性保護という名目において、女性の労働生産に参加することを意図的に制限したのではないか、ということも考えられる。しかし、ひとたび労働参加という形で動員された女性を「失業」状態へと追いやることは、農村部における社会秩序の安定を破壊することにもなりかねないし、みずから失政を認めることになることから、共産党政権に対する信望をも下げることにつながる。そこで考えられたのが、「集団経済の必要な補填部分」として家庭副業を再評価し、そこへ余剰労働力となっている女性たちを押し込むという手法である[48]。

その後、農村での調整政策が少しずつ浸透していくにつれて、農村女性の出勤率も回復の兆しをみせ始めた。全国婦聯は、1963年に「当面の農村婦女工作の任務に関する決議」を公布し、女性に対する社会主義教育を強化し、女性労働力を保護し、女性や児童の生活に関心を注ぐよう呼びかけるとともに、それを達成するための婦女代表会という基層組織を作ることを決定した。このような組織を立ち上げることによって、より身近に女性たちと接し、早期のうちに問題を発見し解決策を講じることとし、過ちが大きくなる前に問題を処理していくように筋道をつけたわけである。

また生産現場では、「農業は大寨に学べ」[49]とのスローガンが打ち出され、大寨の生産隊が生み出した「鉄の娘チーム」［鉄姑娘隊］のように、

---

[47] 黒竜江省地方志編纂委員会編・前掲注19）181 ～ 182頁参照。

[48] 秋吉祐子・前掲注17）337頁参照。

[49] 山西省昔陽県大寨人民公社の生産大隊が劣悪な自然環境にもかかわらず自力で生産をあげたとして、1964年に「農業は大寨に学べ」という全国的な政治キャンペーンの舞台となったことで知られる。

生産労働を通じて社会主義建設に貢献する女性たちを教育する有効な標語として全国各地で喧伝されるようになった。1964年５月27日には、毛沢東が十三陵ダムで発した「時代は変わった、男と女はみな同じだ。男の同志ができることは女の同志にもできる」[50]という言葉にも後押しされ、全国各地のあらゆる業界あらゆる業種で多くの「鉄の娘」たちが現れるに至った[51]。

このような女性による献身的な生産労働は、その後文化大革命の時期まで続いた。だが、文化大革命が開始されると、1968年２月、全国婦聯の組織的活動は全面的に中止せざるを得なくなった。全国婦聯の活動は1975年にようやく再開されるようになり、翌1976年には中国婦女第四回全国代表大会が開かれるまでに回復した。

（３）都市部における女性の就業

設立された当初、全国婦聯は都市部における女性の労働参加を当面の任務として設定していた。すなわち、「生産を発展させ、経済を繁栄させ、公私ともに考慮し、労資双方の利益を図り、都市と農村が助け合い、内

[50] 1964年６月に、毛沢東が劉少奇と一緒に十三陵ダムで泳いでいた際、数人の若い女性が後ろから泳ぎ着いてきたのを目にして、感慨をこめてそのように語ったのだという。1965年５月27日に人民日報がはじめてこの言葉を表にしたのは、「毛沢東十三陵ダムにて遊泳する」という報道のなかでの逸話であった。ところが権威ある定期刊行物がこれをスローガンとしてはじめて正式に引用したのは、1970年３月８日のことである。この日、人民日報が女性労働者たちの先進的足跡について報道した際に段抜きの見出しで用いた。それ以降1970年から73年にかけ、このスローガンは、［鋪天蓋地］（天地を覆い尽くさんばかり）の勢いで使用されていった。金一虹・前掲注39）180頁参照。

[51] その範囲は石油、電力、炭鉱、運輸、林業、漁業などにまでわたった。たとえば、女子採油隊、女子掘削隊、女子活線班、女子架橋班、女子運搬班、女子掘進班、女子民兵班、女子トラクター班、女子製材班、女子海洋養殖班など、全国的なブームを引き起こし、多くの英雄的女性が生まれた。しかしそのような理解は政治動員を単純に捉えすぎている。実際「鉄の娘隊」に類似するモデルは確かに存在したのだが、人々が想像するほど普及していたわけではないといわれる。金一虹・前掲注39）181頁参照。

外の交流を図る」[52]という原則のもとで、女性労働者だけではなく、労働者の家族および労働能力のある女性、さらに「家庭婦女」（主婦）を組織・動員し、工業・手工業および商品の流通などの分野へ女性が参入していくことを目指したわけである[53]。これらは1949年４月に中国婦女第一回全国代表大会の際に採択された決議に盛り込まれた内容だが、そこには建国直後の混乱した時期に国民経済を立て直すためにも生産参加に向けて女性を動員することが不可欠であったという事情が控えている。

だが、他方で、当時の情勢を振り返ってみると、女性に対する生産参加の呼びかけには別の理由があったことがわかる。というのは、まだ国民党との内戦が完全には終息していない状況においては、前線で戦っている共産党軍に対する物資の供給という問題が、依然として重要な課題として残されていたからである。しかも、1950年に勃発した朝鮮戦争への参戦に際しては、支援運動が全国で展開されるようになり、こうした困難な状況を打開し克服していくためには、どうしても女性の生産参加が必要であったと考えられる。その意味で全国婦聯は、生産労働に参加し経済的に独立してはじめて女性たちは解放されるとの説明を与え、とりわけ都市部の家庭に目をつけ、女性の参加を促すことにしたわけである。

農村部における就業は、基本的に土地さえあれば、出勤時間数はともかくとしても、一応は労働に参加したことになる。だが、このような農村部における状況と比べて、都市部の就業は比較的に困難であることは言うまでもない。したがって、女性たちが就業できるかどうかが真の意味で問われるとすれば、それは都市部においてであるといえるかもしれない。困難をともなうことが予想される、都市部における女性たちの就業政策が、建国後の中国においてどのように展開されてきたのだろうか[54]。ここでは、当時の就業状況について、既存のデータを分析し大ま

---

[52] 中国語では「発展生産、繁栄経済、公私兼顧、労資両利、城郷互助、内外交流」という。

[53]「中国婦女運動当前任務的決議」（1949年４月１日、中国婦女第一回全国代表大会により採択）。

[54] この問いの回答となる以下の記述は、主に秋吉祐子・前掲注17）337 ～ 348

かな傾向を把握することにしたい。なお、使用するデータは秋吉祐子による「全人民所有制部門の女性就業に関するデータ」（図表２－１）である[55]。

先述したとおり、建国してまもないこの時期に、男女を問わず生産労働に参加するということは、経済を復興させるためにも人々が国から与えられた最重要課題であった。だが、生産手段や就業環境が実態として整備されるに至っていない労働現場は、これまでもっぱら家庭の中で家事労働を従事していた女性にとっては、非常に過酷なものであったと思われる。そのため、全国婦聯はもっとも早い段階で女性「四期」（生理期間、妊娠期間、出産期間、授乳期間）保護という考えを提唱し、さらに1951年９月に労働部によって女性労働者保護暫定条例（草案）が制定された[56]。そこでは、同一労働同一賃金、妊婦の軽作業への配置転換、妊婦および乳児がいる母親の時間外労働の禁止、授乳期間中の女性労働者に対する授乳時間の確保、妊娠や出産を理由とする解雇の禁止などが規定された。このような法的整備の進行は、職場で就業する女性たちに安心感をもたらすことはもちろん、より多くの女性が就業できるソフト面での環境整備に貢献するものとして評価しえよう。

1952年７月に出された労働就業問題に関する決定[57]のなかでは、翌年から始まる第１次５ヶ年計画を予測していたかのように、失業者はもちろん、家庭内の女性も含めて、労働力を有するすべての者が就業できるように努めるべきであるとし、経済を立て直すための就業政策の方針が明らかにされている。とりわけ女性については、家庭の条件や能力、各人の適性に基づいて職に就けるよう配慮されている。この政策が効を奏したのか、図表２－１からみられるとおり、1952年末の女性就業者数は184.8万人に達し、1949年に比べると124.8万人もの増加が認められる。

頁を参照した。

[55] 同上、338頁参照。なお、本データは、Delia Davin 氏の統計表を土台に、秋吉氏が補足したものである。ただ、「全女性人口」および「女性人口に占める女性就業者の割合」の部分は筆者によって付け加えたものである。

[56] 人民日報1951年９月22日付１面参照。

[57] 人民日報1952年８月４日付１面参照。

もっとも、女性就業者の全就業者に占める割合は7.5％から10％への増加にとどまっており、女性就業者の実数ほどにはその比率が増えているわけではないということがわかる。

また、第１次５ヶ年計画期にあたる1953年から1957年の間は、重工業の建設を重視した経済発展計画が進められてもいたので、投資の増大に伴い労働需要は増加し就業者人口も増えている。1953年までは、全面就業の政策が採られ、労働市場はかなり自由化されていたが、1955年後半になると就業の全面的管理･統制の方針が採られるようになったためか、就業者数の比率についても減少が確認される。そして1956年は、第１次５ヶ年計画の達成を早めるために積極的に財政計画が出された年にあたり、就業人口の伸びも見られ、就業の国家的管理・統制については、一般的に緩和措置が採られたとされている[58]。

もっとも、1956年から1957年にかけて、女性の就業人口にあまり変化がないことを踏まえると、就業の抑制策が採られていたのではないかと考えられなくもない。しかしながら、女性就業の拡大を建前とし推進してきた共産党政権が、表立ってこうした抑制策を選択し、これを積極的に進めることはできなかったと考えられる。おそらくは､女性幹部の「勇退」の奨励、家事労働の再評価などの措置によって、女性側からの自発的な退職を促すことによる就業人口の減少が期待されたのではないだろうか[59]。実際、行政機関や社会団体における女性幹部の数は、1956年の33.6万人から1958年の26.7万人に減少したことが統計から見ても明らかである[60]。

このような抑制効果はデータの上にも現れている。すなわち、1953年と1954年はそれぞれ15.4％、14.2％という一見すると安定的な成長率を示しているようにもみえるが、1955年になると1.6％と成長率は急速に低下し、1956年は32％という急激な成長がみられ、1957年になると再び成長率が低下している。この数値は全体の就業人口の増大率とほぼ同様

[58] この段落の記述は、秋吉祐子・前掲注17）341頁を参照した。
[59] 安子文「応該正確認識婦女幹部的退職問題」中国婦女1958年２号３頁参照。
[60] 中華全国婦女聯合会婦女研究所・陝西省婦女聯合会研究室編『中国婦女統計資料1949－1989』（中国統計出版社、1991年）241頁参照。

の推移を示しており、低い比率ではあるものの全就業者に占める女性の割合は確実に成長していることが窺える。

1958年からスタートした第２次５ヶ年計画においては、ここでも基本的に重工業が重視され労働集約型の生産方式が採られてはいるものの、意図的に生産計画を大幅に引き上げた点で第１次５ヵ年計画と異なっている。そして、このような大躍進政策は必然的に就業状況に大幅な変更をもたらすことになった。したがって、女性の就業がもっとも積極的に進められたのは、この時期であるといっても過言ではない。とくにそれまでは潜在的失業者とみなされていた家庭の女性たちを就業させる方針が採られたからである。当時の労働部の部長である馬文瑞によると、大躍進政策の実施によって現れる都市部の労働力不足を解消するための方法として、家庭内にとどまっている女性の労働力としての総動員が奨励されたとのことである。こうして、女性たちは「労働を行っておらず、時間的余裕のある産業予備軍」の対象として扱われることになったわけだが[61]、このような女性観そのものについて問われることは無く、むしろ女性たちに対する取り扱いとしてはもっとも適切な方法であると考えられた。結果的に、この時期の女性就業者数は過去最高の値を示している。1957年には約3200万人の女性が就業しているにすぎなかったが、翌1958年には7000万人と増加し、全体の就業人口増加率（84.9％）を大幅に上回った。さらに、1959年になると、全体の就業人口がマイナス成長を示しているのに対して[62]、女性就業者の成長率は18.1％という高い水準

[61] 馬文瑞「進一歩解放婦女労働力」中国婦女1958年９号６頁参照。また、各産業分野の女性の就業状況は、最も率の高い分野は58％の紡績業であり、ゴム・紙・ガラスなどの製造部門は20％前後であり、食品工業は14％にすぎず、サービス業はさらに低い率となっている。そこでこれらの分野の女性就業の比率を高め、紡績業を70％前後に、その他の軽工業部門を30％から50％にまで高め、サービス業においても比率を高めることによって、その分だけすでに就業している、および新規就業を予定している男性が余剰となることから、彼らを「本来男性」の適性であり、労働力不足をきたしている重工業、技術分野に振り向けることができる、という政策提案がそれである。許剛「動員婦女労働参加支援工業生産」中国婦女1958年12号８～９頁参照。

[62] 重工業部門など一部には実質的な調整政策の方針が採られていたことによ

を維持している。このような女性就業者の中核を占めたのは、それ以前には家庭内にとどまっていた女性たちであり、この階層の80～90％が就業していたとのデータもある[63]。

しかし、このような成長は一時的なものに過ぎず、その直後に行われた政策路線の転換によって急激な変化をもたらした。というのも、大躍進政策は客観的諸条件を無視した机上の理論に基づく経済計画であったために、所定の目標を達成することができなかったからである。しかも、予定どおりに事業が進まなかったのみならず、大躍進政策はこれまでの第１次５ヵ年計画によってもたらされた成果をも破壊してしまった。とりわけ深刻だったのは、国民生活の基盤を脅かすほどに農業生産が破壊されてしまったことである。そこで、1961年には党中央委員会において経済調整政策が採択され、国家の基本的建設をはじめとした経済活動の全般的縮小化を目指すことになった。

要するに、経済調整政策という名の下で採られた就業方針とは、人員の削減による合理化、いわゆる「リストラ」であった。たとえば、就業人口の増加を抑制する措置として、都市部におけるすべての企業および事業所は、向こう２年から３年の間、一時的な非正規労働者を募集することが禁じられることになった[64]。そこでは、1958年１月以降に就業した農村出身の職員や労働者たちも調整の対象とされた[65]。そして遂には都市部の人々を農村へと強制的に移住させる下放政策が登場し、大規模かつ強硬な政策の実施が要請されるに至る。

ちなみに、1960年は全体の就業人口が再びプラス成長をみせたにもかかわらず、女性の就業者数はマイナス3.4％と極端に落ち込む結果となっている。また図表２－１からは、女性就業者数のマイナス成長と呼応し、全体に占める女性の就業率も1.4％へと減少していることがわかる。

る。結果として就業人口増大率が減少したのではないかと考えられる。

[63] 当事の状況を表わす一場面として青島市の例を挙げることができる。青島市では、1959年の女性労働者が86985人に増え、これは1957年の２倍であり、家庭女性の就業者数は53769人で、これは全体の85％であるとされる。青島市史志辦公室編・前掲注20）242～243頁参照。

[64] 鄭竹園・前掲注26）146頁参照。

[65] 金一虹・前掲注39）174頁参照。

図表２－１．全人民所有制の女性就業に関するデータ

年	全就業者数（千人）	年間増大率	女性就業者数（千人）	年間増大率	全就業者に占める割合	全女性人口（千人）	全女性人口に占める女性就業者の割合
1949	8004	—	600		7.5%	260220	0.23%
1950	10239	27.9%	—		—	265270	—
1951	12815	25.1%	—		—	270690	—
1952	15804	23.3%	1848〔1063〕		11.7%	276490	0.67%
1953	18256	15.5%	2132	15.4%	11.7%	283280	0.75%
1954	18809	3.0%	2435	14.2%	12.8%	290240	0.84%
1955	19076	1.4%	2473	1.6%	13.0%	296560	0.83%
1956	24230	27.0%	3266	32.0%	13.5%	302920	1.08%
1957	24506	1.1%	3286〔3103〕	0.6%	13.4%	311840	1.05%
1958	45323	84.9%	7000	113.0%	15.4%	317990	2.20%
1959	44156	－2.5%	8286	18.1%	18.8%	323170	2.56%
1960	（45970）	4.1%	8000	－3.4%	（17.4%）	319240	2.50%
1981	〔109397〕		〔39353〕		〔36.3%〕	485530	8.11%

＊「—」は、データのないことを意味する。
＊（ ）は、『中共綜合要覧』（社団法人世界政経調査会、1967年）22頁からの数値およびそれを用いて計算したもの。
＊〔 〕は、『中国統計年鑑』（中国統計出版社、1981年）108頁、121頁を用いたもの。
出典：秋吉祐子「中国の社会主義経済建設過程における女性就業政策——中国共産党政権成立後の約10年間（一九四九～一九六一）——」『慶応義塾創立一二五年記念論集　慶応法学会政治学関係』（慶応通信、1983年）338頁参照。なお、「全女性人口」と「全女性人口に占める女性就業者の割合」の項目は筆者により追加した。その際に参照した文献は、中華全国婦女聯合会婦女研究所＝陝西省婦女聯合会研究室編『中国婦女統計資料（1949－1989）』（中国統計出版社、1991年）23～34頁、中華全国婦女聯合会婦女研究所＝国家統計局社会與科技統計司編『中国性別統計資料（1990－1995）』（中国統計出版社、1998年）7～32頁、王金玲編『中国婦女発展報告（'95＋10）』（社会科学文献出版社、2006年）210～240頁である。

以上のように、女性たちの就業に関する全体的状況を把握したことを踏まえて、次に地方の現場において婦聯組織が実際にどのような対応および展開を図ってきたのかという問題について、黒竜江省婦聯の取り組みをみることにしよう[66]。

[66] この部分に関する以下の記述は、黒竜江省地方志編纂委員会編・前掲注19）186～191頁を参照した。

建国初期、全国婦聯によって発せられた都市部における女性の動員に関する指示に従い、黒竜江省の婦聯組織は、女性たちに対して主体性や自己意識を持たせるような女性解放教育や愛国教育を行う一方で、就業に役立つ勉強会や研修会についても積極的に開催し取り組んだ。1958年に大躍進運動が始まると、婦聯は「家庭内における有閑者は、全面的に労働者化せよ」[67]というスローガンを打ち立て、女性の就業を促した。ある統計によると、1959年２月の時点で、国営企業、商業サービス、インフラ建設、文化衛生、行政機関や学校などにおける女性就業者数は、過去最多である121万人にまで達したとされる。単純に女性職員や労働者の数だけをみても、1957年の14.5万人から1958年の36.8万人、さらに1960年の61.6万人に増え、これまでのピークを迎えた。

また、婦聯は女性たちの就業意欲を引き出すために、先述したように積極分子やモデル女性を選出し、互いの業績を競い合わせさらなる成果を挙げるよう努めた。実際、全国婦聯の呼びかけにより、「比べる、学ぶ、追いつく、助ける」を競い合う活動が展開されることになり、990名の三八紅旗手と66団体の三八紅旗集団が選出された。多様かつ数多くのモデル女性をしつらえ、女性たちの就業に対する意欲と意識を高めようとしたわけである。

ところが、大躍進運動が挫折し1961年以降に国民経済の調整時期に入ると、都市部では「調整、強固、充実、向上」[68]という八文字によって表わされる方針が打ち出された。その際、真っ先にその調整の対象とされたのは、女性労働者である。そのため、大躍進以後の厳しい状況を前にして、全国各地の婦聯は労働部や他の関係部署と協力し、女性たちの就業先の再配分に向けて乗り出した。たとえば、集団労働に適した女性に対しては自宅の近くにある社辦工場（公社が経営する工場）などに配属し、集団労働に適していない女性に対しては工場からの下請けや手工業生産に従事させることとした。他にも、規定により農村に帰らざるを得なくなった女性に対しては説得を通じて農業生産に参加するようにさせた。

---

[67] 原文は、「家々無閑人、全面職工化」である。

[68] 原文は、「調整、鞏固、充実、提高」である。

このように、1960年に一度は過去最高の人数にまで上った女性労働者数は、翌1961年には50.4万人へと減少し、さらに1963年になると31.4万人程度にまで減ったのである。調整政策の下で女性労働者数が再び上昇するようになったのは1964年からである。この時期の女性の就業者数は32.3万人と僅かな伸びにとどまるものの、その後も着実に女性たちの労働事情は回復していく。ただ、経済状況が少しずつ改善していくなか、一部の国営企業では、出産や育児、能力の低さなどを理由に女性従業員を拒む傾向が見受けられるようにもなってきた。というのは、1964年の失業者17万人のうち、女性が10万人ほどを占めており、全体の58.8％と半数を超えている。こうした状況に対して、全国婦聯は「当面の企業における女性職員・労働者の使用状況と今後の意見に関する報告」を省共産党委および労働部門に提出し、改善策を求めた。報告によれば、一方で行政機関においては女性労働力の重要性を認識したうえで合理的かつ差別なき雇用を実現すること、他方で各企業においては女性労働者の職業技術を高めるよう努めたうえで計画出産や適齢結婚を勧め労働効率を上げるようにし、女性労働者の採用に向けて積極的措置を取ることが求められた。だが、こうした全国婦聯の努力は実ることなく、1966年から始まった文化大革命によって、婦聯の活動は中断することになる。

（4）家事労働

婦聯は、抗日戦争期以来の女性運動の精神を受け継ぎ、社会的労働への女性参加を女性解放の要件として重視してきた。それは「男は外で働き、女は家庭で家事・育児を担当する」という伝統的な性別役割分業に対する上からの改変をも意味する。しかし、こうした動きは社会進出により生ずる女性たちの社会的労働と家事労働の二重負担を緩和するにまで至らなかった。ただ、女性の社会的労働への参加が一般的になるにつれて、家事や育児を主とする家事労働は徐々に注目を集めるようになった。たとえば、比較的若年の母親が抱えている育児問題の対策として、1952年には既に婦聯組織などの関係部門によって、農村部で季節的な託児所が作られていた。また､婦聯は家事労働の現実的な必要性を重視し、衣服や草鞋作りは農閑期に行い、日常的な家事については家族構成員が合理的に分担することを呼びかけていた。こうしたやり方は、農村部で

集団的に衣食を可能とする共同食堂や共同裁縫所を設けるといったような全面的な家事の社会化にブレーキをかけられることになった[69]。なお、託児所を作ることにより女性の労働参加を促したのは、都市部においても同様である。

家事労働をどのように位置付けるのか、どう対処すべきなのかという問題については、その時々の政策路線によってニュアンスの異なる考え方が出され、あるいはまったく異なる見解も出されてきた。それらすべてを取り上げることはできないが、ここでは、1950年代の雑誌『中国婦女』という全国婦聯の機関誌に載せられた一部の記事や、婦聯や関係部門の幹部によって著された文章を検討することによって、家事労働をめぐる思想について明らかにすることにしたい。

女性の社会的労働への参加は、共産党と政府の主導により、多分野にわたって広く行われた。しかし、これまで女性が主に担ってきた家事労働が女性たちの足枷となったため、実際の女性の就業者数はたいして増加しなかったといわれている。仕事と家庭を両立させることに対して疑問を感じる女性も現れるようになり、雑誌『新中国婦女』(後の『中国婦女』誌) 1951年３月号には、こうした疑問を紹介した文章が掲載されている[70]。

林瑾という女性の疑問を見てみよう。林は、「結婚後、私は家事、育児に追われながらも仕事に精一杯頑張ってきた。だが、こうなるとなかなか学習する時間が取れない。それに比べて、夫は家事、育児にまったく協力せず、結婚前と同じく友達と遊んだり、学習に参加したりするような生活を送っている」ことへの不満を表しながら、「人民は解放されたというのに、なぜ私は解放されていないのか？」という疑問を投げかけた。このような林の発言に対し、編集者は、思想面において女性の解放という問題はどのように認識すべきであるかということと、女性における労働という当面の実践的な問題解決に向けてどのような対策を講じ

[69] 鄧穎超「四年来中国婦女運動的基本総結和今後任務」、1953年中国婦女第二回全国代表大会の基調報告である。

[70] この部分に関する以下の記述は、尹鳳先「仕事と家庭の両立を模索する女性たち――50年代から60年代までの『中国婦女』誌を中心に――」ジェンダー研究12号 (2009年) 110 ～ 111頁を参照した。

ることが可能であるかということ、この２点について、読者の意見や感想を募集することにした。

その結果、同誌の３月号から６月号に渡って、合計６人の読者の意見が掲載されることになった[71]。ただし、いずれの読者の意見も林の疑問に対して同情や理解を示すようなものではなく、批判的なものばかりであった。要点をまとめると、おおよそ次のようになる。第一に、子供は革命事業の承継者であることから育児は母親の神聖な責務であるというもの。第二に、合理的な時間の使い方を探求し家事や育児はもちろんのこと、生産労働への参加をも含めた時間の確保をすべきであるというもの。第三に、生産労働に参加することはすべて人民の事業のためであり、革命精神を持って耐え抜くべきであるというものである。

一連のやり取りを通じて、本誌の編集者や婦聯の関係者が立場表明することはなかったが、林が投げかけた疑問に対する批判的な見解だけを誌上にて紹介したということには重要な意味があったと考えられる。というのも、新中国の建設期である経済復興期とは、そもそも大量の労働力を必要とした時期であったことはもちろんだが、1950年から始まった朝鮮戦争の時期とも重なっていることから、多数の男性が中国義勇軍として朝鮮の前線に送られるなかで、国内的な労働力が慢性的に不足していた時期に該当するからである。それゆえ、朝鮮戦争に介入しつつも円滑に経済復興を遂げようとするのであれば、女性の労働参加によって不足分の労働力を補うことが必要であったわけだし、その際に女性たちが意欲を持って労働に打ち込むためには、仕事と家事との両立を確保するということが欠くべからざる課題として浮上してくることになる。

ともあれ、このような経済的、政治的背景の下で、林のような疑問を抱く不満分子に対してそれを批判する意見を持つ読者たちの訴えを全国婦聯の広報誌に盛り込んだということの意味は、おのずから明らかであ

[71] それぞれのタイトルは、次のようなものである。①「私の意見」、②「二児の母はそんなに忙しくないはず」、③「私は家事のうえに、仕事も学習にも参加している」、④「林瑾同志の問題に対する考え方は偏りがある」、⑤「辛酸をなめ苦労に耐える精神を持つべき」、⑥「私は７人の子供を育てながら社会労働に参加している」。

ろう。そこに改めて女性の自発的意志に基づく積極的な生産参加を促す宣伝効果が見込まれていたことは、想像に難くない[72]。とくに重要なのは、生産参加に励むのがなぜかと言えばそれは女性たち自らの選択によるものである、とした点である。

建国後の間もない時期で、婦聯もみずからの組織化に関して様々な業務を抱えていたことを考慮すれば、家事労働をめぐる問題は優先順位が低く、目を向ける余裕など無かったとも推測される。だが、女性が生産労働と家事労働という二重の労働負担を強いられていたことは確かであり、それに耐えられない林のような者に対しては革命精神が欠けているとして容赦ない批判が浴びせられたのである。新中国婦女誌のような雑誌で女性の労働参加をこのような形で取り上げるということの意味は重い。二重の労働負担に耐えられないような者には革命精神が欠けているという非常にわかりやすい精神論は、一般女性にとっても容易に受け入れられる傾向があったし、加えてモデル女性が創出されることによって女性たちの多くはみずからをそうしたモデルと同一化しようとするといった効果を持つ。結局、党や政府などの権力は、直接的に強制力を用いて介入せずとも、女性たちは家庭内における家事労働と社会における生産労働とを両立するのが当然であるといった雰囲気を作り上げることに成功したわけである。もっとも、家事労働と生産労働を両立させるといった課題は、当初から多くの女性を悩ませることを前提としたうえでのみ、打ち立てることが可能であったにすぎない。

とはいえ、復興期から社会主義改造、第１次５ヶ年計画、大躍進・人民公社運動、調整政策をとるに至るまで、女性の就業者数が増加していくにつれて、生産労働と家事労働の両立問題は徐々に上層部のレベルにおいても言及されるようになった。そこで、党や政府の上層部が家事労働についてどのような考え方を持っていたのかについて、次に検討して

[72] 今回の討論のなかで、７人の子どもを育てながらも生産労働に参加できた女性を模範的な存在として褒め称え、家事や育児は女性の責務であることを示した。そして、こういったモデル女性を宣伝用に用いられ、社会主義建設に必要とするのは、家事も育児も学習も仕事も一身に引き受ける強い女性像であることが分かる。尹鳳先・前掲注70）111頁参照。

みることにしたい。

尹鳳先によると、1955年頃から男性の家事労働への参加を呼びかける記事が各メディアによって取り上げられるようになったとされる。だが、1956年末になると、都市部において生じた労働力の余剰に対する就業人口の抑制政策を背景として、女性は家庭に戻り家事労働に専念するべきであるという見解が現れ始めた。そして、1957年４月24日付文匯報に掲載された「夫の苦悩」という記事をきっかけに、「家事労働と社会労働の矛盾」について小規模の討論が展開されたという[73]。そこでは、一方で妻の社会労働への参加に家庭不和の原因を見出し、女性を家庭に帰すべきだとする意見が表明されるとともに、他方では夫も家事労働を分担すべきだという意見のほうがより目立ったとされている。ここでの議論のポイントは、家事労働を夫にも分担させるべきであるといったことが論じられた点で大きな意味があったといえよう。だが、生産労働と家事労働との間で矛盾が生じた場合に、女性だけが家庭に帰り、家事労働に専念すべきだとの見解が当然のように存在している点で、おのずから限界があった[74]。

このような社会的状況を踏まえて、当時の全国婦聯副主席を務める章蘊は、家事労働の重要性を次のように述べている。「家庭とは社会の細胞であり、……家庭生活の処理の良し悪しは、家族構成員の社会主義に対する積極性に大きな影響をもつ。家庭の管理に問題が無ければ、社会主義に参加する家族構成員は何ら後顧の憂いもなく生産に専念できる」とする。家計については、「国家が生産する生活資料の大部分は家庭のなかで消費されており、家庭で倹約できるかどうかは国家の消費物資の供給状況に影響を与え」ていることから、各家庭が倹約を励行し蓄積を増やすことによって、国家建設のための資金を増大させ、建設事業の発展を促すことができるとした[75]。このように、家庭は社会労働に携わる構成員の再生産を行う場としてもっとも重要であり、そこでの経済活動

[73] 尹鳳先・前掲注70）112頁参照。

[74] 同上。

[75] 章蘊「勤倹建国勤倹持家為建設社会主義而奮闘」中国婦女1957年10月号14頁参照。

は国家経済活動にも影響を及ぼすことができる、とされている。

また、この種の発言の背景として、1957年から1958年にかけて行われた就業人口の抑制政策があったことには留意しておくべきである。全国婦聯は、当時の政府の財政難を克服するために作られた政策に合わせて「勤倹建国、勤倹持家（倹約して国を建て、家を建てる）」[76]というスローガンを提唱したが、これは「『勤倹持家』問題の解決は婦女団体の努力が必要である」とした毛沢東の指示に従ったものである。このような政治的文脈の中で、家事労働を担うべき対象が女性であるという認識は、実践面においてもそうした傾向がみられた。先述したように、まず辞職が要請されたのは不適格の女性幹部であった。社会のエリートともいうべき存在である幹部に対する事実上の「リストラ」が先導的な行為としてみなされ、女性全般の就業規制、ひいては女性の家庭回帰への動きとなることが期待されたのではないかと考えられる[77]。もっとも、このような党や政府、全国婦聯の政策本位的な方針と取り組みに対して、多くの人々、とりわけ女性の側からの問題提起がなされた[78]。

ところで、この時期までは、女性の就業についてこれが「個人の選択の問題」であると捉えられていたともいわれている。すなわち、もっぱら社会活動としての生産労働に従事すべきか、それとも家庭内における家庭労働として家事や育児に携わりつつ、余裕ができたら社会活動に参

[76] このスローガンは、「両勤」方針とも呼ぶ。第１次５ヶ年計画の後半（1955～1957）に毛沢東によって最初に提起されたのである。建国初期において深刻な財政難を抱えていた共産党政権は、それを克服するために全国民に「勤勉に労働し、節約をすることで国を建て家を営む」ことを呼びかけた。また「『勤倹持家』問題を解決するためには、婦女団体の努力が必要である」とし、男女問わず社会労働に参加するのはもちろんのこと、家政の管理はとくに女性に任せる、と述べる。全国婦聯はそれを任務の一つとした。編著者不明『羅瓊訪談録』（中国婦女出版社、2000年）144～148頁参照。このように、女性は社会と家庭を担い、男は社会を担う、という図式を暗に示している。

[77] 秋吉祐子・前掲注17）350頁参照。

[78] 当時の人民日報に取り上げられた記事としては、1958年１月22日１面の「工作和家務無法兼顧怎麼辦」、同年２月９日の「該不該退職回家従事家務労働」などがある。

加すべきかといった選択を行う際には、本人の家庭環境や身体的条件などを考慮したうえで決めることが望ましいとされていたわけである[79]。そうした風潮の中で、家事労働を重視するという点を意識した「五好運動」[80]が、当時は全国各地で盛んに行われていた。

要するに、女性たちは、社会主義建設の観点から必要に応じて社会労働への参加を促され動員されるとともに、その役割は、国家経済の一部である家庭経済とそれを支える円滑な家事労働を前提としたうえで期待されていたにすぎなかった。しかも、憲法によって女性は男性と対等な社会的、経済的、政治的地位が保障されていることになっているのだから、もっぱら家事労働に従事することになったからといって、男女平等の価値それ自体が失われることはないとさえ主張されていた始末である[81]。女性には家庭内における家事労働と社会労働との二重役割が期待されていた。

ところが、人民公社が制度化されるにつれて、家事労働に対する評価は大きく変化するようになった。人民公社は、政治・経済・軍事・教育・衛生などの公的機能ばかりではなく、衣・食・住などの私的機能をも担う、いわばトータルとしての人間生活を管理する機構として位置付けられる。そして、この人民公社こそ、「まさに共産主義の萌芽である」として捉えられ、大きな期待が寄せられることになった。したがって、従来の社会および生産の基層単位であった「小規模な家庭」は消滅されるべき対象であり、人々は人民公社という「大規模な家庭」で生活を営む

---

[79] 章蘊「談談対婦女参加社会労働和家務労働的看法問題」中国婦女1957年５月号２頁参照。

[80]「五好」とは、五つの素晴らしいことを指す。何を「五好」とするかは時期によって異なるが、1957年中国婦女第三回全国代表大会で提唱されたのは、「勤労愛国愛社団結互助好、勤倹持家好、学習文化技術好、尊婆愛媳教育子女好、清潔衛生好」である。つまり、勤勉に労働し、国と合作社を愛し、団結して互いに助け合うことは素晴らしい；倹約して家を営むことは素晴らしい；文化と技術を学ぶことは素晴らしい；姑を尊重し嫁を大事にし子息を教育することは素晴らしい；清潔で衛生を守ることは素晴らしい、ということを意味する。

[81] 筆者不明「家庭婦女応当如何更好地為社会主義建設服務」中国婦女1955年10号18 ～ 19頁参照。

ことが求められようになったわけである[82]。家事労働の社会化は、新中国の建国以来、ここで最大限に重視されるに至った。「わずらわしい家事に反対する全面的な闘争の行われるところだけ、もっと正確にいえば、わずらわしい家事を社会主義の大経済のなかに普遍的に改造し始めるところだけ真の女性解放、真の共産主義を得ることができる」というレーニンの見解が強く打ち出されたのは、ちょうどこの時期のことである[83]。

このように、女性が直接的に社会活動に従事することこそが「是」とされた。それは、当時全国婦聯主席を務める蔡暢の発言からも伺える。すなわち、「彼女ら（いわゆる家庭主婦）を社会の生産活動に参加せしめよ、決して『家事の捕虜』にするな、決して飯作りと子育ての枠のなかに閉じこめてはならない」と述べている[84]。つまり、女性が社会に出て生産労働によって所得を確保し経済的条件を整えることが、いわゆる真の意味での女性の独立と男女平等へとつながる、という主張が前面に出されたわけである。

だが、こうした動向に対して他方では、「家事労働の社会化は、現時点の中国の生産発展の水準のもとでは物質的および精神的な基盤を有し得ない以上、これを全国的に拡大し普及させるのは時期尚早である」といった意見もないわけではなかった。ただし、この種の議論は、「右翼日和見主義者の観点」として、非難、排斥された[85]。

人民公社には託児所の外に公共食堂や製粉・洗濯・裁縫・製鞋等の作業場が設けられ、家事労働の社会化が推し進められ、生産参加への時間が確保されるようになった。たとえば河北省東光県後屯村の場合、服の仕立代は労働点数３ポイント、鞋作りは一足で６ポイント、布団をほどいて縫うのは2.5ポイントと定められていた。これを一人ですべて行お

---

[82] 鄭竹園・前掲注26）62～63頁参照。

[83] 蔡暢「循着列寧所指引的婦女徹底解放的道路前進」中国婦女1960年９号２頁参照。

[84] 同上。

[85]「論集体生活福利事業的大発展」中国婦女1959年18号２頁。この主張は、1957年６月から行われた「反右派闘争」のキャンペーンに用いられたものでもあり、その後も頻繁に使われた。しかしそれはこのキャンペーンと関連性が強いことから、調整政策が進むにつれ、次第に下火になったといわれる。

うとすると４日は要するが、その分を集団農業に参加すれば最低24分もらえるので、差額12.5ポイントが浮くことから人民公社のメリットを語る農民もいた[86]。このように家事労働の集団化と有償化が進められ、家事労働に割いていた時間を省けるようになった分、生産労働に参加して点数を稼ぐことができるようになったわけである。

しかし人民公社化の不手際と行き過ぎによって人々の不満が強まり、一部の家事労働を自宅で賄うことが徐々に増えるようになってきた。また、３年連続の凶作や中ソ関係の悪化という事情も加わり国民生活が悪化し、1960年からは調整政策が採用され公共食堂も次第に閉鎖されるようになった。文化大革命期には「闘私批修」（私心を克服し修正主義を批判する）が唱えられ、家事労働が社会主義建設にとって社会的価値があるという考えそのものが修正主義であるとみなされたため、家事労働に対する公的評価は著しく低下することになった[87]。

その後、毛沢東の後継者と目され文化大革命を指導してきた林彪が失脚し、周恩来らによる収拾策が採られつつあった1972年２月、宋慶齢は「中国の婦女解放」という文章を発表する。宋によると、農村では現在に至ってもなお家庭内における家父長制思想に基づき様々な女性差別が跋扈しており、社会活動の面からみても男女間において同一労働同一賃金が実行されておらず、家事労働の重荷が女性の生産労働への参加を妨げる重大な要因になっていることが指摘された。農村部においては、父権的な家族と社会が、所有と経営の集団化が進められた人民公社の時代をもくぐり抜け、生き続けていたわけである[88]。

続く1972年から1973年にかけて、「男女同工同酬」の原則が再び宣伝されるようになったが、家事労働の問題について取り上げられることはなかった。その後、1973年末から江青らによる批林批孔運動において文革初期の四旧（旧文化･旧思想･旧風俗･旧習慣）批判が再び持ち出され、このなかで夫婦の家事共同分担が唱えられはしたが、これも1974年末に

[86] 末次玲子「近五十年の華北農村における家事労働史」柳田節子先生古稀記念論集編集委員会編『中国の伝統社会と家族』（汲古書院、1993年）556頁参照。
[87] 同上、558頁参照。
[88] 同上。

はみられなくなった[89]。

この時期における家事労働は、女性が生産労働へと参加するように組織化され動員されるに伴って出現した付随的な問題として現れてくる。生産労働と家事労働とを両立することに困難を感じる女性たちの反応を前に、全国婦聯は、『中国婦女』誌を通じて両立が可能となる方策を探ってはいたが、具体的に有効な措置を採るまでには至らなかった。そして、経済再建という社会主義建設が党の一元的指導の下で行われた当時の情勢のなかで、婦聯組織の主要任務は女性の生産労働への参加を動員することであり、最優先に果たされるべき課題であった。しかし、そうした婦聯組織の方針は、女性に仕事と家事の二重負担を強いることになった。

では、なぜ家事労働の社会化や男女による家事労働の分担が進まなかったのだろうか。その理由は、それが男女平等という理念の下で行われた真に女性を解放するための家事労働の社会化ではなく、その時々の政治情勢に依存しそれゆえ、その時々の政治情勢によってとも簡単に左右されてしまう、アドホックな女性政策の手段として女性の就業問題そのものが「動員」されてきたからである。もっとも家事の社会化が進んだと目される人民公社の時期においても、家事労働の主たる担い手は依然として女性たちであり、政治的状況がどんなに変化してもそこだけは常に「伝統」が息づいており、いわゆる性別に基づく役割分業が維持されていた。

したがって、女性就業政策の展開もまた社会主義経済建設の諸政策のなかでは常に党や政府の政策に対して従属的な位置付けをされてきたとみることができよう[90]。あるいは、家事労働をめぐる問題は、女性の就業政策を規定する条件を成すとともに、女性の就業政策から大きな影響を受けてきたともいえよう。

２　「婦女回家」論争と婦聯の対応

全国婦聯が本格的に活動を再開したのは、文化大革命の後である。

---

[89] 同上。

[90] 秋吉祐子・前掲注17）355頁参照。

1978年９月に、21年ぶりに中国婦女第四回全国代表大会が開催され、今後の活動方針についての取決めがなされた。文化大革命期までにほとんど停滞してしまった経済を再び発展させていくために、党や政府の方針に従い「四つの近代化建設」が今後の主要任務とされた。「四つの近代化は婦女を必要とし、婦女は四つの近代化を必要とする［四化需要婦女、婦女需要四化］」というスローガンを掲げたが、とりわけ女性（「半辺天」：女性が天の半分を支える）の役割が強調された。

本大会で副主任を務めた康克清は、任務達成のための方策について以下のように述べた。すなわち、「四つの近代化を実現するための後方支援兵の役割をしっかりこなし、革命の次世代を養育し、社会主義思想を以て婚姻家庭関係を処理し、さらに国内・国際統一戦線を強化する」[91]と。文化大革命終了直後ということもあり、この時期の任務は相変わらず党や政府の方針が忠実に表現されたものにとどまっており、婦聯の役割は、あくまでも国家の経済復興という重点政策の中でのみ意味づけられていた。そしてこれは、同年末に行われた「婦女工作の重点を近代化建設へ移す」という康によって行われたラジオ講話においてさらに強化されることとなり、そこでは党の第十一回中央委員会第三期全国大会での決定を擁護し、「女性の特徴」に合わせて貫徹、執行するようにとの呼びかけがなされた[92]。

また、全国婦聯は女性の自立を促す「四自」（自尊、自信、自立、自強）活動を全国規模で展開し、女性の社会進出を積極的に進めてきた。共産党政権誕生後の社会主義改造・社会主義経済建設時期から改革開放後の市場経済に転換した今日に至るまで女性の社会進出は、一貫して婦女解放の重要な前提とされてきたが、男女平等の度合いを測る基準としても用いられた。しかしながら、中国に限らず女性たちの社会進出はいつの時代でもどんな環境においても順風満帆なものではない。とりわけ、改革開放に向けた経済的合理主義の重視は、政府主導の女性の就業政策に大きな影響を与えたといえよう。その具体的な例として、女性が職場を去って家庭に帰ることの是非について繰り広げられている「婦女回家（女

[91] 全国婦聯辦公庁編・前掲注５）197 ～ 198頁参照。
[92] 同上、201頁参照。

性は家に帰れ)」論争（政策として現れる場合もある）を挙げることができる。

「婦女回家」論争は、単純に女性の就業政策をめぐる問題だけではなく、その時代における社会全体で占める女性の政治、経済の地位や社会状況の変化を把握するのに有効なものとしてもみられるため、中国国内ではもちろんのこと[93]、主に日本ではあるが国外の文献でも多く取り上げられている[94]。とりわけ、日本における「婦女回家」論争に関する議論は、全国婦聯の機関誌である雑誌『中国婦女』に掲載された特集「一九八八――女人的出路？」（1988――女性の生きる道は？）をきっかけに展開さ

[93] 代表的なものとして、臧健「婦女職業角色衝突的歴史回顧：関於『婦女回家』的三次論争」北京党史研究1994年２期16～22頁；蒋永萍「世紀之交関於『階段就業』、『婦女回家』的大討論」婦女研究論叢2001年２期23～28頁；欧陽和霞「回顧中国現代歴史上『婦女回家』的四次争論」中華女子学院学報2003年３期６～９頁；梁理文「市場経済条件下婦女的角色選択――関於『婦女回家』現象的思考」広東社会科学2003年３期116～120頁；徐家良「利益表達：社会団体対公共政策的影響力」天津行政学院学報；韓廉「社会転型期全民自覚維護政策公正的範例――世紀之交的『婦女回家』、『階段就業』論争與『十五』就業政策」湖南師範大学社会科学学報2008年６期64～69頁；宋少鵬「『回家』還是『被回家』？――市場化過程中『婦女回家』討論與中国社会意識形態転型」婦女研究論叢2011年４期５～12、26頁などがある。

[94] たとえば、松戸庸子「中国フェミニズムの新たな展開――『婦女回家』論争をめぐって」季刊中国研究15号（1989年）99～122頁；落合恵美子『近代家族とフェミニズム』（勁草書房、1989年）240～259頁；秋山洋子編訳『中国女性――家・仕事・性』（東方書店、1991年）141～204頁；くずめよし「1980年代の中国女性――経済改革政策下での『婦女回家』論争の展開」日米女性ジャーナル12号（1992年）93～110頁；瀬地山角『東アジアの家父長制――ジェンダーの比較社会学』（勁草書房、1996年）309～311頁などがある。近年、改革開放以降の政治的、社会的状況を踏まえて「婦女回家」論争を婦聯とのかかわりで議論されたのもある。たとえば、大橋史恵『現代中国の移住家事労働者――農村－都市関係と再生産労働のジェンダー・ポリティクス』（御茶の水書房、2011年）116～119頁である。さらに、1930年代から2000年までのものを整理したのが、尹鳳先「中国の『女は家に帰れ（婦女回家）』キャンペーンの歴史と現在――女性の二重負担の観点から」F－GENSジャーナル２号（2004年）13～20頁などがある。

れた論争（記事や論文）を紹介することに焦点が当てられており、当時の中国の女性論とその展開について深い関心が持たれていたことを物語っている。

また、過去に「婦女回家」論争が行われた回数は、論者によってその認識を異にする場合もあるが、1930年代から今日に至るまで四回あったという理解が一般的であると思われる。歴史的に繰り返し行われた「婦女回家」論争には、それぞれの時代の特徴が刻印されている[95]。

---

[95] 中国婦女百科全書によれば、1980年代前まで三回の論争が行われたという。一回目は、五四運動時期に胡適によって提起された「新良妻賢母主義」として、当時産業労働に参加した女性たちに対して家庭に戻るよう呼びかけた。二回目と三回目は、抗日戦争の前期と中期に行われたが、いずれも女性は家庭に戻って責任を果たし、国家のことは男性に任せるべきと主張した。蔡翔＝張躍明編『中国婦女百科全書』（安徽人民出版社、1995年）17頁参照。一般的によく見られる時代区分は、1930年代、1940年代、1980年代、2000年代という四つであり、いずれも女性の生き方そのものと密接な関連性を持つ議論であった。1930年代の論争は、中華民国の男性文学者である林語堂の1933年９月13日の時事新報に載せられた講演稿に書かれてある「女子は嫁に行くのが最良」、「女子のもっとも心に適う職業は結婚である」という言説が発端となり、抗日戦争が勃発するまでの1937年まで続いた。こうした林語堂の言説は、日常的に雑誌の読める都市部の富裕層を対象としており、女性の良妻賢母の役割が強調され、家庭の責任は女性の責任であることを前提としている。これに対して、男女平等になるためには男性と同様に社会進出するべきだという男女同権論からの批判は見られるものの、家庭の中での女性の役割について疑問を投げ出す論者はほとんどいなかったという。この部分については、夏蓉「20世紀30年代中期関於『婦女回家』與『賢妻良母』的論争」華南師範大学学報（社会科学版）2004年６期39～46、75頁；前山加奈子「林語堂と『婦女回家』論争――一九三〇年代に於ける女性論」柳田節子先生古稀記念論集編集委員会編『中国の伝統社会と家族』（汲古書院、1993年）509～525頁；尹鳳先・前掲注94）14～15頁などが詳しい。また1940年代の論争は、ひとりの女性知識人の端木露西によるものとして、重慶大公報（1940年７月６日付）に発表された「蔚藍中的一点暗淡」という文章が火付け役となった。彼女は、女性を家庭の中に位置付け、家庭の幸せを享受するにはまず良い主婦、良い母親になるべきだとし、良妻賢母論を展開した。これに対して、反対派は、女性を民族解放戦争に位置付け、民族解放のために貢献するべきだとし、社会的役割を強調した。詳しくは、臧健「婦女職業角色衝突的歴史回顧：関於『婦女回家』的三次論争」北京党史研究1994年２期16～22頁；

ここでは、本論のテーマとの関係から、改革開放以後の「婦女回家」論争および段階的就業問題を中心に論じ、それについて全国婦聯がどのように関わってきたか、さらに党中央や関係部署とのやり取りを通じて全国婦聯の位置付け、党中央との力学関係を考察し、その役割が結果的にジェンダー体制の形成にどういった影響を与えたのかを分析することにしたい。本来こういった言説は、現代中国が構造的に抱えてきた労働力配置と性別役割分業の問題と結び付くものであり、これを扱う際には歴史学的な視座だけではなく、政治的、経済的、法的背景にも気を配ることが重要である。以下、記述の便宜上、1980年代と2000年代という二つの時期に分けて検討する。

（1）1980年代の「婦女回家」論争

①　1980年に始まった「婦女回家」論争

この時期の「婦女回家」論争に関する時代的背景は、1978年12月まで遡る。このときに開かれた中国共産党第十一期中央委員会第三回全体会議は、中国国内体制の改革および対外開放政策、いわゆる改革開放政策の実施が提起されたものとして知られている。毛沢東時代の大躍進、文化大革命で疲弊した経済と社会を立て直すために、鄧小平は「四つの近代化」を掲げ、市場経済体制への移行を試みたわけである。それと歩調を合わせるかのように、全国婦聯もこの時期になると完全復活を遂げ、再び女性関連の業務を展開していくようになる。党の方針に従い、社会主義近代化建設をもっとも重要な課題として設定し、女性の社会進出を促すことに精力を挙げることに努めた。

また、かつて文化大革命時代に迫害を受け「リストラ」された幹部や労働者たちも続々と復職し、「上山下郷運動」（下放政策）によって農村へと移住を余儀なくされ追放された青年たちは、続々と職を求めて都市部へと回帰してきた。もっとも、改革開放の当初は完全に市場経済へと移行したわけではなく、計画経済体制が維持され、国家がポストを分配する統一的な就業政策を取っていたため、国営企業および事業団体の労

尹鳳先・前掲注94）13 ～ 20頁などを参照。1980年代と2000年代の論争については、後述するため、ここでは省略する。

働者数は急激に増加した。国有企業における女性労働者の割合(数)は、1965年の21％（786.1万人）から1977年の28.3％（2036万人）にまで増加し[96]、新規労働者数は1700万人にも上ったといわれている[97]。それでもすべての人に職を用意できず、自宅で待機する「待業青年」も多数出現し、その内訳としては女性がかなりの割合を占めていたともいわれている。しかも、国家が職を分配し統一的に就業を管理しているわけだから、そこに個人の能力や希望に基づく職業選択の自由などはない。とはいえ、職があてがわれず収入がまったく無いのに比べれば、少しでも家計の助けになることから収入の多寡は二の次の問題であり、仕事が与えられるだけでもありがたいという有様だった。

しかし、こうした就職対策は国家や社会の安定に大きな負担を加えるようになり、当時の労働力配置問題を主に担当する労働部は新たな対策に乗り出さざるを得なくなった。そこで1980年の夏、労働部は、ついに党中央に宛てた報告書のなかに「婦女回家」を書き込み、就業対策としてこれを提案するに至った[98]。すなわち、すでに就業している女性を家庭に戻し家事労働へと専念させることにより、余剰ポストの定員枠を男性に回すという措置を取ろうとした。

また、こうした動向と前後して、これに先立つこと５月に、上海のある新聞には、労働者の数がその需要をはるかに超えてしまっていることから、とくに女性に対して職の分配を行う際には女性の生理的特徴を考慮し合理的な産業構造の要請に合わせるべきであり、こうした措置は家庭や社会をめぐる現状の問題解決に向けて大いに役立つとの記事が掲載されている[99]。いうまでもなく、これは女性の家庭への回帰を主張するものにほかならない。ただ、この記事に対して上海市婦聯は座談会を開

---

[96] 中華全国婦女聯合会婦女研究所＝陝西省婦女聯合会研究室編『中国婦女統計資料1949－1989』（中国統計出版社、1991年）241頁。

[97] 潘錦棠「経済転軌中的中国女性就業與社会保障」管理世界2002年７期59 ～ 68頁参照。

[98] 『羅瓊訪談録』（中国婦女出版社、2000年）194頁；全国婦聯辦公庁編・前掲注５）226頁などを参照。

[99] 徐家良『制度、影響力与博弈――全国婦聯与公共政策制定』（中国社会出版社、2003年）145 ～ 146頁参照。

き、女性の就業は女性解放と密接な関係を持っており、待業青年が多いのは決して女性の就業によるものではないとして、反対の立場を示したといわれている。したがって、このような経緯を勘案すれば、1980年代の「婦女回家」論争はまさにこの頃から始まっていたと考えられるし、論争が起きた政治的、経済的、社会的背景を的確に把握することによって、その時代のジェンダー体制の特徴を見出すことができるとも考えられる。

ともあれ、1980年夏の労働部の動きに対して、全国婦聯は「婦女回家」を阻止するために速やかに行動に移した。まず、全国婦聯の幹部を集め十分な議論を積んだうえで、８月３日には、中共中央書記処書記で国務院副首相である万里と中央書記処書記の彭衝に書信を送り、労働部が提案した「婦女回家」による失業緩和対策に対して反対の立場を表明した。８月７日に開かれた、労働部の提案を検討する会議に、婦聯が呼ばれることはなかったが、非公式のルートを通じて会議主催責任者である彭衝および胡耀邦と連絡を取り、会議に出席する機会を得た。その席で、全国婦聯の羅瓊は、労働部が提出した「婦女回家」のような考え方は時代の逆戻りであり、生産力の発展や生活水準の向上に対して悪影響を及ぼすとの反対意見を述べた。そして、これを聞いていた胡耀邦は、「こういった意見は、社会主義に自信を無くした現れであり、就業問題は改革という手段で十分解決しうる問題である」と述べることで、全国婦聯の立場を肯定する考えを示した。その後、こうしたやり取りが中央書記処会議紀要にも掲載され、結局、党中央は全国婦聯の立場に賛成するという文言を残した。また、間もなく開催された全国労働就業会議において、万里は労働就業体制に関する改革を明確にし[100]、男女平等原則の下で女性の特徴を生かした就業体制をとるとともに、女性労働者の保護も強調

[100] 労働就業体制において、いままでは「一つの扉［一扇門］」だったが、これからは「三つの扉［三扇門］」を開くことへ改革していくとした。「三つの扉」とは、国家による分配、集団企業による吸収、労働者自らによる就職活動を同時に展開していくことを指す。つまり、全人民所有制、集団所有制、外資・個人経営の企業による雇用創出を目指すことである。

するに至った[101]。

ここで1980年に始まった「婦女回家」に関する議論はいったん落着する。今回の政策決定から「婦女回家」を回避することに成功した点からみれば、全国婦聯の側の勝利に終わったといえる。これは、全国婦聯があらゆる手段を駆使して「婦女回家」を政策として盛り込むことを阻止した結果であり、女性の社会進出こそ女性解放に繋がるという信念が貫かれた一例として記憶することができよう。そして、このような行動を取ることができたのも、鄧穎超と康克清という偉大なる二名の先輩たちよる後押しがあったからであると羅瓊は回顧している[102]。

② 1980年代後半に起きた「婦女回家」論争と段階的就業

「婦女回家」に関する議論は一見すると落ち着いたかのようだが、女性をめぐる就業問題の状況は、その後においても変わることはなかった。長期に渡って労働力を統一的に分配する制度［統包統配］を採用してきたことから、国営企業では余剰な人員を抱える状態が慢性化していたからである。だが、市場経済の原理を浸透させるために、企業は効率第一主義という原則の下、これまで続いてきた慢性的な余剰労働力を整理し、組織として肥大化してきた企業の無駄をカットするために、労働組織の最適化［優化労働組合］を図り[103]、余剰人員を削減するなどの措置を採るようになった。こういった措置は、「固定工」と呼ばれた常用労働者の「鉄の飯茶碗」[104]に対する挑戦として、従来の終身雇用制度にメスを入れ、

---

[101] この段落の整理は、『羅瓊訪談録』（中国婦女出版社、2000年）194 ～ 197頁を参照したものである。

[102] 鄧穎超と康克清は、二人とも共産党政権誕生前から活動してきた女性指導者として、当時の鄧は全国婦聯の名誉主席、康は現役主席であった。また、鄧は周恩来夫人で、康は朱徳夫人である。したがって、二人の党内における影響力が、今回の防御を成功に導いたことは簡単に推測できよう。

[103] 1984年に河南省、河北省、黒竜江省などの地で率先して行われ、３年後の1987には全国的に広まるようになったとされる。潘錦棠･前掲注97）64頁参照。

[104] 中国語は「鉄飯碗」と呼ぶ。国によって保障される職業のことを指し、鉄の茶碗は落としても割れないということから転じた言葉である。従来、国有企業、各政府機関の労働者・職員は、いったん就職すれば基本的に転職できなかった

労働力の流動化を促すことになった。

その結果、企業内には定員外の余剰人員［編余職工］[105]が生まれ、従来のポストから「引き離され」、割引かれた賃金を手にして、長期休暇を余儀なくされ、あるいは自宅待機を命じられ、解雇されないまでも企業内待業させられることになった。もちろん、その多くは、女性であった。ある文献によると[106]、全国総工会女工委員会（全国労働組合総連合女性労働者委員会）が全国11の省や市の660企業に対して行った調査では、企業内待業者のうち、64％が女性であったことが明らかになっている（なかでも、商業、サービス部門の企業内待業者のうち、女性は82％に達している）。また重工業地区、たとえば遼寧省などでは、定員外の余剰人員のうち、女性の比率が70％に達すると推計され、また都市や特定の業種においては80％から90％の高い比率を記録していたという。もっとも典型的なのは、山東省のある工場の例で、そこでは121名の定員外の労働者のうち、実に120名もの人は女性であった。こうなるともはや企業の「効率化」とは「男性化」のこと以外の何ものでもなかったといえよう[107]。

また、女性労働者保護条例（1956年、1988年）により保障された四期の保護（産休が従来の56日より90日に延長[108]）、託児所や幼稚園の整備

が、反面、たとえ仕事の成績が悪く貢献度が低くても解雇されることはなかった。天児慧ほか編『岩波現代中国事典』（岩波書店、1999年）909頁〔上原一慶〕参照。

[105] 合理的に定められた定員に基づいて職場を再編することによって定員外の余剰人員を職場から外し（「優化労働組合（労働組織の最適化）」）、彼（女）らを企業内待業化（当該企業従業員としての身分を残したまま、企業内別置会社や関連会社に配置替えしたり、能力向上のための技能訓練、転職訓練を実施したりする）させることと結合して行われた。

[106] 水田珠枝ほか編『女性の解放・社会の解放』（ユニテ、1993年）60～87頁〔金一虹〕参照。

[107] 同上。

[108] しかも計画出産政策推進のため、晩婚・一人っ子の場合にはさらに産休が延長されることが地方ごとの条例によって規定されている。たとえば、上海市では晩婚（24歳以上の初婚）の場合、産休が15日増加され、遼寧省では一人っ子の場合、産休が134日に延長されるとされる。

など労働者の社会保障や公的サービスは、企業の財政をひどく圧迫した。このような社会保障や公的サービスは、一面で女性が安心して就業できる条件を提供し家事労働の負担を一定の程度で緩和したことは確かだが、他面では逆にこうした政策に甘んじ国家や企業［単位］に過度に依存してしまう傾向を生み出し、市場経済への参入を拒む原因になってしまったといえる[109]。そこで、一部の都市では産休、育休に入る女性に対して段階的な就業（休暇期間は給料の７割が支給され、長期の場合は子の小学校入学まで休むことができる）形態[110]が試験的に行われるようになった[111]。もちろん、この時期にこうした政策を実施する目的が企業内部の人員調整にあることは容易に想像できる。しかも、段階的就業は、こうした四期女性の自宅待機を一般化・全面化するものであるともいえる[112]。たとえば、1989年の長沙市では、女性労働者が自宅待機の対象となる原因のうち、もっとも多いのは、女性の出産・育児による休暇であるとされている[113]。つまり、女性が女性であるがゆえに生ずる生理的現

[109] 蒋永萍「両種体制下的中国城市婦女就業」婦女研究論叢2003年１期16頁参照。

[110] この段階的就業は、実は1980年代初めにすでに議論があった。全国婦聯の副主席である羅瓊は、1984年に北京で開催された、女性問題調査と理論の座談会において行われた「経済体制改革と婦女労働就業」というスピーチの中で、段階的就業論に反対していた。羅瓊は、日本の中断型再就職（M 字型就職）を例として挙げながら、日本の女性が就業ブランク後に再就職するときには待遇や仕事内容に恵まれないことや、雇用形態が主としてパートタイム労働になっていることの問題性を指摘したのである。全国婦聯辦公庁・前掲注５）285 ～ 286頁；木村田鶴子「中国における『婦女回家』論争と『段階性就業』」成蹊人文研究12号（2004年）112 ～ 113頁参照。この時の段階的就業は、職員・労働者の正社員［固定工］という身分が保障され、かつ一部の給料も支払われる上で、産休・育休に入ることから、真の意味での段階的就業とはいえないとする論者もいた。劉夢霞「尋求合理解決婦女就業問題的途径」婦女工作1989年５期17 ～ 18頁；盧樹存「対婦女就業的両点看法」婦女理論研究1989年２期参照。

[111]「瀋陽剥離冗員進展平穏、人数六万、女工階段就業、苗頭再現、享暇七年」中国婦女報1988年７月29日１面。

[112] 小浜正子「現代中國都市における性別役割分業」柳田節子先生古稀記念論集編集委員会編『中国の伝統社会と家族』（汲古書院、1993年）579頁参照。

[113] 木村田鶴子・前掲注110）99頁参照。

象や出産に伴う休暇を取るということは、企業にとって女性が十分な「戦力」となりえないことを示すものとして、企業が女性労働者を敬遠する重要な原因になっていると考えられている。したがって男女平等を実現しつつ、母性保護を行うという社会主義政権成立以降に掲げられてきた原則を実行していくには困難であることを示している。

こうした社会的背景の中で、全国婦聯の機関誌『中国婦女』は、「問題討論」というコーナーにおいて「一九八八――女人的出路？」（1988――女性の生きる道は？）という特集を設け、大きな反響を呼んだ。読者投稿による今回の「婦女回家」論争は、一年余り続き、この間に多くの投稿が寄せられた[114]。特集の冒頭で明言されているように、本特集の目的は改革・開放の理論的根拠となった社会主義初級段階論に合致する、婦女解放の理論を模索するための試みである。投稿の多くは、婦聯関係者や研究者によるものであったが、一般女性からの投稿でもっとも注目されたのは、職場に人員調整の対象として指定され家庭に戻らざるを得なかった黎静の葛藤を記したものであった[115]。そして、もう一つ注目を集

[114] 本誌での「婦女回家」論争は一年あまり続き、全部で38本の投稿があったといわれる。瑪格麗特・呉「中国女工的保護与平等」李小江ほか編『性別与中国』（生活・読書・新知三聯書店、1994年）101頁参照。なお、「婦女回家」論争は、中国婦女誌以外の多数のメディアによって取り上げられるほど社会的問題となった。たとえば、中国婦女報の「果たして道はどこにあるのか［敢問路在何方］」、中央テレビの「婦女回家」に関する番組やドキュメンタリーなどがある。

[115]「私の生きる道はどこに？［我的出路在哪里？］」というテーマでの投稿である。黎静は都市部に住む労働者として余剰人員の整理により不本意にも８割給料で自宅待機者となっていた。彼女は、以下のように述べる。「…家に帰って以来、私たちは社会の理解と人びとの尊敬を失ってしまった。冷静に考えると、子どものために仕事を失ったけれど、子どもは私だけの私有財産でもないのに、何を根拠に私をこんなにも無情に扱うのか。競争は、出発点が平等でなければならないとよく言うのではないか。私たち女性は、出産、育児、家事労働の重荷を背負い、そのうえ仕事の面で男性と比べられる。こんな競争は、出発点が平等と言えるのか。女性は人類の生命を引き継ぐという重荷を背負っているのに、どうしてこの貢献は社会の承認を受けないばかりか、女性を淘汰する理由になるのか」。黎静のこのような記述は、多くの一般女性の声を代弁しており、市場経済への過渡期における、職場の現場から不本意に外されてしまった心境

めたのは、本誌記者による「大邱庄『婦女回家』の考察」という報告である。これは、天津郊外にある大邱庄で独自の副業により生活が豊かになり、８割近くの既婚女性が自らの選択によって家庭に戻った例である。

ここで挙げた二つのケースは、まったく異なる例であり、当時の農村部と都市部における女性を取り巻く就業状況を如実に物語っている。これについて、本誌の編集長であった郭楠檸は、当時の農村の状況について、「条件が整い」「本人が望む」なら、家庭に戻り主婦になることも一つの立派な選択肢になり得ると肯定的に評価し、女性の生のあり方について多様性を認める見解を示した[116]。もっとも今回の論争では、女性就業に対する考え方や家事労働の位置付け、さらに男女平等・婦女解放とは何かについての意見が出された。そしてこれらの意見は、これまで堅持してきた社会主義的な価値観と改革開放に伴う効率重視の価値観との衝突として現れた。女性は社会貢献を通じて経済的に自立することによって初めて解放されるとみる意見があれば、男女の区別を認めつつ家庭と仕事のバランスを取るべきであるとする意見や、女性に自ら選択できるようにするべきであるとする意見もあった。しかし、これらのいずれの意見も、女性自身をまず国家という枠組みの中に位置付け、個人は国家を媒介とすることによってはじめて真の個人になり得る、という人間観が強調されているように見受けられる。

全国婦聯と全国総工会女性職員労働者部は、地方政府の主導によって試験的に段階的就業が採用されることに反対の立場を採り、この流れを食い止めようと努めた[117]。1988年９月に開催された中国婦女第六回全国婦女大会における宣言をみてみよう。

> 「一部の地方で女性の生理的特徴を理由に女子大学生や女性労働者の募集を制限し、また職場で行われる余剰人員の整理において条件を満たしている女性労働者を外すなどの現象が起きているが、こういった問題は改革が進むことにより合理的な解決が図られるであろ

を表わしたものである。

[116] 木村田鶴子・前掲注110）98頁参照。

[117] 以下は、徐家良・前掲注99）153 ～ 156頁を参照した。

う。……余剰人員削減の対象となる女性労働者のために、婦聯は関係部門に対して働きかけ就業機会を創造していく必要がある」[118]

そのうえで大会では、社会主義商品経済の発展に見合う柔軟かつ多様な就業形態、すなわち「柔軟な業務体制、半日制、時間制、歩合制など」を模索することについても言及がなされた。

このように、就業する機会を増やすために多様な形態を取ることを提唱するが、段階的就業については反対の立場が示された。また、女性の出産に伴う負担を軽減するために、同年４月には、全国婦聯をはじめ全人大代表により出産の保護と補償問題に関する特別法を作るようにとの提案もなされている。たとえば、生育費用の社会補償制度などがそれに該当する[119]。小浜正子によると、この制度は1988年９月から鞍山市と南通市を皮切りに実施され、その後1991年５月までの間に12の省と61の市県で開始された。しかも、鞍山市以外はすべて中央の指導によるものであり、政府の段階的就業推進の意図をここから読み取ることができる[120]。

そして1988年10月、労働部は全国婦聯の反対意見を取り入れて[121]、国

---

[118] 中国婦女第六回全国婦女代表大会で行われた張幗英による業務報告「自尊、自信、自立、自強、為奪取改革攻堅階段的勝利建功立業」から引用した。

[119] この制度は、休業中の女性労働者の賃金を、男女双方の所属機関で折半して負担、あるいは都市ごとに全機関の拠出によって社会基金を創設しそこから支給しようとするものである。小浜正子・前掲注112）580頁参照。この社会基金の創設は、従来、「鉄の飯茶碗」の下で労働者の福祉を所属機関に全面的に負わせていたことから、社会的な労働保険制度を創設・整備していこうとする一連の改革の一つと位置づけられる。松戸庸子「転換期を迎えた中国の社会保障制度」海外社会保障情報81号（1987年）61 ～ 77頁参照。

[120] 小浜によれば、1988年後半からすでに段階的就業を主とする「弾性就業制」が各地で進められていた。たとえば、湖南省株州市では、10月より「女職工弾性工作制」の試行を開始した。これは、①一人っ子出産の場合、満三歳までの休業；②手工業の家庭内での請け負い、③各種のパートタイム勤務、④年齢を早めての退職、などを本人の希望により行うというものである。小浜正子・前掲注112）580頁参照。

[121] 全国婦聯は、国連がスポンサーとなったあるシンポジウムにおいて、労働

務院に宛てた「女性労働者の段階的就業について」において、次のような報告を行い段階的就業制度の当面の実施を見送ることにした。

> 「当面の経済発展状況、職員の給料水準などの要素を考慮すると段階的就業制度の普遍的な実施は、時期尚早とも言えるが、しかし、今後の経済構造の予測によれば、こういった就業政策の採択は時間の問題である」

労働部の報告を受けて、国務院も段階的就業が国情に合わない政策であると位置づけ、そもそも就業市場に行政が介入していく計画経済に見据えた政策であることから、市場経済の制度に合わないとして、結果的に許可することはなかった。

（２）2000年前後の「婦女回家」論争と段階的就業

1992年に鄧小平が行った南巡講話は、経済改革と対外開放を大胆に加速する方針を明確にしたことによって、以後の経済の自由化が猛スピードで進むことになった。それゆえ、国営企業は大きな打撃を受け、中国社会における就業構造に大きな変化をもたらした。1995年の国家統計局による人口１％を抽出したサンプル調査によると、都市部の失業率は4.03％で、レイオフや長期休暇の労働者を入れると5.02％にまで達し、これを実数でみるとそれぞれ728万人と917万人になる。また、国有企業や集団所有制の企業における余剰人員は約2200万人に上り、全労働者数の15％を占めるまで至り、農村部における余剰労働力は約13000万人にまで膨れ上がった[122]。以下の表は、2000年12月に婦聯と国家統計局により行われた調査に現れている18歳から64歳までの男女就業率の変化である。

部の官僚に対して段階的就業についての反対意見とその理由を述べる機会があったとされる。これについて、労働部の官僚の答えは、女性の段階的就業の実施は女性を保護するためであり、これが女性の発展を阻むとしたら、やめざるを得ないというものであった。徐家良・前掲注99）155頁参照。

[122] 徐家良・前掲注99）156 ～ 157頁参照。

図表２－２．10年間の男女（18 ～ 64歳）就業率比較（単位：%）

	全国		都市		農村	
	男性	女性	男性	女性	男性	女性
1990年	96.1	90.5	90.0	76.3	97.4	93.9
2000年	93.6	87.0	81.5	63.7	97.3	94.8
	－2.5	－3.5	－8.5	－12.6	－0.1	＋0.9

出典：全国婦聯＝国家統計局「第二期婦女地位抽様調査主要数据報告（2001年９月４日）」http://www.wsic.ac.cn/staticdata/68555.htm（2015年３月１日最終閲覧）

上記の表をみると、都市部における就業率の低下が目立つ。とくに、女性の就業率は男性に比べてさらに4.1％下降していることがわかる。このことは、男性より女性の方が失業やレイオフの影響を受けやすいことを示している。また、この表には現れていないが、18歳から49歳までの女性の就業率は72％であり、1990年の88.2％から16.2％下降している[123]。深セン市では、レイオフの労働者のうち、女性は67％占めており、一年以上経つ者のうち女性の比率は73％にまで上る。こうした数字からわかるのは、女性労働者の方が男性より経済不況の影響を受けやすい傾向にあるということ、いったん仕事を辞めてしまうと男性より女性の方が再就職先を見つけにくいのではないか、といったことである。

では、こうした背景の下で、党や政府は女性就業の対策としてどのようなことを考えていたのだろうか。また、党や政府の動向に対して全国婦聯はどのように対処したのだろうか。以下ではこの点について述べてみたい[124]。

1996年に行われた党中央の指導者によって開かれた北戴河会議では三つの議題が討論された。そのなかには女性の段階的就業制度についての議論も含まれていた。女性の就業問題が再び労働部から提出され取り上

[123] 全国婦聯＝国家統計局「第二期婦女地位抽様調査主要数据報告（2001年９月４日）」http://www.wsic.ac.cn/staticdata/68555.htm（2015年３月１日最終閲覧）
[124] 以下の全国婦聯の取り組みに関する内容については、徐家良・前掲注99）160 ～ 187頁を参照した。

げられるようになったのである。これに対して、全国婦聯は1996年11月に全国の６市（廣州、上海、瀋陽、天津、武漢、済南）において調査を行った。その結果、68.8％の女性が段階的就業に反対し、そのうちの82％は高学歴者であることがわかった。本調査に関する報告は、その後1997年３月に開催された全国政治協商会議において提出された。全国政治協商会議委員で全国婦聯副主席である劉海栄は､段階的就業が憲法や労働法、婦女法に違反するものである以上、その施行については断固反対すると主張した。さらに、他の委員たちも、段階的就業制度は多くの働き盛りの女性たちを経済領域から締め出すことを含意するため、この制度によって女性の全体的な資質［素質］が劣化し、ひいては人類の再生産の社会的価値を弱化させてしまうことになると主張した。

中国人民政治協商会議全国委員会提案工作条例[125]の規定18条によれば、各委員により提出された提案は一度審査を行い、認められたものについては、会議期間終了後、党中央関係部門または全人大常務委員会辦公庁、中央政府の関係部署などに送付され、改善策などの回答を乞うことになっている。全国婦聯と政治協商委員らが段階的就業に対して反対であるとの意見を全国政治協商会議に提案したところ、労働部から向こう三年以内に女性の段階的就業制度を設けることは控えるという回答が出され、全国婦聯の意見が受け入れられる形で今回の騒動も終息に向かうことになった。その意味では、全国婦聯の積極的な取り組みにより、今回も労働部による段階的就業制度の実施を何とか食い止めることができたといえよう。その後、全国婦聯婦女研究所は中国致公党婦女委員会と共同で女性のレイオフ・再就職状況についての調査報告を再び1998年の全国政治協商会議に提出し、段階的就業制度の弊害を訴え続けた[126]。

しかしながら、2000年になると、全人大により作成された第10次５ヶ年計画の草案である「国民経済と社会発展に関する第10次５ヶ年計画の

[125] 1991年１月11日政治協商会議７期常務委員会12回会議において採択され、1994年10月８日、2000年２月29日、2005年２月28日一部改正された。

[126] 中華全国婦女聯合会婦女研究所・中国致公党委員会婦女工作委員会課題組「関於女職工下崗――再就業状況的調査報告」婦女研究論叢1998年３期13 ～ 19頁〔丁娟執筆〕。

建議の制定」に「就業を拡大し、社会保障制度を整備し」たうえで、「段階的就業制度を設け、弾力的就業形式を取り入れる」という文言が書き込まれたため、またも段階的就業制度は議論の的になった。ちなみに、段階的就業制度が党中央の文書で現れたのは今回が初めてである。その後、「国民経済と社会発展の第10次５ヶ年計画の制定に関する建議」（以下、「建議」と略す）に対する意見募集が始まり、建議には「段階的就業制度を設け、非全日制就業および季節的就業など弾力的な就業形式を発展させる」との文言が示された。

そして2000年12月19日に公表した白書「二十一世紀の中国における人口と発展」においても、「労働力資源配分の最適化」という部分に「就業機会を増やす努力をし、……段階的就業制度を設け柔軟な就業形式を推進する」ことが明記され、徐々に政府の公式見解になりつつあることが明らかになったわけである。こうした党や政府の動き、すなわち段階的就業を推進しようとする立場の形成に対し、もちろん全国婦聯は危機意識を抱くわけだが、しかし今回の相手は党中央ということもあって、力学関係上の高い壁が全国婦聯の前に立ちはだかった。全国婦聯としては、最終的に党中央の綱要への書き込みを阻止できないとしても、せめて「制度」ではなく「形式」・「方式」という文言へと変更できるように、党や政府に働きかけていくことになった。

以後、全国婦聯と党中央との攻防が始まるわけだが、婦聯のねらいは主に次の三点に集約されていた。第一に、関係部門に対する説得作業を行うことである。これは、段階的就業制度が結局のところ女性を家庭に帰らせるものにすぎない以上、制度の推進には慎重になるべきであるとの主張を全面的に展開し周知すること、座談会などを開き関係部門と意見交換を行うことで共通認識を得ようとすることに焦点がある。第二に、メディアを通じての世論形成を行うことである。すなわち、『新中国婦女』誌とは別の婦聯の機関紙でもある「中国婦女報」に段階的就業に関する討論のコーナーを設け、婦聯としての主張を示しつつ、多くの女性の意見をも取り上げて掲載し、メディアからのインタビューを受ける機会を最大限に利用し段階的就業に関する社会的関心を呼び寄せることを試みた。第三に、全人大代表や政協委員との討論を通じて大々的に発信していく方法も模索された。たとえば、全人大では元全国婦聯副主席で

ある趙地[127]、全国婦聯主席の彭珮雲など[128]、政治協商会議では全国婦聯副主席の劉海栄[129]、湖北省代表の丁鳳英[130]、中国電力の黄夢玲[131]、政協委員である康泠[132]などがその対象とされた。第四に、多様な調査報告や意見書を作成し、党中央や国務院に提出する形で婦聯の立場を表明することに努めた。これについては、2001年２月９日に党中央の胡錦濤、中共中央辦公庁および国務院辦公庁に宛てた、全国婦聯の内部文書にあたる婦内字（2001）１号という公文書[133]（以下、「内部文書」と称す）と2001年３月８日に上記の内部文書とほぼ同様の内容で全人大と政治協商会議で提案した意見書がある。

「内部文書」は、「中国婦女報」を通じて「段階的就業は、男女両性に

---

[127] 第10次５ヶ年計画綱要の建議案に記載される「段階的就業制度」と「段階的就業方式」に変えるべきであり、本人自らの選択によるものであること、男女平等原則を遵守することなどを提言した。

[128] 基本的に胡錦濤宛の内部文書とほぼ同様の内容のものであったが、とくに強調されたのは、段階的就業は、女性を家庭に戻らせ、結局的に「男は外、女は内」という伝統が甦ることになり、女性の経済的、政治的、社会的地位を低くさせることになり、最終的には男性に依存してしまうことになるため、慎重に考えるべきであると主張した。

[129] 女性は家庭と社会という二重の責任を負うため、男性より負担が多い中、ジェンダー視点を取り入れた就業制度を構築することが最も重要であると主張した。

[130] 国内の現状において段階的就業を制度化するのは時期尚早であり、それに伴う政策を打ち出し、女性の社会進出をより行いやすい環境をつくるべきであるとした。

[131] 女性が起業と就業できるように研究基金を作り、女性の就業を支持する措置を取るべきと提言した。

[132] 段階的就業のメリットとデメリットを分析した上で、全国婦聯の見解を踏襲した。

[133] 内部文書の正式なタイトルは、「『段階的就業制度の設立』への社会のレスポンスおよび我々の建議について」であり、2001年２月９日に胡錦濤氏、中共中央辦公庁、国務院辦公庁宛に送った。他に、中央政策研究室、国家計画生育委員会、労働和社会保障部、国務院発展研究中心にも参照されるよう送った。中国語の題名は、「関於対『建立階段就業制度』的社会反映及我們的建議」である。これは筆者が調査活動を行った際に、関係者から入手したものである。

異なる影響を与えうるか、女性の労働権利利益を侵害しうるか」というテーマで行われた討論から収集した社会各界の見解を整理して作成された。その内容は、段階的就業の定義や対象者、社会各界の見解、全国婦聯の立場という３部構成となっている。段階的就業の対象者について、上記の「建議」や白書ではとくに性別を特定していないが、しかしそれが女性を主たる対象としている蓋然性は非常に高いとみなしている。その理由は、政府部門の関係者のインタビューを踏まえて考えてみた場合、段階的就業の対象者となるのは、主に出産期にあたる女性、途中で勉強などのために辞める者、介護を理由として辞める者の三つの類型が考えられるわけだが、そのうち勉強や介護のために辞める者は人数的に見て相当程度に少ないことが予想されるため、出産期の女性がもっぱらその対象になることは明らかだからである。段階的就業制度についての全国婦聯の見解は、以下の６点である。①「制度」として推進せず「柔軟かつ多様な就業」の「方式」を取ること、②本人自らの選択によるもの、③男女平等原則に基づき出産期女性のみを家庭回帰させないこと、④法律に基づき女性の権利利益を保護すること、⑤段階的就業に伴う各種社会保障制度を整備すること、⑥再就職のための職業訓練システムを構築すること。

その後、2001年３月７日に、政治協商会議において全国婦聯の立場に対する反対意見が提出された。それは江西省政協副事務局長の王賢才による、「婦女回家」論とでも呼ぶべきものであった。曰く、女性は職場から撤退し、家庭に戻って家事労働に従事しながら夫の世話をし、子どもの教育に専念すべきである［相夫教子］[134]。これに対して劉海栄は、女性の社会進出の重要性を社会的地位の獲得と国家への貢献の視点から説明し、こうした「婦女回家」論に対抗する論陣を張った。そしてこれがきっ

[134] ただし、王の発言にはその続きがあって、つまり、女性に安心して家庭に戻らせるためには、それに伴う社会保障制度を整える必要があるとした。たとえば、妻が主婦である場合、夫は職場から1.5倍の給料が得られるようにしたり、夫婦のどちらのみが職に就いた場合、家庭財産はすべて共有にするなどを提案した。こういった保障制度のサポートなしには女性の家庭回帰は考えられにくいとした。

かけとなって会場の内外では「婦女回家」論争が展開されることになった。当時のメディアによって繰り広げられた「婦女回家」論争状況については図表２－３の通りである。

図表２－３　各メディアにより取り上げられた段階的就業に関する記事の一覧表

No.	メディア名	記事のタイトル	日　時
1	人民網	聴李銀河談女性話題	2000年11月20日
2	精品購物指南	21世紀讓女性回家？	2001年１月１日
3	精品購物指南	職場、讓女人走開？	2001年１月12日
4	中國婦女報	「婦女階段就業論」三起三落	2001年１月19日
5	中國労働保障報	就業制度重大革新	2001年３月６日
6	中國労働保障報	逐歩建立以市場為導向的就業機制——訪全国政協委員、労働保障部副部長林用三	2001年３月６日
7	南方網	両会聚焦：婦女回家相夫教子還是延長退休年齢	2001年３月７日
8	南方都市報	已婚職業婦女回家相夫教子光栄	2001年３月７日
9	南方都市報	讓婦女回家引発激烈交鋒	2001年３月８日
10	天府早報	三八節前夕、全国政協委員———一份大会発言昌議、立法鼓励婦女回家	2001年３月８日
11	新華社	城市女性経済独立意識増強	2001年３月８日
12	江淮晨報	已婚女職工退崗相夫教子、政協委員昌議引起争議	2001年３月８日
13	大洋網	女性調査:85％婦女反対「以家為主」	2001年３月８日
14	北京晨報	婦女該不該回家	2001年３月９日
15	華西都市報	四川女代表対回家説不和讓婦女回家引起激烈争鋒	2001年３月９日
16	江淮晨報	讓太太回家、多数女性反対	2001年３月９日
17	中國青年報	婦女回家：従会内争到会内	2001年３月９日
18	光明日報	両会巾幗因責任爾美麗	2001年３月９日
19	中國労働保障報	十五計劃綱要中有関労働工資的名詞解釈	2001年３月９日
20	中國労働保障報	十五計劃新特点、百姓実恵看得見——聴曾培炎細説「十五」計劃	2001年３月９日

21	北京晩報	站在女性的角度上――声音	2001年３月10日
22	中國婦女報	階段就業話題很多――来自代表委員の評説	2001年３月10日
23	新華網	要把我們的声音傳出――政協委員話「婦女回家」	2001年３月11日
24	中國婦女報	一個経済学家眼中的階段就業	2001年３月12日
25	人民網	反対讓婦女回家的提案	2001年３月13日
26	人民網	到底該不該讓太太回家	2001年３月13日
27	中國婦女報	充分調動婦女力量参加「十五」計劃実施――彭珮雲提出四点建議	2001年３月13日
28	中國婦女報	日本婦女的階段就業	2001年３月14日
29	人民網	有感已婚女人是否該回家	2001年３月14日
30	中國青年報	不妨跟男人這麼算「帳」	2001年３月14日
31	人民網	也説讓婦女回家	2001年３月16日
32	人民網	我看婦女回家	2001年３月16日

出典：徐家良『制度、影響力與博弈』（中国社会出版社、2003年）182 ～ 184頁の表に基づいて再構成した。

こうしてみると、婦聯の取り組みが一定の反響を呼んだことは間違いない。そして、婦聯の活動が効を奏したのか、2001年の全人大で行われた朱鎔基首相の業務報告においては、段階的就業制度についての言及は無く、その代わりとして「柔軟かつ多様な就業形式を発展」させることが明言されている。さらに、今回の論争の発端となった第10次５ヶ年計画綱要における就業問題については、「段階的就業制度を設立する」といった文言が「非全日制就業、季節的就業などの弾性的な就業形式を採り、自主的な就業を奨励する」という文言へと変更されており、全国婦聯の努力が実る形で今回の論争も終わったのであった。

しかし、こうした繰り返し発生する「婦女回家」の主張とそれをめぐって全国婦聯の側との間で交わされる論争について、どのように捉えるべきなのだろうか。そこに歴史的連続性はないのだろうか。あるいは全国婦聯の推進している女性解放の理念が、こうした「婦女回家」の論争を経るたびに中国社会に対してどのような影響を与えてきたのだろうか。このような問題について、これまで必ずしも十分な議論が展開されてい

るわけではない。だが、段階的就業制度の実施が提案されるたびにその阻止へと向けて立ち上がり、労働部などと繰り広げてきた攻防を振り返ってみると、こうした問題を理解するための手がかりがないわけでもないように思われる。

まず、段階的就業制度とは何かである。その対象となるのは、先述した三つの類型によって表わされるように、出産・育児、介護、就学・その他有償活動のため、自らの意思で長期間労働市場からいったん撤退しようとする者である。段階的就業制度とは、そうした人々が一定の期間を経た後に職場復帰し就業することを指す[135]。したがって、実際の対象者としては、主に出産・育児や介護といった家事労働に従事することが想定されており、その担い手としては女性が想定されていることはいうまでもない。

また、第10次５ヶ年計画綱要において段階的就業制度を設ける背景として、経済学者の呉樹青は次の２点を挙げる[136]。第一に、失業率の向上、第二に、社会問題化しつつある少年少女に対する家庭教育の欠如である。要するに、段階的就業制度を導入するということによって父親か母親が離職し家庭に帰るのであれば、その分のポストが空くわけだから失業問題を解決できることになるし、子どもの教育にも専念できるようになるというわけである。これは、段階的就業を出産期に限定せず育児期にまで拡張し、そのターゲットとして結局は女性を想定していることが示されている。

段階的就業制度に対する全国婦聯の対応が比較的に柔軟であったことは既にみてきたとおりである。これは、経済改革の進展の中で、女性労働力の再配置が始まっていることを意味し、家事・育児の負担を理由とした女性の労働市場からの撤退を奨励する政策とも捉えることができる。このような選択的な「婦女回家」の奨励は、とくに出産・育児期の女性を主な対象とする点から性別役割分業を政策として推し進めようとするものであった。ここには、従来の女性の就業を柱として男女平等を

[135]「『十五』計画綱要中有関労働工資的名詞解釈」中国労働保障報2001年３月９日１面。

[136] 徐家良・前掲注99）179 ～ 180頁参照。

推進するという女性解放の基本政策に対する修正が行われているのではないかと指摘する論者もいる[137]。

こうした段階的就業を中心的問題とする選択的「婦女回家」は、社会的諸条件の整わないままに推進された女性就業政策の結果としての、女性の過重な負担、とりわけ乳幼児を抱えた女性の負担を、軽減するといった側面を持っている。それゆえ、段階的就業を推進することは、女性に有利な政策であるとみて肯定的に評価する意見もある。だが、従来の女性就業政策から、性別役割分業の強化につながりかねない女性労働力の再配置への女性政策の変更は、必ずしも女性のための女性解放という視点から導かれたものではなく、その時々の党・政府にとっての火急の目標である、経済発展を実現するための手段的視点から引き出されたものであった。したがって、女性の解放とは何か、という問題は依然として積み残されたままである。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割」（2013年３月24日授与）を加筆・修正したものである。執筆・加筆・修正にあたって、科学研究費の「研究活動スタート支援（2012 ～ 2013年度）」（課題番号：24830001）および「若手研究（B）（2014 ～ 2016年度）」（課題番号：26780001）の援助を受けた。

[137] 小浜正子・前掲注112）582頁参照。

講　　演

韓国のロースクール制度実施５年間の評価について

朴　　濬　佑
（パク・ジュヌ）
李　　妍淑（訳）

はじめに

韓国では2009年３月にロースクール制度が実施され、すでに三期の卒業生を輩出した。2013年６月24日には、市民団体（「参与連帯」）と国会議員（民主党、野党）、そして推進派のロースクール教授、記者が集まり、「ロースクール制度導入の５年点検と改善方向」というテーマで討論会を行った（以下、「ロースクール討論会」と略す）。本稿の目的は、韓国のロースクール制度の導入背景と運営状況について紹介した上で、本制度に関する評価と改善方向を提示することにある。本制度を評価するにあたって、上記のロースクール討論会で公開された統計資料を用いた[1]。

ロースクール制度の評価と改善方法を提示するために、まずは、その基準となり得る制度の設立趣旨を紹介する。それはロースクール制度の基本設計図[2]ともいうべき、司法改革委員会の「司法改革のための建議文」に書かれてい

[1] 討論会の資料集は、以下のリンクからダウンロードすることができる。사법감시센터 http://www.peoplepower21.org/?module=file&act=procFileDownload&file_srl=1043498&sid=15f4da85824aae6c7592af95781773b8（最終閲覧日：2014年２月１日）。

[2] 김창록「변호사시험법의 쟁점과 방향」『법과사회』제36호（2009）11페이지。

る[3]。それによると、法曹は国民に「良質の法的サービスを提供」し、「開放された法律市場に対処」できるようにしなければならない。そのため、法曹は「健全な職業倫理観、法的紛争の専門的・効率的解決を図るための知識と能力、世界的競争力と多様性」を身に付けなければならない。多様な専攻の学位取得者に専門的な法律理論および実務教育を提供し、かつ必要なカリキュラムを忠実に履修した者に法曹資格を与える、というのがロースクール制度の趣旨である。

本稿は、以下の順で展開する。まず、ロースクール制度の導入経過と導入前後の法曹養成過程について述べる。次に、教育課程および学生指導、学部専攻分野と経歴の多様性、社会的弱者に対する配慮、学費の負担、弁護士試験の側面からロースクールの実施状況を紹介し、評価を加えたうえで、改善方向を提示する。最後に、日本と韓国のロースクール制度における法曹人数制限に関する問題について考察する。

１　ロースクール制度の導入背景および特徴

韓国におけるロースクール制度導入の議論は、1994年４月15日の世界貿易機構（World Trade Organization）設立協約締結等によるグローバル化趨勢とともに開始された。国内外市場における米国等先進国の商品およびサービスとの競争に参入するために、1995年に金泳三政権（1993.2 ～ 1998.2）はグローバル化推進委員会を立ち上げた。そして「司法改革」をグローバル化実現のための「４大重点推進課題」の一つとして取り上げた[4]。当時のメディアにより指摘された法律サービスの問題点は、法曹人口の不足、高額な弁護士費用、法曹界における不正問題、法曹の不親切かつ権威的態度、拙速な裁判、前官の礼遇、専門性と国際的活動能力の不足などであり、こういった問題を解決するためには米国型ロースクールを設立し、外国語能力と専門性を備えた法律専門家を養成しようとする改革案が提起された。その後の継続的な議論を経て、2005年１月に盧武鉉政権（2003年２月～ 2008年２月）は司法改革推進委員会を設置し、2007年

[3] 사법개혁위원회「사법개혁을 위한 건의문」(2004.12.31.) 17 ～ 18페이지。

[4]「４大重点推進課題」とは、外国語教育の強化、ソウルの東北アジア中心化、高級公務員のグローバル化、法律サービス・教育の改革を指す。허행량 <세계화추진위선정4대중점과제> 매일경제1995년2월25일。

７月３日に「法学専門大学院の設置・運営に関する法律案」が国会で可決された[5]。そしてついに2008年８月29日に、法学教育委員会は首都圏において15校（入学定員総数1,140名）、地方の４大圏域において10校（入学定員総数860名）という、合計25校に対してロースクールの設置を認可した（ロースクールの認可・運営に関する基準については表１を参照）。2009年３月、ロースクール１期生が入学するとともに、ロースクール設置大学の法学部も新入生募集を停止した。司法試験[6]と既存の法学部は2017年まで存置するとした。2012年と2013年２月にロースクール１期生と２期生が卒業したが、弁護士試験の合格率（入学者定員2000名）はそれぞれ72.55％（1451名）と76.9％（1538名）である[7]。

ロースクール制度の施行前後における法曹養成過程を比較すると以下のような特徴がみられる（表３参照）。第一に、司法試験には学位要件がなく、法学科目35単位以上履修すれば受験できるが[8]、弁護士試験はロースクール卒業者のみ受験可能である[9]。第二に、合格者の研修について、司法試験制度においては司法研修院が担当していたが[10]、ロースクール制度においては雇用主である法務法人、政府機関、検察、法院、企業や非営利団体の法務チームなどが自主的に研修を行う[11]。第三に、司法試験は基本的に判事・検事の選抜試験である。

---

[5] 韓国ではロースクールのことを「法学専門大学院」と呼ぶ。法学専門大学院の設置・運営に関する法律（2007年７月27日公布、公布番号第8544号、2007年９月28日施行、以下「2007年法」と称す）を参照。また、現行法律は、2013年３月23日施行（他法改正、公布番号第11690号、以下「2013年法」と称す）したものである。

[6] 弁護士試験法附則（法律第9747号、2009年５月28日公布）第２条。

[7] 法務部の弁護士試験合格者名簿は、次のリンクから入手することができる。http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/BoardList.do?strOrgGbnCd=113000&strRtnURL=lawyer_0104&strNbodCd=noti0480&strFilePath=bar/（最終閲覧日：2014年１月30日）

[8] 司法試験法（一部改正、2006年３月24日公布・施行、公布番号第7893号）第５条第１項と第２項。司法試験法施行令（一部改正、2011年12月13日公布・施行、公布番号第23362号）第３条第２項。

[9] 弁護士試験法（2011年７月25日一部改正、公布番号第10923号）第５条第１項と第２項。

[10] 弁護士試験法（2013年５月28日一部改正、公布番号第11825号）第４条第１号。

[11] 弁護士試験法第31条の２：弁護士試験に合格した者は法律事務従事機関で合

したがって、司法研修院での教育内容も判事・検事養成が中心となっている。司法試験と司法研修院の成績に基づき、上位20 ～ 30％を判事・検事の順番で採用し[12]、その他は弁護士になる。これとは異なって、ロースクール制度における弁護士試験は、弁護士の資格試験である（実際に資格試験として運営されているか否かについては後述する）。判事と検事は弁護士の中から採用する。とくに、判事は2022年から10年以上の弁護士経験をもつ者から採用する[13]。言い換えると、韓国のロースクール制度とは、「試験を通じての選抜」から「教育を通じての養成」への変化を目指そうとするものである、ということになる[14]。

２　教育課程と学生指導

ロースクールの教育課程と学生指導は、基本的に別個のものとして考えられている[15]。ただ、学生指導の主要目的の一つは、学生がより順調に教育課程に

計６ヶ月以上法律事務に従事または研修しなければ、事件を単独または共同で受任することができない。また単独で法律事務所を開設または法務法人の構成員になることができない。同法第21条の２第１項本文。ここでの「法律事務従事機関」とは、国会、裁判所、憲法裁判所、検察庁、政府法務公団、法務法人、国家機関、地方自治団体、国際機構、大韓弁護士協会等が含まれる。同法21条の２第１項各号。

[12] 司法試験合格者が500名を超えた1999年以降、司法研修院の卒業生における判事任用率は、2000年に16.9％、2001年に16.1％、2002年に16.0％、2003年に13.7％、2004年に11.9％である。他方、検察官の任用率は、2000年に14.5％、2001年に13.1％、2002年に12.5％、2003年に10.3％、2004年に8.3％である。「판검사 임용은「바늘구멍」」, 법률저널, 2004년1월27일（大法院の資料による報道であるとされる）http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=3697（最終閲覧日：2014年１月16日）

[13] 法院組織法（2014年１月７日一部改正、公布番号第12188号）第42条第２項。附則（2011年７月18日一部改正、公布番号第10861号、2012年１月１日施行）第２条。

[14] 김창록、前掲注２）14頁参照。

[15] ロースクールの評価基準においても、教育課程（評価項目３）と学生指導（評価項目５）は別個の項目となっている。大韓弁護士協会法学専門大学院評価委

適応できるようにするためにあるので、両者は有機的に結合しているともいえる。実際に、在学３年間において、教員が学生の学習方法と進路選択についてどれだけ充実な指導を行ったかは、ロースクールを評価するにあたって、一つの基準となっている[16]。以下では、ロースクールの教育課程と学生指導について紹介する。

（1）現状

①　教育課程

ロースクールの教育課程の特徴を法学部教育課程と比較することで、以下のことが明らかになる。

第一に、法学部にない実務科目が多数設置された。とくに、法曹倫理、法律情報調査、法文書作成、模擬裁判、実習科目はすべてロースクールにおける必修科目である[17]。

第二に、実務科目の中の検察実務、民事訴訟実務、刑事訴訟実務等は、各地域の検察と法院の検事・判事がロースクール生を対象に講義を展開している。

第三に、リーガル・クリニックは、法務法人が実際に扱っている事件、または紛争当事者が各ロースクールのリーガル・クリニックセンターを通じて申請した事件について、担当教員の指導のもとで、学生が専門的な意見を提示する形で行われる。法務法人の事件については、事件担当弁護士が学生を直接指導する。

第四に、法学部では、簡単な事例と判決要旨を中心に教育し、事実関係に対する法の適用は主に４年生の練習科目として実施されてきたが、ロースクールにおいては、１学年から法の説明とともに、１審判決文の事実関係について法を適用する教育をする。したがって、練習科目は殆どのロースクールから消えることになった。

第五に、ロースクールでは、従来の法学部より特別法科目が増加しており、基礎法と国際公法科目は減少された。

員会評価基準を参照。http://www.lsec.or.kr/homepage/evalBiz/evalStandard.do（最終閲覧日：2014年１月30日）

[16] ロースクール評価基準（評価項目 5.1）参照。

[17] 前掲注５）「2013年法」第20条、同法施行令第13条。

② 学生指導

ロースクールでは教員による学生指導が自発的かつ活発に行われている。指導項目も充実しており、ロースクール評価基準に設けられている「学生相談および指導」項目が必要ないと感じるほどである。ロースクールに入学した学生は、その学部において他の学生に比べて成績が優秀な者が多い。しかし、ロースクール入学後、膨大な量の勉強が待っている。それに同レベルの実力をもつ者同士の競争が激しく、ひいては学部時代に取得したことのないＣまたはＤ評価を受けることもある。それにより成績順位が下位50％に入ると体力的・精神的・心理的な恐慌状態に陥る学生もみられる。教員は、自身の指導学生と頻繁に面談することで学校生活における困った点などを把握し、教育課程に無理なく適応していけるように、受講科目の決定や勉強方法など、授業に直接関連する事項だけではなく、生活面や心理状態においても積極的にアドバイスを行っている。

（２）評価および改善方向

① 教育課程

現時点で実務教育と特別法教育については比較的に成功しているものと評価しうる。成功の要因としては、弁護士試験合格率が75％前後（総入学定員比）という比較的に高い比率が維持されているからだと考えられる。実務と特別法の講義は、弁護士試験合格後のことを考えて行われるものであるため、弁護士試験合格率が低いようであれば、弁護士試験準備に集中しなければならなくなる。したがって実務と特別法の授業の出席率は次第に低くなるであろう。しかし、基礎法と国際公法については、上記のような高い合格率にも関わらず、減少している傾向がみられる。それは、これらの科目が卒業後に現実問題の解決に何の役にも立たないという、学生たちの認識による。しかしながら、就業して10年以上を経て、政策決定可能な地位を獲得する可能性を考慮した場合、法哲学や法政策学のような基礎法知識は必要不可欠となるため、重要科目として扱うべきである。したがって、基礎法と国際公法の場合、担当教員が積極的に上記の法分野を現実問題と密接に関連づけて講義する必要がある。たとえば、西江大学校では、法社会学専攻の教員が「企業の社会的責任と法」という科目を開設しており、他の大学でも「映画と法」という科目において、映画を通じて社会問題を扱う授業が展開されている。

② 学生指導

上述した通り、ロースクールの教員は指導学生との面談を自発的かつ積極的に行っている。筆者は、その理由を以下のように考える。第一に、ロースクール制度の導入により卒業生の進路が決定される環境が変化している。ロースクール以前の法学部では、「少人数の法曹を選抜」したため、法学部卒業生の司法試験合格率は非常に低かった[18]。そのため、司法試験にさえ合格すれば一定程度の経済的成功が保障されていた。また、判事・検事への任用と弁護士としての就業も、主に司法試験の成績と司法研修院での成績により決められた。したがって学生たちは、大学での授業よりも、学習塾で行われる司法試験対策講座の受講を通じて司法試験で好成績を取得することと合格後の司法研修院での好成績を目指すことに集中していた。これにより教員も学生も面談の必要性をさほど感じなかったのである。ところが、ロースクール導入後、弁護士試験の合格率は毎年総入学定員（2,000名）の75％程度（1,500名）で維持されることが予想されている。弁護士試験の成績は非公開であり、２年間の司法研修を受けなくても弁護士として活動することができるようになった。結局､法務法人･検察・政府機関・企業法務チーム等のロースクール卒業生の雇用主は、ロースクールで取得した優秀な成績を以て、在学生または卒業生をインターンシップとして採用し、最終的にはそのインターンシップへの評価を以て採用可否を決定するしかない。したがって、大学の授業にどれほど順調に適応するかは、卒業生の進路を決定する重要な変数となっている。

第二に、ロースクール制度の導入前後において教員の教育観が変わりつつある。教員の教育観は以前から徐々に変化していたものの、法学教育分野においてはロースクール制度の導入を契機にその変化がより具体的かつ実効的になったと思われる。わかりやすくいえば、過去においては、学生が教員の説明を理解できなければ、それは「しっかり勉強していない学生の責任」とされた。ところが、現在は「易しく説明できなかった教員の責任」という視角から捉える

[18] 大学別の正確な統計がないため、筆者の勤務校である西江大学校の場合を例として挙げる。法学部の入学定員に比べて、司法試験の合格率は毎年50％前後（法学未修者含む）であった。これは、他大学と比べると最上位水準の合格率である。

場合が増えてきた[19]。「講義内容の本質を理解できなければ易しく説明できない」という点から考えると、「教員の責任」を問うことについては筆者も同意する。ただ、「学生の責任」という視角は、「学生に対して高い基準を設定し、その基準に到達した者だけが成功し、到達できなかった者は脱落者として取扱われる」という時代遅れの教育観でもある。そして、これは紛争解決能力ではなく暗記能力の優れた少数者のみが法曹に選抜され、その他を脱落させる典型的な司法試験制度の特徴と共通している。他方、「教員の責任」という視角は、「学生に対して必要最低限の基準を設定し、その基準に到達した大多数の学生が創造的に問題解決に取り組むようサポートする」教育観である。これは、必要最低限の専門性を備えた学生が弁護士になり、多様な分野で各自の関心と能力に応じて紛争解決を行うことを趣旨とするロースクール制度および弁護士試験制度と合致している。すなわち、法学教育分野において、「暗記できなければ落とされる学生」から「理解させなければ落とされる教員」へという教育的発想の転換がロースクール制度の導入とともに進められていると思われる。

こうしてロースクール制度の導入とともに、法学教育は「独学」から「教育」へと確実に変化しつつある。その中、以下のような改善しなければならない点がいくつか存在する。

第一に、学生相談において、「努力の強調」から「心理的安静」へと誘導する方向に変更する必要がある。過去５年間、筆者が学生と面談してきた経験を踏まえると、学生が授業に適応できない理由はほとんど心理的側面のものである。ロースクールに入学した学生はみな優れた知的能力、すなわち理解力、暗記力、自制力等を備えている。そのため、成績の悪い学生や適応できない学生にもっとも必要なのは、「より多い努力」または「死ぬ覚悟での努力」ではなく、「心理的負担の除去」、すなわち「安心感」である。学生を不安にさせる要因には、内面的なものと外面的なものがある。「内面的要因」とは、学生が不必要に自

[19] 教員の役割として主に研究が強調された過去とは異なって、最近では講義の重要性も強調されるようになった。西江大学校では、教員の講義評価結果をすべての学生に公開し、履修申請時の参考材料として提供している。また、本学の経営専門大学院は、講義評価の結果をインターネットを通じて学外にも公開している。西江大学校経営専門大学院のウェブサイト http://gbiz.sogang.ac.kr/pages_si/g02_09_23.html. を参照（最終閲覧日：2014年２月１日）。

分自身を不安にすることを指す。たとえば、学生は卒業後大手法務法人に就職できないことを恐れて苦しむ。また、他の学生と比べて、相対的に外国語能力が低いことについて、特別法の知識が不足していることについて、年齢が上であることについて、経歴がないことについて、体力が弱いことについて悩んでいる。これらの学生にある共通点は、「自分自身について知らないし、自分だけの成功の基準がない」ことである。言い換えれば、「現実感覚」と「自分のビジョン」をもっていないのである。自分の好きかつ遣り甲斐を感じる分野や仕事は何か、その仕事をやるのに必要とされる知識や能力は何かを知らないまま、世の中にみられる画一的な成功例に自分をあてはめようとする。そのため、自分に決して必要としない資格や能力の不足を心配し、ロースクールでの教育課程に受動的かつ逃避的に適応しているのである。こうした学生相談において、一部の教員は「より多い努力」を求めるために、「努力しないと弁護士試験または就職に失敗する」という「恐怖心」を与えることで勉強させようとする。だが、「恐怖心」を利用した教育は、非常に不適切であり、その効果についても疑問を感じる。むしろ、学生に多様な質問をすることで自らの性格、才能および適性を把握するようにし（現実感覚）、儲かる弁護士ではなく遣り甲斐を感じる弁護士こそ成功した弁護士である点（ビジョン）を悟らせるよう導くことが必要である。

第二に、学生を不安にさせる外面的要因も除去しなければならない。すべてのロースクールでは、いわゆる留年、卒業試験、厳格な相対評価制度等を内容とする「学事管理方案」を実施している。しかし、「学事管理方案」が果たしてロースクール制度の趣旨に合致しているのか、さらに学生の実力向上に役に立っているのかは疑問である。とくに、「厳格な相対評価制度」の実施により、学生は関心のある科目を履修するのではなく、単位の取りやすい科目や授業・試験負担の少ない科目を履修するという逆効果が生じている[20]。ゆえに、学生に安心して好きな分野の科目を履修し積極的に勉強できるようにするために、厳格な相対評価制度を廃止するべきである。

[20] 송기춘「『법학전문대학원 학사관리강화방안』의 문제점과 그 개선방향」『法과社会』제40호 (2011년)106 ～ 107페이지。

３　学部専攻分野と経歴の多様性

（1）現状

多様な分野の専門性を有する弁護士の養成は、ロースクール制度の導入目的の１つである[21]。そこで、その「専門性」が以前と比べて変化しているかどうかについて、入学者の専攻と経歴を分析することで明らかにしたい。表４をみると、ロースクール入学生のうち、学部で法学以外の分野を専攻している学生が相当数占めていることがわかる。そこに示されている学部専攻は理系のみ含まれているが､文系まで考慮すれば学部専攻の多様化はさらに広がる。もちろん、ロースクール制度導入以前の司法試験合格者の中にも、法学以外を専攻した者がいたとはいえ、制度導入以降と比べると質的な差異がみられる。その質的な差異について、以下、例を挙げて説明したい。

司法試験における工学専攻受験者の一般的な合格プロセスは、次の通りである。まず、大学でそれぞれ工学科目約20単位、法学科目35単位、その他科目70単位を履修したうえで卒業する[22]。司法試験の準備は、主に塾で行う。また、試験の合格および判事・検事の任用、法務法人への就職などには学部時代の単位や成績が考慮されないため､工学科目の授業はさぼりがちである。他方､ロースクールにおける工学専攻受験者の弁護士試験の合格プロセスは次の通りである。すわなち、工学科目は60 ～ 90単位を履修したうえで卒業する。そして卒業後工学分野の実務経験を経てからロースクールに入学する。ロースクールでは約90単位の法学科目を履修しつつ､３年２学期になると塾で受験勉強をする。さらに、ロースクールの入学者選抜においては、学部時代の受講科目と単位すべてが考慮されるため、専攻科目を忠実に履修しなければならない。とくに、ロースクール制度導入後には、表５に示されているように、専門資格と専門経歴を有する者がロースクールを志願する場合が増えている。彼らはロースクールを卒業し､再び元の職業分野に戻って法的問題に取り組むことが期待される。

表６で示されているように、司法試験合格者の48.80％は25 ～ 30歳未満であり、この数値に25歳未満の割合を含めると、司法試験合格者の67.93％が30歳

[21] 前掲注５）「2013年法」第２条。

[22] 韓国の大学では、一般的に１科目が３単位（１単位は週に50分）であり、試験期間を除いて14週間の授業を行っている。

未満となる。ところが、弁護士試験における合格者の30歳未満の割合は32.39％であることから、司法試験のそれと比べて半分以上減少していることがわかる[23]。

５年間実施されてきた司法試験では、35歳以上の合格者数が367名であるのに対し、弁護士試験では618名の合格者を輩出した。司法試験の年間平均合格者が弁護士試験の年間平均合格者より約500名程度少ないとはいえ、５年と２年の年数を考慮すれば、ロースクール制度下の方がより多くの35歳以上の合格者を輩出していることがわかる。これは7.32％と20.67％という割合からでも確認できる[24]。これらの統計は、多様な社会経験を有する者がロースクール制度のもとで法律家になれる可能性が高いことを示している。他方、司法試験制度のもとでは、若年者の合格者が多く、出遅れた挑戦者が合格することは非常に困難である[25]。

（２）評価および改善方向

過去の司法試験においては、合格率が非常に低かったため、30代の職歴者による挑戦には重い負担が伴った。しかし、ロースクール制度導入後の弁護士試験では合格率がおよそ75％に達しているため、専門性を有する社会人が積極的にロースクールを志願する傾向がみられ[26]、弁護士活動においてその専門性を生かすことが期待される。したがって、過去の司法試験制度に比べてロースクール制度における専門家養成は非常に成功していると評価できる。だが、大学入学の時点からロースクール進学のための単位管理等に心掛ける学生が現れ始め、こういった現象が増えるほどロースクール制度の趣旨である多様性や専門性の確保が困難になりかねない[27]。ロースクール制度の趣旨の１つである「多様

---

[23] 前掲注１）、「ロースクール討論会資料集」29頁。

[24] 同上・29 ～ 30頁。

[25] 박근용「학생선발의 다양성과 장학제도 현황」・前掲注１）「ロースクール討論会資料集」29頁。

[26] 法務法人とロースクールにもっとも歓迎される志願者ランキングは、次の通りである。A. 非法学分野で３～５年の経歴と外国語能力を有するもの、B. 非法学専攻の大学卒業予定者、C. 法学専攻の大学卒業予定者、D. 大学卒業後、経歴のないもの。

[27] 여현호「선발과 장학제도, 수정과 보완 계속돼야」・前掲注１）「ロースクール

な背景を有する法律専門家の養成」を実現するために、理想的な法曹養成は次のようなものであると考えられる。まず学部で非法学分野を専攻し、次にその専攻分野で最短３年程度の経験を積んでから、ロースクール教育を受け弁護士試験に合格することでようやく法律専門家して活動することになる。そういう意味では、学部生に卒業後直ちにロースクールへの進学を薦めるよりは、３～５年の職歴を積んでからロースクールを志願するよう指導する方が望ましい。

４　社会的弱者に対する配慮

（1）現状

ロースクール制度の長所の一つとして挙げられるのは、社会的弱者に対する配慮である。つまり、社会的弱者のロースクール入学を一定程度保障し[28]、学費を相当の割合（西江大学校の場合100％）で免除することである。その現状を示しているのは表７である。毎年平均125名、すなわちロースクール総入学定員（2,000名）の６％を超える学生が経済的・社会的弱者として入学し、学費の大部分が免除される形で教育を受けている。もちろん、ロースクールに入学したからといって、必ず弁護士試験で合格するとは限らない。ただ、国家的政策の次元からみれば、ここ５年間において、毎年およそ125名の学生が入学機会を与えられていることがわかる[29]。

特別選考入学者の細部基準別構成状況については表８に示されている。25校のロースクール全体を対象としたデータではないが、18校のロースクールにおいて５年間実施した特別選考で入学した学生のなかには、生活保護受給者またはそれに次ぐ階層の者がもっとも多く、こちらは経済的事由のみが考慮されたグループを形成している。次に高い比率を占めているのは身体的障がいを持つ学生である。ほかに、農漁村地域出身者も一定数を占めているが、こちらは定員設定が比較的に多いロースクール、例えばソウル大学校、梨花女子大学校（それぞれ12名と９名）などで採用されている[30]。

討論会資料集」47 ～ 48頁。

[28] 前掲注５）「2013年法」第23条第１項、同法施行令第14条第２項。

[29] 박근용・前掲注25）35頁。

[30] 同上・36頁。

（2）評価および改善方向

18校のロースクールだけを対象とした調査結果ではあるが、過去の５年間においてすでに376名の生活保護受給者、62名の障がい者がロースクールに入学していたことには大きな意味がある。もちろん、全員が弁護士試験に合格するとは限らないが、このような人たちにも弁護士資格を取得できる機会を政策的に与えること自体については、高く評価するべきである[31]。

５　学費負担

（1）現状

ロースクールの高額な学費は、しばしば批判の対象となっている。しかし、これは奨学金と上記でみてきた特別選考制度を理解せず、額面のみに注目した結果であるため、誇張された批判ともいえよう[32]。

表９で示されているように、2013年の場合、年間授業料が１千万ウォン未満の大学は４校であり、法人化されたソウル大学校を除いた国立大学９校においては1,030万ウォン台未満である。年間授業料が最高額となっているのは成均館大学校であり、2,000万ウォン台に達しているのは３校である。18校のロースクールにおける奨学金支給状況、４年間８学期における全額奨学生比率の平均値、亞洲大学校を除いた17校のロースクールにおける2012年全額奨学生の数は、表10から表12までの通りである。

（2）評価および改善方向

2012年、17校のロースクールに在学している学生4581.5名のうち、32.2％（1474.7名）が全額奨学金の給付を受けている。これは全額奨学金の給付が20％以上を要する法学専門大学院評価基準（評価項目5.3.1.1.）より約12％高い数値である。相当額の財源が奨学金として支給されていることがわかる[33]。もちろ

---

[31] 同上。

[32] 韓国における「奨学金」は、卒業後返済不要のある種の「学費免除」として捉えている。卒業後に返済しなければならない学費の補助は「奨学金」ではなく、「学資金貸出」と称されている。

[33] 박근용・前掲注25）43頁。

ん、成績基準による奨学金ではなく、経済的要因による奨学金である。ロースクール評価基準には、奨学金のうちの50％以上が経済的状況を考慮した奨学金でなければならない（評価項目5.3.1.2.）という項目が設けられている。学費問題は、ロースクールの財政と直接リンクしている。ロースクール制度のもとでは、かつて経済的事情により司法試験に挑戦できなかった者にも弁護士、判事、検事になる機会を与えられるようになった。このような学生たちには、学費免除以外に、有給助教などの制度を通じて一定額を支給されることもある。

ところが、ロースクールがこのような財政的支援を維持しながら、膨大な赤字財政から抜け出るには、ロースクールの評価基準として設けられ、かつ教育目的と無関係でありながら費用だけ生じる項目を削除しなければならない。たとえば、過度な国際セミナーと国際交流の実績、特性化の実績、母乳授乳室や子どもの家等の育児施設、体育館等の健康維持施設（評価項目5.2.1.3.）、コンピューター室、実務教育の必要に応じて過度な図書館の蔵書整備の要求[34]、講義室その他施設に対する法学部との兼用禁止、外国語講座の開設等は、ロースクールの学生教育に必須な要素ではなく、各ロースクールが自律的に決定するべき問題である。

６　弁護士試験

（１）現状

以下、ロースクール制度の下での弁護士試験の特徴について、司法試験と比較しながら説明したい。

第一に、弁護士試験は、卒業後５年以内に５回受験可能であるという制限が設けられているが[35]、司法試験にはこのような制限がない。

第二に、弁護士試験は司法試験と違って、法曹倫理試験に合格しなければならない。

---

[34] 法学専門大学院評価基準によれば、法学専門図書館は７万冊以上の蔵書と100種以上の指定図書を整備・維持し、外国法学図書の比率は30％以上でなければならないとされている（評価項目6.3.2.）。しかし、このような評価項目は、果たして法曹養成に必要最小限の要件であるかどうかは疑問である。

[35] 前掲注９）弁護士試験法第７条第１項。

第三に、司法試験においては、英語試験（TOEFL、TOEIC 等の点数で代替可能）が必須であったが、弁護士試験にはない。しかし、実際、ロースクール入学者の大部分は司法試験で要求されていた英語成績より遥かに高い実力を持っており、入学者のうち、英語以外に、中国語または日本語の能力を備えている者も多くいる。アメリカや日本、中国などで大学を卒業した学生、または国籍が外国である入学者も増加しているため、外国語能力については弁護士試験合格者の方が高いとみられる。

第四に、司法試験では憲法、行政法、民法、商法、刑法、民・刑事訴訟法等７つの個別科目の知識が問われるが、弁護士試験では前述の７分野を公法、民事法、刑事法の３分野に再構成し、事例を読んで答案（弁護士準備書面作成）を作成する等の問題が出題される。

第五に、弁護士試験における選択問題と論述問題の総得点での反映比率は、１：３である。

（2）評価および改善方向

弁護士試験制度における主な争点は、弁護士試験合格者と弁護士試験科目の問題である。すなわち、合格者の決定方法と試験科目の設定がロースクール制度の趣旨に合致しているかどうかである。

弁護士試験を主管する法務部は、第１回弁護士試験から合格者数を「総入学定員（2,000名）の75％」にすると決めた。しかし、このような弁護士試験合格者数の「相対的」な決め方は、ロースクール制度の趣旨に合致していない。かつて司法改革委員会により提示された弁護士試験の性格とは、「法律家としての基本的な素養および資質の評価」として「ロースクール教育課程を充実に履修したのであれば、比較的に合格し易い『資格試験』」というものである[36]。つまり、弁護士試験は過去の司法試験と異なって選抜試験ではなく資格試験である。それゆえ、「適格者の選抜」ではなく、「不適格者の選別」のための試験でなければならない。また資格試験であるため、「一定水準に到達した受験者す

[36] 前掲注３）司法改革建議文24頁。김호정「로스쿨 출신 변호사들의 사회진출 양상과 변호사시험 합격자 수의 결정」외법논집제37권제4호（2013년11월）110페이지。

べてに対して合格」させなければならなく[37]、既存弁護士の数が多いとか、自身より成績が優秀な受験者が多いことを理由だけで弁護士試験に不合格にしてはならない[38]。したがって、ロースクール制度の導入趣旨に沿って考えれば、弁護士試験合格率を予め決め、それにより合格者数を調整する方式はやめるべきである。

ロースクール制度の導入趣旨によれば、弁護士試験は弁護士の活動に必要な最小限の基本的な知識と能力の有無を確認するだけで十分であり、特別法の知識の不足のために弁護士になれない状況は、ロースクール制度の趣旨に反するものである。そのため、選択科目として特別法分野を追加したのは妥当ではない。特別法科目、または弁護士の専門化は、ロースクールにおける教育と就職後の実務教育のなかで身につければ十分であり、特別法知識の有無が弁護士資格取得に影響を及ぼしてはならない。

また、記録式試験は、設問で提示された事実関係を踏まえて弁護士として依頼人のために準備書面（訴状など）を作成する形式で行われている。だが、上記で紹介したロースクール制度の趣旨によれば、弁護士の養成は良質の教育と「最小限」の試験によらなければならないとされる。準備書面の作成は、裁判所から派遣された判事がロースクールで教育し、かつ厳格な相対評価をしているため、ロースクールでの成績を法務法人等の雇用主が考慮して採用すればよいことであって、弁護士試験において検証する性質のものではないと考えられる。

７　日本と韓国の法曹人数制限に関する問題点

これまで韓国のロースクール制度の現状を紹介し、それに対して現段階での評価と改善方向を提示してきた。日本のロースクール制度の趣旨は、法曹人数の不足の解消、「点数のみによる法曹選抜」ではなく「プロセスを重視した法曹

---

[37] 김호정・前掲注36）110頁。

[38] 이국운「로스쿨 체제의 조속한 정상화를 위하여」・前掲注１）「ロースクール討論会資料集」13頁。이국운教員は、司法試験が弁護士試験に変わったことについて、憲法の側面から「公務負担権の領域から職業選択の自由の領域への変化として、基本権の主な保護領域」に変化が生じたと説明する。

養成」、専門性と国際化の強化、理論と実務を架橋したもの等[39]として、韓国のロースクール制度の趣旨とほぼ同様である。また、日本と韓国のロースクール制度の問題点における根本的な原因が法曹の数の制限という点にあることも共通している。以下、その現状と問題の原因について考察する。

ロースクールの設置において、日本は「準則主義」を採用しているが、韓国は非常に高い基準を提示し「許可」に準ずる「認可主義」を採用している。その結果、日本と韓国は、それぞれ2004年総入学定員5,825名の74校のロースクールと2009年総入学定員2,000名の25校のロースクールが開校された。設置されたロースクールの数と総入学定員において、日本は韓国の３倍に達しているが、弁護士試験合格率は非常に対照的である。韓国の法務部は総入学定員の75％の合格率を設定しているものの、日本の場合、法務省の資料によれば、最近５年間（2009年～ 2013年の新司法試験）の合格率は対受験者数の平均25.68％である[40]。ところが、受験者が毎年累積的に増加することを考慮すれば、韓国との比較のためには対総入学者数の合格率を取り上げるのが適切であろう。日本の場合、法学既修者は２年卒業が可能であるが、計算の便宜上、入学者全員３年で卒業すると仮定すれば、2006年の入学者は2009年に新司法試験に受験できることとなる[41]。こうした方法で2006年から2009年までの新司法試験合格率を計算すると、対総入学者数の割合は平均40.59％である[42]。合格率だけみていくと、

[39] 赤松秀岳（정명운訳）「일본 법과대학원（로스쿨）현황과 과제」제12권제1호(2012년4월) 24 ～ 28페이지。

[40] 2009年から2013年までそれぞれ27.64％、25.41％、23.54％、25.06％、26.77％である。法務省による年度別の「司法試験の結果について」の「綜合評価」資料を参照。http://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08_00026.html.（最終閲覧日2014年１月30日）

[41] 法学既修者卒業生は、前年度卒業者数に反映されるため議論の目的上支障はないと考えれらる。予備試験の受験者は、2012年と2013年においてそれぞれ0.86％と1.81％に過ぎないので、考慮しないことにする。法務省による「平成24年司法試験の受験予定者」１頁（http://www.moj.go.jp/content/000097823.pdf）と「平成25年司法試験の受験予定者」１頁（http://www.moj.go.jp/content/000110099.pdf）を参照。いずれも最終閲覧日は2014年１月30日である。

[42] 2009年から2013年までそれぞれ35.32％、36.3％、38.26％、43.39％、49.7％である。日本のロースクール入学者数については、文部科学省による「志願者数・入学者数等の推移（平成16年度～平成25年度）」２頁を参照されたい。http://

2009年の35.32％から2013年の49.7％まで上昇し、４年間で14.38％増加したことになり、年平均増加率は3.6％である。他方、日本の総入学者数は、2006年の5,784名から2010年の4,122名まで下がり、４年間で28.73％減少しており、年平均減少率は7.18％となる。ただ、その間新司法試験の合格者数2,000名には変化がないため、日本のロースクール総入学者の減少が合格率の増加に貢献していると推測できよう[43]。ほかに、ロースクール入学者のうち、修了していない者の比率が増加していることも合格率の増加の原因になっている。ちなみに、入学者のうち、標準修業年限修了者の比率は、2006年の80.6％から2012年の68.2％まで減少している[44]。つまり、未修了者は19.4％から31.8％へ増加したことを意味し、年間平均増加率は2.07％となる。未修了の事由のうち、退学が40％前後占めており、その他（原級留置、休学等）が60％前後占めている[45]。

上記のように、日本と韓国のロースクール制度にはいずれも「弁護士の数の制限」という目標を達成するための装置を取り入れているが、韓国はロースクールの数と総入学定員を制限することでロースクール進学を制限する方法を、日本は逆に低い司法試験合格率を利用して事後的に淘汰させていく方法を採っている。結局、日本の場合、上記のような趨勢が継続されれば、対総入学定員の合格率は年々上がることになり、対年間総修了者数の合格率もさらに高い数値を表わすことが予想される。

問題は、日本と韓国がロースクール制度を導入した本来の趣旨を達成できるかどうかである。まず、弁護士の「専門性と国際化」という趣旨においては、韓国は上述したように実務および特別法教育科目においてある程度満足できる

---

www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/__icsFiles/afieldfile/2013/09/25/1303158_1.pdf.（最終閲覧日：2014年１月30日）http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houka/1303156.htm.（最終閲覧日：2014年１月30日）

[43] 2013年の日本ロースクールの総入学者数は2,698名で、2009年の4,844名の55.70％である。ロースクール制度導入当初2004年の5,767名に比べて46.78％で、その半分も及ばない。

[44] 日本文部科学省による「法科大学院修了認定状況の推移（平成17年度～平成24年度）」１～２頁。http://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/__icsFiles/afieldfile/2013/09/25/1303158_2.pdf.（最終閲覧日：2014年１月31日）

[45] 同上・３～４頁。

成果を上げたと思われる。逆に、日本の場合、新司法試験と関係のない選択科目や実務科目について学生は軽視する傾向があり、法律基本科目の修学も受験対策の一環として暗記中心になっているという批判の声もある[46]。当然なことではあるが、基礎法・民法等の基本法、知的財産法等の特別法科目および実務科目がロースクール制度の趣旨に沿って運営されていくためには、学生に新司法試験（または韓国の弁護士試験）以降のことを考える余裕を持たせなければならない。そのためには、新司法試験や弁護士試験の合格率を対受験者数の80％以上に維持していく必要がある。しかし、日本の新司法試験合格率が増加したとしても（現在の受験中心の学習雰囲気が事実であれば）、１度起きた受験中心の学習雰囲気を変えられるかが疑問である。それに日本は、「経済的困難等の事情」でロースクールに進学できない者のために予備試験制度を設けている。そもそも「経済的困難等の事情」は、ロースクールにおいて「実務教育に対する経済的補助」を受ける事由であって、「実務教育に対する免除」を受ける事由ではないと思われる。韓国では、弁護士試験合格率を対総入学定員の75％水準に維持し、ロースクール制度の趣旨に一定程度符合する教育を可能にしているとはいえ、入学定員を過度に制限することにより副作用も生じている。とくに、入学定員を制限する場合、法学適性試験や外国語試験の成績が入学を決める主な変数となっているが、こういった試験において芸術・スポーツ等の出身者と経験者は人文・社会・自然・理工系出身者より不利である短所がみられる。この点は、「入学者の学部専攻分野と経歴の多様性」というロースクール制度趣旨に合致しない。ゆえに、対総入学定員の弁護士試験合格率を維持したうえで、総入学定員を増やすことでより多様な専攻と経歴を有する学生を入学させることが必要である。

また、「法曹人口の増大の必要性」という趣旨において、日本も韓国も達成し得ていない。これと関連してしばしば挙げられる反対意見として「飽和状態の法曹市場」説がある[47]。法曹市場が飽和状態にあるという主張の前提には、裁判所・検察庁と訟務市場のみを法曹市場と認識している傾向がある。しかし、

---

[46] 赤松秀岳（정명운訳）・前掲注39）31頁。

[47] 곽창신「한국 로스쿨（법학전문대학원）제도 현황 및 향후 개선방향에 관한 연구――일본 로스쿨（법과대학원）제도 운영경험을 중심으로」법학논총제36권 제2호（2012년）171페이지。

ロースクール制度が目指す法曹市場は、訟務市場のほかに、中小企業、国家機関、地方自治団体、研究所、市民団体、議員補佐官、ロースクール図書館の司書等、法が関係する分野であればすべて該当する。そして社会隅々に弁護士を供給し、国全体で「法の支配」と法曹サービスが確立されていくことこそがロースクールの趣旨である。

当面、日本も韓国もロースクール制度の副作用が指摘されている[48]。ロースクールに入学できなかった学生、ロースクールに入学後途中で脱落した学生、ロースクール在学中に「プロセス」ではなく「暗記」を中心とする受験対策の勉強をする学生、新司法試験に落ちた卒業生のすべては膨大な社会的費用であり犠牲である。重要なのは、こうした社会的費用と犠牲が誰によってどのような目的で惹起され、そこからの利益が誰に帰属されるかについて徹底的に検証することである。ロースクールの導入趣旨を奇形にした当事者が、再びその奇形を理由にロースクール制度を否定する自家撞着的な現実から抜け出ること[49]こそが問題解決の根本であると考えられる。

おわりに

韓国のロースクール制度の導入は、専門性のある弁護士の養成と実務教育の強化、社会的弱者に対する配慮、そして弁護士の数の増加という面においては、かつての司法試験制度と比べれば全体的に成功していると評価できよう。しかし、ロースクール制度の導入趣旨においては、弁護士として活動するのに必要な最低限の方法論と知識を身につけるよう教育することが重要な目的の１つとなっている。弁護士試験は、司法試験のような判事・検事の選抜試験ではなく、弁護士資格試験であるため、弁護士活動に必要な最低限の知識と能力さえ備えていれば、いかなる者も合格できるようにするべきである。さもなければ、ロースクール制度の導入趣旨に反することになる。したがって、現在の実質的な相対評価をとりやめ、絶対評価に変えることを通じて弁護士試験合格者数を決定するのが妥当であり、そうすることで、特別法と実務教育がより活性化され、ロースクールの導入趣旨に符合する専門家養成も達成しうる。具体的には以下

[48] 同上・171 ～ 172頁。
[49] 이국운・前掲注38）15頁。

の通りである。

第一に、教育課程の内容は紛争解決能力を養う方向へ展開され、学生がロースクールに入学してから卒業するまでの学校生活のすべての面において教員とともに相談しながら適応していく点については、非常に鼓舞的である。ただ、学生に自分の関心のある分野の科目を自由に履修できるようにするためには、厳格な相対評価制度をなくさなければならない。

第二に、法学界は、伝統的に憲法、民法、刑法等の専攻間の領域区分が強く尊重されている。しかし、これは必要以上の教員を採用させ、専攻間の融合教育や研究を困難にする原因にもなる。したがって、アメリカのロースクールのように、憲法と刑法、家族法と刑法、知的財産権法と民法など、教員が一緒に講義できるようにし、専攻間の壁を壊す必要がある。こうしたことを通じて、教員と学生がいずれも専攻間の壁を越え総合的な法的思考を身に付けることができる。

第三に、過度な図書館蔵書の要求、コンピューター室、法学部との講義室・その他施設の兼用禁止等､施設投資を誘発する評価基準を削除することにより、ロースクールの赤字を緩和する。これは、より多くの大学がロースクール制度の趣旨と関係ない費用支出によりロースクールを設置できない状況をなくすための基盤づくりに寄与できる。ただ、日本の場合、受験中心の暗記教育を避けるためには弁護士合格率を最低80％程度に維持することが必須条件である。

第四に、ロースクール制度の導入趣旨を活かし、弁護士試験における特別法選択科目と記録式試験をなくす。法的紛争解決に必要な弁護士としての最小限の能力を備えた学生であれば、誰でも弁護士試験に合格できるようにすることがロースクール制度の趣旨である。したがって、上記のような能力を有する者が特別法の知識が不足であるという理由で弁護士試験に落ちる状況は趣旨に反すると思われる。

第五に、弁護士の数の増加を制限するにあたって、日本は出口封鎖戦略を、韓国は入口封鎖戦略を採っている。韓国はロースクール総入学定員を制限し、日本は低い新司法試験の合格率とロースクール卒でなくても弁護士になれる予備試験制度が設けられている。両国の共通点は、特定の既得権集団のために費やす社会的・経済的費用という浪費現象である。韓国はロースクール認可を受けたり維持したりするために､法曹養成に必要ない費用を大量に投入しており、日本はロースクールおよびその卒業者の半分ないし４分の３がロースクール教

育のために投資した費用を無駄にしている。日本のロースクールの受験中心の雰囲気、紛争解決能力を有する者が新司法試験や弁護士試験に落ちることで引き起こす国民への法曹サービスの実質的な減少、法曹の専門家および国際化の実質的な鈍化等、国民と国家の利益を犠牲してしまう社会的費用の浪費は、日本も韓国も共通する現象である。日本も韓国も、ロースクール制度を歪曲して社会的費用の浪費を引き起こした者が、反射的にその利益を享受している。そのため、ロースクール制度を批判するアイロニーを捉えなおすための努力を今後も継続しなければならないと思われる。

表１　ロースクールの認可・運営に関する基準

分　野	要　件・基　準
教　　員[50]	最少教員数　20名 教員対学生の最小比率　1/12 教員のうち、1/5以上は５年以上の実務経験をもつ韓国・外国弁護士
教育施設[51]	講義室、教員研究室、法学専門図書館、模擬法廷、セミナー室、事務室、情報通信施設（コンピューター室）
卒　　業[52]	３年課程、90単位
入　　試[53]	考慮事項（大学裁量）：学士学位課程における成績、法学適性試験（受験料270,000ウォン≒22,500円）、外国語能力、社会活動およびボランティア活動など。 非法学士の占める割合は1/3以上、法学士取得者は1/3未満。 一般選考・特別選考（身体的・経済的状況が優れない学生）
科　　目	実務科目：法曹倫理、法律情報調査、法文書作成、模擬裁判、実習課程（ボランティア活動）、リーガル・クリニックなど。 基礎法：法哲学、法社会学、法制史など。 基本法：憲法、行政法、民法、商法、刑法、民訴法、刑訴法 特別法：経済法、知的財産権法、環境法、税法、金融法、人権法など。

[50] 前掲注５）2013年法第16条、同法施行令第９条。
[51] 同上・第17条、同法施行令第10条。
[52] 同上・第19条第１項、同法施行令第12条第１項。
[53] 同上・第23条と第26条、同法施行令第14条。

表２　圏域別のロースクール設置大学、定員および特性化分野

圏　域	大学名	定員（名）	特性化分野
ソウル圏域（1,140名）	ソウル大学校	150	国際法務、公益・人権、企業・金融
	高麗大学校	120	GLP（国際法務）
	成均館大学校	120	企業法務
	延世大学校	120	公共ガバナンスと法、グローバルビジネスと法、医療・科学技術と法
	梨花女子大学校	100	生命医療法、ジェンダー法
	漢陽大学校	100	国際訴訟法務、知識・文化産業法務、公益・少数者人権法務
	慶熙大学校	60	グローバル企業法務
	ソウル市立大学校	50	租税法
	亜洲大学校	50	中小企業法務
	仁荷大学校	50	物流法、知的財産法
	中央大学校	50	文化法
	韓国外国語大学校	50	国際地域法曹養成
	江原大学校	40	環境
	建国大学校	40	不動産関連法
	西江大学校	40	企業法（とくに金融法）
大田圏域（170名）	忠南大学校	100	知的財産権
	忠北大学校	70	科学技術法
光州圏域（300名）	全南大学校	120	公益・人権
	全北大学校	80	東北アジア法
	圓光大学校	60	医療生命科学
	済州大学校	40	国際法務
大邱圏域（190名）	慶北大学校	120	IT 法
	嶺南大学校	70	公益・人権
釜山圏域（200名）	釜山大学校	120	金融・海運通商
	東亜大学校	80	国際商（取引）法
合計	25校	2000	

表３　ロースクール制度の施行前後における法曹養成過程の比較

	施　行　前	施　行　後
学位要件	法学科目35単位（約12科目）履修	大学（４年制）卒業 ↓ ロースクール卒業
↓		
試　　験	司法試験　合格	弁護士資格試験　合格
↓		
研　　修	司法研修院２年 ↓ 司法試験の成績＋司法研修院の成績上位30％程度が判事・刑事に採用、その他は弁護士になる。	弁護士：就職先での自主研修 検事：弁護士試験合格者／弁護士経験者を採用し、法務研修（１年間）終了後に、辞令交付。 判事：10年以上の弁護士経験者の中から選抜する。

表４　2009 ～ 2013年ロースクール全体（25校）の学部専攻系列別の入学者状況

	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	５年合計
工学系	249名	222名	175名	125名	107名	878名
自然系	79名	59名	70名	54名	60名	322名
薬学系	28名	35名	16名	14名	７名	100名
医学系	28名	31名	15名	13名	７名	94名
芸体能系	10名	14名	11名	８名	10名	53名

出典：「ロースクール討論会」資料集26頁 表４.[54]

表５　７校のロースクールの「多様な知識と経験を有する者」の入学状況

	2010年入学者	2013年入学者
慶北大学校	医療７名、教育６名、公務員（軍人）２名、大企業19名など	金融・証券２名、教育３名、公務員５名、軍人１名など
高麗大学校	医師・薬剤師２名、公務員・職業軍人６名、会計士・金融５名、会社員・メディア９名、弁理士・通訳士２名など	医師・薬剤師１名、公務員・職業軍人２名、会計士・金融５名、会社員・メディア２名、弁理士・通訳士１名など

[54] この統計は、法学専門大学協議会により発表された、以下の資料から得たものである。「2009학년도 법학전문대학원 합격자발표 (2008.12.5)」、「2010학년도 법학전문대학원 합격자통계 (2010.3.2)」、「2011학년도 법학전문대학원 합격자통계자료 (2011.3.22)」、「2012학년도 법학전문대학원 합격자 통계자료 (2012.3.15)」、「2013학년도 법학전문대학원 합격자 통계자료 (2013.3.14)」。

	2010年入学者	2013年入学者
東亜大学校	医師１名、獣医師１名、経営コンサルタント１名、米国会計士１名、会計士１名、言論人権センター相談室長１名、メディア２名、公務員４名など	将校１名、警察幹部１名、法律事務所２名、銀行員１名、税務士１名、米国会計士１名、ファンド投資相談士１名、消費者相談士１名など
釜山大学校	看護師１名、労務士２名、薬剤師１名、医師４名、鑑定評価１名、放送関係２名、記者２名、管理･相談役３名、銀行（金融）関係７名、公務員３名など	公務員１名、教師２名、軍人３名、労務士１名、放送関係２名、航海士１名、会社員11名など
成均館大学校	鑑定評価１名、会計士１名、通関士１名、弁理士１名、損害査定１名、銀行員２名、記者２名、会社員38名など	医師２名、獣医師１名、ファンド投資相談士２名、国際貿易１名など
全南大学校	消防公務員１名、政党活動６名、法務２名、労務士１名、軍人５名、薬剤師１名、NGO ３名、メディア関係６名、通関士１名、児童福祉教師１名、会社員19名など	建築士１名、記者１名、法務関係１名、公務員４名、会社員14名など
忠南大学校	公務員２名、教師１名、軍人２名、労務士１名、弁理士２名、薬剤師３名、メディア関係２名、プログラマー１名、韓医師１名など	公務員１名、教師１名、軍人１名、金融関係３名、特許関係１名、会社員17名など

出典：「ロースクール討論会」資料集27頁 表７.[55]

表６　弁護士試験と司法試験の合格者年齢比較

	１～２回弁護士試験合格者		2004 ～ 2008年司法試験合格者	
25歳未満	３名	0.10%	969名	19.30%
25 ～ 30歳未満	965名	32.29%	2,450名	48.80%
30 ～ 35歳未満	1,403名	46.94%	1,234名	24.58%
35 ～ 40歳未満	493名	16.49%	315名	6.28%
40歳以上	125名	4.18%	52名	1.04%
合計	2,989名	100%	5,020名	100%

出典：「ロースクール討論会」資料集29頁 表８.[56]

[55] この統計は、「参与連帯」がロースクール25校に向けて行った情報公開請求に対し、各校から送られてきた回答（2013年６月３日）によるものである。

[56] この統計は、法務部によって発表された以下の資料から得たものである。「2004년시행 제46회 사법시험2차시험 합격자 통계 (2004.12.11)」、「2005년시행 제47회 사법시험2차시험 합격자 통계 (2005.10.27)」、「2006년시행 제48회 사법

表７　25校のロースクール特別選考（経済的・社会的弱者層）における年度別入学者数

	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	平均値
入学者総数	1998名	2000名	2092名	2092名	2099名	2056.2名
特別選考入学者数	123名	116名	124名	134名	128名	125名
比重	6.16%	5.80%	5.93%	6.41%	6.10%	6.08%

出典：「ロースクール討論会」資料集35頁 表13.[57]

表８　18校のロースクールの５年間（2009 ～ 2013年）特別選考入学者の内訳

種　類	入学者（比重）	種　類	入学者（比重）
生活保護受給者など[58]	376名（77.7%）	障がい者[59]	62名（12.8%）
農漁村地域出身者	24名（5.0%）	国家功労者	15名（3.1%）
少年少女家長	３名（0.6%）	福祉施設財源受給者	２名（0.4%）
北朝鮮離脱住民	１名（0.2%）	単親家庭	１名（0.2%）
入学者数合計		484名	

出典：「ロースクール討論会」資料集36頁 表14.[60]

시험2차시험 합격자 통계（2006.12.5）」、「2007년시행 제49회 사법시험 최종합격자（추가합격자 포함）통계（2008.1.8）」、「2008년시행 제50회 사법시험 최종합격자 통계（2008.11.25）」、「2012년시행 제1회 변호사시험 합격자 통계（2012.4.2）」、「2013년시행 제2회 변호사시험 합격자 통계（2013.4.29）」。

[57] この統計は、法学専門大学協議会により発表された、以下の資料から得られたものである。「2009학년도 법학전문대학원 합격자 발표（2008.12.5）」、「2010학년도 법학전문대학원 합격자 통계（2010.3.2）」、「2011학년도 법학전문대학원 합격자 통계자료（2011.3.22）」、「2012학년도 법학전문대학원 합격자 통계자료（2012.3.15）」、「2013학년도 법학전문대학원 합격자 통계자료（2013.3.14）」。

[58] 慶北大学校により公開された「低所得者層30名」を含めた数値である。

[59] 高麗大学校により公開された「身体的障がい者および傷痍等級者10名」を含めた数値である。

[60] これは、各大学に対して情報公開を請求して得られた資料、または教育部を通じて取得した資料によって作成したものである。ここでいう18校の大学は、次の通りである。江原大学校、慶北大学校、慶熙大学校、高麗大学校、東亜大学校、釜山大学校、ソウル大学校、成均館大学校、亜洲大学校、延世大学校、梨花大学校、仁荷大学校、全南大学校、全北大学校、済州大学校、忠南大学校、

表９　2010 ～ 2013年におけるロースクール別の授業料（単位：ウォン）

	2010年	2011年	2012年	2013年
忠南大学校	9,390,000	9,648,000	9,650,000	9,650,000
釜山大学校	9,478,000	9,478,000	9,478,000	9,746,000
江原大学校	10,000,000	10,000,000	9,478,000	9,760,000
忠北大学校	9,824,000	9,824,000	9,824,000	9,824,000
済州大学校	9,999,000	10,000,000	10,000,000	10,030,000
ソウル市立大学校	9,562,000	10,040,000	10,040,000	10,040,000
慶北大学校	10,142,000	10,142,000	10,142,000	10,142,000
全北大学校	10,040,000	10,040,000	10,038,000	10,312,000
全南大学校	9,592,000	10,076,000	10,076,000	10,376,000
ソウル大学校	13,500,000	13,500,000	13,500,000	13,466,000
建国大学校	16,800,000	15,456,000	15,456,000	15,456,000
圓光大学校	16,000,000	16,000,000	16,000,000	16,000,000
西江大学校	15,026,000	15,762,000	16,538,000	17,298,000
中央大学校	16,371,000	17,500,000	17,500,000	17,500,000
韓国外国語大学校	17,600,000	17,600,000	17,600,000	17,600,000
梨花女子大学校	17,400,000	18,000,000	18,000,000	18,630,000
仁荷大学校	18,000,000	18,702,000	18,702,000	18,702,000
東亞大学校	18,000,000	18,732,000	18,732,000	18,710,000
嶺南大学校	18,400,000	18,916,000	18,916,000	18,916,000
漢陽大学校	18,504,000	19,224,000	19,224,000	19,224,000
亞洲大学校	18,432,000	19,352,000	19,352,000	19,952,000
慶熙大学校	18,832,000	19,396,000	19,396,000	19,978,000
高麗大学校	19,000,000	19,552,000	20,138,000	20,138,000
延世大学校	19,500,000	20,476,000	20,476,000	20,476,000
成均館大学校	20,000,000	20,840,000	20,840,000	20,840,000

出典：「ロースクール討論会」資料集39頁 表16. [61]

忠北大学校、韓国外国語大学校を指す。

[61] 大学알리미 www.academyinfo.go.kr を参照されたい。

表10　ロースクール18校における全額奨生数の比率および全額奨学生数[62]

		2009		2010		2011		2012	
		１学期	２学期	１学期	２学期	１学期	２学期	１学期	２学期
江原大学校	全額奨学生比率	100%	73.7%	82.1%	75.3%	91.5%	69.1%	38.2%	51.9%
	在学生数	40	38	77	77	116	116	123	121
	全額奨学生数	40.0	28.0	63.2	58.0	106.1	80.2	46.9	62.8
慶北大学校	全額奨学生比率	32.2%	31.5%	25.6%	24.9%	21.5%	23.9%	22.3%	25.6%
	在学生	113	112	232	227	342	343	360	354
	全額奨学生数	36.4	35.2	59.5	56.5	73.4	81.9	80.4	90.6
慶熙大学校	全額奨学生比率	25%	25%	15%	16%	16%	17%	14%	11%
	在学生	56	56	118	115	169	163	168	172
	全額奨学生数	14.0	14.0	17.7	18.4	27.0	27.7	23.5	18.9
高麗大学校	全額奨学生比率	27.1%	25.5%	24.7%	23.5%	25.2%	41.4%	24.9%	41.6%
	在学生	113	112	225	221	340	340	360	359
	全額奨学生数	30.7	28.6	55.5	51.9	85.7	140.6	89.6	149.5
東亞大学校	全額奨学生比率	65.0%	45.0%	39.5%	37.0%	35.9%	35.5%	32.6%	38.9%
	在学生	80	75	158	158	236	234	242	239
	全額奨学生数	52.0	33.8	62.4	58.5	84.7	83.0	78.9	92.9
釜山大学校	全額奨学生比率	32.5%	34.5%	33.9%	33.2%	32.6%	32.9%	32.2%	32.4%
	在学生	120	110	233	223	347	343	366	349
	全額奨学生数	39.0	38.0	79.0	74.0	113.0	113.0	118.0	113.0
ソウル大学校[63]	全額奨学生比率	25.8%		25.6%		26.0%		28.9%	
	在学生	146.5		298		430.5		440	
	全額奨学生数	37.8		76.2		111.8		127.2	

[62]「全額奨学生比率」と「全額奨学生数」は次のように算出する。
全額奨学生比率＝支給奨学金総額÷（平均授業料×在学生数）
全額奨学生数＝在学生数×全額奨学生比率
全額奨学生数は、実際全額奨学金をもらっている学生数と違う。たとえば、全額奨学金をもらっている学生が１名で、半額奨学金をもらっている学生が１名である場合、全額奨学生数は1.5名と算定する。박근용・前掲注25）40 ～ 41頁。

[63] ソウル大学校ロースクールの場合、学期別の資料提供はなかった。

		2009		2010		2011		2012	
		1学期	2学期	1学期	2学期	1学期	2学期	1学期	2学期
成均館大学校	全額奨学生比率	38.8%	44.0%	40.1%	41.0%	40.1%	36.9%	38.1%	37.2%
	在学生	118	112	228	226	345	344	355	357
	全額奨学生数	45.8	49.3	91.4	92.7	138.3	126.9	135.3	132.8
亞洲大学校[64]	全額奨学生比率	26.0%	37.2%	42.9%	44.0%	42.1%	40.0%	−	−
	在学生	48	47	92	92	142	143	−	−
	全額奨学生数	12.5	17.5	39.5	40.5	59.8	57.2	−	−
延世大学校	全額奨学生比率	30.8%	43.4%	23.6%	45.0%	31.3%	33.5%	33.0%	37.4%
	在学生	115	111	230	225	344	342	345	343
	全額奨学生数	35.4	48.2	54.3	101.3	107.7	114.6	113.9	128.3
梨花女子大学校	全額奨学生比率	35.2%	52.1%	42.1%	44.7%	42.9%	45.5%	41.0%	46.1%
	在学生	98	94	195	196	290	287	307	298
	全額奨学生数	34.5	49.0	82.1	87.6	124.4	130.6	125.9	137.4
仁荷大学校	全額奨学生比率	60.00%	57.80%	57.00%	60.30%	58.40%	57.90%	58.10%	51.90%
	在学生	50	49	98	93	144	140	151	150
	全額奨学生数	30.0	28.3	55.9	56.1	84.1	81.1	87.7	77.9
全南大学校	全額奨学生比率	16.0%	39.0%	19.7%	33.2%	19.2%	31.0%	23.7%	27.1%
	在学生	119	108	229	228	352	347	376	367
	全額奨学生数	19.0	42.1	45.1	75.7	67.6	107.6	89.1	99.5
全北大学校	全額奨学生比率	48.1%	53.0%	27.9%	53.2%	21.6%	37.8%	20.7%	22.0%
	在学生	79	76	157	155	238	231	238	234
	全額奨学生数	38.0	40.3	43.8	82.5	51.4	87.3	49.3	51.5
済州大学校	全額奨学生比率	34.0%	53.0%	39.0%	42.0%	36.0%	35.0%	32.0%	40.0%
	在学生	39	38	79	73	114	110	120	116
	全額奨学生数	13.3	20.1	30.8	30.7	41.0	38.5	38.4	46.4
忠南大学校	全額奨学生比率	39.6%	37.1%	33.3%	35.8%	32.7%	31.8%	31.0%	32.0%
	在学生	100	94	188	189	284	287	307	301
	全額奨学生数	39.6	34.9	62.6	67.7	92.8	91.2	95.2	96.4

[64] 亞洲大学校ロースクールは、2012年度の関連資料を提供しなかった。

		2009		2010		2011		2012	
		１学期	２学期	１学期	２学期	１学期	２学期	１学期	２学期
忠北大学校	全額奨学生比率	44.8%	46.9%	24.6%	27.7%	20.9%	36.8%	22.9%	23.5%
	在学生	70	66	137	136	203	198	201	201
	全額奨学生数	31.4	31.0	33.7	37.7	42.4	72.9	46.0	47.2
韓国外国語大学校	全額奨学生比率	35.4%	33.0%	42.8%	41.1%	44.8%	44.4%	43.4%	43.7%
	在学生	48	46	93	95	145	144	152	151
	全額奨学生数	17.0	15.2	39.8	39.0	65.0	63.9	66.0	66.0

出典：「ロースクール討論会」資料集41 ～ 42頁 表18.[65]

表11　2009 ～ 2012年におけるロースクール18校の全額奨学生の平均比率

区　分	４年間平均	区　分	４年間平均	区　分	４年間平均
江原大学校	72.7%	ソウル大学校	26.6%	全南大学校	26.1%
慶北大学校	25.9%	成均館大学校	39.5%	全北大学校	35.5%
慶熙大学校	17.4%	亞洲大学校[66]	38.7%	済州大学校	38.9%
高麗大学校	29.2%	延世大学校	34.8%	忠南大学校	34.2%
東亞大学校	41.2%	梨花女子大学校	43.7%	忠北大学校	31.0%
釜山大学校	33.0%	仁荷大学校	57.7%	韓国外国語大学校	41.1%
平　均					37.1%

出典：「ロースクール討論会」資料集43頁 表19.

表12　17校のロースクールにおける2012年全額奨学生の数

区　分	全額奨学生	区　分	全額奨学生	区　分	全額奨学生
江原大学校	54.9名	ソウル大学校	127.2名	全北大学校	50.4名
慶北大学校	85.5名	成均館大学校	134.0名	済州大学校	42.4名
慶熙大学校	21.2名	延世大学校	121.1名	忠南大学校	95.8名
高麗大学校	119.5名	梨花女子大学校	131.6名	忠北大学校	46.6名
東亞大学校	85.9名	仁荷大学校	82.8名	忠北大学校	66.0名
釜山大学校	115.5名	全南大学校	94.3名		
合　計					1,474.7名

出典：「ロースクール討論会」資料集43頁 表20.

[65] こちらの数値は、「参与連帯」が各ロースクールに対して行った情報公開請求（2013年６月）により取得した資料に基づいて抽出したものである。

[66] 2009 ～ 2011年の３年間の平均である。

表13　司法試験および弁護士試験の試験科目

	司法試験	弁護士試験[67]
法曹倫理試験	ない	客観式、弁護士試験総得点に含まれない。 70％以上の得点であれば合格。
1次試験 【選択式（客観式）】	必須科目 ・憲法、民法、刑法、英語 選択科目 ・刑事政策、法哲学、国際法、労働法、国際取引法、租税法、知的財産権法、経済法のうち1科目	必須科目 ・公法：憲法、行政法 ・民事法：民法、商法、民事訴訟法 ・刑事法：刑法、刑訴法
2次試験 【論述式】	必須科目 ・憲法、行政法、民法、商法、民訴法、刑法、刑訴法	必須科目：公法、民事法、刑事法 ・事例（2－3問） ・記録（1問）：依頼人が持ってきた事実関係に基づき、裁判所に提出する訴状等の準備書面作成のための試験 選択科目（2問）： 国際法、国際取引法、労働法、租税法、知的財産権法、経済法、環境法のうち1科目

＊司法試験1次試験の英語は、TOEFL・TOEIC・TEPSなど専門試験機関による成績で代替可能。

表14　第1～2回弁護士試験の結果

	第1回 弁護士試験（2012）	第2回 弁護士試験（2013）
受験者	1,665名	2,046名
合格者	1,451名	1,538名
合格率	87.15％	75.17％

付記：本稿は、2013年12月21日に開催された「体制転換と法」研究会（於：北海道大学）で行った報告を加筆・修正したものである。研究会において貴重なコメントを下さった鈴木賢教授をはじめとする参加者の皆様に感謝を申し上げたい。なお、研究会での報告および本稿を公表するに際して、通訳と翻訳を担当された李妍淑助教にも感謝を申し上げる。

[67] 弁護士試験法第8～10条、同法施行令第8条。

研究ノート

日本と中国を含む北東アジア地域の環境問題の解決のため、国際法は役に立つのか

―― 国際法・国際法学の限界と可能性 ――

児矢野　マ　リ*

1．はじめに

国際法による環境問題への対処は、過去約50年間、多様な環境部門・問題領域に関する数多くの多数国間条約の締結を通じて、大きく進展してきた。これは、20世紀における科学技術の飛躍的進歩と、それによる人間活動の著しい拡大、また国家間の相互依存関係の深化を背景に、環境問題への対処が諸国に共通する課題となったことを受ける。そして、とりわけ1972年の国連人間環境会議（ストックホルム会議）及び1992年の国連環境開発会議（UNCED）を契機に、環境保護を目的とする条約、すなわち環境条約が、多数国間及び二国間で膨大な数締結されるとともに、海洋法、国際河川法、漁業法といった19世紀より先行する国際法の各領域においても、環境保護に関する諸規則は不可欠な部分を構成するようになった。また、宇宙法、南極法、原子力法など20世紀後半より現れた国際法の各分野でも、同様である。さらに、経済開発や自由貿易、人権、軍事などの分野でも、環境保護は一定の配慮を求められる。このようにして、環境保護という価値は、多様な形で現代の国際法規範の中に埋め込まれ、その実現がめざされている。

けれども、現代の環境問題に十分に対処するためには、いまだ今日の国際法

*北海道大学大学院法学研究科教授、koyano@juris.hokudai.ac.jp

は多くの課題を抱えている。具体的な規則を含む条約の作成は必ずしも容易ではなく、また、法の発展における「南北」間格差も著しい。このことによる法的対処の限界は、北東アジア地域の越境環境問題について如実に現れている。さらに、経済開発・自由貿易といった他の価値との緊張関係により、異なる分野の法規範との抵触・調整の問題もある。

本稿では、以上のような国際法の発展状況をふまえ、その一般的な特質と限界を念頭におきつつ、北東アジア地域で日本と中国の抱える課題を解決するため、国際法及び国際法学が果たしうる役割について模索する。その際、とくに近年ますます注目されつつある越境環境問題に焦点を当て、国際法及び国際法学の限界と可能性について、立法・政策論も含め、マクロの視点で考えてみたい[1]。

2．環境問題に対処するための国際法の枠組

（1）法規律の射程

国際法上、「環境」の概念について単一の定義はないが、近年の国際判例では、その内容をかなり広く捉える傾向がある。1996年「核兵器使用・威嚇の合法性事件」国際司法裁判所（ICJ）勧告的意見は、環境を「将来世代も含む人間の生活空間、生活の質及び健康そのもの」とし[2]、2010年「鉄のライン鉄道事件」仲裁判決は、その構成要素に、大気、水、土地、動植物、自然の生態系と場所、人間の健康と安全、気候を含むとした[3]。

---

[1] 本稿は、第10回日中公法学シンポジウム（2014年８月４-５日、北海道大学）における筆者の報告「国際法による環境問題への対処の限界と可能性―北東アジア地域における環境問題も視野に入れて―」に加筆修正したものである。また、本稿は、2012年度住友財団環境研究助成「北東アジアの越境環境協力を再考する―協力促進の阻害要因に関する比較分析」（代表：児矢野マリ）の研究成果の一部である。

[2] *Advisory Opinion, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, para.29.

[3] *Arbitral Award, Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, 2005, 27 *United Nations Reports of International Arbitral Awards* (RIAA), para.58.

そして、現在、国際法の規律対象となっている環境問題は、その悪影響の物理的拡がりまたは悪影響に対する価値意識のあり方から、便宜上、主に３つの種類に分類される。第一には、隣接二国間の越境環境問題である。たとえば、隣接二国間の越境大気汚染、二国間で国境を形成または貫流する河川･湖沼（国際水路）の水質汚染、水量の変化や転流などである。第二には、広範囲の地域における越境環境問題である。その例は、欧州広域の酸性雨や北東アジア地域の越境大気汚染問題（長距離越境大気汚染）、メコン川、ライン川、ドナウ川、ナイル川など３ヶ国以上を河岸国とする国際水路及びその流域の環境問題、地中海や北東大西洋などの閉鎖海・半閉鎖海または一定地域海の汚染である。第三は､地球規模の環境問題である。これは､主に３つのものを含む。１つめは、地球温暖化やオゾン層の破壊など、悪影響が地球全体におよぶ問題である。一般に、すべての国が原因国であり被害国でもある。２つめは､「生態系」などの新しい観念の登場や、悪影響の甚大さに起因する価値意識、科学的知見の変化を受けた事実認識または事情の変化などにより、諸国が共通に対処すべきと考えるようになった問題である。具体的には、生物多様性の減少、生物資源の枯渇､放射能汚染､有害な化学物質や廃棄物の国際取引に伴う汚染などである。これらは、その物理的な悪影響が必ずしも国境を越えるとは限らず、一国の管轄地域内にとどまる場合もある。そして３つめは、公海、南極地域、宇宙空間など、国家の管轄を越えた地域の環境破壊である。なお、以上の複数の分類またはいずれの分類にも当てはまる環境問題もある。たとえば、長距離越境大気汚染は、隣接二国間で問題にもなるし、汚染物質を含む降雨は公海の汚染も発生させうる。

以上の環境問題は、今日、諸国がその対処に相互または共通の利益を見出したことにより、国際法の規律対象となっている。そして、北東アジア地域における環境問題の文脈では、次の二点に留意したい。一つには、物理的な悪影響が一国の管轄地域内にとどまるような環境問題にも、国際法の規律がおよぶ場合があることである。もう一つには、大気汚染問題に典型的に現れているように、越境問題としての規律が、実質的に一国内の問題への対処となる場合もあることである。このようにして、今日の国際法の規律は、従来は国内問題とされた一定の環境問題にもおよぶとともに、悪影響の物理的範囲の観点から国内問題として処理される環境問題も、事実上、そのなかに包摂するようになっている。

（2）法規律の骨格

①環境損害の防止・削減と環境損害の救済

現行の国際法は、主に二つの角度から環境問題に対処している。環境損害の発生防止・削減と、発生した環境損害の救済である。そして、そのために多くの条約が作成され、また、国際慣習法上の規則も一定程度形成されている。

ただし、環境損害の救済については、限られた種類の活動について条約が存在するにとどまる[4]。また、既存の条約は厳格責任主義を採用し、事業者または/および当該活動の管轄国の無過失賠償責任を定める[5]が、一般にその締約国数は相対的に少なく、未発効のものもある[6]。そして、発効している条約についても、各国の国内法制度に依存する執行のあり方に起因する限界がある[7]。慣習法上の規則も確立しておらず、一般国際法上の規則は存在しない[8]。この意味で、環境損害の救済における現行国際法の有用性は、現段階では限られている。

---

[4] タンカー油濁事故（油濁民事責任条約（1969年）と1992年全面改正議定書、基金条約（1971年）と2003年全面改正議定書）、航空機事故（外国航空機第三者損害ローマ条約（1952年））、有害廃棄物（有害廃棄物越境移動規制バーゼル条約責任議定書（1999年））や遺伝子組換え生物（バイオセイフティに関するカルタヘナ議定書の責任補完議定書（2011年））の越境移動、南極地域の活動（南極条約環境保護議定書責任附属書（附属書６、2005年））、原子力活動（原子力活動第三者責任パリ条約（1960年）、原子力損害民事責任ウィーン条約（1963年）、原子力損害補完的補償条約（1997年））および宇宙活動（宇宙条約（1967年）、宇宙損害責任条約（1972年））からの損害に関するものに限られる。

[5] 事業者の責任を定める民事責任型、事業者の負担能力を越える損害賠償の負担分につき管轄国が責任を負うとする混合責任型、管轄国の専属責任を定める国家の専属責任型などがある。

[6] その典型例は、バーゼル条約責任議定書。

[7] 賠償の対象となる環境損害を判断するのは各国の国内裁判所であり、条約の解釈、証拠法の適用のあり方により、適用の結果は大きく異なりうる。外国領域での行為につき裁判管轄を否定する国もあり、準拠法の選択や外国の被告に対する判決の執行、不便宜法廷地、防御の利用の可能性などの手続の問題もある。

[8] 国連国際法委員会（ILC）は、事業者に賠償責任を課す民事責任型の厳格責任主義に立つ「危険活動から生じる越境損害に関する損失配分」原則案を採択したが（2006年）、これはあくまでもモデル案にとどまる。Draft Principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, *ILC Report* 2006, U.N. Doc. A/61/10 (2006).

②環境損害の防止・削減のための規律の展開―慣習法規則および条約の発展

その一方で、環境損害の防止または削減に関する国際法は、膨大な数の環境条約の締結に加え、漁業資源の管理、国際河川や原子力の利用等に関連する条約での適用可能な規則の明文化により、著しい発展を遂げている。また、これと連動して慣習法上の規則もいくつか確立しており、一般国際法上、国家は等しく一定の義務を負っている。環境損害の回復にかかるコストを考慮すれば、その発生防止または削減は多面的に合理的なため、国際法による規律はこれを重視して展開している。

1）一般国際法上の規則

一般国際法上、国家は次に掲げるいくつかの義務を負う。まず、越境環境損害防止義務である。この義務の下で、国家は自国の管轄の下における活動が他国の環境または国の管轄外の地域の環境を害さないよう、適切な措置をとらなくてはならない。ただし、この義務は「相当の注意」義務であり、相当の注意の内容は、予見される損害の規模や性質、原因国の能力など、個別事案における関連事情で決まる。ゆえに、国家がとるべき措置を一義的に導かない。したがって、現実の越境環境損害防止または削減のためには、条約などであらかじめ、要請される措置の内容やその明確化のための手続を定める必要がある。今日の条約による規律は、この方向で進んでいる。また近年では、相当の注意に予防的配慮を埋め込み、「予防原則・予防的アプローチ」の実現をめざす国家実行も、少しずつ表れている[9]。ただし、予防的配慮に立つ越境環境損害防止義務の解釈・適用は、現段階では、一般国際法上確立しているとはいえない。

次に、一般国際法上の義務として、緊急事態通報義務がある。国家は、自国管轄下の緊急事態や深刻な危険について、その了知後遅滞なく、被影響国又は

[9] 例えば、核実験事件（再審請求）における原告ニュージーランドの主張、*Application, 21 August 1995, Request for an examination of the situation, Application of 9 May 1973* (New Zealand v. France), paras.105-111；ILCが2001年に採択した「危険な活動から生じる越境損害の防止に関する条文草案」（ILC越境損害防止条文案）、Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001, *Official Records of the General Assembly*, 56th Session, Supplement No. 10 (A/56/10). 後者については、拙稿「越境損害防止」村瀬信也・鶴岡公二編『変革期の国際法委員会』（信山社、2011年）257-258頁、等。

潜在的被影響国に通報しなくてはならない。

さらに、重大な越境損害を生じるおそれのある国際水路の利用に関して、それを管轄する河岸国は、潜在的被影響河岸国との事前通報・協議義務と、越境環境影響評価（越境 EIA）の実施義務を負う。その基礎にあるのは、国際水路の衡平利用の原則と越境損害防止原則である。

なお、近年、重大な越境環境損害を生じるおそれのある活動一般について、一般国際法上、その管轄国は事前通報・協議義務及び越境 EIA の実施義務を負うとする立場が、有力となっている。主に欧米での国家実行の進展を背景に、欧米の多数の論者がこれを支持しており[10]、「ウルグアイ川パルプ工場事件」ICJ 判決も肯定的な立場を示した[11]。しかし、現段階の国家実行からは、慣習国際法の２つの成立要件――一般的な国家の慣行及びそれを支える法的確信―のうち前者の存在を導くことが困難であり、慣習国際法上の規則の存在を論証できない。なぜなら一定の限定的な環境部門以外でこれらの義務を定める条約、関連国内法制および現実の実施事例のいずれも、欧州と北米に偏在しているからである[12]。少なくとも北東アジア地域では、日本、中国、韓国、ロシア、モンゴルともに、これを支持する具体的な国家実行―関連政府間合意、国内法制の整備、実際の実施例など―は確認できない[13]。韓国が2000年代初めより、越境 EIA を推進するための政府間の実務家対話などを進めているが、そこではこ

---

[10] *e.g.* P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *International Law and the Environment, 3rd ed.*, 2008, p. 177; P. Sands & J. Peel, with A. Fabra & R. MacKenzie, *Principles of International Environmental Law, 3rd ed.*, 2012, p. 622, 634 & 638; J. Holder, *Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making,* 2004, p. 53; O. Mclntyre, *Environmental Protection of International Watercourses under International Law,* 2007, pp. 229-239.

[11] *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentine v. Uruguay), *Judgment*, 2010, paras.203 & 204.

[12] この点も含め、これら義務の慣習法性を論証できない点を論ずるものとして、M. Koyano, "The Significance of Procedural Obligations in International Environmental Law: Sovereignty and International Co-operation," 54 *Japanese Yearbook of International Law* (2011), pp.108-114.

[13] 筆者による過去のインタビューでは、日本政府（外務省国際法課）担当者も、こうした慣習法上の義務については、その有無も含めて公式に議論の対象となったことはないと回答している（2011年７月25日）。

うした法規則の存在の認識は前提になっているとも思われない[14]。そして、前述国際判例も非欧米地域における十分な国家実行の存在を示しておらず、判決の表現には曖昧さも残るため、決定的な証拠とはいえないだろう[15]。したがって、一般国際法を慣習国際法と捉える伝統的な国際法の立場に立てば、上記の見解は十分な根拠を見出し得ない[16]。けれども、現段階で国家の一般的な規範意識が醸成されつつあることは間違いなく、これらの義務は形成途上にあるというべきだろう。たとえば、1990年代以降のこれらの義務を明示する条約の激増、国際判例の動向、これらの義務を中軸に据えた国連国際法委員会（ILC）採択の越境損害防止条文案に対する諸国の一般的支持[17]、などである[18]。

２）条約に基づく規律

現在、環境損害の防止・削減について多くの条約がある。これは、多様な環

[14] 韓国政府および韓国環境政策評価研究院（KEI）は、2004年から2011年まで毎年、日本を除く北東アジア５ヶ国（韓国、中国、モンゴル、ロシア、北朝鮮（途中から不参加））政府間の越境 EIA に関する実務者間のワークショップを開催し、2012年には KEI が単独で、国連欧州経済委員会（以下 CE）越境 EIA エスポ条約事務局と連携し東アジア地域および欧州地域の実務家・研究者を招き、ネットワークの構築をめざしてワークショップを開いている。これら一連のワークショップについては、Y-J. Lee, Strategies to promote Transboundary EIA system in Northeast Asia, presented at the Seminar on the Globalization of the Convention and the Protocol and the Role of International Financial Institutions, The sixth session of Meeting of the Parties to the Convention, in conjunction with the second session of the Meeting of the Parties to the Convention serving as the Meeting of the Parties to the Protocol, Geneva, from 2 to 5 June 2014. 筆者はスピーカとして、2010年と2012年に前述のワークショップに参加したが、アジア地域からのいずれの参加者についても、越境 EIA の実施義務が慣習法規則として確立しているとの認識を確認できなかった。

[15] Koyano, *supra* note 12, pp. 112-113.

[16] ただし、一般国際法を慣習国際法として捉えない立場からは、一般国際法の定義次第では別の結論もありうる。この点の議論については、紙幅の都合もあり別の機会に譲る。

[17] 例えば、日本政府も国連総会における後述 ILC 越境損害防止条文草案の審議では、これら義務を定める規定についてとくに異論を唱えていない。

[18] これらの実行については、Koyano, *supra* note 12.

境部門・問題領域について、普遍的条約と地域条約を含む多数国間条約と、二国間条約を含む。そのうち主要な条約は、末尾［資料］に掲げる通りである。日本も中国も、既存の大多数の普遍的条約の締約国である。

規律の内容には、各環境部門・問題領域の性質や関連諸条件を反映して、個別環境部門・問題領域ごとに一定の類似性がある。本稿では、紙幅の都合から規定内容の説明は省略するが、主な内容については末尾［資料］に示した。

そして、多くの条約、とりわけ多数国間条約は、主に以下の３つの点で共通する。第一に、「実体的義務」と「手続的義務」を組み合わせた規律を設けていることである。実体的義務とは、損害の発生防止・削減を含む環境保全それ自体を締約国に要求するものである。これは、締約国に対して、所定の環境基準の達成など、一定の結果の実現を義務づける「結果の義務」[19]、重大な汚染防止など、損害の発生を「相当の注意」を払い防止することを求める「特定事態の発生防止義務」[20]、損害の原因となる特定行為の禁止・許可や特定物質の使用・排出の削減など、特定の措置の実施を要求する「手段・方法の義務」[21]を含む。他方で、手続的義務は、損害の原因やリスクの解明、環境危険活動に関する意思決定過程での一定手続の実施を求めるものである。たとえば、通報・協議、EIA の実施、モニタリングの義務がある。これは、締約国に対してそのような特定の手続の実施を求める「手段・方法の義務」である。損害発生を防止するためには、所定の環境基準の達成や、その原因物質・活動の規制を締約国に求めるような実体的義務が重要だが、その設定が困難または不適切なところでは後者も有用である。一般に、環境条約は両者の相互補完的な機能を想定し、義務を定めている[22]。

また、第二の特徴は、追加議定書の採択・附属書の改正、締約国会議などの条約機関の諸決定の採択と、締約国によるその実施を通じた、規律の継続的発展による条約目的の実現を想定していることである。環境条約は、科学的不確

[19] 例えば、京都議定書における、所定数値目標の達成義務（３条）。

[20] 例えば、国連海洋法条約（UNCLOS）における、海洋環境保護･保全義務（192条）、海洋汚染防止義務（194条）。

[21] 例えば、海洋投棄規制ロンドン条約1996年改正議定書における、廃棄物の海洋投棄の原則禁止義務（４条１項）。

[22] この点も含め、そのような手続的義務の意義については、Koyano, *supra* note 12, pp.97-150.

実性・技術上の限界、経済発展などの対抗的利益との緊張関係により、条約締結時に具体的な規則の合意形成が必ずしも容易ではなく、さらに科学技術の進歩に即応した規律が求められる。したがって、追加議定書の採択・附属書の改正による具体的規則の段階的整備と規制対象の変更や、条約機関の非拘束的合意を通じた条約規定の解釈基準またはとられるべき具体的な措置、手続、行為基準の設定などを含む柔軟な規律の手法が、有効である。そして、その作成プロセスには、科学技術の専門家も関与する。こうして、条約による規律は、科学的知見の変化や技術の進歩に即応し動態的に「進化」していく（環境条約の「動態的進化」性）。

そして第三に、条約規定または締約国会合の決定に基づき、非強制的かつ多辺的な義務の遵守確保・促進メカニズムが導入されていることである[23]。具体的には、遵守検証手続として報告・審査制度と不遵守手続がある。いずれも、締約国間で遵守に関する対話を制度化し、条約機関の勧告的決定を通じて問題を抱える締約国に遵守確保を促す仕組みであり、一部の例外[24]を除いて強制性の契機はない。そのうち、報告・審査制度とは、各締約国が条約実施状況について条約機関に定期的報告を行い、条約機関がそれを検証し、適宜是正措置の勧告を行う手続である。他方で、不遵守手続とは個別の不遵守事案に対応するためのもので、締約国の自己申告、他の締約国の申立て、または条約機関のイニシアチブにより、条約機関が個別事案を審議し、不遵守の有無を判断して不遵守是正措置を勧告し、当該不遵守国による勧告の実施をフォローアップする手続である。是正措置として条約上の権利・特権の停止等の制裁的措置を想定するものもあるが、一般には不遵守国に対する条約機関や他の締約国からの支援措置を重視しており、この点で支援志向の手続である。また、これは紛争解決とは区別される。さらに、途上国支援のため、条約規定または条約機関の決

[23] 既存の条約の下で導入されているメカニズムの主な概要・特徴については、*e.g.* UNEP, *Compliance Mechanisms Under Selected Multilateral Environmental Agreements*, Nairobi, 2007; U. Beyerlin, P-T. Stoll & R. Wolfrum (eds.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Prcatitioners and Academia*, 2006.

[24] 例えば、京都議定書の下で採択されている不遵守手続。

定により、基金の設置や資金供与[25]、技術移転[26]の仕組を導入する条約も多い。また、京都議定書の「京都メカニズム」[27]のように、市場原理に基づく遵守のインセンティブ付与の制度を備えるものもある。

（3）国際法による規律の限界

以上の骨格をもつ国際法による規律は、相互対等な主権国家から成る国際社会の分権的構造を背景に、また、環境問題の特質も反映して、全体として諸々の限界を抱えており、直面する課題も多い。第一に、義務内容の一般性、義務の緩和条件の付加などにより、実体的規律が一般的に「弱い」ことである。この点で、環境損害の発生原因について特定の具体的な措置の実施を命じる手段・方法の義務を定める条約も増えているが、相対的には決して多くはない。また、可能または適切な場合に、という条件が付された実体的義務も多く[28]、そこでは通常、その第一次的判断は各締約国が行う。

第二に、既存の国際法の実効性が必ずしも確保されていないことである。これは、国家が負う義務の履行確保の問題にとどまらない。すなわち、前述した条約目的の実現を主眼とする環境条約の動態的進化性に着目すれば、条約機関の非拘束的合意の実施も含む実質的な意味における「有効性」確保の問題にもかかわる。そして、一般にこれらの問題は、次に述べるように国際および国内という二つの視点から把握される。

まず、国際的な平面では、国際法は本来、国内法とは異なり義務の履行強制に大きな弱点を抱えている。とはいえ、近年、環境条約における「実体法」の整備の進展に伴い、わずかながらも「手続法」の面でも従来の限界への対処が進んでいる面もある。一つめには、伝統的な国家責任法による違法行為責任の追及における技術的な限界に対応するため、前述のように、個別条約で遵守確保・促進メカニズムが導入され、一定程度機能していることである。しかし、主に対話を中心とする「ゆるやかな」手続であるため、締約国の遵守意思の欠

[25] 例えば、オゾン層破壊物質規制モントリオール議定書10条、気候変動枠組条約４条３項、11条、生物多様性条約20、21条。
[26] 例えば、生物多様性条約16条。
[27] ６条（共同実施）、12条（クリーン開発メカニズム）、17条（排出量取引）。
[28] 例えば、生物多様性条約８、９条。

如に対応できないという根本的な限界がある。

二つめには、1990年代後半より、漁業資源の保全を含む海洋環境、国際水路の保全の問題を中心に、国際裁判を通じて義務の履行確保が図られる事案が増えていることである。これまでにICJへの付託事案は６つあり[29]、また仲裁裁判への付託事案も、少なくとも７つある[30]。また、そのなかには、日本が敗訴した「南極調査捕鯨事件」のように、従来の訴訟適格の限界を超えて、多数国

[29]「核実験事件」(1995年再審請求、同年却下)(*Nuclear Tests case: Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case* (New Zealand v. France));「ガブチコヴォ・ナジュマロス事件」(1993年付託、97年判決)(*Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Dam* (Hungary v. Slovakia));「ウルグアイ川パルプ工場事件」(2006年付託、2010年判決)(*Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentine v. Uruguay));「除草剤の空中散布事件」(2008年付託、2013年付託取下げ)(*Case concerning Aerial Herbicide Spraying* (Ecuador v. Colombia));「南極海調査捕鯨事件」(2010年付託、2014年判決)(*Whaling In the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand Intervening);「国境地域ニカラグア活動事件」(2010年付託)(Case concerning *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua))及び「ニカラグアのサン・ジュアン川道路建設事件」(2011年付託)(Case concerning Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica))(両事件は併合係属中)。

[30]「ライン川塩化事件」(1999年付託、2004年判決)(The Rhine Chlorides Arbitration Concerning the Auditing of Accounts (Netherlands & v. France));「ウラン・プルトニウム混合酸化物(MOX)工場事件」OSPAR仲裁(2002年付託、2003年判決)(*Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*) (Ireland v. UK));「MOX工場事件」国連海洋法条約(UNCLOS)仲裁(2002年付託) *MOX Plant Case: UNCLOS Arbitration* (Ireland v. UK);「ジョホール海峡埋立事件」(2003年付託、2005年付託取下げ)(*Case Concerning Land Reclamation Activities by Singapore Impinging upon Malaysia's Rights in and around the Straits of Johor inclusive of the Areas around point 20* (Malaysia v. Singapore));「鉄のライン鉄道事件」(2003年付託、2005年判決)(Iron Rhine Arbitration (Belgium v. The Netherlands);「ミナミマグロ事件」(2004年付託、2008年却下)(*Southern Bluefin Tuna Cases* (Australia & New Zealand v. Japan));「インダス川キシェンガンガ事件」(2010年付託、2013年判決)(*Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India))。

間条約の義務違反によるすべての締約国の集団的利益の侵害を根拠に国際訴訟の原告適格が認められた事例もある[31]。以上の現象は、多数国間条約で規律される事項が増えるとともに、条約の定める義務の内容がしだいに具体化し、環境紛争を法的に争う余地が広がりつつあることを意味する。とはいえ、訴訟手続にかかる技術的に困難な問題は、依然として厳存している。

そして、以上の国際的平面の問題に加えて、国際法の規律の実効性を確保するためには、国内的な平面における課題―国際法の「適正な」国内実施―がある。これは、前述した環境条約の動態的進化性を念頭におき、環境条約の国内実施を「環境条約を作動させるために、締約国が自国において立法その他の措置をとること」と定義したうえで、環境条約の実施プロセスに着目すれば、条約の批准・加入時の国内法による条約の受容と、その後の条約の動態的進化への対応という二つの局面で捉えられる[32]。まず、受容においては、日本のように一般的受容方式をとる国であっても、通常、当該条約の批准・加入に先立ち、条約義務の履行が可能となるよう、必要に応じて関連国内法や行政措置の新規制定・改廃を行う。「完全担保主義」[33]の下では、条約と担保法の間に不一致が生ずることは通常はないが、場合によっては問題が生じることもある。たとえば、日本のように、条約の批准・加入に際してできる限り新規制定・改廃を回避する傾向のある国の場合には、条約の国内編入に際して、既存の国内法令のパッチワークで対応することも多い[34]。また、条約内容が完結的な体系をもつ既存の「事業法」に関連する場合には、条約の趣旨・目的を担保法に明示的に組み込むことが難しいことも多いため、複雑な経路で国内実施を図ることになりう

---

[31] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment,* 31 March 2014. この点について、拙稿「国際行政法の観点からみた捕鯨判決の意義」『国際問題』636号（2014年）48-49、53頁。

[32] この点も含め、環境条約の国内実施プロセスに関する国内法の観点からの考察については、島村健「環境条約の国内実施―国内法の観点から」『論究ジュリスト』7号（2013年）81-86頁。

[33] 松田誠「実務としての条約締結手続」『新世代法政策学研究』10号（2011年）313-314頁。

[34] 例えば、生物多様性条約、湿地保護ラムサール条約、世界遺産条約を含む生物多様性・自然保全に関する諸条約の批准・加入に際しての日本の対応。

る[35]。これらの場合に、条約の本来の趣旨・目的にそぐわない形での実施のあり方や、逆に、国内法体系における歪みが生じることも考えられる。さらに、条約締結後の条約機関の諸決定などを通じた規律の動態的進化は、条約の批准または加入当初の必要最低限の国内編入措置における想定を超える事態を招来する場合もある。これは、必ずしも条約義務の違反を惹起するものとは限らないが、実質的な意味での条約の有効性や、国内法体系の一貫性確保という観点からは、問題となりうる。とりわけ環境問題への対処では、国家機関に加えて、地方当局、業界団体、科学者団体、市民など、幅広いアクターが利害関係者として絡むため、条約の適正な国内実施のための対応は、当該締約国の国内体制のあり方も反映して、かなり複雑なものとなりうる[36]。また、相手国の事前の許可を前提とする輸出入管理、共同観測（モニタリング）、情報交換、通報・協議、越境 EIA など、義務の履行のプロセスに他の締約国も関与するところでは、当該他の締約国の国内措置との「適正な」連動も不可欠である[37]。したがって、締約国は、そのための方途を適切に見出し、作動させていくことが肝要となる。しかし、これは各国の国内事情も反映して、必ずしも容易なことではない。

国際法による規律が直面する第三の課題は、以上のいずれの側面―環境条約の定立と実施―についても、「南北」間格差が著しいことである。とりわけ既存の地域および二国間条約は欧州と北米地域に偏在しており、既存の条約についても、それら地域の条約とその他の地域のそれとの間では、規律構造や規定内容の具体性に圧倒的な格差がある。さらに、既存の条約の実施実績も、欧米

[35] 例えば、日本の場合には鉱物資源開発や漁業活動に伴う環境保全・生物資源の保全の問題。原子力活動についても、2013年７月の原子力関連法制―とくに原子力基本法、原子炉等規制法―の改正を経て状況は変わりつつあるが、類似の問題はある。城山英明・児矢野マリ「原子力の平和利用の安全に関する条約等の国内実施―国際的基準と福島第一原子力発電所事故後の関連国内法制の動向」『論究ジュリスト』第７号（2013年）63-65頁；拙稿「横断的に用いられる手法への着目―環境影響評価（EIA）」前掲書66-67頁。

[36] この点については、久保はるか「環境条約の国内実施―行政学の観点から」『論究ジュリスト』第７号（2013年）90-99頁。

[37] Koyano, *supra* note 12, p. 131; 拙稿「国際条約と環境影響評価」『環境法政策学会誌』14号（2011年）93頁。

地域を中心とするものでは一般的に評価が高いのに対して、それ以外ではよくわかっていない。このような地域間の格差は、とくに1990年代以降、欧州における環境条約の激増と中東欧・旧ソ連邦諸国による参加の拡大・条約の実施状況の改善と、アジア・アフリカ地域における一般的な停滞状況により、拡大している[38]。

そして第四には、国際法の「断片化」(fragmentation) の問題である。前述したように、今日では膨大な数の多数国間環境条約が存在し、各々独自の「体制」(レジーム) を発展させている。そして、これによりあらたな問題―環境条約間の重複または抵触や[39]、WTO/GATT の自由貿易体制を典型とする他の国際法分野の規則との抵触―も生じている。条約の法規範性の阻害、条約実施の非効率化を防ぐため、条約法に基づく調整 (ウィーン条約法条約の関連規定の適用、個別条約への関連条項の挿入) や、条約の実施における実務的調整などが必要であり、各方面で模索されている。けれども、対応は必ずしも容易なことではない[40]。

---

[38] 環境保全に関する地域および二国間条約をめぐる欧州・北米地域とその他の地域間の格差については、拙稿「『越境汚染』に対する法的枠組と日本」『法学教室』393号 (2013年) 46-47頁。

[39] これは、主に２つの要因―環境条約の急速な増加により、相互の独立した別個の条約間で重複や対立が生じる可能性が高まったこと、および、生態系の相互依存性により環境問題は多面的であるため、一つの環境問題または環境危険活動が異なる角度から同時に複数の条約の規律対象になることも多いこと―による。この問題については、拙稿「多国間環境条約の執行確保と複数の条約間の調整―『ダニューブ・デルタ事件』の分析を中心に」中川淳司・寺谷広司編『大沼保昭先生記念論文集―国際法学の地平』東信堂、2009年、619－621頁；R. Wolfrum & N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (2003)

[40] 国際法の断片化の問題は、今日では多様な分野・場面で見られる。宮野洋一「国際法の『断片化』」村瀬信也・鶴岡公二編『山田中正傘寿記念―変革期の国際法委員会』信山社、2011年、423-431。国連国際法委員会 (ILC) もこの問題について報告書を作成している。M. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law/ Report of the Study Group of the International Law Commission* (A/CN.4/L.682, 13 April 2006).

3．日本と中国をめぐる環境問題と国際法の規律―４つの留意点

それでは、以上のことを念頭において、日本と中国を含む北東アジア地域における環境問題への対処について、国際法の観点から考えてみたい。

日本や中国が直面している、またはしうることが想定される環境問題は、実に多様であろう。両国のおかれた地理的、自然的、経済的、政治的、社会的条件などにより、相互に異なるものもあるだろう。物理的な悪影響がもっぱら自国の管轄地域内にとどまるものもあれば、近隣諸国に及ぶものもあり、さらに、地球規模で生じるものもある。

これらの問題に対処するために、現行国際法は有効だろうか―この問題を考えるにあたり、さしあたって次の４つの点に留意することが必要である。

第一には、本稿の冒頭で述べたように、物理的な悪影響が一国の管轄地域内にとどまるような環境問題にも、国際法の規律がおよぶ場合があること、および、大気汚染問題に典型的に現れているように、越境問題としての規律が、実質的に一国内の問題への対処となる場合もあることである。したがって、この点に着目して、国際法の「有効性」を柔軟に考える必要がある。

第二には、慣習国際法上の規則として確立している国家の基本的義務―越境環境損害防止義務、緊急事態通報義務、国際水路の利用に関する事前通報・協議義務と越境 EIA の実施義務―は、一般国際法として日本と中国にも課されていることである。したがって、具体的に適用可能な条約がないからといって国家は環境保護に関する国際的義務を負わないわけではない。

第三には、日本と中国は、既に述べたように現存する大多数の普遍的な環境条約に締約国として参加していることである。その詳細については、末尾［資料］の通りである。ここで重要なのは、それら条約が規律対象とする環境問題は、物理的な悪影響が一国の管轄地域内にとどまるもの、広範な地域に広がるもの、地球規模におよぶものまで、幅広く含むことである。そして、そのなかには、たとえば国連海洋法条約（UNCLOS）、原子力安全条約、生物多様性条約などのように、締約国に一般的内容の義務を課すにとどまるものの、規律対象となる悪影響について多様な物理的範囲を想定するものもある。

最後には、日本と中国が所在する北東アジア地域では、環境問題に対処するための地域および二国間条約の展開がきわめて乏しく、欧州・北米地域と対極的な状況にあることである。つまり、前述した南北格差が典型的に現れている。

その一方で、この地域では近年、地域の環境問題の悪化やそのリスクが大きく注目を浴びていることである[41]。

以下では、以上の４点を念頭におきつつ、とくに日本と中国が抱える、または抱えるおそれのある北東アジア地域の越境環境問題への対処に焦点を当て、国際法がなんらかの役割を果たしうるのかについて、日本の研究者として日本の立場を意識しながら、立法論・政策論も含め、マクロの視点でその可能性を探ることにする。これは、昨今この地域で高まりつつある越境問題の懸念を念頭においたものである。

４．北東アジア地域における越境環境問題への法的対処の可能性

（１）北東アジア地域における越境環境問題

近年、北東アジア地域においては、越境環境問題またはそのリスクとして語られる現象が増えつつある。たとえば、日本は、自国が原因国または被影響国として、さまざまな地域の環境問題を抱え、また抱えるリスクに直面している。まず、中国大陸方面からの越境大気汚染とそのリスクがある。主に、PM2.5[42]

---

[41] その典型例は、微小粒子状物質（PM2.5）を含む越境大気汚染問題である。2013年１月頃から新聞各社の報道は多いが、例えば「PM2.5観測強化 環境省 健康への影響解析 自治体と連携」日本経済新聞、2013年２月８日朝刊。

[42] PM2.5とは、大気中に浮遊している2.5μm（1μm＝１mmの千分の１）以下の小さな粒子のことで、非常に小さいため（髪の太さの1/30程度）、肺の奥まで入りやすく、呼吸系への影響に加え循環器系への影響が懸念されている。環境省「微小粒子状物質（PM2.5）に関する情報」http//:www.env.go.jp/air.osen/pm/info.html（2013年５月５日現在）。PM2.5は、物の燃焼等により直接排出されるもの（一次生成）と、環境大気中での化学反応により生成されたもの（二次生成）がある。一次生成粒子は、焼却炉、自動車等や、火山等の自然由来のものもある。二次生成粒子は、火力発電所、工場、自動車等の燃料燃焼により排出される硫黄酸化物（So_x）や窒素酸化物（NO_x）、森林等から排出される揮発性有機化合物（VOC）等のガス状物質が、大気中で光やオゾンと反応して生成される。*Ibid.* 日本政府によれば、本年１月以降西日本を中心に頻繁にみられるPM2.5濃度の上昇は、諸要因を考慮すると中国大陸からの越境大気汚染の影響ではないかという。環境省「微小粒子状物質（PM2.5）に関するよくある質問（Q&A）」http//:www.env.go.jp/air.osen/pm/info/attach/faq.pdf（2013年５月５日現在）。

や黄砂[43]等の粉塵の飛来、光化学オキシダント濃度の上昇[44]などが指摘されている。また、越境の海洋汚染として、日本海沿岸で深刻な海洋漂着ゴミ[45]、鉱物資源の開発活動（ロシアのサハリン沖油井、東シナ海の中国ガス田等）に起因する汚染や[46]、タンカー事故による油汚染[47]のリスクなどである。1990年代には、日本海でのロシアによる低レベル放射性廃棄物の海洋投棄（1993年11月）の問題もあった[48]。東日本大震災による漂流物も、潮流にのって日本海にまで達しているという[49]。また、越境放射能汚染として、日本が管轄する原子力活動は越境汚染の源となりうる。福島第一原子力発電所事故のような事故が日本海沿岸部で起きれば、近隣諸国に悪影響を与える可能性は高い。また、近年の

---

[43] 日本学術会議 農学委員会 風送大気物質問題分科会『黄砂・越境大気汚染物質の地球規模循環の解明とその影響対策』平成22年（2010年）２月25日、4-５頁。近年、黄砂が日本に飛来する途上の大気汚染による黄砂変質現象も注目されている。同左、12-13頁。

[44] 東アジアで NO_x や VOC の排出量が増加し、それにより生成されるオゾンが偏西風で日本に運ばれ、日本の地上オゾン濃度が上昇して生じている可能性が高いとの指摘がある。光化学オキシダントは光化学スモッグの原因となる物質。「越境大気汚染の日本への影響」国立環境研究所『環境儀』33号（2009年）。

[45] 環日本海環境協力センター「2011年度 NERA プロジェクト海辺の漂着物調査報告書」（2012年）76-82頁、http://www.npec.or.jp/3_report/pdf/2011/Marine_litter_report.pdf（2013年５月６日現在）；地球環境研究会編『地球環境キーワード事典［５訂］』（中央法規、2008年）108-109頁；小島あずさ・眞淳平『海ごみ―拡大する地球環境汚染』（中公新書、2007年）110-129頁。

[46] サハリン沖油井につき、村上隆「サハリン大陸棚の石油・天然ガス開発」村上隆編著『サハリン大陸棚―石油・ガス開発と環境保全』（北海道大学図書刊行会、2003年）32-36頁。

[47] 例えば、島根県隠岐島沖におけるロシア船籍タンカー「ナホトカ号」事故（1997年１月）による大規模な油流出事故。

[48] この投棄は当時ロンドン条約違反ではないが、日本はロシアに対して強く抗議した。IMO, *Report of the Sixteenth Consultative Meeting*, 15 December 1993, LC 16/14, paras. 5.25-5.26.

[49] 環境省「東日本大震災による洋上漂流物の漂流予測結果の公表について」平成25年３月15日、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kaiyou/hyouryuu/pdf/siryou.pdf（2013年５月７日現在）；「東日本大震災：がれき大量漂着、北米悲鳴４州が対策予算化」毎日新聞、2012年７月７日大阪版朝刊３頁。

近隣地域では、韓国、中国、台湾などを含めて原子力活動が活発であり、その事故が偏西風や潮流の作用で日本に放射能汚染をもたらすリスクも、大いに懸念される[50]。さらに、北東アジア海域も含む漁業資源の減少問題もある[51]。

また、中国は、以上の問題のいくつかについて利害関係国となる可能性に加えて、自国が河岸国となっている国際水路の保全や持続可能な開発、湿地などを含む越境の自然保全区域の保全といった課題も抱えているだろう。日露両国が共有する松花江の汚染問題（2005年11月）[52]は記憶に新しく、自国領域内を流れるメコン川の最上流域における水力発電事業についても、中・下流の河岸国との間で諸々の利害関係が指摘されている[53]。

（2）国際法による法的対処の限界

以上述べたような北東アジア地域の抱える環境問題に対して、既存の法的枠組は有効に機能しうるか―既に述べたように、少なくとも適用可能な国際法規則はある。一般国際法上の越境環境損害防止義務及び緊急事態通報義務である。

さらに、日本、中国、韓国などの地域諸国が等しく批准している普遍条約として、UNCLOS、船舶起因汚染防止 MARPOL 条約、海洋投棄汚染防止ロンドン条約（1996年改正議定書）、原子力事故早期通報条約、原子力事故援助条約、原子力安全条約、放射性廃棄物等安全条約、生物多様性条約、バイオセイフティに関するカルタヘナ議定書、湿地保全ラムサール条約、野生動植物国際取引規制ワシントン条約（CITES）の関連規定もある。そして、近隣諸国間の二国間

---

[50] 日本のこうした越境放射能汚染のリスクについては、拙稿「原子力災害と国際環境法―損害防止に関する手続的規律を中心に」『世界法年報』第32号（2013年）98-99頁。

[51] たとえば、日本海の産卵場での大型巻き網船による産卵群の乱獲を原因とする、太平洋クロマグロ資源の悪化問題など。勝川俊雄『漁業という日本の問題』NTT 出版、2012年、212-218頁。

[52] 関連報道として、「ロシア大使に中国外相が謝罪―松花江への汚染物質の流出事故」朝日新聞2005年11月27日朝刊など。

[53] A. Dinar, S. Dinar, S. McCaffrey & D. McKinney, “Case Study 1: The Mekong River Basin,” in A. Dinar, S. Dinar, S. McCaffrey & D. McKinney, *Bridges over Water: Understanding Transboundary Water Conflict, Negotiation and Cooperation, Second Edition*, 2013, p. 293.

環境保護協力協定もある。具体的には、一般的な協力義務、二国間の政府間委員会の設置などを定める、日中（1994年）、日韓（93年）、日露（91年）、中韓（93年）間などの各協定である。また、漁業資源の保全については、関係諸国間の二国間漁業協定[54]や諸国が締約国となっている多数国間漁業条約[55]もある。さらに、中国は越境河川の利用に関するいくつかの二国間条約を近隣諸国と締結しており、それに基づき政府間委員会も設置されている[56]。

ただし、以上の法規則は少数の例外を除いて、原因国がとるべき具体的措置を明示しない。汚染防止については、MARPOL 条約、ロンドン条約及びバーゼル条約を除いて、多数国間条約は具体的な実体的規則を含まない。生物多様性・自然保全についても、カルタヘナ議定書と CITES が規律対象について輸出入規制を設ける以外は、同様である[57]。

また、定められた手続的規則も、比較的一般的な内容または定式化にとどまるものが多い。手続的義務は、その事案が所定要件を充たせば所定手続の実施が要求される手段・方法の義務として、一定程度原因国の裁量を制限する。とはいえ、ロンドン条約を除いて多くの場合に、個別事案における手続の実施の要否や適否について、原因国が実質的に広い裁量をもつ。たとえば、多くの条約規定は、具体的な活動の実施や直面する事態から生じる越境汚染やそのリスクが一定程度以上の場合にのみ、それら手続の実施を要求する[58]。また、手続

---

[54] 日中漁業協定（1997年）、日韓漁業協定（1998年）及び日露間の四つの漁業協定（日露漁業協力協定（1998年）、日露地先沖合協定（1984年）、北方四島周辺水域操業枠組協定（1998年）、日露違法漁業防止協定（2012年））である。

[55] 一定魚種・一定海域の漁業について、多数国間漁業協定に基づき地域漁業機関も設置されている。例えば、中西部太平洋マグロ類条約（2004年）に基づく中西部太平洋マグロ類委員会（WCPFC）など。

[56] 例えば、アムール川とウスーリ川の越境水における水生資源の保護等に関する中露間の条約（1997年）に基づき設立された混合委員会等。

[57] なお、一般に漁業条約については、設置された政府間委員会または地域漁業機関で漁獲規制を含む具体的な保全管理措置が採択されるが、関係国間の利害対立などにより、適正な資源保全に有効な措置の採択は容易でないことも多い。FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2012*, Rome, 2012, p. 92

[58] 例えば、EIA の実施について、UNCLOS206条（EIA の実施）、生物多様性条約14条。

の実施について「実行可能な限り」といった緩和条件を明示する規定もある[59]。

そして、具体的な実体的義務を規定しない条約の下では、一般的な防止・削減義務や保全義務、手続的義務の具体的内容、解釈基準、実施方法を明記する合意文書も、とくに多数国間の締約国会議の決定として一定程度あるものの、締約国を法的に拘束せず、一般にその有効性は必ずしも明確ではない。また、関係国間の利害対立などにより、適正な資源保全にとって有効な措置の採択は容易でないことも多い[60]。こうした具体化文書がほとんどない条約もある[61]。このようにして、一般国際法上の基本的義務と同様、これらの条約義務の実施における原因国の裁量はかなり広い。

以上のように、日本と中国を含む北東アジア地域の抱える越境汚染問題については、ごく一部を除き、汚染源の具体的な規制も、具体的な事前手続による汚染源の相互監視も、関係国間における具体的な共同の科学的調査研究や情報交換の法的義務も、ほとんどない。生物多様性・自然保全の問題についても、前述した普遍条約に基づき相互に輸出入規制のかかる場合を除いて、ほぼ同様である。

これは欧州・北米地域の状況とは、対照的である。これらの地域では、二国間または広範囲の地地域におけるさまざまな環境問題について、具体的規則を含む二国間または多数国間環境条約の作成と実施が進んでいる。また、既存の普遍条約の規定内容を具体的に実施するための条約もかなり多い[62]。しかし、北東アジア地域では、漁業分野の一部の条約を除いてこうした条約はほぼ皆無である。

このようにして、関係国間では、一般国際法上の前述した基本的義務、条約上の一般的な防止・削減義務又は関係各国に広い裁量を認める手続的義務に基づき、相互に「適切な」措置の実施を要請できるにとどまる。これらの義務の「緩さ」のゆえに、相互にそれらの義務違反を法的に争うこともかなり難しい。義

[59] 例えば、UNCLOS204条（監視）、206条（EIA の実施）。

[60] 例えば、地域漁業機関。前掲注55。

[61] その例は、UNCLOS や二国間の環境協力協定。原子力の安全に関する IAEA の４つの条約の下では、IAEA 安全基準が関連規定の解釈基準たりうるが、それ自体には法的拘束力はなく、また解釈基準足りうるかどうかの判断も含め、各締約国の裁量は大きい。城山英明・児矢野マリ、前掲注35、57-58頁。

[62] 拙稿、前掲注38、35-37頁。

務違反の成立、その立証等が容易でないからである[63]。条約の下で「不遵守手続」が導入されている場合でも、北東アジアの越境汚染をめぐってはこの地域の諸国についてこれまで適用された実績はなく、その有用性も明瞭ではない。また、PM2.5などの越境大気汚染のように科学的に明確でないリスクについては、前述したように予防的配慮に立つ越境環境損害防止義務の適用・解釈が確立していない以上、そもそも越境環境損害防止義務に基づく措置の実施要請も困難である。以上のように、前述した北東アジア地域における越境環境問題またはそのリスクについては、既存の国際法の枠組による対処には、現段階では一般に大きな限界があるといわざるを得ない。

（3）国際法による法的規律の発展可能性の追求―限界を超えて

それでは、日本と中国を含む北東アジア地域が抱える環境問題について、国際法による対処を考えることはもはや無意味なのだろうか。北東アジア地域では、法的観点から有効な対処を語ることはできないのだろうか。―この先は立法論又は政策論の話になるが、法的規律の発展可能性という観点から、現段階で漠然と考えられるいくつかの方向性について示してみたい。

第１には、既存の一般的な法的枠組とともに、「ソフトな」ツールを活用する方途である。これを通じて、実質的に一般国際法および普遍的条約、二国間協定に基づく一般的規律として現存する法的枠組を強化し、具体化していく途である。

実は、北東アジア・東アジア地域には、すでにさまざまなレベルで関係国間のイニシアチブが多数存在する。たとえば、多様な環境問題を幅広く扱う主なフォーラムとして、各二国間環境保護協力協定に基づく複数の二国間合同委員会[64]、「日中韓三カ国環境大臣会合」（TEMM）（1999年～）、北東アジア６ヵ国間の「北東アジア地域環境プログラム」（NEASPEC）（1993年～）、北朝鮮を除く五カ国間の「環日本海環境協力会議」（NEAC）（1992年～）、がある。ASEANも含めば、「東アジアサミット環境大臣会合」（EAS EMM）（2008年～）、

[63] なお、義務違反の国際請求は、司法手続につき国際裁判所の管轄という訴訟手続上の問題も抱える。

[64] ただし、日露合同委員会は2007年以降開催されていない。筆者による外務省欧州局ロシア課担当者インタビュー（2015年１月26日）。

「ASEAN＋日中韓三環境大臣会合」（2002年～）がある。個別環境問題については、例えば、海洋汚染に関しては、UNEPの下で日中韓露とオブザーバとして北朝鮮が参加し、海洋漂着ゴミや油汚染事故の緊急時協力を扱う「北西太平洋地域海行動計画」（NOWPAP）（1994年～）、越境大気汚染については、日本のイニシアチブで始まり13カ国が参加する「東アジア酸性雨モニタリング・ネットワーク」（EANET）（1998年～）、および、韓国主導の「日中韓大気汚染物質長距離越境移動研究プロジェクト（LTP）（1996年～）などである。

以上のような既存の非拘束的合意に基づく枠組は、ヒントになる。そして、地域の環境問題またはそのリスクへの対処のためには、それら枠組の「有効性」に関する実証的な評価を前提に、実践的な観点から、それらの再構成の必要性も視野に入れつつ、あるべき対処の「枠組」を模索していくことが不可欠だろう。そしてその際、前述したような既存の一般的な法的枠組との事実上の連関を意識しながら、実質的な観点から、その規範的な意味を探っていくことが肝要だろう。あるべきソフトな枠組の実践の蓄積が、法的に有意味な結果を醸成する可能性もある。

第２には、実体的規則に対して補完的役割を担う手続的規則の意義に着目し、既存の一般的な法的枠組における手続的義務の具体的な実施を、実務的な観点からより容易にするために、地域または二国間条約を作成することも有意味だろう。まず利害関係がより緊密な二国間で条約を締結し、その実績に基づき地域に拡げるというやり方もある。この点で、緊急事態通報義務について、とりわけ原子力事故早期通報条約やUNCLOSの規定内容の具体化は、短期的に有効な選択肢だろう。これは締約国に新たな義務を課すものではなく、実務上の配慮から手続の円滑な実施を推進するもので、関係国にとって国内外で法・政策上のハードルが低く、相対的に容易であろうからである。現実的には、まず非拘束的な文書から出発し、将来条約の形式に固めていく方法もありうる。これが条約の形で実現されれば、北東アジア地域で具体的義務を定める初めての条約となる。貴重な先例として、将来の法的枠組の展開に重要なインパクトを与えるかもしれない。法的拘束力のある条約をまず１つ作ることの意義である[65]。

[65] とくに原子力事故早期通報条約に関するこのアプローチの意義について、拙稿、前掲注50、99-100頁。

第３には、以上と同様の手続的観点から、日本と中国が率先して具体的な国家実行を推進していくことである。これには、可能性として、主に３つの方向がある。１つめは、まず日本が率先して、越境 EIA、事前通報・協議を含む事前手続について、その相互主義的性格を考慮し、国際的合意の作成を意識しつつ、実践面でも率先して自身の国家実行を作っていくことである。UNCLOS では、越境 EIA と事前通報義務は一般的な定式化にとどまるが、近年では、国際裁判でこの義務の違反を争う事案も現れている[66]。また、前述したように今日、一般国際法上、重大な越境汚染を生じるおそれのある活動一般につき、事前手続の実施義務が確立しつつある。そして、ILC 越境損害防止条文案が条約として採択される可能性は否定できず、そうでなくとも国際裁判に事実上影響を与えることはあり得、さらに、この条文案は越境 EIA に予防的配慮を読み込んでいる[67]ことにも留意すべきである。以上のことを踏まえて、日本は自国が越境汚染の原因国と被影響国の双方になりうることに留意し、事前手続の相互主義的性格に鑑みて、これら義務の積極的な国内法制への受容等につき真剣に考えるべき時期にきているように思われる。UNCLOS や原子力安全条約など、条約における既存の手続的義務は管轄国の裁量が広いため、日本の現状は条約義務の不遵守とはいえないだろう。しかし、予防的配慮を読み込む条約解釈の発展可能性や、日本の抱える越境汚染問題への対処という政策的観点からは、それで必要十分なのかどうか、検討する余地もあるだろう[68]。

手続的観点からの２つめの可能性は、中国が、既に近隣国と締結している天然資源の利用と保全に関する協定、たとえば、中露間の国際水路協定や越境自然保護区に関する協定などの下で、相手方当事国との手続的協力を多面的に推

---

[66] 前述した「核実験事件」（再審請求）「MOX 工場事件」UNCLOS 仲裁、「ジョホール海峡埋立事件」、ウルグアイ川パルプ工場事件等。

[67] 拙稿、前掲注９、270-271頁。

[68] 詳細について、拙稿、前掲注50、100-101頁；拙稿、前掲注37、80-84頁；拙稿「国際環境法における手続的義務に関する一考察－「柔らかいコントロール」のプロセスの基礎として」『新世代法学研究』20号（2013年）222-224頁。鉱業法（2011年７月最終改正）のあり方につき、筆者の立場と類似の指摘として、東京大学海洋アライアンス・東京大学政策ビジョン研究センター「海洋基本計画の見直しに向けた提言」（2012年９月）11頁 http://www.oa.u-tokyo.ac.jp/news/2012/09/13/pro_ocean2012_all_ff.pdf（2012年10月22日現在）。

進していくことである。共同観測、情報交換に加え、越境 EIA、事前通報・協議を含む事前手続についても、将来における国際的合意の作成につながるような形で、具体的な国家実行を作っていくことが有益だろう。

そして、手続的観点からの最後の可能性は、そもそも対処すべき多くの具体的な環境問題について、日本と中国を含む北東アジアの関係諸国が科学的知見を共有していないという問題への対処に関係する。この問題は、とくに PM2.5 を含む長距離越境大気汚染で顕著である。この現状では、そもそもの協力の出発点において大前提を欠く。したがって、日本と中国はまずこの点を注視して、他の隣接関連国、たとえば韓国も含め、共通の影響指標に基づく真の意味での共同観測およびその結果の分析を積極的に推進し、可能性が指摘されている越境環境問題について科学的知見を共有することが必要である。そのためには、科学面における具体的な協力を強力に推進するべく、この観点から、既に述べたように越境環境問題に関する「ソフトな」枠組みとしての既存のイニシアチブの検証が急務となる。具体的には、たとえば大気汚染問題に関しては、前述した LTP および EANET の有効性についての検証と再構成のニーズの見極めである。そして、このプロセスを経て科学的知見を共有したうえで、現実的な対処策を検討する枠組として、韓国、ロシア、モンゴル、北朝鮮を含む他の関係諸国も参加するフォーラム、たとえば前述した NEASPEC の活用が求められる。ここでは、北東アジアにおける他の関係諸国も含め、地域の問題への対処として多辺的な仕組みを推進することが肝要だからである。これは、UNECE 長距離越境大気汚染条約という先例からの教訓である[69]。

ただし、以上述べてきた３つの方向性を進めるためには、根本的な前提問題がある。これは、北東アジア地域における現状の根底にある「環境」価値の相対的な劣位性を、なんらかの形で中・長期的に克服しなくてはならないことである。この地域の政治・経済状況、地政学的な要因などを考慮すれば、相対的に同質的な諸国から成る欧州や北米地域とは異なり、この問題への対処は容易なことではないだろう。けれども、環境問題への対処という観点から、政治・経済・安全保障などで難しい課題を抱えるこの地域の協力関係を多角的かつ永

[69] 石井敦・米本昌平・沖村理史・児矢野マリ・大久保彩子・堀口健夫・岡本哲明「東アジアにおける越境大気汚染と外交の考え方―PM2.5問題を軸に」（ワーキングペーパー）2015年刊行予定。

続的に推進し、地域の安定と繁栄を図るという、逆の発想はできないだろうか。なぜなら、環境問題への対処を抜きに持続可能な社会の発展はありえないことは、今日の国際社会で、また、日本と中国を含むこの地域の市民社会において、共通の認識だからである。

とりわけ、安全保障環境の厳しい現在の北東アジア地域において、このような逆の発想は中・長期的な地域の安定に貢献しうると思われ、潜在的な有効性は高いだろう。環境保全という国際社会で正統性の高い価値を追求する国際協力には、二つの積極的な意味―①地域の環境問題それ自体の解決を促す、②安全保障面における地域の緊張緩和の足がかりとなり、関係国間で緊張が高まった際の「安全弁」となりうる―がある。ここには、環境外交の推進を通じて地域の安定を図るという可能性も見出し得よう。その先例は、冷戦期の西欧諸国の外交にある。それら諸国は、冷戦構造の下で絶妙なバランスを要する外交課題に取り組む際、東側諸国との間で環境外交を巧みに行い、国際環境協力を積極的に推進した。そして、軍備拡張競争といった安全保障問題に伴う東西間の緊張を緩和させることに成功したとされる[70]。確かに、冷戦期の欧州地域の外交が直ちに現在の北東アジア地域のモデルとなるとは限らないが、環境そのものの価値を相対化し、外交「ツール」としての環境保全の意義に着目するという柔軟な発想は、一考の価値があるのではないかと思われる[71]。

5．おわりに―北東アジア地域の現実と国際法・国際法学の存在意義？

以上、本稿では、環境問題への対処における国際法の枠組を俯瞰し、その特質と限界を整理した。そして、日本と中国が抱える、または抱えるおそれのある環境問題と国際法の関係について、いくつかの留意点を示した。そのうえで、

[70] 米本昌平『地球変動のポリティクス―温暖化という脅威』弘文堂、2011年、70-84頁。

[71] 石井他、前掲注69。また、類似の発想で日韓間の環境協力の意義を説くものとして、田所昌幸・児矢野マリ・金良姫・洪鍾豪「V. 環境パートナーシップ」第二期日韓新時代共同研究プロジェクト『新時代の日韓協力―七つの核心的アジェンダ』（2013年12月14日）８、52-52頁　http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000023055.pdf（2014年11月30日現在）。

とくに近年注目されつつある北東アジア地域の越境環境問題に焦点を当て、それへの対処における国際法の限界を指摘し、立法・政策論も含め、マクロの視点から国際法または「国際法的思考」の貢献可能性を素描した。さらに、北東アジア地域の現実に鑑みて、その前提となる環境価値の相対的劣位性の問題への対処について、法的思考を外れつつも一定の示唆を試みた。

現代社会における環境問題への対処において、現行国際法には諸々の限界がある。これは、そもそも国際法一般に内在するものと、環境問題の特質と関連諸要因を背景に、現段階における環境問題に対処するための国際法の発展状況におけるものとがある。さらに、それに加えて日本と中国を含む北東アジア地域では、地域の環境問題への対処において、国際法「外在的な」限界も顕著である。そもそもの「ハードな」地域的法規範が著しく欠如しており、関連する国家実行も相対的に未成熟なのである。

視点を変えれば、ここには、現行国際法の基本的概念が欧州の国家間関係に端を発する「ヨーロッパ公法」に淵源をもつことの限界が、端的に表れているのかもしれない。北東アジア地域の国家間関係の伝統―欧米流の「違法 / 合法」思考に立つ「ハードな」法を主要なツールとしない―とでもいうべきものが、根底にあるのだろうか。それとも、現代のこの地域の国家間関係における地政学的要因の作用、または「環境」価値の相対的劣位によるものなのだろうか。

以上の現状に直面して、国際法学の課題は何か―国家間の利害調整および共通利益の実現を使命とする現代国際法といえども、北東アジア地域における現実の前では無力であり、国際法学はその現状を傍観しているしかないのだろうか―伝統的な方法論と概念枠組のみでは、問題状況の把握と現実の問題解決の処方箋が描けないという現実は重い。法規範が現実社会の問題に対処するための一つの手段であり、それを研究対象とする法学は「実学」であるとするならば、北東アジア地域の越境環境問題の解決に役に立たない国際法及び国際法学は語義矛盾であろう。

現実問題への対処のために、「法」や「法的技術」はいかなる役割を、いかなる形で、いかにして担うことができるのか、「法的思考」はどのように役に立つのか―ここでは、長期的な観点から北東アジア地域における法規範の可能性と限界を捉え直す必要があるだろう。その際、問題の性質、地域の事情等、関連する諸要因の考慮とともに、「ソフトな」枠組との関係で法概念や法的技術を相対化する視点も必要だろう。一定程度の「環境」価値の相対化すら、必要

かもしれない。柔軟な発想と複合的思考による国際法と国際法学の可能性の模索が求められよう。

［資料］　環境損害の防止・削減に関する主要な環境条約及び主な内容

○**大気系の保全**：UN ECE 長距離越境大気汚染防止条約（LRTAP 条約）（1976年）＋８つの追加議定書、米加大気質協定（91年）、オゾン層保護ウィーン条約（85年）＋オゾン層破壊物質規制モントリオール議定書（87年）、国連気候変動枠組条約（1992年）＋京都議定書（97年）［汚染・損害原因物質の使用制限・排出の削減、科学調査研究の協力、EIA の実施等］

○**海洋環境の保全**：国連海洋法条約（UNCLOS）をアンブレラとする重層的構造

・海洋汚染の防止

・国連海洋法条約（UNCLOS）（1982年）第12部［海洋環境保護・汚染防止、緊急事態通報、EIA の実施、立法・執行管轄権の配分等］

・船舶起因汚染防止のための MARPOL 条約（1973・78年）［船体構造の規制、特定物質の使用禁止等（５つの附属書による具体的規律）］

・海洋投棄汚染規制ロンドン条約（1972年採択・96年議定書で全面改正）［投棄の原則禁止（96年改正議定書）、EIA の実施等］

・13の地域海に関する各地域海保護条約＋汚染源ごとの追加議定書／附属書：北東大西洋保護 OSPAR 条約（1992年）、地中海環境保護条約（76年採択、95年全面改正）＋各汚染源に関する追加議定書等［地域海洋環境保護・汚染防止、MARPOL 条約やロンドン条約（1996年改正議定書）の定める義務の確認および／または強化、EIA の実施、通報・協議等］

・海洋生物資源の保存・管理

・UNCLOS 第５（排他的経済水域：EEZ）、６（大陸棚）、７部（公海）［漁業資源の保存・最適利用の義務（海域・７つの魚種ごとに異なる規制）］

・国連公海漁業協定（ストラドリング魚類・高度回遊性魚種を含む漁業資源の保存・管理に関する UNCLOS の実施協定）（1995年）［規律対象魚種の漁業に関する枠組条約として―漁業資源の持続可能な利用・予防的アプローチ・生態系アプローチ・EEZ とそれに接続する公開における保

存管理措置の一貫性などの概念・原則、締約国がとるべき措置、旗国による取締り、地域漁業機関の役割等］

・一定魚種または海域の漁業を規律する条約：国際捕鯨取締条約（1946年）、南極海洋生物資源保存条約（80年）、南太平洋流し網漁業禁止条約（89年）、ミナミマグロ保存条約（93年）等［政府間漁業管理委員会・補助的な科学的機関の設置、特定漁法の使用禁止、漁期の設定、捕獲枠の設定、保護区の設定等］

・違法漁業の規制：公海遵守措置協定（1993年）、寄港国取締協定（2008年）、二国間違法漁業防止協定　eg. 日露カニ密漁・密輸防止協定（2012年）［船舶の旗国による許可制、寄港国の取締措置、輸出入規制措置等］

・EEZ 漁業の規制：日中（1997年年）、日韓（98年）間の各協定、日台合意（2013年）［暫定水域の設定（領土問題の棚上げ）、日韓漁業共同委員会の協議、違反取締における旗国主義、各国 EEZ における相互入会、漁獲割当量・操業条件の設定などの基礎］、日露間の３つの協定（日ソ地先沖合漁業協定（1984年）日ソ漁業協定（85年）、北方四島操業枠組協定（97年））［漁獲割当、操業海域の設定等］

○国際水路の保全

・国連国際水路非航行的利用条約（1997年）［越境損害防止、水資源の衡平利用、汚染防止、生態系の保護、EIA の実施、事前通報・協議、共同観測、緊急事態通報等］

・UNECE 越境水保護ヘルシンキ条約（1992年）（締約国による個別水路条約の枠組条約）＋水と健康議定書（99年）［越境影響／水に関連する病気の発生防止、水資源の衡平利用、予防原則・汚染者負担原則、合同委員会の設置、EIA の実施、事前通報・協議、共同観測、早期警報、緊急事態通報等］

・南部アフリカ共同体（SADC）共有水路系議定書（95年）（締約国による個別水路条約の枠組条約）［国連国際水路非航行利用条約とほぼ同じ内容］

・特定の水路に関する多数国間条約：ラ・プラタ流域条約（1969年）、ライン川保護条約（99年）、ライン川塩化防止条約（78年）ドナウ川保護条約（94年）、メコン川協力協定（95年）等多数［多様な内容―越境損害防止、水資源の衡平利用、EIA の実施、河川委員会の設置、事前通報・協議、

共同観測、緊急事態通報に加え、特定活動の実施・排出物質の制限、水量の配分など実体的規則を含むものもある。］

・特定の水路に関する二国間条約：インダス川条約（1960年）、中露越境水利用・保護協定（2008年）、フィンランドとロシア間の境界水条約（64年）、米加間の五大湖水質協定（72年採択、2012年全面改正）、ザンベチ川協定（87年）、ガラニ帯水層協定（2010年）等多数［合同委員会の設置以外、具体的規律は多様だが、特定活動の実施・排出物質の制限、水量の配分など実体的規則を含むものもある。］

・非拘束的合意として―ILC 越境地下水条文案（2008年）［基本的構造・規定内容は国連国際水路非航行利用条約ときわめて類似。］

○危険・有害物質の管理

・有害廃棄物や有害化学物質の越境取引：有害廃棄物越境移動規制バーゼル条約（1989年）、有害化学物質・駆除剤規制ロッテルダム条約（PIC 条約）（1998年）［事前の情報提供に基づく同意の手続等］

・残留性有害物質の汚染：残留性有機汚染物質規制ストックホルム条約（2001年）、水銀に関する水俣条約（2013年採択・未発効）［一定物質の製造・使用禁止・排出削減等］

○放射能汚染の防止

・原子力事故からの放射能汚染：原子力事故早期通報条約（1986年）、同援助条約（1986年）、上記２つの条約の規定内容を具体化した二国間条約（ノルウェーとロシア間の早期事故通報協定（93年）等多数）［通報・協議、援助提供等］

・原子力施設の安全確保：原子力安全条約（1994年）、放射性廃棄物等安全条約（1997年）、国境近辺の原子力施設建設計画などの事前通報・協議に関する二国間協定（ポルトガルとスペイン間の原子力施設協定（1980年）等）［施設の管轄国による適切な国内的措置（国内規制機関の設置、許可制の導入、安全評価・EIA の実施）の実施、潜在的被影響国への情報提供・それとの事前協議、公衆への情報公開等］

・EURATOM 設立条約（1957年）［放射性廃棄物処理計画に関する欧州委員会との事前協議等］

・「国際的に定められた基準」としてIAEAのイニシアチブによる４つの普遍的条約の解釈指針となりうる非拘束的合意：120以上に上るIAEA安全基準

○生物多様性・自然保護

・野生生物・絶滅危惧種の保護：野生動植物国際取引規制ワシントン条約（CITES）（1973年）：移動性野生動物種保護ボン条約（CMS）（1979年）、欧州野生生物・自然生息地保全ベルン条約（1979年）［特定種の国際取引／捕獲の禁止・許可制、生息地の保全等］

・湿地の保全：湿地保全ラムサール条約（1971年）［湿地の保全と賢明な利用、登録湿地の指定等］

・世界遺産の保護：世界遺産条約（1972年）［世界遺産一般の保護、世界遺産の登録・保全管理等］

・生物多様性の保護：生物多様性条約（1992年）［生物多様性の保護のための国家戦略・計画の作成、生息域内保全・生息域外保全、EIAの実施、情報交換、遺伝資源の取得条件、遺伝資源関連技術へのアクセスの提供等］、バイオセイフティに関するカルタヘナ議定書（2000年）［遺伝子組み換え生物の国際取引について、事前のリスク評価、事前通報に基づく同意（AIA）等］、遺伝資源の取得と配分（ABS）に関する議定書（2010年採択・未発効）［遺伝資源の取得に関する事前の情報に基づく同意（PIC）、ABSにかかる国内法または規制上の要件等］

・砂漠化への対処：砂漠化対処条約（1994年）［協力一般、先進締約国による支援提供義務、砂漠化防止行動計画の策定等］

・渡り鳥保護に関する二国間条約：日米（1972年）、日露（73年）、日豪（74年）、日中（81年）間協定［情報交換、共同調査、協議等］

・越境自然保護区などに関する二国間条約：中露ハンカ湖自然保護区協定（1996年）［情報交換、協議等］

○南極地域の環境保全：南極条約環境保護議定書（1991年）［特定行為（鉱物資源開発など）の禁止、EIAの実施、廃棄物管理、在来動植物の保護、非在来種の持込み禁止、運航船舶からの油放出の禁止、南極特別保護区などの設定など（４つの附属書による具体的規律）］

○手続的観点からの環境リスク一般への対処・公衆の手続参加の推進

・UNECE 条約：UNECE 越境 EIA エスポ条約（1991年）＋同条約戦略的影響評価（SEA）議定書（98年）、エスポ条約の規定内容を具体化した地域又は二国間条約：南東欧諸国間の EIA 協定（2008年）等、北米環境協力協定（1997年）、UNECE 公衆参加オーフス条約（1998年）＋環境汚染物質排出移動登録（PRTR）議定書（2003年）［事前通報・協議、越境 EIA の実施、SEA の実施、公衆の手続参加、情報公開等］、

・非拘束的合意として―ILC 越境損害防止条文案（2001年）［越境損害防止の一般的義務、越境危険活動の許可制、越境 EIA の実施、事前通報・協議、緊急事態通報、公衆の手続参加等］

○越境環境協力一般

・環境協力一般に関する二国間環境保護協定：日中（1994年）、日韓（93年）、中韓（93年）、日露（91年）間の各協定等［協力一般、政府間委員会の設置、情報交換・協議等］

資　　料

帝国公証人条令（1512年）邦訳

田　口　正　樹

以下に掲げるのは、ドイツ（神聖ローマ帝国）で1512年に成立し公布された、帝国公証人条令 Reichsnotariatsordnung（RNO）の日本語訳である。

ドイツでも、早くから公証人制度が発達したイタリアやフランスからの影響を受けて、13世紀終わりごろから公証人が姿を現し、中世後期の間、特に15世紀には、次第に数を増し活動を広げていった[1]。それとともに、公証人とその仕事の質を管理する必要性も意識され、14世紀前半以降、教会分野を中心に、各地で法的規制の試みがいくつか見られた[2]。しかしその効果は必ずしも十分でなく、15世紀も終わりに近づくにつれて、ドイツ全体の規模での規制が要請されることとなった[3]。

---

[1] 中世後期ドイツにおける公証人の普及と活動については、拙稿「中世後期ドイツの国王裁判権と公証人」『北大法学論集』66巻５号（2015年）１-60頁、３頁以下と対応する注で挙げた文献を参照。なお、最近の文献として、アンドレアス・マイヤー（中谷惣訳）「西洋中世の公証人制度」臼井佐知子他編『契約と紛争の比較史料学―中近世における社会秩序と文書―』（2014年　吉川弘文館）343-360頁も参照。

[2] 最も早い例は1338年にケルン大司教が制定した規則である。他の事例も含めて、Mathias Schmoeckel, Die Reichsnotariatsordnung von 1512. Entstehung und Würdigung, in: Ders., Werner Schubert (Hg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512, (Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte, Bd. 17), Baden-Baden 2012, S. 29-74, S. 66 ff. を参照。

[3] 以下の帝国公証人条令の立法史は、M. Schmoeckel, a. a. O., S. 33-42 による。

皇帝マクシミリアン１世のもとで開かれた1495年のヴォルムス帝国議会は、いわゆる帝国改造 Reichsreform のためにいくつかの重要な法規範を成立させたが、そのうちの一つである帝国最高法院規則 Reichskammergerichtsordnung（RKGO）は、帝国最高法院への召喚は法院の使者か公証人を通じてなされるものと定めていた。1496年から97年のリンダウ帝国議会では、帝国最高法院の改革との関連で、公証人の仕事の質の低さにより、訴訟の遅延や訴訟費用の増大といった問題が生じていることが論じられ、帝国最高法院関係の職務を行う公証人については、帝国最高法院が活動許可を与えるという仕組みが構想された。同じような議論と提案は1498年のフライブルク帝国議会でも繰り返され、加えて帝国諸身分もまた公証人の質に配慮すべきことが決定された。この後しばらく、公証人の問題に関して目立った進展は見られなかったが、1512年のケルン帝国議会において、他のいくつかの重要な決定と並んで、帝国公証人条令が成立することとなった[4]。もっとも、帝国議会における審議過程で公証人の問題が議論されたことを示す史料は残っておらず、帝国公証人条令が公布された10月８日の時点では帝国議会に参加した諸身分は既にほとんどケルンから立ち去っていたという点から見ても、条令は皇帝と諸身分の協議からではなく、実質的に皇帝マクシミリアン１世側が単独で制定したものと考えられる。確かに後掲のように条令の序文では、選挙侯以下諸身分の助言に言及されているが、ケルン帝国議会における帝国議会最終決定が参加した諸身分の署名を伴っていたのに対して、帝国公証人条令の方はそうした署名を欠いているのである。具体的には条令の起草作業は、皇帝から、公証人で帝国最高法院の書記でもあったメミンゲンのアンブロシウス・ディートリヒ Ambrosius Dietrich と法学博士ベルンハルト・キューホルン Bernhard Kuehornn の２人に委嘱され、更に皇帝の秘書官・顧問であったゲオルク・マスパッハ Georg Maspach が補佐として付けられた。条令の公布後、皇帝はいくつかの指令を発して、条令の実効性を高めるよう努めた。

[4] 1512年のケルン帝国議会については、さしあたり Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410-1555. Die Staatsproblematik in Deutschland zwischen Mittelalter und Gegenwart, München 1984, S. 207-210 を参照。帝国最高法院の活動期間の延長、上訴規則の制定、経済的独占への対処、帝国クライス制度と執行体制の整備などが行われた。

帝国公証人条令は、後掲のように、まず公証人とその職務について一般的な規定を置き（１条から24条）、次いで遺言書作成に関する規則を定める（Ⅰ１条から12条＝［25条から36条］）。皇帝文書の送達に関するいくつかの規定（Ⅱ１条から３条＝〔37条から39条〕）の後、公証人の代理権について規定が置かれ（Ⅲ１条から４条＝〔40条から43条〕）、最後に上訴に関する公証人の活動と一般的に公証人の能力が扱われる（Ⅳ１条から３条＝〔44条から46条〕）。公証人による具体的な文書作成に関して詳細に規定しているのが特徴であり、一方公証人の資質・任命・登録などについてはほとんど定めるところがない。

このような内容面での限定はあるものの、帝国公証人条令は、1500年前後に帝国改造との関連で成立した法テクストの一つとして、ドイツにおける公証人の職務と活動、領邦における公証人関係立法と法制度の発達、および公証人に関する学説の展開に、少なからぬ影響を及ぼしたと考えられる[5]。

以下の日本語訳は、グルツィヴォッツが引用する公布テクストに基づくが[6]、クンケル他編集の近世私法史史料集に収められた抄録[7]をもあわせて参照した。また、訳出にあたっては、やはりグルツィヴォッツが引用する同時代のラテン語訳[8]、およびその現代ドイツ語訳[9]をも参考にした。引用・参照の便宜を考えて、第25条以下の条文には通しの条文数を補った。また内容を容易に知りうるように、各条文にはそこで扱われている事項を、やはりグルツィヴォッツの現代ドイツ語訳などを参考に、補足して掲げた。

［序文］

---

[5] 帝国公証人条令の影響力を正確に評価するには、更に研究が必要である。さしあたり、M. Schmoeckel, a. a. O., S. 58 ff. および Inga Zerbes, Wirkung der Reichsnotariatsordnung von 1512 im Deutschen Reich bis 1806, in: M. Schmoeckel, W. Schubert (Hg.), Handbuch, S. 75-103 を参照。また、同 Handbuch 第２部所収のドイツの各地方・都市を扱った諸論文の近世史叙述をも参照。

[6] Herbert Grziwotz, Kaiserliche Notariatsordnung von 1512. Spiegel der Entwicklung des Europäischen Notariats, München 1996, S. 3-18.

[7] Wolfgang Kunkel u. a. (Hg.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Bd. 2: Polizei- und Landesordnungen, Köln/Graz 1968, S. 95-116.

[8] H. Grziwotz, a. a. O., S. 3-18.

[9] H. Grziwotz, a. a. O., S. 19-34.

余マクシミリアン、神の恩寵によりローマ皇帝、常に帝国を拡大する者 Mehrer des Reichs、ハンガリー、ダルマティア、クロアティア等々の王、オーストリアの大公 Erzherzog 等々。

余が神の意思により、それに値しない身ながらローマ皇帝の顕位とその全権の高みへと上げられてから、神聖ローマ帝国の名誉・栄光・飾り、および余と帝国の臣民の共通の利益（彼ら臣民の幸福には余の福祉と幸福も多くがかかっている）が、帝国を拡大し高めるだけでなく、また神聖帝国に生起する障害・欠陥・誤りを改革 Reformirung し拒絶するために入念に注意を払うよう、余を動かす。それゆえ余は、神聖帝国の統治を始めるにあたって、しばらく前に姿を消していた平和と正義を回復し維持するために、それらによって誤り、不和、対立が法的な解決に至り、平和を乱そうとする者たちが以前より厳しく処罰されるように、いくつかの指令を発し措置を講じた。しかし、裁判と平和の維持のためだけでなく、その他の神聖帝国と公共の利益にかかわることのためにもまた、公証人の職 Amt der offnen Notarien が、それを通じて人間の行為と意思が忘却に陥らないように文書という手段によって永遠の記憶に保持され、信用するに足る公の証書 offene Urkund によって確実なものとされるのであるから、有用であり、有益であり、また必要である。しかるに公証人、あるいはその職務を不当に行使する者たちで、（余がよく知られた経験と明らかな訴えから聞き知るところでは）彼らの状態と性質と技能からして欠陥のある者が、神聖帝国内に数多く見出される。彼らのある者たちは多くの点で役に立たず、ある者たちは体僕として義務を負わされており、またある者たちは公証人職に関連して偽造の罪を犯しあるいはその他の非行で汚れ公に非難されており、またある者たちは懈怠があり、ある者たちは未熟・愚鈍である。そのような彼らの無知・いいかげんさ・危険によって疑いなく数え切れないほど多くの人々が、誤った方向に導かれ、なおざりにされ、苦しめられている。それゆえ余は、そのような障害と欠陥に対処し、配慮を見せ、そしてこれらの事柄に通じており経験もある何人かの学識者たちに命令を与えることが、必要であると見なした。彼らが余の皇帝としての権力により本条令 Ordnung を作成し、彼らがそれを余に引き渡した後、余自身がその効用と実益に関して立ち入って吟味したうえで、皇帝の権力と、現在開かれているケルンの帝国議会に集まっていた余と神聖ローマ帝国の選挙侯、諸侯、その他の諸身分の助言により、本条令をここに確認し、確証し、認可するものである。余はまた、本条令が帝国内

のいたるところで公表され、布告されるべく、命令し欲するものである。

第１条［公証人の法令遵守義務・損害に対する責任］

それによれば、公証人は、彼らの公証人職の行使と実行のために彼らに与えられた、この有益な改革 Reformation と条令を、受け入れ、遵守し、また本条令、および彼らの職務宣誓と職務義務に属するその他の諸規定、あるいはまた普通法 gemeiner Rechten や土地土地の褒むべき慣習と習慣によって採用され与えられたその他の諸規定（の内容）にしたがって、彼らによしと思われるように、彼らの職を正当に忠実に正直に行使するよう努めるべきである。また彼らは、彼らが余の重い不興・罰・贖罪を免れようと欲するのであれば、彼らが怠り誤って導いた人たちに対して、損害と利益［喪失］を賠償する義務を負うべきである。

第２条［公証人への任命の前提条件］

余は第一に以下のように命じる。すなわち、認可されまた新たに［公証人に］任命される者たちの間で状態と性質による区別がなされ注意が払われ、それによって法的に公証人の職に就くことを禁止されている者、すなわち不信仰者、不自由人 Eigenleut、Infames と呼ばれる名誉喪失者 Ehrlos、本条令と公証人の職を行使するために必要なその他の知識を知らない者、教会罰のうちにある者、余と帝国のアハトのもとにある者、要するに、公証人は証人の代わりに使われるので、法的案件において証人となることを非難される者が認可され任命されることがないように。

第３条［公正証書の形式］

公正証書 offene Instrumente とその書式の作成にあたっては、以下のような形式が遵守されるということが、普通法・慣行・実務・慣習によって採用されている。すなわち、まず冒頭に、そこからすべての良き行為が由来する神の名が呼びかけられた後、主の至福の年［＝西暦］、（Indictio と呼ばれる）ローマの租税年の数、最高の君主の名前、それから月、日、時間、行為の場所とより詳しい場所の表示、更に行われた行為の内容、その後に呼ばれた証人すべての姓名が明確に書かれ、最後に公証人の書き判 Signet と署名 Unterschrift が書かれるが、公証人は常にそのために要請され求められねばならず、そのように

要請され要求されたということを表示するべきである。

第４条［公正証書の形式］

それゆえ余は、この同じ形式を将来にわたって遵守するよう命じるものであるが、もっとも土地の慣習により別の形式が遵守されるべきであるものについては、例外とする。しかしそれでも、神聖ローマ帝国においては少なくとも現時のローマ皇帝ないし国王の名と統治年が書き落とされる（不法にして怠慢な者たちによって、これまでいくらかそのようになされたことがあったが）べきではない。

第５条［登録簿作成・証書発行］

更に余は以下のことを命じる。すなわち、すべての公証人は登録簿 Protocoll を持ち、それを入念に管理し、死後にはそれを後に残すよう、あらゆるやり方で努めること。登録簿には、他人でなく公証人自身によって、彼の前で行われ、彼がそのために要請されたすべての行為が、その順序にしたがって記述される。また、この登録簿にもとづいて発行された公正証書から、同一文言の写しを登録しておいて保存すること。そうした登録簿に由来する証書が置き忘れられあるいは失われた場合に、または公証人の存命中ないし死後に［同じ内容の］別の証書をまた発行する必要が生じる場合であれ、あるいは発行された証書のテクストによって猜疑・嫌疑・誤り・疑問・不和が生じるような場合であれ、この登録簿と記録簿 Register を頼りにできるようにするために。そして以上の点を遵守するということは、以下のように理解されるべきである。すなわち、このように登録されたものは、たとえそれに関与し行為した当事者たちが［抹消に］同意を与え、あるいは起きたことを起きなかったとして無効と見なしたいと望み、あるいは帳簿から抹消したいと欲した場合であっても、削除されあるいは抹消されてはならず、そうした記録はそのまま存続する。国庫 Fisco やその他の、書きとめられた行為がそのように行われたということに何らかの利害関心がある者のために、登録簿からそのことが証明されうるように。

第６条［証書作成の前提］

公証人はまた以下のことに注意するべきである。すなわち、公証人はすべて、

誰かの信頼できそうな陳述や報告を信用するのではなく、彼自身と呼び寄せられた証人の前で実行され起きたことだけを、それもその行為の時点で、つまり彼が要請された時間に起きたことだけを、また彼が身体の感覚で知覚したことを（彼の権力はそれ以上には及ばないのだから）、彼の登録簿に書きとめ、それについて証書を作成するように。しかし、公証人の感覚については区別がなされるべきである。というのは、見ることと聞くことについては、公証人がそれを証人たちがいあわせる場で見て聞けば十分だからである。しかし､味わう、触れる、嗅ぐといった他の感覚の場合には、証人たちが公証人の前で味わい、触れ、嗅ぎ、彼らがこのようにして感覚に受け取ったものについて、当事者たちと証人たちと公証人の前で証言することが必要である。というのは、公証人が有効に証明できるのは、証人たちが証言したことであって、公証人自身が味わい、触れ、嗅いだということではないからである。しかし公証人が証人たちの証言に、彼自身が同様に味わい、さわり、嗅いで受け取ったと付け加えるならば、それは［証人たちの証言に］劣らず信じられる。

第７条［口のきけない者の身振り］

口のきけない者の行為に、公証人が要請され求められ、その者の身振りないし合図を以下のように書くこともまた可能である。すなわち、偶然により話すことができない某が私から尋ねられて、身振りあるいは肩ないし頭の合図によって同意した云々。

第８条［公証人の代理］

もし公証人が、彼自身が差しさわりがあるときに、彼によって文案作成された証書を他の信用できる者に書かせることができ、その後でみずから署名することが慣習により許されている場合でも、公証人は彼の登録簿ないしその付録 Ausstreckung を他人によってではなくみずから作成するべきである。あるいは公証人が何らかの偶然により同じ時間に書くことができないならば、自分の代わりに他の者にそれを委託したということを一語一語申告し、みずからは書けなかったということと他人が書いたということを、彼の下署 Subscription の中で証言しなければならない。

第９条［登録簿への記入］

登録簿は、そこから作成される証書ほど完全に書かれる必要はないが、それでも公証人は少なくとも短い言葉で、彼の前で起きた行為や契約の実体の主要条項、また同様に契約ないし行為の性質あるいは土地の慣習、および特に放棄条項に注意を向けさせておくべきである。

第10条［当事者の意思と公証人の職務］

というのも、公証人の前で行為し契約を結ぶ者の承認と意見が、契約ないし行為ないしそれについて当事者たちが合意したその他すべての事柄の本質的な部分であるので、この同意と承認は人が知らないものにまで及ぶことはできないからである。それゆえ、公証人が彼と証人たちの前で少なくとも概括的にsummarie、取り決めPacta、放棄、それに彼の前で行われた行為の効果がかかっているすべての条項を、当事者たちに対して語り読み上げ、それに対する同意と承認を言明させることが必要である。登録簿からはそのように見えずまた当事者たちによりそれが表明されていなかった場合であっても、当事者たちは契約の本性や土地の慣習により通常取り決められたとされるものすべてを承認したものと法が推定しているにもかかわらず、またそうすることは公証人にとって必要ではないと考える者たちもいるけれども、しかし上述のことを守るのが、多くの理由からより確実でより衡平にかなう。というのも、推定にもとづいて判断するのは裁判官の仕事であって、公証人の仕事ではないからであり、公証人は、上述のように、自分が身体の感覚で受け取ったものについてだけ、書くべきなのである。公証人としては、証人と同様に書くべきだからである。

第11条［文書の意義］

しかしこのことは特に、文書Schriftがその本質に属するような契約や行為において、最も遵守されるべきである。その際には当事者たちと証人たちの前ですべての点が一語一語読み上げられることが必要だからである。なぜなら、文書が完成され当事者たちによって完全だと見なされる前には、契約は完成し有効だとは見なされないからである。そして文書が完成したならばその後には、たとえ当事者たちが同意したとしても、もはや何も付加され、除去され、変更されることはできないのである。

第12条［証書の変更・補完］

しかし公証人は、当事者たちが変更･追加･除去しようと望むものについて、新たに要請され、新しい証書を作成することができるが、しかしその際以前そのようになされたところは登録簿に残るべきである。

第13条［あらかじめ準備された証書の発行］

そして特に、公証人たちは、彼らの前で契約が結ばれたところの者たちや、公証人の仕事を楽にしようとするかに装い、自身ないし他の者に公証人の登録簿から、交付されるべき証書を文案作成させ書かせ、そのうえで後から署名し書き判を入れるよう公証人に呈示するような者たちによる詐欺と欺瞞に用心するべきである。というのは、同じ事柄について、生起したことを除去したり、意味や内容を変えるようなことを付け加えるのは、しばしば危険であり、契約や行為の相手方の不利になるからである。それは時にただ一つの言葉、一つの音節、いやそれどころか一つの文字によっても容易に生じうるのであり、それは非常に目立たずよく考えられているので、公証人も相手方もこれにはほとんどあるいはまったく気づくことができないのである。それゆえ、公証人は、登録簿や略記台帳 Imbreviatur を、他人特に他方の当事者にとって疑わしい者たち、あるいは登録された出来事に居合わせなかった者たちに作成させるということが、いかに危険で大胆なことであるかを理解するように。しかし、契約ないし行為が協議・完成される前に、契約の両当事者ないし一方当事者により文書が作成され、その後で当事者・証人たち・公証人の前で読み上げられ、当事者たちによって同意され、その証書化が公証人に要請されるという場合は、別である。すなわちこの場合には、当事者たちが彼ら自身によって同意されたこの形式で、公証人と集められた証人たちの前で合意し行為し変更したうえで、公証人の登録簿に書き入れ､その後それについて証書を作成したということを、公証人は心配なく書くことができるのである。

第14条［公証人の文書登録義務］

一般的に言って公証人は、登録簿ないし略記台帳 Abbreviaturn への記入の際に急いだり性急にふるまったりせず、入念に注意深くすべての条項を登録するということを、最大限の熱意をもって守るべきである。というのは、公証人の職とそれに関して公証人によって誓われた誓約の本質と効力は以下の点に存するからである。すなわち、公証人は、彼らの前で行われそのために彼らが要

請されたこと、および彼らがみずからの目と耳で証人たちの前で証人たちと同様に知覚したことを、正直かつ忠実に、真実を曇らせたり偽りを挿入したりすることなく、上述のように、法やそこで証書が作成された土地の慣習によって遵守されるべき書式を考慮して登録し公表することを、入念に配慮し理解するということである。

第15条［公証人の職務義務］

公証人 Notarius oder Tabellio はまた、公益のための奉仕者であり、その職ゆえに、彼が要請されたことについて、それが正直で相当で禁止されていない限りで、特に相当の報酬を得て証書を作成する義務を負う。ただし、博士、都市参事会会員、修道士、聖職者は例外である。しかしこれらの者たちも、（要請された場合には、）登録簿の略記台帳を開く義務がある。そのような証書は有効である。しかし、彼らが［要求されないのに］みずから望んでした事柄については、禁令を破ったゆえに処罰されうる。

第16条［職の放棄・書き判の変更］

公証人はまた以下のことを知るべきである。すなわち、公証人はなんびとも、その権力から彼が職を受け取り任命された最高の君主以外の者の手に彼の公証人職を返還するべきではない。また公証人は彼の通常の書き判を、裁判官の権力によらずにまた正当な原因なく変更したり、彼の証書に別の書き判を描いたりするべきではない。

第17条［他人の登録簿から作成された証書］

公証人はその登録簿ないし略記台帳を作成し、内容を変えずに契約締結者や遺言者の心情と意見がそうであったところをすべて記入することができるが、しかし彼は他の生きているないし死んだ公証人の登録簿ないし略記台帳を、それが彼に遺贈された場合であっても、裁判官の許可なく作成し、何であれこれに付加したりそこから除去したり、あるいは一語一語の文言とは別なようにそこから公正証書を作成したりすることはできないし、するべきでもない。当該の登録簿作成や、書き判およびその他の欠陥のあるないし短縮された言葉の意味しうるところを判断するのは、裁判官が配慮するところであって、公証人がするところではないからである。

第18条［証書における抹消と挿入］

公証人はまた以下のことに注意するべきである。すなわち、彼らが証書を作成する際に、それと認められるような形で疑わしい個所に、一行ないし数行にわたって、あるいは行間ないし欄外で、抹消を行い、何かを付け加えるならば（彼らはそうしたことを出来るだけ避けるべきなのだが）、彼らはその後証書中や下署部 Subscription において、そのことに言及し確認すること。そうした行間ないし欄外の変更が、証書を書いた者自身の手でなされたのではない場合には、特にそうである。

第19条［証書の用語・証書の材料と言語］

公証人はまた以下のようなことに気を付けるべきである。すなわち、彼らの証書を余りに多くの短縮され不明確で疑わしい、証書を役に立たなくするような言葉で書き、数字や印や符号 Notas やとりわけ一般に知られていないようなものを使って書くことは、それらが容易に変造・偽造されうるゆえに、本条令によって禁止されていること。そうではなくて公証人は、完全な、普通の、読める、よく知られた文字で、紙でなく獣皮紙に、ラテン語ないしドイツ語で書くべきであること。

第20条［失われた登録簿の再作成］

公証人の登録簿が偶然により忘れられあるいは失われ、そのことが公表されたならば、公証人は彼が以前に失われた登録簿から証書を作成して与えた者に対して、証書を再び提供してくれるよう訴えるか、そうした者がつかまらない場合はその際に居合わせた証人たちに尋ねて、新しい登録簿を作成することができる。

第21条［誤りの回避］

公証人は、証書の作成と公表にあたっては、誤りを犯さないように、誠実かつ慎重に行うべきである。当事者たちにはそこから、多くの面倒、危険、出費がしばしば生じるが、それらを賠償するのは、疑いなく、公証人の義務だからである。

第22条［証書の欠陥の除去］

しかしもし、証明されたのであれそうでないのであれ、書式、名前、場所、時間、内容その他について、何らかの誤りが生じた、ということが起きたならば、特に証書が作成された後は（公証人はそれで彼の務めを果たしたと見なされるので）、論争、疑問、紛争を避けるために、この種の誤りが公証人自身でなく裁判官の権力によって修正され変更される方が、より確実である。

第23条［証書の作成］

公証人は、彼らの前で起きた事柄について、その種の事柄がその承認に依存しており、行為の時に彼らがそのために要請されたような人の求めに応じて、心配もなくまた他人による授権もなく、（いやそれどころか彼らは刑罰 Pöen のもと法的にそうすることを義務づけられているので）そのように要請する人やその弁護人 Anwalden、相続人、包括承継人、部分承継人のために、少なくとも一度は証書を作成するべきである。しかし公証人が、後からそれを要請する人や、それについて利害関係があると称する人のために、特にそうした証書作成から他人に危険や不利益が生じうるかどうかについて、疑い・誤り・不和が存するという場合に、証書を与えうるかまた与えるべきかということは、この問題に関して存する多くの意見と議論を避けるために、公証人としては裁判官の前に呼び出されて、裁判官の権力と指示によって、そうした証書を新たに作成するか作成を拒絶するかするのが、より確実でより誠実である。

第24条［疑わしい事情の回避］

公証人はまた、夜に（ただし緊急の理由からする場合は除く）、あるいは人目につかない場所で、証書を作成するよう要請されてはならないということを、知るべきである。そうしたことは疑惑なしには起こらないであろうからである。

Ⅰ　遺言について

第１条［＝第25条］［遺言の種類］

しかし公証人は、遺言と最終意思の起草にあたっては、さもなければそこから発生しうる大きな不利益のゆえに、特に注意深く入念に行うべきである。すなわち、皇帝の法と法律によれば２種類の遺言が存在する。一つは、文書によって行われるか、封緘された文書という手段による文書遺言であり、もう一つは、こちらの方がより広く用いられているのであるが、文書による形式や文書化さ

れていない形式なしに口頭による表明によってのみ定立されるのが常であるもので、それゆえ Nuncupativum（つまり「言明された遺言」）と呼ばれており、その本質上文書を必要としないものである。更に遺言の第３の種類として、目の見えない男ないし女が口頭の言明で行ったが文書記録がないわけではないもの、つまり引き入れられ要請された公証人および証人がみずからの手で署名し、それぞれが書き判を記したようなものが、あげられる。

第２条［＝第26条］［遺言証人］

公証人はまた、皇帝の法によれば前述のすべての遺言を成立させるには、公証人本人を含めて少なくとも７人の証人が必要だということに注意するべきである。しかし、何らかの相続人の指定なしに遺贈や信託遺贈が行われるような遺言補足書 Codicillen の場合、および死因譲渡の場合、さらに農民が遺言をしそれより多くの証人を得られないような農村部においては、少なくとも５人の証人が必要となる。父と母が子どもたちのためにした遺言で、廃止されるべき遺言がそれに先行していない場合、あるいは戦地にあるが戦闘中ではない騎士の遺言においては、証人の数は最低２人まで引き下げられる。しかし戦闘行動中の騎士たちは、書式や形式なしに、彼らが欲するようなやりかたで遺言することができる。しかし、戦闘行動中でなく戦地にもいない騎士は、普通法にしたがって遺言するべきである。

第３条［＝第27条］［要請された遺言証人］

また遺言においては以下のことが必要である。すなわち、証人が要請されるだけでなく、遺言を成立させるために特に呼び出され引き入れられるべきであり、あるいは少なくとも、彼らが偶然により呼ばれなくともそこにいるべきであるならば、そのように勧告され話しかけられるべきである。

第４条［＝第28条］［遺言者の言明］

同様に、あらゆる遺言において、遺言する者は理解できる言葉で話しあるいは書くことができなければならない。というのは、遺言する者のうちそのようにできない者は、この点で死者と同列に見なされ、遺言できないからである。

第５条［＝第29条］［遺言の読み上げ］

更にすべての遺言において、たとえそれがNuncupativumのように文書なしでなされた場合であっても、そのような遺言を成立させるために行われまた書き留められたすべての行為が、遺言者と証人の前で、彼らが別れる前に、読み上げられねばならない。公証人はまた、理解できるように話すことも書くこともできない者には､彼らは遺言することができないので､用心するべきである。

第６条［＝第30条］［遺言証人としての能力のある者］

遺言を成立させるために引き入れられた公証人、また遺言をしようと欲する者は､更にどのような人々を証人として引き入れるかに､注意するべきである。というのも、多くの者は、法によって、そうした証言をすることを禁止されているからである。すなわち、通常そうであるように、みずから正当に遺言することができない者あるいは遺言により何かを受領することができない者すべて。更に女性、女としての面が勝っているような両性具有者、遺言者の権力のもとにある者、同じ遺言で相続人に指定された者、そして指定相続人とともに他の者の権力のもとにある者、である。それゆえ、何らかの証人の証言能力が争われて、それゆえに遺言が無効になることがないように、必要な数の証人以上に更に証人を引き入れ要請しておくことが、推奨される。

第７条［＝第31条］［文書による遺言］

文書による遺言は、今では余り用いられていないが、生前にその遺志を誰にも知らせたくないような人々によって行われており、その形式は以下のとおりである。すなわち、そのように遺言しようとする者が、特にそのために呼び集められ、勧告され、要請され、すべて同時に居合わせ、体僕制から自由で、14歳以上の、証人７人の前で、封印されて結び合わされた、あるいはただ閉じられ包まれただけの、遺言者または他の者によって書かれた文書を、７人の証人すべてによって署名され、彼ら自身の書き判で確認されるべく、持ち出す。それから遺言者ははっきりと以下のように言う。持ち出されたものは彼の遺言であり、彼はすべての証人の前で自筆でそこに署名し、あるいは彼が自分で書くことができないか書きたくない場合は、彼の名と希望のもとで８人の証人のうちの１人に遺言の場で署名させたと。そして同じ日と時間に、その他の時間のかかる行為や間隔もなしに、ただし肉体の必要を原因とするものやわずかな中断は例外として、７人の証人すべてにより自筆で署名され、彼らの通常の印章

ないし書き判によって表示される。

第８条［＝第32条］［口頭による遺言］

しかし Nuncupativum と呼ばれる［口頭による］遺言の形式は以下のとおりである。すなわち、遺言しようとする者が、自分が相続人にしようとする者および自分が何かを遺そうとする者の名前と、遺言に含ませようとするものを、そのために呼ばれ要請された７人の証人たちの前で、公然とかつはっきりと、名指しし、表明する。

第９条［＝第33条］［目の見えない者の遺言］

しかし、目の見えない者の遺言には以下のことが必要である。第一に、公証人と７人の証人がそのために呼ばれ、何のために呼ばれたのかが彼らに知らされる。第二に、遺言者は彼によって指定された相続人を、名前だけでなく、その位階、身分、人となりによっても指定し（ただし、名前をあげさえすれば疑いが生じえないような場合は例外である）、そしてこれと関連して彼の更なる意思を、例えば相続人指定 Besetzung、補充相続人指定 Nachsetzung、信託遺贈 Geschäften、遺贈 Vermachung のように、公証人と証人たちの前ではっきりと語り言明する。第三に、公証人、あるいは公証人が得られない場合はその代わりに呼ばれた第８の証人、および遺言者によってそのために要請されたすべての証人たちは、同じ時に、同じ場所で（ただし、それほど長くない、自然の必要による中断は除く）、証書の末尾ないし最も下の欄に、署名し、更に書き判を記す。遺言者はこのようなやり方で証人の前で、あるいは彼がその方がよいと望むのなら、事前に誰か他の者によって彼の意思と遺言を口述筆記させて、後から証人たちと公証人の前で、何のために彼らが呼び寄せられたかを明かしたうえで、この文書を彼と証人たちの前で開封させる。そしてその内容がすべての者たちに明らかにされた後で、遺言者は、それが彼の遺言にして意思であり、読み上げられたことは彼の感覚、意見、心情に従って彼が記録させたものであると公言するべきであり、最後に証人たちおよび公証人の署名と書き判が続くべきである。

第10条［＝第34条］［書き判］

その際、自分の書き判を持たない者は、他人の書き判を使うことができる。

第11条［＝第35条］［目の見えない者の遺言補足書］

目の見えない者の遺言においてだけでなく、彼の遺言補足書やその他の終意処分においても、上述の形式を遵守することが必要である。

第12条［＝第36条］［遺言事案における公証人の責任］

すべての公証人はまた以下のことを知るべきである。すなわち、前述のような、皇帝の法律によって定められた遺言の諸形式を誠実に遵守することを怠る者は、違ったやり方で成立した遺言は皇帝法によれば無効なので、法の定める罰 Pön を免れることができない。

Ⅱ　皇帝文書の告知について

第１条［＝第37条］［公証人による送達］

余、余の後継者たるローマ皇帝ないし国王、余の帝国最高法院長官 Cammer=Richter の召喚状やどのような内容であれその他の文書を引き渡し、告知する際には、そのために要請された公証人は、以下のことに注意するべきである。すなわち、彼は、彼の職務宣誓にかけて、そこから同文の写しを作成し、完全な内容を彼の証書に組み入れたうえで、召喚が発せられた受領者に対して､彼自身で､またはそれほど困難でなく可能ならば受領者が通常住む家で､あるいは裁判官の指示にもとづく公開の布告によって､［召喚状等を］引き渡し、読み上げ、告知し、受領者のもとに確実に残してくるように。

第２条［＝第38条］［多数の受領者に対する送達］

この種の文書が、一つの家や都市でなく多くの場所に居所を持つような、告知されるべき複数の人間を含んでいるということがある場合には、公証人は以下のことを知るように。すなわち、そうした文書を、その件に関して要求された個々人に引き渡し告知すること。それも、上述のようなやり方で、原本を提示し読み上げて、個々人すべてのために［原本と］比較され内容の一致した写しを後に残してくること。ただし、［受領者たちが］一つの家に住んでいるわけではないが、一つの都市ないし村の中には住んでいるという場合は、［受領者の数］より少ない数の写しで［受領者たちは］満足するように。

第３条［＝第39条］［送達の証書化］

しかし公証人たちはまた、引き渡しと告知、その日・月・年・場所、また送達を受けた者が服従しようとせず、皇帝ないし帝国最高法院を侮り辱めるために、不遜なやり方で言葉を吐いたかどうかを、要請する者たちのために、また告知が行われた者たちのためにも、発行した証書の中で、告知された文書の内容もすべて含めて、誠実に報告し証言するべきである。

Ⅲ　弁護人の任命

第１条［＝第40条］［代理権の内容］

争点決定 Befestigung der Kriegen の前に裁判官の権力と指示によってなされまたなされるべき弁護人 Actor、未成年者の後見人および財産管理人への授権と任命にあたっては、また係争事案の解決のための訴訟代理人 Procurator の任命にあたっては、（帝国最高法院 unser Kayserlich Cammer=Gericht には欠陥のある証書が日々提出されているので）公証人は以下のことに注意するべきである。すなわち、証書は、特別の代理権を必要とする事項と案件の点で、また（日常的な書式が含んでいる）その他の通常の条項の点で、具合よく書かれ、共同であれ別々であれ誰を弁護人にしようとするのかということが明確に示されていること。つまり、誰かより悪い人間が任命されることがないように、示されていること。［授権の内容は］一人の者が始めたことを他の者が継続し、［争いを］終わらせることができる。すなわち訴えを起こし、代理し、訴状を作成し、争点決定し、危険宣誓やその他の宣誓を行い、主張を立て、項目化し、相手方の提示に対して宣誓のもとに応答し、証人やその他の証明手段を提示し、異議を提起し、抗弁・再抗弁・再々抗弁等々を提出し、［手続き］を終結し、判決を聞き、比較的下位の裁判所へ上訴し、教皇庁へ上訴し、上訴の事務を遂行し、必要になり次第一人または複数の者を自分の代わりに補充し罷免し再び補充する。常にそれを守るという保証の約束とともに一般的にすべてのことを行い、代理権授与者の財産の責任により弁護人の責任を免れさせ、そうしたことすべてを明示的で一般的な形式によって行うこと。

第２条［＝第41条］［無害宣誓の内容］

無害宣誓を誓うことが現在実務上非常に多く行われており、委任した者が自身の名前でそのように誓われているということをたいてい知らないような多くの条項を、この宣誓は含んでいるので、それらすべての点について、委任した

者が報告を受け、それからそうした点が証書に挿入されることが、必要である。無害宣誓 Jurament Calumniae の諸条項は以下のとおりである。すなわち、当事者（原告や被告）自身またはその権限を与えられた弁護人が次のように誓う。彼は権利を持つものと信じ、事案を引き伸ばすために時間を欲しがることはなく、求められたならばいつも真実を秘匿せず、事案を害意から免れさせるために、法が許可している者以外には何も与え約束しようとしない。

第３条［＝第42条］［原告側の宣誓］

しかしみずからの主張点 Position ないし主張項目 Artickel を提出し、相手方が宣誓のもとで彼に答えるべく望む者は、以下のように誓約するように。すなわちその項目の内容は、みずからの行為や経緯に関する限りでは真実であり、他人の行為に関する限りでは真実であり証明できると信じると。

第４条［＝第43条］［相手方の宣誓］

それに答えるべき側は、彼が非難されていることを信じるか、それが真実でないかについて、真実を答えることを誓約する。

Ⅳ　上訴証書について

第１条［＝第44条］［上訴の許可］

上訴 Appellationen とその書式については、その中で日々多くの障害が起きているので、公証人は以下のことを知るべきである。すなわち、皇帝法と神聖ローマ帝国の規則によれば、後に終局判決に対する上訴によって復元されうるような付随的判決 Beyurteil や不利な決定 Beschwehrung に対しては、通常上訴はなされ得ない。しかし上訴が許される事案では、付随的判決に対して上訴しようとする者は、それを文書で、また異議の理由を挙げて、行うように。その他の理由で同じ上訴が正当化されないようにするためである。終局判決に対しては、上訴が禁止されていないならば、異議の理由を挙げることなく、また文書を用いずに口頭で、判決公表の直後、つまり他の案件に移る前に、上訴の文書は後から作成するということにして、上訴がなされうる。しかし判決公表直後でなく、時間間隔をおいて上訴がなされる場合は、文書によってなされることが必要である。

第２条［＝第45条］［公証人の法知識］

全体としてすべての公証人は以下のことを知りかつ注意するべきである。すなわち、公証人は、少なくとも公証人職に関する案件、つまり公証人の地位全般について、みずからよく通じているべきであり、それも、公証人の前で契約し行為する当事者たちに、この種の契約や行為の際にまたそれらの有効性のために必要となる書式や条項について知らせ、法によれば許されておらず禁止されているような契約や行為にはかかわらないでおくことができるように。さもなくば公証人は、彼らの無知によって当事者に生じた利益［の喪失］を賠償する義務を負うからである。

第３条［＝第46条］［公証人の再教育］

それゆえ上述のところから、公証人は一般に、また冒頭に述べられたように衰えることなく、公証人職と関連する諸法と、そこでこの種の行為が起きた場所の諸慣習にしたがって導入された諸法を、日々繰り返し習得し順守するべきである。特に、公証人の前で起きるはずの行為に、事案の多様性から矛盾や二通りの意味が生じるような場合には、公証人の無知や咎 Schuld がなんびとにも害を与えることがないように、公証人は学識者や経験のある者に頼るべきである。損害を与えた場合、上述のように、公証人はそれを賠償する義務を負うからである。

余と神聖帝国の都市ケルンで、10月８日、主の化肉から1512年、余のローマ帝国の治世27年目、ハンガリーの治世23年目に、公布された。

資　　料

〈北大立法過程研究会報告(1)〉

フランスの立法過程における議会多数派の役割

ジュリィ・ベネッティ
徳永　貴志　訳

目　　次

Ⅰ．2008年の憲法改正によって理論上再評価された役割
　A．合理化された議会制による拘束の緩和
　B．政府と多数派との対話の制度化
Ⅱ．政治的力関係によって本質的に決定される役割
　A．協働の実践
　B．規律の永続化

第５共和制憲法における議会制度の位置づけに関して、制定当初下されたどの診断においても、立法の中身に対する議員たちの影響力は、無に等しいとは言わないまでも、取るに足らないものであるされていた。一般に認識された客観的事実としても、下院である国民議会は無力化され、政府原案を追認するだけの役割にその活動領域は限定されたのだと見なされた。1967年に出版され注目を集めた論稿において、アンドレ・シャンデルナゴール（André Chandernagor）は、次のような問いを投げかけるまでに至る。「議会は、何のために存在するのか」と。

下院を単なる「登録の院」にまで貶めた責任は、1958年憲法の設計者たちが志向した議会の新たな制度秩序に求められる。彼らは、フランスにおける政治

勢力の分裂を与件（naturel）とみなしたので、議院内閣制の作動を健全化し、多数派抜きで議院の審議に秩序を与えるために、手続きの合理化に賭けたのである。コンセイユ・デタによる1958年８月27日憲法草案を提出するに際して、第５共和制初代首相のミッシェル・ドゥブレ（Michel Debré）は、次のように嘆いた。「あぁ、近い将来、明確で持続的な多数派を出現させることができたらどんなに幸せなことか」と。

ところが、彼らの分析に反して、1962年の秋に、多数派支配型政治（fait majoritaire）が出現した。このとき、下院議員たちは共和国大統領の直接公選制に関するレファレンダム案を巡って分裂していた。ジョルジュ・ポンピドゥー首相の率いる政府への不信任に対抗して、ド・ゴール大統領は直ちに下院の解散を宣言した。選挙の結果、ド・ゴール支持派の勝利によって、議会の規律を最高次の政治的価値に位置づけることになる。それ以後、立法という伝統的機能は劣位に置かれ、多数派の役割は政府を支持することに集約されることになった。

下院議員の発議権は、1958年時点ですでに法的拘束の網に捕らわれていたが、1962年以降は多数派支配システムの中にも組み込まれることになった。原則として、多数派議員の提出する法律案ないし修正案だけは採択される可能性をある程度有するものの、多数派支配システムが多数派に属する下院議員たちの内部にもたらす自己抑制的行動様式（comportements d'autodiscipline）によって、彼らの自主的な提案権は、その行使においても制限されることになった。院内における多数会派の責任統制の下に、投票規律が容赦なく厳格に適用されたので、発議の場面で足かせをはめられた多数派議員たちは、議決の場面でも同様に束縛されたのである。

議員の立法機能の衰退に直面して、そのような新たな政治的与件から制度的教訓を引き出す思考が、徐々に認められるようになった。フランス議会の復権とは、議員に対して課される政治的拘束を前提としたうえでの憲法テキストの改正要求であり、多数派支配型政治の継続は、合理化された議会制の破壊とまでは言わないまでも、少なくともそのメカニズムの大幅な緩和を正当化した。

2008年７月23日の憲法改正は、まさにそのような議会の復権に取り組むものである。憲法生誕50周年の前夜に発布され、「第５共和制の諸制度の現代化」と称されるかかる憲法改正は、共和国大統領であったニコラ・サルコジを主導者とする改正の提唱者たちの目的においては、憲法のテキストを民主政の新た

な要請に対応させるものとされた。

少なくとも技術的な観点においては、かかる憲法改正は、両議院に対して、自身の業務に関する部分的な支配権を再び付与することによって、第５共和制における議会過程の最も大きな改革を遂行するものである。このような観点からすると、そこには、1958年の精神と断絶し、議会を再び公的討議と政治活動に特権化された場にするための試みが存在しているのである。

実際のところ、憲法上の規定は確かに緩和されたものの、現状では、この改革によって、フランスの議会制の作動に目立った変化は生じていない。多数派規律から生み出される両議院に対する政府の支配は、あくまで潜在的に打撃を受けたに過ぎない。

しかしながら、一般に言われているように、議会多数派の中に、政府に服従する消極的な集団だけを見るとすれば､我々は間違いを犯すことになるだろう。多数派のイメージは、多数派支配型政治への順応の時代を説明してくれるものではあるが、多数派は、政府の政策に対していかなる影響も与えず、政府に同意する役割しか持たないのだとするイメージは、その登場以来、実際の運用によって一定のニュアンスを含んだものとなっている。例えば、ジャン・ジッケル（Jean Gicquel）教授は、1977年からすでに、「政府とその政治的同志との間の協調が最も明確に見られるのは、立法過程においてである」と述べている。

「道具化（instrumentalisation）」されることへの多数派議員たちの反発は、1970年代初頭以降とりわけ顕著となり、ピエール・アヴリル（Pierre Avril）教授によれば、これは、ド・ゴール派議員の「無条件的服従の時代（l'ère de l'inconditionnalité）」の終わりを告げるものであった。

多数派支配型政治は、しばしば規律の次元に還元されるが、実際には、一連の現象を含むものである。この術語に今日与えられている意味によれば、多数派支配型政治とは、第１に、多数派の結束を前提とした強制力を意味するが、それと同時に、政府が下院において多数派の支持を当てにするよりほかない場合に、政府は多数派と妥協しなければならないという大変重要な結果をもたらした。つまり、立法過程は、長い間、下院においてあらゆる権力的手段を保持する多数派と政府とが協力するための選ばれた領域であった。

このような観点からすると、立法過程における議会多数派の役割は、憲法上の拘束（もっとも、2008年の憲法改正によってそれは大幅に縮減されたが）によって生み出される（Ⅰ）というよりもむしろ、下院において政府と多数会派

とが維持してきた諸関係によって決定される（Ⅱ）のである。

Ⅰ．2008年の憲法改正によって理論上再評価された役割

2008年７月23日の憲法改正、および、それに続いてその実施のために採用された法文は、第３共和制、第４共和制における議会の横溢を終わらせるために1958年憲法の設計者たちが求めた合理化された議会制の締め付けを緩めるものであった（A）。これまで、合理化された議会制と多数派支配型政治の結合からもたらされる拘束によって隷属させられていると考えられた多数派は、新たな行動手段を与えられた結果、潜在的な共同統治者（co-gouvernant）となった（B）。

A．合理化された議会制による拘束の緩和

政府と議会多数派との関係は、1962年以降、規律への訴えによって支配されてきた。一部の例外を除いて、政府に対する永続的な支持を表明することになっている多数派議員たちは、そのような規律の下に置かれているからである。これが、第５共和制の下で道具化された多数派という古典的な図式である。

多数派の議員たちはいつも、このような自分たちの役割の低下の原因を、合理化された議会制による拘束のせいにしてきた。したがって、1958年憲法の規定を緩和することは、自動的に、多数派議員たちに利益をもたらし、少なくとも理論的には、政府に対する彼らの政治的影響力を増大させることになった。そもそも、2008年の憲法改正に大きな影響を与えた報告書を作成したエドゥアール・バラデュール（Édouard Balladur）元首相主宰の委員会が追求した目的も、「議会の解放を保障する（assurer l'émancipation du Parlement）」ことであった。

第５共和制下の憲法改良主義に不可欠の旗印である「議会の強化」は、2008年７月23日の憲法改正でも主要な目的の１つであった。しかし実際には、明確にそれを目指すものではなかった。改革によって主として利益を得たのは、議会の総体ではなく、下院における大統領支持政党であり、議会の指導的機関を指揮し、委員会を統制する多数会派であった。議会の業務は新たに組織化されたが、そこからほぼすべての利益を得たのは多数派なのである。

例えば、最初に法案を付託された議院の議事協議会には、影響評価が不十分な政府法案の議事日程への登載を拒否する権限が与えられたが、かかる権限は、議院の指導的機関である議事協議会を支配する多数派の意向により、下院においては行使されていない。議院の内部において、多数会派の長の意見に反する決定が下されることはないからである。現在のところ、政府法案の議事日程登載に反対することができるこのような新たな手段が、上院においてのみ利用されているという事実は、次のような状況下では驚くべきことではない。つまり、上院においては、政府は絶対多数を掌握しておらず、多数派規律は伝統的に下院においてほど顕著ではないからである。

反対に、法案審議の促進手続に対して両院が共同で反対することのできる、両院の議事協議会に付与された権限は、上院だけではその発動を決定することができないので、現在までのところ行使されてはいないが、直近の会期においては、審議促進手続が取られた法案の約半数に対し、上記手続に従って異議申し立てがなされ、その都度多数派が必ず反対するという事態になった。

もう１つの重要な改革として、憲法49条３項の使用に制限が設けられたことが挙げられる。従来、政府は当該規定を利用して、法案の表決に政府の責任を賭けることによって、政府法案の審議を短縮し、多数派内部の反対派を抑え込むことができた。立法手続きにおける政府の優位性を何よりも象徴する本規定が制限されたことにより、将来、この規定の濫用から守られる多数派には、恩恵がもたらされるであろう。

議事日程の作成に関わる憲法48条の新たな規定も同様に、そのような議会の業務の再評価に由来する。2008年の憲法改正のなかでも最も重要なものとして提案された当該改革は、政府の選択した法案を優先的に議事日程に登載するという政府の優位性を表す主要な手段の１つを根本的に見直すものである。かつての共和制においても各議院が議事日程を統括していたが、憲法48条の新たな規定は、そのような伝統的な原則を復活させるのではなく、政府と両議院とで議事日程を分配するのである。すなわち、４週のうち２週を優先的に政府が作成した議事日程に留保し、４週のうち１週を議事協議会が作成した議事日程に充て、残りの１週を政府の統制と公共政策の評価に充てるのである。

しかしながら、多数派にとって最も顕著な前進は、憲法42条の新たな規定からもたらされる。当該規定は、審議促進手続が適用される場合を除いて、法案の検討に最低限の期間を課し、本会議での審議は政府の法案ではなく委員会の

法案について行われるとする1958年以前のルールを復活させたものである。この改革は技術的な外観を呈するが、恐らく、政府に協調的態度を取らせたい強固な多数派にとって、最も大きな潜在力を有するものである。なぜなら、継続性のある政府が、自身の法律案を事前の協議も経ず原案のまま多数派に受け入れさせたいと思う誘惑、加えて、法案の掘り下げた検討に必要な時間を明確な理由もなく両議院から奪おうとする政府の傾向はいずれも、今のところ、第５共和制において、立法過程の質の確保にとって有害であり、かつ、議員が自身の無力感を永続させてしまう運用となっているからである。このような観点において、議事日程の配分規定と合わせて、憲法42条の新たな規定は、政府と多数派との対話を制度化することによって、立法過程における多数派の影響力を増大させることを可能にしたのである。

Ｂ．政府と多数派との対話の制度化

2008年の憲法改正は、多数会派に、自身を解放するための憲法上の手段を与えた。少なくとも、合理化された議会制の拘束の緩和― 一部のものについては、その根本的見直し ―は、政府と多数会派との関係の再均衡化を告げるものである。例えば、パスカル・ジャン（Pascal Jan）教授は、2008年の憲法改正に基づく議会改革は、「執行府を不安定化させる潜在力」を有していると強調したが、このように、一部の論者の中には、第４共和制期の混乱へ回帰するおそれを喧伝する者まで現れた。いずれにせよ、これ以降、政府は多数派との対話と協議を余儀なくされると考える点で、学説は一致している。

実際にも、議会多数派は、立法に対して真の影響力を回復することができており、それは、議員の発議権に留保された本会議の枠のなかで立法することにより実現される場合もあれば、政府提出法案に対しては、委員会においてそれを修正することによって実現される場合もある。事実、統計データは、このような期待された変化を十分に裏付けている。

第４共和制において、下院議員は、毎年平均1000件を少し上回る数の法律案を提出していたが、第４共和制末期においては、最終的に可決された法律の３分の１以上がこのような議員提案によるものであった。1958年以降、下院議員によって提出される法律案の数は、平均すると４分の１になった（2013年～2014年の直近の通常会期において、その数はいまだに221である）。とりわけ、

立法における議員提案の割合は、約３分の２減少しており、採択された法律全体の20％で頭打ちとなっている。

この割合は、2008年の憲法改正以降、再び重要な意味を持つようになった。すなわち、例えば、第14立法期の開始以後、2012年から直近の通常会期の終了までの間に、最終的に可決に至った全111件の法律（ただし、国際協約を批准または承認するための法律は除く）のうち43件―40％近く―が、議員提出法案であり、可決された法律のうち多数会派からの提案は、平均して２倍以上になっている。したがって、多数会派からの法案提出は、議事日程の作成に関する新たな規定の恩恵を十分に被っているのである。

次に、本会議で採択される修正案の数に関して、下院においては、政府によって提出される修正案の数が２倍になったことを指摘できるが、反対に、委員会から発せられる修正案の数は半分に減少している。これは明らかに、本会議における審議の対象となる法案に対する委員会審議に付与された新たな優先権の影響であると考えなければならないだろう。

本会議において、委員会は以前の半分の修正案を擁護し、政府は以前の２倍の修正案を擁護しているわけだが、これは一見してわかるように、憲法42条の新たな規定が少なくとも部分的には遵守され、大臣たちは委員会において議員の立法提案を取り締まることが全くできていないことを示している。その上、上院の委員会に大臣が出席することは例外的であり、また、大臣は下院の委員会にはしばしば出席するけれども、その場で委員会の審議に大きな影響力を行使することはないように思われる。

つまり、力関係は逆転したのである。すなわち、2008年までは、自分たちの修正案を受け入れるよう政府を説得するのが多数派議員の仕事であったが、今後は、本会議において、修正案を利用して政府法案を提案時の状態に戻すよう多数派を説得するのが政府の仕事となった。つまり、政府法案を擁護するためには、本会議と委員会の両方において、多数派との十分な協議が必要となっているのである。

したがって、2008年の憲法改正が、政府と議会多数派との関係の新たな構想を最終的に具体化したことにより、議会多数派の解放が現在進行しているのである。これは、下院の多数会派の長であったジャン＝フランソワ・コペ（Jean-François Copé）が、第13立法期の2007年時点で恐らく着手したかったものである。

多数会派の長の地位から権威主義的側面を取り除くかのごとく振舞ったジャン＝フランソワ・コペは、「協働立法（coproduction législative）」と言われる理論を展開することによって、会派内の議員たちへの影響力を安定的なものにした。かつて服従させられていた多数派は、今後は、政府が準備した法案をただ追認させられるのではなく、可決される法律に影響力を行使できることを要求するのである。このような態度は新しいものではない。すなわち、第５立法期に下院の多数会派の長であったクロード・ラベ（Claude Labbé）が初めてこのような態度を表明して、政府の庇護に対し、ド・ゴール派議員の反乱を遂行したのである。

とはいえ、確かに多数派は政府から譲歩を引き出すことはできるものの、多数派が政府の政治的選択を、委員会において、ましてや本会議において、根本的に見直させるのは例外的なことである。多数派は政府法案に対し、さして重要ではない修正を加えることしかできず、委員会の修正案の大多数は、単なる編集上の修正に過ぎない。その上、審議促進手続の使用は、政府法案に対してはほぼ原則的なものとなっているので、2008年の憲法改正は法案審議のテンポにいかなる影響も与えていない。結局のところ、立法過程における多数会派による議員提出法案の役割が著しく増大しているとしても、多数派が自身の法案の審議のために留保された議事日程を十分に活用することはいまだに困難であり、多数派は政府の法案を粛々と受け入れ続けているという事実を覆い隠してはならない。

議会多数派の立法機能は、本質的に政府を支持する機能に従属するものであり続けているにもかかわらず、我々は、彼らが自律的に立法することができるという幻想を抱いている。しかし実際のところ、立法過程において議会多数派の役割を決定づけているのは、憲法の準則よりもむしろ、政治的力関係なのである。

Ⅱ．政治的力関係によって本質的に決定される役割

議会多数派の状況は、憲法規定の厳格さよりも、構成員に対する規律の強さに依存している。また、立法に対する議会多数派の影響力は、第１に、彼らが政府との間に保持している諸関係の従属変数であり、そして、それらの諸関係は一義的なものではない。すなわち、それらの諸関係は、本質的に規律の影響

下にある（B）ものの、それと同時に、政府と多数派との協働（collaboration）の軌跡でもある（A）。

A．協働の実践

1962年以来、「軍隊靴（godillot）」とのイメージが、政府と議会多数派との関係の分析に決定的な影響力を有してきた。軍隊靴の製造業者の名に由来する「軍隊靴」という言い回しは、そこから派生して、無批判に自身が属する会派の指示に従う国会議員のことを意味する。このような「軍隊靴」のイメージは、フランスにおいて多数派の下院議員に対して人々が抱く共通の表象を作り上げた。すなわち、彼らは、共和国大統領に服従する従順な国会議員であり、立法における彼らの役割は、政府法案への無条件の投票に尽きるというものである。

こうしたイメージを完全に拒絶するわけではないが、しかし、かかるイメージは、多数派議員の影響力が政府に反抗する能力のみによって測定されるのだという明らかに間違った暗黙の前提に依拠しているがゆえに、そのイメージには一定のニュアンスを持たせなければならない。換言すれば、多数派議員が取りうるのは、臆病であきらめる態度か、率直に批判して異議を申し立てる行動か、という二者択一ではないのである。

このようなイメージは、第３共和制、第４共和制における政府と議会との古典的対立の影響を受けたものであり、1962年の多数派支配型政治の出現によってもたらされた新たな関係を考慮に入れていない。

多数派支配型議会システムにおいて、多数派は、原則として政府の政治的選択に従う。彼らがそれに反対する理由はない。多数派支配型政治とは、権力行使における政府と多数派との結合を意味し、本質的に激しい対立を排除して、決定の一体性を実現するものである。換言すれば、議会多数派による法律案や修正案の形式上の提案という尺度だけで、立法過程における彼らの影響力を測定することはできないのである。

測定することは非常に困難ではあるけれども、議会多数派による立法への参加は、政府とのインフォーマルな協力メカニズムを利用することで実現する。こうした協働の実践は、法律提案の段階ばかりでなく、その審議の段階においても確認されている。

政府法案の構想の段階では、事前に、関係する領域に詳しい多数派議員が加

わっているが、会派内部でなされる彼らの考察がしばしば議員法案の提出を助長したり、彼らの個人的見解が政府の法案に盛り込まれる。会派の長、所管の委員会の長、場合によっては、報告者に選ばれる予定の人物も同じく、慣習として政府法案の準備に参加している。しばしば多数派議員の抵抗を先取りしている彼らの所見は、通常、政府法案の議院理事部への提出以前の構想の段階から重視されている。

たとえ、非常に限られた数の議員しかこのような事前協議に参加することを許されていないとしても、多数派議員たちは、彼らを介して政府の発議に参加しているのである。その上、多数派議員が政府に対するプレッシャーとして自身の発議権を行使することによって特定の領域における立法を政府に迫る場合には、議員自身が政府の発議を引き出すことができる。また逆に、政府自身が多数派に対して法案提出の主導権を譲り渡すこともある。

恐らく、政府の誘導によって提出された議員法案は、純粋な意味での議員発議ではないだろう。そのような法案には、しばしば政府の痕跡が残っている。それでも、政府案を多数派に有利な形に変換することは、単に外見上の次元で済まされるわけではない。多数派と政府とが同じ信念を共有し、下院において、とりわけ議会審議の土台となる法案を用意する委員会において、多数派が擁護しなければならない法案を両者が協力して作成して初めて、そのような協働が実際にうまくいくのである。

したがって、法案の発議において多数派が果たす実際の役割を統計データだけで測定することはできない。法案の署名者の割合でその出所を識別したところで、政府と多数派によって共有される法案の発議、および、それが示す協働という現象を説明することはできない。

同様に、一般的には取るに足らないものと見なされているが、政府法案に対する修正において、議会多数派が果たす役割について我々は再考しなければならない。

第一に、ここでは、委員会報告者が果たす特に重要な役割を指摘しなければならない。委員会報告者は多数派の中から選ばれ、彼(彼女)の行動は、一般に、妥協による解決を模索するうえで決定的に重要である。法案を所管する大臣と委員会の多数派議員とを接続するインターフェースとして、委員会報告者は、採択される修正案の大部分を提出している。

多数会派による修正案が採択に至ることは、相対的に少ないけれども、その

有効性は採択率だけで測ることはできない。多数派から発せられる修正案の多くは、大臣に対して法案の明確化を求めたり、その適用条件に関して約束を取り付けることを単に目的としている。しかも、これらの修正案をその提案者が表決前に取り下げることもしばしばである。

また、当該法案に関係する官僚や社会職能団体の抵抗に遭ったり、省庁間の調整が不調に終わるなどして採用されなかった規定を、当該法案を所管する大臣が同じ党派の議員に依頼して、修正案を通じて提出してもらうこともしばしばある。逆に、多数派の修正案が財政上の不受理とされた場合でも、政府が自らの責任でそれを再び採用することもある。

したがって、多数派の修正案提出権は、優れて多数派の交渉の手段ではあるが、しかしながら、その規範的有効性に関しては何度も疑問が提起されてきた。修正案は、一般に、政府法案を部分的に訂正するという副次的な機能しか持たず、法案の構成全体を修正することはできないものだと考えられている。第４共和制の黄金時代と、1962年以後に多数派規律によってもたらされた状況とを暗黙のうちに対置して、議員の修正案提出権の衰退を想起する者もいる。というのも、必要な場合には、政府により提案または認容された修正案のみを留保して、政府が一括投票に訴えることにより、多数派規律の効力は拡大しうるからである。

実際、第５共和制において、修正案提出権は、政府の意に反して多数派が政府法案を書き直す目的では用いられていない。すなわち、政府法案を完全に変質させるということは、下院においては非常に稀なことである。なぜなら、それは、多数派の重要な一部が、政府の政治的選択に同意せず、多数派規律を受け入れないという事態を想定することになるからである。

しかし、ブリュノ・ボフュメ（Bruno Baufumé）が博士論文の中でまさに指摘したように、多数派の修正案が政府法案に取って代わったりそれを破棄するものではなく、その抑揚に変化をつけるだけのものであるからといって、その規範的有効性がすべて否定されるわけではない。しかも、とりわけ連立を組んでいる多数派の内部に緊張関係が存在する場合、修正案提出権は意見の不一致を表現するために利用されることがある。確かに、しばしば、多数派は表決前に自分たちの修正案を取り下げる。この時、彼らは政府に屈しているように見えるけれども、実のところは、政府を交渉に引き込んでいるのである。

実際、しばしば、政府法案と多数派による提案との中間的な解決策は、イン

フォーマルな協議の中で見出された後、政府による修正案の形で承認される。この修正案は、公式には政府から発せられたものであるが、政府と多数派に共有された提案の産物であることを見逃してはならない。したがって、政府の修正案の多くは、多数派との交渉に由来するものであり、様々な提案の妥協の産物である。つまり、政府は、多数派との緊張関係を和らげ政治的不一致を公的に調整するために、修正案提出権をこの上なく活用しているのである。

したがって、多数派による修正案の有効性は、その採択率ではなく、政府を交渉に引き込むことができる当該手続きが隠し持つ機能によって測定される。多数派システムと結びついた修正案は、政府と多数派との妥協のプロセスが上手くいくために必要不可欠なメカニズムになったが、ただしそれは、多数派が政府法案を完全に変質させたいという誘惑に屈せず、政府も自身の法案を原案のままで通したいという誘惑に負けなければの話である。

規律に訴えるということは、妥協への道を閉ざすことである。すなわち、全フランス人に対する共和国大統領の公約を実行に移す責任があるとして、議会多数派が大統領の政策プログラムを実施するために、自分たちのリーダーに付き従うということである。

B．規律の永続

第５共和制における政府と議会多数派との関係は、多数会派は政府に忠実であるという政治の基本原則に従ってきた。多数派支配型政治は規律を第一原理とする。なぜなら、仮に多数派が公的に不同意を表明する事態が生じれば、多数派が自分たちの戦闘手段を政府に向けるまでに至ることになるからである。

実際のところ、多数派は政府と同じ旋律を奏でてきた。政府との連帯の要請によって、多数派議員たちは、自分たちに委任されたすべての行為において、強い規律に従うことを余儀なくされる。多数派の結束は、下院議員が自らの良心に従って単独で行動することを認めない。下院議員は、まるで政府と結んだ夫婦関係における配偶者だと自身を認識するかように、多数派全体の一部となっている。したがって、下院議員の行動は、１つの意思の原理に基づく集団行動の中に組み込まれるのである。

また、多数派議員の特権の範囲は、法文に由来するものではあるが、実際には、政府に対する連帯義務によって直接に制約される。このような規律がとり

わけ顕著に見られるのが、すべての法案提出に対して会派による厳しい監視と指導がなされる多数派議員の日常的な職務行使においてである。

議会の中で、多数会派の長の任務は、権威主義的側面から逃れることはできない。すなわち、それは命令を発する任務である。確かに、その任務は、会派内部で表明される複数の意見を調整し妥協させる役割と両立しないわけではない。多数会派の長は、まとめ役であり、票のとりまとめは、強制的な規律ではなく自主的な服従の形でなされた方が、構成員にも受け入れられ易い。

それにもかかわらず、多数会派の長の任務は、単なる交渉と仲裁の役割をはるかに超えている。その任務には、会派の構成員を積極的に導く役割が内在しており、会派の長は、最終的には、国家元首と政府の下に規律と結束を保障しなければならない。

このような権威主義的任務は、自分たちの自由が枠にはめられることを受け入れた多数派議員たちによって、奇妙なことに十分認められている。多数会派の集会（réunion）は、このような観点からとりわけ重要である。原則としてこのような集会が非公開であることを利用して、様々な意見が表明され、妥協点が見出され、利害対立が解消され、態度決定がなされて投票の指示が出される。実際、集会での発言は自由であるが、各段階ごとに、議論を徐々に制限する長の権限によって、議員の自由は狭められる。

同様に、多数会派の長は、自分の会派がすべての場合において、すなわち、本会議だけでなく委員会においても、数の上で多数派であり続けられるよう注意を払わなければならない。そのために、諸会派の責任者たちは監視の巡回を怠らない。会派の長は、政府に対して、会派拘束違反取り締まりの責任を負う場合にはさらに神経質になる。

強情に反抗する議員を隊列に引き戻すには、一般に、規律に訴えれば十分である。しかし、実際には数は少ないけれども、規律に服さなかった場合でも制裁を受けることは稀なので、権威主義的論法が絶対的な保障を提供するわけではない。しかしながら、統制の強度は、多数派の形態と同じく、各政治組織の政治文化に依存する。数に余裕のある多数派は、組織内部の差異を許容するが、逆に、多数派が数に余裕がなかったり、分裂していれば、その分だけ引き締めは厳しくなる。

そのために、多数会派の長は協力者チームに頼ることができ、彼らの中でも発言と投票の一体性に気を配る事務局長（secrétaire général）が最も重要な役

割を務めている。事務局長は、選挙を経ない政治ポストであり、会派の長の直接的権威の下にあるが、会派の長から十分な信頼を得ていなければならず、その行為は会派の結束において決定的に重要である。会派の事務局(bureau)も、同じく重要な役割を果たしている。個人的な、あるいは全体から切り離された提案に対して、他のすべての構成員の政治方針や集団的利益を擁護しているのは、このような会派の責任者たちの緊密なサークルである。

このように、会派の役割が増大するにしたがって、純粋に下院議員個人による発議は姿を消しつつある。議員提出法案は、多くの場合、同一会派の複数の議員によって署名される。純粋に議員個人によって提出される修正案もさらに少なくなっている。今日では、会派内の集団によって署名された修正案が、圧倒的に多数を占めている。

確かに、会派というのは、その構成員の発議の踏み切り板として役立ちうるが、その物質的、技術的サポートは、徐々に、まさに議員立法に対する干渉へと変化している。多数派支配型政治の出現がもたらした会派規律の強化は、多数派構成員の行動の自由を妨げることになった。彼らの発議権は、会派によって抑制されているとはいえ、政府の行動と権威に対する危険性を内包しているからである。

つまり、多数会派は、その構成員による、政治的タイミングとして不適切と判断される提案に対して、フィルターとしての役割を果たしている。ギィ・カルカソンヌ(Guy Carcassonne)教授が述べているように、野党議員は一定の行動の自由を保持しているが、多数派内部においては、「政府の責任者たちから指示を受け、会派の責任者の警戒心の下で委託された真の内部警察」が暗躍しているのである。

第５共和制においては、憲法上の準則よりもむしろ、このような内部の検閲手続が多数派議員の発議の自由を無効化している。とりわけ、議員個人の修正案提出権は、会派によって完全に没収されている。原則として、会派の事務局の賛同を得られた修正案だけが提出されている。同様に、委員会における報告者や責任者、あるいは、審議における発言者の選択(登院命令書 whips)も、事務局の役目である。

マニュエル・ヴァルス首相が率いる政府のもとでは最近、時折内乱が見られるけれども、多数派議員たちは、自分としては自由意思に基づいて同意していると思っているこれらの強制に対して服従することを否応なく受け入れている

のである。第５共和制の奇跡であった多数派規律は、議員たちが自ら内面化させた。その証拠に、2008年の憲法改正は、結局のところ、システム全体の運用にはほとんど変化をもたらしていない。フランスにおいて、法律は、その一部については多数派との交渉で決められるが、いまだに政府の作品であることに変わりないのである。

〔訳者付記〕

本稿は、北大立法過程研究会（岡田信弘代表）の主催により、2014年８月22日に開催されたジュリィ・ベネッティ（Julie Benetti）氏（ランス・シャンパーニュ・アルデンヌ大学教授）の講演 “Le rôle de la majorité parlementaire dans le travail législatif en France” の基礎となった原稿の翻訳である。

ベネッティ教授は、パリ第１大学において、憲法学とりわけ議会法の分野で著名なジャン・ジッケル（Jean Gicquel）教授の指導の下、「第５共和制下の国民議会における議会法と多数派支配型政治（Droit parlementaire et fait majoritaire à l’Assemblée nationale sous la Cinquième République）」の研究で博士号を取得され、同論文は2005年度の国民議会博士論文賞を受賞されている。その後、2006年から2010年までパリ第１大学において公法学の専任講師（Maître de conférences）を務められ、2010年より現職に就かれている。

また、2012年に、オランド大統領の下で組織された「公共生活の刷新及び倫理に関する委員会」（Commission sur la rénovation et la déontologie de la vie publique）（通称、ジョスパン委員会）[1]のメンバーの１人として、統治構造改革に関する答申書の作成に携わったほか、2013年には、国民議会の法律委員会において新たな憲法改正案について、また元老院の法律委員会においては兼職規制改革について、参考人として重要は提言を行っている。

本講演で示されたベネッティ教授の分析は、フランス独特の制度とされてきた合理化された議会制と各国に広くみられる多数派支配型政治との結合が、制度的拘束と政治的規律の変化に連動して、フランスにおける実際の（インフォーマルなものも含めた）立法プロセスにどのような形で現れているのかを描いて

[1] 詳しくは、徳永貴志「新たな統治構造改革案―ジョスパン委員会報告書」論究ジュリスト2013年冬号80頁以下を参照。

いる[2]。そのなかで、2008年７月の憲法改正については、合理化された議会制の緩和によって制度面で1958年の精神と断絶し、議会を討議的空間に再定位する試みであるものの、その効果はいまだ潜在的なものにとどまり、実際の運用においては従来のシステムが根強く継続していると評価している[3]。フランスにおける制度の改変が今後どのような新たな立法システムを生み出すかは、政治的実践の積み重ねを待つほかないが、多数派支配型の政治力学を否定することなく議会制度のなかに適切に位置づけながら、しかし、それだけに解消されない議会における討議、立法さらには統制のあり方を探るうえで、ベネッティ教授の研究は我が国にも示唆を与えてくれるものであると思われる。

本稿は、平成25 ～ 27年度科学研究費補助金基盤研究Ａ（研究代表者：岡田信弘）（課題番号25245005）に基づく研究成果の一部である。

[2] その点で、制度の概念分析に偏る傾向にあったフランスの従来の議会法分野における研究手法とは一線を画していると思われる。同様の問題意識を有する研究として、セリーヌ・ヴァンゼル（徳永貴志訳）「合理化された議会制と立法手続」北大法学論集63巻６号（2013年）477-501頁も参照されたい。

[3] 2008年の憲法改正によって政府と議会多数派を中心とする立法プロセスに一定の変化が見られるとする分析もある。徳永貴志「フランス議会の復権はなされたか―2008年憲法改正以後の法案審議」和光経済46巻２号（2014年）39-46頁を参照。

資　　料

〈北大立法過程研究会報告(2)〉

権力分立の理論

ジュリアン・ブドン
佐藤　吾郎、徳永　貴志　訳

フランスの大学の法学部の学生たちは、「権力分立の理論」という課題が与えられれば、まず何よりもその用語の定義を明らかにすることが求められる。出題されたテーマにおける１つ１つの言葉の意味は何か、それぞれの言葉はどういった関連性を持ち、どのような相互作用を有するか、彼らは考えなければならない。

「権力分立の理論」という表現の中で、もっとも興味深く、あるいは、少なくとも意外とも言える単語は、「理論」である。というのも、私の考えの核心部分を今すぐ明らかにするならば、18世紀に誕生した自由主義的立憲主義は、３世紀もの間、根本的には覆されることのなかった理論―あるいは哲学―に基づいていると言えるからである。その一方で、18世紀から21世紀にかけて、権力分立の実践はますます精緻化と洗練の道を辿ることになった。事実、権力分立とは、17、18世紀の両世紀を含む近代哲学における一つの理論が、政治的および制度的に表現されたものである。最も注目されるべき著述家としては、ロック、モンテスキュー、ルソーの他に、「公法学者（publiciste）」として重要な役割を果たしたにもかかわらず、今日において知名度が低く、少しばかり忘れられている、プーフェンドルフ（Pufendorf,）、ヴァッテル（Vattel）、ヴォルフ（Wolff）、ブルラマキ（Burlamaqui）、さらにはイギリスとスコットランドの啓蒙主義を代表するマンデヴィル（Mandeville）やスミス（Smith）を挙げることができる。これらの思想家の中で１人だけ選ぶとすれば、理論と実践とを最も

優れた形で接合したアメリカ合衆国建国の父の１人であるジェームス・マディソン（James Madison）である。というのも、マディソンは自身の理論的展開の実践面への影響力に注意を払っていたと言えるからだ。20世紀初頭の偉大なドイツ人社会学者マックス・ヴェーバーの言葉を借りれば、マディソンは責任倫理の信奉者であって、心情倫理の信奉者ではない（フランス革命でのジャコバンにたとえるとすれば、ロベスピエールやサン＝ジュストに近い存在になる）。したがって、皆様にお話しする報告のタイトルは、「権力分立の理論的・実践的側面」に改めた方が良いかもしれない。

ここまで列挙した理論家たちの繊細な思想に戻る前に、フランスでは避けて通れない、主題における用語の定義を明確にしなければならない。権力分立とは何か。まず、権力をいかに分離するかを問うた方がより適切であろう―あるいは大文字から始まる権力（Pouvoir）と言った方が良いかもしれない。なぜなら、近代の哲学者たちの脳裏から一度も離れなかった問題、すなわち、改めて実にフランスらしい表現を用いるなら、公権力（puissance publique）をできるだけ無害なものにするにはどうすれば良いのか、という彼らの悩みを強調することができるからである。当時の言葉に直せば、どのように専制政治を回避するのか、より正確には、どのように専制政治の到来を遅らせることができるのか、という問題である。というのも、すべての著述家が人間の堕落は不可避であるとしているからである。ルソーは『社会契約論』の中で次のように主張している。「スパルタやローマでさえも滅びた以上、いかなる国家が永久の存続を望みえようか。したがって、もし長続きのする制度を形成したいのなら、それを永遠のものにしようなどと考えてはならない。成功するためには、不可能なことを試みてはならないし、また、人間の所業に、およそ人間の条件が持ちこたえられないような堅牢性を与えようなどと、うぬぼれてもならない」（第３篇第11章）。

啓蒙主義の人間学は、信じられているのとは反対に、非常に暗く、実に悲観的なものと言える。すなわち、進歩に対する信奉は18世紀に始まったが、むしろその次の世紀のフランス人哲学者オーギュスト･コントの実証主義において、それはより顕著になる。文学の世界では、このような進歩に対する信奉は、1862年に出版されたヴィクトル・ユーゴの『レ・ミゼラブル』の中で見事に敷衍されている。世俗的ではない、キリスト教的な世界の中で、人間は非力さと罪によって特徴づけられる。ジャン＝ジャック・ルソーは、このような前提に

反論したがために、急激に人気が高まったのである。しかし、勘違いをしてはならない。すなわち、ジュネーヴ生まれのルソーが人間は善良であると主張したことは一度もなく、むしろ、自然状態の中にある人間は、同類である人間から隔絶されて、倫理的無関心と紙一重の状態にあると彼は考えたのである―人間同士の歩み寄りや社会の構築が、良きにつけ悪しきにつけ、このような倫理的な虚脱状態から人間を抜け出させてくれる。これこそルソーがもたらした転換である。すなわち、規定的なのは原罪ではなく、最初に現れた様々な社会の誕生である。しかし、ルソーは、18世紀において実に個性的で、思想的にも孤立していた。当時の大部分の哲学者は、人間は貧弱な生物で、存在論的に罪人であると考えていた。人間は、生来善良であるかどうか定かでなく、徳を実践する上で、一貫性も疑われる存在であった（自らの自然的傾向に逆らって善をなすために努力することが徳であるとされたからである）。このことから我々は、なぜ、最も良いとされる政治体制であっても、必然的に堕落と衰退が見込まれているのかを理解することができる。つまり、人間とりわけ統治者は、幾度となく権威の濫用、権力の簒奪や専制の誘惑に駆られるものなのである。

したがって、権力分立とは、人間が背負う条件の悲観的な見方に対する、不信感あふれる１つの回答である。人間は必ずしも善をなすことができる存在ではないので、損害を小さくする、あるいは、可能であれば損害をゼロにしようする考え方である。マディソンは『ザ・フェデラリスト』第51篇の中で、美しく同時に絶望的な次のような表現を用いている。万が一、人間が天使でもあるというならば、政府を創設する必要はないであろう。統治者は、天使ではなく人間であるために、委ねられた権力を濫用したい誘惑に駆られるのである。だからこそ、「予言者（oracle）」（マディソンはモンテスキューのことを第47篇でこのように呼んでいる）の見解に従って、権力分立が必要なのである。

権力分立は、何よりも、政治権力の細分化であるが、その政治権力は、とりわけ国家が人間社会の法的な型として勝利を収めて以来、国家権力としての性格を帯びている。権力は、その毒性を弱めるために分割されたのであって、それを無害なものにするためではない。なぜなら、無害な権力は、無意味なもの、あるいは矛盾であるからだ。つまり、社会の平和に必要だからこそ強力な権力が創設されるが、その権力が強力だからこそ危険でもあるのだ。国家の強さは、その創設の理由であると同時に、その脅威の原因でもある。その結果、現代国家の礎でありながら、今日まで解決不可能なジレンマが生じるのである。では、

どのようにして、自由主義的な国家あるいは法治国家（ドイツ語で言うRechtstaat）、すなわち、自らの巨大な力を濫用せず、個人の自由を尊重する国家を構想すれば良いのだろうか。これは、モンテスキューがおよそ３世紀前に明らかにした理由からわかるように、解くことの出来ないジレンマである。権力は抑圧的になる傾向があり、人間は常に、委ねられた権力を濫用する誘惑に駆られる。「およそ権力を有する人間がそれを濫用しがちなことは万代不易の経験である」（『法の精神』第11編第４章）。およそ２世紀も前から、恐ろしい大惨事としか呼びようのない数々の思わぬ出来事があったにもかかわらず、人類が自由を何とか尊重する国家を作り上げることができたのは奇跡である。しかし、必要な力と避け難い危険との間にある緊張関係は、国家と不可分のものである。そのため、政治の効率性、アメリカで言われるところの機能する政府（workable government）の問題が出て来る。最近の例を挙げるとすれば、2013年10月、アメリカ合衆国政府が、連邦政府の部分的な閉鎖を余儀なくされた事件がある。このような事態は、過去に数回起きており、例えば、1995～1996年にビル・クリントンが大統領のときである。1787年のアメリカ合衆国誕生以来、アメリカ人は次のような問題に頭を悩ませてきた。すなわち、効率的でありながら自由主義的な国家をいかに構築することができるのか、という問題である。結局のところ、専制的な政府よりも、非効率的な政府を選ぶべきではないか。こういった思いがあるからこそ、連邦政府の麻痺―膠着状態（stalemate）あるいは手詰まり状態（gridlock）と呼ばれているもの―は、アメリカでは甘受されているわけである。麻痺状態に陥るために政府が設立されているわけではないが、時として生じる連邦政府の欠陥は、むしろ政府が全能（最終的には専制的）ではなく、市民とその代表者がリヴァイアサンと十分戦う術を持っていることを証明することによって、市民を安心させているのである。リヴァイアサンとは、聖書に出てくる海の怪物だが、予言者ヨブを飲み込んだことで知られ、17世紀半ばのイギリスの哲学者、トマス・ホッブズの有名な著作のタイトルにもなっている。その副題は、『教会及び市民的なコモンウェルスの素材、形体、及び権力』である。

学識豊かな日本の学者である聴衆の方々に、フランスではどのように法律を学び、どのように若い学生たちを教育しているのかを紹介するのであれば、やはり、課題における言葉の定義という回りくどいやり方を取らなければならないだろう。フランス語の「権力（pouvoir）」という言葉は、その曖昧さ故に実

に難解な言葉である。実際、この言葉には２つの意味がある。すなわち、機関を指す場合と機能を指す場合である。「立法権（pouvoir législatif）」という言葉を例にとれば、あるときは法律の作成―つまり、立法機能ないし立法業務―、あるときは議会―すなわち、理論上法律の作成を委ねられている機関―を一般には指している。このように、機能と機関を同一視しているところに、私たちの語彙の貧弱さを見て取ることができる。第１に、立法機能は、国会の独占的特権ではなく、政府や裁判官と共有しているものである。第２に、議会という機関は、立法の任務だけに従事するのではなく、他の機能、とりわけ政府の監視も行っている。「執行権（pouvoir exécutif）」についても同じことが言える。すなわち、ずいぶん以前から、政府の任務は法律の執行だけに留まってはおらず、特に20世紀に入ってからは政府は法律の中心的立案者になっている。

さて、ここで、立法権、執行権、司法権というよく知られた区別に戻る。権力分立とは、国家権力を立法、執行、司法という３つの機能に分割することである。それらの機能は各々、立法機関、執行機関、司法機関という３つの機関に委ねられる。モンテスキューは、『法の精神』の中のイギリス憲法に関する有名な章の冒頭で、権力分立の基準となる定義を行っている。「各国家には３種の権力、つまり、立法権力（puissance législative）、万民法に属する事項の執行権力、および公民法に属する事項の執行権力がある。（中略）この最後の権力を人は裁判権力（puissance de juger）と呼び、他の執行権力を単に国家の執行権力（puissance exécutive）と呼ぶであろう」（『法の精神・上』第11編第６章）。しかし、権力分立の理論は、機関と機能の密接な重なり合いを受け入れることができない。なぜなら、ある機関が他の機関の機能を侵害（encroachments）するからこそ、自由にとってもっとも大きな保障になるからである。

１．アメリカにおける抑制均衡の理論

抑制均衡の理論は、『ザ・フェデラリスト』の著者であるパブリアス（Publius）によって作られた。パブリアスとは、アメリカ合衆国建国の父であるジェームズ・マディソン、アレクサンダー・ハミルトン、ジョン・ジェイが共有した筆名である。『ザ・フェデラリスト』あるいは『ザ・フェデラリスト・ペーパーズ』について一言だけ述べると、これは、1787年９月のフィラデルフィア憲法制定

会議で採択された連邦憲法草案を批准する必要があることを、ニューヨーク州の有権者に対して訴える新聞記事である。パブリアスは、東海岸の様々な新聞に、憲法草案の批准を擁護する記事を100本ほど執筆して、連邦色の濃いこの憲法草案を推すための宣伝活動を展開した。そのため、この憲法草案は「連邦派」(fédéraliste) の主張を代表していると言われている。彼らがこのような記事を執筆したのは、勝負の行方が最初から決まっていた訳ではないからである。1777年の脆弱な連合 (Confédération) とは全く異なる強い連邦政府を推進していた連邦派は、強過ぎる連邦政府を恐れて各州に最大限の自治権を残したいと考える、いわゆる反連邦派と衝突していた。権力分立に関する２つの構想が対立していたわけである。反連邦派にとっては、自由の擁護という観点で最も安心できる権力分立とは、厳密ないし厳格な分立であって、各々の機能がお互いから遮断され、各々の機関が互いに独立し、特定の機関が特定の機能を独占的に行使する状態をもたらすものであった。いかなる相互干渉もいかなる相互侵食も全く予定されていなかった。というのも、まさにそのような相互干渉こそが、特定の機関による別の機関に対する専制主義を生み出す最も可能性の高いあり方だと考えられたからである。彼らが恐れたのは、連邦議会の立法権でもあり、合衆国大統領の執行権でもある。反対に、マディソン率いる連邦派が同志たちに示したかったのは、機関相互に絶え間ない協力があり、各機関に主に与えられた機能への相互侵食があってこそ、自由が最も保障されるということである。

ここには利害ゲームの発想を見出すことができるので、連邦派は、マンデヴィルとスミスをはじめとするイギリス・スコットランドの哲学者たちの思想を読んでいたことが分かる。バーナード・マンデヴィルは、1714年に『蜂の寓話』の中で、個人の行動を動機づける意図のうち、自己本位な意図と愛他的な意図とを区別することの難しさについて論じている。その数十年後、1776年にアダム・スミスは、『諸国民の富の性質と原因の研究』の中で、次のような辛辣な表現を用いている。「我々が食事できるのは、肉屋や酒屋やパン屋の主人が博愛心を発揮するからではなく、自己の利益を追求するからである。人は相手の善意に訴えるのではなく、利己心に訴える」のである (『国富論・上』)。人間は基本的に、自己の個人的な利益に基づいて行動している。マディソンの権力分立論には、権力分立―すなわち自由―は、各々の機関に自らの守るべき利益があるからこそ守られる、という前提がある。連邦議会が可決した法律案に対し、

大統領が自身に与えられた拒否権を行使するとき、それは彼の徳によるのではない。大統領は何よりも自身の機能と職務を他の機能の不当な侵害から守ろうとしているのである。これがこの権力分立論の繊細なところである。すなわち、機関同士の対立とお互いへの侵食は、逆説的にも、本来想定されていた権力分立にとって最も優れた防御壁となっている。他方、反連邦派の分析は、繊細さの点で劣っている。連邦派の偉業は、権力分立とは、機関同士の密接な繋がりと、ある機関が別の機関に「本来」属する領域に侵入するという制限的かつ憲法により組織された能力とを要するものであると理解していたことである。

連邦派は、２通りの考えを述べている。一方では、ある１つの機能がある１つの機関の主要な専有物であるとし、他方で、その機関の排他的ないし絶対的な独占はないとするのである。アメリカ人は、このような概念を表現するために、「主として（the bulk of）」という言い回しを用いる。主として、立法権は連邦議会の特権である。主として、執行権は大統領の特権である。主として、司法権は連邦最高裁判所と下位の連邦裁判所に与えられている。1787年の憲法構造がそれを明確に表現している。第１条は、「立法権はすべて合衆国連邦議会に属する」としている。第２条は、「執行権はアメリカ合衆国大統領に属する」としている。第３条は、「司法権は１つの連邦最高裁判所、および、連邦議会により設立される下位の裁判所に属する」としている。したがって、1787年の憲法は、機能と機関とを重ね合わせているように見える。第１条が最も明確である。なぜなら、すべての立法権が連邦議会に付与されているとしているからである。しかしながら、物事はそれほど単純ではなく、この「主として（the bulk of）（pour l'essentiel）」という表現に戻らなければならない。概略的には、立法権は連邦議会に属し、執行権は大統領の領域であり、司法権は連邦裁判所に委ねられている。しかし、より詳細かつ論理的に見れば、「主として」は「独占的に」と同義ではなく、そのような隙間に入ってくるのが「侵食（empiètements ou encroachments）」である。

例はいくらでもあるので、３つか４つほど挙げれば十分であろう。最もよく知られているのは、連邦議会で可決された法律案に対する合衆国大統領の拒否権である。これは、周知の通り、アメリカ合衆国憲法の設計者たちが執行権の長を法律の作成から排除したものである。執行権の長は、法律案の発議権を有さず、２つの例外を除いて立法手続きに介入しない。毎年、大統領は、一般教書演説の中で連邦議会に対して特定の法案を採択するよう勧告する。現在、一

般教書演説は連邦議会にとって重要なイベントとなっているが、法的には、大統領が自らの希望を述べているだけであって連邦議会の議員たちはそれを実現するもしないも自由である。そのため、自身の提案を伝えるために、大統領は連邦議会内の支持者たちを当てにしなければならない。実際、大統領は、法律案の発議権を持たず（さらに、憲法改正案や修正案の提出権もない。）、少なくとも直接的には、立法手続きに参加することはほとんどない。これは、議院内閣制を導入した国々の政府や内閣と対照的である。今「ほとんどない（presque jamais）」と表現したのは、大統領に与えられた拒否権を考慮に入れなければならないからである。モンテスキュー曰く、このような阻止する権能の優れたところは、アメリカ合衆国の政治体制が厳格な権力分立を行っているとする説明をすべて無効にする点である。これについては後述する。連邦派の勝利を裏付ける最初の証拠は、大統領の法律案拒否権である。というのも、憲法２条の文言によれば、執行権の長が連邦議会に付与された立法の領域に侵入していることは、まぎれもない事実だからである。つまり、連邦議会の立法する意思を妨げるということは、否定的な形ではあるが、立法に参加することである。

連邦議会を構成する２つの議院によって法律案が可決されると―本件において下院と上院は対等な立場にある―、大統領はある選択を迫られる。すなわち、法律案に署名すれば、その法案は「法律となる（become a Law）」が、署名を拒めば当該法案は連邦議会に差し戻されることになる。これがまさに拒否権であり、これを乗り越えるには、両院ともに３分の２以上の多数で再可決する必要がある（その場合は、法的なフィクションとして、大統領が署名したかのように、法案（bill）が法律（law）になったと見なすことになる）。また、大統領が署名を意図的に遅らせたとしても、連邦議会を永遠に妨害することができないよう、10日経過すれば署名されたと見なされる。しかし、その10日間の間に、連邦議会が休会に入ると、法案は法律にならない（これはいわゆる法案の握りつぶし（pocket veto）と呼ばれるもので、法案の審議と採択とを次の会期に先送りするものである）。統計は事情を良く物語っている。すなわち、アメリカ合衆国の大統領たちは、拒否権を行使することを躊躇してきたが、覆された拒否権が４％しかないことからも分かるように、分別をもって用いていると言える。このように、執行権の長は、ある法律案が1787年に定められた権限配分に違反していると判断した場合、あるいは単に好ましくないと思われる場合には、立法機能を侵食することが憲法上許されている、という状況である。ここでは、

マディソンの論理が作動している。すなわち、大統領の法案拒否権は、ある機関に委ねられた領域を別の機関が侵害する最も良い例だと言える。

アメリカ合衆国憲法には、この種の想定が実に多い。大統領の恩赦の権限を例にとれば、（減刑、前科の抹消等の）恩赦権限は、どのような形を取ろうと、連邦裁判所の独占的機能であるはずの司法権に対する、大統領すなわちモンテスキューのいう「国家の執行権力」という意味での執行権による明白な干渉である。ときに大統領は、事実を無視してまで、裁判所の判決を軽くしたり取り消したりしてそれを覆すのである（ウォーターゲート事件において、ジェラルド・フォード大統領が、前大統領で辞任したばかりのリチャード・ニクソンに対して事前に恩赦を与えたときのように）。それとは対照的に連邦裁判所は、憲法に違反するように見える法律や大統領令を取り消す―むしろ留保する―権限を取得した。司法審査は、1803年に当時連邦最高裁判所長官であったジョン・マーシャル判事が作成したマーベリー対マディソン事件判決において誕生した。法律を取り消したり取り除いたり留保したりすることにはどのような意味があるのか。このとき裁判官は共同立法者（co-législateur）となるが、それは消極的な意味においてである。これは、ハンス・ケルゼンが1928年に発表した『公法雑誌』の中の有名な論文「裁判所による憲法保障」が示したものである。裁判官に法律の発議権はなく、法律を可決することもできないが、その法律を法規範から取り除くこと、あるいは、少なくともその法律を適用させないことはできる。

問題の概括的検討を終わらせる前に、国際条約の批准および特に連邦政府の最も重要な役職の任命における上院の役割を強調しておきたい。国際条約については、立法権の管轄なのか執行権の管轄なのかが判然としないところがあるので、ここでは割愛するとしても、そこでの上院の特権が重要でないわけではない。つまり、上院は、３分の２の多数で大統領に対し国際条約の批准を承認することができる。かつてのベルサイユ条約は、ウィルソン大統領によって準備されたが、1919年と1920年の２度上院で否決され、アメリカ合衆国は最終的に国際連盟に参加することはなく、このことは両大戦間期において我々がよく知る結果をもたらした。今日では、1982年に署名された海洋法に関する国際連合条約（通称モンテゴ・ベイ条約）を、オバマ大統領や国務次官を務めていたヒラリー・クリントンの呼びかけも空しく、アメリカが今なお批准していないことはよく知られているところである。しかし、この問題を検討する上でさら

に興味深いのは、連邦政府の役職の任命において上院に求められる「助言と承認（advice and consent）」である。まず大統領が主導して、連邦裁判所判事、保健省長官、米軍大将などに就任する人物の名前を提案する。上院が大統領の意思を妨げることは稀であり、そもそも上院の慣例で、大統領は関係州の上院議員の意思を前もって聞くことになっている（国家レベルでの役職は常ではない）が、要点はそこにはない。連邦政府の役職の任命は執行権の特権であること（立法者あるいは裁判官がそれに関与することはない）は、議論の余地のないところだが、とは言え、上院には大統領の意思を妨げる力がある（判断を示さないだけでも十分なわけである）。1787年には、上院は大統領の執行機能を補佐する巨大な執行評議会と見なされていた、と反論できるかもしれないが、それでもなお上院は、「あらゆる立法権限」が委ねられた連邦議会の２つの議院の１つであり続けている。したがって、立法機関の１つが執行機能に干渉するわけであるが、ケルゼンの言葉を借りれば、これは常に消極的に行われるのである。

ここまで展開してきた解釈は、次のような理解に行き着く。すなわち、18世紀末にアメリカで誕生した、世の中で最も緻密に作られたと言われる権力分立は、機関相互間の協力と対立の関係を意味し、それは、本来各々の機関に割り当てられた機能に対する相互干渉という形を取る。しかし、これらの干渉には、常に逆方向の、否定的あるいは反動的作用が存在している。換言すれば、１つの機関にはもちろん１つの主要な機能が与えられ、その機能は各々の権限の本来の性質によって決定される。法案の発議権を保持しているのは連邦議会だけであり、ある特定の役職にある特定の人物を任命することができるのは大統領だけであり、訴訟において判決を下すことができるのは裁判所だけである。しかし、それは他の機関が反作用（ré-agir）することを禁止しているわけではない。それら他の機関の権限は、時系列的に見れば最初の作動を必要とするという点で２次的なものであり、最初の作動を妨げたり、それにブレーキを踏むことしかできない点で消極的なものである。「抑制と均衡（Checks and balances）」という表現の語源はこれを説明するのに実に有効である。すなわち、それはブレーキと同時に天秤でもあり、その目的は、３権の間に機関と機能の区別をすることなくバランスを見出すことである。

フランスの研究者が、アメリカ合衆国憲法の形式とアメリカで考案された権力分立にこれだけ多くの時間と関心を割くことに、日本の聴衆の方々は驚くこ

とだろう。私がアメリカにこだわるのは、権力分立の具体的な発祥の地がアメリカであり、アメリカが現代における文書化された最初の憲法を作り出した国だからである。さらに、アメリカにおける権力分立は実に純粋な体をなしている（その意味では、理論が直接実践と結びついている）が、他方で、ヨーロッパにおいてそれを理解するのは大変難しい。それにもかかわらず、思考を整理するために、法学者たちは、２つの権力分立の見方の対置を試みた。すなわち、アメリカ型は厳格（rigide）であり、ヨーロッパ型は緩やか（souple）であるとする見方である。

２．厳格な権力分立と緩やかな権力分立

フランスやヨーロッパのほとんどの憲法学の概説書は、アメリカ合衆国の大統領制は厳格な、あるいは厳密な権力分立であり、ヨーロッパ（そして日本）の議院内閣制は緩やかな権力分立に依拠していると明記している。しかし、そこには、アメリカ合衆国の政治体制が大統領制だと考える点、そして厳格・緩やかな権力分立という分け方をする点で、２つの誤りがある。大統領制については、今日の報告の核心ではないので、指摘したい点を簡単にまとめるだけにとどめる。まず、アメリカ合衆国の政治体制は大統領制ではなかったこともある（当時プリンストン大学の政治学教授で、後に大統領になったウッドロウ・ウィルソンは、「議会制政府（Congressional government）」を、その表現がそのままタイトルになった1885年の書物の中で非難していた）。また、憲法の文言は、大統領や連邦裁判所よりも連邦議会を優遇している。さらに、「大統領制」という表現は、ホワイトハウス以外の連邦政府の機関の存在を薄めるリスクがある。最近でも、オバマ大統領は連邦議会に対して、銃販売を規制させることに失敗しているわけである。アーサー・シュレジンジャーによる1973年の有名な著作のタイトルでもあった「帝国的大統領制」の時代になっても、アメリカ合衆国の大統領が全能であるとは言い難かった。常に大統領は、何よりも連邦議会と連邦裁判所を考慮に入れながら行動しなければならないからである。

私の報告の本題に戻ることにしたい。アメリカ合衆国を特徴づける厳格な権力分立とヨーロッパの特徴であると言われる緩やかな権力分立との区別は、単なる幻想でしかない。とはいえ、ヨーロッパやフランスの法学部では、このような区別が月並みなものとして存在し、政治体制の類型論を説明する際の主な

基準となっている。高度な分類は、権力分立が厳密、厳格な大統領制と、権力分立が緩やかな議院内閣制とを区別する（議会統治制は重要視されていない。というのも、1792～1795年の間に、国民公会は執行権を吸収し、権力分立自体を破綻させたと言われているからである）。フランスの憲法学の概説書の書き方は一致している。

例えば、フィリップ・アルダン（Philippe Ardant）によれば、議院内閣制は「緩やかな権力分立」を要求し、大統領制は「執行権と立法権とのとりわけ厳格な分立を想定している」（『政治制度と憲法学』第９版、パリ、LGDJ 社、2007年、238・308頁）。この形式は、ベルトラン・マチウ（Bertrand Mathieu）と共に改訂した第25版においても変わっていない（パリ、LGDJ 社、2013年、254頁）。同様に、ジャン・ジッケル（Jean Gicquel）とジャン＝エリック・ジッケル（Jean-Eric Gicquel）は、体制の均衡は欧米で２つの方法で探究されてきたと述べている。すなわち、「アメリカ合衆国では、明確なあるいは強調された分立によって、大統領制の中で権力が互いに対立する構図に至った。イギリスでは、慎重なあるいは緩和された権力分立によって、権力間の協力が組織化され、議院内閣制に行き着くのである。」（『憲法学と政治制度』第27版、パリ、モンクレチアン社、2013年、143頁）。ベルナール・シャントブー（Bernard Chantebout）は、次のように述べている。「アメリカ合衆国に似た厳格な権力分立に依拠する様々な革命体制が失敗した後、フランスは英国に再び目を向けて（中略）、恐らくより秩序立てられた機能を持ち、権力の緩やかな分立に依拠した組織形態を採用することになったのである。」（『憲法学』第24版、パリ、シレ社、2013年、95頁）。そのため、その後に続く第３章は、「厳格に権力を分立する政治体制」、第４章は、「緩やかな権力分立、議院内閣制」というタイトルになっている。ピエール・パクテ（Pierre Pactet）とフェルディナン・ムーラン＝スクラマニアン（Ferdinand Moulin-Soucramanien）は、緩やか・厳格な権力分立という分類方法を政治体制の類型論に用いること自体を認めておらず、一見大きな違いがあるように見えるが、その後、「大統領制がうまく機能しない」理由を、「妥協なく考案された」権力分立に起因する、としている（『憲法学』第32版、パリ、シレ社、2013年、104・142頁）。このような分類方法が深く根付いている証拠に、ヴラド・コンスタンチネスコ（Vlad Constantinesco）とステファヌ・ピエレ＝カプス（Stéphane Pierré-Caps）は「厳格な権力分立」という表現に対して疑問を呈しながらも、それを使い続けている（『憲法学』第７版、パリ、

PUF 社、2013年、70頁）。

そこで、このような区別の仕方の由来と、いかなる理由でそれが作られたのかを正しく理解しなければならない。これは第３共和制の公法学における学説の遺産であり、とりわけ、1879年から1913年までの間、パリ大学法学部教授であったアデマール・エスマン（Adhémar Esmein）の遺産といえる。驚くべき成功を収めた彼の憲法学の概説書である『フランス・比較憲法綱要（Eléments de droit constitutionnel）』は、1896年に初版が出され、再版は７回にのぼり（ここでは、1914年の第６版を引用する）、幾世代もの法学者にとって重要な参考文献であった（今日でも同様であるが、少なくとも20世紀後半に法学の道に進んだ学者にとってはそうであった）。なぜエスマンは、議院内閣制の特徴とされる「緩やかな」権力分立と、大統領制に特有とされる「厳格な」権力分立との区別を行ったのだろうか。彼は、1875年にフランスにおいて創設された議院内閣制と共和制の自由主義的な性格を証明しようとしたのである。すなわち、それは第３共和制を堅固なものにした1875年２月24日、２月25日、７月16日の３つの憲法法律を指し、エスマンはそこにおいて議院内閣制と共和制とを同時に推進しなければならなかったのである。

第１に、エスマンは、自分自身に対して、あるいはむしろ、議院内閣制の最も権威ある解釈者であり、19世紀後半においてその分析が広く知られていたイギリスのジャーナリスト、ウォルター・バジョットに対抗して、何らかの形で議院内閣制を擁護しなければならなかった。1867年に『イギリス憲政論』を発表したバジョットによると、イギリスの議院内閣制は、立法権と執行権との「融合」に基礎を置く。なぜなら、内閣の源泉は議会（大抵の場合は下院）にあり、その議会の信任がある限り存在し続けるからである。そのため、確かに２つの機関は存在するが、両者の融合がなされている。ところが、融合とは、エスマンが自由の最も堅固な防壁としている分立とは正反対の概念である。エスマンが主張するように、モンテスキューの時代から、自由は権力分立を要請する。エスマンの『憲法綱要』の中で、第２章第３節の「権力分立」が、第１部「現代の自由」に属していることからもそれがわかる。

第２に、エスマンには、共和制のメリットを前面に押し出さなければならない重大な任務があった。ここで、1889年に憲法学が法学部１年次の必修科目になった（現在でもそうだが）経緯について強調しなければならない。当時の共和制当局には、国の将来を担うエリートになることが求められた法学部の学生

に対して、君主制やナポレオン帝政と比較した共和制の優位性を説得したいという大望があった。第３共和制の憲法学は、1882年から博士課程で教えられていたが、1889年以降、できるだけ多くの大学生に影響を与えるために、学部１年次の必修科目として講義されるようになった。エスマンは、このような共和制のプロパガンダの責任者に選ばれ、次々と発足される政府に重宝されている（アグレガションの試験の委員長を何度も務め、レジオンドヌール勲章を受章し、権限裁判所や多くの高等教育機関などの役職に就いていた）。しかし、エスマンはある挑戦に応じなければならなかった。それまでにフランスが２度経験した共和制は、失望を生んでいたのである。第１共和制は、1793年と1794年に恐怖政治に陥ったが、それは議院内閣制、すなわち権力の融合と結びつけられた。1848年に誕生した第２共和制は、1852年から1870年まで続いたナポレオン３世の独裁政治と第２帝政に道を開いたものであるが、厳密なあるいは厳格な権力分立に依拠していた。そのため、自由の保障である権力分立を必要としながらも、それは、厳格もしくは明確なものであってはならず、また、1851年のときのように共和制のプロジェクトが暗礁に乗り上げるリスクを冒すものであってはならなかった。したがって、エスマンは、「緩やかな」という形容詞を用いて議院内閣制における権力分立を維持しながら、自身の大作を執筆しているときには国民にとっていまだ痛々しい記憶として残っていた第２共和制の失敗のトラウマを払いのけようとしたのである。しかし、あるものを「緩やか」と呼ぶ場合、それに対峙するものがなければならない。そこで、アメリカで実践されているとされた「厳格な」権力分立が出て来るのである。

エスマンの著作において、厳格な分立と緩やかな分立は、「絶対的な」分立、厳格ないし明確な分立、緩やかな分立、分立の欠如（＝権力の融合）という全部で４段階あるうちの中間の２つの段階である。「絶対的な」権力分立とは、諸機関が互いに関係を持っていない状態であるが、それはありえない状態であり、少なくとも実現不可能であるため非難されるべきものである。エスマンは次のように述べる。「様々な権力の間に絶え間ない関係が築かれ、それらの作動は連携されていなければならないことは確かである」（464頁）。アメリカの反連邦派の実現不可能なプロジェクトは、まさしくこれであった。このような分類のもう一方の端には、権力の融合があり、それは議会統治制を誕生させることによって、立法権が執行権を吸収するものとされた。目にすることの多い状態ではあるが、1793年～ 1794年にフランスが経験したように、それは専制

主義を導くために、同様に非難されるべきものとされた。

その結果、許容することのできる権力分立の形態は、２つ残ることになる。その共通点とは何だろうか。エスマンが述べるところによれば、どちらの場合も、「別のものと認識される権力には、各々異なる互いに独立した保持者が存在しなければならない。そうすることで、１つの権力の保持者が別の権力の保持者を意のままに罷免することはできなくなる。このような相互罷免の不可能性にこそ、効果的で有益な原理があるのである」(464-465頁)。 唯一共通しているのは組織上の基準であり、機関の任命よりむしろその罷免が重視されていると言える。緩やかであれ厳格であれ、権力分立は、何よりも互いに罷免することができないという、機関の独立によるものとしている。アメリカの政治体制について、エスマンはかなりの自信を持って次のように述べている。大臣職と議員職は兼任することができず、大臣は議会への入場や議会での発言が許されておらず､そして何よりも､大臣たちは議会に対して何一つ実行手段がない。他方で、議会は大臣の責任を問うたり、更迭したりできない (466-471頁)。現代の法律学説はこれを、「大統領は議会を解散できず、議会は執行府を罷免することができない」と表現する。

しかし、第１に、これらの主張は疑わしい。まず、アメリカで「大臣の(ministériel)」という表現は用いられていない。２つ目の主張は間違っており、例えば、ウィルソン大統領は1913年８月に、議会においてメキシコの動向に関する演説を行っている。さらに、エスマンは「大臣は、自分たちを好きなように任命し、維持し、罷免する執行権の保有者だけに政治的に依存する」(469頁)と述べている点で、解釈が行き過ぎている。すなわち、一方で、弾劾という形で刑事責任を政治責任に変換しうるという点を強調できる。他方で、エスマンは「大臣たち」の選択について勘違いをしている。すなわち、周知のように、大臣の任命には上院の承認が必要であり、常に承認されるわけではないのである。

第２に、とりわけ、これらの原理を議院内閣制にそのまま当てはめることは難しい。エスマン自身も、議院内閣制において各機関の独立を擁護することは苦しいと感じているようである。加えて、これらの原理は、イギリスの議院内閣制について最も著名な観察者であるバジョットに反論することになってしまう。「議院内閣制が支配するところにおいても、執行権の指揮は、内閣を通じて庶民院に大きく (largement) 依存しているとはいえ、君主あるいは大統領

といった執行権の長は解散権を有することにより、罷免されないことが保障されているので、立法権の及ばない場所に１つの不動点、少なくとも（au moins）抵抗する力を有していることになる。今述べたことの結果として、権力分立の原理は、放棄されることなく様々な視点から理解することできる」（465-466頁）。エスマンは苦しい立場に立たされる。つまり、執行権の２つの機関の１つである国家元首は、一方で、立法権に対して独立し、他方で、最も力のない機関である―最も強い機関である内閣は、「庶民院に大きく依存している」。エスマンは思わず自分の論証の脆弱さを打ち明けている。「大きく」という副詞と「少なくとも」という表現は、議院内閣制における立法権に対する執行権の依存の度合いを低く見せようとしている。「放棄されることなく（sans être abandonné）」という言い回しは、エスマンが自分の書いていることとほとんど真逆のことを考えているということを意味している。すなわち、執行権が立法権に支配されていること、国家元首はあまり助けにはならない防壁であること、結局のところ、権力分立は完全に崩壊しているということである。エスマンは、第３共和制の自由主義を疑うことなく、さらに、国民公会の亡霊を呼び起こすことなく、このような結論に達することはできないのである。だからこそ、アメリカ合衆国において支配的な「厳格さ」との対照以外に何の学問的根拠もない「緩やか」という形容詞が使われているのである。

確かに、アメリカ合衆国の政治体制は「厳格な」分立を体現している。エスマンによると、1787年のアメリカ合衆国憲法は「２つの権力の分立を最も厳格に」あるいは「できるだけ厳密に行っている憲法」の１つ（466頁）である。その結果、各機関の独立と相互罷免の不可能性だけでなく、機能の区別に関連する様々な規定が出てくるのである。しかし、エスマンは、そこにいくつかの「逸脱」（475頁）を認めなければならない。特に、２つの「逸脱」は突出している。法案拒否権を通じた立法への大統領の参加、条約と連邦政府の役職任命に関する上院の承認である。１つ目についてエスマンは、「執行権に与えられたあらゆる拒否権は、権力分立原理に完全に反しているように思われる」と述べながらも、それは議会の解散ほど権力分立原理に反していない、と語気を弱めている（474頁）。２つ目についてエスマンは、上院は「その場合、立法府の一部と見なされることはなく、執行評議会という固有の特別な性格を帯びる」と述べて、難を逃れようとしている（477頁）。しかし、これらの論拠は、今日の報告の第１部で示したように、説得力がない。

これらの「逸脱」があってもなお、エスマンは、とにかくアメリカ合衆国憲法が明確で厳格な権力分立に依拠していると主張し続ける。かかる分立が弱まっているとすれば、それは運用によるものである、としている。「アメリカ合衆国では、憲法が定めていたような執行権と立法権の分立を維持することはできなった。運用によって、宿命的にこの２つの権力の間には、より親密な関係と連結が築かれた」(479頁)。換言すれば、政治的アクターによる実践は、1787年の憲法が定めていた権力分立本来の厳格さを緩やかにしたのである。しかし、このような見解に対してこそ反論しなければならない。区別された機関と機能は存在するが、それらは互いに絶対的には独立しておらず、なおかつ各々の機能の侵食もない、ということを意味しているからこそ、アメリカ合衆国憲法は権力分立を確立しているのである。アメリカ合衆国での権力分立は「厳格」や「明確な」といった形容詞を必要としておらず、そのような形容詞を拒絶しているとも言える。反対に、議院内閣制は、「緩やかな」権力分立に依拠してはいないのである。

ここでの結論は次のようなものになるだろう。すなわち、「厳格な」、「緩やかな」といった形容詞は、19世紀末のフランスという特定の背景のもとで、しかも、フランスで共和制を根付かせなければならないという特定のイデオロギー的目的を果たすために考え出されたつまらない表現である。そういった意味では、エスマンをはじめとするフランスの公法学者の学説は、定められた目的を見事に達成したと言える。第２次世界大戦期1940年から1944までのヴィシー政権を例外として、共和制の政治体制は１世紀以上も続き、第５共和制は、第３共和制の長寿記録を抜く勢いである。現代のフランスの学説が、このような学問的に無意味で、政治的にもイデオロギー上も目的が失われた区別を用いるのは、驚くべきことである。政治体制の首尾一貫した類型論を構築するために、「厳格な」権力分立も「緩やかな」権力分立も我々は必要としない。実を言うと、これは本報告の枠を超えるので、あまり詳しくは述べないが、権力分立の度合い（degré）といったものは不要である。というのも、あらゆる政治体制は、アメリカ合衆国、ヨーロッパ、日本のどの場合でも、権力分立に関する共通の理論に依拠しており、機関と機能の分離という形を取っているからである。しかし、政治体制の分類において、古典的かつ主要な基準がない場合に、我々はそのような分類を考案して良いのだろうか。私の答えは、部分的に否定的である。まぎれもない一貫性のある議院内閣制のカテゴリーは例外として、

国の数だけ政治体制の種類は存在する。それほど憲法というのは、各国特有の国民性、文化、風習を反映しているのである。もしかすると、エスマンはそのことを痛切に感じていたのかもしれない。彼は次のように述べている。「上に述べたことに基づいて、憲法学と社会学を比較してみると、憲法学の基本原理といったものはないように思われる。唯一あるのは、それぞれの憲法、国家と政府の独自の原理かもしれない」(59頁)。これは、辛く恐ろしい診断である。我々は荒れ果てた荒野にいるのである。しかし、同時にこれは喜ばしく、嬉しい診断でもある。なぜなら、我々はこれからすべてを再構築することができるからである。

〔訳者付記〕

本稿は、北大立法過程研究会(岡田信弘代表)と慶應義塾大学フランス公法研究会の共催により、2014年８月26日に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて開催されたジュリアン・ブドン(Julien Boudon)氏(ランス・シャンパーニュ・アルデンヌ大学教授)の講演 “La théorie de la séparation des pouvoirs” の基礎となった原稿に、後日同氏が修正を加えたものの翻訳である。

ブドン教授は、パリ第２大学において、「ジャコバン派:ジャン＝ジャック・ルソーの原理に関する一解釈(Les Jacobins : Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau)」で博士号を取得され(2002年度パリ第２大学博士論文賞受賞)、2004年より現職に就かれている。また、同博士論文は、LDGJ 社の憲法・政治学叢書の１冊として2006年に出版されている。

我が国でも教科書等でしばしば言及される権力分立の「度合い」を記述することのイデオロギー的由来を指摘し、その現代における使用を論難する本講演からも推察されるように、ブドン教授は、憲法学・政治学で広く用いられている既存の分析枠組み・思考方法に関する歴史的・原理的考察を得意とされ、比較法的手法も用いながらフランス憲法理論の再編に関心を向けられている。本講演の内容に関連する同教授の業績としては、「アメリカ合衆国における権力分立(La séparation des pouvoirs aux États-Unis)」(*Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 113-122)、「不適切な解析法としての“厳格な”権力分立(Le mauvais usage des spectres. La séparation “rigide” des pouvoirs)」(*Revue française de droit constitutionnel, n° 78, 2009, p. 247-267*)、「アデマール・エスマンによる法学方法論(La méthode juridique selon Adhémar Esmein)」(in N. Hakim et F.

Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, coll. «Méthodes du droit», 2009, p. 263-279）等がある。我が国においても、かつてフランスから輸入され、いまなお広く用いられている概念装置が少なからず存在するがゆえに、その再考証の試みに注目しないわけにはいくまい。

本稿は、平成25 ～ 27年度科学研究費補助金基盤研究Ａ（研究代表者：岡田信弘）（課題番号25245005）に基づく研究成果の一部である。

判例研究

社会保障判例研究

川久保　寛

差押等禁止債権である児童手当を原資とする預金債権の差押え

滞納処分取消等請求控訴事件（広島高裁松江支判平成25年11月27日）

賃社1614号23頁、金法1432号８頁

Ⅰ．事実の概要

本件は、県税を滞納していたＸ（１審原告、２審被控訴人）が、Ｙ（鳥取県。１審被告、２審控訴人）によって児童手当の振込日に行われた差押処分およびその後の配当処分を不服として、①差押禁止債権である児童手当を差し押さえる差押処分が違法であり取り消すべきである、②配当処分も違法であり取り消すべきである、もしくは重大明白な瑕疵があり無効である、と主張して、主位的に差押えされた13万0073円について③不当利得であり、民法704条にいう悪意の受益者として利息をつけて返還すべきである、さらに④国賠法１条１項にもとづき慰謝料100万円および弁護士費用10万円に遅延損害金をつけて賠償すべきである、と請求した事案である（なお、予備的請求として、国賠法１条１項にもとづき、差押金額・慰謝料・弁護士費用に遅延損害金をつけて請求している）。

平成18年１月までに、自営業を営むＸは本税および延滞金あわせて29万4,600円の県税を滞納していた。そのため、Ｙは、Ｘの収入および財産状況の調査を開始し、金融機関に預金口座の照会をかけるなどした。並行して、ＹはＸの保有する自動車を差し押さえたが、Ｘは自動車を廃車にしてしまい、納付に至らなかった。そこで、Ｙは唯一入金履歴があったＸの銀行口座（以下、「本件口座」という）の預金債権を差し押えることにした。

平成20年６月11日、Ｙは本件口座の預金債権を差し押さえた。その日は児童手当の支給日であり、午前９時には、それまで残高が73円であった本件口座に13万円が振り込まれていた。その前後に、Ｙの職員は銀行に赴いて本件口座を調査し、銀行職員から口座残高および取引履歴が印刷された紙を受け取っていた。そして、午前９時９分、Ｙの職員は銀行職員に差押通知書を交付し、預金債権を差し押さえた（以下、「本件差押処分」という）。午前10時ごろにはＸの妻が差押えされたことを知り、その後、ＸはＹに電話および訪問をして本件差押処分について抗議している。翌日、Ｙは、銀行から納付金13万0073円を受領し、Ｘへ配当計算書および本件差押処分にかかる調書を送付し、納付金をＸの滞納分に配当した（以下、「本件配当処分」という）。Ｘは、本件差押処分について不服審査を経たうえで、訴訟を提起した。

第一審[1]は、本件配当処分の取消しを認めて、不当利得・国賠請求を部分的に認めた。具体的には、①差押処分と配当処分を別個の行政処分としつつ、一連の滞納処分手続き中に包摂されており同一の事由で審査請求をすることは無意味であるから、差押処分の不服審査で足りる、②本件差押処分について、銀行からすでに取り立てており法的効果はすでに消滅しているから取消請求にかかる訴えの利益を欠くとしたうえで、配当処分と合わせて以下のように判示し、③不当利得による13万0073円の支払いを認めた。

「Ｙは、差押対象財産を選択するに当たって、実質的には、本件預金口座に振り込まれる本件児童手当を原資として租税の徴収をすることを意図し、その意図を実現したものと評価せざるを得ない。そして、このようなＹ職員の主観面に着目すれば、実質的には、差押禁止債権である児童手当受給権の差押えがあったのと同様の効果が生ずるものと評価するのが相当である。」

「…本件差押処分は権限を濫用したものであるから違法であり、後続処分である本件配当処分も違法となって、取り消されるものであるから、処分行政庁の

[1] 鳥取地裁平成25年３月29日判決（判自373号９頁）。評釈として、吉岡伸一「児童手当が預金債権へ転化した場合の差押禁止属性の承継」銀法768号26頁、師岡徹「預金口座に振り込まれた児童手当（差押禁止財産）の差押・配当について」法研論集〔関東学院大学〕12号71頁、大西達夫「児童手当を原資とする預金債権に対する対応処分取消等請求事件」判自378号35頁。判例を紹介するものとして、林仲宣・谷口智紀「判例研究」税弘171号（62巻１号）134頁、河津博史による論考（銀法762号67頁・769号65頁・770号63頁）。

…13万0073円の利得は法律上の原因を欠くものとなり、不当利得に該当する。

もっとも、仮に、被告が差押えに係る本件預金債権の原資のほとんどが児童手当によるものであると認識していたとしても、児童手当が預金口座に振り込まれた場合に預金債権が差押禁止債権の性質を承継するかどうかについては、判例、学説等に争いがあるところであり、処分行政庁が、児童手当であっても預金口座に入金されれば適法に差押え可能になるとの解釈に基づき差押えを執行したとすれば前記利得に法律上の原因がないことの認識に欠けるから、このような認識に立ったことについての過失を捉えた損害賠償の成否の点は別論として、被告を民法704条の悪意の受益者と評価することはできない。」

併せて、④慰謝料20万円および弁護士費用５万円の国賠も認めた。

この判決を不服として、Ｙが控訴した。

Ⅱ．判旨　一部認容（差押処分・配当処分の取消請求を却下し、不当利得として13万円のみ認容）

１．差押処分について

「…債権差押処分は、徴収吏員が差し押さえた債権の取り立てを行うことにより、その目的を達してその法的効果が消滅するものと解される。そして、実体法上、その後においても債権差押処分がされたことを理由として、滞納者に法律上の不利益を課する旨の規定は存在せず、また、債権差押処分が取り消された場合にその被差押債権が復活すると解すべき根拠も認められないことをも併せ考慮すれば、被差押債権の取立てにより債権差押処分の効果がなくなった後においては、なお当該債権差押処分の取消しによって回復すべき法律上の利益は存しないものと解すべきである。」

「…仮に本件差押処分が違法であることによって、滞納者が財産的損害を被ったり法律上の原因なく損失を受けたりしたというのであれば、本件差押処分の取消し等を経ることなく、不法行為に基づく損害賠償請求あるいは不当利得返還請求の方法によって、滞納者の損害ないし損失の回復を図ることが可能であると解されるから、本件差押処分の取消請求に係る訴えの利益を否定したとしても、滞納者の権利利益を回復することは可能であるといえる。…本件差押処分は、その目的を達し、その効力は、既に消滅していることになるから、本件差押処分の取消しによって回復すべき法律上の利益は存在しないものといわざるを得ない。」

２．配当処分について

「…配当処分が取り消され、又はその無効が確認された場合、税務署長ないし地方税の徴収担当官署は、配当を受けた受領者に対してその返還を求めることとなるが、配当処分の取消し又はその無効確認は、税務署長ないし地方税の徴収担当官署が納税義務者とされた者から徴収した金員等を保持するという事実状態自体には何らの影響を与えるものではない…。」

「…X は…本税合計21万8800円、延滞金額７万5800円を滞納していたことが認められるから、X が同額について納付すべき義務を負っていたことは明らかであり、かつ、本件配当処分は X が上記納付すべき義務を負っていた滞納金の一部についてのみ配当したというものであるから､本件配当処分が取り消され、又はその無効が確認されて処分行政庁が再度適法な配当処分をすべき地位に置かれるとしても、X が本件差押処分及びそれに続く取立ての手続きによって処分行政庁が徴収した13万0073円の返還を受けることにならないのである。すなわち、本件においては、本件配当処分の取消し又は無効確認によっては、本件差押処分及びそれに続く取立ての手続により X が徴収された金員を X に返還させることができないのであるから、X の主張する違法事由が本件配当処分における配当の順序や方法についての違法をいうものではない以上、本件配当処分の取消し又は無効確認によって回復すべき X の法律上の権利利益は、存在しないといわざるを得ない。」

３．本件差押処分と返還請求

「一般に、差押等禁止債権に係る金員が金融機関の口座に振り込まれることによって発生する預金債権は、原則として差押等禁止債権としての属性を承継するものではないと解される（最三小平成10年２月10日判決（以下、「平成10年最高裁判決」という））。

しかし、本件においては…県税局は…普通預金口座の残高はいずれもわずかであることのほか、本件口座には、平成19年６月11日に児童手当として13万円が振り込まれていたことを認識していたことが認められる。そのような認識を有していた以上…県税局は、児童手当の支給及び支払に関する規定によって、児童手当の支給日であることが明らかである平成20年６月11日にも、本件口座に相応の額の児童手当が振り込まれることを当然予測し得たと認められる。

加えて、本件差押処分後の X と Y 職員との電話のやり取りにおいて、本件

預金債権の原資が本件児童手当であるから返してほしいとのXの申し入れに対して、Y職員は、本件預金債権の原資が児童手当であっても預金であれば問題ないので、返還できない旨回答しており…〔その後のXの来訪によるやり取りにおいても〕本件預金債権の原資が児童手当であっても、いったん金融機関の口座に振り込まれたものは預金と同じなので、本件差押処分に問題はない旨回答し、さらに、本件児童手当が原資となっていることを認識した上で本件差押処分を行ったのか問い質されると、事前に本件口座の動きを把握したうえで本件差押処分を行った旨回答していることが認められる。

そうすると、処分行政庁は、本件差押処分の時点で、平成20年6月11日に本件口座に本件児童手当が振り込まれることを認識していたと認めることが合理的である。

…本件においては、児童手当が本件口座に振り込まれた平成20年6月11日午前9時の直後で本件差押処分がされた同日午前9時9分の時点では、本件預金債権のうちの本件児童手当相当額はいまだ本件児童手当としての属性を失っていなかったと認めるのが相当である。

…以上のとおり、処分行政庁において本件児童手当が本件口座に振り込まれる日であることを認識した上で、本件児童手当が本件口座に振り込まれた9分後に、本件児童手当によって大部分が形成されている本件預金債権を差し押さえた本件差押処分は、本件児童手当相当額の部分に関しては、実質的には本件児童手当を受ける権利自体を差し押さえたのと変わりがないと認められるから、児童手当法15条の趣旨に反するものとして違法であると認めざるを得ない。

そうすると、Yは、本件児童手当相当額である13万円については、これを保有する法律上の原因を有しないこととなるから、上記の額に限ってこれをXに返還する義務を負うというべきであるが、その余の73円については、これを返還する義務を負わないというべきである。」

「…〔平成10年〕最高裁判決は、差押等禁止債権に係る金員が金融機関の口座に振り込まれることによって発生する預金債権を差し押さえることは、原則として差押等禁止債権としての属性を承継するものではないとの原審判断を是認したものと解されていることからすれば、処分行政庁が本件預金債権を差し押さえることが違法であって本件差押処分に基づいて取り立てた金員を保有し得る法律上の原因を欠いているとの認識を有していたとは認められないから、Yは民法704条の悪意の受益者に当たらないというべきである。」

４．損害賠償

「…差押等禁止債権に係る金員であっても、これがいったん金融機関の口座に振り込まれた場合には、これによって発生する預金債権を差し押さえることが違法であるとは一般的に解されていないし、上記最高裁判決からすれば、差押等禁止債権が預金債権に転化した以上、差押えも許されるとの見解にも相当の合理性があるというべきである。…処分行政庁が上記と同様の見解に立って、本件児童手当が振り込まれた本件口座に係る本件預金債権を差し押さえたことについては、処分行政庁にXに対する不法行為を構成する故意、過失があるということはできず、本件差押処分によって取り立てた納付金をXの滞納税金に配当した本件配当処分もまた、不法行為とはならないというべきであ…る。」

「以上の次第で、Xの金銭請求のうち…不当利得返還請求権に基づく請求は、13万円の支払を求める限度で理由があるが、その余は理由がなく、また、上記13万0073円に関する国家賠償法１条１項に基づく請求は、理由がない。」

「本件各処分が不法行為を構成するものでない以上、これが不法行為を構成することを前提とする上記慰謝料等の請求は、理由がない。」

Ⅲ．検討

１．はじめに

本判決は、差押等禁止債権である児童手当を原資とする預金債権の差押えを違法とした裁判例である[2]。これまで、児童手当であることを理由に預金債権の差押えが違法とされた裁判例は見当たらず、本判決は先例としての意義を有する。また、預金債権の原資と差押えについて民事執行の事案を中心に学説ないし裁判例の蓄積があるが、本判決は、行政処分である滞納処分の事例であり、学説や裁判例によって形成された法理がそのまま妥当するか疑問がある。そして、滞納処分を構成する差押処分および配当処分の取消しについて、本判決は原審と判断が異なっており、検討する必要がある。

以下では、まず児童手当の差押えについて検討する。それを踏まえて、引用

[2] 本判決について、X側代理人による論考（勝俣彰仁「自治体による違法な差押え（救済と是正）」賃社1614号13頁）および馬場隆紀・幸田宏「児童手当を『狙い撃ち』した債権の強制徴収に苦い教訓」判自383号４頁がある。

されている平成10年最高裁判決および先行する裁判例と本判決の異同について述べる。そして、滞納処分について検討し、最後に本判決の評価を試みる。

2．社会保障における差押え

（1）社会保障受給権の保護と差押え

現物給付・金銭給付を問わず、社会保障の受給権は保護すべき対象として位置づけられており、個別法においてその旨が規定されている[3]。そこでは、公租公課の対象とされないことや、受給権保護として、譲渡・担保提供・差押えが禁止されていること（以下、「差押えの禁止」という）が規定されることが多い[4]。むろん、本件と密接に関係するのは差押えの禁止である。

とはいえ、いかなるときでも差押えが禁止されるわけではない。たとえば、年金給付では、いわゆる年金担保融資による担保提供や税滞納による差押えが例外として規定されており、年金の受給権の差押えは許容されることがある[5]。しかし、児童手当法には受給権保護（15条）および公租公課の禁止（16条）が規定されているものの、年金法にいう例外的規定はない。つまり、法令上、児童手当は受給権保護の対象であり、例外なく差押えが禁止されることになる。

また、社会保障の受給権は、差押えが他の法令にもとづいて行われることから、一般的な差押えの法令である民事執行法および国税徴収法によっても規律される[6]。民事執行法は、差押禁止債権を定めるとともに差押えの限度額を規定している（152条）[7]。そして、国税徴収法は、差押禁止財産を規定するとともに、

---

[3] 西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）61頁以下。

[4] 網羅的に検討するものとして、梶山玉香「預金債権の差押えと債務者保護 預金債権化した差押禁止債権の扱いをめぐって」同志社法学62巻６号137頁（167頁）以下。

[5] 国年法24条参照。加えて、老齢年金は公租公課の対象にもなる。堀勝洋『年金保険法（第３版）』（法律文化社、2013年）264頁以下参照。

[6] 網羅的に検討するものとして、谷川英昭「差押禁止財産に関する考察」税大論叢57号63頁。

[7] なお、差押禁止動産について定める規定（131条）によって、「標準的な世帯の２月間の必要生計費を勘案して政令で定める額の金銭」も差押えが禁止されているが、これは手持ちの現金を想定しているため本件と直接関係しない。

給与等の差押えについて制限する規定を置いている（75条および76条）[8]。とりわけ、滞納処分の根拠法となる国税徴収法は、「生活の維持が困難になるとき」差押えを猶予する旨を規定している（151条）。

つまり、社会保障の受給権は、法令上、個別法によって差押えの禁止という保護を与えられており、その受給権を持つ者に対しても、差押えの関係法令が一定の保護を与えているといえる。

（2）預金債権の差押えとその制限

しかしながら、こうした受給権保護は、預金口座[9]への振込みによる金銭給付の受け取りが常態化することによって、一部が有名無実化している。なぜなら、預金口座に振り込まれることによって社会保障の金銭給付が預金債権となり、法的性質が変化するために差押えが禁止されなくなる、と考えられるためである[10]。つまり、社会保障受給権の保護規定は、預金口座への振込みによってその機能を十分に果たしえない状態にある[11]。

また、民事執行や国税・地方税の滞納処分も同様の状況にあり、滞納処分で（本件Ｙ職員がいうように）預金口座への振込みによって差押えが可能になるとの考え方がある[12] [13]。

つまり、預金債権の差押えは、法令によって特段の定めがあるのではなく、差押等禁止の条項を解釈し、実務および後述の裁判例を積み重ねることによっ

---

[8] とりわけ、給与等の差押えについて制限する76条を受けた通達によって、世帯の人員等に配慮した詳細な計算式にもとづく徴収が確立している（杉之内孝司『地方税滞納整理の理論と実務（改訂版）』（ぎょうせい、2013年）264頁）。また、金子宏『租税法（第19版）』（弘文堂、2014年）872頁以下参照。

[9] 本稿では貯金口座と銀行等の預金口座を合わせて「預金口座」という。

[10] 西村・前掲注（３）62頁、堀・前掲注（５）279頁以下。

[11] むろん、機能がまったく果たされないわけではない。いわゆるヤミ金などにおいて脱法的に年金受給権を譲渡する方法が取られた場合に、受給権保護規定が機能する。堀・前掲注（５）275頁以下参照。

[12] 国税徴収法基本通達76条関係11は、預金債権についても同法151条の猶予規定が適用される旨、明記している。

[13] 民事執行法の改正時に一定の議論があったものの、預金債権にかかる規定は置かれないままである（前掲注（４）梶山・145頁以下）。

て、運用されていることになる。そして、預金債権の差押えは、これまで基本的に可能と考えられてきた。その理由として、振り込まれて預金口座の残金と混じるために個々の性質を問えないことや、そもそも預金債権化したために法的性質が変わることが挙げられており、預金債権の法的性質が問題となることは多くなかった[14]。

本件は、滞納処分によって預金債権が差し押さえられたことが契機となり、その預金債権が主に児童手当を原資としていることが問題とされた。そして、本件口座では、73円を除いて児童手当が預金債権化しており、その法的性質を問いやすい状況にあった。それでもなお、（Y職員が主張したように）預金債権化したことそれのみで、差押えが可能になると言いうるのだろうか。

3．先行する裁判例と本件

（1）平成10年最高裁判決

差押等禁止債権が預金債権化した場合に差押えが可能になる、という考え方は、本件で引用された平成10年最高裁判決[15]において確認されたとされている[16]。

そこでは、銀行と保証契約を結んだ原告が、その債務と自らの預金債権が相殺されたことについて、その預金口座に、担保や差押等が禁止されている国民年金および労災保険金が振り込まれていたことを理由として違法を争った。裁判所は「〔振り込まれていた〕債権は年金等の受給権そのものではなく、それらが転化したところの預金債権とみるべき」であり、「差押等禁止債権の振り込みによって生じた預金債権は、原則として、差押等禁止債権としての属性を承

---

[14] 前掲注（8）で述べた実務もあり、預金債権の“量”（金額）について検討するものは多いものの“質”について検討されているわけではない。その前提には、預金債権の法的性質を問えない（そのために量が重要になる）という共通認識がある。この点について批判も存在する（梶山・前掲注（4）152頁）。

[15] 最三小平成10年２月10日判決（金法1535号64頁）。評釈として、山本和彦「判批」社会保障判例百選〔第３版〕別冊ジュリスト153号（2000年）83頁、長井秀典「平成11年度主要民事判例解説」判タ1036号77頁など。

[16] 長井判事は「差押禁止債権にかかる給付の振込みにより発生した預金債権が差押禁止債権ではないことは確定した執行実務であり、本判決の結論は予想されたところであ」る、とする（長井・前掲注（15）78頁）。

継しないと解する」（以上、第１審）と判示して相殺を認め、最高裁においてもその判断は支持された[17] [18]。

この判決では、当該預金口座に、国民年金および労災保険金のほかにも、生命保険会社からの振込みや原告自身による入金もあり、預金債権の法的性質を問うことは難しかった。また、預金口座の一部に差押等禁止債権が含まれている場合に、一律に相殺を認めないことによる経済的実害が大きいことも指摘されていた。

一方で、この判決は特段の判示をせずに原審を引用した例文判決であり、射程が広いとはいえず、事案を限ったものとも評価しうる。また、裁判所が「原則として」と述べているように、理論上“例外として”預金債権が差押等禁止債権としての属性を承継する場合もありえることになる。しかしながら、この判決は、差押等禁止債権が預金債権化した場合に差押え可能になるという法的根拠として捉えられており、その例外について特段検討されてきたわけではない[19]。

（２）先行する類似裁判例

この平成10年最高裁判決の後に、預金の振込口座の差押えについて争われた裁判例[20]がある（以下、「平成15年地裁判決」という）。この裁判例において、差押禁止等債権の属性承継について検討がなされている[21]。

---

[17] 原審は第１審判示を引用したうえで、さらに「国民年金及び労災保険金が本件預金口座に振り込まれて…預金債権に転化し…右債権は差押等禁止債権としての属性を承継しているものではない」とした。札幌高裁平成９年５月25日判決（金法1535号67頁）。

[18] 梶山教授は、第１審が「一般財産への混入」を強調しているのに対して、原審は「預金債権への転化」を強調すると述べる（梶山・前掲注（４）147頁以下）。

[19] 谷川・前掲注（６）102頁以下。

[20] 東京地裁平成15年５月28日判決（金法1687号44頁）。評釈として、堀勝洋「判批」季刊社会保障研究41巻４号（2006年）396頁、佐瀬裕史「判批」ジュリスト1310号（2006年）167頁、同「判批」社会保障判例百選〔第４版〕別冊ジュリスト191号（2008年）94頁など。

[21] 大半の裁判例について、吉岡教授は「差押禁止債権であっても、それが振込み等されて預金債権になれば一般財産化するので、差し押さえることができると解する非承継説をとる。」とする。その例外が平成15年地裁判決である（吉岡・

そこでは、民間の会社に対する債務を負っていた原告が、その債務のために自身の預金口座が差し押えられて執行により預金債権を失ったことについて、その預金口座に年金が振り込まれていたこと[22]を理由に不当利得の返還請求を求めたものであった。裁判所は、136万円余りの預金債権のうち133万円余りが「原告が受給した年金が預け入れられたもの」と認めたうえで、「年金に対する差押えが禁止された趣旨を全うするためには、年金受給権に対する差押えに限らず、受給権者が年金を受給した後の年金に対する差押えも許されるべきものではない。…当該預・貯金の原資が年金であることの識別・特定が可能であるときは、年金それ自体に対する差押えと同視すべきものであって…差押えは禁止されるべきものというべきである。」と判示した。

続けて、裁判所は「年金受給者が、〔年金以外の〕当該財産を費消して、年金を費消しないで預・貯金として蓄えている場合にも、当該預・貯金が年金を原資とするというだけで、これに対する強制執行が許されないというのは…法の趣旨を潜脱・逸脱して、不当に年金受給権者に利する結果となる。」と判示し、本件原告が別の財産を所有し費消して、年金を本件貯金として蓄えているとまではいえない、として、貯金口座の原資についての「被告の認識いかんにかかわら」ず、違法として不当利得の返還請求を認めた。

この判決は、平成10年最高裁判決と比較すると、原則と例外が逆転しているように思われる。一方で、原資の識別・特定が可能であることを求めており、射程は極めて限定的ともいえる。そのため、この判決について、平成10年最高裁判決を含む判例と事案が異なるため判例違反とならないとする見解があるものの、評価が定まっているとはいえない状況にある[23]。

このように考えると、振込日当日の差押えであって、原資が児童手当であることの識別・特定が可能であった事案である本件は、事実関係において、平成

前掲注（1）29頁）。

[22] 判決文では「年金」のみ記載されているため、種別が不明である。また、単純な振込み以外にも年金が振り込まれた別の口座からの移し替え等も含んでいるとされる（堀・前掲注（20）405頁、佐瀬・前掲注（20）（2006）・167頁）。

[23] 平成10年最高裁判決を前提に、堀教授は「論旨及び結論には疑問がある。ただし、年金受給権の差押禁止規定の趣旨を尊重しようとする本判決には、一定の意義が認められる。」、佐瀬教授も「結論に疑問がある。」「従来の裁判例や通説と異なる判断をしたといえる」と述べる（前掲注（20）参照）。

15年地裁判決に類似している。その法理によれば、本件は、原資の識別・特定が可能でありその原資の費消も予定されていることから、差押えが禁止されるという結論になる。このように考えれば、滞納処分を違法として不当利得が認められた本判決の結論それ自体は意外なものではない。

（3）預金口座原資の「認識」

一方で、本判決は、差押え時に預金口座の原資が差押等禁止債権であるという「認識」を求める点で、新たな要件を提示している。

そもそも、預金口座の原資がどのような債権であるか、第三者が認識することは難しい。当該預金口座の履歴等を把握すれば、預金口座の原資を「識別・特定」することは可能ではあろうが、そのことは、差押え時に、差し押さえた者に「認識」があったことを意味しない。実際、平成10年最高裁判決では複数の法的性質が混在したこともあり、「識別・特定」も「認識」も、問題となっていない。また、平成15年地裁判決は「識別・特定」を要件としつつ「認識いかんにかかわらず」として、「認識」を要件としなかった[24]。

しかしながら、本判決は、本件預金口座の原資が児童手当であるとＹが「認識」していたこと、そして預金債権が児童手当の属性を失っていないことを、違法性判断の決め手にしている[25]。このことは、本件が滞納処分をめぐる事案であることに起因していると思われる。

４．滞納処分と審査請求

本件は、滞納処分の取消請求である点で他の事例と異なる[26]。それに伴って、

---

[24] 堀教授は、本案を受理した裁判所が差押禁止債権であると事後的に「識別・特定」できても、執行裁判所が差押え時に「識別・特定」できなければ民事執行を止められないとして、「識別・特定」要件に疑問を呈していた（堀・前掲注（20）405頁）。

[25] 第１審も「Ｙ職員の主観面に着目すれば」と述べ、預金口座の原資についての認識を判断要素としている。なお、預金債権における児童手当の属性について述べていない。

[26] これまでの事例は、いずれも民事執行における差押えないし相殺をめぐる事例である。網羅的に判例を振り返るものとして、堀・前掲注（５）275頁以下、堀・前掲注（20）400頁以下。

「認識」の主体が徴税機関となるだけではなく、滞納処分の取消訴訟として争われている。そして、本件第１審と本判決で、差押処分と配当処分の取消しについて判断が分かれている。

（１）本判決と第１審判決の差異

第１審は配当処分の取消しを認めた一方で、本判決はいずれの取消請求も却下している。具体的に、第１審は、差押処分の取消請求について訴えの利益がないとして却下しつつ､配当処分の本案審査において差押処分の違法性を認め、配当処分を取り消した。一方、本判決は、いずれの処分についても訴えの利益がないとして却下しつつ、不当利得の判断部分において差押処分の違法性を限定的に認めている。この違いは返還額の違いに表れており、第１審が本件口座にあった13万0073円すべての返還とした一方で、本判決は児童手当相当分の13万円のみの返還としている。これらの違いは、配当処分の訴えの利益にかかる解釈の差異にもとづく。

学説上、差押処分と配当処分が独立する行政処分であることに争いはなく、それぞれ取消しを求め得る[27]。また、滞納処分をめぐって、先行する差押処分における態様が問題となることに変わりはない。さらに、預金債権の滞納処分では、差押処分ではなく配当処分と同時に送付された差押調書によって、滞納者はその事実を知ることになる[28]。何より、いずれの処分が取り消されてもなお滞納の事実はなくならない。こうしたことから、本判決と第一審判決で解釈が異なった、配当処分の訴えの利益について、格別、通説が形成されていないことも頷けないわけではない。

（２）審査請求

また、本件では、X が差押処分のみ審査請求を行ったことが問題となっている。理論上、差押処分と配当処分が独立する行政処分であるため、裁判において争う際に問題となりうる。

---

[27] 金子・前掲注（８）928頁。とはいえ、後述するように配当処分の執行それ自体は行政機関内部に終始し、かつ差押処分に近接している（893頁）。

[28] 預金債権にかかる差押処分の名宛人は銀行であり（国税徴収法62条）、その後に、債権者たる滞納者は差押調書の送付を受ける（同法54条）。

しかし、先に述べたように、滞納処分において差押処分と配当処分が一体で執行されることに加えて、民事執行においても預金債権の差押えでは差押えとその執行(転付)が近接しており、反撃の時間が限られることが指摘されている。そのため、民事執行では、差押えの違法性を直接主張するのではなく、不当利得返還請求によって利益の確保を図ることになるという[29]。

本件においても、滞納処分による差押えおよび配当という差異はあるものの、差押処分および配当処分が時間的に近接しており、一体の処分として捉えることは可能であろう。したがって、審査請求をとりわけ問題にする必要はないように思われる。

なお、本件では不当利得における過重な利息や国賠等も請求されているが、本判決で判示されているように、差押等禁止債権が含まれる預金債権の差押えについて確立した法理がない以上、Y が不当利得における悪意の受益者と認められることはないように思われる[30]。

5．本判決の評価

以上のように考えると、これまでの裁判例と多くの点で異なる本判決は、以下のように評価できよう。

（1）本判決の意義

本判決の意義として、差押等禁止債権である児童手当を原資とする預金債権について、差押えを違法と判断した点が挙げられる。これまでの裁判例では年金をめぐる事案が多く、児童手当の事案はなかった。本判決により類似事案の積み重ねがなされたといえよう[31]。

そのために、預金債権の差押えにおいてその原資が差押禁止債権であると「認識」することが必要となる。実務上、国税・地方税を問わず滞納処分を行う徴

[29] 佐瀬・前掲注（20）（2008）・95頁。

[30] 年金についての裁判例において、自らの収入と（民事執行において保護される）生活の維持を争うことで差押えに対抗する裁判例があるが、それらの判決も分かれている。堀・前掲注（5）279頁以下。

[31] 類似裁判例を検討したうえで差押禁止の結論に賛成するものとして、吉岡・前掲注（1）31頁。

税機関の職員は、差押処分時に銀行職員から取引履歴が記載された書類を受け取ることによって預金債権の性質を「認識」できると思われるので、滞納処分での差押えは違法とされることになる。なお、民事執行における執行裁判所はこれを「認識」できないと思われるため、本判決の射程外にあるといえる[32]。

また、そこでは、差押禁止債権が「識別・特定」されている。したがって、預金債権のうち、差押禁止債権ではない部分について、差押えは有効であり返還する必要はないことになる[33]。そのため、預金債権の差押えによる滞納処分の大半について、本判決は影響を及ぼさないものと思われる。

（2）本判決への疑問と残された課題

そして、本判決は、児童手当の振込みから差押えまで時間が近接していたことから、差押禁止債権の属性を失っていなかったことが判断の決め手となっている。この点、振込みから時間が経過していれば差押えが可能になるのか、という疑問が生じうる。

先に述べたように、これまでの判例ないし裁判例では、差押禁止債権の預金債権への転化や一般財産との混在が問題となっており、時間の経過が検討されてこなかった。とりわけ、平成15年地裁判決は、原資が差押禁止債権であるとの「識別・特定」から結論を導いており、論理的には、時間が経過しても預金債権の差押禁止を導くことが可能である。しかしながら、差押禁止債権を原資としていると識別・特定できる場合に、預金債権が長期にわたって（あるいは絶対に）差押えられない、とするのも不合理であるように思われる[34]。そのように考えると、本判決で時間が近接していることは重要な認定事実にとどまり、結論を左右する要素と考えるべきではないように思われる。その意味でも、本判決は限定的な事案であるといえよう。

---

[32] したがって、本判決を平成10年最高裁判決の「例外」に位置づけることが可能である。

[33] 本判決は差押処分それ自体を違法としていないため、（わずか73円ではあるものの）差押等禁止債権ではない部分を適法に徴収している。

[34] これまでの裁判例においても、差押えや相殺の禁止が取引秩序へ支障をもたらすとの主張があった。その意味では、当該主張との緊張関係ないし当該主張を説得できる論理が差押禁止債権の解釈を行う上で必要不可欠であるといえる。堀・前掲注（20）402頁。

以上のように、本判決は、預金債権の差押えおよび差押禁止規定の解釈をめぐる重要な裁判例ではあるものの、判決の射程それ自体は限定的なものにとどまると思われる。一方で、本判決を受けて鳥取県のマニュアルが変更された事実は重要であろう[35]。本判決をきっかけに、金銭給付が預金口座に振り込まれる現在における、差押禁止規定の解釈ならびに差押禁止等債権を規定するそれ自体の意味が再度検討される必要があると考える。

＊本件評釈について東京社会保障法判例検討会（早稲田大学）でも報告を行った。出席者から様々な指摘をいただいたことに感謝いたします。どうもありがとうございました。

[35] 楠晋一・勝俣彰仁・川本善孝『その差押え、違法です！』（日本機関誌出版センター、2014年）102頁参照。

執筆者紹介（掲載順）

池田　悠　北海道大学大学院法学研究科准教授
倪　潤　中国司法文明協同創新センター講師／中国政法大学訴訟法学研究院講師
石神圭子　北海道大学大学院法学研究科助教
王　冊　北海道大学医学研究科医学教育・総合診療医学分野研究員／小樽商科大学商学部企業法学科准教授
坂東雄介　北海道大学大学院法学研究科准教授
小幡宣和　北海道大学大学院法学研究科助教
李　妍淑　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
ジョエル・モネ　フランス社会科学院法学部教授
上向輝宜　北海道大学大学院法学研究科博士課程
張　子弦　北海道大学大学院法学研究科博士課程
町村泰貴　北海道大学大学院法学研究科教授
藤原正則　北海道大学大学院法学研究科教授
篠森大輔　神奈川大学大学院法律学科准教授
白取祐司　北海道大学大学院法学研究科教授
藤田宙靖　東北大学名誉教授
朴　澯佑　西江大学校法学専門大学院教授
橋本　伸　北海道大学大学院法学研究科博士課程
児矢野マリ　北海道大学大学院法学研究科教授
田口正樹　北海道大学大学院法学研究科教授
ジュリィ・ベネッティ　フランス ランス大学法学部教授
徳永貴志　和光大学経済学部経済学科准教授
ジュリアン・ブドン　フランス ランス大学法学部教授
佐藤吾郎　慶應義塾大学総合政策学部非常勤講師
川久保寛　神奈川県立保健福祉大学保健福祉学部社会福祉学科講師
長谷川晃　北海道大学大学院法学研究科教授
常本照樹　北海道大学大学院法学研究科教授

平成27年３月23日　印刷
平成27年３月30日　発行

編集人　権左武志
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
長谷川晃
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. 65 March 2015 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Involvement of Employee Representatives in Corporate Bankruptcy ☆ ····· Hisashi IKEDA 1

Rekonstruktion des Verhältnisses der Konkurrenzlehre und ne bis in idem (1) —— Fokus auf Klammerwirkung und Kollektivdelikte —— ····· Run NI 614[1]

Community Organizing in America: The Thought and Practice of Saul Alinsky (4) ☆ ····· Keiko ISHIGAMI 572[43]

Study on the Positionality of the Parties Involved in Civil Trials in China : From the Perspective of the Limitations of *Jus Disponendi* (3) ····· Ce WANG 536[79]

On Nationality: The Meaning, Function and Range from Comparative Perspective Between Japan and United States of America (7) ☆ ····· Yusuke BANDO 476[139]

Legal Analysis of Historic Preservation in the United States (2) ····· Nobuyasu OBATA 426[189]

The Role of Women's Federation in the Process of Gender Promotion Law and Policy in China (2) ····· Yanshu LI 390[225]

SYMPOSIUM

Symposium Franco-Japonais: Les mouvements récents du droit privé et de la justice en France ☆ ····· Joël MONNET 29

1. Le droit français des successions et la transmission de l'entreprise familiale
Translated by Teruyoshi UEMUKAI, Zixian ZHANG
Translation Supervised by Yasutaka MACHIMURA

Remarque (1) ····· Masanori FUJIWARA

Remarque (2) ····· Daisuke SHINOMORI

2. La formation des avocats- Comment devenir avocat en France?
Translated by Yuji SHIRATORI

3. Les tribunaux de commerce en droit français
Translated by Yasutaka MACHIMURA

LECTURES

The Mission and Roll of Juduicial Power, as well as of Academic Theories ····· Tokiyasu FUJITA 81

Five-Year Assessment of Korean Law School System ····· Junu PARK 330[285]
Translated by Yanshu LI

NOTES

Considering Remedies for Recovery of Money Paid by Mistake in the English Restitution Law (2) ☆ ····· Shin HASHIMOTO 107

Can International Law Contribute to Managing Transboundary Environmental Problems in North-East Asia?: Limits and Possibilities of a Legal Approach in a North-East Asian Context ☆ ····· Mari KOYANO 298[317]

MATERIALS

Reichsnotariatsordnung von 1512 : Japanische Übersetzung ····· Masaki TAGUCHI 266[349]

Le rôle de la majorité parlementaire dans le travail législatif en France ····· Julie Benetti 246[369]
Translated by Takashi TOKUNAGA

La théorie de la séparation des pouvoirs ····· Julien Boudon 230[385]
Translated by Takashi TOKUNAGA, Goro SATO

CASE NOTE

Note on Social Security Law Case ····· Hiroshi KAWAKUBO 210[405]

* * *

Prof. Seimei HAYASHIDA's Curriculum Vitae and Publication ····· Ko HASEGAWA 161

Prof. Nobuhiro OKADA's Curriculum Vitae and Publication ····· Teruki TSUNEMOTO 179

[ ]···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