HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第69巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 69(2)
Issue Date	2018-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71196
Type	journal
File Information	lawreview_vol69no2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 69 巻　第 2 号

論　説

カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程（3）
—— 第二帝政末期からヴァイマル共和政中期まで ——
…… 松本彩花　1

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（5）
—— 私法上の問題を中心に —— …… 角本和理　75

独占禁止法における確約手続についての若干の検討
…… 厚谷襄児　490[1]

保証契約締結プロセスの規律（1）
—— イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に ——
…… 西村曜子　466[25]

中国法における裁判所による違約金増減の運用と理念（3）
—— 日本の債権法改正に寄せて —— …… 呉　逸寧　400[91]

子どもの自己決定と憲法（6）
—— 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ——
…… 宋　峻杰　334[157]

シンポジウム

近代中国への自由・権利概念の移植 …… 林　来梵　270[221]
松井　直之（訳）

講　演

台湾民法の歴史的基盤、社会の変遷および発展の趨勢について
…… 王　澤鑑　244[247]
呉　逸寧（訳）

研究ノート

出先機関と地方自治体の中央—地方関係
—— 高度成長期の名古屋港整備を事例として ——
…… 山田　健　218[273]

判例研究

社会保障判例研究 …… 川久保　寛　162[329]

2018（平成30）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
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）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林貫俊文（経済法）

人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
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）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷将（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）*
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）
齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）*准教授
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）
辻康夫（政治学）*
常本照樹（憲法）
○中川晶比兒（経済法）
野田耕志（商法）
△長谷川晃（法哲学）
○眞壁仁（日本政治思想史）
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）
○米田雅宏（行政法）

特任教授

朝倉真士（民事実務）
磯部有紀（刑事実務）
藏重満（法実務基礎）
橋場弘之（法実務基礎）
花形正則（民法）
藤原壮太郎（民事実務）
村井悠（労働法）

伊藤一頼（国際法）*
伊藤隼（民事訴訟法）
○岩川隆（民法）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
田中啓之（行政法）*
津田智成（行政法）
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）
馬場香織（比較政治）*
前田亮介（日本政治史）
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）

講師

郭薇（法社会学）

助教

橘雄介（知的財産法）
張弦（民事訴訟法）
福島卓哉（行政法）
松本彩花（政治思想史）
ヒラダス・サンティルバン・エレス（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
△は理事（副学長）

論　説

カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程（三）

――第二帝政末期からヴァイマル共和政中期まで――

松本彩花

目　次

序論
（一）先行研究の概観と近年の研究動向
（二）本稿の目的とシュミット民主主義論に関する先行研究

（二）本稿の研究視角と全体構成

第一章　シュトラスブルク大学時代におけるシュミットの思想（一九一〇―一九一九年）

第一節　『国家の価値と個人の意義』における国家論

第二節　最初期シュミットにおける共同体と個人

第三節　法学方法論をめぐる一九一〇年代におけるシュミットとケルゼン

第二章　第一次世界大戦期に始まるシュミットの独裁論研究（一九一五―一九二一年）

第一節　独裁論の出発点としての戒厳状態論

第二節　第一次大戦直後のシュミットにおけるボダン論とホッブズ論

第三節　『独裁』成立の諸状況と委任独裁論の形成

第四節　『独裁』における主権独裁論――人民の意志についての考察

第五節　プロレタリア独裁評価をめぐるシュミットとケルゼン

第三章　シュミットの人民主権論批判（一九二二年）

第一節　『政治神学』における政治神学的方法

第二節　政治神学の由来――反革命国家哲学者からの影響

第三節　シュミットにおける政治神学的方法の継承と独自の展開

第四節　人民主権の成立過程をめぐるシュミットとケルゼン

第四章　シュミット民主主義論の展開（一九二三―一九二六年）

第一節　民主主義における人民の意志の同一性と同一化

第二節　民主主義における同質性

第三節　民主主義と政治的統一の関係――「政治的なものの概念」

第五章　シュミット民主主義論の新たな展開とその起源（一九二七年）

第一節　民主主義における人民と政務官の対立

第二節　民主主義論における喝采概念

（以上、六十八巻六号）

（以上、六十九巻一号）

第三節　民主主義論の変容――指導者と人民
第六章　『憲法論』におけるシュミット民主主義論の完成（一九二八年）
結び　（以上、本号）

※文献からの引用を示すために本文中で用いた略号については、六十八巻六号に記載した「引用について」を参照されたい。

第四章　民主主義論の展開

第一節　民主主義における人民の意志の同一性と同一化

本節では、『政治神学』（一九二二年）から『現代議会主義の精神史的地位』（初版、一九二三年。以下では議会主義論と略記する）へかけて、シュミットの民主主義観に変化が見出されることを確認し、その連続面と断絶面を把握することを試みる。

（一）議会主義論における民主主義理解――『政治神学』からの連続と断絶

『政治神学』からの連続――「同一性」としての民主主義理解

議会主義論においてシュミットは、周知の通り、民主主義を「治者と被治者の同一性」として、厳密には「一連の同一性」として定義する。彼によれば、「下されるすべての決定が決定する者自身に対してのみ妥当すべきであるということが、

民主主義の本質である」（LP:34）。「一連の同一性」の具体的な内容としてシュミットが列挙するのは、次のものである――「治者と被治者の同一性、支配者と被支配者の同一性、国家的権威の主体と客体の同一性、人民と議会における代表との同一性、国家とその都度投票する人民との同一性、国家と法律との同一性、量的なもの（数の点での多数あるいは全員一致）と質的なもの（法律の正しさ）との同一性」（LP:35）。

「同一性」としての民主主義定義は、前年にシュミットが公刊した『政治神学』においてすでに示されていた[1]。それによれば、「治者と被治者の同一性という民主主義的命題」を始めとする「同一性」思想こそが、超越性を喪失し、内在性に基づく民主主義思想が普及する十九世紀以来の特徴であるとされた（PT:44f.）。したがって、民主主義を「同一性」として把握する点で、両著作の間には連続性があると言える。

『政治神学』との断絶――人民主権および民主主義に対する評価の転換

ただし、人民主権および民主主義自体に対する評価の点で、両著作の間には断絶が存在する。すなわち、『政治神学』と議会主義論においては、人民主権に対する評価、そして人民主権の基礎をなす「民主主義的正統性」に対するシュミットの評価が全く異なっているのである。

『政治神学』においては、人民主権および民主主義は、本来の主権概念のメルクマルである人格主義的要素および決断主義的要素を欠き、アナーキズムに結びつく思想であるとされていた。シュミットによれば、主権者の複数性を特徴とする人民主権は、せいぜいのところ有機的統一しか果たすことができず、君主主権が達成した――シュミットが歴史的偉業として高く評価する――国家的統一を達成することはできない。それゆえにシュミットは、人民主権を批判し、人民主権および近代民主主義と対決した、十九世紀フランスおよびスペインの反革命国家哲学者に対するシンパシーを

示していた。

他方で、議会主義論においては、人民主権ないし民主主義に対する批判はなされず、「民主主義的正統性」についてむしろ積極的に論じられるのである。

人民主権および民主主義に対するシュミットの評価ないし姿勢のこうした転換について、従来の研究は十分に説得的な説明を行なっていない[2]。そもそも、先行研究においては、シュミットにおける民主主義観の転換という問題は、注目されなかったと言える。例えば、H. クルパによる古典的研究においては、ヴァイマル期におけるシュミットの思想は一九二二年を転換点として「規範主義」から「決断主義」へ移行したものとしてのみ説明され[3]、この間の民主主義に関する思想的変化は解明されなかった。

クルパによるシュミット思想の発展説に異を唱えたH. ホフマンは、一九二三年を転換として、シュミットにおける「正統性」概念の内実が変化したと論じた。すなわち、絶対的価値としての「自然主義なき自然法」を想定し、これを実現することが国家権力の正統化原理であるとする「価値合理的正統性」思想（一九一二―一九二〇年）、およびこれを目的とする「目的合理的正統性」思想（一九二一・一九二二年）は一九二三年に放棄され、これ以降シュミットは「人民投票的正統性」の観念（一九二三―一九三三年）に依拠することになった、という。ここでは「政治的統一」における実存する意志、すなわち人民の「喝采」が正統化の根拠である。ホフマンによれば、一九二三年において「シュミットにとり残された、未だに信仰されるものとして妥当しうる正統性」、「唯一の正統性観念」は、「人民投票的正統性」であった[4]。ホフマンは、この転換を次のように説明する。周知の通りシュミットは、議会主義を「意見の自由競争」、特に「議会における公開の討論から予定調和のうちに相対的真理が生じるという、整合的で包括的な形而上学的体系[5]」に基づくものとして説明した。そして本来であれば、「完結した合法性体系をもつ立法国家」の法思想は、「予定され前提された

法と法律の一致、正義と合法性の一致、訴訟と手続きの一致と調和」によって隅々まで支配されているはずである。しかしすでに、議会主義の精神史的基礎である「公開性」と「討論」は機能せず、また「法と制定された法律との調和に対する信頼」、「法律概念における理性と正義との内容的関連」は失われている。ホフマンによれば、そこでシュミットは、合法性観念は機能主義化し、法と法律、合法性と正統性とは分離し、「合法的革命の危険性が浮上する」[6]ことを認識するに至った。こうした現状分析に基づき、シュミットが当時依拠しえた正統性は「人民投票的正統性」しかなかったのだ、とホフマンは結論付ける。このようなホフマンの研究は、シュミットの各著作に見出される「正統性」概念の内実を明らかにし、その発展過程を記述してはいるが、シュミットにおける民主主義観それ自体の転換を十分に説明していない。

また、シュミットの伝記著者R. メーリングは、議会主義論における「治者と被治者の同一性」という民主主義観は、『独裁』（一九二一年）以来見出される「歴史哲学（Geschichtsphilosophie）」[7]の延長線上において理解できると説明する。すなわちこれは、「政治的意志の形成過程」における「合理主義」から「非合理主義」への歴史的発展の帰結であると論じる。メーリングによれば、議会主義論においてシュミットは、「制度の究極的核心」を突き止めるために「精神史的」方法を採用し、「議会主義の政治神学」を歴史的に描写した[8]。議会主義は「公開の討論、政治的真理に至る道程としての議論と公開性に対する「信仰」を形而上学的前提としている」[9]。こうした形而上学を前提とする自由主義思想における意志形成を、メーリングは「相対的合理主義」的過程として把握する。他方で「創り出されるべき真の民主主義の名の下に、民主主義を一時棚上げする」独裁、すなわち『独裁』で示された主権独裁における意志形成を、そしてその事例としての「教育独裁」、「理性の独裁」における意志形成を「絶対的合理主義」的過程として捉える[10]。その上で議会主義論において、まず「「相対的合理主義」から「絶対的合理主義」への革命的揚棄」[11]、すなわち自由主義から主権独裁へ

の転換が確認された、という。さらに、人民の意志を「同一化」するという民主主義における意志形成、またG.ソレルのサンディカリズムやボルシェヴィズム独裁、イタリアファシズムにおいて見出される「神話」を利用する民主主義における意志形成を「非合理主義」的過程として捉え、同書において「合理主義から非合理主義への道程」、すなわち「自由主義から民主主義への道程」が確認された[12]、という。この研究においては、「歴史哲学」における「合理主義」から「非合理主義」への発展として、シュミットの民主主義観の変容が説明されたが、どのようにして彼の民主主義観が変化したのか、その思想的背景を具体的かつ内在的に解明していない。

シュミットの民主主義観に対するマックス・ヴェーバーの影響

従来、シュミットの民主主義論は、マックス・ヴェーバーの人民投票的指導者民主政論の影響の下で形成されたと論じられてきた。ヴェーバーとシュミットの思想史的関係については、論争を引き起こしたモムゼンの研究[13]を始めとして、その継承関係が様々に論じられてきた[14]。シュミットを「マックス・ヴェーバーの飲み込みの早い弟子（gelehriger Schüler）[15]」と評したモムゼンは、両者の思想的連続関係は、合法性と正統性を対立的に捉える思考にあると論じた。モムゼンによれば、ヴェーバーはヴァイマル共和国を二つの相補完する正統性原理、すなわち議会主義的立法国家の憲法に基づく合法性と、カリスマ的指導者として人民により選出された大統領の正統性によって基礎付けようとした。他方でシュミットは、前者の正統性原理はもはや無力であり、正統性原理としての機能を果たさない、としてこれを排除し、後者の正統性原理を唯一妥当する正統性とした。モムゼンは、こうしたシュミットの議論は「ヴェーバーの議論にすでに暗黙裡に含まれていた合理的合法性とカリスマ的・人民投票的正統性の二元論を、さらに徹底して展開したものであった[16]」と述べ、J.ヴィンケルマン等のヴェーバー研究者による批判[17]を引き起こした。こうしてモムゼンは、ヴェー

バーの人民投票的指導者民主政およびライヒ大統領制構想がシュミットの民主主義論に継承されたのだ、と論じた。しかし、シュミット民主主義論の成立過程を踏まえた上で、両者の思想的関係を解明しようとする研究は、従来なされていなかった。(18)

（二）議会主義論における民主主義的同一性概念

擬制としての「同一性」概念

シュミットにおける民主主義ないし人民主権に対する評価の転換は、端的に述べるならば、議会主義論において彼が新たに、民主主義的同一性概念に対して独自の分析を加え、人民主権論に対する解釈を変更したことから説明することができる。すなわち議会主義論においては、『政治神学』において内在性を特徴とする民主主義の定義として言及されたに過ぎなかった「同一性（Identität）」概念の実質が論究の対象とされるのである。

シュミットによれば、現代国家においては多くの場合、「同一性」は現実的なものとして、すなわち量的な概念として捉えられている。すなわち今日では、「選挙権がより一層拡大され、普及する中で、ますます多くの人間に付与されているわけであるが、それは国家と人民との同一性を実現しようとする努力の兆候である。こうした努力の根底には、同一性を現実のものと(als wirklich)仮定する諸前提についての特定の理解が存在する」(LP.35)。これに対してシュミットは、「そのような同一性はすべて、手に取ることのできるような現実ではなく、同一性に対する承認に基づいている〔傍点は引用者による〕」(Ebd.)と述べる。すなわち、同一性概念は擬制に過ぎないことを指摘するのである。

「選挙権の拡張、被選期間の短縮、人民投票の導入と拡大、すなわち端的に直接民主主義の傾向あるいは制度として考えられるすべてのもの、そして上述した、同一性思想によって完全に支配されているものは、確かに一貫して民主主

義的ではあるが、しかし絶対的かつ直接的な、いかなる瞬間にも現実に現在する（in realitare präsente）同一性に到達することは決してありえない」。すなわち、現実に存在する人民が同一のものを意志し欲するという、人民の間の「現実の同等性（Gleichheit）と同一化（Identifikation）の結果との間には、常に距離（Distanz）が存在し続けるのである〔傍点は引用者による〕」（LP:35f.）。このようにシュミットは、同一性は現実には存在しえないものであることを強調するのである。

本稿第一章で見たように、シュミットはファイヒンガーの著作に対する書評（一九一四年）において、擬制という法学的技術の学術的有用性を評価する一方で、擬制を通じて表象された事柄と実在としての現実の間には常に距離があることに留意すべきであると説いていた。議会主義論においてもシュミットは、同一性が擬制であることを認識し、「現実の同等性と同一化の結果との間には、常に距離が存在する」と指摘する。しかしこのとき彼は、「現実の同等性と同一化の結果との間」に「距離」が存在することそれ自体を批判の対象としては捉えない。むしろシュミットは、擬制により作り出された事柄と現実の間に「距離」が存在することを不可避的な事実として承認した上で、「同一化」こそが民主主義において本質的な問題であると主張するのである。「法学的にも政治的にも社会学的にも、現に同等なものが問題となっているのではなく、諸々の同一化（Identifikationen）が問題なのである」（LP:35）。

すなわちシュミットは、擬制により作り出された「同一性」と現実の人民の間の「同等性」が一致することは不可能であり、その間には常に距離があることを明確に認識しつつ、その距離に対する批判的視座を欠いていると言える。そして、この「同一化」こそが「現実の同等性と同一化の結果」の間に存在する「距離」を隠蔽する機能を果たしていること、実際には人民は同一の事柄を欲するわけではなく、完全な「同等性」は存在しないという事実を隠蔽していることについて、彼はいかなる懸念をも示さないのである。

同一化と「人民の意志」の形成過程

こうした擬制としての同一性ないし同一化に対するシュミットの理解は、「人民の意志」についての彼独自の解釈へと直接に結びつくことになる。シュミットによれば、民主主義的同一性が承認される限り、政治的意志の決定過程において「票決に敗れた少数者が無視される」ことは、民主主義にとって本質的問題ではない。というのも、「票決に敗れた少数者の意志は、本当は多数者の意志と同一である」（LP.34）からである。すなわち多数者の意志に背反する意志が共同体において存在するとしても、このことは「理論上の、見せかけの困難であるに過ぎない。こうしたことは現実には、民主主義的論理において常に繰り返される同一性と、間もなく示すように、票決に敗れた少数者の意志は、本当は多数者の意志と同一であるという本質的に民主主義的な論拠に基づいているのである」（Ebd.）。そして、こうした民主主義的論理ないし思考はルソーの社会契約論のうちに典型的に示されているとして、次のように述べる。

「ルソーの社会契約論の中でよく引用される論述（第四篇二章八節）は、民主主義的思考にとり根本的なものであり、古い伝統にも適合している。こうした伝統は、ロックにおいても殆ど文字通り見出される。すなわち民主主義においては、市民はその意志に反する法律に対しても同意するということである。というのも、法律とは一般意志（volonté générale）であり、これが同様に、自由な市民の意志であるからである。それゆえに市民は本来、具体的な内容に承認を与えるのでは決してなく、抽象的に（in abstracto）結果に対して、すなわち投票の結果から生じる一般意志に対して承認を与えるのである。したがって市民は、この一般意志を認識する票の集計を可能にするためだけに投票を行うのである。結果が個人の投票の内容と相違する場合には、票決に敗れた者は、自らが一般意志の内容について誤った認識を持っていたことを知るのである。ルソーは言う――「それは自己が誤っていたことを証明するに他ならないのであり、自己が一般意志であると考えたものが一般意志ではなかったというだけのことである。」」（Ebd.）。

さらにシュミットは、一般意志は「真の自由（wahre Freiheit）」に対応するものであるから、票決に敗れた者はそもそも自由ではなかったのだとルソーが述べている点に注目する。彼はこれを「ジャコバン的論理」と捉え、「真の自由」を根拠として少数者が多数者を支配することを正当化する可能性を示唆するものであると論じる（LP:35）。

先に見たように、シュミットにとって問題であったのは、現実の同等性と理想とされる同一性との不一致ではなく、いかに同一化がなされうるかということであった。同様に、ここでシュミットが問題とするのは、現実に存在する人民が実際に抱くであろう複数の多元的な意志と、投票の結果として多数者となった者の意志、すなわち「人民の意志」との間に不可避的に生じる乖離ないし距離ではない。むしろ、どのようにして「人民の意志」が形成されるかということが本質的問題であると論じる。「人民の意志は当然、常に人民の意志と同一である」（LP:36）。

このようにシュミットは、同一性概念と同様に、「人民の意志」もまた擬制を通じて表象された概念であることを認識した上で、どのようにして人民の意志は形成されるかということ、より具体的には、誰が人民の意志を形成する手段を有するかということが民主主義にとっての本質的問題であると論じる。「すべては、いかにしてこの意志［人民の意志――引用者］を形成する（bilden）かということにかかっている」（Ebd.）。

シュミットによれば、民主主義的同一性が前提とされる今日において、政治闘争は自明のこととして、「同一化の手段」、そして「人民の意志を形成する手段」をめぐるものである。すなわち、民主主義思想の普及により、「人民の意志とのかの同一性は共通の前提となった。それゆえに、これは政治的関心の対象ではなくなり、闘争はただ同一化の手段をめぐるものとなった」（LP:38）。これは単に、人民の意志に対抗しうる君主がもはや存在せず、君主政の明証性が失われたという事実にのみ由来するわけではない。民主主義を肯定することは、あらゆる政治勢力に対して、将来何らかの手段を通じてこの同一性を達成する可能性、つまり自ら同一化の手段を掌握する可能性をもたらすことを意味する。

したがってあらゆる政治勢力は「同一性を否定する利害関心を持たず、むしろ反対に、これを確認することに利益を見出すのである」(Ebd.)。

(三) 人民主権論解釈の変容——国家的統一との関係

以上に見たように、シュミットは議会主義論初版で新たに、民主主義的同一性概念に対して独自の分析を行った。そして、人民の意志という擬制をいかに形成するかという「同一化」の問題として「治者と被治者の同一性」という民主主義の定義を捉え直したのである。こうした理論的作業により、シュミットの民主主義に対する姿勢は積極的なものへと転じるのである。というのも、同一化を通じて人民の意志を形成することが民主主義の根本的問題であると捉えることにより、人民主権は国家的統一を達成しえないとする前著における認識が覆されたからである。

本稿第三章で確認したように、シュミットは『政治神学』において、人民主権および民主主義に対して否定的見解を表明していた。決断主義的要素および人格主義的要素をもたない人民主権は国家的統一を基礎づけられない、というのがその論拠であった。彼にとり、国家的統一のためには主権の存在が不可欠であり、主権者の意志は一つであらねばならなかった。すなわち主権とは、本来、決断主義的要素および人格主義的要素を属性とするものである。しかし、人民主権論における主権者の意志すなわち一般意志は、複数の主権者により構成されるため、「一般的なものという概念は、主体の点で量的規定をもつ」。それゆえに人民主権は君主主権の特徴である主権者の唯一性という特徴を欠き、「従来の主権概念における決断主義的要素、人格主義的要素」をもたない。したがって、人民主権が達成できるのはせいぜいのところ有機的統一であり、絶対君主政においてかつて達成された国家的統一を基礎づけられないというのがシュミットの結論であった。

しかしこうした認識は、議会主義論初版において覆される。シュミットによれば、現実に存在する人民の間には意志の完全な一致は存在しえず、したがって一致した人民の意志とは擬制概念である。ここでシュミットは議論を転換させ、むしろ民主政は「同一性に対する承認に基づく」と述べる。つまり同一性は「同一性に対する承認」に基づいて、「同一化」を通じて作り出されなければならず、そして同様に、人民の意志は形成されなければならないのだという。こうしてシュミットにおいて民主主義の本質的問題は、人民の意志形成の問題、すなわち〈誰が人民の意志を形成する手段をもつか〉という問いとなる。

こうして人民の意志は形成可能であり、同一化されるべき対象であると把握することにより、人民主権における主権者の意志は――君主主権における主権者の意志と同様に――唯一であると見做すことが可能となる。そして、主権者の意志の唯一性を想定することにより、人民主権もまた決断主義的要素および人格主義的要素を有しうる。こうした新たな認識に基づき、人民主権においても国家的統一を達成することが可能であると捉えるに至ったのである。

本稿がすでに確認したように、一九一〇年代以来、シュミットは国家的統一を重視していた。国家的統一と人民主権および民主主義の関係についての解釈が、『政治神学』と議会主義論初版の間で根本的に変化したことにより、彼は民主主義を肯定的に評価する立場へと転換したのである。

（四）民主主義と主権独裁――人民の意志の形成過程における民主主義の矛盾

先に確認したように、一般意志を「正しく」認識していなかった者は、真に自由ではなかった、したがって真の自由へと導かれなければならないとするルソーの論理を、シュミットは「ジャコバン的論理」と表現した。すなわち「自由への強制」という、ルソーの自由論における逆説と、フランス大革命期におけるロベスピエールを代表とするジャコバ

ン派の恐怖政治との思想的連関を指摘する。「こうしたジャコバン的論理により、周知のように、多数者に対する少数者の支配もまた、しかもまさに民主主義を引き合いに出すことで正当化されうるのである。そのときにも、法律と人民の意志との同一性の主張といった民主主義的原理の核心は維持され続ける。そして抽象的論理にとっては、人民の意志が全公民の絶対的に一致した意志（未成年者の意志も含めて）ではありえないならば、多数者の意志を人民の意志と同一化しようと、あるいは少数者の意志を人民の意志と同一化しようと、本来、全く相違はないのである」（LP:35）。

いかにして同一性が創出され、人民の意志は形成されるかという問題を、シュミットは民主主義に普遍的な問題として、そして古くから継承されてきたアポリアとして把握する。「非常に古くからある、人民の意志に関する教説、すなわち少数者が人民の真の意志を有することがありうるという説の論法は、未だに解明されていない。人民は欺かれうるし、プロパガンダ技術と世論操作については、長らく知られている。こうした論法は民主主義それ自体と同程度に古いものであり、決してルソーやジャコバン派とともに初めて始まったわけではないのである」（LP:36）。

例えばシュミットは、英国のピューリタン革命における水平派を念頭に置きつつ、すでに近代民主主義の初期においてこうした歴史的事例が見出されることを指摘する。すなわち、急進的な民主主義を標榜する者が自らを「人民の意志の真の代表者（Vertreter）」と見做すがゆえに、「非常に非民主主義的な排他性」が生じるという「顕著な矛盾」が生じたと述べる。「まず実際に、真の民主主義の代表者にのみ政治的権利が認められるやいなや、直ちに新たな貴族制が成立する」。これは「あらゆる革命において繰り返される古い社会学的現象」であり、ロシアにおける十月革命を俟たずとも、英国における水平派や、フランス二月革命における「昨日の共和派――今日の弾圧者」という現象に典型的に見出される（Ebd.）。

したがってシュミットは、民主主義を実現しようとする過程において、すなわち同一化を通じて人民の意志を形成す

る過程において、民主主義者が民主主義者であり続けることは不可能であると主張する。それゆえに「意志形成の問題において自らを廃棄するのが、民主主義の宿命であるように思われる」（LP.37）。「急進的民主主義者にとっては、民主主義それ自体が固有の価値を持っており、民主主義の助力によって行う政治的内容を顧慮することはない。しかし民主主義を除去するために民主主義が利用されるという危険が存在するならば、急進的民主主義者は多数者に抗してでも民主主義者であり続けるか、あるいは民主主義者であることを放棄するかのいずれかを決定しなければならない。民主主義がそれ自体に存する価値の内容をもつやいなや、人はいかなる犠牲を払ってでも（形式的な意味で）民主主義者であることはもはやできないのである」（Ebd.）。

以上の議論からシュミットは、人民ないし多数者が自ら民主主義を廃棄するという可能性や、そもそも人民が民主主義的に決定を行うことは不可能であるという限界を想定する。彼によれば、こうした事態を想定するならば、容易に「人民教育の古い綱領」が引き合いに出される。そして、「人民は正しい教育を通じて本来の意志を正しく認識し、正しく形成し、正しく表明するように導かれうる」という教育理論の首尾一貫した帰結は、「独裁」であると述べる。というのも、これが意味することは、教育者が自らの意志を人民の意志と同一化するということだからである。そして、この教育独裁を例にとり、「真の、第一に創出されるべき民主主義の名において行われる民主主義の停止」は民主主義と矛盾するものではないと主張するのである。

シュミットによれば、「真の、第一に創出されるべき民主主義の名において行われる民主主義の停止」は、「理論的には民主主義を廃棄しない。このことは、独裁が民主主義の対立物ではないということを示しているがゆえに注目に値する。そのような独裁により支配されている移行期においても、民主主義的同一性が支配的でありうるし、人民の意志だけが基準でありうる。当然、同一化が、誰が人民の意志を形成する手段を恣にするかという実際的問題に関わるという

ことが特別に顕著な仕方でも示される」（LP:37）。

ここで教育独裁を例にとって説明された「真の、第一に創出されるべき民主主義の名において行われる民主主義の停止」とは、『独裁』において詳細に論じられた、近代以降の新たな独裁としての「主権独裁」の特徴に他ならない。そもそも、先にみたジャコバン独裁における自由や徳の支配を掲げる支配は、『独裁』においては主権独裁の典型的事例とされていた。そして、ルソーの人民主権論は「自らを人民であると称し、人民と同一化する権利をもつ」者の「「徳（Tugend）」の道徳的パトス」による支配を認めるがゆえに、「独裁の正当化に奉仕し、自由の専制のための図式を提供する」（DD:121）ものであると論じていた。つまり議会主義論において、民主主義における人民の意志形成の問題を論じる際に引き合いに出された諸事例は、『独裁』においては主権独裁の事例であったのである。この点でシュミットは、「独裁は民主主義の対立物ではない」（LP:37）、厳密には主権独裁は民主主義と矛盾しないと論じたと言える。

本稿第二章で確認した通り、『独裁』において主権独裁は、シュミットにより、人民の意志と同一化する者による、人民主権原理に基づく支配として定式化された。また、新たに創出されるべき政治体制ないし憲法が成立するまでの期間においてのみ時限的に現象すること、すなわち革命や内戦といった例外状態において起こりうる過渡期の現象であることが主権独裁の特徴であるとされていた。そして民主主義が確立する以前の段階においては、民主主義の名において主権独裁が行われること、したがって民主主義の確立期においては、人民主権原理に基づく主権独裁と民主主義は対立関係にはなかったと論じられた。

当然、議会主義論で考察の対象とされているものは、民主主義が確立するまでの過渡期の現象ではなく、政治体制が定着したのちの平時における政治理論としての民主主義であるはずである。しかし、同一性概念や同一化、人民の意志形成についてのシュミットの議論に対する分析を通じて判明するものは、民主主義が主権独裁の論理によって説明され

ているということなのである。すなわち議会主義論においては、同一性概念への彼独自の分析を経て、『独裁』以来論じられてきた、「人民の意志と同一化する者による支配」という主権独裁の論理が民主主義論に適用されているのである。つまり、成立期の例外状況において現象した主権独裁が、通常時における民主主義の問題として形を変えて論じられているのである。そして、『政治神学』とは異なり、議会主義論では、民主主義と独裁、厳密には主権独裁は矛盾しないと断言するようになるのである。この点が、『政治神学』と議会主義論の間に見出される、シュミットの民主主義論の決定的な断絶である。

そこで次に問題となるのは、民主主義における人民と「自らを人民の意志と同一化する者」すなわち「人民の意志を形成する者」との関係はどのようなものかということである。次章で見る通り、『人民投票と人民請願』（一九二七年）において直接民主主義の限界を論じる中で、シュミットはこの問題に取り組むことになる。

（五）民主主義と委任独裁――一九二三年における共和国の危機とシュミット

以上に確認した通り、シュミットは議会主義論において民主主義と主権独裁は矛盾しないと論じた。彼が議会主義論を一九二三年五月に脱稿した[19]後に、ヴァイマル共和国は同年九月から翌年二月にかけて未曾有の危機に直面することとなる。こうした政治的緊張の時期を経て、シュミットは次に、民主主義と委任独裁は矛盾しないと考えるに至るのである。すなわち、ヴァイマル憲法第四八条に規定された大統領緊急令を委任独裁制度として解釈し、この制度を通じて共和国を救うことを正当化するのである。

ルール占領に端を発する共和国の危機

一九二三年に、共和国は幾度も「破滅の淵に陥った」[20]。その端緒となったのは、ドイツが第一次大戦の賠償を履行していないことを理由とした、フランスおよびベルギーの軍隊によるルール地方の占領であった。これに対してドイツは、これらの占領国に対する賠償金の支払いを停止し、ルール地方の住民に「消極的抵抗」を呼びかけ、全公務員による占領軍への協力を禁止した[21]。W.クーノを首班とする議会少数派内閣は、それまで社会民主党の寛容路線に支えられて議会審議を乗り切ってきたのであるが、この政策については議会で多数派の支持を獲得することができた[22]。

しかし、こうした政策の帰結としてハイパー・インフレーションが加速し、ドイツの財政危機は悪化の一途を辿る。ドイツ側の政策により、フランスとベルギーは賠償の支払いを強制することができなかったが、そのために両占領国はルール地方の炭鉱とコークス工場を強制収容し、さらに鉄道を自国の管理下に置いたのである[23]。外交政策および財政政策上の失策について非難を浴びたクーノ政権が退陣したのちに、シュトレーゼマン内閣が成立する。その同年九月二六日に、共和国政府およびライヒ大統領は、ルール地方における消極的抵抗の中止を宣言した。この時期以降、共和国は左右の急進勢力から攻撃を受け、存亡の危機に晒されるのである。

一方で共和国は、右翼勢力の牙城であったバイエルンとの関係において政治的危機を迎える。すなわちバイエルン州政府は、ライヒ政府により宣言された消極的抵抗の禁止に異を唱え、同日中に例外状態（Ausnahmezustand）を布告したのである。これにより、州政府の執行権力はオーバーバイエルン政府大統領G.R.v.カールに委譲されることとなった。これに対抗して、ライヒ側は大統領緊急令を発令する。この緊急令により、ライヒ全土に対して例外状態が布告され、全執行権力をライヒ国防相に移行すること、さらにライヒ国防相は執行権力を軍事命令権者に委譲することが可能となった[24]。なお、バイエルンではその前日の九月二五日に、「愛国主義的諸団体」の新たな上部組織として設立された「ドイツ闘争同盟」の議長として、ヒトラーが選出されていた[25]。同年十一月八日には、「国民革命」を標榜するヒ

トラーがミュンヘンで一揆を企て、バイエルンの危機は頂点を迎える。[26] 共和国とバイエルン州の紛争が正式な解決を迎えたのは、翌年一九二四年二月一四日に両政府の間で協定が締結されるに至ってのことであった。[27]

他方で共和国にとってのもう一つの脅威は、中部ドイツを拠点とする急進左翼であった。当時、ザクセン州とテューリンゲン州を中心に、共産主義者の勢力が増大していた。第三インター指導部は、ロシア十月革命をドイツで再現しようとする「ドイツの十月」計画を画策していた。コミンテルンの指令に基づき、ドイツ共産党は一九二三年十月にツァイクナーを首班とするザクセン州政府に参画し、財務相と経済相のポストを得ていた。また、テューリンゲン州においても同月に、社会民主党と共産党の連立内閣が成立し、共産党は経済相と法相のポストを得た。これに対して共産主義者による権力奪取を懸念した共和国政府は、ザクセンにおいて共産党の院内組織であるプロレタリア百人隊を禁止し、同年一〇月一六日にはザクセン警察をライヒ国防軍指揮下に組み込むことを決定した。これによりライヒ国防軍はザクセンを完全にその管理下に置いたのであるが、その際にいくつかの都市で銃撃戦が起き、死傷者が出た。十月二七日に共和国首相シュトレーゼマンは、共産党の政府閣僚を内閣から排除するようザクセン州政府首相に要求し、最後通牒を突きつける。[28] ザクセン州がこれを拒否したことを受けて、共和国政府は翌日に「ライヒ執行（Reichsexekution）」を行う。すなわちライヒ大統領は、ヴァイマル憲法第四十八条に基づき、ザクセン州政府の閣僚を罷免し、他の者にその職務の遂行を委託する権限をライヒ首相に授権したのである。[29] ライヒによる軍事的例外状態が撤廃されたのは、翌年の一九二四年二月二十八日に至ってからのことであった。[30]

ヴァイマル憲法第四十八条に対する解釈――委任独裁としての大統領緊急命令権

以上に見たように、共和国政府は、ヴァイマル憲法第四八条に規定された大統領緊急令を利用することで政治的危機

を克服しようとし、一九二四年二月末に漸くこれに成功する。第二回ドイツ国法学者協会大会において、第四八条に基づくライヒ大統領の独裁について報告することをシュミットが依頼されたのは、まさに共和国の危機的状況が収束に向かいつつある時期であった。シュミットの日記帳によれば、一九二四年二月四日に彼は、ドイツ国法学者協会の創設者であるハインリヒ・トリーペル[31]から速達郵便を受け取った（TB3311, 513）。その書簡の内容は「私〔シュミット――引用者〕が国法学者大会（Staatsrechtslehrer Kongress）において報告をすべきである」（TB3311）というものであった。そして翌日、シュミットはトリーペルに電報を打ち、報告を引き受ける旨を伝える（Ebd.）。ただし、当初から彼がこの問題について報告する自信をもっていたわけではないということが、二月六日に彼が次のように記していることから窺うことができる――「どのようにしてイエナで報告を行うべきか、私にはわけが分からない。錯乱している。もはや仕事が手につかない。私は哀れなディレッタントだ。ひどく自分を恥ずかしく思う。私には人生を掴み取る蹄がない」（TB3312）。

こうしてシュミットは、イエナで開催されたドイツ国法学者協会大会に出席し、一九二四年四月一四日に「ヴァイマル憲法第四八条に基づくライヒ大統領の独裁」と題して報告を行う。彼は第四八条第二項、すなわち「ドイツ国内において、公共の安全及び秩序に著しい障害が生じ、又はその虞れがあるときには、ライヒ大統領は、公共の安全及び秩序を回復させるために必要な措置をとることができ、必要な場合には、武装兵力を用いて介入することができる。この目的のために、ライヒ大統領は、一時的に第一一四条〔＝人身の自由〕、第一一五条〔＝住居の不可侵〕、第一一七条〔＝新書・郵便・電信電話の秘密〕、第一一八条〔＝意見表明の自由〕、第一二三条〔＝集会の権利〕、第一二四条〔＝結社の権利〕、及び第一五三条〔＝所有権の保障〕に定められている基本権の全部又は一部を停止することができる[32]」に対する次のような解釈を提示し、第四八条第二項に基づくライヒ大統領の権限および地位を解明する。

第四十八条第二項については、通常、リヒャルト・グラウの説に代表されるように、ライヒ大統領は第二文で列挙された基本権を無効化する以外の権限をもたないと解釈されてきた。シュミットによれば、それにより通説は「ライヒ大統領の権限を制限しようと試みている」[33]。しかし、現実にライヒ大統領およびライヒ政府がこの条項を運用する際には、同条項第二文で列挙された憲法条項以外の基本権をも侵害しており、またライヒ大統領ないし文民ないし軍人委員へ執行権を委譲するという現象が生じた。それゆえに同条項の運用状況は、通常の解釈が想定する制限の範囲内に留まってはおらず、通常の解釈は不十分である[34]。

そこでシュミットは、第四十八条第二項の文言に対する検討を通じて、そして憲法制定国民議会においてこの条項が成立した経緯を踏まえて、第四十八条第二項に基づくライヒ大統領の権限を明らかにしようと試みる。彼によれば、第四十八条第二項の本来の趣旨は「公共の安全と秩序の回復という目的のために、ライヒ大統領は、様々な措置をとることができ、かつ特定の基本権を停止することができる」[35]という点にある。すなわち第一文に基づいてライヒ大統領はあらゆる必要な措置をとる一般的権限（allgemeine Befugnis）を付与されると同時に、第二文で列挙された特定の諸基本権を無効化する特別権限（besondere Befugnis）をもつ[36]と解釈する。こうした解釈の論拠は、同条項の成立過程に対する把握によっても補強される。シュミットによれば、憲法制定国民議会において同条項について審議される過程で、第二項第二文において第一文でライヒ大統領に付与された一般的権限に対する全般的限定がなされていると考えた者はいなかったのである[37]。したがって、第四十八条第二項第一文によって、ライヒ大統領に異例の「無制約の」権限が付与されるということが意識されていた。その際にライヒ大統領に権力が集中してしまうという虞は、大統領の緊急命令権の行使が大臣の副署を必要とすること、また第四十八条第三項の規定、すなわちライヒ大統領のとった諸措置が遅滞なくライヒ議会に報告され、議会の要求に基づいて効力が停止されるという規定によって解消されると考えられた[38]。

ここでシュミットは、『独裁』におけると同様に、ライヒ大統領による緊急命令権の行使を委任独裁として捉える。ただし、次に見るように、彼は第四十八条第二項に基づくライヒ大統領の地位をアンヴィバレントなものとして理解している。というのも、第四十八条第二項第一文によってライヒ大統領には異例の「無制約の」権限が付与され、意図的にその権限が広範なものとされているからである。そのためにライヒ大統領の地位は、法的基礎に基づくわけではないとしても、「国民議会の主権独裁の残滓（Residuum）」であるかのような印象を与えるのである[39]。これに対して彼は、第四十八条第五項で予定された施行法の公布を通じて、ライヒ大統領の権限が限定されなければならないと論じる。ここで彼は、第一次大戦中の戒厳状態論研究において論究した、戒厳状態に関するフランスの「十九世紀における歴史的展開」に再び言及し、次のように述べる。「フランス革命以来、法的に組織された制度としての戒厳状態が成立し、委任独裁は法治国家的発展へと組み込まれる[40]」。シュミットによれば、憲法制定国民議会において、第四十八条第五項に基づいてライヒ法律を公布すべきであると考えられたのは、法治国家的発展に適合した形で、ライヒ大統領の権限、すなわちライヒ大統領に「容認された諸権限や諸前提、例外状態の影響」を限定するためであった[41]。

ただしシュミットは、第四十八条第二項一文によってライヒ大統領に与えられた一般的権限には、それ自体として次の三点において限界があると論じる。この限界は、ライヒ大統領の権限が「憲法規定に基づく例外的権限」であることに由来する[42]。第一に、何が公共の安全と秩序であるか、そして何がその脅威であると見做されるべきかということは、憲法と無関係に定められてはならない。第二に、第四十八条が含んでいる組織の最小限のもの、すなわちライヒ大統領、ライヒ政府およびライヒ議会は、単なる事実的な例外措置により侵害されてはならない。第三に、ライヒ大統領の権限は措置としてのみ、すなわち個別行為ないし一般的命令として見做されなければならない。すなわちライヒ大統領の措置は、「異常であると考えられ、それゆえに除去されるべきである具体的事態」を顧慮して行われるものでなければな

らず、予測のつかない程の長期間にわたり効力をもつものであってはならない。[43]

同時代の国法学者による反応

シュミットとヤコービによる報告の後に行われた討論では、アンシュッツ、トーマ、トリーペルを含む十四人の法学者が参加し、意見が交換された。[44] 報告記録は、討論全体の様子を次のように要約している。「報告者〔シュミット――引用者〕により、そして条件付きではあるにせよ共同報告者〔ヤコービ――引用者〕により主張された、第四十八条第二項から第四項の意味についての基本的解釈は、大会内部ではわずかな支持しか得られなかった。討論者の内のはるかに多くの者は、異なる立場をとっていた」。[45] 報告記録によれば、討論の中では、シュミットの報告における次の諸点に対して批判が集中した。第一に、シュミットが自説に対する根拠として引用した、憲法制定国民議会における議論の経緯や政府見解は、論拠として不十分であるとされた。「報告者が自らの見解のために引き合いに出した憲法の成立史、および論拠として持ち出した政府見解は、互いに矛盾しており、その動機も不明であるため、論拠として有力ではないと見做された」。[46] 第二に、第四十八条第五項で予定されたライヒ法律が委任独裁に対して法治国家的限定を付すまで、第四十八条二項において国民議会によりライヒ大統領に与えられた法的地位は暫定的なものに留まるとするシュミットの解釈が批判された。これについてはむしろ、第二項は最終的な規定であり、第五項で予定された施行法はこれを「より詳細に」、すなわちより正確に規定するものに過ぎない、という意見が出された。[47] 第三に、第二項第一文と第二文との関係について、第一文における「措置」と第二文において列挙された基本権の「失効」とを区別すべきであるとするシュミットの見解、そして、第二文は第一文に対する制限を意味するのではなく、新たな権限の付加を意味する、とするシュミットの解釈が批判された。特にこうした解釈から生じる次の結論、すなわち第五項で予定された施行法が公布

される以前には、ライヒ大統領のとりうる措置とその権限は、シュミットが提示した上記の三つの原則によってのみ制約されうる、とする結論に対して厳しい批判が寄せられた(48)。

委任独裁と主権独裁――国家的統一をめぐって

これまでの節で確認した通り、シュミットは国家的統一を基準として、民主主義に対する評価を定めていた。すなわち『政治神学』においては、一般意志は量的規定をもつがゆえに人民主権は国家的統一を達成することができないとする分析に基づき、民主主義に対して否定的評価を下していた。だが議会主義論初版においては、一般意志に対する解釈を変更し、人民の意志の同一化に基づいて同一性を作り出すことが重要だと述べることで、人民主権においても国家的統一を達成することは可能である、と議論を転換させた。元来、国家的統一を重視していたシュミットにとり、一九二三年の事態は国家的統一に対する大きな挑戦であり、克服しなければならない課題であったと言える。

すでにシュミットは『独裁』初版（一九二一年）の末尾において、第四八条第二項の規定に基づくライヒ大統領の地位に言及していた。彼によれば、この規定は確かに、「委任独裁の全く明白な事例を含む」（VV:198）ものである。しかし「第四八条第二項によれば、ライヒ大統領はドイツライヒにおいて公共の安全と秩序が著しく撹乱され、あるいは脅かされたならば、公共の安全と秩序とを回復するために必要な措置を取ることができ、必要な場合には軍事的手段を用いて介入することができる。ここに、法的に制約されていない行動委任への授権がある」（Ebd.）。したがって第四八条を通じて、ライヒ大統領には「従来の法治国家的解釈に従えば異例の、無制約の行動への授権」がなされていると言うのである。

しかしそれにもかかわらず、続く第二文において、失効可能な諸基本権を列挙し、権限を限定するということは、シュ

ミットによれば矛盾に他ならない（DD:199）。「最初に、例えば第一五九条〔第四八条第二項において、停止されうる基本権として挙げられていない団結権――引用者〕を含めて、あらゆる既存の法的状態を停止する授権を行い、次に、停止されることが許される諸基本権の一定数を列挙するというのは奇妙な規定である。諸都市に有毒ガスを散布し、死刑を予告して脅し、特別委員会を通じて判決を下すことが許されるライヒ大統領に対して、その上なお、例えば諸官庁に対して新聞禁止令を許可しうることをわざわざ確認するというのは無意味である」（Ebd.）。

シュミットによれば、ヴァイマル憲法第四八条に内在するこうした矛盾は、「主権独裁と委任独裁との結合に基づく」（DD:200）ものである。そしてこの矛盾は、西洋近代の歴史的発展に対応するものである。彼によれば、近代の市民的法治国家の前提は、絶対君主により達成された「国家的統一」である。ここで彼は、一九一九年ミュンヘン商科大学講義録においてボダンの政治思想について論じる際に述べたことを再論する。すなわち絶対君主の歴史的価値は、それが封建的ないし身分制的諸権力を殲滅し、それにより国家的統一という近代的意味における主権を作り出したことにあった。その結果、市民的法治国家は「国家の連帯的統一性（solidarische Einheit des Staates）」が最終的に保証されたということ、そして国家内部において「同質性（Homogenität）」が深刻に脅かされることなく存立することを自明のこととして前提しえた（Ebd.）。このとき国家内部における強力な集団や階級は排除されており、国家と個人との間に中間的権力団体は存在しない（DD:201）。こうした前提が維持される限り、憲法第四十八条の規定は法治国家秩序に適合する制度、すなわち委任独裁としてのみ機能すべきである。

だが、この前提が掘り崩されるならば、法治国家秩序の「全体系は失われる」（DD:201）。すなわち国家内部に強力な団体や階級等の権力集団が再び現れ、同質性を脅かすならば、憲法第四八条の規定は法治国家秩序に適合する制度すなわち委任独裁として運用されるとは限らない。

この点についてシュミットは、『独裁』においてはそれ以上論及しないが、共和国が未曾有の危機に晒された一九二三年を経て、新たな議論を展開する。先に見た、ドイツ国法学者協会大会（一九二四年四月）における彼の研究報告によれば、本来であれば、憲法と主権独裁とは原理的に両立しえないものであり（DD:237）、単に憲法が効力をもったという事情からしても、ライヒ大統領の独裁は必然的に委任独裁である（DD:239）。しかし憲法第四十八条に基づくライヒ大統領の地位は、法的根拠に基礎付けられているわけではないが、実際上、「主権独裁の残滓」（Ebd.）であるかのような印象を与える。というのも、この規定は、ヴァイマル憲法制定当時における未曾有の混乱を背景として起草されたものであるからである。シュミットは、こうした時代状況を背景として、憲法起草者がライヒ大統領に広範な権限と裁量の余地を残そうと意図したことの帰結であるとして、ライヒ大統領の地位のアンビヴァバレンスを分析する（DD:257）。すなわち、国家の統一が脅かされる場合や異常な事態においては、ライヒ大統領の権限が広く解釈され、これに対処する必要があると考えられたのである。そしてシュミットは、第四十八条第五項に予定された施行法が制定されない限り、こうした暫定的状態は継続する（DD:253）と結論付けたのである。

以上に見た通り、シュミットは国家的統一を維持しようとする観点から、憲法第四八条に基づくライヒ大統領の地位を解釈しようと試みた。民主主義に対する彼の理解が変化したことの背景には、民主主義と国家的統一との関係についての解釈が変更されたことに加えて、民主主義体制を選択した共和政ドイツにおいて、共和国を分裂から救い、国家的統一を回復しようとする試みがあったと考えられる。つまり、委任独裁の制度として第四十八条第二項に基づくライヒ大統領の地位を解釈し、この制度を通じて民主主義において国家的統一を保証することが可能であると把握するに至った。この点でシュミットは、委任独裁と民主主義は矛盾しないと考えたのである。

第二節　民主主義における同質性

本節では、議会主義論初版から第二版序文にかけて、シュミットの民主主義論がどのように発展したのかを解明する。議会主義論の初版から第二版にかけて、シュミットの民主主義理解に変遷と発展が見出されるということは、従来殆ど注目されなかった。ただし権左は、第二版序文において、人民の意志が「拍手喝采」により民主的に表現されるという議論が示されたこと、また一九二七年の「政治的なものの概念」を先取りするかのように、治者と被治者の民主的同一性概念が異質なものを排除する「同質性」として、とりわけ「国民的同質性」として解釈換えされたことを指摘した(49)。本節では、こうした指摘を踏まえて、議会主義論初版から第二版にかけて見出される発展を再構成し、その変化が民主主義論に与えた意義を検討する。

（一）同質性概念――議会主義論第二版序文

トーマに対する反批判

議会主義論が再版される際に、シュミットは「議会主義と民主主義の対立について」と副題を付した序文を掲載した。同論文前半では、議会主義論初版に対する法学者リヒャルト・トーマの批評に応答し、議会主義の原理と基礎付けに関する自らの見解を擁護した。一九二〇年代に議会主義制度や民主主義概念をめぐってシュミットとトーマの間で展開された論争の経緯、および両者の思想の比較については、詳細に検討した先行研究がすでに存在する(50)。ここでは、両者の思想的関係について、シュミットの民主主義理解と関連する事柄に限定的して検討する。

トーマは書評論文において、シュミットは「議会主義の精神的基礎を全く時代遅れの思想に求めている」と批判した。

すなわち討論と公開性という、シュミットが議会主義論初版で究明した議会主義の精神的基礎は、議会主義の原理としては「時代遅れの思想」であり、その他様々な論拠により議会主義は基礎付けられていると主張する（LP:5f.）。

こうした批判に対してシュミットは、次のように応答する。トーマは議会主義が基づきうる原理が複数存在することを主張する際に、M.ヴェーバーやH.プロイス、F.ナウマンによる議論を引き合いに出す。しかしこうした説明は、学術的関心に基づいて提起された問題に対して十分に説得的な解答を与えていない。というのも、ヴェーバーを始めとする「君主主義的統治制度に対して挑戦した、ドイツの自由主義者、民主主義者」にとり、議会は「政治指導者を選抜するための手段」、すなわち「政治上のディレッタンティズムを排し、最も有能な人物を政治指導に当たらせるための確実な方法であったに過ぎない」（PL:8）からである。このような「単に実用的、技術的手段」として有用であるという理由は、議会主義制度を支える論拠とはならない。したがってトーマは、議会主義を支える他の説得的な論拠を何一つ示し得ていない（LP:12f.）、とシュミットは結論づける。

大衆民主主義の発展と議会主義の状況

議会主義論初版で論じた通り、討論とは理性的な論拠によって意見の真理性と正当性を競い合うという目的をもつ意見交換である（LP:9）ことをシュミットは確認する。しかし、今日の議会主義を取り巻く状況においては、議員は利己的な利害関心から超越しているとはもはや信じられず、利害に基づく「交渉」や「妥協」が行われている。

こうした現象が大衆民主主義の発展と不可分の関係にあることを、シュミットは次のように説明する。「近代の大衆民主主義の発展は、主張の根拠を闘わせる公開の討論を空虚な形式的儀礼（Formalität）へと変えたため、議会主義の地位は今日、危機的状況にある」（LP:10）。そこでは「諸政党は討論する諸意見をもつものとしてではなく、社会的あ

るいは経済的な権力集団として対立し合い、相互の利害と権力の可能性を考量し、こうした事実的基礎に基づいて妥協し連合を結ぶ」（LP:11）。政党にとり大衆は、より多く獲得すべき対象である。そして、大衆は宣伝装置により獲得されるが、宣伝装置の最大の効力は、「目先の利害と情動に訴えることに基づく」（Ebd.）。

以上からシュミットは、今日の議会では、「真の討論」の特徴である、理性的論拠に基づく自由な公開の意見交換はもはや行われえないと論じる。これに代わり、政党間の交渉、そこでの利益と権力を獲得するための目的意識的考量、また大衆を操作するためのプラカード的で印象的な暗示や「象徴」といった現象が見られるのである。

同質性概念の内実

シュミットは、近代大衆民主主義を構成する異質な諸要素を認識するためには、異なる原理に基づく自由主義と民主主義とが区別されなければならないとする議会主義論初版の主張を繰り返す。そして民主主義の特質について論じられた同論文後半では、「同質性」概念、および「異質なものの排除ないし根絶」が民主主義の本質であると主張される。

「あらゆる現実の民主主義は、平等なものが平等に扱われるというだけではなく、不可避的帰結として、平等ではないものは平等には扱われないということに基づく。したがって必然的に、民主主義の本質は第一に、同質性（Homogenität）、そして第二に、—必要な場合には—異質なものの排除あるいは根絶である」（LP:13f.）。

『政治神学』以来、シュミットは「治者と被治者の同一性」を始めとする「一連の同一性」として民主主義を定義していた。議会主義論初版においては、同一性概念に対する分析を通じて、同一性に達成するための「同一化」の問題、すなわち人民の意志形成の問題こそが、民主主義に内在する本質的な問題であると強調した。それに加えて、議会主義論第二版序文においては、新たに「同質性」という概念が民主主義の本質として導入されるのである。

シュミットが用いた同一性概念は、「治者と被治者の同一性」を始めとして、人民の間の同一性（一致した人民の意志の存在）や、人民と国家の同一性など、様々な次元における同一性を意味した。ここで新たに導入された同質性概念もまた、同一性概念の一つのヴァリエーションとして捉えることができる。だが、ここで敢えて彼が同質性という概念を民主主義の本質として用いたということには、どのような意図ないし含意があるのだろうか。この問題を解明するためには、議会主義論第二版序文における、ルソーの『社会契約論』に対するシュミットの解釈を参照することが有益である。

シュミットによれば、「ルソーが構成した一般意志とは、実際には同質性である」（LP:20）。そして、「これこそが真に徹底した民主主義である。つまり、『社会契約論』によれば、国家はその題目や導入部の契約的構成にもかかわらず、契約に基づくものではなく、本質的には同質性に立脚するものである。この同質性からして、治者と被治者の民主主義的同一性が生ずる」（Ebd.）。彼によれば、ルソー研究自体は進捗しているにもかかわらず、『社会契約論』が自由主義と民主主義という異なる要素を混在させた国家論を提示しているということは知られていない。ルソーの議論における「正面入り口は自由主義的である。すなわち自由契約に基づいて、国家の正当性を根拠付ける。しかし叙述が進み、本質的概念としての一般意志の概念が展開される際に明らかになることは、ルソーによるならば真の国家とは、人民が同質的であり、本質的な点において一致が支配的である場合にのみ存在する、ということである」（LP:19）。

ルソーの『社会契約論』における一般意志は「同質性」に他ならないと言うときに、シュミットが念頭に置いているものは、国家の内部に「人間を分裂させるもの」（Ebd.）が存在しないということである。「人間を分裂させるもの」として、シュミットは具体的に、党派的対立や特殊な利害状況をめぐる対立、宗派的対立を挙げており、こうした対立は国家の内部にあってはならないと主張する（Ebd.）。つまり、「同質性」が意味するものは、政治的見解をめぐる対立や、

階級対立に発展しうるような利害対立や経済的格差、信仰上の不一致と対立が存在しないという状況である。

さらにシュミットは、ルソーの国家においては「財政」すら存在すべきではないということに言及する。彼は、財政とは「奴隷の用いる言語（mot d'esclave）」であるというルソーの記述を引用し、「アルフレート・ヴェーバーやカール・ブリンクマンのような重要な国民経済学者たちによって賛嘆された、近代民主主義の哲学者」であるルソーが、こうしたことを「全く真剣に述べている」ことに注意を促す。シュミットがここで参照指示する『社会契約論』第三編第十五章において、ルソーは周知の通り、一般意志は決して代表されうるものではないことを主張する。ここでルソーは代表制を強く否定し、主権は代表されえず、それゆえに本質的に主権を含む一般意志は代表されえないこと、したがって人民の代議士は一般意志の代表者ではありえないことを強調した。「イギリスの人民は自らを自由だと思っているが、それは大間違いだ。彼らが自由なのは、議員を選挙する間だけのことで、議員が選ばれるやいなや、イギリス人民は奴隷となり、無に帰してしまう」[51]。

ルソーによれば、一般意志は代表されうるという考え方、すなわち公民の集会における「人民の代議士または代表者」が登場する背景には、「祖国愛の減退、私的な利益活動、国家の広大さ、征服、政府の悪弊など」[52]が存在する。祖国愛を減退させ、国家を滅亡の危険に晒す要因として、ルソーは第一に、市民にとっての主要な仕事が公共の職務ではなくなり、「私的な利益活動」へ没入すること、すなわち「商業や工芸に大騒ぎしたり、むやみに利益を欲しがったり、軟弱に「安楽を好んだりすること」を挙げる。そして第二に、市民が国家において果たすべき公共の職務を自分自身で遂行しようとせず、「自分の身体でよりも、自分の財布で奉仕する方を好むようになる」こと、すなわち「身を動かして果たすべき職務を、金銭で代用させる」ことを挙げる。

このような文脈において、ルソーは、「財政」が「奴隷の言葉」であると主張するのである。財政すなわち私的な経

済活動に専ら従事し、公共の事柄に携わらず、自ら公務に奉仕しない者は、公民としての義務を果たさない者、すなわち公共精神を持たない者である。こうした人間は、ルソーの国家においては公民ないし市民に値しない者、すなわち「奴隷」である。職務に「金を出すようになると、まもなく諸君は鎖につながれることになるだろう。財政というこの言葉は、奴隷の言葉であって、都市国家の知らないものである。真に自由な国家では、市民は自分の手ですべてを行い、金銭ずくでは何もしない。自分の義務を免れるために金を払うどころか、金を払ってでも自分の義務を自分で果たそうとするであろう」[53]。

以上のルソーの議論を参照するならば、シュミットの「同質性」とは、人民の間に政治的見解や経済的状況、信仰などの根本的な点で一致が存在すること、そしてこれに加えて、公民として公共の事柄に貢献するという前提が共有されていることを意味していたのである。その上でシュミットは、人民の「同質性」が実現され、人民の間に完全な「一致(Einmütigkeit)」が存在するならば、意見の対立や相違を前提とする社会契約は不要となると論じた。なぜならば、全員が同じことを望むからである。「同質性が同一性にまで高められたならば、全ては自明のこととして理解される」。

同質性概念の内実がこのように明らかになることで、議会主義論第二版序文において、「異質なものの排除ないし根絶」という契機が同質性と並ぶ民主主義の第二の本質として挙げられていることが理解できる。シュミットの論理に従うならば、国家の内部に「人間を分裂させる」ような対立が存在することを許容しないために、画一的な政治的傾向や思想、また平均的な経済的境遇や同一の信仰を持つ人間だけが、そして公共精神を持つ人間だけが、真の市民すなわち公民と見做される。これらの条件に適合しない人間はすべて、公民ないし市民の資格を持たない者であるとされ、国家にとっての「異質な者」、すなわち排除ないし根絶の対象とされるのである。

同質性概念の特徴と民主主義論における位置づけ

この同質性概念について、シュミットはさらに次のように説明する。同質性は「一般意志と同様に、存在するか存在しないかである。しかもアルフレート・ヴェーバーが的確に認めたように、自然に存在するのである」(LP,20)。シュミットによれば、人民の間の同質性はすでに存在するものとして前提されなければならない。すなわち、同質性概念は人民の間に自然に存在するものでなければならず、人為的に作り出されるものではない。そして以上のような特徴をもつ同質性概念こそが、「民主主義的同一性」が立脚する基礎であり、前提であるとして位置付けられるのである。議会主義論文第二版において、民主主義についてのシュミットの新たな主張は、民主主義的同一性はこの同質性に立脚するということである。すでに見たとおり、議会主義論文初版において彼は、同一性概念を独自の仕方で解釈し、同一性は実際には経験的に存在しえないこと、同一性を実現するためには同一化が必要であることを強調していた。議会主義論文第二版を執筆していた時期に、シュミットは、人民の間には自然に、経験的に、こうした同一化を達成するための、一定の同質性が存在する必要がある、と新たに認識したのだと考えられる。

（二）「喝采」概念の重要性――議会主義論第二版序文

同質性概念への言及と同時に、議会主義論第二版序文においてシュミットは、喝采こそが民主主義において本質的な人民の意志形成手段であるとして、その意義を高く評価する。

「人民の意志は、呼び声（Zuruf）を通じて、喝采（acclamatio）を通じて、自明の、反論の余地のないものを通じて、より一層民主主義的に表現されうる。人民の意志はこれにより、半世紀前以来非常に入念かつ綿密に作り出された統計的装置によってよりも、よりよく民主主義的に表現されうる。民主主義的感情の力が強まれば強まるほど、民主主義が

秘密投票の記録システムとは異なるものであるという認識がより一層確実になる。〔中略〕独裁的でカエサル主義的な方法は、人民の喝采によって支持されるだけではなく、民主主義的実質と力の直接的表現でもありうる」（LP:22f）。

こうして彼が民主主義と人民の喝采との関係を積極的に捉えるに至った背景には、ボン大学時代の同僚であった神学者エーリク・ペーターゾンの影響があった。ペーターゾンによる「喝采」概念史研究（『ヘイス・テオス』（一九二〇年に提出された教授資格申請論文であり、一九二六年に出版された[54]）について、シュミットは『人民投票と人民請願』（一九二七年）において言及し、非常に高い評価を与えていた[55]。シュミットの民主主義論における喝采概念の受容、およびペーターゾンからの影響については、次章で詳しく検討する。

第三節　民主主義と政治的統一の関係――「政治的なものの概念」

（一）政治的なものの定義――友と敵の区別

一九二七年に発表した「政治的なものの概念」（初版）において、シュミットは新たな国家観および政治観を提示する。「国家概念は政治的なものの概念を前提とする」（BP:1）という著名な命題で始まるこの論文において、彼は「国家は人民の政治的状態（Status）である」（Ebd.）と規定する。シュミットによれば、「国家はその語義とその現象によるならば人民の特殊な状態である。それ以上のことはさしあたり言えない」（Ebd.）。ただし「人民の状態」という観念のメルクマルは、「政治的なものについてのメルクマルを通じて」その意味が明らかになる（Ebd.）。すなわち「政治的なものの概念規定は、特殊に政治的なカテゴリーを明らかにし、確認することを通じてのみ得ることができる」（BP:3）。シュミットによれば、「政治的なものは、人間の思考と行為に関わる他の相対的に自律的な領域、すなわち道徳的なものや

美学的なもの、経済的なものの領域と並び、固有の領域として自律的である」。それゆえに、政治的なものは、その固有の、相対的に自律的な区別すなわち「特殊な意味において政治的な行為すべてが還元されうるような区別」を持たなければならない（Ebd.）。つまり道徳的なものの領域には善悪の区別があり、美的なものの領域には美醜の区別があり、経済的なものの領域には損得の区別があるように、政治的なものの領域における「特殊な、自律的なそれ自体として容易に理解できる区別」は何か、そして「それはどこに存在するか」という問題が生じる（BP:4）。

この問いに対し、シュミットは続けて次のように答える。「政治的行為と動機が還元されるような、特殊に政治的な区別は、友と敵の区別である」。この「友と敵の区別」こそが政治的なものの領域にとっての自律的な区別であり、相対的に自律的な他の領域（道徳的なものの領域における善悪の区別や、美的なものの領域には美醜の区別等）の対立に対応するものである。そしてシュミットは、友と敵の区別は理論的にも実践的にも存立しうると付言する。「政治的敵は道徳的に悪である必要はなく、また美的に醜くある必要はない。政治的敵は経済的競争相手として現れる必要はなく、政治的敵とともに商売を行うことはもしかすると利益があるようにさえ見えるかもしれない」（Ebd.）。

では、シュミットが考える友と敵の区別の本質とは何か。「政治的敵とは、まさに他者（der Andere）、見知らぬ者（der Fremde）である。政治的敵は特殊に強力な意味において実存的に他なるもの、見知らぬもの（etwas Anderes und Fremdes）であるということ、それゆえに政治的敵は、衝突事例において固有の実存様式の否定を意味し、それゆえ固有かつ独自の生の様式を擁護するために反撃し闘う相手となることが、その本質としては十分である」（Ebd.）。政治的なものは、人間の生のあらゆる自律的領域がそうであるように、その論拠として別の領域に由来する区別を引き合いに出そうとするので、心理的には、敵は容易に悪や醜として扱われる。しかし実際には、特殊な諸対立の自律性は厳然として変わらない。友と敵の特殊な対立は、その他の領域における区別から分離され、自律的なものとして把握され

なければならない（BP:4f.）。すなわち、友と敵の区別は別の諸対立と混同されてはならないのである。

したがって、シュミットによれば、友と敵の概念は何らかの規範的対立や精神的対立ではない。ここで問題となるものは、友と敵という区別の現実および実在する可能性であり、擬制や規範性ではない。それゆえに、友と敵の対立は排すべきものであると考えるかどうか、またこうした思考のうちに未開時代の残滓を見出すか、あるいはこうした区別と対立がいつの日か地上から消え去ることを欲するか、または教育的見地から、そもそももはや敵は存在しないと捏造するのが正しく正当であるか、こういったことは考察に値しない（BP:5）と述べる。

それゆえにシュミットは、敵（Feind）とは、競争相手（Konkurrent）や一般的敵対者（Gegner）ではないと言う。敵とは私的な敵対者(privater Gegner)ではなく、公的な敵(öffentlicher Feind)だけを意味する。というのも、敵とは、「少なくとも場合によっては、すなわち実在する可能性に従って、同様の全体と対立する、闘争する人間全体」だけを意味しており、そのような「人間全体（Gesamtheit von Menschen）、特に人民全体（ganzes Volk）に関係するものは全て、それゆえ公的になるからである」（BP:5f.）。「敵とは hostis であり、広義における inimicus ではない」（BP:6）。シュミットはここで聖書の一節「汝の敵を愛せ」を引き合いに出し、ここでは「政治的敵はなんら問題となっていない」とする。というのも、「政治的意味における敵は個人的に憎まれる必要はなく、彼の敵すなわち敵対者を愛するということは、私的なものの領域において初めて意味を持つのである。〔中略〕それは、人民の敵を愛し、自らの人民に対抗してその敵を支持すべきであると述べているわけでは決してない」（Ebd.）。

そしてシュミットは、「敵の真の概念」には「闘争という実在する不測の事態」、すなわち万一の場合には闘争が生じる可能性があるということが属すると論じる。シュミットによれば、「戦争とは、諸人民間において武器をとって行われる闘争である。武器という概念において本質的なものは、人間による物理的殺害の手段を問題としているということ

である。敵という語とまさしく同様に、ここでは闘争という語はその本来の意味において理解されなければならない。それは議論という「精神的（geistig）」闘争を意味するのでもないし、単に惰性によってなされるとしても、あらゆる人間が最終的に何らかの形で不断に行う象徴的闘争でもない。敵と闘争という諸概念は、それがとりわけ物理的殺害という実在する可能性と関連性をもち、またそれを維持することによって、その真の意味を受け取るのである。戦争は敵対性から帰結する。というのも、この敵対性とは、ある別の存在の否定であるからである。戦争とは敵対性の最も極端な実現に過ぎない。それは日常的なものや規範的なものである必要はなく、理念的なものとしても感じられる必要はないが、しかし敵という概念がその意味をもつ限り、戦争は実在する可能性として現前し続けるに違いない」（Ebd.）。

したがって、シュミットはこの論文において、政治的なものの区別ないし基準としての「友と敵の区別」を諸人民間の問題として、すなわち国際関係の文脈において使用していたのである。ただし、シュミットは政治的なものについてのこうした定義によって、「敵対性の最も極端な実現」としての戦争を肯定しているわけではないということに留意しなければならない。「政治的なものについてここで与えられた定義は、軍事的あるいは帝国主義的でもあるのと同様に、平和主義的でもある。この定義は、戦争を「社会的理想」のように見せかけようとする試みではない。というのも、戦争とは「社会的な」ものでもなければ、「理想的な」ものでもないからである。友と敵との区別はまた、特定の人民が永久に、他の特定の人民の友ないしは敵であり続けなければならないということを意味していない。中立性（Neutralität）もまた、常に可能であることは自明であり、政治的に有意義でありうる」（BP:7）。

しかし他方で、シュミットは次のように述べ、友と敵のグループ化の究極的帰結としての「現実の闘争」、すなわち戦争の可能性は常に意識されなければならないと論じる。「中立性という概念は、あらゆる政治的概念と同様に、常に、友と敵のグループ化という実在する可能性という、この究極的前提の下にあり、地上に中立性だけが存在するとしたら、

それとともに戦争だけではなく、中立性そのものもまた終焉を迎えるであろう。これは戦争という実在する可能性自体が欠落するならば、あらゆる政治が、また戦争を回避するという政策が終焉を迎えるのと同様である」。このときに「基準となるのは常に、こうした究極的事例、すなわち現実の闘争における可能性だけであり、こうした事例が存在するか否かということについての決定である」(Ebd.)。「今日においても未だに戦争は「事態が深刻化した場合（Ernstfall）」である。ここでもまた、まさに例外事例が特に決定的な意味を持つということを言うことができるだろう。というのも、実際の闘争において初めて、友と敵という政治的グループ化の究極的な帰結が示されるからである。こうした極端な可能性から、人間の生は特殊に政治的な緊張を獲得するのである」(Ebd.)。シュミットは以上の議論を次のように約言する。「そのような闘争の可能性がない世界は、友と敵の区別のない世界であり、したがって政治のない世界であろう」(Ebd.)。

（二）政治的統一としての国家観

同論文で示された「人民の政治的状態」ないし「政治的統一」としての国家概念は、上述した政治観に基づいていたのである。シュミットによれば、「政治的統一」とは、「それが例外的事例であろうと、基準となる事例についての決定が常に概念必然的にそれとともになされなければならないという意味において、基準となる統一であり「主権的（souverän）」である」(BP:11)。このように述べる際に、彼が「基準となる統一」ないし「主権的統一」として想定しているものは国家だけである。確かに彼は、宗教団体や、労働組合のような経済的基礎に基づく協会、プロレタリア階級もまた、友と敵を区別する能力をもつ限り、実際に政治的統一として存在しうる（BP:10）ことを認める。しかし国家と並ぶ政治的統一として、他の諸団体の存在を肯定的に捉えているわけではなく、政治的なものの本質である友と敵を区別する能力は国家に帰属すべきであると述べる。「国家は統一であり、しかも基準となる統一であるということは、

国家の政治的性格に基づく」（BP:13）。

ここで彼が批判の対象とするものは、国家の主権的統一および政治的統一を否定し、「個人は多種多様な社会的諸関係の中で生きるということを繰り返し強調する」、ハロルド・ラスキの多元主義的国家論である。シュミットによれば、「統一を否認し、政治結社を他の結社、例えば宗教的結社あるいは経済的結社と並立させる多元的理論は、政治的なものの特殊な内容についての問いに答えを与えることはできない。常に国家や政治、主権や「統治」が話題とされているにもかかわらず、ラスキの多数の著書の中のどこにも、政治的なものについての一定の定義は見出されない。国家は他の諸結社と競合する一つの結社へと変えられてしまう」（Ebd.）。多元的国家論は「あらゆる国家論における中心概念、すなわち政治的なものを無視している。実際には、いかなる政治的「社会（Gesellschaft）」あるいは「結社（Assoziation）」も存在しない。政治的統一、政治共同体（politische Gemeinschaft）だけが存在するのである。友と敵とのグループ化という実在する可能性は、単なる社会的―結社的なものを超えて、特殊な別のもの、通常の結社に対して決定的なものであることの基準となる統一を作り出すためには十分である。統一を欠いているならば、政治的なもの自体もまた欠落しているのである」（Ebd.）。

以上に見た、友と敵の区別という政治的なものの概念の本質、および人民の政治的統一としての国家観は、『憲法論』の議論の基礎となるものである。本論文は主として政治的統一としての諸国家ないし人民間の関係を論じたものであり、一国内の民主主義を対象としたものではない。しかし前年の議会主義論文第二版序文において、民主主義には「異質なものの排除ないし根絶」（LP:14）が不可欠であると述べられていたことを想起するならば、友と敵の区別というここでの議論は、こうした民主主義論と並行して構想されたものであると考えることができる。

（1）これについては、本稿第三章を参照されたい。
（2）『政治神学』と議会主義論の間に、ルソーに由来する人民主権論に対する評価の点で、独裁と民主主義の両立可能性についての見解の点で断絶が存在することを指摘した、権左武志「ワイマール期カール・シュミットの政治思想―近代理解の変遷を中心として」『北大法学論集』、五十四巻六号、北海道大学大学院法学研究科、二〇〇四年、二〇二四―二〇二七頁を参照。
（3）H. Krupa, Carl Schmitt „Theorie des Politischen", *Studien und Bibliographien zur Gegenwartsphilosophie*, Heft 22, 1937.
（4）H. Hofmann, *Legalität gegen Legitimität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin 2002 (4. Aufl.), S.93.
（5）Hofmann, a.a.O., S.92.
（6）Ebd.
（7）R. Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München 2009, S.159.
（8）Mehring, a.a.O., S.158.
（9）Mehring, a.a.O., S.158f.
（10）Mehring, a.a.O., S.159.
（11）Ebd.
（12）Mehring, a.a.O., S.160f.
（13）Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920*, Tübingen 1974.（ヴォルフガング・J・モムゼン『マックス・ヴェーバーとドイツ政治Ⅱ』未来社、一九九四年）
（14）Karl Löwith, "Max Weber und Carl Schmitt", in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27. Juni, 1964.（K. レーヴィット、田中浩・五十嵐一郎訳「マックス・ヴェーバーとカール・シュミット」『政治神学』未来社、一九七一年、一六七―一八八頁。）
Norbert Bolz, „Charisma und Souveränität. Carl Schmitt und Walter Benjamin im Schatten Max Webers", (Hrsg.) Jacob Taubes, *Der Fürst dieser Welt: Carl Schmitt und die Folgen*, München 1983, S. 249-262. G.L. Ulmen, „Politsche Theologie und Politische Ökonomie: Über Carl Schmitt und Max Weber", (Hrsg.) Helmut Quaritsch, *Complexio Oppositrum über Carl Schmitt*, Berlin 1988, S.341-365.（佐野誠訳「政治神学と政治経済学―カール・シュミットとマックス・ヴェーバー」『カー

ル・シュミットの遺産』初宿正典、古賀敬太編訳、風行社、一九九三年、一〇四―一四一頁）G. L. Ulmen, *Politischer Mehrwert. eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim 1991. 佐野誠『ヴェーバーとナチズムの間：近代ドイツの法・国家・宗教』名古屋大学出版会、一九九三年、二〇七頁以下。佐野誠「ヴェーバーとシュミット：学問論の相克」、「ヴェーバーとシュミット：政治論の相克」、『近代啓蒙批判とナチズムの病理：カール・シュミットにおける法・個人・ユダヤ人』創文社、二〇〇三年、四九―一四五頁。Stefan Breuer, *Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik*, Berlin 2012.

(15) Mommsen, a.a.O., S.407.

(16) Mommsen, a.a.O., S.411f.

(17) Johannes Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen 1952, S.59.

(18) この問題については、拙稿「指導者・喝采概念と民主政―ヴェーバーとシュミットの思想史的関係」『政治思想研究』第一八号、風行社、二〇一八年、二三〇―二五九頁を参照されたい。

(19) Mehring, a.a.O., S.158.

(20) H.A. Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Bd.1, *Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik*, München 2000, S.435.（後藤俊明、奥田隆男、中谷毅、野田昌吾訳、『自由と統一への長い道1』昭和堂、二〇〇八年、四三二頁）

(21) 木村靖二「ヴァイマル共和国」成瀬治・山田欣吾・木村靖二編『世界歴史大系：ドイツ史3：一八九〇年～現在』山川出版社、一九九七年、一四七頁。

(22) Winkler, a.a.O., S.435.

(23) Winkler, a.a.O., S.435f.

(24) Winkler, a.a.O., S.439.

(25) Winkler, a.a.O., S.441.

(26) Winkler, a.a.O., S.444f. ヴィンクラーは、逆説的にもヒトラー一揆が共和国の安定化に貢献したと論じる。というのも、これにより、ヒトラーと協力関係のあった州政府大統領カールの信用は失墜し、バイエルンの権威主義的勢力による独裁

計画が頓挫したからである（Winkler, a.a.O., S.445）。

（27）Winkler, a.a.O., S.449.

（28）Winkler, a.a.O., S.442.

（29）Winkler, a.a.O., S.442f.

（30）Winkler, a.a.O., S.449.

（31）Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München 2002, S.186. なお、シュミットが報告者として選出された経緯については、Martin Otto (Hrsg), „Er ist eigenartig, wie unsere Gedanken sich begegnen. Erwin Jakobi und Carl Schmitt im Briefwechsel 1926 bis 1933", in (Hrsg) Carl Schmitt-Gesellschaft, *Schmittiana. Neue Folge. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Band 1, Berlin 2011, S.34ff. それによれば、トリーペルは当初、連邦国家法を第二回大会のテーマとして考えており、K. ペレルス（トリーペルの弟子である国法学者・行政法学者）とE. ヤコービが報告者として想定されていた（Otto, a.a.O., S. 34）。しかし、ペレルスが妻の病気のために急遽出席できなくなったために、トリーペルは大会のテーマを「「危機の年」である一九二三年の事件、特に国法に関わる、ザクセンとテューリンゲンに対するライヒ執行」に変更したという（Otto, a.a.O., S. 34）。そしてこのとき、すでに例外状態研究について業績をもっていたシュミットが報告者に選出されることはほぼ必然的であったという。なお、第一報告のテーマとされた「過去・現在・未来におけるドイツ連邦制（Der deutsche Föderalismus）」についてはG. アンシュッツ、C. ビルフィンガーが報告を行うこととなったが、ここでも一九二三年に関する政治的問題が論じられた。彼らの報告について、シュトライスは次のように評している。アンシュッツは法政策上、ライヒの統一（Einheit）の維持を支持するとともに、バイエルンの分離主義に対する拒絶に賛同し、率直に、かつ婉曲表現をも用いずに「政治的に」論じ、ビルフィンガーも同様に「政治的に」議論した（Stolleis, a.a.O., S.188）。

（32）高田敏、初宿正典編訳『ドイツ憲法集』、信山社、二〇一〇年（第六版）、二二四頁。

（33）*Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten. Referate von Gerhard Anschütz, Karl Bilfinger, Carl Schmitt und Erwin Jacobi. Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Jena am 14. und 15. April 1924*, Heft1: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer, Berlin und Leipzig 1924, S63.

（34）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S64.
（35）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S73.
（36）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S77.
（37）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S81.
（38）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S82.
（39）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S89.
（40）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S38.
（41）Ebd.
（42）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S.104.
（43）Ebd.
（44）報告者を除き、以下の十四人の法学者が討論に参加した。シュティア・ゾムロ、ピロティ、ナヴィアスキー、ヤーゲマン、アペルト、トーマ、トリーペル、フライシュマン、アンシュッツ、ケルロイター、ヘラー、ヴァルデッカー、イエリネク、ビルフィンガー（*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S137.）。
（45）Ebd.
（46）Ebd.
（47）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S.137f.
（48）*Der deutsche Föderalismus*, a.a.O., S.138.
（49）権左、前掲、二〇二七頁、参照。
（50）古賀敬太「リヒャルト・トーマの自由民主主義論」『ヴァイマール自由主義の悲劇―岐路に立つ国法学者たち―』第九章、風行社、一九九六年、特に三五三―三六八頁を参照。長野晃「カール・シュミットの均衡理論：リベラリズムとデモクラシーの分離と結合」、『政治思想研究』第十五号、風行社、二〇一五年、二八九―二九二頁を参照。
（51）Jean-Jaques Rousseau, *Œuvre Complètes*, Sous la direction de Raymond Trousson et Frédéric S. Eigeldinger, V/2, Genève et Paris, 2012, p.566.『社会契約論』桑原武夫、前川貞次郎訳、岩波書店、一九五四年、一三三頁。

（52）Ibid. 邦訳、同頁。
（53）Rousseau, *Ibid.*, p.565.『社会契約論』、一三二頁。
（54）『一つの神、その碑銘研究的・形態史的・宗教史的研究（*Heis Theos : epigraphische, formgeschichtliche und religionsgeschichtliche Untersuchungen*）』は、ペーターゾンが一九二〇年にゲッティンゲン大学に提出した教授資格申請論文であり、一九二六年に『旧約聖書および新約聖書における宗教と文学についての研究』双書の一冊としてゲッティンゲンの出版社 Vandenhoeck & Reprecht から出版されたものである。（Vgl. Barbara Nichtweiß, „ „AKKLAMATION": Zur Entstehung und Bedeutung von „Heis Theos" ", (Hrsg.) Christoph Markschies, Erik Peterson Ausgewählte Schriften ; Bd. 8. *Heis Theos : epigraphische, formgeschichtliche und religionsgeschichtliche Untersuchungen zur antiken "Ein-Gott"-Akklamatio*, Würzberg 2012, S.613f.）
（55）シュミットは次のように述べてペーターゾンの研究を評価した。「根本的な、学問的意義の点でその［神学という］特殊専門の範囲を遥かに超えているエーリク・ペーターゾンの研究［脚注で"Heis Theos"を示す］は、キリスト教一世紀について、喝采（Acclamatio）とその諸形式を記述した」（Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslesung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von unmittelbaren Demokratie*, Berlin 2014 (1. Aufl. 1927), S. 52.）。

第五章　民主主義論の新たな展開（一九二七年）

本章では、『憲法論』公刊の前年に発表された『人民投票と人民請願』（一九二七年）を分析し、民主主義をめぐるシュミットの構想の更なる展開とその起源を解明する。第一に、シュミットが民主主義の根幹を「人民と政務官の対立関係」に見出していたこと、さらにこうした認識を、古代ローマ史を専門とする歴史家テオドア・モムゼンの著書『ローマ国法』から得たことを示す。第二に、民主主義の認識においてシュミットは、モムゼンからの継承と並行して、同時代の

プロテスタント神学者（のちにカトリックに改宗）エーリク・ペーターゾンの研究から学び、民主主義の根本的現象として「喝采」概念を重視するに至ったことを明らかにする。第三に、同書中では「指導者（Führer）」という表現が用いられるのであるが、モムゼンおよびペーターゾンの研究の受容を経て、シュミットが指導者と人民を中心とした民主主義論を構想する過程を再構成する。すなわち民主主義的同質性に基づいて、「人民による指導者への喝采」を民主主義の本質と見做すシュミットの思想がどのようにして形成されたのかを解明することが本章の目的である。

『人民投票と人民請願』成立の背景

本書が公刊される前年の一九二六年、旧王侯財産収用と抵当権の増額評価を要請する運動が起こった。そして当該問題についての国民請願の可否について、ヴァイマル憲法第七三条四項の解釈をめぐる憲法問題が発生した。シュミットは、この条項について自身の解釈を展開するために、一九二六年十二月十一日にベルリンの国法学者協会大会で講演を行った（VV: Vorbemerkung）[1]。この講演内容に加えて、直接民主主義の問題を対象とした論文を第三章として新たに書き下ろし、一書に纏めて公刊したものが『人民投票と人民請願』である（Ebd.）[2]。

本書においてシュミットは、予算や財政に関する「金銭法律（Geldgesetz）」は国民請願の対象とはならないと結論付ける。ただし彼にとり、第七十三条四項の解釈を端緒として発生したこの問題は、単に金銭法律をめぐる人民請願や人民立法の可否を争うに終始するものではなく、根本的には民主主義一般の問題であった。「金銭法律がいかに直接人民立法の手続きから除外されているかという問題は、根本においては直接民主主義一般の限界についての問題と関わる」（VV:48）。

シュミットによれば、「直接民主主義一般の限界についての問題」は大抵の場合、「政治的目的に駆り立てられた利害

関心や不信の念」に基づく非学問的な論及の対象とされるのみであり、十分に論議が尽くされることはなかった。そして「普及している表層的解釈によると、「人民」に全ての可能なことを委ねるのが単純に「民主主義的」であり、「人民」にはそもそも何が可能なのかと問うことすら、「非民主主義的」であると見做される」。しかし「私〔シュミット――引用者〕は、途方もなく重大で決定的な瞬間において恐れを知らない人民ならば、〔全てを成しえ、全てを委ねることが――引用者〕可能であると考える。しかし法律的に規制されるべき日常生活において、この問いを絶対的に肯定することは馬鹿げているだろう。以下にみる通り、「人民」という主体の特性や、事柄の本質、また人民の意志を確定する方法、民主主義の理念的かつ道徳的諸原理から、様々な限界が判明するのである」（Ebd.）。そこでシュミットは、民主主義の限界を次のように画定する。

第一節　民主主義における人民と政務官の対立

（一）民主主義と人民概念

直接民主主義を考察する際に、シュミットが第一に検討しなければならないと捉えた対象は、人民（Volk）概念であった。「「人民」と「民主主義」という根本的問題」は従来、社会学的考察の対象でしかなかったが、政治理論および一般国家学の観点から解明する必要がある（VV: Vorbemerkung）。

とりわけ、民主主義の限界を論じるためには、「「人民」という語の多義性に自覚的である必要がある」（VV:49）。というのも、「人民という一つの名辞によって、法的にも政治的にも社会学的にも多様である「一連の力（Größe）と主体」が表現されうるからである」（Ebd.）。例えば、ヴァイマル憲法前文には「人民は自らにこの憲法を与えた」との文

言が見出されるが、それは「この人民とは憲法制定権力の担い手、制定権力（pouvoir constituant）の主体」を意味する。それゆえこの場合、人民とは「憲法に基づく国家的「機関（Organ）」」ではないし、また「制定された権力（pouvoir constitué）」、「合憲的に予定された形式において特定の権限を行使する人民」ではない。「換言すれば、ライヒ議会あるいはライヒ大統領を選出し、あるいは「人民」投票において積極的に行動する人民とは本質的に異なるものである」。したがって通常、「「人民」とは選挙あるいは投票に参与する者」を意味し、「人民のうちの多数派が大抵の場合決定する」（Ebd.）。

人民投票においては、有権者の過半数が投票に参加しなければならない、と第七五条で規定されているが、投票に参加しない有権者もまた人民を構成するという矛盾を孕んでいる。さらに輪をかけて本来の人民概念に背反するものが、人民請願における人民概念である。「なぜならば、自らの請願を人民請願と見做す少数派は、明らかに、民主主義において通常人民と同一化される多数派とは全く異なる意味において人民であるからである」（VV:50）。

以上に見たように、シュミットは人民概念の多義性を指摘し、そのうちの一つが憲法制定権力の担い手としての人民であると述べる。こうした人民概念の理解は周知の通り、シーエスの制定権力論に由来するが、この点は『人民投票と人民請願』においてはそれ以上論究されないため、これについての詳しい検討は『憲法論』を対象とする次章で行うこととする。

『人民投票と人民請願』における人民概念

では、シュミットは人民概念をどのように理解したのだろうか。同書におけるシュミットの人民の理解は次の通りである。第一に、人民は決して形式化されえない力（Größe）である、ということである。これは例えば、次のように表

現される。「自らの請願を人民請願と称する、有権者の十分の一は、彼らが固定された力として、法律草案の持続した呈示のために組織化されるならば、直ちに人民であることをやめるだろう」(VV:50)。第二に、人民は政務官(Magistrat)の対立物である、ということである。この二つの点は密接に関連するものであり、シュミットの民主主義論を理解する上で不可欠のものである。ただし、第二点目の人民概念の理解は、従来、殆ど注目されていない。(3)

シュミットが本書中で何度も用いるラテン語 magistratus、そしてこれを語源とするドイツ語 Magistratur および Magistrat とは、シュミット自身が言及する通り「ローマ国法における表現」(VV:59)である。ハインリヒ・ゲオルゲスの『ラテン―ドイツ語詳解辞典』によれば、ラテン語 magistratus とは、magister (4)（上役 Vorgesetzter、統轄者 Vorsteher、指導者 Leiter,Anführer、長 Direktor、監督者 Aufseher）の官職、およびその威厳を表す。具体的には、古代ローマにおける官憲的（obrigkeitlich）官職、また官憲的官職の行政を司る者、Magistrat の地位にある人物、官憲的人物、国家官吏を意味した。(5)

『Duden ドイツ語語源学辞典』には、Magistrat は「官憲的官職、上級官吏、官庁、官憲を意味するラテン語 magistratus から一五世紀に学術的に借用された語」であることが記されている。(6) そして、敢えてドイツ語を当てる場合には、「官憲（Obrigkeit）」という語が採用されている。(7) シュミット自身も、注釈の中でグリム編纂のドイツ語辞書を参照指示し、次のように述べる。「グリム辞書における R. マイスナーによる傑出した「人民」についての項目においても、［モムゼンによる古代ローマ国法についての論述におけるものと――引用者］同一の規定を伴うものではないにせよ、人民は官庁に合致して組織された「形式化された」力ではないということ、すなわち「官憲（Obrigkeit）」ではないということ、また、それゆえに同様に、統治する者は人民には属さないということが繰り返し突き止められている」(VV:51. Anm. 40)。

人民は「官庁に合致して組織された「形式化された」力ではなく、「官憲 Obrigkeit」ではない」と記述されていることから、シュミットは Magistrat を「官憲」とほぼ同義として捉えていたと考えられる。一方で、次に見る通り、シュミットが直接民主主義における人民と Magistrat の関係について知見を得る源泉となった、テオドア・モムゼンのローマ国法史研究においては、Magistrat は「官吏（Beamte）」と訳出されている[8]。

従来の研究では、magistratus は「コンスル（統領、執政官）」と訳出されることがしばしばあったが、統領ないし執政官とは、法務官や管理官、財務官、護民官、査定官、独裁官といった、他の官職と並ぶ magistratus のうちの官職の一つである[9]。そこで本稿では、magistratus が上述した通り、「官憲」「官庁」という含意をもつことを踏まえて、「政務官」の訳語を用いる[10]。なお、シュミットは Magistrat と Magistratur とを区別せずに用いているが、モムゼンは Magistrat を統治の権限をもつ人格として、そして Magistratur をその官職として定義していることから、Magistrat を「政務官」、Magistratur を「政務官職」と訳出することとする。

（二）古代ローマの直接民主主義における人民と政務官の対立

シュミットによれば、直接民主主義にとって本質的であるものは、人民と政務官の対立関係である。では、シュミットはこうした認識をどのようにして得たのだろうか。彼は本書の中で、こうした知見の典拠として、著名な歴史学者であるテオドーア・モムゼンの著書『ローマ国法』（特に、第一巻（初版一八七一年）と第三巻第一部（一八八六年））、『ローマ国法綱要』（一八九三年）を指示している（VV:51. Anm. 40）。

『ローマ国法』第一巻第一部では、「政務官職（Magistratur）」という題目が掲げられており、ローマ国法における政務官（Magistratus, Beamte）の概念、およびその職権（imperium, potestas）の内容が詳述され、さらに官吏の権力の

衝突論や合議体の概念が究明される。[11] 以下では、モムゼンの古代ローマ史研究において描出された、人民と政務官との関係を確認する。

人民と政務官の関係（一）：政務官の基準としての人民選挙

モムゼンによれば、政務官職とは「市民や団体の同権の同胞から成る議院において、より高い地位に就き、権力を掌握した者」を意味する具体的な、個々の magister に対する抽象概念である。[12] magister という語はのちに抽象化が施され、「顕職（honor）」へと意味が転換するが、この「「顕職」においても、政務官職においても、人民選挙（Volkswahl）という契機が特殊な基準である」。[13]

モムゼンは、政務官が人民選挙を通じて選出されたという事実は、すでにこれらの語義により示されているという。というのも、本来 magister という語が含意する「権力者（Mächtigere）」とは命令権者を指すのではなく、「同等の権利を持つ同胞の間で、すなわち自由な選挙を通じて権力の座に就いた者」を意味するのであり、また「顕職」という語の根底にも同様の観点が存在するからである。[14] このことはさらに、その言語慣用においても証明される。第一に、政務官職および顕職という表現は、政治的あるいは擬似政治的共同体の統括者については用いられたが、共同体同胞による選挙制度をもたない政体の長、すなわち「王権によって組織された国家の統括者」である王には適用されなかった。第二に、政務官職は、人民投票を原理的に排除する聖職者団体や、統治機構による命令や輪番制を通じて市民が召集されることで構成される公的地位、例えば士官や兵士、陪審員等からは一線を画する存在であると考えられた。そして政務官職および顕職は、「公的役割の質的に規定されうる範疇」を意味する役職ではなく、時代を通じて一貫して同一の意味をもつわけではなかった。[15]

モムゼンによれば、政務官職という概念は、王政期ローマには全く見られない概念であり、また共和政ローマにおいては当初、政務官職は上級官吏(Oberbeamte)だけを指していた。というのも、人民による選挙を通じて選出されたのは、長らく、上級官吏であったからである。実際に、語義の上では政務官と政務官職とは、上級官吏にのみ適用されうる概念であった。しかし、帝政期ローマにおいてはすでに三〇五年頃には、人民投票は財務官職にまで拡張され、それとともに政務官集団が形成された。その後、政務官職という語の適用対象は拡大され、一部の低級の官職を含むその他多数の官職が「共同体により委託された官職」へと包摂され、政務官職へと編入された[16]。

市民と政務官の関係（二）：市民の共同体が主権者である

では、ローマ市民と政務官はどのような関係にあったのだろうか。モムゼンによれば、古代ローマにおいては国家に関する事柄は全て「公共のもの（publicum）」であり、王ないし政務官は「国家的行為の担い手」に過ぎないものと見做された。そしてローマ国法にとり、国家とは王（rex）ではなく、人民（populus）を意味し[17]、人民は「主権的市民（soveräne Bürgerschaft）」であるとされた。

「こうした根本的見解は、王政（Königstum）、共和政（Republik）、元首政（Principat）という偉大な三段階の政治的展開を通じて、一貫して確認される。理想的な共同体主権（Gemeindesouveränität）はローマ国家制度にとり生得的なものであり、失われることのないものなのである」[18]。王政、共和政、元首政という政体の間の本質的相違は、市民と政務官の関係、市民と共同体代理人との関係にある。王政期には、共同体の主権的意志は「王と人民との一致した意志」として表現された。ここでは、王は統治能力を欠く市民に対して同等の権利を有するとされ、その地位は自己自身に基づくと考えられた[19]。

共和政においても、「共同体の意志」は「政務官と市民の共同行為（Zusammenhandeln）」という形式で表現された。ただし、共和政における政務官はその職権を共同体から受け取るものと考えられ、この点が王権との相違であった。したがって政務官職の概念は「すべての政務官は、また唯一政務官は、市民から直接的に委任（Mandat）を受け取る者である」という観念の下に形成された。そして政務官職は市民による「委任」にその基礎をもつことから、「市民と政務官の間の対等な関係は、主人（Herr）と従者（Dienerschaft）の関係へと変化する」[20]ことが帰結する。したがって、共同体の主権が上昇することで、共同体が意志行為を行う際に、政務官職の「共同行為」が廃棄されることはなかったが、政務官の権限に制限を設ける結果となった[21]。

その後、ローマが共和政から元首政に転換したときに、政務官と市民の関係もまた変化する。上述した通り、王政においては王と市民は同等の地位にあり、共和政においては政務官と市民は本来同権をもつとされたが、後に市民の優位が形成される。しかし元首政に移行した後には、反対に、政務官の優位が確立することになる。ここでは上級官吏としての政務官の意志こそが「共同体の意志の正しい表現」として把握されることとなったという。

市民と政務官の関係（三）：市民は行為無能力であり、政務官の存在を前提とする

モムゼンによれば、ローマの国家概念の基礎は、通常一人格に属する「自然的行為能力」を「市民全体」へ、すなわち「人民」へと移行することにあった。つまりローマ国家は、「市民全体へ、すなわち人民へのこの行為能力の理想的な移行」に基づいていた、と説明する。市民一人一人は一人格として、当然、「自然的行為能力」を有する。これに対して「市民全体」すなわち人民は、本来、この「自然的行為能力」をもたない[22]。なぜならば、「行為能力や、意志し、その意志を表明し、また意志する者に立てられた力の限界の範囲内で意志を実現する能力は、当然、物理的な人格に固着するも

のである」からである。[23]

では、どのようにして、本来「自然的行為能力」をもたない市民全体すなわち人民にこの能力を移行することが可能となるのだろうか。モムゼンは、個々の市民の意志を「全体の意志（Gesammtwille）」の下に従属させることによって、これが可能となったのだと説明する。つまり、「全体の意志」の下に、人民を構成する物理的人格としての個々人の意志を従属させ、「全体の意志」に対する個人の自立性を廃棄することで、市民全体すなわち人民が行為能力をもつことができたという。モムゼンによるならば、これこそがローマ国制にとっての国家的共同体の基準であり、元老院等の他の団体から国家を区別する基準であった。

さらに、モムゼンは次のように論述を進める。この「全体の意志は、それ自体としては国法上の擬制（Fiktion）である」。それゆえに「実際に、私法において行為能力をもたない被後見人にとって代理人が必要であるのと同様に、代理（Vertretung）が要請される」[24]。こうして、「全体の意志」を代理する者、すなわち政務官が要請されたのである。

したがって、共同体において「法律的形式において集合した市民」は「民会（comita, Zusammentretung）」と呼称され、政務官とともに国家行為に携わったが、民会が行為するためには必然的に政務官の存在が要請された。「法的規定を通じて、あるいはローマの法学的術語にしたがって、または擬制を通じて、一方では政務官によってその権限の範囲内において行われた事柄が、他方、政務官の権限が及ばないところでは、特定の形式で政務官と市民との間で交わされた取り決めが、国家の行為と見做された」[25]。

市民と政務官の関係（四）：政務官が問いを提起し、市民は回答する

その上でモムゼンは、次のように論じる。「全体の意志」を代理する政務官の存在なしには、市民全体すなわち人民

は行為能力をもたないため、民会すなわち「市民の集会（Bürgerversammlung）の意志能力と行為能力」は政務官に依存していた[26]。「ローマ人の解釈によると、共同体の決定は一面的な行為としては不可能である。政務官職はただ一人、共同体を代理することができ、市民は政務官との協働においてのみ、あるいは、これは次のようにも表現されうるが、国家は政務官を通じてのみ意志し行為しうる。政務官はただ一人、権限をもつか、あるいは共同体の協働の下で権限をもつのである」〔傍点強調は引用者による〕。それゆえに「共同体の決定は、政務官職を前提とする」。

さらにモムゼンは、市民全体の決定は、具体的には、政務官の提起する問いに依存したと述べる[27]。「あらゆる共同体の決定は、また同様に、あらゆる法的に有効な契約は、政務官が集合した市民に対して提起した問いと、市民の回答から構成される[28]」。

その後、手続きと選挙に際しての市民と「政務官の協働」という側面は、「政務官の統率」へと変化していくが、政務官の行動はなおその本来の性格を失わなかった。「つまり市民全体にも個々の市民にもイニシアティヴが全く欠如しているのである。市民には回答することのみが可能である。市民の側から政務官に対して、政務官がある問題を了承するか否かという問いを提示することはできない」〔傍点強調は引用者による〕。

こうした手続きにおいては、市民は事実上、「単純な是か非か（Ja oder Nein）」を回答するか、あるいは特定の人物を指名する以上のことをなしえない。是か非かを問う質問の形式ではなく、「市民が何（was）を望むかを問うことは法的には許容されるが、ただし例外的な場合においてのみ実現可能である[29]」。

（三）シュミットの民主主義論に対するモムゼン『古代ローマ国法』の影響

モムゼンの古代ローマ国法研究がシュミットに与えた影響は、『人民投票と人民請願』において、次の四点に見出さ

れる。第一に、政務官ないしは政務官職にとっては人民投票が本質的基準であり、政務官はその職権を市民全体すなわち人民から受け取る。第二に、共和政においては市民と政務官は協働して行為する。ただし市民およびその共同体が主権者であり、政務官は市民により統治を委任されたがゆえに、市民に対して従属的地位にある。第三に、全体としての市民は行為能力も意志能力ももたないため、共同の決定は政務官の存在を前提とし、第四に、政務官が提起した問いに対して、人民は是か非かを回答することだけが可能である。以下では、モムゼンのローマ国法史研究がシュミットの民主主義論においてどのように継承され、現代民主主義の考察にどのような影響を与えたのかを検討する。

シュミットにおけるモムゼンの継承：人民と政務官の関係規定

先に確認したように、モムゼンは、共和政ローマにおいては全体としての市民は行為能力および意志能力をもたないため、共同体の代理として行為する権限をもつ政務官の存在が必然的に要請されたと論じた。「市民は共同体の代理人である政務官との協働においてのみ意志し行為しうる」、「それゆえ共同体の決定は、政務官職を前提とする」とするモムゼンの記述を受容し、シュミットは次のように述べる。「共和政ローマの国法にとっても、市民は政務官とともにのみ協働で行為することが可能であるという命題は妥当した」（VV:55）。

さらにシュミットは、モムゼンから継承した、こうした人民と政務官の関係についての認識を独自に解釈し、次のように人民と政務官の関係を定式化する。「ここで人民という語に固有の意味は、統治機構（Regierung）に対する対立に、また、あらゆる固定的な、政務官的（magistratisch）な形式に対する対立のうちにある。人民が自ら統治（regieren）すべきであるとする民主主義においても、人民という語のこうした意味は繰り返し、その効果を発揮するはずである。つまり人民とは、いかなる官庁的役割ももたず、統治しない者なのである。ここに、人民と政務官（Magistrat）は相

互に対峙し合っており（einender gegenüberstehen）、人民は本質的には政務官（magistratus）ではないという、ローマ国法における古代の古典的観念が未だに生きた力をもっていることが示されている」（VV:50f. 傍点強調は引用者による）。

このようにシュミットは、人民は行為能力と意志能力をもないがゆえに統治能力をもつ政務官の存在を必要とするというモムゼンの議論を踏まえて、人民は政務官の対立物であるとする議論を展開したのである。

人民の自己支配の不可能性

人民は自ら統治する能力をもたず、それゆえ人民の本質は政務官ではない――こうした受動的存在としての人民理解は、「統治」についてのシュミットの次のような確信により根本的に規定されていたと言える。シュミットは「自治（自己行政 Selbstverwaltung）」と「自己統治（Selbstregierung）」の相違を強調し、後者を「自己自身に対する支配」として理解することは欺瞞であると論じる。

「統治（Regierung）とは、人間に対する人間の政治的支配を意味する。自己統治という概念は、政治においても、国法においても、自己自身に対する支配という道徳的概念と混同されてはならない」（VV:67）。「というのも、一人の人間が道徳的に、「自己自身を支配する」ことが可能であるとしても、二人あるいは複数の人間が「自己自身を支配する」ならば、事情は即座に変化するからである」。後者の場合、「自己自身を支配する」ことは「政治的支配を行使する」ことを意味する。したがって「自己自身に対する複数者の支配とは、一人によるその他の者の支配か、あるいは包括的な、より高次の第三者による支配を意味するのである」（Ebd.）。

政務官が問いを提起し、市民は回答する

シュミットはまた、政務官が問いを提起し、人民は是か非かで答えるというモムゼンの論述を受容する。「人民は問題を自ら定式化することもまたできないし、自ら問いを提起することもできない」（VV:57）。シュミットはこうした人民理解を独自に解釈し、その根本的原因を人民の多様性の中に見出す。

「もしも個々の市民が特定の人物を選出するだけではなく、事実的問題に対して態度を表明すべきであるならば、何千、何百万もの秘密個別投票から、そもそも結果を突き止めるためには、問題は最初に権威的（autoritativ）に定式化されなければならない。こうした［問いの――引用者］定式化がすでに真の人民の意志（Volkswille）を危険に曝し、誤謬へと導くことを意味しうるということ、誰が［問いを――引用者］定式化する権力をもち、結果に決定的な影響を及ぼすのかということは、しばしば言及されてきた。ここでは、秘密個別投票の特性から容易に、直接民主主義の可能性の制約が生じてくるということが重要である。つまり、人民はただ是か非か（Ja oder Nein）を述べうるのであり、しかも個々の有権者に呈示された、正確に定式化された問いについてのみ是か非かを述べることができるのである。そうでなければ、個別投票の数百万もの回答から、全体の結果を読み取ることは全く不可能である」。（VV:55f.）

したがって「今日一般に行われている秘密投票手続きによりもたらされた限界」、「この手続きの本性に適合する不可避的な限界」は「正確に定式化された、単純な問題に対する依存性のうちに存する」（VV:55）ことになると結論付ける。

「多数派がどのような定式化を望んでいるか」ということが秘密投票選挙を通じて初めて確定されるならば、そもそも人民が問題を定式化する能力やイニシアティヴをもつことは不可能である。「多数派は繰り返し、複数の呈示された定式化の中から一つを選び出すことができ、極端な場合には、問いが立てられるべきか否かという問いに対して是と答える。秘密個別投票において意志を表明する人民は、回答することはできるが、質問することはできないのである」

（VV:57）。

さらに「是か非かの明確さだけではなく、その理解可能性や加算可能性でさえ、〔政務官が提起する――引用者〕問いの正確さ（Präzision）にかかっている」。シュミットはドイツ国民を例にとり、次のように具体的に説明する。ドイツ人有権者に対して「平和を望むか否か」という問いを提示した場合、具体的な問題の決定を行うことをせずとも簡単に、ほぼ一致した多数の賛同を得られる。同様に「協調政策を承認するか」と問うた場合にも、圧倒的多数がこれに賛同するかもしれないが、これは結局、ある政党の党首に対して賛意を表明し「喝采」を送ることを意味するに過ぎないという可能性もある。これに対して、「特定の条約を締結すべきか否か」という形式で問いが定式化された場合には、おそらく結果は異なりうる、すなわち不賛成の回答が多数となりうる（VV:56）。このようにして「大抵の場合には数多くの問いの立て方が可能である」が、結局、「人民、すなわち秘密個別投票の際に明らかになる多数派は、常に是か非かを述べうるに過ぎない」（VV:57）。

以上に見たように、人民の政治的決定にとっては政務官の存在が不可欠であるということ、そして人民の政治的決定は政務官が定式化した問いに依存するという認識は、モムゼンのローマ国法史研究に負っていたのである。

現代民主主義に対する意義

シュミットは、こうしたローマ共和政における人民と政務官の対立図式は、近代民主主義の解明にとっても示唆に富むものであると論じる。人民と政務官との「対立（Gegensatz）は、当然、単純には近代民主主義の国法に適用されてはならないものである。しかしこの対置は、その根本的な正しさの点で今日においても未だに顧慮されるべきものであり、以下の論述でよりよい解明のためにしばしば引き合いに出されることになる」（VV:51）。さらに、人民の政治的決

定が政務官の提示した問いに依存する、という「この依存性は、近代民主主義においてはより強烈に際立つはずである」（VV:55）という。

先に見た通り、シュミットはモムゼンの歴史研究を受容し、人民の行う行為や政治的決定には政務官の存在が不可欠であると捉えていた。そして、政務官職を排除した国家組織が可能であるかという問いが「直接民主主義における究極の問い」であると述べ、これに否と答える。シュミットによれば、歴史的に見れば、政務官を排除しようとする試みは、人民自身が政務官となり、それゆえに人民としての属性を失うか、あるいは無国家を理想とするアナーキズムを目指すという結果に至らざるを得なかった。実際に「政治生活を伴う国家」においては、人民に問いを提起する政務官の存在が必然的に要請されるのだと論じる。

こうしてモムゼンから継承された人民理解に基づいて、シュミットは民主主義の本質を上述した人民と政務官の関係に見出した。人民の決定は政務官の存在を前提とし、政務官の提示した問いに依存するという、人民と政務官の対立図式こそが、その後の民主主義論を根本的に規定するものであった。

第二節　民主主義論における喝采概念

（一）民主主義論における喝采概念に対する評価の転換

前章で言及した通り、シュミットは議会主義論第二版序文において、議会主義論初版とは異なり、民主主義における「喝采」の意義を積極的に評価していた。これとほぼ同時期に構想されたと考えられる『人民投票と人民請願』では、次のように民主主義と喝采の関係が捉えられる。

「人民の真の行為、能力、役割や、あらゆる人民的（volkhaft）表現の核心、ルソーもまた真の民主主義として思い描いていた民主主義的な根源的現象は、喝采である。集合した多数者の賛同する叫びや拒否する叫びである。人民は一人の指導者（Führer）に対して喝采する。人々の群衆（ここでは人民と同一である）は、最高軍司令官あるいはインペラトール〔古代ローマの最高軍司令官――引用者〕に喝采する。人民同胞あるいはラント共同体の「観衆（Umstand）」は一つの提案に喝采する（その際に、本来、核心において指導者に喝采するのか、それとも提案の内容に喝采するのかという問いは未解決のままである。）人民は歓声を上げるか打倒を叫び、歓呼するか不平を言う」（VV:51f.）。

このように、「民主主義的な根源的現象」（VL:51）として、シュミットは喝采概念を理解するのである。そして、「喝采についての学問的発見は、直接民主主義あるいは純粋民主主義の手続きを究明するための出発点である」（VL:53）として、喝采概念の学問的意義を認めるのである。

喝采概念を発見した功績ある人物として、シュミットは本書で、ボン大学における同僚の神学者エーリク・ペーターゾンの名を明記している。「根本的な、学問的意義の点でその特殊専門の枠を遥かに超え出ているエーリク・ペーターゾンの研究は、キリスト教一世紀に関して、喝采とその形式について論述した」（VL:52）。

民主主義における喝采の意義は、『憲法論』においても引き続き強調されており、その後もシュミットの喝采概念に対する理解に変更はなかった。しかし『憲法論』では、喝采概念に関する記述においてペーターゾンの名は記されていないため[30]、『人民投票と人民請願』が注目されてはいなかった従来、喝采概念の起源がペーターゾンの神学研究にあることは殆ど知られていなかった。それゆえに、民主主義論における喝采概念がシュミットの独創であるのか、それとも他の思想家からの借用であるのかということは特定されないまま、喝采概念はシュミットの民主主義論を規定する重要な契機と見做されてきた。

H. ホフマンはその古典的研究において、シュミットが用いる喝采概念がペーターゾンの『ヘイス・テオス』に由来するものであることを端的に指摘していた[31]。しかしこの点はその後、詳しい論究の対象とはされず、両者の継承関係は未解明のままであった。したがってペーターゾンの研究に起源をもつ喝采概念がシュミットの民主主義論にとり、どのような意義を具体的にもったのかということは等閑視されていた。そしてシュミット研究においては、ペーターゾンは、晩年のシュミットの著作である『政治神学Ⅱ』（一九七〇年）を論じる文脈において、政治神学をめぐる両者の論争の中で言及されるだけであった[32]。

こうしたシュミット研究の状況に対して、近年ではペーターゾン研究の側から、喝采概念の継承をめぐる両者の関係が指摘されている。本節では、その第一人者であるB. ニヒトヴァイスによる研究を参照し、一九二〇年代におけるシュミットとペーターゾンの個人的関係とペーターゾンによる喝采概念研究の内容を確認する。その上で、ペーターゾンの喝采概念研究の受容を通じて、シュミットの民主主義論はどのように変容したのかを検討する。

（二）ボン大学時代のシュミットとペーターゾン

ペーターゾンの著書『ヘイス・テオス』（一つの神の意）は、正式名称を『一つの神、その碑銘研究的・形態史的・宗教史的研究』とする、一九二〇年にゲッティンゲン大学に提出された教授資格申請論文である。この論文全体が公刊されるまでには六年の歳月を要し[33]、一九二六年に『旧約聖書および新約聖書における宗教と文学についての研究』[34]叢書の一冊としてゲッティンゲンの出版社 Vandenhoeck & Reprecht から出版された[35]。

ペーターゾン研究者であるB. ニヒトヴァイスによると、ペーターゾンがボン大学に招聘された一九二四年の秋学期に両者は初めて直接対面し、それ以来親しい交友関係を育んだ。シュミットは一九二二年にボン大学に赴任し、国法、

行政法、教会法、国際法の講座を担当していた。シュミットと個人的に知り合う以前、ペーターゾンはすでにシュミットの「教会の可視性」（一九一七年）を読了し、感銘を受けていたという。ニヒトヴァイスによれば、神学研究である『ヘイス・テオス』において、敢えて古代の政治体制に論及したのは、シュミットとの「若い友情により駆り立てられた」帰結であった[36]。というのも、ペーターゾンの教授資格申請論文には「礼拝の定式の「法学的基礎」に対する指摘」はそもそも存在せず、これは出版に至るまでの過程において加筆されたものであった。ペーターゾンは、こうした新たな発見について、シュミットに宛てた書簡の中で伝えている（一九二五年三月一七日）[37]。

他方でシュミットの方は「直接的にペーターゾンの研究成果から有益性を引き出した」[38]。シュミットが『ヘイス・テオス』公刊以前に、ペーターゾンの教授資格申請論文の内容を概ね知っていたであろうことは、そもそもシュミットが公刊以前に自身の論文の中で、その教授資格申請論文の内容に言及していることから推測される。さらにシュミットは、L. フォイヒトヴァンガーに宛てた書簡において次のように記している。「彼〔ペーターゾン――引用者〕は今日僅かしか存在しない偉大な学者の一人です。〔……〕二、三ヶ月後にはおそらく、ついに（ヘイス・テオスという定式についての）彼の学位論文が出版されるでしょう」（一九二六年五月十一日）[39]。

（三）ペーターゾン『ヘイス・テオス』における喝采概念

『ヘイス・テオス』は、「喝采というテーマにとって「模範的な、今日まで欠かすことのできない基準的学術書」（R. Meßner）[40]」として、今日においても評価されている。ここでは、ニヒトヴァイスの先行研究に従い、『ヘイス・テオス』執筆の経緯とその内容を概観する。

ペーターゾンが『ヘイス・テオス』へと結実する研究に着手したのは、一九一六年末と推定され、一九二〇年初夏

に脱稿を迎えた[41]。ペーターゾンの学位論文の目的は、元来、キリスト教的一神教の碑文を収集し、解釈することであった[42]。これは教授資格申請論文の第一章に引き継がれるが、こうした碑文の研究のみによっては、一神教の定式（Heis Theos-Formel）の起源と元来の意味を解明することはできなかった。そこでペーターゾンは、文献学研究と宗教史研究に着手する。

ニヒトヴァイスによれば、この著作はペーターゾンにとり「将来の計画のための播種用の耕地であり、ヘイス・テオス（一神教）と他の喝采の形式についてのさらなる証拠の純粋な収集の継続にのみ関するものではなかった[43]」。それにとどまらず、「古代の喝采のもつ構造と位置価値についての認識は、むしろ後世における教会論と政治神学の中心的領域と発展の方向性を体系的に、より深く解明するための手掛かりとなった[44]」という。

先に述べたように、この著作は一九二〇年に財政上の理由から一部が発表され、その後一九二六年に大幅な加筆の上、全体が公刊された[45]。しかし喝采についての定義は、一九二〇年版においてすでに示されていた。この論文の第三章「喝采としての一神教（Heis Theos）」において、ペーターゾンは「喝采とは何か」という問題を解明しようと試み、「喝采」を次のように定義する。

「喝采とは多数の群衆による歓呼であり、それは様々な機会に表明されえた。喝采は、皇帝や高級官吏が姿を現わした際に、彼らを賞賛するために表明された。しかしまた、決定を下すことや特定の要求を押し通すことが必要である場合には、集会や人だかりの中（特に劇場の中や裁判所）においても喝采は表明された。この歓呼は決してどうでもよいものとは見做されず、場合によっては法的意味をもった。それゆえ歓呼が記録されるということは珍しいことではなかった[46]」。

すなわちペーターゾンによれば、喝采とは、端的に言うならば「多数の群衆による歓呼」である。こうした喝采につ

いて、本章冒頭でペーターゾンは『新約聖書』における使徒行録十九章を例にとり説明する。ここでは、エフェソの銀細工師がそこで布教活動を行っていたパウロに対して反感を抱き、引き起こした一連の騒動が物語られる。銀細工師デメテリオは、物神崇拝を否定するパウロの教説を攻撃し、パウロは彼らエフェソ人が崇拝する女神アルテミスとその神殿を侮辱していると演説した。こうしたデメテリオの発言は、群衆の怒りを誘って彼らを扇動することに成功し、群衆は劇場に突入する。第二十八節および第三十四節では群衆が「偉大なるかな、エフェソ人のアルテミス」と叫んだということが記されている。そして、劇場の中で群衆は、一斉に二時間あまり「偉大なるかな、エフェソ人のアルテミス」と叫び続けたと言う[47]。

このようにペーターゾンは、喝采の典型的事例として新約聖書における使徒行録を挙げるが、喝采は元来、キリスト教に由来するものではないと論じる。その起源は、キリスト教以前の時代における東洋の諸国、特にセムないしはイランにあり、国王を賞賛しその統治の継続を願う歓呼として喝采の現象が見出されると言う。国王の戴冠に際して、ペルシアでは喝采が行われ、イスラエルにおいては「国王万歳（Es lebe der König）」や「永遠に（für immerda）」と叫ばれたと言う[48]。

さらにペーターゾンは、古代世界における碑文の解読を通じて、喝采の特徴を次のように記述した。第一に、「喝采を引き起こすもの」は、「奇跡（Wunder）」であった。「自らの目で見た」奇跡は、「感嘆や驚嘆、信仰告白の叫び声（Ausruf）を引き起こす」ものであった[49]。ペーターゾンは、福音書は喝采を引き起こす奇跡に対する感嘆の念を持たないという点で、福音書は「真の喝采」を持たないと言う。「福音書においては、奇跡に対する感嘆と並び、新たな教説（Lehre）に対する感嘆が強く際立っている[50]」。

第二に、喝采の本来の目的は「扇動（Propaganda）」であった。すなわち、奇跡について語る説話（Wundererzählrung）

の中で、「喝采という定式」は「とりわけ扇動という目的に奉仕すべきもの」[51]であると考えられた。「喝采には布教という使命が割当てられていたということを見誤ってはならない」[52]。

（四）シュミット民主主義論にとっての喝采概念の意義

ニヒトヴァイスは、「ペーターゾンの研究からシュミットが導きだした帰結」[53]を次のように説明する。「シュミットはペーターゾンの研究から、「人民」と「喝采」は密接な関係にある力であるという帰結を導きだした」[54]。すなわち『人民投票と人民請願』に見出される記述――「喝采はあらゆる政治社会における永続する現象である。人民のない国家はなく、喝采を欠く人民はない」――は、古代世界における群衆の喝采に関するペーターゾンの研究に由来することを指摘した。さらに、シュミットは「人民、喝采、公共性の相関関係」に対する認識をもペーターゾンの研究から得たと論じる。ニヒトヴァイスによれば、「人民、喝采、公共性の相関関係」は、ペーターゾンにより『ヘイス・テオス』以来論じられた「古代のエクレシア概念の構造」に対応するものである[55]。

こうした理論的継承を経て、シュミットは、人民と喝采の関係を次のように説明する。「人民が未だ存在するところ、人民が観衆として競争路に実際に集合している場合であれ、政治生活の徴候を表している場合であれ、人民が存在するところではどこであれ、人民は喝采を通じてその意志を表明する。実際、そのような喝采を放棄しうるような国家制度は存在しないのである。絶対君主もまた、人垣を成して歓声を上げる彼の人民のうちの多数者を必要とする。喝采とは、あらゆる政治的共同体において永続する現象である〔傍点は引用者による〕」（VV:52）。

さらにシュミットは、喝采は心理的ないし精神的現象ではなく、「政治的な現象、国法学上の現象」であると論じる。「ヘネルによれば、法律は法共同体に参与する者の「承認（Anerkennung）」に基づく。この承認もまた、常に、「人民

が承認するものが法律である」ということを認識し、あるいは表現したものである」。ただし、「こうした解釈における誤謬は、あらゆる法的現象の基礎（私はJ. S. ミルのこの表現を意図的に用いているのであるが）を精神的諸現象（人民の法意識や時代の倫理観など）に見出す、という典型的に自由主義的な心理化である」。こうしてシュミットは、ヘネルの法律解釈における「心理化」を批判するものの、「人民が承認するものが法律である」とする見解については肯定的に捉える。シュミットによれば、「論じる価値があるものは、人民が喝采するものは全て法律である、という命題であろう。というのも、喝采は心理的現象ではなく、政治的な現象、国法上の現象であるからである。」（VV:70f. Anm. 62）。その上でシュミットは、喝采こそが「あらゆる人民にとって最も自然に適った、決して譲渡できない権利」（VV:75）であると述べる。

以上に見たようにシュミットは、ペーターゾンにより再発見された喝采概念の意義を認め、これを民主主義論に適用した。ただし、シュミットによる喝采概念の理解は一面的なものであり、彼によりペーターゾンの研究が不当に利用されたこと、すなわち悪用されたのだということを、ニヒトヴァイスは指摘する。ニヒトヴァイスによれば、ペーターゾン自身にとっての研究の目的は、「ヘレニズムの政治（Polis）構造のルネサンス」をもたらすこと、すなわち「今日の教会理解のために、ヘレニズムの政治構造を再発見し、成果を生み出す」ことであった。しかしシュミットは、ペーターゾンにより「再発見された古代の民主主義の形式」としての喝采を、ペーターゾンとは異なり、「帝国的（imperial）」なものとして理解し、「ヴァイマル共和国の自由主義的、議会主義的民主主義に対抗して、論争的に」使用した。「シュミットにより宣伝された喝采民主主義は、独裁の可能性を完全に含むものである」[56]が、シュミットが用いた喝采概念とペーターゾンの研究成果としての古代の喝采という概念ないし形式は、本質的に異なるものであった。このようにしてニヒトヴァイスは、喝采を中心とした民主主義論の形成に際して、ペーターゾン自身にはいかなる責任もないことを強

調するのである。

第三節　民主主義論の変容――指導者と人民

（一）民主主義における指導者と人民

以上に見たようにシュミットは、人民は政務官の提示した問いに対して是か非かで回答する能力をしか持たない受動的存在であるとする認識をモムゼンから、また喝采は民主的な政治的意志の表明手段として人民の「譲渡できない権利」であるとする認識をペーターゾンから得た。これらの理論的認識を独自に結合させ、シュミットは「指導者」ないしは指導者の提起する「提案の内容」に対する喝采こそが民主主義であると主張する。「人民は一人の指導者に対して喝采する。人々の群衆（ここでは人民と同一である）は、最高軍司令官あるいはインペラトル〔古代ローマの最高軍司令官――引用者〕に喝采する。人民同胞あるいはラント共同体の「観衆」は一つの提案に喝采する（その際に本来、核心において指導者に喝采するのか、ないしは提案の内容に喝采するのかという問題は未だ解明されていない）。人民は歓声を上げるか打倒を叫び、歓呼するか不平を言う〔傍点強調は引用者による〕」（VV:51f）。

そして、民主主義における指導者と人民の関係を次のように説明する。

「民主主義的国法の法学的認識にとり、人民の意志表明についての憲法に適合した特定の手続きは、表明の内容を特定の可能性へと制限するということであることが判明する。直接的に現前する大衆（Masse）として喝采する人民は、いかなる提案についても意見を表明しうる。その際に、人民が学問的・技術的な専門家の役割を演じるなどという思い違いを誰も考えつくことはない。人民は一人の指導者を信任し（vertrauen）、指導者との連帯（Zusammengehörigkeit）

と統一性（Einheit）の政治的意識から、その提案に同意する。人民は政治生活の基準となる担い手として、特殊に政治的なカテゴリーにおいて現れる。そして不撓不屈の政治的本能をもち、友と敵を区別することができる限り、人民の決定は常に正しい。これに対して、秘密投票手続きにおいては、普及した、典型的に自由主義的な誤謬は明白である。個々の有権者は事実的な個別的問題について、事実的・技術的判断を下さねばならず、したがってあらゆる可能な事柄について自立した判断を行うよう教育されなければならない。その結果、全市民は完璧な政治家や英雄的兵士となるだけではなく、普遍的専門家（Universal-Sachverständiger）ともならなければならない。これは民主主義ではないであろうし、理想として論じる価値すらないものであるだろう。他方で、今日において、秘密投票手続きの観点から、何が人民の特殊な可能性であるかという問いが立てられる〔傍点強調は引用者による〕」（VV:54）。

以上に見たように、シュミットは、民主主義においては「人民は一人の指導者に対して喝采する」、そして具体的には「人民は一人の指導者を信任し、指導者との連帯と統一性という政治的意識から、その提案に同意する」と理解していたのである。

（二）「人民の意志と同一化する」少数派による支配の可能性

民主主義とは指導者ないし指導者の提案に対する人民の喝采である、とする上述の認識と共に、決して組織されず、形式化されない、常に「直接性」のうちにある存在としての人民観が示される。シュミットによれば、決して組織されず、形式化されないという人民の特性から、「民主主義の直接性は、直接的であることをやめることなしには組織されない」。全ての権限をもち、意志表明を行う人民が、秘密個別投票の方法にしたがって余すところなく形式化されるとしたら、そうした人民は「人民としては消え失せ、自己自身に対する政務官となる。これは自己における矛盾である。

ここに直接あるいは純粋民主主義の自然な限界が存する」。というのも、「余すところなく形式化された人民」はそれが本来もつところの「力（Größe und Kraft）」を失っているからである。これは「あらゆる人民にとり最も自然に適い、決して譲渡できない権利すら、すなわち喝采すら」人民から取り去ってしまうことを意味する（VV:75）。ただしシュミットは、次のように付言し、人民が制定されたものを超越した力であり続けることを指摘する。「政治的社会的現実において、あらゆる人民は、政治的に実存する限り、その形式的権限が全て膨張しているとしても、本質的には常に、そのような個別投票を超越した力（Größe）として存立し続けるのである」。

そして、こうした人民の特性ゆえにこそ、少数派による支配が民主主義的に正当化されうるのだとシュミットは指摘する。「数の点での少数派もまた人民として振る舞い、世論を支配しうる」（VV:76）可能性が生じる。こうした可能性は、少数派が「政治的に意志を喪失しているか、無関心な多数派に対して、真の政治的意志を有している」ときに生じうる。「まさに法的に組織されていない者が、少数派に対して、自らを直接的に人民であると称し、自らの意志を人民の意志と同一化する（identifizieren）ための優越性と政治的可能性を与えるのである」。歴史的経験に鑑みると、事後的に投票を行うことにより、少数派は「投票において多数派である、意志をもたない大衆」の票を獲得することに成功しうるが、この場合、投票は単なる「形式的儀礼（Formalität）」に過ぎない。「このとき人民とは、矛盾なく人民として振る舞い、したがって具体的には、すなわち政治的社会的現実において誰が人民として行動するのかを決定する者」を意味する。つまり、そのような者であるならば、人民とは「いかなる複数者でもありうる」（Ebd.）。

したがってシュミットは、民主主義における人民の本質的特性から、矛盾なく人民として振る舞うことのできる者、すなわち「自らを直接的に人民であると称し、自らの意志を人民の意志と同一化する」者による支配の可能性が導出されるのだと論じる。そしてこうした支配は、彼らが自らの意志を人民の意志と同一化することに成功する限り、いかな

る複数者によるものであっても、少数派によるものであっても、民主主義的に正統化されうると指摘するのである。これは、人民の意志を究極的根拠とし、人民との同一化を支配の根拠とする、一九二一年の『独裁』以来論じられた主権独裁の論理である。本稿第四章において、シュミットの民主主義論は主権独裁の論理が適用されることで形成されたと論じたが、このことは『人民投票と人民請願』においても継承されていると言える。

（1）Vgl. R. Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München 2009, S.198.

（2）長野晃、「カール・シュミットの均衡理論：リベラリズムとデモクラシーの分離と結合」、『政治思想研究』第十五号、風行社、二〇一五年、二九三―二九八頁を参照。

（3）シュミットの伝記を著したメーリングは、「直接民主主義における人民概念はローマ国法における「人民とMagistrat」の対立へと還元され、喝采概念についてエーリク・ペーターゾンの研究が引用された」ことに言及しているが（Mehring, a.a.O., S.199.）、次に述べるテオドア・モムゼンによるローマ国法研究からの継承関係やこれが民主主義論に与えた意義については十分に論じていない。

（4）なお magistratus の語源であるラテン語 magister は、magister populi というで成句で「独裁者（Dictator）の称号」を意味する（*Oxford Latin Dictionary*, edited by P. G. W. Glare, second edition, volume II. M-Z, Oxford University Press, P. 1168.）。

（5）*Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, Aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten unter Berücksichtigung der besten Hilfsmittel, ausgearbeitet von Karl Ernst Georges, 11. Auflage, Nachdruck der achten verbesserten und vermehrten Auflage von Heinrich Georges, Zweiter Band, Basel, 1962, S.762f.

（6）*Duden. Das Herkunftswörterbuch. Etymologie der deutschen Sprache*, 4. neu bearbeitete Auflage, Herausgegeben von

der Dudenredaktion, Auf der Grundlage der neuen amtlichen Rechtschreibregeln, Duden Band 7, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich S.500.

（7）*Onomasticon Philosophicum, Latinoteutonicum et Teutonicolatinum*, edideruntKen Aso, Masao Kurosaki, Tanehisa Otabe, Shiro Yamauchi. Tokyo 1989, S.216.

（8）Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, erster Band, unveränderter, photomechanischer Nachdruck der dritten Auflage, Basel 1952, S.7.

（9）ローマ共和政の国家制度における政務官の種類とその特徴については、村上淳一、石井紫郎訳、J.ブライケン『ローマの共和政』山川出版社、一九八四年、七七頁以下を参照。

（10）本稿では、J.ブライケン『ローマの共和政』村上淳一・石井紫郎訳（山川出版社、一九八四年）に倣い、magistratusを「政務官」と訳すこととする。

（11）Mommsen, a.a.O., S.7.

（12）Mommsen, a.a.O., S.8.

（13）Ebd.

（14）Ebd.

（15）Mommsen, a.a.O., S.9.

（16）Mommsen, a.a.O., S.9f.

（17）Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, dritter Band, 1. Teil, unveränderter, photomechanischer Nachdruck der dritten Auflage, Basel 1952, S.300.

（18）Ebd.

（19）Ebd.

（20）Mommsen, a.a.O., S.301.

（21）Mommsen, a.a.O., S.302.

（22）Mommsen, a.a.O., S.302.

(23) Theodor Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrecht*, Leipzig 1893, S.81.
(24) Ebd.
(25) Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, dritter Band, 1.Teil, S.302.
(26) Mommsen, aa.O., S.303.
(27) Mommsen, aa.O., S.303.
(28) Ebd.
(29) Mommsen, aa.O., S.304.
(30)『人民投票と人民請願』において直接民主主義を考察する中で引用された他の思想家、すなわち「世論」に関する記述において言及されたヴァルター・リップマン（『幻の公衆』、一九二五年）やローレンス・ローウェル（『世論と人民政府』、一九二一年版）、また前節で検証したテオドア・モムゼン（『ローマ国法』）については、『憲法論』においても著者を明示しつつ論及されていることを考えるならば、これはシュミットにとり異例であると言える。
(31) Hasso Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie , Berlin 1992, S.150.
(32) ペーターゾンは『政治的問題としての一神教』（一九三五年）において、政治神学はユダヤ教や三位一体説を否定する異教の土壌の上でのみ存在可能であり、キリスト教において政治神学は不可能であると主張し、「政治神学は一掃された」としてシュミットの政治神学を批判した。ペーターゾンの没後、シュミットは自らの政治神学に関する理論を擁護するため、すなわちペーターゾンに対する反批判を意図して『政治神学Ⅱ』を執筆する。こうした論争の経緯について、ペーターゾンの「神学とは何か」（一九二五年）、『政治的問題としての一神教』を参照し詳らかにした、佐野誠『ヴェーバーとナチズムの間』、二三三―二四三頁、参照。ただし、ここでは Heis Theos の内容や、喝采概念をめぐるペーターゾンからシュミットへの継承関係については触れられていない。
(33) 財政上の理由から、差し当たり教授資格申請論文の一部が公表され、全体が出版に至るまでには時間がかかった。Vgl. Barbara Nichtweiß, *Erik Peterson. Neue Sicht auf Leben und Werk*, Freiburg, Basel, Wien 1994, S.282.
(34) Erik Peterson, *Heis Theos : epigraphische, formgeschichtliche und religionsgeschichtliche Untersuchungen zur antiken "Ein-Gott"-Akklamation* (Nachdruck der Ausgabe von Erik Peterson 1926 mit Ergänzungen und Kommentaren von

Christoph Markschies, Henrik Hildebrandt, Barbara Nichtweiss u. a.), (Hrsg.) Christoph Markschies, Ausgewählte Schriften, Bd. 8, Würzburg 2012.

（35）Vgl., Nichtweiß, *Erik Peterson. Neue Sicht auf Leben und Werk*, S.282. Vgl. B. Nichtweiß, „ „AKKLAMATION": Zur Entstehung und Bedeutung von „Heis Theos", in: *Erik Peterson Ausgewählte Schriften*, Bd. 8, S.613 f.

（36）Nichtweiß, "Akklamation". Zur Entstehung und Bedeutung von "Heis Theos", S.626.

（37）Nichtweiß, *Erik Peterson. Neue Sicht auf Leben und Werk*, S.283.

（38）Nichtweiß, "Akklamation". Zur Entstehung und Bedeutung von "Heis Theos", S.626.

（39）Nichtweiß, aa.O., S.626. Anm. 62.

（40）Nichtweiß, aa.O., S.609.

（41）Nichtweiß, *Erik Peterson. Neue Sicht auf Leben und Werk*, S.278.

（42）Nichtweiß, aa.O., S.283.

（43）Nichtweiß, "Akklamation". Zur Entstehung und Bedeutungvon "Heis Theos", S.619.

（44）Ebd.

（45）Vgl., Nichtweiß, *Erik Peterson. Neue Sicht auf Leben und Werk*, S.282. Vgl. Nichtweiß, „„Akklamation": Zur Entstehung und Bedeutung von „Heis Theos", S.613 f.

（46）Erik Peterson, *Heis Theos*, S.141. ここでペーターゾンは、投票制度に代替するものとして喝采を位置付けている。「状況によっては、各人が投票するということは、あまりにも時間をとるものであった。そこで、まさにそのために喝采が登場したのであり、それとともに我々のもとでは馴染み深い、票の集計の代替物となったのである」。

（47）『新約聖書』フランシスコ会聖書研究会訳、星共社、一九八〇年、四七六―四七七頁。

（48）Peterson, aa.O., S.142.

（49）Peterson, aa.O., S.213.

（50）Ebd.

（51）Ebd.

（52）Ebd.
（53）Vgl. Nichtweiß, „Akklamation “: Zur Entstehung und Bedeutung von „Heis Theos“, S. 626f.
（54）Ebd.
（55）Nichtweiß, a.a.O., S.627.
（56）Nichtweiß, a.a.O., S.628.

論　説

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（五）

――私法上の問題を中心に――

角本和理

目　次

序章
第一章　日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
　第一節　プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節　プライバシーの権益に関する民法学説
第一款　プライバシー概念不要説
第二款　プライバシー概念肯定説（一元的構成）
第三款　プライバシー概念肯定説（二元的構成）
第四款　プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）
第五款　プライバシーの法的保護の限界
第六款　近時の理論動向
第三節　本章の総括と若干の検討――従来の研究に残された課題
第四節　プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説――次章への橋渡しとして
第二章　実社会のサイバー化とエツィオーニのプライバシー理論
第一節　はじめに
第二節　リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理論
第一款　アメリカにおけるプライバシー法理の展開と課題
第二款　リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理解のあり方
第三款　サイバー時代におけるプライバシー保護
第四款　小括
第三節　サイバーネーションによる侵害の規制
第一款　一次的なライセンスと二次的利活用の規制の逆転関係
第二款　センシティブな情報を発見するためのセンシティブでない情報の利用の禁止
第三款　小括
第四節　人工知能（ＡＩ）の活用・統御の方向性
第一款　ＡＩ後見者
第二款　ＡＩを活用したプライバシー保護・私的選択補佐

（以上、六七巻五号）

（以上、六七巻六号）

（以上、六八巻五号）

第四款　小括

以上、本節では、リベラル・コミュニタリアニズムに基づくプライバシー理論と、サイバー時代におけるその保護基準のあり方について検討してきた。ここでは小括として、エツィオーニの理論について簡単に振り返ることにしたい。

彼の議論のそもそもの出発点は、プライバシーの（アトム的個人主義に基づく）過剰保護を控えて、共通善（国家等の恣意に根差すのではなく、われわれの、という意味での公共の安全、公衆衛生）を達成しつつ、それに伴い生じ得る私的選択の抑圧については可能な限り回避する方途を模索する、というものである。すなわち、個人が適切に識別され、その情報が適切に処理されれば、安全や公衆衛生は劇的に向上し、それに伴い各種経済コストも劇的に削減可能となる、しかしながらそのような情報の利活用は、個人の私的選択を不当に害するものであってはならない、というものである。

そのような問題意識に基づく彼のプライバシーの概念構成は、アメリカの判例の分析に基づくものでありながら、次のように、ある種の社会基底的構成に立っていると評価することができる。

第一に、エツィオーニはプライバシーを、「詮索の免除に関する社会的認可を受けた領域」と定義する。このようなプライバシー観念は、個人がそのことにつき監視されたくないと考えていることを社会が信頼することを根拠としている。また、第二に、彼は私的選択を、「社会の無関心ゆえに生じる個人（あるいは集団）の完全な自由」と捉える。そ

の具体例としては、学校の選択、生殖に関する選択等が挙げられる。

つまり、エツィオーニの枠組みでは、善の重要部分すなわち共有される中心価値については社会が形成し保持するが、善のかなりの部分は個人の私的選択にも委ねるという形をとる。ただしそれは、コミュニティによって十分な透明性が保証される限りにおいて、という限定が付されているのである。

これに対し、（キリスト教右派等の）社会保守主義者は、前者の権能も後者の権能もそれぞれ最小化しようとし、（リバタリアニズムや一部のリベラルが含まれる）自由尊重主義者は、前者のみならず後者をも最大化しようとするため、その概念上の区別は双方にとってあまり意味を持たない。この二つの権益の間のバランスをとるのがリベラル・コミュニタリアニズムであり、そうであるからこそ、この二つの法概念の区別の必要性が生じると、エツィオーニは考えているのである。

この点、エツィオーニの想定する個人像もまた、リベラル・コミュニタリアニズムに基づくものであることは注記されてよい。すなわち、個人主義的な「強い」自己像や消費活動における恣意的な選好の想定は現実的ではなく、個人は社会に構造化され、その様々な選好も何らかの形でコミュニティの共同決定的な影響を受けていることを重視するべきなのである。そのうえ、単にアトム的自己像を否定し、社会化された自己像を肯定するにとどまらず、より積極的に、個人はまさにその社会的であることによってこそ、「自然の」人間性と道徳性の潜在力が高められる存在であると捉えようという意図が、彼の見解には含まれている。このような発想に立つがゆえに、エツィオーニの想定する私的選択は、アトム的個人主義者が想定する自律や自己決定とは、異質なものであることになる。

しかしながら、このようなコミュニティの影響の肯定的評価にも一定の限界がある。そのバランスをはかるのが、（個人の）自律と（コミュニティの）秩序の「逆転共生」という発想である。この共生関係の下では、自律と秩序の結合は、

ある程度まではお互いを高め合うという関係があり、一方の構成物が優勢になると、それに合わせて他方の構成物も強くなるが、そのままどちらか一方が優勢になりすぎると、他方が弱体化し、ついには二つの構成物の働きが反目するように転換するというのである。そのため、エツィオーニはコミュニティによる個人の自律の抑圧を全く問題視しないものでは決してないことにも、留意が必要であろう。

さて、前述のようなエツィオーニのプライバシー理解に対しては、次のような批判がある。すなわち、プライバシーには秘匿情報の開示以上のものが含まれているため、そのような構成は概念として狭すぎるというものである。この批判に応えるためか、近時のエツィオーニのプライバシー理解は、古典的な情報の開示・暴露のみを問題とするものではなくなっている。

このようなエツィオーニの考え方の変化を支えるのは、次のような問題意識である。すなわち、情報の一次的収集から二次的利活用へと着眼点を移行する必要性があること、プライバシー保護における「住宅の特権化」という発想を捨て去る必要性があること、ＩＣＴの活用にまつわる、「公」（国家）と「私」（市場）の領域の曖昧化を踏まえる必要があること、以上の三点である。

第一の必要性の根拠は、情報の二次的利活用の活発化と悪用の可能性の増大により、情報の一次的収集・利用に関する人々の「同意」の意義が低下していることに求められる。第二の必要性の根拠は、「住宅の特権化」は一方で家庭内暴力等、家族の問題を隠蔽し、他方で住宅を持たない者のプライバシーを認めない根拠となってきたため問題があることに加え、新たなＩＣＴは住宅の中であろうと外であろうと関係なく情報を収集するため、問題が一層複雑になっていることに求められる。第三の必要性については、個人に関する情報の多角的な利活用は今や公私の領域を跨ってなされており、公私双方の領域の事情が互いに影響を与えるため、本問題では公私の領域が密接に絡まり事態が複雑化してい

ることから、この二領域の絡み合いに対応するものとしてのコミュニティの役割が重要となると措定されていることに求められる。

以上のような問題意識に支えられる、サイバー時代におけるプライバシーの保護基準は、次のようなものである。ⓐ単に立法や司法に従うのみならず、コミュニティによって共有された社会的価値をも反映すべきである情報の「センシティブさ」、ⓑ情報の単純な「量」と、情報の種類を示す「帯域幅」、二つの要素で計測される収集された情報の「ボリューム」、ⓒ情報の蓄積、突合、分析、流通といった、プログラムによる情報の自動処理の程度を示す「サイバーネーション」、ⓓ情報収集者がシステムのセキュリティ対策をしているかを評価する（サイバーネーションの補足的要素としての）「アカウンタビリティ」、以上の三（プラス一）要素である。

ここで、特にサイバー時代に重要となる要素が、サイバーネーションの規制である。これは、さらに次の四つの規制に分類することができる。第一に、蓄積（保管）の規制である。これは、まず、「情報が蓄積されるか、すぐに消去されるか」の判定をし、もし情報が蓄積されていたら、「情報が保持される時間の長さ」を問題とする。第二に、対照（情報の照らし合わせ、突合）の規制である。これは、リンクされた全てのデータを一つとして扱い、情報の集積に制限を課すものである。第三に、分析の規制である。これは、まず、「分析が少しもなされていないか（未加工のデータの単なる使用なのか）」を判定し、さらに「どれくらいの、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価するものである。最後に、流通の規制である。この「流通」の程度を測る要素は、法律や規制によって制限されている範囲、共有されている情報のボリューム、その情報を共有している機関の数、以上の三つである。

以上のサイバーネーションをいかにして統御するかが、今日ではプライバシー保護にとって重要な課題となっている。そこで、次節では、このサイバーネーションによる侵害の規制について、より詳細に検討していくことにする。

第三節　サイバーネーションによる侵害の規制

本節では、これまで検討してきたプライバシー理解を前提として、その侵害をいかに規制していくか、具体的な保護のあり方を検討していく。

この点、エツィオーニは、現行の対策の多くは「プライバシーの立方体」（センシティブさ、ボリューム、サイバーネーション）の一面しかみていないか、あるいは、サイバーネーションの蓄積か、分析か、流通のうち、一つしかみておらず、サイバープライバシーの体系的な理論を提供していないと批判する(1)。

現代の実情に即した規制において重要だとエツィオーニが主張するのは、以下の方針である。第一に、一次的なライセンスと二次的利活用の規制の逆転関係、第二に、センシティブな情報を発見するためのセンシティブでない情報の利用の禁止、第三に、公私の区別を超える（ために、コミュニティの役割が重要となる）こと、以上の三点である。このうち、第三のものについては第一、第二のもの双方と密接に関わっているため、ここでは前二者を中心に検討しつつ、適宜第三の点についても論ずることにする。

第一款　一次的なライセンスと二次的利活用の規制の逆転関係

一つ目の鍵となる原則は、法制度は個人に関する情報の最初のごく短期間的・瞬間的な収集についてはより寛容に対応しつつ、（a）収集のボリュームをより制限するようにし、（b）サイバーネーションを制限し、統制することで、情報のセンシティブさの水準を一定に保つということである(2)。つまり、一次的なセンシティブさの低い情報の収集、サイ

バーネーションについては、許容範囲をより広く認めるべきであり、処理の結果センシティブさの高くなった情報の扱いについては、より厳格な制限を、両者の中間では、それに対応した中程度の保護を与えるべきなのである。

言い換えるならば、サイバー時代のプライバシー原則は、サイバーネーションを制限するよう効果的に機能している法制度と、規制の枠内で実施される一次的な収集であればより寛容に対応するべきであり、もしそうでないならば、厳格に対処すべきなのである。このことは、さらに、以下のようにもいえる。すなわち、「パーソナルな情報の一次的収集の許可と、二次的利活用のコントロールの厳格さのポジティブな相互連関」である。(3)

この原則を追究するためには、プライバシーの三要素を複合的に検討する必要がある。

一　複合的検討

プライバシー保護のための三要素の複合的検討としては、細かくみれば無限にあり得るともいえるが、おおよその組み合わせとして、エツィオーニは次のようなものを挙げる。(4)

ⓐ低ボリューム、低センシティブさ、低サイバーネーション　（例：道路の料金徴収所）
ⓑ低ないし高ボリューム、低センシティブさ、低サイバーネーション　（例：通話記録の収集）
ⓒ低ボリューム、低センシティブさ、高サイバーネーション　（例：消費財の購入）
ⓓ低ボリューム、高センシティブさ、低サイバーネーション　（例：空港の身体検査）
ⓔ高ボリューム、低センシティブさ、高サイバーネーション　（例：クラウドの情報）
ⓕ高ボリューム、高センシティブさ、低サイバーネーション　（例：健康に関する記録）

ⓖ低ボリューム、高センシティブさ、高サイバーネーション（例：ＣＩＡの工作員名のリーク）
ⓗ高ボリューム、高センシティブさ、高サイバーネーション（例：名簿屋のファイルの売却）

ここでは、これらのうち、以下の四場面について検討する。すなわち、ⓐ低ボリューム、低センシティブさ、サイバーネーション無し、ⓑ高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーション、ⓔ高ボリューム、低センシティブさ、高サイバーネーション、ⓗ高ボリューム、高センシティブさ、サイバーネーションの制限必須、の各場面である。

一―一　低ボリューム、低センシティブさ、サイバーネーション無しの場合

エツィオーニはまず、低ボリューム、低センシティブさ、かつサイバーネーションをしていないパーソナルな情報の収集については、現在の共通善のレベルでは、許容されるべきであると考える。[5] なぜなら、情報の収集によるプライバシーへの危害は少なく、共通善への貢献はしばしば中程度から高いレベルまで認められるからである（ここでいう許容は、法がそれを拒絶する特別な理由がない限り情報の収集を許可すべきだという意味である）。

具体例としては、有料道路の料金徴収所、自動車のナンバープレート、警官の装着用小型カメラ、空港の荷物検査、酒気検査器、一般的な交通取締、ランダムの義務的薬物検査、保健衛生安全調査等が挙げられる。注意すべきは、これらの例のすべてについて、市民派リバタリアン（American Civil Liberties Union, ＡＣＬＵ）は反対しているということである。[6]

しかし、このような状況の多くの事案において、概してサイバーネーションは起こらないことに留意すべきである。なぜなら、以上のような検査は闇業者によって実施されたりすることはなく、情報収集のメカニズムに技術的な制限が

あったり、サイバーネーションをする動機が欠けているからである。これは必ずしも、判事による権限授与がないかぎりサイバーネーションが禁止されているからそうなっているのではない。

ただ、今現在このような情報についてサイバーネーションが行われていないのは、習慣的・経済的動機からであり、もしデータ・ブローカーや報道機関や離婚専門弁護士がこのような情報にアクセスしようとしたら、これらの動機は簡単に逆転してしまう。しかしながら、現在優勢なプライバシー理論に起因する典型的な立法や判決は、このような情報の二次的な利用を防止するすべを含まない。そこで、エツィオーニは、収集された情報は最初の使用の後、あるいは特定の期間の経過後に、ただちに消去する必要があり、その共有は禁止されるべきであることを主張する(7)。

一方で、エツィオーニの理論は、量の少なく帯域幅の狭い情報でありながら、共通善（公共の安全、公衆衛生）に決定的な貢献をもたらす行政的な安全検査の広範な類型を承認する(8)。

例えば、レストランでの保健衛生検査がこの類型に当てはまる。まず、保健衛生検査官によって集められる情報のボリュームは少ない。なぜなら、このような調査は年に数回しかなく、収集する情報も特定のタイプのもののみだからである。次に、そのセンシティブさも低い。実際、その情報の多くはパーソナルなものではないからである。最後に、レストランが食品衛生法を順守している限り、その情報のサイバーネーションも必要ではない。仮に食品衛生法に違反していたとすると、その情報は同じレストランにおける他の保健衛生検査の情報と、経過追跡のためにサイバーネートされはする。しかし、もし公共政策の目的のために情報が保管されるとしても、その識別符号は取り除かれることになる。

この理論的根拠づけは、この種の行政的検査を正当とする裁判所の多数の異なる理由づけよりも、より一貫していて、よりシステマティックで、より主観的でないと、エツィオーニは主張する(9)。

現に、多くの法学者は、特に行政的な検査に関する法体系（jurisprudence）の複雑性について、「支離滅裂」

(incoherent)、「測り知れない」(abysmal)、「内容がない」(devoid of content)、「概念上及び理論上の困惑」(conceptual and doctrinal embarrassment)、「最善の状態でも無秩序」(chaotic at best) 等という表現で、嘆き悲しんでいる。[10]

しかしエツィオーニの観点では、少なくともそこまでの矛盾はきたしていないといえる。

一―二　高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合

エツィオーニは、ある人物に関する、長期間にわたる、帯域幅の広い情報の収集は、その情報のセンシティブさが低く、サイバーネーションの程度が低い、とくに強力なアカウンタビリティの手段がとられている場合には、許容されるべきであるとする。[11] なぜなら、そのようなケースでは、プライバシーの侵害が限定されるからである。

このような場面として具体例を挙げるなら、携帯電話の位置情報の追跡や、ＧＰＳ追跡装置の長期間の使用等が挙げられよう。また、このようなシステムの発展形として考えられるのが、持続的監視システム（Persistent Surveillance System, ＰＳＳ）[12] や、地域警戒システム（Domain Awareness System, ＤＡＳ）[13] である。[14] このようなシステムは、まさにスマートシティ構想の中核をなす技術であるといえる。ここでは、これら二つのシステムとそれに対するエツィオーニの評価を検討していく。

ＰＳＳは、軽飛行機に超高解像度カメラを取り付けて上空から二十五平方マイル（約六十四平方キロメートル）を監視するシステムである。その大きなメリットは、個人を特定するような情報を拾うことがないため、プライバシーを侵害することなく監視活動を行うことができるという点にある。上空からの監視は従来の監視システムとは違い、対象地域のすべての人の動きを追跡することができる一方で、建物の中に入り込むことや個人特定につながる情報収集は行わないため、取締りを強化しつつプライバシー侵害の可能性を少なくできるという。同システムはメリーランド州ボルチ

モア、オハイオ州デイトン、カリフォルニア州コンプトンで試験運用され、コンプトンでは実際にひったくり犯の足取りを追うことに成功している[15]。またこのシステムは、防犯目的の地域監視だけでなく、パイプライン等の重要インフラや被災地の被害状況の確認等への応用も期待されている[16]。

このシステムに関するエツィオーニの検討は以下のようなものである[17]。このテクノロジーによって収集されている情報の量、その帯域幅、サイバーネーションの程度は、料金徴収所や、スピードカメラ等といった、前述のカテゴリーのシステムよりも、重大なまでに高い。しかし、その情報のセンシティブさは、比較的低いといえる。そこで、このような技術を禁止すべきか許容すべきかを区別する主たる変数は、収集それ自体というよりも、むしろサイバーネーションの水準ということになる。

一方のＤＡＳは、監視カメラをネットワーク化させることで、必要な地域の映像を、七千個に及ぶ警察や商業施設の防犯カメラや、パトカーの車載カメラの映像から呼び出すことができるという特徴を持つ[18]。ＤＡＳの詳細な機能は明らかにされていないが、例えば、赤いシャツを着た人間だけを表示するように指示すれば、全ての監視カメラから該当する映像だけを抜き出すこと等が可能であるという[19]。道路上や警察車両に取り付けられたナンバープレート読み取り装置から特定の車両の位置情報を確認することもでき、車両の位置情報は過去数カ月にわたって検索が可能となっている[20]。

また、ＤＡＳは監視カメラや車両の位置情報に加え、ソーシャルメディアにおける発砲を示唆する投稿や過去の犯罪データといった様々な情報までを集約し、その情報を犯罪の種類等で分類したうえで、犯罪捜査の戦略指令室の画面上に映し出して管理できるようにもなっている。さらに、この指令室ではＤＡＳを使い、複数の事件の関連性やギャングの活動に関する調査を行ったり、事件が発生しそうな地域には事前にパトカーを巡回させる等、様々な犯罪の取締りを進めることとなる[21]。

エツィオーニの理論は、この技術に対しても、ＰＳＳのケースと同じ結論に至る。ただ、ＤＡＳとＰＳＳの主たる違いとしては、ＤＡＳのほうが収集された情報の量と帯域幅がかなり大きいということである。そこで、決定的な変数は、情報が不当に共有されたり濫用されたりするサイバーネーションを、アカウンタビリティの手段が適切に制限しているか、ということになる。(22)

まとめると、高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合のうち、収集する情報のセンシティブさが比較的低い場合は、サイバーネーションの程度に着目することになる。かかるサイバーネーションの範囲、性質が限定的である場合は、その利活用は許容されるべきということになる。これに対し、利活用する情報のセンシティブさ、ボリュームの程度が――高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合のなかでも――より高度なシステムを活用する場合は、サイバーネーションを統御するために求められるアカウンタビリティの程度が、より高水準になるということになる。

一―三　高ボリューム、低センシティブさ、高サイバーネーションの場合

またエツィオーニは、裁判所が二次的な使用よりも一次的な収集に焦点を当てていることによって、驚くほど量（quantity）が多く、帯域幅も広い、高度にセンシティブかつ非常にサイバーネートされたパーソナルな情報を、法の執行により収集してしまっていることに留意すべきであるという。(23) そしてそれが、いわゆるドローン(24)の使用が増えていることによって、より複雑な問題となるという。

例えば、現在アメリカでは、各警察機関がドローンの実用化に向けたテストを重ねている状況にある。(25) そして、少しずつではあるものの様々な取り組みが出てきており、二〇一五年五月には湿地帯に逃げ込んだ被疑者を、警察が消防署

から借りたドローンを使って捜索に当たった。[26] また、二〇一五年八月にはノースダコタ州が初めて非致死性の武器であればドローンに搭載することを承認する法案を可決させる等、ドローンを使った犯罪の取締りに向けた動きが進んでいる。[27]

他方で、ドローンは商用利用に関する議論も盛んである。例えば大手インターネットサービス会社アマゾン（Amazon）社は、自社の販売商品の配達を、ドローンを活用して行う計画を発表している。[28] また、GEベンチャーズ（ゼネラル・エレクトリック社が設立したベンチャー・キャピタル）が二〇一四年一一月にドローン技術の開発を手掛ける米Airware社へ出資している。[29] そして翌二〇一五年四月には、同社が開発した最新の商用ドローンの運航管理システム『航空情報プラットフォーム（ＡＩＰ）』の採用を決定し、GEの顧客向けにドローンを利用したソリューションを開発しているという。[30]

このようなドローンの利用について、例えば、ジョーンズ判決の結論を当てはめると、ドローンは大量の情報を収集しているために、少なくとも警察による使用については第四修正にいう捜索を構成しうることになるだろう。

これに対してエツィオーニはさらに、ドローンが収集する情報が、GPSによって提供される情報よりもずっと帯域幅が広いことにも着目する。[31] そのため、彼はドローンのような、収集する情報の量が多く帯域幅もかなりのものになる場合は、たとえそのセンシティブさが低かったとしても、サイバーネーションの程度が制限されている場合にのみ許可されるべきであると主張する。[32]

一―四　高ボリューム、高センシティブさ、サイバーネーションの制限必須の場合

エツィオーニによると、センシティブさの程度が非常に高い場合は、説得力のある共通善（public interest）の要請

がない限り、収集されるべきではない、ということになる。[33] しかしここでもまた、主たる問題は収集それ自体というよりも、サイバーネーションの制限なのである。

例えば、このような情報を抱えているデータベースへの攻撃が非常にまれであり、その侵害によるプライバシーへの実害の発生が限定されているのであれば、センシティブな情報についてかなりの程度収集されていても、アカウンタビリティが強力な場合はその利用は許容されるべきであるということを示している。[34] 一方で、データベースがたびたび攻撃を受け、プライバシーへの実害が発生している場合は、何らかの責任を負うべきであるということになる。[35]

この点、後者のような問題が発生するたびに、このような情報収集を完全に撤廃できないにしても大幅に制限すべきであると主張する者がいる。しかしながら、彼らの主張の根拠づけは、エツィオーニとは異なり、「政府を信頼すべきではない」という感覚が反映されていることがしばしばである。例えば多くの市民派リバタリアンは、仮に現在の政府は信用に値しても、将来の政府はこれらのデータベースを濫用するかもしれないため、このような収集や保管が起きないならば、それが最善であると主張する。[36]

一方で、エツィオーニの依拠するリベラル・コミュニタリアニズムのアプローチは、個人の権利（ここではプライバシー権）と、共通善（ここでは公共の安全、公衆衛生）という二つの核心的価値のバランスをとる。なぜなら、伝染病の発生や他の何らかの脅威に面して共通善へのより高度な要請がある社会は、共通善への要請が低いか、あるいは減らす必要のある社会よりも、個人の自由への介入が多かれ少なかれ許され得るからであるという。[37] しかしながら留意しなければならないのは、個人の権利と共通善の調整に関する分析は、歴史における特定の状況における所与の社会において共通善が必要とする貢献を、具体的に説明することなしには終わらないということである。[38]

例えば現在の例を挙げるならば、アメリカにおいて多くの犯罪が未解決のままであり、ＤＮＡデータベースがそのよ

うな未解決事件の増加を食い止めることに役立つならば、ＤＮＡデータベースは、アカウンタビリィティの手段をとらなければならないとの但し書きを伴いつつも、維持ないし拡張されるべきであると、エツィオーニはいう。(39)

将来の政府にそのような防護措置を取り払われ、データベースの情報を濫用されることに不安を感じる者もいよう。しかしこのような将来の政府による抑圧という問題に取り組む最善の方法は、情報の収集や保管をやめることではなく、市民社会（civil society）や公衆教育（public education）、そして自由結社（voluntary association）の基礎を築くことや、共通善が提供されることを確保することである。(40) なぜなら、民主主義への最大の脅威は、歴史的には、データベースの濫用からではなく、暴力的な犯罪や、内戦、外敵から現行の政府が人々を適切に保護していないとして恐慌状態に陥った人々が、より強力な権威を求めることによって生じているからである。

以上のように、エツィオーニは、情報の利活用とその管理を適切におこなって共通善への貢献を引き出しつつ、公と私と市民社会、これら三つの領域のバランスを保つことで、その濫用を防止することを目論んでいるのである。

また、近時の例として、家庭用ロボットの取り扱いについても議論になり始めている。ライアン・カロ（Ryan Calo）は、（ＡＩ搭載型）ロボットがプライバシーに与える影響を次のように懸念する。(41)

ロボットが家庭内に進出し、（利用者の様々な選好のみならず、表情、仕草、音声、何らかの癖等）心理的な情報を蓄積することで、新種の極めて機微なパーソナル情報を生み出すことになる。しかも、このような情報が高度に処理された場合、プライバシーの侵害の程度は計り知れないものになる。しかしながら、プライバシーの法的保護の限界として、家庭内ロボットは一家の主人によって招待されているがために、パーソナル情報の取扱いについての本人への通知と同意があることになり、プライバシー侵害の主張が封じられることとなるおそれがある。

このような懸念についても、エツィオーニの枠組みによれば、サイバーネーションの統御で対応可能だと考えること

となろう。現に、エツィオーニは近時の論考において、家庭内において子供や高齢者を見守るロボットを活用することそれは自体については、プライバシーに関する懸念はあるものの、積極的な姿勢をみせている。[42]

二　プライバシーの三（プラス一）要素保護の具体的方策

以上、エツィオーニの主張する、プライバシーの三要素の相関的な保護のあり方を検討してきた。ここでは、そのような保護を実効化する、具体的な規制手法に関する議論をみていく。すなわち、情報の最小化、特定期間経過後の情報の消去、デジタル化の禁止、管理システムへの暗号化等の導入、技術の発展による「再調整」、再識別化や非匿名化への対策、以上の各手法である。

二―一　情報の最小化

最小化はボリュームの問題に関する一つの手法である。[43]これはジョーンズ判決とモザイク理論に関するピーター・P・スワイヤー（Peter P. Swire）の論考において主張されたものである。[44]

例えば、ＦＢＩが電話を盗聴する際、令状で許可されたものよりも期間が延長された捜査であっても、捜査に関係のない会話は聞くのをやめたり、調査と関係がないと判明した通信部分を特別に処理して隠したりすれば、私事への侵入の程度が軽減されるとする。

この点、このルールを理論に組み入れるためには、センシティブさの高くない情報については、この手法は必要ではないとするべきであるとエツィオーニは主張する。[45]

二―二　特定期間経過後の情報の消去

次に、特定期間経過後の情報の消去が挙げられる。例としては、監視カメラのデータを、例えば一週間後に消去すること等である。これは、実際は経済的な要請により実施されているのだろうが、法的措置とすることも考えるべきである（例えば、ヨーロッパの「忘れられる権利」が参考になる）と、エツィオーニは主張する(46)。

この点、犯罪やテロリズムの対策のためにも、一定期間データを保管することについて、公共の利益は存在するが、ＤＡＳのような、ビデオの情報をサイバーネーションシステムに統合する状況では、サイバーネーションの程度が高いため、一定期間データを保管することは禁止されるべきであるとする(47)。

一方で、地域の私的な監視カメラについては、文脈に沿った検討が必要である。なぜなら、料金徴収所やスピードカメラ等の情報の帯域幅は非常に狭いが、監視カメラの所有者はその情報を長期間保存し、サイバーネーションシステムに結合することができるからである(48)。

また、個人の携帯電話の位置情報等の扱いについても、車が入れない場所や、監視カメラが追えない場所にまで入りうるため、センシティブな位置情報等を含んだり、かなりの量になりうる。よって、これも文脈に沿った検討が必要となる(49)。

最後に、以上の対応策については、技術の発展に合わせた定期的なアップデートが必要であるという。

二―三　デジタル化の禁止

デジタル化の禁止（例えば、紙媒体の使用の義務化）も、今日においては、逆に重要となってくる対策の一つであろう。例えば、アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局（Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives, ＡＴＦ）

が人々の背景情報のチェックのために色々な情報を収集する際に、火器に関する情報を電子化することを、議会が防止している。また、インサイダー取引禁止に関するＳＴＯＣＫ法で規定される、二万八千名の行政部門の職員が自身の財産状況に関する情報開示を「オンラインで調査可能で、蓄積可能で、ダウンロード可能な状態で入力しなければならない」とする義務を免責するために、二〇一三年に改正がなされている。

この点、後者の例が示しているように、現在機能している全てのプライバシー法案が妥当であるというわけではなく、そのうちのいくつかは効果を高めるよりも規模を縮小することが最善の策であることもありうることに留意が必要であると、エツィオーニはいう[50]。

また、逮捕歴のサイバーネーションについても、重要な問題となる。

逮捕歴は、センシティブな情報とみなされるべきである一方、共通善との兼ね合いから、実際はそうではない要素も強い。例えば、性犯罪の前科等が、その典型として挙げられよう[51]。

この点、この記録は、逮捕後無罪で釈放された人々にとっては、紙媒体の状態であればその評価へのダメージは限られている。しかし、サイバーネーションを行うとなると、より重大な問題となる。そのため、ここでは、少なくとも結果的には無罪となった人の逮捕歴については、一定期間の後に、警察の職員に限って使用可能となるとするべきであるとエツィオーニは主張する[52]。つまり、インターネット上の関連情報についても、ある程度対応する必要があることになる。

二―四　管理システムへの暗号化等の導入

管理システムへの暗号化、監査証跡（audit trail 情報システムの処理内容やプロセスを追跡するために、時系列に沿って保存された記録）の導入も重要な手段である。

クラウドを含む多くのコンピュータシステムにはそのデータを暗号化し、監査証跡を導入しているものもある。しかしながら、必ずしも現にあるすべてのシステムが、このような対策を十全にとっているわけではないだろう。そこで、サイバー時代のプライバシー理論においては、センシティブな情報を扱う全てのデータ・バンクがデータを暗号化し、少なくとも、初歩的な監査証跡を導入すべきであるとエツィオーニは主張する。(53)

二―五　技術の発展による「再調整」

科学技術の発展は、本質的ではないが非常にセンシティブな情報を遮蔽して、知る必要のある情報を集めるための再調整（recalibrate）を可能にする。

例えば、警察は有罪となった犯罪者や逮捕された個人からＤＮＡサンプルを採取するとき、ＦＢＩの分析官が、ＤＮＡのプロファイルをいわゆる「ジャンクＤＮＡ」(54)を使って作成する。

なぜなら、これは、何らかの既知の肉体的あるいは医療上の特徴ではないため、理論的には私事への侵入の度合いが非常に低いからである。

また、「遺伝指紋」(55)を国家機関のデータベースに保存することは、センシティブさの程度の高い医療情報や生物学的情報を明らかにする血液サンプルから得られるデータよりも、私事への侵入の度合いが低いと、エツィオーニは評価する。(56)

また、二〇一三年、運輸保安庁（Transportation Security Administration, ＴＳＡ）が、空港での所持物検査のときに、ほぼヌードの状態が明らかになってしまうスキャナーを使うのをやめ、アニメ調のイメージを表示するスキャナーに変更したことも、重要な例である。(57)しかしながら、このスキャナーは隠匿物についてはしっかりと発見することができる

性能を有している。この点、これは情報の容量ではなく、センシティブさの低下を狙ったものであると、エツィオーニは指摘する。[58]

二―六　再識別化や非匿名化への対策

一方で、処理が施されたデータはしばしば再識別化（re-identified）や非匿名化（de-anonymized）されうるという重大な問題がある。

例えば、二〇〇六年、ＡＯＬが個人の識別子を取り除いたとする六十万人以上の人々に関する調査記録を公表した。これに対し、ニューヨーク・タイムズの調査によると、名前や顔を含めた私事の情報がその匿名とされるデータから収集されうることが示された。

しかしこのようなリスクは、統計学的手法の発展により軽減することができることをエツィオーニは強調する。[59]そのような手法として、彼は、「差分プライバシー」（Differential Privacy）を挙げる。

これは、巨大なデータベースの管理者が、そのサンプルを構成する回答者のプライバシーを暴くことなく、社会的に有用なデータの分析結果を公開することを可能とする手法である。[60]ここからわかることは、エツィオーニは、技術の発展によって新たに生ずるプライバシーに対する危険性を、サイバーセキュリティに関する技術の更なる発展によって克服していくことを志向しているということである。

三　小括

以上のように、エツィオーニは、サイバー時代におけるプライバシー保護の方向性について、サイバーネーションを

基軸としつつ、センシティブさやボリュームという要素との相関的な判断が求められると主張する。そこでは、情報の一次的な収集それ自体の不当性というよりもむしろ、収集された情報のその後の取扱い（不等なサイバーネーションがなされていないか、適正なアカウンタビリティが施されているか）が重要なメルクマールとなっている。このように、エツィオーニは、技術の発展によって新たに生ずるプライバシーに対する危険性を、サイバーセキュリティに関する技術の更なる発展によって克服していくことを志向しているといえる。この点、今日では、この二次的な情報処理（サイバーネーション）を行うシステムがＡＩ技術の発達によって一層高度化しており、これをいかにして統御するかということが喫緊の課題になっている。この点に関するエツィオーニの議論は、第四節にて検討する。

（1）Amitai Etzioni, Privacy In A Cyber Age: Policy And Practice (Palgrave Macmillan, 2015), at 14.
（2）Ibid.
（3）Ibid.
（4）Id. at 37.
（5）Id. at 36.
（6）for example, ACLU Illinois, *CPD Traffic Stops and Resulting Searches in 2013*, (Dec. 26 2014) https://www.aclu-il.org/en/publications/cpd-traffic-stops-and-resulting-searches-2013 (last visited Dec. 9, 2015).
（7）Etzioni, supra note 1, at 36.
（8）Id. at 42.
（9）Ibid.
（10）Eve Brensike Primus, *Disentangling Administrative Searches*, 111 Col. L. Rev. 254, 257; Russell L. Weaver,

Administrative Searches, Technology and Personal Privacy, 22:2 The William & Mary Bill Of Rights J. 571 (2013).

（11）Etzioni, supra note 1, at 42.

（12）ＰＳＳは、パーシステント・サーベイランス・システム（Persistent Surveillance System）社が開発を手掛ける、いわばグーグルマップの衛星写真のようなシステムであるが、大きな違いはリアルタイムで対象地域を観察することができるという点にあり、一秒ごとに録画された映像を確認することで人や自動車の細かい追跡が可能となっている。上空を飛行している軽飛行機からの撮影であるが、人工衛星からの画像のように座標を固定することができ、最大六時間にわたって同じ地域を監視し続けるシステムになっている。

（13）ＤＡＳは、二〇一二年にニューヨーク市警察がマイクロソフト社と共同で開発した、犯罪取締りのために必要な機能を提供する包括的なシステムである。

（14）これらのシステムを紹介するものとして、例えば、八山幸司「米国における防犯・治安とＩＴに関する取組みの現状」ニューヨークだより二〇一五年一一月号（情報処理推進機構）〈http://www.ipa.go.jp/files/000049472.pdf〉（最終アクセス二〇一五年一二月九日）等。

（15）Kelsey Campbell-Dollaghan, *Police Are Testing a "Live Google Earth" To Watch Crime as It Happens* (Apr. 14, 2014), http://gizmodo.com/police-are-testing-a-live-google-earth-to-watch-crime-1563010340 (last visited Dec. 9, 2015).

（16）Persistent Surveillance Systems, *Application*, http://www.pss-1.com/#hawkeye-ii-applications/c1i6o (last visited Dec. 9, 2015).

（17）Etzioni, supra note 1, at 43.

（18）Greg B. Smith, *Behind the Smoking Guns: Inside NYPD's 21st Century Arsenal*, http://creative.nydailynews.com/smokingguns (last visited Dec. 9, 2015).

（19）Len Levitt, *Thee Rant Turns Ugly* (Mar. 11, 2012), http://www.huffingtonpost.com/len-levitt/thee-rant-turns-ugly_b_1852092.html (last visited Dec. 9, 2015).

（20）The Official Website of the City of New York, *For Immediate Release Pr-291-12* (Aug. 8, 2012), http://www.nyc.gov/portal/site/nycgov/menuitem.c0935b9a57bb4ef3daf2f1c701c789a0/index.jsp?pageID=mayor_press_

release&catID=1194&doc_name=http://www.nyc.gov/html/om/html/2012b/pr291-12.html&cc=unused1978&rc=1194&ndi=1 (last visited Dec. 9, 2015).

(21) Smith, supra note 18.

(22) Etzioni, supra note 1, at 44.

(23) Id. at 44-45.

(24) ドローンとは、人が搭乗していない、無人での飛行が可能な航空機のことを指す。無人航空機（Unmanned aerial vehicle）ともいう。ドローンには全幅二〇メートルを越える大型から手の上に乗る小型までの様々な大きさのものが存在し、軍用・民間用いずれも実用化されているが、ここでは主に小型の、カメラを搭載したタイプを指すといえる。

(25) Alison Vekshin, *Police Drones Aimed at Berkeley's Skies Rankle Privacy Activists* (Jan. 13, 2015), http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-01-13/police-drones-aimed-at-berkeley-s-skies-rankle-privacy-activists (last visited Dec. 9, 2015).

(26) Rich Kremer, *From Law Enforcement to Farming, Drones Are Becoming an Increasingly Popular Tool: Unmanned Aerial Vehicles Have Also Raised Questions of Privacy* (Jul. 28, 2015), http://www.wpr.org/law-enforcement-farming-drones-are-becoming-increasingly-popular-tool (last visited Dec. 9, 2015).

(27) Andrew Tarantola, *North Dakota cops will be first in nation to use weaponized drones* (Aug. 27, 2015), http://www.engadget.com/2015/08/27/north-dakota-cops-will-be-first-in-nation-to-use-weaponized-dron/ (last visited Dec. 9, 2015).

(28) Amazon, *amazon prime air*, http://www.amazon.com/b?node=8037720011 (last visited Dec. 10, 2015).

(29) GE Ventures, *Hardware, Software and Cloud Services for Commercial Drones*, https://www.geventures.com/portfolio/companies/airware (last visited Dec. 10, 2015).

(30) GE Reports Japan「目が離せないドローン、ビジネスへの活用」（二〇一五年三月一三日）〈http://gereports.jp/post/118853385384/drone-brain-maker-airware〉（最終アクセス日二〇一五年一一月一〇日）。

(31) Etzioni, supra note 1, at 45.

(32) Ibid.

(33) Id. at 46.
(34) Ibid.
(35) Ibid.
(36) for example, ACLU, *U.S. Government Watchlisting: Unfair Process and Devastating Consequences*, (Mar. 2014) https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/watchlist_briefing_paper_v3.pdf (last visited Dec. 9, 2015).
(37) このようなエツィオーニの思考法を、ソロブは「振り子論」(the pendulum argument) と名付け、批判的に検討している。有事における権利の縮小は立憲民主主義を脅かさない、なぜなら安全が復活すれば安全保障対策は徐々にもとに戻すことができると考えているエツィオーニの考え方は、真実とは真逆であるとソロブは痛烈に批判するのである。なぜなら、ソロブの考えでは、有事こそプライバシーと自由を守らなければならないからである。これに対し、振り子論は、単に権利と市民的自由の犠牲が必要であるという誤った前提に立っているという理由で不適切であるにとどまらず、なぜ権利や市民的自由が重要かという点を看過している点においても妥当ではない。自由の保護はそれが最も危殆化されるときである有事において最も重要なのであるという。See, Daniel J. Solove, Nothing To Hide (Yale University Press, 2011), Chapter 6. 邦訳として、ダニエル・J・ソロブ（著）、大島義則、松尾剛行、成原慧、尾赤坂亮太（訳）『プライバシーなんていらない？　情報社会における自由と安全』（勁草書房、二〇一七）六一頁以下。
　ソロブのこの批判は、エツィオーニの見解を相対化する重要なものであるが、しかし、この論考におけるソロブの主張は、基本的には戦争やテロリズム対策の文脈でのもののようである。この点、本稿では、戦争やテロリズム対策としての「公共の安全」は、議論の対象からひとまず措いていることは、前述したところである。
(38) Etzioni, supra note 1, at 46.
(39) Id. at 47.
(40) Ibid.
(41) Ryan Calo, *Robots and Privacy*, in Robot Ethics: The Ethical And Social Implications Of Robotics (Patrick Lin, George Bekey, & Keith Abney eds. MIT Press, 2011) pp.187-202. 本稿を検討する邦語文献として、石井夏生利「伝統的プライバシー理論へのインパクト」福田雅樹・林秀弥・成原慧（編著）『AIがつなげる社会　AIネットワーク時代の法・

政策』（弘文堂、二〇一七）一九四頁以下。

(42) Amitai Etzioni (with Oren Etzioni), *Robotic Care of Children, the Elderly, and the Sick*, in Happiness Is The Wrong Metric: A Libelal Communtarian Response To Populism (Springer, 2018), pp.265-277.

(43) Etzioni, supra note 1, at 16.

(44) Peter P. Swire, *A Reasonable Approach to Searches after Jones GPS Tracking Case*, 64 Stanford L. Rev. Online 57 (2012).

(45) Etzioni, supra note 1, at 16.

(46) Id. at 16-17. この点、エツィオーニは「忘れられる権利」の権能を無制限に認めるわけでは必ずしもない。See, Amitai Etzioni, *The right to be forgotten*, in Happiness Is The Wrong Metric: A Libelal Communtarian Response To Populism (Springer, 2018), pp.161-172.

(47) Etzioni, supra note 1, at 17.

(48) Ibid.

(49) Ibid.

(50) Ibid.

(51) この点に関するエツィオーニの検討として、以下の論考がある。Amitai Etzioni, *Sex Offenders' Privacy Versus Children's Safety*, in The Limits Of Privacy (Basic Books, 1999), pp. 43-74.

(52) Etzioni, supra note 1, at 17.

(53) Id. at 17-18.

(54) 染色体あるいはゲノム上の機能が特定されていないようなＤＮＡの領域のこと。

(55) 染色体に存在する繰返しの塩基配列が家族について特徴のある型を示すことに基づいて、ＤＮＡを制限酵素で切断し、分離後、繰返し配列を検出するプローブでそのパターンを調べるために採取する情報。

(56) Etzioni, supra note 1, at 18.

(57) このような技術の重要性については、他にも、アン・カブキアンも強調している。同（著）、一般財団法人日本情報経済

推進協会（編）『プライバシー・バイ・デザイン』（日経BP社、二〇一二）一二八―一二九頁。

(58) Ibid.

(59) Ibid.

(60) Cynthia Dwork, *Differential Privacy: A Survey of Results*, in M. Agrawal Et Al., Eds, 4978 Tamc, Lncs 1-19 (2008). この点に関する解説を行う日本の文献として、例えば、佐久間淳『データ解析におけるプライバシー保護』（講談社、二〇一六）。

第二款　センシティブな情報を発見するためのセンシティブでない情報の利用の禁止

以上、第一款では、「一次的なライセンスと二次的利活用の規制の逆転関係」に関するエツィオーニの主張について検討してきた。これに加えて、もう一つの鍵となる原則は、「センシティブな情報の発見につながるセンシティブでない情報の利用（たとえば、日常的な消費財の購入情報を使って健康状態を特定すること）の禁止」である。この方針が重要となる理由は、このような行為はセンシティブな情報を集めていないにもかかわらず――つまり、その権限がないのにもかかわらず――センシティブな情報を集めて、それを使っているのと同じ結果を生み出すからである。そのうえ、最近ではこのような民間の事業者による行為はより一般的になっているため、対応が急がれる(61)。

本款では、この方針について、より詳細に検討していく。

一　情報の利活用と差別的取扱い、行為の萎縮効果

前述のように、消費者の行動に関する情報を集めている企業には、二種類ある。

一つめの企業群は単に、彼らのサイトを訪れるユーザの行動をビジネスの一環として追跡するものである。二つめの企業群（プライバシー商）は、インターネットユーザの投影を作成し、彼らに関する詳細な情報のファイルを保持することを主としたビジネスをするものである。

この点、アメリカのプライバシー商は、議会や州の法律によって、特に医療や金融に関する情報を自由に取引できないよう制限されている。しかしながら、そのような規制では、情報が代替可能なものである事実にはあまり注意が向けられていないことを、エツィオーニは指摘する。エツィオーニいわく、「プライバシー侵害三角分析」（privacy violation triangulation, 以下ＰＶＴ）とも呼ぶべき方法によって、現状では法で守られていない情報から個人の医療や金融等プライバシーとして守られる情報の多くを引き出すことができるのである。(62)

このＰＶＴによって、一見問題のない（benign）情報――例えば、何日間仕事を休んでいるか、とか、カツラを買ったかどうか、といった情報――から、ある者の健康状態に関する一定の情報が明らかとなる。情報技術の発展によって、このような一見したところ無害の事実からポートフォリオを構築することで、個人の最もセンシティブな情報をとりまくプライバシーの領域を効果的に侵害する、重大な推測をすることができる。しかしながら、現状では医療記録のプライバシーは法によって保護されているものの、医療サイトを訪れた記録や、グループチャットでの「自分は病気みたいだ」といった会話は同等の保護を受けていないのである。(63)

このような問題の実例としては、例えば、データ・ブローカーであるアクシオム（Acxiom）社が提供するインフォベース・エスニシティ・システム（InfoBase Ethnicity System）と呼ばれるＰＶＴサービスが挙げられる。このシステムは、ある人の名前を住宅や教育や収入に関する情報と照合させることで、個人やグループの公けになっていない民族的背景を特定するものである。(64)

また、トム・オワド（Tom Owad）というコンピュータ・コンサルタントが、アマゾンで公開されているウィッシュリスト（ユーザがサイト上において自分で作る、買い物予定表のようなもの）を利用して人々の本の趣味（ないし思想傾向）と地図情報を結合した事案も話題になった。彼は自分で作ったプログラムを利用して一日で二十五万以上のウィッシュリストをダウンロードし、さらにYahoo People Searchを使ってウィッシュリストの作り主の住所や電話番号を明らかにし、ある特定の本やテーマに関心を有する人びとの位置を記した地図をつくりあげたのだった。

さらに例を挙げれば、フェイスブックのプロフィールに自身の選好に関する単純な情報を記す人の多くは、それによって彼らの性格の特徴があたかも性格診断テストを受けたかのように九〇％の正確さで推測されるうることに気づいていないだろうことも指摘できる[65]。ちなみに、このフェイスブックは近時、同社サービスによる個人データの収集・利用（特にデータ売却先のケンブリッジ・アナリティカ社が行ったとされるユーザに対する心理操作）によって、二〇一六年の米大統領選や英国の欧州連合（EU）脱退に関する国民投票の結果に影響を及ぼしたのではないかという議論を巻き起こしている[66]。

このように、仮にセンシティブな情報が法的に保護されていたとしても、センシティブでない情報――つまり、法的に保護されていない情報が集積されると、センシティブな情報を明らかにすることもあり、それがときに悪用されることもあることを、エツィオーニは指摘する[67]。

そしてその結果、「ウェブ・ライニング」（Weblining）が起きると、彼は注意を喚起する[68]。これは、オフラインにおける差別的慣習である「赤線引き」（Redlining）[69]のオンライン版である。事実上あまりセンシティブでないと思われる情報（消費者の選択）にオンラインで簡単にアクセスできることは、この種の慣習を能率化することに繋がってしまう。

この点、民間部門はこの手の情報を単に商業的な目的にのみ利用する一方、政府は人々を投獄したり、自由な言論を

抑圧したり、彼らの権利を侵害するために情報を利用するので、民間部門の悪用の被害はたかが知れていると思う向きもあるかもしれない。しかしながら、私人によるプライバシーの侵害は、政府によるそれとある種同様の効果を有していると、エツィオーニは主張する。[70]

その効果とは、差別的取扱いや、表現・異議の「萎縮効果」（chilling）である。つまり、自身の性的志向を秘密にしておきたいゲイの人々がメディアによって公けにされたり、銀行が癌となった人々のローンを回収したり、企業が社員を雇うときに政治思想や宗教観を理由にこれを拒否したり、結果として政府の機関が実行するのと同じような形で、プライバシーが侵害されるのである。[71] そしてこのような差別的な取扱いを恐れるがゆえに、人々が自身についての表現行為や何らかの選択の行使を（市場においてすら）控えることに繋がる虞がある。このような虞は、企業が収集した情報を政府が利用できることによって増幅される。[72] さらに、インターネット上での購買履歴やサイトの閲覧記録をもとにするのみならず、オフラインでの行動履歴をもとにした「リアル行動ターゲティング技術」[73]の発展・普及次第では、この問題は、一層重大なものとなる。

このような差別的取扱いや行動の萎縮効果は、双方ともにエツィオーニのいう「私的選択」の不当な抑圧となりうるものである。前述したように、エツィオーニは情報の利活用の促進を推奨するものの、それはあくまでも共通善（公共の安全、公衆衛生）への貢献のためである。そのため、もし情報の利活用、つまりプライバシー保護の抑制が私的選択の不当な抑圧につながるならば、彼はこれを善しとはしない。

そこでエツィオーニは、特に商業的な理由に基づく、センシティブな情報の発見につながるセンシティブでない情報の使用を禁止すべきであると主張するのである。

実際に、アメリカではダブルクリック事件[74]において、一万一千人以上のインターネットユーザに対してクッキー

（cookie．ホームページを訪問したユーザ（のブラウザ）の情報を一時的に保存する仕組み、またはそのデータのこと）を利用して広告を配信した行為がプライバシー侵害になるかどうかがクラス・アクションで争われた。連邦地方裁判所は、連邦議会において消費者のプライバシー問題が審議過程にあるため、裁判所として正面から結論を下すことを回避し、結局クッキーを用いたユーザ情報の収集は違法ではないと判断した。その後、アメリカにおいては行動ターゲティング広告をどのように規制すべきかについて議論されてきている。たとえば、アメリカ連邦取引委員会のコミッショナーは二〇〇七年の時点で「オンライン行動ターゲティングそれ自体がデータ収集の範囲やプライバシーの侵害の問題を提起している」[75]と指摘している。そして、同委員会はオンライン行動ターゲティング広告のためのプライバシー原則を公表し、消費者のプライバシー保護に向けた自主規制の枠組み構築に向けた議論を開始した[76]。二〇一〇年一二月には、同委員会が統一的かつ包括的な消費者の選択の枠組みを推進するため、消費者がクッキーを通じて追跡されることを望むかどうか、広告配信を受領したいかどうかについて本人に知らしめるための仕組みを策定することが最も実践的な方法であるとして、「追跡禁止」（Do-Not-Track）原則を掲げた[77]。

二　選好――文化と社会の副産物

この点、以上のような情報の悪用による何らかの差別的取扱い、あるいは行為の萎縮効果をエツィオーニが批判することと密接に関わっているのが、個人の選好とその起源であるといえる。前述のように、エツィオーニは、プライバシー、社会保障番号、サイバーセキュリティ、三つの事象で鮮明になっている「社会的な変化を生じさせる力」が、「公」か「私」どちらか一つの領域において生じ、その力が他の領域へ影響を与えているという想定は間違っているとする[78]。彼によれば、この力は、「公」「私」双方の部門で結合して大きくなりながらも、双方が第三の領域、つまりコミュニティないし

市民社会の力に影響を受けるのである。そしてそのコミュニティの力の基礎となるのが、個人の選好であるというのである。(79)

二―一　個人の選好とウェブ・ライニング

この点、公私の明確で深遠な区分を想定する公共哲学の多くは、あくまで「個人」から問題の検討を始める。その個人は意思を表明し公の領域を治めなければならないため、個人の私的に形成された選好は尊重されなければならない。つまり、近代の民主主義理論は、その基礎的形態において、それぞれの投票者が熟慮し、自身の考えを形成し、それから私的に、投票箱という秘密の空間のなかで自身の選好を表明するという想定をしている。このような私的選択の集合が発露することによって、公の領域としての政体（polity）はその方向性を得る。同様に、「消費者主権」（consumer sovereignty）理論も多数の個人消費者が個人の選好に沿って何を買うか選択し、その選択の蓄積の発露である全体としての経済がその方向性を得るということから問題の検討を始める。

もしこの仮定が正しいのであれば、例えば情報の利活用の場面において情報処理の結果差別的取扱いを受けるのは、何らかの属性がたまたま一致している個人の集合ということになる。そこでは、現実社会における関係性は必ずしも重視されていない。

個人の選好へのこの大きな尊重を示す公共哲学の重要性を強調する厳密に思考実験的な目的のために、しばらくの間、まったく逆のことが正しいと想定してみることにも意義があるかもしれないと、エツィオーニは考える。(80)つまり、このような選好は個人を反映しているのではなく、公的機関による大規模なプロパガンダを通して植えつけられたものを反映していると想定するのである。そうすると、このような植えつけられた選好は、上述の一般的な物語にみられるよう

な尊重のような何がしかに値しないだろう。とりわけ、まさしく公私の区別というものが、よりその重要性を失うことになる。なぜなら、公の領域が区分の双方を支配しうるからである。そこでは、「公私の衝突は腹話術師とその人形の間の闘い」となる。[81]

仮にわれわれが生きている社会がこのような社会であり、プロパガンダに従って行動した結果、その情報を利活用されて差別的取扱いが為されるというのであれば、これは完全にディストピアであろう。われわれはこのような社会には、まだいないはずである。

そこでエツィオーニは、上述の思考実験としての検討よりも極端ではないものの、しかし、「個人は変動する自由を有しながらも、集合的な社会の影響力が個人の選好に重大な影響を与えている」と想定する。[82] つまり、選好は「共同決定的な（co-determined）もの」だと考えるのである。[83] そうすると、選好は、「公共哲学の多数派が考えるよりもずっと、より基礎的な規範的な足場と調和しなければならない」ことになる。[84]

二―二　個人の選好に対する社会の影響

個人の選好への社会の影響は、小さな子供の成長の仕方を検討することによってもっとも明らかになるとして、エツィオーニは次のように考察する。[85]

子供の選好は、はじめはそのほとんどが彼らの選好ではなく、むしろ家族や近所の人やサブカルチャー、つまりコミュニティの影響を反映している。

事実、子供は広範であいまいな傾向を有して生まれる。しかし、彼らの一般的な傾向は、彼らが内在化する特定の価値に沿うよう、特定の選好に「翻訳」される。さらに、この選好はしばしば、個人的、意識的理由付けの結果ではなく

獲得される。全ての行為のうち、はじめに生物的な傾向（食べ物の選択）は社会的な価値によって深く形成され、付加的な選好も社会的な価値によって植えつけられ、そして自己の不可欠な部分となる。子供たちは、ある種の規範の目録の中から観念的なアイデンティティと価値を選んでいるのではない。むしろ彼らははじめのうちは、その価値やとりわけその選好を彼らの属する文化やサブカルチャーから得ているのである。(86)

また、子供が大人になっても、彼らの選好は突然、不変で、独立して、密閉して保護されたものになるわけではない。例えばピア・プレッシャー（友人や同僚からのお勧めや、環境・雰囲気に基づく事実上の購入促進等）といったようなものが、彼らに影響を与え続ける。リーダーシップやプロパガンダ、コマーシャルに影響を受けることもある。このような効果は、個人本人は意識していなかったり、選好の変更をするかどうかを熟慮することができないうちに生じたりする。

このようなエツィオーニの仮定が正しいとするならば、ＰＶＴによって類別化されるわれわれは、宗教や人種等に基づく差別的取扱いを除いたとしてもなお、何気なく想定するよりもずっと、現実の人間関係に根ざした価値・経験を根拠に類別化されることになりはしないだろうか。そうであるならば、多様化する個々人の選好に対応するためになされるはずのデータ分析は、一体何を結果としてはじき出すのだろうか。

二―三　第三の領域の性質とその推進力

研究者や公的知識人は、かねてよりしばしば二つの領域の区別の困難性と、第三の領域としてのコミュニティないし市民社会の特徴的な役割を認めるメリットを指摘してきている。(87) この共同の領域（communal realm）は、核家族や拡大家族や、友情のネットワーク、居住、倫理、人種、宗教、職業の類似性の絆から生ずるコミュニティ、ボランティア

団体、非営利組織（アメリカでは大学や医療センターやカルチャー団体等）のメンバー間の関係を含む。

今日的問題を論ずる際、このような第三の領域はしばしば見過ごされ、周縁に追いやられている。その第一の理由は、パブリック・ディスコースは、明確な対立や二分法を好み、複雑さやニュアンスのあるもの、また「第三の」ポジションを嫌悪するからである[88]。さらにいえば、パブリックディスコースの多くは、リベラル対保守という観点から問題に取り組み、公（政府）対私（自由市場、個人の権利）の問題の検討に終始しているといえる。しかし、前述のとおり、社会を三つの領域に区分することは生産的であるという問題意識は周知のことであり、議論の余地はないとエツィオーニは考える[89]。彼によれば、第三の領域は単に見過ごされてきたにすぎないのである。

エツィオーニが主張したいのは、「主要なコミュニティ的な力とは社会運動のそれである」ということである[90]。ただし、こちらはより議論の余地のあるものである。

鍵となる例は、全国的な解放運動（national liberation）、社会主義運動、宗教運動、環境保護活動の比較にみられる。これらの運動はそれぞれ大きく異なるものであり、とくに彼らが促進しようとする価値は非常に異なる。しかしながら、これらの運動は、その規範的歴史的違いにもかかわらず、いくつかの社会学的な特性を共有している。これらは、公私の領域双方に作用するプロセスにおいて、「衰えつつある社会制度から正当性や政治的支柱を回収し、新しいもののために基礎を築くこと」ができるのである[91]。

二つの領域が絡み合って動く鍵となる原因は、そのペースや範囲が大きく違うにもかかわらず、二つの領域における主要な変化が、コミュニティ的なファクター、とくに社会運動によって創始され、推進されているということにあると、エツィオーニは主張する。

そして、本稿で検討する問題において、公私の領域双方の変化に影響を与えているのは、保守主義的反動およびレー

ガニズムとも呼ぶべき思潮であるとエツィオーニはいう[92]。これは新保守主義思想によって拡張された、自由放任主義的保守主義とリバタリアニズムの混合的思想である。ここには、何らかの団体や学派の会員になっているわけではない人びとによって広く共有される、反政府的な感情も含まれる。

この思潮は、基本的には、民間部門へと影響を与え、社会保障番号の産業界による使用の拡大、民間部門によるプライバシーの過度の侵害、民間部門によるサイバーセキュリティへの強い反対に繋がっていることを、エツィオーニは指摘する[93]。しかしその過程において、この思潮は公的領域にも影響を与え、民間部門によって収集された個人の情報を政府のエージェントが使うことや、公的部門のサイバーセキュリティの侵食や、政府がより自由に社会保障番号を利用することを容認してしまっていることを、この思潮の擁護者はしばしば見過ごしている。

しかし一方で、サイバースペースは、その発端から政府から自由な領域であると看做されてきたが、必ずしも保守主義的反動やレーガン的なイデオロギーによって作られたものではないと、エツィオーニは考える[94]。また、既述のような保守的な変化が起きている一方で、選好は第三の領域によってなお形成され続け、とくに社会運動によって大きく変更されている。例えば、環境保護活動は人々がエコな製品を好むようにしたが、ここにはレッセフェール的な影響はないといえる。

つまりエツィオーニは、コミュニティの社会運動によって、プライバシーの問題における現行の新自由主義的な思潮を刷新することを目論んでいるのである。そしてその、社会を変動させるエネルギーを抑圧させないために、そのような行動に萎縮効果を与えるような、プログラムによる人々の類別化、差別的取扱いをすることを防止しなければならないと考えているのであろう。

三　コミュニティと平等

この点、以上のように情報の不当な利活用に基づく差別や、行動の萎縮効果に批判的なエツィオーニは一方で、完全な「結果の平等」を志向しているわけではなく、一定の差別的取扱いは現実問題として許容していると評価できる。しかしながらその主張には、個人間の平等のみならずコミュニティ間の平等をも可能な限り希求するという特徴がある。ここではこれまでのエツィオーニの主張の限界を画するため、彼の平等観について検討していく。

まずエツィオーニは、社会のエリートとその他の者の間の福利と富の不均衡が課題になると、「社会は『コミュニティのコミュニティ』としての形態を維持することができない」としてこれを問題視する[95]。この点、かつてはこのような問題を防ぐためには、国家は「結果の平等」を提供しなければならないと主張されてきた[96]。しかしながら、二〇世紀の間に、われわれはこのような取扱いが自由な社会の性分に合わないことを学んだ[97]。

例えば、美しさとか音楽の才能とかを平等にしうる程度には少なからぬ限度があり、この種の平等が善いものであると直ちに明白になるわけではない。「単なる」経済的資産、権力、そして社会的地位の平等の達成であっても、もしそれが全てのコミュニティのメンバーが同じ分け前を得ることや、あるいは、それぞれの能力に応じて、それぞれの必要に応じて分配されることを目指すと、ひどく掴まえどころのない、必ずしも良い目標ではないものとなる。例えば、これらの考えは、どのようなコミュニティであっても完全に無視することのできない、効率性や生産性をひどく害するものであると信じられている[98]。そこでわれわれは平等を最終的な状態と考えるのではなく、不平等を大きく減らすことに関心を持つべきであると、エツィオーニはいう[99]。

そこで、「機会の平等」がその代替として激賞され、かなりの議論の蓄積がみられる[100]。しかし、全ての者のために「機会の平等」を保障するためには、皆が同等のスタート地点に立たなければならず現実的ではないとして、エツィオーニ

は自身の平等に関する構想を構築していく。[101]

この点、エツィオーニの構想する善き社会は、ロールズの格差原理[102]よりもずっと多く不平等を減らすよう措定されている。エツィオーニが問題視するロールズの理論の欠点は、最も恵まれない人々の便益になるようなものであれば、社会的、経済的不平等も認められるとする公式に、「有産者が得られる利益の額」と、「有産者と無産者の間の不均衡」について、それぞれ「許容される上限」が設定されていないことである。[103]

例えば、一九九〇年代において、労働者の収入は三十二％増えたが、最高経営責任者（ＣＥＯ）の給料は五百三十五％増えたことを指摘しつつ、エツィオーニは、「このように極端かつ増大する不平等は、社会が二つの陣営に分裂する虞を生じさせる」と批判する。[104]ここにいう二つの陣営とは、一つ目は裕福で利得が多い陣営で、もう一つはわずかに裕福ながら、一つ目の陣営からずっと後れを取る陣営をいう。経済的資源が政治的権力と関連していることを考えれば、このような増大する不平等は、単に社会的な絆のみならず、社会の民主主義的要素をも害することとなる。

その具体例として、エツィオーニは以下のような場面を挙げる。[105]

たとえばあるコミュニティのメンバーが、他の大多数のメンバーの日常生活の状況からかけ離れ、お抱え運転手や給仕等を雇ったりしてゲーテッドコミュニティに大富豪として生活するようになったら、彼等はコミュニティのほかの人々との接触を失うことになる。そのような分離は社会の絆をすり減らすだけでなく、特権階級の人々をコミュニティの道徳的文化から隔離することになり、彼らがその他の市民の生活の現実に気づけないようにしてしまいもする。そしてこれは、翻って彼らが非現実的な政策を志向する原因となり、さらには彼等の間のコミュニティの信頼を害するようになるのだ。このような事態に繋がり得る傾向は、ＩＣＴの発展により、顕著になっている。ＩＴの（経済的な）恩恵を受けているのは、トップの一パーセントの人間だけだという指摘がある。[106]例えば、かつての（アナログ）写真業界の

雄コダックと、デジタル画像共有サービスを展開するインスタグラムやそれを買収したフェイスブックとを比較すると、インスタグラムやフェイスブックが雇う人間の数は、かつてのコダックの十分の一以下であるにもかかわらず、フェイスブックの時価総額はピーク時のコダックの七倍を上回っており、結果的に少なくとも七人の億万長者（純資産が十億ドル以上）を誕生させたという[107]。

そこでエツィオーニは、社会がその全てのメンバーのために「寛大な最小限度」（generous minimum）を維持するだけでなく、資源全体のうち上流階級が取得する分の増加速度を緩やかにすることで、不平等に上限を設けるよう努力をする方向性[108]を採用する。彼は、これらのルールを、それぞれのコミュニティごとにも適用する。

加えて、資源の割当における個人間の不平等のみならず、コミュニティ間におけるそれについても考慮に入れなければならないと、彼は注意を喚起する[109]。しかしながら、コミュニティ間においても「結果の平等」はおよそ完全に達成されることはないことを承認しなければならない。そのかわりに、エツィオーニのいう善き社会は、「コミュニティ間の資源の割当」についても、上に述べたメンバー間のそれと同じものを適用する[110]。

つまり、エツィオーニの志向する社会は、それぞれのコミュニティ内における個人間の不平等も、コミュニティ間の不平等も十分に低減しようとする社会なのである。このような考えは、スマートシティ構想という、ＩＣＴの地域社会への活用が目論まれる昨今にあっては、その再開発の行く末を見据えるための、重要なよすがとなり得るものではないだろうか。ただ一方で、彼の見解も個人的ないしコミュニティ間の不平等を完全になくすことを目論んでいるわけではないことには留意しなければならない。

彼の主張する情報の悪用によって生じる差別的取扱いの禁止については、どのようなものを禁止されるべき不当な差別であると考えるかという面からみると、以上のような特徴と限界を有していると評価することができる。

四　小括

以上のようにエツィオーニは、サイバー時代にあっては、センシティブでない情報を活用してセンシティブな情報を推測・特定するＰＶＴは禁止されるべきであると説く。なぜなら、このような行為は、差別を恐れる個人の行動の萎縮を結果として招くからである。この点、エツィオーニは、人生における個人の様々な選択はコミュニティの影響を色濃く受けることを前提としている。そのため、サイバー時代において個人の私的選択を保護するためには、ひるがえってコミュニティの価値の影響力の萎縮を防ぐため、コミュニティ間の平等も意識しなければならないこととなる。このコミュニティ間の平等を希求する方向性は、ビッグデータ分析によって個々人の類別化が進む昨今にあっては――個人の保護という観点をなおざりにしかねない点には留意が必要だが――重要となってくるだろう。この点、コミュニティ間の平等をエツィオーニが重視する根拠が、社会の民主主義的要素の棄損の防止にあるということは、後述するＡＩを活用した私的選択補佐の場面における検討と密接にかかわってくることとなる。

第三款　小括

本節では、サイバー時代におけるプライバシーの侵害をいかに規制していくか、エツィオーニの主張する具体的な保護のあり方を検討してきた。そこでは、「プライバシーの立方体」（情報のセンシティブさ、ボリューム、サイバーネーションの程度）の全ての側面に着目し、相関的に考慮する規制のあり方が模索されている。この点、現行の対策の多くは「プライバシーの立方体」の一面しかみていないか、あるいは、サイバーネーションの蓄積か、分析か、流通のうち、一つしかみておらず、サイバープライバシーの体系的な理論を提供していないと批判される。

エツィオーニが現代の問題状況に対応するために必要だと主張するのは、以下の方針である。第一に、一次的なライセンスと二次的利活用の規制の逆転関係、第二に、センシティブな情報を発見するためのセンシティブでない情報の利用の禁止、第三に、公私の区別を超える（ためにコミュニティの役割が重要となる）こと、以上の三点である。

一つ目の方針についてより詳しくいうと、法制度は個人に関する情報の最初のごく短期間的・瞬間的な収集についてはより寛容に対応しつつ、（a）収集のボリュームをより制限するようにし、（b）サイバーネーションを制限し、統制することで、情報のセンシティブさの水準を一定に保つ必要があるということである。この規制を実行化するための具体的手法として、情報の最小化、特定の期間の後の情報の消去、デジタル化の禁止紙媒体の使用の義務化、管理システムへの暗号化等の導入、技術の発展による「再調整」の導入、再識別化や非匿名化への対策、以上の各手法が重要となる。

次に、二つ目の方針が求められる理由は、このような推測行為はセンシティブな情報を集めていないにもかかわらず――つまり、その権限がないのにもかかわらず――センシティブな情報を集めて、それを使っているのと同じ結果を生み出すため、不当であるからである。

これらの原則を追求するに当たって重要になるのが、プログラムによる人々の不当な類型化、差別的取り扱いの防止である。このような手法を重視する理由は、このような慣習は人々の消費行動ばかりかコミュニティによる社会運動に萎縮効果を与え、ひいては社会を変動させるエネルギーをも抑圧することに繋がる危険性があるからである。

ここで重要になるのが、エツィオーニの平等観である。彼は、個人間の平等とコミュニティ間の平等について、裕福で利得が多い者（グループ）の利益の伸びを緩やかにしつつ、わずかに裕福ながら、かかる富裕層と比べるとずっと後れを取る者（グループ）との間の差をできるだけ小さくする、そのような政策が求められるとする。

以上のようなエツィオーニの方向性をまとめると、次のようになる。われわれの安全や衛生に適うような情報の利活

用については、一次的な収集や利用については、情報のセンシティブさ、ボリューム、サイバーネーションをコントロールするアカウンタビリティの適切性を担保することを前提に、情報の利活用を行う。一方で、そのような公共的な利益に必ずしも適わない、商業的な利益のみを追求するようなサイバーネーションによるセンシティブな情報の推測・特定（及びその後の更なる利活用）については、これまでは一般にプライバシー保護の対象とはされてこなかったものの、不当な差別やそれを恐れる人々の行為の萎縮に繋がる危険性があるため、極力規制するということを志向する。

（61）Marcy Peek, *Passing Beyond Identity on the Internet: Espionage and Counterespionage in the Internet Age*, 28 Vt. L. Rev. 91, 94 (2003); Marcia Stepnek, *Weblining, Business Week* (Apr. 3, 2000), http://www.businessweek.com/2000/00_14/b3675027.htm (last visited Dec. 25, 2015); Nicholas Carr, *Tracking Is an Assault on Liberty, With Real Dangers*, Aug. 7-8 Wall St. J. W1 (2010).

（62）Etzioni, supra note 1, at 76.

（63）Id. at 77.

（64）Stepnek, supra note 61.

（65）Jennifer Golbeck, Christina Robles, & Karen Turner, *Predicting Personality with Social Media*, CHI 253-262 (2011).

（66）この騒動に関する日本語のニュースとして、例えば、ゾーイ・クラインマン「ケンブリッジ・アナリティカ社めぐる疑惑　これまでの経緯」ＢＢＣニュース・ジャパン（二〇一八年三月二一日）〈http://www.bbc.com/japanese/features-and-analysis-43467869〉（最終アクセス二〇一八年五月一八日）。

（67）Etzioni, supra note 1, at 89.

（68）Ibid.

（69）「赤線引き」とは、金融機関が低所得階層の黒人が居住する地域を、融資リスクが高いとして赤線で囲み、融資対象とし

て除外する等して差別することを指す。この行為は公正住宅取引法（Fair Housing Act of 1968）によって禁止された。この問題について日本の民法学の観点から検討するものとして、吉田邦彦「アメリカの居住事情と法介入のあり方（とくにボストンの場合）――居住隔離とレント・コントロール、居住適格保証、コミュニティ再生運動」同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、二〇〇六）五二頁以下、特に六八－六九頁。

(70) Etzioni, supra note 1, at 76.
(71) Id. at 78-79.
(72) Id. at 79.
(73) この技術について論じる日本の論考として、横山隆治・棟田良輝『リアル行動ターゲティング』（日経ＢＰ社、二〇一五）。
(74) In re Doubleclick Inc. Privacy Litigation, 154 F. Supp. 2d 497, 2001 U.S. Dist. LEXIS 3498 (S.D. N.Y., 2001).
(75) Commissioner J. Thomas Rosch, *A Different Perspectives on DRM*, 22 Berkeley Tech. L. J. 971 (2007).
(76) Federal Trade Commission, *Online Behavioral Adverting: Moving the Discussion Forward to Possible Self-Regulatory Principles* (Dec, 2007), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/online-behavioral-advertising-moving-discussion-forward-possible-self-regulatory-principles/p859900stmt.pdf (last visited Dec. 25, 2015).
(77) Federal Trade Commission, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Consumer Change: A Proposed Framework for Businesses and Policymakers* (Dec. 2010), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf (last visited Dec. 25, 2015).
(78) 本稿第二章第一款二―二参照。
(79) Amitai Etzioni, *The Bankruptcy of Liberalism and Conservatism*, 128 Political Science Quarterly (2013), at 57.
(80) Id. at 58.
(81) Ibid.
(82) Id. at 58-59.
(83) Id. at 59.

(84) Ibid.
(85) Id. at 59-60.
(86) See, Kingsley Davis, Human Society (MacMillan, 1949).
(87) Amitai Etzioni, *The Third Way is a Triumph*, New Statesman (Jun. 25, 2001).
(88) Etzioni, supra note 79, at 63.
(89) Ibid.
(90) Ibid.
(91) Ibid.
(92) Amitai Etzioni, The New Normal (Transaction Publishers, 2015), at 155.
(93) Etzioni, supra note 79, at 65.
(94) この点については、一方で、サイバー・リバタリアンに対する新自由主義的思潮の影響の大きさを（批判的に）指摘する者もいる。例えば、そのような日本の論考として、本山美彦『人工知能と二一世紀資本主義　サイバー空間と新自由主義』（明石書店、二〇一五）。特に、第五章「サイバー・リバタリアンの新自由主義」、第六章「ジョージ・ギルダーの新自由主義神学」。
(95) Amitai Etzioni, The Third Way To A Good Society (Demos, 2000) at 53.
(96) 一般的には、このような方向性を志向してきたのは、カール・マルクス（Karl Marx）ないしマルクス主義であるとされる。しかしこの点については、マルクスは徹底した平等を追求していたわけではないし、マルクス主義の研究も必ずしも一枚岩であるわけでもない。このような争点について論じるものとして、例えば、松井暁「マルクスと平等主義」専修経済学論集 四五巻二号（二〇一〇）一七頁以下。
(97) 例えば、ソ連における問題を扱ったものとして、Hedrick Smith, The Russians (Quadrangle, 1976), Robert G Kaiser, Russia : The People And The Power (Atheneum, 1976) がある。このような研究を前提に、欧米における「結果の平等」の重視の流れを批判的に検討するものとして、Milton & Lose Friedman, Free To Choice (Penguin Books, 1980) ch.5. 邦訳として、M&R・フリードマン（著）、西山千明（訳）『選択の自由―自立社会への挑戦』（日本経済新聞社、一九八〇）第

五章。

(98) フリードマン（著）、西山（訳）・同前訳書二一五頁以下（頁数は新装版〔二〇一二〕による）。

(99) Amitai Etzioni, *The Good Society*, 1 Seattle J. Soc. Just. 83, 87 (2003).

(100) 平等論はアリストテレスまで遡る歴史のある議論ではあるが、特に近時の英米圏における議論を検討するものとして、例えば、井上彰「平等――分析的視点から」有賀誠・伊藤恭彦・松井暁（編）『現代規範理論入門　ポストリベラリズムの新展開』（ナカニシヤ出版、二〇〇四）四一頁以下、井上彰『正義・平等・責任　平等主義的正義論の新たなる展開』（岩波書店、二〇一七）等。

(101) Etzioni, supra note 95, at 54.

(102) John Rawls, A Theory Of Justice (Belknap Press, 1971) §46.

(103) Etzioni, supra note 99, at 87.

(104) Ibid.

(105) Etzioni, supra note 95, at 54.

(106) 肥田美佐子「IT革命で潤うのは『トップ一%』だけ　『機械との競争』著者のアンドリュー・マカフィー氏に聞く」東洋経済ONLINE（二〇一三年三月五日）〈https://toyokeizai.net/articles/-/13126〉（最終アクセス二〇一八年五月二五日）。マカフィーの著作としては、例えば、Erik Brynjolfsson, Andrew Mcafee, The Second Machine Age:Work, Progress, And Prosperity In A Time Of Brilliant Technologies (W W Norton & Co Inc, 2014). 邦訳として、エリック・ブリニョルフソン、アンドリュー・マカフィー（著）、村井章子（訳）『ザ・セカンド・マシン・エイジ』（日経BP社、二〇一五）等。

(107) ブリニョルフソン、マカフィー（著）、村井（訳）同前訳書・二一一―二一二頁。

(108) Stephen Nathanson, Economic Justice (Pearson, 1997, at 106).

(109) Etzioni, supra note 99, at 88.

(110) Ibid.

第三節　人工知能（ＡＩ）の活用・統御の方向性

以上、第二節では、サイバー時代におけるプライバシー・私的選択の保護の方向性を検討してきた。本節では、それを踏まえたうえで、情報処理過程において重要な役割を担うＡＩの活用・統御の方向性を検討していく。

近時、アミタイ・エツィオーニは、ビッグデータ分析の第一人者であるオレン・エツィオーニ（Oren Etzioni）[11]との共著の論考で、ＡＩの統御に関する議論を展開している。そこでは、ＡＩの捉え方として、人を助けるもの（AI partner）と捉えるか、人に代替するもの（AI minds）と捉えるかの違いがあることを指摘しつつ、基本的には、前者として考えこれを積極的に活用すべきであるとする[12]。そのうえで、ＡＩシステムをわれわれの法や価値観に従わせる必要があることが主張される。そしてそのために、「ＡＩを監督するＡＩ」の必要性が述べられる。本節では、この点にかかわる彼らの議論を、その他の論者との比較を交えつつ検討する。

第一款では、ＡＩを監督するＡＩの必要性と、その類型の検討をする。第二款では、ＡＩを監督するＡＩを活用したプライバシー保護、私的選択補佐の方向性を探る。その後第三款では、一旦彼らの主張をまとめたうえで、第四款にて、エツィオーニらに先駆けてビッグデータ分析（に基づいたＡＩの〝おすすめ〟機能）の活用を積極的に主張する政策論、リバタリアン・パターナリズムを検討し、エツィオーニらの主張との若干の比較を行う。

第一款　ＡＩ後見者

エツィオーニらは、議論の前提として、ＡＩを搭載したロボット等のスマート機器（smart instrument）に組込ま

れ活用されるＡＩと、そのＡＩを監督するＡＩの区別の必要性を主張する。[113] 後者のＡＩは、より具体的には、前者のＡＩの意思決定を吟味し、その判断が法や社会規範に沿うよう保つものである。また、ＡＩを監督するシステムは、当該監督対象のＡＩがプログラマーのガイドラインから過度にはずれることを防ぎ、仮に外れてしまったとしてもガイドラインを順守するよう戻す働きをする。[114] エツィオーニらは、この、ＡＩを監督するＡＩ――「ＡＩ後見者」（AI Guardians）の導入が今後不可欠となると主張する。

一　ＡＩ後見者の必要性

ＡＩがＡＩによるガイドを必要とする理由は、次のとおりである。すなわち、①ＡＩの判断過程のブラックボックス化、②ＡＩが学習し続けるシステムであること、③ＡＩがある種の「自律性」を増していること、以上の三点である。

まず、第一の、ＡＩシステムの判断過程は不明瞭（opaque）であり、ブラックボックス化しているという点についてみていく。[115]

人々はスマート機器が到達したいかなる結論であれ、その判断プロセスを理解することができない危険性がある。この点につき、ショーンベルガー及びクキエは、「今のコンピュータが何らかの判断を下す場合、プログラムに記述されたルールに従って処理する。だから、もしコンピュータにおかしな動きが見られたら、プログラムにどういうルールが書かれていたのかチェックすればいい。奇妙な判断に至った理由が」これまでのプログラムなら「一目でわかる」が、一方で、「ビッグデータ分析の場合、このようにさかのぼって調べることはきわめて難しい。アルゴリズムによる予測は、あまりに複雑すぎて、ほとんどの人には理解できないことが多いからだ」という。[116] さらに、このままでは、「ビッグデータ予測とその背後にあるアルゴリズムやデータセットは、ブラックボックス化する危険性がある。責任の所在も不明だ

し、遡って調べることもできないから、信頼もできない。そうならないためには、ビッグデータの監視と透明化が必要であり、それを支える専門知識や制度も欠かせない」とする。[117]

また、ジェナ・バレル（Jenna Burrell）は、アルゴリズムの不明瞭さを三つに分類する。[118]すなわち、①意図の不透明さ（intentional opacity）、②技術的な不可読性（technical illiteracy）、③応用の規模（scale of application）である。意図の不透明さとは、国家や企業等の独占的なアルゴリズムについては、彼らはその仕組みを秘密にしたがる傾向があることを意味する。次に、技術的な不可読性とは、アルゴリズムの複雑性や機能が公衆一般の理解を超えていることを意味する。最後に、応用の規模とは、機械学習等を活用した（ひとつの）システムの構築にかかわるプログラマーの数は非常に多いため、個々のプログラマー（という専門家）にとってさえも、出来上がったアルゴリズムは不明瞭なものとなるということを意味する。

次に、第二の、ＡＩシステムは、環境の変化や機器のパフォーマンスを常に吟味し、それに応じてガイドラインを修正することもある、「学習システム」であることについてみていく。[119]

スマート機器はいったん動き始めたらデータを収集することを止めず、それどころか、さらなるデータの収集は、機器それ自体の経験に基づいて学習し続け、そのパフォーマンスを改善することを可能にする。そのため、このようなＡＩシステムは、そのプログラマーが最初に設定したガイドラインから逸脱することがある。つまり、スマート機器はその製作者と使用者の指示に歯向かうことがありうるのである。[120]しかし、人間（mortal）はその変化を、リアルタイムで監督することができず、その変化が合法であるか、倫理的であるかを明らかにすることもできないことをエツィオーニらは指摘する。[121]

最後に、第三の、ＡＩシステムは膨大な選択を「自身で」行うという意味である種の「自律性」を増しているという

点についてみる。[122]

これらの機器は、人間による情報の入力と独立したかたちで、環境による情報の入力に応答する。スマート機器は、自ら「ものを理解すること」ができるのである。そうであるがゆえに、プログラマーが設定した当初のガイドラインに「反抗」して行動することがあるのである。そのため、そのようなＡＩの傾向を統御する必要が出てくる。

この点、ここにいう「自律性」という用語は、自由民主制のもとでは「自由」や「自己統治」、個人の権利にかかわるものであるため、非常に含みのある用語となっている。このような理解の下では、ある者の「自律性」を害することは、重大な倫理的な攻撃であると看做されることとなる。ここで注意しなければならないのは、スマート機器はここにいう意味での自律性を有しているわけではないことである。そのため、エツィオーニらは、スマート機器の選択を上書きし、規則に従わせることに道義的な問題があるとまでは考えない。[123]

以上の理由から、エツィオーニらはＡＩを監督するシステムの必要性を主張する。この点、このようなＡＩ後見者を人間の「保護者」と比べた場合の利点は、次の二点である。[124] ＡＩ後見者は調査済みの知的財産権やプライバシーを侵害する可能性が人間と比べてずっと低い。なぜなら、彼らにはそのような侵害をする動機や利益が存しないからである。第二に、ＡＩ後見者は人間と比べた場合、同じ作業をするとしてもリソースも時間もほんの少ししか必要としない。以上二点の利点があるために、ＡＩを監督するＡＩシステムの構築が急がれるとする。

二　ＡＩ後見者の類型

以上を前提として、エツィオーニらは、ＡＩ後見者を機能ごとに類型化し、それぞれの役割について検討している。すなわち、検査ＡＩ、監視ＡＩ、執行ＡＩ、質問ＡＩ、倫理ボットの五種である。[125] ここではこれらの特質について略述

していく。

二―一　検査ＡＩ

検査ＡＩ（Auditor AI）とは、医療診断等の場面において、ＡＩの判断の妥当性をチェックするものである。例えば、医療診断の場面において、（死の淵にいる）患者にとって最善の治療を医師が決定するのを助けるシステムが妥当な結論を示しているかどうかを判断する。このような場面においては、医師は一般に自律性を有しているように思われるものの、機械の判断結果に抗うことは困難であり、訴訟好きな社会ではなおさらであることが指摘されている[126]。そのため、エツィオーニらは、医療機関がこのような場面におけるシステムの決定を検査する必要があると主張する[127]。

このような検査ＡＩは、他にも、投資プランソフトウェアがその使用者に対してなす投資のおすすめやソフトウェアが開発した保険プランがユーザにとって経済的な利益を有しているかどうかや、サーチエンジンの検索結果がサーチエンジンの提供元かその広告主の利益となるようにバイアスがかかっていないかどうかを判断する場面でも活用されることが期待される。これらは、人々の私的選択を背面から保護するものであると評価できる。

二―二　監視ＡＩ

監視ＡＩ（Monitor AI）とは、様々なスマート機器やサービスで利用されるＡＩの学習結果が法に違反しないかをチェックするものである。既述の通り、ＡＩの学習結果の妥当性を判断することは人間の能力を超えつつあるため、これを補完するものとして、ＡＩを活用するのである。例えば、自動運転車について、自動運転のシステムが（自動運転

ではない）旧式の自動車が制限速度に違反して走行しているのを学習し、その結果法律違反をするに至ることを防止することが期待される。[128]

二―三　執行ＡＩ

執行ＡＩ（Enforcer/Inspector AI）とは、各種情報システムのセキュリティの甘さを警告することで、結果的に規制や法を守らせるものである。[129]例えば、ある企業のデータベースが頻繁にハッキングされている場合、執行ＡＩはその企業にセキュリティを向上するよう警告することが期待される。もしその警告が無視された場合、執行ＡＩは今度はその企業の取引相手に対して警告することになる。これは、プライバシー三（プラス一）要素のうち、アカウンタビリティの充実化に特化したものであるといえる。

二―四　質問ＡＩ

質問ＡＩ（Interrogator AI）とは、ブラックボックス化したＡＩの処理過程を調査するものである。例えば、ＡＩのサイバーネーションによる人々のプライバシー侵害の有無のみならず、その違反がプログラマーによる故意の不正行為に由来するものか、システムの稼働の結果生じたものなのかを究明する。[130]具体的には、銀行のＡＩシステムが癌患者のローンの支払いを（急に）要求したとして、質問ＡＩはそのＡＩシステムが病院や医者のオフィスから違法に情報を収集していたり、あるいは当該癌患者の状態をその買物情報（カツラや大量の石鹸、ビタミン剤等の購入情報）から明らかにしたりしていないかを評価する。[131]

このＡＩのより詳細な運用方法については、第二款の一にて後述する。

二―五　倫理ボット

倫理ボット（Ethics bots）とは、臓器提供やエコに配慮した商品購入の場面等、個人の選択に委ねられる場面の判断について、ＡＩ（を搭載した機器）が使用者の選好に沿う判断をするように働きかけるものである。基本的には、倫理ボットは倫理的な選択のために運用されるものであり、単に消費者の一般的な選好を明らかにしたりそれに従いターゲティング広告を出したりすることを志向するものではない[132]。このようなタイプのＡＩ後見者が求められる理由は、ＡＩシステムは法を順守するだけでなく、社会の倫理規範にも配慮する必要があることに求められる[133]。

このＡＩのより詳細な運用方法については、第二款の二にて後述する。

（111）オレン・エツィオーニは人工知能の研究者であり、現在、アレン人工知能研究所ＣＥＯでもある。ちなみに、彼はアミタイ・エツィオーニの実子のようである。See, Amitai Etzioni, Happiness Is The Wrong Metric: A Libelal Communitarian Response To Populism (Springer, 2018), at xix.

（112）Amitai Etzioni (with Oren Etzioni), *Incorporating Ethics into Artificial Intelligence*, in Happiness Is The Wrong Metric: A Libelal Communitarian Response To Populism (Springer, 2018), at 243-245.

（113）Amitai Etzioni & Oren Etzioni, *Keeping AI Legal*, Vand. J. Ent. & Tech. L., Vol. 19, Issue 1 (2016), at 139.

（114）Amitai Etzioni & Oren Etzioni, *Designing AI systems that obey our laws and values*, Communications of the ACM, Vol. 59, Issue 9 (2016), at 29.

（115）Id. at 30.

（116）Victor Mayer-Schönberger & Kenneth Cukier, Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, And Think (John Murray Publishers Ltd., 2013) at 178. 邦訳として、ビクター・マイヤー＝ショーンベルガー、ケネス・クキエ（著）、斎藤栄一郎（訳）『ビッグデータの正体 情報の産業革命が世界のすべてを変える』（講談社、二〇一三）二

六五頁。

（117）ショーンベルガー、クキエ（著）、斎藤（訳）同前訳書、二六六―二六七頁。

（118）Jenna Burrell, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, Big Data & Society Volume: 3 issue: 1 (2016), at 3-5.

（119）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 113, at 138.

（120）Ibid.

（121）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 114, at 30.

（122）Ibid.

（123）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 112, at 243.

（124）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 113, at 141.

（125）このように機能ごとに類型化されるＡＩ後見者は、特定の決まった作業を遂行する、一つの機能に専門化して稼働するものであり、いわゆる「特化型ＡＩ」であるといえる。これらは場面にあわせて複合的に利用されることが目論まれており、決して一つのＡＩ後見者プログラムがすべての場面に対応することを想定しているわけではない（つまりいわゆる「汎用ＡＩ」を想定しているわけではない）点に留意。

（126）Olivia Goldhill, *Can we trust robots to make moral decisions?* (Apr. 3, 2016), https://qz.com/653575/can-we-trust-robots-to-make-moral-decisions/, (last visited Mar. 21, 2018).

（127）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 114, at 30.

（128）Ibid.

（129）Ibid.

（130）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 113, at 140.

（131）Ibid.

（132）Amitai Etzioni & Oren Etzioni, *AI assisted ethics*, Ethics Inf Technol, Vol. 18, Issue 2 (2016), at152.

（133）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 114, at 30.

第二款　ＡＩを活用したプライバシー保護・私的選択補佐

本款では、ＡＩを活用したプライバシー保護・私的選択補佐に関するエツィオーニの議論を検討する。

一　プライバシー保護の方向性――リベラル・コミュニタリアニズム

既述のように、エツィオーニは、プライバシーの保護基準として、次のようなものを挙げている[134]。①収集・処理される情報のセンシティブさ、②情報のボリューム、③サイバーネーションの程度、④情報システムに施されているアカウンタビリティの程度、以上の四点である。さらに、彼はこれらの要素を相関的に考慮することを主張する。ここでは、ＡＩ後見者を活用したプライバシー保護の方向性を検討する。

一―一　ＡＩシステムと「証拠あさり」の抑止の必要性

様々な機器がより「スマート」になるにつれて、大きな効用が生ずるだろうが、同時に大きな副作用も生じ得る。近年、民間部門や公的機関は、個人のインターネット上の活動を追跡するプログラムを開発し、携帯電話を小型化し、追跡機能を付与し、コンピュータにカメラ機能を追加し、衣服に小さな無線送信機を埋め込んだりしている。このようなプログラムの発達は、序章でも言及したようなクラウドストレージやモノのインターネットによって加速している。そのため、例えば、既述のように、個人の秘密が広告によって思わぬ形で暴かれる可能性があるほか、些細な犯罪や非行であっても容易に発見されるようになる。

このように、スマート機器がより高度な監視を容易にすることに繋がるとして、社会は一体全体どのレベルの法執行

を追究すべきだろうか。この点につき、エツィオーニらは、これまでの市民社会が、些細な法的処罰までを完遂することを求めてはこなかったことを重視する[135]。この一見奇妙な市民社会の選好は、市民は全員ではないにしても多くの人が、往々にして（一度は）罪を犯す可能性があることにある程度由来するのだろう。そこで、市民社会は、しばしば散発的な法の執行に頼ることになる。これが、情報収集に当たって、アメリカの当局が単に証拠あさりをしているのではないことを示す「詳細」（particularity）が求められる理由である[136]。このように捜索の範囲を制限することを保証するその他の理由としては、プライバシー侵害の防止、無実の人々の監視に対する反対、当局が市民を困らせること（harassing）の防止が含まれる[137]。

このような方向性を維持し、監視システムの行き過ぎを防ぐために、エツィオーニは、プライバシーに対するリベラル・コミュニタリアンのアプローチを特定する、次のような四つの準則を提示する[138]。

①リベラルで民主的な政府は、共通善（公共の安全や公衆衛生）に対して「充分に裏付けられた大規模の脅威」が迫っている場合に限りプライバシーを制限することができる。

この入口を通過しなければならない主たる理由は、法規範（legal precept）――とあわせてその基礎をなす倫理哲学、社会哲学、公共哲学――の変更は、それらの正当性（legitimacy）を危うくするからである。そこで、共通善かプライバシーがはっきりと害されている強力な証拠がない限り、変化に取り組むべきではない。これはいわば、いわゆる警戒（予防）原則（precautionary principle）[139]の濫用に対する批判的姿勢の表れであるといえる。

②共通善が支えられる必要があることがわかったとしても、プライバシーの制限を導入しなくても目的が達成されるか

どうか、検討しなければならない。逆に、もしプライバシーに支えが必要ならば、たとえばプログラムへの監査証跡の導入のように、共通善に「損失」を課すことがないような道を探さなければならない。

③プライバシーの制限を導入しなければならないとしても、その「侵入の程度」（intrusive）は可能な限り最小限にしなければならない。

④必要なプライバシーの低減措置による「望ましくない副作用を改善する」手段をとることが、これらの副作用を無視するよりも好まれる。

これら四つの均衡基準は、社会の方向性の調整が必要かつ行き過ぎでないことを測定するのに役立つと、エツィオーニは考える。[140] このような準則を重視するがゆえに、エツィオーニらは、一方でＰＳＳやＤＡＳのような防犯システムの積極的活用を主張しながら、他方で、ＡＩ後見者を活用して行き過ぎた監視を統御することを主張するのである。そもそも彼らがこのようなシステムの活用に肯定的なのは、われわれの安全や公衆衛生を脅かす行為をモニタリングするためであり、些細な違法行為を吊るし上げるためでは決してないのである。

一―二　質問ＡＩによる統御

様々なスマート機器が蓄積し、収集する膨大な量のパーソナルな情報を、ＡＩプログラムが編集、分析、推定（サイバーネーション）することは、法の執行を非常に容易にする。そこで、エツィオーニらは、このような情報の利活用に

ついて、特に、①ボリュームのコントロールの場面と、②サイバーネーションのコントロールの場面において、質問ＡＩというＡＩ後見者を活用することを主張する。

第一の点について、より具体的には、監視カメラ等ローカルなシステムによって収集・蓄積された情報を、一定期間後に質問ＡＩが自動的に消去することの合法化を主張する[141]。ただし、これには、テロリストによる攻撃の場合等、例外があることは否定しない。

また、第二の点については、行動ターゲティング広告等による「センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の推測」を禁止し、質問ＡＩが違反を検知することを主張する[142]。

このような規制を執行するために、ＡＩを活用した監視プログラムをＡＩ後見者が調査し、監視する権限を与える（mandating）立法をするべきであると主張する。

つまり、エツィオーニらは、ＡＩにより強化された監視を抑制するために、ＡＩに補佐された監督を法が導入すべきであると考えている[143]。彼らは、裁判所や、その他すべての、スマート機器の行為の意図や責任を判断しなければならない者は皆、ＡＩプログラムを調査するＡＩプログラムを必要とすると考えている[144]。なぜなら、既述のように、ＡＩには、判断過程のブラックボックス化の懸念があり、その上、常に学習し、それゆえにある種の「自律性」も増しているため、人間がその情報の処理過程の問題点を明らかにするには限界があるからである。

二　私的選択の補佐の方向性――リバタリアン・コミュニタリアニズム（？）

二―一　ＡＩにいかなる形で倫理的判断をさせるべきか

近時、何らかの商品やサービスの提供業者は、人々の消費行動等に関する大規模なデータセット（ビッグデータ）を

活用することで、ある人物もしくはその人物と類似する人々の好みの傾向を推測することが、ますます容易になっている。そのため、事業者は、当該人物の傾向に巧妙に合わせた、選択にまつわる初期設定（デフォルト）を定められるようになってきている。そこで、このような機能を有したＡＩによる、広告・販促活動が活発化しており、それに対する法的な対応いかんが議論され始めている。

この点、既述の通り、エツィオーニはプライバシーの権利のうち、いわゆる自律にまつわる権能を「私的選択」と捉え、これを認める根拠を、そのような行為を個々人が自由にすることに対する社会の無関心にあるとする。このような私的選択として挙げられるものは、具体的には、学校の選択、生殖に関する選択等、アメリカの判例によって法的保護が認められてきたものが中心である。このように、エツィオーニは私的選択の根拠を社会の無関心と構成するがゆえに、ひるがえって、個人の私的選択について何らかの補佐をするＡＩはどのようにして社会規範を学習するべきか、また、どのような場面でＡＩの補佐が求められることになるかが問題となるのである。

ここでは、まず、ＡＩの学習方法に関する二つのアプローチ（コミュニタリアンのそれと、リバタリアンのそれ）について検討した後、エツィオーニらによって提示される、それらに代わる方向性を検討する。

（一）コミュニタリアンのアプローチの検討

社会規範や倫理観の多くは、必ずしも法に体現されているわけではない。コミュニタリアンの立場にとっては、このような必ずしも法に表れているわけではない価値をスマート機器のガイダンスシステムに含めることは重要なこととなる。[145] なぜなら、これらの価値は、善や、市民社会が大いに安定した状態であることに資することとなるし、あるいはリベラルな国家にとってさえも役に立つものであると考えるからである。

この点、われわれはどのような観点から、いかなる公共の価値を、スマート機器のＡＩガイダンスシステムに組み入れるべきだろうか。すでに法におさまっている公共の価値については、比較的容易に特定することができる。なぜなら、このような価値については立法者が立法をする際や裁判官が司法において解釈をする際に頼ることになるため、往々にして立法資料や判決文に表れているからである。しかし、コミュニティが育むことが求められる付加的な価値については、どのように究明するべきであろうか。

この問題に対する手がかりとしては、三つの方向性が考えられる。第一に、このような価値は、コミュニティによって（完全に）共有されているべきであると考える方向性である[146]。この立場には、次のような問題があるとエツィオーニらは批判する[147]。まず、人々は異なる価値に同意する異なるコミュニティにそれぞれ属し、またそれを取り囲む（これもまた異なる価値観を奉じている）社会にも属している。たとえ特定の価値についてある程度コンセンサスが認められる場合であっても、その詳細についてはコンセンサスがないことがしばしばである。そのため、現実の問題が生じると、いつまでたってもコンセンサスが得られないことがしばしば起こる。そこで、この手法によってＡＩに価値観を教え込むことはプログラマーに困難を強いることとなる。

第二に、フォーカスグループといった手法や世論調査等によるべきであるとの意見もある[148]。しかし、これについても、次のような問題があるとエツィオーニらは批判する[149]。世論調査の結果は、誰が調査対象だったか、質問の言い回しがどうだったか、尋ねられた質問の配列、質問が尋ねられた文脈（家庭か仕事場か）、質問を行った者の態度等によって重大なまでに変化する。同じ質問を同じ人物に対し同じ人物が二度した場合であっても、答えが異なる場合もある。よって、このような手法も頼りにならない。

第三に、ＡＩに自分で学ばせる方法も提案されている[150]。しかしこれについても、次のような問題がある[151]。このような

プログラムは、倫理的な指針をどこからともなく構築することはできない。少なくともはじめは、何らかの原理や手本となる哲学を求める。結局のところ、人間ですら、白紙の状態からはじめることはできない。人間が倫理的な基礎を得るのは、彼を育てた者や彼の帰属するコミュニティからであり、そしてそれを時間をかけて修正したり、その基礎を取り替えたりするのである。そのような人間の学びのプロセスをゼロから模倣することは難しい。

以上より、個人によって所持され使用される多くの機器のために取りいれるべき価値を究明するために（ある種の）コミュニタリアンのアプローチを採用するには、どうしても限界があることになる。(152)

（二）リバタリアンのアプローチの検討

リバタリアンや一部のリベラルは、遵守する善や価値を定義するのはそれぞれの個人であり、国家は中立を保つべきであると考える。(153) この立場に立つとすると、個人がそれぞれ、自身の選択によってＡＩの価値観を決定すべきだということになる。このような考え方は、もしスマート機器が、自身の価値観に沿うオプションをそれぞれの個人が選択することが可能なほど豊富に選択肢を備えており、併せて、倫理的な選好への配慮を含めることのできる変更可能なカテゴリーをも備えている場合には、両立し得る。

しかし、このようなリバタリアンの立場の課題は、プライバシーに関するオプションの変遷を検討することで、明らかになる。かつて、多くのウェブサイトは、プライバシーポリシーに関する声明は、ユーザが法的声明を理解できると想定したうえで、提示した条件をそのまま受け取るかサイトの利用をやめるか（take it or leave it）というかたちで示されていたに過ぎなかった。その後、多くのウェブサイトが、ユーザが好むプライバシーレベルを選択することができるいくらかの選択肢をユーザに提示するようになっていった。そのことによって、多くのユーザはその設定の複雑さに

不平を漏らすようになった。しかしながら、その後、さらに細かくプライバシーの設定を可能とするサイトが現れつつある。このような状況にあって、今後、多くのユーザは、膨大な選択肢が自身を圧倒することとなる臨界点を見出すだろうことが、心理学の実証研究によって示されている。[154] 加えて、この心理学の知見を応用した行動経済学の実証研究が、様々な観点から個人の選択を絶対視する方向性について疑問を投げかけている。[155]

このような課題は、世界が「モノのインターネット」へと向かいつつあり、増大するスマート機器のすべてについて個人がその倫理的な指針を自身で定める必要が出てくることを考慮に入れると、ずっと解決が困難な問題になる。[156] よって、（ある種の）リバタリアニズムの立場に立つことも難しいことは明らかだろう。

（三）エツィオーニらの主張――倫理ボットを活用した社会規範の学習

そこで、それ以外の手法として、エツィオーニらは倫理ボットの活用を主張するのである。この点、倫理ボットは、スマート機器が熟慮し、倫理的な結論を形成することができるよう特定の倫理学を教えるのではなく、ユーザの倫理的な選好を引き出し、そのユーザの使う機器のオペレーションに当該ユーザの選好を適用し続けるものである。[157] そのため、倫理ボットを活用すれば、ユーザは、はじめから改めて自身の倫理的なプロファイルを構築するより負担がずっと少ないかたちで、ＡＩのプログラムを適宜修正することができる。

このような倫理ボットを、次のようないくつかの場面で、個人は自己省察のために使うことができる。[158]

例えば、若者や精神療法にかかっている者や他の多くの人々は、しばしば自分は良い人間であるか、とか、人の役に立っているか、といった自己診断にふける。将来的には、このような個人は、より客観的で公平な自己評価を、倫理ボットから得られるようになるかもしれない。このように、倫理ボットは、倫理的な自己修養のツールとして役立つことが

期待される。

あるいは、倫理ボットは、人々が非倫理的な行為に実際にコミットする前に戦略的にこれを防止することを可能にする。例えば、ギリシャ神話のオデュッセウスは、美しい歌声で航行中の人を惑わすセイレーンのいる海域に入る前に、魔女キルケーの忠告通りに船員には蝋で耳栓をさせ、自分の体をマストに縛り付けさせた。そうすることで、セイレーンの誘惑から逃れることができたのである。より実際的には、自動運転車のシステムをユーザが上書きして他車の割り込み行為に対する報復に出ること等を未然に防止することが期待される。

さらに、臓器提供や寄附やボランティアや、エコに配慮した消費行動等の、コミュニティの価値観の影響を受けながらも、その実現については個人の選択に委ねられている場面での活用も期待される。後述するように、まさにこの種の選択について、倫理ボットによる補佐が有効に機能するとエツィオーニらは考える。

二―三　倫理ボットの統御――倫理ボットはいかにして倫理を学ぶのか、いかなる場面で活用されるのか

様々な領域において活用されるＡＩに社会規範を学ばせる手法として、倫理ボットというＡＩ後見者を活用するとして、次に問題になるのは、倫理ボットはいかにして倫理を学ぶのか、という点である。ここでは、ＡＩが倫理的判断を身に着けるための手法として一般に想起される二つの手法――トップ・ダウン方式とボトム・アップ方式――についての課題を確認した後で、エツィオーニらの主張を検討する。

（一）トップ・ダウン方式

これは、何らかの倫理的な原則をシステムにプログラムする方法である。この手法によってＡＩに教え込まれるのは、

アイザック・アシモフ（Isaac Asimov）のロボット三原則[159]や十戒等の宗教的な教訓や、イマヌエル・カント（Immanuel Kant）の定言命法[160]や功利主義その他の形式の帰結主義[161]といった、倫理哲学であったりする。

このトップ・ダウン方式の課題としては、特定の倫理哲学にこだわると、どうしても不当な結論にいたる局面が出てくることを避けられないというものである[162]。このような課題は、いわゆるトロッコ問題を検討することによって、明らかとなる[163]。

（二）ボトム・アップ方式

一方、ボトム・アップ方式は、実際の状況における人々の行動から、いかに倫理的な判断を提供するかを学ぶ方法である。この手法によると、集団思考（groupthink）や集合知（the wisdom of the crowds）といった、人々の倫理的な判断の膨大な集合であるある種の凝集系（aggregation system）によって、ＡＩが価値観を学習することになる[164]。しかし、端的にいって、この手法は「何が一般的なものであるか」を学ぶものであり、「何が倫理的なのものであるか」を学ぶことにはならないという問題がある[165]。

（三）エツィオーニらの主張――ＡＩ利用者自身の選好の重視

以上のような課題を克服するために、エツィオーニらが構想する方向性は、次のようなものである。

倫理的社会的な価値が社会において実現される主要な方法は、法の執行と個人の選択によってである（これらの選択は社会的に育まれるものではあるが[166]）。このうち、一方で、ある種の倫理的社会的価値は法に具体化されている。つまり、このような特定の重要な価値についてはコミュニティが保持し、その実現については個人の選択に委ねられておらず、

法による強制的な手法によって執行され守られている[167]。例えば、殺人やレイプの禁止が当てはまる。また、他方で、ある種のコミュニティが保持する倫理的価値は、それに従うか否かを個人の選択に委ねることが許されている[168]（ただ、そうはいっても、このような価値も、社会のインフォーマルなコントロールによって育まれてもいる[169]）。具体的には、既述の、臓器提供、寄附、ボランティア、エコに配慮した消費行動といったものがこれに当てはまる。この後者の選択について（個人を補佐するＡＩに対して）、倫理ボットが補佐することが、その主たる役割なのであるとエツィオーニらは考える。

ここで重要なのが、倫理ボットは、その所有者（事業者）やプログラマーの価値観や、政府の促進したいそれに従うわけではなく[170]、マーケティング企業や政治運動によって追求される目標を促進するために使われるのでもないことである[171]。倫理ボットは、ＡＩ使用者本人の情報をインターネットや各種デバイスから収集し、これに基づいてユーザの倫理的な選好を判断するようプログラムされる[172]。

このような手法については、当該ユーザの選好が直接的に危害のある場合や、インターネットサイトのアルゴリズムの機能の（悪）循環によって人々が自身の価値観に閉じこもっていくいわゆるフィルターバブル（filter bubble）[173]の問題につながり得る場合について、懸念する向きがあるかもしれない。これに対して、エツィオーニらは、次のように応答する。すなわち、倫理ボットを活用し個人の選択を補佐することが推奨されるのは、法による規制の存する領域と、個人の選択に委ねられた領域を区別したうえで、個人の選択に委ねても「重大な害のない」場面についてのみなのである[174]。この点、このような主張の背後には、既述の通り、社会の分断を防ぐために個人のみならずコミュニティ間の平等をも希求する発想が横たわっている。そのため、たとえ倫理ボットが個人の選好をもとにＡＩのガイダンスを行うとしても、エツィオーニらがフィルターバブルのような状況を無条件で善しとする立場ではないことについては、論を俟たないだろう。しかし一方で、（アミタイ）エツィオーニらがコミュニタリアニズムの観点を重視し、様々な価値観を

奉ずるコミュニティが社会に併存することを善しとする立場であることにも留意が必要である。そのため、エツィオーニらの想定する「重大な害のない」場面とは、いかなる場面なのか、慎重に画定する必要がある。

いずれにせよ、エツィオーニらは、コミュニティの影響を受けて形成される個人の選好を重視するかたちでのＡＩの監督が、ひいては倫理的選好にまつわるＡＩの利活用によって生じうる問題を防止ないし解決することに繋がると考えていることになる。

二―四　倫理ボットとプライバシー

このような倫理ボットの導入は、プライバシーに関する深刻な懸念を招来する。多くの人々は倫理ボットの暗号化を追究し、他人の診療記録やその他のセンシティブな情報を「読む」倫理ボットを規制する法を要求するだろう。この点につき、エツィオーニらは、倫理ボットは全てのＡＩの監督につき委託されるのではなく、その利用にまつわるプライバシーリスクを上回る利点や利益が倫理ボットにあるとみなした者のみが利用することになるという[175]。

さらに、倫理ボットの利用を受け入れる人々は、彼らの選好を確定するために倫理ボットが利用する情報がすでに広範に利用可能となっている情報であることに留意する必要もあるだろう。既述の通り、民間企業は人々に関する情報ファイルを適法に有している。倫理ボットはこのような情報を利用することになるにすぎない。また、前述のように、個人はいつ何時であっても倫理ボットがスマート機器に提供するガイドラインを上書きすることもできる（ように設計されることになる）という。

このような状況について、エツィオーニらは「倫理ボット（あるいはＡＩに補佐された倫理）はリバタリアニズムとＡＩプログラムの結婚である[176]」と評する。しかしながら、エツィオーニの個人像は、繰り返すようにコミュニティの影

響を色濃く受けたものであると措定されていることには留意が必要だろう。ゆえに、彼らは倫理ボットの活用に当たっては、(そう明言するわけではないものの)ある種のリバタリアン的発想とある種のコミュニタリアン的発想を折衷した、リバタリアン・コミュニタリアニズムとも呼びうる立場に立っていると評価することができのではないだろうか。

第三款　エツィオーニらの主張の小括

以上、前款までは、ＡＩ活用と統御の方向性に関するエツィオーニらの所説を検討した。ここでは、次款における他説との比較のまえに、彼らの議論を振り返っておく。

彼らはまず、ＡＩの発達に伴って、三つの課題が生じているために、人がＡＩを管理するのではなく、ＡＩがＡＩを管理する必要があることを主張する。この課題とは、すなわち、①ＡＩの判断過程のブラックボックス化、②ＡＩが学習し続けるシステムであること、③ＡＩがある種の「自律性」を増していること、以上の三点である。このような課題に対応するために、エツィオーニらは、法的機関等がＡＩ後見者を活用することで、ＡＩの意思決定を吟味し、法規範や社会規範に従った判断をするようにすることを主張するのである。

まず、ＡＩの判断の法的妥当性については、以下のような監督がなされる。ⓐＡＩの（学習内容の当否についてはさしあたり問わないかたちでの）判断結果の妥当性、ⓑ（判断結果それ自体というよりもむしろ、学習内容に起因する）学習結果の妥当性、ⓒデータベースのセキュリティ状態の妥当性、ⓓ情報の処理過程（サイバーネーションのあり方）の妥当性、以上の四段階の妥当性判断である。次に、ＡＩの判断の倫理的妥当性については、以下のような監督がなされる。すなわち、ⓔ個人の選択に委ねられた領域における、倫理にかかわる選択に対してなされるＡＩの補佐の、当該

個人の選好に照らした妥当性判断である。

このうち特にプライバシー保護や私的選択補佐のためのＡＩ後見者の活用の方向性は、次のようなものである。

第一に、各種情報システムのセキュリティの甘さを警告する執行ＡＩによる、アカウンタビリティの監督がなされるべきである。第二に、ブラックボックス化したＡＩの処理過程を調査する質問ＡＩによる、不当なサイバーネーションの監督がなされるべきである。ここでは、例えば、ＡＩのサイバーネーションによる人々のプライバシー侵害の有無のみならず、その違反がプログラマーによる故意の不正行為に由来するものか、システムの稼働の結果生じたものなのかを究明することになる。第三に、ＡＩ（を搭載した機器）が使用者の選好に沿う判断をするように働きかける倫理ボットによる、不当なオススメの監督がなされるべきである。この倫理ボットは、法による規制のない、個人の選択に委ねられる場面の判断の補佐、具体的には、臓器提供やエコに配慮した商品購入の場面等のＡＩのおすすめ機能について、法を順守することのみを目的とするというよりも、倫理観にも配慮することを目的として導入されるものである。また、その活用に当たって、倫理ボットは、事業者やプログラマーの価値観や、政府の促進したい価値に従うわけではなく、マーケティング企業や政治運動によって追求される目標を促進するために使われるのでもないという。倫理ボットは、ＡＩ使用者本人の情報をインターネットや各種デバイスから収集し、これに基づいてユーザの倫理的な選好を判断し補佐するようプログラムされるのである。

以上からすると、エツィオーニらは、一方でプライバシー保護についてはＡＩ後見者を積極的に活用しつつ、他方で、私的選択の補佐については、一般的な選択（単なる消費行動等）についてはその活用を必ずしも積極的には勧めず、倫理にかかわる選択についてのみＡＩ及びＡＩ後見者を活用することを志向する立場であるといえる。そのため、倫理ボットの活用範囲は実のところそこまで広くはないと思われ、このような範囲についてしかＡＩの活用を推奨しないという

そのことが、彼らの主張の特徴だといえる。

これらの点は、次述するリバタリアン・パターナリズムとの比較において、重要となってくる点であるといえるだろう。

（134）本稿第二章第二節参照。

（135）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 113, at 142.

（136）See, e.g., State v. Retheford, 639 N.E. 2d 498 (Ohio Ct. App. 1994)

（137）See id. at 505, 510.

（138）Etzioni, supra note 1, at 6-7.

（139）警戒（予防）原則ないしリスク社会論について検討する日本の論者としては、中山竜一が挙げられる。その著作として、例えば、中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明（編）『現代法の展望』（有斐閣、二〇〇四）二五三頁以下、同「リスクと法」橘木俊詔・長谷部恭男・今田高俊・益永茂樹（編）『リスク学入門（1）――リスク学とは何か』（岩波書店、二〇〇七）八七頁以下等。また、民法学の観点から警戒（予防）原則ないしリスク社会の問題について検討するものとして、例えば、今野正規「リスク社会と民事責任（一）～（四・完）――フランスＨＩＶ感染事件を中心に――」北大法学論集五九巻五号（二〇〇九）二八九〇頁以下、同六〇巻一号（二〇〇九）二九六頁以下、六〇巻三号（二〇〇九）九四六頁以下、六〇巻五号（二〇〇九）一三三八頁以下。

（140）Etzioni, supra note 1, at 7.

（141）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 113, at 144.

（142）Ibid.

（143）Ibid.

（144）Id., at 139.

（145）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 151.

(146) Michael Walzer, Spheres Of Justice: A Defense Of Pluralism And Equality (Basic Books, 1983)、邦訳として、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、一九九九）。

(147) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 151.

(148) Christopher Slobogin & Joseph E. Schumacher, *Reasonable Expectations of Privacy and Autonomy in Fourth Amendment Cases: An Empirical Look at "Understandings" Recognized and Permitted by Society*, 42 Duke Law Journal 727 (1993). HF Fradella, et al., *Quantifying Katz: Empirically measuring reasonable expectations of privacy in the fourth amendment context*, Am. J. Crim. L. 38, 289.

(149) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 151.

(150) Patrick Lin , *The Ethics of Autonomous Cars: Sometimes good judgment can compel us to act illegally. Should a self-driving vehicle get to make that same decision?* The Atlantic (Oct 8, 2013), https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/10/the-ethics-of-autonomous-cars/280360/, (last visited Mar. 22, 2018).

(151) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 151.

(152) Id., at 152.

(153) David Boaz, *Key Concepts of Libertarianism* (Jan. 1, 1999), https://www.cato.org/publications/commentary/key-concepts-libertarianism, (last visited Mar. 22, 2018). 欧米のリバタリアニズムについて検討する日本の論考として、田中成明「リバタリアニズムの正義論の魅力と限界――ハイエク、ノージック、ブキャナン」法学論叢一三八巻四・五・六号（一九九六）一〇一頁以下、概説書として、森村進（編著）『リバタリアニズム読本』（勁草書房、二〇〇五）等。また、日本においてリバタリアニズムを積極的に展開する論者が自身の論考をまとめたものとして、森村進『リバタリアンはこう考える』（信山社、二〇一二）。

(154) Daniel Kahneman, Thinking, Fast And Slow (Farrar, Straus, and Giroux, 2011).

(155) 行動経済学については、日本においてもすでに一般向け書物も含めて多数の文献があるが、代表的なものとして、多田洋介『行動経済学入門』（日本経済新聞社、二〇〇三）、子安増生、西村周三（編著）『経済心理学のすすめ』（有斐閣、二〇〇七）、依田高典、後藤励、西村周三『行動健康経済学――人はなぜ判断を誤るのか』（日本評論社、二〇〇九）、武村和

久『行動意思決定論』（日本評論社、二〇〇九）等がある。

また、行動経済学について法（学）一般がどう受け止めるべきかについて、行動経済学の知見を法的介入の正当化に使う際の論点を明確にすることで論じるものとして、川濵昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦・亀本洋・川濵昇（編）『現代法の変容』（有斐閣、二〇一三）四〇五頁以下。さらに、民法学の問題について行動経済学の観点から論じるものとして、例えば、西内康人『消費者行動の経済分析』（有斐閣、二〇一六）等。

(156) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 152.

(157) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 112, at 247.

(158) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 154.

(159) Isaac Asimov, I, Robot (Gnome Press, 1950). 邦訳として、例えば、アイザック・アシモフ（著）、小尾芙佐（訳）『われはロボット』（ハヤカワ文庫ＳＦ、二〇〇四）。

(160) 定言命法に関する邦語の注解として、例えば、カント（著）、波多野精一、宮本和吉、篠田英雄（訳）『実践理性批判』（岩波文庫、一九四九）等。

(161) Jeremy Bentham, An Introduction To The Principles Of Morals And Legislation (J.H.Burns & H. L. A. eds Athlone Press 1970)(1789). 功利主義に関する日本の近時の論考として、若松良樹（編）『功利主義の逆襲』（ナカニシヤ出版、二〇一七）。

(162) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 112, at 237.

(163) Philippa Foot, The Problem Of Abortion And The Doctrine Of The Double Effect In Virtues And Vices (Oxford: Basil Blackwell, 1978).

(164) ビッグデータや人工知能の問題について、集合知を重視した方向性を採用する日本の論考として、西垣通『集合知とは何か　ネット時代の「知」のゆくえ』（中公新書、二〇一三）、同『ネット社会の「正義」とは何か　集合知と新しい民主主義』（角川選書、二〇一四）、同『ビッグデータと人工知能　可能性と罠を見極める』（中公新書　二〇一六）。

(165) A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 112, at 238-239.

(166) Id., at 245.

（167）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 114, at 31.
（168）Ibid.
（169）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 112, at 245.
（170）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 114, at 31.
（171）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 153.
（172）Id., at 152.
（173）フィルターバブル（filter bubble）とは、より詳細には、インターネット検索サイト等のアルゴリズムが、ユーザの情報に基づいて当該ユーザが見たいであろう情報を選択的に推定するような検索結果を出すことが原因で、その人の観点に合わないであろう情報からユーザが隔離され、実質的に彼ら自身の文化的、思想的な皮膜（バブル）の中に孤立するようになっていくことを問題視する用語である。このような問題については、そもそもはキャス・サンスティーン等が批判的に論じていたが、イーライ・パリサーがのちに「フィルターバブル」と名付けて括りだした。See, Cass R. Sunstein, Republic. com (Princeton University Press, 2001), Eli Pariser, The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You (Penguin UK, 2011). 前者の邦訳として、キャス・サンスティーン（著）、石川幸憲（訳）『インターネットは民主主義の敵か』（毎日新聞社、二〇〇三）。後者の邦訳として、イーライ・パリサー（著）、井口耕二（訳）『閉じこもるインターネット　グーグル・パーソナライズ・民主主義』（早川書房、二〇一二）、改題・文庫版として、同（訳）『フィルターバブル――インターネットが隠していること』（ハヤカワ文庫ＮＦ、二〇一六）。

この点、サンスティンの検討はインターネット上の消費者主権の行き過ぎを警戒し、共和主義の観点を重視した方向性を模索するものであるのに対し、パリサーはサイバー・リバタリアン的な立場から、アルゴリズムの活用によって「開かれた社会」というインターネットの特質が蝕まれることを主として警戒するものである。そのため、彼らの問題意識には共通するところがあるものの、その思想的視座は異なる。

（174）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 112, at 248.
（175）A. Etzioni & O. Etzioni, supra note 132, at 154.
（176）Ibid.

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二四日授与）「サイバー時代におけるプライバシーの法理論――私法上の問題を中心に――」に対し、加除・修正を施したものである。この点、本号掲載分の内容については、上記論文提出後に公表されたエツィオーニの論考を中心として大幅な加筆をしつつ、その内容を扱った、下記二つの研究会における拙報告とその後の質疑応答を踏まえた修正を行っている。すなわち、第一に、立命館大学法学部民事法研究会（二〇一七年七月十四日開催）、第二に、科研費基盤研究（A）「新段階の情報化社会における私法上の権利保護のあり方」研究会（京都大学：潮見佳男教授代表）（二〇一八年二月二十四日開催）である。上記各研究会においては、拙報告に対し貴重なご意見・ご指摘を数多く頂いた。記してお礼申し上げる。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 69 No. 2 (2018)
SUMMARY OF CONTENTS

Die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (3) — Von der letzten Periode des deutschen Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik —

Ayaka MATSUMOTO*

Im vorliegenden vierten Kapitel meiner Abhandlung geht es darum, durch die Analyse von Carl Schmitts Schriften *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1. Aufl., 1923), „Über den Gegensatz von Parlamentarismus und Demokratie. Vorbemerkung für die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus“ (2. Aufl., 1926) und *Der Begriff des Politischen* (1. Aufl., 1927) den weiteren Entwicklungsprozess der Gedanken Carl Schmitts über die Demokratie aufzuklären. Erstens zeigt es sich, dass sich seine Ansicht über die Demokratie und die Volkssouveränität im Jahr 1923 von einer negativen zu einer positiven Meinung veränderte. Hier beschäftige ich mich mit dem Hintergrund und den wichtigsten Erklärungen dafür, wie es zu dieser Veränderung seiner Anschauung über die Demokratie kommen konnte. Es lassen sich dabei zwei verschiedene Momente erkennen, d. h. ein seiner Betrachtungsweisen inhärentes und ein von den äußeren Umständen bewirktes Moment. Anhand seiner Schrift *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1. Aufl., 1923) kläre ich, wie Schmitt die Definition der Demokratie als „Identität von Regierenden und Regierten“ neu interpretierte und das Wesentliche des Problems der Demokratie als die

* Assistant Professor of Graduate School of Law Hokkaido University.

Frage der „Identifikation“ erfasste, d. h. die Frage, wie die Fiktion des Volkswillens gebildet wird, oder genauer, wer über die Mittel verfügt, um den Willen des Volkes zu bilden. Dabei setzte Schmitt einen gemeinsamen Volkswillen voraus und kam zu dem Schluss, dass die Demokratie die staatliche Einheit genauso ermögliche wie die Monarchie. Durch die ganze Analyse argumentiere ich, dass er dieselbe Logik der souveränen Diktatur auf die Demokratietheorie anwandte, soweit er die Demokratie allein mit dem Willen des Volkes begründete; die zentrale Bedingung für die beiden Fälle ist, dass der Wille des Volkes von jemandem gebildet werden muss, der hierfür über die Mittel verfügt, und die Herrschaft von jemandem, der dies kann, auch als demokratisch legitimiert betrachtet wird. In diesem Sinne äußerte er, dass eine souveräne Diktatur kein Gegensatz zur Demokratie sei. Neben diesem theoriegeleiteten Moment übten die Entwicklungen und Ereignisse in der Weimarer Republik im Krisenjahr 1923 einen relevanten Einfluss auf seine Anschauung der Demokratie aus, denn die Republik litt nicht nur unter einer Hyperinflation, sondern es bestand wegen der Radikalisierung der Rechten wie auch der Linken die große Gefahr einer fundamentalen gesellschaftlichen Spaltung. Schmitt fasste dabei die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung als eine Institution der kommissarischen Diktatur auf, um die gravierende Krise zu überwinden und die Reichseinheit zu erhalten. Weil seiner Ansicht nach mit der Institution der kommissarischen Diktatur die staatliche Einheit erhalten werden kann, stellt diese Form der Diktatur somit keinen Gegensatz zur Demokratie dar. Des Weiteren zeigt sich, dass er in der „Vorbemerkung für die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus“ (2. Aufl., 1926) anhand seiner neuen Auffassung der Theorie der Volkssouveränität von J. J. Rousseau die „Homogenität“ und „ – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“ als wichtiges Strukturelement der Demokratie betrachtete. Drittens wird untersucht, wie er das Problem der Beziehung zwischen Völkern beschrieb sowie zum ersten Mal die „politische Einheit“ als zentrale Definition des Staates darstellte und so in seiner Schrift *Der Begriff des Politischen* (1. Aufl., 1927) zu der von ihm als das Merkmal des Politischen

gefassten bekannten Formel der „Unterscheidung und Gruppierung von Freund und Feind“ kam.

Im fünften Kapitel untersuche ich durch die Analyse seiner Schrift *Volksentscheid und Volksbegehren: Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie* (1927), wie Schmitt „die Akklamation des Volkes für den Führer“ als das Wesentliche der Demokratie betrachtete. Erstens wird ermittelt, dass Schmitt anhand der Beschreibung des bekannten Historikers Theodor Mommsen, der in seinem Buch „*Römisches Staatsrecht*“ die unmittelbare Demokratie des antiken Rom dargestellt hatte, den Gegensatz von Magistrat und Volk als die ursprüngliche Form der Demokratie ansah. Indem er Mommsens historische Beschreibung übernahm, kam er zu seiner Ansicht über das passive Volk, weil es nur auf vom Magistrat formulierte Fragen antworten kann, und dies zudem nur in der einfachsten Form der Zustimmung mit Ja oder der Ablehnung mit Nein. Zweitens wird aufgeklärt, dass er anhand der theologischen Studie *Heis Theos: epigraphische, formgeschichtliche und religionsgeschichtliche Untersuchungen zur antiken "Ein-Gott"-Akklamation* von Erik Peterson die Bedeutung des Begriffs „Akklamation“ erkannte und dadurch die Zustimmung des Volkes für den Führer als das Wesentliche der Demokratie betrachtete.

Central-local relationship of a field agency and local governments Case study of Nagoya Port in a period of high growth

Ken YAMADA*

This paper examines the central-local relationship especially between a field agency and local governments. A field agency is frequently treated as only an organization acquiesce to a central government or a local government. However, it may be misleading according to real policy process. Lesson from Nagoya Port, the organization act originally based on their autonomy from central and local governments. Then the organizations build up a good relationship with local governments nevertheless a central government conflict with local governments in this case. Therefore the central-local relationship in postwar Japan is not a single track relationship within central and local governments but a double track relationship among a central government, a field agency, and local governments.

* Hokkaido University Graduate School of Law, Doctoral Student.

論　　説

独占禁止法における確約手続についての若干の検討

厚　谷　襄　児

目　　次

はじめに
第１　確約手続の進行過程
第２　確約手続制度における論点
むすび

はじめに

本稿は、環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律（平成28年法律第108号）に織り込まれている独占禁止法の「確約手続」に係る規定について、若干の論点を摘示しようとするものである。

確約手続については、既に多くの解説・論説が発表されている[1]が、

[1] 白石忠志・独占禁止法（第３版）602頁以下（有斐閣、平成28）
植村幸也・裁量型減免制度と確約制度に関する独禁法改正について（法律時報89巻１号12頁以下）
小室尚彦・「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」による独占禁止法改正（確約手続の導入）の概要等について（公正取引798号２頁以下）
泉水文雄・確約手続の導入について―EU・米国の諸制度を比較して（公正取引798号９頁以下）

それらは主に制度論からのものである。他方、確約手続に係る規定には、解釈問題を含めなお論じられるべき論点が残されているものと思料される。ただ、解釈問題に係る諸問題は、実務過程を通じて生じてくるものなので、現時点で採り上げる論点は限定される。本稿では、確約手続の意義及び概要を手続の進行に沿って伝え（第１）、次いで、確約手続の進行過程において気付いた若干の論点を摘示することとする（第２）。

第１　確約手続の進行過程

はじめに、確約手続の概要をその進行過程に沿って述べる。

１　確約手続の意義と対象

（１）　意義

独占禁止法に確約手続に係る規定が織り込まれたが、「確約手続」という文言はなく、その定義規定も定められていない。確約手続については、「公正取引委員会の確約手続に関する規則」（平成29年公正取引委員会規則第１号、以下「規則」という。）が制定され、その第１条に「公正取引委員会（・・）が行う、確約手続（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（・・）第48条の２から第48条の９までの手続をいう。・・）」とある。この括弧書きの手続が確約手続の定義といえよう。それは、独占禁止法違反被疑事件（以下「違

多田敏明・確約手続の課題と留意点―事業者サイドの視点から（公正取引798号16頁以下）

朝倉真一・独占禁止法の平成28年改正の解説（NBL1095号４頁以下）

中里浩・公正取引委員会の確約手続に関する「規則」の制定について（NBL1095号14頁以下）

篠浦雅幸・確約手続の導入についてー運用に関する諸論点についての一考察（NBL1095号24頁以下）

高橋滋・小川聖史　競争法執行手続としての確約手続に関する OECD 報告書の概要（一橋法学15巻２号953頁以下）

岡田直巳・欧州競争法の確約決定制度に関する基礎的研究―近年の批判的議論にみる特徴と課題（青山ローフォーラム４巻２号117頁）

反被疑事件」という。）の処理手続の一である。

確約手続については、「環太平洋パートナーシップ協定」（以下「TPP 協定」という。）に「各締約国は、自国の国の競争当局に対し、違反の疑いについて、当該国の競争当局とその執行の活動の対象となる者との間の合意により自主的に解決する権限を与える」（第16.　２条５）と定められており、この条項を担保するため、違反被疑事件について、公正取引委員会と事業者との「合意により自主的に解決する」制度[2]、あるいは、「・・独占禁止法違反被疑事件ついて、公正取引委員会と執行活動の対象となる者が合意することにより事件を解決する手続」[3]として定められたと解説されている。

いずれの解説においても、確約手続は、公正取引委員会とその審査活動の対象である違反被疑事件の行為者との間の「合意」が要素とされている。実定確約手続は、公正取引委員会による被疑行為者への「通知」（48条の２）→被疑行為者による排除措置計画の「申請」（48条の３第１項）→公正取引委員会による申請の「認定」（48条の３第３項）という段階を踏む。その過程のどの段階で公正取引委員会と被疑行為者との間に「合意」があるというかが問われる。

（２）　対象

確約手続の対象は、違反条項の全面に亘る違反被疑行為（48条の２）である。ただ、本稿においては、そのうち、実務上排除措置命令（７条、８条の２、20条）又は課徴金納付命令（７条の２、８条の３、20条の２～６）の対象とされてきた私的独占（３条前段）、不当な取引制限（３条後段）、事業者団体による競争制限的活動（８条）及び不公正な取引方法（19条）に係る論点について検討することとする。

２　確約手続の通知

（１）　公正取引委員会は、独占禁止法「第３条、・・第８条・・又は第19条の規定に違反する事実があると思料する場合において、そ

[2] 小室前掲３頁

[3] 朝倉前掲５頁

の疑いの理由となった行為について、公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるときは、当該行為をしている者に対し、次に掲げる事項を書面により通知することができる」(48条の２)、と定められている。この「通知」により、確約手続が開始される[4]。

確約手続開始の前提として、公正取引委員会は、事業者・事業者団体による違反被疑行為について、「事件」として調査を行っている。多くの場合、事件について必要な調査をするために、立入り検査処分がなされているであろう（47条１項４号)。

なお、公正取引委員会が通知できる最終時点は、違反被疑事件に係る意見聴取の通知（50条１項）前である（課徴金に係る意見聴取の通知(62条４項)の場合を含む。)(48条の２第１項ただし書)。

通知をするときについて、独占禁止法の「規定に違反する事実があると思料する場合において、その疑いの理由となった行為について､公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるとき」､という定め方をしているのは、通知の対象を絞り込もうとするものと理解できよう。そうして､「書面により通知することができる」というのであるから、通知をするか否かは、公正取引委員会の裁量によるといえよう。そこで通知の対象を公正取引委員会の裁量で絞り込む基準が問題とされる。

（２） 確約手続の「通知」の内容

被疑行為者に対する通知事項は、①当該行為の概要、②違反する疑いのある法令の条項及び③次条第１項の規定による認定の申請をすることができる旨の３項目である（48条の２)。

「当該行為の概要」の「当該行為」は、独占禁止法の「規定に違反する疑いの理由となった行為」であり、通知するのはその「概要」である。被疑行為を「認定」したものではない。本稿では、公正取引委員会が「当該行為」を被疑行為として調査し、その実態を明ら

[4] 独占禁止法「第３条・・第８条・・又は第19条の規定に違反する事実があると思料する場合において、その疑いの理由となった行為」を適宜「被疑行為」といい、また､「当該行為をしている者」を適宜「被疑行為者」という。

かにすることを「解明」ということとする。「当該行為」の「解明」は、公正取引委員会の責任において行う。また、公正取引委員会は、どの程度「当該行為」を解明し、被疑行為者にその「概要」を通知しなければならないかが検討課題である。

3　排除措置計画の作成と申請

（1）　確約手続の通知を受けた被疑行為者は、疑いの理由となった行為を排除するために必要な措置を自ら策定し、実施しようとするときは、公正取引委員会規則の定めるところにより、その実施しようとする措置（以下「排除措置計画」という。）を作成し、これを通知の日から60日以内に公正取引委員会に提出して、その認定を申請することができる（48条の３第１項）。

（2）　排除措置計画には、①排除措置の内容、②排除措置の実施時限及び③その他公正取引委員会規則で定める事項を記載しなければならない（同条２項）。

確約手続において、被疑行為者が法的に関与するのは、「排除措置計画」の作成・申請である。排除措置計画は、「当該行為の概要」、つまり公正取引委員会が解明した行為の概要に適切に対応したものでなければならない。通知を受けた被疑行為者が「当該行為の概要」に対応して「排除措置計画」を策定することが、確約手続の狙いであり、特色であるといえよう。

4　排除措置計画の認定

（1）　公正取引委員会は、被疑行為者からの排除措置計画の認定の申請があった場合において、その排除措置計画が次の各号のいずれにも適合すると認めるときは、その認定をするものとする（48条の３第３項）。

①　排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであること。

②　排除措置が確実に実施されると見込まれるものであること。

公正取引委員会は、被疑行為者から排除措置計画の認定の申請を受けたなら、これに対し、認定するか、却下するかである。①

の「・・行為を排除するために十分なもの」は「十分性」の観点から、②の「排除措置が確実に実施される」は「確実性」の観点から「当該行為の概要」に照らして判断される。

（2） 排除措置計画の認定手続

排除措置計画の認定は文書によって行い、認定書には、委員長及び合議に出席した委員がこれに記名押印しなければならない（48条の３第４項）。認定は、その名宛人に認定書の謄本を送達することによって、その効力を生ずる（48条の３第５項）。

排除措置計画の認定手続は、違反行為に対する排除措置命令と同じであり（61条１項）、排除措置計画の認定が排除措置命令と手続的に同じ重さを有しているといえる。

5 排除措置計画の申請の却下及び変更

（1） 公正取引委員会は、被疑行為者からの認定の申請があった場合において、その排除措置計画が認定に係る二つの要件（48条の２第３項）のいずれかに適合しないと認めるときは、決定で却下しなければならない（48条の３第６項）。

認定の却下の手続には、認定の規定（48条の３第４項）、決定書の送達の規定（同条５項）が準用される（同条７項）。却下の決定書には、①排除措置計画の認定を却下した旨、及び②却下の理由を記載しなければならない（規則13条２項）。

（2） 排除措置計画の認定を受けた者は、その認定に係る排除措置計画を変更しようとするときは、公正取引委員会規則の定めるところにより、公正取引委員会の認定を受けなければならない（８条の３第８項）。その手続には、認定及び却下の規定が準用される（同条９項）。

6 排除措置計画の認定の効果

公正取引委員会が申請の認定をした場合において、当該認定に係る疑いの理由となった行為及び排除措置に係る行為については、次の規定は、適用しない（48条の４）。

私的独占、不当な取引制限の排除措置命令（７条１項）及びその既往

の排除措置命令（同条２項）
事業者団体の制限活動の排除措置命令（８条の２第１項）及びその既往の排除措置命令（８条の２第２項）及び管理人・構成事業者への排除措置命令（同条３項）
不公正な取引方法の排除措置命令（20条１項）及びその既往の排除措置命令（同条２項）。
不当な取引制限の課徴金納付命令（７条の２第１項）、
私的独占（支配）の課徴金納付命令（７条の２第２項）、私的独占（排除）の課徴金納付命令（７条の２第４項）、
事業者団体構成事業者への課徴金納付命令（８条の３第１項）
不公正な取引方法の課徴金納付命令（20条の２から第20条の６）

違反行為に対する排除措置命令又は課徴金納付命令の規定が適用されない。これは法定効果である。

７　排除措置計画の認定取消し・除斥期間の特例

（１）　公正取引委員会は、次の各号のいずれかに該当するときは、決定で、認定を取り消さなければならない（48条の５第１項）。

①　認定を受けた排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるとき

②　認定を受けた者が虚偽又は不正の事実に基いて当該認定を受けたことが判明したとき

認定の取消決定には、認定の決定の手続（48条の３第４項）及び決定の効力発生（同条５項）に係る規定を準用する。

排除措置計画の認定が取り消されると、その被疑行為は、違反被疑事件として、意見聴取手続（49条）へ移行するであろうし、また、排除措置計画の認定の取消しは、認定を受けた被疑行為者にとっては不利益処分である。

（２）　除斥期間の特例

①　排除措置命令に係る除斥期間（48条の５第３項）及び課徴金納付命令に係る除斥期間（同条４項）の規定については、不当な取引制限に係る排除措置計画の認定の取消しを例にみてみる。

不当な取引制限事件については、排除措置計画を取り消すなら、

改めてその事案を違反行為として、排除措置命令（７条１項）をしなければならない。その時点において、違反行為が既になくなっているであろう。排除措置命令は、「当該行為がなくなった日から５年を経過したときは、出すことができない（７条２項ただし書）。この期間を「除斥期間」という。

不当な取引制限の課徴金納付命令について、「当該行為の実行としての事業活動を行った日から当該行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間（当該期間を超えるときは、当該行為の実行としての事業活動がなくなる日からさかのぼって３年間）」を「実行期間」といい、その期間の事業活動について課徴金を賦課する（７条の２第１項）。その実行期間の終了した日から５年を経過したときは、課徴金納付を命ずることができない（７条の２第27項）。

③　除斥期間に対処して、排除措置計画の取消しが除斥期間の満了する日の２年前の日以後にあったときは、取消しの決定の日から２年間においても、排除措置命令・課徴金納付命令ができるとしている（48条の５第３項）。

上記のことは、私的独占（支配）（７条の２第２項）、私的独占（排除）（７条の２第３項）、事業者団体違反行為（８条の３）及び不公正な取引方法（20条の２から20条の６まで）も同様である[5]。

第２　確約手続制度における若干の論点

わが国の確約手続制度の運用において想定される法的論点について、独占禁止法の分野のみでなく行政法の分野と係わりがあると想定される

[5] 48条の６から48条の９までに、私的独占（３条）、不当な取引制限（３条）、事業者団体活動規制（８条）又は不公正な取引方法（19条）の規定に違反する疑いの理由となった行為が既になくなっている場合における「排除確保措置計画」についての認定等の手続が規定されているが、これらは、これまで述べてきた排除措置計画の手続に対応しているので、省略する。ただし、実務上、確約手続の認定時では、被疑行為が終わっているであろうから、公正取引委員会が被疑行為者の申請の認定･却下するのは「排除確保措置計画」についてであろう。

論点も含めて摘示することとする。

1　確約手続における「確約」と「合意」について

「確約手続」という文言は、独占禁止法には定められておらず、公正取引委員会規則の名称が「独占禁止法の確約手続に関する規則」であり、その規則１条に「公正取引委員会（・・）が行う確約手続（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（・・）第48条の２から第48条の９までの手続をいう。）・・」と定めている。この括弧書きが「確約手続」の定義であるといえよう。

「確約手続」は、公正取引委員会による「当該行為の概要」の「通知」（48条の２）→通知を受けた被疑行為者による排除措置計画の認定の「申請」（48条の３第１項）→公正取引委員会による申請の「認定」（同条３項）又は「却下」（同条６項）の手続を踏む。その認定の効果は、排除措置命令・課徴金納付命令を受けない（48条の４）ことである。「確約手続」制度は、規則において、「確約手続」を独占禁止法「第48条の２から48条の９までの手続をいう」と定めたのは、そのような手続過程、あるいは手続の仕組みを捉えたといえよう。ところで、その過程・仕組みにあって「確約」ないし「合意」というのは、どこを指すのか。

公正取引委員会の担当官による解説によると、確約手続制度は、TPP協定に定める競争当局とその執行活動の対象となる者との間に合意による自主的解決する権限（16.　２条５）を担保するため、「独占禁止法を改正し、独占禁止法の違反の疑いについて公正取引委員会と事業者との『合意により自主的に解決する』制度として導入した」もの[6]、あるいは、「確約手続のように、行政庁と事業者とが合意により事件を解決する法制度は、我が国についてこれまで例が見られない制度である。そしてこの確約手続は競争当局と事業者とが、言わば同じ方向を向いて違反行為の抑止に向けて行動することによって、より迅速な事案処理を可能とする効率的・効果的な制度である」[7]という。

上記の解説によるなら、「確約手続」には、独占禁止法の所管行政庁

[6] 小室前掲３頁
[7] 朝倉前掲13頁

である公正取引委員会と被疑行為者との「合意」が織り込まれていると受け取られているのではないか。

そのような理解がある。「今般わが国で導入される確約手続の最大のポイントは、ＥＵにおけるそれと同じく、業者と当局（公取委）との合意により、違反行為を認定することなく、独占禁止法違反の疑いを解消する点にある。この合意は、法律的には、事業者による排除措置計画の認定の『申請』を受け、公取委が『認定』という行政行為を行うことを指す（改正法48条の３参照）」と[8]。

実定確約手続に「合意」が制度として織り込まれているなら、上記の記述のように理解されよう。そうであるとしたら、その「合意」は「行政契約」・「公法上の契約」の法理に遵い、その合意によって法的効果が生ずることになるのでないか。しかし、実定確約手続では、その効果として、公正取引委員会の認定による排除措置命令・課徴金納付命令の回避が法定されている（48条の４）。実定確約手続についての「合意」は、比喩的であり、法的には、公正取引委員会による「認定」制度、「排除措置計画認定制度」でないのか[9]。そうして、他に公正取引委員会と事業者との「合意」と捉えることができる要因は見い出せない[10、11]。

---

[8] 篠浦前掲24頁

[9] 白石前掲603頁　白石教授は、「確約手続」制度を「排除措置計画等認定制度」という。「等」は排除確保措置計画」を含めるからである。

[10] 行政法分野では「確約」という概念が取り上げられている（藤田宙靖・行政法総論317頁（青林書院・2013）。それは、「ある行政行為をすることを行政庁が私人に約束した時に、このような約束は契約として法的拘束力を持つか、という問題」である。「この問題も例えばドイツにおいては、いわゆる『確約』の法理として、広く肯定的に解され、近時わが国でもその紹介及び導入が図られているところであるが、最高裁判例はこのような考え方を導入することには、未だ積極的であるとは言えない」、という。

ここでの「確約」については、菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」（公法の理論【下Ⅰ】1755頁・有斐閣、昭52）及び乙部哲郎「（乙部哲郎・行政上の確約の法理」（神戸学院大学法学研究叢書２）（日本評論社、1988）がある。菊井論文で「確約」について、「行政庁が将来行なうであろう公法的行為について、自己拘束する意図をもって相手方に対して行う意思表示」と定義づけている（1758頁）。行政法分野で取り上げられている「確約」概念は、独禁法の「確

2　確約手続の開始

（1）　公正取引委員会は、私的独占（3条前段）、不当な取引制限（3条後段）、事業者団体の活動規制（8条）及び不公正な取引方法（19条）の「規定に違反する事実があると思料する場合において、その疑いの理由となった行為について、公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるとき」に「当該行為をしている者」に対し、法定事項を「書面により通知することができる」（48条の2）と定める。この通知により確約手続は開始する。

（2）　通知の要件として、「規定に違反する事実があると思料する場合」、「その疑いの理由となった行為について、公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるとき」と定めている。この規定の

約手続」とは性格が異なるものであり、概念が混同しないように留意すべきであろう。

[11] 平成17年独占禁止法改正以前に違反被疑事件処理手続に事前審判手続があった。その当時の事件処理は、勧告→応諾→勧告審決・不応諾→審判手続→審判審決。審判手続の過程で同意審決という仕組みが織り込まれていた。同意審決制度が「確約手続」制度に類似している。

同意審決について、旧独占禁止法53条の3は、「公正取引委員会は、審判開始決定をした後、被審人が、審判開始決定書記載の事実及び法律の適用を認めて、公正取引委員会に対し、その後の審判手続を経ないで審決を受ける旨を文書を以て申し出て、かつ、当該違反行為を排除し、若しくは当該違反行為が排除されたことを確保し、又は独占的状態に係る商品若しくは役務について競争を回復させるために自らとるべき具体的措置に関する計画書を提出した場合において、適当と認めたときは、その後の審判手続を経ないで当該計画書記載の具体的措置と同趣旨の審決をすることができる」、と定めていた。

これは、アメリカのConsent decreeの手続に準じたものである。「申立の主導権は被審人の側にある訳で、委員会は、申出を適当と認めたときに、申出と同一内容の審決をするに過ぎない（もっとも事前の折衝があり得ることは当然である）。一種の和解の制度と考えてよく（入江前掲論文22頁）、排除措置についての意見の一致がこの手続の要素をなしている。」（今村成和・独占禁止法［新版・法律学全集52巻の2］249～250頁、有斐閣・昭36）

同意審決は、簡易な事件処理手続であるが、審判手続過程における事件処理方式であり、また、同意審決によって、特段の恩恵はなく、確約手続とは性格を異にする。

要件の定め振りをみると、「その疑いの理由となった行為」のうち、通知する場合を「公正且つ自由な競争の促進を図る上に必要があるとき」に絞り込もうとするように読み取れる。しかし、「公正かつ自由な競争の促進を図る」ことは、独占禁止法の「固有の目的」（１条）であり、公正取引委員会が被疑行為の調査を行うことが、この目的に悖ることはないであろうから、この規定が確約手続開始を絞り込む要件として、取分け機能するとは思われない。そうであるなら、この要件からは、通知すべきでない事案を区分することができないのでないか。

（３） 確約手続の通知について「することができる」とあるので、通知をするか否かは、公正取引委員会の裁量である。そこで、通知の要件の規定から通知すべきでない事案を区分できないとすると、通知するかしないかの区分する基準を別に求めなければならない。

担当官の説明によるなら、「確約手続の対象として主として単独行為が想定されるところ、公正取引委員会が調査を行う全ての事案について確約手続を適用することは適切でないと考えられることから、改正法48条の２の規定により、公正取引委員会が確約手続の対象とすることが適当か否かの事案選択を行うことにしている。具体的な適用対象については、今後、確約手続に関するガイドライン（仮称）の策定に際して検討されるものと考えられる・・」[12]という[13]。

（４） 公正取引委員会の通知を受けた被疑行為者が策定し、申請した排除措置計画が認定されるなら、その効果として排除措置命令・課徴金納付命令が回避される（48条の４）。

通知を受けなければ、その被疑行為は、通常の違反事件として、排除措置命令が出され、また、多くの事案には課徴金納付命令が

[12] 小室前掲５頁

[13] 独占禁止法上の「単独行為」については、公正取引2017年12月号で「単独行為規制をめぐる問題」と題して特集している。取分け泉水文雄「単独行為規制をめぐる問題」（２頁）参照。

出されることとなる。そこで、特定の被疑行為が、通知を受けて排除措置計画の認定へと進むのか、違反事件として、排除措置命令・課徴金納付命令により規制されるかを区分けする基準を要する。規制体系としては、被疑行為に対する排除措置命令が基本的なのであるから、確約手続の通知の対象を絞り込むべきであろう。48条の２の規定の通知の要件の定め振りはそれを示しているのであろうが、規定の定め方が抽象的で基準として十分に機能しないであろうと思われる。そこで通知の基準をガイドラインに定めることになろう[14]が、その基準を定める論拠・論理が重要である。

担当官は「確約手続の対象として主として単独行為が想定される」とし、また、「排除措置計画の認定の効果として排除措置命令及び課徴金納付命令を行わないこととなることから、悪質な行為を確約手続の対象とすることは適当でなく、改正法48条の２に列挙された禁止規定の対象となる行為のうち、価格カルテル・入札談合等については、確約手続の対象外となるものと考えられる」とする[15]。

価格カルテル・入札談合を通知の対象とすべきないこと自体は受容されるとして、それを通知の対象としないのは、「悪質な行為」だからということであろうか。そうであるなら、独占禁止法上の「悪質」とは何かが問われよう。「排除措置計画の認定の効果として排除措置命令及び課徴金納付命令を行わないこととなることから、悪質な行為」というのであるなら、単独の私的独占もそれに当たるのでないか。それに通知をしないか。そうでなく、通知の対象とするのであるなら、説明の仕方が異なるのでないか。基準として重要なのは、通知をする対象をどのような基準で絞り込むかということであり、それには通知の基準を法意からどう導くかが関心事となるのでないか。

（５）　それでは、通知の対象とされるか否かの基準の参考の一つとして過去10年間に価格協定・入札談合事件、単独行為事件など違反

[14] 小室前掲５頁
[15] 小室前掲５頁

行為の類型がどうなっているかみてみよう。

次頁の表は、過去10年間の違反行為の類型別表である[16]。その表から、次のようにいえよう。

ア　私的独占事件が２件あり、いずれも単独行為事件である。

イ　不当な取引制限事件は、事件数が多いが、１件を除き価格協定事件・入札談合事件であるから、通知の対象とはされないであろう。平成20年度に価格カルテル・入札談合以外の不当な取引制限事件が１件（三菱マテリアル㈱ほか２名事件（平成20年10月17日排除措置命令、審決集692頁、課徴金納付命令、審決集755頁）ある。この事件は、地方公共団体が売却する溶融メタル等の入札・随意契約における、購入予定者の決定である。公正取引委員会の分類によると「数量、販路、顧客移動禁止、設備制限当のカルテル」であるとされているが、事実関係は、入札談合と差別されるものではないであろう。

ウ　事業者団体の構成事業者に対する競争の実質的制限（１号）事件が２件、事業活動・機能の制限（４号）事件が３件ある。１号事件は価格制限事件である。このような事案は、通知の対象とされないであろう。

エ　不公正な取引方法のうち、優越した地位の濫用事件は、大型専門店、スーパの事件が多い。これらの事案については、現在、タスクフォース方式といわれる仕方で処理されているが、通知の対象とする事案もあり得よう。法定不公正な取引方法（２条９項１号から４号）事件と指定不公正な取引方法事件は、単独行為事件である。これらが通知の対象となるのであろう。

過去10年間における違反事件から推測するなら、確約手続の対象となる事件は、私的独占事件、不公正な取引方法事件であろう。そうであるなら、確約手続の件数は年に数件ということでないか。

[16] 公正取引委員会年次報告により作成

過去10年間の違反行為の類型

	私的独占		不当な取引制限			事業者団体			不公正な取引方法						
平成(年度)	排除	支配	価格	入札	他	1号	4号	5号	再販	他拘束	取引妨害	優越	不当廉売	取引拒絶	計
19			6	14			1						2	1	24
20	1		8	2	1				1			4			17
21			5	17						2		2			26
22			6	4						1		1			12
23			5	12					1		1	3			22
24			1	19											20
25			7	9		1						1			18
26	1		4	2		1					1	1			10
27			2	5			2								9
28			1	8					1	1					11
計	2		45	92	1	2	3		3	4	2	12	2	1	169

（6） 新規の事案、解釈の変更の事案を、通知の対象とする場合には、公正取引委員会による行為の解明が新規の事案、解釈の変更事案であることを被疑行為者が理解し、それに相応しい排除措置計画を策定し、そのことが利害関係者も理解できる程度に明らかにされることが望まれよう。新規の事案[17]、解釈を変更する事案[18]は、その扱いが先例となるからである。

（7） 公正取引委員会は、現在、警告により処理している事案がある。それは、排除措置命令を行うに足る証拠が得られなかった場合である。警告とは、「委員会が、法第３条、第６条、第８条又は第19条の規定に違反するおそれがある行為がある又はあったと認める場合において、当該事業者又は当該事業者団体に対して、その

[17] 新規の事案は、被疑行為に前例がないものである。これまでも不公正な取引方法事件には多くみられた。例えば、流通系列のタイプとして最初の一店一帳合事件がそれであろう（日本光学事件［昭47・６・30勧告審決、審決集19巻25頁］）。

[18] 解釈の変更の事例は建築家を事業者として独占禁止法を適用した事案であろう（昭54・９・19審判審決、審決集26巻25頁）。

行為を取りやめること又はその行為を再び行わないようにすることその他必要な事項を指示すること」（公正取引委員会の審査に関する規則26条括弧書き）である。

警告は、文書によって行い、警告書には、警告の趣旨及び内容を示し、審査局長がこれに記名押印しなければならない。公正取引委員会は、警告を使用とするときは、当該警告の名宛人となるべき者に対し、あらかじめ、意見を述べ、及び証拠を提出する機会を付与しなければならない。警告をしたときは、その旨を公表している[19]。

確約手続と警告を比較すると、次のようにいえる。

① 確約手続は法的制度であり、規範的性格を有する。警告はいわゆる行政指導である。

② 確約手続の認定書には委員長・委員が記名押印する。警告書は審査局長が記名押印する。手続の重みが異なる。

警告の対象となる違反被疑事件の事実の解明の程度は、「排除措置命令を行うに足る証拠が得られなかった場合であっても、違反の疑いがあるとき」である。事実の解明度は、確約手続の通知の要件を具備する程度になるものがあるなら、これまで警告で処理してきた事案が確約手続により処理する方が好ましいものがあるのではないか。

3 通知事項

（1） 公正取引委員会による通知すべき事項は、①当該行為の概要、②違反する疑いのある法令の条項、及び③次条第１項の規定による認定の申請をすることができる旨である（48条の２）。

「当該行為の概要」の「当該行為」とは、私的独占（３条前段）、不当な取引制限（３条後段）、事業者団体の活動規制（８条）及び不公正な取引方法（19条）に係る「規定に違反する事実があると思料する場合において」、「その疑いの理由となった行為」である。

[19] 平成28年度10件の警告事件があった。そのうち９件は教科書に係る利益供与による誘引事件であり、１件は不当な取引制限事件である［平成28年度年次報告62頁］。

その「概要」を書面により通知することができる。「その疑いの理由となった行為」、つまり「当該行為」を解明するのは、公正取引委員会の通常の審査活動である。

公正取引委員会が「当該行為」の解明の過程、つまり、被疑行為の調査過程で、被疑行為者が確約手続の開始を期待して行為の解明に協力するであろう。確約手続制度の導入それを期待してのことである。ただ、被疑行為者の協力は、事実上の行為である。

公正取引委員会が解明した「その疑いの理由となった行為」、即ち「当該行為」をどの程度「概要」として記載すべきかが問われるであろう。

（2）「概要」の内容

① 通知をするのは、私的独占、不当な取引制限、事業者団体の活動規制及び不公正な取引方法に係る規定に「違反する事実があると思料する場合において」であり、通知には「違反する疑いのある法令の条項」（以下「被疑条項」という。）の記載を要するのであるから、通知を受けた被疑行為者が「当該行為」の被疑条項を察知できる程度の事実が「概要」として記載されていなければならないであろう。

② 後述するように、通知を受けた被疑行為者は、排除措置計画を策定し、その認定の「申請」を行う（48条の３第１項）。排除措置計画には、「排除措置の内容」を記載しなければならない。その申請書には「排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであることを示す書類」を添付する（規則８条２項）。そのためには、「概要」に記載された行為を前提にして、それを排除するに十分なものを示すこととなる。このように「概要」が基準となる。

③ 被疑行為者は、現に「被疑行為」を行いつつある。このことは、競争市場という公共空間の機能を犯し、消費者、競争事業者あるいは取引先事業者の利益に損失を与えているのであり、その原因となった行為及び結果を除去するのが排除措置計画である。とするなら、消費者・競争事業者・取引先事業者が納得する程度に解明された行為が概要に記載されるべきであろう。

④　手続面からも排除措置計画の認定の公正取引委員会の議決方法（65条）、認定書の方式（48条の３第４項）、効力の発生（同条５項）は排除措置命令と同様であることは、「概要」に記載される行為の解明が排除措置命令に匹敵するものであることが望まれよう[20]。

⑤　行政の原則的考え方から「概要」の記載について、次のようにいえよう。

ア　事実の解明の程度の観点からみるなら、被疑行為の解明に対応して排除措置が採られる。したがって、その程度が不十分であるなら、不十分な排除措置しか採られず、被疑行為が残存するおそれがある。

イ　透明性の観点から、「公正取引委員会は、この法律の適正な運用を図るため、事業者の秘密を除いて、必要な事項を一般に公表することができる。」（43条）と定めている。事案の概要、排除措置計画は、公表される[21]というのだから、消費者・競争事業者は、公表により事実を認識できる。その際に、「概要」と排除措置計画の対応を理解できる程度に事実の解明がなされることが望まれる。

ウ　公平性の観点から、どのような行為にどのような排除措置計画が作成され、認定されたかということは、後に続く被疑行為に対し通知すべきか、後続の被疑行為者がどのような排除措置計画を作成するかの参考となる。

---

[20]「確約手続は、審査手続の途中で行われるものであり、かつ、競争秩序に迅速な回復を図るなどの手続の趣旨に鑑みれば、行為の概要についての詳細な記載には限界があるものと考えられる（・・）。他方、・・事業者と公正取引委員会との間のコミュニケーションを含めた一連の手続を通じて、公正取引委員会の有する競争上の懸念は十分に伝達できるものであると考えられる。」（中里浩前掲16頁）。「競争秩序の迅速な回復を図る」ことが「確約手続の趣旨」であるといっても、制度上「確約手続」の時間的制約は、被疑行為者の申請期間（48条の３第１項）のみであることからみて、「違反する疑いのある行為の概要」を詳細に記載することには限界があることと論理的に接続するか疑問である。

[21] 小室前掲７頁

上記のよう考え方は「概要」の内容を縛ることとなり、確約手続制度の狙いである簡易性、柔軟性、弾力性が後退するのでないかとの懸念する向きもあろう。しかし、行政上の制度に共通する水準を確保することは、行政に関与する上で共通の基本的なことであると思料するのであり、上記の諸点は、行政の在り方としては無視できない。

⑤　通知を受けた被疑行為者が、「概要」の内容に不服があるとき、公正取引委員会に対し、その旨を告げて訂正を申し立てることが認められるか。訂正手続が定められていないので、法的にはできないであろう。

5　認定の申請

通知を受けた被疑行為者は、排除措置計画を作成し、「これを当該通知の日から60日以内に公正取引委員会に提出して、その認定を申請することができる」(48条の３第１項)。 申請の時点を起点に60日以内である。

排除措置計画は、申請書を提出する（規則８条１項)。申請書には、①排除措置の内容、②排除措置の実施期限、③その他公正取引委員会規則で定める事項を記載しなければならない。

「排除措置の内容」は、「概要」に対応した措置である。「概要」から外れている事実を含まないし、それに記述されている事実の全てを前提とした措置である。「概要」の拘束性といえるか。

「排除措置」であるから、違反行為に対する排除措置（７条１項）と同じく、「違反行為を排除し、当該行為によってもたらされた違法状態を除去し、競争秩序の回復を図るとともに、当該行為の再発を防止することを目的として」いる[22]。

規則によると、認定の申請には「排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであることを示す書類」及び「排除措置が確実に実施されると見込まれるものであることを示す書類」を添付する

[22] 根岸哲・注釈独占禁止法125頁（有斐閣・2009)、ただし、排除措置命令は、作為・不作為を命ずる行政処分（下命処分）であるが、確約手続における排除措置計画は、被疑行為者による自主的措置である。

（８条２項）。前者は、排除措置計画の「十分性」、後者を「確実性」という観点から、排除措置計画の認定要件に対応している。

６　排除措置計画の認定

（１）　公正取引委員会は、違反被疑者からの認定の申請があった場合において、その排除措置計画が次の各号のいずれにも適合すると認めるときは、その認定をするものとする（48条の３第３項）。

①　排除措置が疑いの理由となった行為を排除するために十分なものであること、

②　排除措置が確実に実施されると見込まれるものであること。

公正取引委員会は、被疑行為者から排除措置計画の認定の申請を受けたなら、これを認定するか、却下するかである。

認定の判断枠組みについては、通知された「概要」を前提に二つの要件が定められている。「被疑行為を排除するために」という「十分性」と排除措置の実施の「確実性」についてである。それは、申請の内容を「概要」の記載事実に照らして判断する。「概要」の拘束性といえよう。

（２）　排除措置計画の認定は、文書によって行い、認定書には、委員長及び合議に出席し委員がこれに記名押印しなければならない（48条４項）。この手続は、違反行為に対する排除措置命令と同じであり（61条１項）、このことは、排除措置計画の認定が、排除措置命令と同じ重要さを有しているということである。

７　認定の効果

公正取引委員会が被疑行為者による排除措置計画の申請を認定するなら、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法に係る排除措置命令及び課徴金納付命令についての規定は、「当該認定に係る疑いの理由となった行為及び排除措置命令に係る行為については、適用しない」、と定められている（48条の４）。排除措置命令（７条１項、２項、８条の２第１項、20条１項、２項）及び課徴金納付命令（７条の２第１項、第２項、第８条の３、20条の２から20条の６まで）の規定が適用除外となる。適用除外という効果は、法定効果である。

「当該認定に係る疑いの理由となった行為」は、48条の２に規定する私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法に係る「当該行為」に当たる。「排除措置に係る行為」は、排除措置計画に記載されている排除措置の内容に係る行為であろう。本稿の対象とする被疑行為に対する排除措置は、それら被疑行為の差止めに係るものである。

上記の適用除外となるのは、規定に違反の疑いの理由となった行為であり、違反行為それ自体ではない。例えば、私的独占及び不当な取引制限の排除措置命令は「第３条・・の規定に違反する行為があるとき」に命ずるのである。他方、確約手続の対象は第３条の規定に違反するものでないから、３条の規定を適用除外とするのは、確認的なものである。

被疑行為者にとっては、排除措置命令・課徴金納付命令が免じられることが確約手続への最大の関心事であろう。被疑行為者がこの恩恵を享受しようとして、公正取引委員会による審査活動に自発的に協力し、それが被疑事件の早期処理に繋がるものと期待されるのである。

８　申請の却下

公正取引委員会は、認定の申請があった場合において、その排除措置計画が48条の３第３項各号のいずれかに適合しないと認めるときは、決定でこれを却下しなければならない（48条の３第６項）。

却下の理由は、行為を排除するために十分なものでない（１号）又は、確実に実施されると見込まれない（２号）のいずれにもあるいはいずれかに該当する場合である。

決定は決定書によって行い、それには、その旨と却下の理由を記載する（規則13条）決定の手続、決定書は、排除措置命令の手続に匹敵するほどの重みがある。

独占禁止法70条の11に、行政手続法第２章及び第３章の規定は、公正取引委員会のする「決定その他の処分」には適用しないとあるので、「却下」は行政処分であることを前提にこの規定をおいたものといえよう。これにより、通知がなかった状況となり、事件は、通常の事件処理手続に移行することになる。

９　認定の取消し

（1） 公正取引委員会は、次の各号のいずれかに該当するときは、決定で、認定を取り消さなければならない（48条の５第１項）。

一　認定を受けた排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるとき

二　認定を受けた者が虚偽又は不正の事実に基いて当該認定を受けたことが判明したとき

排除措置計画の認定の取消しの法的性格をみると、１号事由である「認定を受けた排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるとき」というのは、その認定時において認定それ自体は違法ではなく、後発的事情を理由としての取消しであるから、その法的性格は「撤回」であろう。２号事由である「認定を受けた者が虚偽又は不正の事実に基いて当該認定を受けたこと」というのは、その認定自体が瑕疵（原始的瑕疵）を含んでいるので、その法的性格は、「取消」であろう[23]。

認定の取消しの性格の違いが具体的に現れると思料する事例をしては、次ような場合であろう。

排除措置計画に、排除措置として、取締役会の決議、その旨の取引先への通知、従業員への周知徹底を定めて認定された。その後、被疑行為者が取締役の決議したのみで、他の措置が滞っていたところ認定が取り消された。その認定取消しが１号事由によるものであるなら、認定の「撤回」であるから、取締役会の決議は排除措置計画によるものとされる。他方、２号事由による取消しであるなら、取締役会の決議を含め排除措置計画それ自体が無効ということになろう。

むすび

1　確約手続制度については、規則において「確約手続」を独占禁止法「第

[23] 塩野宏・行政法Ⅰ［６版］188頁［有斐閣、2015年］、藤田宙靖・前掲注10、231頁、原田大樹・行政行為の取消しと撤回［行政法クロニクル第10回］［法学教室448号70頁］）、石川敏行・行政処分の取消し・撤回の制限［法学教室237号45頁］

48条の２から48条の９までの手続をいう」と定め、公正取引委員会による「当該行為の概要」の「通知」（48条の２）→通知を受けた被疑行為者による排除措置計画の認定の「申請」（48条の３第１項）→公正取引委員会による申請の「認定」（同条３項）又は「却下」（同条６項）の手続を踏み、その認定の効果は、排除措置命令・課徴金納付命令を受けない（48条の４）というものであり、そのような手続過程、あるいは手続の仕組みとして捉えたものといえよう。

その手続過程である公正取引委員会による通知の内容である「当該行為の概要」の解明は、公正取引委員会がその責任において行う。被疑行為者は、「概要」に対応する「排除措置計画」を策定し、公正取引委員会に認定を申請する。ここで被疑行為者が確約手続に法的に初めて関与する。ここに確約手続制度としての特色があり、また、確約手続制度の狙いであるといえよう。公正取引委員会は、認定の申請に対し、「概要」に照らし「十分性」と「確実性」の観点から判断して認定又は却下する。このようにみると、「概要」が確約手続制度の中核概念といえるか。

２　本稿では、確約手続について解釈論的に若干の問題点を摘示してきた。それは、被疑行為者の協力の下で迅速に事案を処理しようという意図を有する制度であるといえる。

しかし、実定確約手続制度は、法的には、被疑行為者の協力・自発的行為を受け止めるものではなく、事実上受け入れるものとなっているのでないか。そうであるなら、確約手続の過程において、公正取引委員会が責任を負うもの、被疑行為者が責任を負うものを明確にした上で、両者の協力の下に手続を進めるべきものでないか。

３　確約手続の導入の狙いは、違反被疑事件を迅速に処理するということであろう。独占禁止法の違反事件処理の在り方を振り返ってみると、次のようにいえよう。

独占禁止法制定当初から事後的審判手続になるまでは、勧告→勧告審決→審判手続→審決という過程を経た。その上、実質的証拠の原則が認められ、同意審決が織り込まれていたし、緊急停止命令あるいは差止命令制度が織り込まれた。審判手続は、被審人の主張を十分に聴取したうえで公正な行政処分を行うというもので「手続指向型」とい

えよう。それ故、公正取引委員会は「準司法機関」といわれた。

これに対し、事後的審判手続となったが、それでも審判手続を経た上で、実質的証拠の原則が認められていた。その後、審判手続が廃止され、排除措置命令となり、事前手続は、意見申述手続となり、実質的証拠の原則が廃止された。それは、違反事件の処理を簡易に処理しようとするもので、「簡易処理指向型」といえる。公正取引委員会は、合議制の行政機関である点で特異性を保持している。

今般、確約手続の導入により一層の事件処理の簡易・迅速性が望まれるようになった。しかも、被疑行為者に政策的に排除措置命令・課徴金納付命令の回避といういわば恩恵を付与しての制度である。これは「簡易・迅速処理指向型」といえようか。この制度の下での適切な事件処理がどのように進展するかが関心事である。

追記　本稿は、2017年12月23日、北海道大学経済法研究会において発表したものである。

論　　説

保証契約締結プロセスの規律（1）

―― イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に ――

西　村　曜　子

目　次

序章
　第１節　保証契約締結過程の問題点
　　第１款　保証人保護と金融維持の要請
　　第２款　保証契約締結過程の規律を試みる学説の見解
　　第３款　個人保証制度の現在
　　第４款　本稿の問題意識
　第２節　保証人保護に関する比較法的概観
　　第１款　EU における統一法の欠如
　　第２款　各国の状況
　第３節　検討対象の設定
　　第１款　交渉力の構造的不均衡問題への対応
　　第２款　イングランドにおける契約締結プロセスからのアプローチ
第１章　制定法における保証契約の規律
　第１節　1677年詐欺防止法４条
　　第１款　適用対象となる保証契約
　　第２款　改廃の議論にみる４条の現代的意義
　第２節　1974年消費者信用法
　　第１款　消費者信用政策のもとでの保証人保護
　　第２款　要式性の拡充と情報提供規定
　　第３款　暴利的取引規定の射程
　第３節　消費者信用法改正による保証への影響
　　第１款　暴利的取引規定の改正の経緯

第２款　不公正な関係規定　unfair relationships
第３款　不公正な関係規定における保証契約の位置づけ
第４節　まとめ　（以上、本号）
第２章　判例法における情報提供法理の生成
第３章　判例法における信頼の濫用に対する救済法理
第４章　判例法における保証規律の到達点
結章　日本法の分析と展望

序章

第１節　保証契約締結過程の問題点

第１款　保証人保護と金融維持の要請

１　保証意思の任意性

保証契約とは、主たる債務者がその債務を履行しない場合に、保証人となった者が代わりにその履行の責任を負うことによって、主たる債務を担保する制度である。保証契約の成立には、他の契約と同様、債権者と保証人との合意が必要であるが、そもそも保証契約において「意思の合致」があるか否かは、他の契約にもまして慎重に判断されるべき問題である。

この点は、学説上も既に指摘されてきたところである。星野英一教授は、保証人は、主たる債務者のために自己の全財産に執行を受ける危険にさらされているとし、その危険性について、次のように述べられている。「本来は、主たる債務者が履行することによって保証債務が消滅することが期待されているものであって、保証人が履行する事態に至ることは必ずしも予想されていないため、保証人が自己の責任の重いこと、自己に累の及ぶことを十分に意識せずに保証することが多いことによって、危険はいっそう増大する」。そして、この保証の危険性に、保証法の考慮すべき問題一つが存在すると指摘される[1]。これは、保証契約には、

[1] 星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」『民法論集第２巻』（有斐閣、1970年）197頁。

保証人が責任の性質及び内容についての認識・理解という「真の納得」をしないままに意思表示を行うリスクが存在する[2]という契約締結過程の問題を指摘するものである。

このような契約意思の形成過程における軽率性及び認識不足によるリスクは、自己責任として自ら負わねばならないというのが契約法の原則である。しかしながら、保証人が個人である場合、債権者たる金融機関と保証人との間には、情報や交渉力の格差が生じていることが通常であり、さらに保証契約には、債権者のリスクヘッジとしての性質がある。そのため、個人保証契約の締結において、自己責任の原則の修正として保証人の軽率性や認識不足をフォローし、保証意思の任意性を確保するための方策を講じるべき必要があることは、学説及び今般の民法（債権法）改正（2017年５月26日成立）においても既に承認されているところである。この問題を解決しないままに保証人に義務を課すことは、契約自由の原則の下で正当化されるものではない。

２　従来の保証人保護の議論

従来のわが国における保証法制度の議論の中心は、個人保証人の責任が過大となり、その生活を危機的な状況に追い込む危険から保証人を保護すべく、その責任を制限するための理論構築にあった。

西村教授は、保証一般には、利他性、無償性、情義性、未必性[3]、及び

---

[2] 道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」民事研修523号（2000年）６頁。

[3] いわゆる「保証債務の未必性」については、西村信雄編『注釈民法（11）債権（２）』（有斐閣、1965年）152-153頁にて、継続的保証債務と一時的保証債務のいずれにおいても妥当する性質であることが説明されている。すなわち、継続的保証にあっては抽象的な基本的保証債務から実際に具体的保証債務が発生するのか否か、また、その保証債務が幾何の額に達するのか不確定であり、その意味において未必的不確定的な債務である。一方、一時的保証は、当初から具体的保証債務の発生及びその範囲が画定しているのが通例であるから原則として上述の意味における未必的債務ではない。しかし､具体的保証債務の場合も、主債務者自身の履行により債務が消滅するのが本則であるから、保証人が現実に履行を余儀なくされることはむしろ例外事例であるはずであり、この意味で

軽率性という特殊性が認められ、さらに継続的保証には、永続性、広範性が認められることから、継続的保証においては保証一般の特殊性が増幅するのであり、保証人の責任を制限する必要性があることを強調した[4]。その上で、民法（455条、504条、418条）及び身元保証法（３条、５条）の規定を根拠として、債権者には「保証人の負担をなるべく重からしめないように注意すべき」抽象的かつ包括的な義務があるとの理論を構築した[5]。

このような継続的保証の責任制限理論は、民法理論上、一般に承認されている[6]。広範な保証人の責任を軽減する努力は、立法上及び判例法上

は、具体的保証債務も一種の未必的債務であるとされる。

[4] 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）414-415頁においても、保証の危険は、その性質と関連づけて説明されている。すなわち、「保証人が思わぬ過大な責任を現実に負わしめられ」その生活が危機に瀕することが少なくないことが、「保証一般」についての問題として指摘され、その原因は、保証の片務・無償の性質のほか、債権者と保証人または主債務者と保証人との信頼関係という基礎にあるとされる。

[5] 西村信雄『継続的保証の研究』（有斐閣、1952年）15頁以下。

[6] 伊藤進「保証人の保護」同『保証・人的担保論』（信山社、1996年）259頁。そのほか、根保証の責任制限の法的根拠を身元保証法５条の類推適用に置くものとして、村松俊夫「信用金庫取引においての新基本約定書の差入れの効力等」金法692号（1973年）16頁、石田喜久夫「銀行取引と保証契約」加藤一郎他編『銀行取引法講座下巻』（金融財政事情研究会、1976年）491頁、信義則によるものとして、我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）473頁、荒川重勝「根担保論」星野英一編集代表『民法講座別巻一』（有斐閣、1990年）202頁、後藤勇「継続保証における保証責任の限度－最近の裁判例を中心として－」判タ445号（1981年）17頁、辻博明「債権者の保証人に対する注意義務に関する一考察」名城法学54巻４号（2003年）94頁以下。根保証の責任制限における考慮事由に関しては、無償性や情犠牲等を責任の予測額の問題に組み入れるべきであるとする見解がある（小杉茂雄「いわゆる『包括根保証』再考」西南学院大学法学論集16巻２号（1983年）32-35頁）。これに対しては、無償性や情義性は根保証に固有の特徴ではないため考慮すべきではなく、主債務者の支払い不能に関する債権者と保証人の落ち度のみを比較考慮すべきとする見解もある（後藤勇「継続的保証における保証責任の限度」判タ445頁（1981年）26-27頁、福田誠治「伝来型保証の特徴と保証人保護の正当化事由－値保証人の責任制限に関する裁判例の検討を通

も積み重ねられてきたところである。判例上は、主に包括根保証の事案を対象として、信義則を根拠とする責任制限法理が形成されてきた[7]。

3　2004年法改正

（1）改正における2つの要請

2004年には民法上の保証法制度の改正が行われ、保証責任の制限及び契約締結過程に関する規定が設けられた。

まず、保証責任の制限に関する規定として、貸金等根保証契約について極度額の定めがない場合を無効とし（民法465条の2第2項）[8]、保証期間については、特に定めがなければ契約締結日から3年を経過する日を元本確定期日とする旨の規定（民法465条の3第2項）等が設けられた。これらの立法化には、包括根保証や長期間に及ぶ保証に対して信義則等を根拠に責任制限を行ってきた従来の学説及び判例の理論構築が反映されているといえよう。

次に、契約締結過程の規定として、保証契約は書面で行わなければ効力を認めないとする民法446条2項が新たな条文として設けられた。同条項による保証契約の要式化は、保証人の認識不足や軽率性という課題に対する法対応として位置づけることができる。しかしその内容については、保証人保護の観点からは不十分であるとされ、必ずしも肯定的な評価がなされたとはいえない。この点を明らかにすべく、2004年保証法改正の経緯及び指針を概観する。

2004年の保証法改正は、保証に過度に依存した融資慣行を是正するための政府及び関係省庁の取組みを受け、立法レベルにおける保証制度の見直しを行ったものである[9]。政府の保証制度に対する問題意識は、自己

じて－」別冊 NBL61号（2000年）180-193頁）。

[7] 判例は、責任制限を判断する際、債権者が主債務者と取引を開始するに当たって主債務者の信用状況を調査しなかった等の事実、ならびに保証契約締結後に信用不安が生じた後も取引を締結した事実等、契約締結の前後にわたる一切の事由を考慮している。

[8] 民法（債権法）改正（2017年5月）により、主たる債務の範囲に賃金等を含むとする要件が削除され、全ての個人根保証に同規定が適用されることとなった。

[9] 改正の経緯については、法務省民事局参事官室「保証制度の見直しに関する

資本に乏しい中小企業が資金調達のために借入れを行う場合、経営者、役員、その親族、知人等が保証人になるという融資慣行が定着している実態において、保証契約の内容に対しては法律上特段の制限が設けられておらず、保証人が過大な責任を追及される場面が多々生じている、というものであった[10]。政府は、このような問題に対して、個々の紛争において保証人保護を具体化してきた司法の功績を評価している。しかし政府は、このような判例法理による救済は、紛争化して裁判に至った個別事案においてのみ実現可能なものであること、当事者の予測可能性・法的安定性という面でその機能には大きな限界があることから、立法による見直しが必要であるとした。

個人保証制度の見直しは、起業の促進・廃業における障害除去という観点からも求められてきた（「経済財政運営と構造改革における基本方針（2002）」）[11]。続いて、2003年12月に開催された産業金融機能強化関係閣僚等による会合においては、「経済活性化のための産業金融機能強化策」として、「担保･保証に過度に依存しない資金調達を実現するために、人的保証の合理化・適正化についての検討を進めること」との方針が示

要綱中間試案補足説明」に詳述されている。

[10] このほか政府は、保証人の過大な責任は、継続的に発生する一切の債権を保証の対象とする根保証契約がその典型とされていること、とりわけ、「保証金額や保証期間に制限のない包括根保証契約が締結されている場合には、ひとたび主たる債務者が経済的破綻に至れば、主たる債務と同額の保証債務、場合によっては、契約締結時には予測できないほど多額の保証債務の履行を求められる結果となり、保証人自身も破産に至るなどの過酷な事態を招いている」との従来の学説による指摘にも触れている。

[11] 当時、内閣府設置の経済諮問会議では、中小企業における経営者保証人が保証責任の追及を恐れるあまり、法的倒産処理への着手が遅れ、事業再生の機会を逸する等の課題を念頭に、個人保証のあり方につき見直しを図るべきとの指針が打ち出された。これを受け、金融実務上の改善策として、無保証の政策金融の拡充、個人保証に代わる新たな担保手段の整備が検討されたが、企業倒産が多発し保証人への責任追及が現実化する当時の経済情勢にあっては、直ちに個人保証制度を廃止し新たな担保手段に転換するのは適切ではなく、「保証契約の内容を適正化」するための直接的な法制度の検討が強く求められることとなった。

され、ここでは「個人保証、特に根保証については、『円滑な金融』を阻害しないよう留意すべきこと」も明示された。

このような経緯のもと、法務大臣は、保証人が過大な責任を負いがちな保証契約について、その内容を適正化するという観点から、根保証契約の限度額や期間の定め等、保証制度について見直しを行う必要があるとし[12]、これを受けて、法制審議会の保証制度部会により「保証制度の見直しに関する要綱中間試案」が作成された。同試案では、上述の指針を踏まえ、「保証人保護」のみならず「円滑な金融の維持・促進」の要請にも配慮すべきことが示されている[13]。すなわち、保証制度は中小企業金融における担保手段として重要な地位を占めていることから、その効力を著しく減じるなどの保証人保護に偏した一方的な措置を講ずれば、かえって中小企業への貸渋りなどの本末転倒の結果を招きかねない。そのため制度の見直しにあたっては、「保証人保護」と「円滑な金融の維持・促進」という２つの要請のバランスを保つことを特に意識し、具体的な検討を進める必要があると示されたのである。

（２）保証契約の要式行為化

かかる指針のもとで行われた2004年の法改正では、契約締結過程に関する規定として民法446条２項が設けられ、契約書面の作成が保証契約の効力要件とされた。従来、保証契約は諾成契約とされてきたが、保証契約内容の明確化により保証人を保護する趣旨から、保証契約の要式行為化が図られたのである[14]。

その改正理由によれば、保証契約は無償で情義に基づいて行われる場合が多いこと、保証契約の際には保証人に対し現実に履行を求められることとなるかどうかが不確定であり、保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことから、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限り法的拘束力を

[12]「保証制度の見直しに関する諮問第66号」参照。

[13] 立法担当官の解説として、吉田徹＝筒井建夫『改正民法［保証制度・現代語化］の解説』（商事法務、2005年）６頁。

[14] 前掲注13）13頁。

認めるものとすることが相当であるとされている。また、諸外国の法制において、保証を要式行為としている例が少なくないこともあげられている[15]。

しかし、その規定内容に対しては、保証人保護という課題解決としては、必ずしも十分ではないとの評価がなされてきた。学説上は、①契約書面に記載すべき内容については、貸金等根保証契約（民法465条の２以下）を除いて具体的な定めがないこと、②保証人に対する書面の「交付」が義務づけられていないことから、保証人保護としての機能を十分に果していないことが指摘された[16]。また、債権者の保証人に対する情報提供義務や説明義務の規定が設けられなかったことから、保証人へのプロセス保障が不十分であるとも指摘された[17]。

2004年法改正は、「保証人の保護を主眼において、具体的措置が検討された」ものであるが、「中小企業において果たしてきた保証の機能の重要性にかんがみると、必要以上の規制が加えられることにより円滑な金融が阻害されるおそれ」があることに配慮しつつ検討が進められたとされる[18]。この点は、2004年改正を理解する上で重要であり[19]、保証人保護のためとはいえ契約締結過程における義務を金融機関に課すことに慎重にならざるを得なかったという状況を示すものといえよう。

2004年改正法案可決後には、既に、保証契約の締結過程において、「銀行をはじめとする金融機関の保証人への説明責任」が十分に果たされるよう必要な措置を講ずる必要がある、との参議院法務委員会の附帯決議がなされており、これは、要式行為化を定める446条２項を設けてもなお、

---

[15] 法務省民事局参事官室「保証制度の見直しに関する要綱中間試案補足説明」参照。

[16] 平野裕之『保証人保護の判例総合解説［第２版］』（信山社、2005年）21頁、大沢慎太郎「保証の成立における法的諸問題」法セミ（2014年）22頁。

[17] 山本敬三「保証契約の適正化と契約規制の法理」新井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、2009年）441頁、平野・前掲注16）21-22頁。

[18] 吉田徹＝筒井建夫『改正民法［保証制度・現代語化］の解説』（商事法務、2005年）６頁。

[19] 山本・前掲注17）414頁。

契約締結過程の規律に改善の余地が十分にあること、そして、その必要性があることを示している。

契約締結過程における規律を構築するにあたっては、2004年法改正の指針であげられたように、「保証人保護」の視点のみならず、「円滑な金融の維持・促進」の要請を無視することはできない。しかしながら、この２つの要請の調整を実現するための方策としては、契約書の作成にとどまらず多様なアプローチが可能であり、特に経営者保証とそれ以外の第三者保証を区別し、適切なプロセスを構築する等のより精緻化した議論が必要であったところ、同改正では十分な検討は行われておらず、課題として残されていたといえる。

第２款　保証契約締結過程の規律を試みる学説の見解

2004年の保証法制度改正と並行して、学説においても、保証契約締結過程の規律をどのように構築すべきかにつき議論が展開された。2004年改正では、保証契約を要式契約とする旨の規定が設けられた（民法446条２項）が、学説上は、債権者に対して、説明義務、（主債務者の信用状態についての）情報提供義務、意思確認義務等を課し、さらに過剰保証についての規制を設けることにより保証人の保護を図るとの手法も提示された。

潮見佳男教授は、保証契約の約款という性質から、債権者は保証契約の内容を開示する義務を負うものであり、「保証契約を締結するかどうかの決定にとって必要な情報を得る機会を与えられずに締結された契約には保証人は契約に拘束され」ず、「とりわけ、交渉等の経緯を考慮しても保証人が予測できないような契約条項は、保証契約の内容とならない」との見解を示している[20]。

保証契約における債権者の義務をより具体的に論じる見解として、以下の２つの見解がある。

１　保証人保護義務論からのアプローチ　ー平野裕之教授の見解

[20] 潮見佳男『債権総論Ⅱ』（信山社、2005年）389-399頁。

平野教授は、「債権者の注意義務[21]」という抽象的かつ包括的な義務をさらに①具体化し、②保証人の多様性に合わせた保護法理の構築を提案する[22]。まず、①義務の具体化については、契約締結段階における債権者の義務として、保証契約書の交付、根保証の場合には、根保証であることの説明義務及び保証意思の確認義務の立法化を提案する。このうち、説明義務違反により、保証人が認識不十分のままに契約をした場合には、「契約解釈」として、説明がなされなかった内容は保証債務の範囲から除外されると説かれている。

さらに債権者には、保証契約の締結に際し、主債務者の支払能力の確認義務及び主債務者の信用状態について保証人に情報提供すべき義務の必要性が説かれ、そのような義務違反の効果としては、保証人に契約の取消権が認められるべきであるとする[23]。

②保証人の多様性という観点からは、主債務者と保証人間の情義的関係による無償保証について保護の必要性を認め、さらに包括根保証については特別な保護の要請が認められると主張する[24]。一方で、個人会社の経営者による保証、親会社等グループ企業による保証については、主債務者についての情報取得や経営参加が可能であることから自己責任が妥当すること、また、銀行や信用保証協会等による有償保証の場合には合理的計算の上に保証がなされることから、保護の要請が妥当しないとする[25]。

---

[21] 西村信雄『継続的保証の研究』（有斐閣、1952年）15頁以下。

[22] 平野・前掲注16）４頁以下。同様の観点から保証人保護が、社会類型に応じて多様化している状況を明らかにするものとして、齋藤由起「保証の諸類型と保証法の多様化」法セミ713号（2014年）15頁以下。

[23] 平野裕之「保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点」慶應法学第19号（2011年）32頁以下。

[24] 平野・前掲注16）10頁は、2004年改正において包括根保証禁止の対象とならなかった継続的供給契約などにおける包括根保証の事例についても、貸金等債権と区別せずに保証人保護の必要性があるとする。

[25] 平野・前掲注23）32頁以下。松本恒雄「根保証の内容と効力」加藤一郎ほか編『担保法大系第５巻』（金融財政事情研究会、1984年）248-249頁においても、有償保証である場合には、根保証人を保護する要請は高いとはいえないと指摘

上述①にあげた義務を債権者に課す根拠としては、保証契約が債権者にとってのリスクヘッジであることがあげられ、債権者と保証人の力関係、情報取得可能性の差に鑑みて両者の関係は自己責任を貫徹することは不公平であり、債権者が「可能な限り保証人の利益を保護すべき義務」を尽くした限度でのみ、保証人に債権者自らが本来負担すべきリスクを転嫁することが許されるとする。そして、このような法理が「担保」という理念と衝突することもやむをえないとする。

2　金融機関の専門家責任からのアプローチ　ー道垣内弘人教授の見解

道垣内教授は、保証契約には、従来指摘されてきた情義性などの特性のみならず、変額保険やデリバティブ取引などの投資型金融取引と「連続的な性格」が認められることから、金融機関には相手方である消費者に高い注意義務が課されるとする。そして、投資型金融取引や消費者契約法上の議論において、既に学説上、軽率・無思慮を利用する行為を規律する必要性が認識され、金融商品販売者の説明義務論が展開されてきたことを前提に、これらの成果から保証契約締結における金融機関の義務を導くものである[26]。

保証契約と投資型金融商品との連続性を示す要素として、①当事者間の専門的知識に大きな差があること、約款取引という要素、②（さらに重要な性格として）保証は、債権者からみるとリスクヘッジのための取引であり、保証人がヘッジされるリスクと自己の利益との比較のもとになされる取引であることを指摘する。そして、金融機関の義務は、これらの要素から要請されるのであり、必ずしも保証の情義性や無償性に限定されるものでなく、実質上、保証が有償であり自らの利益のためになされたものであったとしても、金融機関は保証人に対して高度の注意義務を負うべきであると主張する。

具体的な債権者の義務としては、消費者契約法３条を参照し、根保証契約について次の内容を提案する[27]。①保証契約の契約条項は、常に明

されている。

[26] 道垣内・前掲注２）６頁。

[27] 消費者契約法３条は、事業者に対して、条項の明確かつ平易化および勧誘

確かつ平易な言葉で表現されなければならない。②保証契約において具体的に発生するリスクについて、保証人が正当な認識を形成するに足りる情報を提供しなければならない。③保証契約により発生するリスクが、保証人にとって過大となるときは、①、②に加えて、明確かつ詳細に最悪の場合にどのような事態になるのかを説明し、十分な理解を得させた上で、なお取引を継続するのかを確認しなければならない（適合性原則）。さらに、④事態が急激に好転する特段の事情がなければ保証人に損失の発生することがほぼ確実であるような場合には、客観的な事実を明確に認識させなければならない[28]。

上述の２つの見解は、債権者に情報提供等の義務を課す実質的根拠として、保証が債権者のリスクヘッジのための機能を果たしていることを挙げている点で共通する。しかし、理論的根拠の相違から、両見解が提示する情報提供の法理には次のような相違がある。

まず、平野説は、従来の保証責任の制限法理から導かれた保証人保護義務を理論的根拠とする。そして、保護すべき保証人として、「債権者が本来負うべきリスクを、主債務者との関係からやむを得ず無償で社会生活上の助け合いの慈善行為として」転嫁される保証人を想定し[29]、有償保証人の保護には消極的である。このような見解は、保証人の要保護性を重視したアプローチであるといえる。これに対し、道垣内説は、保証契約に限られない、金融取引一般に適用される金融機関の義務を根拠として理論構築をしている。想定されている保証人像は、「ヘッジされるリスクと自己の得る利益とを比較して取引する保証人」であり、債権者の義務は、保証人と主債務者との関係性（情義性、無償性等）を重視するものではなく、金融機関としての専門性に由来するものとして構成す

の際の情報提供を努力義務として規定する。

[28] その他、契約締結時の債権者の行為態様として、保証人に対する威迫や困惑の禁止、切迫や無思慮・軽率、異常な精神状態及び経験不足という状況の濫用の禁止が提示されている。

[29] 平野・前掲注16）８頁。

る。そのため、「実質上、有償で、保証人が自らの利益[30]を考慮してなされたものであったとし」ても、「金融機関は保証人に引き受けることになるリスクを十分に理解」させるための注意義務を負うとする[31]。ここでは、保証の無償性という要保護性の視点が強調されるのではなく、金融機関の専門性という視点から契約プロセスの規律が提示されている。

これらの議論は、保証契約締結プロセスの規律の構築には複数のアプローチが可能であることを示している。

また、これらの情報提供型の手法とは別のアプローチとして、契約締結過程における過剰保証規制の必要性が説かれている。小杉教授は、保証の有効要件として保証債務全部の弁済をする資力を有することを要件とすることを提案している[32]。これに対し、平野教授は、返済能力を基準とする場合、保証人の資産が考慮されるが、情義による個人保証人にその資産を切り崩してまで責任を負わせるべきではないとの理由から、その収入を基礎に余裕のある限度での弁済に限定されるべきであると主張する[33]。

第３款　個人保証制度の現在

かねてより個人保証制度に対しては、その責任が過大となる危険性ゆえに、制度の存続自体の見直しを図るべきであるとの主張がなされてきた。2004年の保証制度の改正後においても、個人保証制度の見直しの議論が収束することはなく、実務上、事業債務のための保証を中心に、経営者保証[34]以外の第三者保証制度の存続には厳しい制限が設けられるこ

---

[30] ここでいう利益とは、「精神的なものも含めた広い意味であり、自分の親あるいは子が経営する会社が倒産しないようにするというものでありうる」と説明されている。

[31] 道垣内・前掲注２）６-７頁。

[32] 小杉茂雄「保証の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（2008年）233頁以下。

[33] 平野・前掲注23）43頁以下。

[34] 中小企業基盤整備機構が2015年に実施した調査に基づき公表した「経営者保証ガイドラインアンケート結果」（http://hosho.smrj.go.jp/contents/question.html）によれば、経営者保証を提供している中小企業・小規模事業者は、

ととなった。2006年３月の中小企業庁通達では[35]、信用保証協会が行う

82.5％に上るとされる。また、金融機関が経営者保証を求める理由として、最も多く占めたのが、経営の規律のため（モラルハザードの防止）であり、次いで、会社の信用力保全のため（企業との一体性を確保）、保全のため（担保としての機能）と示されている（中小企業庁「個人保証制度見直しの背景」2014年２月公表）。2014年２月より、わが国では「経営者保証に関するガイドライン」が適用され、保証契約締結時、及び、保証債務整理時の課題に対応した準則が示されている。前者については、保証契約締結の合理性を担保するために、対象債権者に対し、主たる債務者及び保証人に対する保証契約の必要性の説明、及び、適切な保証金額の設定等を求めている。後者の対応としては、債権者の回収の極大化や整理の迅速化を図るべく、保証債務の私的整理にあたり、一定の経済的合理性が認められる場合には、保証債務の免除を前提に、破産法上の自由財産を超える一定の残存資産を保証人の手元に残す等の手続きが示されている。かかるガイドラインを経営者保証における適正な資産開示を促進し、破産手続きよりも多くの資産を経営者に残すスキームとして積極評価する見解として、白井大「経営者保証人の保護の必要性とその方策」『早稲田法学の現在』（成文堂、2017年）339頁以下。経営者保証人に対するハードローレベルでの過剰保証規制を積極的に検討するものとして齋藤由起「個人保証規制のあり方を考える（上）、（下）」法律時報89巻10号（2017年）97頁以下、89巻11号（2017年）144頁以下がある。一方で、経営者保証に対して比例原則を適用すれば、「過大性」という不明確な基準により生じる紛争のコストが予想され、これを回避するためのモニタリングの高コストが発生し、これらの追加コストは負担できない債務者企業は融資を受けることを断念せざるを得ないという危惧から、経営者保証に対する比例原則の適用に反対する見解として、小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」江頭憲治郎還暦記念・黒沼悦郎＝藤田友敬編『企業法の理念（下）』（商事法務、2007年）537頁以下、同「経営者保証と『比例原則』」金商1390号（2012年）１頁。この他、保証契約締結時点から保証債務履行時点まで、保証人に一貫して一定財産を留保するためのスキームとして、一定の金額までは保証人に財産を留保する旨の特約を付す契約手法（逆限度保証）も提唱されている（松嶋一重「個人保証をめぐる制度的現状と残された課題」金法2054号（2016年）19頁以下）が、これに対しては、複数債権者間の円滑な調整が可能であるのか、ガイドラインの定着が途上である中、新たな取組みは実務に混乱を来す等の課題が指摘されている。

[35] 中小企業庁通達「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」（2006年３月31日）。

保証について、2006度以降の保証融資案件については、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを原則として禁止することが明示された。その後、中小企業庁作成の「個人保証制度見直しの背景」（2014年２月）には、政府系金融機関では例外的な対応を除き、第三者からの保証人徴求は行っていないとの実務対応が記されている。今般の債権法改正（平成29年５月26日成立）の過程においても、個人保証を原則として禁止すべきであるという提案がなされ、中間試案に至るまでは一定の例外を除いて個人保証を無効とすべきかについて議論が行われた[36]。

一方、上記の中小企業庁による実務指針等によれば、実質的な経営権を有している者のほか、経営者本人と共に経営に従事する配偶者及び事業の協力者・支援者等による第三者保証の利用は、実務上禁止されておらず[37]、現在の融資実務において一定の第三者保証を認めるべき必要性が存在している。さらに今般の債権法改正の議論においても、個人保証の社会的有用性が認められること、仮に個人保証を原則として禁止した場合に、その例外として効力を認めるべき場合を列挙することは困難であることが指摘され、結果として個人保証制度を廃止するには至らな

[36] 中間試案では、「主たる債務の範囲に金銭の貸渡しまたは手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれる根保証契約」、および、「債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約」における個人保証については、「個人保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討をする」とされた。

[37] 中小企業庁通達「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」（2006年３月31日）では、例外的に第三者保証を認める場合として、以下のものが列挙されている。

１．実質的な経営権を有している者、営業許可名義人又は経営者本人の配偶者（当該経営者本人と共に当該事業に従事する配偶者に限る。）が連帯保証人となる場合

２．経営者本人の健康上の理由のため、事業承継予定者が連帯保証人となる場合

３．財務内容その他の経営の状況を総合的に判断して、通常考えられる保証のリスク許容額を超える保証依頼がある場合であって、当該事業の協力者や支援者から積極的に連帯保証の申し出があった場合（ただし、協力者等が自発的に連帯保証の申し出を行ったことが客観的に認められる場合に限る。）

かった。

以上の経緯を経て、改正民法においては、第三者保証契約も含む個人保証制度の存続を認めた上で、個人保証人保護方策の拡充を趣旨とする条文が設けられることとなった[38]。以下、保証契約締結過程の規律に関する新たな条文について概観する[39]。

従前より、学説上、保証人に対する情報提供の必要性が説かれてきたところ、改正民法465条の10により、主債務者は、個人保証人に対する情報提供義務を負うとする規定が設けられた。同条によれば、主たる債務者は、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する債務が含まれる根保証を委託するときは、委託を受ける者に対し、法定された一定の情報を提供しなければならず、これを怠り又は事実と異なる情報を提供したために保証人がその事項について誤認し、それにより保証の意思表示をした場合には、「債権者が、主債務者による情報不提供、ないし、虚偽の情報提供を知り、または、知ることができた場合」に、保証人は保証契約を取消すことができるとされる。

このように、民法465条の10は、これまで保証人に対する情報提供義務の必要性が説かれてきたところを明文化したものである。ただし、従

---

[38] 債権法改正により、契約締結過程の規律の他、保証契約締結後に関する規定として、主たる債務の履行状況に関する情報提供義務（民法458条の２）及び主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報提供義務（民法458条の３第１項）が設けられた。いずれも、主たる債務の内容は、事業融資であるかを問わない点で、契約締結過程の規律と異なり、また、主たる債務の履行状況に関する情報提供義務は、保証人が個人であるか法人であるかを問わず適用される。保証契約締結後の情報提供義務に関する近時の研究として、齋藤由起「保証契約における契約締結後の情報提供義務（１）」阪大法学63巻６号（2014年）87頁以下がある。

[39] 改正法を概観するにあたっては、以下の文献を参照した。潮見佳男『新債権総論Ⅰ・Ⅱ』（信山社、2017年）、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017年）、中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞已『講義　債権法改正』（商事法務、2017年）、大村敦志・道垣内弘人編『解説　民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）、筒井健夫・村松秀樹『一問一答　民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）等。

来の学説では、主債務者の資産状況等に関する情報提供の主体を債権者たる金融機関とすることが想定されてきたところ、改正法では、主債務者の資力については債権者が必ずしも把握しているわけではないとの事情から、主たる債務者に対し保証人に対する情報提供を義務づけている点で異なる。

さらに、改正民法465条の６第１項は、個人保証人の債務の履行意思を公正証書で表示することを保証の効力要件とした。同規定は、保証契約の締結過程に、当事者以外の第三者である公証人を関与させることを定めた点で新規性がある。すなわち、「事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約」または「主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金など債務が含まれる根保証契約」における個人保証人は、契約締結日前１箇月以内に作成された「公正証書」で「保証債務を履行する意思を表示」していなければその効力を生じないものと規定された（以下、同条の公正証書を「保証意思宣明証書」とする）[40]。同条の趣旨は、公証人の関与のもとで、保証人になろうとする者による保証契約のリスクの確認を行うこととされている[41]。

このように保証契約について書面の作成を要求する規定としては、既に民法446条２項が存在し、保証契約の締結は、書面でしなければその効力を有しないとされている。この点、改正法465条の６における「保証債務の履行」意思は、民法446条２項で想定される「保証契約の締結」の意思とは区別されており、保証人になろうとする者に保証債務のリスクをより明確に認識させることを趣旨とする。したがって、改正法465条の６の保証意思宣明公正証書は、民法446条第２項の要式性を代替する趣旨ではなく、保証契約の締結について二重の規制を設けたものであ

[40] 465条の６第３項により、同条は個人保証を対象とするものであり、保証人になろうとする者が法人である場合には適用されないと定められている。

[41] このような保証意思宣明公正証書の作成には、適用除外規定が設けられており、主債務者が法人である場合の経営者（民法465条の９第１号）や議決権の過半数を有する者等（民法465条の９第２号）、及び、「主たる債務者（法人を除く）と共同して事業を行う者または主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者」（民法465条の９第３号）が保証人となる場合には、保証意思宣明証書を作成せずとも、保証の効力が生じることになる。

ることに留意しなければならない。

公正証書作成による「保証意思の確認手続」の導入については、保証人が重大な責任を負うにもかかわらず、思慮なしに予想外の責任を負うという問題への法対応として肯定的な評価も受けている。さらに、公証人が保証意思の確認に関与する点において、単に債務の内容を確認するにとどまらず、面談における個々の状況に応じてより具体的なリスクを伝達する役割も期待されよう。

しかし、本改正をもって、保証契約締結過程の課題に十分な解決が図られたとはいえない。保証意思宣明公正証書についていえば、配偶者がその適用除外とされたことについて議論がなされている[42]。改正法465条の９第３号は、主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者については、公正証書を作成せずともその保証を有効とする。このような適用除外規定は、経営と家計の未分離を前提に、経営者とその配偶者が家計の一体性を有すること等から一定の合理性があると説明されている[43]。しかしながら同規定については、情義的関係から不本意な保証契約を締結するリスクが最も高い配偶者を例外とすることは妥当性を欠くこと、現在の社会情勢では夫婦といえども別人格であること、また、適用除外の対象は、法人の債務保証については「取締役や総株主

[42] 中間試案後の議論では、配偶者保証を認める試案について、否定的な意見も主張されたが、配偶者保証の特質から、その効力を認めるべきであるとの見解が有力であった。その理由として、①主たる債務者が個人事業主である場合には、経営と家計が未分離であり、配偶者を保証人とする必要性が定型的に認められること、②配偶者を経営に従事する者に限定することにより、自ら事業の状態を知ることができること、③配偶者保証は、事業継続の目的が主眼であり、情義に基づくという側面が弱いことがあげられた。商工会議所の立場からは、中小企業金融の維持のため、中小企業が資金調達を行うことが困難になるような事態を避ける必要性があり、現に配偶者を保証人とし融資を受けている個人事業主が多く存在していることから、配偶者保証を個人保証の制限の例外として認めるべきであることが主張された。このような議論の経緯からは、日本の中小企業金融の担保として配偶者保証が重要視されている実態が認められる。

[43] 政府参考人小川秀樹、金田勝年国務大臣発言（参議院法務委員会会議録第９号平成29年４月25日）。

の議決権の過半数を有する者」などに限定されており、個人事業主の債務保証についても、配偶者以外の者は「共同事業者」に限定されていることとのバランスを欠く等の批判がなされている[44]。

第４款　本稿の問題意識

以上の学説、及び、債権法改正の議論の経過から保証制度の構築に際し、以下の点を課題として指摘することができる。

第１に、保証意思における任意性欠如という課題につき、学説では、大きく２つのアプローチが提示されてきた。道垣内教授は、債権者の義務を金融機関としての専門性から根拠づけることから、保証が情義に基づいて無償で行われる場合のみならず、有償で行われる場合においても、債権者たる金融機関に情報提供義務や説明義務が生じることを示唆している。しかし、これらの義務を一方当事者である債権者に課すことが、契約自由の原則における自己責任の修正であることに照らすと、債権者の義務の射程は、保証人の要保護性という観点からの限定を行うべきである。具体的には、経営者保証等の有償保証については、主債務者の資産に関する情報取得やリスクの合理的判断が可能であるという特質を考慮し、その保護には抑制的であるべきで、過度な保護方策とならないよう保護の外延を確立する必要がある。

この点、平野教授が提示する保証人保護義務論からのアプローチは、保証人の要保護性の多様性に着目し、有償保証、情報取得や経営参加が可能な経営者保証、及び、親会社による保証を保護の対象から除外する点で、自己責任の原則の修正という観点から正当化されるといえる。もっとも、平野教授の見解は、従来の保証人保護義務論を基軸としており、保護の対象として「根保証契約」を想定した議論を展開している。しか

[44] 元榮太一郎委員、山口和之委員、真山勇一委員発言等（参議院法務委員会会議録第９号平成29年４月25日）。もっとも、このような批判に対しては、融資を受けることでその家業の事業継続が可能となる事態も想定すると、自らが保証人となることで融資を得たいという配偶者の判断は一概に軽率であり安易であるとは断じがたいとの見解が呈されている（金田勝年発言、参議院法務委員会会議録第10号平成29年５月９日）。

し保証契約における軽率性や認識不足というリスクは、保証責任の未必性や主債務者と保証人との信頼関係、債権者と保証人との情報の非対称性等、保証契約に内在する構造的な不均衡に起因するものといえる。そうであるならば、任意性の課題は、保証契約一般に共通する課題であり根保証契約に限定した問題として捉えることについては疑問が生じる。

そこで改めて、保証意思における任意性欠如の要因を分析し、その要因に応じた保証規律を構築する必要がある。

第２に、保証人保護と円滑な金融維持・促進との調和をどのように図るかという問題である。わが国の保証契約締結過程の規律につき未だ課題が残る背景には、保証人の保護と担保機能の確保による金融の維持という一見して両立困難な２つの要請の存在が窺える。

上述のとおり、保証意思の任意性確保という観点からは、保証人の要保護性の実態を明らかにし、その実態に即した適正なプロセスとして、保証債権者のとるべき措置のあり方を検討する必要がある[45]。

この点、債権者の措置として過度の負担を課すことは、融資の実現を阻むものとして回避すべきことが指摘されてきたが[46]、近時では、金融機関の義務内容の確定には「現状ではなお不明確な融資取引上生じうるリスクを金融機関が回避できる可能性を高める」とし、金融機関の利益保護を図る側面もあることが指摘されている[47]。すなわち、保証人の任意性を確保するために必要なプロセスを構築することは、保証債権者たる金融機関にとっては有効な担保を獲得するためのスキームともなり得るのである。

保証契約が担保制度の一類型であることに鑑みれば、保証人の保護と

---

[45] 例えば、今般の債権法改正についてみると、配偶者保証を保証意思確認公正証書規定の適用から外した点に関しては、金融維持の観点からは合理性が認められるものの、保証意思の任意性が担保されているのかという観点からは、批判をあびており、見解がわかれている。議論の詳細は、本稿序章第１節第３款参照。

[46] 木村仁「カナダにおける保証契約締結時の保証人の保護」近畿大学法学46巻１号（1998年）68-69頁等。

[47] 大沢慎太郎「フランスにおける金融機関の融資取引に関する義務と責任（１）」早稲田法学85巻４号（2010年）36-37頁。

同時に、保証に対する債権者の正当な期待も保護されなければならない。わが国における従来の個人保証人保護の議論においては、その責任制限をどのように理論構築すべきかに主眼が置かれ、保証人保護の延長上に存在する保証融資の阻害への懸念については正面から論じられてこなかった。しかし既に、2004年保証法改正においても、「保証人保護」と「円滑な金融維持・促進」の調整が基本方針として掲げられ、これらの調整は重要な課題として位置付けられている。

本論文では、保証人の保護と円滑な金融の維持の要請とを調整するという視点から、保証契約締結プロセスの規律を構築することを一つの課題とする。

第２節　保証人保護に関する比較法的概観

本論文において、保証人保護と金融維持の要請との調整という視角から保証契約プロセスの規律について考察するには、イングランド法を検討対象とすることにより重要な示唆が得られると考える。これまで、わが国の先行研究としては、ドイツ及びフランスにおける保証人保護の制度についての比較法研究が行われてきた。

本論文でイングランドを比較研究対象とするに至った経緯として、ドイツ及びフランスを始めとする EU における保証人保護の法状況について概観し、その上で現在までの比較法研究の到達点を確認しておきたい。

第１款　EU における統一法の欠如

１　消費者信用指令案の概要

保証人を法的に保護するための方策は、EU 各国に共通する問題とされてきた。1990年代後半から本格化した消費者信用市場の単一化に向けた EU 政策の中で、保証人保護方策の調和が論じられるようになり、公式的には消費者信用指令の改正において議論が開始されたものである。以下のとおり、結果的には、保証契約は、2008年に制定された新指令の適用対象とはならなかったが、その提案の中には当時の EU における保証人保護方策の特質が多く盛り込まれている。

1990年代には、EU において消費者保護政策が進み、一連の消費者保

護立法が動き出したごく初期の1986年12月22日には、最初の消費者信用取引に関する「消費者信用指令に関する加盟国の法規定、規則及び行政規定の近似化のための理事会指令87/102EEC」（以下、「旧指令」とする。）が採択された[48]。旧指令は、「信用契約 credit agreement」、すなわち「支払猶予、金銭消費貸借、又は、その他の類似の援助融資」を適用対象とするもので保証契約に関する明示的な規定は存在しなかった[49]。

消費者保護に関連する指令が国内法化される中で、「保証契約」は消費者保護指令の適用対象となるのかが問われ、欧州司法裁判所（European Court of Justice）の判断が求められることとなった。Case C-208/98 Berliner Kindle Brauerei AG v. Andreas Siepert[50]では、旧指令が保証契約に適用されるかが争点となった。同判決は、ドイツのポツダム地方裁判所が、「消費者信用指令が、信用契約を主たる契約とする保証契約に適用されるのか」という問題についての先行判決を求めて、事件を欧州司法裁判所に付託したものであった。この点について、同裁判所は、「保証契約は、旧指令における信用契約には当たらない」とし、保証契約への適用を否定した。

1995年頃より旧指令の改正の議論が開始され、2002年９月11日、欧州委員会により消費者信用に関する新たな指令案（以下、「指令案」とする。）が示された[51]。指令案では、消費者信用分野の「完全な調和（full

---

[48] EU における消費者法の歴史的展開については、鹿野菜穂子「EU 消費者法の展開」中田邦博＝鹿野菜穂子編『ヨーロッパ消費者法・広告規制法の動向と日本法』（日本評論社、2011年）参照。

[49] 谷本圭子「2008年ヨーロッパ消費者信用指令（2008/48/EC）」立命館法学336号（2011年）441頁以下では、主な規制内容として、信用契約についての広告規制、契約の書面要件、及び、必要的記載事項の定め、借主の繰上返済権を許容すべきこと、貸金債権が譲渡された場合において債務者が従前の貸主に対する抗弁を債権譲受人に対抗できること（抗弁権の接続）、第三者与信型の信用販売取引 linked credit agreement において、供給者と消費者との間の販売契約につき供給者の債務不履行その他の問題が生じた場合に、消費者である借主が信用供与者に対して主張できる権等の定めが紹介されている。

[50] [2000] ECR I-1741.

[51] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of

harmonisation)」(指令案30条) を目指すと同時に、消費者保護レベルの引き上げも図ることとされた。

上述のように、旧指令では保証契約に関する特別な明文は設けられておらず、欧州司法裁判所も保証契約に対する旧指令の適用を否定していた (Berliner Kindle ケース) のに対し、2002年の指令案では、保証契約も消費者信用指令の適用対象に含むとする提案がなされた。

その提案理由では、①既にイギリス等の加盟国では、消費者保護立法の適用による保証人保護の制度が構築されていることがあげられ、さらに、②旧指令の保証契約への適用を否定した Berliner Kindle ケースが引用されている。この提案理由については、欧州委員会が、加盟国における保証人保護制度と欧州司法裁判所判断との間に存在するギャップを解消するために消費者信用指令を保証契約にも及ぼそうとした趣旨であろうとの指摘がなされている[52]。指令案の指針を示すガイドラインでは、「消費者と全ての保証人に対する、より詳細な情報提供の必要性」が掲げられた。

指令案３条１項は、消費者信用指令を保証契約にも適用すべきことを明示している。その提案理由は、次のように説明されている。すなわち、「旧指令は、消費者信用契約のみに適用されていたが、消費者信用指令は、消費者保証人にも適用すべきである。その保証契約が、消費者による信用取引のために締結されたものであるか、商人のための信用取引のために締結されたのかは問わない。これらの保証人は、借主を初めとする消費者と同様の最低限の情報と保護が与えられなければならない。」とされた。

---

the Member States concerning credit for consumers COM (2002) 443 final. available at http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/EN/1-2002-443-EN-F1-1.Pdf .

同指令案の概要を記す文献として、Kristin Nemeth-Helmut Ortner, The Proposal for a new Directive concerning Credit for Consumers, European & International Law, (2003).

[52] Peter Rott, Consumer Guarantee in the Future Consumer Credit Directive Mandatory Ban on Consumer Protection?, European Review oh Private Law, (2005), p385.

指令案における「保証人 guarantor」とは、保証契約を締結した消費者（consumer）をさすものとされている（２条（ｆ））。指令案における消費者とは、自己の商取引や専門職とは無関係に活動する自然人と定義されていることから（２条（ａ））、職業として（professional capacity）保証人になる者には適用されないこととなる[53]。

以下のように指令案では、保証契約の締結過程の規律と契約内容の規律という２つの側面から規定を設けられている。

まず、契約締結プロセスについては、訪問取引の禁止が提案された（５条）。その内容は、訪問販売撤回指令（85/577/EEC）１条で規定する状況において信用供与者が訪問取引により信用契約を締結することを禁止し、同時に、訪問取引による保証契約についても禁止するというものである[54]。さらに、契約締結プロセスにおける、保証契約の要式性及び情報提供義務についても提案がなされた（10条）。すなわち、保証契約は、書面にて締結されなければならず、その書面には、保証債務の上限額及び主債務の不履行による利息等の負担金、「負担年利率」の算定方式の定め（10条２（ｅ））を明示しなければならないとされた[55]。

次に、契約内容について、保証期間の制限規定が提案された。指令案23条は、保証人を無期限の保証債務から保護するため、主たる契約であ

[53] 保証人が消費者として契約するのであれば、信用取引（主たる契約）が、私的な取引であるかビジネスに関する契約であるかに関わらず、指令案の適用対象とされる。また、保証契約（surety agreement ）には、bonds、joint、mortgage、sureties（人的保証）等のすべての形態が含まれることとされている。

[54] 提案理由としては、訪問取引という形式による信用取引は消費者に重大な問題をもたらしていること、さらに、第三者保証付きの信用契約では締結から長期間を経てから契約の効果としての責任が明らかになるという特徴があることがあげられ、85/577/EEC 訪問販売指令よりも厳格な規制が必要であるとされていた。そのため、訪問販売指令による限定的な撤回権では消費者の保護として不十分であり、訪問取引形式による保証契約をも禁じることが、訪問取引による信用契約の禁止に有効なツールとなるものと考えられていた。

[55] Peter Rott, Consumer Guarantee in the Future Consumer Credit Directive Mandatory Ban on Consumer Protection?, European Review on Private Law (2005), p. 391では、このような情報提供規定は、ドイツにおける契約締結前の保証人の保護を改善するものであると肯定的に評価されている。

る信用契約が無期限であっても保証契約の期間は最大３年までとした。また期間の延長は、保証人が同意をした場合に限り可能とし、さらに、保証人は、二次的責任のみを負うものであり、その責任は信用額の未払い金額に限定されることを規定している。

さらに指令案９条は、数々の国内の消費者信用法に先立ち、「責任ある融資の原則」の導入を提案した。同原則の導入については、銀行業界から最も強い反対意見が主張され、学識会からも批判的な見解が述べられた。責任ある融資の原則は、ローンの返済が困難になるであろうことが予想される消費者への融資を事前に回避するべき義務を信用供与者に課すという内容である。したがって同原則は、第一次的には主たる信用取引における過剰債務を回避するための手段である[56]。それと同時に、保証契約についても、保証人が信用契約による債務を返済するのに十分な資産を有し、あるいは十分な収入を有するときに限り締結しうるものとし、保証人の資力については、主債務者の信用力とは切り離して判断されるべき事項とされた。

なお最後に、指令案前文では、新たな指針として、比例原則（principle of proportionality）が、「信用契約の不履行に関する章の全ての条項に結びつく原則」として強調された[57]。このような基本概念として明示されているにも関わらず、具体的条項においては比例原則についての記載は見られず、唯一指令案24条（ａ）において、信用供与者は、信用契約及び保証契約の不履行の際に、回収のために不均衡な（disproportionate）手段を行使してはならないと規定しているのみである。

２　指令案に対する反応

このように欧州委員会が消費者保証人についての規定を提案したこと

---

[56] 最初の指令案では、債権者は、消費者から供与された情報、及び、データベースから得た情報に基づいて、消費者の返済能力を正確に評価すべき義務を負うものと規定されていた。その後の改定案では、このような債権者の義務としてのみならず、消費者に対しても義務を課しており、消費者は、信用供与者からの質問に対し、正確に回答するべき義務を負うものと規定された。

[57] COM (2002) 443final at 2.4.

について、ヨーロッパ議会は、当初、「消費者保証人には、消費者に保障されるのと同様の情報提供がなされなければならない」とのコメントをしていた。しかし、その後の議論からは、消費者保証人の保護規定を導入することに対する積極的な評価はみられない。指令案では、適用対象である消費者保証人には、消費者信用取引のための保証人のみならず、商取引のために契約した保証人をも含むとしていたが、2004年４月20日に行なわれたヨーロッパ議会及びヨーロッパ評議会の第一読会では、適用範囲を「消費者信用取引のための保証人」に限定し、商取引のための保証人を除外すべきであるとされた[58]。そして、同年10月29日、ヨーロッパ議会は、改めて指令の適用範囲を「消費者信用の返済のための」保証人に限定するよう主張し[59]、欧州委員会は、議会の意見を受け入れる形で提案を修正した。

その後の議論と修正を経て、2008年には、「消費者信用契約及び理事会指令87/102EEC 廃止に関する2008年４月23日付ヨーロッパ議会並びに理事会指令2008/48/EC」が採択された。しかし、保証契約については、2005年改定案の段階で、「消費者信用の返済のための」保証人に限らず、保証契約に関する規定の全てを削除する形で提案されるに至った。

このように保証規定が完全に削除された経緯について、正面からの議論は少ないが、訪問取引禁止に関する指令案５条については、既に制定されている訪問販売指令の適用の問題であり、消費者信用指令の対象ではないとの理由で、ヨーロッパ議会の賛同は得られなかったとされている[60]。

また指令案においては、保証契約のみならず、信用契約の締結に関する情報提供義務規定も提案されたが、これについては、主に銀行を始めとする金融業界から批判が寄せられた。すなわち、広範な情報提供義務は、信用取引コストを相当に増加させ、そのコストは場合によっては消費者に転嫁され、その結果、ローンによる消費自体の減退を招き、消費者の行動に変化をもたらすであろうとの危惧が指摘されている[61]。さら

[58] Official Journal of the European Union, 30.4.2004.

[59] 2004resolution.

[60] COM (2004) 747 final.

[61] supra note 60.

に、過剰な情報提供は、自己決定に貢献しないばかりか、むしろその逆の結果を生じさせるとの批判もなされた[62]。

3　共通準拠枠草案（Draft Common Frame of Reference）

このような消費者信用指令改正の議論では、消費者信用指令の適用という枠組みの中で保証人保護の調和を実現することが想定されていたといえる。その後、EU における保証人の保護方策は、ヨーロッパにおける私法全体の統一化に向けて欧州委員会主導のもとで起草された共通準拠枠草案（以下、「DCFR」とする。）[63]においてその具体的規定が示されることとなった[64]。

DCFR は、消費者保証人に関する特別な規定を設けている。これらの規定は、主債務者たる法人に影響力を与えうる立場にある、いわゆる経営者による保証、さらには商取引として締結された保証契約にも適用される（Ⅳ.G.-4:101条）。

DCFR Ⅳ.G-4章には、手続面の規定が定められている。その内容は、債権者に対し、契約締結前及び締結後の情報提供義務を課すことである。契約締結前の段階では、債権者は、保証人になろうとする者に対し、①保証契約の一般的なリスクと②主債務者個人あるいはその事業に固有のリスクの双方についての情報を提供しなければならないとされる。さらに債権者が、「保証人になろうとする者が、主たる債務者との信頼関係あるいは依存関係により保証契約の締結に関する自由な意思決定ができ

---

[62] たとえば、消費者に対して３種類のレートに関する情報を提供すべきとする規定案に関しては、“徒らに消費者を混乱させるだけである”とし否定的な見解が示されている。

[63] 共通準拠枠草案は、ヨーロッパ契約法原則の成果を引き継ぐ形で、ヨーロッパにおける私法全体の統一化・平準化を目指して、欧州委員会の主導の下で、研究グループ（ヨーロッパ民法典研究グループ及び現行欧州共同体司法研究グループ）によって起草された草案である。

[64] DCFR の邦語訳文献として、クリスティアン・フォン・バール、エリック・クライブ、ハンス・シュルテ-ネルケ、ヒュー・ビールほか編、窪田充見・潮見佳男・中田邦博・松岡久和・山本敬三・吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013年）がある。

ない状況」を認識している場合、あるいは認識しうる場合には、保証人が消費者センター等の「独立した第三者からのアドバイス[65]」を受けたことを保証しなければならない。このような規定は、基本的にはイギリスとオランダの法制度をモデルに設けられたものであり[66]、説明義務や独立の助言を受けさせる義務で対応している点が特徴的であると評されている[67]。

契約締結後には、債権者は保証人に対し、主債務者の債務額、利息、その他の負担金の総額を一年ごとに告知しなければならない。ただし、この義務は、「主債務者が、これらの情報を保証人に提供することに同意した場合に限り」生じるものとされている[68]。そのため、フランス、ベルギー等で規定されている契約締結後の情報提供義務よりも、実効性に欠けるとの指摘がなされている[69]。

保証人の資産に対し明白に過大な保証債務が課された場合については、DCFR Ⅱ7：207条の不公正取引に関する一般条項の適用可能性があるとされている。同条は、当事者の一方が、信頼や依存関係、経済的窮迫や緊急の必要性、あるいは、無知ないし取引能力や経験の欠如による他方当事者の弱みを不当に利用した場合には、契約上の債務の免責あるいは変更を認めている。この規定は、ヨーロッパ契約法原則（PECL）の4:109条の形式を採用しており、ドイツ及びオーストリアの良俗規定、及び北欧の不公正な債務についての一般条項に影響を受けたものとされている。

もっとも DCFR の目的は、その序論において「政治的に可能なモデル」となることにあると示されている。すなわちその目的は、各国に対して国内法化を強制することとは明言されておらず、現在も EU における保

---

[65] Article Ⅳ .G.-4:103.

[66] Aurelia Colombi Ciacchi, Suretyships by Private Persons, Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, (2011), p. 837.

[67]「諸外国における保証法制及び実務運用についての調査研究業務報告書」商事法務（2012年）75頁。

[68] Article Ⅳ .G.-4:106.

[69] supra note 66, p. 837.

証人保護制度は、各国ごとに構築されているのが現状である[70]。

第２款　各国の状況

以下では、先行研究の成果に依拠しながら、ドイツ、フランス、イングランドの法状況を概観する。

１　ドイツ[71]

ドイツ民法典766条は、保証契約締結における書面の作成を要求している。ドイツにおける保証人の救済手段として特に注目されてきたのは、主たる債務者の近親による巨額の保証について、良俗違反（BGB138条）を理由に保証契約を無効とする手法である。ドイツでは、保証人の債務の範囲が、その支払い能力に対して著しく過大であり不均衡であると認められる場合に保証の効力を否定する法理が裁判所により形成されてきた。

典型的なケースとして紹介されているのは、親の事業融資のために限度額付連帯保証人となった子が、その債務が支払能力に対して著しく過大であることを理由に良俗違反である旨を訴えたところ、連邦民事裁判所は、私的自治の原則を根拠にその訴えを退けたというものである。その後、当該連帯保証人による憲法異議の訴えに対し、1993年10月19日連邦憲法裁判所決定は次のような決定をした。すなわち、私法の一般条項を具体化する際に、ドイツ基本法２条１項（人格の自由な発展を求める権利）により、基本権として保障された私的自治を斟酌しなければなら

---

[70] O. O. Cherednychenco, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, European Law Publishers (2007).

[71] ドイツ法の状況については、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開－現代ドイツ私的自治論の諸相・第一－」大阪市立大学法学雑誌41巻４号（1995年）673頁以下、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性」法学論叢第147巻第１号（2000年）24頁以下、同第148巻第１号（2000年）85頁以下、齋藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護－ドイツ法の分析を中心に－」北大法学論集第55巻１号（2004年）113頁以下、同第55巻２号（2004年）657頁以下、同第55巻３号（2004年）頁213頁以下、亀岡倫史「EC 消費者信用指令と保証人保護」国際商事法務33巻５号（2005年）P679-685等に依拠してまとめたものである。

ないことを前提に、契約当事者の一方に異常に大きな不利益を課す契約が当事者間の不平等な交渉力の結果として行われた場合、裁判所は、一般条項の枠内でこれを修正すべき義務を負うものとした[72]。このようにドイツでは、保証人の資力に対して保証債務が過大であり、かつ、債権者・保証人間に交渉力の不均衡が認められる場合には、良俗違反（BGB138条２項）を理由に保証契約を無効とする法理が確立していることが明らかにされている[73]。また、このような判例法理が形成された背景として、ドイツでは詐害行為取消権行使の要件が厳格であるため、金融機関側が、家族間での資産隠しを防止すべく、はじめから無資力であるの子を親の債務の保証人とする実態があることも明らかにされており[74]、わが国の学説では、いわば保証の濫用事例であるとの位置づけがなされている[75]。

---

[72] 原田・前掲注71（148巻）96頁によれば、当該憲法裁判所決定は、意思形成過程の瑕疵と契約内容の不当性を組み合わせて契約の無効を承認する138条２項の枠組みを基礎として、巨額な共同責任が私的自治に基づかない場合には共同責任負担契約は無効であるという私的自治侵害説を支持したものとされる。債務の巨額性という契約内容の不当性のみを理由に契約を無効とすることは、このような理論的枠組みを基礎とすることから困難であり、逆に、債務の巨額性を要求せずに、決定自由侵害だけで無効とすることについても、上記体系に矛盾することが指摘されている。

[73] Mel Kenny, The Uncommon Core of European Suretyship Law, in Ciacchi AC (ed.), Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity, Baden-Baden Germany: Nomos Publishing, (2007), pp. 361-382. では、このような基本権や憲法原則により契約を制約するというドイツ式のアプローチは、良俗違反と認められるほどの最悪な保証ケースに対しては有効に作用し保証の効力を否定するが、これに至らないケースについては保証の効力を否定するものではないことから、緩やかな保護基準として評価されている。また、ドイツにおける人的保証契約は、物的保証に比較すると低コストで利用でき、保証人保護の基準が緩やかであることから広く利用され、資力の状況にかかわらず信用取引へのアクセスを可能としている。しかしその一方で、保証によるローンは魅力的なものとなり、過剰債務を加速させるというリスクをはらんでいるとも指摘されている。

[74] 児玉・前掲注71）674-676頁。

[75] 山本・前掲注17）436頁以下。

2　フランス[76]

フランスにおける保証人保護の一般的な制度は、①保証契約についての私署証書の作成（フランス債務法1376条）、②債権者の保証人に対する情報提供義務、③保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止する比例原則の導入からなる。比例原則とは、保証債務と保証人が有する資産及び将来発生しうる収入の総和との間に著しい不均衡があるときは、債権者はその保証契約を主張することはできないというものである（消費者法典L.341-4条）。

2003年８月１日の法律（デュトレイユ法）以前のフランスでは、（ⅰ）消費者信用・不動産信用、（ⅱ）賃貸借の保証、（ⅲ）企業に対する財政支援のための保証の領域に限定して、自然人である保証人の保護を図るという手法が採られていた。このうち（ⅰ）消費者信用・不動産信用については、上記①私署証書の作成、②主債務者の支払い事故に関する情報提供義務、③比例原則の全てが適用され、最も厳格な保護が与えられ

[76] フランス法の状況については、平野裕之「翻訳 フランス法における保証人に対する情報提供」慶應法学（２）（2005年）189-236頁、大沢慎太郎「フランスにおける保証人保護に関する法律の生成と展開（１）・（２・完）」比較法学42巻２号（2009年）47頁、同３号（2009年）25頁、齋藤由起「保証契約における契約締結後の情報提供義務（一）」阪大法学63巻（2014年）1791頁以下を参照した。2016年債務法改正については、荻野奈緒、馬場圭太、齋藤由起、山城一真「フランス債務法改正オルドナンス（2016年２月10日のオルドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法學第390号（2017年）279頁以下の翻訳を参照した。フランスにおける倒産法上の保証人保護に関しては、以下の邦語文献がある。フランス法での主債務者が倒産した場合における保証人の法的地位について詳述した邦語文献として、能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位（１）（２）（３・完）」彦根論叢351号（2005年）139頁以下、352号（2005年）81頁以下、353号（2005年）121頁以下。張子弦「フランスの企業倒産手続きにおける経営者責任（１）（２･完）」北大法学論集67巻５号（2016年）、67巻６号（2017年）では、2005年のフランス倒産法改正の経緯につき詳述されている。齋藤由起「個人保証規制のあり方を考える（上）（下）」法律時報89巻10号（2017年）97-102頁、89巻11号（2017年）144-149頁では、2008年法改正による経営者保証債務の事後免責制度の導入を中心に事業債務に関するフランスの個人保証規制について詳述されている。

ていた。他方で（iii）企業に対する財政支援のための保証には、②債権者に被担保額の増加に関する情報提供義務のみが課されていた（1984年３月１日法律）。しかし2003年のデュトレイユ法は、（ｉ）～（iii）を区別せず、事業者である債権者と自然人である保証人間の全ての保証に①～③に関する規定を適用することとした。これにより、経営者保証に関しても他の保証人と同様の保護が認められることとなった[77]。

３　イングランド[78]

イングランドでは、1644年詐欺防止法４条により、保証契約の強制要件として、合意の存在を証明する書面が必要とされている。また判例法では、不当威圧の法理が保証人保護のために重要な役割を担ってきたことが明らかにされている。不当威圧の適用場面として特に取り上げられているケースが、夫が事業融資を受ける際に妻が保証人となる、いわゆる配偶者保証のケースである。Barclays Bank Plc v. O'Brien 判決を契機として、契約締結プロセスにおける債権者の義務（保証人に対する告知義務）が形成されつつあることが既に紹介されている[79]。同判決によれば、債務者は契約締結前に、保証人になろうとする妻に対し、保証人

[77] 前掲注）73）によれば、フランスにおける契約プロセス及び契約内容の双方からの保護、及び、消費者保証人のみならず保証を事業として行うプロの保証人をも同様に保護する仕組みは、過剰な保護であり、債権者が保証による市場から撤退することを助長していると指摘する。

[78] イングランドの保証制度概要については、田井義信「英米法における保証制度の概要」手形研究334号（1982年）22頁、山根眞文「英国法における保証（Suretyship）」金融法務事情1129号（1986年）41頁、山下純司「イングランドの保証制度・諸外国における保証法制および実務運用についての調査研究業務報告書」www.moj.go.jp/content/000103260.pdf（最終アクセス2018年５月）。

[79] 道垣内弘人「海外金融法の動向－イングランド－」金融法研究第11号（1995年）111頁以下、同13号（1997年）118頁以下、木村仁「保証契約締結における保証人の保護と不当威圧の法理－イギリス判例法を中心に－」民商114巻第２号（1996年）255頁以下、同第３号（1996年）454頁以下、木村仁「イングランドにおける保証契約締結時の債権者の義務 - O'Brien 判決以降」近畿大学法学第45巻第２号（1998年）111頁以下。

となることについてのリスクを伝え公正中立のアドバイスを受けるように助言する義務を負うこと、そしてこのような告知義務を果さなかった場合には、保証契約の取消しを認めることが示されている。その後、同じく配偶者保証に関する貴族院判決である Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals 判決は、Barclays Bank Plc v. O'Brien 判決において示された債権者の告知義務を「債権者のとるべき合理的措置」として精緻化している。すなわち、保証人になろうとする妻が第三者（主債務者である夫）から不当威圧を受けている場合において、債権者が保証契約を有効としたいのであれば、債権者は保証人に自らの弁護士から助言を受けることを促し、あるいは、助言を受けたことを確認する等の合理的措置をとる必要があると示されている[80]。その後も、配偶者保証に関する判例により、債権者のとるべき合理的措置の本質が徐々に明確化されつつある。

このほかイングランドの保証契約については、判例法上、開示義務の法理が形成されてきたことも紹介されており[81]、イングランドにおいては、制定法と判例法による複数の法的枠組みの中で保証契約締結プロセスの規律が多層的に構築されている状況にあるといえる。

４　その他の加盟国の状況

加盟国における保証人保護の状況は、上記３カ国の保護アプローチを中心に主に３類型に分類される[82]。

まず保護レベルが高いとされる国々では、契約締結プロセス及び契約内容の双方の側面から保護制度が構築されている。契約締結プロセスと

---

[80] 菅富美枝「契約当事者間における交渉力格差と契約の有効性：イギリス法における「非良心的取引」及び「過度な影響力の行使（不当威圧）の推定」法理の現代的機能への着目」経済志林83（２）（2015年）1-41頁は、Etridge 判決が、保証人に対する第三者の助言を「過度な影響力の行使（undue influence）」を否定するための不可欠の要素と位置づけたことを確認した上で、かかる手順は、依然として手続き的思考に立つものであると評し、従然の判例法との同質性を肯定している。

[81] 木村（1998年）・前掲注79）112-115頁。

[82] この分類は、前掲注）66の記述に依拠する。

しては、債権者に対し、保証人になろうとする者への情報提供義務が課される。契約内容については、比例原則に反することが明らかである保証契約は無効とされるか、あるいは、保証債務の内容が保証人の資産に適合するように調整される。このような制度を採用する国として、オーストリア、ベルギー、フィンランド、フランス、スウェーデン等があげられている。

その他の国では、契約締結プロセスか、契約内容規制のいずれかのアプローチが採用されている。

デンマーク、エストニア、アイルランド、オランダ、ルーマニア、スペイン、イギリスでは、主に契約締結プロセスからのアプローチがなされており、契約締結前に情報提供義務を課すことにより、保証人が保証契約のリスクを認識しないままに契約を締結することを防いでいるとされる。これに対し、ドイツ、ギリシャでは、契約内容からのアプローチが採用され、保証人の資力に対して明らかに不均衡で過大な債務を負わせる保証契約は、良俗に反するとの判例法が形成されている[83]。

第３節　検討対象の設定

第１款　交渉力の構造的不均衡問題への対応

このように、1970年代から、加盟国の裁判所および制定法において、弱い立場にある保証人の債務を全面的あるいは部分的に免れさせるための救済が模索され、1990年代に多くの法制度が構築されてきた。加盟国における保証人保護方策は、各国ごとに形成されてきたものであるが、ドイツとフランスの法対応には自発的な収斂性がみられるとも指摘されている[84]。

---

[83] 前掲注）66, p. 837. によれば、スペインやスウェーデンでは、自主規制により、保証人を破産に追い込むような保証を予防しており、多くの場合、専門的な信用供与者は、保証人になろうとする者が返済可能な状況である場合に限り、保証契約を締結することから、保証人保護の制度が特別に構築されていないと分析されている。

[84] Aurelia Colombi Ciacchi, The Protection of Non-Professional Sureties in Europe : A Research Project' in in Protection of Non-Professional Sureties in

1989年の立法により、フランスでは、保証債務と保証人が有する資産及び将来発生しうる収入の総和との間に著しい不均衡があるときは、債権者はその保証契約を主張することはできないという比例原則が設けられた（消費者法典 L. 341-4条）[85]。かかる消費者法典の施行前においても、裁判所が、特に不公正な保証契約であると認定した場合には錯誤に関する民法規定を適用し、その効力を否定していた[86]。フランスにおけるこのようなルールは、ドイツにおいて長期にわたり発展してきた良俗違反規定に基づく判例法と類似しているとされ、両国間のルールには、「交渉力の構造的不均衡のもとで締結された極めて不均衡な契約の効力を否定する」という共通項が認められると指摘されている。

ドイツでは、近親者保証に関する判例において、保証責任が保証人の資力に対して著しく過大であることが良俗違反による無効の要件とされた。したがって保証契約の結果、その内容が良俗違反に該当する場合に限り、保証人の救済を認めるというアプローチを採用している。このような判例法に対しては、本来的に内容規制たる良俗規範が、契約締結プロセスという手続上の不公正の問題という過剰な任務を抱え込んでしまい、「構造的な交渉力の不平等」というテーゼを十分に深める機会を逸してしまった、との評価がなされていることが、わが国の先行研究において紹介されている[87]。また近親者保証ケースについては、債権者は保証人となる近親者に対し、「より充実した情報提供」としてリスクの説明や契約締結の意思確認等の高度な注意喚起をすべきであったとの指摘[88]も同様の観点から行われたものといえよう。

一方フランスでは、比例原則のもと、契約締結時に保証人に資力に対して保証責任が過大である場合には、保証責任を追及できないとされている。同原則のもとでは契約締結時に適合性判断を行うことが想定され

Europe: Formal and Substantive Disparity, ed. by Ciacchi AC, Baden-Baden Germany: Nomos Publishing, (2007), pp. 15-20.

[85] 詳しい立法の経緯については、大沢・前掲注76（42巻２号）参照。

[86] supra note 84, pp. 15-20.

[87] 角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』（商事法務、2014年）324頁。

[88] Iris Benohr, EU Consumer Law and Human Right, Oxford University Press, (2013), pp. 126-128.

ていることから、一見すると締結締結プロセスにおけるアプローチを行っているようともみえる。しかし仮に、債権者が契約締結時に何らの適合性判断を行わなくとも、結果として責任内容が適合性に反していなければ保証責任を追及することが可能とされ、法律上のサンクションが課されることにはならない。したがって、フランスにおいても契約の結果に着目した法的な対応が行われているといえよう。

第2款　イングランドにおける契約締結プロセスからのアプローチ

イングランドでは、ドイツ及びフランスにおけるような交渉力の不均衡に関する一般法理は確立しなかったとされる[89]。

このような一般法理の形成の試みとして、Lloyds Bank Ltd v Bundy 判決[90]では、Denning 卿が不当威圧や非良心的取引理論などのエクイティの法理を包括する概念として「交渉力の不均衡 inequality of bargaining power」法理を確立しようと試みた。Denning 卿による交渉力不均衡の法理とは、交渉力の強い立場ある者が、その交渉力を利用して弱い立場に契約を強いることは、公正の観点から許されるべきではなく、一般にそのような契約の取消しを認めるべきであるというものである。しかし、そのような一般化された法理は、伝統的なイギリス契約法の構造には適合しないものとして、National Westminster Bank plc v Morgan 判決[91]により否定され、確立するには至っていない。

確かにイングランドでは、交渉力不均衡法理は一般法理としては確立しなかった。しかしこれは、イングランドが交渉力不均衡という保証契約の問題に対して、法的対応を行なっていないことを意味するものではない。むしろイングランド法は、契約締結プロセスにおける構造的な不均衡という課題に対して、正面から法的な対応を構築してきたといえる

---

[89] supra note 84, pp. 15-20.

[90] [1975] Q.B. 326.

[91] [1985] A.C. 686. 同判決に関する先行研究として、及川光明「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向」早稲田法学61号3-4（1986年）171-200頁がある。

のである[92]。

イングランドでは、保証契約締結プロセスとして、詐欺防止法及び消費者信用法における要式性、コモンロー上の開示義務のルール、そしてエクイティ上の不当威圧法理における債権者による合理的措置ルールという多層的な規律が構築されている。イングランド法の検討を通して明らかとなるのは、これらの法的アプローチは、法源としては独立して形成されているものの、その主眼は、保証人の任意性を確保するための「認識の喚起」に置かれており、究極的には保証契約を有効とするために必要な契約締結過程のプロセスを示すものである。保証契約における構造的不均衡は、保証契約の債権者と保証人の間にとどまらず、保証人と主債務者との間にも存在し、さらにその実質は、情報の偏在あるいは人的な信頼関係など一様ではない。イングランドでは、保証における多様な不均衡の実態に即して、複合的な観点から法的規律が構築されているといえる[93]。

さらにイングランド法では、保証契約の規律を形成する際に、「保証人保護」と同時に「金融取引の実現」にも配慮すべきことが明示され、金融の維持が保証法制度を構築するための一要素として構成されている点も興味深い。

本稿の目的は、保証意思の任意性欠如という問題に対し、契約締結プロセスからのアプローチの構築を試みること、そして、その中に「保証人保護」と「円滑な金融の維持」との調整という視点を設定することに

---

[92] HG Beale, Duress and Undue Influence, in HG Beale (ed), Chitty on Contracts (29th ed), Sweet & Maxwell, (2004) では、重要な問題は、一般的な法理論を確立することではなく、むしろ無限に広がりうる交渉力における劣位者をどのような範囲で救済するのかという実質的な側面であるとする。

[93] 海外では、配偶者保証ケースにおける不当威圧法理の適用は、他の保証形態における同法理の適用と比較すると、債権者に対し、「保証人への高度な説明義務」を課すものであるとの評価がなされている（Cartwright, Misrepresentation Mistake and Non-Disclosure, 3rd ed., (2012), p. 810.Charles YC Chew, The Duty to Explain a Guarantee by the Bank: an Ephemeral Concept?, (2012)）。もっとも、このような評価の示す意味合いは、本稿において、保証人救済の法制度全体を検討した上で明らかにしたい。

ある。この点、イングランドにおける保証契約の規律の全体構造を明らかにし、各制度がどのような理念のもとに形成されてきたのかを分析し、わが国の保証人保護の法状況と比較、検討することにより、有用な示唆を得ることができると考える。

そこで本論文では、以下の構成により検討を進める。第１章では、詐欺防止法４条及び消費者信用法を対象に、保証人救済の理念の萌芽ともいうべき要式性に関する規定、及び、その現代的意義を問い直す議論状況を分析する。第２章では、イングランドにおける情報提供法理の生成状況について、19世紀から20世紀にかけて形成された開示義務のルールを分析し、一般契約法による保証人救済の射程との関係から、その意義を明らかにする。第３章では、不当威圧法理を中心に、「保証人の信頼」の濫用という課題への救済法理が形成されていることを明らかにする。第４章では、第２章及び第３章の検討を踏まえ、情報提供法理並びに不当威圧法理における悪意擬制の理論の形成・発展につき、現在の保証規律の到達点を明らかにする。

最後に、保証契約における錯誤や信義則に基づく責任制限に関する日本の判例法の状況を検討し、改めて日本における保証契約締結過程の課題を明らかにし、イングランド法からの示唆を踏まえ、保証契約締結プロセスの規律の構築に向けて若干の提言を行なう。

第１章　制定法における保証契約の規律

保証契約（Contract of Guarantee or Suretyship）とは、保証人（guarantor or surety）が、他人（principal debtor）の債務不履行に対して責任を負うことを約束する契約のことである[94]。主たる債務者の義務の存在を前提とした二次的責任である点において、他人に生じた損害を単純に填補する旨の合意である損失補償契約（indemnity contract）と異なるものとされる[95]。

---

[94] イングランドの保証制度の概要についての邦語文献については、前掲注78参照。

[95] Richard Calnan, Taking Security, 3rd ed., (2013), p. 446によれば、イングラ

保証契約は、申込みと承諾の意思表示の合致により成立する。そして、保証の合意が法的拘束力を有するためには、コモン・ローの契約法理に基づき、原則として約因が存在するか、もしくは、契約が捺印証書（deed）により締結されなければならない[96]。約因との関係では、通常、債権者が主たる契約による取引に入ること自体が約因とみなされている。過去の約因は拘束力の根拠とならず、主たる契約に遅れて保証契約が締結された場合は強制力を有しない。そのため、主たる契約締結後に保証契約を締結する際には、約因の問題が生じないように、捺印証書を作成するか、もしくは、名目上の対価を債権者が保証人に対し支払うといったことが行われている[97]。

第１節　1677年詐欺防止法４条

このように、契約の一般法理として、保証契約の強制には、約因もしくは捺印証書の存在が要求されるが、さらに詐欺防止法（The Statute of Frauds）上の要件もみたす必要がある。歴史的に、イギリスでは、要式性（requirements of form）が重んじられてきた。

1677年に制定された詐欺防止法４条[98]は、他人の債務不履行等について責任を負うことを約する「特別な約束（special promise）」については、

ンドでは、実務上の保証形態として個人保証と法人保証がある。後者は、銀行による企業融資において多く利用されている。近年のグループ企業の増加により、保証利用が拡大し、銀行をはじめとする債権者が、グループ全体の資産を把握する目的で、グループ企業同士で相互に保証させるという実態がある。

[96] 捺印証書とは、第三者を証人として書面により行う約束であり、作成した者が署名、押印、引渡しをすることによって成立するものである。

[97] 山下・前掲注78）96頁。

[98] Section4　no action shall be brought . . . whereby to charge the defendant upon any special promise to answer for the debt default or miscarriages of another person . . . unless the agreement upon which such action shall be brought or some memorandum or note thereof shall be in writing and signed by the party to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorized.

それが書面化され、責任を課される当事者あるいはその代理人の署名がない限り、訴訟で請求できないと定める。同条における「特別な約束（special promise）」とは、「従属的collateral」あるいは、「補助的secondary」な約束、すなわち、保証責任のような二次的な責任をさすものと理解されている[99]。この規定は、事業者間を含めすべての保証に適用され[100]、書面による証拠がない限り、裁判所による救済は認められないこととなる。

前述の通り、保証に強制力が認められるためには、契約の一般法理に従い、約因により支持されているか、捺印証書によることが必要である。詐欺防止法第４条による書面要件は、保証が捺印証書による場合を除いて適用されるものであり、約因に代替するものではない。したがって、保証が約因により支持されている場合であっても、さらに４条の書面要件が課されることになる。

第１款　適用対象となる保証契約

保証契約が締結されたとしても、すべての保証に詐欺防止法４条が適用されるものではない。すなわち、契約の文言等から保証契約に該当するとしても、保証人の主たる目的が、「自身の利益を図る」ことにある場合には、４条が適用されないものと解されている。

例えば、保証人が保証取引から利益を得ているという事実は、直ちに契約の主たる目的が「保証人自身の利益を図る」ことにあることを示すものではないが、受ける利益の程度や内容によっては、それを示唆するものとなる。これに対し、保証人が主たる債務者に対する哀れみや愛情という動機を有していたという事実は、契約の本質が保証であることを否定するものとはいえず、また、経営者が経営する会社の財産上にエク

---

[99] E. P. Ellinger, E. Lomnicka, and C. Hare, Ellinger's Modern Banking Law, 5th ed. (2011), p. 903.

[100] J. O'Donovan and J. C. Phillips, The Modern contract of Guarantee, 2nd ed., (2010) p.172. 同条の事業者間への適用により、事業者が口頭で保証を引き受けたことが明らかであっても、書面証拠の不存在を理由として保証責任を不相応に免れるという結果を招いている。かかる事態を受け、最近の判例では、同条のルールは商取引には適用されるべきではないとするコメントがなされている。

イティ上の担保権を有していることを動機として保証人となったという事実も、保証としての契約の本質を変更するものではない。会社が取引を継続することが当該会社の経営者個人にとって利益であると考えた事実も同様とされる[101]。

主たる目的が、取引からの利益の取得であることを理由に４条の適用が否定された事案としては、Sutton & Co v Grey 判決[102]がある。同事案では、A が、株式仲買事務所に顧客を紹介し、事務所が A 紹介の顧客から損失を受けた場合には、A がその損失の半分を補償することを口頭で約した。そして、当該事務所は、A が紹介した顧客から得た利益の半分を A に支払うことを約因とした。判決では、A が、事務所が得た利益の「半分」を手数料として取得する点に着目し、A と当該事務所との契約は、実質的には雇用を目的とする契約であると認定し、４条は適用されないとの判断を示した。

また、一般に４条の適用対象外とされるケースとして、物品の売買契約における買主代理人が、売主との間で、買主（主債務者）の代金不払いの際には、これを弁済する責任を負うとする代金支払い保証があげられる。代金支払い保証では、代理人が、高額な手数（保証）料により買主の支払能力を保証するのであり、契約の主たる目的は、支払能力のある買主を選択するために代理人がより高度の注意を払うことを約することにある。このようなケースでは、契約の真の目的は、他人の債務の保証ではなく、保証人（代理人）に相当の利益を取得させ、代わりに反対給付の履行を強制することにある。同様に、保険者、あるいは、顧客の第三者に対する義務を保証することを業とする bondsmen による契約は、保証ではなく、損失補償とされることが多い。

以上をまとめると、形式的には保証という文言による契約が締結されたとしても、取引を通じて保証人の取得する利益が、単なる保証の手数料を超え、保証とは独立の利益と見られるケースでは、詐欺防止法４条の適用対象とは認定されない傾向にある。

---

[101] supra note 100, pp.. 129-130.

[102] [1894] 1 Q.B. 285.

第２款　改廃の議論にみる４条の現代的意義

詐欺防止法４条は、特定の契約について、虚偽の証拠、あるいは、「実際にそのような契約を締結する趣旨ではない、ルーズな会話」でしか証明されないという危険性に対応すべく、書面作成を契約上の債務の強制要件としている[103]。

制定当初、同法は５類型の契約を対象とするものであったが、1954年の改正により、その適用対象は保証契約のみとされた[104]。しかしながら、４条の規定を奇貨として、書面の不存在を理由に不当に債務の履行を拒絶するケースが現れたために、同条の存在意義が問われることとなった[105]。以下、詐欺防止法４条の意義をめぐる議論の推移を外観する。

1954年改正の際、法改定委員会（Law Reform Committee）では、全員一致の意見として、保証に関する４条の規定を存続させるべきことが提案された。その理由として、保証取引の経験なき者が、引き受ける義務について十分に理解しないままに契約を締結させられているという実態が存在すること、そして保証の依頼者が、保証人の不注意を指摘するという良心なき主張が行われる危険があることがあげられた。また、通常、保証人に関しては、片務的かつ無私（disinterested）であること（大半のケースにおいて、保証人は取引から何も得ていない）から、書面の存在が当事者間で保証契約条項が決定されたことを「確証させるもの」としてみられること、さらには、書面作成は、保証人になろうとする者に思慮の機会を与えるためにも必要であることが指摘された[106]。

このような経緯から、詐欺防止法４条の立法趣旨は、保証人の責任を

---

[103] Lord Blackburn in Steele v M'Kinlay, (1880) L.R. 5 App. Cas. 754 at 768.

[104] 1953年、法改定委員会では、①遺言執行者または遺産管理人が自己の財産で死者の債務を弁済する契約、②婚姻を約因とする契約、③土地又は土地に関する権利の売買契約、④一定の価額以上の動産売買契約については、４条の適用を廃止すべきことが提案されたが、⑤保証契約に関しては、全員一致の意見として、４条を存続させるべきであるとされた。

[105] Geraldine Andrews and Richard Millett, Law of Guarantees, 7th ed., (2015), p. 48.

[106] supra note 105, pp. 47-48.

書面により確定させ、詐欺や偽証を予防すること[107]、及び、保証に関する知識や経験がない者に対する警告の必要性[108]から、思慮の機会を付与し無知な者を保護することに置かれていたといえる。もっとも、後者の保証人への警告という観点からみると、４条の書面はあくまで訴訟の証拠として要求されることから、規定上は契約締結時の作成を義務づけるものではない。したがって、保証人への警告機能が法律上担保されているとはいえない。以下でみるように、同条の意義に関しては、詐欺や偽証の回避を中心に論じられている。

まず、４条の存在意義につき、Autocar Equipment Ltd and Searle 事件[109]の Henry 裁判官が、肯定的に解する見解を明らかにしている。その理由としては、保証契約に関しては、詐欺防止法４条が想定していた危害が制定当初と変わらず現在でも存在しており、実務上、他人の債務不履行について責任を負うという口頭の約束が行われた場合、その口述の詳細を正確に証明することは困難であることが多く、後の法廷においてどのような用語が用いられていたのかを発見した後でさえも、その不確定性は存続することにあるとする。さらに、口頭での証拠による結果は、商取引上、通常想定できないような内容であることが多いことからも、書面や覚え書を合意に効力を与える根拠として機能させる必要があるとする。

一方で、Technology Partnership Plc v Afro-Asian Satellite Communications (UK) Ltd[110]では、４条の保護手段としての存在意義に対して懐疑的な見解が示されている。同判決の争点は、Cが「グループ企業を促進する意向」を記した社内メモが、グループ内の一社の負債を保証するとの約束を記す書面として十分であるか否かであった。高等法院は、当該書面は保証契約の合意を証明する書面として不十分であるとし、これを否定した。

---

[107] 保証は、通常継続的な契約であり、時間の経過により証拠を発見することが困難になるという点も、書面による証拠を強制要件とした趣旨の１つとされる。

[108] Alberta Institute of Law Research and Reform, The Statute of Frauds and Related Legislation, (1985).

[109] supra note 105, p. 48.

[110] supra note 105, p. 48.

この結論について、Peter Gibson 裁判官は、Cが責任を免れるという不幸な結果は、詐欺防止法4条の存在により生じたものであるとし、規定が存在する以上は、このような判断にならざるを得なかったとしている。さらに同裁判官は、「保証人をそのように特別に保護する必要性は、現在もなお存在しているのかどうかに疑問がある。一定の期間制限をもって保証人の責任を免れることができる、という方法で保証人を保護するという何らかの保護は必要であろう。しかし、4条に含まれているサンクションは、本来対応しようと意図されていた危害との関係で、全ての均衡を欠いている。」とし、4条の存在意義に対する疑問を呈している。

これに対し、同判決における Pill 裁判官は、4条は保証人の保護のために実践的な目的を有しており、本件の事情からは何一つ、現代の状況において、口頭の証拠のみで保証契約の成立を認めることが安全であり、かつ、正確であると認めることはできないとし、4条の意義を肯定している。

Actionstrength Ltd (t/a Vital Resources) v International Glass Engineering IN.GL.EN SpA[111]においても、4条の存在意義をめぐる裁判官の見解が示された。

同判決の事案は、SG 社が、フロートガラス製作のための工場を建設すべく建設会社Iとの間で建築請負契約を締結し、原告Aが、I社との間で当該建築のための労働者の供給を約したものである。本件においてAは、I社がAに対して契約代金を支払わない場合には、SG 社が代わりに支払うとの合意に基づき、I社の不払い分につき SG 社に支払いを求めたものである。しかし、SG 社は、Aの主張する内容の合意があったとしても、その合意は保証契約であり、かつ、それを記録する書面は存在しないので、詐欺防止法4条により支払いを強制することはできないと主張した。

高等裁判所において、Mitting 裁判官は、A と SG 社間の合意は損害補償契約であるとの理由から詐欺防止法の適用を否定したが、他の4人の裁判官は、その意見を受け入れず、詐欺防止法4条を適用し、Aの

[111] [2003] 2 A.C.541.

請求を認容しなかった。貴族院は、かかる高等裁判所の判断を支持し、本件に詐欺防止法４条を適用し、保証契約を記す書面が存在しないことからSG社は責任を負わないとした。

Bingham卿（Woolf卿、Walker卿が賛成）は、裁判所は４条の存在意義について判断する権限を有しないとの前置きをした上で、一定のケースにおいては４条の適用が疑問視されることを示唆している。すなわち、保証契約に関して、４条が本来想定していた危害が現在も重要であるのかどうかは、少なくとも、いくつかのケースの類型では（本件でもたらされたような不当性を鑑みれば、）疑問視されるところであるが、そのようなケースは通常のケースではないとする。

Hoffmann卿は、Aの主張する事実関係が真実であると裁判所が認めた場合においても、書面が不存在であるがゆえに合意が強制されず、SG社が責任を負わないという結論は、道徳的に許されず、不公正であるとの見解を示している。しかしながら、法の目的が、「口頭の約束が行われたか否か、そして、何が約束されたのかについて、どちらが真実を述べているのか」を判断すること自体を回避することに置かれているということを重視すべきであるとしており、全面的に４条の意義を否定するものではない。

このような司法判断における見解では、詐欺防止法４条の適用により専門的な知識を有する企業等の保証責任を否定することへの違和感を認めつつも、一般的には、保証責任の内容の真偽につき書面証拠をもって確実に判断するという４条の意義が現在も存在することについて、肯定的に評価しているといえる。

４条の意義を積極に評価するという点では、既に1953年の法改定委員会のコメントにも共通するところがみられる。これによれば、「法の文言上、・・・立法者は、明らかに、約束を破ることを許すことになろうことを認識しているけれども、この不公正よりも、熟慮されていない不明確で完全なフィクションである口頭の発言に基づく責任を負担させられることから保護する必要性が重視されている」として、４条の意義を肯定している。しかし、「通常、立法者は、信頼されていた約束を破る者を許すことにより不公正が引き起こることを意図していないことに留意すべきであって、４条が不公正に利用されることを許しているものと

解釈してはならない」と付言している。

第２節　1974年消費者信用法

第１款　消費者信用政策のもとでの保証人保護

1677詐欺防止法の制定以降、人的保証人に対しては、長らく制定法上の保護が与えられてこなかったとされるが[112]、1974年に制定された消費者信用法（Consumer Credit Act 1974 c. 39）において、消費者信用契約のために締結される保証契約を対象とする規定が設けられた[113]。同法は、主として、信用取引における消費者保護を目的とするものであり、連合王国全土に適用される法律である[114]。

消費者信用法の制定に際しては、クロウザー卿（Lord Crowther）を委員長とする調査委員会の報告書（クロウザー・レポート）が作成され

---

[112] Consumer Credit, Report of Committee, 1971, Cmnd. 4596, ch6.

[113] 竹内昭夫「イングランドの消費者信用法」『消費者信用法の理論』（有斐閣、1995年）87頁によれば、同法の正式名称は、「貸金業者、質屋および買取権付賃貸借事業者ならびにそれらの者の行う諸取引に関する現行の諸法律に代えて、信用の供与および賃貸借または買取権付賃貸借に基づく物品の供給に携わっている事業者の免許及び監督について、公正取引委員会により運用される消費者保護のための新しい制度を定め、また、関連事項について定める法律」とされている。その他、同法に関する先行研究として、加藤良三『イングランド消費者信用取引法』（千倉書房、1978年）152頁、鹿野菜穂子「消費者信用取引における提携貸主の責任－英国消費者信用法をめぐる議論の展開」立命館法学３・４号（2000年）、野村美明「イギリス消費者信用法制の改革」クレジット研究34号（2005年）６頁、尾島茂樹「イギリス消費者信用法の現在」クレジット研究34号（2005年）12頁、藤沢尚江監修・小林圭他著［1974年消費者信用法関連判例］クレジット研究34号47頁、小出篤「英国における消費者信用法制改革－2006年消費者信用法を中心に」ジュリスト1372号138頁等。同法による保証人保護の内容を紹介する文献として、山下・前掲注78）104頁以下。

[114] J. K. Mackeod and M. Cronin, England, in R. M. Goode, Consumer Credit, Sijthoff-Leyden, (1978), p. 306. によれば、同法制定前は、イングランド、スコットランド、北アイルランドでは、同一の取引に対して各国毎の法律で規制されていたが、本法により、連合王国（United Kingdom）を通じて、統一的に規制することとなった。

た[115]。クロウザー・レポートでは、当時の消費者法制の欠陥として、「規制対象とする取引類型を法形式により区別しており、その経済的な機能・実態に即して捉えていないこと、消費者取引と商取引の区分の失敗、貸付に関する法律と貸付の担保に関する法律とが恣意的に分けられていること、信用取引における消費者の保護が不十分であること」等が指摘された[116]。その上で、調査委員会は、新たに機能的アプローチに基づいた信用法制の仕組みが必要であるとの認識のもと[117]、「消費者の売買および貸付に関する法律（Consumer Sale and Loan Act）」の制定を提案した[118]。この立法案は、2000ポンド以下[119]の個人に対する信用供与について、消費者保護の見地から包括的な規制をしようとするものであり、1973年通商産業省の白書「消費者信用法の改革（Reform of the Law on Consumer Credit (1973, Cmnd. 5427)）」において承認され、1974年に成立することになった[120]。

クロウザー・レポートでは、上記のように消費者信用法制における消費者保護の必要性を指摘するとともに、その第６章において、消費者信用取引に伴う保証契約（guarantee）や損失補償契約（indemnity）の締結に際しての法的保護が不十分であることも指摘された。保証契約についての具体的な指摘はつぎのようなものである。すなわち、「信用供与者が、借主の信用力に必ずしも満足していない場合、第三者による保証を求めるのが通常であるが、保証人には、長らく法律上保護が与えられてこなかった。（既に検証したとおり）消費者契約を締結した多くの者は、

[115] 当時の消費者法制の状況を詳述するものとして、尾島・前掲注113）12頁。
[116] supra note 112, 4596.
[117] supra note 112, 5.
[118] 竹内昭夫「イングランドの消費者信用法」同『消費者信用法の理論』（有斐閣、1995年）によれば、この法案と同時に「貸付および担保に関する法律（Lending and Security Act）」が提案された。これは、あらゆる種類の信用取引に一般的に適用される、貸主・借主間の権利義務関係を規制しようとするものであったが、制定の必要性が否定され、立法に至らなかった。
[119] この金額は、立法時に5000ポンドに引き上げられ、さらに現在では、物価の上昇により２万５千ポンドに改正されている。
[120] supra note 112, 5.2.19, 6.1.1-6.13.18.

契約の本質、責任の範囲、契約上の権利義務をほとんど理解していないことを示す膨大な証拠が存在するが、消費者契約の保証人となる者についても、同様の実態が認められる。『形だけの保証人だから』という巧妙な依頼による場合であろうとそうでなかろうと、いずれにせよ、多くの保証人は、考えなく軽い気持ちで引き受けており、弁済ができず法廷にも現れないような主債務者と同様の精神状態である」とされている。かかる分析をもとに、クロウザー・レポートでは、保証人は締結しようとしている取引の内容を認識すべきであるとし、「主たる信用取引に要求されている法的要件」と実質的に同様の規定（契約書面の内容を示す見出し、権利の内容を明示することなど）を保証に関しても設けるべきとの方針を示した[121]。

第２款　要式性の拡充と情報提供規定

このようなクロウザー・レポートの方針を受け、消費者信用法第８章には、消費者信用取引に関連する「担保（security）」についての規定が置かれた。第８章の規定は、信用取引に関わる各種の担保の取得および実行について統一的な規定を設けた初めての制定法である。同法における「担保（security）」とは、「現在あるいは将来の消費者信用契約又は消費者賃貸借契約、又はそれに関連する取引に関する、債務者や賃借人によるか、あるいは彼らの（明示又は黙示の）要請により提供される、モーゲージ、チャージ、質、ボンド、債務証書、損失補償、保証、手形、小切手など、債務者又は賃借人の債務の履行を担保するための合意」と定義されており（CCA1974 s.189, “security”）、保証契約（guarantee）もここに含まれている[122]。

消費者信用法は、「消費者信用契約」（CCA1974 s. 8）及び「消費者賃貸借契約」（CCA1974 s. 15）のうち、それぞれ債務者や賃借人が、「個人（individual）」である場合に適用される。ここでいう「個人（individual）」には、法人格なき社団あるいは２名から３名により構成されるパートナーシップも含まれるが、これらの構成員のすべてが法人である場合に

[121] supra note 112, 6.9.4.

[122] R. M. Goode, Introduction to the Consumer Credit Act 1974, (1974), p. 133.

は、個人に該当しないものとされる（CCA1974 s. 189, “individual”）。そして、第８章の担保規定は、「消費者信用契約」、及び、「消費者賃貸借契約」のために締結された保証契約に適用される。

同法の制定当初より、「消費者信用契約 consumer credit agreement」とは、債権者が個人（債務者）に対し、ある金額の信用を供与する契約と定義されている（CCA1974, s.8 (1)）[123]。ただし、これには一定の除外規定があり、融資の主たる目的が事業の実現にあり、かつ、融資額が２万５千ポンドを超える場合（CCA1974, s.8 (3) (a)）、居住用不動産の取得に関して締結された信用契約（CCA1974, s.8 (3) (b)）等には同法の適用は及ばず、したがって、これらの信用契約のために締結された保証契約については、第８章の担保規定は適用されないこととなる[124]。この点、２万５千ポンドを超える事業融資に関しては消費者信用法は適用されないこととなるが、実務上、事業融資の多くがこの金額上限を超えるために、同法の適用から及ばないこととなっている。

第８章では、保証契約に関する規定として、要式性（CCA1974, s. 105）、及び、保証責任に関する情報提供を定めた規定（CCA1974, ss. 107-109条）が設けられている。以下、各条文の内容をみていくこととする。

まず、消費者信用法105条は、第三者による担保の要式性を定めている。第三者による担保の供与は、担保証書（security instruments）により、内容を明記して行なわなければならない（CCA1974, s. 105 (1), (6)）。これに違反して、①担保証書が作成されなかった場合、もしくは、②担保証書が「適切に作成」されなかった場合、その担保は、裁判所の命令によらなければ保証人に対して強制することができない（CCA1974, s. 105 (7)）。

---

[123] Section 8 (1) A consumer credit agreement is an agreement between an individual (“the debtor”) and any other person (“the creditor”) by which the creditor provides the debtor with credit of any amount.

[124] このほか、省エネ政策の一環として2013年に始まった「グリーン・ディール制度」のもと金融機関と消費者との間で締結される信用契約も、消費者信用法の適用が及ばないとされる（CCA1974, s.8 (4)）。

このうち、①担保証書の方式および内容については、規則で定めることができるとされており（CCA1974, s. 105 (2)）、特に、文書中に特定の情報を規則所定の方法で含めること、特定の情報が保証人の注意をひくようにするための要件、および文書の一部が目立たない、あるいは目立ちすぎることのないようにするための要件等を定めることができるとされている（CCA1974, s. 105 (3)）。この規定を受け、1983年消費者信用（保証・損失補償）規制（The Consumer Credit (Guarantee and Indemnities) Regulations 1983）[125]では、（ｉ）「1974年消費者信用法に従った保証」という見出し、（ii）債権者、債務者、および保証人の氏名と住所、（iii）保証の目的に関する情報、（iv）所定の形式による担保供与者の権利についての記述、所定の形式による署名欄が、担保証書に記載されていることを要求している。

さらに、消費者信用法105条において②担保証書が「適切に作成された」と認められるには、105条４項及び５項に記載された６つの要件をみたす必要がある。まず、105条４項では、（ａ）規則所定の条項が記載され、保証人またはその代理人の署名が規則所定の形式でなされていること、（ｂ）その文書が、黙示的条項以外のすべての担保に関する条項を含んでいること、（ｃ）その文書が保証人またはその代理人の署名を求めるために呈示または送付される際に、条項が容易に読める状態であること、（ｄ）保証人またはその代理人の署名を求めるため呈示または送付される時に、その文書の写しも一緒に呈示または送付されることが必要であると定められている。そして、105条５項では、（ａ）信用契約締結時または締結後に担保が供与される場合には、完成した信用契約書の写しおよびその中で引用されている他の文書の写しが、担保が供与される時に保証人に与えられること、（ｂ）信用契約の締結前に担保が供与される場合には、完成した契約書の写しおよびその中で引用されている他の文書の写しを、信用契約の締結後７日以内に保証人に与えなければならないとされる。

このように、105条は、保証契約書の作成自体という要式性のみにと

[125] 同規則は、保証（guarantee）を適用対象とするが、モーゲージは適用外であると明示されている（Reg.1 (2)）。

どまらず、保証人が署名する際に、「契約条項を容易に」読める状態に置き、保証人の署名時には当該契約書を呈示または送付すべきこと、さらには主たる信用契約の内容も含めて、契約内容に関する情報提供を要求する趣旨といえる。

次に、消費者信用法107 ～ 109条は、情報提供義務（Duty to give information to surety）について定めている。保証契約の締結後、債権者は、保証人からの書面による請求と１ポンドの手数料支払いに応じて、契約書の写し、その中で引用されている他の文書の写し、および担保証書を提供しなければならない。さらに、保証の対象となる信用契約の種類に応じて、所定の情報を提供する義務を負うものとされる[126]。これらの情報提供義務に違反している場合は、債権者は、担保を強制する権利を有しないものとされ、義務違反が１ヶ月以上継続した場合、債権者は、罪を犯したことになるとされる。

最後に、消費者信用法111条は、「債務不履行通知　Duty to give surety copy of default etc.　notice」について定めており、債権者が債務者に対して債務不履行の通知（もしくは期限の利益喪失）を送達した場合（CCA1974, s. 76 (1)）には、債権者は、当該通知の写しを保証人にも送達する義務を負うとする。そして、この義務を怠った場合、裁判所の命令によるのでなければ保証人に強制できないとする。

消費者信用法に関する以上の規定は、保証契約における保証人への注意喚起を図るために、債権者に対して情報提供義務を課すことを主な内容とする。すなわち、105条は、形式上、要式性に関する規定であるが、その実質は、保証人の署名時に保証契約書の呈示を要求するものであり、保証契約内容についての情報提供を義務づけるものである。また、107条および108条も、保証人からの要求を条件に、保証契約書の交付によ

[126]「定額信用契約のための保証契約」においては、債権者は、債務者の既払い額、不履行額、将来支払うべき合計額とその内訳および支払い期日についての情報を保証人になろうとする者に対して提供しなければならない（消費者信用法107条）。また、「継続勘定信用契約のための保証契約」においては、債権者は、現在の勘定、債務者が現在支払うべき額、信用供与が終了している場合には将来支払うべき額および支払い期日についての情報を保証人になろうとする者に対して提供しなければならない（同法108条）。

る情報提供を義務づけるものである。このような保証契約に関する規定は、消費者信用契約に付随する全ての保証契約に適用されるのであり、詐欺防止法４条と同様に、消費者である保証人のみならず、事業者たる保証人にも適用される。

第３款　暴利的取引規定の射程

１　暴利的取引規定

これまでみてきた要式性の拡充及び情報提供義務に関する規定は、主として保証契約の形式ないしは手続的な側面からの規制ということができる。一方で、1974年消費者信用法（以下、「1974年法」とする。）には、暴利的信用取引（extortionate credit bargains）規定が置かれ[127]、信用契約が暴利的信用取引であると認められる場合には、当事者の関係を正当化するため、裁判所に契約の「やり直し（reopen）」を命じる権限が付与されていた[128]。ここでいう暴利的信用取引とは、債務者等に対して著しく法外な支払を要求する信用取引や、公正取引の一般原則に著しく違反している取引であるとされていた（1974年法138条）。

２　暴利的取引規定における保証契約の位置づけ

では、1974年法における暴利的取引規定による規制は、保証契約にも及ぶものであったのか。

1974年法137条１項[129]は、「裁判所が、ある信用取引を暴利的であると認める場合には、両当事者にとって公正なものとなるよう当該信用契約

---

[127] 暴利的取引規定の概要および2006年消費者信用法による主な改正点の概要については、小出篤「英国における消費者信用法制改革」ジュリスト1372号（2009年）138頁以下参照。

[128] 1974年法における暴利的取引規定は、2006年改正により削除され、「不公正な関係」の規制が設けられることとなった。2006年改正については、本章第３節にて検討する。

[129] Section137 : Extortionate credit bargains

(1) If the court finds a credit bargains extortionate it may reopen the credit agreement so as to do justice between the parties.

をやりなおさせることができる」と規定していた[130]。かかる条文の規定から、暴利的取引としての申立て対象が、消費者信用契約であることに問題はないが、保証契約自体の暴利性が、規制の対象とされていたのかについては定かではない。そこで以下では、信用契約の定義、暴利的取引の内容、及び、暴利的取引のやり直しに関する規定の内容を確認した上で、暴利的取引規定において保証契約がどのように位置づけられているのかを分析する。

まず、「信用契約 credit agreement」とは、ある個人（債務者「debtor」）と他の者（債権者「creditor」）との間の契約であって、債権者が債務者に信用を供与するものを意味し、また、「信用取引 credit bargain」とは、（ⅰ）総信用手数料の計算の際に当該信用契約以外の取引が計算に入れられない場合には、当該信用契約を意味し、また、（ⅱ）一以上の他の取引が計算に入れられる場合には、当該信用契約およびそれらの他の取引を総合したものを意味する（1974年法137条２項）。すなわち、暴利性判断の対象となる信用取引とは、債権者が個人（individual）である債務者に対して一定金額の信用を供与するあらゆる契約を含むものであった。

かかる信用取引が暴利的である場合とは、信用取引が、債務者もしくはその親族に対し（無条件であるか一定の事実の発生を条件としているかを問わず）著しく法外な支払いを要求しているか、または、公正取引の一般原則に著しく違反している場合をいうものとされていた（1974年法138条１項）。そして、ある信用取引が暴利的かどうかを決定するにあたっては、（ⅰ）その取引が行われた時における一般の利率、（ⅱ）138条第３項から第５項に定める諸要素、および、（ⅲ）その他関連のある諸事項に関し、提出された証拠を考慮しなければならないとされる（1974年法138条２項）。具体的な諸要素として、まず「債務者」については、債務者の年齢、経験、事業能力、健康状態、ならびに、信用取引を行う時にその者が受けていた経済的圧力の程度および性質があげられていた（1974年法138条３項）。「債権者」については、（ａ）供与された担保の価

[130] 1974年法の邦語訳は、制定当時の条文の翻訳である竹内昭夫＝田島裕「英国消費者信用法（訳）（８）」月刊クレジット277号（1980年）55頁、同「英国消費者信用法（訳）（９）」月刊クレジット278号（1980年）553頁以下に依拠した。

値に鑑みて、その債権者が引き受けた危険の程度、（ｂ）その債権者と債務者の関係、（ｃ）その信用取引に含まれる物品または役務について、偽りの価格がつけられていたか否かが考慮事由とされた（1974年法138条４項）[131]。さらに、「関連取引」については、当該取引が、債務者もしくは債権者の保護のためにどの程度必要であったか、またはどの程度債務者の利益のためになったかという点が考慮されていた（1974年法138条５項）[132]。

そして、暴利的取引については、当該取引のやり直しが命じられるほか、これに関して締結された保証契約についても、義務の減免や担保証書の内容の変更等が命じられることとされていた（1974年法139条２項）。

以上の条文から、暴利的取引規定における保証契約の位置づけについて、次のようにまとめることができる。

まず、①規制の対象となる信用取引とは、債権者がある金額の信用を債務者に供与する契約である（1974年法137条）ところ、保証契約は、債権者が保証人に対して信用を供与する契約ではないことから、これには該当しない。したがって、保証契約は、暴利的取引であることを理由にやり直しの対象とされるものではなかった[133]。

次に、②信用取引が暴利的取引にあたると判断された場合には、これ

---

[131] Section 138　(4) Factors applicable under subsection (2) in relation to the creditor include —

(a) the degree of risk accepted by him, having regard to the value of any security provided ;

(b) his relationship to the debtor ; and

(c) whether or not a colorable cash price was quoted for any goods or services included in the credit bargain.

[132] Section 138　(5) Factors applicable under subsection (2) in relation to a linked transaction include the question how far the transaction was reasonably required for the protection of debtor or creditor, or was in the interest of the debtor.

[133] 担保契約自体は、137条及び138条の適用対象外であることを示した判決として Coldunell Ltd v Gallon [1986] QB 1184, [1986] 1 All ER 429, CA. がある。同判決を詳細に紹介する先行研究として、尾島・前掲注113）67頁以下参照。

に関する保証契約自体も裁判所による是正の対象とされていた。すなわち、1974年法139条２項は、「保証人を救済する目的」であると明示した上で、裁判所に、保証人の義務の減免、供与物の返還、そして担保証書の内容の変更等を命じる権限を付与していた。したがって、信用契約の暴利性が認められる場合には、当該信用契約に関する保証人も保証契約の是正により救済されることとなっていた。

なお、1974年法では、暴利性判断の考慮要素が非常に広範に列挙されているため、③信用契約の暴利性判断において、保証契約の不当性を考慮しうるものであったと考える余地もあろう。例えば、供与された担保の価値に鑑みて、その債権者が引き受けた危険の程度を考慮するとの1974年法138条第４項（ａ）をもって、過剰な保証責任を規制する規定と読むことも可能ではある。また、「関連取引については、当該取引が、債務者もしくは債権者の保護のために合理的にみてどの程度必要であったか、またはどの程度債務者の利益のためになったかという点が考慮される（1974年法138条第５項）」との規定において、保証契約を関連取引と解して、暴利性判断で考慮されるとの解釈も可能であった。ただし、同条第４項（ａ）においては、価値の客観性が保たれている物的担保を前提としているようでもあり、1974年法の規定上、保証契約を暴利性判断の考慮事由とすることについての根拠は明確ではなかったといえよう。

第３節　消費者信用法改正による保証への影響

第１款　暴利的取引規定の改正の経緯

前節において検討した暴利的信用取引（extortionate credit bargain）規定は、裁判所が、諸事項を考慮した上で、信用契約が暴利的信用取引であると判断した場合には、当事者の関係を正当化するために、契約の「やり直し（reopen）」を命じる権限を有するものとされており、その規制の効果は非常に強力なものであるようにみえる。

しかし、2003年に貿易産業省が公表した白書[134]では、実態として、暴

[134]「公正、透明かつ競争的－21世紀の消費者信用市場（Fair, Clear, and Competitive-The Consumer Credit Market in the 21st Century）」、webarchive.

利的取引規定はほとんど利用されてこなかったとの見方が示されている[135]。その理由としては、①要件が厳格であり、また「著しく法外」、「著しく不公正」という暴利性の基準が曖昧であることから、裁判所も厳格な解釈をせざるを得なかったこと、②裁判所は伝統的に、合意された金利面に重点をおいて判断する一方で、担保の必要性や債務不履行時の遅延損害金、明瞭な情報提供の欠如といった消費者に損害を与える事情については、判断要素とされてこなかったこと、③不公正な取引手法（pressure-selling, churning of agreements）による消費者の損害、すなわち、新たな形態での悪質な手法、あるいは、消費者の無知や軽率性により（必ずしも高い利率ではなくとも）容認しがたい消費者信用契約が締結されている実態に対応できていないこと、④裁判所は、契約が締結された時点における契約内容のみを判断対象とする傾向にあるが、「契約締結後」における債権者の行動、例えば、利率の変更や不履行時の利息の適用といった方法により、契約が不公正となることもあること、⑤制度の複雑さから債務者の側が制度の利用をためらってしまうこと[136]等が挙げられてきた[137]。

例えば上記④に関して、債権者が「融資契約締結後」に複数回にわたり利率を変更した行為は、暴利性判断において考慮されなかったことを示す判例がある。Paragon Finance PLC v Nash and Stauton[138]及びBroadwick Financial Services Ltd. Vs Spencer and another[139]は、融資者が、契約締結後に、適宜、債務者が支払可能な金額の利率を判断する

---

nationalarchives.gov.uk/20090609014342/http://www.berr.gov.uk/files/file23663.pdf（最終アクセス2018年５月）。邦語訳として、英国貿易通産省（江夏健一・坂野友昭監訳）『21世紀の消費者信用市場－公正、かつ透明かつ競争的な市場を求めて』（東洋経済新報社、2005年）がある。

[135] 白書3.29によれば、1974年以降、暴利的取引に関する訴訟は30件程度に過ぎず、さらに「暴利的」と認められた事件はこのうち10件程度であったとされる。

[136] National Association of Citizens Advice Bureaux (2000), Daylight robbery: the CAB case for effective regulation of extortionate credit, (2000).

[137] 白書・前掲注134）3.31。

[138] [2001] All ER (Comm) 1025.

[139] [2002] 1 All ER (Comm) 446.

権限を有しており、実際に次々と利息が変更されたという事案であった。しかし、いずれの高等法院判決も、当該消費者契約が暴利的取引であるかを判断する際に、一方的な利息の変更という契約締結後の事情を考慮しなかった。

2003年白書では、信用取引の公正化を図るべく制度利用を容易にする必要性があること、その利用主体には、消費者のみならず消費者の総体的な利益を信頼して行動する「第三者」を含むべきことが提案された[140]。そして、不公正な取引であるかを判断する際には、信用コストのみならず、クレジットの利用に影響を与える全ての状況を柔軟に評価すべきであることが提言された[141]。このような2003年白書を受け、2006年には消費者信用法制改革が行われた。

第２款　不公正な関係規定　unfair relationships

2006年改正では、暴利的信用取引に関する条文規定（1974年法137～140条）が廃止され（2007年４月６日）、新たに、裁判所に「不公正な関係 unfair relationships」の「やり直し」等を命じる４箇条（140A条～140D条）が設けられた。以下、不公正な関係についての規定内容を概観した上で、1974年法暴利的取引規定の検討を踏まえ、改めて不公正な関係規定の保証契約への影響を検討する。

１　新たな規定

140A条１項[142]は、信用契約（credit agreement）、あるいは、その関

---

[140] 白書・前掲注134）3.32。

[141] 白書・前掲注134）3.33。

[142] 140A　Unfair relationships between creditors and debtors

(1) The court may make an order under section 140B in connection with a credit agreement if it determines that the relationship between the creditor and the debtor arising out of the agreement (or the agreement taken with any related agreement) is unfair to the debtor because of one or more of the following —

(a) any of the terms of the agreement or of any related agreement;

(b) the way in which the creditor has exercised or enforced any of his rights

連契約（agreement related to a credit agreement）から生じる債権者と債務者との関係が、信用契約の債務者にとって「不公正」である場合に、裁判所は、140B条に定める権限により、債務者ないし保証人の既払い金額についての返還命令や、債務の減免等、様々な命令を行うことができるとする。

140A条１項では、信用契約のみならず、これに関連する契約についても不公正の判断事由とされることが示されている。この点、保証契約との関係で重要な改正点としては、このような「関連契約」に主たる信用契約等に関する「担保 security」（140C 条 (4) (c)）も含まれることが明示され、したがって保証も不公正判断の一事由されることが明らかにされた点である[143]。

２ 「不公正な関係」の判断要素

140A 条は、信用契約、あるいは、信用契約に関連する契約に適用され（140C (4)）、これらの契約が不公正な関係を生じさせている場合には、裁判所が契約のやり直しのほか債務者ないし保証人の債務の減免等を命じることができる（140B条）。

「不公正な関係」であるかの判断は、以下の３つの判断要素により判断するべきものと規定されている。すなわち、140A条（１）は、（ａ）信用契約あるいは関連契約の契約条項、（ｂ）債権者が信用契約ないし関連契約における権利をどのように行使、強制したか、（ｃ）信用契約ないし関連契約締結後における債権者の作為、不作為を判断要素としてあげている。

---

under the agreement or any related agreement;
(c) any other thing done (or not done) by, or on behalf of, the creditor (either before or after the making of the agreement or any related agreement).

143 この規定における「担保」は、「現在あるいは将来の消費者信用契約又は消費者賃貸借契約、又はそれに関連する取引に関する、債務者や賃借人によるか、あるいは彼らの（明示又は黙示の）要請により提供される、モーゲージ、チャージ、質、ボンド、債務証書、損失補償、保証、手形、小切手など、債務者又は賃借人の債務の履行を担保するための合意」（CCA1974 s.189, “security”）を指すものと規定され、ここに保証契約も含まれている（140C条 (6)）。

かかる規定の運用状況については、Deutsche Bank (Suisse) SA v Gulzar Ahmed Khan[144]判決における Hamblen 卿が、近時の先例をもとに以下のように整理している。

まず、(a) 信用契約ないし関連契約の条項の公正性については、争いとなる契約条項について、①商品の本質との関係で一般的な内容であるか (Rahman v HSBC Bank Plc [2012] EWHC 11, [277])、②健全な商業的理由があるか (Rahman v HSBC, [278])、③債権者の地位に鑑みて、適法かつ比例的な内容を締結しようとしたといえるか (Maple Leaf Macro Volatility Master Fund v Rouvroy [2009] EWHC, [288]) が考慮される。また、④契約条項の内容が債権者にとってのみ利益となる場合には、それが債務者の不履行によるリスクから債権者を保護するものであるのかが考慮される (Maple Leaf v Rouvroy, [289])。⑤融資額の相当性に関しては、当該取引が商取引あるいは商取引に準じる取引であるかが基準とされ、裁判所は、商人間については、融資額が高額であっても (消費者の信用契約と比較し) 不公正との判断をしない傾向にある (Rahman v HSBC , [275])。このほか、⑥取引における債務者の地位の強さも考慮要素となる (Rahman v HSBC, [275])。

(b) 信用契約ないし関連契約締結前及び締結時における債権者の行動については、①債務者に対する契約締結に向けた圧力行使 (Maple Leaf v Rouvroy, [274]) のほか、②「主債務者には、関連する契約の経験があり、弁護士の助言を受けることが可能な状況にあった」と認識していたかどうか、あるいは、そのような状況にあると信じたことにつき合理的根拠があるか (Maple Leaf v Rouvroy, [274])、③主債務者が契約条項を読んでおらず、理解していないと認識すべき何らかの理由があったか否か (Maple Leaf v Rouvroy, [274]) 等、「債務者の認識」に応じた「債権者の対応」が考慮されている。また、④契約締結過程において、既に債務者が契約条項について異議を唱えていたにも関わらず債権者が適切な対応をしない場合には、不公正な態度と評価される (Maple Leaf v Rouvroy, [274], Rahman v HSBC, [280-281])。

以上のほか、不公正な関係の判断においては、(c) 信用契約ないし

[144] [2013] EWHC 482.

関連契約締結後、強制執行に至るまでの債権者の行動も考慮される。①権利の行使が「不法な動機」によるものであるか、もしくは、「横暴な決断」の結果に行われたものと認められる場合には、不公正な関係が肯定される（Paragon Mortgages v McEwan-Peters [2011] EWHC 249 1 (Comm), [54b]）。他方で、②債権者が強制執行に至る前にミーティングを行い、あるいは、調整や提案に乗る等の適切な便宜を図った事実（Rahman v HSBC, [280-281]）、③債務者が債権者に対して根拠のない主張を行い、債権者からの便宜を拒絶したという事実（Rahman v HSBC, [280-281]）は、不公正な関係性を否定する要素となる。

このように、判例法上、140A条の「不公正な関係」を認定する際には、契約条項の内容に限らず、契約締結前から履行時にわたって、債権者の債務者に関する認識や対応を中心とする広範な事情が考慮されている。すなわち、不公正な関係判断において考慮される債権者の行為は、義務違反や、法律ないし規則に反する行為である必要はなく、商業上、合理的に期待される対応であるかが重視され、法律の遵守それだけでは不公正さを否定する決定的要素にはならない[145]。

また一般的に、契約条項の内容が本質的に不公正ではない場合であっても、契約当事者の「関係」が片務的であり、実質的に債務者の選択肢を限定づける場合には、不公正な関係に該当する可能性がある。例えば、金融機関と個人債務者との関係の大多数が、金融の知識や経験において大きな差があるという特徴を有しており、これは、本質的な不均衡関係（unequal relationship）である。しかし立法者は、そのような関係の有する一般的性質のみでは、契約のやり直しを命じるべきではないと考えている[146]。

公正とは何かの問題は、借主が取引において洗練されているか、弱者であるかという借主の状況のほか、借主が可能な選択肢を認識しているものとの債権者の期待が合理的な根拠に基づいているかという個別の事情によるのであり、債権者が、不公正の要素を除去するために合理的に期待される措置を懈怠した場合には、不公正な関係にあたるとされる。

---

[145] supra note 105, p. 686.

[146] Plevin v Paragon Personal Finance Ltd [2014] UKSC 61, para 10.

「不公正な関係」の認定において、裁判所は、契約条項のみならず、それよりも遙かに広範な要素を考慮事由としており、判断の焦点は、「契約」から、当事者の「関係」へと移行しているといえる[147]。

第３款　不公正な関係規定における保証契約の位置づけ

140A 条１項において、不公正な関係であるかが問われるのは、「信用契約」における債権者と債務者間の関係であり、やり直し等の命令の対象となるのも「信用契約」である。このような基本的な枠組みは、1974年法における暴利的取引規定と同様である。保証契約に対して同条が適用されるかという点については、Paragon Mortgages v McEwan-Peters[148]における David Steel 裁判官は、保証契約自体が信用契約ではないことを理由にこれを否定している。同判決の事案と判旨は、以下のようなものである。

【事案】

債権者 X は、賃貸用住宅市場におけるプロの投資家に対し、モーゲージファンドを提供するグループ企業の１社であり、主債務者 Y は、大学生向けに不動産賃貸を経営する企業の経営者である。

Y は、かねてより、X からのモーゲージローンにより事業を行っていたが、2007年には経営難に陥り、X への返済が滞っていた。それまでの12回にわたるモーゲージローンについては、Y と Y の妻が、保証人となっていた。2007年12月、X は、Y に対して、弁済を要求し、弁護士を通じ、「以後、２ヶ月滞納すれば担保を実行せざるを得ないこと、それを回避したいのであれば、さらなるモーゲージローンを組む必要があること」を警告した。これにより Y は、X からさらに追加融資を受けるべく、モーゲージローンを組んだ。しかし、その後も滞納が続き、2009年５月６日には、X が債務の返済を請求し、同年11月30日には、保証責任の履行請求がなされた。

これに対し Y は、X が、「滞納が３ヶ月に至らなければ、保証責任の

147 supra note 105, p. 686.

148 [2011] EWHC 249 1 (Comm).

追求をしない」と約束していたのにこれに反したとし、禁反言を理由に履行を拒絶する等の主張をしたが、認められなかった。Y は、さらに、本件保証契約が、不公正な関係に該当するとし、X による保証責任の執行の可否を争った。

【判旨】Davit Steel 裁判官

「改正後の消費者信用法140条（a）により、裁判所は、消費者信用契約が、契約の内容だけでなく、債権者が権利を行使し、あるいは、強制した際の態様が、債務者に不公正である場合にも、介入することができる[149]。

この問題は、保証契約のもとでは生じうるものでなはいと理解されるべきである。なぜなら、保証契約は信用契約 credit agreements には含まれないからである。この点は、現在も議論の余地があるが Paragon Mortgages Ltd v Hyah, 29th November 2010において Pelling 裁判官が保証契約への適用を否定しているところであり[150]、私は、Pelling 裁判官の判断を支持する[151]。」

上記判決によれば、不公正な関係とは、信用契約の当事者間に生じることを前提とし、これに関連する保証契約当事者間の関係性を対象とするものではないとの見解が示されている。このような見解は、法改正の趣旨にも合致しているといえよう。すなわち、改正消費者信用法に関する Explanatory Notes によれば[152]、140A 条の趣旨は、信用契約、あるいは、関連契約を伴う信用契約における債権者と債務者の関係が、債務者にとって不公正であると裁判所が認める場合に、裁判所に140B 条に定める命令権を付与することにある。したがって、140A 条の規定は、不

[149] at [52].

[150] Pelling 裁判官は、保証契約への140A条適用を否定する理由については明らかにしていない。

[151] at [53].

[152] Consumer Credit Act 2006 -Explanatory Notes には、2006年改正の法案導入から制定までの経緯が記されている。

公正な関係とは「信用契約あるいは関連契約を伴った信用契約の当事者間」に生ずるものであることを想定しており、上記判断のように、保証契約をはじめとする関連契約自体の債権者債務者間は、不公正な関係か否かが問われる関係には該当しないといえる。

この点に関しては、判旨のとおり保証契約が「信用契約」ではないことは勿論のことであるが、債権者と債務者間の関係よりもむしろ、債権者と保証人の関係に焦点をあてることにより不公正性を正確に判断することが可能となるとの指摘がなされていた。保証契約の内容ないし強制の態様によって、主たる信用契約における主債務者と債権者との関係が不公正になることもあり、そのようなケースでは主債務者のみならず保証人にも140A 条と140B 条により訴える権利が認められるべきであるとするのである[153]。

2006年改正は、「関連契約」の概念を明確に定めることにより、このような学説の見解に条文上の根拠を与えたものといえる。すなわち、140A 条１項は、「関連契約」のひとつとして「担保」を列挙し、これに保証契約が含まれることを明らかにした。これにより、裁判所が不公正判断を行う際には、信用契約とは別個に、保証契約自体の内容及び契約締結の諸事情を考慮することができ、保証契約のような関連契約における不公正な事由が、信用契約そのものの「不公正な関係」の認定に反映されることが明確化にされたといえる。

第４節　まとめ

ここで、保証契約に関する制定法の状況をまとめることとしたい。

まず、保証の強制要件としての「要式性」は、ある一定の保証人を保護すべきであるという理念のもとに立法化されてきたものであるが、その射程と意義については以下のようにまとめることができる。

1644年詐欺防止法４条は、保証の強制の要件として、契約書面の提出が必要であることを規定した。４条の目的は、保証責任を書面の存在により明らかにすることを通じ、契約に関して無知な消費者保証人を保護

[153] supra note 105, p. 685.

すること、そして、訴訟上、保証契約の成否や内容についての判断を回避することにある。４条は、形式上、全ての保証契約に適用されることとなっているため、保証人が経営に通じている個人、あるいは、専門的な知識を有する企業である場合にも、契約書が存在しない限りは、保証責任を強制されないとの判決が示されている。このように、経営者等も要式性の不備を理由に責任を免れうるという点については、消極的な評価がなされている。しかし、これらのケースにおいても、なお、訴訟における立証、及び判断の困難性を回避するという４条の意義が認められることは否定されていない。学説上、４条は不用意な訴訟を回避するという意味で、「訴訟に対する予防機能」を有すると評されている[154]。

契約書面の作成時期について、実務的観点からは、契約締結時に債権者側が保証契約書を注意深く作成し、責任範囲を明確にしておくことが重要との指摘がなされている[155]。しかし法律上、書面証拠は、強制要件として訴訟時に存在すれば足り、契約締結時に作成されていることは要求されていない。したがって､契約締結プロセスにおける保証人への「注意喚起」という保護目的との関係では、４条の定める要式性では不十分であるといえる。

これに対し、1974年消費者信用法は、その起草段階において保証人になろうとする者に対する保証責任の内容についての注意喚起の必要性が明示され、この目的が規定内容に反映されている。すなわち、同法は、契約締結の時点における担保証書の作成と保証人への交付をいう情報提供義務を定めており、「警告機能 cautionary function」を有するものと位置づけられている[156]。

つぎに、保証契約の内容及び保証債権者の対応の不公正が法的な規制の対象となりつつある。1974年消費者信用法では、裁判所により、信用取引が暴利的取引であると判断された場合には、契約上の義務の全部または一部が無効とされることが定められていた。1974年法では、暴利性判断の考慮要素が非常に広範に列挙されているため、保証契約の不当性

[154] Ewan McKendrick, Contract Law 10th ed., 2013, p. 63.
[155] supra note 95, p. 9.
[156] supra note 154, p. 63.

も一事由として考慮される可能性があった（1974年法138条第４項（ａ））、138条第５項）。しかしながら、条文上、価値の客観性が保たれている物的担保を前提としているようでもあり、保証契約を暴利性判断の考慮事由とすることの根拠は明確ではなかったといえよう。

これに対し、2006年改正では、「関連契約」の定義が明確に定められ、これに保証契約も含まれることが明示された（140C条 (4) (c)、140C条(6)）。これにより、信用契約のみならず、保証契約を含む「関連契約」自体の契約内容、及び債権者の契約締結過程や権利行使における態様も、信用契約の不公正判断に反映されることが明確化された。

複雑化したクレジット取引の発展を背景に、1974年消費者信用法は、消費者と同様に保証人の保護を図る必要性を掲げ、要式性及び情報提供義務規定を通じて、契約に対する保証人の認識を促進する方策を設けたという意義を有する。

ただし、同法の適用は、主として２万５千ポンド以下の小口の信用供与のための保証契約に限られており、２万５千ポンドを超える事業融資のための保証人については、たとえその保証人が無知な消費者であるとしても同法の保護の対象にはならない[157]。また、２万５千ポンド以下の保証契約については、詐欺防止法４条及び消費者信用法の規制対象となるが、これらの法律は、要式性ないしは契約書の提供という手法に限定されており、保証契約締結までのプロセスに生じる構造上の不均衡に対する方策としては、一定の限界が生じている。さらに、2006年の消費者信用法改正により定められた不公正な関係規定において、条文上は、保証契約上の不公正事由が信用契約の規制へと反映されうることとなったが、未だその運用実態は明らかではない。

---

[157] 本稿第３章で検討する判例は、いずれも1974年消費者信用法制定以降に、保証人の救済の可否が争われたものであるが、全ての事案において事業融資額は２万５千ポンドを超えている。このうち、Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals [2001] UKHL 44, [2001] 4 All ER449, [2001] 3 WLR 1021, [2002] 1 Lloyd's Rep 343, [2001] 3 FCR 481, [2001] 2 FLR 1364, [2001] Fam Law 880, [2001] 43 EG 184. では、８件の配偶者保証の効力が争われ、このうち、７件は、10万ポンドを超える事業融資のために保証契約が締結されている。そのため、要式性による救済は及ばないこととなる。

第１章で検討した制定法における保証規律の意義と限界を踏まえ、第２章から第４章では、判例法における保証契約の規律の状況について検討を行う。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2017年３月23日授与）「保証契約締結プロセスの規律－イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に－」を加筆・修正したものである。

論　　説

中国法における裁判所による違約金増減の運用と理念（3）

―― 日本の債権法改正に寄せて ――

呉　　逸寧

目　次

はじめに
　1　問題の所在
　2　課題
　3　本稿の構成
　4　本研究の意義
第1章　違約金増減の概要
　第1節　違約金増減の趣旨
　第2節　違約金増減の対象
　第3節　違約金増減の要件
　第4節　違約金増減の立法史　（以上、68巻6号）
第2章　違約金増減の運用実態――数量分析を中心に
　第1節　違約金増額の運用実態に関する数量分析
　第2節　違約金減額の運用実態に関する数量分析
　（以上、69巻1号）
第3章　違約金増減の運用実態――論理分析を中心に
　第1節　違約金増額の運用に関する裁判例
　　1．増額肯定例
　　2．増額否定例
　第2節　違約金減額の運用に関する裁判例
　　1．減額肯定例
　　2．減額否定例
　第3節　まとめ

第４章　学界の評価と改革案
　第１節　学界の評価
　　１．積極的にとらえる見解
　　２．消極的にとらえる見解
　　３．小括
　第２節　改革案
　　１．承継派
　　２．改正派
　　３．小括　（以上、本号）
第５章　台湾法・日本法との比較
むすび
資料　関連条文

第３章　違約金増減の運用実態――論理分析を中心に

第２章は、裁判実務において違約金増減の運用実態に関する数量分析を行ってきた。このような作業によって、違約金増減の実態運用の傾向を明らかにした。続いて、本章は、違約金増減の運用について重要度が高い、代表的、特殊な法的意味を有する裁判例を対象とし、その判決内容、理由に関する詳細な分析を行い、違約金増減の運用の論理を明らかにする。なお検討に入る前に、次の３点を説明しておきたい。

第１に、裁判例の出所について、本章は、北大法意の判例データベース、法律関係のウェブサイト、判例集に公表された裁判例を対象とする。

第２に、検討の力点について、本章は、各裁判例において違約金責任に焦点を当てて、法院による違約金の増減の肯定、否定の判決理由に絞ってその論理に詳細な分析を加えたうえで、各判決に示されている法的意味を示しておく。

第３に、本章は、各裁判例に扱われた法的規定の条文を本稿の参考資料として添付する。

第１節　違約金増額の運用に関する裁判例

以下では、違約金増額の運用を念頭においていくつか具体的な裁判例

の検討を通して、その運用の論理を明らかにする。

1　増額肯定例

（1）運送契約の義務違反を対象とする違約金の紛争[1]

原告Ｘ　大慶遊艇（深セン）有限会社
被告Ｙ　深セン市中海通海運有限会社

【事実の概要】

2009年７月７日、ＸとＹは運航用船契約を締結した。それによれば、ＹはＸが所有するヨットを自分の船に積んで深センの港から秦皇島の港までに海運し、ＸがＹに契約代金を支払い、双方の権利、義務については、「国内水路貨物運送規則」に適用するとし、契約代金が13.5万元とされていた。違約責任については、双方が新たな協議に合意する以外、一方当事者が契約義務に違反する場合、相手方当事者に契約代金の30％を違約金とし支払わなければならない。契約締結後、ＹはＸのヨットを積んだところ、積む用の吊る鋼線が断裂したため、ヨットが船のデッキに墜落し、破損した。それゆえにＹが運送義務を果たすことができなかったため、Ｘに大きな損失をもたらしていた。

〈Ｘの請求〉ＸはＹを被告としてヨットの保険費用、再運送費用、修理費用および第三者とのヨット売買契約によって、代替救済方法にかかった費用などの損失、合計297万元の損失を求めて訴訟を提起した。

〈Ｙの抗弁〉ＹはＸがヨットの重量を自分に知らせておらず、しかも自分がＸの従業員の指示通りに操作したため、Ｘが今回の事故に重大な過失があることを理由に、Ｘがすべての責任を負うべきと抗弁した。またＹは、もしＹが違約責任を負うと判決されるとしても、賠償額が違約金の約定に基づいて契約代金の30％（4.05万元）にとどめるべきで

[1]「大慶遊艇（深セン）有限会社與深セン市中海通海運有限会社」、広東省高級人民法院（2012）粤高法民四終字第10号判決、判決年月日2012年６月20日、出所：広東法院網（http://www.gdcourts.gov.cn）。

あると主張した。

一審（広州海事法院、2011年11月11日判決）
　一審の審理中、Ｘが違約金の約定について異議を申し立て違約金の約定が自分の損失よりも著しく低いということを理由に、自分の損失を基準とし損失を確定するよう法院に求めた。

【判旨】
　契約法113条１項、311条、司法解釈（二）28条に基づき、①ＹはＸに違約金105万元を支払え。③Ｘのその他の請求を棄却する。

【判決理由】
　Ｙは契約履行中にＸのヨットを適切に積み、移動する義務を負うべきである。にもかかわらず、Ｙがその義務に違反し、しかも今回の事故がＸの過失によるためであるという主張に証拠を提供できなかったため、Ｙが違約責任を負わなければならない。

〈違約金責任〉賠償責任について、Ｙが、賠償責任が違約金の約定に基づいて契約代金の30％（4.5万元）にとどめるべきと主張した。とはいえＸは違約金の約定額が自分の損失よりも著しく低いことを理由とし自分の損失を基準とし損失額を確定するよう法院に請求したことは、契約法114条２項と司法解釈（二）28条による違約金の増額に関する法的規定に該当するものであるため、法院は、違約金の増額が認められるべきであると判断する。具体的な賠償額について、法院は、Ｘが事故のため生じた修理費46.8万元、賃貸料の損失30.5万元とほかの損失28.05万元、合計105.35万元であると認定する。

〈Ｙの上訴〉もしＹが損害賠償責任を負うと判決されるとしても、損害賠償額が契約代金の30％（4.05万元）にとどまるべきである。原審が違約金の約定額がＸの損失よりも著しく低いということを理由に違約金の約定条項の効力を否定したことは、明らかに平等自由意思の原則および双方の真の意思表示に背く間違えた判断である。

二審（広東省高級人民法院、2012年６月20日）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。判決理由も原審と同様である。

○　コメント

本件は、運送契約の義務違反を対象とする違約金の紛争であった。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが運送義務を契約通りに果たしておらず、自分に大きな損失をもたらしたことを理由に、自分の損失を基準とし違約金の約定条項による賠償額よりも著しく超えた賠償額をＹに請求した。法院がＸの損害賠償請求を違約金増額請求と見なしたうえで、違約金増額請求を認めたということである。以下では、法院による増額の肯定の判決理由の論理と本判決の法的意味をめぐって検討する。

第１に、本件においてなぜ法院がＸの損害賠償請求（違約金増額請求）を認めたのか。判旨による増額の肯定の判決理由に照らせば、Ｘの損害賠償請求（違約金増額請求）が「違約金の増額の法的規定に該当するものである」と示されていたため、法院が違約金の約定額をＸの損失と比較して著しく低額であることが根拠とされるであろう。また法院がＸの増額請求を認めたうえで、いくら増額をしたのかを認定する場合に、Ｘの損失の認定を中心としたため、法院が違約金の約定額とＸの損失を比較し、増額の可否を判断するという実質は、さらに裏付けられていると解される。この意味において、第２章の第１節による違約金増額の運用に関する裁判例群の検証に照らせば、本判決は、多数の裁判例と同様に、法院が実損害差額主義を徹底する典型的な一例であると看取できる。

第２に、本判決において法院が違約金の増額を認めることでいかなる法的意味を有するのか。本判決において当事者による違約金の約定に照らして、当事者が賠償額を一定額に超えさせない旨が合意されている。換言すれば、当事者が違約金（賠償額）の最高額を明確にすることで、違約金に責任制限機能を果たせようとする意思が含まれるであろう。この点について、Ｙの上訴理由において「（原審）が違約金の約定条項の効力を否定したことは、明らかに平等自由意思の原則および双方の真の意思表示に背く」といった主張に鑑みると、そのような意思が裏付けられ

ていると思われる。とはいえ、法院が違約金の約定額による責任制限機能に拘らず、一審、二審は、いずれもＹの抗弁と上訴をそれぞれ棄却し、依然として違約金増額の請求を支持した。この意味において、本判決に示されている論理に照らせば、本件は、法院が違約金の増額を認めたことで、違約金による責任制限機能を失わせたのみならず、当事者の意思自治の理念がまったく配慮されていない典型的な一例であると評価できる。

（２）不動産の引渡し義務の不履行を対象とする遅延違約金の紛争[2]

原告Ｘ　区文娟、韓永杰
被告Ｙ　山東天和兄弟房地産開発有限会社

【事実の概要】

2009年３月12日、ＸとＹは分譲住宅売買契約を締結した。それによれば、ＸはＹから「珠峰雅園」８棟１ユニット18階1804室（以下は本住宅と呼ぶ）を購入し、契約代金が25.97万元とされていた。Ｘの違約責任については、Ｘが2009年３月12日、頭金12万元、2009年３月18日1.47万元、残金を住宅ローンでＹに支払うとされ、Ｘが期間通りに契約代金をＹに支払わない場合、１日遅延するごとに未払い代金の0.25‰を違約金としＹに支払わなければならない。30日遅延すると、Ｙが契約を解除することでき、またＸが契約代金総額の10％を賠償金としＹに支払わなければならない。Ｙの違約責任については、Ｙが2009年10月31日までにＸに本住宅を引き渡すとされ、Ｙが期間通りに本住宅を引き渡さない場合、１日遅延するごとに支払い済み代金の0.001‰を違約金としＸに支払わなければならない。365日遅延すると、Ｙが契約代金総額の0.002‰を違約金としＸに支払わなければならず、またＸが契約の継続履行を求めることができる。契約締結後、ＸがＹに契約代金25.97万元を支払ったが、本住宅が検査に合格し、使用に交付された期間が遅れたため、Ｙ

[2]「区文娟、韓永杰與山東天和兄弟房地産開発有限会社」、山東省青島市中級人民法院（2011）青民一終字第1225号判決、判決年月日2011年５月20日、出所：北大法意。

がＸに本住宅を引き渡すことに遅延した。

〈Ｘの請求〉ＸはＹを被告としてＹが本住宅を引き渡すことに遅延したため、自分が違約金増額を請求する権利があることを理由に、違約金の約定計算基準を「１日遅延するごとに支払い済み代金の0.25‰」までに引き上げるよう、違約金2.34万元を求めて訴訟を提起した。

〈Ｙの抗弁〉ＹはＸの違約金の計算基準が事実と法的根拠がないことを理由とし、抗弁した。

一審（山東省膠南市人民法院、判決年月日不明）
【判旨】
民法通則106条１項、契約法114条１項、２項、民事訴訟法64条に基づき、①ＹはＸに違約金6284元を支払え、②Ｘの他の請求を棄却する。

【判決理由】
Ｘが契約代金の支払い義務を履行したが、Ｙが期間通りに不動産の引渡し義務を果たさず、本住宅の引渡しに242日遅延したため、遅延違約責任を負わなければならない。

〈違約金責任〉Ｘが違約金の約定計算基準が著しく低いことを理由に、「１日遅延するごとに支払い済み代金の0.25‰」を基準とし、違約金をあらためて計算するよう請求することについて、たしかに約束された違約金の基準が明らかに著しく低いため、法院が違約金の計算基準を違約金の約定計算基準から「１日遅延するごとに支払い済み代金の0.01‰」までに引き上げさせる。Ｘの請求の超えた部分を支持しない。

〈Ｙの上訴〉Ｙは一審判決に不服があるとして、山東省青島市中級人民法院に上訴した。その上訴理由については、Ｙが違約責任を負うと判決されるとしても、法院が違約金の約定計算基準を「１日遅延するごとに支払い済み代金の0.001‰」に基づき、違約金を計算しなければならない。

二審（山東省青島市中級人民法院、2011年５月20日）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却

【判決理由】

〈違約金責任〉違約金の約定計算基準については、Ｙが契約義務の履行に遅延する場合、違約金の約定計算基準を「１日遅延するごとに支払い済み代金の0.001‰」と約定されているの対して、Ｘが契約義務の履行に遅延する場合、違約金の約定計算基準を「１日遅延するごとに未払い代金の0.25‰」と約定ささているのは、Ｘにとって明らかに公平を失する。しかも「１日遅延するごとに支払った代金の0.001‰」の約定計算基準に基づき、Ｙが負担する違約金を計算すると、Ｘの経済損失の填補にも相当足りないため、原審がＹが負担する違約金の約定計算基準を「１日遅延するごとに支払い済み代金の0.01‰」までに適当に引き上げたことは、維持されなければならない。

○　コメント

本件は、不動産の引渡し義務の不履行を対象とする遅延違約金の紛争であった。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが期間通りに不動産を引き渡さなかったため、違約金増額を求める権利があることを理由も自分の損失を基準としＹが負担する違約金の約定計算基準を引き上げるよう求めた。法院は、Ｙが負担する違約金の約定計算基準を引き上げ、Ｘの違約金増額請求を認めたということである。以下では、法院による増額の肯定の判決理由の論理と本判決の法的意味をめぐって検討する。

本件においてなぜ法院がＸの増額請求を認めたのか、判旨による判決理由に照らせば、次の２点があると思われる。

ます、「Ｙが負担する違約金の約定計算基準に基づき違約金を計算すると、ＹがＸに支払う違約金がＸの損失の填補にほど足りなかった」という表現に鑑みると、法院がＸの損失の認定をしたうえで、次でそれを違約金の約定額と比較して低額であるという判断の構造を見て取れる。換言すれば、法院が実損害差額主義を貫徹したことは明らかにされた。

また、法院が、当事者による違約金の約定に関心を払ったことは注目に値する。すなわち、法院がＸが負担する契約代金の未払いによる遅延違約金の約定計算基準とＹが負担する不動産の引渡し義務の不履行による遅延違約金の約定計算基準を対比に見た上で、両者が対等ではないことを「Ｘにとって明らかに公平を失する」という結論を出して、増額の肯定の理由としたことは重要なのである。換言すれば、このような理由において契約締結時、違約金の約定によるＸとＹの違約金責任の不対等性が改正される必要があるという旨が含まれると思われる。そのような旨を突き詰めると、Ｘ（個人）とＹ（企業）の交渉力の格差が明らかであるため、違約金の約定による意思決定のプロセスにおいて自律的な自己決定が行われていないと十分に考えられる。そのため、真の意思自治が達成されるため、当事者による違約金の約定の内容が是正されなければならないという意味があると解される。この意味において、本件は、法院が実損害差額主義を根拠とするのみならず、違約金の約定において真の意思自治が達成されるか否かも考慮した一例である。

注意しておきたいのは、第２章の第１節による違約金増額の運用に関する裁判例群の検証に照らせば、本判決と同様な判決理由で法院が違約金の増額を認めた裁判例は、ただの２件（増額肯定例２と６）しかなかった。したがって、裁判実務において、本判決は法院が、違約金の増額の可否を判断する場合に、違約金の約定において真の意思自治が達成されるか否かを考慮しためずらしい一例であると評価できる。

２　増額否定例

（１）不動産の引渡し義務の不履行を対象とする遅延違約金の紛争[3]

原告Ｘ　烏審旗華宇工貿有限公司
被告Ｙ　西安雅荷房地産開発有限公司

【事実の概要】

[3]「烏審旗華宇工貿有限公司與西安雅荷房地産開発有限公司」、陝西省高級人民法院（2011）陝民二終字第00005号判決、判決年月日2011年９月23日、出所：中国民商法律網（http://www.civillaw.com.cn/）

2006年12月12日　ＸとＹは、２通の「分譲住宅売買契約」を締結した。ＸはＹから「雅荷春天小区」２号棟１－９号商業用不動産2340平方メートル（以下では、本不動産と呼ぶ）を購入し、契約代金が2129.4万元とし、支払期限が2007年２月１日とされていた。違約責任については、Ｙは2007年６月30日まで検査の上、合格に使用に交付された本不動産をＸに引き渡さなければならない。さもなくば、１日遅延するごとにＹは支払い済みの代金の0.1‰を違約金としＸに支払わなければならない。契約締結後、ＸがＹに契約代金を支払った後、Ｙに書面で本不動産を改造するプロジェクトを申し出たため、Ｙが改造プロジェクトを仕上げたことに一定の日にちがかかった。その後、本不動産が検査に合格し、使用に交付された期間も遅れたため、ＹがＸに本住宅を引き渡すことに遅延した。

〈Ｘの請求〉Ｘは、Ｙが本不動産の引渡しに730日遅延し、違約金の約定計算基準に基づき計算すると違約金が155.45万元となる一方で、本不動産と同地域の商業用不動産の賃貸料基準（2007－2008年月の65元／平方メートル、2009年月の賃貸料85月／平方メートル）に基づき計算すると賃貸料損失が365.04万元となるため、違約金が賃貸料損失の填補に足りないことを理由に、Ｙに本不動産の引渡し遅延による経済損失365.04万元を求める訴訟を提起した。

〈Ｙの抗弁〉Ｙは、（１）本不動産の引渡し遅延がＸの受領遅滞によることであるため、Ｘに責任があったこと、（２）Ｘの提訴が２年の訴訟時効を超えたこと、（３）Ｘが今までもなお本不動産を貸し出さなかったため、損失がなかったことなどを理由とし抗弁した。

一審（西安市中級人民法院、2010年12月８日）

【判旨】

契約法107条、113条、114条、「分譲住宅売買契約紛争事件の審理における法律の適用に関する若干の問題に関する解釈」（以下は「分譲住宅売買契約解釈」と呼ぶ）16条、17条に基づき、①ＹはＸに本不動産の引渡し遅延による経済損失191.65万元を支払え。②Ｘのその他の請求を棄却

する。

【判決理由】

Ｘ と Ｙ の契約は、合法有効である。Ｙ は期限通りに本不動産を Ｘ に引き渡さなかったため、違約責任を負わなければならない。

〈違約金責任〉Ｙ による本不動産の引渡し遅延が、Ｘ に一定の経済的損失をもたらしたため、Ｘ の損失について本不動産と同地域の商業用不動産の賃貸料基準（2007－2008年月の賃貸料65元／平方メートル）に基づいて計算しなければならない。具体的には、Ｘ が提訴した日（2010年６月23日）に遡って２年の訴訟時効期間内に Ｘ による損失賠償の請求を認める。すなわち2008年６月24日から2009年７月11日（Ｘ が本不動産を引き受けた）までの１年と18日を基準に Ｘ の損失額を計算し、191.646万元となった。

〈Ｘ、Ｙ の上訴〉Ｘ、Ｙ は、いずれも一審判決に不服があるとして、陝西省高級人民法院に上訴した。その上訴理由は、以下の通りである。

Ｘ の上訴理由

本案の訴訟時効の起算日が2009年８月26日（本不動産の引渡しが法的条件を備えた日、すなわち本不動産が質量安全機関に登録され、記録にとどめた日）から計算すべきであるため、Ｘ の請求はすべて認められるべきである。それゆえに、Ｘ は、2007年７月１日から2008年６月23までの経済損失の賠償を増加するよう、合計365.04万元を求めた。

Ｙ の上訴理由

（１）Ｙ は Ｘ に何度も電話で本不動産を受け取るよう通知したため、Ｘ が2007年10月14日に本不動産を受領すべきである。

（２）経済損失に関する認定は、事実と法的根拠に足りないため、棄却されなければならない。その理由が次の４点がある。

①　Ｘ が Ｙ に本不動産を改造するプロジェクトを申し出、故意に本不動産を受領することに遅滞したため、Ｘ が2007年10月14日以後の遅延

による経済損失を負担しなければならない。
② Ｘが Ｙ に発した通知が、訴訟時効を中断する効果を持たないため、Ｘ の提訴が２年の訴訟時効を超えた。
③ Ｘが賃借人を見つからないため、法院が本不動産を受領しないリスクを Ｙ に帰させるべきではない。
④ Ｘによる本不動産と同地域の商業用不動産の賃貸料基準に基づき、遅延経済損失365.04万元の請求については、Ｘが実際的損失に証拠を提供しておらず、違約金の増額の法的要件が満たされていなかった。

二審（陝西省高級人民法院、2011年９月23日）
【判旨】
一審判決の①を変更。Ｙ は Ｘ に違約金148.8451万元を支払え。

【判決理由】
（１）Ｘ の提訴は、訴訟時効を超えたか否かについて
Ｘが2009年６月16日、６月29日、それぞれ Ｙ に本不動産の引渡し義務を果たすよう通知し、訴訟時効がそれによって中断したため、Ｘ の請求は訴訟時効を超えていなかった。
（２）Ｙ は、契約違反したか否かについて
Ｘによる本不動産の改造プロジェクトの要求が、43日工期を引き延ばし、当事者が約束した契約義務を超えたため、Ｘが一部の本不動産の引渡し遅延責任を負うべきである。それゆえに2007年７月１日から2009年７月11日までに43日を差し引くと、Ｙが699日の引渡し遅延責任を負うべきである。
（３）Ｙ は、いかにして不動産の引渡しによる遅延責任を負うべきなのか。
① Ｘは、違約金の約定額が実際の経済損失よりも低いため、「分譲住宅売買契約解釈」17条に基づいて、違約金を同年度、同地域の商業用不動産の賃貸料基準を基準とし増額するよう請求した。この点については、「分譲住宅売買契約解釈」17条の適用は、契約の約定において違約金や損失賠償額に関する約定が定められていないことが前提とされる。本件においてＸと Ｙが明確に本不動産の引渡し遅延による違

約金の約定計算方法を定めたため、「分譲住宅売買契約解釈」17条は適用されない。

② Xは、本不動産の約定した引渡し日から実際の引渡し日までに本不動産を貸し出していなかっただけではなく、その実際的損失について相応する証拠も提供していなかった。しかも本不動産の引渡し遅延による損失の拡大についてXもある程度の責任を負わなければならない。それゆえに、契約に約定される本不動産の引渡し遅延を対象とする違約金の約定計算方法に基づき、賠償額を確定しなければならない。

【法官による評釈】

法院が違約金を増減するか否か、如何にして違約金を増減するのかについて、裁判実務において論争が大きい一つのテーマである。本件は、法院が違約金を増額すべきかどうかを焦点とする典型的な案例である。換言すれば、本件に関する焦点が、Yが契約違反を構成した場合、法院がXの違約金の増額請求を認めるべきかどうかということである。この点について、次のように説明する。

中国契約法において契約自由という原則が定められている。とはいえ、契約自由が絶対的なものではなく、契約正義による制限を受けなければならない。本件において、Xが違約金が著しく低いことを理由に違約金の増額を求めようとすれば、Xは、まず自分の損失が違約金の約定額と比較して、それよりも高額の損失があることと、損失と契約違反行為との間に因果関係について証明責任を果たさなければならない。とはいえ、実際には、Xは、自分が改めてほかの不動産を賃借したことでもたらした賃貸料損失や、本不動産を貸し出せることで、もらえるであろう賃貸料損失について証明責任を果たせなかった。Xが自分の損失に証明責任を果たせない場合、法院は、Xが契約履行において本不動産の改造プロジェクトを要求したため、本不動産の引渡し遅延による損失の拡大にある程度で責任を負ったことと、Xが本不動産を経営する自体に商業リスクも抱えることを理由に、違約金の増額を認めるべきではないと判断した。このような判断こそが、最大の限度で契約法による公平と正義の理念を実現するものである。

○　コメント

本件は、中国地方の高級人民法院の法官が判決した、しかも法官による評釈付きの違約金増額の運用に関する重要度が高い一例である。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが期間通りに不動産を引き渡さなくて自分に大きな賃貸料損失をもたらしたため、違約金の約定計算基準を超えた賃貸料の相場基準に基づき賠償額を計算するよう求めた。法院がＸの賠償請求（違約金増額請求）を認めなかったということである。違約金の増額の可否に関する判決理由のほか、法官による評釈は注目に値する。以下では、法院による増額の否定の判決理由の論理と本判決の法的意味をめぐって検討する。

第１に、判旨よる増額の否定の判決理由に照らせば、「Ｘが実際的損失について証拠を提供していなかった」という表現に鑑みると、法院がＸの損失があるか否か、いくらあるのかという認定を行うことは明らかである。この点について、法院による評釈においてＸが自分の賃貸料損失に証拠を出せなければならないといった指摘は、このような旨を裏付けることができる。換言すれば､法院がまず､Ｘの損失の認定を行い、それを違約金の約定額と比較して低額であるかどうかを増額の可否の理由とするのは伺われる。この意味において、本判決において法院が実損害差額主義を貫徹していると解される。

第２に、判旨よる増額の否定の判決理由に照らせば、「引渡し遅延による損失の拡大についてＸもある程度の責任を負わなければならない」という表現についての法院による評釈に鑑みると、ＸがＹの本不動産の引渡し遅延責任に過失も寄与していたことと、Ｘが商業リストを引き受けなければならないといった指摘が呈されている。このような指摘を検討すると、Ｘの過失寄与、違約金の約定時においてＸの商人主体としての地位への考慮も示されているであろう。換言すれば、本件の判決理由に直接に言及されていないが、法院による評釈に照らせば、当事者の非難可能性と、違約金の約定において当事者の交渉地位による意思決定の真実性の有無といった隠れた理由が示されていると解される。

第３に、上記の２点を踏まえて、本判決の法的意味をどのようにして捉えるのか。この点について、法院による評釈に照らせば、「本件による法院の判断は、最大の限度で契約法による公平と正義の理念を実現す

るものである。」という評価が付けられている。この「契約法による公平と正義の理念」は、法院による増額の可否の判断において、債権者の実損害の重視のみで足りず、当事者の非難可能性の考慮、当事者の意思自治の尊重も求められるという論理であると看取できる。とはいえ、このような論理は、法的規定、通説による実損害差額主義の立場と離れたものというだけではなく、第２章の第１節による違約金増額の運用に関する裁判例群の検証に照らせば、このような論理を通した裁判例が、15%（46件のうち、７件）しかいなかったため、裁判実務の傾向とも合わないものである。この意味において、本判決は裁判実務において少数例であるとしか評価できない。

第２節　違約金減額の運用に関する裁判例

以上では、違約金増額の運用においていくつか具体的な裁判例の検討を通して、違約金増額の運用の論理を明らかにした。以下では、違約金減額の運用を念頭においていくつか具体的な裁判例の検討を通して、その運用の論理を明らかにする。

１　減額肯定例

（１）契約代金の未払いを対象とする遅延違約金の紛争[4]

原告Ｘ　広東中原地産代理有限会社
被告Ｙ　馬嘉亮
第三者Ｚ　黄志全、梁暁婷

【事実の概要】

2009年８月13日、Ｘ（仲介者）とＹ（買主）およびＺ（売主）は不動産売買契約を締結した。契約の仲介部分によれば、ＸがＹとＺの不動産売買契約の締結に斡旋することで、Ｙが本契約締結の当日にＸに仲介サービス代金を支払い、支払いに遅延する場合、１日ごとに仲介サービ

[4]「広東中原地産代理有限会社與馬嘉亮」、広州市天河区人民法院（2010）天法民初字第656号判決、判決年月日2010年４月７日、出所：北大法意。

ス代金の１％を基準とする遅延違約金をＹに支払わなければならない。また本契約締結の当日にＸとＹは新たに「諮問サービス確認書」を締結し、不動産売買契約の仲介サービス代金を1.86万元と合意した。契約締結後、ＹとＺが契約履行にトラブルが発生したため、ＹがＸに仲介サービス料を支払っていなかった。

〈Ｘの請求〉ＸはＹを被告として仲介サービス料1.86万元と1.86万元を基数とし、起訴日から支払いが完済されるまで１日ごとに１％を基準とする遅延違約金を求めて訴訟を提起した。

〈Ｙの抗弁〉Ｙは自分がＺとの訴訟が進んでいるため、Ｚとの訴訟が終わる前に法院が本訴を中止すべきと抗弁する。またＹは、Ｙが契約違反であったと認定されるとしても、Ｙの違約行為がＸに実際的損失をもたらしていなかったため、違約金を減額するよう求めた。

一審（広州市天河区人民法院、2010年４月７日）

【判旨】

契約法５条、60条１項、107条、114条、420条、426条、司法解釈（二）29条、民事訴訟法13条、64条に基づき、①、ＹはＸに仲介サービス代金1.86万元を支払え。②、ＹはＸに遅延違約金（1.86万元を基数とし、中国人民銀行が定めた金融機構による遅延貸付利率を基準とし2010年２月８日から支払いが完済されるまで）を支払え。

【判決理由】

本不動産売買契約がＸとＹとＺの間に三つの法律関係に関わっているが、本院が契約の中のＸとＹの仲介契約部分のみを取り上げる。仲介契約の部分がＸとＹの真の意思表示であり、双方に法的拘束力がある。Ｙが仲介サービス代金を支払わなかった行為が契約違反を構成したため、違約責任を負わなければならない。ＹとＺの訴訟が別の法律問題であり、本訴に影響が及ばないため、Ｙの抗弁を認めない。

〈違約金責任〉Ｙが違約金の約定計算基準（未払い契約代金の１％）が

著しく高いことを理由に違約金の減額を請求することについて、Xが自分の損失に挙証できなかったが、日常の生活経験法則に基づき、Yが仲介サービス料の支払いに遅延したことによって、Xにもたらした損失が主に遅延利息損失である。それゆえに、「１日ごとに仲介サービス料の１％を基準とする」という違約金約定計算基準に基づいて計算する額が遅延利息損失の130％を超えたため、著しく高いと認定されなければならない。したがって、法院は、違約金の計算基準を、約定計算基準から銀行の同期遅延貸付利率までと切り下げると認定する。

○　コメント

本件は、契約代金の支払いを対象とする遅延違約金の紛争であった。本件の内容を要約すると、Xは、Yが仲介サービス代金を支払っていなかったため、違約金の約定計算基準に基づき違約金を求めた。Yが自分の違約行為がXに損失をもたらしていなかったことを理由とし、違約金の減額を請求した。法院がYの減額請求を認めたということである。本件の事実関係を見ると、本件がごく普通の金銭債務を対象とする遅延違約金の紛争であったが、法院による減額の肯定の判決理由に鑑みると、本件が金銭債務を対象とする遅延違約金の紛争の場合において法院が如何にして違約金の減額問題を扱うのかに関する代表的な裁判例であると思われる。以下では、法院による減額の肯定の判決理由の論理と本判決の法的意味をめぐって検討する。

本判決においてなぜ法院がYの違約金の減額請求を認めたのか、判旨による減額の肯定の判決理由に照らせば、「Xが自分の損失に挙証できなかった」という表現に鑑みると、法院が損失に関する挙証責任をXに求めることは、Xの損失の認定の一環として捉えられる。それゆえに、本判決が法院が実損害差額主義を徹底するものであることには明らかである。とはいえ、その認定において注目に値する点がある。すなわち、Xが挙証責任を果たせない場合、法院が「日常の生活経験法則」に基づき、Xの損失を「遅延利息損失」と認定し、それを違約金の約定計算基準と比較していることが重要なことであると思われる。これによって本判決は、次の２つの要点を示していた。一つは、金銭債務を対象とする遅延違約金の場合、Xが損失に挙証しなくとも、法院がXの損失を客

観的に法定遅延利息損失と認定することは一般的である。二つは、金銭債務を対象とする遅延違約金の場合、「著しく高いか否か」に関する認定について、法院が違約金の約定額（約定計算基準に基づいて計算する額）を法定貸付遅延利息損失の1.3倍と比較して高額であるか否かを根拠として判断していると見て取れる。換言すれば、金銭債務を対象とする遅延違約金の場合、法院がＸの損失の認定の段階において、Ｘに自身の損失を証明することを求める必要はない。法院は、その代わりとして、違約金の約定計算基準が法定遅延貸付利率の1.3倍よりも高いものであれば、違約金の減額を認めるという判断基準を採用しており、そして、その判断基準は一般化し得るものであると解される。このような判断基準に従えば、金銭債務を対象とする遅延違約金の紛争において、Ｘが損失についての挙証責任を果せなくとも、法院がＸの損失を法定貸付遅延利息損失と認定することで、より簡単に違約金の約定額との比較を行うことができると看取できる。

以上の検討を踏まえて、第２章の第２節による違約金減額の運用に関する裁判例群の検証に照らせば、紛争の違約金類型において最も多かったタイプは、金銭債務の不履行を対象とする遅延違約金の紛争である。こられの裁判例は、いずれも本判決に示されている判断構造に従い、違約金の減額の可否を判断しているものである。この意味において本稿はこの本判決を挙げたことは、決して本判決が特殊のものではなく、むしろ裁判実務において法院が実損害差額主義を徹底する代表的な裁判例として取り上げる意味を有すると思われる。

（２）契約代金の未払いを対象する解約違約金の紛争[5]

原告Ｘ　北京双利達物流有限会社
被告Ｙ　魯昌順（北京）商貿有限会社

【事実の概要】

2007年６月12日、ＸとＹは、Ｘが自己所有の小さい貨車と大きい貨

[5] 国家法官学院・中国人民大学法学院編『中国審判案例要覧』（2008年民事審判案例巻）（中国人民大学出版社、人民法院出版社・2009年）10 ～ 17頁参照。

車の合計18台をＹに販売し、売買代金を62万元とする中古車の売買契約を締結した。それによれば、Ｙは契約締結時に、手付け１万元と小さい貨車の代金18.6万元をＸに支払い、６月22日までに残る大きい貨車の代金43万元を支払うこととされていた。また、違約責任によれば、小さい貨車と大きい貨車の売買は一体となる。もし小さい貨車の支払いが終わり、またその引渡しの手続きが済んだ後に、Ｙが大きい貨車の代金を支払わない場合、Ｘは契約を解除することができる。その場合、ＸはＹから支払いの済んだ手付けと小さい貨車の代金をＹに返還する必要はないと同時に、Ｙは引き渡された小さい貨車をＸに返還しなければならない。もし小さい貨車を返還されない場合、Ｙが小さい貨車の代金を「賠償金」としてＸに賠償しなければならない。契約締結の当日、ＹがＸに小さい貨車の代金18.6万元と手付け１万元を支払った後、ＸとＹが小さい貨車の取引を完成したが、６月22日までにＹはＸに残る大きい貨車の代金43万元をずっと支払わなかった。

〈Ｘの請求〉ＸはＹを被告として、契約の解除、車両運休の損失８万元および違約金18.6万元の支払いを求めて訴訟を提起した。

〈Ｙの抗弁〉Ｙは契約の解除に同意したが、違約責任について手付けと違約金が選択的な適用関係となるため、Ｘが手付けを返還しない以上、違約金を求める権利がないと抗弁した。また、Ｙは、法院が違約金請求を認めるとしても、その違約金がＸの実際的損失に限らなければならないことを理由に、違約金を減額するよう求めた。

一審（北京市豊台区人民法院、判決年月日不明）

【判旨】

契約法93条第１項、107条、114条２項、116条に基づき、①ＸとＹの契約解除を認める。②ＹはＸに違約金17.6万元を支払え。③ＸとＹのその他の請求を棄却する。

【判決理由】

Ｙは契約に違反したため、違約責任を負わなければならない。それゆ

えに、Ｘによる契約解除の請求を認める。

〈違約金責任〉法的規定に照らして、本契約による１万元の手付け条項と18.6万元の違約金条項が同時に約定される場合、選択的な適用関係とならなければならない。法院の釈明を経て、Ｘが違約金条項を選択し18.6万元の違約金を求めたため、Ｘによる違約金請求を認めなければならない。１万元の手付けについては、ＸがＹに返還しなければならないが、Ｙが負担すべき18.6万元の違約金から１万元を差し引くと、ＹがＸに違約金17.6万元を支払うことになる。

〈Ｙの上訴〉Ｙは一審判決に不服があるとして、北京市第二中級人民法院に上訴した。その理由は以下の通りである。Ｘは大きい貨車を改装したことによって、大きい貨車が契約による売買標的物の基準に達しなくなる。それゆえに、法院が大きい貨車の売買に関する契約部分を無効とすべきである（契約の一部無効）。このような場合、Ｘが先に契約に違反したため、違約責任を負わなければならない。また、Ｘが実際的損失に証拠を提供していなかったにもかかわらず、法院がＹに高額な違約金の支払いを命じたことは民法の補償原則に違反したことになる。

二審（北京市第二中級人民法院、裁判年月日2007年11月21日）

【判旨】

一審判決の①、③を維持、②を破棄。ＹがＸに違約金５万元を支払え。

【判決理由】

〈違約金責任〉違約金責任については、契約114条２項に照らして、法院は、Ｘが車両を改造し、ある程度の過失があったことに鑑み、違約金を６万元と斟酌する。それゆえに、６万元の違約金から手付け１万元を差し引いてＹがＸに違約金５万元を支払うべきである。

【法官による評釈】

本判決の違約金責任の部分について、判決を下した法官が次のように解説している。

法院が違約金をＸの損失と比較して著しく高いか否か、またいくら減額するのかを判断する場合には、法院が一連の要素を考慮する必要がある。基礎かつ核心的な要素はＸの損失である。それと同時に、契約当事者の故意・過失の度合い、契約の一部履行といった要素も見過ごされてはならない。

本判決において法院は、違約金の減額を認め、その額を６万元と斟酌したことは、合理的な判断である。法院は、違約金を適当に減額することで、Ｘの損失を填補しただけではなく、Ｘの過失の度合いが重かったため、Ｘを制裁する目的も達成したのである。本判決は、違約金減額の趣旨に適合する一例である。

○　コメント

本件は、中国審判案例要覧に掲載されている違約金減額の運用に関する重要度が高い一例である。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが期間通りに契約代金を支払わなかったため、契約を解除し、解約違約金を求めた。Ｙは、Ｘも契約違反に過失があることと、Ｘが損失に挙証できなかったことを理由に、違約金減額を請求した。一審がＹの違約金の減額請求を認めず、違約金の約定通りにＹに違約金の支払いを命じたが、二審がＹの違約金の減額請求を認めたということである。以下では、法院による減額の肯定の判決理由の論理と本判決の法的意味をめぐって検討する。

本判決においてなぜ二審がＹの減額請求を認めたのか、判旨による減額の肯定の判決理由に照らせば、次のような２点がある。

第１に、法院の判決理由および法官による評釈に鑑みると、減額の可否の判断において基礎かつ核心的な要素はＸの損失の認定ということははっきりと示されている。この意味において、本判決において法院が実損害差額主義を根拠としていると解される。

第２に、判決理由において、法院がＸの損失を認定したほか、「Ｘが車両を改造し、ある程度の過失があったことに鑑み」という表現に鑑みると、Ｘが契約の履行の過程に寄与過失があったことは、注目に値するところである。もっとも、Ｘの寄与過失という事由が、違約金の減額の可否の判断理由とされるのか、もしくは違約金がいくら減額されるべき

なのかという計算理由とされるのかについて、本判決においてはっきりとは示されていない。この点について、本判決を下した法官による解説に照らせば、当事者の過失の度合いという要素は、違約金を減額するか否か（判断理由）といくら減額するのか（計算理由）の両方に役割を果しているという指摘があったため、少なくとも、本判決は、法院が違約金の減額の可否を判断する場合、Ｘの寄与過失という事由を考慮したと読み取れるであろう。この意味において、本判決は、法院が実損害差額主義を根拠とするのみならず、当事者の非難可能性という要素を視野に入れた特徴的な一例であると解される。

他方、裁判実務において本判決のように、法院が当事者の非難可能性を考慮した裁判例は、ごく少数例である。第２章の第２節による違約金減額の運用に関する裁判例群の検証に照らせば、わずか８％の裁判例（149件のうち、12件）しかなかった。この意味において、本判決は、法院が実損害差額主義を根拠とする同時に、当事者の非難可能性を考量しためずらしい一例であると評価できる。

（３）請負義務の不履行を対象とする遅延違約金の紛争[6]

原告Ｘ　青島偉信建設工程有限公司
被告Ｙ　青島正泰鍋炉有限公司

【事実の概要】

2000年４月４日、ＸとＹは建設工事施工契約を締結した。それによれば、ＸはＹのオフィスビル建築工事を請け負い、着工期日は2000年４月４日、竣工期日は同年８月４日、工事期間は合計120日とされ、契約の価額は66万元と見積もられた。また、違約責任によれば、工事が遅延した場合、完成が１日遅れるごとに工事代金の0.2‰を違約金が発生することになっていた（当該条項はその後５‰に変更された）。2000年12月20日、Ｘが工事を完成させ、Ｙが検査のうえ引き渡しを受けた。そこで、Ｘ、Ｙは報告書に工事の着工期日は2000年３月30日、竣工期日は

[6] 江必新『全国法院再審典型案例評注［上］』（中国法制出版社、2010年）156～162頁参照。

同年12月20日であると記入した。

〈X の請求〉X は Y を被告として工事代金58万元を支払うよう求めて訴訟を提起した。

〈Y は反訴〉X の工事の完成が遅れたことを理由とし、違約金50万元の支払いと1.5万元の損害賠償を求めた。

一審（山東省平度市人民法院、判決年月日不明）

一審の審理中、X と Y が協議のうえ中国建設銀行青島分行価額部門に価額鑑定を依頼したところ、工事代金は51.1万元であるとされた。その結果、Y は X にすでに41.8万元を支払っており、10.3万元の支払いを済ませていないこととなった。また、X と Y は別の契約を締結し、工事に関する他の代金は27.7万元であると合意し、Y は X にすでに19.9万元を支払い、7.8万元を支払いを済ませていないこととされた。

【判旨】

① Y は X に対していまだ支払っていない工事代金10.3万元と工事に関する他の代金7.8万元を支払え。② X のその他の請求を棄却する。③ Y の反訴を棄却する。

【判決理由】

工事の完成は実際には75日が遅延したが、これは Y が一部分の工事を他の会社に請け負わせ、しかも当該一部分の工事に変更を行わせたことが理由である。それゆえに、工事の完成の遅延の責任を X は負わない。Y の反訴を棄却すべきである。

〈Y の上訴〉Y は一審判決に不服があるとして、山東省青島市中級人民法院に上訴した。

二審（山東省青島市中級人民法院、判決年月日不明）

【判旨】

一審判決の①と②を維持、③を破棄。Ｘは Ｙ に違約金20.4万元を支払え。Ｘは Ｙ に4600元の損害賠償を支払え。

【判決理由】

工事の完成は排水の期間を除くと実際には80日遅延したため、Ｘは違約責任を負わなければならない。

〈違約金責任〉工事の遅延は工事の変更とは関係がなく、しかも、Ｘの工事の遅延により Ｙ が工事の一部分を他の会社に請け負わせたことをＸは知っているべきであるが、異議を申し立てていない。それゆえに、Ｘは Ｙ に違約金20.4万元（51.1万元×５‰×80日）を支払わなければならない。

〈検察院の抗訴〉山東省人民検察院が二審判決に抗訴し、その理由は、以下の通りである。すなわち二審判決には工事の完成の遅延を理由としてＸが違約責任を負う主要な証拠が足りない。

再審①（山東省青島市中級人民法院、2008年２月13日）

【判旨】

二審判決を維持したが、違約金に関する部分のみを変更。Ｘは Ｙ に違約金9800元を支払え。

【判決理由】

工事の完成は排水の期間を除くと実際には96日遅延したため、Ｘは違約責任を負わなければならない（二審の判決理由と同じ）。それゆえに、検察院の抗訴意見は成り立たない。

〈違約金責任〉違約金について、Ｙの主張する損失は8000元であるため、仮に工事代金の５‰で違約金を計算すると、違約金は24.6万元（51.1万元×５‰×96日）となり、Ｙの被った損失に比較して著しく高いことになる。したがって、Ｘによる違約金減額請求を認めさせなければならない。工事の完成が予定より早まった場合のボーナスが工事代金の0.2‰

であることに鑑み、違約金もこの計算基準で計算すれば、9800元（51.1万元×0.2‰×96日）となり、Yが主張した損失にも相当する。それゆえに、XはYに工事代金の0.2‰を基準とし遅延日にちにより違約金を支払わなければならない。

〈Yの再審申請〉二審判決はXの違約責任の判断に関する事実認定が曖昧であり、法律の適用を間違っている。違約金の約定計算基準は工事代金の５‰を基準とするのが当事者双方の真の意思表示であるため、それに基づいて判決を変更するよう法院に再審を申し立てた。

〈Xの答弁〉YがXの同意を得ることなく勝手に違約金の約定計算基準を工事代金の0.2‰から５‰に変更したのであり、証拠にはならない。それゆえに、Yの請求は棄却されなければならない。

再審②（山東省高級人民法院、判決年月日不明）

【判旨】

二審の再審判決を維持したが、違約金に関する部分のみを変更。XはYに違約金12.3万元を支払え。

【判決理由】

〈違約金責任〉違約金について、関連法律規定によれば、人民法院は当事者の約定した違約金を増減することができる。本件の実際的な状況に鑑みると、Xは施工のために大量の人力、物力を投じ、Yはすでに相応の利益を取得した。仮に工事代金の５‰を基準とし違約金をXに負担させるならば、明らかにYの損失と比較しても著しく高いことになり（工事代金の約半分）、両当事者による契約締結時の意思に背き、明らかに公平を欠くことになる。それゆえに、民法通則の公平責任に鑑みると、当事者双方が約束した違約金計算基準を工事代金の５‰から工事代金2.5‰に変更することが、当事者双方にとって公平かつ合理的であり、しかも本件の実際の状況に符合している。

【法官による評釈】

本判決における違約金責任に関する判決部分について、判決を下した法官は、次のように解説している。

本件において、違約金責任について仮に違約金の約定による工事代金の５‰を計算基準とする違約金をＸに負わせるならば、工事代金の約50％になってしまう。Ｘがすでに大量の労務を提供し、しかもＹが相応の利益を獲得したことに鑑みると、Ｘが支払うべき違約金は著しくＹの損失を超え、両当事者による契約締結時の意思に背き、明らかに公平を失することにもなる。他方、二審の再審では違約金の約定計算基準を工事代金の0.2‰に変更されたが、明らかに違約金の約定およびＹの反訴に符合しない。Ｘの違約金の減額請求に基づき契約法114条２項に照らして人民法院が公平原則に基づいて違約金の計算基準を工事代金の５‰から工事代金の2.5‰へと減額したことが、情に適い、理に適い、違約行為を処罰したのみならず、権利の濫用をも制限し、違約金の減額に関する正しい適用である。

○　コメント

本件は、中国再審案例の中に選ばれた、しかも評釈付きの違約金減額の運用に関する重要度が高い一例である。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが期間通りに契約代金の支払いを済ましていなかったため、Ｙに契約代金の支払いを求めた。ＹがＸが請負義務の履行に遅延したことを理由に反訴し、遅延違約金を求めた。Ｙの違約金請求に対して、Ｘが違約金の減額を申請した。本件が四段階の審理を経て決着が付けられた。一審では、法院がＹの反訴を棄却したが、二審では、法院がＹの反訴を容認し違約金の約定計算基準通りにＸに違約金を負わせた。二回の再審では、法院がいずれもＹの違約金の減額請求を認めたということである。判決の焦点は、二回の再審において法院が示している異なる違約金の減額の肯定の判決理由である。以下では、二回の再審において法院による増額の肯定の判決理由の論理と本判決の法的意義をめぐって検討する。

第１に、第一回の再審においてなぜ法院がＹの減額請求を認めたのか、判旨による減額の肯定の判決理由に照らせば、法院が、Ｙの損失がいくらあるのかを認定したうえで、次で違約金の約定計算基準に基づい

て計算した違約金が「Y の被った損失に比較して著しく高い」ということを減額の肯定の理由としている。また、法院による減額の計算結果に鑑みると、法院が違約金の約定計算基準を契約代金の0.2‰までと引き下げたことは、違約金を「Y の損失と相当する」ためであると示されている。この意味において、第一回の再審の判決は、法院が完全に実損害差額主義を徹底したものであると解される。

第２に、第一回の再審の判決に比較して、第二回の再審の判決において法院が違約金の減額請求を容認したが、減額の肯定の判決理由に新たな考量の要素を考量したため、その減額の幅も改定したという特徴が見られる。すなわち、第二回の再審の判決理由に照らせば、違約金の約定額が「Y の損失と比較して著しく高い」といった理由は示されるのみならず、違約金の約定自体が「両当事者による契約締結時の意思に背き、明らかに公平を欠くことになる」という表現に鑑みると、法院が違約金の約定による当事者の意思を重視すべきという旨が含まれると看取できる。この意味において、本判決を通して、法院が、違約金の減額の可否を判断する場合、実損害差額主義を適用するのみで足りず、契約締結時、当事者の意思決定の瑕疵有無、真の意思自治が達成されたか否かも審査すべきという論理が示されると解される。

以上の検討を踏まえて、法院による評釈で指摘した公平の理念は、法院が、実損害差額主義に基づいて当事者の給付の均衡を図るだけでは足りず、違約金の約定時、当事者の意思の内容を考量することで、真の意思自治が達成されたか否かを審査する必要もあるという意味が含まれるものであると解される。とはいえ、第２章の第２節による違約金減額の運用に関する裁判例群の検討に照らせば、裁判実務において、当事者による意思決定プロセスにおいて意思表示についての瑕疵有無、真の意思自治が達成されたか否かに注目している裁判例が一例ですら見られなかった。この意味において、本判決に示されている論理はごく例外的なものであり、本判決は裁判実務の傾向と合わない、めずらしい一例であると評価できる。

２　減額否定例

（１）売買目的物の引渡し義務の不履行を対象とする遅延違約金の紛争[7]

【本判決の要点】

契約法114条２項によれば、約定された違約金がもたらされた損失と比較して著しく高い場合でしか当事者が人民法院に違約金の減額を求めることができないとされている。それゆえに、当事者が悪意違約した場合に、約定された違約金がもたらされた損失と比較して著しく高いということは証明されない限り、当事者による違約金の減額請求を法院は支持してはならない。

原告Ｘ　史文培
被告Ｙ1　甘粛皇台醸造集団有限責任会社
被告Ｙ2　北京皇台商貿有限責任会社
第三者Ｚ　建昊実業

【事実の概要】

2002年７月６日、Y1と第三者Ｚは、物物交換の契約を締結した。それによれば、ＺはY1との元契約に基づき購入した649.95万元の甘粛皇台産の白酒をY1に引渡し、Y1から同じ価値のワインとアルコールを受け取る。また、契約の499.95万元の価値があるアルコールの引渡し期限が2003年12月31日とされ、遅延責任については、Y1が引き渡し期限を過ぎて１日遅れるごとに契約代金の0.4‰を違約金としＺに支払わなければならないとされる。契約締結後、Y2はY1を代理しＺから白酒をもらい、領収書をＺに渡した。2003年、Y1は「非典」疫病の影響や鉄道運送の障害を理由に商品の発送を猶予した。2005年、ＺはY1に対する500万元の債権をＸに譲渡した。ＺはY1に対して債権譲渡の通知をY1に届けたところ、Y1はＺが改名され契約の当事者の資格を持ってないこと、また債権をＸに譲渡したことを理由とし契約履行を拒んだ。

[7]「史文培與甘粛皇台醸造（集団）有限責任会社、北京皇台商貿有限責任会社」中華人民共和国最高人民法院公報2008年第７期26 ～ 35頁。

〈X の請求〉X は Y1と Y2を被告として1111トンアルコール（代金499.95万元）、違約金および損失合計1100万元を求める訴訟を提起した。

一審（甘粛省高級人民法院、判決年月日不明）

【判旨】

民法通則85条、契約法79条、80条、114条１項、３項、175条に基づき、①、Y1は X に1111トンアルコールの引渡しまたはその代金499.95万元の支払いを履行せよ。②、Y1は X に違約金209.98万元を支払え。③ X の Y2に対する請求を棄却する。

【判決理由】

Z が改名されたことが、契約の効力に影響を与えないため、Y1は Z に契約義務を果たせなければならない。Z の X に対する債権譲渡の行為は法律に違反しておらず、有効とされるべきである。Y1は、自分が契約が約定した引き渡し期限以内に X にアルコールの引渡し義務を果たしていなかったため、契約の継続履行と違約責任を負わなければならない。Y2は契約当事者ではないため、連帯責任を負うべきではない。

〈Y の上訴〉Y は一審判決に不服があるとして、最高人民法院に上訴した。

その理由は次のような４点である。

① Z が契約の適格当事者と認定されるべきではないため、Y1と Z の間に契約関係はない。また Z の X に対する債権譲渡は無権処分と認定されなければならない。

② Y1が契約を履行できなかったことは、鉄道運送の障害による不可抗力のためであり、しかも X が協力してくれなかったためである。

③ Z が履行した白酒の代金は契約による649.95万元ではなく、実際に Z が交付した白酒の単価に基づき計算されれば432.83万元と認定されなければならない。

④ Y が違約責任を負うと判断されるとしても、違約金の約定計算基準が明らかに著しく高いため、契約法114条に基づき減額されなければならない。

二審（最高人民法院、2008年４月24日判決）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却

【判決理由】

① Ｚは改名されたにもかかわらず、法律上の継続関係が認められるべきである。ＺがＸに対する債権譲渡をY1に通知したため、Ｘは本件の適格当事者であると認定されなければならない。

② Y1とＺのやり取りによって履行の方法が変更されたことが明確であるため、Y1はＺに商品を発送する義務を負わなければならない。

③ 契約においては白酒の単価に重点が置かれているのではなく、白酒の総代金が決まった以上、ＺがY1に交付した白酒の代金は649.95万元であると認定されなければならない。

〈違約金責任〉

④ 契約法114条が規定している違約金は、賠償性と懲罰性の二重の法的性格を有するものである。法的規定の立場によれば、法院が「もたらされた損失よりも著しく高い」の場合でしか違約金を減額することができないため、普通の高い場合において法院違約金を減額する必要はないとされる。本件に照らして、Y1は契約違反を構成し、悪意で履行を遅延ひいては拒絶する嫌いがある。加えてY1が違約金の約定計算基準（契約代金の0.4‰）著しく高いことについて、証拠の提示がなかった。以上のことに鑑みると、違約金の約定計算基準（契約代金の0.4‰）が著しく高いと認定されてはならない」。したがって、法院がY1による違約金の減額請求を棄却する。

○ コメント

本件は、最高人民法院公報に掲載された、最高人民法院がみずから判決を下し、しかも裁判要点付きの重要度が最も高い一例である。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが期間通りに売買目的物を引き渡さなかったため、遅延違約金を求めた。Ｙが違約金の約定計算基準が著しく高いということを理由に、違約金減額を請求した。最高人民法院は、Ｙの違

約金の減額請求を認めなかったということである。本判決の要点は、最高人民法院が、どのような場合に法院が違約金の減額請求を否定することができるのかについて明確なルールを示した、という点である。以下では、法院による減額の否定の判決理由の論理と本判決の法的意義をめぐって検討する。

第１に、本判決においてなぜ法院がＹの減額請求を認めなかったのか、判旨による減額の否定の判決理由に照らせば、法院が真っ先に「悪意で履行を遅延ひいては拒絶する嫌いがある」という理由を挙げている。判決の要点に鑑みると、法院は、Ｙが悪意違約をしたことを減額の否定の根拠としていると見て取れるであろう。換言すれば、本件においてＹが悪意（故意）に契約を違反し、帰責性の度合いが相当に重かったため、法院はその違約行為を責める旨が含まれると解される。この点について、判決理由において「違約金は賠償性と懲罰性の二重の法的性格を有するもの」という表現に照らせば、Ｙが悪意違約した場合に、法院が違約金の減額を認めてはならず、約定された高額な違約金をもってＹへと懲罰を与えるべきという論理を捉え得ると看取できる。この意味において、本判決は、法院が当事者の非難可能性を考量すべきという旨を示しているものである。

第２に、判旨による減額の否定の判決理由に照らせば、法院は、Ｙの悪意違約を根拠としているほか、「Y1が違約金の約定計算基準（契約代金の0.4‰）著しく高いことについて、証拠の提示がなかった」という判決理由の表現、また判決の要点に鑑みると、Y1が、違約金の約定額がＸの損失と比較して著しく高いことに証拠を提供できなかったことをも根拠としていると伺われるであろう。すなわち、法院は、違約金の約定額とＸの損失との比較認定の段階を見過ごしていないということである。換言すれば、Ｙが悪意違約をした場合においても、違約金の約定額がＸの損失と比較して著しく高いという事実も必要とされている。この意味において、本判決において法院は、違約金の減額の可否を判断する場合に、実損害差額主義を重視すべきという立場も示されている。

以上の検討を踏まえて、最高法院の判決は、法院が違約金の減額の可否を判断する場合に、違約金と実損害の均衡が図られたかどうか（実損害差額主義）と、債務者の違約行為が故意違約に当たるかどうか（当事

者の非難可能性）という２つの判断の基準をはっきりと提示している。この中には、実損害差額主義という論理が法的規定、通説の立場であるため、最高法院の判決はただ法的規定、通説の立場を遵守しただけである。それに対して、法的規定が規定している「当事者の故意・過失の度合い」という付加的な要件を、最高法院が債務者の故意違約による減額の否定という論理をルール化したことは重要な意味があると思われる。他方、第２章の第２節による違約金減額に関する裁判例群の検討に照らせば、減額否定例22件のうち、８件の裁判例において法院が実損害差額主義を根拠としたのみならず、Ｙが故意（悪意）違約をしたことをも減額の否定の理由としたことは、明らかにされた。この意味において、これらの裁判例は、最高人民法院による本判決に示されている論理を踏襲したものであると解される。逆に言えば、本判決に形成されている論理が下級法院の判決にある程度で影響を与えたため、本判決は違約金減額の運用において重要度が高い一例であると評価できる。

（２）賃貸禁止義務の違反を対象とする違約金の紛争[8]

原告Ｘ　農工商超市（集団）有限会社
被告Ｙ　上海伊塔納旅游用品有限会社
第三者Ｚ　上海如海超市連鎖有限会社

【事実の概要】

2004年４月３日、ＸとＹは不動産賃貸借契約を締結した。それによれば、Ｙは自分の所有する不動産をＸに賃貸し、賃貸借期間は15年とする（2005年１月１日から2019年12月31日まで）。違約責任によれば、ＹがＸに当該不動産を引き渡す前に、書面によるＸの同意を得ずに第三者に賃貸してはならない。さもなくば、ＹはＸに20万元の違約金を支払わなければならない。しかしその後、ＹはＺと賃貸借契約を締結し、当該不動産をＺに賃貸した。

[8]「農工商超市（集団）有限会社與上海伊塔納旅游用品有限会社」上海市高級人民法院『2007年上海法院案例精選』（人民法院出版社・2008年）196 ～ 204頁。

〈X の請求〉X は Y の重大な契約違反により X に重大な損失をもたらしたことを理由とし、Y を被告として、X と Y の不動産賃貸借契約の解除、20万元の違約金の支払いを求める訴訟を提起した。

〈Y の抗弁〉Y は違約金の約定が自己に明らかに不利であり、仮に違約金を支払わなければならないとしても、X の実際的損失よりも明らかに著しく高いことを理由とし、違約金を減額するよう求めた。

一審（南匯区人民法院、判決年月日不明）
【判旨】
契約法８条、94条１項４号、107条、114条１項、２項に基づき、①X と Y の不動産賃貸借契約の解除を認める。②Y は X に違約金4000元を支払え。

【判決理由】
Y はすでに当該不動産を第三者 Z に賃貸しており、X と Y の契約は履行不能となったため、当該契約の解除を認めるべきである。それゆえに、Y は違約責任を負わなければならない。

〈違約金責任〉Y の違約金の減額請求について、X が自己の被った実際的損失に証拠を提出することができなかったため、法院が Y が契約違反の性質、程度、状況などの事情を考慮して違約金を斟酌する。

〈X の上訴〉X は一審判決に不服があるとして、上海市第一中級人民法院に上訴した。その理由は、以下の通りである。X はすでに実際的損失を被っていた一方で、Y は契約違反をしたことによって利益を得ているのだから、法院による違約金の減額は公平ではない。違約金の約定に基づき Y は X に違約金20万元を支払わなければならない。

二審（上海市第一中級人民法院、2005年11月16日判決）
〈判明された事実関係〉X と Y の賃貸借契約によれば、最初の３年間の賃貸料は年額20万元とされ、残る12年間の賃貸料は年ごとに賃貸料の

３％を増額するというものであった。これに対して、ＹとＺの賃貸借契約は、契約期間こそＸとＹの契約と同じ15年間とされたが、賃貸料については、最初の５年間は年額28万元とされ、残る10年間は年ごとに賃貸料の３％を増額するというものであった。

【判旨】

契約法８条２項、60条１項、114条１項に基づき、一審判決の①を維持、②を破棄。ＸはＹに違約金20万元を支払え。

【判決理由】

Ｙが違約金が著しく高いと主張する場合、約定された違約金20万元が、契約が履行されたことによりＸが手に入れる利益と比較して著しく高いことに挙証責任を負わなければならない。しかしながら、実際にはＹはこのような証拠を提供していなかった。それに対して、Ｘは自己の被った実際的損失を提供していなかったが、ＹとＺの賃貸借契約を証拠とし、（この両者の契約を比較するに）Ｙが契約違反をすることによりさらに大きな利益を手に入れることを明らかにした（その利益は、最初の３年間で24万元であり、後の12年では毎年６万元である）。この事実により、違約金20万元が決して著しく高いのではないことを証明するものであるため、一審が違約金を減額したのは不当であり、是正されなければならない。

【評釈者のコメント】

本判決による減額の否定の判決理由の部分について、評釈者は、次のようにコメントしている。

Ｙが第三者Ｚに不動産を賃貸したことにより、最初の３年間でさらに24万元の賃貸料を手に入れるという利益について、一審が考慮していないことは不当である。二審はこの点を考慮したが、この利益をＸの実際的損失ではなく、Ｙの超過利益と認定した。このように違約金の懲罰的機能を強調し、違約者の超過利益への剥奪が違約金の機能であるというような考え方は、Ｘの損失という本来的に考慮すべき事項から離れるものであって、不適当である。法院は、Ｙが手に入れる利益とＸと

の契約による賃貸料との差額をXの被った損失と認定し、それと違約金の約定額とを比較し、違約金を減額するか否かを判断しなければならない。

○　コメント

本件は、2007年度の上海法院案例の中から選ばれた違約金減額の運用に関する一例である。本件の内容を要約すると、Xは、Yが契約標的物を第三者に新たに賃貸したことによってYの契約違反を理由に違約金を求めた。Yが違約金をXの損失と比較してより著しく高額であることを理由に、違約金の減額を請求した。一審は、Yの減額請求を認めたが、上海中級人民法院は、違約金部分の判決を破棄し、Yの減額請求を認めなかったということである。本判決の特徴は、違約金減額の運用において判決理由によるXの損失の認定という部分に絞っている。以下では、法院による減額の否定の判決理由の論理と本判決の法的意義をめぐって検討する。

第1に、本判決においてなぜ法院がYの違約金減額請求を認めなかったのか。判旨による減額の否定の判決理由に照らせば、Xが「自己の被った実際的損失」を提供していなかったが、「Yが契約違反をすることによりさらに大きな利益を手に入れること」に証明責任を果たしたということは減額の否定の根拠とされていると見て取れる。このような表現に鑑みると、法院は依然として実損害差額主義を根拠とする立場は変わっていないと示されているが、実損害差額主義の適用射程は、本判決によって示されている特徴的な部分である。すなわち、普通の場合には、実損害差額主義という論理に照らせば、法院がXの損失の認定を中心とする作業が重要である。それに対して、本判決においてXの損失に証拠がなかった場合、法院は直接にYが手に入れた利益を違約金の約定額と比較し著しく高額かどうかを根拠とし、違約金の減額の可否を判断したという特徴が見られるであろう。換言すれば、本判決において法院がXの損失を認定する過程において、Yの違約行為によってXにもたらした損失がいくらあったのかを認定したのではなく、Yの違約行為によってYが得た利益がいくらあったのかを認定し、それをXの損失とみなしたという旨が含まれると解される。この意味において、本判決に

示されている実損害差額主義の適用射程が広がれると看取できる。

第２に、本判決において法院は実損害差額主義の適用射程を拡大した解釈について、如何にして評価すべきなのか。本判決を評釈した者は、違約金の機能という角度から批判的な意見を述べている。すなわち、法院はＸの損失をＹが手に入れる利益というルートで評価したことは、違約金をその損失の填補の機能から乖離させ、違約金をＹを懲罰するように機能するものとして働かせることになると説明される。また本判決の評釈者は、本判決において法院がＸの損失の認定を中心に考量すべきであり、また、その認定の過程においてＹが手に入れる利益から契約履行によってＸが手に入れるであろう利益を差し引く必要があるという解釈を提案した。上記の評釈に照らせば、確かにＸの損失の認定に関する技術的な点があるが､その考え方もはっきりと示されている。すなわち、法院は、違約金の減額の可否を判断する場合に、Ｘの損失の認定においてその射程を拡大して解釈すべきではない。なぜならば法院が違約金をＸの損失を填補する機能に働かせるべきであり、積極的に違約金をＹを懲罰する機能に働かせることは適切ではないと示されている。

以上の検討を踏まえて、本判決は、Ｘの損失の認定に関する技術的な点が多く見られた一例であるが、実損害差額主義の適用射程を拡大解釈していることに意味がある一例であると思われる。とはいえ、本判決の評釈に照らせば、法院が実損害差額主義を適用する場合において、このような拡大解釈をすべきではないという反対意見も示されている。また、第２章の第２節による違約金減額の運用に関する裁判例群の検討に照らせば、本判決と同様に実損害差額主義の適用射程を拡大解釈している裁判例も一例も見られない。この意味において、本判決は、実損害差額主義を根拠とする裁判例であるが、実損害差額主義の論理を拡大解釈しているめずらしい一例であると評価できる。

（３）契約代金の未払いを対象とする違約金の紛争[9]

[9]「何宰飛與朱启娄」、浙江省台州市中級人民法院（2009）浙台商終字第505号判決、判決年月日2009年12月10日、出所：北大法意。

原告Ｘ　何宰飛
被告Ｙ　朱启娄

【事実の概要】

2006年７月25日、ＸとＹは請負経営契約を締結した。それによれば、Ｘは臨海市長門ホテルをＹに請け負わせて経営させ、請負経営期間が2006年７月25日から2010年９月30日までとし、請負経営代金が年90万元とし、Ｙが年２回（毎年の１月25日と７月25日）45万元ずつＸに支払うとされていた。違約責任ついては、一方は契約に違反する場合、もう一方に違約金60万元を支払わなければならない。契約締結後、Ｙは2008年１月25日までの請負経営代金をＸに支払ったが、その後ＹはＸが契約義務を果たさなかったことを理由とし、契約を解除し、残った請負経営代金を支払わなかった。

〈Ｘの請求〉ＸはＹが2008年１月中旬以後に請負経営賃貸料の支払いを拒んだため、Ｙの違約行為を構成した（別件の確定判決によって認定された事実）ことを理由に、違約金60万元を求めて訴訟を提起した。

〈Ｙの抗弁〉Ｙは自分が2008年１月中旬にすでにＸに契約解除を申し込み、その前の賃貸料をＸに支払い済みであるため、違約していないことを理由に抗弁した。また、Ｙはもし自分が違約行為を負うと判断されるとしても、違約金が著しく高いことを理由に違約金を減額するよう求めた。

一審（浙江省仙居県人民法院、2009年７月16日判決）
〈判明された事実〉（2008）天民二初字第175号の民事判決書によれば、Ｙが別訴でＸが違約したことを理由に、Ｘに違約金を求めたことについて、天台県人民法院は、Ｙが先に契約違反をしたため、契約が解除されたことを理由とし、Ｙの請求を棄却した。

【判旨】

契約法98条、114条と司法解釈（二）29条に基づき、ＹはＸに違約金

38.6万元を支払え。

【判決理由】

Ｘ と Ｙ の契約は当事者の真の意思表示であり、有効とすべきである。Ｙ は契約通りに請負経営代金の支払いを続けていない。このような契約違反の事実が（2008）天民二初字第175号の確定判決によって認定されたため、法的拘束力がある。それゆえに、Ｙ が違約責任を負わなければならない。

〈違約金責任〉Ｙ の違約金の減額請求について、契約の履行状況、誠実信用原則と公平原則に基づき、案件の実際的な状況に基づき総合考量しなければならない。一部履行の契約と未履行の契約において違約行為によってもたらされる結果が大きく異なる。本件においてＹが18月の請負代金を支払った行為が、契約を履行した行為であったため、法院が契約の未履行期間の32月を契約違反期間と認定する。それゆえに、法院は違約金を、契約全体の契約期間を占めた契約の未履行期間の比例に基づき、確認する。

〈Ｘ、Ｙ の上訴〉Ｘ と Ｙ は、いずれも一審判決に不服があるとして、浙江省台州市中級人民法院に上訴した。

Ｘ の上訴―― Ｙ の違約行為によってＸ に大きな経済的な損失をもたらした。それゆえに、法院が、違約金の約定に基づき、Ｙ に違約金を負わせなければならない。

Ｙ の上訴―― Ｙ は、自分とＸ との契約が2008年１月中旬にすでに解除されたため、実際に自分が請負経営代金を支払わなかった期間がわずか８日であったと主張した。それゆえに、法院がＹ に負担させた38.6万元の違約金は、Ｘ の請負代金損失と比較して明らかに著しく高いものである。

二審（浙江省台州市中級人民法院、2009年12月10日判決）

二審の審理中、Ｘ は法院に自分の損失に関する報告書を法院に提出した。報告書は、Ｙ が請負代金を支払わなかったため、Ｘ に100万元あま

りの経済損失をもたらしたことを証明するものである。

【判旨】
一審の判決を変更、Y は X に違約金60万元を支払え。

【判決理由】
Y が請負経営代金を契約期間通りに支払わなかったことは、違約事実として認定されなければならない。

〈違約金責任〉違約金の約定に照らして、違約金60万元は明確に定められている。本件において Y が契約違反、契約解除をしたため、X にもたらした損失も客観的に存在している。それゆえに Y は X に違約金60万元を支払わなければならない。一審が契約の履行期間を基準に、約定された違約金を減額した仕方は、事実と法律根拠がないため、是正されなければならない。

○　コメント
本件は、契約代金の未払いを対象とする違約金の紛争であった。本件の内容を要約すると、X は、Y が請負代金の一部しか支払っておらず、自分に大きな経済損失をもたらしたことを理由とし、違約金を求めた。Y は自分の違約行為が契約の一部に関わって、また違約金の約定額が X の損失と比較して著しく高いことを理由に、違約金減額を求めた。一審が契約履行期間を基準とし、未履行期間が占めた比例に基づいて違約金を一部減額したが、二審が一審の判決を変更し、Y の違約金の減額請求を認めなかったということである。本判決は、違約金減額の運用において契約の一部履行があった場合に、法院が如何にして違約金の減額の可否を判断すべきなのかについてその論理を示している典型的な一例である。以下では、法院による減額の否定の判決理由の論理と本判決の法的意義をめぐって検討する。

第１に、違約金の減額の可否の判決理由において一審の判決と本判決はまったく異なる判決理由を示した。まず、一審の判決理由を見ておこう。一審の判旨による減額の肯定の判決理由に照らせば、法院が「一部

履行の契約と未履行の契約において違約行為によってもたらされる結果が大きく異なる」を根拠とし、本件において違約金を「契約全体の契約期間を占めた契約の未履行期間の比例」に基づいて、減額すべきという理由を示していた。すなわち、法院は、契約の一部履行があった場合、契約の未履行の部分が占めた比例に基づいて、違約金を減額すべきという論理を提示していると見て取れる。この意味において、一審の判決が示していた契約の一部履行による減額の論理は、履行の比例を根拠とするものであると解される。

第２に、一審の判決と比較して、本判決による減額の否定の判決理由に照らせば、法院が、単に「Ｙが契約違反、契約解除をしたため、Ｘにもたらした損失も客観的に存在している」を根拠とし、一審が履行の比例を基準に違約金を減額した仕方を否定した旨は示されている。換言すれば、本判決は、Ｙが契約を一部履行した場合であるとしても、依然としてＸがいくら損失があったのかという損失の認定を中心とする立場が強く見て取れる。この意味において、本判決が示している論理に照らせば、契約の一部履行による減額の実質が依然として実損害差額主義の枠組みにとどまると解される。

以上の検討を踏まえて、契約の一部履行による減額の論理について、一審の判決と本判決がそれぞれ異なるものを示していた。それについて、学界の通説は、契約の一部履行があった場合に、違約金の減額の実質が債権者の損失から債務者の一部履行によって債権者が受けた利益を差し引くという実損害差額主義の論理を主張している。他方、第２章の第２節による違約金減額の運用に関する裁判例群の検討に照らせば、契約の一部履行による減額の肯定例が３件あった。この３件は、いずれも、法院が実損害差額主義を徹底した裁判例である。この意味において、本判決は、契約の一部履行があった場合に、法院が如何にして違約金の減額の可否を判断すべきなのかについて、正しい論理を示している重要な一例であると評価できる。

（４）株式譲渡代金の未払いを対象とする解約違約金の紛争[10]

[10]「深圳市辰合投資控股有限会社、深圳夢真建材研発有限会社與張近高、李旭

原告 X　張近高、李旭科、鄒茂祺、鄒潤棠、羅洽
原告 Y1　深圳市辰合投資控股有限会社
原告 Y2　深圳夢真建材研発有限会社

【事実の概要】

2011年８月17日、X と Y1、Y2は株式譲渡契約を締結した。それによれば、X は東莞市茂順実業投資会社の100％の株式を Y1、Y2に譲渡し、譲渡代金が1.38億元（実際に関連する費用が差し引かれると、1.28億元）とし、契約締結後の十日間以内、Y1、Y2が X に800万元を支払い、X が株式に関連する書類を X に提示した後、Y1、Y2が2011年10月31日までに残金を Y1、Y2に支払うとされていた。違約責任ついては、譲渡代金の支払いが済んだ後、X が正当な理由がなくまたは故意に株式変更手続きをしない場合、１日遅延すると、X が Y1、Y2に10万元の違約金を支払い、遅延が15日を超えると、重大な契約違反となり、X が Y1、Y2に800万元の違約金を支払わなければならない。他方、Y1、Y2が期限通りに X に譲渡代金を支払わない場合、１日遅延すると、Y1、Y2が X に10万元の違約金を支払い、遅延が15日を超えると、重大な契約違反となり、X が Y1、Y2の最初の譲渡代金800万元を違約金として返還しない権利がある。また一方の当事者が重大な契約違反をする場合、もう一方が契約を解除することができる。契約締結後の翌日、Y1、Y2が X に最初の譲渡代金800万元を支払ったが、2011年10月31日までに残金を支払わなかった。Y1、Y2が残金の支払いを遅らせるよう X に交渉したが、X の同意を得られなかった。Y が譲渡代金の支払いが15日を遅延した後、X は Y1、Y2に契約解除の通知を発し、最初の譲渡代金800万元を違約金とし返還しない旨を Y1、Y2に伝えた。Y1、Y2が契約解除に同意せず、残金の支払いを遅らせるよう X との交渉を続けようとした。

〈X の請求〉X は Y1、Y2を被告として、契約解除と最初の譲渡代金

科、鄒茂祺、鄒潤棠、羅洽」、広東省東莞市中級人民法院（2012）東中法民二終字第603号判決、判決年月日2012年10月19日、出所：東莞市中級人民法院（http://www.dgcourt.gov.cn）

800万元を違約金とする法的効力を確認するよう訴訟を提起した。

〈Y の抗弁〉Y1、Y2は自分の契約違反が軽微なものであり、また違約金の約定が X の損失と比較して著しく高いといったことを理由に、違約金を減額するよう求めた。

一審（広東省東莞市第一人民法院、判決年月日不明）
【判旨】
民事訴訟法64条、128条、契約法60条、93条第２項、96条、107条、114条１項に基づき、①Ｘと Y1、Y2の契約解除を確認する。②、X は Y1、Y2の最初の譲渡代金800万元を違約金とした法的効力を認める。

【判決理由】
Ｘと Y1、Y2の契約は双方当事者の真の意思表示によるものであるため、合法有効である。Y1、Y2が2011年10月31日までに X に譲渡代金の残金を支払わず、自分が残金の支払いを延期するよう X に交渉したが、同意を得られなかったため、違約責任を負わなければならない。それゆえに、X による契約解除の効力を認める。

〈違約金責任〉違約金の約定に照らして、Ｘと Y1、Y2による違約責任への負担が対等原則で合意されている。両当事者は、事業主体として契約を締結する場合に、違約行為によってもたらされるであろう結果に十分に予見すべきである。それゆえに、本件において X が誠実信用に背く詐欺行為をしていなかった。また契約による株式譲渡代金が1.38億元であるが、違約金がその６％に足りていない。したがって、法院は、契約の協議と締結の過程、履行の時間、X が失うであろう締結の機会を総合的に考慮し、約束された違約金が著しく高いという事実が存在しないと認定する。

〈Y の上訴〉Y は一審判決に不服があるとして、広東省東莞市中級人民法院に上訴した。その理由については、法院が違約金が著しく高いか否かを認定する場合、X の実際的損失を基準とすべきである。X が実際的

損失を有していないため、本件において約束された違約金は明らかに著しく高いと認定されるべきである。

二審（広東省東莞市中級人民法院、2012年10月19日判決）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。

【判決理由】

〈違約金責任〉違約金の約定は、当事者が自由意思で締結するものであるし、しかも約定において当事者による違約金への負担責任が対等的である。Y1、Y2が違約金の減額請求について違約金の公平性に合理的な疑いを生ぜしめる程度の証拠を提出できなかった。換言すれば、Y1、Y2は違約金の締結において著しく公平を失することあるいは詐欺が存在した状況に関する証拠を提出できなかったということである。また800万元の違約金が譲渡代金の６％にも足りないため、両当事者が事業主体として、違約金を負うリスクの確率が合理の予見範囲以内であったことに違いがない。

○　コメント

本件は、東莞市中級人民法院網に掲載された、違約金減額の運用に関する重要度が高い一例である。本件の内容を要約すると、Ｘは、Ｙが株式譲渡代金の支払いが済まなかったため、Ｙが最初に支払った頭金を違約金とする法的効力を確認するよう求めた。ＹがＸが実際的損失を抱えていなかったため、違約金の約定額が著しく高いということを理由に違約金の減額を請求した。一審、二審の判決は、いずれもＹの減額請求を棄却したということである。本判決による違約金の減額の否定の判決理由が、法的規定や、通説と異なる論理を示していることは、興味深いところである。以下では、法院による減額の否定の判決理由の論理と本判決の法的意義をめぐって検討する。

第１に、本判決においてなぜ法院がＹの減額請求を認めなかったのか、判旨による減額の否定の判決理由に照らせば、「当事者の自由意思である」、「違約責任の負担が対等である」、「事業主体として」、「違約金

の約定時に著しく公平を失することあるいは詐欺に証拠がなかった」といった表現を判断の根拠としてピックアップすることができると思われる。これらのキーワードの実質に鑑みると、本判決において法院が違約金の減額の可否を判断する場合に、真っ先にＸの損失の認定を根拠とするのではなく、違約金の約定時、当事者の交渉力の格差、意思決定プロセスにおいて意思表示の瑕疵有無を重視する立場が強く見て取れるであろう。換言すれば、本件において法院は、両当事者が事業主体による対等の関係であるため、交渉力の格差が生じない。また違約金の約定において当事者による意思決定に関する瑕疵も一切なかったということを、違約金の減額を認めない根本的な理由として捉えることができる。この意味において、法院が違約金の減額の可否の判断において違約金の約定による当事者の意思を尊重する特徴が強く伺われる。

第２に、本判決の判旨による減額の否定の判決理由に照らせば、法院が当事者の意思を重視する一方で、Ｘの損失についての考量を無視したわけではないとも示されている。換言すれば、本件において法院は、違約金の約定額を契約代金と比較することと、Ｘが締結機会の喪失を考量することも、Ｘの損失、逸失利益などを認定している意味も十分に見て取れる。この意味において、本判決において法院が実損害差額主義を根拠としているとも解される。

以上の検討を踏まえて、確かに本判決は、実損害差額主義を根拠としているものであるが、その判決理由において、法院が違約金の約定時、当事者の交渉力の格差有無、意思決定プロセスにおいて意思表示の瑕疵の有無をも根拠とすべきという旨が新たに示されている。このような論理は、法的規定と通説の立場から離れるものであり、意思自治の理念を尊重すべきものであると看取できる。とはいえ、第２章の第２節による違約金減額の運用に関する裁判例群の検証に照らせば、裁判実務において法院が基本的に、実損害差額主義（92％の裁判例）を徹底し、例外的に、当事者の非難可能性（８％の裁判例）を考量したことに対して、当事者による意思決定プロセスにおいて意思表示についての瑕疵有無、当事者の交渉力の格差有無に注目している裁判例が一例ですら見られなかった。この意味において、本判決は、重要な法的意味を示しているものであるが、その判決の論理が裁判実務においてほとんど機能していない一

例であると評価できる。

第３節　まとめ

以上では、本章は、違約金増額、違約金減額の運用に関する重要度が高い、代表的、特殊な法的意味を有する10件の裁判例を対象とし法院による増額、減額の肯定、否定の判決理由について詳細な分析を行ってきた。このような作業によって、違約金増額、違約金減額の運用に関する論理はある程度で明らかにされた。最後に、本章が行った検討に照らして、中国法における違約金増額、違約金減額の運用の論理の特徴について、次の３点をまとめる。

第１に、10件の裁判例において法院が違約金の増減の可否を判断する場合に、法院が実損害差額主義を根拠としたことはすべての裁判例によって明らかにされた。その中には、増額肯定例（１）、減額肯定例（１）、減額否定例（２）、（３）という４つの裁判例は、法院が「実損害差額主義」を唯一の根拠とし、ほかの事由を一切に考慮していないというものである。この意味において、これらの裁判例は、第２章による裁判例群の数量分析において示されている傾向と合致するものであり、違約金増額、違約金減額の運用における典型例であると評価できる。

第２に、10件の裁判例において減額肯定例（２）、減額否定例（１）の２つの裁判例は、法院が実損害差額主義を根拠としたと同時に、当事者の非難可能性をも根拠としたものである。特に、減額否定例（１）は、最高人民法院が発した裁判例であり、その判決理由の論理によれば、債務者が故意（悪意）違約をした場合に、債務者の帰責性が重いため、法院は債務者の非難可能性が大きいことを根拠とし、債務者の違約金の減額請求を否定すべきというルールが示されている。興味深いなのは、第２章による裁判例群の数量分析に照らせば、違約金減額の運用に関する裁判例のうち、８％の裁判例は、当事者の非難可能性をも根拠としたものである。この意味において、最高人民法院の判決による論理は、裁判実務に対してある程度の影響力を与えたと評価できる。

第３に、10件の裁判例において増額肯定例（２）、増額否定例（１）、減額肯定例（３）、減額否定例（４）の４件は、いずれも法院は、違約金

の増減の可否を判断する場合に、法院が実損害差額主義を根拠としたと同時に、当事者による意思決定プロセスにおいて意思表示についての瑕疵有無、当事者の交渉力の格差有無を審査すべきという旨を示したものである。換言すれば、これらの判決の判旨による判決理由に照らせば、法院は、違約金の増減の可否を判断する場合に、違約金の約定による当事者の意思を重視すべき立場が示されている。すなわち、これらの判決理由において当事者による真の意思自治が達成されるかどうかは、法院が違約金の増減の可否を判断すべき重要な論理として提示されている。とはいえ、このような論理は、法的規定、通説の立場を離れるものであるし、第２章による裁判例群の数量分析に示されている傾向とも合わないものである。この意味において、これらの裁判例は、違約金増額、違約金減額の運用においてごくめずらしい裁判例であり、判決によって示されている意思自治の理念を尊重する論理は裁判実務においてがほとんど根付いていないと看取できる。

第４章　学界の評価と改革案

前の２章は、違約金増減の運用実態を検証してきた。これによって、裁判実務において違約金増減がいかにして運用されているのか、どのような特徴があるのかは、明らかにされた。他方、学界は、違約金増減についてたくさんの評価を加えている。その内容を見ると、賛否両論であり、違約金増減を積極的にとられる見解がある一方で、消極的にとらえる見解もたくさんなされている。また、最近に行われている民法典草案の起草作業において、違約金増減を修正しようとする改革案も出ている。本章は、違約金増減についての学界の評価と改革案をめぐって、検討を進めることとする。

第１節　学界の評価

本節は、学説において違約金増減を積極的にとられる見解と消極的にとらえる見解を検討する。注意しておきたいのは、違約金増減を消極的にとられる見解の中には、特定に違約金増額、あるいは違約金減額を語っ

ているものがあるため、検討する場合には、それを区別し論述する必要がある。

1　積極的にとらえる見解

違約金増減を積極的にとらえる見解は、以下の２つがある。

（1）財の再分配の必要性

陳懐峰・趙江風氏は、違約金増減の必要性を、以下のように述べている。

「民事活動において法院が民事主体の利害を均衡的に維持することは要請されている。法院が違約金を増減することは、ある意味において財を再分配するプロセスである。その作業でこそ、事実認定、法律適用の場合において法院が、公正を実現する価値判断を行うことができる」[11]、とされる。

以上の見解に照らせば、法院が違約金を増減することで当事者の利害を均衡的に再分配することができる。その財の再分配によってはじめて実質的正義、社会公平が実現され得ると解される。換言すれば、この見解は、当事者間の給付の均衡の回復という違約金増減の趣旨と同様に捉えられ得ると思われる。

（2）公平、平等、正義の理念

王晨・付朝陽氏は、思想的観点から違約金増減を、以下のように評価している。

「違約金が当事者の意思自治の産物であるため、濫用される恐れがある。それゆえに、法院が、公平と誠実信用原則に基づき、違約金を、最低限かつ必要の介入を行う必要がある。この作業こそ、当事者の利益を保護することができるものである一方で、市場の健全な発展を促すこともできるものである」[12]、とされる。

---

[11] 陳懐峰・趙江風「違約金数額司法調整的適用問題」政法論叢2011年６期117頁参照。

[12] 王晨・付朝陽「我国現行違約金制度解析與完善」河北科技大学学報（社会科

また、王晨･況倫･任玉海氏も、同様に思想的観点から違約金増減を、以下のように語っている。

「違約金の増減に賛成しない観点は、基本的に意思自治という理由から違約金増減を批判しているものである。とはいえ、中国法は法律の効率を求めるというよりも、法律の公平、平等および正義という価値を優先しなければならない。それゆえに、意思自治にはそれなりの限界がある」[13]、とされる。

以上の見解は、法院による意思自治への介入の必要性、また公平、平等および正義という価値の実現といった理由で、違約金増減を正当化するものであると思われる。換言すれば、これらの見解に照らせば、中国法が意思自治の理念よりも、公平、平等および正義といった価値を優先すべきという思想的観点が強調されている。したがって公平、平等および正義といった価値の実現は違約金増減に託されていると解される。

２　消極的にとらえる見解

主流の学説[14]は、違約金増減を積極的にとらえるのに対して、学界では、違約金増減を消極的にとらえる見解も少なくない。注意しておきたいのは、これらの見解の中には、違約金増額あるいは違約金減額を特定し評価するものが混在するため、本部分は、違約金増減、違約金増額、違約金減額についての評価に分けて検討する。

（１）違約金増減についての評価

まず､学説は､以下の３つの理由で違約金増減を消極的に評価している。

（ｉ）意思自治の理念と乖離すること

思想的観点から、真っ先に違約金増減を消極的にとらえる理由は、意思自治、契約自由の理念と乖離するというものである。

学版）2009年２期56 ～ 57頁。

[13] 王晨・況倫・任玉海「違約金的司法調整」重慶行政2011年３期82頁。

[14] 第１章において、学界における有力な民法学者は、違約金の趣旨を説明する方針を見ると、ほとんど違約金増減を積極的にとらえるものである。

まず、王克毅氏は、違約金に従うことが当事者の意思を尊重することに重要な意味があると強調した[15]うえで、以下のように述べている。

「違約金の高低が、当事者によるコントロールの範囲に属するため、違約金を約定するか改定するかは、当事者みずからの行為によらなければならない。それゆえに、法院による違約金への増減が認められてはならない」[16]、とされる。

また、王璐瑋・夏英昊氏は、思想的観点から違約金増減を、以下のように述べている。

「違約金の約定が当事者の意思自治の領域とされるべきである。法律は、法院に違約金を増減する権利を与えることが、法院に当事者の意思自治を過分に関与させかねない。それゆえに、法院による違約金の増減は、意思自治の理念と激しく乖離しかねない」[17]、とされる。

これらの見解に照らせば、違約金の約定を守ることが当事者の意思を尊重するという意思自治の理念が強調されている。それゆえに、違約金増減が意思自治の理念と相容れないものとして認められるべきではないと解される。換言すれば、これらの見解は、意思自治の尊重という思想的観点から違約金増減を根本的に批判しているものであると思われる。

（ⅱ）違約金による証明責任の回避という実益を損なうこと

学説では、違約金増減を原理的観点から批判している見解のほか、違約金みずから有する実益を損なうという理由で違約金増減を批判的に捉えている見解も見られる。第１章で検討したように、違約金は、証明責任を回避するという実益を有するものである。一部の学説は、違約金増減の適用において法院が当事者に実損害に関する証明責任を働かせるため、違約金による証明責任の回避という実益がなくなるとして批判している。

まず、楊志利氏は、以下のように述べている。

---

[15] 王克毅「違約金司法裁量権之質疑」法学研究2013年17期141 ～ 142頁参照。

[16] 王・前掲注（15）142頁。

[17] 王璐瑋・夏英昊「論違約金制度的功能及違約金数額的調整」知識経済2012年９期27頁。

「違約金増減の法規定において実損害についての証明責任が問われる必要がある。それゆえに、当事者は、違約金を約束することで証明責任を避けるという目的を達すことができなくなる。裏を返せば、違約金増減の適用が当事者の訴訟コストを増やす一方で、当事者が違約金を約束する原動力を弱めることになる」[18]、とされる。

この見解について王洪亮氏も賛同している。氏は、以下のように指摘している。

「法院が、違約金増減を適用する場合には、債権者の実損害を確定しなければならない。当事者のいずれが実損害について証明責任を負担する必要があるため、違約金による証明責任の軽減という機能が弱体化されることになる」[19]、とされる。

これらの見解に照らせば、違約金増減が、違約金による証明責任の回避という実益を損なうものとして批判的に捉えられている。換言すれば、違約金増減は、当事者が違約金を約束することで証明責任を回避する目的としての訴訟手続上のメリットを奪うことになると解される。

（ⅲ）訴訟の増加

学説では、違約金増減が、訴訟の増加につながるといった懸念が見られる。

楊志利氏は、以下のように述べている。

「違約金増減の適用には当事者のモラル・ハザードの問題が避けられない。すなわち、違約金増減の適用は、当事者に違約金が実損害と比較して高いか低いかに関する証明の原動力を持たせることになる。それゆえに、違約金増減の適用は、裁判の煩わしさを増やし、訴訟の増加にも繋がりかねない」[20]、とされる。

王晨・況倫・任玉海氏の論文において同様な考え方が示されている。氏らは、以下のように述べている。

---

[18] 楊志利「違約金的性質」中山大学法律評論2011年９巻１輯８頁。

[19] 王洪亮「違約金功能定位的反思」法律科学（西北政法大学学報）2014年２期115頁。

[20] 楊・前掲注（18）８頁。

「違約金が本来なら取引の効率を上げるため､設けられるものである。もし違約金が実損害に比較して、高いのであれ、低いのであれ、当事者が一律に法院に違約金の増減を求めることができるとならば、違約金の実益が達成されなくなると同時に、訴訟が法院に持ち込まれる傾向も増加する一方である」[21]、とされる。

さらに、王洪亮氏もその点について賛同している。氏は、以下のように語っている。

「法院による違約金の増減が認められると、法院が人力コストと経済コストを費やすことになる。また、当事者が判決の結果に不服があるとして上訴する場合には、さらなる司法資源の浪費が避けられない。違約金増減は明らかに合理な法制ではない」[22]、とされる。

これらの見解に照らせば、司法コストという視点から違約金増減が、訴訟の増加につながる懸念が挙げられている。換言すれば、違約金増減の適用は、司法コストを増やすことによって、経済的によろしくないものとして消極的に捉えられていると思われる。

（2）違約金増額についての評価

学説では、違約金増減をあわせて消極的にとらえる見解があるほか、違約金増額または違約金減額を特定に消極的に評価している見解も見られる。なぜならば、法院が違約金増額または違約金減額を適用する場合には、違約金が呈する法的性格や機能は、必ずしも同じものではないためである。学説がその差異を理由に、両者を区別にして評価する見解も見られている。以下では、まず、違約金増額についての評価を見ておこう。

（ｉ）違約金による責任制限機能の喪失

学説では、違約金増額を消極的にとらえる主要な理由は、もし法院が違約金の増額を認めると、違約金が完全に損害賠償の機能に転化するため、その必要性が失われることになるということにある。裏を返せば、

---

[21] 王ほか・前掲注（13）82頁。

[22] 王・前掲注（19）142頁。

違約金増額の適用が違約金による責任制限機能を喪失しているという批判である。

まず、崔文星氏は、違約金増額について以下の疑問を投げている。

「違約金増額についての司法解釈は、明らかに違約金を損害賠償と同視するものである。すなわち、司法解釈において違約金の増額後、当事者があらためて損害賠償を請求できないとされると、増額された違約金が完全に損害賠償を代替する役割を果たしている。なぜ中国法は、違約金増額を明文化する必要があるのか。当事者が直接に損害賠償を請求することができるのではないのか」[23]、とされる。

この点について、王晨・況倫・任玉海氏の論文においても類似的な批判も見られる。すなわち、違約金が債権者の実損害よりも低い場合に、違約金増額の適用は、違約金の責任制限機能を喪失することになるという見解もあげられている[24]。

これらの見解に照らせば、違約金増額が違約金を完全に損害賠償に転化させることになるため、違約金という債務不履行の救済方法の意義がなくなる。換言すれば、違約金増額が違約金による責任制限機能を破綻するという批判を見て取れる。

（ⅱ）債権者への過度な保護

学説では、現実的な意味からすると、違約金増額が債権者を保護しすぎるという批判もあげられている。

王洪亮氏は、違約金増額を、以下のように批判している。

「違約金増額の適用において利益を獲得するものが債権者である。もともと債権者が違約金請求権と損害賠償請求権を自由に選べることができるため､特に違約金増額の適用によって債権者を加担する必要はない。違約金増額の必要性が疑われる」[25]、とされる。

この見解に照らせば、現実的意味からすると、債権者が自由に違約金

[23] 崔文星「関於違約金数額調整規則的探討――以『合同法』第一百一十四条為中心」河南省政法管理幹部学院学報2011年２期82頁。

[24] 王ほか・前掲注（13）82頁参照。

[25] 王洪亮「違約金請求権與損害賠償請求権的関係」法学2013年５期123頁。

請求権と損害賠償請求権を選べる以上、法院がわざわざ債権者に違約金増額請求権を賦与することで、債権者を過度に加担するのは妥当ではないと解される。

（3）違約金減額についての評価

学説では、違約金が実損害よりも高い場合には、違約金が呈する債務履行の確保という機能が有するため、違約金減額がその債務履行の確保の機能を損なっている批判が見られる。他方、学説では、効率違約の論理を理由に、違約金減額の適用の必要性を否定する見解も挙げられている。

（ｉ）違約金による債務履行の確保という機能を損なうこと

王洪亮氏は、違約金減額について、以下のように批判している。

「違約金の最も重要な機能の一つは債務の履行を確保するためである。違約金が実損害に比較すると、高くなるとしてもその正当性が失われることはない。したがって、法院が違約金を減額する必要性もなくなる」[26]、とされる。

蘄学軍・李穎氏も、違約金減額について、「違約金の懲罰性は、債務者に威嚇の効果を有する。すなわち、懲罰性を帯びる違約金が債務者に大きなプレッシャーを与えるものであり、債務者に積極的に契約を履行するよう督促するものでもある。したがって、違約金による債務履行の確保という機能は、社会の誠実信用のメカニズムおよび契約の遵守意識の育成に立ち得る」[27]、と指摘しながら、違約金が著しく高い場合に、違約金の懲罰性を承認することは、デメリットと比較すると、メリットのほうが多いことを理由に、違約金減額を否定的にとらえている[28]。

これらの見解に照らせば、違約金の懲罰性による債務履行の確保という機能が重要であるため、違約金減額は、このような債務履行の確保という機能を損なうものとして消極的に捉えられている。換言すれば、違

[26] 王・前掲注（25）121頁。

[27] 蘄学軍･李穎「違約金調整的司法難題及解決」人民司法2008年19期51 ～ 52頁。

[28] 蘄ほか・前掲注（27）51 ～ 52頁参照。

約金が実損害よりも高い場合には、債務者に債務を履行するよう督促するという現実的意味が大きいにもかかわらず、違約金減額はそのような現実的意味を失わせているという批判が伺われる。

（ⅱ）効率違約を否認すること

学説では、効率違約の論理を理由に違約金減額を消極的に捉えている見解もある。

斬学軍・李顕氏は、違約金減額について以下のように批判している。

「債務者が契約履行のコストを違約金と比較すると高いと考慮する場合には、債務者は契約を履行せず、高額な違約金を支払うという選択をしかねない。この選択は、債務者がじっくり考え利害得失を計った理性の結果であり、効率的に資源の配置を最適切化するものでもある。高額な違約金が、債務者にとって理性かつ積極的に引き受けるものであるため、法院が債務者のこのような正常な商業リスクに関する判断および選択に対して、高額な違約金を減額する必要はない」[29]、とされる。

これと同様の見解が、丁海俊氏の論文において見られている。氏は、違約金と効率違約との関係を、以下のように説明している。

「効率違約というプロセスにおいて、まず、あらかじめ違約金が予定されている。すなわち債務者が違約の場合には、債権者が自分の損失に対する見積りは違約金である。これに対して、債務者が契約の履行に対する見積りが、違約金よりも高いものである。このような状況のもと、もし両当事者が違約金条項を厳守する場合は、余剰が生まれるため、効率原則に適合する。したがって法院が違約金条項に基づき、損害賠償責任を確定しなければならず、違約金の減額をしてはならない」[30]、とされる。

これらの見解に照らせば、経済的分析という視点から、債務者による効率違約という論理が強調されるべきであり、効率違約を認めない違約金減額がその正当性が失われるという批判である。換言すれば、これら

[29] 斬ほか・前掲注（27）52頁参照。

[30] 丁海俊「違約金的性質與功能新論」西南民族大学学報・人文社科版2005年３期82～83頁。

の見解は、効率違約の場合に、違約金の効率性を肯定するものであるため、違約金減額が経済的効率を妨害するものとして否定的に捉えられている。

3　小括

以上は、学界の評価から、違約金増減を積極的にとられる見解と消極的にとらえる見解を検討した。これらの見解に照らせば、違約金増減を積極的にとられる見解が、違約金増減の趣旨に賛同するものと、思想的観点から違約金増減を擁護するものとして捉えることができる。それに対して、違約金増減を消極的にとらえる見解は、違約金増減の適用が違約金が有する機能および実益を損なっていると批判しているものが多い。また、司法コスト論や効率違約論ひいては思想的観点から、違約金増減を消極的にとらえる見解も見られている。とはいえ、第１章では検討したように、学界における有力な民法学者がほとんど違約金増減の趣旨を高く評価しているため、違約金増減を消極的にとらえる見解があくまでも少数説にとどまるとしか評価できない。

第２節　改革案

前節では、違約金増減についての学界の評価を、積極的にとられる見解と消極的にとらえる見解に分けて検討してきた。他方、最近に行われている民法典草案の起草作業において、「中国民法典学者建議稿（王利明案）」[31]（以下では、王案と称する）、「緑色民法典草案（徐国棟案）」[32]（以下では、徐案と称する）、「中国民法典学者建議稿（梁慧星案）」[33]（以下では、梁案と称する）という３つの学者草案は、違約金増減について改めて条文を練ってみた。とはいえ、その内容を見ると、徐案は現行契約法

[31] 王利明『中国民法典学者建議稿及立法理由　債法総則編・合同編』（法律出版社・2005年）300 ～ 302頁。

[32] 徐国棟『緑色民法典草案』（社会科学文献出版社・2004年）521 ～ 522頁。

[33] 梁慧星『中国民法典草案建議稿附理由合同編（上冊）』（法律出版者・2013年）245 ～ 253頁。

の条文の用語をそのまま承継したものであり、その理由も現行契約法に参照するものにとどまる。また王案は、条文の用語を現行契約法の条文と同様に規定するものであり、単に条文の項の位置を移動するだけである。それによって王案も現行契約法の立場をそのまま承継するものであると解される。他方、梁案は、現行契約法の条文に細かな改正を加えるため、現行契約法の条文の立場と若干異なるものである。したがって、本節は、現行契約法の条文とまったく同様に規定している徐案と王案を承継派と位置づけ、現行契約法の条文と若干異なる立場をとっている梁案を改正派と位置づける。前者について条文の羅列と簡単の紹介にとどまり、後者について条文およびその立法理由を紹介したうえで、どのような変化が見られるのかを検討してみたい。

１　承継派

本部分は、現行契約法の条文とまったく同様に規定している徐案と王案を紹介する。

（１）徐案

徐案は、違約金増減に関する条文を、次のように規定している。

> 緑色民法草案125条[34]
>
> １項
>
> 当事者は、一方が違約したときに違約の程度に応じて相手方に一定額の違約金を支払うことを約定することができ、違約によりもたらされた損失賠償額の計算方法を約定することもできる。
>
> ２項
>
> 約定された違約金がもたらされた損失よりも低い場合には、当事者は、人民法院又は仲裁機構に対し増額するよう請求することができる。相反の状況がある場合には、当事者は、人民法院または仲裁機構に対し適当に減額するよう請求することができる。

[34] 徐・前掲注（32）521 ～ 522頁。

３項
　当事者が履行遅滞についての違約金を定めているときは、違約方は違約金を支払った後に債務を履行しなければならない。

徐案の条文を見ると、徐案が現行契約法の条文の法的用語をそのまま承継することは明らかにされた。また、その立法理由も現行契約法に参考するものであると説明されている[35]。したがって、徐案は、現行契約法の条文を改正せず完全に承継するものであると解される。

（２）王案

王案は、違約金増減に関する条文を、次のように規定している。

中国民法典学者梁案1343条[36]
１項
　当事者は、一方が違約したときに違約の状況に応じて相手方に一定額の違約金を支払うことを約定することができる。当事者が履行遅滞についての違約金を定めているときは、違約方は違約金を支払った後に債務を履行しなければならない。

２項
　約定された違約金がもたらされた損失よりも低い場合には、当事者は、人民法院又は仲裁機構に対し増額するよう請求することができる。約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく高い場合には、当事者は、人民法院または仲裁機構に対し適当に減額するよう請求することができる。

３項
　契約が無効、取り消しとなった場合に、違約金の効力も失われる。

[35] 徐・前掲注（32）522頁参照。
[36] 王・前掲注（31）300頁。

王案の条文を見ると、現行契約法の条文に比較して異なってに見えるのは、２箇所がある。一つは、王案は現行契約法の条文の３項を王案の１項の後段に移すものである。二つは、王案は本案の３項に「契約が無効、取り消しとなった場合に、違約金の効力も失われる。」という条文を付け加えるのである。とはいえ、３項の内容を見ると、３項は契約が無効、取り消しの場合には、法院が違約金の効力を如何にして認定すべきなのかを規定するものである。換言すれば、３項が主契約の効力が失われる場合には、違約金のような特約の効力についてどのようにして扱われるべきなのかを規定するものであるため、違約金の増減を規定するものではないと解される。他方、違約金増減に関する２項の規定は、現行契約法と同じ用語を用いるものである。また、王案による解説に照らせば、王案は、違約金増減の適用に関する要件について現行契約法が取っている実損害差額主義に賛同するものであると説明されている[37]。したがって、王案も現行契約法の立場を承継するものであると解される。

２　改正派

徐案、王案のような承継派に比較して、梁案が現行契約法の条文にいくつかの修正を加え、現行契約法の条文と若干異なる立場をとっているものであるため、改正派と位置づけられ得る。本部分は、梁案の内容およびその改正理由を中心的に検討する。

梁案は、違約金増減に関する条文を、次のように規定している。

> 中国民法典草案梁案[38]
> 953条
> （１）当事者は、一方が違約したときに違約の程度に応じて相手方に一定額の違約金を支払うことを約定することができ、違約によ

[37] 王案の解説によれば、法院が違約金の増減の可否を判断する場合には、単に違約金を実損害に比較して低いか著しく高いかを基準とすれば十分であり、違約金の約定が公平を失するか否かを考慮する必要はない、とされる。王・前掲注（31）300 ～ 302頁参照。

[38] 梁・前掲注（33）245 ～ 253頁。

りもたらされた損失賠償額の計算方法を約定することもできる。

（2）当事者が他の約束をしない限り、違約金は、違約によりもたらされた損害賠償の総額の予定と見なす。債権者が違約金の支払いを求めた後に、債務の履行を求めてはならない。当事者が、債務者が適当な時期または適当な方法により債務を履行しない時に違約金を支払わなければならないと約束する場合には、債権者は、違約金の支払いを求めることができるほか、債務の履行も求めることができる。

954条

債務が一部履行された場合、人民法院または仲裁機構は、債権者が一部履行により得られた利益に照らし、違約金を減額しなければならない。

955条

約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく低い場合、当事者は、人民法院または仲裁機構に対し増額するよう請求することができる。約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく高い場合、当事者、人民法院または仲裁機構に対し適当に減額するよう請求することができる。

956条

当事者が、一方が違約する時に、金銭以外の給付を債務不履行の救済方法と約束する場合には、違約金に関する規定が準用される。

（1）基本的立場

梁案を見ると、953条と956条は、それぞれ違約金の法的性格と範囲を規定するものである。違約金増減に関する中心的な条文は、954条と955条である。現行契約法と比較して、梁案には２つ特徴があると思われる。

第１に、違約金の法的性格や範囲については、梁案は、現行契約法の用語をそのまま受け入れた上で、いくつかの細かな改正を加えるものである。その内容については、梁案は現行契約法の条文の立場と基本的に

一致するものであるが、条文においていくつかの修正も加えられている。それを踏まえて、違約金増減の対象において、梁案が現行契約法と比較してどのような変化を示しているのか、またそれについていかなる説明がなされるのかは、注目に値するところである。

第２に、違約金増減の適用に関する要件については、梁案は、基本的に現行契約法の条文の立場を変更していないものであるが、２箇所において若干の改正が加えられている。この２箇所について、梁案がいかなる説明を加えるのか、また違約金増減の適用にどのような影響を与えるのかは、関心が集まるところである。

梁案による以上の２つ特徴に照らせば、梁案は違約金増減についての改正を、現行契約法の条文の立場と離れて大きな修正を加えている改正案ではないと解される。とはいえ、条文において違約金増減の対象や要件について、内容的に若干の補充が加えられていることは否めない。以下では、梁案による改正の２つの内容に照らして、違約金増減に関する改正の動向を把握する。

（２）対象

梁案953条１項は、現行契約法の条文（１項）の用語をそのまま承継するものである。すなわち、梁案においても「一定額の違約金」と「損失賠償額の計算方法」がいずれも狭義的違約金であるとして、違約金増減の対象の射程に属していることは現行契約法の条文の立場と同様である。現行契約法の条文に比較して梁案は、953条２項と956条を新たに補充することで、違約金の範囲を広げている。問題は、新しく広げられている違約金の範囲も、違約金増減の対象の射程に入るか否かということである。以下では、この２つ条文をめぐって検討する。

（ｉ）梁案956条について

梁案956条について、解説は「『金銭以外の給付』とは、金銭以外のもの・権利を指すものである。当該の条文によれば、両当事者が、一方当事者が違約した時に、相手方当事者に金銭以外の給付、たとえば特定物、特定権利を支払うと約束する場合に、（金銭以外の給付について）違約金

に関する規定は準用される、とされる」[39]と説明している。また、解説は梁案がこの条文を規定する理由を、「契約自由の原則に基づき、当事者が金銭以外の給付を、違約金に代替させることができる。換言すれば、金銭以外の給付と違約金との差異が単に給付の対象が異なるにすぎないため、金銭以外の給付について違約金に関する規定が準用されなければならない」[40]と説明している。

以上の説明に照らせば、梁案は、違約金の範囲を、金銭からもの・権利へと広がるため、もの・権利が準違約金として扱われ得ると解される。問題は、準違約金としてのもの・権利が、違約金増減の対象の射程に入るか否かということである。解説がこの点について説明していないが、著者は、次の２つの理由で、準違約金としてのもの・権利も違約金増減の対象の射程に入ると考える。

第１に、準違約金としてのもの・権利が確かに金銭ではないため、表面に法院が直接にもの・権利を増減することはありえない。とはいえ、法院がもの・権利を金銭へと評価することは不可能ではない。換言すれば、法院が準違約金としてのもの・権利を金銭の価値へと評価したうえで、当事者の実損害と比較することは可能であると解される。

第２に、準違約金としてのもの・権利も、当事者の意思自治に属するものである。意思自治を制限する目的を持っている違約金増減についてその対象の射程において準違約金としてのもの・権利も含まれることは妥当の解釈であると思われる。

（ⅱ）梁案953条２項について

梁案953条２項について、解説によれば、梁案953条２項が違約金が原則的に損害賠償の予定と見なされると規定するものであるが、条文において当事者が、他の債務不履行の救済方法と併用できる「懲罰的違約金」を約定することができるという旨も含まれている、とされる[41]。現行契約法が単に損害賠償の予定としての違約金（賠償的違約金）を違約金増

[39] 梁・前掲注（33）252頁。
[40] 梁・前掲注（33）252頁。
[41] 梁・前掲注（33）246 ～ 247頁参照。

減の対象としているが、梁案はこの点についてどのような改正を示し、いかなる説明を加えるのか。以下では、解説に基づいて検討する。

第１に、まず解説は、違約金が原則的に損害賠償の予定と見なされるものであるため、他の債務不履行の救済方法と併用されることができない賠償的違約金であると説明している[42]。また、解説がこのような賠償的違約金が違約金増減の対象の射程に入るとはっきり説明している[43]ため、賠償的違約金について、梁案も現行契約法の条文と同様な立場を取っている、ということが明らかにされた。

第２に、また解説は、懲罰的違約金を、「当事者が違約金の支払いのほか、債務の履行を求めることができる」[44]と定義しながら、953条２項の後段「当事者が、債務者が適当な時期または適当な方法により債務を履行しない時に違約金を支払わなければならないと約束する場合」という文が「当事者が約束する場合」を指すため、この場合の違約金が損害賠償の予定ではなく、懲罰的違約金であると説明している[45]。問題は、このような懲罰的違約金は、違約金増減の対象の射程に入るか否かということである。この点について、現行契約法の条文およびそれについての解説が直接に説明していないが、学説は、懲罰的違約金が違約金増減の対象の射程に入るべきではないと主張している。今回の梁案は、学説の主張を受け入れるものである。すなわち解説によれば、梁案による違約金増減の対象の射程が賠償的違約金だけに及んでおり、「懲罰的違約金」まで及んでいない。なぜならば、懲罰的違約金についての規制が、賠償的違約金についての規制と異なり、実損害との比較が求められていないためである。それゆえに、懲罰的違約金についての規制が、契約の取り消し、無効などの契約の効力に関する規制の方法に委ねるべきであると説明されている[46]。

以上の検討に照らせば、梁案も懲罰的違約金を、違約金増減の対象の

---

[42] 梁・前掲注（33）246 ～ 247頁参照。
[43] 梁・前掲注（33）249 ～ 250頁参照。
[44] 梁・前掲注（33）246頁。
[45] 梁・前掲注（33）246 ～ 247頁。
[46] 梁・前掲注（33）249 ～ 250頁参照。

射程に入れていないため、現行契約法の条文の立場を踏襲するものであると解される。

（3）要件

梁案954条と梁案955条において違約金増減の適用に関する要件が定められている。その内容を見ると、梁案が現行契約法の条文の立場をほとんど承継するのであるが、条文において２箇所の細かな修正を加えている。一つは、法院が違約金の減額の可否を判断する場合には、「債務の一部履行」が判断要件とされるということである。二つ目は、法院が、違約金の増額の可否を判断する場合には、違約金と実損害との比較基準について改正が加えられている。すなわち、条文において比較基準が「低い」から「著しく低い」へと変えられている、ということである。以下では、解説がこの２箇所の改正についてどのような説明を加えているのか、また違約金増減の適用においてどのような変化が見られるのかを検討してみたい。

（ｉ）債務の一部履行による減額の明文化

現行契約法の条文において法院が考慮する付加的な要件のひとつとして契約の履行状況という事由が挙げられている。この契約の履行状況という事由はどのような場合を指すのかについて、現行契約法の条文において規定されていないが、学説は、債務の一部履行による減額のルールを提唱している。

以上の学説の影響を受けて、梁案954条ははじめて、一部履行による減額のルールを明文化するのである。解説は、この条文の適用およびその立法理由を、次のように説明している。

まず、条文の適用について、「本条文によれば、債務が一部履行された場合には、法院は、債権者が債務の一部履行によって得られた利益に照らし、違約金を減額しなければならない、とされる。本条の目的が、両当事者の間に給付の均衡を維持するものであるため、法院が職権で違約金を減額しなければならない」[47]、とされる。

[47] 梁・前掲注（33）248 ～ 249頁。

また、条文の立法理由について、「債務者が債務を一部履行することによって債権者が一定の利益を獲得することになる。この場合には、法院が依然として債務者に違約金の全額を負担させるならば、債権者が超過の利益を獲得することになるため、債務者に対して不公平である。一部履行による減額のルールを明文化することは、当事者の間の給付の均衡を維持することができるし、民法の公平原則も貫徹し得る。したがって、条文において法院の減額の適用が『できる』と規定しておらず、『しなければならない』と規定されることには、法院が職権でこのような趣旨を実現する意味が含まれている。換言すれば、債務の一部履行によって債権者が利益を得た場合には、法院が違約金を減額しないことは、法律の適用を間違えるということになる」[48]、とされる。

以上の説明に照らせば、梁案は、学説の見解を踏襲するものである。とはいえ、次の二つの理由で現行契約法の条文の立場と比較して、梁案が実質な改正を加えるものではないと解される。

第１に、表面的に見ると、梁案は、債務の一部履行による減額を明文化することによって、債務の一部履行をその付加的な要件（現行契約法の条文の立場）から判断の基礎的な要件へと引き上げている。とはいえ、債務の一部履行による減額の論理が、依然として実損害差額主義の一部として捉えられるため、現行契約法の条文の立場を変更するものではないと思われる。

第２に、梁案において債務の一部履行による減額が法院の職権によるものと規定されているが、その理由を見ると、当事者の間の給付の均衡を維持するためであると説明されている。これはまさに違約金増減の趣旨と合致するものであるであろう。換言すれば、梁案が債務の一部履行による減額というルールを明文化することは違約金増減の趣旨を変えようとするためではなく、よりよく違約金増減の趣旨を徹底するためであると解される。

（ⅱ）違約金と実損害の比較基準　――「低い」から「著しく低い」へ

現行契約法の条文の立場に照らせば、法院が違約金の増額の可否を判

[48] 梁・前掲注（33）249頁。

断する場合には、違約金と実損害の比較基準が「低い」とされている。学説では、このような比較基準について、批判的な見解が少なくない。梁案955条は、学説の一部の見解を受け入れている。すなわち、梁案955条において法院が違約金の増額の可否を判断する場合には、違約金と実損害の比較基準が「低い」から「著しく低い」へと修正されている。解説は、この条文の適用およびその立法理由を、次のように説明している。

まず、条文の適用について、「約定された違約金がもたらされた損失よりも低いが、なお「著しく低い」という基準までと認定され得ない場合には、法院が違約金の増額をしてはならず、債権者の損害賠償の請求も支持してはならない」[49]、とされる。

また、条文の改正理由について、「現行契約法が実施されている裁判実務を見ると、違約金減額は、法院が違約金が著しく高い場合に違約金を減額することによって、当事者の間の給付の均衡の維持、民法の公平原則の貫徹に重要な役割を果たしているものである。学界･裁判実務は、違約金減額を高く評価している。それによって、梁案が現行契約法の条文の『約定された違約金がもたらされた損失よりも低い』という文言を、『約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく低い』という文言へと修正することは、減額の規定（著しく高いという比較基準）との均衡を図り、適用のロジックにおいて一貫性を保つためである」[50]、とされる。

以上の説明に照らせば、梁案が違約金増額の適用において違約金と実損害との比較基準を、「低い」から「著しく低い」へと改正するものである。この改正によって違約金増額の適用において次の二つの法的意味があると解される。

第１に、現行契約法の条文の立場に照らせば、違約金増額の適用について違約金と実損害との比較によって差額が生じさえすれば、法院が違約金の増額をすべきであるということである。学説で指摘したように、違約金が完全に損害賠償と同様な機能を果たすため、違約金の意義が失われる。もし民法典が今回の梁案を採用し、比較基準を「低い」から「著しく低い」へと改正するならば、法院が違約金と実損害との差額が一定

[49] 梁・前掲注（23）250頁。
[50] 梁・前掲注（23）250 ～ 251頁。

の基準に達しない場合には、増額を認めない可能性が高くなると予想されるであろう。換言すれば、違約金による責任制限機能がある程度で確保されるとも考えられる。

第２に、梁案の解説に照らせば、改正の理由が違約金減額の適用との一貫性を保つためであると説明されている。換言すれば、梁案において違約金増額の適用が違約金減額の適用を参照すべきという方針が示されている。この意味では、梁案が「著しく低い」について具体的な量化の基準を規定していないが、法院が「著しく高い」の量化の基準（違約金が実損害よりも30％超えること）に基づいて反対解釈すると、法院が「著しく低い」を、「違約金が実損害よりも30％低いこと」と認定することできるであろう。他方、現行契約法の条文の立場に照らせば、違約金減額の適用において違約金と実損害との比較が求められるほか、一連の付加的な要件も提示されている。もし梁案の解説で指摘したように、違約金増額の適用が違約金減額の適用との一貫性を保つ必要性があれば、法院が違約金増額の適用においても一連の付加的な要件を考慮することが可能であると解される。

３　小括

以上は、最近に行われている民法典草案の起草作業において違約金増減についての改革案を検討した。改革案についての検討に照らせば、徐案、王案が違約金増減を積極的に捉えられているため、これらの案では現行契約法の条文を承継する立場が示されている。梁案は、現行契約法の条文に細かな改正を加えるが、現行法契約の立場を大きく修正するものではない。ただし、梁案では、規定上、違約金増額の適用に関する（違約金と実損害との）比較基準が、違約金減額の適用に関する比較基準と対照的に定められる旨が示されている。その改正理由に照らせば、違約金増額と違約金減額が同じく当事者の間の給付の均衡の維持、公平原則の貫徹という趣旨を有する以上、両者が適用される際の要件における規定上の均衡を図る必要がある。それによって裁判実務において両者が適用される場合に一貫性を保たれることができると解される。

（未完）

論　　説

子どもの自己決定と憲法（6）

―― 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ――

宋　　峻杰

目　次

序　研究動機及び内容の構成
　第一節　問題意識
　第二節　成長発達権の概念からのアプローチ
第Ⅰ部　家族
第一章　アメリカ合衆国
　第一節　「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在
　第二節　性的結合行為と子ども　（以上、61巻１号）
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　医療行為と子ども
　第五節　家庭内暴力と子ども
　第六節　小括
第二章　台湾
　第一節　台湾における家族像への接近　（以上、62巻３号）
　第二節　性的結合行為と子ども
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　家庭内暴力と子ども
　第五節　小括
第三章　日本
　第一節　家族像の推移　（以上、62巻４号）
　第二節　性的結合行為と子ども
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　医療行為・家庭内暴力と子ども

第五節　小括
第四章　第Ⅰ部の考察を経て　（以上、67巻３号）
第Ⅱ部　教育
第五章　アメリカ合衆国
第一節　教育に関する形態の変遷と子ども
第二節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第三節　学校管理と子どもの自律
第一項　論点の概要
第二項　個人の外見
第三項　生徒の身体や持ち物に対する検査　（以上、68巻４号）
第四項　個人のライフスタイルの選択と係わる事柄
第一目　結婚で人生を送ろうか否かの選択
一、生徒が妊娠した場合
二、生徒が結婚した場合
第二目　信仰で生きようか否かの選択
一、「宗教」とアメリカ社会の一断面
二、公立学校における祈祷及び聖書の拝読
第四節　教育をめぐる連邦政府の働き
第一項　論点の概要
第二項　『アメリカ合衆国憲法』が定められている枠組み
第一目　連邦政府の動き
第二目　連邦最高裁の対応
第三項　二〇〇二年の『落ちこぼれを作らないための初等中等教育法（NCLBA）』
第一目　『NCLBA』の内容とその問題点
第二目　Connecticut 州からの提訴
第五節　小括
第六章　台湾
第一節　教育に関する法的枠組み
第一項　『中華民国憲法』
第一目　『中華民国憲法』制定されたまでの流れ
第二目　『中華民国憲法』に於ける「教育条項」
第二項　一九九九年の『教育基本法』
第一目　その立法過程
第二目　二〇〇三年大法官釈字第五六三号解釈
第三項　教育を言及する大法官の解釈
第一目　一九九五年大法官釈字第三七三号解釈

第二目　一九九五年大法官釈字第三八〇号解釈
第三目　一九九五年大法官釈字第三八二号解釈
第四目　小括
第二節　教育制度における親と子どもの位置づけ
第一項　論点の概要
第二項　憲法における就学の義務という規定
第三項　教育課程の編成
第四項　教科書の選定問題　（以上、本号）
第三節　教育行政と子ども
第四節　小括
第七章　日本
第一節　教育に関する法的構図の再編
第二節　子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
第三節　小括
第八章　第Ⅱ部の考察を経て
結びに代えて　ライフサイクルにおける子どもの自己決定

第四項　個人のライフスタイルの選択と係わる事柄

個人の自立を強調するアメリカ社会[1]の雰囲気に連邦最高裁判決[2]からの加担も加え、子どもが自分の最善的な利益を追求する動機は、場合によって大人と同様に選択する権利が保障されると見ることができよう。この項目において、子どもは学校の教育を通して心身的発達が共に図ってきている段階におきながら、自分のライフスタイルを自ら決めようとする際、大人によって管理される学校は如何なる対応で臨んでいるのかの様子を検討してみたい。そして、ピックアップされたのは「性・結婚」及び「信仰」というテーマである。

[1] 田中英夫『アメリカの社会と法』（東京大学出版会・1972年）193頁。
[2] 例えば、1972年に下された連邦最高裁の Yoder 判決の Douglas 裁判官の「…子どもの意思を検討せずに、親の…意思を子どもに押し付けることは、子どもの権利への侵害となる」との説示がある。Wisconsin v. Yoder (406 U.S. 205 [1972]), at 244.

第一目　結婚で人生を送ろうか否かの選択

「結婚」という段階に踏み込もうとする前、より現実的に考えなければならないのは恐らく「妊娠」という生理的経過に対する生徒（子ども）本人とその家族、更に性交渉の相手の対応だと思われる。Raskin の研究によると、毎年アメリカにおいて性的経験を持つ青少年が凡そ何百万人以上いると統計されている。その中、四〇から五〇万人程度の女子は意図的ではない妊娠が体験している[3]。このような状況に対し、学校として直面させられるのは妊娠した生徒やその前後に結婚の道を選んだ生徒に如何なる対応をすべきかの問題である。

一、生徒が妊娠した場合

この問題をより明確に設定すれば、「学校は妊娠した女子生徒に対して如何なる対応をとるべきか」ということになろう。こうして、性別が明らかに一つの重要なポイントとなってくる。Alexander らの研究によれば、一九七〇年代の前半までに学校は凡そ女子生徒に対して退学や除名処分（expel）をなされてきた[4]。ところが、一九六九年に Mississippi 州の連邦地裁による Perry v. Grenada Municipal Separate School District (300 F. Supp. 748 [1969]) 判決[5]が一つの象徴的な例として、このような学校側の対応が合衆国憲法修正一四条の平等保護条項に違反する見解が強くなってきた[6]。その上、一九七二年に連邦政府によって制定された『教育法修正タイトルⅨ』（Title Ⅸ of the Education Amendments of 1972）はここと後述する生徒が結婚した場合、如何なる形である性による差

---

[3] Jamin B Raskin, *We the Students Supreme Court Cases for and about Students, 2nd ed.,* (Washington, D.C. 2003), at 227.

[4] Kern Alexander and M. David Alexander, *the Law of Schools, Students and Teachers In a Nutshell, 3rd ed.,* (U.S.A. 2003), at 123.

[5] 『LexisNexisホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=c938e8a5c7be6d2787dabb9133199f04&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtb-zSkAb&_md5=8d50bcd1656a1595ef447f78014fc652&focBudTerms=300%20f.supp.%20748&focBudSel=all〉。

[6] 300 F. Supp. at 750. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 123-124.

別[7]から、生徒たちの就学し続ける権利が保障されることに重要な役割を果たしている[8]。しかし、難問が依然に残されている。

問題点の存在に気づかされる材料として、一九八五年に連邦第七巡回区控訴裁判所が出された Wort v. Vierling (778 F.2d 1233 [1985]) 判決[9]、及び一九九〇年に下された連邦第三巡回区控訴裁判所の Pfeiffer v. Marion Center Area School Dist. (917 F.2d 779 [1990]) 判決[10]がある。この二つの判決の当事者となる者はいずれもアメリカの「全米優等生協会（National Honor Society）」のメンバーであった。そして、二人の女子生徒がいずれも未婚のまま妊娠してしまった末、同協会から除籍処分を受けたのである。ところが、前の Wort 判決において裁判所は同協会が彼女の妊娠に基づいて除籍処分をなされたのは前記の教育法修正タイトルⅨと修正一四条の平等保護条項に違反する行為だと判断したが、後の Pfeiffer 判決で裁判所は同協会の除籍処分を支持したのである。なぜなら、Pfeiffer 判決で女子生徒の妊娠より当該生徒による婚前の性行為を主な争点にしたからである[11]。こうして、Alexander らは全米優等生協会

---

[7] *Ibid.* なお、市民的権利に関する法律第Ⅶ編を改正して成立させた『一九七九年の妊娠による差別禁止法（the Pregnancy Discrimination Act of 1979）』は雇用の場合に適用される法律だが、Alexander らは同法も連邦の議会が妊娠によって女性を差別することを撤廃せよという動きを具体化する一環だと見做している。アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳『生徒の権利』（教育史料出版会・1991年）159頁。

[8] *Id.* at 124. アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（7）167 ～ 169頁。

[9]『LexisNexis ホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=e1c2a14cd5ea3ed26290a819225e6aef&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtb-zSkAb&_md5=4983194133225b5f4ce3d19c2a5c1172&focBudTerms=778%20f.2d%201233&focBudSel=all〉。

[10]『LexisNexisホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=5d26ad0ad77e1011b6a5a4eb5ff5f1c5&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtb-zSkAb&_md5=aae95ccf55b546a83f1e2f38ea1ad9ad&focBudTerms=917%20f.2d%20779&focBudSel=all〉。Jamin B Raskin, *op. cit. supra* note 3, at 227-230.

[11] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 124-125.

のような組織がPfeiffer判決に依拠し、妊娠を除き、学校でも不適切だと教示する行為の違反に基づく理由だけで生徒たちを締め出すことができるようになると見る一方、学校や教育的効果をより促進させる学生組織（school benefits）が妊娠を理由にして生徒を締め出すことができない法理が殆ど確立されたことも示している[12]。

二、生徒が結婚した場合

前述したように、生徒は結婚しても通学し続ける権利が依然に保障されるのが現状である[13]。その中、「結婚している生徒には、課外活動に参加する権利があるか」という問題が提起され、議論を交わっている。

第二次世界大戦後の暫くの間に、アメリカにおける「…下級審判決の大多数は、結婚した生徒の学校教育活動の制限は合理性を有すると判示する」[14]傾向が見られるけれども、一九六〇年代が境界線になり、当該合理性に対して疑問視をする判決が現れる。例えば、一九六八のLee v. Macon County Board of Education (283 F. Supp. 194 [1968]) 判決[15]において、Alabama州の連邦地裁は結婚した選手に対して学校間の競技に参加することを禁止する規定が廃止されるべきだと判断した[16]。また、

---

[12] *Id.* at 125.

[13] 裁判例の流れを見ると、下級審において1929年にMississippi州の最上級裁判所はMcLeod v. State (154 Miss. 468 [1929]) 判決で当時の州憲法に基づいて「学校や学区（高校）は結婚したことを理由として生徒を退学処分にすることはできない」と判断した例がある。『LexisNexisホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=9a2832ff82d22446f7e59938f672e1fd&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtb-zSkAb&_md5=d65a25e102f904d441dfed1d3002625e&focBudTerms=154%20miss.%20468&focBudSel=all〉。アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（7）168頁。

[14] 千葉卓『教育をうける権利』（北海道大学図書刊行会・1990年）405頁。

[15] 『LexisNexisホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=c269ec52060af36a6046963af6bc3263&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtb-zSkAb&_md5=a3130d69af92a39a5ff3309bc249a7e0&focBudTerms=283%20f.supp.%20194&focBudSel=all〉。

[16] 283 F. Supp. at 198.

判例集に未登載であるが、New Jersey 州の連邦裁判所は Johnson v. Board of Education of the Borough of Paulsboro, U.S.D.C. (Civil Action No. 172-70 [unreported]) 判決において、「結婚しているとか、子どもがあるとかだけの理由で、課外活動の参加について生徒を差別的に取扱ってはならない」[17]と判断したのである。

他方、学説上も、「…生徒の課外活動の参加は公立学校が生徒に行なう教育の一環であるといえる。…勿論､生徒を学校から締め出すことと、生徒を課外活動から排除することとの間には、生徒に対する効果の面では、違いがみられる。しかし、教育自体の機能からすれば、これを区別して扱うことの合理性は存しない。…（そして）結婚を理由とする当該生徒の何らかの学校活動からの排除は、彼の参加によって学友を重大な道徳的堕落へと導いたことにつき合理的な見込みがある場合のみに限られると解される」[18]、という主張が存在している。

但し、一九七六年に連邦第一〇巡回区控訴裁判所は Albach v. Odle (531 F.2d 983 [1976]) 判決において、生徒が結婚した後、戸籍の変動によって学校間の競技に参加することに制限される問題から生じる争いに対し、修正一四条によるデュー・プロセスの要請に違反しないと判示した。従って、この問題について生徒の結婚に関するプライバシーの権利（right of marital privacy）や平等保護条項を巡る問題でもあると言われている[19]。

第二目　信仰で生きようか否かの選択

本章の第二節では多少言及したが、「宗教」という領域がアメリカ人の社会的、精神的及び思想的生活とは頗る密着している[20]。しかし、特定の宗教の儀式に従って行動している生活のパターンが学校という建物に入ったら、子どもの意思によって依然に続けられるか。また、子ども

---

[17] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（７）172頁。
[18] 千葉卓・前掲書注（14）406頁。
[19] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 126.
[20] 上坂昇「第七章　公教育に進出する宗教右翼」森孝一編『アメリカと宗教〈現代アメリカ５〉』（日本国際問題研究所・1997年）184頁。

自身が特定の宗教的な実践を拒否する場合、学校として如何なる対応をとるべきなのかなどの問題がある。

一、「宗教」とアメリカ社会の一断面

周知のように、一七九一年に成立・制定された合衆国憲法修正一条は「合衆国議会は、国教を樹立する法律もしくは自由な宗教活動を禁止する法律、…を制定してはならない」[21]、と定めている。しかしながら、当該規定は憲法的条項である以上、制限を加えようとする標的は連邦政府であり、アメリカ社会自体ではないのが自明の理である。

他方、アメリカ社会の思考パターンとして「宗教の原理主義」というものが含まれている。要するに、「キリスト教の根本教義に固執する神学的立場」からの観点である[22]。この立場は一時的に低迷を迎える時期があったが、かの進化論論争によって再び勃発したと言われている[23]。そして、一九七〇年代後半からアメリカ合衆国の内外に発生するいろんな事情[24]（その中、もっとも注目されるのは中東世界との対立だと指摘されている[25]）によって、当該立場を擁護する人々の動きがより顕著になってくる[26]。また、この時期の前後と重なって進行しているのは政治的な保守主義の再興だということも紹介されている[27]。すなわち、一部の保守主義を信奉する法学者は「…憲法第一修正は教会と国家の厳格な分離

---

[21] 土井真一訳・解説「アメリカ」高橋和之編『新版　世界憲法集』（岩波書店・2007年）73頁。

[22] 古矢旬『アメリカ　過去と現在の間』（岩波書店・2004年）182 ～ 183頁。

[23] 古矢旬・前掲書注（22）189頁；202 ～ 203頁。

[24] 古矢旬・前掲書注（22）183頁。

[25] 古矢旬・前掲書注（22）184頁。

[26] 例えばこの立場に立つ者は女性問題に対して中絶反対というスローガンに熱中するらしい。1973年の Roe 判決を契機に、彼（彼女）らを勢いづかせて、反対運動を一気に高潮を迎えたという。中絶を行なうクリニックに爆弾を仕掛けるほどの過激者も現れていた。荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会』（岩波書店・2001年）91頁。古矢旬・前掲書注（22）188頁。

[27] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）207頁。古矢旬・前掲書注（22）215頁。

を命じているという主張に与しない。同条項は、政府が宗教と無宗教の間で中立を保たねばならないという意味ではない。逆に政府は、特定の信仰の援助や、誰かの信教の自由の侵害にあたらない限り、信仰に便宜を図るべきなのだ」[28]、と主張することである[29]。

そして、原理主義の復興は進化論論争の勃発に遡ることができれば、「学校における宗教教育の展開」とのテーマが避けられない論戦の中核的論点の一つとなる。例えば、選挙戦中「生まれ変わったキリスト教徒」を自称[30]し、原理主義者に親近感を持たせようとしていたWilliam Clinton（以下、「Clinton」）前大統領が一九九五年に「公立学校における宗教表現についてのメモランダム」という文書を作成し、公立学校における宗教教育を認める姿勢を明確にしたことがある[31]。同文書の中で主に以下の三点が述べられている。すなわち、「…（１）生徒は公立学校で、個人的に、あるいはグループで祈ったり、宗教について議論することができる。学校側はこれを奨励したり、止めさせたりすることはできない。（２）公立学校では、特定の宗教についての教育（religious instruction）を行うことは許されないが、聖書やその他の宗教の聖典、宗教史、宗教の比較、文学としての聖書、文学としての聖典、アメリカや他の国の歴史における宗教の役割、芸術・音楽・社会への宗教の影響などについて教えることができる。（３）他の課外活動と同じように、公立学校の施設を生徒は宗教活動のために使用することができる。」[32]、と。同文書を公表した後、直ちに行なわれる世論調査において公立学校における祈祷を可能にするような憲法の修正に賛成するかの問いに対して、七一％の回答者が「はい」と答えた。また、祈祷自体が公立学校で行なうべきだと考えている回答者は六〇％もいることも示されている[33]。

なお、アメリカ社会の一様相として、Amy Sitarの報告によると、原

[28] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）215 ～ 216頁。
[29] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）216 ～ 220頁。
[30] 古矢旬・前掲書注（22）211頁。
[31] 森孝一「第一章　統計からみるアメリカ宗教の現状と特質」森孝一編『アメリカと宗教〈現代アメリカ５〉』（日本国際問題研究所・1997年）36頁。
[32] 森孝一・前掲論文注（31）37頁。
[33] 森孝一・前掲論文注（31）37頁。

理主義者も含まれて十数年の時間をかけて形成されてきたキリスト教右派（the Christian Right）は、「妊娠中絶、胚性幹細胞（ES 細胞）、安楽死反対に加え、（前節でも紹介した）知的設計論、バウチャーなど、（当時の）ブッシュ政権の政策や思想を支持するべき、効果的な運動を展開している」、と伺えるらしい[34]。

二、公立学校における祈祷及び聖書の拝読

前記の世論調査の結果について、「アメリカ人は公立学校から宗教を排除した最高裁判決に対しては、はっきりと『ノー』をいっている」[35]、と論者による分析がある。ここで述べられた「最高裁判決」とは一九六二年に連邦最高裁が下した Engel v. Vitale (370 U.S. 421 [1962]) 判決[36]のことを指している。この Engel 判決に対するアメリカ人の反発は一九九九年に Colorado 州の Columbine High School で起きた銃撃事件を引き起こさせる一因だと批判されるような意見があること[37]からも伺えるように、相当深刻なものである。しかしながら、その反発は決して連邦最高裁が憲法法理に違反するほど重大な判断ミスに由来するものではないと考えている。

本件は一九五一年に New York 州の評議会の提案に基づき、New Hyde Park 学区教育委員会が公立学校長に対して朝礼を行なう際、一分間の祈祷を実施せよと命じたことによって、無神論者の生徒が当該行政的行為を原因と見て自分が半強制的に同じのクラスの同級生から引き離されることになり、不平等的な取り扱いを受けていると主張することに加えて、当該行政的行為は修正一条にも違反するとして提訴し、差止

---

[34] Amy Sitar・佐原彩訳「11　キリスト教右派」矢口祐人・吉原真里『現代アメリカのキーワード』（中央公論新社・2006年）52 ～ 56頁。

[35] 森孝一・前掲論文注（31）38頁。

[36] 森孝一・前掲論文注（31）36頁。『LexisNexis ホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=f66228b88d771324e9aac3bef9afff9d&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtz-zSkAt&_md5=0c521dea1777a37e131d8651f7c1253f&focBudTerms=370%20u.s.%20421&focBudSel=all〉。

[37] Jamin B Raskin, *op. cit. supra* note 3, at 73.

めの請求を求めたものである[38]。そして、連邦最高裁は生徒による上告を受理する前の第一審と控訴審の結果がいずれも「(無神論者の生徒に対して) 出席強制がないことなどから祈祷は修正一条違反とはならない」[39]、と確認した。

本判決の法廷意見を執筆する Hugo L. Black 裁判官は争いの焦点を祈祷という行為が公立学校で行ないうるか否かの問いに集中させた上、次のように述べている。要するに、「国教の樹立に関する立法府に対して憲法が最低限度禁止しているところのものは、わが国では政府のたてる宗教に関する計画の一部としてアメリカ人のあらゆるグループに暗唱させるために公の祈祷文を作成することが政府の役割であってはならないということである。…修正一条が憲法の中に規定されたのは、連邦政府の権限であれ、威信であれ、アメリカ人の暗唱する特定の祈祷をコントロールしたり、支持したり、あるいは左右することに用いられてはならない…。修正一四条の規定によって補強されると、…わが国の政府は、それが連邦であれ、州であれ、…公の祈祷として使用可能なもののうち、何らかの特定のものを法によって定める権限を持たないということになる」[40]、と。こうして、連邦最高裁は公立学校における祈祷の実施が合衆国憲法に違反すると判断したのである。そして、「(同判決) により、それまで多くの公立学校において住民や宗教団体の支持をえて実施されてきた祈祷が行ないえなくなった」[41]事実が生じたから、恐らくこれは多くのアメリカ人の反発を招いた一因となろう。なお、法廷意見は前述した理由の外に教師が宗教的には中立する可能性や生徒の信教の自由も言及しながら、いずれの理由が主張されても修正一四条によって州の行為を攻撃し得ると言った[42]。但し、この場合自分の信仰を実践するために公立学校で祈祷したいと考える生徒の信教の自由が如何に考量すべきか

---

[38] 370 U.S. at 422. 千葉卓・前掲書注 (14) 301頁。

[39] 千葉卓・前掲書注 (14) 301頁。

[40] *supra* note 38, at 425 ; 429-430. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 142. 千葉卓・前掲書注 (14) 302頁。

[41] 千葉卓・前掲書注 (14) 303頁。

[42] *supra* note 38,at 430.

の問題もある。

Engel 判決により、「…裁判所の判断としては（公立学校における祈祷）に関する論争に一応のピリオドが打たれた」[43]、と見る見解もあるが、Alexander らの研究を見れば、そうではないように思われる。それは「静かに祈祷及び瞑想の時間（a brief time in silent prayer or meditation）」を設けた一九九二年の Louisiana 州法が問題として取り上げられたからである。確かに、Louisiana 州法のように個人の内心に念ずる祈祷は他人に影響を与えることが最低限に抑えられるし、様々な宗教的な儀式も瞑想を通じて完成し得る故、誰かの信教の自由をも侵害することがないようになれる。しかしながら、一九九九年の法改正を通して、その「静かに」という言葉が州法から取り除かれた故、訴訟が引き起こされた。そこで、二〇〇一年に連邦第五巡回区控訴裁判所は Doe v. School Board of Ouachita Parish (274 F.3d 289 [2001]) 判決において、当該法改正に対し、かの Lemon テストを用いて世俗的な目的から逸脱だ[44]と言い、修正一条に違反すると判断した[45]。また、二〇〇〇年に連邦最高裁が Santa Fe Independent School District v. Doe (530 U.S. 290 [2000]) 判決においては、再び公立学校における祈祷の問題を扱い、「…如何なる憲法上の要請に照らしてみても、生徒が授業日の前後の時間帯に自発的な意志に基づいて行なう祈祷を禁止する権限が同裁判所に与えられることはない。しかしながら、州の権能が特定の信仰を積極的に促進させる目的によって行使されると、（生徒が享有する）信教の自由自体が極めて制限される範囲内にしか考量され得ない」[46]、と判断している。このように考えてみると、子どもが自宅で続けている生活のパターンの中で少なくとも静かな祈祷という行事を公立学校で実践していきたいと考える場合、ほかの生徒がうける教育活動に妨げをもたらさなく、州政府も特にそれをより助長しない限り、自由なことであろう。

---

[43] 千葉卓・前掲書注（14）303頁。

[44] 274 F.3d at 293.

[45] *Id.* at 294-295. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 143.

[46] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 144.

他方、祈祷の外、公立学校における聖書の朗読も問題として裁判所で取り上げられている。Engel 判決の翌年に同じく連邦最高裁によって出された School District of Abington Township v. Schempp ; Murray v. Curlett (374 U.S. 203 [1963]) 判決[47]がその中の一例である。本件は Pennsylvania 州と Maryland 州にある二つの学区教育委員会がいずれも公立学校の朝礼の時間に生徒に対して注釈なしに聖書を朗読せよと要求する規則を定めたことによって修正一条か一四条違反として攻撃された事案である故、連邦最高裁は一括審理をなさったものである[48]。そして、Tom C. Clark 裁判官による法廷意見では、聖書の朗読は宗派的行事ではないという主張に対して、「聖書はその文学的および歴史的な性格の故に学習する価値があるということは確かに言いうる。…しかし本件の聖書朗読はこの範疇には入らない。それは、政府が宗教に対して援助も反対もしてはならないという、厳格な中立性の維持を要請する修正一条の命令に違反して、州によって求められたところの宗派的な行事なのである」[49]、と示しながら、公立学校における注釈なしの聖書朗読の実施は違憲だと判断したのである。但し、Schempp 判決は専ら学術的研究からも聖書の使用を排除することを断言していなかった故、一九八〇年の Wiley v. Franklin (497 F. Supp. 390 [1980]) 判決にも述べられるように、特定の信仰を助長（promote）させることがなく世俗的な（secular）目的に基づいて歴史、公民、種族或いは比較宗教などの科目において聖書の使用が認められている[50]。けれども、特筆すべきなのは、同判決において教師は小学校の授業において聖書を言及する度にその代表する信仰について促進的な効果をもたらすかどうかのことについて精力的に検討したが、生徒の意思や反応を如何に考量されたかの痕跡が見られていない

[47] 『LexisNexisホームページ』（2008年10月28日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=b98c330c169105a49803ce854089ceb3&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtz-zSkAt&_md5=f730db858968bac4ea0c8059e717f1e8&focBudTerms=374%20u.s.%20203&focBudSel=all〉。

[48] 千葉卓・前掲書注（14）303 ～ 305頁。

[49] 374 U.S. at 225. 千葉卓・前掲書注（14）306頁。

[50] 497 F. Supp. at 396. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 143.

ことである。

第四節　教育をめぐる連邦政府の働き

当初連邦政府を創設させようとする多くの政治家や知識人は教育に対して決して無関心ではなかった[51]が、周知のように教育に関する主な権限は合衆国憲法修正一〇条によって州に属するものだと解されている[52]。にもかかわらず、連邦政府は子どもと深く係わる「教育」の領域に対して全く無力な存在であるのか、或いはそうではないのかの問題が浮かび上がってくる余地があるはずである。それらの解明について本節で行ってみたいと考える。

第一項　論点の概要

一八四二年に下された連邦最高裁の Prigg v. Pennsylvania (41 U.S. 539 [1842]) 判決[53]において、Joseph Story 裁判官の法廷意見が「連邦政府が州政府職員に対し、連邦法―たとえそれ自体は合憲の法律であっても―の実施を強制することはできない」、とし、「州政府と連邦政府はともに独立の主権的存在であって、一方が他方の官吏にその法律の実施を要求することはできない」[54]のも訴えているように、教育を個人の私事或いは州に専属する事項だ[55]と見做される慣習[56]は連邦政府が設立され

---

[51] 久保義三『教育の経済的生産性と公共性―ホレース・マンとアメリカ公教育思想』（東信堂・2004年）52頁。

[52] Jamin B Raskin, *op. cit. supra* note 3, at 4.

[53] 『LexisNexisホームページ』（2008年11月３日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=676a031d238709407e3742156b1081a8&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVzb-zSkAz&_md5=e41d97f51026bc95827ecb8a6bbbdf41&focBudTerms=41%20u.s.%20539&focBudSel=all〉。

[54] 41 U.S. at 624-625. M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）79～80頁。

[55] なお、Dawson Hales は「州が教育に対して積極的な役割を果すようになったのは二十世紀になってから」のことを説明している。Dawson Hales, *Federal Control Of Public Education : A Critical Appraisal*, (U.S.A, 1954), at 45. 社会部・文教課「アメリカにおける公教育の連邦管理」『レファレンス　第79号』（国立国家図書館調査立法考査局・1957年）83頁。

[56] 上原貞雄『アメリカ合衆国州憲法の教育規定』（風間書房・1981年）４頁。

た後も暫く維持されていた（但し、連邦政府は一八六二年に制定したモリル法（Morrill Act）を通して「教育」に対する関与をし始める、とHalesが認識している[57]）[58]。

しかしながら、一九三〇年代に入った後のアメリカは所謂「大恐慌」の経済的な暗黒期に突入し、ニュー・ディールの時代を迎えることと共に、連邦政府の機能がより重要視されることになり[59]、一九三六年のUnited States v. Butler (297 U.S. 1 [1936]) 判決[60]や、一九八〇年のFullilove v. Klutznick (448 U.S. 448 [1980]) 判決[61]のように、同時代における連邦政府の機能の拡大が必要とされる立場を確認する象徴的判決も出された。かような現象は「教育」の領域にも当てはまると理解する論者もいる[62]。

---

[57] Dawson Hales, *op. cit. supra note 55,* at 56. 社会部・文教課・前掲論文注（55）89頁。

[58] 確かに、寺川史朗の言うように、合衆国が結成された当初において連邦政府は「連邦政府による州公立学校基金（state common school funds）への連邦公有地の供与」や「連邦議会および各準州の移住者が連邦公有地から新たな州を創出したという州形成の過程を通じてなされた、いわゆる共和国国家維持型の教育行政の展開の要請」などの手段を用いて、公教育制度に関与してきた。しかしながら、「…合衆国誕生からニューディール期までは…教育に関する権能は州、実質的には地方にあり、連邦政府による統制は州・地方によるそれと比較しても、質・量ともはるかに微小なものであった」、ということも寺川が述べている。なお、1899年に出されたCumming v. Richmond County Board of Education (175 U.S. 528 [1899]) の連邦最高裁判決において、やはりPrigg判決における連邦最高裁の立場を再確認し、教育に関する問題への連邦政府による介入を支持しないことを明言したのである。寺川史朗「アメリカ合衆国憲法における教育と国家の関係に関する一考察―憲法学の視点から―」『法学新報第106巻第５・６号』（中央大学法学会・2000年）202～203頁。175 U.S. at 545. 千葉卓・前掲書注（14）22～23；30～31頁。

[59] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）153～159頁。

[60] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）159頁。Jerome A. Barron and C. Thomas Dienes, *Constitutional Law In a Nutshell 3rd.ed,* (U.S.A, 1995), at 74. 松井茂記『アメリカ憲法入門（第五版）』（有斐閣・2004年）52頁。

[61] *Ibid.,* at 75.

[62] 寺川史朗・前掲論文注（58）207頁。

このような連邦最高裁の姿勢と歴史的な流れを伺うと、「教育」について連邦政府が決して遠く離れている存在ではないことが再び推測し得よう。よって、以下はいくつかのテーマを立て、連邦政府による「教育」への関与の様相を整理し、検討する。

第二項　『アメリカ合衆国憲法』が定められている枠組み

一九五八年に、連邦最高裁は Cooper v. Aaron (358 U.S. 1 [1958]) 判決において、たとえ教育に関する権限が州に専属することであっても、無制限ではなく、合衆国憲法の規定に合う方法で行使しなければならないと宣言している。すなわち、「公教育についての責任は、主には州が負うべき問題であるとするのはもちろん正しいのであるが、こうした責任は、他のすべての州の活動と同様に、国家の行為に適用される合衆国憲法の要件に合致するかたちで行使されなければならないということも同じく正しいことである」[63]、と連邦最高裁は認識している。なお、同判決において、子どもが憲法上の人権の享有主体であることも再確認されている[64]。

では、連邦最高裁が示している合衆国憲法の要件とは何か。McCarthy らは合衆国憲法の中で州の公教育の政策や活動に最も影響を与えてきたものとして、第一条八節の「一般福祉条項」、第一条八節三項の「州際通商条項」、第一条一〇節一項の「契約条項」、修正一条、修正四条、修正五条、修正九条及び修正一四条を紹介している[65]。従って、前の Cooper 判決の法理に照らして考えれば、連邦政府や州政府はいずれもこのような合衆国憲法に定められる枠組みの中でしか「教育」の領域に関与することができない。他方、前記の修正一条から第一四条までの規定は個人の基本的人権を保障する条項だと認識され、位置づけられることもあり、

---

[63] 358 U.S. at 25. Martha M. McCarthy・Nelda H. Cambron-McCabe 著・平原春好・青木宏治訳『アメリカ教育法　教師と生徒の権利』（三省堂・1991年）18頁。

[64] *Ibid*. Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *Children and the Law In a Nutshell, 2nd ed.,* (U.S.A, 2003), at 19.

[65] Martha M. McCarthy・Nelda H. Cambron-McCabe 著・平原春好・青木宏治訳・前掲書注 (63) 18 ～ 22頁。

Cooper 判決だけではなく、前述した一九六九年の Tinker 判決においても子どもが公立学校に入っても憲法上の人権が保障されると連邦最高裁が宣言している故、州政府は勿論、連邦政府も子どもの人権を恣意的に侵害することができないのは自明のことになろう。また、McCarthy らの研究によると、「州際通商条項」及び「契約条項」の機能は殆ど公立学校の運営や教職員の雇用と関わる[66]ので、恐らく「一般福祉条項」の下で連邦政府による公教育への関与は公立学校に在籍する子どもたちに最も影響を大きく与えていると推論できよう。

実際、「…連邦政府が教育政策に関与することは、特に一九六〇年代以降、様々な理由から増えてきている。…その際には、（合衆国）憲法第一条第八節第一項の…『一般の福祉』の中に教育に関する事項をも読み込むという解釈により、連邦政府が補助金交付という形で教育問題に関与することの正当性が説明されている」[67]、との報告がある。McCarthy らも「連邦議会は、この一般福祉の原則を採用して、自然科学および数学、読み方、特殊教育、職業教育、専門職業教育、２か国語併用教育といった領域の研究や授業計画に対して実質的に連邦援助を定める立法を制定してきた」、と述べている。よって、以下ではこの「一般福祉条項」に基づき連邦政府が公教育への関与の具体像、及び連邦最高裁の対応を検討し、子どもが連邦政府の教育政策の主体として如何に位置づけられているのかという問題の解明を試みる。

第一目　連邦政府の動き

Hales は、一九五四年の著書の中で「（アメリカの連邦政府）の持つ教育上の役割は、他の国家の役割とは根本的な相違があった。…合衆国の教育管理は、一部の国民指導者の反対にもかかわらず、地方や州の役割

---

[66] Martha M. McCarthy・Nelda H. Cambron-McCabe 著・平原春好・青木宏治訳・前掲書注（63）19 ～ 20頁。

[67] 寺倉憲一「二〇〇〇年の目標：アメリカ教育法の成立―アメリカにおける近年の教育改革の動向とクリントン政権の教育政策」『レファレンス　第524号』（国立国家図書館調査立法考査局・1994年）26頁。より早い段階に発表された佐藤全の研究の中でもこのような通説的な理解を紹介している。佐藤全『米国教育課程関係判決例の研究』（風間書房・1984年）48 ～ 49頁。

になった。しかし…、技術的発達が州や地方の境界を無効とし、政策の立案に対して有力な職能団体が、性格的に全米的であり、富も経済的支配もともに集中され且つ連邦政府が…権力の中心と（なること）で、教育に関する連邦支配は、感知出来る程度に増加し始めているように思われる」[68]、と述べている。そして、このような公教育に関する連邦政府の関与の発端について、連合時代の連合会議によって制定された一七八五年の『土地条令（Land Ordinance of 1785）』にまで遡ることができると言われる[69]。

すなわち、同令の最後の部分に「上述の郡区の中にあっては、公立学校の維持のために、各郡区の第十六番目の地所が、予備として確保されなくてはならない」、と定められているため、連邦政府による教育関連立法の礎石になったと見做されている[70]。その後、一八〇二年の「オハイオ授権法（Enabling Act of Ohio）」も制定され、「…『教育』のための土地供与に関する連邦の政策を確立した」[71]と言われている。ところが、一八六二年の『モリル法（the Morrill Act in 1862）』の成立に伴い、連邦政府の教育に対する関与の形は「土地供与」から「補助金供与」へと転向する傾向が見受けられる[72]。要するに、同法の内容には「…相当の金額の支給に加えて結局一一、〇〇〇、三六七エーカーの土地無償払下げを通じて、農業と機械技術に関係のある部門の学問を教えることを主要目的としている、各州や準州の少なくとも一つの college の基金に対する

---

[68] Dawson Hales, *op. cit. supra* note 55, at 54. 社会部・文教課・前掲論文注（55）88頁。

[69] 寺川史朗・前掲論文注（58）208頁。

[70] なお、寺川史朗は、連邦政府による最初の教育立法が1787年の『北西部条令』とする見方が一般的だと言い、「…『北西部条令』には『土地条令』のように土地供与（land grant）に関する明文規定がなかったことから、『土地条令』こそが連邦政府による教育への関与の最初の事例とみなすべきであろう」、とも説明している。寺川史朗・前掲論文注（58）209頁。中嶋博『アメリカ教育思想の展開』（刀江書院・1959年）16頁。

[71] 寺川史朗・前掲論文注（58）209頁。

[72] 寺川史朗・前掲論文注（58）209頁。Dawson Hales, *op. cit. supra* note 55, at 56. 社会部・文教課・前掲論文注（55）89頁。

補助を行なうことが規定されていた」[73]のである。また、同法は南北戦争中に制定されたものであるため、Hales は「…同法による連邦支配は、一部戦争活動の要求に関係のあったことは意味深い」[74]と見ている。

しかしながら、連邦政府は補助金の供与を通じて公教育に関与する動きの強化を増幅する一方であった。一八九〇年の『第二次モリル法（the Second Morrill Act）』の成立によって、各州や準州に対する年々の補助金を増額し、一九三五年に採択された『第二次モリル法のネルソン修正案（the Nelson Amendment to the Second Morrill Act）』及び『バンクヘッドージョンズ法（the Bank-head-Jones Act）』はいずれも補助金の供与に対する連邦の支持を強化したものとして機能している[75]。但し、一連のモリル法や一九一七年に職業教育を促進する目的で州に対して援助を行なうことを定めた『スミス・ヒューズ法（the Smith-Hughes Act in 1917）』などは、あくまでも特定の教育計画を中心に連邦政府が援助を与えて行なってきたにすぎず、幅広く且つ深層に教育の領域に介入しようとすることは殆どなかったと指摘されている[76]。にもかかわらず、連邦政府による教育関与は休止することがなかったと見ることができよう。しかも、その最高潮を迎えたのは一九五〇年から六〇年代の間だと言われている[77]。

第二次世界大戦中も連邦政府の教育に対する関与は続いていた[78]が、戦後のアメリカ社会を大きく揺さ振る二つの出来事があったため、連邦政府はより教育を重視することになり、補助金の供与制度も一層活用さ

---

[73] *Ibid.* 社会部・文教課・前掲論文注（55）89頁。

[74] *Ibid.* 社会部・文教課・前掲論文注（55）89頁。

[75] *Ibid.* 社会部・文教課・前掲論文注（55）89 ～ 90頁。

[76] ところが、この時期の連邦立法を見て、学者の間には「ワシントンが教育権能を集中しようとする」傾向を糾弾する見解もある。*Id.* at 59. 社会部･文教課･前掲論文注（55）91頁。寺川史朗・前掲論文注（58）210頁。

[77] 寺川史朗・前掲論文注（58）210頁。

[78] なお、Hales は第二次世界大戦前後の連邦政府による教育関与の様相を検討した後、「学校教育に対する、連邦政府の干与と影響は将来増大するであろう」、という確信を述べている。Dawson Hales, *op. cit. supra* note 55, at 63-65; 67. 社会部・文教課・前掲論文注（55）93 ～ 94頁。

れるようになった。その一つは、所謂「スプートニク・ショック」[79]であった。この事件に対する認識は後に「誤った」と評されている[80]が、学校におけるかの進化論の論争を過熱させること[81]や公教育制度そのものの見直しが図られるようになった[82]のは誰も否認することができない事実である。こうして、学校における数学・理科などの教育に対して強化を求める声が強まり、一九五八年に連邦政府は『国家防衛教育法（National Defense Educational Act of 1958：NDEA）』を制定し、「初等中等教員志望の学生及び理科や数学等に優れた能力を有する学生へ奨学金を貸与すること、数学や理科などの教育に必要な学校設備等の拡充のために連邦から補助金を交付すること等」[83]を規定した[84]。このような内容を含んでいる同法の制定について、「…連邦政府による教育への関与は、条件整備への関与から教育内容への関与へという流れと、カテゴリカルな関与から一般的な関与へという流れに深化していった」[85]発端だと認識する見解がある。

そして、もう一つはアメリカ国内に発生した人種問題の変化である。周知のように、アメリカにおける有色人種をめぐる争いの歴史は長い。その中でも、言うまでもなく「黒人」の奴隷制に関する問題がもっとも深刻なものである[86]。Benedict の研究によれば、人種問題の変化はアメリカの第二次世界大戦の参戦により著しくなったという。すなわち、「…

---

[79] 1957年10月にソ連の無人人工衛星スプートニク１号がバイコヌール基地から打ち上げられ、人類最初の人工衛星となった一方、当時の西側諸国にも大きな衝撃を与えた。世界史小辞典編集委員会『山川　世界史小辞典（改訂新版）』（山川出版社・2004年）355頁。

[80] 寺川史朗・前掲論文注（58）211頁。

[81] すなわち、この事件によって「（学校で）進化論を教育することの重要性をアメリカ人に認識させた」、と言われている。上田伸治『アメリカで裁かれた本―公立学校と図書館における本を読む自由―』（大学教育出版・2008年）72頁。

[82] 寺川史朗・前掲論文注（58）211頁。

[83] 寺倉憲一・前掲論文注（67）26頁。

[84] 寺川史朗・前掲論文注（58）211頁。

[85] 寺川史朗・前掲論文注（58）212頁。

[86] 本田創造『アメリカ黒人の歴史　新版』（岩波書店・1991年）21 ～ 23頁。

自由主義者たちの、人種的・宗教的寛容へのコミットメントは著しく強化された」ことになり、「…人権擁護団体は、黒人に対する法的差別を廃止する立法を要求しはじめ、さらに、差別的法律の合憲性を争うための裁判闘争と開始した」からである[87]。このような動きの中で最も大きな成功を収めたのは、言うまでもなく一九五四年に連邦最高裁が下したあの著名な Brown 判決だと言えよう。この判決は、同裁判所の裁判官が全員一致の結果によって公立学校におけるすべての人種隔離政策は修正一四条の平等保護条項に違反すると判断し、従来の「分離すれども平等」の法理を覆した[88]。この判決を機に、「制度的な人種差別の多くが廃止された」[89]と言われ、一九五〇年代から進行している「平等主義革命（egalitarian revolution）」もより幅広く展開されることになった[90]。このような状況において、教育の領域では人種による差別の撤廃や「教育の機会均等」を目指す動きが強まったため、連邦政府は一九六五年に『初等中等教育法（Elementary and Secondary Education Act : ESEA）』を制定した[91]。同法は「教育の専門機関としてリーダーシップを発揮する活動を展開する州教育行政局に対して『基礎援助』（や）…『特別計画援助』（などを供与し）…より専門的な知識および技術を共有・展開することを目的として連邦と州の各行政機関相互間における専門行政官の交換を行なうことなどを定め、さらには、同法第一章とも相俟って、教育の機会均等の実現を図る教育プログラムの州および地方への浸透を図ったのである」[92]、とされている。また、教育改革の流れを追う視点に立ち、Tyler, R. W. は同法の成立がアメリカにおける教育改革の成功を象徴する一好例だと認識している。すなわち、同法は「年に合計四、〇〇〇ドル以下の収入しかない家庭の子どもが多数入学する学校に州からの援助

---

87 松井茂記『アメリカ憲法入門　（第５版）』（有斐閣・2004年）291 ～ 292頁。M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）189頁。

88 M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（27）189頁。

89 藤倉皓一郎「公立学校における人種別学制度の違憲性」『別冊ジュリスト139号　英米判例百選　（第三版）』（有斐閣・1996年）63頁。

90 寺川史朗・前掲論文注（58）214頁。

91 寺川史朗・前掲論文注（58）215頁。寺倉憲一・前掲論文注（67）26頁。

92 寺川史朗・前掲論文注（58）215頁。

金が与えられるように、約、一〇億ドルの予算を組んだ。…。（同法の施行）の三年目とその後に、ますます多くの学校は、貧しい子どもたちの学習を援助する方法を見いだしたこと」[93]が証明されたからである。

前述した『NDEA』と『ESEA』の成立の外に、一九七五年に障害児教育への関心が高まる中、すべての障害児を対象に無償で適切な公教育が受けられることを保障する目的で『全障害児教育法（Education for All Handicapped Children Act of 1975）』が制定され、障害児教育に関しても連邦政府が補助金を供与することになった（但し、法律の施行は一九七七年に延期され、また一九九〇年に行われた法改正によって『個別障害者教育法〈the Individuals with Disabilities Education Act〉』と改称され現在に至っている）[94]。このように、いくつかの重大な教育改革を迎えながら、時は一九八〇年代に入り、「また新たな観点から、教育問題は連邦レヴェルの関心を集めることとなる」[95]、と見られる。

第Ⅰ部のところでも示されたように、アメリカ社会においてホワイト・エスニックも含まれて「WASP」とされる人々の優勢が様々な場面において現している。それは主な原因ではないかもしれないが、実際に一九五四年の Brown 判決以降、公立学校における人種統合を求める動きは決して順調とは言えない状況であった。例えば、「…一九六四年の市民権法（Civil Right Act）の制定により、人種的無差別を怠る学区に対する連邦基金援助の打切りを行ったが、一九六〇年代にはその効果はまだあらわれなかったのである。…（人種）統合学校が実現されなかった理由として、一つには白人が黒人の人格を認めるのを基本的に好まないこと、二つには黒人側に統合自体には賛成しながらも一方的な統合に強い反発を感じていたこと」[96]などの指摘がある。そして、公立学校に

---

[93] R・W・タイラー「第一章　教育改革」西尾範博編訳『苦闘するアメリカ教育』（教育開発研究所・1993年）18頁。

[94] 矢吹芳洋「アメリカ合衆国の障害児教育に関する連邦法及び判決についての一考察」『専修大学大学院紀要　経済と法　第19号』（1984年）141 ～ 142頁。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 4, at 248-249. 寺倉憲一・前掲論文注（67）27頁。

[95] 寺倉憲一・前掲論文注（67）27頁。

[96] 千葉卓・前掲書注（14）169頁。

おける人種差別の撤廃に使われる手段の一環として、一九七〇年代から強制バス通学が行われるようになると、「公立学校における暴力、ドラッグなどの問題を嫌って、白人の家庭には、私立学校に子供を入れたり、自宅で子供を教育する（ホーム・スクーリング）ことを選ぶ家庭も増えてきた。アメリカの公立学校の教育が一層衰退していった」[97]現実が見受けられることも記されている。このような中で、一九七九年にJimmy Carter政権の下で「アメリカ教育省団体条令」が誕生し、一九八〇年に連邦政府の教育に関する権限の拡大を図ることが主な目的だ[98]と言われるアメリカ教育省（U.S. Department of Education）が設立されたのである[99]。

一方、前述した教育の現実は一九八〇年代に入る頃、子どもたちの学力低下の問題とも繋がるように見え始めた。その一側面として、「例えば、進学適性テスト（Scholastic Aptitude Test : 略称SAT）と呼ばれる…全国的規模の試験の成績の平均点は、一九六〇年代から一九八〇年代までほぼ毎年低下を続けており、学力の国際比較でも、他の先進諸国に比較してアメリカの生徒の成績が芳しくないこと」[100]が指摘される。こうして、連邦政府は学力の低下と経済の凋落とを結びつけ[101]、コモン・スクールの導入を盛んに唱えたMannの時代に戻ったように教育の経済的生産性を重視しながら[102]、更なる教育の関与を拡大していったので

---

[97] アメリカ教育省他著・西村和雄・戸瀬信之編訳『アメリカの教育改革』（京都大学学術出版会・2004年）ix頁。寺川史朗・前掲論文注（58）216頁。

[98] 寺川史朗・前掲論文注（58）216頁。

[99] アメリカ教育省他著・西村和雄・戸瀬信之編訳・前掲書注（97）ix頁。McCarthyらは「教育に対する連邦の財政援助のほぼ半分は、教育省で扱っており、財政に関する法律を実施するための規則は学校に顕著な影響を及ぼしている」、と言い、教育省の重要性を説明している。Martha M. McCarthy・Nelda H. Cambron-McCabe著・平原春好・青木宏治訳・前掲書注（63）25頁。

[100] 寺倉憲一・前掲論文注（67）27頁。

[101] 寺倉憲一・前掲論文注（67）27頁。アメリカ教育省他著・西村和雄・戸瀬信之編訳・前掲書注（97）ix頁。

[102] 例えば、コモン・スクールの不可欠性を力説するHorace Mannは「教育は、…、最も高度の経済的価値を有しているのである」、と語ったことがある。久保義三・前掲書注（51）126頁。

ある。そして、このような連邦政府の意図を最も明確に示したのは、言うまでもなく一九八三年に教育省から出された「危機に立つ国家」という報告書である。例えば、同文書の中で日本の自動車産業はアメリカよりも生産性が高いという現実を指摘し、「地球上のあらゆる所に潜在能力をもち、訓練を受けた人材が再分配されている」ことなどを国家の「危機」だと意識すべきだと説き、「…（アメリカ）が世界市場で保持しているわずかな競争力を死守し、さらに向上させていこうとするならば、教育制度の改革に献身的に取り組み、老若、貧富、人種を超えた、国民すべてのためになる教育制度を供する必要がある」、と宣言する一節[103]がある。よって、教育学者の間には、「一九八〇年代は、二〇世紀への転換期にコモン・スクールが導入されて以来、最も持続的で広範囲にわたるアメリカの初等・中等教育“改革”の努力が始まった時期であった」[104]、と見る者もいる。

このように、少なくとも一九八〇年代から進められるアメリカ合衆国の教育改革は明らかに「学力向上」が一つのキーワードになっている。また、ほぼ同一の時期から始まる公立学校の減少する傾向及び私立学校が増設される流れ[105]が、公立学校からの離脱志向だと見られるアメリカ社会の現象もより明るみとなった。この現象は、一九九一年に当時のGeorge H. W. Bush 政権の下で出された『二〇〇〇年のアメリカ―教育戦略』計画によって一層加速したようである[106]。なぜなら、「公立学校については、居住地以外の学校区の学校へも通学することを認め、また、必ずしも裕福とはいえない家庭でも、私立学校を選択しやすくするため、ヴァウチャー（連邦政府の支払い保証書）の支給や税額控除などの形で

---

[103] 寺倉憲一・前掲論文注（67）27 ～ 28頁。アメリカ教育省他著・西村和雄・戸瀬信之編訳・前掲書注（97）13 ～ 14頁。

[104] L・ダーリング－ハモンド「第５章　教育の国家目標の達成―うわべだけの改革か根本的な構造改革か」西尾範博編訳『苦闘するアメリカ教育』（教育開発研究所・1993年）74頁。

[105] 山口和孝「公立学校からの離脱とヴァウチャー制度」『季刊教育法　93号』（エイデル研究所・1993年）67頁。

[106] 山口和孝・前掲論文注（105）67頁。

学費の一部を政府（連邦又は州）が援助しようという」学校選択制度[107]が打ち出されたからである。確かに、同計画は法文化されないまま葬られたが、後に政権を受け継ぐClinton前大統領の下で同計画の骨子を概ね反映した『二〇〇〇年の目標：アメリカ教育法（Goals 2000: Educate America Act）』を制定した。同法は私立学校を対象としなかったが、公立学校間の学校選択制度を設ける[108]一方、ハイスクール卒業者の割合を少なくとも九〇％にまで高めるなどの内容を盛り込んだ「全国共通教育目標（National Education Goals）」という要請条項も羅列している[109]。このように、「学力向上」と共に、「学校選択」も連邦政府によるアメリカの教育改革の一つの柱であることが伺えよう。Guthrieは一九五〇年代から始まった連邦政府による教育（財政）改革の流れを「一九五五年から一九六五年（ブラウン判決から初等中等教育法）までを『平等の時代』、一九六五年から一九七五年までをアカウンタビリティ運動（すなわち、納税者である市民が学校に対して教育費に見合うだけの成果を説明する責任を負わせる推進運動である[110]）と学校をより生産的にさせる試みが進められる『効率の時代』とし、一九七五年以降は、より多くの選択を欲する人々による反撃の傾向をもつ時代である」[111]、と分析している。この方向性を二〇〇一年にClinton政権を引き継いだGeorge W. Bush政権も基本的には踏襲していた。かような流れの中、一つの到達点だと見做されるのは、二〇〇二年に施行された『落ちこぼれを作らないための初等中等教育法（No Child Left Behind Act）』と二〇〇七年八月に制定された『アメリカ競争力強化法（America Creating Opportunities to Meaningfully Promote Excellence in Technology, Education, and Science Act：America COMPETES Act）』である。前

[107] 寺倉憲一・前掲論文注（67）31頁。
[108] 寺倉憲一・前掲論文注（67）35頁。
[109] 寺倉憲一・前掲論文注（67）44～49頁。
[110] 酒井研作「米国における教育アカウンタビリティ・システム構築の動向―『落ちこぼれを作らないための初等中等教育法』を中心に―」『広島大学大学院教育学研究科紀要　第三部第55号』（2006年）77～78頁。
[111] 小川正人「アメリカにおける教育財政改革と教育の『機会均等』問題」『教育法学の現代的課題　法政大学現代法研究所叢書５』（日本評論社・1984年）177頁。

者に関しては、一九六五年の初等中等教育法以来、より広範囲的に教育改革を推進するものであり、州との間にも訴訟沙汰まで引き起こしたため、第三項で改めて紹介・検討するが、後者については以下のように概観する。

要するに、『アメリカ競争力強化法』はアメリカの「国際競争力の強化に向けて理数教育の拡充及び研究振興を目指す」ものとして成立されたのである。同法により、連邦政府は「研究振興機関の予算拡大や理数系教員志望者を対象とする連邦奨学金の拡充等に向けて、2008会計年度から2010会計年度の３年間で総額433億ドル（約４兆7600億円）の支出」を認めた[112]。同法は八タイトルによって構成されており、タイトルⅥにおいて教育分野に対する支援事業は次のように定められている。①は教員支援である。同項目において初等中等教育段階（K-12）における数学、理科、テクノロジーなどの理工系教育推進事業の普及を唱えている。②は数学教育支援である。③は外国語教育パートナーシップ事業であり、連邦教育省長官に対し、初等教育から中等後教育までの重要外国語に関する教育プログラムの実施機関を最高五年間の補助金事業の実施を授権している。④は教育関連事業の調整支援である。そして最後は⑤の理数教育優秀校支援事業だという内容である[113]。

なお、今までの検討を通して連邦政府による教育関与の拡大を指摘したが、Frederick M. Hess（以下、「Hess」）らは「（連邦）政府が米国のK-12（幼稚園から第一二年学年まで）の教育法案のわずか約七％、および諸州と学区で行われている実際の活動の大部分の責任を持ち続けているとして、…（連邦政府は数えきれないほど多くの小さな法律を可決する）活動は…殆ど大した価値はなかった」[114]、という認識を示している。それにもかかわらず、「…（アメリカ）公教育の教育機会均等における平等の課題が、学業達成のミニマムで適切な基準の保障という概念によっ

[112] 文部科学省『諸外国の教育動向　2007年度版』（明石書店・2008年）15頁。
[113] 文部科学省・前掲書注（112）15 ～ 16頁。
[114] F･M･ヘス＆C･E･フィンJr.「第１章　序論」フレデリック･M･ヘス＆チェスター・E・フィンJr. 編著・後洋一訳『格差社会アメリカの教育改革―市場モデルの学校選択は成功するか』（明石書店・2007年）９頁。

ておきかえられる過程は、同時に制度の集権化、画一化を著しく促してきた過程でもあった」[115]、との指摘をより注意深く吟味しなければならないと考える。

第二目　連邦最高裁の対応

既に説明した通り、連邦政府は凡そ合衆国憲法一条八節に示される「支出権限（the spending clause）」を行使して、教育の領域に関わってきた。しかしながら、同節に列挙している一八項目では「教育」に対する公的資金の支出を容認するような言葉は書かれていない。従って、学説においては同節一項に言う「一般福祉（general welfare）」条項を広い意味で捉える一九三六年の連邦最高裁の Butler 判決[116]に頼りながら、教育に対する連邦政府の働きの合憲性を認めてきたのである。

他方、従来合衆国憲法修正一〇条に基づき州政府の教育権限を認めているが、同規定を用いて連邦政府による関与の排除を求めることは殆ど無効だと考えられよう。例えば、一九八三年に連邦最高裁は、Bell v. New Jersey (461 U.S. 773 [1983]) 判決において「連邦政府による公的補助金の供与に伴い、州に対して連邦政府からの要請を尊重せよという条件が課される手段は州政府の主権を侵害することにはならない。一旦、州政府は当該公的補助金からなる連邦政府のプログラムに参加しようと選択した場合、同プログラムに伴う諸条件への遵守の確信が自然に発生する」[117]、と宣言している。よって、連邦政府が考案した教育プログラムに州政府が自主的に参加を選択する場合、一九七六年の Buckley v. Valeo (424 U.S. 1 [1976]) 判決の言うように、「…明確的に合衆国憲法に違反するか個人の基本権を侵害する場合に限って」[118]、一般福祉条項による公的資金の支出を決定する連邦政府の権限が殆ど肯認されている。ところが、一九八七年に入ってから、州の飲酒禁止法令をめぐる争いにおいて連邦

[115] F・M・ヘス＆C・E・フィン Jr.・前掲論文注（2477）177頁。
[116] John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law, 7th ed.,* (U.S. 2004), at 230-231.
[117] *Id.* at 231.
[118] *Ibid.*

最高裁は South Dakota v. Dole (483 U.S. 203 [1987]) 判決において、このような連邦政府の支出権限の行使の合憲性をより詳しく検証することができるようにいつかの基準を打ち出したのである。

この Dole 判決で取扱った事案の背景は、連邦政府による高速道路の建設ファンドの供与との関わりがある。要するに、本来 South Dakota 州は自らの州法に満一九歳以上の者しかアルコールを3.2％以上含むビールを購入することができないと定めていたが、一九八四年に連邦政府の運輸省（the Secretary of Transportation）の高速道路の建設ファンドを得るために、同州がすべてのアルコール類の飲料を二一歳未満の者に対して販売することができないという条件をのむことになってしまった。このような不具合が生じたため、South Dakota 州は連邦地裁に対して当該要請条項が連邦政府の支出権限に違反するものであり、合衆国憲法修正二一条にも反し違憲であるとの宣言的判決を求めた。しかしながら、連邦地裁やその控訴審を担当する連邦第八巡回区控訴裁判所[119]はいずれも州の主張を棄却したため、州が連邦最高裁に上告し、同裁判所がそのサーシオレイライを受理した[120]。

Rehnquist 裁判官による法廷意見では、まず同裁判所の一九八〇年の California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc. (445 U.S. 97 [1980]) 判決を引用し、修正二一条二節の規定によって州政府には酒精飲料の販売や輸入と関わる全体の流通システムを決める権限があることを再確認した。しかし、同規定に基づき連邦政府が禁止しようとする標的を州政府に許可する権限を与えていないことについても法廷意見は述べている[121]。そして、法廷意見は前述した一九三六年の Butler 判決を再び引用し、連邦政府がアメリカの人民と関わる一般の福祉を促進するために憲法一条八節に列挙されている項目以外の事項に対しても支出権限を行使し得ることを再確認した[122]。但し、このような目的に基づ

[119] 791 F.2d 628.

[120] 483 U.S. at 205. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *op. cit. supra* note 116, at 232.

[121] *Id.* at 206.

[122] *Id.* at 207.

いて行使されている支出権限は無制限ではないと法廷意見は宣言したのである。すなわち、当該権限の行使について、合憲だと言うために法廷意見は①支出権限は一般の福祉を増進する（pursuit of the general welfare）ために行使されなければならない、②州政府に受け止めようとする条件はかならず明白に（unambiguously）示されなければならない、③特定の全国的なプロジェクトやプログラムを通じて実現させたい目的はかならずアメリカ全土の利益（the federal interest）に繋がらなければならない、④支出権限の行使に際して他の憲法条項が独立の合憲性阻却事由（independent constitutional bar）として機能しているかどうかを裁判所が審査しなければならない、という四つのテストを取り上げている[123]。このように、法廷意見は本件の争いとなる連邦法の要請条項が前記の最初の三つのテストについていずれもクリアしていると判断し[124]、残りの四つ目のテストは本件の建設ファンドの供与に関して修正二一条が連邦政府の支出権限の合憲性阻却事由として機能しているかどうかの問題を検討していた。

この点について、原告の主張によれば、修正二一条に基づいて連邦政府には直接合法的な飲酒年齢を定める権限が与えられていないとした。ところが、法廷意見は再び一九三六年の Butler 判決を持ち出し、連邦政府が直接に規制権限を行使することより支出権限の運用に伴う規制条件の付加の方が緩和（exacting）だと思われる場合、前記の合憲性阻却事由の働きが発生すると解釈したのである。すなわち、支出権限の行使を通じて、連邦政府が州政府に対し違憲的な活動の展開を促しているかどうかの判断こそ、合憲性阻却事由の成立か不成立かに繋がるため、原告の主張が斥けられている[125]。また、法廷意見は一例として修正四条を取り上げて、支出権限の運用が間接的に州政府に人民の修正四条による保障を侵害する行動を促進する場合、当該支出権限の行使は違憲だと説

[123] *Id.* at 207-208.

[124] *Id.* at 208-209.

[125] *Id.* at 209. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *op. cit. supra* note 116, at 233.

明している[126]。

以上のような検討を経て、連邦最高裁は結論として本件の連邦法の要請条項が国内の交通安全という一般の福祉を増進させる目的に資することを認め、全国均一的に飲酒年齢を二一歳に規定することも何人の憲法上の権利を侵害することにはならないと判断し、州の敗訴を確定したのである[127]。しかし、判決の結果よりも最も重要なことは、Nowak らの言うように、これから連邦政府の支出権限と関わるケースが前述した四つのテストに沿って審査しなければならないことを示唆することにある[128]。こうして考えると、連邦政府による教育関与に対しても Dole 判決に示される四つのテストを用いて検証すべきだということになろう。その一例は次の項目で検討する「落ちこぼれを作らないための初等中等教育法」とも関わっているため、先に向って同法の全体像の整理を進む。

第三項　二〇〇二年の『落ちこぼれを作らないための初等中等教育法（NCLBA）』

二〇〇二年一月に成立した『NCLBA』は、一九六五年の『初等中等教育法』を補足改正したものである。そして、同法の成立も一九八三年に発表された「危機に立つ国家」及び一九九四年の『二〇〇〇年の目標：アメリカ教育法』から大いに踏み出した連邦政府による一連の教育改革の流れに位置づけられている[129]。しかしながら、『NCLBA』の内容は、

---

[126] より具体的な例として、「連邦政府は低収入者に提供する公的住宅の入居条件の中では無令状の家宅捜索を我慢させるような同人の修正四条の保障を恣意的に侵害する文言が入ってはならない」、と取り上げられる学説上の見解がある。John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *op. cit. supra* note 116, at 233.

[127] *supra* note 120, at 212.

[128] "NOTE: LEAVING NO CHILD BEHIND (EXCEPT IN STATES THAT DON'T DO AS WE SAY): CONNECTICUT'S CHALLENGE TO THE FEDERAL GOVERNMENT'S POWER TO CONTROL STATE EDUCATION POLICY THROUGH THE SPENDING CLAUSE," *Boston College Law Review,* 46 (2006), at 1062-1063. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *op. cit. supra* note 116, at 232.

[129] 五島一美「No Child Left Behind と教育の再生産―マイノリティと貧困層の

その前身である『初等中等教育法』よりも「大がかり」[130]だと評されるほどであり、引き起こした問題も様々である。この詳細を見る前に、まず『NCLBA』の中身を概観してみよう。

第一目　『NCLBA』の内容とその問題点

二〇〇八年の Bush 政権は『NCLBA』を「生徒の成績を改善し、アメリカの学校文化を変革することを目指した教育改革の指標」[131]として位置づけている。そういう意味において、全国の初等・中等教育を再点検することが同法の主な役割だと言えよう。そして、同法の構造が「①結果に対する説明責任　②科学的調査に基づく効果ある所への予算の重点配分　③親の選択権の拡大　④地方の裁量権の拡大」[132]の四つの大きな柱から成り立っているとされ、「（１）早期学習の重視」、「（２）情報の提供」、「（３）子供と親にライフラインを」、「（４）教員の質の保障を最優先に」、及び「（５）裁量権の拡大」は同法の主な内容だと認識されている[133]。

その中、「情報の提供」とは「全ての州は、公立学校の３年生から８年生の全ての生徒と10年生から12年生のいずれかの学年の生徒に読みと数学の進歩を測定し、州の定めた学習内容と学習基準に合致しなければならない」[134]という「十分な年間進歩（adequate yearly progress：AYP）」を遂げているかどうかの情報を公開する意味となり、Hess らはこの部分こそ「同法の中核となっている」[135]と見る。

他方、前述したように「学校選択」の促進も連邦政府の教育関与の関

児童･生徒への影響―」『早稲田教育評論　第18巻第１号』（2004年）85頁。F･M･ヘス＆Ｃ・E・フィン Jr.・前掲論文注（114）10 ～ 11頁。

[130] Ｆ・Ｍ・ヘス＆Ｃ・E・フィン Jr.・前掲論文注（114）12頁。

[131] 小池正春「アメリカの教育改革の中で―メリーランド州プリンス・ジョージズ郡の取り組み―」『早稲田教育評論　第18巻第１号』（2004年）136頁。

[132] 小池正春・前掲論文注（2494）136頁。Mitchell L. Yell and Erik Drasgow, *No Child Left Behind : A Guide for Professionals,* (U.S.A, 2005), at 13.

[133] 小池正春・前掲論文注（131）136 ～ 137頁。

[134] 小池正春・前掲論文注（131）136頁。

[135] Ｆ・Ｍ・ヘス＆Ｃ・E・フィン Jr.・前掲論文注（114）13 ～ 14頁。

心事である。従って、『NCLBA』は「個々の生徒たちによりよい教育の機会をつくるためだけではなく、学校の改革と改善を拡大する梃子として学校選択を利用することについて考え」が明確だという Richard Lee Colvin（以下、「Colvin」）の指摘が当然の結果だと考えられよう[136]。具体的に言うと、同法の下では、仮に学校が二年連続して前記の「十分な年間進歩」を遂げることができず、且つ当該学校が全国共通の教育目標が設定された連邦タイトルⅠの公的資金を受け取る所であるならば、子どもとその親に同一学区内におけるより良い成果を上げている公立学校への転学の選択権を与えなければならない。所謂、「公立学校選択（public school choice）」という政策が同法の中に織り込まれている[137]。また、同法は別の部分において「持続的に危ない」学校に通う子どもたちにも学校選択の機会を与えている[138]。このように、『NCLBA』によって子どもとその親に授与する学校を選ぶ権利について、Colvin の言うように今までとは一味違い「より成績のよい学校へ転校する機会、あるいは授業外の追加支援を得る機会のきっかけとな」り、「…問題のある学校の子どもたちにとっては権利授与である」と認識し得る[139]。しかし、危険な学校からの離脱を目的とされる学校の選択権に関しては、「持続的に危ない」という定義は各州次第であり、二〇〇四年の時点において殆どの州がこのような学校を特定していないため、どの程度まで子どもたちに実益をもたらせているのかは不明である[140]。また、Colvin 自身も指摘し

---

[136] R・L・コルヴィン「第２章　公立学校選択―概観」フレデリック・M・ヘス＆チェスター・E・フィン Jr. 編著・後洋一訳『格差社会アメリカの教育改革―市場モデルの学校選択は成功するか』（明石書店・2007年）26頁。

[137] F・M・ヘス＆C・E・フィン Jr.・前掲論文注（114）14頁。五島一美・前掲論文注（129）86頁。Mitchell L. Yell and Erik Drasgow, *op. cit. supra* note 132, at 17.

[138] F・M・ヘス＆C・E・フィン Jr.・前掲論文注（114）15頁。*Ibid.*

[139] R・L・コルヴィン・前掲論文注（136）27頁。

[140] また、William Howell は Massachusetts 州の Worcester 学区での『NCLBA』の実施状況を検討する際、同学区では公立学校における人種差別の撤廃や少数民族の子どもたちへの配慮を目的とする「非孤立化」計画が既に実施されているため、問題の公立学校にとらえられた子どもたちの解放を意図する

ているように、凡そ一九六〇年代から各州で近隣への学校選択を親に提供する計画（マグネットスクール、オープンエンロールメント計画など）が次々と現れ始め、『NCLBA』の学校選択条項は既に各州における親の学校選択を許可している先在の計画によって完全に支配され、場合によっては軽視される可能性もある[141]。また、学校の収容能力、転校しても新しい学校へ通学する交通手段、学校選択に対する各州における政治的抵抗、学校選択に対する親の参加の不足、各学区の地理的条件及び転校に関する手続や詳細の計画の欠落など、従来学校選択計画を実行する際に直面する諸問題は『NCLBA』の学校選択条項の実現に同様に出てくるはずだということも指摘されている[142]（実際、学校選択条項は「都市の学校が履行するのに最も困難な条項のいくつかである」と言う報告が既になされている。その数々の原因の中で学校の収容能力の不足も示されている[143]）。

そして、焦点を同法の中核となる「十分な年間進歩」の要請に戻ってみれば、各州の財政状況という現実味が溢れる問題が浮上している。一九九四年のアメリカ教育法においては、「数学とリーディングの標準

『NCLBA』の要求を積極的に実現させようとすれば、「少数民族が多数を占める、成績の低い公立学校に通学している白人の子どもが転校を要求」する可能性が出てくることを想定しながら、「（このような）生徒の権利は、学区の人種差別撤廃に対する関心に取って替わるべきであろうか。それとは違って、学区は連邦政府よりも州に従うべきであろうか、また、州政府よりも連邦政府に従うべきであろうか」、という矛盾をはらむ問題を指摘している。W・ハウウェル「第11章　ウスター雷雲、降雨なし〈小都市における NCLB への抵抗と資金の低受給率〉」フレデリック・M・ヘス＆チェスター・E・フィン Jr. 編著・後洋一訳『格差社会アメリカの教育改革―市場モデルの学校選択は成功するか』（明石書店・2007年）361 ～ 362頁。F・M・ヘス＆C・E・フィン Jr.・前掲論文注（114）15頁。R・L・コルヴィン・前掲論文注（136）27頁。

[141] R・L・コルヴィン・前掲論文注（136）28 ～ 29頁。

[142] R・L・コルヴィン・前掲論文注（136）29 ～ 30頁。

[143] M・キャサリー「第９章　米国の大都市の学校における選択と追加サービス〈計画への参加率と学区の取り組み〉」フレデリック・M・ヘス＆チェスター・E・フィン Jr. 編著・後洋一訳『格差社会アメリカの教育改革―市場モデルの学校選択は成功するか』（明石書店・2007年）291 ～ 301頁。

テストを12年の教育課程の間に３回実施することが州に要求されていただけであった」[144]が、『NCLBA』は前述したように試験を受けさせる対象の範囲を拡大することに伴い、頻度も増えている。従って、予想がつくとおり、試験を行うだけで各州の支出の増大に繋がることは殆ど必至である。アメリカ全州の『NCLBA』と関わる費用を合計をしてみると、「テストの原案作りとそのテストの実施に70億ドル近くかかる」と言われ、「データの集計と管理のシステムの構築に数千万ドルが必要となる」とされる上、教員の雇用も絡めば相当な額に上ることが示されている[145]。にもかかわらず、「2002会計年度で、17の州が第12学年以下の教育（k-12 education）への予算を削減した」状況の中で、連邦政府の第一二学年以下の教育に対する援助は『NCLBA』の全予算の七％に過ぎない。更に、ある学校は「十分な年間進歩」を遂げることができなければ、「その学校の改善のために、人員の配置転換、新たなカリキュラムの履行、外部アドバイザーの供給、授業数の増加、学校組織の変革、そして児童生徒が転校を希望した場合のバウチャーなどに、州政府、学区は多大な費用をかけなければならなくなる」[146]、ということも指摘されている。このような財政面の問題に注目して、『NCLBA』の合憲性を疑問視し、連邦地裁に赴き提訴したのは次の項目で検討する Connecticut 州の事案である。

第二目　Connecticut 州からの提訴

二〇〇八年にアメリカの教育専門誌『カッパン（Phi Delta KAPPAN）』が発表した民間調査会社のギャラップ社と共同で一般市民を対象に行った調査結果によると、『NCLBA』について肯定的にとらえる回答者が三一％に対し、否定的にとらえる方が四〇％と上回った。これは、二〇〇三年から同調査を実施して以来、初めての結果だと言われている[147]。また、『NCLBA』に対する不満や抵抗も実により早い段階から表

144 五島一美・前掲論文注（129）87頁。
145 五島一美・前掲論文注（129）89 ～ 90頁。
146 五島一美・前掲論文注（129）89 ～ 90頁。
147 文部科学省・前掲書注（112）30頁。

れ始めている。例えば、二〇〇五年にUtah州の立法府が『NCLBA』の要請条項より州の教育法が求める各事項の実現を優先的に扱うべきだという決議案を採択している。また、Colorado州は二〇〇六年の時点において『NCLBA』の要請条項を早期に実現させたいという連邦教育省や州の教育委員会の圧力から学区を保護する姿勢を打ち出している。そして、いくつかの州は自ら『NCLBA』との正面衝突を避けながらも、州内の学区や他の州による『NCLBA』への抵抗を支援する事実もしばしば明かされている[148]。

その中で、州政府が初めて司法の場を借りて連邦政府と『NCLBA』の合憲性を争ったのはConnecticut v. Spellingsをめぐる一連の訴訟である[149]。この事案の焦点について率直に言うと、『NCLBA』の実施と関わる州の財政問題である。『NCLBA』の中には財源付与のない委任事務条項（unfunded mandates provision）が設けられているため、Connecticut州は、連邦政府が同法によって要請する学校の「十分な年間進歩」の公表の基礎となる全ての生徒に対する学力テストを行うことに十分な公的資金を提供していないと反発した。その上、同法による当該義務の強要も連邦政府の権限を超えるものだと主張したのである[150]。その後、Connecticut州は、連邦教育省に対して何回かに亘りその財源付与のない委任事務条項の不履行（waive）を求め、同省も同州に対する予算を追加し、毎年学力テストを行わなくてもいいと約束したが、やはり同条項の不履行を拒否し続けている[151]。よって、二〇〇五年八月に

---

[148] *supra* note 128, at 1053.

[149] *Id.* at 1053-1054.

[150] *Id.* at 1053. なお、杉田荘治はより明快に次のように事案を説明している。すなわち、『NCLBA』によってConnecticut州は今まで自らが独自に行ってきた学力テスト（Connecticut Mastery Test）以上により多くの生徒に毎年学力テストを受けさせなければならないのに、「連邦から支給されたのは7060万ドルしかないが、実際には1億1220万ドルかかる。したがって4160万ドルを州が余分に支出しなければならず無駄遣いである。これは違法であり違憲である」、と。『杉田荘治ホームページ』（2008年11月8日）〈http://www.aba.ne.jp/~sugita/162j.htm〉。

[151] *Id.* at 1054-1055.

Connecticut 州は、連邦教育省が『NCLBA』の財源付与のない委任事務条項に違反して無断で同州の財源分配に介入・コントロールしているとし、連邦地裁に提訴したのである[152]。

州の提訴を受けて、連邦地裁は二〇〇六年に Connecticut v. Spellings (453 F. Supp. 2d 459 [2006]) 判決を下した。結論として、同裁判所は前述した Dole 判決に依拠しつつ、『NCLBA』の合憲性を論じて連邦教育省の裁量権を積極的に認めた[153]。すなわち、同裁判所は（1）、『普遍的な教育条項法（the General Education Provision Act）』に基づき、強制的な効果を持つ条項の実現が未だに具体化していない段階では司法による審査を排除すべきであること；（2）、例え州に連邦による公的資金の援助を受けられなくなる恐れがなくても、本件のように連邦の行政府が計画の変更を求める要請を拒否する行為に対して、裁判所による合法性の審査が依然として行われ得ること；（3）、争いがある行政活動を直轄する最上級の行政機関に対して、司法府は当該権限の行使をより公正的に要求することができる、と述べながら、連邦教育省は本件のような争いに対して広汎的な裁量権（unfettered discretion）を持つため、財源付与のない委任事務条項の不履行に対する連邦教育省の拒否が司法による審査に服さないと判断した[154]。

このように、具体的な訴訟を通して『NCLBA』の問題点がより明確化されたことにも繋がるが、本論としてより注意を喚起したいのは Hess らによって指摘された次のことである。すなわち、Hess らは従来の教育選択の計画は凡そ「家族は子どもの教育を管理する生得的権利を有する」、「学校間の競争は、生徒たちにより役に立つ方法を見出すように問題の多い学校を駆り立てつつ、企業家精神の新たな余地となるであろう」及び「社会は貧しい子どもたちに対して、効果のない学校が与えるぞんざいな教育に対する有効な選択肢を供給する義務がある」という三つの論理的基盤からなるが、『NCLBA』について、「（連邦議会）は、三番目の正当な根拠に主として焦点を合わせ、（選択条項が『要改善校』

[152] *Id.* at 1056.

[153] 453 F. Supp. 2d at 468-469.

[154] *Id.* at 473-503.

を対象とする多数の介入と制裁に含まれている理由である）二番目の根拠にいくぶん注意を払い、一番目の根拠をほとんど無視することを選んだ」と分析しているところである[155]。また、『NCLBA』とマイノリティや貧困層の子どもの関係に注目し研究を行いながら、「（『NCLBA』）は、いわば、諸刃の剣である。非白人化が進行する合衆国において、その成否は、どれだけマイノリティと貧困層の児童生徒の声を取り入れ、そのような児童生徒への支援に対する国民の理解を得られるかにかかっていると言えよう」[156]と示す見解にも注目すべきだと考える。

第五節　小括

本章を通して、アメリカ合衆国の教育における子どもの位置づけを不十分ではあるが一通り概観してきた。そして、連邦最高裁から示された法理を吟味すれば、確かに一九七三年の Rodriguez 判決の法理に基づいて教育の分野において実質的な平等を求めることには一層困難なものとなるが、教育を受けることを超えて、合衆国憲法に定められる各人権条項を精力的に学校における子どもたちにも及ぼそうとする点も見落としてはならないと考えている。すなわち、一九七二年の Yoder 判決で述べられた Douglas 裁判官の言葉を重く受け止めるべきだと考える。

ところが、同裁判官は特定の宗教的な生活から離脱し、通常の公教育を受けたいと考える子どもの意思を十分に尊重せよと唱えてはいるが、後に信仰と関わるいくつかの裁判例を見ると、子ども本人の利益や意思が十分に配慮されたかどうかは不明であるし、そもそも宗教国家とされる国全体の風土から考えると、子どもの最善の利益を配慮することだけでそのような争いを解決することができるとも思えない。また、連邦政府による教育関与の部分を見ると、現行法の中で子どもの教育と深く関わる現行法の『NCLBA』は「（アメリカにおける）すべての子どもがアメリカ人の夢を追求する機会を与えられるよう最終的に保証することに

---

[155] F･M･ヘス＆C･E･フィン Jr.「第13章　結論」フレデリック･M･ヘス＆チェスター・E・フィン Jr. 編著・後洋一訳『格差社会アメリカの教育改革―市場モデルの学校選択は成功するか』（明石書店・2007年）424 ～ 425頁。

[156] 五島一美・前掲論文注（129）95頁。

託している」[157]と見做されているが、「英語（リーディング）と数学の学力テストの成績以外の指標を学校や学区の実績評価に使用することで児童・生徒の基礎学力の習得状況を判断することが困難になる恐れがあることや、要改善校のカテゴリーを設けることで一部の児童・生徒たち、民間団体等が提供する課外の補助的教育サービスの機会を奪ってしまう可能性がある」[158]などの問題が示されている。これらの問題に対して、合衆国憲法の枠組み[159]の中で教育における子どもの権利・利益を如何に保障し、実現させるかといった問題が再び問われることになろう。

第六章　台湾

台湾という地域は本論の第二章においても多少言及したように、社会や文化的な側面において特殊な歴史の展開を持っている。オランダ、スペイン、中国、日本、そして長い間与党として台湾の政治運営をコントロールしてきた中国国民党は全て台湾に進出してきた外来の政権だと見做し得る。安易に推論すれば、「教育」という働きは単にその外来の「権力集合体」が順調に台湾を治めるための一つの政治的な手段だと認識し得よう。しかし、時の流れに伴い、「変化」も起きている。本章はその「変化」を追いながら、台湾の教育における子どもの位置づけについて検討したい。

第一節　教育に関する法的枠組み

前述した外来の政権は台湾で教育事業を行う場合、それぞれの時期において台湾に住む人々による抵抗を鎮めることが殆ど主要な目的だとされるらしい[160]。例えば、最も早い時期に台湾に進出してきたオランダは、当時の台湾に住む人たちからの反乱を治めるために宗教的な伝道活動に

---

157 F・M・ヘス＆C・E・フィンJr.・前掲論文注（155）446頁。

158 文部科学省・前掲書注（112）18頁。

159 例えば、『NCLBA』に対して訴訟を引き起こしたConnecticut州の事案を検討しながら、修正一四条は同法の合法性阻却事由として取り上げられる見解が見られている。*supra* note 128, at 1079-1080.

160 葉憲峻「台灣初等教育之演進」徐南號編『台灣教育史』（師大書苑・2002年）119頁。

頼り、教育政策を展開してきたのである[161]。そして、一八九五年から日本による植民統治時期においても日本人と台湾人の思想の疎通を図ることなどの目的に基づいて教育を一つの緊急事業として実施されていた[162]。その後、一九四九年に中国から台湾に逃げ込んできた中国国民党の政権は台湾の統治が死活的にも重大な意味を持つと考えて[163]、中国大陸を領域とする「動員戡乱時期」の延長並びに、台湾全島に対する「戒厳令」の発布により国家政策と教育とが一層強く連結させられたのである。

その後の一九八七年一一月に前記の「戒厳令」の解除に伴い、台湾は民主主義の潮流に乗り始めた[164]。よって、教育を行う目的は、現政権に対する台湾の人民の抵抗を治めることではなくなり、個人の心身的な発達・発展に資することに転換したはずだと思われる。

一方、現に台湾における教育法の枠組みを構成するものとして『中華民国憲法』を含む法律[165]、大法官会議解釈、行政命令、行政規則及び地方自治法規等が存する。特筆に値するのは『中華民国憲法』七八条、第七九条二項により、司法院が行われた憲法解釈は全国機関及び人民に対して拘束力を持つ外、各（行政）機関が解釈に言及された事項を処理する際に、当該解釈の内容からも拘束されるため、司法院の大法官会議解釈も教育法の法的根拠の一つとして見られる。

---

161 鍾清漢『日本植民地下における台湾教育史』（多賀出版・1993年）７頁；44～45頁。黄嘉雄「台灣教育行政之演進」徐南號編『台灣教育史』（師大書苑・2002年）６頁。

162 鍾清漢・前掲書注（161）85～88頁。

163 山崎直也「台湾における教育改革と『教育本土化』」日台交流センター編『歴史研究者交流事業（派遣）　研究成果報告集（下）』（財団法人交流協会・2002年）978頁。

164 若林正丈『台湾―変容し躊躇するアイデンティティ』（筑摩書房・2001年）150頁。

165「教育」に関連する重要な法律として、1999年の『教育基本法』を含め、『大学法』、『専門学校法』、『教職養成法（師資培育法）』、『高等学校法』、『国民教育法』、『強制入学条例』、『幼稚教育法』、『児童及び少年福祉法』（2011年に法改正が行われ、名称も『児童及び少年福祉と権益保障法』とした）、『職業学校法』、『国民体育法』、『国立放送大学設置条例』、『補習教育法』及び『社会教育法』等がある。周志宏『教育法與教育改革』（高等教育・2003年）54～55頁。

また、授権的行政命令や行政規則も場合によって教育法の法的根拠になり、『地方制度法』二五条に基づき、直轄市や県（市）が自主的に広範囲に亘って地方自治法規を定めることができ、法律の補充的規定として運用される故、教育事項と係わる自治条例も教育法規の一環となす[166]。しかし、それらの規定は果して教育法的視点に合致するかどうかのことが疑わしいと考えれるため、以下では、『中華民国憲法』自体、そして制定当初から「準憲法的性格」を有すると唱えられている『教育基本法』[167]、及び憲法を解釈する権限を持つ大法官会議の解釈に絞り、教育を受けることがこれらの実定法においてどのように位置付けられているのかと考察を行う。

第一項　『中華民国憲法』

『中華民国憲法』が制定されるまでの間、中国大陸における政治の様相は清朝政府の崩壊、軍閥勢力の衝突及び国際社会のパワー・ゲームへの押し込むこと等から成る様々な力関係によって織り交ぜている。「立憲運動」、「民主革命運動」または「変法運動」などが行われ、中国の全体的再生を図る目的として、国民教育の必要性も唱えられた[168]が、十分な成果をあげることはできなかったの事実である。また、従来の社会的な意識にあっては人民による政治の自覚が希薄であり、選ばれたエリートへの崇拝[169]という政治的意識もあるのではないかと思わせるように、憲法典の制定に携わる各起草者や機関は、各時期に出された憲法草案の中で教育を受けることが人民の義務なのか或いは権利なのかと躊躇していた様子が伺える。

第一目　『中華民国憲法』制定されたまでの流れ

166　吳清山『教育法規：理論與実務』（心理出版・2004年）16 ～ 17頁。
167　周志宏『「教育基本法」立法必要性之研究』（行政院教育改革審議委員会・1996年）4頁。
168　吳經熊・黃公覺『中国制憲史　民国叢書第四編・27』（上海書店・1936年）14 ～ 20頁。横山宏章『中華民国史』（三一書房・1996年）22；27 ～ 28頁。
169　横山宏章・前掲書注（168）162頁。

国政改革の必要を痛感した清朝政府の時期から、政府だけではなく、政界の有志からも憲法草案の起草は活発に行われていた[170]。その中、教育に関する規定を最初に憲法典と見られる文書の中に掲げたのは、一九一三年に臨時大統領を務めた旧清朝政府官員の袁世凱の主導により作られた『天壇憲法草案』一九条の規定だと考えられる[171]。同条文は、人民に初等教育を受ける「義務」を負わせ、第二項において「国民の教育は孔子の道を以て修身の大本とする」[172]と規定している。その後、袁氏の野望により、一九一四年の『中華民国約法』の制定作業に深く関わり、独裁的体制を築き上げようとした[173]。しかし、同法には、前の『天壇憲法草案』一九条を引き継ぐことがなく、教育に関する条項が一つも制定されることはなかった[174]。

そして、時の流れは、軍閥の乱闘により安定的な統一政権の下で制憲作業を進めることが一層難しくなる南北対立の時代[175]に入った。このような混沌たる状態の中で各時期においても、有志の志を阻むことがなくいくつかの憲法草案が世の中に送られてきた。各草案に設けられた教育の条項は次のように整理する。

まずは、一九二二年に中華革命党党員の葉夏聲は、孫中山に命じられ、起草した『五権憲法』草案の第六八条には、「全ての中華民国人民は国家の義務職業教育を受ける権利を持ち、国家を防衛するため、兵役を服す

---

[170] 宮澤俊義・田中二郎『中華民国憲法草案』（中華民国法制研究会・1935年）１～４頁。高橋勇治『中華民国憲法　外国憲法の研究５』（有斐閣・1948年）38～45頁。周志宏「学習権序論　教育基本法学習権規定之解析」翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編『當代公法新論（上）　翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集』（2002年）198頁。

[171] 宮澤俊義･田中二郎･前掲書注（170）254頁。周志宏･前掲論文注（170）198頁。

[172] 涂懐瑩『中華民国憲法原理』（1977年）303頁。

[173] 横山宏章・前掲書注（168）38～39頁。宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）８～12頁。高橋勇治・前掲書注（170）60～73頁。

[174] 周志宏・前掲論文注（170）198頁。

[175] 袁世凱の死後、中国は南北対立の軍閥混戦に突入した。北方の北京政権は、直系軍閥の曹錕・呉佩孚、安徽軍閥の段祺瑞、奉天軍閥の張作霖らにより政権争奪戦が繰り広げられた。孫中山はそうした北方の北洋軍閥支配に対抗して南方に革命政権を樹立しようとしたのである。横山宏章・前掲書注（168）65頁。

るべし、軍事教育を受ける義務を負うべし」と書かれている[176]。この第六八条は教育を受けることの中身を異なって設定したものの、初めて制憲作業に関する文書の中に教育を受けることが権利であり、義務でもあることを明言したのである。

そして、同じ年の五月に上海で開かれた「中華民国八団体国是会議」において各地へ通電するという形式で発表された『国是会議憲法草案』には、第一〇章の「国民の教育及び生計」が設けられ、教育に関する事項が規定された。すなわち、同草案の第八七条において「全ての人民は性別に関わらず、教育を受ける義務を負う」と定められたのである。また、同草案の第九一条に書かれた「学術的研究の自由は人民の権利であり、国から保護すべきであり制限することを得ず」という文言は、制憲史上初めて学術の自由を唱えた条文であり、評価が与えられている[177]。他方、一九二三年に賄賂や買収の行為に基づき作られ、悪法的なイメージを持つ『曹錕憲法』二一条にも「全ての中華民国人民は法律により初等教育を受ける義務を負う」[178]とされていた。

一九二四年には、北京において安徽軍閥の段祺瑞の下に臨時執政政府が誕生し、「国憲起草委員会」も設けられた。その翌年の一二月に全一四章、一六〇ヵ条から成る『中華民国憲法草案』が公開され[179]、第一四五条に「中華民国国民は法律により教育を受ける義務を負う」と書かれた外、第一五一条では「学校教育は宗教儀式及びその教義を含む教材の支配を受けない」ことを示し、第一五二条においても「学校教育は党派主義の宣伝する場所になってはいけない」と定められていた。これらの規定では、教育と宗教との完全な分離及び民主精神の発揮が理想とされただけではなく、当時の中国教育界に展開されていた「教育権回収運動」[180]と「教育独立」思想も反映されていたとされる。今からしても、

[176] 周志宏・前掲論文注（170）198頁。

[177] 横山宏章・前掲書注（168）72～74頁。宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）14頁。高橋勇治・前掲書注（170）88頁。周志宏・前掲論文注（170）198頁。

[178] 涂懐瑩・前掲書注（172）317頁。

[179] 宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）15頁。

[180] 教育権回収運動とは、1920年代の中国教育界においてアメリカ型教育を追求する一方で、ナショナリズムへと傾向していく際に現れたものである。運動

これらの規定はかなり先進的だと認識し得よう[181]。

混乱的状況を抑え、南北統一の業を成し遂げてから、早くも南京国民政府において蒋介石の独裁的傾向が現れてきた。これを批判する者は、一九三〇年に「護国救党」を唱えながら北平に新たな「中国国民党中央執行委員会拡大会議」を開き、約法の制定を議決し、約法起草委員会を設けた。一九三〇年に拡大会議の名を以て全八章二一一ヵ条から成る『中華民国約法草案』が発布された。いわゆる『太原約草』である[182]。同草案の第四四条で「全ての人民は法律により教育を受ける権利を有する」と訴え、第一八〇条において「全ての学齢児童は六年の基本教育を受けるべき」であることが明白に定められた[183]。特に、その第四四条の制定により、法律の留保が伴ったとは言え、中華民国の政権において初めて教育を受けることが純粋に人民の権利として認識され一層特別な意味を持つものになったと言えよう。しかしながら、蒋介石と張学良の弾圧により、北平で展開されていた反蒋勢力の拡大会議の運動が終息を迎えた[184]ため、同草案もそのまま闇に葬られた。

北平への軍事討伐を終え、南京の国民政府は一九三一年五月五日に国民会議を召集した。国民会議に先立ち、同年の四月に『中華民国訓政時期約法』が南京中央執行委員会から選任された約法起草委員により起草され、六月に公布及び施行されたのである[185]。言うまでも無く、この『中華民国訓政時期約法』は訓政時期の最高法規となっている。しかし、残念ながら同法は前述した『太原約草』の精神を受け継ぐことはなく、人

を徐々に展開していく中で、満鉄や関東庁の同化主義的な中国人向け教育に対する（権限を）回収議論がおこり、中国側の私立学校設立や教育当局の圧力、学生・生徒の同盟休校によって、日本の対中国人教育を消極策へと転じさせた。高田幸男「教育史」、野澤豊編『日本の中華民国史研究』（汲古書院・1995年）218 ～ 219頁。

[181] 周志宏・前掲論文注（170）199頁。

[182] 横山宏章・前掲書注（168）107 ～ 111頁。宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）16 ～ 17頁。高橋勇治・前掲書注（170）156 ～ 159頁。

[183] 周志宏・前掲論文注（170）199頁。

[184] 横山宏章・前掲書注（168）111頁。

[185] 宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）17 ～ 18頁。

民の権利・自由の保障についても第一一条を除く全てが法律の留保を伴って制定されることになった[186]。教育を受けることについても、どのような位置付けがされていたのか明らかではない[187]が、第五章の「国民教育」には「三民主義」を中華民国教育の根本原則とし（第四七条）、義務教育制を定立し（第五〇条）、男女に対し一律平等に教育の機会を保障する（第四八条）[188]等国家教育権力を最大限に発揮した結果を示すに止まっている。

一九二九年六月に開かれた中国国民党中央委員会は訓政時期の期間を六年と定めたが、国民政府はその期間の満了を待たず[189]に憲政時期に入るための憲法典を制定することを決意し、一九三三年二月に立法院内に憲法起草委員会を設け、院長の孫科が委員長となり、呉経熊、張知本や傅秉常等を起草委員として憲法草案の起草に従事させた[190]。同年、同委員会の呉経熊及び張知本はそれぞれの手で自らの憲法草案の私案を提出した（以下、前者は「呉氏私案」、後者は「張氏私案」）のである。両案の内容を比較すると、呉氏私案は教育について人権条項としての位置付けが確定されていない[191]が、張氏私案の方は重要視されていたことが明らかになった。要するに、張氏私案の第一四三条において「全ての学齢児童は基本教育を受ける権利を有する。基本教育は六年と成し、授業料や他の教育上に関する必要と見做される費用を無償とし、衣食費用は自足

---

186 高橋勇治の研究によれば、「訓政期の過渡的憲法に於いて主権が人民に在ることを宣言してもデモクラシーになるわけはない･･･」、「（中華民国訓政時期）約法第14条と第15条とを例にとろう。そこで言論、著作、集会の自由を認め、『法律によるのでなければ之を停止、或いは制限するをえない』と但書を附している」、とのことである。高橋勇治・前掲書注（170）168 ～ 169頁。

187 涂懐瑩・前掲書注（172）359頁。

188 宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）21頁。

189 1931年９月18日柳条湖事件が勃発し、満州事変が中国を揺るがすこととなった。日本からの本格的な中国侵略という国難に直面することは最も重大な要素ではないかと考える。横山宏章・前掲書注（168）121頁。

190 横山宏章・前掲書注（168）126頁。宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）26 ～ 27頁。高橋勇治・前掲書注（170）171 ～ 175頁。

191 呉經熊・黄公覺・前掲書注（168）793 ～ 833頁。

できない者に対し、補助しなければならない」という法律の留保の規定を抜いて、画期だと言える内容が設けられ、更に第一四四条では「基本教育を受けるべきとする全ての学齢児童に対し、全ての国民はその保護する子女に教育をうけさせるや自ら教育を施す義務を負う」という教育の私事性を認めるような規定も定められていた[192]。この張氏私案の第一四三条の内容は教育を人民の一つの権利として再び認識させただけではなく、日本では大きな論争まで発展した義務教育学費無償問題についても、同条によって明確な法的根拠を提供している。とはいえ、両氏の提案はあくまでも私案の形に止まっていた。その後、一九三三年一一月に起草委員会の中の主稿人会議による検討を経て、より大衆の意見が聞かれるようなたたき台としての「主稿人会議草案初稿」が制定された。そして、憲法草案起草委員会により、初稿に更に修正が加えられた「中華民国憲法草案初稿」が一九三四年三月に公表された[193]。だが、一九三六年五月の立法院会議に於いては最終的な修正決定が行われ、五月五日に国民政府が正式に発表し、日華事変が発生しなかったら実施される可能性が高かった『中華民国憲法草案』（世には『五五憲草』と呼ばれるもの）には、教育を受けることについては人権条項として位置付けられなかったのである[194]。

一九三七年に、日中戦争が勃発、制憲事業も一時中止された。その一〇年後の一九四六年に再開することになったが、「抗戦八年」の年月を経ていたため、『五五憲草』が公布された時期とは政治的・社会的状況が根本的に変化していた[195]。このような背景に基づき、一九四六年の中国国民党と共産党の国共協議による『政治協商会議対五五憲草修正案草案』（以下、「政治協商会議草案」）では、教育に関する事項の規定に明白な変化を見ることができた。まず、同草案の第二章の「人民の権利義務」

[192] 周志宏・前掲論文注（170）200頁。

[193] 横山宏章・前掲書注（168）128 ～ 129頁。宮澤俊義・田中二郎・前掲書注（170）27頁。高橋勇治・前掲書注（170）175 ～ 176頁。

[194] 呉經熊・黄公覺・前掲書注（168）979 ～ 1002頁。周志宏・前掲論文注（170）200頁。

[195] 横山宏章・前掲書注（168）167 ～ 171頁。

の第一二条に於いて初めて人民の講学権が確認され、他の言論や出版の自由と併せて「人民は言論、講学、著作及び出版の自由を有する」と定められた。そして前記の『五権憲法』草案を再確認するように、同草案の第二三条でも「人民は国民教育を受ける権利及び義務を有する」と規定された[196]。この規定については、当時の与野党の衝突を解決するために出された妥協案だ[197]と言われている。他方、同草案の内容を見通して、国民教育権の観点から最も高く評価できるのは恐らく前述した『五五憲草』の第一三三条に書かれた「全国の公立私立の教育機関は一律に国家の監督を受け並びに国家の定めるところの教育政策を推行すべき義務を負う」[198]という項目が削除されたことであろう。

但し、後に国民大会により公布の手続を経て正式に『中華民国憲法』として成立させ、一九四六年一一月に提出した『中華民国憲法草案修正案』において、前述の講学権や教育を受ける権利の規定は、「政治協商会議草案」の原文通りに引用され、条文の順番だけが変更される形になって設けられたが、削除された『五五憲草』の第一三三条の規定は改めて第一三章の「基本国策」の第一六二条として復活することになった。そして、同修正案に於いて、教育を受ける機会の均等や教育文化における辺遠及び貧困地区に対する必要な経費の補助等の教育に関連する外部的事項も多く設けられることになった[199]。一九四六年一二月二五日、全一七五ヵ条から成る『中華民国憲法』が国民大会の一四八五名の全代表の一致により正式に承認された。そして、同法は、一九四七年一月一日に公布され、同年の一二月二五日に正式に実施されることになった[200]。

かような『中華民国憲法』の立法過程を追いながら、教育政策を重視する各草案の起草者の考え方により、教育を受けることについて人民の権利或いは義務のどちらと見なすべきか躊躇してきたことが分かった。最終的には、『中華民国憲法』の第二一条として教育は人民の権利であ

196 周志宏・前掲論文注（170）200頁。
197 高橋勇治・前掲書注（170）244頁。
198 高橋勇治・前掲書注（170）203頁。
199 高橋勇治・前掲書注（170）301 ～ 303頁。
200 横山宏章・前掲書注（168）195頁。

り義務でもあるという両刀論法で定着することになった。このような決着自体に決して問題がないとは言えない外、同法には教育制度をめぐって「基本教育」、「初等教育」、或いは「義務教育」とは異なる「国民教育」という用語が使われているため、如何に理解するかも一つの課題だと見做されている。また、従来の学説によれば、前述した『中華民国憲法』二一条及び第一六〇条の規定に従い、就学年齢に達する六歳から一二歳までの子どもは全員国民教育を受ける義務を負うが、同人は未熟であり、法的責任を履行する能力も否認されるから、当該義務は同人の親や後見人に転嫁すべきだと解されている[201]。しかし、近年においてすべての自然人は憲法上の権利の享有主体だと認められるべきだという主張が多数説になってきたと考えられる[202]ため、学界においては、前述した教育をうけることの義務性だけに重視することではなく、『中華民国憲法』二一条の（国民）教育を受ける権利の側面をより大事にしなければならないとも考え始めているらしい。

第二目　『中華民国憲法』に於ける「教育条項」

関連する研究によると、『中華民国憲法』における教育と関わる規定は概ね三つの部分を分けられるという。

一つ目は教育に対して人民が如何なる権利を持つかという条項規定である。この部分について、中華民国憲法一一条、第二一条及び権利の補強規定だと認識される同法二二条の規定を取り上げている[203]。

要するに、憲法一一条は、「人民は言論、講学、著作および出版の自由を有する」という内容であるが、学説の中では「講学の自由」には私立学校を設立する自由も含まれるべきだとして、従来大学の教授しか当該自由権を享有しない通説的な理解に反発する見解がある。また、初等・中等教育機関に勤める教師たちも享有すべきだという主張も見られる。

---

[201] 管歐『中華民國憲法論』（三民書局・2004年）76頁。

[202] 蔡宗珍「第五單元　基本權主體」『月旦法學雜誌　第46期』（1999年）109頁。呉庚『憲法的解釋與適用』（三民書局・2004年）143頁。

[203] 周志宏「教育行政法制之研討」『教育法與教育改革』（高等教育・2003年）５～９頁。

そして、憲法二一条に関しては、学習権の概念を提唱し、同条に定められている国民教育を受ける権利の上位的概念として位置づけ、教育を受ける権利の重要性を唱える見解も存在する[204]。しかしながら、「学習権」の法的権利性は憲法二一条から導き出すことができないため、憲法二二条によって保障され得るという主張が有力だとされるらしい。

二つ目は、国家が教育政策に対する基本的な方針を示す「基本国策」の部分である。要するに、『中華民国憲法』の第一三章の「基本国策」の第五節「教育文化」に列挙されている諸条項がこれに当たる[205]。その中、同法の第一六四条に定めれる「教育、科学、文化の経費は、中央にあってはその予算総額の一〇〇分の一五、省にあってはその予算総額の一〇〇分の二五、市、県にあってはその予算総額の一〇〇分の三五を下ることはできない。法によって設置された教育文化基金及び産業は、これを保障しなければならない」という規定は一九九七年の憲法改正に伴い、事実上の効力が凍結されて、現行の「中華民国憲法追加改正条文」一〇条八項により、「教育、科学、文化の経費、とりわけ国民教育の経費は優先的に編成し、憲法一六四条の制限を受けない」[206]とされている。また、辺境地区に在住する各民族や原住民の教育について、第五節には書かれていないが、同じく第一三章の「基本国策」のところに、同法第一六九条として、「国は、辺境地区の各民族の教育、交通、水利、衛生などその他の経済社会事業に対して、積極的にこれを行い、かつその発展を扶助しなければならない」と定められる。その外、憲法改正追加条文一〇条一〇項にも「国は民族の意思に沿い、原住民族の地位および政治参加を保障し、その教育、文化、交通、水利、衛生、医療、経済、土地および社会福祉に保障扶助を与え、かつその発展を促進する」[207]、とされているのである。

---

[204] 曽大千「論教育基本權的內涵與功能」『教育政策論壇　第六卷第一期』（2003年）73～74頁。

[205] 小田美佐子「台湾」萩野芳夫・畑博行・畑中和夫編『アジア憲法集』（明石書店・2004年）979～980頁。

[206] 小田美佐子・前掲論文注（205）990頁。

[207] 小田美佐子・前掲論文注（205）990頁。

以上の条項を見通して、その殆どが従来「プログラム」規定だと見做される「基本国策」に書かれていたため、たとえ国が一時的に関連する条項に示される基準や要請を満たさなくても概ね違憲だと判断されないというのが通説的な理解である[208]。また、「全国の公私立の教育文化機関は、法律によって国からの監督を受ける」と言う同法一六二条の規定は法律の留保があるにもかかわらず、国側による教育権限の行使の合法・合理性が憲法に担保されることに深く注意しなければならないと考える。

最後の三つ目は、中央政府と地方自治体の政府それぞれが有する教育権限の配分である。憲法一〇八条によると、「行政区画」や「教育制度」などの事項は「中央がこれを立法しかつ執行するか、または省県に移してこれを執行させる」とされている。そして、第一〇九条では「省の教育、衛生、実業および交通」などの事項は「省がこれを立法しかつ執行するか、または県に移してこれを執行させる」ことを定め、第一一〇条には「県の教育、衛生、実業および交通」などの事項に関して「県がこれを立法しかつ執行する」と書いている[209]。学説においてこれらの規定により、教育と関わる事項に対し、地方自治体が概括的な立法権限を有し、中央政府は指針的な規定を定める権限しか有しないと解すべきだという見解がある[210]。

第二項　一九九九年の『教育基本法』

一九八七年の戒厳令解除後の台湾では、民主化・自由化・台湾化を基調とする政治・社会諸側面において改革が連動する形で進んできた。その流れにおいて教育改革も注目されていた。そして、最も大きな出来事は、言うまでも無く一九八〇年代から台湾大学を始め、各大学の大学生や大学院生が能動的、且つ頻繁に引き起こす学園運動であった。この時期に大学で行われた学園運動はすぐに校内の行政組織から弾圧を受けたが、運動に参加するメンバーは学生から大学教授や各級学校機関の教師

[208] 蘇嘉宏『增修中華民國憲法要義　第四版』（東華書局・2004年）478頁。管歐・前掲書注（201）303頁。
[209] 小田美佐子・前掲論文注（205）973 ～ 974頁。
[210] 周志宏・前掲論文注（203）12 ～ 13頁。

へと次第に拡大していた。そして、かような流れに対し、分岐点を迎えたのは、一つは「四一〇教育改革デモ行進」であり、もう一つは行政院の諮問機関とする「行政院教育改革審議委員会」の成立という一九九四年に同時に起こった二つの出来事である[211]。その後に実現した一九九九年の『教育基本法』の制定・施行は、まさに民間より勃発した教育改革要求運動の歴史に残され得る一つの大きな成果だといえよう。

第一目　その立法過程

立法院から公開される公文書を手懸りにして、同法の立法過程を追う[212]と、少なくとも立法委員側によるいくつかの提案が同法を「教育憲法」として位置づけようとしたことが分かる[213]。しかしながら、かような思いは政府側も共有していたかどうかが不明である。何故なら、初めから、政府として、同法の制定に対しては必ずしも積極的だと言えない所以である[214]。やがて、一九九六年一一月に行政院内部に設置される「行政院教育改革審議委員会」が提出した「第四期諮問報告書」には、学生の学習権の保障を中心的理念とする『教育基本法』を制定すべきだという建言[215]がなされ、政府の重い腰をもやっと上げて同法の制定作業に真剣に取り組み始めた。そして、他の法案と同じくいくつかの政治的場面における折衝を経て[216]、一九九九年六月に大統領令を以て公布され、『教

---

[211] 山崎直也「第９章　教育改革　―総統選挙に見る脱権威主義後の課題―」佐藤幸人・竹内孝之編『陳水扁再選　―台湾総統選挙と第二期陳政権の課題―』（IDE トピックレポート No.51）（アジア経済研究所・2004年）128頁。

[212] より詳しい流れについては拙文を参照することができる。宋峻杰「台湾における教育権の憲法学的考察」『北大法学研究科　ジュニア・リサーチ・ジャーナル　No.13』（2006年）135 ～ 169頁。

[213] 周志宏・前掲書注（167）４頁。立法院公報第83巻第27期院会記録89頁。

[214] 周志宏・前掲書注（167）８頁。自由時報（1994年３月９日）６版。

[215] 顔國樑「教育基本法的立法過程與立法精神」『国立教育資料館ホームページ』（2005年８月10日）18頁〈http://www.nioerar.edu.tw/new/1/881117.htm〉。

[216] 顔國樑・前掲論文注（215）18 ～ 19頁。立法院公報第86巻５期院会記録（1997年）４頁。立法院公報第86巻第35期院会記録（1997年）６頁。立法院公報第86巻第43期委員会記録（1997年）269 ～ 312頁。

育基本法』が実施されることになったのである[217]。

だが、当初「教育憲法」だと位置づけられた『教育基本法』は、その後の二〇〇五年に台湾本土の郷土教育の推進を図って第二条及び第五条を改正し、また翌年には学校における体罰の禁止を意図し、学生の身体的自主権などの権利を新たに明記しようとして、二回目の改正が行われたのである[218]。同法に「準憲法的な性格」を賦与したい当初の意図が、恐らくかような動きにより、葬られたのではないかと考える。それにしても、同法に基づき、いくつかの教育と係わる権利が保障されるのが政府からの宣言的意味も込められることを考えると、やはり意義がある。

例えば、同法一条には人民の学習および教育を受ける権利を保障すること、教育の基本方針を確立すること、並びに教育体制を健全にすることが明記され、同法の立法目的として定められた。そして、第二条には、「人民は教育権の主体である」ともはっきりと訴える。特に注目に値するところは、教師の専業的自主権、学生の学習権・教育を受ける権利・身体的自主権並びに人格的発達権の内容、それらの権利への救済、また国民教育の段階において、親が持つ権利の内容等を明示する第八条と第一五条の規定だと考えられる[219]。

しかしながら、子どもの人権への配慮を教育法的に重くすべきだという本論の立場から見ると、「学生」という身分しか言及しない同法の定め方に疑問を持つ。要するに、文面解釈から考えると、未だに就学年齢に達していない子どもは同法の保障から排除される恐れがないとは言えないからである。このことは、従来基本的人権の一つだと捉えられてきた教育を受ける権利について、子どもはもっとも重要な権利主体だと考えられてきた認識とは相反し、もっとも深刻な問題だと言えよう。

第二目　二〇〇三年大法官釈字第五六三号解釈

---

[217] 呉清山・前掲書注（166）225 ～ 226頁。顔國樑・前掲論文注（215）19頁。

[218]『法源法律網ホームページ』（2008年11月17日）〈http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT07.asp〉。

[219]『法源法律網ホームページ』（2008年11月18日）〈http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT0202.asp〉。

一九九九年に『教育基本法』が施行されて以来、憲法を含む法律を解釈する権限を持つ大法官会議は二〇〇三年に出した第五六三号解釈において初めて同法に対する見解を示したのである。要するに、同解釈において、大学の責務及び学生の学習権・教育を受ける権利に言及した際、『教育基本法』二条二項と八条二項を引用しながら、「…大学は学術の研究、人材の養成、文化の開化、社会への奉仕及び国の発展の促進を中心目標としている（大学法一条一項）。（それ故）大学は一教育機関として国民道徳並びに学生の健全的な人格を育つ責務を担う（憲法一五八条及び教育基本法二条二項を参照）」、と言い、「…国は学生の学習権及び教育を受ける権利に対して保障すべきである（教育基本法八条二項）。大学から学生に退学或いは類する処分を課することで学生の身分や教育を受ける権利等の権益に対して重大な影響をもたらすことがある（大法官釈字第三八二号解釈を参照）。（その為）大学は学生に退学処分を課する規定を設ける際、当該事由及び内容規定について勿論合理性と妥当性に配慮すべきであり、その制定並び執行のプロセスも正当な手続に従わなければならない」と説示したのである。

こうして、大法官会議は教育と係わる事案への解決を図り、憲法だけではなく『教育基本法』の規定とも持ち合わせて解釈をする側面が見られる。しかし、『教育基本法』により示された人民の教育を受ける権利の中身とは何かの問題については、積極的に検討する姿勢を同解釈の中では伺えなかった。

第三項　教育を言及する大法官の解釈

前記の大法官釈字第五六三号解釈が出される前、大法官会議は一九九五年に教育と係わる三つの解釈を世に送っていたことがある。それぞれの内容を次のように整理する。

第一目　一九九五年大法官釈字第三七三号解釈

本件解釈で取扱った事案は、教育機関に務める者が労働組合法四条の適用に対する憲法解釈を求めたものである。同条は、「各級行政機関及び教育機関、軍事用機械を製造する機関に従事する者は一概に労働組合を組織することを得ず」と定めており、大法官会議はこの解釈文の傍引

として国民の教育を受ける権利について初めて言及した。そのため、本件解釈は同権利を明言した先例だと位置づけられよう。

教育を受ける権利云々の文言は、まず本件解釈文の理由書の中で述べられている。すなわち、「(憲法二三条は「上述の各条に列挙した自由及び権利は、他人の自由を妨害することを防止し、緊急危難を回避し、社会秩序を維持し、又は公共利益を増進するために必要がある場合を除いて、法律を以て制限することができない」と規定しているため)、国は労働組合に関する法律を制定する際、社会秩序の維持及び公共利益の増進に配慮を払いつつ、労働者に対しその団体交渉及び争議・団体行動する権利を保障しなければならない。教育機関で働く清掃員や機械の維持・管理人員は教育現場で単純な肉体的労務を提供する立場であり、当該職業の性格は国民の教育を受ける権利と相当な程度で関連性を持つと言っても、労働組合法四条により、当該人員から労働組合の結成に制限を設けることは憲法二三条の規定から想定された必要な程度を逸脱したと考えられるため、同法四条の規定は、当該人員が享有すべき憲法一四条の結社の自由に違反することを認める[220]」のである。

そして、当時の劉鐵錚・戴東雄両大法官による補足意見書にも「教育機関で働く清掃員や機械の維持・管理人員は直接教育事業を行う主体ではなく、肉体的労務を提供するだけであるために労働組合を結成し、団体交渉を行う際に例えストライキのような行動をとっても、他の関連法規の規範に服する下で、如何に国民の教育を受ける権利、学校の構内安全や秩序に影響をもたらせるのかは疑わしい・・・」と述べている。

しかしながら、結果として、大法官会議は、当該職業の特性から学校の構内安全や教育・研究環境の維持等の国民の教育を受ける権利から生じる法的利益とはやはり避けられない相当な関連性があることを認め、一年以内に係争する条文を改正する必要性の存否に対する再検討を立法院に要請すると決定した。

第二目　一九九五年大法官釈字第三八〇号解釈

[220]『大法官会議ホームページ』(2005年８月１日)〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_printapage.asp?expno=373〉。

教育を受ける権利及び学習権に関する学説や学問的研究の展開がより活発になったのは、この大法官釈字第三八〇号解釈が下されてからだと言えよう。同解釈を機に、大学が享有すべきである自治的権限と国を代表する教育部の監督権（力）との間に憲法に基づき如何に境界線を引くかという問題を巡り、大法官会議が初めて取り扱うこととなった。また、大学教育の場に限定して学生の学習の自由についても初めて言及した[221]。

本論との関係で、当時の林永謀・楊慧英両大法官による補足意見の所論だけに注目したい。要するに、同補足意見は「講学（研究）の自由」の解釈に対し、国が「講学（研究）者」が行う研究活動の進行や結果の発表に対し、恣意的に干渉・抑圧することができないことを指すが、下級の教育機関においては専ら当該の自由により保障されないという意味ではない」としながら、「…中学校や小学校教育の段階においては、生徒・児童の心身発達の程度や物事に対する理解・批判能力の未成熟さに応じながら、国家から一定の国民の知識水準を維持すること及び反社会・反民主の非国民（「非国民」）の育成を避ける要請を受けることにより、全国に亘って同質の教育内容を行わなければならない。従って、当該教育段階では、大学教育より国家の教育行政から広範囲に亘って制限を受けざるを得ない。教育の本質に基づく講学（研究）の自由という憲法的保障は、大学（或いは他の高等研究機関―例えば、我が国の中央研究院）にしか適用し得ない」と説示した。

だが、『中華民国憲法』に確認された「講学（研究）の自由」を『日本国憲法』に保障される「学問の自由」と同一視することができるなら、かような観点は、子どもの教育を受ける権利の保障から反射的に国の関与から守られるべきだと思われる教師の教育権への配慮が明らかに欠落しているのではないかと考えざるを得ない。

第三目　一九九五年大法官釈字第三八二号解釈

本件解釈で取扱った事案の経過は、次のように整理することができよ

[221] 同解釈に関して、より詳しい内容や分析流れについては拙文を参照することができる。宋峻杰・前掲論文注（212）145 ～ 153頁。

う。

大法官会議による憲法解釈を求める申請人Xは、当時国立の専門学校の二年生である。一九九一年度の期末試験後一ヵ月余を経て、何らかの事情により学校側からカンニングの常習犯だと見做され、退学処分に処された。そこで、Xは救済を求めるため訴願法に従い、訴願、再訴願、そして行政訴訟まで起こしたが、翌年に同事案を取り扱う行政裁判所（八一年裁字第九二三号裁定）は特別権力関係論を持ちながら、Xの提訴を却下する決定をした。同決定は、『中華民国憲法』一六条及び一七条に違反したと見て、Xが本件解釈を求めたのである。

前記の事案に関する憲法解釈の申請を受けた大法官会議は、「各学校教育機関は学籍規則や懲戒規定により学生に対して行われた退学或いは類似的処分行為は、学生の身分を強制的に変更させ、（一市民としての）教育を受ける機会を損なうことになるため、憲法から保障された人民の教育を受ける権利に極めて好ましくない影響を与える上、権利の侵害とも見做しうる。当該処分行為は、訴願法及び行政訴訟法上定義された行政処分でもあり、処分を受ける者が学校によって用意された全ての救済手段を尽くしても救済を図れない場合、当然法律により訴願及び行政訴訟を提起することができる。高等行政法院一九九二年判字第六号判例は前述する趣旨に違反し、憲法に保障される人民の教育を受ける権利及び訴訟権をも侵害し、本件に適用することができないとする」ことを示し、同決定で使われる「特別権力関係」の論理を退ける立場をとった。

そして、同解釈の解釈理由の始めに「人民には教育を受ける権利があり、それは憲法により保障されている」という文言が述べられ、「その憲法上の権利に不当な侵害を受けた場合、当事者の身分に関わらず、憲法一六条に定められた訴願及び訴訟の権利を当然行使することができ、司法機関に対し救済を求めることもできる」と説示する。しかしながら、大法官会議は、訴願や訴訟を提起しうる学校側が行った処分行為の内容を厳しく限定したため、学生にも市民的権利を認めてはいるが学校側が決めたあらゆる処分に対して行政訴訟を提起し救済を求めることができるわけではないという但書を附していたのである。

また、学習権の主体である学生の権利行使をより制限すると考えられる文言は、理由書の最後にも述べられた。即ち、「行政機関或いは裁判

所が退学処分や類似的処分を受けた学生からの提訴を受理する際、学生の品行、学業成績の評価或いは懲戒方法の選択等のことに対し、教師や学校側が持っている専門的知識及び事実に対する熟知的理解を尊重すべきであるとし、当該処分の判断過程や裁量行為が明らかに違法や不当だと言える場合にしか取消し或いは変更することができない[222]」ということである。

第四目　小括

以上のように、『中華民国憲法』を解釈する権限を持つ司法院の大法官会議が教育分野に関わる争いに対し如何なる姿勢をとっていたのかを概観してきた。それぞれの解釈により、様々な問題を孕んでいることも分かった。例えば、第三八二号解釈を通して、従来の学説で唱えられてきた教育の義務性を重視するばかりの傾向を是正しようとする意味合いで、教育を受けることは人民の権利だとする認識を一層広めることになると考えられるが、同解釈の内容を見通しても教育を受ける権利の憲法的根拠は如何なる条文に求められるかという問題について答えを見つけることができない。また、同解釈によって確かに退学処分のような教育を受ける機会を実質的に剥奪する厳しい処分を無闇に学生に受けさせないことを確認することもできるが、他の懲戒処分について如何なる手続を用いて学生の教育を受ける権利を保障するのかという問題が残されている。反って、学校の裁量権が広く認められる感じを否めない。実際、二〇〇一年に台北高等行政裁判所は訴字二八八号判決において、第三八二号解釈の論理を用いて学校側の教育に関する専門性や事実を把握する正確さがより尊重されるべきであるという姿勢を打ち出し、学生に処する退学処分の当否の判断について学校の裁量権を積極的に認めたのである[223]。

---

[222]『大法官会議ホームページ』（2005年７月31日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_printapage.asp?expno=382〉。

[223]『法源法律網ホームページ』（2008年11月19日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=90%2c%e8%a8%b4%2c288%2c20020411%2c2&courtFullName=TPBA&jyear=90&jcase=%e8%a8%b4&jno=288&jdate=910411&jcheck

また、もっとも指摘しなければならないことは、第三七三号解釈から第三八二号解釈まで大法官会議が教育を受ける権利に言及する際、すべては「中華民国憲法によって保障される」などの文言を使っていたにもかかわらず、第五六三号解釈においてはその文言に触れることがなかった。要するに、同解釈では学生に保障される学習権や教育を受ける権利の法的基礎は単に『教育基本法』から引用されることになっていたのである。こうした大法官会議の姿勢の変動により「…教育を受ける権利は（憲法上保障される基本的人権だとして捉えにくくなるし）、一法律によって保障される権利だと見做されることになってしまう」[224]、という指摘がある。本論もそれに同調したいと考える。

第二節　教育制度における親と子どもの位置づけ

本節では、中国大陸から移転してきた中国国民党が台湾に移植した教育制度の枠組みやその後の変遷における親と子どもの位置づけについて検討していきたい。

第一項　論点の概要

一九四五年から一九四九年までの四年間、台湾は中国大陸と同じ政治体制の下にあった。この間、お互いの交流も頻繁であった（この時期から台湾において「本省人」や「外省人」の区別も現れた[225]）。政治的側面から見ると、特に中華民国政府による二回を亘り、台湾に進出することは別々の意義を持つらしい。その中、一九四七年に「二・二八事件」が起こり、戦前からの台湾住民と中国国民党によりもたらされた「中国ナ

=2&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[224] 倪茂益「政大研究生資格考不及格退學案的釋字第563號爭議　大學自治 v.s 法律保留」『司法官45期　法學研究報告合輯　第一輯』（法務部司法官訓練所・2006年９月）523頁。

[225] 1946年１月の国民政府行政院訓令により、台湾の住民は、「1945年10月25日より中華民国の国籍を回復した」ものとされた。この訓令で中華民国国籍を回復した男性及びその子孫が本省人、それによらず中華民国国籍を所有しており台湾に居住する男性及びその子孫が外省人ということになる。若林正丈・前掲書注（164）60 ～ 63頁。

ショナリズム」[226]との意識的な不協和音がより明白になった。この事件も、後に中華民国の旗を掲げる国民政府の台湾への撤退の準備に不安定な要素を残すこととなった[227]。その影響も確かにあるように、一九四九年を境にして中華民国政府から制定された台湾に関する教育政策は一層政治的色彩を増すことになった。

第二項　憲法における就学の義務という規定

『中華民国憲法』二一条は教育を受ける義務を人々に課しているため、国の監督から逃れられる可能性が低いと考えられる。その代表的な法律として、『強制入学条例』がある。だが、近年において就学の義務に対する新たな解釈が提起されている。要するに、憲法二一条と第一六〇条にいう「国民教育」や「基本教育」はいずれも「義務教育」の性格を持つとする見解に従い[228]、欧米から発展してきた義務教育の歴史を遡って検討した後、義務教育制度の中で「義務」を負うのは両親や後見人であり、学習や教育を受ける主体である子どもではないという説である[229]。

そして、義務教育の意味について、「両親が義務を負い、その子どもに受けさせる教育」、及び「国家が義務を負い、人民に普遍的で、無料且つ強制的に受けさせる教育を提供すること」の二つの見解を提示した上で、同説を主張する者は「学習することや教育を受けることはいずれも人民の権利だと捉えられ、しかも学習権（教育を受ける権利）について国家による積極的な作為義務を持つ社会権的側面も有する観点から考えれば、義務教育を理解するためには前述した二つの見解ともに取り入れられるべきだと」[230]言う。また、「両親や後見人には就学年齢に達する子どもに義務教育を受けさせる義務を負う一方、国家には教育制度や環境の整備、十分な教育を受ける機会や教育的なソースの提供、または子

[226] 若林正丈・前掲書注（164）109 ～ 115頁。
[227] 若林正丈・前掲書注（164）77頁。
[228] 周志宏・前掲書注（165）483頁。
[229] 周志宏・前掲書注（165）490 ～ 491頁。周志宏「受教育是權利還是義務？」『月旦法學雜誌　第72期』（2001年）８頁。
[230] 周志宏・前掲書注（165）491頁。

どもの学習や教育を受ける権利を保障する目的で両親や後見人が負う義務の履行の有無を監督することなどの義務を負う」[231]ことも合わせて提示している。

その延長線上、同説は、憲法二一条を理解するためには同法の第一六〇条と併せて読まなければならないとする一方、「学習権」の観点も持ち込んで、第二一条を再解釈することも主張する。すなわち、憲法二一条に定められた国民教育を受けることは人民の権利であり、義務ではないことである[232]。このように考えていくと、両親や後見人が負う「国民教育を受けさせる」義務の内容は如何なるものであろうかという問題が出てくる。これについて、同説はホーム・スクーリング（在宅教育）の容認に対する当否を境界線として「就学義務」と「教育義務」を区別することができると言い、憲法には人民が学校に入学し国民教育を受けなければならないという規定が定められていないことから、第二一条に言う国民教育を受けさせる義務とはホーム・スクーリングも認められる「教育義務」だと解されるべきだと唱える[233]。従って、前記の『強制入学条例』に基づいて、特定される一部の子どもの両親や後見人は当人を学校に入学させる義務が一時的或いは完全に免除されたとしても、「教育義務」からの排除にはならない[234]と見られるべきであり、両親や後見人は、就学年齢に達する子どもを学校に行かせずに自宅で子どもの最善の利益に叶い、国が要求する最低限の教育水準を満たす教育課程を子どもに提供することが出来る場合、憲法二一条に言う子どもに国民教育を受けさせる義務の実現だと見做し得ることは同説によって主張されている[235]。

第三項　教育課程の編成

台湾に移転してからの中華民国政府の教育方針は時期毎に異なる[236]

---

[231] 周志宏・前掲書注（165）491 ～ 492頁。

[232] 周志宏・前掲書注（165）492 ～ 493頁。周志宏・前掲論文注（229）９頁。

[233] 周志宏「教育義務與義務教育—義務教育是誰的義務？」『月旦法學雜誌　第75期』（2001年）８頁。周志宏・前掲書注（229）494頁。

[234] 周志宏・前掲書注（165）497頁。周志宏・前掲論文注（233）８～９頁。

[235] 周志宏・前掲書注（165）499 ～ 500頁。

[236] 例えば、1950年に民族精神をより強く宣揚するために教育部が『戡亂建國

が、国の施策が一方的に行われることが多いため、国による教育権限が存分に発揮されてきていると認識し得よう。しかしながら、一九九九年に制定された『教育基本法』八条三項には、「国民教育段階において、両親はその子女を指導する責任を負う。更に、子女の最善の利益に基づき、法律により教育を受ける方法、内容を選び、教育事務に関する学校参加の権利を有する」と定められているため、教育課程の編成に対して少なくとも両親の参加する権利が法律によって保障されるのは新たな現状だと考えられる。

今まで見てきた台湾における法制の転換や、政治的歴史の変遷は、教育の場面に大きく影響を与えられてきたのは、「国語」、「歴史」や「地理」などの人文科学的科目に関わる所である。やや大雑把的なことを言うなら、まさに“中国ナショナリズム”から“台湾ナショナリズム”への転換だと考えられる[237]。その中、前者からの離脱を求めるために行われた歴史教育に関する教科書の改編は、政治問題も絡んでいることので一大論争まで展開されてきた。

一九九三年に教育部は小学校・中学校の課程標準の改正を行い、小学校に関しては地域の独自性に基づき適当な郷土教育の教材を自ら編纂することが出来るようになった。中学校では一年生に対し、従来の「歴史」・「地理」・「公民と道徳」の三科目の中から「公民と道徳」を取り除き、新たに「歴史」・「公民」・「社会」の三科目によって構成された。そして、「認識台湾」という科目を新設し、各項目を毎週45分ずつ教えることにした。また、二・三年生の「歴史」・「地理」の授業はそれぞれ四冊の教科書となり、中国及び諸外国の歴史・地理を併せて紹介することになった。特に、中学校の課程に正式に「認識台湾」が教科目として導入されたことは画期的な意義を持つと評価されている[238]。

教育實施綱要』を制定し、「国語」や「社会」という授業科目の内容は三民主義の宣伝や反共意識の増強に重点が置かれていた。また、1975年に教育部は、「国民小学校校課程基準の改正委員会」を組成し、民族精神教育や生活指導教育のより一層の向上を図って「国民小学校校の課程基準」を改正した。葉憲峻・前掲論文注（160）116 ～ 118頁。

[237] 宋峻杰・前掲論文注（212）136 ～ 146頁。

[238] 呉文星「台湾の民主化と台湾の教育　―台湾における国民中学校台湾史教

ところが、このようなかつての「中国化」教育からの脱却という側面を併せ持つ教育の「台湾化」は、政治的民主化・自由化に伴い台頭する“台湾ナショナリズム”の主張と密接に結びついているために、台湾の内部（政党）や外部（一部の華僑及び中国共産党）に残存或いは健在している“中国ナショナリズム”からの反発や批判を常に浴びることになった。それ故、全ての台湾人が共有しうるナショナル・アイデンティティは未形成であり、その形成が外における中台関係と内におけるエスノ・ポリティクスの争点になりうるという台湾の特殊な歴史的・政治的・社会的コンプレックスが存在していること[239]がより明白になった。かような状況において、如何に教育を教育の原点に回復させ、政治からの介入を最低限に抑え、『中華民国憲法』及び『教育基本法』体制の下で教育を受ける権利を確立させていくかということが大きな課題だと考えられる。

第四項　教科書の選定問題

教科書をめぐる問題は、言うまでもなく小中高教育に限ってしか発生しない[240]。『教育基本法』が制定された一九九九年を境界線とすれば、それ以前の教育現場において小中学校の教師には如何なる教科書を使用するかを決定する裁量権が認められない状況があった[241]。

しかし、一九九九年以降、法改正に伴い教科書の編集から選定・使用に至るまで新たな法的枠組みが作られたのである。すなわち、改正された『国民教育法』八条の二には、「国民小学校及び国民中学校で使われる教科書については、教育部によって審査する。必要だと考えられる場合、教育部は自ら編集することができる。教科書審査委員会は各学科及び授業科目の専門家、教師及び教育行政機関の代表によって編成される。教師職の者は全委員の三分の一以上占めなければならない。また、同委員

科書の編纂を中心に」日台交流センター編『歴史研究者交流事業（招聘）　研究成果報告書集（上）』（財団法人交流協会・1996年）57頁。若林正丈・前掲書注（164）233頁。

239　山崎直也・前掲論文注（163）984 ～ 988頁。

240　呉清山・前掲書注（166）300頁。

241　謝瑞智『教育法學　増訂版』（文笙書局・1996年）116頁。

会の組織規範は教育部によって定められる。国民小学校及び国民中学校で使われる教科書の選定について、各学校で組成される校務会議によって決定する」[242]、と定める。そして、同条の文言から考えると、まず公立の小中学校の教科書に対して、教育部は「審査権」及び「編集権」を持ち、各学校は「選定権」を有している。但し、地方自治体の教育行政機関は如何なる権限も持たないことになる。また、教科書自体は「審査本」、「国定本」及び「選定本」三つの種類に分けられる。「審査本」や「国定本」にするか否かの問題は教育部の教科書審査委員会によって決められ、そこから提示されるいくつかの教科書の中から選択するのは各学校の校務会議によって決定し、「選定本」となる。

一方、教科書の編纂に関して、現在の法律には明文規定が存在しないため、基本的には何人も編纂することができると解されているが、教科書審査委員会による審査を受けるため、『国民小学校及び国民中学校教科書審査方法』三条の定めに従い、合法的な出版会社しか編纂することができないというのは現状である。それ故、各出版業者は特定の者に委託し、編纂するのが慣例である。そして、教科書審査委員会で使われている審査基準は、教育部によって作られた『国民小中学校九年一貫課程綱要』及び『総合高等中学校暫定課程綱要』の中で示されるものであるため、教科書は過去のように一種類の国定本しか存在しなかった時代から離脱し、教育部が提示する一つの枠組みの中で多様なバージョンの教科書の存在が許される所謂「一綱多本」の状況になったのである。ところが、教育部から提示されるいくつかの教科書の中から一つを選択する権限は各学校にあるので、厳格に言えば、各学校にとって従来の一つの枠組みの下で一つの教科書しか使えない状況とは変わることはなく、所謂「一綱一本」の状況が依然として維持されている[243]。

かような『国民教育法』の改正により、もたらされた変化がある外、『教育基本法』八条三項によって両親の教育事務に参加する権利が保障され、同条一項にも教師の「専業的自主」権が明記されている故、教科書の選

[242] 李建良「一綱『一本』或『多本』的法治思辨」『台灣本土法學雜誌　第92期』(2007年) 1～2頁。呉清山・前掲書注 (166) 300～301頁。
[243] 李建良・前掲論文注 (242) 2頁。

定を巡り、教師の場合は教育部の教科書審査委員会だけではなく、学校が選定する権限を行う校務会議での発言権も尊重されるべきであろう。他方、両親の場合は少なくとも教科書の選定と関わる学校の校務会議に参加する権利が保障されるべきだと解され得よう[244]。

[244] 2006年に新たに当選した台北市市長である郝龍斌は、選挙戦に掲げた公約では公立の小中学校で使われる教科書を従来の通りの１つの国定本にすることを約束した。従って、この公約の違法・違憲性をめぐる議論が活発となり、李建良は同氏がその公約を実現させようと考えるのであれば、『教育基本法』の規定に違反するだけではなく、生徒こそ教育を受ける主体であるとの意識の定着にも相当な影響をもたらすことになると示唆している。李建良・前掲論文注(242) ５～６頁。

シンポジウム

近代中国への自由・権利概念の移植

林　来梵
松井　直之　訳

現在の中国における多くの法概念は、近代になって、西洋から移植されたものである。一つひとつの概念の移植には、具体的なきっかけ、文脈、沿革や歴史的影響があるので、それぞれ個別の概念移植史を作り上げることができる。

これまでの研究によると、これらの概念の移植は、西洋から中国に一方向的に行われ、西洋の文脈が直接摂取されるのではなく、国を跨る（複数の国を跨る場合も含む）多方向的な交わり、或いは相互往復的な過程であった。そのなかには共に継受国の立場にあった中日両国の協力と交流があり、それらは多彩な内容の絵巻を繰り広げた[1]。こうした点を踏まえると、これらの概念の中国への移植過程に関する研究は、狭い視野に拘るべきではなく、中日両国の西洋法概念の移植交流史という視点から把握する必要がある。

本稿は、このような広い視点に基づき、中国への自由・権利概念の移植史について考察する。第一節と第二節は、対象の関連性という点で繋がりがある。前者では、主に「権利」に関連する用語の移植史を遡り、後者では、「自由」概念の継受の過程を重点的に考察する。そして第二節と第三節では、鮮やかな対比が描かれる。前者で考察する厳復と後者で論じる梁啓超が自由・権利概念の移植のなかで行った努力は、近代中

[1] 例えば、林来梵「国体概念史：跨国移植与変迁」中国社会科学2013年第３期、68頁以下参照。

国が西洋法概念を継受する２つの根本的に異なる経路をそれぞれ代表するからである。

一 「権利」に関連する用語の移植

周知のとおり、東アジアの伝統文化において、西洋の権利概念と完全に対応する類似の観念或いは概念はなかった。中国において、「権利」という用語と観念は、近代における「西洋法が東洋に流れ込むこと［西法東漸］（以下、中国語の原語は角括弧で括る……訳者註）」に伴い、移植されたのである。今日の多くの研究が示すように、明治期の日本は、この過程のなかで、中国の漢字を借用して西洋の文献を翻訳することを通じて、学術用語を生み出し、抽象的な意味の漢字句を特徴とする近代的な語彙体系を作り出した。そして、それらは大量に中国に持ち込まれた[2]。では、移植史における具体的な個別事例として、「権利」という単語も、日本から中国に持ち込まれた「外国で漢字を借用して創り直された単語［词侨］」に属するのであろうか。

この問題は、民国期から始まり、中国の学界は、従来、多くの法政概念の翻訳語が日本で最初に生み出された、と考えてきた。「権利」という単語も日本に由来する翻訳語であると考えられ、「ほとんど争いがない」状態であった[3]。

しかしながら、多くの歴史書を調べると、我々は、次のことを見出すことができる。「権利」という翻訳語は、中国で最初に作り出されたのである。1864年、アメリカ人宣教師ウィリアム・マーティン（W. A. P. Martin、中国名：丁韪良）を中心に翻訳された『万国公法』が中国で出版された[4]。そのなかでは、「権利」という単語が頻繁に使用され、少なく

[2] 沈国威『近代中日词汇交流研究：汉字新词的创制、容受与共享』（中华书局、2010年）参照。この他に、李运博『中日近代词汇的交流——梁启超的作用与影响』（南开大学出版社、2006年）参照。

[3] 李贵连「话说‘权利’」北大法律评论第１卷第１辑（1998年）115頁、注（１）参照。この他に、王健『沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探』（中国政法大学出版社、2001年）219-222頁参照。

[4]『万国公法』とは、当時、アメリカの著名な国際法学者であったヘン

とも81回余りであった[5]。これは、中国で「権利」という単語が既に用いられていたことの根拠となろう。その後『万国公法』は、すぐに日本に伝わり、大いに普及した。このような状況のもと、当時、日本の著名な翻訳家であった箕作麟祥は、明治初年にフランスの法律文献を翻訳していた時に、『万国公法』のなかから「権利」という単語を借用したのであった[6]。

この史実を、日本の学者は既に見出していた。歴史学者の実藤恵秀教授は、そのことを『中国人日本留学史［中国人留学日本史］』において紹介し[7]、法学者の利谷信義教授も、そのことを1980年代に出版された著作において指摘していたのである[8]。他方で中国においても、1990年代後半から、李貴連教授らが、実藤恵秀教授が示した資料を用いて、そのような主張を掲げている[9]。

リー・ホイートン（Henry Wheaton、中国名：惠顿）が著した“*Elements of International Law*”［国际法原理］（1836年）のことである。ここで指摘すべきは、アメリカ人宣教師ウィリアム・マーティンが“*Elements of International Law*”の中国語への翻訳を主宰していたが、初稿の完成には何師孟、李大文、張炜、曹景荣といった４名の中国人の協力があり、校訂も陈钦ら４名の中国政府（総理衙門）の事務職員［秘书人员］によって完成した、ということである。丸山真男＝加藤周一『翻訳と日本の近代』（岩波書店、1998年）120-121頁参照。

[5] ここには、「権」という単語は含まれていない。「権」には「自主」、「権利」、「権力」等の複数の意味が広く含まれており、『万国公法』での使用回数は760回に達していた。統計的な研究として、金观涛＝刘青峰『观念史研究』（法律出版社、2009年）113-115頁参照。

[6] 大槻文彦『箕作麟祥君伝』（丸善、1907年）100-102頁参照。

[7] 实藤恵秀（谭汝梅＝林启彦訳）『中国人留学日本史』（生活·读书·新知三联书店、1983年）281-282頁参照。そのなかで示された資料は、李貴連教授ら中国の学者の主な立論の根拠となっている。

[8] 利谷信義『日本の法を考える』（東京大学出版会、1985年）150-152頁参照。最近の研究として、大野達司＝森元拓＝吉永圭『近代法思想史入門――日本と西洋の交わりから読む』（法律文化社、2016年）8-9頁参照。

[9] この問題に関する中国国内での最も早い研究として、李・前掲註３、115頁以下参照。その後の研究として、王・前掲註３、219-255頁、申卫星『民法基本范畴研究』（法律出版社、2015年）103-117頁参照。この他に指摘すべきは、実藤恵秀教授によって見出された中国の学者である郑奠が雑誌『中国語文』68期

これらの研究が言及する直接の根拠は、箕作が1887（明治20）年９月15日に明治法律学校（現在の明治大学）の入学式で述べたことである。すなわち「権利」と「義務」という２つの翻訳語は、彼が初めて創ったものではなく、彼が明治初年に命を受けてフランスの法典の翻訳に従事していたときに、中国で翻訳された『万国公法』のなかから借用したものだということである。大槻文彦が著した『箕作麟祥君伝』によると、箕作は、当時、明治法律学校の入学式において次のように述べている。

> 「権利だの、義務だのと云ふ語は、今日では、あなた方は、譯のない語だと思つてお出でゞありませうが､私が翻譯書に使つたのが、大奮發なのでございます。併し、何も、私が發明したと云ふのでは無いから、專賣特許は得はしませぬ、（喝采、笑）支那譯の萬國公法に「ライト」と「オブリゲーション」と云ふ字を、権利義務と譯してありましたから、それを抜きましたので、何も盗んだのではありませぬ」[10]。

もっとも、ここで認めるべきは、中国で近代以降使用されてきた多くの法政用語が、日本で翻訳された用語を又借りしたものだということである。つまり中国は､西洋の法政用語の二次的な継受或いは「転継受［转继受］」をしたのである。たとえ、そのなかの翻訳語が中国の古典籍の単語を参考にして創られたとしても､「中国に回帰した単語［回归词］」或いは「外国で漢字を借用して創り直された単語［词侨］」としての性質

（1958年）に発表した「关于现代中国语的“日本词汇”」である。そこには､「権利」が日本に由来する単語であるということは誤りであって、1864年に中国の同文館において翻訳された『万国公法』巻一に「人民通行の権利」という句があり、日本は、この翻訳語を借用したものと思われる、と指摘されている。実藤・前掲註７、275頁参照。

[10] 大槻・前掲註６、101頁。これまで中国の学者は、「権利」という単語が中国で初めて創られたと主張するとき、『箕作麟祥君伝』のなかの資料を多く引用してきた。しかし、それは実藤・前掲註７から再引用したもので、しかも再引用された部分は、この状況に対する大槻文彦による紹介であり、箕作麟祥による発言ではない。

を有していた。「権利」のように、中国に起源を有するが、再び日本から持ち込まれた翻訳語は、少なくなかったのである。他方で、日本で創られた多くの翻訳語、新語が中国に持ち込まれる現象は、研究成果が示すように、日清戦争後に生じた。当時、中国は洋学を大規模に取り入れ始めたからである。したがって、中国人留学生と一部の先覚者が日本から翻訳語や新語を持ち込むことが、重要な移植の方法となった。しかしながら、これより以前の時期にも（16世紀末にマテオ・リッチ（中国名：利玛窦）が明を訪れた時期にまで遡ることができる）、西洋各国の宣教師が明を訪れ、知識人との関わり合いを持っていた。そして、清政府の直接的な主導によって、洋学の翻訳と新語の創作といった活動が行われ、翻訳語が日本から持ち込まれることになった[11]。「権利」という単語も、この時期に持ち込まれた翻訳語の１つなのである。

更に、中日両国間の西洋法観念の移植交流史という視点からみると、「権利」という単語には、次のような注目すべき点がある。

第一に、日本が中国から「権利」という単語を取り入れたことは確認できるが、それを最も早く行ったのは、箕作麟祥ではないようである。オランダに留学した日本の学者・津田真道は、明治維新の年（1868年）[12]に出版された『泰西国法論』のなかで、『万国公法』の「権利」という単語を転用していたのである[13]。

第二に、「権利」という単語を最初に創り出したのが中国であったとしても、問題は、この単語を用いた翻訳が「不適切な翻訳」であり、成功したとは言い難いのではないか、ということである。特に、right という単語に含まれる正当性という意味を表せていないという重大な欠如があるように思われる[14]。とはいえ、認めるべきは、right という西洋語

[11] 沈・前掲註２、22-29頁参照。

[12] 一説には1866年とされる。大野ほか・前掲註８、8-9頁参照。

[13] 前田正治「『権理』と『権利』覚え書」法と政治25巻３・４号（1975年）27頁参照。他方で『万国公法』は、1864年に中国で初めて出版され、翌年に日本で出版されているので、中国を超えた影響力を有していたということもできる。王・前掲註３、236頁参照。これ以外に、丸山真男＝加藤周一『翻訳と日本の近代』（岩波書店、1998年）119頁以下参照。

[14] 日本では、これに関連する議論が多くみられる。例えば、柳父章『翻訳語成

が既に「権利」と翻訳されたこと、東洋の伝統的な言語環境のなかに正確に対応する翻訳語がなかったことである。「一つの言葉を生み出すのに、時間を費やして熟慮する［一名之立，旬月踟蹰］」と称された近代中国の啓蒙思想家・翻訳家である厳復は、かつて right を「職」、「民直」、「天直」等と翻訳した[15]。このなかの「民直」、「天直」という翻訳語は、right に含まれる正当性という意味を持ち、「権利」という単語の欠如した部分を補うことができたが、大きな問題があったので、人々に受け入れられなかった。当時、福沢諭吉らも「権利」よりも適切で上品な翻訳語であるとして「権理」という単語を採用したが、それは様々な原因から、多数の支持を得ることがなかった[16]。

第三に、中国の学者の研究が示しているように、「権利」という単語語は、中国で最初に創られたが、当時の中国には、それに関連する文化的基盤と社会的実践がなかったので、その後30年余り、「権利」という単語は、中国社会に普及することがなかった[17]。しかし、『万国公法』が日本に入ると、知識人の間で広く流行したので、これに伴い「権利」という単語は、1880年代に、日本社会で安定した地位を得ることになった[18]。もっとも中国でも、日本に留学した章宗祥が、1900年に日本の翻訳書を参考にして、ドイツの法学家であるイェーリングの『権利競争論（現・権利のための闘争）』の一部を中国語に翻訳し、それが広まることで、「権利」という単語は、中国で支配的な地位を確立することになった。学者が指摘するように、「権利」という単語は日本で創られたものではないが、日本の法学には中国における「権利」という単語の勃興を促す重要な影響力があったといえよう[19]。こうした点を踏まえると、「権利」という単語は、中国にとって、特別な「中国に回帰した単語」とみることができよう。

立事情』（岩波書店、1982年）150頁参照。

[15] 沈・前掲註２、160-161頁参照。これ以外に、金ほか・前掲註５、103-104頁参照。

[16] 大野ほか・前掲註８、11-13頁参照。

[17] 李・前掲註３参照。

[18] 大野ほか・前掲註８、12頁参照。

[19] 申・前掲註９、108頁参照。

清末の中国において、「権利」という単語よりも、自由・権利概念を表すのに用いられた重要な単語は、東洋的な特色を大いに具えているが、意味が曖昧な「民権」という単語である。

多くの学者の研究によると、「民権」という単語の起源は、明治初年の日本である。箕作麟祥は、明治初年に江藤新平の指示を受けて、フランス民法典を翻訳したとき、そのなかの droit civil という単語を「民権」と翻訳した（実際には「私権」と翻訳すべきである）[20]。日本では、この単語の意味について論争が起きた。当時、江藤新平が主宰していた民法編纂会で、この翻訳語について審議が行われたとき、「民が権を有するのか」という東洋の伝統的な政治文化の文脈で聞いたことのない問題をめぐり、激しい論争が起きたのである[21]。

「民権」という単語は、清末に日本から中国に持ち込まれた。清国駐日公使・黄遵憲による『日本雑事詩』（1879年）、とりわけ『日本国志』（1887年）は、自由民権運動を詳細に紹介した。『日本国志巻一』である『国統志一』は、「近頃民心は次第に西洋法に染まり、遂には民権自由の説を唱える者もいる」ことや「国会を開き民権の伸長を請う」状況を紹介したのである[22]。ここで注意すべきは、『日本国志』が1894（甲午）年より後に広く中国に伝わった、ということである。これより前には、日本人と親交があった清国駐英公使・郭嵩燾の『ロンドン・パリ日記［伦敦与巴黎日记］』（1878年）のなかに「民権は常に君よりも重い」という句がみられた[23]。

他方で、近代中国の啓蒙思想家である厳復、康有為、梁啓超らも、「民権」概念が中国で広範な影響力を持つようになるのに、大きな役割を果たした。厳復（1854-1921年）は、英国に留学し、日本から移植した「和製漢語」にずっと不満を持っていたが、『天演論』、『群己権界論』等の翻

[20] 利谷・前掲註８、150-152頁参照。

[21] 穂積陳重（曾玉婷、魏磊杰訳）『法窓夜話』（法律出版社、2015年）180-181頁。

[22] 黄遵宪『日本国志（上卷）』（天津人民出版社、2005年）36頁。

[23] 郭嵩燾『伦敦与巴黎日记（卷十九）』（岳麓书社、1984年）576頁。当時、郭が日本人と親交があった事実については、『郭嵩燾日记（三）』湖南人民出版社、1982年）321頁参照。

訳書や、『政治講義』のなかで、「民権」という単語を何度も使用し、自己の民権観を示していた[24]。康有為の思想は、中国に根付いたが、「民権を唱えた第一人者である」と自らを誇り、その弟子である梁啓超は、『時務報』での執筆を通じて、この言葉を広めたと功績を鼻にかけていた[25]。

以上を踏まえると、当時の「民権」という単語は、日本から持ち込まれたが、清末の論者に着目すると、中国に起源を有するということも完全に排除することはできないのである。

したがって、日本から移植された「民権」という単語の意味は、中国において一定程度の変化が生じることになった。そのため、この単語は、清末の中国において多義性を有していた。溝口雄三教授の見解によると、中国の「民権」は、日本の「民権」とは異なり、少なくとも４つの意味、すなわち、反君権としての民権、地方分権としての民権、国民権としての民権、生民（存在の根拠を天に淵源づけられた天生の民……訳者註）権としての民権を有するのである[26]。

ここからも分かるように、清末の中国における「民権」概念は、政治的な傾向を有していた。したがって、その後の孫文の民権主義思想において、「民権」概念が公共社会共同体の構成員である人民の政治的権利に限定されることになったことも頷けよう。そのなかの「直接民権」とは、４つの参政権、すなわち選挙権・罷免権・創制権（法案提出権）・復決権（憲法、法律の制定或いは改正に関する国民投票権）から構成される。

民権概念の政治化は、日本の状況と相通ずるところがある。今なお、日本の学者は、「民権」が誤解される可能性のある概念であると考えている。有力な見解によると、「民権」には、人々が気づいていない２つ

---

[24] 厳復の民権観については、余荣根「严复的民权观与自由观」黄瑞霖主编『严复思想与中国现代化』（海峡文艺出版社、2008年）149頁以下参照。

[25] 康有為・梁啓超の民権観や民権概念が中国に起源を有すると解する論者は多い。そのうち、中国憲法学界による研究としては、褚宸舸「中国近代民主观念脉络的再审视——兼论‘民权’概念起源」山东科技大学学报2017年第1期，19頁以下参照。

[26] 溝口雄三（孙歌訳）「中国民权思想的特色」夏勇编『公法』第１卷（法律出版社、1999年）1-22頁参照。邦訳は、溝口雄三「中国の民権思想」同『中国の公と私』（研文出版、1995年）197-231頁参照。

の異なる意味が混ざり合っているそうである。明治10年代の自由民権運動の高まりの頃から、「民権」の「権」には、「固有の意味」としての「力」という意味と「翻訳語の意味」としての right という意味が混在し、「力」が right を圧倒してきたのである。これにより「民権」は、公共権力と本質的に対等な「権」と理解され、民権派が追い求める参政権のような政治的な「権」に傾くことになり、人間にあるべき基本的権利というような「権」は軽視されることになった。これは、幕末から明治初期の西周ら近代啓蒙思想家が right の公法的な意味を重視して翻訳したことと無関係ではないかもしれない[27]。

他方、中国では、多くの研究資料が示すように、清末の康梁学派は、民権概念について独特な解釈を行っていた。そのなかで高く評価すべきは、「人々の自主主権［人人自主主权］」という理解である。しかし、その後、革命派が現れると、「人々の自主主権」は集団的な政治的権利へと向かっていった。

台湾の劉広京教授は、キリスト教思想の影響という観点から、19世紀末の20-30年間の中国における「人々の自主主権」の倫理思想と政治思想における意味を検討した。そこでは、康有為、梁啓超、譚嗣同、黄遵憲、何啓、胡礼垣らが「人々の自主主権」を幅広く使用していたが、20世紀になると「権利」という単語に代わっていったと述べられている[28]。

もっとも、民権は、清末の思想界において激しい批判と拒絶を受けた。張之洞は、清末における進歩的な朝廷の重臣であり、変法自強を一定程度主張し、日本の「東学」を通じて洋学を取り入れることを唱えたが、1898（戊戌）年に著した『勧学篇』では、民権の提唱、議院の開設に明確に反対した。彼は、「民権を唱えると、愚民は必ず喜び、反乱民は必ず乱れる。規律が乱れ、大乱が至るところで起きれば、これを唱える者は独りで生きることができようか」と考えたのである。張之洞が民権に反対する理由は、当然、清朝君主による統治という政治秩序を維持するためであるが、学者が指摘するように、別の理由もあった。すなわち、民

[27] 柳父章『翻訳語成立事情』（岩波書店、1982年）168-172頁参照。

[28] 刘广京「晚清人权论初探——兼论基督教思想之影响」『公法』第１卷（法律出版社、1999年）23-40頁参照。

権は、「民がその権を一手に握る」だけでなく、「人々が自主の権を有する」という意味があり、これが中国伝統の三綱五常という儒教の根本原理と抵触するからである。彼は、次のように率直に述べている。

> 外国の民権の由来から考えると、その意味は、国が議院を有し、民の間に公論を発し、多くの人の情を通じさせる、ということに過ぎない。すなわち、民がその情を述べることは、民がその権を一手に握ることではないのである。翻訳者がそれを民権ということは、誤りである。……近頃、西洋の説を唱える者は、人々が自主の権を有するといい、ひどく思い上がっている。この言葉は、かの教えの書に出ており、それには神が人に心を与え、人々は各々思慮と聡明さを有し、皆がこのようであるはずだと述べられている。人々が自主の権を有すると翻訳することは、甚だ誤りなのである[29]。

中国伝統の三綱五常という儒教の根本原理は、人と人の間の不平等な服従関係を正当化する観念体系であり、これを構築することは、専制統治の秩序に資することになる。ここから推察できるのは、その厳しさに対する挑戦が「人々が自主の権を有する」という観念を生み出し、それにより多種多様な自由・権利観念が生み出されることになった、ということである。そうだとすると、清末の中国に移植された「民権」という単語には、既に権利観念の核心的内容である「自主の権」の一部が含まれていたということができよう。

もっとも、意味内容から分析すると、いわゆる「自主の権」には、少なくとも３つの側面がある。第一に、「自主の権」自体が権利内容を構成するという側面、第二に、「自主の権」は、権利主体が自己の地位を形成し、権利の能力を享有することを促すのに資するという側面、第三に、「自主の権」は、個人に関わる性格を有するものであるが、個人が公共社会の構成員として有すべき品格とも密接に関わることから、更に国家の「富強」という価値観を支えることに資するという側面である。

第二と第三の側面を踏まえると、民権概念は、最終的に集団的な政治

[29] 张之洞『劝学篇』卷二零二、24頁以下。

的権利に限定的に演繹されていくことが不可避であると同時に、権利と自由という２つの概念が密接な関係にあることを示している。そして中国という文脈のもとでは、後者を備えるべき運命にあった。このことは、西洋言語の「自由」（例えば、liberty 或いは freedom）が近代東アジア諸国に持ち込まれたとき、一度は「自主」と翻訳されたことにも表れている[30]。次に述べるように、近代啓蒙思想家である厳復は、人々に自由概念を翻訳して紹介するとき、個人の自主を強調し、「皆自由を得ることを欲するならば、自らを治めることから始めなければならない」[31]という表現を用いていたのである。

二　厳復と「自由」

「権利」という単語が最初に中国で創り出されたのとは異なり、「自由」という単語は、実藤恵秀教授の研究によると、日本語に由来する現代中国語の語彙の１つである[32]。

中国の「自由」概念の移植史では、厳復が独自の道を切り開いた。前述のとおり、厳復は、当時の中国の学者が日本で創られた単語を「転継受［转继受］」することに不満を持っていたので、西洋の重要な文献（主に英語文献）を直接翻訳して紹介するという移植方法を切り開いたのである。

もっとも「自由」という単語の移植について、彼は、元々、ある程度賛意を示していた。ある者が liberty を「公道」と翻訳したとき、厳復は、これを誤りであると考え、「西洋の名を東洋の言葉に翻訳すると、失うものが固より多く、此れ独り天が成すものであり、正しきことは殆どない」[33]と述べた。そして彼は、英国の思想家であるミル（John Stuart Mill）の『自由論』を『群己権界論』として翻訳したとき、訳文のなかの

[30] この点に関連する文献は非常に多い。例えば、胡其柱「晚清“自由”词语的生成考略」中国文化研究2008年夏之卷を挙げることができる。

[31] 『严复全集』（卷七）（福建教育出版社、2014年）32頁。

[32] 実藤・前掲註７、275-277頁。

[33] 『严复全集』（卷三）、254頁。

「自繇（じゆう）」という単語を「自由」に代えた。ここで重視すべきことは、厳復が自由の概念を系統的に翻訳することを通じて、豊かな個性を持つ自由観を示したことである。

厳復が大変な苦心をして「自由」という単語に翻訳した際、時は、19世紀から20世紀へと変わろうとしていた。「自由」という単語が重要な語彙として東アジアに持ち込まれることで、中日両国の間の移植交流史の新たな幕が開くことになったのである。

中国では、当初、英語の freedom を「自由」或いは「自主」と翻訳した。具体的には、19世紀初にプロテスタントの宣教師であるモリソン［马礼逊］（Robert Morrison）が編集した『英華字典』の再版（1847-1848年）まで遡ることができる。これに対し、liberty は、早くも1822年に、『英華字典』の初版で「自主之理」と翻訳された[34]。研究によると、『英華字典』は、日本で1862（文久２）年に出版された『英和對譯袖珍辭書』に影響を及ぼした。したがって『英和對譯袖珍辭書』においても、「自由」という翻訳語が採用された[35]。

日本では、近代に至るまでの間に、「自由」という単語が、既に創り出されていたはずである。穂積陳重は、『法窓夜話』の「自由」という文章において、次のように指摘する。加藤弘之の言うところによると、「自由」という翻訳語は幕府の首席英語翻訳官である森山多吉朗によって創られた、とのことである[36]。日本には、確かに、江戸時代に西洋の単語を「自由」という単語に翻訳していた足跡が残されている。例えば、当時の『羅葡日辭書』では、ポルトガル語の liuemente を「自由」と翻訳している[37]。そして、1810（文化７）年に出版された『譯鍵』では、オランダ語の vriheid を「自由」と翻訳している。この翻訳語は、1855年から1858年に出版された『和蘭字彙』によって安定した地位を獲得した。そ

[34] 熊月之「晚清几个政治词汇的翻译与使用」史林1999年第１期、57頁。
[35] 冯天瑜「经济·社会·自由：近代汉字术语考释」江海学刊2003年第１期、25頁参照。
[36] 穗积陈重（曾玉婷＝魏磊杰訳）『法窗夜话（中译版）』（法律出版社、2015年）、167頁参照。邦訳は、穂積陳重『法窓夜話』（岩波文庫、1980年）199頁参照。
[37] 冯・前掲註35参照。

の後、「自由」という単語は、様々な辞書に何度も現れ、liberty 或いは freedom に相当する西洋語の翻訳に用いられた[38]。『英和對譯辭書』(堀達之助著、1862年、初版) にも、「自由」という単語が収録されていた。

また、観念史の視点からみると、穂積陳重が指摘しているように、日本では「自由なる語、自由なる思想の開祖は、実に福沢先生であると言うてもよかろう」[39]と解されている。福沢諭吉は、『西洋事情』(1866年、初版) において「自由」という言葉を使用し、1870年に改めて『西洋事情』が出版されたとき、「自由」という言葉に丁寧な語釈を付けた。『西洋事情』は、当時の日本社会に広く持続的な影響をもたらし、「竟にこの語 (自由……訳者註) が一般に行われるようにな」ったのである[40]。福沢諭吉は、東洋の文化のなかに、これに該当する言葉が無かったと最初に痛感し、「自由」を、ルソーが『社会契約論』の冒頭で書いた「いたるところで鎖に繋がれている」なかから解放された状態と捉え、人類が積極的に追い求めるべき価値であると理解した。この点を踏まえると、福沢が「この観念の翻訳史の創始者であった」のである[41]。

近代中国において、「自由」という概念の移植史上、福沢諭吉に似ている立場にある者は、厳復である。

厳復は、西洋の重要な著作を直接読み、それを翻訳し出版する等の活動を通じて、自由・権利論を構築し普及させた。急激に変動する時代に身を置いたことから、厳復の思想と立場は、流動的になることが避けられなかった。しかし彼は、英国等の西洋諸国が強大であるのは「それらが自由を体とし、民主を用としているからである」と認識していた[42]。この洞察は非常に深く、中国の郭道暉教授は、次のように指摘する。「厳復がこの方面において到達した高度な理論と思想の境地は、同時代人が足元にも及ばないものであるだけでなく、現代憲政理念の高峰にも到達

[38] 冯・同上。
[39] 穂积・前掲註36、170頁。邦訳は、穂積・前掲註36、203頁。
[40] 穂积・同上、168頁。邦訳は、穂積・同上、同頁。
[41] 柳父・前掲註27、182頁参照。
[42] 前掲註31、20頁。

していたのである」[43]。

そして評価されるべきは、厳復が消極的自由の意味を認識していたことである。彼は、一種の「仁愛国家」を批判した。それは、「民の父母だと自任し、耕とは播種と収穫の時を定め、商とは税と利益の歩合を定め、工とは手本を以て与え、士とは前例に従い行うことであると教える。民を、これに縛り付けるならば、己の志すところを発して用いることが少しもない」と指摘する[44]。国家主義が勢いを増す時代において、厳復のかような思想は、当時の中国では極めて貴重なものであった。

更に注目すべきは、厳復が張之洞のような「中体西用」論に反対し、「漢学には漢学の体用があり、洋学には洋学の体用がある」と主張し、「牛の体は重荷を背負うことに用い、馬の体は遠くに行くことに用いる。牛の体を馬の用に用いることは聞いたことがない」と鋭く指摘したことである[45]。

しかし、当時の中国は、深刻な民族的危機に直面していたので、厳復は、自己の思考体系の重要な視点を、国家の「富強」に置くようになっていった。厳復は、自由が人の本性、すなわち「人が生まれたら従わなければならない理」[46]に合致すると考えていたが、国家の富強のために使うこともできると考え、次のように述べている。

> 今日の中国に適しているのは、次のことである。富強というものは、本質からいうと、民を利することにほかならない。したがって、政が民を利することを望めば、民は自ら利することができる。民が自ら利することができれば、皆が自由を得る。皆が自由を得ることができれば、自らを治めることができる。これに反すると乱れる。故に民が自らを治め、自由を得たのは、その力、その智、その徳が誠に優れているからである。今日、政に必要なのは、三つである。

---

[43] 郭道晖「严复自由观的法理解读」黄瑞霖编『严复思想与中国现代化』(海峡文艺出版社、2008年)、143頁。

[44] 『严复全集』(巻六)、45頁。

[45] 『严复全集』(巻八) 201頁。

[46] 前掲註31、181頁。

一つに民力を奮い立たせることであり、二つに民智を開くことであり、三つに民徳を新たにすることである[47]。

ここで厳復は、「自治―自由―自利―富強」という段階的な論理の連鎖構造を示し、当時の中国の社会的危機の解決のための構想を提示した。彼は、英国の力が強大であるのは人間の自由を保障しているからである、とみていた。「故に今日の治には、自繇（じゆう）より貴いものはない。自繇というものは様々なものを自ら整えることであり、天が選んだものが最も適したものとして残る。平和の繁栄は、待ち望むものではなく自ら実現するものなのである」[48]。もっとも厳復は、自由が必ずしも力を合わせることにはならないので、公共心に資する「民主」が必要である、と考えていた。「民が権を有し、自らが君となることを民主という」[49]ように。

近代東アジアにおける多くの啓蒙思想家と同様に、厳復の思想は、最終的には保守に向かい、国家主義的な傾向を示すようになっていった。もっとも彼は、独特な理論的方法論を有していた。彼がミルの『自由論』を『群己権界論』と周到に翻訳したのは、liberty とは個体（己）が強制から免れる自主性を表すだけでなく、個体（己）と集団（群）の関係を表すものであり、特に集団（群）と個体（己）の間の均衡が重要である、と考えたからである。こうした観点に基づき、厳復は、自由を「国群の自由［国群自由］」と「小己の自由［小己自由］」に分け、両者が衝突する状況、とりわけ近代中国の内憂外患の状況のもと、前者が後者を圧倒できると考えたのである[50]。

それればかりか、アメリカの学者であるシュウォルツ（Benjamin I Schwartz）が指摘するように、厳復が関心を持った自由は、ミルが述べる自由とは異なるものであり、そこには後者が包含する様々な行為、風変わりな個性的な自由は含まれていない。しかし、厳復の自由観にも個

[47] 同上、32頁。
[48] 『严复全集』（卷九）31頁。
[49] 『严复全集』（卷四）79頁。
[50] 颜德如＝贾磊「严复自由观再探：围绕国群自由和小己自由的分析――以＜法意＞为中心」福建论坛2006年第11期、77頁以下参照。

人の道徳的選択の根源という自由概念が含まれているため、「彼の自由観とミルの自由観は、全く関係がないわけではない」。とはいえ、厳復は、ミルが述べる自由を、スペンサー・ダーウィン主義の「適者生存」という意味に限定し、社会効果を高める活動とし、「富強を得るための最終手段とした」[51]。簡潔にいうと、厳復は、自由を国家の「富強」のための「用」としたのである。

厳復による「自由」の翻訳は、このような自由観のもとで行われたので、独特な思想的個性が反映されることになった。

前述のように、厳復は、３つの異なる翻訳語、すなわち「自由」、「群己権界」、「自繇」を用いて、liberty や freedom を翻訳した。例えば厳復は、1895年に発表した「時代の移り変わりの速さを論じる［论世变之亟］」等の文章において「自由」という単語を使用し、1902年に出版されたアダム・スミスの『国富論［原富］』（*An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*）の翻訳書でも「自由」という単語を採用した。もっとも、この時期に、厳復は、次のことを冷静に意識していた。「自由という言葉は、中国の歴史上の聖賢が深く敬ってきたが、教えるものであるとは考えられてこなかった」[52]。これと同時に、厳復は、自由の内在的な限界を自覚し、「人々が自由を得る、国々が自由を得るとは、互いに侵し損なわないことである」と指摘し、有名な視点、すなわち「中国の理道において西法の自由と似ているものは、（儒教における……訳者註）恕であり、絜矩である」と提起した[53]。

厳復は、ミルの『自由論』を翻訳したとき、その原稿において、liberty を「自繇」と翻訳し、書名を『自繇釈義』とするつもりであった。1903年に本書を出版する時、彼は、書名を『群己権界論』に改め、文中の「自繇」を「自由」に改めた。liberty を「自繇」と翻訳したことについて、厳復は、次のように説明する。由と繇の２つの文字は今も昔も代用され

[51] 史华慈（叶凤美訳）『寻求富强：严复与西方（*In Search of Wealth and Power: Yen Fu and the West*）』（中信出版集团、2016年）、130-131頁。

[52] 前掲註31、12頁。

[53] 同上。邦訳は、李暁東『近代中国の立憲抗争――厳復・楊度・梁啓超と明治啓蒙思想』（法政大学出版局、2005年）40-41頁参照。

ており、「その文字（liberty……訳者註）は、西洋語の例によると、そもそも意味が奥深く、虚ではなく実であるとみなされる。自繇と書くことで、それを区別して示したいのである」[54]。換言すると、西洋語の通常の用法に基づくと、liberty とは、抽象的な概念であるが、漠然とした単語ではなく、実質的な意味を有する単語なのである。そのため、「自繇」という翻訳語を採用することで、liberty と「自由」の間の微妙な違いを表そうとしたのである。

日本の福沢諭吉ら啓蒙思想家は、明治初年には、liberty を「自由」という単語に翻訳することが適切でないと気付いていた。そこで「自主」などの翻訳語を用いたが、最終的には、世間で既に日常用語になっていた「自由」という単語を採用した[55]。厳復も、『群己権界論』を翻訳し出版したとき、東洋の伝統文化の視点から「自由」という単語の持つ限界を深く感じていた。周知のように、「自由」という単語は、中国の様々な古典にみることができる。例えば『後漢書』には、「兄弟権要にして、威福自由なり（閻兄弟は要職を握り、賞罰は閻氏の思うままとなった）」（安思閻皇后紀）[i]、「縦舎自由なり（勝手気ままであった）」（楽恢伝）[ii] などの文があるが、「勝手［任意］」など負の意味を有していた[56]。このため『群己権界論』の「訳凡例」において、厳復は、この単語が「勝手気まま、むやみに怒り睨みつける、憚らない等の悪い意味を常に含む」と記したのである[57]。

しかし、厳復が「自繇」という単語を用いて liberty を翻訳したのは、この単語が「自由」という単語に代わり、それを超えることができると考えたからであり、この単語が伝統的な中国文化の文脈において積極的な意味合いを有すると気付いていたからである。中国の伝統的な仏教である禅宗の経典のなかには「自由自在」という観念があり（『五灯会元』等）、中国の古代文学の作品のなかにも「自由」という単語を中立的、ひ

---

[54] 前掲註33、255頁。

[55] 柳父・前掲註27、171頁以下、特に181頁以下参照。

[56] 呉根友「中国思想传统中的自由语词、概念与观念」歴史学研究27巻（2006年）第１期。

[57] 前掲註33、254頁。

いては好意的に用いているものがある。例えば、白居易の「始めて慚づ此の日に当たって、自由の身と作るを得たるを（まさにこんな日に、はじめて、わたしは自由の身になれたことを感謝するのであった）」（苦熱）[iii]、柳宗元の「春風限り無し、瀟湘の意、蘋花を採らんと欲するも自由ならず（吹いてくる春風はうるわしい瀟湘の地への思いを無限にかきたて、浮き草の花を採って、あなたにお贈りしたいのですが思うにまかせないのです）」（酬曹侍御過象県寄）[iv] などの詩句である。厳復は、ミルの『自由論』を翻訳するとき、この柳宗元の詩句を引き合いに出し、「いわゆる自由とは、正にこの意である」[58]と指摘した。この点において、厳復は、福沢諭吉らの思想家とは異なる。福沢らは、「自由」という単語がそもそも有する不備を意識していたが、伝統的な東洋の文化的文脈のもとで「自由」という単語が有する意義を掘り下げなかったのである。

厳復による liberty の翻訳と導入は、近代以降の中国人の思想に大きな影響を及ぼした。とはいえ、それは、近代中国が liberty という観念を継受した一つの経路に過ぎず、完全に成功したわけではない。それは、画数が多く、意味が曖昧な「自繇」という単語が現代中国の言語環境のなかで忘れ去られていることからも分かるだろう。

厳復のほかに、『万国公法』（1900年）は、スペンサー『自由篇』を136回にわたり連載し、馬君武は、1903年にミルの『自由論』を翻訳して紹介し、『自由原理』という名で出版した。これらは、近代中国への自由概念の移植史において注目すべきものである。しかし、より重要なのは、清末に日本に亡命し、中国に自由概念を移植した梁啓超である。

三　梁啓超の移植方法

近代中国の啓蒙思想家として、梁啓超が西洋の政治や法律の概念を中国に移植した際に果たした役割は、厳復に劣るものではなかった。もっとも、彼の近代西洋思想の中国への移植に対する努力は、厳復の方法とは明らかに異なっていた。土屋英雄教授が述べるように「梁の西洋の権利・自由論の摂取」は、「主に日本語文献および日本人の著作という『回

[58] 同上、255頁。

路』（日本的デフォルメ）を通してのものであった」[59]。しかしながら、このような経路を通じることで、梁啓超は、重厚な自由･権利観を形成し、その自由・権利概念を中国に導入し、伝播し、変容させることで大きな影響を及ぼしてきたのである。

前述のように、梁啓超は、戊戌の変法の時期に「民権」に注目し、それを唱え始めていた[60]。変法に失敗し、日本に亡命した（1898年）後、日本を媒介とした影響を受け、梁啓超は「思想がこれにより一変し」[61]、内容的に斬新で豊かな人権観を形成するようになった。

当然、日本に亡命していた時期の梁啓超の自由・権利観も、一定の流動性を有しており、幾つかの時期に分けることができる。梁啓超は、先ず、西洋の様々な先進的な自由･権利思想を「濾過し、選別し、吸収し」、その後、民権救国論を展開していった。そして、1902－1903年を境として、梁啓超は保守的な立場に向かい、国権優位主義への傾きが現れ、国家主義的傾向が見られるようなったのである[62]。

梁啓超が日本に亡命していた時期に「思想がこれにより一変した」ことは、彼が自由･権利に関わる単語を多用していることにも表れている。「民権」（「立憲法議」1901年）[63]のように以前から用いてきた概念のほかに、「天賦人権」（「愛国論」1899年）[64]、「人民の権［人民之权］」、「人民自由権」、「個人の自由［个人之自由］」（「論政府与人民之権限」1902年）[65]などの新たな単語が続々と登場するようになったのである。

---

[59] 土屋英雄「梁启超的西洋摄取与权利—自由论」狭间直树編『梁启超：明治日本･西方』〔修订版〕（社会科学文献出版、2012年）113頁。邦訳は、土屋英雄「梁啓超の『西洋』摂取と権利・自由論」狭間直樹編『共同研究 梁啓超——近代西洋思想受容と明治日本』（みすず書房、1999年）134-135頁。

[60] 同上110頁参照。

[61] 梁启超『饮冰室合集・文集之十一』（中华书局、1989年）18頁。

[62] 関連する記述として、土屋･前掲註58、110頁以下、特に111頁参照。もっとも、以下で述べるように、土屋英雄教授は、この時期の梁啓超の思想傾向に対して、同情的な理解を示している。

[63] 『饮冰室合集・文集之五』１頁以下。

[64] 『饮冰室合集・文集之三』65頁以下。

[65] 『饮冰室合集・文集之十』１頁以下。

当時の梁啓超は、人類の自由・権利に対して、最高の評価を与えていた。彼は、「自由とは、権利の現れである。およそ人が人であるのは、二つの要件を有するからである。一つに生命であり、二つに権利である。二つのうちの一つが欠けても、人ではない」[66]と指摘する。更に梁啓超は、「君権が有限であ」り、「官権が有限である」ためには、均しく「民権を用いなければならない」[67]と主張する。こうしたことから、梁啓超は、西欧立憲主義の意義を自覚していたということができよう。

もっとも、梁啓超の自由・権利に対する理解は独特なものであった。彼は、「自由の俗［自由之俗］」と「自由の徳［自由之德］」の２つの概念を用いて、現実に、中国人が有する自由について考えた。例えば「交通の自由［交通之自由］を、官吏は禁じない。住居行動の自由［住居行动之自由］を、官吏は禁じない。財産の購入管理［置管产业］を、官吏は禁じない。信教の自由［信教之自由］を、官吏は禁じない。信書の秘密の自由［书信秘密之自由］を、官吏は禁じない。集会言論の自由［集会言论之自由］を、官吏は禁じない」。つまり「各国の憲法が定める形式的な自由は、殆ど皆ある」。しかし彼は、これを「自由の徳はなく、自由の俗がある」だけにすぎない、と考えたのである。「自由の俗」と「自由の徳」とは何かについて、梁啓超は、直接定義していない。おそらく「自由の俗」とは、脆いものであり、「官吏が禁じない」ことで形成されるものである。「官吏が禁じないのは、人権を重んじているからではなく、禁じる勇気がないのである。その政術は劣り、その仕事は緩く、これに及ぶ余裕がないだけのことである」。他方で「自由の徳」は、「自由の俗」とは異なり、「他人が与奪することができず、自らこれを得て、自らこれを享受するものである」[68]。つまり梁啓超によると、「自由の俗」は、真の自由ではなく、「野蛮の自由」或いは「奴隷の自由」の範疇に属するものであるが、人民が自ら勝ち取り、自らが享受できる「人民の徳」だけが、文明時代の個人の自由の核心的内容を構成するのである。

梁啓超の自由・権利観は複雑なものであるが、中日両国の自由・権利

[66] 『饮冰室合集・文集之五』45頁。
[67] 同上３頁。
[68] 同上45-46頁。

概念の比較移植史の観点から見ると、次の２つのことに注目すべきである。

第一に、自由・権利の主体についてである。

梁啓超が理解した自由・権利の主体には、「新民」と呼ばれる二つの像が存在している。一つは、民権或いは自由・権利の主体であり、もう一つは、国民国家の担い手としての主体である。このような自由・権利の主体は、個人をイメージしており、福沢諭吉の「人民独立」の精神の影響を受けている[69]。

しかし、梁啓超の自由・権利の主体は、個人に限らない。厳復が「国群の自由[国群自由]」と「小己の自由[小己自由]」を区別したのと同様に、梁啓超は、「団体の自由［団体之自由］」と「個人の自由［个人之自由］」を区別した。彼は、「団体の自由は、個人の自由の蓄積である」[70]というが、「自由と云うものは、団体の自由であって、個人の自由ではない」[71]とも強調する。

多くの学者が注意するように、日本に亡命した梁啓超は、ミルを誤って理解していた。周知のとおり、ミルは「自由論」において、「社会（society）」と「自由（liberty）」の対立について述べている。そのため、彼は「社会」と「個人」というテーマを取り上げ、前者が後者に対して正当に行使できる権力の本質と限界について述べ、「社会的専制［社会性暴虐］」（social tyranny）の防止という新たな時代の自由主義の重要な課題を提起している。しかし梁啓超は、このような思想内容を理解せず、とりわけ「社会的専制」という概念を理解していなかったので、その視野の中から、この重要な概念が失われてしまった。土屋教授が指摘する

---

[69] 梁啓超は、「新民説」の「論自尊」では、その冒頭において、次のように指摘する。「日本の大教育家福澤諭吉の学ぶものに訓えるや、『独立自尊』の一語を標榜して徳育の最大を綱領とした」。『饮冰室合集·专集之四』68頁。梁啓超の『新民説』に対する福澤諭吉の影響については、狭间直树「《新民说》略论」同編『梁启超：明治日本·西方』（修订版）（社会科学文献出版、2012年）62頁以下参照。邦訳は、狭間直樹「『新民説』略論」同編『共同研究 梁啓超――近代西洋思想受容と明治日本』（みすず書房、1999年）92頁。

[70] 『饮冰室合集・专集之四』46頁。

[71] 同上、44頁。

ように、ミルの「社会」と「個人」という構造は、梁啓超のもとで、「政府」と「人民」に入れ替わってしまったのである[72]。

ミルの『自由論』に対する梁啓超の理解に、このような誤解が生じたのは、彼が当時、中村正直によるミルの『自由論』の翻訳本――『自由之理』の影響を受けたからであろう。中村の翻訳本においても、「社会的専制」の概念は存在せず、ミルの「社会」と「個人」という構造は、同様に「政府」と「人民」に入れ替わっていたのである[73]。

第二に、民権と国権の関係についてである。

日本亡命後、梁啓超は、国権と民権の関係を表面的に、民権を保障した結果であると認識していた。すなわち、国家を人々が愛するのに値させるには、民権を打ち立て、国家の核心としなければならないのである。こうして、彼は「民権興れば国権立ち、民権滅べば国権滅ぶ」と主張するようになっていった[74]。

当時、中国における深刻な民族的危機に直面し、日本に亡命した梁啓超は、一種の国家有機体説を核心とする国家主義思想を形成した。それは、彼が当時の日本で、ブルンチュリの国家有機体説を基礎とする国家主義の影響を受けたことに由来する。それは、彼が「政治学の大家ブルンチュリの学説［政治学大家伯伦知理之学说］」において、「国家自身を目的とするとは、国家の目的を最優先することであり、各個人は、この目的を実際に達成するための道具である」[75]と述べていることからも分かる。

ブルンチュリ（Bluntchli Johann Caspar,1808-1881）の国家理論は、明治初期の日本において、多くの影響を及ぼした。その影響は、自由主義、立憲主義思想に関するものではなく、国家建設に関するものであり、明治国家の確立の際に非常に重要な役割を果たした。もっとも、梁啓超が

---

[72] 土屋・前掲註59、123頁。

[73] 現在、中日双方でこうした観点を持つ学者のうち、土屋英雄教授がこれに対して緻密で深い分析を行い、周到で慎重な観点を提起している。土屋・同上、110頁以下参照。

[74] 狭间・前掲註69、67頁。邦訳は、狭間・前掲註69、84頁。

[75] 『饮冰室合集・文集之十三』88頁。

日本に亡命した19世紀末には、ブルンチュリの国家理論は、日本での影響が弱まり、「廃品同然」なものになっていた。しかし梁啓超は、日本で吾妻兵治の翻訳したブルンチュリの『国家学』に出会い、傾倒した。その主な理由は、「いまから国家建設にかかろうとするものにとっては、むしろ現実の日本国家の脊梁をなす学説として、圧倒的な存在感をもつものだったはず」[76]だからである。

前述のとおり、1903年以降、梁啓超の思想には、更なる国権優位主義への転向がみられるようになった。そして、この転向は、ブルンチュリの国家理論における国家の生成に関する理論を基礎とするものであった。これ以降、梁啓超は、国家の「有機的な統一と強力な秩序」の重要性を更に強調し、「今の世の見識によると、一国の人々の自由を守ることを欲するのであれば、先ず一国の自由を守らざるを得ない。苟も国家の自由を失えば、国民の自由も付されることがない」[77]と率直に述べ、個人の「自由平等は、二の次なのである」と論断するようになった[78]。

現在、中国の多くの学者は、梁啓超の自由・権利観が、張力を内在していたため、最終的に国家主義に向かっていったと解している。これに対し、土屋英雄教授は、同情的な理解を示し、梁啓超の思想的特質の持続性を分析し、1902-1903年前後の梁啓超の自由・権利観が西洋の思想を摂取し、「重層的、選択的なものとな」っただけであり、思想が変質したのではない、と解している[79]。

このような「複雑化」、「重層化」した思想構造について、狭間直樹教授は、興味深いことを述べている。すなわち、梁啓超の思想は、全体として「個人を出発点としながら国家の優位に帰着するもの」であるが、

---

[76] 狭间・前掲註69、76-77頁。邦訳は、狭間・前掲註69、91頁。梁啓超に対するブルンチュリの影響については、狭间・同上、62頁、特に75頁以下参照。中国の学界において関連する研究は、王晓范「中日摄取伯伦知理国家有机体论之比较——以加藤弘之与梁启超为例」华东师范大学学报（哲学社会科学版）2011年第4期、王昆「梁启超与伯伦知理国家学说」中国国家博物馆馆刊2013年第11期参照。

[77] 『饮冰室合集・文集之十四』30-31頁。

[78] 前掲註75、69頁。

[79] 土屋・前掲註59、141頁。邦訳は、土屋・前掲註59、160頁。

その国権・民権論には「いわば楕円が二焦点をもつように、二つの軸心をもつ」ということができ、「『国民』の観点から論ずるときには民権主義の立場よりし、そして『国家』の観点から論ずるときには国家主義の立場より論じうる」のである。それは、梁啓超が福沢諭吉の影響を受け、「内に民権、外に国権」という構図を有し、「内国に在て民権を主張するは、外国に対し国権を張らんが為」と考えていたからであろう[80]。

こうした梁啓超の自由・権利観に対する日本の学者の理解は、啓蒙的な意義を有するものである。確かに梁啓超は、時代の荒波に身を置いた思想の巨人として、自由·権利観において複雑な思想内容を形成したが、その思想内容は、日本を媒介とする西洋思想の速成的な摂取を通じて形成したものである。そのため、思想内容の様々な要素や側面は、体系的に整理されておらず、現代人が斟酌したものである。その後、『清代学術概論』(1920年) において、梁啓超は、日本亡命期間における西洋思想の摂取を自ら「『梁啓超式』の輸入」と称し、厳しい自己批判を行った。

> 日本で新たな書が出ると、ともすれば多くの翻訳者が現われる。新たな思想の輸入は、盛んであるが、皆いわゆる「梁啓超式」の輸入であり、体系はなく、選択はなく、本末を整えず、流派は明らかでなく、ただ多いことが貴ばれ、社会もこれを歓迎する[81]。

おわりに

中日両国の西洋法概念移植史は、一定の意味において、中日両国の西洋法概念移植交流史ということもできる。多くの政治・法律用語は、日本で西洋法概念が翻訳され、新語として創り出された後に、中国に伝播した。中国では、西洋の政治・法律用語の「転継受［转继受］」が行われたのである。他方で、「権利」のように、中国で創り出され、日本に持ち込まれたという例も存在する。しかも、こうした例は、少なくなかっ

[80] 狭間直樹教授の視点については、狭间·前掲註69、62頁以下、特に77-78頁参照。邦訳は、狭間・前掲註69、92-93頁参照。

[81] 梁啓超『清代学术概论』(东方出版社、1996年) 89頁。

た。このような移植史における現象をまとめると、次のようにいうことができる。中日両国間における西洋法概念の移植は、一方的に終わるものではなく、複雑な過程を有していた。こうしたなかで、同じ継受国としての中日両国は、相互の協力、双方の交流によって、注目すべき出来事を創り上げてきたのである。

研究を通じて明らかになったことは、「権利」、「自由」という翻訳語が必ずしも西洋における本来の意味を正確に伝えるものではなく、そうした不備が中日両国間の西洋法概念移植交流史において繰り返し意識されてきた、ということである。それだけでなく、「権利」、「自由」に比べ、例えば「権理」、「自主」等の単語は、もしかしたら、当時用いられていた適切な翻訳語であったかもしれないが、様々な歴史的な原因により、最終的には主要な地位を占めることはなかった。これは、「権利」、「自由」等の翻訳語の固有の内容に微妙な変化が生じた内在的な原因となり、同時に、継受国における自由・権利観、ひいては立憲主義思想の運命に深刻な影響を与えた。ここでは、次のことを理解すべきである。そもそも東洋の伝統文化のなかには完全に対応する概念がなかったことから、「西洋の衝撃」のもと、国家の深刻な危機に際し、『万国公法』における right を翻訳するのでもよく、ミルの『自由論』を介して liberty を理解するのでもよく、もしかしたら、それ自体、西洋法概念移植史における最善の選択ではなかったのかもしれない、ということである。

近代中国における西洋の自由·権利観の移植史において、「民直」、「自繇」などの翻訳語の運命が象徴するように、厳復を代表とする東洋の伝統文化に根を下ろした解釈や転化は、人々に受け入れられなかった。反対に、日本を媒介とした「転継受」は、圧倒的な成功を収めた。このような中日両国の西洋法概念移植交流史において生じた逆説的な現象は、実に考えさせられるものがある。更には、次のことに目を向けるべきである。こうした「転継受」は、短期間のうちに素早く行われたことから、固有の意義や内容が、必ずしも吟味され、消化され、整理されてこなかったので、構造化していない「知識の堆積」となったかもしれないということである。そして、中国が「転継受」したものは、日本固有の社会文化のなかで濾過されたものであり、日本の先駆的な実践とその成功によって多くの信頼を得ていた。しかし、その内容は、「転継受」の過程

において、割引かれたり、添加されたりして、更なる問題が増していったかもしれないのである。

[i] 訓読、現代語訳は、渡邉義浩＝岡本秀夫＝池田雅典編『全譯後漢書 第二冊 本紀（二）』（汲古書院、2004年）426-432頁。

[ii] 訓読、現代語訳は、渡邉義浩＝高山大毅編『全譯後漢書 第十四冊 列傳（四）』（汲古書院、2005年）223-227頁。

[iii] 訓読、現代語訳は、石川忠久監修『NHK 新漢詩紀行 友愛深厚編』（日本放送協会、2009年）166-167頁。

[iv] 訓読、現代語訳は、下定雅弘編訳『柳宗元詩選』（岩波書店、2011年）263-265頁。

講　　演

台湾民法の歴史的基盤、社会の変遷および発展の趨勢について

王　　澤　鑑
（台湾大学名誉教授）
訳　呉　逸寧
監訳　李　妍淑

一、はじめに

東アジア社会の社会状況と私法は、変動と発展のプロセスに直面している。日本は、1898年制定の民法典に対して積極的に改正を行っている。中華人民共和国は、2017年３月15日に民法総則を可決し、2020年を目処に初めての民法典を制定する予定である。台湾は、1929年に制定され、1945年から適用された中華民国民法典を、1980年代に推進された民主憲政の改革を機に大幅に改正した。とりわけ2017年５月24日に司法裁判所大法官会議（憲法裁判所）が行った同性婚に関する憲法解釈は民法に大きな影響を与えようとする。本稿は、台湾民法の歴史的基盤、社会の変遷および発展の趨勢について簡単に記述し、また台湾民法と中国大陸民法との交流関係を説明することを通じて、東アジア私法の形成と発展プロセスにおける台湾民法の比較法的意義、それへの参加と協力の可能性について理解を深めることを狙いとする。

二、台湾民法の歴史的基盤

（一）日本民法とドイツ民法

1　日本統治時代（1895 ～ 1945）

明治維新後、日本は、西洋法を継受し、1898年に民法典を制定・施行した。

この民法典は、ドイツ民法の第一草案をモデルとしながら、フランス民法の影響をも受けていた。1895年の日清戦争後、台湾における日本統治は第二次世界大戦が終わるまで続いた。50年間に及ぶいわゆる日本統治時代において、台湾は、次第に日本法を適用し、それには民法も含まれていた（1923年から）。日本法による台湾私法への影響については、次の４点にまとめることができる。

（１）近代の法観念が導入された。

（２）裁判制度と弁護士制度を含む司法システムが構築された。

（３）土地および戸籍の登録制度が整備された。

（４）台湾の民事習慣への調査が体系的に従事された。

ここで指摘しておくべきことは、1928年に創立された台北帝国大学においては、日本法という科目が開講され、法律関係の書籍および資料が豊富に備えられていたものの、法学教育が行われていなかった。それゆえ、台湾人が法律を修得し、法律専門職に携わろうとする場合、日本へ留学することが多かった。その中には、日本で裁判官、検察官、弁護士を務めていた台湾人がいたが、日本の大学で法学の教授をしていた者はいなかった。すなわち、1945年以前の台湾においては、法学に関する教育と研究は充実されなかった。〔王泰昇著・鈴木賢［ほか］訳『台湾法における日本的要素（日本学研究叢書14）』（国立台湾大学出版中心・2014年）を参照〕。

２　民国民法（1945 ～）

台湾では1945年から、中華民国民法（以下、民国民法、台湾民法と略す）が適用されるようになった。民国民法は、1929年に定められ、ドイツ民法（1900年）を継受し、民法総則、債権、物権、親族、相続という五編からなる。そのほか、民国民法は日本民法を参照し、特にスイス民法の影響をも受けていた。それによって、台湾民法は、精確な概念体系を有するとともに、優雅な言語表現が用いられ、さらに以下の三つの重要な規定が設けられている。１．民法１条「民事に関し、法律に規定がないときは慣習により、慣習がないときは法理による。」２．民法18条「人格権が侵害されたときは、裁判所にその侵害の除去を請求することができる。前項の場合において、法律に特別の規定があるときに限り、損害賠償又は慰謝料を請求することができる。」３．民法218条「損害が故意又は重大な過失によるものではない場合において、その賠償が義務者の生計に重大な影響を及ぼすときは、裁判所は、その賠償額を軽減することができる。」

ドイツ民法も日本民法も類似条文を設けていない。この三つの規定は、台湾民法の特徴を表し、民法の解釈および適用の発展に大きな役割を果たしている〔台湾民法18条の人格権の規定に関する評価は、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣・2003）を参照〕。

民国民法も日本民法もドイツ民法のパンデクテン法学の影響を受けるとともに、ドイツ学説も継受していた。こうした共通の歴史的基盤の存在、民国民法の台湾での円滑な適用を促した。百年にわたる持続的な発展は、台湾の安定成長のための私法秩序を構築した。

（二）民法学の構築

1　日本法学の基礎

民法の解釈適用は、法学教育および法原理と密接な関係を有する。民国民法が1929年に施行されてから、中国大陸の民法教科書は基本的に日本の関連著作を参照した。1945年、台北帝国大学は、国立台湾大学に改称され、法学部では法律学科が設けられた（1999年から法律学院に変えられた）。教師には、中国大陸からの著名な学者もいた。たとえば、梅仲協（ドイツ法）、王伯琦（フランス法）、何孝元（アメリカ法）、鄭玉波（日本法）などが含まれていた。また、かつて日本で裁判官や弁護士を務め、その後、台湾に戻って教鞭をとった者もいた。たとえば、蔡章麟、戴炎輝、洪遜欣など、いずれも東京帝国大学出身者として、実務経験を有しており、彼らによって執筆された教科書は、日本の判例・学説が詳しく整理、分析され、台湾民法学の基礎を築き上げていた。史尚寛先生は、東京帝国大学を卒業し、ベルリン大学への留学経験を有する。彼は、民国民法典の制定にも携わり、民法総則、債権法、物権法、親族法、相続法という５冊の著書を書いた。これらの著書は、日本、ドイツ、フランスの理論と実務についても詳細に取り上げられ、教科書と註釈書の性格を兼ねていることもあって、台湾の裁判所実務と理論の構築に大きく寄与した。

2　ドイツ法の影響

1960年代から台湾人学生はドイツに留学し始め、現在までドイツで博士学位を取得した人は300人あまりであり、主に各大学で教鞭をとっている。台湾大学の法律学院に所属する教授の五分の二のは、ドイツ留学の経験を持っている。これらのドイツに留学した教授は、ドイツ法学の研究方法を導入している〔ゼ

ミや実例演習、請求権基礎（Anspruchsgrundlage）を含む〕。彼らは、ドイツ民法をもって台湾民法を解釈し、ドイツの判例と学説を台湾の実務に応用させた。こうした方法によって、彼らは、台湾民法を一定程度ドイツ化させた。たとえば、ドイツ民法の特色ともいわれる物権行為の無因性、契約締結上の過失、権利失効などの理論が採用されている。

前述のように、台湾民法の理論は、日本民法学とドイツ法学を基礎に築き上げられた。如何にして両者を調和させるのかは一つの重要な研究課題となった。視野を広げ、多元化的な思考を拡散するため、台湾大学法律学院は教員を採用する際に、それぞれ専門とする法系の背景を考慮し、全体とのバランスを保つ必要がある。また常に国際学術会議を開催し、特に学生達に日本に留学するよう薦め、日本留学経験のある学者を受け入れ、日本との交流を強化してきた。日本法学は、台湾法学の重要な一部分であり、長期に渡り台湾法学のインスピレーションの源である。

（三）本土化の発展

日本法学とドイツ法学を基礎とした台湾法学は、その本土化に力を入れることによって台湾の社会や経済の発展のニーズに応えてきた。その重点は、判例研究に置かれており、理論構成のほか、法社会学的な評釈にも置かれている。台湾最高裁判所〔最高裁判所59年（1970年）台上字1005号判決を参照〕は、長期にわたり次のように考えている。すなわち、比較法は民法１条でいう法理に属し、法解釈および法適用の方法の一つであるため、外国の立法例、判例学説を用いて本国の法律の疑義を解釈し、法律の欠缺を埋めることができる。台湾民法学の研究は、法注釈学（Rechtsdogmatik、法教義学）に重点が置かれ、現行法の概念体系の整理・分析を通じて、法律内部にある価値体系を明らかにし、且つ具体的な規範と規範の間の関係を全体的に把握することによって、より教授、学習、伝達しやすくなった。また司法実務および特定の裁判においては、法適用の見解を提供し、長期にわたって同じ類型の判決に影響を与え、一般原則を形成することによって、裁判の予見可能性と法的安定性を強化する。そのためには、表面的な論述を取り除き、隠れた価値および理念を明らかにしなければならない。また現段階の法政策や法実務のニーズに応えるのみならず、学説や司法実務に対しても適宜批判と修正を加える必要がある。

（四）法学方法論

特記すべきなのは、台湾最高裁判所101年度（2012年）台上字2037号判決である。そこには次のような内容が示されている。**「法律の適用が裁判所の職責であることに基づき、『法官は法律を知る』の原則により、裁判所は当事者が主張した事実について、職権で適当な法規範を探り、それを判断の法的根拠とすべきである。とはいえ、民法１条では『民事に関し、法律に規定がないときは、慣習により、慣習がないときは、法理による。』と規定している。ここでの法理とは、法秩序の平和を保つために、物事が有する本来の原理である。法理による補充の機能には、その適用における制定法の枠組み内での法創造（たとえば、平等原則に基づいて行われる類推適用）と制定法の枠組み外での法創造（法律の枠組みを超えて法規範を創設すること）が含まれる。そこで、証券取引法２条では次のように定めている。すなわち、『有価証券の募集、発行、売買についての管理、監督は本法の規定に基づく。本法に定めのない場合は、会社法およびその他関係法律の規定を適用する』。それを踏まえて、証券取引により発生した損害賠償事件の場合、事件発生時適用または類推適用できる実定法がないとき、その後この事件を規範するため新たな法律を増補修訂する際に、立法政策、社会的価値および法律全体の精神を斟酌し、その条文を物事の本質および公平原則に合致すると認定する場合、制定法の枠組み外での法創造の機能（司法による自由な法創造の権限）に基づいて、当該の増補修訂の条文を法理として法律の欠缺を埋めることができる。裁判所は、同一の事件に対する価値判断が一貫することによって、事理の公平を保つことができる。」**

本件の最高裁判所の裁判は、台湾がドイツ法学方法論を継受した基本的な考え方を表している。すなわち、１．請求権の基礎：裁判所が当事者の主張した事実について、職権で適当な法規範を探り、それを判断の根拠とするというのは、請求権の基礎的な規範を指している。２．法適用の２段階：第１段階は法解釈であり、制定法の適用を指す。それは、解釈の目的（目標）、解釈の方法および解釈の客観性という三つの基本的な問題に関わる。第２段階は法創造であり、法理の補充を指す。これについては、次のように分類することができる。（１）制定法の枠組み内での法創造（たとえば、平等原則に基づく類推適用）として、これは法の欠缺の補充に関わる。（２）制定法の枠組み外での法創造（法律の枠組みを超えて法律規範を創設する）である。

民国民法が、1945年に台湾で適用されてから、実務において類推適用の案例

がしばしばあり、特に80年代以降にさらに増加した。この現象は、次の三つの意義を有する。１．急速な社会の変遷には問題が伴うのは当然であり、それに適用可能な法律が欠缺している場合、法律を補充すべきであり、それによって法律の進歩を促進させる。２．法学方法論に対する自覚性が強まることで、裁判所に法創造の必要性を認識させる。３．一国の民法の進歩を評価するのは、「類似適用」を検証の指針とすることができる。80年間にわたり、台湾民法は、法解釈、法創造を経て徐々に成熟し、さらに明るい未来に向けて発展している。

三、台湾民法の理論および実践

我妻栄博士は、かつて債権法は近代法上の優越的地位を有することを強調した。債権法の近代化は、各国の民法が現在直面している重要な課題である。2002年、ドイツは債権法現代化法を定め、日本は2017年５月に債権法の改正を終えた。台湾は、1999年に民法の債権法編の第１回目の改正を行い、現在第２回目の改正を計画している。以下では、債権法における四つの重要な問題を通して台湾民法の理論形成および実務を説明する。

（一）債務不履行の再構成

台湾民法の債務不履行は、基本的にドイツ民法をモデルとしている。それは、給付不能を中心に、客観的不能と主観的不能、原始的不能と後発的不能を区別し、それぞれに対して異なる規定を置いてある。台湾民法246条１項では「不能の給付を契約の目的としたときは、その契約は、無効とする」と規定している。同法247条１項では「契約が不能の給付を目的としたことによって無効となった場合において、当事者が契約の締結時その不能であることを知り、又は知り得べかりしときは、過失によらずしてその契約を有効であると信じて損害を受けた相手方に対し、賠償の責任を負う。」と定めている。この二つの条文は、原始的不能を規定するものである。後発的不能については、民法226条に定めている。すなわち、「（１項）債務者の責に帰すべき事由によって給付が不能となったときは、債権者は、損害の賠償を請求することができる」。それに加えて債権者は、その契約を解除することができる（256条）。通説は、民法247条に規定している給付不能とは客観的不能を指し、原始的・主観的不能については、その契約は依然として有効であるため、後発的不能に関する規定を類推適

用し、債務者に履行利益の損害賠償責任を負わせるべきである、とする。

台湾民法は、給付遅滞について詳細な規定を設けている（229条から233条まで）。最も論争が絶えないのは、旧民法227条の「債務者が給付をしないとき、又は完全な給付をしないときは、債権者は、裁判所に強制執行並びに損害賠償を請求することができる」という規定であり、それが不完全履行に関する規定であるか否かについて見解が分かれている。論争を避けるために、1999年に227条は、「（１項）債務者の責に帰すべき事由によって不完全不履行となったときは、債権者は、給付遅滞又は給付不能に関する規定に基づき権利を行使することができる。（２項）不完全履行によって前項以外の損害が生じたとき、債権者は、その損害賠償を請求することができる」と改正された。このような修正は、不完全給付を瑕疵の給付と加害の給付に分類している。不完全給付が加害の給付となった場合、債務不履行により生じた本来の損害のほか、履行利益を超える損害も生じる。たとえば、売主が病気にかかった鶏を買主に引渡し、買主の群れの鶏に感染させ、死亡させた場合や、売主が機械の特殊な使い方を買主に告知しないため、買主が不当に機械を使うことによって機械に爆発が発生し、買主の人身または他の財産に傷害をもたらした場合、買主は、民法227条２項の規定に基づき損害賠償を請求することができる。

現在の難問は、如何にして不完全給付と売買目的物の瑕疵担保責任の適用関係を取り扱うのかということである。台湾最高裁判所100年度（2011年）台上字1468号判決は、次のように指摘する。**「不完全給付とは、債務者による給付が、責めに帰すべき事由により本旨に従った給付ではない場合、債務者は債務不履行により生じた損害賠償責任を負わなければならない。物の瑕疵担保責任とは、物に存在する欠陥を指し通常の取引の観念または当事者の決定に基づき物が有すべき価値、効用あるいは品質に欠ける場合、債務者は負わなければならない法定の無過失責任である。両者は、法的性質、規範的機能および構成要件においてそれぞれ異なり、実体法においては異なる請求権基礎を有し、訴訟法における訴訟物も異なる。それによって、裁判所は、審理において当事者の主張する訴訟物の法律関係に基づいてその成立要件を決めなければならない。また売主が買主に引き渡す売買の目的物に担保責任を負うべき瑕疵があり、その瑕疵が契約成立後に発見され、かつ売主の責めに帰すべき事由がある場合、売主は物の瑕疵担保責任を負うと同時に、不完全給付による債務不履行責任も負うべきである。この際に、物の瑕疵担保責任と不完全給付による債務不履行責任が、**

請求権競合関係を発生した場合、当事者は請求権のいずれかを行使することができる」。一部の学者は、本判決について、日本の判例学説の影響を受けているとし、ドイツの通説、すなわち、物の瑕疵が瑕疵の損害であるのかまたは瑕疵結果の損害であるのかを適用基準とする見解を採用していない、と主張した。

将来、台湾の債権法改正の任務は、如何にして国際契約法（GISG、PICC、PECL）の発展、ドイツ債権法現代化法およびその実務経験、日本債権法改正を参照し、債務不履行の体系を再構築するのかである。

1．一般的に、依然として現行法の給付不能、給付遅滞、不完全給付という三つの債務不履行の類型を保留し、統一の義務違反の概念を用いるべきではないと考えられる。また給付不能、特に給付の原始的・客観的不能に関する契約無効の規定について検討すべきであり、債務者に履行利益の損害賠償責任を負わせるべきである。

2．債務不履行の帰責事由については、過失責任の推定という原則を維持すべきである。

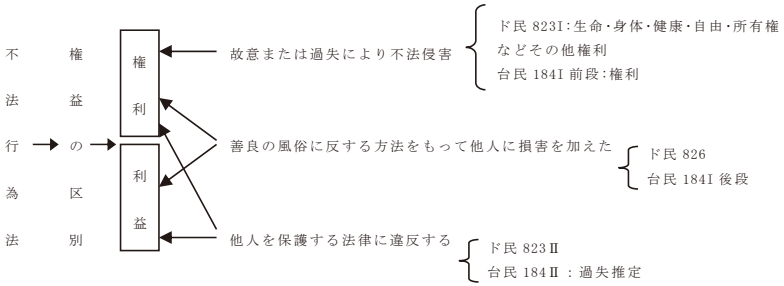
3．売買法に修正を加えるべきである。**売主は、買主に瑕疵のない物を取得させる義務を負うとともに、第三者が売買の目的物をめぐって買主に対して如何なる権利も主張することができないとする保証責任を負うべきである。売主は、買主が物の瑕疵と権利の瑕疵がない物を取得する給付義務を負う。すなわち、物に瑕疵がないことを売主の主たる給付義務とする。物に瑕疵があるとき、買主は売主に対して瑕疵修補請求または瑕疵がないものを交付するよう請求をすることができ、この場合、売主の帰責事由は要件としない。債務者に帰責事由があるとき、買主は民法227条の規定に基づいて債務不履行による損害賠償を請求することができる。このような修正の目的は、物の瑕疵担保を債務不履行の枠組みに入れることによって不完全給付と物の瑕疵担保責任との適用関係という難題を解決し、債権法の現代化発展の趨勢に合わせるためである。**

（二）不法行為法の基本構造

1　基本構造

不法行為法の目的は、個人の行動の自由と被害者の権利、利益を保護するために一般の不法行為の要件を定めるものである。日本民法709条の規定は、フランス民法1382条から由来する。新しく修正を加えた条文は権利または法的保護を受ける利益を区別しているが、これはドイツ民法の影響を受けている。

台湾民法184条は、次のように規定している。「（１項）故意又は過失によって、不法に他人の権利を侵害した者は、損害賠償の責任を負う。故意に善良の風俗に反する方法をもって他人に損害を加えた者も、同様である。（２項）他人を保護する法律に違反し、他人に損害を加えた場合、損害賠償の責任を負う。ただし、行為者は、その行為が無過失であることを証明したとき、この限りでない」。本条文は、ドイツ民法823条と826条を参照し、修正を加えたものである。要約すると、次のような図式で示すことができる。



２　不法行為の三類型

ドイツ民法と台湾民法は、違法性を中心に三つの小さな不法行為の概括的条項を定めている。この三つの概括的条項は三つの独立の請求権基礎を構成し、競合的適用関係にある。この三つの不法行為の類型は、異なる社会規範の機能を有している。１．民法184条１項前段は、「市場」を経由することの規範である。すなわち、個人がある社会経済活動に従事することを決めることは認められるが、その者が故意または過失によって他人の権利を侵害した場合には責任を負う。２．民法184条１項後段は、社会道徳を経由することの規範である。この規範をもって社会の倫理的秩序を保つ。３．民法184条２項は、立法（または政治）によって定められた他人を保護する法律に合わせるものであり、人の行為を規範するものである。

３　権利と利益への異なる保護

ドイツ民法と台湾民法の特色は、侵害されたのが権利か利益（純粋の財産利益、純粋の経済損失）かを区別するところである。権利の保護については、民

法184条１項の前段を適用し、不法性および故意または過失を要件とする。「権利以外の利益の保護」については、次の二つの場合に限る。１．故意に善良の風俗に反する方法をもって他人に損害を加える場合（民法184条１項後段）。２．他人を保護する法律に違反した場合、当該法律に権利以外の利益を保護する旨を有する（民法184条２項）。このような構造は、台湾不法行為法の基本的な枠組みであり、判例学説によっても是認されている。台湾最高裁判所86年度（1997年）台上字3760号判決は、次のように示している。「民法184条１項の規定の前段と後段は、異なる不法行為の類型に対応している。保護法益については、前段は権利で、後段は一般法益である。主観的責任については、前者は故意または過失を要件とすれば十分である一方で、後者は故意に善良の風俗に反する方法をもって他人に損害を加える場合に限定する。両者は、要件において異なり、請求権基礎と訴訟物も異なる。」

４　人格権の保護

台湾不法行為法は、ドイツ民法をモデルとして採用しているが、１つ重要な修正を加えた。すなわち、保護を受ける権利については列挙という方法を取らず、包括的に規定している（日本民法709条に相当する）。台湾民法184条１項前段で言う権利には、人格権も含まれ、こうした解釈は、人格法益を保護することにあたって重要な意義をもたらした。人格権の具体的な内容は、民法195条「身体、健康、名誉、自由、信用、プライバシー、貞操、または不法侵害の対象とするその他人格の法益」と定めている。被害者は、財産的損害のほか、非財産的損害についても賠償を請求することができる（慰謝料）。ドイツ法には、人格権が明確に定められていないため、ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法に基づいて一般の人格権を新たに作らなければならない（allgemeines Persönlichkeitsrecht）。そのプロセスは、非常に複雑である。それに比べて、台湾民法の規定は先見性を持つため、肯定されるべきである。

５　実務の発展

台湾不法行為法の発展プロセスにおける問題は、如何にして権利と利益を解釈・適用し、利益（純粋の経済損失）に対して必要、かつ合理的な保護を与え得るかである。通説によれば、債権は利益に属し、民法184条１項後段の規定を適用すべきであり、第三者が故意に善良の風俗に反する方法をもって債権を

侵害する場合でしか不法行為責任を負わない。たとえば、故意に債務者に契約を違反させることなど。一般的に、実務においては慎重な見解が採られているが、それは不法行為責任の射程の拡大を防ぎ、不法行為責任の不確定性を減らすためである。最近、賃貸借の物件で自殺事件が起きたため、その物件が自殺物件となり、経済的価値が下がる事案が多発している。最高裁判所は、これは純粋経済損失であるため、被害者は民法184条１項前段の規定に基づいて損害賠償を請求することができないと再三示している。送電線切断事案においては、電力の供給が止められたため、営業損失を被ったメーカーは、台湾法に基づいて損害賠償を請求することができない。弁護士の過失により遺言の無効をもたらしたため、遺贈を受けることができない者が、不法行為の規定（または第三者のためにする契約を作る）に基づいて弁護士に損害賠償を請求することができるかどうかは、議論に値する問題である。ドイツ法の通説では、企業の経営活動が権利化されている（Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）ため、企業自身が経済損失を被ったとき、損害賠償を請求することができる、とされる。台湾の実務は、このような見解を採用していない。日本民法709条は、権利以外の利益を取り扱う際に比較的に柔軟性を持つため、参照価値がある。

（三）不当利得の類型化

台湾民法は、不当利得について詳細な規定を設けている（179条から183条まで、日本民法703条から708条までを参照・比較する）。鍵となる問題は、利益を受けることによって、他人に損害をもたらす場合の「法律上の原因がない」を如何にして認定するのかということである。これについては、統一説と非統一説という二つの見解がある。台湾最高裁判所101年度（2012）台上字1722号判決は、次のように明確に認定する。**「不当利得は、その類型により『給付不当利得』と『非給付不当利得』に分けることができる。前者は、損害を被った人が、意図的および意識的に給付をすることにより発生する不当利得である。後者は、給付以外の行為（損害を被った人、受益者、第三者の行為）または法律の規定により成立する不当利得である。『非給付不当利得』の中の『権益侵害の不当利得』については、他人の権利、利益の内容を侵害することにより利益を受け、他人に損害を与えるとき、同一の原因と事実により他人に損害を与えるため、その正当性を欠くと認定することができる。すなわち、侵害行為により他人に**

帰属すべき権利、利益内容の利益を取得するため、当該の利益を保有する正当性を欠く場合、法律上の原因がない不当利得として認めることができる。」

本判決は、長年に渡り不当利得に関する見解を総括し、不当利得を類型化し、基本的にドイツと日本の通説を採っている〔藤原正則『不当利得法』（信山社・2002年）を参照〕。本判決では、不当利得を給付不当利得と非給付不当利得に分けることにより、不当利得法の機能、請求権の要件を明らかにし、包摂的かつ実務的な規則を築き上げることで、不当利得法の解釈適用に資することができる。紙幅を節約し、不当利得の類型、機能、要件を理解しやすくするために、台湾学説の見解を次のように整理した上で説明する。

不当利得の請求権基礎（179条）

<table>
<tr><td rowspan="3">給付不当利得</td><td>類型</td><td>案例</td><td>機能</td><td>要件</td><td>排除</td><td rowspan="3">法的効果（181-183条）</td></tr>
<tr><td>法律上の原因の原始的不存在</td><td>売買契約の無効、非債弁済</td><td rowspan="2">債権関係における給付目的を欠く財貨の変動を調整する</td><td rowspan="2">1．利益を受けている。
2．他人の「給付」（意識的に受益者の財産を増加する目的を持っている）に基づく。給付により他人が損害を受けている。
3．法律上の原因がない。
客観説：債権関係がない
主観説：給付の目的が欠けている。</td><td rowspan="2">180条</td></tr>
<tr><td>法律上の原因の後発的不存在</td><td>解除条件付売買契約において、その条件が成就した場合</td></tr>
<tr><td rowspan="2">非給付不当利得</td><td>利得侵害の不当利得</td><td>無権利者による他人の物への処分、無権利者による他人の物への占有、他人の知的財産権への侵害</td><td>利益保護、所有権などの権利の持続的機能を保護する。</td><td>1．利益を受けている。
2．給付により他人に損害を与えるのではない。（権益侵害）
3．法律上の原因がない：当該権利、利益の帰属を保持すべき契約関係と法律根拠がない。</td><td rowspan="2"></td></tr>
<tr><td>支出費用の不当利得</td><td>誤って他人の物を自己の物であると信じて修繕を加えたこと</td><td>利益調整</td><td>1．利益を受けている。
2．給付により受益し、他人に損害を与えるのではない。（他人が受益者の物に対し費用を支出した）
3．法律上の原因がない：当該利益を保持すべき契約関係と法律根拠がない。</td></tr>
</table>

	求償の不当利得	他人の債務を弁済した場合	利益調整	1．利益を受けている。 2．給付により他人に損害を与えるのではない。（他人の弁済により受益者の債務が免除された） 3．法律上の原因がない：当該利益を保持すべき契約関係と法律根拠がない。		

台湾民法は、物権行為の無因性を採用するため、給付不当利得は幅広く適用されている。売買契約の不成立、無効または取消しの場合、当事者の間に発生する給付不当利得請求権（Kondiktion）は、所有権返還請求権（Vindikation）を置き換える。三人間の給付関係（第三者のためにする契約、指示給付関係などを含む）については、原則的に給付不当利得請求権を優先的に適用すべきであり、給付の当事者の間の信頼および抗弁を保護する。

非給付不当利得の中では、利得侵害の不当利得が法学の発見と認められ、日々その適用範囲が拡張されている。たとえば、無権利者による他人の物への処分、無権利者による他人の物の使用または他人の知的財産権への添付、侵害、さらに無権利者が他人の姓名あるいは肖像を商業化に使用することなどが含まれる。

給付不当利得は、契約などの債権関係を欠くことにより発生した財貨の変動を調整し、失敗した取引を救済することが目的である。それは、私法自治と密接な関係をもっている。利得侵害の不当利得は、財貨の帰属を保護するためであり、侵害者の故意または過失を要件とせず、不法行為による損害賠償と競合し、権益を保護する重要な機能を持っている。台湾実務においては、不当利得に関する案例が多いため、不当利得が重要な法律制度として発展してきた。2017年５月に、台湾法官学院は、加藤雅信教授を招き日本の不当利得法をテーマとする講演会を開催し、より多くの示唆を得られるよう期待した。

（四）民事責任の変遷

民事責任には、責任の成立と範囲が含まれている。両者は、台湾法において重要な変遷を辿ってきた。責任の成立については、契約締結上の過失という責任（245条の１）、不完全給付の債務不履行責任（227条）が増設された。不法行為については、商品の製造物責任（191条の１）、動力車の操縦者責任（191条の２）、製造物の危険責任（191条の３）が増設された。

責任の範囲について、特記すべきことは、以下２点がある。

１．慰謝料請求権の拡大。不法行為において、台湾民法194条は「不法に他人を侵害して死に至らしめた者に対しては、被害者の父、母、子及び配偶者は、財産以外の損害についても、賠償を請求することができる。」と規定している。また台湾民法195条は、不法に他人の人格法益を侵害し、又は他人が父、母、子及び配偶者との関係に基づく身分法益を侵害し、その情状が重大であるもの（たとえば、未成年者を略奪する、父母の後見の権利を侵害する、配偶者を強姦する）に対しては、被害者は、財産以外の損害についても、賠償を請求することができる、と規定している。

特に強調したいのは、1999年の民法の改正債権法は227条の１を新設した。この条文は、債務者が債務不履行によって債権者の人格権を侵害したとき、被害者は、民法194条、民法195条の規定を準用し、慰謝料を請求することができる、とし、違約責任に関する慰謝料請求権を創設するものである。これによって、人格権の保護に、重大な意義をもたらした（新しく改正されたドイツ民法253条２項の規定を参照）。

２．懲罰的損害賠償の導入。台湾民法は、補償的損害賠償制度を採り、次の３つの原則によって反映されている。（１）完全賠償、損害が発生する前の原状を回復する（民法213条）。（２）責任と損害賠償との比例原則を採らない。すなわち、不法行為者の故意又は過失によって損害賠償額を決めない。（３）利得を禁止する。被害者は、損害賠償以外の利益を請求、保有してはならない（損益相殺、民法216条の１）。1991年以降、アメリカ法の影響を受け、公平取引法、証券取引法、著作権法、特許法、商標法、営業秘密法においては、懲罰的損害賠償（punitive damages）の制度が設けられていた。特に消費者保護法51条は「本法に基づいて提起した訴訟においては、企業経営者の故意によって損害をもたらした場合、消費者は、損害額の５倍以下の懲罰的損害賠償を請求することができる。重過失によって損害をもたらした場合、消費者は、損害額の３倍以下の懲罰的損害賠償を請求することができる。過失によって損害をもたらした場合、消費者が損害額の１倍以下の懲罰的損害賠償を請求することができる」と規定している。懲罰、威嚇を目的とする準刑罰的民事責任を導入すべか否か、またそれを如何に解釈・適用するのかについては、長期にわたって論争が繰り返されている。ここではこれ以上深入りしない。

四、民主憲政の改革と民法の発展

（一）民主憲政の改革

台湾は、1947年から国共内戦のため、戒厳令が実施され、政治活動や言論の自由が制限されるなど、人権侵害の状態が続いていた。経済を発展させるために、民法を基礎とする私法秩序は重大な影響を受けていないものの、画期的な発展もみられなかった。1986年、国内外の情勢の変化、特に日々激化していく抗議運動によって、政府は戒厳令を解除し、報禁（自由な新聞報道の禁止）と党禁（野党の政治活動の禁止）を撤廃し、国会議員の全面的な改選や総統直接選挙を行った。中国大陸との交流も開放し、台湾は急速に民主、憲政、法治の社会へと邁進した。

1980年代から始まった民主憲政の改革が、台湾民法の発展に与えた影響について、民法改正、民法（私法）と基本権利という２点から説明することができる。

（二）民法の改正

民主憲政の改革は、人民の権利意識を高め、台湾の社会の力を解放し、多元的価値理念を形成し、経済の繁栄を促進した。こうした社会情勢に歩を合わせるために、民法改正の検討が加速され、その要点は次のように整理することができる。

１．民法総則。1982年と2008年の２回の改正は、人格権の保護（18条）をさらに強化し、法人制度（25条以下）を修正し、消滅時効（125条以下）を検討し、権利行使の原則（148条）を新設し、特に禁治産を撤廃し成年後見制度（14条から15条の２まで）を設けた。

２．債権編。1999年の改正内容には、人格権の侵害と慰謝料（195条）、債務不履行制度（227条、227条の１）が含まれ、普通取引約款の規制（247条の１）を新設し、事情変更の原則（227条の２）を明確化し、損益相殺の規定（217条）をも新設した。

３．物権編。物権編は、これまで５回の改正を経ている。その改正ポイントは、次のようなものである。習慣による物権の創設（757条）、建物の区分所有に関する制度の設置（799条）、区分地上権の増設（841条の１）および最高限度額の抵当権（881条以下）の新設である。ほかに、永小作権を撤廃し、農育権（他人の土地において農作、森林、養殖、牧畜、竹木の植栽または育成を目的とす

る権利、850条の１）を増設した。

４．相続編。相続編は、全部で７回の改正を行い、改正ポイントは主に遺言にかかわるものである。最も関心を集めたのは、改正民法1148条２項「相続人は被相続人の債務について、相続によって得た財産を限度に、弁済の責任を負う」という規定である。この規定は、親の残した債務を子が弁済するべきという伝統的な考え方を乗り越え、相続人が被相続人の生前の債務をも引き継ぐ包括的相続により一生苦しむことがないよう配慮することに立法趣旨がおかれている。

５．親族編。最も注目に値するのは、民法親族編が1995年から18回の改正を経たことである。こうした頻繁、かつ活発な立法活動が実現できたのは、1929年の民法親族編に存在する伝統家族主義の構造を改革し、憲法でいう両性の平等および子の最善の利益を保障するという原則を徹底するための動きがあったからである。また女性運動や政治の民主化も立法活動を動かした重要な要素である。特に、司法院大法官による民法親族編の規定について出した違憲解釈に応える形での改正は、ある意味台湾親族法の憲法化とも評価するべきであろう。以下においては、比較法学的な意義を有するいくつかの規定を列挙する。

（１）民法1000条（夫婦の冠姓）「（１項）夫婦は各自元の姓を保有する。ただし、書面により元の姓に配偶者の姓を冠すると約定することができ、その場合は、戸籍機構に登記しなければならない。」

（２）民法1059条（嫡出子の姓）「（１項）父母は子が生まれる前に、書面によって子が父と母のいずれかの姓に従うと約定すべきである。約定していない又は約定が成立しない場合、戸政事務所において籤引きで決める。（２項）子が生まれ、戸籍登記してから未成年に至る前に、父母は、書面によってその子が父と母のいずれかの姓に変更すると約定することができる。（３項）子が成年になる場合、父と母のいずれかの姓に変更することができる。（４項）前２項にいう変更は、それぞれ１回に限る。（５項）次のような場合、裁判所は、子の利益のために、父母の一方または子の請求に基づいて、子が父と母のいずれかの姓に変更すると宣告することができる。一、父母が離婚した場合。二、父母の一方又は双方が死亡した場合。三、父母の一方又は双方が生死不明の状態で３年を経過した場合。四、父母の一方が明らかに保護あるいは育成の義務を果たしていない場合。」

（３）民法1063条（嫡出子の否認）「（１項）妻の懐胎が婚姻関係の存続中にか

かるときは、その生まれた子は、嫡出子と推定する。（２項）前項の推定につき、生まれた子が嫡出子ではないことを夫妻の一方が証明できる場合は、否認の訴を提起することができる。（３項）前項の否認の訴は、夫婦の一方が当該の子が嫡出子ではないことを知った日、または子が自分が嫡出子ではないことを知った日から、二年以内に訴を提起しなければならない。ただし、子は、成年になる前に知った場合、成年になってから、二年以内に、訴を提起しなければならない」この条文は、司法裁判所大法官587号「子が、自分の出自を知り、実の父子関係を確定するのは、子の人格権に関わるため、憲法に保障されるべきである」という解釈に応えたものである。

（三）民法と基本的人権

１　憲法解釈制度と基本的人権

中華民国憲法171条は、「（１項）法律で、憲法と抵触するものは、これを無効とする。（２項）法律が、憲法に抵触するか否かについて、疑義が生じたときは、司法裁判所がこれを解釈する。」と規定している。司法裁判所は、大法官会議（憲法法廷）を通じて司法審査権を行使する。司法裁判所の大法官会議は、70年の変遷を経て次第にドイツ連邦憲法法廷の性質と機能を持つようになり、基本的人権の防御の機能（公権力による侵害への対抗）と国家保護義務（私人からの侵害を防止する）を有する、と考えている。また基本的人権の第三者効力を認め、法律の違憲あるいは合憲の解釈に行っている。司法裁判所大法官の解釈は、台湾の社会生活、政治の発展に対してますます重要な役割を果たしている。以下、基本的人権と私法にかかわる若干の解釈について説明を加える。

２　基本的人権と私法自治および契約の自由

1960年代の台湾土地改革に関連する三七五減税条例が違憲であるかどうかをめぐる事案について、司法裁判所釈字580号解釈は、「個人の人格発展の自由に基づいて、個人は自由にその生活資源の使用、収益および処分を決定することができる。自由に他人と生活資源を交換できることは、憲法15条の人民の財産権および22条の人民の契約の自由の趣旨に基づくものである。ただし、個人の生活の技能に強弱があるため、全体的に社会生活資源の配分に過度な不均衡をもたらし得ることもある。資源の合理的な配分を目指すために、国は、憲法23条の比例原則に違反しない範囲内で、法律をもって人民の契約の自由を制限す

ることができる」と示している。本件の解釈においては、大法官は、はじめて契約の自由が憲法によって保護を受けるべき基本的人権であると認め、憲法と民法の発展に重大な意義をもたらした。

3　人格権と言論の自由

（1）憲法の審査基準

民主憲政の改革後、人格権の保護と言論の自由は次第に重視された。しかし憲法に保障されているこの二つの基本的人権が衝突する場合、憲法と不法行為法の中でそれらを如何に調整するのかは、重要な問題である。

憲法のレベルにおいては、刑法310条、311条の名誉毀損罪が違憲であるか否かをめぐる案件について、大法官釈字509条解釈は、次のような見解を示している。**「言論の自由は、人民の基本的人権である。憲法11条によりそれが保護されているため、国は、最大限の保護を与えるべきである。それによって、自己の価値を実現し、意見を疎通し、真理を求め、各種の政治または社会活動を監督するといった機能が実現されうる。ただし、個人の名誉、プライバシーおよび公共利益の保護を実現するためには、法律は、言論の自由の伝達方法に対して合理的な制限を加えることもできる。刑法310条１項および２項の名誉毀損罪は、個人の法益を保護するために設けられ、他人の自由、権利を防ぐためにも必要であり、憲法23条の趣旨に合致するものである。」刑法の当該条文３項の前段でいう、名誉毀損の内容が真実であることを証明できる者に対して処罰を与えないとは、真実の言論を行う者に対する保護であり、刑罰権の範囲を制限するためである。名誉毀損を行っていないと主張する者は、その言論の内容が確かに真実であることを自ら証明しなければならず、それによってはじめて刑事責任を免れることができる。ただし、行為者が言論の内容が真実であることを証明できないにもかかわらず、行為者の提供した証拠と資料に基づいて行為者が真実を述べていると信じる相当な理由があると認められる場合、名誉毀損罪をもって刑事責任を科すべきではない。またこの規定をもって、検察官または告訴人が訴訟手続きにおいて法律に基づいて「行為者が故意によって他人の名誉を毀損した」という挙証責任を負う義務と、裁判所が行為者の言論が真実か否かを判断する義務を免除することはできない。それゆえ、刑法310条３項は、憲法が言論の自由を保障するという趣旨と抵触していない。」**名誉毀損罪に対する本解釈は、合憲判断を下した。しかも、行為者が言論の内容が真

実であることを証明できないにもかかわらず、行為者の提供した証拠と資料に基づいて行為者が真実を述べていることに確信をもつ相当な理由があると認められる場合、名誉毀損罪をもって刑事責任を科すべきではないとされる憲法上の判断基準は、言論の自由と刑法による人格権（名誉）保護の相互関係を調整可能にした。

（2）不法行為法の適用

台湾最高裁判所は、憲法（基本的人権）に適合する法律解釈に基づいて、司法裁判所釈字509号による合理的な調査証明の審査基準に関する解釈の趣旨を、不法行為法に適用させた。具体的には、違法性に基づいて名誉権の侵害、言論の自由の保護範囲を認定し、意見の表現と事実の陳述、真実的であるかどうかに関する挙証責任を区別し、個別事案ごとに名誉権の侵害と言論自由の保護を認定する〔日本法の関連判決、特に夕刊和歌山時事の事案については、五十嵐清『人格権法概論』（有斐閣・2003）45頁、佃克彦『名誉毀損の法律実務』（弘文堂・2005）212頁を参照〕。以下、最高裁判所103年度（2014年）台上字882号の判決の要旨をもって参考に供する。「司法裁判所釈字509号解釈は、刑法の名誉毀損罪について、報道自由の権利と他人の人格権の保護との間に衝突が起きたとき、行為者が言論の内容が真実であることを証明できない場合であっても、合理的な調査証明という義務を負うべきという見解を出した。またこの解釈によれば、刑法310条３項前段が規定している『言論の内容が真実であるとき、これを罰しない』というものが、民事事件において同様に適用されるべきであり、これによって私法秩序の保護に矛盾が生じない、とされる。行為者の言論が他人の名誉に毀損を与えるとはいえ、言論が事実であり、かつ公共利益に関わる場合、行為者がその言論が真実であることを証明できる、また証明できないにしても、行為者の提供した証拠と資料に基づいて行為者がそれが真実であることを確信するのに相当な理由があると認められるとき、他人の権利を不法に侵害したとは言い難いため、行為者に不法行為による損害賠償責任を負わせると認定することはできない。また報道の自由を保障するために、行為者に真実と寸分も違わない事実を述べさせることはできない。述べられた事実の主要な部分が真実と合致するとき、その事実が真実であると認定することができる。このような場合は、他人の権利への不法侵害に当たらないのみならず、行為者の情報源や行為者が合理的な調査証明の義務を尽くしたかどうかを審査することによって

行為者が過失責任を持つかどうかを判断する必要もない。」

（3）名誉権侵害の原状回復に関する適当な処分と謝罪の掲示

台湾民法195条１項は、「不法に他人の身体、健康、名誉、自由、信用、プライバシー、貞操、又は不法に他人の人格法益を侵害し、情状が重大である場合、その者に対しては、被害者は、財産以外の損害についても、また一定額賠償を請求することができる。その名誉を侵害された者は、併せて名誉回復に適当な処分を請求することができる。」と規定している。名誉侵害において原状回復に適当な処分を請求することができるという規定は、日本民法723条から由来するものである。実務においては、謝罪を新聞に掲載する（謝罪の掲載）という仕方が採用されている。謝罪を新聞に掲載する（謝罪の掲載）ことが加害者の人格権などを侵害しているかどうかは、比較法的には異なる規範モデルと裁判所の解釈がある。台湾では、韓国憲法裁判所の判決と日本最高裁判所の判決の影響を受けて論争が起きたことがある。司法裁判所釈字656号解釈によれば、「民法195条１項後段では『その名誉を侵害された者は、併せて名誉回復に適当な処分を請求することができる』と規定している。ここでの名誉回復に適当な処分とは、たとえば判決をもって加害者に公開謝罪を命じるとき、加害者が自己侮辱など人間の尊厳を損なうといった状況にかかわらない場合、憲法23条の比例原則に違反していない、ということである。それゆえ、表現をしない自由を保障する憲法の趣旨に抵触しない」とされる。注意に値するのは、本項の解釈は、謝罪の掲示が言論の自由に関わることを強調し、憲法の保障を受ける言論の自由は、積極的に表現する自由を保障するほか、また消極的に表現をしない自由も保障すると認めた。係争の規定は、判決をもって加害者に新聞に謝罪の掲載を命じることは、憲法11条の言論の自由が保障する「表現をしない自由」に関わるものである。国が表現をしない自由について、法律に基づいてそれを制限することができるとはいえ、それは、道徳、倫理、正義、良心、信仰などの信念と価値に関わり、人民の内在する精神的活動と自己決定権につながっている。また人間性の保護と人格の自由の保障に欠かせないものであり、人間性の尊厳とも関係している。

他人の名誉権を侵害する場合、行為者の謝罪を新聞に掲載するべきかどうか、あるいは行為者の陳述を取り下げるかどうかは、各国の異なる法文化に関わり、比較法的に研究に値する課題である。紙幅に限りがあるため、次のように整理

し、参考に供する。

事項／国別	法源	名誉を回復する適当な方法
イギリス	裁判所判決	謝罪の掲載請求は認められない（加害者が自発的に謝罪するとき、賠償額を減免することができる）
アメリカ	裁判所判決	謝罪の掲載請求は認められない（加害者が自発的に謝罪するとき、賠償額を減免するがことができる）
ドイツ	裁判所判決	謝罪の掲載請求は認められないが、「事実の陳述」の撤回を命じられなければならない。
日本	日民723	1．民法の規定によって裁判所は、原状回復に適当な処分を命じなければならない。 2．謝罪の掲載は合憲である（良心の自由を侵害していない）
韓国	韓民764	1．民法の規定によって裁判所は、原状回復に適当な処分を命じなければならない。 2．謝罪の掲載は違憲である（良心の自由と人格権を侵害している）
台湾	民法195I	1．民法の規定によって裁判所は、原状回復に適当な処分を命じなければならない。 2．謝罪の掲載は合憲であるが、その内容が人格の尊厳を侮辱する場合には認められない。
中国大陸	民法通則114 不法行為法15	1．法律によって謝罪は民事責任を負う１つの方法であると規定されている。（契約違反の責任と不法行為責任が含まれる。名誉侵害の場合に限らない。） 2．違憲をめぐる論争はない

（4）両性の平等、同性婚と婚姻家族の制度

同性婚を認めるべきかどうか、如何に規範すべきなのかは、目下の台湾における論争的な法的問題であり、それによってもたらされた対立と抵抗は、社会の安定に影響を与えている。2017年５月24日、司法裁判所は、釈字748号の解釈を作り出し、「民法４編親族２章の婚姻に関する規定によって、同性の二人が共同生活を経営する目的で親密および排他的永久的な結合関係を成立することをさせていないことは、憲法22条の人民の婚姻の自由、７条の人民の平等権に違反している。関係機関は、本解釈が公表された日から２年以内に関係法律の改正あるいは制定を行うべきである。如何なる形式で婚姻自由の均等的な保護を実現するのかについては、立法論の範囲に帰属する。期限が過ぎてまだ関連する法律の改正又は制定が終わっていない場合、同性の二人は、上述の永久的結合の関係を成立させるために、上述の婚姻の章に関する規定に基づいて、

二人以上のサイン入りの書面をもって戸籍関係機関に婚姻届を提出することができる。」この解釈は、次の２点の論点がある。

①婚姻の自由は、同性婚を含めることができる。本来、配偶者のない結婚適齢者は、婚姻の自由を有し、「婚姻するかどうか」と「誰と婚姻するのか」の自由が含まれる。婚姻の自由が人間の尊厳に関わり、重要な基本的人権であるため、憲法22条の保障を受けるべきである（台湾憲法は、婚姻の自由を明確に定めず、また日本憲法22条１項「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本とする。」という規定も設けていない。台湾憲法22条は、「およそ国民のその他の自由および権利は、社会の秩序、公共の利益を害しないものは、ひとしく憲法の保障を受ける」と規定している。憲法解釈は、この規定に含まれる婚姻の自由が、異性婚のみを指していると考える）。同性の二人が共同生活を経営する目的で親密および排他的永久的な結合関係を成立することは、異性の二人が婚姻に関する章の１節から５節までの関連規定を適用することにはなんら影響もなければ、異性婚によって構築された既存の社会秩序を変えてもいない。同性の婚姻の自由は、法律により正式に認められた後、異性婚とともに社会の安定に寄与する基盤となろう。また、婚姻の自由は、人格の健全な発展と人間の尊厳に関わる。そのため、上述の親密、排他的永久的結合を成立させる要望、能力、願望、期待などの生理的、心理的要素は、同性愛者にとって不可欠であり、異性愛者と全く同様であり、憲法22条の婚姻の自由の保障を受けるべきである。現行の婚姻に関する規定が、同性の二人に共同生活を経営する目的で親密および排他的、永久的な結合関係を成立させないことは、立法上の重大な瑕疵であり、憲法22条で保障する人民の婚姻の自由に違反している。

②平等原則。婚姻に関する現行法は、男女一対に限ってのみ永久的な結合関係を規定し、同性カップルにはそれが許されていない。このような規定は、性的指向を分類基準としているため、同性愛者の婚姻の自由は相対的に不利な差別的扱いを受けさせる。憲法22条が保障している婚姻の自由は、人格の自由、人間の尊厳と密接に関係しており、重要な基本的人権でもある。また性的指向は、変え難い個人的特質であり、その成因には生理および心理的要素、生活経験、社会環境などが含まれている。現在、世界保健機関、汎米保健機構と国内外の重要な医学機構は、いずれも同性愛自体は疾病ではないと認めている。台湾では、同性愛者は、長期にわたって社会に受け入れられず、暗いクローゼッ

トに閉じ込められて、様々な事実上および法律上の排除または差別を受けてきた。また、同性愛者は、人口構成から見れば社会に孤立された少数者であり、ステレオタイプな観念を通じて影響によって、政治的にも弱者であるため、一般の民主的手続きを通じて法的に不利な立場を逆転させるのはきわめて難しい。それゆえ、性的指向を分類基準とする差別的扱いについては、比較的に厳格な審査基準を用いてその合憲性を判断すべきである。その目的は重要な公共の利益を求めるのは当然のこと、その手段と目的との間には必ず実質的関連性を有しなければならない。それによって、はじめて憲法７条の平等権の保障という趣旨に合致することができる。

台湾司法裁判所の解釈は、台湾を、世界で22番目、アジアではじめて同性婚を承認する国とさせた。問題は、将来に向けて如何にして立法を行うのかということである。すなわち、民法の親族編にある婚姻に関する規定を改正するのか、あるいは特別の法律を制定するのか。このような社会と文化に深い意味をもたらす課題は、民主的手続と議論を通して、異なる見解を有する者との対話を強化し、お互いに理解を深めることによって、共通認識を獲得し、最終的に台湾の民主法治を新たなステージへと邁進させると確信する。

五、台湾民法と中国大陸民法の交流

（一）台中の法学交流

中華人民共和国は、1949年10月１日に成立し、同年において中華民国の六法全書（うち、民法典はブルジョア思想を体現していると思われた）を廃止し、社会主義法制を採った。その後、四回にわたって民法典の制定を試みたが、政治運動などが原因で完成しなかった。1978年改革開放以降、社会主義の市場経済を推し進めるために、大学入学試験と法律教育を全面的に回復した。歴史的原因および言語の利便性の関係上、民法の教育研究は、刊行が禁じられかつ批判の対象とされた台湾法学の著作を参照した。その後、台中の交流が開放され、台湾の法学著作も、中国大陸で刊行され、広く参照･引用されるようになった。このような法学交流は、台湾民法および著作を通じて日本法とドイツ法を理解することができ、伝統民法を基礎とした上で中国大陸民法学を構築し、将来の民事立法に積極的な影響を与えることに役に立った。

注目に値するのは、近年、外国の法律書籍が翻訳され、海外から帰国した留

学者が大学の教員になる者が増加していることである。そのため中国大陸民法学の発展が加速され、重要な成果を収めている。目下の重要な課題は、案例の研究を強化し、理論と実務を連携し、民法学に実践的意義をもたらすことである。

（二）民事立法と民法典の制定

中国大陸の民事立法において、最も重要なのは、1986年の民法通則である。民法通則は、民事権利を宣言し、私法制度を確立し、中国の特色ある社会主義経済を発展させるために、法規範のメカニズムを提供するものである。その後、中国大陸は、契約法（1999年）、物権法（2007年）不法行為法（2009年）を続々と制定した。契約法の特色は、CISG の規範モデルを採用していたことにある。物権法（2007年）は、伝統的民法の物権の概念と体系を導入し公有制の体系の改革に取り込んだ。不法行為法は、民事主体の合法的権利・利益を保護し、民事責任を明確にし、不法行為を予防、制裁し、社会の調和と安定を促進することを目的としているが、人民の行為の自由を配慮することを強調していない。また不法行為法は、普通の不法行為について包括条項を採りながら、医療損害、環境汚染、製品の高度危険責任、物件責任などの新型の不法行為も新たに創設した。これらの民事立法は、台湾民法の影響を一定程度受けている。

2017年３月15日に民法総則が可決され、2020年に中華人民共和国の初めての民法典が制定される予定である。民法総則は、伝統的民法の概念体系および法律原則の上で若干の中国の特色ある制度を創設するものである。〔法律時報80巻５号（通巻1115号）（2017年）、小特集：中国における「民法総則」の制定〕。

六、おわりに　東アジア私法の発展のために共に努力しよう

東アジア私法は、日本が西洋法制を受けいれ、1898年に民法典を制定したことをきっかけに発展し始めた。1929年の民国民法は、ドイツ民法を継受し、日本民法の影響を受けていた。台湾は、1945年から民国民法を適用し、日本民法とドイツ民法を基礎とする民法の理論体系を構築し、本土化を目指すプロセスにおいて民国民法を実践してきた。1980年代の民主憲政の改革は、さらに憲法の基本的人権を核心とする私法秩序を強化した。1978年の中国大陸の改革開放は、台湾民法と中国大陸民法の法学理論、立法および司法実務における連携と

交流を深めた。日本、台湾と中国大陸の民法は、それぞれの特色と異なる制度を有する。ここで強調すべきことは、日本、台湾と中国大陸の民法が共通の歴史的背景と現実的ニーズを有するため、更なる交流と連携を強化し、民法が体現する自由、平等、尊厳の価値理念を追求・実践することに力を注ぎ、東アジア私法の形成と発展を促進すべきということである。

研究ノート

出先機関と地方自治体の中央―地方関係

―― 高度成長期の名古屋港整備を事例として ――

山　田　　健

目　次

第１章　はじめに
　第１節　問題の所在
　第２節　分析の視角
　　第１項　出先機関と地方自治体
　　第２項　高度成長期の港湾政策
　　第３項　事例研究
　第３節　本論文の構成
第２章　高度成長期の名古屋港整備
　第１節　前史　―1950年代の名古屋港―
　第２節　出先機関の設置・拡充　―1960年代前半の名古屋港―
　　第１項　伊勢湾港湾建設部の設置
　　第２項　第五港湾建設局への昇格
　第３節　コンテナと広域行政の時代　―1960年代後半の名古屋港―
　　第１項　金城埠頭の整備
　　第２項　コンテナ埠頭の整備
　　第３項　伊勢湾港構想
　第４節　高度成長の終焉　―1970年代前半の名古屋港―
　　第１項　工業港から商港へ
　　第２項　高潮防波堤の移管
第３章　地方自治体による中央－地方関係の形成・維持
　第１節　地方自治体の状況
　　第１項　名古屋港をめぐる県－市関係
　　第２項　桑原幹根と全国知事会

第３項　富裕な愛知県
第２節　関係形成・維持の分析
第１項　港湾政策の専門性・技術
第２項　五建の行動様式
第４章　出先機関による中央－地方関係の形成・維持
第１節　出先機関の状況
第２節　関係形成・維持の分析
第５章　おわりに
第１節　本論文の成果
第２節　本論文の課題

第１章　はじめに

第１節　問題の所在

国と地方自治体の関係（以下、**中央－地方関係**）は、地方自治を規定する重要な枠組みの一つである。中央－地方関係が集権的に展開された場合、地方自治体が自由に政策を決定する余地は小さいものとなる。一方で、中央－地方関係が分権的に展開された場合には、地方自治体が自由に政策を決定する余地は大きいものとなる。つまり、中央－地方関係は地方自治体の活動に少なからず影響を及ぼし、地方自治の在り方を左右しうるものである。そのため、行政学において、中央－地方関係は重要な主題の一つとして議論されてきた。

戦後日本の中央－地方関係については、集権性を基調とした関係であることが明らかにされている。たとえば、西尾勝は福祉国家化を経て地方自治体の行政活動が増えてもなお、日本が依然として集権・融合型の国家であることを指摘した（西尾1990：第12章）。また、市川喜崇は西尾らの先行研究を俯瞰した上で、福祉国家化による行政活動の拡大に対応した機能的集権化が展開されたことを指摘し、この観点から行政を捉える必要性を説いた（市川2012）。

しかし、その一方で、地方自治体に自律的な決定の余地があったことを指摘する先行研究も一定数存在する。たとえば、村松岐夫は既存の集権性を指摘する議論について垂直的行政統制モデルと名付け、それと対置する形で水平的政治競争モデル・相互依存モデルを打ち出し、戦後日本の中央－地方関係が集権的とは言いきれないことを論じた（村松1988；1994）。また、S. R. リードは日

本の地方制度が画一的であることを認めつつも、都道府県には一定程度自由に政策を決定する余地があったことを明らかにした（リード1990）。近年では、稲垣浩が地方自治体の組織編成をもとに、地方自治体が中央省庁に対して自己制約を行っており、一見すると集権的な中央－地方関係が必ずしも集権的ではないことを明らかにした（稲垣2015）。

したがって、先行研究は戦後日本の中央－地方関係について、集権性を基調としつつも分権的な政策決定の余地があったことを指摘している。すなわち、先行研究の成果は、中央－地方関係において、集権的に機能した場面と分権的に機能した場面の併存を見出した点にある。

ところが、先行研究は上記の成果の一方で、理論面に課題を抱えている。北村亘は中央－地方関係における理論的分析が低調なものにとどまり、政府一般に関する規則性や因果関係の発見に至らなかったと指摘している（北村2007）。また、従前の中央－地方関係をめぐる議論は、「集権的／分権的であるか」という問いを中心に進められており、集権性・分権性の併存を前提としつつ、いずれかが前面に表れる要因を問うような研究は、十分に為されなかった（曽我2008：５章）。

この点に関して、中央省庁の出先機関（地方支分部局）は有用な参照点となりうる。出先機関とは、主に地方部における政策実施のために設置される中央省庁の行政組織である。日本の中央省庁の多くは、この組織を通じて全国へ政策を展開する。

地方部の行政を担う出先機関は、中央－地方関係にとって重要な行政組織である。出先機関は、活動の性格上、中央省庁本省のみならず、自らと同様に地方部での政策実施を展開する地方自治体も視野に入れて活動する。そのため、出先機関は中央省庁・地方自治体との関わりを持つ中で、両者に対して影響を及ぼす可能性がある。したがって、出先機関は、前述の観点から中央－地方関係を分析する上で好適な存在と言える。

また、出先機関は、地方制度改革やその研究に頻出するという点でも看過しがたい。たとえば、道州制の議論において、出先機関の統廃合や権限委譲が検討される文脈から論じられてきた（天川1986；市川2005）。あるいは、地方制度改革・地方分権改革の包括的な分析の中でも、上手く行かなかった改革の一つとして出先機関の見直しが説明されてきた（大杉1991；木寺2012）。

加えて、出先機関とその活動は、学術研究のみならず行政実務においても、

大きな意味を有している。出先機関の主な業務は、地方部での政策実施である。たとえば、私たちが確定申告などで訪れる税務署は、国税庁・国税局の出先機関として国税の徴収・賦課に関する政策を実施している。労働者の雇用環境を保護する労働基準監督官は、厚生労働省の出先機関として企業に対する監督・指導という政策を実施している。あるいは、国土交通省の出先機関である地方整備局は、道路やダムなどの社会資本を管理・保全するという政策を実施している。これらの活動は、一般市民と近い距離で行われている。すなわち、出先機関の活動の質は、一般市民の生活の質に直結するものであり、その影響力は無視しえない。

しかし、出先機関とその活動を主眼に据えた分析は、ほとんど無いと言っても過言ではない。地方制度改革の研究は、出先機関の統廃合をめぐる政治過程に着目する一方で、地方部の政策過程における出先機関の活動を論じるには至っていない。また、出先機関を主題とした研究も例外的に存在するが、その分析は十分ではない。阿利莫二は出先機関研究の不在を問題視し、その分析に向けて、研究動向を概観した上で、その要点をまとめたが、実態分析をするには至っていない（阿利1982）。森田朗は運輸省の出先機関である陸運局に焦点を当て、事例研究によって彼らの政策実施の技法を明らかにしたが、中央－地方関係における出先機関の活動を十分に論じるには至っていない（森田1988）。秋月謙吾は、出先機関について貴重な実態分析を展開しているが、後述するように分権性を強調した分析である点に課題を抱えている（秋月2000）。

そこで、本論文では、地方部の政策過程における出先機関の活動および地方自治体との関係性を分析する。

第２節　分析の視角

第１項　出先機関と地方自治体

前節で確認した通り、出先機関は重要な行政組織でありながら、分析の主題とされることはほとんどなかった。その背景には、裁量に乏しく能動的な主体ではないという出先機関観がある。

中央省庁の下部機関である出先機関は、一般的に中央省庁の意向を忠実に体現する組織と捉えられる。この捉え方においては、出先機関が自律的に活動する可能性は、ほとんど想定されていない。たとえば、S. R. リードは、日本の出先機関の官僚が地方の政策形成に積極的に参加せず、むしろ基準に従ってい

るかどうかを確認する存在に近いと指摘している（リード1990：61）。また、西尾勝は出先機関に一定範囲の裁量の余地を認めつつも、その裁量を小さいものと位置付け、出先機関の活動やその増加を集権的なものと捉えている（西尾1990：第12章；2001：第６章）。あるいは、村松岐夫は中央当局へ従属する類型に近い状態を出先機関型と表現している（村松1988：４-５）。この種の用語法にも、上記のような出先機関観が読み取れる。

この通説的な出先機関観に一石を投じたのが、秋月謙吾の研究である。秋月は、出先機関が中央省庁から一定の裁量・自律性を獲得し、その裁量・自律性をもとに活動すると指摘した。そして、出先機関が中央省庁の単なる下部機関というよりも、むしろ地方自治体の良き連携相手として機能しうることを明らかにした（秋月2000）。この研究成果は、出先機関は必ずしも中央省庁の意向通りに活動するとは限らず、むしろ地方自治体の意向に合わせて活動する組織であると示したことに大きな価値がある。

一方で、秋月もまた裁量に乏しく能動的な主体ではないという出先機関観を共有している。秋月によれば、出先機関は所管する地域が一定でなく、制度的な安定性を相対的に欠くため、府県との交渉で主導権を握るには至らないという。

中央－地方関係における集権性・分権性の併存をふまえれば、通説・秋月説には疑問の余地がある。出先機関は中央省庁・地方自治体との接点を有する状態で行政活動を展開する。その際、両者との交渉の中で自律性を獲得し、いずれかの単なる下部機関にとどまらない可能性がある。しかし、先行研究はその可能性を十分に検討しておらず、出先機関の行政活動、ひいては地方部での政策決定から実施に至る過程における中央－地方関係を解明するには至っていない。本論文では、この観点から出先機関の活動および地方自治体との関係を分析する。

ところで、中央－地方関係を論じる際に多用される集権･分権という用語は、非常に多義的な概念である。そのため、この概念を用いる際には用語法を確定することが求められる。

先行研究では、中央政府の統制によって規定される地方政府の自由度と、中央政府・地方政府の所掌する事務事業の多寡という二つの観点から、集権・分権が指摘されていた（北山2015）。上記の集権・分権概念のうち、出先機関を考える上では前者が重要である。出先機関は本項で既述した通り、中央省庁の

意向を体現する組織という見方と、地方自治体の方針に合わせて活動する組織という見方が提示されてきた。すなわち、出先機関をめぐる議論は、中央省庁の統制として出先機関が機能しているかを論点としていた。そのため、本論文もまた、中央省庁の統制および地方政府の自由度という観点から分析する。

第２項　高度成長期の港湾政策

高度成長期（1955年～ 1973年）は、行政官僚制が活発に作動した時期である。中央省庁は、全国総合開発計画の枠組みのもと、新産業都市・工業整備特別地域の指定や、当該指定に関連する行政資源の付与などを通じて、全国的に地域開発政策を展開した。また、地方自治体もこの動向に応じて、中央省庁との交渉や企業の誘致活動に注力し、積極的な地域開発を試みた。その結果として、全国各地で工業化や観光開発などの地域開発政策が行われるに至った。

中央省庁・地方自治体の双方が積極的に展開した地域開発政策は、中央－地方関係を議論する上で、重要な参照点である。行政学では、当該政策に対して、集権性を重視する捉え方およびその相対化を試みる捉え方が、それぞれ提示されてきた。前者については、出先機関の増設や強化・機関委任事務の増加・通達行政の深化・補助金行政の増大から、集権化が進展したとする捉え方である（西尾2001：86）。この捉え方は、同時代的な研究を中心に、地域開発政策の集権的な様相を活写する形で打ち出された（大原・横山1965；佐藤1965；河中1967；西尾1977）。後者については、村松岐夫の水平的政治競争モデル・相互依存モデルが挙げられる（村松1988；1994）。村松は地域開発政策について、地方自治体が並立的な競争のもとで、地元選出議員などの政治ルートを用いつつ、自律性を活かして中央省庁に働きかけていると解釈した。村松によれば、地方自治体が補助金などの行政資源を中央政府に依存する一方で、中央政府は地方自治体に政策実施の面で依存する相互依存の構造があるため、地方自治体にも一定の自律的な政策決定の余地があり、中央－地方関係は必ずしも集権的ではないと理解することが可能になる。

このような地域開発政策の中で、重要な政策となったのが港湾政策である（佐藤1965；井出1972）。重化学工業化が進み、中央省庁・地方自治体がそれぞれに工業化に対応した政策を展開する中で、社会資本の整備が喫緊の課題となった。具体的には、原材料の輸入や製品の輸出という点で、物流を整備することが必要となり、用水路や道路とともに港湾の整備が求められたため、中央省庁・地方自治体はいずれも港湾政策に積極的に着手した。

しかし、その重要性にもかかわらず、港湾政策を掘り下げた研究の蓄積は、豊富とは言いがたい。とりわけ、詳細な事例研究は、戦前の港湾をめぐる政策過程から地方利益について検討した稲吉晃の研究（稲吉2014）や、戦後の港湾整備から中央－地方関係や地方自治体の動態を論じた林昌宏の研究（林2010；2015）など、少数にとどまっている。

また、林の一連の研究は、本論文の分析視角にとって貴重な先行研究であるが、解決すべき課題点を有している。当該研究は、地方自治体の港湾管理権を規定する港湾法を背景に、外貿埠頭公団をめぐる政治過程や広域港湾をめぐる地方－地方関係に焦点を当て、港湾政策が分権的に展開されたことを論じている。しかし、その一方で、地方部における港湾政策の決定から実施に至る過程とその中央－地方関係を十分に明らかにするには至っていない。すなわち、微視的な政策過程・政府間関係の分析に課題を残している。この課題点を解決するためには、地方部で地方自治体とともに港湾政策を決定・実施する出先機関（運輸省港湾建設局）の動向を視野に入れ、その活動と地方自治体との関係性を分析することが求められる。

したがって、港湾政策は高度成長期の地域開発政策の中でも、特に論じるにふさわしい政策領域である。具体的には、港湾政策は地域開発の目玉であると同時に、集権的な側面・分権的な側面の双方が指摘されている上、本論文が着目する出先機関の活動について十分に論じられていない。そのため、港湾政策の過程を事例として、出先機関を主眼に据えた分析を行うことは、非常に有用である。

第３項　事例研究

本論文では、その特性が論旨に適しているため、事例研究の手法を採用する。事例研究は、既存理論の確認を得意とする量的分析とは対照的に、開拓的な新しい理論の探求に強みを発揮する（内山2007）。先行研究の蓄積が豊富でない出先機関の活動と中央－地方関係を解明する上で、上記のような事例研究の長所は有用なものとなる。

分析対象とする事例は、高度成長期の名古屋港整備である。この事例に着目する理由は、第１項で既述した先行研究の想定とは異なった出先機関の活動を見出せることにある。

当時の名古屋港では、コンテナ埠頭をめぐって運輸省本省と地方自治体との間に対立が顕在化していた。その背景には、自律的に名古屋港の埠頭整備を進

めたい地方自治体と、港湾管理の集権化を試みる運輸省本省との相違があった。このような状況で出先機関に求められる役割は、自治体への監督や監察であろう（金井1998：166）。言い換えれば、出先機関が展開する活動として、本省の意向に沿って地方自治体の統制を企図することが想起される。

しかし、この政策過程において、運輸省の出先機関である第五港湾建設局（以下、**五建**[1]）には、中央省庁の下部機関として、その意向を積極的に顕示する様子は確認しえない。むしろ、当時の五建はコンテナ埠頭問題に深入りせず、地域的な課題であった金城埠頭における政策実施や伊勢湾港構想に注力していた。また、コンテナ埠頭問題終結後の五建も、地方自治体にとっての課題を解決するような政策を展開し、地方自治体を後方支援した。

その結果、名古屋港をめぐる中央－地方関係には、二つの関係性が生じることとなった。本省－地方自治体の関係では、本省の集権化の試みに対して地方自治体が反発し、対立が顕在化した。一方で、五建－地方自治体の関係では、両者は対立を顕在化させることなく、協調関係を形成・維持した。

この関係性は、通説的な出先機関観の想定とは異なるものである。すなわち、本事例は出先機関が本省の意向を体現するとは限らず、それゆえに中央－地方関係が中央省庁と地方自治体の二者関係にとどまらず、出先機関を含めた三者関係になっていたことを示している。

また、本事例は秋月説の想定とも異なっている。秋月説では、出先機関が地方自治体に対して劣位にあるために、地方自治体の方針に合った活動をすることを指摘している。しかし、本事例における五建は、地方自治体との間に対等な交渉を可能とする関係を構築し、その関係のもとで、地方自治体の方針に従うことを常態とせず、時には地方自治体の意向にそぐわない活動を展開していた。

では、なぜこのような関係が形成・維持されたのだろうか。とりわけ、なぜ五建と愛知県は協調的な中央－地方関係を形成･維持するに至ったのだろうか。本論文は、名古屋港をめぐる政策過程における両者の活動・関係性を分析し、この問いを明らかにすることを通じて、出先機関の行動様式とその規定要因を論じる。

[1] **本論文では、各港湾建設局について、この形式で略記する。**

第３節　本論文の構成

本論文は、記述的推論と因果的推論の二つの推論から成り立っている。記述的推論とは「一定の規則性あるいはパターンを発見する」ことであり、因果的推論とは「そのような規則性を発見した後、なぜそのような規則性が生じるのかを知ろうとする」ことである（真渕2009：16-17）。

具体的な論旨に引きつければ、記述的推論として五建と地方自治体の関係性を中心に中央－地方関係を記述し（第２章）、因果的推論として当該関係の形成・維持に問いを見出し、その解明を試みる（第３－４章）。そして、両推論によって、出先機関の活動および地方自治体との関係性を明らかにし、中央－地方関係論に新たな知見を加えることを試みる。

第２章　高度成長期の名古屋港整備

第１節　前史　―1950年代の名古屋港―

1950年５月31日、港湾政策を規定する法律として港湾法が公布・施行された。同法によって、地方自治体に港湾管理権が与えられたため、各地方自治体は、管理体制を整備するに至った。

1951年３月、名古屋港の管理主体として、愛知県・名古屋市の一部事務組合である名古屋港管理組合（以下、**管理組合**）が設置された。その制度枠組みは、県・市の影響力が対等であるように設計された[2]。たとえば、名古屋港の管理者は県知事・市長が２年の任期で交互に担い、管理者に就いていない首長は、港湾計画を決定する名古屋港審議会の議長を務めることとされた。また、予算案などを議決する管理組合議会が設置され、愛知県議会議員８名と名古屋市会議員８名が同議会の議員も兼ねることとされた。さらには、管理組合にかかる経費は県・市で折半することとされた。

このように広域自治体と基礎自治体が共同で一部事務組合をつくり、なおかつ安定的に運用する事例は貴重である。たとえば、港湾法成立後、東京港・横浜港では京浜ポート・オーソリティが構想されたものの、横浜市の反発により成立しなかった[3]。また、1964年に設立された北九州港管理組合は長続きせず、

[2]『名古屋港管理組合三十年史』序章。
[3]『第二港湾建設局のあゆみ』1451頁。

約10年後の1974年に解散している。

管理組合が安定的に設置・運用された背景には、愛知県知事・桑原幹根の意向がある。1951年５月、愛知県知事に就任した桑原は、知事選の公約に名古屋港整備を盛り込んでおり、就任後も名古屋港整備を重要な事業として位置付けた（桑原1969：138；1979：123）。桑原が名古屋港の重要性を見出した理由は、二点ある。一点は、名古屋港の整備不足が顕著だったことである。当時の名古屋港は、戦前から中央政府の助力を得て整備されていた横浜港や神戸港とは異なり、施設が整っていなかった。そのため、「港湾能力はすでに飽和状態」で、整備をしなければ貿易量が頭打ちになると予想されていた（桑原1974：213）。もう一点は、桑原が工業化の進展を志向していた点である。桑原は名古屋港整備と並行して、農業・工業用水として愛知用水の整備に着手した上で、東海製鉄などの企業を誘致することで、重化学工業化による愛知県の発展を試みた。既述の通り、重化学工業にとって港湾は重要な施設であり、その誘致を試みる地方自治体には港湾整備が求められた。桑原もまた、名古屋港整備を、愛知用水整備や東海製鉄誘致と関連づけて理解し、重視したのである（桑原1979：163）。

ただし、名古屋港整備を担った主体は、自治体の首長や職員に限られない。発足当初の管理組合は、「どういう仕事をやるのか、港湾管理者はどういうことをやるのか、さっぱり見当がつかなかった」状況にあった[4]。また、管理者たる首長も港湾の整備に関心はあったものの、名古屋港において彼らに対して細かく指示を出す時間がなかった（桑原1979：166）[5]。そのため、管理組合では専任の副管理者職を設置し、県庁・市役所の外部から人材を登用した。

1952年１月、管理組合は副管理者として運輸省第四港湾建設部（後の四建）部長の前田一三を招聘し、1968年１月に体調の不安を訴えて辞職するまでの16年間、前田を副管理者として任用し続けた[6]。その背景には、桑原知事と前田副管理者が港湾整備について類似した考えをもっていたことがある。桑原知事は、前述の通り工業化による発展を志向し、産業界の基盤として社会資本を整備す

[4]「座談会　名古屋港管理組合発足十五年の歩み」（『月刊名古屋港』15（２）、1966年）、12頁。
[5]「前田さんと名古屋港」（『月刊名古屋港』26（７）、1977年）、９頁。
[6]『中日新聞』（1968年１月10日）。

ることに注力した。この方針は、時に産業界の偏重として批判を浴びたが、桑原はそれを意に介さず、むしろ工業開発が産業界のみならずより広い利益に結びつくと訴えた[7]。桑原にとって社会資本の整備とは、最終的に県民の福祉に還元されるものであった[8]。一方で、前田も類似した趣旨の発言をしている。前田によれば、「商業港の整備が工業港建設のおかげ」であり、管理組合が造成した土地を企業に売却することで採算がとれる工業港整備をしているからこそ、商業港整備が成り立っている（前田1968：131）。前田にとって工業港の整備とは、産業界よりも広い利益を捉えたものであった。したがって、桑原・前田の両者は、社会資本としての港湾整備（とりわけ工業港整備）の利益を、産業界よりも広い文脈で捉えていた点で共通していたのである。

こうした経緯によって、1950年代の名古屋港整備は、地方自治体が港湾政策を決定・実施する形で展開された。具体的には、桑原知事によって重要課題と位置付けられた名古屋港整備は、地方自治体から与えられた裁量の範囲内で、前田副管理者が辣腕をふるう形で進められた。そして、その中心は、桑原・前田がともに重要性を認識していた工業港整備であった。また、名古屋港では、1959年の第二稲永埠頭整備に至るまで国の直轄事業が行われていなかった。加えて、運輸省が港湾管理権の港湾建設局への移管を試みた際には、名古屋市は大阪市などとともに反発の動きを見せた（林2010：144）。したがって、名古屋港は名実ともに、地方自治体が主導する形で港湾が整備されたと言える。

さて、地方自治体によって整備が進められた名古屋港の歴史は、愛知県・名古屋市にとってどのような意味を持つのだろうか。戦前・戦後と地方自治体が整備してきた史実は、地方自治体が主体的に管理をするための裏づけとなる。そのため、愛知県・名古屋市にとって中央省庁の介入に依存する動機付けは小さく、むしろ自律的な決定をする動機付けが大きくはたらくことになる。したがって、1950年代の前史は、高度成長期の名古屋港整備において、地方自治体

[7] 愛知県議会では、大企業を優先しているとの批判に対し、桑原知事が社会資本整備の恩恵は大企業に限られず県全体に行き渡ると答弁する場面が散見される。たとえば、「道路をりっぱにいたしましても、その道路は大企業だけの人が通るのではなくして、やはり県民すべての人が通るのでございます」（『愛知県議会会議録』1964年３月３日）。

[8] 『愛知県議会会議録』（1966年３月８日）。

が主体的に活動する背景の一つをなしていたと考えられる。

第２節　出先機関の設置・拡充　―1960年代前半の名古屋港―

第１項　伊勢湾港湾建設部の設置

1959年９月26日、伊勢湾台風が発生した。この台風では、愛知県を中心に多くの死傷者が出たほか、各地で大規模な浸水などの被害が生じた。名古屋港でも5.31m という史上最大の異常潮位を観測し、港湾施設に大きな被害を受け、港湾機能が麻痺するに至った[9]。

復旧工事の後、必要となったのは今後の災害に対応するための防災事業である。名古屋港では高潮への対応が課題となり、高潮を抑える目的で、沖合に大規模な防波堤である高潮防波堤を築くこととなった[10]。また、この事業を実施するための組織として、1960年４月に二建名古屋港工事事務所（以下、**名港事務所**）が発足した。

この事業の策定では、高潮の抑制が強調された。当時の名港事務所所長である栗栖義明は、高潮防波堤を建造する上で問題となる漁業補償や利便性との兼ね合いについて言及せず、あくまでも技術的な観点から防波堤による高潮の抑制を説明している[11]。すなわち、港湾を取り巻く他の主体やその利益については、この時点では埒外にあったと言える。

1961年、運輸省の独立した地方部局として、五建の前身である伊勢湾港湾建設部（以下、**伊勢建**）が設置された。伊勢建は、名港事務所では高潮防波堤を短期間に完成させられないとして、その遂行を担うために設置された組織である[12]。この組織は、新たに設置されているものの、職員は二建出身者が70% を占めていた[13]。また、伊勢建の工事計画は、名港事務所時代の考え方を踏襲していた[14]。よって、伊勢建の設置は、高潮対策を目的にした工事事務所の再編

---

[9]『名古屋港開港100年史』170-173頁。

[10]『名古屋港開港100年史』174-175頁。

[11] 栗栖義明「第二港湾建設局名古屋港工事事務所の発足に当って」（『月刊名古屋港』９（６）、1960年、４-７頁）。

[12]『二十年史』７頁、『名古屋港及び四日市港の高潮防波堤の施工計画について』１-３頁。

[13]『二十年史』９頁。

[14]『名古屋港及び四日市港の高潮防波堤の施工計画について』１-３頁。

成と考えられる。それゆえ、伊勢建の主任務は、名港事務所が担っていた高潮対策であり、その具体策としての高潮防波堤の建設であった[15]。

しかし、高潮防波堤の建設は伊勢建にとって容易な事業ではなかった。ここで大きな懸案事項となったのは、開口部という船舶が航行するために開かれた空間である。開口部は、防災の観点では、高潮をより上手く制御するために狭い方が望ましい[16]。一方で、開口部を狭くすればするほど、船舶の航行には制約が生じる。そのため、開口部の計画は、防災面と機能面の矛盾を抱える難問であった。

伊勢建は当初、主開口部を350m・副開口部を50mと設定していたが、これに対し日本船主協会や名古屋港運業会などの業界団体から「せますぎる」との批判が寄せられた[17]。また、業界団体に加えて、名古屋商工会議所を中心とする大名古屋港振興会も、開口部を広げるように要望していた。

伊勢建が管理組合とともに選択した方針は、当初案よりも開口部を広げることであった。高潮対策のために設置された伊勢建にとって、防災は最も優先すべきものであると言える。そのため、伊勢建は本来であれば狭い開口部を志向するはずで、名港事務所時代と同様に高潮の抑制を強調することが自然である。ところが、伊勢建は設置当初の方針を弛緩する形で、業界の意向を受けて開口部を広げることに舵を切った。この方針は、防災の観点を重視する建設省によって批判された[18]。その批判には、「運輸省と管理組合も“不本意ながら”同調せざるをえなかった」が、最終的な決定は、埋立事業の進展後に開口部を広げるという、伊勢建と管理組合の意向が通るものとなった[19]。すなわち、伊勢建は設立当初に重視していた防災に固執せず、管理組合とともに機能面を重視し、その実現に助力した。

当時の名古屋港の状況は、伊勢建の判断に親和的である。具体的には、背後地の重化学工業の成長によって輸出高の好調が見込まれていたほか[20]、入港・

---

[15] 幸野弘道「高潮防波堤に全力」(『月刊名古屋港』11（１）、1962年、16頁)。
[16]『名古屋港高潮防波堤建設資料　第２編』326頁。
[17]『日刊工業新聞』(1963年８月23日)。
[18]『中日新聞』(1964年１月14日)。
[19]『中日新聞』(1964年２月13日)。
[20]『日本海事新聞』(1963年１月８日)。

寄港する船舶も増加しており[21]、飛躍を期待されていた。また、大名古屋港振興会が港勢の予想以上の進展を理由に、現行の港湾計画に代わる整備案を提示する動きもあった[22]。そのため、当時の名古屋港関係者にとっては、港内の円滑な船舶の航行は重要な論点であり、伊勢建が防災に固執せず、機能面への配慮を見せたことは、時宜に適った対応と捉えられる。

なお、伊勢建が担った事業は、高潮防波堤の建築工事に限られない。伊勢建は管理組合とともに、高潮防波堤の建設に関する漁業補償の交渉にもあたっていた。その背景には、管理組合の協力要請があった[23]。伊勢建の職掌は、法的には工事の実施・設計に関することとされており（運輸省設置法43条の２）、漁業補償の交渉は伊勢建にとって本分ではない。それでも伊勢建はこの業務を引き受け、なおかつ緩慢な姿勢を見せることなく担当していたようで、管理組合職員の筆致は伊勢建に好意的である[24]。

こうした伊勢建の一連の活動は、高潮対策のために設置された伊勢建が、名古屋港における自らの位置付けを柔軟に設定した過程と捉えることが可能である。すなわち、伊勢建は管理組合や業界団体との関係の中で、防災という価値に固執することなく、機能面に配慮し、本分を越えて補償交渉にもあたった。言い換えれば、伊勢建は中央省庁の意向を体現する組織として活動したというよりも、むしろ管理組合や業界団体に歩調を合わせる姿勢を示したのである。

第２項　第五港湾建設局への昇格

1964年６月１日、伊勢建の局への昇格が決定し、愛知・三重・静岡の三県の港湾政策を所管する出先機関として五建が誕生した。この組織再編成は、中部経済圏の発展に伴う事業量増大に対応するため、臨時に設置された伊勢建に代えて、恒久的な組織を設置する動きとして説明される[25]。すなわち、五建の成立は、名古屋港にとって同港を所管する出先機関の拡充である。

この動きは、本来であれば愛知県・名古屋市にとっては望ましいものではな

---

[21]『日本海事新聞』（1963年12月７日）。

[22]『中日新聞』（1963年１月９日）。

[23] 長谷川一一「名古屋港臨海工業地帯の造成にともなう漁業補償　－高潮防波堤の建設とその関連－」（『月刊名古屋港』14（１）、1965年）、29頁。

[24] 長谷川・前掲注（23）、22頁。

[25]『日本海事新聞』（1964年１月27日）、および「運輸省設置法の一部を改正する法律」（『官報』1964年６月17日、資料版第11251号）。

い。前述の通り、名古屋港は管理組合を中心に県・市が主体となって管理してきた港である。この点をふまえれば、防災対策に目処が立とうとしている台風一過の名古屋港において、伊勢建のような臨時の組織はともかく、五建のような恒常的な出先機関は、管理組合の主体的な管理を脅かす存在と捉えられたとしても不自然ではない。実際に、伊勢建晩年には、管理組合関係者が、国の直轄事業の増加によって管理組合の自主性が損なわれることを懸念している[26]。

しかし、愛知県・名古屋市において、五建設立に反対する動きは顕在化していない[27]。伊勢建から五建への再編成は、穏やかに実現したと見られる。実際に、高潮防波堤をめぐって、五建は伊勢建と同様に、反発する艀団体への対応などにあたったほか[28]、開口部建設について伊勢建時代の方針を具体化する形で計画した[29]。

ただし、五建の行動および地方自治体との関係には、変容を見出しうる。1964年９月７日に完成した高潮防波堤は、所定の通りに開口部を広げることとなった。本来であれば、高潮防波堤は五建の所管であるため、五建が工事を行い、その費用も支弁することが想定される。ところが、五建は管理組合の出費を条件に、開口部の拡幅工事を行うこととした。管理組合は、議会の批判を受けつつも、拡幅工事の必要性・将来的な移管予定から、五建の条件に応じるに至った[30]。この動きは、伊勢建時代とは対照的に、五建が管理組合に対して自らの意向を突きつけ、それを管理組合が受け止めたものと捉えられる。

したがって、五建設立後の五建と県・市は、高潮防波堤をめぐって相互の意向に沿った活動を展開していた。具体的には、五建は県・市の歩調に合わせて艀団体の対応を引き受けつつも、県・市に対して開口部拡幅工事の負担を求めている。対して、県・市は伊勢建時代と同様に、五建に難しい舵取りを任せつつも、五建の意向に沿って開口部拡幅工事の負担の肩代わりを決定した。

---

[26] 長谷川政雄「名古屋港整備の問題点について」（『月刊名古屋港』13（１）、1964年）、24-25頁。

[27] これに対して、静岡県は反対の姿勢を示していた（『第二港湾建設局のあゆみ』1488頁、『二十年史』206頁）。

[28] 『中日新聞』（1964年６月16日）、『中日新聞』（1964年８月２日）。

[29] 『名古屋港高潮防波堤建設資料』第１編、68頁。

[30] 『名古屋港管理組合議会会議録』（1965年１月19日）、『愛知県議会会議録』（1965年３月５日）、『日刊工業新聞』（1965年１月21日）。

すなわち、1960年代前半の名古屋港では、高潮防波堤の建設を通して、運輸省の出先機関である五建と地方自治体との間に、対等な交渉を可能とする協調関係が成立した。とりわけ、五建はこの関係において、地方自治体に親和的な側面を残しつつ、時に自らの意向を強調した活動を行うことが可能となった。

第３節　コンテナと広域行政の時代　―1960年代後半の名古屋港―

第１項　金城埠頭の整備

1960年代の名古屋港では、1950年代に注力された工業港整備に代わり、商港整備の必要性が認識され、議論が進められていた。その中心にあったのが、13号地埠頭である。管理組合は、1961年に港湾計画の一部変更で商港の整備・拡充を盛り込み、1963年の改訂港湾計画で13号地埠頭の整備案を具体化させた上で[31]、翌1964年12月には13号地埠頭利用構想試案と題した利用計画をまとめ上げた[32]。そして、1960年代後半には、商港整備の機運の高まりを受けて、13号地埠頭は金城埠頭へと改名され、その整備が本格的に進められた。

しかし、商港埠頭の必要性を認識した組織は、管理組合に限られない。港湾政策を所管する運輸省本省もまた、中央省庁としての主導権を発揮し、埠頭整備にあたることを模索していた（林2010：第３－４章）。その手段は、事業団ないし公団形式の組織を設置し、当該組織によって埠頭を整備することであった。運輸省港湾局は、1963年８月、横浜・川崎・名古屋・神戸の四港を対象として、港湾公団によって船が停泊するライナーバースを効率的に整備するという構想を示した[33]。また、翌９月には、横浜・川崎・名古屋・神戸・門司の五港を対象として、その具体案であるライナーポート整備計画を発表した[34]。その後、同局はこの計画を発展させ、埠頭整備だけでなく管理・運営をも担う外貿定期船埠頭事業団の設置を模索するものの、横浜市が同事業団の港湾管理への介入を嫌って反対したため、公団方式へ方針転換した[35]。これらの動きは、

[31] 名古屋港管理組合「名古屋港改訂港湾計画（案）」（『月刊名古屋港』12（８）、1963年）、２-５頁。
[32]「十三号地埠頭利用構想試案」（『月刊名古屋港』14（１）、1965年）、15頁。
[33]『日本海事新聞』（1963年８月26日）。
[34]『日本海事新聞』（1963年９月23日）。
[35]『日本海事新聞』（1965年８月31日、９月22日）。

1967年の外貿埠頭公団設立として結実する。

管理組合は、運輸省本省の一連の動きに対し、警戒・反発した。1963年に示された港湾公団構想は、名古屋港審議会の議論の俎上にあげられ、前田副管理者によって「受け入れていくかということについては、多分に問題がある」と否定されている[36]。また、1965年に示された外貿定期船埠頭事業団構想は、管理組合議会の緊急議員総会で、地方自治の侵害と港湾行政の二元化への懸念などを理由に、全会一致での反対決議が為された[37]。そして、「とくに名古屋港の場合、金城ふ頭は将来名古屋港の中心となるもので港湾管理者の権限が薄くなる」ことを理由に、横浜・神戸港と連絡をとりつつ慎重に検討することも併せて決められた[38]。

管理組合の警戒・反発を受け、運輸省は名古屋港への公団設置の保留を決定した。具体的には、対象としていた港の中でも特に横浜港と神戸港を重視し[39]、両港との交渉に全力を傾注し、名古屋港と門司港を放置することにした[40]。反発を示していた二港（横浜・名古屋）で対応が分かれた理由は、名古屋港が「中間港であり、貨物の積み降ろしが少ない」ためと報じられている[41]。

この動きに対し、管理組合は、一方では公団案の拒否によって横浜・神戸港と比べて整備が遅れることを懸念しつつ、もう一方では公団案の受諾によって名古屋港整備が集権化されることを懸念していた。当時の桑原知事の議会答弁は、端的にこの点を表わしている。桑原知事は、1965年９月に県議会で「横浜港あるいは神戸港に立ち後れしないという考え方」で「無理に名古屋港としては反対すべきではない」と答弁した一方[42]、半年後の1966年３月には管理組合議会において、公団が自治権侵害にあたるとする質問に対し「全く同感」と答え、「まことに遺憾千万」と公団構想を批判している[43]。

---

[36]『名古屋港審議会会議録』（1963年８月29日）。
[37]『中日新聞』（1965年８月３日）、『中部経済新聞』（1965年８月３日）。
[38]『日刊工業新聞』（1965年８月７日）。
[39] ただし、運輸省港湾局は神戸港のみに公団を設置することも視野に入れていた（『日本海事新聞』1965年10月19日）。
[40]『日本海事新聞』（1965年８月31日）。
[41]『中日新聞』（1965年９月１日）。
[42]『愛知県議会会議録』（1965年９月25日）。
[43]『名古屋港管理組合議会会議録』（1966年３月26日）。

したがって、金城埠頭の整備をめぐる運輸省本省と地方自治体の中央－地方関係は、決して良好と言えるものではなかった。運輸省本省が事業団・公団構想を明らかにして自らの存在感の顕示を試みたことに対して、管理組合はその動きを集権的なものと捉えて反発した。こうして、運輸省本省と地方自治体の間には、対立点をはらむ中央－地方関係が形成されたのである。

一方で、五建と地方自治体の中央－地方関係は、運輸省本省と地方自治体の関係とは異なった様相を呈していた。その一例が、金城埠頭利用計画の策定過程である。金城埠頭利用計画は、五建と管理組合とが協働する形で策定された。具体的には、1964年12月に管理組合が試案を作成し、それをもとに1966年３月に五建を中心とする金城埠頭利用計画委員会が金城埠頭利用計画をまとめ上げた。そして、管理組合が同計画の最終確認を行い、1968年10月５日に名古屋港審議会にて承認された。

金城埠頭利用計画の策定過程において、五建と愛知県・名古屋市が対立している様子は見出しえない。前述の通り、運輸省本省と県・市との間では、運輸省本省の集権化の試みとそれに起因する対立点が顕在化していた。その点を考えれば、五建も運輸省本省と同様の選好を表出させたとしても不自然ではない。一方で、管理組合が五建の行動に不満を持ったとすれば、事業団・公団案に反発したように、明確に反発を表明したとしても不自然ではないはずである。ところが、当時の資料から、そのような場面は読み取れない。

1965年７月、五建を中心に金城埠頭利用計画委員会が組織された。委員会の本部は五建に置かれ、五建局長の寺西弘治が会長を務めた。寺西は、1965年８月から翌1966年２月に至るまでの約半年間に５度の会議を招集した。

ただし、この委員会は五建を中心に設置されたものの、五建が強大な権限を握る構造ではなかった。全14名の構成員は、４名の五建職員・４名の地方自治体職員・６名の有識者から成っている[44]。同委員会において地方自治体職員は排除されておらず、地方自治体の意向とは異なる議論が為された場合には、委員会の内外で異議を唱えられる環境にあった。

また、計画を策定する方法についても、いずれかの主体を排除する意図は見られない。具体的には、計画策定は市計画局・管理組合技術部職員による都市計画・港湾計画の説明に始まり、これをもとに議論した上で、五建職員１名と

[44]『金城埠頭利用計画書』、９頁。

有識者５名が利用計画案を作成し、最終的には各案の「最大公約数的な構想を定めよう」という方針で進められた[45]。

最も重要な計画の内容面でも、委員会は管理組合の方針をほとんど変更していない。まず、上屋・倉庫・野積場といった港湾機能施設については、1963年に策定された名古屋港港湾計画に準拠している。管理組合の試案で指摘されていた諸施設（各種厚生施設・車両ターミナル・高架道路など）も、それぞれ計画に盛り込まれた。また、同試案の目玉である国際展示場も誘致につとめる方針が示され、公園緑地についても公園緑地に限らず緑を多く取り入れる方針として反映された。ほぼ唯一、変更がなされたのは、金城埠頭への鉄道敷設である。具体的には、試案では金城埠頭内に引き込むこととされた鉄道は、委員会の計画には反映されなかった。したがって、委員会は管理組合の要請を受けて、各施設に充てる面積などを検討・具体化する過程において、鉄道敷設の一点を除き、方針転換には踏み切っていないのである。

こうした過程を経て、1966年３月に金城埠頭利用計画書が完成し、同年５月に公表された。そして、この計画書は管理組合へと引き渡され、彼らの裁断を経て正式に予算化されることになった。

管理組合は、この計画書を好意的に受け止めた。当時の報道では、前田副管理者は「五港建からの計画案を尊重し、ベストプランをにつめてから議会にはかる」と述べている[46]。

1968年の名古屋港審議会にかけられた管理組合による最終案は、五建を中心に策定された計画書の方針を継承している。具体的には、同案では①道路を中心とする輸送体系の確立、②国際見本市会場などの秩序だった配置、③緑化などによる美観の三点を柱としているが[47]、この三点の柱はいずれも当該計画書において重視された点であった。

名古屋港審議会では、五建局長と管理組合幹部のほか、関係する出先機関局長と市町村長が参加していたが、同案は無事に承認された。審議の過程では、副管理者を引退した前田一三が道路拡幅の必要性を述べ、桑原県知事が見本市

[45]『金城埠頭利用計画書』、15頁。
[46]『中日新聞』（1966年５月15日）。
[47]『名古屋港審議会会議録』（1968年10月５日）、『中部経済新聞』（1968年10月６日）。

会場への交通の便を不安視して将来的な鉄道延伸を希望したが、同案の趣旨に対する本質的な疑問・批判は無かった[48]。

とりわけ、この審議会において、五建局長の伊藤甫が発言をしていない点は重要である。五建局長が同案のもととなった計画書の責任を負っている以上、その継承に不満な点があれば、彼には発言する動機付けがはたらくと考えられる。しかし、彼が管理組合の説明やその後の議論について言及することはなかった。もちろん、彼が発言しなかったからといって、ただちに五建が当該決定に不満を持っていなかったと結論付けることは早計であろう。たとえば、管理組合が事前に彼に接触し、合意を取り付けていた可能性は十分に想起される。ただし、仮に事前接触の時点で五建の意向によって管理組合案が修正を迫られたとすれば、運輸省本省と管理組合の関係において、新たな対立点として顕在化したとしても不自然ではない。すなわち、関係者の記録や報道などにおいて、五建および管理組合の関係者が、それぞれ相手方に対して何らかの不満を吐露しているであろう。ところが、筆者が確認しえた資料において、そうした痕跡は見当たらなかった。よって、五建は管理組合の裁断について、否定的に捉えていなかった蓋然性が高い。

一連の過程において、五建と管理組合は、相互に相手方がまとめた案の趣旨を尊重し、その路線を外れることなく金城埠頭利用計画を具体化してきた。すなわち、金城埠頭利用計画の策定過程とは、五建と管理組合が協働する政策過程であった。この過程において、五建は本省の方針を体現する姿勢をとっておらず、管理組合もまた五建に対して反発的な姿勢をとっていない。したがって、五建と地方自治体の中央－地方関係は、運輸省本省と地方自治体の関係とは対照的に、対立点が顕在化しない比較的良好な関係にあったと言える。

第２項　コンテナ埠頭の整備

1960年代後半、西洋世界で流行していた海上コンテナ輸送が日本へもたらされた。具体的には、アメリカのマトソン社が、太平洋岸－ハワイ航路での成功を背景に、日本でもコンテナ船の運行を試み、それを端緒に主要航路の本格的なコンテナ化が進んだ（日本港湾協会2007：第１編第４章）。コンテナ輸送とは、一定の規格に設定されたコンテナを用いることで、荷物の運搬を迅速かつ効率的に行う方法である。港湾において、船に積載されたコンテナをガントリーク

[48]『名古屋港審議会会議録』（1968年10月５日）。

レーンによって積み下ろす光景は今や当たり前となったが、当時の人々にとっては革新的なものであった。

運輸省は、この変化に対応して、公団の設置目的を商港埠頭の効率的な整備からコンテナ埠頭の整備へと改めた[49]。1966年８月31日、運輸省港湾局は緊急にコンテナ専用船用の埠頭を整備する必要性があり、その要請を充足するために外貿埠頭公団を設立するとして、財政を所管する大蔵省に対して予算を要求した[50]。そして、同局は中央政府内での交渉に難航しつつも、自民党三役の助力を得る形で、1967年10月に横浜港を中心に所管する京浜外貿埠頭公団と、神戸港を中心に所管する阪神外貿埠頭公団を設立した（林2010：第４章）。

本論文の舞台である名古屋港においても、コンテナ化への対応が模索された。1966年８月６日、管理組合は1968年までにコンテナ基地を建設する計画案をまとめた。当時の業界紙では、管理組合が同案を運輸省にはかった上で、名古屋財界と協力して基地誘致に力を入れる方針であると報じられている[51]。また、同９月７日には、名古屋港でのコンテナ輸送基地建設のための組織として、名古屋財界を中心に、名古屋港コンテナヤード建設推進委員会が発足した[52]。さらに、翌1967年２月には、管理組合が「コンテナ時代迎えた名古屋港」と題して、コンテナ基地の構想を広報している[53]。

しかし、運輸省港湾局にとって、中京地区はあくまでも京浜・阪神の次点という位置付けであった。同局は、公団を「京浜・阪神の二本立て」で打ち出す方針を固めており[54]、佐藤港湾局長は阪神外貿埠頭公団の出先機関によって名古屋港を所管する可能性を示唆した[55]。

その背景には、コンテナ化以前の公団をめぐる構図がある。既述の通り、名古屋港における公団設置の保留は、①貨物の積み卸しという点で神戸・横浜に分があったこと、②管理組合議会を中心に反発があったことの二点に拠る。こ

[49]『日本海事新聞』（1966年７月16日）、「座談会《外貿埠頭公団発足の意義》」（『港湾』44（11）、1967年、24頁）。
[50]『日本海事新聞』（1966年９月１日）。
[51]『日刊工業新聞』（1966年８月７日）。
[52]「名港時事」（『月刊名古屋港』15（８）、1966年）、46頁。
[53]「広報なごや港（14）」（『中日新聞』1967年２月19日）。
[54]『日刊工業新聞』（1967年２月８日）。
[55]『日本海事新聞』（1967年２月８日）。

の二点は、コンテナ化以後の公団をめぐる政治過程にも残存していた（紅村1975：13）[56]。

それでも、名古屋港ではコンテナ化に向けた対応が進められた。桑原県知事は、ただちにコンテナ埠頭を整備できない遅れを取り戻すため、コンテナ埠頭に準じた施設として、金城埠頭へのセミコンテナヤード建設を計画するとともに、公団の誘致を模索する動きを見せた[57]。また、名古屋財界は、1968年度の中京外貿埠頭公団の予算化を目指し[58]、東海地方を訪れた通産大臣の菅野和太郎らにコンテナ基地建設などを要望した[59]。

しかし、こうした動きに対する運輸省の反応は冷淡であった。1968年５月14日、運輸省港湾局長の宮崎茂一は、記者会見にて「名古屋港の外貿埠頭公団構想は現地から設立の要望が強いので、運輸省としても考えている」ことを述べた[60]。これに対し、名古屋港関係者は歓迎の意を示して早期実現を期待したが[61]、宮崎港湾局長が翌月の記者会見にて「時期尚早」という見解を明らかにしたため[62]、その期待は見事に打ち砕かれた。

加えて、成立した外貿埠頭公団の活動も、順調ではなかった。たとえば、京浜外貿埠頭公団は、大井コンテナ埠頭の用地買収をめぐって東京都との交渉が難航し[63]、用地買収交渉の合意後も建設費をめぐって東京都と対立した[64]。しかも、公団の具体的な貸し付け基準を定める政令は、公団成立から１年が経過した1968年10月の時点で、公布される見通しが立っておらず[65]、公団の活動基盤は脆弱なものにとどまっていた。

こうした状況の中で、名古屋港では、次第に外貿埠頭公団の誘致を躊躇する

---

[56]「座談会　名古屋港とコンテナ　―名古屋コンテナ埠頭（株）設立に至る経過と基地建設の意義―」（『月刊名古屋港』20（３）、1971年）。
[57]『名古屋港管理組合議会会議録』（1967年11月24日）。
[58]『日刊工業新聞』（1967年６月16日）。
[59]『中日新聞』（1967年７月８日）。
[60]『日本海事新聞』（1968年５月15日）。
[61]『日本海事新聞』（1968年５月21日）。
[62]『日本海事新聞』（1968年６月12日）。
[63]『日本海事新聞』（1968年３月12日）。
[64]『日本海事新聞』（1968年８月１日）。
[65]『日本海事新聞』（1968年10月19日）。

空気が醸成されていった。すなわち、表面上は公団設置を要望しながらも、水面下では運輸省本省や公団に拠らない形での整備が模索され始めたのである。桑原県知事の管理組合議会での答弁は、この点を端的に表わしている[66]。

> 「せっかくできました外貿ふ頭公団の事業の進捗状況は必ずしも順調でなく、遅々として進んでいないというふうなことでございますので、そういたしますと外貿ふ頭公団そのもののあり方にも検討を加えなければならぬ…一体、名古屋港がこういう問題に膠着していいかどうか。むしろ独自の計画をもっていかなければならぬのじゃないか」

公団の積極的支持を躊躇する名古屋港にとって、新たな整備案を本格的に検討する契機となったのは、海運業界の動向である。海運業界は、公団設立に関して不満を抱えていた。具体的には、彼らは運輸省による事前の説明では、海運業界の負担は不要とされていたにもかかわらず、最終的には必要資金の４割を負担させられることになり、運輸省に騙されたと感じていた[67]。また、海運業界は名古屋港にも関心を抱いており、名古屋港への拠点設置を試みていた[68]。そのため、海運業界は、管理組合が公団に拠らないコンテナ埠頭整備方法を相談した場合、交渉に応じる可能性を十分に見込める存在であった。

そこで、管理組合副管理者の紅村文雄は、海運業界との交渉にあたり、連携を約することに成功した（紅村1975：26-45）。具体的には、紅村副管理者は、海運業界に対して、港湾管理者・船社の協働による埠頭会社設立を打診し、了承された。その結果、1969年４月には、管理組合と海運業界の共同出資で名古屋コンテナ埠頭会社（Nagoya Container Berth Co.；以下、**NCB**）の設立について合意が成立した。

管理組合と海運業界の連携によって、NCB の設立が合意されたことは、運輸省に対して大きな衝撃を与えた。当時、運輸省港湾局管理課に在籍していた松村義弘によれば、運輸省にとって、海運業界における公団の低評価と、海運

---

[66]『名古屋港管理組合議会会議録』（1968年11月20日）。

[67]『日本船主協会20年史』、815-816頁。

[68] この意向は、後に名古屋コンテナターミナル会社設立の動きとして顕在化している（『日刊工業新聞』1968年９月８日）。

業界の名古屋港でのコンテナ埠頭整備の要望が「非常なショック」であり、これを受けてワーキンググループを作るに至ったという[69]。この期に及んで、運輸省本省は、これまで等閑視していた名古屋港の問題に対し、はじめて真摯に向き合うことを迫られたのである。

1969年５月13日、宮崎港湾局長はNCB案について「このような方式は成り立たない」と実現可能性を否定しつつ、省内で調査・検討を始めたことを語った[70]。その背景には、各港が埠頭会社による整備を志向し、公団不要論が台頭することへの懸念があった[71]。折しも、京浜外貿埠頭公団が抱えていた大井コンテナ埠頭問題は未だに解決しておらず[72]、この懸念は現実味を帯びつつあった[73]。

その後、運輸省港湾局は、中京外貿埠頭公団の設置を打ち出し、NCB案への反対を顕在化させた。同局は５月下旬の時点で、国の統制を条件にNCBを認める方針であったが[74]、６月以降は公団ありきの姿勢を表面化させていった。具体的には、６月下旬にNCBを「その他の方法の一つ」と位置付けたことを皮切りに[75]、７月上旬に局長自らNCBを港頭地区の私有化として否定し、公団方式が最も望ましいことを明言した[76]。また、８月中旬には運輸大臣の原田憲が名古屋を訪れ、「国益上、公団方式が望ましい」と語り、NCB案について「そんなことは考えられない」と一蹴した[77]。そして、その後の運輸省は、予算を所管する大蔵省の反対を受けながらも「代案用意は考えていない」として、公団案に固執する姿勢を見せ続けたのである[78]。

ここで重要なのは、運輸省がNCBに対する姿勢を硬化させている点である。

---

[69]『名古屋コンテナ埠頭十年史』44-45頁。
[70]『日本海事新聞』（1969年５月14日）。
[71]『日本海事新聞』（1969年５月21日、５月26日、５月27日）。
[72]『日本海事新聞』（1969年５月26日）。
[73] 実際に、翌６月には、アメリカの海運業者が京浜外貿埠頭公団に対し、本牧埠頭の私設埠頭としての整備・延長を打診する動きがあった（『日本海事新聞』1969年６月３日、６月11日）。
[74]『日本海事新聞』（1969年５月30日、５月31日）。
[75]『日本海事新聞』（1969年６月21日）。
[76]『日本海事新聞』（1969年７月２日）。
[77]『中部経済新聞』（1969年８月19日）。
[78]『日本海事新聞』（1969年11月12日）。

運輸省が当初NCB案を認める可能性を示した背景には、国の統制を可能にするという前提条件がある。すなわち、NCB案が国による統制を拒むものであるとすれば、運輸省にとっては認めがたいということになるであろう。言い換えれば、管理組合や海運業界が、運輸省の統制に対して難色を示し、それゆえに運輸省は公団案に固執した可能性がある。

では、管理組合は運輸省の動きを、どのように捉えていたのだろうか。管理組合幹部の議会答弁には、公団案を肯定的に捉えたものが散見される[79]。この種の議会答弁のみを素直に読めば、管理組合が運輸省に反発することなく公団案の実現を求めていたという解釈も可能であろう。しかし、管理組合幹部は、こうした議会答弁の裏で公団案への不安を吐露し、NCB案を正当化していた。たとえば、桑原県知事は、県議会において、中部財界の会合である東海経済懇話会にて「外貿埠頭公団方式にはいろいろ問題がある」一方で「それに代わって出てきた会社方式は良い案」と発言したことを問われ、その点を否定せずに以下のような答弁を行っている[80]。

> 「…両埠頭公団におきましてもその実績必ずしも芳しくないのでございまして、いろいろと批判も起こっておるような次第でございます。そういう際におきまして、同様なものをここにつくるということもどうか。」

また、紅村副管理者も、運輸省のNCBに対する反対姿勢が既に顕在化していた時期に、地域紙の取材に対してNCBについて「船社が自分たちでつくる－まことに当然」であり「本来の姿」と形容した[81]。この表現は、埠頭会社に海運業界が入ることについて、港が私有地になるとして批判した宮崎港湾局長の発言に対応したものと解釈することが可能である。

なお、紅村副管理者は後日談として、NCBの正当性が「外貿埠頭公団の場合よりも国の干渉が少なく」済む点にあり[82]、「外貿埠頭公団よりは港湾管理者

---

[79]『名古屋市会会議録』(1969年９月29日)、『名古屋港管理組合議会会議録』(1969年11月18日)。

[80]『愛知県議会会議録』(1969年７月２日)。

[81]『中部経済新聞』(1969年７月30日)。

[82]『名古屋港管理組合議会会議録』(1972年３月29日)。

の意思が反映されやすい」ために「自治的管理の観点から…評価できる」（清野・紅村2000：164）と述べている。すなわち、紅村副管理者は公団を運輸省による統制と関連づけて理解しており、その点をふまえて公団案よりもNCB案を好んでいたのである。

したがって、管理組合は公団案やそれに固執する運輸省に対して良い印象を持っておらず、NCBについて運輸省が統制を試みた点には拒否反応を示した蓋然性が高い。そして、その背景には、より自律的なコンテナ埠頭整備を求める管理組合らの意向があったのである。

1970年１月19日、運輸省は中京外貿埠頭公団の設置を諦め、NCB方式による名古屋港コンテナ埠頭整備が確実のものとなった。この前後には、これまでの経緯を集約したような動きが見受けられる。運輸省は公団案を断念する直前まで、公団の設置を主張していた。1970年１月８日、地元で再びNCB案を求める動きが顕在化しており、これに対して運輸省港湾局が「同構想をそのまま容認するわけにはいかない」という方針であることが報じられた[83]。同10日には、これを裏づけるかのように、栗栖港湾局長が「中京外貿埠頭公団実現の方針は変えていないが、これが不可能となった場合の方策としては内容が既存公団に近いもので整備する」と語っている[84]。一方で、管理組合らは１月初頭には特筆すべき動きを見せていないものの、運輸省の中京外貿埠頭公団の設置断念が決まると歓迎の意を表し、早速にNCB設立の動きを本格化させた[85]。また、紅村副管理者は、公団案の交渉過程について「バカのひとつおぼえ」という表現を交えて回顧した[86]。

1970年12月11日、NCBが正式に発足した。その役員人事は、管理組合と海運業界の幹部がともに名を連ねるものであった。こうして、名古屋港では、運輸省との関係の強い公団ではなく、管理組合の意向をより反映しやすい埠頭会社が成立し、その下でコンテナ埠頭を整備する体制が整ったのである。

さて、上記のような経緯において、五建はどのような役割を果たしていたのだろうか。行政学の観点では、出先機関には現業機関として政策実施を担うだ

[83]『日本海事新聞』（1970年１月８日）。
[84]『日本海事新聞』（1970年１月12日）。
[85]『中部経済新聞』（1970年１月21日）。
[86]『日本経済新聞』（1970年１月23日）。

けでなく、自治体への監督や観察という役割を果たすことが想定される（金井1998：166）。本項で既述した通り、コンテナ埠頭をめぐる政治過程では、運輸省本省の集権化への試みに対して地方自治体が反発し、その中央－地方関係の間には対立が顕在化していた。この点を考えれば、当時の五建には管理組合や県・市の監督や観察という役割が期待されたとしても全く不自然ではない。

実際のところ、五建は運輸省本省からの圧力を受けていたようである。当時、五建企画課長を務めていた小沢栄は、「対外的には本省の協力な（原文ママ）指導とコンテナ埠頭の誘致運動に代表されるような各港湾管理者の主張の間にあって右往左往した」[87]ことを明かしている。この回顧からは、当時の五建が対立する両者の間で板挟みになっていたことがうかがえる。

しかし、当時の五建が地方自治体に対して本省の意向通りに強い統制を加える様子は見出せない。本論文でたびたび引用してきたように、管理組合関係者の運輸省本省に対する反発は、複数の資料において見出すことが可能である。仮に、五建が運輸省本省と同様の姿勢で管理組合に対して公団案を強いていたとすれば、それに対する不満とともに五建による統制が表面化しうる。ところが、そうした様相は見当たらない。

NCB 発足前夜、五建局長を務めていた伊藤甫の様子は、この点に親和的である。NCB をめぐる議論が佳境に入った1970年初め、地域紙の取材で発言を求められた伊藤は、「“大臣にうけたまわれ”ということで新大臣が決まれば、おのずから決定しますよ」と踏み込んだ発言を避けた上で、「名古屋港の西四区は公団であれ会社であれ、なんらかの形で着工」と語った[88]。前述の通り、同時期の本省は依然として NCB を否定し、あくまでも公団に固執した主張を続けていた。その一方で、伊藤は公団に固執した主張を避け、NCB 成立の可能性をも念頭に置いている。すなわち、NCB をめぐる本省幹部と伊藤の姿勢には、一定の隔たりがあった。そして、五建局長としての伊藤には、地方自治体を監督・観察する様子を見出しえないのである。

では、当時の五建は、どのような活動を展開していたのだろうか。五建の活動は、主に埠頭整備に関する政策実施、および伊勢湾港構想の推進であった。前者については、五建も主体的に関与した計画のもとで、金城埠頭整備に伴う

[87]『二十年史』231頁。
[88]『中部経済新聞』（1970年１月11日）。

工事を展開していた。後者については、名古屋港をはじめとする伊勢湾内の港湾整備を広域的に計画する伊勢湾港構想の議論を、その中心となって進めていた。とりわけ、伊藤局長は五建の使命を後者のオーソライズ・実施にあると考えていたという[89]。そこで、次項では、後者の過程追跡によって、同時期の五建の活動および五建と地方自治体の関係性に迫る。

第３項　伊勢湾港構想

1960年代後半の名古屋港において、コンテナ化とともに時代的な潮流として注目を浴びたのが伊勢湾港構想である。この構想は、広域行政の一環として、伊勢湾内の港湾を一体的に整備することを目指すもので、名古屋港はその中心となることが期待された。五建は、コンテナ埠頭整備の問題を避けつつ、この構想の実現に注力しており、名古屋港整備の位置付けを決めるという点で主体的な役割を果たした。

とはいえ、広域行政という論点自体は、1960年代後半に突如登場したものではなく、同年代前半から構想が練られていた。具体的には、愛知・三重・岐阜の三県で連携をとる府県連合、その議論をさらに進めて合併させる東海三県合併構想、および北陸地方をも射程に入れた広域連携を行う中部圏といった枠組みが構想された。

伊勢湾港構想もまた、1960年代前半から議論されていた。当時の議論は、大蔵省の出先機関である名古屋税関を中心に進められた。1960年11月７日、名古屋税関長の羽柴忠雄は、伊勢湾における管理体の一本化・各港の明確な峻別を呼びかけ[90]、列席した約35名の名古屋港・四日市港・衣浦港関係者から「名古屋税関に音頭をとって進めてもらいたい」との賛意を得た[91]。そして、翌1961年１月には、名古屋港・四日市港の一体的整備を掲げた伊勢湾港構想が、前田副管理者らの同意のもとで決議された[92]。

---

[89]『二十年史』207頁。

[90] 羽柴忠雄「伊勢湾港序説」(『月刊名古屋港』９（11)、1960年)、４-８頁。

[91]「伊勢湾港に全員賛成意見　＝名古屋税関行政懇話会第三専門部会＝」(『月刊名古屋港』９（11)、1960年)、８頁。

[92]「名税関行政懇話会第３専門部会会議メモ」(『月刊名古屋港』10(１)、1961年)、34頁。

ところが、その後しばらく、税関を中心とする伊勢湾港構想は進展をみなかった。その背景には、地方自治体による税関への警戒がある。名古屋市の非現用文書を参照すると、「国家管理の様が強くなるのではないか」と懸念する書き込みが為されているほか[93]、県が管理組合に対して「港湾管理の国営化に結びつけられることのないよう貴組合においても十分注意されたい」と注意を促す文書が残されている[94]。

そのような状況下において、停滞する伊勢湾港構想に対し、再び焦点を当てた組織こそ五建であった。1966年５月16日、五建が中心となって、伊勢湾港構想を具体化させるための組織である伊勢湾研究会が発足した。この研究会について、五建局長である寺西弘治は、「国と県、市が協力し、こうした広域港湾の発想を具体化に向けて研究する性格のもの」と説明している[95]。すなわち、この動きは五建が地方自治体を巻き込みつつも、自らが主体性を発揮する形で構想実現を企図したものであった。

1968年５月、五建を中心とする伊勢湾研究会は、第１次試案として「伊勢湾開発の方向」をまとめた[96]。この試案では、名古屋港・四日市港に外貿コンテナ施設を重点的に整備し、三河港に木材取扱施設を設けるなど各港の役割分担が企図された。また、名古屋港・四日市港での工業用地の造成を新たに計画せず、三河港・衣浦港・中南勢地区地先といった地域にて、緑地を加える形で整備する方針が打ち出された。

一方で、五建を中心とした動きに並行して、地方自治体もまた伊勢湾港構想実現に向けた動きを展開した。伊勢湾研究会結成の翌年である1967年９月には、中部圏開発整備の提案に伊勢湾港整備を盛り込んだ[97]。また、愛知県と三重県は、渥美半島と鳥羽港を結ぶ伊勢湾口道路の建設など伊勢湾開発を議論する組

[93]「伊勢湾港問題（資料）名古屋税関」（『伊勢湾港関係綴』索引番号５、1961年３月）、18頁。
[94]「名古屋港管理組合管理者への回答内容」（『伊勢湾港関係綴』索引番号12、1961年12月16日）。
[95]『中日新聞』（1966年５月17日）。
[96]「伊勢湾開発の方向（第１次試案）」（『昭和44年度　伊勢湾開発調査協議会２冊の２』索引番号２、1968年５月31日）、１-３頁。
[97]『中日新聞』（1967年９月９日）。

織の発足に合意した[98]。この合意は、翌68年４月に伊勢湾開発調査協議会の発足として結実した。

ただし、地方自治体の動きは、先行する五建の動きに反発するものではなかった。この過程において愛知県・三重県が共同で作成した計画資料は、港湾整備に関して、五建の試案と一致した内容を示している。具体的には、1969年に公表された都市整備区域建設計画では、名古屋港・四日市港を商港として重視しているほか、工業用地の抑制を盛り込んでいる[99]。よって、協議会で議論された愛知県・三重県の計画は、港湾整備に関して五建の試案を踏襲したものと評価しうる。

したがって、五建はコンテナ埠頭問題への参入を回避する中で、1960年代前半からの課題であった伊勢湾港構想に着目し、同構想を進める上で中心的な役割を果たした。そして、その過程では税関とは対照的に、地方自治体に受け入れられる形で活動を展開した[100]。コンテナ埠頭をめぐって本省と地方自治体が対立する中にありながらも、五建と地方自治体の関係は、対立点が顕在化せずに良好に推移していたのである。

第４節　高度成長の終焉　―1970年代前半の名古屋港―

第１項　工業港から商港へ

> 「イカダ乗りも出来なくなった。船も早く腐る。”港の潮風”どころか、ドブのにおいがする。名古屋港の水が目に見えて黒くなっていく…」

1960年代後半、金城埠頭の着工・NCB 成立・伊勢湾港構想の再始動といった成果を残しつつあった名古屋港では、水質汚濁や大気汚染が顕在化していた[101]。そして、1970年には、公害・環境問題がより大きく報じられるようにな

---

[98]『中日新聞』（1967年９月18日）。

[99]「都市整備区域建設計画」（『昭和44年度　伊勢湾開発調査協議会　２冊の１』索引番号１、1969年10月14日）。

[100] 三重県知事の田中覚が伊勢湾開発協議会に出先機関をも包摂する姿勢を見せたことは、その点を裏づけるものと言える（『中日新聞』1968年11月12日）。

[101]『中日新聞』（1966年９月23日）。

り[102]、名古屋港を所管する各主体は対応を強く迫られることとなった。

その結果、1970年から1973年にかけて、管理組合は港湾整備の方針転換を進めるに至った。その方針転換とは、工業港から商港へという1960年代の流れを強化するとともに、港湾計画の中に環境面への配慮を盛り込むことであった。具体的には、1970年３月の港湾計画改訂で商港整備を強調した上で[103]、廃油処理施設の建設など公害防止事業の充実を図った[104]。そして、それらを取りまとめる形で、1973年に①商港施設の整備、②緑地帯造成など環境改善、③航路・泊地の安全確保の三点を盛り込んだ港湾計画を新たに策定した[105]。

同時期に行われた二度の組織改編は、この変化を跡づける。1970年５月、技術部公害課が新たに設置された。同課は、公害行政に関する権限を持たない管理組合にありながら、水質の常時調査や公害発生調査資料の収集などを通じて公害問題に取り組む組織と位置付けられた[106]。杉戸市長によれば、この組織改編は「ひとつうんと本腰を入れてやろう」という[107]、管理組合による公害対策の本格化志向を示すものであった。その３年後の1973年、管理組合は工業港建設部を廃止し、それに代わって環境面での港湾整備を担う組織として環境整備部を設置した。この組織改編は、「港湾環境の整備と保全を一層強化するため実施された」ものであった[108]。

では、この変化に際し、五建はどのような役割を果たしたのだろうか。当時の五建の主な活動は、1960年代後半から続く金城埠頭整備のほか、伊勢湾大型水理模型（以下、**水理模型**）とポートアイランドの計画であった。これらの活動は、いずれも時流の変化の中で、地方自治体が抱えていた課題に対応していた。すなわち、五建の活動は、地方自治体による方針転換を支援するものとして作用した。

水理模型は、愛知県・三重県の要望から生まれた、水質汚濁を改善するための実験を行う設備である。1970年、愛知県・三重県を中心とする伊勢湾開発協

[102]『中日新聞』（1970年８月22日、８月28日）。
[103]『中部経済新聞』（1970年３月５日）。
[104]『中日新聞』（1970年６月８日、同６月20日、1972年３月23日）。
[105]『中日新聞』（1973年９月18日）。
[106]「広報なごや港（27）」（『中日新聞』1970年５月24日）。
[107]『名古屋港管理組合議会会議録』（1970年６月23日）。
[108]『中部経済新聞』（1973年４月15日）。

議会では、既にこの構想が浮上していた。その内容は、海域汚染への影響や施設の安全性を考える見地から、都市化やコンビナートの大型化に伴う水質汚濁、ならびにその予防方策を研究するというものであった[109]。すなわち、愛知県・三重県は伊勢湾港という文脈で、広域行政を考えるにあたって必要な情報資源を獲得すべく、この模型を構想したと言える。

この水理模型は、約４年間の過程を経て愛知県内に建設された。具体的には、1971年に五建が地方自治体の要望の高まりを受けて調査に乗り出したことを端緒として、翌1972年８月に建設が正式に決定し[110]、同12月には模型の活用を考える水理模型協議会が結成され[111]、1974年３月に模型が完成した。

注目すべき点は、具体的な実験内容の決定過程である。実験内容は、水理模型協議会において、東海三県の要望を取りまとめる形で決めることとされたが、同協議会において、その中心的な役割を果たしたのは五建であった。たとえば、岐阜県の復命書では、幹事役である五建が、地方自治体の要望を成案に取り込んでいた様子が報告されている[112]。

すなわち、水理模型の実験内容などを決める水理模型協議会では、五建が主体的に地方自治体の要望を包摂した上で、方針を取りまとめていた。そして、その方針のもとで実験が行われ、実験結果は政策決定のための情報として地方自治体に提供された。したがって、水理模型建設とは、五建が環境面への対応を企図する地方自治体に対して、情報資源の面から支援する動きであったと言える。

一方で、ポートアイランドは管理組合の要望から生まれた、名古屋港の浚渫土砂を堆積させることで造成を試みた人工島である。名古屋港において、従前は浚渫した土砂をそのまま臨海工業地帯の土地造成に用いていたが、工業港整備が後景に退く中で、こうした手法の持続可能性は次第に低減していった。そ

[109]「復命書（伊勢湾視察）」（『地域開発調査（都市計画、交通、流通業務）、伊勢湾開発調査協議会　昭和45年度』索引番号２、1970年８月４日）。
[110]『中日新聞』（1972年８月22日）。
[111]『中日新聞』（1972年12月９日）。
[112]「復命書（伊勢湾大型水理模型協議会用務、瀬戸内海大型水理模型視察）」（『企画調査、伊勢湾開発、伊勢湾総合対策協議会　昭和48年度』索引番号６、1974年２月２日）。

の結果、工業用地造成と異なる利用法を模索することが喫緊の課題となり[113]、管理組合はポートアイランドにその活路を見出したのである。

この構想について、五建は建設工事および設計を担った。ポートアイランドの場所は、当初より高潮防波堤の内側とされていたが、高潮防波堤が軟弱地盤のもとに建っていることをふまえて、防波堤と同様の工法をとることとした[114]。そして、設計に際しては水理模型の実験施設を活用し、実験によって得られた情報をもとに、ポートアイランド建設後の影響を検証した。具体的には、潮流の変化・水質汚濁・高潮防波堤の強度の三点について、悪影響が生じないことを確認した上で、着工に踏み切った[115]。

五建が担った水理模型・ポートアイランドの建設は、いずれも名古屋港を所管する各主体にとっての喫緊の課題に対応したものであった。そして、五建はこれらの事業を主体的に実施する中で、地方自治体の要望に応えつつ、彼らの政策決定を支援していた。すなわち、1970年代前半の五建は、これらの事業を通じて、地方自治体を後方支援する組織として機能していたのである。

第２項　高潮防波堤の移管

1970年代、五建は水理模型・ポートアイランドをめぐって地方自治体を後方支援した一方で、高潮防波堤の移管について管理組合の受動的な了承を取り付けた。すなわち、五建は管理組合を後方支援していた一方で、彼らにとって好ましくない政策判断にも着手したのである。

管理組合が高潮防波堤に対して消極的だった背景には、軟弱地盤に立つ高潮防波堤の沈下を不安視していたことがある。高潮防波堤は、本来は管理組合への移管を条件に作られており、開口部の拡幅後にはその手続きをとることになっていた。しかし、管理組合は高潮防波堤の沈下が取り沙汰されていたことから、「技術的にみてまだ受け入れる時期ではない、これを受け入れるには第三者の裏づけが必要」として、断り続けた[116]。

ただし、高潮防波堤の沈下については、既に外部機関の調査によって、問題

[113]『名古屋港審議会会議録』（1972年９月９日）。
[114]『中日新聞』（1974年３月20日）。
[115] 岡田実「浮上する名港のポートアイランド計画」（『月刊名古屋港』24（７）、1975年）、14-17頁。
[116]『日刊工業新聞』（1972年８月16日）。

ないとの結論が示されていた。たとえば、1967年９月には、工業技術院地質調査所などによる調査で「堤下はしっかりした砂質で沈下は一時的な自己荷重の結果」とされていた[117]。また、1971年には五建自ら日本建設コンサルタントに調査を委託し、その結果をもとに防波堤の安全性を主張した。加えて、管理組合もまた、議会答弁で防波堤の安全性を主張していた[118]。

にもかかわらず、管理組合は1971年時点では五建の打診を断っており、最終的に移管を認めたのは1973年７月のことであった。管理組合は委託調査という科学的根拠に基づいた五建の打診に一定の妥当性を認めつつも、２年間その打診を回避した上で、移管を了承するに至ったのである。

では、管理組合が移管を了承せざるをえなくなった要因はどこにあるのだろうか。紅村副管理者の説明によれば、その契機は1972年９月17日未明の台風20号にあった。紅村は管理組合議会において、五建が示した理論値に加えて、台風20号において高潮防波堤が機能したという実例があったために、移管を受諾したと説明している[119]。

件の台風20号は、伊勢湾台風と同様の進路を辿るもので、地域住民には「伊勢湾台風の再来」と恐れられた[120]。名古屋港でも、その動向が不安視されており、前日には警戒態勢が取られていた[121]。

幸いにも、台風20号による被害は大きなものではなかった。名古屋港の最高潮位は4.1m と、伊勢湾台風には及ばないながらも十分な高潮であったが、高潮防波堤が予想通りに効果を発揮し、「ふ頭の冠水もほとんどなく、わずかに水上署前の岸壁が水をかぶっただけ」であった[122]。沈下が取り沙汰される中で、高潮防波堤は十分に機能したのである。

したがって、五建の示す通りに高潮防波堤が安全であることが実例をもって確認されたため、管理組合は移管を認めるに至った。こうして、五建は高潮防波堤に関して、科学的な根拠とその実例による裏づけを背景としながら、難色

117 『中日新聞』（1967年９月29日）。
118 『名古屋市会会議録』（1971年７月９日）、『名古屋港管理組合議会会議録』（1974年３月28日）。
119 『名古屋港管理組合議会会議録』（1973年６月22日、1974年11月20日）。
120 『中日新聞』（1972年９月17日）。
121 『中日新聞』（1972年９月16日）。
122 『中日新聞』（1972年９月17日）。

を示す地方自治体に対して移管を求め続け、最終的にはそれを認めさせたのである。

第３章　地方自治体による中央－地方関係の形成・維持

第１節　地方自治体の状況

なぜ、愛知県は五建と良好な関係を形成・維持するに至ったのだろうか。本章では、この問いの解明を試みる。その論述に際して、本節では、愛知県と五建の協調関係における阻害要因を検討し、この問いの所在を浮き彫りにする。

第１項　名古屋港をめぐる県－市関係

まず、確認しておきたいのは名古屋港をめぐる県－市関係である。名古屋港は､愛知県･名古屋市の一部事務組合である管理組合によって管理されており、その政策過程には県・市がともに主体的に参加する余地があった。そのため、県－市関係は地方自治体と五建との関係を考える上で、検討しなければならない論点である。

当時の政策過程において、県－市関係は県優位で進められた。たとえば、名古屋港の管理について、杉戸市長は市による管理を理想としていながらも[123]、県に対してその意向を強く打ち出すには至らなかった。また、名古屋市会においては、名古屋市の自主財源の少なさを問う質問に対して、杉戸市長が県に対する市の立場の弱さを語る場面も見られた[124]。

こうした経緯のもとで、県優位の県－市関係において対立が先鋭化した場合には、地方自治体による港湾管理は不安定なものとなり、中央省庁の関与の余地が生じうる。たとえば、宮城県塩釜市の桜井辰治市長が「運輸大臣を囲む会」を利用して、宮城県が塩釜市に対して連絡することなく埋め立て工事を執行したとして、佐藤港湾局長へ「政府としても管理権の問題を考えてほしい」と訴えたことはその好例である[125]。また、地域開発政策において、中央省庁が地方

[123]『名古屋市会会議録』（1964年11月26日、1965年３月８日、1969年５月31日、同９月30日）。

[124]『名古屋市会会議録』（1964年３月６日、1968年11月29日）。

[125]『日本海事新聞』（1965年４月15日）。なお、当時の塩釜港は、宮城県の計画に仙台新港の工業港整備が盛り込まれたことで、企図していた工業港整備を断

自治体間の対立に介入する実例もあった。吉野川の開発では、香川県･愛媛県･徳島県が対立する状況の中で、それぞれの自治体に農林省・通産省・建設省が別個に助力し、対立を促進させるに至った（佐藤1962）。

しかし、名古屋港をめぐる県－市関係において対立が先鋭化することはなかった。県優位の県－市関係は安定的に推移し、管理組合も瓦解せずに存続したのである。この安定した県－市関係は、運輸省が名古屋港整備の政策過程へ介入する余地を狭め、本省や五建にとって一種の参入障壁として機能しえた蓋然性が高い。なぜ、地方自治体は安定した県－市関係のもとで、五建との関係を構築・維持するに至ったのだろうか。

第２項　桑原幹根と全国知事会

県－市関係で優位にある愛知県を捉えるにあたって、県知事を務めていた桑原幹根は重要人物である。桑原は官選知事を歴任した後、1951年以来６度の知事選を勝ち抜いて、24年間の長きにわたって公選知事職にあり続けた。すなわち、高度成長期の愛知県は、桑原とともにあったと言っても過言ではない。

桑原について考える上で重要なのは、全国知事会においても中心的な役割を果たしていたことである。1967年、東京都知事が務める慣例であった全国知事会長に就任したことは、その好例であろう。当時の地域紙では、桑原が「いままでも知事会の最長老としてまとめ役を買う機会が多く、その豊富な経験が好感をもって迎えられている」ことや、「これまでの慣例とか、地域にとらわれない限り、妥当な人選と見る向きが多い」ことが報じられている[126]。

桑原が全国的な文脈で着手した課題は、府県制維持であった。1960年代、地方制度改革の文脈で、府県合併や道州制の観点から府県制度の見直しがたびたび俎上にあげられた。それらの議論は、地方制度調査会において不決定へと方向付けられ、実現することはなかったが（大杉1991：第２章－第４章）、広域自治体の首長にとっては死活問題であり、彼らは府県の重要性を訴える必要に迫られた。桑原も例外ではなく、会長就任以前の段階で、既に広範な調整機能という観点から府県の意義を示す講演を行っている（桑原1962）。

会長就任後の桑原は、全国知事会を代表する立場で持論を展開した。たとえ

念させられるに至っていた（安達2015）。桜井市長は、この状況を背景として、塩釜市の港湾管理権問題を訴えたと考えられる。

[126]『中日新聞』（1967年５月１日、５月11日）。

ば、民主性・能率性・総合性という三つの観点から広域自治体の存在意義を主張する論考を公刊しているほか（桑原1968）、佐藤栄作首相が「第二の廃藩置県」と称して都道府県制度の再検討を公言した際には、首相に対して、知事への権限委譲と地方との関係緊密化を要望した[127]。加えて、1970年代に府県制廃止が浮上した際にも、同様に反対表明を行った[128]。したがって、桑原の会長在任中には、断続的に府県制廃止が俎上にあがったため、彼は折にふれて府県の重要性を主張する必要に迫られていたのである。

また、桑原は愛知県知事として中部圏を代表する立場も担っていたため、中部圏開発を展開する上でも、地方自治を声高に叫ぶことを強く求められた。中部圏開発は、地方自治体を中心とした計画策定に重点を置く点に特徴があった[129]。その主体となった協議会は中央省庁に対して地元案尊重を要望し、最低でも地元案の大筋を貫くという姿勢で交渉した[130]。当時の中央省庁では、この協議会の姿勢に対して「何となくやりずらい（原文ママ）感じ」があったという（NIRA 1996：上143）。

こうした制約の中で、桑原は少なからず地方自治の色彩を強調し、なおかつ中央政府による干渉に否定的な姿勢をとる必要があったと考えられる。事実、桑原は出先機関を集権化と関連づけて捉え、一般論として否定的な見解を示していた。たとえば、前述の論考では「府県に対する不信感に基づく国の地方出先機関の設置もしくは強化などは、行政の民主性という観点からは、是非排除しなければならない」と論じた（桑原1968：166-167）。また、県議会で中央集権化についての見解を問われた際には、出先機関とその強化を「非常に遺憾」と表現した[131]。

したがって、桑原は自らの立場に起因する制約ゆえに、出先機関との協調関係を打ち出すことは難しい状況にあり、一般論として出先機関への批判を公言していたと言える。この点をふまえれば、桑原政権下の愛知県が出先機関である五建との間に協調関係を形成・維持したことには、疑問の余地がある。果た

[127]『中日新聞』（1968年５月９日）。
[128]『中部経済新聞』（1973年10月18日）。
[129]『中日新聞』（1966年５月26日）。
[130]『中日新聞』（1968年４月４日、６月11日）。
[131]『愛知県議会会議録』（1969年３月６日）。

して、彼が批判するところの一般的な出先機関と、五建との違いは、どこにあったのだろうか。

第３項　富裕な愛知県

地方自治体は、どのような目的で中央省庁を頼るのか。このような問いを立てた場合、往々にして想起される答えは、財源や権限などの行政資源付与であろう。とりわけ、本論文が対象とする高度成長期は、中央－地方間で補助金をめぐる交渉が活発に展開された。すなわち、高度成長期には、地方自治体が財源としての補助金を求め、中央政府との関係形成・維持を試みる様相が少なからず見られたのである。

港湾政策もまた、その例外ではなかった。たとえば、港湾局長を務めた宮崎茂一は、「港湾管理者の財政の貧困」を背景に港湾事業費の過半を国が負担していることから、国の関与を「必然的」と指摘した（宮崎1964：12-13）。

しかし、愛知県は自他ともに認める富裕県で、財政面には少なからず余裕があり、地方交付税を受けない不交付団体であった。トヨタ自動車を筆頭に有力企業を複数擁する愛知県は、自主財源を多く得られる財政構造になっており、それゆえに地方交付税に頼らない政策決定が可能だったのである（桑原1979：425）。たとえば、地方自治の世界では、自主財源比率を地方自治体の自由度になぞらえた三割自治という用語があるが、愛知県下の新聞社や政治家は自県の状況を七割自治と表現していた[132]。

もちろん、いかに富裕な愛知県であっても、全ての事業を県の予算だけで処理することは困難である。そのため、愛知県も中央政府からの財源付与を視野に入れていた。

ただし、愛知県は財源調達先を中央政府に限定していない。具体的には、西南部の臨海工業用地造成に際して外債発行を検討したこと[133]、国民休暇村の建設に際して地元企業である名古屋鉄道からの寄付を検討したこと[134]、あるいは既述した海運業界と共にNCBを立ち上げた事例などが挙げられる。すなわち、愛知県は中央省庁のみならず、外債・地元企業からの寄付・全国的な業界団体

[132] 一例として、『中日新聞』（1970年２月13日）、『愛知県議会会議録』（1972年３月４日）。
[133]『名古屋港管理組合議会会議録』（1964年６月18日）。
[134]『愛知県議会会議録』（1968年３月26日）。

との官民協働といった複数の財源調達手段をも視野に入れていた。よって、愛知県は中央省庁に財源を求めることが不都合な場合には、中央省庁からの財源付与に固執せず、より望ましい方法を模索していたと考えられる。

加えて、愛知県は中央省庁からの財源移転に対して、慎重な姿勢を見せていた。県議会や市会では、県・市が地方交付税の交付を受けていないことについて、他の地方自治体に比べて行政資源が相対的に少なくなるという観点から、再考を促す質疑が為された[135]。しかし、この質疑に対して、各首長は肯定的な反応を示していない。たとえば、桑原県知事は、以下のように財源移転の増加を中央の支配強化と捉えて、地方交付税の交付に難色を示した[136]。

> 「富裕県でなくして地方交付税を受けるということでありますれば、それだけまた地方自治体としての資格を欠くことになるのでありまして…交付税をたくさん受けるというようなことでありますれば、それだけやはり中央の支配を受ける度合が強くなる」

こうした愛知県の方針は、名古屋港整備にも適用された。名古屋港の事業費における国費の割合は、相対的に小さいものにとどまった。具体的には、1964年度の名古屋港における事業費（10億5000万円）は、国と地方自治体がともに４億円を負担し、受益者が残る２億5000万円を負担する形で構成された[137]。この財源配分は、事業費の70% 程度を国費に依存していた神戸港（12億3900万円／17億6300万円）・横浜港（10億600万円／13億5000万円）とは対照的である。すなわち、名古屋港の財政状況は、宮崎茂一が「港湾管理者の財政の貧困」と表現するような中央省庁に強く依存したものではなく、むしろ地方自治体・民間企業が過半数を支弁する構造にあった。

したがって、愛知県は中央省庁の財源移転に集権化を読み取った際には、中央省庁への依存を避ける傾向にあったと言える。この点をふまえれば、本事例は補助金行政や相互依存のような通説的な構造では捉えがたい特徴を有してい

---

[135] 後述の例のほか、『名古屋港管理組合議会会議録』（1965年３月24日）、『名古屋市会会議録』（1973年３月８日）など。

[136] 『愛知県議会会議録』（1963年３月４日）。

[137] 松尾道彦「港湾審議会管理部会の設置」（『港湾』41（７）、1964年）、36頁。

る。すなわち、愛知県が五建との協働を選んだ要因は、通常想起されるような財源や権限などの行政資源とは異なるところにあったと考えられる。果たして、愛知県は五建に何を求めたのだろうか。

第２節　関係形成・維持の分析

第１項　港湾政策の専門性・技術

愛知県は、前述のように五建と連携しがたい状況であったにもかかわらず、なぜ五建と良好な関係を形成・維持したのだろうか。言い換えれば、愛知県にとって五建とはどのような点で、有用な存在だったのだろうか。

前章で記述した政策過程をふまえれば、その答えとして、港湾政策の専門性・技術が想起される。すなわち、専門的な知見や技術を要する港湾政策について、一地方自治体が担うことは難しく、愛知県は五建と良好な協調関係を構築・維持し、政策決定・実施において五建の助力を得たという仮説を指摘しうる。

1950年代から1970年代の名古屋港整備には、出先機関の専門性・技術が動員された場面を見出すことが可能である。まず、1950年代では、前田副管理者の登用が挙げられる。桑原県知事は専門性を有している人材を求めて、運輸省第四港湾建設部から前田を招聘した。そして、管理組合は前田副管理者の指導のもとで、工業港を中心に名古屋港を整備した。次に、1960年代では、高潮防波堤の設計・建設が挙げられる。高潮防波堤の設計・建設は、伊勢湾台風後の目玉となる防災事業であったが、その中心的な役割を果たしたのは伊勢建・五建であった。最後に、1970年代では、水理模型とポートアイランドが挙げられる。当時の五建は、情報資源を求める地方自治体の要望に応じて水理模型を計画した上で、その実験内容を専門的な見地から検討したほか、それを活かしてポートアイランドの設計も行っていた。

こうした活動の中で、地方自治体は五建の専門性・技術を評価していた。高潮防波堤の移管について、自らの技術不足を理由に消極的な姿勢を見せたことは、その好例であろう。また、金城埠頭の整備・伊勢湾港構想・水理模型の実験内容といった技術的な計画を伴う事業に際して、地方自治体が五建の案を踏襲していたことも、その一例として挙げられる。加えて、1960年代から70年代にかけて、管理組合も専門性・技術を獲得していたが[138]、それにもかかわらず、

[138] たとえば、杉戸市長は管理組合職員の専門性を理由に、県庁・市役所との人

管理組合は技術的な計画を必要とする場面で五建案を否定することなく、その方向性を容認していたのである。

また、五建自身も自らの長所を専門性・技術に求めている。たとえば、五建局長を務めていた寺西弘治は、高潮防波堤の完成時の発言で技術者を自称していた[139]。五建職員の青山正幸は、国直轄工事について、その正当性を「国が技術力を擁すること」に求める説明を行っていた[140]。

ただし、管理組合にとって、五建との関係を構築・維持する決定的な要因が専門性・技術にあると断定しえない。なぜなら、専門性・技術という観点で検討する場合、五建という選択肢は、他の選択肢との差別化を図ることが難しいからである。たとえば、伊勢湾台風を機に技術力を増した民間の地元業者と連携することで[141]、埠頭整備などの政策実施において必要な専門性・技術を調達することが可能である。また、港湾計画の策定など政策立案において専門性・技術を求める場合には､外貿埠頭公団の設置や運輸省の出向人事が有用である。とりわけ、外貿埠頭公団は、職員の多くを運輸省出身者が占めているため、五建と同等ないしそれ以上の専門性・技術を得ることが期待される。それにもかかわらず、管理組合は公団の設置に対して消極的な態度をとって反発し、運輸省本省との対立点を顕在化させるに至った。

したがって、愛知県が五建と良好な協調関係を形成・維持した決定的な要因は、専門性・技術ではない。すなわち、愛知県にとって五建の最大の存在意義は、彼らがもつ専門性・技術とは異なるものであった。

第２項　五建の行動様式

愛知県にとって、専門性・技術よりも有用であった五建の特長とはなにか。その答えは、五建の行動様式にあると考えられる。

前章で記述した通り、五建は地方自治体の意向に沿う形で活動した。具体的には、五建は、本省の意向を体現して地方自治体を監督・監視・統制するのではなく、むしろ地方自治体の要望に即して活動する傾向にあった。たとえば、

事交流に難色を示した（『名古屋港管理組合議会会議録』1970年６月23日）。

[139] 前掲注（28）。

[140] 青山正幸「港湾総論」（『月刊名古屋港』17（４）、1968年、30頁）。

[141]「座談会　大防波堤の建設を顧みて」（『月刊名古屋港』13（９）、1964年、35-50頁）。

高潮防波堤の建設では、組織が本来的に重視していた防災という価値に固執せず、管理組合や関係業界の求める機能面への配慮を見せたほか、漁業補償の交渉にも注力した。また、1960年代後半には、金城埠頭利用計画の策定・NCB設立・伊勢湾港構想において、地方自治体の要望に応えつつ主体的な役割を果たした。加えて、1970年代の水理模型・ポートアイランドなどの事業にも、この点は引き継がれた。

とりわけ重要なのは、地方自治体と五建の協調関係が、地方自治体と本省が対立する最中にあっても維持されていることである。1960年代を通じて、管理組合を筆頭に、地方自治体は、運輸省本省による公団を通じた埠頭整備への介入に反発していた。その理由は、地方自治体を中心とする名古屋港の管理が、公団によって損なわれると考えたためであった。運輸省の出先機関である五建は、通説的な出先機関観に基づけば、本省と同様に管理組合からの反発を受けたとしても不自然ではない。むしろ、五建は運輸省に対する批判の矢面に立たされる可能性すらある。しかし、五建は本省とは異なり、地方自治体との間に対立点を顕在化させずに、良好な関係を維持したのである。

このことは、裏を返せば、地方自治体は本省を自律的な港湾管理の阻害要因と捉えていた一方で、五建にはその可能性を見出していなかったと理解することが可能である。あるいは、五建にも本省と同様に、阻害要因となる可能性を見出しつつも、その度合いを相対的に低く捉えていたと考えられる。

実際に、前章で記述した通り、1960年代に埠頭整備をめぐる政策過程の中で、五建が地方自治体を監督・監視する姿勢は確認しえなかった。当時の五建は、むしろ地方自治体との対立に与することなく、本省とは異なる立場で良好な協調関係を形成・維持したのである。

ただし、五建が常に地方自治体の要望に応えていたとは言えない。その好例が、高潮防波堤の管理である。五建は、高潮防波堤の開口部を広げる工事に際して、本来は五建が負担するはずだった工費を管理組合へと肩代わりさせた。また、1970年代には高潮防波堤の移管に消極的な姿勢を見せた管理組合に対して、外部機関による調査を用いつつ、移管を了承させるに至った。

この種の動きは、名古屋港以外の港でも存在したと見られる。たとえば、同じ愛知県内の衣浦港での衣浦トンネル建設は、桑原県知事の意向に沿わない形で進められた。当時、半田市と碧南市を海上で結ぶにあたって、桑原知事は橋の建設を強く志向したが、五建は費用がかさむ点・地盤が悪い点を理由に、橋

ではなくトンネルを建設した[142]。

また、地方自治体の計画策定に際して、伊勢建・五建が影響力を行使する余地もあった。伊勢建局長の幸野弘道が、愛知県新地方計画について意見書を提出したことは、その一例である。意見書の趣旨は、総花的な計画策定を避け、論点を取捨選択するように説くものであった。とりわけ、商港整備については、「名古屋の輸出入貨物を中心に考えればよいのであとの中小港湾について一つ一つたんねんにつきあう態度でなくてよい」と、名古屋港を中心に計画策定すべきであることを述べている[143]。この意見書からは、伊勢建・五建が時に愛知県の政策決定にも影響力を行使していたことがうかがえる。

よって、五建は地方自治体の方針に合わせて活動する傾向の出先機関であった一方で、決して地方自治体の方針に従属していた組織ではなかった。そのため、自律的な港湾整備を志向する愛知県にとって、常に都合の良い存在であったとは言いきれない。

とはいえ、一定の専門性・技術を擁する組織の中では、五建は相対的に連携の取りやすい相手であった。特に、管理組合が懐疑的な視線を注いできた公団に比べて、五建が与しやすい相手であったことは想像に難くない。具体的には、運輸省本省による統制が効いている上、港湾管理権を付与される可能性もあった公団に対して、五建は管理組合の名古屋港管理に強く干渉する姿勢を見せていなかった。そのため、管理組合は、五建が自らの所管を傷つける危険性に乏しいと判断することが可能であった。

加えて、今一度、五建が地方自治体に歩調を合わせて活動していた場面に着目すれば、その時に五建が向き合っていた課題は、地方自治体にとっても喫緊の課題であった。高潮防波堤の建設は、伊勢湾台風という大災害の事後処理として重要な意味を持っていた。また、金城埠頭の整備や伊勢湾港構想は、コンテナ化や広域行政という時流に即した課題に対応していた。加えて、水理模型やポートアイランド構想もまた、高度成長のひずみに対する批判の盛り上がりを背景に企図された。すなわち、愛知県をはじめとする地方自治体にとって、

[142]『中日新聞』（1967年３月８日）、『二十年史』209頁。

[143]「愛知県新地方計画委員会委員および専門委員への委嘱について」（『愛知県新地方計画委員会関係資料　推進協議会（第２回）資料』索引番号28、1962年３月23日）。

これらの五建の活動は、時宜に即した後方支援となっていた。

したがって、愛知県が中央省庁やその機関と連携しがたい状況にもかかわらず、五建との良好な協調関係を形成・維持するに至った決定的な要因は、五建の行動様式にある。五建は時に地方自治体の要望にそぐわない活動を展開したものの、それでも総体的には地方自治体の方針に合った活動をする傾向にあったため、愛知県にとって公団などよりも有用な連携相手となりえた。それゆえ、愛知県は五建の存在を否定することなく、むしろ良好な協調関係を形成・維持するに至ったのである。

第４章　出先機関による中央－地方関係の形成・維持

第１節　出先機関の状況

前章において、愛知県が五建と良好な関係を形成・維持するに至った要因について、五建の行動様式から説明した。愛知県は、港湾政策に関する専門性・技術を有する組織の中でも、相対的に地方自治体の自律性を認めて活動する傾向にあったことから、五建との連携を志向したのである。

では、なぜ五建はそのような行動様式をとったのだろうか。本章では、この問いを明らかにするための手がかりとして、一仮説を提示する。その論述にあたって、本節では、五建の行動様式にとっての阻害要因を簡潔に検討し、問いの所在を浮き彫りにする。

出先機関は、中央省庁の下部機関として地方自治体とともに地方部での行政を担う存在であるため、その活動には中央省庁・地方自治体の両者との関係による制約を伴う。もちろん、省庁設置法や組織規程によって職掌を規定されており、出先機関にはその範囲を中心とした裁量行使が認められる。ただし、その裁量は無条件に認められていたものではない。

中央省庁の下部機関である五建が、中央省庁の方針から大きく逸脱した政策決定をすることは、決して容易ではない。事実、運輸省本省は五建に対して、要所では圧力をかけていた。NCB 問題をめぐって運輸省本省と地方自治体が対立する中で、本省が五建に対して指導を行っていたことはその好例である[144]。また、五建局長を務めた吉村眞事は、浚渫船・清流丸の使用料金を値下

[144] 前掲注（87）。

げして管理組合へ提供したところ、本省に「よけいなことをするな」という叱責を受けたことを語っている[145]。

一方で、出先機関は地方自治体の存在を無視しえない。資格任用制をとる日本の行政官僚制内の組織として編成される出先機関は、地方自治体とは異なり、選挙によって地域住民からの統制や支持を受けることがない（金井1998）。すなわち、出先機関は地域・地域住民との間に機能的・行政的な関係を結ぶ一方で、政治的な関係を結ぶには至らない（秋月2000：202）。そのため、出先機関は地域住民の理解を必要とする場面において、地方自治体と連携をとる利点を認識することになる。

とりわけ、港湾政策においては、港湾法によって地方自治体の港湾管理が規定されている。そのため、五建などの港湾建設局が港湾管理において影響力を発揮するためには、地方自治体の理解を得ることが有用である。たとえば、五建職員の青山正幸は、港湾施設の建設・改良について「国と管理者との協議がととのえば、当該工事を国直轄で実施出来る」と説明しているが[146]、この説明は、管理者たる地方自治体の同意抜きに直轄工事を施工しがたいという五建の認識を示している。

とはいえ、地方自治体が出先機関に対して、常に優越すると断定することは難しい。秋月謙吾は、所管地域を定義する難易度・制度的な安定を理由に、府県－出先機関の中央－地方関係において府県が主導権を握ると論じた（秋月2000）。しかし、実際の事例に照らし合わせれば、その指摘の妥当性は決して高いとは言えない。既述の通り、五建は地方自治体に歩調を合わせて活動した一方で、高潮防波堤をめぐる政策決定や衣浦トンネルの建設など、時に地方自治体の要望にそぐわない活動を展開した。すなわち、五建は地方自治体に対して一定の影響力を発揮し、対等な関係のもとで、時には地方自治体の方針に合わない政策決定を実現した。こうした動きを展開した出先機関は、五建に限られない。たとえば、四建は浚渫後の検査について、四建と熊本県がともに行うこととしたが、その背景には「四建が県のいわば下請けのような形にならないように」との配慮があったという[147]。

145『二十年史』216頁。

146 青山・前掲注（140）。

147『四建九十年のあゆみ』1672頁。

上記の点をふまえれば、五建が地方自治体との対等な関係のもとで、地方自治体の方針に合わせて活動する行動様式をとったことは自明ではない。なぜ、五建は当該行動様式を採ったのだろうか。

第２節　関係形成・維持の分析

本節では、五建の行動様式を明らかにするための手がかりとして、一仮説を提示する。具体的には、運輸省内部の位置付けが、五建の行動様式に影響を及ぼした可能性を指摘する。

出先機関は、中央省庁本省と地方自治体の中央－地方関係の中間に位置しているが、その位置付けが全国一律に設定されているとは限らない。中央省庁本省の内部で各出先機関の位置付けが異なっていた場合、その行動様式には一定の差異が生じうる。そのため、本論文において、運輸省内部での五建の位置付けを検討することには、少なからず意義があると考えられる。

出先機関の位置付けを検討する上で、一つの出発点となるのは、出先機関局長をめぐる人事慣行である。日本の行政官僚制は、給与に代表される一般的な労働者としての待遇や、政策の立案・実現のような職務に対する満足度ではなく、独特な昇進体系によって動機付けられた出世型人事管理の形式をとっている（原田2016：36-38）。そのため、人事慣行は官僚の行動を規定する一要素となっている。とりわけ、中央省庁の高級官僚は、「Up or Out（昇進するか、退官するか）」と形容される昇進をめぐる激しい競争にさらされており（稲継1996：第２章）、人事慣行には強い関心を持つ。したがって、出先機関局長の人事慣行は、局長自身の活動はもちろんのこと、当該組織全体の活動に影響を与えうる。

秋月謙吾も指摘しているように、出先機関局長という役職は、運輸省官僚の昇進にとって、きわめて重要なものであった（秋月2000：175）。港湾政策における最上位の役職である本省の港湾局長は、1955年から1983年にかけて、ほとんど二建ないし三建の局長から昇任していた（別表１）。

ただし、港湾建設局局長は、港湾局長への人事慣行の途上にある役職ばかりではない。当時、二建・三建を除く三つの港湾建設局の局長は、港湾局長への昇進が約束されていなかった（別表１）。そのため、五建を含む当該役職には、二建・三建局長と異なる動機付けがはたらいた可能性もある[148]。

[148] 当事者の回顧によれば、五建の雰囲気は穏やかなものであったという（『二十

五建局長退任後の役職を整理すると、港湾局長への昇任の途上にある役職（二建・三建局長および技術参事官）に異動した確率は低い一方、退任後に本省以外の組織で勤務した確率が高い（別表２）。具体的には、五建局長から直接に港湾局長をはじめとする本省幹部へ昇任した例は存在せず、他の役職を経て間接的に港湾局長へ昇任した例も15% にとどまっている一方で、五建局長経験者の85% は官界を去る・地方行政において港湾政策を担う道を選んでいる。

また、五建の人事慣行には、地方行政との結節点も存在した。五建局長退任後、過半数が官界を去った一方で、地方行政の業務を担った人物も一定数存在する。具体的には、他局に異動した上でその局の局長となった場合が19%、地方自治体の一部事務組合において副管理者となった場合が15% 存在した。すなわち、約３割の局長が退任後に地方において港湾政策にあたったのである。

たとえば、五建局長退任後に四日市港管理組合副管理者へと転じた伊藤甫は、在任中の業績が転職につながった人物である。具体的には、伊藤は三重県知事・田中覚の「こんご四日市港が伊勢湾に占める役割からみて、より広域的な視野から問題を処理できる人がどうしても必要」という考えのもとで、四日市港管理組合へと招聘された[149]。伊藤は広域港湾構想である伊勢湾港構想を五建の使命として注力した人物であるため[150]、適任であった。したがって、伊藤は五建という組織にあって、運輸省本省よりも地方自治体に歩調を合わせる活動の一翼を担ったことで、「港湾人として誠に喜びにたえない」（伊藤1983：98-99）経歴を辿ったと言えるであろう。

こうした地方行政との結節点のある人事慣行は、五建の活動にとって重要である。港湾局長への昇進が視野に入る二建局長や三建局長とは異なり、五建局長にとって現実的な異動先は本省ではなく、地方行政または民間であった。言うなれば、五建という環境は「Up or Out」というよりも、むしろ「Local or Out（地方行政に行くか、退官するか）」であった可能性がある。仮にそうであったとすれば、五建局長が二建・三建局長と比べて、地方自治体の動向を重視す

年史』220頁、234頁）。この様子は、他局よりも高い位置付けであることを自認して競い合っていた二建・三建（秋月2000：177-178）と好対照をなすように見受けられる。

149 『中部経済新聞』（1970年５月３日）。

150 前掲注（89）。

ることは不自然ではない。

上記の人事慣行を敷衍すれば、運輸省内部の出先機関に対する処遇の違いが、五建に対して一定の影響を及ぼし、その方針を地方自治体に親和的なものへと接近させた可能性を指摘しうる。

第５章　おわりに

第１節　本論文の成果

本論文は、高度成長期の名古屋港整備の事例分析から、政策過程における出先機関の活動と地方自治体との関係性について論じたものである。当該事例は、中央省庁の本省と地方自治体との関係、および中央省庁の出先機関と地方自治体との関係性が異なる点に特徴がある。具体的には、中央省庁本省と地方自治体が対立する中で、中央省庁の出先機関は本省とは異なる方針をとり、むしろ地方自治体に親和的な活動を展開した。そして、出先機関は本省とは対照的に、地方自治体との間に対等かつ協調的な関係を構築・維持した。本論文は、第２章でこのような事例の記述的推論を行った上で、第３－４章で因果的推論を試みた。

第２章では、1950年代から70年代前半にかけての名古屋港整備の政策過程を記述した。第１節で地方自治体が主体的に名古屋港を整備したことを確認した上で、第２節で地方自治体の自律的な港湾整備志向があったにもかかわらず、運輸省の出先機関である伊勢建・五建が順調に設置されたことを論じた。そして、第３－４節で、運輸省本省が地方自治体と対立した一方で、五建が地方自治体と対等な協調関係を形成・維持し、要所で地方自治体の意向に沿って活動する一方、時として地方自治体の方針にそぐわない形で政策を展開したことを明らかにした。

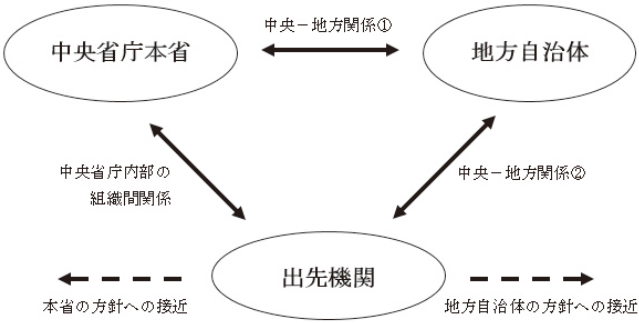
第３章では、愛知県が五建との連携を選択した要因について分析した。第１節で五建との連携における阻害要因を検討し、愛知県の五建との連携が自明でないことを確認した。そして、第２節では、その要因について港湾政策の専門性・技術および五建の行動様式という観点から検討し、後者がより決定的な要因となりえたことを指摘した。

第４章では、五建の行動様式を明らかにするための手がかりとして、一仮説を試論的に提示した。具体的には、出先機関局長をめぐる人事慣行から、五建

の行動様式が、運輸省内部の位置付けによる影響を受けていた可能性があると指摘した。

とりわけ、本論文の中心的な成果は、先行研究が見出しえなかった出先機関の様子を明らかにした点にある。本論文が明らかにした五建の活動と地方自治体との関係性は、先行研究の想定とは異なるものであった。出先機関を中央省庁本省の単なる下部機関と捉える通説的な出先機関観では、五建の地方自治体の方針に合わせた活動を理解しえない。一方、出先機関が府県よりも劣位にあるために府県の方針に合わせて活動するという秋月説では、五建が地方自治体との間に対等な交渉を可能とする関係を形成・維持し、時には地方自治体の方針に合わない政策判断に着手したことを説明しえない。

本論文の事例分析によれば、出先機関は本省や地方自治体の意向に従うことを常態とせず、状況に応じて両者との関係性を形成し、その関係のもとで一定の自律性をもって活動していた。戦後日本の中央－地方関係は、中央省庁と地方自治体の二者関係ではなく、中央省庁本省・同出先機関・地方自治体の三者関係として展開されていた。この点については、以下のように図示することが可能であろう。



第２節　本論文の課題

本論文は、上記の成果・含意を得た一方で、複数の課題点を残している。とりわけ、以下の二点を重要な課題として指摘しうる。これらの点については、稿を改めて論じたい。

まず、第一の課題点は、省庁内部における出先機関の位置付けを把握するこ

とである。本論文の第４章では、人事慣行に出先機関の位置付けの相違を見出し、それによって出先機関の行動様式が規定される可能性があると指摘した。しかし、この指摘は、あくまでも今後の研究の手がかりとして一つの可能性を提示したものにすぎない。当該位置付けと行動様式の関係を正確に論じるためには、運輸省の高級官僚の活動とその規定要因について、より掘り下げた分析をすることが求められる。この点は、今後の大きな研究課題である。

次に、第二の課題点は、出先機関の行動様式について、本省・地方自治体の動向とより深く関連づけて分析することである。各出先機関の行動様式は、どのような場面においても明瞭に立ち現れるとは限らず、本省・地方自治体と関わる中で、促進・抑制される可能性がある。その場合、同じ港湾建設局が所管する港湾であっても、政策過程の様相に差異が生じうる。

とりわけ、本省－出先機関関係の分析は、最大の課題といっても過言ではない。本論文の主眼は出先機関と地方自治体の関係にあるため、当該関係を詳述していないが、出先機関とその活動を考える上で、本省の動向は重要である。

この課題を解決する上で、手がかりとなるのは、運輸省港湾局の高級官僚が有していた独自の論理である。秋月謙吾は竹内良夫の回顧を引用して、彼らの「何もないところへ港を作って産業基地にしよう」という「港屋の願望」が政策に結びついた可能性を指摘した（秋月2000：176；竹内1977：92）[151]。

本論文の事例に関連づければ、当該論理にとって名古屋港が重要ではなかったため、本省が五建に対する統制を徹底させなかったと理解しうる。すなわち、地方自治体による整備の進んでいた名古屋港は、開発余地が大きく残されておらず、「願望」を十分に満たさないため、五建の方針が本省によって許容・促進されたという説明が可能である。

したがって、一次資料をもとに上記の論理へ接近することで、運輸省港湾局の地方行政に対する活動の実態を把握することが可能となる。ひいては、本省－出先機関関係の分析という課題を解決し、戦後日本の政府間関係についても、より深く理解することが可能となるであろう。

---

[151] なお、この「願望」については、複数の港湾局幹部によって言及されている。たとえば、栗栖義明の発言（「＜座談会＞運輸省港湾局　新旧局長に聞く」『港湾』49（８）、1972年、72頁）、宮崎茂一の発言（「＜座談会＞甦える大地」『港湾』48（３）、1971年、40頁）、および吉村眞事の発言（吉村1981：60）はその好例である。

謝辞

本稿の執筆に際して、以下のご支援をいただいた。第一に、複数の先生方および匿名の査読者より、的確かつ有益なご指摘をいただいた。第二に、名古屋港管理組合ならびに複数の図書館・公文書館において、貴重な資料を拝読させていただいた。第三に、北海道大学大学院法学研究科・野村真紀記念基金より研究助成を拝受した。お世話になった方々に、この場を借りて、深い感謝の意を申し添える。

参考文献

【公刊文献】

・秋月謙吾（2000）「出先機関と地方政府－国家・地域ネットワークの形成と展開－」（『法学論叢』146（５・６）、京都大学法学会）。
・安達宏昭（2015）「戦前・戦後の国土開発と塩釜　－港湾を中心に－」（『国史談話会雑誌』（56）、東北大学国史談話会）。
・阿利莫二（1982）「出先機関の理論と行政課題　－中央の出先機関について－」（『年報行政研究』（16）、ぎょうせい）。
・天川晃（1986）「変革の構想　――道州制論の文脈」（大森彌・佐藤誠三郎『日本の地方政府』東京大学出版会）。
・市川喜崇（2005）「道州制・都道府県論の系譜」（日本地方自治学会『道州制と地方自治』敬文堂）。
・市川喜崇（2012）『日本の中央－地方関係』法律文化社。
・井出嘉憲（1972）『地方自治の政治学』東京大学出版会。
・稲垣浩（2015）『戦後地方自治と組織編成　「不確実」な制度と地方の「自己制約」』吉田書店。
・稲継裕昭（1996）『日本の官僚人事システム』東洋経済新報社。
・稲吉晃（2014）『海港の政治史　明治から戦後へ』名古屋大学出版会。
・内山融（2007）「事例分析という方法」（『レヴァイアサン』（40）、木鐸社）。
・大杉覚（1991）『戦後地方制度改革の＜不決定＞形成―地方制度調査会における審議過程をめぐって―』東京大学都市行政研究会。
・大原光憲・横山桂次（1965）『産業社会と政治過程－京葉工業地帯』日本評論社。
・金井利之（1998）「空間管理」（森田朗『行政学の基礎』岩波書店）。
・河中二講（1967）「『地域政策』と地方行政」（『年報政治学1967』岩波書店）。

・北村亘（2007）「中央地方関係の理論的分析へのいざない」（『レヴァイアサン』（40）、木鐸社）。
・北山俊哉（2015）「能力ある地方政府による総合行政体制」（『法と政治』66（１）、関西学院大学法政学会）。
・木寺元（2012）『地方分権改革の政治学』有斐閣。
・清野馨・紅村文雄（2000）「わが国における外貿埠頭経営の歴史的変遷とその評価について」（『港湾経済研究』（39）、日本港湾協会）。
・桑原幹根（1962）「府県行政における調整の機能と組織について」（『自治研究』38（６）、良書普及会）。
・桑原幹根（1968）「府県のあり方とその課題」（自治省『地方自治法二十周年記念　自治論文集』第一法規）。
・桑原幹根（1969）「私の履歴書」（『私の履歴書　第三十六集』日本経済新聞社）。
・桑原幹根（1974）『世紀を生きる　歴史とは未来のこと』政経社。
・桑原幹根（1979）『桑原幹根回顧録　知事二十五年』毎日新聞社。
・紅村文雄（1975）『ユニットロードシステムのための新しい埠頭整備方式』日本港湾協会。
・佐藤竺（1962）「吉野川総合開発の現状と問題点」（『政治経済論叢』10（３）、国土社）。
・佐藤竺（1965）『日本の地域開発』未来社。
・曽我謙悟（2008）「政府間ガバナンスに関する最近の研究動向」（『年報政治学2008-Ⅱ』木鐸社）。
・竹内良夫（1977）「港湾史断片」（『日本港湾発展回顧録』日本港湾協会）。
・西尾勝（1977）「過疎と過密の政治行政」（『年報政治学1977』岩波書店）。
・西尾勝（1990）『行政学の基礎概念』東京大学出版会。
・西尾勝（2001）『行政学』有斐閣。
・日本港湾協会（2007）『新版　日本港湾史』成山堂書店。
・林昌宏（2010）「港湾整備における行政の多元化とジレンマ　－外貿埠頭公団を事例に」（『年報行政研究』（45）、ぎょうせい）。
・林昌宏（2015）「中間自治体間の公共投資をめぐる競合とその帰結」（『常葉法学』２（１）、常葉大学法学部）。
・原田久（2016）『行政学』法律文化社。
・前田一三（1968）『港を眺めて』月刊名古屋港刊行会。

・真渕勝（2009）『行政学』有斐閣。
・宮崎茂一（1964）『港湾計画』海文堂。
・村松岐夫（1988）『地方自治』東京大学出版会。
・村松岐夫（1994）『日本の行政　活動型官僚の変貌』中央公論新社。
・森田朗（1988）『許認可行政と官僚制』岩波書店。
・NIRA（1996）『戦後国土政策の検証』全国官報販売共同組合。
・S. R. リード（1990）『日本の政府間関係　―都道府県の政策決定―』木鐸社。

【新聞】

・『中日新聞』（国立国会図書館所蔵）。
・『中部経済新聞』（国立国会図書館所蔵）。
・『日刊工業新聞』（国立国会図書館所蔵）。
・『日本海事新聞』（国立国会図書館・海事図書館所蔵）。
・『日本経済新聞』（国立国会図書館所蔵）。

【機関史・機関誌など】

・『官報』大蔵省印刷局。
・『港湾』日本港湾協会（国立国会図書館所蔵）。
・『月刊名古屋港』名古屋港管理組合（愛知県立図書館・名古屋港管理組合所蔵）。
・『第二港湾建設局のあゆみ』運輸省第二港湾建設局、1993年。
・『名古屋港管理組合三十年史』名古屋港管理組合、1984年。
・『名古屋港開港100年史』名古屋港管理組合、2008年。
・『名古屋コンテナ埠頭十年史』名古屋コンテナ埠頭株式会社、1981年。
・『二十年史』運輸省第五港湾建設局二十年史編集委員会、1984年。
・『日本船主協会20年史』日本船主協会、1968年。
・『四建九十年のあゆみ』運輸省第四港湾建設局九十年史編集委員会、2000年。

【その他、未公刊資料】

・伊藤甫（1983）『港と共に』四日市市図書館所蔵。
・吉村眞事（1981）『地域の発展における港湾の役割』名古屋市鶴舞中央図書館所蔵。
・『愛知県議会会議録』愛知県公文書館所蔵。
・『愛知県新地方計画委員会関係資料　推進協議会（第２回資料）』愛知県公文書館所蔵。
・『伊勢湾港関係綴』名古屋市市政資料館所蔵。

・『伊勢湾総合対策協議会　昭和46年度』岐阜県歴史資料館所蔵。
・『企画調査、伊勢湾開発、伊勢湾総合対策協議会　昭和48年度』岐阜県歴史資料館所蔵。
・『金城埠頭利用計画書』国立国会図書館所蔵。
・『昭和44年度　伊勢湾開発調査協議会　２冊の１』岐阜県歴史資料館所蔵。
・『昭和44年度　伊勢湾開発調査協議会　２冊の２』岐阜県歴史資料館所蔵。
・『地域開発調査（都市計画、交通、流通業務）、伊勢湾開発調査協議会　昭和45年度』岐阜県歴史資料館所蔵。
・『名古屋港及び四日市港の高潮防波堤の施工計画について』運輸省伊勢湾港湾建設部、1962年、大阪市立大学都市問題資料センター所蔵。
・『名古屋市会会議録』名古屋市市政資料館所蔵。
・『名古屋港管理組合議会会議録』愛知県立図書館所蔵。
・『名古屋港審議会会議録』名古屋港管理組合所蔵。
・『名古屋港高潮防波堤建設資料』運輸省第五港湾建設局、1967年、名古屋大学附属図書館所蔵。

【別表１.】1955年から1983年までの港湾局長をめぐる人事慣行

氏名	在任期間	就任前の役職
黒田　静夫	（1950.7.21）～ 1955.6.29	第五管区海上保安本部長
天埜　良吉	1955.6.30 ～ 1958.12.15	第三港湾建設局局長
中道　峰夫	1958.12.16 ～ 1961.4.20	第三港湾建設局局長
坂本　信雄	1961.4.21 ～ 1963.1.10	第二港湾建設局局長
比田　正	1963.1.11 ～ 1964.8.27	第二港湾建設局局長
佐藤　肇	1964.8.28 ～ 1967.8.3	第三港湾建設局局長
宮崎　茂一	1967.8.4 ～ 1969.8.11	第三港湾建設局局長
栗栖　義明	1969.8.12 ～ 1972.6.19	第三港湾建設局局長
岡部　保	1972.6.20 ～ 1973.8.6	経済企画庁総合開発局長
竹内　良夫	1973.8.7 ～ 1976.6.24	第三港湾建設局局長
大久保喜市	1976.6.25 ～ 1979.1.18	第二港湾建設局局長
鮫島　泰佑	1979.1.19 ～ 1980.6.16	第三港湾建設局局長
吉村　眞事	1980.6.17 ～ 1982.3.31	第二港湾建設局局長
松本　輝壽	1982.4.1 ～ 1983.7.14	第二港湾建設局局長

【別表２.】五建局長の人事慣行

代	氏名	在任期間	その後の役職	慣行
1	坂本　信雄	1961.4.1 ～ 1961.4.20	※二建局長との兼任；任期終了後、港湾局長。	⑤
2	幸野　弘道	1961.4.21 ～ 1964.4.1	辞職。	②
3	寺西　弘治	1964.4.1 ～ 1966.7.28	二建局長を経て、外貿公団理事。	③
4	尾崎　重雄	1966.7.29 ～ 1967.10.10	四建局長。	③
5	伊藤　甫	1967.10.11 ～ 1970.5.1	辞職、四日市港管理組合専任副管理者へ。	④
6	橘高　俊二	1970.5.1 ～ 1972.12.1	辞職。	②
7	原口　好郎	1972.12.1 ～ 1973.8.31	三建局長などを経て、名古屋港管理組合専任副管理者。	④
8	原田　修	1973.8.31 ～ 1974.12.1	一建局長。	③
9	和田　善吉	1974.12.1 ～ 1976.7.16	辞職。	②
10	吉村　眞事	1976.7.16 ～ 1978.10.1	二建局長を経て、港湾局長。	⑤
11	西村　俊之	1978.10.1 ～ 1980.4.1	辞職。	②
12	西村　一男	1980.4.1 ～ 1981.6.10	辞職。	②
13	藤野　愼吾	1981.6.10 ～ 1983.7.15	港湾局技術参事官を経て、港湾局長。	⑤
14	飯島　昭美	1983.7.15 ～ 1984.9.17	三建局長を経て、四日市港管理組合専任副管理者。	④
15	勝部　弘	1984.9.17 ～ 1985.12.16	辞職。	②
16	森平　倫生	1985.12.16 ～ 1987.2.1	二建局長。	③
17	富田　勇	1987.2.1 ～ 1988.11.10	辞職。	②
18	鈴木　庄二	1988.11.10 ～ 1990.6.1	辞職。	②
19	櫻井　正憲	1990.6.1 ～ 1992.4.1	辞職。	②
20	新井　洋一	1992.4.1 ～ 1993.4.1	辞職。	②
21	江口　肇	1993.4.1 ～ 1994.7.18	辞職。	②
22	木本　英明	1994.7.18 ～ 1996.4.1	港湾技術研究所長を経て、港湾局長。	⑤
23	早田　修一	1996.4.1 ～ 1997.4.1	辞職。	②
24	黒田　秀彦	1997.4.1 ～ 1998.6.23	二建局長。	③
25	中村　豊	1998.6.23 ～ 1999.7.13	辞職。	②
26	佐藤　清	1999.7.13 ～ 2000.6.30	三建局長を経て、四日市港管理組合専任副管理者。	④
27	村田　進	2000.6.30 ～省庁再編	中部地方整備局副局長、局長。	②

			（件数）	（比率）
1	人事慣行①	「五建」局長の任期終了後、本省港湾局長に就任する。	0	0%
2	人事慣行②	「五建」局長の任期終了後、官界を去る。	14	52%
3	人事慣行③	「五建」局長の任期終了後、他局の局長を務めた後、官界を去る。	5	19%
4	人事慣行④	「五建」局長の任期終了後、地方自治体の副管理者を務める。	4	15%
5	人事慣行⑤	「五建」局長の任期終了後、特定の役職を経て、本省港湾局長に就任する。	4	15%

判例研究

社会保障判例研究

川久保　寛

通所介護記録に記載のないサービスの提供と介護報酬の返還請求

佐賀地裁平成27年10月23日判決

（平成26年（行ウ）２号処分取消請求事件）

判例時報2298号39頁

Ⅰ　事案の概要

X（原告）は、介護保険法（以下、「法」という）にもとづく指定を受けた通所介護および介護予防通所介護事業を行う事業者であった。Y（被告）は、佐賀県鳥栖地域で介護保険事業を行う一部事務組合である。X は通所介護事業・介護予防通所介護事業のほか、同じ施設で有料老人ホームを営んでいた。

平成25年３月、Y および佐賀県（以下、「県」という）は、虐待の疑いや居宅介護サービス費の不正請求の疑いで X の事業所に対する監査を行った。その結果、有料老人ホームの入所者が介護サービスを利用するにあたって、有料老人ホームの記録と通所介護事業所の記録（通所介護記録）に食い違いがあることが判明した。３月18日に県が X に聴聞手続きの開始を通知したところ、X は法人の解散と事業所の廃止を申し出て、同月末に廃止届を出した。

５月20日、Y および県は不正請求による介護報酬の返還金と加算金を X に請求することを決定し、６月14日に Y は X に対して法22条３項にもとづいて介護保険給付費返還金28万1,277円および加算金11万2,510円の合計39万3,787円の支払いを求める返還命令処分（以下、「本件処分」という）を行い、通知書を交付した。また、同月18日付で、Y は合計39万9,042円に増額訂正を行った。これに対して、X が審査請求を行ったところ、佐賀県介護保険審査会は、本件

処分について36万8,613円を超える部分を取り消した（審査請求においてＹは合計36万6,903円に請求を減縮している）。Ｘは本件処分の取消しを求めて出訴した。なお、本件では本件処分の理由付記等も問題とされたが省略する。

Ⅱ　判旨　請求一部認容（控訴棄却）

36万8,613円を超える部分を却下し、17万5,278円を超える部分を取り消す。

（1）徴収金債権の要件

「居宅介護サービス費は所定の要件と基準を満たす場合に市町村から事業者に対して支払われるものであり（法41条）、これを欠いた支払が事業所に対してされた場合には、市町村は事業所に不当利得の返還を求め得ると解される。そして、法22条３項は、事業所が上記支払を受けるに当たり『偽りその他不正の行為』をした場合における居宅介護サービス費の不当利得返還義務についての特則を設けたものと解される。そうすると、事業所が同項に基づき居宅介護サービス費の返還義務を負うものと認められるためには、その前提として、事業所が居宅介護サービス費の支払を受けたことに法律上の原因がないといえる場合であることを要するというべきである（最一小平成23年７月14日判決。以下、「平成23年最判」という）。

これに反する被告の主張は採用することができない。」

（2）通所介護記録に実態と異なる記載がある場合

「Ｘ代表者は、Ｘ従業員に対し、有料老人ホーム記録には実態の通り記載し、通所介護記録には実態と異なる記載をするよう指示していたことが認められ…両記録は、本件事業所内の同一の場所に置かれ、原則として当日中にＸ従業員が書いていたと認められることに照らすと、これら両記録の多数の不一致がＸ従業員の記載ミスによるものとは考え難いから…原則として有料老人ホーム記録が信用でき、それに反する通所介護記録の記載は信用することができない」

（3）通所介護記録に記載がないが、有料老人ホーム記録に記載がある場合

「法41条９項は、指定居宅介護サービス事業者から居宅介護サービス費の請求があったときは、４項各号の厚生労働大臣が定める基準及び法74条２項に規定する居宅介護サービスの事業の設備及び運営に関する基準に照らして審査した上、支払う旨規定している。そして、指定居宅介護サービス事業者は、指定通所介護を提供した際には、提供した具体的なサービスの内容等を記録するとと

もに、利用者からの申出があった場合には、文書の交付その他適切な方法により、その情報を利用者に対して提供しなければならない旨規定されている。これは、同事業者に提供した具体的なサービスの内容等を記録させることにより、居宅介護サービス費の請求が適法にされたことに関する証拠資料を確保し、併せて利用者への情報提供の便宜を図る趣旨であると考えられる。そうすると、証拠資料となりうるのは通所介護記録（サービス提供記録簿）に記載されていないとしても、それ以外の資料（本件では、有料老人ホーム記録）によっても当該通所介護サービスが提供されなかったと認めることができない限り、前記…のとおり不正請求による介護報酬の返還命令処分が不当利得の返還請求権の性質を有することに鑑みて、指定居宅サービス事業者が居宅介護サービス費の支払を受けたことにつき法律上の原因がないとはいえず、市町村は居宅介護サービス費返還を請求することはできないと解するのが相当である。」

「これを本件についてみるに…一部については、Yの主張と異なり、本件居宅介護サービス費請求に沿った通所介護サービス又は入浴介助が提供されなかったと認めることはできない（以下、当該部分を「本件サービス提供部分」という。）から、本件サービス提供部分については、Xが本件居宅介護サービス費請求により居宅介護サービス費の支払を受けたことには法律上の原因がないとはいえないのに対し、本件サービス提供部分以外の部分については、請求に沿った通所介護サービス又は入浴介助が提供されなかったと認められるから、Xが居宅介護サービス費の支払を受けたことには法律上の原因がなく、XはYに対し不当利得返還義務を負うというべきである。」

「介護職員処遇改善加算分を含めXの不当利得となる居宅介護サービス費を計算すると…12万5,199円になる。」

（4）偽りその他不正の行為（不正請求）

「X代表者は、X従業員らに対し、通所介護記録には実態と異なる記載をするよう指示していたことが認められる。また…X代表者は、本件事業所の管理者であるところ、利用者が通所介護サービス利用中に居室に戻ることがあったこと等通所介護サービスの予定に変更があったことについてX従業員から度々報告を受けていたと認められる。さらに、両記録間の不一致が本件居宅介護サービス費請求以前から存在していたことをも併せ考えると、X代表者は、通所介護サービス又は入浴介助を提供したとする日に当該サービスが提供されていないことが多数存在するとの現状を認識していただけではなく、X従業員に対し

記録の改ざんを指示して、本件居宅介護サービス費を請求していたことが認められる。

そうすると、X は、本件サービス提供部分以外の部分について、不正請求によって居宅介護サービス費を請求し、法律上の原因を欠く居宅介護サービス費の支払を受けていたものといえる。」

（5）小括

「…本件処分について、法22条３項の要件を満たすのは、本件居宅介護サービス費請求について X が不当利得となる12万5,199円と同額の４割を乗じて得た５万0079円の合計17万5,278円を限度とするから、本件処分は同額の範囲で適法であるが、同額を超える部分…については違法であり、取り消されるべきである。」

Ⅲ　検討

１．はじめに

本件は、不適切な介護サービスの提供に対する県および（介護保険の保険者である）一部事務組合による対応が問題となり、介護報酬の返還および加算金の支払いを求めた行政処分の是非について争われた裁判例である[1]。本判決には大きく２つの点で検討の必要がある。

第一に、本件は、介護報酬の返還について定める法22条３項の解釈・適用が問題となり、市町村[2]が持つ報酬返還請求権の成立の有無について判示した裁判例である。法22条３項の解釈をめぐっては本判決も引用する平成23年最判[3]が先例となるが、その後に公刊された裁判例がなかったため、本判決は一定の意義を持つ。しかし、事業者の指定取消処分があった平成23年最判と比べて、

---

[1] 本判決の評釈として、中野妙子「通所介護記録に記載のないサービスに係る介護給付費返還命令」ジュリスト1509号（2017年）119頁。

[2] 特別区や一部事務組合も保険者であるが、特に断りのない限り「市町村」に含めて考察する。

[3] 評釈として、清水泰幸「介護保険法22条３項による介護報酬の返還請求」社会保障判例百選〔第５版〕（2016年）226頁、倉田賀世「判例研究」熊本法学129号（2013年）13頁、西上治「行政判例研究」自治研究89巻２号（2013年）142頁、岩村正彦「判例研究」季刊社会保障研究48巻１号（2012年）97頁、川久保寛「社会保障判例研究」北大法学論集63巻４号（2012年）221頁ほか。

本件では指定取消処分がなく事業者自ら廃止を届け出ており、事案が異なる。したがって、本判決の意義を明らかにするためには、平成23年最判の射程を検討する必要があると思われる。

第二に、本件は、法令上不適切な介護サービスの提供と介護報酬の受領が問題となった裁判例である。介護保険法が施行されて15年が経つが、介護事故や保険料の算定を除けば裁判になることが少なく[4]、不適切な介護サービスの提供があった場合に保険者ないし行政がどういった対応を取ることができるのか、実務にばらつきがあり[5]、法的に明確になっているわけではない。その意味で、本件は介護保険に関する事例として重要である。

以下では、まず介護保険法における都道府県および市町村の権限を確認したうえで、平成23年最判を検討する。そして、介護報酬の返還請求の法律構成について裁判例を中心に検討を行い、本判決の位置づけを明らかにしたい。

なお、本件は、本件処分を記した通知書における理由付記の態様や、不服審査と取消請求との関係などが問題となっているが、本稿では社会保障法に関する部分に絞って検討する。

2．介護保険法における都道府県知事等の権限

（1）都道府県知事による事業者の指定

介護保険制度において、都道府県知事は事業所の指定権限および取消権限を持つ（居宅サービス事業者について70条・77条）[6]。指定を受けていない事業所は介護保険の保険給付であるサービス給付費を代理受領することができないため（41条６項）、介護サービスを行う事業者にとって都道府県知事による指定は極めて重要である。

---

[4] 加藤智章ほか編『新版社会保障・社会福祉判例大系４　社会福祉・生活保護』（旬報社、2009年）166頁〔菊池馨実・長沼建一郎〕。

[5] 介護保険法に基づく介護サービス事業者に対する行政処分等の実態及び処分基準例の案に関する調査研究委員会（平成28年度老健事業。以下、「調査研究委員会」という）報告書（2017年）参照。http://www.jri.co.jp/MediaLibrary/file/column/opinion/pdf/170331_gyouseisyobun.pdf（2018年５月17日アクセス）

[6] 地域密着型サービス事業者について、市町村長が指定権限および取消権限を持つ（42条の２）。ただし、届出等、都道府県知事による一定の関与がある（78条の２）。

本件では、Xの事業所が通所介護事業および介護予防通所介護事業の指定を受けていたものの、監査で通所介護記録と有料老人ホームの記録に食い違いがあることが問題となり、Xの代表者が実態と異なる記載をするよう指示をしていたこと、それによって介護報酬を余分に受け取っていたことなどが法22条にいう不正請求と認定された。通常は不正請求と指定取消権限の行使の関係が問題となりうるところ、本件ではXが事業の廃止を行ったために都道府県知事による指定取消権限を行使する機会がなく、直接に問題とはなっていない[7]。

そして、事業所の指定を受けるためには厚生労働大臣が定める人員基準を充たす必要があるため、事業所の指定は、サービス提供開始の時点で介護サービスの質を保障する機能を持つ。そして、サービス提供開始後には、指導および監査が介護サービスの質を保つことに期待される。本件でも監査によって不正請求が発覚している。

（2）事業所への指導および監査

事業所への指導および監査[8]は、都道府県が行うものと市町村が行うものに分かれる。

都道府県が行う指導および監査は、事業所だけではなく市町村も対象としている（5条2項）。すなわち、介護保険法令の改正などによって制度および取扱いが変更される場合、都道府県は、それらに従ったサービス提供を確保するために、サービスを提供する事業所を指導したり、介護報酬に関わる権限を持ち一部事業者への指定権限等も持つ市町村を指導したりする。これらは、都道府県知事が指定権限を持つことと、都道府県が行政組織として市町村に連絡調整を行うこと（地方自治法2条5項）に関係している。

むろん、都道府県知事が事業所へ行う指導および監査がより重要である。都道府県知事は、介護サービスを給付する事業所に対して指導および監査を行う

---

[7] 処分逃れが疑われる事案ではある。中野・前掲注（1）122頁参照。

[8] 法文上は「文書の提出等（職員による質問や照会など）」（23条）、「帳簿書類の提示等（記録の提示、質問など）」（24条）、「報告等（報告、立入、検査など）」（90条）とされているが、実務上、強制性の有無によって「指導」と「監査」と呼び分けられることが多いようである（実務に関して、横須賀市役所福祉部介護保険課・指導監査課に聴取を行った）。

権限を持つ（24条・90条）。実務上、年に１回程度指導を行い、問題点を指摘し改善報告をさせることにより、事業所が法令に沿った介護サービスを提供するように努める[9]。そのうえで、事業所職員の対応や書類の確認によって、その後に続くより強制力を持った対応を行うことになる。たとえば、勧告やその後に続く命令であり（76条の２）、指定の全部効力または一部の停止、そして指定の取消しである（77条）[10]。

一方、市町村長も事業所に対して指導および監査を行う権限がある（23条・90条）。法文上、この権限は保険給付に関する限りで広範囲に及び、市町村が持つ地域密着型サービスの指定権限に由来するものではない。すなわち、保険者である市町村長が持つ事業所に対する監督権限は、介護給付費の給付主体であることに由来するものである。

このため、事業者の大半は、指定権限を背景にした都道府県知事による指導および監査と、保険者である市町村長による指導および監査に重畳的に服することになる。両者の指導および監査の法的関係について明確な規定はないものの、実務上、取消権限を背景にもつ都道府県知事による指導および監査と、保険給付の適正化を目的とする市町村長による指導および指導は連携して行われることがある[11]。

本件では、X の事業所に対する監査を佐賀県と一部事務組合である Y が共同して行っている。監査の端緒は虐待と不正請求の疑いとされており、県による聴聞が行われたことから、監査の結果、県が命令や勧告、指定の効力停止などの不利益処分を念頭に置いていたことは明らかである。その場合、行政手続法に定める所定の措置、すなわち聴聞の機会を与えなければならない（13条１項）。しかしながら、その通知に対して X が事業廃止の届け出をしたため、本件では指定取消にかかる一連の対応がなされることはなかった。その代りに問題となったのが市町村による介護報酬の返還請求である。

---

[9] 指導によって事業者を育てるという視点もあるとのことである（横須賀市役所からの聴取による）。

[10] 人員基準違反に限られるものの、人員基準通達に規定がある。すなわち、基準に違反することが明らかになった場合には、まず勧告を行い、次に命令をし、そのうえで指定の取消しをすることが原則とされている。

[11] 事業所に関する情報をやり取りしたり、指導・監査を共に実施したりする模様である（横須賀市役所からの聴取による）。

3．介護報酬の返還請求と平成23年最判の意義

（1）市町村による介護報酬の返還請求

市町村が事業所に対して介護報酬の返還を求める場合、２つの場合が想定される。

１つは、事業所からの介護報酬の請求に対して審査を行った結果に由来する。法律上、審査支払いは委託することができ（41条10項）、国民健康保険連合会（以下「連合会」という）によって行われることがほぼすべてを占める[12]。通常、市町村は連合会の審査結果に従って事業所に介護報酬を支払うことになる。その場合、介護報酬の返還「請求」を行うことはない。

しかしながら、委託していてもなお、市町村は保険者として介護報酬支払いについて権限を持つため、理論上、連合会の審査結果を受けて支払いを行っても事後的に独自に審査を行い、介護報酬の返還を求めることが許されるように思われる[13] [14]。その場合、次に述べる法22条３項と類似しているものの、「偽りその他不正の行為」があったとまでは言えない場合も多いと考えられるため、結局は法41条９項を理由にして、返還を「請求」することになろう[15] [16]。むろん、本件とは事案が異なる。

もう１つは、直接、事業所へ報酬の返還を請求する場合である。これは審査支払とは直接関係せず、「偽りその他不正の行為によって保険給付を受けた」事業所に保険者である市町村が行うものである（22条３項）。典型的には、指定取消しや効力の停止などを受けた事業所が提供した介護サービスにかかる介

---

[12] 碓井光明『社会保障財政法精義』（信山社、2009年）330頁。

[13] 医療保険、とりわけ国保のレセプト点検と類似する行為である。加藤智章ほか『社会保障法　第６版』（有斐閣、2015年）171頁〔倉田聡・加藤智章〕参照。

[14] 医療保険では、市町村から都道府県へ国保の運営が移管されることにあわせて、市町村だけではなく都道府県にもレセプト点検を行えるようにすべきとの意見がある（社会保障審議会医療保険部会資料（2015年２月20日）参照）。

[15] 不正の行為ではない場合、実務上、民法の不当利得に拠って返還請求するとされる。岩村・前掲注（３）99頁参照。

[16] 医療保険では、市町村長が点検結果を審査支払機関に通知し、審査支払機関による再審査という形を採って事後の支払いと相殺させているようである。この方法の是非はひとまず措くとして、介護保険においても同様の形になると思われる。

護報酬について、市町村が直接返還を求める場合である。

（2）平成23年最判

そして、平成23年最判はこの先例にあたる。この事案では、大阪府知事による指定取消しを受けた事業所について、堺市が法22条３項にもとづいて介護報酬の返還請求を行ったところ、①介護報酬相当分だけではなく加算金の請求も行うべき、②取消しを受けなかった事業所についても介護報酬の返還請求を行うべき、として住民訴訟が提起された。第１審（大阪地判平成20年１月30日）では①が棄却されたものの、②について認容された。一方、原審（大阪高判平成21年７月23日）[17]は、第１審とほぼ同様の判示をしたうえで、法22条３項について「法が求める具体的な介護サービスが行われたか否かによって上記返還の可否を分けてはいないから、被告の〔管理者が不在であってもそれによって直ちにサービス提供が無効になったり介護報酬が不当な利得になったりしないとの（筆者注。以下、同じ）〕上記主張は採用できない。（法22条３項は、その文言に照らし、偽りその他不正の行為によって市町村が介護報酬を支払ったこと自体を損害又は損失とみなしていると解される。）」と判示した。

一方、最高裁は、大阪府知事による指定取消しを受けていない事業所について、堺市は介護報酬の返還請求を行いえないとした。

そこでは、「所定の要件と基準を満た」さない報酬の支払いについて、「市町村は事業者に不当利得の返還を求め得ると解される。」としたうえで、「法22条３項は、事業者が上記支払を受けるに当たり偽りその他不正の行為をした場合における介護報酬の不当利得返還義務についての**特則**を設けたものと解される。そうすると、事業者が同項に基づき介護報酬の返還義務を負うものと認められるためには、その前提として、事業者が介護報酬の支払を受けたことに**法律上の原因がない**といえる場合であることを要するというべきである。」と判示された（ゴシック・下線は筆者による）。

また、宮川光治裁判官による補足意見が付され、そこでは「大阪府知事が…不正な手段により指定を受けたという事由で指定取消処分をしていないにもかかわらず、参加人〔事業者〕が支払を受けた介護報酬について裁判所が上記事由の一事をもって返還義務を肯定することは、実質上、指定取消処分と同じ効

[17] 評釈として、小西啓文「判例研究」季刊社会保障研究45巻４号（2010年）70頁。

果を生じさせることとなり、大阪府知事の裁量権を否定するに等しく、相当でないと思われる。」とされた。

（3）平成23年最判の評価と批判

この平成23年最判は、介護保険法における重要判例と理解されている。

まず、介護報酬の返還請求について、「不正の行為」によらない場合、不当利得を理由として市町村が事業者に対して返還請求できるとした部分は、それまでの実務を追認するものである。また、法22条３項が民法の不当利得の「特則」であるとした部分は、健康保険法（58条３項）等、類似した規定を持つ法律との関係で重要であり、さらにその適用にあたって事業者に法律上の原因がないことが前提となっていると明示した[18]。なお、加算金の請求をしていない場合、「特則」の機能として、①根拠条文が法22条３項であると明らかになること、②加算金も請求するとすれば、不正が重大であることが必要となること、が挙げられる[19]。

一方で、平成23年最判には批判も多い。

もっとも重要なものは、法22条３項の解釈に関連して、指定およびその取消しを行う処分の解釈に疑問があるという批判である。岩村は、堺市民が堺市の判断の是非を問うという住民訴訟の目的に照らせば[20]、①大阪府知事による事業所の取消しの是非について争えないこと[21]、②もし事業所による不法行為について堺市が損害賠償を請求すべきと主張すれば、結論が変わる可能性があることから、本判決における指定取消処分の公定力の解釈に疑問があるとする[22]（岩村は結論も疑問視する）。

また、西上は、都道府県知事による指定処分の効果について分析し、指定取消処分にあたって、都道府県知事は事業者としての地位を継続させるかどうか（「一般的・抽象的に介護報酬を受領しうる地位」）の判断にとどまり、市町村

---

18 岩村・前掲注（３）100頁。

19 清水・前掲注（３）227頁。

20 西上は、そもそも４号訴訟（地方自治法242条の２）には権限外のことが含まれていないため、批判は当たらないとする。西上・前掲注（３）153頁参照。

21 住民訴訟の対象は財務会計上の行為に限られる。宇賀克也『行政法概説Ⅱ第５版』（有斐閣、2015年）392頁参照。

22 岩村・前掲注（３）101頁。

が実際に介護報酬を受領できるかどうか判断すべきとする[23]。この場合、都道府県知事による指定取消処分とは切り離して市町村は報酬返還請求を行うことができる（西上は事業所の態様から堺市に報酬返還請求義務を認めず、結論には賛成する）。

これらはいずれも保険者としての市町村の権能に着目するものであり、結局のところ、平成23年最判における法22条３項の解釈が問題であるという点で一致している。

（４）小括（本件との関係）

本件では、X による廃止届の提出があったため、佐賀県知事による指定取消しは行われていない。したがって、平成23年最判とは事案が異なる。とはいえ、平成23年最判は法22条３項の解釈について判示したものであり、平成23年最判には批判が多いものの[24]、審査に関係しない介護報酬の返還請求を行った本件に射程が及ぶことは明らかである。そのうえで、平成23年最判と異なる事実として、本件では①記録の食い違いと、② X 代表者による記録改ざんの指示が挙げられる。

本判決では、①について「原則として有料老人ホームの記録が信用でき」るとしたうえで、通所介護記録になくても有料老人ホーム記録に拠れば介護サービスの提供が認められるため、その分の介護報酬の請求に「法律上の原因がないとはいえ」ない、とした。したがって、Y による介護報酬の返還請求は要件を充たさず、本件決定の一部が取り消された。なお、ここでは、平成23年最判で「前提」とされた民法上の不当利得として検討されている。そして、②を「偽りその他不正の行為」と認定し、残った部分の介護報酬の返還請求と加算金の徴収が認められた。

すなわち、本判決は、通所介護記録にも有料老人ホームの記録にも記載がない場合に介護報酬の受領に「法律上の原因がない」と認め、その請求の態様が不正（「特則」）に当たるという２段階の認定を経て、法22条３項の適用を認めている。言い換えると、通所介護記録に記載がないままの介護報酬の受領それ自体は不当利得にとどまり、法22条３項の適用にはならない可能性がある。そ

[23] 西上・前掲注（３）150頁以下。
[24] 中野・前掲注（１）121頁。

れでは、どういった場合に請求の態様が不正となるのだろうか。

４．不適切な介護サービスの提供と介護報酬の返還

（１）これまでの裁判例における不適切な介護サービスの提供とその帰結

これまで、不適切な介護サービスの提供が不正とされ、法22条３項にもとづいて介護報酬の返還を行った裁判例は、公刊されている限りでは平成23年最判を除いて以下の２件にとどまる[25]。

最初の事例は、指定の取消しとともに介護報酬の返還請求と加算金の請求が為された**①裁判例**（京都地判平成18年９月29日）[26]である。そこでは、指定時点にサービス提供責任者とされた者にまったく勤務実態がなかったことが問題となり、指定当初に遡って介護報酬の返還請求がされた。裁判所は、「法が、サービス提供責任者が計画性のある訪問介護を実現するために重要な役割を果たすことを要求していることに鑑みれば、サービス提供責任者を欠いたままされた訪問介護サービス事業は、法の要件を欠く」として不当利得の成立を認めたうえで、「被告会社は、法の要件を欠く居宅サービス事業を行ったにもかかわらず、居宅介護サービス費を請求し、原告市から居宅介護サービス費の支払を受けたのであるから、偽りその他の不正の行為により居宅介護サービス費の支払いを受けた（法22条３項）というべきである。」として「不正」の成立も認めた。

もう１つは、夜間人員の不足を理由とした介護報酬の返還請求が為された**②裁判例**（さいたま地判平成22年６月30日判決）である。裁判所は介護報酬の返還を求めた通知の処分性を否定し、行政処分の取消訴訟を却下（不当利得返還請求については棄却）した[27]うえで、人員基準に満たない介護報酬の返還請求を是認している。なお、②裁判例では、人員基準を満たしていないにもかかわらず規定通りの介護報酬を請求したことが「不正」に当たるとされ、受領した介護報酬相当額から人員不足によって減額された介護報酬相当額を引いた金額の返還請求が妥当とされた（なお、原告事業所は、指定取消し等を受けてはいなかった）。

法律上、これらの状況は下記のように裏づけられる。

---

[25] 清水・前掲注（３）226頁。

[26] 評釈として、小島晴洋「判例評釈」社会保障判例百選〔第４版〕（2008年）232頁。

[27] 平成20年改正前であり、現行法とは合致しない判示と思われる。

厚生労働大臣の定める人員基準は指定時に満たさなければならないが、介護報酬の審査基準として用いられていない（法41条９項）。つまり、人員基準違反は介護報酬の審査・支払いでは問われず、基本的には都道府県知事による指定取消し等の権限行使において問題となり[28]、市町村による介護報酬の返還請求の場面でも問題となる可能性がある[29]。したがって、市町村が介護報酬の返還請求を行う場合、都道府県知事の指導ないし勧告、命令等があってもなくても、他の理由にもとづいて「不正」を認定し、法22条３項に基づく権限で返還請求をすることになる。むろん指定取消しはその理由の最たるものではあるが、介護保険法上、必要不可欠なものではない。こうしたことから、指定取消しがないままの報酬返還請求や加算金の請求も散見されただけではなく、都道府県によって基準違反の評価や指定取消しの判断に相当な違いが見られた[30]。

（２）平成23年最判以降の変化と平成23年最判の意義

法22条３項にかかるこうした理解は、平成23年最判によって少なくとも法的には変化した。すなわち、都道府県知事の指定取消しなど「法律上の原因がない」状態を前提に、市町村による「不正請求」の認定を行い、返還請求を行うこととなった。一方で、平成23年最判の解釈は人員基準について行われたものであるが、その判示から人員基準以外の違反行為にも及ぶと思われる。つまり、人員基準という都道府県知事の権限は指定取消しが必要となるが、それ以外の違反行為については、市町村長が独自に何らかの事実を「法律上の原因がない」こととして認定し、さらに「不正請求」と認定する必要があることになる[31]。

しかしながら、法令に違反する行為が「法律上の原因がない」理由になるかどうか、現時点では定まった解釈はない[32]。その理由として、裁判例が少ない

---

[28] 岩村・前掲注（３）100頁参照。

[29] ②裁判例は人員基準違反を「不正」としたうえで返還請求を是認しており、平成23年最判と同じ判断枠組みといえる。一方で、引用の通り①裁判例は判断枠組みが異なる。

[30] 古いが、データとして日経ヘルスケア（2004年６月）68頁。川久保・前掲注（３）230頁参照。

[31] 法22条３項の発動にはすべからく指定取消しが必要とは読めないうえ、本件のように人員基準が関係しないものもあるため、このように考えられる。

[32] 指定取消処分を必要としない点で一致したものの、平成23年最判の評価が分

ために事後的な検討が難しいこと、指導による是正が多いことなどが挙げられよう。

また、「不正請求」の認定についても、定まった解釈があるとはいえない。なぜなら、「偽りその他不正の行為」は勤務実態がないものから指導および監査における対応まで幅広いうえに、事実として明らかなものから印象や評価にとどまるものまで含むからである[33]。

このように考えると、平成23年最判の実務上の意義は、都道府県知事と市町村長の緊密な連携（たとえば当該事業所に対する処分内容について一致させることや、事業所の存続について一致した結論を出すことなど）が必要とされていることにとどまる可能性がある。

（3）抜け道の存在？

さらに、事業者の「自主返納」による抜け道が存在する。すなわち、市町村が報酬返還請求権の行使を背景に、事業者から“問題のあった”介護報酬を自主的に返納させる実務上の取扱いである。この場合、（②裁判例のように）自主的に返納した後に事業者が争わなければ法22条３項の問題になることはなく、裁判例を通じた検討から外れてしまう。また、都道府県知事による一部効力の停止権限（77条）として、実務上、報酬制限が行われている[34]。これは、違反行為に対する制裁として、事後的に一定期間報酬の減額支給を行うものであり、報酬相当額の返還と同視することができる。

これらの行為は、事業者の同意や明文上の根拠規定といった法的根拠を一応持つものの、行政の恣意的な運用を招きかねないものである。その意味では、介護保険法による行政統制は、平成23年最判を経てもなお不十分なものである。

５．本判決の評価

（1）記録の記載と介護報酬の請求

本件では、事業所が指定取消しを受ける前に自ら廃止届を出しており、指定

かれていることはその一例である。

[33] 調査研究委員会・前掲注（５）５頁以下参照。

[34] 調査研究委員会・前掲注（５）８頁による。

取消しによる消滅がない[35]。その意味では、平成23年最判の射程は及ぶものの、市町村が独自に「法律上の原因がない」ことを認定し、そのうえで「不正請求」と認めなければならないことになる。本件では人員基準を充たした介護サービスの提供がなされていたことから、通所介護記録の不備それ自体がまず問題となる。判旨（３）の通り、通所介護記録の不備は介護報酬の審査支払の基準に当たる指定居宅サービス基準に違反する。一方で、本判決は、有料老人ホーム記録から介護報酬の請求に「法律上の原因がない」とはいえないとして、Ｙの返還請求を取り消した。

むろん、通所介護事業所が備えるべき通所介護記録と有料老人ホームが備えるべき記録は法的性質が異なる[36]。通所介護記録は通所介護サービスの提供を記録するだけではなく、居宅サービス計画（いわゆるケアプラン）との整合性も必要とされており、老人福祉法にもとづく有料老人ホームの記録とは記述すべき内容および目的が異なる。したがって、事後的に市町村が介護報酬の返還請求を行う場合において、拠るべき記録はあくまで事業所の通所介護記録であることに変わりはない。

しかしながら、「法律上の原因がない」という不当利得の原則に照らせば、他の記録をもって通所介護記録に代えることは十分可能ではないだろうか。そもそも、法22条３項は市町村による介護報酬の返還請求の場面であって、介護報酬の請求に必要な記録等を事業者が完璧に備えていなければ返還請求に対抗できないわけではない。言い換えると、介護報酬の返還請求で問題となる「法律上の原因」の有無については、法令に従っていない状況での介護サービスの提供が許容される余地があり、介護記録の不備をもって「法律上の原因がない」とは言えないと思われる[37]。

（２）加算金の徴収と不正請求の認定

一方で、本判決の加算金の徴収については疑問が残る。

---

[35]（裁判例①のように）指定取消しが遡及すると考えることも理論上不可能ではないが、廃止届の提出に対してそのように評価することは、他に特別な事情がなければ難しいように思われる。

[36] 中野・前掲注（１）122頁。

[37] むろん介護記録の不備は指導ないし監査の対象となる。

そもそも、加算金の徴収について明確な判例はない。平成23年最判には加算金に関する判示事項がなく、法22条３項にいう「報酬相当分の返還請求」と「加算金の請求」[38]が一体的に解釈された。この点について、岩村は、命令・指定の取消し等があったときには加算金を請求すべきとする[39]。平成23年以前の裁判例でも、さらには実務上も加算金請求の要件にはばらつきがみられ、近年では問題視されつつある[40]。また、加算金による返還分は保険財政に組み入れられるものの、その分の交付税が減額されてしまうため、市町村長には“うまみ”がないという[41]。

本件では、X 代表者による対応（記録の不一致の放置や改ざんの指示）が認定され、それが「不正請求」とされている。故意性や職務上の義務違反を考慮した判断枠組みであろうし、指定取消しを逃れるために廃止届を提出した可能性もないわけではない[42]。その意味では「不正請求」を認める余地はあり、加算金の徴収をもって事業所に懲罰的処分を科したとも理解できよう。

とはいえ、平成23年最判によってもこれまでの検討によっても、本件の事情で加算金も請求するべきであるという理由を見出しがたい。少なくとも、介護報酬分の返還請求に必要な法的評価と、加算金の請求に必要な法的評価を分けて考える必要があると思われる。本判決は一体として評価を行っており、結論は是認できるものの、判断枠組みに疑問が残る。

＊本件評釈について東京社会保障判例検討会（早稲田大学）でも報告を行った。出席者から様々なご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。なお、本研究にあたって JSPS 科研費16K17005の助成を受けた。

[38] 平成20年に法改正が行われており、（本件に適用された）現行法では加算金の「徴収」となっている。
[39] 岩村・前掲注（３）102頁。
[40] 調査研究委員会・前掲注（５）参照。
[41] 横須賀市役所からの聴取による。
[42] 中野・前掲注（１）122頁。

執筆者紹介（掲載順）

松本彩花　北海道大学大学院法学研究科助教
角本和理　立命館大学政策科学部准教授
厚谷襄児　北海道大学名誉教授
西村曜子　法学研究科附属高等法政教育研究センター研究員
呉逸寧　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研究員
宋峻杰　国家教育研究院教育制度及び政策研究センター助理研究員
林来梵　清華大学法学院教授
松井直之　愛知大学大学院法務研究科准教授
王鑑澤　国立台湾大学法律学院名誉教授
山田健　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
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

平成30年７月24日　印刷
平成30年７月31日　発行

編集人　眞壁　仁
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
加藤智章
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. 69 July 2018 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (3): Von der letzten Periode des deutschen Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik ☆ ····· Ayaka MATSUMOTO 1

Theory of Privacy in a Cyber Age (5) ···· Kazumasa KAKUMOTO 75

Some Remarks on the Commitment Procedure under the Antimonopoly Act ····· Joji ATSUYA 490[1]

The Rules for Precontractual Negotiations in Contracts of Guarantee (1) — English Case Law on Abuse of Confidence — ····· Yoko NISHIMURA 466[25]

The function and practical use on the increment and reduction of the penalty by the People's court in Chinese law: contribute to Japanese law of obligations reform (3) ····· Wu Yining 400[91]

On Children's Self-determination Under the Constitution (6) — A study of the theory of children's rights in the United States, Taiwan and Japan — ····· SUNG Chun-Chieh 334[157]

SYMPOSIUM

On the Transplantation of Liberty & Right Concept in Modern China ····· Laifan LIN 270[221]
Translated by Naoyuki MATSUI

LECTURE

The historic foundation, social transition and developing trend of civil Law in Taiwan ····· Wan ZEJITAN 244[247]
Translated by Wu Yining

NOTE

Central-local relationship of a field agency and local governments: Case study of Nagoya Port in a period of high growth ☆····· Ken YAMADA 218[273]

CASE NOTE

Note on Social Security Law Case ····· Hiroshi KAWAKUBO 162[329]

[ ]···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