



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第70巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 70(2)
Issue Date	2019-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75069
Type	journal
File Information	lawreview_70_2_all.pdf



北大法学論集

第 70 卷 第 2 号

論 説

「市場の法哲学」と正義論

—— マルクスと「承認を求めての闘争」——

..... 今 井 弘 道 7

保証契約締結プロセスの規律（4・完）

—— 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 35

日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途

—— 「民法理論研究」を求めて —— 吉 田 邦 彦 204[1]

一部無効の本質と射程（9・完）

—— 一部無効論における当事者の意思の意義を通じて ——

..... 酒 巻 修 也 172[33]

研 究 ノ ー ト

ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（1）

—— 参加の正統化機能に関する一考察 ——

..... 谷 遼 大 126[79]

2019(令和元)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)
 曾 野 和 明 (比 較 法)
 高 見 勝 利 (憲 法)
 高 田 善 進 (民事訴訟法)
 田 村 善 之 (知的財産法)
 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 靖 子 (商 法)
 林 田 清 明 (法 社 会 学)
 稗 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)
 伊 藤 一 頼 (国 際 法) *
 岩 谷 將 (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) *
 曾 野 裕 夫 (民 法)
 空 井 護 (現代政治分析) *
 田 口 正 樹 (法 史 学)
 辻 康 夫 (政 治 学)
 常 本 照 樹 (憲 法)
 ○ 中 川 晶 比 兒 (経 済 法)
 中 川 寛 子 (経 済 法)
 中 山 一 郎 (知的財産法)
 根 本 尚 徳 (民 法)
 野 田 耕 志 (商 法)
 ハズハ・ブランズラフ (知的財産法)
 △ 長 谷 川 晃 (法 哲 学)
 林 誠 司 (民 法)
 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 徹 (ヨーロッパ政治史)
 吉 田 広 志 (知的財産法)
 ○ 米 田 雅 宏 (行 政 法)
 特 任 教 授
 朝 倉 靖 (民事実務)
 池 田 茂 徳 (法実務基礎)
 磯 部 真 士 (刑事実務)
 藏 重 有 紀 (刑事実務)
 橋 場 弘 之 (法実務基礎)
 藤 原 正 則 (民 法)
 松 長 一 太 (民事実務)
 准 教 授
 池 田 悠 (労 働 法)
 伊 藤 隼 (民事訴訟法)
 岩 川 隆 嗣 (民 法)
 川 村 力 (商 法)
 櫛 橋 明 香 (民 法)
 栗 原 伸 輔 (民事訴訟法)
 小 濱 祥 子 (アメリカ政治史) *
 佐 藤 陽 子 (刑 法)
 徐 行 (比 較 法)
 田 中 啓 之 (行 政 法) *
 津 田 智 成 (行 政 法)
 西 村 裕 一 (憲 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)
 ○ 森 悠 一 郎 (法 哲 学)
 山 木 戸 勇 一 郎 (民事訴訟法)
 ○ 山 本 周 平 (民 法)
 助 教
 前 田 星 (法 史 学)
 山 崎 皓 介 (憲 法)

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 70 No. 2(2019)
SUMMARY OF CONTENTS

La nullité partielle et la volonté des parties*

Naoya SAKAMAKI**

La question de l'étendue de la nullité est débattue depuis longtemps dans le droit japonais, bien que le Code civil japonais (le *Minpō*) ne comporte aucune disposition relative à cette question. La doctrine classique considère que l'étendue de la nullité se détermine en fonction de la volonté des parties¹. Cependant elle pose non seulement le critère subjectif mais aussi le critère objectif². De quelle façon combine-t-on les deux critères qui s'opposent ?

Selon un courant doctrinal, le critère de la volonté des parties prévaut sur l'autre critère ; après avoir éliminé un élément illicite d'un contrat, il faut rechercher si les parties auraient quand même contracté sans cet élément³. Pourtant, cette solution n'est pas conforme à la jurisprudence japonaise. La plupart des arrêts fixe l'étendue de la nullité sur le but de la règle transgressée⁴.

* Le sommaire de ma thèse intitulée : « L'essence et la portée de la nullité partielle (1) ~ (9) : Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie de la nullité partielle » .

** Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Aoyama-Gakuin

¹ S.WAGATHUMA, *Théorie générale du droit civil, Édition nouvelle*, Iwanami-Syoten, 1965, p.257.

² F.OHO (éd.), *Commentaire du droit civil*, tome IV, Yūhikaku, 1967, pp. 232 et s.

³ S.KUMAGAI, la nullité partielle de l'acte juridique et la volonté des parties, *Komazawa-Hōsō*, n° 1, 2005, p.13, spéc., p.26.

⁴ V. par exemple, Cour suprême, 24 août 1954, *Bull.civ.(Minsyū)*, t.8, n° 8, p.1534

Cette divergence tient à l'incertitude sur le fondement de nullité partielle. En effet, la réforme du droit des obligations de 2017 (la loi entrera en vigueur le 1^{er} avril 2020) ne prévoit aucune disposition relative à la question de l'étendue de la nullité en raison de l'absence du consensus.

La théorie de la nullité partielle française nous fournira des nouvelles perspectives. En France, la nullité est considérée comme une sanction juridique : elle est imposée en raison de la violation d'une règle de formation du contrat et a pour objectif de rétablir la légalité transgressée. Afin de fixer l'étendue de la nullité, on doit prendre en considération le but de la règle auquel le contrat est nécessairement subordonné. Aussi, la plupart des auteurs français attache de l'importance au élément objectif. Mais, elle se réfère souvent au élément subjectif en même temps. La question, que nous venons de poser en droit japonais, se pose également à l'égard du droit français. Comment se combinent-ils ces deux éléments? Quelle fonction exerce-t-elle la volonté des parties ? Pour répondre à ces questions, il est important d'étudier le rapport entre l'essence de nullité et le critère de nullité partielle (I), ce qui permettra de concilier l'élément subjectif et l'élément objectif (II).

I. Le rapport entre l'essence de nullité et le critère de nullité partielle en droit français

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations insère une disposition sur l'étendue de la nullité lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat. Le nouvel article 1184 du Code civil dispose que « elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque

; Cour suprême, 24 mars 1981, *Bull.civ.*, t.35, n° 2, p.300 ; Cour suprême, 22 avril 1994, *Bull.civ.*, t.48, n° 3, p.944.

la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ». Auparavant, le Code civil ne comportait aucune disposition relative à la question de l'étendue de la nullité. Malgré l'absence de la disposition, M. Simler a présenté une synthèse sur la nullité partielle.

Pour M. Simler, le premier critère de référence doit être celui subjectif. En conséquence, même si l'étendue de l'illicéité est fixée, la solution finale n'est pas encore trouvée. Il faut, en principe, déterminer l'étendue de la nullité selon la volonté hypothétique des parties : le juge cherche si les contractants auraient contracté sans l'élément qu'il apprécie comme illicite. A titre d'exception, l'ordre public peut justifier une nullité partielle contre la volonté des parties⁵. Mais un tel procédé a fait l'objet de critiques de deux angles différents. D'une part, la recherche d'une volonté hypothétique conduit à ignorer le produit réel des volontés des parties⁶. En un mot, cela fait construire un contrat irréal et distinct de celui que les contractants ont voulu. D'autre part, l'éventualité d'une annulation totale, consécutive à la référence au critère subjectif, engendre un risque d'inefficacité de la règle impérative. Un contractant pourrait s'abstenir de dénoncer l'illicéité par peur de la perte du bénéfice du contrat. Par contre l'autre contractant peut invoquer le caractère essentiel du élément illicite afin de se délier du contrat et le conclure à nouveau dans les mêmes conditions illicites avec un autre⁷.

Au contraire, Mme Guelfucci-Thibierge opte pour la définition objective de la nullité. Pour elle, la nature de la nullité est la sanction juridique substantielle et objective consistant en la suppression des effets juridiques de l'actes dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité transgressée lors de la conclusion du contrat. En d'autres termes, l'étendue de la nullité doit correspondre à l'étendue de l'illicéité⁸.

⁵ Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969.

⁶ S.Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, PUAM, 2004, n° 525.

⁷ C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, 1992, n° 491.

⁸ C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 495.

Pour mieux rétablir l'ordre juridique, la nullité, en tant qu'une sanction, doit être efficace, comme George Ripert nous avertit : « si la loi peut être impunément violée elle est inutile, et permet seulement le mauvais exemple d'une désobéissance impunie⁹ ». C'est ainsi que la définition objective de la nullité donne, en apparence, les fondements satisfaisants. Toutefois, en suivant cette conception, la référence à la volonté des parties paraît superflue et inutile. Quelle fonction reste-t-elle à cet élément subjectif ?

II La conciliation entre l'élément subjectif et l'élément objectif

La volonté des parties est le noyau du contrat. Au regard de l'efficacité de la sanction, une conciliation est nécessaire entre la commune intention des parties et la définition objective de la nullité partielle. Vu sous cet aspect, la volonté peut remplir deux fonctions différentes sur la détermination de l'étendue de la nullité.

Premièrement, pour fixer l'étendue de l'illicéité, on tient compte non seulement du but de la règle, mais aussi de la volonté des parties. Parfois, pour mettre en œuvre la sanction efficace, la jurisprudence préfère réduire l'excès et substituer un élément licite à l'élément vicié du contrat à annuler une part illicite. Il s'agit par exemple de la durée excessive d'une clause d'exclusivité¹⁰, le taux excessif de pénalité de retard¹¹ et la durée minimum du bail rural¹². De même, si les contractants stipulent le taux d'intérêt sans l'indication du taux effectif global de l'intérêt dans le prêt d'argent, il résulte de l'article 1907 du Code civil et de l'article L.314-5 du Code de la consommation

⁹ G.Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, n° 128.

¹⁰ Cass.com., 11 mars 1981, Bull.civ.IV, n° 135 ; Cass.com., 10 février 1998, Bull. civ.IV, n° 71 ; J.C.P.E. 1998, pan.rap. 489 ; R.T.D.civ. 1998, 365, obs. J.Mestre.

¹¹ Cass.civ.3^e, 9 juillet 2003, Bull.civ. III, n° 152 ; D.2003, 2914, note O.Gout ; R.T.D.civ. 2004, p.88, obs. J.Mestre et B.Fages.

¹² Cass.soc., 4 août 1952, J.C.P. 1953, II, 7439, obs. O.-J.

que le taux stipulé ne peut pas être appliqué. Et la jurisprudence remplace le taux d'intérêt conventionnel par le taux d'intérêt légal à compter du jour de la conclusion du contrat¹³. Comment cette substitution se justifie-t-elle? Deux réponses sont à adresser. En premier lieu, la nullité totale du prêt dissuaderait l'emprunteur de dénoncer l'illicéité au risque de perdre le bénéfice du contrat puisque il doit immédiatement restituer au prêteur le capital reçu. En second lieu, le simple effacement de la stipulation d'intérêt transformerait le prêt à titre onéreux en prêt à titre gratuit, ce qui reviendrait à vider de sa substance le contrat tel que les parties l'ont entendu. Cela démontre bien qu'il faut rétablir la légalité en respectant le but partagé par les parties lors de la conclusion.

Deuxièmement, la volonté des parties a une influence sur la qualification du contrat par l'intermédiaire de la notion d'indivisibilité. Au stade de la qualification du contrat, la liberté contractuelle autorise en principe les parties à construire un contrat *sui generis*. Si deux actes sont indivisiblement liés, ces actes peuvent être considérés comme soit un seul contrat, soit un ensemble contractuel dans lequel deux actes existent de manière autonome. L'indivisibilité emporte un même régime juridique, qu'elle soit intra-contractuelle ou inter-contractuelle : l'illicéité de l'un des éléments fait annuler intégralement l'opération contractuelle (le contrat en entière ou l'ensemble contractuel)¹⁴.

Nos recherches aboutissent à une conclusion un peu paradoxale : le respect du but poursuivi permet parfois d'assurer la pleine efficacité de la sanction qu'est la nullité. En d'autres termes, malgré l'incompatibilité apparent entre l'élément subjectif et l'élément objectif, la volonté des parties n'est pas

¹³ Cass.civ.1^{re}, 24 juin 1981, Bull.civ.I, n° 233 ; J.C.P. 1982, II, 19713, note M.Vasseur ; D. 1982, 402, note Boizard ; R.T.D.com. 1981, 809, obs. M.Cabrillac et B.Teyssié ; R.T.D.civ. 1982, 429, obs. Ph.Remy ; Cass.civ.1^{re}, 12 mai 1982, Bull. civ.I, n° 175.

¹⁴ Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 1957, n°s 482 et s ; J.Mauly, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, R.T.D.civ. 1994, p.255, spéc. n° 6.

toujours exclue de la vision objective de nullité.

「市場の法哲学」と正義論

—— マルクスと「承認を求めている闘争」——

今 井 弘 道

1. 現在、「自由な市場の法哲学」とでも称すべき法哲学的議論を展開することが必要となっている、私は、今、このように考えている。

「自由な市場の法哲学」と言えば、ハイエク (Friedrich.A.Hayek) の *Law, Legislation and Liberty* に代表される議論があるではないか、と言う人がいるかも知れない。確かに、ハイエクの法哲学は、徹底して市場論に立脚し、つまるところ市場と自由の関係を焦点に置いて構想されたものとして、特筆すべきものではある。特にその市場と法の関係理解に立脚する個人主義論は、その卓越した部分とされてよい。こうして、ハイエクは、「自由な市場の法哲学」とはいかなるものかの、一つの模範を示した。しかし、結論的に言えば、ハイエクのこの法哲学は、「冷戦体制下での反社会主義的な市場論的法哲学」に留まるものであった。それに徹するものとして、それは致命的な限界をもつものであった、と言わねばならない。

ハイエク理論とそれを継承した市場至上主義は、本来、極めて厳粛な倫理的主張をはらんでいた筈であった。だが、市場至上主義だけでは自らの倫理的主張を支えきれず、むしろそれを裏切って、それは、近年、あられもないモラル・ハザードを露呈してしまった。それは、その中からその点についての真摯な反省も現れないほどに悲惨なモラル・ハザードであった。

この点について、言うべき多くのことがある。だが、今ここでは、一点だけ指摘しておく。ハイエクは、社会主義体制を否定するあまり、「自

由な市場」についての議論を、「計画経済体制」批判にとどめず、平等主義的分配——総じて「社会的正義」一般——の否定にまで及ぼし、一切の平等主義を否定してしまった。そのことによって、それが説く個人主義倫理は、全く空疎なものになってしまった。問題はほかでもなくこの点にあった。

こうして、今や問題の焦点は「市場」と「平等」の両立可能性という論点に移っている。ロールズに代表される『正義論』が多くの関心を引き、トマ・ピケティの議論が、その延長上で貧富の格差批判を展開していることなども、依然として注目を集めているが、それがそのことを示している。こうして「平等主義」なきハイエクの「市場の法哲学」は過去のものとなった。

こうして、現代においては、「市場の自由」と「一定の平等主義的政策」の両立可能性を論じることが喫緊の課題となっている——「一定の平等主義」と言ったが、それは、硬直した完全平等主義ではないということを言うに過ぎない。念のため！——。ハイエクの経済理論は、この「市場の自由」と「(一定の) 平等主義的政策」の両立は、原理的に不可能だと見ていた。こうした発想に追随している人は、リバタリアンをはじめとして、依然として少なくない。

こうしたリバタリアンの議論の多くは、「自立した強い個人」を論拠にしている。しかしその論拠は、多くの場合、リアリティを持たず、単なる「想定」に留まっていた。そうした「想定」を、本来的な「市場の自由」と結合しようとするのであれば、そうした議論は、一方では、市場のうちに存在する個人主義的な自由の可能性を、論理的にはっきりと示さねばならない。他方では、「公正な市場」の到来を実践的・批判的に支えるそうした個人のエネルギーと自由と平等の実現を望む強い「正義感覚」を背景に、「消費者主権」的態度で市場にのぞみ、不公正な市場を実際に批判していく必要がある。そのことを通して、「強い個人」を単に独断的な「想定」にとどめるのではなく、リアルなものでありうることを示し、そのことにおいて「自由な市場」の可能性を示すべきだろう。しかし、そうした実践的次元での議論の欠如のゆえに、それは「貧富の格差」の正当化の議論に終始してしまった。そして、それが両者の側からのモラル・ハザードの露出に帰結し、それが体現していた逞しいはずの個人主

義倫理の全くの脆弱さを露呈したのであった。

2. 私は、「市場の法哲学」が必要だと考えている。その場合の「市場の法哲学」とは、こうした「市場の自由」と「一定の平等主義的政策」の両立可能性を根拠づけるものでなければならない。ただし、その両立に際しては、「市場の自由」が前提され、従ってその優位性^{プライオリティ}が維持されねばならない。この意味では、「自由」と「平等」のうちの自由が——「市場の自由」が——あくまでも「主」でなければならない。しかし、「従」の「一定の平等主義的政策」は、「主」の本来の意味を無に帰さないために、必須不可欠である。こうした枠組みで、「市場の法哲学」を考えていこう、私はこのように考えているわけである。

このようなものとして「市場の法哲学」を考えていくとは、しかし、具体的にはどういうことなのか。このことを、まずは、マックス・ヴェーバーが『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』（1904-05）の完成の翌年に示したある議論に即して示しておこう。

そこで、ヴェーバーは、「市場の自由」の危機を感じ取りながら、こう言っている。今はまだ、近代を形成した「経済的精神的「革命」」の余儘が残っている。「いわゆる生産の「無政府性」や「主観主義」は、完全には破壊されていない」——つまり「自由な市場」は、「隷従の檻」と化しつつある「高度資本主義」によっても、集権的計画主義的社会主義によっても、まだ完全には破壊されていない——（『ロシア革命論Ⅰ』、134頁）。このことを確認した上で、ヴェーバーは、こう続けている。

「そうした生産の「無政府性」や「主観主義」がまだ残っているここ数十年の間に、広範な大衆の一人一人が、独立の個人として「不可譲の」人格性と自由の領域とを獲得しなければならない。世界が経済的に「豊か」になり、精神的にも「満ち足りた」後になっては、おそらく大衆は……永久にそれをわがものにはできないだろうからだ。このように言うのは、今日、生産の「無政府性」や「主観主義」はもっぱら罵倒の対象にされているが、むしろそれがあるからこそ、人は誰にも頼ることのない独立独歩の個人となりうるのだからである」（『ロシア革命論Ⅰ』、138頁。強調は今井）。

この文章のポイントは、「自由な市場」こそが「人權」をエートスとして主体化しえている「独立独歩の個人」を可能にする物質的基礎だ、という点にある。だからといって、ここでのヴェーバーは、今更のように禁欲的に労働する信徒を求めているわけではない。私的利益を追求するホモ・エコノミクス 経済人を自己目的的に求めているのでも勿論ない。民主主義の闘技場で戦いうる戦士を、つまりは「流れに抗して」政治的に行為しうるシュターツビュルガー 国家市民 = 政治的的市民を、求めているのである。

「独立独歩の個人」はたしかに、「私的所有」——個々人の自由の実体的な基盤として機能するところの——を基礎として成立する「自由な市場」の中から生まれてくる。このことは、一旦はっきりと確認しなければならない。従って、「自由な市場」は、個人主義者ヴェーバーにとって、絶対的に不可欠なものなのである。しかし、今や、「高度資本主義の支配下」で、「自由な市場」の危機が、そして「民主主義」や「自由」の危機が迫っている。この中で、こうした政治的状况に鈍感なまま資本主義の機構の内部に留まる者は、その機構とともに「化石」化し、近代社会の「末人」になるほかない。その運命を拒否するためには、「自由な市場」を基礎として生まれた「独立独歩の個人」は、更に政治的判断能力をもち行為能力を具えたシュターツビュルガー 国家市民 = 政治的的市民にならねばならない。そして、最低限は、「流れに抗して」今ある「民主主義」や「自由」を「確保」しなければならない——。そのことは、しかし「いかにして「可能」なのか?」。ヴェーバーはこのことを問題にしているのである¹。

¹ 私は、本文で、ヴェーバーが『ロシア革命論』(1906)を執筆したのが、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』(1904-1905)の完成の翌年だということを強調しておいた。『ロシア革命論』における「流れに抗して」政治的に有効な行為をすることのできる政治的な市民的主体に対する強い要請が、次のことを含意していると解釈したからである——即ち、①『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』の末尾におけるニーチェの「末人」という形象の利用は、「心情倫理」としての「プロテスタンティズムの倫理」が、「高度資本主義」の発展のなかで袋小路に逢着したこと、②プロテスタンティズムの「心情倫理」は、「高度資本主義」の帰結と戦うシュターツビュルガー 国家市民 = 政治的的市民の責任倫理に転換しなければならないことを——。このような解釈は、ヴェーバーの思想のリアリティを理解する上で重要な意味を持っていると私は考えている。機会

「民主主義」も「自由」も、この先々、国民が、羊の群れのように統治されることは拒否するという断乎たる意志を持ち続ける国でしか存在しえない……。それゆえ、物質的利害状況の「流れに抗して」——これが、我々「個人主義者」の行く道であり、「民主主義」制度を擁護しようとする者の運命である」（『ロシア革命論Ⅰ』、138頁）。

ヴェーバーは、この「道」を行き、この「運命」を担おうとする国家市民^{シユターツビュルガー}＝政治的市民^{シトワイヤン}を求めている。と言っても、その国家市民^{シユターツビュルガー}＝政治的市民^{シトワイヤン}が個性なき画一的な存在であってはならない。重要なことは、それが、主体性を横溢させている個性的な行為者でなければならない、ということである。そうした個体的な政治的主体の可能性の最終的な物質的基礎は、生産の「無政府性」・「主観主義」に——要するに「自由な市場」に——ある、と考えているのである。

ある意味では、ヴェーバーの全思想はこの議論に収斂すると言ってよい。私がこう考えていることについては、いずれ立ち入って論じる。ここで重要なことは、ヴェーバーは、このような論脈において——「自由な市場」の維持と、その維持を可能にしたそのことによって支持される「行為的な政治的市民の形成陶冶」との相互関係という構図の中で、——政治的市民^{シトワイヤン}の形成とその政治的市民^{シトワイヤン}の連帯の基礎としての「平等」の問題を考えていたということである。

ヴェーバーの「個人主義」は、こうして、「政治的市民」たるべき主体の形成につながるものであった。この「政治的市民」は、単なる「想定」に留まるのではなく、実際に現実世界の「流れに抗して」戦う強く逞しい個人、強い人格の持ち主でなければならなかった。そうした「政治的市民」には、「市民」間の、対等な個人としての自発的・意志的な連帯が可能となるためにも、互敬的な「友愛」が必要である。更に、そうした「友愛」の基礎には一定の「所有」——個々人の「自由の圏」たる所有——が、そしてその所有の「一定の平等」が必要である。

こうしたことを、ヴェーバーは、古代ポリスの重装歩兵軍に象徴される「民主主義的平等性」を念頭に置きつつ考えていた（『古代社会経済史』

があれば敷衍して論じたい。

参照)——無論、古代ポリスに個性的個人が可能であったかどうかは、問題であるのだが、それは又別の問題である——。そして、そうした個人主義の現代的な可能性の基礎を「自由な市場」に求め、的確な政治的情報の享受と豊かな政治的経験を基礎にした公民性の獲得を要請した。と同時に、その「平等」の可能性を、——ポリスの「掠奪」戦争にはなく——市場経済の上に立ち、それを補正する社会的な制度によって保障すべきことを求めた。現代の政治的共同性の基礎は、掠奪的軍事的共同体ではなく、国民経済学的条件に、そしてそれを基礎とするシユターツビュルガー「公 民」によって構成される民主主義に求めなければならない、と考えていたのである。そして、そうしたことを具体となものとして考えかつ実践するのが、ヴェーバーの社会政策であった。

こうしたヴェーバーの社会政策は、いかなる意味においてもバスターナリスティック後見主義的で権威主義的な影を帯びるものではなかった。むしろ、それの否定こそがヴェーバーの課題であった。ヴェーバーの社会政策は、尊厳ある自律的個人を可能にする社会制度のあり方に関する理論と実践に他ならなかった。その意味では、ヴェーバーの社会政策は、いわゆる「福祉国家」に帰着するものではない。それは、むしろ「個人の尊厳」を基礎にした互敬的なヴォランタリーの連帯に支えられる市民的なゼクテ誓約共同体の形成を展望し、そうした誓約共同体によって活性化される「自由」と「民主主義」を通して支え返されるべき社会政策であった。こうしたものとして、それは、「高度資本主義」に抗し、「自由で公正な市場」を維持し、「民主主義」や「自由」を「持続的に確保」しようとする社会政策であり、リベラルなヴェーバーの思想の核心をなすものであった。

以上は、「市場の自由」と「一定の平等主義的政策」の両立可能性を根拠づける「市場の法哲学」とはいかなるものかを理解する手がかりとしての、私のマックス・ヴェーバー像の一筆描きにすぎない。だがこれで、ここでの私の意図のおおよその了解は可能となるであろう。

3. ヴェーバーについてのこのような了解を前提として言えば、次のような二つの問題が成立する。第一は、「生産の「無政府性」や「主観主義」があるからこそ「人は誰にも頼ることのない独立独歩の個人となりうる」という上掲のヴェーバーの言葉は、「自由な市場」こそが、「人権」

をエントスとして主体化しえた「独立独歩の個人」を可能にする基礎だ、と換言しうるが、なぜこうしたことが言えるのか。「自由な市場」は、いかにして「独立独歩の個人」を生み出すのか、という問題である。マルクスに、「社会的分業は（市場において—今井）独立の商品生産者たちを相互に対応させるが、彼等は競争の權威……以外にはいかなる權威も認めない」（『資本論』、河出、288頁）という言葉がある。こうした事態は、いかなる機制を通して可能となり、それはいかにして維持されるのかの問題だ、と言い換えてもいい。これは、近代の自律的個人という観念の根源に関わり、それゆえ、例えばカント哲学の社会的基礎に関わる問題でもある。

ところで、「生産の「無政府性」や「主観主義」を基礎にする「自由な市場」が生み出すこの「独立独歩の個人」とは、まずは私的個人である。私法上の人格、契約主体である。こうした私的個人は、いかなる条件があれば上述のような意味での政治的主体に——物質的利益状況の「流れに抗して」「自由」と「民主主義」制度を実効的に擁護しうる政治的な市民的主体に——なり得るのか、自己の利益だけに関心事とするブルジョアではなく、公共性を同時的な関心事とする主体、シトワイヤンとなり得るのか、このことが問われねばならない。これが「第二の問題」である²。

² ここで、ついでにもう一つのこと——ヘーゲルが強調したこと——を、付け加えておきたい。それは、このような市場関係——労働を基礎におく市場関係——は、地縁と・血縁的關係が支配的な社会とは全く異質な、洗練され文明化された精神状態と外的な態度とを人々の間に生み出すということである。そして、市場関係が発展していけば行くほど、こうした精神的態度も洗練されたものになる。少し軽くなるが、「社会的なセンス」とでも表現すれば分かり易いかも知れない。こうした内的・外的な態度を生み出す過程に鋭い視線を注いだのはヘーゲルであるが、ヘーゲルは、これを、Bildung（教養陶冶）と呼んだ。ヘーゲルによれば、この「教養陶冶」とは、「個人が一般的な（共同の）態度を身につけることであり、一般的な基準や形式に従い、一般的な（共同の）作法に基づいて振る舞い、行動するということである」。自立した人間になるといっても、自他の距離感を意識し、自らの主張や尖った特殊性を全体のことを考え、状況に適った形で自己を貫徹しうるセンスで覆わなければ、そこには、ギクシャクした不協和音が伴うことになるが、そういうことにならないように適切に対

ヴェーバーは、19世紀末から20世紀初頭にかけてのドイツを中心とする具体的な問題状況——一方では、「高度資本主義」の、他方ではジャコバンの集権主義の継承者たるボルシェヴィズムの、成立と展開が生み出す自由と民主主義にとって危機的な問題状況——の中で、終始一貫してこの「第二の問題」を問い続けた。これは、依然として現代的な問題であり続けてもいる。しかし、法哲学的に重要なのは、この問題の根底に「第一の問題」が不可欠な次元として想定されて、それがこれとの関連において問題とされていた、という点である。

「自由な市場」が「独立独歩の個人」を生み出すというこの「第一の問題」は、まさしく「自生的秩序と個人主義」に関わるハイエクト的問題に直結するものであり、思想史的に言えば、アダム・スミスからカントへの流れの中で成立した近代的人格の問題の核心に関わるものでもある。ヴェーバーは、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』の研究を通して、こうした次元の問題を固有の視角から瞥見した上で、その問題を、勤労の主体、市場的主体、法的・倫理的主体の成立という次元にとどめおかず、その次元を反省的に統御しうる実践的な政治的主体の問題という第二の問題にまで高めていったのであった。

ところで、第一の問題——「生産の「無政府性」や「主観主義」」を基礎にする「自由な市場」はいかにして「独立独歩の個人」を生み出しうるのか」の問題——については、『法の一般理論とマルクス主義』のパシュカーニスがその解決への出発点を鮮やかに切り出している。これも本稿では詳論は不可能だが、パシュカーニスは、マルクスの『資本論』の商品論を前提とし、商品交換関係の法的側面たる契約関係のうちに——契約において合意を形成する意志主体＝法的人格のうちに——、「人格」とその「自律」、「尊厳」といった概念連関の根源を見出そうとしたのであった。こうしたパシュカーニスのモチーフを支えているマルクスの

応しうるセンスである（ヘーゲル・長谷川宏訳『法哲学講義』、374-375頁、『法哲学綱要』、§ 187、§ 209参照）。これは更にさまざまな思想や文化を生み出していく精神的土壌でもある。ヴェーバーに即して提示した「第一の問題」と「第二の問題」も、実際には、こうした精神的土壌の上で成立するのだが、ここでは、これだけの指摘でとどめておきたい。

「交換過程」論は、他面で、カントの『人倫の形而上学』の「第一部 法論の形而上学的基礎論」やヘーゲルの『法哲学綱要』における契約論と、はっきりと通底したものである。しかも、こうした問題意識が、更に、きわめて大きな思想史的背景を持つものであることは、次のパシュカーニスの言葉から十分に窺うことができる。

「人格は原理的な価値をもっている——しかもそこには人間の人格の価値の平等性ということが同時に含意されている。こうした人格の理念は、長い歴史をもっている。それは、ストア派の哲学を経て、ローマの法律家に日常的に使われるようになり、キリスト教の教会の教義の中に入り、後には自然法の学説の中に入っていった。古代ローマにおける奴隷の存在も、セネカが言うように、「たとい肉体が自由でなく主人のものとなっていようと、精神はいつも固有の権利に基づくものだ」という確信に達することを妨げることはなかった。本質的に言うなら、カントはこのセネカの定式からいかにほども前進してはいないのである」(『法の一般理論とマルクス主義』、161頁)。

パシュカーニスは、人格の理念の故郷は、ローマ帝国において成立し展開した商品交換関係にある、と考えていた。そのことは、この文章の直前で、「道徳的主体としての、すなわち平等な価値を持つ人格としての人間」「権利の主体としてのすなわち所有者としての人間」、「利己的な経済的主体としての人間」という三つの契機は「たがいに密接に結びついており、全体として同一の社会関係の合理的な表現である。利己的な主体、権利の主体、道徳的な人格、これらは商品生産社会で人間が顔につけてあらわれる三つの基本的な仮面である」。だからこそ、「価値関係の経済学」が、「法規範や道徳規範……の形態……を理解する鍵を与えるのである」(『法の一般理論とマルクス主義』、159頁、161頁)と言っているところから明らかである。ここに、市場のプレーヤーが「独立独歩の個人」となる論理的瞬間が、鮮やかに切り取られている。しかも、そうした論理は、ローマ帝国以降の歴史のなかで働き続けていたものだ、と言うのである。

パシュカーニスが言うように、ストア哲学とカント哲学が、ともに市場経済と契約法の発展に深く関わっていたことは、否定できない。ヘーゲルの『精神現象学』の「第Ⅶ章 精神」におけるローマ法とストア哲学への言及はそのことをはっきりと視野に入れているし、アレクサンドル・コジェーヴは、『精神現象学』におけるこうした論脈を、『経済学—哲学手稿』のマルクスと関連づけながら、鋭く浮かび上がらせている。また、ヴェーバーの『法社会学』における「目的契約」概念についての——「身分契約」との対比の上での——論述を追ってみれば³、ヴェーバーがこう

³ 「身分契約」は「兄弟契約 Verbrüderungsvertrag」とも呼ばれるが、この契約は、当事者を「他の何びとかの子、父、妻、兄弟、ヘル、奴隷、ジッペ仲間、戦友、保護主、被護民、従士、封臣、臣民、友人、最も広い言葉を使えば「仲間 Genosse」にする。これは人格的依存関係を構成する合意である、と考えてよい。それゆえ、この契約によって、当事者は、兄弟でなかったものが兄弟になるというように、人格を変更する。そのために、血をすすり合うというような呪術的儀式が伴うことが少なくない。これに対して「目的契約」は、「具体的な諸目的のために有用な一定の諸給付を相互に与え合うとか、あるいはこのような諸給付を期待し合う」ということについての契約である（『法社会学』、122頁）。その目的を達成すると、この契約で結ばれた関係は、解体される。

「目的契約」は、「具体的な・多くは経済的な諸給付や諸効果の招来のみを目的としており、関係当事者たちの「身分」にはふれないような合意、したがって——例えば交換のように——当事者たちの新たな「仲間」資格を成立せしめることのないような合意、のことである」（『法社会学』、123頁）。そして、ローマにおいて、「このような身分契約に対立するものとして、貨幣契約 Geldkontrakt が、その本質と機能の点で特殊的な・量的に限定され規定された、その本来の意味からすれば資格とは無縁な、抽象的な、また通常は経済的な原因に由来する合意として、現われ、これが目的契約の原型になったのであった」（『法社会学』、125-126頁）。「貨幣契約は、このように無倫理的な目的契約であったために、法的行為の呪術的ないしは宗教的な性格を排除してゆくための手段として、したがって法の世俗化のための手段として、適合的なものであった」（『法社会学』、126頁）。

こうしたヴェーバーの議論を踏まえれば、これまで論じてきた契約——それは「目的契約」に属する——が近代的人格を形成する強力な契機となったこと、それが「市場」の発展とともに大きな力を発揮するものであったことは、容易に推察可能である。ヴェーバーの「目的契約」論は、この点に照準を合わせら

した問題の所在を明確に意識していたことも、明らかである。それが、上述の「第一の問題」の問題提起と深く関連した議論であることも、言うまでもない。

以上、ヴェーバーの問題整理をパシュカーニスの議論と絡めながらいくつかの論点を通覧した。それは、私が、「自由な市場の法哲学」という問題を議論する際の素材としては、むしろコジェーヴがヘーゲルを読解する際に参看したマルクスの思想こそが——とりわけ『資本論』こそが——極めて適切なものとなるということを示唆しているのではないか、と考えているからである。

4. 私は、「自由な市場の法哲学」という問題を議論する場合に、その素材として、マルクスの『資本論』——『経済学批判要綱』を含めた広い意味での、そしてとりわけ「価値関係の経済学」としての『資本論』——こそが、恰好な素材となる、と考えている。『資本論』は、「市場の論理」と「平等主義の論理」を、ともに内包している。しかも、その『資本論』冒頭の「価値」論に立脚した「商品」論は、ハイエクが肯定した意味での個人主義を、より精緻な論理性を貫いて説きえている。アダム・スミス、カントの個人主義を総括する意味をも持っている——こうした点においては、マルクスとハイエクとは意見を異にしていない——。『資本論』の「商品」論——とりわけパシュカーニスが注目していた「交換過程」論——は、批判的観点からだが、とりわけ個人主義的自由主義の古典を総括するという意味を、たしかにもっている。このことは、むしろ特筆されねばならないことである。私は、ヴェーバーの先の議論は、何らかの形で、マルクスを——そしてそれに先行するカントやフィヒテ、ヘーゲルの法哲学を——意識していたし、していなかった筈がない、とも考えている。

『資本論』のマルクスは、人権思想の基礎に市場関係・契約関係があると考えていた。「所有権」が「資本」としての機能を営むのは、言わばそのような法的空間においてである。マルクスの「市場の法哲学」がハイエクのそれと分かれるのは、市場が「労働力商品」という商品を含ん

れているのである。

だことの帰結を真正面から直視した点においてである。つまり、「労働力商品」を含めた市場関係・契約関係が反平等主義を内包していることを明らかにした点においてである。

「労働力商品」を含むことによって、市場の交換関係は——従って契約関係は——、一切の人を包摂しうることになった。「市場の論理」が普遍的な包括性をもつことになった。あらゆる人が市場において主体として、人格として遇されることになった。この点は、ハイエクも——例えばカントやヘーゲルと同様に——、自らの市場論の論理的前提としているところである。ここまでは、問題はない。問題は、その「労働力商品」の市場への包摂が、形式的に平等な契約関係の実質的不平等性を露呈し、市場の正当性を疑問に付す帰結をもたらしたことから生じてくる。この問題から、ハイエクは、流通主義的な視野狭窄のゆえに眼を背けてしまった。だが、流通の基礎に労働があることを見据えていたマルクスは、真正面からそれにとり組んだ。まさにこの点にこそ、マルクスの中心問題があったのだった。

交換過程が労働力商品を取り込むことによって、一面では、市場の論理が、労働力以外に売るものを持たない者を包摂し、そのことを通して万人を「等価交換」の原理に包摂することになった。その反面で、「等価交換」が「階級的搾取」を媒介する機能を持つことが明らかとなり、市場の正当性に疑問が付された。その点を凝視するところから、マルクス経済学なるものの本来的な性格が成立する。剰余価値論が成立し、資本主義否定論が暴力革命論に帰結する。この経緯については周知の通りであって、縷言を要しない。

だが、『資本論』を丁寧に読んでみると、こうした議論展開にもかかわらず、資本主義の否定論から暴力革命に至る論理とは異質な論理がそこに潜んでいることを見出すこともできる。あらためて商品市場の正当性の回復が可能になるという論理である。こうした議論こそが『資本論』の論理展開の中心的な道筋だ、などと言いたいのではない。中心的な道筋は、あくまでも資本主義の否定から暴力革命へ、であるといわねばならない。しかし、これが書かれた19世紀中葉から眼を現代世界に——計画経済の不可能性が明らかになった現代世界に——転じて見れば、この論理が新たな意味を持ちうるものとして見えてくることも否定し難いと

ころなのである。

マルクスの『資本論』に即して、現代的な観点から、——「市場の論理」と「平等主義の論理」をともに肯定する観点に立って——「自由な市場の法哲学」というテーマに接近することができるのではないか。先にこうしたことを示唆したが、それは、この論点に着目するからである。この論点との関連において、実は、私は、現代中国の状況なども念頭に置きながら、もう少し現代的なリアリティに関わることを考えているのだが、その点はいずれ論じる。ここでは、こうした『資本論』における「商品市場の正当性の回復の可能性」にかかわる論理を抽出するという作業に限定して議論を続けたい。

5. 『資本論』の「交換過程」章は次のような文章で始まっている。この論述は、それ自体、既に古典的な意味を持っている。それは、カントの『人倫の形而上学』の第一部「法論の形而上学的基礎論」やヘーゲルの『法哲学綱要』における「契約」論をはっきりと意識しながら書かれたものと推察されることも既に触れた。従って、『資本論』を「自由な市場の法哲学」として読む場合にも、この文章は、基礎的な意味を持つものとして閑却は不可能である。

「諸商品は自身で市場に出かけることができず、また自身で自分たちを交換することができない。だから我々は、その保護者たち、すなわち商品所有者たちを探し求めねばならない」。その「商品所有者たち」は、「これらの物を商品として相互に連関させるためには、自分の意志 Wille をこれらの物に宿す人格として、相互に振る舞わねばならない。かくして、一方の人格は、他方の人格の意志がある場合にのみ、つまりいずれも、両者に共通な意志行為 Willensakt に媒介されてのみ、自分の商品を譲渡する veräußern ことによって他人の商品をわがものとする aneignen。だから、彼らは、私的所有者として相互に承認しあう sich wechselseitig als Privateigentümer anerkennen のでなければならない。この法的関係 Rechtsverhältnis は、——その形式は、法律的 legal に発達していてもいなくても契約 Vertrag であるが——そのうちに経済的関

係が反映している意志関係 Willensverhältnis である」(『資本論①』、76頁)。

契約関係は、マルクスが確認しているように、契約当事者の「意志」の「同意」によって成立する。その意味において、当事者は等しく自由である——「意志」には自由ということが含まれているのであるから——。

勿論、パシュカーニスも、このマルクスの文章を重要視し、この文章の前半部分を引用している。そこにヴィンドシャイドの『パンデグテン法 第一巻』の「その意志が決定的なものとされた人が権利の主体である」という文章を添えて、マルクスのこの文章がパンデグテン法学に通底するものであることを示唆している(『法の一般理論とマルクス主義』、116-117頁参照)。

ともあれ、こうした当事者の意志の自由が対称的な「相互承認」——交換対象に対する個人的評価と自由な同意に立脚する「相互承認」——の形をとって働くとき、所有権が「法的」に——略奪ではない形で、——移転する。ここに市場が自由主義思想の基礎であり、契約は自由主義の根幹に関わる要素であると言いうる所以がある。マルクスは、そのことを的確に確認している。その上で、そうした法的関係が、経済関係の他の一面であることに念を押し、この文章を、「この法的関係または意志関係の内容は、経済的關係そのものによって与えられている。諸人格は、ここではただ、商品の代表者として、従ってまた商品所有者として、相互的にのみ実存する」(『資本論①』、76頁)、と続けている。この契約関係＝経済関係の拡大とともに「人格」の世界が広がっていく。

こうした「人格」的關係は、「商品所有者」間にもみ成立する。従って、この関係が普遍的なものとなるのは、万人が「商品所有者」であるときである。そして万人が「商品所有者」となるのは、自らの労働力以外に売べき物を持たない者が、その労働力を売る「自由」をもつ時——即ち、二重の意味において「自由」になった時——である(『資本論①』、144頁)。その時、その者は「労働力」の販売者となり、その販売によって得た貨幣で日々の生活資料の購買者となる。こうしてすべての者が市場のプレーヤーとなり、「法的的人格」となる。万人を包括した市場が成立し、万人を包摂した法的空間が成立する。

ここにおける労働契約は、いわば「富裕なブルジョア」と「貧困なブルジョア」というブルジョア間の契約である。契約法とそれが含意する「人格」という観念から発展した「人権」が、ここにおいて、やはり普遍的に成立する。「貧富の格差」はあるが、万人が公民となる——先に我々がヴェーバーにおける「第一の問題」だとした事態がこれである——。従って、そこでは、次のマルクスの議論が妥当する。

「労働力の購買と販売がその限界内で行われるところの、流通または商品交換の部面は、事実上、真の天賦人権の樂園である。ここでもっぱら支配的に行われるのは、自由、平等、所有、およびベントム〔功利主義〕である。自由！ けれど、一商品——例えば労働力——の購買者と販売者は、彼らの自由意志によってのみ規定されているのだから。彼らは、自由で法的に同じ身分の人格として契約する。契約は、彼らの意志に共通な法的表現を与えるその最終成果である。平等！ けれど彼らは商品所有者としてのみ相互に関係し、等価物を等価物と交換するのだから。所有！ けれど誰もみな、自分のものだけを自由に処分するのだから。ベントム！ けれど双方のいずれにとっても、肝要なのは自分のことだけだから。彼らを結びつけて関係させる唯一の力は、彼らの自利、彼らの特殊便益、彼らの私的利益の力なのである」(『資本論①』、SS.189-190, 149頁)。

ここでマルクスは、おそらく、かつて論文「ユダヤ人問題によせて」において引用した一七九三年の『人および市民の権利の宣言』の第二条の、「これらの権利(自然で消滅することのない権利)は、平等・自由・安全・所有権である」という条文を思い出している。そして、それを利用している。つまり、こうした議論によって、『宣言』第二条の根底には、「労働力の購買と販売がその限界内で行われる」ときに貫く論理が——要するに私が「市場の論理」と呼んだものが——、この条文を成り立たせるものとして貫徹しているという認識を示しているのである。この「市場の論理」とは「等価性の正義」の論理だといってもよい。

ところで、この「等価性の正義」の論理に対して、マルクスはアンビヴァレントな態度をとっている。この論理は、すべてを平等化するという革

命的な意味と、その平等は「等価性の正義」に制約されていて、形式的平等を越えることがない——実質的不平等に転化しかねない——という限界とを、表裏一体の形で持っているからである。この限りにおいては、「等価性の正義」は「平等の正義」を容れることができない。「ユダヤ人問題によせて」においては、こうした二つの「正義」の亀裂は、「政治的国家と市民社会との間の現世的な分裂」（「ユダヤ人問題」、393頁）として理解されている。

トマ・ピケティも指摘していることだが、この第二条に先行する1789年の人権宣言の第一条「人は自由に生まれ、自由のまま権利において平等な存在であり続ける」は、「社会的差別は、共同の利益に基づくものでなければもうけることができない」（この規定をピケティは『21世紀の資本』という書物自体のモットーにしている。同、1頁を見よ！）と続いていた。この規定は、「等価性の正義」を「平等の正義」につなぎとめてその間の亀裂を防ごうとする意味を持っている。ピケティは、この規定は、ロールズの「格差原理」につながるものと見ている。だが、この人権宣言の「格差原理」は、全く実効性を持たなかった（ピケティ『21世紀の資本』、498-499頁参照。尚、33-34頁もあわせて参照されたい）。

それが実効性を持たず、1789年の『宣言』の第一条前段の自由原理と後段の格差原理は乖離し、後者は死文化していったのだが、そうした事態の根源には、「等価性の正義（＝等価交換の正義）」は「格差原理」に制約されず、形式的平等を通して実質的不平等をもたらした「平等の正義」を否定する、という事情があった。こうして、『人権宣言』における自由と平等の規定にも関わらず、主として「貧富の格差」に規定された「社会的差別」は、無制約に露呈することになった。

『資本論』を「市場の法哲学」として読む場合の最重要なポイントもこの点にある。つまり、フランスの『人権宣言』の「自由原理」は、マルクスの理解によれば、「市場の論理」によって可能になり、近代政治国家の原理にまで高められたものであった。そして1789年の『人権宣言』第一条後段の「格差原理」は、全く機能しなかった。こうして法的平等の正当性と人権の正当性は否定されることになった、とマルクスは見たのである。マルクスは、そうした事態を踏まえて、「労働力の購買と販売がその限界内で行われるところの流通または商品交換の部面は、事実上、

真の天賦人權の樂園であつた」と人權原理を皮肉っているのである。その「限界」は越えられるのが通例であり、越えられても格差原理は作動しなかったからである。

このマルクスの『資本論』の文章によって、「自由な市場の法哲学」の基礎をなすものとしての「市場」の二面性とその乖離の可能性が、十分に語られている。「労働力の購買と販売」において普遍的なものとなり得た自由で対等な法的契約関係は、労働過程に（つまり「労働力の使用価値の実現＝剰余価値の搾取」の過程に）入ると、その様相を一変させる。乖離の可能性は現実化されて、自由な関係はそのまま支配と抑圧の関係に転化するわけである。それゆえマルクスは言う。

「(生産過程に入るべく－今井) この単純流通あるいは商品交換の部面……から決別するに際し、わが登場人物たちの風貌は既にいくらか変わっている……。……(先にたつ－今井) 貨幣所有者は、意味ありげに作り笑いをしながら、業務一途に。(後に続く－今井) 労働力所有者は、あたかも自分自身の皮を売渡してしまって、いまやなめし皮にされること以外には何も期待できないもののよう、おずおずと渋々ながら」(『資本論』、149-150頁)。

6. 貨幣所有者は、労働力を「一日いくら Tageswert」で買った。だから、なるべく長時間利用したい。しかし、販売者の身体から切り離せない労働力の一日の使用時間＝労働時間には自ら限界がある。そこに、自己の心身を守ろうとする労働者の、長時間労働に対する抵抗闘争が生じる。それは、「購買者(＝資本家)の権利」と「労働者の権利」との対立である。ここは、「天賦人權」の妥当しない、いわば形を変えた「主人と奴隷の闘争」の場である。マルクスは、それを「暴力のみが決裁する権利と権利の戦い」だ(『資本論』、195頁)、と言っている。

ここに、階級闘争が典型的に現れる。以下、この労働時間をめぐる階級闘争の帰趨——それは、結局、「工場立法」によって一段落するので——が、『資本論』においてはどのようなものとして捉えられているのかを、「第八章 労働日」の記述に従って一瞥しておこう。そこには、階級闘争がたどる過程の典型的な様相があらわれている。

「工場立法」とは、マルクスによれば、「資本主義的生産過程の自然發生的運動が生み出した自己自身の組織に対する、社会の最初の意識的で計画的な反作用」のことである（『資本論』、フランス語版、（下）123頁、河出、384頁）。その「工場立法」の成立過程は、概略、次のようなものであった。

1）初期には、資本家は無制限な搾取欲を露わにし、労働者は、生活のため賃金のために、やむを得ず、健康と寿命を切り縮めながら、過酷な労働条件に従っていた。

2）やがて労働者の組織化が徐々に進み、抵抗闘争に一定の効果が現れてきた。しかし、それは、暫時は、資本家側の優位の中で、全く以て非妥協的な形で展開されていった。

3）だが、やがてその様相に変化が生じてくる。例えば、長時間労働に伴う過酷な労働状況が、婦人や少年を含めた労働者の体位や健康状態の劣化を——ひいては道徳的な退廃を——もたらし、それが「国民的利害にとっての危機」状態を意味するとの認識を生み出していった。そのことに気づきはじめて「工場検査官」たちが、公益＝国民的利害の観点に立って資本家の節度の欠如をたしなめ、労働者の闘争に同情・共感を示しはじめた。

マルクスの議論はこのように要約可能だが、そこに特徴的なことは、資本家と労働者の非妥協的な階級闘争の内部に、それとは異質な契機が、「公益」を体現する「国民的」観点という形を取って現れてきたことへの着目にある。換言すると、国民的基盤をもった「政治的共同性」の契機が、その共同体の成員——つまり「^{シトワイヤン}公民」——たるべき労働者の、知的・道徳的・肉体的水準に顕著な劣化に直面して、自らの危機を感じ、その観点から階級闘争を調停する必要性を感じ始め、その対立の調停に着手しはじめたのである。

この「公益」の観点・国民的観点に立った「工場検査官」たちは、単に涙脆い同情から労働者に味方したのではない。そういう一面が仮にあったとしても、重要なことは、彼らが、「政治的共同体」の契機を体現し、その観点から、その^{シトワイヤン}成員たるべき者の、それにふさわしい尊厳を——従って、知的・道徳的・肉体的水準の劣化の防止を——主張することが、不可避だと考えはじめたことである。その立場から、彼等は、資本家の

飽くなき利潤追求意欲を反公共的なもの・反「政治的共同体」的なものとして批判しはじめたのである。

無論、そうした「政治的共同体」の要請は、労働者の主体的な闘争と無関係ではなかった。労働者の闘争の主体的な力こそが、そうした「工場検査官」たちを方向づけ、標準労働日の法定という方向へ向かわせる原動力となったのであった。『資本論』の「第八章 労働日」の結語は、そのことを念頭に置いて理解されるべきものであろう。

「労働者たちは彼らを苦しめる蛇に対する「防衛」のために結集し、階級として、一つの国法 Staatsgesetz を——彼らが資本との自由意志的契約によって彼ら自身および彼らの同族を売って死滅と奴隷状態に至らしめることを防止する力強い社会的防止手段を——強取しなければならない。「不可譲の人権」の華麗な目録の代わりに、「何時からが労働者の売る時間か、また何時からが労働者自身の時間かということをついに明白ならしめる」べき、法律によって制限された労働日という控え目な大憲章が現れる。なんとという大変化だ！」（『資本論』、河出、247頁）。

この「法律によって制限された労働日という控え目な大憲章」の出現に象徴される「大変化」は、階級闘争の一つの帰結を示している。権利（＝私権）と権利（＝私権）の対立は「暴力」によってではなく、「公^{シトワイヤン}民」としての労働者の人権を実質的に保障する「大憲章」の確立という形で解決されうる、という帰結である。しかしこのとき、マルクスは、実は「社会政策」の正当性と必要性を説いているのである。このとき、労働者は、上記引用文中の意味での「大憲章」が定めた条件でなら、あらためて契約を結んでもよいと考える。と言うのは、「労働力の購買と販売がその限界内で行われる」べき明確な「限界」が、控えめではあっても、その「大憲章」によって画されたからである。以後、「真の天賦人権の楽園」は、そのイデオロギー性を希薄化させる。このとき、労働者は、労働力の販売者でありながら、より多く公民になる。これまでも、一応は公民であると認められていた。だがその尊厳は、全く保障されていなかった。以後は、その尊厳は、ほんの少しより多く配慮されることになるわけであ

る。

『資本論』には、「工場立法」に関わる議論が、二カ所にある。上で見た「労働日」に関わる議論と、第一三章第九節の「保健条項および教育条項」に関わる議論である。しかし、基本的な議論の性格は同一とみて支障ない。「工場立法が工場、マニユファクチュア場などにおける労働を取締まる限りでは、この取締まりはさしあたり資本の搾取権への干渉としてのみ現象する」（『資本論』、390頁）とか、「労働者階級の肉体的および精神的保護手段としての工場立法の一般化が不可避になった」（『資本論』、400頁）といった言葉を見ておけば、詳細に立ち入らずとも大よそのことは察知可能である。これは、私権をめぐる抗争を政治的国家と公民の観点から揚棄しようとする「社会政策」にほかならないのである。しかも、この議論は——『資本論』を最後まで読めば——、マルクスの中では、「必然の領域の彼岸において、自己目的として行われる人間の力の発展が、真の自由の領域が——必然の領域を基礎としてのみ開花しうる自由の領域——が始まる。労働日の短縮は根本的条件である」（『資本論④』、302-303頁）というような議論と絡み合わされていることが分かるのである。

こうした事態に媒介されながら、「労働力の購買と販売」は継続されていく。こうした「工場条例」その他の「大憲章」によって、不平等は少なくとも部分的に緩和される。労働者は、より多く公民になる。だが、彼らは、労働力の販売者であることをやめるわけではない。従って、市場もそのまま残る。だが、市場は少しだけより正当なものとなる。搾取と抑圧とはわずかに穏和化される。労働者の権利のための闘争が継続されれば、従来の不公正な市場は、継続的により正当なものへと更新されていくことになるであろう。この過程は、「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」——市場において労働力商品を販売する労働者は、まさしく適切に「貧しきブルジョア」だということができる——の抗争を公民的見地から調整し、実質的平等へと接近していく永続的な過程となる。

7. さて、問題は、こうした過程を、現代的にどう解釈するかということにあるだろう。こうした過程についての従来の一般的なマルクス解釈は、プロレタリア国際主義に敵対する国民主義による階級闘争の体制

内化と城内平和体制の確立、というような全く否定的なものであった——だからこそ「労働日」の適確な分析は余り行われてこなかった——。私は、しかし、これを「公民主義」的に解釈することが可能であるし、生産的であろう、と考えている。それは、マルクスの思想の一面には反するとしても、別の一面には適ったことでもあると言える筈である。

私は、「労働日」の議論に即して示されたこうした過程は、マルクスの『経済学批判要綱』という『資本論』の準備草稿の観点から言うならば、「世界史の第二段階から第三段階へ向かう過程だ」と言っているのではないかと考えている。このことを理解するためには、『経済学批判要綱』において示されているマルクスの「世界史の三段階把握」という歴史観を見ておかなければならない。

「①人格的依存関係（最初は全く自然発生的）は最初の社会形態であり、そこでは人間の生産性は、ごく小範囲でまた孤立した地点でだけ発展する。②物的依存性（＝市場における商品交換関係を介した依存性－今井）の上に築かれた人格的独立性は第二の大きな形態であり、そこではじめて一般的な社会的物質代謝、普遍的な対外諸関係、全面的な欲望、そして普遍的な力能といった体制が形成される。③諸個人の社会的機能としての彼らの共同体的、社会的な生産性を従属させることの上に築かれた自由な個性は、第三の段階である。第二段階は第三段階の条件を作り出す」（『経済学批判要綱①』、79頁、文中の①②③は今井）。

『資本論』で分析されている資本主義的歴史段階は、言うまでもなく、この議論の内の「第二段階」にあたる。従って、第二段階から第三段階への移行とはいかなるものか、またその移行はいかにして可能となるか、ということが問題となる。その点については、しかし、この引用文の中では、全く触れられていない。

ところで、上でも見たのだが、マルクスは、『資本論』の第三巻第四八章第三節の中で、

「必然の領域の彼岸において、自己目的として行われる人間の力

の発展が、真の自由の領域が——と言っても、かの必然の領域を基礎としてのみ開花しうる自由の領域が——はじまる。労働日の短縮は根本的条件である」(『資本論』、第三卷、河出④、302-303頁)、

という注目に値する言葉を記している。この点を踏まえて、二点に注意しておこう。

1) まず、ここで言う「必然の領域」とは、『要綱』の上の引用文で言う「世界史の第二段階」に該当し、「自由の領域」はその「第三段階」に該当するということ。2) 次に、この移行において、我々が見てきた「労働日の短縮」ということに特別な意味が与えられているということ、である。上の引用文でのこの点の指摘が、既に我々が行ってきた「労働日」の議論に深く関わっているものであることも、言うまでもないところである。

その上で言うなら、ここでの我々にとっての問題は、この「必然の領域」としての「世界史の第二段階」から「自由の領域」としてのその「第三段階」への移行は、上述の意味での「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の、公民的平等の実現を目指しての、あるいは正義の実現を目指しての持続的な「承認を求めての闘争」という形態を取る、というように解釈されてよいのではないだろうかという点にある。これが、マルクスの「労働日」論についての私の解釈である。

ところで、この「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の、公民的平等の実現を目指しての、持続的な「承認を求めての闘争」は、「ブルジョア」という存在のあり方の廃絶を目指すものという意味を持つのであろうか。換言すれば、「ブルジョア」という人間存在のあり方を支えている「市場」は廃絶されるべきなのであろうか。

私のマルクスについての現代的であることを志向する解釈に従えば、当然のことながら、「否」、と言わねばならない。市場は「自由な市場」として維持されるべきだというのは、本稿で、私が一貫して説いてきたことであつた。ところで、市場の正義は「等価性の正義」である。この「等価性」の正義は、自由主義的個人主義の基礎なのだが、それは、実質的平等を否定する可能性を持っている。そして、近代社会においては、その可能性は、労働力商品の売買においても、現代においても依然として、

現実化されている。そこで、平等主義を志向する場合に重要と思えることは、この「等価性の正義」の基礎である「市場」を維持しながら、それから可能な限り「平等の正義」を否定する要素を除去していくということである。『資本論』のマルクスの「労働日」の議論は、単に労働時間に限りだけでなく、労働条件一般にまで、分配問題にまで、拡大して理解しうるものである。そのように理解した場合、それは、そうした「平等の正義」への接近の過程を見事に示すものとして読める。従って、それを、「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の、市場の正義たる「等価性の正義」を維持しつつ、そこに生じる実質と不平等を、公民的平等の実現という形で是正を目指しての、持続的な「承認を求めている闘争」の過程として従って持続的な「正義」を求めている闘争の過程として総括することができる——事実、「労働日」についての『資本論』の議論は、このように概括可能な闘争をめぐるものであったのである——。

こうして、私は、「必然の領域」としての「世界史の第二段階」から「自由の領域」としてのその「第三段階」への移行は、「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の、公民的平等の実現を目指しての、持続的な「承認を求めている闘争」という形態を取る、しかもその闘争は、市場の維持を前提とした正義を求めている闘争として展開されるものである、というように解釈されてよい、と考えている。

これは、コジェーヴの『ヘーゲル読解入門』における『精神現象学』解釈にヒントを得た私の現段階でのマルクス研究の総括である。コジェーヴのヘーゲル『精神現象学』解釈は、既に述べたように、『経済学 - 哲学手稿』におけるマルクスのヘーゲル批判を組み込んだ上で、行われている。そのヘーゲル解釈は、詰まるところは、「公民たることのなかで主人たることと奴隷たることとが融合する」（『ヘーゲル読解入門』、282頁）という言葉に凝縮させることができる。私の上の傍点で強調を付した文章は、このコジェーヴの魅力的な議論をひとひねりしたものである。この議論は、ある意味では、「ユダヤ人問題によせて」のマルクスの議論をひとひねりしたのものにもなっているはずである。

しかし、私のこの議論は、コジェーヴの議論とも「ユダヤ人問題によせて」のマルクスの議論とも異なっている。「公民たることのなかで主

人たることと奴隷たることとが融合する」というコジェーヴの議論は、フランス革命を歴史の終着点とみたヘーゲルの歴史哲学的・法哲学的観点を受容した上で、「主人と奴隷」の関係は、フランス革命において万人を公民化することにおいて解消されるという理解に立脚するものである。だが、そのコジェーヴの議論は、フランス革命においては、あらためて「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の「承認を求めての闘争」が生じるという問題については不問に付している。

これに対して、「ユダヤ人問題によせて」のマルクスは、フランス革命以後においては、無論、「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の闘争が生じるという問題を取り上げている。その上で、マルクスは、それを「富裕なブルジョア」と「貧しきプロレタリアート」の階級闘争として読み替え、その階級闘争の中で、「市場」と「市場における人間のブルジョア的存在のあり方」が廃棄され、すべての人間が「公民」になることにおいて歴史は終焉するという展望を語る。繰り返すことになるが、しかし、私は、「市場」と「市場における人間のブルジョア的存在のあり方」の「廃棄」というこうした構想は今やはっきりと否定されるべきもの、と考えている。従って、こうしたマルクスの主張は、受け容れることができない。

私は——繰り返して言うが——、マルクスの言う「必然の領域」としての「世界史の第二段階」から「自由の領域」としてのその「第三段階」への移行とは、「富裕なブルジョア」と「貧しきブルジョア」との間の、公民的平等の実現を目指しての、持続的な「承認を求めての闘争」という形態を取る、しかもその闘争は、市場の維持を前提として展開される正義を求めての闘争である、というように解釈されてよいと考えている。この私の解釈は、既に見た1789年の人権宣言の第一条「人は自由に生まれ、自由のまま権利において平等な存在であり続ける」という規定を前提にするものである。しかし、同時に、「社会的差別は、共同の利益に基づくものでなければもうけることができない」と続くこの第一条の後段の規定を尊重するものである。

この第一条後段の意味は、「社会的差別」は、差別されている側にある者の救済のためであれば、「もうけることができる」、そうした「差別」だけが「共同の利益に基づく」ものと言える、ということである。ロー

ルズを念頭に置いてのピケティのこの解釈を、私は支持する。その上でいえば、私は、この第一条の後段の規定を死文化状態から救い出そうとする意図を持つものとして解釈しようというものである。この意味では、こうした私のマルクス解釈は、ロールズの『正義論』の立場に大きく接近するものであると言えるかもしれない。

しかし、私は、この第一条の後段と通底するロールズの格差原理に、思想的には賛同するが、それをドグマとして提出するだけでは十分ではない、と考えている。重要なことは、そのドグマを実効化させることである。そして、そのドグマを実効化し、生きたものとするためには、そのための不断の闘争という支えをそれに与えることが不可欠だと言わねばならない。と言っても、私は、「権利と権利の対立は暴力のみが決裁しうる」とは考えない。権利と権利の対立は、非暴力的な「承認を求めての闘争」の中での新たな権利の創造を通して解決することも可能である。しかもその可能性は、現代ではますます大きくなっている。その可能性を現実化する方途を、マルクス自身は、『資本論』の「労働日」の議論の中で、原型的な形で示していた。それを、コジェーヴの議論をヒントにして私なりに一般化すると上述のようなことになる、と私は考えているわけである。

さて、以上の議論からは、さまざまな課題が生まれてくる。私は、更にそれに取り組んでいかねばならない。

〈完〉

注及び引用文の引用個所の指示は、読者の便宜のため、すべて本文中のその直ぐ後に、略号で示した。引用文については、必ずしも訳書に従っていない。参照した欧文文献は下記に示した。

『ロシア革命論Ⅰ』＝マックス・ヴェーバー／雀部幸隆他訳「ロシアにおける市民的民主主義の状態について」、『ロシア革命論Ⅰ』（名古屋大学出版会1997）所収。Max Weber, *Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Russland*, in: *Max Weber, Zur Russischen Revolution von 1905, Schriften und Reden 1905-1912, Max Weber Gesamtausgabe, Bd.I/10*, 1989.

『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』＝マックス・ヴェーバー／大塚久雄訳『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』（岩波文庫

1989)、Max Weber, *Die protestantische Ethik und der „Geist“ des Kapitalismus*, in; *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Bd.1*, 1920.

『古代社会経済史』=マックス・ヴェーバー／上原専禄他監修・渡辺金一他訳『古代社会経済史』(東洋経済新報社 1959)、Max Weber, *Agrarverhältnisse im Altertum*, in; *Max Weber, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 1924.

『法社会学』=マックス・ヴェーバー／世良晃志郎『法社会学』(創文社 1964)、Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Studentenausgabe*, 1972, Kapitel I und Kapitel VII.

『人倫の形而上学』=カント／加藤新平他訳「人倫の形而上学」、野田又夫編『世界の名著 カント』(中央公論社 1972)所収。Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in; *Kants Werke Akademie Textausgabe, VI*, 1968.

『ヘーゲル読解入門』=コジェヴ／上妻精他訳『ヘーゲル読解入門』(国文社 1987)、Alexandre Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, Gallimard, 1947. これについては、Alexandre Kojève, Hegel, *Kommentar zur Phänomenologie des Geistes*, Suhrkamp, 1975も参照した。

『法の一般理論とマルクス主義』=パシュカーニス／稲子恒夫訳『法の一般理論とマルクス主義』(日本評論社 1958)。

『21世紀の資本論』=ピケティ／山形浩生訳『21世紀の資本』(みすず書房 2014)。Tomas Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, Seuil, 2013.

『精神現象学』=ヘーゲル／長谷川宏訳『精神現象学』(作品社 1998)、G.W.F.Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Ullstein Buch 1970.

『法哲学綱要』=ヘーゲル／藤野涉他約「法の哲学」、岩崎武雄編『世界の名著 ヘーゲル』(中央公論社 1967)所収。G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, 1986.

『経済学 - 哲学手稿』=マルクス「経済学 - 哲学手稿」、『世界の大思想Ⅱ マルクス 経済学・哲学論集』(河出書房 1967)所収。Karl Marx, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, Reklam, 1970.

『資本論①』=マルクス／長谷部文夫訳『世界の大思想 マルクス 資本論 1』(河出書房 1964)、Karl Marx, *Das Kapital, Marx-Engels Werke, Bd.23*, Dietz, 1970.

『資本論④』=マルクス／長谷部文夫訳『世界の大思想 マルクス 資本論 4』(河出書房 1964)、Karl Marx, *Das Kapital, Marx-Engels Werke, Bd.25*, Dietz, 1970.

『経済学批判要綱』=マルクス／高木幸二郎監訳『経済学批判要綱Ⅰ』(大月書店 1959)、Karl Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Dietz, 1953.

「ユダヤ人問題」=マルクス／花田圭介訳「ユダヤ人問題によせて」、『世界

の大思想Ⅱ マルクス 経済学・哲学論集』（河出書房 1967）所収。Karl Marx, *Zur Judenfrage, Marx-Engels Werke, Bd. 1*, Dietz, 1970.

『正義論』＝ジョン・ロールズ／川本隆史他訳『正義論』（紀伊国屋書店 2010）、*A Theory of Justice, Revised Edition*, Harvard University Press, 1999.

保証契約締結プロセスの規律（４・完）

—— 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

- 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、69巻２号）

第２章 判例法における情報提供法理の生成

第１節 イングランドの契約法における保証人保護の状況

第１款 錯誤 mistake による保証人保護とその限界

第２款 契約解釈による保証人保護の射程

第２節 契約締結プロセスにおけるルール

第１款 原則論

第２款 最高信義契約

第３節 リスクの引受けと情報格差の是正

第１款 身元保証契約における黙示の表示ルール

第２款 Hamilton 判決 v Watson 貴族院判決の登場

第３款 開示ルールの法的性質論

第４款 Hamilton 判決後の判例の展開

第４節 判例の分析（以上、69巻６号）

第３章 判例法における信託の濫用に対する救済法理

第１節 債権者による不当威圧と救済の射程

第１款 不当威圧法理の概要

第２款 銀行と保証人間における不当威圧法理の適用

第２節 主債務者による信託の濫用

第１款 Barclays Bank Plc v. O'Brien

－配偶者保証

第２款 Credit Lyonnais Bank Nederland BV v Burch

－従業員保証

第３款 Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals

－配偶者保証

第３節 まとめ

第４章 判例法における保証規律の到達点

第１節 情報提供義務の確立

第１款 Royal Bank of Scotland v Bennett

第２款 North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others

第３款 合理的措置ルールの形成による情報提供義務への影響

第２節 合理的措置ルールの展開 －Etridge 判決の先例的意義の検証

第１款 合理的措置の形成期における実務的背景

第２款 多層的な理解の可能性

第３節 まとめ（以上、70巻１号）

結章 日本法の分析と展望

第1節 日本の裁判例における保証人の保護

第1款 錯誤による保証人の救済

第2款 信義則、契約解釈等による保証人の救済

第3款 解約権による保証人の救済

第4款 権利濫用の法理による保証人の救済

第5款 日本における保証契約の規律方法

第2節 新たな規律の試み

第1款 既存のアプローチの限界

第2款 保証契約締結プロセスの規律の試み

第3節 課題と展望

(以上、本号)

結章 日本法の分析と展望

第1節 日本の裁判例における保証人の保護

日本の裁判例では、錯誤や信義則の適用、ないし、契約解釈等を通じて、保証人の救済が図られてきた。本章では、日本の裁判例の検討を通じ、我が国で課題とされてきた保証人の契約に対する認識、及び、任意性の欠如の「要因」を検証し、保証人救済の実質的な要件を中心に検討する。

第1款 錯誤による保証人の救済

これまで、保証人の意思表示の錯誤（民法95条）として争われてきた誤信の内容は多様である。以下では、誤信の内容に分類し、裁判所がどのような事実認定をもとに保証人の救済を認めてきたのかを中心に検討する。

1 保証責任の範囲に関する誤信

保証責任の範囲に関する誤信は、一般に、契約内容の重要部分に関する錯誤として、無効とされる傾向にある。京都地判平成5年10月25日（判時1491号127頁）は、主債務者たる会社の実権を有する前代表取締役が、名目上の代表取締役に対して50万円の借入れに付き保証人となることを

依頼し、これを信じて保証契約が締結されたが、実際には、500万円の根保証契約であったというケースである。すなわち、500万円の根連帯保証を50万円の特定保証であると誤信したというものである。同事案では、かかる誤信が、「法律行為の内容、性質に関する重要な部分に関するものである」ことを理由に、錯誤による無効が認められた。

錯誤が認められた事例では、上記のように誤信が重要部分についてのものであることのほか、保証人の誤信について「債権者の積極的な関与や適切な説明の懈怠等」前提事実として認定される傾向にある。高松高判平成11年11月18日（判タ1021号194頁）では、要素の錯誤を認定する際に、債権者である金融機関が、極度額と主債務者から説明された借入額との相違を不審に思った保証人からの問いに対して、「保証の枠は1000万円でも、保証の範囲はあくまで200万円であり、それ以上の責任を負うものではない」説明し、保証人の誤信を助長するような言動に出たことを認定している。

また、保証責任の範囲の誤信に関しては、保証人が契約書を十分に読まなかった、あるいは、法律知識のない保証人が言われるままに署名したという事情から、重過失の有無が争点とされる傾向にある。その判断においても、債権者の不当な対応が判断材料とされている。大阪地判昭和63年3月24日（判タ667号131頁）は、旧友から150万円の融資を受ける際に保証人となるよう依頼されたが、実際は800万円の保証であったというケースである。この事案では、債権者が作成した約定書に継続的取引の保証であることが記載されていても、その条項が細かな活字で印字されており、かつ、限度額欄の記載もなかったことから、「金融業を営む債権者としては」条項をきちんと説明することにより錯誤を防止することができたところを履践していないとされて、保証人には、重大な過失は認められないとした。さらに、債権者に詐欺的な意図が認められる場合にも、保証人の重過失が否定される傾向にある（東京高判平成11年12月15日判タ1027号290頁）。

このほか、保証責任の範囲に関しては、「保証契約書である」と誤信して、実際には根抵当権設定契約書に署名したというケースもある（東京地判平成22年8月26日 LLI/DB 判例秘書登載）。同事案では、主債務者たる会社の代表が、幼少期からの友人に対し、手形に関する「保証人」

となることを依頼したものである。このように、物上保証契約を人的担保としての保証契約であると誤信した事案について、裁判所は、要素の錯誤にあたりとし、その際、債権者が、保証人の誤信を認識していたにもかかわらず、契約書が担保権設定を内容とすることを保証人に説明していない、という事実認定を行っている。

このように、保証人の責任の範囲に関する誤信については、多くの裁判例において、債権者が保証人の誤信を形成したこと、あるいは、債権者が保証人の誤信を認識しながら、虚偽の説明や説明の懈怠により誤信を助長させたことが、保証人救済を認める実質的根拠とされている。

事案の特徴としては、保証人の誤信は、第一次的には「主債務者」からの虚偽の依頼、説明により惹起されてこと、そして、主債務者と保証人との間には、会社の実権を有する者と名目的取締役、あるいは、旧友関係という一定の信頼関係が存在し、これにより誤信が惹起されるという背景が認められる。しかしながら、この点は、判断において明示的には考慮されていない。

2 他の連帯保証人、あるいは、物的担保の存在についての誤信

連帯保証人が連帯保証をするにあたって、他の保証人が存在するのか、他の保証人に資力、信用があるかということは、一般的に重要な関心事であることが指摘されてきた。その理由として、主債務者に弁済能力がなく、連帯保証人が債務を弁済したときには、他の連帯保証人に対して求償することができ、この求償権の行使によって自己の負担部分を最終的に少なくすることができることがあげられている¹。

最判昭和32年12月19日（民集11巻13号2299頁）は、債権者が、保証人に対して支払を請求したところ、この保証人が、他に連帯保証人が存在するものと考えて保証契約を締結したが、他に保証人は存在しなかったとして錯誤無効を理由に支払を拒絶した事案である。同事案では、主債務者が、「他にも連帯保証人がいる」との虚偽の説明を行い、保証人は

¹ 塩崎勤「判批」銀行法務21No.570（1999年）38頁、渡邊知行「判批」金商1163号（2003年）61頁。

これを信じて保証契約を締結したものである。最高裁は、「保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であつて、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は保証契約をなす単なる縁由にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない。」とし、錯誤の成立を否定した。

このような最判昭和32年12月19日と同様に、「他の担保付きの債権を保証するもの」と誤信して締結された連帯保証契約について、単なる縁由の錯誤であるとして錯誤の成立を否定した大審院判例がある（大判大正7年6月1日民録1159頁、大判昭和12年12月28日大審院判決全集5輯2号3頁、大判昭和4年12月17日法律新聞3090号11頁）。

一方で、他の担保の存在についての誤信につき、錯誤の成立を肯定した裁判例もある。大判大正12年8月2日（法律新聞2177号19頁）は、担保付きの債権であることを信じて保証契約が締結されたが、担保の目的である証券の大半が偽造によるもので無効であったという事案において、要素の錯誤を認めた。そのほか、同一債務についての他の連帯保証人がいるとの誤信（大阪高判平成2年6月21日判タ732号240頁）、もしくは、物的担保が提供されるとの誤信（東京地判平成8年2月21日判時1589号71頁、東京地判平成9年11月25日金商1042号47頁）について、裁判所は、これらの誤信を動機の錯誤と構成した上で、動機が債権者に表示されていると判断し、錯誤無効の主張を認めた。

このように上記の裁判例では、他の担保についての誤信に関する錯誤の成否について結論は分かれているが、錯誤を否定した最判昭和32年12月19日と錯誤を肯定した下級審判決では、その事実関係に相違がある。

錯誤を否定した最判昭和32年12月19日では、他の連帯保証人、物的担保が存在することに関する誤信は、保証契約の内容についての誤信にはあたらないため、原則として、要素の錯誤にあたらないとの判断が示されている。その前提事実としては、「主債務者」が保証人に対して、他の連帯保証人の存在についての虚偽の説明を行ったことが認定されている。本判決について、学説は、他にも連帯保証人がいるとの動機が「保証契約の内容にされないならば」、要素の錯誤を問題としえないことを示したものと理解を示している²。すなわち、保証人の誤信は、保証契

² 渡邊・前掲注1) 64頁。

約の相手方である債権者ではなく、「主債務者」ととの関係で生じたものであるところ、本判決は、判決文で明示しているとおり、「保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約で」あるから、保証人と主債務者間の事情は当然には保証契約の内容にはならないことを示したものである。したがって、本判決も、他の担保の存在が保証契約の内容とされている場合には、錯誤の成立を認めるものと解される。

一方で、錯誤の成立を認めた大判大正12年8月2日では、保証人が担保付債権であることを確信したがゆえに保証したという事情を「債権者も熟知していた」事案のようであること、そして、保証人と債権者との間で、その点が少なくとも黙示的に契約内容とされたと認めるべき特段の事情があったケースであるとの指摘がなされている³。同様に、錯誤の成立を認めた上記の下級審判決においても、誤信内容についての債権者の認識、関与が認定されている。そして、大阪高判平成2年6月21日、及び、東京地判平成9年11月25日は、他の担保が存在するとの動機が債権者に表示されているとの判断の前提として、債権者たる金融機関の担当者が、他の担保が存在する旨の虚偽の説明を保証人に行ったことを認定している。

以上の検討から、他の担保が存在することについての誤信は、当然には、保証契約についての錯誤にはあたらないが、保証人と債権者との保証契約の内容を構成するものと認められる場合には、錯誤の成立が認められる傾向にある。そして、裁判所は、錯誤の成立を認める前提として、債権者による虚偽の説明が行われたことを認定しており、このような債権者の行為が保証人救済の要件として機能しているといえる。

ところで、東京地判平成8年2月21日（判時1589号71頁）では、他の担保が存在するとの主債務者からの虚偽説明を信じた債権者が、保証人に対して同旨の説明を行ったものであり、実際に担保が存在しないことについては善意であった。同事案では、Z銀行の社員と主債務者たる会社の代表者が、ノンバンクからの借入金をZ銀行口座に預金し、貸金債権を担保するためにその預金に質権を設定したように装い、その預金をすぐに解約するという手口を共謀している。そして、両名から、質権

³ 土井王明「判解」最高裁判所判例解説・民事篇昭和32年度（1958年）288頁。

が有効に設定されるとの説明を受けた債権者たるノンバンクの担当者が、保証人に対して、預金の質権という確実な担保があるから、連帯保証は形式上の問題に過ぎない旨説明したというものである。債権者は、質権設定が仮装であることにつき善意であるが、直接保証人に対して説明を行った経緯から、動機が債権者たるノンバンクに表示されたものと認められた。このような判断は、債権者の悪意（大判大正12年8月2日）や債権者による虚偽説明を保証人の救済要件と位置づける上記裁判例（大阪高判平成2年6月21日、及び、東京地判平成9年11月25日）とは、傾向を異にするものである。この点をどのように理解すべきかについては、本節第5款において改めて検討することとする。

3 主債務者の信用に関する誤信

主債務者の信用状況に関する誤信について、裁判所は動機の錯誤として構成してきたが、その動機が相手方に表示され、錯誤無効の主張が認められるか否かについては、結論が分かれている。

（１）錯誤の肯定例

錯誤の肯定例として、大阪地判昭和62年8月7日（判タ669号164頁）がある。同事案では、既に破綻状況にあったA社の代表取締役（保証人の実兄）、及び、融資者となる信用組合の支店長が、「2000万円の融資でA社の倒産を回避でき、半年ほどで経営を立て直すことが出来る」という説明をYに行い、Yがその説明を信じて、主たる債務を2000万円とする保証契約を締結したというものである。裁判所は、本件融資により経営が立て直せるとの保証人の誤信を動機の錯誤を構成した上で、このようなYの「動機は、保証契約締結の際には、信用組合とYとの間では当然の前提とされていたことが明らかである」とし、要素の錯誤を認め、保証契約は無効であるとした。ここでは、錯誤を認める前提として、Yが、信用組合の支店長による虚偽の説明を信じて契約に至ったことを認定している。

仙台高判平成13年12月26日（金判1151号32頁）は、保証契約締結後の主債務者の経済状況について、主債務者自らが、「2億5千万円の工事代金収入が入るから大丈夫である」との虚偽の説明を、X（債権者）とY

に対して行い、Y がこれを信じて、保証人となったというものである。裁判所は、Y の動機について黙示の表示を認定し、錯誤無効の主張を認めた。

水戸地判平成11年3月29日（金商1066号37頁）は、保証人が、主債務者の資産状況について銀行Xの担当者に尋ねたところ、主債務者とは長い付き合いであり、資産も信用もあり、支払もきちんとしているので間違いはない、との虚偽の回答をしたことから、保証人の動機は表示されていると認定し、錯誤無効の主張を認めた。

東京高判平成17年8月10日（金判1126号15頁）では、X 信用金庫から、保証人になろうとする者に対し、保証契約締結の時点において主債務者Aは経営破綻していないとの虚偽の説明が行われている。裁判所は、「およそ融資の時点で破綻状態にある債務者のために保証人になろうとする者は存在しないというべきである」から、保証契約の時点で主債務者がこのような意味での破綻状態にないことは、保証しようとする者の動機として、「一般に、黙示的に表示されているものと解するのが相当である」との見解を示している。その上で、本件保証人が、主債務者たるA社と何ら取引関係のない情義的な保証人であり、高齢かつ病弱で、担保提供した自宅が唯一の財産であるという事情から、本件保証人も例外ではなく、上記の一般的な保証人と同様に、動機が黙示に表示されているとして錯誤無効の主張を認めた。さらに、保証契約を錯誤無効とすることを正当化する根拠づけとして、X 信用金庫は、本件融資に至る過程において、A社に高利金融業者から多額の借入金があることを疑う機会が複数回あり、かつ、その調査も容易であり、A社の破綻状態を知り得たのに、あえてその調査を行わなかったこと、保証人YからA社の経営状況についての質問に対し、「大丈夫です」と回答したこと等を理由に、本件保証契約が錯誤により無効とされてもやむを得ないとしている。

東京高判平成17年8月10日では、要素の錯誤の成立要件である動機の表示の有無を判断する際に、保証人と債権者との利益調整が詳細に行われている。保証人の利害状況として、i 主債務者が、保証契約後、短期間で倒産に至るような破綻状態にあり、現実には保証債務を履行する可能性が高いこと、そして、ii 保証人に支払能力が認められない点が考慮され、その動機は、一般に、黙示的に表示されているとした。次に、錯誤

無効を正当化する要素として、債権者側の調査不足や Y に対する説明の不備といった落ち度が考慮されている。また、同事案では、保証人 Y が、X に対して、主債務者 A 社にシステム金融等の高利の借入れがないのかを質問しなかった点について、重大な過失があるとの主張もなされた。これに対し、裁判所は、保証人が金融実務に疎い者であって、そのような事態に思い至ることを期待することは困難であるとし、保証人に専門的知識、経験がないことが重過失を否定する要素として考慮された。

（２）錯誤の否定例

主債務者の資産状況に関する錯誤無効を否定する裁判例では、否定する根拠に相違がみられる。

東京地判昭和50年1月30日（金法754号35頁）は、A 社が X 銀行から1000万円の融資を受ける際に、A 社には相当の信用や資力があると誤信した Y が、連帯保証および抵当権設定契約を締結したケースである。Y は、A 社の経営者（Y の父の友人）から、「現在は、資金繰りが苦しいが、インテリアを手広くやっており将来伸びる会社であるから是非応援してほしい」と執拗に懇請され、不審があるのなら X 銀行の担当者に真偽を尋ねてほしい、と重ねて要請され、保証人となったものである。

裁判所は、動機の錯誤が相手方に明示されて意思表示の内容になっていないとの理由で錯誤無効の主張を否定した。その理由としては、X 銀行の担当者も、A 社から提出された虚偽の計算報告書、並びに、自ら実施した興信所の調査結果によって、A 社に相当の信用と資力があるものと信じていたものであることが明らかであり、X が、Y に対し故意に虚偽の事実・評価を申述して欺罔したものであるということとはできないことがあげられている。

他方、東京地判昭和62年4月15日（金判786号28頁）は、A の借入金債務の担保のために Y が自己所有の不動産に根抵当権を設定したケースについて、債務者 A の財産状態や借入金の用途についての錯誤は、根抵当権設定契約を無効とするものではないとの判断を示した⁴。その理

⁴ 同判決は、主債務者の財産状況についての錯誤のほか、借入金の用途につい

由として、「債務者の財産状態の評価の誤りをもって根抵当権設定契約の錯誤による無効の主張を許すとすれば、他人の債務の保証という制度自体を無意味にしてしまう」こと、かかる誤りは、まさに根抵当権設定契約において根抵当権設定者が債権者に対して引き受けることを約した危険であることがあげられている。なお、本件では、債権者たる銀行が保証人に対して説明を行ったのかについては、証拠不十分とされ認定されていない。

(3) まとめ

主債務者の信用状況に関する錯誤に関する裁判例からは、保証契約の締結により保証人が引き受けるべきリスクとは何か、そして、保証人を救済する上で、債権者と保証人の利益調整がどのように図られているのか、という点について一定の視点を得ることができる。

主債務者の信用状況の誤信は、いずれの裁判例においても動機の錯誤として構成されており、原則として、要素の錯誤とならない。したがって、主債務者の信用状況については、原則として保証人が引き受けるべきリスクとして位置づけられる。

ただし、保証人の誤信が、保証契約締結後には主債務者の資産状況が改善される、あるいは、保証契約締結の時点において主債務者が資産状況は破綻していないという、債権者の虚偽説明、及び、誤信を助長する言動によるものである場合には、錯誤の成立が認められ、保証人は救済される傾向にある（大阪地判昭和62年8月7日、東京高判平成17年8月10日）。誤信していてもなお、主債務者との個人的な関係から保証を行う可能性のあるケース（東京高裁平成17年8月10日⁵、東京地判昭和50年

ての錯誤についても無効主張を認めない旨を判示した。借入金の使途が根抵当権設定契約締結の際に明示されていたとしても、債務者は事実上、その一存で借入金を自由に使用することができ、これが当初の借入金の使途と異なることをもって錯誤による無効の主張を許すとすれば、債権者を害すること甚しいとの理由を示している。

⁵ 同判決は、判決文において、本件保証人が「(主債務者と)取引関係のない情義的な保証人」であることを明示的に認定している点で特徴的である。

1月30日⁶)については、より厳格に動機の錯誤が認定されている。

また、債権者たる金融機関が主債務者の資産状況について、虚偽説明を行っていないものの、調査不足であったという点も保証人を救済する要因とされている。仙台高判平成13年12月26日、及び、東京地判昭和50年1月30日では、債権者は上記裁判例のような積極的な虚偽説明等は行っていない点で共通する。しかし、仙台高判平成13年12月26日では、錯誤無効が認められ、その際、債権者が「単に主債務者からの虚偽の説明」を信じたに過ぎないことが認定されているのに対し、東京地判昭和50年1月30日では、債権者が自ら適切な方法での資産調査を実施していた点が認定され、結論として錯誤無効の主張が否定されている。したがって、債権者が適切な調査を怠ったというという事情は、保証人の救済要件として位置づけられているといえる。

ところで、東京地判昭和62年4月15日は、錯誤の成立を否定する際に「債務者の財産状態の評価の誤り」をもって根抵当権設定契約の錯誤による無効の主張を許すとすれば、他人の債務の保証という制度自体を無意味にしてしまうことをあげ、このような誤りは、まさに根抵当権設定契約において根抵当権設定者が債権者に対して引受けることを約した危険であるとしている。このような判断理由から、同判決は、そもそも主債務者の信用状況の誤信が要素の錯誤にあたる余地がないことを示したようにも読める。しかし、本件では、債権者たる銀行が保証人に対して虚偽の説明を行ったのかについては、証拠不十分とされ認定されていない。したがって、同判決をもって、主債務者の資産状況に関する誤信について、錯誤の成立の余地がないことを示したものと理解することは適切ではないであろう。

以上から、主債務者の資産状況に関する誤信についての裁判例は、概

⁶ 同判決は、保証人が、父親の友人である主債務者から、保証人となるよう執拗に懇請されて保証人となった事案であり、保証人には、契約を拒絶したくてもできなかったという事情が見受けられる。しかし、裁判所は、動機の錯誤が相手方に明示されているかの判断において、債権者自身には保証人に虚偽の情報を提供した等の関与が認められないことを認定し、動機は明示されていないとして、要素の錯誤を否定した。

ね、債権者の虚偽説明、もしくは調査不足という事実を、保証人救済を肯定する要素として位置づけているということができる。

学説上も、主債務者の資力に関する誤信については、錯誤の成立を慎重に判断すべきことが指摘されてきた⁷。主債務者の資力は、保証契約を締結するの可否かにとって重要な内容であるとされながらも、主債務者の弁済資力が十分であることを「前提」として保証人が契約を締結した場合に限り、保証契約の要素と認めうることが指摘されている⁸。

4 空クレジット、もしくは空リースに関する誤信

空クレジット契約とは、A社（買主）がB社（売主）から購入する物件の代金について、クレジット会社が立替払い契約を締結するが、実際には物件の引渡しをせず、B社の営業資金をクレジット会社から捻出するために、架空の売買契約の売掛金についてクレジット契約が締結されるものをいう。そして、Aのクレジット会社に対する債務につき保証契約を締結した者が、主たる債務が空クレジット契約上の債務であるとは知らなかったとして、保証契約の錯誤無効を主張するというのが、典型的なケースである。また、空リース契約における保証契約の錯誤のケースとは、リース契約におけるリース料の支払債務を保証した者が、実際にはリース物件の引渡しをしない空リースであることを知らずに保証契約を締結したというものである。

このような空クレジット、空リースにおける保証人の誤信について、従来、下級審判決の判断は分かれていた。

肯定例には、要素の錯誤を肯定する理由として、表示上の効果意思と真意が一致していないとするもの（大阪高判昭和56年10月29日判時1037号118頁）、主債務の発生原因は、保証契約の内容となっているとするも

⁷ 塩崎・前掲注1）38頁。

⁸ 野村豊弘「判批」金法1272号（1990年）7頁。同様の指摘として、鹿野菜穂子「判批」ジュリ994号（1992年）100頁は、主債務者の弁済資力が十分であることが、当事者にとって当然の前提として保証契約が締結された場合には、明示的に契約内容とされることは期待できないが、黙示的には契約内容とされたものと解すべきであるとしている。

の（広島高判平成５年６月１１日判タ８３５号２０４頁）、主債務の履行可能性及び求償権の実効性に差異が生じるとするもの（仙台地判平成８年２月２８日判時１６１４号１１８頁）がある。

一方で、要素の錯誤にはあたらないとする裁判例も複数存在する。その理由としては、リース契約及びクレジット契約が実質的には融資目的の実現にあるから、空クレジットないし空リース契約においても代金相当額の融資を受け、これに利息等相当額を加えた金額を返還することになりはなく、この点の錯誤は意思表示の重要な部分に関する錯誤ではないとされる（東京地判昭和５９年７月２０日金商７１６号２６頁、仙台高判昭和６０年１２月９日判時１１８６号６６頁、東京高判昭和６０年１月２０日判タ６５０号１７６頁、大阪高判平成元年３月１０日判時１３４５号１００頁、東京地判平成２年５月１６日判時１３６３号９８頁）。

このように錯誤の成立を否定する下級審判決が多い中、最判平成１４年７月１１日（判時１８０５号５６頁）は、この問題に対する初めての最高裁判決であり、かつ、錯誤の成立を肯定した破棄自判判決として、その後に大きな影響を与えた判決といえる^９。同判決は、「保証契約は、特定の主債

^９ 同判決の論文、評釈として、山岡真治「商品代金の立替払契約がいわゆる空クレジット契約である場合に、同契約上の債務の保証人の意思表示に要素の錯誤があるとされた事例（平成１４．１１最高一小判）」帝塚山法学８号（２００３年）７１-８３頁、中倉寛樹「保証取引と錯誤（平成１４．１１最高一小判）」名古屋大学法政論集２０１巻（２００４年）２８９-３２３頁、高森八四郎・野口大作「空クレジット契約・空リース契約における連帯保証人の錯誤－最高裁平成１４年７月１１日第一小法廷判決を中心にして」関西大学法学論集５３巻４・５合併号（２００４年）１４５-２３２頁、新堂明子「商品代金の立替払契約がいわゆる空クレジット契約である場合に、同契約上の債務の保証人の意思表示に要素の錯誤があるとされた事例（平成１４．１１最高一小判）」北大法学論集５５巻２号（２００４年）３３０頁以下、辻博明「商品代金の立替払契約に基づく債務の保証人の意思表示に要素の錯誤があるとされた事例－いわゆる空クレジット契約の保証と要素の錯誤（平成１４．１１最高一小判）」名城法学５４巻３号（２００５年）２３１-２４７頁、大西武士「判批」判タ１１２３号（２００３年）５５-６０頁、松本恒雄「商品代金の立替払契約に基づく債務の保証人の意思表示に要素の錯誤があるとされた事例（平成１４．１１最高一小判）」（担保・保証）金融判例研究１３（旬刊金融法務事情１６８４）（２００３年）４５頁以下、野村豊弘「判批」判例セレクト２００２（月刊法学教室２７別冊付録）（２００３年）１６頁、尾島茂樹「判批」平成１４年度重判（ジュ

務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である。そして、主債務が、商品を購入する者がその代金の立替払を依頼しその立替金を分割して支払う立替払契約上の債務である場合には、商品の売買契約の成立が立替払契約の前提となるから、商品売買契約の成否は、原則として、保証契約の重要な内容であると解するのが相当である。」とし、本件では、商品の売買契約は存在しなかったことから、保証人の意思表示には「法律行為の要素に錯誤があったものというべきである」とした。最高裁は、主たる債務が実体のある正規のクレジット契約によるものである場合と、空クレジットを利用することによって不正常な形で金融の便益を得るものである場合とで、「主債務者の信用」に實際上差があることは否定できず、保証人にとって、主債務がどちらの態様のものであるかにより、その「負うべきリスク」が異なってくるはずであり、看過し得ない重要な相違があるとしている。

上記最高裁判決後、空リース契約上の債務の保証契約についても、同様の判決が示された。東京地判平成16年10月28日（LLI/DB 判例秘書登載）は、「空リースという詐欺的手法により金融の便宜を受けるものであるのかでは、主債務者の経営や収益力に大きな違いが生じるものであり、かつ、主債務者ないしはその代表者に対する信頼も大いに異なるものであり、空リースであるかりース物件の引き渡しのあるリース契約であるかは無視し得ない重要な相違があるといわざるを得ない」ことを根拠に、要素の錯誤を認めた。

空クレジットに関する最判平成14年7月11日では、保証人の誤信は、債権者の関与しないところ（空クレジットは商品販売会社と主債務者との間で計画されるのが通常）で生じるというケースであるが、錯誤無効を肯定している。最高裁判所は、主たる債務が実体のある正規のクレジット契約によるものである場合と、空クレジットを利用することによって不正常な形で金融の便益を得るものである場合とで、「主債務者の信用」に實際上差があることは否定できないとし、この点の相違は重要であると指摘している。

このような判断は、主債務者の信用状況についてのリスクを判断する

リスト臨時増刊1246）（2003年）61頁等。

ための「前提となる情報」については、通常善意である債権者にリスクを負わせるものである。かかる判断は、当事者の利益調整という観点からは疑義が生じうるも、保証人の救済を重視する判断といえる。

5 錯誤による保証人救済についてのまとめ

錯誤による保証人の救済事例において共通する特徴としては、契約締結過程において、債権者が保証人の「保証内容」に関する誤信を助長するような虚偽の説明、あるいは、調査不足による不適切な回答をしたという、債権者の不適切な行為が前提事実として認定されている点である。保証の限度額や範囲に関する誤信は、まさにその誤信内容自体が「要素の錯誤」であるといえるが、その点に限らず、上記のような債権者の不適切な関与をも考慮した上で、錯誤の成立が肯定されている。

また、裁判例は、主債務者の信用状況に関する誤信を動機の錯誤として構成する傾向にあるが、通常、主債務者の資産状況が破たんに瀕している状況ではないことを前提に保証するという動機は、黙示的に表示されていると解するのが合理的であろう。東京高判平成17年8月10日金判1126号15頁（本款3（1））では、この点が明示的に判断されている。

このほか、錯誤を肯定した裁判例では、いずれも黙示的な動機の表示を判断する際に保証人の誤信形成について、債権者がこれを助長する等の不適切な関与をも認定した上で、錯誤の成立を肯定している。

したがって、錯誤による保証人の救済にあたり、裁判所は、保証人の誤信に対する助長行為という債権者側の不適切な関与が認められることを救済の要件とする傾向にあるといえることができる。このような救済要件は、広範に生じうる保証人の誤信を、民法95条の趣旨から制限するために機能していると解される。すなわち、民法95条により契約を無効とする錯誤は、債権者との保証契約の要素と認められること、あるいは、契約の重要な「内容」についての誤信であることが必要とされてきたところ、債権者による誤信形成、助長への関与は、保証人の誤信が、当事者双方において契約内容化していることを認定するための要件として理解することができる。

ところで、錯誤とは、契約に関する「認識」を欠く者を救済する法理である。本款において検討してきた事案には、主債務者たる会社の実権

者と名目的取締役、あるいは、親族間での情誼的な関係等から、保証人が契約を拒絶し他の選択をすることができたとは断定できないケースも含まれている。これらのケースには、誤信がなくとも契約を拒絶できなかったという特徴があるが、動機の錯誤については、相手方への表示の認定において、債権者の不当な関与が要求される傾向にあるため、主債務者との関係性に起因する保証人の任意性欠如という問題に、十分な救済は及んでいないといえる。

第2款 信義則、契約解釈等による保証人の救済

保証契約が有効に成立している場合であっても、契約締結過程の状況、契約締結後の事情等の諸事情から保証債務の履行請求を認めることが信義則に反すると評価される場合には、裁判所の判断により、保証人の責任が否定、あるいは、制限されている。また、契約締結過程において保証人が保証契約であることすら認識していない状況が認められる場合には、保証契約の成立自体が否定される傾向にある。

平成16年民法改正により、貸金等根保証契約については、極度額の定めのない包括根保証契約の締結は無効とされたが（民法465条の2第2項）、裁判上は、これ以前より、包括根保証について、「保証契約締結に至った事情、当該取引の業界における一般的慣行、債権者と主たる債務者との取引の具体的態様、経過、債権者が取引にあたって債権確保のために用いた注意の程度、保証人の認識の程度、その他一切の事情を斟酌し、信義則に照らして合理的な範囲に保証人の責任を制限すべきである」という一般的な規範が提示され、保証人の責任制限が行われてきた（東京高判昭和60年10月15日判時1173号63頁等）。また、裁判所は、包括根保証契約に限らず、限度額の定めある根保証契約や特定債務の保証についても、契約締結時の事情、及び、保証契約締結後の事情を総合的に考慮し、信義則の適用により、責任を制限してきた¹⁰。以下、責任制限の根拠から裁判例を分類し、検討する。

¹⁰ 後藤勇「継続的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）15頁以下。

１ 保証意思の欠如

裁判所は、形式的には保証契約書に保証人の署名捺印がなされているものの、①諸事情により保証人が保証契約書とは認識せずに署名捺印したケース、及び、②予め名義貸しに過ぎないことが合意された上での署名押印であったケースについて、保証契約の成立を否定してきた。

（１）裁判例

①のケースは、保証人の契約に対する認識が欠如しているというものである。保証人が保証契約書であることを認識できなかった経緯として、会社（主債務者）の上司から「物品の購入に必要な書類」、あるいは、「内部監査に必要な書類」に署名してほしいとの依頼を受けた（大阪高判昭和47年４月24日金法653号32頁）、融資者となる銀行の担当者から「預金手続のために必要な書類である」と虚偽の説明が行われた（東京高判昭和51年８月30日判時834号91頁）等、保証契約書以外の書類であるとの説明を信じて署名押印したという事実が認定されている。

②の名義貸しのケースでは、主債務者から「借用手続き上、必要が生じたあくまで形式上の連帯保証人ということになっています。」と記載された念書が差し入れられ、保証人としての名前を借りるだけとの説明を受けたため、保証責任が生じることはないと考えていたことが認定されている。また、債権者は直接保証人に対して何らの意思確認をしていないこと、さらに、保証人にとって１億９千万円という高額な債務の連帯保証をすることの利益は見受けられないとの事実認定にもとづき、連帯保証する意思を表示したとは認めるには足りないとし、保証契約の成立が否定された（東京地判平成８年８月30日判時1632号49頁）。

平成16年民法改正により、保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない（民法446条２項）との明文が設けられた。同改正後、最近の裁判例としては、保証契約書の署名押印が本人によるものではないとの事実認定のもと、保証契約は真正に成立したものではないと判断したものがあ（東京地判平成28年１月14日 D1-Law.com. 判例体系）。

（２）まとめ

このように、保証契約の成立に関する裁判例においては、保証契約で

あると認識せずに署名した場合（大阪高判昭和47年4月24日、東京高判昭和51年8月30日）、及び、単なる名義貸しであり保証責任は負わないとの認識のもとに署名した場合（東京地判平成8年8月30日）について、保証契約の成立が否定されている。名義貸しについての東京地判平成8年8月30日は、保証人になろうとする者が保証契約書に署名すること自体については認識している点で大阪高判昭和47年4月24日、東京高判昭和51年8月30日と異なるものの、保証人に債務負担の意思が認められないという理由から保証契約の成立が否定されているという点では共通している。

いずれの裁判例も、平成16年民法改正により、書面の作成を保証契約の効力要件とする民法446条2項が明文化される以前の裁判例である。民法446条2項は、保証人が自己の責任を十分に認識していないケースが多いことから、保証を慎重ならしめ、保証意思が外部的に明らかになっている場合に限り法的拘束力を付与する趣旨である。かかる趣旨に照らせば、「形式的に保証契約書が作成されていたとしても保証意思を伴わない場合には契約の成立を否定する」という改正前の裁判所の判断は、今後もお有効であるといえる。

上記の裁判例は、契約締結過程における債権者の関与という観点からは、統一的な傾向にあるとはいえない。東京高判昭和51年8月30日、東京地判平成8年8月30日においては、債権者が書類の内容について虚偽の説明をした、あるいは、高額な債務の保証である場合において何ら保証の意思確認をしていないという債権者の落ち度が保証契約成立を否定する前提事実として認定されている。一方で、大阪高判昭和47年4月24日は、主債務者たる会社の内部で、上司が従業員に対して署名すべき書面について虚偽の説明を行っているものの、債権者による関与は何ら認定されていない。同様に、東京地判平成28年1月14日においても、本人によるものではない署名押印に関して債権者が何らかの関与を行ったのかについては特に認定されていない。

以上から、保証契約の成立に関しては、そもそも保証人が保証契約であることを認識していないこと、すなわち、保証人が債務負担の意思を欠いていることが保証人救済の要件として位置づけられており、その原因が主債務者の関与によるものか、債権者の関与によるものであるのか

は重視されない傾向にあるといえる。

２ 保証責任の範囲に関する誤解

保証人が保証責任の範囲について誤解している場合、錯誤の適用のほか、裁判所は、信義則や契約解釈に基づいて保証人の救済を図っている。

（１）裁判例

具体的な事例としては、保証人が、主債務者たる会社 A の経営者から、A が商工ローンから300万円を借入れる際の保証人になってほしいとの依頼を受け、商工ローンとの間で連帯根保証契約を締結したが、その元本限度額は1000万円であったという事案である（東京高判平成13年6月25日判タ1084号179頁）¹¹。同事案では、保証人は当初300万円の借入れの保証をするつもりであって、根保証との認識はなく、契約当日に至り初めて限度額1000万円の根保証との説明を受け、契約の締結を再考したいとの意向を重ねて示した。それにもかかわらず、担当者から担保提供者や連帯保証人がいるから大丈夫、最悪でも250万円程度と言われて契約を促されたため、その説明を信じ、また A 社の経営者からの懇願もあったことから、担当者に言われるままに署名したという経緯が認定されている。

裁判所は、このような経緯でなされた保証人の根保証の意思表示は、商工ローン担当者の強引かつ欺瞞的な方法により得られたものであり、商工ローンが保証人に対し元本限度額を1000万円とする請求を行うことは、保証人の信頼を甚だしく裏切るものであって、信義に反し到底許されないものといわなければならないとした¹²。

¹¹ なお、本件では、保証人の意思表示が錯誤、または、詐欺によるものかも争点とされた。裁判所は、A 社は、借入れ後数日で不渡りを出しているが、そのことを商工ローンが予期していたと認めるには足りず、商工ローンの担当者が A 社の信用状態についてことさら虚偽の事実を述べたことも認め難いことから、保証人の本件根保証契約締結の意思表示は、錯誤又は詐欺による取消しにより、その全部が無効になるとまではいえないとした。

¹² その上で、本件では、保証人、当初から300万円の借入れについて保証の意思を有し、1000万円の限度額は元本限度額ではなく、債権限度額であるとの認

同様に、保証人の保証額についての誤解を、債権者たる金融機関が助長したことから、信義則による保証人の責任制限がなされた事案として、東京地判平成12年1月26日（判タ1077号208頁）、甲府地判平成18年1月11日（裁判所ウェブサイト掲載判例）がある。

また、保証契約締結過程における債権者の関与としては、上記のような保証人の誤解に対する積極的な助長行為に限らず、秘匿行為も信義則適用の根拠とされている。具体例としては、商工ローンが、保証契約当時に、既に主債務者に対して750万円の手形貸付を行っていたが、「担当者が取引上の常識や信義に反しそのことを保証人に秘し」、極度額の定めある根保証契約を締結した事案において、既存の貸付額については、信義則上、保証の債務の請求はできないものとされている（大阪高判平成13年7月10日判時1771号91頁）。

上記のような信義則の適用以外でも、債権者による適切な説明が行われなかったこと等を考慮した上で、契約解釈を行い、保証責任の限定を導く裁判例が存在する。

東京地判平成4年7月29日（金法1353号35頁）は、保証契約書に記載された限度額についての保証意思は認められるが、「保証契約締結時の既存債務についても保証債務が及ぶこと」については債権者からの説明が行われなかったことから、保証債務は既存の債務には及ばないと判示した。同事案では、保証人が、主債務者とは特に親交がなく、経営と全く無関係であることも考慮されている。また、大阪高判平成15年7月25（消費者法ニュース57号29頁）は、極度額1000万円とされていたが、債権者が保証人に対して、極度額1000万円を借入れ可能な「枠」であると説明し、保証人はこれを保証責任の限度とは認識していなかったことから、保証意思は、実際の借入額である300万円についてのみに有していたものと判示した。同様の裁判例として仙台地判平成11年7月19日（判タ1019号153頁）がある。

保証契約とともに、同一の債務を被担保債務とした抵当権設定契約が

識を有していたと考えられることから、商工ローンが保証人に対して請求することができる額は、1000万円の範囲内で、300万円とこれに対する遅延損害金の額に限られるものと解するのが相当であるとの判断が示された。

締結されたケースでは、２つの契約の締結過程における具体的な経緯を考慮した上で、契約解釈による保証人の救済が行われている。最判平成６年１２月６日（判タ８７２号１７４頁）は、根抵当権の設定と同時に限度額の定めなき根保証契約が締結されたというケースである。同判決は、i 各契約は、いずれも同一債権者が同一債務者に対して取得する債権の回収を確保するためのものであり、ii 根抵当権の極度額が、X 信用組合が A と取引を継続することによって取得する債権が１７００万円程度にとどまることを想定し、この金額から A の X 信用組合に対する５００万円の定期預金債権を差し引いた１２００万円の範囲内において、担保価値を把握すれば足りるとして定められたものであることを認定した。そして、かかる経緯によれば、本件保証契約の文言上、保証の限度額が明示されなかったとしても、客観的には、その限度額は本件根抵当権設定契約の限度額である１２００万円と同額であると解するのが合理的であり、かつ、本件保証契約は、保証人の一般財産をも引当てにして、物的担保及び人的保証の両者又はそのいずれかから１２００万円の範囲内の債権の回収を確保する趣旨で締結されたものと解するのが合理的であると判示した¹³。

これと同様の判断を示した下級審判決として、東京高判平成９年１２月１８日（金判１０３８号２１頁）がある。同判決は、包括根保証契約締結日の前日に、同一主債務者のために極度額１０００万円の根抵当権を設定しており、その翌日の包括根保証契約締結の際には、銀行担当者から、包括根保証であることの具体的説明がなく、かつ、保証人が主債務者たる会社の代表取締役の親であるが、会社の経営には関与していなかったことが認定されている。裁判所は、このような経緯では、包括根保証契約であることの説明がなされない限り、１０００万円の範囲内の債務を保証する趣旨で締結されたものと認めるのが相当であるとの判断を示した。

（２）まとめ

以上の裁判例では、信義則、または、契約解釈という手法を通じて、債権者が保証人に対して保証責任の範囲を誤解させるような言動を行った点、あるいは、誤解を生じさせる客観的状況を創出した点を考慮して、

¹³ 道垣内弘人「判批」金法１４３３号（１９９５年）１０２頁。

保証人を救済する傾向にある。

3 主債務者の経済状態悪化後の融資

保証契約締結後に主債務者の経済状態が悪化した場合、裁判所は、主として保証責任の範囲を制限するという手法により、保証人を救済する傾向にある。その際、主債務者の経済状態の悪化に加え、債権者の行為態様も考慮されている。

(1) 裁判例

包括根保証契約締結後、相当期間経過後に主債務者の資産信用状態が極度に悪化したケースについて、大阪高判昭和38年9月5日(判時361号49頁)は、連帯保証人の責任について、取引慣行や信義則に照らして衡平の観点からこれを判定すべきであるとし、「殊に契約締結当時における当事者の諒解を重視し、これを基礎として考えなければならない」との見解を示している。ここでいう契約当時における当事者の諒解とは、連帯保証人が、一般に保証当時における主債務者の資産信用関係と相互の信頼関係を眼中に置いて保証するのであり、与信をなす債権者は保証人のこのような意向を諒解していることであるとされている。このような方針のもと、「継続的金融取引につき相当期間を経過後に主債務者の資産信用状態が相互の信頼信用を破る程度に極度に悪化し、危殆に瀕した場合において実施される融資」については、「あらかじめ保証人の意向を打診する一応の措置をとるべき信義則上の義務がある」とし、これを怠った状態での巨額な融資については、保証人に不足の損害を被らせ、その義務を過重ならしめるものであるから、保証人の責任を追及することができないとした¹⁴。

主債務者の経営状況の悪化後の融資に関し、保証人の救済について判断した最高裁判決としては、最判昭和48年3月1日(金商350号2頁)がある。同判決は、債権者であるX信用金庫は、Aの経営状態の悪化等

¹⁴ 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6号(2014年)114頁は、同判決を、一般論として主債務者の資力悪化後の融資について保証人の意思を確認すべき信義則上の義務を認めたものと評している。

の事情を了知しうる状態にあったにも関わらず、同金庫が金融機関としてなすべき注意を怠り、かつ、保証人の意向を打診することなく漫然と手形貸付を実施したことから、信義則上、保証債務の履行請求は許されないとの判断を示した。学説上、同判決については、債権者が、主債務者の経済状態の悪化を知り得たのであれば、その状況を保証人に通知して、保証意思を確認すべき義務が生じ、これを怠ったという落ち度により保証人が救済されることを示したものと理解が示されている¹⁵。

限度額付き根保証のケースとして、東京地判平成12年1月27日（判時1725号148頁）がある。同判決の事案は、主債務者たる会社の従業員であり、かつ、同社の代表取締役の実弟が、100万円の限度額付き根保証契約であると誤信して限度額500万円の保証契約を締結したというものである。裁判所は、保証契約締結後に主債務者の経済状態が悪化したにもかかわらず、このことを保証人に知らせないまま追加融資を実施したこと（この追加融資は、別の新たな根保証人の経済的信用により実施）、そして、債権者たる金融機関の対応として、保証契約時に、保証人の経済状態が、契約書にある保証債務額を負担するほどの余裕がなかったのに、債権者たる金融機関が保証人の経済状態について十分な調査をしないまま保証契約の締結に至ったこと、そして、さらに、主債務者と新たな根保証人の破産により、保証人が予期していなかった多額の保証債務の履行請求がなされたという事情を総合的に勘案し、信義則上、保証責任の限度は100万円の範囲に止められるとの判断を示した。

札幌地判平成17年9月16日（金商1226号26頁）は、サラリーマンである兄が、弟の営む電気店の借入れのために包括根保証契約を締結したものである。裁判所は、保証契約締結後、主債務者の経済状況悪化後も融資が継続されたが、融資の事実や返済方法等について、銀行は保証人に対して通知や確認を行っていないこと、新規融資を行う際に、物的担保を徴求しておらず、十分な債権確保手段を欠く貸付けの実態があることを認定し、保証責任の制限を認めた。裁判所は、保証契約締結過程における債権者たる銀行の対応として、本件保証人が包括根保証することの

¹⁵ 福田誠治「伝来型保証の特徴と保証人保護の正当化理由」椿寿夫編著『別冊NBL61法人保証の現状と課題』（商事法務研究会、2000年）183頁。

適格性に留意していたとは認められないことを指摘した。その根拠として、当該銀行が、貸付取引が将来に渡って継続することが予想される場合に、保証人に対し限定根保証契約とは別に、期間無制限、保証限度額無制限の包括根保証契約の締結を求めることを一般的な取扱いとしていたこと、そして、本件保証人が、サラリーマンで、主債務者の経営に関与している訳ではなかったことなどの事情をあげている。また、銀行が限定的根保証を超える貸付を行うに当たっては、個別保証をとるか、継続的保証が続くことを確認すべきであったとの理由から、信義則に照らし、保証人の責任を限定根保証の主たる債務額、及び約定遅延損害金に限られるとの判断を示した。

(2) まとめ

保証契約後、主債務者の資産状況が悪化しているにも関わらず融資が実施されたケースでは、その状況を保証人に告知した上で、改めて保証の意思があるかを確認すべき信義則上の義務を債権者に課す裁判例が多い¹⁶。このような確認義務を怠った場合には、資産状況悪化後の融資については保証責任が及ばないとされている。

さらに、東京地判平成12年1月27日、及び、札幌地判平成17年9月16日では、いずれも、主債務者の経済状態の悪化のみならず、契約締結過程において、債権者である金融機関が、保証人の資産状況の調査を行わなかったことが信義則を適用する前提として考慮されている。このうち、東京地判平成12年1月27日では、保証債務額を負担できるほどの経済状態になかった点が、そして、札幌地判平成17年9月16日では、サラリーマンである保証人には、包括的根保証を負担することの適格性を欠いていたにもかかわらず、金融機関が保証人の資産状態を調査せずに契約を

¹⁶ 福田・前掲注15) 180頁では、保証契約締結後における保証人救済がどのような要件のもとで正当化されるのかという観点から、裁判例を分析している。その中で、銀行取引における保証契約においては、新規融資における審査状況が問われる傾向にあるとし、融資の高額化、長期間経過後の新規融資であるという取引それ自体の不当性に加え、このような取引の不当性から、主債務者の信用調査や保証人への意思確認という債権者の義務が導かれるとする。

締結した点が、債権者の落ち度として認定されている。このことから、債権者による保証人の資力に関する調査不足は、保証責任制限の根拠となりうるとの解釈ができよう。

４ 保証契約締結後の融資の高額化等

裁判所は、①保証契約締結当時と比較して高額な融資が実施され、②そのような融資に至るまで間に、取引状況の説明、及び、保証するかの意思確認が行われなかった場合に、信義則の適用により保証責任の範囲が制限される傾向にある。

（１）裁判例

東京高判昭和60年10月15日（判時1173号63頁）は、主たる会社の代表取締役の義弟で、同社の平取締役を勤める者が、保証人となった事案である。本件では、①本件保証契約締結後、5年間の間の融資実績は、1回100万～300万円の融資が10回程度実行され、取引最高金額は、640万円であったのに対し、同事案で争われた融資は、7000万円という通常の予想の範囲を遙かに超える金額であったこと、②債権者たる信用組合は、保証人に対し、7000万円の約束手形につき保証する意思があるかを確認する必要性を認識し、主債務者たる会社の取締役に対し、7000万円の約束手形の連帯保証につき保証人の了解を得るように指示したが、当該取締役は保証人の病状を理由に7000万円の約束手形の件を率直に告げて了解を得るのは困難と考えて手形を偽造し、そのため、保証人は説明を受けることなく、また、債権者たる信用組合からも直接連絡は受けていなかったことを認定した上で、責任制限を認めている¹⁷。

最判昭和42年6月6日（週刊金商61号10頁）は、信用金庫と主債務者

¹⁷ なお、本件保証人については、自らが代表取締役である会社の借入れのために、本件主債務者たる会社の取締役が代表取締役である株式会社を連帯保証人とする本件と同趣旨の契約を本件信用組合と締結しており、また、第三者との関係で、1800万円にものぼる債務に付き連帯保証をしていること等から、保証制度に関しては十分な知識があり、これを熟知していたこと等が考慮され、保証責任額は1500万円をもって限度とするのが相当であると判示された。

との当座勘定契約について限度額なき保証契約が締結された場合においても、その後に行われた高額な融資について、必ずしも保証責任が及ぶものではないことを最高裁として初めて示したものである。本件控訴審判決は、信用金庫と主債務者との間に、書面によらない200万円の当座貸越契約が成立し、信用金庫が主債務者に対して有する188万円の債権は当該当座貸越契約に基づくものであることを認めたが、188万円の債権は、当該保証の対象にはならないと判断し、最高裁もこれを支持した。この判断は、当座勘定契約の保証人が限度額を定めないで保証している場合でも、余りに多額の過振りにについては保証責任の追及が許されないことを示したものと評されている。同判決は、たとえ限度額なき保証契約を締結しても、契約締結時に想定していないほどの高額な融資については当然には保証の対象とならないとの判断を示すものと解され、その後の裁判においても同様の姿勢がみられる。

大阪地判平成8年1月30日(判タ923号142頁)は、包括根保証契約締結から5年以上が経過した後、①契約締結当時の与信枠の4倍程にあたる1億3千万の貸付が行われたが、②債権者側がこのような融資の実施について保証人に何らの説明も行わず、保証を維持するか打診も行わなかったという事案において、裁判所は、保証人の責任を制限している(同事案では、保証契約当時の与信枠が3000万円であったことを考慮し、保証責任を2000万円の範囲に限定した。))。

大阪地判平成11年6月14日(判タ1035号176頁)は、ある会社の経営者が、取引先が融資を受ける際に保証人となったが、両者間の取引関係終了後、主債務者たる会社の経営規模が拡大し、融資取引は、保証契約締結当時の10倍以上となったという事案である。裁判所は、上記の裁判例と同様に、融資額の高額化につき保証人が契約当時に全く予想しえないことに加え、本件請求は、保証契約締結から22年以上経過している点も考慮し、信義則上、連帯保証人としての責任を免れるとした。

東京地裁平成12年9月8日(金法1608号47頁)では、保証契約から本件融資までに16年以上経過し、その間、バブル経済とその崩壊により保証契約当時と比べて数倍に取引規模が拡大し、その後に主債務者が破綻しており、現在の債務は、保証契約当時(約1億1200万円)の倍近くの残元本の他、残元本を上回る多額の遅延損害金も発生しているという事

実認定がされた。その上で、包括根保証人の責任額は信義則により、請求額の３分の１の残元本とこれに対する遅延損害金の限度で認めるのが相当とされた。

大判大正15年12月2日（民集5巻769頁）では、保証契約締結後に、貸越し限度額の30倍に相当する金額の融資が実施された場合、たとえ連帯保証人が貸越し限度額以上の借入金をも保証することを認めていたとしても、「特にその超過する部分が多大の金額に達するも尚且これを保証する旨の意思表示がない以上は、当事者の意思は、取引の通念において相当であると認められる範囲内の債務に限り保証する趣旨に過ぎないものと解するのが相当である」とされ、保証人の責任が制限された。

このような「保証契約当時の状況との相違」という観点から保証責任を制限するという手法は、上記のような融資の高額化のみならず、主債務の性質の違いが生じたケースにおいても適用されている。大阪高判平成18年10月4日（金商1275号32頁）は、主債務者が銀行との銀行取引約定により現在及び将来負担するいっさいの債務について、主債務者の妻（離婚後に自ら皮膚科医院を経営して独立に生活、主債務者の医院経営には全く関与していない）が、連帯保証人となる包括根保証契約を締結したが、離婚後に、銀行からの強い勧誘に従って行った不動産投資に関わる二度の借入れに、保証責任が及ぶのが争点とされた。裁判所は、保証契約当初の借入れが、医院の開業資金・運転資金であったことに鑑みて、不動産投資は、その性格、内容等の事情に格段の違いがあるものであり、信義則上、保証責任が及ばないとの判断を示した。

（２）まとめ

保証契約締結後に、主債務者への融資額が高額化した場合においても、保証人の責任は制限されている。その際、保証契約締結から、相当な期間が経過したことも考慮する裁判例が多い。

融資額の高額化による責任制限を認めるべきかの判断は、融資の金額が高額であるかというよりも、「保証契約当時の融資額と比較してどの程度高額となったのか」が問題とされ、高額化の程度が保証人の合理的な予測を遙かに超える場合には、保証責任の制限を認める傾向にある。このような保証契約当時の状況との相違という観点から保証責任を制限

するという手法は、上記のような融資の高額化のみならず、主債務の性質の違いが生じたケースにおいても適用されており、大阪高判平成18年10月4日では、保証契約当時の主債務とは性質を異にする債務について、保証責任が及ばないことを示している。

以上の裁判例の殆どが包括根保証の責任制限についての判断であるところ、極度額の定めのない貸金等根保証契約は、平成16年の民法改正のもとで無効であることが明文化された(民法465条の2第2項)。よって、今後は、貸金等包括根保証契約の責任制限が争われることは想定できない。しかし、限度額の定めある貸金等根保証契約においても、極度額が、保証契約当時の融資額の実績を大きく上回る金額に設定され、その後に保証人の予測を遙かに超える融資が実行された場合には、従来の包括根保証契約に関する裁判例と同様に、保証契約締結時の融資額との比較に基づいての責任制限の手法が活用される可能性が十分にあるといえる。

5 保証契約締結から長期間経過後の融資

保証契約から相当期間が経過した後に保証責任が追及されたケースにおいて、裁判所は、信義則の適用による保証債務履行請求の否定、ないし、保証契約の終了という手法により保証人を救済してきた。

(1) 裁判例

保証債務履行請求の否定したケースとして、名古屋高平成18年12月20日(判タ1246号199頁)がある。同事案は、850万円の極度額の定めある根保証契約において、契約締結後何ら保証の請求がなされないまま20年が経過した後に、手形貸付が行われたというものである。裁判所は、①保証人が主債務者の取引に何ら関与しておらず(情義的な保証人)、主債務者から保証契約についての意思確認、説明等を受けない状態にあり、②そのことを認識していた債権者としては、保証人に対し、取引状況の変化等に際して保証意思の確認等を行うことを期待しても不合理とはいえないことを考慮すると、850万円の範囲においても保証債務の履行請求をすることは信義則に反し許されないとの判断を示した。

包括根保証契約について信義則を根拠に、保証契約の終了を認めたケースとして、大阪地判平成4年8月31日(判タ826号241頁)がある。

同事案では、主たる債務についての信用金庫取引約定契約締結の２年後に、債権者たる信用金庫が、主債務者に対する根抵当権を解除した場合に、継続的な連帯保証も終了したといえるのか（その後の600万円の貸付についても保証責任が及ぶのか）が争点とされた。裁判所は、①契約締結時の事情として、保証人は、実兄である主債務者から特定債務の連帯保証の依頼を受けており、債権者は、保証人と面会したことはなく、資産調査も全く行わなかったこと、そして、契約締結後の事情として、②主債務者は、（当該信金以外からの）借入金により信金からの借入金を完済し、主債務者は、その旨を保証人に報告していたこと、そして、③債権者は、保証人に対し、信用取引と連帯保証が継続することを確認せず、その後の主債務者への融資には、返済実績、営業状態などから不動産担保は不要と考えていたことを総合考慮している。その上で、保証人は、包括根保証契約は終了したと考えていたのであるから、債権者としては、個別保証をとるか、継続的保証が続くことを確認すべきであったとし、信義則上、包括根保証契約は終了したと解するのが相当であるとした。

（３）まとめ

以上のように、保証契約の締結から長期間経過後の融資について保証責任が及ぶのか、という問題について、裁判所は、保証人が保証契約が終了したものと信じるのが合理的であり、債権者としては保証人の意思確認を行う必要性があるにもかかわらず、これを怠った場合に、保証責任を否定する傾向にある¹⁸。

¹⁸ 以上のほか、保証契約締結後に債権者による不当な関与が認められたケースでも、信義則による責任制限がなされている。東京高判平成14年1月23日（判時1788号43頁）は、保証契約締結後に主債務者たる会社が破綻した場合について、破綻の原因が、債権者たる信用組合の幹部の見通しの甘さや不正行為に起因するものである場合に、信義則に照らし包括根保証人の責任を制限している。また、名古屋地判平成16年6月18日（判タ1182号219頁）は、銀行が、ホテル経営資金を融資した後、当該ホテル事業が破綻した場合について、当該銀行が、主債務者たるホテルの経営破綻にもかかわらず、事件屋との密約により、その後10年以上にわたり債権回収を放置したことに鑑み、このような態度は、銀行

第3款 解約権による保証人の救済

裁判所は、いわゆる包括根保証契約について、保証契約締結後相当期間を経過したときは、保証人に対し、保証契約の解約権を認めるとの見解を示している（通常解約権）。また、包括根保証契約締結後、主債務者の資産状態が悪化した場合については、相当期間が経過したと否とを問わず、一定の要件のもとで保証人に解約権を認めている（特別解約権）。

1 保証契約締結から相当期間経過後の解約権（通常解約権）

大判7年12月17日（大審院民事判例集11巻2334頁）は、銀行と主債務者との手形割引契約上の債務について包括根保証契約を締結した保証人が、保証契約から2年半後に、主債務者の営業方針が放漫を極めていることに不安を覚え、保証契約の解約を申し入れたという事案である。大審院は、本件のような保証人は、保証契約締結後相当期間の経過したときは、債権者に対して解約の意思表示を行うことができるとし、本件では保証契約から2年半という相当期間の経過が認められるので、解約を認めた。その理由として、手形割引契約上の債務について期間の定め無き保証契約を締結した保証人が、保証契約後、相当の期間が経過した後には債権者に対して解約の意思表示を行ったにもかかわらず、債権者がその後も主債務者のために手形割引を行い、これによる手形上の債務について保証人に責任が生じるとすることは、信義則に反するとする。また、債権者の承諾がない限り、もしくは、割引契約が終了しない限り保証人は永久に保証人たる責任を免れないとすることは到底妥当と言うことはできないとしている。その他、傍論において、保証契約締結後相当期間の経過をもって、将来に向けた保証契約の解約権を認めた判例として、大判昭和9年5月15日（法律新聞3706号9頁）、大判昭和9年2月27日（大審院民事判例集13巻215頁）がある。

大阪高判昭和37年6月25日（判タ134号70頁）は、現在または将来の無担保債務につき、債権者において「必要ト認メラレルトキハ御請求次第直チニ相当担保ヲ差入レ又ハ保証人ヲ相立テ」るべき旨の条項を含む与

の公共性に照らすと極めて不相当で、債権回収に重大な懈怠があるといえるから、信義則上、保証責任は制限されるとした。

信契約書に保証人として署名した者が、当該与信契約には極度額の定めがないから信義則に反し無効であると主張したものである。裁判所は、取引慣行並びに信義則に照らし相当と認められる期間の経過により保証人は解約告知権を取得し、これによって保証人は自己の正当な利益を擁護できるものであるから、極度額の定めがないからと言って直ちに与信契約が信義則に反し無効であることはできないと判示した。同判決は、保証人による解約権行使の可否を判断したものではないが、本件判断の理由のなかで、解約権の存在を認めている。

２ 主債務者の資産状態が悪化した場合の解約権（特別解約権）

大審院は、保証金額の限度及び保証期間について特別の定めなしに将来成立すべき債務を保証する、いわゆる、包括根保証契約が締結された後に主債務者の資産状態が著しく悪化し、それ以上保証を継続すると、求償権の実現がおぼつかないという虞のある場合には、保証人は、直ちに保証契約を解約することができるとの判断を示している（大判昭和9年2月27日大審院民事判例集13巻215頁）。同旨の判例として、大判昭和9年5月15日法律新聞3706号9頁がある）。

同様に、最高裁判所も、包括根保証契約のケースについて、「保証人の主債務者に対する信頼関係が害されるに至った等保証人として解約申し入れをするにつき相当の理由がある場合には」、原則として、一方的な契約の解約権を認めている（最判昭和39年12月18日判時399号31頁）。同判決は、保証人が甥のために包括根保証契約を締結したが、その後、主債務者が返済を数回にわたり怠り、そのために保証人の出金が相当の額に達したため、保証人が前途に不安を感じ解約申し入れをするに至ったとの事実認定のもとに解約申し入れを有効としている。

３ まとめ

通常解約権と特別解約権は、ともに、保証契約後年月が経過する間に諸般の事情に変化の生じることを考慮して認められたものとして位置づけられている¹⁹。裁判所は、保証契約後に主債務者の資産状態が悪化し

¹⁹ 西村信雄「継続的保証契約をめぐる諸問題（下）」金法（1975年）4頁。

た場合において、保証人の責任発生が具体化し、求償権の実現による回収が困難となる虞が生じた場合には、直ちに、保証人の解約権を認める傾向にある。一方で、裁判所は、かかる虞が生じない場合であっても、包括根保証契約締結後、相当期間の経過をもって、保証人に解約権が発生するとの見解を示している。このような通常解約権における相当期間の経過とは、個々の諸事情を総合考量して判断するほかなく、弾力性のある要件であることが指摘されている²⁰。

第4款 権利濫用の法理による保証人の救済

最判平成22年1月29日（最高裁判所裁判集民事233号33頁）²¹は、株式会社各事業部門を法人化してグループ会社化した中の1社であるX社が、同グループの関連企業として設立されたA社に貸付を行い、当該貸付につきA社の代表取締役Yが保証人になったという事案である。最高裁は、A社が既に事業を停止している状況下で、X社がYに保証債務の履行請求をすることが権利の濫用にあたり許されないとの判断を示した。

このような判断の前提として、①X社とA社との優劣関係、②保証契約が締結された経緯や保証債務の履行請求がなされた際の状況について、以下のような事実認定を行っている。

まず、①X社とA社との優劣関係について、本件グループに属する各社がA社の事業活動から顧問料等の名目で確実に収入を得られる体制が周到に築かれていたと認定している。これに対し、②Yは、わずかの期間代表取締役に就任したとはいえ、経営に関する裁量をほとんど与えられていない経営体制であったことが認定されている。さらに、グループ内の幹部は、近い将来にA社が経営に行き詰まることを認識しながらYに代表取締役になるよう強く働きかけ、Yの代表取締役就任

²⁰ 西村信雄「継続的保証契約の解約権」金法689号（1973年）153頁。

²¹ 同判決の評釈として、中村肇「判批」金商1348号（2010年）7-11頁、齋藤由起「グループ会社間の金員の貸付における借主会社の代表取締役に対する保証債務の履行請求の可否（平成22.1.29最高二小判）＜判例研究＞」阪大法学60巻6号（2011年）243-256頁等。

後まもなく A 社が資金繰りに行き詰まるや、本件融資を受け、Y に本件融資に関わる債務を保証するよう指示し、Y がこれを拒むことは事実上困難な立場にあったこと等が認定された。最高裁は、以上の事実認定を考慮し、本件保証債務の履行請求は、経験も浅く若年の単なる従業員に等しい立場にあった保証人だけに A 社の事業活動による損失の負担を求めるものであるとして、権利の濫用に当たり許されないとした。

第５款 日本における保証契約の規律方法

ここでは、第４款までの保証人救済の状況から、保証契約に対する規律についてまとめる。

１ 保証契約締結過程における救済

契約締結過程においては、主として、保証人が保証責任の範囲、そして、主債務者の信用状況について誤信している場合に、錯誤の適用、及び、信義則の適用を通じて、保証人が救済される傾向にある。救済を認めた裁判例にはほぼ共通する特徴としては、債権者が保証人の誤信を助長するような虚偽説明を行った点を前提事実として認定していることにある。なお、債権者が意図的に虚偽の説明を行ったとはいえない事例においては、救済を認める前提として、債権者が主債務者の資産状況について十分な調査を怠ったまま不適切な回答を行った点が認定されている（東京高判平成17年８月10日判タ1194号159頁）。

一方、上記のような債権者の不当な関与が、必ずしも保証人救済の要件として認定されていないケースもある。東京地判平成８年２月21日（本節第１款２）では、債権者は、他の担保が存在するとの主債務者からの虚偽説明を信じて、保証人に対して同様の説明を行ったものであり、実は担保が存在しないことについては善意である。そして、空クレジットに関する保証についての最高裁判決である最判平成14年７月11日（本節第１款４）においても、債権者は、空クレジットであることについて善意であり、落ち度がないにもかかわらず、錯誤の成立が認められ、債権者がリスクを負い、保証人が救済される結果となっている。このような判断は、錯誤や信義則を通じた保証人救済全体の傾向と異なるものである。特に、保証人の負うべきリスクの相違という点では、他に連帯保証

人や担保物権が存在すると誤信したケース（債権者による不当な関与を考慮した上で錯誤を肯定）との類似性が指摘されているが²²、上記の東京地判平成8年2月21日及び最判平成14年7月11日ではこれとは異なる判断手法を採用しているといえる。このような判断手法の相違はどのように整理されるのか。

この点、学説上、空クレジット保証の錯誤に関しては、表意者の動機の問題ではなく、両当事者に共通する前提事情の誤解ないし共通錯誤、あるいは、前提的合意と意思表示による合意との齟齬の問題であるとの指摘がなされている²³。すなわち、空クレジット保証は、このような前提事情に関して当事者双方に「誤信の共通性」があり²⁴、その点で、他に連帯保証人等が存在すると誤信したケースとは明確な相違があるとされている。そして、このような前提事情の共通の誤信については、当事者双方にとってその前提が崩れてもおお契約締結を維持する意思であったかを判断すべきであるが、最判平成14年7月11日では、債権者の認識については明示的に判断されていないことも指摘されている。学説上、空クレジットでは、債権者であるクレジット会社の立場においても、空取引であれば融資を行い保証契約を締結したとはいいたいことから、錯誤無効が正当化されるとの観点を示されている。また、別の観点から、正規の取引構造が悪用されたことのリスクは、クレジットの構造で営業しているクレジット、リース業者が負うべきであることから正当化されることが指摘されている²⁵。

このように、空クレジット保証の錯誤における本質的な問題は、単なる主債務者の信用性に係る誤信というケースとは異なり、保証契約を締結するか的前提事情について、当事者双方に誤信の共通性が認められることにある。その点で、他の保証人救済のケースとは異なるといえる。

さらに、東京地判平成8年2月21日に関しては、空クレジットのケースではないものの、他に担保が存在することが主債務者により仮装され、

²² 尾島・前掲注9）62頁。

²³ 大西・前掲注9）55頁以下等。

²⁴ 中舎寛樹「判批」法学教室270号（2003年）115頁。

²⁵ 中舎・前掲注24）115頁。

債権者と保証人がともに前提事情について誤信したという点では、空クレジットと共通しており、以上の議論が妥当するものといえる。

以上から、保証契約締結過程において、①債権者が、保証人の誤信を形成・助長するような不当な関与を行った場合、②当事者双方に保証契約を締結する際の前提事情に関して共通の誤信が認められ、保証契約を有効とする法的意義が認められない場合において、保証人は救済されている。

２ 保証契約締結後における救済

保証契約締結後において債権者が保証人の利益を害する不当な関与を積極的に行ったと認められる場合、裁判所は、信義則を根拠に、保証人を救済している。

さらに、保証契約締結後においては、保証契約締結から相当期間が経過した場合、及び、主債務者の経営状況が悪化した場合には、保証人に将来に向けた保証契約の解約権が認められている。

また、保証人がこのような解約権を行使できない状況においても、信義則上、保証責任の制限が認められている。まず、保証契約締結から何ら保証の履行請求がなされないまま長期間が経過した場合（名古屋高判平成18年12月20日では20年が経過）には、信義則上、保証債務の履行請求が否定されている。次に、主債務者の経営状況が悪化したにも関わらず新規融資が実施された場合、裁判所は、債権者に対して、保証人に対し、悪化の状況を告知した上で、改めて保証の意思の有無を確認すべき信義則上の義務を課している。そして、その義務違反が、保証人救済の要件とされる傾向にある。また、保証契約当時と比較して、融資額が保証人の合理的予測を遥かに超える融資が実行された場合にも、信義則上、債権者には、このような融資に関する通知と保証意思の確認義務が課される傾向にある。そして、そのような義務が履行されない場合、保証人の責任は相当な金額に制限されている。

このように、契約締結後の事情の変化として、当初の保証意思が形成された前提との異質性から、保証意思が問い直されるべき事由がある場合にも、保証人の救済は図られているといえる。

3 裁判例にみる保証の規律

以上から、わが国では、保証契約の契約締結過程、及び、契約締結後を通じて、保証人の救済が図られており、その救済手法から、次のような規律が見いだされる。契約締結過程においては、債権者が保証人の誤信を惹起、助長する積極的な関与が保証人救済の要件とされる傾向にある。このような判例の傾向からは、債権者には、保証人の意思形成に関して不当な関与を行わないという消極的な義務が課されるという帰結を導くことができるにとどまり、直ちに、債権者に対し積極的な情報提供や説明義務を要求するものではなく、保証人に対する注意喚起を行うべき義務を課すものともいえないであろう。また、紛争の実態としては、主債務者からの不当な働きかけが、任意による保証意思の形成を阻害する要因となるケースが散見されるが、判決文をみる限り、主債務者の関与は、保証契約を規律する要素としては位置づけられていない。

一方で、契約締結後には、債権者には、信義則上、主債務者の経営状況の悪化や高額な融資の実行に関して、予め保証人への通知と保証意思の確認を行うべき積極的な義務が課されており、これを履行せずに新たな融資が実行された場合に、保証人が救済される傾向にある。

ここで改めて、保証の効力や責任の範囲が争われた事案における主債務者と保証人の関係性を確認しておきたい。裁判例にみる両者の関係性とは、①主債務者とその知人・友人・親族等のいわゆる情義的保証人、及び、②主債務者たる会社とその実質的な経営権を有していない名目的取締役に集約される。このような保証人の地位は、錯誤における重過失を否定する際の根拠、あるいは、信義則を適用する要件とされる等、法的構成における位置づけは多様であるが、主債務者との関係性が、保証意思の形成に大きく影響している点で共通する。裁判例にみる第1の影響は、主債務者からの虚偽の説明をそのまま信じたことによる契約内容やリスクについての「認識の欠如」である。そして、第2の影響は、主債務者からの依頼を拒絶できなかったためにそのまま保証契約を受け入れたという「任意性の欠如」である。特に、任意性の欠如に関しては、保証人となることを拒否したものの主債務者からの執拗な押しつけによりやむを得ず保証契約を締結したという事案も散見される。しかしながら、裁判所は、これらの事案についても、債権者による不当な関与がみ

られない場合には、錯誤の要件を具備しないとし、保証人の救済を否定する傾向にある。

第２節 新たな規律の試み

本稿第１章から第４章までの検討により、イングランドでは、①制定法上の要式性による保証責任についての認識喚起、②一定の不利益事実についてのコモンロー上の情報提供義務、③保証人の信託の濫用に対するエクイティ上の救済という、大きく３つの角度から契約締結プロセスの規律が構築されている状況が明らかになった。以下では、日本法における既存のアプローチを確認した上で、イングランド法からの示唆をもとに新たな規律の在り方を検討する。

第１款 既存のアプローチの限界

１ まず、保証人の認識欠如を克服するためには、保証人が保証契約締結による「責任内容」や自らに生じうる「不利益性」を認識していることが必要である。この点、保証契約の「責任内容」に関しては、契約書の作成が保証の効力要件とされるにとどまり（民法446条第２項）、保証人への交付は義務づけられていないが、契約書の交付は、保証責任の認識のために必要な方策である。

この問題に関しては、平成29年の債権法改正により、主に事業性融資のための個人保証を対象に、新たな条文が設けられた。第１に、保証意思宣明公正証書の作成が保証の効力要件とされた（民法465条の６第１項）。同規定は、公正証書の作成に際し、保証人が契約内容を公証人に口授するというプロセスを要求するものであることから、保証人の契約内容に対する認識を喚起するという意義がある。第２として、契約締結時の情報提供義務が明文化された（民法465条の10第１項）。同規定は、保証人にとって最も利害が重大といえる主債務者の財産状況等について、主債務者自らが、委託する保証人に対して情報提供することを義務づけたものである。同条の定める情報提供の内容は、従来の裁判例で保証人の錯誤が争われてきた事柄と重なる点が多く、適切な情報提供が行われることにより保証人の認識が喚起されることが期待される。

もっとも、民法465条の10第２項によれば、保証契約の取消しが認め

られるのは、債権者が、主債務者による情報提供の懈怠や虚偽の情報提供について悪意であるか、認識可能性がある場合に限られている。したがって、債権者自らも虚偽の情報提供に加担した場合等は格別、何らの関与もしていない場合には、取消が認められない可能性が強い。そのため、債権者には、適切な情報提供の実現に向けて関与するインセンティブがあるとはいいがたく、結果的に保証人への確実な情報提供が担保される仕組みにはなっていない。

保証契約締結によるリスクについて、保証人の認識を喚起するという観点からは、債権者が保証人にとって不利益な情報を把握する場合には、債権者自身に積極的な情報提供を要求する規律も必要であると考え。2 次に、保証人の任意性の欠如という課題に関して、その根本的な要因を明らかにする。裁判例の事案の分析からは、保証人が任意性を欠いた状態、すなわち、拒絶したくてもできない状況で保証契約を締結するという事態は、第一次的には「主債務者」からの依頼行為から惹起される傾向があるといえる。主債務者による保証依頼は、全くの他人に対して行うことは稀であり、通常は既に信頼関係や従属性が形成されている場合が殆どである。検討した錯誤や信義則に関する事案における保証人は、①主債務者の知人・友人・親族等のいわゆる情義的保証人、及び、②主債務者たる会社の実質的な経営権を有していない、いわゆる名目的取締役が集約される。このように、保証人が主債務者に対して一定程度の信頼を置いている状況において、「主債務者」が虚偽の説明や執要な押しつけを行い、やむを得ず保証契約を締結したというのが任意性欠如の実態といえる。

このような保証人の信頼の悪用は、保証人の任意性欠如の要因であるにも関わらず、現在の法制度では、直接の救済が与えられていない。錯誤ないし信義則の適用による救済では、保証人の誤信が相手方である債権者との契約内容として重要であるか、あるいは、債権者の行いが信義に反するか、という2当事者間を想定した要件を充足する必要があるため、主債務者による保証意思の任意性阻害を直接救済することは困難である。問題の本質は、主債務者による保証人の信頼の悪用にあるのに、そのことを直接規律する法理がなく、錯誤等の法理を適用していることから、債権者と保証人間の利益調整を行うこととなっている。

この点に関し、平成29年改正により設けられた保証意思宣明公正証書の規定（民法465条の６第１項）は、保証意思の任意性を担保する制度として活用されうる。同規定の可能性については、次款において検討を行う。

第２款 保証契約締結プロセスの規律の試み

本款では、イングランド法からの示唆をもとに、日本における保証人への情報提供と任意性の確保について、規律の構築を試みる。

１ 情報提供についての規律

（１）イングランド法では、原則として債権者の情報提供義務は認められないものの、例外的に、「通常、保証人が存在するとは予期しない保証人にとって不利益な事実」について、債権者がその事実形成に関与し、あるいは、事実を把握していることを要件に、債権者に情報提供義務が課されている。情報提供義務の法的根拠は、黙示の表示（implied representation）ルールにあるとされている。すなわち、「ある事実が存在することを告知しなかったこと」が「その事実は存在しない」という黙示の表示となるために、保証人が「その事実は存在しない」と予測するような状況においては、債権者は、そのような事実を全て開示しなければならず、義務違反の効果として契約の取消しが認められるのである。ここでは、不実表示における主観的要件と同様の解釈論が用いられ、具体的に争われた情報に関して、保証人が悪意または知りうる状況にあったのか、という実際の情報取得可能性が検討されている。例えば、担保権順位の合意²⁶や主債務者の口座の凍結等、保証人にとって不利益な事実が存在する場合には、保証人が当該事実を実際に認識し得たかが要件として判断される。また、一般契約法理を根拠とするため、保証人が経営者の地位にあったとしても、そのことから直ちに情報提供の対象から除外されることはなく、債権者と経営者保証人との間に情報の差が認められる場合には、情報提供義務が課される場合がある。

²⁶ 日本の民法上、抵当権順位の変更の合意には、「利害関係人」の同意が要求されている（民法374条１項）が、保証人は同条項の「利害関係人」には含まれていないと解されている。

(2) このようにイングランドにおける情報提供義務は、債権者に保証人の認識していない不利益事実に関する情報提供義務を課し、その違反の効果として契約の取消しを認めるという枠組みを有する。この点、日本の民法上、契約当事者の一方に情報提供義務を課し、その違反の効果として取消を認める明文は存在しない。

一方、消費者契約法は、第4条2項本文において、「消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実(当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。)を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。」と定める。同条は、保証人が保証を事業とする者にあらず(消費者契約法2条第1項)、債権者が事業者である場合(消費者契約法2条第2項)には、保証契約にも適用されうる。

同条は、消費者にとって不利益な事項が告知されないままに契約が締結された場合に、消費者による契約の取消しを認めるものである。債権者が、保証人の予想しがたい不利益な事実について情報提供を怠った場合を、「不利益事実の不告知」の一態様として扱うことにより、保証人に契約の取消しが認められる余地がある²⁷。

2 保証人の信賴の悪用に対する規律

(1) 日本において、保証人の主債務者に対する一定の信賴が悪用されるという問題状況は、イングランドにおける信賴の濫用規制の問題と近似している。

既に検討したとおり、イングランドでは、妻が夫の事業融資等のために保証人となる、いわゆる配偶者保証を中心に、主債務者からの不当威圧を理由に、保証人が債権者に対して保証契約の取消しを主張しうるか

²⁷ 消費者契約法改正の議論では、「不利益事実の不告知」について、利益となる事実を告げていたという先行行為は必要ないとの見解も主張されている。

が問題とされてきた。貴族院は、取消による救済要件として、主債務者による不当威圧の成立、および、かかる不当威圧についての債権者の悪意（ないし悪意の擬制）が必要であるとの先例を前提にしつつ、悪意擬制の認定方法を緩和し、救済の可能性を広げた。すなわち、妻が夫の債務を保証する場合には、当然に債権者の悪意が擬制されるという悪意擬制の理論を形成した。そして、債権者が、このような悪意擬制を回避するためには合理的措置（reasonable steps）をとることが要求される。さらに貴族院は、かかる悪意擬制の理論の射程について、配偶者保証のみならず、保証人が無償にて保証人となる、いわゆる無償保証のケースに適用されるべきことを示した。その理由は、無償保証においては、一般に主債務者による保証人への不当威圧の危険が潜在することにあるとされている。

悪意擬制の理論により、無償保証の契約締結プロセスにおいては、債権者が合理的措置をとるべきこととされ、保証人の任意性の確保に向けた方策が図られている。債権者による合理的措置の対象は、あくまで主債務者と保証人の関係性から画定されるのであり、物的担保と人的担保、あるいは、包括的保証と特定保証といった保証責任の範囲を問わずに、任意性の確保を図る仕組みとなっている。

このような悪意擬制の理論においては、保証人の保護のみならず、金融の維持という要請も考慮されている。同理論は、債権者たる銀行に対し、予め要求されている合理的措置を果せば、有効な保証を確保できるというインセンティブを付与する側面があり、銀行にとっては、保証契約の取消しを免れるための「予防的な手段」としても評価されている²⁸。また、Etridge 判決は、従前より不明確であった合理的措置の内容につき、原則として、債権者が、妻の弁護士の作成した「保証人になろうとする妻に対して、適切に助言した」との確認書を取得することであると示した。ここで示された合理的措置は、一見すると保証人の救済に欠け、金融の維持に偏するものといえる。

しかしながら、Etridge 判決は、このような合理的措置が、銀行実務の慣行に配慮した次善策であること、債権者たる銀行が、直接保証人に

²⁸ Richard Calnan, Taking Security, 3rd ed., (2013), p. 426.

対して法的助言を行うことが「最善の方策」であり、例外的に、より積極的な措置をとるべき場合があることを肯定している。その後の判例法では、Etridge 判決で示された合理的措置を、「最低限のコアな内容」と位置づけ、「妻の弁護士」による「適切な助言」を受けていないことを銀行が認識する場合には、銀行は、妻に弁護士選任の意思を確認すべきこと、そして、助言を受ける際には、「夫から独立した状況」の確保を要求すべきこととするものがあり、注目に値する。また、Etridge 判決以前の従業員保証のケースにおいては、使用者に対する強い依存性を認定した上で、さらに、一定額の主債務に対して著しく不当な包括的保証である場合には、適切な助言の確認がなされていないとして、合理的措置の履行を否定したものがある。このように判例法は、「保証人の任意性欠如」のリスクに応じて、単なる助言の確認に尽きない厳格な措置をも要求することにより、合理的措置を多層的に設定し、金融の維持と保証人の保護の調整を図っているのである。

(2) これまで日本では、保証契約締結過程の規律を論じる中で、説明義務ないし保証意思の確認義務を債権者に課すべきことが提唱されてきた。その意図するところは、契約のリスクや保証債務発生 of 具体的可能性、ないしは、保証債務の過大性を保証人に告知することにより、保証人に翻意の機会を付与し、任意性を確保することにあつたといえる。これらの義務は、包括根保証、ないしは、過大な保証からの救済を趣旨とし、債権者による保証人保護義務の概念を根底に置くため、根保証を対象に論じられてきた。

確かに、保証債務発生 of 可能性が高いこと、あるいは、保証責任の範囲が過大であることは、保証人の任意性の欠如と関連しうることは否定できない。しかし、これらの事情は、保証人の任意性欠如を生じさせる根本的な要因ではなく、むしろ保証意思の任意性を疑うべき背景的事情の1つとして位置づけられるべきである。

主債務者が保証人からの信頼を悪用し、任意によらない保証契約を締結させるリスクが高い状況においては、たとえその契約が特定保証であっても、また、保証責任発生 of 可能性が高いとはいえない場合であっても、直ちにこれを有効とすることは正当化されず、任意性を担保するプロセスを経る必要がある。

この点、平成29年の改正により設けられた民法465条の6第1項は、保証意思宣明公正証書の作成を保証契約の効力要件とした。同規定は、保証人になろうとする者が、主たる債務の元本および利息等を、また、根保証契約については、主たる債務の範囲および極度額等を公証人に口授し、これを公証人が筆記し、その内容を保証人になろうとする者に確認させた上で、署名押印をさせるという手続要件である。その趣旨は、個人的情誼等による安易な保証契約を防止するために、公証人のもとで、保証人の意思確認を行うことにある。かかる規定は、保証人の任意性欠如というリスクへの法対応として、第三者による助言、確認行為という事前の手続的関与を法制度化したという点において、イングランド法と共通性を有する。

もっとも、民法465条の9は、保証意思宣明公正証書規定の適用除外を定めている。その中には、主たる債務者と共同して事業を行う者、及び、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が含まれている。これらの者は、主たる債務者からの影響のもと、保証を拒絶したくても拒絶できないという任意性欠如の危険が高く、上記の制度趣旨に照らせば、これらの者を除外することの合理的理由は見出がたい。

この点、イングランドでは、従業員保証や配偶者保証については、主債務者との関係性から、任意性に疑いのある類型とされ、合理的措置をとるべき対象とされていることが示唆的である。配偶者保証については、配偶者間に家計の同一性が認められる場合、妻が夫の事業債務のために保証人となることには相当かつ合理的な理由があり、直ちに不当威圧が認められるものではなく、取消による救済については、厳格に解されている。しかしながら、判例法は、配偶者保証において、一定の不当威圧のリスクは否定できないことを根拠に、かかるリスクに関する債権者の悪意を擬制し、債権者に合理的措置を要求することで、任意性確保に向けたプロセスを付与しているのである。

また、民法465条の6は、保証意思の任意性確保を趣旨とするところ、その規定内容は、公証人のもとで、主たる債務の内容等に関する認識の喚起を中心とする。イングランドでは、保証人の「認識」を喚起するための要式性、及び、情報提供義務といった制度と、「任意性」の確保に

向けられた合理的措置とは、別個独立の制度として併存すること、すなわち、両者の異質性により、法的アプローチも区別されることが、判例法上、明示的に示されている。そして、任意性確保に向けられた合理的措置の特徴として、主債務者の影響から保証人を独立させることが要求されている。

このような独立性の視点は、民法465条の6の規定からは明らかではないが、保証意思確認プロセスにおいて、主債務者の影響を排除し、保証人の独立性を図るという観点も、今後の運用において重要であると考ええる。

第3節 課題と展望

本稿は、個人保証人に対し、任意性の欠如という問題への法的救済を構築せずして自己責任を問うことは、契約自由の原則のもとで正当化されるものではないとの見解から保証契約プロセスの規律へ向けた提言を試みたものである。

日本の裁判例の分析から明らかになったことは、保証人の瑕疵ある意思形成に対し、債権者自身が虚偽の説明等の不当な関与を行なった場合には、錯誤や信義則、契約解釈による救済が図られているという点である。

しかし、保証契約締結において債権者である金融機関が不当な関与を行うというケースは、通常の形態とは必ずしも言えない。むしろ個人保証においては、主債務者と保証人との間に一定程度の信頼関係があり、主債務者がその関係を悪用することにより任意性の不完全な保証意思が形成される傾向にある。このような傾向は、裁判例の事案分析から明らかになり、また、学説上も既に指摘されてきたところである。さらに、この場合に保証人を救済するには、契約の取消を認めることが有用であることも、学説上、指摘されてきた。しかし、債権者が保証人の意思形成に直接不当な関与していない場合にも、債権者に契約の取消から生じるリスクを課すことがどのように正当化されるのかという点に関しては、これまで十分な議論が行われてこなかったといえる。

本稿では、イングランド法における保証人の信頼の濫用法理から、このような課題に対する一つの理論的解決のモデルを獲得することができ

た。それは、保証人が主債務者から対価を受けることなく無償にて保証を引き受ける場合には、保証契約は、主債務者をも含む三者契約であると捉え、主債務者が保証人からの信頼を濫用して行った不当威圧について債権者の悪意を擬制し、債権者が合理的措置をとり行わない限りは、保証契約の取消しを認めるというスキームであった²⁹。すなわち、債権者の悪意を立証せずとも、原則として取消を認めることにより保証人を信頼の濫用から救済し、他方で、自ら不当な関与を行なっていない債権者には悪意擬制を回避するための合理的措置を認めることで、保証人救済の仕組みを正当化するのである。このような合理的措置は、任意性確保に向けた契約締結プロセスとして、保証人の「主債務者からの独立性」を状況的に担保することを要求するものであり、この点は、日本における保証意思宣明公正証書規定の運用に示唆的であることを検討した。

もっとも、このような任意性確保に向けた契約締結プロセスの規律は、わが国で議論されている過剰保証規制との関係で問題も生じうる。任意性確保に向けた規律は、どのようなプロセスを経れば、任意性を確保するための措置を行ったと認められ、究極的には保証人の意思決定を有効とすることが正当化されるのかという観点から構築されたスキームであ

²⁹ 学説上、3者以上の当事者が関与している多角的法律関係の一類型として、保証契約を位置づける見解がある（中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する研究序説」法律時報80巻9号（2008年）100頁）。このような多角的法律関係については、様々な角度から議論が行われているが、効果面では、多角的法律関係の内容、とりわけ契約当事者ではない関与者の法的地位をどう捉えるかという視点の重要性が指摘されている（椿寿夫「《多角》関係ないし《三角》関係について一取引法での一視点」法律時報80巻8号（2008年）96-98頁）。イングランドにおける悪意擬制の理論は、無償保証契約を三角取引であると解釈した上で提示されたものである。同理論は、保証契約の意思表示の当事者ではない第三者（主債務者）が、保証人の意思形成に不当な関与をした場合に、保証契約の効力をどのように解するかという三角取引における具体的問題について1つの解決モデルとして位置づけることができる。保証契約における錯誤の法理について、主債務者と保証人間の委託契約の内容が、債権者と保証人間の意思表示の錯誤として反映されていることを指摘するものとして、中舎寛樹「保証取引の多角的構造と錯誤無効の意義」明治大学法科大学院論集17巻（2016年）31頁以下がある。

る。

したがって、日本における契約締結プロセスの規律も、契約自由の原則の下で、保証人の意思表示を有効とすることを正当化するための法制度として構築することに意義が見いだされる。

一方で、過剰保証規制とは、保証人の支払能力を超えた保証契約の効力を否定し、あるいは、責任を限定しようとするものである³⁰。このような過剰保証規制は、保証人の保証意思形成に瑕疵がなく、保証意思がともなっている場合においても、保証の過剰性を理由に保証の効力を否定するものである。

保証意思の任意性を確保するための規律を構築し、その規律に照らし、保証意思が、契約の自由のもとで有効とすることが正当化された場合に、その保証契約の効力を、保証人の資力との不均衡を理由に否定することは、契約法上、整合的に理解されるのか。この点は、今後の保証制度の構築における問題として位置づけられる。

また、本稿は、イングランドの保証契約に関し、保証人の認識および任意性の確保に向けたプロセスを明らかにしたものであるが、そのプロセスをより立体的に理解するには、イングランドの金融における保証の意義、及び、破産免責制度の構造についても検討が必要である。

以上の検討が及ばなかった点については、今後の研究課題としたい。

³⁰ 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、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19号（2011年）43頁以下。

日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途

——「民法理論研究」を求めて——

吉田 邦彦

一. 序——近時の日本民法学の急激な変貌

「それはともかく、「民法史」（とくに現代的激変）については、僕の語りだけではなくて、貴君たち中堅どころの率

直な意見を学界にぶつけていくことが大事かと思えます。僕が思いつくものとして、例えば、(1) 従来の「研究中心主義」の崩壊。…：法科大学院、債権法改正などの法改正なども関係します。(2) 民法総論研究(民法理論研究)の高まりと、従来型の古色蒼然とした概念法学との分岐・乖離。…：益々、学界内部のコミュニケーションは減退した。民法人事にも反映して、人事に関する価値観の共有がなくなった。(3) 一般的な蛸壺化現象。…：(2)とオーバーラップする。(4) リアリズム法学的系譜の崩壊。外国法研究との乖離。(5) フランスの「注釈学派」的研究の前面化。(6) 「生ける法」的な重要性の増大とそれに関する民法研究の衰退。…：これは従来の民法学にも悖る。しかし、例えば、戦後補償でも、アイヌ問題でも、枯れ葉削問題でも、福島問題でも、通常の民法学者の目が届かなくなり、しかし現代的重要性が大きい問題はどんどん膨れ上がっているという乖離現象。(7) 学際的議論の高まり(科研では新学術領域)と通常の民法学者のそれへの対処の無さ。(8) 出版社の行動様式の変化…：研究文献よりも、入門書の激増。そこでは、川島博士がオリジナリティを示すものとしてあれだけ重要だとされた『文献引用』は意識的に切り落とされている。これは学問倫理に与える悪影響も大きいだろう。(9) 債権法改正も含めて、「審議会民主主義」の弊。学界の中立性、反権力性の喪失？」

唐突ではあるが、冒頭に掲げるのは、本学の今野正規君(関西大学法学部教授)との今年(二〇一九年)一月二〇日の北大民法理論研究会ML(同研究会は一九九二年に私が創基した北大での研究会で、五十嵐清博士が作られた古くからある北大民法研究会は、判例研究中心なので、それと車の両輪の如く、ヨリ広い理論研究報告の受け皿として発足した。なおこの研究会のMLは、その関連の討議の場となっており、既にその投稿討議のメール数は、四〇〇〇を越えている)での私のメールからの抜粋である。ここに列挙した『近時の日本民法学の激変』はいずれ報告の中で後に述べることとしたい。

関西大学という伝統ある法学部で、このような機会を与えられたことは、本当に光栄だが、私は果たして日本民法学を回顧する歳なのかと思うと、躊躇する。しかし昨年（二〇一八年）七月に還暦を迎えた私は、昔ならば皆大学教師を辞めた年齢だ。改めて、川島博士の『少年（青年）老い易く学成り難し』の言葉（同博士の最終講義（一九七〇年三月）での言葉²⁾）をかみしめているが、わが民法学の近時の激変を皮切りに、（未だ中間地点という思いは強いが）これまで疾風の如くであった民法学の三〇年余り（大学卒業（一九八一年）から三八年、北大就職（一九八七年）から三二年、最初のアメリカ留学（一九八九年）から三〇年）の回顧を試みたい。

二. 従来の日本民法学の推移——刺激的だったこと

まず、民法学史の転機に即した区分けをしておく（次述するように、これは星野博士による区分けを延長させたものである）、立法者の時代（第一期）、学説継受期以降（第二期）、我妻法学による完成（第三期）、星野博士らによる学説継受批判（第四期）（一九六〇年代以降）、平井論文による利益考量論批判（第五期）（一九九〇年代以降）、そして二一世紀に入り、民法総論研究、民法理論研究の開始、³⁾社会問題の学際的処理の要請の高まり（第六期）、それと同時に日本民法学の後退期（創造的批判は薄れ、法科大学院による繁忙化、債権法改正による『注釈学派』の時代。研究者の萎縮。大方の民法学者の社会問題との乖離）（第七期）ということになる。今後どうなっていくのだろうかと不安に駆られる日本民法学者は多からう（この点で、一九九〇年代後半に既に平井博士は、『日本民法学の凋落』を予言してされていたが、⁴⁾残念なことにこの予測は当たっていたように思われる）。

ここではまず、日本民法学の現況とは対蹠的に、私がかつてのそのどこに刺激を感じたのかを述べるこ

とにしよう。すなわち、第一は、星野博士の民法学史である。⁽⁵⁾ 同博士は、北川善太郎博士⁽⁶⁾などと共に、その構造的問題（学説継受）の指摘をされて、今後の民法学者の脱構築課題を示された。また東大現役の終盤には、そうした作業の比較法的・法学的・思想的裏付けもまとめられた。⁽⁷⁾ これは星野シュレーに限らず、少なからず当時の若手民法学者に多大な影響を与えた（私の処女作の『第三者の債権侵害』研究もその具体的実践として行ったものである）。そして第二は、その具体的実践としての、概念法学（とくに我妻法学）の脱構築であり、その代表的なものが、平井博士の損害賠償法学（ドイツ的な完全賠償主義を前提とする相当因果関係理論、違法性理論、主観的な過失論、差額理論など）の脱構築であった。⁽⁸⁾

第三は、そうした方法論的基礎としての、リアリズム法学的方法論の系譜である。これは、末弘、川島博士などの寄与によるところも大きく、東アジアでは例外的に（特に東大系は）アメリカのリアリズム法学の影響が強かったことであり、方法論とその承継のあり方である。それは私が学生の頃全盛であった利益考量論⁽⁹⁾にも現れている。

それとクロスするが、第四に、法と政策との関わりである。これは平井博士が、いわゆる現代的不法行為分析の一環で、「政策志向型訴訟」に注目されて、法政策学という分野に大きく展開された領域であった（当初は、「法と公共政策」という授業名の演習で開始された）。近時は立法談義が多いので、学問的には立法学と隣接する法政策学と近時の民法改正との議論がなされてしかるべきだが、全くそういう関心は大方には希薄である。むしろ、次述の平井博士の一九九〇年頃の論争の独特の承継の仕方による、近時の概念法学化により、法政策学の議論は喪失されてしまっている（近時の改正論議は、民法学だけの解釈論延長線上の立法論に終始していると言っても過言ではなく、あまり学問的香りはない）。

第五に、一九九〇年頃に（民法学に留まらない）学界の「台風の目」となった、平井博士の方法論的問題提起には、⁽¹²⁾

私も大いに刺激を受けたわけだが、これをどう捉えるかという問題がある。結論を先に述べれば、私は、同博士の議論のオリジナリティは、法価値の認識論 (epistemology) の転換・刷新 (いわゆる星野博士の「価値のヒエラルヒア」論の批判部分) に意味があると考ええる。だからこそ、これは来栖博士の一九五〇年代からの一貫した研究である、法と法律の研究、フィクション論⁽¹³⁾と繋がるものがあるわけである。つまり、富士山のような価値のヒエラルヒアには、論理実証主義的な写像理論の如き法価値論が措定されるが、現場の価値のコンフリクトにおいては、そのような価値調整はできない。そこで法命題を道具とした議論を通じて、制度的に、いわばフィクション的に「判例」なり「通説」なりという形で暫定的に対応せざるを得ないという立場が出てくるわけであり、論理実証主義の権化のヴィトゲンシュタインの前期と後期の分裂とも関係する。《現象学的な見方》を抜きにできないという現代思想的な視角を取り込まざるを得ないわけである。平井博士もポパーの後期の「世界三」という発想に依拠される限りでその系譜である⁽¹⁴⁾。

しかし大方はこのようには捉えず、これを契機に利益考量論批判、新たな概念法学化に、後継の民法学メインストリームは向かったわけである。しかしこの点でも私見を述べておくと、平井論争で、利益考量論を批判し尽くせるわけではなく、利益考量論と同博士の議論論は、両立可能というほかはない。

なお最後に、恩師の世代のスタンスは、様々な意味で、模範的であつた⁽¹⁵⁾。例えばそれは、研究中心主義、レベルの高さ、視野の広さ(少なからず、ジェネラリストが民法学を牽引していた)、研究者倫理のいずれにおいてもそうだった。ところが、近時は、どうだろうか。各論研究化(方法論の払底)、債権法改正の追随研究(研究分野の偏り)、政策的な偏り・右傾化(企業・権力との繋がりが、ともすると、顕著になる)、脱研究化(入門書的な教科書執筆)などなど。短期間でかくも断絶が生じてしまう日本民法学とは何なのだろうか、先人からの承継の側面はどうなってしまったのだろうか。

三、私の民法学への関心の推移

冒頭に述べたように、時の流れのみ早く、大したこともできないままに、還暦を迎え、民法との付き合いも一世代の三〇年余りを経過してしまったというのが、正直な思いだが、「これを機に日本民法学を回顧して、そこにおける吉田の民法学の位置づけを示すように」との本日の企画趣旨故にやむを得ず、私自身の歩みののろい民法学の彷徨を記すと、以下の如くである。

(1) (方法論) まず方法論的に、リアリズム法学的系譜の継承としての批判法学に立脚点を求めることに、三〇歳台までのかかりを費やすことになった。⁽¹⁶⁾ 我妻博士をはじめ早い段階で自身の民法学の解釈論の方法論的基盤作りをする方も多いが、他方で、あまり早い段階で方法論に没頭することに疑問も出されたりもする。そうした中で私の場合には、学際的な議論が満ちあふれるアメリカ法学の中に屡々身を置くことになり(目下五度目の長期アメリカ留学中である)、どうしても自身の行っている民法学は何をやっているのか。他分野と比べてどういう特殊性があるのか。自身の法解釈の立脚点、政策論的立場をどこにおくのか。そのように、どうしてもそうした基礎固めをしておくことを余儀なくされたわけである。(なお、後の議論との関係で、私の民法イメージは、当初は民法解釈中心主義的な社会問題を広く「民法問題」と二度目の留学迎りから、もつと自由度を高めて、立法学・政策学も取り込み、民法的な社会問題を広く「民法問題」として捉え出す、ヨリアメリカ法学的な立場にシフトしたと言える。)

その際に、自身はリアリズム法学の現代版としての様々な批判法学の影響を受けたために、アメリカでの批判法学の方法論的議論とともに、考えることも必然的に求められたという面もある。ともかく、こうした方法論の基礎固めで一〇年もかかってしまった。「ハイデガーの沈黙」には比すべくもないが、遅筆の私は、一〇年近く書籍の刊行もできな

い状態が当時続いたが、様々な方法論的彷徨は、決して退屈ではなくて、個人的体験としては、刺激に満ちたものだった。

(2) (各論研究) 具体的領域としては、(i) 取引的不法行為からはじめ⁽¹⁷⁾ (今でこそ、「取引的不法行為」は普通に使うが、私が債権侵害をやり出した頃は、取引的不法行為の中心的存在の債権侵害が特殊日本的に周縁化されていたから、今とは相当に異なっていた)、そこから(ii)「契約を破る自由」の対抗理論としてのマクニール教授の《関係の契約理論》、そして新制度派経済学的な発想から、(iii) 法(医療過誤判例)と医療保障制度との総合を目指す当時勃興した「医事法」をひとしきり行った(最近また、中国の医療保障改革談義との関係で、関心は再度この問題にシフトしている⁽¹⁸⁾)。そして、次述する「スタンフォード体験」(一九九〇年代半ば)ないしレイディン教授の人格的所有理論の応用として、(iv) 二〇〇〇年代になり、居住福祉法学を展開し、⁽¹⁹⁾ (v) 同時並行的に所有法の裏の問題として、補償法学を国際人権法に枠組みを広げて考察した⁽²⁰⁾。

まさしく、《彷徨える民法学》だが、民法理論研究は、理論的・横断的に民法を捉えようとするから、総論的にならざるを得ないし、各論的テーマをどれだけ拾えるかが問われている。ところで、一九九〇年代半ばの契約法学から所有法学への関心移行について、私は「スタンフォード体験」としているが、哲学史上のいわゆる「カントのルソー体験」に比すべくもないが、私自身にとつて、ある意味で革命的だった(契約法学も面白いのだが、所有法学の方が、社会組織・レジームの根本を扱うと言いうことができる)。関係理論的軸は、一貫しているつもりだが、その応用理論とも言うべきレイディン所有権論(そしてそこにおける市場主義的な「商品化」(commodification)批判)の軸の下に、——川島所有権理論批判という形で——身体所有論、環境法学、(日本)住宅法学の欠陥、知的所有論、更には先住民民族論が見えてきたのである(二〇一〇年代後半以降の日本法学での所有権論批判への大方の関心の始まりは、かなりタイムラ

グがあると思わざるを得ない。

同時に (vi) 東アジア法学へのシフトも近時の私の研究の新たな動向である (注 (20) 参照) が、これは、近時の教育現場 (とくに大学院) が、中国からの留学生に席巻されるという事情も関係している (出発点は、戦後補償問題などは必然的に隣国との関わりが問われ、また居住福祉分野では、早川博士がかねて東アジアとの交流の重要性を説いていて、毎年東アジア居住問題会議を開催しているということと無縁でなく、やはり学問の側からそういう志向が出てきた)。
さらに、(vii) (災害復興法とも絡めて) 環境法の研究 (緑の所有権論・地球温暖化問題、ないし福島原発問題・水俣病問題など)⁽²³⁾ を近時行っており、そして今回のアメリカ留学で重きを置いているのは、(viii) 先住民民族法研究であり、これも環境法研究と接点をなす。先住民民族は、環境的不正義の最前線に立たされているからである。

ところで、『環境法研究のストレス』とも言うべきものがあり、既にギリシアの頃から、アリストテレスはアクラシア問題を指摘するが、環境問題にはこれと通ずるところがある (近視眼的な目先の利益だけで生きる人間は、環境問題への配慮が手薄になるからである)。だから同法の研究には手応えの無さという問題があり、思うような帰結を得られないことへの「挫折」 (例えば、自主避難者問題)⁽²⁵⁾ があり、私がこれまでアメリカ環境法で惹かれたのは、進歩的政権の頃 (例えば、クリントン政権、オバマ政権) の環境法なのであり、政権が変わると環境政策がガラガラ崩れていくというのもストレスフルなことである。一体、地球の破滅から救うことができるのだろうかという根底的な問いが、背後にある。

(3) (公共政策研究) ところで、近時「民法学と公共政策」研究について還暦を目処に講義録をまとめてみた。⁽²⁶⁾ これはどう映るのだろうか (直接的な執筆の動機は、平井・法政策学が近時の学界の激変の影響か、短時日の間に忘却の

彼方に追いやられている弊に鑑み、その承継（批判的承継）の必要を感じたことにある）。大してオリジナリティーはなにかも知れないが、横断的な《民法》理論研究》という点では通底しており、近時の大方の民法研究が、蛸壺的研究、各論研究の優位、そのごく一部分の債権法改正に偏っていることへのアンチ・テーゼ的な意味合いを込めている。

ところで、「立法学」は「法政策学」とも密接であり、これまで法的コントロールが不十分な領域への立法的改革の必要性は私とて否定しない。しかし近時の法改正論議は、常時民法典が前提にあり、その法解釈論の焼き直しのような、しかもその「解釈論的立法」は、権威主義的な上からの「債権法改正」に始まる動きはトップダウン式の方法論が前提にあり、これはこれまでの批判的討議ないし議論を通じて、民主的に「判例」「通説」に暫定的・仮想的に委ねるという来栖＝平井方法論に反している。のみならず、既存の議論の焼き直しのという意味で、創造性もなく、知的刺激に欠け、逆に「注釈学派」的な後ろ向き傾向を生み、有害であると考ええる。

特定の者の審議会メンバーであるという地位故の『特権階級化』的な民法論は、権威主義に繋がるのである（これは従来の民法改正には見られなかった「法解釈的立法の前面化、その意味での特定の者のレジティマシー無い立法権限の横行」という現象と関係する）。研究者は公表した業績のオリジナリティーのみから評価されるべきであるのである（M・ヴェーバーの「Sacheに仕えよ」の警句²⁷）（星野博士など、『法制審』での議論を大事にされたかも知れないが、それを研究者の第一次的なものとはされていなかった。その意味での研究業績中心主義である）。

ところで、平井博士の研究の本命は、民法基礎理論と共に、こちら（法政策学・公共政策論ないし立法学）の方にあったのではないか。キャラブレージ教授からの問題意識の発展はこちらにあり、これを今後どう受け止めるかも問われていると思われる。

四 (参照) 近時の二一世紀社会の変遷——民法学が何に光を当てるべきか。

ところで、一〇年以上前に(二一世紀社会との関係で)、この問題を扱ったことがあった。⁽²⁸⁾すなわち、二一世紀社会において、注目すべきこととして、以下のことがある。①高齢化(少子高齢化)、②ポスト産業社会の消費社会、③グローバル化(越境化)(戦後補償問題などは、既に越境的・国際的不法行為事例)、それ故の国際(人権)法との交錯現象が、重要になる。また、④貧富の格差の増大(九〇年代初頭にバブルは崩壊し、長期経済不況があり、雇用形態も非正規雇用が前面に出る)、⑤災害の多発、⑥地球温暖化(この点でも国際的対応が迫られる)、⑦人格権の重視、平等化要請(ライフスタイルの重視)、それ故のフェミニズム、LGBT運動への着目などであろう。

果たして、こうした社会の枢要な問題に対応する民法学になっているかどうかの自省が必要であろう。(吉田)は、テーマ選択にあたり、こうしたことにも留意したつもりである(偶然的要素もあるが)(早川博士からよく聞かされた西山卯三訓⁽²⁹⁾)。しかしそれに対して、近時の民法学のメインストリーム(とくに債権法改正に始まる改正談義)は、このうちのごく一部しか扱っていないとの感触を強く持つ。

五 若手への期待と課題

(1)(若手の危機的状況) まず、日本の若手民法研究者は払底しており、危機的なまになっている(法科大学院の制度改革の失敗の一つで、日韓共に共通の課題である)。その分、東アジアでは、中国の研究者が凌駕していくかも知れない。

二一世紀社会は、益々学際的研究が問われ、社会との繋がりが求められるにも拘わらず、大方の民法学は、縮み志向が強く、それに対するアンチ・テーゼとして、私は「民法理論研究」を一貫して行うようになったが（系譜的には、アメリカ法学から学び取るべきこととして日本の状況とは無関係にこの方向性を模索した）、どう映るだろうか。

（２）（学会）学会にも失望することが多いが（学界の学問的刺激に尽力すると言うことよりも、名誉欲・世俗欲からなのか、理事などの役職にしがみつき、また株のように自身の学問領域の指標的に考えている人も多い）、例外的に刺激を受けたこととして、二〇〇〇年代の「居住福祉学会」の立ち上げと、早川博士との全国行脚などがあり、ある意味で、自身の方法論を反省する上で有益だった（例えば、フィールドワーク的な現場主義的研究からの反省、社会との有機的繋がりの面からの反省を促された。私が副会長としてその執行部にいたときには、現地研修会を年に数回、延べにして数十回開催したというのも、わが国の学会活動としては、極めて例外的なことだったであろう）。

そして二〇一〇年代半ばから、そして同博士の逝去（二〇一八年七月）とともに、私の期待は、「日本環境会議」にシフトしつつあり（二〇一一年の東日本大震災、二〇一二年のチェルノブイリ見学を契機にして、その後、淡路剛久教授から『原人研』（福島大学での『原発と人権』研究会）（第二回目）（二〇一四年四月）で、同会議への招聘を受けた。その学際性、社会との繋がりが、権力との関係は、かつての「居住福祉学会」と類似したところがあり（おそらく唯一のものではないか。そこに出ていると、日本特殊の民法学の環境問題との関係での退歩・退化がよくわかる）、二一世紀の環境法学への関心も高まっている。

（３）（業績のインパクト）学界へのインパクトは、長期的に見る必要がある。個人的体験からも、取引的不法行為（債権侵害論）（初出は、一九八五～八七年）は、受容に一〇年かかり、所有権論（星野古稀、五十嵐ほか古稀の拙文³⁰）の初出は、一九九六年）などは、二〇年のタイムラグがある。『緑の所有権論』（初出は、一九九八年）も、そういう発想か

らの地球温暖化訴訟が出て、日本環境会議で議論が始まるのも、拙文の二〇年後である。(例えば、債権侵害論研究で、平井博士が、すぐに公表前に引用して下さったのは、希有な例外であった。)⁽³¹⁾だから、即座の反応は期待せずとも、諸外国の動きに支えられていけばよい。

(4) (権威主義などへの対処の仕方) 目下風靡する『注釈学派』的な権威主義(権威主義故のうつとうしい集団主義的な圧力)、あるいはオリジナリティとは全く関係しない非学問的な入門書主義などには、負けずに、流されないで、研究者の本分(研究上の個人主義・相互批判主義)を忘れないで欲しい。

以上、思うところを思いつくままに雑駁に述べたが、中堅・若手諸君からの自由な発言・ご教示をお願いしたい。

(質疑討論)

1. 研究者倫理問題

(司会・水野吉章准教授) それでは討論を始めます。誰もいないようならば、司会の私から質問を始めます。近時、復興借上げ住宅問題を勉強しており、高齢者の被災者を追いつく側の意見書を内田貴教授などが書かれていることに戸惑いを感じます。報告では、『研究者倫理』にも触れられておりましたが、この点を敷衍してもらえませんか。

(吉田) 弁護士倫理については従来議論があり、しかも近時「目的志向的な弁護士活動」(cause lawyering)等という形でその刷新が問われています。それに比べると、「研究者倫理」「法学教育倫理」について問われることが少なかつたと思います(とくに日本では)。アメリカでは、既に早い段階でD・ケネディ教授が、法学教育(法学教育者)が、無意識的にロースクール卒業生

を育てていると、大企業に有利な法曹ばかりにバイアスがかかるという批判をしており、更に臨床法学教育 (clinical legal education) という分野が、一九七〇年代の貧困法教育の弱者保護対策の一環で定着してきており、そのイデオロギー、背景も含めて日本の法科大学院はアメリカから学ぶ必要があると思いますが、日本の法科大学院教育は、アメリカロースクール教育の表面的なところだけ真似をして、その良いところを学び損ねていると思いますね。

これに関連して、かつて意見書書きについて、私が批判したところ、瀬川教授からお叱りを受けたことがあります。「君も書いているではないか」と。しかしどういう意見書、誰に奉仕する意見書を書くかというスタンスを私は問題にしているわけで、同教授には、何か誤解があると思います。この点、星野博士などは、およそ意見書を書いたと言うことは聞いたことがなく、これは意識的にすべてを禁欲されていて、意見書を排除されている。別の原理から来ていると思われます。

2. 近時のアメリカのロースクールの変容は？

(今野) 目下在外研究をされているアメリカではトランプ政権になり、アメリカのロースクール事情には何か変化が出てきていませんか。

(吉田) 私が付き合っているアメリカロースクール教育の進歩的知識人は不動であり、さしたる変化は感じないですね。もちろん、市場主義的な自由尊重主義論者、保守的な法と経済学者の存在とか、日本より、法学者の政治的スタンスはばらけています。また学生レベルでも、フェデラリスト・ソサイエティなども市場主義の保守的な学生グループの勢力もそこそこあり、ばらけていますね。しかし、B・サンダーズ上院議員を支持する進歩的な若者層が多かったりもします。いずれにしても、その政治的立場を宣明する学生が多く、日本のように非政治的な若者世代が増えて、そこに保守主義が蔓延し始めるというのは事情が違います。なお、法学教育として、トランプ政権になり、内容が激変しているということはありません (例えば、移民法とか、環境法とか)。

3. 吉田への星野法学の影響

(今野) それでは本論に入り、吉田民法学についてお訊きします。今日の話を伺っていると、吉田民法学の学問的背景として、やはり平井博士の影響の方が強いと感じました。ただ、法解釈方法論については平井博士の議論を踏まえつつも、自分は利益考量論者だと仰っています。確かに利益考量論を支持する限りでは星野博士の影響もあるかも知れませんが、批判の仕方などは、およそ星野博士風ではないように思います。この辺りはどう理解したらよろしいでしょうか。

(吉田) 星野博士は、総合派 (eclectic) であり、その方法論には何でも入っている感じがしますので、逆に言うところが無いようなところもあるかも知れません。しかしご指摘のように、利益考量論を支持するという意味では、私は星野博士を支持する側なのですね。二〇〇七年辺りだったか、北大で法社会学会があった頃に、星野博士が札幌に來られて、薄野の料亭で一緒に夕食を取って、三時間ほど民法学論議をしましたが、博士の概念法学批判(今の東大民法がそうなってしまっているとされまして)には、共鳴しました。

余談になりますが、博士は複眼的なので、判例評釈の仕方一つとっても、助手時代はなかなか飲み込めないところもありました。当時私は、川島博士と平井博士の判例評釈などをすべてコピーして読み、何とか評釈の仕方がわかりかかった感じもしました。因みに日本の民法学史を読み解く際には、東大民法では内部的に緊張関係があり、時に火花を散らしそれが触媒になってレベルを引き上げていたところがあります。皆が一匹狼で、良い意味での研究上の個人主義が健全に維持されていたということもできるでしょう。例えば、「我妻博士と川島博士」、「川島博士と星野博士」、「平井博士と米倉教授」などです。村上淳一博士などは、だから民法陣は観戦していて面白いといわれたことがあります。平井博士も生前、それに引き換え「今の東大民法は仲良し倶楽部になってしまった」と嘆かれたことがあります。良く事情は分かりませんが、仲良し倶楽部の負の側面、つまり集団主義的な権威主義を恐れます。

(なお、今の若手・中堅の諸氏は、平井博士と内田教授との緊張関係しか知らないかも知れませんが、同博士の傍近くには

ものとして、平井博士の怒りの核心部分は、『平易化教科書を書くことは東大民法教授のやるべきことではない』という点にあり、これは冒頭に述べた近時の民法学の激変の一端を（端緒的段階で）叩いたということでしょうから上記とは異質の緊張関係です。しかし、平井博士の警告にも拘わらず、大村 道垣内両君など、どんどん平易化教科書を書き進めており、事態は悪化している（私にはよく平井博士の生前に、「問題は内田教授だけではないです」と申し上げていました）。『何と最早……』と言ううはかはありませんが、あまり学問的ではないので、ここではこれ以上深入りしたくはありません。）

話を戻すと、星野博士は生前、自身は、我妻型と川島型を総合したと仰っていましたが、川島博士のものは、構想力・アイデア勝負であるのに対し、星野博士のものは、アイデアも重視されます（だからフランス法の学び方も、M・ヴィレーやJ・キヤルポニエ教授などのエスプリの良さを持つてこられます）が他方で、文献引用の地味な周到さとか、方式の厳格さ等も重視されます。それから星野博士的でない批判の仕方といわれましたが、それは脱構築的なアイデアオロギー批判でしょうか。星野博士の川島博士の市民社会批判などは、それを含んでおり、私のやっていることはそれと連続的だと思いますが、批判法学から学んだところもあり、それはリアリズム法学を尽き抜けていて、その意味では星野博士とも違うということなのでしょう。なお星野博士は、哲学をやれとしばしば言われて、それもありかなり方法論をやりました。その結果、博士の哲学的前提（価値のヒエラルヒア論など）を批判することになったのは、皮肉かも知れません。

4. 吉田は、『変身』したのか？

（今野）もう少し踏み込んでお訊きますと、吉田教授の初期の論文には、星野博士の方法論的な影響が色濃くみられるわけですが、その後はそうではないように思います。この「変化」について、もう少し説明していただけますか。

（吉田）のつけからかなり根本的な質問をしてきますね。『星野博士の民法学の方法』の作法は、先程述べたように、大きな影響を与えていました。債権侵害の研究もそのケーススタディのつもりでした。民法典の原点に返り、その後の民法学の構造的歪

みを明らかにするという課題は、別に星野博士でなくとも、民法解釈学者として本命的な課題だと思います（今でもその点の理解は、吉田としても変わりありません）。しかし、助手論文を読んでくださった平井博士のところにコメントをいただきに参ると、色々内在的なコメントの後、最後に「この論文は、近年になく面白かったけれど、君は何時までも我妻式にやっていくつもりなのか？」と言われました。それは、同じ方法で生涯やり続けて沢山の解釈論の論文を書かれた我妻博士への皮肉があり、川島博士譲りの《方法的な刷新から、既にやったことは別の総論的な・理論的な研究で多様な民法学の分析をしなければならない》というメッセージが含まれていましたし、その際には、《アメリカ法学が面白い》とも言われていました（北大に職を得て、東京を離れるときに、同博士に挨拶に伺うと、やはり《自身の方法論を常時見つめ直し、自己刷新していくような研究者でなければいけない》と言われたのも、同趣旨だと思います）。

私は、債権侵害に関する研究作業を楽しく進めることもできたとし、次には、契約責任、とくにその「帰責事由」論を中心とする要件論の脱構築作業を行い（最初のアメリカ留学前の一九八〇年代の後半）、三〇年ほどのタイムラグはありますが、潮見佳男教授らの尽力で、北川博士の債務不履行要件の組み替えの主張と共に、過般の債権法改正（二〇一七年。施行は二〇二〇年）にも実現されています。⁽³⁶⁾ この系譜の研究（フランス法学を媒介に従来の法解釈論の構造的歪みを矯正していく作業）は、その後も続けましたし、貴君もやっていますね。⁽³⁷⁾ だからその系譜のプロジェクトは捨てたわけではなく、その成果は日々の講義の中で話すようにしているのです。⁽³⁸⁾

（私の講義録の作法は、民法学の流れを立体的に描くという星野博士の『民法講座』のやり方に沿って、できるだけオリジナルな見解、転機となった論文は、取り込んで引用するのが礼儀だという見地から書いています。それに対して、内田教科書が先鞭をつけられた引用を切り落として描くというやり方は、目下益々悪化し、引用しない教科書が増えている事態（皆がそうだとわけてはありません）⁽³⁹⁾ を、天上の星野博士や、一世代前に引用の仕方で怒っておられた川島博士は、⁽⁴⁰⁾ どう思われるだろうかと考えますね。なぜ現世代は、先人の遺訓と真摯に向き合わないのか、不可解です。それと同時に気になるのは、同様の議論は既になされているのに、いかにも自身が新しいことを言い出したかのように、先行文献の引用無く語る人が増えていると言うこ

とだし、これだけグローバル化している時代なのに、諸外国の議論を持ってきて、さも自分の説のように語る人もいると言うこととです（それを英語にして、世界の聴衆に語ったら、失笑を買うのではないでしょうか）。ともかくオリジナリティに関する研究者倫理にも、近時の引用無視の作法は悪影響を及ぼしていますね。だからこういう状況だから、私の講義で述べることなどは、皆あまり読まないのだろうと想像しています。）

それとはかく、今野君の質問に戻ると、総論的・方法論的なものを求めて、それとの融合で解釈論を語れないかという「民法理論研究」の手法に他方で、私は、シフトしていききました。これも従来と断絶しているのではなく、川島・来栖両博士のような巨人は、皆ジェネラリスト的な関心から常時民法学に取り組んでおられました。例えば、留学する前からもうわが国に入ってきたアメリカのケネディ教授やアンガー教授の批判法学や『契約を破る自由』批判で読み始めたマクニール教授のものもその全貌まで読むと、それは社会学的な批判理論で、とくにその《関係的な視角》は、契約法に留まらず、すべての分野を通じての分析手法となりましたね（これは同教授の論文に出ています。所有法、家族法などの文献を引用されていて、シカゴのノースウェスタン大学にいたときも、すべてをやれという感じなのです）。社会全体を見る目というのは、既にキャラブレージ教授など視野が広い「法と経済学」学者にはありましたが、批判法学の手法は、更にそれを研ぎ澄ます形で（M・ホーウィッツ教授などの法史学者も交えて）、リアリズム法学を突き抜けるところがあり、K・ルウェリン教授などにもあまりない側面ですね。翻ると、わが国でも星野博士の川島批判など類例はなくはないですが、全面的展開をされていなかったと思います。私が「社会編成原理」と言うものです。⁽⁴⁾

もう一つは、平井博士が、星野・平井論争（第二次法解釈論争）で、抽出された認識論の転回であり、オックスフォード日常言語学派、ないしその背後の論理実証主義批判と通ずるものだと思います。その「実践的法学研究」に注目しました。その上で、平井博士の不法行為論には自己矛盾があると批判しました（この点は、水野謙君が処女作で推し進めてくれました⁽⁴²⁾）。しかしこうした《現象学的手法》は、「形式主義」(formalism)（法律構成重視）に繋がる系譜以外に、批判法学の方法論としてアメリカで影響力の強い、デリダの方法論を中心とする現代哲学、更にそれはハイデガー哲学に遡りますから、政治的スタンスを越えて、

広く現代哲学に共有されることですね（それも含めて、注41の引用箇所参照）。その意味で、わが国の論理実証主義、機能主義の影響力は大きく、世界に遅れて、わが国では一九九〇年頃によく転回するのかもしれない。

しかし、そうした法価値論の転回を受けた平井博士の議論論（更にはそれに先立つ来栖博士のフィクション論）について、近時の債権法改正で満ちあふれる「法解釈的立法」推進論者は、全く理解していないと思います。もし方法論のレベルで、しっかり平井博士の問題意識を受け止めていたら、当然に出てくる疑問なのに、私が批判しても何も返ってこないのはどうということなのかと思います。

このように総論的問題意識は、わが国でも既に存在し私は連続的にやっているつもりですが、周囲が方法論研究に関心を持たない各論研究者ばかりになっているから、私の研究が孤立的に映るのかも知れません。だから今野君の質問が出てくるのかも知れません。そして民法学研究の総論的軸は、いくらあっても良いし（その他に、例えば、司法の役割とか、法律家のあり方とか、従前にも議論されたことは継続的に民法研究の軸となることです）、終始複眼的に進められた星野博士は晩年、私の研究が広がってきたとむしろ喜んで下さったのは（注33参照）、嬉しい想い出です。

5. 星野方法論（ないしその現代版）による閉塞感・窮屈さ

（今野）因みに、星野博士は、実定法学の仕事を内的なものと外的なものに区別して、前者については法律・判例の解釈や整理といった作業、後者については基礎法学的な作業（法史学、法社会学、比較法、法哲学）と整理されておられます。この枠組みに照らしてみると、ほとんどの民法学者は、前者を意識しているし、比較法を重視するという点では後者についてもそれなりに注意を払っているように思います。ただ、最近では、利益考量論が骨抜きにされて、立法者意思を探索し、判例・学説を整理しさえすればよい（しななければならない）、あるいは外国の判例・学説を紹介しさえすればよい（しななければならない）といった感じで、短絡的に理解されてしまっているような印象を受けることもあります。これはある意味で方法論が研究の幅を狭めているように思うのですが、いかがでしょうか。

(吉田) 僕は、星野博士の方法は、アイデアを探す『発見のプロセス』の手法だと思うので、そう考えれば良いのかと思います。逆にそれが倒錯して、方法論が先に立ち、それをやりさえすれば、何か成果が出てくると考えるのは、おかしいですね。その意味で、川島博士が重視された構想力という点に惹かれるのです。例えば、星野博士の時効の研究、池田眞朗教授の債権譲渡の立法者意思研究は、それまでの制度理解を突き崩した(脱構築した)から面白いのですね。逆に森田宏樹君の瑕疵担保に関する研究などは周到に立法者意思研究をしているが、起承転結でダイナミックに結論を出すという筋運びにはなっていないですね(未完に終わりました)。また『民法研究ハンドブック』(有斐閣)なども方法論が先に立つという倒錯現象からできているようなところがあり(平井博士は生前奇書だと仰ったことがあります)、あまり感心しませんね。そういうことばかりやって、自由な大胆な発想を求めないと「益々窮屈」になり、学界は閉塞するのです。とくに最近では、『注釈学派』の時代になっているから益々その恐れありと言えますね。もう一度我々は、川島博士が、研究態度としてチャレンジングであれと強調されたことの意味を、考えるべきだと思いますね。

6. 社会との関わり

(角本和理准教授) これまでの研究で社会問題のふるいのかけ方はどうなっていますか。自分は情報問題という点から民法横断的に分析しようとしているのですが。

(吉田) 僕のテーマ選択はそれほど大それたものではなく、偶発的な事情も関係します。しかし、頻繁にアメリカ留学をして先方の学問状況を横断的に眺めているので、そこから教えられたという面があります(なお、何故アメリカかという質問が出るかも知れませんが、理論研究をやるのだったら、アメリカ法学が卓越しているという形で、既に北大に来る前から、平井博士にアドバイスを受けたという点もある意味で決定的でした)。最初どうしてマクニール博士、そして次にレイディン博士かということも、ありますが、それは自分で探したのだと記憶します。直近のアメリカ留学経験者の内田先輩に「僕はマクニール教授がい

るノースウエスタン大学ロースクールに行こうと思うが、どう思われますか」と、相談したことがあります（当時はその内田さんがまさか関係契約論者になられるとは思ってもありませんでした。しかし内田教授のマクニール理解は正確でもないですし、近時の同教授の『制度的契約論』はむしろ新自由主義的で、関係理論とは相容れないと思うし、ガダマーなどと接合するのもおかしいと思います）。それから角本君の質問に戻って、向こうで年頭のAALS（アメリカロースクール教員会議）に出ていると、すべての法学分野が通覧できて、何が重要な問題かがわかり参考になります。それが「⁽⁴⁾飾い」を形成したのかも知れません。

それから貴君がやろうとしている『情報問題』も重要で、かつてやろうとしたこともあります。携帯やスマホも絶っているようなシラカンス状態の私がやるには、任に堪えないかと思ひ、若い世代に託す方が良いのではないかと思いますし、同様に、『医事法』に関しても、医師の実践も経験していない自分が適任なのかという不安がよぎるようになりました（現場主義的になると余計に）。しかし、最近はずっと中国から医事法の講義依頼が来ており、また思ひは変わるのかも知れません。

7. 社会の見通し

（角本）補償問題の研究などで、不法行為の目的論にまで考察は至り、法律制度を飛び越えて、道義的補償論の方をむしろ重視されますね。これは近時の徴用工を巡る議論などとも異なる感じがします。どのような社会の見通しから議論されているのでしょうか？

（吉田）私の補償法学は、対立を煽るためにやっているわけでもなく、最終的には、対立的関係にあるものが、どのように関係修復できるのか、そのために、補償を広く捉えて、従来の不法行為法学はどう変わらなければならないのか、というところに心があります。その意味で、マクニール理論の視角の延長線上ですね。そうすると、不法行為の目的論の償いの側面、また法的補償よりも道義的補償の方が、根本的に重要だというような発想が出てくるのです。

（角本）代理母問題、居住福祉、環境法、補償法学など、「現実の社会問題に内在する重要な民法問題の発見」という手法は、一〇年ないし二〇年のスパンで先取りして「社会問題を見通す」ことは吉田法学の一つの特徴と言えます。それはそれ以前の民法学者にもあまり見られないことだと思いますが、その方法論を言語化・精緻化していただけませんか。

（吉田）あまり大それたことを考えているわけではないのです。ただ「比較法の効用」というか、常時議論が満ちあふれるアメリカ法学の状況をにらみつつ、民法の勉強をしているので、向こうの方が、早く議論を始めているので、先取りのわが国では問題を提起していると言うことでしょうか。

8. 社会との関係・再論

（今野）おそらく多くの民法学者は、民法の枠を通して社会を見ているので、その枠に入っていない問題を民法の問題として認識しない。だから、多くの問題を周縁化してしまっているように思います。これに対して吉田民法学では、先に社会問題を見つけて、それに民法をぶつけていく。だから、どんな問題でも民法の問題となる。角本君が言っていたように、この辺りの思考様式は、吉田教授の特徴だと思います。

（水野）例えば、吉田所有理論によれば、現実の社会関係をそのまま所有の関係として扱うことができることから、社会問題そのまま法律問題として扱いやすいように思います。自分も吉田教授のこのアプローチは、伝統的な民法研究あるいは法学研究の方法論に対して、社会的要請の観点から重要な問題提起を行っているように思います。

第一に、今野さんのご指摘に近いもので、とらえ方の広さに関してです。伝統的な民法学の方法論では、法典の文言やそれに関する判例を研究することが多いと思います。このような法典あるいは判例中心主義は、裁判所による判決を待つて研究を行うことになりましたが、多くの社会問題のうちごく一部しか裁判にはならず、そのうち判決がでるものの、最高裁までいくものはさ

らに限られることから、扱うべき法的問題を捉え切れていないこととなります。第二に、社会問題を捉える時期に関連して、民法学での議論が実際の紛争解決に役立っているのかという問題です。判決を待つ研究方法は、判決そのものに示唆を与えることができないことから、実際には紛争に巻き込まれている当事者や弁護士を（判決、場合によっては最高裁判決まで）見殺しにしているようなところがあります。実際に現地調査をすると法律研究者は何もしてくれなかったと言われることもあります。

他方で、吉田民法学は、先ほど角本さんや今野さんがおっしゃいましたように、社会問題をそのまま法的問題として取り扱うことができるという意味で、理論的には多くの法的問題を捉えることができ、結果、判決に示唆を与えることができますし、また、実際に当事者が困っている段階において手を打っていることも多くあります。自分はこう思っている吉田理論を勉強しています。

（吉田）「判例中心主義」は、末弘博士の問題提起から判例研究会が作られたところに端を発し、それを受けた我妻博士の方法論であり、未だにそれをいつまでも墨守するのめどうかと思う（判例分析は重要な作業だが）。現場主義的手法から、視野が広がった面があり（例えば、二〇〇二年頃、鳥取西部地震のシンポを開いたときには、何百人もの被災者が集い、議論しているのは民法問題ばかりだったのです。しかし、会場にいる法学者は僕と片山善博鳥取県知事（当時。その後総務大臣、現早稲田大学教授）だけという奇妙な状況に、反省を迫られたことがあります）、またアメリカ法学の研究から来ている面もあります。

報告でも述べたように、僕自身は大したことをやっている感じはないですね。アメリカ法学は層が厚く、様々のオリジナルな議論が出ており、それを多少、他の民法学者よりも沢山読んでおり、自分の共鳴板を媒介に面白いと思ったことを出しているだけなのです。しかし村上博士も昔、自分がドイツ法でやっているのは、そういうことだといわれたことを思い出します。（因みに、同博士については、多くの方は、ドイツ法専攻で民法とは関係ないと考える人も多いようですが、そんなことはないです。同博士は来栖博士の弟子で、川島博士への挑戦を意識した歴史研究を前提とするドイツ法の講義を聴き、あの広い構想に触れたときの感銘は今でも忘れません。その意味で村上博士は、民法理論研究の前駆的な方だと思います。）

それから、水野君が出された『現場の法的救済』との関係ですが、仰るように、民法学者は概して一歩引いていると思います。

そこで現場の中に入り、例えば、復興借上げ住宅の問題とか、自主避難者の問題とか、困難に直面している人(vulnerable people)の救済を目指して、(現場の関係者の期待を担って)論文や意見書を書いたりするということになります。しかし実際に出てくる判決は必ずしもそれを受け止めてくれないというディレンマがあります(福島原発事故の原賠審にしても、同審議会の長の能見教授ならば、合理的な批判が通ずると思えば、一生懸命論文を書いたのですが(注25の文献参照)、その後同教授はその会長を突然辞められ、もう議論は通じなくなる)。アイヌ問題についても、現場対応で議論しても、従来の植民地主義的な権力構造というか、研究者と権力との不合理な癒着構造みたいなものもあり、合理的・理性的な議論に耳を貸さない。現実社会の偶発性・非合理性ですね。それによるストレス、ディレンマに直面しなければならない。

この点、学界で論文発表ということになると、時間がかかるかも知れないが、良いものを書けば、いずれは反応が出るだろうという期待ができる気楽さがあります。しかし現場対応という面では、アメリカの批判法学の一潮流の『法と社会』(law and society)学会に出ていると、多くの実定法学者が、水野君の指摘する問題を貴君の流儀で追いかけている例は沢山あることがわかり、とても参考になります(この点、日本の法社会学者も同学会に参加することも多いのですが、基本的に日本の法社会学者は実定法学をあまりなさらないので、アメリカのそうした研究者と大きな乖離があると思います)。

もう一つ、「民法理論研究」に従事するものとして留意しなければならないこととして、そうした「事例研究」においても、一般的な民法理論を持って続けていかなければならないと言うことです。例えば、先程の例だと、(i)借地借家関係における「正当事由」制度のあり方(その例外はどうあるべきか)とか、(ii)放射能被害の損害論の捉え方(LNT仮説への臨み方)とか、(iii)災害弱者の公的支援の根拠付け(居住などの人格的所有の特殊性)とか(それは市場主義的なロジックの限界の問題でもあります)、あるいは(iv)補償ないし関係和解に関する一般理論とかがそうです。そしてさらに、(v)これまで不法行為領域で充分に扱われてこなかった「歴史的不正義」の諸事例を見ていると、(単なる具体的事例を越えて)《植民地化》《先住民支配》という構造的問題に直面するわけで、ここでは、例えば、梅博士が尽力された朝鮮半島における「土地調査事業」にせよ、アイヌ民族に対する「北海道旧土人保護法」にせよ、近代土地法(広義の近代民法)の装いの裏に、植民地空間を支配・征服し

ていくという負の側面があり（ごく最近の「アイヌ新法」（アイヌ尊重社会施策実現法）（二〇一九年制定・施行）でも、あまりに「世界水準」とかけ離れており、批判的な検討が不可欠ですし、一番比較法的に近代法の負の側面が今もなお深刻なのは、例えば、イスラエルの土地法で、現在進行形の形で先住民族（ベドウィン民族）への法的暴力が行われています）、民法学者は単にそうした実定法の法解釈論をやっていればよい等というのは言っておられず、近代の植民地主義の構造的課題への態度決定が問われるわけです。また、(vi) 法律の空間的な影響力の行使についても、従来の野田良之博士や五十嵐清博士の頃のような「法の継受」「法圏論」などと言う中性的な比較法ではなく、植民地主義や先住民族征服などの権力抑圧構造をめぐり出すような近時の「法的空間論（法的地理学・地政学）」(legal geography)の方がよりダイナミックで歴史に即して現実的であり、そう言う動きを「拡がり」を持って見ていかなければならないわけです。ともかく、そうした民法総論的な「理論枠組み」の一環で具体事例を捉えていかなければいけないということです。実はこの点も、平井博士と議論したことがあります。博士は、「運動家」（活動家）は、事例が終わると運動も終わってしまう。しかし研究者はそれと同じ土俵では駄目だと言われるのです。そしてこれについては、私もいつも意識しているつもりです。⁽⁴⁷⁾

9. 脱構築の仕方

（今野）この際ついでにお訊しますが、脱構築を方法論的に打ち出しながら、自身の価値判断を明確にするのも、吉田民法学の特徴だと思います。一般に脱構築論者は、自説が脱構築されるのを嫌ってか、自身の意見を明確にしない傾向があり、とくに民法学者は近時一般的行動様式として、価値判断を表に出さない傾向があるので、その意味で、吉田教授の立場は異彩を放っているように思うのですが、いかがでしょうか。

（吉田）「価値判断」を表に出すことは、利益考量論者の特徴であり、星野博士は、この点は川島博士⁽⁴⁸⁾を承継していると言われました。この点では、米倉教授も平井博士も、共通するスタンスでした。だから両教授に緊張関係があっても、どちらも大

変にその論旨は明快で、わかりやすかったです。「認識論の転回」があるからと言って、『価値判断 (Determinatio)』を示すことの重要性は変わらず、『法律学の生命線』と言っても過言ではないと思います。同「転回」は、自説を絶対視できず、議論を通じて決められていくと言うことなのです。論旨の明瞭さ、批判の鋭さ、視角の斬新さ等から、様々な法命題が討議を通じて、その長所・短所を民主的に競うのが、法律学の真髄で、出発点の「価値判断」を示すことは、K・ポパーの仮説ではないですが、最低限必要なことだと思います。またそれがあるからこそ、先程触れた川島博士のチャレンジングな研究かどうかが試されます。そうでないと平井博士が言う、「反論可能性」がないことになり、一体論者は何を考えているのかわからないということでは、学説の整理だけしていても、論文としての基本的な作法がパスできていないのではないのでしょうか。その意味で、この点でも、私はただ先人のスタンスを受け継いでいるわけで、別段オリジナリティなことをしているわけではないのです。近時立場を隠す傾向にあると言われるのは（それは例えば、大村教授のものなどでしょうか）、どこから来るのかは、よくわかりません。若い人がそうした作法を真似るようになっていたら、怖いことだと思います。先程貴君が問題にした「閉塞感」と関係するかも知れませんね。

因みに、研究会などで若者が黙っている傾向が日本では屡々ありますが、諸外国に行ったら、そういう「沈黙は金」的な行動様式は、全く通用しないことはすぐにわかります。各々の討議者の明確な立場を戦わせて議論の作法に適うのです。逆に自説を議論の場で展開させてみるのが、自説を磨くことになると思えます。法律学という欧米由来の学問を本当に根付かせるためにも、貴君が指摘される「自説を言わない」傾向の風靡というのは、近時の有害な現象でしょうね。

10. アメリカ法研究の意味

（今野）アメリカ法との接点も、吉田民法学を理解する上で、重要なポイントだと思います。吉田教授の着想の豊かさや視野の広さがアメリカ法の影響だとすると、我々もつとアメリカ法から学ぶべきなのかもしれませんね。ただ、専らフランス法を勉強してきた私からすると、ちよつと複雑なところでもあります。

(吉田) 民法学のレベルでの日米研究は、未だに手薄だと思っています。しかも総論研究・理論的研究をやるためには、アメリカ法学をそこそこトータルに勉強する必要があります。学際的に拡がりのあるアメリカ法学の真骨頂を知るためにも、それは不可欠です。だから各論研究者がすぐに考えそうな、「関係のあるところだけを切り取って比較する」というレベルでは駄目だろうと思います。今日は、高作教授がお越しですが、僕は、憲法学の勉強に本腰を入れたのは、アメリカ留学をしてからです(笑い)。ただ、誤解しないで欲しいですが、ドイツ法に即した「民法理論研究」を村上博士がなさったし、貴君がフランス法でそれをやるならば、その方向で頑張つて欲しい。アメリカ法でなければならぬという『方法論』ではないのです。ただ、平井博士の見通し通り、理論研究が一番豊富なのは、アメリカ法学であることは事実だと思っています。

11: 研究者倫理・再論(権力との関わり)

(高作正博教授) 学問への謙虚さという意味では、以前に平井博士の『債権総論』が初めて出た頃に、まだ公表もされていない若い研究者の文献を引用されていて、感銘を受けたことを思い出します。先程出た研究者倫理について別の訊き方をします。屢々学問の中立性とか、価値の中立性などと言われますが、権力構造を組み込んで考える必要があるのではないのでしょうか。社会との繋がりも踏まえて、研究者の役割を考える必要があると思います。

(吉田) 僕も研究者倫理に関するアクチャルな視点が出てきたのは、居住福祉絡みで全国行脚して、現場の問題を抱える人の状況が具体的にイメージできるようになったと言うことも大きいと思います。しかし思い起こすと、やはりこの点も『スタンフォード体験』の頃で、レイディン教授が、イェール大学の故R・カヴァ教授の影響を受けており(因みに、カヴァ教授の影響を受ける人は、ハーバード大学にいた頃に親しくお世話になったミノウ教授など進歩的法学者の中に沢山います)、研究者の社会的立場・政治的立場を意識しながら論ずることの重要性を教えられたのです。このことは戦後補償を初めて論じた拙文でも最後のところで触れています⁽⁴⁹⁾。

12. 中国からの留学生の件

(言夢茹・京大文学部社会科学科院生) 報告では中国からの留学生を褒めておりましたが、買いかぶりではないですか。中国からの留学生は、ただ日本での自由な研究環境を求めてきているのです。

(吉田) しかし日中韓の法学関連の学生を比較して、日韓は、法科大学院で実務化志向に流れ、研究者は払底し、他方で研究意欲が高い中国留学生は多い。もちろん玉石混濁だが、母数が多いため、いずれは中国研究者が凌駕していく可能性が高いことを述べたのです。中国からの留学生が、「自由な研究環境を求めてくる」というハングリー精神は、今の日本の法学部生には概して無いですね。多くの留学生が、中国の司法試験を合格して、弁護士になれるのに、学問がやりたくて日本に来るという現象は、貴重だと思いい、私は広い意味での補償行為の一環として、できるだけ留学生に門戸を開くようにして、今では北大法学研究科では、《吉田チャイナスクール》などと言われるまでになっているのです。

13. 終わりに

(水野) 議論は尽きませんが、これから吉田教授は夕食後閑空まで帰らなければなりませんので、これくらいで止めましょう。

(吉田) 大変盛り上がりしましたね。北大の研究会では味わえないほどの盛り上がりようだと思います。やはり関大での研究会、やって良かったです。今後とも老兵に宜しくご教示下さるようお願いします。とくに高作教授には、分野を超えて、最後までお付き合ひ下さり、心より感謝申し上げます。

(1) 本稿は、二〇一九年三月六日午後四時から関西大学法学部(法文研究棟二号棟資料室横会議室)にて行われた、第一九九回北大民

法理論研究会にて報告したものである。研究会の開催に労を執つて下さった水野吉章准教授、活発に御議論下さった高作正博教授、今野正規教授、水野准教授（以上関西大学法学部）、角本和理准教授（立命館大学政策科学部）外の参加者に厚くお礼申し上げる。なお、本報告の公表は、当初主催大学の関大法学論集を予定していたが、執筆者が関西大学の身分を有していないと掲載は難しいという事になったので、やむなく北大法学論集の場を借りることとなった。公表にあたり尽力下さった、関西大学・北海道大学の関係者に感謝申し上げる次第である。

(2) さしあたり、毎日新聞（東京版）昭和四五年（一九七〇年）三月二日五面参照。この最終講義は、法学協会雑誌には、公表されなかったようである。

(3) 後述の私の民法理論研究の公表開始（二〇〇〇年がその第一巻刊行である）の頃に、大村敦志・民法総論（岩波書店、二〇〇一年）も出されている。その発想はかなり異なるが（私の場合には、民法典中心主義的発想は弱い）。

(4) 平井宜雄『法的思考様式』を求めて——三五年の回顧と展望（北大法学論集四七巻六号一八四九頁（一九九七年）（民法分野に關しては、「自立」した法律的知識の世界における大学の地位は凋落の一途を辿るとされる）（吉田邦彦編・平井宜雄ほか・民法学の羅針盤（信山社、二〇一一年）第一章に所収）。

(5) その後、星野英一「日本民法学史」法学教室八号——一號（一九八一年）という形でまとめられた。しかし私が初めて博士の民法学史的批判考察に触れたのは、駒場時代の石井紫郎教授をキャップとするオムニバスの『日本近代法史』なる講義であり、まだ民法を殆ど勉強していない低学年の法学部生にこうした講義をおつけるところに、当時の東大法学部の授業の格調の高さを示していたと思う。

(6) 北川善太郎・日本法学の歴史と理論（日本評論社、一九六八年）。Sieh auch, Zentaro Kitagawa, *Rezeption and Fortbildung des Europäischen Zivilrecht in Japan* (Alfred Metzner Verlag, 1970).

(7) 例えば、星野英一「民法学の方法に関する覚書——『実定法学』について」法学協会百周年記念論文集三巻（有斐閣、一九八三年）（同・民法論集五巻（有斐閣、一九八六年）に所収）。

(8) 平井宜雄・損害賠償法の理論（東大出版会、一九七一年）。

(9) 例えば、加藤一郎・民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四年）、星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集一卷（有斐閣、一九七〇年）。

- (10) 平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇年）（平井著作集Ⅱ（有斐閣、二〇一一年）に所収）。
- (11) 平井宜雄・法政策学（有斐閣、初版一九八七年、第二版一九九五年）。
- (12) 平井宜雄・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九八九年）、同・続・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九九一年）（平井著作集Ⅰ（有斐閣、二〇一〇年）に所収）。
- (13) 来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」法学協会雑誌七三卷二号（一九五六年）、同・法とフィクション（東大出版会、一九九八年）。
- (14) このような見方の詳細は、吉田邦彦「現代思想から見た民法解釈方法論——平井教授の研究を中心として」北大法学論集四七卷六号（一九九七年）一八六七頁以下（同・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究一卷）（有斐閣、二〇〇〇年）第三章に所収）。
- (15) その意味を込めて、吉田邦彦編・平井宜雄ほか・民法学の羅針盤——激動の時代への先進の教訓（信山社、二〇一一年）を編んだ。
- (16) その成果が、吉田邦彦・前掲書（注14）（民法理論研究一卷）（二〇〇〇年）である。
- (17) 吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一年）。
- (18) これに関するものが、吉田邦彦・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究二卷）（有斐閣、二〇〇三年）。
- (19) 吉田邦彦・居住福祉法学の構想（居住福祉ブックレット）（二〇〇六年）（これは、二一世紀になり間もなく、学会創設から付き合いが始まった、早川和男博士から、自身の居住福祉学を法学（民法学）の見地から捉え直してくれという宿題に答える形で、年度末の休暇二・三日（二〇〇六年の春休み）で一気にとめたものである）。更にヨリ詳しくは、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住・補償問題（民法理論研究三卷）（有斐閣、二〇〇六年）、同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究四卷）（有斐閣、二〇一一年）。
- (20) 吉田・前掲書（注19）（民法理論研究三卷）（二〇〇六年）第六章～八章、同・前掲書（注19）（民法理論研究四卷）（二〇一一年）第五章～八章。さらに、同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（中編）（民法理論研究五～六卷）（信山社、二〇一五年、二〇一七年）。
- (21) 例えば、法社会学八〇号（新しい所有権法の理論）（有斐閣、二〇一四年）。
- (22) 吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開」新・現代損害賠償法講座二卷（日本評論社、一九九八年）（同・前掲書（注14）（民法理論研究一卷）（有斐閣、二〇〇〇年）に所収）。

- (23) 吉田邦彦・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（後編）（民法理論研究七卷）（信山社、二〇一九年刊行予定）。
- (24) 吉田邦彦・アイヌ民族の先住補償問題——民法学の見地から（さつぽろ自由学校、二〇二二年）（更にこれを加筆して、吉田・前掲書（注20）（民法理論研究五卷）（二〇一五年）に所収）などに始まる研究。
- (25) 例えば、吉田邦彦「居住福祉法学と福島原発被災者問題（上）（下）」——特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて——判例時報二二三九号三頁、二三四号三頁、二二四号三頁（二〇一五年）、同「区域外避難者の転居に即した損害論・管見——札幌「自主避難者」の苦悩とそれへの対策」環境と公害四五巻二号（二〇一五年）六二―六六頁、同「東日本大震災・福島原発事故と自主避難者の賠償問題・居住福祉課題（上）（下）」——近時の京都地裁判決の問題分析を中心に——法と民主主義五〇九号三三―三九頁、五一〇号四一―四七頁（二〇一六年）、同「福島原発放射能問題と災害復興——福島原発訴訟の法政策学的考察」淡路剛久監修・吉村良一＝下山憲治＝大坂恵理＝除本理史編・原発事故被害回復の法と政策（日本評論社、二〇一八年）二九五頁以下参照（同・前掲書（注23）（民法理論研究七卷）（二〇一九年）に所収）。
- (26) 吉田邦彦・民法学と公共政策講義録（信山社、二〇一八年）。
- (27) M・ウェーバー（尾高邦雄訳）・職業としての学問（岩波文庫）（岩波書店、一九八〇年）（原書初版、一九一九年）。
- (28) 吉田邦彦「二一世紀における『民法と社会』を考える」法社会学五八号（法の構築）（二〇〇三年）（同・前掲書（注19）（民法理論研究四卷）（二〇一一年）に所収）。
- (29) これについては、西山卯三＝早川和男・学問に情けあり——学者の社会的責任を問う（大月書店、一九九六年）参照。
- (30) 吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題（前編）（後編）」星野古稀・日本民法学の形成と課題（下）（有斐閣、一九九六年）、五十風ほか古稀・民法学と比較法学の諸相Ⅰ（信山社、一九九六年）（同・前掲書（注14）（民法理論研究一卷）（二〇〇〇年）第七章として所収）。
- (31) 平井宜雄・債権総論講義案（弘文堂、一九八四年）六九―七四頁。私の助手論文の公表は、法学協会雑誌一〇二巻九号（一九八五年）からである。
- (32) これについては、吉田・前掲書（注20）（民法理論研究五卷）（二〇一五年）「補論」で論じた。
- (33) これについては、吉田邦彦「星野先生との二人での夕食会——先生から受けた処世訓のことなど」星野美賀子ほか編・星野英一先生の想い出（有斐閣、二〇一三年）二三〇頁以下（同・前掲書（注20）（民法理論研究六卷）（二〇一七年）に所収）。

- (34) 吉田邦彦「債権の各種——いわゆる第一章『娉責事由』論の再検討」民法講座別巻二(有斐閣、一九九〇年)(同・前掲書(注18)(民法理論研究二卷)(二〇〇三年)第一章に所収)。
- (35) 北川善太郎・契約責任の研究(有斐閣、一九六三年)。
- (36) その私の評価は、吉田邦彦「民法(債権法)(契約法)」改正について——その評価と展望」判例時報二二七〇号(二〇一五年)参照(同・前掲書(注20)(民法理論研究六卷)(二〇一七年)に所収)。
- (37) 吉田邦彦「プラニオルの民事責任論と方法論的特色」——構成への遺産と時代的制約の比較法的考察」北大法学論集五二卷五号(二〇〇二年)。今野正規「フランス契約責任論の形成(二)」(三・完)北大法学論集五四卷四六号(二〇〇三〜二〇〇四年)。
- (38) そのささやかな成果として、吉田邦彦・家族法(親族法・相続法)講義録(信山社、二〇〇七年)、同・不法行為等講義録(信山社、二〇〇八年)、同・所有法(物権法)・担保物権法講義録(信山社、二〇一〇年)、同・債権総論講義録(契約法Ⅰ)(信山社、二〇一二年)、同・契約各論講義録(契約法Ⅱ)(信山社、二〇一六年)及び同・前掲書(注26)(信山社、二〇一八年)を出した。
- (39) 例えば、中田裕康教授のもの(中田裕康・債権総論(三版)(岩波書店、二〇一三年)、契約法(有斐閣、二〇一七年)などは、星野博士の文献引用の作法を維持されていると思われる。
- (40) 川島武宜・ある法学者の軌跡(有斐閣、一九七八年)一一六―一二七頁(引用の重要性、孫引きはしないこと)、一一七―一一八頁(学説のプライオリティを尊重すること)。
- (41) これについては、吉田・前掲書(注14)(民法理論研究二卷)(二〇〇〇年)第一章、第二章参照(初出、瀬川信久編・私法学の構築(北大図書刊行会、一九九九年)、民商法雑誌一一九卷二号、三号(一九九八年))。
- (42) これについても、吉田・前掲書(注14)(民法理論研究二卷)(二〇〇〇年)第四章(初出、ジュリスト九九七〜九九九号(一九九二年))。更に水野謙・因果関係概念の意義と限界(有斐閣、二〇〇〇年)。なお、森田修「損害賠償法の理論」の文脈」同ほか編・民事責任法のフロンティア(有斐閣、二〇一九年)がこの問題を二〇年ぶりに略述している。
- (43) 川島・前掲書(注40)一二二頁参照。
- (44) 吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制——情報法学の基礎理論序説」ジュリスト一一二六号(一九九八年)(同・前掲書(注14)(民法理論研究二卷)(二〇〇〇年)に所収)。
- (45) 我妻栄「私法の方法論に関する一考察(一)」(三・完)法学協会雑誌四四卷六号、七号、一〇号(一九二六年)(同・近代にお

ける債権の優越的地位（有斐閣、一九五三年）に所収）。

（46）村上淳一・近代法の形成（岩波書店、一九七九年）。更に当時、同・ドイツ市民法史（東大出版会、一九八五年）の元論文を執筆されていた頃で、それも反映した講義だった。

（47）例えば、吉田・前掲書（注19）第五章、とくに二五五―二五八頁などは、この問題を意識しながら論じている。また「法的地勢学」については、吉田邦彦「イスラエル・ペドウィン先住民族の強制立退き問題と近時の研究への所感」（瀬川Ⅱ吉田古稀・社会の変容と民法の課題（成文堂、二〇一八年）（同・先住民族・環境不正義・移民・市民権問題（民法理論研究八巻）（有斐閣、二〇二〇年）（近刊）に所収）。

（48）それはいうまでもなく、川島武宜・科学としての法律学（弘文堂、一九六四）における、「価値判断」と「ことば的技術」との分化である。

（49）吉田邦彦「在日外国人問題と時効法学・戦後補償（六・完）——いわゆる「強制連行・労働」問題の民法的考察」ジュリスト二二〇号（二〇〇二年）（同・前掲書（注19）（民法理論研究三巻）（二〇〇六）第八章に所収）。

一部無効の本質と射程（九・完）

——一部無効論における当事者の意思の意義を通じて——

酒 卷 修 也

目 次

序章	問題の所在
第一節	一部無効による契約の修正とその問題点
第二節	本稿の目的・分析の視角

（以上、六六卷四号）

第一章 フランス法における一部無効論の理論的な対立

第一節 一部無効論の萌芽

第二節 伝統的な一部無効論の構造

第三節 一部無効の本質の探究 ―目的論的基準―

第四節 本章のまとめ

第二章 フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義

第一節 契約における特定の条項の無効に関する事例

第二節 複合的な契約におけるひとつの契約の無効に関する事例

第三節 代金等の縮減に関する事例

第四節 本章のまとめ ―一部無効論における当事者の意思の意義に関する検討―

結章 日本法への示唆

第一節 前章までの要約

第一款 本稿の問題意識・分析視角

第二款 フランス法における一部無効論の要約

第二節 日本の一部無効論への示唆

第一款 日本法とフランス法の接近性

第二款 一部無効論の再考

第三節 結語

(以上、本号)

(以上、六六卷五号)

(以上、六六卷六号)

(以上、六七卷一号)

(以上、六八卷一号・同四号)

(以上、六九卷三号)

(以上、六九卷六号)

結章 日本法への示唆

これまで、本稿は、フランス法における一部無効の本質を探り、一部無効論において考慮される当事者の意思の意義について明らかにしようと検討を重ねてきた。結章では、本稿の問題意識に対して、フランス法がいかなる特徴を有しており、それらが日本法における一部無効論を再考するためにどのような示唆をもたらすといえるかにつき検討することとしよう。

第一節 前章までの要約

第一款 本稿の問題意識・分析視角

本稿の問題意識および分析視角は、次のとおりであった。

現在の日本の学説の多くは、契約の一部に無効原因が存する場合に、契約の全部が無効となるか一部が無効となるかという問題を解決するにあたり、当事者の意思と、法秩序自体の観点という二つの要因があることを指摘する。そして、一部無効が、当事者が当初意図した契約内容とは異なる契約を当事者に押しつけるという側面を有するとの問題に対しては、当事者の意思を基準とし、無効原因の存する一部なくしては当事者が契約を締結しなかったであろう場合には契約が全部無効となる旨を主張するものがあつた。債権法改正に関する中間試案においても、私的自治の原則という観点が強調され、中間試案第五、一「法律行為の一部無効」により、「法律行為の一部が無効となる場合であっても、法律

行為のその余の部分の効力は妨げられないものとする。ただし、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、その法律行為は無効とするものとす²」と提案されていた。もつとも、このような見解に対しては、具体的な事案をみるならば、当事者の意思を基準として無効の範囲を画定することが適切ではないと考えられる事案があるといった批判もあった。また、債権法改正にあたり、一部無効に関する規定の新設は、コンセンサスの形成が困難であることを理由に実現されなかった。このように、一部無効の問題には当事者の意思と法秩序自体の観点という二つの要因があると指摘したところで、問題の解決には至っていなかった¹。

さらに、近時の日本の学説の議論をみるならば、一部無効と同様の解決を可能とする多様な制度が存在することや、一部無効として論じられる事案が一樣でないことが指摘されている。しかし、一部無効がそれらの他の制度とどのように異なるか、諸事案をなぜ区別すべきかは依然として明確でない。一部無効の問題は、多くの課題を抱えたまま、不透明な状況が続いているように思われる²。

本稿は、このような一部無効の現状が、「一部無効とはどのような制度か」という基本的な問題に関する検討の不十分さに由来すると考えた。そして、この問いに答えることによって、一部無効という制度において、当事者意思の尊重と無効規範からの要請とがいかなる関係にあるか、なぜ一部無効が課されうるかといった問題にも応答できるのではないか、というのが本稿の問題意識であった。

第二款 フランス法における一部無効論の要約

本稿は、先のような問題意識のもとに、「一部無効とはどのような制度か」に関する基礎的探究を目的とした。その

ために、無効の本質を法的なサンクションであることに求めるフランス法を素材として、第一に、一部無効の本質とは何か、第二に、一部無効論において当事者の意思がどのような役割を有するか、という二つの分析視角から検討を行った。具体的なフランス法の検討結果は、次のとおりである。

一 フランス法における一部無効の本質

まずは、フランス法における一部無効論の理論的な対立を振り返ろう。

フランス法において、一部無効という概念ないし制度は、二〇世紀初頭に生じた無効の理論的な変容によって正当化されるようになった。この無効論の変容というのは、無効を行為状態であると捉える古典的無効論から、無効を法的なサンクションであると捉える新無効論⁽³⁾への変容である。

しかし、無効の本質を法的なサンクションであることに求める新無効論から展開した一部無効論は、一枚岩の議論ではなかった。

伝統的な一部無効論は、無効を規定の実効性を確保するためのサンクションであると位置づけながらも、無効の範囲を画定するにあたり原則として当事者の意思が基準になるとした。このことを主張し、統一的な一部無効論を形成したのは、一部無効論の先駆者として知られるシムレール (Ph. Simler) であった。シムレールは、動因的かつ決定的なコズまたは条件概念、不可分性概念の検討を通じて、不法性の範囲の画定の後に、当事者の意思により無効の範囲が画定されると主張した。そして、それを、縮減と呼ばれる契約内容の量的な修正がなされる事例においても当てはまるものであるとした。違反された規範の目的によって無効の範囲を画定する場合、そこには判事の恣意が介在していることが、最終的に当事者の意思を無効の範囲画定の基準とする理由であった。⁽⁴⁾

それに対して、ティビエルジュ (C.Thibierge) は、一部無効の理論的な正当性が無効の本質という点に求められることからすれば、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が基準となるべきではないと批判した。なぜなら、一部無効とは、無効と同様に、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであり、無効の範囲は、違反された規範の目的を考慮して画定されるべきだからである。⁽⁵⁾

これらの見解において出発点を同じくしながらも当事者の意思の位置づけが異なつた理由のひとつとして、無効が法的なサンクションであるということの意味につき、他のサンクションに比して無効がいかなる本質を有するかが明らかにされているか否かという点を挙げることができよう。シムルールは、それを明確に示すことなく一部無効を論じ、さらには、不法行為に基づく損害賠償請求と一部無効とを混同して用いていた。それに対して、ティビエルジュは、無効の本質につき説得力をもって説示していた。実際、無効および一部無効は、今日の多くの学説において、「違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクション」であると捉えられている。⁽⁶⁾ また、たとえば、契約の付随的な条項に無効原因が存する場合、判例は、公序の種類を問わず、当事者の意思を考慮せずに無効の範囲を画定していた。さらに、判例のなかには、一方当事者による当該条項が契約締結にあたり決定的なものであったとの主張にもかかわらず、契約全部ではなく、当該条項の無効を言い渡すものがあつた。⁽⁷⁾

そして、このような無効および一部無効の本質に関する分析は、無効以外のサンクションとの差別化や、事案の区別にも役立っていた。⁽⁸⁾

二 一部無効論における当事者の意思の意義

ところで、無効の範囲が問題となる際に、当事者の意思への言及がまったくないのかというと、そうではなかった。

とりわけ契約条項の積極的な修正がなされる場合や、複合的な契約における連続的消滅に関する場合において、当事者の意思への言及がなされていた。もつとも、そこで言及される当事者の意思の内実および役割は、シムルールが主張したそれとは異なるものと評価することができた。

すなわち、シムルールは、考慮されるべき当事者の意思の内実につき、両当事者の現実の意思の探究は不可能であるとして、一方当事者の仮定的な意思であるとした。なぜなら、当事者の利害は通常対立しているため、無効原因の存する条項は、一方当事者にとっては利益となり、他方当事者にとっては負担となるからである。また、当事者は当該条項が無効であった場合について想定していないことが通常であり、現実の意思が存在しないからである。そして、彼は、不法性の範囲を画定した後で、当事者の意思を基準にした無効の範囲画定が問題となると指摘した。たとえば、契約代金等の量的な部分に不法性が存する場合、不法な量的範囲を画定した後に、当事者の意思が基準となり、契約の全体が無効となるか、または量的な範囲で無効となるかという無効の範囲が画定されるという。このような当事者の意思の考慮は、一部無効というサンクションを課することを正当化するためのものであったと評価することができた。

それに対して、シムルールが一部無効論として同じ枠組みのもので論ずる各事案類型について、当事者の意思がいかなる内実や役割を有しているかを子細に検討するならば、私見によると、次の二つのレベルでの、当事者意思の意義を見出すことができた。

第一は、不法性の範囲を画定するレベルにおける、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思の考慮である。たとえば、公序に関する規定が契約における付随的な条項や、契約の期間といった基本的要素を量的に規制している場合、この公序に関する規定は、当該付随的条項それ自体、または契約それ自体を規制しているわけではない。そうであるのに当該付随的条項や契約代金等の約定それ自体を無効とすることは、一方で、当該付随

的条項または契約によって当事者が意図した利益ないし有用性を侵害し、他方で、当該規定の目的でもない。そこで、契約条項や契約の基本的な要素の縮減または置換がなされることになる。つまり、契約の利益ないし有用性は、違反された合法性を回復するにあたり必要な範囲を画定するために考慮されていると評価することができた。両当事者が意図した契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思は、契約の中核であり、コース概念や目的概念等を通じて契約の有効性の判断にあたり考慮されるものである⁽⁹⁾。また、サンクションの実効性を評価するにあたり考慮されるべきものである。ここでは、無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであるとする捉え方とも相いれるかたちで、契約の利益ないし有用性が考慮されていると考えられた⁽¹⁰⁾。

第二は、諸行為の不可分性の有無に関して、契約の性質決定またはそれに類似したレベルにおける、両当事者が追求した目的の考慮である。一部無効論との関係では、とりわけ、この当事者の意思の考慮により複合的な契約に含まれた一つの行為または契約が無効であるときに他の部分を消滅させうるか否かが問題となる。学説のなかには、無効の範囲の問題を解決するために当事者の意思が考慮されていると指摘するものがあつた。しかし、当事者の意思による不可分性概念の検討によれば、それは、諸行為が結びついた一つの契約または諸契約の総体に対して、無効の場面だけでなく、契約の解釈や規定の適用の可否、解除の場面等において共通の制度に従属させるための概念であつた。このような役割は、契約の性質決定のそれと同様であり、不可分性概念を通じて、契約の性質決定またはそれに近い作業が行われていると評価することができた。さらに、このような理解は、公序に関する規定が問題となる際に、次のような違いを生じさせる。すなわち、学説によると、公序に関する規定の適用が問題となる以前に、当事者が意図した諸行為の不可分性の有無に対する当該規定の影響が問題となる。当該規定に対する詐害の意図があつた場合には、裁判所は、当事者が付与した性質決定とは異なる性質決定を与えることができるという。したがって、複合的な契約における不可分性の問題

は、不法性の範囲の画定とは異なるレベルの問題として、つまり、その前に位置づけられる契約の性質決定またはそれに類似したレベルの問題として捉えるべきであると評価することができた。⁽¹⁾

以上のように、私見によれば、一部無効論において考慮されうる当事者の意思は、シムルールが主張するような不法性の範囲を画定した後で無効の範囲を画定するために用いられるものではなかった。フランス法の議論を特徴づけていた、無効および一部無効の本質は違反された合法性を回復するためのサンクションであるという理解のもとでは、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思が、あるいは契約の性質決定またはそれと類似した作業において考慮され、あるいは不法性の範囲を画定する際の一考慮要素として機能しているといえよう。

- (1) 序章第一節第一款、第二款（本稿（一）〔六六卷四号〕三頁以下）。
- (2) 序章第一節第三款、第二節（本稿（二）〔六六卷四号〕三一頁以下）。
- (3) 第一章第一節（本稿（二）〔六六卷五号〕二六頁以下）。
- (4) 第一章第二節（本稿（三）〔六六卷六号〕三七頁以下）。
- (5) 第一章第三節（本稿（四）〔六七卷一号〕三頁以下）。
- (6) たとえば、本稿（四）〔六七卷一号〕五頁を参照。
- (7) 第二章第一節第一款（本稿（五）〔六八卷一号〕一三五頁、特に一五五頁以下）。
- (8) 第二章第一節第一款（本稿（五）〔六八卷一号〕一八八頁以下）、第二章第三節（本稿（八）〔六九卷六号〕五七頁）。
- (9) 二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによる民法典改正により、民法典から、コースに関する規定、および目的に関する規定が削除された。これにより、契約の利益ないし有用性が、フランスにおいて契約の有効要件でなくなったのかという点、そうではないであろう。すなわち、民法典新一二二八条によると、契約の有効性に必要なのは、両当事者の同意（合意）、契約を締結する能力、および、適法かつ確実な内容であると規定される。このうち、契約の内容に関する諸規定（新

一一六二条以下)のなかには「コーズ概念や目的概念により形成されてきた議論が反映されているものがある(たとえば、参照' Ph.Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 35 et s.; N. Dissaux et Ch.Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, pp. 56 et s.; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Lathier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, pp.260 et s.)。また、近年「契約」概念を「利益」として観点から捉える学説も多い(たとえば、参照' J.Rochefeld, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999; D.Fenouillet, *Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat*, RDC 2009, p.297; S.Leguet, *La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats*, RTD civ. 2018, p.541)。

これらに鑑みれば、新一一八四条第一項(「無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の義務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする。」)の規定を、当該約定を無効とすると両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が実現できない場合に、契約全体を無効とする旨を定めた規定であると解することが可能であろう。

(10) 第二章第一節(本稿(五)〔六八巻一号〕一七四頁以下、本稿(六)〔六八巻四号〕三頁以下)。

(11) 第二章第二節(本稿(七)〔六九巻三号〕六五頁)。また、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避するための、古典的コーズ論による動因的かつ決定的なコーズ概念の捉え方も、契約の性質決定のレベルで当事者意思を捉えているといえよう。この点については、第一章第一節第三款を参照(本稿(二)〔六六巻五号〕八三頁以下)。

第二節 日本の一部無効論への示唆

これまでの検討結果を踏まえて、本節では、本稿が示してきた一部無効の捉え方が日本の一部無効論に対していかな

る示唆をもたらすかを提示することを試みる。

繰り返し述べてきたように、フランス法に関する本稿の分析によると、無効および一部無効は、「違反された合法性を回復するためのサンクション」であると捉えられていた。そして、この無効および一部無効の捉え方において、当事者の意思は、次のような内実および役割を有していると考えることができた。すなわち、無効の範囲を画定するにあたり、契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思が考慮されていた。そして、その役割は、不法性の範囲を画定した後で無効の範囲を画定するための基準となるものではなく、不法性の範囲を画定する際の一考慮要素であった。また、とりわけ複合的な契約が問題となる場合には、契約の性質決定またはそれと類似した作業において当事者の意思が考慮され、それが無効の範囲に影響を及ぼしていた。

このような当事者の意思の意義を見出すことを可能にした大きな要因は、フランスにおける無効および一部無効の本質に関する議論であった。無効および一部無効が有する法的サンクションという本質は、フランス法を特徴づけるものである一方で、そもそもフランス法の分析により得た知見が日本法への示唆をもたらしうるかについて疑問を生じさせるものでもある。そこで、まずは、日本における無効の捉え方に関する議論や一部無効を認めた判例を通じて、フランス法から得た分析結果が日本法においても受容されうるものか否かを検討する(第一款)。次に、これまでのフランス法の分析により得た知見が、日本の一部無効論が有する課題に対してもたらす示唆を提示する(第二款)。

なお、以下において提示する示唆は、フランスにおける一部無効論の検討から着想を得たものである。したがって、日本法の一部無効論がいかなる問題を抱えており、それに対してフランス法の分析から得た枠組みによればどのように解決しうるかという点では示唆を得ることができよう。しかし、序章の最後に指摘したように、本稿は、日本法の個別具体的な事案に関する解決を提示することを目的としていない。また、日本法が置かれている状況とフランス法のそれ

とを比較するには、第三節で指摘するように、一部無効という制度を検討しただけでは足りない。それゆえ、本節第二款で示すのは、一部無効という制度のありうる視座からの基本的かつ総論的な問題に対する示唆に留まるものとなる。

第一款 日本法とフランス法の接近性

一 無効の捉え方の変容

日本の学説においては、無効とは何かが語られることは少ない。たしかに、従来から、学説は、無効を、法的な無効であり、当然に効力が生じていないものと説明することがある。⁽¹²⁾このように解する理由として、たとえば、富井政章博士や梅謙次郎博士は、一方で、無効を死体で生まれ到底生存できない者であり、他方で、取消しを病氣であり死亡に至る可能性はあるが現在生存している者であると例えられ⁽¹³⁾としている。これは、フランス法における古典的無効論の論者であるドウモロンブ (C. Demolombe) が無効を人間の誕生に例えていたことを想起させる。⁽¹⁴⁾

しかし、その後、無効を、無という状態を指す概念ではないと指摘する学説が現れている。⁽¹⁵⁾たとえば、伊藤進教授は、ドイツ法の議論を参考に、有機体のように捉える無効の本質との違いを、次のように明確に指摘した。すなわち、「ドイツ普通法においては、『無効とは無である (Nichtigkeit ist Nichts)』との考え方が支配的であった……。これは、法律効果は、……精神的実在として、事実上存在するものとの前提に立って、無効はその不存在の場合であるとの考え方に基づくものである。このような考え方は、法律概念を物化するものであり、自然科学的思维方式によるものである。法律効果は、……人と人との関係の場にあつて、法によって認められた関係概念にはかならないものとして観念的・論理的な思维方式に基づいてとらえることが必要である。このような思维方式によるときは、『無効』は『無』ではなく、

その行為の成立によって本来もたらされるべき法律効果が、特定の理由の存在のために「効果を発生さすべき要件（有効要件）の欠如のために、それをもたらしえないものとして扱われる場合である」とする。⁽¹⁶⁾ また、無効を、意思表示または法律行為の効力を否定するための法的な技術であると説明する見解もあるが、このような無効の表現は、無効が無効という状態を指しているのではないことを意識してなされている表現であるように思われる。

無効を法律行為の効果を否定するための法的な技術とする捉え方は、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるとするフランス法における無効の捉え方と近いものであろう。実際、法的な技術としての無効の捉え方による無効の効果への影響は、「無効と取消の競合や『無効の取消化』の場面にとどまらず、無効の強さないしは範囲についても考えられる」と指摘されている。⁽¹⁸⁾ さらに、一部無効とそれに類似した制度との間の違いを見出すためには、その法的な技術の一つである無効は、同様の解決をもたらしうる他の法的な技術と比してどのような意義を有しているかを検討する必要がある。この意味で、無効とはいかなるサンクションかを探究することによって一部無効の議論を展開するフランス法は、日本法においても受容可能なものであるだけでなく、有意義な視座を提供するものと考えられる。なお、日本法とフランス法との比較をするにあたっては、日本法では無効と区別される他の法的な技術である取消しは、フランス法では無効と区別されていないことに留意する必要がある。⁽¹⁹⁾ したがって、フランス法の無効論から得られる視座は、日本法における無効および取消しに妥当しうる。

二 判例における無効の範囲画定の判断基準

さらに、無効の範囲を画定する際の判断基準という点でも、日本法とフランス法との間の近接性を見出すことができる。すなわち、日本法においても、契約の特定の条項やその一部、または契約の基本的な要素の一部について公序良俗

や強行法規の違反があり、かつ当該規定が違反の効果を決めていない事案では、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲を画定している判例が多い。ある事案の具体的な解決にあたつては、無効だけでなく、それと同様の解決を可能とするサンクションとの比較が必要となるため、本稿による検討だけでは不十分である。⁽²⁰⁾ここでは、判例を挙げながら、無効の範囲画定の判断基準に関してフランス法の検討でみられた説明が妥当しうるものであり、一部無効という制度の運用においても近接していることのみ示しておこう。

①最判昭和二十九年八月二四日民集八巻八号一五三四頁（農地の売買契約における売買代金が農地調整法六条の二第一項所定の価格を超過するものであった事案である。）は、価格統制の規定に違反した売買につき全面的に無効とするものではなく、価格の超過部分だけを無効とすべきであるとした。その理由につき、「前記法条（農地調整法六条の二第二項）はどこ迄も価格の調整であつて農地の所有権移転そのものの統制ではない。右法条の存在に拘わらず農地の売買が同法所定の範囲内の代価で行われるならば売買は何等の支障なく効力を生ずることという迄もない。このことを考えれば売買がたとえ法所定の価格を超える代価を以て為されても、その代金額が法所定の限度に引き下げられれば売買は有効となり、所有権の移転は認められても法の趣旨に反する処はない筈である」〔丸括弧内筆者〕とした。

同じく農地の売買契約における代金が法律で定められた上限を超えていた事案である②最判昭和三十一年五月一八日民集一〇巻五号五三二頁（農地売買において代金が臨時の価格統制令三条一項所定の価格を超過していた事案である。）も、統制価格を超過する代金の部分だけが無効となると判示した。なお、②判決において売主が契約全部の無効を望んでいながらもかわらず超過した代金のみの無効が認められたことから、当事者が契約の一部の無効を欲したであろうことを理由に一部無効を認めているのではないことが窺えよう。

なお、①判決の評釈のなかには、違反された法律が物権変動を促進しようとするものではないから、一律に統制価格

での売買として有効と取り扱うことが必要不可欠ではないとするものがある。⁽²¹⁾しかし、そうすると、契約の全部無効を認める場合には、一方で、買主は、契約全体が無効になることをおそれて訴えを提起しない可能性が生ずる。他方で、売主は、不法性の摘示がなされない可能性を踏まえ、当該契約を全部無効としたうえで、再び法令所定の上限を超えた代金で他の買主と契約を締結する可能性が生ずる。

法令所定の価格の超過が問題となる事案は、売買契約に限ったものではない。③最判昭和四五年二月二六日民集二四卷二号一〇四頁(旧宅地建物取引業法一七条一項、二項および旧建設省告示の最高報酬額を超えた報酬額の支払いの可否が争われた事案である。)は、仲介報酬契約の報酬額につき、所定の最高報酬額を超えた部分を無効とした。その理由について、同判決は、旧宅地建物取引業法一七条一項および二項の趣旨につき、「宅地建物取引の仲介報酬契約のうち告示所定の額を超える部分の実体的効力を否定し、右契約の実体上の効力を所定最高額の範囲に制限し、これによって一般大衆を保護する趣旨をも含んでいると解すべきである」ことを挙げた。

④最判平成六年四月二二日民集四八卷三三九四四頁(有料職業紹介において労働大臣が定める手数料の最高額を超える手数料の効力が争われた事案である。)も、所定の最高額を超えて定められた手数料のうち、その超過部分のみを無効とした。④判決は、その理由につき、職業安定法の立法趣旨に鑑みて、当時の職業安定法三二条六項を、「……手数料契約のうち所定最高額を超える部分の私法上の効力を否定することによって求人者及び求職者の利益を保護する趣旨をも含むものと解すべきである」点を挙げた。

また、労働契約や事業者と組合との間の協定中のある条項が労働基準法等に違反するとしてその効力が争われる事案も多い。⑤最判昭和五六年三月二四日民集三五卷二二〇頁(就業規則のうち、男子の定年年齢を六〇歳、女子の定年年齢を五五歳と規定している部分が公序良俗に反するか否かが争われた事案である。)は、本件就業規則にある女子

の定年年齢を男子より低く定めた部分について、「……専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇条の規定により無効であると解するのが相当である」と判示した。

⑥最判平成元年二月一四日民集四三卷一二号一八九五頁（会社と労働組合の間の賃金協定中に、賃金引上げ対象者から前年の稼働率が八〇パーセント以下の者を除外する旨の条項（以下、「八〇パーセント条項」という。）の無効が争われた事案である。）は、本件八〇パーセント条項につき、稼働率を算定するにあたり、労働基準法または労働組合法上の権利に基づく不就労を稼働率の算定の基礎としている限りにおいて、それらの法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから公序に反して無効であるとした。そして、原審が八〇パーセント条項を全体として無効としたことに対して、上記無効部分はその他の部分の効力に影響を及ぼさないと破棄し、原審に差し戻した。

⑦最判平成元年二月一四日民集四三卷一二号二〇五一頁（会社と組合との間のユニオン・ショップ協定により、締結組合の組合員であった会社の従業員が締結組合を脱退し他の組合に加入したところ、会社が従業員を解雇する旨の意思表示をしたため、解雇の効力が争われた事案である。）は、同協定によつて労働者に対し解雇の威嚇の下に特定の労働組合への加入を強制することについて、それが労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されないとした。そして、同協定のうち、締結組合以外の他の労働組合に加入している者、および締結組合から脱退しまたは除名されたが他の労働組合に加入しまたは新たな労働組合を結成した者について使用者の解雇義務を定める部分を、民法九〇条の規定により無効と解すべきであると判示した。

⑧最判平成一九年二月二日民集六一卷一号八六頁（会社と労働組合との間でユニオン・ショップ協定およびチェック・

オフ協定が結ばれており、その従業員が締結組合を脱退しようとしたところ、従業員と会社との間で従業員が締結組合に所属するが別の組合への所属も認めるといった付随合意がなされた。その後、従業員が締結組合を脱退し、締結組合に対して締結組合員としての地位がないことの確認、および組合費用等の返還を、会社に対して組合費を控除しない金額の賃金の支払い義務の確認を求めた事案である。〕は、本件付随合意中の、組合から脱退する権利をおよそ行使しないことを従業員に義務づけて脱退の効力そのものを生じさせないとする部分については、脱退の自由という重要な権利を奪い、組合の統制への永続的な服従を強いるものであるから、公序良俗に反し無効であると判示した。

その他の事案として、⑨最判平成十一年二月二三日民集五三卷二号一九三（出資者が共同でヨットを購入し、彼らが会員となりヨットクラブを結成する旨の組合契約が締結されたところ、同契約中の、権利譲渡・退会として「オーナーをふせぐ為である。」とする規約の効力が争われた事案である。〕は、民法六七八条を、「組合員は、やむを得ない事由がある場合には、組合の存続期間の定めの有無にかかわらず、常に組合から任意に脱却することができる旨を規定しているものと解される」として、民法九七八条のうち、この旨を規定する部分を強行法規であるとし、これに反する約定を、効力を有しないものであるとした。その理由として、「やむを得ない事由があつても任意の脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の自由を著しく制限するものであり、公の秩序に反する」点を挙げ、本件約定につき、やむを得ない事由があつても任意の脱退を許さないものとしている限度において、民法六七八条に違反し効力を有しないと判示した。

このように、日本の判例においても、違反された規定の趣旨や侵害されている権利に鑑みて、その目的の達成や権利の保護に必要な範囲で無効となる部分を画定しているものが多い。

それに対して、たしかに、契約の一部につき公序良俗違反が問題となっているが、先の判例とは異なり、当事者の意思を参照し無効の範囲を画定している判例も存在する。それは、⑩最判昭和三八年一月一八日民集一七卷一号二五頁（讓渡担保契約に伴う代物弁済が公序良俗に反し無効であるとされた一方で、讓渡担保契約全体が無効となるとは限らないとされた事案である。）である。同判決は、讓渡担保契約に伴う代物弁済の約定につき、債務者の経済的困窮に乘じ債務者が負う債務に比して約八倍の価格を有する不動産がその目的とされていたことから、公序良俗に反して無効であるとし、無効とされる部分は代物弁済に関する約定だけであつて讓渡担保契約全体ではないと判示した。その理由につき、代物弁済の約定を無効としたことにより「……本件讓渡担保契約全部を無効とし、全然無担保の貸借とすることは寧ろ当事者の意思に副わざるものであるかも知れず、当事者としては、全然無担保の貸借となるよりは、少くとも担保物件を他に売却して、売得金中より本件債務の弁済を受けるといふが如き方法によつても本件讓渡担保契約を有効として維持せんとする意思がないとは断言し難いのであり、かかるいわゆる弱い讓渡担保の効力まで否定することは却つて当事者の意思に反する結果となる場合なしとしないのである」とした。

⑩判決は、代物弁済の約定の無効が讓渡担保契約全部の無効をもたらすことが、当事者の意思にかなわない可能性があることから、これを審理させるために原審を破棄し差し戻した。もつとも、⑩判決がいう当事者の意思とは、どのような意味であり、役割を有しているのだろうか。というのも、「全然無担保の貸借となるよりは、少くとも担保物件を他に売却して、売得金中より本件債務の弁済を受けるといふが如き方法によつても本件讓渡担保契約を有効として維持せん」とする当事者として考えられるのは、債権者だけである。⁽²²⁾それに対して、債務者が、讓渡担保契約の存続を望むとは考えにくい。そうであれば、ここである当事者の意思の考慮とは、両当事者が締結した讓渡担保契約それ自体を無効とすることは債権者を害し両当事者が当初意図した均衡を過度に崩すに至るといふ観点を指していると考え

のが整合的であろう。

したがって、公序良俗違反が問題となった場合に⑩判決のように当事者の意思を参照する判例もあるが、そこで参照される当事者の意思の内実や役割制については、フランス法の検討から得られた知見から説明することが可能である。

三 小括

以上のように、フランス法の無効および一部無効の捉え方は、一見すると特異なものであるようにみえるが、日本法との間に近接性を見出すことができる。

すなわち、第一に、無効の捉え方についてである。日本法において、かつては、無効を、法的な無という状態であるとして有機体のように捉えるものがあつた。しかし、近時では、無効を、意思表示ないし法律行為の効力を否定するという効果に着目した位置づけをし、そのための法的な技術であると説明するようになっていく。このような無効の捉え方は、無効に関する有機体のような捉え方から、法的なサンクションという捉え方になったフランス法と類似しているといえよう。また、日本法においては、一部無効と同様の解決を可能とする諸制度の異同が問題となっていた。このとき、フランス法において、他のサンクションとの異同という観点から無効の本質が探究されており、そこから無効の範囲画定に関する議論がなされていたことは、フランス法の検討から得られる視座が有意義なものであることを窺わせる。

第二に、ある契約条項やその一部、または契約の基本的な要素の一部が公序良俗や強行規定に違反している場合において、判例が一部無効を課す際に考慮する事由についてである。日本の判例は、ほとんどの事案において、違反された規定や公序良俗の内容に鑑みて、それに必要な範囲でのみ無効を課していた。また、当事者の意思を参照する事案もあ

るが、それは、フランス法の分析から見出すことができた一部無効論における当事者意思の内実およびその役割から説明可能なものであった。

このように、フランス法における一部無効に関する議論は、日本においても、その理論的基礎として受容可能であり、とりわけ先にみた契約の一部につき公序良俗違反または強行法規違反があった場合に関する判例の解決を説明しうるものであると考えられる。それでは、フランス法の検討から得た知見は、日本法の一部無効に関する議論に対してどのような示唆をもたらすであろうか。次款において、具体的な示唆を提示していこう。

第二款 一部無効論の再考

本稿の主たる関心は、一部無効とはいかなる制度かについて、新たな視座を提示することにあつた。なぜなら、従来の学説の議論に鑑みれば、次のような問題を指摘することができるからである。すなわち、無効の範囲を画定する際の考慮要素として当事者意思のほか法秩序自体の観点があると指摘されているものの、それが具体的な解決の指針となっておらず、また、なぜ一部無効が課されるかについての説明に混乱がみられた。一部無効と同様の結論をもたらす多様な制度との関係も明らかでなかった。そして、このような問題を抱えた現在の状況が、一部無効が同様の解決をもたらす他の制度に比していかなる制度かという基礎的な問題に関する検討の不十分さに由来すると考えられた。

それでは、一部無効という制度を、フランス法のように「違反された合法性を回復するためのサンクション」であると位置づける場合、日本の一部無効論に対して、どのような示唆をもたらすことができるか。以下では、一部無効に内在的かつ総論的な問題として、第一に、当事者の意思と無効規範からの要請との相克について、第二に、一部無効と

して従来論じられてきた諸事案を同一に扱うことの是非について、本稿の検討から得られる示唆を提示していこう。

一 当事者の意思と無効規範からの要請との相克について

まず、一部無効を課すにあたつて問題となる、当事者の意思と無効規範の要請との相克についてである。違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効および一部無効の捉え方において、当事者意思の考慮が完全に排斥されていたわけではなかった。契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思が、不法性の範囲を画定する際の一考慮要素となっていた。以上のように当事者意思の意義を見出すことにどのような意味があるかを検討し、本稿が示す一部無効の捉え方によれば当事者の意思と無効規範の要請との相克の問題をどのように考えられるかを明らかにしていこう。

(一) 契約修正の正当化言説における当事者意思の問題点

日本の伝統的な学説は、一部無効を、当事者の意思解釈の問題として、または当事者意思を基軸に捉えられうる問題として考えていた。契約の一部に無効原因が存在するために、その一部が無効となった、あるいは合理的な内容に修正された契約は、「当事者がそれを欲したのであろう」という理由で、当事者に対し、その一部を無効とした、あるいは修正した契約を課すことが正当化されていた。⁽²³⁾

このような主張は、フランス法においてもみられた。一部無効の先駆者として知られたシムレールの見解がそれであった。もつとも、彼は、両当事者の意思を基準とすることを否定し、一方当事者の仮定的な意思を基準とすべきだと指摘した。日本でも両当事者の意思を基準とする見解があるが、⁽²⁴⁾契約においては一般に当事者の利害が対立しており、

ある条項が一方の当事者にとっては利益的なものであっても、他方の当事者にとっては負担でしかないことが多い。この場合、一部が無効となった契約について両当事者の意思が存在するとは考えにくい。それゆえ、たとえば、一部無効を原則とし、両当事者が一部が無効であることを知っていたならば契約を締結しなかったであろう場合にのみ全部無効を認めるのであれば、全部無効となることはほとんどない⁽²⁵⁾。また、両当事者の仮定的な意思だとすると、一方当事者が実際に全部無効となることを欲したとしても一部無効を認める場合がありうることになる。そうすると、本来であれば締結することのなかった契約への拘束を回避しようという当事者の意思に決定的な役割を担わせることの趣旨が貫徹されない⁽²⁶⁾。

では、私的自治の原則を強調し、一方当事者の仮定的な意思を考慮すべしとすれば問題がないかというと、そうではない。この主張に対しては、次のような批判が可能である。第一に、一方当事者の仮定的な意思の考慮は、契約の前提となる意思の結合を無視する⁽²⁷⁾。第二に、一方当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、たいていの場合、契約の全部が無効となる。そうすると、契約による利益を失うことを危惧する当事者はその不法性を摘示しなくなる。また、たとえ当該当事者が不法性を摘示したとしても、他方の当事者は、全部無効を主張して新たな契約者と同一の条件で契約を締結することが想定される。それゆえ、無効の実効的な発動が阻害され、違反された規定の目的が達成されないことになる⁽²⁸⁾。

したがって、一方当事者が契約の全部無効を望んだとしても不法な一部のみを無効とすることを認めるべきであるとすれば、一部無効を課すことの正当性を当事者の意思のみに求めることは、それが両当事者の仮定的意思であれ、一方当事者の仮定的意思であれ、難しいように思われる。

(二) 不法性の範囲画定における当事者意思と私的自治の原則

以上に対し、一部無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであるとする捉え方においては、当事者が当初意図していなかった契約を押しつけることになるという観点は、強調されてこなかった。それは、無効および一部無効が法的なサンクションであることから、その実効的な発動が望まれるからである。

ただし、この一部無効の捉え方においても、不法性の範囲を画定する際に、契約の利益ないし有用性という意味での当事者意思が考慮されていると評価することができた。すなわち、フランス法において無効の範囲の問題が争われる事案の多くは、契約における特定の条項が不法なものである、または条項や契約代金等が量的に不法なものであるという事案であった。これらの事案において、当事者の意思がいかなる内実および役割を有していたかを確認するならば、両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が、当該契約それ自体を維持するにあたり、または当該条項それ自体を維持するにあたり参照されているということができた。

したがって、本稿の示す捉え方は、その帰結においては、あるいは契約における特定の条項それ自体が不法であれば当該条項を無効とする解決を、あるいは契約における特定の条項の一部が不法であれば当該条項の一部を無効とする解決を原則とする日本の学説に与するものである。では、これまでの日本の学説と比較したとき、一部無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えることは、どのような特徴を示すことができるか。以下では、本稿の一部無効の捉え方において、契約自由の原則と無効規範とがいかなる関係にあるかを示した後、無効の範囲画定の判断における特徴を示している。

(1) 違反された合法性を回復するためのサンクションと契約自由の原則との関係

第一に、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという一部無効の捉え方において、契約自由の原則がどのように位置づけられるかである。

私見によれば、違反された合法性を回復するためのサンクションという無効の捉え方において、当事者の意思は、不法性の範囲を画定した後で、当事者が当該不法部分を除いた内容で契約を締結したかどうかを判断するための基準となっていないのではない。当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が、違反された規定の目的に反しない範囲で考慮されているだけある。このような理解が違反された合法性を回復するためのサンクションであることと相いれうと解することができたのは、本論で指摘したとおりである。⁽²⁹⁾すなわち、契約自由の原則は、契約を創造する要素である一方で、一般利益にかなったものでなければならず、両者を両立させる必要がある。⁽³⁰⁾違反された合法性を回復するにあっても、両者に配慮しなければならない。この点については、契約自由の原則と一般利益との関係に関する次の二つの議論が参考になろう。

一つ目は、契約内容を規制する立法と契約自由の原則との関係である。憲法院二〇一二年五月一四日（労働監査官の許可がなければ労働組合の代表者を解雇できない旨を定めた労働法典L. 二四一一―三条等が憲法違反か否かが問題となった。）は、「立法者は、企業活動の自由 (*liberté d'entreprendre*) および契約自由に対して……憲法上の要求にかかわる、または一般利益により正当化された制限を課す自由がある。ただし、それは、追求された目的に不相応な侵害によらないという条件においてである」と判示した。⁽³¹⁾また、ゲスタン (J.Ghestin) も、契約自由の原則に対する立法者の介入は、目的に対する手段の比例性というルールに従属すると指摘する。⁽³²⁾このように、契約内容を規制する立法においては、契約自由の原則と一般利益との双方が考慮され、その調和が必要となる。

なお、競業禁止特約における条項規制のように、明文の規定なくして契約条項の合法性が問題となることがあった。

そこで、二つ目は、これと契約自由の原則との関係である。競業避止特約の期間等が過剰である場合、フランスの判例は、その期間等を縮減するという解決を採用した。そして、学説の多くは、この解決を、債務者の労働の自由等を侵害せずに債権者の正当な利益を維持しようとして正当化していた。⁽³³⁾ 債務者の労働の自由等と対立する債権者の正当な利益は、労働契約においては雇用者の企業活動の自由に相当する。⁽³⁴⁾ そして、企業活動の自由は、しばしば契約自由の原則につながるものとして捉えられる。⁽³⁵⁾ このような理解によると、契約自由の原則と労働の自由等との両立という観点から、競業避止特約の内容を過度に侵害しないように、その不法性の範囲が画定されているといえよう。⁽³⁶⁾

以上のように、契約内容を規制する立法においても、明文の規定なくして契約条項の合法性が問題となる場合においても、契約自由の原則に対する配慮がなされている。このことは、契約の有効性の判断において、違反された規定が保護しようとする利益だけが問題となるのではなく、当事者が契約によって追求した利益をも考慮する必要があるという指摘と通底しよう。⁽³⁷⁾ そして、ここで強調されるべきは、当事者意思への配慮の意味である。すなわち、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという考え方において、当事者意思は、修正された契約内容を当事者に押しつけることを正当化するという意味で現れているのではない。契約内容の合法性を評価するにあたり契約の有用性ないし利益に対する配慮がなされているため、その合法性が違反された場合においてそれを回復するために必要な範囲でサンクションを課す際にも、当事者意思への配慮が必要となるのである。

(2) 無効の範囲画定の判断における特徴

第二に、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという一部無効の捉え方が、無効の範囲画定の判断において有する特徴についてである。この特徴として、大きく、次の二点を指摘できよう。

① 条項作成者への制裁の原則的不考慮

一つ目は、とりわけ契約条項の一部に無効原因が存する場合に当該条項の一部無効を原則とすべきか、または全部無効を原則とすべきかを検討するにあたって、条項作成者への制裁という要素を考慮すべきか否かである。

フランス法の議論を振り返るならば、契約条項の一部に無効原因が存する場合に契約条項それ自体を無効とすることは、違反された規定の目的を超えることに加え、当事者が当該条項を置くことで意図した利益ないし有用性を侵害することになると指摘されていた⁽³⁸⁾。また、先にも述べたように、ある立法により契約内容の規制をするにあたっては、または裁判所が不法性を評価するにあたっては、当事者双方の利益の調整がなされるべきであろう。これらに鑑みれば、契約条項の一部に無効原因が存する場合には当該部分のみの無効を原則とすべきであると考ええる。このような指摘は、契約の代金や期間といった基本的な部分に法律によって上限または下限が置かれている場合にも当てはまる⁽³⁹⁾。

なお、このようにして違反された合法性を回復するために必要な限度で契約条項を無効とするならば不法な条項の作成を助長するとの批判がありうる。これに対しては、たとえば、スリネ(Y.-M.Serinet)は、当事者の不誠実さに対しては、主観的なサンクションを、無効に代えて、または無効を補完するかたちで課すことによつて対処すべきであると指摘した。不法行為責任や利息請求権の失権をはじめとする失権(déchéance)がその例であった⁽⁴⁰⁾。

もつとも、日本法とフランス法とでは、私法上のサンクションに関する建て付けが異なる。そこで、日本においては、無効というサンクションをより柔軟に解して、一方当事者に不誠実さを見出せる場合で、かつ当該条項の全部無効が可能である場合には、条項作成者への制裁という観点から当該条項の全部無効を認めるという考え方もありうるであろう。ただし、このとき課される当該条項の全部無効は、一方当事者の行為に向けられたサンクションであるというだけでなく、私罰としての機能を有すると考えられることに注意しなければならない。というのも、契約条項の積極的な修正は、

違反された規定の目的に合致した当事者間における権利義務の均衡の回復を可能とする。それに対して、一方当事者の不誠実さを見出せる場合に契約条項それ自体の無効を認めることは、均衡の回復を超えて当該当事者を不利な状況に置くことになるからである。⁽⁴¹⁾ それゆえに、フランスでは、一部無効と失権とが異なる機能を有するサンクションであると指摘されていた。⁽⁴²⁾ 結論を述べるには、私罰という機能と、刑事上、行政上のサンクションにおける罪刑法定主義等の諸原則との関係の検討が必要となる。さしあたり、この問題を踏まえるならば、無効規範の趣旨それ自体に条項作成者への制裁という観点を見出せる場合を除き、⁽⁴³⁾ 私罰としての役割を有する当該条項の全部無効という解決には慎重になるべきであろう。⁽⁴⁴⁾

② 不法性の範囲画定後における当事者意思の影響の否定

二つ目は、無効の範囲画定の最後の段階で、つまり不法性の範囲画定後に、当事者の意思を基準として全部無効をもたらず段階を設けるべきか否かである。

日本の学説には、無効の範囲画定の構造を、次のように説明する見解がある。すなわち、契約の一部に無効原因が存する場合で、かつ、いかなる範囲で無効となるかにつき明文の規定がない場合において、まず、(a)無効とされる部分と残余の部分とが不可分の関係にあると評価されるときには、その全体が無効となる。そうでない場合には、(b)当事者が通常は契約の存続を望むであろうことを理由に、できるかぎり全部無効を避けるべきだとして、当該部分を無効として（および慣習などで補充して）、契約の効力を維持する。ただし、(c)無効部分を除いた残余部分だけの契約を強制することが当事者の意思に反する場合には、その全体を無効とする。⁽⁴⁵⁾ この見解とすべてを一にせずとも、無効の範囲画定の判断の最後の段階において、残余だけでは当事者の意思に反する場合にはその全体を無効すると指摘する見解が

みられる。⁽⁴⁶⁾このように、無効の範囲画定の判断過程の最後に当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、すなわち、不法性の範囲を画定した後で当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、違反された規定の趣旨に鑑みれば当該無効原因の存する部分だけを無効とすることが望ましい場合であっても、当事者の意思により契約全体が無効となることを認める可能性が生ずる。⁽⁴⁷⁾

しかし、不法性の範囲を画定した後には当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するという構造に対しては、次のような問題を指摘できよう。すなわち、このようにすると、当事者による不法性の摘示が手控えられる、または不法性が摘示されたとしても当該無効原因の存する部分に利益を見出す当事者による全部無効の主張が認められる。その結果、違反された規定の目的は達成されない。⁽⁴⁸⁾無効を法的なサンクションとして位置づけるとき、オベール・ドウ・バンセル (CQuerdane-Aubert de Vincelles) が指摘するように、サンクションは実効的なものである必要がある。その実効性が確保されなければ、たいていの場合、当該規定は遵守されないことになるからである。⁽⁴⁹⁾

このような指摘に対しては、私的自治の原則を尊重していないとの批判もありえよう。しかし、私的自治の原則と無効規範からの要請との調和という観点からは、当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性を、不法性の範囲を画定する際に考慮するだけで十分であろう。無効規範を無意味なものとしないうるためにも、不法性の範囲を画定した後には当事者の意思により無効の範囲を画定させることは、妥当でないように思われる。

二 類型化を要請する視点

次に、無効の範囲に関する問題として従来扱われてきたあらゆる事案を同一に扱うことの是非についてである。この問いに対しては、一部無効の問題として論じるべきでないとされていた事案類型との比較から、次のことを指摘できよう。

(一) 無効および一部無効の本質からの射程

第一に、無効および一部無効の本質という観点から、一部無効と類似したサンクションが課されているが、無効の範囲の問題ではないといえる事案類型がある。

(1) 契約成立後の権限の濫用

契約成立時における違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効の本質からも明らかであるように、無効の範囲が問題となりうるのは、契約成立時において規定の違反があつた場合である。

たとえば、合法的な競争禁止特約の援用の可否に関する事案や、委任契約等における報酬額の減額を認める事案においては、一部無効と類似のサンクションが課されていた。これらの事案がいかなる特徴から無効の問題とされているのかを確認するならば、これらの事案は、ある契約や特定の条項について無効原因があつたわけではなく、その後に債権者による権限や条項の援用が濫用的になされた場合であつた。フランス法において、ここで課されているサンクションは無効ではない、と解することができる。たとえば、雇業者が多様な事業を行つていて、その一事業の活動をやめた場合に、雇業者が、当該事業で働いていた被用者に対して競争禁止特約を援用したとする。このとき、当該条項の合法性の問題として、かつての雇業者に対する実際の侵害が生じていないために不法だとして当該条項を無効にするならば、そのあとで、当該被用者がかつての雇業者と同種の仕事をすることが可能となるという問題が生じうるのである。⁽⁵⁰⁾

日本法において、権利濫用や信義則といった制度は、契約成立後の事情を考慮した解決を可能とする。どのような制度による解決が望ましいかは各制度の検討を要するためここで論ずることができないが、無効の問題として解決するこ

とが望ましくないことは指摘できよう。

このような指摘が影響を及ぼしうる問題として、たとえば、損害賠償額の予定や違約金に関する条項の規制が挙げられよう。

一方で、消費者契約法九条一号は、損害賠償額の予定条項や違約金条項の不法性判断の基準として、「平均的な損害の額」といった契約締結時に評価可能な基準を挙げる。したがって、この規制については、当該条項の内容の不法性を問題としていえると考えられる。この場合に、当該条項の一部を無効とすることは、本稿による一部無効の捉え方からも説明できよう。

他方で、民法の規定によって損害賠償額の予定条項等の規制をする際、その基準は明確ではないが、たとえば、中間試案一〇、一〇(二)は、「賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする」と提案した。そして、債権者が被った実損額を考慮して規制する場合、これを公序良俗違反を理由とする一部無効の問題として捉える見解がある。⁽⁵¹⁾しかし、債権者が被った実損を考慮して規制することを認める場合で、かつそれを無効の問題とする場合には、前述したフランスにおける問題と類似の状況が生ずる可能性があるろう。たとえば、労働契約における競業禁止特約の違反があった際の損害賠償額の予定条項や、芸能事務所と芸能人との間のマネジメント契約における契約所定の違反行為があった際の違約金条項⁽⁵²⁾を、債権者が被った実損と比して過大であることを理由に一部無効によって規制するとする。⁽⁵³⁾つまり、当該条項のうち実損額を超えた部分が無効となるとする。その後、再び債務者が違反行為をし、債権者がそれによって被った実損が先の場合よりも大きい場合、債権者は、いかなる範囲で損害賠償を請求することができるだろうか。このような問題が生じて

こよう。

このように、契約条項の内容それ自体が不法である場合と、契約条項の内容は不法とはいえないが当該場面で援用することに問題がある場合とを区別して論ずるべきであるという視点は、日本においても有益であるように思われる。

(2) 契約成立過程に関する規定

また、無効および一部無効が契約成立時における違反された合法性を回復するためのサンクションであることから、無効の範囲を画定するにあたっては、違反された規定の趣旨を考慮する必要がある。このとき、合意(同意)の瑕疵に関する規定や行為能力に関する規定の違反があった場合においては、当該合意それ自体の手続きに欠陥があったといえる。したがって、基本的には契約⁽⁵⁴⁾それ自体を無効(取消し)とすべきであり、無効の範囲を問題とすべきでないと考えられる。

たしかに、フランスの学説には、合意(同意)の部分的な瑕疵という量的な無効原因があるとして、詐欺による損害賠償と一部無効とを同視する見解もあった。

しかし、これに対する批判を振り返るならば、フォートや損害を前提とする損害賠償と無効とを同視すれば無効を行う者に対するサンクションであると捉えることにつながるという点や、詐欺による損害賠償は詐欺における民事上の違法行為という側面によるものであり合意(同意)の瑕疵を理由としているのではない点、合意(同意)の部分的な瑕疵を考えることができない点などから、詐欺による損害賠償は、無効とは区別された問題として捉えられていた。⁽⁵⁵⁾

したがって、無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えるとき、契約成立過程に関する規定の違反があった場合には、基本的には無効の範囲は問題とならずに、契約それ自体が無効となるとすべきであろう。

ところで、日本の学説のなかには、詐欺または強迫に基づく「一部取消し」を認める見解がある。たとえば、道垣内弘人教授が、その旨を指摘する⁽⁵⁶⁾。もつとも、道垣内教授がそこで問題としているのは、取消し事由が存する部分に対し他の部分が独立した対価関係を形成しているか否かである。取消しによって、別個独立した対価関係を形成している部分は影響を受けず、また、その判断に際しては行為者の非難可能性も考慮されうるとい⁽⁵⁷⁾う。つまり、対価関係を形成している部分のうちの一部の取消しを認めるか否かという問題ではないように思われる。そうであれば、この問題は、次にみる、契約の性質決定またはそれと類似したレベルにおける判断にかかわるものと捉えることができる。

(二) 契約の性質決定と無効の範囲との区別

第二に、両当事者の共通の意図が契約の性質決定またはそれと類似するレベルで参照されているという観点から、無効の範囲の問題とは区別して捉えるべき事案類型がある。

両当事者が意図した契約の利益ないし有用性が不法性の範囲を画定する際に考慮されうるのは、先に指摘した。もつとも、フランス法の不可分性概念に関する検討を通じて明らかにしたとおり、このような意味での当事者の意思は、不法性の範囲を画定する段階とは異なる段階でも考慮されていた。それは、不法性の範囲を画定する前の段階に位置づけられる、契約の性質決定またはそれと類似した段階であった。これが問題となるのは、とりわけ諸行為を結びつけて一つの契約または複数の契約の総体として捉えることの可否が問題となる場合や、一つの契約としても捉えられる取引につき複数の契約に分けることの可否が問題となる場合である。

これらが無効の範囲の問題と区別されると考えられた理由は、大きく二つあった。第一に、諸行為の不可分性とは、諸行為を取引の総体として結びつけ、無効の範囲だけでなく、契約の解釈や法律の適用の可否、契約の解除等、一定の

場面でその総体を共通の制度に従属させるための概念であると考えられたことである。第二に、公序に関する規定の適用とは別の、当事者が付与した契約の性質決定に対する公序に関する規定の影響という問題が生ずることである。

(1) 契約の解除等の他の場面との連動

まず、第一の理由づけについてである。二当事者間において両当事者が追及した目的を達成するために必要なものとして複数の諸行為が結びつけられた場合、これを一つの契約として捉えるか、複数の契約の総体として捉えるかという議論が、日本においてなされている。⁽³⁸⁾ もつとも、本稿で扱ったフランスの学説は、複数の諸行為が結びついて一つの契約となる場合と、複数の契約の総体として扱われる場合の双方を不可分性概念のもとで扱っていた。⁽³⁹⁾ したがって、契約の個数論の意義については本稿の検討から示唆を得ることができないが、いずれの立場をとったとしても、当事者の意思による不可分性の有無は、契約の解除や法律の適用の可否といった幅広い場面に影響を及ぼすものであり、無効の範囲に固有の問題ではないことを指摘できよう。そして、諸行為が不可分である場合に、これらの場面で共通の制度に従属させるという役割は、フランスにおける契約の性質決定のそれに近い。

(2) 契約の性質決定における公序に関する規定と当事者意思との関係

もつとも、当事者の意思による不可分性の有無は、必ずしもそのまま認められるわけではなかった。これは、当事者の意思による不可分性を契約の性質決定またはそれに類似したレベルの問題であると捉えることと関係する。たとえば、当事者が、ある公序に関する規定の適用を回避するために、諸行為を不可分なものとして一つの契約または複数の契約の総体であるという性質決定を付与することや、別個の契約としてそれぞれに性質決定を付与することがある。これら

の当事者によって付与された性質決定が当該規定に対する詐欺に基づくものである場合には、判事によって、前者については複数の契約という性質決定が、後者については一つの契約または複数の契約の総体という性質決定がなされる。そのうえで、当該規定の違反による無効が問題となるときには、複数の契約のうちの一つが、または一つの契約もしくは複数の契約の総体が無効となる。たしかに、結局のところ無効の範囲が問題となることもある。しかし、当事者には原則として既存の契約類型とは異なる契約を創出する自由があるため、その許否にあたっては、公序に関する規定への詐欺の意図が存するか否かというテストを必要とする。つまり、当事者による可分または不可分という選択を裁判所が否定しうるのは、それが脱法的行為に該当する場合であるといえよう。⁽⁶⁰⁾この点で、契約の特定の条項やその量的な部分に無効原因が存する場合に無効の範囲が問題となる事案とは状況を異にすると考えるべきである。

たとえば、日本では、最判昭和三〇年一〇月七日民集九卷一一号一六一六頁（いわゆる芸娼妓契約の無効の問題である。YがAに酌婦稼業をさせる対価としてXから消費貸借名義で前借金を受領した事案において、Aの酌婦稼業とYの金員の受領とを、「密接に関連して互いに不可分の関係にあるものと認められるから、契約の一部たる稼業契約の無効は、ひいては契約全部の無効を来たすものと解する」とした。）⁽⁶¹⁾がこの例として挙げられよう。なお、同判決において問題となった公序の内実は明確でない。ここでは、より一般的な同種のケースを想定し、公序良俗違反の根拠が「前借金返済のために、やむを得ず娼妓稼業をさせられること」であって娼妓稼働それ自体ではないと仮定する。⁽⁶¹⁾このとき、仮に当事者があらかじめ両者を可分なものだとすれば、裁判所によって、両者とも有効だと判断される可能性がある。つまり、借金返済のためであっても、何らの拘束なく本人自ら酌婦稼業契約を締結したのであれば、両者とも有効として問題ないであろう。⁽⁶²⁾しかし、借金返済のために娼妓稼業をさせているにもかかわらず公序良俗違反となることを避けるために当事者が両者を可分なものとしていた場合には、裁判所は、それを当該無効規範に対する詐欺の意図に基づくとし、

両者を不可分なものと捉えたうえでその全体の無効を認めることができるべきであらう。⁽⁶³⁾

(3) 小括

このように、当事者の意思による諸行為の不可分性の有無は、契約の性質決定またはそれに類似するレベルにおいて問題となる。そして、当事者が付与した性質決定が認められるか否かにあたっては、無効規範に対する詐害の意図が問題となる。当事者の意思により不可分なものとして結びつけられた諸行為を一つの契約と捉えるにせよ、複数の契約の総体と捉えるにせよ、諸行為の不可分性の問題は、無効の範囲画定とは異なるレベルの問題として捉えるべきであらう。

三 無効の範囲画定の判断構造

以上では、無効および一部無効とは違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えた場合、これまで日本において議論されてきた一部無効に関する総論的な論点についていかに解するべきかを述べてきた。以下では、各論点に対する示唆を繰り返し述べることはせず、これまでの検討を踏まえた本稿による無効の範囲画定の判断構造を示していこう。

違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効および一部無効の捉え方において、無効の範囲は、不法性の範囲に比例する。もともと、一方で、ある規定の適用の前の段階において、つまり、フランス法でいう契約の性質決定またはそれに類似するレベルにおいて、諸行為の不可分性の有無が問題となる。他方で、無効および一部無効がサンクションであることから、無効の範囲を不法性の範囲に比例させて画定した後、それが当該当事者間において実効的か否かが問題となりうる。⁽⁶⁴⁾

すなわち、第一に、とりわけ当事者間で複数の契約または複合的な契約が締結される場合には、ある規定の適用が問題となる前に、両当事者がどのような目的を追求しており、その目的を達成するためには諸行為の全体が必要か否かが問題となる。そして、当事者がある規定の適用を回避しようとしてそれらを可分または不可分にするという選択をした場合には、当事者の意思による諸行為の不可分性の有無の許否が問題となり、それが当該規定に対する詐害の意図に基づくものか否かに関する評価がなされる必要がある。それが詐害の意図に基づくものである場合、裁判所は、当事者がした選択とは異なり、それらを不可分または可分なものとするのが可能である。

第二に、ある契約について、その一部に無効原因が存する場合には、不法性の範囲の画定が問題となる。ここでは、違反された合法性を必要な範囲で回復するために、違反された規定の目的や、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性が考慮される。その結果、契約の付随的な条項が公序に関する規定に反する場合には、当該条項が無効になる。契約における特定の条項の一部、または契約の基本的な要素の一部が公序に関する規定に違反する場合には、当該部分を法定の上限まで縮減する、または法定の限度に置換することになる。なお、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を基準とした無効の範囲の画定はなされるべきでない。

第三に、先に画定された部分的な無効を課すことが当該当事者間において実効的か否かが問題となりうる。サンクシヨンが実効的であるためには、それが当該当事者が置かれている状況に適している必要がある。ただし、より一般的な利益の実現等が優先されるべき場合もある。そこで、一方当事者の保護を目的として契約における付随的な条項、または契約の条項もしくは基本的な要素の一部を規制している規定の違反があった場合には、保護されるべき当事者が全部無効を望み、かつ、それを課すことによって相手方に過大な負担を強いといった特段の事情がなければ、それを認めるべきであろう。

- (12) たとえば、富井政章『民法原論第一巻』(有斐閣、一九一五年合冊版) 四五五頁、梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』(訂正・増補版) (有斐閣、一九八四年復刻版) 三〇五頁。
- なお、その後もこのような指摘が続く。たとえば、我妻榮『新訂民法総則』(民法講義Ⅰ) (岩波書店、一九六五年) 三八五頁、遠藤浩・水本浩編『民法総則』(改訂版) (青林書院、一九九三年) 二〇二頁以下、佐久間毅・石田剛・山下純司・原田昌和『民法Ⅰ 総則』(有斐閣、二〇一〇年) 二五〇頁、齋藤修『現代民法総論』(第七版) (信山社、二〇一三年) 三四六頁、近江幸治『民法講義Ⅰ 民法総則』(第七版) (成文堂、二〇一八年) 二九八頁がある。ただし、これらの学説において、無効がいかなる本質を有するものとして捉えられているかは定かでない。
- (13) 富井・前掲注(12)『民法原論第一巻』四五六頁、梅・前掲注(12)『民法要義卷之一総則編』(訂正・増補版) 三〇五頁。
- (14) 本稿(二) (六六卷五号) 四二頁以下を参照。
- (15) 伊藤進『法律行為・時効論』(信山社、一九九四年) 一二五頁、石田穰『民法体系』(一) 民法総則 (信山社、二〇一四年) 八八七頁、大村敦志『新基本民法 総則編』(有斐閣、二〇一七年) 九七頁、原田昌和・寺川永・吉永一行『民法総則』(日本評論社、二〇一七年) 六二頁、四宮和夫・能見善久『民法総則』(第九版) (弘文堂、二〇一八年) 三〇九頁。
- (16) 伊藤・前掲注(15)『法律行為・時効論』一二七頁、四宮・能見・前掲注(15)『民法総則』(第九版) 三三〇頁。
- (17) 石田・前掲注(15)『民法体系』(一) 民法総則 八八七頁、原田・寺川・吉永・前掲注(15)『民法総則』六二頁。
- (18) 山本敬三『一部無効の判断構造』(二) 契約における法律効果確定過程の構造化に向けて『法学論叢』二二七卷六号(一九九〇年) 一頁、特に一九頁。
- (19) フランス法における無効と取消しの原因については、本稿(二) (六六卷五号) 二八頁以下を参照。
- (20) たとえば、日本では公序良俗の問題とされている責任制限条項の規制については、フランスでは契約秩序という観点から規制がなされている。また、競争禁止特約の規制については、その一部につき、当該条項の目的外での使用という観点から規制がなされている(フランス法における責任制限条項の規制を検討している日本の文献については、本稿(二) (六六卷四号) 五四頁注(86) (87) を参照。フランス法における競争禁止特約の規制については、部分的なものであるが、本稿(八) (六九卷六号) 九一頁以下を参照)。
- したがって、これらに関する判例は、本稿では取り上げていない。

- (21) 坂本武憲「判批」法協一〇四卷九号一二七頁、特に一三二頁。
- (22) たとえば、米倉明「判批」法協八二卷一号一一〇頁は、「債権者の通常の意思としても、無担保債権者となるよりは弱い効力でも担保が与えられる方をえらぶであろう」と指摘する。
- (23) たとえば、我妻・前掲注(12)『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』二五七頁。また、熊谷芝青「一部無効法律行為と当事者意思」駒澤法曹一号(二〇〇五年)一三頁は、より積極的に、当事者意思に主体的地位を認めるべしと指摘する。
- (24) 中間試案五、一で想定されていたのは、契約においては両当事者の意思であった(商事法務編『民法(債権関係)』の改正に関する中間試案の補足説明)(二〇一三年、商事法務)五〇頁。
- (25) 両当事者の意思を基準とすることに対するシムレールの批判については、本稿(三)〔六六卷六号〕四七頁以下を参照。
- (26) この問題につき、本稿(一)〔六六卷四号〕二三頁も参照。
- (27) この指摘は、両当事者の仮定的な意思に対しても当てはまる。この点については、本稿(六)〔六八卷四号〕一〇頁以下を参照。
- (28) 不法性の範囲画定の後で当事者意思を基準とした無効の範囲画定の段階を設けることに対する批判については、本稿(四)〔六七卷一号〕一四頁以下を参照。
- (29) たとえば、本稿(五)〔六八卷一号〕一八六頁を参照。
- (30) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, 4^e éd. LGDJ, 2013, n° 501.
- (31) Decision n° 2012-242 QPC, JO 13 mai 2012, p.9096.
- (32) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, n° 546.
- (33) 本稿(八)〔六九卷六号〕九三頁。
- (34) L.Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2013, n° 201.
- (35) B.Mathieu, *Droit constitutionnel civil et des affaires*, J.Cl. Administratif, 2017, fasc.1449, n° 73 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, n° 235.

また、前掲憲法院二〇一二年五月一四日をはじめとした憲法院の判決においても、経済活動の自由と契約自由とが併置されることがある。

- (36) 山本敬三教授は、国家による私人の基本権の保護義務構成において、一方当事者の基本権に保護を与えると他方当事者の基本権に対する制約が課されることになることから、これらの基本権に対する過少保護の禁止と過剰介入の禁止のもとで双方の基本権を衡量して解決を導くべきであると説く(山本敬三『契約法の現代化Ⅱ——民法の現代化』(商事法務、二〇一八年)一一頁)。

- (37) 本稿(六)〔六八八巻四号〕二七頁以下を参照。

- (38) 本稿(五)〔六八八巻一号〕一七四頁以下、本稿(八)〔六九六巻六号〕六一頁以下を参照。

- (39) たとえば、平野裕之教授は、代金等の契約の中核的部分について数量的規制法規違反があった場合には「その規定の趣旨からして私法上も無効としなければ意味がなく、また超過部分の無効だけで十分である」と指摘する(平野裕之「一部無効」椿寿男編『法律行為無効の研究』(日本評論社、二〇〇一年)一八五頁〔特に二〇六頁以下〕)。また、原田昌和教授も、契約内容の量的不当性が問題となっている場合について、最高許容限度以上の部分のみが違法であり当該過剰部分のみを除去するというドイツ法の考え方が日本法においても参考になるとする(原田昌和「一部無効の論理——高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開——」甲南法学四二巻二・三号(二〇〇二年)三八九頁〔特に四六九頁以下〕)。

- (40) 本稿(五)〔六八八巻一号〕一八七頁以下を参照。

- (41) 失権というサンクションの機能につき、本稿(五)〔六八八巻一号〕一八九頁以下を参照。

- (42) なお、不法行為責任は、失権と同様、当事者の行為に向けられた主観的サンクションとして位置づけられるが、損害の填補を目的としたものであり、この点で、私罰としての機能を有する失権とは異なる。

- (43) たとえば、山本敬三「不当条項に対する内容規制とその効果」民事研修五〇七号(一九九九年)二六頁は、消費者契約については、条項作成者への制裁といった観点を重視すべき旨を指摘する。また、山本豊「不当条項規制と自己責任・契約正義」(有斐閣、一九九九年)一二六頁以下は、このような観点が、ドイツ法における約款条項全部無効論の重要な支えとなっていることを指摘する。

- (44) 別の制度に関する指摘であるが、フランスの民事責任法改正作業における民事罰金の導入について、民事罰金が私罰の

役割を有するため、罪刑法定主義との関係を指摘する学説が多い（たとえば、参照：E.Dreyer, L'amende civile concurrente de l'amende pénale?, JCP E 2017, N° 25, p.31 ; F.Rousseau, Projet de réforme de la responsabilité civile : L'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal, JCP 2018, p.1177）。

それゆえ、契約条項の一部に無効原因が存する場合に契約条項の全部無効を課す場合にも、その旨を条文中で明記することが望ましいように思われる。無効の範囲が必ずしも明記されていないことに鑑みても、無効規範の趣旨それ自体に条項作成者への制裁という観点を見出せる場合に限るべきであろう。

(45) たとえば、遠藤＝水本編・前掲注(12)『民法総則(改訂版)』二〇三頁、林良平編『注解判例民法 民法総則』(青林書院、一九九四年)五二八頁以下、四宮＝能見・前掲注(15)『民法総則(第九版)』三二四頁以下。

(46) 佐久間毅『民法の基礎—総則(第四版)』(有斐閣、二〇一八年)二二四頁。一部無効の正当性を当事者意思に求める立場からも、同様の指摘がなされている(椿久美子「一部無効」椿寿夫・中舎寛樹編『解説 条文にない民法(第三版)』(日本評論社、二〇〇六年)七二頁)。また、民法(債権関係)の改正に関する中間試案五、一も、当事者の意思を基準とし、当事者が無効事由の存する一部を除いた残余の部分だけでは契約を締結しなかったであろう場合には、全部無効を認めていた(中間試案については、本稿(一)「六六卷四号」一二二頁以下も参照)。

(47) 先の見解が、残部だけでは当事者の意思に反することを理由に全部無効を認める場合としていかなる場合を想定しているかは明らかでないが、無効の範囲画定における当事者意思の位置づけを明らかにしないかぎり、この問題がついて回ることになる。

たとえば、大村敦志教授は、中間試案第五、一につき、法律行為の一部のみを無効とすることが可能である場合に、当事者の意思により全部無効を認めることを可能とする旨の規定だと解されうることを指摘する(法務省「法制審議会」民法(債権関係)部会 第76回会議議事録」(<http://www.moj.go.jp/content/000118123.pdf>、二〇一九年一月五日最終閲覧)三九頁以下(大村敦志教授の発言))。

(48) たとえば、本稿(四)「六七卷一号」二三頁、本稿(五)「六八卷一号」一五六頁以下を参照。

(49) 本稿(六)「六八卷四号」二四頁以下を参照。

(50) 本稿(八)「六九卷六号」九九頁を参照。

なお、このような契約条項の目的に合致しない行使態様の規制は、ドイツ法における契約条項の事後的審査とどのよう
に比較しうるかも問題となろう(ドイツ法の事後的審査については、武田直大『不当条項規制による契約の修正』(弘文堂、
二〇一九年)七一頁以下が詳しい)。両者の比較は今後の課題としたいが、フランス法の議論を振り返るならば、権限行
使の態様(または場面)によっては不相当なものとなる条項について、これを当事者が合意していないと考えられること
から、また、契約関係が継続している場合には本文で指摘するような問題が生じうることから、内容規制ではなく権利行
使規制として捉える学説があるといえよう。

- (51) たとえば、法務省「民法(債権関係)部会資料84・民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(三)」一九頁
(<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>; 二〇一九年二月二七日最終閲覧)。本稿は一部無効と異なる規制方法の可能
性を指摘するにとどめ、詳細な検討は今後の課題とするが、ストフェル・マンク(Ph.Stoffel-Munck)が、過怠条項(*clause
pénale*)の規制における過大性の評価が判決時の事柄を基準になされることから、民法典一一五二条が規定する過怠条項
の増減に関する判事の権限が一般法における濫用条項の存在を示した一例とはいえないと指摘していることは興味深い
(Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse, LGDJ, 2000, n^{os} 385 et 386)。この問題に関する諸外国の状況や日本の学
説・判例については、奥田昌道編『新版注釈民法(一〇)Ⅱ 債権(一)』(有斐閣、二〇一一年)五七〇頁、特に六〇九
頁以下「能見善久・大澤彩」が詳しい。

- (52) 類似の事案として、名古屋高判昭和四五年一月三〇日下民集二二卷一・二号一五五頁がある。同判決は、レコード会社
と歌手との間の準専属契約において、歌手が無断でテレビ出演したことを理由とした違約金の請求につき、実損額との不
均衡や当該歌手の準専属歌手としての立場などを理由に違約金条項それ自体を無効とした。

- 同判決につき、当該歌手が準専属歌手であるという要素は、違約金条項の不法性を示すものであるのに対し、実損額と
の不均衡という要素は、合法的な条項であっても条項の援用それ自体が問題となりうることを示すものであるように思われる。
(53) ただし、大澤彩教授は、消費者契約法九条一号が損害賠償額の予定条項等の不当性判断の基準とする「平均的損害」に
つき、この基準が一般的・抽象的な損害を念頭に置くことには限界があり、「社会常識にも合致した通常の損害額」を算
定する上では、抽象的な損害のみならず、実際の損害を考慮に入れることが不可欠である旨を指摘する(大澤彩「違約金・
損害賠償額の予定条項の規制法理(一)」——最近の中途解約に関する判例を契機として——法学志林一〇六巻四号(二〇〇

九年（一九頁、特に八二頁以下）。

(54) 「基本的には」と留保した点につき補足する。

たとえば、ベナバン (A Benabant) は、付随的詐欺の説明のなかで、「同意の部分的な瑕疵」を否定するが、このような議論の射程について「……おそらく保証に関する場合は除かれる」と指摘する (A Benabant, *Droit des obligations*, 16^e éd. LGD, 2017, n° 107)。この指摘からは、保証契約の特殊性に鑑みて、同意の瑕疵があった場合（少なくとも詐欺があった場合）には、保証債務の減額を認めるという考えが窺える。

それに対して、保証人の資産や収入に比して保証債務が明らかに過大であるという特定の場面に限ったものではあるが、たとえば、破毀院商事部一九九七年六月一七日 (Cass.com., 17 juin 1997, Bull.civ.IV, n° 188) は債権者が誠実性を欠きフォートがあったことを理由に、破毀院商事部二〇〇九年一〇月一〇日 (Cass.com., 20 octobre 2009, Bull.civ.IV, n° 127) は債権者の警告義務違反を理由に、保証人が債権者に対し損害賠償請求をなしうることを認めた。また、消費法典 L. 333-1 一条は、「事業者である債権者は、自然人によってなされた保証契約の締結時に、約務が保証人の資産及び収入と明らかに不均衡であった場合には、当該保証契約に基づいて主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」と規定する。これらにおいても保証契約の特殊性に基づく解決がなされているが、そのサンクションは無効とは異なる。

いずれにせよ、保証契約については、いかなる点で他の契約類型と区別すべきであるか、合意（同意）の瑕疵による無効が問題とならない事案があるとするればどのような事案であり、いかなるサンクションによって対処すべきかなどを検討する必要がある。このように、一部無効の基本的な考え方が妥当するか否かの判断を慎重にしなければならない契約類型も存在することに留意する必要がある。

(55) 付随的詐欺の問題につき、本稿（四）「六七巻一号」八頁以下、本稿（八）「六九巻六号」八二頁を参照。

(56) 道垣内弘人「一部の追認・一部の取消」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（上）』（有斐閣、一九九六年）二九三頁。

(57) 道垣内・前掲注（56）「一部の追認・一部の取消」三二八頁以下。

(58) 契約の個数論に関しては、本稿（三）「六六巻六号」七七頁注（41）を参照。

(59) 本稿(七)〔六九卷三号〕八七頁以下を参照。

(60) 本稿(七)〔六九卷三号〕一〇七頁以下を参照。

脱法的行為と性質決定の選択との関係や、その他の脱法的行為を解決するための諸制度については、大村敦志「『脱法行為』と強行規定の適用(上)(下)」ジュリ九八七号五三頁、九八八号(以上、一九九一年)七二頁が詳しく論じている。

なお、脱法的行為の無効は、強行法規の解釈という手段によっても可能である。もともと、たとえば、ある二つの契約があり、両者が不可分である場合には無効規範に抵触するが、両者を可分にすることは認められているとする。つまり、当事者が二つの契約に可分するという選択をすると、それぞれの契約には無効原因すらないはずである。しかし、ある具体的な事案において、これらの契約を無効とすべき理由があるとすれば、当該事案においてはこれらの契約が実際には不可分なものであるという事実評価ないし性質決定が可能であるゆえであろう。

このように指摘できることから、諸行為の不可分性の問題は、無効の範囲の問題ではなく、契約の性質決定またはそれに類似したレベルでの問題であるといえよう。

(61) 芸娼妓契約において何が公序良俗違反かについては、能見善久「芸娼妓契約と公序良俗」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代』(有斐閣、二〇一五年)一三九頁で詳細な検討がなされている。

(62) 四宮＝能見・前掲注(15)『民法総則(第九版)』三〇九頁は、「……成年の女子が店からの借金の返済のためにホステスとして働く契約を締結することがあるが、本人の自由意思が確保されていれば公序良俗違反とはいえない」と指摘する。

(63) たとえば、平野・前掲注(39)「一部無効」二〇六頁は、結合契約において公益的無効が問題となるとき、「無効とした規範の目的を達成するためには、全部無効とする必要がある場合には、全部無効とすべきである」とする。

(64) 本稿(五)〔六八卷一号〕一六八頁以下、本稿(六)〔六八卷四号〕二四頁以下を参照。また、参照、J.Ghestin, *Traité de droit civil, Le contrat : Formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988, n° 880.

第三節 結語

本稿は、フランス法における無効および一部無効の本質に関する理論の変遷や、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思が有する役割の検討から得た知見をもとに、日本法における一部無効論を捉え直すための新たな視座を獲得しようと試みてきた。

無効および一部無効の本質を「違反された合法性を回復するためのサンクション」として捉えることは、無効規範からの要請の実現を可能にする。リペール (G.Ripert) が指摘するように、「法律が罰せられずに違反されうるならば、当該法律は無意味であり、ただ、処罰されない違反という悪い見本を許すだけである」⁽⁶⁵⁾ から、その実現は望まれよう。

その一方で、当事者の意思は、契約の中核であり、それに無関心であってはならない。フランスの学説は、一方で、無効および一部無効を先のようなサンクションであるとして無効の範囲を画定するにあたっては違反された規定の目的を考慮しなければならないとしながらも、他方で、当事者の意思を尊重すべきであると指摘し続けた。これは、当事者の意思と無効規範の要請との調和を図るためであろう。そして、実際に、他のサンクションとの対比において無効および一部無効を「違反された合法性を回復するためのサンクション」として捉えることに加え、契約の性質決定の問題とその有効性の問題とを段階的に把握することによって、無効規範と当事者意思の調和を図ることを可能にしよう。このような捉え方から、前節で確認した具体的な帰結を導くことができた。

その反面、本稿が示すことができたのは、一部無効の本質をどのように捉えるべきかという基本的な問題についてのみであり、それと対応しうる日本法の議論は限られていた。つまり、本稿は、フランス法の分析を通じて無効および一部無効の本質の捉え方や一部無効論における当事者の意思の意義を提示し、それに基づいて、日本の一部無効論におけ

る基本的かつ総論的な問題を扱うことしかできていない。

限定的な対比となった主要な理由は、具体的な事案に対して日本法とフランス法とが解決に用いる制度が異なる場合があることにある。つまり、日本法において公序良俗違反とされる内実の一部について、フランス法では、公序良俗に違反するために一部無効が課されるところの扱いはされておらず、他のサンクションにより規制されている。たとえば、物的損害に関する責任制限条項については、フランス法においても、明確な法律による規制なくして一般法に基づいて規制されることがある。しかし、これは、公序からの規制ではなく、契約秩序による規制、つまり契約上の債務の整合性という観点からの規制であると考えられている⁽⁶⁶⁾。また、競業禁止条項に関する規制の一部については、本稿のなかでも示したように、合法的な条項に関する債権者の援用態様が問題となっており、無効の範囲に関する問題とは区別されていた⁽⁶⁷⁾。しかし、これらの事案を無効以外のいかなる制度を用いて解決すべきかは、フランス法に関しても、日本法に関しても、より詳細な検討を必要とする。さらに、民事上のサンクションが私罰としての機能を有する場面については、刑事上または行政上のサンクションとの異同を踏まえた検討が必要となろう。

また、本稿は、たとえば契約条項の積極的な修正の問題について無効の本質と同様の観点から説明できるか否かという視点で分析した⁽⁶⁸⁾。この問題は無効の本質と同様の観点から説明可能であると考えるが、そのなかで、無効とは異なる名称(制度)を用いるべき場合があるか否かという、さらに内在的な検討を行っていく必要もあろう。

このように、無効および一部無効の本質を検討しただけでは、具体的な事案の解決には至らない場合が多く、そのためには、類似の諸サンクションとの横断的な検討を要するのであり、本稿の大きな課題として残されている。本稿の検討が一部無効の本質という基礎的な問題に限ったものであったことから、残された課題の多さを痛感する。それらの検討については、他日を期したい。

- (65) G.Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, n° 128.
- (66) たじえはら、ゴットゥメ (SGaudemet) は、契約上の債務の整合性の統制という理由により当該条項が書かれざるものとみなされるべきがあると指摘する (SGaudemet, op.cit., thèse, n° 442 et s. また、参照、GHelleringer, *Les clauses du contrat : Essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n° 296 et s.)。
- フランス法における責任制限条項の規制を検討している日本の文献については、本稿(一)〔六六卷四号〕五四頁注(86)、注(87)を参照。
- (67) 本稿(八)〔六九卷六号〕九七頁以下を参照。
- (68) 本稿(五)〔六八卷一号〕一七四頁以下、本稿(八)〔六九卷六号〕六〇頁以下を参照。

〔完〕

〔付記〕本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇一五年三月二五日授与)「一部無効の本質と射程——一部無効論における当事者の意思の意義を通じて——」に加筆・修正をしたものである。加筆・修正にあたって、文科省科学研究費助成金「若手研究(B)」(課題番号: JP16K17015)の交付を受けている。

ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（二）

——参加の正統化機能に関する一考察——

谷 遼 大

目 次

はじめに

第一章…公法学における参加論の登場——シュミット・グレーザー参加論の検討

第一節…議論の背景

- 第一款…社会および隣接学間における参加
- 第二款…参加論における権利保護の視点
- 第二節…一九七二年ドイツ国法学者大会報告
- 第一款…報告の前提および概要
- 第二款…憲法原理に基づいた参加のモデル化
- 第三節…小括
- 第二章…正統化論と参加論の接続——メンツェルの議論を題材に
- 第一節…二つの正統化概念
- 第一款…正統化の主体と客体
- 第二款…経験的正統化
- 第三款…規範的正統化
- 第四款…基本法における正統化秩序
- 第二節…参加による正統化
- 第一款…参加の機能と形式
- 第二款…参加による合意の確保
- 第三款…共同決定による正統化
- 第三節…小括
- 第三章…古典的な民主的正統化モデル
- 第四章…多元的な民主的正統化の理論
- 第五章…「参加による正統化」の可能性
おわりに

(以上、本号)

はじめに

本稿は、ドイツにおける「参加 (Partizipation)」の概念に焦点を当て、その学説史的検討を行うことを通じて、公法学の立場から参加を法的に根拠付けるための可能性を探ることを目標とするものである。

「参加」、殊に「住民参加」または「市民参加」というテーマは、主に政治学や社会学を主戦場として議論が展開されてきたものである。他方、公法学においては、それをどのように法的な問題として取り扱うかについて、方向性は必ずしも明らかになっていないように思われる。本稿はこの点に着目し、特に法解釈的な視点から、「参加」の公法学的な意義の探究を試みるものである。その際、本稿は、ドイツ公法学における「参加 (Partizipation)」をめぐる議論を題材とする。そしてその理由は、我が国の行政法学が主として比較法研究の対象とし、その行政法の体系に多大な影響を与えてきたドイツ行政法学においても、「参加」をいかにして法的な問題として位置づけ、分析するかについて、活発な議論が展開されてきたという点に求められる。

以下ではまず、我が国の公法学における参加の議論について、

その議論状況を簡潔に確認し、本稿の背景を明らかにする(一)。次いで、「参加 (Partizipation)」概念をめぐって、ドイツ公法学との比較研究を行う上で、我が国の先行研究との関係を確認しながら本稿の目標を設定する(二)。そして最後に、本論に入る前に、本稿が主題とするドイツの「参加 (Partizipation)」の概念について若干の説明を加えておくこととした(三)。

一 本稿の背景

まず、本稿と先行研究との関係、そして本稿の問題関心を明らかにすることとしたい。我が国の公法学における参加論を分析する上で避けては通れないのが、小高剛教授、そして田村悦一教授による業績であろう。⁽¹⁾ 両教授の議論において特筆すべき点は、住民参加の機能を明らかにし、参加機会を拡大する必要性を根拠付けたことである。すなわち、両教授は、「手続形式保障機能」、「情報収集機能」、「説得的機能」、「権利利益保護機能」、「争点整理機能」、「行政の遂行促進機能」⁽²⁾、あるいは、「民主化機能」、「人権保障機能」、「行政運営の合理性を担保する機能」⁽³⁾ などといった形で、住民参加のポジティブな側面を説明している。そして、これらの機能が住民参加の制度設計に際して、実務上で少なからず考慮されるべきことは、否定しがたい

事実である。

しかしながら、これらの機能を「法的な」視点から説明することができるといえば、困難を伴うように思われる。上述の機能は、一見するといわば行政学的、社会学的、あるいは政治学的な議論の成果であるといえ、それを法律論として展開する際には、各々の位置づけは必ずしも明確ではない。すなわち、「これらの機能の必要性は、どのような法原理・法原則から根拠付けられるのか」、あるいは、「参加機会の拡充は、行政決定にいかなる（法的な）影響を及ぼしうるのか」といった点が、必ずしも明らかにされていないのである。

上記の疑念は、これらの住民参加の機能を否定するものでもなければ、住民参加の必要性を否定するものでもない。しかしながら、「公法学」が参加論を取り扱う以上は、同時に、住民参加が「法的に」いかなる意義を有するののかという点に焦点を当て、さらに掘り下げた分析を進める必要性が認められるべきであろう。また、学界においても「参加」、「住民参加」、「市民参加」の必要性についてはおおよそのコンセンサスがあるとみえる以上、その必要性を「公法学の立場から」根拠付け、説明することには、一定の意義を見出すことができるように思われる。⁽⁶⁾

我が国における参加論について、かつて小高教授は、以下のように述べている。

「住民参加には権利保護のモメントと民主制ないし民主主義のモメントがあり、この問題に対する行政法学的アプローチは前者に傾斜した行政手続法論として把握しようとし、政治学的アプローチは後者に傾斜した住民運動論として考察しようとする一般的な傾向があったのではないかと思われる」⁽⁷⁾。

そして、宮田三郎教授もまた、次のように述べている。

「住民参加は、〔…〕通常いわれる民意の反映すなわち民主的要請としての住民参加という理解と法治国的権利保護という視点からの住民参加という理解とでは、住民参加の理由づけとその構成を異にするという点に留意したい。権利保護機能としての早期の住民参加の分析こそ、行政法学における住民参加についての最も重要な課題の一つでなければならない」⁽⁸⁾。

上記の指摘が示す通り、伝統的な行政法学の立場からすると、参加の問題は権利保護の問題と結びつけられやすいという傾向があり、そしてまた、それが重要視されてきたのである。他方、これを民主主義や住民自治の観点から法律論として展開しようと試みる場合には、それをいかにして根拠付けられるかが問題とされなければならない。

この点について、我が国において有益な議論を展開しているのが、人見剛教授である。人見教授は、意思形成過程への参加を「権利防御型参加」と「民主主義的参加」に区別する⁹⁾。その上で「権利防御型参加」としての参加権が成り立たない場合、すなわち一定の利害関係や基本権からは参加権を根拠付けることができない場合には、「民主主義的参加」として「国民主権（憲法一条）」と結びついた民主主義的要請、あるいは憲法九二条の『地方自治の本旨』に含意された住民自治の原理¹⁰⁾から参加権を根拠付けることができないか、という議論を展開している¹¹⁾。

ただし、参加権を上記のように根拠付けるとい方向性について異論がないとしても、参加の憲法上の根拠が完全に明らかにされていないわけではない。さらにいえば、参加の拡大は、単に「憲法上望ましい」にすぎないのか、あるいは、「法解釈上の考慮事由となりうる」のか。そして、参加が「憲法上望ましい」のであれば、どのような根拠に基づいて、どの程度にまで拡大していくことが望ましいのか。また、参加が「法解釈上の考慮事由となりうる」のであれば、いかなる局面において、いかなる法原理に基づいて、法解釈にあたって考慮されるのか。上記の点を、より詳細に検討していく必要性が残される。また、例えば自治の領域に認められうるような、事実上の決定権に近

い強力な参加権については、かえって憲法原理（主として民主政原理）に抵触する危険性をも孕むものであるから、憲法原理との関係で参加がいかなる位置づけにあり、そしていかなる場合に違憲であるとの疑念が生じるのかもまた、問われなければならない。この意味で、参加の限界を考察するためにも、参加の憲法上の根拠について深く掘り下げる、理論的な検討が必要である。

本稿は、以上のような問題意識から、ドイツ公法学における参加論の展開を題材として、これらの問題にアプローチするための手がかりを得ようとするものである。

二 本稿の課題

ドイツ法を題材とする本稿の先行研究に位置づけられるものとしては、村上武則教授¹²⁾、宮田三郎教授¹³⁾、篠原巖教授¹⁴⁾、小山正善教授¹⁵⁾による一九七〇年代から八〇年代にかけてのドイツ公法学における参加論の紹介・分析が存在する。そしてまた、一九九〇年代にはドイツの営造物における参加について理論的な紹介・分析を行った大久保規子教授¹⁶⁾による研究、そして近年においては、「市民参加」を主に民主主義（民主化）¹⁷⁾あるいは「民主的正統化」の観点から理論的に検討した野田崇教授による

研究など、優れた先行研究が存在する。さらにいえば、本稿の後半において主題とされる市民参加の正統化機能に関しては、ドイツの（民主的）正統化の理論枠組みを検討するものが多数存在しており、これらも本稿との関係で重要な先行研究である⁽¹⁸⁾ということができる⁽¹⁹⁾。

さて、以上のような先行研究が多く存在する中で、本稿の特徴は、次のような点に認められる。すなわち、本稿が、一九七〇年代から現在に至るまでのドイツ公法学における参加論の理論的な変遷に焦点を当てた、学説史的検討だという点である。

これまでの参加論に関する多くの先行研究は、とりわけドイツ公法学の一時代における議論に焦点を当てたものであった。本稿は、一九七〇年代から八〇年代にかけての参加論を検討していく中で、「参加の正統化機能」に——参加論の観点からも正統化論の観点からも——価値が見出されていたことに着目し、主としてこれに光を当てながら、参加に認められうる法的な意義の一端を明らかにすることを試みる。

「参加 (Participation)」という概念については、ドイツでは公法学においても一九七〇年代に活発な議論が交わされていたものの、一九八〇年代半ばを過ぎた頃から議論が下火となるなど、浮き沈みが激しいテーマでもある⁽²⁰⁾。しかしながら、現代に

において参加を議論する必要性は依然として失われておらず、近年のドイツにおいては社会現象を背景として、参加をめぐる議論が再び活発化している⁽²¹⁾。そこでは参加の機能、とりわけ「参加の正統化機能」が近年の民主的正統化論との関係で注目を集めており、これを無視して参加を語ることは難しい状況にある。

そこで本稿は、参加論と正統化論がどのような議論を経て結びつくにいたったのか、そして、かつての参加をめぐる議論が現在の参加や正統化をめぐる議論にどのような理論的影響を及ぼしているのかを明らかにしながら、現代における「参加の正統化機能」の可能性を理論的に探究することとしたい。以上のような内容からして、本稿は、正統化論における個別的な研究としても位置づけられることになると思われる。

ただ、現在では、公法学において参加に関わる文献は無数に存在しており、その全てを網羅的に検討することは当然不可能であり、また、本稿の関心に沿った適切な研究方法であるとも思われない。そこで本稿は、それぞれの章において、各時代における参加にとって解釈論的な観点から重要な意味を持つドイツの論稿をいくつかベースにしながら、それを土台として検討を加えていくという形式を取る。このような流れを繰り返すことによって、それぞれの論者の議論の新規性や問題点、限界など

を明らかにする。そして最終的には、参加に正統化機能を認めようとする学説がなぜ発展してきたのか、そして正統化機能を認める学説は参加のどのような特徴に法的意義を見出そうとしてきたのか、この点を明らかにすることとしたい。

三 「参加 (Partizipation)」 の概念

さて、本論に入る前に、本稿が主たる検討の対象とする参加 (Partizipation) の概念について、簡単に説明しておく必要がある。この概念は、ドイツにおいて「発見的概念 (Heuristischer Begriff)」⁽²²⁾あるいは、現代でいうところの「鍵概念 (Schlüsselbegriff)」⁽²³⁾などと呼ばれるものの一つであり、社会学や政治学といった隣接学問との対話を可能にする概念であるとされている。他方で、そうであるがゆえに、公法学がこの概念に対して明確な定義を与えることは困難であり、そして必ずしも適切ではないようにも思われる。⁽²⁴⁾しかし、本稿の主たる対象である以上は、便宜上、一定程度の輪郭を示しておく必要がある。

「参加 (Partizipation)」という概念は、一般には「聴聞 (Anhörung)」のような権利保護を主軸とするものよりは、むしろ討議 (Erörterung) などといった、行政決定の意思形成に影響力を及ぼすということに焦点のある、民主主義的な含意の

ある概念である。⁽²⁶⁾このことは、「参加」という概念が、それを「民主化 (Demokratisierung)」の概念などと結びつけて論じてきた社会学や政治学などの領域から輸入されてきたものであることと結びつく。

より具体的にみると、シュミット・アスマン (Eberhard Schmidt-Altmann) は「参加 (Partizipation) とは、特別な方法で、一定の決定に関わる利害関係者の関与 (Beteiligung) である」と⁽²⁷⁾といった説明をしている。この定義が含意するところによれば、法律等によって制度化されており、利害関係者の範囲が特定されている関与の形式が参加ということになるだろう。したがって、法的な制度化を伴わない住民運動などは一般にこの射程外にある。

また、ロッゼンシュタット・フェルト (Helge Rossen-Staffeldt) は、参加の概念を関与の概念と比較しつつ、以下のよう⁽²⁸⁾に説明している。すなわち、「参加 (Partizipation) とは、強められた関与 (verstärkte Beteiligung) である。それは、行政目標の展開、選択、詳細な規定化、そして必要であれば必要となる修正に影響を及ぼすための機会や、しかしまた、実現の道のりや手段、スピードを共同決定するための機会をも開く。〔参加と関与の概念の——訳者註〕境界は依然として不鮮明な

ものにとどまらざるをえないが、関与は、主張、承認、そしてコミュニケーションを目標とし、参加は、それを越えて、共同形成や(支配への)配分参加を目標とする(強調は原文による)。つまり、参加の概念は関与の概念よりも内容に影響を及ぼすという意味での強い含意を有しており、我が国でいうところの「民主主義的参加」に、概念的には非常に近いものであると理解して差し支えないだろう。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

非常に断片的な記述にとどまるが、以上をさしあたっての前提として進めていくこととしたい。

- (1) 小高剛『住民参加手続の法理』(有斐閣、一九七七年)、田村悦一『住民参加の法的課題』(有斐閣、二〇〇六年)。
- (2) 小高・前掲註(1) 一七八頁以下。
- (3) 田村・前掲註(1) 五頁以下。
- (4) ドイツ公法学におけるこうした指摘として、*Andreas Fischer, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 1*。「あらゆる注釈においてみられるのは、『公衆参加の機能』に関する定型的で冗長な論述である。これは、法学的なコンテキストにおいては相当奇妙に感じられる。というのも、機能に関する問題は、法学的な問題

というよりは、むしろ社会的な問題だからである」。

- (5) 我が国の教科書においても、このような参加手続をどのように位置づけるか、そしてどのように説明するかについて、意見が一致しているとはいえない状況にある。その中で特に注目すべきは、大橋洋一教授が市民参加を行政法の一般原則として位置づけ、説明していることである(大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論(第三版)』(有斐閣、二〇一六年) 五四頁。なお、第四版(二〇一九年)では関連する記述が一部削減されているものの、一般原則としての理解は維持されている)。ただ、日本においてこのような説明が妥当であるかどうかについて、更なる検討の余地があると思われる。この点、フランス法に目を向けると、フランスでは「環境に重大な影響を及ぼす事業活動が行われる場合」には、「参加原則(principe de participation)」により「事業計画の形成過程において公衆参加の措置をとらなければならない」とされており(久保茂樹「大規模公共事業と早期の公衆参加手続」青山法学論集(青山学院大学)五一巻一―二号(二〇〇九年) 八四頁以下)、参加原則が一般的な法原則として妥当している点は注目に値する。

- (6) 参加手続について、日本における議論を中心に整理・検討する近年の論稿として、参照、山田健吾「環境行政領域法における参加手続の適正化について」法政論集(名

古屋大学)二七七号(二〇一八年)一四五頁以下。また、小高教授は、「行政手続がはたす社会的、現実的機能に対する社会的評価の変化に即応して、参加手続が考察されなければならない」ことを指摘していた(小高剛「行政手続と参加」雄川一郎ほか編『現代行政法体系第三巻行政手続・行政監察』(有斐閣、一九八四年)一〇二頁)。このような社会的・現実的機能、およびそれに対する社会的評価を、公法学はどのようなアプローチをもってすれば受け止めることができるのか、この点もまた、本稿の課題と関わる点であるといえる。

- (7) 小高剛「住民参加」成田頼明編『行政法の争点(新版)』(有斐閣、一九九〇年)一一五頁。もっとも、同論文・一四頁が指摘するように、かつての我が国における住民参加論は、ドイツ行政法ではなく、アメリカ行政法の影響を大きく受けていたという点も留意されるべきであろう。

- (8) 宮田三郎『行政計画法』(ぎょうせい、一九八四年)二〇一頁(初出…一九八〇年)。

- (9) 人見剛「住民自治の現代的課題」同『分権改革と自治体法理』(敬文堂、二〇〇五年)一九三頁以下(初出…二〇〇〇年)。さらに、「権利防御型参加」は、「適正手続的参加」と「基本権的参加」に区別される(参照、同「都市住民の参加と自律」同書・二〇六頁以下〔初出…

一九九三年)。我が国の学説における「権利防御型参加」と「民主主義的参加」の区別については、さらに、角松生史「決定・参加・協働―市民／住民参加の位置づけをめぐって」新世代法政策学研究(北海道大学)四号(二〇〇九年)六頁以下、山下竜一「市民参画」高橋信隆ほか編『環境保全の法と理論』(北海道大学出版会、二〇一四年)一八六頁以下も参照。

- (10) 人見剛「都市住民の参加と自律」同『分権改革と自治体法理』(敬文堂、二〇〇五年)一二三頁。

- (11) この議論は地方自治の局面が想定されているものではあるが、十分に一般的な議論としての通用力を有していると思われる。この点も含め、山下・前掲註(9)一八六頁以下を参照。

- (12) 村上武則「Teilhabe(配分参加)について」同『給付行政の理論』(有信堂高文社、二〇〇二年)三〇二頁以下(初出…一九七八年)。

- (13) 宮田・前掲註(8)一九六頁以下。

- (14) 篠原巖「西ドイツにおける参加論の理論動向」長谷川正安編『現代国家と参加』(法律文化社、一九八四年)二五一頁以下。

- (15) 小山正善「行政法学における『参加』に関する一考察」山口経済学雑誌(山口大学)三四卷六号(一九八五年)六三三頁以下。

(16) 大久保規子「営造物と利益集団の多元的参加」一橋論叢（一橋大学）一〇八巻一号（一九九二年）一〇四頁以下。

(17) 野田崇「市民参加の『民主化』機能について」法と政治（関西学院大学）六〇巻三号（二〇〇九年）一頁以下、同「大規模施設設置手続と市民（一）（二・完）」法と政治（関西学院大学）六五巻二号（二〇一四年）一頁以下、六五巻三号（二〇一四年）四七頁以下。特に前者は、市民参加の「民主化」機能と呼ばれるものに、権利保護機能などと区別しうる固有の内容や意義があるのかが明らかではないとの問題意識から出発しており、本稿の問題関心との大きな共通性がある。

(18) ドイツの（民主的）正統化の議論を取り扱う論稿については枚挙に暇がないが、とりわけ、日野田浩行「行政の民主的正統化に関する憲法的考察（一）」久留米大学法学（久留米大学）三四巻（一九九九年）一頁以下、毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」同『統治構造の憲法理論』（岩波書店、二〇一四年）三三〇頁以下（初出：二〇〇三年）、林知更「憲法原理としての民主政」同『現代憲法学の位相』（岩波書店、二〇一六年）二三一頁以下（初出：二〇一三年）、田代滉貴「ドイツ公法学における『民主的正統化論』の展開とその構造」行政法研究一四巻（二〇一六年）二五頁以下、高橋雅人『多

元的行政の憲法理論』（法律文化社、二〇一七年）を参照。さらに、大別的な分類にならざるを得ないが、特に機能自治の正統化について、日野田浩行「民主制原理と機能自治」大石眞先生還暦記念「憲法改革の理念と展開（上）」（信山社、二〇一二年）三三三頁以下、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（一）（四・完）」法政論集（名古屋大学）二四二号（二〇一一年）二六一頁以下、二四七号（二〇一二年）四九頁以下、二五一号（二〇一三年）三四七頁以下、二五二号（二〇一三年）一五一頁以下、斎藤誠「自治・分権と現代行政法」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』（日本評論社、二〇一六年）二九三頁以下、山本隆司「機能的自治の法構造」総務省編『地方自治法施行七〇周年記念自治論文集』（ぎょうせい、二〇一八年）二一五頁以下を、特に民主的正統化の判例法理について、太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化（demokratische Legitimation）思考の展開」樋口陽一先生古稀記念「憲法論集」創文社、二〇〇四年）三一五頁以下、田代滉貴「判例理論としての民主的正統化論」法政研究（九州大学）八四巻二号（二〇一七年）一〇三頁以下を、関連する研究として、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌（東京大学）一〇二巻一一＝一二号（一九八九年）七五〇頁以下、島

村健「エコマークとエコ監査」『国家学会雑誌』(東京大学) 一一二巻三〇四号(一九九九年) 一八九頁以下、原田大樹「多元的システムにおける正統性概念」同『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂、二〇一四年) 四九頁以下(初出:二〇一二年)、北村幸也「ドイツ基本法と裁判と法律——あるいは裁判官の『自由』と『拘束』について(五)」『法学論叢』(京都大学) 一八〇巻四号(二〇一七年) 一七三頁以下、高橋雅人「大学の自治と民主主義原理」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開(下)』(信山社、二〇一七年) 三八一頁以下、山本隆司「ガバナンスと正統化」『社会科学研究』(東京大学) 六九巻二号(二〇一八年) 五一頁以下、岸本太樹「立法のアウトソーシング」西塾章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』(信山社、二〇一九年) 四三頁以下などを参照。

(19) また、当時の西ドイツにおける「配分請求権(Teilhaberecht)」や「手続的能動的地位(status activus processualis)」をめぐる議論、そして制度的な成功例として扱われた都市建設法上の参加制度をめぐる議論もまた、本稿の直接の検討対象からは外れるものの、参加論においては重要な位置を占める。前者については、とりわけ、山田洋「行政手続への参加権」一橋研究(一橋大学) 六巻三号(一九八一年) 一一二頁以下、富塚祥夫「実

体的基本権の手続法的機能(上)(下)」『東京都立大学法学会雑誌』(東京都立大学) 二七巻一号(一九八六年) 一九頁以下、二八巻二号(一九八七年) 一八一頁以下、笹田栄司「実効的基本権保障論」(信山社、一九九三年) 二〇六頁以下などを、後者については、野田崇「市民参加の『民主化』機能について」法と政治(関西学院大学) 六〇巻三号(二〇〇九年) 二〇頁以下、高橋寿一「地域資源の管理と都市法制」(日本評論社、二〇一〇年) 二二八頁以下などを参照。

(20) Vgl. Helge Rosser-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Altmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, §29 Rn. 65.

(21) とりわけ、理論と現実の乖離が問題視された、大規模事業における公衆参加手続を中心とする議論を紹介・検討するものとして、野田崇「大規模施設設置手続と市民(一)(二・完)」法と政治(関西学院大学) 六五巻二号(二〇一四年) 一頁以下、六五巻三号(二〇一四年) 四七頁以下を参照。

(22) Walter Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (180).

(23) Vgl. Anna-Bettina Kaiser, Die Kommunikation der

Verwaltung, 2009, S. 144 f. mit Fn. 48.

- (24) Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Albmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §1 Rn. 40 ff.

- (25) 我が国においては、かつて住民参加の定義が明らかでないとの問題意識から、柳瀬良幹博士によって定義の試みがなされたことがある(柳瀬良幹『「住民参加」の定義』自治研究五〇巻二号(一九七四年)五一頁以下)。また、ドイツにおいても概念的な定義の試みがないわけではなく、近年で有益なものとして、*Volker M. Haug*, "Partizipationsrecht" – ein Plädoyer für eine eigene juristische Kategorie, *Die Verwaltung* 47 (2014), S. 221 (227 ff.).

- (26) 我が国では遅くとも一九九三年の行政手続法制定以降、処分の直接の名宛人への聴聞などの二面関係については参加論の射程外とする見解が広まっているとの指摘があるが(参照、角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、二〇〇八年)二九二頁)、この点はドイツにも当てはまるように思われる。

- (27) *Eberhard Schmidt-Albmann*, Das allgemeine Verwal-

tungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 106. 彼の理解については、野田・前掲註(19)五五頁の註(135)も参照。

- (28) *Rossen-Stadtfeld*, aa.O. (Fn. 20), Rn. 65. ただし、国家的な決定権の委譲を意味する「共同決定」を参加の概念に含むかどうかは、論者によって異なる。この点、本稿は、法的拘束力の有無がもたらす差異に十分な注意を払った上で、共同決定についても検討の対象としている。これに関連して、「参加」と「決定」の区別に関する我が国における興味深い議論として、柳瀬・前掲註(25)を題材とした角松・前掲註(9)一二頁以下も参照。

- (29) もちろん両概念の区別は相対的であるから「権利保護的参加」が Partizipation に含まれる場合もあるが、ドイツでは権利保護を意図したものの場合、通常であれば Beteiligung を用いることが多い。

- (30) Beteiligung と Partizipation という概念を我が国の用語法に引き付けて考える際には、我が国において「参加」という表現が非常に多義的かつ広範に用いられていることに鑑みると、Partizipation に「参画」の訳を、そして Beteiligung に「参加」の訳を充てることも一考に値するように思われる。ただ、管見の限り、我が国の先行研究はこれまで Partizipation に「参加」の訳を、Beteiligung に「参加」か「関与」かの訳を充てるものが多かったと

思われる。そこで本稿では、さしあたり両概念を区別できればひとまずは足りるとの立場から、日本語訳についてはこれ以上立ち入らずに、原則として Partizipation には参加の訳を充て、Beteiligung には関与の訳を充てることとした。また、塩野宏教授はその教科書において、ドイツでは行政手続が「法治国的手続関与」と「民主主義的参加」とに区別されて論じられていることを指摘しているが（塩野宏『行政法Ⅰ（第六版）』（有斐閣、二〇一五年）二九四頁の註一）、この前者は Beteiligung を、この後者は Partizipation を念頭に置いているものと思われる。

第一章…公法学における参加論の登場—— シュミット・グレーザー参加論の検討

第一章で主たる検討の対象となるのは、ドイツ公法学において参加が論じ始められた一九七〇年代の議論の中でもとりわけ重要な位置を占める、一九七二年ドイツ国法学者大会におけるシュミット・グレーザー（Walter Schmitt Glaeser）の参加論である。^{〔1〕}ここでは、現在ではもはや古典的ともいえる彼の議論

を題材としながら、当時の公法学が参加論をどのようにして法的な議論の俎上に載せようとしてきたのか、そして彼の参加論にはどのような新規性があり、そしてどのような困難や限界を抱えていたのか、明らかにすることにした。

第一節…議論の背景

参加（Partizipation）という概念は、イギリスやアメリカにおける participation や participatory democracy をめぐる議論^{〔2〕}、そしてドイツの政治学や社会学などにおける議論を受けて、ドイツ公法学説が受容したものである。したがって、第一節では、まず公法学がその概念を受容するに至るまでの過程について（第一款）、そして参加という概念に向けられた、主に権利保護の視点を強調する立場からの批判について（第二款）、順を追って簡単に確認しておくこととする。

第一款…社会および隣接学問における参加

一九七〇年前後のドイツにおいては、「民主化（Demokratisierung）」を求める運動が活発に行われていた。この時代には、企業や社会などの領域における労働者の共同決定の要求、そし

て大学における学生による決定への参加権の要求など、行政領域のみにとどまらずに、民主化を実現するための手段として広く参加が注目を集めていた。³⁾ 実際の政策においても、一九六九年に首相に就任したドイツ社会民主党(SPD)のブランド(Willy Brandt)は、国家の組織形態として民主政を採用するのみならず、多様な領域における更なる民主化が必要であることを主張して、民主化政策を推し進めていたところであった。⁴⁾

このような政治的背景の下で、公法学においても民主化や参加といった現象に対して、一定の関心が向けられることとなった。⁶⁾ 社会学や政治学においては、民主化は、基本法の「形式的な民主政 (Formaldemokratie)」に対抗する概念、つまり「民主主義の赤字」との批判に晒されていた議会民主政を克服するための手段として論じられていたのである。⁸⁾ 他方で、公法学においてこの問題をどのように論じるかという点では意見が一致しておらず、この問題を法的に検討する意義を疑う見解もみられていた。とりわけ、民主化や参加の概念に対して痛烈な批判を繰り広げた代表的な論者が、以下にみるブリュームル(Wilhelm Blumel)である。

第二款…参加論における権利保護の視点

ブリュームルの主張は、当時進展しつつあった行政の計画化における参加を想定したものである。計画化に対しては、主に「民主化」の観点から、計画化の過程に参加を取り入れるべきであるとの主張が、社会学や政治学からなされていた。しかし、彼は公法学の立場から、これらの主張、そして民主化や参加という概念そのものを批判し、公法学においてこれらは論じられるべきではないとしたのである。

まず彼は、「民主化」や「参加」、そして参加とともにしばしば用いられる「利害関係者(Betroffenen)」という概念について、これらの概念がいかなるものなのか明らかにされないままに、ドイツ公法学が英米の議論を受容しようとしている点を批判している。⁹⁾ 実際に公法学ではこれらの概念が、明確な定義付けを欠いたまま、各論者の関心に依拠して、単純な質問や聴聞から共同決定といった形態に至るまで、これまでの公法学の議論に引き付ける形で「参加の問題」として幅広く論じられていた。¹⁰⁾ そこで彼は、「民主化」が個々の計画の利害関係者の法的地位を向上させることもなければ、このような不明確な「利害関係者」による参加は、下された事項的な決定を政治化・イデオロギー化し、場合によっては「疑わしい多数意思」の下で個々の利害関係者を征服してしまい、最終的には憲法によって

保障されている利害関係者の権利の崩壊をも導くという、権利保護の観点からの痛烈な批判を展開したのである。⁽¹¹⁾ かくして、彼は憲法上の限界を無視した社会学者らによる参加論を批判した上で、この議論の本来的な課題は、社会学者や政治学者では導きえない、手続および裁判を通じた計画化の利害関係者の権利保護にあることを強調したのであった。⁽¹³⁾ したがって、彼は「参加」の憲法上の根拠を主に法治国家原理に求めたのであり、そして「参加」の法的な意義を、裁判に先行する「権利保護の先取り (vorgelegter Rechtsschutz)」⁽¹⁴⁾ すなわち実効的かつ適時的な権利保護の保障という視点に求めたのである。

さらに、当時の法状況について付け加えておくと、当時の西ドイツはまさに連邦行政手続法の制定前後の時期であった。⁽¹⁵⁾ そして行政手続法やその草案には、行政手続における「関与 (Beteiligung)」とともに、法律上の基準を満たしたものに与えられる「関与人 (Beteiligte)」の地位が明文で規定されていたのである。⁽¹⁶⁾ したがって、ブリュネルは、参加や利害関係者といった不明確な概念をわざわざ用いることをしなくとも、公法学は参加をめぐる議論に十分に対応することができていると考えたのである。かくして彼は、「民主化」や「参加」という概念が、公法学にとってはとらえどころがなく、不必要なもの

であると結論付けたのであった。⁽¹⁷⁾

第二節…一九七二年ドイツ国法学者大会報告

右の通り、参加の概念は、当初から批判や疑義にも晒されていたのである。しかしながら、この時期に参加という概念が公法学に定着したこと、そして議論の一素材としての地位を確立したこともまた、事実であるといえる。参加論にとってこの時期に重要な役割を果たしたといえるのが、一九七二年のドイツ国法学者大会である。ここでは「行政決定への参加」というテーマが取り上げられており、そして以下にみるその報告の担当者の一人であるシュミット・グレーザーの参加論こそが、公法理論との関係で重要な位置を占めるといえる。ここではまず、彼の報告の全体像や前提を概観した上で（第一款）、彼の主張の中心となる憲法原理の基づく参加の分類論を確認する（第二款）。その上で、彼の参加論の有していた特徴や新規性、そして限界を検討することとしたい（第三款）。

第一款…報告の前提および概要

先に見たように、公法学に参加の概念を取り込むことに對する批判がある中で、シュミット・グレーザーは、「参加 (Partizipation)」の概念を「自治 (Selbstverwaltung)」や「生存配慮 (Daseinsvorsorge)」などの概念と並ぶ、隣接学問領域との接続を可能とする「発見的概念」と位置づけ、これを公法学においても論ずる意義や必要性を説いたのであった。⁽¹⁸⁾そして彼は、参加には「官庁による参加」と「市民による参加」を想定しようとした上で、その議論の射程を市民による参加に限定し、それを民主政原理・法治国家原理・社会国家原理という三つの憲法原理に基づいてモデル化しようと試みている。彼のこのようなモデル化は、一方ではそれぞれの原理から要請される参加 (Minimalpartizipation) を導き出し、そして他方ではその参加の限界 (Participationsverbot) をも示そうとする試みなのであった。⁽¹⁹⁾以下では、彼の報告内容をより詳細にみていくことになるが、その前に簡単に、彼の報告を読み込む上での留意点を確認しておくことにする。

彼は、ブリュームルからも批判されていたように、参加の概念に明確な定義を与えることなく報告を進めている。そしてまた、彼の報告が民主政原理からの分析に限られていないことも関係するが、彼は参加の概念を非常に広い意味で理解してい

る。すなわち、彼は、参加の中でとりわけ重要なものとして「協働 (Mitwirkung)」と「共同決定 (Mitentscheidung)」⁽²⁰⁾を挙げているが、⁽²¹⁾という協働の概念には、「聴聞 (Anhörung)」までもが含まれていたのである。したがって、彼のいう「参加 (Partizipation)」概念の射程は、他の論者が用いていたものよりも、そして現在の議論で一般に用いられているものよりも、相当に広く想定されていることに注意しなければならない。

そして彼は、参加を承認するための根拠として、公共善 (Gemeinwohl) 理解の多元化を挙げている。すなわち、公共善の実現は、もはや国家の任務であるのみならず、市民および市民集団の任務としても理解される。そして、公共善とは何であるかという問題は、あらかじめ定められている、あるいはドグマとして立てられているようなものではなく、開かれたものであると理解される。ここでは、公共善を実現する権限の多元化に伴い、多元的な手続が必要となる。その多元的な手続こそがまさに参加手続 (partizipatives Verfahren) なのであり、「公共善を発見するプロセス」として、参加に必要性が認められるのである。⁽²²⁾

また、彼は参加を国家の意思形成プロセスへの直接的な配分参加であると位置づけている。それに対して、基本法五条、八

条、九条が規定しているいわゆる民主的基本権は国民の意思形成に関わる領域であり、それらの基本権として導かれる配分請求権は、間接的な配分参加であるとされる。⁽²³⁾したがって、彼のいう参加は基本権を根拠としない参加として位置づけられるのであり、参加によって基本権上の自由が代替されることもないというのである。⁽²⁵⁾

第二款…憲法原理に基づいた参加のモデル化

一 民主政原理に基づく参加

1 参加と正統化

国家権力たる行政は私人に優越する権限を行使する主体であるから、その存在あるいは行為について、恒常的に正統化ないし正当化を必要としている。⁽²⁶⁾そこで、国家が何らかの行為を行うにあたって、市民による参加に国家の行為を正統化する機能が認められないかという点がドイツにおいては広く関心を集めてきた。シュミット・グレーザーは、基本法において民主政原理との関係で参加を論ずるにあたり、まずは参加と正統化との関係について立場を明らかにしている。

行政の正統化を憲法との関係で論じる場合には、基本法二〇条二項一文目「あらゆる国家権力は、国民 (Volk) に由来する」

が出発点とされている。これによれば、正統化の源泉たる正統化主体は「国民」であり、「あらゆる国家権力」が正統化を必要とする正統化客体ということになる。彼によれば、行政の正統化は、この意味での「国民」によって行われる「制度化された直接選挙の手續を通じてのみ」実現されるというのである。⁽²⁷⁾

ここでは、基本法二〇条二項一文目の意味での「国民 (Volk)」の範囲をどのように画定するかという問題が浮上する。この点について彼は、「国民」として認められるのは、国民の全体を指す「全体国民 (Gesamtvolk)」と、それぞれの地方自治体における住民の全体を指す「部分国民 (Teilvolk)」であるとしている。一方で、自治権を有する行政体（いわゆる機能的自治主体⁽²⁸⁾）などの団体の構成員の全体を、この基本法二〇条二項一文目の意味での「国民」として承認しようとする概念である「団体国民 (Verbandsvolk)」については、認められないとして⁽²⁹⁾いる。これについて、「部分国民」は、基本法二八条一項により平等な直接選挙を通じて議会の選出などが保障されていることから、正統化主体として基本法が予定しているものと理解される。それに対して「団体国民」についてみると、基本法八七条二項および三項は、事項に関する行政体、すなわち機能的自治主体の存在を許容してはいるものの、その構成員たる「団体

「国民」が正統化主体となりえるかについて、基本法は何ら述べていないのである。それゆえ、彼は、自治の存在とその基本法上の承認のみを根拠にして正統化主体としての「団体国民」を承認することはできないと結論づけたのである⁽³¹⁾。

したがって、彼の理解によれば、そのつどの個別的な市民や利害関係者によって行われる参加は、基本法二〇条二項一文目の意味での「国民」とは切り離されているために、何らの正統化機能を果たさないのである⁽³²⁾。

一方で、彼は、「このことは、参加が総じて民主的次元を有さないことを意味するわけではない」⁽³³⁾とも述べており、参加は正統化以外の面において民主政原理との関連性を有することを明確に指摘する。かくして、彼は、参加と民主政原理の関係について、「行政の正統化」という視点から切り離した形で議論の展開を試みたのである。

2 民主政原理からの要請

彼は、民主政原理の観点から参加を論ずるにあたって、ドイツにおける自由主義的民主政を本質的に規定するものとして、「人間の尊厳」、「合意」、「公開」の三つの原理・原則を挙げている。そして、この内の人間の尊厳を念頭に、次のように述べ

ている。「国家による行政手続の枠内において、まさに人間は、客体へと変容せしめられてはならないのである。このことは、具体的には利害関係者へ（少なくとも）聴聞をするという、国家行政の原則的な義務を意味する」⁽³⁴⁾。こうして、人間の尊厳（基本法一条一項）と結びつけられた民主政原理から、最低限必要とされる参加として、行政手続における聴聞権が導き出されている⁽³⁵⁾。その一方で、民主政原理の要請として、それ以上の強力な参加形態である共同決定、そして一般的な「民主化の要請」といったものは、導き出されることはないというのである⁽³⁶⁾。

そして、彼は民主政原理と参加の関係をさらに説明するのであるが、その要点は、以下のように整理できる。

確かに参加は民主的な原理である「人間の尊厳」、「合意」、「公開」の実効化に寄与しうるものであるが、そのための唯一の手段に位置づけられるわけではない。先に見た通り、国家権力の行使への民主的参加は制度化された直接選挙の手続を経て行われなければならない。この力点が本質的に移動させられることがあつてはならない。したがって、民主政原理を根拠とする市民による参加には、市民と国家を相互に接近させるという意味で、単に補完的機能（ergänzende Funktion）⁽³⁷⁾が認められるにすぎない。結局のところ、民主政原理に基づく参加が目標とするの

は、利害関係者の主観的地位の拡充や防衛ではなく、公共善の向上なのである。⁽³⁸⁾

3 限界

彼によれば、民主的参加について、基本的に決定への拘束力のない協働が問題となることはない。しかし、拘束力があり、そして公益の実現ではなく職員利益の実現を目的として行われる共同決定は、民主政原理との間に重大な緊張関係を生ぜしめることになる。⁽³⁹⁾

彼は、とりわけ公務員に対して共同決定権を付与することについて、注意を喚起している。例えば、行政が目標設定を行うにあたり公務員に共同決定権を認めるとすれば、それは市民としての利益(一般利益)ではなく職員としての利益(特殊利益)を目標とする参加なのであり、一般利益の実現を目標とする民主的正統化の要請に反するというのである。⁽⁴⁰⁾

また、彼は、公務員に求められている任務は民主的に正統化された国家意思を執行することなのであって、国家意思を校正することではないとも指摘する。したがって、公務員の任用や昇任といった人事事項などの政治的に重要な事項を共同決定の対象にすることができないのは当然であるが、たとえ政治的に

は重要でない事項であったとしても、公務員に対して共同決定権を付与することには慎重になるべきだというのである。⁽⁴²⁾

二 法治国家原理に基づく参加

彼は、法治国家的な視点からは、行政裁判手続による権利保護に加えて、行政手続による権利保護の重要性を強調することになる。法治国家において要求される行政活動は、適法性や公正性が保障されていなければならない。このような行政活動や行政決定を担保するためには、市民や市民集団などの利害関係者⁽⁴³⁾を考慮した「開かれた」決定手続が要求される。彼は、法治国家原理と参加の関係を、次のように規定している。すなわち、「国家の用意した行政手続への直接的な関与としての、法治国家的な機能を備えた参加は、法のデュー・プロセス、すなわち、法治国家的に整序された、適法で公正な行政手続の要素なのである」。⁽⁴⁴⁾

1 法治国家原理からの要請

彼によれば、法治国家原理から導かれる最低限の参加は、法治国家的な行政が市民による参加なくしては実現しえない限りにおいて生ずるとされる。法治国家の要請として最も重要な原

理は「過剰禁止 (Übermaßverbot)⁽⁴⁵⁾」であり、公行政はその決定についての妥当性・必要性・比例性を明らかにするために、聴聞にとどまらない市民との対話を必要としているというのである。この点については、特に行政が決定を下すにあたって、市民が行政にとつての唯一の情報源となる場合に、その必要性は顕著となる。したがって、利害関係を有する市民や市民集団への単なる(受動的な)聴聞のみによつては包括的・根本的な事情が解明されない場合には、聴聞を越えた強力な参加形態である討議 (Erförterung)⁽⁴⁶⁾ などが最低限の参加として要請されるというのである。⁽⁴⁶⁾

かくして、法治国家の視点から、市民は国家にとつての必要不可欠な情報源としての位置づけを与えられることとなる。したがって、市民はその参加機会の中では自身の利益を追求しようとするにもかかわらず、そこで行政にもたらされる情報のために、その参加は法治国家の利益と結びつくことになる。⁽⁴⁷⁾

2 限界

他方、法治国家的な観点から導き出される参加にも限界が存在する。第一に、これまでみてきた法治国的参加の位置づけとの関係から、「事前の聴聞が権利の実現を無に帰せしめるか、

そうでなくとも重大な危険にさらすであろう場合には、例えば決定の交付前の聴聞の形式での関与は、まさに法治国家的な基礎から生じてはならない」⁽⁴⁸⁾。第二に、基本権との関係でも限界が現れる。例えば、国家行政が第三者の私的領域やプライバシーに関する領域を侵害するような場合には、基本権によつて国家行政による公開は制限されることとなり、市民によるその法治国的参加もまた、制約されることになる。⁽⁴⁹⁾

また、法治国家原理は、公正な決定を下すために市民に聴聞という形態で協働を要請している。そのため、それに反するような、客観的な根拠をもつてして不公平である (Belangenheit) と認められるような場合には、利害関係を有する市民によつて共同決定が行われることもまた、禁止されなければならない。⁽⁵⁰⁾ これもまた、法治国的参加の限界ということになる。

三 社会国家原理に基づく参加

工業化が進み給付国家化が進んだ当時においては、民主政原理・法治国家原理と並んで社会国家原理にも関心が向けられることとなった。そして、社会国家に関する基本法の決定は、「社会秩序の形成についての国家の気構えや責任、すなわち国家の任務であり所管である」⁽⁵¹⁾とされていた。そうした中で、規制行

政に限らず、給付行政もまた、憲法や法律、そして裁判による統制に服することが必要とされたのである。シュミット・グレーザーによれば、社会国家原理にとって重要な憲法上の基準となるのは、基本法一条一項に規定される人間の尊厳、そして三条に規定される平等原則である。⁽⁵²⁾

彼によれば、社会国家的参加の目標は、国家の給付機会が増大したために不可避に類型化や基準の一般化が進められていた、社会国家的な活動を個別化することにある。つまり、彼は、社会国家的参加に「集合的な給付分配を個別化する調整(individualisierendes Korrektiv kollektiver Leistungsausstattung)」としての役割を求めたのであり、それを通じて「社会国家上のあらゆる出来事(Gesamtsachechen)の主体としての人間」が作り出されるというのである。⁽⁵³⁾ 彼はこうして、社会国家原理を持ち出すことによって、これまでにない新たな憲法上の根拠を参加にもたらそうとしたのである。⁽⁵⁴⁾

1 社会国家原理からの要請

かかる理解から、彼は社会国家原理が要請する参加を、次のように位置づける。すなわち、社会国家的参加は、社会的正義の表明としての市民の正義にかなう給付が参加なしでは実現さ

れえず、かつ、個人が社会国家上の生存配慮の客体となるであろう場合に、その程度に応じて導かれるものである。⁽⁵⁵⁾

したがって、社会国家原理から要請される参加は、聴聞にはじまり、場合によっては最も強力な参加形態とされる共同決定にまで達する。これについては事案に応じて区別されることとなり、私的な領域への国家の介入や規律が強ければ強いほど、より強力な参加形態が導かれることになる。⁽⁵⁶⁾

2 限界

社会国家的参加にもまた、限界が存在する。このような参加が、とりわけ社会的自治として、利益集団によって担われる——つまり、その組織から代表を選出した上で自治が行われる——場合、その自治主体には、市民の正義にかなう給付が行われることを保障するために、民主的な内部構造を有していることが求められるというのである。つまり、その組織のあらゆる構成員が、少なくとも間接的に、本質的に集団の意思形成に影響を及ぼすことができるような組織構造を有していなければならない。もしこれらが果たされていないのであれば、それは市民による参加ではなく、社会的正義を実現しえない「組織の幹部による参加」ということになるため、このような参加は許容さ

れないのである。⁽⁵⁷⁾

3 社会国家的参加の評価

彼は、このような社会国家的参加というのは「真の利害関係者の参加」⁽⁵⁸⁾であるとして、高い評価を与えている。なぜなら、このような参加には、市民の利益に密接に関わりのある——社会保険・職業・疾病保険・家族などといった——領域への参加、とりわけ社会的自治が想定されるため、民主的参加とは違って、市民の無関心という問題には直面しづらいというのである。そして社会国家的参加は、「一般性 (Allgemeine)」の範囲内で個人に活動余地を与えるものであるという。つまり、個々の給付関係における個別的な福祉は、結果としてその一般性に吸収されることになるため、社会国家的参加が全体意思形成プロセスを歪曲するような事態を生み出すことはない⁽⁵⁹⁾と理解されるのである。

かくして、彼は社会国家的参加を、「短所や危険なく民主的参加に期待された長所 (自己決定および疎遠の緩和) を導く」、「市民による参加の最も重要な形態である」として、極めて好意的に評価したのであった。⁽⁶⁰⁾

第三節…小括

一九六〇年代以降に西ドイツに現れた民主化の波の中で、現実の政策においても民主化が進められることとなった。現実にはもっぱら民主的な意義が参加に求められていたものの、法学においては、参加という現象を法的にどのように位置づけ、説明するかが問題となった。このような状況の下で、シュミット・グレーザーは、権利保護という従来の公法学に親和的な法治国家の観点に加えて、社会学や政治学において主張され、そしてそこでは半ばイデオロギーと化していた民主政の観点、さらには公法学に特有ともいえる社会国家的観点という三つの憲法上の視点に基づいて、参加のモデル化を試みたのであった。

彼による報告の意義は、基本法を保障・実現するものとして憲法原理から参加を構造化し⁽⁶¹⁾、それを通じて、参加の概念を公法学に導入し、定着させたという点に認められるべきであろう。むしろ、彼も自覚しているように、参加をめぐる議論は新しいものではない。⁽⁶²⁾むしろ、彼は、これまで公法学においてなされてきた議論を、参加という概念の下に再び結集し、整理したと理解するのが妥当であると思われる。しかし、かかる彼の整理によって、参加は憲法上の問題としても把握されることが明ら

かになり、実際上の意義にとどまらない、法的な意義が認められたのである。⁽⁶⁵⁾

彼の以上のような議論は、参加が正統化機能を有しないことを前提としたものであった。彼のこのような参加論が抱えた限界は、以下の点に認められるだろう。すなわち、彼の分析は、憲法原理に基づいて、最低限必要な参加や参加の拡大の限界を整理するにとどまったのである。したがって、憲法上要請される参加と憲法上禁止される参加との枠内で、その制度設計は立法者に委ねられることになる。⁽⁶⁴⁾そして、彼の議論から、具体的な憲法上の要請として一般に導き出された最低限必要な参加というのは、単に聴聞にすぎないのであった。⁽⁶⁵⁾したがって、彼の見解は、利害関係を有する市民の聴聞権以外について「積極的な構造化の要請」はないとみなされ、⁽⁶⁶⁾「参加に好意的な成果は乏しい」とも評価されるのである。⁽⁶⁷⁾

以上に見た通り、彼の議論は導入期の議論としては斬新であり、その貢献を無視することはできない。しかし、彼の議論が現在に残したものは決して多くはなく、彼の重要視した社会国家的参加（社会的自治）もまた、近年では社会国家原理からではなく民主政原理（民主的正統化）から根拠付けようとする議論がみられるようになるなど、結局のところ更なる展開にはつ

ながらなかったのである。⁽⁶⁸⁾その後、参加を公法学の組上で積極的に取り上げようとした論者らの理論的な関心は、彼の構想においては認められることのなかった、参加の正統化機能に対して向けられている。次章以降においては、この参加の正統化機能に目を転じることとし、各論者らが、どのような問題意識から、どのような解釈論を駆使して参加に正統化機能を認めようとしてきたのか、検討していくこととしたい。

(1) Walter Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff.

(2) Vgl. Anna-Bettina Kaiser, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, S. 138.

(3) Vgl. Prodromos Degtioglou, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 712 (712).

この参加をめぐる要求は、指導者と被指導者、統治者と被治者の間の疎遠を問題視した、特にアメリカの社会学・社会心理学・政治学の議論に精神的な源泉を有していたことが指摘されている。また、ドイツにおけるこの時代の動きと参加の関係については、辻英史「歴史から見たドイツ市民社会と市民参加」大野達司編『社会と主権』（法政大学出版局、二〇一四年）一九三頁以下も参照。

- (4) Vgl. *Willy Brandt, Die Alternative, Die Neue Gesellschaft* 16 (1969), S. 3 f. Brandt は、彼が首相に就任するまで政権を担っていたキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟 (CDU/CSU) にとっての民主政は単なる国家の組織形態を指すものであったが、ドイツ社会民主党 (SPD) にとっての民主政は民主化を推進する立場を取るものであると表明している。
- (5) 例えば、ブランド政権の下で行われた一九七六年の連邦建設法改正によって、参加手続が拡充されている。この時期の連邦建設法における参加規定の詳細については、野田崇「市民参加の『民主化機能』について」法と政治 (関西学院大学) 六〇巻三号 (二〇〇九年) 二〇頁以下、高橋寿一『地域資源の管理と都市法制』(日本評論社、二〇一〇年) 二二八頁以下を参照。
- (6) 例えば、一九七〇年の国法学者大会においても、これらの問題が民主政原理との関係で取り上げられている (Werner von Simson und Martin Kriele, *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, VVDStRL 29 [1971], S. 3 ff., 46 ff.)。ドイツ基本法と「民主化」の関係については、林知更「憲法原理としての民主政」同『現代憲法学の位相』(岩波書店、二〇一六年) 二二一頁以下 (初出: 二〇一三年) も参照。また、公法学においては、「民主化」の問題が必ずしも民主政原理に関わる問題という理解されていたわけではなかつたにも注意が必要である。
- (7) Vgl. von Simson, aa.O. (Fn. 6), S. 9.
- (8) Schmitt Glaser, aa.O. (Fn. 1), S. 180 f.; Kaiser, aa.O. (Fn. 2), S. 147.
- (9) Willi Blümel, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung?, in: Roman Schnur (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 9 (19 f.).
- (10) Vgl. Blümel, aa.O. (Fn. 9), S. 21.
- (11) Blümel, aa.O. (Fn. 9), S. 23.
- (12) 彼の批判は主に、例えば生年月日のような法的にはほとんど意味が認められない基準によって計画化の過程への参加者を選出することを提言した、社会学者のディーネル (Peter Dienel) に向けられている。
- (13) Blümel, aa.O. (Fn. 9), S. 25 f.
- (14) Blümel, aa.O. (Fn. 9), S. 23; ders., Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: Willi Blümel (Hrsg.), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*, 1982, S. 23 (25 f.). この点でな視点がドイツにおおつてまなお影響力を有しているように思ふ。Jens-Peter Schneider, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhard Schmidt-

- Abmann/ Andreas Volkühle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, §28 Rn. 71. ところで近年のようない立場を取る代表的なものとして、*Klaus Ferdinand Garditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273 ff.
- (15) 連邦行政手続法草案は一九六三年に完成し、連邦行政手続法は一九七六年に成立している。西ドイツ連邦行政手続法の成立過程については、海老沢俊郎『行政手続法の研究』(成文堂、一九九二年)一一頁以下を参照。
- (16) 同規定については、海老沢・前掲註(15)一三五頁以下を参照。
- (17) Vgl. *Willi Blumel*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), S. 300 f.
- (18) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 180; *ders.*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), S. 307 f.
- (19) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 236.
- (20) 共同決定権は、とりわけ、合議制機関に参加する専門家や利益代表者に認められるものである(*Schmitt Glaeser*, aa.O. [Fn. 1], S. 185 f.)。
- (21) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 183 f. 彼によれば、協働は聴聞や助言などを代表とする参加の形態を指す。
- したがって、彼の議論では協働は拘束力のない参加であり、共同決定は拘束力のある参加として位置づけることができる。一方で、情報提供や書類の閲覧といったことは、参加の準備に必要となるものにすぎず、彼のいう参加の射程からは外れることとなる。
- (22) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 191 f.
- (23) この二つの区別は、本報告の前年に行われたヘーベル(Peter Häberle)による国法学者大会報告「給付国家における基本権」が意識されている点に留意すべきである(*Peter Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 [1972], S. 43 ff.)。この報告の翻訳として、ペーター・ヘーベル「給付国家における基本権」井上典之編訳『基本権論』(信山社、一九九三年)一頁以下〔井上典之はか訳〕も参照。
- (24) 村上武則「Teilhabe (配分参加) に ついて」同「給付行政の理論」(有信堂高文社、二〇〇二年)三〇三頁(初出：一九七八年)も参照。
- (25) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 192 f., 221 ff. ところで、シュミット・グレーザーのもとでディセルタizziオンを執筆した論者による、基本権と参加の区別に関するより簡明な説明として、vgl. *Andreas Hartisch*, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, S.

96「基本権は個人の任意性の中にあらねばならず、他方、参加は国家の用意する手続の一部であると考えなければならない。基本権——特に基本法五条一項、八条一項、九条一項のいわゆる民主的基本権——は、国民の意思形成プロセスへの配分参加を保証する。それに対して、参加は、国家の意思形成プロセスへと方向づけられる」。

- (26) 山本隆司「現代における行政法学の体系」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』（日本評論社、二〇一六年）四八頁、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論（第三版）』（有斐閣、二〇一六年）七頁以下。

- (27) *Schmitt Glaeser*, aaO. (Fn. 1), S. 210 ff. 当時はこのような立場が通説的地位を占めており、その時期の類似の見解として *Kriele*, aaO. (Fn. 6), S. 63 f.; *Fritz Ossenbühl*, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, B 122 ff.

- (28) 「機能的自治 (funktionale Selbstverwaltung)」とは、地方自治以外の領域で自治権を認められた法的に独立した行政を指す包括的な概念であり、大学や社会保障主体、

職業組合などの自治が妥当する。以上について *Thomas Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Altmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, §13 Rn. 69; *Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1991, S. 30 ff. ただし、一九七〇年代にはまだ機能的自治という言葉は浸透していなかったようであり、シュミット・グレーザーは、地域ではなく事項をメルクマールとするこれらの主体を「機能的自治の主体」ではなく、「事項に関する行政体 (sachbezogene Verwaltungseinheiten)」と表現している。その例として、弁護士会、工業会議所、土地利用組合、大学などが挙げられており (*Schmitt Glaeser*, aaO. [Fn. 1], S. 216 f.)、上記の機能的自治の定義とおおよそ一致している。また、ドイツにおける Verwaltungseinheit (行政体、行政単位) の概念については、薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学（一橋大学）九卷三号（二〇一〇年）一九二頁以下を参照。

- (29) 「団体国民」の構想を支持するものとして *Winfried Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 253 ff.; *Hartmut Maurer*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), S. 293 f. 他方、このような「団体国民」の

構想に対しては、基本法上の根拠の希薄さから、批判的な見解も多くみられていた。この点について詳細な批判を展開するものとして、*Mathias Jestedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, 1993, S. 213 ff., 500 ff. また、機能的自治の構成員を正統化主体として認めようとする見解においては、必ずしも「団体国民」という表現が用いられるわけではなく、論者によっては地方自治と同様に「部分国民」という表現を用いている場合がある。

- (30) 基本法二八条一項は、地方自治体にも民主政や法治国家、社会国家などの原理が当てはまり、国家と同様に選挙によって議会が構成されていなければならないことを規定するものである。

- (31) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 216 ff.

- (32) Vgl. *Walter Schmitt Glaeser*, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Alsmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (48 f.).

- (33) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 220.

- (34) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 224.

- (35) なお、一九七二年にシュミット・グレーザーによる報告が行われた時点では、連邦行政手続法（一九七六年）

は成立していなかったものの、権利保護を目的とした「関与人の聴聞」については、既に判例法上で確立された原理として扱われていた。この点について、海老沢俊郎「行政手続の法典化―西ドイツ・オーストリア」雄川一郎ほか編『現代行政法体系第三巻 行政手続・行政監察』（有斐閣、一九八四年）二三頁を参照。

- (36) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 221 ff.

- (37) なお、本稿においては、特に民主的正統化について「代替」や「補充」といった表現をしばしば用いることになるが、ドイツ語との関係では、*Ersatz*には代替の訳を充て、*Ergänzung*には補充の訳を充てている。

- (38) Vgl. *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 226.

- (39) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 232 f.

- (40) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 232 f. したがって、共同決定は、民主的正統化に寄与することがないという意味では民主政原理から理論的に切斷されているが、その決定が拘束力を持つために民主的正統化を毀損する要因になりうるという意味では当然に関連性がある。

- (41) 政治的に重要な事項に関する共同決定権を公務員に付与することが民主政原理に反することについては、一九五九年に既に連邦憲法裁判所によって判示されていた (BVerfGE 9, 268)。当該判例については、倉田原志「州の公務員の共同決定権の限界」ドイツ憲法判例研究会編

『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）四三七頁以下を参照。

- (42) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 233.
- (43) ブリュームルは「利害関係者」概念の不明確性を批判していたが、シュミット・グレーザーは「利害関係」という概念の可変性は維持されるべきであって、それぞれの決定過程に応じて調整されるべきものと理解する（*vgl. Schmitt Glaeser*, aa.O. [Fn. 1], S. 245）。
- (44) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 240 ff. のようなデュー・プロセスの構想を試みるものの具体例として、正式行政手続を規定する一九六三年の行政手続法草案が挙げられている。
- (45) ドイツにおける「過剰禁止（Übermaßverbot）」等の比例原則に関わる概念については、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、二〇一〇年）一四頁以下を参照。
- (46) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 246 ff.
- (47) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 246 f. *zu 2*, *vgl. Kaiser*, aa.O. (Fn. 2), S. 158.
- (48) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 248.
- (49) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 248.
- (50) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 248 f.
- (51) *Hans Peter Ipsen*, *Enteignung und Sozialisierung*,

VVDStRL 10 (1952), S. 74 (74 f.).

- (52) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 249 f.
- (53) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 252 f.
- (54) *Kaiser*, aa.O. (Fn. 2), S. 156. カイザー（Anna-Betina Kaiser）は、シュミット・グレーザーが社会国家原理にも焦点を当てたことについて、次のように評価している。「社会国家原理を参加にとつて生産的なものとしたことが、彼の意見の本来的な新しさである」。「一面では、参加の要求には批判の余地はなかった。なぜなら、参加は「基本法上の社会国家原理との結びつきという——訳者註」新たなラベルを貼られたことで、社会学によってイデオロギー化されていた民主政概念を根拠としなかったからである。しかし他面では、このようにして、国法学も無視し続けることのできなかった社会全体の議論へと接続する力が確保されたのである」。
- (55) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 253.
- (56) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 253 ff.
- (57) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 255 ff.
- (58) これに対して「民主的参加として行われる共同決定は、本質的には公共善を目標とすることから「本来的な意味での利害関係者の参加ではない」と説明されている（*Schmitt Glaeser*, aa.O. [Fn. 1], S. 226 f.）。
- (59) *Schmitt Glaeser*, aa.O. (Fn. 1), S. 257. 当時社会的自

治の憲法上の位置づけについては議論がなされていたが、その際には民主政原理との緊張関係を問題視するなどの限界を探るというよりは、むしろ社会的自治を手厚く保障する方向で学説が展開されていたようである。当時の社会的自治をめぐる学説の状況については、倉田聡『医療保険の基本構造』（北海道大学図書刊行会、一九九七年）二五一頁以下を参照。

(60) *Schmitt Glaeser*, aaO. (Fn. 1), S. 257, 265. この点については、ヘーベルレもシュニット・グレーザーのいう社会国家的参加を高く評価していた。彼によれば、公法学が社会学や政治学から「参加 (Partizipation)」という議論領域を勝ち取るうとすればするほど、よりいっそう社会国家的参加の重要性が増すとされている (*Peter Haberte*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 [1973], S. 298)。

(61) Vgl. *Maurer*, aaO. (Fn. 29), S. 292; *Häberle*, aaO. (Fn. 60), S. 298.

(62) *Schmitt Glaeser*, aaO. (Fn. 18), S. 280.

(63) ただしブローーム (*Winfried Brohm*) は、大会における質疑の中で、憲法原理を基準に参加を分類することによって、民主政原理や法治国家原理はまだしも、社会国家原理から法的な意味を獲得することができるといいう点で疑問を呈していた (*Winfried Brohm*, Diskus-

sionsbeitrag, VVDStRL 31 [1973], S. 296)。現実に、シュニット・グレーザーの分類論は大会直後こそ一定の支持を集めていたものの、それ以上に議論が進んだかといえば疑わしい。以上のブローームの指摘については、村上・前掲註 (24) 三〇三頁以下も参照。

(64) Vgl. *Schmitt Glaeser*, aaO. (Fn. 32), S. 45.

(65) ただし、シュニット・グレーザーは事前の聴聞を民主政原理から根拠付けていたが、現在では、事前の聴聞のような関与は主に法治国家原理から、あるいは基本権から要請されるものであって、民主政原理から要請されるものではないと理解されている。そして現在公法学で主に民主政原理と関連付けられる傾向があるのは、受益者参加、団体参加、そして公衆参加などである。この点に「さべ」vgl. *Dirk Ehlers*, in: *Dirk Ehlers/Hermann Punder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2016, S. 25; *Eberhard Schmidt-Abmann*, *Verwaltungsverfahren*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 3. Aufl., 2007, §109 Rn. 37.

(66) *Blumel*, aaO. (Fn. 14), S. 26.

(67) *Kaiser*, aaO. (Fn. 2), S. 158.

(68) 近年のドイツの議論を題材に、社会保障行政への参加 (社会的自治) を民主政原理の観点から検討するものと

して、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（二）」（四・完）『法政論集（名古屋大学）』二四二号（二〇一一年）二六一頁以下、二四七号（二〇一二年）四九頁以下、二五一号（二〇一三年）三四七頁以下、二五二号（二〇一三年）一五五頁以下。

第二章…正統化論と参加論の接続——メンツェルの議論を題材に

この第二章が検討の対象とするのは、参加と正統化の緊張関係および補完関係である。より具体的には、一九八〇年に公開されたメンツェル（Hans-Joachim Menzel）のデイセルタツィオン⁽¹⁾が、本章の検討対象となる。前章において概ね指摘された通り、古典的、伝統的、あるいは通説的な正統化観を採用すると、参加には行政活動を正統化する機能は認められないとされてきた。しかしながら、ここで検討するメンツェルの著作は、一方ではこのような通説的見解を相当に踏襲しながら、しかしながら他方では参加にも正統化機能が認められるように修正を試みるという、参加の観点からみても正統化の観点からみても興味深い議論を展開しているものである。

ここで注目するべきは、彼がどのような問題意識から参加に正統化機能を認める必要があると判断したのか、そして、どのような解釈論をもってして参加の正統化機能を根拠付けようとしたのかという点である。

ただし、先に断っておかなければならないのは、彼の主要な関心が、民主的参加として位置づけられた共同決定に向けられていたということである。したがって、本章が主に検討の対象とするのは参加と正統化の基本法上の関係性ではあるものの、部分的には共同決定と正統化の関係に限定されざるを得ない。

第一節…二つの正統化概念

まず彼は、「正統性（Legitimität）」と「正統化（Legitimation）」の概念の区別を示す。曰く、「正統性」は命令を自由意思で守らせる支配（Herrschaft）の性質であり、「正統化」は、被治者（Herrschaftsunterworfenen）が正統性を支配に与える過程である⁽²⁾。したがって、正統化とは正統性を斡旋するプロセスなのであり、そのプロセスをどのように理解するかが、まさにここでの論点となる。

正統化をめぐる議論においては、主に二つの視点からの分析

がなされてきた。一方では、国家支配に着目して、高権的決定が被治者に自由意思に基づいて受け入れられるための条件、すなわち「支配を説得力をもって正当化すること」が追求される。

ここで問題となるのは、被治者の全体あるいは大半が国家支配を承認しているか、そしてその承認が自由意思に基づくものかという、「量的に測定可能な大きさ」である。他方では、被治者に着目して、被治者が具体的に支配を拘束・統制すること、すなわち「民主的な国民主権を通じた正統化の実現」へと関心が向けられる。ここで問題とされるのは、そのつどの被治者の評価に左右されることない、例えば憲法から読み取られる「支配の正統性の基準」である。⁽³⁾

メンツェルは、このような二つの正統化概念について、前者を主に社会学において議論されてきた「経験的正統化 (empirische Legitimation)」⁽⁴⁾として、後者を主に法学において議論されてきた「規範的正統化 (normative Legitimation)」⁽⁵⁾として区別する。そして、基本法の正統化秩序についていえば、基本法を出発点とする規範的正統化が妥当することは、いわば自明の理である。しかし、規範的正統化のみを採用する場合に問題視されてきたのが、規範的な正統性と実際上の民意との間に齟齬が生じることである。したがって、彼は、そのような問

題を意識しつつ、基本法の正統化秩序に、規範的正統化のみならず経験的正統化をも補完的に取り込むことができないか、模索したのである。

そこで以下では、彼が想定する正統化の主体と客体をまず確認する(第一款)。その上で、彼のいう経験的正統化と規範的正統化の理解を、それぞれ順に明らかにする(第二款、第三款)。そして最後に、基本法の解釈上の問題としてみたときに、この二つの正統化概念はどのような関係にあるとされるのか、より詳細にみていくこととする(第四款)。

第一款…正統化の主体と客体

彼が正統化の主体として一般に用いる概念は「被治者」である。この概念は「市民」、「住民」、「社会」、「利害関係者」などといったように、範囲を限定して用いられる。⁽⁶⁾この点について補足すると、彼の正統化論には、規範的正統化のみならず経験的正統化の要素も含まれているために、基本法二〇条二項一文の意味での「国民」には限定されていないようである。

一方、正統化の客体とされるべき概念は、「国家支配」であるとされる。それは、具体的には、議会、政府、行政、そして司法という機能の主体としての「国家権力」を指している。し

かし、これらを行使する国家機関そのものが、抽象的に評価されるわけではない。これらは、その支配を行使する形式や結果に応じて評価されることになる。したがって、個々の措置や国家的な決定、規範、あるいは法定立行為などが正統化客体として適切であるとされる。⁽⁷⁾

第二款…経験的正統化

彼は、経験的正統化の概念を定義付けるにあたり、当時の代表的な社会学者であるオッフエ (Claus Offe)、ルーマン (Niklas Luhmann)、ハーバーマス (Jürgen Habermas) ら三人の正統化の議論を検討している。⁽⁸⁾ その上で、彼は主にハーバーマスの見解に拠ることとし、ハーバーマスのいう「広く行き渡った同意の風潮 (generalisierte Zustimmungsbereitschaft)」⁽⁹⁾ という表現を経験的正統化の理解として採用している。そして、さらに、「広く行き渡った同意の風潮」を端的に示すほぼ同義の表現として、「合意 (Konsens)」を用いている。⁽¹⁰⁾ したがって、メンツェルの理論において経験的正統化は、被治者の「同意の風潮」あるいは「合意」を確保することによって果たされると理解されることになる。かくして、参加と経験的正統化の関係もまた、最終的には参加が合意をもたすか否かという観点から

検討されることとなる。⁽¹¹⁾

第三款…規範的正統化

他方、規範的正統化の概念を分析するにあたっては、基本法の条文が出発点となる。基本法一条から一九条までに渡る基本権カタログと、基本法二〇条の定める国家目標規定は、そのときどきの経験的な民意に左右されることのない、欠くことのできない規範的正統性の前提条件であると位置づけられる。そして基本法七九条三項によれば、基本法一条の人間の尊厳の不可侵性と、基本法二〇条の民主政原理、社会国家原理、法治国家原理は不滅の規定として憲法改正から守られており、これらの原理が主要な規範的正統化の根拠として「憲法のコル」⁽¹²⁾と理解される。

そして、具体的には、基本法二〇条二項の解釈が問題となる。

基本法二〇条二項によれば、あらゆる国家権力は国民に由来し、それは選挙および投票⁽¹³⁾により、国民を通じて行使されなければならない。彼はクリーレ (Martin Kriele) の見解に拠りつ⁽¹⁴⁾、定期的に繰り返される議会選挙を「民主的正統性の基礎」⁽¹⁵⁾として位置づける。⁽¹⁶⁾ したがって、まずは議会選挙によって立法権が直接的に正統化される。そして、そこで得られた正統性は、「事

項的・内容的正統化のルール (sachlich-inhaltlicher Legitimationsstrang) および「人的・制度的正統化のルール (personell-institutioneller Legitimationsstrang)」⁽¹⁷⁾を経て、立法権から行政などの他の国家権力へと、間接的に転送されるとするのである。⁽¹⁸⁾

一 事項的・内容的正統化

基本法二〇条三項によれば、執行権力は事項的に「法律および法」へと拘束される。彼によれば、これを正統性の転送という観点からみるとき、「法」ではなく、議会によって正統化を斡旋された「法律」に行政が拘束されることによって、立法権からの行政への正統性の転送が認められることになる。⁽¹⁹⁾

一方で、現実的な観点からみれば、法律は、設定された目標を達成するための手段を行政に委ねるという、目的プログラムとなりつつある。このような場合には行政の法律への拘束は弱められることとなるが、これについては基本法八〇条との関係から、さしあたり以下の点が指摘されるにとどまる。すなわち、「具体化されるべき法規命令に関する行政の立法権限は、法律において明文で、内容・目的・範囲に応じて限定されなければならない」⁽²¹⁾。

二 人的・制度的正統化

他方で、正統性を有する議会から、実際に執行を行う公務員までの責任関係に着目した正統性の転送経路も存在する。連邦議会は連邦首相を選出し、場合によっては不信任投票により首相を解任する権限を持つことにより、その選出について責任を負う。そして、その連邦首相は自らの立場で連邦大臣を推薦し、その責任を負う。連邦大臣の所管領域における責任を経て、個々の所管へと正統性が転送されるのである。そこでは、基本法三三条の⁽²²⁾いう特別な勤務関係・忠誠関係を通じて、下位の公務員がそのつどに上司の指示に服することによって、行政のトップ (Verwaltungsspitze) から最下層にある公務員にまで、議会から連なる責任関係が維持されるのである。⁽²³⁾

第四款…基本法における正統化秩序

以上のように、経験的正統化と規範的正統化という二つの正統化概念の理解を明確にした上で、彼は、経験的正統化——そのつどの住民の「同意の風潮」あるいは「合意」——を、基本法の正統化秩序に適合させることを試みたのである。

一 経験的正統化の必要性

国法学においては、当然のことといってもよいかもしれないが、⁽²⁴⁾ここでいう規範的正統化に基づく見解が支持を集めてきた。一方で彼は、規範的正統性や合法性と経験的正統化との間に生じる乖離が、政治秩序に危機をもたらしうるものであることを指摘する。すなわち、規範的正統性や合法性が維持されていたとしても、経験的正統化との乖離が大きくなれば、最終的には市民による革命的な不意を阻止することができないというのである。彼は、⁽²⁵⁾このような憲法現実 (Verfassungswirklichkeit) における潜在的な発展を考慮しない解釈に異を唱え、代表民主政を必ずしも絶対視しない解釈を追求する必要性を説いたのである。

二 経験的正統化の憲法上の出発点

以上のような問題意識から、彼は経験的正統化を基本法に解釈上に取り込むことを試みたわけである。彼によれば、次のような憲法上の要素が、経験的正統化を取り込む出発点になるというのである。すなわち、基本権カタログ、民主政、社会国家、自治、憲法異議、法的審問、公開義務の七つである。⁽²⁶⁾

以上のうち、とりわけ重要であるとされるのは、基本権カタ

ログと民主政である。彼は、基本権については当時注目を集めていた民主的基本権 (基本法五条、八条、九条) をめぐる新解釈、すなわち基本権として認められる配分請求権の議論を挙げている。そして、民主政については、次のように述べている。すなわち、「基本法二〇条一項を——訳者註」議会選挙および再編成の投票の中では完全に汲み尽されることのない、国家と社会に妥当する原理、すなわち一般原理の創設として理解するのであれば、そのつどの住民の同意の風潮というのは、憲法上の意義をも得るのである」。⁽²⁷⁾

以上のような憲法上の出発点を手がかりとして、彼は経験的正統化を基本法上に取り込むことを正当化したのであった。もつとも、注意しなければならないのは、それはあくまでも、規範的正統化と経験的正統化の間に齟齬がある場合に、経験的正統化が規範的正統化を——代替 (Ersatz) ではなく——補完 (Ergänzung) するものとして理解されることである。⁽²⁸⁾

三 基本法と合意

以上のように経験的正統化が基本法上で補完的な意義を持つとして、次に、経験的正統化をもたらす合意が基本法上でのどのように形成されなければならないかが問題となる。この問題に

手がかりを与えるのは、人間の尊厳の不可侵性を定める基本法一条である。彼はこの条文を、ナチズムの支配下において人間が処分や操作の客体へと貶められたことに基本法制定者が応えるものだとし、国家が権力を通じて被治者の意識に干渉することを禁止するものと理解する。そして基本権および民主政の理解から、より具体的には、政治的意思形成が「国民から国家机关に向けて」行われなければならない、国家机关が「国民の意見および意思形成プロセスへと働きかけること」は禁じられるということを読み取るのである⁽²⁹⁾。

かかる理解からすれば、合意は自律的にもたらされなければならないということになる。したがって、他律的にもたらされた合意に規範的正統化の毀損を補完する機能を認めることは、基本法上許容されないのである⁽³⁰⁾。

第二節…参加による正統化

これまでの議論では、基本法の秩序においては規範的正統化が優位にあること、しかしながら規範的正統性と経験的正統性との間に大きな齟齬がある場合には、経験的正統化が規範的正統化の毀損を補完しうることが示された。以下では、参加の機

能と結びつけながら、より具体的に参加と正統化との関係が検討されることになる。

大前提として、彼の正統化理解からすれば、参加は規範的正統化には何ら寄与するところがない。したがって、参加は経験的正統化のための手段として、規範的正統化の毀損を補完するものとして検討されることとなる。

第一款…参加の機能と形式

彼は、法学および社会学におけるこれまでの議論を踏まえつつ、参加の有する機能、目的の主要なものとして、「情報調達」、「民主化」、そして「合意の確保」という三点を挙げている。それぞれは、以下のように説明される。

「情報調達」は、市民の関与を通じて、市民の願望、異議、そして利益を明らかにすることで、国家が「正しい」決定を下すことに寄与するものである。専門性の質や国家権力の効率性といったものもまた、私人の関与によって高められる⁽³¹⁾。

「民主化」は、利害関係を有する私人の関与を通じて、私人を一方的な「被治性 (Herrschaftsunterworfenheit)」から解放するものである。自己決定や自治の原理はこのような参加によって果たされ、この限りでは、参加は権力分立や国民を通じ

た支配の統制の形式として理解されうる。⁽³²⁾

そして、以上の二つの機能を経て、最終的に「合意の確保」という機能が導かれることになる。利害関係者が高権的決定に関与することによって、その決定の実現可能性は高められ、拘束力も保障されることになる。したがって、その限りで、参加は、「公共体の統合」、すなわち「政治システムの信任」を促進する機能を果たすというのである。⁽³³⁾

また、彼は、参加の形式を、法的拘束力のない参加形式と法的拘束力のある参加形式という基準によって区別する。そして、聴聞権、協議権、申請権、情報請求権、討議権、提案権などといった法的拘束力のない参加形式には、「情報調達」の機能が主に認められるとしている。これはアウトプット志向の(output-oriented)参加形式であるとされ、参加が決定を拘束することがないため、民意のインプットという面ではなく、決定の正しさの向上というアウトプットの面が強調されることになる。他方で、共同決定という法的拘束力のある参加形式には、「民主化」の機能が認められるとする。これはインプット志向の(input-oriented)参加形式であるとされ、参加が決定を拘束することによって、民意のインプットという面が強調されるのである。⁽³⁴⁾

第二款…参加による合意の確保

以上の通り、彼の参加論においては、決定に対する拘束力の有無に着目することによって、参加には「情報調達」と「民主化」という機能が割り振られている。これらの機能はともに「合意の確保」という第三の機能をも導きうるが、この「合意の確保」が果たされるかどうかという問題は、決定への拘束力の有無という観点のみから判断できることではない。⁽³⁵⁾そしてまた、彼が以降の議論の中心に据えたのは、「民主化」機能を有する共同決定(民主的参加)であった。⁽³⁶⁾したがって、以下では引き続き参加と正統化の関係を理論的に検討していくことになるが、主として想定されるのは、共同決定と正統化との関係である。

これまでの彼の議論からすると、共同決定は拘束力を有するがゆえに、規範的正統化、殊に人的・制度的正統化の連鎖を破るという点で、憲法上の問題を生じさせるものである。⁽³⁷⁾そして、このような規範的正統化理解を用いる以上、共同決定は憲法上で容認されないことになる。そこで彼は、共同決定によって生じた正統化の連鎖の毀損を、共同決定による合意の確保、すなわち経験的正統化によって補完し、正当化しようと試みたのである。しかしながら、基本法の正統化秩序によれば規範的

正統化が優位に位置づけられなければならないのであるから、経験的正統化が規範的正統化を補完するとしても、それはあくまでも例外的なものとして理解されなければならない⁽³⁸⁾。また、先に確認した通り、基本法の正統化秩序において経験的正統化をもたらす合意は、「自律的な」合意でなければならないとされていた。したがって、共同決定が行われる場面において、いかなる条件の下で基本法に適合的な経験的正統化がもたらされるかについては、さらなる考察が必要となる。

第三款…共同決定による正統化

以上のような理解を踏まえた上で、彼は、共同決定に経験的正統化を認めるために、団体から選出された利益代表者を通じて行われる共同決定との関係で、以下の四点を指摘している。すなわち、第一に、執行権の領域における共同決定であること、第二に、利益代表者を出す団体において民主的な内部構造が保障されていること、第三に、団体において代表者と構成員の間に命令委任の関係があること、第四に、利益代表者を出す参加団体を平等に選出することである。以下では、それぞれを詳細にみていくこととしたい。

一 三つの国家権力による区分

第一に、三つの国家権力、すなわち立法権、裁判権、そして執行権と共同決定の関係が検討される。

まず、国民にとつての代表機関、統合機関である立法権の領域における共同決定権の付与は、明確に否定される。なぜなら、選挙と同一視できるような「縮尺通りの (maßstabsgerecht)」参加が実現されることは、まず考えられないからである。もし仮に立法権の領域において私人による共同決定がなされるとすれば、特殊利益への傾斜などによって、あまりにも簡単に不平等な状況をもたらしてしまうことになる。したがって、これを基本法上で許容することはできないのである⁽³⁹⁾。

一方で、裁判権においては、基本法の規範的正統化のモデルに反することのない形で、民主的参加が既に行われていることが指摘される。すなわち、それは労働裁判権や特別行政裁判権などであり、ここでは名誉職裁判官を通じて私人の参加が行われることによって、人的・制度的正統化の連鎖の長さを原因とする、規範的正統化と民意の乖離を埋め合せている⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾というのである。

最後に、執行権においては、基本法三三条四項との関係が述べられる。すなわち、国家的な活動は原則として指示に服する

公務員によって担われなければならないが、同条の文言によれば、国家から私人への高権的権力の転送は例外として許容される余地があると理解できる。彼は、行政が議会とは異なり中心的な統合機関ではないこと、そして行政が個々の立法の目的および指示を「正しく」、合目的に、迅速に、そして市民の立場で遂行するよう義務付けられていることを挙げ、この執行権の領域では同条の想定する例外として、私人に高権的権力を委託することが認められるとするのである。したがって、人的・制度的正統化の連鎖が長くなり、規範的正統化と住民の意思との乖離が大きくなるような場合には、執行権の領域において、私人に対する共同決定権の付与が許容される、換言すれば、共同決定による経験的正統化が認められるとするのである⁽⁴²⁾。

二 団体の民主的な内部構造

第二の条件は、利益代表者を出す団体において、民主的な内部構造が保障されなければならないというものであった。

まず、共同決定が行われる際には、個々の市民の個別的な利益は、団体の中でフィルタ―にかけられた上で、最終的な「団体の意見」として集約・形成されることとなる。そしてその「団体の意見」に基づいて、利益代表者のみが実際に共同決定権を

行使することとなる⁽⁴³⁾。

メンツェルによれば、基本法上の規範的正統化の毀損を補完するためには、決定主体（ここでは利益代表者）が正統化主体（ここでは団体構成員）へと拘束されることが必要とされる。なぜなら、基本法上で価値を認められるべき参加は民主的参加なのであって、団体の幹部や一部の意見にのみ依拠した「寡頭制的な」参加や、あるいは「階級制的な」参加ではないからである。したがって、共同決定に参加する利益代表者は、その参加機会において団体構成員の多数意思を再現しなければならず、そのためには当該団体において民主的な内部構造が取られていることが前提になるといえるのである⁽⁴⁴⁾。

三 団体構成員への命令委任

第三に述べられるのは、代表者の意思と団体の意思の間の命令委任の関係である。

彼によれば、共同決定権を行使する利益代表者は、構成員から自由な代表者でもなければ、国会議員のような公衆の代表者でもない。先に見た通り、利益代表者は団体の意思に拘束され、団体に固有の利益の実現を目指すのである。したがって、利益代表者は、団体に固有の利益のみを決定プロセスに持ち込む者

として理解されなければならない。⁽⁴⁶⁾

かかる理解によれば、国会議員は全国民の利益を実現するために「自由委任（freies Mandat）」の関係を必要としているが、それに対して利益代表者は、団体の利益を実現するために、代表者が団体構成員の意思に拘束されるという「命令委任（imperatives Mandat）」の関係を必要とするのである。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

四 参加団体の平等な選出

彼が最後に持ち出したのは、参加団体（Partizipaten）の平等な選出である。

先に見た通り、参加を行う団体には、団体内部における民主主義および命令委任関係の保持が基本法から要求される。これは、団体に求められる条件である。それに対して、国家もまた、基本法上の要求を果たすことが求められる。共同決定権の付与は、本来は国家が行使すべき国家権力の一部を私人に付与するものと理解される。したがって、国家はその付与対象の選出にあたって、自身がその権力を行使する際と同程度に平等性に注意を払わなければならない⁽⁴⁸⁾、参加団体を公正に選出することが必要とされるのである。

また、参加団体の選出にあたっては、上記の観点からすると、

次の三点が考慮に値するという。一点目は、共同決定によって受ける影響の大きさ、すなわち事項との近さ（Sachnähe）である。二点目は、団体の構成員数である。そして三点目は、団体の政治的な重要性である。むしろ、これらの基準は実際上では常に変動するものであるから、随時点検されなければならない。⁽⁴⁹⁾

メンツェルは、以上のような四つの条件を満たす限りで、共同決定によって「合意」が調達されたとし、したがって経験的正統化によって規範的正統化の毀損の補完が果たされるという憲法解釈を提示したのであった。

第三節…小括

これまで見てきたメンツェルの見解は、規範的正統性と現実の民意の乖離がもたらしうる憲法秩序の動揺を問題視した上で、当時有力に主張されていた規範的正統化の限界を、経験的正統化という形で補完することで克服しようとする理論を追求するものであった。そして、彼にとつてそれは社会学や現実社会の問題を憲法解釈と接続することでもあり、より具体的には「合意の確保」を手がかりに参加の正統化機能を認め、解釈

上で好意的に評価しようとするものであった。

そしてまた、彼の議論は、現代的な課題にも通じうる多くの論点を含んでいた。それは、参加の法的意義の追求、議会制を絶対視した伝統的な規範的正統化(民主的正統化)理解の克服、共同決定権の憲法上の基礎付けなど、非常に多岐に渡っている。以下では最後に、彼の議論において注目すべき点を指摘し、本章を締め括ることとしたい。

彼の議論の第一の特徴として挙げられるのは、いうまでもなく、基本法との関係で正統化理論の再構成を図っている点であろう。当時の有力な見解である規範的正統化という理解は、彼の理論においても維持されている。しかし彼は現実とのギャップを埋めるためであれば部分的にその毀損を認め、それを経験的正統化という形で補完しようとしたのである。確かに彼の経験的正統化の憲法上の基礎付けには難もあり、解釈論としての説得力という面では脆弱性も指摘できるだろう。しかしながら、法学的な正統化と社会学的な正統化が混同され、あるいは一緒くたに議論されていた時代の中で、この区別を徹底しながら、あくまでもこれを法解釈論として基本法上に取り込もうと地道に議論を展開した彼の見解は、十分に注目に値しよう。

第二に、彼の用いた二つの正統化の概念は出発点が異なると

いう点である。一方では、基本法二〇条二項を出発点として、総体的な概念としての「国民(Volk)」を通じた選挙を中心とする規範的正統化、すなわち民主的正統化が基本法から要請される。他方で、その毀損を補完するために持ち出されるのは、民主政原理に限られない多様な原理・原則を出発点とした、経験的正統化であった。これらは出発点とする原理が異なるがゆえに、正統化主体も「国民」に限られていない。結果的として、これまで参加を正統化論と接続する上で壁となっていた「国民」概念の解釈問題を乗り越えることに成功している。この点、基本法二〇条二項に拠らない正統化を持ち出すという意味では、現在の議論にも示唆する点があるだろう。

第三に、経験的正統化の判断基準である。彼は「合意」を経験的正統化と同一視していた。しかし、これまで共同決定を具体的な素材として確認してきたように、メンツェルは結果として「合意」が存在するかどうかを基準とすること、すなわち「結果による正統化」を主張しているわけではない。彼は、その決定(共同決定)に至るまでの組織および手続の構造に着目して、基本法秩序に適合した「合意」が確保されるかどうかを判断するよう試みているのである。この点は、近年における組織的・手続的な要素に価値を認めようとする民主的正統化の枠組みと

も類似性があり、注目に値する。⁽³⁰⁾

第四に、共同決定を題材としている点である。共同決定は基本法の制定以前からみられた参加形態であり、いわば公然と許容されてきたものであった。⁽³¹⁾しかし学界における議論の進展とともに民主政原理との緊張関係が指摘されるようになり、共同決定を理論上でどのように正当化するかが問題として生じていた。現実問題としても、ドイツでは共同決定と民主政原理の緊張関係が問題となった事案が、多数存在している。⁽³²⁾したがって、彼はこの問題に正面から取り組んだという見方をすることもできる。ただし、既に見た通り、彼の理論では共同決定は規範的正統化を毀損するものであり、そしてその共同決定が経験的正統化をもたらした連鎖の毀損を正当化するという論理構造となっている。したがって、理論的には非常に興味深い解釈論を展開したわけだが、実際の見地からすると、単に共同決定を容認するための理論を提示したにすぎないともいえるだろう。

さて、本章では以上の通り、参加に正統化を認めることに理論的に取り組んだメンツェルの見解を検討した。彼のように規範論と現実との乖離を問題意識として、参加に正統化機能を認めようとする主張は必ずしも少なくはなかったものの、これを解釈論としてどのように根拠付け、説明するかという点で、一

筋縄ではいかなかったのである。その後、既に複数の先行研究も示す通り、一九九〇年代には連邦憲法裁判所が現在ではもはや古典的とも称される民主的正統化論を採用することとなり、参加に正統化機能を認めようとする見解に、結果的には冷や水を浴びせることになった。次章以降においては、現在なお活発に議論が行われているこの民主的正統化論を題材に、とりわけ参加との関係に焦点を当てながら、これを理論的に検討していくこととしたい。

(1) *Hans-Joachim Menzel, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?*, 1980. 当時〇〇状況を踏まえた上で、彼の議論を概観するものとして、篠原巖「西ドイツにおける参加論の理論動向」長谷川正安編『現代国家と参加』（法律文化社、一九八四年）二五六頁以下。

(2) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 17f.*

(3) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 18 ff.* なお、本稿では全体を通じて、*Legitimation*には正統化、*Rechtfertigung*には正当化の訳を充てている。

(4) ただし、社会学が憲法を出発点とする規範的正統化を全く考慮していなかったわけではなく、彼が取り上げた

オッフエやハーバーマスもまた、規範的な端緒と経験的な端緒を併用しつつ正統化論を展開している。

- (5) メンツェルの規範的正統化の概念は、現在の公学者らが用いている「民主的正統化」の概念に対応するものであるといえる。

(6) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 22.

(7) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 22 f.

- (8) この時期における社会学者ら、特にハーバーマスの議論を検討するものとして、日比野勤「憲法における正当性とコンセンサス」国家学会雑誌（東京大学）一〇五巻一一—一二号（一九九二年）一頁以下。

- (9) *Jürgen Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, S. 64. 細谷貞雄訳『晚期資本主義における正統化の諸問題』（岩波書店、一九七九年）、山田正行ほか訳『後期資本主義における正統化の問題』（岩波書店、二〇一八年）も参照。なお、前者はこれを「広くゆきわたった同調の風潮」（六八頁）、後者はこれを「あくまねく行き渡った同意しようとする風潮」（八二頁）、そしてさらに篠原教授はこれを「一般化された同意の準備」（篠原・前掲註（一）二五七頁）と訳しており、訳出にあたってはこれらを参考とした。

(10) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 28 ff. 95 f.

(11) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 96.

(12) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 54.

- (13) ただし、基本法上での「投票」としては連邦領域の再編成のための国民投票が意図されるのみであり、実質的には議会選挙に限られることとなる。

(14) なお、後にベッケンフェルデ（Ernst-Wolfgang Bockenförde）や連邦憲法裁判所によって民主的正統化が定式化されるまでは、クリーレやヘルツォーク（Roman Herzog）の正統化論が支配的な見解に位置していたとされる。

(15) *Martin Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (72).

(16) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 55 f. 56 f. vgl. *Kriele, aa.O.* (Fn. 15), S. 63 ff.

(17) これについては、近年でも「人的正統化」、「人的・組織的正統化」、「人的・形式的正統化」など様々な呼称が用いられており、論者によって細部の違いはあるものの、内容的には概ね同一視して問題ないと思われる。

(18) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 54 ff.

(19) *Menzel, aa.O.* (Fn. 1), S. 59.

(20) 基本法八〇条一項一文および二文目は、「法律によって、連邦政府、連邦大臣、あるいはラント政府に対して、法規命令を発する権限を与えることができる。その際には、与えられる権限の内容・目的・範囲が、法律におい

て規定されなければならない」と規定する。

(21) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 59 f.*

(22) 基本法三三条四項は、「高権的権限の行使は、恒常的任務として、通常は公法上の勤務関係・忠誠関係にある公務員に委託されなければならない」と規定する。

(23) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 60 f.*

(24) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 62 ff.*

(25) なお篠原教授は、当時の学説の状況なども踏まえた上で、メンツェルの挙げるこれらの要素全てをまとめて紹介しており、参考までに以下に引用しておく(篠原・前掲註(1)二五八頁以下)。

「①基本権カタログ(正統化主体とその政治活動を保障する、人間の尊厳の不可侵の規定、意見の自由、プレス(新聞)の自由、団結の自由等自由権の新解釈、↓基本権行使と民主制国家形態との結合)、②民主主義の要請(一般的に、国家と社会に妥当する原理の構成として理解され、国家形態としての民主主義=国民支配はインプットに向けられたものと解釈される)、③社会国家の要請(社会正義の実現を目標とするこの要請は、一方で国家意思形成の社会的諸観念への逆拘束によって、他方で個々の援助を必要とする者のアクチュアルな必要に基づいて充足されねばならない)、④自治原則(市町村構成員、市町村集会による直接的自己統治を、代表制度に対する代替

として保障していること、市町村と市町村組合の自治権の保障は、参加そのものと似た意味をもち、自治の原則は、国家的意思決定への経験的市民意思の制度的組みこみの端初と解釈されうる)、⑤憲法訴願(一種の抑制的な抵抗権であり、市民に、あらゆる高権的措置を基本権において規範化された正統化基準に従って、独立した審級をして審査せしめる可能性を与える)、⑥法律上の審問を請求する権利(支配に服する者が国家権力に対して、広範に直接に代表されずに接近する道を開く)、⑦公開の義務(高権的行動の、常なる、最大限広範囲の公開と透明性は、国家的意思決定形成過程に個々人が有意義に参加しうるための本質的前提)」。

(26) 基本法二〇条一項は、「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」と規定する。

(27) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 66.*

(28) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 64, 71.*

(29) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 71 f.* のような理解は、連邦憲法裁判所の思考に基づいている。Vgl. BVerfGE 20, 56 (99), 加藤一彦「政党の選挙運動費用補助の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信人社、二〇〇三年)三九〇頁も参照。

(30) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 72.*

(31) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 75.*

- (32) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 76.*
- (33) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 76.*
- (34) *Vgl. Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 77 ff.*
- (35) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 95 ff.* ただし、情報調達の参加は、既に存在する合意や不合意を表明するための機会としての側面がまず想起され、合意形成への寄与は限定的な場合に限られることになる。
- (36) なお、シュミット・グレーザーは民主政原理に基づく参加を民主的参加であるとしていたが、メンツェルは民主化機能を持つ、すなわち決定に拘束力のある参加を民主的参加であるとしている。
- (37) ドイツにおけるこのような利益集団の参加と民主政原理の緊張関係について考察するものとして、大久保規子「営造物と利益集団の多元的参加」一橋論叢（一橋大学）一〇八巻一号（一九九二年）一〇四頁以下。
- (38) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 83.*
- (39) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 86.*
- (40) 例えば、ドイツの労働裁判においては、職業裁判官とともに名誉職裁判官が判決にかかわる。この名誉職裁判官は労働者組合および使用者団体の提案に拘束される形で、ラントないし連邦の労働大臣等の任命行為を経て選出される。また、名誉職裁判官は職業裁判官と同等の地位を保障され、評決権を有する。そして、職業裁判官一名、名誉職裁判官二名の計三名による合議で決定が行われる。メンツェルはこれらを特に問題視していないようであるが、労働組合および使用者団体の提案に拘束されて任命行為を行っているため、そしてまた、名誉職裁判官のみならず職業裁判官にも当てはまることではあるが、「裁判官の独立」が保障されているため、彼のいう人的・制度的正統化や事項的・内容的正統化の面で問題があるようにも思われる。ドイツの労働裁判における名誉職裁判官については、シュタイン・ペーター（金井幸子訳）「ドイツにおける労働裁判所の機能と名誉裁判官の役割」法政論集（名古屋大学）二二二巻（二〇〇八年）一七頁以下を参照。
- (41) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 86.*
- (42) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 87.*
- (43) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 87 f.*
- (44) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 88 f.*
- (45) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 90.*
- (46) *Menzel, aa.O. (Fn. 1), S. 90 f.*
- (47) 現実には、このような参加規定においてはしばしば、自由委任を想起させる、共同決定を行う委員会の構成員の「指示からの自由（Weisungsfreiheit）」が定められている。かつてダクトグロウ（Prodrornos Dagflogun）は、このような規定の存在を、利益代表者は全体利益ではない

- く特殊利益を代表する立場にあること、そして自由委任は利益代表者が団体構成員の支持を受けていなければ有効に機能しないことを理由に、法論理的にも行政政策的にも誤っていると立法論の観点から批判していた（*Prodromos Digtlogou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964, S. 51 f.; ders., Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 712 [715]）。他方でメンツェルはこのような規定は「行政ビエラルヒー側からの職務上の指示からの自由」を示すものとして限定的に理解されなければならぬとしており、これを解釈論の問題として処理しようとして試みている（*Menzel*, aa.O. [Fn. 1], S. 91）。また、ドイツにおける「指示からの自由」と民主政原理の緊張関係を検討するものとして、島村健「エコマークとエコ監査」国家学会雑誌（東京大学）一一二巻三＝四号（一九九九年）一八九頁以下を参照。
- (48) *Menzel*, aa.O. (Fn. 1), S. 92 f.
- (49) *Menzel*, aa.O. (Fn. 1), S. 93 f.
- (50) Vgl. *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Abmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, §6 Rn. 43 f., 47 f., 53.

(51) *Menzel*, aa.O. (Fn. 1), S. 82. 基本法が制定された一九四九年の時点において、既に共同決定という参加形式は広まっていた。メンツェルは、一九四九年の時点で共同決定が広まっていたということを理由に、憲法上の明文の授權根拠はないものの、共同決定が存在すること自体は認められていると理解したわけである。

(52) BVerfGE 9, 268, 93, 37, 107, 59. 必ずしも共同決定に限られないが、民主政原理の観点からの限界をめぐる当時のドイツの学説について、大久保・前掲註（37）一一六頁以下も参照。

【筆者付記】

筆者は、平成三〇年一月に北海道大学法学研究科に修士論文を提出し、修士号を授与された。本稿は、この修士論文に若干の加筆、修正を加えたものである。

執筆者紹介（掲載順）

- | | |
|------|------------------------------------|
| 今井弘道 | 北海道大学名誉教授 |
| 西村曜子 | 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 |
| 吉田邦彦 | 北海道大学大学院法学研究科教授 |
| 酒巻修也 | 青山学院大学法学部准教授 |
| 谷遼大 | 北海道大学大学院法学研究科博士後期課程 |

令和元年7月24日 印刷
令和元年7月31日 発行

編集人	中川晶比兒
発行人	北海道大学大学院法学研究科長 池田清治
印刷	北海道大学生協同組合 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. 70 July 2019 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

- “Rechtsphilosophie des Markts” und die Gerechtigkeit
—— Marx und “der Kampf um die Anerkennung” ——
..... Hiromichi IMAI 7
- The Rules for Precontractual Negotiations in Contracts of Guarantee (4)
— English Case Law on Abuse of Confidence —
..... Yoko NISHIMURA 35
- The Review of the Japanese Civil Law Scholarship and its Sudden
Change with Some Future Hope: In Pursuit of “Civil Law Theory”
..... Kunihiko YOSHIDA 204[1]
- L'essence et la portée de la nullité partielle (9):
Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie
de la nullité partielle ☆..... Naoya SAKAMAKI 172[33]

NOTES

- Die geschichtliche Entwicklung der Partizipationstheorie im deutschen
öffentlichen Recht (1):
— Unter besonderer Berücksichtigung von Legitimationsfunktion
der Partizipation — Ryota TANI 126[79]

[]...Indicates the pagination for articles typeset vertically 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