HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第70巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 70(3)
Issue Date	2019-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75594
Type	journal
File Information	lawreview_70_3_all.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 70 巻　第 3 号

論　説

「実務向け文献」に見る明治民事訴訟法
—— 審理の準備と審理過程をめぐって —— 水野浩二 1

民法481条と偏頗行為否認
—— 最判平成29年12月19日判時2370号28頁を契機として ——
…… 栗原伸輔 69

他人物売買・無権代理と相続
—— ドイツ法の紹介とわが国の議論との対比 ——
…… 藤原正則 87

国際法規の一般化における規範的正当化の構成と機能（1）
—— 国際法規範の一般化を規定する要因として ——
…… 小森光夫 125

社会的排除と法システム（5・完）
—— システム作動要因としての属人性 —— 橋場典子 177

子どもの自己決定と憲法（7・完）
—— 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ——
…… 宋　峻杰 209

研究ノート

ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（2）
—— 参加の正統化機能に関する一考察 ——
…… 谷　遼大 356[1]

資　料

法律家は悪しきキリスト教徒？
—— 近世の専門家批判としての法律家批判 ——
…… マリアン・フュッセル 279
前田　星・田口正樹（訳）

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）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（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narahiko（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）＊
曽野裕夫（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・ブラニスラブ（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）
松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）＊

山崎幹根（行政学）＊
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
○吉田徹（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）
小濵祥子（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）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員　　△は理事（副学長）

論　　説

「実務向け文献」に見る明治民事訴訟法

―― 審理の準備と審理過程をめぐって ――

水　野　浩　二

目　次

はじめに　研究対象と研究方法
一章　審理の準備
　一節　訴訟に至るまで
　二節　訴状の作成
　三節　準備書面のやり取り
二章　審理過程
　一節　口頭弁論
　二節　証拠調
おわりに

はじめに　研究対象と研究方法

一　研究対象――法典解釈としての「実務向け文献」

訴訟関係を明瞭にし、整理された争点についてなるべく真実に近い事実認定をする。そのために口頭審理を通じて、職権が一定程度まで介入する。このような審理像が明治民事訴訟法（明治24年（1891）施行）のもとで問題意識として胚胎され、大正民訴法改正（大正15年（1926））においてそれなりに実現が目指された――この仮説に基づき旧稿では、明治民訴法の実務と大正改正法の起草・立法過程について検討を行った[1]。そ

[1] 水野浩二「〈口頭審理による後見的な真実解明への志向〉試論――一例として

の主たるアクターだった実務法曹たちのスタンスは、一般の裁判官・弁護士と法改正に直接関与したエリート層との間で大まかな方向性は一致していたが、具体的対策のレベルでは明確な温度差が見られたのである。

それでは、明治民訴法についての解釈はいかなる認識を示していただろうか。法典解釈として通常想起されるのは判例・裁判例と学説であろう。当時のわが民訴法学はなお未熟であり民訴法学者も僅少だったとはいえ[2]、これらには一定の蓄積が見られ、主として実定民訴法学による研究の対象とされてきた[3]。

しかし、判例や学説だけが明治民訴法への解釈だったのではない。実際に手続を行うさいに必要となるテクニカルな注意や戦術的配慮、提出すべき書面の書式、そして訴訟に先立って留意すべき諸々を指南する著作が、当時大量に生み出され流通していたのである。これらは明治民訴法の適切な運用方を、判例や学説よりも実用に近いレベルで示す「実務に密着した」解釈であり、実務法曹や当事者たる素人による明治民訴法の運用に、直接影響を与え（得）た知識ということができる。

「実務に密着した」解釈とは換言すれば、具体的局面でのある程度パターン化されたテクニックのことである。この種の知識は、法典や法学への高度な理解を持つ実務法曹にも至便であり、素人にも民事訴訟法の最低限の運用を可能にするゆえ、いつの時代にも必要とされるものである。

他方、わが国における近代的民事訴訟の継受という視点からみれば、母法たるドイツ民事訴訟法典（CPO・1879年（明治12年）施行）はローマ・カノン法訴訟手続以来数百年にわたる法伝統という基盤の上に成立した

の大正民訴法改正」法制史研究63号（平26）、同「葛藤する法廷――『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本（１）～（３・完）」北法67巻４～６号（平28～29）、同「節度ある職権介入の構想――大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問」北法68巻３号（平29）。

[2] 鈴木正裕「民事訴訟法の学説史」ジュリ971（平３）。

[3] 本稿のテーマの関連で最初の手がかりとなるものとして、『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平14）所載の論考（笠井正俊「弁論主義の意義」、高田裕成「争点および証拠の整理手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出」、堤龍弥「審理方式としての口頭弁論」、中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」）がある。

ものである。当時のわが国はそのような法伝統を全く欠き、「直訳的な」法典・制度の継受を行わざるを得なかったから、法典や法学への高度な理解はもとよりその適切な運用にも困難をきたすことが少なくなかったろう[4]。「実務に密着した」解釈、すなわちパターン化されたテクニックの効果さえ承知していれば、高度な理解は伴わずともそれなりに安全に民事訴訟を運用できるというメリットは、明治民訴法期においては大きかったと解される。

以上「実務に密着した」解釈には、通時的にも歴史的にも、判例や学説に決して劣らない重要性を認めてよいと思われる。しかし「実務に密着した」解釈が踏み込んだ形で研究されることは、これまでなかった。本稿では、「実務に密着した」解釈を化体した著作群を「実務向け文献」として一まとまりに認識する。そしてその各タイトルがもっとも重点を置いた内容に着眼し、四つの類型すなわち（1）手続の手引、（2）民訴法典のコンメンタール、（3）書式集、（4）素人向け手引に分けて扱うことにしたい[5]。

二　研究方法

本稿では旧稿と同様に、争点整理と証拠調（事実認定）における当事

---

[4] 民事訴訟手続について法典・制度レベルの整備と、実務レベルでの定着を区別する必要があることを強調したのが、中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収）である。

[5] 「実務向け文献」の文献類型としての概略は、水野浩二「明治民事訴訟法の『使い方』――手続の手引・書式集・素人向け手引の検討」（松本尚子編『法を使う／紛争文化（法文化叢書17）』（令元刊行予定）所収）で整理したので、適宜参照されたい。その際掲載した「実務向け文献」リストに、大幅にタイトルを追加したものを本稿末尾に掲げる。もとより網羅的なものではなく、分類についてもさらに検討を要する。

「実務向け文献」はドイツの強い影響をうけて成立したと考えられ、CPO 施行下のドイツにおいて多数の「実務向け文献」が刊行されていたことが、ベルリン国立図書館などでの水野の調査で判明している。現時点では探索・分析ともおよそ体系的なものではないが、一応目を通すことができた「実務向け文献」（約40タイトル）から受けた印象や興味深い内容について、あくまで参考までに以下随時触れることとする。

者と職権の役割分担に着眼する。「実務向け文献」の叙述のうち関連する部分を取り上げ、また判例・学説とのスタンスの相違を検討するために、当時学説が展開される主な文献類型であった教科書の叙述を――個別論文はごく少なかった――、必要な限りで参照する。時期のバランスや著者の重要性に鑑みて、本多康直・今村信行『民事訴訟法註解』(明23)、深野達『民事訴訟法講義』(明25)[6]、高木豊三『民事訴訟法論綱』第一～三巻 (明28)[7]、仁井田益太郎『民事訴訟法要論』上巻 (大２)・中巻 (明41)、雉本朗造述『民事訴訟法』上巻～下巻 (大５)[8]、岩田一郎『民事訴訟

[6] 本多康直は安政３年 (1856) 生まれ。明治７年 (1874) 留学、法博 (ゲッチンゲン大学)。司法省参事官を経て25年大審院判事。日本法律学校創立に関与。今村信行は天保11年 (1840) 生まれ。明治５年 (1872) 司法省出仕、18年東京控訴院評定官、23年東京控訴院部長、27年大審院判事。深野達は明治25年 (1892) 名古屋控訴院判事、26年東京控訴院判事、30年大阪控訴院部長、34年徳島地裁所長、37年岡山地裁所長。この三人はいずれも明治民訴法起草に深く関わり、同法施行当時の僅かな「民事訴訟法通」だった。本多・今村の『民事訴訟法註解』は、明治民訴法の代表的コンメンタールとして大きな影響力を持ったとされる。

人物紹介については以下の文献を主として参照した。長野国助他編『法曹百年史』(昭44)、斎藤秀夫ほか『逸話で語る民訴学者の面影』(平９)、鈴木正裕「民事訴訟法の学説史」、同『近代民事訴訟法史・日本』(平16)、同『近代民事訴訟法史・日本２』(平18)、同「明治民訴法の成立と『ドイツ学者』」法の支配151 (平20)、松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』(平27)。

[7] 高木豊三は嘉永５年 (1852) 生まれ、明治９年 (1876) 司法省法学校卒、司法省勤務。19 ～ 23年ドイツ出張。23年福島地裁所長、24年大審院判事、29年民刑局長、31年司法次官、同年退官して弁護士。帝国大学法科大学で民訴法講座担当 (26 ～ 29年)。彼の『民事訴訟法論綱』は「わが国が明治期にもった最も優良な体系書 (少なくともその一つ) ではなかったか」(鈴木『日本２』187頁)。

[8] 仁井田益太郎は明治元年 (1868) 生まれ、26年帝国大学法科大学卒。ドイツ・イギリスに留学。33年京都帝大法科大学教授、41年東京帝大法科大学教授。大正民訴法改正に向け法律取調委員 (明44 ～)、民訴法改正調査委員 (大８～) を歴任。第二東京弁護士会長 (初代、以降複数回再任)。民訴法の専門研究者の草分け的存在。雉本朗造は明治９年 (1876) 生まれ、36年東京帝大法科大学卒。37年京都帝大法科大学助教授、ドイツに留学。41年同教授。大正期を代表する民訴学者として評価が高い。本稿で検討する『民事訴訟法』は学生のノートをガリ版屋が出したもので (複数年度の版が存在する)、学生の間でたいへん愛

法原論（第21版）』（大10）[9]を取り上げることとしたい。

また、「実務向け文献」の叙述は同時代の実務の実態を反映している場合と、法典の理想的運用を示した（実務の実態とは距離がありうる）場合がありえるため、旧稿での『法律新聞』の検討から判明した当時の実務の状況と適宜照らし合わせる。

一章　審理の準備[10]

一節　訴訟に至るまで

本節では、訴訟に至るまでの当事者の行為のうち後の手続遂行に大きく影響しうるもの、すなわち紛争の予防とそのための書面の作成、訴訟以外の方法による紛争解決の勧め、そして弁護士依頼の要否について、「実務向け文献」が指南するところを紹介する。その内容からして、紛争の当事者本人＝素人向け手引において重点的に扱われている[11]。これらは教科書では全く叙述の対象とされておらず、「実務向け文献」の特徴をよく示す内容といえる。

一　書面実務の問題点

素人向け手引には、予防法学を詳細に扱うタイトルが多い。紛争が起こらないように契約を注意深く結ぶ、書面を慎重に作成する、履行の確

用されたといわれる。

[9] 岩田一郎は明治元年（1868）生まれ。28年帝国大学法科大学卒、司法官試補。36年東京控訴院判事、大正２年（1913）大審院判事。民訴法改正調査委員（大11～）として、大正民訴法改正に携わった。

[10] 史料引用にあたっては、多くのタイトルが国会図書館デジタルコレクションで参看可能であることと読みやすさに鑑み、いずれも新かな新漢字、カナ書きはひらがなに改め、適宜句読点・ふりがなを補った。［　］内は水野が補った内容である。史料編纂者による校訂が施されている箇所はそれに従った。書式は史料上すべて縦書きである。著者の所属・肩書については、本稿末尾に掲載した文献リストの説明を参照されたい。

[11] 当時の弁護士法１条（明治26年（1893）施行）が弁護士の職務を裁判所における訴訟行為として位置づけ、訴訟外の法律事務についての規定を欠いていたこともあり、予防法学への弁護士の関与が少ないと認識されていた（水野「葛藤する法廷（３）」52頁以下）。

保に努めることが強調される。法的アドバイスだけでなく「商売のコツ」的な内容もかなり重視されているが、以下では本稿のテーマに直接かかわる内容に限定して紹介したい。

実務法曹だけでなく素人を対象とした書式集が大量に出版されていたことが示すように、「実務向け文献」では、将来の書証となるべき書面の作成と収集が重視されている。多くのタイトルは書式を示すにとどまるが、いくつかの書式集では、実際に作成されている書面に少なからず問題があることが強調されている。

（1）書面の不作成・不適切な作成

実業者には法律の智識に富んだ者が寡く、「其結約の事実を証明すべき証拠は、如何にせば完全なりや否やを知らざるを以て、不識不知後日の証拠となるべき証書を不完全なる証書にて安息することあり」、そのせいで訴訟となると狼狽する者が多い。これでは文明国民の名実に反する（後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）５頁以下）。

電報電話等で迅速に契約を行う際も、なるべく速やかに完全な契約書を作成せよ。履行終了後や契約内容の変更の際は、前の契約に関する証拠の効力を消滅・変更するために、完全な証拠の作成保存に特に注意する必要がある。印刷された・他人が記載した契約書に署名捺印する際には、一字一句注意し、相手方や仲介人の口授だけでそうするべきではない（松倉慶三郎（弁護士）[12]『法律研究法律と生活　総論ノ部』（大10）２-３頁）。より具体的には、

（2）記載の不整序が生む誤解

従来一般に行われている証書には記載の方法順序がすこぶる乱雑で疑義百出、記載の要旨を理解しにくいものが少なくない。「司直の官と雖も、之れを解して、以て当事者の希望したりし意思をして満息ならしむる者は、頗る困難」、契約書があるためにかえって当事者の意思に反する解釈がなされることになる（萩原定一郎『民間必携訴訟勝利法』（明36）104頁以下）。商業帳簿は概して記載が粗雑なものが少なくなく、「前

[12] 松倉の経歴は詳らかでないが、大正末年の『法律新聞』や『中央法律新報』に頻繁に寄稿がみられ、「川越町におらるる弁護士で、法曹界革新運動に大に努力せられておる人です」（『中央法律新報』○大11・5・15　編輯餘録）。

後順序を追わざるのみか、日付を異にしたる帳簿が同一日・同墨色に記載したるものも、稀なりとせず」（内田良輔[13]『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）12頁）。

（３）旧慣の温存

昔から遣り来たりの証書文面には、法律上当然で必要のない贅文は書いてあっても、必要な文句が抜けている。借用証文に「今般必要のために借りた」「貴殿に毫も迷惑を懸けぬ」と書き立て、そのくせ損害を予防し賠償させる方法や裁判管轄の合意など、債権者にとって有利な条項を欠いた証文が多い。売っている印刷した証文は民法発布前の慣習をひきずり、下らない冗文が多く入っている（岩崎徂堂『活きた証文有効な手形　権利の主張』（大２）４頁以下、46頁）[14]。

（４）書式の盲信と軽視

瀬木辰夫『書式手続総覧（大日本百科全集）』（昭３）は、自分の事例の内容をよく考えたうえで本書中の書式のいずれに該当するかを決める必要があり、たまたま見つけた書式を丸写しするのは極めて粗漏な態度である。また、相手方や仲介人の言に動かされて、本書の書式中の条項を改廃したり「何あに、この位で充分だろう」と考えるのは絶対禁物である。これは繁文を厭う心理であるが、「繁文」と感ぜられる書式は決して繁文ではない（３頁以下）。

以上要するに、法や書面の重要性への無理解、書式という「形式」の意義に対する認識不足が一般的であったといえよう[15]。

二　書面作成の注意点・戦術

では、書面の作成において何に気を付ければよいのか。形式面については、文体を簡明にし疑義を招く文字を用いない、数字を略字符号で記すのは変造される恐れがあるので正字（壹、貳、參…）を用いる、署名は必ず本人にさせる、押印の位置などが教示される。

---

[13] 安政５年（1858）生まれ。明治20年（1887）判事登用試験及第、判事試補。30年東京区裁判事、35年甲府区裁監督判事、大正２年（1913）千葉区裁監督判事。

[14] 同旨、日本法律研究会『証文の書方』（大８）３頁

[15] 当時の『法律新聞』でも、書面の作成をめぐり多くの問題が指摘されていた。水野「葛藤する法廷（３）」50-54頁参照。

書式集では具体的な事例ごとに詳細に、書面作成の方法とその前提たる実体法の解説が示される。そこで示されるアドバイスの中には、実務上の便法だけでなく脱法的な戦術も散見される。当時法律関係を中心として多彩な分野にわたり実用書を大量に出版していた、後藤本馬と岩崎徂堂（勝三郎）の手になるタイトルから、いくつか紹介してみる。

後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）７頁――商取引ではその都度受取書を出したり、判取帳［授受の証印を受ける帳面］や帳簿引合せの押印をする暇がなく、仮に時間があっても先方の感情を害することがある。帳簿整理などの名目で「先方の歓心を失わざる様注意して」延滞額を手形や証書に認めさせればよい。

後藤本馬『実業家法律顧問』（明39）64頁以下――いかなる証書が債務者にとって便宜であるかという問に、「公正証書よりも私成証書、完全なる証書より不完全なる証書を、債務者の便宜なりと謂わざるべからず。されども、不完全なる証書を債権者に渡さんことを努むるは、公益に害あるのみならず、場合によりては債務者詐欺取財の罪に陥ることなきを保せず」、公正証書と違い私成証書では裁判を経ないと執行ができない。さらに財産差押を防ぐために「悪智慧を付けるにはあらねど」、他人に売却して、その者から賃借している旨の確定日付ある賃貸借契約証書を作るという手段もある。もっとも債権者が廃罷訴権［旧民法の用語。詐害行為取消権のこと］を行使すれば画餅に帰するので、善良な債務者は速やかに弁済をするのがよい。

岩崎徂堂『活きた証文有効な手形　権利の主張』（大２）269頁――時効中断のための承認を債務者から得るのは実際上なかなか至難であるが、不徳な人物でもなければ借りた金を返さぬという者はない。この弱点に乗じて、親切に「今一度に返済（かえ）せぬという事ならば、何程ずつでも入れて呉れれば宜しい。元金（もときん）が入れられぬなら利子丈（だけ）でもよい」と持ちかけ、「何々借金の内へ金何程をば入金返済する」「確かに此借金をして居るによって、何月何日迄更（さら）に俟（ま）って呉れろ」と、債務を認めさせる証文を取る。債権者に厳しく攻められれば、つい証書を新たに書くに相違ない[16]。

[16] 岩崎勝三郎『売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法』（大12）は、私は主人の

岩崎勝三郎『債務者の顧問』（明38）33頁以下――当時普通の慣例として、家屋賃貸借については期限を定めず、「家主が入用の際は何時でも引渡す」と証文に記されている。このため民法617条（①当事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各当事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ賃貸借ハ解約申入ノ後左ノ期間ヲ経過シタルニ因リテ終了ス（省略）二　建物ニ付テハ三个月（以下省略））が適用されず、即刻立ち退かざるを得ないという幾多の実例がある。賃借人は「貴殿の都合にて何時なりとも解約不苦候（くるしからずそろ）」と書き、直ちに立ち退くなどとあからさまに書いてはいけない。

岩崎勝三郎『貸家貸地立退き明渡し即決策』（大11）47頁以下――修理新築のために借家人を立ち退かせるためには、「今まで貸していた人に住んでもらえば、気も知れているので結構、他の申込者を排斥してでもお貸ししよう」といかにも親切なように話をする。疑われないように証書を差し上げてもよい。その証文には「新築家屋出来上り候節は（又は修繕出来候上は）更に契約協定相叶候上賃貸可仕候（あいかなえそろうえつかまつるべくそろ）」といった文句を書く。家賃や敷金を上げたうえでの契約が協定できねば、貸さないだけのことである。しかし借家人はまた借りられる、しかも書面での承諾も得ていると誤解して、家主のいう通りに速やかに立ち退いてくれる。

むろん、あらかじめ定型的な文言が印刷されている書式を利用すれば、実務的には問題を回避できることが少なくなかったろう。例えば素人向け書式集の久世正郎『国民必携　財産之礎』（明35）は巻末で、同書の印刷所たる「でき合品数百種販売店　永井誠務堂」による「でき合品各種」（請取紙領収証37種、約束手形、借用金証書３種、連帯借用金証書、地所賃借証書など、極めて多数）の広告を掲載している。

三　「最後の手段」たる通常訴訟

素人向け手引を中心に、訴訟とりわけ通常訴訟はコスト等を考えれば、できる限り回避すべき「最後の手段」とする認識が少なからずみられる。そもそも「実務向け文献」の叙述プランは明治民訴法の順列をベースに

使いなので一文も頂戴せずには帰れない、主人に「これだけではあるまい、お前がいくらかくすねたのではないか」と疑われてしまう、などとごく何の気も無いように頼んで書いてもらう、とアドバイスする（148頁）。

しながらも、最初に和解･督促手続[17]を紹介するなど実際に紛争が起こった際に取るべき順序に従い、大小の再構成を加えたタイトルが少なくない。

内容レベルでも､訴訟に踏み切る前に以下のような考慮が推奨される。

（１）慎重な考慮の必要性

素人向け手引を中心に、通常訴訟に訴えるに際しては十分慎重に考慮する必要があると諫める叙述が見出される。

弁護士の立場から書かれた殿木三郎『民刑訴訟必携』（明28）は、訴訟に対する否定的な姿勢を明確にする。訴訟はやむを得ずするものであり、利を得るための生産的行為とは全く異なる。「頑冥なる原告、若くは狡猾なる被告の間に起るものにして､其勝敗の結果より産を破り家を亡し、多年仇怨を搆え比隣敵視し､以て其害子孫に及ぶこと少なしとなさず」。ゆえに、訴訟はしないにこしたことはない（393頁）。

広島地裁所長・田丸税稔[18]の『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）は訴訟を起こしたいと述べる商人に対して、「訴訟を致せば案外費用が要る。又取引先きに向ては従来の交誼（よしみ）を破り、且将来の取引上甚だ面白くない。故に訴訟と云うものは容易に致すものではありませぬ」、「先方に身代がありても、種々の事を致して匿すことあり。結局費用儽（だお）れとなって、損の上塗を致す」と述べ、今一度駆け引きに慣れた者をやって交渉した方がよい、と諭す（２頁以下）。同じく判事の手になる内田良輔『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）も、闕席判決に対して勝算もなくむやみに故障申立をすべきではない[19]、まして対席判決の場合は相手方の証拠方法がすでに判明している以上、上訴に勝算があるのかを慎重に考え

[17] 明治民訴法期には調停制度は存在せず、紛争解決の量的中心は督促によって担われていた。督促については林真貴子「勧解から督促手続への変化――最も利用された紛争解決制度の考察」法制史研究48（平11）を参照。

[18] 大阪地裁判事を経て明治26年（1893）福井地裁所長、同年徳島地裁所長、29年大阪控訴院部長、32年広島地裁所長、35年神戸地裁所長。

[19] 明治民訴法は口頭弁論期日に一方当事者が欠席した場合、それまでの弁論・証拠調の結果を顧慮せず欠席者を敗訴させる闕席判決の制度をもっていた（246条以下）。闕席判決に対しては無条件に故障申立が認められたため、遅延の原因になっていたとされる。

るべき、と説く（213頁以下）。

もちろん訴訟の回避にも限度がある。あるタイトルは督促［催促のこと］や交渉など種々の方法を尽くすことをすすめた上で、「対手人に於て、結局当方の請求を甘諾して履行するの決心なきときは、何程督促又は交渉に力を入れ、時日と費用とを掛くるも其効なし」。それどころか相手方が訴訟を警戒して財産を隠匿したり、証拠の収集・隠匿の機会を与えてしまうので、一・二回で次の段階、即ち証拠の収集と催告に移行すべきである（後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）26頁以下）。

（２）具体的なアドバイス

相手方の性格や人となりにより、訴訟の実効性は大きく変わってくる。訴えられても不面目とも思わず平気な人もいれば、名誉信用を重んじ訴えられることを嫌う者もある。提訴されれば驚いて義務を果たし、あるいは示談を申し込んでくるかもしれない。逆に財産を隠匿・処分してしまうような者ならば、それに先んじて相手方の財産の差押や仮処分申請をする必要がある。先方の意向と財産の有無をよく詮索し、常に機先を制する、駆け引きが重要になってくる[20]。

相手方の職業や身分によって、訴訟を起こすのにも時期の良し悪しがある。農業なら米穀の収穫は秋分の時期なのでその後が良い。野菜、養蚕、製茶など各々収穫収利の時期に合わせる必要がある。官吏なら俸給を受ける時期、出張、昇級、退職非職の時期を知らねばならない。相手の財産力が減少している時期に、多くの訴求をしても得るものはない[21]。

権利者であるからといって、いきなり訴えを起こしてはいけない。訴えを受けた被告が直ちに請求を認諾し、「原告が自分に督促［催促のこと］してきたら返却していたが、一度も促さずにだしぬけに出訴するのは、実に迷惑で驚いた。自分に責はないので、訴訟費用は原告の負担という御裁判を」と申立てれば、訴訟費用は原告の負担になってしまう[22]。

---

[20] 後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）10頁以下、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）17頁以下。

[21] 後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）14頁以下。

[22] 佐瀬鷹雄『実地経験裁判勝利秘法　付訴訟独案内』（明27）11頁以下、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）20頁など。明治民訴法74条（被告直チニ請求

（３）和解の慫慂

素人向け手引では、現実の利害得失に鑑みれば和解での解決が望ましいというスタンスが一般的であった[23]。

（イ）訴訟のコストの高さ　田丸稔稔『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）の仮設事例では、大審院まで行って原告勝訴で終了するも、執行の結果は請求額の８割しか取れなかった。ちょうど一年かかったとぼやく原告に、助言を与えた弁護士は、訴訟の結果は先ずそんなもの。８割は上出来としたうえで、

弁護士「行掛り上訴訟を起し、訴訟費用すら取ることの出来ぬことが屢々（しばしば）あります…」、「此事件は極めて容易なる事件で、且訴訟の進行も余程早くありました。然るに満一ヶ年掛ったとすれば、面倒なる事件になると、随分日数（ひかず）の掛ることが察せられます。夫（それ）が為め、自然商業上の妨げともなりますから、執行上十分の見込なき事件は少々勘弁するとも、可成（なるべく）内済示談する方が宜しいと思います」

商人「今後内済示談をする必要のあるときにも、先生は後見（うしろみ）をして下されましょうか」

弁護士「内済示談の手続なれば、尚更喜んで後見を致します」［傍点水野］（57頁以下）

（ロ）裁判上・裁判外の和解　裁判外の和解は避けよと勧めるのは、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）である。ともかく貴下の要求を満足せしむる程度において和解するので、訴えだけは取下げて呉れろという相手方の奸言を信じ、必ず和解が成立するものと思ってまず訴えを取り下げると、これ幸いと和解の交渉を避けるということが世間にはよくある。和解は裁判所の判事の前で正確に行い、調書に認めてもらって、しかる後に訴えを落着させるに限る（87頁以下）。裁判外の和解の場合は、

ヲ認諾シ且其作為ニ因リ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ訴訟費用ハ原告ノ勝訴ト為リタルニ拘ハラス其負担ニ帰ス）にもとづき、被告敗訴の判決がなされる（229条）。大正改正では、被告が認諾した場合は判決は必要ないこととされた。

[23] 明治民訴法期の『法律新聞』でも、和解（明治民訴法施行までの勧解を含め）を称揚する記事は非常に多い。権利意識の称揚やいわゆる訴訟狂を評価するような記事は散見されるにとどまる。

後日の証拠のために証書をつくることが勧められる（内田良輔『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）18頁）[24]。

（ハ）訴訟は和解のため　訴訟手続によって双方から主張・証拠が出てくれば、現われた材料によって、今まで互いに知らなかったり誤解したりしていた点を了解することができ、和解で解決することが珍しくない。「訴訟は相互諒解を得て、和解調停するの手段と為すべし」。利害得失を十分理解した上で有利に和解を行うためには、「訴訟方法十分に準備して、判決を受くるときは勝利疑なしとの点にまで、進ましめざるべからず」（松倉慶三郎『法律研究法律と生活　総論ノ部』（大10）８頁以下）。初めから和解といえば「相手方に弱点を見せるようなもの」なので、まず本訴を起こしてどこまでも自分の意向主張を強く見せ置き、先方の状況を見たうえで和解を持ち出すというアドバイス（佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）88頁）も、同じライン上にあると言えよう。

四　弁護士による訴訟代理の要否

いよいよ訴訟を行う段になった。素人は訴訟手続の遂行を法の専門家に委ねるべきか、それとも自分でやってよいものだろうか。

（１）弁護士代理のすすめ

（イ）弁護士に依頼して訴訟をしてもらうよう、強く勧めるタイトルは少なくない。証文が明白で事実が単純なら、別に弁護士を頼まんでもよいが、少し込み入った事実になれば弁護士に頼んで、万事をやって貰うことを強く勧める。反対当事者が弁護士を出してきて自分が本人だったために、飛んだ失敗をした例がある。自分の方にも相手の主張を打破できる立派な証人があると主張し申請すればよかったのに、黙っていたので、そのまま弁論は終結し敗訴した。法廷に出たのは生まれて初めて故戦々恐々とするばかり、相手の弁護士の前に自分の主張を一言だにいえぬまま弁論は終結し敗訴した…

弁護士だと報酬が高いと苦にして、三百代言や壮士などに依頼するの

[24] 明治民訴法期においては統計上裁判上の和解はわずかであり、多くは裁判外で和解が成立して訴が取下げられていたと思われる。参照、林屋礼二ほか『統計から見た明治期の民事裁判』（平17）［2-4-2］［2-4-7］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』（平23）［2-4-2-1］［2-4-7-1］。

は甚だ不利益である。債務者と通じて双方から報酬をせしめる。債務者から受け取った金を横領消費する。債権者の雇人という資格で法廷に立ったとして、裁判官の心証は悪い。三百らは「法律も何も詳知して居る訳でない、只一寸丈の経験に過ぎない」ので、相手方が真正の弁護士先生を頼んでくれば、「此方に正当の理由事実があったとせよ、先方弁護士の作戦に却って［相手方］勝訴を言渡される様な事が出来る」[25]。

（ロ）選任の際の注意点　もっとも明治民訴法期には、弁護士の資質には一定以上の疑義が認識されていた。殿木三郎『民刑訴訟必携』（明28）は弁護士への依頼を最善とした上で、「弁護士の一大弊風」に触れる。弁護士が依頼欲しさに、相談してきた依頼人に勝訴の見込が無いのにあると「詐欺の鑑定」をして、訴訟をさせることがままある。費用謝金を惜しんではいけない、「利益少なければ、事を執る精しからず、遂に怠慢に陥るは、人情の免るべからざるものなればなり」と述べたうえで、東京組合弁護士のうち良弁護士と認めた者を列挙する[26]。時代が下っても同様の指摘は散見される――三百代言と同様に弁護士のうちにも「無頼の奴」がある、高い報酬を取って不親切な取扱をする弁護士もあるかは知れぬが、「夫れは殆ど例外で、今日は決してそうではない」…[27]。

---

[25] 佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）15頁以下、岩崎勝三郎『売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法』（大12）216頁以下。当時の三百代言の実態については橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平17）、三阪佳弘「近代日本の地域社会と弁護士――1900年代の滋賀県域を題材として」法と政治62-1（平23）、林真貴子「近代日本における無資格者による法廷代理とその終焉」（三阪佳弘編『「前段の司法」とその担い手をめぐる比較法史研究』（平31）所収）などを参照。

[26] 393頁以下。ほとんど全員ではないかと思うぐらい多数だが、磯部四郎（技倆家）、花井卓蔵（弁論家）、星亨（老成家）、増島六一郎（法律家）、ほかにも民事家・刑事家・商法家・老練家・熱心家・法理家・緻密家など一人ひとりに面白い短評が付されている。

[27] 金子亀次郎･禱苗代『書式詳説　訴訟の顧問』（明45）49頁以下、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）15頁。大野正男（日弁連法務研究財団編）『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』（平25・原著は昭45）は、当時の弁護士階層が玉石混交で、職業理念や資質に相当の偏差が現存していたことを的確に指摘している（66-69頁など）。資質に問題のある弁護士が一定数存在することを弁護士自身が自覚していたことは、水野「葛藤する法廷」で詳論した。

それゆえ、弁護士の選任に際しては元判事・元検事や法学士という肩書ではなく、能力に着眼せよと勧められる。判事・検事としての経験を応用できることは稀である。逆に長く弁護士の職にあるからといって、失敗の経験ばかりの者はダメである。「彼の老朽弁護士として、同僚中に指弾せられつつある者は、此失敗の歴史に富める規則代言人[28]の進化者、若くは司法官の職に堪えずして退職又は辞職したる、元の判事検事たりし者」である。「現今東京に於ては、学士とか博士とか云える肩書を有する者は、下は法学通論素読的の青書生より、上は老朽無能の自称紳士に至るまで、其数頗る多きを以て、実力を有する者の外は殆んど一顧の価な」いが、地方ではまだもてはやされがちなのは遺憾の極みである（後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）26頁以下）。当時における在朝・在野法曹の格差、いわゆる老朽司法官・弁護士の問題、そして帝大派と私学派の隠微な対立が反映された書きぶりといえよう[29]。

（２）本人訴訟のすすめ

広島地裁所長・田丸税稔の『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）は自序で、わが民訴法は主として本人自ら訴訟をなすべしという本人訴訟主義を採用しているのに、実際には本人訴訟はごく少ない。「訴訟には自ら難易の別あり。事理の繁雑錯綜して容易に勝敗を決し難きものと、簡単明白にして只裁判と云える一の形式を踏むのみを以て其目的を達志得るものとあり。前者は固より、法律専攻家の智識を借るにあらざれば能わずと雖も、後者は僅かに訴訟手続の一斑を知るを以て、何人も容易に之を行うことを得べし」[30]。田丸は続けて、「本人訴訟の出来ざるは訴訟

[28] 明治９年・13年（1876・80）の代言人規則に基づいて代言人になった世代の弁護士を指すと思われる。明治26年の弁護士法施行により、戦前の弁護士制度が確立する。

[29] 加藤誠一郎・浅野晴三郎『民事訴訟手続文例』（明36）巻末掲載の弁護士広告のうち、黒須竜太郎は「前司法官ニ非ズ　大学出身ニ非ズ」を宣伝文句にしている。黒須は明治元年（1868）生まれ、19年埼玉県師範学校卒。英吉利法律学校を経て25年弁護士。35年東京弁護士会副会長、45年から衆院議員（３期）。

[30] 岡山地裁書記・吉森献蔵の『民刑訴訟手続』（明24）凡例も本人訴訟の手引であるとうたったうえで、特別の手続や弁護士に委任しなければできないような

手続の不案内なるに因るあるのみ。去りとて弁護士に依頼せんか乙甲に亙るが為に、遂に起す可き訴訟も起すことを得ず、伸すべき権利も之を伸すこと能わずして止むに至る。遺憾何者か之に加えん、著者之を憂うこと久し」。訴訟手続に不案内なためにするべき訴訟をせず、権利主張がされないままになっているのは遺憾なので、素人のために指南書を著す、と宣言している。

同書では仮設事例（貸金請求）の時系列に沿って、弁護士と助言を求める商人（原告・酒造業者）の問答形式で叙述がなされる。訴訟を依頼しようとやってきた商人に、

> 弁護士「私が裁判所へ出ることにしますると、相当の謝金を申受けねばなりませぬ。然るに本件は少しの金高で、弁護士に御依頼になるのは得策と思いませぬから、貴下自ら裁判所に出で訴えなさる方が宜しいと思います」

と述べ、自らは助言役に留まる旨を告げる（３頁）。大阪地裁から原告勝訴の一審判決を受けた問答でも、

> 商人「裁判所に出ない内はどんなに怖い所かと案じて居ましたが、有体の事柄を其儘述べますには何の造作も無いことで、仰せの通、容易い事件は全く素人で出来るかの様に思います」
>
> 弁護士「左様、普通の事件ならば自分で出る方が宜しい。裁判所の様子を知らぬ人は其様子も判り、又今日は法律時代で、誰も法律の一班を承知して居らねば差支のある時節ですから、自然法律の必懸も出来て来ます。其上、弁護士へ依頼するの手数も要らないと云うので、余程勘定となる訳であります」（38頁）

と、本人訴訟の容易さを強調するストーリーになっている。被告による大阪控訴院への控訴をうけて、商人は「今度は先生に御願い致したいと存じます」と頼むが、弁護士は「此事件抔は、まだまだ弁護士は無用です」。途中で難しくなったら、その時に弁護士を出すことにしても決して遅くはありません、と答えている（43頁）。

日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』（大９）は、本人訴訟のための手引である。その表紙は「本書を座右に備えて置けば、何んな込入っ

ことは取り扱わないと断っている。

た事件でも、弁護士や法律の専門家に行かなくとも、自分で訴状も書け其他必要の手続も出来き、思う様に訴訟を進行する事が出来る」と謳っている。瀬木辰夫（弁護士・弁理士）の『書式手続総覧（大日本百科全集）』（昭３）も、訴訟手続の「実情は、人々が考える如く爾く至難なものでない。勿論事件の性質によっては、専門の弁護士に委任する事の必要なるは言を要せざるも、事毎に然るかというに断じて然らずである」と力説する（４頁）。

しかし、このように本人訴訟を積極的かつ明示的に薦めるタイトルは、素人向け手引でもわずかであった。

二節　訴状の作成

190条①　訴ノ提起ハ訴状ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ為ス
②　此訴状ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一　当事者及ヒ裁判所ノ表示
第二　起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因
第三　一定ノ申立
③　此他訴状ハ準備書面ニ関スル一般ノ規定ニ従ヒ之ヲ作リ…（以下省略）

訴状の作成は、何について訴えるかについての原告による最初の意思表示として重要な意味を持ち、「実務向け文献」も一様に重視している。複数の訴状の書式を例示し、記載方や関連するテクニカルな規定（印紙・用紙など）を丁寧に紹介するなど、かなりのスペースを割くタイトルが少なくない。教科書が訴状の記載事項について理論的な分析を詳細に展開するのとは[31]、叙述の力点を明確に異にしていた。

一　書式の普及

明治民訴法施行までの民事訴訟の規則であった訴答文例（明治６～23年）では、訴状の書式を代表的な事例について具体的に示していたが[32]、

[31] 特に重視されたのは「一定ノ目的物・原因・申立」（190条②第二・第三）である。本多＝今村第三冊576頁以下では、他の請求にかかわる事実と区別し、錯誤が生じないように開示する必要があることが強調される。仁井田中巻621頁以下では給付・確認・権利変更の訴という区別が導入され、雉本中巻338頁以下では同一認識説と事実記載説などの詳細な理論的検討が行われている。

[32] 訴答文例のテキストは法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書23』（昭61）所収による。

明治民訴法は190条その他の一般的な規定を持つのみであった。同法の明治24年（1891）１月１日の施行をうけ、書式集をはじめとして多数の訴状の書式が出回っている。例えば尾道区裁監督判事・脇屋雄六の『民事訴訟法文例』（明24）31頁以下では

> 貸金請求の訴
> ［原被告の住所・氏名　省略］
> 訴訟物の価格　一金百五拾円
> 事実上の関係
> 被告は、明治二十三年三月一日原告より月壹歩五朱の利子にて金百五拾円を借受け、且明治二十三年十二月三十日限り弁済することを契約したり。
> 証拠方法　一借用金証書
> 一定の申立
> 被告は原告に対し、右借用金百五拾円并（ならび）に明治二十三年三月一日より明治二十四年五月三十日迄の利子金三拾三円七拾五銭、合計金百八十八円七十五銭を弁済すべき様、御判決相成度候也。
> 明治二十四年六月一日　原告氏名［以下裁判所判事氏名省略］

となっているのに対し、和歌山地裁判事・樋山広業の『民事訴訟手続訴答書式』（明24）付録22頁では、

> 貸金請求の訴　［原被告の情報　省略］
> 一金何円　請求高
> 内訳　金何円　何年何月何日貸金元額
> 金何円　何年何月より何年月日迄で何月間壹月何歩の利子
> 私儀何年何月何日被告何某の依賭（ママ）に応じ、元金何円に付利子金何円の約定にて金何円貸与申候処、同人儀は期限後之を弁済せず、依て毎度催促仕り候得共、一向請求に応じ呉れず、因りて此度不得已（やむをえず）本訴提起仕候。
> 以上の事実は別紙甲第何号証被告より原告への貸金依頼書、甲第何号被告より差入たる借用金証書、及び返金延期依頼書状に依て明瞭なる義に御座候。

故に被告人より、元金何円及び何年何月よりの利子金何円、合何円至急弁済致す可く様、御判決相成り度候。
別紙付属書を以て署名者は資格ある者に御座候（付属書類は委任状のことなり）。
［以下弁護士氏名、提出先名省略］

となっている。明治民訴法が施行された明治24年中までに刊行された「実務向け文献」には、裁判所関係者によるものや地方で刊行されたものも少なくなく[33]、いずれの書式も190条（準備書面についての105条も参照）の要件をみたしているが、多少の相違がみられる。

裁判所サイドが作成する書面については、司法省により『民事訴訟法書式』が明治民訴法施行を控えて急ぎ作成され、施行の数日前に（明治23年12月27日）大木喬任法相により「民事訴訟法ニ関スル書式草案及配付候条成ヘク之ニ準拠ス可シ」と訓令されていた[34]。裁判所の書式については新法施行にあわせ司法当局から普及が図られたのに対し、当事者サイドの書式についてはそのようなことは行われず、現場レベルの対応に委ねられていたということになる。明治25年２月になって、東京控訴院は「訴状並準備書面書式」を決議し、同年の『法曹記事』[35]に掲載された。

［原告とその訴訟代理人、被告の記載　省略］
　何々事件の訴
　請求の目的
一　何々（例えば元金何円何銭）

[33]「実務向け文献」リストを参照。

[34]『民事訴訟法書式』の成立の経緯については鈴木『日本』228頁を参照。訴状や答弁書など当事者が作成する書面は扱わず、裁判所が作成する書類の書式のみが紹介されており、恐らく裁判所の内部文書扱いであったと思われる。

[35] ５号（明25）76頁以下。明治24年７月に「法律応用ノ当否ヲ攻究シ裁判ノ実務ニ便スルヲ以テ主旨ト」する（会則総則３条）法曹会が司法部内官吏を主たる会員として発足し（発足当時の会員は3,658名）、中心的な事業として雑誌『法曹記事』を刊行した。同誌は法適用上の疑義に対する法曹会決議、判例や訓令、外国法の紹介などを掲載し、創刊号は6,000部（代書人・公証人など非会員への頒布数を含む）印刷されたという（法曹会編『法曹会史』（昭44）5-16頁）。

一　何々（例えば利金何円何銭）
　　合計（例えば何円何銭）
　請求の原因
何々（例えば明治何年何月何日被告に金何円を貸与し、利子は百円に付月何銭、返済期日は何年何月何日と定めたり。然るに被告は返済期日を経過するも、其義務を尽さず）
　一定の申立
右の次第なるを以て、被告は原告に対し何々（例えば金何円を弁済し）、且訴訟入費を負担すべしとの判決相成度候也
　証拠方法
一　何々（例えば貸金証書）
　付属書類の表示［訴訟代理委任状・証書謄本など　省略］
［以下提出先名　省略］

他の書式例も法定の記載項目の順序を定めた程度のものであり、高木豊三はこの書式について「余は未だ之を完全の書式なりとは云わず」と言わざるをえなかった[36]。とはいえこの書式は東京地裁から東京組合弁護士に下付され、彼らは一般にこれを遵守していたという[37]。大阪控訴院も若干異なる訴状の書式を参考として配布しており[38]、司法当局が当事者が作成する書面の規格化に関心を向けるようになったことがわかる。

当時の『法律新聞』からは、実務においてそもそも当事者――弁護士を含む――が何を主張しようとしているのか、事実関係がどうだったのかの把握に苦労することが少なくなかったことが読み取れる[39]。書式の流通により訴状が規格化され、それなりに整理された記載をもつ訴状が

[36] マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』（明25）46頁
[37] 殿木三郎『民刑訴訟必携』（明28）50頁以下。同書は個々の事例についてこの書式に沿った書式を紹介している。この書式をほぼそのまま掲載している例として、相原稲造編『鼈頭法規　実例民事訴訟法』（明27）98頁、肥田健吉編『実例民事訴訟法』（明40）113頁。
[38] 樋山広業『民法及戸籍法関係　裁判所申請例式全　付民事訴訟手続書式』（明32）は、大阪控訴院から各裁判所に参考として交付された書式に基づくという。
[39] 水野「葛藤する法廷（1）」一章を参照。

提出されるようにすることは、手続を適切に進めるために極めて重要な意味を持っていたといえよう。

二　具体的事例ごとの書式

特に書式集において、多くのタイトルが貸金返還・家賃・家屋明渡・売掛代金・買受物引渡といった典型的な事例の書式を紹介している。このことはこれらの事例が数的に大部分を占めており、事例が単純である限り高度な知識を要せず、書式を写せばそれなりに対処できると考えられていたことを示唆する。典型的書式の普及、そしてそのメディアたる書式集が素人向けにも多数出版されたことは、その必須の前提であった。

但し、正確な知識を伴わない書式の丸写しにはリスクが伴う。一部のタイトルが「契約解除請求の訴状」を紹介していたのは、その一例である。後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）は、

> 請求の目的
> 一　何契約解除の件
> 一定の申立
> 被告は、原告との間に取結びたる何契約の解除を承諾し、且訴訟費用は被告の負担たる様、判決相成度候。
> 請求の原因
> 被告は原告と明治何年何月何日何の契約を取結び、仝日（どうじつ）より二週間内に其物件の引渡しを為すべき筈なりしに、被告は之を其期間内に引渡さざる為め、原告は契約上云々の行為を為す能わざるに依り、折角取結びたる契約は終に其目的を達するを得ざる次第と相成り候に付、茲（ここ）に該契約解除の訴を提起致し候。

一定の日時・期間内に履行するのでなければ契約の目的を達することができない場合に、当事者の一方が履行しないでその時期を経過したときは、相手方は直ちに契約解除の訴えをすることができる、と説明している（148頁）。これと同一の書式は大正後期の「実務向け文献」にいたるまで見出すことができる[40]。

[40] 後藤本馬『実業家法律顧問』（明39）、法律研究会『訴訟執行不動産登記戸籍ニ関スル出願申請手続書』（明44）、田淵田『民事人事訴訟書式全書』（大２）、

明治23年(1890)に公布されていた旧民法では財産編421条２項･561条、売買契約についての財産取得編81条で、契約解除には訴えが必要とされていた[41]。しかし明治31年 (1898) に施行された明治民法では、契約の解除そのものに訴えは必要なく、解除の意思を相手方に伝えればよい[42]。契約解除の訴えの訴状を紹介する「実務向け文献」がその後も長い間存在したことは、明治民法施行後も実務レベルでは解除のための提訴があり得たことを示唆する[43]。実務法曹の法知識に時として問題があったこと、そして書式を丸写しすることの陥穽を示す好例といえよう。

三　区裁判所での口頭による訴

374条　訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ之ヲ為スコトヲ得
378条①　当事者ハ通常ノ裁判日ニ於テハ予メ期日ノ指定ナクシテ裁判所ニ出頭シ訴訟ニ付キ弁論ヲ為スコトヲ得
②　此場合ニ於テ訴ノ提起ハ口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ為ス

佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』(大５)、岩崎勝三郎『売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法』(大12)。

41 北川善太郎『日本法学の歴史と理論　民法学を中心として』(昭43) 86-88頁。

42 大判明治41年２月21日民録14輯141頁は、明治民法施行前の買戻契約によりその施行後に買戻権を実行する場合も、相手方への意思表示で足り、旧民法に従って売買契約解除のための訴をする必要はないと判示している。

43 大正末期の『法律新聞』の記事 (〇大10・9・23　或日の傍聴 (法廷子))。「細川裁判長が原告の弁護士の申立が不明なので、『之れは被告に対し解除を求めると云われるのですか』と尋ねると、某弁護士は『左様…解除の行為を求めるのです』と答えたので、同裁判長笑(えみ)を殺して『解除に相手方の行為を要しますか…解除は一方行為ではないですか…』とソレとなく注意を与えると、弁護士先生、之れは何んだか少々勝手が違ったと云ったような顔付で頻(しき)りと考え込んでいた。スルと同裁判長『一体本件請求の原因は何ですか』と聞くと弁護士先生『買戻』だと云う。細川裁判長『然らば買戻をしたら宜いではありませんか』と押返して尋ねたが、何んのことだか分らぬので弁護士先生『買戻権を実行しようとして買戻に応ぜぬので、実行が出来ないから解除を求めるのです』との振った答弁…細川裁判長も泣く子と地頭には何んとやら云うのと同様、仕末に終えぬので結局、『解除か買戻か、何方(どち)らか次回までに取調べた上申立つることにして、当日は何も申立がなかったことにして置きましょう』と云うことで続行になった」。

明治民訴法は373条以下で区裁手続について特則を定め、簡便さを考えて口頭での訴えを認めていた（374条ほか）。明治民訴法下では区裁のほうが地裁よりも事件数は圧倒的に多かったが[44]、教科書における区裁手続の叙述はほとんどの場合条文のパラフレーズにとどまり、具体的イメージを与えるものではなかった。

裁判所書記・奥野綱城の『実用民事訴訟手続』（明24）は通常の訴状の書式を紹介した後で、「口頭訴のこと」として丁寧に説明している（88頁以下）。口頭で訴を起こすときは区裁判所書記課応接所に出頭し、第一に自己と相手人の住所氏名、第二に相手方に請求すべき目的物（例えば、何月何日貸付の金何円利子何円）、第三に請求の一定の原因（例えば、何月何日期限なるに返済を怠たること）を述べ、証拠物があるときは開示する。そして第四に一定の申立（例えば、何年何月被告に貸付けたる金何円に、年何割の利子を付し返済すべき裁判あらんことを乞う）を行い、書記の作った調書に署名捺印する。

司法当局は、口頭での訴えをそれなり以上に想定していたと思われる。明治民訴法施行に合わせ司法省が裁判所に向け訓令した書式集『民事訴訟法書式』（明23）では、売買代金請求、買受物引渡請求、貸金請求、家賃請求、貸家明渡請求、為替訴訟の口頭訴訟調書の書式が紹介される。書式のほとんどの部分は定型文言としてあらかじめ印刷してある（傍線部は、原文では赤字で印刷され、記入例を示す）。例えば貸金請求ならば、

> 貸金請求口頭訴調書
> ［住所・職　省略］原告　某
> ［住所・職　省略］被告　某
> 事実
> 被告は明治　　年　　月　　日原告より年／月　　利子にて金　　を借受け、且明治　　年　　月　　日限り弁済することを約したり。
> 証拠方法
> 一　借用金証書

[44] 林屋ほか『統計から見た明治期の民事裁判』［2-4-1］［2-4-6］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』［2-4-1］［2-4-6］

申立
被告は原告に対し右借用金　　并に明治　　年　　月　　日より明治　　年　　月　　日までの利子金　　合計金　　を弁済すべき様、御判決相成度候也。
右調書は原告承諾の上記名調印せり。
某　印
区裁判所　明治　　年　　月　　日　書記　某　印

実務においてこの種の単純かつ定型的な事案は、かなりの部分を占めていたであろう。当事者本人に書面の適切な作成を期待することが難しいなか、最低限の書証さえ備わっていれば[45]、印刷された定型文言の空欄を埋めてゆくだけでそれなりに事件処理が可能だろうという見通しを、司法当局が持っていたことがうかがえる[46]。

しかし、新法施行時点での「一つの運用の理想像」を反映したこれらの書式は、実際にはあまり使われなかったようである。岩崎勝三郎『債務者の顧問』(明38) は、区裁の訴訟は書面又は口頭でできると訴訟法に書いてあるが、「実際は悉く書面を出させて居る。是等の事は自分が書くよりも、代書所に行って書いて貰うがよい、五銭か十銭も出せば結構書いて呉れる」(285頁)[47]。「実務向け文献」は法典の順列に従わずに区裁への提訴を地裁手続より先に取り上げるなど、実務における区裁の重要性を十分認識していたが、口頭による訴を詳しく扱ったタイトルはほと

[45] ほかの書式でも、証拠方法はすべて書証である。
[46] 齋藤孝治・緩鹿実彰『民事訴訟提要』(明24) 40, 78頁ではこの書式に沿った口頭訴訟調書を紹介している。ちなみに現在の簡易裁判所でも、基本的類型の事件については定型訴状を用意しており、空欄を埋めてゆけば必要な記載が満たされるようになっている (園部厚『簡裁民事訴訟マニュアル』(平28) 14-31頁)。
[47] 同旨、金子亀次郎・禱苗代『書式詳説　訴訟の顧問』(明45) 60頁。教科書が区裁手続の現状について簡略ではあるが言及した例として、仁井田中巻804頁は口頭による訴について「殆ど之を見ざるなり」としている。当時の『法律新聞』にも、口頭での訴が死文化している実態を批判する記事が散見される (○明35・10・13　司法制度改正意見　弁護士ドクトルオブロー山田福三郎　○明39・1・20　通俗一口ばなし　藤浪生)。

んど存在しない。実務では口頭による訴の代わりに司法代書人や三百代言が利用されることとなったが、彼らの資質には疑念が感じられたため、大正期に入ると一部の大都市圏裁判所において口頭受付が導入されるのである[48]。

三節　準備書面のやり取り

103条　判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ当事者ノ弁論ハ口頭ナリトス但此法律ニ於テ口頭弁論ヲ経スシテ裁判ヲ為スコトヲ定メタルトキハ此限ニ在ラス
104条　口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス
105条　準備書面ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
第一　当事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業、住所、裁判所、訴訟物及ヒ付属書類ノ表示
第二　原告若クハ被告カ法廷ニ於テ為サント欲スル申立
第三　申立ノ原因タル事実上ノ関係
第四　相手方ノ事実上ノ主張ニ対スル陳述
第五　原告若クハ被告カ事実上主張ノ証明又ハ攻撃ノ為メ用ヰントスル証拠方法及ヒ相手方ノ申出テタル証拠方法ニ対スル陳述
第六　原告若クハ被告又ハ其訴訟代理人ノ署名及ヒ捺印
第七　年月日
106条①　準備書面ニ於テ提出ス可キ事実ハ簡明ニ之ヲ記載ス可シ
②　此他事実上ノ関係ノ説明並ニ法律上ノ討論ハ書面ニ之ヲ掲クルコトヲ得ス
107条①　準備書面ニハ訴訟ヲ為ス可キ資格ニ付テノ証書ノ原本、正本又ハ謄本其他総テ原告若クハ被告ノ手中ニ存スル証書ニシテ書面中ニ申立ノ原因トシテ引用シタルモノノ謄本ヲ添付ス可シ（以下省略）

訴状提出に引き続いて、本節では被告の答弁書以下を含めた準備書面の扱いについて取り上げる。答弁書については訴状ほどではないが、多くのタイトルで書式が示されている。

訴訟上の書面は一行に二十字、半枚（半分に折って冊子状にする）十二行に認める[49]、特別の規定がない限り美濃紙の罫紙を用いる。村落

[48] 水野「葛藤する法廷（1）」41-42頁。
ドイツの「実務向け文献」では、区裁での複数の提訴方法について、具体的な用途や実態に触れたものがみられる。
[49] 民事訴訟費用法（明治24年（1891）施行）２条１項は、「訴状其他総テ書類ノ書記料ハ半枚十二行二十字詰ニ付キ金二銭五厘トス但半枚ニ満タサルモノモ亦同シ」と規定していた。

等で罫紙の入手が困難な場合は白紙でもよいが、十一行ぐらいで規律正しく書き認め、綴目を一寸五分くらい空けておくこと。複数枚にわたる場合は表紙を付し冊子体にして、綴目に割印を押す。表紙には年月日・書面の標目・提出者姓名を記す…。

事実の記載は事項ごとに箇条書きにする。複数の事項をまとめて書き流すことは、繁雑を避ける為になるべく避ける。書類が不鮮明だと調査の進行が妨げられるので、多数の挿入削除を行った場合は改めて清書する[50]。「書類の作成粗漏なる為め、其事件に就て取調を為す判事に於て、事件の調査に粗漏を来すことあるを免かれざれば、書類の作成を粗漏にし、之を調査するに手数を要するごときことあらば、判事は之を棄てて閲読することを為さず、為めに敗訴の言渡を受くることあるべし」(福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』(明27) 9頁)[51]。準備書面に必要な情報が整理された形で書かれていないことは、「真相に反する」判決の一因になり得るものであった。

一　準備書面のやり取り——争点整理に向けて

両当事者の主張が、訴状以下の準備書面のやり取りにおいてどう衝突してゆくのか具体的に紹介した例として、三坂繁人『民事訴訟法釈要　上巻』(明23) を取り上げる。まずは原告の訴状である (４頁以下)。

> ［住所 (東京市日本橋区) 省略］原告人　甲野辰次郎
> 右弁護士　丁山巽
> 貸金催促の訴
> ［住所 (横浜市) 省略］被告人　乙田寅太郎
> 請求元金高百五十円也　外に貳拾円は明治二十一年十二月以来の利息
> 私儀、明治二十一年十二月二十五日元金百円に付利息金壹円の約定にて、金百五拾円を被告人に貸付申候処、被告人は期限経過するも之を弁済せざるに因り、出訴仕候。此事実は、被告人より原告人に渡した

[50] 例えば福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』(明27) 81頁、田丸稔『民事訴訟独案内　付諸書式』(明35) 61頁、武藤円『人事訴訟非訟事［件］民事訴訟不動産登記及戸籍法ニ関スル訴申請申立書式』(明36) 注意事項、木俣亮『訴訟非訟事件実用手続提要』(大２) 注意事項。

[51] 参照、木俣亮『訴訟非訟事件実用手続提要』(大２) 序文。

る借用証文、及び被告人の隣家なる靴商人丙村卯吉を以て、証拠立てんと思考致候。
私は左の一定の申立を為すものに御坐候。
被告人が明治二十一年十二月二十五日以来支払わざる所の、元金百円に付壹円の割合の利息と共に、元金百五拾円を弁済す可しとの判決を下されんことを請求仕候。
別紙付属書に依り、署名者の資格を有することを証拠立て候。
　明治二十三年十二月二日　右弁護士　丁山巽　印
　横浜地方裁判所　民事第一部長某殿
別紙付属書
　［訴訟委任状　省略］
　借用証文
一　金百五拾円也
　右の金額要用に付、借用候処実正也。利息の儀は、元金百円に付壹ヶ月壹円の割合と定め、来る明治二十二年九月二十五日限り、元利相揃無相違御返済可致、若し右期限に至り返済相滞候わば、如何様の御処分に相成も異議申間敷候。依て証文如件。
　横浜弁天通一丁目十番地　乙田寅太郎
　明治二十一年十二月二十五日　甲野辰次郎殿

被告人の答弁書は以下の通りである（38頁以下）。

　［住所（省略）］原告人　甲野辰次郎　右弁護士　丁山巽
　［住所（省略）］被告人　乙田寅太郎　右弁護士　乾清明
右原告人甲野辰次郎より私に対する百五十円の貸金事件の訴に付ての答弁書及び反訴第一号第二号付属書添
私は原告人の訴を却下せられ、而して反訴に対し、答弁書送達の日より拾円に六朱の割の利息を付し、原告人より被告人へ弁済す可き様、判決あらんことを申立候。
私は、原告人が百五十円を渡したりと主張することに付、争う可し。即ち私は単に七拾五円を受取たるのみに御坐候。
右に付、左の弁駁を致し候。
一　七拾五円は、元売懸金を貸金と為したるものに有之。然るに右売

懸金は時効を経たるものに付、最早出訴す可き権利なきものなり。此事に付ては、同商業人横浜市弁天通三丁目某を証人として、証拠立つ可し。
二　明治二十二年九月二十五日に金拾円を返済せり。此証拠は、東京市京橋区築地一丁目に住居する某を以て、証拠立つ可し。
三　別紙勘定書の通、原告人の注文にて裁縫いたし候。此価は、土地にて普通適当なる価に有之候。此証拠は、私の職業帳簿にて証拠立つ可し。此の如くなるに付、反対の請求を為し、差引勘定致し度、然れども原告人に於て、此差引勘定の請求を承諾致さざるならば、反訴を起さんと決心仕候。
　明治二十二年十二月十七日　右弁護士　乾清明
　付属書
東京市日本橋区檜物町甲野君に対する裁縫店乙田寅太郎の計算
　（内容省略）総計金八円六拾銭

これを受け取った原告弁護士は、以下の書面を提出した。

百五拾円の貸金に付被告人横浜市弁天通一丁目平民商乙田寅太郎に対する原告人東京市日本橋区檜物町平民商甲野辰次郎の弁明
　被告人の答弁に対して、左に弁明致し候。
私は七拾五円を慥（たしか）に現金にて相渡し候。其事実は左の如し。
被告人は私より品物を受取り、種々の払方を為したり。明治二十一年十二月二十五日原被告の間に決算を遂げ、而して其際被告は七拾五円の借りを看認（みと）めたり。又同時に原告は、被告に右の外に現金七拾五円を貸したり。右二口を合せて、百五拾円の貸金となりたるなり。依て右の時より、百円に付き壹円の割の利息を付することを約束したり。
被告が時効経過の抗弁は、甚だ理由なきものなり。如何となれば、明治二十一年十二月二十五日に更に借りたればなり。
拾円を弁済したりとの被告の答弁に就ては、原告は十分之を争わざる可からず。而して被告に於て証人を出さんとならば、勝手に之を出す可し。
被告が裁縫の計算は、正当なるものに之あり。然れども、原告は明治二十一年八月一日に之を払いたり。此証拠は、東京市芝区何町某を証

人と為す可し。
原告は、被告の反訴を却下せられんことを申立んとす。（以下省略）

主張は個別に分けられ、各々証拠方法を伴うかたちで示される。相手方はその一々に自らの主張と証拠方法を示して応じる。模範的な攻撃防御の構造が訴状と答弁書、それを受けたさらなる準備書面のやり取りにより展開されている。著者の三坂繁人は、テヒョー草案（明治19年（1886）６月）に大修正を加えることになる法律取調委員会の報告委員として（明治20年（1887）11月４日任命）、明治民訴法の起草に関与した人物である[52]。明治民訴法の施行半年前に手続の手引として刊行された本書の叙述からは、三坂が準備書面のやり取りによる争点と証拠方法の整理に期待していたことがうかがえる[53]。準備書面が適切に作成され適切にやり取りされれば、早い段階で争点を整理し、その後の手続を迅速化させることが可能となるはずである。

二　口頭主義との微妙な関係

（１）ドイツの状況[54]

しかし、このように準備書面に積極的な位置づけを認めることは、母法国たる19世紀ドイツでは自明のことではなかった。「裁判官に対する民主的コントロールの必要性」という政治化された形で、口頭主義が高唱されていたからである。プロイセン法のように書面での主張・証拠方法のやり取りを経た上で、最後に口頭での審理を行い争点を整理する手

[52] 法律取調委員会の設置の経緯については、松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』（平27）23頁以下を参照。三坂は本書出版時（明治23年６月）は東京控訴院評定官。同年８月甲府地裁所長、25年広島地裁所長、27年退職。

[53] 裁判所サイドの者の手になる脇屋雄六『民事訴訟法文例』（明24）31頁以下、中江猪三朗『訴訟書類文例釈解』（明25）81頁以下も、貸金返還請求事件について準備書面のやり取りによる争点整理を同様に示している。

[54] 本項の内容については以下のモノグラフにおける稠密な検討を参照。Martin Ahrens, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung. Tübingen 2007. 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』（平23）。

続が存在したにもかかわらず、CPO の成立（1877年）に至るまで準備書面と口頭主義の関係いかんは激しく争われることとなる。結局成法は口頭主義と随時提出主義を強調したものとなり、口頭弁論の準備や争点整理についての手あては乏しいものとなった[55]。CPO 立案者は、口頭主義が行われているドイツ国内外の経験に徴して、口頭弁論前の書面は訴状・答弁書の二通で十分という認識を示したのである[56]。

マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』（明25、原著刊行は1888年（明21））は訴状を含む準備書面について、「仮令準備書面に欠点あるも、事物上一も不利を招くこと是れあらざる」、「第百二十一条［明治民訴法一〇五条］の規定たる、之に違背するも多くは何等の影響も是れあるなし。例えば訴訟物を表示せざる場合の如し」、「訴状に必らず包含すべき要件は、第二百三十条第一第二及び第三（［明治民訴法］一九〇第一第二第三）に記載せり。然れども法律は、此要件を尽く含蓄せざるものは全然訴状にあらず、と云わざるなり」としている（36頁以下）。裁判所が口頭弁論期日に先立ち準備書面に基づいて準備することについても、口頭弁論を形骸化させる危険性を強く意識した叙述となっている（76頁以下）。

CPO の「純化された」口頭主義は、その施行後間もなく実務で機能不全が強く指摘されるようになり、準備書面の適切な運用が口頭弁論を成功させるための前提条件であるという認識がそれなり以上に広まるに至った[57]。右のマ井エル『民事訴訟法実習』も結論部では、CPO が導入し

---

[55] 鈴木正裕「争点整理の方策について――その史的考察」（『改革期の民事手続法（原井龍一郎古稀）』（平12）所収）。

[56] Hahn- Stegemann, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung. 2. Aufl. 1881. S. 263. 鈴木『日本』95頁。

[57] CPO 施行後の実務アンケートに基づくベールの論考、それに対するヴァッハの反論が有名である。Otto Bähr, Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung. in: JherJb 23 (1885) S. 339-434, Adolf Wach, Die Civilprozessordnung und die Praxis. Leipzig 1886. 近藤完爾「口頭主義の反省」（同『民事訴訟論考　第二巻』（昭53）所収）。書面重視に向けた ZPO の改正（1909（明42）、1924（大13）年）についてはさしあたり Hans-Gerhard Kip, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip. Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses. Köln-Berlin 1952. を参照。

た「新規なる口頭審理の制」においては弁護士は書面により完全に口頭弁論を準備し、裁判所に事件の内容をあらかじめ知らせて手続がスムーズに進むよう努めねばならない、と指摘していた[58]。

（２）わが国への継受とその帰結

明治民訴法の起草過程では、テヒョー草案は訴状に始まる二往復までの準備書面の交換を認めていた（217 ～ 223条）。ひきつづく法律取調委員会では、準備書面の位置づけについて口頭主義との関連で激しい議論を経て、成法はドイツ法同様の規定となった[59]。証拠方法についても同

---

[58] 同書966頁。「新規なる口頭審理の制たる、判事并（ならび）に弁護士の一種の知能を具え、且つ善く其職務に忠実なるを要すること、鮮（すく）なからず。…弁護士にして優々として［不熱心に］事に従い、殊に証拠方法に付き適当なる時間に十分の委托を得ることを力めず、或は書面を以て完全に口頭弁論を準備せず、又口頭演述の用意を為さず､為めに裁判所をして事件の状況を知悉せしむることなく、却て其紛雑を招くが如きことあらば、何を以て良好の効果を収むることを得んや」

[59] テヒョー草案についてモッセは、口頭弁論の準備のためには訴状と答弁書だけで十分であると批判している（松本博之他編『民事訴訟法〔明治23年〕（５）』（日本立法資料全集198）（平27）［資料179b］310頁。鈴木『日本』146頁）。

法律取調委員会をへて成法の規定に落ち着くまでの議論の詳細については、史料上の制約があり必ずしも明瞭ではない。法律取調委員会の審議では、明治21年４月20日に105条のもとになる案文について、松岡康毅（大審院刑事第二局長。のち、民訴法の立案を担当する訴訟法組合長）は、口頭弁論を書面で準備せねばならないようなニュアンスを出すべきでない、「答書を必らず取ると云うことは、口頭審理の要則に反する」と強く主張している。他の委員も「［準備書面には左の諸件を］掲ぐべし」は「例とす」「準備することを得」ぐらいで良いと同調している（松本他編『民事訴訟法〔明治23年〕（２）』（日本立法資料全集195）（平26）［資料95］279頁以下）。

さらに同年５月５日の審議では、山田顕義委員長（法相）が「口で言うを聞いて直ちに裁判の出来る人もあろうけれども、過半は書面に依るが多い。相手方も聞いて済ます事は出来まい。原被告はどれ丈（だ）けの学問をしてどれ丈けに分るものか、中々分らん。況んや此法律では本人が出るのだから、代言人すら分らん、其れを本人が出て来て饒舌（しゃべ）るのだから、何所に要点があるやは分らん。又聞く方も未（こ）だ馴れて居らん。又書く書記も是迄、中半書いた物に依て居るのだからね。斯う云う事は一概に理論にのみ偏すると、法律は立派だが人民に害

様の経緯がみられる。訴答文例では訴状・答書に書証全文を写載することが求められ、テヒョー草案でも記載が義務付けられていた[60]。しかし成法では随時提出主義に反するとして、訴状の必要的記載事項（190条２項）から削除され、任意的記載事項として意識的に位置づけられたのである[61]。

「実務向け文献」における口頭主義の説明でも、書面による準備の意義を極小に理解するものがみられる。小野沢弥三郎『民事訴訟法要覧』（明24）は、従前は弁駁書・上申書・始末書あるいは弁明書などを再々取り交わしたうえで口頭弁論を開いていたが、明治民訴法では口頭審理を採用した以上「訴状答弁書の外は、書面を以て訴訟を為すことを許さず」（21頁）。甲府地方裁判所書記課『法廷必携民事訴訟文例』（明24）も、答弁書に対する原告の弁駁書は「差出すも苦しからずと雖（いえ）ども、可成（なるべく）口頭弁論の際弁論するを良しとす」（11丁裏）と位置づける。後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）は答弁書についての解説で、以下のように指

を与えて、実際大層不便なものを作った事になる」と準備書面の重要性を強く主張し、わが国の現状では口頭主義の運用は不可能である、「原則上尤も千万ですが、実際に差支がありはせんか」と繰り返し疑義を呈した。それに対してここでも松岡は「［実際の不都合がないと］保証は出来ませんけれども、口頭審理の基礎を定めれば、矢張やらなければなりません」「併（しか）し難易は何事にもあるもので御座います」と譲らず、他の委員も同様の見解を示す（同［資料100］309頁以下）。

106条を「訴答文例当時の書面主義を徹底的に放逐しようとする意図に出た」ものと位置づける見解として、染野「わが国民事訴訟法の近代化の過程」（同『近代的転換における裁判制度』（昭63）所収）224頁、中野「実務の継受」63頁。

[60] 滝川叡一「訴答文例小考」（同『日本裁判制度史論考』（平３）所収）48-52頁、鈴木『日本』４，82-83，93頁。

テヒョー草案209条　訴状ハ準備書面ノ規則ニ従ヒ之ヲ作リ且左ノ諸件ヲ記載ス可シ［「可シ」は独語版では“muss”となっている。］

一　訴訟物件ノ価格

二　請求ノ原因タル事実

三　立証方法

四　一定ノ申立

[61] 鈴木『日本』145-146頁。

南した（151頁以下）。

答弁書は一の準備書面に外ならざるが故に、被告は其答弁書に掲げたる事項に拘束せらるることなく、自由に其申立を変更し、又は事実上の陳述茲に証拠方法を更正変更し、又は新に防御方法を提出することを得べし。而して裁判所は、実際被告が口頭弁論に於て陳述したる申立及事実上の供述に基きて裁判すべきものにして、答弁書に掲げたる事項は全く度外視すべきものとす[62]。

口頭主義を採用する限り、準備書面に記載した内容でも口頭弁論で陳述しない限りは訴訟資料として考慮されず、記載しなかった内容を口頭弁論で陳述することもできる。これは当時の教科書でも、口頭主義の説明として示していた内容である[63]。しかし、準備書面の役割を極小化する口頭主義理解と随時提出主義（209・214条[64]）が結びつけば、文字通りに＝濫用的に利用される危険性は少なくなかった。明治民訴法期の実務においては、訴状・答弁書・その他準備書面の提出とその記載が不十分なことが少なくなく、しばしば訴訟戦術として意図的にそうされていたのである[65]。その一例として、証拠方法の提示の扱いをとり上げてみたい。

---

[62] 内田良輔（判事）『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）134頁以下は、貸金請求事件の答弁書として具体的な抗弁事実・証拠方法を記載した書式を挙げたうえで、単に以下のような記載でも可として、「一定の申立　一　原告請求を棄却し、訴訟費用は原告負担たる可きことの判決相成度候　右答弁致候也」と、いっさい具体的な主張・証拠方法を掲げない書式も紹介している。

[63] 本多＝今村第二冊にはその根拠について、やや踏み込んだ説明がみられる。準備書面の作成が任意であることは、105条１項が「要ス」ではなく「可シ」という語を用いていることからも知られる（342頁以下）。106条の規定は、従前訴状や答弁書に事実・説明・討論等を冗長に記載する弊があったため、書面審理化を避けるために設けたものだろう（349頁以下）。

[64] 209条　攻撃及ヒ防御ノ方法（反訴、抗弁、再抗弁等）ハ第二百一条ニ規定スル制限ヲ以テ判決ニ接著スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得
214条　①証拠方法及ヒ証拠抗弁ハ判決ニ接著スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ主張スルコトヲ得（以下省略）

[65] 答弁書以下の準備書面はほとんど無内容なものが提出されることが珍しくなく、口頭弁論期日までに答弁書が提出されないケースも少なくなかった（水野「葛藤する法廷（２）」89頁以下）。

三　証拠方法の提示

上述のように、明治民訴法の起草者たちは随時提出主義に基づいて、訴状の必要的記載事項から証拠方法を意図的に除外した。「実務向け文献」には口頭主義、それと結びついた随時提出主義、その帰結としての準備書面の役割の矮小化を、戦術的に利用するスタンスが看取される。教科書にはこのような戦術的指摘は見られない。

（1）提示の先送り

実戦的なアドバイスに富む後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）31頁は、収集した証拠をすべて訴状に記すべきかについて、以下の助言を与えている。

> 訴状は準備書面なるを以て、争点を明にし、一応の憑拠となるべき事実の立証を為せば足るものにて、蒐集したる証拠を悉く訴状に記するの要なし。若（も）し之を記するときは、被告をして其証拠に付て、抗弁の材料となるべき考案の機会を与うるに至るなり。果して然れば、蒐集したる証拠は訴状に記するものの外、何れの場合に之を応用するの機会ありやと云うに、這（これ）は口頭弁論の時提出の必要ありと云わざるを得ず。

訴状はあくまで準備書面なので、争点を明らかにするためにとりあえず必要な証拠方法だけ記しておけばよく、被告に手のうちをあえて早い段階から見せて防御方法を考える機会を与えるべきでない、と指南するのである。

明治民訴法期の「実務向け文献」が紹介する訴状・答弁書の書式は、大抵何らかの証拠方法の記載を含んでいるが、具体的な証拠方法を記載した上で「それ以外は口頭弁論で立証する」とする書式は散見される[66]。

---

[66] 川瀬重治（宮崎地裁構内代書人）『民事訴訟法書式正解』（大４）89頁以下（貸金請求、境界確認請求、所有権登記抹消請求）、二宮丘一（朝鮮高等法院書記）『実際的民事訴訟執行手続詳解』（大14）116頁以下（不法行為に基づく損害賠償請求）。新井正三郎編『新民訴人訴非訟新書式全集』（昭４）81頁以下で紹介される訴状の書式では、証拠方法を具体的に挙げた上で「其他必要に応じ立証可仕候」と記し、注として「此一句、文体古く且つ必要なきも、従来の多き実例を示す」とする。同様の例については、下記（２）も参照のこと。

大正民訴法改正後に宮城控訴院判事・安田忠治[67]は回顧して、「従来十中八九迄は訴状を認(したた)むる際に、立証方法として追って口頭弁論の際立証仕る可く云々と記載するのが、普通の如く見受けらる。書式大全等にも此種の書式が掲げられてあり、其為という訳でもあるまいが、殆んど之が普通の如く慣用され、寧ろ濫用されて居るが如き傾あるが、余輩の常に遺憾として居た所である」と述べている。反対当事者の出方を見ながら証拠方法を小出しにするタクティクスは、珍しくなかったといえよう[68]。

（２）書式適正化の提案

このような実務の実態については明治民訴法期においても強い批判があり、『法律新聞』には証拠方法の早期の提示を強く求める声が多数掲載されている[69]。裁判所も苦しめられたゆえか、裁判所サイドによる「実務向け文献」には、証拠方法提示について踏み込んだ見解を示すタイトルが存在する。

洲本区裁監督書記・武藤円は、早くも明治36年に以下のように指摘していた（『人事訴訟非訟事［件］民事訴訟不動産登記及戸籍法ニ関スル訴申請申立書式』（明36）注意事項）。訴状や答弁書には一の主張事実・証拠方法のみを掲げて、口頭弁論開始後に漸次その他の主張・証拠方法を出すというのではなく、初めから洩れ無く認めることを要する。「人証を以て立証すべし」とだけ書くのではなく、人証が誰なのか明らかに記載する必要がある。訴状や答弁書に証書写が添付されていても、それがいかなることの立証方法なのか記載が無く、口頭弁論期日まで判明しないことが少なくない。準備書面を口頭弁論当日になって提出する者が往々あり、相手方が準備をできず延期せざるを得ないことになるため、必ず期日数日前に提出しておくことが緊要である…

---

[67] 明治21年（1888）生まれ。大正３年（1914）東京帝大法科大学卒、弁護士。７年東京地裁予備判事。福島・秋田地裁判事などを経て昭和２年（1927）宮城控訴院判事。

[68] 安田忠治『民事裁判の新傾向（司法研究報告書８集１）』（昭３）66-67頁。『法律新聞』にも、駆け引きはある程度やむを得ないとする見解がみられる（○明42･6･25　函館法界日誌抄　巴港生　○大2･7･25　新潟裁判所の訴訟進行法）。

[69] 水野「葛藤する法廷（１）」24、30頁以下。

裁判官にかなり読まれたとされる大阪控訴院判事・齋藤常三郎[70]の『註釈訴訟記録』（大６）は、証拠方法は口頭弁論の終結まで提出することができ、「証拠方法は準備書面に記載すべき事項にして（第百五条第五号）、訴状に記載すべき要素にあらざるを以て」訴状に記載せずとも訴状は無効にはならない。しかし「原告は出来得る限り、全力を尽して其証拠方法を訴状に記載することを努むべく、…相手方は予め之に対する防御方法を講じ、直に之が証拠方法を提出すべき準備を為し得べきが故に、訴訟の完結を早からしむる利益あるや疑なし」。被告についても全く同様のことがいえる。しかしわが国の実際は遺憾ながら、「訴状に又は答弁書若くは準備書面には、何等証拠方法を記載せずして、只単に証拠は追て後日口頭弁論の際提出すべき旨を記載せるもの多し」。「独逸の実際に行わるる如く、出来得る丈（だ）けの証拠方法を記載し、相手方の準備に其（そな）え、兼ねて訴訟を速かに完結せしむる様努むべきものとす」（24頁以下）。口頭主義を文字通りに解釈して、準備書面の提出や記載を重視しない姿勢を示していた教科書とは、大きく異なる審理像を描き出したのである[71]。

しかし、裁判所サイドのスタンスは一様ではなかったようにみえる。田山卓爾[72]（東京地裁部長判事）『実例民事訴訟手続総攬』（大８）は、証

---

[70] 明治11年（1878）生まれ。36年京都帝大法科大学卒、司法官試補。大阪地裁判事を経て大正３年（1914）大阪控訴院判事、８年神戸高商教授。

[71] 安田『民事裁判の新傾向』67-68頁にも同旨の主張が見られる。弁護士が「訴状の提起に際して、全然証拠方法不明なりというが如き事は殆んど考えられない」。判明している証拠方法だけは必ず訴状に掲記して欲しい（十中八九までは可能なはず）。「現にオーストリヤの司法省の発表して居る書式に依れば、訴の原因事実は段を分ち、簡明に之を記載する傍ら、各段毎に此点は何々の書証若しくは何某の人証によって立証す可く、又何々の点は検証若しくは何某の人証によって之を証すと各段毎に必ず一々証拠方法を明記させる事を求めて居る」と述べ、裁判所と弁護士・司法代書人の協働、模範的書式の頒布を訴える。『法律新聞』には、裁判所が管内弁護士に対し正式な形で改善を求めたことを伝える記事がみられる（○明33・12・24　訴状答弁書の記載及提出方に就き　○明39・11・5　富山地方裁判所の管内彙報発刊　○明44・1・15　京都裁判所と弁護士との協訂事項）。

[72] 明治12年（1879）生まれ。33年和仏法律学校卒、35年司法官試補。地裁判事を経て大正２年（1913）東京地裁部長。大審院判事を経て12年弁護士。

拠方法は訴状の絶対要件ではなく、記載を欠いても効力に影響はないが、「訴訟進行の便宜上之が記載を要するものとす」としており、紹介された訴状の書式は証拠方法を記載していない（133頁以下）。東京地裁・区裁の書記３名により編集された『書式総攬　第一輯（民事訴訟法、競売法）』（大13）所載の訴状の書式では、証拠方法はいずれも「口頭弁論の際適宜提出す」「被告の認否に依り立証す」とされていた。前田直之助（大審院判事）[73]『修習訴訟記録第一審（土地所有権確認事件）』（大11）、同『修習訴訟記録』（大12）は司法官試補に向けた教材と思われるが、そこでの訴状・答弁書も同様である。これらは、実際の訴状が必ずしも証拠方法の提示をともなっていなかったことを反映したものといえるだろう[74]。

二章　審理過程

本章では「実務向け文献」の口頭弁論と証拠調についての叙述を、争点整理と事実認定における当事者と職権の役割分担いかんという視点から検討する。

一節　口頭弁論

「口頭弁論とは従前の対審、即（すなわち）審問弁論を総称したるものにして」、従前は原告の訴状→被告の答弁書→原告の弁論書→被告の反駁書・再答書・上申書と、「総て書面にて弁論を為すが如き傾きありしも、新訴訟法［明治民訴法のこと］は口答（ママ）審理の制を用い、総て口頭を以て弁論を為すことに定めたり。故に書面を以て弁論駁撃するを得ず」（村上誠太郎『民事訴訟登記実用』（明24）34頁以下）。

書面がかなり重視されていたと思われる従前の手続に対して[75]、明治

---

[73] 明治７年（1874）生まれ、37年東京帝大法科大学卒。44年東京控訴院判事、大正10年（1921）大審院判事、昭和10年（1935）大審院部長判事。

[74] ドイツの「実務向け文献」の訴状では、証拠方法を「口頭弁論の際に提示する」として全く示さない書式は、管見の限り見出されなかった。

[75] 明治民訴法施行までの民事訴訟手続について、中野「手続法の継受と実務の継受」60頁ならびに同所引用の文献では「一貫した書面中心主義の手続」としてとらえられている。他方、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（平18）第二章・

民訴法は「判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ当事者ノ弁論ハ口頭ナリトス」（103条）と宣言し、口頭主義をとることを明示している。「実務向け文献」は口頭弁論をどのように解釈し、いかなるアドバイスを与えていたのだろうか。

一　口頭弁論の意義

口頭弁論の位置付けについての「実務向け文献」の叙述は、教科書での説明と大差は見られない。わが民訴法は口頭審理を原則としており、裁判所が判決をするにあたっては法廷での口頭陳述に依拠する。準備書面は手続の適切な進行の点で、口頭弁論にとって付属的に必要だというにすぎず、絶対的に必要なものではない。「当時［現在のこと］の訴訟手続は昔と異なり、書面訴訟にあらざれば、訴状、答書、弁駁書、拡張書等、名義如何に係わらず、記載したる事柄は、已（すで）に申立済みなりと思うべからず。仮令書面上の記載あるにも拘わらず、必らず口頭弁論に至りて、供述せざるべからず。然らざれば、申立てする（ママ）［「ざる」の誤り］と同一となるべし…而（しか）して訴状、答書に記載なきことにても、口頭弁論にて初めて申立を為すことは、差支なし」[76]。

当事者から提出された書類のみで審理する書面審理だと、「或は一方のみの陳述あり、双方の陳述書あるも亦十分ならざるものあり、其口頭

第十章ではフランス法の影響で明治前期に口頭審理がそれなりに浸透していた可能性が示唆されており、なお検討を要すると思われる。

本多＝今村第二冊329頁以下では次のように評価している。「本邦に於て従前施行し来る所の審理手続は、純粋の書面審理にもあらず、又純粋の口頭審理にもあらずして、書面審理と口頭審理と相混同せしものと云わざるを得ず。何んとなれば、明治十年二月十九日の布告第十九号控訴上告手続第十五条中に、『上告状は、正本一冊及び副本五冊を差出すべし』（五名の判事各閲読す可き為めならん）とあり、又其次項に、一切の書類を添え差出すべき規定あり。而して其第二十四条に依れば、『原被対審の節は、判事席に臨み云々原被交互の論弁を審聴し云々』とありて、一面は書面に就き之を審究し、一面は交互の論弁を審聴することを要する規定なればなり」。

[76] 佐瀬鷹雄『実地経験裁判勝利秘法　付訴訟独案内』（明27）緒言。唐沢長十『大審院判例法曹会決議諸法令対照　実用民事訴訟法典』（明30）は103条について、控訴状に記載あっても口頭弁論で陳述しなければ申立なきものとする判例を紹介している（大判明治29年10月24日民録２輯２巻97頁）。

の書面に優る、数等なりとす」[77]。自由心証主義を採用することのコロラリーとする説明もある。「自由心証主義に拠るときは、当事者及び証人等の陳述は裁判官の心証に重要なる影響を及ぼすものなれば、訴訟の審理を為すに当り直接に陳述を聴くに非ざれば、其目的を達すること能わざる」ゆえに、口頭審理主義を採用しなければならない（佐伯兼次郎『民事訴訟法通義』（法典釈義全書４）（明42）21-22頁）[78]。

二　口頭弁論期日の心得

口頭弁論の重要性ゆえに、出廷のしかたから始まり、口頭弁論期日の手続の進行を具体例を挙げて説明するタイトルが見られる。教科書に比して「実務向け文献」の特徴が強く表われる内容であり、素人たる本人はもとより、実務修習のシステムが存在しなかった弁護士にとっても法廷の具体的なイメージを得ることができ、大変助けになったろう[79]。

（１）出廷

萩原定一郎編『民間必携訴訟勝利法』（明36）は、公判当日どのように振る舞うべきかをヴィヴィッドに描く。

裁判所に出頭した当事者はまず人民控所に入り、出頭を裁判所書記に届け出る。控所にいる代書人に依頼すれば、すぐにその手続をしてもらえる。初めて訴訟をする人でも一度控所に入れば、忽ち法律通訴訟通になれる。「若し夫（そ）れ此処に集れる人民の談話に耳を傾くる時は、貸金の催促に遇うて巧みに其督促を免れたる自慢話、訴訟手続を誤りて充分勝利ある訴訟に負けたる失敗談、偖（さて）は其裁判所に執務する判事の僻、之に

---

[77] 樋山広業『民事訴訟手続　訴答書式』（明24）94頁。

[78] 自由心証主義と口頭審理を、事案の解明の観点から明確に結びつける認識は教科書でも散見されるが（例えば岩田236頁）、通説とはいえない。

[79] 水野「明治民訴法の『使い方』」２（１）など参照。教科書における叙述はあるとしてもごく大雑把なもので、例えば深野238頁は「弁論進行の順序は、第一当事者は一定の申立を為す。第二其申立の理由及び相手方の理由に対して演述す。其理由とは事実上及び法律上に亘るものとす。第三申立の理由に基き証拠調を為す。第四証拠調の結果に付き、更に申立の理由及び相手方の理由に対して演述す。第五裁判所は判決の言渡を為す。是れ普通進行の大要なり」としている。ちなみにドイツの「実務向け文献」は制度の説明と書式が中心で、この種の具体的な叙述には乏しいように見受けられる。

応ずる手段等、四方八方の話を取まぜて語る処の者、一として訴訟法律の問題ならざるはなし。如何なる訴訟に慣れする人にても、此処にては心強く、家にありて兎や角考えしよりも、案外攻撃防御の方法を考えらるるなり」。

そのうち廷丁の呼上が始まる。最初に原告の姓名、次いで被告の姓名である。呼上げられた当事者はかねて通知された公判廷に入る。原告の席は判事席の下段右側、被告の席は原告の左方にあり、これらは廷丁の指図で決まる。やがて法廷に入ってくる関係書類を携えた人物は書記である。つづいて裁判長と陪席判事が入ってくるので、原被告・弁護士・傍聴人一同は立礼し、裁判長の着席を見て静かに着席するのが例である。正面中央が裁判長であり、弁論の指示を行う。その左右は陪席判事で始終沈黙しており、訴訟進行については基本的に発言しない…（98頁以下）

（２）口頭弁論

口頭弁論における陳述は裁判所の判断の基礎になるものであるから、当事者は陳述の内容・態様に十分気を配る必要がある。田丸税稔『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）は、民事訴訟は不干渉主義に基づくものであるから、当事者は口頭弁論において自らの主張立証を能動的に提出しなければならない、と説く（19頁以下）[80]。

商人「始めて裁判所へ出たときには、裁判官の尋ねに応じて答を致せば宜しい訳でありましょうか」

弁護士「…民事は刑事と違い、開廷期日に当事者出廷すれば、裁判官は是より何々の事件の審理を始める、と云うのみにて、裁判官の方より進んで尋ねは先ず無い訳で、原告と被告とが裁判官の前で口頭弁論とて、互に自分の主張せんとする所を申述ぶれば、裁判官は双方の述ぶる所を聴き、何れが理か非かの裁判を致されるのであります。故に有る丈（だけ）の証拠は出し、有る丈（だ）けの権利は主張するが能（よ）いのです」

福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）は「弁論」の章で以下のように説く。喧噪ではなく温和な語気で、「賢明なる判官」などとへつらうのは判事には不快、華麗な言葉ではなく簡明に…。「弁論中相手の弁解を予想して、彼の言（ことば）を待たず直ちに之を弁駁するを為

[80] 同旨、金井太郎『新訂再版民事要解書式集』（明36）210頁

すものあれども、是れ等は未だ駁撃せられざるに自己の訴訟を弁解するに同じく」、かえって判事に奇異の感を与え不利益に作用することが多いので、避けねばならない。最も重要なのは、主張の順序をよく整えることである。「其排列の順序を立つるは如何と云うに、其訴訟の争点と、其争点の依りて基く証拠とを決すべし。之をさえ決すれば、自然の順序に従いて其証拠を排列するは難からざるなり」(11頁以下)。特に当事者本人において陳述のあり方にかなりの問題がありえたことは、当時の『法律新聞』の記事からもうかがえるところである[81]。

日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』(大９) は、「三寸の舌端火を吐いて弁護士そこ退けの雄弁家もあれば、又自己に充分の権利がありながら、吃々として云う能わざる訥弁家もある。此場合、訥弁家に有力なる証拠物のない限り、先ず雄弁家の勝訴と思わねばならぬ。何でも固くなっては気が臆して可けない。場慣れぬ人は法廷へ立つとガタガタ慄え出す者などもあるが、小胆の為とは申せ、あれは損な性質である。自分に疚しい所さえなかったら、虚心平気で事実のありのままを堂々と主張したが宜しい。…申開きが下手な為に、勝つべき裁判に負けたなど云う例は決して世間にないではない。大胆なれ、放胆なれ、而して正直なれ。これ法廷に立つの秘訣！」(77-78頁) とはげます。

三　ライブ口頭弁論（その１）地裁の弁護士代理訴訟

口頭弁論期日の具体的な進行について、まず三坂繁人『民事訴訟法釈要　上巻』(明23) から、一章三節一で準備書面のやり取りを紹介した地裁事件の仮設事例を取り上げたい (45頁以下)[82]。原被告双方とも弁護士代理である。裁判長が甲野辰次郎より乙田寅太郎に対する貸金事件の口頭弁論を開く旨を告げる。原告弁護士と被告弁護士が原被本人の代理人であることを述べる。

原告弁護士 (読む) 私は、被告人より百五拾円及び明治二十一年十二月二十五日以来の利息を払う可き様、判決あらんことを申立 (此は準

[81] 水野「葛藤する法廷 (１)」一章を参照。

[82] 樋山広業『文例続篇　民事訴訟手続』(明24) 58-59頁、後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』(明38) 44-46頁には、口頭弁論の進行について具体的な説明が簡潔に示されている。

備書面に依て朗読するなり　第二百二十二条第一項)。

被告弁護士（読む）私は、原告の訴状の却下を申立。之れに反して被告は反訴を以て、八円六十銭及び答弁書送達の日より五朱の利息を原告より弁済する様、判決あらんことを申立。

原告弁護士（読む）私は反訴の却下を申立。

つづいて原告弁護士は口頭で演述していわく、

原告は明治二十一年十二月二十五日に被告人と決算を為し、其時被告人は此決算の内より、七拾五円を原告より借りたりと云うことを承諾したり。此時原被告双方、被告が七拾五円を借金として、此日より百円に付壹円の割合の利息を払う可きことを協議したり。又此時に於て、別に七拾五円を現金にて貸渡し、利息を百円に付壹円の割に定めたり。故に総貸金百五拾円と為りたるなり。併しながら原告は右百五拾円の内より、既に拾円の弁済を受けたるものと看做さんと思う。…

被告弁護士は

私は先ず、許す可からざる所の訴の変更に付、弁駁致し候（第百九十五条第二項三号)。元来訴状には、一の総額に於て挙げたる貸金を記載せり。然るに今原告弁護士に於て、現金は唯だ七拾五円のみを貸したりと云うに非ずや。私は左の事を陳述致し候。抑（そもそ）も原告人が、決算とか或は借金を承諾したりとか云うは、全く虚誕なり。原告人は被告人に七拾五円を百円に付壹円の割の利息にて貸与え、其時此外の借金の事に付て二三の談話を為したるのみにて、決算を為したることなし。…尚お左の弁駁を為さんとす。第一、被告は品物の代価に付ては、時効を経たる事。第二、被告は明治二十二年九月二十五日に金拾円を、確（しか）と弁済したる事。第三、私は裁縫業にて八円六拾銭の要求を以て、差引勘定を立度事を主張致し候。…而して右の事実に基き、私は反訴を起したるなり。…

原告弁護士いわく、

決して訴の変更に非ず。訴状には唯だ此事を主張したり（と云うて訴状を読む畢て）訴状は此の如くなるに因り、訴訟法第百九十六条に従えば、変更したるに非ざるなり。訴の内七拾五円と其利子とは、既に明瞭なるものに之れ有り。決算の上貸金と為りたることに関しては、私は、被告人の隣家なる靴職人丙村卯吉を証人に立つ可し。又此の如

き証書も有り（此時証書を読む）。…

被告弁護士は、

其証書を拝見致したし。（被告弁護士は書翰を熟視したる後）此署名は、どうも看認め難し。

原告弁護士は

然らば此書翰の署名に付ては、鑑定人をして之を鑑定せしめ、以て被告が署名したることを証拠立つ可し。又被告が時効経過云々の抗弁は、全く其理由なきものなり。如何となれば、既に之を認めて借金と為したればなり。又第二第三の被告の抗弁は、互いに連絡したるものなれば、之を一に纏めて答うるを良とす。…抑も被告人は原告に対し、答弁書に付属せる書類と同一なる正当の計算書を送りたり。其後八月一日に至り、被告人は原告人の宅に来りて、壹円四拾銭を現金にて払いたり。此壹円四拾銭に、私の払う可き八円六拾銭を合せて拾円となるより、此金額は即ち私の要求の内より差引たり。

被告弁護士いわく、

拾円は現金にて払いあり。而して私は、被告が裁縫の金は未だ払済に至らずと云（いう）に止れり。若し原告人が、八円六拾銭を決算して済したりと云わば、之を証拠立んことを望む。

原告弁護士は、

事実足下（そっか）［貴殿］の云うが如きものに非ず。元来八円六拾銭を要求するの権あることは、争いあるに非ず。然れども私の方にて八円六拾銭を計算し、之を返済に見込んで遣わしたり。依て此争いは私が主張する如く、被告は果して現金にて壹円四拾銭を払うたるものなるや否やの点に在り。故に此点に付ては、被告より其証拠を挙られんことを望む。

被告弁護士がそれは正当でないと言って後を続けようとした時、裁判長は原告弁護士に「足下の先の証書を、裁判所の書類中に入れよ（第百十五条第一項）」。原告弁護士いわく「爰（ここ）に」（裁判長の命の如く為す）。

裁判長は部員にむかって何かささやいた後（これで十分な説明を行ったとすべきか否かを問うた。部員たちも異議なしとする）、裁判長は「口頭弁論は是れにて終れり。就ては判決は直ちに之を言渡すならん」と述べる。

すでに準備書面での詳細な主張のやり取りを経ており、口頭弁論で新たになされた主張はそれほど多くない。弁護士同士のやり取りによって争点が徐々に絞られており、裁判官はほとんど介入＝求釈明していない。準備書面についてすでに述べたように（一章三節一）、これが明治民訴法の起草の一端を担った三坂個人の理想とした、口頭弁論のすがたであった[83]。

四　ライブ口頭弁論（その２）区裁の本人訴訟

区裁判所の手続では「準備書面ノ交換ハ之ヲ為スコトヲ要セス」（375条２項）とされていた。被告は答弁書を提出する必要がなかったから、第一回口頭弁論において初めて被告の主張が明らかになり、地裁での手続なら準備書面によりなされうるやりとりも口頭弁論において展開されることとなる。以下、弁護士・井関源八郎が『法律案内』に連載した「民事訴訟手続」で紹介される、原被告とも本人訴訟の売掛代金請求事件の設例を紹介する[84]。

訴状では、原告が被告に明治37年３月10日から10月５日まで、一回の代金５円で白米を十五回売渡した。代金は毎月末日支払のはずで再三督促した［催促のこと］がいまだ未済のため、75円と利息を請求する、とされる。口頭弁論で原告は訴状の記載に従い、一定の申立と請求原因を陳述する。被告は一定の申立として請求棄却を求めた上で、答弁事実を判事に問われ、

> 被告　私は原告より昨年三月以後、一回に付金五円に相当する白米を買入れましたは、只だ四回のみでありまして、其代金貳拾円は昨年七月十五日全部支払を致しました…原告の主張する、拾五度白米を買入れたる事実は認めません。

---

[83] 続いて示される、口頭弁論を受けた裁判官同士の合議（裁判所構成法119条以下）のやり取りでは、争点についての事実認定と証拠調の判断がなされている。

[84] ８号（明38・２・25）。『法律案内』は明治37年（1904）11月10日創刊。発行主体は「法律顧問会」で、井関が後々まで刊行の中軸を担ったほか、「本会は実地に長けたる判、検事弁護士数十名の協力に成れり」（一面下部の記載）。会員からの法律に関する実務上の質問への回答・実用的な法律講話・判例・書式・ニュースを内容とし、『法律新聞』とある程度まで似通った紙面構成であった。創刊３周年（64号、明40・11・10）をもって『法律日日』に改題。

判事　原告、この被告の答弁に対しての事実は如何(どう)だ。

原告　否、原告は確かに十五回に総計代金七拾五円に相当する白米を、昨年三月より十月までに売渡したるに相違ありません。尤も、被告が申立つる金貳拾円は、昨年七月中に請取ったことは相違ありませんが、それは昨年二月までに売渡した白米残代金であって、本件には関係ありません。

判事　被告、ただ今の原告の申立に対する答弁は如何であるか。

被告　原告の申立は認めません。昨年二月までの白米代金は、其当時全部支払済でありまして、七月に渡した金貳拾円は三月以後の代金であります。

判事　原告の立証方法は。

原告　此の帳簿を以て、被告に昨年三月以後十五回、一回代金五円宛(ずつ)の白米を受渡(うりわた)したることを立証いたします（判取帳。原告が被告に白米交付の度毎に被告の捺印を受けている）

原告は訴状ではいっさい立証方法に触れておらず、ここで初めて提示したものである。

判事　此の帳簿は甲第一号証に為(す)るのか、然らば謄本(うつし)を出せ、後刻(あと)でよろしい。

原告　ハイ。

判事が被告に帳簿の認否を問うと、被告は一切認めない。すると原告が、

原告　此の帳簿の印形は、被告の実印でありませんが、被告の店印に相違ありません。今一応被告にお確めを願います。

判事　認めないと云うのだから、再応聞く必要あるまい。

原告　それでは此の帳簿にある印は被告の店印にてはなきか、お尋を願います。

被告は店印ということも認めない。すると原告は、

原告　それでは、この端書(はがき)を甲第二号証に差出します。これは昨年六月中、被告より原告に、白米代金の滞りを延期して貰いたいと云う挨拶状であります…

判事　被告、此の端書は。

被告　此の端書は、自分が原告方に遣わしたるものに相違ありません。

けれども、これは昨年二月以前［「以降」の誤り？[85]］の白米代金のことで、即ち昨年七月に支払せる金二十円のことであって、原告の請求する三月以後の白米代ではありません。

はがきもここで初めて立証方法として提示されたものである。原告はさらに追いうちをかけるように、三月以後に十五回被告方に白米を持参した早野長吉を、証人として申請する。被告は、早野が原告の傭人であるため忌避を申立てるも（303条）、原告は昨年十二月に解雇しているので現在は傭人ではないと切り返し、裁判官も証人として採用した。

以上のやりとりには、準備書面の交換を要さない旨明文で規定されていた区裁手続においては、口頭弁論における駆け引きがより大きな意味を持ちえ、攻撃防御方法の提示を遅らせる戦術にそれなりの効用があるという認識が見て取れよう[86]。

五　釈明権の行使・釈明処分

112条①　裁判長ハ職権上調査ス可キ点ニ関シ相手方ヨリ起ササル疑ノ存スルトキハ其疑ニ付キ注意ヲ為スコトヲ得

②　裁判長ハ問ヲ発シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ

③　陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ発スルコトヲ得

④　当事者ハ相手方ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ其問ヲ発ス可キ旨ヲ裁判長ニ求ムルコトヲ得

⑤　若シ其問ニ対シテ答ヘス又ハ判然答ヘサルトキハ相手方ノ利益ト為ル可キ答ヲ為シタルモノト看做スコトヲ得

114条　裁判所ハ事件ノ関係ヲ明瞭ナラシムル為メ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルコトヲ得

115条①　裁判所ハ原告若クハ被告ノ援用シタル証書ニシテ其手中ニ存スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得

②　裁判所ハ外国語ヲ以テ作リタル証書ニ付テハ其訳書ヲ添附ス可キヲ命スルコトヲ得

116条　裁判所ハ当事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ弁論及ヒ裁判ニ関スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得

---

[85] 証拠調の後での原被告による最終弁論（10号（明38・3・25））の内容からは、被告が七月に弁済した20円が二月までの白米の代金か、それとも三月より後の白米の代金かが争点とされているため、「二月以降」の誤植であると解する。但し、被告の主張が揺れていると解釈することも可能かもしれない。

[86] 一章三節**三**を参照。

117条①　裁判所ハ検証及ヒ鑑定ヲ命スルコトヲ得
②　此手続ハ申立ニ因リ命スル検証及ヒ鑑定ニ付テノ規定ニ従フ

釈明権の行使や釈明処分を詳細に扱う「実務向け文献」はわずかであり、当時の教科書と同様に、大抵は条文をパラフレーズした紹介をするにとどまる[87]。不干渉主義は「唯当事者の意思に反し、職権を以て強(しい)て行為を為さしむるを得ずとの意味に過ぎず」、当事者の意思に反しない限りは、問いを発し事実を明瞭にすることができる[88]。「実務向け文献」の大半のタイトルは、当事者に向かって「これからどうふるまうべきか」を指南するものであったから、釈明権の行使を当然のものとして期待するような叙述がなされないとしても、不思議ではない[89]。

以下では釈明権について踏み込んだ叙述をした「実務向け文献」として、明治民訴法の成立または普及に深く関わった裁判官二人が、同法施行にあわせて刊行したタイトルを紹介する。

（１）不干渉主義の範囲内での行使

三坂繁人『民事訴訟法釈要　上巻』（明23）は112条の説明として、裁判長は審理にあたり原被告の弁論を指揮しその進行を助け発達せしめ、場合により「審理原則の範囲内に於て」翼賛することがあり得る。本条の質問権は事件の蘊奥を尽くさしめるための方法であり、質問権は同時に質問義務でもある（但し不行使に対し、当事者は不服を述べることは

[87] 釈明処分の内115 ～ 117条について、学説には（ドイツと同様に）職権証拠調を認める規定とするものも見られた。参照、笠井正俊「弁論主義の意義」（『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平14）所収）389頁注５。

[88] 佐伯兼次郎『民事訴訟法通義（法典釈義全書４）』（明42）142頁。

[89] 裁判所向けの例外的な叙述として、判事試補・樋山広業の『民事訴訟法釈義上巻』（明23）170頁がある。当事者本人の出頭を求める114条は、訴訟代理を認める見地からすれば甚だ当事者の自由を害するように見えるが、事実を明瞭にするには本人に如くものはない。本条は「反(かえっ)て［当事者の］保護の点より、又は不正当の代理人を斥けるの点よりして、充分利益あるものとす」としており、弁護士の資質への疑念が要因の一にされていることが注目される。樋山広業は和歌山地裁・高松地裁判事を経て明治34年（1901）神戸地裁判事、韓国政府による聘用を経て42年退職。

できない)。こう説明したうえで、２項について裁判官に対し注意を喚起する。「該質問権を誤用し、審理原則の範囲外に於て質問を為し、又は証拠方法を申出しむる等のことある可からざればなり」(56頁以下)。

115 ～ 117条についても裁判所が注意すべき点がある。「原被告の提出するものの範囲内に於ては、裁判所は固(もと)とより任意の取捨を為すを得可(うべ)しと雖も、苟くも原被告双方の争訟以外に渉り、若くは一方より主張せざる部分に立入る可からざること是れなり。之を再言すれば、仮令い原告の提出する書類中に、被告の利益となる可き文詞あるも、此点に付き曾て被告より何等の弁論をも為さず、且全く争点外に属するものなるときは、裁判所自ら之に立入るが如きことあるを得ざるを云う」(61頁以下)。三坂は釈明権の行使について、具体的に何ができるかではなく、「審理原則」すなわち不干渉主義の範囲内でしか行使してはならないことに重点を置いているといえよう。

（２）口頭審理との結びつき

三坂とは異なる視角がみてとれるのが、マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』(明25) である。マイエルは緒論で民事訴訟の原則の六番目として口頭弁論を掲げ、詳細な説明を加えている（８頁以下)。口頭弁論主義を採用した理由は二つある。第一に「当事者をして口頭を以て互に弁論せしむると同時に、裁判官の質問権を実行する時は、事件の本躰(ほんたい)を明かに知悉することを得べし」。第二に、書類に基づいて裁判するときは「裁判所は勢い報告官をして書類を検閲せしめ、是れに依て以て事物を観察するが故に、訴訟の事物は単に之を間接に知るに止ま」る。世人がふつう口頭(マ)直接主(マ)義の根拠とするのはもっぱら第二の点であるが、それは「報告官や書面によって知るというのではいけない」という消極的意義に過ぎない。マイエルは第一の点、裁判所が当事者の「演述する所果して正当且つ充分なるや否を斟酌する」ことの重要性を強調し、釈明権を説明している[90]。釈明権行使のための場として口頭審理に着眼

[90] 原著 (Hermann Meyer, Anleitung zur Prozesspraxis der Civilprozessordnung in Beispielen an Rechtsfällen. 2. Aufl. 1888. S. 1-3) では、五番目までの原則については一切説明はなく (和訳では高木による丁寧な補注が付されている)、六番目の「手続の口頭性 Mündlichkeit des Verfahrens」のみ詳細に説明されて

することは、19世紀ドイツでは特に珍しいものではなかった[91]。

マイエルは区裁手続での口頭弁論について、地裁で口頭演述に熟練した弁護士が簡明に事件を陳述する（少なくもそうすべきである）のとは、全く性質が異なる。判事の質問権は通常手続の場合よりもさらに拡張され（CPO464条[92]。明治民訴法にはない）、大いに適用を拡張すべきである。「蓋し区裁判所判事は、往々本案に関係なき冗長の陳述を聴取せざるを得ず、又仮令当事者が弁護士をして代理せしめたるときと雖ども、其弁論は地方裁判所に於けると全く異なるべし。是れ畢竟、事物の性質上勢い然らざるを得ざるものあるなり」[93]。つづく仮設事例において、原告は

いる。本文で紹介した部分は、”Man hat ein mündliches Verfahren wesentlich aus zwei Gründen eingeführt, einmal, weil bei mündlicher Rede und Gegenrede unter Ausübung des Fragerechts die Sache sich besser einprägt und besser aufgeklärt wird, zweitens, weil es nicht ausführbar ist, daß alle Richter die Akten mit der erforderlichen Sorgfalt durchstudieren, und daher das Gericht, wenn es auf Grund der Akten entscheidet, durch die Brille des Referenten sieht, und auf dessen Gewissenhaftigkeit und Objektivität angewiesen ist, also den Prozeßstoff nur mittelbar kennen lernt.....” となっており、第一の点の趣旨が和訳より明瞭である。

[91] 水野「口頭審理」３頁注（８）に掲げた文献ならびに竹下守夫「『口頭弁論』の歴史的意義と将来の展望」（『講座民事訴訟４　審理』（昭60）所収）を参照。教科書では、口頭主義の意義としてマイエル同様の認識を見出すことができる。本多＝今村第二冊331頁、仁井田上巻191頁。雉本上巻27頁、30頁は、書面主義のもとでは「裁判所が釈明権を行使して不明瞭なる陳述を釈明し難」く、口頭主義においては「仮令相手方又は裁判所が其陳述を誤解するが如き場合に於ても、質問によりて其の陳述を明白ならしむることを得」と指摘している。

[92] 釈明権の通則（CPO130条）に対する特則である。高木豊三『日独民事訴訟法対比』（明25）の訳は、

130条　①裁判長は問を発して不明瞭なる申立を釈明し、主張したる事実の不十分なる弁解を補充し、及び証拠方法を表示せしむる等、総て事件の関係を定むる為に必要なる陳述を為さしむ　（二項以下省略）

464条　口頭弁論の際、裁判所は当事者に総て重要なる事実に付き十分に陳述を為さしめ、及び事件に必用なる申立を為すことを務めざる可らず

[93] Erwin Filitz, Wie führe ich meine Prozesse beim Amtsgericht, Schöffengericht und Gewerbegericht? Gemeinverständliche Darstellung nebst

訴状で時計代金として32マルクの支払いを被告に請求したのに対し、被告は口頭弁論で原告に対する90マルク50ペニヒの計算書を提出する。判事は被告がその計算書によって相殺を欲するのか、それともその残額を領収しようと欲するのかを質問した。被告は原告の請求を全部争い、90マルク50ペニヒ全額を得ようと考えると答弁した。区裁判事は被告に、「然らば余、今足下の言を復言すれば、足下は訴を却下し、且つ原告を被反訴人とし、彼をして九十マルク五十ペンニヒを支払わしむる様判決せんことを申立つるの意か。又足下は（原告に向い）、反訴の却下を申立つるの意か」。マイエルはこれに続けて、464条はまさにこのように応用すべきものであると述べる。高木はコメントを付して、この条文を持たないわが民訴法では112条２項でこの種の問を発することができると信ずる、としている（377頁以下）。

その後の明治民訴法下の実務では、釈明権の行使が消極的なものに留まることが少なくなかった。三坂にみられた、「不干渉主義という大原則の枠内でしか行使できない」ことを強調するラインが主流を占めたのであり、釈明権行使の具体的な態様が意識的に検討されることは学説でも立法過程でも見られないままであった[94]。同時代の「実務向け文献」における叙述の薄さは、そのことと裏表の関係にあるように思われる。

二節　証拠調

一章一節で論じたように、「実務向け文献」では証拠方法の確保、とりわけ書面の適切な作成・収集が重視されていた。対して証拠調そのものの叙述は概して平板であり、教科書と同様に手続を条文のパラフレーズによって紹介するにとどまるタイトルが圧倒的多数を占めている。

証拠調による事実認定について、明治民訴法期の実務法曹には「真相を得ていない」という厳しい批判が少なくなく、例えば証人訊問の不十分さが取りざたされていた。とはいえ明治民訴法ではCPOにならい、

Mustern für Parteischriften. Minden 1901, S. 80は、法に通じていない素人が出てくる区裁手続では釈明権の積極的行使が必要なことを強調している。

[94] 水野「口頭審理」15, 26-27頁、同「葛藤する法廷（１）」一章を参照。

証人訊問を行なうのは当事者ではなく裁判長であったから（315条）[95]、当事者にとって証拠調とは、確保した証拠方法を定められた手続に従って適切に提出することに半ば尽きるものだったといえよう[96]。

一　ライブ証人訊問

例外として、弁護士・井関源八郎が『法律案内』に連載した「民事訴訟手続」では、一節**四**で紹介した売掛代金請求事件についての証人訊問の展開が具体的に示されている[97]。原告が提出した証拠調申請書では、訊問事項は「証人は原告中川利吉方に奉公中、明治三十七年三月以後、被告水野要助方に白米を持参したることありや。若しあらば其事実詳細如何」と指定されている。判事は出廷した証人に確認と宣誓を行わせたうえで、訊問事項について問い始める。

判事　汝（おまえ）は原告中川利吉方に被傭（やとわれ）中、被告水野要助方に白米を持参せしことあるか。

証人　あります。

判事　それは何時（いつ）のことか、又何度持参いたしたか。

証人　一昨年の夏頃より、被告方の注文で一度代金五円に相当する白米を時々持参いたしました。

判事　昨年の三月後は如何（どう）だ。

証人　持参いたしました。

判事　其三月以後持参せしは何時（いつ）か。

証人　度々の事で、日付と度数は記憶（おぼえ）て居りません。併し私は原告方に奉公中私が受渡し致した米に付ては、手帳に一々記してあります。

---

[95] 315条　①陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ証人ニ問ヲ発スルコトヲ得
②当事者ハ証人ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ当事者ハ証人ノ供述ヲ明白ナラシムル為ニ其必要ナリトスル問ヲ発センコトヲ裁判長ニ申立ツルコトヲ得（以下省略）
当事者による交互尋問制がアメリカにならい導入されるのは、昭和23年改正294条による。

[96] 但し、現時点までに探索できた「実務向け文献」のほとんどは弁護士や当事者本人に向けたものである。裁判所向けの「実務向け文献」の検討が進めば、興味深い叙述が見出せるかもしれない。

[97] 10号（明38・3・25）。

判事は手帳を見て証言するよう命じ、証人は三月十日から十月五日まで15回、5円ずつの白米を持参したと証言する。判事は手帳を調べた上で、原告に何か訊問することがないか尋ねる。

原告　証人は被告方へ再三、其白米代金の催促に参りたることある筈です。其時に被告は支払の延期を求めたことがあります。其事実を訊ねたい。

判事　其は証拠調の訊問事項外であるで、訊ねることは出来ない。

原告　それでは、其白米を持参せしとき何時も代金を請取らなんだか如何かを、お訊ね願いたい。

判事　証人、それは如何だ。

証人　代金を頂戴したことは一度もありません。

原告　そして、この甲一号証、判取帳は証人が被告方で記名調印して貰いしものか、お訊ねを願います。

判事　証人、それは如何だ。

証人　それは、一々私が筆記（かき）まして、被告方で捺印（はん）を貰いましたのです。

判事は今度は被告に尋ねることがないか問う。

被告　被告は証人より白米を請取ったことは一度もありませんが、全躰（ぜんたい）証人は何人（だれ）に渡したか、訊ねたい。

判事　証人、汝が十五度持参したときは、何処で何人（だれ）に渡したのか。

証人　被告方に持参いたしまして、被告の妻（かない）、時には下婢に渡しました。

ここで判事は証拠調終了を宣言し、証人に退廷を命ずる。裁判官はそれなりに突っ込んだ証人訊問をしているといえるが、当時の実務では必ずしもそうではなく、当事者提出の訊問事項の項目をただ読み上げるだけの裁判官も多かったようである[98]。

[98] 教科書では313条に関して、本多＝今村第五冊942頁、仁井田上巻322頁が「初めより問題を設け箇条に為し、問答を為すが如きは本法の精神に非ず」と述べており、訊問事項の棒読みは訊問方法として不適切だという認識が示されている。当時の『法律新聞』記事からは裁判官の証人訊問の手法が生硬・形式的なため、真相を得ることができないという強い不満があったことが知られ、改善

二　証明責任

（１）訴訟の帰趨を左右することの説論

不干渉主義や証明責任につき、教科書では今日の学説と同様の説明が与えられていた[99]。「実務向け文献」でもそれは踏襲されるが、民事訴訟は不干渉主義に基づくゆえに、当事者は自分の主張を十分に証明せねばならないこと（いわゆる主観的証明責任）を懇切に諭すタイトルが存在する[100]。

樋山広業『民事訴訟手続　訴答書式』（明24）は、事物の通常の状態や、既得の地位に反対する事実を申立てる側が挙証責任を負うとした上で、例を挙げる。「所有権に関し常態なるは其権利を行うもの、即ち占有者にありとす。而して此常態を変して占有を取戻さんとするものは、物件上に所有権のあることを証明せざるべからず」。債権債務については「債権の已(すで)に存在せりと証明せんか、此の証明者は債権者の現状は已得の地位を成せり。此の已得の地位を変せんとする債務者は、已に弁済せり又は消滅せりと証明せざるべからず」。債権者が自分に債権ありと証明しない場合は、債務者は決して債務を負わないことになる。なぜなら「人間相互に併立するときは、共に普通且常存の状態なりとし、義務と称する拘束的たる変態なきものと看做すは、正当なりとす」（135-137頁）[101]。

（２）証拠確保のテクニック

福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）は一般的な要領を挙げる。「証拠は誠に瑣細(ささい)なるものにても意外に効力のあるもの」

のために裁判官に訊問の研修を受けさせるべきだという提案さえ見られた（水野「葛藤する法廷（２）」56頁以下、63頁）。

[99] 主張責任・挙証責任の分配について極めて詳細な理論的分析を展開したものとして、雉本中巻495頁以下がある。

[100] 以下紹介するもののほか、福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）16頁、金井太郎『新訂再版民事要解書式集　国民必携』（明35）209頁以下、佐伯兼次郎『民事訴訟法通義（法典釈義全書４）』（明42）307頁、木俣亮『訴訟非訟事件実用手続提要』（大２）102頁。

[101] 内田良輔『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）187頁は、いったん提出した書証・人証は相手方の承諾なくば撤回できないため、「証拠の幾部に於ては所謂訴訟政略なるもの存するものなるべし」（320・350条）としている。

であり、「［蒐集した証拠を］使用すると否とは一に己れの自由なれば」、その事件に関係するものは如何なるものでも収集し保存しておくべきである。蒐集した証拠は種類・日付によって整理し、必要ならば別紙に抜粋し簡単に意見を付記しておく。抜粋の際は誤解が生じないよう「其大躰（だいたい）の意味のみを取ることを為さず、其本源たる言語文字を成るべく其儘に写し取るを要す」。証拠は出廷の際は常に携帯しなければならない（７頁以下）。

証拠を準備していることを、相手方に知られないように注意すべきである。訴訟に至る前にまず督促［催促のこと］・交渉をすべきであるが、相手方の意思を読み取って「其訴訟に至ることを気付かざるに先ち、証拠の完備及び蒐集を為さざるべからず」。訴訟に至ると気づけば、相手方は自分に不利になるような証拠の付与や、その材料を与えようとは思わなくなるだろう。原告たる者は「各場合を計り、最も機敏に最も正確に、而して対手人の不意を襲うて」証拠の完成を期するべきである。「［証拠の］利用の方法は勿論、証拠自体の有無又は優劣等に付ても、之を秘密に為さざるべからず」。但し、相手方がその証拠の効力を知っても、財産隠匿など原告の請求に影響を及ぼすおそれがない場合は、「之を以て威嚇の一材料と為し、汝、余の権利の請求に応ぜざれば、余は已むなく此証拠を裁判上に利用すべしと告げ」ることで、訴訟を回避できることもある（後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）27頁以下）。

（３）いわゆる「証拠裁判」へのスタンス

今日の裁判はすべて証拠に依り判決をするものであって、「単に斯（か）くあるべし、斯くあらざるべからずと云うが如き、感情又は憶測のみを以て事実を認定し、勝敗を決するものにあらず、必ずや証拠に依らざるべからず」。証拠によらない認定は、不当不法として上訴理由となってしまう（後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）１頁以下[102]）。福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）は、あけすけに訴訟の現実を指摘する。「陳（の）べ而して能く其証明を為すものは、其事実直（ちょく）ならずと雖も、訴訟に勝つことを得べし。能く弁論するも其証拠を明にせざる者は、仮令其事実が其の言う所に符合するも、其

[102] 同旨、萩原定一郎編『民間必携訴訟勝利法』（明36）102頁。

訴訟には敗を取るべし」（７頁）。証明に優れれば真実でなくとも勝訴でき、証明に失敗すれば真実でも負けてしまうというのである。佐藤貞雄『民事訴訟法　自問自答（法典須知３）』（明43）も、「今の裁判は証拠裁判にして、証拠なきときはいかにその事実が確実なりとも、直に以て勝訴となることを得ざればなり」。口頭弁論は証拠と証拠の喧嘩であり、証拠調は訴訟の第一の機関である、とその重要性を強調する（79頁以下）[103]。

東京区裁判事・内田良輔の『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）は、証拠方法を持っているだけではダメで、手続を踏む必要があることを懇切に説く。「世人動（やや）もすれば、明瞭に挙証し得べき公正証書若くは私署証書を所持し…其立証を為し得べき地位に在りながら、形式的手続に於ける立証方法を供せずして…対手の之を是認せざるに拘わらず、之を立証に供せずして往々敗訴の不幸を受くる者ありと聞く」（177頁）。立証に供したとしても、私署証書の場合相手方が否認したら、検真の申立をせねばならない。「相手方の否認するに拘わらず、驕然誇言して、否や被告の否認するも確かに原告面前に自記捺印したる証書を受取りたるものなれば、他に何等の立証を要せずと、急速弁論終結を求め、其敗訴の判決を受くるに至りて初めて愕然たるもの、屢々（しばしば）ありと聞く」。こうした人は「全く形式的に於ける検真の手続を知らざると、一は民事訴訟上不干渉主義なるとを心得ざるの不注意に因らずんばあらず」（186頁）[104]。

---

[103] 同旨、遠藤恵『民事訴訟の相談相手』（大３）40頁、日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』（大９）32, 86頁。

[104] 検真とは、私文書の成立の真正性について争いある場合に裁判所が真否を判断するために、明治民訴法で設けられていた手続である。352条は「私署証書ノ真否ニ付キ争アルトキハ裁判所ハ挙証者ノ申立ニ因リ検真ヲ為スコトヲ得」と規定し、挙証者による申立が必要とする解釈の余地があった。しかし判例（大判明治35年５月17日民録８輯５巻77頁など）は申立を不要とし、検真以外の証拠方法によっても成立の真正は認定できるとした。大正改正で検真は廃止され、作成名義人の署名又は捺印がある場合に真正性を推定する規定（326条）が新設されることになる（斎藤秀夫ほか『注解民事訴訟法（第２版）（８）』215頁以下）。『法律新聞』記事からは、当時書証の否認が濫用されがちだったことが読み取れ（〇明35・12・8　法廷見聞録、〇明36・1・1　平民的判事石川浅

証拠（とりわけ書証）が形式的に備わっていることのみで訴訟の勝敗が決まってしまうことへの複雑な思いは、当時実務法曹の間で「証拠裁判」という表現が批判的に用いられていたことによくあらわれている[105]。「実務向け文献」は証拠によって事実認定が行われるという冷徹な現実を指摘した上で、それを非難するのではなくそれを前提に対処すべきことを、読者に説諭したのである[106]。

之助氏)、○明39・1・20　通俗一口ばなし　藤浪生　では、被告（三百代言）に否認された原告本人がまごつくうちに若手裁判官が「独逸仕込の不干渉主義と云う学校的ハイカラ式」で即座に原告を敗訴させたことが批判されている。

宮川大寿『日本民事訴訟法註釈（日本法典全書第六編）』（明24）は、証拠提出の方法をはじめとする複雑難解な訴訟法の規則を能く知らないために直者でも敗訴することが往々あるとしても、訴訟法が無ければかえって不正な結果になるとして、モンテスキュー『法の精神』（第６編第２章）を引用する（４頁以下）。

[105] 水野「葛藤する法廷（２）」二章で詳論した。

[106] ドイツの「実務向け文献」が紹介する訴状の書式では、証拠方法としてしばしば当事者宣誓が挙げられていることが目を引く。当事者宣誓（CPO410～439条）とは、他の証拠方法によっては真偽不明の際に、当事者の申出により反対当事者が宣誓を行う、反対当事者が拒絶した場合は申し出た当事者が宣誓を行うことで、裁判所は宣誓された内容を真実と認定しなければならない（1933年改正で、当事者尋問の導入に伴い廃止）。

ドイツの訴状の書式では個々の主張ごとに証拠方法が提示されるが、売買・賃貸借・消費貸借などの典型的な事例だけ見ても、口頭でなされた契約の内容、契約成立後における内容の追加や不履行の際のやり取り、物品の受領など幅広い内容について宣誓が証拠方法として挙げられている。他の証拠方法（契約書・商業帳簿・証人など）を挙げ、予備的に（eventuell）宣誓が提示される事例も散見される。例えば J. Pospieszynski, Amtsgericht. Das Prozeßverfahren nach dem Gesetzesnovellen vom 1.juni 1909. 2. Aufl. Leipzig 1910, S. 72. の訴状は以下のようである。

Antrag: Ich werde beantragen:

> Die Beklagten zu verurteilen, an mich .....M. nebst 4% Zinsen von ....M. vom ... bis ...., von ....M. vom .....bis ..... und von ....M. seit dem ..... zu zahlen, derselben die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen und das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Begründung:

Die Beklagte hat von mir am ..... Vollmacht erhalten, mein Grundstück ..... im

三　旧民法の「書証優先」

「書証偏重の証拠裁判」という評価が生まれた背景として、明治民訴法施行当初の状況を考慮することが有益かもしれない。明治民法の施行（明治31年（1898）７月16日）まで、「民法」とはいわゆる旧民法のことであった。旧民法はフランス法にならい、書証を優先する規定を持っていた。

> 証拠編60条①　物権又ハ人権ヲ創設シ、移転シ、変更シ又ハ消滅セシムル性質アル総テノ所為ニ付テハ其所為ヨリ各当事者又ハ其一方ノ為メニ生スル利益カ当時五拾円ノ価額ヲ超過スルトキハ公正証書又ハ私署証書ヲ作ルコトヲ要ス
> ②　人証ハ右ノ価額ヲ超過スルニ於テハ法律上明示若クハ黙示ニテ例外ト為シタルトキニ非サレハ裁判所之ヲ受理セス

明治民訴法で自由心証主義を規定する217条では、「民法の規定に反しない限り」という限定が付されていた。

---

ganzen oder geteilt zu verkaufen.

Beweis: Die abschriftlich anl. Vollmacht.

Dieser Vollmacht lag ein Mäklervertrag zugrunde, dahingehend, daß die Beklagte den Verkauf meines Grundstücks vermitteln sollte, und zwar bis spätestens ....., daß der .....M. betragende Kaufpreis binnen 2 Wochen nach Verkaufsschluß an mich gezahlt werden, daß dagegen der etwaige Mehrerlös der Beklagten gehören solle.

Beweis: Eideszuschiebung.

Die Beklagte hat bisher an mich ...M. gezahlt, trotzdem die Schließung des Kaufvertrages zwischen ihr und dem Käufer am ..... erfolgte, der ganze Betrag von ....M. somit spätestens am ..... fällig war.

Da aber Zahlungen auch nach diesem Zeitpunkte erfolgten, und zwar zahlte die Beklagte ....M. am ..... und .....M. am ....., so verlange ich auch die Zinsen mit 4% für die Zeit seit dem .....

..... Abschriften liegen bei.

ドイツの「実務向け文献」においては、管見の限り「証拠裁判」批判は見受けられない。「実務向け文献」の性質の相違もあろうが、古くから公証人制度が存在し書面作成が浸透していたことに加え、書証も証人もない場合の手段として当事者宣誓が存在し、ごく普通に利用されていたことを考慮すべきかと思われる。CPO における当事者宣誓の条文と立法趣旨を解説した邦語文献として、川嶋四郎「1877年のドイツ民事訴訟法における当事者宣誓制度（１）～（３・完）」法政研究（九大）66-3, 4, 67-1（平11-12）。

217条　裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限リハ弁論ノ全旨趣及ヒ或ル証拠調ノ結果ヲ斟酌シ事実上ノ主張ヲ真実ナリト認ム可キヤ否ヤヲ自由ナル心証ヲ以テ判断ス可シ

岐阜地裁判事・横尾炳の『民事訴訟法問答全集』（明26）は、刑事訴訟は自由心証、民事訴訟は法定証拠に従うと対比したうえで、その理由を説明する（36頁以下）。

第一　民事と刑事とは告ぐる所に広狭の別あり　〇民事に在ては、判事は両造が所争の外に出づるを得ず。随て其採証方法も、自ら定限せざることを得ず。…刑事に於ては、検事の告ぐる所広くして、判事の理する所も亦自ら広し。即ち其罰す可きは罰し、其免ず可きは之を免じ、又其軽くす可きは軽くし、重くす可きは重くす。…

第二　民事の証拠は当事者に於て準備することを得れども、刑事の証拠は準備す可きものにあらず。　〇民事に在ては通常当事者は、先ず法律の規定に準拠し証書を調製し、而して其証書は、反て当事者間に於ては法律の効用を致すものなれば、此証拠に依拠す可きは勿論なり。刑事は之に反し、犯人は其不意に出るものなるが故に、予め其証拠を準備す可きにあらず。

法定証拠主義の根拠として第一では不干渉主義、第二では書証優先規定、さらに「合意ハ当事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス」（財産編327条１項）があげられている。それゆえ旧民法の実施後は、人証は大いに減少するはずである（50頁）[107]。

旧民法のこのスタンスは、法典継受までのわが慣行に重なるところがあった。松岡康毅[108]は明治20年（1887）に、「万般の取引、多くは書類に依るの旧習なり。之に反したる人証は、互に争訟上無効たることに安ん

[107] 教科書では深野413頁が、地裁第一審の事物管轄（百円以上。裁判所構成法26条）ゆえに、人証は地裁第一審で用いられることは稀であり、区裁の訴訟で多く用いられるものであると指摘している。

[108] 弘化３年（1846）生まれ。明治４年（1871）司法省出仕、東京裁判所長や広島控訴裁判所長を経て19年欧州出張、23年東京控訴院長、24年検事総長。25年に弄花事件で退官後は行政裁判所長官、農商務相、枢密顧問官、貴族院議員を歴任。大正６年（1917）男爵。12年死去。法律取調委員として明治民訴法・旧民法・旧商法等の審議に従事した。

ぜり。故に之を持出すもの少し。仮令之を持出すも、証書を人証に依り打克つことは能わざるを例とす」、「旧来日本人の風習互に信義を重じ、無証拠取引は信用に止れり。…故に訴訟を為す位のものは初めより証書を取り、証書を取らざるものは其信義に依頼し訴訟を為さず」と説明している[109]。マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』（明25）も旧民法証拠編の規定について、「既に我国の裁判例、若くは法律上の習慣に依て証拠法則として適用し来れる所のものは、即民法の規定と同視す可きなり」。それゆえ、明治民訴法217条は文面の大体はCPO259条[110]と大差ないように見えるが、自由心証を用いることができる範囲には大きな相違があり、「裁判官及訴訟当局者の最も注意を要する所とす」（６頁）。

法典継受までのわが慣行、そして明治民訴法の初発において「制度上」書証優先の立場がとられ、かつフランス法教育を受けた法律家がかなりの数活動していたことが[111]、「書証の偏重」という批判が後に生まれる一因になったのかもしれない。明治民法施行後は、「実務向け文献」において自由心証主義が特に重点を置いた叙述の対象とされることはなくなり、今日の理解と同様の記載が一般になされている。

四　人証の評価

（１）「実務向け文献」では証拠方法として、まず書証が念頭におかれて

---

109 鈴木『日本』20頁。但し、書証優先については一定の相対化が明治前期において図られていた可能性を指摘する研究もある（伊藤孝夫「明治初年における契約と証書」論叢172巻４・５・６号（平25））。この点については今後さらなる検討が必要だろう。

110 高木『日独民事訴訟法対比』の訳は次のようである。

259条　裁判所ハ弁論ノ全旨及ヒ証拠調ヲナシタルトキハ其結果ヲ参酌シ其自由ナル心証ヲ以テ事実上ノ主張ヲ真実又ハ不真実ナリト認ムヘキヤ否ヲ判断ス判決ニハ判事ノ心証ノ標準トナリタル理由ヲ開示セサル可ラス

裁判所ハ此法律ニ記載シタル場合ニ限リ法律上ノ証拠規則ニ拘束セラル

111 高木は教科書（高木第三巻662頁）で、明治民訴施行直後の状況を活写している。「我国採る所の主義如何。此問題に対しては、之れが確答に苦まざるを得ず。今仮りに好言以て之れに答えん乎（か）、法定、自由の折衷主義を採るものと云うを得べし。若し夫（そ）れ之を今日の実際に徴して直言せん乎、之を混淆主義と云うを得ずんば、寧ろ一定の主義なく、各法官の所学若くは智識の程度に従て同じからずと云うの外なきなり」。

いたといえる。訴状の書式では、事例が多くの場合単純なものであることは斟酌せねばならないとしても、記載されている証拠方法は大抵の場合書面であった[112]。当時の『法律新聞』では、書証が備わっているという形式面を重視した事実認定を「証拠裁判」とよんで非難し、人証への尋問の充実が頻繁に高唱されていた。しかし「実務向け文献」にそういうかたちで人証を重視する叙述はほぼ見出されず、一章で述べたように書証の確保に圧倒的に重点がおかれていたのである。

その一因として、偽証が多いと認識されていたことがあげられる。証人は場合によっては不可欠ではあるが、往々にして事実を枉げることがある。「事実を枉げて之れが証明を為さんか、偽証の罪を免かるべからずと雖ども、人は一種の感情の為めに自己が見聞したる事実を枉げて、権利者を害することを得べきものなれば、其確実なりとして信用したる人も、為に水泡に帰するの憂いある［こ］とを免れず」。ゆえに証人に依存して証書の作成を怠ってはならない（萩原定一郎編『民間必携訴訟勝利法』（明36）102頁）。自分に利益なはずの証人が相手方に買収されることもある。「勿論事実に反する証言を為せば偽証罪という罪に処せられるが、併し之れとてもヨンドの場合でなければ問われぬので、結局夫れが為め敗を取る事がある」（佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）21頁）[113]。

もちろん証人にもメリットはあった。重要な約束をするときは、証書の作成と並んで「精確なる立会人を付すること。然も成る可く多数なること」。そうすれば約束の内容は明白に証明され、また一方当事者が違

[112] 同時期のドイツの「実務向け文献」中の訴状の書式で提示されている証拠方法は、管見の限り書証は必ずしも圧倒的でなく、証人や当事者宣誓がかなり多くみられる。

[113] 証人より書証が優る、など証人に対し否定的なスタンスを明示するものとして、樋山広業『訴答書式　民事訴訟手続』（明24）151頁、田丸税稔『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）31頁、金子亀次郎・禱苗代『書式詳説　訴訟の顧問』（明45）101頁、日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』（大９）86頁。

当時の『法律新聞』でも、偽証は非常に多いとしばしば指摘されていた（水野「葛藤する法廷（２）」67頁以下参照）。教科書には、偽証の多さを指摘する叙述は見られない。

約の際には、立会人の調停によりある程度までは履行を確保できる（松倉慶三郎『法律研究法律と生活　総論ノ部』（大10）１頁）。

（２）当事者本人訊問（360条以下）について、和歌山区裁司法官試補（検事代理）・沢井重蔵[114]の『増訂民事訴訟実用』（明24）には異色の説明がみられる（78頁以下）。

本人の訊問を為すときは、大に事実の実相を発見することあり。裁判官其要点を訊問し、彼れ答弁する言語の中に、或は挙動の中に隠すより顕わるるはなきの語に違わず、言語は前後し挙動は何となく常を失い、遂に事実を其間に自ら表白するに至るものなり。甚だ以て必要なる証拠方法なりとす。

…訊問に答うる供述は必ず口頭なりとす。今ま万一書面を以てするを得べしとするときは、文を舞わし筆を弄して事実を掩飾すること易し。而して本人訊問の効、終（つい）に見るべからざるなり。

他の証拠方法の叙述が法文のパラフレーズであっさりしているのとは明らかに異質であり、当事者本人訊問が真実発見に有効であるという沢井の明確なメッセージがみてとれる。大抵の「実務向け文献」では当事者本人訊問について条文のパラフレーズ程度の叙述しかされていないなか、同書は孤立した存在であった[115]。

---

[114] 明治25年（1892）御坊区裁検事。以降甲府区裁・同地裁検事を歴任。

[115] 教科書における当事者本人訊問の叙述も、大抵条文のパラフレーズである。背景として、母法たるCPOが当事者本人訊問という制度をもっていなかったことがあるのかもしれない（導入は1933年改正による）。沢井著書と同時期、すなわち明治民訴法起草に関与したエキスパートによる教科書は、深野495頁以下では原案が塙法にならい宣誓をさせて証人として訊問するとしていたのを、「然るに此の民事訴訟法は最終の修正に於て惜むらくも之を変更し」宣誓させずに訊問することとしたため、本人訊問の結果は真正の証拠ではなく、裁判所の参考になるに過ぎない。他方高木第三巻762頁は、「余に於ては、既に第百十四条の規定［釈明処分としての当事者本人出頭命令］あり、又法律上民事の訴訟に於ては、所謂形式的真実を得るを以て足れりとする主義を採る以上は、斯の如き規定は寧ろ之を全廃するも可なり。蓋し、草案に於ては本人を証人として審問するが為め此規定を設けたるに比すれば、優れりと云う可きなり」と述べている。

明治民訴法期において実務法曹の間では、当事者本人訊問の強化を強く唱え

おわりに

「実務向け文献」は、難解な条文や学説を平易にパラフレーズすると同時に、それらを実際の使用に合うかたちに再構成し、法典や教科書の叙述からは具体的にイメージしにくい内容を広範に補うものであった。さらに、現実の利害を考慮したアドバイスや制度の「濫用」に近い予防法学や訴訟戦術の指南も、素人向け手引を中心にそれなりになされていたのである。

（1）これらの知識は、「実務向け文献」に相当する書物が現在でも多く出版されていることが示すように、通時的に需要が存在する。

他方歴史的観点からすれば、当時のわが国は近代法を極めて迅速に継受せざるを得なかった。この状況下では法典や学説に対する十分な理解を伴わずとも、具体的局面でのパターン化されたテクニックの効果は承知して、そこそこ安全に法を利用できるようにする現実の必要があった。「実務向け文献」は近代的民事訴訟がわが国の実務、そして社会一般へと浸透するために大きな役割を担ったメディアと評価することができる。本論で若干示唆したように、歴史的条件を大きくことにする母法国の「実務向け文献」とは内容に一定以上の相違があった可能性がある。「実務向け文献」がいかなる需要に応えいかなる形態をとるかは、当該国・地域の司法制度や実務法曹の状況、そして法伝統によって大きく異なりうるというべきだろう。

法典の解釈としては、ふつう判例や学説が想起される。しかし法典の適切な運用方をより実用に近いレベルで示した知識、そしてそれを伝えるメディアの形態を考察することで、法典をどう使わせようとしたのか、法典をどう使っていたのか、より立体的な把握が可能になろう。

（2）書式集タイトルの多さが示すように、書証となるべき書面や準備書面の作成にかかわる内容は、「実務向け文献」で大きなウエイトを占めていた。法典や教科書が証拠方法の間の優劣を論じなかったのに対し、「実務向け文献」では基本的に書証重視のスタンスがとられていた。当

る声が見られるようになり、大正改正法における宣誓の導入などにつながってゆく（参照、水野「葛藤する法廷（2）」64頁以下、「節度ある職権介入の構想」）。

時実務法曹の間では書証の偏重がやり玉に挙げられ、人証の重視が主張されていたが、「理想」と現実は区別されていたのである。

明治民訴法は口頭主義を採用していた。口頭主義は書面の適切な利用を伴って初めて有効に機能するものであるが、教科書の叙述は（随時提出主義と結合された）口頭主義の文字通りの理解を示し、書面の提出がそもそも不要であるかのような印象すら与えるものであった。「実務向け文献」の叙述では、一方で文字通りの理解を「濫用する」準備書面の戦術的提出がほのめかされ、他方で準備書面の適切な提出による口頭弁論準備への志向がみられ、手続進行をめぐるアクター間の利害の衝突が如実に反映されていた。ちなみに、明治民訴法期の実務では早期に口頭審理が形骸化し書面審理化していったとされるが[116]、この点については教科書と同様「実務向け文献」でも全く指摘されることはなかった。

（３）最後に、「実務向け文献」のかなりのタイトルが素人向けに刊行されていたことをどう評価すべきだろうか。ヨーロッパ（ドイツ）では、民訴手続は中世後期以降学識的なものとして、弁護士を主たるアクターと想定する法伝統が構築され、CPO74条は地裁以上で弁護士強制を採用していた[117]。契約書などの書面作成については、公証人が身近な存在

---

[116] 大阪控訴院判事・竹野竹三郎の『改正民事訴訟法と訴訟の促進（司法研究報告書12集６）』（昭５）45-47頁は、「私の浅き経験を以てするも、地方裁判所に於ける第一審の通常の標準的訴訟事件に付て、当事者の交換に係る準備書面其他之に類似する書面の数は、驚く勿れ十通を下ることは極く稀」であり、19世紀プロイセンの書面主義の訴訟手続よりかえって多い。とくに最近大都会の裁判所では、弁護士が同一期日に多数の事件の弁論をこなす必要があるため、できるだけ口頭の供述の代わりに書面の提出・援用で済ませるのが恒例になっている、とする。

[117] 但し区裁では、本人訴訟が一定以上におこなわれていたと考える。

①本論で若干紹介したように、CPO 施行を受けて本人訴訟用の素人向け手引が多数出版されていた。

②司法統計（Reichsjustizministerium (hrsg.), Deutsch Justiz-Statistik. Jahrgang 1-18 (1883-1920)）では、本人訴訟についての統計数値は管見の限り見出だされなかった。Jahrgang 13 (1913)　S. 30によれば、上級裁判所が存在しない地に所在する区裁のうち所属許可を受けた弁護士がいる比率は次表のとおり。CPO 施行後第一次大戦前（≒明治末期）までに比率は急速に上昇したとはいえ、一

になっていた[118]。

その種の法伝統を欠いたわが国では、弁護士代理が望ましいと認識しつつもそれが常に可能ではなく、現実には本人訴訟がそれなりの比率で存在していた[119]。素人による訴訟遂行は十全なものではなくとも、権利主張が全くなされずに放置されるよりはベターである。専門家に依頼するとしても、当事者自身がそれなりに手続を理解しておくことは有益である。書面の作成についても同様のことがいえよう[120]。

とはいえ、弁護士や公証人が行うことを前提として構築されたしくみを素人が運用することには、一定以上のリスクが伴う。裁判官は法廷にて当事者主義との関係で必然的に大きな葛藤に直面する[121]（いまで

定数以上の区裁は所属弁護士を持っていなかった。

年	1880	1885	1891	1903	1905	1907	1909	1911	1913
%	15	32	45	56	60	64	68	75	82

弁護士は区裁では所属許可なく活動可能であるが、管内に一名の弁護士も居住していない区裁の比率は次表のとおりで、一定数以上の区裁の管内では弁護士へのアクセスが限られていたことがうかがえる。

年	1880	1907	1909	1911	1913
%	56	33	29	23	16

[118] Mathias Schmoeckel et al. (hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen. Baden-Baden 2009, Mathias Schmoeckel et al. (hrsg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512. Baden-Baden 2012.

[119] 明治民訴法期の本人訴訟の数について、統計数値を見出すことはできなかった。しかし当時の弁護士数や、『法律新聞』に多数記載された本人訴訟関連の記事からして、一定以上の訴訟が本人により遂行されていたと推定できると解する。

[120] 明治民訴法期の司法当局が、三百代言や司法代書人の資質に問題があることを認識しつつ彼らの活動に一定の期待をしていたことも、同一のライン上に位置づけることができよう（中山弥保「司法代書人法制定沿革小史」慶大院法学研究科論文集54（平26）など）。

[121] 『法律新聞』には、本人訴訟を積極的に称揚する主張は見られない。しかし、釈明権の行使など職権の積極的介入によって本人訴訟の当事者を「保護」するべきだという見解は、裁判官や弁護士の間でも決して少なくはなかった（水野「葛藤する法廷」）。

も？）。「実務向け文献」を通じて、具体的局面でのパターン化されたテクニックがどの程度普及していたのかは、当事者に対する裁判官の介入のあり方にも大きく影響しうるファクターであったといえよう。

＊本稿の執筆にあたり、文部科学省科学研究費・基盤研究Ｃ「民事訴訟における職権介入の虚像と実像――実務のまなざしから出発する法史学への試み」（研究代表者・水野浩二）の助成を受けたことに感謝する。

また本稿の一部について報告の機会を与えられた、法制史学会東京部会にお礼申し上げる。平成30年９月の例会にて報告予定だったところ、直前に北海道胆振東部地震が発生したため、同年12月の第273回例会での報告を許されたことを、特に記しておきたい。

「実務向け文献」リスト

所属・肩書は原則として当該タイトル中に記載されたものである。
タイトル中に（詳細な）記載が無く、水野の調査により刊年当時の（詳細な）情報が判明したものについては、カッコ書きで表示する。年度中の異動時期が捕捉できない場合、刊行時の所属は異なっていることもあり得る。

（1）手続の手引

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
三坂繁人	東京控訴院評定官・法律取調報告委員	民事訴訟法釈要　上中下巻	明23
沢井重蔵	（和歌山区裁司法官試補）	民事訴訟実用	明24
奥野綱城	裁判所書記	実用民事訴訟手続	明24
樋山広業	（和歌山地裁判事）	文例続篇　民事訴訟手続	明24
奥田畯／後藤普次郎		民事訴訟手続　書式挿入	明24
マ井エル／高木豊三訳補	（マリエンヴェルダー控訴院評定官）／（大審院判事）	民事訴訟法実習	明25
井関源八郎	弁護士	民事訴訟手続（『法律案内』３～13号所収。但し未完）	明37～38
後藤本馬		訴訟並執行書式手続全書	明38

（2）法典のコンメンタール

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
保科規矩雄		民事訴訟法問答正解	明23
樋山広業	判事試補	民事訴訟法釈義　上下巻	明23
樋山広業	（和歌山地裁判事）	民事訴訟手続　訴答書式	明24
後藤本馬	東京法学院卒業生	日本民事訴訟法実地問答集	明24
齋藤孝治／綴鹿実彰	代言士／司法属	民事訴訟提要	明24
村上誠太郎	山形区裁監督書記	民事訴訟登記実用	明24
大戸復三郎	（岡山区裁監督判事）	民事訴訟法要解	明24
横尾炳	（岐阜地裁判事）	民事訴訟法問答全集	明26
青山幾之助		民事訴訟法実用	明30
唐沢長十	弁護士	大審院判例法曹会決議諸法令対照　実用民事訴訟法典	明30
増島六一郎	（弁護士）	民事訴訟法例解集	明31
三輪富十	東京法学院卒業	民事訴訟法正解　実例参照	明33

行森竜太／後藤本馬	法学士／法論社長	改正民事訴訟法釈義	明33
佐伯兼次郎		民事訴訟法通義(法典釈義全書4)	明42
河合廉一／末繁弥次郎	判事／弁護士	民事訴訟法要義全	明43
自治館編集局		民事訴訟法解義	大6
田山卓爾	東京地裁部長判事	実例民事訴訟手続総攬	大8
二宮丘一	朝鮮高等法院書記	実際的民事訴訟執行手続詳解	大14
二宮丘一	朝鮮高等法院書記	改訂実際的民事訴訟執行手続詳解	昭4
水本信夫	弁護士	新民事訴訟実例書式手続総攬	昭5

（3）書式集

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
司法省		民事訴訟法書式	明23
甲府地方裁判所書記課		法廷必携民事訴訟文例	明24
高橋節夫	(大審院書記)	民事訴訟法用式	明24
脇屋雄六	(尾道区裁監督判事)	民事訴訟法文例	明24
土居徹		民事訴訟文例	明24
高野義一	東京地裁認可筆耕人	民刑訴訟手続文案書	明24
九岐晰		民事訴訟文例	明24
湯沢茂八郎／八木沢久三郎	(新潟区裁書記／？)	民事訴訟人必携	明24
福井淳		鼈頭諸規則　現行書式全書	明25
中江猪三朗	大津地裁免許代書人	訴訟書類文例釈解	明25
相原稲造		鼈頭法規　実例民事訴訟法	明27
尾羽沢隆二郎		実地応用民事訴訟書式全集	明27
服部三六／久野錠次郎		民事訴訟文例大全	明28
樋山広業	(高松地裁判事)	民法及戸籍法関係　裁判所申請例式全　付民事訴訟手続書式	明32
増島六一郎	(弁護士)	法律立案雛形集　第一集、第二集	明34
加藤誠一郎／浅野晴三郎	明法学士／明法学士	民事訴訟手続文例	明36
武藤円	洲本区裁監督書記	人事訴訟非訟事［件］民事訴訟不動産登記及戸籍法ニ関スル訴申請申立書式	明36
加藤誠一郎／浅野晴三郎		民事訴訟手続文例	明36
自治館編輯局		書式大全　全	明40
肥田健吉	(東京区裁判事)	実例民事訴訟法	明40
明治大学出版部		証書文例詳解	明44
田淵田		民事人事訴訟書式全書	大2
川瀬重治	宮崎地裁構内代書人	民事訴訟法書式正解	大4
齋藤常三郎	(大阪控訴院判事→神戸高商教授)	註釈訴訟記録　第一審・第二審	大6・大8
田上博通	大日本代書業講習会長	代書大博士　竜之巻	大6
自治館編輯局		書式大全(修正増補)	大9
法律研究会		改正願届書式手続全書　附諸税法及諸手数料提要	大10
前田直之助	(大審院判事)	修習訴訟記録第一審(土地所有権確認事件)	大11
法典研究会		諸願届書式全書　法律対照	大11
前田直之助	(大審院判事)	修習民事訴訟記録	大12
中村秀雄／三島久二郎／山内伴治	東京区裁書記／東京地裁書記／東京区裁書記	書式総攬　第一輯(民事訴訟法、競売法)	大13
自治館編輯局		最新改訂書式大全	大13
岩崎高敏		学説判例決議実例　書式一切と其手続詳解	大13
尾高武治	(東京地裁判事)	民事商事に關するあらゆる種類の訴と其裁判上中下	大13～14
平尾廉平	弁護士	訴状一定の申立文例と大審院判例	昭2
自治館編輯局		書式大全(改版)	昭4

（4）素人向け手引

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
福井淳		民事訴訟法註釈(図書出版会社叢書)	明23

野沢正道		日本民事訴訟法註釈	明23
堀田康人	代言人	民事訴訟法実例　前編後編	明24
後藤本馬		国民必携民事訴訟書式案内	明24
三好守雄		民事訴訟手続	明24
小野沢弥三郎		民事訴訟法要覧	明24
福井淳		民事刑事訴訟手続	明24
宮川大寿		日本民事訴訟法註釈(日本法典全書第六編)	明24
吉森献蔵	(岡山地裁書記)	民刑訴訟手続	明24
村上千秋		民刑訴訟手続独案内	明24
矢野正学		民事訴訟出願必携	明25
岩井正次郎		民事訴訟法註釈	明26
福井淳		原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法	明27
佐瀬鷹雄	(大阪区裁書記)	実地経験裁判勝利秘法　付訴訟独案内	明27
鵜飼兵太郎		現行公用諸証文大全	明27
百井嘉吉		民間宝典実用集	明27
後藤本馬		現行法典貸借者必携	明28
殿木三郎		民刑訴訟必携全	明28
津田房之助		民刑訴訟書式手続大全	明29
戸籍法質疑会	安濃津区裁	訴状申請書及届出書式	明31
内田良輔	(東京区裁判事)	法律実用訴訟の心得及手続	明32
長田彪		改正法令現行書式全集	明32
北谷岩吉		裁判勝利法　貸金者心得	明33
樋山広業	(岡山地裁判事)	談判勝利裁判全捷賃借心得	明34
奥野綱城		現行願届申請書式全書	明34
長谷川武右衛門		民事提要	明34
田丸税稔	広島地裁所長	民事訴訟独案内　付諸書式	明35
後藤本馬		民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密	明35
		裁判必勝法　貸借者心得	明35
久世正郎		国民必携　財産之礎	明35
金井太郎	(岩村田区裁監督書記)	新訂再版民事要解書式集	明36
萩原定一郎		民間必携訴訟勝利法	明36
岩崎勝三郎	中央大学・日本大学卒業	債務者の顧問	明38
山本光行		民事刑事人事　訴訟書式手続(訂正14版)	明38
後藤本馬		実業家法律顧問	明39
林儀一郎	法学士	改正民事訴訟法釈義(新撰百科全書34)	明41
佐藤貞雄		民事訴訟法　自問自答(法典須知3)	明43
四元内治		自修顧問法律教師	明44
佐藤貞雄	法典研究会主幹	現行諸届書手続大全　法典参照	明44
法律研究会		訴訟執行不動産登記戸籍ニ関スル出願申請手続書	明44
中央堂編輯部		現行書式及文案全書	明44
渡部万蔵	バチェラー、オブ、ローズ	人一代の法律	明45
金子亀次郎／疇苗代	法学士・弁護士／弁護士	書式詳説　訴訟の顧問	明45
岩崎徂堂	中央・日本両大学法学士	活きた証文有効な手形　権利の主張	大2
木俣亮	(京都区裁書記)	訴訟非訟事件実用手続提要	大2
帝国法典研究会		人事物件法律顧問	大3
遠藤恵	明治大学・中央大学法学士	民事訴訟の相談相手	大3
佐藤修堂	弁護士	債権物権訴訟必勝法	大5
横塚泰助／尾崎俊次郎	法学士／法学士	六法詳解法律全書	大6
足立重次郎		代書手引	大6
日本法律研究会		証文の書方	大8
岩崎徂堂		活た書式と手続	大8
日本法律研究会		民事人事訴訟手続大全	大9
松倉慶三郎	(弁護士)	法律研究法律と生活　総論ノ部	大10
堀江新太郎		自身で完全に書ける金銭、土地、建物、貸借、売買、譲渡、登記、訴訟、執行、諸証書及願書の書方	大11

岩崎勝三郎	中央大学・日本大学法学士	貸家貸地立退き明渡し即決策	大11
岩崎勝三郎	中央大学・日本大学法学士	売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法	大12
日本法律研究会		間違ひのない証文の書き方	大13
五鬼上堅磐		民事人事訴訟手続便覧	大13
沼田照義／犀川長作	弁護士法学士／弁護士	債権者の顧問	昭2
瀬木辰夫	法学士・弁護士・弁理士	書式手続総覧(大日本百科全集)	昭3
渡正監	警察講習所教授・法学士	民事紛争と其解決	昭4
牧野孝		自分デ出来ル　訴ト其裁判	昭5

論　　説

民法481条と偏頗行為否認

―― 最判平成29年12月19日判時2370号28頁を契機として ――

栗　原　伸　輔

1．はじめに

民法481条１項は、支払いの差止め[1]を受けた第三債務者が差押債務者すなわち自己の債権者に弁済をしたときは、差押債権者は、その受けた損害の限度において更に弁済すべき旨を第三債務者に請求できるとして、第三債務者に差押債権者への二重弁済を強いる。この第三債務者の差押債権者への更なる弁済[2]が、差押債務者の破産手続との関係において、破産法162条の規定による偏頗行為否認の対象となるかという問題がある。この問題について、最判平成29年12月19日判時2370号28頁[3]（以

[1] 債権法改正（平成29年法律第44号）により、「支払の差止めを受けた」から「差押えを受けた債権の」に本項の文言が改められている。「支払いの差止め」とは差押えまたは仮差押えがあった場合と解されており（磯村哲編『注釈民法（12）債権（３）』（有斐閣、1970年）121頁〔沢井祐〕）、改正は従来の解釈を明確化したものだと思われる。以下では、改正前の条文を用いる。

[2] 本稿では、民法481条１項に基づく第三債務者の差押債権者に対する弁済については、他の弁済と区別するため、常に「更なる弁済」という。

[3] 評釈として、稲田正毅「判批」新・判例解説 Watch vol.23（2018年）227頁、宇野瑛人「判批」民商1132号236頁（2018年）、北島（村田）典子「判批」リマークス58号126頁（2019年）、木村真也「判批」事業再生と債権管理162号175頁（2018年）、佐藤鉄男「判批」判例秘書ジャーナル HJ100025（2018年）、杉本和士「判批」法教451号（2018年）141頁、同「判批」金法2097号56頁（2018年）、中島弘雅「判批」

下「平成29年最判」という）は、これを否定に解する（以下「否定説」という）。それに対して本稿では、第三債務者の差押債権者への更なる弁済は、偏頗行為否認の対象となると解すべきであることを論ずる[4]（以下「肯定説」という）。

以下では、まず平成29年最判及び従来の学説を紹介し、否定説の論拠を明らかにする（２）。次に、民法481条及び偏頗行為否認に関する従来の判例学説を検討し、肯定説が支持されることを示す（３）。最後に、本稿の検討結果をまとめる（４）。

２．否定説

平成29年最判以前に、この問題を扱った公刊裁判例及び学説は見当たらない。以下では、平成29年最判の事案の概要及び判旨を紹介した上で、否定説の論拠を明らかにする。

（１）平成29年最判

〔事案の概要〕

貸金業者Ｙ（被告、控訴人、上告人）は、Ａを被告とする貸金請求訴訟の請求認容判決を債務名義として、ＡのＢ株式会社に対する給料債権約167万円についての債権差押命令を申し立て、平成22年４月27日付けで、これを認める差押命令を得た（以下「本件差押命令」という）。本件差押命令は、同月28日にＢに、同年５月18日にＡに送達された。Ｂは、Ｙから差押額や振込先等の通知がなかったことから、本件差押命令の送達後も引き続きその給与全額をＡに支払った。平成25年10月頃、Ｙは Ａの給料債権のうち本件差押命令により差し押さえられた部分（以下

ジュリ1531号134頁（2019年）、和田勝行「判批」判時2395号168頁（2019年）、堀口久「判批」銀法830号36頁（2018年）、石毛和夫「判批」銀法827号64頁（2018年）、同「判批」銀法840号51頁（2019年）、及び黒田直行「判批」JA 金融法務575号51頁（2018年）がある。また、粟田口太郎ほか「《座談会》最近の重要倒産判例を読み解く」金法2087号23頁（2018年）においても平成29年最判が取り上げられている。

[4] 佐藤・前掲注（３）は、平成29年最判に反対する。

「本件差押部分」という）の支払いを求める支払督促を申し立てた。Bは、督促異議の申立てを行うとともに、同年10月から平成26年１月までの間にAに支払うべき給料から合計26万円を控除して、Yに対し、これを本件差押部分の弁済として支払った（以下「本件弁済１」という）。督促異議の申立てにより移行した訴訟において、本件差押部分の弁済として約142万円を支払うことなどを内容とする和解が成立し、同年３月10日、BはYに対してこれを支払った（以下「本件支払２」という）。

平成26年12月、Aは破産手続開始決定を受け、破産管財人としてX（原告、被控訴人、被上告人）が選任された。Xは、本件支払１及び本件支払２について破産法162条１項１号イの規定により否認権を行使したことを理由として[5]、合計約168万円及びこれに対する遅延損害金の支払いを求めてYを被告とする訴えを提起した。原々審（東京地立川支判平成28年７月６日金判1534号21頁）及び原審（東京高判平成28年７月６日金

[5] 最高裁では取り上げられなかったが、下級審では①支払不能の継続及び②支払停止の認識なども争点となっており、とりわけ②については次のような興味深い問題が提起されている（宇野・前掲注（３）1134頁、和田・前掲注（３）169頁）。

Xは、否認の要件であるYの悪意について、平成22年５月頃にAから委任を受けたC弁護士が「破産申立のご通知」と題する書面（以下「本件破産通知」という）をYに送付したことが支払の停止にあたり、本件各弁済当時Yはこれを認識していたことを主張した。それに対してYは、書面送付から本件各支払まで３年半あまりが経過していることやCが平成24年５月頃に辞任していることなどを理由として、本件破産通知の認識のみをもってYの悪意を認めるべきではないと主張した。

この点について原審は、支払不能後の弁済について、債権者が弁済当時に破産者に支払停止があったことを認識していた場合は、破産法166条及び176条に反しない限り原則として否認権行使が認められるが、支払停止の根拠となっていた支払不能状況が解消しその解消を認識して取引が行われた場合や、支払不能状況の解消を相当の根拠をもって誤信して行われた取引などについては否認権行使が制限される余地があるとする。これに対して原々審は、支払停止後に相当期間が経過した場合、Xが支払停止の前提となった支払不能の状態がこの間も継続していたことを証明すれば、支払停止の効力が存続していたと認められるとする。

判1534号25頁）はいずれも、X の請求をほぼ全て認容した[6]。最高裁は、本件支払１にかかる Y の上告受理申立理由を上告受理決定において排除した上で、本件支払２にかかる上告受理申立理由につき、次のように判示した。

〔判旨〕

「（１）破産法162条１項の『債務の消滅に関する行為』とは、破産者の意思に基づく行為のみならず、執行力のある債務名義に基づいてされた行為であっても、破産者の財産をもって債務を消滅させる効果を生ぜしめるものであれば、これに含まれると解すべきである（最高裁昭和38年（オ）第916号同39年７月29日第二小法廷判決・裁判集民事74号797頁参照）。しかるに、債権差押命令の送達を受けた第三債務者が、差押債権につき差押債務者に対して弁済をし、これを差押債権者に対して対抗することができないため（民法481条１項参照）に差押債権者に対して更に弁済をした後、差押債務者が破産手続開始の決定を受けた場合、前者の弁済により差押債権は既に消滅しているから、後者の弁済は、差押債務者の財産をもって債務を消滅させる効果を生ぜしめるものとはいえず、破産法162条１項の『債務の消滅に関する行為』に当たらない。

したがって、上記の場合、第三債務者が差押債権者に対してした弁済は、破産法162条１項の規定による否認権行使の対象とならないと解するのが相当である。

（２）これを本件についてみると、本件会社は、本件差押命令の送達を受けた後も、A に対し、その給料債権のうち本件支払１に係る部分を除いた全額の弁済をし、これにより A の給料債権が消滅した後、更に差押債権者である Y に対して本件支払２をしたものであるから、本件支払２は、破産法162条１項の規定による否認権行使の対象とならないというべきである」

（２）否定説の論拠

[6] 原審は、遅延損害金の利率は民事法定利率の５％であるとして、X の商事法定利率に基づく遅延損害金請求を一部棄却している。

平成29年最判の判旨及び学説[7]によれば、否定説の論拠としては次の２点がある。

第１に、偏頗行為否認の対象は、「破産者の財産」すなわち債務者の責任財産を原資とするものでなければならないという点である。判旨が、最判昭和39年７月29日集民74号797頁（以下「昭和39年最判」という）の一般論を引用して、否認の対象となるのは「債務者の財産をもって」債務消滅の効果を生ぜしめたものに限るとするのは、このような意味として理解される[8]。このような解釈は、債務者の責任財産が基本的には後の破産財団になることを前提として（破34条１項）、否認の基本的な効果は破産財団を原状に復するものであること[9]（破167条１項）、破産管財人の権限は破産財団に属する財産の管理処分権であること[10]（破78条１項）、

---

[7] 伊藤眞『破産法・民事再生法（第４版）』（有斐閣、2018年）549頁注181は、第三債務者による更なる弁済は、第三債務者自身の負担としてなされるものであり、実質的にみて債務者（破産者）の財産をもってなされるものではないことから有害性を欠くとする。

[8] このような解釈が、偏頗行為否認の有害性とどのような関係に立つのかという点についての理解はわかれている。偏頗行為否認の有害性については、破産債権者のための引当財産の減少行為であるとして詐害行為と同一であるとする一元説と、倒産債権者間の不平等であるとして詐害行為とは異なるものとして理解する二元説があり、現在の破産法は二元説的な思想を前提とするものであるとされる（山本克己「否認権（上）」ジュリ1273号（2004年）76－77頁。なお、両説を一体的に理解しようとする試みにつき、垣内秀介「否認要件をめぐる若干の考察」田原睦夫先生古希・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論〔下巻〕』（金融財政事情研究会、2013年）236－237頁、水元宏典「否認権の意義および性質」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）246頁）。

佐藤・前掲注（３）６頁及び中島・前掲注（３）135頁は、平成29年最判について、二元説的理解からは疑問が残り、一元説と整合的であるとする。それに対して、同最判は有害性について判断するものではないとするものもある（北島（村田）・前掲注（３）129頁、稲田・前掲注（３）230頁、粟田ほか・前掲注（３）24頁〔木村真也発言〕）。

[9] 宇野・前掲注（３）1135頁。

[10] 北島（村田）・前掲注（３）129頁。

及び保証人による弁済は否認の対象とはならないと解されていること[11]からも裏付けられるとの指摘がある。また、実質論としても[12]、かりに否認を認めた場合には破産財団が差押債権者に対する弁済部分について二重に利得を受けるという不当な帰結が生じるとする[13]。このような理解を前提として、第三者からの借入金により特定の債権者に弁済をした場合に旧破産法[14]72条１号による否認を否定した最判平成５年１月25日民集47巻１号344頁（以下「平成５年最判」という）と平成29年最判の類似性を指摘する見解もある[15]。

第２に、（第１の点を前提として）第三債務者による差押債権者への更なる弁済は、偏頗行為否認の場面においては差押債務者の責任財産によるものとは評価されないという点である。この点についての判旨は、民法481条１項についての判例通説であるいわゆる相対的無効説を採用

---

[11] 北島（村田）・前掲注（３）129頁。なおこの点につき、松下淳一「偏頗行為否認の諸問題」田原睦夫先生古希・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論〔下巻〕』（金融財政事情研究会、2013年）261頁、伊藤眞ほか『条解破産法〔第２版〕』（弘文堂、2014年）1090頁。

[12] なお、木村・前掲注（３）179－180頁は、否認権を認めなかった場合には第三債務者の不当利得返還請求権という破産財団に予定外の負担が生じることになるが、平成29年最判は、このような負担は偏頗行為否認による是正が想定されている有害性とは質的に異なるものであるという理解を示すものであるとする。それに対して、第三債務者の更なる弁済により差押債権者の差押債務者に対する債権は弁済相当分だけ消滅しており、第三債務者の求償権は債権者の交替に過ぎないとして、破産財団に新たな負担が生じるわけではないとする指摘がある（和田・前掲注（３）171頁、杉本・前掲注（３）金法59頁）。

[13] 北島（村田）・前掲注（３）129頁、堀口・前掲注（３）38頁、稲田・前掲注（３）230頁、木村・前掲注（３）179頁。なお、Ｙの上告受理申立理由も、この点を問題にするものであった（裁民257号36頁）。

[14] 平成16年法律第75号による廃止前のもの。

[15] 佐藤・前掲注（３）５頁。それに対して和田・前掲注（３）173頁注15は、平成５年最判の事案では弁済資金が破産者の責任財産にいったんは組み入れられたと解する余地があるのに対して、第三債務者の更なる弁済の弁済資金が破産者の責任財産に組み入れられたと解する余地はないという点で、両者の事案は区別されるとする。

するものであると理解されている[16]。そして、相対的無効説のもとでは、差押債権者以外の破産債権者との関係では、差押債権はすでに消滅していると扱われることになる以上、否定説の帰結は、相対的無効説の立場からも支持されるとの指摘がある[17]。

このように否定説は、偏頗行為否認及び民法481条に関する従来の判例通説に沿ったものであると位置づけられており[18]、また実質的にも、破産財団（そして差押債権者以外の破産債権者）は第三債務者の差押債務者に対する弁済により既に差押債権価値相当額の財産を把握している以上、否認を認めることで二重に利得を受けることは不当であるとする。

3．肯定説

しかしながら、このような否定説の理解には疑問がある。以下では、民法481条及び偏頗行為否認に関する従来の判例学説の立場を検討し、肯定説が支持されることを明らかにする。

（1）民法481条と相対的無効説

判例[19]通説[20]は、民法481条１項は、相対的無効説の考え方に基づく規

---

[16] 木村・前掲注（３）179頁注５、杉本・前掲注（３）金法2097号59頁、中島・前掲注（３）135頁、和田・前掲注（３）171頁

[17] 和田・前掲注（３）171頁。宇野・前掲注（３）1136頁も、平成29年最判で問題となったのは、否認権論というよりも差押えの効力及び民法481条論の問題であると見ることができるとする。

[18] 判例時報2370号29頁の匿名コメントは、平成29年最判は新しい法律解釈を示すものではないとする。

[19] 大連判明治44年５月４日民録17輯253頁は、「支拂ノ差止に拘ハラス其債権者に辨濟を爲シタル第三債務者ハ差押債権者ニ對シテハ其債務カ消滅シタルコトヲ主張スルコトヲ得サルモノと謂ハサルヲ得ス」とする。大判大正２年４月12日民録19輯224頁も同旨。ただし、いずれも差押競合の事例である。

[20] 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）271頁、磯村・前掲注（１）121頁〔沢井〕、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）498頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、1992年）247頁、前田達明『口述債権総論（第２版）』（成文堂、1993年）445－446頁、平井宜雄『債権総論（第２版）』（弘文堂、

定であるとする。これは、第三債務者の差押債務者への弁済は、差押債務者との関係においては有効であるが、差押債権者に対してはその弁済を対抗することができないという意味で相対的に無効である[21]と理解するものである[22]。

相対的無効説の最も基本的な意義は、民法481条１項が第三債務者の差押債権者に対する不法行為責任を定めたものであるという理解（以下「不法行為説」という）を否定する点にある。一般に、民法481条１項は第三債務者の差押債権者に対する民法709条に基づく不法行為責任を定めるものとして起草されたと理解されており[23]、同項が「受けた損害の限

1994年）189頁、林良平（安永正照補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論【第３版】』（青林書院、1996年）260頁、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002年）533－534頁、遠藤浩編『基本法コンメンタール［第四版］新条文対照補訂版 債権総論』（日本評論社、2005年）183頁〔牛山積〕、角紀代恵『基本講義債権総論』（サイエンス社、2008年）60頁、中田裕康『債権総論（第３版）』（岩波書店、2013年）327頁、我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法－総則・物権・債権－』（日本評論社、2013年）894頁、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）197頁。

[21] なお、野澤正充「フランスにおける『対抗不能』と『相対無効』」立教法学40号（1994年）226頁は、「対抗不能」と「相対無効」の区別を説くが、民法481条１項に関する従来の議論では両者は区別されていない。

[22] 潮見佳男『債権総論〔第３版〕Ⅱ』（信山社、2005年）234頁は、相対的無効構成は学説においても異論をみないとする。

[23] 梅謙次郎『民法要義巻之３』（和仏法律学校、1901年）244頁は、民法481条１項は不法行為責任を定めたものであるとする（岡松参太郎『註釈民法理由下巻（債権編）』（有斐閣、1897年）265頁も同旨）。そして学説では、梅説が起草者意思として参照されている（磯村・前掲注（１）122頁〔沢井〕、中田・前掲注（20）327頁、潮見・前掲注（20）197頁注243）。

ただし、和田・前掲注（３）173頁注19は、起草者の理解も必ずしも一様ではなかったことがうかがわれるとする。具体的には、法典調査会の審議において本条の起草趣旨を説明した穂積陳重は、本条がなければ損害賠償の権利が認められるが、その場合には差押債権者に対する支払いは弁済ではなくなるところ、本条はさらに弁済をさせるものであると述べている（前田達明＝髙橋眞監修『史料債権総則』（成文堂、2010年）510頁〔佐々木典子〕、法典調査会『民法議事速記録第20巻』79丁表～裏）。

度」としていることも、そのような考え方のあらわれであるとされている[24]。このような不法行為説によれば、第三債務者の差押債務者への弁済は差押債権者との関係でも有効であり、民法481条１項は差押債権者がこの弁済により被った損害の賠償を第三債務者に請求できる旨を定めたものとして位置づけられる。つまり相対的無効説とは、民法481条１項の文言からすれば素直な解釈とも思える不法行為説の理解を否定し、第三債務者の差押債務者への弁済は相対的に無効であるとするものである。

このことからも明らかなように、相対的無効説とは、第三債務者の差押債務者への弁済は絶対的に有効であるとするものではなく[25]、特に第三債務者から差押債権者への更なる弁済がされた場合には差押債務者への弁済を無効とするものである。相対的無効説が、第三債務者の差押債務者への弁済は、差押債務者との関係においては有効であると説くのは、差押が効力を失ったときには弁済が絶対的に有効になるという意味でしかなく[26]、差押が効力を失わずに第三債務者が差押債権者への更なる弁済を行った場合、それは差押債権を原資として行われたものとして評価される。このような理解は、民法481条２項についての学説の理解からも裏付けられる。民法481条２項の意義について明示的に言及する従来の学説は一致して[27]、これは第三債務者が同条１項に基づき差押債権者に更なる弁済をした場合には、第三債務者は差押債務者への既弁済分を不当利得として取り戻すことができることを明らかにしたものであるとしているからである[28]。

---

[24] 星野・前掲注（20）247頁、潮見・前掲注（20）197頁。前田・前掲注（20）446頁も、相対的無効説は条文の体裁とは合致しないとする。

[25] ただし、近江幸治『民法講義Ⅳ　債権総論〔第３版補訂〕』（成文堂、2009年）310頁は、差押債務者に対する弁済は有効であることを強調する。

[26] 我妻・前掲注（20）271頁。

[27] ただし、和田・前掲注（３）171頁は、差押債務者に対する弁済が遡及的に無効になるとする解釈には法令上の根拠が乏しい上、民法481条２項の「求償」という文言と整合しないとして、同項は第三債務者の差押債務者に対する求償利得請求権を定めるものであるとする。

[28] 川井・前掲注（３）291頁、我妻ほか・前掲注（20）894頁、角・前掲注（20）60頁。

相対的無効説はまた、民法481条１項により、差押債権者は、差押債権がなお存在するものとして、第三債務者からそれを取り立て、または転付命令を取得することができるとする。これは、第三債務者の故意過失や損害の主張立証を不要にするという意味において、不法行為説よりも差押債権者を有利な地位に置くものであるといわれることがある[29]。しかし、このような解釈がとられたもともとの理由は、かつての不法行為説が、第三債務者の弁済が相対的に無効であること自体は差押えまたは仮差押えの効力として認めた上で、差押債権の取立てに執行裁判所の取立命令による授権を要した民事執行法施行前の旧民事訴訟法[30]のもとで、このような手続を経ることなく差押債権者が直接第三債務者に受けた損害の限度で履行請求することを認めることを企図したものであった[31]のに対して、これを否定する点にあった[32]。従って、相対的無効説とは「差押えの実効性を大きく[33]」するものではない。

これらの点からは、相対的無効説とは、民法481条１項を強制執行における差押えとは異なる独自の意義を有する制度として理解する不法行為説を否定し、差押えの効力を定めたものとして理解しようとするものであるといえる[34]。第三債務者による差押債務者への弁済は相対的に無効であり、差押債権者は引き続き差押債権の取り立て及び転付命令を取得することができるとすることは、債権差押えの処分禁止効の一内容としての第三債務者による弁済の手続的無効と同様の帰結をいうものに他

「弁済したものの」償還を請求できるとするもの（我妻･前掲注（20）271頁、磯村･前掲注（１）122頁〔沢井〕）も、同趣旨だと思われる。淡路・前掲注（20）534頁は、これは不当利得の趣旨を拡張するものだとする。

[29] 平井・前掲注（20）189頁。

[30] 昭和54年法律第４号による改正前民事訴訟法（明治23年法律第29号）601条（転付命令）・602条（取立命令）。

[31] 近藤英吉＝柚木馨ほか『注釈日本民法（債権編総則下）』（嚴南堂、1937年）73－75頁。

[32] 我妻・前掲注（20）271頁。

[33] 平井・前掲注（20）189頁。

[34] 宮脇幸彦『強制執行法（各論）』（有斐閣、1978年）124頁注３。前田･前掲注（20）446頁もこのような理解を前提としているように伺われる。

ならない[35]。このような相対的無効説の理解を前提とすると、民法481条１項により第三債務者が差押債務者の無資力リスクを負担するのは[36]、差押債権者のみとの関係ではなく、差押債務者の総債権者との関係でこれを負担しているということになる[37]。

以上の検討からは、民法481条１項に関する相対的無効説からは、否定説の論拠のうち第２の点、すなわち第三債務者による差押債権者への更なる弁済が、差押債務者の責任財産によるものではないということは基礎づけられないことがわかる。第三債務者の差押債務者への弁済を差押債権者（及び他の債権者）との関係で無効とし、差押債権者は引き続き差押債権の取立て及び転付命令の発令が受けられるとする相対的無効説は、法律構成としては第三債務者の更なる弁済は差押債権の支払い（民執155条２項）であると評価するものである。また実質論としても、相対的無効説のもとでの民法481条１項が第三債務者に差押債務者の総債権者との関係で差押債務者の無資力リスクを負担させるものである以

---

[35] 差押えの処分禁止効及び債権執行における差押えの効果につき、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、2016年）28－29頁、689－691頁。

[36] 潮見・前掲注（20）197頁。

[37] ただし、このような解釈が常に前提とされてきたかについては疑問の余地がある。差押えの効力について個別相対効を否定し手続相対効を採用する現在の民事執行法（中野＝下村・前掲注（35）693頁、鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法（４）』（第一法規出版、1985年）553頁〔松山恒昭〕。なお、第三債務者による弁済も手続相対効の対象に含まれることにつき、香川保一監修『注釈民事執行法＜第６巻＞』（金融財政事情研究会、1995年）432頁〔富越和厚〕、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』（日本評論社、2014年）394頁〔近藤義浩〕））とは異なり、民事執行法施行前の旧民事訴訟法のもとでは個別相対効が有力に説かれており（宮脇・前掲注（34）27－28頁）、判例にも個別相対効を採用するものがあった（仮差押えにつき、大判大正３年12月24日民録20輯1166頁など）。個別相対効を前提とすると、民法481条１項は、第三債務者の差押債権者に対する弁済前に配当要求等がされていなければ、第三債務者が差押債権者のみとの関係で差押債務者の無資力リスクを負担する意義を有するものとして理解されることになる。もっとも、強制執行における個別相対効説は偏頗行為否認による債権者平等の実現を排除するものではなく、いずれにせよ偏頗行為否認を否定する論拠とはなり得ないであろう。

上、第三債務者が既に一度差押債権を差押債務者に対して弁済したことをもって、差押債権者に対する更なる弁済を否認することで差押債権者以外の債権者が二重の利得を得ることが不当であると評価することはできない。

（2）偏頗行為否認と「破産者の財産」

次に、否定説の第１の点、すなわち偏頗行為否認の対象が「破産者の財産」すなわち債務者の責任財産を原資とするものに限られるとする点について検討する。ここで問題となるのは、このような一般論が民法481条１項に基づく更なる弁済の否認を排除するようなものであるのかという点である。

偏頗行為否認の対象が「破産者の財産」に限られるとする根拠としてはまず、前述のように債務者の責任財産が基本的には後の破産財団になることを前提として（破34条１項）、否認の基本的な効果は破産財団を原状に復するものであること（破167条１項）、また否認権を行使する破産管財人の権限は破産財団に属する財産の管理処分権であること（破78条１項）が挙げられる。このような理解からは、平成29年最判のいう「破産者の財産」とは、破産財団に属するべき財産ということになる。そして、「破産者の財産」をこのように理解する場合には、第三債務者の差押債権者への更なる弁済が、「破産者の財産」によるものではないとすることは困難である。なぜならば、破産財団に属するべき財産には、差押債権者との関係で破産者の責任財産に属すると評価される財産も含まれることは、従来から判例学説が広く承認するところだからである。具体的にはまず、いわゆる破産管財人の第三者性により、実体法上の第三者対抗要件や第三者保護規定により財産上の権利を差押債権者に対して対抗・主張できない者は、破産管財人に対しても当該財産上の権利を対抗・主張することはできない[38]。その結果として、当該財産上の権利は破産

[38] 判例（最判昭和46年７月16日民集25巻５号779頁、最判昭和48年２月16日金法678号21頁など）通説（伊藤・前掲注（７）360－364頁、山木戸克己『破産法』（青林書院、1974年）145頁、兼子一『強制執行法・破産法〔新版〕』（弘文堂、1964年）200頁など）は、差押債権者が保護される場合には広く破産管財人の第三者

手続との関係では破産財団に属する財産として処遇されることになる[39]。また、このように破産手続開始時点を基準として差押債権者類似の地位が破産管財人に認められることを前提として、さらに破産管財人は先行する差押えの効力を自己に有利に援用することもできる[40]。従って、民法481条１項との関係においても、もし第三債務者が差押債務者に弁済した後で、差押債権者への更なる弁済をする前に差押債務者の破産手続が開始した場合、破産管財人は差押えの効力を援用し第三債務者の差押債務者への弁済の効力を否定し、第三債務者から更なる弁済を受けることができる[41]。従って、民法481条１項に基づく第三債務者の差押債権者への更なる弁済の弁済原資は破産財団に属するべき財産であるということになり、これを回復するための否認は排除されないことになる。

偏頗行為否認の対象が「破産者の財産」をもってするものに限られる理由として次に考えられるのは、否認の要件としての「破産者の行為」論である。かねてより、破産法が、法文上破産者の行為を否認の対象としていることから（破160条１項柱書・162条１項１号など）、否認の対象となるのは破産者が行った行為（の効果）に限られるのかについて議論がある[42]。そして、従来必ずしも意識されていた訳ではないが、破産

性を肯定する。

[39] なお、破産管財人の第三者性の判断は、当該権利の価値代替物を相手方が破産者に対して既に交付しているか否かによっては左右されない。教室設例となるが、破産者との間で不動産の売買契約を締結し、買主が破産者に対して売買代金を既に支払ったが未だ登記を経由していない状態で破産手続が開始した場合、買主は、登記請求権等を破産債権として行使できるにとどまることになろう。

[40] 伊藤・前掲注（７）359－360頁、伊藤ほか・前掲注（11）348頁、竹下守夫編集代表『大コメンタール破産法』（青林書院、2007年）173頁〔菅家忠行〕。

[41] それに対して、木村・前掲注（３）179頁注７は、この場合に執行手続は破産法42条２項により失効するとし、破産管財人による援用の可能性については触れていない。

[42] 学説では、かつては肯定説（兼子・前掲注（38）213頁、中村宗雄『破産法原論』（風間書房、1954年）94頁など）もみられたが、現在では危機否認の場合には行為を不要とする折衷説（伊藤・前掲注（７）553頁、山木戸・前掲注（38）189頁、谷口安平『倒産処理法』（筑摩書房、1980年）255頁など）が多数説であり、不要

者の行為を問題とすることは、破産者の責任財産を原資とすることを含意していたとみる余地があり、破産者自身の行為は不要であると解するとしても、民法481条１項の場面のように差押債務者（破産者）との関係では差押債権が消滅しているため、当該財産の破産者自身による処分が法律上あり得ないような場合については、否認は認められないという理解が成立する可能性があるからである[43]。このような理解からは、執行行為の旧破産法72条２号による否認を認めた昭和39年最判及び最判昭和40年３月９日民集19巻２号352頁が、否認の対象は「破産者の財産」をもって債務を消滅させる効果を生ぜしめるものであるとするのは、通常であれば否認の対象となるのは破産者の行為と同視できるものに限られるところ[44]、執行行為を介した偏頗弁済であるため破産者の行為と同視できる行為を見出すことが困難であるために、その代わりに設けられた要件として位置づけられることになる[45]。

説（宗田親彦『破産法概説（新訂第４版）』（慶應義塾大学出版会、2008年）352頁など）も有力に説かれている。

[43] 北島・前掲注（３）129頁に示唆を受けた。

[44] 公務員の給与支払機関が、公務員共済組合の組合員である公務員の退職金等から、当該公務員の共済組合に対する貸付金相当額を控除して共済組合に払い込む行為が旧破産法72条２号による危機否認の対象となるかが争われた一連の判例（最判平成２年７月19日民集44巻５号837頁、最判平成２年７月19日民集44巻５号853頁、最判平成２年10月２日集民161号１頁）は、共済組員による払込みは組合員の債務の弁済を代行するものにほかならないとする。また、債権者のする代物弁済予約完結権の行使について、最判昭和43年11月15日民集22巻2629頁は、債務者が債権者と相通じその行使を誘致した場合には旧破産法72条２号の対象になるとする。

折衷説にも、破産者の行為を全く不要とはしないものがある（伊藤・前掲注（７）553頁）。

[45] ただし、対抗要件充足行為の否認は破産者の行為またはこれと同視すべきものにかぎり、破産者がその債権を譲渡した場合における当該債務者の承諾は否認の対象とはならないとした最判昭和40年３月９日民集19巻２号352頁や、破産債権者のなした相殺権行使は破産者の行為を含まないとして、否認の対象外であるとする最判昭和41年４月８日民集20巻４号529頁が、このような理解と整合的であるかという問題は残る。

しかしながら、このような理解も採用し得ない。強制執行による差押えが行われた後に執行債務者が差押対象財産を処分した場合に、当該処分は差押えの処分禁止効により強制執行手続との関係において無効として扱われ、差押債権者（及び配当要求等をした他の債権者）に対して配当等が行われるが、この場合の配当等が偏頗行為否認の対象となることについては、議論のないところだと思われる。しかし、この事例においても、執行機関による配当等の原資となったのは、もはや執行債務者自身は法律上処分し得ない財産であるという点においては民法481条１項の場面と何ら変わることはない。両者をあえて区別しようとすれば、民法481条１項の場面では既に差押債権相当額が債務者に交付されていることが前提となっており[46]、否認を認めた場合には破産財団が必ず二重の利得を受けることになるという点に求められることになろうが、前述したようにこれは民法481条１項が予定している帰結であり、そのことをもって否認を否定する理由にはならない。従って、民法481条１に基づく第三債務者の差押債権者への更なる弁済が、差押債務者（破産者）自身によっては処分し得ない財産を弁済原資とするものであるということを理由として、否認を否定することもできない。

最後に、平成29年最判が偏頗行為否認の対象が「破産者の財産」を原資とするものに限られる理由として、前述のように平成５年最判との類似性を指摘する見解がある。これは、民法481条１項に基づく第三債務者の更なる弁済の弁済原資が実質的には第三債務者の責任財産であることを前提に、このような実質的に差押債務者の責任財産ではない財産による弁済等は、偏頗行為否認の対象とはならないとするものである。しかし、平成５年最判は特定の受益者に対する弁済目的での借り入れが問題となった事案であり[47]、民法481条１項のように総債権者の弁済原資の

[46] ただし、執行債務者が執行対象財産を処分した場合も、贈与等の場合を除き、何らかの対価が執行債務者に支払われている可能性がある。

[47] 伊藤ほか・前掲注（11）1090頁は、借入金による弁済が否認の対象とならない条件の一つとして、他の債権者のための共同担保とみなされる余地がないことを挙げる。

回復が問題となっている場合とは異なる[48]。従って、平成５年最判との類似性を理由として、否認を否定することもできない。

以上の検討からは、否定説の第１の点、すなわち偏頗行為否認の対象が「破産者の財産」すなわち債務者の責任財産を原資とするものに限られるとする点も、第三債務者の差押債権者への更なる弁済が偏頗行為否認の対象外であるとすることの根拠にはならないことがわかる。

従って、民法481条１項が第三債務者に差押債務者の総債権者との関係で無資力リスクを負担させることとした趣旨を実現するために、第三債務者の差押債権者への更なる弁済は、偏頗行為否認の対象となると解するべきである[49]。

４．おわりに

本稿では、民法481条１項に基づく第三債務者の差押債権者への更なる弁済が、差押債務者の破産手続との関係で、偏頗行為否認の対象となるのかという問題について検討した。

この問題について否定説を採用する平成29年最判は、破産法162条１項の偏頗行為否認は、「破産者の財産」をもって債務を消滅させる効果を生ぜしめるものでなければならないとした上で、第三債務者による差

---

[48] 平成５年最判の事案では、否認を否定することで金銭借入れの目的が実現されるのに対して、平成29年の事案で否認を否定することは、民法481条１項の趣旨とは異なり差押債権者による独占的債権回収を肯定する結果となる。

[49] 否認を肯定する場合、第三債務者の不当利得返還請求権の処遇が問題となる。

まず、否認を認めた場合に第三債務者の民法481条２項の不当利得返還請求権が消滅するとする指摘があるが（判例時報2370号29頁の匿名コメント）、否認権の効果は相対的であり、第三債務者の不当利得返還請求権は影響を受けない。実質的にも、否認の成否に関わらず、第三債務者は二重弁済を行っており、否認権の行使が不当利得返還請求権に影響を与える理由がない。

次に、民法481条１項の趣旨を実現するためには、否認の結果破産財団に組み込まれる差押債権者に対する弁済金相当額の金銭は、第三債務者の不当利得返還請求権に対する配当原資とすべきではない。従って、第三債務者の不当利得返還請求権は、破産財団に属する一部の財産について不執行の合意が付された破産債権と同様に扱われることになる。

押債権者への更なる弁済はこれにあたらないとする。

しかし、民法481条１項に関する相対的無効説とは、同項を強制執行における差押えの効力を定めるものとして位置づけるものであり、法律構成として第三債務者による差押債権者への更なる弁済は差押債権によるものであることは否定し難い。実質的にも、第三債務者に、総債権者との関係で差押債務者の無資力リスクを負担させる民法481条１項の意義を実現するためには、否認が肯定されるべきである。そして、破産法162条１項は、このような場合の否認権行使を妨げるものではない。破産財団には差押債権者にその消滅を対抗できない財産も含まれる以上、「破産者の財産」に差押債権者との関係でその消滅を対抗できない差押債権が含まれないと解する理由はなく、また否認の対象となるのは債務者自身が処分し得る財産によるものに限られるわけでもないからである。

以上の理由から、肯定説が妥当であると考える。

論　　説

他人物売買・無権代理と相続

―― ドイツ法の紹介とわが国の議論との対比 ――※

藤　原　正　則

1．はじめに

無権代理と相続の問題は、わが国で第二次世界大戦後に最も議論されたテーマの一つであろう。以上に関しては、既に多くの優れた研究が存在し、この問題に関して、本稿は必ずしも新たな解釈論の提示を目的とするものではない。ただし、わが国の法律学が常にドイツ法学の影響下に発展してきたことは、ここで再言するまでもない。ところが、ドイツの代理法を対象とする研究は多いが、以上の問題自体に関するドイツ法との比較は殆ど行われてはいないようである。しかも、周知のように最

※ 本稿は、「他人物売買・無権代理と相続－ドイツ法の紹介とわが国の議論との対比」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法（ゲルハルト・リース教授退官記念論文集）』（日本評論社・2009年）127頁～149頁に掲載したものと同趣旨の論文である。ただし、同論文は字数の制限で、本稿の半分に短縮した。今回、短縮する前の原稿をその内容をほとんど変更せずに論集に投稿したのは、より完全なものを公表しておきたいと考えたことの他にも、例えば、債権法改正のための基本方針でも、無権代理人の本人相続が、権利取得の問題ではなく相続の問題と考えられていたこと、および、本人の無権代理人相続で、相続人の固有財産と相続財産の分離という問題が議論されているようではなかったことから（例えば、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅰ（序論・総則）』（商事法務・2009年）312頁以下を参照）、本稿を公表する意味がないわけでもないと考えたからである。

今１つ、本稿での問題は、「相続財産と相続人の固有財産の分離」の可能性

判昭49・9・4民集28巻６号1169頁は、権利者は、他人物売主を単純承認で相続した場合でも、信義則に反する特別な事情がない限り、他人物の売主から包括承継した履行義務を拒絶できると判示している。多くの学説も、同判例を支持している。他方で、ドイツ民法（以下、BGB）は、以下のような規定をおいている。すなわち、

BGB185条（１）権利者の同意を得て行ったときは、無権利者の物又は権利の処分は有効である。

（２）権利者が処分を追認したとき、又は、処分者が物又は権利を取得したとき、又は、処分者が権利者によって相続され、かつ、権利者が相続債務に無限責任を負ったときは、処分は有効となる。

つまり、上記の判例の事例では、BGB185条２項１文３事例が適用されれば（無権限処分者を権利者が相続して、無限責任を負った

の不十分さというわが国の相続法の大きな問題の一環であろうが、（もちろん、個別的な問題に関しては、具体的な解釈論で対処されているのは間違いはない。しかし、相続財産と相続人の固有財産の分離は、相続人の責任制限ための制度だが、同時に、被相続人の債権者〔相続債権者〕の相続財産からの債権回収を確実にするための制度でもある。だから、遺産分割の終了までは相続財産の処分を許さず、一括して合有的な扱いをするのは、まずは相続債権者のための措置であるはずだが、例えば、預金債権の当然の分割を認めないという判例変更〔最大決平28・12・19民集70巻８号2121頁〕も、主に考えているのは、共同相続人間の遺産分割の公平と債務者〔金融機関〕の都合である。だから、一方で、相続人の無限責任を認めやすくする反面で、相続債権者の利益も十分には保護されていないというのが、日本の相続法の現状ではないかと考える。）、今回の相続法改正ではほとんど議論されているようではなかったことも、本稿の公表の動機の一環である。

ちなみに、本稿の内容を日本法ではなくドイツ法に対して紹介する意図で執筆したもの（Masanori Fujiwara, Erbenhaftung des Vertretenen, der den Vertreter ohne Vertretungsmacht beerbt, und des Vertreters ohne Vertretungsmacht, der den Vetretetenen beerbt, im japanischen Recht, in Festschrft für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, Carl Heymann, 2009, S.109-123）に対するドイツでの反応は、「日本法の相続制度は集団主義的で驚いた」、「相続財産と相続人の固有財産の継続的な分離（dauerhafte separatio bonorum）の制度を欠いてるための法形成だと考える」というものだった。

〔nnbeschränkt haftet〕ときは)、権利者は他人物買主に対して履行義務を負うという結論になる。しかも、無権代理と相続のテーマの一環をなす本人の無権代理人相続の事例が、他人物売主を相続した権利者の責任と常に対比して論じられていたことを考えると、後者に関するドイツ法の状況の紹介がなかったことも、ある意味では奇妙であろう。そこで、以上のBGB185条の規定する無権利者の処分を有効とする追完(Konvaleszenz, Heilung)という法制度、及び、無権代理と相続に関するドイツ法での議論を紹介することを、本稿は第一義的な目的としたい。

ところで、結論を一部先取りするようだが、無権利者が自分の名前で他人物を処分した場合の追完の規定(BGB185条２項)の他人の名前での処分(無権代理行為)への類推適用の可否が、ドイツでしばしば議論されていたら、わが国でも当然にその紹介は行われていたであろう。例えば、息子(H)が父親(E)の指輪(動産)を勝手に持ち出して、第三者(K)に処分したとする。その際に、Hは自己の名前での処分する場合と、他人の名前(E)で処分する可能性がある。前者なら、Eが死亡してHが単独相続すれば、無権限処分は有効となる(BGB185条２項１文２事例)。他方で、Hが他人の名前(E)で行為し、Eが無権代理行為に追認も追認拒絶も与えていない場合は、相手方(K)の無権代理人(H)に対する履行請求権は発生していないから(BGB179条１項)、HはEから相続した追認拒絶権を行使して、指輪の返還を請求できる。そこで、BGB185条２項１文２事例の類推適用が問題となる。以上が、BGB185条２項１文２事例、３事例の無権代理行為への類推を論ずる学説(ゲールマン〔Gehrmann〕)の示す設例である[1]。他方で、わが国で無権代理と相続で問題となる典型例は、無権代理人による不動産の処分である。しかも、その際に、しばしば無権代理人は本人の登記済証・印鑑証明を受けた実印などを勝手に使用して、委任状を作成する。あるいは、自己名義に移転登記した上で、自分の名前で処分する。以上のような事情が、他人物売買と無権代理には、社会類型的には殆ど差異がなく、いずれが

[1] Ludwig Gehrmann, Das Problem der Konvaleszenz, Ein Beitrag zur Frage der ausweitenden Anwendbarkeit des §185 BGB, Diss. 1963, S.128f.

行われるかは偶然性に依存すると説かれる[2]背景であると考えられる。ところが、ドイツ法では不動産の処分には公正証書により契約を締結する必要がある。さらに、契約書への署名の本人確認に印鑑証明を利用することもない。したがって、不動産の無権限処分は頻繁には発生しないと考えられる。他方で、動産が被相続人に無権限処分された場合は、相続人（権利者）も無権限処分の存在自体を認識することは困難である。さらに、動産は所在不明だったり、劣化したり、転売されて第三者に善意取得されている可能性もある。以上がドイツ法で無権代理と相続というテーマが、わが国ほどには論じられることのない理由ではないかと推測する。さらに、他人物売主を権利者が相続した場合も、わが国の限定承認・相続放棄とは異なり、ドイツ法では原則として何時でも相続人は遺産管理（Nachlassverwaltung）の申立により、相続財産と自己の財産を分離することが可能である（BGB1975条以下）。したがって、相続による追完（BGB185条２項１文３事例）の実際上の意味は小さいなどと説かれている[3]。結論として、無権代理人の本人相続、本人の無権代理人相続は、ドイツではわが国のように無権代理の重要なテーマの一環として熱心に議論されることはない。

以上を前提としてではあるが、本稿では、ドイツ法の状況を紹介し、その上で、わが国の問題に若干のコメントを試みることとしたい（なお、先述したように、無権代理と相続に関する論考は極めて多いが、以上のような限られた角度からこの問題を検討しようという本稿では、それらの文献を十分に参照・引用できなかったことに、予めお詫びを申し上げたい）。

---

[2] 例えば、我妻栄著・水本浩補訂『民法案内６-１（全訂第１版）』（一粒社・1984年）209頁以下、215頁以下。

[3] Peter Bub, Bamberger-Komm, 1.Aufl., 2003, Beck, §185 Rn.14. 相続人の責任の制限が不可能となるのは、遺産目録（Inventar）の作成の期間を徒過するか（BGB1994条１項２文）、宣誓を拒絶するか（BGB2006条３項）、遺産目録の調製に関する不正行為を犯した場合（BGB2005条１項）に限られるから、相続による追完の実際上の意味は小さいと指摘している。

２．ドイツ法の状況

（１）BGB185条による無権利者の処分の追完の意義

BGB185条は、無権利者の処分が有効となる４つのケースを列挙している。すなわち、同条１項は、権利者の「事前の同意（vorherige Zustimmung=Einwilligung）」、同条２項１文１例は「事後の同意＝追認（nachträgliche Zustimmung=Genehmigung）」により、無権利者の処分が有効となると規定する。以上では、権利変動（処分）を基礎づける権利者の意思（自己決定）に基づいて、処分行為の有効性がもたらされる。したがって、権利者の追認があれば、無権利者の処分は、処分時に遡って有効となる（BGB184条１項）。さらに、同条２項１文２事例の無権利者の「権利取得による追完（Konvaleszenz durch Erwerb）」では、無権利者の処分時に欠缺していた処分権が、権利取得によって補完される。ただし、取得による追完は、処分行為を行った無権利者の自己決定に基づいている。他方で、同条２項１文３事例の「相続による追完（Konvaleszenz durch Beerbung）」の基礎は、包括承継原則（Gesamtrechtsnachfolge）であり、権利者又は処分者の意思に基礎をおかない。つまり、被相続人の履行義務を相続人が包括承継し、相続人の中での権利と義務が一致（Vereinigung von Recht und Pflicht in der Person des Erben）[4]するこ

[4] しばしば文献で引用される、ライヒ裁判所（RG）の判例（RGZ110,94）の表現である。事案は、共同遺言で（処分権の制限された）先位相続人の生存配偶者（夫）が、不動産を処分した。そこで、後位相続人の共同相続人（子・孫）の１人が、相手方に不動産の返還を請求した。その結果、先位相続人の処分にBGB185条２項１文３事例が適用されるかが争われた事例である。遺産債務に対する相続人の責任は制限不可能となってはいないという理由で、RGは請求を認容した。「185条２項１文３事例BGBの立法理由は、相続人の責任が制限されないときは、権利と義務が相続人の人格で一つになるからである。したがって、相続人に移転した被相続人の第三者に対する引渡義務ゆえに、相続人は物を再度返還する義務を負うから、被相続人が相続人が所有する物を譲渡した第三者から、相続人は物の返還を請求できない。だから、相続人は「死者の行為を履行（facta defuncio prästieren）」しなければならない（参照。Motive zu Entw. Ⅰ §310 Bd.2 S.139 Abs.2）反対に、相続人がその責任を遺産に制限したときは、追完はない。なぜなら、権利と義務の一致は生じないからである（1976条、1991条２

とによるものであり、「責任による追完（Heilung kraft Haftung）」[5]とも称されている。以上の無権利者の処分が有効となるケースは、総称して「治癒（Heilung）」又は、「追完（Konvaleszenz）」と呼ばれている[6]。

つまり、追完が権利者の自己決定に基づかない点では、「取得による追完」と「相続による追完」は共通するが、前者は無権限処分者の自己責任に基づく。ところが、「相続による追完」だけは、意思に基づかない追完の例だという点に特殊性がある。権利者が無権利者を無限責任で相続すれば、無権利者の債務の履行を義務づけられる。その結果、権利者は無権利者の処分の追認を強制されることになる。しかし、無権利者の処分が相続により追完されれば、以上の過程は短縮され、相手方の履行請求は不要となる点に、相続による追完の意義があると説明されている[7]。

項）。」

[5] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2（Das Rechtsgeschäft）, 4.Aufl., Springer, 1992, S.916の表現。

[6] 例えば、Staudinger / Gurnsky, 2004, §185 Rn.1を参照。

[7] 前掲注（6）Gursky, §185 Rn.77f. を参照。

ちなみに、通説は、追完の要件として、相続債務に対する権利者（相続人）の責任が最終的に無制限となったときだと解している。例えば、前掲注（6）Grusky, §185 Rn.81. つまり、相続人が裁判所の指示した財産目録の作成期間を徒過したとき（BGB1994条（1）遺産債権者の申立てがあれば、遺産裁判所は、相続人に対して、財産目録調整のための期間を定める必要がある。期間の満了前に財産目録が作成されなかったときは、相続人は遺産債務に対して無限責任を負う。）、財産目録に意図的に不実の記載を行ったとき（BGB2005条（1）遺産の目的物に関して著しく不完全な財産目録の記載を意図的に行い、又は、遺産債権者を害する目的で存在しない債務を記載したときは、相続人は遺産債務に対して無限に責任を負う。第2003条の場合に、相続人が情報の提供を拒絶又は意図的に著しく遅らせたときも同様とする。）の場合である。他方で、反対説は、追完は相続とともに発生し、処分された目的物の所有権は移転するが、相続人が責任の制限を行ったときに失効すると解している。例えば、Carsten Thomas Ebentoth, Erbrecht, Beck, 1992, Rn.772を参照。以上に関して、最近の文献で、法制史と立法資料を検討して、後者の考え方を支持するものとして、Thomas Fikentnauer, Konvaleszenz und Erbenhaftung in §185 Abs.2 S.1 BGB, in Festschrift für Eduard Picker zum 70.Geburtstag am 3. November

（2）相続による追完

（a）上述した限りで、相続による追完の意義は疑問視されていない。ただし、相続による追完の合理性、妥当性を疑問視するのが、ヴァッケ（Wacke）である。かつ、ヴァッケの見解には、わが国の判例・通説の考え方との連続性を見て取ることも可能である。そこで、以下ではヴァッケの論考の骨子を比較的詳細に紹介することとしたい。

（b）ヴァッケは、BGB185条２項の規定する二つの追完の事例の比較から議論を始めている。ヴァッケによれば、取得による追完には合理性がある。この場合は、処分者は自分が権利移転すると約した行為に拘束されるにすぎない。処分者の拘束は、矛盾行為の禁止に根拠がある。処分者が処分の対象を特定承継するか、包括承継するか、後者の場合に被相続人の遺産債務を無限責任で負担するかも無関係である。無権利者が有償・無償で処分したのかも問題にはならない。

反対に、相続による追完は取得による追完の裏返しにすぎないように見えるが、決してそうではない。確かに、この場合も権利者と処分者は後に同一人格となる。しかし、最初は帰属していなかった権利を後に処分者が取得するのではなく、反対に処分者の死後に権利者は相続人として処分者を承継している。だから、この場合に無権限処分が追完される理由は納得がいかない。受益者（相手方）にとっては、処分者の死亡と権利者の相続は偶然の事情である。法的な偶然性の利用は、一般的には許されないはずである。しかも、被相続人は処分の目的物の調達義務（一次的債務）を履行できなかったのだから、本来は履行利益の損害賠償義務（二次的債務）を負うにすぎなかった。したがって、本来は以上の損害賠償義務が、相続人に移転するはずである。ところが、なにゆえ相続人（権利者）に一次的債務の履行が可能だというだけで、二次的債務が一次的債務に変換されるのか不明である。確かに、権利者には履行は可

2010, Mohr, 2010, S.201ff. がある（もっとも、本稿でのテーマの結論とは直接には関係しない。ただし、フィケントナウアーは、相続人が無限責任を負ってから追完が効力を生じると、被相続人からの取得者は目的物の所有権を取得し、いわば一種の「取戻権〔Absonderungsrecht〕を取得したと同様の事態が発生し不当であると、通説を批判している。a.a.O., S.215f.）。

能である。しかし、可能なこと（das Können）は、すべきこと（das Müssen）と同じではない。なぜ、債務超過ではない遺産を相続したのに、相続人は所有権を失うのかは不明である。相続人に選択権が与えられるのが適切であるというのが、ヴァッケの主張である[8]。

さらに、私的自治の観点からは、被相続人といえども相続人を拘束することはできない。相続人の同意だけが、相続人の拘束を正当化する。被相続人は相続人の代理人でもないし、同一人格でもない。その責任を制限できないときは、相続人は自分の物を失わないためには、相続放棄する必要がある。他方で、遺産が債務超過でないなら、損害賠償に応じることは極めて容易である。私的自治の観点からは、効力のない被相続人の処分（wirkungslose Verfügung des Erblassers）は相続人とは無関係である。包括承継の効果も、権利義務の移転に止まる。しかし、前主の行為が法効果を具体的に発生させているときだけ、相続人に承継されるはずである。他方で、自己に属さない権利の被相続人の効力のない処分（ungültige Verfügung des Erblassers）は、相続財産全体に対しては積極財産でも消極財産でもない。権利・義務は別として、無効な処分を承継しないことでは、包括承継といえども変わりはない。したがって、相続による追完は包括承継の限界を超えている[9]。

フルーメ（Flume）が定式化した「相続人の責任による追完（Konvaleszenz durch Erbenhaftung）」は、権利取得による追完とは違う。相続人に責任がある限りで、追完が生じる。被相続人が相続人に属する物を贈与したときは、被相続人の遺産は例外的に権利の瑕疵を担保するに止まる（BGB523条）。したがって、相続人は自己の物を回復できる。なぜなら、所有者は他人物の受贈者より保護されるべきだからである。仮に、受贈者が善意取得しても、BGB816条１項２文で不当利得の返還義務を負うことになる。

加えて、処分者を権利者が相続して主体が一致する以前に、権利者が

---

[8] Andreas Wacke, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten, Zur Dogmatik und vergleichenden Geschichte des §185 Abs.2 BGB, Sav RA 114 (1997), S.197ff., S.197ff.

[9] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.201ff.

追認を拒絶していれば、追完は成立しない。取得による追完も同様である。特に、不履行による損害賠償請求があって、無効な行為の清算が行われていたときは、追完は発生しない[10]。

ドイツ民法典は、追完を民法総則で規定している。しかし、同意や追認と取得・相続による追完を同一視するのは、極めてご都合主義的である。後者は遡及効がない点でも、前者とは異なっている。以上の過度の一般化により、債務負担行為、つまり、処分の対象の調達義務は追完と切り離され、追完は処分行為とだけ関係づけられた。しかし、処分行為の追完はハーゲン（Hagen）の説くように、原因関係（債務負担行為）の有効・無効に依存して然るべきである。かつ、それは取得による追完だけでなく、相続による追完でも同じである[11]。

加えて、権利の瑕疵を修復する善意取得は、追完に優先する。要するに、善意取得の制度があれば、追完は不要である。追完が問題になるのは、善意取得が成立しない場合であり、具体的には、債権譲渡、占有離脱物、占有改定による動産の処分（BGB930条、933条）、さらに、動産取引では取得者が悪意・有過失の場合である。したがって、追完は本来不必要である[12] [13]。

さらに、ヴァッケは、追完の理論の継受に際して決定的な影響を及ぼしたラニエリ（Ranieri）[14]に依拠して、追完の根拠は、（ア）矛盾行為の禁止（venire contra factum proprium）、及び、（イ）追奪担保責任（Eviktionshaftung）だとする。ところが、取得による追完では、（ア）（イ）ともに当てはまるが、相続による追完では、少なくとも（ア）は妥当しない。特に、他人の物の贈与ではそうである。さらに、相続人として追奪担保責任を権利者は負担するが、Diokl.C.（ディオクレティアヌス勅法）8,44,31では、損害賠償して所有物を返還請求することが認められていた。

---

[10] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.202f.

[11] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.203f.

[12] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.204f.

[13] さらに、ヴァッケは、ディゲスタとコーデックスでの追完の検討を行っている。前掲注（８）Wacke, aaO., S.206ff.

[14] ラニエリの論考に関しては、前掲注（８）Wacke, aaO., S.207, Anm.40）を参照。

ところが、相続による追完の特殊性、つまり、権利主体の合致の生じた理由が、普通法では見逃されていた。その結果、相続による追完の準則が、一般的に総則に規定されたというのが、BGB の立法の経緯である。他方で、オーストリア民法、ロマン系の法典は相続による追完の規定をおいていない[15]。

BGB185条２項１文３事例では、遺産債務（Nachlassschulden）に対する相続人の責任が制限できなくなった場合が追完の要件とされている。しかし、これは文言とは反対に、被相続人による無効な譲渡に関する具体的な調達義務（konkret vererbte Verschaffungspflicht）の承継を意味している。BGB185条２項１文３事例では、処分者が調達義務を負担していたなら別だが、始めから履行は不能で、処分者は損害賠償責任を負うに止まる。それにもかかわらず、相続人の責任が被相続人より重いことには納得がいかない。さらに、権利者が共同相続人のときは、共同相続人は連帯して遺産債務を負担するはずである。そうであるにもかかわらず、権利者が他の共同相続人より不利な地位におかれるのは不可解である。しかも、権利者の相続分が僅少な場合には、その不当性は一層際だってくる[16]。

以上のように主張した上で、ヴァッケは BGB185条２項１文３事例は、立法論としては削除するのが妥当であると評価している[17]。つまり、ヴァッケの論拠は、相続以前は被相続人は損害賠償義務を負うに止まった。ところが、有効・無効が確定しない被相続人の処分に、相続人（権利者）が拘束されるのは不当である。反対に、第三者にとっては、相続による追完は偶然の僥倖の利用である。他方で、相続人は自己の意思に基づかず、自己の財産を失うことになって不当である。さらに、相続以前に追認拒絶され、損害賠償で清算されていた場合は、追完の余地はない。共同相続の場合は、権利者だけが不利な地位におかれるのは不当である、ということになる。

（ｃ）他方で、ヴァッケの主張の合理性に正面から反論しているのが、

[15] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.224ff.
[16] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.231.
[17] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.232.

ハーダー（Harder）である。相続による追完に関するハーダーの検討は多岐にわたるが、主にヴァッケに対する反論に関係する部分を紹介する。ハーダーは、BGB185条２項１文３事例の歴史上のモデルは、プロイセン一般ラント法であり、デルンブルグ（Dernburg）によればドイツ法の作り出したものである。自然法論者も、ローマ法の継受以後は、財産目録の作成を怠った相続人の無限責任は、法規定に違背した効果、又は、サンクションだと考えていたと、その由来を説明する[18]。

さらに、通説は、ハーゲンに依拠してBGB185条２項１文３事例で、処分行為の追完を債務負担行為（原因関係）の有効・無効に依存させるが、不当であるとハーダーは指摘する。すなわち、BGB185条２項１文３事例が「相続人が遺産債務に関して制限できない（unbeschränkbar）責任を負担すること」が既に、追完の原因関係への依存を示唆するとされている。つまり、相続財産と固有財産が分離されていれば、相続人は被相続人の法的地位には就かず、その責任も負担せず、追完も生じない。したがって、相続人が自己の物を返還請求しても、相手方の（相続人が返還請求しても、被相続人から承継した履行義務により、再び履行請求を受けることを根拠とする）悪意の抗弁（exceptio doli）の対抗は受けない。さらに、相続人が無限責任を負うという要件で、他の遺産債権者、相続人の債権者に対する取得者の優先権は回避できる。すなわち、遺産管理（Nachlassverwaltung）、又は、相続財産の破産（Nachlassinsolvenz）を申し立てれば、相続財産が無資力で他の債権者が満足を受けられないにもかかわらず、取得者が物を取得して一種の取戻権（Aussonderungsrecht）を行使するのを阻止できる。さらに、処分行為の原因関係である債務負担が、解除、代物弁済で消滅すれば、追完されても物は不当利得返還請求の対象となる。つまり、相続による追完の根拠は、無限責任を負う相続人として被相続人が負担した原因関係に拘束されるからである。だから、BGB185条２項１文３事例は、取得者の履行請求を不要とし、不必

[18] Manfred Harder, Zur Konvaleszenz von Verfügungen eines Nichtberechtigten bei Beerbung durch den Berechtigten, in Hersg. Reinhard Zimmemann, Rolf Knütel, Jens Peter Meinke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Müller, 1999, S.637ff., S.637ff.

要な法的紛争を回避する点にある、というのが通説の説明である[19]。

しかし、ハーダーの主張では、BGB185条２項１文３事例にも、無因原則は適用されるはずである。だから、原因関係を処分行為の追完に持ち込むのは、一種のローマ法への先祖返り（Atavisumus）である。さらに、BGB の立法者は、相続による追完を悪意の抗弁ではなく、「遺産と固有財産の完全な混同（volle Verschmelzung des Eigenvermögens und des Nachlasses（confusio bonorum））」と説明している。つまり、相続人が完全に被相続人の地位に就いたからである。さらに、法律行為に関しては、被相続人の側では処分は浮動的に無効であり、相続人の側では追完を招来するオブリーゲンハイト違反（目録作成の懈怠、虚偽記載）があったことである。したがって、自分が相続したのではない財産の処分の治癒は、天空からの雷ではなく自ら招いた責任である。だから、BGB185条２項１文３事例を（フルーメのように）「取得による追完ではなく、責任による追完（Konvaleszenz nicht kraft erwerb, sondern kraft Haftung）」と説明するのもミスリーディングである。なぜなら、相続放棄しなければ、相続人は相続と共に責任を負担する。しかし、相続人の責任制限が可能な間は、追完は発生しない。だから、BGB185条２項１文３事例の遺産債務（Nachlassverbindlichkeiten）とは、被相続人の処分が原因関係として存在する債務ではない[20]。

さらに、BGB185条２項１文３事例の立法者意思は、「相続人が無限責任を負う場合は、権利と義務の一致が相続人という同一人の中で発生する」からという説明は、ライヒ裁判所（RG）の判例（RGZ110,94ff.）に由来し、これを通説も承継した。しかし、以上は妥当ではなく、RG は二点を見逃していると、ハーダーはいう。BGB1976条は、遺産管理又は相続財産の破産を行えば、権利と義務の一致、又は、権利と負担の一致により消滅すべき法律関係は消滅しなかったものとされる。しかし、これは債権者の債務者の相続か、その反対（債権・債務の混同（Konfusion））、又は、所有権と制限物権の混同（物権の混同（Konsolidation））に限られる。ところが、BGB185条２項１文３事例は、第三者の権利と

[19] 前掲注（18）Harder, aaO., S.643ff.

[20] 前掲注（18）Harder, aaO., S.645f.

だけ関係している。同条の典型事例とは、夫Mが妻Fの金時計を窃取して、善意のXに1000DMで売却した。しかし、時計は盗品だから、Xは所有権を取得しない。後に、Mが死亡し、Fが単独相続人となった。（a）Fの遺産管理、相続財産の破産の申立が可能、又は、欠乏の抗弁（BGB1900条以下）が可能な限り、Mの処分は有効とはならない。しかし、FはXに対して時計の返還請求（BGB985条）はできない。MはXに対して引渡の義務を負い、Fはその債務を承継し、XがFに対して抗弁が可能だからである（BGB986条）。Fは時計を有効に処分できるから、担保責任は発生しない。Fは物を失いたくなければ、遺産管理か相続財産の破産を申し立てれば足る。（b）遺産管理又は破産が開始すれば、Mの処分は無効だから、Fは時計を回復できる。Mの債務はMの遺産から弁済すれば良く、遺産からの履行は不能であり、Xは遺産に対する損害賠償請求に満足することになる。（c）反対に、Fが無限責任を負えば、Xは時計の所有権を取得する。物権や債権の混同や、BGB1976条と、BGB185条２項１文３事例とは無関係である。同条を、被相続人の人格の相続人による存続と説明することは不可能である。このような神秘的説明は、現在では廃棄されている。グスタフ・ベーマー（Gustav Boehmer）の適切な説明によれば、「この場合は、相続人が被相続人の権利領域と自身の権利領域を分離して、被相続人の法律上の関係と拘束を自身の固有財産から分離された遺産とするという、相続人の責任制限の権限が失われることで、被相続人が処分した、他人の、偶然にも相続人に属した・・物や権利の浮動的に無効な処分の主体は、相続後は相続人とみなされる。今や相続人は被相続人による拘束状態の浮動的な処分の地位に就くに至り、自身で処分を行った、つまり、事務の本人（dominus negotii）とみなされる。かつ、相続人には相続人に欠如していた処分権の瑕疵はあてはまらない。なぜなら、相続人は物の所有者であり、処分は相続と共に有効となる。その結果、処分が被相続人による他人物の処分とみなされるときは必要な、BGB185条２項１文１事例が要求する追認は不要となる」[21]からである。要するに、RGのいう権利と義務の一致

[21] Satudinger/Boehmer, 1954, §1922 Rn.218. 前掲注（18）Harder, aaO., S.648, Anm.79.

ではなく、固有財産と相続財産の混同と責任制限が不可能となったことが問題なのである。

さらに、BGB2013条１項１文によれば、相続人が無限責任を負った場合でも、BGB1976条は適用され、相続人の固有財産と相続財産の混同は排除される点も、RG は見過ごしているというのが、ハーダーの主張である[22]。

以上のような考察の結果､ハーダーはヴァッケの見解を批判している。すなわち、被相続人は処分した物の所有権を移転することはできず、損害賠償義務を負っているにすぎなかった。だから、相続により債務が変質し、相続人が履行義務を負うのは納得がいかないとヴァッケは主張する。しかし、債務がとりあえず履行不能なことで、なぜ損害賠償義務が発生するのかは疑問である。BGB185条２項の例では、給付を義務づける処分は浮動的な状態（Schwebezustand）であるにすぎない。同条によれば、債務の履行は可能である。決して、不能となっているわけではない。

さらに、同条の適用の前提として、相続人が財産目録（Inventar）の作成を怠って、固有財産と相続財産の分離（separatio bonurum）を行わず、自ら追完を招来したことが決定的である。責任が制限不可能な場合は､相続財産の資力が十分でも､権利者が所有権を失うのは致し方ない。事実として、法律自体も被相続人が相続人の財産を第三者に無償で譲渡することを認めている（BGB2169条、2170条「相続人に属する財産の遺贈」）。確かに、相続以前と同様に、例えば、ストラディバリの所有権を保持しようという相続人の願望は正当である。しかし、それなら遺産管理又は相続財産の破産の手続を講じるべきだった。相続人は自身の責任で選択権を失っている。

さらに、効力のない被相続人の処分とは相続人は無関係であると、ヴァッケは説いている。権利と義務の移転にすぎない包括承継原則が、以上を変更することはないというのである。しかし、BGB185条２項１文３事例で治癒される処分は、効力がないわけでも無効でもなく、浮動的に有効又は無効である。BGB1922条１項（包括承継・当然承継）で移

[22] 前掲注（18）Harder, aaO., S.646ff.

転するのは、既に基礎づけられた権利・義務だけではなく、不確定な権利・義務も同様である。かつ、その理は、判例・学説の承認を得ている。さらに、相続という偶然性の第三者の利用は不当だとヴァッケは主張する。しかし、相続人の債権者は相続財産に執行可能であり、その反対も同じことである。加えて、ヴァッケは他人物の贈与の場合は、相続による追完は妥当ではないというが、逆にBGB816条１項２文は、善意の受贈者は権利者に対して不当利得返還義務を負うと規定している。しかも、相続人が責任制限の措置を講じておけば、追完はなかった。したがって、このような措置を怠った相続人に回復を許すのは妥当ではない[23]。

以上のハーダーの反論は、ヴァッケの主張との関係では、不確定な権利・義務も包括承継の対象となることを出発点として、遺産管理の手続きを怠ったという点に、権利者自身の自己責任を見いだそうというものである[24]。他方で、取得による追完を疑問視する議論は見あたらない。この場合は、相続による権利・義務の承継ではなく、無権利者が処分時には欠如していた、処分権が後に追加された事例であり、行為者の自己責任に基づくものだからである。

（ｄ）そうすると、議論の分岐点は、以下の評価によると考えられる。ハーダー（通説）の考え方では、他人物の売買（債務負担行為）は、買主の善意・悪意にかかわらず有効である。したがって、売主は履行義務を負う。権利者である相続人は、被相続人（売主）の履行義務を承継する。他方で、処分行為（物権行為）は浮動的に無効である。BGB185条２項１文３事例により、処分行為は有効となる。ゆえに、債務負担行為も処分行為も有効となり、相続人は履行義務を負うということになる。他方で、ヴァッケは、本来は被相続人は処分した物の調達義務を履行することは不能で、損害賠償義務を負うにすぎなかった。以上の被相続人の義務以上の負担を相続人が負うのは、理解できない。包括承継により移転するのは、被相続人の具体的な債務である。したがって、相続人は責任制限の措置を講じることなく、履行義務は負わないというのである。つまり、固有財産と相続財産の分離を行わなかったことに、相続人の帰責性を見いだす

[23] 前掲注（18）Harder, aaO., S.650ff.
[24] 前掲注（18）Harder, aaO., S.654.

のか、及び、不確定の義務を相続人は相続するのかという点に、以上の議論の帰趨は係っていることになる。

それでは、仮に、被相続人の生前に、相続人の権利者が第三者に対して無権限処分の追認を拒絶して、物を返還請求していた場合はどうなるのか。ヴァッケは、この場合の追完を否定していた。ただし、見解は分かれている。否定説の論拠は、浮動的に無効ではなく、確定的に無効となった処分行為が追完される可能性はないということである[25]。以上に加えて、エルトマンは、（現在では削除された）BGB1396条の規定からは否定的であるとも指摘している[26]。反対に、肯定説は、BGB185条２項１文２事例、３事例の追完は、権利者の追認拒絶とは無関係に発生する。反対のケースを考えても、通常は権利者は無権限処分を知らないから、処分の対象を処分者に譲渡した場合でも、権利者の追認の意思が推定されるわけではない。かつ、権利者の追認拒絶が、無権利者の保護の要請につながるわけでもない。取得者の利害状況も変わらないことである。したがって、権利者が追認拒絶しても追完とは無関係だということになる[27]。

（３）取得による追完と相続による追完の無権代理への類推の可否

---

[25] 例えば、RGRK/Steffen, 12.Aufl., 1982, §185 Rn.12.; Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 2.Hb., Duncker, 1918, S.246を参照。

[26] Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Heymann, 1927, §185 Rn.5, γ.

BGB 旧1396条（１）妻が持参財産を夫の同意なしで契約により処分したときは、その有効性は夫の同意の有無により決する。

（２）相手方が夫に同意を催告したときは、同意は相手方に対してだけ行える。催告以前に妻に対して行った追認又は追認拒絶は、効力がない。追認は催告から２週間以内に行うことができる。追認がなかったときは、追認拒絶とみなされる。

（３）夫が追認を拒絶したときは、管理と収益が廃止されたときも、契約は有効とはならない。

[27] 例えば、前掲注（６）Grunsky, §185 Rn.68; Erwin Stöcker, Konvaleszenz nach §185 Ⅱ BGB, 1934, S.30f. を参照。

（ａ）後述するが、わが国で相続による無権代理行為の追完を説いた於保説は、当時のドイツの代表的な学説に依拠したものである。つまり、フォン・トゥール（von Tuhr）、エルトマン（Oertmann）[28]、ニッパーダイ（Nipperdey）[29]などは、BGB185条２項１文２事例、３事例が、無権代理行為にも類推されると解していた。例えば、トゥールは、無権代理人の処分は、追認の他にも、代理人が本人から処分の目的物を取得したとき、又は、本人が無権代理人の遺産債務の責任制限をせず相続した場合にも有効となる。さらに、無権代理人の債務負担行為にも、185条２項１文２事例、３事例の類推が可能であるとしている。かつ、後者の理由付けとして、無権代理人（V）が本人（A）の物を第三者（X）に賃貸し、後にＡを相続したとき、Ｘから賃貸物を返還請求できるのは不当である。なぜなら、追完がなければ、ＶはＸに信頼利益の賠償の責に任じたはずだからだとしている[30]。反対に、本来のBGB185条２項１文３事例では、被相続人の不適切な処分によって、相続人（権利者）が愛着のある物を失う羽目になるのは、若干不当な感じがするとも指摘している[31]。エルトマンは、無権代理人が処分行為を行い、相手方がBGB179条の要件の下に履行請求したときは、自分の名前で処分したように取り扱われる。その結果、そのように行われた処分は自己の名前で行われたと同様になる。つまり、BGB185条の要件で有効になるし、かつ、そうでなければならないとしている[32]。ただし、それ以上に同条の類推に関する積極的な理由付けが行われているわけではない。

（ｂ）他方で、現在の通説、及び、判例は、BGB185条１項２文２事例、３事例の無権代理行為への類推に反対である。同条は明文で、自己の名前での処分を指示している。法律行為の効果は、本人と関係させられている。さらに、無権代理人が善意で信頼利益の賠償義務を負うにすぎな

---

[28] 前掲注（26）Oertmann, aaO., §185, 7.

[29] Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlchen Rechts, 5.Aufl., 2.Hb., 1960, §191, Ⅳ ,2a.

[30] 前掲注（25）von Tuhr, aaO., S.446.

[31] Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 1.Hb., Duncker, 1914, S.385, Anm.126.

[32] 前掲注（26）Oertmann, aaO., §185, 7.

い場合に（BGB179条２項）、追完が認められれば、無権代理人の責任は履行又は履行利益の損害賠償へと不当に強化されるというのである[33] [34]。相手方は、本人に対する催告（BGB177条２項）と、無権代理人に対する選択権（履行、又は、損害賠償請求、BGB179条１項）で十分に保護されているというのであろう。さらに、無権代理に善意の相手方の撤回権（BGB178条）の保護も問題になる。ただし、その理由付けは極めて簡単で、十分に根拠づけられたものとはいえない[35]。

（ｃ）判例も同様に詳細な理由付けは行っていない。その幾つかを紹介しよう（ただし、相続による追完ではなく、取得による追完の事例）[36]。

---

[33] BGB177条（１）無権代理人が本人の名前で契約を締結したときは、本人に対する契約の有効性はその追認に係っている。

（２）相手方が本人に対して追認を催告したときは、追認は相手方に対してだけ可能である。催告以前に代理人に対して行った追認又は追認拒絶は効力を失う。追認は催告の受領から４週間以内に行われる必要がある。追認が表示されないときは、追認は拒絶されたものとみなされる。

BGB178条契約の追認までは、相手方は撤回することができる。ただし、相手方が契約締結時に代理権の欠缺を知っていたときはこの限りではない。撤回の意思表示は、代理人に対して表示できる。

BGB179条（１）代理人として契約を締結した者は、本人が契約の追認を拒絶したときは、その代理権の証明ができない限りは、相手方の選択に従って、相手方に履行又は損害賠償の責に任ずる。

（２）代理人が代理権の欠缺を知らなかったときは、相手方が代理権を信頼したことで被った損害の賠償の責を負うが、契約の有効な場合に相手方が得た利益の額を超えることはない。

（３）相手方が代理権の欠缺を知り又は知りうべき場合は、代理人は責任を負わない。代理人が制限行為能力者の場合も同様であるが、代理人が法定代理人の同意を得て行為していたときはこの限りではない。

[34] 圧倒的な通説だが、例えば、前掲注（６）Grunsky, §185 Rn.2; Münchener/Schramm, 5.Aufl., 2006, §185 Rn.21; Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2.Aufl., Gruyter, 1995, S.560（Rn.1357）を参照。

[35] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.127; Mathias Habersack, Erbenhaftung und Konvaleszenz, JZ1991, S.70ff., S.71は、そのことを指摘している。

[36] BGB185条２項１文２事例、３事例が無権代理に類推されないことのリーディングケースとして、しばしば引用されるライヒ裁判所の判例（RG HRR

（ア）バイエルン高裁1956年５月18日決定（NJW 1956,1279）

未亡人が本件土地を処分した1955年５月14日には、２筆の本件土地は３人の共同相続人（未亡人とその２人の未成年子）に合有で帰属していた。未亡人は、BGB2040条により自己の名前とその子の名前で、土地を処分した。ただし、そのためには、未亡人が子の法定代理人として行為している限り、BGB1821条１項１号、1643条、1686条で後見裁判所の追認が必要であった。未成年の共同売主を考慮して後見裁判所の追認に売買契約の有効性が依存していることは、公正証書も明示的に明らかにしていた。ところが、後見裁判所の追認は与えられなかった。ただし、本件土地は（一部の）遺産分割の結果、未亡人の単独所有となっていた。

「未亡人が移転登記の後に土地の単独所有権を取得した事実は、未亡人が無権利でも自己の名前で処分していたら、処分（移転登記）を完全に有効としたであろう。この場合には後見裁判所の追認は始めから問題にならず、185条２項１文３事例による治癒が可能だったであろう。なぜなら、同条によれば、無権利者の目的に対する処分は、無権利者が目的を取得したときは、有効となるからである。つまり、無権利者が自己の名前で行った処分であり（RGZ53,274; OLG München, JFG22, S.12/14）、かつ、無権利者の後の目的の取得と同時に有効となる（追完）（RGZ89,158; 135,383）。以上の治癒は不動産取引にもあてはまる。しかし、無権利者が他人の名前で行った処分には、BGB185条は適用されず、185条２項１文２事例による治癒は排除される（RG, HRR 1934 Nr.1276; OLG München Ⅰ, DNotZ50,33; Palandt, BGB 15.Aufl. Anm.2 zu §185; Ermann, BGB Anm.4 zu §185; RGRK Komm., 10.Aufl. Anm.4 zu §185; Staudinger-Riezler, 10.Aufl. Randn.4 zu §185）。」

したがって、未亡人の処分時の移転登記の意思表示は、その目的を失っている。ゆえに、移転登記には未亡人の新たな意思表示が必要である。

（イ）フランクフルト高裁1996年８月19日決定（MDR 1996,1293）

当事者２は、その母親、兄弟と共に、遺産分割前に土地の所有者の登記を受けた。その上で、1984年10月12日に、自己の名前と、同時に共同相続人の無権代理人として土地を売却し、当事者１のために仮登記に同

1934 Nr.1276）は参照できなかった点も、ここで明記すべきであろう。

意した。その後、1991年７月１日、遺産分割で土地は当事者２の単独所有とされた。1994年12月19日に、当事者２は土地の単独所有者として登記を受けた。1994年12月27日に、当事者２はBGB185条２項の類推で以前の仮登記申請の承認に拘束されるという理由で、当事者１は仮登記を申請した。原審は、GBO（不登記法）29条の方式での当事者２の追認の提出を求めた。当事者１の不服申立は棄却された。

「所有者が申請した場合（GBO19条）、及び、所有者又は仮登記権利者がGBO13条１項により登記を申請したときは、所有権移転の仮登記は登記簿に記載される。当事者２が仮登記に同意したときは、土地所有者は当事者２と母親・兄弟だった。仮登記申請は、この３人によって行われることが必要だった。確かに、登記申請はあったが、それは当事者２が母親と兄弟の無権代理人として申請したものである。確かに、無権代理人は登記申請が可能であり、後に本人が追認すれば有効である。しかし、当事者２が代理した本人２人の追認は提出されなかった。ところが、当事者１の見解は、当事者２は土地所有権を取得したから、BGB185条２項で、当事者１が代理した母親と兄弟の遡及的な追認があったとみなされるというのである。以上の見解を原審（LG）支持せず、妥当である。

「当事者１は、本件では185条２項ではなく、177条以下が問題だという点を看過している。通説によれば、185条２項が適用されるのは、無権利者が自分の名前で他人の権利を処分した場合（だけ）である（つまり、契約当事者の場合）。反対に、意識して他人のために、（真実の）権利者の名前で行為したときは、代理が存在し、本人が契約相手方であるから、同条は適用されない。185条の意味での『処分者』は、その場合は本人である（RG HHR 1934 Nr.1276; BayObLG NJW1956,1279,1280; Senat in OLGZ1984,11,13; Soergel/Leptien BGB 12.Aufl. Rn.13; RGRK/Steffen BGB 12.Aufl. Rn.10; Ermann/Brox BGB 9.Aufl. Rn.104, je zu §185）。従って、無権代理人の処分は代理人による権利取得によっては185条２項１文で有効とはならない。代理人の行為の効果は、明示的に本人と関係づけられている。

当事者２が単独所有者として登記されたことで、本人（母親、兄弟）は許諾権限を失ったゆえ、当事者２は、仮登記申請をGBO29条の方式で追認する必要がある。」

（ｄ）そこで、以上のような判例・通説に疑問を呈し、BGB185条２項１文２事例、３事例の無権代理への類推適用を説く、ゲールマン（Gehrmann）、及び、３事例の制限的な類推適用を提唱するハーベルザック（Habersack）の議論を紹介することとしよう。

ゲールマンは、冒頭に紹介したケースを前提として、無権代理人（H）が指輪を取り戻せるのは不当だと問題提起する[37]。その上で、ゲールマンは、追完は無効な処分行為を有効とするものだが、その基礎となるのは原因関係である債務負担行為だとする。かつ、このことは、他人物を処分した者が、後にその物の返還を請求した場合に、受益者が悪意の抗弁（exceptio doli）を対抗できることを、実体化して追完により処分行為を有効としたBGB185条２項１文２事例の沿革にも合致するという。さらに、BGB185条２項１文３事例が、権利者が処分者を相続し遺産債務（Nachlassverbindlichkeiten）に対して制限できない責任を負った場合という文言とも合致すると主張する[38]。その上で、クローメ（Crome）とエンデマン（Endemann）は、無権利者が相続で処分の目的物を取得した後に追認を拒絶するのは、信義則（Treu und Glauben）に反するからだと説明している。トゥールも、相続による追完を相続人は被相続人の法的地位を承継するから、被相続人の行為の責めに任ずる必要があるとしている。つまり、債務の承継が重要であると指摘していることになる。だから、相続人に調達義務（Verschaffungspflicht）がある場合に、追完が発生することになる。以上のトゥールの考え方も、BGB185条２項１文２事例、３事例追完の基礎は、債務の存在にあるという考え方を支持する[39]。つまり、以上の追完は、取得者と相続人の間に履行請求権が成立する場合に限って、公平ゆえに要請されている。反対に、通説が、追完の根拠が「権限と処分の合致」であり、法的安定性と簡便性で説明するなら、以上の本来の制度趣旨を見誤っているというのが、ゲールマンの主張である。その結果、「185条２項１文の最後の２つの追完の根拠は、取得した無権利者、ないしは、無権利者の行為に無制限に責任を負

[37] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.129.
[38] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.131ff.
[39] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.139ff.

う相続人の調達義務（Vershaffungspflicht）、つまり、履行義務（Erfüllungspflicht）である」というテーゼが引き出される[40]。

その結果、ゲールマンによれば、冒頭の事例の解決は以下のようになる。父親（E）は息子（H）の無権代理行為の効果帰属を決定する権利を有している。Eが追認も追認拒絶もせず死亡した場合、一応は包括承継で決定権はHに帰属する。以上の決定権は相続可能な権利だからである。その結果、Hは相手方（K）に対して時計の返還を請求できるようにも見える。しかし、ゲールマンによれば、185条２項１文２事例、３事例の制度趣旨が、自分で決定したことの履行義務を負う行為者の責任（Verantwortung）にある以上は、Hは履行義務を負う。つまり、Hの責任が被相続人Eの決定権を排除する。Hは無権代理人としてではあるが、他人の権利領域での自己のルールを決定したからには、浮動的に無効な債務（無権代理人の履行義務）を履行する必要がある。仮に、Hが浮動的に無効な売買契約を終局的に無効とすることが許されるなら、私的自治の原則に反することになる。したがって、Hは売買契約の追認の義務があるということになる。その結果、原因関係が有効なら、浮動的に無効な所有権の移転も同様に有効となる。

以上の結論は、無権代理人が相続以外で売買の目的物を取得した場合も同様である。

さらに、無権代理人の相続、又は、買得以前に、本人（権利者）が追認拒絶した場合も、BGB179条１項によれば、無権代理人は相手方の選択により履行又は損害賠償の責任を負っていた。したがって、相手方が履行を選択すれば、無権代理人は履行義務を負う。つまり、履行又は損害賠償は、相手方の選択に依存することになる。

ただし、相手方が代理権の欠缺を知っていたときは（BGB179条２項）、損害賠償は信頼利益に止まる。

以上の理は、本人が無権代理人を相続して、遺産債務への責任の制限が不可能となった場合にもあてはまる[41]というのが、ゲールマンの主張である。このようなゲールマンの主張は、矛盾行為を禁止する信義則に

[40] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.140f.

[41] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., 141ff.

反するがゆえに、無権代理人は追認拒絶できないというわが国の判例・通説に酷似している。わが国の判例・学説と異なるのは、そのことを明言しているわけではないが、本人が無権代理人を相続して、相続財産に責任を制限できなくなったことは、本人の自己責任だと、ゲールマンが考えていることである。さらに、善意の無権代理人の本人の相続では、代理人の責任を BGB179条２項による信頼利益の賠償に制限している。ただし、この違いは、善意の無権代理人の責任に対するわが国（民117条）とドイツ法（BGB179条２項）の規定の違いに由来する。

（ｄ－１）ハーベルザックは、相続による追完（BGB185条２項１文３事例）に限って、かつ、それを無権代理人の処分行為だけでなく、債務負担行為にも類推すべきことを説いている。かつ、ハーベルザックの問題意識は、実務上は存在価値の少ない同条の適用範囲を拡大することである[42]。

ハーベルザックは、無権代理人の処分への同条の類推の必要性は、法の欠缺の存在と自己の名前で処分したときと無権代理人の処分の場合との類似性に係っているとする。かつ、欠缺の存在の有無は、無権代理人が死亡した場合の相続人の責任を検討することで明らかになるとする。

無権代理人は相手方に対して、BGB179条１項で履行又は損害賠償の責任を負う。同条の債務は、代理人の相続債務となり、1922条、1967条で本人は同様の責任を負う。但し、同条の責任の発生の要件は、本人が無権代理行為の追認を拒絶して、法律行為が確定的に無効（endgültig unwirksam）となることである。反対に、無権代理人が善意なら、代理人は消極的損害の賠償義務を負うに止まる（179条２項）。相手方が代理権の欠缺に悪意又は過失があるときは、代理人は責任を免れ、相続人も同様である。したがって、185条２項１文３事例の類推が必要なのは、179条１項で相手方が履行請求が可能で、かつ、相続人が履行義務を負う場合である。追完の類推適用は、悪意の抗弁の物権化につながり、相手方は履行請求を省略できるというのが、ハーベルザックの出発点である[43]。

---

[42] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.70.

[43] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.70ff.

他方で、通説は、無権代理行為への同条の類推適用を否定するが、十分な理由付けはされていない。反対に、最近の文献では、ティーレ（Thiele）が、本人が無限責任を負い、処分行為が浮動的に無効で、相手方が履行請求権を有している場合に類推を肯定している。

さらに、同条が責任による追完を規定する以上、相手方の債権的請求権が存在することが同条の前提であるという、相続債務を無制限に負担するという文言も、同様の理を示しているとハーベルザックは考える。さらに、相続債務に無限責任を負うという要件で、他の相続債権者に対して相手方（取得者）が一種の優先弁済権を得ることが防止されている。つまり、相続人の財産が不足している場合に、履行請求を不能とすることで、相手方のいわば取戻権のような優先権は防止されている。以上を総括して、ハーベルザックは、責任による追完の必要性は、取得者の保護と共に訴訟経済を、悪意の抗弁の物権化で実現ことにあるとしている[44]。

そう考えると、追完の要件は、取得者が保護に値し、相続人とそれ以外の相続債権者が不利益を受けず、かつ、訴訟経済に合致する場合であるというのが、ハーベルザックの見解である。したがって、追完の要件は、取得者の権利取得に法律上の原因の存在する場合だけであり、つまりは、179条１項の履行請求が可能な場合に限られる。さらに、相続財産が不足し、相続人が無限責任を負わないときは、取得者以外の相続債権者は按分比例の配当に甘んじることになるから、取得者は優先弁済を受けることになり不当である。したがって、追完の要件は、相続人の無限責任の最終的な確定である。

さらに、ハーベルザックは、ティーレが相手方が履行請求が可能で、かつ、（185条の追完の要件に忠実に）処分行為が浮動的に無効の場合に類推を制限することを批判する。つまり、通常は本人の追認拒絶は債務負担行為、処分行為の双方に対して行われるから、類推適用の実際的な可能性が著しく減じられるからである。そこで、ハーベルザックは類推適用を凡そ意味あらしめるには、２つの可能性があるという。第１は、債務負担行為が浮動的に無効で条件付きで存在する179条１項の履行請

[44] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.71f.

求が、追完を正当化する法律上の原因とみなすことである。第２が、債務負担行為も処分行為も最終的に拒絶された場合に、追完が発生すると考えることである。しかし、185条２項１文３事例の趣旨は、悪意の抗弁の物権化である。だから、これが当てはまるのは、相続人が相手方から179条１項の履行請求を受けている場合である。しかし、債務負担行為が浮動的に無効の場合に、追完が発生すると、悪意の抗弁の物権化という制度趣旨を大きく逸脱する。したがって、処分行為が浮動的に無効なことは追完の要件ではなく、債務負担行為の浮動的無効は追完を阻止することになるというのが、ハーベルザックの結論である。つまり、債務負担行為が浮動的に無効な場合は、追完は発生しないとハーベルザックは解している[45]。

さらに、代理人が善意の場合、相手方が悪意又は有過失のときも、追完は発生しない[46]。

以上が、BGB185条２項１文３事例の類推適用により、無権代理行為が追完される場合である。つまり、ハーベルザックは、通説でも相手方が本人に対して履行請求が可能な場合に、相手方の履行請求を不要とできる点に、同条の類推の意味を認めていることになる[47] [48]。したがって、ハーベルザックの議論は、ドイツの通説の立場と大きく隔たったものではない。その理由は、本人の履行拒絶がなければ、相手方の（履行又は損害賠償の）選択権（BGB179条１項）は発生しないと解している（文言通りの通説の立場[49]）からである。さらに、相手方の選択権が発生し、相手方が履行を選択すれば、履行義務を負った無権代理人の相続債務に対して無限責任を負った場合は、本人も履行拒絶できないと解している

---

[45] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.72f.

[46] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.72.

[47] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.75.

[48] さらに、ハーベルザックの無権代理人の債務負担行為への185条２項１文３事例の類推を支持する議論を展開しているが（Habersack, aaO., S.73ff.）、その紹介は省略する。

[49] 例えば、前掲注（６）Grunsky, §179 Rn.6,8b）; Münchener/Shramm, 5.Aufl., 2006, §185 Rn.21; Soergel/Leptien, 13.Aufl., 1999, §179 Rn.5b）; RGRK/Steffen, 12.Aufl., 1982, §185 Rn.3などを参照。

点で、わが国の判例・通説と大きく異なっている。

（4）ドイツ法の議論の整理

以上のドイツ法の通説の考え方は、わが国から見ると、極めて形式論理的であるようにも見える。自己の名前で他人物を売買し、権利者が相続し、相続債務への無限責任が確定すれば、追完により相手方は履行請求が可能である。ところが、権利者が無権限処分者の生前に追認拒絶していた場合は、無効が確定するから追完の余地はないとするのが多数説であった。他方で、他人の名前で処分すれば、本人が追認拒絶した場合（又は、相手方が催告して追認拒絶が擬制された場合）は、相手方は本人に対しても履行請求が可能である。なぜなら、本人からの追認拒絶によって、始めて相手方の選択権（BGB179条１項）が発生しているからである。しかし、追認も追認拒絶もない場合は、本人が追認拒絶できるのは当然としても、本人を相続した無権代理人も履行拒絶が可能である。以上の結論が違ってくる理由は、確定的に発生した相手方の履行請求権が、無限責任を伴って相続されるか否かで、結論が分かれるからである[50]。

しかし、以上の場合に、BGB185条２項１文３事例の実務上の意味は小さいと指摘されるように、相続人には常に相続債務の相続財産への責任制限の可能性が与えられている。だから、相続による追完の制度自体を批判するヴァッケに対して、ハーダーは責任制限の措置を怠った相続人（権利者）の自己責任を強調していた。その上で、具体的に発生した義務の相続の有無で問題を解決するのが、ドイツの通説の立場であった。したがって、無権代理行為が浮動的に無効な場合に185条２項１文２事例、３事例を類推するゲールマンの議論は、ドイツ法では一般的には受け入れられがたいものであろう。要するに、ドイツの議論では、わが国で強調される矛盾行為の禁止の要請（信義則違背）よりも、相続の原則

[50] Pfeifer, Rechtsvergleichende Kommentierung zu Nr.23 Haftung des Vertretenen, der Vertreter ohne Vertretungsmacht beerbt, und das Verhältnis zu §177 Minpo, in Japanische Entscheidungen zum Bürgerlichen Recht, Ⅰ. Allgemeiner Teil und Sachenrecht, Heymann, 2004, S.193f. も参照。

が優先していると評価することも可能であると考える。ただし、それは相続債務を相続財産に制限することが、原則として何時でも可能という前提の下でであった。

3．わが国の判例・学説ードイツ法との対比ー

（1）追完に関するわが国の学説の出発点

無権限処分の追完、及び、無権代理行為の追完を、わが国で最初に纏まった形で提示したのは、於保説であろう。於保説より以前のわが国の代表的な体系書は、他人物売買、追認、無権代理の項目で、以上の問題を連続性を前提に取り扱ってはいなかった[51]。ところが、1935年に「追完（Konvaleszenz）について」という論考で、於保説は、無効な行為の追完の可能性を説くとともに、自分の名前での無効な処分行為の追完、債務負担行為の追完の可能性と並んで、無権代理行為の追完の余地を説いている。具体的には、（ア）本人からの追認拒絶がなく、無権代理人が本人を相続したときは、単純承認なら無権代理行為（処分行為、債務負担行為）は有効となる。限定承認したときは、無権代理人は相続財産につき処分権を取得しないから、追完はなく、後に処分権を取得した始めて追完される。（イ）本人の無権代理人相続では、単純承認では被相続人（無権代理人）の権利・義務を承継するから、追完が生じる。限定承認では、本人は追認の拒絶が可能であり、遺産債務が無権代理人の責任を定める民117条で処理される。他方で、（ウ）追認拒絶があった場合は、無権代理人は既に民117条の責任を負担している。そこで、単純承認なら、相手方が損害賠償を選択しない限り、無権代理人は取得による追完、本人では相続による追完（責任による追完）ということになる。限定承認では、本人は追認拒絶が可能だが、無権代理人では遺産分割の結果で遺

[51] 例えば、鳩山秀雄『日本民法総論（下）』（岩波・1923年）、石田文治郎『現行民法総論』（弘文堂・1930年）の無権代理と法律行為の無効とその追認に関する記述。鳩山秀雄『増訂・日本債権法総論（上）』（岩波・1923年）、末弘厳太郎『債権各論』（1917年）の他人物売買に関する記述を参照。

産の限度で履行可能か否かで結論が決まるとしている[52] [53]。

以上は、２．で紹介した、ドイツの古い学説を参照した結果である。具体的に於保説が引用する文献も、無権代理行為へのBGB185条２項１文２事例、３事例の類推適用を支持する、Stöcker, v. Tuhr, Oertmann, Enneccerus[54]であり、特に依拠しているのが、当時の最新の研究であるシュテッカー（Stöcker）[55]の論考であった。つまり、上述した於保説の紹介からも分かるとおり、そこでは追完とともに相続での遺産債務に対する相続人の責任の限定の可能性が併せて考慮されていた。ところが、周知の通り、その後のわが国の議論の展開は権限のない行為者の責任を強調して、相続のルールを視野の外におくという展開を示している。以下では、他人物の売買と無権代理で、その経緯を概観しておく。

（２）他人物の売主の権利取得と、権利者の他人物売主の相続

（ａ）他人物の売主の権利取得

大判大8・5・7（民録25・1258）では、Ｂが自身をＡの家督相続人と

---

[52] 於保不二雄「追完（Konvaleszenz）について」『財産管理論序説』（有斐閣・1954年）243頁以下、270頁以下、273頁以下（初出、論叢33巻１号（1935年））。

[53] 於保の先行研究である、田島順「非権利者の処分と其追完」論叢33巻２号431頁以下も参照。さらに、取得による追完、相続による追完の双方に対して懐疑的な、浅井清信の書評も参照。法時７巻４号46頁以下。

[54] ただし、於保が無権代理行為の追完を提案する部分で引用している文献は、無権代理人の本人相続では、無権限処分の追完のBGB185条２項１文２事例に関する記述であり、相続債務の制限の有無に関する議論である。前掲・於保276頁注⑥⑦を参照。他方で、本人が無権代理人を相続した場合に関しては、Enneccerus, Oertmann 及び、Stöcker を参照している。かつ、Enneccerus, §191 Ⅳ2a と Oertmann §185, 7は、各々前掲注（29）（28）の部分であり、BGB185条２項１文３事例の無権代理への類推を説く部分である。Stöcker（前掲注（27））S.16は、エネクツェルス／ニッパーダイとエルトマンを引用して類推肯定説を紹介した上で、本人の追認があれば、類推は不要。かつBGB185条２項の取得による追完、相続による追完の類推に関して、相手方の選択権を奪うことにあるから、無条件での類推には反対である。相手方が履行を選択した場合にだけ、類推が肯定されるとしている。

[55] 前掲注（27）Stöcker を参照。

誤信して、A 所有の不動産を C に売却した後に、D が B を遺産相続し、さらに、A も家督相続した。D の C からの転得者 E に対する登記の抹消請求を認容した原判決を破棄した事例である。原審が、B → C → E の移転登記は権利移転を伴わない無効な登記であるとしたのに対して、大審院は、他人物の売主は権利を取得して移転する義務を負い、かつ、売主が後に権利取得した場合は、なんらの意思表示を必要とすることなく、当然に売買の目的物の所有権は買主に移転すると判示している。かつ、物権移転の意思表示は不要で、売買契約によって所有権も移転すると説示している。だから、B を相続した D が B の他人物の売主の義務を承継したという点を除くと、他人物売主の権利取得による追完を認めた例だと評価しうる。

他方で、最判昭40・11・19（民集19・8・2003）は、A が B に汽船を注文し、B は完成・引渡したが、A が代金を払わないので、B は船舶の所有権を回復した。他方で、A は船舶の備品を C に自己の物として譲渡し、占有改定を約した。その後（昭和35年７月８日）、A は B に代金を支払って、船舶の引渡を受けた。ところが、同日 A は D に対して同船舶に根抵当権を設定し、同月13日に登記を了した。その後、E に対しても船舶に根抵当権を設定している。DE の抵当権の実行に対して、C が第三者異議の訴を提起したというケースである。ここでも、最高裁は、なんらの意思表示を要せず、他人物売主が権利取得した場合は、即座に買主に権利帰属すると判示している。このケースでは、DE の抵当権の設定登記より、C の先行する占有改定の具備が先である。したがって、A の権利取得と同時に、C は確定的に対抗要件を具備している。結論として、取得による追完を認めた例といえよう。

さらに、大阪高判昭50・6・17（判時792・45）は、国に農地を買収された A が、再度国から買収農地の売払を受ける可能性があること前提に、小作人 B に譲渡し代金を受領したので、A を相続して売払を受けた C に対して、B が移転登記を請求した事案である。大阪高裁は、無権限処分者を相続した者が、後に権利取得した場合は、信義則に反しないと認められるような特別の事情のないなかぎり、売主としての履行義務を拒否することができないと判示している。C の A の相続を捨象すると、他人物売主が権利取得した場合の追完を認めた事案といえる。

つまり、以上の限りで、わが国の判例・学説[56]も、取得による追完は認めているといえる。ここでは、相続による被相続人の権利・義務の包括承継の要素は無関係である。さらに、取得による追完は、無権限処分者の自己責任に基づくから、いわば当然の理を承認したものと評することも可能であろう。

（ｂ）権利者の他人物売主の相続

他方で、他人物売主の相続のケースでは、周知の通り、当初は判例は、「売主およびその相続人の共有不動産が売買の目的とされた場合において、売主が死亡し、相続人が限定承認をしなかったときは、買主が当該不動産の共有者を知っていたかどうかを問わず、相続人は、無限に売主である被相続人の権利義務を承継するから、右売買契約成立当時、共有者の一員として、当該不動産に持分を有していたことを理由とし、その持分について右売買契約における売主の履行義務を拒みえない」（最判昭38・12・27民集17・12・1854）としていた。さらに、同判例の調査官解説も、権利者が無権限処分者を単純承認したか限定承認かを重視していた[57]。ところが、この判例に対して、周知のように学説は極めて批判的であった。

その結果、後に判例は見解を改め、「権利者は相続により売主の売買契約上の義務ないし地位を承継するが、そのために権利者自身が売買契約を締結したことになるものではないことはもちろん、これによって売買の目的とされた権利が当然に買主に移転するものと解すべき根拠もない。また、権利者は、その権利により、相続人として承継した売主としての義務を直ちに履行することができるが、他面において、権利者としてその権利の移転につき許諾の自由を保有しているのであって、それが相続による売主の義務の承継という偶然の事情によって左右されるべき

[56] 例えば、『新版・注釈民法（６）』（有斐閣・1997年）［山本進一］235頁、『新版・注釈民法（14）』（有斐閣・1993年）［高橋眞］193頁を参照。

[57] 『最高裁判所判例解説・民事編・昭和38年度』（法曹会・1964年）（桝田文郎）444頁。さらに、無権代理人の本人相続の場合とも比較して、無権代理により本人はもとより無権代理人も当該行為の結果としては義務を負わないから、同列には論じられないとしている。444頁以下。

理由はなく、また権利者がその権利の移転を拒否したからといって買主が不測の不利益を受けるというわけでもない。それゆえ、権利者は、相続によって売主の権利ないし地位を承継しても、相続前と同様その権利の移転につき許諾の自由を保有し、信義則に反すると認められるような特段の事情のないかぎり、右売買契約上の売主としての履行義務を拒否することができるものと解するのが、相当である」（最判昭49・9・4民集28・6・1169）と判示した。

学説は、現在でも、限定承認しない限り、権利者は履行義務を負うとするもの[58]と、判例を支持するものがあり[59]、後者が多数なのは周知の通りである。ただし、泉説は、限定承認しても、権利者は履行義務を免れないとしている[60]。

結論として、判例・多数説の立場では、相続による追完は認められないこととなる。つまり、民561条で履行義務を負った無権限処分者の責任を、単純承認した権利者も承継しないということになる。

（3）無権代理人の権利取得・本人相続

（a）無権代理人の権利取得

最判昭34・6・18（民集13・6・737）は、無権代理人B（妻）が本人A（夫）の土地をCに賃貸した後、Aから土地を取得すれば、BC間の賃貸借は所有者との関係でも有効となるとしている。さらに、最判昭41・4・26（民集20・4・862）は、無権代理人BがAの土地をCに処分し、後にAから土地を取得し、Cが履行を選択すれば、117条の履行請求の効果として、売買契約はBC間で成立したと解すべきであると判示している。つまり、無権代理の場合も、取得による追完が認められていることになる。

（b）無権代理人の本人相続

古くから判例は、無権代理人の本人相続によって、無権代理行為が有効となることを認めてきた。例えば、大判昭和2・3・22（民集6・3・

---

[58] 三宅正夫『契約法（各論）上』（青林書院・1983年）230頁以下。

[59] 例えば、内田貴『民法Ⅱ（第3版）』（東大出版・2011年）151頁以下、山本敬三『民法講義Ⅳ-1』（有斐閣・2005年）249頁以下など参照。

[60] 泉久夫「民事判例批評」専修大学論集No.35、92頁以下、94頁以下。

106）は、本人が追認も追認拒絶もせず死亡したケースで、「無権代理人が本人を相続し本人と代理人との資格が同一人に帰するに至りたる以上、本人が自ら法律行為を為したると同一の法律上の地位を生じたると解するを相当とす」と判示していた。最高裁の判例（最判昭40・6・18民集19・4・986）も、無権代理人ＢがＡの不動産を処分し、追認も追認拒絶もしなかったＡを単独相続した場合に、「本人自らが法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当」と判示している。したがって、無権代理人が単独相続した場合は、当然に追完されるということになる。ちなみに、上記の判例は、学説ではいわゆる「資格融合説」と分類されており、悪意の相手方まで保護されること、相手方の取消権を奪うことの不当性が批判されている[61]。仮に、善意の無権代理人の責任を信頼利益の賠償に制限するBGB179条２項のような規定が民法に存在すれば、一般論としても資格融合説はとりにくかったであろうと考えられる。

さらに、無権代理人ＢがＡを共同相続した場合は、「無権代理行為を追認する権利は、その性質上相続人全員に帰属する・・から、共同相続人全員が共同して行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではない。・・・他の共同相続人全員が無権代理の追認をしている場合に無権代理人が追認拒絶するのは信義則上許されない・・・他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても、当然に有効となるものではない」（最判平5・1・21民集47・1・265）とする。つまり、共同相続の場合は、無権代理行為は一部だけ有効とはならない。追認権は不可分である。しかし、他の共同相続人が追認した場合は、無権代理人は信義則上追認を拒めない。以上は、確かに無権代理人が相続により本人の地位を承継した例である。しかし、相続は取得原因にすぎない。無権代理人が責任を承継したわけではない。したがって、この場合は、取得による追完が無権代理行為でも認められたケースである。つまり、相続による責任の承継が固有に問題となるのは、本人が無権代理人を相続したケースである。

---

[61] 例えば、佐久間毅『民法の基礎１（第４版）』（有斐閣・2018年）302頁以下を参照。

（4）本人の無権代理人相続

ここでも、周知の通り、一見矛盾する判例がある。まず、最判昭37・4・20（民集16・4・955）は、本人が追認も追認拒絶もせず無権代理人を相続して、無権代理行為の追認を拒絶しても、信義則には反しないから、相続により当然に有効にはならないとした[62]。かつ、この判決が、他人物売主を相続した権利者の追認拒絶を認めた判例（最判昭49・9・4民集28・6・1169）に影響を与えたことも周知の通りである。しかし、他方で、最判昭48・7・3（民集27・7・751）は、無権代理人が117条の債務を相手方に負担している場合、本人は相続により無権代理人の債務を承継し、本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあったからといって右債務を免れることはできないと判示した。ただし、学説の理解では、判決の事案は保証債務の無権代理のケースであり、履行と損害賠償は殆ど変わりはない。反対に、特定物の履行義務の場合は、本人は拒絶できると解するものが圧倒的である[63]。本人は無権代理人の履行責任は負わない。したがって、判例・通説の立場では、相続による責任の承継はないものと考えるべきであろう。そうすると、他人物の自分の名前での処分と同様に、無権代理でも相続による追完は認められていない。つまり、相続による包括承継の原則は、意図的に無視されていることになる。しかし、第三者が無権代理人と本人を二重相続したケースでは、包括承継原則が重視されるのか、無権代理人の権利取得が優先するのかが問われることになる。

（5）二重相続のケース

ここでは、一方で、無権代理人を相続した者が本人を相続した場合に、「本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はなく、本人自らが

---

[62] ただし、同判決の調査官解説は、相手方が民117条の無権代理人に対する責任追及の要件を具備していれば、当然に有効になるものと解すべきだとしていた。つまり、相続の原則を重視していた。『最高裁判所判例解説・民事編・昭和37年度』（法曹会・1966年）（川添利起）143頁以下、146頁。

[63] 内田貴『民法Ⅰ（第４版）』（東大出版・2008年）177頁、山本敬三『民法講義Ⅰ（第２版）』（有斐閣・2005年）344頁、前掲注（61）佐久間310頁以下など参照。

法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずるものと解するのが相当である」（最判昭63・3・1判時1312・92）という判例がある。しかし、学説の多くは、本人を相続するか無権代理人かは偶然に係っているとして、この判決を支持してはいない[64]。

他方で、BがAを無権代理してA所有不動産にCのために抵当権を設定した後に、Bが死亡した。そこで、Bの相続人B1、B2、B3は限定承認し、Aに禁治産宣告し、B1が後見人となり、Aを代理してBの無権代理行為を追認拒絶し、Cに抵当権の抹消を請求したが、訴訟係続中にAが死亡し、B2、B3が相続したというケースで、最判平10・7・17（民集52・5・1296）は、本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合は、その後に無権代理人が相続したとしても、無権代理行為が有効となるものではない。無権代理人が、本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということはできないと判示している。この判例の学説上の評価は、区々に分かれている。ただし、結論には賛成している[65]。ただし、学説は限定承認の効果を特に重視していない[66]。しかし、民117条1項による無権代理人の責任は、本人が追認拒絶しても間違いなく発生するはずである。確かに、本人が追認拒絶すれば、本人に無権代理行為が効果帰属しないことは確定する。しかし、民117条の無権代理人の責任が発生した後に、第三者が無権代理人を相続した場合は、第三者が無権代理人の責任を負担することは間違いない。その結果は、確かに履行は不能であり、損害賠償義務を負うに止まる。しかし、現実に相手方が履行又は損害賠償請求の選択権を行使していない間に、無権代理人を相続した者が本人を相続すれば、無権代理人の権利取得と同一のケースだと考えることも可能である。以上は包括承継の原則を優先させた考え方である。もっとも、本判決の事例では、第三者は無権代

[64] 前掲注（63）内田178頁以下、前掲注（61）佐久間312頁以下などを参照。

[65] 例えば、前掲注（63）山本345頁、前掲注（61）佐久間312頁以下。理論構成として、奥田昌道「『無権代理と相続』に関する理論の再検討」論叢134巻5・6号1頁以下、20頁以下、安永正昭「『無権代理と相続』における理論上の諸問題」曹時42巻4号773頁以下、792頁も参照。

[66] 例えば、前掲注（63）内田179頁、山本敬三「判批」リマークス19号10頁以下、13頁を参照。

理人の相続を限定承認している。したがって、この点で、無権代理人の責任を承継しなかったと考えることもできる。ところが、包括承継原則には反するが、第三者が無権代理人を相続した場合は、本人の無権代理人相続のケースと同様だと考えると、限定承認を介さないでも、第三者は責任を承継しないということになる。つまり、無権代理人が被相続人となった場合は、無権代理人の行為は一旦は履行不能となり、単純承認された場合でも、無権代理人の遺産は一回は清算される。その結果、相続の対象となるのは、損害賠償義務にすぎない。以上のように解すれば、判例・学説の多数説に一貫性を持たせることが可能ではないかと考える。

4．おわりに

以上をまとめると、次のようになる。ドイツ法では、無権利者の自分の名前での処分は、無権利者による権利取得（BGB185条２項１文２事例）により、及び、権利者が相続して無権利者の遺産債務に無限責任を負った場合（BGB185条２項１文３事例）は、有効となると規定されていた（追完）。無権限の処分行為は浮動的に無効であるが、無権利者は権利取得して移転する義務を当初から負っているからである。したがって、多くの学説は、権利者が生前に追認拒絶していれば、相続による追完は発生しないものと解していた。他方で、現在の通説・判例は、無権代理行為にBGB185条２項１文２事例、３事例を類推することに反対である。無権代理行為は浮動的に無効であり、本人の追認拒絶があって始めて相手方の選択権が発生する。したがって、相手方が履行請求を選択すれば、本人も履行義務を負う。反対に、相手方の選択権が発生していなければ、無権代理人も履行拒絶（追認拒絶）が可能である。つまり、具体的に発生した被相続人の債務を承継するか否かが、履行義務を相続するか否かの分かれ目であった。要するに、自己の名前での処分でも、他人の名前の処分でも、相続の包括承継原則が重視されていた。もっとも、その前提は、原則として相続人は何時でも遺産に責任を限定する措置（遺産管理、相続財産の破産）が可能だということである。

他方で、わが国では、判例・学説は、自己の名前で無権限処分した者も、無権代理人も、権利取得によって処分行為、無権代理行為も有効と

なることを認めている。さらに、無権代理人の本人相続も、権利取得による治癒（追完）の一環だと考えることもできる。反対に、権利者が他人物売主を相続した場合、本人が無権代理人を相続した場合は、損害賠償義務は別として、履行義務を承継することはない。このことは、相続財産と固有財産の分離の手続きを介さず、一回は無権限処分者、無権代理人の相続財産で清算した結果を、権利者、本人は承継すると考えることも可能である。以上のように解すると、その限度で、わが国の判例・通説には一貫性があると理解できる。つまり、相続による包括承継原則を、意図的に無視して、ドイツ法の表現を借りれば、自己の名前でも他人の名前での処分でも、取得による追完は認めるが、相続による追完は排除するのである。ところが、無権代理人と本人の二重相続のケースでは、以上の無権限処分者、無権代理人の相続財産の清算というルールと、無権代理人の相続人である第三者の権利取得というルールとが抵触する可能性が発生する。そこで、学説はさらに区々に別れ、評価の基準も判然としない事態に直面するということになる。

以上に関しては、取得による追完と、無権限処分者、無権代理人という被相続人の相続財産は一回は清算され、履行は不能になり、損害賠償義務だけが相続されるというルールを優先させたいと考える。なぜなら、そうでなければ、先に論じたように（３．（５）の末尾）、本人が追認拒絶しても、相手方の履行又は損害賠償請求の選択権が消滅するものではなく、無権代理人を（単純承認で）相続した第三者は権利取得により履行義務を負うと解するのが、相続法のルールに忠実な考え方だからである。

ただし、以上は相続法のルールを無視している。しかし、学説でも、例えば、無権代理人を相続した本人が限定承認した場合も、履行義務を免れないと解するものがあり[67]、判例でも限定承認の効果が判然としない[68]。そうなると、相続財産と相続人の固有財産の分離は、相続放棄しなければ不可能だということになりかねない。そのことを前提とすれば、

[67] 前掲注（60）泉、前掲注（66）山本を参照。

[68] 現に、最判平10・7・11民集52・5・1296の原審は、限定承認も包括承継であるとして、単純承認と同一視していた。

具体的な手続を講じなくても、一回は無権限処分者、無権代理人の相続財産は清算されると考えるのは、決して無理なことではないと考える。さらに、仮に限定承認により遺産に責任が限定されることで、無権限処分者、無権代理人の債務は損害賠償義務に転化すると解しても、限定承認は相続後３ヶ月以内であり（民915条１項）、かつ、共同相続人が存在する場合は共同で申立てる必要がある（民923条）という制限の下では、相続財産と固有財産の分離に限定承認を常に要求するのは無理であろう。要するに、相続による追完の不合理性を説くヴァッケに対する反論で、ハーダーが強調していた財産の分離を怠ったという非難は、そのままには当てはまらない[69]。

さらに、わが国の学説・判例は、他の局面でも、相続に関して用意されている手続によらず、他の方法での財産の分離を実現させているといえる。例えば、ＡがＢに金銭債務を負担していたが、CDEが相続分が平等で共同相続し、遺産分割でＡの財産をほとんどＣが承継したというケースで、裁判例は遺産分割を詐害行為として取り消すことを認めている（奈良地判昭27・11・18下民集3・11・1582）。しかし、このケースでも、本来は債権者は財産分離（民941条）の請求を行う余地があった。かつ、最近の最高裁判例（最判平11・6・11民集53・5・898）も、相続人の債権者が遺産分割を詐害行為として取り消すことを認めており（「遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各共同相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、財産権を目的とする法律行為であるということができる」と判示している）、違ったコンテクストでではあるが、以上の裁判例を追認していると考えることもできる[70]。さらに、被相続人

[69] この点を従来から特に強調していたのが、高森八四郎「無権代理及び他人物売買と相続」、高森『法律行為論の研究』（関西大学出版部・1991年）380頁以下、406頁。さらに、財産管理権という側面から、相続による責任の承継を切断する試みとして、松久三四彦「他人物売買および無権代理と相続」『著作権法と民法の現代的課題（半田正夫先生古稀記念論集』（法学書院・2003年）628頁以下がある。

[70] これに関しては、潮見佳男「遺産分割と詐害行為取消権」銀行法務572号57頁

が相続人の財産を遺贈した場合は、相続人は遺贈義務を負うと考えるのが、条文の文言（民996条、997条）に忠実な解釈であろう。しかし、学説では被相続人も相続人の財産を処分する権利はないとして、遺贈義務者の相続人は価額を弁償すれば足ると解されている[71]。つまり、他人物の売主を相続した権利者のケースと、同様の考慮が優先している例である。

以上をまとめると、わが国では、信義則違反という理由付けで、自己の名前での処分、債務負担、他人の名前での契約でも、いわば「権利取得による追完」が認められている。他方で、権利者が無権利者を、本人が無権代理人を相続した場合は、相続による追完は認められない。権利者、本人は、相続財産と固有財産を相続法上の手続（限定承認）を介さず分離・清算でき、その結果は無権利者、無権代理人の責任は損害賠償義務に転化する。かつ、相続法上の財産分離の措置の不十分さを考えると、そのことには十分な説得力がある。ところが、第三者の無権代理人、本人の二重相続のケースでは、以上の２つのルールが抵触する余地が発生する。無権代理人を承継した第三者が本人を相続した場合は、無権代理人による権利取得の例だと考える余地があるからである。しかし、多くの学説は、ここでも結論として、無権代理人からの相続財産を清算させる余地を優先させている。つまり、相続法上の責任制限の措置は不要なものとされている。したがって、以上のように考えると、「無権代理と相続」というネーミングは、結論から見ればミスリーディングで、取得による追完というのが、事態適合的なネーミングではないかというのが、いささかドイツ法の分類に偏した本稿での結論である。

以下、61頁を参照。

[71] 『新版・注釈民法（補訂版）(28)』（有斐閣・2004年）［阿部徹］249頁。

論　　説

国際法規の一般化における規範的正当化の構成と機能（1）

―― 国際法規範の一般化を規定する要因として ――

小　森　光　夫

目　　次

はじめに
　1）問題の所在
　2）規範的正当化要因の検討における課題
Ⅰ　一般国際法秩序が必要であるという前提の正当化
　1　国際法主体の基本的地位の構成
　　1）主権の位置づけ
　　2）国際法の基本主体の特定
　　3）国際法主体論から見た国家主権と基本的人権の位置づけ
　2　国際社会全体の利益の認識と正当化要因
　　1）不特定多数当事者への利益の侵害行為に対する規制
　　2）正当な法益の部分的侵害を全体秩序の侵害とする認識の正当化
　　3）グローバルな配分問題としての正当化
　　4）価値としての普遍性論に基づく一般性の正当化
　　5）秩序維持促進的理由による一般化の必要性　　（以上、本号）
Ⅱ　制度構成の一般化に関わる正当化要因
　1　制度の基本目的との整合性
　　1）論理的整合性による正当化
　　2）制度的一体性による正当化
　2　規定の定式化における一般化可能性
　　1）一般化可能な用語と適用に関わる事情
　　2）規定の抽象性と明確性の選択と一般化可能性
　　3）一般原則に対する例外の位置づけと正当化
おわりに

はじめに

１）問題の所在

特定の制度や規則が国際社会全体に妥当する一般国際法上の制度や規則として存在すると位置づけるためには、特に、それらの制度や規則に拘束されることを認めない国がある場合であっても、それらがなお国際社会全体に妥当していると論ずるためには、その一般性を正当化する理由とその効力を権威づける基盤を共有することが不可欠である。しかも、一般国際法上の制度は、一般的な認識としては任意法規として位置づけられながらも、実際には国際的な公的秩序形成の機能を持つゆえに[1]、国際社会全体に及ぶ公権力のないところでの規範的正当化と権威づけは、実際にも理論的にもつねに大きな問題を抱えてきた。19世紀以降の国際法論が、この一般国際法の存在を慣習法概念に依拠して論じてきたことの問題はすでに別稿で論じてきた[2]。

そこで強調した主論点を簡潔に言えば次の点である。即ち、国際社会全体に適用される一般国際法規の存在は、慣習法概念に依拠する一方で、慣習法規を一般法規として認識できるように、慣習法概念に固有とされてきた慣行と法的確信の２要件を操作するという方法を用いた。しかしその方法が問題なのは、なぜその一般国際法制度や法規が必要かという問題が論じられていないだけでなく、国際社会の構造や環境の変化に対応する一般国際法制度の対応が捉えにくいことである。それゆえに以下では、一般国際法としての慣習法の形成と存在の同定は、一般国際法秩序や一般法規の必要性の認識を明確にし、さらに一般法規の形成は規範の一般化の問題として捉えた上で、個々の制度や規則を規範的に正当化する理由とその拘束性を権威づけることの必要性およびそれらの構成要因について検討する。

ところで、そのような方法を用いるのは以下の２つの考慮に基づいて

---

[1] この点については、拙著『一般国際法秩序の変容』信山社（2015年）、第５章「国際法における強行規範」参照。

[2] 拙稿「一般国際法の法源の慣習法への限定とその理論的影響」、千葉大学法学論集８巻３号、1994年。

いる。第１は、条約の締結や国内立法における権限や手続のように、特定の要素に一定の機能を与えた上でその形式条件を一般要件として構成することが難しい一般国際法形成においては、反対に個々の機能を軸にしてそれらの機能を支える要素を明確にする方が、理論構成としても実際の判断においても有効であると考えるからである。そして、従来のような既定の要件論に基づく実定法と非法の峻別ではなく、各々の機能を持つ要素に基礎づけられた制度や規則が正当化においてどれほど強いか、拘束性の権威づけにおいてどれほどの重みを持つかという点から一般国際法規の効果すなわち実定性を論ずる方が、現在の一般国際法論の実情に適合していると考えるからである。なぜなら、国際法形成の場合は、一体としての統治組織が行う国内立法と異なり、立法条約であっても問題の制度領域ごとに異なる場で法形成がなされ、しかもそのauthority は直接にはそれに同意した当事国間で認められるにすぎない。その点で、国際社会全体を統治する権限組織のない国際法秩序では、規範の authority の一般性は権威づけの機能を持つ要素を踏まえて個々に解釈的に構成せざるを得ないからである。

第２は、個々の法規の一般性の判断と制度全体との関係に関わる点である。従来の慣習法の要件論では、一般法制度に関係する特定の規則や権利・義務の規定が慣習法化しているかどうかを判断する問題と、抽象的な原則や個別の規則を含む制度全体の一般性について判断する問題は、必ずしも一体の問題としては扱われてこなかった。例えば、ICJ の北海大陸棚事件においては、大陸棚条約の１条から３条までは慣習法原則として確立しているが、大陸棚境界画定に関わる６条の規則は慣習法規として確立していないと判示された。あるいはフェアドロスが慣習国際法の妥当根拠は一律ではないと指摘したように[3]、制度の基本原則などの抽象的な規範と制度内の個別の規則について、慣習法規としての妥当は必ずしも一律ではない基準に基づいて判断されてきた。しかし、現在のように法典化条約や多数国間条約を軸として展開する一般国際法においては、国際法制度や国際法規の妥当は相互に連関し合っていること、

[3] Alfred Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des Universellen Völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht, *ZaöRVr* (1969), p. 649.

およびその妥当基盤に整合性が求められることが多い。その点を踏まえれば、個々の国際法規の一般国際法規としての妥当は、判断基準を一律化する必要があるかどうかを含めて、その規則を包摂するかまたはその規則が影響を受ける一般国際法の制度全体との関連で論ぜられなければならないと考えるからである。

このように、一般国際法規の存在を規範の一般化の問題として捉え、そのプロセスを構成する要因を明確にする上では、規範的な正当化を基礎づける要因とその拘束性を基礎づける要因が、どのような形でまたどの程度連関しているかを分析することが必要であるが、本稿では、まず正当化要因の構成を論ずる。

2）規範的正当化要因の検討における課題

ところで、特定の制度や規則が国際社会全体に妥当する一般国際法上の制度や規則として存在すると位置づけられるためには、まずは、それらの制度や規則が、それらに拘束されることを認めない国がある場合であっても、なお国際社会全体に妥当すべきとすること、その意味で一般化すべきことの正当化理由がなければならない。

最近の国際法形成においては、一般国際法秩序が必要であるという認識、言い換えれば特定の秩序を維持することまたは特定の規則を遵守することが、国際社会全体に共通の問題であるとする認識が形成されるとともに、それらの多くは多数国間条約の形でその制度化が図られてきた。その場合、一般国際法秩序が必要であるという認識は、具体的には、それらの制度化を進めることが国際社会全体の共通利益もしくは国際共同体の公益であるという概念に依拠して示されてきた[4]。

具体的な制度や規則の形成が何を契機にして国際共同体の共通利益として認識されるか、またその認識がどの程度に強固なものであるかは制度によって一様ではない。何を契機にして国際共同体の共通利益の認識

[4] James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International law*, AIL-Pocket 2014, p. 325. Bruno Simma, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des Cours* de *la Haye*, 250 (1994), pp. 221 ～ 384.

が問題になるかをこれまでの国際法形成を踏まえて見れば、それらは大別して５つの問題領域に分けられる。第１は、国際関係の基本単位の間での関係設定にとって重要な意味を持つ国際法システムの基本枠組、即ち立憲的な原則を構成する主権者としての国際法主体の基本的権利義務を明確にし、その上で等しきものは等しくとする正義定式の適用範囲を特定する場合、第２は、特定の行為が他国の主権その他の権利を侵害するだけでなく、国際秩序全体の利益を損なう行為として位置づけられる場合、第３は、国際的な資源の利用や権限の配分のように、特定の当事者の一方的利用あるいは規則の不遵守は必然的に任意の第三者の利益や既存の権利に影響を与えるなどの事態が生じることによって、新たな配分の制度化や規制の必要性が問題になる場合、第４は、国際人権の保護のように、それ自体が普遍的価値あるいは正義として認識されることによって、その価値を実現することが国際社会の共通利益であるとしてその制度化が問題になる場合、そして第５は、例えば交通規則のように、規則内容の正当性の強さよりも、規則の相違がもたらす紛争を回避することや秩序維持の効率性など、秩序維持を促進すること facilitative が主たる理由で一般化が必要とされる場合である。ただし、これらは問題領域の区別であって、実際の法形成では複数の契機が重なることがしばしばである。

また、制度や規則が一般化すべきだという規範的要請の強さには、一般法秩序がなければならないという要請から一般法秩序として妥当することが望ましいという要請まで､程度の問題がある｡その程度の強弱は、何が立憲的な原則として位置づけられるかにも拠るが、要請を正当化する理由の強さや、要請が問題になる事実状況や正当化の文脈をいかに認識するのが正当であるかという解釈の問題に関係する。

このように、制度や規則を国際社会全体に妥当する制度や規則として一般化すべきであるという規範的要請においては、それが問題になる契機やその強さは一様ではない。それは、制度や規則の一般化のプロセスの違いに応じてそれを基礎づける要素が一様ではないこと、従って一般化の機能を支える構成要素が一様ではないことを意味する。それゆえ個々の制度の一般性の正当化がどの文脈で問題になり、またそれぞれの文脈でいかなる要因が条件として求められるかを特定するためには、規

範の一般化に関わる正当化の平面の違い、およびそれぞれの平面において問題になる正当化の構成要素が持つ作用を、予め理論的に明確にしておくことが必要になる。

ここで正当化の平面の違いとは次のことを意味する。一般に、制度構成においては基本原則 principle と規則 rule の機能が異なることが論じられるように、理論的には同じ規範の一般化問題においても、規範の機能の違いに応じて必要となる正当化の課題が異なる。それを正当化の平面の違いの問題として捉えれば、主権国家の併存を前提とする水平的構造の国際社会において、必ずしもすべての国の同意に基づかない一般国際法秩序が妥当すべきことを論ずる場合、その正当化には国際法制度の構成に照らして３つの平面がある。第１は、主権国家の併存を前提とする水平構造の国際社会において、なぜ国際社会全体を規律する制度や規則が必要かという基本前提に関わる正当化の面である。第２は、その基本前提が基礎づけられた場合に、その制度内容をどのように構成すべきかに関わる正当化の面である。そこでは、制度の基本枠組の下で具体的な利害の対立を調整するために、一般国際法上の制度や規則の法的構成をどうすべきかが主たる問題になる。そして第３は、既に存在する一般国際法の制度や法規を変更しようとする要求がなされた場合に、既存の制度や法規を一般国際法規としての位置づけおよび新たな要求の一般化に関わる正当化の面である。

それに対して、正当化の構成要素の作用については、制度や規則の一般性を基礎づける正当化において、その理由が制度目的とどのような関係にあるか、あるいはどの要素が重要な役割を果たしているかなどが問題になる。そこでは、例えば人権保護のように、制度内容が価値的に一般的であるべきだという認識の下に、それを正当化する理由が制度内在的な理由として論じられるかという点、あるいは例えば道路の左側通行規則のように、制度規則自体の価値的優位性が正当化の直接の課題にはならないにも拘わらず､紛争を回避するために秩序維持を優先するなど、一般規則を必要とする理由が規則内容とは別の外在的な理由によって論じられるかなどの点が問題になる。

そして、この正当化理由の性格の違いは、後述のように正当化の各平面で問題になるゆえに、こうした理由の構成要素を論ずることは、国際

法規の一般化のプロセスおよび変化のプロセスを明確にする上でも大きな意味を持つと考える。以下では、実定法としての一般国際法秩序の構築を目的とする多数国間条約などの国際法形成を手懸かりにしながら、それらの要素を実際の機能に即して再構成するための試論を述べてみたい。

Ⅰ　一般国際法秩序が必要であるという前提の正当化と論点

特定の秩序を維持することまたは特定の規則を遵守することが国際社会全体の共通利益になるとか、それらがすべての国家もしくは国際共同体に共通の問題であるなどの認識が生み出される実際的な契機になるのが上述の５つの場合である。即ち、第１は、国際法システムにおいて基本となる単位の基本的な法的地位、即ち基本的権利義務を明確にし、その上で正義定式が適用される範囲を特定する場合であり、第２は、特定の行為がその対象国の権利だけでなく国際法秩序全体の利益を損なうと認識される場合、あるいは特定の行為を規制しない場合には不特定の他者の利益や地球的規模の利益に影響を与えると認識される場合、第３は、国際的な資源配分などにおいて、問題が当事者間相互の調整だけの問題ではないという認識が一般化する場合、第４は、価値や基準の普遍性の観念に基づいてそれらの価値や基準を実現することが国際社会の共通目的として要請されるという認識、あるいはそれらの基準を遵守しないことが国際正義基に反するという認識が一般化する場合、そして第５は、価値的な面での優位性に関わりなく、秩序維持の促進や秩序の一体性の確保のために基準の一般化を必要とする場合である[5]。

もっともこの５つの場合は、同じく一般法秩序の必要性の正当化に関

[5] 国際法システムの正当性問題はブキャナンによって詳細に論じられているが、彼の論ずる国際法システムの正当性 legitimacy of international legal system は、国際法システムそれ自体の正当性基盤を論ずるのに対して、ここで論ずる正当化問題はいわば国際法システム自体の正当性論の一般化の平面へ応用の問題である。参照 Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination ～ Moral Foundations for International Law*, Oxford UP, 2003, pp. 145-202.

わる場合ではあっても、そこで問題になる一般法秩序は、国内法における憲法と公法の違いと同じように、制度の機能の次元が異なる。それゆえ、国際法の constitutional な構成に関わる第１の場合については、複数の基本的問題が関わるために１項で「国際法主体の基本的地位の構成と正義定式の適用の正当化」の問題として論じ、第２から第５の場合は、２項で「国際社会全体の利益の認識と正当化」というひとまとめにした項目の下に論ずることにする。

さて、以上に述べたように、一般国際法制度、一般国際法規の必要性の問題をその手懸かりとなる要因から議論をはじめるのは、それらを実定国際法上の問題として論ずるためには、今は、どこまで制度化が可能であるか、各国の主権をどこまで規制できるかという具体的な論点から論ずることが必要と考えるからである。

それゆえ、その問題を実際の制度形成の動きと結びつけて論ずるために、上記５つの場合それぞれについて次のように論点を設定する。第１は、何を国際法システムの立憲的原則とし、また正義定式が適用される実在 entity の等しさを何に基づいて判断するかという論点。第２は、各国の基本権を含む権利や利益の保護を目的として特定の行為を規制する規則について、どのような理由に基づいて、それらを遵守することが国際社会全体の利益になると言えるのか、あるいは特定の規則を逸脱する行為が国際社会全体の秩序を侵害する行為として構成できるかという論点。第３は、制度が国際的な資源や権限の配分問題に関わり、当該問題の制度化が合意した当事国間の相互的な法的関係の形成に止まらないことを論じられるか否かという論点。第４は、一般化の必要性を正当化するために普遍性を持つと主張される価値論が、各国家の自由の立場を価値相対主義に基づいて支える議論を克服できるか否かという論点。第５は、秩序維持を促進する要因がなぜ他の要求に優先するかという論点である。換言すれば、一般国際法秩序の正当化は、一般国際法秩序を否定する主張に対してどのように答えれば一般国際法秩序を構築できるかを理由づける問題、あるいは概念論としては、個別主義的な秩序論に基づき構成された国際法上の主権概念を一般国際法秩序の必要性を基礎づける要因に基づいて再構成する問題である。

その再構成において、以上の論点を設定するのは、自然法論のような

超越的権威、絶対的価値を予め前提する法システムに依拠しない現在の国際法システムの歴史的展開を次のように理解し、それを議論の起点にするからである。即ち、国際法システムが、主権概念を各国の国内法秩序および対外関係をそれぞれ排他的かつ自由に決定できる権利として規定してきたこと、その意味での主権国家を基本の単位とする水平構造の社会を前提にして論じられてきたこと、しかも現在でも主権の諸原則からの逸脱は推定されないと論じられていること[6]、その上で、一般国際法秩序については、国際関係の変化の中でそうした基本前提の適用を制約する必要性の認識に基づいて新たな法秩序が形成され、あるいは変容してきたとする理解である。

国際法秩序の一般化に関わる規範性の問題は、従来の国際法論では、一般的合意や黙示の合意という形で慣行の規範化の要件としての規範意識が存在しているかという事実の確認の問題として論じられ、規範の権威づけの機能と区別されずに論じられてきた。それに対し、以上の論点の構成は、各プロセスを構成する要因の機能を明確にするために、実際には結びついている規範性の基盤を支える規範的正当化要因と制度の実効性を支える権威づける要因を、分析の便宜のために切り離して論ずることを企図する。その点で、この論点の構成は、慣習国際法論において国際法規の規範的一般化を基礎づける規範意識の機能を、規範的正当化の面から再構成するにすぎない。その点で、この論点構成は、国内法制度において、主権者としての個人が権威としての国家権力もしくは政治権力に対してしてその支配の正当性を問題にする場合の方向とほとんど同じである。

1　国際法主体の基本的地位の構成

いかなる法制度においても、その制度が法システムとして機能するためには、制度をシステムとして組織する上で constitutional な役割を持つ制度の基本枠組および制度の基本目的に適合する主体の特定、即ち制度の基本構造と主体の基本的地位を定めることが不可欠である。そして

[6] James Crawford, *supra* note 4, p. 90.

国内法システムにおいては、そのような個々の法制度全体を規律する基本原則を規定するだけでなく、主権者と統治構造の関係を定めるのが最高法規としての憲法の役割である。もっとも、いかなる法原則および統治構造が憲法原則、憲法制度として位置づけられるかは、いかなる政治理念が国内法システムにおける支配的な理念であるかによって、時代的にも地域的にも変化してきたが、すべての当事者および国内法制度は憲法原則および憲法制度に規律される。

それゆえ、国際法の諸制度および諸規則が全体として法システムを構成しているとすれば、そこには国内法システムにおける憲法と類似の役割を持つ諸原則が存在していることになる。憲法の概念を国際法学に最初に導入したとされるフェアドロスによれば、それは、国際社会の構造および権限の組織と配分を規制する制度、および共同体の基本秩序を規制する規範を意味した[7]。最近の国際法学では、その範囲をめぐり、立憲主義に基づく法制度化がグローバル化に伴い広範囲に進んでいることを論ずる議論が広くみられる[8]。そのように、実際にいかなる基本原則が国際法システム全体における constitutional な原則としての役割を持つかということは、国際法秩序がいかなる秩序理念の下に構築されるかという問題と関わり、当面する時代に何が支配的な秩序理念として認識されているかによって左右される。従って、この問題における一般化の必要性の正当化とは、何を基本秩序とすべきかという法秩序の理念の正当化の問題である。

国際法システム全体において何を constitutional な原則として位置づけるかの問題を論ずる上では、その前段として次の４つの理論的問題が主要な論点となってきた。第１に、伝統的国際法においては、国際法上の基本権が国家主権の概念の下に論じられる一方で、基本的義務は不干渉義務のように国家主権を保護する制度の面としても論じられたために、主権概念をどのように規定するかが基本権および基本的義務の位置

[7] Bruno Simma, *supra* note 4, p. 259より引用。

[8] Jan Klabbers Anne Peters, and Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, OUP (2009). Ronald MacDonald and Douglas Johnstone eds., *Towards World Constitutionalism*, Martinus Nijhoff Publishers (2005).

づけにおいて大きな論点となったことである。第２に、主権の主体としての国際法主体が国家に限定されたために、国際法主体としての国家の基準が、正義定式の適用との関係で問題になってきたことである。第３に、国際法主体を国家に限定してきたことによって、近年の人権の国際的な保護に関連して、主体性の点から個人の基本権としての人権と国家の基本権との関連を国際法システムにおいてどう位置づけるかが大きな論点になってきたことである。そして第４に、国際社会には集権的な権力組織がないために、主権概念と連動して武力行使の規制が問題になってきたことである。

１）主権の位置づけ

国際法上の基本権がヨーロッパ諸国間の関係に起源を持つ国家主権の概念によって構成された結果、基本権の位置づけに関して論じられた主要問題は、それが国際法システムの埒外にあって国家の決定の自由は法から自由であることを根拠づける概念であるか、国際法システムの枠内に位置づけられ、それゆえに国家の自由をも規律する概念であるかという問題である。この問題は、国際法の位置づけに関わる根本問題として国際法論および政治論において激しい論争があり、簡単に扱える問題ではない。此処では問題を、それぞれの理論理解が現実の事態の認識としてどの程度一般化可能かという点から要点のみを論じ、その問題をどう位置づけるべきかについて一応の判断を述べるに止めたい。

国家の主権が国際法の埒外にあるとする理解は、理論構成の違いに基づいて大別すれば３つに分けられる。１つ目は、主権者は最高の権力であり、主権者を超える権威や権力は国際社会には存在しないという主権概念の定義に起因する構成である。上からの権威に服さずに自らの立場は自由に排他的に決定できるという主権概念の定義は、そもそもは国内主権者の権威を意味するものであるが、19世紀に支配的な伝統的国際法の国家主権概念においてもほとんどそのまま継承されていた。自然法論に依拠しない国際法論が対象とする国際社会においては、国家を超える権威は存在せず、それゆえ、主権国家は国際関係および国内問題について、排他的かつ自由な決定権限を持ち、国際法の規律に服するのは主権国家が自らその規則に同意した場合に限られると論じられた。しかし、

領域制度、公海制度、外交使節制度、戦時国際法規などの分野において相互主義を基本としない制度を形成した国際法の実態に照らして見て、主権国家は法の埒外にあり、常に自国の対応について自由で排他的な決定権限を持っていたと言えるであろうか。換言すれば、ボダンが述べた国内的な主権概念は、そのまま国際関係においても妥当していたと言えるであろうか。

主権平等の主権国家の併存する水平的な国際社会において、国家内の主権者と同じ意味での最高の権威・権力が存在しないことは、その前提から明らかである。しかし、国際法秩序における主権の位置づけにとって主要な問題は、国家を超える最高権威を持つ entity が国際社会に存在しないことは事実であり、また当事者がそのように認識していたとしても、そのことから、併存するすべての主権国家は実際に法を超える権威であり、何をしてもよい決定の自由を持つ地位にあったと言えるかという問題である。そしてこの問題を論ずる上で鍵になるのが、次の２つの問題である。即ち、１つは、主権概念が規範的機能を持つとした場合の法理論的問題であり、１つは、一般国際法として実際に機能を持つ国際法規に対しては主権概念が形骸化せざるを得ないという問題である。

まず第１の、主権概念が規範的機能を持つ場合の法理論的問題とは、法は主権者の命令であるとする J. オースティンの法概念に対して、H.L.A. ハートが、命令が単に事実的強制ではなく法的拘束力を持つ場合には、命令に従うべき正当な理由がなければならず、同時に主権者もその命令に拘束されると批判した点である[9]。かくて、主権を法概念として捉えるならば、主権国家も自国の要求や決定を法的権限に基づく行為として他国に遵守させるためには、他国の主権を制約する正当な理由がなければならない。他方で、国際法は法ではないと論ずれば、結果として

[9] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second edition, OUP (1994), pp.20 ～ 23. グッディンによれば、規則を主張する側が、他者に対してそれを法規として要求できるためには、自らもその規則を法規範として内在化していなければならない。Robert E. Goodin, Toward an International Rule of Law: Distinguishing Law-Breakers from Would-be Law-Makers, *Journal of Ethics*, No. 9, 2005, p. 229.

自国の主権も法の埒外に置かれることになる。その場合には、主権国家の併存する国際社会において水平秩序の基礎となる主権平等も法的原則にしえないことになる。その点で、主権国家平等を原則にすれば、主権国家が他国を強制する行為も、単なる事実的な力の行使ではなく法的な強制でなければならない。

また、第２の主権概念の形骸化とは、主権国家は自ら同意しない規則には拘束されないという基本認識にも拘らず、多数の国家の間で慣習法規として妥当する支配的な制度や法規には、主権国家であっても遵守を余儀なくされる場合に関わる。その場合、そうした遵守行為は黙示の同意や黙認などの法的擬制を用いて位置づけられてきた。その点で、国家主権の概念は、法規の形成においてその意思に反するものは拒否できるという実質的な意義を常に持っていた訳ではなく、また国際社会に主権国家を超える最高の権威が存在しないからといって、主権国家は国際法の埒外にあったとは言えない。言い換えれば、主権国家は、国際法の規制のないところでは自由な決定が可能であったが、規制のあるところでは、どこまで厳格に規制されるかは別として一応は法の枠内に位置づけられていた。その意味で、主権概念は、国際法秩序の規制範囲と秩序理念に規定されていたと言えよう。

２つ目は、1920年代のワイマール体制の法治主義に対抗してカール・シュミットが展開した、例外状態における決定の自由を持つことが政治の核心であり、その自由を支える主権は単なる事実であり、法に先行するという理論構成による説明、即ち、政治理論の核心を例外状況への対応に還元または限定して論ずる構成である。シュミットは、主権の定義の章の冒頭で、主権者とは例外状態で決定する人であると規定した上で[10]、主権が法秩序に優位することを裏づける例外状態を次のように述べる。

> 例外を特徴づけるのは、基本的に無制限の権威であり、それは現行秩序全体が停止することを意味する。そのような状況では、国家が残り法は退く。国家の存在は、国家が法規範の妥当性に優先することの紛れもない証拠で

[10] Carl Schmitt, *Political Theology*, translated by George Schwab, Chicgo UP, 1985, p. 5.

ある。国家の決定は、国家を法的紐帯から解放し、真の意味での絶対的になる。国家は、例外状態においては自存の権利に基づいて法を停止する[11]。この指摘は、法を政治から概念的に切り離し、法秩序に純粋性を確保することによって国家法秩序および国際法秩序を維持しようとする理論に対して、逆にその態度がその基盤である国家法秩序を危機に陥れることがあると考える点では正しい。しかし、政治的なるものの根幹を例外状態における決定の自由に求めるシュミットの理論は、例外状態では法の支配や民主主義の手続など通常状態の制度が通用しないことを示すことを超えて、例外状態を政治の最重要課題として一般化し、それが通常状態に優先することを論じている。それゆえに主権概念は、法の支配を排除する基軸概念として事実の問題として位置づけられる。戦争は政治の延長と捉える政治の認識はその位置づけを裏づけるように思える。

確かに例外状態では、通常状態での政治的な仕組とは異なる政治的決定のプロセスを必要とする場合がある。しかし政治システムは、実際には法の支配を維持しようとする通常状態と法の支配を制約する例外状態の間を行き来しながらも、政治権力が統治の正当性を持つこと、秩序の安定性を確保することを主要な課題としてきた。その点で、例外状態は政治の動態全体から見れば例外であるだけでなくその一部であり、政治システムは反対に通常状態に回帰するモーメントを重視する。多くの国の政治システムで、秩序の維持と安定化のために基本的には法的な制度化に頼ってきたことは歴史的な流れである。また、勢力均衡政策に基づいて、国家間の力の均衡が崩れた時には戦争に訴えても均衡を作り直そうとする18 ～ 19世紀型の国際政治も[12]、力の均衡の回復による通常状態の確保が目的であって、例外状態を常態化するためのものではない。例外状態がどの程度の規模と頻度になるかは、均衡の維持と回復の方法をどの程度制度化できているかに懸かっている。そのために、紛争の平和的解決の手続化など例外状態の拡大を抑えるための制度化も図られてきた。

もっとも、過度の法律主義が変化への柔軟性を持たないことが、政治

[11] *Ibid*., p. 12.

[12] 篠田英明、『国際社会の秩序』東京大学出版会、2007年、21 ～ 28頁。

的に問題になることは言うまでもない。しかし、例外状態への対応が政治の核心であるとして例外的な対応を積極的に正当化し、法による秩序化の役割を軽視することは、歴史的に法の支配の観念がなぜ影響力を持ってきたかを説明できない。『政治神学』におけるシュミットの理論は、政治哲学の一般論としてはそうした大きな動態を考慮していないようにも思える。しかも、例外状態であれば何をしてもよいということにはならない。法は、一般に通常状態を基礎に制度化するが、その制度論では、例外状態に移行するためには一般にその逸脱を正当化する条件を課すという形式を用いる。国内法制では、戦争に訴えることへの議会の承認のようにその条件が比較的明確であるが、国家を超える権威が薄弱な国際法システムでは、この移行を規制する制度を形式手続によって明確化することが難しい。また、法の規定の多くは不確定な部分を抱える。そのためにその境界が曖昧であるにすぎない。しかし、現代の国際法は、徐々にその例外状態の範囲を狭めてきている。しかも、基本権の性格としても、決定の排他性や自由の度合いを制約してきている。

３つ目は、合理的選択理論を用いる Goldsmith と Posner のように、国家は相手国との力関係と国家利益の判断に基づいて外交的対応を決定でき、それゆえに国際法は各国の行為を規律しているとは言えず、国際法の遵守を義務の問題として位置づけることは現象の理解としては間違いであるとする理論的説明の場合である。

彼らによれば、その説明は２つの点から論じられる。１つは、合理的選択理論によれば、国家は、国際法を遵守することが他の優先すべき国家利益を犠牲にしなければならないときは、積極的に国際法の遵守を放棄することがしばしばである。そしてもしこのことが正しければ、国際法を遵守する行為を国際法の遵守への選好という点から説明することは方法論的に適切ではないことである[13]。もう１つは、条約の採択に見られるように、国際法自体が国際的な場面における自国の自己利益の追求に基づいて形成されたものであり、その意味で国際法は国家利益に内在していることである。即ち、国際法は国家利益を制約するものではなく

[13] Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law*, OUP, 2005, pp. 9 ～ 10.

国家利益の産物である。このことは、合理的選択理論の下では、国際法は、国家に対して自国の利益に反する遵守を牽引することはなく、国際法が達成できる可能性の範囲は国家利益の構成と力の配分によって制約されると論じられる[14]。

Goldsmith と Posner は、合理的選択理論を用いて以上のように述べ、主権国家は国際法の外にあることを論ずる。しかし、この議論は、合理的選択理論の応用としてだけでなく、国際法の規範認識についても基本的な間違いを犯している。1つは、同じように合理的選択理論に依拠しながらも、Guzman は、ゲームが一回限りのものではなく長期間に亘って継続する場合には、その決定において名誉、相互性、報復などの考慮せざるを得ない要因があること、しかも、条約や慣習国際法の規則を遵守するか否かの問題が名誉、相互性および報復の回避を考慮する基礎にあるとして、国際法は国家の行為選択を規定する唯一の要素ではないとしても選択に作用する1つの要因であることを認める[15]。そしてもう1つは、条約が各国家の利益を反映していることは事実であるとしても、ポズナーらが、そのことから直接に国際法規の遵守における自己利益に基づく決定の優位を帰結していることである。その議論では、各国が条約を締結することは、それらの利益を反映する規則が一旦国際法規として認められた場合には、条約法条約が定める固有の効果を持つことを含意していること、それゆえに、条約を逸脱することにはより大きな不利益が及ぶことを承知していることが考慮されていない。要は、ポズナーの主張の基本は、利益は各国が、独自にかつ自由に判断できるという点にある。しかし、グズマンのよう指摘するように、決定の選択段階で考慮せざるを得ない要因があるとき、各国は利益を独自に判断できる状態にあると言えるか否かが問題である。また、国際法が行為選択においてラズの言う羈束理由 mandatory reason を構成するとき[16]、各国は自由に判断できる状態にはない。ポズナーの見解は、各国が自国の利益判断に基づいて行動できることを一般化しえないかぎり、説明に合致する単な

[14] *Ibid*., p. 12.

[15] Andrew Guzman, *How international Law Works*, OUP, 2008, pp. 33 ～ 48.

[16] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, OUP, 1975.

る事例の提示であって理論としての意味はない。

以上３つの論点が示すように、実際の国際法秩序にも、国際法による規律が難しい問題領域や例外状態が事実として残されていること、その部分については法的規律が明確には及ばないかあるいは問題領域の行為について責任を問われないという問題が事実として存在することは否定できない。しかしその事実から、主権国家が直ちに国際法システム全体の枠外に置かれることは帰結しない。その点で、主権概念も、主権国家間の関係における国家の法的地位を規定する概念である限り、国際法によって規律される概念として国際法の枠内になければ法的意味は持たないことになる。法概念論的には、ハートがオースティンの主権者命令説を批判したように、主権概念が法的意味を持つためには、それ自身が法秩序に規定されていなければならない。法秩序の外に置かれた主権者は、権能としての主権そのものを持たないからである[17]。

主権概念が国際法上の権限として意味を持つためには、それを国際法秩序の枠内にある概念と位置づけなければならないとすれば、国際法秩序の構成にとって最初の課題は、国際法秩序に構造を作り出し、それをシステムとして組織する役割を持つ constitutional な原則を明確にすること[18]、およびその基本主体を特定することが必要となる。即ち、いかなる国際法秩序であれ、不完全ではあってもそれが法システムとして機能するためには、いずれかの原則を国際法秩序の枠組を構成する基本権および基本的義務として位置づけること、およびその主体の範囲を特定することが必要となる。そこでは、国際法主体にとっての基本的権利および義務として位置づけられる原則は、constitutional な原則としてすべての国際法主体に適用されることが想定されているから、一般化の必要性が問題になるのは、いずれの原則を一般国際法秩序における基本的

[17] 尚、この問題については、「国際法における法の支配」を主題としたヨーロッパ国際法学会のシンポジウムにおける、Jeremy Waldron の主報告および Samantha Besson のコメントにおいて、法理論的により緻密な議論が展開されている。参照、J. Waldron, Are Sovereigns Entitled to the Benefit of International Rule of Law? 22 *EJIL*, 2011, 315 ～ 343, S. Besson, Sovereignty, International Law and Democracy, *ibid*., 373 ～ 387.

[18] Philip Allot, *Eunomia*, Cambridge UP, 1990, p. 255.

な権利および義務とすべきであるかを論ずること、および基本的権利、義務の名宛人となる主体の要件を論ずることである。

ただし、主権としての基本権および基本的義務の構成を明確にする上では以下の点を考慮しなければならない。第１は、国際関係の変化と国際的なアクターの多様化とともに、国際関係論においても主権の政治的位置づけが論議の対象になり、結果として主権概念を固定的なものではなく状況に応じた機能的な概念として論じられていること[19]、同様に、国際法上の基本権と基本義務の構成および作用についても、他の国際アクターとの関連でその基本機能を明確化する形で論じなければならないということである。第２は、これまで国際法上の基本権および基本的義務として位置づけられた独立権、平等権、管轄権、条約締結権、交戦権および不干渉義務などのなどの諸原則は、それぞれ固有の役割を持ち、しかもその内容が国際関係や国際構造の変化に応じて変化していること、それゆえ各原則の一般化において向き合う課題は主権概念の位置づけに関わる包括的な論議における課題と必ずしも同じとは限らないことである。またその点を考えると、国際法上の constitutional な原則については、国制論や国家論における主権概念のような包括的な概念の形でではなく、国際法上の基本権および基本的義務の具体的内容とその構成によって論ずる方が、制度の一般化の必要性という点からは国際法秩序の基本的性格を明確にできること、即ち国際法秩序の基本的な目的や性格に合わせて個々の基本原則の機能を明確にできるという点である。

２）国際法の基本主体の特定

国際法上の constitutional な原則を論ずる上での第２の問題は、その名宛人である国際法の基本主体としての要件をどう構成するかに関わる

[19] Jens Bartelson, *Sovereignty as Symbolic Form*, Routledge, 2014, pp. 8 ～ 10. バルテルソンは、主権概念をめぐる議論が、将来にわたって固定的な内容を持つとする見解と将来は国家が消滅すると考える見解の間の中で、その機能面から変化可能で随伴的な概念として論じられてきたことを紹介した上で、同書の表題が示すようにそうした見解を批判し、主権概念が変化可能な内容の秩序を理念的に統合するシンボルとしての客観性を持つために、主権の規範的・事実的内容が枠づけられると論ずる（p. 14 ～ 16）。

一般化の問題である。特に、国家を含めて多様な形態で存在する政治的実在 political entities は、自然人とは異なり、構成的な概念であるため、何を国際法の基本主体とみなすか、基本主体としての条件をどのように構成するかは、国際法秩序の基本的性格に大きく関わる。なぜなら、設定される要件の如何によって、「等しきものは等しく」を基本とする正義定式に基づき「等しきもの」としての法主体の範囲を拡げることも限定することも可能だからである。

世界的規模で見れば統治形態が異なる多数の政治的実在が存在する中で、国際法秩序が18世紀後半以降主として国家間の関係を規律する法秩序として位置づけられたことで、国際法上の基本的権利と義務の名宛人、即ち主権の名宛人は国家として認識される主体に限定されてきた[20]。それゆえに国際法では、その国際法秩序を構成する主体としての国家をいかなる基準に基づいて認知するか、即ち国家としての要件をどのように規定するかということは constitutional な問題としての位置を占めてきた。いかなる政治的実在も国際法上の国家として位置づけられない限り国際法上の基本権を持てないからであり、それゆえに、基本権の名宛人を特定する国家の基準は国際秩序全体として妥当性を持つものでなければならない。その点は、国家のみが法人格を持つとした19世紀の国際法論に限らず、現在のように国家以外にも国際法上の法人格を認める場合にも同様である。国際法システムにおいては、主権国家を基本単位として認めることが、主権国家の地位に挑戦するその他の代替アプローチよりも国際秩序の維持にとって望ましいと考えられているからである[21]。

ところで、名宛人としての法主体の基準が世界規模で存在する多様な政治的実在に妥当する国際法システムにおいて constitutional な問題であれば、その基準の一般的妥当性は、理念論としては国際秩序を構成する政治的実在全体およびその構成員全体が基本的権利の恩恵を享受できるように定式化されているか否かに関係する。またそれゆえに、基準が

[20] Roland Portmann, *Legal Personality in International law*, OUP, 2010, pp. 35 ～ 37. それによれば、学説上国際法主体を国家に限定したのはヴァッテルであり、マヴロマチス判決で明確に定式化された。

[21] James Crawford, *Chance, Order, Change, supra.*, note 4, p. 110.

それぞれの政治的実在の地位に相違を認める場合には、その違い自体が各政治的実在に対して正当性を持つものでなければならない。しかし、国際法上の基本権および義務の名宛人としての国家基準の議論は、バルテルソンの論ずるように[22]、主権概念のシンボリックな枠づけ機能のゆえに一定の制約は受けるものの、歴史的には以下のように、それぞれの時代に支配的な秩序認識や実際的考慮に影響を受けてきた。それは、一般化の必要性の観点から見れば、国家基準の一般化において何が主要な正当化の文脈になるかという問題が国際関係の動きに影響を受けてきたことを意味する。

第1は、国際法主体としての国家の基準が、歴史的には国際関係を規律する上での第一原理として論じられたというよりも、既にヨーロッパに存在した主権国家という概念とそれに対応する国制論や国制の実体を基にして論じられたことである[23]。例えば、20世紀初頭の代表的な国際法の体系書であるオッペンハイムの『国際法』において、彼は、主権国家のみが国際法人格即ち国際法主体性を持つと述べた上で、国際法人格としての国家の存在を次の4つの条件を持つ政治的実在に限定する。即ち、1. 国民 people が存在すること、2. 定住する国民が存在する国 country であること、3. 国民を代表し法に基づいて統治する個人もしくは複数の人から構成される政府があること、4. 他のいかなる権威からも独立した最高の権威を持つ主権的政府がなければならないことである[24]。この4つの条件を歴史的文脈から離れて抽象的に見れば、それらはかなり高い一般化可能性を持つ基準と見ることもできる。しかしその基準は、基本的にはその時代のヨーロッパにおいて主権国家として認められていた国家を基礎に抽象化されたものであると同時に、18世紀後半以降のヨーロッパ諸国の国際関係の展開においては、完全主権国家と不完全主権国家の区別のように[25]、政治的実在を主権国家とそれ以外の実

[22] Jens Bartelson, *Sovereignty as Symbolic Form*, Routledge, 2014, pp. 13-18.
[23] 篠田英明『「国家主権」という思想』勁草書房（2012）、参照。
[24] L. Oppenheim, *International Law*, Longmans, Green and Co., 1905, pp. 100 〜 101
[25] *Ibid*, p. 99.

在とに峻別する基準として論じられた。その点から見れば、その基準の一般化に関わる正当化は限られた文脈に置かれていたことが分かる。そのために、国家の基準論は妥当性の面で２つの問題を抱えることになる。１つは、植民地支配を生み出した差別的な機能がヨーロッパ中心主義の象徴としてイデオロギー批判の対象になったことであり、もう１つは、上記の４つ目の基準で、国家として基本権を持つ条件として「他のいかなる権威からも独立した最高の権威を持つ主権的政府がなければならない」と定められていることが、不完全国家の場合のように対外的な基本権を持つことについても条件となるならば、その点が、基準構成上の理論的問題としてブラウンリーの言う循環論の問題を抱えたことである。この循環論についてブラウンリーは次のように指摘する。

> 国際法の主体とは、国際的権利と義務を享受し、また（ａ）国際請求を行うことによって権利を維持し、（ｂ）そうした請求に従い義務違反の責任を負う権能を有する実在である。この定義は、伝統的なものではあるが、上記の指標が理論的には法人格の存在に依拠している一方で、当該権能が存在しているか否かが疑わしい場合に、それを決定する主な方法がその権能が実際に行使されているかどうかを調べることであることから、残念なことに循環的である[26]。

このことは、国際社会のように事実上の上位権力はあっても法制度上の最上位の権力および最上位の権威のないところでは、現実に主権国家として支配力を持つものが国際法主体としての基準を決定できただけでなく、その適用上の判断においても判断権者としての立場に立ちえたことを意味している。その点で、基本権の名宛人としての国際法主体の基準の一般化についての正当性の問題は、一般法秩序をどの範囲で考えているか、および政治的な実在について主体としての地位に差別が生じる場合にその正当性をどう位置づけているかという問題に関わっていることになる。

次に、国家基準の一般化に関わる第２の問題は、18世紀以降のヨーロッパ諸国の非ヨーロッパ世界への進出に伴う国際社会の拡大過程で、それ

[26] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 8th edition, OUP, 2012, p. 115.

が非ヨーロッパ世界に存在する国家もしくは政治的実在を主権国家として承認する問題と結びついたことのために、その時代の支配的国際秩序の実質的要因に大きな影響を受けたことである。そのことは基準の内容の変化を見れば明らかである。

普遍的国際法は存在するかという問いに対して、1836年に初版が出版されたホイートンの *Elements of International Law* では、「国際公法は、わずかな例外を除いて、ヨーロッパの文明人とキリスト教徒、およびヨーロッパ出身の人々に限られてきたし、現在も限られていることに変わりはない」と述べているように、国際法が適用される範囲は、文明国およびキリスト教国に限られていた[27]。その後、ヨーロッパ諸国のアジアへの経済進出およびクリミア戦争後に締結されたパリ条約にイスラム教国のトルコが当事国になったことなどを踏まえてキリスト教国という条件が外れ、文明国であることが主権国家として承認される基準となった。国際社会における文明基準の展開を論じたG. ゴンによれば、国家基準として文明国基準が用いられたのは、主として日本や中国など非キリスト教国および非ヨーロッパ諸国で活動するヨーロッパ人の自由や尊厳および財産権の保護が、当該国の法制度において遵守されることを確保するためであり、反面そうした法的保護が確保できない国に対しては不完全国家として自国民について治外法権を認めさせるためであった[28]。この基準が、国家承認制度の中で慣習法として確立したのは、ゴンによれば、19世紀の終わりになってからである。しかし、その後非ヨーロッパ諸国である全米の諸国の間で1934年に発効した「国家の権利および義務に関する条約」が、第1条で、「国際法上の人格としての国はその要件として、(a) 永続的住民、(b) 明確な領域、(c) 政府、及び (d) 他国と関係を取り結ぶ能力を備えなければならない」と規定し、また外国人の保護についても国際標準主義に代わって国内標準主義が強く主張されたことから、この4つの基準が一般国際法の国家基準として論じられるよ

---

[27] Henry Wheaton, *Elements of International Law*, 1st ed. Little, Brown Co., 1836, p. 18.

[28] Gerrit W. Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Clarendon Press, 1984, pp. 25 ～ 35.

うになった。そのことは、国家基準が、ヨーロッパの特定の文化宗教を背景にした国際法秩序を非ヨーロッパ世界に拡大し一般化する過程で、ヨーロッパ国際法秩序の維持という目的で政治的実在を判別する基準から、各政治的実在における統治能力、外交能力などの実質的で一般化し易い基準にとって代わられたことを示している。

そして第３の問題は、反対に国連設立以後に特徴的なこととして、国際平等、国際平和維持などの新たな理念、反植民地主義に基づく人民の自決の要請、および非自治地域の独立の促進など、それぞれの国の権限に基づいて国家間の外交関係の展開や国際組織での活動を推進することが開発途上地域の経済発展と安定を促すという構想の下に、積極的に主権国家としての承認が行われたこと、またそれに米ソ両陣営の間での東西対立が絡まっていたことが、結果として国家基準の適用を曖昧化し状況化させたことである。即ちそこでは、政治的実在が一般的な国家基準に基づいて主権国家として認められるか否かが主たる問題ではなく、政治的実在を取り巻く問題状況を考慮して国家として承認されるか否かが問題になったことである。

この基準が状況化する問題は、多くの植民地独立国の領域の国境線が植民地本国によって定められた境界線を基礎にしていたことと結びついて、既存の独立国内において生じる基本権としての人民の自決権の適用に基づく国家承認および政府承認の問題にとりわけ顕著に現れた。植民地の境界線は、境界内にある複数の政治的実在の支配関係、宗教や民族などの相違などを踏まえて定められたものではなく、多くは植民地本国間の支配地域の画定を意味するものであった。そのため、植民地からの独立後に、複数の政治的実在の間の秩序維持が不安定なところでは、政権をめぐる対立あるいはそれぞれの支配地域の分離独立の形で武力紛争が頻発した結果、そうした事態の解決のための政府承認もしくは国家承認において、再び人民の自決権の適用が問題となった。

この人民の自決権の適用基準は、大別すれば相対立する２つの立場から論じられた。１つは、人民の意思こそが自決権を行使する主体である政府の権威の基礎になければならず、それゆえに政府は、人民の意思を誠実に反映する民主主義の原則に基づいて決定されるべきであると論じる。それに対し１つは、民主的な手続は理念としては望ましい方向であ

るが、政権の正当性をめぐって対立が激化する中で自由民主主義的な正統主義に基づく解決を主張することは、経験的には民主主義が平和をもたらすという理念とは逆にその攻撃的性格のために武力対立を激化させ、それゆえ民主主義や人民主権の実現にとって反対に危険であるだけでなく、当事国の平和および国際平和にとっても危険であり、実効的支配の原則 principle of effective control に基づいて決定されるべきであると論ずる。加えて、民主的な手続を持ち込んで成功した例はわずかな場合に限られており、その方式が一般化しているとする *opinio juris* は存在しないと論ずる[29]。

このように国連以後の実行において国家基準もしくは人民の自決権の主体決定基準が状況化したのは、紛争当事者がそれぞれ固有の紛争要因を抱えていただけでなく、当事者を取り巻く周辺環境において国際秩序をいかに維持するかという要因が複合的に関係したためである。このことは、国家基準もしくは人民の自決権の主体決定基準について、一方で民主主義方式の導入による自決権主体の決定が方向として望ましいことを認めながら、他方で場合によって全体の平和維持を優先させるなど、国家もしくは政府として承認する上で考慮すべき要因が複合化したために基準一般化の正当化文脈が固定しにくいという問題、あるいは他の優先理由が存在する場合には基準一般化の必要性を認めないという問題が内在したことを意味している。その点では、現在における新国家の積極的な承認および自決権主体の決定においても、権利概念と主体基準に基づいて主体が特定されるのではなく、権利を事実において実行しているものが主体として認められるというブラウンリーの循環論が該当していることになる。

最後に、国際法主体としての国家基準の一般化に関わる問題のまとめとして以下の３点を述べておきたい。

第１は、国家基準が歴史的には各時代の国際社会において国際法秩序を構成する主要な課題、その意味で国際法秩序の性格に直接関連させる形で構成されたこと、およびそ国家基準の一般化の必要性に関わる問題

[29] Brad A. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, OUP, 1999, pp. 413 ～ 427.

である。国家基準は、形式的な面から見れば、永続的住民、政府、領域など時代の変化に影響されない共通の要因によって構成される一方で、歴史的には、キリスト教国あるいは文明国などそれぞれの時代の秩序形成に関連する主要な実質的要因が基準に含まれることによって、一般国際法秩序としては当該基準を充たさない政治的実在の差別を正当化し構造化する役割を持ってきた。このことは、国家基準の一般的妥当性やその基準を基本とする国際法秩序自体について、その基準の下で差別や不利益を受ける側からすれば、それぞれの国家基準の一般的妥当性を問題にできたこと、更に一般国際法秩序の正当性やイデオロギー性を問題にできたことを意味している。他方、既存秩序の側からは、新たな基準の一般化を求める場合あるいは基本基準と異なる基準の適用を例外として要求する場合には、それぞれ一般国際法秩序の基本的性格に即して、既存の基準に代えて新たな基準を一般化する必要があることの正当化、あるいは一般基準に対する例外事情の正当化を基礎づけることが求められたと言えよう。

第２は、国際法秩序の性格が複合化し、国家基準が状況化する中での基準自体の一般化の必要性に関わる問題である。それは、具体的には20世紀後半の東西対立に典型的に現れたように、１つの国際共同体としての一体性が崩れたことが、何を国際法秩序の主たる保護利益とすべきかに関わる一般化の必要性の認識に影響したことである。そこでの問題は、19世紀には、ヨーロッパ諸国による国際社会全体に対する事実上の支配を土台にして国際社会、国家関係を序列化する国際法秩序の実効性を確保できたが、米ソのイデオロギー的、政治的、経済的、軍事的な対立に基づいて国際秩序が分裂し、国家基準の適用に関わる国家承認や政府承認においても考慮要因が複合的となる中で、理念に基づく急激な変化が惹き起こす不安定よりも、秩序維持の考慮を重視し漸進的な変化を求める認識が強まったことである。その点で、一般化の必要性においては、秩序維持の文脈に即して何を軸とすべきが問われていたことになる。

そして第３は、第２点の基準の状況化とも密接に関連するが、基準の適用という面での一般化の必要性に関わる問題である。即ち、人民の自決権の適用の場合のように、当事国における平和秩序および国際社会全体の平和を考慮して実効的支配の原則を重視するとしても、自決権の適

用をめぐる紛争が秩序維持にとってどの程度の危険性を持つかは関係国の政治的、戦略的な問題が絡む相対的な問題であり、基準の恣意的な適用や二重基準の問題を発生し易くなる。その点で、基準の適用において実効性の原則を重視する場合であっても、未解決の問題を国際社会として事後にどう扱うかについての対応、あるいは実効性の原則の適用が特定の立場の保護のためではなく、すべての立場に等しく適用することなど、原則の適用に一体性を確保することが一般化の必要性という点においても重要になることである。

3）国際法主体論から見た国家主権と基本的人権の位置づけ

今日、国家の権限を制約する個人の基本的人権の保護が国際法上の重要課題になるとともに、これまで国際法上の主権者である国家の基本権と国内憲法上の主権者である個人の基本的人権の保護の問題とを、基本権の地位および主体論の問題として国際法上どう位置づけるかということが理論的関心から問題になってきている[30]。それらが、国際法の基本主体の問題に関わるのは、国際人権を国際法の constitution を構成する原則として論ずる傾向が強まってくるとともに、個人の尊厳の保護、その意味での個人の基本的人権の保護こそが国際法秩序形成の究極の目的であるとする認識が形成され、そのための制度構成が、主体の構成を含めて論じられるからである。

それゆえ以下では、個人の基本的人権を国際法の constitution として保護することが、国家を基本的な法主体とする国際法秩序の構成を実際に転換することになるのか、あるいはそれが制度的に可能かという問題として簡潔に述べたい。この問題を論ずる上で意味を持つのが、constitution を法システムの構造を確定する structural norm と、法システムの構造の下で何が基本規範としてもっとも保護されるべきかに関わる fundamental norm とに区別する論点である[31]。

---

[30] Jeremy Waldron, Are Sovereigns Entitled to the Benefit of International Rule of Law? *EJIL*, Vol. 22 no. 2, 2011, pp. 315 ～ 343; Patrick Capps, *Human Dignity and the Foundation of International Law*, Hart Publishing, 2010.

[31] Başak Çali, *The Authority of International Law*, OUP, 2015, p. 38.

個人の権利保護と国家の主権の関係を個人の権利保護を軸に一体的に論ずる議論は、社会契約論を基礎に国民の権利保護の立場から国家の対外主権を構成するという形で既に18世紀末にヴァッテルによって論じられていた[32]。しかしヴァッテルの議論は、国民の権利保護のために国家がその権限を対外的にどう行使すべきかについての構成であって、国際社会全体を構成する個人の権利一般としての人権の保護が課題ではない。また人権の保護のために国家主権の概念を否定する議論でもない。

それに対して近年の国際人権の保護においては、保護を受ける個人の範囲が世界大に拡大するとともに、個人の尊厳の保護もしくは個人の人権の保護こそが国際法の究極の目的であり、その基礎にあるとする議論もなされてきている。もっとも、個人の尊厳の保護が国際法の究極にあるとする議論においても、それが、国際法の基本主体論にどう関わるかについては議論が分かれる。例えばキャップスは、自らが分析する法の一般概念についての実質的および方法論的アプローチを国際法にどの程度用いることができるかという点から国際法の基礎づけを行い、それに基づいて人間の尊厳が国際法においてどう位置づけられるかを論じる[33]。その上で、人間の尊厳が世界全体に及ぶ普遍的な価値として認められたとしても、その制度設計、制度化の構成は多様であり、その中で、超国家的な機構はむしろ例外であって、現状では国家が制度化において主体として役割を持つことを認める[34]。

他方ウォルドロンは、国内法秩序における法の支配の確立が国家権力に対する個人の自律性の保護をもたらしたように、国際社会に法の支配を認めることは、形式主義的に認められる国家の国際法主体としての地

---

[32] E. de Vattel, *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, translated by J. Chitty, T. & J.W. Johnson & Co., 1863, pp. 3 〜 7.

[33] Capps, *supra* note30., pp. 187 〜 190. ここでキャップスの述べる法の一般概念は、規制されない自然な人間関係における人間の行為は他者の目的達成を妨げるという点で人間の尊厳を損なうゆえに、人間の尊厳の推進を保護できるように自然な人間関係を構築するため、権威に基礎づけられた一般的な規範から構成されたものとして規定される。

[34] *Ibid*., pp. 203 〜 212.

位を保護する方向ではなく、反対に法システムとしては実質的には否定する方向に動くことになると論ずる。

われわれが国際法の価値を認める理由の１つは、それが個人の生活、世界の何十億の人―男、女、子供―の生活を改善するのに役立つということである。形式的には、国際法の主体は主権国家 national sovereigns であり、世界の人民はその国家に属する動産のようなものであるというが、今日、少なくとも狭いスコラ学の外ではそのような話を聞きたい者は誰もいない。国際法の真の目的、国際領域における法の支配の真の目的は、主権国家の保護ではなくその任務を実行する人民の保護である。人民は、かつてはそうであったとしても現在は主権者の動産ではない[35]。

前の２節で、国民国家あるいは主権国家が国際法の主体であるという形式的立場の背後にあるものを見つめてきた。そうしたのは、法の支配が国際法の領域において持つ形式的ではない実際の重要性を理解するためであった。この現実的な分析を進めるならば、我々は、国家が国際法の究極の主体ではないという立場にばかりではなく、国家は実際には国際法の主体ですらないという立場に向かって動き始めるかもしれない[36]。

しかし明らかなことに、国際的平面における主権国家は国内的平面おける自然人としての個人とはいくつかの点で異なる。１つは、主権国家は既に法によって構成された実在であるという点である。国内平面および国際平面のいずれの面で考えても、主権国家は人為的に構築されたものであって、その価値が－人間個人の価値のように－規範分析の第一原理として前提されるべきものではない。国家は、国内では法的組織の特殊な一態様である。即ち、公的生活の一定の任務を特殊な方式で組織した結果である。その主権は作られたものであって前提として設定されたものではないし、その利益を保護する者のために作られたものである。また国際平面では、個々の国家の主権と主権的自由も同じく国際法が人為的に作ったものである。国家の主権が何であるか、何になるか国家の個としての内在的価値の問題として所与のものではなく、国際法規によって決められたものであ

[35] Waldron, *supra* note 17, p. 325.

[36] *Ibid*., p. 327.

る[37]。

既に述べたように、国家は多くの点で個人とは全く異なり、その点は国際的平面でも同じである。即ち、行動の自由の価値が問題になるときにも、国家は個人とは全く異なる。個人の場合は、行動の自由の価値を合法性の原則から別個に評価することができる。しかし、国家の行動の自由には、国際平面でも国内平面と同じくそのような価値を認めることはできない。問題を法の支配の観点から見れば、国家の行為が規則性を持ち、法に制約されたものであることへの我々の関心は、問題の平面が変わっても何ら変わらない。国民国家が法によって拘束されたままに止めておきたいと望む理由は、国家が異なる平面で行動しているからと言って消えてしまうものではないし、また、国家が法の支配の受益者になりうると考えることが理論的に可能であるからと言って消えてしまうものでもない。

要は、法の支配の要件が国民国家に適用されると主張し続ける理由はいかなる場合にも同じである。その要件が国家に適用されるのは個人の福祉、自由、尊厳のためである。その価値は国家が対外的に行動するときも対内的に行動するときも同じように関係する。違うのは、国家の対外的な行動の方が国内的な行動よりも、より多くの人が影響を受ける可能性があるという点である[38]。

このようにウォルドロンは、国際法における法の支配の確立がもたらす利益は誰が享受すべきかを問題にし、それは、法の不明確な部分について政府に統治の自由を認める結果になるような、その意味で政府の利益になるべきではなく、国内法における法の支配が国家権力の行使に対して個人の自律を確保する方向で作用するのと同様に、国家主権の自由を制約し個人の保護を推進する方向に動くべきであると論ずる。それゆえに彼は、国家は形式主義的には国際法主体としての地位を認められたとしても、実質的には自律的な権利主体である国際法主体の地位は持たず、その地位は個人の尊厳や基本的人権を対外的にも保護する agent としての役割しか持たないと位置づける。

---

[37] *Ibid*., p. 328.

[38] *Ibid*., p. 341.

確かに、個人の尊厳、基本的人権の国際保護が国際平和の維持や国際的正義の面からも重要な問題であり、その国際的推進が求められていることは言うまでもない。しかし、国際法秩において人間の尊厳を保護することが国際法秩序における基本的な課題として位置づけることから、国際法主体論の面でも、自然人とは異なる形式的な国家は国際法秩序の第一原理にはなりえず、自然人である個人が第一原理となり国際法の真の基本主体であるとする理解には、次の２つの点から問題を指摘できる。２つの点とは、そもそも国際法が何を基本課題として法秩序形成に関わってきたか、その中で国家という人為的主体をなぜ基本的主体にする秩序構成を用いてきたかという歴史に照らして見た、国際法における権利内容の実質構成および国際人権の実現のための制度構成の点である。

まず第１の国際法の権利内容の構成について、サマンサ・ベッソンは、ウォルドロンの上記論文に対するコメントとして次のように述べる。即ち、

> 国家あるいは他の国際主権の機構的主体にとっての権威と個人にとっての権威とをアナロジカルに論ずることは、それゆえに自律の価値は国家の選択と行為にまで及ぶことを含意する。そのことは、国家政治社会の構成員であることを共有するという価値の下で、またその共同体の集団的な自己決定の結果として、一見してもっともなことのように思える。ウォルドロンが強調した問題点は、国家の自律の価値は、国家を構成する人々の自律を通してのみ説明できるということである。しかし、自律の価値が問題になるとき国家は個人とは全く異なる。国家の自律は、国内法秩序のいずれの法主体の自律とも等しくなりえず、それらの政治的実在としての自律の産物である。主権者の自律は、個人とのアナロジーを用いているために、またそれが個人との不完全なアナロジーであるために、よき政治組織であるという目的、即ち自己決定的であり帰属する人の自律を保護するという目的により明確に従属する[39]。
>
> しかし同時に、主権国家は集合的な実在であり、またそれゆえに、主権

[39] Samantha Besson, Sovereignty, International Law and Democracy, *EJIL*, 2011, p. 378.

国家間の関係は個人の場合よりもはるかに多くの対立を抱えている。さらに、主権の価値の１つが自己決定であるために、決定の独立性が主権国家においても価値を持つことは明らかである。そして最後に、社会的・文化的な多元主義が地球規模に拡がっている状況の下では、国家の自律性は、それぞれ異なる態様で実施される方が価値を持ちうる傾向にある[40]。

しかし重要なことは、国際主権は、個人によって構成される集合的実在－人民－を保護するのであって、個々の人間自体ではない。もちろんそれぞれの運命は、民主主義と人権が連関しているように連関している。しかし主権、なかでも主権平等は、個々の国家の対外問題における民主的自律を保護し、国際人権とは別にそれのために正当化され続ける。この国際共同体の二元的な面は、人民と対峙させてもっぱら個人自体に焦点を合わせたように思えるウォルドロンの国際的な法の支配の説明では、認識されていない[41]。

以上にベッソンが述べるように、国際法上の基本権を論ずる上で注意すべきことは、それらが個人の集合体の権利として主張され、個々の個人の権利に収斂されない部分が多いことである。特に国際関係における法秩序形成は、国家間の政治、経済、社会関係が進展するとともに、各国の国内公法秩序の違いから生じる国際的な対立問題を解決するための制度調整が主要部分を占めており、そうした秩序形成は個人間の関係の秩序化に還元できない。その部分について法共同体としての単位を構成する法主体の存在が必要である。

他方で、国際的な個人の尊厳の保護は、そうした全体的な国際秩序において個人に対する政府の抑圧を抑制するための国際的制度化である。しかしその制度化は、ウォルドロンも認めるように、一般国際法秩序が各国政府の主権を超える統治権力を持つ政府を持たない以上、自由主義的・民主主義的な国内憲法における基本的人権のように、基本的人権に基づく個人の自律性の確保を法秩序全体として統治権力に対抗させるという形の、国際的な権力の抑制の仕組を採用することができない。その

[40] *Ibid*., p. 380.
[41] *Ibid*., p. 383.

ことは、国際人権保護を国際法制度全体の前提として位置づけられないことを意味し、またその点で、国際人権の制度化が国際法秩序全体において国家の法主体性を当然に形式化することにはならないことを意味する。それにも拘らず、ウォルドロンが個人の尊厳の保護において国家の法主体性が形式化し国際法の真の主体ではないと論じたのは、国際関係における法の支配について、その意味が何かという問題をその受益者が何であるかという問題に置き換えて検討し、個人を最終的な受益者として設定したことに基づく[42]。しかし、法秩序の基本主体を何にするかは、法秩序の基本目的や性格に関わる問題であり当然に法秩序の最終的受益者になるとは限らない。

また、第２の国際人権を実現するための制度化という面からも、国家の主権的地位を否定しそれを個人に置き換えることは、次の点で現段階では問題であると考える。

１つは、一般国際法秩序における基本的人権の保護は、自由主義的・民主主義的国内憲法秩序のように、基本的人権に基づく個人の自律性の保護を国際法秩序全体として国家に対抗させるという形態をとることができない以上、国際制度的には、一般国際法秩序の維持のために国家に人権基準の改善を義務づけるという、国際法主体としての国家を媒介とするという形態をとらざるを得ないことである。そして１つは、国際的人権保護において各国に求められる内容およびその段階について、経済の発展段階、文化や社会構成の違いなどに基づき、現時点では多様性を認めなければならないという点である。個々人の尊厳を保護することが統治権者や国家の自由の制約を要求することは当然としても、その実現の制度においては補完性の原則の適用が問題になるように[43]、その制度化は、民族の構成などの社会環境、経済の発達段階、人権意識の違いなど個々の国家の事情が異なる段階では各国家を単位・主体として実施す

---

[42] *Ibid*., p. 374.

[43] 補完性の原則とは、各国家が基準の遵守をその能力の欠如のゆえに実行できない場合に、国際組織が補完する仕組のことである。Paolo Carroza, Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, *AJIL*, 2003, Vol. 97, no. 1, pp. 38 ～ 79.

る方が状況適合的であり、またそのような状況では国際的に一律の基準を強制するよりも国際秩序の維持に柔軟性を確保できると言えよう。そもそも国際法が、欧米の自由主義国、民主主義国の人権基準を超える人権基準を国際人権基準として採択したのは、すべての国について人権基準の底上げをすることによって国際紛争を防ぎ、発展を促進し、それによって国際関係の安定を企図するためであり、社会契約論に基づく人権観念に基づいて人権基準を世界的に一律化し、個人を法主体とする世界秩序を樹立するためであった訳ではない[44]。実際、国連における人権の制度化が大きな成果を上げているのは、国内の人種差別禁止や女性差別禁止などの平等の地位の制度化の面においてである[45]。

現在の国際関係においては、個人の尊厳を保護するために各国の主権を制約し、その実施を確保するために、その範囲で固有の権限を持つ国際組織を特定国の間で形成することは可能であり、現実にさまざまな態様の制度が採択されている。しかし、そのような制度を採択する過程で、国際法全体における基本主体を個人に置き換えることを各国が意図していたとは考えられない。またそれらの制度は結果的にもそれだけの効果を持っていない。クロフォードが述べるように、現段階ではconstitutionalな機能を確保する国際法システムとして、国家に代替可能な主体を基本とする一般モデルを構築することができないために、国際法秩序における主体は主権国家を基本とせざるを得ないのが実情である[46]。それは、本項の初めに述べた憲法規範を構造規範と基本規範とに分ける区別に照らして言い換えれば、現在の国際社会の構成においては、国際人権の保護を国際法上の基本規範として構成することから個人がその平面で主体として位置づけられたとしても、そのことから国際法システムの構造規範の面でも主体としての地位を帰結することは難しいことを意味している。

---

[44] Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights －International Law in Domestic Politics －*, Cambridge UP, 2009.

[45] Allen Buchanan, *the Heart of Human Rights*, Oxford UP, 2013, p. 132 ～ 136.

[46] James Crawford, *supra* note 4, p. 110.

2　国際社会全体の利益の認識と正当化要因

特定の国際法規が、国際社会全体に適用される法規として一般化が必要である場合、それらはしばしば国際社会全体の利益を規律する法規として位置づけられる。もっとも、その表現は、国際社会の根本価値、共通利益、一般利益、国際共同体の利益などさまざまである。

それらの表現を用いる議論は、特定の規則が規律する内容が法源論など何らかの形式によって権威づけられているという判断、それらが国際法の根本的な規範であるか倫理的道徳的な規範に基礎づけられているという一般的属性に基づく理解、あるいは人権など基本原理や普遍的原理から帰結するという理解に基づいて、それらを国際社会の共通利益を具体化する規則であるとして位置づけ、その適用範囲とその効果・作用を論じている[47]。そこでは、規則がいかなる正当化理由の上に一般化を要請しているかという問題は、潜在化され主要な問題としては論じられていない。せいぜい補足的に論じられているにすぎない。

例えばジンマは、国際共通利益の規則について主題と論点を抽象的に論ずることは難しいと述べて[48]、国際共通利益に基づく規則であることを国際社会全体が承認していると認める規則の例を示すことで、その制度が国際法上も存在することを例証する。その上で、それらの規則を、それぞれに固有の効果を認められた強行法規、対世的義務、国際犯罪の概念のいずれに分類されるかを論ずることによって、それらの利益の推進にとって不可欠な国際組織の機能が不十分であるにも拘らず、その制度的作用・効果が補完されると述べる[49]。もっとも、国際法の効果についてそのような概念の分類ができることを示すものの、個別の国際法規になぜそのような分類概念を適用できるかについては、それらの規則が根本的な価値を保護する規則であるという一般的属性を述べるだけで、

---

[47] Vera Golland-Debbas, Judicial Insights into Fundamental Values and Interests the International Community, A. S. Muller et al. eds. *The International Court of Justice*, Kluwer, 1997, pp. 321-366;.

[48] Bruno Simma, *supra* note 4, p. 235.

[49] *Ibid*., pp. 271 ～ 272, p. 285 ff

その規範的理由を個別具体的に論じていない。即ち、分類概念自体が適用される一般条件を明確にしていない。その点で、ジンマの議論は、個々の制度が国際共通利益を構成することを具体的に説明しないまま、いずれかの分類概念に含まれるかどうかを論ずることによってその効果を論じていることになる。この論じ方は、強行法規について、まず一般に認められる実例を基に概念を構成し、一般化のために必要となる具体的同定基準については理論構成をせずに、それを実務的に一定の権威を持つ判例などの具体的事案の判断に委ねた議論に類似している[50]。

同定基準を示さずに具体的判断を実際的権威に委ねるこの論じ方は、概念の存在を規範意識あるいは正義認識に関して共通認識を持ち易い事例に基づいて例証的に論じるために、概念の存在を論ずる手掛かりとしては有効である。しかし、特定の制度の事例が、なぜ国際社会全体の利益を保護する制度としての意味を持つか、あるいはその他の制度が国際社会全体の利益を保護する制度として位置づけることができるかという問題に答えるためには、制度特性の一般化の基礎づけに関わる理論構成がなければならない。即ち、個々の制度の基本的性格やその射程を示す上では、何を根拠として利益の共通性を認識しているかを理由づけることが不可欠であるだけでなく、共同体の存在の認識については、認識を共有しない当事者に対してそれがなぜ共同体の問題として位置づけられるかを説明する論拠が不可欠である。またそうした理由づけは、制度の一般化においてどのような authorization を必要とするかを論ずる前提としても不可欠である。

この正当化の構成要素について、本稿は、それらをより高次の一般法理論的な問題として論ずるのではなく、在る法の存在基盤としての正当化要因の分析を基本課題にしている。それゆえ以下では、これまで一般国際法規として論じられてきたもの、これまでに国際共通利益を規律するとされた法規、および一般法規として認められるべきであるという主張を基に、それらが規範の一般化について実際にどのような正当化要因に依拠しているか、もしくは内蔵しているかという観点から以下の５つ

[50] 拙稿「国際法における強行規範」、拙著『一般国際法秩序の変容』信山社2015年所収、105 ～ 138頁。

の場合に大別して論ずる。

1）不特定多数当事者への利益の侵害行為に対する規制

伝統的国際法における損害責任の処理のように、損害について加害者と被害者が特定され、しかも事後的な対応によって紛争が解決される場合には、一般国際法として必要になるのは、当事者間の個別的および相互的な関係の維持において、責任処理が恣意的にならないために責任の有無と責任の帰属についての一般規則を明確にすることであった。

しかし、現在の大気汚染に起因する気候変動や海洋汚染などの国際環境問題の特徴は、環境損害の規模が不確定であるために被害者が不特定多数に及ぶ可能性があるだけでなく、産業の生産活動や一般の生活形態が環境損害の原因行為となるために、個々の損害について加害者も特定しにくいことである。このように、個々の国家の制度規制を相違させたまま行われる産業活動や生活に伴って生じる環境損害が、地球全体に及ぶだけでなく継続性を持つことが事実として明確な場合には、その問題は、従来のような損害に対する賠償などの損害回復を目的とした個別的対応、対抗請求という意味での相互主義的な対応では解決することが困難である。そうした継続する環境損害に対して、一回的な対応ではなく継続的な対応、相互主義の面でいえばコルムのいう相互に与え合うという意味での積極的対応が求められる[51]。しかも、環境損害が継続的である上に回復しがたい不特定の規模で発生する場合には、それを事前に防止する予防的対応も不可欠になる。

それゆえに、そうした環境問題の規制においては、個々の国が個別に対応するのではなく、全体としての損害を防止し行動環境を設定するために、国際社会全体での目的共有および規制基準の共通化が必要になる。言い換えれば、損害事実についての認識の一般化だけでなく、その認識に基づく共同対応、即ち公的秩序形成が求められる。トーマス・フラン

[51] Serge-Christophe Kolm, *Reciprocity – An Economics of Social Relations*, Cambridge UP, 2008, pp. 89 ～ 90. 尚、国際法における相互主義の位置づけについては、Shahrad Nasrolahi Fard, *Reciprocity in International Law*, Routledge, 2016, 参照。

クの言葉を用いれば、規制が国際社会に共通の運命の問題として考えることを余儀なくされていることが規制の一般化を必要とすることの理由である[52]。逆に、損害規制の制度化において、そうした国際社会全体に共通の問題であるという認識が形成できない問題については、共通の問題を抱える当事者間で規制すればよいことになる。

2）正当な法益の部分的侵害を全体秩序の侵害とする認識の正当化

現在の国際法では、損害が国際社会全体に及ぶものについて全体としての規制を必要とする前項の場合とは異なり、武力行使の原則的禁止や侵略行為の禁止のように、たとえその侵害が部分的であり実際に全体に及んでいない場合であっても、それを全体秩序の問題として扱うことが必要とされてきている。

この場合に問題になるのは、個々の行為それ自体が事実として全体の侵害になるとは限らないが、法秩序全体の利益に関わると見なされることである。言い換えれば、部分的な逸脱であっても、それが秩序全体の利益を損なうと認識されることである。そしてそのような認識が意味を持つのは、部分的な逸脱であっても、それに対して何らかの形で責任を追及しないかその結果を放置することが、当該行為を規律する規範秩序の一般化を損なうか対抗規範の一般化を帰結する可能性を持つと見なされるからである。その意味で、部分的な逸脱を全体の利益の侵害と見なすために必要となるのが、個別的な事態を超えて全体の問題として位置づける解釈を支える理由を論ずることである。

その議論において用いられるのが、特定の行為が、「等しきものを等しく扱う」ことを求める国際正義の概念 the concept of justice[53]に反すること、あるいは既に一般性を持つ正義構想 conceptions of justice[54]に

---

[52] Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford UP, 1995, p. 6.

[53] 郭舜は、国際正義を国家間の正義、世界正義は国家を超える個人を含む主体間の正義と位置づける。郭舜「国際法の課題としての世界正義」世界法年報34号（2015）、36頁。

[54] 正義概念（the concept of justice）、および「何が等しいものか」、「何が等しい扱いか」に関わる正義構想 conceptions of justice という用語法は、井上達夫

反するゆえに全体の正義に反すること、国際平和を脅かすこと、人間の尊厳や人道性に反することなどの、抽象的な形で共有されている価値原理あるいは必ずしも tangible なものとしては示しえない共有理念に依拠する形での議論である。

まず、正義論への依拠について見ると、この「等しきものは等しく扱う」という正義概念の適用は２つの方向で論じられる。１つは、等しい扱いを特定した上で、その扱いを適用されるべき等しい実在の範囲を論ずる方向である。そこで問題なるのは、ある実在が他の実在と共通の要素を持つことを理由に同一の権利の主体と認識しうるかに関わる問題、即ち、共通の要素を持つ実在に対する形式的平等または形式的差別禁止の正当化の問題である。もう１つは、等しきものを特定した上で、それらに適用されるべき等しき扱いは何かを論ずる方向である。そこで問題になるのは、異なる要素を持ちながら同じ地位を認められた実在に対していかなる基準を適用することが実質的平等であるかに関わる正当化の問題である。これまで全体の秩序化において正義概念が拠り所として大きな意義を持ったのは、形式的差別禁止の面においてであって実質平等の面においてではない。形式的差別の禁止については、男女や人種など諸実在の間での異なる要素の部分よりも「人」という共通要素の部分が形式的にも規範的にも一般化し易いのに対し、実質平等については、全体秩序における平等基準を論ずる要素が多様かつ変動的であり、実質価値を生み出す上で能力や経験など要素における違いの役割が大きいために何が正義かを論じにくいからである。

実際の国際法の展開に照らして具体例を見ると、それらが正義概念を唯一の拠り所とするか否かは別として、行為の規律が法秩序全体の利益を構成することの理由の構成における正義概念の役割は、規範の一般化の積極的な面に関わるか消極的な面に関わるかによって異なる。

正義概念が規範の一般化の積極的な面に関わるのは、国際法制度が、領土保全を保護するための侵略行為の禁止、国内管轄権の行使を保護するための内政不干渉の義務、自己決定権の侵害の規制など、国際法秩序の基本枠組もしくは国際法主体の基本権の保護を目的として、それを逸

の訳を用いた。井上『法の企て』東京大学出版会（2003）、13頁。

脱する行為を規制することに関わる場合、更には、奴隷取引の禁止に加えて、国際法秩序の保護の対象が国際平和の維持と結びついて個人にも拡大するとともに人の差別の解消を目的に進められた制度、即ち、人種差別の禁止、女性差別の禁止、子供の権利保護などに関わる場合である。これらの制度は、同じ法的保護を等しきものと解釈される実在に保証すること、即ち法的保護における差別の廃止を目的とするものであり、その意味で、規範の一般化においては正義概念の果たす役割が大きい。

他方、正義概念が規範秩序の一般化に消極的な面で関わるのは、例外を認めることが望ましくない多くの国際法制度に見られるように、規範の個別的な逸脱や不遵守を容認もしくは黙認することが二重基準の適用として結果的に規範秩序の一体性を損なうことになるために、それを防止することが必要とされる場合である。その点では、規範の一体性を確保する上で正義概念が持つ役割は、制度の直接の正当化理由に対して二次的、補完的である。

次に、正義概念よりも他の価値原理が正当化理由として主たる意義を持つのは、ジェノサイド行為の禁止やテロ行為の規制のように、それ自体が人間の尊厳や人道性の侵害を構成するだけでなく、たとえ部分的な被害であっても、被害をもたらす特定の行為を国際的に規制しないことが国際の平和の破壊あるいは脅威になると認識される場合である。しかし、そうした事態がそれらの行為を禁止する国際規範の一般化の根拠として実際に意義を持つためには、人間の尊厳や人道性の侵害についての認識が抽象的ではなく、実際的な問題として明確に認められていることを示す必要がある。また国際平和に対する脅威も、侵害の規模や影響の大きさなどの具体的な要因によって示すことが必要であろう。

こうして見ると、正義や人間の尊厳、人道性、国際平和など規範の一般化を支える抽象的概念に依拠して個々の規範の遵守を国際社会全体に要請すること、その逸脱に全体秩序の問題として対応することが国際社会全体の利益であることを正当化する場合にも、個々の問題がいかなる文脈からの正当化を課題としているかに留意しなければならない。例えば、「等しきものを等しく」の正義概念を適用する場合にも、それぞれの実在が多くの異なる質的要素を持つにも拘らず共通の要素のみに基づいて等しきものを論じることが、自然的・社会的環境に照らしてどこま

で可能であるか、あるいはそうした環境の違いに関わりなく無条件に可能であるかは、それ自体論ずべき問題である。

３）グローバルな配分問題としての正当化

国際的な資源利用において各国の排他的な利用が認められないこと、従ってその利用を国際社会全体の配分の問題として論ずるのが国際公共財の理論である。国際公共財の理論は、完全公共財が、他者の利用と競合しない財､即ち非競合性を持つ財､および他者の利用を排除しない財、即ち非排除性を持つ財という２つの性質を持つ財と定義した上で、特定の資源が国際公共財として位置づけられるかどうか、またその結果、将来世代を含めて誰もがその利用・便益に与れるかどうかを論ずる議論である[55]。しかし、経済学において定義される完全な公共財の概念自体にはそもそも財が希少な状態を含んでいないのに対して、地球公共財の議論が論ずる財の公共性 publicness の要因は、完全な公共財よりも、非競合性と非排他性の要素を事実上は不完全にしか含まない公共財の利用、特に有限資源の利用を問題にしている[56]。その点で、地球公共財の理論における非競合性と非排他性の２つの要素は、公共財を定義する事実的要素というよりも、事実として非競合性を持つ豊かな資源については独占を防止するために非排他性を認めるべきであるとし、またその希少性のゆえに事実として競合性を持つ財については共通の利用を確保するために、非競合性および非排他性を認めるべきであるとする規範的意味を持つ要素である。それゆえ拡大された公共財については、ロールズの言う正義の状況[57]として論ぜられるもっと一般的な富の配分の正義が問題となると同時に利用の規制が不可欠になる。

こうして、特定の財や資源を規範的な意味での国際公共性を持つ財として位置づけるとき、その配分の制度化や利用の規制を国際社会全体の

---

[55] Inge Kaul, Isabelle Grunberg, and Marc Stern eds., *Global Public Goods*, Oxford UP, 1999, Intro-duction.

[56] Kaul, Grunberg, and Stern, Defining Global Public Goods, in *Global Public Goods, ibid*., pp. 2 ～ 15.

[57] John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard UP, 1971, pp. 109 ～ 112.

問題として論ずる上で主要な論点となるのが、第１にその財や資源がなぜ非競合的もしくは非排他的な性格をなぜ持つか、第２にその受益者が将来世代に及ぶか否かの問題、即ち資源の持続可能性の問題を含めて利用の主体をどのように決めるか、第３に望ましい配分規則は何にすべきかについての理由づけに関わる問題である。

まず第１に、特定の財や資源の利用について規範的に非競合性、特に非排他性を認めることに関わる理由は、国際的平面では、国による経済システムの違い、経済の発展段階の違いや文化の違いによってその必要度が異なるだけでなく、その影響も多面に及ぶために、国内制度と比較して複雑である[58]。例えば、経済発展の遅れている地域に資源の確保や利用を積極的に認めることは、経済水準の進展や日常生活における必需性だけでなく、地域の紛争を防止し結果的に国際秩序の安定につながると捉えられる[59]。その点で、非排他的利用の正当化に関わる要因は、それぞれの時代の国際福祉の一般的認識だけでなく、その財や資源がどのような状態で提供され、また秩序維持を促進する他の要因とどう連関しているかの点も考慮すべき点となる。

第２に、利用主体を何にするかについて、同世代間の配分の場合、国際法上では国家を主体とすることが一般的であるが、それは、制度形成の過程で交渉に関わる主体が国家であるという形式的権限に関わる問題が大きく関係している。しかし、資源の受益者としての主体を国家にするか非国家アクターや個人にするかの問題は、形式的要因だけでなく、現在の国際的仕組の中でその制度を国際的および国内的にどう follow-up するかという点で、各国家の統治組織が担っている役割の大きさに関係している。他方で、資源の利用が世代間の配分に関わる場合は、将来世代は制度作りの段階では発言権を持たないために、その制度作りでは、現在世代の配分としての妥当性や効率性だけでなく、現在の制度が発生する将来世代へのコストや代替資源の可能性などの要因を現在世代が考慮しなければならない。それゆえ地球温暖化問題のように、国際公共性を持つ有限資源の利用は、配分の公正さだけでなく持続可能な利用

[58] Inge Kaul et al., *supra* note 55, p. 15.
[59] *Ibid*., pp. 12 ～ 13.

のための全体的な規制が不可欠になる。

そして第3に、望ましい配分規則の設定についての正当化において望ましさを規定する要因は、それが人口比などを基準にした絶対的な平等でないとするならば、それらの財が現在の生活に照らしてどの程度必要であるか、その基準が適用される国の福祉向上のためにどの程度必要であるか、またその資源がどの程度希少であるかなどの、状況的な要因が影響する。

次に、全体の福祉や秩序維持の向上のために必要となる、財や資源の積極的な配分に関わる問題とは反対に、公共財として確保することが必要となる財の提供における負担の配分について問題になるのがフリーライダーの禁止の問題である。それは、自己利益の最大化を目的として一般的配分の仕組を一方的に逸脱することが、財の供給と需要の均衡を崩し、結果としてハーディンの言う共有地の悲劇の問題を生じることになりかねないからである[60]。それゆえに、同一の財や資源について個々の当事者間に異なる利用の基準が適用されるためには、例外としてのaffirmativeな差別待遇のように、それらを全体として容認する正当化事由が不可欠であり、そうした正当化事由のない配分の仕組の一方的な逸脱はフリーライドの行為として禁止されることになる。

4）価値としての普遍性論に基づく一般性の正当化

特定の国際法規を国際社会全体の法規として一般化すべきという前提の正当化は、国際法規範の価値としての普遍性に依拠しても論じられている。国際人権の保護の制度化はもっとも典型的な例である。それは、上述の平和に対する脅威の面からの人間の尊厳の保護が大規模な侵害に対する保護を課題にしているのに対して、国際人権としての保護は、人間の尊厳や自律性自体を、国家の正当化されない権限行使から定常的に保護することを目的とする。人権の国際保護を推進する強い動機になったのが第2次世界大戦における惨劇の防止であり、また人権を国際的に保護することが平和維持の基礎であるとする点で両者は共通の基盤を持つが、人権の保護が目標指向的である点で制度としての意味は異なる。

[60] *Ibid.*, pp. 6 ～ 7.

価値としての普遍性の認識に依拠してその価値を実現する規範の一般化を論ずる場合、問題は何に基づいてその普遍性が論ぜられるかであろう。

人権の普遍性について、世界人権宣言はその前文において、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認することは、世界における自由、正義及び平和の基礎を構成する」、「全ての人民と全ての国民とが達成すべき共通の基準として、この世界人権宣言を公布する」と規定し、同宣言に採択された権利自体が普遍性を持つ規範であることを宣言している。また経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約、および市民的及び政治的権利に関する国際規約の２つの人権規約のいずれもが、条約に採択された規定の遵守をその締約国に要求しているにも拘らず、その前文に世界人権宣言と同様に、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳及び平等のかつ奪い得ない権利を認めることが世界における自由、正義及び平和の基礎をなすものであること」、「自由な人間は恐怖及び欠乏からの自由を享受するものであるとの理想は、全ての者がその市民的及び政治的権利とともに、経済的、社会的及び文化的権利を共有することのできる条件が作り出される場合に初めて達成される」と規定して、権利規定が普遍的であることを明記している。その点で、上記の公式文書に示された当事者の表向きの認識の面では、国際人権が普遍性を持つという理解で一致していたと言えよう。

しかし、人権の普遍性をめぐって、あるいは普遍性の範囲をめぐって当事者間の認識が一致していない場合には、その普遍性をどう根拠づけるかの理由が重要になる。国際人権の普遍性を何によって基礎づけるかの論議は大別すれば、２つに分けられる。１つは、すべての人間が人間として扱われる基本条件を保護する基準を道徳的権利として位置づけ、それを人権の基礎に置く見解であり、１つは、人権の基礎を道徳的権利に置くことを否定し、現在の国際人権が実際に規律しようとしていることを人権の中心にある問題として位置づけた上で、その人権が普遍性を持つ根拠を論じる見解である。

第１の人権論を展開しているのがグリフィンである。彼が、人権を道徳的権利によって基礎づけることには２つの狙いがある。１つは、人権の基準が抽象的な概念を用いて論じられるために、内容が不確定なまま

に論じられるという問題を生じさせていることに対して、人間の地位について歴史的に展開してきた道徳的権利に依拠して論じることが人権の内容を明確にできると考えていることである[61]。もう1つは、人権の基礎としての道徳的権利を、第1の根拠としての人間と認知することpersonhoodと第2の根拠としての実際的条件に基づいて行為能力者normative agencyの基本権として論じることで[62]、その意味での人権は、それが問題になる社会状況の違いから独立に論じられるという点で、人間に共通する普遍性を持つと考えていることである[63]。

こうして道徳に基礎づけられた人権において、グリフィンは、最も高く位置づけられるのが、自己の人生を選択する権利としての自己決定権、自己の選択を追求する自由、人間としての生活に最小限必要な富の提供を受ける福祉の権利であり[64]、その内容の確定性ゆえに普遍性を持つと述べる。

グリフィンは、このように人権の正当化基盤と確定性を持つ基本内容を示した上で、2つの国際人権規約における人間の尊厳の尊重に対しては、それらはジェスチャーであって正当化理由にはほとんど注意が払われていないとして[65]、2つの人権規約に規定された人権基準を、自らの基準に照らして受け入れ可能なもの、議論の余地のあるもの、受け入れ不可能なものに分けて論ずる[66]。その議論において彼が問題にするのは、人権規約に採択された人権基準には、その正当化理由から見て、人権と正義の区別がなくまた平和や発展などの他の目的が入り込んでいるという点であり、それゆえに国際法上の人権には人権という用語が正しく使われているかについて判断基準がないという点である[67]。彼によれば、正義と人権は異なり、正義から人権は推論できないと考えられているか

---

[61] James Griffin, *On Human Rights*, Oxford UP, 2008, pp. 1 ～ 6.
[62] *Ibid*., pp. 33 ～ 39.
[63] *Ibid*., p. 51.
[64] *Ibid*., pp. 149 ～ 187.
[65] *Ibid*., p. 192.
[66] *Ibid*., pp. 194 ～ 202.
[67] *Ibid*., pp. 202 ～ 203.

らである[68]。

それに対して、国際人権を道徳的権利によって基礎づけるグリフィンなどの従来の議論を、先験的道徳論を鏡のように写すという意味でのミラー理論として批判し、主として条約の中で展開する国際人権を通してその普遍性および正当化を論ずべきとするのがブキャナンの国際人権論である。ブキャナンの議論は、国際人権規約などの条約を基礎にした人権の展開を踏まえて国際人権の制度を論ずる新たな議論の動きを踏まえたものである。彼が、道徳的権利を基礎にした従来の人権論を、ミラー理論として国際人権論の立場から批判する主な論点は次の点である。即ち、ミラー理論においては、条約に基づく国際人権の実行に比して人権として扱われる範囲が狭くなるだけでなく[69]、理論的にも、実行における国際人権の正当化の基礎とは異なること、および国際人権においては、人権を保護する制度的基礎を確保するために国家の義務に重点が置かれる結果、道徳的権利のように権利と義務とが対概念になっていないという点である[70]。

ブキャナンによれば、そもそも国際人権制度の役割は、国際人権のシステムとしてすべての個人に対する国内における国家の主権を制限することであり、その目的は、全ての個人について、誰もが人間である以上、１つは人間として生きていく上で最小限の通常の生活を送るための機会を提供すること、その意味での福祉を提供することであり、１つは個々人間の等しい地位を保護することである[71]。それゆえ、そうしたシステムとしての人権の保護を基礎づける正当化は、ミラー理論のように１つの根拠に帰着するのではなく、その目的に応じて多元的である。また、健康に対する権利、民主的統治の権利、植民地主義を合理的な差別理由を持たないとして否定する人民の自決権が人権として位置づけられるように、問題状況に応じてその内容も拡大すると論じられる[72]。

---

[68] *Ibid*., p. 198.

[69] Allen Buchanan, *the Heart of Human Rights*, Oxford UP, 2013, pp. 9 ～ 22.

[70] *Ibid*., pp. 24 ～ 26.

[71] *Ibid*., pp. 86 ～ 88.

[72] *Ibid*., pp. 88 ～ 91.

こうしてブキャナンによれば、国際人権は、多くの個々人の最低限の福祉と等しい地位を保護するために、国家の国内的な主権の行使を制限する発展的なシステムとして位置づけられるが、目的的な構成をとりながら多数の人の利益の保護が国際秩序として必要であること、それらの権利はすべての人に当てはまるという理解に基づいて、ミラー理論と同じくその普遍性が前提されている[73]。

もっとも国際人権を発展的なシステムとして捉えるブキャナンの国際人権論は、権威づけられた基準を明確にするという目的から見て条約の形式が望ましい形式として用いられてきた国際実行を踏まえて、条約を中心に論じられ、慣習国際法としての形成については、その内容が条約規定よりも抽象的で曖昧であるとしてさほど重視しない[74]。しかし他方で、次のように述べ、条約規定の非当事国への義務づけにおいて、即ち条約規定の一般化を正当化する上で、国際人権の道義的普遍性に依拠している。即ち、すべての国は、人権条約を批准しているか否かに拘らず、また慣習国際法上の人権規範に同意していないか否かに拘らず、国際法の人権システムがない場合には道義的に許されないであろう国際法秩序からの恩恵を受けているゆえに、国際法の人権システムを支持する義務を負うと論じて、その存在形式に関わりなく人権の普遍的妥当性を根拠づけている[75]。しかし、この意味での国際法人権を支持する義務の普遍性を基礎づける根拠は、各国が人権システムから受ける恩恵の普遍性であり人権を構成する原理的根拠の普遍性ではない。

以上、国際人権の普遍性を基礎づける理由の構成を、道徳的権利論に依拠する見解と実行に依拠する見解について見てきた。そこで示したことは、国際法においては、価値としての普遍性の理論的基礎を何に置くかには違いがあるものの、人権など特定の価値を普遍的に保護すべきものとして前提することによって、その価値を保護するための制度の一般的妥当性を主張するという正当化の方法が用いられてきたことである。

ところで、価値としての普遍性の認識に依拠して、その価値を保護す

---

[73] *Ibid*., p. 62.

[74] *Ibid*., pp. 95 ～ 96.

[75] *Ibid*., p. 97.

る制度の一般化を基礎づける議論に対しては、価値認識や社会システムが異なるだけでなく、経済の発展段階も異なる多元的な国際社会において、特定の価値の普遍性を前提にできるかどうかをめぐり、いわゆる価値の相対化に関わる議論が根強く展開されてきた。しかし、価値の相対化についての理論的問題を論ずる能力は筆者にはないゆえ、ここでは規範の一般化の問題と関わって最小限必要と考える論点のみを述べておきたい。

価値の相対性の理論は、絶対的な価値の認識を否定するという理解に止まらず、しばしばいかなる価値も等しく扱われるという認識の理論としても理解されてきた。しかし、価値相対主義の立場を、井上達夫の論ずるように、その根拠に関わりなく恣意性に開き直った独断的な価値の主張にまで対等な扱いを認める立場ではなく、それぞれの価値を基礎づける理由に照らして対立する価値の主張を相互に位置づける立場、その意味で主張の位置づけには理由が問われるという制約を受けた中での相対化の立場として理解するならば[76]、規範の一般化の議論に関係する相対化の問題は次の問題であろう。即ち、普遍性を基礎づける理由に対抗して主張される価値がいかなる理由に基づいて対抗する価値の普遍性要求を否定もしくは相対化しようとしているか、また規範の普遍性要求に対してどの部分を相対化しようとしているか、そして具体的な制度化が置かれている問題状況において、いずれの理由づけがより大きな重みを持つかという問題であろう。それは具体的には、それぞれの主張が制度の一般化においてどの平面で対抗しているか、およびその平面ではいずれの理由が重みを持つかを明確にすることであろう。言い換えれば、価値の普遍性に基づく制度の一般化要求に対してそれを相対化する主張は、相対化の位相を特定することが必要になる。

因みに、こうした規範の普遍性を相対化する主張に対して、グリフィンとブキャナンは、それぞれ以下のように論じて、人権は依然として普遍性を持つ問題であるとしている。

グリフィンは、倫理的相対主義を、倫理的判断が基本価値評価の枠組の中で行われ、かつ同じ事柄の判断には多様な枠組が存在しいずれの枠

[76] 井上達夫『共生の作法』、創文社（1986）、201 ～ 203頁。

組も最も権威を持つものはないと捉える立場と理解した上で、人権は基本的価値評価の枠組に応じて相対的であるかどうかを問題にする[77]。彼は、まず倫理的相対主義それ自体について次のように述べる。即ち、相対主義の立場は、一般に判断が強固に対立する例を引用して、その対立の説明としては相対主義の説明が最も優れた説明であると考えているが、その説明は議論の形式としてはきわめて弱い。強固な倫理的な対立について最善の説明を行うためには、対立する信念の起源およびこの対立を解決する可能性のある方策を最大限理解することが必要である。それは容易な仕事でない。その仕事がきわめて難しいことが、多くの相対主義者をして例を引用するだけの議論を許してきたにすぎない[78]。グリフィンは、相対主義一般について以上の点を指摘した上で、人権についても、個人の自律性と共同体の結束の対立の問題を例に、それが両立不可能な場合があるとしても、それは価値相対主義者の論ずる序列の問題ではないこと、従って対立する価値を認めたとしても人権の価値としての普遍性は否定されないことを、次のように述べる。

> 社会によって、個人の自律性に特別に人間の尊厳を認めて自律性を高く価値づけるところもあれば、他方、そこに社会的原子論の脅威や結束と同胞愛の喪失、およびすべての人が同じ価値に仕えることから生じる調和の喪失を認めて、自律性をさほど評価しない社会があることは事実である。しかし、行為能力者としてのわれわれの地位の価値および結束した同胞の社会に生きることの利点を真剣に考えるものは、いずれの価値もひじょうに重要であると認めるであろう。そして彼らは、他者がわれわれの個人としての地位を尊重しなければならないことと、われわれが他者に対して関心と注意を払う義務を持たなければならないことについて同じように認めるであろう。個人主義の価値の中である特定のものを実現することが、共同体の価値の中である特定のものを実現することと両立できないことがあるかもしれない。しかし、諸価値が両立できないことはそれらの間の相対性を意味しない[79]。

---

[77] Griffin, *supra*., note 58, pp. 129 〜 130.

[78] *Ibid*., p. 130.

[79] Ibid., p. 133.

実際、人権の原理と両立不可能な原理が対抗する中での人権の位置づけにおいて、問題となるのは、人権の価値相対主義的な普遍性批判ではなく適用条件の有無に基づく適用の限定の正当化であることが多い。人権の中で道義的にコアな部分については、例外を設定することが難しいと考えられるからである[80]。

それに対してブキャナンは、国際人権システムの普遍性にとっては、価値相対主義よりも集団的権利の保護を優先する価値多元主義の立場からの挑戦の方がより大きな問題を提示するとして、その理由を以下のように論じる。即ち、国際人権システムに対する挑戦において両者の関係は、価値相対主義からの挑戦という観点からは、個人主義的な道徳的権利としての人権に対して集団的な道徳としての集団的権利が対抗し、従ってその対立が矛盾の関係で捉えられる結果、排除の関係になる。しかしこの理解は、現実の国際人権の実行の説明にそぐわない。他方、道徳的権利に依拠しない国際人権システムの規定する個人主義的な権利と集団的な権利との関係は、集団的権利を優先する価値多元主義からの挑戦という観点からは、個人主義的な利益と集団主義的な利益が個別的に両立しない場合に、一方が他方に不利な位置づけを与えるとしても、集団的な権利の行使のためには個人の権利行使が可能なことが不可欠な場合があるなど、システム全体としては個人の権利を保護することが集団の権利の保護と補完的であり、排除的ではない[81]。またそれゆえに、個人の権利保護を目的とする国際人権システムは、個別的には集団的な権利を優先させることがあっても、システム全体としてはその普遍性が失われないとされる。

ブキャナンの人権論は、社会システムや経済の発展段階の異なる国際社会において国際人権を発展的に実現していくために、個人主義と集団主義など両立しない価値を矛盾の関係で位置づけるのではなく、個別の事情を考慮しながら長いプロセスの中で調整するという立場に立って、その普遍性の根拠を展開している点では実際的である。しかし、彼の議論は、国際人権上の規則と個々の国家の制度が実際に抵触するとき、そ

[80] *Ibid*., p. 136.

[81] Buchanan, *supra* note 69, pp. 249 ～ 250.

の解決により広い視野に立った政治的対応を要求するものであり、個別具体的な紛争処理のための解釈適用の議論を提供するものではない。

いずれにせよ、国際人権の一般化を基礎づける前提の普遍性について、その理論的基盤には論争の余地がある[82]。しかし、段階的発展を組み入れた条約において当事国が増大していることに見られるように、人権保護の普遍性の理論的な基礎は絶対的・確定的ではないにしても、従ってその普遍性の範囲について見解が分かれるとしても、それぞれに普遍性の認識が共有されていることが、それらの規範を制限もしくは逸脱する側に対して、例外的としての正当化を要求することになり、その点で、非当事国への一般化のプロセスにおいて意義を持つと言えよう。

５）秩序維持促進的 facilitative 理由による一般化の必要性

以上に述べた４つの必要性は、特定の価値や法的利益を保護し、規律する制度や規則の一般化を直接に基礎づけるための理由、その意味で制度や規則の実質的内容の一般化を内在的に正当化する理由である。それに対して、規則の価値や利益面での実質的内容とは無関係に、あるいは多様な基準が存在する場合にも特定の内容を持つ基準の一般化以上に、秩序維持のためにいずれかの基準に統一すること、その意味で基準の内容とは外在的な理由に依拠して国際法規の一般化が必要になる場合がある。

国際法の歴史的展開のなかで、国際法規の一般化のための正当化理由として外在的要因が主要な役割を持ったのは大別して２つの場合である。第１は、規則は一般化において価値的にはいずれでもよいが、全体秩序としての一様性の確保のためにいずれかに統一することが必要な場合であり、第２は、各国の利害関心に基づいて主張される規則要求が一応の規範的理由を持つものの、規則の正当性をめぐる対立を継続させるよりも、秩序化し紛争を回避する方が相互の利益となるために、特定の規則を一般化させることが必要と認識される場合である[83]。

---

[82] Crawford, *supra* note 4, p. 323.

[83] 海洋法秩序や宇宙法など国際的な共有地域、共有物問題を扱ったオックスマンは、広範囲の問題を道路規則の問題として捉えているが、ここではそれ

第１の場合の例としては、船舶は左側を航行しなければならないなど海上航行の安全と秩序を維持するために規則を一律化する場合、国際度量衡のように計測について相互の知識を共通にするために基準の一律化を必要とする場合などが上げられる。もっともこの２つの場合には、基準の持つ意義についての違いがある。前者の場合は、左側と右側には規範的な優位性はないから、どちらが選択されるかは、実際にどの程度一律化する必要があるかという事実的要因および実際にいずれが支配的であるかという事実的要因によって決まることが多い。他方、国際度量衡などの場合は、基準の一律化の必要性は国際的交流の密度や知識の精度に関係するために、いずれの基準が実際にどの程度機能的であるかという点が規定要因として意味を持つ。

それに対し第２の場合の例は、戦争後に締結された平和条約の拘束性など条約の締結時に相手国家への合意の強制を認めた規則、主権免除制度における絶対免除主義の原則、伝統的な中立法制度など[84]、伝統的な国際法において慣習国際法として位置づけられたものの中に数多く存在する。そうした制度や規則の一般化について、それぞれに一応の正当化理由が論じられたとしても、規則の一般化にとっては、その規範的理由の強さが主要な要因になるよりも、むしろ規則の遵守によって得られる制度の利益を相互主義的に優先するとか、規則が国際実行において支配的であることなど、事実的要因が主たる意義を持つ。そのため、このような形で一般化した制度や規則の多くは、規範的な強さによる一般化というよりも事実的要因に大きく依拠した一般化であるために、関連する規範の変化や支配的実行の基礎にある事実的要因の変化の影響を受けやすい[85]。

を秩序維持のための外在的理由として整理する。参照、Bernard H. Oxman, The International Commons, the International Public Interest and New Modes of International Lawmaking, in *New Trends in International Lawmaking — International 'Legislation' in the Public Interest*, ed. By Jost Delbruck, Dunker & Humblot, 1997, pp. 40 ～ 42.

[84] 参照、坂巻静佳「国際法上の裁判権免除の現在」『本郷法政紀要』13号、2004年、123頁。

[85] Buchanan and Keohane, The Legitimacy of Global Governance Institutions,

in Rudiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Legitimacy in International Law*, pp. 29 〜 30. 尚、A. ロバーツは、慣習国際法規は秩序促進的要因と道義的要因の組み合わせの中で形成され、秩序促進的な規則の形成においては実行の一様性が決定的な要因となり、それゆえに事実の記述の正確さが重要になると論ずる。しかし、秩序促進的理由に基づく規則の一般化においても、事実の記述だけが決定的なのではなく、秩序促進的理由が意味を持つか否かの点がその前提にあると考える。参照、Anthea E. Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconstruction, *AJIL*, Vol. 95, 2001, pp. 764 〜 766.

論　　説

社会的排除と法システム（５・完）

―― システム作動要因としての属人性 ――

橋　場　典　子

目　　次

序章　問題設定と本稿の意義
　第一節　問題の所在
　第二節　本稿の目的・構成

第Ⅰ部　　現代社会における排除
第一章　現代日本社会のリアリティ
　第一節　社会的排除状態
　第二節　日本社会の構造転換

第二章　社会的排除と社会的包摂
　第一節　社会的排除概念の発生と背景
　第二節　「貧困」概念と「社会的排除」概念
　第三節　複合的排除状態のリアリティ
（以上、66巻２号）

第Ⅱ部　　「法教育」という逆説
第三章　「法教育」の射程
　第一節　「法教育」と「法普及活動」
　第二節　アメリカにおける「法教育」
　第三節　日本における「法教育」
　第四節　「法教育」にみる市民と国家の関係性

第四章　システムが内包する排除性

第一節　実践の場に由来する排除性と「参加」の強制
第二節　システム自体からの排除と排除状態の内面化
第三節　排除状態の連動性
第四節　学校外「法教育」実践の可能性
小括　　現代社会への応答と「法教育」
（以上、66巻３号）

第Ⅲ部　　システム・信頼・属人性
第五章　社会的包摂と信頼　―属人的信頼から制度的信頼へ―
第一節　「システム信頼」への信頼
第二節　関係の拡張機能としての信頼概念
第三節　「システム自体への信頼」の発生メカニズム
第四節　架け橋としての実践者の媒介機能
第五節　システム作動要因としての肯定的アイデンティティ
第六節　システムへのコミットメント基盤としての「信頼」「自己肯定感」
（以上、66巻４号）

第六章　システム作動要因としての属人性
第一節　法拒絶のリアリティ
―内面化された自己疎外と司法アクセスへの困難性―
第二節　法システム活用意欲の発生
―「情報の把握」から「活用」への経緯―
第三節　人的信頼とシステム信頼との関連
第四節　社会資源の一つとしての法律専門職認識
―実践者の媒介機能―
第五節　一般性と属人性の相克
（以上、69巻４号）

第七章　現代社会における「法」の応答性
第一節　求められる法律専門職像の変化
第二節　司法アクセスを可能にするもの
第三節　社会資源としての法システム

終章　現代社会において「法」が果たす役割とは
（以上、本号・完）

第七章　現代社会における「法」の応答性

はじめに

第一章で見てきた日本社会の構造転換、それに伴う社会的排除状態の顕在化を前にして、〈法〉はどのように応答できるだろうか。

現在顕在化している社会問題、例えば失業問題やDV問題、貧困問題や虐待問題は、それぞれが単独の問題として存在している訳ではない。例えば、「失業」という現象を出発点に見てみたとしても、失業に至るまでの過程には、しばしば雇用システムと教育システムとの移行問題が存在している[1]。あるいは、失業に至る前段階で、すでに学校教育システムからドロップアウトしている場合も考えられる。失業をきっかけとした婚姻関係の破綻が契機となり、家庭における経済状況が困窮することも起こり得る。世帯年収と子どもの学力との関連は、すでに教育学領域において実証的に明らかにされているように[2]、失業問題が本人だけではなく周囲の人々にまで影響を与えることも起こり得る。このように、「失業」という一つの現象を見てみても、その背景には実に様々な諸問題が、ときに多世代にわたり存在している。

こうした社会問題の複雑さを考えると、失業問題に関してはハローワークで、法律問題に関しては法律事務所へ、という対処療法的手法ではすでに立ち行かなくなっていると言えよう。しかしながら、上記のような現代社会における諸問題が抱えるリアリティの複雑性を認識していても、多くの場合、有効な手立てを打てていないのが現状である。一つの理由として、制度設計上の問題が挙げられよう。すなわち、行政組織の縦割り構造に代表されるように、既存の相談窓口自体が単一の問題に応答するように制度設計されており、一度に多様な問題群に応答できる

---

[1] 宮本みち子(2011)「若者の自立保障と包括的支援」宮本みち子・小杉礼子編『二極化する若者と自立支援』明石書店、106-127頁。

[2] 学校における社会機能の限界、すなわち社会の平等化に対して学校の果たせる役割の限界を明らかにし、教育における階層の再生産機能に着目した日本における実証的研究として、菊池城司編(1990)『現代日本の階層構造3　教育と社会移動』東京大学出版会。また、宮島喬・藤田英典編(1991)『文化と社会』有信堂。

ような場面を想定しきれていないことが、その一因として想定できる。

このような状況を前にして、果たして「法」には何ができるであろうか。

以下ではまず、この問題意識に応答するための一つの契機として、これからの時代に求められる法律専門職像について考察していく。

とくに、司法分野と福祉分野との連携を実践している公益弁護活動に着目し、どのようにすれば「法」を社会資源の一つとして捉えるという考え方が可能になるのかという点について、検討を行う。

第一節　求められる法律専門職像の変化

前章（第六章）において取り上げた多職種連携の事例分析において指摘したように、複雑化した問題を包括的に解決するためには、複数の専門職による相互連携が求められている[3]。

---

[3] 複数の専門職たちが一堂に会して問題を包括的に解決していこうとする多職種連携の取り組みは、本稿で取り上げる司法分野・福祉分野の連携以外にも、教育分野と福祉分野の連携、医療分野と福祉分野の連携など、今日様々な領域において試行錯誤がなされている。例えば、医療者と患者が持つ情報の非対称性に着目し、医療専門職がコントロールできない状況下においては、「専門家支配から脱却し、生活を患者・障害者自身の手に取り戻すこと」が患者の「当事者性」を損なわない場合もあることを指摘したものとして、山本武志（2010）「患者・病者の知識・技術の専門化に関する考察―医療者と患者のパートナーシップ構築のために―」厚生労働研究（地域医療基盤開発推進研究事業）『医療安全に焦点をあてた総合的医療リスクコミュニケーション教育プログラムの開発と実践（研究代表：橋本柚生・横浜市立大学付属病院教授）』110-113頁。

また、大学生のひきこもり研究を行っている和歌山大学は、2002年に「ひきこもり回復支援プログラム」を開発している。そこでは、ひきこもりの解決のために専門のカウンセラー、精神保健福祉士、臨床心理士がチームを組んで対応にあたるとともに、大学の保健管理センターで治療やケアをうけている学生に対して「メンタルサポーター・アミーゴ」という、元ひきこもり経験のある学生や心の問題で悩んだ経験を持つ学生により形成された団体が存在している。この団体が、いわゆるピアサポーターの役割を担うことを通して、当事者たちの心理的な立ち直りを促進する効果があることが分析されている（宮西2011）。また、自助グループ的な機能を果たしている「アミーゴの部屋」を作ることにより、ひきこもり当事者たちに安心して「群れることのできる場所」を

専門職に求められる役割の変化に関連して、とりわけ弁護士像の変化については、法社会学の分野を中心に分析がなされてきた。本節では、時代により変化していく法律専門職像についての先行研究を概観していく（以下では法律専門職のうち、特に弁護士像に焦点化する）。

弁護士像の初期のモデルとしては、まず「在野法曹モデル」が挙げられる[4]。在野法曹モデルは、主として「国民の自由と人権を、権力に抗しつつ擁護する」モデルであるとされ、国民の代弁者として国家と闘うという弁護士像が強調されていた。しかしながら、戦後の混乱を経て高度経済成長期に入る1960年代には、闘うモデルとしての在野法曹モデルは次第に衰退していった。その後、1970年代から1980年代に登場したのが「プロフェッションモデル」である[5]。欧米のプロフェッション概念を参考にして登場したこのモデルは、弁護士の法的専門性を、何よりもまず依頼者の利益の追求のために用いるという特徴を持っていた。またこのモデルにおいては、プロボノ活動についても継続的に行う弁護士像が推奨されていた[6]。その後、弁護士数の増加やローファームの設置、また企業内弁護士へのニーズの高まり等を反映した新たなモデルとして、消費者である依頼者のニーズを重視して柔軟に対応するモデルである「法サービスモデル」が登場したとされている。

こうした一連の弁護士像の変化を踏まえて、とくに紛争解決過程にお

提供しており、そこでの仲間作りが学業への復帰にも重要な役割を果たしていることも指摘されている（宮西照夫（2011）『ひきこもりと大学生―和歌山大学ひきこもり回復支援プログラムの実践―』学苑社、2，50，61，135頁）。これらの実践からは、多職種多機関連携の効果が制度面でも心理面でも有効に機能していることが示されている。

[4] 在野法曹モデルについて、宮川光治（1992）「あすの弁護士―その理念・人口・要請のシステム―」宮川光治、小山稔、那須弘平、久保利英明編『変革の中の弁護士―その理念と実践（上）』有斐閣。

[5] プロフェッションモデルについて、和田安弘（1994）『法と紛争の社会学』世界思想社、215-217頁。

[6] 石村善助（1977）『現代のプロフェッション（第２版）』至誠堂。また、民事紛争処理との関連として、和田仁孝（1994）『民事紛争処理論』信山社。

ける当事者の主体性に着目した新たなモデルとして、近年「関係志向弁護士役割論」が提唱されている[7]。この関係志向弁護士役割論で重視されているのは、紛争解決の主役に、弁護士ではなく当事者（依頼者）を置いている点、そして当事者（依頼者）が主体的に紛争解決をする際の支援をするという側面に弁護士の役割を位置づけている点である[8]。その背景には、法的問題の解決だけでは当事者が抱える問題の一部しか解決したことにはならず、周囲との関係回復や心理的側面のサポートも含めて、総合的に当事者の問題解決を支援する必要性への認識の高まりが存在している[9]。こうした、法を媒介しつつ当事者の主体性を促す取り組みについて、大澤（2004）は、法律相談やADRなどを通して当事者と法律専門家が「対話」をすることが重要であると指摘している[10]。

---

[7] 当事者の主体性を活かそうとする弁護士の役割を探究したものとして、濱野亮（1996）「法化社会における弁護士役割論（１）」自由と正義47号（１）、50-57頁。また、依頼者のニーズを尊重する法律相談のあり方を論じたものとして、菅原郁夫・岡田悦典編、日弁連創立相談センター面接技術研究会（2004）『法律相談のための面接技法―相談者とのよりよいコミュニケーションのために』商事法務。

[8] 紛争処理の場面における当事者の自己決定と正義との関係性について論じたものに、山本顕治（2004）「非援助の支援と民事法学―法・コンテクスト・技法―」和田仁孝・樫村志郎・阿部昌樹編『法社会学の可能性』法律文化社。山本は、自己決定の主体そのものに焦点を当てる従来の自己決定論を巡る議論ではなく、「自己決定をなそうとする本人」とその周囲に居る「相手方」や「関与者」との関係のあり方に焦点を当てている。すなわち、ルールに基づく思考様式による「論証と説得」ではなく、「本人の自己解釈・自己決定・自己実現を傍らから手助けすること」を「支援」であると定義している。さらに民事法学の領域における当事者による主体的な手続きとそれを支援する紛争解決のあり方を論じると同時に、「支援者」として当事者に寄り添う伴走型支援について、前掲べてるの家（2002）が実践する理念でもある「非援助の支援」の有意義性を指摘している（山本2004:165-196）。

[9] 「紛争」という非日常的な状況の中で紛争当事者が主体的に状況を把握すること（「自己の状況主体性の再確認」）を手助けするために、第三者は共感を示し紛争当事者に「話させ、かつ関心を持って聞くこと」が重要であると指摘したものに、和田仁孝（1991）『民事紛争交渉過程論』信山社、77-89頁。

[10] 弁護士に期待される新たな役割として、法を媒介しつつも、当事者を主役

とくに社会的排除状態と司法アクセスとの関連について、宮澤（2001）は、法律扶助活動とコーズ・ローヤリング（cause lawyering）との関連性について述べている。すなわち、「法律扶助は、貧困者に対して個々の権利や利益を守るために法的代理を提供することに集中する傾向がある」とした上で、「公益弁護士活動は、個々の依頼者の権利や利益を超えるものとなり得るし、公益弁護士は、貧困の基礎にある社会構造に挑戦することに関心を有することがあり得る」「彼ら（公益弁護士）は、自己の法的専門能力を、特定目的（cause）を推進するために使おうと望むかもしれないのである」（宮澤2001:98）として、コーズ・ローヤリングは法律扶助を補完するものであると位置づけて捉えている[11]。

以上、先行研究の概観から、時代により求められる法律専門職像（弁護士像）は変化してきたと言えよう。では、弁護士像を時代の要請に伴って期待される役割が変化し得るものであると捉える場合、今日の日本社会においては具体的にどのような法律専門職像が必要とされているのであろうか。

以下では、今日の社会に必要とされる法律専門職像を考察するために、公益弁護活動に着目し分析を行っていく。

第二節　司法アクセスを可能にするもの―公益弁護活動の分析を中心に―

（1）はじめに

複雑化した問題への応答を探るための試みの萌芽は、数は少ないが、徐々にその重要性が認知され、いくつかの実践が蓄積されつつある。

とりわけ、弁護士が果たす社会的役割を自覚し、事務所を訪れた依頼者が持つ法的問題の解決を糸口にして、その背景に存在している福祉的諸問題に対しても応答しようとする実践が、「司法ソーシャルワーク」

において対話の支援を行う「対話の専門家」として位置づけているものに、大澤恒夫（2004）『法的対話論』信山社。

[11] 宮澤節生（2001）「東アジア・東南アジアにおける法律扶助と公益的弁護士活動」リーガル・エイド研究第七号、法律扶助協会。

として公設事務所系の弁護士らと福祉専門職らの連携協働をベースに取り組まれている[12]。いわゆる「司法と福祉の連携」は[13]、様々な領域と主体により取り組まれているが、本稿では時代に応じて必要とされる法専門職像を考察するために、公益弁護活動を行う弁護士たちの実践に着目する。

（２）過疎地対応型公設事務所、都市型公設事務所

過疎地対応型公設法律事務所としては、2001年に日弁連のひまわり基金事業により設立された「ひまわり基金法律事務所」が挙げられる。2001年に日弁連が開始したひまわり基金事業とそれに伴う全国各地（ゼロワン地域）へのひまわり法律事務所の設置は、司法過疎地における潜在的な「法的ニーズ」の掘り起こしに一定程度成功した[14]。ひまわり基金事業がスタートした直後は、制度の運用に対して、特に人口が少ない過疎地において法的サービスは必要とされるのか否かについての疑問が根強いものとして提示されていたが、2018年10月１日時点において118カ所の開所となり、一定の収益を挙げていることが実務家により報告されている[15]。

同じく公設法律事務所のうち、都市部に置かれている事務所は都市型

---

[12] 法テラスが取り組む「司法ソーシャルワーク」の経緯や概念定義、総合法律支援法改正についてまとめ、地域連携との関連について考察したものに、濱野亮（2016）『司法ソーシャルワークと地域連携』総合法律支援論叢第８号、59-79頁。また、「地域」と「司法ソーシャルワーク」との関連について、法テラス東京法律事務所のパイロット部門であるスタッフ弁護士による取り組みの分析を基に考察したものとして、濱野亮他（2017）『法と実務』13巻、商事法務がある。

[13] 例えば、刑事司法と福祉の連携のあり方について論じたものとして、土井政和・正木祐史・水藤昌彦、森久智江責任編集『「司法と福祉の連携」の展開と課題』刑事立法研究会、現代人文社。

[14] ここでいう「法的ニーズ」の内実について、阿部（2007）は、司法過疎地における「法的ニーズ」には、法律事務所が設置される以前からそこに存在しつつも充たされていなかった「放置されたニーズ」と、一連の司法過疎対策事業により「掘り起こされたニーズ」の、二類型が存在していると指摘している（阿部昌樹（2007）「司法過疎がもたらすもの」大阪市立大学、法学雑誌54巻１号、1-27頁。

[15] 日弁連 HP 及び田岡直博（2008）「司法過疎解消に向けた弁護士会の取り組み」月報司法書士2008年４月号、8-13頁に詳しい。

公設事務所と呼ばれている。公益的な活動を行うことや、司法過疎地へ赴任する弁護士の育成などに注力している。とりわけ、法律専門職と福祉専門職、あるいは地域ネットワークに位置づけられる民生委員や自治体職員との連携構築の必要性が認識され始めた近年において、都市型公設事務所の設置は、まさに都会の駆け込み寺的要素を含んでいると言えよう[16]。

（3）司法アクセス構想の理念と実現に向けた課題

司法制度改革の中で施行された総合法律支援法に基づき、2006年に設置された日本司法支援センター（法テラス）は[17]、「民事、刑事を問わず、あまねく全国において、法による紛争の解決に必要な情報やサービスの提供が受けられる社会を実現する」（総合法律支援法第２条）という理念を基に事業を展開している。

とくに近年、社会的弱者の顕在化や法律問題の背後に潜む福祉的問題への着目を背景として、業務内容に規定されている情報提供業務（総合法律支援法第30条１項１号）と関係諸機関の連携確保・強化についての規定（同30条１項６号）を根拠に、司法分野と福祉分野の連携に力を入れている。

司法が他の領域と協働することの必要性は、すでに複数の研究者や実務家達によって指摘されてきた。例えば、法律扶助協会時代から長年法律扶助制度に関する研究を精力的に行い「司法アクセス（Access to Justice）」という概念に早くから着目してきた小島武司（1989）は、様々な事情により声を挙げられない人々に着目し、司法ネットワークをはりめぐらせることにより「正義の総合システム」を実現する必要性がある

[16] 自らも都市型公設事務所である東京パブリック法律事務所出身で、その後法テラス埼玉法律事務所にてスタッフ弁護士を経験した谷口は、弁護士が地域のセーフティ・ネットとして機能する必要性を実体験に基づき指摘している（谷口太規（2007）「地域のセーフティ・ネット構築を目指して」自由と正義58巻10号72-73頁、同（2010）「公益弁護士論―法と社会のフィールドワーク　第４回つながる会」法学セミナー 670号、54-57頁）。

[17] 法テラスは2006年４月に設立されたが、実際に業務が開始されたのは同年10月である。

と指摘している[18]。また、司法ネットワークの構想と法テラス設立の意義について、裁判官経験を経た後に法テラススタッフ弁護士第一期生として赴任した経験を持つ宮本康昭は、法テラスが設立されたことに伴いこれまで別々に行動してきた関係諸機関（自治体、警察、弁護士会など）が必要に応じてネットワークを構築できる可能性が高まったとして、司法・福祉分野の連携と法テラス設立との関連に一定の評価を与えている[19]。一方で、すでに濱野や番らからも指摘がなされているように、理念を実現していくのには相当程度の困難が待ち受けていることもまた事実である[20]。

（4）法テラスとスタッフ弁護士制度

司法アクセス拡充のための重要な役割を果たすための具体策として、法テラス常勤弁護士（スタッフ弁護士）の存在が挙げられる。スタッフ弁護士は、法テラスが本格的に業務を開始した2006年10月から過疎地を含む全国各地に配置され、制度スタート当時の第一期生は24名体制であった[21]。2019年７月現在、189人のスタッフ弁護士が全国の法律事務所

---

[18] 小島武司（1989）「正義の総合システム論再考」法曹時報41巻７号1-42頁。また、小島が「正義へのアクセス」という用語を用いた契機となった翻訳に、M. カペレッティ =B. ガース / 小島武司訳（1981）『正義へのアクセス』有斐閣、がある。

[19] 宮本康昭（2007）「司法支援制度の立法過程」現代法学14号185-225頁。

[20] 例えば濱野（2006b）は、日本司法支援センターが行う業務のうち、コールセンターが行う情報提供業務が法的助言にならないように実態に関わる聞き取りが制限されている点に着目し、そうした制限のもとで適切な手続きや法的機関などの紹介がどの程度可能となるのかという点を指摘している。さらに、事柄の振り分けに関する原理的な問題の存在についても指摘している（濱野亮（2006b）「アクセス拡充における日本司法支援センターの役割」ジュリスト1305号、29-37頁。また、犯罪被害者支援における電話相談の二次被害防止の必要性を指摘したものに、番敦子（2006）「日本司法支援センターにおける犯罪被害者支援」ジュリスト1305号、71-76頁。関連して、濱野亮（2007）「総合支援法における司法書士の役割」月報司法書士2007年７月号、25-30頁。小堀樹（2007）「日本司法支援センターの事業構築とその課題―法律扶助協会の経験から―」『市民と司法―総合法律支援の意義と課題―』財団法人法律扶助協会、41-62頁。

[21] 筆者は法テラス本部在職中、常勤弁護士総合企画課において裁判員裁判研

で勤務しており、司法分野と福祉分野の連携である「司法ソーシャルワーク」を率先して行っている弁護士もいる[22]。

スタッフ弁護士の存在と活動が、司法アクセスの拡充にどのような効果をもたらしているのかを把握するために、以下ではスタッフ弁護士が実践している司法ソーシャルワークに着目する[23]。

考察の前提として、以下ではまずスタッフ弁護士制度がどのような背景のもとに導入されたのかを概観する。

（5）スタッフ弁護士制度の導入背景
―司法アクセス検討会、公的弁護制度検討会における議論を中心に―

スタッフ弁護士制度構想については、司法制度改革審議会意見書において、とりわけ訴訟手続きへの国民参加制度との関連の中で常勤弁護士の配置が議論の一つとして挙げられている[24]。

修の企画・立案、スタッフ弁護士業務説明会の開催及び修習生への広報、スタッフ弁護士の人事、司法過疎地調査への同行やスタッフ弁護士の役割検討会等への参加などに従事しており、スタッフ弁護士関連業務の実際の運用を身近に見聞きした経験を持つ。こうした、いわゆる参与観察的な経験が、本章の分析に反映されている。

[22] 先述したように、近年、日本司法支援センターではスタッフ弁護士が内包する新たな可能性として、司法と福祉の連携に着目した司法ソーシャルワークの実践を推進する方向にある。司法ソーシャルワーク実践を行っているスタッフ弁護士（当時）と自治体職員、さらに岩田正美教授をパネリストに招き開催したシンポジウム「市民と司法の架け橋を目指して」（2010年10月５日、主婦会館）が日本司法支援センター主催で開催されており、初期の司法ソーシャルワーク実践の報告及び議論がなされた。

[23] 「司法ソーシャルワーク」について、法テラスは「高齢者・障害者をはじめ、自ら法的問題を抱えていることを認識する能力が十分ではないなどの理由で、自ら法的支援を求めることが期待できない者に対し、福祉機関等と連携して働き掛け、そうした者の法的問題を含めた総合的な問題解決を図る取組」であると定義し、中期目標の一つに掲げている（日本司法支援センター中期目標平成30年２月28日付文書）。

[24] 司法制度改革審議会（2001）『司法制度改革審議会意見書―21世紀の日本を支える司法制度―』47頁。

その後、司法制度改革推進本部における司法アクセス検討会で議論が重ねられ、総合法律支援法がスタッフ弁護士制度を設立する方向で話が固まっていった経緯がある[25]。特に、2003年１月29日に開催された第12回司法アクセス検討会において、「裁判になった場合の支援」とそれ以前の「相談的な支援」、「裁判外の紛争解決を含めた支援」が想定されており、情報提供的な支援をも含めてスタッフ弁護士制度の業務提供の範疇として議論されていた（司法アクセス検討会議事録）。業務提供の方式としては、開業弁護士が業務を行う「ジュディケア制」ではなく、スタッフとして法テラスの業務を専任で執り行う「スタッフ制」の導入が検討されていた。

同様の議論は、公的弁護制度検討会でも議論がなされ、特に第13回検討会（2003年12月24日）の議題ではスタッフ弁護士制度について「運営主体において、全国的に充実した弁護活動を提供し得る体制を整備するため、契約により弁護士（常勤含む）を確保し、その中から国選弁護人の候補を指名して裁判所に通知する業務を行う」（公的弁護制度検討会議事録）とされ、上記司法アクセス検討会での議論も含め制度の枠組みが議論され、法テラスにスタッフ弁護士制度を設置する方針が固まった。

スタッフ弁護士の導入自体に対する反発も存在した。その内容を大別するならば、①弁護士の独立性に関する論点、②国家権力との緊張関係に関する論点、に分けられる。①及び②の両面に共通しているのは、公的組織体制を取る法テラスに弁護士が組み込まれるのではないかという、弁護士自治に関する危機感である。とくに日弁連内部においても賛否両論が議論されており、慎重な意見を主張する会員も少なからず存在し続けている。現時点においても、上記理由から法テラススタッフ弁護士配置自体に反対し、スタッフ弁護士の配置を拒否し続けている単位弁護士会も複数存在している（2019年５月現在）。

上記検討会においてもこの論点については議論がなされ、①所属弁護

[25] 司法アクセス検討会議事録より。とくに司法ネット構想については第18回（2003年９月19日）及び第22回（2003年12月25日）、また民事法律扶助の拡大については、第12回（2003年１月29日）議題の「民事法律扶助の拡大について」に詳しい。

士の弁護活動の自主性・独立性が保障される方策が講じられること、②主務官庁及び当該法人に個別弁護活動への指揮権がない旨の規定や所属弁護士の身分保障規定などを定めること、③公設事務所の具体的な設置箇所・規模については、日弁連及び当該地域弁護士会と十分な協議によって決定されること、が公的弁護制度に対する日弁連意見として提示されている[26]。

（6）スタッフ弁護士による関係諸機関との連携構築活動

今なおその運営の在り方や、スタッフ弁護士の位置づけについては多くの議論が存在しているが、各地に赴任しているスタッフ弁護士達は独自の先駆的取り組みを展開している。例えば、先に挙げたひまわり基金法律事務所に赴任した弁護士の実践からは、地域に存在している関係諸機関を活用し、弁護士としてもそれらと連携を構築していくことにより、当事者が抱える複雑に絡み合った問題を包括的に解決していこうとする取り組みが展開されている[27]。また、法律専門職を含む多職種の連携を先駆的に行っている財団法人リーガル・エイド岡山では、高齢者や障碍者を支援するために社会福祉士、行政書士、弁護士、介護士などの関連する様々な業種の協働が不可欠であるとの理念のもとに、専門職間におけるネットワーク構築に早くから取り組んでいる[28]。

（7）事例

こうした数々の実践報告を背景として、弁護士が福祉機関や行政機関等と連携構築をする際に重要な役割を果たしているという点に着目し、スタッフ弁護士らが各地で行っている連携構築活動を「スタッフ弁護士

---

[26]「公的弁護制度検討会」第7回配布資料（2003年２月28日開催）より。

[27] 例えば、松本三加（2004）「弁護士過疎地域におけるリーガルサービスの現状と課題」リーガル・エイド研究９号17-35頁。また、同じくひまわり基金法律事務所に勤務した経験から、公設事務所が地域の社会資源と連携する必要性があると指摘しているものとして、田岡直博（2005）「公設事務所のこれから：宮古ひまわり基金法律事務所」自由と正義2005年４月号42-48頁。

[28] 岡山リーガル・ネットワーク研究（2006）『地域社会とリーガル・ネットワーク―その可能性と現在』商事法務。

の役割」として積極的に位置づけていこうとする動きがある[29]。日本弁護士連合会と日本司法支援センターが設置した「外部検討委員会」である。

日弁連・法テラスによる外部検討委員会は、2009年８月から、スタッフ弁護士の活動に関する実態をより正確に把握するために、全国各地で先駆的活動を展開している法律事務所へ赴き、弁護士や関係諸機関の職員らから話を聞いて回った。具体的には、離島や過疎地、あるいは都市部にある法テラス法律事務所や地方事務所に赴き、当該地域で関係諸機関と弁護士らがいかなる連携を構築しているのかについて、連携構築に至るプロセスや問題点を中心にヒアリングを実施した。

以下では、筆者が同行した上記日弁連・法テラス合同調査（外部検討委員会調査）のうち、岐阜県可児市における調査を基に、弁護士が地域社会で果たす役割について考察を進める。

法テラス可児法律事務所は、2007年６月に開所した、いわゆる４号地域事務所である。裁判所は岐阜県地方裁判所御嵩支部であり、管内人口約21.9万人のうち可児市には管内で一番人口が多い市町村である（市の人口は約10万人）。スタッフ弁護士が赴任した当時（2007年）、御嵩支部の弁護士は１人であり、スタッフ弁護士は同支部で２人目の弁護士として赴任した。

当該法律事務所に赴任したスタッフ弁護士は、とりわけ高齢者や障碍を持った人など社会生活を営む上で複合的困難を抱えやすい人々に対して、自らが接近して話を聞いていくというスタイルをとっていた。このスタイルは、福祉領域でつかわれている「アウトリーチ」という手法である。アウトリーチを通して、いわゆる当事者が抱える問題を法的に解決させるだけで終結させるのではなく、当事者がこれからも地域社会で安心して暮らせるよう、地元の福祉専門職らと連携して継続的な見守り

[29] スタッフ弁護士一期生たちによる実践報告をまとめた書籍として、本林徹・大出良知・土屋美明・明賀英樹（2008）『市民と司法の架け橋を目指して―法テラスのスタッフ弁護士』日本評論社がある。また、自由と正義58巻９号から60巻５号までにおいて、「スタッフ弁護士草創期―道しるべになりたくて―」という連載が組まれており、全国各地に赴任したスタッフ弁護士達がリレー形式でそれぞれの地域における実践を紹介している。

体制を構築している点が特徴的である[30]。

当時赴任していたスタッフ弁護士は、まず地域に法テラスの存在と弁護士自体の活用方法を知ってもらうために、赴任直後から地元の役所に赴いた。その際には、法テラスが公的機関であるということを最大限に活用したアピール方法、つまり営利目的ではないことをアピールした自作のチラシを配布し、気軽に弁護士を活用してほしい旨を伝えて回ったという。筆者らが調査のために訪問した際（2009年）には、すでに一連の弁護士による周知活動が功を奏し、法律事務所と地域関連機関との連携体制が構築されていた。聴き取り調査時に当時の自治体福祉職員に話を伺うと、弁護士が積極的に自らの活用方法を具体的に提示して回ったことにより、それまで漠然と抱いていた弁護士に対する「距離感」から解放され、「相談してみてもよいかも」と思えるようになったと述べていた。その聴き取り内容からは、自治体の職員ですら、それまでは法的機関へのアクセスに対して躊躇していた様子が語られており、そこには司法過疎地であるからこそ法律事務所が身近な存在ではなかったという構造的要因の他に、法律事務所や弁護士自体が持つ「権威性への躊躇」という心理的要因も、法的存在へのアクセスを阻害する要因として存在していたと言えよう。

その後、依頼者の自宅に同行させていただく機会を得た。同行訪問した依頼者の自宅の中には、知的障碍のある初老の夫婦が生活しており、明らかに不要な布団一式が何組も積み重ねられ、意味のない増改築を繰り返したと思われるいびつな建て増し、そして無駄と思える高額ギフト商品が大量に積み重ねられているケースであった。それらが散乱し、自宅内部はまさにごみ屋敷の様相を呈していた。弁護士によると、御夫婦には知的障碍があるため、自らの身の回りに起きている不穏な動きにつ

[30] 赴任先における福祉担当者、弁護士との連携による包括的支援の実践について、日本司法支援センター（2009）「関係機関との連携で地域住民を支える」『ほうてらす』Vol.10、8-9頁に詳しい。筆者自身、調査に同行するとともに記事の作成に関与した。また、論文形式となったものとしては、太田晃弘・長谷川佳予子・吉岡すずか「常勤弁護士と関係機関との連携　司法ソーシャルワークの可能性」総合法律支援論叢第一号104-145頁。

いては気付いていないとのことであった。悪徳業者はまさにそこに付け込んでいるという構図にあった。地元の民生委員もこの家の不穏な様子に気づき、定期的に訪問するなどできる限りの対応をしていたが、法テラス可児法律事務所ができたことをきっかけに案件の相談をもちかけるに至った。弁護士の介入により明らかになった状況は、リフォーム、シロアリ駆除、布団などのありとあらゆる訪問販売被害に加え、クレジット会社10社からの総額約800万円にわたる割賦物販債務履行請求がなされている状況あった。すでに一部業者は提訴していたが、特定商取引法上の主張をして交渉を重ね、若干の金額を取り戻して法的問題に関しては終結に至った。しかしながら、夫婦を取り巻く状況は依然として不安定な状況にあったため、弁護士は地域包括センター、市町村担当者、民生委員、社会福祉協議会、介護保険事業者などと今後の見守りを継続して行うと同時に、再被害に遭わないようにするために関係各所との連携強化を継続することにより、包括的に当事者をサポートし続ける体制を構築した。

こうした事案は、特殊な一つの事例と言うわけではなく、当事者が抱える背景事情の違いこそあれ、障碍や高齢などの理由により社会的に弱い立場におかれている人々には共通して起こり得ることである。様々な問題が含まれているが、司法アクセスとの関連で捉えたときに根本的に問題となるのは、いわゆる「当事者」たちが法的問題について気が付いていないという状況である。例えば、今回上記で取り上げた事例のように、とりわけ知的障碍を抱えている依頼者のほとんどが、自らが法的問題を抱えているということ自体を理解しておらず、多少の違和感を抱いている場合でも自分が悪いのだという風に思いこんでいる様子が会話の端々からうかがえた。「障碍」を持っていなくても、法的問題の発生に気が付かない（抱えているトラブルが法的問題だと認識しない）場合もあるだろう。あるいは、法的問題だという認識はありつつも「何もしない」という判断をする場合もあると思われる[31]。いずれにしても、法的トラ

[31] トラブルを経験しながら何もしない（不作為）当事者の状態に注目し、パターン分析をしたものとして、尾崎一郎（2010）「問題経験者の不作為について」松村良之・村山眞維編『現代日本の紛争処理と民事司法１　法意識と紛争行動』

ブルの発生に気付き、それを解決するための行動を起こし、相談窓口へ行き実際に相談する、という一連の司法へのアクセス行動は、実際のところ非常に難しい要求であると言えよう。

（8）考察

上記事例のような状況を前にしたとき、実際のところ「司法へのアクセス」は、当事者が「アクセスできるだけの力（経済的、地理的、心理的）」を持っている場合のみにうまく作動し、そうではない場合には当事者の側からのアクセスは望めないというリアリティの存在が明示される。

そのような場合に求められるのは、司法の側からの「アウトリーチ」であろう。しかしながら、法律事務所にいる弁護士には、いくらアウトリーチが必要だと分かっていても、地域社会に存在している法的問題の全てを把握することはできない。そこで、地域の事情に精通している福祉専門職らが法的問題を抱えていると思われる当事者の様子を弁護士に相談し、その相談を受けて弁護士や福祉専門職らが現地（当事者の自宅等）へ赴き、問題の把握に努める、という連携構築がなされる必要がある。とりわけ、自ら司法へアクセスできない状態にある場合に重要となるのが、専門職らのフットワークの軽さである。

調査時においても、当事者の状況を把握するために法律事務所や自治体相談窓口に来てもらうのではなく、弁護士や自治体職員が自宅へ直接訪問していたし、その訪問時間帯にはいわゆる業務時間外に行うことも多くあった。弁護士によると、訪問する家に同居人が揃っている時間帯にあえて行くことが意味を持つと判断される場合には、あえて夜に訪問することもあるという。自宅へ訪問することによって、「弁護士や行政職員が出入りしている家」という認識がなされ、悪徳業者やチンピラたちに対する抑制効果も期待できるという。

今回取り上げた事例以外にも、法的トラブルを抱えた「当事者」達は、法的問題のみを抱えているわけではなく、その背後に複数の入り組んだ問題を抱えている場合が多い。今後は、一側面における法的問題の解決のみならず、その背後にある諸問題（例えば福祉的諸問題）等について

東京大学出版会、141-154頁。

も包括的に支援していく必要があると思われる。

例えばその際には、上記で挙げた事例のように、関係諸機関とケース会議を密に開くなどして、まさにソーシャルワーク的アプローチを活用して当事者を継続的に見守る体制を構築することが重要であると言えよう。特に、自ら司法へアクセスすることが様々な事情で難しい場合（司法アクセスバリアが高い場合）、こうした包括的支援とアウトリーチの手法は非常に重要な意味を持つと考える。法の理念を実質的に保障するためには、その理念が有効に機能し得る仕組みを具体的に構築することが重要である。

第三節　社会資源としての法システム

第二節では、公益弁護活動を行っている弁護士を取り巻く情勢について概観するとともに、実際の活動についての分析と考察を行った。一連の分析からも明らかになったように、法システムが法システムとしてただ存在しているだけでは、その理念を実現することができないことがリアルな実態として表れていた。

こうした状況を踏まえ、以下では、社会資源の一つとして法システムを捉えるためには何が必要であるのかについて考察する[32]。

（1）法システム活用のための基盤

司法制度改革審議会は、「国民が、自律的存在として主体的に社会生活関係を形成していくためには、各人の置かれた具体的生活状況ないしニーズに即した法的サービスを提供できる法曹の協力を得ることが不可欠である」と述べている[33]。

しかしながら、第二節でも見てきたように、上記「法曹の協力を得る」という行動をとる際には様々な困難が存在している。すなわち、「法曹の協力」を得るためには、法曹の側に関する課題と、利用する国民の側

[32] ここでいう社会資源とは、問題解決のために必要となる「各種制度、施設、機関、設備、資金、物質、法律、情報、情報、集団、個人の有する知識や技術等の総称」として捉えている。中央法規(2004)『精神保健福祉用語辞典』216頁。
[33] 前掲注24，7頁。

に関する課題の、カテゴリーの違う２つの課題が存在している。さらにそれぞれの課題の内部にはいくつかの解決すべき論点が複数存在していると思われる。

法曹の側に関する課題とは、①「ニーズに即した法的サービス」に対する認識の低さと、②認識が十分にあったとしても事務所経営の問題などによるプロボノ活動の実現可能性の低さ、である。

国民の側に関する課題とは、①「自律的存在として主体的に社会生活関係を形成」できる人が果たしてどの程度存在しているのか、という点である。さらに言えば、仮にそうした「自律的存在として主体的に社会生活関係を形成」できる国民が少ない場合、②どのようにして彼ら彼女らへの支援が可能になるのかという、点である[34]。

特に、国民の側に関する課題に関しては、司法制度改革審議会意見書の中で「司法学習の機会の充実」が触れられており、とりわけ「法教育」がその役割を担うことが想定されている。ところが、本稿第Ⅱ部で検討してきたように[35]、今日展開されている「法教育」実践は様々な工夫がなされている実践もあるものの、その多くは法的知識の啓蒙に重点が置かれており、知識として法的情報に触れる機会は増えたかもしれないが知識と活用との間には依然として大きなギャップが存在している傾向にあることが分かった。

国民側に必要とされる要素に関して、湯浅は、多重債務対応や生活相談・支援、生活保護申請付き添いなどの民間における活動が先鞭をつけている活動（湯浅はこれを「社会資源の充実」と表現している）を継続す

---

[34] この点に関し湯浅は、司法プロセスへの市民参加における懸念として、一連の司法制度改革が「一般市民を旧来の司法領域へ“統合”するだけに留まってもらっては困る」と述べ、「空間的に外延を広げていく“統合”プロセスが領域内部での質的な差異化（“排除”）を伴うものだとすれば、表面的には司法過疎地域がなくなったとしても、野宿者を含む社会的弱者および“異端視される者たち”への法律サービスは向上しない／低下する」と指摘している（湯浅誠(2006)「「格差」に抗するネットワークと法律家の役割」リーガル・エイド研究第12号、財団法人法律扶助協会、60頁）。

[35] 拙稿（2015）「社会的排除と法システム（２）」北大法学論集第66巻第３号125-180頁。

ることにより将来的に施策として形成するというカテゴリーと、それら社会資源を活用する「当事者のエンパワメント」を回復・形成するというカテゴリーの二通りがあると指摘している[36]。

ここで湯浅が指摘する「当事者のエンパワメント」の必要性は、本稿で考察してきたシステム作動の際に必要とされる事柄、すなわちシステムへアクセスしたり社会資源を活用したりすることの背景には、それらにアクセスしようと思えるか思えないかという意欲の問題や、意欲の発生基盤としての肯定的アイデンティティ（自己肯定感）のあるなしに関わる問題といった事柄に通底していると思われる。「社会資源を踏み台にできる“強い個”を前提とした制度設計は、必ず後に膨大な数の“弱い個”を取り残す」[37]という湯浅の指摘は、現代社会に応答し得る法律専門職像を描く上でも重要な論点であろう。法曹側に関する課題、国民側に関する課題、その両面を克服して初めて、法システム活用のための基盤が整ったと言えるのではないだろうか。

（２）アクセスを阻む三つの要素

では、法システムへのアクセスを妨げる要素にはどのようなものがあるだろうか。

本稿ではこれまで、心理的要素（自己／他者肯定、信頼）に着目して考察を進めてきており、心理的要素が複数の側面において影響を及ぼしているという認識を持っている。こうした認識、すなわちアクセスを阻害する大きな要因として心理的要素があるという認識を踏まえた上で、それ以外に、とくに法システムへのアクセスを阻んでいると思われる要因が大きく分けて二つ存在している。

○費用面における障壁

心理的要因以外でアクセスを阻む一つ目の要因としては、「費用面における障壁」が挙げられる。

---

[36] 湯浅誠（2006）「「格差」に抗するネットワークと法律家の役割」リーガル・エイド研究第12号、財団法人法律扶助協会、41-64頁。

[37] 前掲、湯浅（2006）、53頁。

費用面における障壁に対抗する制度としては、刑事分野では国選弁護制度があり、民事分野では民事法律扶助制度が挙げられる[38]。とくに民事法律扶助制度に関しては、先に挙げた法テラスの中心的業務に位置づけられており、総合法律支援法ものとで飛躍的に発展した例として挙げてよいであろう。具体的には、「民事裁判等手続きにおいて自己の権利を実現するための準備及び追行に必要な費用を支払う資力がない国民」及び「その支払いにより生活に著しい支障を生ずる国民等」を援助するために、法テラスでは代理援助業務、書類作成援助業務、法律相談援助業務をその事務として位置づけている（総合法律支援法第30条２項）。支援法の施行と法テラスの設立に伴い、法律相談援助件数は2007年度の14.7万件から2010年度には25.7万件となっている。代理援助も、2007年度の約6.8万件から2010年度は約11万件と、確実に増えている。書類作成援助においても、2007年度は約５千件だったのに対し、2010年度は約７千件にまで増加している。法律扶助協会時代（1990年）には代理援助件数が約４千件であったことを考えると、2010年のそれはおよそ30倍に増えている。このように、一連の司法制度改革に伴う潮流により、費用面における司法アクセス阻害要因はある程度克服されているように思われる。

しかしながら、民事法律扶助業務は当事者に対する償還制をとっており、償還を前提として訴訟費用を立て替えるという制度になっている。償還制を前提とした制度に関し亀井は、「扶助の対象者を経済的困窮者に限定しながら、償還制をとるのは制度的に矛盾しているといわざるを得ない」と指摘し、償還制度の見直しが必要であるとしている[39]。もちろ

[38] 民事法律扶助制度の意義と機能について我妻（2008）は、イギリスとアメリカの民事法律扶助制度の沿革を紹介するとともに、法律扶助制度全体が抱える問題について詳細に論じている。（我妻学（2008）「民事法律扶助の意義と機能―イギリスおよびアメリカにおける法律扶助の草創と変容―」伊藤眞、大村政彦、春日偉知郎、加藤新太郎、松本博之、森勇編『民事司法の法理と政策（下巻）』商事法務、255-302頁）

[39] 亀井は、民事法律扶助制度の歴史を敷衍した上で今日の民事法律扶助制度における対象事件や対象者の範囲、利用者負担のあり方について課題を指摘している（亀井時子（2006）「民事法律扶助と日本司法支援センター」『ジュリスト』

ん、いわゆる過払いバブルのように、扶助制度の利用者が勝訴し明らかな経済的利益を得た場合は、一定程度の訴訟費用をそこから配分することは理にかなっていると思われる。しかしながら、そうした場合以外の事案について償還制度を維持することは、実態にそぐわないばかりか、償還の催促への事務コストにも見合っていないと言わざるを得ない[40]。

資力の多寡により司法へのアクセスが阻害されないことを目指している総合法律支援法の理念を実体化するためにも、現場のリアリティに即した形で今一度制度構築を見直す時期に来ていると言えよう。

○情報面における障碍

心理的要因以外でアクセスを阻む２つ目の要因としては、「情報面における障壁」が挙げられる。

これまで見てきたように、総合法律支援法の施行に伴う法テラスの設立により、民事法律扶助業務の飛躍的向上に寄与したり、スタッフ弁護士という日本で初めての弁護士像を創出したりという点では、司法へのアクセスを向上させることに対し一定程度有意義な改革であったと思われる。しかしながら、それでもなお残っているアクセス阻害要因として、「情報提供の範囲」と「法的情報を受け取ることができる層」の固定化が挙げられる。

1305号、41-44頁）。すなわち、対象事件については「民事裁判等手続（総合法律支援法30条２項）」として裁判前提のものに規定されており、① ADR や労災、生活保護・介護保険等の行政手続等不服審査申し立ては除外されている点、② 対象者についてはイギリス等の諸外国においては中間層を取り入れた国民の５割程を対象者としているのに対し、日本においては国民所得の下から２割程度の所得層に限定しているため対象範囲が狭すぎる点、を指摘し、経済的な弱者だけではなく子どもや障碍者、高齢者や DV 被害者、犯罪被害者等の社会的弱者については、従来の資力要件基準を見直し、弾力的な運用が求められると分析している。

[40] 民事法律扶助実務の現場においては、例えば生活保護受給者等については事後的に償還を免除する制度もあるが、これはあくまでも事後的な処理であるため、制度利用の入口の際に制度の活用を促し得る要素としては機能しているとは言えない現状にある。

訴訟の潜在的利用者、すなわち法的トラブルを抱えていると思われる人々がどこに相談してよいのか分からない場合、相談の窓口をいくつか提示し「道しるべ」となるために設置されたのが、法テラスの情報提供業務である。すなわち、「裁判その他の法による紛争の解決のための制度を有効に利用するための情報及び資料」を収集・整理し、「情報通信の技術を利用する方法その他の方法により、一般の利用に供し、又は個別の依頼に応じて提供すること」（総合法律支援法第30条１項）を業務に位置づけ、代表的な情報提供業務の一環としてコールセンターや各地方事務所における法情報提供を行っている。2010年度現在で年間60万件を超える情報提供がなされており、どこにどのような団体が存在しており、どのような活動をしているのかを具体的に知らずに法的トラブル対応に困っている国民にとっては、内容に応じて適している相談窓口を教えてもらえるため、その意味においては「道しるべ」としての意味合いを確保していると言えよう。

しかしながら、法的情報を提供する窓口である日本司法支援センターの認知度自体が低いという実態が、「道しるべ」としての機能に大きな制限を与えている。こうした課題は、いわば「情報提供の前提条件」に関わる課題として区分することができよう。具体的には、法テラスの認知媒体は、裁判所や弁護士会などの紹介に代表される「関係機関」を経由したものが22.5％、ホームページやポスター、広報誌などに代表される「公報」を経由したものが34.3％、TV、ラジオ報道や新聞記事などに代表される「報道」を経由したものが0.6％となっており[41]、すでに何かしらの法的トラブルを抱え関係機関へ赴いた結果法テラスの存在を知り得る場合と、法テラスという用語を知った上でネットを使ってホームページにアクセスする場合が代表的であることが分かる。

（3）「知っていること」と「知らない／気付かない」ことのギャップ

こうした背景からは、自分自身の力で法的問題に気付き、関係機関へ持ちこみ、あるいはトラブルとしての認識を持った上でネット環境を活用してアクセスしているという、一連のプロセスを見出すことが出来る。

[41] 日本司法支援センター編著『法テラス白書―平成29年度版』34頁。

一方で、法的問題への気付き自体が無い場合や、そもそもインターネットを使える状態や環境にない場合、そして法テラス自体を知らない場合は、自身の状況に最適な法的情報にたどり着くための前提条件を欠いていることになる。情報面におけるこうした障壁を克服するためには、法テラス自体の認知度を上げるとともに、いわゆる当事者自身に法的トラブルへの気づきがない場合においても専門職が関わることが出来るような仕組みの構築が必要である。

具体的には、①多職種多機関との連携と、②法律専門職を社会資源の一つとして認識し活用するという意識改革が必要であると思われる。①のためには本章で取り上げた事例にもあったように、法律専門職側からのアウトリーチが一つの有効な手段として機能し得ると思われるし、②に関しては本稿第Ⅱ部（第三章、第四章）で取り上げた法教育に関連する取り組みが一定の有効性を持つと思われる。現代社会において「法」が応答するためには、「法」の理念を実質的に実現可能なもの（絵にかいた餅ではなく実質的に機能するもの）とするための具体策が、今後も継続的に議論され実践されていく必要があると言えよう。

終章　現代社会において「法」が果たす役割とは

１．問題意識、仮説の設定

本稿では、「法」が持つ社会的機能について、とりわけ社会的弱者の存在が顕在化している今日において「法」は社会的包摂機能を持ち得るのかについて検討してきた。とくに法システムへのアクセス阻害要因に心理的要因があることに着目し、システムから排除されている状態である「疎外メカニズム」と、システムに包摂されている状態である「包摂メカニズム」との間にある乖離状態（ギャップ）を埋めるためにはどのような要素が必要とされるのかという問題について、属人的（パーソナルな）要素が両者間の溝を埋める架け橋となり得るのではないだろうかという仮説に立ち、各段階における検証（理論的検証・実証的検証）を行ってきた。

２．社会的排除状態のリアリティ（第Ⅰ部：現代社会における排除）

本稿の流れに沿って整理すると、第一章においては、今日の日本社会で顕在化している社会的排除状態というものが発生する背景要因について考察してきた。その結果、社会的排除状態が発生する構造的背景の一つとして、日本型生活保障を支えてきた社会構造自体の構造転換とそれに伴う雇用の多様化が挙げられる点、そして社会的排除状態は一つの機能システムのみならず同時期に複数の「基盤」を喪失してしまう特徴を持っている点、を指摘した。こうした構造的背景に起因する排除状態は、次第に心理的背景にも影響を及ぼし、自己疎外の内面化につながる傾向を強くし、さらに状況を悪化させ得る危険性を指摘した。

第二章においてはこれらの検討を踏まえた上で、そもそも社会的排除及び社会的包摂という概念自体がどういう背景のもとに発生しており、そこに含まれる意図にはどのような性質のものが存在していたのかについて、フランス、イギリス、EU の場合を中心に概観してきた。

3．法教育の現状と課題（第Ⅱ部：法教育という逆説 ―システム内在的な排除性―）

第一章および第二章における社会的排除状態のリアリティを概観した上で、第三章においては、社会参加型の実践を理念に掲げる法教育実践について批判的に考察してきた。

要点をまとめると、現状の法教育実践の特徴として、第一に法的知識の啓蒙に重点を置いている点、第二に裁判員裁判への対応を強く意識した実践が行われている点、第三にほとんどの実践が学校教育システムの中で行われている点、の大きく分けて３つの区分に分類した。その後イギリスの市民性教育（citizenship education）についての論点を整理した上で、第一の区分、すなわち法的知識の啓蒙に重点を置いている点に関する批判的考察としては、法的知識の啓蒙とその活用との間にあるギャップについて日本における現状の法教育実践は無自覚の傾向にある点を指摘した。また、実践例の概観を踏まえた上で、それらの実践の多くが、法を所与の前提として捉え、ルールを守るべき対象として教えられている傾向にあることを明らかにし、こうした傾向は、立憲民主主義の観点からみると大きな問題を残していると指摘した。

第二の区分、すなわち日本における現状の法教育実践が裁判員裁判への対応を強く意識したものになっている傾向に対しては、「法律専門家ではない一般の市民」に向けた実践をその理念に置きつつも、内実は「早期の法学教育」と言っても過言ではない状況になりつつあるのではないか、という考察を行った。

第三の区分、すなわち実践の場が学校教育システムに限定される傾向があるという点に関しては、とりわけ第一章で挙げた社会的排除状態への着眼点を議論の出発点に置き、現状の「法教育」の大半が学校教育システムの中で展開されているということが持つ問題点を指摘した。すなわち、「法教育」実践を享受するためには、その時点ですでに学校教育システムに包摂されているということを暗黙裡に要求しており、不登校やひきこもり、いじめなどにより学校教育システムの外に行かざるを得ない子ども達への視点が欠如している点を問題点として指摘した。同時に、「法教育」実践による副次的効果、すなわち「法」に対する認識を柔らかくする効果があると仮定するならば、「法教育」実践は子ども期に限定される取り組みではないはずで、今後は広く一般に向けた発信も必要となってくるであろうことを指摘した。

第四章においては、法システムや教育システムなど、システム自体が構造上持ってしまう排除性というジレンマに着目した。特に、システムへの接近には「意欲」が必要不可欠となってくるが、それは個人の努力によりなんとかなる場合だけが全てではなく、「意欲」を持てるか否かということそれ自体に対しても、ある種の不平等状態が存在していることを指摘した。このことは、U. ベックが言うところの「個人化」の論点にも通じており、個人の選択を左右するファクター、すなわちジェンダーや階層、年代などに加えて、「意欲格差」も、隠された格差要因として存在しているということを指摘した。

第三章および第四章による一連の考察を通して、従来の「法教育」実践は、社会参加型の実践を理念に置きつつも、既存の実践を見る限りシステムの排除性への自覚を欠いているように思われる側面が存在している点、またルールを所与の前提として遵守すべきものとする認識を暗黙

のうちに持っているような事例も存在している点を指摘した。これらの点を考慮に入れると、これまで日本で行われてきた「法教育」実践は、その理念は別として、現実にはある種のエリート教育化していると捉えざるを得ず、社会的包摂という観点においては現実社会のリアリティに応答しきれていないのではないかとの指摘を行った。

4．アクセス阻害要因の探究（第Ⅲ部：システム・信頼・属人性）

第Ⅱ部までの考察を踏まえた上で、第五章においてはとりわけ法システムへのアクセス阻害要因について実証的に探究した。そこでは、システムが必ず突き当たる限界点、すなわちシステムはシステムとして存在しているだけでは作動しないという点を指摘したうえで、システム自体に対する信頼と、「属人的」な信頼の両面がアクセスを阻害する心理的要因を除去するためには必要不可欠であると主張した。

そして、属人的な信頼を獲得するための前提として必要とされるのは、自分自身に対する肯定的アイデンティティ形成であるとして、「自己肯定感」が果たしている機能について考察してきた。具体的には、ルーマン、ギデンズ、山岸らによる信頼概念の区別を敷衍するとともに、他者一般に対する信頼はどのように醸成され、機会コストを高めるための移動を容易にする高信頼者、すなわち他者一般に対する信頼が高い状態となることのできる背景にはどのような要素が存在しているのかを探究してきた。考察の手がかりとして、同じような苦境を経験したもの同士によるセルフケアグループにおける様子を観察してきた。

これら一連の理論的検討の結果として、「属人的（パーソナル）な信頼」を涵養するためには、まず自分自身に対する肯定的アイデンティティ形成が必要不可欠であること、身近な他者との親密圏における信頼醸成が要請されること、そして「属人的（パーソナルな）信頼」がシステム信頼へと結びつくときには、身近な他者を通じたロールモデルの提示や人生の見通しを得られること、市民としての真っ当な役割を取得することといった要素が重要であることが見いだされた。

第六章においては、本稿の仮説について実証的な場面における検証を行った。

第一に、第二節及び第三節において、社会的排除状態に置かれやすいと思われる人々に対する聴き取り調査の分析を行った。聴き取り情報の開示に対する制約があったため、基本的には社会福祉士と弁護士との連携により出所者支援を行っている NPO 法人の分析を中心に行った。そこでは、法システムが内包する問題点、すなわち法が持つ権威性に由来する当事者の忌避意識を緩和し、システム活用に結びつけている要素が、福祉専門職（社会福祉士）や法律専門職（弁護士）らによる「誠実で熱心な対応」という個人の属性に由来する側面であるというリアリティが観察された。さらに、法人内にあるサロン（利用者が自由に集える場）の機能として、過去の過ちを「スティグマ」としてではなく自分自身に対する「ラベルの貼り直し」をできる場（Braithwaite が言うところの再統合的恥付け理論）として機能している様子が観察された。これら一連の事例検証により、本稿の仮説である「疎外メカニズム」と「包摂メカニズム」をつなぐ役割を果たすものが「属人的（パーソナル）な要素」であるという仮説が実証的にも支持された。一方で、属人的要素は直ちにシステム全体に対する信頼へとは結び付いていないという実態も明らかになった。

第二に、第四節において、システムへのアクセス阻害要因としての心理的障壁を緩和するための取り組みとして、教育システム外における法教育実践を分析した。その分析からは、実践者の媒介機能として、第三の大人（ロールモデルの提示）としての登場が有効に機能すること、また法認識の柔軟的捉え方を涵養することにより、社会資源の一つとして法を活用することの有用性が明らかにされた。

５．システム作動の二大要素

第五章における理論的検証、そして第六章における実証的検証をとおして、システムを構築し実際に作動させる際に必要となる観点として「構造的観点」と「心理的観点」の２つの観点が存在していることが明らかになった。

すなわち、「構造的観点」から捉えたとき、システム融合を可能にする第一の論点としては、「多職種連携の有用性」を特徴点の一つとして明らかにすることができた。具体的には、司法ソーシャルワークを展開

する更生保護を行うNPO法人では、社会福祉士と弁護士という司法分野と福祉分野のそれぞれの専門家がその専門性を活かしながら活動している様子が観察されており、連携の過程においてそれまで専門職間に存在していた縄張り意識のようなものが緩和され、相互理解が深まると同時に、役割分担がスムーズに行うことが可能となっていることが観察された。その結果、有意義な多職種連携を構築することに成功していた。これは、システム融合を可能にする論点のうち、システム構築に関わる指摘であると位置づけられよう。

つぎに、「心理的観点」から捉えたとき、システム自体に対するイメージは、そのシステムの内部にいる人間の「属人的要素」により左右されているというリアリティの存在を明らかにすることができた。すなわち、第五章から導き出された仮説として、システムへのアクセスを可能にしているのはシステム自体に対する「信頼」の有無と、自己に対する「肯定感」の有無が密接に関連しているという点を指摘したが、具体的事例の検証を通して、その前提となるシステムへの信頼感は、システム内部に位置づけられる権威性を持った存在、すなわち法システムでいうところの法律専門職、教育システムでいうところの教員、医療システムでいうこところの医師などが「属人的（パーソナルな）信頼」を当事者に伝えることができるとき、心理的要因に由来するシステムへのアクセス忌避意識は緩和されることが観察された。

6．現代社会における法の応答性　―時代に求められる弁護士像の変化―

第七章においては、時代によって変遷してきた「求められる弁護士像」について概観してきた。さらに、司法アクセスを可能にするものとして、公益弁護活動や司法ソーシャルワーク活動について分析してきた。そこからは、システムの整備だけに終始するのではなく、いかにして当事者に法的支援を届けることが可能になるかについての試行錯誤が行われており、アウトリーチの重要性が増している実態が明らかになった。第七章で触れた一連の取り組みは、これからの法律専門職に求められる役割を示しているとともに、アクセス阻害要因を探究することによりシステム作動要因を見いだそうとする本稿の問題意識との共通点も見いだす事ができた。

７．まとめ　―残された課題―

本稿においては一貫して、現代社会における「法」の役割と、「法」の応答性について考察してきた。一連の考察を通して得られた結論をまとめるならば、今日の日本社会においては法システムを作動させる際に暗黙の前提として能動的な要素が要求されており、能動的・主体的な要求を通して権利主張や承認を得ることができる側面がある一方で、そうした能動的な要求を成し得ることができない人々は、法システムへの接近やその作動から遠ざかってしまうという、構造的ジレンマを内包していることが実証的に明らかになった。

このような構造的ジレンマを克服する方策として、考えられる点は二点ある。

１つは、法システムを利用する側自身が法的素養を身につけて積極的な関与を推進させる方策である。これは、法的知識の啓蒙に重点を置く〈狭義の〉法教育実践と合致する。とはいえ、本稿で見てきたように、誰もが皆法的知識を啓蒙したり法的情報を提供したりさえしていれば、自動的にそれらを取捨選択して活用するということは、事実上あり得ない。社会的居場所を、物理的にも精神的にも喪失している人々にとっては非常に困難な活動であろうし、ある程度の居場所を確保している人々にとっても一定のハードルを感じるものであろう。

したがって、２つ目の方策としては、構造的ジレンマを克服するために、心理的側面に着目する方策が考えられる。換言すると、システム作動の阻害要因である心理的側面にアプローチすることにより、システムの活用を妨げていた見えない壁、すなわち心理的ハードルを緩和し、アプローチしやすくするという方策である。重要なのは、心理的ハードルを下げるためにはシステム内部に組み込まれている人々（ときに権威性を持ち、いわゆる「当事者」からはしばしば忌避意識・拒絶感情の対象となり得る人々）自身によるアウトリーチ活動が必要不可欠となる点である。加えて、個人に付随する要素として、システムへの信頼を確保するためには、システム内部の人間に付随する属人性（パーソナリティ）に由来する信頼感の醸成のほかに、当事者が自分自身に対して持つ肯定的認識（自己肯定感）こそが前提として必要とされるという点である。

自分自身に対する信頼感（自己肯定感）と、他者及び外部社会に対する信頼感の両面が揃って初めて、システムへのアクセス障碍の一つである心理的要因がクリアされるという点が、本稿の結論として呈示される。

システム作動要因としての属人性（パーソナリティ）への着目は、システム作動のインプリケーションとなっているリアリティの存在を明らかにすると同時に、制度設計を構築する上でも有意義性を持っていると思われる。また、本稿で検証した先駆的取り組みにおいては、すでに現場レベルにおいて各システム間の融合が、ときに現場の職員の無意識レベルで行われていることが明らかになった。こうした先駆的事例の分析からは、現場の職員、専門職らの協働による当事者への関わり合いが、システム自体がその性質上原理的に内包してしまう権威性の打破へと繋がり得る可能性を示唆している。

しかしながら、システム作動に不可欠である構造的要因と心理的要因の両面に共通する「属人性」が内包する問題点としては、まさに「属人的要素」に由来するシステム作動のインプリケーションであるがゆえに、キーパーソン依存型に陥る傾向が強く、事例調査をする過程においてもキーパーソンの不在（転勤や異動、あるいは過度の期待による疲弊の蓄積など）により、取り組み自体が縮小あるいは消滅してしまう事例も複数存在した。

本稿の問題意識に基づき検証を進める中で、法システムの作動要因としては現場に関わる人間による属人性（パーソナリティ）が重要なファクターであることが証明されたが、一方で、上記属人性（パーソナリティ）が内包する諸課題を考慮したとき、システムの安定性に欠け継続性に乏しい側面も同時に明らかになった。

いかにしてこの属人性と一般性の相克を乗り越えるのか。一つの解決方法として、自発的支援者をさらに側面支援するという二重の支援構造（支援者支援）など、この難問に応答し得る萌芽はすでに存在している。さらには、本稿でとりあげた「属人性」をさらに観察・分析し、「専門性」としての機能を見出すことが、一般性と属人性の相克を乗り越えるためには重要かもしれない。今後は、これらの点をさらに実証的に検討する

ことが筆者に課せられた課題であると言えよう。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「社会的排除と法システム―システム作動要因としての属人性―」（2014年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。

執筆にあたって、日本学術振興会特別研究員奨励費（2011 ～ 2012年度）（課題番号:11J56023）およびクラーク記念財団研究助成（2013年度）の交付を受けた。

また、加筆・修正にあたって、北海道大学総長室事業推進経費「若手自立支援（A）」（2014年度）および文科省科学研究費補助金「若手研究（B）（2015 ～ 2018年度）」（課題番号:15K16909）、日本学術振興会特別研究員奨励費（2016 ～ 2018年度）（課題番号:16J02208）の交付を受けた。

〔謝辞〕

インタビュー調査に御協力いただいた皆様にこの場を借りて御礼申し上げます。

以上〔完〕

論　　説

子どもの自己決定と憲法（7・完）

―― 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ――

宋　　峻杰

目　次

序　研究動機及び内容の構成
　第一節　問題意識
　第二節　成長発達権の概念からのアプローチ
第Ⅰ部　家族
第一章　アメリカ合衆国
　第一節　「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在
　第二節　性的結合行為と子ども　（以上、61巻1号）
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　医療行為と子ども
　第五節　家庭内暴力と子ども
　第六節　小括
第二章　台湾
　第一節　台湾における家族像への接近　（以上、62巻3号）
　第二節　性的結合行為と子ども
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　家庭内暴力と子ども
　第五節　小括
第三章　日本
　第一節　家族像の推移　（以上、62巻4号）
　第二節　性的結合行為と子ども
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　医療行為・家庭内暴力と子ども

第五節　小括
第四章　第Ⅰ部の考察を経て　（以上、66巻３号）
第Ⅱ部　教育
第五章　アメリカ合衆国
第一節　教育に関する形態の変遷と子ども
第二節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第三節　学校管理と子どもの自律　（以上、68巻４号）
第四節　教育をめぐる連邦政府の働き
第五節　小括
第六章　台湾
第一節　教育に関する法的枠組み
第二節　教育制度における親と子どもの位置づけ
第一項　論点の概要
第二項　憲法における就学の義務という規定
第三項　教育課程の編成
第四項　教科書の選定問題　（以上、69巻２号）
第五項　在学関係
第一目　従来の「特別権力関係論」とその修正
第二目　教員による指導（体罰の認否を中心に）
一、教員の懲戒権
二、司法府の判断
三、体罰の全面的禁止（二〇〇六年の教育基本法改正）
第三節　教育行政と子ども
第一項　論点の概要
第二項　『原住民族教育法』における子どもの主体性
第一目　原住民族と「教育」
第二目　立法過程から提示された疑問点
第三項　私学の自由
第一目　『中華民国憲法』が棚上げされた時期において
一、私学に対する制限
二、一九七四年に公布した『私立学校法』四三条
第二目　『私立学校法』の改正
第四節　小括
第七章　日本
第一節　子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
第一項　『日本国憲法』一三条・自己決定権
第一目　理論の系譜

一、最高裁判決から見られるもの
二、学説の変遷から覗かれるもの
(一)、一般的自由権説から探り
(二)、自己決定権破綻説に至り
三、結び
第二目　実践的思考Ⅰ—校則裁判との係わり
一、校則と関わる法的様相
二、自己決定権によるアプローチ
第二項　『日本国憲法』二六条・学習権
第一目　学習権の生成
第二目　実践的思考Ⅱ—教育の私事性と公共性
第三項　成長発達権
第一目　学説の様相
第二目　いくつかの裁判例
一、一九九二年三月一三日神戸地裁判決
二、二〇〇〇年六月二九日名古屋高裁判決
三、二〇〇五年六月七日徳島地裁決定
第四項　『子どもの権利条約』一二条・意見表明権
第二節　小括
第八章　第Ⅱ部の考察を経て
結びに代えて　ライフサイクルにおける子どもの自己決定

（以上、本号）

第五項　在学関係

今まで見てきたように、中華民国体制下の『中華民国憲法』の規定に従い、台湾に住む六歳に達した子どもたちの多数は国民小学校に入り、国民教育を受けることになる。その就学率を見ると、一九八三年の時点において既に約一〇〇％に達し、現在まで続いてきた[1]。かような現状において、子どもの自己決定は対「学校」、或いは対「教員」の関係の中で如何に位置づけられているのであろうか。更に、より根本的な問題とし

[1] 野上修市編『子どもの人権と現代教育法の諸問題』(エイデル研究所・1997年) 91頁。『教育部統計處教育統計查詢網ホームページ：在學率』(2019年５月14日) 〈https://stats.moe.gov.tw/qframe.aspx?qno=MgA3AA2〉。

て、子どもは教育を受ける主体であるとの認識は果して学校教育と関わる関係者（大人）達に意識されているのかどうかのことである。それらの問題については次の項目に沿い検証していきたい。

第一目　従来の「特別権力関係論」とその修正

行政裁判所が出された判断を追うと、一九五九年の判字第一一号判決、並びに一九九一年の裁字第九二三号決定[2]においては、公立学校における生徒等と学校設置者との間の在学関係は「特別権力関係」に属することが宣言されたことが分かる[3]。すなわち、公立学校の在学関係を公務員の勤務関係や公立病院の利用関係と同様に、公立の「営造物」の利用関係として公法上の「特別権力関係」であると解されてきたのである[4]。

ところが、一九六〇年代から日本の行政法学界に巻き起こした特別権力関係論の全般に対する批判論の展開を受け、台湾でも同論を見直すべきだという声が強まってきた[5]。例えば、林紀東は橋本公亘の学説を紹介し、「…単なる特別権力関係に属することを理由として、（すべての者に対し）裁判を通して救済を求める権利を否認してはいけない。（中華民国）憲法に基づき国家の公権力により個人の権益に損害を与えてしまう場合、裁判を通し救済を求める権利が保障されるため、特別権力関係に置かれている者にも認められるべきだ」[6]、と主張する。また、かような学界の動きと同調するように、一九八四年から大法官会議もいくつか公務員の勤務関係を巡る争いを取り扱う解釈を通じ、微かに特別権力関係論の修正を促す意見を公にした。

要するに、大法官釈字第一八七号解釈において、大法官会議は「公務員は法に基づいて定年退職に臨み、退職金の納付を要請することは憲法

---

[2]『司法院大法官會議ホームページ』（2005年７月31日）〈http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=382〉。

[3] 謝瑞智『教育法學 增訂版』（文笙書局・1996年）61頁。

[4] 謝瑞智・前掲書注（３）64 ～ 65頁。

[5] 蔡茂寅「在學關係與司法審查―大法官會議釋字第三八二號解釋評釋」『月旦法學雜誌 第４期』（1995年）61頁。謝瑞智・前掲書注（３）80頁。

[6] 林紀東『中華民國憲法逐條釋義』（三民書局・1970年）64頁。謝瑞智・前掲書注（３）80頁。

に従い制定された法律によって保障される権利である。従って、所属機関に対し自分の勤務した期間や退職金の未受領を証明する書類の発行拒否の争いにつき、法律に基づいて訴願や行政訴訟を提起することが認められるべきである」[7]、と言う。また、一九九二年の釈字第二九八号解釈では、大法官会議が「憲法七七条に基づいて、公務員に対する懲戒の権限は司法院に属する…が、（合理的な範囲から逸脱して）公務員の身分自体の変動や重大な影響がもたらされる懲戒処分について、処分を受けた公務員には懲戒権限を持つ主務官庁に対する不服申立てが認められるべきであり、同主務官庁も原処分の違法性や妥当性を審査しなければならない」[8]、と述べている。このように、大法官会議は正面から特別権力関係論に言及しない形で、従来特別権力関係に囚われる者に対する法的救済を図ってきたのである。しかし、蔡茂寅が指摘するように、特別権力関係論に対する大法官会議の曖昧な態度によって、反って同論を温存させる解釈にも捉えられることになってしまう[9]。二〇〇三年に下された大法官釈字第五六三号解釈においては、大法官会議はやはり正面から特別権力関係論を否認していなかったが、頼英照大法官による補足意見に申した「大学は学生に対して退学処分に処する手続について、デュー・プロセスに服し、司法審査を受けなければならない。大学の自治を保障するのは、直ちに大学と学生の間に存在する在学関係は特別権力関係だと見做すことではない」[10]、という説示を注意に値しよう。

その一方、前記のように従来の特別権力関係論について変化があったとは言っても、議論された争いの背景のほとんどは公務員制度や専門学校が含まれる高等教育制度であった。その故、国民教育（基本教育）の

---

[7]『司法院大法官會議ホームページ』（2008年11月27日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_printpage.asp?expno=187〉。蔡茂寅・前掲論文注（５）62頁。謝瑞智・前掲書注（３）80頁。

[8]『司法院大法官會議ホームページ』（200811月27日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_printpage.asp?expno=298〉。謝瑞智・前掲書注（３）83頁。

[9] 蔡茂寅・前掲論文注（５）62頁。前掲注（２）全文。

[10]『司法院大法官會議ホームページ』（2005年８月１日）〈http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=563〉。

場合も特別権力関係論から脱却したと言えるかどうかは不明である。少なくとも、『中華民国憲法』の番人である大法官会議はそこまで踏み込んではいないと見せられている。

第二目　教員による指導（体罰の認否を中心に）

在学関係において学校側を主体としてみると、行政法規に基づく教員に対する管理、或いは校則を以て生徒に対して行われる拘束などの場面を見出せよう。そして、教員を主体にしてみれば、学校側からの指示や命令に従う一方、生徒を管理する場面が出てくる。最後に、子どもを主体として考えれば、学校の校則や教員の指導に対し服従しかできないことになろう[11]。本項目において、二〇〇六年に『教育基本法』の二回目の改正の中心となる生徒に対する教員が行う懲戒の行為、所謂「体罰」の問題について整理する。

一、教員の懲戒権

生徒に対する教員の懲戒は、二〇〇三年までは教育部（文部科学省に相当）の『教師輔導與管教學生辦法（教師による学生・生徒の指導及び管理方針）』（以下、「管理方針」）によって具体的な枠組みが提示されている。例えば、同方針九条には「教師が学生・生徒を懲戒する前に当該不正行為の動機を究明し、懲戒を与える理由を学生・生徒に説明しなければならない。教師は心情的、悪意を抱くような懲罰行為をしてはならない」[12]、と定められている。しかし、同方針は一九九七年に初めて制定され、一九九九年と二〇〇〇年にかけて二回の改正が行われ、二〇〇三年の『教師法』の改正に伴い廃止された経緯[13]を持つ。実施されてから十年間も立たないうちに、教育現場における度を超えた体罰の禁止に当

[11] 吳清山『教育法規：理論與實務』（心理出版・2004年）150頁。

[12] 『全國法規資料庫ホームページ』（2008年11月26日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4B.asp?Lcode=H0020042&LCC=2&LCNO=1〉。

[13] 『全國法規資料庫ホームページ』（2008年11月26日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4.asp?B2=%AAu%A1@%A1@%AD%B2&FNAME=H0020042〉。

たって、果たして具体的な改善効果がどこまであげられたのかは疑わしい[14]。

そして、部分的ではあるが、前述した規定の内容から見ても分かるように、同方針は教員による不正で悪意のある懲罰行為を禁止しているが、全面的に如何なる懲戒をも否定することではなかった。実際、学説においても全面的に教員を持つ懲戒権を否定するような見解がほとんどなく、識者は概ね「権利説」、「義務説」及び「責任説」それぞれの立場に立ちながら、教員の懲戒権を認めてきたのである。

その中、『教師法』一七条一項四款に定められる「教師は学生・生徒の適正的な発達、健全な人格の発展を図り、同人に対する指導や管理の義務を負う」という文言から派生してきた「義務説」の見解[15]は、法律の留保を以て、教員による懲戒権の行使に制限を付けられるが、管理方針が制定された法的根拠もこの『教師法』一七条に求められるため、政府の公的見解は「義務説」に近いと見られる[16]。しかし、学生・生徒に対し、教員がその仕事の専門性から指導や管理の義務が生じることは法的に認めたことにしても、管理の内容や方法が直ちに懲戒（体罰）と同一視することができるかどうかの問題が依然に存在することになろう。この問題に関しては、「親代わり」論という教員が有する「教育関係的プロフェショナル性」の論理から教員の懲戒権を認められるとの「権利説」[17]の立場からも解決策を見いだせない。蓋し、「身分権」の譲渡不可能原則に従い、「親代わり」論を批判し、従来の「権利説」の再検討を促す見解によれば、如何なる教育活動が行なわれても「師弟関係」が発生し、上位者対下位者の管理責任も随伴的に派生すると考えられる[18]ため、教員に

---

[14] 例えば、同方針が廃止される直前に台北市や台中市における公立小学校と中学校では、教員による体罰のニュースが大きく報道されていた。立法院公報第94巻第53期委員会記録100 ～ 101頁。

[15] 吳清山・前掲書注（11）105頁。『全國法規資料庫ホームページ』（2008年11月26日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4B.asp?Lcode=H0020040&LCC=2&LCNO=16〉。

[16] 吳清山・前掲書注（11）105頁。前掲注（14）96頁。

[17] 吳清山・前掲書注（11）104頁。

[18] 実際、この観点はやや「責任説」に近い。すなわち、国家試験に合格した者

よる教育活動の中で、生徒に対する懲戒権が自然に賦与されるという。もっとも同見解はかような理屈で認める教員の懲戒権の中には、生徒に対する体罰を行える権利がやはり含まれていないとも述べている[19]。

二、司法府の判断

一九九一年に高雄地方裁判所は、教員の生徒に対する懲罰行為が検察によって刑事責任として追及される事件を取扱い、初めて現職の教員に対して実刑判決を言い渡した（同裁判所八〇年度易字第四三一六号判決）[20]。要するに、事件と係わった両名の教員と生徒の親は法廷において和解に達したが、検察は事件の発生当時に両名の教員が公務員として勤務中にもかかわらず、生徒に対し度を超えた懲罰行為（棒を持って生徒の太ももを叩くなど）を与えたことが刑法の傷害罪の成立条件を満たすとして公訴の提起を取り消さなかった。そして、裁判所は検察側の主張を認め、両名の教員に対して執行猶予付きで三〇日間の禁固刑を下した[21]。

一方、二〇〇七年に公立学校で起きた体罰事件ではないが、台北地方裁判所はある私立の保育園で起こった教員による園児の懲戒事件（九五年度店労簡字第一七号判決）に対して、次のように述べている。すなわち、同裁判所は「…幼児教育を専攻する教員であるにもかかわらず、大きな声で園児を叱ることや、…園児の身体を乱暴に扱うことなどの体罰の事実を認める。…当該行為により園児に心理的な不安を抱かせることは教

が学校の「教員」となれば、学生・生徒を管理し、懲戒する責任が自然に発生するため、教員には学生・生徒に対する懲罰行為が「権利」や「義務」ではなく、「責任」だと見られるべきことが、「責任説」の中心的理解である。吳清山・前掲書注（11）105 ～ 106頁。前掲注（14）97頁。

[19] 顏厥安「當前教育法制改革的幾個重點 ―一個初歩的反省」『中央研究院ホームページ』（2005年８月８日）〈http://www.sinica.edu.tw/info/edu-reform/farea3/gt3_a2-1.html〉。

[20] 謝瑞智・前掲書注（３）511頁。立法院公報第94巻第74期委員会記録（2005年）167頁。『YAHOO 奇摩知識ホームページ』（2008年11月28日）〈http://tw.knowledge.yahoo.com/question/question?qid=1205072302230〉。

[21] 謝瑞智・前掲書注（３）549頁。

育を行う精神や理念に反し、前記（同保育園の懲戒条例）の規定に従い、同人を解雇するのは正当だ」、と判断した[22]。この判決では、子どもの「心理的な不安」が配慮されているが、それを如何なる客観的条件によって判定すべきであるかどうかが同裁判所からより一歩踏み込んだ判断が示されていなかった。

なお、果たして生徒や学生に対し、教員が有する権限の具体的内容とは何かの問題について、教員が予告なしに生徒の所持物検査を行い、同人のプライバシーの権利を不当に侵害することになるかどうかの事案におき、台北地方裁判所が九六年度訴字第五三五六号判決を下し、一つの手がかりを見せていたのである。すなわち、同判決において、裁判所はまず『中華民国民法』一八四条一項に定められた「故意又は過失により不法に他人の権利を侵害した者は損害賠償の責任を負う」という不法行為の規定を述べた後、大法官釈字第三八二解釈に依拠しながら、「学校で行なわれる教育活動は知識の伝授に限られるのではなく、学生・生徒の人格の全面的な発達を図り、…道徳観を育む行いも含まれている。…、前記の教育の目的を実現させ、校内の秩序や学生・生徒の安全を保護するため、教育活動の実行中、教師には授業を行なう自由、学生・生徒の成績を評価する権利及び生活指導権などの権益が認められるべきである。教師は学生・生徒に対して指導や管理活動を行なうためになされた教育的な措置或いは秩序維持的な措置がいずれも教師が有する専門的裁量権の行使だと認定することができる。当該裁量は明らかに違法や不正な事実が発見されていない限り、教師や学校側が教育専門性に基づいて行った諸決定を裁判所として尊重しなければならない」、と本事案の違法性阻却事由について検討を行った。このように、本件事案の教員が生徒の所持物を捜索する行為について、裁判所は教員の学生・生徒に対する生活指導権を行使したものだと認め、例え生徒のプライバシーの権利を侵害する疑いがあったとしても当該行為の違法性を阻却され得ると判

[22]『法源法律網ホームページ』（2008年11月14日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=95%2c%e5%ba%97%e5%8b%9e%e7%b0%a1%2c17%2c20070509%2c1&courtFullName=TPDV&jyear=95&jcase=%e5%ba%97%e5%8b%9e%e7%b0%a1&jno=17&jdate=960509&jcheck=1&switchfrom=1&issimple=-1〉。

断した[23]。しかしながら、教員のプロフェショナル性（責任）から派生する学生・生徒に対する生活指導権が憲法に保障される個人のプライバシーの権利の権益より上回れるかどうかの憲法学的疑問がある外、教員の学生・生徒に対する懲戒や体罰を行う権限もその生活指導権の中に含まれるかどうかの問題が残される。

三、体罰の全面的禁止（二〇〇六年の教育基本法改正）

既に言及したように、一九九七年に教育部の法令として作られた管理方針は、二〇〇三年の『教師法』一七条の改正に伴い廃止された。現に『教師法』一七条には、「教師は法令を遵守し、雇用契約の内容を履行する他、次の各号に掲げる義務を負う。…四、教師は学生・生徒の適正的な発達、健全な人格の発展を図り、同人に対する指導や管理の義務を負うこと。…。但し、前記の四号…の詳しい内容については、各校の校務会議によって定められるとする」、と規定される[24]ため、学校における教員の学生・生徒に対する管理・懲戒行為の内容や制限は各学校の自主的な決定に任されている。しかしながら、当時教員による体罰の問題をめぐりいくつかの事件が起こしてしまった故[25]、民間においては体罰を全面的に禁止すべきだという草の根運動が展開されることになっていた。それを受けて二〇〇五年一〇月に立法院（国会に相当）の教育及び文化小委員会も何人かの参考人を招き、『教育基本法』を改正し、体罰を全面的に禁止することの認否について公聴会を開き、議論を行ったのである[26]。

---

[23] 『法源法律網ホームページ』（2008年11月14日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=96%2c%e8%a8%b4%2c5356%2c20071214%2c1&courtFullName=TPDV&jyear=96&jcase=%e8%a8%b4&jno=5356&jdate=961214&jcheck=1&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[24] 『全國法規資料庫ホームページ』（2008年11月26日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4B.asp?Lcode=H0020040&LCC=2&LCNO=16〉。

[25] 例えば、長期的に全人教育の発展及びその実践に関心を持つ民間団体の人本教育基金会の報告によると、2003年には学生・生徒に対する教員からの体罰事件が報じられるのは194件もあったという。『人本教育基金会ホームページ』（2008年11月30日）〈http://hef.yam.org.tw/service/index01.htm〉。

[26] 前掲注（14）45 ～ 119頁。

後に公開される公聴会の記録を見ると、民間団体や何人かの立法委員は体罰の禁止を法文化することに賛成するが、教育現場に携わる実務家の声は消極的だと分かった[27]。にもかかわらず、当時の教育部側は『教育基本法』の法改正を用いて体罰を全面的に禁止する規定を定めようとの積極的な意図がある外[28]、公聴会の結果を受けて立法院側にも同じような動きが見せられていたのである[29]。そして、立法院から提出される法改正の草案の中では、立法委員の管碧玲が提出されたものがより多くの委員から支持を受けられるため、特筆すべきだと考える。同氏による法案説明の中では、『教育基本法』は宣言的な法律であるため、単に体罰を禁止するのではなく、より積極的に学生の権益（同草案に持ち込まれたのは学生・生徒の身体的自主権及び人格発達権である）を保障すべきだという持論が展開された。勿論、草案の提出を受けて教育及び文化小委員会の席においては、いくつか疑問のあるところが提起された[30]が、その後、更なる議論が見られず、概ね政治的協商の方法を通じて物事を運んでいた[31]。二〇〇六年五月に開かれた立法院の院会において、改正案は再び協商に回し、教育部と全国教師組合と共同して六ヵ月以内『學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項（学校は教師による学生・生徒の指導及び管理方針を制定する際の心得）』を制定すべきだという提案は採択された後、同改正案は三読会まで交付され、成立を認められたのである[32]。こうして、一年二ヵ月間という早いスピードで『教育基本法』の二度目の改正が採択され、台湾の公立学校における教員による学生・生徒に対する体罰行為を全面的に法によって禁止されることとなった。

しかし、まだ問題はやはり山積みである。特に、制定当初から「準憲法的性格」を有することを厳重に宣言した『教育基本法』は施行から

---

[27] 前掲注（14）83 ～ 85頁；92 ～ 95頁。

[28] 前掲注（14）97頁。

[29] 立法院公報第94巻第52期院会記録（2005年）２頁。立法院議案関係文書院總第1605号委員提案第6464号（2005年10月12日）委37頁。

[30] 前掲注（20・第94巻第74期）155 ～ 168頁。

[31] 立法院公報第95巻第３期委員会記録（2006年）205頁。立法院公報第95巻第32期院会記録（2006年）289頁。

[32] 立法院公報第95巻第59期院会記録（2006年）208 ～ 210頁。

一〇年も満たない間に二回も改正が行なわれ、単なる「宣言的な法律」に落ちた危惧を拭えない。かような結末になってしまった場合、果たして学生・生徒の教育を受ける権益が実質的に保障されるかどうかの問題については尚更疑わしいと思われる。

第三節　教育行政と子ども

台湾における教育行政の様相を研究する論者によれば、行政府は教育権限を存分に行使する一方で、人民には教育に関する選択権を行使する余地が少ないのは一つの特徴だと指摘する[33]。このような現状の中で教育を受ける主体である子どもは国家の教育行政の運用において対話が行われる主動的な存在だと捉えられるのか、という問題に本論の関心である。

第一項　論点の概要

一九九〇年代の後半から台湾で展開されている教育改革の波において、国家による教育行政からの離脱は一つの大きなテーマとして議論されている。しかし、『中華民国憲法』一〇八条、第一〇九条及び第一一〇条に示されたように、教育制度の運営は国と地方政府とが共同で行うべき事項であるため、国からの関与が完全に離脱することを望んでも叶えられないと考える。それもなぜ『教育基本法』九条において詳しく中央政府の教育権限を定められた一因だと認識し得よう。従って、例え中央政府は民間から巻き起こす教育改革の波を阻止することができなくても、教育に関する権限の行使を放棄するのを宣言することは不可能に近い[34]。

ところが、教育の改革を求める声を無視することができない以上、行政側としては何らかの対応を取らなければならない。かように、民間からの教育改革の要請に応えて国からもいくつかの変革を推し進めてき

---

[33] 王麗雲「教育行政的政治面向」『教育行政學：理論與案例』（五南圖書・2006年）143頁。

[34] 立法院公報第86巻第43期委員会記録（1997年）307頁。立法院公報第86巻第57期委員会記録（1997年）144頁。

た。だが、子どもこそ教育を受ける主体だという位置づけが国として果たしてどこまで意識されているのかが疑問である。その問題を検証するために、以下では『教育基本法』と殆ど同時期に進められた『原住民族教育法』の制定、及び個人が教育事業を行なうこと、すなわち「私学の自由」、という二つのテーマに絞って考察を行っていく。

第二項　『原住民族教育法』における子どもの主体性

一九九六年に台湾の立法院で初めて「原住民族教育法草案」が提出された[35]。その翌年の一九九七年に教育部による草案も提出され、幾度もの政治的協商を経て、そして、また約一年間の審議が行われた後、「原住民族に属する子どもは、教育に関する優遇政策が適用される前に自民族の母語試験に参加しなければならない。その方法は中央政府における教育行政の主務官庁によって定められる」、及び「『認識臺灣』という郷土教育の教科書において、原住民族の人々を「蕃人」と呼ぶ言葉の削除・変更」という二つの附帯決議案を採択することに伴い、全三三ヵ条から成る『原住民族教育法』は『教育基本法』に先立って一九九八年に成立・施行されることとなった[36]。

第一目　原住民族と「教育」

論者の研究によると、オランダが台湾を統治していた時期には、性格的に漢民族と異なり、人口数も漢民族より遥かに多い原住民族に対する教化の事業が最大の政治課題となっていたようである[37]。また、台湾にいる時間がオランダより短いスペインも同様の問題を抱えていたが、両国はいずれも原住民族に対し宣教を目的とした教育事業を展開したのである[38]。その目的は、原住民族から得られる経済的な利益をより高くす

---

[35] 立法院公報第85巻63期院会記録（1996年）95頁。

[36] 但し、二〇〇四年の改正を経て、同法は全三五ヵ条から構成されることになった。立法院公報第87巻第31期院会記録（1998年）314頁。『全國法規資料庫ホームページ』（2008年12月２日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4.asp?B2=%AAu%A1@%A1@%AD%B2&FNAME=H0020037〉。

[37] 鍾清漢『日本植民地下における台湾教育史』（多賀出版・1993年）５～７頁。

[38] 鍾清漢・前掲書注（37）47 ～ 48頁。

ることにあったと言われる[39]が、この時期における文教政策の展開によって、最初から文字をもたず、外国文化さえ知らない原住民族に近現代の文明社会が認識される「知識」を与えたことは確かであろう。

一六六二年に中国の住民である沈光文が台湾の原住民族と遭遇したことによって、漢民族の文化や文学が初めて原住民族の間に移植し始めた[40]。同氏は熱心に原住民族教育を行い、それは前後三〇余年にも及び、教育に関する著書もかなり多く、学者の間では「台湾教育の父」[41]とも呼ばれている。また、沈光文と殆ど同じ時期に台湾に進出してきた鄭成功の政権は、各村落に漢民族だけではなく原住民族たちも対象にした「社学」と呼ばれる初等教育機関を設けた[42]。両民族の共学が実行されたかどうかは不明であるが、少なくとも一つの政権の下で両民族に同一の教育制度が適用されていたという事実は注意すべきである。

時期は一八九五年に入り、日清戦争の結果、台湾は日本による植民統治時期が始まった[43]。翌年の一八九六年に台湾の南に所在する恒春に国語伝習所猪勝束（テロソ社[44]）分所が設置され、これが日本による植民統治時期において初等教育を行う最初の施設だと言われており、漢民族と原住民族を問わずに一律入学させていたらしい[45]。本格的に原住民族の子どもに対する教育を組織的に実施しようとしたのは、一九〇四年に各警察官吏派出所に阿里山に住む原住民族の子どもを収容し授業を開始し

---

[39] 葉憲峻「台灣初等教育之演進」徐南號（編）『台灣教育史』（師大書苑・2002年）87頁。

[40] 鍾清漢・前掲書注（37）53 ～ 54頁。葉憲峻・前掲論文注（39）89 ～ 90頁。林田芳雄『鄭氏台湾史―鄭成功三代の興亡実記』（汲古書院・2003年）191 ～ 193頁。

[41] 葉憲峻・前掲論文注（39）89頁。

[42] 鍾清漢・前掲書注（37）53頁。林建福「台灣高等教育之演進」徐南號（編）『台灣教育史』（師大書苑・2002年）161頁。

[43] 駒込武「台湾の教育」久保義三ほか編『現代教育史事典』（東京書籍・2001年）377頁。

[44] 鍾清漢・前掲書注（37）101頁。

[45] 鍾清漢・前掲書注（37）101頁。台湾教育会編『台湾教育沿革誌』（青史社・1982年）458頁。

た時からだとされる[46]。一九一五年に『教育所に於ける教育所標準』が公布・施行され、「国語又は台湾語を使用せざる子弟を教育する為、警察官吏駐在所又は同派出所に教育所を置く」ことが定められた。そして、教育所での修業年限を四年とし、教育内容は特に国語と実科（農業、手工、裁縫）の占める割合が高く設定されていた。後に軍夫・軍人としての需要の高まりに応じ、一九四三年には教育所の修業年限が六年間へと延長されたと言われる[47]。

戦後、中華民国政府が台湾まで撤退してきて、原住民族を漢民族と「同化」させることが施政のポイントだとして、漢民族と同一の国民教育制度に置いたことが指摘されている[48]が、教育に関する資源（教師や補助金など）の分配に関しては、原住民族を軽んずる傾向にあった[49]。しかし、一九八七年に教育部は『台灣地區原住民族族籍學生升學優待辦法（台湾地域における原住民族族籍を持つ学生に対する進学優遇規則）』を定め、原住民族の子どもたちに対して高等教育へ進学する入口を広く開放した[50]。また、原住民族にとって政治的場面にも一つの転換期を迎えていた。一九九二年に『中華民国憲法』に対する二回目の改正が行なわれ、「原住民族」という言葉が正式に同法典に書き込まれただけではなく、原住民族に対する様々な分野における保障も宣言されたのである[51]。これらのことにより、現行の憲法追加改正条文一〇条九項には「国家は多元的文化を肯定し、積極的に原住民族の言語および文化の維持と発展を擁護する」、ことが記され、第一〇条一〇項には「国家は民族の意思に依拠し、原住民族の地位および政治参加を保障し、その教育、文化、交通、水利、衛生、医療、経済、土地および社会福祉事業に保障援助を与え、更なる

---

[46] 鍾清漢・前掲書注（37）135頁。

[47] 久保義三・米田俊彦・駒込武・児美川孝一郎編著『現代教育史事典』（東京書籍・2001年）379頁。

[48] 陳仕蘭「論優惠性差別待遇（Affirmative Action）於我國原住民族教育權之適用」法務部司法官訓練所編『司法官45期法學研究報告合輯（第一輯）』（2006年）81頁。

[49] 陳仕蘭・前掲論文注（48）85 ～ 86頁。

[50] 陳仕蘭・前掲論文注（48）87頁。

[51] 蘇嘉宏『增修中華民國憲法要義 第四版』（東華書局・2004年）21頁。

発展を図らなければならない」[52]、ことが記された。このように改正された憲法の規定に従い、一九九五年に教育部は従来教育に関する資源が低く分配され、且つ原住民族も多い地域を「教育優先区」として設定し、経済的な支援をより多く提供することになった[53]。

しかしながら、原住民族の固有的の文化の衰退は著しくなっており、教育の問題と連動しながら、民族文化の保存をめぐる議論も重要視されているため、特別法を制定する必要性が関係者の間で認識されていた[54]。すなわち、漢民族の知識伝授を主にする教育制度にいくら原住民族を優遇して優先入学させたとしても民族文化の衰退には歯止めが効かないと見て[55]、民族文化の保存と平行して原住民族を主体とする教育システムの構築が重要だと考えられたのである。こうして、最終的に辿り着いたのが『原住民族教育法』である。

第二目　立法過程から提示された疑問点

立法過程における議事録の内容を見ると、『原住民族教育法』の制定に当たって様々な問題が提起されている。例えば、原住民族の教育に対し教育部からの介入を拒否し得るかの問題[56]や、原住民族だけを対象とする民族学校の設立の適否[57]などがある。その中『原住民族教育法』と『教育基本法』との相互的関係が、最終的に前者を特別法にすることで決着をつけたが[58]、同法一条の規定を憲法学の観点から考えると次のように違和感を覚える。

要するに、『原住民族教育法』一条には、「憲法追加改正条文一〇条に

---

[52] 小田美佐子「台湾」萩野芳夫・畑博行・畑中和夫編『アジア憲法集』（明石書店・2004年）987頁。

[53] 陳仕蘭・前掲論文注（48）85頁。

[54] 前掲注（34・第86巻第57期）135 ～ 137頁。

[55] 前掲注（34・第86巻第57期）141頁。陳仕蘭・前掲論文注（48）86 ～ 87頁。

[56] 前掲注（34・第86巻第57期）141頁（巴燕達魯の発言）・143頁（簡錫堦の発言）・156頁（翁金珠の発言）。立法院公報第87巻第１期委員会記録（1998年）190 ～ 191頁。

[57] 前掲注（34・第86巻第57期）140頁。

[58] 前掲注（34・第86巻第57期）170頁。

基づき、政府は原住民族の意思に従い、原住民族の民族教育権を保障し、原住民族の民族や教育文化の振興を図る責務を負うため、本法を制定する。なお、本法に規定する事項のほか、関連法令も適用する」[59]と定められる[60]一方、『教育基本法』一条には、「すべて人民の学習及び教育を受ける権利を保障し、教育の基本方針を確立し、教育体制を健全にするため、この法律を制定する」、と規定され、第二条において「すべての人民は教育権の主体である」ことが定められた[61]故、『原住民族教育法』に言う「民族教育権」を享有する主体には、子どもも含まれているのかという問題があり、「民族教育権」の中身は単なる「民族教育内容決定権」として理解されるべきであるのかなどの問題も存在している。また、『教育基本法』によってすべての人民に対して「教育権」を保障することが既に宣言されているにもかかわらず、原住民族の身分を持つ者に対し、更に「民族教育権」が保障される意味を如何に評価すべきかという問題もある。この諸々の問題に関する更なる検討については他日を期したいが、以下では『中華民国憲法』によって構成される法的枠組みの中から次のような疑問点を明確にしたい。

要するに、子どもの教育を受ける権利が『中華民国憲法』によって確認され、保障される基本的人権だと明確に主張することさえできない現状において、子どもの「民族教育権」、「学習権」や「教育を受ける権利」などの権利概念が下位法の中で乱立される状態が果たして好ましいことであろうかという問題である。言い換えれば、同法によって「教育を受ける権利」が認められるのであれば、原住民族であれ、漢民族であれ、すべての子どもに保障されるべきだと理解し得よう。そして、異なる民族の文化に関する教育内容の編成をめぐって子どもの「教育を受ける権利」やその背後に存在する「学習権」を充足させる形で議論を進めるこ

---

[59]『全國法規資料庫ホームページ』（2008年12月２日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4B.asp?Lcode=H0020037&LCC=2&LCNO=1〉。

[60] 立法院議案関係文書院總第1737号政府・委員提案第6037・1654・2004号之一（1998年５月27日）討17頁。

[61]『全國法規資料庫ホームページ』（2008年12月２日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/PQuery4A.asp?Fcode=H0020045&FLNO=1-17〉。

とこそ筋だと思われる。前記の『原住民族教育法』一条の規定を見ると、原住民族の手によって原住民族の教育を行おうとする意図から、原住民族の「民族教育権」を明記することとなった印象を強く受け止めている[62]。仮にこの憶測が正しいとすれば、果たして原住民族の子どもには、自分の民族教育を拒否する選択権が認められるのであろうか。また、『教育基本法』で唱えられる子どもの「学習権」や「教育を受ける権利」はここでも保障されているのであろうか。一つの可能な解釈としては、同条の「なお書き」の部分によって『教育基本法』の規定を読み込むことであろう。かような場合、『教育基本法』八条の規定を以て、『中華民国憲法』二一条の精神も合わせて持ち込まれるかもしれない。

他方、『原住民族教育法』の立法過程を見ると、『中華民国憲法』二一条の規定は殆ど意識されていなかったことが分かる。よって、原住民族の民族教育というものが憲法によって保障される「教育を受ける権利」の枠組みから外れるとの認識が生じる恐れがある。二〇〇八年に花蓮地方裁判所は、九六年度親字第二六号判決において、原住民族の身分を取得する子どもにとって如何なる権益を得られるのかという問題を説示する際、『原住民族教育法』の規定しか参照されない[63]のはまさに一つの実例だと考える。従って、本論としては、やはり「…（原住民族の教育）をめぐる制度的な設計の法的基礎が（『中華民国憲法』）二一条に示される国民教育基本権、第一五九条に定められる国民の教育を受ける機会均等の原則、及び憲法追加改正条文一〇条一一、第一二項の規定に求められる」べきだという学術的主張[64]に好意を示したい。

第三項　私学の自由

台湾において個人が教育事業を行なう歴史は、清領時期まで遡ること

---

[62] 前掲注（34・第86巻第57期）141頁（巴燕達魯の発言）。

[63] 『法源法律網ホームページ』（2008年12月４日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=96%2c%e8%a6%aa%2c26%2c20080124%2c2&courtFullName=HLDV&jyear=96&jcase=%e8%a6%aa&jno=26&jdate=970124&jcheck=2&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[64] 毛妍懿「多元文化保障下原住民族教育的憲法理論基礎」法務部司法官訓練所編『司法官45期法學研究報告合輯（第一輯）』（2006年）47頁。

ができる。論者によると、清領時期に台湾では「書房」や「義塾」と呼ばれた私立学校の数は千七百ヵ所にも及ぶ[65]。後に、日本による植民統治時期に入っても、「…台湾人は最初『公学校』よりむしろ書房の方を好んだ。その理由として、書房では、とにかく自分の母国語である中国語で授業がうけられ、中国の古典にしたしむことができること、また『科挙（考試）に応ずる』ための朱子学の伝統的教育と『洋務運動』の一環である『実学』教育が根づよく台湾人にこびりついていた」からだ[66]と言われる。

しかし、日本政府はその傾向を好ましいとは考えていなかったため、公学校に来る生徒に賞金を与えるような懐柔策を取る外、「…一八九八年制定の『書房義務規則』によって、書房は必ず日本語、算術の二課程を設けなければならないことや、『改定三字経』『教育勅語漢訳文』等を修得させること、または書房教師の資格についての対策等、規則と禁圧」も加えた。このようにして、「書房」や「義塾」の姿は少しずつ消えていくことになった[67]。では、戦後の台湾において、子どもや親にとって教育に対する選択権の拡大にも繋がるこの問題に対し政府は如何に取り扱われていたのか。以下では、「『中華民国憲法』が棚上げされた時期において」及び「『私立学校法』の改正」との二つの項目を分けて検討して行きたい。

なお、本項目で使われる「私学の自由」とは、米沢広一の「私学設置の自由、私学運営・教育の自由」[68]を含むものを指す定義に従って理解しても差し支えないと考える。

第一目　『中華民国憲法』が棚上げされた時期において

憲法において「私学」と関係を持つ条項は、第一一条、第一六二条及び第一六七条の定めである[69]。まず、人民の「講学の自由」を保障する憲法一一条の規定について、前節でも紹介したように、広義説によれば人

---

[65] 周志宏『教育法與教育改革』（高等教育・2003年）209頁。
[66] 鍾清漢・前掲書注（37）204頁。
[67] 鍾清漢・前掲書注（37）204頁。周志宏・前掲書注（65）209頁。
[68] 米沢広一『憲法と教育15講　［改訂版］』（北樹出版・2008年）196頁。
[69] 謝瑞智・前掲書注（３）281 ～ 282頁。周志宏・前掲書注（65）208 ～ 209頁。

民には学校を設置し教授する自由を享有することになる。そして、後述する憲法一六七条一項の規定と併せて理解すれば、私学設置の自由が保障されると明言する見解がある[70]。次の第一六二条では、「全国の公私立の教育文化機関は、法律によって国家の監督を受ける」、と定められている。この条文に対し中華民国の教育制度が公教育だけではなく、私学の教育も認める複線型の教育制度だと解し得ると説き、国による監督も法律留保の原則を適用し、教育の内容にまで入り込んで「教育の妥当性」をチェックするのではなく「教育の適法性」だけを検証する機能に止まるべきだと主張する見解がある[71]。最後に、第一六七条には「国内の私営の教育事業で、成績の優れるもの」、「国外に居住する国民の教育事業で、成績の優れるもの」、「学術または技術の発明者」及び「教育に従事し、長くその職にあって、成績の優れるもの」に対して国家からの奨励または補助を与える文言が述べられる故、国として私学を奨励或いは補助する義務を負い、立法府にしては同条の目的を法文化する義務が課されるとみる見解がある[72]。

ところが、学説により「私学の自由」は憲法に保障される一つの人権だと理解し得るにもかかわらず、長い間台湾の教育行政は個人が教育事業を行なうことに危惧感を抱き、その発展を抑圧してきたと指摘されている[73]。

一、私学に対する制限

日本による殖民統治が終わった一九四五年には、台湾に残された私立学校は一八ヵ所しかなかった。これらの私立学校は、最初は『私立学校規程』によって台湾省政府の監督を受けていた[74]が、一九四六年に台湾

---

[70] 周志宏『學術自由與大學法』（蔚理法律出版・1989年）266 ～ 268頁。

[71] 周志宏・前掲書注（65）209頁。

[72] 周志宏・前掲書注（65）209頁。

[73] 謝瑞智・前掲書注（３）281頁。周志宏・前掲書注（65）210頁。許育典『教育憲法與教育改革』（五南圖書・2005年）214頁。若林正丈『台湾―変容し躊躇するアイデンティティ』（筑摩書房・2001年）109 ～ 112頁。

[74] 薛化元・周志宏「百年來台灣教育法制史的考察―國家權力與教育內部事項為中心」『台灣法制一百年論文集』（台灣法學會・1996年）474頁。

省行政長官公署教育処は『台湾省私立中等学校管理規則』を制定し、私立学校への監督を強化したのである[75]。

その後、公立中学校の数が少ないことにより、国民（小）学校の卒業生に十分な進学の機会を保障することができない上、教育自体は受験戦争に勝ち残ることが目的となってしまった。その状況を改善するために、政府は私学の設置を奨励する政策も打ち出していた。また、一九六六年に経済界の要請に応えて職業学校の入学者数の増加を図るためにいくつかの法改正（例えば、『個人による中学校及び職業学校の設置を奨励する方法（獎助私人興辦中學及職業學校實施辦法）』への改正である）も行なったため、私立の職業学校の数が一気に増加することになった。一九六八年の九年国民教育制度の実施に伴い、政府は既存の私立中学校に対して高等学校への転換を促すいくつかの奨励策を打ち出した。そのため、多くの私立中学校が国家からの補助金を受けながら、高等学校に転身したのである。このことにより、国民教育の一部となる中等教育の段階における私学の姿は少なくなり、反対に高等教育に当たる高等学校や職業学校の私学数の増加が明白となった[76]。

ところが、一九七二年に行政院は改めて私学に対する監督を強化するために、台（六一）教字第七九一三号令を出し、私学設置の申請を一時的に受理しないことにした。この行政命令の影響を受けて、私学の数は増えることがなく、私立の中学校や小学校の数は反って減少することになった。そして、一九七四年に前記の行政命令に替わり『私立学校法』が制定され、国家による監督の枠組みも正式に定められたのである。前記の私学設置の申請に対する凍結は、一九八五年になり漸進的に解除されていくことになった。また、一九九一年に政府は『私学の新設に関する処理要項（新設私立學校處理要點）』も公布し、私学の設置に対して緩和的な姿勢をとったが、この時期において設置が認められたのは殆ど高等教育以上の専門学校や大学などであり、私立小中学校の設立に対しては厳格な審査を行なっていたのである[77]。

---

[75] 周志宏・前掲書注（65）209頁。

[76] 周志宏・前掲書注（65）210頁。

[77] なお、古い統計ではあるが、一九九五年に報告された私立小学校の数は僅

二、一九七四年に公布した『私立学校法』四三条

一九七四年に制定された『私立学校法』四三条には、「本法に基づいて登記を得ず、学校やその類似する名称を用いて生徒を募集する組織に対し、教育行政の主務官庁は当該組織の所在地にある地方自治団体に委託し、検挙することができる。当該組織の責任者と見られる者は、三年以下の懲役、五千元以上五万元以下の罰金または拘留に処する」、と定められていた。

この条文に対し、論者は、憲法一一条と第一六七条の規定に照らし「…政府に登記せずに生徒を募集し教育を行うことだけを見て、その教育の成果を評価することもなく、一概に検挙し処罰するのは憲法の精神に違反し、（「国民の就学機会の増加、私学設置の奨励及び私立学校の健全的な発展を図るため、本法を制定する」と唱える）『私立学校法』一条の立法趣旨にも反している」[78]、と主張している。また、私学の責任者に対して禁錮刑のような刑事罰を課することも法理に相反していると同氏により指摘する。要するに、個人に刑事罰を課することには反道徳的・反社会的な不法行為の実践が前提要件とされることで理解すれば、憲法によって提唱･奨励される私学の設置がたとえ行政府の登記を得なくても、所謂「反道徳性」や「反社会性」も認められないはずだということである[79]。実際に、同条に違反する高齢者向けの学院、教会学校や塾が乱立されている事実がある[80]。特に、教会学校の問題について、多くの原住民族が教会に通い教育を受けていた事実が存在するにもかかわらず、『私立学校法』にいう登記を受けた教育機関ではないため、長い間教会学校に通う子どもたちには正式な学籍が認められていなかった側面がある[81]。

かに一八ヵ所しかなかった。謝瑞智・前掲書注（３）142頁。周志宏・前掲書注(65) 210 ～ 211頁。許育典・前掲書注 (73) 214頁。立法院公報第84巻第42期委員会記録272頁。

78 謝瑞智・前掲書注（３）281頁。

79 謝瑞智・前掲書注（３）281 ～ 282頁。

80 謝瑞智・前掲書注（３）282頁。

81 謝瑞智・前掲書注（３）282頁。前掲注 (35) 168頁。

第二目　『私立学校法』の改正

『私立学校法』は、一九七四年に作られた後、何回かの改正が行われた。中でも、一九九七年と二〇〇八年に公布・施行された改正案は、もっとも広範囲に亘る修正が行われたものである。ここで、民間による教育改革の気運が高まっていた時期と殆ど平行していた一九九七年の改正に注目しなければならない。

一九九七年に行う改正に直結するかどうかは不明であるが、一九九四年に起きた「森林小学校」の事件は、『私立学校法』との関係において多いに議論されている。同事件の経過については詳述しないが、当時体罰をしないこと、子どもの自主的な学習を重視することなどを唱えていた森林小学校の責任者が前記の『私立学校法』四三条に基づいて検察によって起訴されたことが問題の中心となっている。事件の発生を受けて、時の立法委員である李慶華は、憲法一一条と第一六二条の規定に基づいて『私立学校法』四三条の改正案を提出したのである[82]。同改正案に対して、多くの立法委員は殆ど前述した学界での見解と同様に、第四三条の違憲性を認めた[83]が、特定の事件によって司法府の判断を待たずに、関連する法律の改正によって被害者を救済することは立法府の権限を逸脱することにもなるとの声もあった[84]ため、改正案の可決は見送りにされた[85]。

ところが、当初改正案を審議する際、『私立学校法』自体に対して全面的な改正が必要だとする見解も所々提起されたため、第四三条の改正案は見送りにされたが、今度は他の立法委員によって同法の全面改正を要請する提案がなされたのである。しかし、戒厳後の政治的環境は、すぐに「党国体制」から離脱したとは言えないことに加えて、憲法においていくら私学の自由が認められていても、国家の監督権限も同法によって賦与されるため、同法の全面改正に対して慎重であるべきだとの声が

---

[82] 立法院公報第83巻第43期院会記録（1994年）45頁。

[83] 前掲注（82）48 ～ 52頁。

[84] 前掲注（82）53 ～ 54頁（洪冬桂の発言）。立法院公報第83巻第44期委員会記録50頁（李源泉の書面意見）。

[85] 立法院公報第84巻第５期院会記録103頁。

少なくなかった[86]。但し、やはり前記の第四三条改正案の提起の影響を受け、立法院だけではなく教育部も『私立学校法』の全面改正の必要性を認め、一九九七年の立法院の本会議において同法の部分改正案を含む計五つの改正案が提出され、審議が行なわれたのである[87]。

教育部による法案の説明では、五つの方向により同法の改正を検討したと言う。すなわち、「私学に対する客観的な評価制度の整備」、「私学の理事会の健全的な構成や運営の向上」、「教育行政の主務官庁による監督機能の強化及び緊急措置の実施要項の整備」、「私学運営の自主化の向上」及び「私学教職員の権益と福祉の保障」などである[88]。そしていつものように、政治的な協商を経て一九九七年五月の立法院の本会議で「私学の設置に対して一般からの意見を募集した上、校舎や設備などの外部条件による制限を緩和しなければならない」という附帯決議案が可決されたことに伴い、『私立学校法』の全面改正案が成立したのである[89]。その中で、旧法四三条の条文は協商を経て改正法の第四五条となり、内容に関しては三年間の禁錮刑である刑事罰が残されたものの、行政罰の先行が新たに規定された[90]。しかし、前述した学界での見解に照らして考えれば、刑事罰の存在自体が違憲状態を作り出す一因だと見做し得る[91]ため、一九九七年の改正は不十分だったと理解することができよう。

とはいえ、一九九四年の「森林小学校」事件を契機に教育を受ける権利の重要性が意識され、国家教育権に対する国民教育権の再構築の必要性までもが政治の場で提起されたこと[92]は評価に値しよう。勿論、私学において憲法に定められた基本的人権の保障がどこまで認められ得るのかという問題について憲法学の文脈から容易く解決することはできない。しかしながら、台湾では従来教育を受ける権利に対する議論が軽視されてきた傾向があるため、世論に向けて問題提起することには一定の

---

[86] 前掲注（77・第84巻第42期）265 ～ 268頁。
[87] 立法院公報第86巻第20期院会記録57頁。
[88] 前掲注（87）252 ～ 253頁。
[89] 立法院公報第86巻第31期院会記録（1997年）97頁。
[90] 立法院公報第86巻第20期院会記録（1997年）267頁。
[91] 謝瑞智・前掲書注（３）283頁。
[92] 前掲注（82）52 ～ 56頁。

効果があろう。

なお、二〇〇三年に『行政手続法』の改正に伴い、『国民教育法』四条が改正され、国民教育を行う私学の設置を奨励する規定が盛り込まれた[93]。このことは、子どもや両親にとって教育に対する選択権の拡大にも繋がることになろう。そして、登記を得ていない私学に対する刑事罰の規定は、二〇〇八年に成立した『私立学校法』の改正案において削除されたのである。その代わりに、同法には「罰則」が一章節として設けられ、その第七八条に基づき、行政府の登記を得ずに生徒を募集する教育機関に対し、その状況が改善されるまでに二〇万元以上百万元以下の罰金を処することができるようにした[94]。

第四節　小括

一九八〇年代の後半から台湾人の主体意識の高揚により形成された「台湾ナショナリズム」の展開を受けて、教育の分野においても国家の専断的なコントロールとの決別を要請する声が広がった。一九九七年の『私立学校法』の改正、一九九八年の『原住民族教育法』の制定、そして一九九九年の『教育基本法』の制定は、台湾における教育の「質」の改善・向上を促す原動力となろう。また、司法府の重鎮である大法官会議もその声に応えて、限定される理論の可能性の中で人民の教育に関するいくつかの権利概念を提示し、諸英知による検討の必要性を訴えたのである。すなわち、「変化」は確かに引き起こされた。しかし、問題は前の各節で言及したように依然として山積みである。

繰り返しになるが、教育を受ける権利の基本的人権性格が未だに台湾の憲法体制において確定されていない状況で、学習権を敢えて『教育基本法』という法律で保障することは果たして良いことなのであろうか。

許慶雄は、一九九六年に国際比較憲法会議で発表した「台湾憲法体制の諸問題」において、まず憲法二三条に規定されている「以上の各条に列挙する権利自由は、他人の自由の侵害を防止し、緊急の危難を回避し、社会の秩序を維持し、公共の利益の増進のために必要な場合を除いては、

93　立法院公報第92巻第８期院会記録（2003年）395頁。

94　立法院公報第96巻第86期院会記録（2008年）713頁。

法律でこれを制限することはできない」という人権留保条項は、「表面上は立派な（規定）である」と述べながら、実質上そのような憲法条項がある以上、社会権など基本的人権の枠にも属する権利は安易に「多数決」の法理により剥奪し制限されることになると指摘した。このような許氏の理解に立てば、『中華民国憲法』の構造において新しい人権も持っているはずの「基本保障」や「譲与不可」という重要な本質が失われてしまうことになりやすい。

続いて、許氏は「中華民国憲法に定められる人権条項の問題点」に対し、教育に関して「教育の義務の規定は削除すべきである。教育の範疇に属する現代人権理念は、すでに学習者を主体として発展し、その教育に関する学習権の保障として考えられている。ゆえに、義務性を強調することによって国家権力の教育への介入を正当化するのは時代遅れの人権観念[95]」であると強く主張した。この見解は、簡単に無視することができないと考えている。

確かに、『教育基本法』により人民の教育的権利を保障する効果が全くないとはいえない。しかし、一法律の形式で基本的人権として捉えなければならない教育を受ける権利や学習権を保障することに関しては、空虚なスローガンになってしまう恐れがあるのではないかということを再び付言したい。

第七章　日本

現在、日本国憲法学において子どもも一人権の享有主体であるとの認識が確立されている。しかし、第Ⅰ部の「家族」の部において考察してきた通り、日本でもアメリカ合衆国及び台湾二つの国や地域と同様に子どもの人権・権利一般について十分に保障されているとは言い難い。第Ⅱ部の「教育」の部と関連して、本章では日本の憲法学、教育法学及び法実務において「子どもの自己決定」を支えるソースが如何なるものであろうかの問題について考察を行いたい。

---

[95] 許慶雄「台湾憲法体制の諸問題」『人権の理想と現実－南北、とくにアジアの視点から　国際比較憲法会議1996報告書』（比較憲法学会・1997年）286頁。

第一節　子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点

戦後五〇年の間に『日本国憲法』と教育をめぐり様々な問題が提起され、憲法学界並びに教育法学界の発展も牽引してきている。本節では、その数多くの理論の中からいくつかのトピックを拾い上げ、未だ不完全とされる「子どもの自己決定」論に資することができるような法理論的手がかりを探究したい。

第一項　『日本国憲法』一三条・自己決定権

『日本国憲法』（以下、「憲法」）一三条には、「すべての国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」、と定められている。そして、「自己決定権」について中村睦男は、「プライバシーの権利…と同様に憲法一三条で保障された人格権ないし『人格価値そのものにまつわる権利』の一つとして憲法学説上位置づけられている」[96]、と説かれる。

この中村説を基にすれば、自己決定権論の全体像を把握するために、まず人格権やプライバシーの権利から着手しなければならないことになろう。しかしながら、人格権（幸福追求権）[97]の概念やそれに関わる範囲が多岐にわたるため[98]、「子どもの自己決定」を論じるにはこの一項目だけでは説明し尽せないと考えている。また、アメリカ合衆国におけるプライバシーの権利は、自己決定権を指したり含んだりする文脈とは異なり、日本で議論されるプライバシーの権利の「中核をなすのは、私生活上の秘密領域を守る権利である」[99]、と認識される一方、自己決定権の本

---

[96] 中村睦男「科学技術の進歩と自己決定権」『ジュリスト　No.1016』（有斐閣・1993年）29頁。

[97] 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣・2003年）15 ～ 16頁。高井裕之「幸福追求権」高橋和之・大石真編『憲法の争点　［第３版］』（有斐閣・1999年）171頁。戸波江二「幸福追求権の構造」『公法研究　58号』（有斐閣・1996年）25頁。

[98] 五十嵐清・前掲書注（97）９頁。

[99] 常本照樹も、「…アメリカにおけるプライバシー権の観念のなかには、妊娠中絶を選択する自由のような、いわゆる自己決定権が含まれていることに留意する必要がある」、と述べている。常本照樹「17　名誉とプライバシー　表現

質はすくなくとも「自分で自分の私生活上のことを決める権利」という側面が重視される以上、「…自己決定権は行為権に属するのに対し、プライバシー権は状態権に属する」[100]、という主張が見られている。本論はその後者の見解に附合しつつ、次に検討する内容はあくまでも憲法一三条と自己決定権との繋がりに関する論議に集中したい。

第一目　理論の系譜

言うまでもなく憲法の条文には、「自己決定権」という文言がどこにも書かれていない。しかし、憲法学界で流通されている学説のほとんどが、「…自己決定権は日本国憲法の解釈によって認められる」[101]、としている。そして、自己決定権は憲法によって保障される一つの権利であると捉えられるようになったのは、一九七三年にアメリカ合衆国の連邦最高裁がRoe判決の中で展開された自己決定権論の影響を受けたためだとされているらしい[102]。例えば、「(Roe判決) を契機に、合衆国最高裁判所は、妊娠、避妊、出産、妊娠中絶などを個人のプライヴァシーの権利と認めるようになった。…学説は、髪型やマリファナの使用などパーソナルなライフスタイルに関わるような事柄もプライヴァシーの権利に含ませようとする見解を発展させてきたのである。このプライヴァシーの権利は、自律権とも呼ばれ、一定の私的事項についての自己決定を意味する。…日本の学説はこれを『自己決定権』と捉え、その憲法的保護

の自由か、名誉、プライバシーか」中村睦男・常本照樹『憲法裁判50年』(悠々社・1997年) 183頁。内野正幸「自己決定権と平等」『岩波講座　現代の法14』(岩波書店・1998年) 12頁。

[100] 内野正幸・前掲論文注 (99) 13頁。

[101] 巻美矢紀「自己決定権の論点―アメリカにおける議論を手がかりとして」『レファレンス664号』(2006年) 77頁。

[102] 松井茂記「第３章　自己決定権」『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社・1995年) 59頁。なお、巻美矢紀は、「…自己決定権に関する日本の有力説である人格的利益説は、こうしたアメリカの議論、具体的には判例理論やとりわけアングロサクソンの道徳・政治哲学に影響を受けているものと思われる」、と語っている。巻美矢紀・前掲論文注 (101) 78頁。

を主張するようになったのであ」[103]るという見解がある。

しかし、「一定の私事を自分の意思によって決める」ことが自己決定権の内容にほぼ該当するとするならば、一九五〇年代から下されたいくつかの最高裁判決の中には既に憲法一三条後段の規定と関わる「明文なき権利」や「非列挙基本的人権」という枠組みの中で議論されていたものが存在し、関連する学説による検討も当時において活発に提出されている。このような裁判例の流れも汲んだのではないかと思われ、「日本の憲法学においては、一九八〇年代以降、憲法上の権利として『自己決定権』という用語がクローズ・アップされる」[104]ようになったと述べる論者がいる。以上の認識に沿いながら、判決や学説上展開される「自己決定権」をめぐる理論の系譜を探りたい。

一、最高裁判決から見られるもの

まず初めに、一九五〇年一一月二二日の最高裁大法廷判決[105]の栗山茂裁判官による少数意見を見たい。すなわち、同意見では、「もとより基本的自由及び権利は『この憲法が保障する自由及び権利』以外に存しうるのは言うをまたない」が、「…憲法一一条、一二条及び一三条は『この憲法が保障する自由及び権利』の保障そのものではなく、保障は一四条以下に列挙するものである」とし、憲法一三条を「公共の福祉に適合しなければ違憲な法律であるという保障を与えているものではない。…同条は寧ろ公共の福祉のために制定せられた法律ならば、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利が制限せられる旨を規定しているのである」、という解釈が示されている。その後、一九五六年に出され、覚せい剤の悪用事件を取り扱った最高裁判決[106]はその栗山氏の少数意見と同調するように見えるが、一九五八年に最高裁は政府による旅券の発給を

---

[103] 松井茂記・前掲論文注（102）59頁。

[104] 竹中勲「自己決定権の意義」『公法研究　58号』（有斐閣・1996年）28頁。

[105] 最大判昭25・11・22刑集４巻11号2380頁。抱喜久雄「非列挙基本的人権の保障根拠としての13条前段について」『法と政治　31巻１号』（関西大学法政学会・1980年）67～68頁。巻美矢紀・前掲論文注（101）92頁。松井茂記・前掲論文注（102）59頁。

[106] 最大判昭31・6・13刑集10巻６号830頁。抱喜久雄・前掲論文注（105）69～70頁。

拒否した事案を取り扱う際、田中耕太郎・下飯坂潤夫両裁判官は、国民が外国へ一時旅行するという自由の保障について、補足意見を述べ、その中で「…憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを拾ったもので、網羅的ではない。…我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称が附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部分をなしている。本件の問題である旅行の自由のごときもその一部なのである」ことを語っていた[107]。

そして、一九六九年に自己決定権と同様に人格権の文脈の下で論じられたプライバシーの権利が憲法上の権利として初めて承認された京都府学連事件の最高裁判決[108]については、「憲法一三条…は、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものということができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」、と判示された[109]。また、翌年の一九七〇年に最高裁は、「…在監者に対する喫煙を禁止した監獄法施行規則九六条、未決勾留により拘禁された者の自由および幸福追求についての基本的人権を侵害するものであって、憲法一三条に違反するとして、国に対して賠償を請求した」事案[110]に対し、「喫煙の自由は、憲法一三条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」と述べた。この最高裁の判断は、「喫煙の自由」を憲法一三条によって保障される基本的人権の一つだと見做した点で注目されている[111]。

かようなプライバシーと憲法一三条の連結性をより重視してくる最高

---

[107] 抱喜久雄・前掲論文注（105）72 ～ 73頁。

[108] 最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁。

[109] 常本照樹・前掲論文注（99）186頁。抱喜久雄・前掲論文注（105）74 ～ 75頁。

[110] 最大判昭45・9・16民集24巻10号1410頁。

[111] 松井茂記「自己決定権について（二・完）」『阪大法学　179号』（1995年）723頁。他方、抱喜久雄は「…全体として、一三条違反を主張する側も、裁判所も、充分に一三条の法意を把らえることなく、漠然と一三条を引用しているように思われる」、と述べている。抱喜久雄・前掲論文注（105）76頁。

裁の姿勢の変遷により、一九八一年の京都市前科照会事件最高裁判決[112]は、「前科及び犯罪経歴は人の名誉、信用に直接かかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の利益を有する」と説示した[113]。しかし、プライバシーの保護を重要視することが、直ちに、憲法一三条の守備範囲を拡大することと同一視することではなく、最高裁としてはむしろ慎重な理論的構築を求めるように見える[114]。かような流れにおいて、一九九六年の外国人指紋押捺拒否事件では、最高裁は「…憲法13条によって、『個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶと解される』。しかしながら、右の自由も、『公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受ける』」[115]、と述べている[116]。二〇〇三年の所謂早稲田大学江沢民講演会名簿提出事件[117]について、最高裁は「学籍番号、氏名、住所及び電話番号…のような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきであ」り、「…このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損うおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある」、としているが、亀山継夫・梶谷玄両裁判官による反対意見では、「本件個人情報は、プライバシー

112　最三判昭56・4・14民集35巻３号620頁。

113　巻美矢紀・前掲論文注（101）93頁。竹中勲「前科照会回答とプライバシーの権利」『別冊ジュリスト186号　憲法判例百選Ⅰ［第五版］』（有斐閣・2007年）45頁。

114　最大判昭60・10・23刑集39巻６号413頁。最一判昭60・9・10判例時報1165号183頁。最一判平元・12・14判例時報1339号83頁。松井茂記・前掲論文注（111）723 ～ 725頁。

115　最三判平7・12・15判例時報1555号47頁。

116　巻美矢紀・前掲論文注（101）93 ～ 94頁。根森健「指紋押捺制度の合憲性」『別冊ジュリスト186号　憲法判例百選Ⅰ［第五版］』（有斐閣・2007年）11頁。

117　最二判平15・9・12判例時報1837号３頁。

に係る情報であっても、専ら個人の内面にかかわるものなど他者に対して完全に秘匿されるべき性質のものではなく、…性質上、他者に知られたくないと感じる程度が低いものである」、と述べ、被上告人の行為は「…社会通念上許容される限度を逸脱した違法な行為であるとまでいうことはできず…（上告人）に対する不法行為を構成するものと認めることはできない」、と主張している。本判決に対する評釈の中では、「…本判決は憲法に言及しておらず、いわば純粋に民法上の問題として解決した」[118]ものだと分析する見解がある一方、「…多数意見はプライバシー権の名の下にその保護の範囲を広げたが（固有情報に限定せず電話やダイレクトメール等で邪魔されない物理的な『私生活の平穏』一般の保護）、他方で内面の人格的自律の保護との関連性の度合いを基準とせず、プライバシー権の実体を、単なる『第三者提供の本人同意』という手続問題にいわばおとしめたと見る余地もある」[119]、と指摘する説もある。

このように、個人の自律を保つ状態権のプライバシーの権利について最高裁は私法上の権利として、前述した早稲田大学事件や「石に泳ぐ魚」事件の判決において概ね認めたが、憲法上保障される「基本的人権としてはプライバシーという言葉を正面から承認するには至っていない」、とされる。けれども、同裁判所も前述した京都府学連事件判決や外国人指紋押捺拒否事件判決を通じて、憲法一三条の射程範囲にはプライバシーの権利も入る[120]ことを示唆することが分かった。

二、学説の変遷から覗かれるもの

憲法一三条をめぐる「初期の学説は…裁判所で主張しうる法的規定で

---

[118] 高井裕之「講演会参加者リストの開示とプライバシー侵害」『平成15年度重要判例解説』（有斐閣・2004年）11頁。

[119] 棟居快行「講演会参加者リストの提出とプライバシー侵害」『別冊ジュリスト186号　憲法判例百選Ⅰ［第五版］』（有斐閣・2007年）47頁。

[120] 松井茂記『日本国憲法　〈第３版〉』（有斐閣･2007年）509頁。一方､竹中勲は､「…最高裁判所は、今日では、多数意見においても『プライバシー』の用語を用いてきているが、『国民の私生活上の自由』と『プライバシー』、『プライバシーの権利』の異同などについて、精緻化の課題を残している」、と指摘している。竹中勲・前掲論文注（113）45頁。

はなく、単に政府の心構えを示したにすぎない倫理的規定と解していた。というのも、第13条を法的規定と解すると、同条に規定されている『公共の福祉』が、人権の制約を一般的に認める法的根拠と解されてしまうおそれがあるからである。それゆえ、初期の学説は第13条を倫理的規定と解し、幸福追求権を第14条以下に規定されている個別的権利を総称したもの」[121]、とされるらしい。しかし、変化も見られている[122]。よって、以下では、「自己決定権」が「幸福追求権」の文脈の下で認識されることまでの学界における展開について考察する。

(一)、一般的自由権説から探り

宮澤俊義によれば、「すべて国民は、個人として尊重される」と定めている憲法一三条前段の規定について、「人間の尊厳は侵されない。これを尊重し、保護することは、すべての国家権力の義務である」というドイツの『ボン基本法』一条と「同じ趣旨」だと説明している[123]。そして、憲法上保障される自由権と自由は同氏の中に「自由権」と「単なる自由」として区別されているため[124]、同氏は「…すべての『自由』が『自由権』＝『基本的人権』であるとは考えなかった」[125]らしい。

かような宮澤説に対し、「一般的自由権説」と呼ばれる見解が登場する。まず、橋本公亘が憲法一三条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」は「憲法各条の保障する権利および自由のほかに、一般的自由権を認めていると見ることが正当」だと説く。その理由について、「もし個々の自由権のほかに自由が認められないとすると、その余の事項については権力者の意のままに自由が制約されることとなる。したがって、個別的自由権の間隙を埋めるために一般的自由権の存在を認める必要が

---

121 巻美矢紀・前掲論文注（101）92頁。

122 巻美矢紀・前掲論文注（101）92 ～ 93頁。

123 松井茂記・前掲論文注（111）729 ～ 730頁。

124 但し、長谷部恭男は「…自由権と『単なる自由』とがいかに区別されうるかについても疑問がある」、とも語っている。長谷部恭男「『公共の福祉』と『切り札』としての人権」『法律時報　74巻４号』（日本評論社・2002年）84頁。松井茂記・前掲論文注（111）730頁。

125 松井茂記・前掲論文注（111）730頁。

ある」とされる。次に阿部照哉は憲法一三条が「その置かれている位置からみて、包括的基本権すなわち憲法各条の保障する個別的基本権のほかに、生命、自由、幸福追求に不可欠の行動態様の自由を保障するものと考える。まず、民主社会における統治の最高原理は『個人の尊重』であり、この原理のより具体的な発見形態が、国民の側からみた場合、『生命、自由及び幸福追求に対する権利』である。これを一般法とし、さらに個別的基本権を基礎付ける特別法が続く」[126]、と主張する。

他方、「単なる自由」と「自由権」の区別や一体性をそれ程意識していないように見られ、個人の「人格的生存」に必要なものとして、憲法一三条を「統一的な全体としての概念」と把握した上で、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」が、憲法各条に保障されている人格的生存に必要な権利およびここには列挙されていないが人格的生存に必要な権利を包括する具体的権利であると認識する見解がある[127]。また、憲法に列挙される基本的人権リストを補充するように見える「基本的人権包括説」も登場してきた。例えば、「憲法一三条の定める『自由及び幸福追求に対する権利』は、一四条以下の個別的基本権に対して、特別法に対する一般法の関係に立つということができよう。したがって、各人が自己の幸福追求のためにしたいと思う行動は、たとえ個別的基本権として保障されていなくとも、これを憲法的保障をうける行動（主として自由権）として主張することができる」ように、一三条後段が憲法に列挙されていない基本的人権を保障する規定であると承認する見解[128]がそれに当たる。

（二）、自己決定権破綻説に至り

日本の憲法学において、「自己決定権」という言葉が急浮上することになった一因にはアメリカによる影響があるとされるが、民法学者の山田卓生による問題提起を無視することもできないであろう。

同氏は、「…他人に危害の及ばない領域においては、原則として、自

[126] 抱喜久雄・前掲論文注（105）81頁。
[127] 抱喜久雄・前掲論文注（105）81 ～ 82頁。
[128] 抱喜久雄・前掲論文注（105）83 ～ 84頁。

己決定は尊重されるべきである」という観点に立ち、自己決定権を尊重すべきだとする根拠について、①「…人間の尊厳、独立性の尊重ということである。十分な判断能力を持たない者に対しては、保護の必要があるが、そうでないかぎり、自らが、運命の形成者、人生の著者となるべきである」、②「…選択の自由をより広く認めることにより、よりよい選択がなされることである。…何がベストであるかについての、客観的基準が存在する例外的な場合は別として、そうでないかぎり、自己の利益については、自分こそが最善の判断者であるといえるであろう」、③「行政上の都合とか、能率至上の画一的取扱いのために、個人の自由を制限する傾向が強くなりつつある現代社会において、自己決定の意味は、ますます重要になっている」[129]の三つを取り上げている。このような自己決定権の憲法的根拠について、同氏は憲法一三条の幸福追求権を一つの手がかりとして提示したが、「…幸福追求というのは、あらゆる自由の目的であるともいえるが、これを根拠にして、ただちに、具体的な人権を導き出すことは難しいであろう」[130]、とも述べていた。

かような民法学からの問題提起に対し、憲法学からは前記の「一般的自由権説」及び「人格的権利説」の延長線上に立つものだと思われる「人格的自律権説」を以て、応酬しながらも、基本的人権の定義や司法審査の有り様から自己決定権を否定する説（本論では「自己決定権破綻説」と呼ぶ）が提示された。このような学説上の応酬が一九八〇年代以降より鮮明となり、憲法学における論議もより「自己」に含まれる「人格」という概念を深入りにして考察するように見える。例えば、「人格的自律権説」という立場から自己決定権の課題を考える佐藤幸治は、憲法一三条で示された「幸福追求権」を「…『個人の尊重』が人格性によって通底された個々の具体的人間の自律的生を尊重しようとする」概念の上にあるものとし、「…（当該権利）は何よりもそうした人間の自律的生を可能ならしめるべく包括的・一般的に権利として捉えたものということになる」、と認識し、かような「幸福追求権」を「人格的自律権」と名付け

[129] 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社・1987年）335 ～ 336頁。
[130] 山田卓生・前掲書注（129）342 ～ 343頁。

る[131]。また、この「…『人格的自律権』は各種の人権が流出派生してくる大本となる権利（『核となる権利』）であり、その意味でこれを『基幹的自律権』と呼ぶことができる。この『基幹的自律権』から流出派生してくる権利を『派生的（あるいは個別的）自律権』と呼ぶことができる」[132]、と指摘する。更に、この「基幹的自律権」の発想に対して同氏は「…人間がそれぞれの時代の自然的・人工的環境の下にいかにして自律的生を全うできるかにかかわっているのであって、人間を型にはめたような固定的発想になじまない。もちろん、個別的人権規定と真向から対立矛盾するようなものは補充的保障の埒外であるが、個別的基本的人権の基底を支えるものないし個別的人権の間隙を埋めるものが一三条によって独自に補充的に保障されることになる」と認識し、「狭義の自律権」と名づけている[133]。そして、この「狭義の自律権」には、「…①人格価値そのものにまつわる権利（例、名誉権・プライヴァシーの権利）、②人格的自律権（自己決定権）、③適正な手続的処遇を受ける権利、④参政権的権利」が含まれる。本論が提起した「自己決定」の概念は、この佐藤説の「狭義の自律権」の中でも「人格的自律権（自己決定権）」と係わることを否めない。

佐藤氏は、更にこのような「人格的自律権（自己決定権）」を主張しうる事柄を四つ挙げている。すなわち、①「自己の生命・身体の処分にかかわる事柄」、②「家族の形成・維持にかかわる事柄」、③「リプロダクションにかかわる事柄」、④「その他の事柄」[134]である。松井茂記によれば、「…（佐藤氏）の見解では、幸福追求権として認められる自己決定権は、あくまで人格的自律に不可欠なものに限られる。自己決定権について、やむにやまれない政府利益の基準による厳格な審査の適用を想定する（佐藤氏）は、（山田氏）と異なり、ありとあらゆる自由をそのような意味で

131 松井茂記・前掲論文注（111）733頁。佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・1994年）７頁。
132 佐藤幸治・前掲論文注（131）７頁。
133 松井茂記・前掲論文注（111）734頁。佐藤幸治・前掲論文注（131）12 ～ 13頁。
134 松井茂記・前掲論文注（111）734頁。佐藤幸治・前掲論文注（131）13頁。

人格的自律に不可欠な権利と考えることはできなかった」[135]、というのである。このように、佐藤説を分析する松井氏が、実に「自己決定権」を憲法一三条によって保障される一つの基本的人権として承認することは困難であるとの主張を展開した者である[136]。この松井説に対して、論者が次の五つの要点を分けてその全体像の把握を図ってみた。

まず、①「様々な自由を『自己決定権』という一つの権利と考えることは、著しく困難」であり、「たとえ自己決定権というような一つの権利を想定することができたとしても、なぜそれを日本国憲法の保障する基本的人権と考えなければならないのかも、問題である」、②一般的自由権説は、つまるところ、「基本的人権とは好き勝手に何でもしてもよいという権利」ということになり、このような理解には疑問がある。また、人格的自律権説のように、「基本的人権を人格的自律に根ざしたものと考えるべき理由はないし、人格的自律に不可欠な自由が基本的人権だと考えるべき理由もない」、③「明文根拠を欠く自己決定権を基本的人権として認めるということは、司法審査権を行使する裁判所が、そのような自己決定権を日本国憲法のもとで承認し、それを制約する法律の合憲性を審査することを意味する」が、「司法審査の民主主義の正当性」の点からみて問題である、④「憲法の保障する基本的人権は、人間が憲法以前に持っているとされる自然権ではなく、その自然権を守るために必要な『市民的自由ないし市民的権利』として、つまりこの統治を行っていく上で不可欠な政治参加の権利」と解され、「憲法は、そのような政治的参加に不可欠な権利について、裁判規範として、その保護を裁判所の固有の役割として託した考えるべき」である、⑤「明文根拠を欠く基本的人権として憲法13条の幸福追求権から導くことが許されるのは、そのような政治的参加に不可欠な権利に限られ、自己決定権と呼ばれるような権利は、それには当たらない以上、そもそも基本的人権として裁判所が認めることは許されないということになろう」[137]等である。

---

[135] 松井茂記・前掲論文注（111）734 ～ 735頁。

[136] 抱喜久雄「『自己決定権』をめぐる議論への若干の疑問」『憲法論叢　９号』（2002年）29頁。

[137] 抱喜久雄・前掲論文注（136）29 ～ 30頁。

三、結び

今まで見てきたとおり、「自己決定権破綻説」をまず隅に置くこととすれば、判決によって自己決定権を正面から認めることには、恐らくそれまでの途がまた遠い。そして、各学説を照らし合わせてみると、現在は幸福追求権をめぐる「人格的自律権説」と「一般的自由権説」の対立構図がほぼ確立されていることが分かる。また、佐藤説により提唱された自己決定権の内実となる四つの事柄については、「（一般的自由権説）によれば、①から④すべてが基本的に自己決定権として保障される」が、「（人格的自律権説）によれば、原則として、①②③は『人格的生存に不可欠な利益』とされ、自己決定権として保障されるが、④は不可欠とはいえないとされ、自己決定権としては保障されない」[138]、とされている。

第二目　実践的思考Ⅰ―校則裁判との係わり

論者によれば、「一九八〇年代以降、学校教育における子どもの人権侵害が多発し、教師の人権を含めて全面的に人権に敵対する学校権力と化した学校のなかで、学校自治的解決努力が機能しないままに、あるいは、不十分なままに、人権侵害の被害者である子どもや親がその司法的救済を求める子どもの人権裁判（学校教育裁判または校内教育裁判ともよばれる）が教育裁判の前面に登場してきた」[139]とされる。その中、「自己決定権については、多分に校則裁判と重なってくる領域である」[140]という特徴も見られる故、本目では校則への理解や裁判例の様子を概観した後、いくつかの実践的思考を行いたい。

---

[138] 巻美矢紀・前掲論文注（101）96頁。

[139] 市川須美子「学校教育措置訴訟と子どもの人権」市川須美子・安達和志・青木宏治編『教育法学と子どもの人権』（三省堂・1998年）76頁。

[140] 市川須美子・前掲論文注（139）83～85頁。一方、日弁連の認識によれば、校則というものをめぐる「子どもの権利･親の教育権との関係で、憲法13条（個人の尊重、プライバシーの権利、自己決定権、幸福追求権）、…、子どもの権利条約上の諸権利（28条２項・29条・12条～16条など）や、…リヤド・ガイドラインのⅣのＢ教育の項（20条以下31条）などの基本的人権・権利の制約に関連する」､と多岐にわたっている｡日本弁護士連合会編『子どもの権利ガイドブック』（明石書店・2006年）136頁。

一、校則と関わる法的様相

日本弁護士連合会（以下、「日弁連」）によると、名称、様式、内容、運用が千差万別とされる校則において、共通点として挙げられるのは「①授業時間割、登・下校時間、休憩時間、放課後の諸施設利用などの校内生活における学習・教育に関する規則；②望ましい学習態度（授業中の手の挙げ方、姿勢、声の出し方等）、基本的な生活習慣（廊下の歩き方、礼をしたときの前傾角度、給食を食べる順序、清掃の仕方など）、礼儀作法（朝会などでの正座指導等）の校内外を問わない訓示的・道徳的な規定；③所持品や髪型・服装などの学校生活と私生活の規制；④バイク乗車規制、ゲームセンター立入禁止、外出時の規制、友人との交際の規制・漫画や特定雑誌の講読禁止などの学校外での私生活の規制」[141]等の四つである。その中、「③④は、学校生活上必要な規則といえるか否かきわめて疑問である。教師やほかの生徒に影響をおよぼす度合いが希薄であり、むしろ親の教育権や生徒個人の自主的決定に委ねられるべき事項だからである。このような私的領域にまで学校が規制をしていること自体が問題となる」[142]、と訴えている。そして、校則の法的性格をめぐる学説には、「特別権力関係説」、「附合契約説」と「在学契約説」がある[143]が、本論の立場として差し当たって「在学契約説」に同調したいと考えられている。

一方、裁判所としては校則と生徒個人の自主的決定に委ねるべきである事項との相互的関係について如何なる見解を示したのであろうか。まずは、初めての校則訴訟として有名となり、しかも髪型という一見個人の自主的決定に任されれば十分な事項を巡り、司法的判断が出される一九八五年一一月の熊本地裁判決（所謂「熊本丸刈り訴訟」）[144]を探ってみよう。本件訴訟は同校長の制定した同中学校服装規定のうち、男子の髪形について「丸刈、長髪禁止」と定めた部分が無効であることの確認

141　日本弁護士連合会編・前掲書注（140）131頁。
142　日本弁護士連合会編・前掲書注（140）131頁。
143　日本弁護士連合会編・前掲書注（140）133 ～ 135頁。
144　市川須美子「教育裁判の展開と課題」日本教育法学会編『講座　現代教育法1　教育法学の展開と21世紀の展望』（三省堂・2001年）175頁。

も含め、いくつかの事項を違憲だと見て、原告側から裁判所に争われた。その原告側の主張に対し、熊本地裁は「…本件校則には、校則に従わない場合に強制的に頭髪を切除する旨の規定はなく、かつ、校則に従わないからといって強制的に切除することは予定していなかったのであるから、憲法（三一条）違反の主張は前提を欠くもの」、であるとの判断を下し、当該規定から引き出される憲法二一条の違憲性の恐れについても、「髪形が思想等の表現であるとは特殊な場合を除き、見ることはできず、特に中学生において髪形が思想等の表現であると見られる場合は極めて希有であるから、本件校則は、憲法二一条に違反しない」とし、全ての憲法的争点を合憲とした[145]。その後、学生に退学勧告を出す主な要因とされたパーマの禁止という校則に判断を下した一九九一年六月の東京地裁判決において、「個人の髪型は、個人の自尊心あるいは美的意識と分かちがたく結びつき、特定の髪型を強制することは、身体の一部に対する直接的な干渉となり、強制される者の自尊心を傷つける恐れがあるから、髪型決定の自由が個人の人格価値に直結することは明らかであり、個人が頭髪について髪型を自由に決定しうる権利は、個人が一定の重要な私的事柄について、公権力から干渉されることなく自ら決定することができる権利の一内容として憲法一三条により保障されていると解される」と述べたが、本件では特定の髪型の指定でなく、学生本人として事前にパーマ禁止を知っていたのであるから学校による不当な制限ではない、と結論付けた[146]。

時は一九九二年に入り、同年の三月に出される東京高裁判決が、生徒による自動二輪・原動機付自転車・普通自動車免許の取得を就職のために必要な場合等に限定し、無断免許取得または乗車の事実が発覚した場合には「理由の如何を問わず退学勧告をする」といった旨を持つ私立高等学校の校則を巡る争いを取り扱っていた。当該規定を根拠として退学

[145] 熊本地判昭60・11・13判例時報1174号48頁。中村睦男「丸刈り校則裁判」『別冊ジュリスト118号　教育判例百選（第三版）』（有斐閣・1992年）30頁。

[146] 東京地判平3・6・21判例時報1388号3頁。青木宏治「私立高校生パーマ禁止違反処分事件」『別冊ジュリスト118号　教育判例百選（第三版）』（有斐閣・1992年）134頁。

処分が科された原告側が、係争となる校則は生徒の自己決定権を侵害し違憲である等の主張を行い損害賠償を求め出訴し、一審判決の結果を不服として、両方とも控訴を求めた。かように、東京高裁はまず、「私立学校と生徒の関係に対公権力と同様の人権規律が適用されるものではない」として憲法的判断を避けている。そして、高等学校は「生徒の教育を目的とする団体として、その目的を達成するために必要な事項を学則等により制定し、これによって在学する生徒を規律する権能を有し、他方、生徒は、当該学校に入学し、生徒としての身分を取得することによって、自らの意思に基づき当該学校の規律に服することを承認するに至る」と述べ、「在学関係を成立させる目的が生徒に教育を施すことであることからすると、学校設置者は、右目的に関連する限りでは生徒の校外活動についても規律することができる」と判断した。しかし、「…被処分者（生徒）が年齢的に心身の発達のバランスを欠きがちで人格形成の途上にある高校生である場合には、退学処分の選択は十分な教育的配慮の下に慎重になされることが要求される」との認識に基づき、東京高裁は「…退学処分を決定する過程において、できるだけ退学という事態を避けて他の懲戒処分をする余地がないかどうか、そのために（生徒）や両親に対して実質的な指導あるいは懇談を試み、今後の改善の可能性を確かめる余地がないかどうか等について、慎重に配慮した形跡が認められない」として、生徒への救済を図った[147]。このような高裁の立場は、前記のパーマ禁止の校則で争われた事案の上告審に当たる一九九六年の七月に出された最高裁第一小法廷判決の中で、再確認された。要するに、本件最高裁は「これらの上告人の校則違反の態様、反省の状況、平素の行状、従前の学校の指導及び措置並びに本件自主退学勧告に至る経過等を勘案すると、本件自主退学勧告に所論の違法があるとはいえない」としたのである。無論、本件では上告人の救済には繋がらなかったが、校則違反を理由として生徒に不利益な処分を課する前に慎重にいくつかの手続を踏まえなければならないという裁判所の認識が確立したことには

[147] 東京高判平4・3・19判例集未登載。世取山洋介「私立高校生バイク禁止違反処分の損害賠償」『別冊ジュリスト118号　教育判例百選（第三版）』（有斐閣・1992年）132頁。

意義がある[148]。

二、自己決定権によるアプローチ

さて、今まで見てきた司法府の判断に対して、本項目で論じられる自己決定権の理論に照らして考えれば、どのように応酬することができるのか。巻美矢紀の見解が一つの手掛かりと見ることができよう。

まずバイクに乗る自由について、同氏は「…人格的利益説によれば、バイクに乗る自由は、『人格的生存に不可欠な利益』とはいえないから、自己決定権として保障されない」、ということになる。「もっとも、平等原則や比例原則、そして『切り札』としての権利により、憲法問題として争う方法が考えられる。しかし、校則は教育目的によるものであることから、内容が著しく不合理でない限り、違憲あるいは違法とはなら」[149]ないのである。他方、髪型の自由については「…人格的利益説であっても、『髪型や服装などの身じまいを通じて自己の個性を実現させ人格を形成する自由は、精神的に形成期にある青少年にとって成人と同じぐらい重要な自由である』として、自己決定権として承認する説が有力である」とされている。

しかし、同氏自身は「…髪型の自由は、やはり『人格的生存に不可欠な利益』とはいえないし、…、自己決定権としては保障されないであろう」、との見解も示している。但し、「一律丸刈りを強制して選択の余地を認めないことは、…髪型の決定の青少年にとっての意義を加味すると、憲法原則である『切り札』としての権利を侵害するものとして違法・違憲と解される」[150]、という同氏による但し書きを注意に値することであろう。

なお、Ronald Dworkin によって提唱された「切り札」としての権利

---

[148] 最一判平8・7・18判例時報1599号53頁。

[149] 巻美矢紀・前掲論文注（101）100 ～ 101頁。

[150] 巻美矢紀・前掲論文注（101）101頁。なお、高橋和之は、「…もっとも、丸刈りの強制は、髪型の規制を超えて、画一性を押しつける意味をもっていて問題ではある」と述べてが、この問題へのアプローチについて、同氏は自己決定権の論理からではなく、「…人格権の侵害と捉えた方が良いように思われる」と説かれている。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005年）127頁。

論[151]については、本論の「自己決定」の概念を支える一つの重要な論点だと考えられるが、日本の憲法学界にはどれ程の影響を与えたかが目下把握できない故、本目では一先ず踏み込んで整理しないようにすることを断っておきたい。

第二項　『日本国憲法』二六条・学習権

憲法二六条には、「①すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。②すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする」と定められている。このような教育を受ける権利について「人権体系における人権の分類にあたって、…一般に、社会権（生存権的基本権）のなかに分類されている」[152]、と理解されている。しかし、「国民教育権」対「国家教育権」の論争的な構図の中で、新たに「学習権」という権利的概念が提起されて裁判所でも検討された。本項では当該権利的な概念の生成と憲法二六条との間にはどのような関係があるのであろうかの問題を検討する上、教育における「子どもの自己決定」を支える論理となる可能性の程度も見極めてみたい。

第一目　学習権の生成

---

[151] 蓋し、「切り札」としての権利論の日本的理解については、長谷部恭男の整理は参照に値しよう。要するに、「…多くの人にとって、人生の意味は、各自がそれぞれの人生を自ら構想し、選択し、それを自ら生きることによってはじめて与えらえるはずである。…一定の事項については、たとえ公共の福祉に反する場合においても、個人の自律的な決定権を人権の行使として保障すべきであり、言い換えれば、人権に、公共の福祉という根拠にもとづく国家の権威要求をくつがえす『切り札』としての意義を認めるべきである」ことである。長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座・憲法学　第３巻　権利の保障』（日本評論社・1994年）56頁。

[152] 中村睦男「第26条〔教育を受ける権利、教育を受けさせる義務〕」樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集②　憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕』（青林書院・1997年）166 ～ 167頁。

中村睦男は、「…学習権の主張は、親の教育権や教師の教育権に対する国による侵害が、たんに、親や教師の権利に対する侵害にとどまらず、子どもの学習権を侵害するものと捉えることにより、『国家の教育権』に対する『国民の教育権』ないし国民の教育の自由を根拠づけようとした」ことに伴い、「…教育を受ける権利を学習権の基礎に捉えることの意義は、もともと社会権が自由権を基礎にし、両者が密接不可分であるのであるが、教育権にあっては、教育を受ける権利と教育の自由との結びつきがより緊密で、両者が不可分であることを、学習権を媒介することによってより明確にしているところにある」[153]、との見解を示した。この見解を受け、以下では、まず憲法二六条と関わる学説の解釈の展開について考察を試みる。

初期の学説では、教育を受ける権利に対して「…ここにいう権利とは、国家が教育の機会均等につき配慮すべきことを国民の側から権利として把握したものであって、国家は立法及び政策を決定するにあたってこうした點を充分顧慮しなければならぬということ、更に一歩進んでその趣旨を実現するために適当な手段を講ずる責任があるということを内容とする。…（また）権利といっても、それは特定個人が本條によって、教育を受けるにあたって必要な費用の支拂を国家に請求しうるというような、具體的な権利まで與えているのではない」[154]と解釈されるか、「教育を受ける権利は、とりわけ高等教育に関して意味を有する。普通教育は、義務教育であり、しかも無償と定められているから、その点については、特に教育を受ける権利をいう実益は少ない。…。教育を受ける権利は、（高等教育を受けるには経済的負担を伴う）事情に着目し、貧乏人に対しても、高等教育を受ける可能性を保障しようとするものである」[155]といった認識が持たれていた。すなわち、教育を受ける権利をめぐる初期の学説は、「…（まさに）教育の機会均等を実現するための経済的配慮を国家に対して要求する権利としてとらえていた」[156]ことになる。

---

153 中村睦男『憲法30講　［新版］』（青林書院・1999年）145 ～ 150頁。
154 法学協会編『註解日本国憲法　上巻』（有斐閣・1953年）500 ～ 501頁。
155 宮澤俊義『法律学全集４　憲法Ⅱ』（有斐閣・1959年）413頁。
156 中村睦男・前掲書注（153）167頁。

しかし、このような憲法学における見解に対し、早くから教育学者側から批判が行われてきた。その批判の根拠となったのは、「子どもの学習権」[157]という権利論である。その説によれば、まず「教育を受ける権利の思想は、子どもの人権の確認を前提としている」[158]ことが提示されている。そして、「近代の人権思想は、人間一般の人格性とその尊厳の思想であり、たとえばロックやカントにみられるように、当然、子どもたちもその人格と権利が認められた」とし、「…発達の可能態として、まさにその点で大人のそれから区別される子どもの権利とは、子どもが将来にわたって、その可能性を開花させ、人間的に成長する権利である。しかも、成長・発達の権利は、子どもが学習の権利を充足させるときはじめて現実的な意味をもつ。こうして、子どもの成長・発達の権利と、その性質を保障する学習の権利は、子どもの権利の中核をなす」[159]のである。このような認識に基づき、「『教育を受ける権利』は、近代における『子どもの人権』の思想につながり、子どもの人権の中核をなす学習権の実定法的規定であり、子どもの学習権が、架空の、抽象的権利ではなく、現実的かつ有効な権利として認められたことを意味する。すなわち、子どもの学習の権利を現実に充足させるような教育を実際に受ける権利を、憲法上の権利と認め、社会ないし国家が、そのための現実的配慮の義務を負うこと（義務教育）を意味するものである」[160]、と訴える。

そのような教育学からの批判は、一九七〇年の第二次家永教科書第一審東京地裁判決[161]―いわゆる「杉本判決」―でも追認されていた。すなわち、同判決において東京地裁は「子どもは未来における可能性を持つ存在であることを本質とするから、将来においてその人間性を十分に開

---

157 堀尾輝久「Ⅴ現代における教育と法―憲法＝教育基本法体制の歴史的・原理的究明を中心として」『岩波講座　現代法８』（岩波書店・1966年）156頁。なお、「教育を受けるのは国民の権利で、国家はその権利を保障する義務を負うているのだという主張」が戦前には既に存在していた、と指摘する教育学者もいた。宗像誠也『教育と教育政策』（岩波書店・1961年）69頁。

158 堀尾輝久・前掲論文注（157）166頁。

159 堀尾輝久・前掲論文注（157）170頁。

160 堀尾輝久・前掲論文注（157）181頁。

161 東京地判昭45・７・17行集21巻７号別冊１頁。

花させるべく自ら学習し、物事を知り、これによって自ら成長させることが子どもの生来的権利であり、このような子どもの学習する権利を保障するために教育を授けることは国民的課題であるからにほかならない」と説示し、「教育の本質は、このような子どもの学習する権利を充足」することであると判示された[162]。前述した一九七六年の旭川学力テスト事件の最高裁判決においても、このような「学習権」の思想が反映されていたように思われる。

こうした批判や実質的な司法裁判からの影響を受け、「教育を受ける権利」について「今日の通説的見解は、…社会権（生存権的基本権）として位置づけながら、学習権を中心に構成したり、あるいは、『自由権としての性質と生存権的基本権としての性質の両面をもつ』ことを指摘して、…社会権的側面と自由権的側面を併有した複合的性格の人権であることを認める」[163]ことになっている。しかし、「学習権は、…教育思想であった。それは、法技術的概念としてより二六条を解釈・適用するための指導理念とみるべきであろう」[164]との見解も存在するため、学習権を一つの非列挙基本的人権として憲法からも具体的な保障がうけられる議論は活発的ではない[165]ように思われる。

第二目　実践的思考Ⅱ―教育の私事性と公共性

前述した「学習権」の概念に対し、永井憲一は次のような懸念を抱いていた。その懸念とは、「…一つには、教育権は国がもち学習権が国民にある、と教育権と学習権とが相対関係におかれるような誤解を一般に与えはしないか」ということであり、「もう一つには、学習権という言葉の印象からは、他人がつくった教育内容を、ただ学び習いさえすれば、それで権利が保障される、というような誤解を受けやすくないか」[166]、と

---

162 中村睦男・前掲書注（153）167頁。

163 中村睦男・前掲書注（153）167 ～ 168頁。

164 内野正幸『憲法解釈の論点　［第４版］』（日本評論社・2005年）104 ～ 105頁。

165 中村睦男・前掲書注（153）144 ～ 153頁。

166 なお、永井憲一自身は「学習権」というより、「…教育を受ける権利は、人権としての教育権と呼称されるか、人権としての自己教育権、あるいは自己学習権と」呼ぶ方が良いと主張している。永井憲一「第二部　教育権」小林直樹

いうことである。ここで一つのキーワードが浮かび上がってくる。それは「教育内容」である。

既に見てきた通り、「憲法二六条については、憲法学の通説が、教育の質や内容を問題にすることなく、憲法二六条を量的な教育の機会均等の問題としてのみ捉えているのは、教育を受けることが明治憲法下の義務から国民の権利になったという憲法二六条の画期的意義を看過している」ことを批判するために、教育学者が「子どもの学習権」という概念を提唱し、「…憲法二六条の教育権の内容は、子どもの教育を受ける権利ないし学習権を基底にした親および教師の教育の自由であり、それは国家の教育権に対比された国民の教育権として位置づけられる」[167]ことになっている。つまり、子どもの学習権は「国民教育権」の一要素だと認識されているのである。この前提に基づき、堀尾輝久は「国民教育権」の構造について「子どもは学習の権利をもつ。…。学習はそれ自体自発的活動であるが、その機会と条件を周囲から整えることが不可欠である。子どもの発達には、なによりもまず両親の、そして社会の援助や励ましが必要」[168]であると説明している。しかし、「…今日の社会は、共働きの家庭が増え、核家族化がすすみ、しかも住居の環境は貧しく、あそび場もないといった環境的条件のなかで、家庭の教育力（形成力）は減少している」。「この事実を原理的にみれば、保育所や学校は、両親の親権（発達保障の自然的責務）を共同化し、その責務を、専門の保育者・教師に信託したのであり、権利論的視点でみれば、保育所や学校は、『家庭の延長』だといってよい」、とされ、「父母は教師や保母の専門性に対して、自らの責務の一部を信託する。こうして『親権の共同化』としての保育所や学校は『家庭の延長』として自分たちひとりひとりのものであると同時に、みんなのもの＝公的ものとしてとらえなおされる。いわゆる共同保育所づくりの運動のなかには、この意味で、まさしく『私事の組織化』としての公教育の今日的原型があるといってよい。公立学校もまた、こ

監修『現代憲法大系⑦　生存権・教育権』（法律文化社・1989年）153頁。

[167] 中村睦男『社会権の解釈』（有斐閣・1983年）118頁。

[168] 堀尾輝久『人権としての教育』（岩波書店・1991年）132 ～ 133頁。

の精神によってとらえなおされねばならない」[169]のである。このように、「国民教育権説は、親の教育権に由来する私教育の伝統を基礎に置き、親から付託を受けた教師を含む『国民』に教育権があると説き、国家の教育内容への関与と決定を排除しようとした。それは教育を私的なものととらえ、国家は私的な領域に立ち入ってはならない」[170]内容だと認識されている。

しかし、近年の学説の中には「国民教育権」論に立脚しながら、教育には「個人の思想形成」、「親の子どもへの教育」及び「学校の選択」等の私的要素があることを留保しつつ、「…教育は、その本質上私的なことがらではなく、公共的なものと考えるべきである。教育は、親の私的な教育権に還元されるべきものではなく、ましてや教師の教育の自由に基づくものでもなく、広く学校関係者、教育委員会、文科省、教科書出版社のほか、地域住民、市民などすべての関心事であって、社会公共のことがらというべきである」[171]、と改めて提唱する説が目立っている。このように、教育の私事性や公共性をめぐる議論が深刻であるとされる要因について、西原博史は「…教育基本法改正を目指した動向や、それを先取りして進んでいる教育に対する行政的介入の強化がある」[172]、と指摘している。その具体例として、同氏は「…1999年４月の入学式に関わる『君が代』ピアノ伴奏拒否の事例に関し、教師の思想・良心の自由に基づく拒否権は教師の職務の公共性によって制約され、教師の内心の状態によって伴奏を命じる校長の職務命令の効力が否定されることはない、と論じた」二〇〇三年一二月三日の東京地裁判決と二〇〇四年七月七日の東京高裁判決や、「東京都における2004年春の200人を越える不起立教員の大量処分」[173]事件等を挙げている。

もとより「国民教育権」論を支持する学者らは「教育の公共性」への承

---

169 堀尾輝久・前掲書注（168）134 ～ 135頁。

170 戸波江二「教育法の基礎概念の批判的検討」戸波江二・西原博史編『子ども中心の教育法理論に向けて』（エイデル研究所・2006年）19頁。

171 戸波江二・前掲論文注（170）20頁。

172 西原博史「教育基本法改正と教育の公共性」日本教育法学会編『教育における公共性の再構築』（有斐閣・2005年）21頁。

173 西原博史・前掲論文注（172）21頁。

認が最低限度にしか止まらない傾向[174]があり、西原博史自身も「確かに、教育の公共性の位相を問うことを通じて憲法26条の教育概念を実質化する道は、一定の理論的危険と結びついている。間接的に媒介された民主的正当性を背景にして教育行政が公共性を定義することを是認するような議論につながり得る」[175]ことを否定していない。しかし、同氏は前述した現状と照らし合わせた上で「…この理論的危険を前に立ち止まることは、もはや許されていないだろう」と強く述べ、「教育の公共性」について再度考え直すことを呼び掛けている。では、果たして我々は如何なるルーツに沿って、「国民教育権」と教育の公共性の問題について考究していけば良いのであろうか。以下では、戸波江二によって指摘されたいくつかの注意点を列挙し結びとしたい。

すなわち、①教育における公共性を考える際に、教育の公共性を「国家的公共性」と把握してはならないことである、②教育の公共性は、一定の国家関与を前提とし、その限りで国家的公共性の要素を含みながらも、その中心は子どもの教育と発達とに根ざした社会公共の関心に置かれるべきであって、この意味ではむしろ「市民的公共性」に基づいているというべきであることである、③市民的公共の観念は、市民の自由な活動が社会の公的な善を促進するという意味での公共性であることである、④国家による教育内容の決定の必要性は一定限度で認められ、そのために、国家関与の範囲と限界、あるいは教育内容の決定手続が問題となるなどのことである[176]。

---

[174] 教育法学における「公共性」の議論について、西原博史は広沢説を取りあげ「(広沢明) は、教育内容に関わる公共的なものを議会制民主主義ルートで国家に吸い上げる論法を拒絶し、〈私〉概念との連続性の上に成立する社会的公共性を構築しようとする。公教育は親権集団と教師集団との協働による社会的組織化である、とする捉え方である。広沢は、この社会的公共性論の基づいて、社会に浸透し始めた公教育圧縮論に対抗し、学習権から出発する機会の平等論を維持しようとした」、という理解を示している。西原博史・前掲論文注 (172) 22頁。

[175] 西原博史・前掲論文注 (172) 24 ～ 25頁。

[176] 戸波江二・前掲論文注 (170) 22 ～ 23頁。

第三項　成長発達権

近年、日本の少年法の分野において活躍している学者間で「子どもの成長発達権」をめぐって活発な議論が繰り広げられている[177]。そして、論者によると、教育法の分野において「…日本国憲法は、子どもの権利については、『教育を受ける権利』として規定しているが、しかし、その根元には、子どもの成長発達権を尊重し、子どもの成長の権利という考えがあることは、…明らかなように」[178]思う見解がある。当該権利論を巡る学説や司法的実務での様相を次のように整理する。

第一目　学説の様相

以下に取りあげる見解は、主に九〇年代以降提出されるものである。確かに、「成長発達権」の系譜は「発達権」という概念の生成まで遡及することができるが、その系譜を辿りより詳細な検討は後日の研究を期したい。本目では、まずその様相を鳥瞰する。

一九九四年に、山崎義夫が、「…子どもは権利の主体であると同時に人権主体の『形成者』でもあるとの観点から、子どもの学習権の基底的権利である自律的成長発達権を、子どもの権利の中核に位置付ける。そして憲法第13条『個人の尊重、生命・自由・幸福追求権』を一まとまりの権利と把握し、自律権を狭義に解する自己決定権に対して、広義の人格的自律権を論拠に、『自律的成長発達権』を憲法学的に新しく基礎づけてみたい」[179]、と訴えた以降、アプローチが多少異なるのにもかかわら

---

[177] 服部朗「成長発達権の生成」『愛知学院大学論叢法学研究　第44巻第１・２号』（2002年）129 ～ 131頁。澤登俊雄『少年法入門〔第２版補訂〕』（有斐閣・2003年）31頁。葛野尋之「[序章] 厳罰化のサイクルと『改正』少年法の検証」葛野尋之編『「改正」少年法を検証する―事件とケースから読み解く』（日本評論社・2004年）８頁。団藤重光「少年法改正批判―強行すれば世紀の恥辱」『法律時報71巻４号』（日本評論社・1999年）66頁。

[178] 戸波江二「人権論としての子どもの『成長発達権』」子どもの人権と少年法に関する特別委員会（東京弁護士会）・子どもの権利に関する委員会（第二東京弁護士会）編『少年事件報道と子どもの成長発達権　少年の実名・推知報道を考える』（現代人文社・2002年）206 ～ 207頁。

[179] 山崎義夫「子どもの自律的成長発達権の憲法学的基礎づけ」『教育経営研究

ず、憲法一三条は成長発達権の憲法的根拠の中核となることが大半の学説によって認められている。

山崎氏自身はその憲法一三条の位置づけや内実を議論する際、前にも触れた佐藤幸治の説にも依拠しながら、「（憲法）第13条は、個人人格を基底とした広義の自律権、すなわち、人格的自律権であると立証したことから、人格的自律権とは、…自立した主体が、自己理解と対人関係意識の二つを含む人格観念を基底に、社会的文脈の中で内発的に自己判断・自己決定しながら積極的に自己実現を求める自己価値追求への権利である、と定義できる」、と述べ、「人格的自律権をもった主体（＝人権主体）を育成するためには、自律的成長発達権の保障が必要不可欠である。自律的成長発達権を保障することは、発達可能体である子どもの成長発達欲求を尊重すること、その成長発達欲求の充足を保障しながら子どもが生命・自由を愛し幸福追求する自己実現的資質（＝健康、意欲・関心、知識理解とが自己理解的に統合されたもの）を育成すること、さらに自己理解・他者理解に基づき自己決定と意見表明をしながら自己実現（成長発達）できるようにすることである」[180]、と主張している。そして、同氏が「自律的成長発達権の内実保障」について、「…『自律の価値づけ』には、手段的価値説と即目的価値説がある」とし、「…自律的成長発達権の内実保障は、学習主体（子ども）の自己評価を基本にしなければならない」[181]、という考えを示している。

そして、少年法六一条の意義を再検討する作業を行う山口直也は、アメリカにおける子どもの権利論（特に、「子どもの自律尊重論」である）を自身の「成長発達権」論の根底に位置付ける。要するに、「…（子どもの自律尊重論）は、子どもの保護の側面にも注意を払いつつ、子どもの自律を最大限尊重するところに特徴がある。すなわち、子どもであってもまったくの無能力状態にあるのではなく、自律的に大人と同じように自己決定できる領域もあるし、さらにそれに加えて、今は行使できない『預けた状態の権利』の領域があってそれが成長途上で開花する」と述べ

創刊号』（上越教育経営研究会・1994年）51頁。

[180] 山崎義夫・前掲論文注（179）58 ～ 59頁。

[181] 山崎義夫・前掲論文注（179）59 ～ 60頁。

ている。そして、この見解に附合し「子どもが人間として尊重されることを考えれば、突如として成人になって権利行使主体になるのではなく、子どもの段階から権利行使（可能）主体であると考えるのが自然であるように思われる。その意味で子どもに固有の『預けた状態の権利』があることについては賛同する」[182]、と説いている。同氏は、続いて、『子どもの権利条約』五条、第八条、第一二条及び第一八条の規定の背後に隠されている意味を再解釈する作業[183]も行いつつ、一九七六年の旭川学力テスト事件の最高裁判決を踏まえ、「（同）判決は、…子どもは、自己の人格を完成、実現するための欲求が大人よりも高いので（子どもが大人と違った意味で肉体的及び精神的に成長発達の途上にあることを当然の前提としている）、子ども固有の発達権としての成長発達権を持つとしているとみることができる。…子どもが自由かつ独立の人格として成長することを保障するこの成長発達権と憲法一三条との関連にも触れており、成長発達権が単に憲法二六条の枠にとどまらない総体的内容を有していることを示唆しているように思われる」[184]、と述べている。かような理解に基づいて、同氏は子どもの「成長発達権」を、「いままさに成長発達の途上にある人格がそのままで認められ、将来成人して完全な自己決定主体となることが援助・保障される権利」[185]だと定義し、その法的保障に値する根拠について、憲法一三条前段、『子どもの権利条約』六条及び前述した最高裁判決等を取り上げ、公共の福祉からの制限を伴わないこと、子どもの権利主体性は『子どもの権利条約』五条及び第一二条から求められることなどを、主張している。しかしながら、同氏は成長発達権の主体を「成長発達の途上にある人格」の持ち主に想定する故、同権利の限界も論じる。すなわち、「…成長発達権は子ども（＝未成年者）期に固有の権利である。したがって成年年齢に達すると同時に成長発達

[182] 山口直也「子どもの成長発達権と少年法六一条の意義」『山梨学院大学　法学論集　48号』（2001年）79 ～ 80頁。
[183] 山口直也・前掲論文注（182）83頁。
[184] 山口直也・前掲論文注（182）84頁。
[185] 山口直也・前掲論文注（182）85 ～ 86頁。

権は消滅する」[186]という議論の余地がある見解を示した。そして、本論の関心となる自己決定（権）との関係で、同氏は成長発達権自体には限界が付けられるべきだと考えるらしい。要するに、「成長発達権を有する主体は自律的な自己決定主体ではない。したがって権利自体を放棄することは基本的にできないし、子どもという基盤そのものを成立ならしめている成長発達権についてはなおさらである。その意味で、親の指示・指導との関係が問題になるが、基本的に親には子どもの事実上の自己決定の最終修正を行う義務及び権利がある。しかしながら、…子どもと親との健全かつ納得的な関係性が保たれる場合において、自己決定の修正は可能になる。子どもがそのことに納得して成長すること自体がまさに成長発達権の行使であるからである」[187]、と説くのである。

時は二〇〇二年に来て、「成長発達権」の生成を精力的に検討する論考[188]が見られる。まず用語として、服部朗は「…『成長発達する権利』『成長発達権』『発達権』は同義のものと考え」る[189]らしく、「発達権」を使う一方、佐藤幸治や松井茂記による「成長発達権」への否定ないし疑問視する見解に対して、「…発達権は自己決定権と同義ではないし、自由権だけに限られるものでもない。発達権には『立ち直るための機会を要求する権利』という側面があるのは確かだが、しかし、その権利と少年院送致とを結び付けるのは妥当ではない。また、発達権は、単なる理念にとどまるものでもない」[190]、という主張をなされる。かような発達権の権利性について、同氏はまず発達権を「誕生から死に至るまでの人間のライフ・サイクルの各々の発達段階において、人間がその能力を伸ばし、社会との関係を形成・発展させながら生きていく上で必要な物質的、環境的、経済的、および社会的諸条件の整備を求め、かつ、発達を阻害す

---

186 山口直也・前掲論文注（182）86 ～ 87頁。

187 山口直也・前掲論文注（182）86 ～ 87頁。

188 服部朗・前掲論文注（177）129 ～ 211頁。子どもの人権と少年法に関する特別委員会（東京弁護士会）・子どもの権利に関する委員会（第二東京弁護士会）編『少年事件報道と子どもの成長発達権　少年の実名・推知報道を考える』（現代人文社・2002年）221頁。

189 服部朗・前掲論文注（177）132頁。

190 服部朗・前掲論文注（177）162頁。

るものの排除を求める、社会権と自由権からなる複合的な権利であり、とりわけ諸能力の伸長および社会的関係の形成が大きな発達課題である子ども期にあっては、子どもの諸権利の基幹となる最も重要な権利であるとともに、諸権利の内容を子どもにそくして展開していく指針的役割をもつものである」[191]、という定義を付ける。それに基づき、同氏は例えば「…（子どもの）権利条約12条の意見表明権は、…憲法21条１項の言論の自由とは内容を異にするが、これは発達権の意義に照らして生まれてくる」[192]、ものであるという認識を述べている。そして、その「発達権」の法的根拠について、同氏は「…憲法13条、同25条、子どもの権利条約６条および前文にあると考えられる」[193]、と明言し、「…憲法26条の学習権は、発達権の根拠というよりも、発達権から派生する権利のひとつとみるのが正しい」[194]、と説く。

そして、前述した服部説とほぼ同時期に出した戸波江二の論稿においては、「成長発達権」を憲法だけではなく「…国際人権からの基礎付けも可能」[195]であるというように、やや山口直也に近い観点から示唆をする。その上、「成長発達権も日本国憲法の人権保障カタログに組み込むことが必要」[196]だということを唱える。他方、「成長発達権」の法的根拠について、戸波氏は「成長発達権の憲法上の根拠という点では、これは憲法13条の幸福追求権から一個の人権として出てくると考えるのが妥当である」、というような山崎説に近い見解を示す[197]ほか、山口説とほぼ同調のように、「…主体については、子どもの成長発達という形で限定した方がよい」とし、「子どもの人権として根拠づけることは十分できる」[198]、と述べている。

最後に、山口説の立場をより前面に出すような安藤博の所説を整理し

---

191 服部朗・前掲論文注（177）198頁。
192 服部朗・前掲論文注（177）198頁。
193 服部朗・前掲論文注（177）198頁。
194 服部朗・前掲論文注（177）198頁。
195 戸波江二・前掲論文注（178）207頁。
196 戸波江二・前掲論文注（178）208頁。
197 戸波江二・前掲論文注（178）211頁。
198 戸波江二・前掲論文注（178）211頁。

たい。安藤氏は、二〇〇三年の論稿において、「子どもの問題で大切なのは、目の前にいる課題をかかえている子どもである。…さらに大切なのは子ども自身が育つことである。それが子どもの最善の利益である」[199]、との見解を示し、「子どもにあるのは、あやまちを乗り越えて育つ成長発達の権利である。他方、大人・社会に求められるのはその権利の実現＝保障である。…。誤った社会意識は子どもたちの成長発達の機会、権利を奪ってしまう。成長発達は、自分の課題に真剣に向き合う時に生まれる。子どもが育つには、大人、専門家、社会の適切な関わりが不可欠である」[200]、と訴えている。そして、「成長発達権」を「…子どもを育ちゆく可能性をもつ存在ととらえ、とりわけ失敗やつまずきの時、その可塑性を根拠に権利の保障をしようというものである」という定義を付け、「憲法の権利の考えからすれば、一三条『幸福追求権』と一二条『自由と責任の保持義務』が一緒になって働きかける権利である」[201]、という認識を示す。本論との関わりで、同氏による次のような言葉を注意に値しよう。すなわち、「…成長発達権が目標とするところは、…自分にかかわりのあることは自分で決めてゆく自己決定の主体になること、自らの人生、生活を自分らしく生きていく主体になることにあ」り、「成長発達権は、その目的を実現するため、子どもの特性にふさわしいものとして付与された法的権利である」故、「…子どもの主体的な生き方は成長発達権の実現であり、さらにそれが目標とするのは自己決定できる力の形成である」[202]、と説くところである。

第二目　いくつかの裁判例

論者の整理によれば、「成長発達権」の概念の現れとされる裁判例は前述した一九七〇年の東京地裁判決と一九七六年の最高裁判決も含めて、二〇〇二年までに併せて四つの判決を取り上げることができるとい

---

199 安藤博「子どもの育ちを支える成長発達権」『青少年問題（50）５』（2003年５月）16頁。

200 安藤博・前掲論文注（199）17頁。

201 安藤博・前掲論文注（199）18頁。

202 安藤博・前掲論文注（199）20～21頁。

う。その後、二〇〇五年に徳島地裁は町立幼稚園への就園許可の仮の義務付け申立て事件について、「成長発達権」の概念を用いるような文言を述べたこともあるため、以下では既に検討した裁判例以外の判決や決定について鳥瞰することにする。

一、一九九二年三月一三日神戸地裁判決

本件の原告は、尼崎市立普通高等学校を受験したところ、学力試験は優秀であったが、筋ジストロフィー症を患っているため、学校側から普通高校の全課程を無事履修する見込みがないとされ不合格処分がなされた。原告は、当該処分の取消及び国家賠償を求めて出訴した。結果として、神戸地裁は、本件市立高校への入学の不許可処分には裁量権の逸脱または濫用があったとして、同処分を取り消し、尼崎市に対し慰謝料の支払いを命じた[203]。

その判決理由では「憲法二六条はすべての国民に能力に応じてひとしく教育を受ける権利を保障し、これを受けた教育基本法は、人格の完成をめざし、平和的国家及び社会の形成者として、個人の価値を尊び心身とも健康な国民を育成することを目的とし（一条）、すべての国民はひとしくその能力に応ずる教育を受ける機会を与えられねばならない（三条一項）と定めている。障害を有する児童、生徒も、国民として、社会生活上あらゆる場面で一人の人格の主体として尊重され、健常児となんら異なることなく学習し発達する権利を保障されている」[204]、と述べられていた。

二、二〇〇〇年六月二九日名古屋高裁判決

本件は一九九四年一〇月に少年三名が共謀の上、二名の被害者を自動車内に監禁し、長良川河川敷で殺害したなどとされる事件をめぐる記事の中で週刊文春が実名をもじった仮名を使ったことに対して、容疑者の少年が、当該記事は名誉を毀損し、プライバシーを侵害した等の理由か

[203] 神戸地判平4・3・13判例時報1414号26頁。服部朗・前掲論文注（177）164～165頁。

[204] 判例時報1414号39頁。服部朗・前掲論文注（177）164～165頁。

ら文藝春秋社に対し損害賠償を求めたものである[205]。第一審では名古屋地裁は少年の請求の一部を認めたのに対し、第二審では名古屋高裁は控訴及び附帯控訴をいずれも棄却した。その判決理由において、「…未来における可能性を秘めた少年が、将来にわたって、人間的に成長、発達して、幸せを自ら選びとる幸福追求権を憲法上保障されていることを尊重するならば、少年が健やかに成長するように配慮した情報伝達活動を営むことは、社会的責務である。…少年法六一条は、憲法で保障される少年の成長発達過程において健全に成長するための権利の保護とともに、少年の名誉権、プライバシーの権利を保護することを目的とするものである」、と述べられた点は注目に値する。

服部氏は本判決について、「…杉本判決以来の『発達可能態』という子ども理解が流れており、かかる理解の上にたって、成長発達することが、子どもにとって最も本質的なことであり、また、それを保障することが社会の責務であるとともに、子どもにとっての基本的な権利である」[206]、という見方を示している。

三、二〇〇五年六月七日徳島地裁決定

本件は、町立幼稚園への就園を希望する二分脊椎等の障害を有する幼児について、町教育委員会が就園不許可処分としたことがその裁量権を逸脱又は濫用したものとして違法であり、就園が許可されないことにより生ずる償うことができない損害を避けるため緊急の必要があるとして、当該幼児の公立幼稚園への就園を仮に許可すべき旨を命じることを求めた仮の義務付けの申立てが認容された事例である[207]。本決定は、行政事件訴訟法の一部を改正する法律（二〇〇四年法律第八四号）による改正後、新設された仮の義務付け（行訴法三七条の五第一項）の申立てについて容認した数少ない事例である（2009年までには）ために、大いに注目されていた。本件の決定理由では、「子どもには、一人の個人又は市民として、成長、発達し、自己の人格を完成するために必要な教育

[205] 名古屋高判平12・6・29判例時報1736号35頁。
[206] 服部朗・前掲論文注（177）167頁。
[207] 徳島地決定平17・6・7判例地方自治270号48頁。

を受ける権利が憲法上保障されており、子どもに対する教育の制度や条件を整備することは国家の重要な責務であるというべきである（憲法26条等参照）。子どもにとって、幼児期は、その健康かつ安全な生活のために必要な習慣を身につけたり、自主的、自立的な精神を育んだり、集団生活を経験することによって社会生活をしていく上での素養を身につけたりするなどの重要な時期であり、幼稚園教育は、義務教育や普通教育ではないものの、幼児の心身の成長、発達のために重要な教育として位置づけられるべきものということができる」、と示されている。

また、以上の内容から本決定の姿勢は「成長発達権」と「学習権」両者を一体のものとして捉える学説上の通説的理解と合致すると推測することができよう。しかし、両者の関連を如何に考えるべきかという問題について、裁判所からの明確な説示はなく、学説的議論に対し、「さらに検討をくわえなければならない」[208]、という服部氏の指摘に与したい。

第四項　『子どもの権利条約』一二条・意見表明権

一九九〇年九月二日に正式的に発効した国連の『子どもの権利条約』（以下、「条約」）について、日本は一九九四年に締結案を国会により認められ、条約の一五八番目の締約国となった[209]。同年に出された「『児童の権利に関する条約』について」と名付けられた文部省の通知（以下、「政府見解」）には、「…本条約の発効により、教育関係について特に法令等の改正の必要はないところでありますが、もとより、児童の人権に十分配慮し、一人一人を大切にした教育が行わなければならないことは極めて重要なことであり、本条約の発効を契機として、更に一層、教育の充実が図られていくことが肝要」[210]であると記されている。

既に述べたように、条約一二条には「１、締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童の影響を及ぼすすべての事項について

208　服部朗・前掲論文注（177）167頁。

209　滝崎成樹「児童の権利に関する条約」『ジュリスト　No.1048』（1994年）65頁。波多野里望『逐条解説　児童の権利条約〔改訂版〕』（有斐閣・2005年）７～10頁。

210　平成六年五月二〇日文初高第一四九号各都道府県教育委員会等あて文部事務次官通知。

自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。２、このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる」と謳う文言が定められている。これも後に日本国の様々な学術的分野で議論される「意見表明権」の中身となる。そして、この権利と教育現場の関係について、前述した政府見解には「…本条約第一二条から第一六条までの規定において、意見を表明する権利、表現の自由についての権利等の権利について定められているが、もとより学校においては、その教育目的を達成するために必要な合理的範囲内で児童生徒等に対し、指導や指示を行い、また校則を定めることができるものであること」となり、「…本条約第一二条一の意見を表明する権利については、表明された児童の意見がその年齢や成熟の度合いによって相応に考慮されるべきという理念を一般的に定めたものであり、必ず反映されるということまでをも求めているものではないこと。なお、学校においては、児童生徒等の発達段階に応じ、児童生徒等の実態を十分把握し、一層きめ細かな適切な教育指導に留意すること」と解釈されている。

実際に国連の人権小委員会に勤めた経験を持っている波多野里望は、「…教育の分野では、いわゆる『校則』がしばしば問題となるが、本項の『事項』に該当するのは、特定の生徒が自宅謹慎・停学・退学などの処分を受ける場合のことであって、『校則』そのものの一般的な妥当性ではない。同様に、教育課程の決定・教科書の採択といった児童一般にかかわる問題は、個々の児童個人に関する事項とは考えられないので、本項の『すべての事項』には含まれない」とし、「…『機会を与えられる』という文言は、『大人には、一般に意見を表明する権利が認められている場合に、たんに「子どもだから」という理由で、意見表明権を否定されてはならない』旨を定めたに過ぎず、『大人に対しても司法上または行政上の意見聴取手続が一般に設けられていない場合でも、子どもにだけは意見表明権を与える』ことまで締約国に義務付けるものではない」と解釈している。そして、政府が示した見解の姿勢と同じように、同氏が「…生徒が、たんに『わがまま』や『自己中心的な願望』を申し立てる

のでなく、各地域の特殊性や各学校が置かれた立場などを客観的に判断したうえで意見を形成できるレベルに達していると判断される場合には、少なくとも、中学および高校においては、それらの生徒の意見をできるだけ聴取し、かつ、それを校則その他に反映することが望ましいことは言うまでもない」[211]、と提示している。

一方、「…学校、福祉、医療等の現場において、一二条の意見表明権に対する過度の期待と懸念が併存しているようにも思える」[212]と指摘する米沢広一は、憲法学の立場から国連における条約自体に対する審議過程を検視し、一二条の射程範囲を明らかにすることを試み、「意見表明権」への再認識を次のように提唱している。

まず、第一二条一項の規定に対し、「…はたして、国内裁判所で固有の裁判規範性を有する規定として機能しうるのかが問題となる」と提示し、「一項を手続き的権利を保障した規定と位置づけた場合、（ｉ）手続き的保護を与える必要性の高い司法上、行政上の手続については、二項でカバーされる、（ii）裁判所が国家の不作為を条約に違反すると判示するには、一項の規定は無限定にすぎる、等の点を考慮すると、国内裁判所が『条約』一二条一項違反との判決を下すことを期待するのはむつかしいのではなかろうか。むしろ、一二条一項に対しては、立法、行政上の指針としての役割、および、二項の解釈準則としての役割を期待することになるのではなかろうか」[213]、と説いている。

次に、米沢氏は第一二条二項の規定から「…①権利主体を『児童』と規定し、一項のような限定を付していない、②対象を『司法上及び行政上の手続』の対象とされている事柄に限定している、③権利の内容としては、『聴取（to be heard）機会』の付与との文言で規定している、④聴取の方法を『国内法の手続規則に合致する方法』と規定している、⑤聴取された意見の取り扱いについては、一項のような『相応に考慮される』との文言を欠いている、⑥聴取プロセスとしては、（ｉ）児童本人から

---

[211] 波多野里望・前掲書注（209）83 ～ 85頁。

[212] 米沢広一「『意見表明権』（12条）の検討」『自由と正義　46巻１号』（1995年）28頁。

[213] 米沢広一・前掲論文注（212）30頁。

直接、（ⅱ）代理人を通じて、（ⅲ）適当な団体を通じて、との三つを規定している」[214]、という六つの特徴を取り上げている。もっとも、子どもの意見を実際に聴取した際には、子どもの意見と親の意向とが異なったり、子どもの意見と国が考えるところの子どもの最善の利益とが異なった場合にどちらを優位させるのか、子どもの年齢・成熟度、判断対象の違いに応じて子どもの意見の重みをどのように異ならせるのか、等の問題が生じてくるが、『条約』はこれらの問題についてまで具体的に指示しているわけではなく、聴取された子どもの意見をどの程度重視するかは、原則として、締約国の裁量に委ねられていると解しうる」[215]、と述べたところが要注意だと考えている。

一言でいえば、第一二条が唱える権利は手続的権利だと認識されよう。従って、「多くの憲法学説は、手続的権利を憲法三一条、一三条等を根拠条文として憲法上の権利とみなしているが、どのような場合に憲法上聴聞が要求されているのか、聴聞内容の要件として憲法上何が要求されているのか、成人の場合と子どもの場合とで違いがあるのか等の点については、必ずしも明らかにしていないし、また、学説上の一致があるわけではない」[216]、との現状がある。

また、「…意見表明権については、子どもの成長の段階に対応した配慮が求められている。すなわち、この権利は単なる人間一般の権利としての表現の自由の保障とは異なり、むしろ成長途上にある子どもであるが故の権利であるともいえる。その意味では、むしろ手続保障的な意義を含めた子どもの表現の自由の保障であるということになろう」[217]、という見解も見られるように、「意見表明権」と憲法上保障される「表現の自由」との関連性について、次のような認識が存在する。要するに、「①意見表明権は、市民的自由の一般規定としての位置を占めるものである。②表現の自由とその制限を定める（条約）一三条は、意見表明権を審議する過程で枝分かれしたものである。③意見表明は表現の自由の保障と

[214] 米沢広一・前掲論文注（212）30頁。
[215] 米沢広一・前掲論文注（212）31頁。
[216] 米沢広一・前掲書注（68）211頁。米沢広一・前掲論文注（212）33頁。
[217] 藤井俊夫『学校と法』（成文堂・2007年）69頁。

密接に関係があり、広く表現の自由の保障の一環をなすものであるが、意見表明を表現の自由とはその機能する場面が分けられている。④表現の自由は、国によるパターナルな制約を許容しない趣旨である。⑤子どもが意見表明権や表現の自由を行使するにあたっては、親の指示・指導の権利義務（条約五条）との関係が問題となる」[218]、との前提となる諸点がある故、「いずれにしても、子どもが意見表明を必要とするのは、子どもに影響を及ぼす事柄が決定される場合であり、それ以外の場合には、表現の自由が意見表明をその内に含みながら保障されることで十分なのである」[219]とされ、「…子どもの意見表明権は、子どもの表現の自由の保障の一環であり、二つはつなげて一体として捉えられている」[220]とのことである[221]。

なお、「子どもの人格にかかわる事柄についての決定過程に、子ども自身を参加させるという考え方も憲法のなかに含意されていなかったわけではないからです。それどころか、憲法は子どもを人格的自律に向う存在として動的にとらえることによって、子どもの自己決定権をも認めているという考え方が近時明らかにされていますが、これは、憲法が子どもに意見表明権以上の権利を保障していることを意味しています」[222]という論述がある故、本論の関心である「子どもの自己決定」という概念を支える一つの有力な権利論として「意見表明権」への評価を前向きに捉えたい。

第二節　小括

今まで見てきた通り、日本の憲法学における子どもに対する関心は多角的で多彩な議論が展開されてきた。しかも、それぞれの持論が相互に関連を持ち、影響し合ってきたことも明らかになった。確かに、論理的

---

[218] 中川明「子どもの意見表明権と表現の自由に関する一考察―いわゆる『ゲルニカ訴訟』における『意見書』から」『北大法学論集　50巻２号』（1999年）247頁。
[219] 中川明・前掲論文注（218）247頁。
[220] 中川明・前掲論文注（218）251頁。
[221] 中川明・前掲論文注（218）249頁。
[222] 中川明『学校に市民社会の風を―子どもの人権と親の『教育の自由』を考える』（筑摩書房・1991年）249頁。

破綻を生じやすく完全な論理がないことも事実である。本論のキーワードの一つである「対話」の促進について議論を進めることにも限界がある。しかし、だからといって議論の対象から排除するのではなく、むしろその限界を如何に突破し検討していくかということの方が重要だと言えるのではなかろうか。

例えば、障害を持つ子どもが普通学校を選びたい、そこで他の障害を持っていない、しかも同じ場所に住んでいる子ども達と一緒に同じクラスで同じの学校の先生の話を聞きたいと考える場合、人権論として憲法学から引き出されるものはあるかもしれないが、条約によると、恐らく「(条約の) 二三条の保障する権利も、その文言からみて、経済的･社会的･文化的権利に該当すると解される。そうすると、国内裁判所において(条約) 二三条違反の主張がなされても、同条違反との判決をえることはむつかしい」[223]というような理論的窮地に直面することが考えられる。また、条約自体において最も注目されている第一二条の「意見表明権」から考えても、「障害児の学校指定については、現在、適正就学委員会に親が参加をして意見を述べることが可能であり、12条２項違反にはならない」[224]として処理されてしまう可能性も低くない。

しかし、現に「…この条約の…意見表明権（第一二条）は、条文に即していえば『自己の見解をまとめる力のある子どもが、自己に影響を及ぼすすべての事柄について自由に見解を表明する権利』である。したがって、それは子どもの年齢と成熟度の高い段階では、大人の表現の自由と同じような、自己決定権と同義となる」と積極的に捉えられており、「…障害児の種学義務の猶予・免除規定（『学校教育法』二三条）も問題とされよう」[225]という見解も存在している。このことは、議論をより一層深めることに一役かっているのではなかろうか。なお、近頃条約も含めら

---

[223] 米沢広一「障害児の学校・学級の選択と憲法・教育法」佐藤幸治・清永敬次編『憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣・1999年) 141頁。

[224] 米沢広一「児童の権利条約と日本国憲法―意見表明権と精神的自由権の検討―」国際人権法学会『国際人権　1995年報第６号』(信山社・1995年) 19頁。

[225] 永井憲一「批准された『子どもの権利条約』とは」『法学セミナー　476号』(日本評論社・1994年) 25 ～ 26頁。

れている国際人権条約をめぐる日本国内での運用について、「…『最近の判決を見る限り、日本国憲法でカヴァーできず国際人権規約の大きな傘が必要と痛感するような事件はなかった』という元最高裁判所判事の分析や『多くの憲法学者のホンネは、…日本国内における人権問題に対処するためには、日本国憲法の人権条項を活用すれば十分であり、その意味で、国際人権規約は大して重要でない』というところにあるとの評価を引き出すに至っている」[226]学説上の現状が指摘され、「…国際システムと国内システム…の共生関係の中で、日本国憲法の人権法としての局面が浮き彫りにされ、人権を救済するという観点から憲法を具体化することが実現されやすくなるのではないだろうか」[227]と提言する見解がある。こういう文脈に沿って考えれば、「国際教育法」の観点[228]から国内における子どもの「教育への権利」が実現されうる在り方を改めて取り直し、検討するアプローチも奇論ではないであろう。

第八章　第Ⅱ部の考察を経て

第Ⅱ部で多少の検討を行なってきた子どもと「教育」の問題は第Ⅰ部の「家族」と最も異なるのは恐らく国が代表する「公権力」の介入の程度だと考えられよう。要するに、第Ⅰ部で伺えるように、「家族」は個人と個人の繋がり（自己意思）によって作られた障壁が偶々公権力からの侵入を防ぐ機能が働けることに対し、「教育」を「学校教育」と同一視の前提に立てば、学校のバリアーは公権力を阻止するものに転換することが凡そ難しいと思われる。しかし、民主主義という思想の価値は「社会」という大きな集合体だけではなく、「家庭」や「学校」などの個別的な団体の中でも浸透させねば凡そ如何なる意味も持たないという本論の仮説

[226] 江島晶子「日本における『国際人権』の可能性―日本国憲法と『国際人権』の共生―」『岩波講座　憲法５　グローバル化と憲法』（岩波書店・2007年）202頁。
[227] 江島晶子・前掲論文注（226）221頁。
[228] 永井憲一「国際教育法と子どもの人権」『法律時報　61巻13号』（日本評論社・1989年）６～12頁。荒牧重人「国際教育法と日本教育法」日本教育法学会編『講座現代教育法１　教育法学の展開と21世紀の展望』（三省堂・2001年）86～104頁。

に立てば、子どもも能動的な基本的人権享有主体として見做されるべきであり、自分自身の事柄について公権力と拮抗し、対話が求められる存在であるはずだと考えている。このようなイメージを基に、学校（特に、初中等教育機関の場合）で行なわれるカリキュラムの問題に絞って次のようなことを改めて提示してみたい。

一、アメリカ合衆国の部分において、連邦最高裁は学校のカリキュラムの決定と関わる事案を取扱う裁判例の中で次のような矛盾さを孕んでいるのではないかと考えている。すなわち、一九四三年の West Virginia State Board of Education v. Barnette (319 U.S. 624 [1943]) 判決において、生徒（学生）や教師は校門の入口で合衆国憲法修正一条による表現の自由の保障を捨て去ることがないと宣言したが、一九六八年の Epperson v. State of Arkansas (393 U.S. 97 [1968]) 判決では、教師の表現の自由しか言及されていない手法によって事案の解決を図っていたのである。勿論、この二つの裁判例の連関性や事件となる背景の異同をより詳しく整理しなければ明確な問題点を捉まりにくいが、学校の授業を受けるのは子どもである以上、子どもの表現の自由や他の修正一条によって認められる権利・利益なども一九六八年の Epperson 判決で検討されるべきではなかろうか。また、現有の情報に限って分析すれば、学校で行なわれるカリキュラムや活動の中で信仰と繋がることがあれば、凡そ国教樹立禁止原則に対する判断が先行され、子どもの意向や如何なる権利・利益が殆ど検討されていない感じも受け止めている[229]。

[229] 2001年の Good News Club v. Milford Central School (533 U.S. 98 [2001]) 判決においては、６歳から12歳までの子ども向けの宗教団体に対し、学校側が同団体の活動を禁止する事案を取扱ったが、連邦最高裁は被告となる学校の国教樹立禁止条項の要請に基づき、当該措置を取った主張に対し、「…本件では（同団体）の会合に児童が参加するかどうかを決めるのはその親なので、強制的圧力を知覚する主体としては、初等学校児童ではなくその親を想定するべきであること」などを述べて、斥けたのである。この文言からやはり信仰と繋がる事案について連邦最高裁は子どもの意思を積極的な考量要素として扱っていないのではないかと思われる。佐々木弘通「Good News Club v. Milford Central School 533 U.S. 98, 121 S.Ct. 2093 (2001) ―公立学校が、放課後の施設利用から、小学生児童向けのキリスト教集会を、その活動の宗教性を理由に締め出すのは、

二、台湾の場合において、大法官会議によって出された憲法解釈の中で第三八〇号解釈の林永謀と楊慧英両大法官が書いた補足意見は要注意だと考えている。当該解釈で取扱った事案は初中等教育機関と関わる問題ではないが、両大法官の補足意見では、「…中学校や小学校教育の段階においては、生徒・児童の…未成熟さに応じながら、国家から一定の国民の知識水準を維持すること及び反社会・反民主の非国民の育成を避ける要請を受けることにより、全国に亘って同質の教育内容を行わなければならない。…当該教育段階では…国家の教育行政から広範囲に亘って制限を受けざるを得ない」、と述べていた。言い換えれば、初中等段階における国家教育権を積極的に認めようとする大法官会議の姿勢がここから伺えられる。本論の出発点から考えると、このような認識は子どもの自己決定に一定の阻害をもたらすことになろう。また、一九九八年に成立した『原住民族教育法』の働きにより、漢民族の子どもと先住民族の子どもを区別して、教育内容における差異が出てくることだけではなく、教育に関する権利の内容も別々に意識されているのではないかという危惧も抱いている。その点について後日の研究を期したいところであるが、本論の立場から提示したいのは如何なる人種の子どもであっても、同一の憲法典による保障が受けられている以上、同一の内容となる基本的人権も当然に享有しなければならない。

三、日本に目を向くと、学校の教育内容をめぐる問題が裁判所より学界による指摘の方が興味深い。日本に生成される国家教育権対国民教育権の論争の内容は主に「…（教育内容について）誰が決定するかが中心の問題」となり、戸波江二によると、「教えられるべき教育内容に関する議論は乏しかった」[230]という。確かに、永井憲一が早い時期から所謂「主権者教育権」論を説き、学校における憲法教育の重要性を唱えているが、特定の価値観を学校では教授してはならないという中立性の要請とは矛盾しないかと疑問視する声が多い。ところが、戸波江二が「憲法の基本

『観点に基づく差別』にあたり言論の自由条項に反し、その締め出し措置は公定制条項（Establishment Clause）によっても正当化されない、とされた事例」『アメリカ法　2002－２』（日米法学会）398 ～ 402頁。

[230] 戸波江二・前掲論文注（170）27頁。

価値の教育は教育上必須であり、…基本価値教育について憲法、教育基本法その他の法律で定められることは許される」[231]、と明言したのである。本論の立場から考えれば、学校も民主主義を具現化させるべきである場として認識する故、学校を運営する大人達はやはり思想的な側面において中立性を保たなければならない。そのような中立性を保ちながら、すべての価値観の内容を生徒・学生の前に呈示すると良いと考える。そして、全員参加の形で相互的な対話を促進させることによって、子どもの心身的な発達にも資することになろう。すなわち、子どもの自己決定を害しないために、学校側が個人の成長・発達に資するような材料の提供者として位置づけられるべきであり、特定の選択を子どもに逼るような威圧をかける者であってはならないと考えている。この文言に限って、本論としては前文の「学校側」を「家族」、「両親」、「善意なる他人（ソーシャルワーカー等）」、「裁判官」や「行政府」にそれぞれ書き換えても言えようと示したい。

結びに代えて　ライフサイクルにおける子どもの自己決定

「序」においても言及したように、本論で使われる「自己決定」という概念は法学的に言う如何なる権利にもコミットしない。むしろ、憲法学で論じられる各基本的人権の内容を集結させる一つの仮説的なイメージだと認識し得よう。そして、それを「子ども」という主体の枠に持ち込んで、各々の国や地域における実定法が運用される中で「子どもの自己決定」の成立がどこまで言えるかのことを探測することこそ、本論の真意である。しかしながら、今まで考察してきたように、各々の国や地域において発展してきた価値観や司法に関する風土の差異、或いは各問題群に対する捉え方の異同によって、本論で取り上げた研究の対象の中でどこかが最も「子どもの自己決定」を尊重するところだから、他の対象より優れるかなどの結論を容易く下すことができない。但し、子どもを基本的人権の享有主体として司法の分野であれ、立法・行政の分野であれ、より重視しようとする動きが研究を行なう対象とされる各々の国や

[231] 戸波江二・前掲論文注（170）32頁。

地域において程度の差がありつつ、伺われることを言えよう。

他方、この「結び」において更に「ライフサイクルにおける子どもの自己決定」という副題を付ける所以は、「諸個人間の固定化した境界線を関係性という視点から捉え直し、同時に、既存の共同体に没入することなく新たな共同性のありようを追求」し、「会話・対話としての法・権利」の概念によって個人の自律性や共同性を結びつけ、「継続していく対話過程の中に権利を位置づけるということは、『問答無用の切り札』としてでなく、あくまで他者への重要な説得材料として権利を捉えていこうとする」[232]Martha Minow の立場と同調し、将来の研究において重要なテーマとして自分自身に示したいと考えるからである。また、子どもは一個人として大人とは区別がないからこそ、同人のライフサイクルにおける如何なる選択の分岐点に立っても自分の意思を明確に反映する機会は保障される認識が本論を貫く重要な概念だと言える。この点から考えると、本論は John Holt や Richard Farson による「解放的な子どもの権利論」[233]の立場に近い。但し、米沢広一の言うように、当該理論自体は沢山の問題が孕んでおり、全面的に支持することが難しい[234]一方、「子どもの判断能力の未成熟性が権利の自律的行使への障壁となりうることを認める以上は、子どもと成人との間での『二重の基準』を…否定することはなしえない」[235]ことを認めなくてはならない。よって、「序」で紹介した「成長発達的アプローチ」型の子どもの権利論[236]こそ本論の言いたいところの中心となり、ライフサイクルにおける子どもの自己決定を把握し、理解する最も中核的な視点だと考える。

［付記］

筆者の北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年３月25日授与）に

[232] 大江洋『関係的権利論　子どもの権利から権利の再構成へ』（勁草書房・2004年）104頁。

[233] 大江洋・前掲書注（232）71 ～ 74頁。

[234] 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣・1992年）121頁。

[235] 米沢広一・前掲書注（234）123頁。

[236] 宋峻杰「子どもの自己決定と憲法（１）―米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較―」『北大法学論集　第61巻第１号』（2010年）57 ～ 58頁。

加筆・修正したものの公刊は、本号を以て終わりとなる。日本では、歴史に刻む時代も「平成」から「令和」へと移ることになった。だが、筆者にとっては子どもの人権・権利論を巡る諸問題への考察や研究の道は、むしろここからが幕開けとなる。ここまでたどり着くことができたのは、恩師の台湾淡江大学国際研究学院日本研究所の許慶雄先生と北海道大学法学研究科の常本照樹先生の両先生の存在が大きい。記して深く謝意を表したい。

資　　料

法律家は悪しきキリスト教徒？

―― 近世の専門家批判としての法律家批判* ――

マリアン・フュッセル
前田　星・田口正樹（訳）

ヨーロッパの前近代において、学識者たちは繰り返し、広い範囲の当てこすりや批判の言説の対象となった[1]。学者であれ、アマチュア研究者であれ、弁護人であれ、学識あるアクターは愚か者、衒学者、ホラ吹きなどと呼ばれることを免れ得なかった。極めて多様なテキストや図像メディアにおいて、知にかかわる担い手たち、諸実践、諸機関がばかにされ嘲笑された[2]。法的専門家たちへ

---

* このテキストの大部分は、まずドイツ語で公表された。*Marian Füssel*, Die Experten, die Verkehrten? Gelehrtensatire als Expertenkritik in der Frühen Neuzeit, in: Frank Rexroth / Matthias Roick / Björn Reich (Hrsg.), Wissen, maßgeschneidert. Experten und Expertenkulturen im Europa der Vormoderne (Historische Zeitschrift, Beihefte 57). München 2012, 269-288.

[1] 最近のドイツ語圏の研究で最も重要な仕事として次の研究が挙げられうる。*Gunter E. Grimm*, Letternkultur. Wissenschaftskritik und antigelehrtes Dichten in Deutschland von der Renaissance bis zum Sturm und Drang. Tübingen 1998; *Alexander Košenina*, Der gelehrte Narr. Gelehrtensatire seit der Aufklärung. Göttingen 2003; *Ronald Dietrich*, Der Gelehrte in der Literatur. Literarische Perspektiven zur Ausdifferenzierung des Wissenschaftssystems. Würzburg 2003. 近世の風刺コンセプト一般については、以下を参照。*Barbara Könneker*, Satire im 16. Jahrhundert. Epoche − Werk − Wirkung. München 1991; *Klaus Lazarowicz*, Verkehrte Welt. Vorstudien zu einer Geschichte der deutschen Satire. Tübingen 1963; *Jörg Schönert*, Roman und Satire im 18. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Poetik. Stuttgart 1969.

[2] 以下を参照せよ。*Wolfgang Martens*, Von Thomasius bis Lichtenberg. Zur Gelehrtensatire der Aufklärung, in: Lessing Yearbook 10, 1978, 7-34. 制度の風刺については、以下を参

の批判という形で、以下ではある特定のタイプの学識者たちがとりあげられるが、彼らは近年ようやく学際的な中・近世研究のテーマへと昇格してきた[3]。このことは１つには、ようやくここ数十年で専門家という形象に特別な公の注目が与えられるようになったという事実と関係しているが、他方で、専門家という概念が（少なくともドイツ語圏では）早くとも19世紀の初めにようやく登場し、したがってそれ以前の数世紀の分析のための発見的な道具立てとしてほとんど使われてこなかったという事実とも関係している[4]。

フランス語では学識ある人を指す表現として「expert」を、すでにクリスティーヌ・ド・ピザン（1364-1430年）が用いていたが、その概念の利用は学識者の別の呼び方の下位に従属したままであった[5]。スペイン語の行政用語には

照せよ。*Marian Füssel*, Ein Käfig voller Narren? Die Universität in Karikatur und Satire, in: Rainer Christoph Schwinges (Hrsg.), Universität im öffentlichen Raum. (Veröffentlichungen der Gesellschaft für Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte, Bd. 10.) Basel 2008, 197-225. 図像メディアについては、以下を参照せよ。*Michael Klant*, Universität in der Karikatur. Böse Bilder aus der kuriosen Geschichte der Hochschulen. Hannover 1984.

[3] 以下を参照せよ。*Frank Rexroth*, Expertenweisheit. Die Kritik an den Studierten und die Utopie einer geheilten Gesellschaft im späten Mittelalter. (Freiburger Mediävistische Vorträge, Bd. 1.) Basel 2008.

[4] 以下を参照せよ。*Roy MacLeod* (Hrsg.), Government and expertise. Specialists, Administrators, and Professionals 1860-1919. Cambridge 1988; *Beatrice Schumacher/Thomas Busset* (Hrsg.), „Experten" – „L'expert". Aufstieg einer Figur der Wahrheit und des Wissens – L'ascension d'une figure de la vérité et du savoir. (Traverse. Zeitschrift für Geschichte, Themenheft 2.) Zürich 2001; *Elke Kurz-Milcke/Gerd Gigerenzer* (Hrsg.), Experts in science and society. New York [u.a.] 2004; *Eric J. Engstrom/Volker Hess/Ulrike Thoms* (Hrsg.), Figurationen des Experten. Ambivalenzen der wissenschaftlichen Expertise im ausgehenden 18. und frühen 19. Jahrhundert. Frankfurt a.M. [u.a.] 2005; *Christelle Rabier* (Hrsg.), Fields of Expertise. A comparative History of Expert Procedures in Paris and London. 1600 to present. Newcastle 2007; *Alexander Kästner/Sylvia Kesper-Biermann* (Hrsg.), Experten und Expertenwissen in der Strafjustiz von der Frühen Neuzeit bis zur Moderne. Leipzig 2008; Themenschwerpunkt „Expertenkulturen im Spannungsfeld von Wirtschaft und Politik" in: Forschungsberichte aus dem Duitsland Instituut Amsterdam 5, 2009.

[5] 以下を参照せよ。*Ulrich Ricken*, „Gelehrter" und „Wissenschaft" im Französischen.

「peritos」が、英語では熟練という評価を示す「expert」が本のタイトルとして、遅くとも16世紀以来現れる。もっとも、集合単数名詞の発展までにはなおいくらかの時間が必要であった[6]。17、18世紀のフランス語の事典には「experts」が、すでにこの概念の近代的用法に非常に近い意味で、特別なグループとして現れる[7]。ドイツ語圏においては、1813年に例えば、カール・トゥムの『推量の体系的ハンドブック』が出版されているが、それはサブタイトルで「市町村長、補佐官、都市顧問、専門家 Experten[!]、測量技師、あらゆる性質の不動産の所有者」に向けられていた[8]。

しかし、本日の講演では概念の歴史を問題にするつもりはない。そうではなくて、「専門家 Experten」というある特定の社会的役割についての同時代の解釈と疑問視を問うことが、以下では問題となる。そこでいう「専門家」はゲッティンゲン大学の Graduiertenkolleg「12 ～ 18世紀の専門家文化」の作業仮説によれば、すでに中世後期ヨーロッパ社会において形成されていたのである。その限りにおいて、近代社会に特有の条件から出発しているような知識社会学における専門家概念についての議論との接合は、ここでは限定的にとどめておくこ

Beiträge zu ihrer Bezeichnungsgeschichte vom 12.-17. Jahrhundert. Berlin 1961, 105-113, ピザンについては、144.

[6] 特に「expert and wyse maysters」、「expert sea-men」、「expert ferriers」、「expert gardeners」ないし「expert phisicians」といった言葉が見出される。以下を参照せよ。*Eric H. Ash*, Power, knowledge, and expertise in Elizabethan England. Baltimore [u.a.] 2004, 10-17; *Christelle Rabier*, Introduction. Expertise in Historical Perspective, in: dies., Fields of Expertise. A comparative History of Expert Procedures in Paris and London. 1600 to present. Newcastle 2007, 1-33, hier 1f.; 16世紀のスペインにおける専門家たちの機能については、例えば以下を参照せよ。*Arndt Brendecke*, Imperium und Empirie. Funktionen des Wissens in der spanischen Kolonialherrschaft. Köln [u.a.] 2009.

[7] 以下を参照せよ。*Pierre Richelet*, Dictionnaire françois. Contenant les Mots et les Choses [···]. Genf 1680, 315. 1759年のリヨン版第２巻148で記載が著しく拡張されていることにも注意。

[8] *Karl Thum*, Systematisches Handbuch des Kadasters. Zum Gebrauch der Märe, Adjunkten, Munizipalräthe, Experten, Geometer, und der Besitzer von liegenden Gütern jeder Art. Mainz 1813. 専門家概念が裁判における鑑定人を示す用語にさかのぼることについては、以下を参照せよ。*Friedrich Landwehrmann*, Art. ‚Experte', in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2. Basel 1972, 875-876.

とができる[9]。とはいえ、いくらかの理論的考察は有用であることがわかっている。ここで問題にされているような専門家の役割は、とりわけ特定の特殊知識、例えば肩書き・衣服・言葉による象徴的な表象ないし資格証明、および助言・鑑定・判決等々の形による法学的「専門活動」、によって定義される[10]。「専門性」は、その際「社会的関係」として理解される。専門家は、承認と役割付与によってようやく専門家になるのである[11]。全ての学識者たちが、以下において専門家として問題とされるわけではない。同様に、潜在的に専門家という役割で行動しているアクターたち全体の一部のみが、視野に入れられる。大学にかかわ

---

[9] 社会学的議論においては、専門家概念について三つの重要な議論の筋がある。一つは「専門家」と「素人」の知識社会学的な区別で、以下の文献など。*Alfred Schütz*, Der gut informierte Bürger (1945), in: ders., Gesammelte Aufsätze. Bd.2: Studien zur soziologischen Theorie. Den Haag 1972, 85-101; *Walter M. Sprondel*, ‚Experte' und ‚Laie': Zur Entwicklung von Typenbegriffen in der Wissenssoziologie, in: ders./Richard Grathoff (Hrsg.), Alfred Schütz und die Idee des Alltags in den Sozialwissenschaften. Stuttgart 1979, 140-154. さらに、社会の「専門支配化」を近代化批判の視点から問題化する流れがあり、例えば以下の文献など。*Manfred Kuhn*, Herrschaft der Experten? An den Grenzen der Demokratie. Würzburg 1961; *Ivan Illich* (Hrsg.), Entmündigung durch Experten. Zur Kritik der Dienstleistungsberufe. Reinbek bei Hamburg 1979. そして最後にいわゆる専門家インタビューとの関連での方法論的議論については、以下を参照せよ。*Michael Meuser/Ulrike Nagel*, ExpertInneninterviews - vielfach erprobt, wenig bedacht. Ein Beitrag zur qualitativen Methodendiskussion, in: Detlev Garz/Klaus Kraimer (Hrsg.), Qualitativ-empirische Sozialforschung. Konzepte, Methoden, Analysen. Opladen 1991, 441-471.

[10]「特殊な知識」の位置価値については、以下を参照せよ。*Alexander Bogner/Wolfgang Menz*, Das theoriegenerierende Experteninterview - Erkenntnisinteresse, Wissensformen, Interaktion, in: Alexander Bogner/Beate Littig/Wolfgang Menz (Hrsg.), Das Experteninterview. Theorie, Methode, Anwendung. Wiesbaden 2005, 33-70, hier 46; 象徴的な証明の役割については、以下を参照せよ。*Ronald Hitzler*, Wissen und Wesen des Experten. Ein Annäherungsversuch zur Einleitung, in: ders./Anne Honer/Christoph Maeder (Hrsg.), Expertenwissen. Die institutionelle Kompetenz zur Konstruktion von Wirklichkeit. Opladen 1994, 13-31, hier 14. 行為としての専門的知識の意義を強調するのは、*Rabier*, Fields of Expertise（注４）.

[11] 以下を参照せよ。*Rainer Schützeichel*, Laien, Experten, Professionen, in Ders. (Hrsg.), Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung, Konstanz 2007, 546-578, hier 549.

る「専門家の原型（レックスロート）」、つまり４学部の学位保持者すなわち神学者、法律家、医師、哲学者、そして彼らの中でもとりわけ法律家に特別な注目が寄せられる[12]。

風刺において、我々は特に「濃縮された」形での、法律家たちについての同時代における解釈にでくわすのであり、それゆえそこから前近代の専門家文化の演出と認知についての基本的な問いの解明が約束されるのである[13]。もちろん、学識者批判と風刺の言説は、広く自己言及的に作用している。つまり学識者たちが学識者たちを批判し、学識者たちが学識者たちを笑うのである[14]。たしかに、「大衆的な」学識者批判の様々な証言が伝えられているが、学識ある人々が行った割合のほうが遙かに多いであろう[15]。専門家批判としての法律家批判に関する問いにとって、このことは重要である。というのも、我々はほとんどの場合において、ラディカルな専門家不信を扱っているわけではなくて、風刺的な濃縮によって方向付けと何より改善をもたらそうという試みを扱っているのである。多くのテキストは、それらが違反を公に非難し、そして「正しい」学識と認識論的な徳の多かれ少なかれ明示的な倫理的ルールを構想することに

---

[12] 以下を参照せよ。*Rexroth*, Expertenweisheit（注３）, 25.

[13] 広範囲にわたる文献に関する概観を与えるものとして、*Wilhelm Erman/Ewald Horn*, Bibliographie der deutschen Universitäten. Systematisch geordnetes Verzeichnis der bis Ende 1899 gedruckten Bücher und Aufsätze über das deutsche Universitätswesen. 3 Bde., Leipzig/Berlin 1904 (ND Hildesheim u.a. 1965), Bd. 1, Nr. 23 Poetische, satirische, humoristische Darstellungen des Universitätslebens, 750-826.

[14] *Klaus Ridder*, Der Gelehrte als Narr: Das Lachen über die ‚artes' und Wissen im Mittelalter, in: Ursula Schaefer (Hrsg.), Artes im Mittelalter. Berlin 1999, 391-409; *Daniel Fulda*, Die Gefahr des Verlachtwerdens und die Fähigkeit, über sich selbst zu lachen. Wissenschaft, Gesellschaft und Lächerlichkeit in der frühen und mittleren Aufklärung, in: ders./Antje Roeben/Norbert Wichard (Hrsg.), „Kann man auch nicht lachend sehr ernsthaft sein?" Sprachen und Spiele des Lachens in der Literatur. Berlin/New York 2010, 175-202.

[15] *Sabine Wienker-Piepho*, „Je gelehrter, desto verkehrter"? Volkskundlich - Kulturgeschichtliches zur Schriftbeherrschung. Münster [u.a.] 2000; Grimm, Letternkultur（注１）, 34-42; *Elfriede Moser-Rath*, „Lustige Gesellschaft". Schwank und Witz des 17. und 18. Jahrhunderts in kultur- und sozialgeschichtlichem Kontext. Stuttgart [u.a.] 1984.

よって、まさに学問体系のモラル・エコノミーに従事している[16]。大学関係の専門家の役割に対する近世における批判の根本的な特質を追うために、私は以下で４つのステップを踏む。まず第１に、学識者の特権と彼らの役割の複数化が紹介される（Ⅰ）、それに引き続き図像メディアにおける法律家批判に照明をあて（Ⅱ）、その後専門家の演出形態のダイナミズムを称号の例で例示的にたどり（Ⅲ）、そして最後に公共性、私人性、特殊化 Spezialisierung の緊張関係の中で学識者の役割がいかに論じられたかについて問う（Ⅳ）。

Ⅰ　特権と複数化

古典的４学部の代表者のうちで、専門家という役割でふるまい、そしてそれゆえまた批判の大部分を自身に引き寄せていたのは、第１に法律家と医師であった[17]。ヨーロッパの最も古い法律家批判の格言のひとつは、「法律家は悪しきキリスト教徒」という決まり文句であるが、おそらく「読み間違い」に中世後期におけるその起源を負っている。フーゴー・フォン・トリムベルクは1300年頃に彼の『走者 Renner』において、法律家 Juristen を悪いユダヤ人 Judisten、つまりユダの子らとしてのユダヤ人、から区別した。ｄとｒの取り違えが、近世において最も好まれた学識者批判の決まり文句を生み出した。また、中世後期と宗教改革期において何度も、とりわけ著名なところではマルティ

---

[16] *Marian Füssel*, „The Charlatanry of the Learned“. On the Moral Economy of the Republic of Letters in Eighteenth Century Germany, in: Cultural and Social History 3/3, 2006, 287-300; *Ders.*, Multinormativität in der Gelehrtenkultur? Versuche der Normierung „guter gelehrter Praxis“ im 17. und 18. Jahrhundert, in: Rechtsgeschichte - Legal History, 25 (2017), 127-136.「モラル・エコノミー」の概念について、本文との関連では、以下を参照せよ。*Lorraine Daston*, Die moralischen Ökonomien der Wissenschaft, in: Dies., Wunder, Beweise und Tatsachen. Zur Geschichte der Rationalität. Frankfurt a.M. 2001, 157-184.

[17] 現在ゲッティンゲン大学で Katharina Flechsig (M.A.) が、„Von Rittern der Rechte und Gewissensmördern. Juristenkritik und Juristenideal in der Frühen Neuzeit“ というテーマで包括的な法制史の博士論文を執筆中である。法学的専門家に関する諸研究についての短い概観として、*Rabier*, Introduction（注６）, 8-12を参照。また、*Claire Dolan* (Hrsg.), Entre Justice et Justiciables. Les Auxiliaires de la Justice du Moyen Âge au XXe siècle. Québec 2005 所収の諸論文、および *Kästner /Kesper-Biermann*, Experten（注４）も見よ。

ン・ルターとセバスティアン・フランクによって伝えられている「学識者たちは、倒錯した者たちだ」という決まり文句は、神学者と並んで、法律家と医師に向けられていた[18]。彼らは、大学の中では鑑定書の書き手として、また新たな専門家たちの養育者として、大学の外では実務的に活動している医師や、弁護人や裁判官のような法的専門家として活動していた[19]。

専門家としての学識者に対する批判はしたがって、彼らの実務に対する批判において最も明確に認識されうるのであり、1607年の作者不詳の『特権と自由、極めて称賛すべきブレシア政府による』はその好例である[20]。21のアイロニカルな特権についてのこの集成は、主に法律家を対象としており、パラグラフ18のみが医師に矛先を転じている[21]。このテキストはいくつものアイロニカルな屈

---

[18] 以下を参照せよ。*Heiko A. Oberman*, Die Gelehrten die Verkehrten. Popular Response to Learned Culture in the Renaissance and Reformation, in: Steven Ozment (Hrsg.), Religion and Culture in the Renaissance and Reformation. Ann Arbor 1989, 43-62; *Carlos Gilly*, Das Sprichwort „Die Gelehrten die Verkehrten" oder der Verrat der Intellektuellen im Zeitalter der Glaubensspaltung, in: Antonio Rotondo (Hrsg.), Forme e Destinazione del Messagio religioso. Aspetti della Propaganda religiosa nel Cinquecento. Florenz 1991, 229-375; *Thomas Hohenberger*, Lutherische Rechtfertigungslehre in den reformatorischen Flugschriften der Jahre 1521-1522. Tübingen 1996, 252-257; *Ridder*, Narr（注14）, 407.

[19] 大学における法律家教育については、以下を参照せよ。*Karl Heinz Burmeister*, Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich. Wiesbaden 1974. 鑑定意見の歴史については、標準的研究である *Ulrich Falk*, Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit. Frankfurt a.M. 2006を参照。

[20] [Anonym], Privilegia und Freyheitten, Von einer Hochloblichen Blesianischen Regierung Den herrn Doctoribus, Advocaten, und andern Glerten vel quasi cuius suis facultatis, mit vorbehalt, solche zuemindern, zumehren oder gar abzuthuen ertheilt und gegeben. [s.l.] 1607.

[21] 法律家に対する非難や風刺の伝統については、以下を参照せよ。*Michael Stolleis*, Juristenbeschimpfung, oder: Juristen böse Christen, in: Theo Stammen/Heinrich Oberreuter/Paul Mikat (Hrsg.), Politik - Bildung - Religion. Hans Maier zum 65. Geburtstag. Paderborn 1996, 163-170; *Louis Carlen*, Recht zwischen Humor und Spott. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 21. April 1993. Berlin [u.a.] 1993, 引き延ばしをしている弁護人については、S. 23; Art. ‚Jurist', in: *Kuratorium*

折を伴っており、数多くのラテン語挿入句を伴った学識者の回りくどい言語をみずから用いてそれを風刺し、学識法曹たちに対する批判の広がりを確認しているが、そうした批判に対して今や彼らの悪習の特権化によって対処がなされるのである。学識法曹には次のことが許されているという。常に彼らの意見に固執すること（1）、決定を延期すること（2）、「送られてきた書簡、訴訟書類、召喚状」を長らく開かないまま放置すること（3）、彼らの検証が必要とされる場合に、これをもまた遅延させること（5）。引き延ばしの更なる手口、学識者の妻に対する女性嫌悪的な当てこすり（9、15、17）、訴訟書類の登録・保管における不備（10、11）、鑑定書の過剰な長さ、書記や下女による訴訟書類の不注意な持ち運び（13）、訴訟書類の権限なき開示・閲覧（14）、客の過度の供応（16）、「若い博士たちとなったばかりの弁護人たち」がより年かさで経験豊かな者たちから学ぶことの禁止（19）、みずからの国において学位を授けられるには能力が欠如している場合、外国においてこれを得ることの許可（20）、そして最後に、読点、句点、段落なしに書くことの許可（21）が続く。この『特権』はいくつもの点で、近世の専門家批判として特徴的と見なされうる。それは法律家身分を根本的に疑問視するというわけではなく、具体的な害悪を除去したり、少なくとも公の意識をそれに向けるという意図で、そのような害悪を名指ししているのである。この作品は従って、高度に規範的に論じている。全ての特権が、正しいと感じられる実務の反転として理解されうる。批判は自己言及的であって、教養のある書き手によって書かれており、そのアイロニカルな調子からして、一般人というより、おそらく主に他の学識者たちに宛てられている。特権化と関連させることによって最後に、学識者たちの身分的わがままを当局が裁可することが非難され、それによって間接的に彼らをより強くコントロールすることが要求されている[22]。

Singer (Hrsg.), Thesaurus proverbium medii aevi. Lexikon der Sprichwörter des romanisch-germanischen Mittelalters, Bd. 6. Berlin 1998, 392-395; *Rexroth*, Expertenweisheit（注3）, 29ff.

[22] アカデミックな風刺の要素としての「特権化」については、以下を参照せよ。*Marian Füssel*, Der magische Tisch. Soziale Raumbezüge studentischen Lebens der Barockzeit im Spiegel einer Scherzdisputation, in: Karin Friedrich (Hrsg.), Die Erschließung des Raumes. Konstruktion, Imagination und Darstellung von Räumen und Grenzen im Barockzeitalter, 2 Bde., Wiesbaden 2014, Bd. 2, 489-504.

Ⅱ　図像における法律家批判

近世の法律家たちについての社会的な認識を探求するためには、とりわけ図像資料が有益であるとわかる。それらは法律家内部の問題と同様に、社会における法律家の役割を問題化しているのである。法律家に対する極めて古くからの批判点として、買収可能性という非難が挙げられる。そのため、まさにこの非難が繰り返し絵画化されもしたことは、不思議でない。ピーター・ブリューゲル１世の息子のアトリエで1618年に、１人の田舎弁護人の部屋を描いた銅版画が作られた（**図１**）[23]。この版画の下には、ラテン語とドイツ語の詩が付け加

図１　Monogrammist AED Schal, Satire auf die Bestechlichkeit der Advokaten, Kupferstich 1618, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg

[23] *Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler* (Hrsg.), Spott und Respekt - die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 148-149.

えられているが、それらは強欲と買収に立ち入っている。ドイツ語の詩は次のように始まる。「この国には一つの格言があるが／今では誰もが知っている。それは弁護人と法律家はみんな悪しきキリスト教徒なのだというものだ。人はまたある格言でこう言う。よく買収する者は／よく物事を運ぶだろう、と」。悪しきキリスト教徒についてのこの有名な言葉は、ここではそれゆえちょうど読者がものごとを位置づけるための最初の指示になっているのである。

法的専門家の形象について、1597年のオランダの一葉は有益である。それはNotarius imperitus、つまり未熟な公証人を示しており、それによって専門家の語幹 peritus を取り入れている（**図２**）[24]。

図２　Hendrik Goltzius, Notarius Imperitus, Kupferstich 1597, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg

ある貿易都市の港で、二人の商人がある取引を締結した。女性として擬人化された欺瞞 Fraus と偽り Falsitas がその名親になっている。この取引契約を文書にした法律家は、その際に目隠しをしており、未熟な公証人 Notarius imperitus として示されている。彼はそれによって、能力に欠ける非専門家に

[24] Spott und Respekt（注23）, 142-143.

なり、欺瞞と不正義にほしいままにさせ、そうしてみずからも共犯者となっているのである。

ヴュルテンベルクの司祭であったダニエル・プフィステラー（1651-1728年）が1716年に始めた絵入り年代記においては、ある弁護人の家が、斜めの視角から、見る者に提示されている（**図３**）。

図３　Barockes Welttheater: ein Buch von Menschen, Tieren, Blumen, Gewächsen und allerlei Einfällen/ geschrieben und gemalt von Daniel Pfisterer, begonnen im Jahre 1716. (1651-1728) Hrsg. vom Württembergischen Landesmuseum und dem Geschichts- und Kulturverein Köngen e.V., Stuttgart 1996, S. 79

家の二つの側面を見通すことができる。「弁護人の家には二つの同じでない門がある。一つは買収することをはばからない者に対して開かれている。もう一つは閉じたままである。というのも、金貨を鍵として持ってこない者は、会ってもらうことすらかなわないからだ」[25]。しかしこの絵は、さらにアイロニカルな風刺を伴っている。立ち入りが禁じられている財産の無いものたちは、「博士」の庭で木々を揺すってその果実を奪い、一方で別の「貧しい道化」が、窓にものを投げ込んで壊そうと脅しているのである。このように、ここでは学識者たちだけでなく、一般の人たちもまた、能動的に批判を行っているのである。

1721年の作者不詳の銅版画「今の世界の真実」においては、聖職者、兵士、農民と法律家が、身分社会の代表として提示されている（**図４**）[26]。前３者の形象は、誇張された形で彼らの社会にとっての有用性を強調しているが、しかし

図４　Annym, Die Wahrheit der jetzigen Welt, Kupferstich, nach 1721, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg

[25] Daniel, Pfisterer, Barockes Welttheater : ein Buch von Menschen, Tieren, Blumen, Gewächsen und allerlei Einfällen / geschrieben und gemalt von Daniel Pfisterer, begonnen im Jahre 1716. Hrsg. vom Württembergischen Landesmuseum und dem Geschichts- und Kulturverein Köngen e.V., Stuttgart 1996, 2Bde., 79, Transkription Bd. 2, 69.

[26] Spott und Respekt（注23）, 166-167.

兵士の後ろで燃えている家のような背景の小場面によって反論されている。弁護人は下に次のような文言を伴っている。「私はお前たちすべてを食らう。私は長年弁護人をしている。書くことにかけてはお手のもの。どんなわざでも何でもござれ。私の財布は金貨でピチピチ。あいつは祈り、あいつは見張り、あいつは働くが。どっこい最後には私が３人みんなをむさぼり食う」。法律家の財布は金でパンパンにふくらんでおり、彼の後ろでは狼が羊を引き裂いている。

1773年のイングランドの風刺的な記事「助言者コーゼンの助言クラス Counsellor Cozen Consulting Class」も、貧しい依頼人たちとの比較で誇張された身分的付属物を標的にしている[27]。依頼人が彼に財布を差し出している一方で、弁護人は彼の巨大なカツラの下にほとんど隠れてしまっているのである（**図５**）。

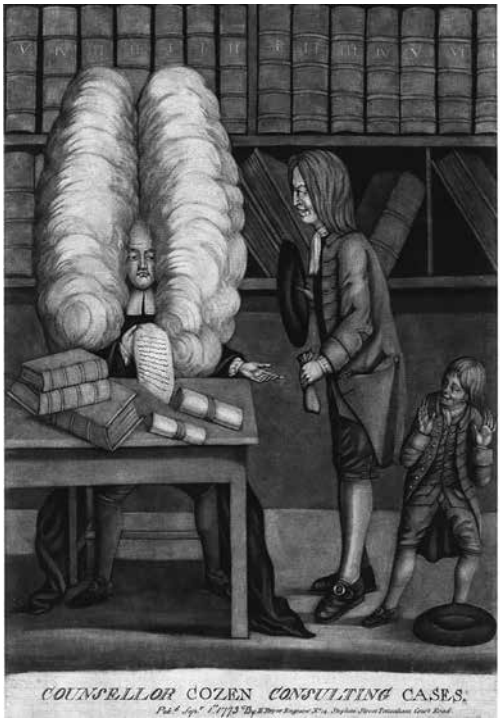

図５　„Counsellor Cozen Consulting Class“(1773), Radierung, British Museum, Department of Prints and Drawings, London

[27] Ebd., 74.

18世紀イングランドの最も重要な銅版画家ウィリアム・ホガースもまた、法律家たちを批判的に図像化している（**図６**）[28]。

図６　Willam Hogarth, The Bench, Kupferstich, ca. 1764, Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek, Göttingen

特に明確に、法律家たちは1764年の「法廷 The Bench」で描写されている。ここでもまた、裁判官たちの容貌はほとんど彼らのカツラに隠れてしまっていて、４人の裁判官のうち２人は、既に居眠りしている。裁判官たちの上方には、ラファエロからダヴィンチまでの古典的な絵画から取られてきたいくつかの顔が再現されているのだが、それは「戯画」と人格との質的な相違をはっきりさ

[28] Ebd., 182-183.

せるためであった。戯画が粗悪でちょっとしたスケッチであるのに対して、人格の描写は極めて高い熟練を要求するのである。

正義の女神の、カノン法との法律家内部での闘争を、1770年頃のある作者不明のペン画が視覚化している（**図７**）[29]。一人の法律家が、秤と剣によって簡単にそれとわかる正義の女神を（彼女はまさに地面に崩れ落ちそうになっているのだが）、背中からカノン法によって殴り殺そうとしている。しかし、この闘いはなお決着が付いていない。

図７　Anonym, Jurist(?) schlägt Justitia mit Codex, Lavierte Federzeichnung, um 1770, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg

近世ヨーロッパの法文化に特有のひとつの問題が、「慣習 Herkomannus」と題する18世紀初頭のカリカチュアに示されている（**図８**）[30]。中央に、甲冑を纏った慣習 Herkommanus の巨大な像が立っているのだが、それは法的な文言によって枠どられている。パンフレットの目標は慣習法に対する批判であるが、そこでいう慣習法とは近世のドイツにおいて至る所で呼び起こされた古き良き慣習のことであった。「不法は百年続いても一時も法にはならない。乱用は法

[29] Ebd., 174-175.

[30] Ebd., 164-165.

図８　Anonym, „Herkommanus“, Einblattdruck mit Kupferstich und Typendruck, 1701-1715, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg

を作らない……古いことはそれだけでは法でない」。慣習の像という記念碑に、過ぎ去った法とそれでも今も維持されている法との間の弁証法が象徴されている。実際の慣習像は、1720年頃にグラードリッツ・アン・デア・エルベ〔現在のチェコ、ドヴール・クラーロヴェー・ナト・ラベム〕に建立されたが、その前には風刺と嘲笑詩を投入するための壺が置かれた。慣習像はそれによってまた、その内容が文書、絵画、彫刻の間で流通しえた法律家批判の間メディア性をも指示しているのである。

Ⅲ　演出：権威の外観

学識ある専門家たちは、権威を発生させるために、固有の専門用語から儀礼的な序列、衣服、肩書きまでに至る、象徴的な諸形式の幅広いレパートリーを用いた[31]。特定の資格を証明する肩書きは、まさしく彼らの影響力を伝える中

[31] 学識者たちの衣服が持つ権威発生作用については、以下を参照せよ。*Marian Füssel,*

心的なメディアの一つをなしていた。社会全体における肩書きのインフレの中で、何よりも17世紀において、学識にかかわる肩書きもまた風刺の最も好む対象となったのは、それゆえ全く不思議ではない[32]。カール・ハインリヒ・ヘーゲスの何度も版を重ねた叙述である『学識ある人々の称号趣味について』と並んで、ここではとりわけ、ある作者不明の対話形式で書かれた記述が有益である。それはタイトルを『偉大なる、そしてうぬぼれた肩書き男。あるいは非常に愉快で学識ある肩書きについての会話。いかにこれらがとりわけ今日、誰もそれで満たされ得ないほどに高く登っているか』といい、1690年にドレスデンで出版されたものである[33]。タイトルの由来に関する叙述の後、２つの対話のうち第１のものにおいて、諸侯、聖職者、都市における参事会の肩書きが議論される[34]。第２の対話において、まずは様々な領邦における肩書きが扱われ、その後「閣下」、「高貴な」、「学識ある」、「峻厳なる」、あるいは「名誉確かな」、などの個別の概念が、そこからさらに法律家、医師、詩人のような様々な職業が、のらくら者とか悪党といった侮辱語まで含めて扱われ、最後には女性の称号で終わる[35]。

Talar und Doktorhut. Die akademische Kleiderordnung als Medium sozialer Distinktion, in: Barbara Krug-Richter/Ruth Mohrmann (Hrsg.), Frühneuzeitliche Universitätskulturen. Kulturhistorische Perspektiven auf die Hochschulen in Europa. Köln [u.a.] 2009, 245-271. 中世の伝統については、包括的に以下を参照せよ。*Andrea von Hülsen-Esch*, Gelehrte im Bild. Repräsentationen, Darstellung und Wahrnehmung einer sozialen Gruppe im Mittelalter. (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 201.) Göttingen 2006.

[32] 学識者たちの地位と称号制度への批判については、以下を参照せよ。*Marian Füssel*, Gelehrtenkultur als symbolische Praxis. Rang, Ritual und Konflikt an der Universität der Frühen Neuzeit. Darmstadt 2006, 366-378.

[33] *Carolus Henricus Heegius*, De titulomania eruditorum vulgo die Titelsucht der Gelehrten. Leipzig 1723; *Johann Caspar Jung-Michel* [mutmaßlicher Verfasser], Der Grosse und eingebildete Titul-Mann, oder Ein sehr lustiges und gelehrtes Gespräche von Tituln [...]. Leipzig/Dresden 1690; *Johann Adam Bernhard*, Kurzgefaste Curieuse Historie derer Gelehrten, Darinnen von der Geburth/Erziehung/Sitten/Fatis, Schrifften u. gelehrter Leute gehandelt […] wird […]. Frankfurt a.M. 1718, 225-229.

[34] *Jung-Michel*, Titul-Mann（注33）, 1-58.

[35] Ebd., 59-179.

『肩書き男』の基本的な意図は保守的である。ますます複雑になっていく肩書きが、その身分によってもその内なる徳によってもその資格を持たないような人々によって僭称されている、とされる。模倣とせり上げを通じての古典的な区別スパイラルが叙述される。例えば、伯はもはや単に良い生まれでなくきわめてよい生まれと、貴族は単に「高貴」ではなく「極めて高貴」と呼ばれることを望み、「極めて学識ある人々は名誉あるというだけでなく／高貴なというタイトルで呼ばれることをも望んだ。誰ももはやその身分に満足しない。それゆえ手工業者でさえもはやマイスターでなくヘルと称するようになるかもしれない」[36]。『肩書き男』は同時に、社会的役割の分化の反映でもあり、例えば「法学博士たち」のグループには弁護人・公証人・裁判官が仲間に加わっているのを見ることができる。そのすぐ後に、法律家に対する非難の古典的なトポスが続く。「もろもろの大いなるラントの労苦と並んで、特別な災いは次のようなものであろう。すなわち、悪しき弁護人にとりつかれるという災いである。そうなれば訴訟はいくらでも、確かに弁護人たちには最善なことに、しかし依頼人の破滅に至るまで、引き延ばされる」[37]。近世の専門家文化の形成にとって中心的なのはしかし、とりわけ肩書きと認識論的な権威との関連である。

ヨハン・ブルカルト・メンケ（1674-1732年）もまた、その『学識者たちの大ぼらないし誇大宣伝についての二つの話』において学識者の肩書き癖 Titulomanie を詳細に取り扱っている[38]。メンケが「非常に熟達した、また非常

---

[36] Ebd., 64.

[37] Ebd., 102. 類似の批判がなされているものとして、以下の史料が挙げられる。*Johann Burkhard Mencke*, Zwey Reden von der Charlatanerie oder Marktschreyerey der Gelehrten, nebst verschiedener Autoren Anmerckungen. Mit Genehmhaltung des Hn. Verfassers nach der letzten vollständigsten Auflage übersetzt […] aufs neue vermehrt. Leipzig 1727, 274f. 裁判の引き延ばしは一般的に近世において多く訴えられたテーマである。この点については、以下のような様々な「道化鏡」をも参照。*Abraham a Sancta Clara*, Centi-Folium in Quarto oder Hundert Ausbündige Narren […]. Wien 1709 (ND Dortmund 1987), 329-333; *Wahrmund Jocoserius* (Hrsg), Wohl-geschliffener Narren-Spiegel: 115 Merianische Kupfer. Freystadt 1730 (ND Leipzig 1986), unpag. Nr. 71.

[38] *Johann Burkhard Mencke*, De charlataneria eruditorum declamationes duae. Leipzig 1715, Dt., Zwey Reden（注37）, 21-44. 文脈と更なる文献については、以下を参照。*Füssel*, Charlatanry（注16）.

に学識ある」とみずから名乗るが、「ほとんどものの役に立たない」ような人々について言及するならば、彼は専門家たちの用語域に触れているのである[39]。メンケの非常に影響力を持った話は『肩書き男』と比較可能な構成になっている。第一の話は、学識者たちの誤った行動の実務に向けられており、第二の話は、古典的な学部の序列に沿って、学識者たちについて論述している。まずは、「文法家」と「批評家」、その後「歴史叙述者」、詩人、数学者、自然学者、医師、法律家、そして最後に神学者といった具合である。メンケの『大ぼら』の複雑で間テクスト的な関連について、ここでさらに立ち入ることはできないが、この作品にはとりわけ学識者の身分編成における公共的性格の高まりが反映されていることが強調されるべきであろう。学識者の身分編成は社会化の市場的諸形式、例えば書籍市場の枠内で、ますます規定されるようになってきたのである[40]。

アカデミックな肩書きの華やかさへの厳しい批判を、さらにプロイセンの宮廷歴史家でグンドリングの競争者であったダーフィット・ファスマン（1683－1744年）が、その1729年の著作『学識ある愚か者』において加えている[41]。「プライドと尊大さで膨れ上がって、まさに豪華な尾を持ったクジャクのように、アカデミックな称号を付けて威張りながら歩く学識者たちが多くいる中で、公の集まりの中で突然以下のようにしゃべりだすことをはばからないような者」は見当たらないだろう。「私は博士である、私は教授資格取得者である、私は修

---

[39] *Mencke*, Charlatanerie（注37）, 30.

[40] メディアの変遷は学識者たちのモラル・エコノミーにとって特別な挑戦であった。以下を参照せよ。*Marian Füssel*, „On the Means of Becoming famous in the learned World“. Practices of scholarly Status Constitution and the Emergence of moral Economy of Knowledge in the 18th Century, in: André Holenstein / Hubert Steinke / Martin Stuber (Hrsg.), Scholars in Action. The Practice of Knowledge and the Figure of the Savant in the 18th Century, 2 Bde. Leiden 2013, Bd.1, 123-143.

[41] *David Fassmann*, Der Gelehrte Narr oder Gantz natürliche Abbildung solcher Gelehrten, die da vermeynen alle Gelehrsamkeit und Wissenschaften verschlucket zu haben […]. Freyburg 1729. このタイトル銅版画については、*Košenina*, Der gelehrte Narr（注１）, 31ff. ファスマン個人については、*Gerhardt Petrat*, Die letzten Narren und Zwerge bei Hofe. Reflexionen zu Herrschaft und Moral in der Frühen Neuzeit. Bochum 1998, 145-148.

士である。従って、私はより良く知っているに違いない。彼らがまったく間違っている場合でも、彼らはこう言うのである ...。彼らが用いる名前と称号、そして彼らの意見ではそれと結びついた権威は、あらゆる所で大家気取りをしようとするので、この種の学識ある愚か者は、他の者はみな口をつぐまねばならず、彼らだけが語ることができると考えるほどである」[42]。大部分は他のよく知られた学識者風刺（とりわけメンケの『大ぼら』）の編纂物であるこのテキストは、学識ある専門家たちによる助言の実務を批判する様々な一節を含んでいる[43]。一方では彼らと「対話 Discurs」を行っている権力者に対して、みずからよく考える代わりに権威を援用することが好まれているが、他の箇所では、象徴的権威に支えられた専門家の助言を受け入れることが、助言を求める者自身の判断能力の妨げとして批判されている。「というのも、人間はその堕落した欲求ゆえに、一般に次のようにふるまうからである。すなわち、人間はいつでも、大部分の者によって、特に知ったかぶりをする人が推定された顕位や功績を持つ場合、つまりいとも傑出した博士 Doctor Excellentissimus、いとも秀でた修士 Magister praestantissimus、いとも慧眼なる牧師 Pastor vigilantissimus、などと名乗る場合に、そのような者によって是認されたものを、よしとするのが常なのである。なぜなら、そのような哀れな人びとは全体として、彼らが偉大で高貴な学識者の意見を受け入れ是認したならば、あたかも若い参事会員のように判断と言辞において間違えることはありえないだろうと思い込んでいるからである。しかしそうした助言者や言う所の託宣がそうした若い人びとにいかに悲惨な助言を与えているかは、残念ながらその結果が示している！。しばしば結果は明々白々で、というのもこうした助言者たちは、実際に物事が問題となり自分がひとかどの人物であることを示すべきときに、まったく空虚な考え以外の何ものも頭の中に持たないのであり、そうした考えときたら眼前に存

[42] *Fassmann*, Gelehrte Narr（注41）, 2.

[43] このテクストは５つの分冊に分類される。基本的には、第５分冊（191-222）はメンケの『香具師についての２つの話』の訳から構成されている一方で、第１分冊全体（1-90）は、ユリウス・ヴィルヘルム・ツィンクグレフの『筆の英知』から編纂、引き写されている。第３分冊（90-151）は、トラヤーノ・ボッカリーニの様々な言語に翻訳された著名な風刺『パルナッソスの関係』から構成されている。以下を参照せよ。*Trajano Boccalini*, De ragguagli di Parnaso. Venedig 1612-1613.

在する事物にまるで調子を合わせようともしないのである」[44]。人間の「堕落した欲求」はここでは、位階と功績によって影響されうるという、専門家を構成するうえで本質的な公衆の役割を指示している。

ドイツ初期啓蒙の専門家批判の一種の総覧として、職業身分ごとに構成されアルファベット順に並べられた、ゲオルク・パウル・ヘン（1662-1747年）の1720年の『詐欺事典』を読むことができる[45]。「外交使節」から「菓子焼き人」までさまざまな間違いが批判されているが、それらは経済的な欲深さと専門的能力の欠如からある身分をそのようなものたらしめる象徴的な実務まで至るものの並存によって際立っているのである。広い意味でアカデミックに教育された専門家のタイプとして、ここではとりわけ弁護人、医師、官吏、著述家、法廷顧問官、官房事務官、論争家、枢密顧問官、聖職者、学識者、宮廷および行政顧問官、公証人、教授、調査官、書記官と語学教師が数えられている。

ここでもまた、知の担い手たちの演出と、間違った専門家の地位を承認する素人との関連が再び登場する。学識者たちの欺瞞には、なによりみずからの権威の濫用が数えられる。学識者たちは欺くのである。「彼らは、この世界でいくらか権威を獲得すると、そのような権威を用いて彼らの根拠のない意見を、あたかも福音の真実であるかのように、他人に押し付け、教え込むのである」[46]。身分不相応なアクセサリーと並んで、学識者たちはまた、以下の点でも際立っていた。「彼らは読みにくい書き方を装う。それによってのみ彼らは、学識者は悪文を書くという一度形成された先入観にしたがって、学識者と認められうるのである」[47]。ヘンもまた、学識ある専門家それ自体への批判ではなく、その専門的職業のきちんとした行使と、濫用の廃止のための当局によるより厳密なコントロールを目標としているのである。そうしたねらいに対応して、欺瞞の廃止のための提言も組み立てられている。弁護人については、次のように言われている。「ここでもまた、弁護人手数料の廃止と、弁護人への給与支払いの

---

[44] Ebd., 4 u. 174.

[45] *Georg Paul Hönn*, Betrugs-Lexicon, worinnen die meisten Betrügereyen in allen Ständen nebst denen darwider guten Theils dienenden Mitteln entdecket. 3. Aufl. Coburg 1724 [ND Leipzig 1981].

[46] Ebd., 173.

[47] Ebd.

ための弁護人金庫の設置が有用である。少数の良心的で有能な弁護人のみが許可され、それと並んで特別な弁護人規則が導入されることもまた（有用である）」。医師の場合には、とりわけ学位による資格コントロールが目ざされる。「学位のない医師や同様の利用された代理人には、患者を訪ねたり治療したりすることが許可されない。ただし、その者が以前に医学校で試験を受けて有能と認定されていればその限りではない」[48]。後者はまさに、教授たちにおける腐敗した学位授与実務に対する伝統的な批判へと続いている。というのも教授たちは欺いているのである。「もし彼らが博士候補者や修士候補者を口述試験で大目に見てやるならば。そして彼らはそれだけ多くの候補者を持ちたいだけのために、不相応の輩と無知の徒に、昔はあれほど高く尊重されていた大学の学位を、金で授与するのである」[49]。対抗手段としては、より厳しい査察が提言されている。学位授与実務への批判は、よく見られた現象であり、それと共に制度としての大学が批判と風刺の視野に入ってくる[50]。学位授与は大学の生命線と見なされうる。ここでは、いわば大学の専門家が、将来の専門家の養成に際して機能していないのであり、そうやって養成されそこねた専門家たちが、その後宮廷や都市において質の悪い勤務を行うことになるのである。

Ⅳ　役割紛争

近世の学識者風刺と学識者批判の、「唯一」中心的なとまでは言えなくとも、中心的な動機の一つは、世間との近さと遠さの問題であった。理念型的に体現すると、この対立は、世間に背を向けた衒学者のタイプと世間に目を向けたスマートな学識者たちのタイプにおいて見いだされる[51]。17、18世紀の文学は、

---

[48] Ebd., 11.

[49] Ebd., 294. この問題については、以下を参照せよ。*Ulrich Rasche*, Die deutschen Universitäten und die ständische Gesellschaft. Über institutionengeschichtliche und sozioökonomische Dimensionen von Zeugnissen, Dissertationen und Promotionen in der Frühen Neuzeit, in: Rainer A. Müller (Hrsg.), Bilder − Daten − Promotionen. Studien zum Promotionswesen an deutschen Universitäten der frühen Neuzeit. (Pallas Athene, Bd. 24.) Stuttgart 2007, 150-273, hier 248-255.

[50] 以下を参照せよ。*Füssel*, Käfig（注２）, 209-212.

[51] 以下を参照せよ。Art. ‚Pädanterey, Paedantismus', in: *Johann Heinrich Zedler*, Universal-Lexicon […], Bd. 26. Halle/Leipzig 1740, 189-192; Art. ‚Pedant, Pedanterie,

衒学的な学識者たちであふれている。クリスティアン・ヴァイゼの『ホリビリクリビファクス』(1663年) におけるセンプロニウス、同じくクリスティアン・ヴァイゼの『農民マキアヴェリ』(1681年) におけるスクリビリス、ルードヴィヒ・ホルベルクの同名の作品 (1722年、ドイツ語版は1752年) におけるエラスムス・モンタヌス、ゴットリープ・ヴィルヘルム・ラーベナーの『ヒンクマール・フォン・レプゴウの本文のない注釈』(1745年) におけるヒンクマール・フォン・レプゴウ、ルイーゼ・ゴットシェートの『ヴィッツリンク』(1745年) におけるヴィッツリンク氏、アダム・ゴットリープ・ウーリヒの『怠け仕事』(1746年) における修士ボーケスドイテリウス、ヨハン・ペーター・ウツの同名の詩 (1749年) における修士ドゥンス、ヨハン・ゴットリープ・シュンメルの『シュピッツバルト』(1779年) における同名のマッティアス・テオフィールス・シュピッツバルト、ジャン・パウルの『フロリアン・フェルベル校長と彼のギムナジウム生徒のフィヒテルベルクへの旅』(1791年) におけるフロリアン・フェルベル、あるいはフリードリヒ・ニコライの『あるドイツ人哲学者センプロニウス・グンディベルトの生活と意見』(1798年) におけるセンプロニウス・グンディベルト。比較的知られているもののうちいくらかを挙げるだけでも、これだけあ

Pedantisch', in: *Jacob u. Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. 7. Leipzig 1889, 1522f.; *Hans-Ulrich Lessing,* Art. ‚Pedant, Pedanterie', in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 7. Darmstadt 1989, 229-234. イタリアについては、*Arturo Graf, I pedanti*, in: Attraverso il Cinquecento. Torino 1888, 171-213; *Florian Neumann,* „Pedanten". Grundzüge der Pedantensatire im Cinquecento, in: Winfried Müller/Wolfgang Smolka/Helmut Zedelmaier (Hrsg.), Universität und Bildung. Festschrift Laetitia Boehm zum 60. Geburtstag. München 1991, 115-128. フランスについては、*Ricken*, „Gelehrter" und „Wissenschaft" (注５), 249-255 u. 263-287; *Klaus Breiding*, Untersuchungen zum Typus des Pedanten in der französischen Literatur des 17. Jahrhunderts. Diss. phil. Frankfurt a.M. 1969. ライヒにおける学識ある衒学者という形象の構築についての、これまでのところで最も詳細な調査として挙げられるのは、以下の文献。*Wilhelm Kühlmann*, Gelehrtenrepublik und Fürstenstaat. Entwicklung und Kritik des deutschen Späthumanismus in der Literatur des Barockzeitalters. (Studien und Texte zur Sozialgeschichte der Literatur, Bd. 3) Tübingen 1982, 288-454, 概念の語源学については、306f.; 一般的にはまた *Košenina*, Der gelehrte Narr (注１), 56-66, *Dietrich*, Der Gelehrte (注１), 65-130.

る[52]。この講演で追求されている問題設定の枠内では、どの程度まで、対応する役割付与を専門家批判の例としても読みうるかということが、問われるべきである。衒学者の専門知に対する関係のアイロニカルな描写は、フランチェスコ・ベロの『衒学者』（1529/38年）にすでに含まれている。その中で衒学者プルデンツィオは、またしてももっぱら専門家たちの判断に自分を合わせようとしていて（「専門家の判断にしたがって」）、みずからの経験や感情は一切認めないが、そのことは特にパートナー選びについて戯画化されている[53]。特に法律家に向けられていたのは、1721年にフランクフルト・アン・デア・オーダー大学で行われた「きわめてペダンティックな法律家」についての演説である[54]。

ウルリッヒ・フォン・フッテンも―そして彼に続いてツィンクグレフ（1618年）とファスマン（1729年）も―個人的振舞いという面において学識者に専門的知見が欠如していることから、きれいな落ちを引き出している。つまり以下のことが確認されうるのである。「長く学業に携わる人々は、その間に経験自体をしそこなうだけでなく、一般的にあらゆる仕事についてぎこちなく不作法になってしまう。それゆえまた次のようなことにもなる。そういう人たちは、彼らの習慣と振舞いの点で他の人びとから浮き上がり、そして人間同士のあらゆる交わりを断ってしまうのである」[55]。彼らが世間知らずであることはまた、要

---

[52] *Dietrich*, Gelehrte（注１）, 65f; *Alexander Košenina*, Nachbemerkung, in: ders. (Hrsg.), Johann Georg Schlosser, Ueber Pedanterie und Pedanten, als eine Wahrnung für die gelehrten des XVIII. Jahrhunderts. Hannover 1996, 27f. における列挙を参照。

[53] *Dietrich*, Der Gelehrte（注１）, 71.

[54] *Joachim Ludwig Schmeltzeisen*, Oratio De Pedantismo Iuridico, Qua Tabulis Stipendiariis Divi Friderici Wilhelmi Magni De Universa Europa, Et Hac Musarum Sede Regie Et Immortaliter Meriti D. VIII. Mart. Anno MDCCXXI. … Officii Et Pietatis Caussa Publice Satisfacere Volvit, Frankfurt/Oder 1721. わずか２年後にはキール大学でヨハン・ハインリヒ・ホイベル（1694-1758年）が、*Orario de pedantismo juridico* というタイトルで就任講義を行った。*Martin Mulsow*, Prekäres Wissen. Eine andere Ideengeschichte der Frühen Neuzeit, Berlin 2012, 149 を参照。

[55] *Julius Wilhelm Zincgref*, Facetiae Pennalium (1618), hg. v. Dieter Mertens/Theodor Verweyen. (Gesammelte Schriften, Bd. III.) Tübingen 1978, 57f. また、*Fassmann*, Gelehrte Narr（注41）, 40: „daß diejenigen, welche sich lange bey und in dem Studieren auf halten, nicht allein unterdessen die Experientz und Erfahrung an ihnen selbst versäumen, sondern auch insgemein zu allen Verrichtungen ungeschickt und unartig werden.

求された肩書きを一層滑稽なものに思わせた。例えば1785年にヨーゼフ・リヒター（1749-1813年）は次のように書いた。「極めて高貴な生まれのお方 Hochedelgebohrene Herrn は、医者、弁護人、教授、学識ある人々、芸術家。極めて高貴な生まれのお方として小さな屋根裏部屋に住むある学識者を思い浮かべるときほど、この肩書きの馬鹿馬鹿しさが際立つことはない」[56]。学識者には、適切な身だしなみについて、両極端の間で中庸が失われている。例えばメンケは次のように嘆いている。「学識者たちは以下の二つのどちらかであるが、一方では、名誉に貪欲な高慢さのゆえに、どこまで豪華に着飾るべきかという限度を知らない。それによって彼らは、今風の人、フランス語の言い方ではみやびな人 galant-hommes と思われようとしているだけなのである。もう一つのタイプは、余りに不潔ないでたちで現れる。すり切れたマント、古風な上着、そしてずり下がったズボンをはいてうろうろする。それを見ただけで人はこう思うに違いない。彼らの関心はすべて研究することだけに向けられているのだ、と」[57]。衒学性とスマートさはまた、18世紀末にイマニュエル・カント（1724-1804年）にとっても学識者の振舞いの根本的に間違った形式であった。「諸学問を考慮すると、そこには支配的な嗜好の点で２つの堕落が存する。１つは単に学校のためだけに学問をし、それによって利用への配慮という点で学問を制限する。もう１つは、学問を単に付き合いや世間のためだけに行い、それによって学問の内容に対する意図の点で学問を制限する」[58]。この定式化には、学識ある専門家の役割についてのパラドックスのようなものが現れている。専門家の役割にとって本質的であるような特別な知識の取得の深化は、その専門家としての知識を学識のない周囲の世界に伝達することがもはやできないような衒学者になるという危険、つまり専門馬鹿になるという危険をはらんでいた。これに対して、その技術が何よりも普遍的なコミュニケーション能力と適応能力にあ

Dannenhero geschiehet es auch, daß sie sich sonderlich durch ihre Sitten und Geberden vor andern Leuten charakterisieren, und sich aller menschlichen Gemeinschaft entschlagen".

[56] *Pater Hilarion (=Joseph Richter)*, Bildergalerie weltlicher Misbräuche ein Gegenstück zur Bildergalerie katholischer und klösterlicher Misbräuche. Frankfurt/Leipzig 1785 (ND Dortmund 1977), 95f.

[57] *Mencke*, Charlatanerie（注37）, 131f.

[58] *Immanuel Kant*, Logik (1800), in: Kants Werke, Bd. 6. Frankfurt a.M. 1968, A 64, 472.

るようなスマートな学識者は、専門家へと至るには足りないほど表面的にしか学問をしない。彼は、せいぜい知識の普及者としての役割を果たしうるだけで、専門知識を持った問題解決者としては機能しないのである。

結論

風刺の視界に入るためには、専門家たちはまず行動範型と機能の点で一定の量的な濃度を達成しなければならなかった。学識者それ自体から区別されるような、みずからの役割を形成するには、それが必要だったのである。そのための装置は近世において与えられていたが、大学関係の専門家の形象は、少なくとも身分批判においてはなお、学識者一般のテーマ化から際立つことはなかった。ほとんどの一般的な批判は、様々な身分的で学識あるアクターの総覧を得ようと努めていたが、しかし全体として見ると、とりわけ法律家たちが目立っている。法律家身分において専門家批判は主に燃え上がったのである。法律家は社会の至る所で専門家の役割を引き受け、領邦化と国家形成の中でますます多くの影響力と重要性を獲得していたからである[59]。近代的な専門家概念の概念史的痕跡のほとんどが、法文化的な起源に帰されうるのも、それゆえ驚くべきことではない。

学識的知識の認識論的な通用性は中世以来、特権化された身分的地位と結びつけられていたが、法的に保障された威信の秩序は、新しいないしそれと並ぶメカニズムの前に次第に姿を消していった。学識者が専門知識を与える者という役割で行為した場合にはいくらかの部分で専門家の振舞いでもありえたような、みずからの学識ある振舞いを涵養することは、衣装や肩書きといった伝統的な権威授与の象徴に付け加わるような、特殊な権威ポテンシャルを開いた[60]。

---

[59] 以下を参照せよ。*Roman Schnur* (Hrsg.), Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates. Berlin 1986.

[60] 以下を参照せよ。*Marian Füssel*, Die zwei Körper des Professors. Zur Geschichte des akademischen Habitus in der Frühen Neuzeit, in: Horst Carl/Friedrich Lenger (Hrsg.), Universalität in der Provinz. Die vormoderne Landesuniversität zwischen korporativer Autonomie, staatlicher Abhängigkeit und gelehrten Lebenswelten. Darmstadt 2009, 209-232; *Gadi Algazi*, Eine gelernte Lebensweise. Figurationen des Gelehrtenlebens zwischen Mittelalter und Früher Neuzeit, in: Berichte zur Wissenschaftsgeschichte 30/2, 2007, 107-118; *Ders.*, Scholars in Households. Refiguring

学識者はよく解らない専門用語を話し、俗世を忘れて学問に打ち込み、まさにそれによってその特別な身分文化的アイデンティティを確認することができた。しかし専門家としてはそれに加えて、専門能力を提示する専門能力が必要であったが、それは社会的環境に対するコミュニケーションの開放を放棄しえないものであった[61]。しかし、まさにこの点に関して、たいていの観察者たちは学識者身分の中心的問題の一つを見ていたのである。専門能力を提示する専門能力が廷臣において行き過ぎることは、みずからの本の世界の中で非社交的に没入することと同様、学識ある専門家の理想にとっては不適切であった。学識者批判、特に法律家批判にはその限りで、新しい役割理解の創出に寄与するような、学識者文化内部における規制的な方向付け機能が存したのである。法律家に対する批判は、腐敗、訴訟の引き延ばし、過度の身分的うぬぼれといった彼らの問題を取り除かなかった。しかし法律家批判は、否定形で、法律家身分の認識論的な徳を可視化した。それは、法律家がどのように振る舞うべきなのか、ということについて内省的な意識を生み出した。法律家風刺の名宛人は、この観点に関して言えば、おそらくたいてい法律家自身だったのである。しかしより広く、身分批判と学識者批判を視野に入れることで、同様に以下のことが示された。つまり、法律家たちは彼らの依頼人との関係においても知覚され、それによって彼らに対する批判は社会の広い範囲に関わっていたということである。もっとも、多くの銅版画の「貧しい農民たち」はおそらく風刺的文献の優先的な受け手には数えられず、そうした風刺文学はむしろ教養ある諸身分のメディアであったのだけれども。

図版出典一覧

図１：Monogrammist AED Schal, Satire auf die Bestechlichkeit der Advokaten, Kupferstich 1618, Germanisches Nationalmuseum Nürnberg, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 149.

図２：Hendrik Goltzius, Notarius Imperitus, Kupferstich, 1597, Germanisches

---

the learned Habitus, 1480-1550, in: Science in Context 16, 2003, 9-42.

[61] 以下を参照せよ。*Michaela Pfadenhauer*, Professionalität. Eine wissenssoziologische Rekonstruktion institutionalisierter Kompetenzdarstellungskompetenz. Opladen 2005.

Nationalmuseum, Nürnberg, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 143.

図３：Daniel Pfisterer, Barockes Welttheater: ein Buch von Menschen, Tieren, Blumen, Gewächsen und allerlei Einfällen/ geschrieben und gemalt von Daniel Pfisterer, begonnen im Jahre 1716. Hrsg. vom Württembergischen Landesmuseum und dem Geschichts- und Kulturverein Köngen e.V., Stuttgart 1996, 2 Bde., 79.

図４：[Anonym], Die Wahrheit der jetzigen Welt, Kupferstich, nach 1721, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 167.

図５：Counsellor Cozen Consulting Class, Radierung 1773, British Museum, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 74.

図６：William Hogarth, The Bench, Kupferstich, ca. 1764, Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 183.

図７：[Anonym], Jurist (?) schlägt Justitia mit Codex, Lavierte Federzeichnung, um 1770, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 175.

図８：Anonym, Herkomannus, Einblattdruck mit Kupferstich und Typendruck, 1701-1715, Germanisches Nationalmuseum, Nürnberg, in: Anja Eichler/ Eva Fußwinkel/ Nadine Löffler (Hrsg.), Spott und Respekt – die Justiz in der Kritik, Petersberg 2010, 165.

（訳者後記）

本稿は、2019年３月16日に専修大学神田キャンパスで開催された比較国制史研究会で、マリアン・フュッセル教授が行った講演の翻訳である。同教授は、訳者の一人である田口が代表の JSPS 科研費基盤Ｂ（16H03535）の費用で来日

し、約10日間滞在され、２回の講演の他、研究集会の前後にも積極的に日本の研究者と交流された。ご多忙な中、遠路来日されたフュッセル教授に感謝するとともに、研究会場を準備していただいた専修大学法学部の小川浩三教授にも御礼を申し上げる。

マリアン・フュッセル教授は、1973年生まれで、ミュンスター大学で歴史学、社会学、哲学を学び、2004年に同大学で博士号を取得した（指導教授はドイツ近世史研究者として著名なバルバラ・シュトルベルク＝リリンガー Barbara Stollberg-Rillinger 教授）その後、ミュンスター大学助手、ギーセン大学 Juniorprofessor（文化史担当）、ゲッティンゲン大学 Juniorprofessor（近世史担当）を経て（この間ハレ大学から招聘を受けたが応じなかった）、2010年からゲッティンゲン大学教授（近世史・学問史担当）に就任、現在に至っている。大学の外でも、大学史・学問史学会 Gesellschaft für Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte、軍事史研究会 Arbeitskreis Militärsgeschichte、近世の軍隊と社会研究会 Arbeitskreis Militär und Gesellschaft in der Frühen Neuzeit、18世紀史学会 Deutsche Gesellschaft für die Erforschung des 18. Jahrhunderts 等の会員として旺盛な研究活動を展開し、また2017年から2018年にはミュンヘンの歴史研究会 Historisches Kolleg のフェローとして七年戦争史の執筆に取り組んだ。

公刊された業績としては、学位論文に基づく Gelehrtenkultur als symbolische Praxis. Rang, Ritual und Konflikt an der Universität der Frühen Neuzeit, Darmstadt 2006 の他に、一般向けの Der Siebenjährige Krieg. Ein Weltkrieg im 18. Jahrhundert (Beck Wissen), München 2010（2013年にイタリア語訳が出ている）および Waterloo 1815 (Beck Wissen), München 2015 がある。またミシェル・ド・セルトーを論じた Zur Aktualität von Michel de Certeau. Einführung in sein Werk, Wiesbaden 2017も出版されており、フュッセル教授の研究の理論的深みを感じさせる。更に、十数冊の共編著（例えば、Christoph Dartmann, Marian Füssel und Stefanie Rüther (Hg.), Raum und Konflikt. Zur symbolischen Konstituierung gesellschaftlicher Ordnung in Mittelalter und Früher Neuzeit (Schriftenreihe des Sonderforschungsbereichs 496, Bd. 5), Münster 2004; Marian Füssel und Michael Sikora (Hg.), Kulturgeschichte der Schlacht (Krieg in der Geschichte 78), Paderborn 2014; Marian Füssel und Martin Mulsow (Hg.), Gelehrtenrepublik (= Aufklärung. Interdisziplinäres

Jahrbuch zur Erforschung des 18. Jahrhunderts und seiner Wirkungsgeschichte, Bd. 26), Hamburg 2015; Jan-Hendryk de Boer, Marian Füssel und Maximilian Schuh (Hg.), Universitäre Gelehrtenkultur vom 13. - 16. Jahrhundert. Ein interdisziplinäres Quellen- und Methodenhandbuch, Stuttgart 2017）とそれらに収録されたものを含む多数の論文があり、現在のドイツ近世史学界でフュッセル教授が中心的な研究者の一人であることをうかがわせる。

フュッセル教授は講演でも言及されたゲッティンゲン大学のGraduiertenkolleg「12世紀から18世紀の専門家文化」でも中心的な役割を果たした。同教授が編者となっている関連論文集として、Jan-Hendryk De Boer, Marian Füssel und Jana Madlen Schütte (Hg.), Zwischen Konflikt und Kooperation. Praktiken der europäischen Gelehrtenkultur (12. - 17. Jh.), (Historische Forschungen 114), Berlin 2016; Marian Füssel, Philip Knäble und Nina Elsemann (Hg.), Wissen und Wirtschaft. Expertenkultur vom 13. bis 18. Jahrhundert, Göttingen 2017; Marian Füssel, Antje Kuhle und Michael Stolz (Hg.), Höfe und Experten. Relationen von Macht und Wissen in Mittelalter und Früher Neuzeit, Göttingen 2018 があり、また最近 Marian Füssel, Frank Rexroth und Inga Schürmann (Hg.), Praktiken und Räume des Wissens. Expertenkulturen in Geschichte und Gegenwart, Göttingen 2019 が公刊された。

本講演は、このゲッティンゲン大学での専門家文化に関する研究と議論をも背景としつつ、西洋近世における法律家批判を扱っている。法律家批判は、これまで他の研究者によってもたびたび取り上げられてきたテーマであるが、フュッセル教授の本講演は、多くの興味深い図像や文学作品を素材とし、また中世近世の学識者・専門家に対する風刺という全体的文脈の中で法律家批判を論じており、法制史学者の自己反省としての法律家批判研究とはまた異なった興味深い論考となっている。他の種類の専門家に対する批判と比較しても、法律家批判がより頻繁に展開されてきたという指摘は、西洋社会における法律家の存在の大きさを改めて印象づける。また、風刺の受け手として想定されていたのは基本的に学識者であったという見方も、法律家批判の意味を考えるうえで、重要であろう。

講演後の討論では、個々の図像資料の解釈が立ち入って検討されたほか、風刺と現実との関係、法学文献に現れるステレオタイプとの関係、近世における法学の展開・司法制度の変化・統治当局の役割増大が法律家批判に及ぼした影

響、医者や軍人といった他の種類の専門家への批判と法律家批判との異同、知の社会的伝達という観点から見た専門家の意義など多岐にわたる問題が議論された。長時間の質疑をこなしていただいたフュッセル教授に改めて感謝するとともに、同時に来日されたご夫人のシュテファニー・リューター Stefanie Rüther 博士（マックス・プランク・ヨーロッパ法史研究所研究員）を含む研究会参加者の方々にも御礼を申し上げたい。わが国の関心ある読者にとって、本講演の翻訳が西洋における法律家の歴史的意義を考える契機となれば、訳者としては幸いである。

（田口正樹）

研究ノート

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

（以上、七〇巻二号）

第三章：古典的な民主的正統化モデル
第一節：当時の状況
第二節：民主的正統化の定式
第一款：民主政理解
第二款：民主的正統化の四要素
第三節：個別領域
第一款：合議制機関
第二款：機能的自治
第四節：検討
第一款：正統化水準の上下
第二款：現実との乖離
第四章：多元的な民主的正統化の理論
第一節：民主的正統化に対するアプローチ
第二節：判例（二〇〇二年、二〇〇四年）
第一款：機能的自治と学説
第二款：リッペ水利組合決定（二〇〇二年）
第三款：公証人保険組合決定（二〇〇四年）
第三節：学説（トゥルーテ）
第一款：問題意識
第二款：民主政理解
第三款：正統化主体
第四款：正統化手段
第五款：個別領域

第六款：検討
第四節：小括
第五章：「参加による正統化」の可能性
おわりに

第三章：古典的な民主的正統化モデル

前二章においては、時期的には一九七〇年代から一九八〇年前後にかけての議論を検討対象とした。そこでは、初期の参加論が憲法原理に着目しながら、しかし参加と（民主的）正統化とを切り離して理解していたこと、そしてその後には参加と正統化の関係を問い直そうとする試みが一部で現れはじめたことが確認された。そうした流れを受けて、本章では、一九九〇年代に判例を通じて急速に足場を固め始めた、もはや古典的と称される民主的正統化のモデルの構造を明らかにし、その上で、このモデルが参加との関係でいかなる問題を投げかけていたのかを明らかにすることを主たる目的する。

この古典的な民主的正統化のモデルは、シュミット・グレーザーやメンツェルが示していたところの（規範的な）正統化の理解と軌を一にするものであり、内容的にみても特段の新しさがみられるわけではない。しかしながらこのモデルは、これまでの通説的見解をより明確な形で定式化することで、結果としてその批判ないし修正のための議論の出発点を形成したと評価しうるものである。前二章において繰り返し指摘してきたように、この伝統的な正統化理解を採用する場合には、原則として参加に正統化機能が認められることはない。では、このような正統化モデルは、どのような理論的な裏付けに支えられているのか。また、参加に正統化機能を認めるという試みにおいて、そのモデルのいかなる点が障害となりうるのか。本章では、この問題により詳細に取り組んでいくこととしたい。

第一節：当時の状況

（以上、本号）

参加と正統化の関係をめぐっては、伝統的な正統化モデルに従って参加に正統化機能が認められないとする見解と、伝統的な正統化モデルが現実と乖離していることを問題視し、実際上の意義に着目しながら参加に正統化機能を認めようとする見解とが対立していたこと、そして、前者の見解と比べると、後者の見解には法解釈上の困難さが存在していたことは、前章までで確認した通りである。とりわけ、前者の見解の通説的な地位を確固たるものとしたのが、連邦憲法裁判所の一九九〇年代の判決である。すなわち、当時の連邦憲法裁判所の第二法廷は、ベッケンフェルデ（Ernst-Wolfgang Böckenförde）の学説[1]を引用しながら、伝統的な民主的正統化のモデルを明確に支持し、そしてそこから外れる現象を民主政原理に反し違憲であると判断するという厳格な適用を行ったのである。具体的には、外国籍保持者に対する地方選挙権の付与[2]、そして公務員に対する共同決定権の付与[3]が問題となった事案において違憲判断を行っており、これらの判決が民主的正統化の理解をめぐる論争を引き起こすことになったわけである。

これらの判決の背後にあるのはベッケンフェルデによる民主的正統化のモデルであるが、この点、本稿では、彼のモデルと連邦憲法裁判所の判決を詳細に比較することはせず、さしあたりこれらの判決の理解と彼のモデルがほぼ同一視できるという前提の下で、議論を進めることとしたい。また、ベッケンフェルデや一九九〇年代に判例が採用してきたモデルについては、既に多くの先行研究が存在するところではある[4]。ただ、「参加による正統化」の可能性を探究していく上で、結果として参加の正統化機能の否定を導くことになる古典的なモデルが、参加に正統化を認めようとする立場とどのような点において対立しているのかを明らかにする必要がある。そしてこれを検討するにあたっては、古典的なモデルに言及せずに済ませることは不可能である。したがって本章では、先行研究との重複を承知の上で、これを本稿の関心と引き付けながら確認することとしたい。

第二節：民主的正統化の定式

第一款：民主政理解

古典的な民主的正統化モデルの根源にあるとされるのは、基本法の定める民主政が国家形式および統治形式としての民主政であるという理解である。ここでは、民主政原理は、法治国家、共和国、そして社会国家といった他の原理とは区別され、国民主権原理と結合し「拘束力のある」ドイツの根本思想の表明と

して位置づけられている。かくして、基本法二〇条二項は、国民主権原理を実現する支配を組織化するための組織原理として理解されることになる。(5)

こうした理解を採ると、一九六〇年代以降に推進された「社会の民主化」といった事象については、それが民主的正統化を妨げない限りにおいては、基本法上の民主政原理からは禁止も要請もされることのない、民主的な立法者に開かれた領域ということになる。(6)

また、このモデルを支持する論者らが強調するのは、民主政と平等が相互に密接な関係にあるという点である。つまり、民主政は、政治的な権力獲得の平等な機会を保障するものと理解される。したがって、国家国民概念を構成する全ての者にとって共通かつ平等な方法によって成し遂げられる民主政・平等こそが正統化の出発点であるとされ、(7)この民主的平等が、「国民」概念を厳格に解釈することを裏付けるのである。(8)

第二款：民主的正統化の四要素

古典的な民主的正統化のモデルの特徴は、これまで各論者によって多種多様に論じられてきた民主的正統化の要素を、非常に分かりやすい形で四つの要素により定式化し、そしてそれを判例を中心とする具体例に沿って例証した点にある。この四要素とは、「正統化主体」、「正統化客体」、「正統化手段」、「正統化水準」であり、それぞれにある程度の明確な定義が与えられている。その際に解釈上の出発点として持ち出されるのは、基本法二〇条二項「あらゆる国家権力は、国民に由来する」という一文である。

一　正統化主体

民主的正統化の主体となるのは、基本法二〇条二項の意味での「国民（Volk）」である。ここでいう国民とは、「国家構成員である人間の総体としての国民」として理解される。ここで国家構成員のためのメルクマールとされるのは国籍であり、国籍保持者の総体こそがドイツの「国家国民（Staatsvolk）」という運命共同体として、正統化主体として認められることになる。(9)

他方、このモデルは、クライスやゲマインデなどの地方自治体の住民の総体についても、地方自治の民主的正統化という領域において、「部分国民（Teilvolk）」として正統化主体となることを認めている。正統化主体としての「部分国民」は、国家国民から地域をメルクマールとして切り分けられた「国民の一

部」として位置づけられ、また、国家国民を特徴付ける「不特定の一般性」が維持されていることから認められる。ただし、「部分国民」は「国家国民」と完全に対等なのではなく、特定の地域において国家国民と類似の正統化構造を持つものとして、基本法二八条一項により部分的に正統化主体として認められるものにすぎない[10]。

したがって、このモデルにおいて正統化主体となりえるのは、国籍を有する者で構成される「国家国民（Staatsvolk）」と、国籍を有する各クライス・ゲマインデの住民で構成される「部分国民（Teilvolk）」に限定されるのであって[11]、その時々の事案における利害関係者や団体の構成員（「団体国民（Verbandsvolk）」）が正統化主体になることはない[12]。

二　正統化客体

また、基本法二〇条二項によると、民主的正統化を必要とするのは「あらゆる国家権力」であるから、客観的に国家的な活動の全範囲が妥当することになる。この点、正統化を必要とする客体は、「決定としての性格を持つ、国家的な機関ないし機能主体のあらゆる職務上の行為[13]」と定義付けられる。かかる理解からは、審議会における協議のような、決定の準備に寄与するにすぎない行為が正統化客体から除外される[14]。つまり、参加手続そのものの多くは直接には正統化を必要としていないが、他方、共同決定のように決定の性格を持つ行為については正統化が要求されるのである。

三　正統化手段

以上のように定義された正統化客体は、「機能的・制度的正統化」、「人的正統化」（「組織的・人的正統化」）、「事項的・内容的正統化」という異なる三つの正統化手段を通じて正統化される必要がある。以下では、正統化手段の内容について、それぞれ確認する。

1　機能的・制度的正統化

機能的・制度的正統化（funktionelle und institutionelle Legitimation）は、憲法制定者が立法権、執行権、そして裁判権という三つの権力を、それぞれ固有の機能・機関ごとに構成したことを根拠とする正統化手段である。これによれば、「それぞれの権力は、すでに憲法制定者としての国民を通じて、抽象的な民主的正統化を得ている[15]」ものと理解される。

しかし、機能的・制度的正統化は、国民から国家権力への具

体的・永続的な帰責の連関の確立に寄与するものではないため[16]、単独で必要な正統化水準を満たすことはできず、他の正統化手段を代替することもできない。したがって、個々の職務担当者を国民へと恒常的に再拘束するために、具体的な民主的正統化として、このモデルでは人的正統化と事項的・内容的正統化という二つの正統化手段が重要視されることになる[17]。

2　人的正統化

人的正統化（personelle Legitimation）あるいは組織的・人的正統化（organisatorisch-personelle Legitimation）は、国家的な事項を委託される個々の職務担当者から正統化主体たる国民へと帰することのできる「途切れることのない正統化の連鎖」が保たれることによって生ずる民主的正統化である[18]。これは、国民や国民によって選出された機関を通じて職務担当者を任命することを要求する形式的な正統化手段である。これによると、法律によって職務担当者について一般的・抽象的に規定するだけでは、正統化は達せられないことになる[19]。

3　事項的・内容的正統化

形式的な正統化手段である人的正統化に対して、事項的・内容的正統化（sachlich-inhaltliche Legitimation）は実体的な正統化手段であり、「国家権力の行使を、その内容について国民から導き出すか、あるいは国民の意思から斡旋することによって、国民を通じた国家権力の行使を確保するために規定される」[20]。つまり、この正統化によって、「国家的な行為の内容を国民の意思へと再拘束すること」[21]が意図されるのである。その確立のためには二つの経路が認められており、両経路が相互に連関することによって事項的・内容的な正統化が生じるとされている[22]。

第一の経路は、行政の議会制定法への拘束である。それは、直接に正統化された国民の代表機関たる議会に立法権が保障され、そして国会によって議決された法律にあらゆる他の国家機関が拘束されることによるものである[23]。

第二の経路は、選挙を通じた民主的責任である。これは、定期的に行われる選挙を通じて、国民の代表が国民によって承認されることを通じて斡旋されるものである。この民主的責任は、国民に対して議会が責任を負い、議会に対して政府が責任を負うという責任関係において存在するものである。ここでは、政府・大臣は自らの行為について責任を負うのみならず、所管下にある下位の官庁・機関に対して指揮権ないし監督権を行使す

ることにより、これらの責任をも引き受ける。[24]

四　正統化水準

上記の正統化手段をもとに、基本法上で要求される正統化水準が判断される。先に見た通り、機能的・制度的正統化は、憲法レベルで抽象的な正統化を付与しているにすぎず、他の正統化手段とは代替関係にない。したがって、主に人的正統化と事項的・内容的正統化の関係から、十分な民主的正統化に達しているかが判断される。ベッケンフェルデは、この点について次のように説明する。「両形式は、国家活動の実効的な民主的正統化という同じ目標にかかわるものであるため、それらは正統化の要因として結びつきを持たずに相並んで存在するのではなく、むしろ相互に関連するのである。確かにそれらは決して完全に代替されうるものではないが、しかし、それらを通じて基本法二〇条二項によって要求される民主的正統化の実効性（正統化水準）が疑問視されない限りでは、一定の範囲内で代用することができる」[25]。そして、連邦憲法裁判所も、「憲法上の見地からして重要なのは、国家的な行為の民主的正統化の形式ではなく、その実効性である」[26]としている。したがって、正統化客体が必要な正統化水準を満たしているかどうかは、国家権力の行使へと正統化主体たる国民が実効的な影響を及ぼすことができるかどうかという観点から、人的正統化と事項的・内容的正統化の相互作用を考慮して判断されることになる[27]。なお、この二つの要素のどちらかを完全に欠いている場合には、実効的な民主的正統化は原則として考えられないのであって[28]、正統化水準を満たさないということになる。

第三節：個別領域

さて、最後に、具体的な個別領域を題材に、正統化水準を満たしているかの判断がどのように行われるのか確認する。ここで題材とするのは、共同決定が行われることとなる合議制機関（第一款）、そして利害関係者の参加を伴い、地方自治とは異なった自治の形である機能的自治（第二款）である。

第一款：合議制機関

合議制機関とは、具体的には三人以上の構成員を有し、法規範によって決定権限を与えられている委員会などを指すとされている[29]。合議制機関が特徴とするのは、私人を構成員として取り込んでおり、独立して（共同）決定を行うことである[30]。先に

確認した通り、「決定の性格を持つ、国家的な機関ないし機能主体のあらゆる職務上の行為」は正統化を必要とし、合議制機関がこれについて共同決定を行うのであれば、その決定は民主的に正統化されていなければならない。ここで特に問題となるのは、私人が合議制機関の構成員として決定に参加することから、共同決定を行う合議制機関の構成員が人的正統化を得ているか、そしてどれだけの構成員が正統化されている必要があるかという点である。

古典的なモデルによると、合議制機関の共同決定に対しては、まず、合議制機関における構成員の過半数が個々に民主的に正統化されていることが要求される。そしてまた、「民主的に正統化された構成員が意見対立の中でその見解を貫徹する機会を侵害されない範囲内で、個々に民主的に正統化されていない構成員は、機関の決定に協働することができる」。すなわち、決定が行われる際にも、民主的に正統化されている構成員のその過半数の賛成によってそれが行われる必要がある（いわゆる「二重の過半数の原則」[31]）。したがって、合議制機関においては民主的に正統化されている構成員を中心として決定を行わねばならないが、その決定権を侵害しない範囲でのみ、社会の利益代表者として参加する構成員に協働が許容される[32]。

つまり、共同決定の問題についていえば、正統化水準を満たしているかどうかの判断の際には、人的正統化が極めて重要な判断材料となるわけである。

第二款：機能的自治

これまでも何度か登場した機能的自治の領域においては、その自治主体は通常、利害関係者たる団体構成員らによって構成され、その中から自治の任務を行う者が選ばれる。ここには、地方自治体のような、国家に類似した正統化の構造は認められない。したがって、機能的自治には「国民」へと帰することのできる正統化の連鎖が存在せず、人的正統化が恒常的に不足しているのである。

古典的なモデルによると、機能的自治の民主的正統化をめぐる問題は、団体内における意思形成を通じて斡旋される「自律的正統化」あるいは「補完的正統化」などといったものによって解決できるものではないとされる[33]。民主的正統化は、先に見た三つの正統化手段を通じてのみ成し遂げられるものであるから、かかる理論における機能的自治は、十分な民主的正統化が果たされないものと理解される。そして、この機能的自治の民主的正統化の不足は、例えば基本法八七条二項[34]のような他の憲

法上の根拠によって、あるいは学問との関係での大学のような、基本権の実現を可能とするための特別な必要性によって正当化されなければならないとされる[35]。

したがって、そもそも機能的自治において十分な正統化水準を満たした民主的正統化がなされることはないのであって、人的正統化の不足は他の憲法上の根拠によって例外的に正当化されることになる。

第四節：検討

以上の通り、これまで伝統的で通説的な地位を占めてきた古典的なモデルの枠組みを確認してきた。しかしながら、このモデルには様々な問題点や不明確な点が指摘されてきた。その問題点の全てを確認することはできないが、本稿の関心と絡めて、いくつかの問題を取り上げて簡単に紹介・検討しておくこととしたい。

第一款：正統化水準の上下

このモデルで必ずしも明確になっていないのが、正統化水準である。ここでは、基本法の要求する一定の正統化水準を満たしているか否かが、合憲・違憲の判断基準である。この点、正統化水準を満たしているかどうかは人的正統化と事項的・内容的正統化の相互作用から判断されるとはいうものの、基本法上で要求される正統化水準（「民主的正統化の実効性」）が、そもそも何を根拠に設定されているのか、明らかにされていないのである。

この疑問をより明らかにするために、以下では、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州における公務員の共同決定が問題となった一九九五年の連邦憲法裁判所決定[36]を確認し、それを題材として問題点を明らかにすることとしたい。

一九九〇年に制定されたシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州の共同決定法は、公務員代表委員会（Personalrat）に対して、公官庁（Dienststelle）が行う被用者にかかわるあらゆる事項についての共同決定権限を認めており、公官庁と公務員代表委員会が共同決定に同意できなかった場合には、両者によって対等に構成された仲裁委員会が最終的に共同決定を行うこととされていた。本法律について、CDU/CSU の議員らが民主政原理および法治国家原理に違反し違憲であるとして出訴した事案である。結論として、本法律は民主政原理に違反し違憲であると判断された。

本決定で論点となったのは、公務員による決定への影響力行使がどの程度まで許容されるかという点、そして合議制機関として共同決定を行う仲裁委員会の組織構成が民主的正統化されているかどうかという点である。連邦憲法裁判所は、具体的な判断にあたっては、事案との関係性に応じた三段階のモデルを定立し、結論として決定事項の重要性に応じて求められる正統化水準が異なることを示したのである。

まず、本決定においては、共同決定に対する理解の大枠が示される。すなわち、「共同決定は、一方では職務内の措置にのみ及ぶことが許されており、そして雇用関係に基礎を置く公官庁の被用者に特有の利益がそれを正当化する限りでのみ許容される（保護目的の限界）。他方で、民主政原理は国家権力の行使にあたって、職務委託の実現にとって重要な決定の際に、必ず議会に責任を負う行政主体の最終決定権限が保障されるように要求する（責任の限界）[37]」。

以上のように、職務への責任を伴った関わりの程度、そして被用者の利益の程度などを考慮しなければならず、共同決定を行う事項の性質に応じて、それぞれの場合に即して検討する必要性が指摘されるのである。そこで、連邦憲法裁判所は、決定事項の性質を三類型に区別し、それぞれについて公務員代表による決定への参加の可能性や限界を、以下のように示したのである。

すなわち、まず決定事項は、（a）被用者が市民に対する職務の遂行には関わらない、あるいは関わるとしてもわずかであるが、雇用関係において重要な事項、（b）被用者が市民に対する職務の遂行には関わらない、あるいは関わるとしてもわずかであり、雇用関係の内部領域に関わる措置、（c）市民に対する職務の遂行に重要な点で関わるが、被用者の利益に関わる措置という、三類型によって区別される[38]。

（a）の場合、「民主政原理は被用者の広範な協働を許容する」が、「これらの場合にも――緩和されてはいるが――民主的正統化が必要である[39]」。

（b）の場合、「ここでは仲裁委員会の最終決定の権限は、その構成員の過半数が制約なく人的に民主的に正統化されており、かつ、決定がこのようにして正統化された構成員の過半数以上によって下されるという前提の下でのみ、受け入れられることができる（いわゆる二重の過半数の原則[40]）」。

（c）の場合、「このような措置が、議会および政府に責任を負わない独自の決定を行う機関に委ねられることは許されない[41]」。つまり、この場合、民主政原理の要請を緩和させるこ

とは認められず、公務員による共同決定（本件では仲裁委員会による決定）は許容されない[42]。

以上のように、本決定は、必要となる民主的正統化の水準が、市民との関係における決定事項の重要性に応じて上下しうること[43]、そしてまた、他の何らかの要請との兼ね合いで緩和されうることの二点を、公務員の共同決定という具体的な事例に即して明らかにしたのである。後者についてみると、ここでは、共同決定が持つ「被用者の保護」という機能が民主的正統化の要請を緩和させるか、あるいは民主的正統化の不足を正当化すること、つまり、要求される正統化水準を実質的に引き下げうることが示されているといえる。しかしながら、ここで問題とされるべきは、連邦憲法裁判所がこの「被用者の保護」という観点を基本法との関係でどこから持ち出したのか、全く明らかにされていないことである。人的正統化の不足が実質的に正当化されているわけであるから、ここでは結果として、民主的正統化の手段とは全く別な要素であり、かつ基本法との関係が明らかにされていない共同決定の「被用者の保護」という機能に[44]、正統化に匹敵しうる意義が認められていると理解できるだろう[45]。

このようにしてみると、この正統化水準の可変性を社会国家原理や基本権のような基本法上の他の原理原則との調整であると理解するとしても、そうでないとしても、参加的な要素が正統化手段とは異なるルートで考慮されることにより、結果的に正統化に影響を及ぼす可能性というのは、古典的なモデルにも残されているといえる[46]。もっとも、この意味で正統化（水準の緩和）ないし正当化に寄与することがあるとしても、それは民主政原理の解釈に基づいた「国民」を淵源とする正統化としての性質は持たないため、民主的正統化と呼ぶべきものではない。したがって、いずれにせよこの古典的なモデルは、民主的正統化を参加に認めるものではないと理解してよいだろう。

第二款：現実との乖離

さて次に、現実的な側面を取り上げることとしたい。すなわち、このモデルがいかなる点で現実と剥離しており、いかなる点が問題視されてきたのかを、その主たる正統化手段である人的正統化の観点（一）および事項的・内容的正統化の観点（二）から、理論的な問題も踏まえて簡単に指摘しておく。

一　「途切れることのない正統化の連鎖」

このモデルは、民主的正統化に関する判例のほとんどにおい

て人的正統化が問題となってきたことからも分かるように、結果として「途切れることのない正統化の連鎖」を偏重する傾向がある。しかしながら、この正統化の連鎖という思考は、もっぱら形式的に正統化の連鎖の有無に焦点を当てるがゆえに、しばしば現実との乖離が指摘される原因となっている。この意味でとりわけ問題となるものとして、ここでは、正統化の連鎖の長さや更新性、そしてその構想の単純さに対する疑義について、簡単に言及しておくことにしたい。

この点については、エムシャー水利組合の民主的正統化が問題となった事案[47]において、ミュンスター上級行政裁判所が判決の中で述べた指摘が的確であろう。すなわち、「その時々の職務担当者ないし機関構成員の国民への正統化のレールがより長くなり、そして正統化行為がよりいっそう過去に行われたものであるという場合には、途切れることのない正統化の連鎖という思考は、民主政の要請に鑑みると、その訴求力（Aussagekraft）を失っている[48]」。すなわち、現実には、連鎖が長くなればその分だけ正統化主体からの距離は広がり、また、正統性の調達から時間が経てばその分だけ正統化主体からの距離は広がるわけである[49]。その場合、このモデルが想定している連邦議会による責任の引き受けが現実には困難となるわけであるが[50]、このモデルは、このような視点をしばしば欠いているのである。

また、正統化の連鎖という思考様式は、確かに単純かつ明快であるというメリットはあるものの、現代の複雑化した行政構造の分析にあたって、この枠組みで本当に十分であるのかという疑義は生じうると思われる。この点、二〇〇七年のハルツⅣに関する連邦憲法裁判所判決[51]の少数意見においても、以下のような指摘がなされている。すなわち、「現代の行政構造の民主的正統化の可能性は、〔…〕法廷の多数意見が持ち出す十分な正統化水準という複雑な構造には適していない、正統化の連鎖の観念にあっさりと手を出すことによって、消失しつつある[52]」。

二　「法律の目的プログラム化」

第二の問題は、事項的・内容的正統化に関わるものである。事項的・内容的正統化は、国民によって直接に選出され民主的正統化を得ている議会が作成した法律が、国家権力を規律し制御することを前提としている正統化手段であるとされる。しかしながら、既に第二章においても言及していた通り、現代の法律が、行政に対して常に十分な規律密度を確保しているとはいいがたい状況にある。この傾向は、とりわけ計画行政において顕著であるといえる。すなわち、法律はその目的や目標を規定

する一方で、その目的や目標をどのように実現するかについては規定せず、行政に広範な裁量を認めている。このような現象は「法律の目的プログラム化」[53]と呼ばれており、現実問題として法律の規律密度の低下、ひいては議会の空洞化をも招きうるものであるから、その実務上の意義はさておき、事項的・内容的正統化の観点からすると必ずしも好意的に捉えることはできないと考えられる。

現実的な視点からすると、この法律の目的プログラム化の現象を埋め合わせる役割が、参加手続に求められている。すなわち、法律は行政に余地を残すと同時に、抽象的な法律の内容をより詳細に具体化していくために、参加手続などといった法律をより詳細に具体化していくための道具を――特に計画行政などにおいて――行政にしばしば付与している。法律そのものの抽象性ゆえにその規律密度が低いとしても、行政過程に配置された参加手続などを通じて、結果的に行政を間接に制御しながら、法律の内容は具体化されていくわけである。

このような一連の流れに着目して、参加にも正統化の観点から意義を認めようとする見解も確かに存在する[54]。そのような見解の一つによれば、参加には独自の正統化という観点からの意義は認められないとしながらも[55]、参加が事項的・内容的正統化の改善に寄与することが指摘されている[56]。しかしながら、こうした参加手続で得た内容をどのように反映するかという点は当然に行政に委ねられており、古典的なモデルが想定していた法律の機能を――法的な次元で――代替しているとはいいがたい。したがって、純粋な意味で古典的なモデルを採用する以上は、理論上、この観点からしても参加に民主的正統化の機能を認めることは困難であると解されることになるだろう。なお、民主的正統化の枠組みにおいて、こうした機能的な側面に着目した解釈を採用する可能性については、後の第五章において検討を加える予定である。

これまで確認してきた古典的な正統化モデルは、国民によって直接に正統化された議会を頂点としたトップダウンのヒエラルヒー構造を中心とする正統化モデルであり、基本的にはルールとして作用し、民主政原理の観点からの行政活動の限界を示すものであった。このようなモデルは、法的な安定性をある程度は確保できるものの、その裏返しとして、様々な行政手法が果たす現実的な意義や機能を法的な次元に反映することができないということができる。結果として、このモデルは結論において現実離れしているとの批判に晒され[57]、「正統化主体」や「正統化手段」を拡大する必要性が認識されることとなり、学説に

おけるその克服の動きが現れたのであった。

（1）*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl., 1987, §22.

（2）BVerfGE 83, 37; 83, 60.

（3）BVerfGE 93, 37.

（4）拙稿「ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（1）」北大法学論集（北海道大学）七〇巻二号（二〇一九年）八八頁以下の註（18）の文献を参照。

（5）*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., 2004, §24 Rn. 8 ff.

（6）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 8.

（7）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 41 ff.

（8）Vgl. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273 (275).

（9）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 26 f.; BVerfGE 83, 37 (51).

（10）Vgl. *Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 31 ff.; BVerfGE 83, 37 (53 ff.). この意味で、地方自治の領域には「国家国民」による正統化と「部分国民」による正統化という二つの正統化のルートが存在している。そして、地方自治における独自の民主的正統化の限界は、地方の代表機関は真正の議会ではなく行政機関であること、また、法律の優位や法律の留保に服さねばならないことの中にあると説明される。Vgl. *Horst Dreier*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 125.

（11）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 10, 26 f.

（12）BVerfGE 83, 37 (55):「したがって、基本法二八条一項二文目は、機能的自治をも含むあらゆる自治に固有の『構成員による参加の（mitgliedschaftlich-partizipatorisch）』要素を憲法によって補強するのではなく、民主的正統化の根拠の統一性を国家構造において保障するものなのである」。さらに、*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 33; *Matthias Jestaedt*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Winfried Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts,

2003, S. 9 (12).

（13）*Böckenförde,* a.a.O. (Fn. 5), Rn. 12; BVerfGE 83, 60 (73).

（14）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 12 f.; BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (74 f.).

（15）*Andreas Voßkuhle/ Anna-Bettina Kaiser,* Demokratische Legitimation, JuS 2009, S. 803 (804). 機能的・制度的正統化の内容は、連邦憲法裁判所による一九七八年のカルカー決定において示されていたものである。すなわち、「立法権、執行権、裁判権の諸機関は、その制度的および機能的な民主的正統化を、基本法二〇条二項において下された憲法制定者の決定から得ている」（BVerfGE 49, 89 [125]）。当該判決の概要については、高田敏「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）二三六九頁以下を参照。

（16）Vgl. *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §6 Rn. 8.

（17）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 15.

（18）BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.). Vgl. *Roman Herzog,* Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 210:「国民を通じて、あるいは国民によって選ばれた機関を通じて職務担当者を個別に任命するという原理」。

（19）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 16.

（20）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 21.

（21）*Voßkuhle/ Kaiser*, a.a.O. (Fn. 15), S. 804.

（22）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 22.

（23）*Böckenförde,* a.a.O. (Fn. 5), Rn. 21; BVerfGE 83, 60 (72).

（24）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 21; *Voßkuhle/ Kaiser,* a.a.O. (Fn. 15), S. 804; BVerfGE 83, 60 (72).

（25）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 23.

（26）BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67).

（27）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 23.

（28）*Karl-Peter Sommermann*, in: Hermann von Mangoldt/ Christian Starck/ Friedrich Klein (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., 2018, Art. 20 Abs. 2 Rn. 170.

（29）*Thomas Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 46.

（30）Vgl. *Thomas Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2.

Aufl., 2012, §13 Rn. 52 f.; *Trute*, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 69.

（31）「二重の過半数」という表現については、BVerfGE 93, 37 (72).

（32）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 19 f. むろん、ここでいう決定権とは法的レベルでの問題であり、合議制機関に関わる私人が協働を通じて決定に強い影響を及ぼすというレベルの問題ではない。

（33）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 34.

（34）基本法八七条二項は、社会保険の保険者の運営に関する事項であり、社会保険主体の創設が基本法上で認められていることの根拠として用いられる条文である。

（35）*Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 34. したがって、立法者が機能的自治を任意に形成し拡大することも否定される。

（36）BVerfGE 93, 37. 当該判決については、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、森保憲「共同決定に要請される民主的正当性」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）三二三頁以下、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、二〇一三年）三七八頁以下、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）一〇八頁以下も参照。

（37）BVerfGE 93, 37 (70).

（38）Vgl. BVerfGE 93, 37 (71). 以下、本稿では便宜上これを「三段階モデル」と呼ぶ。

（39）BVerfGE 93, 37 (71).

（40）BVerfGE 93, 37 (72).

（41）BVerfGE 93, 37 (72 f.).

（42）ここでは、推薦などの決定への拘束力を伴わない形でのみ、公務員が関与することが許される（*Florian Becker*, Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, in: Thomas Mann/ Günter Püttner [Hrsg.], Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl., 2011, §50 Rn. 55）。

（43）正統化水準（民主的正統化の実効性）の確定にあたって、連邦憲法裁判所は二〇一二年以降のいくつかの判決で、一九九五年共同決定判決（BVerfGE 93, 37）を参照しながら、「決定が市民の基本権に及ぼしうる影響の大きさ」と「必要とされる正統化水準の高さ」が対応関係にあることを明文で判示している。すなわち、「問題となる決定の基本権との関わりあいが強ければ強いほど、正統化水準は高くならなければならない」（BVerfGE 130, 76 [124]; 135, 155 [222]; 136, 194 [262]; 146, 164

[210])。ただし、田代・前掲註（36）一五五頁の註（120）は、二〇一二年のBVerfGE 130, 76の当該判示内容に対して、「決定に対する影響力の平等という観点から労使共同決定の限界を明示した共同決定判決が、なぜ上述した正統化の水準の判断方法の根拠として挙げられるのかは、いま一つ明らかでない」としている。こうした指摘は、BVerfGE 93, 37の三段階モデルを、あくまでも「民主政原理の観点に基づく労使共同決定の憲法上の限界」（同論文・一一四頁）を示すものと限定的に理解したことによるものと考えられるが、この労使共同決定の憲法上の限界は、必要となる民主的正統化の水準を共同決定の内容やその性質に即して具体化することによって導き出されたものであるから、その意味では疑問は生じないようにも思われる。

（44）また、決定権の部分的な委譲を意味する共同決定が、「被用者の保護」のために本当に必要とされるかという点も、問題とされうる。仮に決定権の委譲を伴わない参加によっても「被用者の保護」が実現できるというのであれば、正統化水準を引き下げてまで共同決定を正当化する理由は失われると考えられるからである。

（45）ここでは、どのような憲法上の要請が「被用者の保護」の観点を根拠付けるのか明言されていないが、候補として考えられるのは、社会国家原理や基本権である。この点、渡辺賢教授は、「民主的正統性を縮減することを正当化するものとして、基本法二〇条一項の社会国家原理や基本権の存在が考慮されることとなるのか、という問題」に対して、「『職員として雇われているという関係の中で措定される』利益が、社会国家原理、かつ・または、基本権の存在に基礎づけられるものとすれば、社会国家原理や基本権の存在が関与権の創設と全く無関係ということはいえないように思われる」と指摘する（渡辺賢『公務員労働基本権の再構築』〔北海道大学出版会、二〇〇六年〕二三六頁以下）。

（46）古典的なモデルが「正統化水準」を通じて柔軟性を確保しているとの理解については、vgl. *Thomas Groß*, Demokratische Legitimation und Verwaltungsorganisation, JURA 2016, S. 1026 (1033).

（47）OVG Münster, NWVBl. 1996, S. 254.

（48）OVG Münster, NWVBl. 1996, S. 254 (259).

（49）正統化の更新性という面では、特に裁判官の任用が問題となる。なぜなら、裁判官の任期は、一度任命されてしまえば議会や任命者の任期を大幅に上回り、一〇年近くにも渡る、あるいは終身であることも珍しくないからである。また、裁判官の独立などといった行政とは異なった特徴を持つ裁判権の民主的正統化という問題もまた、正統化論の理論的検討にあたっては非常に有益な素材で

ある。この点については本稿で検討することができず今後の課題とせざるを得ないが、さしあたり、裁判官の正統化の更新性という問題をも含めて、ドイツにおけるこれらの問題を紹介・検討するものとして、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）一七三頁以下を、さらに、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）六四頁以下も参照。

(50)「連鎖が長くなるほど、連邦議会がその全責任を引き受けることは困難である。仮に〔連邦議会から――訳者註〕離れて活動するアクターが連鎖に基づいて民主的に正統化されるとしても、連邦議会は、それに直接に介入するわけではない。独立のエージェンシーや規整官庁の場合には、いかなる介入も行われないのである」。以上のような指摘が示す通り、インプットを志向する正統化の連鎖の構想の説得力を失わせるのは、短期的な政治や一面的な利益実現から距離を取るという、そもそもの目標設定からしてアウトプット志向な独立の行政庁が、現に多数存在しているということである。以上について、vgl. *Andreas Kley*, Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteiligung, VVDStRL 77 (2018), S. 125 (149 ff.).

(51) BVerfGE 119, 331.

(52) BVerfGE 119, 331 (392 f.). なお、引用文中の文献の参照は省略した。

(53)「目的プログラム（Zweckprogramme）」に対して、いわば伝統的な、要件効果規定を中心とする法律は「条件プログラム（Konditionalprogramme）」と呼ばれている。これらの相違を概観するのに有益なものとして、*Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §4 Rn. 13 ff.

(54) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (373). さらに、特に関与の情報提供機能を念頭に置いたものとして、*Helge Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, §29 Rn. 8 ff. 曰く、「フォトプログラムとしての法律がもはや斡旋することのない正統化は、行政決定の手続の中で得られなければならない」(Rn. 8)。

(55) Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine

Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 102 ff.

(56) *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 54), S. 373.

(57) Vgl. *Matthias Jestaedt*, Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation?, in: Hans Michael Heinig/ Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 3 (12).

第四章：多元的な民主的正統化の理論

前章では、一九九〇年代以降から「参加による正統化」を承認しようとする構想とは対立する古典的な民主的正統化モデルが、その明確な定式化と判例を通じて足場を固めようとしていたこと、しかしながらその定式から外れる現象を違憲とする厳格な適用や、その現実との乖離の大きさゆえに疑義も呈されていたことを確認した。この第四章は、主に理論的な面から、二〇〇〇年代から現代にいたるまで、この古典的なモデルと対で論じられることの多い多元的な民主的正統化のモデルについて検討する。それに対して、続く第五章では、第一章から第四章までの議論を踏まえた上で、参加と正統化の関係性によりいっそう焦点を当てた検討が行われることになる。

本章が具体的に取り扱うのは、二〇〇〇年以降の連邦憲法裁判所の判例、そしてこの判例法理に通じるものがあり、多元的な民主的正統化の構想をある程度まとまった形で披露しているトゥルーテ（Hans-Heinrich Trute）[1]の見解である。彼の学説には、参加との関係で重要となる「正統化主体」および「正統化手段」の拡大という重要な論点が含まれており、民主的正統化を理論的な観点から検討するにあたっては、避けて通ることは難しいものである。こうした多元的と呼ばれるモデルが、どのような解釈を通じて古典的なモデルからの転換を図り、そしてその中で参加がいかなる位置づけを得てきたのかという点について、ここでは検討することとしたい。

第一節：民主的正統化に対するアプローチ

基本法二〇条二項の民主政原理をどのように解釈し、民主的正統化という概念をどのように取り扱うのかという問題については、法学的なアプローチ方法からして対立している点がある。この点について、以下で多元的な民主的正統化の構想を確認す

るのに先立って、簡単にではあるものの言及しておきたい。

主に第三章において取り扱ってきた民主的正統化の古典的な構想は、純粋に法学的な方法を用いて実定法の分析に集中するというものであり、伝統的な規範主義的アプローチを採用している。このアプローチによると、行政法ドグマーティクは、閉じられたものとして理解されることになる。それに対して、本章で取り扱う多元的な構想は、いわゆる「新しい行政法学（Neue Verwaltungsrechtswissenschaft）」としての性格を有している。つまり、この構想は、経営学や社会学などといった隣接諸学問の知見をも問題解決のために取り込むという学際的な側面を有しており、行政法学を「開かれたシステム」として理解しようとするものであるといえる。[2] このような立場は、伝統的な規範主義的アプローチの視野の狭さに対する批判を成している。[3] 以下に見る多元的な民主的正統化の理論は、こうした新しい行政法学としての特徴を持つ学説に裏付けられたものと評価する余地があるものである。

以上の点を簡単に確認したところで、判例や学説を確認することとしたい。

第二節：判例（二〇〇二年、二〇〇四年）

一九九〇年代に明示的に古典的な民主的正統化モデルを採用してきた連邦憲法裁判所の判例の転換点とされているのは、二〇〇二年のリッペ水利組合をめぐる決定である。これはいわゆる「機能的自治」と「共同決定」が問題となった事案であるが、判例に入る前に、まずはごく簡単に、機能的自治と民主的正統化の関係を学説から確認しておきたい。

第一款：機能的自治と学説

機能的自治という概念は、非常に広範な概念である。例えば、大学の自治は学問の自由という基本権と結びつく自治、社会保険における自治は基本法上の根拠（基本法八七条二項）を有する自治であり、そして職能組合や職業組合による自治は法律上の根拠のみを有する自治であるということができるほか、土地組合や水利組合は財産を基準として自治団体が構成されているなど、多様な特徴を有する機能的自治の主体が存在している。[4]

いわゆる古典的なモデルによれば、このような機能的自治の領域においては主に人的正統化が不足することから、十分な正統化水準を満たすだけの民主的正統化を正統化手段を通じて調達することはできない。そしてその正統化水準からの正統化の不足は、他の憲法上の根拠や必要性により埋め合わせられるこ

ととされていた。

古典的なモデルに拠らない機能的自治の民主的正統化に対するアプローチとしては、正統化主体としての「団体国民（Verbandsvolk）」概念を承認するか[5]、「部分国民（Teilvolk）」概念を拡大することで実質的に「団体国民」をこの中に取り込むというものがある[6]。これらは、自治の領域ではその団体内部における意思形成が正統化（正当化）を斡旋すると理解するものであり、現在では「自律的正統化（autonome Legitimation）」という名称で取り上げられている正統化の形態に通ずる点がある[7]。ただし、正統化主体に「団体国民」概念を導入することについては、基本法上の根拠が希薄であり危険な構想であるとして、かねてから慎重な見解が多くみられていた[8]。こういった形で自治団体に特有の自律的正統化という正統化が認められるとする論者にあっても、その意思形成は団体の構成員に由来せねばならないとされ、そのために「構成員による参加」を保障することが自治主体の内部構造上で必要であると指摘されてきたところであった[9]。

第二款：リッペ水利組合決定（二〇〇二年）

学説の動向は概ね以上の通りであり[10]、特に機能的自治について古典的なモデルに対する批判の中で二〇〇二年に下されたのが、リッペ水利組合（Lippeverband）およびエムシャー水利組合（Emschergenossenschaft）の民主政原理適合性が問題とされた、リッペ水利組合決定である。本決定については、日本においても事案については既に極めて詳細な紹介がなされているため[11]、ここでは事案については特に取り上げず、民主政原理の解釈論として理論的に重要な判示内容を取り上げることとしておきたい。

一　決定内容

連邦憲法裁判所はこの問題を取り扱うにあたって、まず判例が採用してきた民主的正統化の定式を再度示しながら、これまでの判例はこれらが「直接の国家行政」および「地方自治」に当てはまることを判示したものだとしている。そして、「法廷はかつて、機能的自治の領域において、『国民（Volk）』に属さない人間、例えば外国人の、選挙権の憲法上の許容性という問いが別に立てられるかどうかについては、開かれたままにしていた[12]」ことを指摘する。つまり、これまでは民主的正統化の定式が「直接の国家行政」と「地方自治」には当てはまると判断してきたものの、機能的自治についてはこれまで特に判断し

てこなかったことを強調している。その上で、以下のように述べている。

「基本法二〇条二項は、国家目標規定と憲法原理を含むものである。基本法二〇条二項は、その原理としての特徴からして、展開が開かれているのである。国民からはじまる『国家権力の出発点』は、国民にとっても国家機関にとっても、そのつどに具体的に経験可能で、実際に実効的でなければならない。〔国家行政ないし地方自治の領域において行われるという――訳者註〕関係が変化するのであれば、適応が必要となりうる。直接の国家行政や、その事項的・即物的な任務領域に限定されていない地方自治でないのであれば、民主政原理は、特にあらゆる決定権限保持者の完全な人的民主的正統化の要求からは外れる、他の国家権力の組織および形式のために、開かれているのである。〔…〕代表制という形で起草された国民による支配の枠内では、基本法は、公的任務の遂行にあたって、特別な利害関係者の参加の形式をも許容しているのである[13]」。

「その限りにおいて、機能的自治は、民主政原理を補完し、補強するのである。それは、あらゆる者の自由な自己決定という上位の目標の実現に寄与する限りにおいて、この原理の具体化として理解されうるのである。民主政原理と自治は、基本法の下で互いに相反するものではない。職務主体にとって国民へと再帰する正統化の連鎖という伝統的な具体化における民主政原理も、事項に近い利害関係者による、関係する決定への組織化された参加としての機能的自治のどちらも、自由な秩序において自ら自己決定を行う人間という、それらを結びつける理念（基本法一条一項）を実現するものなのである。したがって、基本法二〇条二項の民主政原理は、法律によって――すなわち、国民から選挙され、それゆえ古典的に民主的に正統化された議会の立法者の行為によって――公的任務の処理という限定された領域のために、自治の特別な組織形式を生み出すことを許容しているのである。それによって、まずは利害関係者の実効的な協議権（Mitspracherecht）を創設することや、行政外部の専門知識を持ち込むことが許容される。そして、自治の形式における公的任務の遂行の委任を通じて、立法者は、事項に適した利害調整の負担を緩和するという目標を追求し、こうして立法者によって議決された目的や目標がより実効的に達せられるように貢献するのである。公的任務を自己責任によって遂行することを、私益の擁護と結び付けることが成功するのであれば、このことは議会制定法の実効性を向上させるのである。なぜな

ら、そのとき自治に関わる市民は、十分に理解された自己の利害関係の中で、公的任務を遂行するからである。つまり、公権力にただ受動的に服従するだけではなく、能動的にその行使に関わるのである」[14]。

「自治の組織体に委任されるべき任務の選択、これを処理する構造および決定プロセスの規定化は、広範な立法者の裁量下に置かれている」[15]。

「自治の組織体の創設およびより詳細な内容形成にあたっての立法者の形成の自由は、自治主体に、決定の性格を持つ拘束力のある行為を行う権限を与えることをも許容する。このことは、むろん限定された範囲において、第三者、すなわち非構成員に対する行為にも当てはまる。すでに公的任務の処理そのものではなく、しかし決定の性格を持つ拘束力のある行為を行う権限が、そのつどの自治団体が立法者に委任された任務の処理の際に把握される措置を基本法二〇条二項の基準によって評価することを必要とするのである。これは、機能的自治の領域において、このことが国民から個々の決定権限者への完全な人的正統化の連鎖の道のりにおいて生じなければならないことを意味するわけではない。しかし、決定の性格を持つ拘束力のある行為が機能的自治主体の機関に許容されるのは、憲法上の視点からすると、国民がこの行為への決定的な影響力を保つことによって自己決定権を有しているからであって、その範囲内においてのみ許容されるのである。このことは、機関の任務および活動権限が議会によって議決された法律において十分に事前に規定され、その遂行が人的民主的に正統化された職務主体の監督に服することを要求するのである」[16]（以上、強調は訳者による）。

以上の通り、機能的自治との関係での民主政原理の解釈について言及した上で、リッペ水利組合およびエムシャー水利組合の組織構造や決定構造が、基本法二〇条二項に違反しないと判断している[17]。

そしてまた、労働者の共同決定に関する規定についても、基本法に違反しないとする。すなわち、「確かに、自治体において働いている労働者は、リッペ水利組合法二条およびエムシャー水利組合法二条によれば、任務の履行にあたって直接に責任を負うわけではなく、そしてリッペ水利組合法七条およびエムシャー水利組合法六条に基づく義務〔水利組合構成員に課される義務――訳者註〕の名宛人というわけでもない。しかし、労働者はその雇用関係に基づいて、機能的自治の任務の履行に直接に協働するのである。したがって、少なくとも労働者の限定的な参加は、その利害関係の擁護およびその労働条件の共同

形成のために、正当化されるのである」[18]。「非利害関係者の参加は、達すべく努力される公的任務の遂行の実効性の向上によって、正当化されうるのである」[19]（強調は訳者による）。

以上のように示された判例法理は、一九九〇年代の判決からの判例変更ではないことを強調しながらも、明らかに方向性が変化しているとみられる点が多々ある。以降で確認する学説は連邦憲法裁判所のこのような判決を理論化していると思われることからも、以下では、解釈上で重要な点について二点を指摘しておきたい。

二　民主政原理

決定文は民主政原理を「開かれた原理」として位置づけ、さらには「そのつどに具体的に経験可能で、実際に実感できなければならない」とまで述べている。そして機能的自治の領域でどのような組織形式を採用するかは立法者に開かれているものだとし、かつての判例において決定的な役割を果たした人的正統化という正統化手段を、他の憲法原理を持ち出すことなしに、実質的に切り下げることを容認しているのである。そしてそれを裏付けたのは、民主政原理に基づく人的正統化の思考と機能的自治のような「利害関係者による組織化された参加」のどちらも、自己決定という理念と結びつくとする、民主政原理の上位に自己決定を据えるという構成である[20]。

また、連邦憲法裁判所は、これまでの判決においては「正統化（legitimieren）」という表現を用いて判断を下していた。他方、本決定では、最初に従来の民主的正統化の定式を示しこそしたものの、具体的な判断にあたっては「正統化」ではなく「正当化（rechtfertigen）」という文言を用いている。「機能的自治は、民主政原理を補完し、補強する」という表現からしても、機能的自治は民主政原理の内容を直接的に実現するもの、すなわち民主的正統化を直接に斡旋するものとしては理解されていないようにみえる[21]。

こうした決定文の内容を踏まえた上で、これを従来の判例の理解と親和的に捉えるのであれば、機能的自治の構造は「利害関係者による組織化された参加」や「議会制定法の実効性」といった要素によって、合議制機関における労働者の共同決定は「労働者の利害関係の擁護」および「労働条件の共同形成」を通じた「公的任務の遂行の実効性の向上」といった要素によって、民主的正統化の不足が正当化されているということになるだろう。ここでは、判断にあたって連邦憲法裁判所が「議会制

定法の実効性」や「公的任務の遂行の実効性」にまで言及している点に注意が必要である。すなわち、一九九五年の共同決定判決（BVerfGE 93, 37）のような「被用者保護」という要素であれば、基本権や社会国家原理などの基本法上の根拠との関連性を指摘することが一応は可能である。しかし、実効性という視点と憲法上の根拠を結び付けることは困難である。その意味で、BVerfGE 93, 37よりも、考慮事項の不明確性がさらに増しているように思われる。

この点については、主に古典的なモデルに近しい学説からの疑義が多数みられている。例えば、ゲルディッツ（Klaus Ferdinand Gärditz）は、主に基本法上の民主政原理の理解という観点から、次のように批判する。曰く、「機能的自治の領域では、組織される社会的な特殊利益は、とりわけ、機能限定的に、まさに民主的な国家介入から保護されるべき自由権の主体として国家に接する。まず、社会的で国家から離れた自己規整の領域における任務の解放は、国民への再拘束のレールを広範に切断したり、あるいは、単なる国家監督に限定することを許容している。こうして、例えば大学の自治は、研究および教育の事項における基本権的自由（基本法五条三項一文目）の機能的な表明なのであり、そして一般的な国家行政の任務が遂行されるところで果てるのである」。「『括られた』職業の規整的な利益もまた、これが職業の主体に法律上の規定の枠内で自己の事項として帰責しうるよう保たれる限りで、自治に委ねられる。社会集団の『自由な自己決定』に有利となるよう国民の代表による国民の正統な支配を引き下げることを、民主政の強化ないし発現と呼ぶことは、機能的自治の本来的な意義をたかだか切り詰めて再現するにすぎないのであって、誤った理解を導くのである。特に、基本法二〇条二項は、まさに支配権力の中央集権化を通じた代表民主政のモデルを想定しており、それを通じて国家的な嚮導決定を特殊利益から引き離すものなのである。したがってなおのこと、民主的に決された国家団体からの任務の分離や、特殊・社会的な自己規整は、我々の民主政の支配原理ではないのである。この点で、民主政原理の中心的な関心は、国家決定に対して社会の特殊利益が支配的な影響を及ぼすのを阻止するという点にある」[22]（強調は訳者による）。

イェシュテット（Matthias Jestaedt）も、連邦憲法裁判所がこのような結論を導いたことは驚くことではないとしながら、決定文が民主的正統化の要請に何が「開かれているのか」を説明しておらず、実効性の向上という視点がなぜ用いられたのか、そしてそれが民主的正統化の定式にどのようにして適合しうる

のかが示されていないとしており、ドグマーティッシュな論証を欠いたままに結論を根拠付けようとしていることを批判する。この点で彼は、連邦憲法裁判所がこれまで、具体的にどのようにして正統化水準を規範的に規定すべきかについて、透明かつ持続的に説明することを怠っていたと指摘しており、本決定をこれまでの判決の弱点が出てしまったものだと評している[23]。

また、イェシュテットと同じく古典的なモデルに近しい立場を採るベッカー（Florian Becker）は、一九九五年の共同決定判決（BVerfGE 93, 37）の理解に従えばこのような論証は行いえないとして、本決定に対する批判を展開している。少々長くはなるものの、本決定とこれまでの古典的なモデルに沿ったとされる判決との違いをより明らかにするために、彼の主張を以下に引用しておく。

「［…］自治主体の構成員、そしてその労働者の両者ともに、基本法二〇条二項一文目において要求される民主的正統化のリソースでもなければ、民主的正統化の異なる（自律的な）リソースが存在するわけでもない。したがって、自治主体の創設は、他の憲法規定に基づく民主政原理の修正によってのみ正当化されうる。このことを考慮すれば、［機能的自治主体の創設を許容するための――訳者註］最も説得力のある解決策は、基本法の枠組みがドイツの憲法史における深いルーツとともに多様な自治主体の存在を認識しており、さらに憲法の本文において明示的に言及されているように（例えば、基本法八七条二項一文目を見よ）、これらが破棄されるといった示唆もないことであるように思われる。したがって、その主体の創設は憲法そのものによって正当化されるのであって、一般的に――特定の条件下において――原理の『開放』あるいは『適応』によって正当化されるのではない[24]」。

「しかし、裁判所がこのような思考プロセスに従うとすれば、民主的正統化の原則に反する形で、労働者の共同決定を審査する必要はない。そのために、『非常口』として『開放性』ないし『適応性』を使用することとなり、重大な困難を抱えたのであろう。自治主体が憲法上で承認されているということには、労働者の共同決定は含まれていない。なぜなら、共同決定は憲法の草案が作成された時点では、認識されていなかったからである。したがって、自治主体が労働者の共同決定の原理などと両立しうるとはいっても、他の憲法上の有効な理由によって正当化されなければならないのである[25]」。

「一方では、基本法二〇条一項一文目に規定されている社会国家原理は、民主的正統化の原則と同じ規範的価値を有しているとはいえども、それはドグマーティッシュな意味では構造化されておらず、そのため議会の憲法上の義務を導き出すにあたっての非常に優れた基礎となるわけではない。しかしこれは、公的セクターであっても、少なくとも共同決定の許容性の議論としては用いることができる。他方では、同じく（基本法一条一項や二条一項のような）労働者の構成員の基本的自由は、いかなる個人も、国家やその機関によって客体のように扱われること、すなわち、その利益や必要性を考慮せずに扱われることから保護するという程度では、方向性を指し示すかもしれない[26]」。

「〔…〕なぜ裁判所が以前の決定で考案された行政セクターにおける決定の段階的なシステム〔一九九五年のBVerfGE 93, 37において判示された共同決定の三段階モデル――訳者註〕から外れることを議会に認めたのかは、理解しがたい。リッペ水利組合およびエムシャー水利組合における労働者の代表者は、同僚の社会的利益を促進するにとどまらず、主体の意思決定にも参加するのである。この広範な参加は、労働者の基本的自由によっても、社会国家原理によっても正当化することはできない。それぞれの分野での共同決定は、労働者を、主体の決定の執行者から、主体の決定の創造者へとシフトさせるのである。したがって、リッペ水利組合およびエムシャー水利組合に創設された共同決定制度は、民主的正統化の要請に適合するものではない[27]」。

以上のように、これまでの判決にみられた古典的なモデルをそのまま本事案に当てはめるのであれば、両水利組合の労働者の共同決定は労働条件の共同形成にとどまるのであればまだ正当化の余地はあるものの、主体の意思決定にまで参加しているという点では、もはや他原理との調整によっても正当化しえないはずである[28]。ベッカーからすれば、本決定はこうした参加をも正当化するために民主政原理の開放性を持ち出しているということになり、従前の判例とは一線を画するものと理解すべきということになる。

三　実効性

また、決定文中にみられる実効性という視点については、ヨーロッパ司法裁判所が法解釈の際に用いてきた「実効性（*effet utile*）の原則[29]」との類似性が指摘されており[30]、古典的なモデルの立場を支持する論者からは、これを民主的正統化の解釈枠組

みに持ち込むことに対して批判が展開されている。例えばイェシュテットは、実効性という観点は機能や組織に対して無批判である点、労働者代表の参加がどのような方法で任務処理の実効性を強めるよう保障するのかが明らかではない点、実効性は事前に規定することができないことから法律による統制が及ばなくなる点などを挙げ、「実効性の援用は、民主的正統化の体系の根底を今にも浸食しようとしている」と批判する[31]。ベッカーもまた、在来の法学的な解釈方法を用いることなく結論を裏付けるために実効性の観点を持ち出しているとして[32]、本決定に対して批判的な態度を取っている。

第三款：公証人保険組合決定（二〇〇四年）

このリッペ水利組合決定の二年後にあたる二〇〇四年に下された連邦憲法裁判所第一法廷決定（BVerfGE 111, 191）[33]においても、機能的自治の民主的正統化が問題となっている。民主的正統化の定式を最初に示し、二〇〇二年のリッペ水利組合決定（BVerfGE 107, 59）も引用していた一九九〇年の判例（BVerfGE 83, 60）は、本決定ではもはや引用すらされていない。そしてそこでは、リッペ水利組合決定を引用しつつ、機能的自治に包括される人々の利益の擁護について必要な制度的措置を講ずることが立法者に義務付けられることが指摘されている[34]。すなわち、「組織および手続は、営造物（Anstalt）内で行われる公的任務が、規約定立権（Satzungsgewalt）に服する人々のために、その利害を考慮した上で適切に遂行されることを、保障しなければならない[35]」。「機関の形成、その機関の任務や活動権限は、議会制定法におけるその基本構造の中で十分に規定されていなければならない。つまり、法律は、自律的な意思決定手続のための基準を通じて、組合員（Berufsangehörigen）による意思形成への適切な参加を保障しなければならないのである[36]」。

以上のように、連邦憲法裁判所は、機能的自治の領域についてのみではあるが、立法者に対する広範な制度設計の余地を与える一方で、その団体内で自律的な意思形成が確保されるような制度的措置を要求するという形で、立法者に義務があることを明らかにした。むろん、リッペ水利組合決定や公証人保険組合決定は機能的自治の領域を題材としたものであり、それ以外の領域においても参加の制度化が正統化の観点から何らかの意義を有すると読むことは早計である[37]。しかしながら、こうした制度的措置という形で組織や手続といった要素が結果として正統化の枠組みに持ち込まれており、この点もまた、従前の古典的なモデルとの距離を感じさせるものであるといえる[38]。

第三節：学説（トゥルーテ）

以上のように、古典的なモデルから方向転換しつつあった判例が生じつつあった中で、二〇〇六年にはトゥルーテによる民主的正統化論が公表されている[39]。彼の理論に特徴的であるのは、この二〇〇〇年以降の連邦憲法裁判所の判決および決定に相当程度に親和的に、多元的な民主的正統化と称される民主的正統化の理論構築が試みられているところにある。

組織や手続に正統化を認める見解や、市民参加に正統化を認める見解は、トゥルーテの議論に限られるものではなく、各論的な議論において多くみられているところである。しかしながら、民主的正統化をその解釈との関係で理論化・体系化し展開している論稿は必ずしも多くはなく、本章ではさしあたり彼の議論や彼に近しい立場に焦点を当て、民主的正統化のモデルと参加の関係について整理を行う。そして、より具体的で込み入った議論や、「参加による正統化」の可能性に関するさらなる検討は、第五章において行われることになる。

ここでは本稿の関心に引き付けながら、参加と関係する範囲において彼の議論を取り扱うこととしたい。すなわち、これまでの民主的正統化の解釈からの転換の背後にある問題意識（第一款）、全体として構想を裏付ける民主政理解（第二款）、そして「正統化主体」の解釈（第三款）、ならびに古典的な民主的正統化モデルから拡充された「正統化手段」（第四款）について、順次取り上げる。そして具体的な適用例を、個別領域を題材に確認した上で（第五款）、彼の正統化論と参加との関係を検討することにする（第六款）。

第一款：問題意識

トゥルーテは、多元的な民主的正統化論を展開するにあたって、自らの問題意識として、次のように述べている。

「（国家）支配の正当化をめぐる問題は、政治思想史に関する議論からはじまり、国家理論的・憲法理論的な命題を経て、社会学的・法学的な観点にまで達する、異なった学術的な議論を含んでいる。〔……〕〔しかしこれらの議論の多元性は――訳者註〕行政の正統化が国法上、そして行政法上の概念として、すなわち国家支配の正当化の規範的形式としても展開されなければならないことを、何ら改めるものではない[40]」（強調は原文による）。

「その際には、規範的な正統化と支配の社会的な承認としての正統性は、区別されなければならない。むろんその関係は、相互に連関し合うように構想されなければならない。合法的な

支配〔規範的な正統化――訳者註〕は、後者〔社会的な承認としての正統性――訳者註〕が規範的な次元から独立していないのと同じように、被治者の社会的な承認がなければ、長きに渡る成功を収めることはできないのである。社会の自己組織の政治的形式としての民主政が承認への再帰なくしては成功を収めることができない以上、国民に対する支配の行使という制度が〔社会的な承認から――訳者註〕独立してしまうことは、阻止されなければならない。〔……〕支配の秩序の規範的な正統化と社会的な承認は、必然的に相互に連関的なものなのである」[41]（強調は原文による）。

トゥルーテはこのように、規範的正統化と経験的正統化の区別を前提としながらも、両者が完全に分断されてしまうことはあってはならないとするのである。以上のような理解は、参加を正統化秩序に取り込もうとした第二章におけるメンツェルの問題意識と大きな共通点を有しており、憲法解釈と社会の認識の乖離が大きくなることに対する懸念が、彼の理論の背後にあることを窺い知ることができる。

第二款：民主政理解

古典的なモデルは民主政を国家形式として捉えていた点に特徴があり、それは時として実態に即さない「形式的な民主政」に過ぎないといった批判がなされていたところであった。

この克服を試みた彼の民主政理解によると、リッペ水利組合決定が示していたのと同じように、民主政原理は「開かれている」ものとして把握されることになる。すなわち、民主政原理は「最適化と具体化を必要とする原理」なのであって、その最適化と具体化が立法者に委ねられることで、組織や手続について立法者に形成余地が開かれるのである。この意味で、「民主政原理は、未来に開かれた動態的なもの」として理解されることになる[42]。

こうした捉え方をすることによって、憲法適合性の判断の際に用いられる正統化水準もまた、これまで以上に実効的に判断されることになる。すなわち、正統化客体と正統化主体の間に「実効的な帰責の連関（Zurechnungszusammenhang）」が確立される範囲内であれば立法者には広範に組織的・手続的な形成の自由が認められることとなり[43]、古典的なモデルのような、形式的な人的正統化への過度な偏重は克服される。

また、このような理解によれば、基本法二〇条二項一文目は、国民主権に関する「自明の公言」として理解される。そして国民主権の出発点となるのは、平等と自由に由来する自己支配、

そして個人の自己決定の原理であるとされる。したがって彼は、民主政を統一体としての「国民」から一元的に構想するのではなく、個人の自由権から多元的に構想するのであり、民主政は、結局のところ基本法一条一項の「人間の尊厳の組織的な帰結」として理解されることになる。以上のような理解から、国民の代表は「所与の統一体（vorgängige Einheit）」ではなく、継続的な過程において統合される「社会的な異質性（soziale Heterogenität）」と結びつけられることになる。(44)

第三款：正統化主体

以上のような民主政理解の下では、これまで統一体として理解されてきた「国民」概念は、細分化されて理解されることとなる。トゥルーテはこの「国民」を、「能動的国民」、「帰責主体としての国民」、「支配の名宛人としての国民」の三つに区別できるとしている。それぞれは、以下のように説明される。「帰責主体としての国民は、民主政における支配権力の行使の責任を負う者である。能動的国民は、基本法二〇条二項二文目における選挙を経て、議会に正統化を斡旋する者である。名宛人としての国民は、固有の領域で行使される支配の名宛人である者の総体である」。これらの「国民」概念が継続的な過程において統合されることにより、「社会的な異質性」として理解される、二〇条二項二文目の意味での「国民（Volk）」を成す。(45)

しかし、以上のように国民概念を多元的に理解する以上、民主政原理内において、国民概念をめぐって緊張関係が生じることとなる。この緊張状態について、彼は以下のように述べている。「能動的国民によって正統化された立法者には、この緊張状態を勘案し、それとともに異なる極を分野的・個別的に相互に接近させ、一般性と特殊性の恒常的な統合を斡旋するという任務が与えられる」。こうした理解によれば、能動的国民に帰責しえない当事者による影響力行使の形態は、平等に反した働きかけの機会を開放するものとして理解されるのではなく、「代表なくして課税なし」というあらゆる民主政の政治的前提となる原則を、民主政原理の中に適合させるものとして理解される。(46)

このようにして「国民」を多元的に理解することは、地方自治の民主的正統化についても理論的に整合的である。すなわち、古典的なモデルにおいて、地方自治は「国家国民」による正統化と「部分国民」による正統化という異なる正統化主体を持つ二つの経路を経ているため、この限りでは正統化主体が分散しており、不明確なところがあった。トゥルーテの理論は異なっ

た正統化のレールが存在することを前提とした上で、地方自治をそれらの複数のレールが絡み合う領域として捉えるのである。[47]

第四款：正統化手段

さて、本稿の関心からして特に重要となるのが、以上のような理解を取ることによって正統化手段がどのように拡大され、その中で参加がどのように位置づけられるかということである。

彼の理論において、この正統化手段は「十分に実効的な帰責の連関の確立に寄与する」ものとして位置づけられる。[48]古典的なモデルにおいては、主要な正統化手段として「人的正統化」および「事項的・内容的正統化」が挙げられ、この両者の相互作用において基本法が求める正統化水準を満たすことが要求されていた。これらの正統化手段は、彼によって「人的正統化」[49]および「事項的・内容的正統化」という形でおおよそ引き継がれているが、それらに加え、「組織的正統化」、「手続的正統化」、「自律的正統化」、「アウトプット正統化」を正統化手段として新たに定立している。

一　組織的正統化、手続的正統化

繰り返しになるが、彼の理論は、形式的であるのみならず、「実効的な帰責の連関」を確立する正統化構造の構築を目指している。そこでは行政組織や行政手続が正統化の要素として考慮されることになるが、彼によるとこの組織と手続はそれぞれ単独で評価されるべきではなく、正統化構造の相互作用において評価されなければならないとされる。[50]二〇〇二年や二〇〇四年の連邦憲法裁判所の決定で言及されていた「制度的措置」という視点は、組織や手続による正統化として一般化され、以下のように説明されることになる。

行政組織法は、公共善へと拘束される公的アクターを形成するものである。そして、立法者が用意したプログラムが行政によって実現されるかどうかは、プログラムを実行する際の構造である具体的な組織に左右されることとなる。したがって、組織は、公共善の目標を達成するための立法者にとっての本質的な形成手段としての重要性を有する。ここでは、組織的正統化は人的正統化と結びついて、実効的な帰責の連関の確立に寄与することになる。[51]

そして手続は、実質的な決定の前提を成すものである。手続の意義は、とりわけその過程において法律を具体化する機能に認められる。すなわち、複雑な行政手続において情報の産出を

促し、利益の明確化および均衡化を行い、そして受容を確保するという、行政による政策上の形成を通じて、法律は具体化されるのである。国家権力が手続などの「決定の前提の相互作用」を経て行使・構成されている以上、手続的正統化は事項的・内容的正統化と結びついて、実効的な帰責の連関の確立に寄与するものとして評価される。[52]

二　自律的正統化

彼の議論に特徴的であるのが、この自律的正統化である。自律的正統化は、伝統的な理解を修正しようとする論者らが主張してきた自治に固有の正統化であり、機能的自治の領域において人的正統化の不足を正当化するという「受け皿としての機能（Auffangfunktion）」を果たしてきたものであった。古典的なモデルでは正統化主体が総体としての「国民」に限られたため、拘束力のある決定を人的に民主的正統化されていない私人が行う機能的自治という行政の形態が十分な正統化を得られなかったことは、先に確認した通りである。[53] 自律的正統化は、それらを理論的に補うために、利害関係者の参加を通じた議会を介さない正統化の形態として学説上で展開されていたものであった。彼はこの自律的正統化という正統化手段を、自治の領域に限らずに、そして民主的正統化を斡旋するための手段として、[54] 一般化しようとするのである。

彼によれば、自律的正統化は、当事者の範囲が立法者によって規定されることによって斡旋される。例えばそれは、手続過程における利害関係者の関与という参加形式、そして一般公衆の参加といった形で、立法者によって領域に応じて具体的に内容形成されることになる。[55]

三　補完としてのアウトプット正統化

再度の繰り返しになるが、トゥルーテは民主的正統化を理論化するに際して、永続的で実効的な帰責の連関が確立されることに重点を置いている。そこで彼は、インプット志向の「外形的な推論の連関」に基づく正統化手段に加えて、アウトプット正統化（Output-Legitimation）をも民主的正統化を補完する手段として理論上で適応させることを試みている。彼によれば、政治的な行為の実際上の保証や受容、結果といったものは法秩序の正統性にとって重要な現実的制約ではあるものの、規範的な行政の正統化の構想にとっては直接的にはほとんど寄与しえない。[56] ここで彼は、直接にアウトカムを問題とするのではなく、「決定の規範的に望ましい質」に注目することで、基本法上の

民主政の枠内でアウトプット的な要素を考慮しようと試みている。この点で、彼は、以下のように述べている。

「それゆえ、出発点となるのは、一定の質に到達するために、どのようにして決定の連関がつくられうるかという問題なのである。したがって、権力分立、(少なくとも部分的には)基本権、内容的な合理性もまた、実質的な目標と同様に、アウトプット正統化として分類できるように思われる。規範面に転じると、行政の正統化は、実際上の正統化への信頼(Legitimationsglauben)という基準――それは正統な秩序にとって非常に重要である――には依拠しえない。しかし決定の構造は、まさに国家権力の活動目標が達成されうることによっても、正統化への信頼を維持し、促進するよう方向付けられることができ、また、そうでなければならないのである。したがって、アウトプット正統化は、同じく正統な公共善の目標を達成できるように、決定の連関を導くための根拠を斡旋するのである」[57]。

以上のように述べ、彼はアウトプット正統化による民主的正統化の補完の可能性を認めるのである。そして、具体的にアウトプット正統化に寄与しうるものとしては、特に機能的自治・国家目標・国家構造原理の制度下における基本権の客観法的次元、組織の任務妥当性、機能に適した組織構造、法治国家的な合理性、説得的ないし十分に根拠のある事実的根拠といったものが挙げられている[58]。

第五款：個別領域

彼は、以上のように理論的な整理を行った上で、個別領域を題材にして、実際的な理論の適用を試みている。彼の枠組みによれば、「永続的で実効的な帰責の連関」が確立される範囲内において、立法者には議会制定法を通じて「制度的なアレンジ」を行う余地が生じる。本節においては、とりわけ古典的な理論との比較を可能とするため、そして本稿が関心とする参加との関係をより具体的に明らかにするために、(一)合議制機関および(二)機能的自治を取り上げ、多元的な理解がこれらをどのようにして評価しているのかを確認しておきたい。

一　合議制機関

古典的なモデルにおける合議制機関は、決定に参加する構成員について「二重の過半数の原則」が要請される人的正統化が極めて重視された領域であった。合議制機関の民主的正統化をめぐって、トゥルーテはまず、議会制定法によってそれらの委員会の制度化をすることで、必要となる基礎正統化が調達され

るとしている。その際には、それらの委員会の任務は立法者によって明確に規定されねばならず、それを行政に委ねることは許されない（「立法者の正統化責任」）。そして、合議制機関は通常は独立した決定権が認められているため、事項的・内容的正統化が不足することとなる。したがって、このような委員会においては、人的正統化や手続的正統化が重要な役割を果たすというのである[59]。

ただし、合議制機関の民主的正統化に際して、古典的なモデルにおいて重要視された国家による任命行為を通じた「正統化の連鎖」は、トゥルーテのモデルではもはや決定的な要素としては位置づけられない[60]。また、合議制機関は、多元的委員会とも称される参加委員会（partizipative Gremien）、有識者で構成される専門委員会（professionelle Gremien）、協同委員会（korporative Gremien）という三類型に区別することができるとされ[61]、例えば利害関係者が取り込まれている参加委員会であれば、自律的正統化によっても正統化を調達することができるものと理解される[62]。

また、立法者は、委員会の類型に応じた手続の形成、すなわち制度的措置を予定することが必要となる。参加委員会においては多元的な利益が決定に十分な影響を与えることが保障されなければならず、彼はそのために、委員会における参加義務、定足数、少数派の意思表示などの設定が必要となる可能性に言及する[63]。そして、特定の利益の代表者としてではなく、利益に寄与する社会の代表としての役割を期待して構成員を選出している場合には、特定の利益への独立性に加えて、期待される役割の遂行を保障するための規定が必要となるという[64]。トゥルーテによれば、このような規定は、特に学術的な専門委員会において重要であるとされる。そこでは、制度上で討議的な論争が促進されること、議論の中で主張された立場が認められることなどを通じて、特定の利益に対する中立性を保つことが重要になる[65]。以上のように、合議制機関においては、事項に適した手続形成が行われることが、手続的正統化の面から極めて重要な役割を果たすことになるというのである。

二　機能的自治

機能的自治の民主的正統化においては、議会によって斡旋された正統化と自律的正統化の両者が相互作用することになる。議会による正統化は、まず法律によって機能的自治の領域が規定され制度化されること、そしてその範囲内で自治が行われるよう職務担当者が監督し、影響力を行使する権利を有すること

を通じて斡旋される。彼によれば、目標の取り決め、あるいは報告義務などもそれに寄与する手段として含まれる余地がある[66]。

他方で、彼によれば、自律的正統化は「任務」、「人的基礎」、そして「決定の作用」という三つの要素の連関に関わるものである。つまりここでは、「自身の事項における自己決定」が自律的正統化を導くのであり、そのためには構成員の範囲をその事項に即して適切に境界付けること、あらゆる利害関係者にその利益を貫徹するための公平な機会が与えられるよう配慮することが、制度化を行う立法者にとって重要になる[67]。

また、自律的正統化においては、構成員と自治主体の間で実効的な帰責の連関が確立されることで正統化が導かれる。したがって団体の内部構造の問題として、構成員が自治主体へと継続的かつ実効的に影響を及ぼすことができるよう保障されなければならない。この意味では、団体の代表機関の意思に左右されることのない独立した組織体において行政が行われる際に、自律的正統化の限界が現れることになる。一方、その裏返しとして、例えばNew Public Management（NPM）のような新たな手法を取り入れるとしても[68]、それは構成員と行為主体の帰責の連関が維持されている限りでは、問題視されないのである[69]。

第六款：検討

さて、以上のように彼の議論を確認したところで、彼の理論と参加との関係についても検討しておく必要がある。彼の議論においては、「参加による正統化」という独自のカテゴリーとして正統化が認められるわけではなく、主として、（一）手続的正統化と（二）自律的正統化という古典的なモデルにはみられなかった二つの正統化手段を介して、参加に正統化機能が認められることになる。以下ではこれらについて、順次検討することとしたい。

一　手続的正統化

彼の理論は、最終的に下される決定のみに着目するのではなく、決定の構造、すなわち決定に関連する一連の組織や手続の制度化といった点を総合的に考慮して正統化水準を満たしているかどうかを判断するものである。したがって、参加という一種の行政手続にもまた、正統化作用が認められてしかるべきである。ここでは、法律が規定する内容が抽象的なプログラムとなっており、名宛人や利害関係者が参加する手続においてその内容が形成されるという傾向が強まれば強まるほど、よりいっそう決定プログラムによる正統化（法律による正統化）は縮減

し、それを手続による正統化が負担するものとして理解される[70]。つまりここでは、参加手続が有している法律目的の具体化という役割が正統化機能を導いているということになる。

二　自律的正統化

トゥルーテのように「国民」を多元的に理解するのであれば、「正統化主体」が統一体としての「国民」に限定されることはなく、議会を介さない直接的な正統化手段の可能性が生じることになる。ここでいう自律的正統化は自らの事項に関する決定に参加することで斡旋されるものであり、個人の自己決定という出発点を有している。したがって、彼のいう「自律的正統化の諸形式」には、機能的自治のような利害関係者として規定された領域における自治から、合議制機関に取り込まれた利益代表者による決定への参加（共同決定）、手続過程における純粋な利害関係者の参加、そして一般公衆の参加に至るまでの、多種多様な利害関係者の関与の形式が幅広く包括されているのである[71]。

こうしてみると、参加の形式的な側面に注目して、手続的正統化と自律的正統化を区別することはできない。しかしながら、それぞれの正統化手段が意図するところは明確に異なっている。すなわち、手続的正統化は、法律内容を具体化し決定を形成する過程として参加に正統化作用を認めるものであり、自律的正統化は、法律によって規定された範囲内にある利害関係者による自己決定の過程として参加に正統化作用を認めるのである。当然ながら、彼の構想においては、どちらか一方ということではなく、両者の観点から参加には正統化機能がしばしば認められるということになるだろう。また、これに加えて、手続的正統化や自律的正統化のように主たる手段ということはできないが、アウトプット正統化の観点からも、結果として参加が好意的に評価される余地があるように思われる。

三　アウトプット正統化

また、彼は正統化を補完するための手段として、アウトプット正統化という概念を持ち込んでいた。既に確認した通り、彼の枠組みでは、手続的正統化と自律的正統化によって参加に正統化機能を認めているため、その上でさらに、参加によって生じるアウトプットに正統化の観点からの価値を認めうるかという点が問題となる。

彼の議論において、手続的正統化には、手続を通じて決定の内容形成を担うという側面があるからこそ、正統化として重要

な意義が認められる。ただ、参加は必ずしも決定の具体化（のみ）を目的として行われるわけではない。多かれ少なかれ、参加には受容を確保したり、決定の実効性を高めるという役割が期待されており、彼の議論の枠組みにおいては、この意味で参加にはアウトプット正統化として寄与する余地もあると理解すべきと思われる。ただし、彼が強調するように「決定手続の結果」や「その結果の市民による受容」それ自体は、民主的正統化の観点からすると重要ではない。むしろ、そうした受容を確保し、決定の実効性を確保しようとするための制度的措置を、立法者が「決定の構造」に取り込んでいたかどうかに光が当てられるといえる。そして、民主的正統化の判断にあたっては、こうしたアウトプット志向の正統化要素は、補完的にのみ考慮されるわけである。

第四節：小括

以上のように、二〇〇〇年代にみられた連邦憲法裁判所の判例法理とその後に現れたトゥルーテの見解を検討してきた。この判例法理は、自治の領域についてではあるが、かつての厳格な民主的正統化の枠組みを徐々に緩和している傾向がみられた。そしてトゥルーテの理論は基本的に連邦憲法裁判所の判例に総じて親和的であり、その枠組みの個別領域への適用においては判例を度々参照しながら、これを自らの理論に積極的に取り込み適合させようと試みていた。こうした彼の理論は、民主的正統化の枠組みの中に、もはや純粋に規範的な視点のみならず、実際的かつ経験的な視点を相当に取り込んでいるようにもみえる。(72)

参加に民主的正統化を認めるのか、あるいは他の観点からの正統化（正当化）としての役割を認めるのかはどのような構成を取るかによるものの、なかなか解釈的な裏付けがなされてこなかった「参加による正統化」の可能性、あるいは「参加の民主主義的な意義」は、このように民主的正統化に議論領域を移して展開されたわけである。前章および本章では特に「参加による正統化」の理論的な障壁となる民主政原理の解釈、つまり民主的正統化の解釈を問題として取り扱ってきた。次章ではこれらの議論を踏まえた上で、より具体的に「参加による正統化」の可能性を探究し、そしてその議論の整理を行うことを通じて、本稿のまとめを行うこととしたい。

（1）*Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §6.

（2）Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §1 Rn. 2 ff., 37 ff.

（3）Vgl. *Stephan Kirste*, Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie, VVDStRL 77 (2018), S. 161 (168 f.).

（4）Vgl. *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 82.

（5）こうした立場に対しては、例えば、基本法二〇条二項が「あらゆる国家権力が国民を通じた民主的正統化を必要とする」ことを明文で規定していることからして、機能的自治について例外的に人的民主的正統化の不足を認めるのには疑義があるとする形式的な面からの批判が考えられる。Vgl. *Peter Unruh*, Demokratie und "Mitbestimmung" in der funktionalen Selbstverwaltung, VerwArch 92 (2001), S. 531 (548).

（6）*Winfried Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 253 ff. ブロームの見解については、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開（下）』（信山社、二〇一二年）三二八頁以下の註（48）も参照。

（7）こうした指摘として、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、二〇一七年）一二五頁以下の註（351）を参照。

（8）特に詳しい整理として、vgl. *Sandra Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2009, S. 210 ff. それによると、団体国民を承認する論者らは、基本法二八条二項を手がかりとして地方自治に正統化主体としての「部分国民」が認められるのと同様、基本法八十七条や一三〇条などの規定を手がかりとして機能的自治にも正統化主体としての「部分国民」――すなわち「団体国民」――が認められるといい、これらの規定を民主政原理を形作るもの（Ausformung）として理解する。対して、これに批判的なケラーは、これらの規定が団体の構成員を部分国民として認めることについて何も明確には示していないこと、さらには、このことが暗示されたり前提とされているわけでもないことをそれぞれの条文を検討しつつ指摘する。例えば、基本法八七条についてみると、それは基本法の「Ⅷ 連邦法律の執行および連邦行政」を示すところに位置しており、条文の構造か

らして民主政原理を執行するものであると読み取ることはできないとする。

（9）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 90 ff.

（10）一九九〇年代の判決から二〇〇二年の決定に至るまでの民主的正統化をめぐる学説の動向については、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」行政法研究一四号（二〇一六年）四六頁以下を参照。

（11）事案やその背景に関する詳細な説明として、特に、日野田・前掲註（6）三三五頁以下、斎藤誠「自治・分権と現代行政法」岡田正則ほか編『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）三〇三頁以下を参照。

（12）BVerfGE 107, 59 (88 f.).

（13）BVerfGE 107, 59 (91 f.).

（14）BVerfGE 107, 59 (92 f.).

（15）BVerfGE 107, 59 (93).

（16）BVerfGE 107, 59 (94).

（17）BVerfGE 107, 59 (94).

（18）BVerfGE 107, 59 (98 f.). ここで、一九九五年の共同決定判決（BVerfGE 93, 37）を参照している。また、水利組合の労働者は、水利組合の構成員とは異なる。

（19）BVerfGE 107, 59 (99).

（20）基本法一条一項の人間の尊厳と民主政原理を結び付ける連邦憲法裁判所の思考様式は、それ自体としては何ら新しいものではなく（vgl. BVerfGE 5, 85 [204]; 44, 125 [142]）、そして現在においても維持されている。例えば近年では、二〇一六年のＯＭＴプログラム判決（BVerfGE 142, 123）において、連邦憲法裁判所は次のように判示している。すなわち、「基本法によって起草された国家秩序にとっては、選挙および投票を通じて行われる多数決原理に基づく国民の自己決定が根本的である。基本法は、自由である権利を持つ人間の固有の価値と尊厳を出発点とするものであり、自由かつ平等な中で行われる選挙および投票を通じて、それらに関わる公権力を人的・事項的に規定するという市民の権利において、人権上での民主政原理の核心を保障する。この民主政原理の核心は、人間の尊厳に依拠するものなのである」（BVerfGE 142, 123 [189]）。

（21）他方、自治に固有のいわゆる「自律的正統化」についても、本決定がこれを認めたとまで読み取ることはできないとされている（vgl. *Thomas Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, S. 100）。

(22) *Klaus Ferdinand Gärditz*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip im Recht der Wasser- und Entsorgungsverbände, AbfallR 2004, S. 235 (237).

(23) *Matthias Jestaedt*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Winfried Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts, 2003, S. 9 (23).

(24) Florian Becker, *The Principle of Democracy: Watered Down by the Federal Constitutional Court*, 4 German Law Journal 759 (2003), 766-767. なお、基本法八七条二項は、社会保険の主体が存在することを前提とした条文である。

(25) Becker, *supra* note 24, at 767.

(26) Becker, *supra* note 24, at 768. ここで彼が社会国家原理を持ち出すにあたっては、第一章で検討したシュミット・グレーザーの論稿を参照している。

(27) Becker, *supra* note 24, at 768-769.

(28) 自律的正統化に関する学説においても、第三者に影響を及ぼす行為にまで自治を認めることについては慎重な見解がある。Vgl. *Gabriele Britz*, Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 93 (2002), S. 418 (431):「自律的正統化の思考は、結局のところ自らの団体の構成員に対する国家権力の行使を正当化するのであって、反対に、第三者に対する権威的な決定を正当化するわけではない」（強調は訳者による）。

(29) 実効性の原則とは、「EU法の実現を実際に不可能なものにしたり、あるいは過度に困難なものにしてはならないという原則」（中西優美子『EU法』〔二〇一二年、新世社〕二三六頁）であり、機能的な解釈アプローチであるといえる。Vgl. *Thomas von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 167:「司法裁判所の判例において支配的な解釈方法は、専門的あるいは機能的な解釈方法である」。

(30) *Florian Becker*, Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, in: Thomas Mann/ Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, 3. Aufl., 2011, §50 Rn. 58.

(31) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 23), S. 21. なお、イェシュテットは本決定について、裁判官の間で決定の結論については意見が一致したものの、それをいかに根拠付けるかという面では一致できなかったのだろうと推測している。曰く、「なぜ法廷が〔…〕拡散的な正当化の構成を選択したのか正確には理解できないが、しかしそれは、憲法ドグマーティッシュに議論の余地のない機能的自治の創

設、すなわち、今まさに争訟の対象となっている水利経済組合が属する『基本法の発効の際に存在し、歴史的に発展した機能的自治の組織形態』を憲法制定者が承認していることにさえ通じている」（S. 19 f.）。「その根拠付けは、法廷が内部で意見の相違があったにもかかわらず、全ての原稿を考慮した上での共通の決定を見出そうとしたためかもしれない。この事例においては、結果における合意のために、根拠付けの安定性という代償を払ったのであろう」（S. 23）。斎藤・前掲註（11）三一〇頁も参照。

（32）*Becker*, a.a.O. (Fn. 30), Rn. 58.

（33）本決定では、公証人保険組合（Notarkassen）における機能的自治の民主的正統化が問題となり、民主政原理に適合しているとの判断が下されている。

（34）*Eberhard Schmidt-Aßmann/ Stéphanie Dagron*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, ZaöRV 67 (2007), S. 395 (430).

（35）BVerfGE 111, 191 (217).

（36）BVerfGE 111, 191 (217).

（37）連邦憲法裁判所は本決定（二〇〇四年）の後、二〇一四年の公法上の営造物（Anstalt des öffentlichen Rechts）に関する二つの判決の中で、機能的自治以外の領域においても、事項に適した実効的な任務遂行という利益に寄与する限りにおいては、必要な制度的措置を行い議会による実効的な統制が行われることを前提に、人的正統化の要請の緩和が認められることを確認している（BVerfGE 135, 155 [223]; 136, 196 [263]; *Thomas Groß*, Demokratische Legitimation und Verwaltungsorganisation, JURA 2016, S. 1026 [1033]）。前者の判決を分析するものとして、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）一三三頁以下。

（38）二〇〇二年と二〇〇四年の決定に対しては、二〇〇二年の決定から判例変更が始まっているとの評価がある（*Schmidt-Aßmann/ Dagron*, a.a.O. [Fn. 34], S. 429）。

（39）*Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 1. Aufl., 2006, §6. なお、本稿では二〇一二年の第二版に拠る。

（40）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1.

（41）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 2.

（42）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 2, 16.

（43）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 56 f.

（44）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 19.

（45）Vgl. *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 19, 21 ff.

(46) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn 22. いわゆる古典的なモデルにおいては利害関係者による特殊利益に関する働きかけの機会は形式的な民主的平等に反するものとして理解されたのに対して、トゥルーテのモデルにおいては、利害関係者の範囲を構成し国家権力の行使への働きかけの機会を開放することは立法者の事項であるとされ、これが立法者によって行われることで「法律の一般的平等」を根拠とする基礎正統化（Basislegitimation）が斡旋されるとしている（Rn. 25）。

(47) Vgl. *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 23 f., 79. 結果として、国家行政の民主的正統化と地方自治の民主的正統化は対等に位置づけられる。

(48) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 42.

(49) ただし、古典的なモデルよりも正統化への寄与という面での意義は縮減されているといえる。この点については、註（60）も参照。

(50) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 42.

(51) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 43 ff., 57. さらに、類似の立場からのより詳細な説明として、vgl. *Groß*, a.a.O. (Fn. 37), S. 1026 f.:「行政活動は決して法律の機械的な適用の中にのみ存在しているわけではなく」「しばしば裁量、評価、あるいは予測の余地が存在している」。したがって、「法律によって個々の決定が完全に決されるということは考えられないのであるから、誰がその執行を管轄するのかという点も、やはり重要である。行政組織は決定プロセスの構造化に寄与し、それとともに責任の構造化に寄与する。公行政の構造の内容形成もまた、国家活動の正統化の重要な要素の一つなのである」。

(52) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 42, 47 f., 57.

(53) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 54.

(54) 自律的正統化が民主的正統化とどのような関係に立つかは、論者によって異なる。例えば、シュミットーアスマンは、自律的正統化を、基本法第二〇条二項を出発点とはしない民主的正統化とは異なる正統化として位置づける一方で、民主的正統化と自律的正統化が相互作用することによって十分な正統化水準を満たすよう要求している（*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. [Fn. 9], Kap. 2 Rn. 90 ff.）。

(55) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 25, 54 ff., 98.

(56) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 53.

(57) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 53. なお、「アウトプット」と「アウトカム」については、経営学的視点に基づき、「インパクト」を交えて以下のように説明される。「〝アウトプット〟は、生産そのものと関わる措置の直後の具体的な帰結であると理解される。他方で〝インパクト〟は、目標集団の行動に対する短期的な作用を表している（ミクロな結果）。そしてまた〝アウトカム〟は、措置の社

会的、経済的、あるいはそれ以外の環境への長期的な作用を意味するのである（マクロな結果）」（*Volkhuhle*, a.a.O. [Fn. 2], Rn. 32. 強調は原文による）。この定義によれば、「決定」それ自体はアウトプットであり、それに対する「結果の受容」といった社会の評価はアウトカムである。

（58）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 53.

（59）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 69 ff. 日本では例えば、独立行政委員会の民主的正統化の問題が想起される。

（60）Vgl. *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 45 f. 彼は「任命の連鎖」について、仮に「連鎖」が職務担当者の公共善指向をも保障するものなのであれば必要となるのであろうが、それは事実ではないとする。したがって、国家に割り当てられた合議制機関の任命権の行使自体は人的正統化に寄与する要素であるものの、もはや民主的正統化の決定的な要素とは捉えられない。そして、職務担当者の公共善指向を保障するという観点から、むしろ決定の前提に位置づけられる制度形成（組織的正統化と手続的正統化）に重要な意義が与えられている。

（61）*Thomas Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 61 ff.; *Trute*, a.a.O (Fn. 1), Rn. 70.

（62）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 73. 自律的正統化を斡旋しうる参加委員会の例としては、学校における両親への共同決定権の付与が挙げられている。

（63）トゥルーテはこの点について、有害図書の規制を行う連邦審査局（合議制機関）の組織構成等が問題となった連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 83, 130）を参照している。当該判例については、芹澤齊「『有害図書』規制と芸術表現の自由」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）一九一頁以下を参照。

（64）トゥルーテはこの点について、第六次放送判決において示された、放送協会の内部組織である公共放送の「監督委員会（Kontrollgremien）」の構成に関する理解（BVerfGE 83, 238 [334 f.]）を参照している。判決では、委員会の構成員の出身母体が利益集団であるにもかかわらず、公衆の代表として一般利益に寄与する役割を期待して委員が選出されていること、そのような委員会の構成員の選出については立法者に広範な形成余地があること等が述べられている。当該判例については、鈴木秀美「ノルトライン＝ヴェストファーレン州放送制度の合憲性」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）一三九頁以下を参照。

（65）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 74.

（66）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 84.

（67）*Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 85.

（68）日本でいうところの大学の国立大学法人化などが当て

はまる。ドイツの大学におけるNPMについて考察する論稿として、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）三七一頁以下。

(69) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 87 f.

(70) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 97.

(71) *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 55.

(72) ただし、二〇〇二年以降の連邦憲法裁判所の判例が機能的自治などの領域については（民主的）正統化という表現を避けていること、そしてトゥルーテが機能的自治などの領域についても民主的正統化の枠組みで捉えようとしていることを考慮するのであれば、二つの立場は結論や考慮事項においては近しいといえども、どこまでを民主的正統化の枠内で捉えるかという点で相違がある。この点について、山本隆司教授は、トゥルーテのように機能的自治における自律的正統化を民主的正統化と同一視しようとする見解に対して、警鐘を鳴らしている。すなわち、「参加の主体の範囲・属性に関する差異（正統化の淵源が国民または住民か、利害関係者全体か）が、単に広狭や程度の違いにとどまらず、参加の対象の性質に関する差異（公益に関する包括的・総合的な決定か、限定された公益に関する決定か）にも連関し、さらに法治国原理との関係に係る差異に結びつく点は、看過できない。すなわち、民主的正統化は、特定の利益に偏らず公正中立的に公益を実現するという意味の法治国原理（「特殊利益に対する距離」の要請）によく適合するのに対し、自律的正統化は、多様な利益の考慮と情報・知識の幅広い摂取という意味の（開放化された）法治国原理を実現するために活用される。したがって、民主的正統化と自律的正統化は、共通の基礎をもつことを認めつつ、明確に区別すべきであろう。『正統化の方法の多元化』を標榜し、自律的正統化による機能的自治も含め、「観点の多元性」等のための『参加的正統化』を、民主的正統化を『補足』するとする見解も、そのような方向で展開するべきであろう」（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〕二二六頁以下）。「近時の多元的正統化論が、民主的正統化は一体性を所与とするのではなく、異質な個人を継続的に統合する過程である旨を強調することは、正当であるが、民主的正統化と機能的自治団体の自律的正統化との質的な区別を否定する口吻を示すことは、行き過ぎであろう」（同「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〕六一頁）。山本教授の構想については、さらに、同「行政の主体」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、二〇一一年）九三頁以下も参照。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 70 No. 3 (2019)
SUMMARY OF CONTENTS

Practical Manuals for Meiji Civil Procedure Code (1891-1929): especially on oral proceedings and its preparation.

Koji MIZUNO*

After promulgation of the first modern Civil Procedure Code in Japan (1891), so many practical manuals were published and diffused for legal practitioners (mainly attorneys) and laymen, such as introductory explanation or commentary for the code, and forms of writings. These manuals paraphrased complicated rules and doctrines for use in courts, offered patterns and techniques for individual cases, and sometimes went so far as to advise tricky tactics. These rather simplified knowledge could greatly influence real litigation proceedings more directly than code itself or textbooks. Moreover, Japan had accepted western modern legal system in too short a time, and under this situation this sort of practical techniques was appropriate for attorneys and laymen alike, so that they could "muddle through" in court without profound learning of codes and doctrines. We can say practical manuals played a quite important role in order to popularize modern civil procedure in Japan, but little is known about them until today.

In this article we take up descriptions of practical manuals on party initiative and judge's directive power for fixing issues and proof-taking, and compare them with explanations in textbooks to clarify their characteristics. We refer also to articles in "Horitsu Shimbun (The Legal News)", the most famous legal media in this period, so that we could classify descriptions in

* Professor, Hokkaido University, Graduate School of Law.

practical manuals into reals or ideals of litigation proceedings.

In practical manuals, preparing written evidences and briefs was a major theme. As for evidences, this reflected court practice in those days, which attached much emphasis to documents, although often harshly criticised by practitioners. As for briefs, some advised parties to submit them with delay or without sufficient allegations "intentionally", others demanded to present them at an appropriate time for fixing issues at the early stage. This is one of the examples of interest conflict between players in court.

A large part of practical manual titles were for laymen. Western civil procedure had become learned since 13th century, so-called roman- canonical procedure, and learned attorneys and notaries had been quite widespread by 19th century. Such legal tradition had not existed in Japan, therefore practical manual might have played a more important role than in Germany. How far civil procedure was popularized through practical manuals could be one of the major factors in deciding how far judge's directive power should intervene for the benefit of parties.

Social Exclusion and Legal System (5・Fin)
— System Operation Through Personality —

Noriko HASHIBA[1]

A theoretical and empirical investigations were conducted in the previous chapters (especially Chapter 5 and 6). Primarily, this examination pertained to the mechanisms that invoke trust in the system. Three hypotheses were tested regarding the relationship between social inclusion and trust: (1) personal trust (trusting other individuals) shifts to institutional trust (trust in the system) and guarantees access to that system (removes factors obstructing access); (2) personal trust functions as an alleviating agent of avoidant perceptions of laws derived from authority and is a prerequisite for establishing hypotheses (1) and (2); and (3) the existence of trust in oneself (self-affirmation) is an element indispensable to the acquisition of personal trust[2].

A commonality may be observed in the series of theoretical frameworks described in the previous chapters and in the three hypotheses mentioned above. There appears to be a major disconnect between the establishment of institutional features, such as the enhancement of legal institutions and the expansion of advice bureaus, and their use by the individuals for whom they are meant.

In particular, for people who are prone to social exclusion, there are significant gaps in the process that results in their actual utilization of the system. In addition, structural issues such as the establishment of new systems or the enactment of laws underlie these lacunae. These difficulties cannot be resolved merely by improving the institutional aspects. Thus,

---

[1] Assistant Professor, Faculty of Law, Seikei University.

[2] Noriko HASHIBA (2015-2018), 'Social Exclusion and Legal System (1)-(4) ',The Hokkaido Law Review Vol.66. (No.2-No.4), Vol.69 (No.4).

internalized self-alienation is one of the factors preventing such individuals from availing of the facilities provided by the system.

(I regard this feeling of refusal toward a legal entity itself to be "law rejection" in Vol.69. No.4.)

The points raised in the previous chapters elucidate that for people who are in the state of social exclusion, the impediments to judicial access cannot be resolved solely by effecting adjustments to the legal system such as expanding civil legal aid or adding more judicial access points.

A series of analyses yielded the awareness that if there is a disparity between the system as it currently exists and its utilization by socially excluded individuals, the personal contact is vital to the bridging of that variance. Nevertheless, there are problems associated with the personal elements themselves.

One such difficulty pertains to the fact that the personal is highly contingent on specific circumstances. A second dilemma relates to adverse effects arising from an overreliance on the key person who creates the personal elements.

It seems obvious from the effected analyses that the personal element is indispensable and that it is an important component of the practical functioning of the system. In principle, it relaxes the rigidity of the system. Nevertheless, it is also clear that that there is an incompatibility between the personal and the systemic and that the stability of a system is lost if it relies too heavily on personal elements.

執筆者紹介（掲載順）

水野浩二	北海道大学大学院法学研究科教授
栗原伸輔	北海道大学大学院法学研究科准教授
藤原正則	北海道大学大学院法学研究科特任教授
小森光夫	元北海道大学法学部教授
橋場典子	成蹊大学法学部助教
宋　峻杰	国家教育研究院教育制度及び政策研究センター助理研究員
谷　遼大	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
マリアン・フュッセル	ゲッティンゲン大学教授
前田　星	北海道大学大学院法学研究科助教
田口正樹	北海道大学大学院法学研究科教授

令和元年９月20日　印刷
令和元年９月30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　北海道大学生活協同組合　情報サービス部　札幌市北区北８条西８丁目　TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科　札幌市北区北９条西７丁目　TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948　ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 70 September 2019 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Practical Manuals for Meiji Civil Procedure Code (1891－1929): especially on oral proceedings and its preparation ☆ ····· Koji MIZUNO 1

Civil Code Article 481 and Voidable Preference in Bankruptcy ····· Shinsuke KURIHARA 69

Verfügung über die fremden Sachen, Vertretung ohne Vertretungsmacht und Erbenhaftung ····· Masanori FUJIWARA 87

A Theoretical Perspective on the Structure and the Role of Normative Justification in the Formation of General International Law (1) ····· Teruo KOMORI 125

Social Exclusion and Legal System (5·Fin): System Operation Through Personality ☆ ····· Noriko HASHIBA 177

On Children's Self-determination Under the Constitution (7・Fin) — A study of the theory of children's rights in the United States, Taiwan and Japan — ····· ChunChieh SUNG 209

NOTES

Die geschichtliche Entwicklung der Partizipationstheorie im deutschen öffentlichen Recht (2): — Unter besonderer Berücksichtigung von Legitimationsfunktion der Partizipation — ····· Ryota TANI 356[1]

MATERIAL

Juristen, böse Christen? Juristenkritik als Expertenkritik in der Frühen Neuzeit ····· Marian FÜSSEL 279
Übersetzt von Hoshi MAEDA und Masaki TAGUCHI

[ ]…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