

# 総合法政策研究会誌

## 第5号

### 【研究会を代表して】

本号の研究会のテーマについて

名古屋市立大学大学院 教授 小林 直三 (1)

### 【研究論文】

相続税法9条に関する比較法研究

—法人を介した間接贈与を題材にして—

関西大学大学院 教授 中村 繁隆 (3)

脱政治化に抗する政治的教養

—持続可能な社会を担う市民の教養として—

東海大学 講師 中村 隆志 (30)

行政機関の透明性

—欧州各国の諜報機関法制を題材として—

高知大学 助教 小西 葉子 (48)

国際環境法における国家の意思の包摂に関する一考察

—パリ協定履行確保のための「緩やかな軛」—

防衛大学校 非常勤講師 中村 文人 (66)

本誌の無断複製・転載等は、法律で認められた場合を除き禁じられています。

## 【研究会を代表して】

### 本号の研究会のテーマについて

### About the Theme in This Issue

名古屋市立大学大学院 教授

小林 直三

Nagoya City University Graduate School Professor

Naozo Kobayashi

今回の総合法政策研究会誌では、持続可能な開発目標、いわゆる SDGs (Sustainable Development Goals) を統一テーマに設定し、学術論文を掲載している。

これまでも環境保護や資源管理に関しては、国際政治においても法学においても、様々な議論や取り組みが行われてきたが、2000年の国連ミレニアム宣言を踏まえて、2001年には、国際社会における共通の目標として、ミレニアム開発目標、MDGs (Millennium Development Goals) がまとめられている。MDGsは、2015年までに達成すべき8つの目標を示したものであり、一定の成果を上げたものと考えられているものの、新たな課題も明らかとなったともいわれる。そのため、それをさらに発展させるものとして、2015年の国連サミットで採択されたものが、SDGsである。SDGsは、2030年までに達成すべき17の目標を示したものである。

近時の日本では、内閣総理大臣を本部長とし、内閣官房長官、外務大臣を副本部長とするSDGs推進本部が設置され、関係行政機関を連携し、SDGsを総合的、効果的に推進することになっており、SDGsアクションプランが策定されている。また、地方公共団体に向けて、SDGsを原動力にする地方創生が推進されており、SDGsを推進する地方公共団体をSDGs未来都市に選定するなどしている。

企業においても、ESG（Environment, Social, Governance）が強調されてきており、環境保護や社会的課題に資することが、企業価値を高めることになり、長期的な経営基盤の強化にとって、重要な意味をもつことが認識されてきている。

また、教育分野でも、SDGs の達成にとって重要な役割を果たすであろう ESD（Education for Sustainable Development）に関連する内容が、教育基本法に基づく教育振興基本計画や学習指導要領などに記載されるに至っている。

このように SDGs は、現代社会における大きな潮流の 1 つとなっている。そのため、SDGs の 17 の目標やターゲットを前提にするにしても、それらを批判的検討の対象にするにしても、今日の社会課題の解決に資する研究を進めるためには、SDGs を無視することはできないように思われる。

すでに総合法政策研究会においても、共同研究の成果として、小林直三・根岸忠・菊池直人編『法と持続可能な社会の構築』新日本法規出版（2017 年）を刊行しているが、今回の研究会誌では、あらためて統一テーマとして、SDGs を設定し、4 つの論文を掲載している。

これらの論文が、これからの学界と社会の発展に寄与することを期待する次第である。

[公開日：2022 年 3 月 31 日]

【研究論文】

相続税法 9 条に関する比較法研究

—法人を介した間接贈与を題材にして—

Research on Article 9 of the Inheritance Tax Act from  
Comparative Law Perspective

—Focus on Indirect Gifts through a Corporation—

関西大学大学院 教授

中村 繁隆

Kansai University Graduate School Professor

Shigetaka Nakamura

要旨

本論説は、持続可能な社会を支えるための税財政のあり方として、相続税・贈与税に着目し、個別論点として相続税法 9 条に関する問題を論じたものである。相続税法 9 条はその射程の不明確さから、納税者と課税当局との間で多くの訴訟がある。特に、第三者を介する贈与(低額譲渡を含む。以下、間接贈与という)には、問題が多い。間接贈与に関する学説は存在するが、その射程の不明確さを解釈論で解決することには限界があるといわざるを得ない。そこで、アメリカの連邦贈与税(Federal Gift Tax)における Indirect Gifts の取扱いに着目して比較法研究を行った結果、相続税法 9 条には、「利益を受けさせた者」と「利益を受けた者」との間に介在する法人等の組織体に関する文言がない、という課題が浮き彫りとなった。そして、その課題解決としての相続税法 9 条の改正の方向性は、財務省規則 § 25.2511-1(h)(1)第 4 文を参考に、かつ、わが国の事情を考慮しつつ、相続税法 9 条の適用除外となり得る、介在する法人等の組織体に関する文言を同条に明文化することが望ましいと考えられる。

## Abstract

This article focuses on inheritance tax and gift tax in Japan as the ideal tax and finance system to support a sustainable society, and discusses issues related to Article 9 of the *Inheritance Tax Act* [*Souzoku Zei Ho* (ITA)] as an individual issue.

Article 9 of the ITA was introduced in 1947. However, there are many proceedings between taxpayers and tax authorities due to the unclear scope of Article 9 of the ITA. In particular, gifts through third parties (including transfers at extraordinary low price) (Hereinafter; indirect gifts) have many problems. Although there are theories about indirect gifts, it seems that there is a limit to solve the ambiguity of its scope by interpretation of Article 9 of ITA. Therefore, this article focuses on treatments of indirect gifts in the Federal Gift Tax of the United States, and mainly examines Treas. Reg. §25.2511-1(h)(1), which states that a transfer of property to a corporation generally represents gifts by the transferor to the other individual shareholders of the corporation to the extent of their proportionate interests.

As a result of this study from comparative law perspective, it follows that article 9 of the ITA has an issue that there are not words about third parties intervening between a donor and a donee. Based on this issue, this article recommends amendments to Article 9 of the ITA, referring to the 4th sentence of Treas. Reg. §25.2511-1(h)(1) and considering the circumstances of Japan. It's worth noting that this recommendation will be expected to decrease above-mentioned problems relating indirect gifts.

## I はじめに

租税法の領域において、持続可能性(sustainability)の概念がどのような意味や役割を持つかどうか必ずしも定かではない、とされる<sup>1</sup>。そのような状況下において、持続可能な社会を支えるための税財政のあり方について論じた先行研究によれば、所得税など他の基幹税に加えて、「富の集中と偏在、格差の拡大という状況が進む中で、財産税のあり方の検討も不可欠<sup>2</sup>」と指摘されている。本論説では、財産税の1つである相続税に焦点を当てる。なぜなら、相続税は、累進所得税と同様、再分配の目的に利用されており、また、それに役立つことを期待されているからである<sup>3</sup>。そして、本論説は、個別論点ではあるが、これまで多くの訴訟が提起されてきた相続税法9条に関する問題を論ずるものである。

相続税法9条は、「第五条から前条まで及び次節に規定する場合を除くほか、対価を支払わないで、又は著しく低い価額の対価で利益を受けた場合においては、当該利益を受けた時において、当該利益を受けた者が、当該利益を受けた時における当該利益の価額に相当する金額(対価の支払があつた場合には、その価額を控除した金額)を当該利益を受けさせた者から贈与(当該行為が遺言によりなされた場合には、遺贈)により取得したものとみなす。ただし、当該行為が、当該利益を受ける者が資力を喪失して債務を弁済することが困難である場合において、その者の扶養義務者から当該債務の弁済に充てるためになされたものであるときは、その贈与又は遺贈により取得したものとみなされた金額のうちその債務を弁済することが困難である部分の金額については、この限りでない」と規定する。

相続税法9条の第一文の主語は、「当該利益を受けた者」である。そして、相続税法9条は、その者が「当該利益を受けさせた者」から当該利益を贈与(又は遺贈)により取得したものとみなすと規定する。相続税法9条は、贈与により取得したものとみなす場合(贈与税)と遺贈により取得したものとみなす場合(相続税)の両方を規定している<sup>4</sup>が、本論説では前者の贈与税のみを検討対象としている点を予めお断りしておきたい。

<sup>1</sup> 田中治「持続可能な社会と税財政法の課題」税法学 578号 79頁(2017)参照。

<sup>2</sup> 田中・前掲注1、91頁。なお、持続可能な開発目標(SDGs: Sustainable Development Goals)と税制との関係について、主としてグローバル・タックスと環境関連税の観点から論じたものとして、柴由花「持続可能な開発目標(SDGs)と税制」税研 203号 24頁～30頁(2019)がある。

<sup>3</sup> 金子宏『租税法〔第23版〕』弘文堂 5頁(2019)参照。

<sup>4</sup> 相続税と贈与税は、ともに1つの法律〔相続税法(昭和25年法律第73号)〕の中で規定されている。

贈与税は、贈与によって財産が移転する機会に、その財産に対して課される租税である<sup>5</sup>。贈与税の創設は、昭和 22 年度税制改正に拠る<sup>6</sup>。贈与税には、2 つの類型があり、1 つは、財産を贈与する者を納税義務者として贈与税を課す方式であり、これは遺産税の体系に対応する<sup>7</sup>。他の 1 つは、贈与によって財産を取得する者を納税義務者として贈与税を課す方式であり、これは遺産取得税の体系に対応する<sup>8</sup>。

ところで、相続税法 9 条には法文上、「利益を受けた者」と「利益を受けさせた者」との間に介在する第三者に関する文言がない(本論説は、この点を現行の相続税法 9 条の課題<sup>9</sup>であると主張するものである。詳細は、IV.2 参照)。

また、先行研究においても、相続税法 9 条の射程に関して、贈与税の位置付けの曖昧さ(相続税の補完税として、無償での財産移転が行われる人的範囲を対象とするのか、それとも所得税の補完税として、人的要素は捨象しつつ経済的利益の移転のみに着目するのか)が現れているように思われ、なお未解明の問題が存在することを窺わせる<sup>10</sup>、と指摘されている(図 1 参照)。

<sup>5</sup> 金子・前掲注 3、701 頁(2019)参照。

<sup>6</sup> 相続税と贈与税の意義につき、相続税制の軌跡を辿りつつ論じるものとして、菊池紀之「相続税 100 年の軌跡」税大ジャーナル 1 号 35 頁～64 頁(2005)参照。

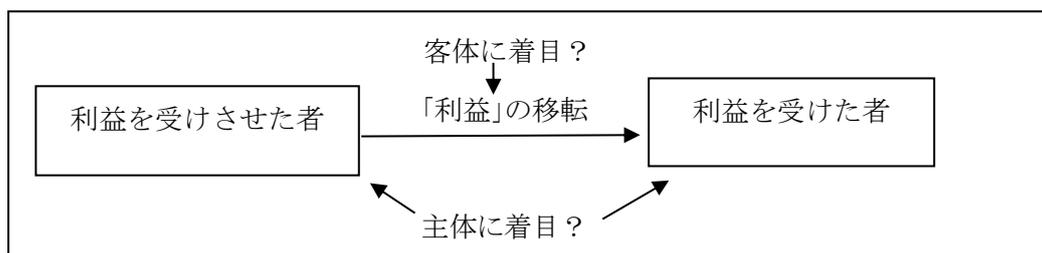
<sup>7</sup> 金子・前掲注 3、701 頁参照。同 672 頁によれば、遺産税(estate tax, death duties)の体系とは、「人が死亡した場合にその遺産を対象として課税する制度」と説明されている。

<sup>8</sup> 金子・前掲注 3、701 頁参照。同 672 頁によれば、遺産取得税の体系とは、「人が相続によって取得した財産を対象として課税する制度」と説明されている。

<sup>9</sup> 本論説よりも大きな視点からの議論として、相続税法 9 条における「その他の利益の享受」という規定が、租税回避行為を防止するために設定された税法上の概括条項(Generalklausel)としての意義を有し、租税法主義の要請に反するものといわねばならないと指摘するものとして、北野弘久編『コンメンタール相続税法』勁草書房 79 頁(1974)(石村耕治執筆)がある。この指摘に対し、武田昌輔『DHC コンメンタール相続税法』第一法規 1033 頁(加除式)は、「税法の対象とする社会経済上の事象は千差万別であり、その態様も日々生成、発展、変化している事情のもとでは、それらの一切を法律により一義的に規定しつくすことは困難であるから、税負担の公平を図るためには、このような規定も、ある程度はやむを得ないというべきであろう」と述べている。なお、本論説では、紙幅の関係上、租税法主義の観点からの考察を行わない。

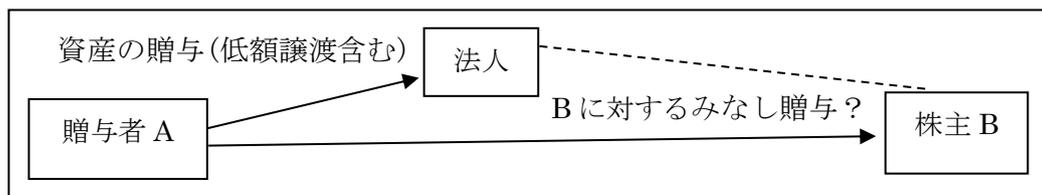
<sup>10</sup> 藤谷武史「家庭内財産承継の租税法的把握をめぐる問題—非典型財産承継の局面を中心に」社会科学研究 68 巻 2 号 100 頁(2017)参照。同 99 頁では、未解明の問題の例として、贈与と同様の経済的利益の移転があったというためには、利益を失った者と利益を得た者の人的関係が問われる余地があるかもしれない、と述べられている。

（図 1—相続税法 9 条の射程）



このように、相続税法 9 条はその射程の不明確さから、納税者と課税当局との間で多くの訴訟がある(後述の II.2 参照)<sup>11</sup>。特に、第三者を介する贈与(著しく低い価額の譲渡を含む。以下、間接贈与という)には、問題が多い。なぜなら、間接贈与は第三者を介している分だけ直接贈与よりも、利益を受けさせた者と利益を受けた者との間における利益の授受の有無が問題になると考えられるからである。本論説は、当該問題を解決すべく、比較法の見地<sup>12</sup>からアメリカの連邦贈与税(Federal Gift Tax. 以下、単に Gift Tax と表記する)の取扱いを参考にして、相続税法 9 条の改正の方向性を探ることを目的とする。なお、本論説における分析対象取引は、比較法分析を可能にするという観点から、間接贈与のうち、法人への資産の贈与(低額譲渡を含む)による既存株主の保有する株式の価値が増加する場合としている(図 2 参照)。また、前述のとおり、遺贈により取得したものとみなされる取引は、本論説における分析対象外である。

（図 2—分析対象取引）



<sup>11</sup> なお、「相続税法 9 条の適用を巡る裁判例はさほど多くない」と述べるものとして、古谷勇二「相続税法 9 条の「みなし贈与」について—資本取引等を巡る課税関係を中心として」税大論叢 85 号 162 頁(2016)がある。ただ、同論文には、本論説の表 1 における 1 番、16 番、23 番、25 番、29 番、33 番の記載がない。また、同論文が出された 2016 年(平成 28 年)後の判例として、表 1 の 35 番～38 番の相続税法 9 条の適用を巡る裁判例が存在する。

<sup>12</sup> 相続税法 9 条の射程を明確化するための別の方法として、同条における「著しく低い価額」の意義を法令上明確にすべきと主張するものがある。川田剛「オーナー企業による法人への低額譲渡とみなし贈与課税」月刊税務事例 49 巻 7 号 17 頁(2017)、同「個人による法人持分の他の法人への低額譲渡とみなし贈与課税」ジュリスト 1507 号 150 頁(2017)参照。ただ、本論説の対象は、著しく低い価額の譲渡だけでなく贈与も含めているため、本論説は川田剛教授と異なる方法を採用し、検討を行うものである。

本論説の構成としては、Ⅱで、相続税法9条の沿革と同条を巡る裁判例を紹介後、「利益を受けた者」と「利益を受けさせた者」との間における利益の授受に関する学説、及び、先行研究者の主張と限界を述べる。Ⅲでは、アメリカの Gift Tax に関する法的フレームワークを概観し、Indirect gifts に関する3つのカテゴリーを確認後、移転の原則(Transfers in general)を定める内国歳入法典(Internal Revenue Code. 以下、I.R.C.という)§2511の委任規定である財務省規則§25.2511-1を紹介する。そして、Ⅳでは、Ⅲから得られる示唆から相続税法9条の課題を浮き彫りにした後、相続税法9条の改正の方向性について私見を述べる。

## Ⅱ わが国における間接贈与に対する課税

### 1. 相続税法9条の概要

まず、相続税法9条の沿革を紹介する<sup>13</sup>。相続税法9条の前身は、相続税法を改正する昭和22年法律第87号の第12条に創設された。旧相続税法12条は、「第五條、第七條乃至前條に規定する場合の外、対價を受けないで又は著しく低い價額の対價で、他人に利益を受けしめたときは、その利益を受けしめた者が、その利益を受けしめた時において、利益の價額に相当する金額を利益を受けた者に贈與したものとみなす。前項の規定の適用について必要な事項は、命令でこれを定める。」(旧字体のまま表記している一筆者注)と規定されていた。第一文における主語が「利益を受けしめた者」とあることからわかるように、この時の贈与税の納税義務者は、贈与者であった(昭和22年法律第87号の第3条)。

その後、昭和25年法律第73号により、昭和22年法律第87号の全文改正が行われた。昭和25年法律第73号の第9条は、以下のとおり現行の相続税法9条とほぼ同様の内容に改正された<sup>14</sup>。「第四條から前條までに規定する場合を除く外、対価を支拂わないで又は著しく低い価額の対価で利益を受けた場合においては、当該利益を受けた時において、当該利益を受けた者が、当該利益を受けた時における当該利益の価額に相当する金額(対価の支

<sup>13</sup> 相続税が創設された明治38年から相続税法9条の沿革を紹介するものとして、古谷・前掲注11、131頁～136頁がある。本論説では、紙幅の関係上、相続税法9条が創設された昭和22年以降のみを簡潔に紹介する。

<sup>14</sup> 平成15年法律第8号及び平成19年法律第6号において、相続税法9条の文言に関する加筆修正が行われているが、昭和25年法律第73号の改正により、現行の相続税法9条とほぼ同様の内容になったと思われる。同旨として、古谷・前掲注11、136頁参照。

拂があった場合には、その価額を控除した金額)を当該利益を受けさせた者から贈與(当該行為が遺言によりなされた場合には、遺贈)に因り取得したものとみなす。但し、当該行為が、当該利益を受ける者が資力を喪失して債務を弁済することが困難である場合において、その者の扶養義務者から当該債務の弁済に充てるためになされたものであるときは、その贈與又は遺贈に因り取得したものとみなされた金額のうちその債務を弁済することが困難である部分の金額については、この限りではない」(旧字体のまま表記している一筆者注)。第一文における主語が「当該利益を受けた者」とあることからわかるように、この時の贈与税の納税義務者は、受贈者に変更されている(昭和25年法律第73号の第1条)。

次に、相続税法9条の趣旨を紹介する。東京地判昭和51年2月17日<sup>15</sup>は、次のように述べる。相続税法9条の趣旨は、「…私法上の贈与契約によつて(ママー筆者注)財産を取得したのではないが、贈与と同じような実質を有する場合に、贈与の意思がなければ贈与税を課税することができないとするならば、課税の公平を失することになるので、この不合理を補うために、実質的に対価を支払わないで経済的利益を受けた場合においては、贈与契約の有無に拘わらず贈与に因り取得したものとみなし、これを課税財産として贈与税を課税することとしたものである…」。このように、相続税法9条は、私法上の贈与契約に限定されず、「贈与と同じような実質を有する場合」にも適用されることによって「課税の公平」を実現する、という趣旨をもつとされている。

ところで、相続税法9条の課税対象である「利益」や上記で紹介した相続税法9条の趣旨で述べられている「経済的利益」については、相続税法には規定がない<sup>16</sup>。このため、課税実務上、相続税法基本通達(以下、相基通という)9-2以下において、その具体的な取扱いが例示されている<sup>17</sup>。このうち、本論説との関係で重要なものは、相基通9-2である。相基通9-2のタイトルは、「株式又は出資の価額が増加した場合」とあり、図1における法人が同族会社(法人税法2条10号に規定する同族会社をいう。以下、同じ)に該当する場合である。相基通9-2には、同族会社に対する4つの資産移転のケースが挙げられ、その

<sup>15</sup> 税務訴訟資料87号337頁。本裁判例を本論説と同様に相続税法9条の趣旨を述べたものと紹介するものとして、武田・前掲注9、1032頁がある。本裁判例は、表1の6番に当たる。なお、本裁判例以降、同様の内容で相続税法9条の趣旨を述べたものとして、表1の15番、31番、34番がある。

<sup>16</sup> 森田哲也『令和2年11月改訂版 相続税法基本通達逐条解説』大蔵財務協会154頁～155頁(2020)参照。ちなみに、相続税法基本通達9-1は、相続税法9条に規定する「利益」を受けたとは、「おおむね利益を受けた者の財産の増加又は債務の減少があった場合等をいい、労務の提供等を受けたような場合は、これに含まないものとする」と述べている。

<sup>17</sup> 森田・前掲注16、154頁～155頁参照。

うち、第1の「会社に対し無償で財産の提供があった場合」と第4の「会社に対し時価より著しく低い価額の対価で財産の譲渡をした場合」が、本論説との関係で重要である。なぜなら、それらが、比較法分析を可能にする分析対象取引となるからである。

（図3－相基通9－2の第1及び第4の取引）

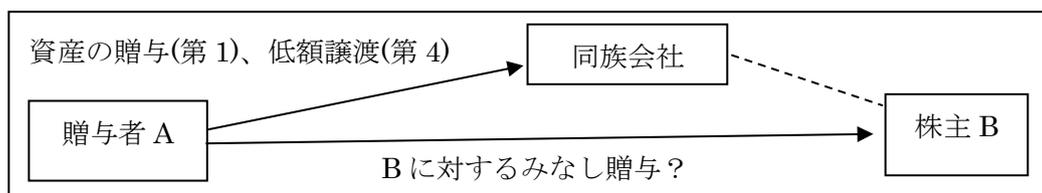


図3は、相基通9－2の上記2つの資産移転のケースを図示したものである。相基通9－2は、当該2つのケースの場合について、株主Bが保有していた当該同族会社の株式の価額のうち増加した部分に相当する金額を、贈与者Aから贈与により取得したものと取り扱う、と規定する。なお、当該同族会社の株式の価額の増加とは、贈与者Aの贈与等により当該同族会社の財産が増加するため、当該同族会社については法人税等の課税問題が生ずることになるから、その負担すべき税額を控除した後の金額をいう<sup>18</sup>、とされている。

## 2. 裁判例

表1は、相続税法9条に関する裁判例(国税不服審判所裁決を除く)を一覧表にまとめたものである。

（表1－相続税法9条に係る裁判例）

	判決年月日	出典	内容	補足
1	名古屋地判 S31.8.30	行集7巻8号 2008頁	②不動産の名義変更 (相続税取扱通達37 <sup>19</sup> 第2号及び4号に関連)	確定
2	長崎地裁 S36.5.19	行集12巻5号 1017頁	③跛行増資 <sup>20</sup> (相基通9－4及び9－7に相当)	

<sup>18</sup> 森田・前掲注16、157頁参照。

<sup>19</sup> 相続税取扱通達37「親族、雇用者その他特殊の関係があるもの間において、預貯金、株式等の名義の変更があった場合又はこれらの者の名義で新たに株式を取得し、若しくは預貯金をした場合においては、これらの行為は原則として贈与として取り扱う。但し、その名義の変更又は株式等の取得が、左の各号の一に該当するような場合はこの限りでない。(一)省略、(二)配偶者、親子、祖父母と孫の間においてなした名義の変更につき、既に相続税の課税を受け、その課税を受けた名義変更に係る財産の名義を再び前の者の名義とした場合、(三)省略、(四)親族、雇用者その他特殊の関係がある者の名義によつて取得した株式又は預け入れた預貯金を売却又は払戻をなし、当該売却代金又は払戻金額を現実に株式取得代金の負担をした者又は預貯金をした者に帰属せしめた場合…」。

<sup>20</sup> 跛行増資とは、同族会社の増資にあたって、従前の出資割合と異なる出資の割当がなされたため、社員の出資持分の価値に変動を生じた場合の増資をいう。金子・前掲注3、707頁参照。

3	福岡高判 S37.4.19	税資 36 号 473 頁	2 と同じ	2 の控訴審
4	最三小 S38.12.24	集民 70 号 513 頁	2 と同じ	2 の上告審(棄却)
5	大阪地判 S43.11.25	行集 19 卷 12 号 1877 頁	②夫婦間の土地の無償賃借	確定
6	東京地判 S51.2.17	税資 87 号 337 頁	②増改築費用の支出 (相基通 9-4 及び 9-7 に相当)	
7	名古屋地判 S51.5.19	行集 27 卷 5 号 682 頁	③跛行増資 (相基通 9-4 及び 9-7 に相当)	
8	東京高判 S52.7.27	税資 95 号 245 頁	6 と同じ	6 の控訴審
9	最一小 S53.2.16	税資 97 号 239 頁	6 と同じ	6 の上告審(棄却)
10	名古屋高判 S53.12.21	訟月 25 卷 4 号 1188 頁	7 と同じ	7 の控訴審・確定
11	神戸地判 S55.5.2	訟月 26 卷 8 号 1424 頁	③跛行増資 (相基通 9-4 及び 9-7 に相当)	
12	大阪高判 S56.8.27	税資 120 号 386 頁	11 と同じ	11 の控訴審・確定
13	東京地判 H1.10.26	税資 174 号 178 頁	①預貯金の移転	
14	東京地判 H8.12.12	税資 221 号 861 頁	③跛行増資 (相基通 9-4 及び 9-7 に相当)	
15	東京高判 H9.6.11	税資 223 号 1002 頁	14 と同じ	14 の控訴審・確定
16	千葉地判 H10.4.23	税資 231 号 731 頁	③同族会社に対する借地権の 無償設定	確定
17	津地判 H15.12.4	税資 253 号 9483 順号	①親族間の預貯金の移転	
18	名古屋高判 H16.7.15	税資 254 号 9699 順号	17 と同じ	17 の控訴審・確定
19	横浜地判 H18.2.22	訟月 57 卷 6 号 1948 頁	③跛行増資 (相基通 9-4 及び 9-7 に相当)	
20	静岡地判 H19.3.23	税資 257 号 10665 順号	②ジョイント・テナンシー <sup>21</sup>	
21	東京高判 H19.10.10	税資 257 号 10797 順号	20 と同じ	20 の控訴審・確定

<sup>21</sup> ジョイント・テナンシー制度とは、判決文によると、以下のように説明されている。「アメリカ合衆国カリフォルニア州では、2 名以上の者による不動産の共同所有の一形態としてジョイント・テナンシーを認めており、この所有形態による不動産所有者のことをジョイント・テナンツという。ジョイント・テナンシーは、一般的に合有不動産権と翻訳されているものの、ここにいる「合有」は、必ずしも日本における「合有」とは概念が一致せず、各ジョイント・テナンツが、他のジョイント・テナンツの同意を得ずに自分の権益を他人に転売することができる権利(持分処分自由)や訴訟を提起し不動産の分割を請求できる権利(分割請求権)を有している反面、ジョイント・テナンツの 1 人が死亡すると、その持分が生存している他のジョイント・テナンツに移転するという点に特色がある」。

22	東京高判 H20.3.27	訟月 57 卷 6 号 1933 頁	19 と同じ	19 の控訴審
23	大阪地判 H22.3.26	税資 260 号 11406 順号	②小切手の交付	
24	最二小 H22.7.16	集民 234 号 263 頁	19 と同じ	19 の上告審(棄却)
25	大阪高判 H22.9.30	税資 260 号 11521 順号	23 と同じ	23 の控訴審・確定
26	東京地判 H22.10.29	税資 260 号 11546 順号	①預貯金の移転	
27	東京地判 H23.6.3	税資 261 号 11697 順号	③社員の死亡による 持分比率の変動 (相基通 9-4 及び 9-7 に相当)	
28	大阪地判 H24.6.1	税資 262 号 11963 順号	①預貯金の移転	確定
29	新潟地判 H25.1.24	税資 263 号 12137 順号	②借地権の贈与	確定
30	大阪地判 H25.12.12	税資 263 号 12351 順号	③共済制度に基づく死亡共済金	
31	大阪高判 H26.6.18	税資 264 号 12488 順号	30 と同じ	30 の控訴審・確定 <sup>22</sup>
32	東京地判 H26.10.29	訟月 63 卷 12 号 2457 頁	③同族会社に対する低額譲渡 〔相基通 9-2(4)に相当〕	
33	山口地判 H27.4.15	税資 265 号 12648 順号	③持分の定めのある医療法人の 出資者が退社し、残存出資者に 対する剰余金相当部分の移転	
34	東京高判 H27.4.22	訟月 63 卷 12 号 2435 頁	32 と同じ	32 の控訴審
35	広島高判 H28.7.27	税資 266 号 12890 順号	33 と同じ	33 の控訴審
36	最一小 H28.10.6	税資 266 号 12912 順号	32 と同じ	32 の上告審 (棄却・不受理)
37	最一小 H29.2.2	税資 267 号 12974 順号	33 と同じ	33 の上告審 (棄却・不受理)
38	名古屋地判 H29.10.19	税資 267 号 13079 順号	②ジョイント・テナンシー	確定

表 1 の内容欄における①～③の意味は、田中啓之准教授が相続税法 9 条を 3 つの類型に分けて説明していること<sup>23</sup>に従って、内容欄に追記したものである。①は、第一類型に相応するもので、預貯金の移転という類型である<sup>24</sup>。②は、第二類型に相応するもので、第

<sup>22</sup> 本件死亡共済金は、相続税法 9 条のみなし贈与財産に該当しないと判示された。

<sup>23</sup> 田中啓之「みなし贈与」中里実ほか『租税判例百選〔第 7 版〕』有斐閣 161 頁(2021)参照。ちなみに、本評釈は、表 1 における 31 番を対象としたものである。

<sup>24</sup> 同上。

三者を介さない利益の移転という類型である<sup>25</sup>。③は、第三類型に相応するもので、第三者を介した利益の移転という類型である<sup>26</sup>。表1から、相続税法9条に係る38件の裁判例中、第3類型である③は22件と約57.9%を占めていることがわかる。

さて、法人の資本取引等に係る相続税法9条の裁判例を分析した先行研究<sup>27</sup>によれば、相続税法9条に対して次の4点が指摘されている。第1は、法人の資本取引等に係る相続税法9条の適用に関する裁判例において、その取引の態様は、相基通に定めがある同法9条の適用がある場合におおむね当てはまるという点である<sup>28</sup>。第2は、裁判例において、課税庁側が最終的には敗訴していないことに鑑みれば、裁判においても相続税法9条の適用がある場合の相基通の取扱いが肯定されているであろうという点である<sup>29</sup>。第3は、法人に対する低額譲渡等や跛行増資の場面において、相続税法9条の適用が認められてきたということは、これらと同様に経済的利益が移転する場合においても、適用要件に該当すれば、相続税法9条の適用があろうという点である<sup>30</sup>。第4は、法人の資本取引等に係る相続税法9条の適用に関する裁判例で認められた利益を受けさせた者と利益を受けた者との関係は、どの裁判例においても親族の関係であることが認められるという点である<sup>31</sup>。

なお、前述のとおり、古谷氏の先行研究には、表1における1番、16番、23番、25番、29番、33番、35番～38番の記載がない。そこで、本論説では、これらの裁判例のうち、法人の資本取引に係る相続税法9条の5つの裁判例(表1における16番、33番、35番、36番、37番)について、古谷氏の4つの指摘の該当性を確認した。

(表2-4つの指摘からの確認)

	第1	第2	第3	第4	補足
16			○	○	確定
33			○	○	
35			○	○	33の控訴審
36	○	○		○	32の上告審(棄却・不受理)
37			○	○	33の上告審(棄却・不受理)

表2は、その結果をまとめたものである。表2における「○」は、古谷氏の指摘に該当すると考えられるものを示したものである。古谷氏の第1及び第2の指摘は36番のみ該当

<sup>25</sup> 同上。

<sup>26</sup> 同上。

<sup>27</sup> 古谷・前掲注11、182頁参照。

<sup>28</sup> 同上。

<sup>29</sup> 同上。

<sup>30</sup> 同上。

<sup>31</sup> 同上。

するが、第3は36番以外の4件全てが該当すると考えられる。また、第4の指摘は、5件全てに該当すると考えられる。以上から、古谷氏の先行研究における4つの指摘は、古谷氏の先行研究で取り扱われていない裁判例を含めても有効と考えられる。

さて、古谷氏の4つの指摘のうち、間接贈与(表1における内容欄の③が付された裁判例)の問題に関して有益な指摘は、第3及び第4の指摘である。なぜなら、第3及び第4の指摘は、図1における「客体に着目」と「主体に着目」にそれぞれ対応するものだからである。端的に言えば、第3の指摘は「経済的利益の移転があること」、第4の指摘は「親族の関係にあること」である。

### 3. 学説及び先行研究者の主張と限界

本論説では、相続税法9条における「利益を受けた者」と「利益を受けさせた者」との間における利益の授受に関する学説を、「客体に着目」と「主体に着目」という2つの観点から整理を試みてみたい(表3参照)。

(表3—学説の整理)

説	先行研究者	客体に着目	主体に着目	間接贈与の取扱い
①	山田二郎教授	○	△	対立承継関係の存在がある場合に限り適用→間接贈与は原則として射程外
②	武田昌輔教授、 酒井克彦教授	○	×	結果的に利益を受けさせた者と利益を受けた者が存在すれば十分→間接贈与は射程内
③	古谷有二氏、 (藤谷武史准教授)	○	○	①説のように射程外とせず、かつ、②説のように無限定に射程内と取り扱わない(古谷氏)。未解明の問題(藤谷准教授)。

表3の「客体に着目」の欄はすべて「○」であるが、そもそも利益の授受の有無が問題であるから当然である。なぜなら、利益の移転がなければ、利益の授受の有無自体を論じる必要がないからである。そうすると、各説の相違は、どの程度「主体に着目」するかによって異なることになる。

まず、表3における①説は、相続税法9条が、利益の授受のある場合〔相続税(ママ—筆者注)の対象となる個人に帰属する利益について、その利益を受けさせる者とその利益を受ける者の対立承継関係のある場合〕に限り適用されるとする考え方による説である<sup>32</sup>。

①説は、対立承継関係の存在のためには、直接的な利益の授受が必要と考える説であるか

<sup>32</sup> 山田二郎「判批」『租税法判例百選〔第1版〕』有斐閣111頁(1968)参照。ちなみに、本評釈は、表1の4番に関するものである。

ら、「主体に着目」しないわけではない。しかし、①説では、間接贈与は直接的な利益の授受とはならないから、原則として射程外になると考えられる<sup>33</sup>。

次に、表 3 における②説は、相続税法 9 条が租税回避行為を防止するため税負担の公平の見地から設けられた趣旨に照らして、結果的に利益を受けさせた者と利益を受けた者が存在すれば十分であるとする考え方による説である<sup>34</sup>。また、酒井克彦教授もここに位置付けられると考える。なぜなら、酒井克彦教授は、表 3 における③説を主張する古谷氏に対し 5 つの理由を示して、利益を受けた者と受けさせた者との相応の特別の関係を相続税法 9 条の適用要件と解する必要がない旨を明確に述べているからである<sup>35</sup>。

最後に、表 3 における③説は、「主体に着目」する程度が①説と②説の間にある考え方に基づく説である。③説に該当すると考えられる古谷氏は、「法人を介して、利益の移転が間接的である場合は、9 条の趣旨に鑑み、『利益を受けさせた者』と『利益を受けた者』を含む関係する者の間の事情に照らし、直接的な利益の授受はなくとも、贈与があったのと同様の経済的利益の移転の事実があれば、9 条の適用があると考え<sup>36</sup>」と主張する。当該主張にある「関係する者の間の事情」とは、「法人の資本取引等により、法人を介して株主間で経済的利益の移転が起こり、相続税法 9 条が適用される局面においては、その経済的利益の移転について、利益を受けた者、利益を受けさせた者に、その経済的利益が移転されるのに見合うだけの特別な関係が存在するということが、一般的にいえるということであろう<sup>37</sup>」と述べ、その特別な関係というのは、「法人の資本取引等について相続税法 9 条の適用が認められた裁判例において、親族の間において、その適用が認められてきたことに鑑みれば、親族間に代表されるような経済的利益の移転があっても不自然ではない関係性であると思われる<sup>38</sup>」と主張する。また、藤谷武史准教授もここに位置付けられると思われる。なぜなら、藤谷武史准教授は、贈与税の位置付けの曖昧さを指摘し、未解明の間

<sup>33</sup> 山田・前掲注 32、111 頁によれば、縁故割当が例外的に射程内になると考えられる。

<sup>34</sup> 武田・前掲注 9、1036 頁参照

<sup>35</sup> 酒井克彦「相続税法 9 条に規定するみなし贈与課税の課税要件」中央ロー・ジャーナル 16 巻 1 号 58 頁 (2019)に示された 5 つの理由とは、以下のとおりである、第 1 は、相続税法 9 条の文理解釈からは「特別の関係」という要件を導き出せないことである。第 2 は、趣旨解釈からも同様に特別の关系到限定する解釈を導き出せないことである。第 3 は、贈与税が相続税の補完税であるという点から考えると、このような要件は贈与税の建付けからして読み解くことができないことである。第 4 は、相続税法 9 条がみなし贈与課税のバスケット・クローズであることである。第 5 は、本件事案(表 1 における 33 番と 35 番と 37 番の事件)でも「相応の特別の関係」は課税要件であるとまで論じられているものではないことである。

<sup>36</sup> 古谷・前掲注 11、143 頁。

<sup>37</sup> 古谷・前掲注 11、144 頁。

<sup>38</sup> 古谷・前掲注 11、144 頁～145 頁。

題と述べている(前掲注 10)からである。ただ、その主張を含む議論の内容からすると、古谷氏と同じ意見ではなく、「主体に着目」した検討も含めた、9 条の「課税要件設定のあり方の是非<sup>39)</sup>」まで検討を必要とすると理解した方が良いように思われる(このため、表 3 では、カッコ付きで表記している)。

以上の内容を踏まえて結論から先にいえば、間接贈与に関する学説は存在するものの、相続税法 9 条の射程の不明確さを解釈論で解決することには限界がある、という点である。その根拠は、以下のとおりである。

まず、①説について。①説は判例上、採用されていないこと、また、相続税法 9 条には対立承継関係の存在という文言がないことから、全ての間接贈与をその射程外と解することには無理があると考えられる。

次に、②説と③説について。両説はいずれも間接贈与を相続税法 9 条の射程内とする点では共通する。しかし、前者は「主体に着目」する観点を欠くのに対し、後者は「主体に着目」している点に違いがある。租税法における解釈の原則が文理解釈である点からすれば、②説が妥当であるが、③説にも妥当性を見出せると考えられる。その理由は、②説が「主体に着目」する観点を欠いているからである。具体的にいえば、藤谷武史准教授が指摘する贈与税の位置付けの曖昧さの見られる相続税法 9 条の射程の未説明部分に触れていない点に不十分さが残ると考えられるからである。

以上をまとめると、②説と③説にはそれぞれ妥当性が見出せるものの、間接贈与に対する相続税法 9 条の射程の不明確さを解決するための方法としては、どうしても限界があるといわざるを得ない。そこで、本論説では、立法論による解決の方向性として、次章以下、アメリカにおける Indirect gifts に対する課税の取扱いを紹介し、検討を試みる。

### Ⅲ アメリカにおける Indirect gifts に対する課税

#### 1. Gift Tax の概要と Indirect gifts の 3 つのカテゴリー

最初に、Indirect gifts の取扱いを紹介する前提として、Gift Tax の沿革、条文構成、制度の概要を確認する。

まず、Gift Tax の沿革について。Gift Tax は 1924 年に初めて制定され、1926 年に廃止

---

<sup>39)</sup> 藤谷・前掲注 10、100 頁。

されたが、1932年に再び制定された<sup>40</sup>。Gift Taxの目的は、連邦遺産税(Federal Estate Tax. 以下、同じ)と所得税の回避を防止することにあった<sup>41</sup>。Gift Taxはその制定以降、連邦遺産税とは別に執行されてきたが、1976年の税制改正で、Gift Taxと連邦遺産税の税率表は統一された<sup>42</sup>。その後、Gift Taxは多数の税制改正を経てきたが、連邦遺産税と所得税の回避を防ぐ措置としての当初の役割は、そのまま残っている(…remains its silent feature)という<sup>43</sup>。

次に、Gift Taxに関する条文構成について。関係する条文は、I.R.C.の Subtitle B(Estate and Gift Taxes)のうち、Chapter 12(Gift Tax)に置かれている。また、Chapter 12は、3つの Subchapterに分かれ、2501条から2524条までの条文が置かれている。表4は、Chapter 12の構成を一覧表にまとめたものである。

(表4—Chapter 12の構成)

Subchapter	タイトル	条文番号
A	納税義務の決定 (Determination of Tax Liability)	2501条～2505条
B	移転 (Transfers)	2511条～2519条
C	控除 (Deductions)	2522条～2524条

最後に、Gift Taxの制度の概要について、3つの観点から紹介する。第1は、納税義務者及び課税事象(taxable event. 以下、同じ)である。I.R.C. §2501(a)(1)によれば、Gift Taxは、個人によってなされた、暦年中の gift<sup>44</sup>による資産の移転に対して暦年ごとに課される。そして、I.R.C. §2502(c)は、I.R.C. §2501によって課される Gift Taxは、donor(贈与者。以下、同じ)によって支払われると規定する。従って、Gift Taxの納税義務者は donorであり、課税事象は資産の移転である。なお、giftの評価額を取り扱う I.R.C. §2512(b)の文言から、Gift Taxの目的上、giftがなされたか否かの決定は、donorの意思にそれほど多く振り向けられておらず、資産が金銭及び金銭的価値において適切かつ十分な対価でなく移転

<sup>40</sup> David Joulfaian (US Department of the Treasury), The Federal Gift Tax: History, Law, and Economics, OTA Paper 100, November 2007, at 1.

<sup>41</sup> *Id.*, at 3.

<sup>42</sup> *Id.*, at 5.

<sup>43</sup> *Id.*, at 35.

<sup>44</sup> Giftという用語は、内国歳入法典及び財務省規則のいずれにも明示的に定義されていない。See, Douglas A. Kahn, Transactions Subject to the Federal Gift Tax, Prac. Law. 16(1970), at 37. また、脚注51も参照。

されたか否かに振り向けられている、という<sup>45</sup>。第 2 は、Gift Tax の税率である。前述のとおり、Gift Tax と連邦遺産税には、統一移転税率(unified transfer tax rate)<sup>46</sup>が用いられている(I.R.C. §2001)。第 3 は、Gift Tax の課税標準である。これは、課税贈与額<sup>47</sup>(taxable gift. 以下、同じ)と呼ばれ、暦年中になされた gift の総額から、サブチャプター C(表 3 の C のこと。筆者注)に規定された控除を差し引いた額をいう [I.R.C. §2503(a)]。

さて、ここからは、本論説の目的から Indirect gifts に焦点を当てる。Gift Tax の課税要件は、前述のとおり、暦年中の gift による資産の移転である。資産の移転に関して、I.R.C. §2511 は、移転の原則(Transfers in general)を規定する。そして、同条の(a)項は、その適用範囲(scope)を次のように規定している。「この chapter に含まれる制限に服しつつ、§2501 によって課される税(Gift Tax のこと。筆者注)は、その移転が信託やその他の方法であるか、その gift が直接的か間接的であるか、資産が不動産であるか動産であるか、有形であるか無形であるかにかかわらず適用される。但し、非居住者かつアメリカ市民でない場合には、その資産がアメリカ国内にある場合に限り、適用される<sup>48</sup>」。このように、Indirect gifts は、Gift Tax に服する資産の移転であることが明らかとなっている。なぜなら、I.R.C. § 2511(a)が「その gift が直接的か間接的であるか」と述べているからである。そして、Indirect gifts に関しては、次の 3 つのカテゴリーに分けられる、という<sup>49</sup>。

まず、第 1 のカテゴリーは、被支配エンティティや関連エンティティを通じてなされる gift である。Gift Tax の規則<sup>50</sup>が法人による gift をその法人の株主による gift として取り扱

<sup>45</sup> Douglas A. Kahn, *supra* note 44, at 37.

<sup>46</sup> この用語は、伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第 7 版)』中央経済社 624 頁(2019)で使用されていたものである。

<sup>47</sup> この訳語は、伊藤・前掲注 46、625 頁に倣ったものである。

<sup>48</sup> I.R.C. §2511(a)の原文は、以下のとおりである。‘Subject to the limitations contained in this chapter, the tax imposed by section 2501 shall apply whether the transfer is in trust or otherwise, whether the gift is direct or indirect, and whether the property is real or personal, tangible or intangible; but in the case of a nonresident not a citizen of the United States, shall apply to a transfer only if the property is situated within the United States’.

<sup>49</sup> 以下の 3 つのカテゴリーの説明は、特に断りのない限り、Bittker and Lokken, 121.1 IDENTIFYING DONOR—INDIRECT GIFTS, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts* ¶ 121.1, available at WESTLAW を参照したものである。

<sup>50</sup> ここでいう規則とは、財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第 1 文と第 2 文である。Gift Tax は個人による gift に制限されている [I.R.C §2501(a)(1)] が、当該規則は法人による gift をその法人の株主による gift として課税することを示していること、つまり、直接の委任関係にはないが、財務省規則が本法である内国歳入法典に規定のない法人による gift を Gift Tax の対象にしていると指摘されている。See, Charles L. Lowndes, *An Introduction to the Federal Estate and Gift Taxes*, 44 N.C. L. Rev. 1, 52(1965).

うというルールは、1932年の Gift Tax の改正を勧告する上院財務委員会レポート<sup>51</sup>に拠るという。また、このルールは、閉鎖会社(closely held corporation)に対して明らかに適切であるという。このルールの例の1つが、財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第2文である。

(図4—第2文の取引)

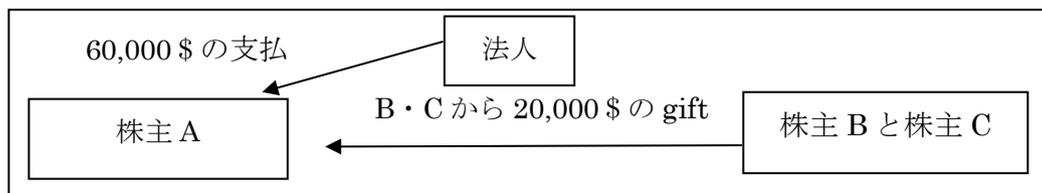


図4は、資料(脚注49)に例として挙げられていたものを筆者にて作成したものである。株主AとAの2人の子供である株主Bと株主Cの3名は、均等に法人の株式を所有していた。法人が株主Aへ60,000\$を支払った場合、財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第2文は、株主Bと株主Cがそれぞれ株主Aに対して20,000\$をgiftしたと取り扱う。

<sup>51</sup> Internal Revenue Service, Senate Report No. 665, Seventy-second Congress, First Session, Calendar No. 705, available at WESTLAW. 本レポートの'Title III-Gift Tax'では、「giftによる移転、かつ、直接か間接かにかかわらず」という文言は、全ての取引を対象とし、包含するよう企図されているとして、以下の7つの例を挙げている。第1は、対価なく、あるいは、金銭や金銭的価値において適切かつ十分な対価以下で、法人が資産をBに移転することは、その法人の株主からBに対するgiftを構成する(a transfer of property by a corporation without a consideration, or one less than adequate and fully in money or money's worth, to B would constitute a gift from the stockholders of the corporation to B)。第2は、AによるAの子供たちによって所有されている法人に対する移転は、その子供たちに対するgiftを構成する(a transfer by A to a corporation owned by his children would constitute a gift to the children)。第3は、Cに対する相応の年金支払義務がBに課されている場合、Bに対する資産の移転は、Cに対するgiftである(a transfer of property to B where there is imposed upon B the obligation of paying a commensurate annuity to C would be a gift to C)。第4は、BがCに対してサービスを提供する対価として、Bに対する現金支払や資産移転は、Cに対する、あるいは、B及びCに対するgiftである。これは、Cに対して提供されるサービスがBによって受領された金銭や金銭的価値において適切かつ十分な対価であるか否かに拠る(the payment of money or the transfer of property to B in consideration whereof he is to render a service to C would constitute a gift to C or gifts both to B and to C depending on whether the service to be rendered by B to C was or was not an adequate and full consideration in money or money's worth for that which was received by B)。第5は、Bの債務に対するAによる免除や支払は、Bに対するgiftを構成する(the forgiveness or payment by A of B's indebtedness would constitute a gift to B)。第6は、AがBとの共同銀行口座を開設した場合において、Bが自身の便益のために引き出した時には、引き出した金額の範囲までBに対するgiftである(where A creates a joint bank account for himself and B, there would be a gift to B when he draws upon the account for his own benefit to the extent of the amount drawn out)。第7は、AがBを受益者として取消可能な信託を設定した場合において、Aが取消権を行使するか、あるいは、権限がBの有利に終了する時(受領時の暦年においてAからのgiftとなる、Bに対する暫定的な所得支払)には、Bに対する信託財産のgiftとなる [where A creates a revocable trust naming B as beneficiary, a gift to B of the corpus is effected when A relinquishes the power to revoke or the power is otherwise terminated in B's favor (the income payments to B in the interim being gifts from A in the calendar years when received)]。

次に、第 2 のカテゴリーは、意図された受益者へ資産を移す(pass)義務のある表向きの(ostensible)受領者に対する移転として効力のある gift である。第 2 のカテゴリーの例として資料(脚注 49)に挙げられていたものは、財務省規則§25.2511-1(h)(2)と財務省規則§25.2511-1(h)(3)である。前者の財務省規則§25.2511-1(h)(2)は、「C に対する相応の年金支払義務が B に課されている場合、B に対する資産の移転は、C に対する gift である」と述べる。これは、前述した 1932 年の Gift Tax の改正を勧告する上院財務委員会レポートを反映したものである<sup>52</sup>。後者の財務省規則§25.2511-1(h)(3)は、「B が C に対してサービスを提供する約束の対価として、B に対する現金支払や資産移転は、C に対する、あるいは、B 及び C に対する gift である。これは、C に対して提供されるサービスが B によって受領された金銭や金銭的価値として適切、かつ、十分な対価であるか否かに拠る…」と述べる<sup>53</sup>。

最後に、第 3 のカテゴリーは、受贈者の債務を消滅することによって効力のある gift である。資料(脚注 49)によれば、銀行や地主のような債権者に対する受贈者の債務を消滅することは、gift を構成するありふれた方法であるという。そして、当該取引は法令上の指針を欠く場合であっても、債務者である受贈者に対する gift としておそらく性質決定されるであろうという。なぜなら、受贈者に対し、債権者への支払を不要とさせることは、受贈者への移転に等しいからである、という。

## 2. 財務省規則 § 25. 2511-1 (h) (1)

財務省規則§25.2511-1 は、移転の原則(Transfers in general)を定める I.R.C. §2511 の委任規定である。前述のとおり、Gift Tax の課税対象となる移転は直接的か間接的であるかを問わないため、以下の記述では、本論説の目的に従い Indirect gifts に焦点を当てて、財務省規則§25.2511-1 を紹介する。

財務省規則§25.2511-1 は、(a)項に indirect という用語、(c)項に indirectly という用語を用いるなど、I.R.C. §2511 の委任を受けて、Indirect gifts が Gift Tax に服する移転(transfers)であることを明らかにしている。また、(g)項の(1)においては、移転者側の贈与意思は、その移転に対する Gift Tax の適用上、本質的な要素ではないとし、Gift Tax の適用は、贈与者の主観的な動機というよりはむしろ、その移転がなされた客観的な事実や状

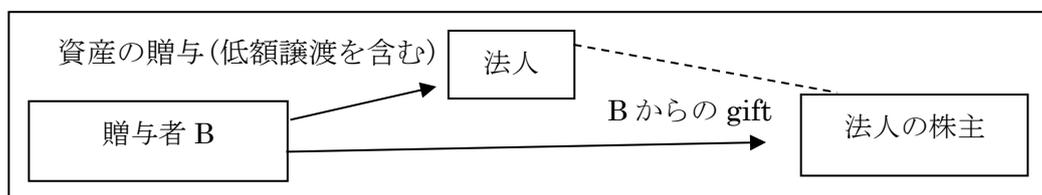
<sup>52</sup> これは、同レポートにおける 7 つの例のうち、第 3 に相当する。

<sup>53</sup> これは、同レポートにおける 7 つの例のうち、第 4 に相当する。

況に基づくことが規定されている。そして、(h)項においては、財務省規則§25.2511-1 が適用される 10 件の取引例が、(h)(1)～(h)(10)に示されている。なお、10 件の取引例を読む際には、(h)項の柱書きに「各ケースでは、移転が金銭あるいは金銭的価値において、適切かつ十分な対価でなされていないことを前提とする」とされている点に留意が必要である。なぜなら、対価を支払わない場合(贈与に該当する場合)はともかく、Gift Tax の目的上、時価より低い価額で支払う場合(低額譲渡に該当する場合)も gift がなされたと決定されるからである<sup>54</sup>。

本論説との関係では、10 件の取引例のうち、1 件目である(h)(1)の第 3 文と第 4 文が重要である。第 3 文及び第 4 文を紹介すると、「B による法人への資産移転は一般に、その法人の比例的持分の範囲まで、B による他の個人株主への gift を示す。しかし、このルールには例外、つまり、適用除外があり、例えば、慈善的、公的、政治的ないし同様の組織体に対する個人による移転は、1 つのエンティティ(single entity)としての組織に対する gift を構成し、特別なケースであれば、総合考慮に拠る<sup>55</sup>」と記載されている。図 5 は、第 3 文と第 4 文を図示したものである。本節では、まず、第 3 文について詳述し、次節では第 4 文を詳述する。

(図 5—検討対象取引)



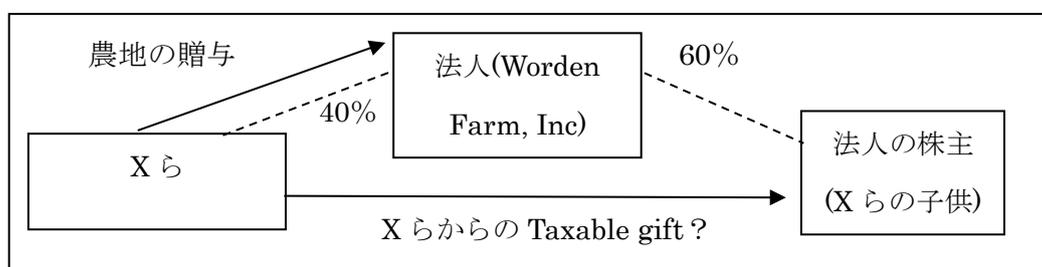
第 3 文は、贈与者 B が法人に資産の贈与(低額譲渡を含む)を行った場合、当該法人の株主がその法人の比例的持分の範囲まで(例えば、その法人の株主が 2 名おり、各株主が 50% 保有している場合であれば、受けた利益の額の各 50%)を贈与者 B から gift があったと一般的には取り扱う、と述べている。

<sup>54</sup> 脚注 45 も参照。

<sup>55</sup> 第 3 文及び第 4 文の原文は、以下のとおりである。‘A transfer of property by B to a corporation generally represents gifts by B to the other individual shareholders of the corporation to the extent of their proportionate interests in the corporation. However, there may be an exception to this rule, such as a transfer made by an individual to a charitable, public, political or similar organization which may constitute a gift to the organization as a single entity, depending upon the facts and circumstances in the particular case’.

ところで、法人に対する移転は、信託に対する移転の類推であるといわれる<sup>56</sup>。信託に対する移転は、Indirect gifts の一例であり、それは信託に対する gift として取り扱われるのではなく、当該信託の受益者に対する個々の利益という gift として取り扱われる<sup>57</sup>。確かに、信託は受益者への導管(conduit)である一方、法人は株主とは別の組織体であるとされているが、Gift Tax の目的上、法人のヴェール(veil)は取り除かれている、という<sup>58</sup>。この点につき、取り上げられた事件として、Heringer v. Commissioner, 235 F.2d 145 (9th Cir.), cert. denied, 352 U.S. 927 (1956)(以下、Heringer 事件という)がある。図 6 は、Heringer 事件における取引を示したものである。

(図 6—Heringer 事件における取引)



Heringer 事件の概要は、以下のとおりである。John F. Heringer ら 4 名(原告。以下、X らという)は、法人(Worden Farm, Inc)の株式を 40% 所有し、X らの子供は同法人の株式の 60% を所有していた。X らは、カリフォルニアに所有していた農地を二分の一ずつ 1948 年と 1949 年に法人(Worden Farm, Inc)へ贈与した。X らは、1948 年と 1949 年の Gift Tax の申告において、課税贈与額が生じていないとする立場を明示していた。なぜなら、当該農地の贈与は法人(Worden Farm, Inc)に対する資本拠出であって、Gift Tax の法令上の意味における gift には当たらないと、X らは考えていたからである。

第一審の租税裁判所<sup>59</sup>、及び、第二審の第 9 巡回区控訴裁判所は、いずれも当該農地の贈与が課税贈与額を生じると判示した点は、同じであった。しかし、その金額は異なっていた。第一審では、当該農地の贈与時の価額と判示されたのに対し、第二審では、当該農地の贈与時の価額の 60% と判示された。つまり、第一審は、組織体概念(entity concept. 以下、同じ)を完全に採用したが、第二審は組織体概念を拒絶し、信託に対する移転の取扱い

<sup>56</sup> Bittker and Lokken, 10.01 SECTION 2511. TRANSFERS IN GENERAL, Federal Taxation of Income, Estates and Gifts ¶ 10.01, at 2, available at WESTLAW.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> Heringer v. Commissioner, 21 T.C. 607(1954).

に法人に対する移転の取扱いを調和させる結果をもたらした、と指摘されている<sup>60</sup>。

以上を踏まえて、財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第3文は、私企業(private corporation)を非組織体(nonentity)とみる Gift Tax の観点を支持するもの、と評価されている<sup>61</sup>。

### 3. 適用除外

財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第4文は、第3文の適用を除外する。慈善的、公的、政治的ないし同様の組織体に対する gift は、その組織体の個々の構成員に対してというよりもむしろ、1つのエンティティ(single entity)としての組織体に対してなされたとみなされる<sup>62</sup>。

第4文の具体的な例としては、ほぼ同一の内容である2つのプライベートレターリング(PLR9818042<sup>63</sup>と PLR200533001<sup>64</sup>)があり、内国歳入庁(Internal Revenue Service. 以下、IRS という)は、いずれも I.R.C. §501(c)(7)に該当する社会クラブ(以下、本クラブという)に対する本クラブのメンバーからの現金贈与が1つのエンティティ(single entity)としての本クラブに対する gift であると結論づけている<sup>65</sup>。以下、図7を用いて、(比較的最近に出されている)後者の PLR200533001 の内容を簡単に紹介する。

(図7-PLR200533001)

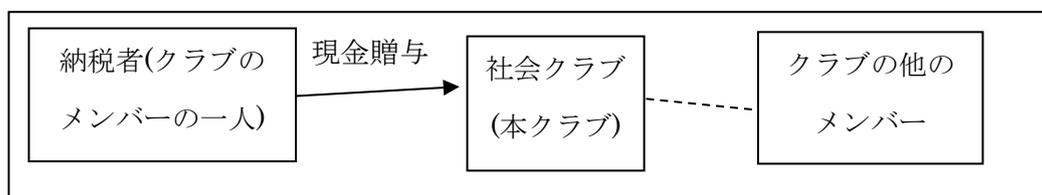


図7における社会クラブは、持分の定めのない組織体(nonstock corporation)として組成され、本クラブのメンバーに対して株式を発行しない。本クラブは、I.R.C. §501(c)(7)の下、非課税の適用を受けている。本クラブの設備は、ダイニングルーム、バー、宴会施設、13の個室、図書室、ゲームルーム、10室の宿泊施設である。本クラブが主催する活動は、ディナー、ダンス、レクチャーシリーズ、特別ゲストスピーカー、文化的かつ運動的なイベ

<sup>60</sup> Bittker and Lokken, *supra* note 56, at 3.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> ¶ Q-2405 CONTRIBUTIONS TO A CHARITABLE OR SIMILAR CORPORATION – GIFT TAX CONSEQUENCES, Federal Tax Coordinator ¶ Q-2405(2d.), available at WESTLAW.

<sup>63</sup> Priv. Ltr. Rul. 98180425(May. 1, 1998).

<sup>64</sup> Priv. Ltr. Rul. 200533001(Aug. 19, 2005).

<sup>65</sup> *Supra* note 56.

ントである。本クラブのメンバーの一人である納税者は、本クラブに対して現金贈与をしたいと考えている。本クラブは、その資金を使って、設備のアップグレードを計画していた。メンバーによる本クラブへの gift は、取締役会の即時管理(immediate control of the board of directors)に服するとされている。

本プライベートレターリングは、当該納税者が本クラブに対する現金贈与が、1つのエンティティ(single entity)としての本クラブに対する gift として取り扱われるかどうかを求めたものである。

IRS は、本プライベートレターリングにおいて、まず、本クラブの性質(nature)について、本クラブが I.R.C. §501(c)(7)の下、非課税の地位の適用がある組織体で、非営利組織体であり、本クラブの全ての所得が個人の便益につながっていないと認定した。次に、IRS は、本クラブの運営(operation)について、本クラブが専ら非営利目的で運営され、メンバーの経済的利益に沿って運営されていないと認定した。それらの事実認定を踏まえて、IRS は、本クラブが財務省規則§25.2511-1(h)(1)の原則に対する例外となる(Club comes within the exception to the general rule)と結論づけた。つまり、当該納税者による本クラブへの現金贈与は、1つのエンティティ(single entity)としての本クラブに対する gift に該当すると結論づけた。

ところで、第3文の適用を除外する第4文の根拠については、財務省規則§25.2511-1は何も述べていない。また、そもそも本法である I.R.C.は、法人に対する gift について何も述べていない<sup>66</sup>。そこで、第4文に言及した二次資料を確認したところ、(移転者側の)「必要不可欠となる意図がなければならないので、財務省規則はさらに例外を述べている<sup>67</sup>」と記載するものがある。しかし、前述のとおり、財務省規則§25.2511-1(g)(1)において、移転者側の贈与意思は、その移転に対する Gift Tax の適用上、本質的な要素ではないと述べられている。従って、「必要不可欠となる意図がなければならないので」という根拠によって、「財務省規則はさらに例外を述べている」ということにはならないと考える。

他の二次資料では、次のような説明があった。「ある組織体が任意で使える資金を使うことや、援助に値する受贈者を選定した上でその資金を使う場合、当該事象を2つの gift を含むものと見ることが通常、適切である。第1の gift は個人による組織体への gift であり、

<sup>66</sup> Charles L. Lowndes, *supra* note 50, at 52.

<sup>67</sup> Harvey Braverman, TAX RISK TO NONCONTRIBUTING SHAREHOLDERS FROM DISPROPORTIONATE CAPITAL CONTRIBUTIONS: RED HERRING OR ELEPHANT IN THE ROOM?, 63 Tax Law. 499, 526, Footnotes 95(2010).

第2の gift は当該組織体から最終的な受益者への gift である。そして、第1の gift だけが Gift Tax に服する。なぜなら、それは個人によってなされた唯一の gift だからである<sup>68</sup>。この説明を図5で行うとすれば、図5における法人が、慈善的、公的、政治的ないし同様の組織体の場合には、2つの gift、すなわち、贈与者 B から当該法人への gift と、当該法人から当該法人の株主への gift が認識され、Gift Tax は前者にのみ課される、ということになる。

また、前述のとおり、財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第3文は、私企業(private corporation)を非組織体(nonentity)とみる Gift Tax の観点をサポートするもの、と評価されている<sup>69</sup>。つまり、第3文は、法人に対する移転を信託に対する移転と類推して取り扱う規定と考えられる。

以上をまとめると、第4文による適用除外の根拠は Gift Tax の目的上、信託に対する移転と類推して取り扱うこと(第3文)が不適切なもの、すなわち、贈与者 B から当該法人の株主への Indirect gift ではなく、2つの gift があつたと構成されるような、図5における当該法人の特殊性にあると考えられる。

## IV 検討

### 1. アメリカ法から得られる示唆

本論説の分析から、次の2つの示唆を得ることができるのではないかと考える。

第1の示唆は、財務省規則§25.2511-1(h)(1)が Gift Tax に服する移転の原則に関する例示列挙の1つであり、その中において、Gift Tax に服さない適用除外規定が置かれている点である。ちなみに、わが国の場合では、法源ではない相基通に間接贈与が例示列挙されているという違い、また相基通に相続税法9条の適用除外は述べられていないという違いはある。

第2の示唆は、財務省規則§25.2511-1(h)(1)第4文の適用除外の根拠が Gift Tax の目的上、信託に対する移転と類推して取り扱うこと(第3文)が不適切なもの、すなわち、贈与者から(受贈者である)法人への gift と、法人からその法人の株主への gift という2つの gift を認識できるような、介在する組織体の特殊性にあると考えられる点である。2つの gift が認識できる場合、贈与者から法人の株主という1つの gift とは認識されない結果、当該

<sup>68</sup> Bittker and Lokken, *supra* note 49.

<sup>69</sup> Bittker and Lokken, *supra* note 56.

組織体に対する gift は、Indirect gifts に該当しないことになる。

私見として、アメリカ法から得られる 2 つの示唆のうち、第 1 の示唆が相続税法 9 条の課題を浮き彫りすることに有用であり、第 2 の示唆が相続税法 9 条の改正の方向性の検討に有用であると考えている。そこで、次節で第 1 の示唆に基づく議論を行い、次々節で第 2 の示唆に基づく議論を行うことにする。

## 2. 相続税法 9 条の課題

第 1 の示唆は、現行の相続税法 9 条が法文上、「利益を受けた者」と「利益を受けさせた者」との間に介在する第三者に関する文言を欠いている、という課題を浮き彫りにする。確かに、アメリカ法においても、介在する第三者に関する文言があると述べることに問題はあられるかもしれない。なぜなら、Gift Tax に服さない適用除外規定が、財務省規則 §25.2511-1(h)(1) の取引例の中で述べられている、という建付けだからである。この建付けをそのままわが国に当てはめるとすれば、法源ではない相基通 9-2 に適用除外を追記する方法となる。しかし、この方法では問題が生ずる。なぜなら、間接贈与において介在する第三者に関する文言を本法である相続税法 9 条に欠いたまま相基通に追記したとしても、法的拘束力は生じないからである。法源ではない相基通への追記は、確かに課税実務としては有用であるかもしれないが、法的拘束力を生じない。

従って、第 1 の示唆をわが国の相続税法の体系に落とし込んで考えてみるならば、相続税法 9 条に第 3 の示唆に基づいて、介在する第三者に関する文言を明文化する必要があると考える。

## 3. 改正の具体的方向性

前述のとおり、アメリカ法から得られる第 2 の示唆が、相続税法 9 条の改正の方向性の検討に有用であると考えている。

財務省規則 §25.2511-1(h)(1) 第 4 文は、「しかし、このルールには例外があり、例えば、慈善的、公的、政治的ないし同様の組織体に対する個人による移転は、1 つのエンティティ (single entity) としての組織体に対する gift を構成し、特別なケースであれば、総合考慮に拠る」と述べている。そして、この適用除外の根拠は Gift Tax の目的上、信託に対する移転と類推して取り扱うこと (第 3 文) が不適切なもの、すなわち、Indirect gift と構成されず、2 つの gift があつたと構成されるような、介在する組織体に特殊性がある場合である。

以上を踏まえると、検討すべき課題はどのような組織体に対する資産移転を間接贈与の適用除外要件とするか、である。

私見として、適用除外要件の書き方としては、次の 2 つの方法が考えられるのではないかと考える。第 1 の方法は、財務省規則§25.2511-1(h)(1)第 4 文と同様、特定の組織体を明示する方法である。第 2 の方法は、特定の組織体を明示せず、前述した「ある組織が任意で使える資金を使うことや、援助に値する受贈者を選定した上でその資金を使う場合」という特定の組織体が有すべき特性を明示する方法である。なお、当然ながら、2 つの方法には、いずれもメリットとデメリットがある。表 5 は、それらを一覧表にまとめたものである。

(表 5ーメリットとデメリット)

	第 1 の方法	第 2 の方法
メリット	適用除外となる組織体が明示されており、適用が容易	全ての組織体を公平に取り扱えること
デメリット	対象となる組織体をどこまで含めるべきか検討を要する	立法上の問題(適用除外となる組織体の特性をどのように設定するか)。税務執行上の問題(特性をどのようにして認定することができるか)

私見としては、第 1 の方法が第 2 の方法に比べて、税務執行上の簡便さの点で優れていると考える。確かに、デメリットとして、どのような組織体を適用除外の対象に取り入れるべきかという問題はある。しかし、これまで議論になってきた、例えば、間接贈与に対する相続税法 9 条の射程という問題に具体的に応える形で、相続税法 9 条に「但し、同条は同族会社以外の会社を介在する贈与については適用しない」などと追記することは可能である。この例は、間接贈与の適用除外の対象となる組織体の範囲が財務省規則§25.2511-1(h)(1)第 4 文には規定されていないものであるが、わが国の立法政策の観点ではあり得ると考える。なぜなら、間接贈与に対する相続税法 9 条の適用を巡る裁判例では、アメリカのような広範囲のケースが争点となっていないからである。

結論として、浮き彫りとなった課題解決としての相続税法 9 条の改正の方向性は、財務省規則§25.2511-1(h)(1)第 4 文を参考に、かつ、わが国の事情を考慮しつつ、相続税法 9 条の適用除外となり得る、介在する法人等の組織体に関する文言を明文化することが望ましいと考えられる。

## V むすびに

本論説は、持続可能な社会を支えるための税財政のあり方の1つとして、財産税の1つである相続税・贈与税に着目し、個別論点として相続税法9条に関する問題を論じたものである。相続税法9条は、1947年に創設された規定である。しかし、法文上、その射程が不明確なため、納税者と課税当局との間で多くの訴訟がある。特に、間接贈与には、問題が多い。そこで、本論説は、法人を介した間接贈与を題材に、アメリカのGift Taxの取扱いを参考として、比較法の見地から検討することを目的としたものである。

まず、IIにおいて、相続税法9条の沿革と同条に関する判例を確認後、「利益を受けた者」と「利益を受けさせた者」との間における利益の授受に関する学説を3つに整理し、検討した。①説には妥当性を見出せなかったが、②説と③説にはそれぞれ妥当性を見出した。ただ、間接贈与に対する相続税法9条の射程の不明確さを解決するための方法としては限界があるといわざるを得なかった。

そこで、IIIにおいて、アメリカのGift TaxにおけるIndirect giftsの取扱いに着目することにした。Indirect giftsは、3つのカテゴリーに区分される。このうち、本論説の目的に該当するものは、第1のカテゴリーである。移転の原則(Transfers in general)を定めるI.R.C. §2511の委任規定である財務省規則§25.2511-1(h)(1)の第3文は、Indirect giftsとしてGift Taxが課されることを規定し、第4文は第3文の適用を除外する。また、第4文の適用除外の根拠がGift Taxの目的上、信託に対する移転と類推して取り扱うこと(第3文)が不適切なもの、すなわち、贈与者から(受贈者である)法人へのgiftと、法人からその法人の株主へのgiftという2つのgiftを認識できるような、介在する組織体の特殊性にあると考えられる点であることを確認した(この場合、贈与者から法人の株主へのgift、という1つのgiftとは認識されないため、Indirect giftsに該当しないことになる)。

以上を踏まえて、IVでは、アメリカのGift TaxにおけるIndirect giftsにおける議論等から得た示唆に基づき、相続税法9条の課題と改正の方向性について、以下のとおり、私見を述べた。

まず、相続税法9条の課題について。現行の相続税法9条には、法文上「利益を受けた者」と「利益を受けさせた者」との間に介在する第三者に関する文言を欠く、という課題があると考えられる。

次に、相続税法 9 条の改正の方向性について。財務省規則§25.2511-1(h)(1)第 4 文を参考に、かつ、わが国の事情を考慮しつつ、相続税法 9 条の適用除外となり得る、介在する法人等の組織体に関する文言を同条に明文化することが望ましいと考えられる。

最後に、本論説はあくまで個別論点として相続税法 9 条に関する問題を論じたものであるが、相続税法 9 条における課税要件の精緻化を通じて、持続可能な社会を支えるための税財政のあり方にいくばくかでも寄与できる部分があれば幸いである。

[公開日：2022年2月18日]

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

【研究論文】

脱政治化に抗する政治的教養  
—持続可能な社会を担う市民の教養として—

**Political Literacy to Resist Depoliticization**  
—As Citizens' Literacy for a Sustainable Society—

東海大学 講師

中村 隆志

Tokai University Junior Associate Professor

Takashi Nakamura

要旨

本論説は、持続可能な社会を担う市民の教養として、社会において効果的に活動するための知識・技能・態度を包括的に含む「政治的教養」のあり方を論じるものである。

SDGsのような多岐にわたる公共的な課題の解決に向けて、価値観や境遇の異なる人々の間で意見や利害を調整しながら様々な取り組みをするための政治的教養（政治的リテラシー）が求められている。その一方で、実際の公共的活動に参加することに主眼を置き、能動的な市民の育成を目指すシティズンシップ教育が、既存の社会秩序や社会システムに適合的な主体を形成するだけにとどまる可能性も指摘されている。このような「脱政治化」と呼ばれる事態を防ぐ政治的教養とはどのようなものなのか、それをいかにして身につけることができるのかを検討する。

## Abstract

This article discusses the ideal form of "political literacy" that comprehensively includes knowledge, skills, and attitudes for effective activities in society as the literacy of citizens who are responsible for a sustainable society.

Political literacy is required to make various efforts while coordinating opinions and interests among people with different values and circumstances to solve a wide range of public issues such as the SDGs. On the other hand, it has also been pointed out that citizenship education, which focuses on participating in actual public activities and aims to foster active citizens, may only form a subject suitable for the existing social order and social system. We will consider what kind of political literacy is to prevent such a situation called "depoliticization" and how to acquire it.

## I はじめに

SDGs<sup>1</sup>のゴール 4「質の高い教育をみんなに」のターゲット 4.7には、「2030年までに、持続可能な開発のための教育及び持続可能なライフスタイル、人権、男女の平等、平和及び非暴力的文化の推進、グローバル・シチズンシップ、文化多様性と文化の持続可能な開発への貢献の理解の教育を通して、全ての学習者が、持続可能な開発を促進するために必要な知識及び技能を習得できるようにする<sup>2</sup>」とある。そして、SDGsの17すべてのゴールの実現に寄与するものとして位置づけられるESD（持続可能な開発のための教育）では、「批判的に考える力、未来像を予測して計画を立てる力、多面的・総合的に考える力、コミュニケーションを行う力、他者と協力する力、つながりを尊重する態度、進んで参加する態度」という7つの能力・態度を身につけることが目指されている<sup>3</sup>。

他方、近年脚光を浴びているシティズンシップ教育は、社会の構成員として公的な事柄への関心を育み、社会参加に必要な知識や技能を習得させる教育である。これは、教師が一方的に知識を授けるのではなく、生徒（児童、学生）<sup>4</sup>たちが現実の政治・社会問題について調べ、議論する中で自分の考えをつくっていくこと、さらには実際の公共的活動に参加することに主眼を置くものとなっている。したがって、持続可能な社会の構築という目標にとって、ESDと同様に、社会において効果的に活動するための知識・技能・態度、すなわち政治的教養（政治的リテラシー）<sup>5</sup>を身につけるシティズンシップ教育が重要な役割を果たすと考えられる。

しかしながら、市民活動の実践を通じた学びを重視するシティズンシップ教育が、地域貢献活動やボランティア活動と結びつくときに、政治主体としての市民に求められる判断力や批判力を培うといった要素が抜け落ちる、という意味での「脱政治化（depoliticization）」

<sup>1</sup> SDGsについては、蟹江憲史『SDGs（持続可能な開発目標）』（中央公論新社、2020年）、高柳彰夫・大橋正明編『SDGsを学ぶ——国際開発・国際協力入門』（法律文化社、2018年）を参照。

<sup>2</sup> 外務省「SDG グローバル指標(SDG Indicators) 4: 質の高い教育をみんなに」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/sdgs/statistics/goal4.html>（最終アクセス2022年2月14日）

<sup>3</sup> 文部科学省「持続可能な開発のための教育（ESD：Education for Sustainable Development）」<https://www.mext.go.jp/unesco/004/1339970.htm>（最終アクセス2022年2月14日）参照。

<sup>4</sup> 本稿では、特に断りがない限り、「生徒」、「児童」、「学生」、「子供」の用語を、教えられる者という意味で、同様に用いる。

<sup>5</sup> See, Bernard Crick *Essays on Citizenship*, London: Continuum, 2000, at 59-74. =関口正司監訳『シティズンシップ教育論——政治哲学と市民』（法政大学出版局、2011年）87-106頁参照。

を生じさせる可能性も指摘されている<sup>6</sup>。政治には、「現行の社会制度や支配的価値を問い直すような異質な意見に開かれ<sup>7</sup>」、現状が自明ではないことを再発見し、「選択の空間と多様な生活様式を作り出す<sup>8</sup>」という面がある<sup>9</sup>。ところが、コミュニティの権力関係や抗争性への視点が欠落してしまうと、既存の社会秩序に適合的な主体を形成するだけになりうる。

財政危機を背景に、行政の効率化が叫ばれる中で、従来の行政中心の公的サービスにかえて、地域住民、民間企業、NPO、ボランティア等との協働による公的サービスが提唱されている<sup>10</sup>。ただし、公共政策への市民参加の推奨には、公的な不払い労働、行政のアウトソーシング、といった批判もある<sup>11</sup>。非政府かつ非営利の社会活動領域（政府とも市場とも区別される第3の領域）としての市民社会の機能強化に期待が寄せられる中で、それを後押しするシティズンシップ教育が脱政治化する可能性がある<sup>12</sup>。

本稿では、持続可能な社会を担う市民の教養として、社会において効果的に活動するための知識・技能・態度を包括的に含む政治的教養のあり方を論じる。まずⅡでは、広く市民社会に関わる公共的活動の実践に必要な知識や技能として政治的教養が求められている背景と、そこに潜む脱政治化という問題を明らかにする。次にⅢでは、ハンナ・アレントの教育論から、教えられる者の自主性と、教える者の責任について考察する。そしてⅣでは、公共

<sup>6</sup> 古田雄一「社会変革への効力感を育む市民性教育——アメリカの「パブリック・アチーブメント」を事例として」『公民教育研究』第23号（日本公民教育学会、2016年）55-57頁参照。

<sup>7</sup> 同上55頁。政治というものは、異なる価値観や境遇を有する複数の人間が社会を作る営みなので、単純な計算問題のように1つの問いに対して1つの答えが必然的に導出されるわけではなく、常々、異なる意見（別の可能性）に向き合うことになる。

<sup>8</sup> Gerry Stoker *Why Politics Matters: Making Democracy Work*, 2nd edition, London: Red Globe Press, 2016, at 7. =山口二郎訳『政治をあきらめない理由——民主主義で世の中を変えるいくつかの方法』（岩波書店、2013年）11頁。

<sup>9</sup> 「政治とは、ある争点に光と焦点を当てて注意を引き、これに解答を与えなければならない、あるいは与えることができるとする、政治的権威による選択肢を白日のもとに晒す作用も持つ」。Colin Hay *Why We Hate Politics*, Cambridge: Polity Press, 2007, at 68. =吉田徹訳『政治はなぜ嫌われるのか——民主主義の取り戻し方』（岩波書店、2012年）92頁。

<sup>10</sup> たとえば、内閣府の「共助社会づくり懇談会」の文書（2013年）では、「自助・自立を第一としつつも、自助・共助・公助のバランスのとれた政策を検討していく必要がある。公助について財政上の制約がある中で、地域の課題に対応し活性化を図っていくためには、共助の精神によって、人々が主体的に支え合う活動を促進することで、活力ある社会にしていくことが必要である」とされている。共助社会づくり懇談会「共助社会づくりの推進に向けて——論点の整理と今後の議論の進め方について」[https://www.npo-homepage.go.jp/uploads/report33\\_matome.pdf](https://www.npo-homepage.go.jp/uploads/report33_matome.pdf)（最終アクセス2022年2月14日）1頁参照。

<sup>11</sup> 野口雅弘「参加と動員の変容とデモクラシー」齋藤純一・田村哲樹編『アクセス デモクラシー論』（日本経済評論社、2012年）66、69頁参照。

<sup>12</sup> 中村隆志「能動的市民と政治的リテラシー——シティズンシップ教育の脱政治化をめぐる一考察」『総合法政策研究会誌』第2号（ウエストロー・ジャパン、2019年）46頁参照。

的領域の脱政治化という傾向に対して、政治の日常性に着目しつつ、政治的教養がどのようなものであるべきか、それをいかに身につけるべきかについて検討する。

## II 持続可能な社会と公共的活動

### 1. 政治的教養が求められる背景

学校教育のみならず、未成年者への教育の目的の1つが、社会に適応させること<sup>13</sup>ならば、教育と政治が密接な関係にあることも当然といえる。特に、統治制度として民主制を採用する社会においては、その主体の育成が重要になる。個人は、国家と単なる支配・服従の関係にあるのではなく、政府の運営に参加する市民として、政治についての素養を求められる。それゆえに、政治的教養を育む教育が大きな意味を付されるのである。

グローバル化にともなう国家間の人の移動の増加や、国内における少数民族のようなマイノリティの顕在化など、国内外からの変化が多様な社会状況を生み出している。また、マジョリティとされてきた国民の間でも、生活様式の多様化、あるいは経済的格差の拡大が進行しており、均質な国民という像は崩れつつある。このように、国民国家の枠組みが再編を迫られていることは、政治社会のメンバーシップ、つまりシティズンシップを再考する契機となっている。

近代の国民国家が確立されていくには、主要な担い手たる国民の形成が必要となる。その際に、学校教育が重要な役割を果たす。特に、国家の歴史や地理、そして共通の言語を教えることで、同一の起源を持ち運命を共にする国民としての意識を醸成する効果が重視された<sup>14</sup>。領域内における民衆への普通教育が積極的な役割を果たすことで、歴史や言語などの文化を共有する国民を基礎にした近代国家が建設された。

しかし、社会を構成する人々の流動化・多様化は、国民への教育による均質で安定したメンバーシップ形成の限界を露呈している。疎遠や対立を避けて、違いを踏まえた共生を達成するには、ローカルな生活範囲からグローバルなレベルまでの自発的な活動が重要性を増す。ところが、そのような活動の意義を認識し実践を促すような基盤が築かれてきたとは言

<sup>13</sup> Derek Heater *What is Citizenship?*, Cambridge: Polity Press, 1999, at 164. = 田中俊郎・関根政美訳『市民権とは何か』（岩波書店、2002年）274頁。

<sup>14</sup> 福井憲彦「国民国家の形成」井上俊ほか編『民族・国家・エスニシティ』（岩波書店、1996年）99頁参照。

い切れない。そのため、公的な事柄への関心を高め、社会参画の力を身につける教育プログラムが模索されている。そこで注目されるのが、他者と協力しつつ問題解決能力を育成するシティズンシップ教育なのである。

## 2. シティズンシップ教育における公共的活動

教育基本法 2 条 3 号に規定する「正義と責任、男女の平等、自他の敬愛と協力を重んずるとともに、公共の精神に基づき、主体的に社会の形成に参画し、その発展に寄与する態度を養うこと」という教育目標に照らして考えると、「良識ある公民として必要な政治的教養」（同法 14 条 1 項）の育成にとって、単に政治制度の知識を身につけるだけでは不十分である。政治という営みを、意見や立場を異にする人々と協力して共通の問題を解決する活動として捉えるならば、政府領域のみならず、広く市民社会に関わる公共的活動の実践に関して、判断力や批判力を培うことが求められる。

シティズンシップ教育が扱う公共的活動には、公職に関わる活動だけでなく、政府・公的機関への政策提言・アドボカシー活動、民間団体による地域づくりやボランティア活動も含まれる。このように、政治的教養が培われるべき公共的活動を広く捉えることは、上記の教育目標（教基法 2 条 3 号）に適合的である。また、選挙のような公職に関わる活動に限定しないことは、日本における参政権をもたない学生や、異なる政治体制の国からの留学生などがいる中で、留意すべき点だと思われる。もちろん、参政権の有無や政治体制のあり方それ自体は、授業等で議論の対象として取り上げられるべき重要なテーマである。

### 【公共的活動の形態】

#### 1. 公職に関わる活動

例：選挙での投票・立候補、選挙運動、裁判員

#### 2. 政府・公的機関への政策提言・アドボカシー活動

例：（制度）直接請求、パブリックコメント、委員会・審議会

（非制度）陳情・ロビイング、シンポジウム・集会

#### 3. 民間団体による地域づくりやボランティア活動

例：NPO・市民活動団体、町内会、地域自治組織、生徒会

生活の基盤である地域社会の持続可能性に関心が高まる中で、とりわけ、ローカル・ガバナンス<sup>15</sup>を担う人材の育成という役割もシティズンシップ教育に期待されている。これまで地域社会の運営において代表的な住民組織であった自治会・町内会が、半ば行政の末端として、行政補助というルーティン作業をメインとし、経路依存化してしまっていることが指摘されている。そうした中で、自治会・町内会、地域自治組織、それらと協働する非営利組織などにおいて政策提言活動ができる地域リーダーを育てるために、一定のノウハウをもった大学等の教育的サポートがますます重要とされるかもしれない<sup>16</sup>。

### 3. 公共的活動の脱政治化という問題

歴史的に民主制を採る国や国内の参政権は拡大してきたが、人々の政治的関心やそれに基づく活動も拡充してきたかという点、必ずしもそうなっていない。20世紀以降の福祉国家体制化で、シティズンシップという概念は、政府が提供する社会保障への国民の法的権利という側面が強くなった。市民の労働者・消費者としての側面が強くなる一方で、公共の関心事に参与する市民性への志向は後景に退き、シティズンシップの脱政治化が進んでいる<sup>17</sup>。この場合、教育の役割は、経済的な自立を助けることが主軸となる。

ところが、社会の構成員の変動、経済的格差や社会的排除の拡大によって、国家が国民の生活を全般にわたって保障する枠組みは動揺している。こうした中では、幸か不幸か、人々が一市民として、様々な単位において公共的な活動をすることが求められる状況ができつつある。また、公共政策のプロセスに民意を反映するための具体的な政治的回路を再構築することが課題となっている<sup>18</sup>。

他方、市民に期待される活動をボランティア活動や地域貢献活動として捉えることには、批判的な議論も存在する。すなわち、行政による公共サービスの後退への穴埋めとして無償の労働力を動員し、支配的言説が求める活動に人々を封じ込めることになるのではないかと、という脱政治的な傾向を指摘するものである<sup>19</sup>。確かに、既存の社会秩序や社会システムに

<sup>15</sup> 近年、公共政策において、政府（ガバメント）が中心となる一方向的な仕組みに対して、政府だけでなく多様な民間部門が参加する多層的・相互作用的な仕組みを「ガバナンス」と呼ぶようになってきている。ここでいう「ローカル・ガバナンス」とは、市民・民間組織が自ら、または政府（地方自治体）と協働しながら、地域社会の問題解決を図る過程を指す。森裕亮「ローカル・ガバナンス——地域コミュニティと行政」坂本治也編『市民社会論——理論と実証の最前線』（法律文化社、2017年）226-229頁参照。

<sup>16</sup> 同上 237-240頁参照。

<sup>17</sup> 小玉重夫『シティズンシップの教育思想』（白澤社、2003年）124頁参照。

<sup>18</sup> 植村邦彦『市民社会とは何か——基本概念の系譜』（平凡社、2010年）318-321頁参照。

<sup>19</sup> 小玉重夫『教育政治学を拓く——18歳選挙権の時代を見すえて』（勁草書房、2016年）153-155頁参照。

異議申し立てするような活動は、たとえ市民の自発的な活動であっても、ボランティアとはあまり呼ばれない<sup>20</sup>。ただし、ボランティア活動が、場合によっては、社会の仕組みを別のカタチへと作り直していくという政治性をもつ可能性はあるだろう。

政治に求められる判断力や批判力を培うという要素が抜け落ちるという意味での脱政治化に抗しつつ、公共的活動の中で政治的教養を育成するにはどうすべきか。この問題について考えるにあたって、次節では、「政治は人間の複数性（plurality）という事実に基づいている<sup>21</sup>」とし、「差異を有する人間たちの共存と結合に取り組む<sup>22</sup>」活動、すなわち異なる人々が同じ世界で暮らすことを可能とする営みとして政治を捉えるアレントの教育についての議論を考察したい。

### Ⅲ ハンナ・アレントの教育論

#### 1. 子供の新しいさと大人の責任

アレントはまず、「教育の本質は新生（natality）、つまり人間は世界のなかに生まれてくるという事実である<sup>23</sup>」と論じる。既存の世界へ新たに参入する他者としての子供を導くことが、教育なのである。そして、教育が行われる理由を、「この世界の整復が実際に可能であり続ける<sup>24</sup>」ことだとしている。なぜなら、世界は、いずれは必ず死に至る人間によって創られるがゆえに、更新されないことには、同じく破滅してしまうからである。したがって、次の世代を担う子供たちの重要性が認識される。

しかし、こうした事実に潜む危険性をアレントは指摘している。それは、教育が政治的な目標を達成するための手段とされてしまうことである。実際に、全体主義体制下では、特定のイデオロギーに基づいて社会を改造する目的で、その担い手とするために子供たちの教育がなされた。「ヨーロッパでは、新しい状況を生み出そうとするならばまず初めに子供から手をつけねばならぬという信条をもつばら我物顔にしてきたのは、暴政的な性格をもつ

<sup>20</sup> 中野敏男「ボランティア動員型市民社会論の陥穽」『現代思想』第27巻第5号（青土社、1999年）87頁参照。

<sup>21</sup> Hannah Arendt *The Promise of Politics*, New York: Schocken Books, 2005, at 93. =高橋勇夫訳『政治の約束』（筑摩書房、2018年）181頁。

<sup>22</sup> *Id.* at 93. =邦訳、182頁。

<sup>23</sup> Hannah Arendt *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*, Penguin Classics, London: Penguin Books, 2006, at 171. =引田隆也・齋藤純一共訳『過去と未来の間——政治思想への8試論』（みすず書房、1994年）234頁。

<sup>24</sup> *Id.* at 189. =邦訳、259頁。

革命運動である<sup>25</sup>」と述べるアレントは、全体主義を体験し、それと思想的に格闘した人物である。

いわゆるユートピア建設のように、理想的な社会への変革を青写真に従って行うというのであれば、なすべきことはすでに決まっている。それを子供たちに押し付けてしまえば、新しさの可能性を打ち消してしまう。なぜなら、いかに新しい提案を示したとしても、新しい世代の者にしてみれば、自分たちが創案に携わっていない古いものだからである。

では、子供たちの自由にさせておけばよいのかというと、そうでもない。子供のことは子供自身に任せるとするのは、自由を尊重しているように見える。ところが、子供に自由裁量をさせて、あまり干渉しないとするならば、大人の責任が曖昧になる。なおかつ、大人との関係が薄くなり、子供同士の狭い集団にとどまることを余儀なくされる。こうした状況をアレントは、「子供は大人の権威から解放されて自由になったわけではなく、(中略) <sup>マジョリティ</sup>多数の暴政に服従させられたのである<sup>26</sup>」としている。というのも、子供の集団が、対等な立場での理性的な対話を常とする保証はどこにもなく、異を唱えることが難しい同調的な共同体になりがちだからである。

大人の意のままにすることも、子供の好きにさせておくこともしないとする、教育はいかにあることができるのか。これについてのアレントの考えは、子供の新しさに対して、「教育はこの新しさを守り、それを一つの新しいものとして古い世界に導き入れねばならない<sup>27</sup>」というものである。つまり、子供の新参者としての特性を否定せずに、世界の一員として加わってもらうために、大人が道案内の役目を担うのである。見知らぬ場所では、自由に動き回ることができない。教育は、子供が自立して、公的な領域で活動するために欠かせない、大人が責任をもつ行為である。

## 2. 公的領域と私的領域の教育

教育の役割は子供を新しい人間として世界へ導くことであるが、アレントによれば、教育には子供の生命とその発達に対する責任というもう1つの役割がある。これは子供が、「新しい人間であるとともに、人間へと生成する存在者である<sup>28</sup>」という2つの側面を同時にもつためである。前者は公的領域に、後者は私的領域に関係する。「人間の生は、プライベート

<sup>25</sup> *Id.* at 173. =邦訳、237-238頁。

<sup>26</sup> *Id.* at 178. =邦訳、244頁。

<sup>27</sup> *Id.* at 189. =邦訳、260頁。

<sup>28</sup> *Id.* at 182. =邦訳、250頁。

シーや安全が保証されない世界につねにさらされる場合、その活力は破壊される<sup>29)</sup>のである。まして、子供が育成されるには、なおさら家庭内での親による保護が必要となる。

ところが、近代以降に公的領域と私的領域の区分が崩れたことで、教育のあり方にも影響が及んでいるというのが、アレントの近代教育への批判となっている<sup>30)</sup>。公的領域とは、人間が「同等者の間にあつて差異ある唯一の存在として<sup>31)</sup>」言論活動によって自己を現す場（自由の領域）であり、私的領域とは、生命維持の必要を満たすための営みがなされる場（必然の領域）であるとされる。その区分が崩壊したところに現れてきたのが、アレントのいう「社会的なるもの」である。この「社会的なるもの」の勃興とは、生命の維持という私的領域（家）における経済的な営み（家政）が、国家規模に拡大し、公的な関心事としての重要性を与えられるようになったことを意味する<sup>32)</sup>。これは、私的領域が公的な視線に晒され、公的領域が私的な利害関係によって支配される事態をもたらす。「社会というものは、いつでも、その成員がたった一つの意見と一つの利害しかもたないような、単一の巨大家族の成員であるかのように振舞うよう要求する<sup>33)</sup>」。公的領域と私的領域の境界線が曖昧になることで、共通の経済的利害に基づいて一定の行動を期待する画一主義（conformism）が進行するのである。

近代国家が目指した教育は、均質な国民への教育であった。なぜそうした国民を育成する必要があったのかというと、富国強兵といったスローガンに表れているように、国力の増強が重要な目的となっていたからである。経済力を高めるには、工業化に対応できる「標準的方法でコミュニケーションできる、移動可能でかつ取り替えのきく個人<sup>34)</sup>」という人材が不可欠になる。また、軍事面では、国民皆兵の理念のもとに国家への忠誠と国民としての一体感による団結が求められ、その上に徴兵制が成り立っている。つまり、国内の人々をいかに人的資源として活用できるかということが、重要な政治的課題として認知されていくのである<sup>35)</sup>。

<sup>29)</sup> *Id.* at 183. =邦訳、251頁。

<sup>30)</sup> *See, Id.* at 183-185. =邦訳、252-253頁。

<sup>31)</sup> Hannah Arendt *The Human Condition*, Second Edition, Chicago: The University of Chicago Press, 1998, at 178. =志水速雄訳『人間の条件』（筑摩書房、1994年）290頁。

<sup>32)</sup> *See, Id.* at 46. =邦訳、71頁参照。

<sup>33)</sup> *Id.* at 39. =邦訳、62頁。

<sup>34)</sup> トーマス・ハンマー『永住市民（デニズン）と国民国家——定住外国人の政治参加』（近藤敦監訳、明石書店、1999年）91頁。

<sup>35)</sup> 小玉・前掲注17、118-119頁参照。現在でいえば、グローバルな投資家や企業の観点から見て望ましい人間類型として「グローバル人材」を育成することを例示できるかもしれない。施光恒「リベラリズムと徳」菊池理夫・有賀誠・田上孝一編著『徳と政治——徳倫理と政治哲学の接点』（晃洋書房、2019年）130

子供の教育に一定の利害関心からの要請が組み込まれることは、世界に導き入れるという教育のあり方とは相容れない。なぜなら、複数の異質な人々が共存している世界にとって、画一的なあり方はそぐわないからである。さらに、「子供は、妨げられることなく成熟するために、安全な隠れ場所を本性上必要とする<sup>36</sup>」にもかかわらず、子供の私生活が公的世界から注視される。まだ準備も整わないままに、公的な光の中へと押しやられるのである。

アレントは、「子供と大人の<sup>リアル</sup>現実のまた<sup>ノーマル</sup>正常な関係は、あらゆる年齢の人びとがつねに、同時かつ共に、世界に存在するという事実から生じる<sup>37</sup>」という。しかし、この関係は、子供のユニークな生のあり方に対する大人の一方的な関心によって途絶えてしまう。子供のもたらす何か新しいユニークなものが、旧い世界の存続にとって必要となる。しかし、たとえ子供の自主性を尊重するとうたっていても、期待される振る舞いというものを勝手に設定して、それを引き出そうとするばかりでは、子供を異質な他者として旧い世界へ導き入れるという大人の責任が果たせなくなってしまうのである<sup>38</sup>。そうならないためには、次に、家族と世界の仲介をする学校の役割について考えなければならない。

### 3. 学校での教授と学習

アレントは学校を、「家族から世界への移行を可能にするために、われわれが家庭の私的領域と世界との間に挿入した制度<sup>39</sup>」とする。ゆえに、ここで大人が子供に負う責任は、「成長しつつあるものの生命の福祉への責任ではなく、普通、性格の特質や才能の自由な発達と呼ばれるものへの責任<sup>40</sup>」になる。そのような「すべての人間を他の存在者から区別する<sup>ユニークネス</sup>独自性<sup>41</sup>」は、公的領域という異なる人々にとって共通の世界が画一化するのを防ぎ、旧い世界に新しさをもたらす者にとって不可欠の要素である。

教育者はまず、子供が世界について知らないことを教える。そして、子供が世界に入るにあたっては、「現にある世界に照らしてその真価を発揮できるように配慮<sup>42</sup>」する。こうし

---

頁参照。

<sup>36</sup> Arendt, *supra* note 23 at 185. =邦訳、253頁。

<sup>37</sup> *Id.* at 177-178. =邦訳、244頁。

<sup>38</sup> 小玉重夫『教育改革と公共性——ボウルズ＝ギンタスからハンナ・アレントへ』（東京大学出版会、1999年）195-196頁参照。

<sup>39</sup> Arendt, *supra* note 23 at 185. =邦訳、254頁。

<sup>40</sup> *Id.* at 185. =邦訳、254頁。

<sup>41</sup> *Id.* at 185. =邦訳、254頁。

<sup>42</sup> *Id.* at 186. =邦訳、254頁。

た教育者の役割は、子供たちを導き入れる既存の世界を代表することによる。つまり、旧い世界と新しい者たちの間に立って橋渡しの役目を担うために、世界への責任を負いつつそのありようを子供たちに語るのである。

ところで、アレントは、学校における<sup>エデュケーション</sup>教育のあり方について、「<sup>ティーチング</sup>教授」と「<sup>ラーニング</sup>学習」の2つを挙げている。前者は教師が子供に対して何らかの事柄を教えることを、後者は子供が自分自身で学ぶことを意味する。そして、両方のうちのどちらかが欠けても、教育は成功しない。なぜなら、教えない教育というのはそもそもありえず、子供に知らないことを教えてやるのは必要であるが、子供の自発的な学習なくしては、発展性のない一方的な押し付けになってしまいがちだからである<sup>43</sup>。

教育、特に未知の世界について教えるという側面は、やはり大人と子供の関係において成り立たねばならない。これは、大人が世界へ負っている責任、すなわち子供を旧い世界へ導くことによる。ゆえに、大人同士の関係には適用されない。新参者としての子供に向かい合う大人は、旧い世界を代表するのであるが、その際には、保守的な態度をとることになる。このことについてアレントは、「教育の務めはつねに或るもの——世界に対しては子供、子供に対しては世界、旧いものに対しては新しいもの、新しいものに対しては旧いもの——を愛育し保護することである<sup>44</sup>」としている。子供の生命と発達の世界から保護される必要があることは前に述べたが、その逆もまたしかりである。つまり、「世界もまた〔存続するために〕、世代交代のたびに世界を襲う新しい者の攻撃によって、荒廃させられたり破壊されたりしないように保護を必要とする<sup>45</sup>」のである。

しかし、政治の領域というのは、異なる人々が自由に活動する場であるので、そこでの関係は支配・服従ではなく対等でなければならない。また世界は、絶えず住人が入れ替わり、それに伴って更新されねばならず、現状維持の保守的態度だけでは不十分なのである。したがって、そのような意味でも、「教育の領域を他の領域、とりわけ公的 - 政治的生活の領域から明確に分離しなければならない<sup>46</sup>」のである。学校を卒業し、子供から大人になることは、教育の終了となる。それより先は、教育に代わって学習が、本人の興味関心によりなされるのである。

<sup>43</sup> See, *Id.* at 192. =邦訳、264頁参照。

<sup>44</sup> *Id.* at 188. =邦訳、258頁。

<sup>45</sup> *Id.* at 182. =邦訳、250頁。

<sup>46</sup> *Id.* at 192. =邦訳、263頁。

#### 4. 市民にとっての教育

アレントの教育についての考察は、子供は新しい者として大人により古い世界へ導き入れられるというところから出発している。その子供はというと、1人の新しい人間であると同時に、人間への生成過程にもある。そうであるがゆえに、公的な世界へと入っていけるようにすることと、生命とその発達のために私的生活が保護されることの2つの側面が、教育においてともに顧慮されなければならないのであった。

子供の新しさは、放っておいては滅んでしまう世界の存続への希望にとって頼みの綱である。だからといって、「古いものであるわれわれが新しいものを意のままにしようとし、その在り方を命じようとするならば、われわれはすべてを破壊<sup>47)</sup>」してしまう。そうしないためには、古いものと新しいものがお互いを潰し合わないよう、保護し和解させることが重要なのである。このことを実現するには、既存の世界へ新参者として導かれる子供に、大人がその世界を代表して向かい合わねばならない。「世界への共同責任を負うことを拒否する人は、子供をもつべきではなく、子供の教育に参加することは許されない<sup>48)</sup>」とまでアレントがいうほどに、世界へ大人がその更新のために負っている責任は重大である。

以上のことから、アレントの論じる教育というのは、大人と子供の関係に特有のことだといえる。市民を公的領域で自由に活動する者としたならば、シティズンシップ教育というのは、市民のための教育というより、市民になる教育ということになる。ただ、これは子供に限ったことで、大人の場合は、「教育なしにも教えることは容易に可能であり、したがって、教育されなくとも学習は生涯続けることができる<sup>49)</sup>」とするアレントの用法によれば、シティズンシップ学習というのが適切なものかもしれない。いずれにせよ、民主主義社会における公共の問題に対して自発的に関わり、その解決に向けて活動する市民としての素養と実践力を備えることが、シティズンシップ教育の目的だとすれば、対象者は子供だけとは限らない<sup>50)</sup>。

シティズンシップ教育が、学び手の自主性を尊重し、またそれを必要とするといっても、

<sup>47)</sup> *Id.* at 189. =邦訳、259頁。

<sup>48)</sup> *Id.* at 186. =邦訳、255頁。

<sup>49)</sup> *Id.* at 192. =邦訳、264頁。

<sup>50)</sup> 不破和彦「成人教育とシティズンシップ——その関連性と論点」不破和彦編訳『成人教育と市民社会——行動的シティズンシップの可能性』（青木書店、2002年）9-10頁参照。

何かを教える以上は、教える側の念頭に望む成果がある。それに基づいて生徒に働きかけるのであるから、すべて生徒の自由にさせておくというのではない。その点では、他の教育と変わらない。重要なことは、教師が自己を相対化し、期待される成果がなぜそのように設定されたのかを説明できること、教える内容や方法に対する批判に応答できることだと考えられる<sup>51</sup>。

以上を踏まえて、次節では、政治的教養を育成する教育のあり方について検討を進めていきたい。

#### IV 政治的教養を育む教育

##### 1. シティズンシップ教育における自由と権威

本人の当事者意識と参画意識を基盤とするシティズンシップ教育の目指すところは、民主主義の体现である<sup>52</sup>。ゆえに、他の教育とはその目的が質的に異なっている。予め習得されることを期待する知識や技能を一方的に教えるのではなく、生徒自身が様々な活動を通じてそれらを見つけて習得することを期待するのである。何らかの活動に生徒を動員するようなことではない。

シティズンシップ教育がボランティア活動や奉仕活動と違う点は、自発的な活動へと導くところにある。したがって、生徒の自発的な意志に任せるボランティア活動ほど自主的ではなく、決められた体験をしてもらう奉仕活動ほど強制的ではない。教える側は、具体的な目標ではなく、市民としての資質や能力を磨いてもらうための場や方法を提示するのである。

アレントのいうように、教育の役割は、社会に新しく参入する者に対して道案内、すなわち目的地までの行き方を見定め、着実に進んでいくための手助けをすることである。無理やり連れていくことでもなければ、そのまま放置することでもない。持続可能な社会のために、様々な課題を市民の自発的・創造的な取り組みによって解決することが求められているが、それには「何かを新しく始めること<sup>53</sup>」を意味する政治的な自由を発揮する力が欠かせない。

<sup>51</sup> 仲正昌樹『「不自由」論——「何でも自己決定」の限界』（筑摩書房、2003年）162-163頁参照。

<sup>52</sup> 長沼豊『市民教育とは何か——ボランティア学習がひらく』（ひつじ書房、2003年）223頁参照。

<sup>53</sup> Arendt, *supra* note 21 at 126. =邦訳、231頁。

教育がある程度は意図的に個人の生に介入する行為であることを認めた上で、教える側と教えられる側の応答が重要となる。なぜこのような教育をするのかを説明し、それに対する判断を求め、相互に教育内容を吟味するような姿勢が意義をもつのである。というのも、シティズンシップ教育によって形成される市民がそのような行動様式をする存在として想定されるのと同様に、シティズンシップ教育の過程自体もそうあるべきと考えられるからである。

教育には学ぶべき知への権威づけが不可避免的に伴うとしても、その意義や正統性を不断に問い直すことが、社会参加のあり方を批判的に吟味・反省する力をつける上でも重要となるだろう<sup>54</sup>。SDGs についていえば、ゴールやターゲットの妥当性や、その達成を誰が担うべきかといった問題も、議論の俎上に載せるべきである。

## 2. 政治の日常性

三木清は、「知識階級と政治」（『日本評論』1937年）という論考の冒頭で、次のように述べている。「一般に我が国において最も欠けているのは政治的教養であると云い得るであろう。（中略）政治と云えば、治める側の者にのみ関係のあることであって、治められる側の者には関係のないことであるといった考え方が今なお我々のうちに知らず識らず働いている。かような考え方を覆すことが政治的教養の第一歩である<sup>55</sup>」。この指摘は、今後のシティズンシップ教育にとっても相変わらず重要な意味をもつと思われる。

三木は、「政治の日常性」ないし「日常的なものの政治性」を強調している<sup>56</sup>。政治は、職業政治家や革命家のような一部の者たちが行う特別なことではなく、政治的動物たる人間の日常生活と不可分に結びついている<sup>57</sup>。そして、「実践的でないような政治的関心は存しないとすれば、我々は政治的实践を日常性において行動することに就いて一層深く考うべ

<sup>54</sup> 宇野重規「〈私〉時代の教育と政治」宇野重規・井上彰・山崎望編『実践する政治哲学』（ナカニシヤ出版、2012年）57-59頁参照。

<sup>55</sup> 三木清『三木清教養論集』（大澤聡編、講談社、2017年）111頁。

<sup>56</sup> 同上 118-119頁参照。

<sup>57</sup> 「人間はその本質の規定において政治的動物であり、彼等の日常生活がすべて政治的意味をもっている。彼等は積極的に政治的であるのでなければ、消極的に政治を回避しなければならぬという意味において政治的である。政治を回避することによって我々は非政治的になり得るものでなく、政治を回避することがすでに一つの政治的意味をもっている。かようにして人間の生活は根本的に政治的であるとすれば、我々にとって最も基礎的な教養は政治的教養でなければならぬ」。同上 118-119頁。

き」としつつ、「衝動的な政治的関心は容易に政治に対する不当な恐怖に変わる」と指摘し、政治的関心が知性化され、政治的良識に達することが求められると論じている<sup>58</sup>。

各人は、共通の価値、連帯、愛着によって形づくられる多様な人間集団としてのコミュニティに所属することで、重層的な自己アイデンティティを形成する。そのため、身近な社会生活を営む多種多様な場としてのコミュニティ（学校、公民館、労働組合、商店街、職場、教会、市民団体、NPO等）における交際や対話が、市民としての素養を形づくる。したがって、日常的なコミュニティの運営に加わり、共通の企図を他者と協力して達成していく実践において、政治的教養は育成される<sup>59</sup>。

### 3. パブリック・アチーブメント

意見を異にする人々と協同して公共的な問題を解決する日常的なプロセスに政治を見出す立場から、市民としての意識と実践力を育成する学習プログラムとして、「パブリック・アチーブメント」という教育法が実践されている。

ハリー・ボイトの提唱するパブリック・アチーブメントでは、チームに分かれた生徒たちが、自分たちの関心のある公共的な課題（いじめ、人種差別の根絶から、遊び場、学校給食の改善に至るまで）において、意見や立場の違いを越えて協働し、建設的な変化を起こすためのプロジェクトに取り組む。この実践的な学習プログラムでは、自分たちの暮らす様々なコミュニティの「共同創造者（co-creator）」として、若者が日常的な「市民政治（citizen politics）」の能力を育むことに重きが置かれている<sup>60</sup>。

これを模範として導入された東海大学の全学必修教養科目「シティズンシップ」（1年次生対象）は、問題の背景や解決法等について学生自身が調べて考えることを中心に、社会参加の意味や方法について学ぶ授業となっている。探求するテーマ・領域は、社会的弱者への対応、災害時の助け合い、NIMBY問題<sup>61</sup>など、クラスまたは学生により異なる（自由に設

<sup>58</sup> 同上 123-124 頁参照。

<sup>59</sup> 中村隆志「コミュニティアニズムと徳——「陶冶の政治」は可能か」菊池理夫・有賀誠・田上孝一編著『徳と政治——徳倫理と政治哲学の接点』（晃洋書房、2019年）153頁参照。

<sup>60</sup> See, Harry C. Boyte *Awakening Democracy Through Public Work: Pedagogies of Empowerment*, Nashville: Vanderbilt University Press, 2018. =小玉重夫監修／堀本麻由子・平木隆之・古田雄一・藤枝聡監訳『民主主義を創り出す——パブリック・アチーブメントの教育』（東海大学出版部、2020年）参照。

<sup>61</sup> NIMBYとは、廃棄物処理施設等について、社会的に必要なことは認めるが、自宅の近くには設置されたくない（Not In My Back Yard）という住民の姿勢を表す造語である。

定する)。この全学必修の授業において実際に地域で活動することは難しいため、その後の専門科目や課外活動での学生プロジェクトにつながる土台づくりが目指されている<sup>62</sup>。

#### 4. 政策型思考と正義論

公共的活動は市民たちだけで行われるとは限らない。議会や行政府などの公式の組織や機関に政策提案や異議申し立てをしたり、それらと協力して問題に取り組んだりすることもある。そうした公共政策への参画を効果的にするためには、政策の構想・策定・実行を試行錯誤しながら模索していく「政策型思考<sup>63</sup>」が求められる。政策の影響を受ける普通の市民が政策過程に参画する上で、一部の政治・行政エリートだけでなく市民自身が政策型思考（問題解決型思考）を身につけることが重要な意味をもつのである<sup>64</sup>。また、民間団体による活動においても、政策型思考は役に立つと思われる。

他方、政治的教養には正義論も含まれるべきだろう。なぜなら、いかなる活動が望ましいのかを考えるためには、理念、利害関係、歴史的背景など、価値に関わる問題について判断する基準を備えていなければならないからである<sup>65</sup>。政治の技術論と規範論が両輪となって、政治的教養は培われる。「良識とは正しいものと間違っただけのものを正確に判別する能力である<sup>66</sup>」とするならば、良識ある公民に求められる政治的教養には、「ある公共政策が誰のどのような利益を高め、それがどのような意味で公平なのか（あるいは正義にかなうのか）という規範的な思考<sup>67</sup>」が不可欠である。

特に、政府によって公共政策のガバナンスへの市民参加が推奨されていることで、異議申し立ての契機を弱めつつ参加の拡大が図られ、公共的活動の脱政治化に対して不用心になることには注意が必要である<sup>68</sup>。治める側の者からの参加の呼びかけによって、多元性や抗

<sup>62</sup> 成川忠之「シンポジウムへのコメント」総合法政策研究会「2019年度パブリック・アチーブメントシンポジウム：法とシティズンシップ——地域づくり・都市づくりのリテラシー」『総合法政策研究会誌』第3号（ウエストロー・ジャパン、2020年）65-67頁参照。

<sup>63</sup> 松下圭一『政策型思考と政治』（東京大学出版会、1991年）参照。

<sup>64</sup> 伊藤恭彦・小林直三・三浦哲司「都市公共政策を拓く」伊藤恭彦・小林直三・三浦哲司編著『転換期・名古屋の都市公共政策——リニア到来と大都市の未来像』（ミネルヴァ書房、2020年）3頁参照。

<sup>65</sup> 奥野恒久「教育と民主主義——シティズンシップ教育の試みに触れつつ」石田徹・高橋進・渡辺博明編『「18歳選挙権」時代のシティズンシップ教育——日本と諸外国の経験と模索』（法律文化社、2019年）73-74頁参照。

<sup>66</sup> 三木・前掲注55、119頁。

<sup>67</sup> 伊藤恭彦「都市公共政策の課題と都市政治」伊藤恭彦・小林直三・三浦哲司編著『転換期・名古屋の都市公共政策——リニア到来と大都市の未来像』（ミネルヴァ書房、2020年）21頁。

<sup>68</sup> 野口・前掲注11、67頁参照。

争性の契機が後景化し、治められる側の者による参加が切り詰められる可能性に自覚的であることが、現代社会の市民に欠かせない政治的教養となるだろう。それゆえ、政治的価値の多元性・対抗性に辛抱強く向き合い、相異なる利益を調整しながら社会問題を解決する公共政策のプロセスを担う政治主体の育成が、社会の持続可能性にとって不可欠の課題になると考えられる。

## V おわりに

現代社会は、国境を越える経済活動や環境問題への対応、外国人労働者・移民・難民の受け入れ、マイノリティの地位向上など、政治的メンバーシップの再考を迫る争点が顕在化している。そこで、与えられる知識をただ受動的に吸収していくのではなく、何が課題であり、何を目標とするのかを、自分たちで設定し解決していく能力の習得に関心が集まっている。

しかし、人々の意見・利害・生活様式が多様に存在し錯綜している中で、それらを調整し政策に反映するプロセスは、一筋縄ではいかない。人の価値観や境遇は千差万別で、同じ問題に直面していても、それに対する 1 つの答え（解決策）が単純に導き出せるわけではない。なるべく多くの人々が納得できる解決策、あるいは置かれた状況の違いに応じた複数の解決策を、その問題に関わる当事者が議論に参加して導き出す必要がある。

したがって、持続可能な社会を担う市民の政治的教養として、既存の社会秩序や社会システムに無批判に同調するのではなく、そこに潜む問題を摘出し、何が正義にかなうのかを考え、議論する力を養うことが重要となる。そのような力を涵養するには、他者の価値観や境遇の違いを認識しつつ、自分なりの評価基準の形成を支援する教育が求められる。

[公開日：2022年3月1日]

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

【研究論文】

行政機関の透明性

—欧州各国の諜報機関法制を題材として—

Transparency of Administrative agency

—Legal Systems of Intelligence services

in Each country around Europe—

高知大学 助教

小西 葉子

Kochi University Assistant Professor

Yoko Konishi

要旨

本論説は、特に秘密性の高い行政機関の代表例である諜報機関を題材として、我が国における行政機関の透明性確保の手段について検討するものである。行政機関の透明性が高度に確保されているとは言い難い我が国において、持続可能な社会という観点から「効果的で、アカウンタブルで、透明性ある公的機関」を追究することの重要性を明確にした上で、我が国に応用可能な制度を検討するための手段として、欧州各国の諜報機関法制の鳥瞰的比較検討を行った。具体的には、欧州基本権機関（FRA）の2015年と2017年の調査資料をもとに、諜報機関の定義や国内外の関係性、監督・統制機関の設置状況を検討した（なお各国ごとの相違を踏まえて、我が国にとっての参照可能性を模索する観点から、GDPR 設置前の状況を分析対象としている）。結論として、国際原則の国内法秩序への組み込みや、専門家集団による監督・統制を活用していくことが、我が国においても重要であることを示す。

## Abstract

This article shows how to get the legal transparency of administrative agency in Japan. The main theme is intelligence services. Because they must have a duty to keep a secret especially.

First, there is explanation why it is important to think about “effective, accountable and transparent institutions” from the viewpoint which is to keep up a sustainable society.

Second, for reference to think about means to secure transparency of administrative agency in our country, legal systems of intelligence services in each country around Europe are analyzed. To be concrete, the article makes sure that some issues (for example, about a definition of intelligence services, some problems in national or international relationships and organizing oversight agencies) have been evaluated as important by based on “Surveillance by intelligence services”, which reports were written by European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). And the worth of these evaluations is analyzed.

Depending on these analyses, the article mentions that to adopt a few international rules to national law and to take in oversight by experts positively are necessary for the legal transparency of administrative agency in Japan, too.

## I 問題の所在

本稿は、特に秘密性の高い行政機関の代表例である諜報機関を題材として、行政機関の透明性の確保について考えるものである。

まずは本稿が取り上げる問題の所在を、持続可能な社会という観点から明確にしておきたい。SDGs16.6は「効果的で、アカウンタブルで、透明性ある公的機関をあらゆる段階で発展させる（Develop effective, accountable and transparent institutions at all levels）」というターゲットを置く。これはSDGsの目標16「平和と公正をすべての人に（Peace, justice and strong institutions）」の下に掲げられる小目標と位置づけられている。

はじめに、持続可能な社会の形成と公的機関の透明性がどのように関連するのかを説明しておかなければならない。環境保護や貧困・飢餓撲滅といったSDGsの目標設定は、持続可能な開発を実現するという観点で理解しやすい。環境資源や人的資源が枯渇し、享受の平等性が失われることは、社会の歩みを止めさせるからである。

しかし公的機関の透明性の必要性は、(少なくとも邦語の)SDGsの目標16を一見する限り分かりにくい。その分かりにくさの一因を作っているのは、日本政府によるSDGsの邦訳であると筆者は考えている。SDGsの17の目標のうち、16は平和について述べたものであるところ、邦語の政府による定訳は前述のとおり、「平和と公正をすべての人に」である。原文を直訳するならば「平和、公正、そして強固な公的機関を」であろうところ、明確に「strong institutions」が脱落しているのである。国際的にこのような訳出が一般的なのかといえば、そうではない。ドイツ語版では「Frieden, Gerechtigkeit und starke Institutionen（平和、公正さ、強固な公的機関）」、中国語版では「和平、正义与强大机构（平和、正義、強大な公的機関）」とほぼ原文そのままの仕様となっていることからすると、邦語の政府定訳には、strong institutionを意図的に訳出しない忝意性が感じられる。ターゲット16.6は、まさにここで訳出されなかった「strong institutions」に関連する。

具体的な説明になってもなお、政府による邦訳には違和感がある。ターゲット16.6における「institutions」は「公共機関」と訳出しているにかかわらず、類似表現を用いた目標16の説明文「Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions

at all levels」の下線部については、「あらゆるレベルにおいて効果的で説明責任のある包摂的な制度を構築する」と訳出しているのである<sup>1</sup>。

仮にこれらの点が意図的なミスリーディング（ターゲットまで読み込まないと公的機関に対する要求であることが分からないようにすることを目的とした意図的な訳の不一致）であるとすると、公的機関の透明性が国際比較の観点から貧弱な日本の現状について、政府がコミットする SDGs の目標から見た場合に改善が必要であると国民に認識させないことを目的としているようにも邪推されるが、この点については推測に留めて先に進むこととしたい。

ターゲット 16.6 について日本政府が積極的な取り組みをしている形跡は見られず、むしろ近年では公的文書の改竄や破棄、開示文書における過剰と思われる黒塗り、仮定の質問であることを理由とした説明責任の回避などが横行している。法的な観点では特定秘密保護法の制定が耳目を集めたが、情報公開制度における不開示情報の範囲の広さや、そもそも情報があるのかないのかを知ることすら困難な手続法上の不備など、現行法に不足している透明性向上のための立法についても検討が不十分という状況である。

そのような状況下で本稿が取り組もうとしているのは、本質的に秘密性が高い組織である諜報機関を題材として、その法的統制を整備し、私たち一人ひとりの基本的人権が脅かされることがないようにするための手段を検討することである。説明責任を果たし、透明性を向上させることを回避し続けるような状況を容認するのではなく、説明責任を果たさない為政者が現れることがあろうとも、私たちの基本的人権が見えないところで勝手に脅かされることがないようにするための制度設計を、法的観点から鳥瞰的に考えようとするものである。その検討の手段として、欧州各国の諜報機関を取り巻く法制度を参照していく。

## II 諜報機関の定義と欧州各国の法制度

### 1. 諜報機関の定義

日本におけるインテリジェンス研究第一人者の一人である小谷賢は、スパイが「最も古い職業の有力候補」であることについて、旧約聖書や孫子の記述も踏まえて論じた上で<sup>2</sup>、

<sup>1</sup> 総務省の場合、目標については [https://www.soumu.go.jp/toukei\\_toukatsu/index/kokusai/02toukatsu01\\_04000212.html](https://www.soumu.go.jp/toukei_toukatsu/index/kokusai/02toukatsu01_04000212.html)、ターゲット訳については [https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000562264.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000562264.pdf)（最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日）。外務省・環境省などでも全く同じ訳出が用いられている。

<sup>2</sup> 小谷賢『インテリジェンス—国家。組織は情報をいかに扱うべきか』（筑摩書房・2012）26 頁以下。

現代から歴史を振り返れば「スパイやインテリジェンスは一義的には戦争を有利に戦うための手段として発達」したものであり、「ヨーロッパで特にインテリジェンスが発達したのは、戦争の頻発とそれに伴う国民国家の成立と無縁ではない」とする<sup>3</sup>。

このような歴史的な理解を念頭に置いた上で、まずは本稿における「諜報機関」と、いわゆる「インテリジェンス」と呼ばれるものの関係について示しておきたい。警察や内閣情報調査室の要職を務め、現在では政策研究を進める小林良樹が述べるとおり、「インテリジェンスの概念に対しては様々な異なる見解が存在し、学術的にも実務的にも普遍的な定義を示すことは困難」である<sup>4</sup>。このような多義性を前提に、小林自身は自著におけるインテリジェンスの定義を「国家安全保障上の重要な問題に関する知識が、要求に基づいて収集・分析されて政策決定者に提供される仕組み（プロセス又はシステム）」及び「そうした仕組みによって生産された成果物（プロダクト）」であるとする<sup>5</sup>。ひとまずこの認識との関係で見ると、本稿における「諜報機関」は法律上の主体の一としての「機関」であることから、後者（成果物としてのインテリジェンス）を意味しないことは明白である。その上で、前者（仕組みとしてのインテリジェンス）を「諜報機関」は内包するが、法的にはその仕組み（プロセス又はシステム）自体を「諜報機関」というわけではなく、あくまで主体としての「諜報機関」に関連する各種法律によりその仕組みがつけられる、ということの意味している。そこで、本稿における法律上のカテゴリとしての「諜報機関」は、法律上の行政機関のうち、仕組みとしてのインテリジェンスを内包する主体であると定義づける（後述の FRA 資料における「intelligence services」が本稿における「諜報機関」に該当する）。

## 2. 欧州各国の法制度

ここからは欧州各国の諜報機関法制について、European Union Agency for Fundamental Rights (FRA<sup>6</sup>)の Surveillance by intelligence services : fundamental rights safeguards and remedies in the EU Volume I : Member States legal frameworks<sup>7</sup>（2017、以下 FRA 資料 I とする）及び Surveillance by intelligence services :

<sup>3</sup> 同上、41 頁。

<sup>4</sup> 小林良樹『なぜ、インテリジェンスは必要なのか』（慶應義塾大学出版会・2021）16 頁。

<sup>5</sup> 同上。

<sup>6</sup> FRA は欧州基本権機関と訳されることが多いが、欧州委員会の人権に関するブレインとなっている機関である。

<sup>7</sup> [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-surveillance-intelligence-services-voi-1\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-surveillance-intelligence-services-voi-1_en.pdf)、最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日。

fundamental rights safeguards and remedies in the EU Volume II : field perspectives and legal update<sup>8</sup>（2017、以下 FRA 資料Ⅱとする）を参考に概観する。

FRA 資料Ⅰによれば「民主的な社会における諜報機関の主たる目標は、国の安全と開かれた社会の基本的価値を守ること」である<sup>9</sup>。この定義づけは、学術的な諜報機関の定義とは異なり、歴史的な文脈や民主主義国家のイデオロギーに依存している。これは例えば、ドイツが基本法 21 条 2 項により国内において民主的な基本秩序を脅かす政党を（第二次世界大戦時の自国の経験に基づいて）排斥していること（憲法違反とすること）と似ている。ただし EU 加盟各国の間でもその歴史的発展や外的脅威の在り方は異なるので、当然インテリジェンス・コミュニティの在り方にも大きな相違が生じる<sup>10</sup>。ほとんどの EU 加盟国は軍事・非軍事の区分により 2 以上の諜報機関を有しているが、いくつかの国では責任ある諜報機関が 5 ないし 6 存在する場合もある<sup>11</sup>。例えばフランス・ドイツ・イタリア・ルーマニア・ポーランドは、非軍事的な諜報機関を更に 2 つに分け、それぞれが国内・国外を所管する<sup>12</sup>。その他、スペインでは組織犯罪、ポーランドでは贈収賄、ハンガリーではテロといった特定の脅威に特化した部署がインテリジェンス類似の手段をとることを認められている例もある<sup>13</sup>。表 1 は、FRA 資料Ⅰの添付資料（Annex）を基に作成した、2017 年時点での EU 加盟各国の諜報機関のリストである。

（表 1）

※カッコ内は各国で用いられる各機関の略称。機関が存在する場合は網掛け、存在しない場合は白抜きとしている。

	非軍事（国内）	非軍事（国外）	非軍事（国内外）	軍事
オーストリア	連邦国防・反テロ局 (BVT) ※警察の一部局	—	—	軍事諜報機関 (HNA) 国防局 (HAA)
ベルギー	国家警備部 (VSSE <sup>14</sup> )	—	—	総合軍事諜報・保安部 (ADIV/SGR または SGRS)
ブルガリア	国内保安局 (SANS) “専門技術活動”国内治安局 (SATO)	—	—	軍事的情報機関
キプロス	中央諜報庁 (KYII)	—	—	—

<sup>8</sup> [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2017-surveillance-intelligence-services-vol-2\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-surveillance-intelligence-services-vol-2_en.pdf)、最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日。

<sup>9</sup> FRA I 資料, p.27.

<sup>10</sup> Ibid., p.13.

<sup>11</sup> Ibid., p.27.

<sup>12</sup> Ibid., p.14.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> FRA 資料Ⅰでは SV/SE と表記されているが、公式ウェブサイト (<https://www.vsse.be/nl>、最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日) の表記に従う。

	非軍事（国内）	非軍事（国外）	非軍事（国内外）	軍事
チェコ	保安・情報庁（BIS）	国際関係・情報省（UZSI）	－	軍事諜報機関（VZ）
ドイツ	連邦憲法擁護庁（BfV）	－	連邦情報局（BND）	連邦軍事局（BAMAD）
デンマーク	－	－	デンマーク保安・諜報部（PET） ※警察の一部局	デンマーク防衛諜報機関（FE）
エストニア	エストニア国内保安庁（KAPO）	情報委員会（TA）	－	エストニア防衛軍事諜報部
ギリシア	国家諜報庁（EYP）	－	－	国防参謀幕僚軍事諜報理事会
スペイン	重要インフラ保護のための国家機関（CNPIC）	－	国家諜報機関（CNI） 対組織犯罪・テロリズム諜報機関（CITCO）	軍事諜報機関（CIFAS）
フィンランド	フィンランド保安諜報庁（SUPO） ※警察に属する機関	－	－	フィンランド防衛諜報局（FDIA）
フランス	国内保安総局（DGSI）	国外保安総局（DGSE）	－	軍事諜報局（DRM）
クロアチア	保安諜報局（SOA）	－	－	軍事保安諜報局（VSOA）
ハンガリー	憲法擁護部 国内保安特殊機関（NBSZ） 反テロリズムセンター（TEK） ※警察に属する機関	－	情報部（MKIH）	軍事的国家保安機関（KFH）
アイルランド	国家警察国家諜報部（NSU） ※警察内部	－	－	諜報局（G2）
イタリア	国内保安・情報局（AISI）	国外保安・情報局（AISE）	－	情報・保安部（RIS）
リトアニア	－	－	国家保安部（VSD）	国防省第二調査部（AOTD prie KAM）
ルクセンブルク	－	－	国家諜報機関（SREL）	－
ラトヴィア	治安警察 <sup>15</sup>	憲法擁護部局（SAB）	－	軍事諜報保安機関（MIDD <sup>16</sup> ）
マルタ	－	－	保安機関	－
オランダ	－	－	総合諜報・保安機関（AIVD）	軍事諜報・保安機関（MIVD）
ポーランド	国内保安局（ABW） 中央反腐敗部局（CBA）	国外保安局（AW）	－	軍事防諜機関（SKW） 軍事諜報機関（SWW）
ポルトガル	－	－	保安諜報機関（SIS）	戦略的諜報・防衛機関（SIED）
ルーマニア	ルーマニア諜報機関（SRI） 情報・国内保護部（DIPI）	外的諜報機関（SIE）	－	情報防衛総局（DGIA）

<sup>15</sup> 2019年1月1日より、ラトヴィア国家安全局（VDD）に名称変更された（<https://vdd.gov.lv/en/about-us/history/>、最終閲覧日 2022年1月26日）。

<sup>16</sup> FRA資料IではSV/SEと表記されているが、公式ウェブサイト（<https://www.midd.gov.lv/en>、最終閲覧日 2022年1月26日）の表記に従う。

	非軍事（国内）	非軍事（国外）	非軍事（国内外）	軍事
スウェーデン	保安機関（SÄPO）	—	無線防衛当局（FRA）	軍事諜報局（MUST）
スロヴェニア	—	—	スロヴェニア諜報・保安局（SOVA）	国防諜報・保安部（OVS MORS）
スロヴァキア	国防当局（NBÚ）	—	スロヴァキア情報機関（SIS）	軍事諜報機関（VS）
イギリス	イギリス保安部（BSS）	秘密諜報機関（SIS） MI6 政府通信本部（GCHQ）	—	国防諜報機関（DI）

行政機関の透明性に着目する本稿の視点から、表 1 から看取できる重要な事実は 2 つある。

第 1 に、国内の非軍事的諜報を機能として有する機関を持たない国は 1 つもないという事実である。リトアニア・ルーマニア・マルタ・オランダ・スロヴェニアは国内のみを対象とする機関はないが、国内外両者を対象とする非軍事的諜報機関を有している。ただしこれらの任務を担う機関の位置づけは多様である。独立した機関がある国が多いが、警察の一部局が国内の非軍事的諜報を担っている国もある。

諜報機関の行政組織法上の位置づけを明確化するための視点としても、警察に代表される法執行機関と、諜報機関に代表される治安維持機関の相違は重要である。筆者自身は、法的統制の客体としては同じ情報の収集・管理等を担う警察と諜報機関を区別する必要があると必ずしもあるとは考えないが<sup>17</sup>、組織ごとの権限や命令系統について論ずるのであれば、組織法上の両者の区別は当然不可避である。組織的な分離は、1 つの組織への権力集中、そして秘密裡に手に入れた情報を恣意的に利用するリスクの防止に資すると考えられている<sup>18</sup>。

ここで FRA 資料本文に例として挙げられるのが、ドイツの BND（連邦情報局）である。表 1 のとおり、連邦情報局はドイツの非軍事的諜報機関である。連邦情報局法は 1990 年の制定時に、連邦情報局に「警察権限を付加することは許されない」としているが（2 条 3 項）、基本法においては警察と諜報機関の分離は明示的に規定されていない。FRA 資料 I ではこの点について、学会では議論があるものの「連邦憲法裁判所は直接この問題に触れていない」とする<sup>19</sup>。ただしこの点について、連邦憲法裁判所がなんの言及もしていないわけではなく、実際には情報自己決定権（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）、通信の秘密（同 10 条 1 項）、住居の不可侵（同 13 条 1 項）に関わる違憲審査の中で、警察と諜報

<sup>17</sup> 小西葉子「テロリズムに対抗するための国家的監視活動の統制」一橋法学 18 巻 3 号（2019）465 頁以下参照。

<sup>18</sup> 同上。

<sup>19</sup> FRA 資料 I, p.14.

機関の扱うデータの分離について論じており、両者は 2 つの原則（①本質的には行政組織法に由来する「目的拘束の原則（Grundsatz der Zweckbindung）」、②情報自己決定権という憲法上の権利から要請される「情報の分離原則（informationelles Trennungsprinzip）」により統制される<sup>20</sup>。

表 1 から看取できる第 2 の事実として、軍事的諜報機関をほとんどの国が保有していることが挙げられる。キプロス・ルクセンブルク・マルタの 3 か国は軍事的諜報機関を持たないとされるが、ここからこれらの国が軍事的諜報機能を持たないと即断するのは適切でない。キプロスは現在も南北に分裂しており、それぞれに外国軍が駐留しているなど特殊な背景を有し、駐留外国軍と自国軍の連携の中で情報収集が実施されているものと思われる<sup>21</sup>。ルクセンブルク及びマルタは軍隊の規模自体がそれほど大きくないため、独立して諜報を担う機関がないとも思われる（内陸のルクセンブルクは陸軍 1000 人弱のみで海軍・空軍はなし<sup>22</sup>、マルタは全兵士の合計が約 2000 人である<sup>23</sup>）。なお軍事的諜報機関は、各国軍隊の活動に直結する機関であることから、どの国でも非軍事的諜報機関とは独立した命令系統のもとにある。

### 3. 諜報機関の国際協力と「サード・パーティー・ルール」

諜報機関の国際協力は、古くから戦時中の共同戦線の文脈の中で行われてきたが、現代における EU 内での諜報機関相互の協力体制は、組織的な観点から分析することができる。

ドイツ連邦安全保障政策アカデミー（BAKS）が FRA 資料と同じ 2017 年に刊行した調査報告書（Working Paper、以下 BAKS 報告書とする）は、国防に直結する諜報機関の特性のために、従来ヨーロッパレベルに権限を委譲するための法的根拠が設定されてこなかったことを指摘する<sup>24</sup>。ただし、それは諜報領域における協力関係を行う組織的素地が現実存在してこなかったということではない。BAKS 報告書は、EU 内における協力関係が複数存在すること、これらが統合的アプローチと非統合的アプローチの 2 つに分けるこ

<sup>20</sup> BVerfGE 133, 277, Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013. 入井凡乃「情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例IV』（信山社・2018）46 頁以下参照。

<sup>21</sup> キプロスの歴史的背景について、Oliver P. Richmond, *Mediating in Cyprus*, 1998 参照。

<sup>22</sup> 外務省HP参照（<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/luxembourg/data.html>、最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日）。

<sup>23</sup> 外務省HP参照（<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/malta/data.html>、最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日）。

<sup>24</sup> Pia Philippa Seyfried, *A European Intelligence Service?*, Security Policy Working Paper No.20/2017, 2017, p.2（[https://www.baks.bund.de/sites/baks010/files/working\\_paper\\_2017\\_20.pdf](https://www.baks.bund.de/sites/baks010/files/working_paper_2017_20.pdf)、最終閲覧日 2022 年 1 月 26 日）。

とができることを説明する<sup>25</sup>。統合的アプローチは、共通の情報収集や情報のシェアのためのEUレベルの主体により実施されるものである。一方で非統合的アプローチとは、2国間あるいは多国間の諜報機関の提携として行われるもので、非公式な協力であることが多い。

アプローチの主体として、報告書が取り上げる主要な機関を表2に整理した（注がない説明は、全て注24に基づいている）。

（表2）

アプローチ	名称（日本語訳、略称）	位置づけ
統合的 ア プ ロ ー チ	European Union External Action Service (EU 対外行動機関、EEAS)	EUの外交を担う機関。The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (欧州連合外交・安全保障政策上級代表)を補佐する。The Common Security and Defence Policy (共同安全保障・防衛政策、CSDP)の策定・実行を担う。
	EUMS INT (The European Union Military Staff Intelligence Directorate、EU 軍事スタッフ諜報庁)	EEAS内部の軍事専門部門 European Union Military Staff (EU 軍事スタッフ、EUMS)の諜報担当部署 <sup>26</sup> 。
	European Union Intelligence and Situation Centre (EU 諜報・情勢センター、IntCen)	1999年に開設され、現在はEEASのワーキングユニットの1つとして、国内治安及びカウンターテロリズムの問題を扱う。調査結果は欧州連合外交・安全保障政策上級代表や欧州連合理事会などに提出されて Common Foreign and Security Policy (共同外交・安全保障政策、CFSP)の一部たるEUの基準のためのデインジョンメイキングの過程において用いられる。なお2007年につくられたEUの戦略的情報のハブとしての枠組みである Single Intelligence Analysis Capacity (単一情報分析力、SIAC)には、EUMS INT及びIntCenが内包されている。
	European Union Satellite Centre (EU サテライトセンター・SatCen)	1991年にCFSPとともに作られ、EUレベルでは最大の準諜報部門 (quasi-intelligence agency) であるとされる。
	Europol (欧州警察)	諜報領域における権限はないが、情報の共有を通じてEU加盟国の警察的協同を促す機能を持つことから、欧州の安全保障構造の制度的中心となっている機関。
ア 非 統 合 的 ア プ ロ ー チ	Club de Berne	1971年創設の欧州における非公式の情報共有フォーラム。非公式ではあるが、全EU加盟国及びノルウェー・スイスの諜報機関の長により構成されている（なおEU離脱後のイギリスが継続加入しているかどうかは未確認）。
	Counter Terrorist Group (反テロリストグループ・CTG)	元々はClub de Berneのワーキンググループとして9.11世界同時多発テロへの対応のために創始されたグループ。2016年には国内安全保障に関する永続的な協働プラットフォームとして発展。

諜報機関の国際協力は国防の観点から見ても重要であるが、基本的人権との関係で見ると重大な問題をもたらすことがある。憲法上の権利、特にいわゆる自由権は、国家からの介入を禁止することを念頭に置いて形成されている。ここで想定されている構図は、国家とその国家に所属する国民という一対一の関係である。通信の自由や私的生活の自由を侵害しないために、国家が国民の生活を監視することが憲法で禁止されている立憲主義国家

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/5436/european-union-military-staff-eu-ms\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/5436/european-union-military-staff-eu-ms_en)、最終閲覧日 2022年1月26日。

では、当該国家活動は憲法上正当化できない限りにおいて違憲無効と判断されることになる。

このように憲法と関わる文脈において、諜報機関の国際協力によって生じうる問題状況として想定されるのは、自国での情報収集が憲法上困難な自国民や自国領土内の情報を、他国との交換を通じて入手するという状況である。近年、実際にこのような活動が行われていたことが明らかになり、批判が噴出したのは既によく知られたスノーデン事件においてである。ここでは少なくとも米国NSAが、各国の諜報機関とそれぞれの国の自国民等に関する情報を交換していたことが分かっている<sup>27</sup>。ただしスノーデン事件で暴露された状況は、歴史的に見て稀有なものというわけではない。UKUSA（米国・英国館の通信傍受協力）は1946年の締結であったが<sup>28</sup>、「1967年から当時のジョンソン大統領の命令で、アメリカ国内における学生の反戦運動に対する監視活動」として行われていた「ケイオス」作戦は、「明らかにアメリカの情報機関が国内でアメリカ国民を監視していたことを物語る」<sup>29</sup>おり、1974年の本作戦についてのリークを契機として「情報活動調査特別委員会（通称チャーチ委員会）」が設置され、1978年のFISA（外国諜報監視法—米国）制定に結びついたという経緯があることは、邦語でも既に小谷が詳細に紹介しているとおりである<sup>29</sup>。FISAは、アメリカ政府がアメリカ国民を監視するという実態が問題視されたからこそ実現した制約であるが、UKUSAを利用することでその制約は骨抜きとなっている<sup>30</sup>。

現在もこの問題に対する国内法上の対応策について、ベストな選択肢は見つかっていないように筆者には思われる。各国における諜報機関法制の差異はもちろん存在する上、そもそも憲法の適用領域は原則として自国領土内（あるいは自国の権力が及びうる範囲）に限定されるからである。現在でもその存在自体が公にされていなかったり、（一般的な行政機関に対する統制のほか）何の法的統制にも服していなかったりと、法的な位置づけを明確化することが難しい諜報機関は多く存在する<sup>31</sup>。だからといって何の対応策もないというわけではない。国際原則を国内法秩序に組み込むかたちでの統制の実践例として、「サード・パーティー・ルール」がある。

<sup>27</sup> この点は、小西・前掲注17、496頁において既に触れている。

<sup>28</sup> 小谷賢『インテリジェンスの世界史 第二次世界大戦からスノーデン事件まで』（岩波書店・2015）第2章。

<sup>29</sup> 同上、122頁以下。

<sup>30</sup> 同上、126頁。

<sup>31</sup> 欧州では、このような問題意識と諜報領域での国際協力の必要性の両者に対処すべく、諜報機関の協働という局面における議会的統制を通じた市民の保護とそのための透明性の向上について、2000年代以降国際的な議論が推進されてきた（Vgl. Wolbert Klaus Smidt, *Nachrichtendienste im Spannungsfeld der Demokratie*, 2018, S.122 f.）。

「サード・パーティー・ルール」とは、諜報機関の国際連携により自国の安全保障が脅かされたり情報が漏洩したりすることのないよう、他国から得た情報を情報提供元の許可なく第三者に提供することを相互に禁止する国際原則である。

国際原則たる「サード・パーティー・ルール」は、諜報機関の国際連携に関する国内法上の規定との関係でどのように位置づけられるのだろうか。この点について興味深い示唆を与えるのは、2020年5月19日のドイツ連邦憲法裁判所判決<sup>32</sup>の判旨である。連邦情報局法の外国間通信傍受の規定に関する憲法異議に対して下された本判決は、国内法における諜報機関とその統制を責務とする官庁（以下、統制官庁）との関係という視点から「サード・パーティー・ルール」について以下のとおり整理する。

「統制官庁は、その活動上、影響力の行使から効果的に遮られなければならない、その限りでは完全な独立性が与えられる。その他の点で、立法者は統制官庁の制度的形成の問題について大きな形成余地がある。（中略）憲法上は、ひとつ屋根の下で裁判所類似の統制と行政上の法的統制とを制度的に統合し、-その構成員の裁判官同等の独立性の維持のもとで-裁判所類似の決定的な仲裁機関を包括的な統制官庁に統合するかどうか、あるいはそれぞれが独立して形成されるべきかどうかも定められていない。もっとも、制度的に明確な構造を作ることは必須である」<sup>33</sup>。

「立法者は、統制官庁を形成し、他の機関と連邦情報局の協定に相応した措置を定めることにより、統制官庁に異議を唱えられることのないような「サード・パーティー・ルール」の条件を定める必要がある。ただし「サード・パーティー・ルール」は、諜報機関の間でのパートナーとなる機関との協定に起因する一般的に定評のある行動規範であり、非公式の取り決め措置に従って外国の部局からの情報を同意なく第三者に提供することはできない。連邦政府も、外国当局から既に提供された情報に基づく相応の約束を与え、これに引き続く「第三者」への伝達が問題となっている場合に、このルールを引き合いに出す可能性がある。（中略）統制官庁を「サード・パーティー・ルール」の意味における「第三者」とみなしうるかどうかは、一般的に定義づけられるものではなく、組織的形成と相応の協定に従う。「サード・パーティー・ルール」は、法的には拘束力のあるものではないが、他国機関との調和に基づく連邦政府の実践的意味の柔軟な行政慣行である。たしかに連邦政府と連邦情報局は、適切な承諾に結びつけられたままである。しかし今後は、統制部局の形成の性質及びそれについての外国当局との取り決めを変えることを通じ、法的統制を任

<sup>32</sup> BVerfGE 154, 152, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020. 本判決については、小西葉子「基本権の「客観法的」側面と憲法訴訟」一橋法学 20 卷 1 号（2021）278 頁以下で詳しく論じている。

<sup>33</sup> Ibid., Rn. 281 f.

せられた官庁がもはや「第三者」とみなされないための条件をつくりださねばならない

<sup>34</sup>。

この判示から読み取ることが出来るのは、国際原則たる「サード・パーティー・ルール」と国内法上の統制との緊張関係と、この緊張関係から生じる問題を解決するための要件として、「サード・パーティー・ルール」において統制官庁が「第三者」とみなされないことを要求するという条件づけである。「サード・パーティー・ルール」における典型的な「第三者」は第三国の機関であるが、国内における共有がどこまで「第三者」への提供とみなされるのか、という点がここでの争点である。この要件を充足する限りにおいて、「統制のために必要な書類すべてへのフルアクセス（vollen Zugriff）が可能<sup>35</sup>」となるとの理解を連邦憲法裁判所は示している。

### Ⅲ 欧州各国の諜報機関を監督・統制（oversight）する機関の特徴

#### 1. 諜報機関に対する監督・統制の意義

前述した統制官庁は、秘匿性の高い行政機関の透明性向上のための重要かつ限られたアクターである。そのため諜報機関の監督・統制（Oversight of Intelligence services）についての叙述には、FRA 資料Ⅰにおいて最も多くのページ数（30 頁）が割かれている（FRA 資料Ⅱにおいても 10 頁が割かれている）。このことは欧州のデータ保護法制が、官民双方を監督する独立した監督機関に注目していることとも関連しているのだが、まずはここでいう oversight の意味について確認することからはじめたい。

米国 CIA 長官補を務めた米国インテリジェンス・安全保障アカデミー会長である Mark M. Lowenthal は、主に米国の諜報機関について詳述した著書のコラムで、以下のとおり述べる（訳は邦訳書に従った）。「oversight には、正反対ではないにせよ異なる 2 つの定義がある。・監督、注意深い配慮（例「われわれはその活動をオーバーサイト（監視）している。」）・見落とし、無考慮（例「われわれはそれを見過ごした。オーバーサイト（見落とし）であった。」）インテリジェンスを監視する際、議会や行政府は、前者を実行し後者を避けるよう努力する<sup>36</sup>」。FRA 資料における oversight は当然、前者の意味で用いられている。筆者はこれまでに著したとおり、広義の監督（ここでいう oversight）には狭義の監督（指

<sup>34</sup> Ibid., Rn. 292 ff. 傍線は筆者が付記した。

<sup>35</sup> Ibid., Rn. 295.

<sup>36</sup> マーク・M・ローエンタール（著）茂田宏（監訳）『インテリジェンス—機密から政策へ』（慶応義塾大学出版会・2011）245 頁。

揮命令系統にある下位機関を上位機関が **oversight** すること）と統制（指揮命令系統にな  
い外部機関が実行機関を **oversight** すること）の両者が含まれる。そのため FRA 資料中の  
**oversight** を、ここでは原則として「監督・統制」と訳出することとする。

## 2. 欧州の各国の法制度

諜報機関を監督・統制する機関に関する欧州各国の法制度について、FRA 資料Ⅱを参考  
に概観する。

諜報機関の監督・統制の場面で中核的に要請されるのは説明責任（**accountability**）で  
ある<sup>37</sup>。本質的に秘密性が高い性質を有する諜報機関において、通常の行政機関と同様の  
手段によって透明性を確保することは困難である。ここで誤解してはならないのは、透明  
性の確保は目的ではなく、説明責任を果たすための手段であるということである。秘密性  
が高く透明性確保の手段が限定的にしか講じられない諜報機関の場合、説明責任を果たす  
ための手段として採用されるのが、監督・統制機能を有するなんらかの主体の機能である  
といえる。

この監督・統制的機能を有する主体には、諜報機関の監督・統制を法律上の権限として  
有する主体と、事実上監視の効果を持つ行動をなしうる主体に区別される（後者は諜報機  
関に対して直接的な監督・統制をなしうる主体ではない）。後者の主体としては、マスメデ  
ィアや公衆、**Watchdogs** を含む民間団体、告発者（**whistleblower**）が想定されているが、  
本稿で取り扱うのは主に前者の主体についてである。

法律上の権限としての諜報機関の監督・統制は、大別して 6 種類ある。①行政的コント  
ロール（**executive control**）、②専門家集団（**expert bodies**）による監視、③データ保護コ  
ミッショナー（いわゆる **DPA**）による監視、④議会的統制（**parliamentary oversight**）、  
⑤司法的統制（**judicial oversight**）、⑥オンブズマンによる統制である。このうち、⑤司法  
的統制を除く 5 つの主体については、各国により設置状況が異なる。更に同じ分類に属す  
る機関であっても、それぞれの主体が行使しうる権限は、一律ではない。表 3 では FRA 資  
料Ⅱの **Table 6**<sup>38</sup>及び **Table 7**<sup>39</sup>をもとに、2017 年時点での各国の監督・統制機能を有する  
機関の設置状況及び各機関の権限についてまとめた。

<sup>37</sup> FRA 資料Ⅱ, pp.55.

<sup>38</sup> Ibid., p.112.

<sup>39</sup> Ibid., pp.115.

なお周知のとおり、2018年のGDPR施行によりデータ保護のための独立機関の設置が各国に要請されたため、機関設置の状況は2021年現在の現状とは異なるが<sup>40</sup>、GDPRにより一元化が為される前の状況は各国の実情を表している側面があると思われるため、EU域外に位置する日本への参考とする趣旨で2017年資料上の状況をそのまま示している。

（凡例）

	すべての権限※を有する	1つの権限のみ欠く	一部の権限を欠く	強制力のある権限を持たない
国名		〇〇と△△と××（保有権限）	〇〇と△△（保有権限）	機関のみ存在

※ここでいう「すべての権限」とは、典型的に以下の4つの権限を指す。①拘束力ある決定をする権限（以下、「拘束力」）、②収集データへのフルアクセス権限（以下、「フルアクセス」）、③調査結果についての異議申立人への通知権限（以下、「通知権限」<sup>41</sup>）、④決定を再検討する権限（以下、「レビュー」）

（表3）

	行政	専門家集団	データ保護機関(DPA)	議会的統制	オンブズマン
オーストリア			拘束力・フルアクセス・通知権限		機関のみ存在
ベルギー		拘束力・フルアクセス・通知権限	フルアクセス・通知権限		フルアクセス・通知権限
ブルガリア			拘束力・フルアクセス	フルアクセス・通知権限	
キプロス			拘束力・フルアクセス		
チェコ	2017年時点では機関の設置なし（司法的救済のみ）				
ドイツ		拘束力・フルアクセス	フルアクセス・通知権限	フルアクセス	（理由のある異議のみを議会的統制機関に移送）
デンマーク		フルアクセス			
エストニア					フルアクセス
ギリシア			フルアクセス		
スペイン					フルアクセス
フィンランド			拘束力・フルアクセス		拘束力
フランス		フルアクセス・通知権限・レビュー	フルアクセス・通知権限・レビュー		フルアクセス
クロアチア		機関のみ	拘束力	機関のみ	機関のみ
ハンガリー	拘束力		拘束力	フルアクセス	機関のみ
アイルランド		拘束力・フルアクセス・通知権限	フルアクセス・通知権限		
イタリア			拘束力・フルアクセス		
リトアニア			拘束力	フルアクセス	機関のみ
ルクセンブルク		フルアクセス・通知権限・レビュー	機関のみ		
ラトヴィア	2017年時点では機関の設置なし（司法的救済のみ）				
マルタ		フルアクセス			
オランダ		拘束力・フルアクセス・通知権限			

<sup>40</sup> 例えばチェコは、FRA資料上は機関なし（司法的救済のみ）となっているが、GDPRに則した国内法整備としての2019年の個人情報手続法（ZZOÚ）制定により個人データ保護独立機関を設置している。

<sup>41</sup> FRA資料Ⅱ, p.14

	行政	専門家集団	データ保護機関 (DPA)	議会的統制	オンブズマン
ポーランド	2017年時点では機関の設置なし（司法的救済のみ）				
ポルトガル		拘束力・フルアクセス			機関のみ
ルーマニア			拘束力・フルアクセス		
スウェーデン		拘束力・フルアクセス・通知権限 (SIUN)	機関のみ		
		フルアクセス (SIN)			
スロヴェニア			拘束力・フルアクセス	フルアクセス	機関のみ
スロヴァキア				通知権限	
イギリス	Investigatory Powers Tribunal が存在するが、審判所であることから（通常裁判所ではないが）、FRA 資料においては非司法的統制主体とは分類できないと評価されている。				

表 3 からは、憲法上の権利保障の観点から見て重要と思われる 3 つの傾向が看取される。

第 1 の傾向は、フルアクセスの権限を持つ機関が比較的多いということである。この傾向を理解するためには、凡例で挙げた 4 つの権限の役割について考えることが肝要である。通知及びレビューの権限は、市民社会と諜報機関の間の透明性を高め、決定に対する審査を可能とすることを趣旨とする。これに対して、監督・統制機関による決定に法的拘束力を認めるのは、諜報機関と監督・統制機関の権力均衡をとることを趣旨とする（監督・統制機関の決定に拘束力があると、諜報機関の自律的裁量が制限される）。

では、必要な情報へのフルアクセスは、いかなる趣旨のもとで認められるのだろうか。情報のフルアクセスが認められたからといって、監督・統制の主体が得た情報を市民にそのまま開示することは基本的にない。つまり、秘匿された情報が市民から見えるようにするという狭義の透明性に資するわけではない。しかしフルアクセスの権限がないと、秘密性の高い情報を主として扱う諜報機関の調査は、不十分なものに留まらざるをえない。つまりフルアクセスの権限は、監督・統制機関の十分な判断能力を担保するために必要な前提条件として重要であるという趣旨から認められるものであるといえる。表 3 を見ると、一般的に拘束力ある決定が難しく、市民により近い立場の者が参画するオンブズマンにもフルアクセスの権限が認められている国が複数あることが注目される。ただし前述のとおり、国内の監督・統制を任務とする機関にフルアクセスの権限を与えることは「サード・パーティー・ルール」との緊張関係にあることは重要である。

第 2 の傾向は、(GDPR 施行以前の段階では) 専門家集団による監視とデータ保護コミッションナーによる監視のいずれか一方のみを採用する国が多く見られたことである（2017 年の調査時点で両機関を併置する国はオーストリア・ベルギー・ドイツ・フランス・クロアチア・アイルランド・ルクセンブルク・スウェーデンの 8 か国に留まっている）。データ保

護コミッショナーが内部に専門家への諮問の制度やルートを持つ場合には、専門家集団を独立した機関として置く必要がない場合もある。

第3に、専門家集団とデータ保護コミッショナーの権限を比較した場合にも、特徴ある傾向が看取される。それは、オーストリアの一例を除き、専門家集団とデータ保護コミッショナーの決定双方に拘束力が生じる国が存在せず、比較的専門家集団の決定を重視している国が多いという点である。これはどちらの判断を優先するかという政策的な問題にとどまらず、統治機構に関する理論的な問題からも影響を受けていると思われる。データ保護コミッショナーは独立性があるとはいえ、行政機関としての位置づけを有するところ、より中立的な立場からの統制が重視されることで公正性を保つという考え方がありうるということである。そのため専門家集団とデータ保護コミッショナーの両者が併置される上記8か国のうち、ベルギー・ドイツ・アイルランド・スウェーデンの4か国は、中立な立場で専門家としての意見を発する合議体専門家集団の決定にのみ拘束力を持たせることで、より公正中立な判断に諜報機関を統制させようとしている。なお残り4か国のうちクロアチア以外の3か国も、専門家集団の権限がデータ保護コミッショナーの権限より強いのか、両者が同等の権限を持つ。

ただし専門家の判断に重きを置く考え方が、その後GDPRにおいても採用されているかどうかについては慎重な判断が必要である。GDPR51条以下は、各国に1つ以上の独立の監督機関の設置を要求していて、この監督機関に情報へのフルアクセス・法的拘束力のある命令や譴責、警告、是正・助言などの幅広い権限が与えられている（GDPR58条）<sup>42</sup>。この機関の構成員は、GDPR53条2項において、「任務を遂行し権限を行使するために要求される、特に個人データ保護の分野における資質、経験および技能を有しなければならない。」としているが<sup>43</sup>、具体的な資質や資格、任命手続については各国の立法事項として定められているのみである（GDPR54条1項）。

#### IV むすびにかえて—秘密性が高い行政機関に対する法的統制のあるべき姿

本稿では欧州各国の諜報機関法制の鳥瞰的比較を題材に、秘密性が高い行政機関が透明性を確保したり一定のコントロールを及ぼしたりするために必要な要素について検討してきた（ただし個別の国の法制度について詳しく取り上げることはほとんど叶っていないため、この点については今後の研究において更なる深化をはかっていく）。

<sup>42</sup> 小向太郎／石井夏生利『概説 GDPR』（NTT出版・2019）132頁以下。

<sup>43</sup> 条文訳は、宮下紘『EU一般データ保護規則』（勁草書房・2018）264頁による。

むすびにかえて、秘密性が高い行政機関の法的統制に要求される要素や構造について、本稿で検討してきた内容を日本の現状との関係から簡単に総括する。

秘密性が高い行政機関は、権限の適切な可視化が難しいことや、場合によっては（実体としては法律上の行政機関であるにも関わらず）その存在が国内法上明確になっていないことさえある。しかしそのような状況下におかれる行政機関であっても、国内外の法的関係における重要なアクターとなっていることは珍しくない。

そのような状況下にある行政機関の活動を統制するための方法として、本稿では特に 2 つの具体例に注目した。1 つは、「サード・パーティー・ルール」を例として説明した国際原則の国内法秩序への組み込みである。現代社会においては、国際社会からの視線を無視して各国家が活動することは難しい。国防の一翼を他国に委ねている我が国は、特にその傾向が顕著であることから、国際原則の国内法秩序への組み込みをテクニカルに実行する意義は高い（ただし、従来からの国内法秩序との均衡を慎重に評価する必要があることは言うまでもない）。もう 1 つは、専門家集団による監督・統制である。この点については既発表の拙稿において詳述しているところであるが<sup>44</sup>、GDPR 施行以前の EU 各国の状況を見るにつけてもその重要性が再確認できる。我が国においても、（例えば個人情報保護委員会をはじめとする）現行機関の活用・強化という観点から具体的な制度設計を論じることが重要である。

（本論説は、JSPS 科研費（2021 年度若手研究）JP21K13220 の助成を受けた研究成果の一部である。）

〔公開日 2022 年 3 月 10 日〕

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

---

<sup>44</sup> 小西・前掲注 17 参照。

【研究論文】

国際環境法における国家の意思の包摂に関する一考察

—パリ協定履行確保のための「緩やかな軛」—

**An analysis on accommodation of States' will  
in international environmental law**

—“Loose yoke approach” for implementation of the Paris Agreement—

防衛大学校 非常勤講師

中村 文人

National Defense Academy of Japan Part-time Lecturer

Fumihito Nakamura

要旨

本稿は、国際環境法、とりわけ2015年のパリ協定において合意された法的制度が、いかに締約国の意思を包摂し、履行の確保を図ろうとしているかを検討する。

具体的には、パリ協定は、それ以前の制度、すなわち京都議定書と異なり、短期的な視野でかつトップダウンによる履行確保ではなく、長期的な見地から各締約国からのボトムアップを中心とした仕組みを採用している。パリ協定は各締約国がそれぞれ温室効果ガスの削減目標を提出していくように、柔軟な制度設計となっている。

パリ協定は、制裁といった手段による履行確保という観点になじまない領域である。また、気候変動の越境性ゆえに国家責任を問うことが難しいことにも注目する。そのために本稿では、パリ協定の各締約国の意思を柔軟に法的制度に包摂していく「緩やかな軛」アプローチという分析枠組みをもって、パリ協定がいかに各締約国による履行の確保を目指しているかを分析する。

## Abstract

The purpose of this article is to scrutinize the nature of international environmental law, in particular, the Paris Agreement in 2015 so as to implement it effectively within the boundaries of the parties.

Concretely speaking, the Paris Agreement, compared to its predecessor called the Kyoto Protocol that pursued top-down measures with sanction in the short run, tries to adopt bottom-up approach to implement the Agreement in the long term. The Paris Agreement does not follow its predecessor in this sense. Nor does it set up against the nature of international environmental law since the measures such as punishment are not suitable for implementation within the borders. It is because of the transboundary nature such as climate change in this arena where international law cannot rely exclusively upon state responsibility.

In short, the Paris Agreement is to some extent flexible because, for example, the parties respectively and voluntarily decide how much amount of greenhouse gas emission will be reduced. Hence, this article attempts to analyze the way in which the Paris Agreement accommodates legally the will of the parties in order to accomplish the goals of the Paris Agreement successfully, by using the original perspective of “loose yoke approach”.

## I 序論

### 1. 国際環境法における国家の意思について

本稿は、国際環境法における国家の履行を、パリ協定がいかに確保しようとしているか、を考察する。その際に、「国家の意思」というキーワードをもとにして、パリ協定の仕組みが各締約国の履行確保を図ろうとしているかに注目することから、「国家の意思」の内容の説明が本論に入る前に必要となろう。本稿における「国家の意思」とは、国際法において条約は明示の合意をあらわし、慣習国際法では黙示の合意を示す、19世紀以降の意思主義の学者や旧ソ連の学説などと必ずしも一致するわけではない。こういった意思主義者らの用法は、「合意は守られなければならない」という公理に基づくものと言えよう。

しかしながら、たとえば Lauterpacht は、国家の意思はそれ自体として国際法における拘束力を説明できず、国家は国際法上の慣習や条約の義務から自身を自由にするための理由として国家の意思を挙げられないとする<sup>2</sup>。ただし、Lauterpacht も、国際法の新たな規則が生まれる際には、国家の意思に重きが置かれる場合があるとも述べており<sup>3</sup>、その意味で、国際環境法という分野における規則は、国家の意思に拠る場合に当てはまると言えるかも知れない。本稿では、パリ協定という環境条約における権利、義務、遵守、不遵守といった特性から、各締約国による自主的で実効的な履行が促されるために、当該法制度に緩やかに包摂され、拘束される、各締約国の一定の主権的な裁量という意味において、「(国家の)意思」という用語を使用することを断り、本論に入りたい。

### 2. 気候変動と国際環境法

歴史的には、環境問題は 1960 年代後半から爆発的に注目されるようになり、地球の環境へのダメージが様々な要因によって生まれているとされる<sup>4</sup>。その中でも、今日では、日本

<sup>1</sup> 岩沢雄司『国際法』東京大学出版会（2020）53頁。

<sup>2</sup> Lauterpacht, H. “The Sources of International Law”, *International Law Collected Papers*, vol. 1, Cambridge University Press. (Lauterpacht, E. ed., 2009) at 57.

<sup>3</sup> *Ibid* at 56.

<sup>4</sup> Cassese, A. *International Law*, Oxford University Press, (2005) at 482, 485.

だけでなく現代社会一般において、大型の台風や集中豪雨、干ばつなどの異常気象が発生する事態となり、大きな脅威となっている。こうした変化による社会へのリスクは、気候変動によるものだという指摘がなされ、気候変動に関する政府間パネル（IPCC）は、世界的な気候の温暖化の原因として、人間の活動が支配的である可能性が高いとしている<sup>5</sup>。

この深刻な気候変動について、国際法は広範囲な分野をカバーしており、人間活動に由来する温室効果ガスの大気汚染に関する法的規則だけでなく、適応やロス&ダメージ、森林伐採、炭素市場、そして人権や貿易といった他の国際法の領域とも密接に関連している<sup>6</sup>。こういった現代社会を取り巻く環境が劇的に変化しつつある中で、気候変動に対応する主体となるアクターの単位としては交渉<sup>7</sup>といった経緯から、国家が主に想定されていると言ってもよい。主体となる国家が様々に絡まり合った利害の中でいかに気候変動に法的に対応していくかということは、将来に通じる根本的な国際法、特に国際環境法の問題であろう。

この対応例として、2000年末までに温室効果ガス排出量の安定化を試みた、1992年の国連気候変動枠組条約（UNFCCC）が挙げられ、国際法に則って各国が協調しようとする姿勢が見てとれる。一般的に言って、国際環境法は、短期間の中に国際法の一部として独自の発展を見せて、新たな法原則や規制方式を生み出し、一般国際法に重大な影響を与えてきたとされる<sup>8</sup>。今日のように環境問題が専門的になればなるほど、一般国際法としてでなく、個別の分野における法的枠組みとして、様々な体制が乱立する可能性もあるが、他方で、常に一般国際法に統合する視点を持ち続ける重要性もあろう。

この国際環境法には独特の革新的な部分とともに、その裏返しでもある脆弱さがあるという見方もある<sup>9</sup>。国境を越えた地球環境の保護のための多数国間条約が作られ、その数に反比例して条約は履行されていないという。その意味で、履行の確保という問題は国際環境法において喫緊の課題である。ここで、国内での履行確保における主要アクターである国家は、国際的な取り組みの主たる機関であると同時に、各国国内における国内法の機関であるという国家の「二重機能」が、いわば純化された状態で存在している<sup>10</sup>。この履行の確保の

---

<sup>5</sup> 福井和樹「COP21の成果と今後」環境保全、30（2016）7頁。高村ゆかり「気候変動（地球温暖化）」西井正弘・鶴田順編『国際環境法講義』有信堂（2020）84頁。

<sup>6</sup> Sands, F., Peel, J., Fabra, A., & MacKenzie, R. *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, (2018) at 295.

<sup>7</sup> *Ibid* at 299.

<sup>8</sup> 村瀬信也『国際立法』東信堂（2002）358頁。

<sup>9</sup> 村瀬・前掲注8、343頁。

<sup>10</sup> 村瀬・前掲注8、354頁。

点は、地球環境の保護という見地から、本稿では重要な論点と言える。

### 3. 国際環境法と SDGs

地球環境の保護について、主として法的な拘束力のあるアプローチと非拘束的な側面からのアプローチの二種類が考えられる。前者に関して、地球環境保護の条約において、環境保護や国際協力についての義務を一般的に定める「枠組条約」を締結し、その一般的な指針において、具体的な内容や環境基準を設ける「議定書」を結ぶという法形式をとる場合が多く<sup>11</sup>、先述の国連気候変動枠組条約もこの意味での枠組条約に当たろう。ここでの要諦は、温室効果ガスの排出量の安定化を図る水準を、まず国際社会全体の目標として定め、それを各国にどのように配分するかにある<sup>12</sup>。

一方で、後者の非拘束的なアプローチとして、たとえば「持続可能な開発目標（SDGs）」は、到達目標を掲げ、国際社会で全体として取り組むべき課題の克服が期待されているが、法的拘束力を有していない<sup>13</sup>。SDGs は気候変動だけを取り上げているわけではないが、国連気候変動枠組条約との関連性にも言及している<sup>14</sup>。ただし、SDGs の目標において、法的拘束力がないからと言って、非法であると直ちに言うことはできない。法的な観点からの分析枠組みとしては曖昧さがあるとも指摘されるが、国際会議などの宣言、目標や価値、期待や指針といった、いわゆるソフト・ローとして、権利義務関係はなく法的拘束力もないが、現代国際法の生成に関わってくる場合もあるものとして捉える向きもあり、SDGs においても同様の主張がされている<sup>15</sup>。ソフト・ローによって国家の行動の輻となり得るのか、それ

<sup>11</sup> 村瀬信也編『地球的課題と法』放送大学教育振興会（2010）25頁。

<sup>12</sup> 村瀬信也『国際法論集』信山社（2012）50頁。

<sup>13</sup> Lofts, K., Shamin, S., Zaman, S. T., & Kibugi, R. Brief on Sustainable Development Goal 13 on taking action on climate change and its impacts: Contributions of international law, policy and governance. *McGill Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 13, (2017) at 184. 西村智朗「持続可能な発展」西井・鶴田・前掲注5、26-27頁。

<sup>14</sup> 高柳彰夫・大橋正明編『SDGsを学ぶ』法律文化社（2018）145-147頁。

<sup>15</sup> 西村・前掲注13、26-27頁。村瀬信也・奥脇直也・古川照美・田中忠『現代国際法の指標』有斐閣（1994）33-35頁。Brus, M. M. *Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement*. in LEGAL VALIDITY AND SOFT LAW. Springer (Westerman, P., Hage, J., Kirste, S., & Mackor, A. R. eds. 2018) at 243., Kim, R. E. The nexus between international law and the sustainable development goals. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 25(1), (2016) p16., Voigt, C. The Paris Agreement: What is the Standard of Conduct for Parties?. *Questions of International Law*, (2016) at 17., Dupuy, P. M. Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of International Law*, 12,

とも、拘束的なアプローチの方がより実効性があるのか、という点も重要となろう。

#### 4. パリ協定と SDGs

国連気候変動枠組条約下で具体的な目標を設定した 2015 年のパリ協定は、同じく 2015 年に合意された SDGs とは、弱くとも法的拘束力ある協定と、法的拘束力はない、いわゆるソフト・ローという違いがある<sup>16</sup>。パリ協定の目的は、工業化以前と比較し、気温上昇を 2°C以下に抑えるとともに 1.5°Cに制限する努力を定めており、他方 SDGs は、経済的、社会的、環境的な 17 のゴールと 169 のターゲットを掲げている<sup>17</sup>。非拘束的なアプローチを主とする SDGs は、合意の際に疑念は少なかったが、その政治的勢いが続くかは履行にその成否が掛かってくる一方、法的拘束力のある措置をとるパリ協定は合意につき懐疑的な意見もあったが、その後速やかに成立まで漕ぎつけた<sup>18</sup>。

また、どちらも 1992 年の国連環境開発会議から派生したのもでもあり、持続可能な開発に関する社会的諸問題に対応しようとするものである<sup>19</sup>。加えて、国連気候変動枠組条約の締約国は、SDGs の気候変動に関するゴール 13 を歓迎している<sup>20</sup>。特に、パリ協定においても、持続可能な開発という用語を、最初の 10 条までのうちに 12 回も繰り返すなど、強調している<sup>21</sup>。低炭素社会の実現に向けた投資の必要性のように、パリ協定と SDGs いずれにも共通する課題もある<sup>22</sup>。そのうえ、パリ協定は履行確保の必要性に関する限り、SDGs と密接に結びついて作用するものだと認識されている<sup>23</sup>。本稿では、これらの目的達成のために法的な手続きがより定められている、パリ協定の履行確保に関する取り組みに焦点を当てたい。

---

(1991) at 420.

<sup>16</sup> Brus, *supra* note 15 at 243.

<sup>17</sup> See *Ibid* at 254., 高柳・大橋・前掲注 14、10-11、151 頁。

<sup>18</sup> See *Ibid* at 257-258.

<sup>19</sup> See *Ibid* at 253.

<sup>20</sup> Kim, *supra* note 15 at 18.

<sup>21</sup> Spash, C. L. This changes nothing: The Paris Agreement to ignore reality. *Globalizations*, 13(6), (2016) at 929.

<sup>22</sup> McCollum, D. L. et al. Energy investment needs for fulfilling the Paris Agreement and achieving the Sustainable Development Goals. *Nature Energy*, 3(7), (2018) at 589.

<sup>23</sup> Sands et al. *supra* note 6 at 335.

## II 京都議定書とパリ協定

### 1. パリ協定成立までの背景

パリ協定の特色に焦点を当てるのに際し、その前任とも言える京都議定書との関係、背景、そしてそれぞれの共通点と相違点を明らかにする必要があると考えられる。なぜならば、パリ協定が、いったい何を乗り越えようとし、いかに効果的に履行確保を図ろうとしたか、を浮き彫りにすることは本稿の目的だからである。

気候変動が問題となったのは 1980 年代からであり、気候変動に関する政府間パネル (IPCC) などで議論されるようになり、化石燃料に依存した社会の変革に関して、総論賛成だが各論反対という状況が続いた中で、1992 年の国連気候変動枠組条約が採択された<sup>24</sup>。国連気候変動枠組条約では、先進国と発展途上国に「共通だが差異のある責任」という原則を盛り込み、地球温暖化はすべての国が対応すべき問題だが、経済活動の恩恵をいち早く受けた先進国が、発展途上国よりも重い責任を負う必要に着目された<sup>25</sup>。

こうした取り組みの強化のため、通常毎年、締約国会議 (COP) が開催され、気候変動に関する議論や交渉を行っており、具体的には、1997 年に京都議定書として結実し、採択された<sup>26</sup>。交渉当時は、先進国による温室効果ガスの排出量が明らかに多かったため、先進国が主に対応するというアプローチに収まった<sup>27</sup>。ただし、後述するように、重要な国の不参加や履行の確保の困難さといった点で、京都議定書が必ずしも実効的に働いたとは言えない側面が多かった。その後、先進国も発展途上国をも包含する、京都議定書以後の体制づくりが目指されることになる<sup>28</sup>。

その取り組みの 1 つであった、2009 年のコペンハーゲンでの締約国会議が「合意は密室で作られ、重大な瑕疵がある」といった批判から失敗<sup>29</sup>し、国連という場で気候変動に対応

<sup>24</sup> 亀山康子「パリ協定—2020 年以降の国際制度の概要と残された課題—」廃棄物資源循環学会誌、27 (2)、(2016) 109 頁。有馬純『精神論抜きの地球温暖化対策』エネルギーフォーラム (2016) 12 頁。Seo, S. N. Beyond the Paris Agreement: Climate change policy negotiations and future directions. *Regional Science Policy & Practice*, 9(2), (2017) at 122-124.

<sup>25</sup> 有馬・前掲注 24、12 頁。

<sup>26</sup> Seo, *supra* note 24 at 124.

<sup>27</sup> 亀山・前掲注 24、109 頁。

<sup>28</sup> Bodansky, D. The Paris climate change agreement: a new hope?. *American Journal of International Law*, 110(2), (2016) at 291-292.

<sup>29</sup> 有馬・前掲注 24、15-17 頁。

するための交渉を行うことにつき、全ての国に開放された地球環境保護条約は実効性を欠く場合が多いとして疑念を呈する向きもあった<sup>30</sup>。しかし、長年にわたって交渉してきた各国の担当者は、重要な国々の前向きな姿勢を受け、国際的な気候変動に関する交渉の結果、ほぼ全ての国が温室効果ガスの排出削減義務を負うこととなった、2015年のパリ協定での合意へと至った<sup>31</sup>。

## 2. 京都議定書

気候変動への対応に果敢に取り組んだ京都議定書はまず、先進国と発展途上国を厳格に二分した。「共通だが差異のある責任」の原理にしたがった京都議定書<sup>32</sup>は、当初から米国が反対していた、先進国のみが削減義務を負い、中国やインドといった発展途上国はそうした義務を負わないとする内容で決着した<sup>33</sup>。結果として、温室効果ガスの主要排出国である米国や発展途上国による「意味のある参加」を欠いた京都議定書のカバーする範囲は、温室効果ガスの排出量という観点から世界全体の30%にとどまり、残りの排出に関しては手当がなされなかった<sup>34</sup>。したがって、京都議定書は、失敗の烙印を押される向きもある<sup>35</sup>。その理由はこの点だけではない。

京都議定書の第2の特徴として、トップダウンによる温室効果ガスの濃度の安定化を図る水準の決定がある。一般的に、気候変動に関する国際立法においては、まず国際社会全体の目標を決め、そのうえで、各国にいかん配分するかが問題となるが、京都議定書では、排出削減の義務をトップダウンで決定し<sup>36</sup>、その義務を負う先進国の排出削減量も科学的根拠

<sup>30</sup> 村瀬・前掲注12、146頁。

<sup>31</sup> 有馬・前掲注24、50-53頁。亀山・前掲注24、113-114頁。Streck, C., Keenlyside, P., & Von Unger, M. The Paris Agreement: a new beginning. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 13(1), (2016) at 4., 和達容子「EU 気候変動リーダーシップに関する試論—パリ協定後から振り返る—」長崎大学総合環境研究、20(1)、(2017) 39-40頁。

<sup>32</sup> Banda, M. L. The bottom-up alternative: The mitigation potential of private climate governance after the paris agreement. *Harvard Environmental Law Review*, 42, (2018) at 332.

<sup>33</sup> 高村・前掲注5、90-91頁。村瀬・前掲注11、27-28頁。

<sup>34</sup> 村瀬・前掲注11、27-28頁。Clark, K. The Paris Agreement: It's Role in International Law and American Jurisprudence. *Notre Dame Journal of International & Comparative L.*, 8, (2018) at 109-110.

<sup>35</sup> Clark, *supra* note 34 at 109.

<sup>36</sup> Carlarne, C. P., & Colavecchio, J. D. Balancing equity and effectiveness: The Paris agreement & the future of international climate change law. *NYU Environmental Law Journal*, 27, (2019) at 137., Bodansky, *supra* note 28 at 300., Clark, *supra* note 34 at 110.

からはじき出された数値ではなく、適当に割り当てられたとする見解さえある<sup>37</sup>。そして、法的拘束力を持っていた排出削減の割当量が達成されない場合、いわゆる「制裁」を課すことすらも盛り込まれていた<sup>38</sup>。

履行確保においても、京都議定書は特色をなす。一般的に言って、締約国に定められた一定の措置をとったことで義務を果たしたことになるという、いわゆる「措置の義務」だけではなく、義務の履行に関して特定的手段や方法をとることが定められた、いわゆる「実施・方法の義務」が条約上規定されたり、さらには、条約上規定されている一定の「事実上ないし法律上の状態を維持する」という、いわゆる「維持の義務」がとられたりする場合が出てきている<sup>39</sup>。京都議定書で温室効果ガスの排出を6%削減すると定めるような場合は、この「維持の義務」に当たるだろう。この意味で、法的拘束力が手続きだけでなく内容にも及ぶということで履行の確保を求める度合いを良くも悪くも強化されたと言えよう。

また、京都議定書は長期的な目標を欠いていたという点にも言及する必要がある。地球温暖化の克服に関しては、技術革新が必要不可欠であり、その革新を利用するためにも、例えば50年や100年といった長期的な視座を持つ必要があるが、2008年から2012年までの5年間という短い期間での目標達成を図った京都議定書にはその要素が欠如していたと指摘される<sup>40</sup>。IPCC報告書においても、京都議定書が世界的な注意喚起となり、各国家の政策推進を促し、新たな市場メカニズムを生んだことを評価しつつ、先述のような長期的目標を欠き、絶対的で固定的な目標を設定し、先進国および発展途上国の参加を欠いた点が挙げられている<sup>41</sup>。

### 3. パリ協定

まず、パリ協定においては、先進国と発展途上国の義務の区分につき、それぞれの条文中で実質的には差異化が残り、経済水準が比較的高い国は引き続き先駆的な緩和策を行い、発展途上国を支援するとされているが、先進国と発展途上国とで異なる義務を課すアプロー

<sup>37</sup> 村瀬・前掲注12、50-51頁。

<sup>38</sup> 村瀬・前掲注12、107頁。Streck et al. *supra* note 31 at 22.

<sup>39</sup> 村瀬・前掲注11、23頁。

<sup>40</sup> 福井・前掲注5、8頁。村瀬・前掲注12、51頁。

<sup>41</sup> IPCC, *Climate Change 2007: mitigation of climate change*. Summary for Policymakers para.25, p 21., Full report para 13.3.1, p.768 <https://www.ipcc.ch/report/ar4/wg3/> (accessed: 2022/02/24)

ちをとっていない<sup>42</sup>。緩和策についても、温室効果ガスの削減目標の提出や、目標達成に向けた国内対策の実施、すなわち、「措置の義務」は課されるものの、削減目標の達成自体に法的義務はない<sup>43</sup>。

この法的義務の観点に関連して、パリ協定そのものが法的拘束力を持つか否かが問題となり、また、パリ協定が執行機関に関する仕組みを欠き、必ずしも司法判断に適合するものでもないという主張もある<sup>44</sup>。しかしながら、パリ協定は、締約国に対する法的義務を創出し、これらの義務への遵守は単に自発的なものではないことから、非拘束的な要素と交じり合った法的拘束力を持つ条約の一種として扱われるという議論がある<sup>45</sup>。また、手続きに関しては法的な義務があり、締約国に定期的に規則に沿った情報提供を求める点で法的拘束力があるともされる<sup>46</sup>。パリ協定の履行確保または遵守については、本稿の中心的な命題でもあるので、後述する。

そして、パリ協定において注目を集めた点が、「国が決定する貢献（NDCs）」の法的性格に関して、である。NDCs そのものについての詳しい検討は後述するが、NDCs とは各締約国が温室効果ガスの排出削減目標を 5 年ごとに提出、更新する義務があるというものであり、長期的な視点を備えた制度である<sup>47</sup>。パリ協定自体が法的拘束力のある「結果」、すなわち絶対的で固定的な削減目標を設定せず、各締約国が NDCs として削減目標の提出、更新の義務を負うという点に関し、パリ協定は 2009 年のコペンハーゲン合意から蓄積されたこれまでの努力の結晶とも言え、より柔軟なボトムアップの方式で、気候変動に対応しようとしている<sup>48</sup>。

ただし、パリ協定自体も、国際社会としての削減目標を定めるものでもある。その意味で、単なるボトムアップ方式の採用ではなく、国際社会の目標としてトップダウンの方式との

<sup>42</sup> 亀山・前掲注 24、113 頁。

<sup>43</sup> 亀山・前掲注 24、113 頁。Dimitrov, R., Hovi, J., Sprinz, D. F., Sælen, H., & Underdal, A. *Institutional and environmental effectiveness: Will the Paris Agreement work?* Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change, 10(4), Feb. 27, (2019) at 3. <https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/wcc.583>

<sup>44</sup> Bodansky, D. The legal character of the Paris Agreement. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 25(2), (2016) at 142.

<sup>45</sup> Bodansky, *supra* note 44 at 142.

<sup>46</sup> Voigt, *supra* note 15 at 18.

<sup>47</sup> 福井・前掲注 5、9 頁。また、例えば外務省による説明もある。 [https://www.mofa.go.jp/mofaj/ic/ch/page1w\\_000121.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/ic/ch/page1w_000121.html) (accessed: 2022/02/02)

<sup>48</sup> Banda, *supra* note 32 at 327., Carlarne & Colavecchio, *supra* note 36 at 135., Doelle, M. The Paris Agreement: historic breakthrough or high stakes experiment?. *Climate Law*, 6(1-2), (2016) at 8.

組み合わせで成り立っているという主張もある<sup>49</sup>。この国際社会としての削減目標のグローバル・ストックテイクとは、パリ協定の目的および長期的な目標達成のために、世界全体の温室効果ガスの排出削減の進捗状況を定期的に確認し、トップダウンで設定された長期目標が、各国の行動や支援を更新したり拡充したりする際の参考とされるのである<sup>50</sup>。

また、パリ協定は温室効果ガスの排出量が多い先進国と発展途上国、特に米国、中国、インド等にとって受け入れられないものではなく、他方、実効性を欠くものでもないと評価される<sup>51</sup>。先進国間だけでなく、発展途上国間においても、各国の実情が異なってきたため、単純な二分法では様々な事情を持つ各国をまとめられなくなったためであると言えるであろう。そのためパリ協定は、国家の政策を強いるというより反映するものであり、そして、より強い行動を促すためにも、NDCsを通して国家が透明性を確保し、説明責任を負うという国際的な規範と言える<sup>52</sup>。

このように、パリ協定は、全ての国に適用される枠組みであり、また、長期的な取り組みを射程に入れている。これらの点以外にも、パリ協定は、後述するように、各国の取り組みを前進させ、向上させる仕組みを目指している点の他、本稿で深くは扱わないが、緩和、適応、資金等の要素をバランス良く扱っているという評価もなされる<sup>53</sup>。特に、気候変動の影響が一層明白になる中、適応についての締約国の取り組み強化と支援の重要性を認識しており、加えて、ロス&ダメージに関する規定が法的合意となされている<sup>54</sup>。

### Ⅲ パリ協定の特徴

#### 1. パリ協定の意義

パリ協定は、外交的成功であり気候変動への協調に関する突破口として受け入れられた<sup>55</sup>。以下では、実効性を求める新たな取り組みであるパリ協定が、どのような意義を有しているのかについて概観していく。

<sup>49</sup> Bodansky, *supra* note 28 at 301., Dimitrov et al. *supra* note 43 at 1-2.

<sup>50</sup> 有馬・前掲注 24、79-80 頁。

<sup>51</sup> Bodansky, *supra* note 28 at 289., Dimitrov et al., *supra* note 43 at 3.

<sup>52</sup> Bodansky, *supra* note 28 at 289.

<sup>53</sup> 福井・前掲注 5、8 頁。

<sup>54</sup> 福井・前掲注 5、9 頁。

<sup>55</sup> Dimitrov et al., *supra* note 43 at 1.

まず、パリ協定は履行確保のため14条のグローバル・ストックテイクによって国際的で包括的な目標を定める<sup>56</sup>。気候変動は影響が国境を越えて発生するため、場合によって領域を基盤とせず、領域から切り離された非領域的な体制として対応する必要がある<sup>57</sup>。その結果、気候変動のような地球環境問題は、それ自体重要な問題ではあるが、喫緊の問題とはい切れなとする考え方もなされた<sup>58</sup>。戦争や紛争、飢餓といった問題と比べたときに、国際社会への利益を考えると、緊迫性が相対的に高くないという見方もできるかも知れない。そのような中において、国際社会の目標としてのグローバル・ストックテイクは各国の取り組みに対し責任を生む、パリ協定における不可欠でかつ野心的な仕組みの1つである<sup>59</sup>。

またパリ協定は同時に、各国が参画しやすい条件で、理想と現実の間でバランスを取ろうと腐心していると言えるであろう。まず、パリ協定の実効性を高めるために、各国の幅広い参加を可能にしていくような仕組みが必要とされている<sup>60</sup>。そして、NDCsによって、各国の実情で、共通の責任の下、それぞれの能力に合わせる<sup>61</sup>ことによって、各国が地球規模での環境保護という命題に取り組みやすいように試みた枠組みである。具体的には、パリ協定に定められたNDCsにおいて、各国が温室効果ガスの削減および抑制を図るため、各国がそれぞれの自主的な取り組みを報告し国内措置をとるが、ただし実際にどの程度削減するかについては法的な義務はない<sup>62</sup>。

そもそもウィーン条約法条約の観点から言えば、先述のようにパリ協定は条約の一種である。しかし、法的拘束力のある規定は、たとえば監視に拠るような、実施の結果ではなく実施に関するものである<sup>63</sup>。すなわち、実施を手続的に縛るものではあっても、いわゆる「維持の義務」のような、絶対的で固定的な結果を求めるものではない。この点で特に顕著なよ

---

<sup>56</sup> Wegener, L. Can the Paris agreement help climate change litigation and vice versa?. *Transnational Environmental Law*, 9(1), (2020) at 28., Brus, *supra* note 15 at 256., Streck et al., *supra* note 31 at 13., 福井・前掲注 5、9 頁。

<sup>57</sup> 村瀬・前掲注 8、344-345 頁。

<sup>58</sup> 村瀬・前掲注 8、350 頁。

<sup>59</sup> Brus *supra* note 15 at 256., Voigt, C. The compliance and implementation mechanism of the Paris Agreement. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 25(2), (2016) at 161.

<sup>60</sup> Dimitrov et al., *supra* note 43 at 4.

<sup>61</sup> Voigt, *supra* note 15 at 21.

<sup>62</sup> Streck et al. *supra* note 31 at 13., Clark, *supra* note 34 at 117., Wegener, *supra* note 56 at 19-20.

<sup>63</sup> Rajamani, L. The 2015 Paris Agreement: Interplay between hard, soft and non-obligations. *Journal of Environmental Law*, 28(2), (2016) at 354.

うに、温室効果ガスの排出量の多い鍵となる国、例えば米国<sup>64</sup>、中国<sup>65</sup>、インドのような様々な事情を抱える各国を、より多く地球環境保護に関わらせようとする仕組みとして制度化されていると言える。

ただし、制度化された遵守を確保する方法は限られており、不遵守に関する促進的な手続きしか備え付けられていない<sup>66</sup>。実効性の促進という視点から必要な遵守<sup>67</sup>に関しては、いわゆる「制裁」のないパリ協定 15 条下で設置される専門家の委員会がある<sup>68</sup>。そして、パリ協定の他の特徴として、各国家の行動は、条約上でロス&ダメージに関する法的な責任を負っていない<sup>69</sup>。この点、パリ協定の意義を描き出す上で重要な要素であると言える。ただし、本稿は、締約国それぞれの意思をいかに包摂し、いかに自発的な各国の貢献の実効性を担保していくかに焦点を当てるため、ロス&ダメージや先進国の発展途上国への資金提供<sup>70</sup>という部分に関しては、今後の課題とする。

## 2. パリ協定の履行

パリ協定のみに関わらず、地球環境保護に関する多数国間条約は 1980 年代以降、立て続けに作られてきたが、その数に反比例して各国の条約履行は悪化しており、履行確保への目配りがないままに新たな条約ができている、と主張される場合もある<sup>71</sup>。一般的に言って、条約義務の履行は国際法の分野だけで完結する例はほとんどなく、義務の履行の大部分は、締約国が国内法を通じて実現していくものとされる<sup>72</sup>。司法適合性と同様に、法の執行は必ずしも法的拘束力の必要不可欠の条件とはされない<sup>73</sup>。法執行機関のないパリ協定が、締約国に法的に履行の確保を働きかけていく枠組みを整えているか、という点が重要になる。

<sup>64</sup> Brus, *supra* note 15 at 257. たとえば、有馬は、パリ協定への参加に関し、米国は議会との関係上、「結果」が法的義務となる条約には参加できないという立場にあった、と指摘する。(有馬・前掲注 24、28 頁。)

<sup>65</sup> たとえば、有馬は、中国は発展途上国でありながら温室効果ガスの排出量が多く、また、コペンハーゲン合意が成立しなかった理由の 1 つとして中国の反対が挙げられたため、パリ協定では積極的に参加しようとしたとみる。(有馬・前掲注 24、51 頁。)

<sup>66</sup> Wegener, *supra* note 56 at 19-20.

<sup>67</sup> Voigt, *supra* note 59 at 161-162.

<sup>68</sup> Brus *supra* note 15 at 256., Streck et al., *supra* note 31 at 22.

<sup>69</sup> Wegener, *supra* note 56 at 19-20.

<sup>70</sup> Rajamani, *supra* note 63 at 356-357.

<sup>71</sup> 村瀬・前掲注 11、19 頁。

<sup>72</sup> 村瀬・前掲注 11、22 頁。

<sup>73</sup> Bodansky, *supra* note 44 at 143.

一般国際法と異なり、パリ協定が制裁という手段に拠らず、国内での履行確保が確実でない点に関し批判もある<sup>74</sup>。しかしながら、環境という国際社会の一般利益実現という視点から、不履行に関しても地球環境保護という特殊な分野につき、仮に不履行があっても、それは各国の意思の欠如に帰せられる問題ではなく、遵守を阻んでいる外在的要因があるはずと想定され<sup>75</sup>、その外在的要因の除去を支援し、遵守を促進する方法がとられるのが、地球環境保護に関する枠組みとも言える。パリ協定の成否は、その意味につき、各国の国内のレベルで選択や法執行といった実質的な手段を確保できるかにかかっている<sup>76</sup>。

その点で、京都議定書に組み込まれていた絶対的で固定的な目標を定めて追及するアプローチから、その法的拘束力のなさ故に国際社会全体からの支持を受けるのが困難と思われた、パリ協定に組み込まれた各国の誓約と再検討（プレッジ&レビュー）を重視する方式にかわって、日本政府にとって長年にわたり受け入れられやすい<sup>77</sup>ものとなった。京都議定書やコペンハーゲン合意といったある意味での挫折を経験して、国際社会として誓約と再検討で国内の履行を確保していくことが受け入れられる下地のできた結果がパリ協定と言えるのではないだろうか。先述のように法的拘束力の点で論争的ではある。しかし、パリ協定の制度設計は、締約国の裁量で当然に実施すべき注意義務や国内政策への期待を導いていると言えよう<sup>78</sup>。以下では、パリ協定の具体的な履行確保のための仕組みについて検討していく。

### 3. パリ協定における NDCs

現代の国際環境法においては、繰り返すように、焦点は新たな条約を作るかということよりも、いかにして既に作られている条約の履行を、特に各国の国内において、実効的に確保していくかにある<sup>79</sup>。そして、環境条約においては、履行確保のために、遵守を促進するための支援を与えることを主要な目的として、いわゆる制裁を課すのではない方式がとられ

<sup>74</sup> Wegener, *supra* note 56 at 18., Okonkwo, T. How international law can deal with lack of sanctions and binding targets in the paris agreement. *Journal of Sustainable Development*, 10(5) (2017) at 225.

<sup>75</sup> 村瀬・前掲注 11、22 頁。村瀬・前掲注 12、108 頁。

<sup>76</sup> Wegener, *supra* note 56 at 18.

<sup>77</sup> 村瀬・前掲注 12、54 頁。

<sup>78</sup> Voigt, *supra* note 15 at 28., Dimitrov et al., *supra* note 43 at 1-2.

<sup>79</sup> 村瀬・前掲注 8、344 頁。

する場合もある<sup>80</sup>。ここでは、パリ協定において、国際環境法の特徴の下、いかに履行を確保し、遵守を促すかに着目したい。具体的には NDCs がいかに活用されていくか、という点に関して、である。

パリ協定 4 条 2 項において、“Each Party shall prepare, communicate and maintain successive nationally determined contributions that it intends to achieve. Parties shall pursue domestic mitigation measures, with the aim of achieving the objectives of such contributions.”とある。法的義務を表す“shall”が使われているように、NDCs は法的拘束力があると考えられよう。ただし、NDCs の履行やその削減目標の達成については法的義務とはなっていない<sup>81</sup>。EU は目標の結果にも法的義務を課したかったが、京都議定書の二の舞となり、先進国の米国、発展途上国の中国、インドといった国々の不参加を避けるためであった<sup>82</sup>。このように様々な実情を抱えた各国の参加を促し、NDCs を機能させようと誠実な努力を求め、各国の肯定的な熱望を集めようとしたと言える<sup>83</sup>。

締約国は NDCs を、5 年ごとに事務局に提出し、NDCs の履行や目標達成に関する定期的な報告を義務付けられている<sup>84</sup>。これは、透明性を確保し、説明責任のメカニズムを包括することで、結果的に NDCs の目標達成が法的拘束力を持つと同様の目的を目指したという<sup>85</sup>。そして、パリ協定 13 条にあるように、NDCs の履行と目標達成は、進捗における促進的で多国間の考慮に基づいたものと位置付けられる<sup>86</sup>。これらの仕組みにより、各国は他の締約国の履行の進捗状況を知ることで、自らの目標達成への動機付けを得ると仮定された<sup>87</sup>。結果として、193 のパリ協定の締約国とパリ協定の締約国でないエリトリアが、NDCs の 1 回目を提出し、13 の締約国が 2 回目も既に提出している<sup>88</sup>。そして 2023 年から 5 年ごとにグローバル・ストックテイクの下、NDCs が充分か否か検証されるのである<sup>89</sup>。長期的な制度によって、参加した各国のさらなる積極的な貢献を目指していると評価で

<sup>80</sup> 村瀬・前掲注 12、108 頁。

<sup>81</sup> Voigt, *supra* note 15 at 19., Streck et al., *supra* note 31 at 5.

<sup>82</sup> Bodansky, *supra* note 28 at 297., Bodansky, *supra* note 44 at 146.

<sup>83</sup> Brus *supra* note 15 at 255., Bodansky, *supra* note 44 at 146., Dimitrov et al., *supra* note 43 at 6.

<sup>84</sup> Sachs, N. M. The Paris Agreement in the 2020s: Breakdown or Breakup. *Ecology Law Quarterly*, 46, (2019) at 875., Brus, *supra* note 15 at 255., Okonkwo, *supra* note 74 at 230.

<sup>85</sup> Bodansky, *supra* note 44 at 149.

<sup>86</sup> Bodansky, *supra* note 28 at 312.

<sup>87</sup> Voigt, *supra* note 15 at 22., Bodansky, *supra* note 28 at 291., Doelle, *supra* note 48 at 15., Okonkwo, *supra* note 74 at 230.

<sup>88</sup> <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/Pages/Home.aspx> (accessed: 2022/02/03).

<sup>89</sup> Brus, *supra* note 15 at 256.

きる。

加えて、NDCs で各国が自主的な履行を促すため、目標を達成しないとその国家が面目を失う(name and shame)という仕組みが強調される<sup>90</sup>。この作用は他の締約国からの眼差しだけでなく、メディアや環境保護団体も含まれる<sup>91</sup>。ただし、この点に関し、この戦略が本当に締約国の履行確保につながるか、疑問も呈されている<sup>92</sup>。そして、name and shame の作用に加え、5年ごとの目標の更新に際して、前回を上回っていくという目標引き上げメカニズム(ratchet up メカニズム)も備えられている<sup>93</sup>。このメカニズムが作用するかどうかがこの枠組みの鍵という評価<sup>94</sup>もある一方、メカニズムの必要性自体は認めるが、NDCs を維持していくには不十分という指摘もある<sup>95</sup>。ここで、国家による自主的で建設的な目標の設定とその履行ということが期待されていると言えるが、弱みもあると言える。

また、国際法の法的義務を強調する側からは、法的拘束力をより強化することで、各国の意思をより強く制約して各国の履行を促すという点で、パリ協定をより実効的なものとするという見解もある<sup>96</sup>。特に NDCs が各国の自発的な行動に依存しすぎるという意見もあり<sup>97</sup>、また、各国が設定する NDCs が不十分で、現段階においてパリ協定における仕組みが作用していないとして<sup>98</sup>、機能の不全への指摘もある。パリ協定の遵守確保の不透明さに関する指摘<sup>99</sup>や法的責任や補償の不十分さへの言及<sup>100</sup>もある。遵守を促す機関の成否に関しては後述し、その他の仕組みについては本稿の範囲を超えるのでここでは議論はしない。

#### 4. NDCs と国家の意思の包摂

上記のように、パリ協定の肝とも言える NDCs が、定期的な目標引き上げメカニズムや name and shame といった仕組みで、締約国の意思によって支えられていることが分かる。

<sup>90</sup> Clark, *supra* note 34 at 117-118.

<sup>91</sup> Clark, *supra* note 34 at 118.

<sup>92</sup> Seo, *supra* note 24 at 129.

<sup>93</sup> Bodansky, *supra* note 28 at 306., Banda, *supra* note 32 at 334.

<sup>94</sup> Dimitrov et al., *supra* note 43 at 6-7.

<sup>95</sup> Sachs, *supra* note 84 at 875.

<sup>96</sup> Bodansky, *supra* note 44 at 149.

<sup>97</sup> Streck et al., *supra* note 31 at 27.

<sup>98</sup> Sachs, *supra* note 84 at 867., Dimitrov et al. *supra* note 43 at 6.

<sup>99</sup> Doelle, M. Compliance in Transition: Facilitative Compliance Finding its Place in the Paris Climate Regime. *Carbon & Climate Law Review*, 12(3), (2018) at 229.

<sup>100</sup> Spash, *supra* note 21 at 929.

ここで国家の意思を特定することは難しいが、たとえば Bodansky は、法的拘束力を反映する国家の意思として、法を適用、解釈する司法、行政機関の公務員を例として挙げている<sup>101</sup>。この仕組みがうまく作用するか否かについては、ボトムアップのアプローチをとる NDCs とグローバル・ストックテイクという国際社会の目標とのすり合わせを、長期的な視点から、実際に何度か実施してみて、国家の自主的な貢献と履行の確保が可能か判断する必要がある。

上記の仕組みは、現時点で、自律的な取り組みを期待されすぎているくらいがあるものの、国家の意思を建設的なスパイラル、すなわち、より積極的な対応を促し、制度に取り込むことを目指した工夫と言えようか。これらの工夫をここでは「緩やかな軌」アプローチと呼びたい。先述のように NDCs は、「措置の義務」を課す一方で、各国の温室効果ガスの削減量を固定化する「維持の義務」については課さずに、国際社会全体での温室効果ガスの削減を目指すものと言える。法的拘束力の関わる領域を限定することで、ある意味で、「緩やかな軌」が、各国の参加への実効性や目標を達成しようとする態度を肯定的に促す枠組みとなり、各国の意思をより上向きに促していこうとする。「緩やかな軌」とは、国家の自律性を尊重しながら、できる限りの範囲で法的に包摂し、すなわち国家の意思をまとめて、国際社会全体の望ましい方向に向けさせようとする試みであり、その 1 つがパリ協定だと言えるであろう。

国際環境法の領域において、上記のような「緩やかな軌」アプローチが求められるには、特有の背景がある。すなわち、たとえば国際環境法の義務違反においては、他の分野と同様に国家責任法が適用されて国家がいわゆる名宛人となり、トレイル溶鉱所事件などにあるように、国家が損害防止に関する義務に反して環境上の被害を他国に与えた場合には、被害国が加害国の責任を追及し、また、パルプ工場事件などのように国家が国際環境法において手続きの面で義務違反を犯した場合にも、国家責任法に拠る違反国への責任の追及がある<sup>102</sup>。しかしながら、国家責任法は第 1 に、環境被害の事後救済という面があり予防的ではなく、また第 2 に、地球規模の環境問題に取り組むには適していない<sup>103</sup>。特に後者の観点から、国際環境を保護することは特定の国家だけの利益ではなく国際社会全体の利益であり、また、本稿で扱うような気候変動問題は、環境損害が特定の国家の行為に拠るものと立

<sup>101</sup> Bodansky, *supra* note 44 at 143.

<sup>102</sup> 岩沢・前掲注 1、333 頁。

<sup>103</sup> 岩沢・前掲注 1、333 頁。

証することは困難なのである。

そこで、国家責任を追及することが難しい国際環境法の分野においては、柔軟な規定が必要とされると言えるだろう。先述のように、国家を法的に「緩やかな軛」に当てはめることによって、特定の国家の行為自体を環境被害の原因とすることはできないけれども、国際社会の一般利益を国際社会全体で担っていく、という側面を持つものになると考えられる。その意味で、「緩やかな軛」アプローチは、より柔軟で多様な主体を包含しながら法的な側面を可能な限り維持していき、包含した国家の行動にこのアプローチに沿った形で影響を与えさせようとする、妥協的ではあるかも知れないが一種の法的アプローチを志向する試みと言えるのではないだろうか。

この方法には、国際環境法も法のひとつであるという見方からすれば、不十分という意見もあろう。しかし、削減量を絶対化し、固定化した京都議定書の失敗を見るにつけ、国家の意思を尊重したやり方以外に履行確保の手段を選ばなかったと言えるかも知れない。国際法も法であるが、そもそも国家の建設的な参加抜きには、その実現すなわち国家による履行を促せない場合もある<sup>104</sup>。ただし工業化された国家は温暖化対策への取り組みにつき、費用をかけず時間軸は長く、という傾向<sup>105</sup>にあることも、国家の意思を包摂して「緩やかな軛」を作り出すためには注意が必要である。この点を踏まえずに法的拘束力を強調するとなると、国家の意思の包摂と実効性の確保の間のバランスを取れず、目標は達成できないのではないだろうか。

#### IV 課題の克服について

##### 1. 国家の意思の意義と遵守の仕組み

これまで、国際環境法という分野におけるパリ協定の仕組みや意義を概観してきた。国家の意思をいかに包摂しようと試み、そして、履行の確保に向けた努力を描き出してきたつもりである。しかしながら、NDCsをはじめとしたメカニズムが包括的で透明性の高いアプロ

---

<sup>104</sup> Boyle, A. & Redgwell, C. *Birnie, Boyle & Redgwell's International Law and the Environment*. Oxford University Press. (2021) at 364., See, Goldsmith, J. L & Posner, E. A. *The Limits of International Law*. Oxford University Press. (2005)

<sup>105</sup> Boyle & Redgwell, *supra* note 104 at 378.

一チを気候変動に対してとっている一方で、この包括性と透明性は、自動的に公平性や衡平を導き出すとは限らない<sup>106</sup>。国家の意思を統べ、そして履行確保に向けて働きかけを不断に行っていく必要があると考える。言い換えればパリ協定の履行に際して、様々なアクターを巻き込みながら、国家の意思と能力を保証するような制度が求められる<sup>107</sup>。ここで言う、国家の意思と能力という視点は、国際環境法においても重要と考えられる。

まず前者に関して、である。現代社会では、国家だけが構成単位ではない。国家による履行の確保を促すアクターとして、非国家主体も重要な候補として挙げられよう<sup>108</sup>。たとえば、パリ協定をはじめとする気候変動に関する国際環境法の履行に際しての課題として、国家からだけでなく、非国家主体という様々な主体からの協力も確立する必要があるという議論である<sup>109</sup>。非国家主体の具体例としては、都市や現地の人々、企業、NGOに代表される市民社会などがあり、それらが国家に対して履行確保を促進させる力を加えようというものである<sup>110</sup>。たしかに、パリ協定の履行確保が、国際社会全体の目標だけでなく、各締約国の国内における実効性を高めるためには、国内外の団体が重要となってくる。

アクターが多様化する現代社会においては、国家以外の様々な非国家主体の重要性が高まってきていることは否定できない事実である。それにも関わらず、非国家主体の重要性だけを取り上げて、一義的に主要なアクターである国家の意義を下げようとすることはできない。なぜならば、たとえばNGOは定義上、環境問題や人権問題など、それぞれの組織が1つの価値を追求していく、いわば単一争点主義の団体であり、環境問題のように複雑な要素が絡み合った事象を総合的に斟酌するのに適当とは言い難い面があるからである<sup>111</sup>。それでは、NGOなどの非国家主体に頼り過ぎない履行確保の方途がパリ協定にあるのだろうか。

その点につき、国家の意思、すなわち締約国による履行を確保するため、パリ協定は15条で専門家による委員会の設置を図っている。この委員会は、履行の確保を促し、手続きに則った遵守を促進<sup>112</sup>することで、パリ協定の実効性を高めることを目的としている。15条

<sup>106</sup> Carlarne & Colavecchio, *supra* note 36 at 181.

<sup>107</sup> Banda, *supra* note 32 at 338.

<sup>108</sup> Dimitrov et al., *supra* note 43 at 5.

<sup>109</sup> Sands et al. *supra* note 6 at 335.

<sup>110</sup> 高柳・大橋・前掲注 14、153-156 頁。Banda, *supra* note 32 at 325.

<sup>111</sup> 村瀬・前掲注 11、20 頁。

<sup>112</sup> Sands et al. *supra* note 6 at 329., Streck et al., *supra* note 31 at 22., Boyle & Redgwell *supra* note 104 at 397.

において言及されているパリ協定上の規定では、委員会が取り扱う範囲が個別的または集合的なコミットメントの両方に及び、また、法的義務だけでなく法的拘束力のないコミットメントも射程に入るとみえる<sup>113</sup>。その意味において、当該委員会が締約国に対して信用や信頼の担保を図ることができるか否かが、より効果的な締約国の履行確保における要諦と言えるかも知れない。

ただし、この委員会は、促進的で、非敵対的で、非処罰的なメカニズムであり、締約国の不遵守を罰する性格のものではない<sup>114</sup>。したがって、この不遵守手続きは京都議定書よりも弱く、繰り返すように「緩やかな軛」アプローチは柔軟である。その観点から、パリ協定とSDGsとのいくつかの類似点<sup>115</sup>も指摘される。パリ協定のみに関わらず、いくつかの地球環境条約が定める不遵守手続きの目的は、不遵守国への制裁ではなく、遵守を促進するための支援に重きを置いている点<sup>116</sup>を考えると、むしろ京都議定書のような拘束力のある規定から、地球環境保護に関する条約の原点に立ち戻ったものと言えるかも知れない。地球環境という国際社会の一般利益に関与し続けるためには、まず国家の意思を包摂することが重要であり、その意味で、「緩やかな軛」として柔軟な法的アプローチをとり履行の確保を目指していると言える。

## 2. 技術革新と国家の実効性の向上

それでは次に、いかに国家の能力またはその向上を支えられようか。その答えは、科学技術と言えるであろう。気候変動という問題に国際的に対応しようとするには、国家への説得力を稼ぎ出し、条約を遵守しようという科学的確実性が強力な動機付け<sup>117</sup>となる。国家の遵守の程度は科学の進歩の度合いに依存しがちであり、その上、技術革新が各国の様々なレベルでの取り組みを監視することも可能にする<sup>118</sup>。科学によって問題を提起し、科学によって解決を図る。そのため科学的な不確実性を乗り越えて、技術革新で効果的に対応するため、技術革新を取り込んでいける体制を整える必要がある。

<sup>113</sup> Doelle, *supra* note 99 at 230.

<sup>114</sup> Brus, *supra* note 15 at 256., Doelle, *supra* note 99 at 229.

<sup>115</sup> Brus, *supra* note 15 at 253-254. (本書該当頁の表を参照のこと。)

<sup>116</sup> 西井正弘「国際環境法の形成と展開」西井・鶴田・前掲注4、14-15頁。村瀬・前掲注11、33頁。

<sup>117</sup> 村瀬・前掲注12、49頁。Seo, *supra* note 24 at 135.

<sup>118</sup> Dimitrov et al., *supra* note 43 at 9., Okonkwo, *supra* note 74 at 231.

SDGs や国連気候変動枠組条約の目標実現への国際的な協力にも関わらず、パリ協定の成否はパリ協定の実効性や締約国の努力だけでなく、科学技術の革新にもある<sup>119</sup>。パリ協定では不遵守手続きで国家の意思への「緩やかな軛」とし、長期的な体制で技術革新を取り込むことで、各国の国内での努力すなわち能力の向上を促すのである。ただし、科学は万能ではない。即効性のある万能薬がない地球環境保護という分野においては、現時点で図れる工夫は限られるが、しかし同時に、この不断の努力が不可欠でもある。国家の建設的な態度を活かしながら科学技術を取り入れ、国際社会の一般利益を追求させるような方法が、国際環境法の次元で求められ続けていると言えるのである。

[公開日：2022年3月10日]

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

---

<sup>119</sup> Lofts et al., *supra* note 13 at 191.

## 編 集 後 記

名古屋市立大学大学院 教授

小林 直三

Nagoya City University Graduate School Professor

Naozo Kobayashi

皆様のおかげをもちまして、総合法政策研究会誌の第 5 号を発行することができました。この第 5 号では、SDGs を統一テーマとして、4 つの論文を掲載いたしました。いずれの論文も、これからの学界や社会の発展に寄与するものと考えております。

本研究会誌は、論文などを、随時、WEB 上にアップするため、時宜を得た研究成果の公表が可能であり、比較的長い論文などの掲載も可能となっております。今後とも、これらの利便性を生かして、論文を投稿して頂けたら幸いです。

また、3 月には、地域デザイン学会のローカルガバナンスフォーラム主催の「都市公共政策と国際化」（東海大学スチューデント・アチーブメント・センター共催）に、本研究会が協賛させて頂きました。このフォーラムでは、私（小林直三）が、「多文化共生社会の構築に向けて：外国人の権利と憲法」と題して、基調講演をさせて頂いたほか、本研究会の中村隆志会員が「シティズンシップの領域性の再検討：政治参加の機会拡充をめぐって」、大江一平会員が「外国人の公務就任権：国際化の流れの中で」、菊池直人会員が「都市と消費者教育」を報告し、パネラーとして討議に参加いたしました。

このように本研究会では、研究会誌の刊行に限らず、研究活動を続けていきたいと考えております。

今後とも、本研究会に諸先生方のご指導ご鞭撻を賜ることができればと思います。

〔公開日：2022年3月31日〕

総合法政策研究会誌 第5号 (ONLINE)

---

2022年3月31日発行

編者 総合法政策研究会

発行者 ウエストロー・ジャパン株式会社

〒105-0003 東京都港区西新橋 3-16-11

<https://www.westlawjapan.com/>

---

© 総合法政策研究会



March. 2022

# The Journal of Comprehensive Law and Policy Research Association

No.5

---

---

## 【On behalf of the Research Association】

About the Theme in This Issue

Nagoya City University Graduate School Professor Naozo Kobayashi (1)

## 【Article】

Research on Article 9 of the Inheritance Tax Act from  
Comparative Law Perspective

—Focus on Indirect Gifts through a Corporation—

Kansai University Graduate School Professor Shigetaka Nakamura (3)

Political Literacy to Resist Depoliticization

—As Citizens' Literacy for a Sustainable Society—

Tokai University Junior Associate Professor Takashi Nakamura (30)

Transparency of Administrative agency

—Legal Systems of Intelligence services in Each country around Europe—

Kochi University Assistant Professor Yoko Konishi (48)

An analysis on accommodation of States' will in international  
environmental law

— “Loose yoke approach” for implementation of the Paris Agreement—

National Defense Academy of Japan Part-time Lecturer Fumihito Nakamura (66)

Comprehensive Law and Policy Research Association