

法制審議会の民法関係の 部会の審議について

深 谷 格

I はじめに

債権法の大改正がなされた平成29年改正民法（平成29年法律44号）の立法過程では、不安の抗弁権の明文化が議論され、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という。）では、不安の抗弁権の規定新設が提案されていた。しかし、結局、不安の抗弁権の明文化は実現されなかった。この立法過程については、別稿で検討したが¹⁾、その検討を進める中で、法制審議会の民法関係の部会の審議の在り方を再考する必要があるようになった。

民法関係の部会の審議については、コンセンサス主義、すなわち、ある提案について全員一致の場合にのみ当該提案を採択し、一人でも異論を述べる者がいる場合には当該提案を採択しないという議事方針を採用することが慣例となっている。それゆえ、革新的で大胆な提案がなかなか採用されず問題だと言われたり、委員が各種の団体の利益代表のような性格を帯びていて、その団体の看板を背負っているから、他のメンバーの意見を聴いて自分の意見を修正するという態度に出にくいと指摘されたりすることがある。

但し、これらの意見の当否を判断し、審議の在り方を検討するためには、まず、法制審議会の構成や議事運営の方法がどのような根拠法に基づき、ど

1) 深谷2020。なお、文献の略称については、本稿末尾の【文献一覧】を参照のこと。

のような沿革を辿ってきたのか、検証する必要がある。

そこで、本稿では、まず、法制審議会及びその民法関係の部会の構成並びに議事運営の方法に関する根拠法やそれらの歴史的変遷について述べ、法制審議会（及びその民法関係部会）の構成や議事運営の方法に関してこれまでなされた様々な批判を紹介する。もちろん、審議会一般に対しては、それが行政当局の隠れ蓑として行政の政治的思惑を先取りし、あるいは事後に追認する御用機関となるおそれがあるとか、「国権の最高機関」であり「国の唯一の立法機関」（憲法41条）である国会の権限を実質的に形骸化するものだという審議会の意義や位置付けに関する批判²⁾もなされているが、本稿では、審議会の構成と議事運営の方法に関する問題点に限定して論ずる。次に、それを踏まえて、法制審議会（特にその民法関係の部会）の審議方法に関する課題を指摘しておきたい。

II 法制審議会に関する根拠法

平成29年改正民法の前身である平成16年法律147号による改正民法（いわゆる現代語化改正）のさらに前身である明治民法（明治29年法律第89号）の原案は、法典調査会で審議されたが、法典調査会では多数決で採決が行われていた³⁾。

法制審議会は、法典調査会の系譜をひく機関である。国家行政組織法（昭和23年法律第120号）8条は、「第3条の国の行政機関には、法律の定める所掌事務の範囲内で、法律又は政令の定めるところにより、重要事項に関する調査審議、不服審査その他学識経験を有する者等の合議により処理することが適当な事務をつかさどらせるための合議制の機関を置くことができる。」

2) 例えば、和田1986・34-35頁等。

3) 明治26年勅令11号法典調査会規則5条により定められた法典調査規程30条は、「会議ノ可否ハ過半数ヲ以テ之ヲ決ス可否同数ナルトキハ議長之ヲ決ス」と規定する。なお、金山2011・88-110頁は、法典調査会の組織・会議運営を法制審議会のそれと比較しながら論じており、本稿でも参考にさせていただいた。

と定める。法制審議会は、国家行政組織法 8 条に従い、法務府設置法（昭和 22 年法律第 193 号）13 条 2 項に基づいて制定された法制審議会令（昭和 24 年政令第 134 号）によって、法務大臣の諮問に応じて、民事法、刑事法その他法務に関する基本的な事項について調査、審議することを目的とする法務府（現在の法務省の前身）の附属機関として、1949（昭和 24）年 6 月 1 日に設置された。現在では、法務省組織令（平成 12 年政令第 248 号）54 条が、「法律の規定により置かれる審議会等のほか、本省に、次の審議会等を置く。」として「法制審議会」と「検察官・公証人特別任用等審査会」を挙げ、同 55 条が法制審議会について次のように規定している。

第 55 条「法制審議会は、次に掲げる事務をつかさどる。

- 一 法務大臣の諮問に応じて、民事法、刑事法その他法務に関する基本的な事項を調査審議すること。
 - 二 電子情報処理組織による登記事務処理の円滑化のための措置等に関する法律（昭和 60 年法律第 33 号）第 5 条第 2 項の規定に基づきその権限に属させられた事項を処理すること。
- 2 前項に定めるもののほか、法制審議会に関し必要な事項については、法制審議会令（昭和 24 年政令第 134 号）の定めるところによる。」

法制審議会令 6 条 1 項は「審議会に部会を置くことができる。」と規定し、同条 2 項は「部会に属すべき委員、臨時委員及び幹事は、審議会の承認を経て、会長が指名する。」と規定する。

法制審議会の議事について、法制審議会令 7 条 2 項は「審議会の議事は、委員及び議事に関係のある臨時委員で会議に出席したものの過半数で決し、可否同数のときは、会長の決するところによる。」と規定し、同条 3 項は「前 2 項の規定は、部会の議事に準用する。」と規定する。また、法制審議会議事規則（昭和 24 年 8 月 13 日制定）3 条は「会議は、公開しない。」と規定し、同 7 条 1 項は「部会の議事については、第 1 条から前条までの規定を準用す

る。」と規定する。しかし、議事録の作成方法の詳細や、議事録の公開の取扱いに関する明文の規定はない。

Ⅲ 法制審議会の沿革

1. 草創期から橋本行革まで

(1) 概 観

法制審議会は、1949（昭和24）年6月1日に設置されてから後述の橋本行革までは、常設の審議会だった。1958年4月30日現在の名簿によれば、法制審議会民法部会のメンバー総数は57名であり、その内訳は、学者22名、裁判官・検察官・法務官僚19名、その他官僚2名、弁護士3名、経済界関係者11名であった⁴⁾。また、メンバーのうちの学者の顔ぶれは、本人の死亡等の事態が生じた場合に変化が生じるほかは、長年ほとんど変わらず⁵⁾、法務大臣から諮問があると法案を練って、答申を行うということがなされていた。諮問事項には「民法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい。」⁶⁾という概括的なものもあれば、「別紙商法の一部を改正する法律案要綱についての御意見を承りたい。」⁷⁾というように具体的に法律案要綱を示してこれに対する意見を求めるものもあった⁸⁾。

(2) 批判・提言と改革

では、この時期には、法制審議会ないし法制審議会民法部会に対して、ど

4) 資料1959による。

5) 例えば、1958年4月30日現在で民法部会には22名の学者が所属していたが（資料1959による）、それから14年後の1972年6月14日現在でも、その間に死去した1名を除く21名のうち、13名が依然として民法部会に属しており、また、3名は法制審議会の他の部会のメンバーとして活動している（資料1972による）。

6) 法制審議会第10回総会の諮問事項10号（諮問年月日は1954年7月6日）（資料1959・25頁）。

7) 法制審議会第1回総会の諮問事項1号（諮問年月日は1949年8月13日）（資料1959・23頁）。

8) 村上1972・20頁参照。

のような批判ないし提言がなされ、それを踏まえてどのような改革がなされてきたのだろうか。論点は多岐にわたるが、ここでは構成と議事運営の方法を中心に見てみよう。

① 1959年1月の第4次行政審議会の答申

1959年1月22日の第4次行政審議会の答申⁹⁾は、次の基準によって審議会等の整理改革をするよう提言した。

1. 国家公務員が委員の大半を占めるものはこれを廃止するか又は委員の構成を再検討する。
2. 任務の終了したものは即時廃止し、任務のほぼ終了したものも速かに任務を完了して廃止する。
3. 類似の性質のものはなるべく統合する。
4. 閣議決定により設置されたものは廃止し、必要なものは法律の基礎づけを行なう。ただし、緊急臨時的なものに限りこれを政令で設置できるように法律上明確な措置を講ずるべきである。
5. 行政上の諮問機関たる審議会等の委員に国会議員をあてるべきでない。
6. また、特殊利益団体の代弁者を集めたような審議会、政府の方針に同調せしめるための御用的な審議会、責任逃れのための審議会等は設置すべきでない。
7. 審議会等の会長には、所管大臣をあてるべきではない。

② 1959年の座談会

1959年に座談会「立法過程における法制審議会の役割」¹⁰⁾が開催され、次

9) 山田1972・16頁による。

10) 座談会1959。出席者は、我妻栄（司会。東京大学名誉教授（民法）、法務省特別顧問）、安倍恕（東京高等裁判所長官）、齋藤朔郎（参議院法制局長）、林修三（内閣法制局長官）、眞野毅（最高裁判所判事）、村上朝一（最高検察庁検事、前法務省民事局長）（肩書は当時）である。

のような意見が出された。

- ・自分の所属団体の代表者という立場で意見を述べる傾向があるとの指摘¹¹⁾。これについて、「委員が単なる職能代表となったり、その意見が専ら背後の勢力によって拘束されることのないように心すべき」だ¹²⁾とする批判。
- ・法制審議会の委員の数が多すぎるとして、少数の専門家で評議するほうが有益だとする意見¹³⁾。
- ・委員には東京在住の学者が多く、一人が多くの小委員会の委員を兼ねることを問題視する意見¹⁴⁾。
- ・多数決で答申案を決定だけでなく、少数意見を付することも考えるべきだとする意見¹⁵⁾。
- ・「法制審議会は、政治情勢にとらわれずに独自の立場で審議答申する」べきだとする意見¹⁶⁾。他方、「純理だけではまとまらぬ場合があり」「いろいろな勢力関係の妥協ということがやむをえない場合もある」とする意見¹⁷⁾。

上記①の答申を受けて、政府は、1960年1月、閣議決定「審議会等の構成および運営の改善について」を行い、「行政機関の職員を審議会等の構成員に特別の場合を除いてはしないこと」「委員の重複をしないよう努めること」等を決定した。また、1963年9月、閣議口頭了解「各種審議会等委員の人選

11) 村上朝一発言（座談会1959・51頁）。

12) 安倍恕発言（座談会1959・50頁）。これに眞野毅、我妻栄が賛同（座談会1959・51頁）。

13) 我妻発言（座談会1959・51-52頁）。これに眞野、林が賛同（座談会1959・52頁）。なお、1959年当時、法制審議会民法部会の総数は57名だったが、1972年時点で33名になっている（資料1959及び資料1972による）。

14) 我妻、眞野、林発言（座談会1959・53頁）。

15) 安倍発言（座談会1959・56頁）。

16) 我妻発言（座談会1959・57頁）。眞野発言（座談会1959・56-59頁）。

17) 村上発言（座談会1959・58-59頁）。

について」を行い、「委員の任命にあたり、清新な人材の起用、兼職をできるだけ避ける、長期留任を避ける」等の方針を決定した¹⁸⁾。

③ 1964年9月の臨時行政調査会の答申「中央省庁に関する改革意見」

1962年2月に設置された臨時行政調査会（第一次臨調）は、1964年9月に答申「中央省庁に関する改革意見」を行い、その中で審議会等の整理統廃合を行うことや、委員の構成を審議会等の制度の趣旨に即し、実効ある適切なものとする等ことを提言した¹⁹⁾。

④ 1965年の座談会等

1965年に座談会「立法のあり方」²⁰⁾が開催され、様々な意見が出された。ここでは、以下、民事立法に関連する意見のみを挙げておく。

- ・委員の人選を政府だけで行わず、各政党から推薦させるという提案²¹⁾。
- ・法務省は、普通の行政官庁とは異なり、民商法等の基本法典を作成するのだから、法務省が法制審議会の議論を主導するべきではなく、審議会でなされた議論をまとめるという事務局的な役割に徹するべきだという意見²²⁾。
- ・上と同旨だが、法務省は資料だけを整えて、それを小委員会にかけて、そこで議論した結果を少しずつ法案にまとめていくべきだとする意見²³⁾。
- ・全会一致にすると、良い意見があっても排除され、現状維持のようなも

18) 山田1972・16頁による。

19) 山田1972・16-17頁による。

20) 座談会1965。出席者は、加藤一郎（司会。東京大学教授（民法））、蠟山政道（国際基督教大学教授（政治学））、宮沢俊義（東京大学名誉教授・立教大学教授（憲法））、我妻栄（東京大学名誉教授（民法））、雄川一郎（東京大学教授（行政法））、平野竜一（東京大学教授（刑法・刑事訴訟法））である。

21) 宮沢俊義発言（座談会1965・21頁）。

22) 加藤一郎発言（座談会1965・25頁）。

23) 我妻栄発言（座談会1965・25頁）。

のしかできない（から、全会一致にすべきでない）という意見²⁴⁾。

その後、1969年刊行の「年報行政研究」7号に、当時の審議会一般の実態を紹介し、提言を行う、岡部史郎と荻田保の論文が掲載されている²⁵⁾。両者の論文は法制審議会を含む審議会一般に関するものであり、かつ、論点も多岐にわたるので、後ほど必要に応じて紹介する。

⑤ 1969年7月の閣議決定

これは1967年10月に閣議口頭了解として出されたものが、1969年7月11日に改めて閣議決定「審議会等の設置および運営について」として出されたものであり、その内容は以下のとおりである²⁶⁾。

- 一 専門知識が必要なものについては、専門官の育成、公正の確保のためには公聴会および聴聞の活用、利害の調整のためには関係団体の意見の聴取等をはかり、いたずらに審議会等を設置することを避けるものとする。
- 二 設置目的の類似する審議会等の濫設を防ぎ、審議事項の重複をさけるため、審議会等の所掌事務をできるだけ広範囲のものとし、必要に応じ、分科会または部会を設けて弾力的、機動的な運営をはかるものとする。
- 三 審議事項が臨時的な審議会等については、存置期間を付するものとする。
- 四 所掌事務が複数の省庁に関連する審議会等については、原則として、特に事務の関連が深い特定の省庁に設置するものとする。
- 五 委員の数は、原則として20人以内とする。なお、試験、検定、規格等に参与する審議会等については、試験委員、専門委員又は臨時委員等の制度を活用して、本来の審議会等の構成員はできる限り簡素なものとする。
- 六 委員は、原則として常勤制をとらないものとする。

24) 蠟山政道発言（座談会1965・27頁）。

25) 岡部1969。荻田1969。

26) 山田1972・17頁による。

七 国会議員および行政機関の職員は、原則として審議会等の構成員にしないものとする。

八 所掌事務に利害関係がある者を代表とする者を委員に任命するときは、原則としてこれらの委員の総数が委員の定数の半ばを越えないものとする。

⑥ 1972年の座談会

1972年に座談会「審議会」²⁷⁾が開催され、次のような意見が出された。

- ・審議会の答申と利益団体との関係が明確でなく、特殊な利益団体の圧力が答申に潜り込むことがある。政策決定をする審議会には利益代表を正式の委員とし、学者は専門委員とするほうが責任の所在も明確になる。専門的な知識、能力を汲むべき審議会には、学者を正式の委員とし、利益代表的な人や関係官庁の代表は専門委員や参考人程度に入れておくべきだという意見²⁸⁾。
- ・利益代表が参加すると、その代表する団体の利益を害するような法案については死に物狂いに反対しがちである〔から、利益代表を入れることには反対だという意見²⁹⁾〕。
- ・立法は、ある種の利益や価値にコミットすることを意味する。学者委員は、そのことを自覚し、かつ、自分と反対の考え方も十分理解し得るバランス感覚を持つ人でなければならないという意見³⁰⁾。

⑦ 1986年法律時報特集「諮問行政」

第二次臨時行政調査会（1981年～1983年）の答申の実現への監視を目的と

27) 座談会1972。出席者は、塩野宏（司会。東京大学助教授（行政法））、佐久間彊（千葉経済短期大学理事長、元自治省行政局長）、佐藤竺（成蹊大学教授）、林修三（行政管理委員会委員）、星野英一（東京大学教授（民法））である。

28) 星野英一発言（座談会1972・42-43頁）

29) 佐藤竺発言（座談会1972・43頁）。同旨、塩野宏発言（座談会1972・51頁）。

30) 星野英一発言（座談会1972・47頁）。

して、第一次臨時行政改革推進審議会（土光敏夫会長）が1983年7月から1986年6月まで開かれた。その終盤に法律時報58巻1号（1986年）で特集「諮問行政」が組まれた。

この特集を成す複数の論文が一致して主張するのは、審議の公開である³¹⁾。すなわち、審議会は行政の民主化に仕えるべきだから、その審議内容は原則として国民に公開され、国民の監視にさらされるべきだと述べられ³²⁾、「知る権利」を具体化したアメリカの連邦諮問委員会法〔Federal Advisory Committee Act〕（1972）や行政機関会議公開法（サンシャイン法）〔Government in the Sunshine Act〕（1976）等が援用されている³³⁾。審議の公開の具体的方法として、審議会の結論（答申書・報告書）だけでなく、審議過程（審議の経緯）の公開も会議の公開（審議の傍聴の許可）もすべきだとされる³⁴⁾。審議の傍聴も許すべきだとする趣旨は、後になって審議の経緯や結論を示す文書によって意思決定過程を知るよりも、意思決定の形成過程そのものを現場で同時に観察する方が、はるかに効果的だからだとされる³⁵⁾。

また、審議会の構成について、公正・妥当な行政決定を導き出すために、「専門技術的委員、関係行政機関代表的委員のほか、国民、住民各層からの利益代表的委員から構成されることが望ましい」とされる³⁶⁾。

⑧ 村山・橋本内閣時の批判・提言

1993年に自由民主党の一党支配体制が崩壊したのを契機に、官僚批判が強まった。1994年6月から1996年1月までの村山富市内閣時代と、その後の1996年1月から1998年7月までの橋本龍太郎内閣時代には、審議会のあり方を批判する論文が集中的に登場している³⁷⁾。批判の多くは、法制審議会につ

31) 和田1986・35頁。手島1986・44頁。小高1986・51-52頁。

32) 和田1986・35頁。

33) 和田1986・35頁。手島1986・44頁。小高1986・52頁。

34) 手島1986・44頁。小高1986・52頁。

35) 小高1986・52頁。

36) 小高1986・50頁。

37) 内橋1994。草野1995。福永1995。大宅1996。鈴木1996。朝日1997。大田1997。坂本1997。座

いてというよりも、審議会一般についてのものである。省庁ごとに審議会も縦割り型で設置されているため省庁の管轄を越えた総合的な審議が行われにくく、また、各省庁の権限の維持・拡大のために審議会が設置されるという非効率な運営がなされていること、審議会のメンバーの人選に偏りがあり、極端な意見を述べる者や当該審議会の設置官庁に批判的な者は選ばれにくい傾向があること、審議のプロセスが非公開であり透明性に欠けること、その結果として、大胆な（新規の）政策立案がされにくい傾向にあること等が主に批判の対象となっている。

こうした批判に対して、当時、星野英一は、法制審議会についてはこれらの批判が当たらないとして、法制審議会を擁護する論陣を張った。星野は、法制審議会は、具体的な政策を執行する行政に関する事項ではなく、社会の基本法の立法に関わる事項を審議する機関であり、行政主導で審議が行われる行政の隠れ蓑的な組織ではないとする³⁸⁾。そのうえで、星野は法制審議会民法部会の審議について紹介する。参考になるので、長くなるが引用する。

「民法部会においては、実際の詳細な検討は、各小委員会でなされることが多いが、制度上は部会が決定機関である。……資料等の作成は、小委員会ごとに、法務省民事局の担当参事官と、局付検事……が行い、それをもとに検討する。各会議の議事や、それらの資料については、事前に座長（小委員長または部会長）とのかなり綿密な打合せがなされ、遺漏なきを期している。会議においては、それらの資料（外国法やわが国の判例・学説等のかなり膨大なもの）の提示と、問題点の整理からはじまり、それ以外の委員・幹事による活発な発言があって、次第に一つ又は幾つかの考え方にまとめられていく。……若手学者委員・幹事に、あるテーマについての資料作成を依頼したり、各会議における外国法についての調査にあたってもらうことが多く、学者幹

談会1996。座談会1997。

38) 星野1999・77-83頁。なお、遠藤浩、福田平、河本一郎、松浦馨、山田鎌一らも法制審議会擁護論を公表している（本稿末尾の文献リスト参照）。このうち、松浦は星野とは異なり、法案成立前の段階で議事録を公開すべきだと主張している（松浦1998・73-74頁）。

事の役割も少なくない。それらが、小委員会における検討の資料となるものであって、一つの考え方にまとまっても、「原案」という趣旨ではない。……審議は全く自由な雰囲気の中で行われる。」³⁹⁾

また、星野は、審議の不透明さに対する批判に対して、法案審議の段階では、審議自体の公開には消極的である。公開すると「ある種の団体や、利益代表的委員の発言が『後にいる人たち』に向かって語ることになる恐れがあるからである。」というのが、その理由である⁴⁰⁾。但し、「審議が一定の段階に達したときには、その結果を公表して意見を求めることは、民法部会では、かなり以前から行っている。」⁴¹⁾と述べる。また、法案施行後は「議事録、少なくとも議事要旨は公表すべきである」とする。これは制定された法律の解釈が必要となるため、「立案者の見解、起草にさいしての同じ規定をめぐる解釈の違い等を明らかにすることが望ましいからである。」⁴²⁾。

1995年9月29日に、閣議決定「審議会等の透明化、見直し等について」が出され、審議会運営の透明化のため「原則として会議、議事録を公開する」旨の決定がなされ、これに伴い、内閣内政審議室と総務庁が、各省庁が設置している審議会・懇談会の同年10月から半年間の審議内容の公開状況を調査した。1996年6月28日に発表されたその調査結果によれば、調査対象とした158の審議会のうち、会議を公開すると共に議事録も公にしているのは39(24.7%)にとどまり、81(51.3%)は会議・議事録とも非公開であった。また、184の懇談会のうち、会議・議事録とも公開したのは25(13.6%)であり、59(32%)は完全非公開だった。法制審議会は議事録要旨の公開にとどまっていた⁴³⁾。その後、1996年12月25日の閣議決定「行政改革プログラム」のテーマに「審議会の人選見直し、会議、議事録の公開」が盛り込まれたことを

39) 星野1999・83-84頁。

40) 星野1999・89頁。星野2006・255-258頁も参照。

41) 星野1999・89頁。

42) 星野1999・90頁。

43) 日本経済新聞1996年6月28日付夕刊2頁。

受け、総務庁が1996年4月から1997年3月にかけて開催された176の審議会の審議内容等の公開状況を調査した。1997年7月11日に発表されたその調査結果によれば、会議・議事録とも公開しているのは49審議会、会議か議事録のいずれかを公開しているのは69審議会で、両者を合わせると全体の67%が審議内容を公開しており、前回（1996年）調査では会議か議事録のいずれかを公開している審議会は48.7%だったので、前年に比べると審議内容の公開が進んだ⁴⁴⁾。

2. 橋本行革

橋本龍太郎内閣の行政改革で、審議会の整理縮小が図られ、法制審議会も当初、廃止される可能性があった。行政改革会議第27回会議（1997（平成9）年8月21日）で審議会等の在り方について意見交換がなされた際、この会議の配布資料である別紙15「審議会等の在り方について」は、「現在各省庁に多数置かれている政策審議、基準作成を行う審議会は原則として廃止するものとする。その設置を必要とする場合にあっては必要最小限のものとし、設置に当たっては、省庁の枠にとらわれることなく総合的なものとする。」とし、この別紙15の別表「審議会機能別一覧表」では、法制審議会は政策審議を行う審議会と位置づけられていたからである。この方針は、中央省庁等改革基本法（平成10年法律103号）30条2号に規定された。

しかし、中央省庁等改革基本法（平成10年法律103号）に基づく、1999（平成11）年1月26日の「中央省庁等改革に係る大綱・推進本部決定」及び、同年4月27日の「中央省庁等改革の推進に関する方針」によって、法制審議会の存続が決定された⁴⁵⁾。

この「中央省庁等改革の推進に関する方針」は、法制審議会の運営等について次のような定めを置いている。「部会」は「中央省庁等改革の推進に関

44) 日本経済新聞1997年7月12日付朝刊2頁。

45) 「中央省庁等改革の推進に関する方針」の「別表 審議会等の整理合理化関係」の「1 府省再編時において存置する審議会等」「(1)基本的政策型審議会」に「法制審議会」が位置付けられている。

する方針」の「別紙2 審議会等の組織に関する指針」によって、「審議会等の下部機関」として位置付けられる。また、同方針の「別紙3 審議会等の運営に関する指針」の「1 委員構成」は、「委員の任命に当たっては、当該審議会等の設置の趣旨・目的に照らし、委員により代表される意見、学識、経験等が公正かつ均衡のとれた構成になるよう留意するものとする。審議事項に利害関係を有する者を委員に任命するときは、原則として、一方の利害を代表する委員の定数が総委員の定数の半ばを超えないものとする。」とし、「委員の任期については、原則として2年以内とする、再任は妨げないが、一の審議会等の委員に10年を超える期間継続しては任命しない。」とする。議事については、同方針の「別紙3 審議会等の運営に関する指針」の「3 議事」は、「審議会等は、下部機関の設置、定足数、議決方法、議事の公開、その他会議の運営に関し必要な事項を規則の制定等により明定するものとする。」とし、「審議を尽くした上でなお委員の間において見解の分かれる事項については、全委員の一致した結論をあえて得る必要はなく、例えば複数の意見を並記するなど、審議の結果として委員の多様な意見が反映された答申とする。」とする。

この方針によれば、前掲法制審議会令7条2項及び同3項はなお効力を有し、法制審議会の総会においても、部会においても、議決は過半数による多数決での採決ということになるはずである。しかし、それと同時に、「例えば複数の意見を並記するなど、審議の結果として委員の多様な意見が反映された答申とする。」ともされており、両論併記の結論とすることも容認されている。

また、同方針の「別紙3 審議会等の運営に関する指針」の「3 議事」は、「審議会等の委員の氏名等については、あらかじめ又は事後速やかに公表する。」「会議又は議事録を速やかに公開することを原則とし、議事内容の透明性を確保する。なお、特段の理由により会議及び議事録を非公開とする場合には、その理由を明示するとともに、議事要旨を公開するものとする。」としている。

この方針に沿って、法制審議会令は2000(平成12)年5月31日の政令229号)、及び、同年6月7日の政令305号によって改正された。政令229号では、法務大臣を法制審議会会長とする制度が廃止され、会長は委員の互選に基づき、法務大臣が指名するものとされた(法制審議会令4条2項)。政令305号では、審議会は委員20名以内で組織するものとする(法制審議会令1条)、特別の事項を調査審議するため臨時委員を置くことができるものとする(法制審議会令3条1項)等が決定された。これにより、諮問事項は包括的なものから個別具体的なものへと改められ、部会は常設のものではなく、個別の諮問ごとに設置されることとなった。

3. 橋本行革から公文書管理法制定まで

実は、「中央省庁等改革の推進に関する方針」より前に、1998(平成10)年7月9日開催の法制審議会第124回会議において、「法制審議会の議事録は、『発言者名及びプライバシーを侵害するおそれのある事項を削除して議事録を作成して、これを公開する』」ことが決定されていた。そして、法制審議会の各種の部会では、それ以降、この方針に従って、発言者名を匿名にして議事録が作成されていた⁴⁶⁾。

ところが、2003(平成15)年9月10日開催の法制審議会第141回会議において、刑事法(ハイテク犯罪関係)部会の大谷實部会長が、当部会において「一部の委員から、発言者名を記載して議事録を作成してはどうかという意見が出され」たことと、「発言者名を公開することによる自由闊達な議論を

46) 1998(平成10)年以降2003(平成15)年9月10日以前の時期に第1回が開催された法制審議会の部会で、法務省のウェブサイト上で議事録を閲覧することのできたものは、年代順に、法人制度部会(2001(平成13)年1月16日、同1月30日)、国際裁判管轄制度部会(2001(平成13)年2月13日～2005(平成17)年7月27日)、間接保有証券準拠法部会(2002(平成14)年7月25日～2007(平成19)年12月4日)、会社法(株券の不発行等関係)部会(2002(平成14)年9月11日～2003(平成15)年7月30日)同会社法(現代化関係)部会(2002(平成14)年9月25日～2004(平成16)年12月8日)、民事訴訟・民事執行法部会(2003(平成15)年4月18日～2004(平成16)年1月30日)であり、これらの会議のどの議事録でも発言者名が匿名になっている。

保障する上での不都合や、重要なのはだれが発言したかではなく、何がどのように審議されたかであるというような観点からの反対意見も出され」たことを報告し、法制審議会会長は、他の部会では議事録の顕名化を求める特段の意見がなかったことを報告した上で、議事録の顕名化について議場に諮ったところ、この会議でも意見が出なかったので、刑事法（ハイテク犯罪関係）部会においてそのような意見があったということを総会として認識するにとどめるという態度が採られた⁴⁷⁾。その後も、法制審議会の各部会では、依然として発言者名を匿名にした議事録の作成がなされた⁴⁸⁾。

2006（平成18）年10月3日開催の法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第1回会議において、弁護士の委員から、発言者名を顕名にすべきだとの意見が出された。その理由として、他の政府の審議会の多くで発言者名を顕名にして審議録が公開されていることと、情報公開の流れから、匿名での議事録の公開では非常に不十分であることが挙げられた⁴⁹⁾。これに対して、法務省担当官が、議事録の作成方法についての経緯と現状を説明し、法制審議会第124回会議及び第141回会議での議論を紹介して「総会としては刑事法部会でそのような意見〔引用者注：顕名にすべきだという意見〕があったということを認識するにとどめ」「従来どおりの議事録の取扱いとすることが確認された」とし、「幾つかの刑事法部会」においても「同様の問題提起」があったが、「これまでの経過に照らし」「特段の対応をとることなく現在に至ってい」と述べた⁵⁰⁾。それを受けて、議長が、この部会でも従前どおりの

47) 法制審議会第141回会議議事録。

48) 2003（平成15）年9月10日以降2006（平成18）年10月3日以前の時期に第1回が開催された法制審議会の部会で、法務省のウェブサイト上で議事録を閲覧することのできたものは、年代順に、不動産登記法部会（2003（平成15）年10月3日～2003（平成15）年11月26日）、動産・債権担保法制部会（2003（平成15）年10月15日～2004（平成16）年8月24日）、人名用漢字部会（2004（平成16）年3月26日～2004（平成16）年8月25日）、保証制度部会（2004（平成16）年3月29日～2004（平成16）年8月3日）、国際扶養条約部会（2004（平成16）年5月25日～2008（平成20）年1月15日）、戸籍法部会（2005（平成17）年11月1日～2006（平成18）年12月19日）、電子債権法部会（2006（平成18）年2月28日～2007（平成19）年1月16日）であり、これらの会議のどの議事録でも発言者名が匿名になっている。

49) 法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録4頁。

取扱いをさせてほしいと述べたが⁵¹⁾、意見がないので、匿名で議事録を作成することとなった。

2007（平成19）年12月13日開催の法制審議会少年法（犯罪被害者関係）部会第1回会議において、ある委員から、議事録では発言者を顕名にすべきだという意見が出された⁵²⁾。これに対して、法務省担当官が議事録の作成方法についての経緯と現状を説明し、総会において「部会での議論内容、他の部会において当初の要望が特に認められないことなどが勘案された結果、総会としては刑事法部会でそのような意見〔引用者注：顕名にすべきだという意見〕があったということを認識するにとどめることとされ、従来どおりの議事録の取扱いとすることが確認されており」「その後、幾つかの刑事法部会」についても「同様の問題提起」があったが、「これまでの経過等に照らし、特段の対応が取られることなく現在に至っている」と述べた⁵³⁾。これに対して、先の委員は、個々の部会で決定すべきではないかとの意見を述べた。ところが、法務省担当官は、法制審議会令9条において、審議会の議事及び部会に関し必要な事項は審議会が定めると規定されているので、議事録の作成方法は法制審議会総会の決定事項であり、特定の部会で、その部会独自の判断で総会の意思決定と異なる議事録の作成を行うことは困難だと述べた⁵⁴⁾。先の委員は、顕名にすべきだという意見を持つ委員がいることを総会に報告してほしいと述べて、それは了承された⁵⁵⁾。結局、少年法（犯罪被害者関係）部会の議事録は、発言者を匿名にして作成された。

このように、法制審議会の総会や部会の議事録の顕名化はなかなか進まな

50) 法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録5頁。

51) 法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録5頁。

52) この人物が、前述の法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第1回会議で同趣旨を発言した弁護士委員と同一人物が否かは不明だが、「前回も同じようなことを申し上げているのですけれども」と法制審議会少年法（犯罪被害者関係）部会第1回会議で述べていることから、同一人物の可能性が高い。法制審議会少年法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録8頁。

53) 法制審議会少年法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録9頁。

54) 法制審議会少年法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録9頁。

55) 法制審議会少年法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録9頁。

かったが、2008（平成20）年3月7日に鳩山邦夫法務大臣が記者会見で、「成年年齢の審議については国民的な大議論が展開されているから、発言者名を一律に非公開としている現在の取扱いについて、審議の課題によってはこれを公にすることができないものか、法制審議会で慎重に議論してほしい。」旨の発言を行った⁵⁶⁾。

2008（平成20）年3月11日開催の法制審議会民法成年年齢部会第1回会議では、鎌田薫部会長が鳩山法相発言を紹介した後、発言者名の顕名化の可否について諮ったところ、岡田ヒロミ委員（消費生活専門相談員）が、「自分の発言に責任を持つという意味でも、名前を出すべき」だと発言し、異論はなく、鎌田部会長が「発言者の氏名を明らかにするのが相当」だと取りまとめ、「総会でご検討される場合には、当部会の委員の意見も参考にしていたきたい」と述べ、同部会の議事録は顕名化された。

これを受けて、2008（平成20）年3月26日に開催された法制審議会第156回会議では、法制審議会における議事録の作成方法等、特に、発言者名の顕名化の可否について審議がなされた。まず、法務省担当官は、法制審議会及びその部会での議事録の作成方法についての経緯と現状を説明した後で、法制審議会以外の審議会では、総会に当たる会議では顕名の議事録を作成しているところが多いことと、総会では顕名でありながら、部会等の下部機関や分科会、ワーキンググループは非顕名としているものがあることを指摘した⁵⁷⁾。

ある委員（会長だと思われる）は、どのような専門分野ないし立場の者が、どういう発言をしたかということを議事録で公開することにより、国民的な議論が活発になると思われるから、発言者名を明らかにする方がよいと述べた⁵⁸⁾。

総会と部会とでは事情が異なるという指摘があり⁵⁹⁾、これを踏まえて、総

56) 法制審議会第156回会議議事録2頁。

57) 法制審議会第156回会議議事録1-4頁。

58) 法制審議会第156回会議議事録5-6頁。

59) 法制審議会第156回会議議事録6頁。

会は原則として顕名とし、部会は原則として非顕名にすべきだとの意見も出された⁶⁰⁾。

また、自由闊達な議論のためには非顕名にすべきだとの意見があった。この委員は非顕名にすべき理由として、次の三点を挙げる。第一に、特に、刑事法の審議においては、処罰する国家権力と処罰される個人のどちらに重点を置くかについて利害対立が激しいために、発言者名を明らかにすると、個人攻撃を受けて発言がしにくくなることもある。すなわち、利害対立を伴う厳しい対立状況のもとでの審議事項については顕名主義を採るとマイナス面がある。第二に、発言者が学者の場合には、まだ学説としては未熟だが、議論を深める導火線となるような意見を持っていても、発言者が特定されることで批判されることを恐れて発言しないという萎縮効果も生じうる。第三に、ある団体に属している委員の場合には、その団体の公式な意見と異なることが言いにくいこともあり得る⁶¹⁾。

これに対して、原則として顕名で記録し、人権等の観点から問題となる法案の場合等には、その都度、顕名の可否を議論すればよいとする意見も出された⁶²⁾。

さらに、情報公開の要請については既に法制審議会の議事録が明らかにされていることで十分応えているとし、むしろ、少数意見が十分に取り込まれているかが議会制民主主義の観点から重要であり、顕名にし、かつ、多数決原理を行うと少数者の意見が尊重されないおそれがあるから、部会では顕名の可否は部会長に委ねるべきだとする意見が出された⁶³⁾。これに賛同する委員は、顕名にすると少数者が意見を述べにくくなると補足した⁶⁴⁾。

こうした議論を受けて、議長（会長）が取りまとめを行う。会長は、まず、総会と部会の役割の違いを述べる。すなわち、総会は、法務大臣から諮問を

60) 法制審議会第156回会議事録10頁。

61) 法制審議会第156回会議事録7-9頁。

62) 法制審議会第156回会議事録9-10頁。

63) 法制審議会第156回会議事録14頁。

64) 法制審議会第156回会議事録14頁。

受けて、今後の審議・調査における検討の視点や留意事項について包括的な議論をして、その審議事項の内容に応じた部会を設置する。部会は、諮問事項の審議にふさわしい法律専門家等の委員が、審議事項について専門的ないし技術的検討をし、審議事項を取り巻く利害対立をも踏まえた議論をして、利害調整を尽くした上で、部会案を作成する。その後、総会で部会案の報告がなされ、この総会では、法律専門家のほか各方面の有識者から構成される委員の間で、大所高所に立った、検証的ないし総括的な議論がなされて、部会案の当否を判断して、それを答申という形でまとめる。会長は、この役割の違いから次のことが言えるとする。すなわち、まず、総会では、議事録に発言者名を記載しても審議の充実ないし適正が害されるおそれは少なく、むしろ、これによって議事の透明化が図られ、総会における審議及び答申に対する信頼性の確保につながる。他方、部会においては、審議事項の内容、性質によっては、議事録を顕名にすることによって、自由闊達な議論が阻害されるなど様々な障害が生じうる。そこで、会長は、結論を次のように述べる。

総会については、原則として、発言者名を明らかにした議事録を作成する。但し、会長において、委員の意見を聴いた上で、審議事項の内容、部会の検討状況や報告内容にかんがみて、発言者名を明らかにすることにより自由な議論が妨げられるおそれがあると認める場合には、発言者名を明らかにしない議事録を作成することができる。

部会については、審議事項ごとに、その部会の部会長において、部会委員の意見を聴いたうえで、審議事項の内容、発言者名を明らかにすることによって自由な議論が妨げられるおそれの程度、審議過程の透明化という公益的要請等を考慮し、発言者名を明らかにした議事録を作成することができるという範囲で議事録を顕名とする。

顕名にするか否かは、以上の点を考慮して会長又は部会長が判断することし、多数決で決定することはしない⁶⁵⁾。

65) 法制審議会第156回会議議事録15-16頁。

微妙な表現であり、総会と部会の取扱いの差異が必ずしも判然としないが、この会長の発言を受けての他の委員の発言から推測すると、総会は原則として顕名であるのに対し、部会是非顕名が原則で、上記の諸要件を充たす場合には顕名とするという趣旨であろう。

法制審議会第156回会議では、上記の会長の提案について採決はされなかったが、異議がなかったので、その提案に従って運用することが決定された⁶⁶⁾。

法制審議会157回会議（2008（平成20）年3月26日）以降、2011（平成23）年3月末日まで、総会では上記の手續に従った上で、発言者顕名の議事録が作成されている。部会についても、同様に上記の手續に従った上で、結果として、民事法系の部会の全てで顕名の議事録が作成されている⁶⁷⁾。他方、刑事法系の部会でこの期間に第1回が開催された部会としては、刑事法（公訴時効関係）部会があり、その第1回（2009（平成21）年11月16日開催）で、上記の手續に従って、顕名にするか否かの議論がなされた。一方では、顕名に賛成の意見があり、その論者は、その理由として、公訴時効制度のあり方を見直すことについては全国民が大変関心を持つテーマであるから、顕名にした議事録を公開して、国民に情報提供することが求められていると述べた⁶⁸⁾。他方で、顕名に反対の意見が多く出された。その理由として、次のような理由が挙げられた。ある委員は、刑事法部会は、国家刑罰権力の行使やその作動過程に深く関わる事柄を審議しており、このような審議事項は民事法の領域に比べて強い関心を引き、不穏当な言動で、異なった考えを誹謗中

66) 法制審議会第156回会議議事録18頁。

67) 156回会議前から顕名の議事録が作成されていた民法成年年齢部会のほかに、法制審議会156回会議の開催日（2008（平成20）年3月26日）以降に第1回が開催された部会としては、主権免除法制部会（第1回は2008（平成20）年9月26日）、国際裁判管轄法制部会（第1回は2008（平成20）年10月17日）、非訟事件手続法・家事審判法部会（第1回は2009（平成21）年3月13日）、民法（債権関係）部会（第1回は2009（平成21）年11月24日）、児童虐待防止関連親権制度部会（第1回は2010（平成22）年3月25日）、会社法制部会（第1回は2010（平成22）年4月28日）があり、その全てにおいて顕名の議事録が作成されており、この点について部会委員の間からは異議が出されていない。

68) 法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会第1回会議議事録2頁。

傷するような事態がないわけではないから、自由な議論が妨げられることがないように非顕名にすべきだという理由を述べる。この委員は、審議過程の透明化という観点から審議の内容を公開すべきだという要請は極めて重要だが、誰が何を言ったかではなく、どのような事柄についてどのような議論がなされたかということが議事録で公開されれば、審議過程の透明化の目的は十分達せられるとする⁶⁹⁾。また、別の委員は、この委員の発言に補足して、公訴時効はかなり利害の対立する分野の問題だから、議事録を顕名で公開すると、意見を述べるときに自由に発言することが妨げられるおそれがあるとして顕名に反対する⁷⁰⁾。部会長は、審議過程の透明化という目的は、議事録の公開によって相当程度達せられるだろうとし、委員の中に消極論がある中で、それにもかかわらず、強いて発言者名を明らかにした議事録を作成するという取り扱いをすることは躊躇せざるを得ないと述べ、発言者名を明らかにしない形で議事録を作成する取扱いとしたいと述べた。その結果、この部会の議事録は非顕名で作成されることとなった⁷¹⁾。

4. 公文書管理法制定以降

法制審議会の議事録作成を顕名にするか否かの手続について、大きな影響を与えたのは「公文書等の管理に関する法律（以下「公文書管理法」という。）」（2009（平成21）年7月1日公布、2011（平成23）年4月1日施行）及びその運用手続である。公文書管理法は、「公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源として、主権者である国民が主体的に利用し得るものであることにかんがみ、国民主権の理念にのっとり、公文書等の管理に関する基本的事項を定めること等により、行政文書等の適正な管理、歴史公文書等の適切な保存及び利用等を図り、もって行政が適正かつ効率的に運営されるようにするとともに、国及び独立行政法人等の有するその諸活動を

69) 法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会第1回会議事録3頁。

70) 法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会第1回会議事録3頁。

71) 法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会第1回会議事録3-4頁。

現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすることを目的とする」(同法1条)。同法4条は、「行政機関の職員は、第1条の目的の達成に資するため、当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう、処理に係る事案が軽微なものである場合を除き、次に掲げる事項その他の事項について、文書を作成しなければならない。」とし、同条1号で「法令の制定又は改廃及びその経緯」を挙げる。

これに基づき、法制審議会及び同部会の審議については、公文書管理法4条1号を根拠として議事録を作成しなければならないこととなった。

公文書管理法5条1項は、公文書の保存期間を設定すべき旨を規定し、これを受けて、公文書等の管理に関する法律施行令8条2項は、同施行令別表に行政文書の区分ごとに保存期間を定めた旨を規定し、同施行令別表第1は、「法律、政令、内閣官房令、省令その他の規則に関する次に掲げる文書」として「イ 立案基礎文書並びに立案の検討に関する審議会等文書及び調査研究文書」の保存期間を30年とする。

これに基づき、法制審議会及び同部会の審議の議事録の保存期間は、公文書管理法施行令別表第1により30年とされる。

公文書管理法10条1項は「行政機関の長は、行政文書の管理が第4条から前条までの規定に基づき適正に行われることを確保するため、行政文書の管理に関する定め(以下「行政文書管理規則」という。)を設けなければならない。」と規定する。そして、同条2項は「行政文書管理規則には、行政文書に関する次に掲げる事項を記載しなければならない。」として、「一 作成に関する事項。二 整理に関する事項。三 保存に関する事項。四 行政文書ファイル管理簿に関する事項。五 移管又は廃棄に関する事項。六 管理状況の報告に関する事項。七 その他政令で定める事項。」を記載すべき事項として挙げる。

公文書管理法10条1項の規定に基づく行政文書管理規則を制定する際の指針として、「行政文書の管理に関するガイドライン」が内閣総理大臣決定と

して、公文書等の管理に関する法律の施行日に合わせて2011（平成23）年4月1日付で出された。同ガイドラインの「第3 作成」には次のような規定がある（「法」とは公文書管理法を指す。）。

「1 文書主義の原則

職員は、文書管理者の指示に従い、法第4条の規定に基づき、法第1条の目的の達成に資するため、〇〇省における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに〇〇省の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう、処理に係る事案が軽微なものである場合を除き、文書を作成しなければならない。

2 別表第1の業務に係る文書作成

(1) 別表第1に掲げられた業務については、当該業務の経緯に応じ、同表の行政文書の類型を参酌して、文書を作成するものとする。（以下、略）」

この「別表第1の業務に係る文書」には、前述のように、法制審議会総会及び同部会の審議議事録が含まれるが、同ガイドラインは、《留意事項》として、〈別表第1の業務に係る文書作成〉を挙げ、そこに「審議会等や懇談会等については、法第1条の目的の達成に資するため、当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう、開催日時、開催場所、出席者、議題、発言者及び発言内容を記載した議事の記録を作成するものとする。」と記している〔以上、傍線は筆者による〕。

ガイドラインには法的拘束力はないが、上記《留意事項》に「審議会等や懇談会等については、……発言者及び発言内容を記載した議事の記録を作成するものとする。」と書かれていることが、同ガイドライン決定後に開催された法制審議会総会及び同部会の審議議事録の作成に影響することとなった。

同ガイドライン決定後に開催された最初の法制審議会総会である、法制審議会第165回会議（2011（平成23）年6月6日開催）では、事務局の関関係

官は、同年4月1日に公文書管理法が施行されたことに伴い、「行政文書の管理に関するガイドライン」が決定され、審議会の議事録については発言者名を記載した議事録を作成する必要があるとされたことから、今後は、法制審議会総会・部会のいずれについても発言者名を記載した議事録を作成すべきであり、そのように作成することになると述べた。その上で、関係官は、同ガイドラインでは議事録をそのまま公開することまでは必要とされておらず、情報公開法等の一部改正法案においても、審議会における発言者名や発言者を特定できる情報については発言者の権利・利益を保護するため、氏名を公にしないことが必要であると認められる場合、率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれがある場合には、不開示情報に該当する場合がありますとされているとし、法制審議会において、発言者名及び発言者を特定できる情報の公開の可否を決することとしてはどうかと述べた。そして、関係官は、具体的には、総会については、原則として発言者名を明らかにした議事録をインターネット上に公開することとし、会長において、委員の意見を聴き、審議事項の内容、部会の検討状況や報告内容、発言者等の権利・利益を保護するため当該氏名を公にしないことの必要性、率直な意見の交換又は意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれの有無等を考慮し、発言者名等を公開するのは相当でないと認める場合には、これを明らかにしないことができることとし、他方、部会については、原則として発言者名を明らかにした議事録を公開することとしつつ、審議事項ごとに、発言者名等を公表するのが相当でないと認める場合には、これを明らかにしないことができることとすることを提案した⁷²⁾。これに対して、同165回会議では、質問も意見も出されなかったもので、上記のような取扱いとすることが決定された⁷³⁾。

関係官は、上記会議で議事録の作成方法とその公開とを区別して論じ、「行政文書の管理に関するガイドライン」は発言者名を記載した議事録を作

72) 法制審議会第165回会議議事録2～3頁。

73) 法制審議会第165回会議議事録3頁。

成することを要求しているが、それを公開することまでは要求していないとし、公開の可否は法制審議会で決すればよいとする。

ここで、関関係官の提案の中で言及された情報公開法について述べておこう。これは、「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」(平成11年法律42号)のことである。同法5条は「行政機関の長は、開示請求があったときは、開示請求に係る行政文書に次の各号に掲げる情報(以下「不開示情報」という。)のいずれかが記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない。」と規定し、同条5号は「国の機関、独立行政法人等、地方公共団体及び地方独立行政法人の内部又は相互間における審議、検討又は協議に関する情報であって、公にすることにより、率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれ、不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれ又は特定の者に不当に利益を与え若しくは不利益を及ぼすおそれがあるもの」と規定する。関関係官の提案の趣旨は、発言者名を明らかにした議事録を作成することをガイドラインの要請に応えるための当然の前提としたうえで、議事録の公開の可否については、発言者名を記載した議事録が「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」5条5号の要件を充たすか否かを考慮して判断すべきだということであろう。

このように、法制審議会第165回総会以降、発言者名を記載した(顕名の)議事録を原則として作成し、議事録の公開の可否については各総会・部会ごとに判断されることとなったが、実際には、同総会以降の総会、及び、同総会以降に第1回が開催された法制審議会の部会の全てにおいて、発言者名を記載した議事録が作成され、かつ、そのような議事録が法務省のウェブサイト上に公開されている。

法制審議会第156回会議では、前述のように、「顕名にし、かつ、多数決原理を行うと少数者の意見が尊重されないおそれがある」とか、「顕名にすると少数者が意見を述べにくくなる」などといった意見が出たが、法制審議会第165回会議(2011(平成23)年6月6日開催)以降、刑事法関係の部会では、発言者名を記載した議事録が作成されるようになったものの、従前と同様に

多数決による採決が行われている。但し、賛成と反対の数は記録され、公開されているが、賛成者・反対者の氏名は公開されていない（議事録の記載内容からは記録もされていないように推測できる）。⁷⁴⁾

Ⅳ 法制審議会民法関係部会の構成

ここで、法制審議会の民法関係部会のメンバー構成の変遷を見ておこう。ここでは、部会長を民法学者が務めているものを、便宜上、民法関係部会と定義しておく。また、メンバーとは、部会長、委員、幹事を指す。関係官として官僚が出席する場合があるが、それはここでいうメンバーには含まれない。過去の法制審議会民法関係部会のうち、メンバーの名簿が入手可能なものに限定して見てみよう⁷⁵⁾。すなわち、ここでは、民法部会（1958（昭和33）年4月30日時点。「1958」と略記）⁷⁶⁾、民法部会（1972（昭和47）年6月14日時点。「1972」と略記）⁷⁷⁾、民法成年年齢部会（2008（平成20）年4月15日時点。「2008」と略記）、民法（債権関係）部会（2009（平成21）年11月24日時点。「2009」と略記）、児童虐待防止関連親権制度部会（2010（平成22）年10月1日時点。「2010」と略記）、被災関連借地借家・建物区分所有法制部会（2012（平成24）年11月16日時点。「2012」と略記）、民法（相続関係）部会（2017（平成29）年10月17日時点。「2017」と略記）、信託法部会（2018（平成30）年9月18日時点。「2018a」と略記）、特別養子制度部会（2018（平成30）年10月23日時点、「2018b」と略記）、戸籍法部会（2018（平成30）年12

74) 法制審議会刑事法（自動車運転に係る死傷事犯関係）部会第7回会議（2013（平成25）年2月13日）議事録31頁、法制審議会少年法部会第4回会議（2013（平成25）年1月28日）議事録9-10頁、法制審議会刑事法（裁判員制度関係）部会第5回会議（2014（平成26）年2月26日）議事録3頁、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第7回会議（2016（平成28）年6月16日）議事録16頁参照。

75) 以下、2008年以降の部会のメンバーについては、法務省のウェブサイト（<http://www.moj.go.jp/index.html>）を参照した。

76) 資料1959・61-62頁参照。

77) 資料1972・20-21頁参照。

月7日時点。「2018c」と略記)、民法(親子法制)部会(2020(令和2)年2月25日時点。「2020a」と略記)、民法・不動産登記法部会(2020(令和2)年6月1日時点。「2020b」と略記)を時系列順に図表化して比較してみよう。

以下の表で「裁判官・法務官僚等」には内閣法制局の職員を含む。非営利法人の関係者は「経済界」には含まれず、「その他法人」に含まれる。「消費者関係」とは消費者保護を目的とした団体の関係者を指し、「労働者関係」とは労働組合等、労働者保護を目的とした団体の関係者を指す。

	1958	1972	2008	2009	2010	2012	2017
総数	57	33	25	38	25	26	30
学者	22	19	7	19	8	10	13
比率	38.60%	57.58%	28.00%	50.00%	32%	38.46%	43.33%
裁判官・法務官僚等	19	8	8	10	9	6	10
比率	33.30%	24.24%	32.00%	26.32%	36%	23.08%	33.33%
その他官僚	2	0	0	0	2	3	0
比率	3.51%	0%	0.00%	0%	8%	11.54%	0%
弁護士	3	3	2	4	3	2	3
比率	5.26%	9.09%	8.00%	10.53%	12%	7.69%	10.00%
税理士	0	0	0	0	0	0	1
比率	0%	0%	0%	0%	0%	0%	3%
経済界	11	3	4	3	0	1	1
比率	19.30%	9.09%	16.00%	7.89%	0%	4%	3.33%
消費者関係	0	0	1	1	0	2	1
比率	0%	0%	4.00%	2.63%	0%	7.69%	3.33%
労働者関係	0	0	2	1	1	1	1
比率	0%	0%	8.00%	2.63%	4%	3.85%	3.33%
教育者(大学外)	0	0	1	0	1	0	0
比率	0%	0%	4.00%	0%	4%	0%	0%

	2018a	2018b	2018c	2020a	2020b
総数	28	26	24	27	33
学者	13	10	10	10	13
比率	46.43%	38.46%	41.67%	37.04%	39%
裁判官・法務官僚等	6	8	7	9	11
比率	21.43%	30.77%	29.17%	33.33%	33%
その他官僚	2	3	4	2	0
比率	7.14%	12%	3.23%	7%	0%
弁護士	3	2	2	3	3
比率	10.71%	7.69%	6.45%	11.11%	9%
司法書士・公証人等	0	0	1	0	2
比率	0%	0%	42%	0%	6%
経済界	2	0	0	0	2
比率	7.14%	0.00%	0.00%	0.00%	6%
消費者関係	0	1	1	1	0
比率	0%	4%	4.17%	3.70%	0%
労働者関係	1	1	1	1	0
比率	4%	4%	4.17%	3.70%	0%
教育者(大学外)	0	0	0	0	0
比率	0%	0%	0.00%	0%	0%
その他法人関係	1	1	2	1	2
比率	3.57%	3.85%	8.33%	3.70%	6.06%

前述のように、2000（平成12）年5月31日の政令229号、及び、同年6月7日の政令305号によって法制審議会令が改正される前は、民法部会は常設の部会で、それ以降は具体的な諮問事項ごとに関連する民法関係部会が設置されている。前掲表では、1972年までが常設の民法部会時代のものである。数値は時代によっても、扱う諮問事項によっても異なるが、民法関係部会の

委員・幹事のうち、学者の比率と裁判官・法務官僚等の比率が概ね拮抗していることが分かる。そして、「その他官僚」「弁護士」「経済界関係者」がそれぞれ一定の割合を占めている。後述するように、法制審議会やその部会においては、関係官の出席が制度上認められており、実際に数名の関係官が出席している。この関係官を含めると、裁判官・法務官僚の人数が学者の人数を上回る場合が少なくない。

V 民法関係部会の審議における課題

以下では、民法関係部会のうち、民法（債権関係）部会の会議議事録・部会資料を参照して、審議方法の特徴を述べ、そこから浮かび上がる課題について述べておこう。民法（債権関係）部会を取り上げるのは、多くの民法関係部会のうち、この部会が6年間という長期間にわたり、民法の債権関係の規定全般について詳細な議論を重ねた重要な部会であったからである。

審議方法の特徴としては、事務局主導型であることと、コンセンサス方式であることが挙げられる。この二つの特徴に着目して、それぞれを取り巻く課題について述べる。

1. 事務局主導型

法制審議会令8条は、「審議会の庶務は、法務省大臣官房司法法制部司法法制課において処理する。」と規定する。これに基づき、「委員等の任免事務手続、会議の開催手続、会議資料及び議事録の配布、法制審議会ホームページの管理」は法務省大臣官房司法法制部司法法制課が処理することとされている⁷⁸⁾。また、法制審議会令5条1項は、「審議会に幹事を置くことができる。」と規定し、同条3項は、「幹事は、審議会の所掌事務について、委員及び臨時委員を補佐する。」と規定する。そして、幹事の職務内容については、「諮問事項ごとに審議資料の収集・検討・作成等基礎的な調査、審議すべき問題

78) 桑原2014・49頁。

点の整理及び参考案の作成等をし、また、総会の会議において部会長の補佐として部会の審議内容の説明をする等専ら審議の実質的内容に係る事項を担当する」ことと「委員、幹事の任免手続、会議の開催手続等事務的な事項を担当する」ことだと説明される⁷⁹⁾。民法関係部会の幹事には学者も含まれているが、Ⅳで見たように多くの法務官僚が含まれており、立法に専従できる法務官僚が資料作成を実質的に担っていると考えられる。法制審議会民法関係部会では、法務省の担当官が、会議に先立って、部会資料を配布する⁸⁰⁾。もっとも、部会資料の中の「比較法資料」のうち、既成の訳のない外国法については翻訳を複数の学者が担当している⁸¹⁾ことから、これらの学者が比較法の調査に関与していることが推認される。第1回会議で鎌田薫部会長が「法制審議会の特色は、事務局が原案をつくって皆さんご承認いただくという方式ではないところにあります」と述べている⁸²⁾が、中間試案にしろ、要綱仮案にしろ、さらにそれらの原案にしろ、事務局が原案を作成していることは明らかである。

個々の条文の改正案を検討するに当たって、まず、法務省の担当事務局が「部会資料」を準備し、担当官がその概要を説明した後、それに対する質問や意見を各委員・幹事が提出するという方式で議事が進められている。担当官が部会の幹事ではない場合であっても、法制審議会議事規則5条1項（「審議会がその調査審議に関係があると認めた者は、会議に出席し、審議の参考に供するため、議事に関して、説明をし、又は意見を述べることができる。」）及び同7条1項（「部会の議事については、第1条から前条までの規定を準用する。」）に基づいて、「関係官」として会議に出席して説明し、意見を述べる事が認められている。つまり、法務省の担当事務局は、委員や幹事以外の官僚も、関係官として会議に出席させることができるから、人数の上で

79) 桑原2014・44-45頁。

80) 第1回会議議事録32-36頁。

81) 二、三、例を挙げると、部会資料5-2、19-2、20-2等に訳者の氏名と所属が記されている。

82) 第1回会議議事録34頁。

も優位に立つことができる。そして、ある条文ないし制度に関する事務局案について提出された意見を基に、次にその条文ないし制度を取り扱う会議日に、前回の事務局案の修正案を事務局が準備し、今度はそれを基に議論を行い、さらに修正を重ねる、という風に改正案が練り上げられていく。

このように、事務局が提出する部会資料に各委員が意見をぶつけるという一対多の議論となるような構造の会議になっている⁸³⁾。したがって、例えば、第81回会議では、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志の提出した『『事情変更の法理』及び『不安の抗弁権』に関する意見』が資料として提供され、その資料では不安の抗弁権に関する条項案も提示されていたが、それについてはほとんど議論されることもなく、むしろ、事務局提案の条文案をめぐって議論が展開されている。まさに、法務省の担当事務局が議論の主導権を握っているといえる⁸⁴⁾。

また、法制審議会の民法部会の審議では、基本的な方針だけが決められ、具体的な法案の文言をどうするかについては、事務局に委ねられている⁸⁵⁾。議事録を作成するのも事務局の仕事であるが、単に会議のテープ起こし(文章化)をするだけでなく、活字で読める文章となるように事務局が修正を加える。その際に、文言等の修正がなされる可能性があり、それによって審議内容を一定程度コントロールすることも可能である⁸⁶⁾。さらに、事務局が作成した資料を基に審議がなされているので、この資料の取捨選択によって議

83) 大田1997・16頁は、(法制審議会とは別の)審議会に参加した経験から、「委員同士がお互いに直接討論しない仕組みになっている。みな事務局に向かって発言する。双方向ではなく、カナメの事務局に向かって扇状に意見が出されるのである。これでは、激論にはなりようがない。」と述べる。

84) 金子1985・144頁は、「わが国の審議会は、独自の事務局はきわめて少なく、……審議会が附属する行政庁の事務局が審議会の事務を処理するか、審議会に事務局が存する場合でも当該行政庁の職員が事務局を構成している場合が多い。」とし、「したがって、行政庁は、自らの恣意的判断による情報・資料の提供を媒介として審議会をコントロールし、容易に御用機関にすることが可能となる。」と述べる。

85) 金山2011・103-104頁。

86) 森田2006・136-139頁。これに対し、金山2011・103頁は、「担当官による『改ざん』の疑いを避けるためにも、審議内容はフルテキストで公表すべきだと考える。」と主張する。

論を事務局が一定の方向へと誘導することが事実上可能になっている⁸⁷⁾。

このような事務局主導の方式は民法（債権関係）部会から始まったものではない。少なくとも、2001年に中間法人法の立法を検討した法制審議会法人制度部会において、司会者と思われる者が「では、御意見を踏まえて、もう一度機会がございますので事務当局で検討していただきます。」と発言している⁸⁸⁾ところから、当時、既に法務省の担当事務局主導で審議が進められていたことが窺われる。一般論として、原案を執筆・提出する側が有利に事を運ぶことができる⁸⁹⁾。

前述のように、1965年の座談会「立法のあり方」で我妻栄や加藤一郎は、事務局主導を批判したが⁹⁰⁾、彼らの批判は全く顧みられていないのが現状である。また、星野英一は、学者委員が、担当官が起草する中間報告や要綱試案の原案等に対して意見を述べるだけでなく、対案を文書で出すべきだと述べ、自分もそのようにしてきたと語るが⁹¹⁾、法制審議会やその部会の委員である学者は、他に本務を持っているから、このような行動には限界がある。

87) 加藤2011・18-20頁、123頁、286-288頁。加藤2015・66-67頁。深谷2020・155頁。金子1985・144-145頁は、この点につき、「行政庁は審議会に諮問したならば、情報・資料の提供は行政庁の主観的な判断によるべきではなく、審議会が要求した場合はもちろん、そうでない場合でも審議に必要な手持ちの、あるいは入手可能な情報・資料を隠さず提供する義務があると解される。」と論ずる。

88) 法制審議会法人制度部会第1回会議事録10頁。当時の議事録は匿名で記載されているので、発言者は不明であるが、発言の仕方から、この発言者は司会者だと推定できる。

89) 大田1997・18頁は、「一般に、どちらが原案を執筆するかで、力関係が決まる。報告書作成にあたっては、常に、フロッピーディスクを持っている人が一番強い。」と指摘する。また、萩田1969・30頁は、「政府側の職員が、前記のように、答申案の下案を作成することになるので、政府側の意向が強く反映することになる。」と述べる。この大田や萩田の指摘は法制審議会とは別の審議会についての指摘だが、討論やメンバーの関係性の構造は似ている。金子1985・146頁も、「実際の執筆には事務局職員があたり、委員長、起草委員（会）がそれを審査し、加筆・修正することが多い。いずれにしても、答申案作成における事務局の影響力は、きわめて強く、これが、前述したように事務局が審議会独自の事務局でないこととあいまって、審議会の御用機関化の原因であると批判されるところとなっている。」と述べている。金子の指摘は審議会一般についての指摘であるが、法制審議会にも当てはまると言えるのではないだろうか。

90) 我妻栄発言（座談会1965・25頁）。加藤一郎発言（座談会1965・25頁）。

91) 星野2006・260頁。

したがって、会議を運営する事務局は必要不可欠である⁹²⁾。事務局が主導権を適正かつ謙抑的に行使するために、具体的にどのような方策が考えられるかは、将来の検討課題としたい。

2. コンセンサス方式

法制審議会民法（債権関係）部会は、第1回（平成21年11月24日）から第99回（平成27年2月10日）まで合計99回開催された。法務省ウェブサイト上の「法制審議会民法（債権関係）部会の審議の進め方について」⁹³⁾によれば、審議の過程は、「第1ステージ 論点整理（部会第1回～部会第26回）」、「第2ステージ 中間試案に向けての審議（部会第30回～部会第71回）」、「第3ステージ 改正要綱案の取りまとめに向けての審議（部会第74回～部会第99回）」の三段階に分けられる。そして、法務省ウェブサイト上の「法制審議会民法（債権関係）部会 審議事項・部会資料・議事録一覧」⁹⁴⁾によれば、「第1ステージ」のうち第1回と第2回は「総論」とされ、第3回～第26回は「第1読会」とされる。その後、「第2ステージ」に進む前に「各種団体からのヒアリング」がなされている。また、「第2ステージ」のうち第30回～第63回及び第72回・第73回は「第2読会」とされ、第64回～第71回は「中間試案」とされている。最後に、「第3ステージ」は「第3読会」と呼ばれている。

中間試案を作成する段階に進む第64回会議で、法務省民事局長である深山委員が、今後、要綱案を取りまとめるためにする審議の方法を次のように述べ、コンセンサス方式を提案した⁹⁵⁾。

「法制審議会令においては、議事は最終的に委員の多数決によって決すると規定されて」いるが、「民事系の法制審の部会においては多数決によることなく、委員・幹事全員の賛同を得て要綱案の取りまとめがされているというのが、

92) 森田2006・54頁。

93) <http://www.moj.go.jp/content/000103339.pdf>

94) <http://www.moj.go.jp/content/001227898.pdf>

95) 第64回会議議事録3-4頁。

これまでの慣例」である。「それぞれの委員・幹事が互いに妥協して、成案を得る方向で議論をするようになるから」「最終的には多数決によることなく要綱案の取りまとめができていたのだろう」。「これまでの多くの民事系の法制審の部会において、多数決といった原始的な方法、プリミティブな方法によることなく、要綱案の決定に至っているということは、民事系の法制審の部会が持っている審議の文化あるいは環境が非常に成熟したものであるということを示しており、私は民事系の部会の誇るべき伝統だと思って」いる。「そこで、今後の当部会の審議に」においても、「個々の論点に」について「妥協し合っていて、コンセンサスの得られる案を形成する努力を是非していただきたい」。

これに対して、松本恒雄委員が次のような質問を行った。

「例えば一つの論点について甲案、乙案、丙案等々とあるという場合に、どれが一番いいですかという意味のコンセンサス」「が取れないという場合に、当該論点については今回は取り上げないという選択肢はあり得ないのか。」「今回、決めることはしないで、今後、継続的に議論するんだという感じの選択肢もあるのではないか⁹⁶⁾。

これに対して、法務省の筒井健夫幹事は、「抽象的に議論するよりも、個々の論点の審議を通じて更に議論を深めていきたい」⁹⁷⁾と答えた。

また、大村敦志幹事は「深山委員の御発言は、法制審の民事系の部会のこれまでの伝統について御確認をされるという趣旨だと思って伺いました。おっしゃるような形でこれまで議論してきたものと私も了解しております。」⁹⁸⁾と述べて、深山委員の提案するコンセンサス方式が従来から民事系の部会で採られてきた方式であることを確認して、今回もその方式に従うことを暗に

96) 第64回会議議事録4-5頁。

97) 第64回会議議事録5頁。

98) 第64回会議議事録5頁。

追認し、それに続けて、「我々は立法できるものはできるだけ立法する、しかし、できないものはできないということでやってきたと認識しております。」⁹⁹⁾と述べて、松本委員の言うように一定の論点についてコンセンサスに達しない場合には当該論点を改正の対象から外すという立法方針を採るべきだと示唆した。

大村幹事の発言後には他のメンバーの意見はなく、深山委員の提案するコンセンサス方式が採用された。このような審議方式が採用された結果、どうなったか。部会資料によれば、次の論点については、コンセンサスを形成することは困難であるため、明文化ないし改正を見送ることとされた。それらは、「法律行為の一部無効」¹⁰⁰⁾、「取消権の行使期間（民法第126条関係）」¹⁰¹⁾、「契約の解釈」¹⁰²⁾、「不安の抗弁権」¹⁰³⁾、「寄託者の損害賠償責任（民法第661条関係）」¹⁰⁴⁾、「契約交渉段階（情報提供義務）」¹⁰⁵⁾、「法律行為（暴利行為が無効になる場合）」¹⁰⁶⁾、「契約交渉段階（契約交渉の不当破棄）」¹⁰⁷⁾、「著しい事情変更による解除」¹⁰⁸⁾である。

しかも、明文化ないし改正を見送ることとしたこれらの論点について、法務省担当事務局が、事前配布の部会資料の中に「取り上げないこととした。」と記載し、そこで改正の対象としないことを事実上決定してしまっている。第1回会議で鎌田薫部会長が「法制審議会の特色は、事務局が原案をつくって皆さんご承認いただくという方式ではないところにあります」と述べたことに明確に反していると言える。この「取り上げないこととした」決定を部会審議で覆すのは、事実上、容易ではない。まさに、事務局主導型なのであ

99) 第64回会議議事録5頁。

100) 部会資料79-3・5頁。

101) 部会資料79-3・5頁。

102) 部会資料80-3・31-32頁。

103) 部会資料80-3・32頁。

104) 部会資料81-3・26頁。

105) 部会資料81-3・30頁。

106) 部会資料82-2・1頁。

107) 部会資料82-2・9頁。

108) 部会資料82-2・9頁。

る。

改正対象から外された上記の論点のうち、「法律行為（暴利行為が無効になる場合）」について、第95回会議¹⁰⁹⁾で、まず山本敬三幹事が、「暴利行為が取り上げられなかったことは非常に残念に思います。……既に判例法としてほぼ確立しているものを明文化することができないというのでは、当初の出発点からしますと、何のための民法改正だったかという思いを禁じ得ないところがあります。』¹¹⁰⁾と異議を唱えた。また、岡正晶委員は、審議方法の問題点も指摘しながら、「暴利行為がこの最終段階で落とされたことについて大変残念でございます。……立法過程で合意を絶対条件としますと、特定の団体に拒否権を与えるようなことになりかねないと思います。今回の暴利行為についてもかなり多数意見が多かった中、少数の強力な反対意見があって合意形成が困難という結論になったように思われますが、これを絶対条件としますと本当に拒否権ということになってしまいますので、それはどうかと思います。』¹¹¹⁾と批判した。

これに対して、法務省担当事務官である筒井幹事は、次のように反論し、これ以降、審議方式に関する議論や暴利行為規定の明文化の是非に関する議論はなされなかった。

「このような合意形成の方式で民法改正を行うことがよいのか悪いのかということ振り返って考え直す機会というのは、もちろんいずれ必要なものかもしれませんが、今はまずは今回の改正をより多くの方の賛同を得ながら取りまとめて、成果に結びつけることが何より重要であると私は思います。ここまで合意形成の方式で、それも単純に賛否が分かれたから見送るというのではなく、できる限り議論を尽くして、できるだけ合意点を見出す努力をするという形で審議を進めてきましたし、そのような形でここまで何とか到達す

109) なお、暴利行為をめぐる、本文中の以下のような議論がされたことについては、桑岡和久教授からご教示を得た。桑岡2019・430頁参照。

110) 第95回会議議事録2頁。

111) 第95回会議議事録4頁。

ることができた、その成果を是非まずは結果に結び付ける必要があるのだろうと思っております。しかる後に民法についての初めての大きな改訂を行ったことを振り返ってどう評価するのかについては、いずれまた検証する機会があってもよいのかもしれませんが、しかし、まずはこの形で何とか成果を得るところまで努力をしていきたいと私は考えております。』¹¹²⁾

このように、筒井幹事は、審議方式の在り方に関する議論はこの場ですべきではなく、今は民法の大改訂という成果を出すことのほうが大事であると述べた。しかし、前述のように、筒井幹事は、第64回会議で、審議方式について松本恒雄委員が質問をして、議論の糸口を開いたときに、「抽象的に議論するよりも、個々の論点の審議を通じて更に議論を深めていきたい」¹¹³⁾と応じて、この議論を打ち切っていたはずである。第64回会議や、少なくとも、「個々の論点の審議」を行った第95回会議で、審議方式について時間をかけて議論すべきだったのではないだろうか。遅くなったとはいえ、第95回会議で折角この審議方式に関する意見が出てきたのに、「更に議論を深め」¹¹⁴⁾ どころか、ここでもそれについての議論がなされないとすると、いつするのだろうか。民法部会が常設の部会ではなくなり、審議事項ごとに招集されるものとなった現在では、審議方式について「いずれまた検証する機会」¹¹⁵⁾ というのは永遠に訪れないと思われる。

本稿のⅡで述べたように、法制審議会令7条2項、同3項により法制審議会及び法制審議会の部会では多数決で採決が行われる旨定められている。しかし、実際には、全会一致でないと採用しないという慣行が採られている¹¹⁶⁾。

112) 第95回会議議事録5頁。

113) 第64回会議議事録5頁。

114) 第64回会議議事録5頁。

115) 第95回会議議事録5頁。

116) 金子1985・146頁は、審議会一般についてのこととして、「答申案の決定（決議）は、現実の運営をみると、申し合わせ・内規等で満場一致形式を定め、そのように努力しているが、法

このような全会一致（コンセンサス）方式という慣行はいつ頃から始まったのだろうか。その時期を特定することは難しい。但し、少なくとも2001年の法制審議会法人制度部会では、例えば、ある提案に関して「特にほかに御意見なければ、そういう線で御意見の一致があったと理解してよろしゅうございますか。」との確認がなされているし¹¹⁷⁾、法人の名称について様々な意見が出されたのに対し、ある委員（おそらく司会者・部会長と思われる）が、「いろいろな過程で、結果的には多数の御意見に沿わない場合もあるかと思いますが、その点は部会長一任ということでお許しいただきたいと思いますが、それでよろしゅうございますか。」と議場に諮り、異論がないので、全会一致で部会長に一任したという形をとって解決を図っている¹¹⁸⁾。したがって、当時、既に全会一致（コンセンサス）方式が採られていたと考えてよいだろう。

では、なぜ、このような全会一致（コンセンサス）方式の慣行が採られるようになったのだろうか。

前述のように、2008（平成20）年3月26日に開催された法制審議会第156回会議では、法制審議会における議事録の作成方法等、特に、発言者名の顕名化の可否について審議がなされた。この会議において、顕名にし、かつ、多数決原理を行うと少数者の意見が尊重されないおそれがあるから、部会では顕名の可否は部会長に委ねるべきだとする意見¹¹⁹⁾や、顕名にすると少数者が意見を述べにくくなるという意見¹²⁰⁾が出された。顕名にして、かつ、多数決原理を行うと、なぜ少数者の意見が尊重されないおそれが出て来るのか、よく分からないが、顕名にすると、少数意見を述べた者が特定され、理

制度的にみると、法令により出席委員の過半数の多数決によることが定められ、これが原則である。」と述べている。実務慣行の叙述に過ぎないと見ることもできるが、コンセンサス方式について消極的な見解を採っているようにも見受けられる。

117) 法制審議会法人制度部会第1回会議議事録14頁。

118) 法制審議会法人制度部会第2回会議議事録4頁。

119) 法制審議会第156回会議議事録14頁。

120) 法制審議会第156回会議議事録14頁。

不尽な批判を世間から受けることになり、意見を述べにくくなるという趣旨であろうか。

刑事法関係の部会では、法制審議会第156回会議以降に開催された刑事法（公訴時効関係）部会第1回会議（2009（平成21）年11月16日開催）で、顕名の可否をめぐる議論がなされ、結局、非顕名で取り扱われることとされている¹²¹⁾。もしかすると、当時までは、刑事法関係の部会では多数決が採られていることが非顕名の取扱いを要請していたのかもしれない。しかし、公文書管理法の制定によって、法制審議会第165回会議（2011（平成23）年6月6日開催）以降、刑事法関係の部会でも、発言者名を記載した議事録が作成されるようになったにもかかわらず、従前と同様に多数決による採決が行われているのだから、議事録の顕名化とコンセンサス方式との間には因果関係があるとは必ずしも言えないだろう。

法制審議会というよりも審議会一般についての指摘として、様々な審議会の座長を務めた経験を持つ行政学者の森田朗は、「規則で定める決定の方法は、多数決が原則である。しかし、審議会が、政治から距離を置いた調整の場として期待されている以上、それが結論を出し、諮問に対する答申を権威あるものにするためには、全員一致であることが望ましい。」¹²²⁾とし、「ルール上は多数決で決定してよいのだが、決裂というしこりの残る決め方ではなく、あくまでも全員一致が望ましい。」¹²³⁾と述べる。コンセンサス方式の目的は、答申の権威を高めることとしこりが残らないようにすることにあるというのである。また、法制審議会民法（債権関係）部会についてコンセンサス方式が採られたことの意義について、山本敬三は、「コンセンサスが十分に得られていない改正をすると、大きな混乱が生ずることが予想されるから、「この『コンセンサス主義』は、国民各層から受け入れられる改正を実現するための方策であって、改正後の混乱を可能なかぎり防ぐという実践

121) 法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会第1回会議議事録3-4頁。

122) 森田2006・9頁。

123) 森田2014・63-64頁。

的意義がある」と述べる¹²⁴⁾。

しかし、民法（債権関係）部会の委員や幹事であった大村敦志や松岡久和、山本敬三らが次のように述べていることから、少なくともこの民法（債権関係）部会においてコンセンサス方式が採られたことは、しこりを残すことになったのではないかと思われる。

大村敦志は、民法（債権関係）部会の審議で、「重要な新提案が次々に姿を消していった」とし、その原因を、コンセンサス方式という審議方式と審議会・部会の構成の組み合わせにあると見る。さらに、その遠因は、1990年代後半に始まる一連の審議会改革にあるとし、法制審議会民法関係部会に関して言えば、三点が重要であるとする。第一に、1997年に成年後見小委員会が設置された際に福祉関係者など利害関係者の委員が選任されたのを皮切りに、利害関係者が委員になるのが常態化したこと、第二に、常設の民法部会が廃止され、必要に応じて検討対象を限定して部会が設置されるようになったことで部会の自律性が低下したこと、第三に、政治的な力が働くことが増えてきたこと、この三点である。そして、第一点に関して、民法（債権関係）部会の学者委員は、各々、個人としての意見を述べているが、利害関係団体から選ばれている委員の中には、事務局が成案を得るために譲歩して修正案を出しても、会議の席上では一切交渉に応ぜず、頑なに反対意見を保持するという使用者型の委員がいて、その存在が会議体としての意義と機能を大きく損なったとする。つまり、こうした使用者型の委員は、関係団体から具体的な指示を受けており、会議の場で交渉し、妥協する権限を持っていないから、背後の関係団体の指示と異なる改正案には反対を貫くことになる。このように、大村はコンセンサス方式についても触れるが、むしろ部会のメンバー構成をより問題視しているように思われる¹²⁵⁾。松岡久和は、奥田昌道との対

124) 山本2017・142頁。

125) 大村2019・275-277頁。ちなみに、アレクサンダー・ダンロップ・リンゼイは、「すこしも同意に到達しようとする意図をもたないで、同意できないということだけを論議しようとしているひとびとの間でとり交わされる、あのふう変りな討論の運び方」を批判している（Lindsay 1929, p39（訳文は、リンゼイ1964・69頁による））。

談の中で、この大村の見解に賛同し、議論を尽くした後の最後の段階では多数決にすべきだと主張している¹²⁶⁾。また、山本敬三は、コンセンサス方式の結果として、「一部でも強い反対がある場合には、実践的に重要かつ必要な制度や規定であっても、明文化が見送られることが少なく」なかったとして、「結果として、今後も解釈にゆだねられ、何が規範なのかが不確かな状態が続くことになってしまうのは」「やはり問題だったといわざるをえない」と述べている¹²⁷⁾。

もっとも、大村自身も、前述のように民法（債権関係）部会第64回会議で、コンセンサス方式を採用することを支持する意見を述べ、その発言が議論を収束させることに寄与したといえる¹²⁸⁾ので、「重要な新提案が次々に姿を消していった」ことに対する責任の一端は免れないだろう。

また、大村が述べる「頑なに反対意見を保持する」態度が採られることの原因として、上記のようなメンバー構成のほかに、議事録が公開されていることも考えられる。この点につき、かつて、星野英一は、「〔審議自体の公開には、多分に疑問がある。ある種の団体や、利益代表的委員の発言が「後にいる人たち」に向かって語ることになるおそれがあるからである。〕¹²⁹⁾と述べていた。また、議事録が公開されるようになった最近の状況を踏まえて、森田朗は、「その委員が、団体の代表として会議に出ている場合には、いうまでもなくその支持団体が後にいる。……委員の発言は、当然、こうした支持者の見解によって拘束され、さらにいえば議論で劣勢になったときなどに後退や裏切りをしないように、監視されてもいるのである。最近の会議公開の要望に従って増えてきた公開の場での議論では、こうした支持者集団の存在は、ときに委員間での弾力的な交渉や、収束を促す妥協を困難にする。」¹³⁰⁾と分析している。

126) 奥田・松岡2014・9頁。

127) 山本2017・142頁。

128) 第64回会議議事録5頁。

129) 星野1999・89頁。

130) 森田2014・32頁。

しかし、公文書管理法が制定・施行されている今となつては、かつて星野が主張したように法制審議会民法関係部会の議事録を非公開とすることは難しい。公文書管理法1条は、同法が「……公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源として、主権者である国民が主体的に利用し得るものであることにかんがみ、国民主権の理念にのっとり」定められた旨を規定しており、この目的を踏まえて「行政文書の管理に関するガイドライン」が設けられ、これらに従って法制審議会及びその部会の議事録は公開すべきものとされているからである。また、実質的にも、特に、民法は、「法概念が複雑に組み合わせられており、技術的な性格が極めて強い」性格を持つゆえに、「国会審議において、実質的な方向性や内容について抜本的で創造的な変更案を可決することは必ずしも容易ではない」ので、「国会審議前の立法過程としての法制審議会の議論こそが」民法改正の「立法内容の骨格を形成する」¹³¹⁾から、法制審議会及びその部会の議事録を公開することは、民主主義の基盤を確立する上で必要不可欠だと考えられるからである¹³²⁾。

大村は、法制審議会のシステム改良の案として、「部会には使者型の委員は入れず（すなわち団体推薦を受けず）、議論をする気がなく意見を言いたいだけの団体に対しては、ヒアリングなどの機会を拡大することによって対応するという方向」か、もしくは「部会は利益調整の場であると割り切って、すべて利益団体の代表によって構成する（学者委員も学会推薦にする、あるいは官制団体である学術会議の推薦にする）」という方向」を提案する¹³³⁾。

この大村案に対する賛否はさておき、そもそも法制審議会令7条2項・3項は、審議会及び部会の議事を出席者の「過半数で決」する旨規定しており、コンセンサス方式には法律上の根拠がない。また、コンセンサス方式は、「民

131) 山田2014・182-183頁。

132) 但し、会議一般の公開が民主主義の基盤確立に必要不可欠という趣旨ではない。例えば、公共性の弱い私的団体については、非公開の会議を開く権利が、憲法21条の「結社の自由」の一内容として保障されていると考えられる（内野2005・138-139頁参照）。

133) 大村2019・276-277頁。

民主主義の根幹を支える」¹³⁴⁾ 趣旨に基づくはずの議事録の公開と相俟って、民主主義を損っているようにも思われる。この点について、長谷部恭男は、「単純多数決主義は『可能な限りの少数者が、その者の個人意志と社会秩序の一般意志との相剋に陥らないようにすべきだ』との前提に適う」とし、「決定方式として全会一致を採用すると、ただ1人の反対のみで、残りの大多数のメンバーの意思が覆される。決定によって自身の意思を覆されるメンバーの数を極小化しようとするれば、単純多数決主義が選ばれることになる。」と述べ、コンセンサス方式により少数者の個人意志が優越するおそれを説く¹³⁵⁾。

コンセンサス方式は、少数者に拒否権を与える（少数者の個人意志を優越させる）だけではない。既に民法という法律が存在する状況で、民法に含まれる数々の条文を改正するか否か、改正するとすればどのような規定にするか、が議論の対象となると、コンセンサス（全員の同意）が求められるのは、現状（改正法成立前の現行民法）から他の状態（改正法成立前の現行民法のうち特定の規定が改正された状態）に移行する場合だけであり、特定の規定を改正しないという決定をするためにはコンセンサス（全員の同意）は必要ではない。つまり、現状維持が、他の選択肢（特定の規定を特定の内容に改正すること）よりも有利に扱われている¹³⁶⁾。したがって、コンセンサス方式自体が、制度改革に対する一種のブレーキとして機能しうること留意すべきである。

他方で、ジョン・スチュアート・ミルは、「意見の一致は、対立する意見

134) 公文書管理法1条参照。

135) 注釈憲法2020・737頁。同様に、内野正幸は、コンセンサス方式は、少数者に一種の拒否権を与え、いわば少数決を可能にすると述べる（内野2005・85頁）。なお、長谷部の見解は国会の表決に関する日本国憲法56条の注釈として述べられたものであり、法制審議会及びその部会の審議について述べられたものではないことに留意せよ。国会議員の被選挙権や選出方法等について日本国憲法、及び公職選挙法、国会法等で詳細に定められているように、大村が提案するとおり、法制審議会及びその部会のメンバーの選任のあり方についても検討する必要があるが、本稿ではこの点について詳細な検討を行う余裕がない。

136) 宇佐美2000・17頁参照。

をこの上なく十分にかつ自由に比較した上での一致でない限り望ましくなく、真理のあらゆる側面を認識するという点で、人類が現在よりもはるかに大きな能力を持つようになるまでは、多様性は害悪ではなくむしろ善である」と述べる¹³⁷⁾。同様に、アレクサンダー・ダンロップ・リンゼイは、「満場一致の同意が代表民主主義の理想であるどころか、もし、そのような異論一つない同意が完全な形で与えられでもしたならば、どうしてよいのか途惑ってしまうのが、代表民主主義の本来の姿だと思われる」とし、民主主義は「偽りの満場一致を生み出すことによってひとびとをおとなしくさせておく手段」ではなく、「政治上の民主主義にとって大切なのは、政府の最終決定にたいしてすべてのひとの賛同が得られなければならないということではなくて、各人はその最終決定にたいしてなんらかの形で貢献しているということである」と述べる¹³⁸⁾。ジャン＝ジャック・ルソーは、帝政時代のローマの元老院で全員一致が見られたが、それは皇帝への恐怖とへつらいによるものにすぎなかったと述べ¹³⁹⁾、尾高朝雄はルソーのこの言葉を引用し、ナチス・ドイツの議会や戦時中の日本の翼賛議会において政府の提案が満場一致で承認されたことを公共の福祉に反していたとして批判する¹⁴⁰⁾。このように、自由な意思により熟議を尽すことがなされない状況での、表面的な合意による意思決定の問題点は、古くから様々な論者によって指摘されている。

数名の委員による有力な発言がなされ、会議における議論の流れが一定方向に収斂しつつある状況で、異論を述べることは、日本のように同調圧力が強いと言われている社会では、概して勇気のいることである。コンセンサス方式は、「少数者の個人意志の優越」とは逆に、少数者の意見表明を封じる効果も持ちうるのではないだろうか¹⁴¹⁾。

137) Mill1879, p.101 (訳文は、ミル2020・127頁による)。

138) Lindsay1929, pp.34, 36, 37 (訳文は、リンゼイ1964・61、65、67頁による)。

139) Rousseau1964, Livre IV, Chapitre II, p.439 (ルソー1954・148頁)。

140) 尾高2019・116-117頁。

141) 既に1965年の前掲座談会で、蠟山政道は、審議会で全会一致が原則となると、良い意見があっても排除されてしまい、結局、現状維持又はそれに近い改革に留まるという趣旨の発言をしていた(座談会1965・27頁)。

もつとも、長谷部の言う単純多数決も、決定の方法として問題を含んでいる。法制審議会民法（債権関係）部会の審議では、改正案として、改正しないという現状維持の案を含めて3個以上の案が提示された規定が少なくなる。しかも、審議の過程で、新たな修正案が提示されることも頻繁に行われた。このように、3個以上の選択肢がある場合に、単純多数決を採用したならば、循環が生じ、勝者が定まらないという投票のパラドックス（コンドルセのパラドックス）が生じるし¹⁴²⁾、それを修正するために選択肢の一部の組み合わせだけで二項比較を行う勝ち抜き方式を採用すると、「最後に比較されるものが勝者となる」パラドックス¹⁴³⁾や「全投票者が劣位に置いていたものが勝者となる」劣位勝者のパラドックス¹⁴⁴⁾が生じるからである。

本稿では、法制審議会及びその民法関係部会の審議における決定方法について、具体的にどのような方法が適切かという提言を行う余裕はなく、これは今後の課題とさせていただきたい。但し、法制審議会民法（債権関係）部会第64回会議及び第95回会議において、コンセンサス方式の是非について議論がなされている以上、コンセンサス方式の慣行そのものを見直す時期に来ているのではないかという点は指摘しておきたい。

【文献一覧】

【Lindsay1929】：A.D. Lindsay, *The Essentials of democracy*, Oxford University Press, London, 1929.

【Mill1879】：John Stuart Mill, *On Liberty*, Henry Holt and Company, New York, 1879.

【Rousseau1964】：Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social; ou, Principes du droit politique*, 1762, *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau III, Du Contrat social, Écrits politiques*, Édition Gallimard, Paris, 1964.

【朝日1997】：「社説 名入り議事録で隠れ蓑を脱げ」朝日新聞1997年2月9日付朝刊5頁

【宇佐美2000】：宇佐美誠『社会科学の理論とモデル4 決定』（東京大学出版会、2000年）

【内野2005】：内野正幸『民主制の欠点』（日本評論社、2005年）

【内橋1994】：内橋克人『「共生の大地」第4章『「政策と合意」のはざま』日本経済新聞1994年10月9日付9頁

【遠藤1998】：遠藤 浩「法制審議会について思うこと」ジュリ1147号（1998年）63-65頁

142) 佐伯1980・17-19頁。宇佐美2000・21-22頁。坂井2013・15-20頁。坂井2015・35-42頁。

143) 阪本1998・219頁。宇佐美2000・23頁。

144) 佐伯1980・27-29頁。宇佐美2000・23頁。

- 【大田1997】：大田弘子「審議会の“論争の作法”」書斎の窓1997年3月号16-21頁
- 【大村2019】：大村敦志「Unbuiltの民法学—債権法改正「連戦連敗」の後で」大村敦志『性法・大学・民法学』（有斐閣、2019年）273-279頁（初出、中日民商法研究第14巻（2015年））
- 【大宅1996】：大宅映子「これでいいのか 政府審議会」中央公論1996年3月号50-61頁
- 【岡部1969】：岡部史郎「政策形成における審議会の役割と責任」年報行政研究7号（1969年）1-19頁
- 【萩田1969】：萩田 保「審議会の実態」年報行政研究7号（1969年）21-71頁
- 【奥田・松岡2014】：奥田昌道・松岡久和「[インタビュー] 債権関係規定の見直し—要綱仮案を読んで」法時86巻12号（2014年）4-20頁
- 【尾高2019】：尾高朝雄『国民主権と天皇制』（講談社学術文庫、2019年）（初出、尾高朝雄『国民主権と天皇制』（青林書院、1954年））
- 【加藤2011】：加藤雅信『民法（債権法）改正—民法典はどこにいくのか』（日本評論社、2011年）
- 【加藤2015】：加藤雅信『迫りつつある債権法改正』（信山社、2015年）
- 【金山2011】：金山直樹『法典という近代 装置としての法』（勁草書房、2011年）
- 【金子1985】：金子正史「審議会行政論」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系第7巻』（有斐閣、1985年）113-158頁
- 【河本1998】：河本一郎「法制審議会と商法」ジュリ1147号（1998年）69-71頁
- 【草野1995】：草野 厚「徹底検証 審議会は隠れ蓑である」諸君！1995年7月号98-110頁
- 【桑岡2019】：桑岡和久「債権法改正立法資料集成(2)暴利行為」民商155巻2号（2019年）389-435頁
- 【桑原2014】：桑原康宏「法制審議会の沿革と最近の会議運営について」司法法制部季報135号（2014年）30-72頁
- 【小高1986】：小高 剛「行政手続からみた諮問行政」法時58巻1号（1986年）45-52頁
- 【佐伯1980】：佐伯胖「『きめ方』の論理 社会的決定理論への招待」（東京大学出版会、1980年）
- 【坂井2013】：坂井豊貴『社会的選択理論への招待—投票と多数決の科学—』（日本評論社、2013年）
- 【坂井2015】：坂井豊貴『多数決を疑う 社会的選択理論とは何か』（岩波新書、2015年）
- 【坂本1997】：坂本孝治郎「立法過程」『岩波講座 現代の法3 政治過程と法』（岩波書店、1997年）105-148頁
- 【阪本1998】：阪本昌成『リベラリズム／デモクラシー』（有信堂高文社、1998年）
- 【座談会1959】：「座談会 立法過程における法制審議会の役割」法時30巻7号（1959年）41-60頁
- 【座談会1965】：「座談会 立法のあり方」ジュリ331号（1965年）10-31頁
- 【座談会1972】：「座談会 審議会」ジュリ510号（1972年）34-57頁
- 【座談会1996】：「600号記念座談会 立法のあり方を考える」NBL600号（1996年）13-29頁
- 【座談会1997】：「座談会 立法・立法学の現状と課題（上）（下）」NBL630号6-23頁、631号16-26頁（1997年）
- 【渋谷2017】：渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）
- 【資料1959】：「資料 法制審議会、同部会委員・幹事名一覧」法時30巻7号（1959年）

61-63頁

- 【資料1972】：「資料1 法制審議会・同部会委員名一覧」ジュリ510号（1972年）20-23頁
- 【鈴木1996】：鈴木興太郎「審議会将省益用語の隠れ蓑としないために一三つの改革案」『日本の論点'97』（文藝春秋、1996年）318-321頁
- 【第〇〇回会議議事録】：法制審議会民法（債権関係）部会第〇〇回会議議事録（法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/content/001227898.pdf> に掲載）
- 【注釈憲法2020】：長谷部恭男・川岸令和・駒村圭吾・阪口正二郎・穴戸常寿・土井真一編著『注釈日本国憲法(3)』（有斐閣、2020年）
- 【手島1986】：手島 孝「審議会か新議会か—“審議会政治”の憲法学的考察序説」法時58巻1号（1986年）38-44頁
- 【部会資料】：法制審議会民法（債権関係）部会部会資料（法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/content/001227898.pdf> に掲載）
- 【深谷2020】：深谷 格「日本法における不安の抗弁権の展開と明文化の挫折の検証」同志社法学72巻4号（2020年）107-166頁
- 【福田1998】：福田 平「刑事立法と法制審議会」ジュリ1147号（1998年）66-68頁
- 【福永1995】：福永 宏「審議会では何が行われているのか」週刊東洋経済1995年7月15日号72-75頁
- 【星野1999】：星野英一「法制審議会」星野英一『民法論集第九巻』（有斐閣、1999年）75-93頁（初出、NBL600号（1996年））
- 【星野2006】：星野英一『とりの流れを超えて』（有斐閣、2006年）
- 【松浦1998】：松浦 馨「法制審議会の特質並びに若干の改善私見について」ジュリ1147号（1998年）72-74頁
- 【リンゼイ1964】：A・D・リンゼイ（永岡薫訳）『民主主義の本質』（未来社、1964年）
- 【ルソー1954】：ルソー（桑原武夫・前川貞次郎訳）『社会契約論』（岩波文庫、1954年）
- 【ミル2020】：J.S. ミル（関口正司訳）『自由論』（岩波文庫、2020年）
- 【村上1972】：村上尚文「法制審議会の機構と任務」ジュリ510号（1972年）18-20頁
- 【森田2006】：森田 朗『会議の政治学』（慈学舎出版、2006年）
- 【森田2014】：森田 朗『会議の政治学Ⅱ』（慈学舎出版、2014年）
- 【山田1972】：山田博幸「審議会制度の現状について」ジュリ510号（1972年）14-17頁
- 【山田1998】：山田鎌一「国際私法部会委員 OB として」ジュリ1147号（1998年）75-78頁
- 【山田2014】：山田八千子「民法（債権法）改正過程と立法過程の在り方」井田良・松浦芳博『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（ナカニシヤ出版、2014年）173-198頁
- 【山本2017】：山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（岩波書店、2017年）
- 【和田1986】：和田英夫「議会制民主主義と諮問行政—その歴史と問題点」法時58巻1号（1986年）30-37頁