



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第60巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 60(5)
Issue Date	2010-01-29
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/42611">https://hdl.handle.net/2115/42611</a>
Type	journal
File Information	HLR60-5.pdf



# 北大法学論集

第 60 卷 第 5 号

## 論 説

中世学識法訴訟における職権と当事者（1）

——「効用ある一節（*clausula salutaris*）」についての覚書——

…………… 水 野 浩 二 1

政府の言論と人権理論（1） …………… 金 澤 誠 248[ 1]

リスク社会と民事責任（4・完）

—— フランス HIV 感染事件を中心に ——

…………… 今 野 正 規 194[ 55]

中国の環境アセスメント法制度の構造・運用・効果（3）

—— 日本法との対比で —— …………… 孟 根 巴 根 160[ 89]

詐害行為取消権の理論的再検討（6） …………… 水 野 吉 章 104[145]

2010(平成22)年



# 中世学識法訴訟における職権と当事者（一）

——「効用ある一節（*clausula salutaris*）」についての覚書——

水野 浩 二

## 目 次

- 一章 「パンデクテンの現代的慣用」の議論から——問題の所在
  - 1 フレーズの効果
  - 2 フレーズと職権の関係

3 問題の設定

第二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

第三章 カノン法文献における議論の推移

1 当初の謙抑の評価と一四世紀以降の変化——X.2.10.2

2 訴権の訴訟上の意義と職権の関与——X.2.1.6

(一まで本号)

中世学識法學（中世ローマ法學・カノン（教令）法學）が作り出したローマ・カノン法的訴訟手続——今日の民事訴訟手続の直接の起源——において裁定を行う裁判官、そして当事者たる原告・被告の相互関係はいかなるものだったのだろうか。中世学識法訴訟手続は、基本的に当事者主義に基づくと理解されてきた。しかし複数の先行研究は、職権が手続全体にわたって一定以上の主導的役割を果たしていたことを示唆している。請求の法的根拠付けをどのようなかたちに特定するか（以下「訴えの対象の特定」と記する）に関しても、裁判官の職権は、一定の事例においては訴訟手続を主導する訴権の選択に關して当事者の判断に必ずしも拘束されず介入したとされる。しかし、表層的な制度の紹介を超えた分析はまだ手つかずの領域が多いと言わざるを得ない。<sup>(1)</sup>

筆者はつとに、紛争の事実からいかなる具体的訴権を導き出し「訴えの対象として特定」するかに原告だけではなく被告・裁判官も自らの利害・意図を持つて積極的に関わり得たこと、その結果「訴えの対象の特定」は事例に応じ多様に訴権を選択・組み合わせられていたこと、を論じた。<sup>(2)</sup>「発生した紛争の解決手段としていかなる訴権を選ぶかによって主体の地位の法的把握が決定される。その訴権の選択は原告のみならず被告・裁判官との交渉・駆け引きにより変動しうる」というあり方を「法的関係」と呼ぶとすれば、本研究は、「法的関係」の認識に際して職権の積極的関与を起動させる装置に

ついで検討することになる。<sup>(4)</sup>

## 一章 「パンデクテンの現代的慣用」の議論から——問題の所在

本研究では、中世学識法訴訟手続における職権と当事者の相互関係を、「訴えの対象の特定」に関して検討するための題材として、いわゆる *clausula salutaris* (効用ある一節。以下フレーズと称する) を取り上げる。中世については、先行研究が事実上存在しないため、その点で若干恵まれている。「パンデクテンの現代的慣用」期の議論をまず取り上げ、検討対象と検討方法を設定することにした。但し、本稿はあくまで中世学識法訴訟手続を対象とするものであり、「現代的慣用」の時期について取り上げる先行研究・史料の選択は必ずしも十分な検討の結果ではなく、断片的なものに留まらざるをえない。

先行研究がフレーズに言及する際はしばしば取り上げてきたのが、一七世紀ドイツの「パンデクテンの現代的慣用」の代表的人物であるザミュエル・シユトリユーク (Samuel Stryk<sup>(5)</sup> 一六四〇—一七一〇) の *De clausula salutaris libellorum* (『訴状における *clausula salutaris* について』) という著作である。フレーズについての当時の学説を知る手がかりとして、この著作でのフレーズの位置づけを本研究に關する限りで検討する。フレーズの具体的機能について本格的な検討がこれまでなされてこなかったことに鑑み、やや詳しく論ずることにする。

### 1 フレーズの効果

一 *clausula salutaris* フレーズとはいかなるものか。「第一章 訴状における *clausula salutaris* 一般」(Cap.I De *clausula salutaris libellorum in genere*) の冒頭でシュトリユークは、訴状の最後に以下のフレーズを記すのが慣例としてフレーズを紹介する。

「すでに「訴状中において」請求されたものすべて、または、法あるいは慣習に基づきあらゆるより良き方法によって請求されるべきであったものすべてについて、私(原告)は、法と正義が最大限配慮されるよう上級職権 (*nobile iudicis officium*) に嘆願する」<sup>(6)</sup><sup>(7)</sup>

二 では、このフレーズの効果とはどのようなものか。シュトリユークは「第二章 *clausula salutaris* の効果」(Cap.II De effectu *clausulae salutaris*) をこの問題にあてている。

訴状において重要なのは結論 (*conclusio*) であり、結論とは事実についての申述 (*narratio*) から導かれる訴権ならびに訴訟上の請求のことである。裁判官は原告が記載した結論に従って判断を行わなければならない、いかなる場合であつても原告による請求を外れて原告に有利になるように判断してはならない。しかし従前より、もしフレーズが訴状に記載されている場合には、職権はより自由に判断することができる<sup>(8)</sup>とシュトリユークは述べる<sup>(9)</sup>。以下シュトリユークはフレーズの効果を具体的に説明している。

「裁判官は判決を行う際に、このフレーズの効果により、原告による請求を厳密に考慮する必要はなく、なされたこととの真実だけを考慮すべきである……というのは、そのフレーズを付記した者「原告」は、有益となるべきすべての事柄について裁判官に要求したと考えられるからである……それゆえ訴状は原告の有利になるように解釈され、できる限り有効なものとされねばならない」というのが基本的な考え方である<sup>(10)</sup>。

より具体的には、通常は一般的な訴状は許容されないが、フレーズが付記されている場合は認められる<sup>(11)</sup>。原告がい

かなる訴権を提起したか判然としない場合、あるいは不適切な訴権が提示されている場合には、事実の申述から導かれるすべての、原告にとって有益な訴権が提示されたと考えられる。<sup>(12)</sup>原告が一の訴権を提示した場合でも、事実の申述から導かれるいずれの訴権に基づいても判決は可能である。<sup>(13)</sup>

例えば、本権に基づく訴権 (petitorium) と占有訴権 (possessorium) の双方の可能性がある場合について、証拠調べから根拠付けられる訴権と提示された訴権が異なっただとしても、前者に基づいて判決をすることができ<sup>(14)</sup>る。

最後にシユトリユークはこのように述べている。「事実が非常に複雑であるため、何を特定して請求すべきか、いかなる訴権のフォーミュラを用いるべきか明確にするのが困難な場合には、博士たちによれば、汝の法を失わないように、事実を申述するに留め、最後に以下のように結論せよ。『以上に基づき、裁判官閣下、私は上記センプロニウス(被告)に訴訟を提起し、全てのそして個々の事柄について私に正義がなされるよう請求する』<sup>(15)</sup>。「訴えの対象の特定」を裁判官に完全に委ねることが、フレーズの効果として可能にされていることが読み取れる。

フレーズは、「訴えの対象の特定」即ち請求の法的根拠付けについてのみならず、訴訟上の請求について (Wetzell: System, S.519)、「また訴えの根拠となる事実についてのみ」(Bomdorf, Falk: Prozeßmaximen und Rechtswirksamkeit, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß, Vom gemeinen Recht bis zur ZPO (1971))「職権の大幅な介入を認めるものであったと解される。本稿ではこれらについては取り上げず、「訴えの対象の特定」に検討を限定する。

三 このように「訴えの対象の特定」に当たり職権の強力な介入を認める根拠は何だろうか。シユトリユークはさらに続けてこのように述べている。

「實際、訴権が有効か否か、いかなる訴権が有効かを、裁判官よりよく知り得る者がいるだろうか。法格言によれば『法廷は法を知る』のである。……『もし、ローマ人が用いていた訴権のフォーミュラを復活させるべきだというなら』無知な者たちは、特定の訴権を法廷に提示せずに審理を受けるより、(訴権のフォーミュラの表示を知らないなら)不適切な請求を行って敗訴するほうがよいということになるが、これほど不正義でおかしな考え方があろうか」<sup>(16)</sup>

二で述べたように、フリーズは「訴えの対象の特定」を大幅に職権に委ねるものであった。「法廷は法を知る」(*intra novit curia*)」は、同旨の「汝は私に事実を与えよ、私は汝に法を与えよう」(*da mihi factum, dabo tibi ius*)」と並んで近代的民事訴訟の一つの原則としてあげられるものである。訴えの提起に際し、当事者に法についての知識が必ずしも要求されなくなることになる。

四 このように、いわば後見的な立場から裁判官が「訴えの対象の特定」について積極的な介入を行うとして、その際にはいかなる基準によるとされていたのだろうか。二ですでに「原告に有益な訴権」とされていたが、より具体的にシュトリユークはこのように論じた。

「……裁判官は、原告にとってより良くより有益となるものに基づいて、判決をしなければならぬ。それゆえ、ヴルテイウス「一五五五—一六三四」の以下の注記を、私はよく理解できない。即ち『原告の) 申述に基づくと複数の解決方法がありうる場合には、フリーズの効果は限定されたものであり、より小さくより軽い有責判決をもたらす解決方法または判断に従わねばならない』というのである。というのも、このような効果の制限はこのフリーズの性質に反するものであり、あらゆる博士の同意するところによれば、フリーズは原告の意図を補助すべきものであり、訴状の文言を原告の有利になるように解釈するように、そして緩やかに理解されるように作用せねばならないのである」<sup>(18)</sup>

フリーズの効果について、原告にとって最小限度の解釈を行う「消極説」と原告の利益を最大限に考慮する「積極説」

があつたことになる。シュトリユークは(通説に従つて)「積極説」を採ることを明確に宣言しているのである。

## 2 フレーズと職権の関係

一 さて、フレーズは原告が訴状の末尾に記載するものであり、その意味では原告のイニシアティブに係るものである。それに対して、職権そのものの権能をシュトリユークはどのように捉え、それはフレーズといかなる関係に立つものとして理解していたのか。「第三章 *clausula salutaris* の使用と濫用」(*Cap. III De vsv et abvsv clausulae salutaris*)には、この点に関する詳細な叙述が見られる。

シュトリユークの見解は明確である。裁判官はフレーズによつてできるのと同じことを、補充に関する職権(*officium suppletorium*)によつて行うことができる。<sup>(19)</sup>「というのも、裁判官は「原告が付記した」フレーズの効果により、原告が法と慣習に基づけばより良く適切に請求すべきであったものすべてを補充しなければならないところ、裁判官は「自らの」補充に関する職権の効果により、当事者がより少なく不適切に述べた場合にはそれを追加し、法律と公の法に適合すると知っていることを提出しなければならないのである。それゆえ、このフレーズは、裁判官が補充に関する職権の効果として持つ以上の権能を裁判官に付与するものではないことは明らかである。というのも、双方の意義と効果は一致しているからである」<sup>(20)</sup>としており、フレーズと職権自体の効果が同一であり、原告が訴状にフレーズを記載せずとも、職権は自らのイニシアティブで「訴えの対象の特定」に積極的に介入できるとシュトリユークは論ずる。

ただし、シュトリユークは補充に関する職権の効果はフレーズよりも広範にわたると解している。一例として、職権は原

告だけではなく被告のためにも補充をせねばならない。<sup>(21)</sup>

二 フレーズの記載がなくとも結果が同一ならば、そもそもフレーズの記載は不要ではないかという疑問が生じる。シュトリユークはフレーズの記載は、疑いを少なくするためだという。<sup>(22)</sup>

「しかしして、何のために我々はフレーズを付記するのだろうか。換言すれば、我々の助言や権威のせいでは、誰であれ訴状へのフレーズの付記を怠るようなことは望まないし、このような混乱した時代においてはとりわけそうである。即ち法廷において、強欲な鳥たちの中のように大概のことが引っかけまわされ、その結果三百代言たちはすべてをかっさう機会を決して逃さず、彼らはその際手続を引き伸ばし、きわめて不正な事件についてさえも勝訴判決を獲得することができるのである。実際、多くの争いごとに巻き込まれるよりは、不必要なことであっても怠らないほうが賢い。しかして、もし意に反してこのフレーズを省いてしまったら、その場合は上述の補充に関する職権に立ち戻り、裁判官に以下のように述べるのが有用であろう。『フレーズの記載がなくとも』あなたは、法と慣習に基づけば原告のために、あるいは被告のために請求されたことを補充する義務がある』と。そうしたとしても、この場合に法廷で、少なからざる争いが無益に騒ぎたてられることは避けられないのだけれども<sup>(23)</sup>」

シュトリユークの叙述からは、当時「訴えの対象の特定」への職権自身のイニシアティブによる積極的介入について、そしてそれとの関連でフレーズの機能についてもおそらく議論があったことが読み取れる。<sup>(24)</sup> それゆえに実際の訴訟において疑義が生じ、原告が不利益を被る危険性を回避するために、原告のイニシアティブによる職権の発動の請求<sup>(25)</sup> フレーズの記載を薦めているのである。

3 問題の設定

シュトリユークにおいて「訴えの対象の特定」への職権の介入は、フリーズの使用と関連させられながらかなり積極的に行われうると位置づけられていた。この姿勢は、「パンデクテンの現代的慣用」期のほかの著作にも見て取ることができる。<sup>(26)</sup>

一 この時期、フリーズの使用の可否・効果に関しては多様な考え方が存在した。その一例として、一六世紀後半から一七世紀はじめにおけるドイツの帝国レベルの裁判所規則の動向を取り上げる。<sup>(27)</sup>

「訴えの対象の特定」について、帝室裁判所 (Reichskammergericht = RKG) は原告が自らの請求の法的根拠を訴状に記載することは手続を混乱させるとして否定的で、基本的には事実の提示のみを求め「法廷は法を知る」が行われていたという。<sup>(28)</sup> 一六五四年の帝国最終決定 (Jüngster Reichsabschied = JRA) でも法的主張は排除され、注の形で記載のみが認められたが、実務ではこの規定は徹底せず本文に記載され続けた。他方、帝国宮内法院 (Reichshofrat = RHR) では事実に基づく法的根拠の記載が要求されていた。<sup>(30)</sup>

[以下で用いられる略号] DA = Deputationsabschied, RA = Reichsabschied, VA = Visitationsabschied, KGO = Kammergerichtsordnung

フリーズについては、一五五〇年のVA二三条、一五五一年のRA三二条は訴訟経済の観点からフリーズの効果を認めたが、一五五一年のVA四条にはフリーズの濫用による弊害(裁判官が訴えの内容を明確に理解できないなど)<sup>(31)</sup>

が記録されている。一五五七年のRA三三三条による禁止も実際には徹底されなかった。一六〇〇年のDA三〇条<sup>(33)</sup>で部分的に認められるも、一六一三年のKGOで最終的にその使用は禁止されるにいたった。フレーズによって原告自身ではなく職権による「訴えの対象の特定」が行われ、原告に不利な結果に終わった場合に、原告が職権にすべての責任を押し付けようすることが当時から指摘されていた<sup>(35)</sup>。しかしその後も裁判実務ではフレーズは効力を持ち続け、フレーズを付記することが推奨されていたようである<sup>(36)</sup>。

以上の状況につきボムズドルフは、当初原告の（今日言うところの）処分権主義として捉えられていたフレーズが徐々に消滅していったのは、原告によるフレーズの記載がなくとも職権自体に基づいて補充を行う権能・義務があると考えられるようになったことの表れと解釈している<sup>(37)</sup>。シュトリユークの叙述において、フレーズの効果と職権自体の権能という二つの問題が、明確に区別されながらも密接に関連付けられていることは、この間の事情をよく反映しているといえることができる。

フレーズの使用を禁止した一五五七年のRA三三三条について、シュトリユークは職権の権能を制限するものではないとしている（Cap. III (87)）。「一五五七年の最終決定「RA三三三条」により、この場合におけるフレーズの効果は撤回されたが、補充に関する職権はその影響を受けない、という考えは当該決定に沿うものであることを我々はいずれにしても疑わない。というのも当該決定では、訴状での効用ある一節「フレーズ」を排除した上で、それにもかかわらず以下のように明示して付け加えているからである、『しかし、帝室裁判所裁判官と陪席者は、規則と普通法の規定に基づいて、さらに裁判所の伝統と慣行に従って、すべてについて適切な対応をしなければならない』。普通法という語の下で（普通法において確立されている）補充に関する職権も暗に認められているならば、帝室裁判所は上記職権に基づいて、もし何らかの形で原告の有利

に解釈されうるならば訴訟の訴状を有効なものとして維持する義務がある、と我々は理解する。原告がより長く自らの正当な請求にかかわらずわされることなく、より早く訴訟が終結されるように」<sup>(38)</sup>

二 中世学識法学は、以下論じるようにフレーズをめぐる議論の出発点である。このフレーズは常に同じ機能を果たし、職権は「訴えの対象の特定」において常に同じ意義を認められていたのだろうか。本稿はこの点についての、中世学識法の議論に関する覚書である。

(1) 第一の論点、「フレーズ自体の効果」については、1で述べたように「積極説」と「消極説」があったことが見て取れる。両者をめぐる学説の推移はいかなるものであったのか。

シュトリュークは「あらゆる博士」が「積極説」に同意すると述べている(上記1四)。しかし「パンデクテンの現代的慣用」期にはフレーズについてかなりの議論があったようなので、この点について現時点では確かなことはいえない。例えば帝室裁判所・帝国宮内法院で活動したアンドレアス・ガイル (Andreas Gail<sup>1</sup> 一五二六―一五八七) は以下のように述べ「積極説」を採っている(Practicae observationes (1586): Observatio LXI.) “Et index ex deductis, si sit obscurum, quae actio intentata sit, eam elicere debet quae actori sit omnium vtilissima. Nam in dubio intelligitur intentatum illud remedium, et illa actio, quae melius facto applicari potest, text. in l. si quis intentione, ff. de iud. [D. 5, 1, 66] et in l. inter stipulantem, § 1, ff. de verb. oblig. [D. 45, 1, 83, 1] praesertim si in libello clausulae salutaris sine saluantes adiectae sint: videlicet, super quibus omnibus peto mihi iustitiam administrari, omni meliori modo, quae tantae efficaciae, vt earum virtute, omnis actio, omneque re- medium competens et resultans ex narratis, in iudicium deductum esse videatur, per ea quae pulchre tradit Ange. in d. Somnium

[Inst.4.6.1], nu.7 circa finem, las. ibid. num.149 et num.151....”

(2) 第二の点、「フリーズと職権の関係について」。シュトリユークにおいては、フリーズなしに職権そのものの作用として「訴えの対象の特定」への介入が可能とされていた。中世学識法訴訟から官房訴訟、そして普通法訴訟にいたるまで基本的には当事者主義が妥当していたとしても、一般に職権の作用は漸進的に強化されてきた。<sup>(39)</sup> フリーズの許否についての争いは、民事訴訟における職権がどこまで介入できるかという問題であった。<sup>(40)</sup>

「訴えの対象の特定」への職権の関与については、近代民事訴訟の特徴の一として「法廷は法を知る (*iura novit curia*)」、即ち裁判官は請求の法的根拠付けをありうる選択肢の中から自由に選択できるという考え方が存在する。シュトリユークはフリーズによる裁判官の「訴えの対象の特定」への介入を認める根拠として“*iura novit curia*”を引用している。<sup>(41)</sup> カウフマン<sup>(42)</sup>は、実体法上の請求権と訴訟上の請求の独立という考え方は非常に新しいものであり、「法廷は法を知る」はそれを象徴するフリーズであると位置づけている。一三世紀の中世ローマ法学が、原告は訴権開示 (*editio actionis*) において一の訴権を特定せねばならないとしたことは「法廷は法を知る」とは相容れない。その後一六五四年のJRA<sup>(43)</sup>に至って一の訴権への特定は必要なくなり、事実基礎付けられた訴訟上の請求を提出すればよいということになって、「法廷は法を知る」に従って訴訟実務が行われるようになったと位置づける。

筆者はつとに、ほぼ一四世紀以降「訴えの対象の特定」が必ずしも一の訴権にとは限らず、事実の申述や複数の訴権への「特定」でもよしとされるようになったこと、「特定」を行うのが原告に限らず被告や裁判官の関与も見られるようになっていったことを論じてきた。<sup>(44)</sup> ちょうどこの時期に学説上発展をみたフリーズは、「訴えの対象の特定」における原告主導から（原告が付記するフリーズという形を経て）「法廷は法を知る」が成立するに至るまでの推移のあり方

をよく示してくれると思われる。<sup>(45)</sup>

三 検討対象としては、一五世紀のロマネリストであるヤンゲルス・デ・ガンビリオニブス (Angelus de gambilionibus・一四世紀末―一四六二) とヤンソン・デ・マイン (Jason de Mayno・一四三五―一五一九) の *Institutiones* 4,6: *De actionibus* (『法学入門』四章五節 訴権について)<sup>(46)</sup> への注解の検討から始めたい。一六世紀以降の「パンデクテンの現代的慣用」の著作でフリースが扱われる際に、この両者の叙述が重要な典拠として引用されるのが常であったからである。

- (一) Horn, Norbert: *Aequitas in den Lehren des Baldus*. (1968), Lange, Hermann: *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*. in: ZRG RA 71(1954) S.319-347, Lefebvre, Charles: *Les pouvoirs du juge en droit canonique*. (1938), Id.: *L'«officium iudicis»d'après les canonistes du Moyen Age*. dans: *L'Année Canonique* 3 (1953) pp.115-124, Id.: *Juge (Receours à l'office du)* dans: DDC. t.6, Meccarelli, Massimo: *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*. (1998), Id.: *Arbitrium iudicis und officials im ius commune: Ein Instrument für die Vermittlung zwischen einem allgemeinen Recht und der örtlichen Realität (XIV-XVII Jahrhundert)* in: ZRG GA 115(1998) S.552-565, Nörr, Knut Wolfgang: *Das Streitprogramm: eine historisch-vergleichende Skizze*. in: Id: *Iudicium est actus trium personarum*. (初出: FS für Fritz Baur (1981), S.537-547), Ourliac, Paul: *L'office du juge dans le droit canonique classique*. dans: *Mélanges offerts à Pierre Hébraud* (1981) pp.627-644, Roussier, Jules: *Le fondement de l'obligation contractuelle en droit classique de l'Eglise* (1933), Schrage, Eljio, J.H.: *Le droit savant avant Accurse*. dans: *Reueis de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparativedes Institutions*, 64 (1997) pp.7-31, Strodhoff, Bert-Hagen: *Die richterliche Frage- und Erorterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive*. (2003)
- (二) とりわけ水野浩二「西洋中世における訴権の訴訟上の意義——『訴権を軸とする文献』についての一考察(一)〜(五・定)」、法協一二二巻五、八、一〇、一一、一二号(平一七)を参照。

- (3) 本稿の作成に当たっては、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団(ドイツ)研究奨学金、ならびに文部科学省科学研究費・基盤研究S「法のクレオールと主体的法形成の研究」(研究代表者・長谷川晃北海道大学教授、同若手研究B「主体の『権利』から主体間の『法的関係』へ——中世におけるその理論的基層」(研究代表者・水野浩二)による援助を受けた。記して御礼申し上げる。在独中のスザンネ・レプシウス教授(ミュンヘン大)の御指導にも感謝する。
- (4) Bayer, Hieronymus von: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß (8. Aufl.) (1858), S.36. Danz, Wilhelm August Friedrich, Grundsätze des ordentlichen Processes (4. Ausg.) (1806), S.195. Martin, Christoph: Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes (8. Aufl.) (1824), S.145. Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses nach Linde's Lehrbuch (1840) S.626. Wetzell, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Civilprocesses (3. Aufl.) (1878), S.522. また、先行研究はドイツの帝国レベルの裁判所がプロセスに対する姿勢がいかに変遷したかをよくフォローしている。この点については下記3を参照。
- (5) 本著作は、当時多数出た文献類型である Inaugural-Dissertatio (Disputatio) に属する (この文献類型については、さとうたり Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd.II/1. (1977), S.575f. を参照)。学生 (Respondent) が学位取得のために、ある特定のテーマについて教授 (Praeses) が立てたテーゼについて、法源や中世以来の法学文献を用いながら弁護するという形式をとっている。本著作では Praeses はシユトリユーク、Respondent はシユヴァアービュシエ・ハル出身の Johann Lorenz von Jemgumer Closter と二人人物である。Dissertatio は Praeses たる教授の著作として当時理解されるものが多く、その内容が Respondent と Praeses のいずれにもどの程度帰せられるかは多くの場合判断が困難である (このことについては、Schubart-Fikentscher, Gertrud: Ein Beitrag zum Usus modernus pandectarum insbesondere nach den Dissertationen von Samuel Stryk und Christian Thomasius um die Wende vom 17 zum 18. Jahrhundert. in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, vol.1. (1963) pp. 297-324. Id.: Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung (1970) を参照)。
- 本研究は一七世紀までの解釈論の一般的状況を把握するためにこの著作を検討するにすぎないので、叙述の便宜上以下では「シユトリユーク」の著作として取り扱う。
- テキストとして用いたのは、一七〇一年ハレ刊行の版である。以下のテキスト引用は、テキスト自体に記されている章

番号とパラグラフ番号(カッコ内の数字)により行う。

(6) 上級職権 (officium nobile) とは、訴権の代わりに行使される職権のことをさす。訴権に基づいて行われている手続きについて行使される下級職権 (officium mercenarium) と中世学識法学以来区別されるようになった (DDC: t.6. Art. Juge (recours à l'office du)). 但し、シムトリーヌはCap.Iで続けて両者の区別の存在に論じている。

(7) Cap.I (1) "Super his omnibus, quae iam petita, aut quae de iure vel consuetudine omni meliori modo peti debuissent, im-  
plo ro nobile iudicis officium pro iure et iustitia largissime administranda"

(8) 結論として、この「中世学識法」の「中世学識法」(Cap.II (13))。"Soll das factum und Geschicht daraus die actio und Forde-  
rung herrühret /klar und gründlich fürbracht/ und nach solcher Geschichts=Erzehlung/ eine rechte und förmliche petition  
oder Bittē angestellt werden"

これは中世学識法学の考え方をそのまね引き継いだものであった。水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義(一)」  
参照。

(9) Cap.II (15),(17)

(10) Cap.II (18) "Et primo quidem in genere asserunt Doctores, quod Index in iudicando, vi huius clausulae non teneatur prae-  
cise respicere ad petita Actoris, sed tantum ad ipsam rei gestae veritatem.....Nam apponens istam clausulam, iudicem de  
omnibus, quae ipsum expedire oportet, rogasse censetur.....(19) Hinc et libellus in fauorem actoris interpretatione iuuandus,  
et quoad fieri potest susinendus....Et verba potius late accipienda, improprianda, et in fauorem Actoris explicanda, ne  
totum iudicii aedificium collabatur"

(11) Cap.II (20) "In specie autem, [I]licet alias libellus generalis non admitatur, sed debeat specialis esse, et specialis petio;  
Attamen si clausula salutaris adiecta, etiam libellus generalis susinetur....."

(12) Cap.II (21) "Sed et [2] si non constet, quam actionem instituerit Actor, tamen vi huius clausulae susinetur libellus, et  
omnis actio censetur deducta, quae ex narratis colligi potest, atque actoribus est opportuna et vtilis. Martini d.l.n.3, Marta  
d.l.n.2, Barbosa de Clausulis usufrequentib. d.Claus. 76. n.2.3. et ibi citati. Wesembec. Cons.21. n.27 Mynsing resp.18.n.13.  
Vultei. Vol.2. Cons.21. nam per istam clausulam omne remedium competens videtur intentatum. Menoch. de recuper. poss. in

- praclud.n.16. (22) Idque [3] non modo si in conclusione nullius actionis mentio facta, sed et si concludatur actione inepta, ex narratis tamen apta colligi possit, etiam ex ea sequi potest condemnatio.”
- (13) Cap.II (25) “Sed et [6] si multa in libello narrata et super vno tantum specialiter conclusum fuisset, nihilominus haec clausula operatur, vt super omnibus narratis sententia ferri possit.”
- (14) Cap.II (26) “Insignis etiam [7] est effectus, qui ipsi tribuitur in cumulatione petitorii et possessorii, hic enim licet ex probationibus iusta petitorii causa appareat, in possessione tamen subsistendum esse, nec iudicare posse iudicem super petitorio, ex Hartmanno Pistoris, Mynsingero, Azeuedo et Decio tradit Carpouius in Proc.tit.16 art.2.n.40.seqq. et Iurispr.For. P.1. Const.2 d.4.tot. (27) Sed, subiuncta libello clausula, eius vigore vtrumque, tam petitorium quam possessorium, et quidem illud, quod probationibus deinceps factis magis conuenit, in iudicium deductum videri; et ita in petitorio super possessione, ac in possessorio super proprietate iudicem tuto pronunciare”
- (15) Cap.II (28) “.....si factum adeo fuerit intricatum, vt non facile discerni possit, quid in specie petendum, et qua formula Actionis vtendum; tum enim iniquum, ne iure tuo defrauderis, narrabis simpliciter factum, tandemque sic concludes: Quare, magnifice iudex, agens cum praedicto sempronio, peto, mihi in omnibus et singulis iustitiam ministrari. Angelus ad §1 Inst.de Action. [Inst.4.6] Oldendorpius d.Tr. de formula libelli. p.307.lin.25.seqq.”
- (16) Cap.II (30) “Quis enim melius scire potest, an actio competat, et quae competat, quam iudex? iuxta illud vulgatum: Iura nouit curia.....Nam quid iniustius et iniquius dici potest, hoc asserto, simplicissimos homines potius iniusta petitione sua succumbere debere, si formulam actionis describere nesciant, quam vt sine certa actione instituta in iudicio audiantur.”
- (17) 「法廷は法を知り、こころいぢ、上記を参照。」
- (18) Cap.II (49) “....iudex secundum id, quod melius et vtilius actori est, pronunciet. (50) Inde nec illud satis intelligo, quod Vulteus ibid. porro addit: Si ex narratis plura remedia competere possint, vim clausulae salutaris restringendam, et ad illud remedium seu iudicium respiciendum esse, quod minorem et minus grauem continet condemnationem. (51) Nam haec restrictio est contra naturam ipsam huius clausulae, vtpote quae, secundum omnium Doctorem consensum, adiuuare debet actoris intentionem, et operari, vt in ipsius commodum et fauorem explicentur verba libelli, et late accipiantur, vt supra traditum

n.18,19.”

(19) Cap.III (54) “... Vt vel inde pateat, idem posse iudicem vi officii suppletorii, quod potest vi clausulae salutaris.....”

(20) Cap.III (68) “Cum ergo, vi clausulae salutaris, iudex omnia illa, quae actor de iure et consuetudine melius et aptius petere debuisset, supplere teneatur; et vi officii suppletorii iudex debeat, si quid a partibus minus et non debite fuerit dictum id addere, et proferre, quod sciat legibus et iuri publico conuenire: Satis inde patet, non plus potestatis tribui iudici per illam clausulam, quam ipse habet vi officii suppletorii, cum vtriusque sensus et vis plane coincidat.”

(21) Cap.III (71) “Iudex enim non tantum vi officii suppletorii actori succurrit, sed et reo cum in genere teneatur supplere ea, quae desunt litigatoribus, vel his, qui negotiis assistant.....”

(22) Cap.III (64) “.....ac ita fateatur, illa quidem per se etiam sine ista clausula obtinere, sed tamen cum clausula communiter addatur, eo minus dubii rem habere. Vt adeo haec clausula tantum de abundantanti adiciatur.....”

(23) Cap.III (81) “Quorsum vero ista [=clausula] a nobis allata sunt? Scilicet. Nollems, vt quisquam nostro suasu nostraque auctoritate clausulam libello adicere negligeret, maxime his peruersis temporibus, vbi in iudiciis plerumque versandum est, languam inter aues praedatrices, adeo enim nullam occasionem omittunt Rabulae omnia captandi, quibus processum vinguam aeternum reddere, et in causa licet iniustissima victricem sententiam reportare queant. Tutius enim est superflua non negligere, quam tot controuersijs se immiscere. (82) Quod si autem praeter intentionem acciderit, vt haec clausula fuerit ommissa, tum vtile erit recurrere ad hoc officium suppletorium, atque ostendere iudici, eum nihilominus obligari ad supplendum ea, quae de iure ac consuetudine peti vel pro actore, vel pro reo potuissent. Quo ipso non poterunt non innumerae lites, quae in iudicio hoc casu frustrata ventitantur, evitari.”

(24) フレーズの機能について異論が存在したことは、シエトリュータもつくつかの箇所では指摘している。例として Cap.II (29) の *cap.ij. de iudic. q. 2.* “Equidem subditi Oldendorpius iudicium suum de ista Angeli cautela his verbis: sed credo tali licentia hoc corruptissimino seculo factum esse, vt nemo de inuestiganda actionis forma curiosus esset, solum congruens vtunque factum, et petens pro suo magis affectu et coeco iudicio, quam secundum iuris et aequitatis regulam, scilicet fiducia huius clausulae. Proinde, si rem sursum ac deorsum disputes ac conferas omnium seculorum exempla, nulla erit melior iudiciorum

reformatio, quam si recipiatur aliquando maiorum auctoritate, nullum libellum admitti, in quo non aperte describatur formula actionis.”の点については下記にも参照。「バンデクテンの現代的慣用」期のフリースについては、別稿で詳しく取り上げる予定である。

(25) 管見の限り、「バンデクテンの現代的慣用」の著作ではフリースと職権の効果が基本的に同一とした上で、フリース記載を従憑する<sup>26</sup>とは少なくなかったと思われる。例えばダヴィッド・メヴィウス(David Mevius、一六〇九—一六六〇)の*Jurisdictionis Summi Tribunalis Regii, quod est Vismariae* (editio tertia 1681); Pars III, CCCLI (S.458)は職権の積極的介入にこころを述べた上、<sup>27</sup> “De quibus eo minus dubidandum, cum partes libellis et scriptis, uti moris, addunt clausulam omnimeliori modo, seu petunt iuxta petita aut quod peti debet iudicari vel aliis formulis noble officium pro administratione iustitiae implorant”<sup>28</sup>と述べている。

(26) 以下紹介する先行研究も参照。本格的な検討は、別稿に譲らざるを得ない。一六・一七世紀のイタリアの状況についてはSalvioli, Giuseppe: *Storia della procedura civile e criminale*, in: *Storia del diritto italiano*, vol.3:2 (1927) pp.772-773.を参照。

(27) この点については、以下の文献を参照。Bayer: *Civilproceß*, S.34-36, Bomsdorf: *Prozeßmaximen*, S.42-47, Danz, Wilhelm August Friedrich: *Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses* (1795), S.367-369, id.; *Grundsätze des ordentlichen Prozesses* (4.Ausg.) (1806), S.194-197, Dick, Bettina: *Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555*(Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich Bd.10) (1981), Maab, Paul: *Die Zivilprozeßreform des jüngsten Reichsabschiedes* (1925), Sellert, Wolfgang: *Prozeßgrundsätze und Stilus Currae am Reichshofrat, im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens*, (1973), Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: *Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses nach Linde's Lehrbuch* (1840) S.621-627, Tigelkamp, Kurt: *Geschichte und Stellung der Verhandlungsmaxime im deutschen Zivilprozeß seit dem jüngsten Reichsabschied*, (1940), Wigenhorn, Heinrich: *Der Reichskammergerichtsprozeß am Ende des alten Reichs*, (1966), Wezell: *System*, S.516-522.

「バンデクテンの現代的慣用」更にドイツ普通法学においてはフリース(と職権の關係)については少なからず論じられていたと思われる。現時点ではそれを具体的に取り上げる用意がないので、本研究ではあしあたり、ある程度の先行研究がある帝国レベルの裁判所についての状況を紹介するに留める。

- (82) Dick: Kameralprozesses, S.142, Sellert; Stilus Curiae, S.165, Sellert; Stilus Curiae, S.165 於 1507年のRKGGOに於てこの考え方が見られる。一五五五年のRKGGOに於て原告が法的主張を記載するなどの弊害が論じられている (Dick: Kameralprozesses, S.142, nn.401-403)。
- (83) Corpus iuris cameralis (1724) [式目- CIC の註記] S.862: „[RA§§34 Diesemächst nun beyrn dritten Haupt=Puncten/ wie nemlich die Prozesse an Unsern Kayserlichen und des Heiligen Reichs Cammer=Gerecht abzukurtzen seyn möchten/ sich befinden/ wie viel Zeit so wohl in puncto Libellorum, wie auch der Defensionaln, Elisiv-Articuln, und der Responسیونum auff dieselbe/ als auch in puncto Exceptionum, und sonsten durch allerhand Tergriversiones, ohnnothige Repetitiones, und andere gesuchte Ab= und Umwege vergeblich zugebracht/ die Sachen/ damit meistentheils ohne Noth viel Jahr lang auffgezogen/ die Acta sich dardurch sehr überhäuff/ und die Prozesse so wohl zu der Itigirenden Partheyen größten Schaden und Nachtheil/ als zu dieses höchsten Gerichts im Reich mercklicher Verkleinerung/ gleichsam unsterblich gemacht worden; Und einmahl nöthig/ dergleichen und andere Mängel und Gebrechen nach aller Möglichkeit abzustellen/ und die Mittel und Wege wodurch Zancksüchtige Partheyen/ Advocaten und Procuratoren die Sachen in angeregte Weitäuffigkeit einführen können/ abzuschneiden: Zumalen aber nicht wohl möglich/ alle und jede Umstände bey den Processen und Handlung= Terminen auff einmahl vorzusehen/ sondern deren diffalls knüfftig erscheinenden Mangeln und deren Verbesserung halber dem Artbirrio Judicis, nach Anleitung der Ordnung Part.2, Tit.36, und Reichs= Abschieds zu Speyer Anno 1567 §Ferner nachdem hierbey/ sc. 5 anheim zu geben: So haben wir uns demnach mit Chur=Fürsten und Ständen/ und der abwesenden Räh/ Botschafften und Gesandten hierin auch nachfolgender massen vergleichen/ daß nemlich und fürs erste/ solle der bißher in mehr Weg mißbrauchte Modus zu articuliren/ und ad Articulos zu respondiren/ samt allen denen bißhero nach sich gezogenen Terminen und Anhängen/ dabey und darüber auch beflissentlich vorgegangen ohnnothigen Disputationen und Aufznglichkeiten/ (nur allein die probationalen, da die Partheyen wollen/ und wann es die Nothdurfft erfordert/ wie auch die Responسیونes und Antworten auff dieselbe/ außgenommen) hinführt ganzlich cassirt und aufgehoben. Und hingegen in Sachen Simplicis Querelae, ein jeder Kläger vor Gericht mit seiner Nothdurfft bereit erscheinen/ und bey Ausziehung der Proceß oder Ladung/ seine Klag oder Libell nicht Articuls= sondern

allein summarischer Weise/ darinnen das Factum kurtz und nervose, jedoch deutlich/ distincte und klar/ auch da ihm beliebt/ oder der Sachen Weitläufigkeit und Umstände es erforderden/ Puncten= Weise verfaßt und ausgeführt seye/ mit angehängter Conclusion und Bitte/ nicht allein den Gegenheil zu cüren/ sondern auch zu condemniren:.....”

CIC; S.872. “JRA§§96 Zu demahliger grundlichen Abheiff und Verbesserung deren/ bey den Procuratoren, Advocaten und Partheyen vorgehenden Fehlern und Unordnungen/ auch befllessentlich suchenden Räncken und Verrortheilungen ihre Partheyen bey den etwa in der Possession habenden strittigen Gütern unter wählenden Reichs=Stand zu erhalten: Ordnen/ setzen und wollen Wir/ daß zu dessen allen Abschneidung und Verhütung/ die Procuratoren und Advocaten sich künfftig/ nach Inhalt Unserer bereits hieoben in puncto der Klage= Libellen und Responsionen beschenehen Verordnung/ also durchgehends bloßlich in Erzehlung deß Facti und der Geschicht aufhalten/ die Disputationes und Allegationes Juris aber/ welche mehrentheils die Sachen nur verwirren und schwerer zu machen pflegen/ also auch in Facto selbst dasjenige/ was nicht zur Sachen dienlich/ nicht einmischen/ sondern bey Straff nach Ernäßigung übergehen; jedoch ad marginem einen oder mehr Textus Juris oder bewährte Scribenten, welche in terminis terminantibus von den Sachen schreiben/ zu allegiren: Wie auch Rechtliche Consilia und Berathschlagungen/ mit vorangesetzter Facti Specie und den Rationibus dubitandi, in Gestalt einer quasi-Relation zu übergeben/ erlaubt seyn; solche Consilia aber werde in referendo noch votando Ziel oder Maß geben/ noch/ so viel das Factum belangt/ einigertley Weise attendirt werden sollen.“Maab; Zivilprozeßreform, S.20-21, Wigggenhorn; Reichskammergerichtsprozeß, S.110-111.

(98) Sellert; Stilus Curiae, S.165-166. 但し、そのロープ・カンへ法源を全く用いずべきなり。 Sellert; Stilus Curiae, S.169, n.537 以下、その詳細な内容の議論がその下に記述を窺えぬ。

(99) CIC; S.105. “Fürter nachdem Uns fürbracht worden/ daß die Partheyen vielmahlen um Prozeß suppliciren/ die ihnen insgesamt/ wie gebeten/ abgeschlagen/ oder unter denen oder dergleichen Worten (wo die Parthey förmlich bitten würden/ sollte darauf geschehen was recht ist) auf die Supplication decretirt werden/ daraus erfolgen mag/ daß die Zeit verloren und vergbliche Kosten angewendt/ auch die Partheyen nicht allein aufgezozen/ sondern auch etwan gänzlich bewegt werden/ ihre gute Gerechtigkeit ersitzen zu lassen:.....Wo aber einige Supplication fürkommen würde/ darinn das gestellte

unterschiedliche Begehren/ nicht aus fürbrachten Narratis von Rechtswegen folgen möchte/ und doch zu End derselbigen Supplication nachfolgende Clausul, so mit folgenden oder dergleichen Worten angehengt (hierüber begehend Recht und Gerechtigkeit nicht allein gebetener / sondern auch in einer jeden andern rechtmässigen Form und Gestalt/ wie das von Rechtswegen/ am kräftigsten beschehen soll oder mag/ mitzutheilen) daß Cammer=Richter und Baysitzer / unangesehen/ daß diß in specie gethanes Begehren nicht förmlich / noch schlichtlich ist/ auf die fürbrachte Narrata erkennen sollen/ was darauf von Rechtswegen zu erkennen sich gebühret / und man in specie bitten hätte sollen oder mögen."

(82) CIC: S.110. ".....so befinden Wir doch/ daß viele Supplicanten sich gemelter Constitution hochlich mißbrauchen/ in dem sie ihre Supplicationes dermassen unformlich und ungeschickt fürbringen/ daß durch Cammer= Richtern und Baysitzer entweder darauf nichts erkannt werden kan/ oder aber ihnen als Richtern nicht will gebühren/ wo auch schon zu Zeiten darauf erkannt/ doch die Prozeß in der Cantzley daraus nicht förmlich mögen gestellt und angezogen werden....."

(83) CIC: S.541. "In Fällen/ da um Mandata S.C.[Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, Bd.3 (1747), S.479] sine clausula ~] auf eine Obligation oder Verschreibung/ darinnen unter andern etliche zu Recht verbottene und billige Puncten befunden/ supplicirt wird/ ist Zweifel fürgefallen/ ob gleicher Gestalt/ wie in andern Supplicationibus, da mer gebetten als von Rechtswegen zu erkennen seyn mag/ eine Separation und Abtheilung derselben Puncten zu machen/ und allein etwas zum Theil zu erkennen seye? Solches zu erläutern/ so ordnen und wollen Wir/ daß dieser Gestalt die Separation und Abtheilung geschehen solle und möge/ inmassen dann die Reichs Constitutiones selbst solche von einander scheiden/ und wollen/ daß in dergleichen Contracten weiter nicht/ als sich von Rechtswegen gebührt/ verhoffen soll werden/ und seye ex Clausula salutari Supplicationum dasjenige allein/ welches nicht gebetten/ noch aus denen Narratis oder Relatis zu vernehmen/ nicht ex mero officio zu suppliren und zu erstatten. Wo aber gewisse verschiedene Stück insonderheit angezeigt und außgedruckt/ oder sich die Narrata darauf relative ziehen/ und die Petitio darauf gerichtet/ in dem Fall mag und solle dasjenige so also specificirt ist und stat haben kan/ von dem andern untauglichen abgetheilt und separirt werden."

(84) 1. Teil Tit.22, §12 (CIC: S.602) "Wiewohl auch etwan hievor (i) constituirf gewesen: Wo Supplicationes einkommen/ darin

das gestellt unterschiedlich Begehren nicht aus den vorbrachten Narratis von Rechtswegen folgen möcht/ doch zu Ende derselben Clausula Salutaris angehangt wird/ daß alsdann Cammer=Richter und Beysitzer/ unangesehen daß die in specie gethane Begehren nicht förmlich oder schließlich/ demnach auf die fürbrachte Narrata erkennen sollen/ was daraufl von Rechtswegen zu erkennen sich gebührt/ und der Supplicant in specie hat bitten sollen; Und aber entgegen statliche/ erhebliche und begründliche Beweß vorgebracht/ sonderlich vielerhand Unrichtigkeit in den Rahmen und der Cantzley zu vermeiden/ warumb solche Clausul nicht in acht genommen werden sollte. So setzen und ordnen Wir/ daß diese Clausula in den Supplicationen nicht statt haben/ sondern Cammer=Richter und die Beysitzer/ vermög und Inhalt der Ordnung und gemeiner Rechten/ auch nach Herkommen und Gebrauch des Gerichts/ sich in solchen gebührlich erzeugen sollen.“

(35) Dick; Kameralprozesses, S.144, n.412.

(36) Danz; ordentlichen Prozesses, S.196.

(37) Bomsdorf; Prozeßmaximen, S.46-47. タハンをシハナーニスセ、やはり職権による補充が可能であった(ツァムトナーズ)の無意味さを結ぶ付く(議論)トリス。 Danz; ordentlichen Prozesses, S.195-196, Sinteris; Civilprozesses, S.623-627.

(38) “non dubitamus indirecto vltimo Reccessui de Anno 1557. subueniri posse, si dicamus, per illum omnem vim clausulae hoc casu ademptam quidem esse, non vero esse sublatum officium iudicis suppletorium; Cum in dicto Reccessu, postquam clausula salut. in libellis supplicatoris reiecta, nihilominus expresse addatur: Sondern Cammer=Richter und Beysitzer vermöge und Inhalt der Ordnung und der Gemeinen Rechten/ auch nach Herkommen und Gebrauch des Gerichts/ sich in allen gebührlichen erzeugen sollen. Vbi sub voce: Der gemeinen Rechten/ simul tacite approbatur officium iudicis suppletorium, quod in iure communi fundatum. Hinc colligimus, obligari Iudicium Camerale, vt ex officio eiusmodi libellum supplicem, si vltio modo in fauorem supplicantis explicari potest, sustineat; quo diutius non detineantur supplicantes in iusta sua petitione, sed eo citius lites finiantur.”

(39) 中世学識法についてのクヌート・ヴォルフガング・ネルの諸論文を参照。一般的にはさしあたり、HRG Bd.4, Art.Prozeßmaximen (Wesener, G.)を参照。職権と当事者の関係は、普通法訴訟において最も争われた問題の一つであった (Bomsdorf; Prozeßmaximen, S.31)。

- (40) Sellert, *Stilus Curiae*, S.169, n.535.
- (41) 「法廷は法を知る」については、以下の二つの側面を区別するのが便宜である。
- (一) 中世・初期近世についての研究では、「事実」たる個別法 (*ius proprium*) の適用のためには当事者によるその存在の証明が必要であるのに対し、「法」である普通法 (*ius commune*) については証明を要しないという側面が主に注目されてきたと思われる (Wiegand, Wolfgang: *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (1977), Oesmann, Peter; *Rechtswissenschaft vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (2002))。
- (二) 今日では「法廷は法を知る」は (一) を包含する形で (参照: 独民訴二九三条)、当事者は請求の法的根拠付けを特定する (「訴えの対象の特定」) 必要がなく、裁判官が自由に選択できるといって理解される (Rosenberg, Schwab = Gottwald: *Zivilprozessrecht* (16. Aufl.) (2004), §77, Rn.9, §131, Rn.34. 邦語文献として山本和彦『民事訴訟審理構造論』(平七)二二〇、二二五、九六一—〇五頁)。本稿の問題にするのは、これらの側面である。本文で述べるように、この考え方は中世後期から一七世紀にかけて徐々に成立したものと考えられるが、“*iura novit curia*”という法諺がいつからこの意味で用いられるようになったかは詳らかではない。シュトリュークにおける用法はその点で興味深いものかもしれない。
- (42) Kaufmann, Horst: *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in: *IZ* (1964) S.482-489. 邦語文献としては、上村明広「アクチオ法的思考と訴訟物」、『法学会雑誌 (岡山大)』二五卷三・四号 (昭五一) がある。
- (43) 注 (29) で引用した史料を参照。
- (44) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」参照。
- (45) クリーヒバウムは、カウフマンの議論を中世ローマ法については依然基本線の地位を保つものとして紹介した上で、「法廷は法を知る」が補充に関する職権により中世ローマ法において既に一定の範囲で妥当していたと指摘する (Kriechbaum, Maximilian: *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts* (1996), S.218)。クリーヒバウムの議論については三章で言及する。
- (46) テキストは、Angelus de Gambitionibus: *Lectura super titulo de actionibus institutionum* (Venetia, ca.1473) へ Jason de Mayo: *De actionibus* (Lugduni, 1554) へ参照。

## 第二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

アンゲルスとヤソンの叙述には、フレーズに関する「パンデクテンの現代的慣用」期の見解の多くを既に見て取る<sup>(1)</sup>ことができる。

一 アンゲルスは対人訴権 (売却訴権 *actio ex vendito*) の訴状のモデルを紹介したうえで、このように述べる。

「以下のことに注意せよ。(訴状に) 常に、以下のような一般的フレーズを付記するのが有用である。『以上述べた全て、そしてその各々について、私は法と正義が自分になされることを請求する』(参照、*X.2.10.2*)。また、以下の文言を付け加えることも有用である。『上述の方法のみならず、他のあらゆる可能なより良い方法によって』……」<sup>(2)</sup>

一見してわかるように、ここに紹介されているフレーズは一章で取り上げたシュトリユークのものとはほぼ同一である。その効果として裁判官が介入し、補充を行うとされる<sup>(3)</sup>。

続けて本権による訴えと占有の訴えの関係が論じられる。

「(フレーズが付記されている場合) ヨハンネス・カルデリヌス「一四世紀初め——一三六五」とアントニウス・デ・ブトリオ「一三三八頃——一四〇八」が上述の *X.2.10.2* で述べたところによれば、(訴状で) 申述されたあらゆることについて請求と結論がなされたと考えられ、それゆえ彼らはこう述べた。原告が訴状で本権に基づく訴権 (*petitorium*) と占有訴権 (*possessorium*) を申述した場合「訳注・双方が導かれるような事実を記載する、ということ」<sup>(4)</sup>、たとえそのうちの一方のみによって訴状が結論付けられているとしても、フレーズの効力により (上述 *X.2.10.2* により) 本権に基づく訴権と占有訴権いずれについても有責判決を行うことができる。このことは、実務において非常に顕著である」<sup>(4)</sup>

本権に基づく訴権と占有訴権の場合のように、事実から複数の訴権が導かれる場合に原告が不適切な訴権に特定した

としても、裁判官は適切な訴権を選んで判断することができるといふことであり、この点でもシュトリユークと同様の見解が既に採られていることになる。

最後に、アンゲルスはこのように助言している。

「事実が非常に錯綜している、あるいは事実の複雑さや法の不確かさ故に、いかなる訴権・法的手段が自らに有効であるか、あるいは訴状をどう結論付けるべきか判然としない場合の助言は以下のようである。つまり、事実を矛盾なく申述した上で、結論としてはいかなる特定した請求、あるいは何らの特定の結論付けもせず、訴状の末尾で単に『これらすべてと各々について、法と正義が自分になされることを私は請求する。同時に、ばらばらのものを一緒に、あるいは取り替えて、個々のもの同士を適切に結びつけ、しかもあらゆるより良い方法で』と述べよ。というのも、この結論にはたいへんな重要性があり、有効かつ申述から導かれるすべての訴権・法的手段が持ち出されたと考えられるからである (X.2.10.2)。つまり、既に述べたようにヨハネス・カルデリヌスとアントニウス・デ・ブトリオに従えば、訴状の結論が申述されたうちのあるものに特定してなされた場合にも、当該文言が作用して申述されたすべてについて判断することができる以上、尚更のこと、申述されたうちのあるものにまで特定して結論されなかった場合にはそうだと考えられるのである。確かに、インノケンティウス四世「二二〇〇以前一二五四」は上述のX.2.10.2について、訴状の申述のうち最小限のことが有責判決に取り込まれると述べた (D.50.17.9) のであるが、上述したことが (アントニウス・デ・ブトリオの言うように) 共通に従われているのである」<sup>(6)</sup>

この議論もシュトリユークに見られたものである。上述の「占有と本権」の問題は、ありうる複数の訴権のうち不適切な一に特定した場合についてであった。ここではそれがより一般化され、ありうる複数の訴権の何れにも特定しないことも認められるとされ、フリーズにさらに強力な効力が与えられていることになる。その際フリーズは「あらゆる

より良い方法で」の判断を請求する。それはインノケンティウス四世による「消極説」とは異なるものとして認識されており、シュトリュークにおけると同様原告に有利な判断をもたらす「積極説」を採用していると解される。<sup>(1)</sup>

- (1) 以下紹介する史料箇所が訴権開示に関する中世学識法学の議論で重要な意味を持っていたことについては、水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義(二)」法協一二二巻八号参照。
- (2) Angelus; De actionibus, Omnium autem (Inst.4,6,1) "Aduertas tamen quod utile est semper apponi illam clausulam generalem videlicet super quibus omnibus et singulis peto ius et iustitiam mihi ministrari vt in c.ii et ibi doc. extra de ordi cogni. [X.2,10,2] et etiam est utile addere non tantum dicto modo sed etiam omni alio meliori modo quo fieri potest...."
- (3) Jason; De actionibus, fol.19ra. "....quando actor in libello apposuit ista verba, scilicet, Petens super praedictis sibi ius, et iustitiam ministrari: dicitur iudicem interpellasse: et sic poterit index supplere, et impertiri officium suum, et si aliter a parte non petatur, quod nota."
- (4) Angelus; De actionibus, Omnium autem (Inst.4,6,1) "....secundum Calda. et Ant.de butrig. in dicto c.ii.de ordi.cogni. [X.2,10,2] super omnibus narratis videtur fieri petito et conclusio unde dicunt si narratur petitiorum et possessorium licet in altero tantum fiat conclusio libelli tamen super utroque potest fieri condemnatio uirtute illius clause per illud c. [X.2,10,2] quod est ualde singulare in practica"
- (5) 上の点ごとの解釈論の推移をかたごとのつづきは、三章一で詳しく取り上げる。
- (6) Angelus; De actionibus, Omnium autem (Inst.4,6,1) "quando ignoras quae actio uel quod remedium tibi competat uel quomodo debeas concludere in libello, forte propter factum intricatum uel multitudinem factorum uel propter dubietatem iuris consulo quod factum congruenter narres et demum in conclusione nihil in specie petas nec aliquid specificum concludas. sed simpliciter in fine libelli dicas super quibus omnibus et singulis peto ius et iustitiam ministrari simul diuisum copulative alternatiue singula singulis congrue referendo et omni meliori modo etc. nam talis conclusio est tante importan-

tiae quod videtur deducta omnis actio et omne remedium competens et resultans ex narratis.d.c.ii.de ordi.cogni. [X.2.1.0.2] et quod ibi doc. quia si dicta clausula operatur quod super omnibus narratis possit indicari etiam in specie quando in aliquo narratorum fit conclusio ut dixi supra secundum Caldelet An.de butri. ergo multomagis quando in specie non concluditur in aliquo quod tene cordi. licet in d.c.ii. [X.2.1.0.2] Inno. dixerit quod per illam clausulam illud quod est minimum narratorum in libello veniat in condemnatione ar.l.semper in stip. de rei.iuri. [D.50.1.7.9] sed quod supra dixi committer tenetur. ut ibi dixit An.de butri.”

(7) 後世の文献の中には、アングルスやヤソンが「積極説」を採ったと明示的に解釈するものが見られる。一章3で引用したガイルの叙述を参照。

(この章未完)  
（北海道大学大学院法学研究科准教授）

# 政府の言論と人権理論(1)

金 澤 誠

## 目 次

### はじめに

- (1) 問題の所在
- (2) 本稿の目的
- (3) 政府言論の諸相
  - ① 言論助成
  - ② 思想の自由市場
  - ③ 小括

### 序章 問題提起

#### 第1節 現象

- (1) 放送の自由
- (2) 文化助成
- (3) 差別的言論
- (4) 小括

#### 第2節 学説

- (1) 表現の自由論
- (2) 国家の役割論
- (3) アメリカ型表現の自由論
- (4) 国家による自由論
- (5) 小括

#### 第3節 課題

- (1) 思想の自由市場
- (2) 表現的結社の自由

(3) 言論助成

第4節 本稿の構成

(1) 政府言論の理論

(2) 表現的結社の自由

(3) 給付行政

(4) 政府言論の現代的諸相

(以上本号)

第1章 政府言論の理論

第1節 政府言論とは何か

第2節 Yudof

第3節 Emerson

第4節 Shiffrin

第5節 若干の検討

第6節 政府言論の意義

第2章 アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克

第1節 問題提起

第2節 若干の検討

第3節 先例

第4節 小括

第3章 給付作用

第1節 違憲な条件の法理

第2節 学説

第3節 言論助成

第4節 学説

第4章 政府言論の総括

第1節 思想の自由市場

第2節 政府言論の類型

第3節 総括——統合と分散——

第4節 結語

おわりに

(1) 総括

(2) 展望

## はじめに

国家が社会で生じている様々な現象に関わろうとする場合、その国家は、行政国家と呼ばれる<sup>1</sup>。行政国家のひとつの特徴は、政策課題の増大化であり、政策課題の増大化は、政策遂行過程を、より複雑なものにしている。

図式化していえば、古典的な国家が、権力的規制などの禁止命題の提示をその任務としていたのに対して、今日における国家は、権力的規制以外の任務をよく行っている。たとえば、そのひとつには、補助金などを用いた、非権力的手法による政策介入がある<sup>2</sup>。

ここで、国家は、アメとムチ (carrots-and-sticks)<sup>3</sup>を使い分けながら、

<sup>1</sup> 行政国家化は、行政機関を発展させ、委任法理を発達させた。それに伴い、法学的な課題としても、あくまでも権力分立理論の枠組みの下に、政策問題を語るべきは議会とすべきか。それとも、何でも屋だが、実は何も知らない裁判官の判断に期待するか。選挙で選出されてはいないが、専門家としての専門的判断ができる行政機関を信用するか、というかたちで議論がされてきた。モートン・J・ホーウィッツ (樋口範雄訳) 『現代アメリカ法の歴史』 (弘文堂・1996年) 276頁以下。リーガル・リアリズムについては、常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展——」北大法学論集31巻2号 (1980年) 301頁以下。

<sup>2</sup> 行政法の分野における、規制手法の変化については、阿部泰隆『行政の法システム (上) (新版)』 (有斐閣・1997年) 24頁以下。畠山武道「行政法の対象と範囲」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点 (第3版)』 (有斐閣・2004年) 4頁以下。

また、後述するような、「誘導」という観点から論じたものとして、中原茂樹「誘導手法と行政法体系」小早川光郎・宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念行政法の発展と変革 (上)』 (有斐閣・2001年) 553頁以下。中原茂樹「行政上の誘導」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想II 行政作用・行政手続・行政情報法』 (有斐閣・2008年) 203頁以下。

<sup>3</sup> こうした表現は、Shiffrin が、政府言論の一現象である文化助成を扱う部分で、用いているものである。See Steven H. Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA L. Rev. 565, 643 (1980). See also Laurence H. Tribe, *Sticks and Carrots: The Doctrine of Unconstitutional Conditions*, in REASON AND PASSION: JUSTICE BRENNAN'S ENDURING INFLUENCE 123 (JOSHUA E. ROSENKRANZ

拡がりつつある多様な国家的課題を達成するために、国民を誘導してきたといえるだろう。

## (1) 問題の所在

それでは、現代行政国家における国家的な誘導機能は、憲法的にどのように評価されるだろうか。

まず、確認すべきことは、この回答を、一義的には導けないということである。なぜならば、国家的誘導が、どのような「理由」で、どのような「自由」に対して、どのような「方法」で行われるかという事情が、合憲性を判断する際に、決定的に重要となるからである<sup>4</sup>。

たとえば、いわゆる、二重の基準論の思考を前提にして思考するならば、経済的な自由に影響を与えるような誘導措置と、表現の自由に影響を与えるような誘導措置では、おそらく憲法的に異なった評価がされるといえるだろう<sup>5</sup>。

---

& BERNARD SCHWARTZ eds. 1997).

なお、給付と人権に関する最近の論文として、中林暁生「給付と人権」西原博史責任編集『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店・2007年）263頁以下。また、駒村圭吾教授は、「人権保障が公権力発動の『理由』を規律するものであるとするタイプの正義論からすれば、給付か規制か、直接か間接かにかかわらず、上記の法構造を支えている『理由』自体の人権適合性を問題化できるはずである」とし、「『干渉』と『給付』の複合として実施される『誘動』という新たな行政作用類型」を紹介している。駒村圭吾「自由と文化——その国家的給付と憲法的統制のあり方——」法学教室328号（2008年）35頁の表現。川崎政司「立法をめぐる問題状況とその質・あり方に関する一考察——法と政治の相克と、その折合いの付け方」ジュリスト1369号（2008年）23頁以下。

<sup>4</sup> この表現は、政府言論の理論を意識したものである。拙稿「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克——政府言論の理論との関わり——」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂・2008年）89頁以下。

なお、本稿は、比較的初期に展開された、政府言論の理論を参考しつつ、最近の政府言論に関する現象（判例）を補うかたちで、構成されている。

<sup>5</sup> いわゆる、二重の基準論に関する理論を念頭に置いた。侵害される「自由」の内容が異なれば、それに対する助成の司法審査の枠組みも、異なるものとなるだろう。また、ある主体の自由を論じる場合には、その主体がおかれている、

また、より一般的なレベルでいっても、国家の干渉を原則的に警戒するような——たとえば、リバタリアンのような——立場からすると、補助金による介入を憲法的に疑わしいものとするだろう。これとは対照的に、アメの効用を肯定しようとする立場からすると、補助金の給付による介入を、憲法的に疑わしいものとはしないだろう<sup>6</sup>。

あるいは、補助金の給付行為を、単なる「利益 (benefit)」の供与と捉えるならば、議会の制定した誘導立法を尊重するような司法審査がなされるだろうし、具体的な補助金の給付行為を、「権利 (right)」の行使に影響を与える不当な国家作用と捉えるならば、より厳格な審査がなされるだろう<sup>7</sup>。

以上のように、国家的な誘導機能の是非は、基本的には、個別具体的な文脈に依存しているというべきであり、むしろ、そうした個性性が避けられないというべきである。

そうすると、重要なことは、国家的な誘導機能の意義を、完全には否定することなく、むしろ具体的な誘導機能に関する問題を解決のための、いくつかの指針やベースラインを探すことである。

本稿は、このような問題関心に基づいて、(給付という国家行為を含む)「国家による自由」に関する、いくつかの問題類型を解決することを試

---

環境 (ある一定の秩序ないし法制度) が重要といわれることがある。石川健治「営業の自由とその規制」高橋和之・大石眞編『憲法の争点 (第3版)』(有斐閣・1999年) 128頁以下。最近においては、小山剛『基本権の内容形成』(尚学社・2004年)。

<sup>6</sup> 社会で好ましくない現象が起こった際に、国家がそれに介入をすること (あるいは、ある方向へ、国民を規範的に誘導すること) は、必ずしも否定されないという理解である。これに関しては、その究極形態としての卓越主義の文脈を参照のこと。See Jeremy Waldron, *Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom*, 62 S. Cal. L. Rev. 1097 (1989). 小泉良幸「J・ラズの『卓越主義の政治』」山形大学法政論叢 6号 (1996年) 1頁以下。

<sup>7</sup> 本論で確認したように、利益の提供の性質を、どのように捉えるかによって、裁判所の審査の仕方が異なってくる。See Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 Harv. L. Rev. 1413, 1422 (1989).

みたい<sup>8</sup>。

## (2) 本稿の目的

本稿は、国家的な誘導機能に関する問題関心を背景として、アメとムチに関する是非を検討するものである。そのための方法として、「政府言論 (government speech)」という理論装置を用いることにしたい。

このような問題設定をする場合、まず、政府言論の理論が、いかなる理論であるかということが問題となるだろう。アメリカにおいては、冒頭に挙げた国家任務の増大化の動きに対応するかたちで、政府言論という理論が少しずつ論じられている状況にある<sup>9</sup>。

ここで、政府言論とは、第一義的にいえば、国家が諸々の形態をとりつつ、自由な討論空間、ないしは、「思想の自由市場」に、関与することの危険性を問題視する理論であると定義付けられるべきである<sup>10</sup>。

たとえば、政府言論の第一人者とされている Yudof は、今日における、大規模な政府の役割に注目しつつ、現代福祉国家のコミュニケーション・プロセスの複雑さを、次のように提示していることが注目される。

---

<sup>8</sup> See Cass R. Sunstein, *Should Sex Equality Law Apply to Religious Institutions?*, in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? 85 (SUZAN M. OKIN ed. 1999).

<sup>9</sup> Randall P. Bezanson & William G. Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 Iowa L. Rev. 1377 (2001).

<sup>10</sup> 政府言論の理論の中核には、「思想の自由市場」を歪めるとか、公共討論を歪めるといふ観念があるようである。See David Cole, *Beyond Unconstitutional Conditions: Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech*, 67 N. Y. U. L. Rev. 675, 704 (1992).

また、横大道聡「言論市場における『発言者』としての政府」法学政治学論究72号(2007年)238頁は、政府言論の統制の困難性について、「政府が主体的に自己の立場を主張することが自己統治過程にとって必要不可欠である以上、政府言論の観点中立性を求める必要はない。しかし同時に、観点差別的な政府言論が広く認められてしまうと、自己統治過程そのものが破壊されてしまいかねない。そこで一般的に政府言論の正統性を憲法上認めながらも、許されない政府言論を検討し明らかにしていくことが必要となってくる」としている。

「今日において、専制政治というものは、政府による（典型的な意味での——引用者）検閲からのみ生じるわけではない。……もし、政府が、思想や情報の流れを支配するならば、自国の政府を選択し自己コントロールする市民というものが、破壊されるだろう。」

「(しかし——引用者) 一部の例外を除いて、これまでの多くの学者たちは、私的な言論を規制する政府に対して関心を有しており、コミュニケーション・ネットワークにおける、大規模な政府の役割を無視してきた。……現代福祉国家において、コミュニケーション・プロセスは、複雑である。……この本においては、コミュニケーション・ネットワークにおける、政府の参加の問題を検討する。(傍点は引用者)」<sup>11</sup> (引用1)

### (3) 政府言論の諸相

さて、政府言論の理論は、精神的自由の領域における国家介入ないし国家関与に関する問題に対して、有用な示唆を与える理論というべきである。

というのは、Yudof による、先ほど示したような、政府言論の理論に関する断片には、政府言論の主要な問題関心が、明確に表れているからである。序章では、そのことを、確認することにしたい。

#### ① 言論助成

第1に、政府言論の理論のアウトラインを提示するために、次のような憲法上の問題を立てることにしたい。

それは、国民に対して、人権を放棄させることを条件にして、(国家が)補助金を支給できるかという——いわゆる、国家助成の是非に関わる——問題である。典型的な例を挙げるならば、ある「表現」を行わないことを条件にした、補助金の拠出が問題となるだろう<sup>12</sup>。

<sup>11</sup> MARK G. YUDOF, *Preface to WHEN GOVERNMENT SPEAKS* (1982). ただし、引用した文章の順序は、原文とは、若干異なっている。

<sup>12</sup> こうした問題は、第3章で論じるように、アメリカ憲法学が、1990年代に入ってから、言論助成 (subsidized speech) として、検討してきたものである。

ここで、国家助成という問題を検討する際には、国家助成という行為が、「非」権力的な作用であるということに、自覚的である必要があるだろう。

それは、いかえれば、「誰のどのような権利や法益が侵害されるか」という論理が採用されている、裁判作用における基本的原則との相克ともいえるものである<sup>13</sup>。

より具体的にいえば、給付行政という国家行為は、侵害的な作用ではない。そのことから、給付作用をどのように憲法的に評価するかに関して、冒頭に示したような、ひとつの選択ないし評価の問題が生じているといえる。

それでは、政府言論の理論は、どのように応答するだろうか。政府言論の理論は、やや単純化していえば、「専制政治は、典型的な意味における『検閲』からは生じない」という部分に着目して、国家作用の「実質」的機能を問うだろう。

たしかに、国家助成は、公権力による禁止処分ではない。しかし、少なくとも、国家による「思想の自由市場」に対する「関与」という問題である、といえる。そうすると、われわれは、給付の具体的な中身を吟味する必要があり、そのような観点から、国家介入の「恣意」性に警戒していく必要がある。

そこで、典型的に言えば、ある政党を支持することを条件に補助金を給付する場面のように、給付作用が、権力的作用である「検閲」作用と同等の問題を生じさせる場合があることに警戒すべきである<sup>14</sup>。

---

<sup>13</sup> 日本において、個別法レベルでの行政の違法な支出に対する制約方法として、住民訴訟がある。ただし、住民訴訟を通じた公金取り戻しの訴訟には、やはり一定の限界がある。ある論者によると、住民訴訟は、「実は、政治的中立性とか……他の規範に抵触する場合、又は著しい公益違背の認められる場合に限定されるのではないかと指摘される。確井光明「補助金」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系 10 財政』(有斐閣・1984年) 254頁の表現。関連して、小林直樹「財政法学の課題——憲法学の観点から」法律時報55巻6号(1983年) 13頁以下。

<sup>14</sup> こうした設例は、国家助成の限界状況を描写する際に、よく使われるもの

ある先行研究の言葉を借りると、「国家の非＝強制的手法による『道徳的環境』形成への関与は、共同体の自治に委ねるべき『道徳の声』の内容形成を歪めつつ、他方で、それによって、自らの関与の正当性を強化し、『自律の条件』を侵食していく」<sup>15</sup>ことに注意する必要がある。

あるいは、国家による給付活動が、「非公式の検閲 (informal censorship)」<sup>16</sup>に転化する危険性を警戒する必要がある<sup>17</sup> (引用1)。

---

である。Bezanson & Buss, *supra* note 9, at 1463.

<sup>15</sup> 小泉良幸「国家の役割と共同体論」憲法問題16号(2005年)32頁は、「法の表現的機能」に関する議論を引用しながら、government speech という非＝権力的手法の発揮する力が、いかに大きいかを論じている。これに関連して、安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学44巻(1996年)81頁は、平等条項違反を構成するような、国家のメッセージに注目している。

<sup>16</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)(増補版)』(有斐閣・2000年)363頁の表現。ここで、芦部教授は、機能的な検閲概念を提示している。本論で確認したように、検閲概念の機能論的なアプローチは、政府言論の問題関心と共通するものがある。機能的な検閲概念を提起する立場として、宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』(有斐閣・1971年)366頁以下。

もっとも、「非公式の検閲」という概念を使用したアメリカの当時の判例法との関係でいえば、本稿もまた、この概念を慎重に使用すべきであったかもしれない。ここで、本稿は、国家による助成行為が、検閲と同等の効果を持つものに転化するということを提示したに過ぎない。Cf. *Bantam Books v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963).

<sup>17</sup> アメリカの表現の自由論に関する判例は、権利侵害の要件を、必ずしも要求しないことがある。たとえば、表現に対する「処罰」につき、その構成要件が、非常に曖昧な文言で定められている場合には、裁判所が、「漠然性ゆえ無効」や「過度の広汎性ゆえ無効」などの法理を用いる。このような権利侵害性を必ずしも要求していない姿勢は、言論作用を政府が操作する可能性に目を向けているという点では、政府言論の理論と重なるともいえるだろう。藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 (第二巻)』(有斐閣・1987年)347頁以下。これに関連して、毛利透「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論(四・完)——ウォーレン・コートからバーガーコートへ——」法学論叢159巻2号(2006年)42頁以下。毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』(岩波書店・2008年)。See *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 391-393 (1992).

以上のように、われわれは、政府言論の枠組みを用いることで、国家助成の問題関心を、より明確に憲法的に位置づけることができる<sup>18</sup>。

このようにして、本稿は、表現の自由に関する諸々の判例法理を、主として政府言論という理論を用いて、再定位することを目的としている。

## ② 思想の自由市場

第2に、政府言論の理論は、これまでの行政国家が果たしてきた（正当な）役割を、批判する理論として機能するだろう。

それは、表現の自由に関する学説が、常に、国家の官憲的な機能を警戒してきた——あるいは、国家性悪説的な思考を採用してきた——こと

---

また、いわゆる法律の留保とは、「人権（たとえば、表現の自由制約）に密接にかかわる判断を必要とする行政活動（措置・行為形式の別とは無関係である）については、そもそも行政機関の自由な判断の余地は認められるべきではないから、どのような判断を下すかについて法律上稠密な実体的ルールが行政裁量の余地を無くすだけの具体性をもって定められているべき（傍点は引用者）」というものであるから、「そうでない法律は表現の自由の規制立法にかかる『漠然性故の無効』の法理のように、法律を無効にすることが考えられる」という指摘がある。中川丈久「行政活動の憲法上の位置付け——法律の留保の多様性、およびアメリカ行政法における法律の留保について——」神戸法学年報14巻（1998年）208頁の表現。

<sup>18</sup> この検閲に関する議論は、やや単純化したきらいがある。日本の検閲に関する学説の対立は、検閲概念を構築する際に、もうひとつの類型（広義の事前抑制）に、どれほどのウエイトを認めるか（一元的か、二元的か）という点にある。そうすると、本論冒頭で提示したような、権力的か、非権力的かという点は、必ずしも学説での大きな争点ではない。

もっとも、最近の日本における検閲に関する学説（いわゆる広義説）が、「言論の事前規制が、公権力による思想表現の歪曲や抑圧、禁止を意図しまたは招来するとか、言論の事前抑制（とくにその制度）が、表現内容の検査を目的とし、または、表現規制の効果をもつかどうか（禁止処分が無くても「検閲」となりうる）という基準」を提示していることは、少なくとも、政府言論の問題関心と親和性があるといえるかもしれない。戸波江二「検閲概念の再検討」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2004年）170頁の表現。関連して、中村睦男「表現の自由と事前抑制の合憲性」ジュリススト830号（1985年）27頁以下。

に関わるものである。

このことをよく示す概念に、「思想の自由市場 (free marketplace of ideas)」論というものがある。

ここで、「思想の自由市場」論とは、暫定的に言えば、「現実の言論市場には深刻な弊害が生じ、現状に対する是正策としての政府規制の必要性が繰り返し唱えられても」<sup>19</sup>、なお、国家による介入ないし是正を期待することなく、基本的には、言論作用を、私的あるいは、社会秩序に委ねる思考とされている。

または、「思想の自由市場」論とは、「いかなる思想であれ、それが覆される可能性を常に残しておくべき [とする考え方で——引用者] ……裁判所を含む政府の諸機関に表現が真理かどうかを委ねること」<sup>20</sup>を危険視する発想と定義付けられる。

しかし、いずれの定義を採用するにしても、「思想の自由市場」に対する国家関与のあるべき姿という視点は、まったくないといえる。

いかたをかえれば、「思想の自由市場」に対して、政府自身が、声を付け加えること (add) を、まったく問題としていないというべきである。

これに関連して、ある論者は、「“自由”の体系の中核をかたちづくる

<sup>19</sup> 山口いつ子「デフォルトとしての『思想の自由市場』」法律時報74巻1号(2002年)16頁以下の表現。山口いつ子「表現の自由論のメタモルフォーゼ——アメリカ合衆国憲法一条修正における構造変化とその価値原理——」東京大学社会情報研究所紀要67巻(2004年)23頁以下。また、「思想の自由市場」の歴史的考察として、金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——〈思想の自由市場〉論における調和の靈感——』(風行社・2006年)。

<sup>20</sup> 松井茂記『マス・メディア法入門(第4版)』(有斐閣・2008年)32頁の表現。こうした考え方は、歴史的に言えば、1919年のアメリカ連邦最高裁のAbrams判決において、Homes裁判官が、その反対意見で、「真理を決める最良のテストは、市場の競争において承認を勝ち取る思想の力である」と述べたことに、その起源があるとされる。後掲注(33)も参照。

精神的自由に関するかぎり、結論としては、『国家からの自由』にあくまで執着する<sup>21</sup>という理論を提示している。

こうした「国家からの自由」論に、より純化した立場を採用すると、言論市場の多元性確保のための国家介入が、独占規制による自由競争という思考を、精神的自由の領域に適用しようとするものであると評価されることになる。

実際において、この理論は、(国家権力に) その認められた範囲を超えて規制してしまおうとする誘惑が生じ、「国家からの自由」の観念とのあいだで、より深刻な緊張関係を孕むことを問題化しているからである<sup>22</sup>。

しかし、繰り返すように、このような「国家からの自由」論で、表現の自由に関する、あらゆる問題を解決させることは、不可能であるというべきである。というのは、今日において、「思想の自由市場」に対する国家介入は、後述しているように、全くゼロではないからである<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房・1978年) 127頁の表現。

<sup>22</sup> 樋口陽一『国法学 人権原論 [補訂]』(有斐閣・2007年) 144頁の表現。もっとも、樋口教授も、「国家からの自由」だけを語っているわけではない。ここでは、「わが国において、『近代立憲主義』を誰よりも自覚的に擁護してきた憲法学者の樋口陽一が、最近になって国家形成の問題を取り上げた時、憲法学界は、それを、これまでの樋口の言説からの単なる逸脱としてしか理解しなかったのではなからうか(傍点は引用者)」という分析を提示しておきたい。阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社・2001年) 299頁の表現。

<sup>23</sup> なお、表現の自由以外の領域での、自己決定(自由)の環境的側面の問題を指摘した論考として、小泉良幸「自己決定と、その環境」山形法政論叢第10号(1997年) 63頁以下。関連して、高井裕之「関係性志向の権利論・序論(三・完)——アメリカにおける堕胎規制問題を手がかりに——」民商法雑誌99巻5号(1989年) 25頁以下。

こうした問題は、自由の定義という問題に繋がる。自由論に関しては、I・バーリン(小川晃一ほか訳)『自由論』(みすず書房・1971年)を挙げておく。消極的自由観を背景にして、アメリカの表現の自由論について具体的に論じた、ロナルド・ドゥオーキン(石山文彦訳)『自由の法—米国憲法の道徳的解釈』(木鐸社・1999年) 278頁以下。大石眞『憲法講義Ⅱ』(有斐閣・2007年) 7頁は、「積極的自由と能動的自由は一体不可分であり、かつ消極的自由は積極的自由を基

そうすると、憲法学において、表現の自由を含む、自由論を提示する場合には、その自由を行使する際の環境に配慮した、「積極」的な意味での自由を、構築する必要に迫られるだろう。

これが、本稿が提示していく、政府言論のもうひとつの側面である<sup>24</sup>。ここで、すでに引用した、Yudof の政府言論に関する、他の部分の議論を提示することにする（引用2）。

「自由とは、公共政策を成し遂げる能力を持つ政府を否定したり、コミュニケーション・プロセスを通して私的な選択を拡大する能力をもつ政府を否定することからは、構成されない。」

「よく秩序だった社会においては、コミュニケーションは、ふたつの方向（統治者と被治者）から流れている。」<sup>25</sup>（引用2）

### ③ 小括

以上のようにして、本稿は、政府言論に関わる、ふたつの側面を確認してきた<sup>26</sup>。国家関与に関する具体的な法現象を検討する際には、ふたつの機能を明確に意識したうえで、諸々の国家介入のあり方を、個別具体的に検討していく必要がある<sup>27</sup>。

---

礎として初めて意味を持つものと理解される」とする。

<sup>24</sup> 「思想の自由市場」に対する、積極的な介入に関する議論のひとつに、アクセス権の位置付けに関する争いがある。これは、端的にいえば、「国家による自由」の問題である。重要なことは、アメリカの判例法が、これを消極的に解していること（および、その理由ないし意味）である。後述するように、Shiffrin によれば、その理由を探ることが、ひとまず重要であるとされる。これは、本稿における、最初の課題である。See Steven H. Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA L. Rev. 565, 596-600 (1980).

<sup>25</sup> MARK G. YUDOF, *Preface to WHEN GOVERNMENT SPEAKS* (1983).

<sup>26</sup> このような問題関心に関連する、先行研究として、樋口陽一「二つの自由観の対抗——『自由』と『国家』の順・逆接続」同『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会・1994年）101頁以下。

<sup>27</sup> 拙稿「給付行政と表現の自由——政府のメッセージを手がかりとして——」

それでは、これまでの学説は、「国家からの自由」と「国家による自由」に関する現象をどのように捉えてきたのだろうか。あるいは、「国家による自由」を、いかなる文脈で、どのように評価してきたのだろうか。

以下では、本稿の問題関心を、より具体的に提示するために、最近の学説、ないしは、判例法理の状況を整理ないし敷衍しておきたい。

## 序章 問題提起

### 第1節 現象

まず、本稿の出発点は、次のとおりである。一般的にいえば、憲法学が、表現の自由に関する議論として、国家を介入させないという「国家からの自由」や「思想の自由市場」を観念することは、たしかに重要である。

しかし、「国家からの自由」や「思想の自由市場」を観念することは、表現の自由に関する、あらゆる問題を解決することを意味しない。むしろ、今日においては、国家による「思想の自由市場」に対する介入は、不可避である<sup>28</sup>。

---

北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル12号(2005年)43頁以下では、この問題を検討している。より具体的には、政府言論という理論を用いて、人権を放棄させることを条件とした補助金の給付に関する問題を検討した。ここでは、「自由」を行使する際の「環境」を問題視することを試みた。

<sup>28</sup> そもそも、裁判所という国家機関が、民事訴訟を解決していること自体が、「国家による自由」であると評価されることがある。これについては、笹田栄司『司法制度』(信山社・1997年)。笹田栄司『司法の変容と憲法』(有斐閣・2008年)。

また、裁判所以外の国家介入については、「学校教育の内容にたいする国家の介入」ということの意味について、確認したい。その場合の“国家”の内容としては、立法府、行政府のほかには裁判所も考えられる。また、行政府の系列の機関としては、文部省のほかには、それぞれの地方自治体のなかにある教育委員会が重要である。さらに、場合によっては、国公立学校の校長なども、ここに属させてよい。そうすると、どのような“国家”が問題となるかによって、教育内容への“国家”の関与が禁止される範囲や度合いが、ちがってくること

このような問題設定をした場合、より具体的に検討すべき——あるいは、政府言論の問題対象となるといえる——さまざまな現象があるというべきだろう。

そこで、序章においては、冒頭に述べたような、国家介入のアンビバレントな性格を意識しながら、「国家による自由」に関する、法現象をいくつか提示することにしたい。

すなわち、現代行政国家における「思想の自由市場」に対する国家介入は、実に多種多様であるといえる。われわれは、これに関する現象を、以下のように、様々に列挙することができるだろう<sup>29</sup>。

### (1) 放送の自由

第1に、「国家による自由」に関する、古典的に論争的な主題として、放送メディアに対する、国家介入の是非の問題（いわゆる、放送の自由）がある。

ここで、放送の自由とは、周知のように、電波メディアに関する公権力からの自由を、主として、意味している。いうまでもなく、こうした放送の「自由」というものは、自然人の自由——たとえば、私人の表現が、国家によって規制されないとする原則——とは、さしあたりは、区別されるだろう。そのことから、憲法的評価に関する理論状況は、より複雑になるという前提がある<sup>30</sup>。

たとえば、ある論者の言葉を借りるならば、「メディアに対する規制（および規制緩和）のあり方を構想するためには、マスメディアの競争がそもそもベースラインとしての規制を前提としており、いかなる制度環境

---

がある」という議論が示唆に富む。内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣・1994年）52頁の表現。教育に関する問題が、後で確認するように、政府言論に関する重要な問題関心であるとする、この指摘は、非常に示唆的である。

<sup>29</sup> 政府言論の多義性を提示する場合、その範囲が問題となるが、それについては、次章以降の課題となる。アメリカにおいて、消極的自由と積極的自由という対立を示しながら、判例を分析する最近の論文として、次のようなものがある。See Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 Mich. L. Rev. 391 (2008).

<sup>30</sup> 芦部・前掲注（16）301頁以下。

の下での競争が社会公共の利益に合致するかという観点から、規制のあり方が政策上の選択の対象となるという認識から出発する必要がある(傍点は引用者)」<sup>31</sup>と評価されることになる。

このことを踏まえたうえで、放送に関する、国家規制の複雑さを描写するために、より具体的な事例として、放送局に対する公平原則(fairness doctrine)の合憲性が問題となったRed Lion判決<sup>32</sup>を提示しておこう。

すなわち、Red Lion判決は、放送局のライセンスを、憲法上の権利ではない、としたうえで、次のように提示していることが注目されるだろう。

「政府には、放送局に対して、規制を課すことが認められている。……人民全体は、ラジオによる自由な表現活動に関する利益を有していて、ラジオが、第1修正の目的と意図に適合して機能する集合的権利を有するものも、人民全体に基づくものというべきである。放送事業者ではなく、視聴者の権利こそが、優位にある。……第1修正の目的は、政府にせよ私的免許者にせよ、思想の自由市場の独占を奨励することではなく、むしろ、抑圧されない、究極的には、

---

<sup>31</sup> 長谷部恭男「情報化と表現の自由——多チャンネル化とメディア法制——」ジュリスト1089号(1996年)52頁の表現。長谷部恭男『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の方法法制』(弘文堂・1992年)。

もっとも、放送局に対する国家介入については、批判的な議論がある。たとえば、松井茂記「『公正原則(Fairness Doctrine)』と放送の自由」阿部照哉・伊藤公一編『榎原猛先生古稀記念 現代国家の制度と人権』(法律文化社・1997年)351頁以下。松井茂記「放送における公正と放送の自由——放送法の『公平原則』の再検討」『法と情報』刊行企画委員会編『法と情報——石村善治先生古稀記念論集——』(信山社・1997年)305頁以下。これとは対照的に、「奉仕する自由」の概念を發展させた、ドイツの放送の自由を提示するものとして、鈴木秀美『放送の自由』(信山社・2000年)。

<sup>32</sup> Red Lion Broadcasting Co., v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969).

真理が支配する思想の自由市場を維持することである。(傍点は引用者)」<sup>33</sup>。

ここで、注意する必要があるのは、Red Lion 判決においては、「思想の自由市場」という概念が、すでに確認した「思想の自由市場」論の歴史的な文脈とは、まったく正反対の意味において、使われていることである。

より具体的にいえば、Red Lion 判決においては、「思想の自由市場」という概念が、場合によっては、国家的規制を正当化する文脈で用いられていることを問題とすべきである。

そうしたことから、ある論者によると、Red Lion 判決は、「自由競争確保のための国家干渉を、自由規制措置というより自由促進措置としてとらえる見地を示している」<sup>34</sup>と評価されることになる。

しかし、放送局に対する多様な国家介入は、他のある論者が指摘しているように、「放送事業者からすれば、『公平原則』は、政府が放送業界に加えるかすかすの余計な=違憲なお節介の骨頂をなすもの」<sup>35</sup>と評価できるはずであり、あるいは、Red Lion 判決についても、「知る権利の充足を確保するのに必要な最小限の公的規制のみが許されることを明らかにした」<sup>36</sup>と評価できるはずである。

そうすると、放送に対する「国家による自由」を検討する際には、「国家からの自由」の原則との関係を改めて捉えなおす必要に迫られるとい

<sup>33</sup> *Id.*, at 390. Red Lion 判決は、「思想の自由市場」論として、次のような判例を引用している。Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945); New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964); Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919).

<sup>34</sup> 樋口陽一「自由をめぐる知的状況——憲法学の側から」ジュリスト978号(1991年)15頁の表現。

<sup>35</sup> 奥平康弘『「表現の自由」を求めて——アメリカにおける権利獲得の軌跡』(岩波書店・1999年)279頁の表現。

<sup>36</sup> 芦部信喜「放送番組の編集基準と言論表現の自由——アメリカにおける議論を素材として——」伊藤正己編『放送制度——その現状と展望——』(日本放送出版協会・1976年)65頁の表現。

うべきであろう。

次に、放送局に対して意見広告を掲載することを求めたこと（いわゆる、アクセス権）の合憲性が争われた、*Columbia Broadcasting System Inc. v. Democratic National Committee* 判決<sup>37</sup>を提示しておこう。

同判決の特徴は、放送局の私的人格を強調していることであり、私的放送局に対する規制やライセンスの問題を、第1修正に関する問題——「国家からの自由」の問題——であると構成していること——結論的にいえば、違憲の判断をしていること——である。

さて、ここでも繰り返しになるが、この判決に対しては、ふたつの異なった観点からの評価が可能である。まず、本判決に対しては、放送局の自由を尊重するあまり、究極的にいえば、リバタリアニズム（自由至上主義）の立場を採用したのではないかと評するラディカルかつ根本的な批判がある<sup>38</sup>。

しかし、これに対しては、「国家からの自由」の観点からの応答がある。たとえば、ある論者は、放送局に対して、論説放送をしないことを条件にした補助金の拠出が違憲とされた事例<sup>39</sup>を引き合いに出しながら、このような国家介入が、「民主的自己統治プロセスにおける独立した参加

---

<sup>37</sup> *Columbia Broadcasting System Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973).

<sup>38</sup> 政府言論の有用性を肯定する立場から、判例による「国家による自由」を極度に危険視する思想を、リバタリアニズム的な思想の表れと否定的に評価する論者がいる。もっとも、このような対立は、放送の自由を、いかに捉えるかという理解に関わる論争でもある。See David Fagundes, *State Actors as First Amendment Speakers*, 100 Nw. Uni. L. Rev. 1637, 1642 (2006).

また、政府言論の理論を提示した、Shiffrinもまた、放送局に対して、いかなる介入もまったく許されないというべきではないとしている。たとえば、国家は、「思想の自由市場」の多様性を実現するために、自身の財産を用いることができるとしている。したがって、Shiffrinは、政府言論の意義を、完全には、否定していない立場ということができる。Shiffrin, *supra* note 24, at 587 (1980).

<sup>39</sup> *Federal Communications Commission v. League of Women Voters of California*, 468 U.S. 364 (1984).

者 (independent participants in the processes of democratic self-governance)」に対する、不当な介入と評価しているからである<sup>40</sup>。ここで、後者の立場は、「国家からの自由」の原則に対して、より忠実な立場といえるだろう。

以上のことを踏まえると、放送局に対する国家介入は、表現の自由に関する問題の中でも、もっともその性格付けが難しい問題と位置付けられることになる。ここにおいて、国家と社会の二元論や、公私区分論を前提にして、国家介入の両義性が提示されているといえる。

それは、ある論者の表現を借りると、『『放送の自由は国民の知る権利に応えるものである』という命題からいかなる憲法上の帰結を導くかは、その背後に控える憲法の究極的関心事である、民主主義社会の維持と形成の捉え方によって大きく左右される。このため、放送の憲法論は、政党の憲法論と似通った構造を持つことになる。たとえば民主主義を狭い意味での公的領域に限定し、憲法の役割は公的な『国家』と私的な『社会』の分離の維持にあると捉えた場合には、『社会』に位置する放送の自由は、表現の自由一般の中に解消されるべきと考えられる。これに対して、民主主義を公共性全体に課せられた課題として捉える場合には、放送こそ世論形成という『公共性』を担う主要な主体ないし機能であり、それに民主主義形成への積極的貢献が期待されることになる』<sup>41</sup>ということである。

## (2) 文化助成

第2に、政府言論に関する現象として、よく検討される文化助成も、「国

<sup>40</sup> Robert C. Post, *Subsidized Speech*, 106 Yale L. J. 151, 162 (1996). 放送局に対する介入が、主として、訴訟で問題となるのは、放送局の自律性が不当に侵害された場合である。しかし、一般的にあって、補助金による介入（たとえば、補助金の用途の指定、補助金の削減）が、公共の福祉に基づく制約なのか、それとも、国家による嫌がらせなのかの判断は、難しいだろう。関連して、芦部・前掲注(36) 47頁以下。

<sup>41</sup> 宍戸常寿「放送の自由」大石真・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣・2008年）120頁の表現。

家による自由」の問題といえるだろう。ここで、文化助成は、精神的自由に関する問題の中でも、非常に解決困難な課題といわなければならない<sup>42</sup>。

なぜならば、文化や芸術というものが、一般的なレベルで、政治的党派から切り離される「べき」と観念できるとしても、「芸術こそ、世間や市場に拠る援助を期待できず、国家による援助・助成に依存せざるを得ないという逆接がある」<sup>43</sup>ことから、文化助成機関（国家機関）に対して、政治的な「中立性」を完全に要求することは、およそ「反事実的な想定」<sup>44</sup>となるからである。

いかたをかえれば、第1修正の原則が、政治的多数派からの自由を認めるものであるとすると、文化助成に関する問題状況こそは、これとは、まったく別の観念を提示しているといえるからである。要するに、民主的な国家（こそ）が、補助金の配分決定をしていることが問題となるからである。

そうすると、少なくとも、文化助成の問題を解決する際にもまた、「国家からの自由」の原則との関係を、再度精査する必要に迫られるというべき（あるいは、文化助成という問題の特殊性を意識すべき）である<sup>45</sup>。

---

<sup>42</sup> 文化助成の解決の難しさについては、さしあたりは、次のような文献を参照。Post, *supra* note 40, at 186.

<sup>43</sup> 石川健治「文化・制度・自律」法学教室330号（2008年）61頁の表現。

<sup>44</sup> 石川・前掲注（43）61頁の表現。

<sup>45</sup> 文化助成を行う理由を、重要な社会的利益につながるという点から捉えるならば、その裏返しとして、社会に貢献しないような芸術に対しては、補助金を撤回すべきという理解が成り立つだろう。これに対して、文化助成を受けている人の精神作用を重視するならば、恣意的な介入（国家助成を撤回したりすることを繰り返すこと）が、避けられるという理解が成り立つだろう。これについては、戸波江二「学問の自由と科学技術の発展」ジュリスト1192号（2001年）112頁以下を参考にした。

これと同様にして、政教分離も社会的諸前提に関する考察を要求する問題である。たとえば、「政教分離を採用することによって憲法が宗教を敵視し、これを公共的・政治的な領域から一切排除しようとしているものと理解すべきではない。憲法上の政教分離は、ある政治的共同体における政治と宗教の関係を一般的・全面的に定めるものではないし、そのようなことは不可能である。国

### (3) 差別的言論

第3に、「国家からの自由」に関する、もっとも論争的かつ現代的な課題として、差別的言論に対する規制に関する問題を提示しておこう<sup>46</sup>。

このことについては、多くの先行研究があるが、やや単純化して、差別的言論に関する対抗図式を示すと、およそ次のようになるだろう。

すなわち、ひとつの理解として、差別的言論の規制は、市民の「平等な配慮と尊重の価値 (worthy of equal concern and respect)」に対して、適格的であることから、差別的言論という有害な言論を規制すべきとする理解がある<sup>47</sup>。

これに対して、もうひとつの対照的な理解として、「表現規制の最終的判断者が、仮に裁判所であっても、国家機関であることに留意すべきである。表現の是非を国家が判定することの危険性をわれわれは歴史の中で嫌というほど経験してきたはずである。また、国家を判定者としたときには、権力担当者に法の運用が恣意的になりがちである (傍点は引用者)」<sup>48</sup>から、差別的言論に対する規制を容易に認めるべきではないと

---

家と社会の関係は、それぞれの社会の伝統や多様な社会的条件などにも規定されるものであり、憲法は其中で (国家から宗教の方向における) 一定の側面を法的に規律しているに過ぎない」という指摘がある。林知更「政教分離原則の構造」高見ほか編・前掲注 (18) 121頁の表現。

<sup>46</sup> 「国家による自由」に関する論争的なテーマとして、差別的言論に関する議論がある。内野正幸『差別的言論』(有斐閣・1990年)。日本においては、人権擁護法案に関する議論が、これに該当するといえる。たとえば、中村睦男ほか「人権擁護の推進・啓発に向けて」ジュリスト1167号 (1999年) 6頁以下。景山太郎ほか「人権救済制度のあり方をめぐって」ジュリスト1196号 (2001年) 2頁以下。

<sup>47</sup> この部分は、Shiffrin の差別的言論に対する規制を容認する議論を念頭にしている。STEVEN H. SHIFFRIN, DISSENT, INJUSTICE, AND THE MEANINGS OF AMERICA 78-79 (1999)。ただし、「等しい尊重と配慮」という概念によって、差別的言論の規制を容認できるかについては、強い異論があるだろう。ドゥオーキン・前掲注 (23) 278頁以下。

<sup>48</sup> 横田耕一「人種差別撤廃条約と日本国憲法——表現規制について——」樋口陽一・高橋和之編『芦部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開 上』(有斐閣・1993年) 734頁の表現。榎透『『国家による自由』の特質と問題点』憲法

いう理解がある。

以上のことから、差別的言論に関する規制もまた、「思想の自由市場」に対する国家介入のありように関するひとつの課題である。

#### (4) 小括

以上のことから、次のようなことを確認できる。すなわち、表現の自由に関する、現実の「思想の自由市場」は、(国家が全く介入しないという意味での)「自然」な市場では決してなく、むしろ、人工的な市場ということが明らかであろう。

したがって、憲法学においては、国家による「思想の自由市場」に対する諸々の介入の中から、適切な国家介入と、不適切な国家介入とを区別すること——その指針を探し求めること——が求められている<sup>49</sup>。

そして、本稿が提示しようとする、政府言論の理論は、そうした問題を解決する際に、——すべての問題を解決する理論とまではいえないが——有用な理論というべきである<sup>50</sup>。

## 第2節 学説

これまで提示してきた「国家による自由」に関する諸々の現象に対し

---

理論研究会編『“危機の時代”と憲法』(敬文堂・2005年)65頁以下。

<sup>49</sup> See Steven H. Shiffrin, *Book Review: Government Speech and the Falsification of Consent. When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America.* By Mark G. Yudof, 96 Harv. L. Rev. 1745, 1747 (1983).

<sup>50</sup> 本稿が試みることは、「思想の自由市場」に対する、あらゆる介入を違憲とすることではない。あるいは、「思想の自由市場」に対する、あらゆる介入を合憲として認めることでもない。そうではなくて、政府言論を用いて、表現の自由に関する事例を、よりトータルに捉えることによって、国家介入をめぐる(その社会における)ベースラインを顕在化させることにある。

たとえば、アメリカでは、公人に対する名誉棄損的表現が、表現としての保護を広く受けるというベースラインが設定されているが、これもまた、自明なベースラインではないことを認識することが重要である。Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29, 38 (MICHAEL IGNATIEFF ed 2005).

て、学説がどのように応答してきたかを、主に最近の学説を用いることで、説明したい。より具体的にいえば、先行学説が、「国家による自由」を、より一般的レベルにおいて、いかに位置付けてきたか、あるいは、「国家による自由」に関して、どのような類型を提示してきたかが重要である。

このことを踏まえたうえで、本稿は、後述するように、政府言論の理論を多義的に理解し、「思想の自由市場」に対する諸々の形態による介入を再検討していく。そうした際には、伝統的な第1修正の理論である、国家性悪説的思考——「国家による自由」を危険視する思想——を、個別の場面において、どのように捉えるかが、ひとつの重要な課題となるだろう。

### (1) 表現の自由論

まず、わが国において、「思想の自由市場」に対する国家介入の方向性を、正面から指し示した理論がある。

それによると、「思想の自由市場の流れを一定調整するために国家が介入するのはやむを得ぬとして、問題は、恣意的な操作の為されない形でそれをどう認めていくかを理論として追求しなければならない」<sup>51</sup>とし、「その点では、思想の自由市場に対する一定の国家の調整のための介入は認めながらも、それをかなり限定していく」<sup>52</sup>べきであるとしている。

以上のような理論は、「国家による自由」の意義ないし限界を見定めようとする、非常に興味深い理論であると評価することができる。

しかし、いうまでもなく、こうした議論は、総論的なものにすぎない。つまり、出発点の認識としては妥当であるが、「思想の自由市場」に対する、個別具体的な場面における介入を検討することが、何より重要で

<sup>51</sup> 市川正人「春季憲法シンポジウムのまとめ」憲法問題13巻（2002年）67頁の表現。

<sup>52</sup> 市川・前掲注（51）67頁の表現。これに関連して、市川正人「最近の『二重の基準論』論争をめぐって」政策科学3巻3号（1996年）3頁以下。市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社・2003年）。

あるというべきであろう。

## (2) 国家の役割論<sup>53</sup>

第2に、公共選択理論の影響を受けつつ、国家の役割論という観点から、「国家による自由」を類型化した理論がある<sup>54</sup>。同理論は、「国家による自由」に関する、3つの類型を提示している。

第1類型は、「国家からの自由」に付随している「国家による自由」とされる。同理論にしたがえば、第1類型は、国家に対して、表現行為を「禁止」しないように、要求する地位の保障の権利を含んでいるとされる。

そのために、「国家がそうした禁止や強制を行った場合には、少なくとも他の同等に実効的な保護手段が利用可能でない限り、そうした禁止や強制の合憲性を争い、救済を求める地位が憲法上保障されなければならない」<sup>55</sup>、そのための（主として、裁判所による）「国家による自由」と位置付けられている。

このことが示しているように、第1類型の介入は、憲法的にいえば、常に疑わしいものとはいえないということになる。なぜならば、自由権を実現するための最小限度の国家介入は、当然に認められると解されるからである。

それでは、第2類型は、どうであろうか。すなわち、第2類型は、私人による侵害から国家が保護する「国家による自由」とされる。同理論

---

<sup>53</sup> 国家の役割論に関する議論は、いうまでもなく、人権論だけではなく、統治のありようを視野に入れる必要がある。統治機構の問題については、たとえば、佐藤幸治ほか「国家の役割と統治構造改革」ジュリスト1133号（1998年）8頁以下。

<sup>54</sup> 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）128頁の表現。なお、初出は、長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号（2003年）33頁。また、渋谷秀樹教授は、政府言論の検討に際して、「国家による自由」という項目を提示している。渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）328頁を参照。巻美矢紀「自由と給付」大石ほか編・前掲注（41）85頁もまた、「自由と給付の相対性」を主張する際に、「国家による自由」という項目を立てて、議論をしている。

<sup>55</sup> 長谷部・前掲注（54）129頁の表現。

は、次のように説明している。

すなわち、国家が国民（私人）の生命を尊重する義務を負うことには、異論がないといえる。むしろ、問題は、「所与の条件の下で、問題となる利益の重要性と保護の必要性に応じ、可能な限り実効的に当該利益を保護する仕組みを提供すべき義務」が、「国家の積極的作為義務について一般的にいえるように、原則として個々の国家機関の行動を一義的には指定しない（傍点は引用者）」<sup>56</sup>ことである。

ここでは、同理論が、次のように敷衍していることが注目される。すなわち、「国家に要請されるのは、限られた資源の中で、そのうちの一つを選択し、実行することであ」<sup>57</sup>り、「国家の義務に対応して、特定の義務の遂行を要求する権利が個々の国民に認められることも多くはない」<sup>58</sup>。

以上のことから、ここに提示されている第2類型は、第1類型に較べると、非常に広い裁量の余地があるといえる。このことから、第2類型は、第1類型のような問題類型とは、さしあたりは、区別されることになる。また、再度確認すれば、第2類型は、先行学説が提示してきた、私人間効力という問題類型に重なるというべきである<sup>59</sup>。

<sup>56</sup> 長谷部・前掲注（54）132頁の表現。関連して、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会・1999年）1頁以下。

<sup>57</sup> 長谷部・前掲注（54）132頁の表現。長谷部教授は、アメリカ連邦最高裁の *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989) を挙げている。DeShaney 判決は、児童虐待の事例での国家の介入義務が問題となった事例である。連邦最高裁は、このような義務を語ることに消極的であった。この判決については、樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁——子どもへの公的保護責任と一九八三条訴訟」樋口ほか編・前掲注（48）249頁以下。この問題関心と表現の自由との関係につき、中林暁生「『表現の自由』論の可能性（1）」法学67巻2号（2003年）90頁以下。

<sup>58</sup> 長谷部・前掲注（54）132頁の表現。

<sup>59</sup> その注においては、「ここで言う国家の義務が、いわゆる『基本権保護義務』にあたるとの見方もあるかもしれない。ただし、仮に生命や健康、一般的な行動の自由等が基本権として保障されているとの前提に立ったとしても、ここで問題となっているのは、そうした基本権が、国家による侵害から保護する利益

これに対して、第3類型は、公共財を国家が提供する場合の「国家による自由」とされる。同理論によれば、第3類型の「国家による自由」は、次のように説明される。すなわち、「表現活動が自由に行われる空間が確保されることで、多様な情報が社会に豊かに行き渡ると、それは何が社会全体にとって利益に資する適切な政策決定であるかを審議し、決定する民主的政治過程の維持にも役立つ」<sup>60</sup>。そのために行われる「国家による自由」が、第3類型とされる。

このような理解を前提にして、次のような特徴的な議論が、導き出される。すなわち、「マスメディアに権利主体性が認められるのは、マスメディアの表現の自由がもたらす社会一般の利益を実現すべく、個々のマスメディアに自らの表現の自由を守ろうとする十分な利害が認められる」<sup>61</sup>からである。

そして、こうした思考によれば、「豊かで多様な情報が行き渡る空間を提供すべき国家の義務は、マスメディアの集中排除や放送番組の内容規制など、マスメディアの表現活動に対する規制を正当化することもある」<sup>62</sup>とされる。ここでは、国家的規制を正当化する思考が導かれていることが、重要である<sup>63</sup>。

なお、この枠組みを用いることで、「芸術文化の活性化も、かかる自由な情報空間の包括的な構想の中で理解されれば足りる」<sup>64</sup>とする理解

---

を、第三者による侵害から保護すべき国家の義務であり、それを『基本権保護義務』と称するとしても、そこでは相当の省略語法が用いられていることになる。そこでは、『基本権』自体ではなく、『基本権』が国家から保護すべき利益（基本権法益）が国家によって保護されるとしている。ゆえに、本論で確認したように、第2類型は、私人間効力論に明確に関わっている。長谷部・前掲注(54) 132頁を参照。

<sup>60</sup> 長谷部・前掲注(54) 136頁の表現。

<sup>61</sup> 長谷部・前掲注(54) 137頁の表現。

<sup>62</sup> 長谷部・前掲注(54) 129頁の表現。

<sup>63</sup> 長谷部・前掲注(54) 89頁以下の、「芦部信喜教授の人権論——放送制度論を手掛かりとして」は、従来の通説と長谷部教授の議論を対比している。

<sup>64</sup> 駒村圭吾「国家助成と文化」小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法』（弘文堂・2005年）172頁の表現。

があるが、この理論が、「自由な情報空間の包括的な構想とは別に、国民・住民の芸術活動の自由のための公共空間の設営が国家にどの程度義務付けられるかは一義的に回答できることではない（傍点は引用者）」<sup>65</sup>と評価していることが、（文化助成の是非を検討する際には）注目される。

### (3) アメリカ型表現の自由論

第3に、本稿の研究対象でもある、アメリカの表現の自由を素材にして、「国家からの自由」と「国家による自由」の対抗図式を、明確に提示している理論がある<sup>66</sup>。この理論の特徴は、アメリカ表現の自由論を、よりトータルな視点から、観察していることである。

まず、表現の自由論を論じるにあたっては、「表現の自由を『国家からの自由』としてのみ構成するか、それとも『国家による自由』ないしはそれ以上のものとして構成するのかどうか、という次元」<sup>67</sup>の区別の視点が重要であるとされる。

次に、「そもそも国家の役割の質が問題となる。『国家からの自由』としての表現の自由に対して『国家による自由』としての表現の自由、あるいはそれをも超えて『社会権的なもの』としての表現の自由を、対置させるのかどうか、という問題が設定される」<sup>68</sup>と指摘している。

そのうえで、次のような分析をしていることが、重要である。すなわち、アメリカ表現の自由論の特質は、たとえば、差別的言論、ポルノ、政治資金規制などに見られるように、「国家からの自由」に原則的に固執する態度であり、「国家による自由」に関する議論は、極めて例外的なかたちで行われてきたことである、と分析している。

以上のようにして、「国家からの自由」に関する文化的・歴史的洞察を踏まえた理論こそは、本稿にとっては、非常に興味深いものである。

<sup>65</sup> 駒村・前掲注（64）172頁の表現。

<sup>66</sup> 阪口正二郎「表現の自由・市場・国家——表現の自由と国家の役割をめぐる最近の議論から——」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）27頁以下。

<sup>67</sup> 阪口・前掲注（66）27頁-28頁の表現。

<sup>68</sup> 阪口・前掲注（66）28頁の表現。

なぜならば、本稿は、後述するように、「思想の自由市場」の問題関心と、政府言論の理論の問題関心との関係を論じることが目的であるからである。こうした考察においては、第1章で確認するように、「思想の自由市場」論と、政府言論とがいかなる関係にあるかが問題となるというべきである。

#### (4) 国家による自由論

第4に、アメリカの表現の自由論を中心にした、「国家による自由」についての理論がある<sup>69</sup>。同理論は、「思想の自由市場」だけではなく、一般的な市場を視野に入れて、より積極的に「国家による自由」の意義を強調している。それは、およそ、次のような観念に基づいているといえる。

すなわち、「市場」というものは、決して自然なものではなく、政治的・人工的な産物であるというべきである<sup>70</sup>。そうすると、現状中立の観念に基づいて、国家介入の是非を検討することは、誤りである。ある論者の言葉を借りると、「現状は法制度の産物で、人為的で政治的なものに他ならない」<sup>71</sup>とされている。

このことを踏まえて、国家は、正義や効率という基準に反する場合には、市場を再設計する必要があるとしたうえで、表現の自由の領域を含む、あらゆる「国家による自由」の肯定的意義、ないしは、『自由市場と社会正義』<sup>72</sup>のあり方を検討している。

しかし、こうした国家の役割に関する積極的な理論は、アメリカ憲法

<sup>69</sup> CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKET AND SOCIAL JUSTICE (1997).

<sup>70</sup> See Cass R. Sunstein, *Lochner's legacy*, 87 Colum. L. Rev. 873 (1987).

<sup>71</sup> 卷美矢紀「憲法の動態と静態——R・ドゥオーキン法理論の『連続戦略』をてがかりとして——(六・完)」国家学会雑誌120巻7・8号(2007年)33頁の表現。

<sup>72</sup> 邦訳として、キャス R. サンステイン(有松晃・紙谷雅子・柳澤和夫訳)『自由市場と社会正義』(農文堂・2002年)。これに関連して、森脇敦史「言論市場の『自由』と『制約』について——Cass. R. Sunsteinの『現状中立性』批判を手がかりとして——」阪大法学51巻5号(2002年)77頁以下。常本照樹「ニュー・ディールと最高裁：憲法史からの視点」アメリカ法〔1997-1〕23頁以下。

学においては、きわめて例外的なものとされていることが重要である。ある論者によれば、「経済的自由はおろか表現の自由についてまで『国家からの自由』を『国家による自由』として読み直そうとする例外的」<sup>73</sup>な理論と評価されている。

以上のように、この理論は、精神的自由に関する国家性悪説的な思考を、正面から拒否しているという点で非常に興味深いものであり、国家の積極的な役割を論じる際には、無視できないものであるといえる。

## (5) 小括

以上のようにして、今日の行政国家における国家介入の多様性を提示してきた。われわれは、こうした現象の中から、適切な国家介入と、そうではない国家介入とを区別する必要があるだろう。ここで、これまでの議論の流れを確認すると、次のようになるだろう。

まず、「国家による自由」を、より具体的に検討する際には、関連する理論（たとえば、「国家による自由」の類型や、国家の役割論）を、参照する必要があるだろう<sup>74</sup>。

<sup>73</sup> 阪口・前掲注(22) 232頁の表現。

<sup>74</sup> 「国家による自由」の問題には、「思想の自由市場」に対する介入の問題だけでなく、より一般的な「国家による自由」（たとえば、私人間紛争に対する介入）もある。のちに提示するように、私人間の差別を解消する国家義務が存在するかという問題に対して、リベラリズムとリバタリアニズムでは、異なった回答を提示するだろう。この問題は、「リベラリズムのディレンマ」ともいわれる。つまり、「自由」の領域を拡張しようとするリベラリズムが、私人を名宛人とする差別禁止法との関係では、平等のための国家介入を積極的に認めようとするのがディレンマとされる。ANDREW KOPPEMAN, ANTIDISCRIMINATION LAW AND SOCIAL EQUALITY 216 (1996)。

同様にして、第2章で提示する Tribe も、差別禁止法の問題を、「リベラリズムのパラドックス」と呼んでいる。私的団体が、好ましくない人を排除して、一緒にいたい人と結合するということは、たしかに、プライバシーの（私的な）権利にとって重要なものであるという。しかし、それを認めることは、場合によっては、個人が社会的・抑圧的な社会構造に置かれたままにすることを意味する。とはいえ、中間団体の構成員を解放するために、中間団体内の権威を破壊することは、個人と国家のあいだの緩衝材を破壊し、専政のリスクを高める

より具体的には、国家介入には、様々レベルがあるというべきである。すでにみたように、古典的な自由権を侵害するような国家介入（第1類型）と、私人間紛争に対する国家介入（第2類型）とでは、憲法的に異なった評価がされる。

さらには、やや議論を先取りするかたちでいえば、（第1章で触れる）政府言論の第一人者である、Yudofが指摘するように、国家介入のレベルを意識する必要があるだろう<sup>75</sup>。たとえば、一般的なレベルでいえば、地方政府による介入は、連邦政府による介入よりも、その介入のリスクが、少ないと評価することも可能である。なぜならば、地方政府においては、治者と非治者のあいだの対話が、より明確に目に見えるように行われるからである<sup>76</sup>。

あるいは、裁判所による国家介入は、（連邦政府の介入よりも）リスクが少ないと理解することが可能であるかもしれない。それは、いうまでもなく、裁判所においては、（政治的な）多数派による専制のリスクというものが、少ないからである。しかし、裁判所もまた、「公平な観察者 (disinterested observers)」や、「仲裁者 (arbitrators)」ではなく、三権分立の一機関である——あるいは、「国家による自由」の体現者で

---

ものである。LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 15-4. at 898 (1978). このことに触れるものとして、木下智史「私的団体による差別と結社の自由」神戸学院法学30巻3号(2000年)655頁。

最後に、やや文脈が異なるが、私人間効力に関する議論を参照したい。「私は現代憲法の人権論で最も注目される論点の一つは、『国家からの自由』と『国家による自由』という、人権の類型による区別がある程度相対化したこと、つまり自由権においても特定の類型の権利については国の保護義務を一定程度認めなければならない状況になったことだと考え、その趣旨を色々な機会に指摘してきました。しかし、どの問題を考える場合でも、防衛権としての人権論を原則ないし基本におかないと、……人権に不当な国家権力の介入を招く恐れが大きくなるのではないかと、国の保護義務の言う『国』の実体を具体的に問う姿勢を欠いてはならないのではないかと考えてきました」とある。芦部信喜「人権論五〇年を回想して」公法研究59号(1997年)13頁。

<sup>75</sup> Mark G. Yudof, *When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 Tex. L. Rev. 863, 896-870 (1979).

<sup>76</sup> *Id.*, at 869.

ある——ことから、憲法的な制約に服すると解すべきである<sup>77</sup>。

以上のようにして、政府言論の問題を検討する場合には、「国家からの自由」をベースとしつつ、いかにして「国家による自由」を認めていくかという手順で検討していく必要がある。

そして、「国家による自由」が認められる場面類型や、そのための具体的な指針を、模索していく必要がある。要するに、政府の権力行使のありようを——判例法や学説、憲法テキストやその背後にある思想を参照しつつ——慎重に検討していく必要がある。

### 第3節 課題

これまで示してきたように、本稿は、政府言論の理論を用いることで、規制と給付をめぐる国家介入ないし国家関与の問題をトータルに検討していきたい。

より具体的にいえば、政府言論の理論を、多義的に理解することで、国家関与の具体的なありように関する問題を、よりマクロな視点から、観察することにした。

ここで、本稿の問題関心は、次のような理由から生じたものということができる。本節においては、そのことを提示するために、政府言論の理論に関する先行研究と、本稿の関係を示しておきたい。

まず、先行研究においては、政府言論の理論に関する一現象である言論助成のみが検討されてきた傾向があるように思われる。そして、その際には、次のような概念が提示されてきたといえる。

第1に、政府言論の理論である。すなわち、国家によって財政援助を受けて表現行為 (subsidized speech) を行う際に、国家に対する憲法上の制約原理として、「こうした場合に生じる憲法問題を捕捉すべくアメリカ憲法学が用意している視座が、いわゆる『政府言論 (government

<sup>77</sup> *Id.*, at 898.

speech)』<sup>78</sup>とされてきた。

第2に、判例法上の「違憲な条件の法理 (unconstitutional conditions)」である。ここで、違憲な条件の法理とは、憲法上の権利を放棄させることを条件とした補助金の給付を問題視する判例法理とされている。

このようにして、現象としての言論助成を解決しようとする際には、少なくとも、ふたつの理論が、提示されてきたといえる<sup>79</sup>。たとえば、言論助成の解決には、違憲な条件の法理、政府言論、パブリックフォーラム論などの理論装置があるとしたうえで、「言論助成が行われる領域がどのような役割を果たすかを具体的に考える事で、場の側面に適合的な法理に基づいて考える事が求められる<sup>80</sup>とする指摘があるとおりである。

以上のようにして、言論助成の問題の解決に際して、さまざまな理論が提示されている状況は、非常に興味深いものである。しかし、理論としての政府言論の意味合いが、より究極的に問われることは、いまだ少

---

<sup>78</sup> 阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号(2003年)31頁の表現。

<sup>79</sup> 池端忠司「米国における公的文化助成と表現の自由——『政府言論』の憲法的統制に積極的な三つの見解——」香川大学法学会編『香川大学法学部創立二十周年記念論文集』(成文堂・2003年)1頁以下。

<sup>80</sup> 森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻1号(2003年)135頁の表現。同論文では、パブリック・フォーラム論の重要性が指摘されている。本稿もまた、この理解を否定するつもりはない。このほか、主な文献として、森脇敦史「発言する政府、設計する政府」松井茂記・渡辺武達編『メディアの法理と社会的責任』(ミネルヴァ書房・2004年)127頁以下。築山欣央「表現に対する政府の補助をめぐる憲法問題——アメリカの事例を中心に——」法学政治学論究53号(2002年)105頁以下。藤井樹也「政府の言論と個人の自律——思想の自由・教科書検定・教育の自由——」法学教室212号(1998年)39頁以下。

さらには、言論助成の解決には、文化専門職の意見を尊重すべきとする、構造的なアプローチ——いわゆる、文化専門職論アプローチ——がある。蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(岩波書店・1997年)191頁以下。

ないといえるように思われる。

たとえば、そもそも、「政府言論とは何か」という定義が提示されていないように思われる。さらには、政府言論というものが、具体的にどのように発せられたか。その結果として、「思想の自由市場」に対して、どのような影響を及ぼしたか。あるいは、「何故、言論に対する給付（だけ）を危険視する必要があるのか」が検討されていない状況にある。

以上のような問題状況を踏まえつつ、本稿は、次のような課題を検討することにしたい<sup>81</sup>。それは、言論助成に関する、これまでの学説の認識を変える——あるいは、背後にある問題の奥深さを描写する——可能性を有している<sup>82</sup>。

## (1) 思想の自由市場

第1に、本稿は、政府言論の多義的アプローチを提唱したい。より具体的にいえば、政府言論の可能性を、もっとも多義的に提示した——とりわけ、Yudofの政府言論の——理論を紹介することによって、アメリカ表現の自由論における諸々の現象を、「国家からの自由」という観点から捉え直すことを目的としている。

このような作業を行うことには、次のような理由がある。繰り返すように、従来から政府言論が検討される場合、「給付」という問題（のみ）

---

<sup>81</sup> 政府言論という理論は、広い射程を持つものと位置付けられる。たとえば、政府言論に関する現象を、表現の自由に関する事項に限定するかが問題となる。しかし、後述するような、国旗敬礼行事の例で、政府言論の理論が援用されていることからすると、政府言論の理論は、純粋に、表現の自由の中に留まらないもの、といえる。あるいは、給付行政という領域で、違憲な条件の法理の問題と同時に、政府言論の理論が議論されていることが、そうした多義性を指し示しているだろう。

もうひとつ問題となるのは、政府言論という場合の、政府という「主体」に関する問題である。政府とは、本来的に言えば、行政府を意味している。しかし、アメリカの政府言論の理論では、そのような狭いものだけに限定しない姿勢があるように思われる。

<sup>82</sup> したがって、本稿は、これまでの政府言論に関する研究が、誤っていたといたいわけではない。先行研究とは異なった観点から説明することで、言論助成という問題の奥深さを提示するものである。後掲注(124)も参照。

が検討されてきたからである。

しかし、政府言論の問題を解決する際に、給付という現象のみを、とりあげて観察するだけでは、より具体的な問題文脈を、より正確には把握できない——言論助成という問題を解決できない——というべきである。

というのは、すでに提示しているように、給付という「国家による自由」を検討する際には、「国家による自由」が認められる前提条件を、先行して提示する必要があるからである。本稿は、その前提条件を探るために、政府言論の理論を再確認する。より具体的な方法としては、給付という国家行為だけでなく、表現規制という国家行為にまで射程を広げて、「国家からの自由」と「国家による自由」の緊張関係を、よりマクロな視点から描写することにする。

このことによって、いかなる状況において、「国家による自由」が認められるか——あるいは、冒頭に示したような、「思想の自由市場」の原則が、いかなる場合に「緩和」されるか——というベースラインを画定することにしたい<sup>83</sup>。

いかにすれば、こうしたベースラインを画定することが、アメリカにおける——政府言論の理論の一現象である——言論助成という問題を、(真なる意味で) 解決することになるだろう。われわれは、「思想の自由市場」という原則を改めて確認したうえで、言論助成の問題を解決すべきである<sup>84</sup>。

---

<sup>83</sup> このことに関連して、わが国では、政府言論と、違憲な条件の法理が、混同されてきたきらいがある。しかし、違憲な条件の法理が、補助金の支給などの、非権力的な措置の違憲性を争う法理であるのに対して、政府言論は、それよりも、より射程の広い内容を有するものである。ここで、国家助成の問題は、政府言論の理論的な問題関心の一現象に過ぎない。

<sup>84</sup> 先行研究がとってきたアプローチ——要するに、「国家による自由」にかかるとい問題は、政府言論の理論で検討するが、「国家からの自由」の問題は従来の自由権の枠組みで検討するというアプローチ——と比べて、本稿のアプローチには、どのような実際上のメリットがあるのか、さらには、結論に差異が生まれるのか、という問題がある。この点に関する回答は、次の通りである。

まず、本稿にとっては、Shiffrin が指摘するように、アメリカの判例法が、

以上のような問題意識は、次のようにもいえるだろう。政府言論の理論は、先行研究によると、主として、給付行政という問題を解決する理論とされてきた。実際において、政府言論の理論は、給付という行為に、政府による（是認・否認の）メッセージが含まれていることを強調している。たとえば、「国家の非＝強制的手法による『道徳的環境』形成への関与」<sup>85</sup>を警戒すべきとしている。

しかし、そこにはひとつの問題がある。それは、給付行政にかかるすべての問題を、憲法問題とすべきとしているのか（あるいは、そうではないのか）が、分からないことである。こうした問題を解決するために、

---

いかなる「国家による自由」をも、危険視する姿勢を採用していることを認識することが、重要である（たとえば、アクセス権や政治資金規制、差別的言論の規制が、消極的に捉えられていることを参照せよ）。Shiffrin, *supra* note 24, at 596-600. ここで、「国家からの自由」のありようと、「国家による自由」のありようは、常に「連動」している。こうした「認識」を抜きにしては、アメリカにおける、言論に対する助成の問題を検討することができないというべきである。浜田・後掲注（103）18頁などを参照。

ところが、先行研究には、「国家からの自由」に関する認識がない（少なくとも、やや鮮明ではない）といえる。そうすると、いかなる言論助成が許されて、いかなる言論助成が、許されないかを判別する指針を見つけることができない。これに対して、本稿のように、「国家からの自由」と「国家による自由」の両者を一体的に捉えると、先行研究よりも、より明確に「国家による自由」に関する指針を見つけられる。とりわけ、表現的（ないしは、それに密接に関連する、宗教的）結社に対する規制や助成の問題を扱う場合には、このことが、よくあてはまる（したがって、本稿においては、第2章や第4章で、この点に関するケース・スタディーが行われる）。

ここで、「国家による自由」に関する問題は、図書館の選書にとどまらないというべきである。たとえば、第4章で検討するように、自律的団体に対する規制や助成の問題もまた、「国家による自由」に関する問題である。これは、政府言論に関する、今日的なひとつの重要な研究課題である。その意味において、本稿は、言論助成に関する「普遍」的基準を抽出しようとするものではなく、アメリカ表現の自由論における、ひとつの伝統的な思考様式を通して、言論助成に関する問題の、文脈依存的な解決を図ろうとするものである。

<sup>85</sup> 政府言論の理論は、給付という行為に、政府による（是認・否認の）メッセージが含まれていることを強調する。小泉・前掲注（15）32頁。

本稿は、政府言論の理論を再定位することを課題としたい。

より具体的には、政府言論の理論は、給付という国家介入（だけ）を解決する理論ではなく、表現の自由に関する問題に対して、国家が、いかに「関与」（給付のみならず、規制を含む）すべきかを、よりトータルに提示する理論である<sup>86</sup>。そのうえで、言論助成という問題を改めて検討すべきという立場を採用している。

「すべてのレベルで、政府は、情報を知らせる権限（政府言論をおこなう権限——引用者）を有していて、各組織体を主導し、かくして、民主的同意の発展に貢献するものである。しかし、そうした権力は、潜在的に市民の独立した判断を破壊的なものにしたたり、民主的同意の過程に脅威を生じさせるかもしれない。Yudofは、こうした政府言論の二重の性質（dual nature of government speech）を考察し、第1修正の領域における、過度な政府言論という問題関心に対する、適切な役割を提案する。（傍点は引用者）」<sup>87</sup>

もっとも、このような政府言論の理論（要するに、公権力が、諸々の形態による規制や給付をしていることをトータルに提示する見方）の提示に対しては、「government speech 一般を規律する法理の追求——それは、不可能であるだけではなく、不必要でさえある」<sup>88</sup>という正当な批判があるだろう。

しかし、本稿は、すでに確認したように、アメリカにおける表現の自由論が、「国家からの自由」と「国家による自由」の緊張関係を、いか

<sup>86</sup> Bezanson & Buss, *supra* note 9, at 1463.

<sup>87</sup> Yudof, *supra* note 75, at 863. この表現は、論文冒頭に掲載された要約を参考にした。

<sup>88</sup> 蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座 憲法学 第3巻 権利の保障（1）』（日本評論社・1994年）111頁の表現。

なお、阪口正二郎教授も、国家助成に対して、「この問題は複雑で難しく、筆者は何らかの解決策を提示する能力を持ち合わせてはいない」とする。阪口・前掲注（78）30頁の表現。政府言論のいくつかの理解に関しては、横大道聡「表現しない自由と表現の『帰属』」法政論叢44巻2号（2008年）50頁以下。

なる限界状況で検討してきたか——いかなる場合に、いかなる根拠により、「国家からの自由」の原則を、緩和してきたか——という、いわば、よりマクロな問題——それは、すでに提示したような、国家の守備範囲に関する問題関心といえるかもしれない——を再確認するという目的のために、もっとも多義的に政府言論の理論を提示した、Yudofらの理論を紹介することにしたい。

このようにして、本稿は、政府言論の理論の関心を背景として、アメリカ表現の自由論（国家規制をめぐる諸々の問題）の「後景」を探るという作業である。それは、政府言論という理論のひとつの理解を用いて、表現の自由の領域における（給付や規制などの「関与」をめぐる）諸々の現代的課題を、よりトータルに浮かびあがらせる作業であり、あるいは、多元的な社会における、国家規制の複雑性（政府による給付や規制などの「関与」のありよう）を、ありのままに描写する作業でもある<sup>89</sup>。

<sup>89</sup> 本論で提示したように、本稿は、政府言論を論ずる際の、前提条件を提示するものである。それは、いいかえれば、第1修正が、「国家からの自由」として、あらゆる種類のコミュニケーションやメッセージ表現を保護しようとしていることを、再確認するための議論である。

より具体的にいえば、国旗を焼却すること、十字架を燃やすこと、徴兵に関する書類を燃やすこと、憲法を燃やすこと、政治的なパレードを行うこと、政治的ではないパレードを行うこと（セント・パドリック・ディ・パレードのようなもの）、マーティングをしないこと、アームバンドを装着すること、低俗なメッセージがついたジャケットを着ること、長髪になること、何も着ないこと、国旗に敬礼すること、国旗敬礼を拒否すること、あるジェスチャーをすること、ナンバープレートにメッセージを掲載して車を運転すること、バンパーにメッセージを掲載して車を運転すること、声に出して祈ること、静かに祈ること、子供に教育すること、選挙で資金提供をして、立候補者に対して自分のメッセージを送ること、製品を広告すること、そのほかにも、適切な状況のもとで、多くのものが憲法上保護されている。See Michael Stokes Paulsen, *Scouts, Families, and Schools*, 85 Minn. L. Rev. 1917, 1919-1920 (2001).

このようにして、本稿は、多元性を尊重しようとする契機（すなわち、「思想の自由市場」論）が、判例法のなかに、存在していることを確認したい。そのことが、本論で示しているように、表現の自由に対する「給付」の問題を解決する際には、ひとまず重要であることを提示するものである。

以上のようにして、本稿は、アメリカ憲法学において、最近になって注目されている政府言論という理論の意味内容を解明するものである。近年、政府言論の理論は、表現の自由に関わる問題として、日本でも紹介されることがある。しかし、それらは、非常に断片的なかたちで議論がなされている。

これに対して、本稿は、先行研究が主として採用してきた、政府言論のアプローチ——政府言論の主たる対象が、国家による「給付」行為であるとする<sup>90</sup>——を批判的に考察している。すなわち、政府言論の理論とは、主に、表現の自由を巡る諸々の国家的課題に対して、いかに「関与（給付だけではなく、規制を含む）」できるかを問題視する枠組みであると捉え直すべきである。

このことを論証するために、第1章においては、(これまでのところ、政府言論に関しては、国家助成がよく提示されているが、それ以外にも)公立学校での国旗敬礼行事の強制の問題が提示されていること、教育や宣伝活動、その他の「説得」的な手法に関する問題が提示されることを確認したい<sup>91</sup>。

このようにして、本稿は、これらのすべての現象が、政府言論の理論の対象であることを提示して、国家助成という現象だけが、政府言論の理論の対象ではないという結論を導き出すことになる。以上のような、政府言論の多義的アプローチは、少なくとも、アメリカ表現の自由論の「国家からの自由」という特質を明らかにできるものであり、非常に有意義なものである(命題1)。

## (2) 表現的結社の自由

第2に、これまで提示したような課題を解決するために、本稿は、団

---

<sup>90</sup> たとえば、渋谷教授は、政府言論の理論を、表現活動に対する助成と、学術研究に関する自由で議論している。そうした研究は、「従来から存在した諸問題を新たな切り口で分析しようとするものである」としている。渋谷・前掲注(54)328頁。

<sup>91</sup> 政府言論の現代的課題を示した論考として、宍戸常寿「特別の公法上の関係」法学セミナー647号(2008年)78頁以下。See THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEMS OF FREEDOM OF EXPRESSION 21-22 (1970).

体の表現の自由（あるいは、表現的結社の自由）を視野に入れて、政府言論に関する問題を検討したい<sup>92</sup>。

しかし、これまでの研究は、このことに対する、問題意識が明確ではないといえる。すでに提示したように、「思想の自由市場」の原則を、「額面通り」に受け入れるならば、表現的結社の自由ないし「表現」を、国家が制約することに「慎重」でなければならないはずである<sup>93</sup>。

ある論者の言葉を借りると、「送り手」が個人であれ団体であれ、「受け手」にとっては、言論市場に多様な情報が「流通」することが重要であるとすると、団体の言論もまた容易に規制できないからである<sup>94</sup>。

<sup>92</sup> これまでの言論助成に関する研究は、個人に対する給付の問題のみを検討してきた傾向がある。本稿は、後述するような、最近の言論助成の問題を解決するために、表現的結社の自由に対する規制や給付の問題を視野に入れることにする。このことは、良い意味でも、悪い意味でも、問題を拡散させることになる。

しかし、本稿は、そうした拡散化によって、見えてくる問題を認識することが重要であるとも考えている。ここで、最近のアメリカでは、表現的結社に対する助成の問題が政府言論の問題として訴訟でよく争われていることが、事実として重要である。拙稿「同性愛者に対して差別の方針を持つ軍隊による大学内での人事採用活動を大学が禁止したことに対して、合衆国議会が大学の連邦資金を削減する法律を制定したことが、第1修正に違反しないとされた事例」アメリカ法 [2007-1] 133頁。Rumsfeld v. Fourm for Academic & Institutional Rights, Inc., 547 U.S. 47 (2006) ; Rosenberger v. University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995) .

<sup>93</sup> ただし、団体の表現の自由といっても、アメリカにおいては、団体が多種多様に存在していることに、注意しなければならない。たとえば、NAACPという全米黒人地位向上委員会に対する国家介入と、人種差別的な団体であるKKKに対する国家介入では、おそらく異なった配慮が必要とされるだろう。

もっとも、本論で確認したように、「思想の自由市場」の原則を、「額面通り」に受け取るならば、いずれの国家介入に対しても、ひとまずは、警戒の姿勢を示さなければならないだろう。表現的結社の自由の問題の難しさは、こうした結社の「多様性」にあるというべきである。なお、表現的結社の自由と、表現の自由は、完全に同一視できるものではないことを、付け加えておきたい。

See Dale Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1525 (2001) .

<sup>94</sup> 蟻川恒正「思想の自由と団体規律」ジュリスト1089号（1996年）199頁以下

実際において、アメリカにおいては、表現的結社（と、それに密接に関連する宗教的結社）に対する（信教の・表現の）自由の問題——より具体的にいえば、そうした団体に対する規制や給付のありようの問題——が、判例法レベルでも——宗教的結社や表現的結社の問題が、より交錯するかたちで——よく論じられているようである。

こうしたことから、本稿は、表現的結社の自由の問題を視野に入れて、今日における表現の自由に関する問題の、より複雑な理論状況を具体的に描くことにしたい<sup>95</sup>。

このようにして、本稿は、給付という行為ではない政府言論の側面を強調したい。いいかえれば、政府言論とは、「政府による不適切な方法での思想の自由市場への歪曲の可能性」<sup>96</sup>の危険視する発想とされているが、それには、少なくとも、「政府が『捉われの聴衆』に向けて言論をする場合と、政府が自らの存在を伏して腹話術師として言論を発する場合」<sup>97</sup>があるからである。

以上のことを踏まえて、本稿は、「捉われの聴衆」という政府言論に

---

の表現を参考にした。

このことに関連して、第1章で提示するように、Yudofは、政府が言論する権利(government right to speak)を、憲法のなかに好意的に組み込むことは、説得的でも魅力的でもないという。第1修正の歴史的な目的は、政府の権力を制限することである。たとえば、企業（要するに、ある種の結社、ないしは、表現的結社）という主体に、第1修正上の権利を認めることと同様にして、政府にそのような権利を憲法的に認めることは、表現の自由システムを歪める(distort)ことになる、としている。Yudof, *supra* note 75, at 868.

<sup>95</sup> 関連して、「思想の自由をめぐる問題は、政府言論という概念を使って論じ直す余地」があり、それは、「特定の種類の政府言論が、それを不快に感じる生徒に対して、公立学校の授業の場で押しつけられるという問題」であることが重要である。内野正幸「学校で人間主義を押しつけるのは違憲か」藤田宙靖・高橋和之編『樋口陽一先生古稀記念 憲法論集』（創文社・2004年）167頁の表現。ただし、教育現場をめぐる政府言論を解決することの困難を示す議論がある。Abner S. Greene, *Government of the Good*, 53 Vand. L. Rev. 1 (2001).

<sup>96</sup> 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）94頁の表現。

<sup>97</sup> 蟻川・前掲注（96）94頁の表現。

関する問題類型を強調したい。そのことによって、国家助成という問題ではない、政府言論の理論的可能性を提示したい<sup>98</sup>（命題2）。

### (3) 言論助成

第3に、以上のような考察を踏まえたうえで、ようやく表現的結社に対する国家助成という問題に遡るべきである、というのが本稿の立場である。

こうした手順を踏むことで、われわれは、国家助成の問題関心を、従来の理論よりも、より真剣に受け止めることができるだろう<sup>99</sup>。ここで、本稿のおおまかな結論を先に示しておく、次のようになるだろう。

本稿は、政府言論の理論の対象を、給付のみならず、規制の問題にも拡張して、よりトータルに政府言論の課題を検討する。このことは、国家規制に関わる問題状況を、より鮮明にするだろう。

ある言論が規制できないという（社会的）ベースラインが設定されて、ようやく、国家助成の合憲性に関する判断枠組みが、明確に定まるといふべきだから——少なくとも、本稿では、そのような個別的な問題類型を提示することができるというべき——である<sup>100</sup>。

このことは、次のようにも表現できるだろう。すなわち、国家助成と

<sup>98</sup> たとえば、表現的結社の自由という場合、やや極端に言えば、レストランという団体が、人種差別するという「言論」を、いかに考えるかという問題がある。もっとも、こうした表現は、一般的に言えば、ネガティブに解されることが多い。しかし、なぜ、団体の表現の自由を否定できるかという根拠を考へることが重要である。Peter de Marneffe, *Rights, Reasons, and Freedom of Association*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 145, 149-150 (AMY GUTMANN & MICHAEL WALZER eds. 1999)。

<sup>99</sup> ここでは、政府言論の統制という問題に関して、すべての state actor による、政府言論を危険視する必要はなく、それぞれの（政府）組織の個別的な特徴（distinctive features of an institution）を分析していくことが重要である、という認識がひとつのヒントとなるであろう。Fagundes, *supra* note 38, at 1637.

<sup>100</sup> Eugene Volokh, *Freedom of Expressive Association and Government Subsidies*, 58 Stan. L. Rev. 1919 (2006). 後掲注（124）も参照。

いう問題は、精神的自由の領域における「国家による自由」の問題である。そのことから、「国家からの自由」の問題に較べると、憲法が認めているベースラインが明確に定められないというべきである<sup>101</sup>。あるいは、国家裁量の余地が、広く認められる場合があるというべきである。

要するに、給付作用のなかには、憲法に適合的な給付があるといえる。しかし、このような給付という介入の意義を認めようとするアプローチは、これまで提示したような、表現の自由の領域における伝統的思考——すなわち、純粋な意味での（たとえば、リバタリアニズムが提起するような）国家性悪説的な思考——とは、若干異なるものであるということが出来る。こうした分岐点に関する考察を行おうとするのが、本稿の政府言論の理論である<sup>102</sup>。

以上のようにして、われわれは、政府言論に関する国家助成の問題が、

---

<sup>101</sup> まず、「国家からの自由」に関する、厳格なベースラインについては、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊の国家』」東京大学社会科学研究所編『国家の多様性と市場』（東大出版会・1998年）13頁以下を参照。

これに対して、「国家による自由」のベースラインについては、Shiffrin が、判例で形成された「ある言論を、他の部分の声を相対的に高めるために制限できる」という概念は、第一修正には全く無縁である」というような、「国家による自由」に関するベースラインを見定めることが必要としたように、やや国家裁量の余地が広がるともいえる。Shiffrin, *supra* note 24, at 598.

もっとも、後述するように、アメリカにおいては、アクセス権などを含めた「国家による自由」が、それほど認められない傾向にあり、表現の自由の領域における、「国家による自由」に関する国家裁量の幅は、それほど広くはない。

以上のことを踏まえて、本稿の政府言論に関する議論は、この狭い領域内で展開される、言論助成という「国家による自由」の意義を、再確認しようとする趣旨のものである。See Volokh, *supra* note 100, at 1920.

<sup>102</sup> 通説に対する批判として、強制的な契機を有しない「間接」的なかたちによる「思想の自由市場」に対する国家介入に関して、「国家のさまざまな関与・介入はすべて違憲の疑いを持つ行為となるか、あるいは、そもそも憲法論として論ずる余地のない問題」となるのか不明であるという認識が非常に重要である。右崎正博「現代国家と自由—言論の自由をめぐる現代の問題状況についての覚書」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂・1995年）133頁の表現。

こうした微妙な地平に成立する問題であることを、改めて意識する必要があるだろう。いいかえれば、先行研究が意識していないような、「国家からの自由」と「国家による自由」の連関を、再度提示する必要があるだろう（命題3）。

#### 第4節 本稿の構成

本稿の構成は、およそ次の通りである。本稿は、政府言論のメリットとデメリットというふたつの側面——あるいは、政府言論の両義性——を意識しながら、国家が、「思想の自由市場」に介入することの意味を明らかにしたい。

そうした作業は、後述するように、憲法理論を提示する前提としての、社会に内在している行動原理ないし前提条件を提示する作業ともいうべきものである。

##### (1) 政府言論の理論

第1章は、政府言論の理論を提示したい。本稿は、比較的早い段階で提示された、Yudof や Shiffrin や Emerson の政府言論の理論を参照しつつ、政府がメッセージを発することや、政府言論の定義の問題を検討したい。

こうした作業を行うのは、国家助成のみならず、諸々の形態の国家作用を、政府言論と捉えるためである。本稿は、とりわけ、Yudof の議論を用いて、「国家からの自由」の原則の意味を改めて検討し、政府言論の中核となるものを抽出したい。

なお、本稿の政府言論の理解は、次のような「国家からの自由」を基調とした判例法理の理解に密接に関わっている。それは、表現の自由に関する判例法で語られた「政府がわれわれの社会のある部分の言論を、他の部分の声を相対的に高めるために制限できる」という概念は、第1修正には無縁である<sup>103</sup>という法理である。

<sup>103</sup> Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974). なお、Shiffrin が示唆しているが、アクセス権がアメリカで積極的に位置付けられないこ

こうした法理を、政府言論の理論の軸に据えることで、アメリカ表現の自由論の特質を探ることにしたい<sup>104</sup>。このようにして、本稿は、アメリカの表現の自由に関する具体的な判例法理のありようを、政府言論の理論を用いて再解釈する。

## (2) 表現的結社の自由<sup>105</sup>

第2章は、政府言論の理論を用いて、個別具体的な問題を解決したい。より具体的にいえば、「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克」という現象を検討したい。議論の素材として、最近の判例である *Boy Scouts of America v. Dale* 判決<sup>106</sup>（以下、Dale 判決とする）

---

とと、政府言論のありようの問題は、関連しているとされる。Shiffrin, *supra* note 24, at 596. こうした見方が正しいならば、「新聞や雑誌などマスメディアへの反論権を認めるフランスやドイツ、そういった権利を認めないアングロ・サクソン社会との違いがある」という、文化論的な指摘が重要である。長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣・2006年）198頁の表現。

さらに、反論権などに関しては、「単に形式的な法技術の問題ではなく、広く国家観、自由観、さらには司法観に密接に関連をもつ理論であることに注意が必要である。裁判所といえども、国家権力の一機関であり、『国家による言論の積極的な助成』という性格を持つ反論権の容易な受け入れに対する疑問……も、結局こうした基本的な哲学にかかわっている側面がある」とされる。浜田純一「サンケイ新聞意見広告と反論文掲載請求」ジュリスト臨時増刊昭和62年度重要判例解説（1988年）18頁の表現。

<sup>104</sup> かつて、アクセス権を中心にして、言論市場における政府の積極的な役割を唱えたのは、Barron である。このような問題関心を背景にして、とりわけメディアに対する国家介入の問題を正面から論じたシンポジウムとして、次のようなものを参照。Stephen G. Breyer, *A Symposium Honoring Jerome A. Barron's Path-Breaking Article: Introductory Remarks*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 819 (2008).

<sup>105</sup> アメリカの判例法は、結社の自由を検討する際に、表現的結社の自由 (freedom of expressive association) という文言を用いている。木下智史「アメリカ合衆国における『結社』観」立命館大学人文科学研究所紀要 No. 80 (2002年) 121頁以下。橋本基弘『近代憲法における団体と個人——結社の自由概念の再定義をめぐる——』（不磨書房・2004年）。

<sup>106</sup> *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000). 高井裕之「同性愛者

をとりあげる。

ここで、Dale 判決とは、ボーイスカウトという私的団体が、性的指向による差別をしたことを合憲（より正確に表現すると、ボーイスカウトに対する、差別禁止法の適用を違憲）とした事例である。この事例では、構成員としての資格を剥奪された Dale が、成年構成員の地位剥奪処分の撤回を求めた。

これに対して、（連邦最高裁の）法廷意見は、団体の立場を表明する能力に「重大な影響」を及ぼすような介入であれば違憲という基準を定立しつつも、ボーイスカウトが、同性愛の行為は、『スカウトの誓い』という文書の「道徳的にまっすぐ（morally straight）」という規約に違反すると主張していることから、（裁判所としては）ボーイスカウトの同性愛者に対する行為が、「正しい」かどうかを判断する資格がないとした。そして、Dale は、大学の同性愛団体の共同代表である。彼がボーイスカウトのメンバーに留まるということは、ボーイスカウトが同性愛を正当な行為として受けいれているというメッセージを、メンバーに対しても社会に対しても送ることを強いる（すなわち、ボーイスカウトに、差別禁止法を適用することは違憲である）とした。

しかし、連邦最高裁の反対意見は、差別禁止法をボーイスカウトに適用しても、ボーイスカウトに「重大な影響」を与えない。表現的結社の自由は、絶対的なものではない。彼のボーイスカウトへの参加は、ボーイスカウトに対しても世の中に対しても、メッセージを送らない。その

---

差別の禁止と結社の自由」ジュリスト1192号（2001年）239頁以下。巻美矢紀「私人間効力の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』（有斐閣・2006年）233頁以下。

もっとも、本稿が予定しているような、国家による平等を実現するための介入と、結社の自由の対抗関係という問題設定は、後に述べるように、比較的少ないように思われる。アメリカにおける後述する Roberts 判決以降——かつ、Dale 判決より前——に触れるものとして、岩浅昌幸「アメリカ合衆国における『表現のための結社の自由』」筑波法政13号（1990年）207頁以下。最近のものとして、岡田順太「アメリカ合衆国における『表現的結社の自由』——Freedom of Expressive Association の憲法上の価値について」法学政治学論究（2002年）54号119頁以下。

ような行為は、第1修正下で象徴的言論とは構成すべきではない。同性愛者がボーイスカウトに属することは、あるメッセージを運んでいると解釈すべきではない(ボーイスカウトに、差別禁止法を適用することは、合憲である)とした。

以上のようなメッセージに関する各意見の対比を前提にして、第2章では、表現的結社に対するいかなる介入が、憲法的に認められるかを提示することにしたい。

ところで、本判決には、「自由」と「平等」という、ふたつの価値が関わっているといえる<sup>107</sup>。実際において、本判決にコメントする学説のなかには、平等(再配分)を推進するような国家介入を憲法的に疑わしいものとする学説<sup>108</sup>と、平等推進という観点から、連邦最高裁に対して、「反=反差別主義(anti-antidiscrimination agenda)」という批判をする学説<sup>109</sup>があるからである。

ここで、重要なことは、ふたつの学説のあいだには、「国家による自由」を、いかに位置付けるかという点に相違があることである。そのことから、第2章で検討する問題は、政府言論の理論の問題(より具体的にいえば、表現的結社の自由に対する、国家関与のありようをめぐる問題)であるということができる。

このようにして、本稿は、国家介入の両義性を踏まえつつ、平等のための国家介入と、自由を尊重しようとする原理をどのように調整すべきかを見ていくことにする。そして、そこで明らかにされた基準は、後述するような、表現的結社の自由に関する(規制や給付の)問題を解決す

---

<sup>107</sup> 差別禁止法が普遍的に抱える、ディレンマに関する問題を扱った、わが国の先行研究として、樋口・前掲注(26)101頁以下。差別禁止法に力点を置く代表的な議論として、Nan D. Hunter, *Accommodating the Public Sphere: Beyond the Market Model*, 85 Minn. L. Rev. 1591 (2001)。

<sup>108</sup> 結社の自由を強く保護する観点から、Dale 判決の可能性を積極的に評価する立場である。Richard A. Epstein, *The Constitutional Perils of Moderation: The Case of the Boy Scouts*, 74 S. Cal. L. Rev. 119 (2000)。

<sup>109</sup> See Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 Yale. L. J. 1141 (2002)。

る際の道筋となるだろう。

### (3) 給付行政

第3章は、国家による介入の典型的な問題として、憲法上の権利を放棄させることを条件として、補助金を付与できるかという問題を検討する。

それは、給付行政という「国家による自由」の問題である<sup>110</sup>。この問題は、先行研究が明らかにしているように、国家が補助金に関する基準を決定しているという点において、まさに、政府言論の理論の課題である。

第3章は、およそふたつの内容に分けられるだろう。前半は、主に、違憲な条件の法理に関する学説と判例法を検討したい。そのことによって、自由や平等という価値、それらの背景にある、民主主義と基本的人権（たとえば、信教の自由、居住移転の自由、中絶の自由）との対抗関係という論点に触れることにしたい<sup>111</sup>。

これに対して、後半は、冒頭に提示したような、言論助成の問題を検

<sup>110</sup> より明快な議論として、高橋和之教授の議論がある。すなわち、「政府には、非パブリック・フォーラムを表現活動に開放する憲法上の義務はなかった。同様に、政府には、芸術活動を援助する憲法上の義務はない。しかし、特定のジャンル（主題）の芸術活動に援助することに決定した場合には、『観点』（viewpoint）中立的に行う必要がある。あらゆる表現に援助することは不可能であるから、主題は限定せざるをえない。ゆえに、政府の主題の選定は政府の裁量に委ねるべきであろう。しかし、観点の選別については、政府が自ら選別する場合には、『通常審査』以上の厳格度が要求されよう。観点の選別と作品の評価は区別が困難であることを考えれば、政府が自らそれを行うのではなく、独立性をもった中立的・説明的な専門機関を設置する制度設計を考えるのが望ましい」としている。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005年）193頁の表現。See Notes, *Strict Scrutiny in the Middle Forum*, 122 Harv. L. Rev. 2140 (2009).

<sup>111</sup> 第3章が目指すことは、いわゆる、二重の基準論を否定することではない。そうではなくて、二重の基準論に関わるアメリカの判例法を検討することによって、判例法における、二重の基準論の相対化を観察することである。たとえば、居住・移転の自由に関する給付のあり方が問題となった、Shapiro 判決を検討する予定である。Shapiro v. Verner, 374 U.S. 618 (1968).

討したい。この問題は、アメリカにおいて、90年代によく提示されている問題であり、比較的最近でも、興味深い判例が生成されているものである。先行研究が明らかにしたように、この問題を検討する際には、パブリック・フォーラム論に関する、理論的な考察が非常に意味をもつだろう<sup>112</sup>。

#### (4) 政府言論の現代的諸相

第4章は、政府言論の総括をおこなう。まず、そのためには、今日の判例法の到達点を確認する必要がある。

第1節は、政府言論の理論の前提として、「思想の自由市場」の意味合いを、あらためて確認したい。こうした作業を行うことで、「国家からの自由」の意味合いを再確認したい。より具体的にいえば、いくつかの言論に対する規制の各論——たとえば、差別的言論に関する問題、ポルノ規制に関する問題、政治資金規制の問題<sup>113</sup>——を検討したい。これらを提示することで、「思想の自由市場」の原則が、今日においても、より幅広く援用されていることを再確認したい。

このような検討を行うのは、政府言論の一現象である、国家助成の問題を解決するためには、およそ次のような手順にしたがう必要があるからである。すなわち、そもそも「規制」的文脈において、「思想の自由市場」の原則が、いかに観念されているかを探る——その後、国家助成の問題を検討する——ことが重要であるからである。以上のようにして、本稿は、政府言論という理論の問題として、国家介入の意味合いが、判例法でどのように把握されているかを明らかにすることを課題としている（命題1）。

第2節は、政府言論のもうひとつの類型を提示したい。より具体的には、信教の自由として有名な Yoder 判決を提示することで、国家助成の問題とは異なるような、政府言論の類型を提示したい。

ここで、ひとつの素材となる Yoder 判決とは、信教の自由、ないしは、

<sup>112</sup> 代表的なものとして、中林・前掲注（3）263頁以下。

<sup>113</sup> Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 48-49 (1976)。

宗教的結社の自由を理由として、Amish の子どもたちの公教育の義務を否定した事例である。ともあれ、Yoder 判決は、「何が憲法の保護を受けることのできる宗教的な信念または行為であるかを定めることは、きわめて微妙な問題をおそらく提起するだろうが、秩序ある自由の観念そのものは、社会が全体として重要な利害関係を有する行為に関する事項について、各人が自分自身の基準を（勝手に）作ることを許さない」<sup>114</sup>とも判断している。

Yoder 判決を検討することで、「捉われの聴衆」<sup>115</sup>という政府言論の類型を提示し、さらには、公私区分論、立憲主義と民主主義との相克をいかに考えるかという論点を提示することにしたい（命題2）。

第3節は、政府言論の現代的諸相として、第3章までに提示したような、信教の自由、政教分離、国家助成、表現的結社の自由、差別禁止法という主題が、複雑に絡み合っており、判例法が形成されている状況を提示したい（命題1、命題2）。こうした議論は、第2章や第3章の、延長線上にあるものであり、政府言論に関する現代的課題というべきものである（命題3）。

これに対して、第4節は、補論として、政府言論に密接にかかわっている「法の表現的理論」を提示することで、表現の自由論の領域に留まらない、政府言論の奥行きを（あるいは、今後の課題として）若干提示することにしたい。

以上のようにして、政府言論の問題関心は、非常に幅広いものである。このことは、政府言論を解決するための基準として、Yudof が、市場の多様性、個人の尊厳、自律、平等、民主主義社会における適切な政府機能の考慮というような、多種多様な基準を挙げたことにも表れている<sup>116</sup>。

また、すでに示唆したように、政府言論を検討することは、主に精神

<sup>114</sup> Wisconsin v. Yoder, 406U.S. 205, 215 (1972).

<sup>115</sup> 捉われの聴衆論を展開することの難しさについては、甲斐素直『憲法演習ゼミナル読本（上）』（信山社・2008年）290-291頁以下。

<sup>116</sup> Shiffrin, *supra* note 49, at 1749.

的自由の領域における規制や給付のありようをトータルに検討することから、アメリカ表現の自由論をトータルに検討するものであるといえる<sup>117</sup>。

それは、いかたをかえれば、「思想の自由市場」の原則にあるような、社会的多元性を背景として、国家が（それに対して）どれほど「関与」できる（すべき）かという問題である<sup>118</sup>。したがって、こうした問題を検討する際には、いうまでもなく、中間団体に対する評価<sup>119</sup>、団体内部における団体と個人の問題<sup>120</sup>、宗教的結社の自由<sup>121</sup>、私人間効力論<sup>122</sup>な

---

<sup>117</sup> 繰り返えしになるが、政府言論の理論の対象として、これまでの研究によると、国家助成の問題が提示されることが多かったといえる。しかし、本稿は、そうした現象のみをとりあげようとするアプローチにやや批判的である。これから提示するような「国家からの自由」に関する表現の自由論のあり方一般を見ることなしには、国家助成の問題を検討できないと考えている。

<sup>118</sup> アメリカにおいては、宗教的にも人種的にも多様であるという社会的なバックグラウンドがある。やや単純化していうと、そうした事実こそが、多様性を尊重すべきという命題を生み出しているともいえるかもしれない。いかえると、多元性を尊重すべきという議論は、多元的であるという事実が、先行しているともいえる。

このことに関連して、「そもそも政治がいかなる社会的前提に支えられ、これにどこまで憲法の保障を及ぼしうるかは、法学としての憲法学にとって実際は限定的な範囲で主題化しうるにすぎ」ないという指摘がある。林知更「立憲主義と憲法の保障」安西ほか・前掲注（106）87頁の表現。Cass R. Sunstein, *On the Expressive function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021（1996）。

<sup>119</sup> 中間団体に対する評価については、さしあたりは、樋口・前掲注（22）7-21頁。樋口教授への興味深い応答として、森英樹「『憲法と公共性』再論」法律時報72巻1号（2002年）137頁以下。森英樹「憲法と公共・公共性・公共圏——序論的考察」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性——比較憲法的研究をふまえて——』（日本評論社・2002年）2頁以下。

<sup>120</sup> 団体の問題については、アメリカの議論との関係で、木下智史「団体の憲法上の権利享有についての一考察——アメリカ合衆国における判例の展開を素材として——」神戸学院法学22巻1号（1992年）1頁以下。木下智史『人権総論の再検討——私人間における人権保障』（日本評論社・2007年）。

<sup>121</sup> 宗教的結社については、大石眞『憲法と宗教制度』（有斐閣・1996年）。

<sup>122</sup> 私人間効力論のアメリカの状況については、木下智史「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」神戸学院法学34巻第1号（2004年）83頁以

どを検討する必要があるだろう。

とりわけ、宗教的結社と国家の関係を検討する際には、社会像といったものを無視できないだろう。たとえば、「信教の自由の理解は、社会像の捉え方にも依拠する。人々の信仰する宗教に基本的な同質性があることを前提に、人は市民社会の構成員であると同時に全能の神の信者であり、現世の権威と宗教とは相互に独立であると捉えるならば……信教の自由は市民的自由とは別個の特別のものとされ、手厚い保護が要請される」<sup>123</sup>と指摘されるとおりである。

これらを踏まえたうえで、第4章は、表現的（ないしは、それに密接に関連している、宗教的）結社の自由に対する（給付や規制の）問題が、アメリカにおいて、より複雑に論じられている状況を提示したい<sup>124</sup>。

---

下。

<sup>123</sup> 安西文雄「信教の自由の展開」安西文雄ほか・前掲注（106）348頁の表現。なお、これに対抗するところのモデルが、一般的にいえば、フランスとされる。フランスでは、一般的にいえば、国家が、宗教を理由にして、ある団体を特別視することが、避けられるという。阪口正二郎・内藤正典『神の法 vs. 人の法——スカーフ論争からみる西欧とイスラムの断層』（日本評論社・2007年）。最後に、政教分離と助成という問題に関しては、棟居快行「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」樋口ほか編・前掲注（48）544頁以下。

なお、政教分離と、政府言論の関係については、次のような最近の連邦最高裁判決を参照。Pleasant Grove City v. Summum, 129 S. Ct. 1125, 1131-1132 (2009)。

<sup>124</sup> 本稿は、およそ次のように要約される。本稿は、アメリカ憲法学において最近注目されている、政府言論という理論を検討する。近年、政府言論という研究は、わが国でも行われている。

先行研究によると、政府言論とは、「不適切な仕方での政府による言論市場の歪曲の可能性」とされている。政府言論の理論の特徴は、「直接」的に権利を侵害するという契機が、強調されないことである。そして、国家助成の問題がよく議論されている。そこでは、給付という形態であっても、国家は、言論市場に対して、ある特別なメッセージを発するべきではないとされている。要するに、これらの学説は、国家助成の問題を、憲法問題化しようとする試みといえるだろう。

しかし、政府言論の理論に関する研究には、少なくとも、次のような問題点がある。すなわち、給付という形態による国家介入（だけ）をとりあげて、検討を行っているというくらいである。こうした状況は、後述するように、あるべき憲法理論の構築に際して、好ましいものとはいえないだろう。

なぜならば、そもそも、国家規制のありようを検討するためには、「給付」という手法のみならず、「規制」という手法を含めたうえで、「国家からの自由」や、「国家による自由」のありようを検討すべきであるからである。

そこで、本稿は、政府言論の理論にさかのぼることで、この点に関するベースラインを明らかにする。その結果として、アメリカにおいては、表現規制の問題に関して、「国家からの自由」の原則が、非常に「強く」観念されていることを確認する。

より具体的にいえば、差別的言論やポルノという言論、政治資金という言論などの「規制」の問題に対して、アメリカ連邦最高裁は、非常に消極的な姿勢を提示していることを明らかにする。これは、さしあたりは、「思想の自由市場」という一般の原則ということができる。そこで、われわれは、「思想の自由市場」の原則を認識しつつ、政府言論の議論をする必要がある。

以上のような問題関心からすると、政府言論に関する問題は、次のように整理することができる。すなわち、第1に、政府言論の理論は、給付規制二元論を、部分的に否定するための理論装置である。第2に、政府言論の理論を検討する際の「前提」として、「思想の自由市場」の原則の「強さ」を明らかにする必要がある。そして、アメリカにおいては、「思想の自由市場」の原則が、非常に「強く」観念されている。

しかし、ここで、本稿には、次のような問題が生じるだろう。それは、差別主義的な（たとえば、女性や同性愛者を差別するような）自律的団体（たとえば、宗教団体）に対して、国家は、いかなる措置を取ることができるかという課題である。

これに対して、本稿の結論をいえば、本稿は、差別的主張を有している団体に対する表現規制は、「思想の自由市場」の原則からすると、やや困難（ここでは、当然のことながら、具体的事例における団体の性格を踏まえる必要がある）であるが、国家助成（より具体的には、宗教団体に現に認められている租税控除という、ある種の国家助成）を撤回するというサンクションを課すことは、憲法的に許容されるのではないかというベースラインを提示する。これが、アメリカにおける、現状での国家「関与」のありようである。See Volokh, *supra* note 100, at 1920.

以上のような状況の観察により、本稿は、次のような結論を導くことになる。従来の政府言論の理論は、給付という問題（だけ）を検討してきたくらいがある。しかし、このような研究手法は、誤っている部分があるというべきである。

最後に、本稿は、これまで提示した具体的な問題に対して、もっとも適切というべき解決基準を提示するものでは、必ずしもない。そうではなくて、アメリカ連邦最高裁で問題となった、いくつかの判決と学説を追うことで、そこから間接的に見えてくる思考ないし原理を探るものである。

それは、政府言論に関する、ある先行研究の言葉を借りると、「憲法の人権規範の役割には、裁判規範としてのそれに尽くされぬものがある」<sup>125</sup>ことであり、さらには、「憲法上の人権条項は、社会に生起する憲法問題を広く発見し、その解決のための指針を提供するという役割をも有する」<sup>126</sup>ことでもある。

このことは、政府言論の理論としての限界と密接に関連しているとされるが、同時に、本稿が提示するような政府言論の多義的アプローチもまた、まったく無意味ではないことを示しているとはいえないだろうか<sup>127</sup>。

---

言論助成を検討する際には、表現の自由に関する問題を検討する際の、前提条件を踏まえる必要がある。より具体的にいえば、アメリカ社会においては、必ずしも自由主義的ではない団体が多元的に存在する、そして、それらの団体に対しても、「寛容」な姿勢がとられているという「後景」を踏まえる必要があるだろう。

このようにして、本稿は、政府言論の関心を背景として、国家介入の認められるラインがその国の文化や時代背景に依存することを示していく。政府言論の理論を、給付のみならず、規制の問題に拡張することは、国家作用に関わる問題状況をより鮮明にするだろう。

<sup>125</sup> 蟻川・前掲注 (88) 132頁の表現。

<sup>126</sup> 蟻川・前掲注 (88) 132頁の表現。

<sup>127</sup> 事実の問題として、本稿が提示するような、表現的結社（と、それに密接に関連している、宗教的結社）に対する規制や助成の問題は、今日もっとも華々しく論じられている、表現の自由に関する問題のひとつである。それに伴い、それに関する研究が増えている状況にある。Martha Minow, *Should Religious Groups Be Exempt From Civil Rights Laws?*, 48 B. C. L. Rev. 781 (2007). Johnny Rex Buckles, *Does the Constitutional Norm of Separation of Church and State Justify the Denial of Tax Exemption to Churches that Engage in Partisan Political Speech?*, 84 Ind. L.J. 447 (2009).

[付記]

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2008年12月25日授与)「政府の言論と人権理論——アメリカ表現の自由論の後景——」に、補筆したものである。

# リスク社会と民事責任（４・完）

—— フランス HIV 感染事件を中心に ——

今 野 正 規

## 目 次

### 序説

- 第 1 節 導入——問題意識
- 第 2 節 分析対象の設定
- 第 3 節 叙述の構成

### 第 1 章 フランス HIV 感染事件と被害者救済制度

- 第 1 節 AIDS 及び HIV 感染の基礎知識と政策的対応
- 第 2 節 HIV 感染事件に対する法的責任
- 第 3 節 輸血・血液製剤輸注による HIV 感染の被害者救済制度
- 第 4 節 小括 (以上、59巻 5号)

### 第 2 章 フランス民事責任論における HIV 感染事件の意義

- 第 1 節 「発見できない内在的瑕疵」と外来原因・開発リスク
- 第 2 節 リスク・不確実性と「連帯」
- 第 3 節 カタストロフィと新しい民事責任
- 第 4 節 小括 (以上、60巻 1号)

### 第 3 章 予防（警戒）原則に基づく民事責任

- 第 1 節 民事責任における予防（警戒）原則の意義
- 第 2 節 予防（警戒）原則とリスクの受け入れ可能性 (以上、60巻 2号)
- 第 3 節 予防（警戒）原則の法解釈的含意
- 第 4 節 小括

結語——フランス民事責任論の示唆するもの (以上、本号)

### 第３節 予防（警戒）原則の法解釈的含意

これまでみてきたように、予防（警戒）原則に基づく民事責任には、おおまかに次の２つの傾向を看取することができる。１つは、被害者の損害填補を重視し、重大で不可逆的な損害が生じる恐れがある場合については、たとえ行為時の科学知識においては不確実であったとしても、行為者に損害を予防（警戒）する義務を課し、その違反に対して責任を帰属するものである。いま１つは、被害者の損害填補のみならず、加害者の責任の明確化や事件の真相究明をも重視し、リスクの受け入れ可能性やリスク認知に多様性があることを考慮して、リスクの伴う行為の意思決定手続を適正化することを義務づけるものである。これら２つの傾向は、民事責任の要件のレベルにも示されている。

以下では、まず予防（警戒）原則に基づく民事責任の基礎に関する議論を一瞥し(1)、そのうえで、予防（警戒）原則が民事責任の要件にもたらす影響を個別の要件に即してみたい(2)。

#### (1) 予防（警戒）原則と民事責任の基礎

フランスでは、古くから、民事責任の基礎をフォートに求めるか、リスクに求めるか——換言すれば、民事責任はフォートを要件とするかどうか——について争いがある。予防（警戒）原則に基づく民事責任は、予防（警戒）義務違反に対する責任であることから、一般にフォートに基づく責任であると解されている。もっとも、予防（警戒）原則に基づく民事責任に関しては、次の２点において、伝統的なフォートに基づく責任とは異なるという指摘がある。

第１に、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、フォートに基づく責任として基礎づけられるにもかかわらず、伝統的なリスクに基づく責任をも包摂するものである。予防（警戒）原則が民事責任に与える影響について先駆的な研究を行った Gilles J. Martin は、予防（警戒）原則に基づく民事責任を肯定することによって、従来型のリスクに基づく責任がその存在意義を失うことになるとしている<sup>246</sup>。すなわち、従来型のリ

<sup>246</sup> Gilles J. Martin, *Précaution et évolution du droit*, D. 1995, p.303.

スクに基づく責任は、厳密な意味でのリスクのみを対象とし、不確実性にまでは及ばなかったが、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、リスクのみならず、不確実性についても責任を肯定する。それゆえ、リスクに基づく責任は、予防（警戒）原則に基づく民事責任に発展的に解消され、存在意義を失うことになる、とする<sup>247</sup>。

第2に、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、フォートに基づく責任として基礎づけられることによって、被害者の損害填補と同時に、加害者の責任の明確化や事件の真相究明にも対応する。リスクに基づく責任が、被害者の損害填補を優先するあまりに、責任という語の日常的な意味から乖離し、加害者の責任の明確化や事件の真相究明といった被害者の要請を蔑ろにしていること、また HIV 感染事件をはじめとするいくつかの事件においては、被害者の損害填補のみならず、加害者の責任の明確化と事件の真相究明が求められていることについては、既にみたとおりである（第2章第3節）。これに対して、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、フォートに基づく責任として基礎づけられることで、加害者の特定と損害の原因となった行為を詳らかにし、被害者の要請をみたすことができる、という<sup>248</sup>。なお、こうした観点から、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、Engel らによって主張されている「過失責任への回帰」にも馴染むものとして理解される。

もっとも、予防（警戒）原則に基づく民事責任をフォートに基づく責任とすることに対しては、批判がないわけではない。

まず第1の点については、次のような批判がなされている。すなわち、リスクに基づく責任は、判例・学説上、もはや今日において否定することができないほど確固たる地位を確立しており、これをあえて予防（警戒）原則に基づく民事責任の基礎から排除する必要はない<sup>249</sup>。むしろ、

<sup>247</sup> *Ibid.*, p.305.

<sup>248</sup> A. Morelle, *supra* note 230, pp.177 et s. また、前注（238）をも参照。

<sup>249</sup> Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, pp.181 et s. ; Anne Guégan, L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile, *R.J.E.* n°2, 2000, p.163 ; Patrice Jourdain, Principe de précaution et responsabilité civile, *L.P.A.* 30 novembre 2000, n° 239, p.53 et s. ; Denis Mazeaud, Responsabilité civile et précaution, *in*, COLLOQUE organisé par la Faculté de droit et

予防（警戒）原則に基づく民事責任が、実質的には被害者の証明負担の軽減や不確実性に対する責任の肯定を目的としたものであることに鑑みると、フォートに基づく責任よりも、リスクに基づく責任と共通している<sup>250</sup>。またフォートに基づく責任は、少なくとも論理的には、フォートの不存在を証明することによる免責の可能性を肯定せざるをえないのに対し、リスクに基づく責任は、そうした意味での免責を認めない点で、ヨリ被害者救済に資するのであり、また潜在的な加害者に対しても、ヨリ強力に損害発生を予防を促す。この点においても、リスクに基づく責任は、予防（警戒）原則に基づく民事責任と同様の機能を果たしているといえる<sup>251</sup>。したがって、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、必ずしもフォートに基づく責任として基礎づける必要はない、というのである。

また第２の点については、その実効性について批判が向けられている。Arnaud Gossement は、加害者の責任の明確化や事件の真相究明の要請を重視して「過失責任への回帰」を説くことは、結果的にそれを支持する者たちを失望させることになるであろうとしている<sup>252</sup>。すなわち、Gossement によれば、「過失責任への回帰」は、損害の原因を常に特定フォートに還元することを要求するため、フォートを証明できない場合には、填補の可能性を被害者から奪う恐れがあるばかりでなく、損害が複数の意思決定環境から構造的にもたらされるという事実をも覆い隠し、結果的に構造的にもたらされた損害についての責任を問えないものとする可能性がある。それゆえ、予防（警戒）原則が「過失責任への回帰」を促すとしても、そのみをもって被害者の要請に応えることができるのかどうかについては検討の余地がある、という。

---

d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, 7 et 8 décembre 2000, *La responsabilité à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle, bilan prospectif*, actes publiés in, *Resp. civ. et Ass.* juin 2001, hors-série, n° 12, p.74.

<sup>250</sup> Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, p.181.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p.184.

<sup>252</sup> ARNAUD GOSSEMENT, *Le principe de précaution : Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, préface de Jean-Claude Masclet, *L'Harmattan*, Paris, 2003, pp.332 et s.

このように、予防（警戒）原則に基づく民事責任については、フォートに基づく責任とする見解が存在する反面で、それに対する批判も強い。もっとも、批判の多くは、予防（警戒）原則に基づく民事責任を排他的にフォートに基づく責任とすること——換言すれば、リスクに基づく責任を排除すること——に向けられているにすぎないことに注意すべきであろう。すなわち、予防（警戒）原則に基づく民事責任をフォートに基づく責任とすることへの批判は、リスクに基づく責任が予防（警戒）原則に基づく民事責任の意図するところと本質的に差のない解決を導きうることを示し、リスクに基づく責任とフォートに基づく責任が併存可能であることを主張しているにすぎない。また、加害者の責任の明確化と事件の真相究明という被害者の要請についても、単にフォートによって基礎づけるだけでは、被害者の要請に十分に応じることができないことを批判しているにすぎず、そうした要請自体を考慮する必要がないといっているわけではない。その意味では、予防（警戒）原則に基づく民事責任の基礎に関する議論は、フォートに基づく責任か、リスクに基づく責任かという二項対立において理解されるべきではなく、個別の状況に即して複数の法律構成を使い分けていくことを示唆しているにすぎないように思われるのである<sup>253</sup>。実際に、次にみる民事責任の要件のレベルでは、そうした傾向をみることができる。

## (2) 予防（警戒）原則と民事責任の諸要件

そこで次に、予防（警戒）原則が民事責任の諸要件に及ぼす影響をみることにしよう。予防（警戒）原則が民事責任の諸要件に及ぼす影響については、予防（警戒）原則が不確実性を前提に責任を肯定する点において、従来型の要件論への影響が指摘されている。

<sup>253</sup> なお、やや文脈は異なるが、Thibierge も、民事責任の基礎に関する従来の民事責任が、「過去に対する責任」を問題とするものであったのに対し、予防（警戒）原則を基礎とする責任は、「未来に対する責任」を問題とするものであるという観点から、民事責任の基礎を予防（警戒）原則に求めることが直ちにフォートやリスクという従来型の基礎と対立するものではないとしている。C. Thibierge, *supra* note 197, p.583.

以下では、予防（警戒）原則が民事責任の諸要件に及ぼす影響を、フォート(a)、免責事由(b)、因果関係(c)、損害(d)の順にみていくことにしよう。

(a) フォート

民事責任の諸要件のなかで、予防（警戒）原則の影響が最も大きく反映されているのは、フォート要件である<sup>254</sup>。フォート要件における予防（警戒）原則の影響は、フォートの前提となる義務についてみることができる。ここでは、その含意を予防（警戒）義務(α)、及び情報提供義務をはじめとするそれ以外の義務(β)に区別し、検討を加えることにしたい(γ)。

(α) 予防（警戒）義務

予防（警戒）原則がフォートの前提となる行為義務を高度化すること——すなわち、重大で不可逆的な損害が生じる恐れがある場合には、たとえ科学知識が不確実な場合であっても、行為者に対して予防（警戒）義務を課すこと——については、既にみたとおりである（本章第1節1)(c)）。Martinによれば、この予防（警戒）義務は、従来の回避（*prévention*）義務をヨリ強化した概念である<sup>255</sup>。すなわち、回避概念が、予見できる、あるいは生じる可能性が明らかである出来事（＝リスク）を到来しないようにする手段を採ることを意味するのに対し、予防（警戒）概念は、それを超えて、予見できない、あるいは生じる可能性が明らかでない出来事（＝不確実性）に対してまで一定の手段を採ることをも含意している。つまり、予防（警戒）義務は、予見できない、あるいは生じる可能性が明らかでない出来事（＝不確実性）に対しても一定の手段を採ることを義務づける点で、従来の回避義務よりも強化されている、というの

---

<sup>254</sup> また予防（警戒）原則のもとで、これまでリスクに基づく責任によって押しやられていたフォート要件に、新たな位置づけが付与されるとするものもある。Farida Arhab, *Les nouveaux territoires de la faute, Resp. civ. et Ass.* juin 2003, pp.55 et s.

<sup>255</sup> G.J. Martin, *supra* note 246, p.301. なお、予防（警戒）（*précaution*）と回避（*prévention*）の語義については、前注（126）を参照。

である<sup>256</sup>。この帰結として、これまでは予見できる、あるいは生じる可能性が明らかである出来事（＝リスク）を回避しなかったことを主たる内容としてきたフォート要件は、予防（警戒）原則のもとで、予見できない、あるいは生じる可能性が明らかでない出来事（＝不確実性）を回避できなかったことにまで及ぶ。なお、こうしたフォートに基づく責任の強化の延長線上に、Martin がリスクに基づく責任の後退を主張したことについては、既にみたとおりである。

もっとも、予防（警戒）原則を行為義務の高度化に直結させることについては、強い批判がある。すなわち、予防（警戒）義務を課すことは、行為者に行為に伴うリスクをゼロにすること（＝ゼロ・リスク）を要求するものであるが、現実的にはあらゆる行為が一定のリスクを伴うことに鑑みれば、そうした要求は、経済活動を麻痺させる非現実的かつ危険な対応を要求するものである<sup>257</sup>。また、予防（警戒）義務が、不確実性に対しても一定の手段の採用を課すとしても、そもそもリスク因子や損害の原因が明確でない場合には一定の手段を採ることが不可能である<sup>258</sup>。それゆえ、比較的多くの学説は、不確実性の回避を義務づけることに対しては慎重な態度を示しており、むしろ、次にみるその他の義務の役割を強調している。

### (β) 情報提供義務ほか

予防（警戒）原則に基づく民事責任に言及する多くの見解は、予防（警戒）原則から派生する義務として、情報提供義務（*obligation d'informer*）ないし、さらにそこから派生するところの追跡調査義務（*obligation de suivi*）、警告義務（*obligation de veille*）、警戒義務（*obligation d'alerte*）の役割を強調している<sup>259</sup>。これらの義務は、行為義務の高度化による不

<sup>256</sup> その意味で、予防（警戒）を超回避（*superprévention*）と呼ぶ者もある。Michel Setbon, *Le principe de précaution en question*, *R.F.A.S.* n° 3-4, 1997, p.201.

<sup>257</sup> Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, p.139.

<sup>258</sup> J.-P. Desideri, *supra* note 188, p.238. Desideri は、帰責を定める際の基準としては、あくまでリスクに基づくことが妥当であるとする。

<sup>259</sup> 予防（警戒）原則の帰結として、予防（警戒）義務よりも、これらの義務

確実性の回避というよりも、リスクの伴う行為についての意思決定手続を適正化し、それを通して不確実性を分割する形で制御することを目的としている<sup>260</sup>。

もちろん、これらの義務そのものは、従来から判例や立法において既に認められてきたものであり、その意味では、必ずしも予防（警戒）原則の帰結としてのみ認められるものではない。しかし、近時の学説によれば、予防（警戒）原則のもとでこれらの義務は、次の３点においてヨリ内容が豊かなものとなる<sup>261</sup>。

第１に、予防（警戒）原則は、意思決定の際に、損害をもたらすあらゆる可能性についての情報提供を促す。Martin は、いわゆる環境影響評価（環境アセスメント）に関する行政的意思決定について、予防（警戒）原則の影響を指摘している。すなわち、環境影響評価は、環境に影響を及ぼす恐れのある事業の許認可にあたり、当該事業が環境に及ぼす影響の内容と程度を事前に評価するとともに、その結果を公表し、許認可の意思決定に反映させる手続であり、環境にもたらされる可能性のある影響についての情報提供を義務づけている。従来の環境影響評価は、環境にもたらされる可能性が明らかである影響のみを公表の対象としてきたが、予防（警戒）原則は、意思決定の際に、環境にもたらされる可能性が明らかでない影響をも公表・削減することを義務づける。こうした環境法の議論を、公衆衛生法をはじめとする他の領域にも導入すべきであるとする議論があることについては、既にみたとおりである（本章第２節(2)(b)）。

第２に、予防（警戒）原則は、科学知識として主流でない見解をも考慮するよう義務づける。HIV 感染事件に関するいくつかの判決は、事件当時にはまだ未確立の状況にあった科学知識について、それを考慮し

---

の役割に着目するものもある。Jean-Marc Favret, *Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique ou du risque virtuel*, *D.* 2001, *chron.* p.3462 et p.3468.

<sup>260</sup> F. Ewald, *supra* note 202, *Philosophie politique du principe de précaution*, pp.66 et s.; Id, *supra* note 130, p.11.

<sup>261</sup> G. J. Martin, *supra* note 246, pp.301 et s.

て行為しなかったことの責任を肯定したが、Martinによれば、それは科学知識として主流でない、いわば周辺的な見解についても考慮することを義務づけるという側面を有するものであった<sup>262</sup>。これによって行為者は、何らかの損害が生じる可能性を示す科学知識が存在している以上、それがたとえ科学知識としては主流でない見解であったとしても、その見解を考慮して警戒ないし警告することを義務づけられる<sup>263</sup>。

第3に、予防（警戒）原則は、意思決定時・行為時に明らかな情報のみならず、科学知識の進歩状況に応じて、事後的に明らかとなった情報の提供をも義務づける。すなわち、予防（警戒）原則は、既に保持している情報の提供のみならず、情報や知識を創り出すことまでをも義務づけるものであり<sup>264</sup>、意思決定時・行為時のみならずそれ以降にも継続的な追跡調査を義務づける<sup>265</sup>。この追跡調査義務は、製造物や商業サービスの無害性についてコントロールすること、及びリスクの管理手続や専門家による調査が保証されていることに加え、欠陥またはリスクが発見された場合に、警告を喚起すること、及び行為を差し控えることをも含意しているとされる<sup>266</sup>。

### (γ) 予防（警戒）原則による「フォートの稠密化」

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> なお、Vineyは、予防（警戒）原則のもとでは、意思決定に大きな影響力を有する科学的鑑定情報が、専門家に対してのみならず、リスクに係る者全員に提供される必要があるとしている。その際に提供の対象となる情報の範囲は、リスクのみならず、——信頼しうる科学的な見解に基づいているものであれば——不確実性にも及び、これらの義務は、公権力のみならず私人にも同様に課されるという。また、警告義務、警戒義務が、既に環境や医療に関するいくつかの法律において採用されているが、今後はヨリ一般的な規定へと開かれることとなろう、としている。G. Viney, *supra* note 186, p.68.

<sup>264</sup> G. J. Martin, *supra* note 246, p.302.

<sup>265</sup> P. Jourdain, *supra* note 249, p.53.

<sup>266</sup> なお、情報提供義務や追跡調査義務の延長として、製造物の追跡調査を可能とするトレーサビリティ (traçabilité) の確保が語られている。A. Guégan, *supra* note 249, p.158 ; M.-A. Hermitte, *supra* note 209, pp.196 et s. ; G. Viney, *supra* note 186, p.68.

このように予防（警戒）原則のもとで、フォート要件の前提となる義務は、必ずしも不確実性の回避のみに向けられるものではなく、情報提供やそこから派生的に導かれる追跡調査や警告・警戒などへも向けられている。これは本節の冒頭でみた２つの傾向を端的に反映したものであるといえよう。もっとも、これらの義務は、相互に独立のものではなく、一連のプロセスにおいて補い合う関係にある。Denis Mazeaud は、これを予防（警戒）原則による「フォートの稠密化」と呼び、製造物の場合を念頭に、製造・販売の段階で課される義務と、製造・販売後に課される義務に分けて次のように整理している<sup>267</sup>。

まず製造や販売前の局面では、リスクの専門家・創造者は、未だ十分な証明されていない場合であっても、警告することが可能なあらゆる損害の可能性について発見・警告することを義務づけられる。また、活動に本質的なリスクについての情報提供をも義務づけられる。損害の可能性が示された場合、当該可能性の知識を改良するために、専門家や創造者は鑑定、評価、探求、コントロールといった様々な手続に服することになる。最後に、衛生、安全に対する重大な損害の生じる可能性がある場合、専門家や創造者は、リスクを緩和する適当な手段を行き届かせるために、公権力に知らせる警告義務をも負担する。

他方で、製造や販売後の局面では、専門家・創造者は、製造物の厳格な管理義務、情報提供義務を負担する。また、予防（警戒）の帰結として、本質的なリスクに関する科学知識・科学技術の進展に応じて、専門家・創造者に追跡調査義務が課される。さらに、これらの義務の延長において、リスクが明確となった場合には、既に流通している製造物を撤回し、損害の発生を回避する義務が課される。

こうした一連のプロセスにおいて、予防（警戒）原則は、不確実性の回避を目的とした予防（警戒）義務のみならず、情報提供義務、追跡調査義務、警告義務、警戒義務といった個別の義務を通して不確実性を分割的に制御する規範——あるいは、それを怠ったことに対して責任を問うことを可能にする規範——としても位置づけられるのである<sup>268</sup>。

<sup>267</sup> D. Mazeaud, *supra* note 249, n<sup>os</sup> 10 et s., p.74.

<sup>268</sup> Arhab は、これらの個別の義務を課すことをもって、リスクの現実化（＝

## (b) 免責事由

HIV 感染事件によって採用された「発見できない内在的瑕疵」概念が、外来原因・開発リスクといった既存の免責事由の再検討を促す契機となったこと、及びそれが民事責任に予防（警戒）原則を取り込む契機の1つとなったことについては、既にみたとおりである（第2章第1節）。ここでは予防（警戒）原則の観点から、既存の免責事由がいかなる変化を迫られるのかについて、外来原因(α)、開発リスク(β)、被害者のフォート(γ)の順に検討することにしたい。

## (α) 外来原因

まず、外来原因に関する予防（警戒）原則の影響からみることにしよう。予防（警戒）原則が外来原因に与える影響を考えるにあたっては、外来原因の要件が重要になる。外来原因については、伝統的に、外在性、予見不可能性、不可抗力性の3つの要件が課されているが、このうち予防（警戒）原則との関係では、主に予見不可能性と不可抗力性の要件が問題となる<sup>269</sup>。

すなわち、外来原因の要件とされてきた予見不可能性や不可抗力性は、同様の状況に置かれた行為者がそれを予見し、回避することができたかどうかという抽象的基準によって評価される<sup>270</sup>。これに対し予防（警戒）原則は、予見可能性が十分には及ばない出来事（＝不確実性）や科学知識の発展・変化によって事後的に発見されるリスクの考慮をも行為者に要求する点で、予見不可能性や不可抗力性の評価基準の強化をもたらす、という。

もっとも、評価基準に関する予防（警戒）原則の影響は、限定的であるようにも思われる。すなわち、従来から判例は、予見不可能性や不可抗力性を判断する際に、非常に厳格な態度を示しており、——通常の予見

---

損害の発生)の前段階で責任を認めることが可能となるとし、その限りで、Thibierge の新しい予期機能を民事責任に部分的に取り入れることになるという。F. Arhab, *supra* note 254, pp.55 et s.

<sup>269</sup> A. Guégan, *supra* note 249, pp.173 et s.

<sup>270</sup> H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *supra* note 65, n° 576, p.665.

可能性（*prévisibilité normale*）を基準としつつも——、外来原因を理由とした免責をほとんど認めないとも言われてきた<sup>271</sup>。また、学説には、以上の予防（警戒）原則によってもたらされる帰結が、外来原因を「債務者が出来事の現実化を回避するために要求されるあらゆる手段を講じた」かどうかという観点から不可抗性の要件に一元化して評価する近時の判例・学説に親和的であるとする指摘もある<sup>272</sup>。こうした観点からすれば、評価基準に関する予防（警戒）原則の影響は、従来の判例・学説の態度を肯定的に裏づけるにとどまるともいえる。

他方で、外来原因を理由とする免責を制限することについては、経済的・社会的費用を考慮すべきかどうかについて議論が分かれている。すなわち、予防（警戒）原則に関する法規定が、経済的・社会的に受け入れ可能な費用の範囲でのみ一定の手段の採用を義務づけていることを根拠に、経済的・社会的に受け入れられない費用が生じる場合には、外来原因にあたるとする見解がある一方で<sup>273</sup>、予防（警戒）原則の前提となる不確実性が、経済的・社会的な受け入れ可能性の事前評価を許さない性質のものであることから、そうした費用を考慮することは不可能であるという批判や<sup>274</sup>、重大な損害の回避という予防（警戒）原則の趣旨からも不適當であるという批判もある<sup>275</sup>。いずれにせよ、外来原因を理由とする免責の可能性を著しく制限することについては、予防（警戒）義務と同様に、議論が分かれていることには留意すべきであろう。

### （β） 開発リスク

開発リスクについても、外来原因と同種の議論をみることができる。もともと開発リスクを理由とした免責は、被害者救済と科学知識・科学技術の発展の均衡を図ることを目的として設けられたものであるが、予防（警戒）原則は、こうした均衡に再考を迫るものとして位置づけられ

<sup>271</sup> *Ibid.*, p.666.

<sup>272</sup> D. Mazeaud, *supra* note 249, n°16, p.75.

<sup>273</sup> A. Guégan, *supra* note 249, p.174. ノワヴィル・前掲注（213）1293頁。

<sup>274</sup> A. Gossement, *supra* note 252, p.340.

<sup>275</sup> M. Boutonnet, *supra* note 188, n°986, p.489.

る<sup>276</sup>。

新しい均衡のあり方については、開発リスクの基準となる「科学的・技術的知識の状態」の解釈をめぐって議論されている。すなわち、これまで開発リスクは、製造物を流通に置いた段階の科学的・技術的知識の水準を製造者の責任の判断基準とすることで、被害者救済と科学知識・科学技術の発展の均衡を図ろうとしてきたが、予防（警戒）原則は、科学的・技術的知識の水準を超える不確実性の考慮を課すため、被害者救済の軸を従来よりも強化する<sup>277</sup>。したがって、予防（警戒）原則は、一般に、開発リスクを理由とした免責を制限するものとして理解されている<sup>278</sup>。

もっとも、これに対しては、「科学的・技術的知識の状態」と予防（警戒）原則の前提となる不確実性とを同一の水準で理解すべきであるという見解もある<sup>279</sup>。すなわち、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、科学的・技術的知識の水準を超えるものには及ばず、従来と同様に開発リスクによる免責が認められるべきであるとするものである。この見解は、開発リスクについては、ア・プリオリに免責の可能性を否定するよりも、一定の免責の可能性を残すことで、製造者に注意深い振る舞いを促すこ

<sup>276</sup> また、市場への介入とその影響（商品流通や競争の自由の阻害）の均衡についても、予防（警戒）原則の影響が説かれることがある。Martin は、予防（警戒）原則が、市場への介入とその影響についての均衡を考慮する際に、製造物の不確実性をも考慮することを要求するものであるとし、人体への狂牛病感染のリスクが未だ不確実であるにもかかわらず、イギリス産牛の輸入を禁止したフランスとドイツの対応は、こうした新しい均衡を示すものであったとする。G. J. Martin, *supra* note 246, p.302.

<sup>277</sup> M. Boutonnet, *supra* note 188, n°975, p.484.

<sup>278</sup> François Collart Dutilleul, Regards sur les actions en responsabilité civile à la lumière de l'affaire de la vache folle, *Revue de droit rural* 1997, n° 252, pp.232 ; Yvonne Lambert-Faivre, L'éthique de la responsabilité, *R. T.D.civ.* 1998, pp.10 et s. ; D. Mazeaud, *supra* note 249, n° 17, p.75 ; K. Foucher, *supra* note 140, pp.142 et s. ; P. Jourdain, *supra* note 249, pp.54 et s.

<sup>279</sup> Guégan は、これにあたる見解として、F. Ewald, *supra* note 122. を引用している。A. Guégan, *supra* note 249, pp.178.

とがより予防（警戒）原則の趣旨に親和的であるとする<sup>280</sup>。

他方で、開発リスクを理由とした免責の制限については、以上とはやや異なる観点から、予防（警戒）原則の影響を説く見解がある。たとえば、開発リスク概念に関する予防（警戒）原則の影響を示すものとして、しばしば引かれるヨーロッパ共同体法院1997年5月29日判決は、「科学的・技術的知識の状況」を、科学者共同体のなかで最先端の科学知識・科学技術であるとし、製造者間で普及している科学知識や科学技術のみならず、アクセス可能な少数・異端の見解をも含むものとした<sup>281</sup>。そのため、ほとんど支持されていないような科学知識であっても、流通に置いた段階で科学者共同体の内部に知識として存在していた以上、製造者はもはや開発リスクを理由とした免責を主張することができない。これによって開発リスクを理由とした免責の可能性は、きわめて制限されることになる。こうした解釈は、先述したフォート要件に関する警告義務・警戒義務に通じるものであることに加え、予防（警戒）原則に適したものとしても位置づけられているが<sup>282</sup>、予防（警戒）原則による場合には、この判決で採用された基準よりも厳格な基準を要求されるとするものもある<sup>283</sup>。

また、製造物責任に関する1998年5月19日の法律が、開発リスクに設けた一定の制限に関係しても、同様の議論をみることができる。すなわち、同法によって設けられたフランス民法1386-11条4号は、開発リスクが「製造物を流通に置いた時」を基準に判断される旨規定しているが、

<sup>280</sup> Guégan は、これを「予防（警戒）原則の曲用形態」（mode de déclinaison du principe de précaution）と呼んでいる。A. Guégan, *supra* note 249, pp.178.

<sup>281</sup> C.J.C.E., 29 mai 1997, Commission c. R.U. de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, aff. C.-300-95, D.1998, 488, note A. Penneau. この判決以降、同様の解釈を採用した判決がいくつかみられる。たとえば、C.A. Toulouse, 22 février 2000, *J.C.P.* 2000, II, 10429, note Ph. Le Tourneau.

<sup>282</sup> K. Foucher, *supra* note 140, p.147.

<sup>283</sup> P. Jourdain, *supra* note 249, p.54. Jourdain は、製造者が考慮しなければならない科学知識をこの判決が公表されたものに限定しているのに対し、リスクが信頼できる科学的な権威によって警告されていた以上、公表されていないような場合であっても開発リスクを理由とする免責は認められないとする。

1386-12条2項は、この例外として、製造物の流通から10年以内に明らかとなった欠陥によって損害が引き起こされた場合については、製造者の開発リスクを理由とする免責を否定していた<sup>284</sup>。この規定によって製造者は、流通から10年以内に明らかになった欠陥については、——たとえそれが製造物を流通に置いた時に開発リスクにあたる欠陥であったとしても——開発リスクを理由とした免責を主張できないため、製造物を流通に置いた時以降も、継続的に欠陥に関する知識や科学知識の進展について情報を収集する義務を負担することになる<sup>285</sup>。こうした義務は、先述した追跡調査義務と類似しており<sup>286</sup>、この規定を根拠に、事実上、立法者が予防（警戒）原則を採用したものとみる見解もある<sup>287</sup>。

#### (γ) 被害者のフォート

損害が被害者のフォートを原因とする場合には、外来原因や開発リス

<sup>284</sup> ただし、フランス民法1386-12条2項は、ヨーロッパ共同体法院2002年4月25日判決（C.J.C.E., 25 avril 2002, C-52/00, D.2002, 1670, obs. C.Rondey.）によって、共同体の義務に違反するものとされ（指令によって明示されていない規定を設けたことを共同体の義務違反にあたるとする）、2004年12月9日の法律によって廃止されている。

<sup>285</sup> なお、Larroumetは、これらの義務の違反をフォートにあたるとしつつ、これによって開発リスクを理由とする免責は、製造物が流通に置かれた時の科学知識・科学技術によって欠陥を発見できなかったことを証明し、さらに、製造物が流通に置かれた時から欠陥の発見までの間の製造者の行為がフォートを構成しないことを証明した場合にのみ認められるとしている。Christien Larroumet, *La notion de risque de développement, risque du XXI<sup>e</sup> siècle*, in, *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p.1593.

<sup>286</sup> GENEVIÈVE VINEY ET PATRICE JOURDAIN, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, 3<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., Paris, 2006, n°785-4, p.900. なお、1386-12条2項と予防（警戒）原則の関係については、K. Foucher, *supra* note 140, pp.166 et s.

<sup>287</sup> D. Mazeaud, *supra* note 249, n°17, p.75 ; F. Arhab, *supra* note 254, n° 21, p.53. 予防（警戒）原則の対象となるリスクには、10年を超える長期に及ぶものもあり、流通に置かれたときから10年という期間制限の合理性について再考を促すものもある。M. Boutonnet, *supra* note 188, n° 979, p.486. ただし、前注（284）を参照。

クと同様に、加害者の免責が認められる。しかしながら、被害者のフォートは、加害者の部分的免責（責任分割）にとどまる点で、全面的な免責をもたらす外来原因や開発リスクとは区別される<sup>288</sup>。

予防（警戒）原則と被害者のフォートとの関係を考えるにあたっては、予防（警戒）原則が、加害者のみならず被害者にも予防（警戒）を促す点で、他の免責事由とは異なる考慮が必要となるとする指摘がある<sup>289</sup>。すなわち、被害者のフォートによって導かれる加害者の部分的免責は、損害が被害者のフォートによってもたらされた場合には、被害者がいけば加害者として責任を負担するべきである、という発想に基づいている。そして、こうした観点からすれば、予防（警戒）原則は、加害者に対してのみならず、被害者に対しても、被害者自身に損害をもたらさないように行為することを促すことになる、というのである。

もっとも、不確実性を前提とする場合には、被害者がリスクを受け入れることも、リスクを知りつつ不適切に行為することもありえない——つまり、被害者の行為をフォートと評価することができない——以上、被害者の行為を非難することは不可能であるとし、被害者のフォートを理由とした加害者の部分的免責については、リスクについて被害者が一定の情報を有していた場合に限定されるとするものもある<sup>290</sup>。なお、リスクの受け入れ可能性の観点から、一定の場合に、被害者のフォートの法理を用いて加害者の責任に制限を加える見解があることについては、既にみたとおりである（本章第２節(1)(a)）。

### (c) 因果関係

予防（警戒）原則は因果関係要件にも影響を及ぼすという指摘がある。

---

<sup>288</sup> ちなみに、損害が加害者の意図的な行為を原因とする場合には、たとえ被害者にフォートがあった場合であっても、加害者の部分的免責は認められず、被害者のフォートが損害の唯一の原因である場合や、損害が被害者の意図的な行為を原因とする場合には、加害者の全面的な免責が認められるとされている。

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck *supra* note 110, p.62.

<sup>289</sup> M. Boutonnet, *supra* note 188, n° 993, pp.491 et s.

<sup>290</sup> *Ibid.*, n°994, pp.492 et s.

Anne Guégan によれば、因果関係要件における予防（警戒）原則の影響は、主に因果関係の証明負担の転換( $\alpha$ )と、因果関係の証明方法の緩和( $\beta$ )という2つのレベルで議論されている<sup>291</sup>。ここでは、Guéganの整理に負いつつ、予防（警戒）原則が因果関係要件に及ぼす影響をみておくことにしたい。

#### ( $\alpha$ ) 証明負担の転換

まず予防（警戒）原則が因果関係の証明負担を転換するとする議論をみておくことにしよう。Guéganによれば、これは主に環境損害について議論されている<sup>292</sup>。環境損害は、その影響が広範囲に及ぶことに加え、目に見えない原因や、特定することが不可能な原因によってもたらされることもあり、また、損害それ自体が必ずしも明確でなく、空間的・時間的にも拡散している。それゆえ、環境損害については、特定の損害と特定の原因との因果関係をほとんど明らかにできず、そのことが被害者に非常に重大な困難をもたらしている。そこで、環境損害については、これまでいくつかの学説が、証明負担を転換するよう主張してきた。すなわち、予防（警戒）原則のもとでは、被害者は活動や製造物の危険性を証明しさえすればよく、後はリスクの創出者が損害の原因が活動や製造物にないことを証明しなければならない、というのである<sup>293</sup>。

もっとも、予防（警戒）原則を因果関係の証明負担の転換に結びつけることについて、学説は非常に慎重な態度を示している。そのうちいくつかの学説は、因果関係要件の証明負担の転換がゼロ・リスクを前提とすることになる点を問題視し、そうした前提が活動やイノベーションを阻害すると批判している<sup>294</sup>。Gossementは、ゼロ・リスクを前提とした証明負担の転換がもたらす不都合を、医薬品投与とそれによってもたらされた疾病の因果関係に関する近時の裁判例を参照しつつ、次のよう

<sup>291</sup> A. Guégan, *supra* note 249, pp.169 et s.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p.169.

<sup>293</sup> 以上の議論状況については、D. Mazeaud, *supra* note 249, n° 14, pp.74 et s.

<sup>294</sup> *Ibid.*, n° 15, pp.74 et s. : Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, p.63 : A. Gossement, *supra* note 252, p.369 et s.

に説明している<sup>295</sup>。すなわち、近時の裁判例には、医薬品投与とそれによってもたらされた多発性硬化症との因果関係が不明確であった事案について、医薬品が完全に無害であることを製薬会社が証明しなかったことを理由に、製薬会社の責任を肯定した判決が存在する。この判決のように、医薬品が無害であることの証明を製薬会社に課すことは、医薬品が損害を引き起こすことはない——あるいは、医薬品投与に伴うあらゆるリスクは、事前に全て回避することができる——というゼロ・リスクのイメージを前提としたものである。しかしながら、医薬品は、患者の健康を改善するために不可欠であるがゆえに、副作用のリスクがあることを前提としつつ、流通が認められている製造物であり、医薬品が完全に無害であるということとはありえない。それにもかかわらず、医薬品が無害であることの証明を要求するならば、それは実質的に患者の発症のみをもって責任を課すことを意味し、患者の健康の改善や医学の進歩を著しく阻害しかねない。それゆえ、Gossement は、証明負担の転換は、ゼロ・リスクを前提とする点で、受け入れることができないとしている。

### （β） 証明方法の緩和

次に、予防（警戒）原則が因果関係の証明方法を緩和とする議論をみていくことにしよう。因果関係の証明方法については、主に因果関係要件について要求される確実性 (certitude) 要件が問題とされている。すなわち、この要件は、行為と損害の因果関係の証明が不明確な場合に、加害者の責任を否定するものであるが<sup>296</sup>、この要件は、多数の行為者によって引き起こされた損害や複数の原因が考えられる損害については、因果関係の証明をほとんど不可能なものとしてしまい、被害者に非常に重大な困難をもたらすことになる。

もっとも、因果関係の確実性については、従来から判例・学説上、「裁判官による推定」を通して、大幅に緩和されてきた。先述したように、HIV 感染事件に関するいくつかの裁判例は、明確にこれを採用してい

<sup>295</sup> A. Gossement, *supra* note 252, pp.369 et s. なお、Gossement は、C. A. Versailles, 4 mai 2001 を参照しているが、参照することができなかった。

<sup>296</sup> J. Carbonnier, *supra* note 128, n°1129, p.2283.

る（第1章第3節1(b)）。すなわち、輸血・血液製剤輸注と HIV 感染の因果関係は、被害者の輸血を受けた日付がヨーロッパにおける AIDS の確認日から加熱血液製剤の利用が義務づけられた日までの間であるかどうか、被害者に輸血された血液のなかに血清抗体陽性の供血者による血液が存在していたかどうか、被害者に HIV に感染する他の原因（ホモセクシャル、麻薬中毒など）が存在しないかどうかといった事実から推定され、必ずしも厳密な確実性が要求されない。

予防（警戒）原則をこうした因果関係の証明方法の緩和に結びつけることについては、学説上好意的なものが多い。Guégan は、予防（警戒）原則が不確実性を前提とすることから、被害者に対し因果関係の証明に確実性を要求することは妥当でないとし、予防（警戒）原則が因果関係要件の証明方法を緩和する形で影響を及ぼすとしている<sup>297</sup>。すなわち、従来の判例・裁判例は、既に因果関係の証明を「あらゆる科学的なもの」から引き離すことで事実上緩和していることに加え、因果関係をコントロールするいかなる規範も示しておらず、場合によっては損害の他の原因が考えられないことを理由に因果関係を肯定している。Guégan は、予防（警戒）原則が、こうした因果関係の証明方法を実定法へと導き入れるものであるとする。また Mazeaud も、因果関係要件における予防（警戒）原則の影響を証明方法の緩和に求め、フォートによって創り出されたリスクが極めて重大な場合には、従来型の因果関係の確実性を因果関係の可能性に置き換えることが可能になるとしている<sup>298</sup>。

#### (d) 損害

最後に、損害要件に関する予防（警戒）原則の影響についても言及しておきたい。損害要件については、損害要件の緩和ないし排除が議論されている。すなわち、予防（警戒）原則は、重大で不可逆的な損害の恐れがある場合には、たとえ損害の発生が不確実ではあっても、行為者にそれを事前に予期し、回避することを義務づける（本章第1節1(b)(c)）。したがって、予防（警戒）原則は、行為者が重大で不可逆的な損害を事

<sup>297</sup> A. Guégan, *supra* note 249, p.171.

<sup>298</sup> D. Mazeaud, *supra* note 249, n°15, pp.74 et s.

前に予期し、回避しなかった場合には、たとえ損害が発生していなくとも、行為者の義務違反に対して責任を帰属する可能性をも示唆している。こうした観点から、予防（警戒）原則の影響のもとで、損害のリスクや可能性のみに基づいて——換言すれば、損害が発生していなくとも——責任を肯定することができるかどうか、及びいかなる範囲の者が被害者として民事責任を追及できるかが、損害要件との関係で議論されているのである<sup>299</sup>。

損害のリスクや可能性のみに基づいて責任を肯定することができるについては、損害の確実性要件や現実性要件に関連して議論がある。すなわち、伝統的に民事責任は、発生が確実で既に現実化した損害のみを対象としており、発生が不確実で、未だ発生していない損害については——たとえそれが重大で不可逆的な損害をもたらすものであるとしても——対象としてこなかった。予防（警戒）原則は、発生が不確実な損害をも考慮するように要求するものであり、これまで民事責任の対象とされていなかった損害を、民事責任の対象とするように促すものとして理解される。学説には、こうした観点から、損害要件に要求されてきた確実性要件や現実性要件を緩和し、予防（警戒）原則によって課される義務に違反した場合には、たとえ損害が発生していない場合であっても加害者は民事責任に服するという見解や<sup>300</sup>、損害のリスク（不安）にさら

<sup>299</sup> *Ibid.*, n° 23, pp.76 et s. そのほかにも、予防（警戒）原則が、損害発生の前段階での損害の回避を義務づけることについては、従来型の損害填補とは異なる独自の手段を潜在的加害者に課すものであることから、こうした手段を課す権限が裁判官に認められるかどうか議論されている。Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, pp.178 et s. : A. Guégan, *supra* note 249, p.168 : P. Jourdain, *supra* note 249, p.56 : D. Mazeaud, *supra* note 249, n°27, p.76. この点については、行政裁判所のみならず司法裁判所の裁判官に対してもこうした権限を認め、「こうした権限は、急速審理判事のみならず、本案判事にも付与されなければならない、たとえそれらが緊急性によって想起されるものではなく、損害の近接性の証明がなされていない場合であっても、鑑定後に、これらの手段について判決する権限が認められる」とするものがあるが<sup>300</sup> (Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, p.228.)、本案判事にこうした権限を認めることについては、立法的介入が必要であるともいわれている (D. Mazeaud, *supra* note 249, n°27, p.76.)。

<sup>300</sup> F. Arhab, *supra* note 254, n° 26, p.55. なお、前注 (268) をも参照。

されていることをもって損害とみなす見解も存在する<sup>301</sup>。

他方で、いかなる範囲の者が被害者として民事責任を追及できるかをめぐっては、主に純粹環境損害（*préjudice écologique pur*）を念頭に議論されている<sup>302</sup>。一般に、人体・財産に対する損害を対象とする民事責任においては、環境損害は、それが人体や財産に対する何らかの損害——その意味では、被害者を観念できる損害——を構成する場合にのみ民事責任の対象となる。これに対して純粹環境損害は、「人間の利益に対する直接的な侵害とは区別された、環境それ自体が被るもの」であり<sup>303</sup>、民事責任の対象とされてきた従来型の環境損害とは本質的に異なる性質の損害である。予防（警戒）原則は、こうした従来の意味での被害者が存在しない純粹環境損害を民事責任の対象とするように要求する。純粹環境損害については、一定の環境保護組織を被害者として学説上、賠償を認めることに好意的なものが散見される<sup>304</sup>。

<sup>301</sup> Ph. Kourilsky et G. Viney, *supra* note 206, p.180. こうした損害要件の緩和を、リスクの創出をもって損害とする傾向にある近時の裁判例に親和的なものであるとしている。また、Boutonnet は、損害のリスクに対する民事責任の追及をリスクの性質によって区別し、損害が集団的で、異常で、重大なものである場合には、たとえそれがリスクにとどまる場合であっても、損害の回避を目的とする民事責任の追及が認められるとしている。M. Boutonnet, *supra* note 188, n<sup>os</sup> 1066 et s., pp.531 et s.

なお、近時、ヴェルサイユ控訴院は、科学的には未解明の携帯電話用中継アンテナの電磁波による健康上のリスクについて、予防（警戒）原則の観点から、事業者に当該施設の撤去と損害賠償を命じたナンテール大審裁判所判決を支持した。同判決につき、Mathilde Boutonnet, *Le risque, condition de droit de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution (à propos de CA Versailles, 4 février 2009)*, *D.2009*, n<sup>o</sup>12, pp.819 et s.

<sup>302</sup> 純粹環境損害については、Geneviève Viney, *Le préjudice écologique, in, COLLOQUE organisé par la Faculté de droit de Paris XII, 12 décembre 1997, Le préjudice, Questions choisies, actes publiés in, Resp. civ. et Ass. mai 1998, n<sup>o</sup> spécial, p.6.*

<sup>303</sup> A. Guégan, *supra* note 249, pp.166 et s.

<sup>304</sup> *Ibid.*, pp.167 ; P. Jourdain, *supra* note 249, p.55.

## 第４節 小括

以上、本章では、HIV 感染事件を契機に注目を集めることとなった予防（警戒）原則の含意を、その民事責任への影響という観点からみてきた。その結果、フランスで議論されている予防（警戒）原則に基づく民事責任は、「未来に対する責任」という観点からの損害回避機能（予期機能）やフォートの前提となる行為義務の高度化のみならず、リスクの受け入れ可能性やリスク認知の多様性を考慮し、事前の意思決定手続の適正化をも考慮したものであることをみた。

すなわち、HIV 感染事件を契機に、フランス民事責任論は、新しいリスク・不確実性について伝統的な民事責任が一定の限界に直面せざるを得ないことを意識しつつ、科学知識が不確実な場合であっても、重大で不可逆的な損害については、発生の回避を義務づける予防（警戒）原則に着目するようになる。予防（警戒）原則と民事責任の交錯は、当初、哲学や倫理学における責任論を出発点とするものであったが（第１節1)(a)、今日では、民事責任論においても、広く受容されるようになってきている。予防（警戒）原則が民事責任にいかなる影響を及ぼすかについては、必ずしも一義的な理解があるわけではないが、おおまかには、２つの傾向を看取することができる。

第１に、被害者の損害填補を重視し、重大で不可逆的な損害については、行為時の科学知識においては不確実であったとしても、行為者に予防（警戒）義務を課し、その違反に対して責任を帰属するものである（第１節1)(c)）。これは、今日問題となっている新しいリスクや不確実性が、一度現実化すると、時間的・空間的に従来とは比較にならないほど広範囲に損害を及ぼすものであることに鑑み、行為者に従来よりも高度の行為義務を課し、ヨリ慎重な意思決定や行為を義務づけることで、その発生の回避を促すことに予防（警戒）原則の意義を見出すものである。

また、こうした観点から、予防（警戒）原則は、民事責任の基礎や諸要件についても、次のような変化をもたらすものとして理解されている。すなわち、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、フォートに基づく責任という位置づけにもかかわらず、新しいリスクや不確実性に及ぶ点で、伝統的なフォートに対する責任を超え、リスクに対する責任をも包摂す

るものとして理解される（第3節(1)）。また、フォートの前提となる行為義務は、従来の回避義務よりも強化された予防（警戒）義務として位置づけられるのみならず（第3節(2)(a)(α)）、外来原因や開発リスクといった伝統的な免責事由についても制限的な解釈を要求する（第3節(2)(b)）。もっとも、予防（警戒）原則を行為義務の高度化や免責事由の制限に直結させることについては——とりわけ、それがゼロ・リスクを前提とすることについては——、慎重な態度を示す見解も少なくなく、学説はその弊害を意識して、予防（警戒）原則の次の側面にも着目する。

すなわち、第2に、被害者の損害填補のみならず、加害者の責任の明確化や事件の真相究明をも重視し、リスクの受け入れ可能性やリスク認知の多様性を考慮して、リスクの伴う行為の意思決定手続を適正化することを予防（警戒）原則の意義の1つとして位置づけるものである（第2節）。今日問題となっている新しいリスクや不確実性については、意思決定を行う者（専門家）が受け入れ可能なリスクとして認知するものと、意思決定の帰結を甘受する者（素人）が受け入れ可能なリスクとして認知するものが異なっており、意思決定の際にいかなるリスクであれば受け入れられるのかについて、依拠すべきルールを画一的な観点から設定することができない。そこで、予防（警戒）原則を当事者間で自主的にルールを設定させる規範の1つとして——換言すれば、意思決定の段階でリスクの受け入れ可能性やリスク認知の多様性を反映させることで、当事者間の紛争を回避し、もって加害者の責任の明確化や事件の真相究明の要請、選択の自律性を担保する規範の1つとして——位置づける方向性が示されるのである。

こうした方向性は、民事責任の諸要件のレベルでも反映されている。すなわち、フォートの前提となる義務は、必ずしも行為義務の高度化のみと結びついているわけではなく、情報提供義務、追跡調査義務、警告義務、警戒義務などとも結びついている。こうした構成は、フォートの前提となる義務を稠密化させることで、不確実性を分割的に制御しているようにするものである。また、これらの義務に違反した場合には、たとえ損害が発生していない場合であっても——あるいは損害発生リスクを損害として——行為者には責任が課されるとするものもある。

## 結語——フランス民事責任論の示唆するもの——

以上、本稿では、リスク社会における民事責任論の可能性を、フランスにおける HIV 感染事件と、それを契機とした議論の分析を通してみてきた。本稿で扱った HIV 感染事件は、リスク社会における民事責任論の一断面にすぎず、したがって、この事件がフランス民事責任論にもたらした影響をどこまで一般化できるかは検討の余地がある。しかし、そうした限定を付したとしても、近時のフランス民事責任論の動向は、わが国の議論を検討するうえで、いくつかの示唆をもたらすように思われる。

そこで最後に、フランスにおいて HIV 感染事件を契機にいかなる問題が意識されるようになったのか、それに対していかなる解決策が模索されているのかを要約する形で、わが国におけるリスク社会と民事責任の関係を考える示唆としたい。

(1) まず、HIV 感染事件を契機に意識されるようになった問題を要約し、フランスの近時の動向に認められる特徴を明確にしておくことにしよう。わが国の議論と近時のフランスの議論とを対比する際には、無過失責任がわが国よりも大きな役割を果たしてきたフランスの民事責任論が、新しいリスクや不確実性の認識によって、今日ではその限界を指摘されていることに、まず注意が向けられるべきであろう。

すなわち、HIV 感染事件に関する判例・裁判例は、科学知識を超えたところに存在するリスク（新しいリスク・不確実性）について、従来型の無過失責任よりも、一歩踏み込む形で輸血センターの責任を肯定した（第1章第2節）。こうした解決は、——被害者救済の拡大という意味では従来型の民事責任論の延長線上にあるということができるもの——次の3点において民事責任やその拡大を支えてきた保険・社会保障制度のあり方に再検討を迫るものとして意識された。第1に、新しいリスクや不確実性から生じる損害は、行為時の科学知識によって明確には予見することや回避することができないため、それに対する責任は、事後的に獲得された科学知識に基づいて責任を問うことができるかどうかという根本的な問題を喚起する（第2章第1節）。第2に、新しいリス

クや不確実性から生じる損害は、統計的・確率的に定量化できないため、保険の技術を機能不全に陥れるのみならず、個人が他の個人と共通のリスクに対峙しているという合意の形成を阻害し、「連帯」に基づく伝統的な保険・社会保障に価値的な困難をももたらす（第2章第2節）。第3に、新しいリスクや不確実性から生じる損害は、メディアを介して様々な社会的反響をもたらすため、民事責任に、伝統的な損害填補に加え、加害者の責任の明確化・事件の真相究明をも考慮することを迫る（第2章第3節）。

HIV感染事件を契機に意識されるようになった以上の問題は、リスク社会における民事責任が、新しいリスクや不確実性に対する責任帰属の問題に加え、保険・社会保障制度の限界や被害者の要請（加害者の責任の明確化、事件の真相究明）、さらには損害発生 of 積極的な予防といった課題といかに取り組むかという問題をも考慮したものでなければならぬことを示している。

(2) そこで以上を踏まえて、次に新しいリスクや不確実性に関連したフランスの議論のなかに、リスク社会における民事責任の位置づけを探究することにしよう。

HIV感染事件以降のフランスでは、民事責任の領域で予防（警戒）原則が注目を集めた。すなわち、HIV感染事件に関する判例・裁判例を契機に、新しいリスクや不確実性の存在を正面から受け止め、重大かつ不可逆的な損害をもたらされる恐れがある場合には、行為者に予防（警戒）義務があることを理由に、責任を肯定すべきであるとする議論がみられるようになる（第3章第1節1(c)）。こうした議論の背後には、行為義務の高度化を通して、損害の発生を回避し、同時にその違反の認定を容易にすることで、被害者の損害填補を容易にしようとする考慮がある。

こうした議論そのものは、必ずしも特異なものではない。同様の議論は、わが国でも民法709条の過失要件の議論にみることができ。むしろ、公害・薬害訴訟を通してフランスに先駆けて新しいリスクや不確実性への対応を迫られたわが国では<sup>305</sup>、フランスよりもかなり前から同様の構

<sup>305</sup> 実際には、フランスでも、わが国の水俣病が科学技術によるカタストロフィ

成が採用されてきたとあってよい。また、近時の学説には、端的に「未知の危険」を認め、「権利侵害の危険が抽象的に存在するにとどまる段階においても、その抽象的危険を伴う行為が生命・健康への回復不可能な重大な被害をもたらすおそれのあるような場合には、（中略）抽象的危険を現実のものとしないうように適切な措置をとるべき義務（とくに、未知の危険ないし危険の徴表となる事実を採知するための情報収集・研究調査義務と、危険を認識できた場合の——企業活動の停止・製品の回収までもに至りうる——回避措置や適切な公表措置をとるべき義務）」があるとする見解が示されている<sup>306</sup>。こうした議論は、新しいリスクや不確実性に対して、予防（警戒）義務を課すフランスの議論とほぼ同様の枠組みに立っているといえよう<sup>307</sup>。

もっとも、フランスでは、予防（警戒）原則を行為義務の高度化に直結させることについて、多くの批判が向けられていた。すなわち、予防（警戒）義務を課すことに対しては、あらゆる活動が不可避免的に一定のリスクを伴うという現実を無視していること、それにもかかわらず回避を要求することが、いわゆるゼロ・リスクを意味し、科学技術のイノベーションや経済活動を麻痺させること、さらに、新しいリスクや不確実性については、そもそもリスクがあるのかなのか、その原因が何であるのかすら明確でないため、それに対する回避手段を語るができないことなどの批判があるのである。（第３章第３節2(x)(a)(α)）。同様のことは、わが国でも当然問題となりうる<sup>308</sup>。他方で、行為義務の高度化のみ

---

の事例として言及されており（M. Boutonnet, *supra* note 188, n° 389, p.194.）、Ewald もアメリカのアスベストやドイツ・イギリスのサリドマイド、フランスの輸血・血液製剤輸注による HIV 感染とならび、日本のスモンを挙げている（F. Ewald, *supra* note 122, p.21.）。

<sup>306</sup> 潮見佳男『不法行為法』（信山社・2004）160頁。

<sup>307</sup> 潮見・前掲注（188）208頁以下も、公害・薬害訴訟を通じて形成された過失要件の枠組みの延長線上に、予防（警戒）原則を位置づける。

<sup>308</sup> 潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第２版）』（信山社・2009）298頁も、予見義務につき、行動の自由に対する配慮も必要であるとする。また、アメリカの議論を参考に、食品についてはゼロ・リスクを目標とすべきであるとするものもみられるが（大塚直「不法行為における結果回避義務——公害を中心として——」

によって、リスク社会において民事責任が直面する問題——事後的に獲得された知識に基づいて加害者の責任を肯定することができるかどうか、保険や社会保障の機能不全の克服、加害者の責任の明確化や事件の真相究明という被害者の要請など——にどこまで対応することができるのかも問われなければならないであろう。そうであるとすれば、予防（警戒）原則を行為義務の高度化に直結させることは、理念としては肯定的に評価がなされるべきであるとしても、新しいリスクや不確実性のもとで、果たしてどの程度の実効性があるのか、なお検討の余地があるように思われるのである。

(3) このように、予防（警戒）原則を行為義務の高度化に直結させることについては、なお検討すべき課題も多く、——それがリスク社会においてみられる民事責任の到達点の1つではあるとしても——リスク社会が民事責任にもたらす影響を十分に考慮しているとも言い難い。もっとも、フランスの議論には、以上とは異なる観点から、しかし、以上の議論と相補うように、新しいリスクや不確実性にアプローチしようとするものもみられた。

すなわち、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染のように、分散的に、時間をかけて徐々にその原因や感染の因果関係が明らかにされるようなカタストロフィについては、損害填補の要請よりも加害者の責任の明確化や事件の真相究明の要請が強くなるという現象（第2章第3節(1)）や、民事責任の無過失責任化によって、さらなる責任追及が促進されるという現象（第3章第1節(1)(a)）が意識されるようになる。フランスでは、これらの現象が、意思決定者（専門家）と意思決定の帰結を甘受する者（素人）とのリスク評価に相違があること——それにもかかわらず、意思決定が常に意思決定者（専門家）の観点からなされること——に起因

---

加藤一郎古稀『現代社会と民法学の動向上』〔有斐閣・1992〕57頁。ただし、「実際には、種々の食品添加物が用いられるように、ゼロ・リスクをそのまま使えるかどうかには問題はあろう」と前置きをしている）、アメリカでも、食品についてゼロ・リスクを要求するデラニー条項（Delany Clause）が1996年に改正されていることも考慮する必要がある。

していることに着目し、公権力や（潜在的）加害者にコミュニケーション（情報提供、追跡調査、警告・警戒）を義務づけることに予防（警戒）原則の意義を見出す議論が現れる（第3章第2節）。

公権力や専門家に対して情報提供などを義務づけるという議論そのものは、わが国でもみられるところであり、それほど目新しいものではない。しかし、近時のフランスの議論は、これらの義務が損害填補以外の被害者の要請や新しいリスク・不確実性を基礎としている点で、特徴的である。すなわち、これらの議論は、新しいリスクや不確実性が、本質的に予見不可能にもかかわらず一度生じると重大で不可逆的な帰結をもたらすこと——それゆえ、民事責任や保険や社会保障による補償の可能性を超えていること——を考慮し、新しいリスクや不確実性については、行為時以降に明らかとなったものも含め、できるだけ早い段階での情報提供を促し、特定の時点で特定の科学知識を前提になされた意思決定を絶えず検証可能な状態に置くことで分割的に制御しようとするものである<sup>309</sup>。また、リスクに関する意思決定の際に、被害者の選択の自律性や意思決定への参加をも保障することで、意思決定者（専門家）と意思決定の帰結を甘受する者（素人）との間の個別的・暫定的な合意の形成を促すことで紛争回避をも考慮している。このことは、新しいリスクや不確実性については、生じた損害を誰が負担するのが公平かという観点からよりも、意思決定手続が適正なプロセスによってなされたかどうかがより重要となる、ということを示唆している。その意味で、近時のフランスの議論は、新しいリスクや不確実性を出発点とし、あらゆる活動が不可避免的に一定のリスクを伴うことを前提としつつ、それが現実化した際の損害を最小化することを目指したアプローチでもある点で、リスク社会における民事責任の可能性を、これまでとは異なる観点から示すものとしても注目される。

(4) ところで、以上のフランスの議論は、わが国においては、やや異

<sup>309</sup> なお、この点については、Ewald の議論を参照しつつ、一時的なリスク評価から長期的な「学習」を通じた将来的修正の余地を残した対応の必要性を強調する吉田・前掲注（188）632頁も同趣旨のものとして理解されよう。

なる意味を有しているようにも思われる。最後に、断片的とはなるが、次の2点を指摘しておくことにしたい。

第1に、フランスの近時の議論は、民事責任における加害者の責任の明確化、事件の真相究明といった要請をクローズ・アップする帰結として、加害者の責任を判断する際に、被害者の被った損害よりも、加害者の行為自体の評価をクローズ・アップする傾向にある。民事責任の追及が必ずしも損害填補の要請にとどまるものでないことは、わが国の公害・薬害訴訟でも同様に意識されてきた問題である<sup>310</sup>。しかし、近時のフランスにおいて特徴的なのは、こうした被害者の要請が、——民事責任の効果（賠償額）のレベルのみならず——民事責任の要件のレベルにおいても反映されている点である。すなわち、加害者は、これらの要請の根源にある紛争を回避すべく、新しいリスクや不確実性については、情報提供義務、追跡調査義務、警告義務、警戒義務が課され、その違反があった場合には、たとえ損害が発生していない場合であっても——あるいは損害の不安やリスクにさらされていることを損害として——責任が課される可能性を検討するまでに至っている（第3章第2節及び第3節）<sup>311</sup>。ここには、損害を予見・回避できたかどうかという評価とは別に、

<sup>310</sup> すなわち、公害訴訟においては、企業の犯罪的な責任を追及するという民事責任の制裁的機能を前面に押し出す現実の社会的要求とは裏腹に、「過失責任が、その有責性責任としての性格を取り去って、それを漸次客観的な責任としての性格をもつ無過失責任へと接近させようとする一つの大きな動きがあらわれている」ことから、そこにみられる現実と理論との調和が絶えず意識されていたのであり（牛山積＝富井利安「不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向」富井利安『公害賠償責任の研究』（日本評論社・1986）3頁以下）、同様に、薬害訴訟をめぐっても被害者は、損害填補に加え、加害者の有責性ないし帰責性の明確化、被害者の再発防止を要求したといわれている（淡路剛久『スモン事件と法』〔有斐閣・1981〕62頁）。

<sup>311</sup> また、その帰結として、加害者が損害の発生を予見できたかどうかという問題や新しいリスクや不確実性に回避義務を課することが可能かどうかという問題は回避される。なお、わが国の公害・薬害訴訟でも、いくつかの判決が情報収集・研究調査に言及しているが（たとえば、製薬会社には製造物を流通に置いた段階で入手可能なあらゆる科学知識の収集が義務づけられるとした東京地判昭和53年8月3日判例時報899号48頁）、それらの義務は、行為自体の評価と

加害者の行為そのものを評価し、責任を帰属するというやや特徴的な帰責構造がみられる。こうした動きは、加害者の責任の明確化が重視される場面では、相対的に損害要件が規範化・抽象化される傾向にあるフランス民事責任論の特徴と評価することもできるが<sup>312</sup>、わが国の議論との対比では、——必ずしも特定の結果（損害）を回避する行為のみを非難の対象としているわけではない点で——行為不法の議論に通ずるものとしても受け止めることもできよう。とりわけ、近時のわが国では、被害者の損害填補やリスクの社会的分配には解消されない民事責任固有の意義や民事責任の損害填補機能以外の機能を強調する観点から行為不法を再評価するものがあり、以上のフランスの議論とも通じるところがあるように思われる<sup>313</sup>。

第2に、第1の点との関係で、近時のフランスでは、リスクに関する社会理論の動向を加味しつつ、被害者のリスクの受け入れ可能性やリス

---

いうよりは、あくまで予見可能性を担保するための義務——すなわち、予見義務——として位置づけられ、特定の結果（損害）と結びつけられている。

<sup>312</sup> フランスでは、もともと民事罰が主に精神的損害（人格権侵害）を念頭に語られてきたことをも想起されたい。フランスにおける民事罰概念については、廣峰正子「民事責任における抑止と制裁（2・完）——フランスにおける民事罰概念の生成と展開をてがかりに——」立命館法学299号（2005）270頁以下を参照。

<sup>313</sup> 吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』（上）（中）（下）」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣・2000）197頁以下は、「不法行為法を政策論に解消させるならば、近年不法行為法の危機が叫ばれているように、『填補』的機能は保険政策に、『抑止』的機能は行政規制政策に、また『懲罰』的機能は刑事政策に、という形で、各々制度・政策設計の問題に融合・吸収されて、不法行為法の存在意義ないし正当性が否定されない」という問題意識から、不法行為「訴訟」の独自の意義を問い直すなかで、結果志向的な過失の定式化を批判し（同・238頁）、近時の医療過誤訴訟にみられる行為不法的な過失の定式化に着目する（同・242頁）。また、近時、同『不法行為等講義録』（信山社・2008）69頁では、期待権侵害について行為不法的な帰責が、「『杜撰な医療を問責する』という事態に適切な法律構成だと評することもでき」ともしており、損害の規範化・抽象化と行為不法の親和性を示すと同時に、行為不法的な過失の定式化が加害者の責任の明確化にも資することを示唆している。さらに、前掲注（309）を参照。

ク認知の多様性をリスクの伴う行為の意思決定に反映させるための手続として、事前の情報提供及びコミュニケーションを促すものがみられる。すなわち、HIV 感染事件以降のフランスでは、リスクに関する意思決定がリスクに関する情報を有している者（専門家）に委ねられていること、及びそうした専門家のリスク評価が必ずしも合理的ではないこと、そして新しいリスクや不確実性については、それらのリスク評価に拘泥することが HIV 感染事件のような悲劇を招く原因となっていることが意識されるに至り、意思決定者による情報提供や意思決定の帰結を甘受する者による意思決定への参加が強調されるようになってきているのである。

ここには、近時、社会理論の領域で注目を集めているリスク・コミュニケーションの発想を端的にみることができる。リスク・コミュニケーションとは、もともと、新しいリスクや不確実性のもとで、一定の許容値を基準とした規制主義的な環境保護政策に限界が意識されるようになったことを契機に注目を集めるようになった手法である。一般には、「個人と集団、あるいは組織間の情報と意見の相互交換の過程」として定義され<sup>314</sup>、素人に専門家と同様の専門的知識を習得させ、それに基づいて素人が自律的に意思決定を行うことを促すことではなく——その意味で、専門家に課される情報提供義務や説明義務は、必ずしも情報偏差を埋め合わせることに向けられたものではなく——、意思決定手続を双方に開くことでヨリ透明性の高いものとし、暫定的な共通了解（ないし信頼）の形成を促すことを目的とするものである<sup>315</sup>。近時のフランス民

<sup>314</sup> NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Improving risk communication*, National Academy Press, Washington D.C., 1989, p.21.

<sup>315</sup> わが国でも近時、高度な科学技術利用、環境、消費生活用製品、健康・医療問題、自然災害など、民事責任論と密接な関係を有する領域でリスク・コミュニケーションの必要性が意識されつつあり（たとえば科学技術利用については、従来から科学論の領域で、ヨリ一般的な関係におけるインフォームド・コンセントの必要性が強調されている。佐々木力『科学論入門』〔岩波書店・1996〕210頁以下を参照）、また製造物責任における警告・表示上の欠陥の問題は、既にリスク・コミュニケーションの問題の一環として位置づけられている（吉川肇子『リスク・コミュニケーション——相互理解とよりよい意思決定をめざして

事責任論が、専門家の義務（情報提供義務、追跡調査義務、警告義務、警戒義務など）を論じる際に、専門家と素人の関係及びリスク評価の多様性に言及するようになってきているのは、まさにこうした手法を民事責任の枠組みのなかで実現しようとする努力ともみうるものであり、わが国でも大いに参考となろう<sup>316</sup>。

他方、わが国の議論との対比という点では、リスク評価の多様性に関する議論は、過失の定式化をめぐる近時の議論に通ずるものとしても受け止めることができる。すなわち、わが国では、加害者の過失を判断する際には、「損害発生の蓋然性」と「被侵害利益の大きさ」の積と「それによって犠牲にされる利益」との比較衡量によって過失の有無を判断すべきであるという定式が提唱されている<sup>317</sup>。しかし、そこで挙げられている諸因子は、専門家のリスク評価において重視される因子と一致しており、——リスク評価の多様性が紛争の原因であることが指摘されている今日において——こうした定式をどこまで一般化できるのかについては、検討が必要となっているように思われる<sup>318</sup>。実際に、こうした過

---

——』〔福村出版・1999〕35頁、同『リスクとつきあう——危険な時代のコミュニケーション——』〔有斐閣・2000〕10頁以下）。

<sup>316</sup> なお、中山・前掲注（４）「リスク社会における法と自己決定」270頁以下、同・前掲注（４）「リスクと法」109頁以下も、予防（警戒）原則から得られる示唆として、専門家の役割の変質や意思決定参加者の拡大、及び情報の開示・共有に言及している。これらの義務は、その実現に向けられた法的契機としても位置づけることができる。

<sup>317</sup> 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971）398頁以下。

<sup>318</sup> わが国では、これらの因子を判例の分析から導き出すものがあるが、仮に判例がこれらの因子を重視して過失を判断しているとすれば、それは判例が専門家のリスク評価に指摘されるのと同様のバイアスによって過失を判断していることを意味する。このことの妥当性については、別個に検討が必要であるように思われる。

ちなみに、リスクに関する社会理論では、素人は、次のような因子がある場合に、リスクをヨリ受け入れ難いものとして認知するとされている（Peter Bennette and Kenneth Calman, *Risk communication and public health*, Oxford U.P., 1999, p.6.）。①自発的なもの（危険なスポーツ、喫煙）よりも、非自発的にさらされるもの（たとえば、大気汚染）、②不公平に分配されているもの（便

失の定式化に対しては、わが国でも、かねてから強い批判がみられ<sup>319</sup>、近時では、当該定式の適用範囲を加害行為が同時に被害者に利益をもたらす場合に限定すべきであるとするものもみられる<sup>320</sup>。これらの批判は、

益を得ている人がいる反面で、リスクにさらされているような人が場合)、③個人的な予防によって逃れることができないもの、④見慣れない (unfamiliar)、又は新しい原因から生じるもの、⑤自然の原因よりも人工物から生じるもの、⑥隠れた、不可逆的な損害を引き起こすもの (たとえば、リスクにさらされてから何年か経過して発病するもの)、⑦小さい子供、妊婦、あるいはより一般的に未来の世代に特定の危険をもたらすもの、⑧特別な死をもたらす死 (又は病気・負傷) の形式をとるもの、⑨匿名の被害者よりも特定の被害者に損害をもたらすもの、⑩科学によって十分に解明されていないもの、⑪信頼ある情報源から矛盾する声明が発信されているもの (又は同じ情報源から矛盾する声明が発信されているものについては、さらに恐ろしいと感じる)。これらの因子は、専門家のそれと比較すると、主観的であり、かつ多様ではあるが、近年では、そうであるからといって、素人のリスク評価は必ずしも不合理ではないとされており、過失の因子を考える際にも参考となるように思われる。

<sup>319</sup> 淡路剛久『公害賠償の理論 (増補版)』(有斐閣・1978) 95頁。もともと、批判の矛先は、「損害発生 の蓋然性」と「被侵害利益の大きさ」を過失の因子として考慮することについてではなく、それらの積を「それによって犠牲にされる利益」と衡量することに向けられている。これに対し、近時のフランスの議論並びにリスクの社会理論が批判しているのは、むしろ、「損害発生 の蓋然性」と「被侵害利益の大きさ」のみを意思決定の際に考慮し、それ以外の因子を考慮しないことについてである。

<sup>320</sup> 吉田・前掲書注 (313)『民法解釈と揺れ動く所有論』238頁。ただし、当該被害者にとって有用な行為であったとしても、必ずしも当該被害者がリスクを受け入れているとは限らないことにも留意すべきである。Noiville は、集団的な観点から統計的・確率的に評価されるリスクの受け入れ可能性と、個人的な観点から多様な要素に着目して評価されるリスクの受け入れ可能性が異なることを指摘し、医薬品のような社会的有用性を示す製造物であっても、当該被害者に損害を帰属するためには、あくまで当該被害者がリスクを受け入れている必要がある——換言すれば、集団的な観点からのリスク評価は、損害を帰属する決め手にならない——としている。Ch. Noiville, *supra* note 215, pp.209 et s. なお、意思決定手続において、専門家のリスク評価のみならず、素人のリスク評価も反映されるべきであるという観点からは、本文中の過失の定式が、説明義務には及ばない、という指摘は重要である。瀬川信久「危険・リスク——

本稿の観点からは、特定の観点からなされたりリスク評価に基づいて過失を判断することへの問題意識の表出とも受け止めることができるのであり、今後は、その適用の射程や考慮される因子について、さらなる検討が必要とされよう。

# 中国の環境アセスメント法制度の 構造・運用・効果(3)

—— 日本法との対比で ——

孟 根 巴 根

## 目 次

はじめに

第1章 環境アセスメント法制度の沿革

第1節 環境アセスメント制度の整備段階

第2節 環境アセスメント制度の確立段階

第3節 環境影響評価法の制定段階

第4節 環境アセスメント法制度の沿革の特徴

第2章 環境影響評価法の構造

第1節 環境影響評価法の立法目的と適用範囲

第2節 環境アセスメントの基本的手続 (以上、60巻3号)

第3節 環境アセスメントの実効的手法

第4節 環境影響評価法の構造的な特色

第3章 実際の環境アセスメント手法

第1節 環境アセスメント文書作成の流れ

第2節 環境アセスメント文書の実例分析 (以上、60巻4号)

第3節 環境アセスメントの実行状況

1 統計から見る建設プロジェクトの実行状況

2 3度の環評風暴の発生

第4節 環境アセスメント手法の日中比較

第4章 環境アセスメントにおける情報公開と公衆参加の実態

第1節 環境保全主体の実相

1 環境行政主管部門

- 2 企業
  - 3 公衆
  - 4 環境 NGO
  - 第2節 環境情報公開の実情
    - 1 環境情報公開の沿革
    - 2 環境情報公開の具体的状況
    - 3 現在の環境情報公開に関する問題点—事例の分析(以上、本号)
  - 第3節 環境アセスメントにおける公衆参加
  - 第4節 公衆参加と環境行政許可との関係
  - 第5節 情報公開と公衆参加の日中比較
  - 第5章 環境アセスメントにおける紛争処理
    - 第1節 環境アセスメント紛争の〔信訪制度〕
    - 第2節 環境アセスメント紛争の行政不服審査制度
    - 第3節 環境アセスメント紛争の行政訴訟
    - 第4節 環境アセスメントにおける紛争処理の日中比較
- おわりに

### 第3節 環境アセスメントの実行状況

#### 1 統計から見る建設プロジェクトの実行状況

環境アセスメントの実行状況を把握するために、まず、建設プロジェクトの環境管理における2つの政府統計を見てみよう。一つは環境アセスメント手続の実行状況を表したものである(表3-1-1)。

最近10年間のデータを見ると、建設プロジェクトの立案件数は1997年に若干減少したことを除けば、毎年増加する一方であり、それに伴い、環境アセスメントの実行件数も増え続け、実行率は1999年にいったん下落したものの、1996年の81.6%から上昇し、2005年に99.5%という高い実行率を記録している。実行率の上昇について、政府はこの10年間で、建設プロジェクト環境アセスメント手続の実行を強化した結果であると自負している。

また、環境アセスメントの報告書・報告表・登記表など各評価形式間の差が大きいことがわかる。つまり、この三者の中で報告書による実行件数が最も少なく、報告表、登記表という順に実行件数が多くなってい

表 3-3-1：近年の建設プロジェクト環境アセスメントの実行状況

項目 年度	建設プロジェクト立案件数	環境アセスメント実行件数	そのうち			環境アセスメント実行率 (%)
			報告書	報告表	登記表	
1996	80220	65438	2656	45988	16736	81.6
1997	79864	68226	2286	45829	20111	85.0
1998	83180	78871	2192	49313	27366	94.8
1999	102382	94905	2819	40434	51993	90.4
2000	139258	135148	3516	40802	90830	97.0
2001	191382	187754	4252	49943	133559	97.0
2002	237155	233129	7268	62005	163856	98.3
2003	281137	278118	7504	74610	196004	98.9
2004	323264	320997	10167	95929	214901	99.3
2005	315589	314038	11412	102839	199787	99.5

注：1996年における環境アセスメント実行件数と報告書+報告表+登記表の件数が一致しないが、何らかのミスであると思われる。

出典：中国環境年鑑1997—2006年の各年度のデータにより作成

る（ただし、1996年—1998年は除く）。すなわち、実際の環境アセスメントは、比較的厳格な評価ルールで行われる報告書の実施がごく一部にとどまり、それより緩やかな評価ルールで行われる報告表、さらに登録だけで済ませる登記表の実施が圧倒的に多い。このことから、環境アセスメント手続は形式に流されているのではないかと懸念される<sup>1</sup>。

いま一つの統計は、建設プロジェクト三同時制度の実行状況を表にしたものである（表3-3-2）。

1997年を除けば、当然ながら、建設プロジェクトの増加に伴い、三同時制度の実行件数も増え、実行率は各年度においてばらつきがある。また、三同時合格率も年ごとに変化がみられるものの、基本的に高い合格率を示している。

総じて見れば、近年の急速な経済成長に伴い、プロジェクトの件数が急速に増加する中で、環境アセスメント制度や三同時制度の実行率も相応して上がっていると考えられる。ところが、未然防止を柱とする環境

<sup>1</sup> この10年間の環境アセスメント実行件数における報告書・報告表・登記表の占める割合は、それぞれ3.0%・34.2%・62.8%であり、報告書作成の割合が圧倒的に少ない。

表3-3-2：建設プロジェクト三同時制度の実行状況

項目 年度	実行すべきプロ ジェクト件数	三同時実 行件数	実行率 (%)	合格プロジ ェクト件数	合格率 (%)	実際の環境保全 投資額(億元)
1996	19937	17938	89.8	15904	88.7	110.8
1997	17529	16650	95	15179	91.2	128.8
1998	18948	18063	95.3	17049	89.9	142
1999	22985	22522	98	21639	96.1	191.6
2000	29321	28709	97.9	27831	94.9	260
2001	37000	36020	97.4	35520	98.4	336.4
2002	53287	51882	97.4	51196	98.7	389.7
2003	63904	63191	98.9	61648	97.6	333.5
2004	79456	78907	99.3	76038	95.7	460.5
2005	71472	70793	99.1	67677	95.6	640.1

注：環境保全プロジェクトへの実際の投資額は、三同時プロジェクト投資額の一部である。  
 出典：中国環境年鑑1997-2006年の各年度のデータにより作成

アセスメント制度や三同時制度の実行率がこれほど高いにもかかわらず、なぜ環境悪化を食い止めることができないのかが問題となる。このため、これらデータの信憑性に疑問が生じる。

実際のところ、建設プロジェクトは「先に着工、後に手続」(原語は〔先上車、後買票〕)あるいは「先に認可、後に審査」<sup>2</sup>(原語は〔先批後審〕)という計画経済時期における政治体制の強い影響の下で、非合理的な産業立地など明らかに違法な状態でも、鶴の一声(原語は〔首長意志〕)によりプロジェクトが認可されることが少なくない。環境アセスメント実行率の真偽を確認するために、以下では3度にわたる〔環評風暴〕<sup>3</sup>の

<sup>2</sup> 計画経済時期において、国家あるいは地方経済行政主管部門は、特定の立地、投資規模、運営の担保を前提条件として、プロジェクトを先に認可してしまうことが一般的であった(汪勁『中外環境影響評価制度比較研究—環境与開発決策の正当法律程序』(北京大学出版社、2006年)386頁)。

<sup>3</sup> 環評風暴とは、国家環境保護総局が2005年から連続3年で、環境影響評価法に反する企業に対して取締りを行った環境保護行動である。2005年、国家環境保護総局が評価法の厳粛性を強調するために、環境アセスメント報告書の認可を得ないまま操業を開始した30社の大企業に対して操業停止を命じ、関連責任を追及した。これを国務院が支持し、マスメディアが報道し、公衆が応援し、全国環境保護事業に大きなインパクトを与えた。これを世論が「環評風暴」と

状況を検討しよう。

## 2 3度の環評風暴の発生

近年、党中央、國務院は日増しにエスカレートする環境問題を解決するために、一連の重要な環境政策により、環境保全活動に対するリーダーシップをよりいっそう強化しつつある。例えば、生態環境保全の面では、「天然林保護」政策、「退耕還林（草）」政策、「封山禁牧（山を閉鎖し、伐採や放牧を禁止する）」政策等をとっており、建設プロジェクトの環境管理の面では、引き続き環境法に違反する行為の厳格な取締り<sup>4</sup>を行っている。以下で検討する環評風暴はそのような措置の一つであるといえよう。

### (1) 環評風暴の発生

評価法施行後2年以上の期間を経てもなお、環境アセスメント業務に、少なからずの問題が存在していた。そこで、2004年12月9日、国家環境保護総局は、「発電プロジェクトの環境アセスメントを厳格に行い、無

---

呼びはじめたのである。また「環保風暴」とも呼ばれるが、本稿では環評風暴という呼び方を用いる。なお、環評風暴は4回発生しているという主張がある。つまり、第4回の環評風暴とは、2007年7月3日、総局が深刻な水質汚濁状況にかんがみ、長江・黄河・淮河・海河の四大流域における水質汚濁が深刻で、環境問題が顕著である6つの都市・2つの県・5つの工業区を対象に行ったいわゆる「流域審査停止・延期」（原語は〔流域限批〕）施策を指している。これにより、同流域内の32の汚染企業および6つの污水处理場に対し指名監督処置が行われたといわれている（孫佑海『超越環境“風暴”——中国環境資源保護立法研究』（中国法制出版社、2008年）109頁）。

<sup>4</sup> 例えば、2004年4月から11月にかけて国家環境保護総局、国家発展・改革委員会、監察部、工商行政管理総局、司法部、安全監督管理総局が共同で全国における汚染物質を違法に排出する企業に対して取り締まりを行った。7か月間で100件余りの汚染問題に取り締まりが及び、摘発された環境問題は2万7000件、取り締まりにより閉鎖された汚染物違法排出企業は6462社、生産停止・整備の命令を受けた企業は3861社、期間限定の整備命令を受けた企業は6755社、処分された責任者は155人（その内政府関係者が81人）であった。[http://www.zhb.gov.cn/japan/env\\_info/3\\_7\\_2004\\_00.pdf](http://www.zhb.gov.cn/japan/env_info/3_7_2004_00.pdf)（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

断の発電建設を抑止する」(原語は「厳格电站項目環評堅決制止电站無序建設」というテーマで文書を発布し<sup>5</sup>、12月27日、手続違反の68プロジェクトを公に通報して、環境アセスメントを実施する際の法による行動と秩序ある行為を強調した。これが、環評風暴の前触れであった。

2005年1月18日に、国家環境保護総局は30件の大型プロジェクトに対して建設中止を命じ(原語は「叫停」、中国全土を沸き立たせた環評風暴が本格的にはじまった。その30件の大型プロジェクトのうち26件が発電所であり<sup>6</sup>、投資総額は1179.4億元にのぼるといふ。これが第1回の環評風暴である。

2006年2月7日、第2回の環評風暴が発生した。松花江水質汚濁事件(第4章で取りあげる)のような環境汚染事件が全国で多発していた<sup>7</sup>ことが第2回の環評風暴の直接的な導火線となった。今回は、河川沿い、海岸地方、自然保護区、人口密集地区などのデリケートな区域を中心とした全国127件の化工石化類プロジェクトを対象に取り調べを行った。そして投資総額がおおよそ290億元にのぼる10件のプロジェクトが三同時制度に反していたことが発覚し、期限付き改正を命じられた。

そして、2007年1月10日、国家環境保護総局は環境アセスメント制度および三同時制度に反する82件の建設プロジェクト<sup>8</sup>を全国に通報し、第3回の環評風暴が発生した。この対象とされた82件の建設プロジェクトには鋼鉄・電力・冶金等の領域が含まれ、投資総額は1123億元にのぼ

---

<sup>5</sup> 李徳超「“環評風暴”直撃“地方保護”」記者観察(下半月)2007年2期(総208期)10頁。

<sup>6</sup> このうち火力発電プロジェクトが20社、水力発電プロジェクトが3社、500キロボルト変電プロジェクトが3社含まれ、その他に石化、製紙、道路、堤防などのプロジェクトなどがあるという(汪勁・前掲注2・339頁)。

<sup>7</sup> 2006年だけで、全国の範囲で発生した重大な環境汚染事故は150件にものぼり、平均2・3日に1件という高い割合が続いている。[http://www.zhb.gov.cn/info/ldjh/200701/t20070118\\_99754.htm](http://www.zhb.gov.cn/info/ldjh/200701/t20070118_99754.htm)(最終アクセス日は、2009年5月26日)を参照。

<sup>8</sup> これらのプロジェクトは、全国22省・市の鋼鉄、冶金、電力、化工等12業種に及び、そのうちの23件が環境保護三同時制度に反し、59件が環境アセスメント制度に反していた。

るという<sup>9</sup>。

## (2) 3度の環評風暴の分析

### 1) 背景と目標

先述のように、2003年9月に評価法が施行されて以来顕著な効果がなく、建設プロジェクトが依然として評価手続を無視し、違法建設が非常に深刻であることを背景に、国家環境保護総局は、建設プロジェクトの手続違法を打撃することを第1回環評風暴の目標とした。

これに対して、第2回環評風暴は、特に不適切な計画による工業立地が原因で、国内各地で環境汚染事故が多発していたことを背景に、デリケートな区域におけるプロジェクトを対象として取締りを行ったものである。これは第1回の環評風暴と異なり、計画環境アセスメントの促進を最大の目標とした。

また、環境汚染事故や環境紛争が多発する中で、国の汚染排出物の削減目標およびエネルギー節約目標が実現できなかった<sup>10</sup>ことが3度目の環評風暴発生の背景であった。したがって、環境汚染の防除および環境アセスメント制度の執行が第3回の環評風暴の目標となった。いわば、2005年からはじまった3度の環評風暴の狙いは、建設プロジェクトの違法建設および国内環境状況の厳しさに鑑みて、環境アセスメント制度を真剣に実行することにあつた。

### 2) 各環評風暴の特徴

環評風暴の特徴は、その対象と手法に現れていると思われる。より具体的にいえば、1回目の風暴では、主に環境アセスメント審査・認可手続を実行せず無断で着工した電力発電所に対して即座に建設停止を命じ（原語では〔立即叫停〕）、従来「電老虎」と呼ばれてきた国有企業をはじめめて取締りの対象とした。

<sup>9</sup> <http://hi.baidu.com/ljxx/blog/item/47ebd6f975d0f25b242df285.html>（タイトルは、「中国水質汚濁事件の多発、既存の汚染を除去する前に新規汚染が増加」〔事故頻発中国水汚染“老帳未結又添新帳”〕である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>10</sup> 増田啓子「日本からみた中国の環境影響評価制度の特色—日本と中国の発電所における環境影響評価制度と公衆参加—」社会科学研究年報37号（2006年）18頁。

また、2回目の風暴では、すでに建設されたプロジェクトが三同時制度の不執行だけではなく、建設プロジェクト竣工環境保全検査手続も履行していない化工石油業に矛先が向けられ、期限付きの整備（原語では〔限期整改〕）が命じられたが、その狙いは建設プロジェクトの立地をはじめ、計画の環境アセスメントの合理性、科学性を促進することであった。

これに対して、3度目の風暴は、対象範囲が広く、総合的な手法を取っている。例えば、前二者と違って、第3回の改正対象プロジェクトは電力・化工・鋼鉄・冶金など幅広い業種に及んでおり、しかも82件の建設プロジェクトのうち59件が環境アセスメント制度に反し、23件が三同時制度に反しているとされ、地域的にも全国範囲に及んでいるのである。

### 3) 効果

2005年から連続3年で、いずれも年明けごろに発生した環評風暴はどのような効果を残したのか。一般的には、「環境保護事業は重要視されている、評価法は「軟法」（実効性がない法）ではない<sup>11</sup>というメッセージを発信したほか、環境アセスメント制度および三同時制度を無視する者に対して一定の刺激<sup>12</sup>を与えたことは否定できない。しかし、それらの違法着工企業が異なる程度の過料に課され、またアセスメント手続の補充によって、直ちに「継続的着工」の許可が下りるなどいわゆる「先に着工し、後に認可する」古い道を歩む結果となった。この中で、環評法を無視した各種事業の許認可権者をはじめ、企業、国家環境保護総局それぞれがおのおの勝利を得ているが、損なわれているのが評価法の尊

<sup>11</sup> 王燦発「“環保風暴”的影響及其顯現的環境執法問題」華東政法学院学報、2005年4期（総41期）18頁。

<sup>12</sup> 例えば、第1回環境風暴の「建設停止命令」を受け、22の企業が1週間以内に建設を停止したが、長江三峡プロジェクト開発総会社をはじめとする8つのプロジェクトは建設を停止しようとしなかった。2005年1月24日、国家環境保護総局は、それらのプロジェクトに対して「行政処罰事前通知書」と「期限付き整備通知書」を発行すると同時に、行政決定に服従しない場合は強制執行を行うと発表した。このような強硬な対応によりそれらのプロジェクトは建設を停止し、環境アセスメント手続を補足したといわれている（汪勁・前掲注2・340頁）。

厳と環境公共利益である<sup>13</sup>。

連続して発生した環評風暴を、党中央國務院は高く評価し、環境アセスメントの強化を支持する明確な態度を示したほか、学者の賛同<sup>14</sup>および環境 NGO の支援などによって、環境アセスメント事業が重要視されるようになった。

国家環境保護総局の潘岳副局長の話によると、連続環評風暴を通じて、公民や企業の法意識が高まり、環境アセスメント制度の執行率は顕著に高まったという。しかし、表 3-3-1 に示した具体的なデータから見ると、環境アセスメントの実行率は2004年時点ですでに99.3%の高いレベルに達していて、実際にその効果がどれほどのものであったのかは必ずしも明らかではない。

また、連続環評風暴の対象となった大型企業による違法行為の具体的事例からは、すでに挙げた両統計（表 3-3-1 と表 3-3-2）の信憑性に疑問を持たざるをえない。それは、環境アセスメント手続および三同時手続が100%に近い実行率をあげているにもかかわらず、実際に数多くの違法企業が次々と姿を現し、環境全体がますます悪化の一途をたどっているからである<sup>15</sup>。

#### 4) 環評風暴の意義

連続環評風暴は中国環境保護問題に深くかかわっており、決して事実無根の突発的現象ではない<sup>16</sup>。環評風暴の出現は、少なくとも次のよう

<sup>13</sup> 呂忠梅＝劉超「多種博弈与訴求下的劍走偏鋒—關於“環保風暴”的社法学分析」呂忠梅主編『環境資源法論叢（第7卷）』（法律出版社、2007年）61頁。

<sup>14</sup> 中国人民大学の周珂らは、国家環境保護総局は環評風暴にふさわしい職権を持っているし、法的にも根拠があり、中国環境と資源現状から見ても今回の環評風暴は合理的かつ必要であると大いに賛同する意を表している（周珂＝譚柏平「環保緣何為風暴」華東政法学院学報2005年4期（総41期）3-4頁）。

<sup>15</sup> 王燦發・前掲注11・19頁。

<sup>16</sup> なぜ、評価法実行後に、環境アセスメントに関する事案が突発するののかという問題について、汪勁は、次の3点をあげてその原因を分析している。①評価法は環境破壊の防止を出発点とし、公衆環境権益および公衆参加の環境意思決定の仕組みを確立させた、②行政許可法（2003年8月27日に採択、2004年7月1日より施行）は、行政許可の実施手続および重大な行政許可事項の聴聞手

な意味を有している。

まず、環評風暴の発生は、建設プロジェクトの違法行為の氾濫および法執行の欠陥を意味している。3度の環評風暴はいずれも建設業者が環境アセスメント制度や三同時制度に反したことに起因していることは上述のとおりである。また、パターンリズミ的な法執行者（原語は〔父母官〕）は特にGDP増加という政治的業績を守るために、環境アセスメント手続を簡略化し、さらに「乗車してから乗車券を買う」手法をとっている<sup>17</sup>。これは、各種事業の許認可権者に対する問責体制が欠落している現行評価法システムの運用上の必然的な表れでもあろう。

次に、環評風暴の発生は、経済利益とエネルギー<sup>18</sup>・環境利益の衝突の現れである。プロジェクトの建設は経済的に利益をもたらすが、他方では環境負荷をもたらす。例えば、2004年度に、国家環境保護総局に申請された200件の火力発電所のうち、認可された94件の総電力の容量は8082万キロワットになる。仮に、認可されなかったプロジェクトをすべて許可した場合、電力不足問題の解決に資するが、その反面、石炭の使用量は環境収容量を大きく上回り、二酸化硫黄の排出量は500万トン／年増加するとされる<sup>19</sup>。つまり、経済発展が遅滞するかあるいは環境汚染が深刻になるかというジレンマを抱えることになる。現代中国では後者を選択することが主流となっていて、環境全体が危機に追いつめられ

---

続を確立させた、③環境アセスメント制度の実行率はかなり高いが、しかしそのほとんどが建設完成後に補充されたものであり、公衆はこの「作り事」を認めない（汪勁・前掲注2・281頁）。

<sup>17</sup> 曹明德「從“環保風暴”看環境法治存在的問題」華東政法學院學報2005年4期（總41期）13-14頁。

<sup>18</sup> 上海証券新聞と国家情報センターが共同で発布した「2005年中国經濟十大予測報告」によると、中国GDPの単位あたりのエネルギー消費量は、インドの3倍、ドイツの6倍、アメリカの10倍、日本の20倍にもなっている。また、エネルギー利用率は33%であり、これが先進国の平均レベルより20年も遅れているといわれている（張学穎「2005年中国經濟十大予測報告」上海証券報2004年12月12日）。

<sup>19</sup> <http://www.china.com.cn/chinese/zhuanti/hjwj/1164411.htm>（タイトルは、「2005年の環評風暴」〔2005年の環評風暴〕である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

ている<sup>20</sup>。

また、環評風暴の発生は、環境アセスメントと一定部門の利益衝突が表面化したことを意味する。国家環境保護総局は、法による環境アセスメント手続を終始要求する。しかしながら、国有企業・国家重点プロジェクトを主とする大型企業は、その所有の特殊性を前提に、自己利益を最大化する傾向が強い。そして、環境アセスメント手続を省く、あるいは建設しながら評価認可を待つルートに走る。環評風暴に現れた大型プロジェクトの殆どはそのような性格を持つ。

最後に、環評風暴の発生は、環境保全体制の不完全性の顕在化である。体制設計上は、環境保護局は政府の組織部門に位置づけられ、環境保護局の人事をはじめ、予算など最も肝心な部分が政府によって運営されている。それゆえ、環境保護部門の責任者が、公益のために自分の官職を失うことを避ける面を有する<sup>21</sup>。特に、地方環境保護部門は、人事や財政面を考慮し、環境保全職権行使を徹底できない面を有するので、結局環境アセスメント法執行が疎かにされているのである。

連続の環評風暴発生は、建設機関の違法な着工に対するものだけでなく、許認可機関の独断による認可行為に対するものでもあると思われる。すなわち、許認可権者の違法・不当な認可行為は評価法実施の最大の障害物となっている<sup>22</sup>、といっても過言ではない。

3度の環評風暴は、行政によって行われ、一時的な効果を有するのみであって、顕著な環境保全効果はない。大型プロジェクトの不法建設という持病を完治するには、環評風暴のような行政による人工呼吸ではなく、未然防止の仕組みの再建といった大手術が必要である。つまり、今までの行政的手段だけに頼るのではなく、民主的・経済的・技術的手法による基盤構造の見直しが何よりも必要であるように思われる。

---

<sup>20</sup> 劉毅「不該刮起的風暴：30個大型項目停建的背後」人民日報2005年1月27日16版。

<sup>21</sup> 周珂＝譚柏平・前掲注14・8頁。

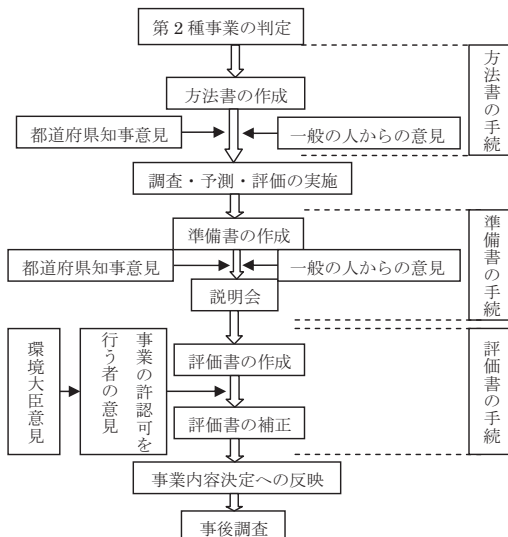
<sup>22</sup> 汪勁「通過程序實現環評審批決策的正当化」華東政法學院學報2005年4期（総41期）11頁。

#### 第4節 環境アセスメント手法の日中比較

本章では中国の環境アセスメント手法を実例の分析を通じて論述してきた。以下では、日本の環境アセスメント手続手法を紹介しながら、中国の環境アセスメント手法の特徴と問題点を指摘することにする。

日本の環境アセスメント手続は、事業者が、事業の内容と地域特性に基づき、住民・市町村長および都道府県知事の意見を聞きながら事業の環境影響について評価するといったプロセスをたどっている。つまり、「それは、A環境影響評価作業の準備・実施のプロセス、B環境影響評価準備書に関する手続のプロセス、C住民参加の手続のプロセス、D環境アセスメント作業の結果の審査のプロセス、そしてE環境影響評価の事業の許認可手続への反映のプロセス、さらにF事後の手続のプロセスの各段階」<sup>23</sup>を通じて行われている（図3-3-1を参照）。

図3-3-1：環境アセスメント手続の流れ



出典：<http://www.env.go.jp/policy/assess/1-1guide/2-1.html>（最終アクセス日は、2009年5月26日）により作成。

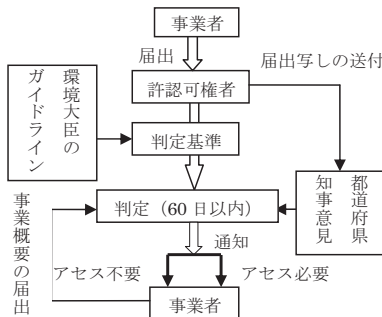
<sup>23</sup> 浅野直人『環境影響評価の制度と法』（信山社、1998年）5頁。

### (1) 環境アセスメントの対象事業

日本では、国レベルでの法制度上は、規模が大きく、環境に大きな影響を及ぼすおそれのある道路・ダム・鉄道・空港・発電所などの13種類の事業を「第1種事業」とし、必ず環境アセスメント手続を行うものとされている。また、「第1種事業」に準ずる大きさの事業を「第2種事業」とし、個別の事業や地域の違いを踏まえながらスクリーニング手続にかけて、その環境アセスメント手続の是非を決定しているとされる<sup>24</sup>。それゆえ、日本の環境アセスメントの対象はすべての事業ではなく、環境影響が大きいとみられる大規模な事業に限られているのである。

スクリーニング手続については、実際に事業の許認可を行う者（例えば、道路であれば国土交通大臣、発電所であれば経済産業大臣）が都道府県知事の意見を聴きながら、判定基準にしたがって行うことになっている<sup>25</sup>。手続の流れは、図3-3-2を参照。

図3-3-2：スクリーニング手続



出典： <http://www.env.go.jp/policy/assess/1-1guide/2-1.html>  
 (最終アクセス日は、2009年5月26日) により作成。

これに対して、中国の環境アセスメントの対象には、計画が含まれており、さらに全ての建設プロジェクトも含まれている。しかし、それら

<sup>24</sup> 鎌形浩史「環境影響評価について」ジュリスト1115号（1997年）37-38頁、大塚直「環境影響評価法の法的評価」判タ959号（1998年）15頁、原科幸彦「環境影響評価法の評価—技術的側面から」ジュリスト1115号（1997年）62-63頁などを参照。

<sup>25</sup> 浅野直人・前掲注23・11頁。

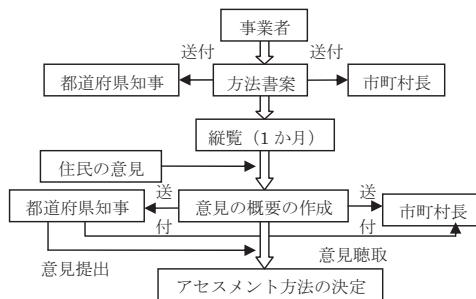
を広く手続に乗せてはいるが、スクリーニング等の手続が欠如している。これは、政府ができる限り幅広い管理対象を眼下に入れて、コントロールしようとする狙いであろう。

## (2) 評価対象の環境要素

日本の閣議アセスでは、対象事業の考慮すべき環境要素について、公害または自然環境にかかわるものに限っていた。しかし、それだけでは不十分であることが実践の中で明らかになった<sup>26</sup>。環境影響評価法施行後、環境保全上の新たなニーズに対応するため、評価対象の環境要素が従前の公害要素からさらに生物の多様性・人と自然との豊かなふれあい・環境への負荷にまで広がり、従前の環境基準の達成型から、より環境に負荷の少ないベスト追求型へと前進したと解されている<sup>27</sup>。

だが、個別具体的事業の環境アセスメントに全ての環境要素を評価するのは手間がかかるし、その必要もないので、スコーピング手続にかけて絞り込む必要がある。このように事業内容・地域特性などの相違によって作成された方法書案を1か月間縦覧し、地域住民あるいは都道府県知事の意見を聴取しながら方法書を作成する<sup>28</sup>。この手続の流れは図3-3-3のとおりである。

図3-3-3：方法書作成手続の流れ



出典： <http://www.env.go.jp/policy/assess/1-1guide/2-1.html>  
 (最終アクセス日は、2009年5月26日) により作成。

<sup>26</sup> 浅野直人・前掲注23・36-37頁。

<sup>27</sup> 鎌形浩史・前掲注24・39頁。

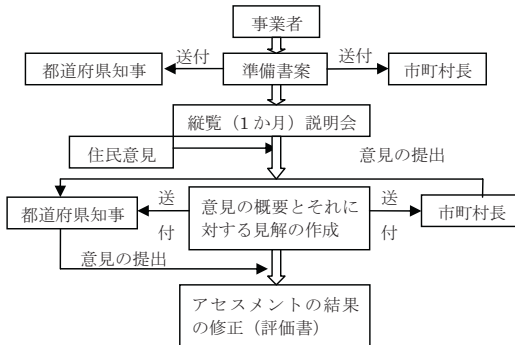
<sup>28</sup> 大塚直・前掲注24・15頁。

これに対して、中国では、計画環境アセスメントにせよ、建設プロジェクト環境アセスメントにせよ、基本的に典型7公害の環境要素を主たる環境アセスメントの評価対象として取り扱い、明確なスコーピング手続手法は設けられていない。

### (3) 調査・予測・評価と準備書の手続

事業者は方法書に定めた手法に従って、現地の環境状況について調査・予測・評価を行う<sup>29</sup>。そして、調査・予測・評価結果を取りまとめて準備書を作成し、公告・縦覧（1か月）すると同時に、都道府県知事・市町村長・住民等から環境保全上の意見を聴取する。そのうえでアセスメントの結果を修正し、環境保全対策について、その検討の経緯や事業着手後の調査等を記載する<sup>30</sup>。具体的な流れは図3-3-4を参照。

図3-3-4：準備書の手続の流れ



出典：<http://www.env.go.jp/policy/assess/1-1guide/2-1.html>  
 （最終アクセス日は、2009年5月26日）により作成。

これに対して、中国の環境アセスメント手続は、「環境影響評価大綱」の作成を要求している。それは日本の環境影響評価法という方法書にあたるという見解があるが<sup>31</sup>、日本の準備書といったきめ細かな手続手法

<sup>29</sup> 浅野直人・前掲注23・5頁。

<sup>30</sup> 柳憲一郎『環境アセスメント法』（清文社、2000年）74頁。

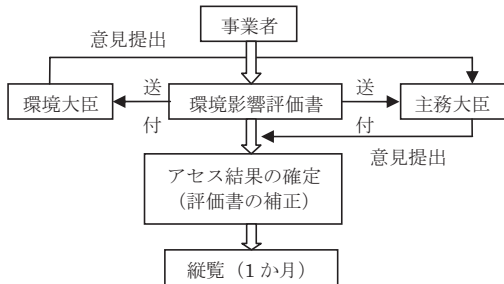
<sup>31</sup> 桑原勇進「中国の環境影響評価制度」東海法学27巻（2002年）79-80頁。

は明記されていない。

#### (4) 評価書の手続

事業者は、準備書の作成を踏まえて評価書を作成し、許認可権者に送付し、意見を求めるが、その評価書に対して、環境大臣は、自らの判断で意見を述べる事ができる。事業者は、これらの意見を受けて、準備書の内容を再検討し、必要に応じて追加調査を行ったうえで、その評価書を補正することができる<sup>32</sup>。そして、1か月間縦覧することになっている。具体的な流れとしては図3-3-5のとおりである。

図3-3-5：評価書の手続の流れ



注：事業の許認可を行うものが地方公共団体の場合、環境大臣にかかわる手続は行われぬ。  
出典： <http://www.env.go.jp/policy/assess/1-1guide/2-1.html> (最終アクセス日は、2009年5月26日) により作成。

以上のように日本で環境アセスメント報告書を作成する過程は、事業者が作成する方法書・準備書・評価書を軸にして、公告（3回縦覧）・意見聴取（2回聴聞）を繰り返しながら方法書を練っていくという基本的プロセスであることがわかる。これに対して、中国の環境アセスメント手続は、情報公開手続や公衆参加手続などが不足し、行政機関（計画の場合）および技術サービス機関（建設プロジェクトの場合）が一方的に手続を進め、全体の手続がグラデーショナルなプロセスになっているのである。

<sup>32</sup> 柳憲一郎・前掲注30・45-46頁。

## (5) 事業内容決定への反映

評価書が確定し、公告・縦覧が終わると環境アセスメント手続が終了するが、これだけでは無意味である。それは、環境アセスメントの結果を事業内容に反映させることこそが環境アセスメント手続の最終的な目的だからである。

そこで、日本では、事業に関する個別法に環境保全規定を設けている場合はもちろん、そのような規定がなくても、環境アセスメントの結果に応じて、許認可等を付与しないことや条件を付けることを可能にする横断条項が採択されている<sup>33</sup>。

これに対して、中国では、建設事業者は建設プロジェクトの建設過程において、環境アセスメント報告書（表）および審査意見中の環境保全対策措置を同時に実施するよう義務づけている（評価法26条）。しかし、評価法には、これらの対策措置の実行状況に対する検査・監督についての規定が設けられていない。それは、環境保護法等各環境保全法律・法規に三同時制度の関連規定を明確に設けていることが原因であるといわれている<sup>34</sup>。なお、計画の場合は、環境アセスメント報告書を計画許認可の必要な要件としながら、政策決定の根拠付けに採用するか否かについては任意であり、しかも環境アセスメント中の環境保全措置の計画実施への反映については明確な規定が設けられていない。よって、環境アセスメント法制度がその評価結果を事業内容へ反映させることができない致命的な障害を持っているといわざるをえない。

## (6) 事後調査

事後調査は、環境アセスメントの実施上不可欠な手続である。日本では、予測の不確実性が大きいあるいは効果にかかる知見が不十分な環境保全措置を講ずる場合には、事後調査を実施する。また、環境アセスメ

<sup>33</sup> このことについて、以下の文献で述べられている。高橋滋「環境影響評価法の検討—行政法的見地から」ジュリスト1115号（1997年）46—47頁、常岡孝好「フォローアップ環境アセスメント法」明治学院大学法学部立法研究会・行政手続法研究会編『環境アセスメント法—合理的意思決定の法システム』（信山社、1997年）345—346頁など。

<sup>34</sup> 孫佑海＝王鳳春＝王煒篇著『中華人民共和國環境影響評價法積義』（中国法制出版社、2003年）92—93頁。

ントが行われたが、事業の実施が長期間ストップして、その間環境状況が大きく変化した場合、環境アセスメントの再実施が必要であるとされる<sup>35</sup>。

中国の場合も、計画環境アセスメントにせよ、建設プロジェクト環境アセスメントにせよ、事後評価規定と追跡評価規定を設けている（評価法15条・27条・28条）。しかし、事後評価および追跡評価は事業者や評価機関に委ねられており、評価結果を実施に移す監督の仕組みが欠けている。それゆえ、事後評価規定と追跡評価も実施に移されない空中楼阁になっているように考えられる。

これまでの議論をまとめると、建設プロジェクトの場合、世界銀行からの借款プロジェクトであれば、評価機関は、評価法に定めてもいない情報公開にまで乗り出して、環境アセスメントの諸要求を満たそうとする傾向がある。それゆえ、この場合はその他の一般的なプロジェクトより比較的堅実なものになっていることは否めない。だが、その具体的なアセスメントの実施においては、監督管理体制の欠如により、それらの手続手法が飾り物となっており、プロジェクトの環境配慮に対してそれほどプラスになっているとは思えない。

また、計画環境アセスメントは、美辞麗句を並べるだけであって、周辺住民への計画実施に関する宣伝に過ぎない。それゆえ、環境負荷のいかにかわからず、計画実施可否について肯定的な結論にたどり着くのである。

さらに、政府は環境アセスメントの実行率は100%に近いと自慢するが、それは環境アセスメントの結論が実際の環境保全に反映されない評価法の致命的な欠如の現れでもある。また、環境アセスメント実施プロセスは依然としてグラデーショナルな存在であり、アセスメント制度の運用において実効性を欠くといった深刻な問題を抱えていることを環評風暴のような出来事が物語っている。

## 第4章 環境アセスメントにおける情報公開と公衆参加の実態

これまでは、中国環境アセスメント法制度の形成、構造および環境ア

---

<sup>35</sup> 常岡孝好・前掲注33・339頁。

セスメント手続の具体的実行状況について検討してきた。本章においては、視点を変えて、環境アセスメント法制度の中核ともいべき情報公開と公衆参加<sup>36</sup>の実態をより詳しく検討することにしたい。

情報公開・公衆参加は、異なる2つの問題であるが、環境アセスメントにおいては切り離せない存在である。これについては、国内外の学者の論説が比較的によく、重要な問題であることを物語っている。本章では、具体的な事例と結び付けながら論を進め、環境アセスメント意思決定システムの実態を探りたい。

## 第1節 環境保全主体の実相

ここでは、まず、環境保全主体のありさまを明らかにする。これを論ずるのは、いかなる制度システムであれ、意思決定の主体抜きには成り立たないからである。

### 1 環境行政主管部門

中国では、環境保全・環境管理において、関連行政が主役を演じていることは周知のとおりである。よって、環境問題を取り扱ううえでは、環境行政主管部門を抜きにして語ることはできない<sup>37</sup>。以下において、環境行政の基本的な状況を考察してみる。

#### (1) 環境行政の沿革

中国環境行政のはじまりは、1972年にストックホルムで開催された「国連人間環境会議」と1973年8月に北京で開かれた「第1回全国環境保護

---

<sup>36</sup> 中国の環境政策に関する公式文書において、情報公開や公衆参加の役割が明記されたのは、1992年6月のリオ・サミットを受けて、UNDP（国連開発計画）の協力・援助の下に策定された中国版アジェンダ21（原語は〔中国21世紀議程〕）が最初であると指摘されている（大塚健司「中国の環境政策における公衆参加の促進—上からの「宣伝と動員」と新たな動向」北川秀樹編著『中国の環境問題と法・政策—東アジアの持続可能な発展に向けて—』（法律文化社、2008年）262頁）。

<sup>37</sup> 楊華「中国の環境行政に関する一考察」岡山大学大学院文化科学研究科紀要15号（2003年）255頁。

会議」であった。環境問題の深刻さ<sup>38</sup>にはじめて気づいた中国政府は第1回全国環境保護会議を開き<sup>39</sup>、「環境の保護と改善に関する若干の規定」を制定し、最初の総合的な環境保護行政法規として全国に通知した。

1974年に、「国務院環境保護指導グループ（原語は〔小組〕）」が設立され、専門的な環境行政がスタートした<sup>40</sup>。この指導グループは、計画、工業、農業、交通、水利、衛生等の関連省庁の指導者をメンバーとし、また下部組織として環境行政を担当する事務局を常設した<sup>41</sup>。その後各地方でも相次いで中央をモデルとして環境保護行政組織を設置していった<sup>42</sup>。

そして、1982年に、国務院は、その構造改革において、「国務院環境保護指導グループ」を解消すると同時に「城郷建設環境保護部」を設置し、その中に「環境保護局」を設けた。1983年に「第2回全国環境保護会議」が開かれ、環境保護は国の基本的政策であることが明確に打ち出された<sup>43</sup>。

1984年に「国務院環境保護指導グループ」の後身として「国務院環境

---

<sup>38</sup> その背後には、1972年に発生したいくつかの重大な環境汚染事件がある。そのうち、有名なものとして、大連湾汚染事件、北京市魚汚染事件、松花江水系汚染事件があげられている（楊華・前掲注37・261頁）。

<sup>39</sup> 当時、専門的な環境保護行政機関がなかったため、会議は、国家計画委員会の主催で行われた。

<sup>40</sup> 中国環境行政のはじまりについて、若干の見解の相違がみられる。1974年の「国務院環境保護指導小組」の成立が発端であるという見解もあれば（<http://www.ne.jp/asahi/chen/jianyuan/environ.htm>（最終アクセス日は、2009年5月26日））、1971年の「三廃利用指導グループ」の設立が発端であるという見解もある（金冬霞（鈴木常良訳）「中国の環境行政管理機関—国家環境保護総局の組織と業務—」社会科学研究年報34巻（2004年）184頁）。しかし、1973年の第1回全国環境会議の主催者が「三廃利用指導グループ」ではなかったことなどを考慮すると、前者のほうが理にかなっているように思われる。

<sup>41</sup> 竹歳一紀『中国の環境政策—制度と実効性—』（晃洋書房、2005年）12—13頁。

<sup>42</sup> 金冬霞（鈴木常良訳）・前掲注40・184頁。

<sup>43</sup> 井村秀文＝勝原健編著『中国の環境問題』（東洋経済新報社、1997年）48—49頁。

保護委員会」が新設され、その事務局として「環境保護局」が置かれた。そして、同年12月に、「城郷建設環境保護部」の内部組織に過ぎなかった「環境保護局」は「国家環境保護局」に昇格し、独立した中央環境行政組織になったとされる<sup>44</sup>。これを受けて、各省・市・県レベルにおいても環境保護局が設立され、独立した管理機能を有する環境保護行政部門となった<sup>45</sup>。

1988年に国家環境保護局は国務院の直属機関に再編され、全国の環境保護行政に携わるようになった。1989年に第3回全国環境保護会議が開かれ、8つの環境管理制度が確立した。また、同年に環境保護基本法ともいわれる環境保護法が制定され、環境行政管理はさらに強化の一途をたどった。

1993年に全人代の中にも環境保護委員会が新設され<sup>46</sup>、1998年に「国家環境保護局」は「国家環境保護総局」に昇格した。これに伴って国務院環境保護委員会が廃止され、その権限が国家環境保護総局に編入された。

特筆すべきことは、国家環境保護総局は、2003年末に、中央機構編成委員会の許可を経て、監督管理司を廃止するとともに、環境監察局<sup>47</sup>と

<sup>44</sup> 竹歳一紀・前掲注41・13頁。

<sup>45</sup> 金冬霞（鈴木常良訳）・前掲注40・185頁。

<sup>46</sup> 1993年3月29日、全人代は、「全国人民代表大会環境保護委員会」を新設し、これを全人代直属の専門委員会の1つにすることを決定した。さらに、1994年3月22日の第8期全人代第2回会議で、その名称を「全国人民代表大会環境・資源保護委員会」に改めた。同委員会の主な権能は、環境と資源にかかる法律の草案と他の関連議案を策定し提出すること、環境と資源にかかる議案を審議すること、全人代常務委員会を補佐して環境と資源に関する法律の執行状況を監督すること等であるとされた（王曦＝秦天宝（鈴木常義訳）「リオ・サミット後10年間の中国の汚染防止法実施状況」龍谷法学36巻3号（2003年）103頁）。

<sup>47</sup> 環境監察局の主な職責は、①環境監察・汚染課徴金徴収の実施等に関する政策・法律・規則を制定する、②各地方、各部門および地域・流域を跨ぐ深刻な環境問題を指導・協調する、③深刻な環境汚染事故・生態破壊事件の応急処理案を作成し、かつその調査処理にあたる、④突発事件後の環境応急処理事業を担当する、⑤環境保護に関する取り調べを行う、⑥環境事件の住民通報を受理する、⑦全国の環境保護法執行に対する検査活動を組織する、⑧全国環境監

環境影響評価管理司を新設した（党委員会を含めて、12の組織機構となる）ことである。

環境影響評価管理司の主な職責は、①環境アセスメントや「三同時」等制度を実施するための環境管理政策・法規・規則を制定する、②重大な経済・技術政策、発展計画・経済開発計画における環境アセスメント管理を担当する、③環境アセスメント分類管理リストを作成する、④重大な開発建設活動の環境アセスメント報告書を審査決定する、などである。

国家環境保護総局は、環境アセスメント行政許可管理を一つの行政機構に統一するいわゆる一本化管理体制を整え、環境アセスメントをすべき事項について、法律法規に則って、環境影響の程度により、真剣に評価・認可すべきである、と主張する。

環境影響評価管理司の設立は、評価法の中核である「予防を柱とする」原則を貫徹する方針に沿ったものであり、参加型環境保護の促進にとって有意義である。また、党中央・国務院が環境保護事業を非常に重視していることを意味し、環境アセスメント制度の実施や三同時制度の実施にあたって、有力な組織的保障を与えようとしたものである<sup>48</sup>。

そして、2008年の中国の行政機構改革において、国家環境保護総局は環境保護部に昇格した。環境保護部の詳細について、以下の(4)で紹介する。

上述の環境行政の歩みを総じていえば、国務院環境保護指導グループの段階（1974年—1982年）、環境保護局の段階（1982年—1998年）、国家環境保護総局の段階（1998年—2008年）、そして国家環境保護部の段階（2008年—）に分けて論じることができよう。第1段階は環境行政の基礎作りの時期、第2段階は環境行政（環境保護局）の形作りの時期、第3段階は環境行政の全面発展時期ということができ<sup>49</sup>、そして第4段階

---

察チームの整備を指導する、などである。

<sup>48</sup> <http://www.sepa.gov.cn/dept/index.htm>（環境保護部のサイト各「司」の機能、最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>49</sup> 時期区分について、異なる見解がみられる。例えば、日本国際協力事業団によれば、1973年—1982年を第1段階、1983年—1988年を第2段階、1989年以

を契機に、環境行政が新たな時代に突入したと評することができよう。

以上のように環境保護行政機関の権限が今日の環境保護部まで拡大および強化されてきたが、それはあくまで国務院に属するものであることを忘れてはならない。

## (2) 環境行政組織

環境行政は、行政序列に基づき、環境保護部をはじめ、省（自治区、直轄市）、市、県、郷・鎮までの5つの等級に区分されている。具体的には図4-1-1で確認できる。

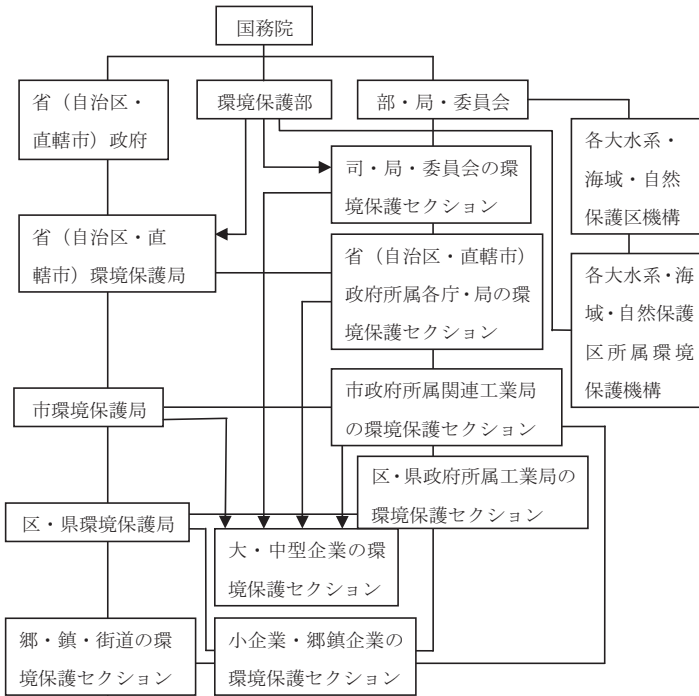
中国の環境行政組織は、「縦割りと横割り」の構造となっている。縦割りの側面として、環境保護行政組織は環境保護部から郷（鎮）までの5つの階層からなっており、横割りの側面として、環境保護局、行政府、その他の行政機関の環境保護組織の3つの系列からなっている。よって、環境保護ネットワークが全国的に広がり、充実した組織構造であるように見える。しかし、ここで注意すべきは、環境保護部は国務院の指導下におかれ、地方各級環境保護局も地方政府に属しているということである。したがって、特に地方環境保護行政機関は上級環境保護行政主管部門の指導を受けると同時に、同級行政府の指導も受ける「二重指導」の仕組みにおかれ、実際には環境行政組織網が基本的に空洞化しているといわれている<sup>50</sup>。

---

降を第3段階として3段階に分けている（日本国際協力事業団編集『中国国別援助研究会報告書（第2次）現状分析篇』（1999年）104頁）。井村秀文らも同じように区分している（井村秀文＝勝原健編著・前掲注43・47-49頁）。また、金冬霞は、1971年—1977年を創設段階、1978年—1981年を初期整備段階、1982年—1987年を発展段階、1988年—1997年を飛躍段階、1998年以降を更なる発展段階、と分けて論じている（金冬霞（鈴木常良訳）・前掲注40・185頁）。しかし、ここでの検討は環境保護の法整備史ではなく、環境保護管理体制の主体となる環境保護行政機関の歩みである、ということに留意する必要がある。

<sup>50</sup> 空洞化の原因について特に次の2点があげられている。まず、縦の系列においては、単なる行政業務上の系列であり、上級環境行政機関は下級機関に対して、人事と予算面では介入できないためその指導力に限界があること。また、横の系列においては、行政府・環境保護局およびその他の官庁における環境行政に関する利害が必ずしも一致せず、その利害調整が困難となっているという

図 4-1-1：中国環境行政の機構図



出典： <http://www.env.go.jp/earth/coop/jcec/2000/jcec-2000-1.pdf> (第1章「中国を巡る状況について(7、環境行政組織)」85頁。最終アクセス日は、2009年5月26日)により作成。

現実において、機能しているか否かは、環境保護や管理体制に携わる要員の質・量に深くかかわっていると思われる。以下、全国環境保全関係部門のキャパシティビルディングの状況も概観することにする。

### (3) 環境保全関係部門のキャパシティビルディングの状況

全国の環境保全関係部門のキャパシティビルディングの状況について、まず、表4-1-1を見ると、各級環境保護機構にこの10年間、いくつもの凹んだデータが表示されていることがわかる。つまり、各級環

こと(李志東『中国の環境保護システム』(東洋経済新報社、1999年)137-143頁)。

環境保護機構は1996年より2000年まで増え続けていたが、2001年に減少し、そして、2002年に著しく増えたもののその後減り続けている。また、各級環境保護機構の総合的構成員の数は1996年から一貫して増え続けていて、それに伴って内部組織や人員も増えるのが理にかなうところだろう。しかし、環境問題のデパート<sup>51</sup>ともいわれる中国では、環境保全事業にあたって、これだけの環境機構と人員で果たして対応できるのだろうか。大幅な人員不足に陥っているといわざるをえない。

表 4-1-1：環境保全関係部門のキャパシティビルディングの状況

項目 年度	各級環保機構		科学研究所		モニタリング機構		監察ステーション	
	機構	職員	機構	職員	機構	職員	機構	職員
1996	8400	95562	203	5493	2155	36586	2051	17312
1997	9207	103180	205	5458	2138	36773	2142	20449
1998	9937	112626	216	5464	2112	37467	2145	23659
1999	10811	121049	226	5269	2203	40105	2398	28039
2000	11115	131092	240	6394	2268	40674	2552	31228
2001	11090	142766	246	6260	2229	43629	2567	37934
2002	11798	154233	269	6186	2365	46515	2693	41878
2003	11654	156542	263	6236	2305	45813	2795	44250
2004	11555	160246	266	6262	2289	45849	2800	47189
2005	11528	166774	273	6407	2289	46984	2854	50040

注：各統計データに香港・マカオのものは含まない。

出典：中国環境年鑑1997—2006年の各年度統計データにより作成

構成人員の質的な面でも量的な面と同様にかかなり人材不足の現象がみられる。統計によれば、2005年には各級環境保護機構人員は166774名になっているが、そのうち8434名が高級職階名<sup>52</sup>を有し、全体の5.1%を

<sup>51</sup> [http://www.f.waseda.jp/smatsu/open/themestudy\\_lecture9.pdf](http://www.f.waseda.jp/smatsu/open/themestudy_lecture9.pdf)（タイトルは、「高度経済成長下の中国環境問題—『環境問題のデパート』中国の行方—」（小柳秀明）である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>52</sup> 職階名（言語は〔職称〕）とは、専門技術あるいは学術レベルを区別する職級の称号であり、高級・中級・初級という3ランクの専門職階がある。<http://www.people.com.cn/GB/guandian/1034/2445587.html>（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

占めている。また、24209名が中級職階名を有し、全体の15%を占め、36130名が初級職階名を有し、全体の21.7%を占めている。したがって、職階名を有する全ての職員を合わせてみてもその割合は全体の41.8%に過ぎないことがわかる。なお、1998年の環境保護委員会の解消が科学的研究員に影響を与え、5464人から5269人まで減少したことの主な原因の一つといえるが、その他の原因は表には現れてこない。

このことは、環境保護部門における職員の不足、なかんずく専門技術を有する人材の不足に陥っている現実を物語っている。

#### (4) 環境保護部の組織機構

ここでは全国環境保護行政主管部門のトップレベルに位置づけられる環境保護部の内部機構・職権について紹介しておきたい。

2008年3月に開催された全人代において国家環境保護総局が廃止されると同時に環境保護部が新たに設置された。小柳秀明（地球環境戦略研究機関（IGES）北京事務所長）によると、当初は、新しい組織のあり方、役割などに関する細かいことは何も決まっておらず、従来の組織体制が機能していた。環境保護部作成の「主要な職責、内部組織および人員編成案（これを〔三定方案〕と呼んでいる）」が同年7月10日付で国务院の決定によって通知され、環境保護部の組織機構が固まった<sup>53</sup>。

##### 1) 環境保護部の職責

まず、国务院の通知（原語は〔国务院办公厅關於印發環境保護部主要職責内设機構和人員編制規定的通知〕）によれば、国家環境保護総局の職責を環境保護部に横滑りにさせただけで、水汚染物質排出許可証等の職責を地方環境保護行政主管部門に引き渡したり、環境標識認証の発給の職責を事業機関に引き渡したりするなどの調整が行われている<sup>54</sup>。ま

<sup>53</sup> <http://eco.nikkei.co.jp/column/eco-china/article.aspx?id=MMECCj000004092008&page=1>（タイトルは、「中国の環境保護行政に飛躍はあるか——環境保護省の組織固まる」（小柳秀明）である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>54</sup> <http://china.findlaw.cn/fagui/xz/05/213637.html>（タイトルは、「国务院办公厅關於印發環境保護部主要職責内设機構和人員編制規定的通知」である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

た、「①環境政策、計画および重大問題の統一的な企画調整職責の強化、②環境汚染防止および生態保護の指導、調整および監督職責の強化、③国家の汚染物質排出削減目標の実施、環境の管理監督職責の強化」<sup>55</sup>が行われたとされる。

そして、環境保護部の職責として次のような事項がおかれた<sup>56</sup>。

①基本的な環境保護制度の整備に責を負う。国の環境保護に関する政策、計画を立案して、それを実施し、法律法規の草案を起草し、本部門の規則を制定する。環境機能区画の編集・制定を行い、各種の環境基準、技術規範を制定し、重点的な区域、流域の汚染防止計画と飲用水源地の環境保護計画を立案して、その実施を監督する。国の要求によって、関係部門と合同して、重点海域の汚染防止計画を立案し、国家主体機能区画の制定に参加する。

②重大な環境問題に対する全面的な調整と監督管理に責を負う。重大、特に大きな環境汚染事故と生態破壊事故に対する調査と処分を行い、重大、突然に発生する特に大きな環境事件に対する応急と早期警戒について、地方政府を指導・調整し、国の重点的な流域、地区、海域の汚染防止を全面的に調整し、海洋環境保全事業に対して指導と調整を行う。

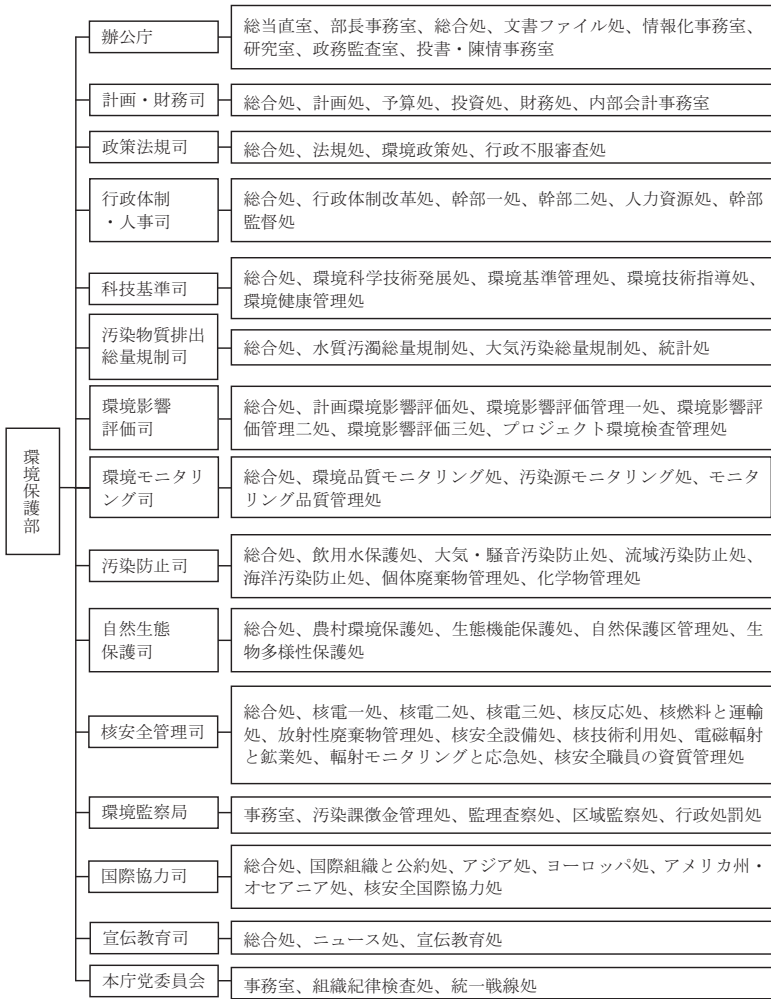
③国の排出削減目標の達成に責を負う。主要汚染物質排出の総量規制と排出許可証制度を制定してその実施を監督し、総量規制の汚染物質名称と抑制指標を提出し、各地方の汚染物質排出削減任務の完成状況について、監督、検査、査定を行い、環境目標責任制度と総量削減の実施状況を審査してその結果を公示する。

④環境保全分野における固定資産投資の規模と方向、国の財政信金の配分意見の提出に責を負い、国務院に規定される権限によって、国の計画および年度計画における固定資産投資プロジェクトの許認可を行い、そして関係部門と協力して実施と監督を行う。循環経済と環境保全産業の発展に対する指導と推進、気候変動の対応に参加する。

<sup>55</sup> 小柳秀明・前掲注53を参照。

<sup>56</sup> [http://www.jetro-pkip.org/upload\\_file/2008090379120825.pdf](http://www.jetro-pkip.org/upload_file/2008090379120825.pdf)（タイトルは、「国家発展改革委員会の主要職責、内設機構および人員編成の規定」である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

図 4-1-2：環境保護部の組織構造



注：「部」は日本の「省」にあたり、「司」は「局」に、「処」は「課」にそれぞれあたる。  
 なお、漢字の名称は中国語の名称を日本語の漢字で表記したものもある。

出典：[http://www.jetro-pkip.org/upload\\_file/2008090379120825.pdf](http://www.jetro-pkip.org/upload_file/2008090379120825.pdf)（日本語のサイト）、  
<http://www.mep.gov.cn/dept/jgznpj/>（中国語のサイト）（最終アクセス日は、2009年5月26日）により作成。

⑤発生源から環境汚染と環境破壊の予防と抑制に責を負う。国务院の委託を受けて、重大な経済・技術政策、発展計画、重大な経済開発計画

に対して環境影響評価を行い、環境保全と関連する法律法規の草案に対して、環境影響に関する意見を提出し、国の規定によって、重大な開発建設区域と事業の環境影響評価に対する許認可を行う。

⑥環境汚染防止の監督・管理に責を負う。水、大気、土壌、騒音、光、悪臭、固体廃棄物、化学物質、自動車などの汚染防止管理制度を制定し、それを実施、関連部門と合同して飲用水源地の環境保全に対する監督・管理を行い、都市・郷鎮と農村の環境総合対策に対する実施と指導を行う。

⑦生態保護事業に対する指導、調整と監督に責を負う。生態保護計画を立案し、生態環境質を評価し、生態環境に影響のある自然資源の開発・利用活動、重要な生態環境の整備と生態破壊の回復を監督する。各種類の自然保護区、名所地、森林公園の環境保全に対する指導、調整、監督を行い、野生生物保護、湿地環境保護、砂漠化防止について、調整と監督を行う。農村の生態環境保護の調整を行い、生物技術の環境安全を監督し、生物種（遺伝子資源を含む）の保護を推進し、生物多様性保護に関する実施と調整を行う。

⑧核安全と放射線安全に対する監督管理に責を負う。関連の政策、計画、基準を立案し、核事故の緊急対処に参加し、放射線環境に対する緊急対処の責を負う。核施設の安全、放射性源の安全に対する監督管理を行い、核施設、核技術の応用、電磁放射、放射性鉱産資源の開発利用に伴う汚染防止に対する監督管理を行う。核原料に対する管制、民用核安全設備の設計、製造、据付および安全性の検査に対する監督管理を行う。

⑨環境モニタリングと情報発表に責を負う。環境モニタリングの制度と規範を制定し、環境モニタリングと発生源に対する監督的モニタリングの実施を行う。環境状況に対する調査・評価、予測・早期警戒を行い、国家環境モニタリングネットワークと全国環境情報ネットワークの構築および管理を行い、環境品質の公示制度を制定して実施し、国の環境に関する総合的なレポートと重大な環境情報を発表する。

⑩環境保全の科学技術事業を推進し、環境保全に関する重大な科学研究と技術のモデル事業を行い、環境技術管理体系の構築を推進する。

⑪国際環境協力と交流を推進し、国際環境協力を研究して提言を提出し、国際環境に関する条約の履行と調整を行い、外交にかかわる環境保

全事務の対処に参加する。

⑫環境保全に関する啓発・教育、指導と調整を行い、環境保全宣伝教育綱要を制定して、それを実施し、生態文明構築と環境友好型社会づくりに関する啓発・教育を展開し、民衆と社会団体の環境参加を推進する。

⑬國務院に任せられるその他の事項。

## 2) 環境保護部の内部機構の調整および人員編制

環境保護部には上述の職責の基に、部総エンジニアや核安全総エンジニアを取り入れると同時に汚染物排出総量規制司、環境モニタリング司、宣伝教育司という3つの内部機構が増設され、従来の11から14の内部機構となっている。また、国家環境保護総局の時代は、69の「処・室」が設置されていたが、環境保護部になると81の「処・室」にまで増えており、その定員も従来の258名から311名となっている。詳細については図4-1-2を参照されたい。

それでは、今回の環境保護部の新設、その後の「三定方案」の実施は、環境保護行政に新しい権限をもたらしたかということ、権限上や役割などの面で根本的な変化がなく、「國務院の中での発言力の強化」という回答以外には、今のところ変化の具体性が見えてこないといわれている<sup>57</sup>。

## (5) 地方環境行政組織との役割分担

すでに触れたように、環境保護部のほか、地方環境行政組織としては、省（自治区）環境保護局、市（直轄市）環境保護局、県（旗）環境保護局、郷（鎮）環境保護室等の4クラスの環境保護組織を挙げることができる。

地方環境保護組織の基本的構造と職務は環境保護部に準じているとあってよからうが、各地方間の特性や同じ地方であっても上下機関間の相違によって、地方環境行政組織の職権と役割は若干違ってくる。地方環境行政組織の職務は次のようにまとめられている。「①地方の環境保護条例・規則立案及び環境に関する規準を制定する（地方は、国より厳しい基準を制定できる）、②当該地域の環境保護に関する計画を策定し、それを推進する、③所轄地域内において環境保護についての国家の法規、政策を執行する。法に基づいて違反者に対して行政罰を科し、行政強制

<sup>57</sup> 小柳秀明・前掲注53を参照。

措置をとり、または環境紛争を処理する、④環境の監視・測定を実施して、当該地域の環境状況とその動向を把握し、公表する」<sup>58</sup>。

上述の環境行政の機能と職責からわかるように、環境行政に限ったことではないが、行政組織が上位になればなるほど指導的・管理的業務が主要となり、具体的業務に手がまわらないのが通常である。それゆえ、環境保護部は主に環境法規・基準や環境対策の策定を行い、実際の適用は、地方の環境法規によってなされているように、具体的な業務執行あるいは監督管理は基本的に地方の責任となっている<sup>59</sup>。したがって、中国の環境状況が危機にさらされている大きな原因の一つとしては、「上に政策あれば、下に対策あり」<sup>60</sup>に由来し、これは、地方環境行政が真剣に取り組むべき責務であるといわねばならない。

## 2 企業

### (1) 企業とその範囲

ここで企業とは何かを見てみることにする。企業とは、自らの戦略的理念を込めた商品やサービスを消費者に提供することによって利益を追求すると同時に、社会的価値を創り出す組織であるとされる<sup>61</sup>。中国ではこのような企業は、国有企業、半官半民企業、民間企業、外資企業の4種類に分けられている。

もっとも、日本の経済学者小宮隆太郎が「中国には企業なし」<sup>62</sup>と断言したように、社会主義計画経済時期には国有企業が殆どであり、計画、経営、計算、人事等全てが国によってコントロールされていた。それゆえ、利潤の最大化を目標とする独立した経済組織としての企業が存在しなかったといえるだろう。改革開放後、経済体制の改革に伴い、国営企

<sup>58</sup> 井村秀文＝勝原健編著・前掲注43・53頁。

<sup>59</sup> 楊華・前掲注37・269頁。

<sup>60</sup> 大塚健司「中国における地方環境政策の実施過程への視座」寺尾忠能＝大塚健司編『発展途上国の地方分権化と環境政策』調査研究報告書（アジア経済研究所、2006年）61頁。

<sup>61</sup> <http://www.vbl.yamagata-u.ac.jp/kigyuu/2005/sozai/compar.pdf>（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>62</sup> 人民日報2000年01月03日12版。

業の減少と同時に、独自性を持つその他の企業が増加し、現在の経済的成長につながったと思われる。

## (2) 企業の取り扱い

企業は最大の利益を追求しながら、社会的価値を創り出す組織であることは上に言及したとおりである。しかし、社会的価値には、経済的利益だけでなく、エネルギーの節約、環境の保護といった総合的価値が含まれると考えられる。今までの中国企業は、発展途上国の経済発展の立ち遅れを背後に、経済的成長は「硬道理」というスローガンの下で、「金の卵を産む鶏」のように取り扱われてきた。

環境被害を肌で感じた中央の指導者達は、環境危機に切迫感を持ち、一応贖罪として遊牧を禁じるなど牧民のライフスタイルを一方的に変えたが、環境汚染や環境破壊の根源である「失策」に対して、一貫して反省が不十分である<sup>63</sup>。その失策の先端に汚染企業が現れ、猛威を振うので、環境問題が深刻となり、「先に汚染し、後から処理する」苦汁を十分に味わっているのである。例えば、環境投資がますます増え続け、「七五」(1986-1990年)期間中には476.42億元投資し、同期GDPの0.7%を占め、「八五」(1991-1995年)期間中には1306.57億元投資し、同期GDPの0.8%を占め、「九五」(1996-2000)期間中には3447.52億元投資し、はじめて同期GDPの1%を突破した。また、「十五」(2001-2005年)期間中には7000億元投資し、2004年だけの環境投資は同年GDPの1.4%を占める。「十一五」(2006-2010年)期間中にはなんと「十五」期間の倍に増やし、13750億元投資することを計画している。この金額は同期GDPの1.6%を占めるとされている<sup>64</sup>。環境問題の深刻さに鑑みるとGDPの2%も投資していないのは非常に少ないように思われるかもしれないが、国民経済の視角からはかなり大きな負担となりつつあることは間違いない。

また、以上のような状況の下で、上から積極的に政策転換を行い、で

<sup>63</sup> 国家環境保護局長の曲格平は、「政策の過ち」をある程度認めている(曲格平「環境問題従源頭抓起」孫佑海=王鳳春=王煒篇著・前掲注34・3頁)。しかし、環境アセスメントの対象には政策が盛り込まれていない。

<sup>64</sup> 楊東平「十字路口的中国環境保護」梁從誠主編『2005年：中国的環境危局与突围』(社会科学文献出版社、2006年)24頁。

きる限り問題解決に向かいつつある。例えば、政策の面では、法律法規が踵を接するほど制定される<sup>65</sup>と同時に、クリーン生産や調和型生産が強調され、具体的な監督管理にあたっては、環評風暴が吹くなど様々な手法がとられている。

いずれにせよ、現在の企業は環境負荷がひどい場合、随時に操業停止あるいは閉鎖されかねないことから、従来は汚染源であった企業が今後環境保護主体へと次第に転換しつつある時代が来ているのではないかと思われる。

### 3 公衆

#### (1) 公衆とその範囲

公衆とは、共通の利益と関心を持ち、ある時は、政治家や知識人など社会エリートを除く、国家あるいは一般市民からなる大衆を指し、ある時は、政府の相対的社会、いわば政府の公共政策あるいは公共管理の対象としての大衆を指し、またある時は、非イデオロギー的な人民大衆を指すので、時間と場所の異同により意味あいが変わってくるものと解されている<sup>66</sup>。

環境保護部副部長潘岳の発言によると、いわゆる公衆とは政府がサービスする主体大衆であり、いわゆる公衆参加とは、大衆が政府の公共政策に参加する権利である<sup>67</sup>とされている。

評価法のいう公衆の範囲は、冒頭で説明したように、関係機関、専門

<sup>65</sup> 例えば、クリーン生産促進法（2002年6月29日採択、2003年1月1日より施行）、評価法（2002年10月28日採択、2003年9月1日より施行）、環境行政不服審査および行政訴訟辦法（2006年12月19日採択、2007年2月1日より施行）、環境影響評価公衆参加暫定施行辦法（2006年2月14日公布、2006年3月18日より施行）、環境情報公開辦法（試行）（2007年2月8日採択、2008年5月1日より施行）といった数多くの法律法規が施行されている。

<sup>66</sup> 李艶芳『公衆参与環境影響評価制度研究』（中国人民大学出版社、2004年）1頁。

<sup>67</sup> <http://www1.china.com.cn/chinese/MATERIAL/576730.htm>（タイトルは、「環境保護と公衆参与」（潘岳）である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

家と一般市民であり、関係機関と一般市民とは、計画あるいはプロジェクトの実施に伴う環境影響と一定の利害関係を有するものを指し、専門家とは、業務担当の専門家を指しているとされる<sup>68</sup>。

## (2) 公衆の役割

政府と公衆とのかかわりにおいては、公共事業への公衆参加は、政府能力の喪失ではなく、強化である。公衆参加によって、公衆自身が民主意識および責任意識を自覚するだけでなく、社会的にも政府行為に対する監督および制約となり、政府政策決定の科学性と民主性を高め、公平・公正な社会作りに欠かせない役割を果たすと解されている<sup>69</sup>。

## (3) 公衆の取り扱い

中国で公衆参加の理念を正式に提起したのは1991年のことである。アジア開発銀行が投資した環境アセスメント育成訓練プロジェクトを実施する際に、中国ははじめて公衆参加の理念を提起した<sup>70</sup>。1993年に、国家計画委員会、国家環境保護局、財政部、人民銀行が共同で「国際金融機関からの借款による建設プロジェクトの環境アセスメント活動の強化に関する通知」（原語は「關於加強國際金融組織貸款建設項目環評工作的通知」）を發表し、その中ではじめて、公衆参加を要求したのである<sup>71</sup>。そして、その後評価法に盛り込むなどの展開を見せているが、それは原則にとどまり、公衆の環境保護意識と自主性が低く<sup>72</sup>、行政優位の状況

<sup>68</sup> 孫佑海＝王鳳春＝王煒篇著・前掲注34・44頁および82頁を参照。

<sup>69</sup> 李艷芳・前掲注66・29頁。

<sup>70</sup> 文洋「公衆参与制度離我們到底有多遠－淺論我國公衆参与制度現狀」理論界2006年11期45頁。

<sup>71</sup> 肖波＝岳建華「關於在環境影響評估過程中開展公衆参与的思考」環境污染与防治2004年5期361頁。

<sup>72</sup> 中国環境文化促進会が作成した「中国公衆環境保護民生指数（2006）」の調査によると、環境汚染行為が発覚したとき、関係部門に通報すると答えた人は全体の15.8%を占めていた。これに対し、「報告しても無駄なのであえて通報しない」と答えた人は全体の11.7%を占めていた。また、全国環境保護ホットラインの電話番号が「12369」（環境苦情や通報を寄せ、その処理の効率化を図るため2001年に設置したもの）であることを知らない人は全体の76%に達しているという。http://j.peopledaily.com.cn/2007/01/16/jp20070116\_66956.html

はいまだに変わっていない。

高度な中央集権的政治システムの下で、あらゆる分野で行政指導が行われ、また、言論の自由、民主的運動、NGO活動等が制限されてきたため、公衆の自主権や参画権が確保されるに至っていない<sup>73</sup>。それゆえ、評価法にいう公衆参加とは、革命時代からの共産党の「大衆路線」<sup>74</sup>（原語は〔群衆路線〕）の法制度における代替物であり、環境施策の実施に伴うスローガンに過ぎない<sup>75</sup>、という見解に同感である。

かくして、環境保護の面において、公衆は、環境保護事業はまず政府の「公」の業務であり、自ら行う「私」の行動としてはせいぜい政府の事業に協力するのみであると捉えていた<sup>76</sup>ため、公害反対運動などの大規模な環境保護運動は容易に現れてこない。

## 4 環境 NGO

### (1) NGO の定義・特徴

NGO は Non-Governmental Organization の略で、中国では一般に非政府組織と呼ばれているが、公式には「民間組織」と訳されている<sup>77</sup>よう

---

（「人民網日本語版」2007年1月16日報道。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>73</sup> 公衆のうち、学者・専門家・専門職者（例えば、弁護士、会計士）・貧困層・少数民族などは特別な存在であり、特に専門職者は、「利害関係者」の制限に拘束されるべきではないという見解がある（汪勁・前掲注2・175-176頁）。

<sup>74</sup> 大衆路線は、中国共産党の一切の活動や階級闘争の基本路線である。すなわち、共産党は人民大衆と密接につながり、党と大衆は相互に切り離せない。党の一切の活動は大衆のためであり、大衆に一切頼り、大衆の意見の基で方針・政策を定め、そして大衆における議論・執行を通じて方針・政策を絶えず改善していくという路線である（原語は〔党是在与人民群众密切联系、党离不开人民，人民也离不开党。一切为了群众，一切依靠群众，从群众中来，到群众中去的群众路线〕）。<http://www.people.com.cn/GB/shizheng/252/8956/8966/20021114/866381.html>（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>75</sup> 汪勁・前掲注2・342頁。

<sup>76</sup> 楊華・前掲注37・262頁。

<sup>77</sup> 原剛編著『中国は持続可能な社会か—農業と環境問題から検証する—』（同友館、2005年）308頁。なお、「中国では社会主義体制のもと政府（地方行政を

である。NGOの定義について一貫したものがないが、営利を目的としない、主に各種の公益支援活動あるいは相互に有益な活動を行う非政府的社会組織であり<sup>78</sup>、民間性、自治性、ボランティア性、非営利性等の特徴を持つものとしてとらえられている<sup>79</sup>。

国際的には非政府組織は、文化娯楽、教育研究、健康、社会サービス、環境、発展および住宅、法律宣伝および政治、慈善斡旋および志願的サービス、国際活動、宗教、商業および專業協會、その他の12種類に細かく分けられている<sup>80</sup>。一方、中国においては、広義・狭義の両面からNGOの種類を分別するのが一般的であろう。広義のNGOとは政府および営利組織を除く全ての社会民間組織を指し、社会团体(社団)<sup>81</sup>、民辦非企業機關(民非)<sup>82</sup>、事業機關、宗教団体、その他の組織を含むとされる。

---

含む)の統制が強いとの先入観に対抗するためか、やはり『NGO』との呼称が好まれる傾向があるようである。ただし、『Non-Governmental』の部分の訳語を『非政府』とすることについては、『反政府』や『無政府』を想起させ、政府・共産党に無用の誤解を与えかねないとの警戒があり、近年まで使用を忌避したり慎重にしたりする傾向が見られた。その分、民間という用語が一般的で、環境NGOのことを『民間環保団体』、『民間環保機構』などということも多いようである(相川泰「中国の環境NGO」北川秀樹編著『中国の環境問題と法・政策—東アジアの持続可能な発展に向けて—』(法律文化社、2008年)317頁)。

<sup>78</sup> 陳文嫻「我国環保NGO發展不充分的原因分析」社会科学論壇2006年12期(上)55頁。

<sup>79</sup> 陳熙春=顧建鍵=馬立「略論中国非政府組織的發展和管理」上海行政学院学报7卷6期(2006年)31頁。

<sup>80</sup> 饒鵬=羅林敏「非政府組織的功能与役割綜述」市場論壇2006年12期(総33期)7頁。

<sup>81</sup> 社団には、業種団体、工商会、連合会、財団、促進会、学会、研究会、同窓会などが含まれる、とされる(王名=何建宇「中国のNGOと環境・社会開発」国際開発高等教育機構国際開発研究センター編『中国における政府機構開発・環境・開発』(国際開発高等教育機構国際開発研究センター、2000年)153頁)。

<sup>82</sup> 民非には、私立学校(小中学校、専門学校、大学など)、私立病院、老人ホーム、コミュニティ・サービス・センター、職業訓練所、研究所(院)、文化館、スポーツセンターなどが含まれる、とされる(王名=何建宇・前掲注81・153頁)。

狭義の NGO とは民間組織であり、社団と民非だけを指しているとされている<sup>83</sup>。

中国では、NGO は特に改革開放以来発展した。民政部の統計によると、2003年末までに、民政部に登録した各種 NGO は26.66万件に上り、そのうち社会団体と基金組織が合わせて14.2万団体、民非が12.4万団体であるとされている<sup>84</sup>。しかし、人口13億人の大国にもかかわらず、これだけの非政府組織しか存在しないのであって、質や役割はともかく、まずその数が非常に少ないと言わざるをえない。

## (2) 環境 NGO の現状

NGO の全体像を概観する中で、中国の NGO は世界のそれと比べると、種類や数が極めて少ないことが浮かび上がってきた。ここで、さらに進んで環境にかかわるいわゆる環境 NGO の現状について検討を加えることにする。

中国で草の根環境組織として、はじめて創設されたのは1990年代半ばになってからのことである。すなわち、1994年3月31日、中国文化書院・緑色文化書院が民政部への登録を経て設立され、はじめての環境 NGO が立ち上がったのである（略して〔自然之友〕と呼んでいる）。その後、〔地球村〕（1995年）、〔緑家園〕（1996年）などが設立されていく浅い歴史がある。

2005年7月からはじまった「中華環保連合会」（国家環境保護総局の下部組織）の統計によると、2005年末までに、中国の環境 NGO は2768団体となり、そのうち、1382団体が政府部門により発足し、全体の49.9%を占め<sup>85</sup>、202団体が民間の自発的組織であり、全体の7.3%を占める。

<sup>83</sup> 原剛編著・前掲注77・308頁、饒鵬＝羅林敏・前掲注80・7頁などを参照。

<sup>84</sup> 焦述英＝牟春野「我国地方非政府組織發展的問題与对策研究」行政与法2006年12期35頁。

<sup>85</sup> 政府系 NGO が非常に多い背景には、行政側からのプッシュ要因と外部からのプル要因があり、そうした形を取らざるを得ない事情があることがあげられる。行政側からのプッシュ要因とは、行政改革の過程で組織縮小のため、正規の行政組織から切り離された外部団体などが財政・人事面でも次第に独立を強いられているというものである。また、外部からのプル要因とは、NGO という形を取れば欧米などの NGO を対象とする助成金が受けられるというもので

また学生環境保護社团および連合体が1116団体あり、全体の40.3%を占め、国際環境保護民間組織の国内機構が68団体、全体の2.5%を占めるとされている<sup>86</sup>。なお、職員は計224000人に達し、そのうち専任職員が69000人、非常勤職員が155000人であるとされている<sup>87</sup>。

以上の統計からわかるように、これらの環境 NGO の半分が政府部門によって設立され、完全に民衆の自主的な意思によって設立されたのはわずか7.3%に過ぎないのである。よって、政府のコントロールの下では、環境 NGO は官的組織あるいは半官半民的な組織となる運命が待ち受けているのである。

かくして、政府によって立ち上げられた非政府組織は、政府資金の割り当ておよび手当てを資金源にし、政府官僚を責任者にする体制をとり、いわば組織理念、組織機能、活動方式、管理体制の全てが政府に頼っている<sup>88</sup>ので、政府の代替物あるいは二次的管理階層となっている。

### (3) 環境 NGO の位置づけ

以上の考察からわかるように、中国の環境 NGO は発足からまだ20年も経ていないので、非常に未熟であり、多くの問題と課題を抱えている。そこには2つの大きな原因が存在しているように思われる。

一つは、非政府組織は西洋民主主義諸国に生長してきたものであるもので、伝統的な中国にそれを育てる社会的土壌がなかったといえるのではなかろうか。これについては、次のいくつかの面から考察を加えておきたい。

①政治的仕組みが環境 NGO の成長土壌になっていない。つまり、長い歴史の中で、中国は西洋国家と異なり、高度の中央集権的政治システムを取っており、草の根からの民主的行動を許さなかった。このような

---

ある、と指摘されている（相川泰・前掲注77・319-320頁）。

<sup>86</sup> 陳文嫻・前掲注78・56頁。

<sup>87</sup> 人民網日本語版2006年4月23日の報道。

<sup>88</sup> 例えば、1992年のリオ国際環境会議において、国家環境保護総局長の曲格平は、10万ドルの環境賞を受けて、それを寄付して「中華環境保護基金会」を設立した。また、経済界の民間団体として中国環境保護工業協会が正式に認められ、法人代表を曲格平が担当した例がある（段匡「環境問題と NGO」中国研究所編『中国の環境問題』（新評論、1995年）140-141頁）。

伝統的な「大政府、小社会」の中で、民衆的活動は芽生えず、やむを得ず「万能政府」の役目に頼る結果となった。つまり、政府がこのように社会の隅々にまで直接関与するシステムは、環境 NGO の設立成長を妨げる要因となっていた<sup>89</sup>。政府のこのような干渉に対して、各環境 NGO 団体は、積極的な協力から消極的服従・部分的対立までの様々な態度をとるが、やはり、政府と全面的に対立して活動停止や解散を命じられるような事態を招かないよう、慎重に対処している団体がほとんどである<sup>90</sup>、と指摘されている。

②経済的政策の要因から見れば、中国は、かつて貧困から抜け出すために、自然法則や市場法則に反する経済発展政策を取っていた。例えば、「大躍進」「農業学大寨」政策の下で、1958年から1963年の間に、内モンゴル自治区フルンボイル草原において、政策移民の傑作である「建設兵団」がダライ湖北岸農場といった国营農場を設立し、3年間で全国の開墾面積の8.6%を占める20万ヘクタールを開墾した<sup>91</sup>、とされている。

また、10年動乱後も引き続き経済建設を中心としたので、経済成長率は伸びたが、その代わりエネルギーが枯渇に向かい、環境汚染、生態破壊が深刻化したのである。つまり、経済重視および環境軽視は全般的な行動パターンとなり、時折政府方針と衝突する環境 NGO がその成長の土壌を得られないままであった。

③法的規範から見れば、非政府組織に関しては若干の法律法規<sup>92</sup>がみられるが、それは登記手続や政府による管理体制を定めるものであって、非政府組織の内部管理、組織運営、社会からの支援、市民参加、社会評

<sup>89</sup> 陳文嫻・前掲注78・59頁。

<sup>90</sup> 相川泰・前掲注77・318-319頁。

<sup>91</sup> <http://www.lwlm.com/show.aspx?id=8926&cid=163> (タイトルは、「我国北方的土地利用与砂漠化」(王涛=呉薇)である。最終アクセス日は、2009年5月26日)を参照。

<sup>92</sup> これら若干の法律法規には、公益事業捐贈法(1989年)、外国商会管理暫定規定(1989年)、社会团体登記管理条例(1998年)、民辦非企業機関登記管理暫定規定(1998年)、基金会管理辦法(1998年)などがあり、これら一連の法規範の基で2000年に改めて、在中外国社団登記管理条例、基金会登記管理条例、商会・業種団体登記管理条例などが策定された(原剛編著・前掲注77・310頁)。

価等に関しては依然として空白状態である。これらの法律法規は非政府組織の設立や管理にあたって、以下のような厳しい条件を付している。

(ア) 設立のハードルが高い。社会团体登記管理条例9条には、「社会团体の設立にあたって、申請者はその業種主管部門の審査・認可を経てから、登記管理機関へ申請する」と定められている。これにより、非政府組織の設立はまず、責任を負う業務主管部門の同意を得てはじめて登記管理部門にあたるという「二重管理構造」が設けられている。つまり、設立にあたっては登記管理部門の許認可が必要であり、日常的な業務管理は業務主管部門が担当する仕組みであるとされる<sup>93</sup>。

しかし、業務主管部門はNGOの管理にあたって、多くの具体的な責任を課せられるため、誰もが受け入れようとなし<sup>94</sup>という見解すらある。これはNGO参加者の情熱と積極性に打撃を与え、正式に登録せず活動している組織も少なくない<sup>95</sup>。

(イ) 活動範囲が制限されている。社会团体登記管理条例13条1項2号は、「同一の行政区域内に既存団体と相当の業務あるいは類似の社会团体を設立する必要がない場合、登記管理機関は認可してはならない」と定めている。この規定も非政府組織の設立を制限し、法的な障害になっ

---

<sup>93</sup> 登記管理部門とは、①民政部管理局、②各省、市、県の民生部門のNGO担当課、③県以上の人民政府が特別指定した機関を指す。また、業務主管部門とは、①国務院所轄の中央各部・委員会、国務院直属機関および事務機関、地方県以上の人民政府所轄の局・委員会および相応機関、②中国共産党中央の各責任部門、代理部門、地方県以上の党委員会の相応の部門および機関、③全人代常務委員会事務局、全国政協事務局、最高人民法院、最高人民検察院および地方県以上の上述機関の相応部門、④中共中央国務院および地方県以上の党委員会、人民政府に授権された特別な部門および機関などを指している、とされる(原剛編著・前掲注77・312-313頁)。

<sup>94</sup> 陳文嫻・前掲注78・58-59頁。

<sup>95</sup> 例えば、北京の「緑家園」のような記者、教師などを中心に数千人の会員を有する団体も、未登録のまま活動している。また、「綠色北京」、「緑網」などのような、インターネット情報発信を中心に活動する団体もある。[http://www.clair.or.jp/j/forum/forum/sp\\_jimu/156\\_4/INDEX.HTM](http://www.clair.or.jp/j/forum/forum/sp_jimu/156_4/INDEX.HTM) (タイトルは、「期待を集める中国環境NGO」である。最終アクセス日は、2009年5月26日)を参照。

ている。

(ウ) 投資規模の面でも規制がある。社会団体登記管理条例10条1項5号は、「…全国的な社会団体は10万元以上の活動資金を有し、地方的社会団体または行政区域をまたがる社会団体は3万元以上の活動資金を有すべきである」と定めている。このような規定も非政府組織の設立にあたって、ハードルとなる障害物であるといわざるをえない。

さらに、環境 NGO 自身の成長能力の問題もある。ここでまず非営利性が問題となる。ある非政府組織は、個人あるいは小集団の経済的利益を図る経済組織として変化し、国内外からの支援金の受け皿となっている。これが、政府発足の非政府組織である場合は、政府部門の収入源となっている。このような非政府組織は、非営利的性格から乖離し、公益に仕えないので、公衆がその性質や活動目標に戸惑い、公衆の不信感を呼ぶのである。また、ある非政府組織はボランティア性を失い、政府部門の代替物となっている<sup>96</sup>、といわれている。

#### (4) 環境 NGO の役割

しかし、上述のような理念から乖離する少数の環境保護団体を除けば、大多数の環境 NGO はやはり積極的な役割を果たしていると思われる。ここで一つの具体的な例をあげてみることにする。

【事例4】：「怒江<sup>97</sup>ダム開発」の争い

2003年6月14日、雲南省政府の支持の下で、雲南華電怒江水電開発有限公司が成立し、「怒江流域における水力発電資源開発」（原語は〔怒江流域水電資源開発〕）プロジェクトを駆動させることになった。当該プロジェクトは、合わせて13のダム建設からなる〔西電東送〕〔雲電外送〕の主要基地であり、竣工後の発電総容量は2132万キロワットとなり、三

<sup>96</sup> 焦述英＝牟春野・前掲注84・36頁。

<sup>97</sup> 怒江はチベットのヒマラヤ山脈に源流を持ち、雲南省などの少数民族（リス族）地域を流れ、中国国内でダムのない2つの生態河川のうちの一つであるとされている。国内における全長は2020kmであり、ビルマおよびタイの北部に入ってからサルウィン川と称される国際的な河川でもある。怒江は瀾滄江および金沙江と合流する「三江併流」の自然景観が「世界遺産エリア」に指定されたこととされる（閻学詩「誰激起了怒江的波瀾」西部論叢2004年3期31頁）。

峽水電ステーションより300万キロワットも多い発電力を持つ<sup>98</sup>、といわれている。

2003年8月14日に、「国家発展および改革委員会」（以下「国家発改委」という）は、水力発電会社・勘测設計研究院作成の「怒江中下流域における水力発電計画報告書」（原語は〔怒江中下流域水電計画報告〕）を審議し、9月3日に、国家環境保護総局は「怒江流域における水力発電開発活動の環境保護問題」に関して、専門家座談会を開催した。この座談会において、参加者の意見が開発賛成派と反対派とに分かれ、「緑家園」、「雲南大衆流域」といった環境 NGO・専門家および公衆は開発反対の行動に積極的に動き出した<sup>99</sup>。

今回の争いの焦点となったのは、次の2点である。一つは、プロジェクトの建設は公共利益になるのかという点。いま一つは、プロジェクト建設の政策決定は合法であるのかという点である。前者については、政府や電力会社は、ダム建設は河川沿い住民を貧困から脱出させる手段であり、環境にはそれほど影響はなく、公益のためだ、とする。これに対して、環境保護市民グループは怒江水資源開発による利益獲得者は、電力会社や国であり<sup>100</sup>、地域住民の生活にプラスになるとは限らない<sup>101</sup>、住民の移動は更なる貧困層を増やし、新たな環境破壊となりかねないと主張する。また、環境保護市民グループは、開発は貴重な動植物の多様性を破壊するので、怒江を自然のままに残したいという。後者については、政府と電力会社は、プロジェクトの政策決定は合法であり、評価法

---

<sup>98</sup> 閻学詩・前掲注97・31頁。

<sup>99</sup> 李自良「怒江“争”壩」瞭望新聞週刊2004年12月6日49期25頁。

<sup>100</sup> 怒江発電所による毎年の利益となる360億元の分配状況については、80億元が国の税金として扱われ、27億元が地方財政の収入として扱われ、残り全てが電力会社の収入となり、現地住民の利益について一言も触れられていない(唐建光「誰来决定怒江命運」新聞週刊2004年5月24日37頁)。

<sup>101</sup> その根拠としては、瀾滄江漫湾水力発電所が1996年に竣工しているが、それに伴う数多くの移民が肥沃な土地を離れ、山奥の麓を開墾した結果、収穫物を得どころか、水土流失の拡大原因となり、また、政府補助金が著しく不足したため、さらに貧困になったことがあげられている（潘孝輝「怒江大壩之争の実質」中国改革2004年7期52頁）。

の施行前に手続を終えているので、総合計画環境アセスメントを行う必要がないとする。これに対して、環境保護市民グループは、怒江開発政策決定過程は著しく透明性に欠け、いわば手続違反であるので、評価法に基づき、環境アセスメント手続を行い、情報公開をなすべきであると主張する<sup>102</sup>。

国家環境保護総局は基本的に中間の立場で、関連専門家などの座談会を開催するが、争いの解決には至らなかった。2004年2月、温家宝首相が「慎重に考慮し、科学的に決定せよ」と発言した後、国务院は「怒江13級水電開発計画」を撤回し、怒江ダム水力発電開発計画は暫定的に中止となった。

しかし、水力発電開発を必要とする発改委・水利部門および電力部門の基本姿勢は変わらず、一部の怒江ダム推進派も計画展開に向けて様々な動きを見せていた。彼らは、元来の13級ダムを4級に縮小し、「保護における開発、開発における保護」という原則を打ち出し、国家環境保護総局に対して再度「計画審査意見」を求めた<sup>103</sup>。これに対して、国家環境保護総局は、「法による計画環境アセスメント手続を行い、計画方案の再度のフィージビリティスタディ」を要求した。2004年11月13日、国家発改委および国家環境保護総局は共同で「怒江中下流域の水力発電計画環境アセスメント審査会」を開催した。会議においては依然として意見が分かれていたものの、環境保全条件付きでプロジェクトが認可されるに至った<sup>104</sup>。

2005年8月15日、環境保護市民グループは、61の環境保護団体に及ぶ99名が署名した「怒江水力発電所環境アセスメント報告書の法による開示を呼びかける民間組織の公開書簡」（原語は〔民間呼吁依法開示怒江水電環評報告的公開信〕）を政府に送付し、生物多様性、環境破壊、移民配置などへの対応情報を公開することを強く求めた<sup>105</sup>。

<sup>102</sup> 朱曉飛「怒江大壩案背後的公益法嘗試」江蘇警官学院學報20卷1期（2005年）115頁。

<sup>103</sup> 何忠洲「怒江争論重塑中国工程決策」中国新聞週刊2006年6月26日18頁。

<sup>104</sup> 李自良・前掲注99・30頁。

<sup>105</sup> 何忠洲・前掲注103・18頁。

結局、本件において、環境 NGO を含む環境保護市民グループの上記のような努力は最終的に怒江ダム建設行為を差し止めることができなかった。だが、社会の環境保護意識を喚起し、中央政府の政策決定に大きなインパクトを与えたことは間違いない。これは中華人民共和国史上、政府や電力会社に抵抗するはじめての市民運動である<sup>106</sup>、といわれている。

中国においては、政策決定がブラックボックスで行われ、公衆の政策決定への参加が欠如しているため、その科学性が欠如し、多額の損失や浪費となっても責任追及の仕組みはない状態が続いている。例えば、国家計画審査署長李金華の話によると、2002年の全国における無駄遣いの金額はなんと2000億元にも上り、そのうち政策決定の失敗によるもの、例えば違法担保・投資・借款等による損失だけで72.3億元に上ると言う<sup>107</sup>。しかし、誰が、政府官僚たちの失策による損害についての責任を追及できるのか。

今回の怒江ダムに関する激しい争いを経て、少なくとも環境 NGO を柱とする草の根環境保護グループが活動しはじめ、行政の環境関連政策決定は旧来のように断行できなくなった様子が窺える。

目下、環境 NGO のような社会団体は、「環境の保護者」としてだけの役割ではなく、「政府の監督者」としての役割を担いつつ発展しようとしている。これに対して、政府は環境 NGO の環境保護に対する役割を必要とする一方、無能な政府行為が暴露され、執政機能を失うこともおそれるというジレンマに陥っている。よって、環境 NGO に対して奨励、禁止、黙認などの非常に複雑な対応をとっているがゆえに、環境 NGO の位置づけは依然として低いのである。

高度成長を続ける中国において、環境問題はすでに政府の一手に負えなくなっており、環境 NGO の活躍も欠かせない存在となりつつある。また、NGO の活動は、「小政府、大社会」の実現につながり、民主的なメカニズムへの架け橋になることが期待される。

これと対比してみると、日本の NGO は民主化を指標とし、人権擁護

<sup>106</sup> 朱曉飛・前掲注102・114－115頁。

<sup>107</sup> 顧平安「怒江大壩争論中的科学決策」時事報告2004年7期31頁。

活動に非常に積極的に取り組んできた。環境保全活動においても、自主独立の草の根レベルでの活動が今日の日本の重視する自由・民主主義・人権といった社会価値につながった<sup>108</sup>、という見解に賛同である。

## 第2節 環境情報公開の実情

情報公開（狭義）とは、政府機関が国民の知る権利を保障するために、その保有する情報<sup>109</sup>を開示する行為を指す<sup>110</sup>、とされる。これを見ると、政府の情報公開は国民の知る権利の保障の前提条件であり、情報公開がなければ、あらゆる公衆参加・民主社会は画餅に帰することになる。それゆえ、情報公開の有無が当該社会の民主性を図る基準および条件であり、当該社会の公衆参加の度合いを見る尺度でもある<sup>111</sup>、といわれている。

南京市の江寧区、鼓楼区、溧水県などの地区において、行政機関、企業、社会团体（主に環境保護組織）および公民などを対象に行われたアンケート調査によれば、世界環境デーを知っている人の比率は全体の8.2%を占めているという。また、化学工場からの廃水および使用過量の化学肥料が川に流れ込むとき、水草が繁茂する現象に対する回答には、良い現象と答えた人は12.5%、栄養増加現象と答えた人は39.6%、良くない現象と答えた人は21.6%、分からないと答えた人は26.3%であったという<sup>112</sup>。この調査からわかるように、公衆は環境に関する知識が不足していることは確かである。これは公衆の環境意識および環境知

<sup>108</sup> <http://www.unu.edu/hq/japanese/p&g-j/2005/background.html>（タイトルは、「『民主社会の懸け橋』 民主的プロセスに市民とNGOの役割」である。最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

<sup>109</sup> 政府機密、職業あるいは商業秘密および個人のプライバシーにかかわる情報以外の関連情報は開示すべきであるとされる（汪勁・前掲注2・191頁）。

<sup>110</sup> 環境アセスメント研究会編『環境アセスメント基本用語辞典』（オーム社出版局、2000年）90頁。

<sup>111</sup> 李艶芳・前掲注66・253頁。

<sup>112</sup> 呉上進＝張蕾「公衆環境意識と参与環境保護現状の調査報告」蘭州学刊2004年3期（総138期）195－196頁。

識が普遍的に低いといえようではあるが、その低さはいかなるもの  
に起因しているのかを出発点として、環境情報公開の状況・公衆の知る  
権利を考えなければならないように思われる。以下、環境情報公開の発展  
状況を見てみよう。

## 1 環境情報公開の沿革

従来、権力者は「不開示は原則、開示は例外」<sup>113</sup>をパターンにし、各  
種情報を独占してきた。公衆の環境情報に対する知る権利について、現  
行憲法は規定を置いていない<sup>114</sup>。89年法11条2項は、「国务院および省、  
自治区、直轄市の各政府環境保護行政主管部門は、定期的に環境白書を  
発行しなければならない」と規定し、その31条は「事故またはその他突  
発的な事態の発生により汚染をもたらずか、または汚染事故を引き起こ  
すおそれのある団体は、ただちに対策を講じて汚染を処理し、速やかに  
汚染による危害が及ぶ可能性のある団体および住民に通報するととも  
に、当地の環境保護行政主管部門と関係部門に報告し…」と規定する。  
前者は政府部門に対する一般的な環境状況の公開規定であり、後者は企  
業に対する事故発生時の緊急報告（公開）規定のみであるが、政府や企  
業の環境情報公開について、一応立法化の動きを見せたことになる。

1997年の中共十五期全国代表大会においてようやく「公開原則」が正  
式に提起され、これを受けて2000年から、全人代法工委、国务院法制辦、  
公安部、国家保密局等関連機関の20余名の要員が政府情報公開の立法に  
専念することになったが、その立法過程は難航の一途をたどる。

2002年6月にクリーン生産促進法が可決され、2003年1月1日より施  
行された。情報公開に関連して、ここで特に言及に値するのは次のいく  
つかの規定である。例えば、同法17条は、「省、自治区、直轄市人民政  
府環境保護行政主管部門は、クリーン生産に対する監督を強化しなくて  
はならない。クリーン生産を促進する要求に応じて、企業の汚染物質の

---

<sup>113</sup> 李艷芳「論公衆参与環境影響評估中的信息公开制度」江海学刊2004年1期  
130頁。

<sup>114</sup> 朱謙「環境知情權的缺失与補救—從開井噴事故切入」法学2005年6期61  
頁。

排出状況に基づき、所在地域の主要メディアを通じ、定期的に基準超過汚染物の排出や総量規制を超過した企業のリストを公表し、企業に対する公衆からの監督に根拠を提供することができる」と規定し、同法31条は、「本法17条の規定に基づき、汚染の深刻な企業リストに載せられた企業は、国务院環境保護行政主管部門の規定に従い、主要汚染物の排出状況を公表し、公衆の監督を受けなければならない」と規定する。また、同法41条は、「本法31条の規定に反し、汚染物排出状況を公表しないあるいは規定どおりに公表しない場合、県級以上の地方人民政府の環境保護行政主管部門によって公表され、あわせて10万元以下の過料を科すことができる」と規定し、情報公開規定に反した場合の法的責任について定めている。このほかに、情報公開について関連規定がないわけではない<sup>115</sup>。

しかしながら、非常に遺憾なことに、評価法は、公衆参加については規定を設けるものの、それを支える基盤ともいえるべき情報公開の新規定は見当たらない。これは現行評価法の致命的な欠陥ともいえよう。情報公開による知る権利の確保は真の公衆参加の実現に欠かせない条件であり、合理的意思決定の必然的手段になるからである。

2006年3月から施行された環境公衆参加暫定辦法には（第1章第5節6を参照）、情報公開規定が定められている。具体的にいえば、建設事業者またはその委託を受けた環境アセスメント機関は、環境アセスメント報告書を作成するプロセス、環境保護行政主管部門の許認可または許認可を行うプロセスにおいて情報を公開すると定め（5条）、また、それを第2章第1節で専節を設けて詳細に規定している。

ここで、情報公開の義務主体は建設事業者、環境評価機関、環境保護行政主管部門となっており（7条）、建設事業者は環境評価機関に委託後7日以内に、関連情報を公開することになっている（8条）。建設事業者または評価機関は環境アセスメント報告書の許認可を仰ぐ前に関連

---

<sup>115</sup> 例えば、クリーン生産の宣伝、教育、普及、実施および監督（6条）、クリーン生産の政策情報やサービスの公表（10条）、クリーン生産に関する技術、工程、設備および製品の案内リストの公布（11条）、資源節約・汚染防止の成果の公表（29条）などがある。

内容を公開するとされている（9条）。そして、公開する方法として、建設プロジェクト所在地の公共メディア上での公告発表、印刷物の無料配布、その他の方法で知らせることができ（10条）、許認可後の環境アセスメント報告書ダイジェスト版については特定の場所に提供する、専用ウェブサイトを作成する、その他公衆が入手するのに便利な方式で公開することになっている（11条）。

しかし、ここで注意すべきことは公開する環境情報は、管理リストに定めるデリケートな地域に建設するプロジェクトに限定され、また、行政の許認可前の情報公開について規定を設けていない点である。さらに、政府の計画環境アセスメントにかかわる情報公開については一切触れていない。この意味では、当該辦法も致命的な障害を持つものといわざるをえない。

ところが、2000年から難航していた情報公開立法が新たな展開を見せ、2007年4月に政府情報公開条例と環境情報公開辦法（試行）（以下「情報辦法」という）が双生児のように誕生した。そして、両方とも2008年5月1日より施行された。両法規の制定自体は、高度の中央集権的政権を持つ中国においては、画期的意義を有するものと考えられる。

情報辦法は、情報公開について、誰が誰に対して公開するのか（主体）、何を（内容）どのように公開するのか（方法）、そして情報不開示の責任は何か、といった問題に関して明記している。

①環境情報公開の主体について明確化された。情報公開主体は、政府および企業に限定された（2条1項）。政府部門の情報公開は自主的公開と申請による公開があり、企業環境情報の公開は、自発的公開と強制的公開にそれぞれ分けられている。

②公開する情報の内容範囲について規定された。政府の公開する情報範囲は環境保護法律法規、政策、基準、行政許可等の17種類におよび（11条）、企業の環境公開情報としては、超基準および超汚染総量企業に対して4つの情報を強制的に公開するように規定している（20条）。また、一般汚染企業の自発的な情報公開行為を奨励する条項を特段に規定していることは興味深い（23条）。

③情報公開の方法について規定された。環境部門は、公開すべき政府環境情報を政府のサイト、公報、ニュース发布会、新聞雑誌、ラジオ、

テレビなどを通じて公開し(13条)、超汚染企業は、所在地の主要なメディアに環境情報を公開し(21条)、一般汚染企業は、メディア、インターネットあるいは企業の年度環境報告の形式で公開すべきとされる(22条)。

④環境情報の不開示責任について定められた。政府環境情報公開事業の審査制度、社会評価制度、責任追及制度が設けられ(24条)、情報公開に伴う具体的な行政行為が、住民の合法的権利利益を侵害した場合、行政不服申し立てあるいは行政訴訟を提起することができ(26条2項)、直接責任者に対して行政処分を科すこともできる(27条)。また、企業環境情報の不開示や当情報辦法に反するその他行為に対して、県級以上の地方人民政府環境保護部門は10万元以下の過料を科すことができるとされている(28条)。

情報辦法は上述のように明確な規定を設け、立法上はかつてない進歩を遂げており、今後の具体的な運用が注目される。

## 2 環境情報公開の具体的状況

上述のような情報公開立法の動きの中で、環境情報が実際にどのような公表され、国民の知る権利はどこまで保障されているのかを、以下で考察する。

### (1) 書物、マスメディア、インターネットなどによる公表

改革開放に伴い、また民主法制意識の高まりにつれ、環境問題は隠しきれない事実となり、環境情報は80年代から逐次に公開されるようになった。刊行物としては、1982年創刊された「中国環境科学文摘」および1984年に創刊された「中国環境報」を特にあげることができる。

89年法は環境情報公開についてはじめて規定を設け<sup>116</sup>、その11条2項は、「国務院および省、自治区、直轄市の人民政府の環境保護行政主管部門は、定期的に環境状況公報を公表しなければならない」と定めている。これを受けて、実際の環境情報公開にあたっては、中央レベルから地方レベルまで急速な展開を見せた。

①まず言及に値するのが、1990年から発行された「環境統計公報」、「中国環境年鑑」および1998年から公表された「中国綠色時報」、「全国環境

<sup>116</sup> 李艷芳・前掲注113・131頁。

質の概要」である。これは国家レベルの権威的な書物であり、中国の環境状況を議論するうえでよく利用される<sup>117</sup>。

②各省、自治区、直轄市、市の環境状況公報、地域・流域環境状況公報、都市空気環境状況週報・日報<sup>118</sup>、企業環境情報公告等が相次いで発行されていった。

③そのほかに、法律法令集、調査報告書、研究書、専門誌などの環境保護関連の書籍が数多く出版され、公開資料として市販されていると同時に、いままで内部資料として扱われてきた各種環境関連の決議、会議資料、議事録なども公表されるようになった。例えば、「地球環境問題に関する我が国の原則立場」（1992年）、『国務院環境保護委員会文件匯編（1、2）』（1988年、1995年）などがそれにあたる。

④また、書籍のほかに、テレビ、ラジオ、新聞などのマスメディアとインターネットによる情報公開も一般に行われるようになってきた<sup>119</sup>。

しかし、上述の各手段で公開される環境情報は、環境保護の成功例を強調することが多い。例えば、環境アセスメント制度・三同時制度の高い実行率といった明るい面が殆どであり、企業の環境リスク管理情報、汚染被害情報、環境アセスメント報告書およびその審査・認可過程に関する情報といった真実の部分は殆ど公開されないのである<sup>120</sup>。また、環境保護部門に「環境情報センター」のような組織機構が設置されているが、それは、政府部門の環境管理にあたって、正確なモニタリングデータおよび資料を提供するための組織であって、決して住民に環境情報を

---

<sup>117</sup> 李志東・前掲注50・22頁。

<sup>118</sup> 1997年1月より、全国46の環境重点都市がメディアを通じて、空気質量週報を發布し、また、2001年6月5日より、47の環境保護重点都市が空気質量日報を中央テレビ局を通じて全国に發布している（李艷芳・前掲注66・270頁）。

<sup>119</sup> 李志東・前掲注50・22-23頁。

<sup>120</sup> 1980年代中ごろの胡耀邦の発言に由来する「正面報道」指導思想の下で、「明るい面は八分、暗い面は二分」という報道ルールがはじまり、「良いことを報じ、悪いことをあまり報じない」ことになっている。例えば、1999年の75紙の新聞に掲載された環境報道記事のうち、「批評の記事」が全体の15%を占めているのに対し、「褒める記事」は59%と圧倒的多数を占めていたとされる（原剛編著・前掲注77・316頁）。

公開するための組織ではない<sup>121</sup>。それゆえ、現段階でのいわゆる情報公開は、政府の積極的な公布に頼り、住民の請求による公開は保障されていない。よって、政府機関は、情報公開の主導権を握り、自分に有利かつ都合のいい情報だけを流しているに過ぎない<sup>122</sup>。以下、近年発生した有名な事件を取りあげて、企業や政府の情報公開に関する隠蔽性を指摘することにする。

## (2) 環境情報公開にかかわる具体的事例

### 1) 【事例5】：「重慶市開県天然ガス鉍の噴出事件」<sup>123</sup>

2003年12月23日21時55分ごろ、中国石油四川省東北天然ガス鉍が突然噴出し、通常の6000倍も超える硫化水素が大量に大気流れ込んだ。23時25分ごろ、すなわち事故発生後1時間半を過ぎてから、県政府はガス掘削会社から通報電話を受けた。その後緊急救難事態に入るが、応急対策が遅れたため、233人が死亡し、4000余人が受傷し、9.3万人が被害を受けるなど、中国石油業種における類似事件の中でも死傷者の数が最も多い大災害となった<sup>124</sup>。

ここで問題となるのが、次の2点である。

一つは、工事現場が住宅地から50mもの近くであったにもかかわらず、作業に伴う危険性を含む企業情報を一切公開しなかったことである。このため住民は「毒ガス桶」のうえで生活を余儀なくされていたものの、硫化水素に対する知識は全くなく、よって事故防止の心構えも全くなかった。

いま一つは、事故発生後の空白の1時間半である。事故発生後、迅速に近所の住民や行政機関に通報したのであれば、被害はここまで拡大しなかったであろう。

これらの問題の根底には企業情報の公開問題が絡み合って、最終的に

<sup>121</sup> 韓広＝楊興＝陳維春『中国環境保護法的基本制度研究』（中国法制出版社、2007年）310頁。

<sup>122</sup> 韓広＝楊興＝陳維春・前掲注121・313頁。

<sup>123</sup> 原語タイトルは、〔重慶市開県的天然気井井噴事故反思〕である（李昌麒主編、蔣亜娟編著『環境法學案例教程』（厦門大学出版社、2006年）70－71頁）。

<sup>124</sup> 黄豁＝陳敏「井噴事故：突發災難再檢討」瞭望新聞週刊2004年1月5日1期23－25頁。

は公衆の知る権利が保障されない<sup>125</sup>中国の現状が浮かび上がり、批判をあびるのである。

2) 【事例6】：「松花江汚染事件」

2005年11月13日、松花江に面する中国石油吉林市化学工場双苯工場(原語は〔中国石油天然気股份有限公司吉林石化分公司双苯場〕)が爆発し、8人死亡、60人負傷、直接経済損失が6908万元に上る大事故が発生した<sup>126</sup>。爆発により、有害なベンゼンが大量に流出し、松花江に流れ込んだので、長春、ハルビンなど松花江周辺都市の飲用水に大きな影響を与えたほか、ロシアのハバロフスク市との国境地区にも影響する省・国を跨ぐ汚染事件となった<sup>127</sup>。

今回の事件はそもそも操作ミスによる爆発事故であるが、双苯工場や吉林省政府の情報閉鎖により、松花江水質汚染などの被害拡大の結果を招いた。というのは、吉林省の環境保護局は事故発生後直ちに松花江下流の黒龍江省に通報しなかったし、国家環境保護総局も事故発生後4日目にはじめて関連情報を入手した。

事故発生翌日、吉林市の副市長が、「事件現場を測定したが大きな空気汚染がない」と発表した。また企業側は、「爆発物は二酸化炭素と水であり、決して水源を汚染するものではない」<sup>128</sup>と汚染事実を否認し続けてきた。

環境汚染情報の隠蔽は吉林省の関係部門に限ることではない。11月21日に、ハルビン市人民政府は汚染事実を知っている状況の下で、2つの通知を出した。早朝に「水道の配管工事により22日正午12時から4日間水道水の供給を停止する」という通知を出し、午後になるとそれが「中石油吉林市化学工場双苯工場の爆発事件により、22日20時から4日間水道水の供給を停止する」という内容に変わった。このような矛盾だらけ

<sup>125</sup> 朱謙「論環境知情権の価値基礎」政法論叢2004年5期23頁。

<sup>126</sup> <http://www.riell.whu.edu.cn/show.asp?ID=4572> (最終アクセス日は、2009年5月26日)を参照。

<sup>127</sup> 林安薇「松花江汚染事件相関問題的環境法思考」法制与社会2006年8期113頁。

<sup>128</sup> 呂忠梅「松花江汚染：不能被遺忘的法律話題」中国地質大学学报(社会科学版)6卷6期(2006年)2頁。

内容の政府通知が、ハルビン市民が水を買求めたり、ハルビン市を離れたりする大混乱を引き起こした<sup>129</sup>。

事件後、当時の国家環境保護総局局長の解振華が辞任し、事件を引き起こした企業や地方政府の責任者が処罰されたようであるが、公衆への損害救済などの諸問題は未解決のまま残されている<sup>130</sup>。

なぜ、企業および政府は事故を隠蔽するのか、公衆の知る権利はどこに求められるべきか、そして、公衆の政府に対する信頼はどうなるのか、といった一連の問題が浮かび上がるのである。また、ハルビン市の飲用水の90%が松花江に依存しているのに、松花江付近で石油・化学工場(中石油吉林市化学工場双苯工場)が建設されたことは、企業立地をはじめとする戦略的環境アセスメントおよびプロジェクトの事後評価の必要性を問うているように思われる。

いずれにせよ、今回の事件で、企業、地方政府の元来の姿が公衆の前に再現され、公衆にとっては、今回の事件は、代償が高過ぎるものの、知る権利を求める機会になったかもしれない。

### 3 現在の環境情報公開に関する問題点—事例の分析

上述の重大な環境汚染事件をまとめてみると、いくつかの問題点が浮かび上がる。

(1)公衆に対する緊急時の情報公開が問題である。天然ガス鉦が噴出して1時間半も経過しているのに、緊急報告しなかったこと(【事例5】)、また双苯工場が爆発して4日も経っているにもかかわらず、関係部門に報告しなかったこと(【事例6】)は情報の隠蔽であり、結果的に被害拡大の主因となっている。

これは、責任者たちが、事件の真相を知らせることによって、官職を失うことをおそれ、あらゆる方法で「大事件を小さくし、小事件を取りあげない」従来からのやり方の名残である。それゆえ、その根底には環

<sup>129</sup> 陳超陽「從哈爾濱停水事件看政府危機管理中的信息公開問題」咸寧学院學報26卷4期(2006年)27頁。

<sup>130</sup> 呂忠梅・前掲注128・1—2頁、王大鵬「誰來問責官員？」南風窓2005年24期(2005年終特稿)などを参照。

境情報公開による知る権利が確保されえない現実的背景が潜んでいるものと思われる。

(2)企業活動の環境影響情報が不開示である。高度の危険作業に限ることではないが、企業活動に伴う環境影響、人の生命・健康に対する影響等の情報は一切開示されない。それゆえ、住民は、一番危険な場所にいるにもかかわらず、平常は事件防止整備をとることができない。したがって、国民の人的・財産的権利利益が犠牲になり続けていることが実情であろう。

(3)企業の立地が不合理である。上述の2つの事例からわかるように、民家から50mの近距離で工事する（【事例5】）、あるいは河川の上流に有毒有害物排出の企業を設置する（【事例6】）ことは、プロジェクトの計画段階からのミスを意味する。評価法の施行前に建設済みだとしても、企業は追跡評価、事後的評価をすべきではなかろうか。しかしながら、国営企業や特大企業こそが、その特殊な地位や巨大な国家財産を背後に、国民の権利利益を侵害する大きな汚染源の一つとなっている。このことから、前述の2005年から勃発した3度の環評風暴はやむを得なかったと推測できる。

(4)事件後の法的救済の仕組みが不完全である。1998年のオーフス条約<sup>131</sup>は、公民の環境に関する知る権利の救済には、行政的救済と司法的救済の2種類があると明確に規定している。しかし、中国では、上記の事例に限ることではないが、事件発生後の救済仕組みが欠如している。環境関連の法律法規を見てみると、行政罰を中心とする法的責任がセットで

---

<sup>131</sup> オーフス条約の正式な名称は、「環境に関する、情報へのアクセス、意思決定における市民参加、司法へのアクセスに関する条約」である。国連欧州経済委員会（UNECE）は、1998年6月にデンマークのオーフス市で第4回環境閣僚会議を開催した。この会議は、リオ宣言10条（市民参加条項）を受け、情報へのアクセス、政策決定過程への参加、司法へのアクセスを3つの柱とし、環境分野における市民参加の促進を目的とした。オーフス条約は2001年10月より発効し、40か国が署名、25か国が認可し、公衆の環境情報や知る権利の保障上、国際法的根拠を提供している（鐘衛紅＝翁漢光「《奥胡斯公約》中的環境知情權及其啓示—兼論我国公民環境知情權的立法与实践」太平洋学報2006年8期15頁）。

制定され、情状が深刻である場合に限り、刑事罰が科されるというのが一般的であった。

まず、環境行政不服申し立ておよび環境行政訴訟に関する環境行政不服審査および行政応訴辦法（原語は〔環境行政複議与行政応訴辦法〕）（2007年2月1日より施行）ならびに環境情報公開辦法（原語は〔環境情報公開辦法〕）（2008年5月より施行）は、かつての常識を打ち破り、環境分野における行政不服申し立ておよび行政訴訟を提起可能にし、はじめて制度的な枠組みを与えた<sup>132</sup>。

しかし、ここでの行政的救済の権利保障が、政府環境情報公開および具体的行政行為の場合などに限定され、しかもいかなる行為が政府情報公開の具体的行政行為なのか、また情報不開示の行政不作為の場合はどうなるのかといった点は全く不明確であり、具体的な運用にあたって、かなりの困難が生じるものと考えられる。

次に、事件後のその他の司法救済（民事・刑事）について、一般的な環境汚染や破壊による司法的処理（損害賠償あるいは刑事罰）は、環境法整備の沿革に伴い、早くも1980年代から散見されるが、環境情報不開示侵害による訴訟事件はいまだに見当たらない。それゆえ、環境情報公開にかかわる国民の知る権利の保障は立法においても、司法実践においても確保されていないのが現状であろう。

#### 〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年3月25日授与）に加筆・修正したものである。なお、加筆・修正にあたっては、平成20年度北海道大学クラーク財団博士後期課程在学学生研究助成による研究成果の一部を取り入れている。

---

<sup>132</sup> 例えば、環境情報公開辦法26条2項に、「公民・法人あるいはその他の組織は、政府の環境情報公開業務に伴い、環境保護部門の具体的な行政行為が、その合法的な権利利益を侵害したと認めた場合、行政不服申し立てあるいは行政訴訟を提起することができる」という定めがある。

## 詐害行為取消権の理論的再検討(6)

水 野 吉 章

### 目 次

- 第1章 序論
- 第2章 アメリカ詐害取引法理の展開
- 第3章 詐害取引法の存在意義——機能的分析の視点から
- 第4章 現代取引——Leveraged Buy-Out (LBO) を中心として
- 第5章 日本法の史的考察——存在意義に関する議論の視点から  
(以下、本号)
  - 1 明治—大正中期における議論の契機とその特色
  - 2 大正後期の議論
  - 3 明治から大正にかけての議論の小括——性質決定と目的考慮
  - 4 その後の議論——目的考慮の徹底——責任説・訴権説へ  
(以上、本号)
- 第6章 日本法の分析と日本法への示唆
- 第7章 結論とその他の示唆
- 課題
- 参考文献

### 第5章 日本法の史的考察——存在意義に関する議論の視点から

この章においては、「先の全ての章における議論」を視角として、日本法の議論を俯瞰した上で、それらを分析することにする。

日本の詐害行為取消権は、フランス民法1167条をその範としてい

る<sup>1</sup>。その簡素なフランス民法<sup>2</sup>を継承した日本民法は3条(424、425、426条)よりなる。これによって、条文の内容は不明確になっており、その結果、これを補うために、特に、「取消しの訴えにおける当事者」・「取消しの効力」に関して、学説や判例において議論が紛糾することになる<sup>3</sup>。

ここにおける具体的な作業は、日本に展開されているこれらの議論を「存在意義に関する議論の視角」から、大雑把に把握することである。この作業を、わが国の詐害行為取消権論の中に点在ないし偏在する政策論の痕跡をたどることによって行う。これによって、次のことを確認ないし主張したい。日本において断片的に(政策学的な意味での)存在意義に関する議論が行われていること<sup>4</sup>、その議論が不十分であること、

---

<sup>1</sup> 石坂音四郎「債権者取消(廃罷訴権)論」志林13巻8、9号331頁以下(1944、明44)336頁、その他、佐藤・後注149、41頁等。

<sup>2</sup> ただし、大島俊之「はしがき」『債権者取消権の研究』(大阪府立大学経済研究叢書63冊)(大阪府立大学経済学部、1986)によれば、フランス民法においては通則的な1167条の他に、各則的な622、788、865、882、1447条が存在すること、フランス法系のケベックにおいては15か条同じくフランス法系のルイジアナ法においては、30か条の規定をおいているとある。ドイツにおいては、債権者取消法が特別法として立法されている(前注1、5、松坂・後注39、46、佐藤・後掲書注149等)。だとすると、日本民法には最も規定が少ないことになる。

<sup>3</sup> 石坂・前掲注1、339頁、竹屋芳昭「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3=4号(1959)221頁、大島・前掲書注2等を参照されたい。その他にも、これらの点が論点となることについて、鳩山秀夫『日本債権法(総論)(68版)』(岩波書店、1924;大正13)、下森・前掲書注5等参照。

<sup>4</sup> 帰結主義的な政策論的思考方法と、演繹的な法的思考とを過度に二項的に対置し図式化、選択する姿勢は望ましくないことは、第1章にて先述。それらにはほとんど差異はなく明確には区別できないとされている(STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (Foundation press, 2004), at 2-3)。なぜなら、法的思考(実際の解釈論)においても、法ルールや解釈が社会に与える影響を考えないわけではないし(考えなければならぬ)、何が望ましいのかについて特定の基準に基づいて規範的判断を行うからである。異なる点としては、①法ルールの影響を判断するのに、モデルや実証データを利用することと、②思考のはじめの段階での合理性の仮定を他のアプローチよりも強く置くことと、③望ま

しらの判断基準に社会の利益という明らかな基準を置くことであるとされる。しかし、この点も、①法学的な解釈論においても法ルールの実行にまつわる実務的なデータなどの「経験的な認識」は重要視されるし、②法学的な解釈論においても「将来を見通して行動する合理人の仮定」を置くことはあるし、政策論的な思考においてもこの合理性の仮定を弱めてより精密な規範認識につながることも多々ある。さらに政策論であっても事後的な分配について議論することもある。また、③法的思考においても規範認識をしないわけでもなく、それは特定の価値基準にしたがってなされるものであり、政策論的な議論においてもどの価値をどの程度重視するのが望ましいのかについて議論することもできる。いずれも論じる事柄において仮定の強さが変わるという意味で同様であり、その差は程度の差というものでしかない。また、論じられる場所においても、如何なる要素にウェイトを置くべきかは変わり得る。第1章において述べたように、裁判の場においては、裁判官に政策的思考を強い予測がはずれることの責任を負わせるような過度な負担を負わせてはいけないという考慮から法的な議論によらざるを得ない場合もある（吉田邦彦・「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000、初出、ジュリスト997-999号（1992））202、205-207頁参照）。それでも、法的思考による解釈論に仮体して政策的考慮が一定の意味を持ちえることは十分にあり得ることは先述した。加えて、裁判官が法的思考によって解釈を行うことは学問的な解釈論としての政策論を否定するものでもない。吉田は、他方で、前掲書205頁において、かかる政策論について「学者の作業としての意義を否定するつもりは全くない」と付言している。さらに、吉田・前掲書、265頁も「たしかに効率性アプローチ」（政策的考慮の一種）「には限界がある（その基準が妥当しない場合がある）が、学者が行なう作業としては、直ちに思考様式の相違という形で方法論的批判に走るのではなく、できるところまで『効率性分析』を行なうことは有意義ではなからうか」としていることも先述した。その他、裁判官による解釈と学者によるそれとは異なるものであることや、むしろ異なるのが望ましいと明示的に指摘するものもある（吉田克己「民法学の方法・覚書」ジュリスト11266号254頁以下。吉田克己は、川島武宣によってこの事は既に指摘されているとしつつ行論する。本稿においては従来から存在する議論によって提示されているあり方を、ある具体的な一場面においてある角度から実践しようとして試みる。）。

以上より、本稿においては、まず、政策論と法的思考の差は程度の差であるということ、なにより、この分野の伝統的な法的思考も政策論的な考慮を行っていること、次に、学問としての政策論的な展開は寧ろ望ましいことを導きとして、政策的思考と許害行為取消権論のすりあわせを行うことにする。

これによって解釈の不安定が生じていること、しかし、その断片はアメリカで発展している基礎理論（視角）とはほぼ同様の議論であると評価し得ること、故に、その基礎理論——結論ではなく視角や考え方——がそのまま導入可能であること、そして、そこから、既存の学説の整理、ないし、解釈論の基礎付け、さらには、具体的な幾つかの問題提起（現在においては不十分な点の指摘）や向うべき方向性の提示が行えること。

以下の分析は、正当に解釈論を展開している各論文に対して、外から光を当てたもの、すなわち、政策論の観点から把握し直すものであるので、各論文が書かれたときにそれらが有していた目的からすれば、それらに対する批判とはなり得ないものであることを留意しておく。

また、以下に行う分析は、この目的の範囲のものがある。日本における詐害行為取消権の論点・学説を網羅的に取り上げるものではない<sup>5</sup>し、沿革を網羅するわけでもない。

なお、用語について、以下に紹介する論者によっては「債権者取消権」と表記しているものもあるが原文の引用に当たる部分以外は「詐害行為取消権」と記すことにする。また、425条の文言については、「総債権者の利益の為に其効力を生ず」が、民法の現代語化により「すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」と改められたが、引用する論文において「総債権者」とされているのでそちらに統一する。

さらに、現在、債権法改正作業が進んでおり詐害行為取消権についてはかなりの議論が行われておりその成果が一部公表されている<sup>6</sup>。それ

---

<sup>5</sup> 網羅的なものに下森定「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 § 399-426』776頁以下（有斐閣、1987）、857頁、飯原一乗『詐害行為取消権』（悠々社、2006）等がある。個別の論点、学説のまとめについては、これらの文献において精密に行われているので、それらを参照されたい。

<sup>6</sup> 立法関係資料として、民法（債権法）改正委員会編『債権法改正の基本指針別冊 NBL/No.126』（商事法務、2009.3）や債権法改正ホームページ内（<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html> [2009年時点]）の「議事録と資料」をはじめ対談などが組まれている。また学界の議論においては、椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える』（日本評論社、2008.9）、加藤正信（民法改正研究会）『民法改正と世界の民法典』（信山社、

についての言及は本稿がそれ以前に執筆された論稿をベースにしていることから、原則的に他日を期することにする。

## 1 明治一大正中期中における議論の契機とその特色

日本における議論の口火を切ったのは石坂論文<sup>7</sup>である。石坂は、これらの理論上の難問を収束させるために、これらの論点に言及した大審院明治44年3月24日判決に対して批評を行う形で議論を行った。そして、各論者は、石坂・判決に対してレスポンスを行う形で、詐害行為取消権論がスタートする。

この時期における日本の議論の特色は、特に効果論について——これ以後も、日本においては効果論についての議論が主流となるのだが——であるが、日本民法典における条文解釈や諸外国の法<sup>8</sup>との比較により、詐害行為取消権の権利の性質を決定した上で、その後、その性質に直結した法的帰結を演繹するというアプローチにある。

このアプローチにおいて、「目的考慮（詐害行為取消権は如何なるための制度なのか）」は、「性質決定」に影響を与えるものという位置付けを与えられることになる。そして、以後の議論は、この「目的」の影響を強めることによって、当初採用されていた「性質決定」を相対化してゆく作業を行うことになる。

---

2009.7)等、実務においては東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム『民法改正を知っていますか——全容・諸論点』（民事法研究会2009.5）多くの議論がある。

<sup>7</sup> 石坂・前掲注1。

<sup>8</sup> 石坂・前掲注1は、ローマ・中世イタリア都市法・ドイツ普通法・プロイセン・ドイツ法・中世フランス・フランス民法を比較の対象としているが、決定的に意味を持たせているのは（特に大正-昭和戦前期にかけては）ドイツ法（特に、物権説といわれる学説）である。この点については、大島「はしがき」・前掲書注2参照。また、この時期の雫本・後掲注39、加藤・後掲書注70、その後の、松坂・後掲書注46、下森・後掲注120についても同様である。この時期から、周知のように、川島・後掲書注81の指摘もあり、佐藤・後掲書注149の訴権説に見られるようなフランス法の影響が強く見られるようになる。その際の比較の対象は自然とフランス法となる。例えば、竹屋・前掲注3・大島・前掲書注2等である。

## 1.1 大審院明治44年3月24日判決<sup>9</sup> (1911)

本判決は、その後の石坂論文による批評の対象となること、したがって、本稿の目的である存在意義に関する議論にとっても重要な意味を持つので紹介することにする。

本判決の判示した点は、①取消しの効力についての相対的効力(後述)、②資産が受益者(本稿においては「取引相手」と表記しているが、日本法の分析においては「受益者」と記す)から転得者に移転した場合において、債権者は受益者に対して行為の取消し、または、損害の賠償を求めることができること、③詐害行為取消権は、その性質として取消権と原状回復請求権よりなる(いわゆる折衷説)が、取消権のみを行使しても良いとしたこと、④取消訴訟の性質についての債務者を必要的に共同被告としなくて良いとしたこと、である。

この判決の説示の中で、大審院は詐害行為取消権の目的にも言及している。すなわち、「民法424条に規定する詐害行為廃罷訴権は債権者を害することを知りて為したる債務者の法律行為を取消し債務者の財産上の地位を其法律行為を為したる以前の原状に復し以て債権者をして其債権の正當なる弁済を受くることを得せしめてその担保権を確保するを目的とするは此の訴権の性質上明確一点の疑を容れざる所なり」「債務者の資産を脱したる財産の回復またはこれに代わるべき賠償を求むること」<sup>10</sup>と。そして、さらに判決はそこから各種の法的帰結を導いていると評価し得る。

まず、判決は従来の判例である債務者・受益者・転得者を相手方とする必要的共同訴訟とする訴訟の性質を否定し、「法律行為の取消なる用語を用ひたるに拘らず一般法律行為の取消と其性質を異にし其効力は相対的にして何人にも対抗すべき絶対的のものにあらず」「訴訟の相手方」<sup>11</sup>

<sup>9</sup> 大判民録17輯117頁。

<sup>10</sup> 前注9、120頁。

<sup>11</sup> この点については、ドイツの相対的無効を支持する説の説示とはことなる点が後に石坂により指摘されている(石坂・前掲1、404頁)。すなわち、ドイツの相対的無効説は、「債権者との関係で当該取引が無効」となるものである。これに対して、判決は「相手方に対して無効」としており、石坂は、これでは

に対しては全然無効に帰すべしと雖も其訴訟に干与せざる債務者受益者または転得者に対しては依然として存立することを妨げざる」(いわゆる相対的無効)とする(①)。

これは、民法121条にいう「取消」の持つ一般的な意味が、424条に規定される当該訴訟の文脈においては、その目的によって修正されていることを示唆している。そして、判決はここから、相手方に対してのみ無効となるのであれば、その他の利害関係に何ら影響を与えるわけではないので、「債務者の財産の回復または之に代わるべき賠償」によって債権者の「担保権」(共同担保；責任財産の意)を確保することができるとして、債務者を取消訴訟の共同被告として訴訟に引き込む必要性を否定している(④)<sup>12 13</sup>。

#### 小括

大審院は、取消権の効果について、受益者との関係で無効説であるとする相対的無効説、取消権の性質について、取消権と請求権の性質を持つとする折衷説を採用することを明示した。これらの法的帰結は目的の考慮によって導かれていると評価し得ることが重要である。すなわち、共同

---

債務者との関係では取引は有効となることになり資産が債務者に復帰する理由を説明できないとする。

<sup>12</sup> それ以前は、債務者受益者、及び転得者を共同被告としなければならないのが判例であった(大判明治38年2月10日民録11輯150頁、鳩山・後掲注71、222頁、下森・前掲書注5、836頁等参照)。

<sup>13</sup> その他の論点については、若干敷衍しておく。②については、債務者のもとから受益者に脱した財産が、さらに転得者に移転された場合において、転得者を相手方しなければならないのか受益者を相手に賠償請求をしてもよいのかということが問題になるが、判決は債務者の財産の回復という目的実現のために受益者を相手にすれば十分であるとした。③については、詐害行為取消権は財産の回復やこれに代わる賠償を目的とするものであるならば、取消権の行使のみでは、その目的に資することはなく、したがって、訴えの利益が存在しないのではないかということが問題になるが、これについて判決は、条文上は取消権の行使のみを目的としており、受益者に対しては取消しによって行為の無効に既判が生じるという利益はあるのだから、訴えの利益は存在するとした。

担保の保全<sup>14</sup>という目的を実現させるために最適な効力を持てば足りるとの観点から、121条に規定される一般的な取消権とは異なる効果を詐害行為取消権に与え、相対的無効とし、その権利の性質については、取消権（形成権）と賠償請求権（請求権）である<sup>15</sup>としている。そして、相対的無効であることから、単に受益者または転得者を訴訟の相手方にすれば足り、債務者を訴訟の被告とする必要は無い、などの帰結を導くことになる。

## 1.2 石坂論文の議論<sup>16</sup>（1911；明44）—— 形成権＝取消権説

### 1.2.1 存在意義

日本における詐害行為取消権論についての本格的な論考は、先に紹介した明治44年判決に対する形で、石坂によってなされた。石坂は、詐害行為取消権の必要性について、大略して、以下のように述べる<sup>17</sup>。

まず、債権者は債権を持つに留まることから債務者の財産に対して支配権を持つわけではなく、債務者の財産処分（信託その他の行為<sup>18</sup>）により自己の債権が満足されなかったとしてもその権利を害されているとすることはできない。

次に、債権者はその事態を回避するために、担保をとることができるが、担保の設定が不可能な場合もあり、また、たとえそれができたとし

---

<sup>14</sup> 判決文の文言上は、取消しの目的について、債権者の「本来享有せる担保の実現」としており、責任財産の保全のみならず債権者による債権実現まで目的に含めて、すなわち、債権者が債務者のもとに財産を戻すように請求するのみならず、直接自己に賠償を要求することをも目的に含めているというように読めなくもない。そのように読むならば、この点は、学説が、あくまでも債務者への資産またはそれに代わる利益の返還を、取消権の目的としていたこととずれるようである。

<sup>15</sup> そして、取消権のみの行使でも足りるとする。

<sup>16</sup> 法学志林13巻8-9号331頁。

<sup>17</sup> 石坂・前掲注1、331-334頁。

<sup>18</sup> 財産処分と代金の消費・親族のための処分（例えば贈与）・特定の債権者への弁済または担保の設定・新たな債務の負担を挙げている。

でも今日の信用社会においては担保の設定が望ましいとは限らない場合がある。故に、対人信用を保護するために債権の効力を債務者の財産に及ぼすことが必要となる。取消権はこの目的のために公平の観点に基づいて存する<sup>19</sup>。そして、取消権の要件については、第三者に影響を及ぼすことから、制限の必要がある。

以上のように目的を考えた上で、石坂は、詐害行為取消権の権利の性質を決定し、そこから当時議論があった「取消しの訴えにおける当事者」・「取消しの効力」をはじめとする論点についての法的帰結を導いてゆく。

### 1.2.2 法的帰結

石坂は、当時の議論の紛糾について、その原因を「取消権其ものの性質が明確ならざるが為めなり」とする。ここに、石坂は、権利の性質論を議論することによって問題にアプローチすることになる。その結果、詐害行為取消権を民法121条に規定される瑕疵ある意思表示に関する取消と同じく形成権と性質決定し<sup>20</sup>、その効果として絶対的無効説を採用することになる<sup>21</sup>。その理由は以下のとおりである<sup>22</sup>。

---

<sup>19</sup> 石坂・前掲注1、358頁

<sup>20</sup> 梅『民法要義卷之3』（有斐閣、1897；明23）82-83頁もこの立場である。

<sup>21</sup> ドイツの物権説（Hellwig）と同様の説明である。ローマ期における詐害行為取消権の原型である *actio pauliana* は、訴権かつ不法行為請求の性質を持ちその内容は詐害行為の結果不法に財産的価値を保持している者から責任財産への返還またはそれに代わる賠償の請求であった。その伝統は普通法時代のドイツにも受継がれ、当初はそのように理解されていた。しかし、その後、ドイツ民法典（BGB）が制定されそこにおいて「取消権」を独立に裁判外の意思表示によってのみ行使し得る形成権として構成したために、このBGBの取消権にあわせて詐害行為取消権の性質を「取消権」と理解する見解（Hellwig）が現れたというわけである（ただし、ドイツの物権説は裁判外の意思表示により形成の効果を発生させることができ、その効果は相対的無効となる（石坂・前掲注1、347頁、加藤・後注70、186頁、川島・後掲書注81、68頁）。そして、従来どおりに理解する見解と対立が生じ、その対立は日本においても受継がれる

「性質決定」については、まず、424条の文言が「取消」の用語を使用していること。次に、効果に関して、121条(取消権についての形成効)を参照できるので便利であること。さらに、425条が「総債権者」の語を用いているので、自己に直接引き渡すことができるとするドイツの請求権＝債権説(債務法説)が否定されること。そして、取消権であるとすることによって債務の免除、または、債務負担行為の効力を消滅させることができること。

こうして、取消権であることから、石坂は詐害行為取消権についての幾つもの法的な帰結を導いてゆく。議論は詳細を極めるので、本稿の目的との関係で、その幾つかを説明するに留める。ただし、その取消権であるという性質決定は、目的論的考慮によって基礎付けられていることは忘れてはならない(後述、小括)。

「効果」については、詐害行為取消権の性質が取消権＝形成権であることから、絶対的無効となる<sup>23</sup>。すなわち、債務者と取引相手の取引を、誰に対しても無効となる<sup>24</sup>。

次に、「要件」については、債権者保護の目的のために本制度が存在するのであるから、債権者が実際に害されていなければならないとする。そして、その基準を債務者の責任「財産の減少」と「支払不能<sup>25</sup>」に求めることになる。

---

ことになる。

ドイツにおいては、この物権説は少数説に留まり、従来どおり取消権を給付請求権と理解する見解が、判例・通説となっているとある(石坂・前掲注1、川島・後掲書注81、68頁)。

<sup>22</sup> 石坂・前掲注1、350-351頁。

<sup>23</sup> 取消権の行使により、行為が誰に対しても無効となる。

<sup>24</sup> 石坂・前掲注1、398頁。この点は、先にあげた明治44年判決に対して為されている。

<sup>25</sup> これには説明を要する。石坂は前掲注1、392頁にて、ドイツ・オーストリアでは支払不能をその要件とし、スイスでは財産不足(債務超過)であるとした上で、この支払不能を“一般的な支払不能、すなわち債務者が永久的にその債務を支払うことができない状態”ではなく、“単にある債務者に満足を与えることができない状態である”とする。

最後に、「訴えの性質」について、訴えは、形成の訴えとなる<sup>26</sup>。そして、その訴えの被告は、取消しの効果が絶対的無効であるが故に被取消行為に関与した者を訴訟に引き込まねばならないことになる。その結果、訴えは、債務者と取引相手を被告とする固有必要的共同訴訟となる<sup>27</sup>。

### 1.2.3 小括—— 目的的考慮の影響

①石坂論文は、その目的的考慮に大きな影響を受けている。そこにおける目的とは、こうである。「債務者の処分権」と、「債権の相対性」が無担保債権者にとっては引当て資産の逸出を招くという状況を招来せしめ、それが無担保金融における信用収縮を招く。これを是正するための方法として担保契約のみに頼らせることは、社会にとって不都合である（無担保債権の有する社会的意義を減殺する）という理由から、一般債権の効力としての債務者の処分行為に介入する方法が必要である。

ここにおいては、既に、信用秩序ともいうべき、金融債権者達を念頭においた社会が想定されている点と、担保契約との対比において一般債

<sup>26</sup> 石坂・前掲注1、391頁。故に、債権者は、資産の「債務者へ」の返還を実現するには、取消権を行使して詐害取引を無効にした上で、無効によって発生した債務者の取引相手に対する資産返還請求権について、債権者が債権者代位権（423条）を行使することになる（同上414頁）。これについては、訴訟によって実現するために、424条の取消訴訟と423条の代位訴訟を提起しなければならず、かつ、両者は併合できないので、迂遠であると雫本によって指摘されることになる（雫本・後掲注39、17巻12号64頁）。

しかし、石坂は、これに答えて、債権者が「自己の債権を実現をする」には、より簡便な方法が存在するとする（石坂音四郎「雫本博士ノ「債権者取消ノ訴ノ性質」ヲ評ス」法学志林18巻7号23-24頁）。それは、債権者が424条の取消権を行使した後に資産の返還請求権について執行を行うというものである。すなわち、形成権＝取消権説によれば、債権者が、最も需要のあると思われる自己の債権の実現については、簡便に行うことができるということになる。このことからすれば、逆に、後に述べる請求権＝債権説は「債権者が債務者への返還請求をする」というレアケースにおいてのみ意味を持つことになる。

<sup>27</sup> 石坂・前掲注1、395頁参照。しかし、転得者については、行為が取り消されることによって転得者は反射的に影響を受けるのみであるのだから、常に被告になるわけではないとする（同上、395-396頁）。

権が信用秩序にとって重要な役割を果たすがある場面においては「債権者の処分権」・「一般債権者の債権の相対性」という原則的構成が機能せずかえって信用収縮を招いてしまうことが指摘されている点が重要である。

これらの点については、先に紹介したアメリカの議論に出てくる要素であり、したがって彼の国の議論と同質のものであると評価できるだろう（したがって、後に石坂によって演繹される法的帰結もアメリカのものと同質することになる）。

以下においては、この石坂による目的論的考慮と主張する各法的帰結との繋がりを説明してゆこう。

まず、要件論について。石坂は、要件論に、その目的論的考慮を直接反映させる。そして、責任財産保全という目的論的考慮から、「支払不能」（ただし、一般的、永続的な支払能力の欠落という意味での「支払不能」ではなく、ある債権者に支払ができないという意味）と「財産減少」（対価が均衡していないというのと同旨）を導く<sup>28</sup>。これも、アメリカにおいて、UFCAの役割としての債権者保護が確認されたことによって、「債務超過」「対価の不均衡」という要件が出現したのとパラレルに理解できるものである。

次に、効果論をはじめとしたその他の法的帰結については、「取消権の性質決定」を行うことによって、導く。ただし、その性質決定にも目的論的考慮が影響しているという意味で、議論を支配しているのは目的論的考慮であると評価できよう。以下、このことを説明しよう。

石坂は、取消権の性質については、単なる文言解釈ではなく、目的論的考慮による「文理解釈」である点を強調している<sup>29</sup>。このことは、詐害行為取消権の性質を、121条にいう取消権と同じものであるとする根拠を、425条の「総債権者」の文言におくことから明らかである。すな

<sup>28</sup> 石坂・前掲注1、361-363頁。

<sup>29</sup> 例えば、石坂・前掲注1等を参照。石坂の議論である形成権＝取消権説は、424条の文言に忠実な解釈という点が強調されがちであるが、本稿に見たように目的論がその本体であることが窺える。この文理解釈という言葉は、現在一般的に使われている文理解釈（その多くはここでいう文言解釈に近い）とは異なった用法となっている。

わち、こうである。日本の詐害行為取消権は、「総債権者」のために存在する。したがって、詐害行為の対象となった資産は、債務者のもとにその帰属・占有が取り戻されなければならない（そうしなければ、財産は総債権者の引当てとは為し得ない）。その「目的実現」は、物権的且つ絶対的な権利変動を生じる形成権である取消権によってはじめて達成し得る<sup>30</sup>。

加えて、それによった効果論・取消訴訟の性質論についても、目的的考慮の影響を受ける点を強調する。石坂は、誰が誰を相手にすべきかという点については、通常の121条の取消しと異なり、目的的考慮から、債権者が債務者と受益者を相手とすることになるとする<sup>31</sup>。

さらに、121条の取消しは意思表示のみによって行うことができる一方で、424条の取消権行使は意思表示のみならず訴えによる必要があるとされている理由についても、以下のように述べる。すなわち、取消権は本来有効な債務者の行為を債権者のために無効にすることになり、受益者に損害が発生することになることから、その要件の充足について慎重に判断しなければならず、したがって、訴えによる必要がある。要するに、その目的的考慮から、形式論的には意思表示のみによって行使できるはずである取消しを、詐害の文脈においては修正し利用することになる。

以上に、日本における詐害行為取消権論は、その目的的考慮に大きな影響を受けていることが確認されるだろう。このことは、要するに、424条が、目的的考慮から取消権＝形成権だとされながらも、その法的帰結については目的的考慮から121条の「取消権」のものに拠らないとされている点に顕著に現れている。

以下には、存在意義に関する議論をその主題とする本稿との関係において注目すべき点を、さらに幾つか挙げておこう。

②まず、目的的考慮の現れである取消しのための要件論<sup>32</sup>については、

<sup>30</sup> ただし、後の責任説、訴権説は、この帰結をたどらずとも、詐害行為対象資産に対する「総債権者」のための引当化を実現する。

<sup>31</sup> 前注1。

<sup>32</sup> 石坂論文においてはこの命題が如実に当てはまるであろう。

債務者の責任財産の減少が必要となることから、「債務者の出捐に対し同一の価額ある対価を得たる場合」は資産の変更に過ぎず「債権の満足を供すべき財産の減少なきが故に取消権を行使することを得ず」としている<sup>33</sup>。これについては、「対価が相当である」ことが決定できることを前提にしている点<sup>34</sup>と、「支払不能(財産不足)」と「対価の不均衡」という伝統的な要件論からは、相当価格の売買は詐害取引とならないという考えも相当有力に帰結されるという点が重要である。後者の点については、後に更なる展開が見られることになる。

③また、効果論についても、「総債権者」の利益のために効果をもたらさなければならないとして、絶対的無効であるとする。

④さらに、取消し後に行われる債権者による債権回収の行い方(以下、「取消しの後始末」と記す)について、425条が「総債権者の利益の為に其効力を生ず」としていること、ドイツ法と執行制度が異なることから、取消しを行った債権者の優先弁済受領を否定する<sup>35</sup><sup>36</sup>。これについては、後の議論にとっても、本稿の目的からも重要なので、後の雑本の議論との関係で再び取り上げることにしよう。

---

<sup>33</sup> 石坂・前掲注1、360頁。

<sup>34</sup> 相当な対価についての思想の違いは、先述したアメリカにおける Durrett ケースにおける判断基準が「70%ルール」と評されることに現われていると言える。すなわち、アメリカにおいては公正な対価というものを決定することが難しいという前提に立ち、「市場価格の何%であれば公正な対価ではない」という基準を構築しようとする動きがあるのに対して、日本においては相当な価格を如何に決定するかについては議論が存在しないように思われる。

<sup>35</sup> 石坂・前掲注1、415-416頁。(すなわち、債権者の執行に差押え質権、すなわち、優先弁済権を認めるドイツ法においては、債権者の執行は債権者が他の債権者に先駆けて優先弁済を受ける権利を手に入れることが正当化され、したがって、詐害行為取消しが行使された後も取消債権者が執行債権者と同様に優先的に満足を受けることができるという結論になるのが自然だが、日本法においては「総債権者のため」に詐害行為取消権が効力を持つはずなので取消債権者は他の債権者と按分の平等によって債権の満足を受けるとする議論。雑本においてより明示的に提案され、日本においては広く受け入れられている議論である。しかし、論理が飛躍していることは後述。)

<sup>36</sup> 梅・前掲書注20も同旨(後注143、173、特に173参照)。

⑤最後に、要件論・効果論にまたがる議論について、石坂は興味深い言説を行っている。それは、詐害行為取消権の目的を実現するための、「一体的取消」についてのものである<sup>37</sup>。この議論も、法人格にとらわれずに、「取引相手」と債務者との間に介在する法主体を「導管体 conduit」として無視し、詐害行為取消権の網をかけ目的を実現するというアメリ

<sup>37</sup> 石坂・前掲注1、378頁。石坂は「取消権の物体（対象）」の項目において、まず、「債務者の行為」であると前置きをしつつ、そうした場合の困難な問題について、jaegerの記述を引用しながら以下のような事例を紹介する。以下は、原典に忠実な現代語訳である。債務者は実際においてはその財産を出捐するが債権者の取消しを免れるために他人をして出捐の行為を行わせることがある。すなわち、債務者である甲が直接に丙に給付を行う代わりに、乙に乙の名義をもって丙に給付を為さしめることがある。この場合には、乙は甲より取得した資金をもって丙への給付をしているのかもしれないし、乙は既に甲に対して債務を負担しているのでその支払に代えて丙に給付をしているのかもしれないし、乙は丙への給付によって甲に対してその補償を求める権利を取得することになるのでそれと甲が既に乙に対して有している反対債権と相殺できるからそうしているのかもしれないが、様々な方法によって、乙は丙に対する給付の補償を甲より受けることができる。この場合、乙の丙に対する給付は甲の計算において為されているので、債権者を害する点においては甲自ら出捐をなしている同じである。しかし、この場合に単に甲の乙に対する委任若しくは指図を取り消したとしても、甲の債権者を保護するには足りない。したがって、乙が甲の指図を受けて丙に給付を為す行為全部を取り消すことができると解すべきである。この問題は、債権説においては生じないことも明示されている（同、377頁）。（圏点、本稿筆者）なお、石坂の『日本民法（上巻）』（有斐閣、大正5；1916、初版明治44；1911）723頁等ではこの記述は削除されている。

述べられている解釈論は、詐害行為取消しの法的構成（「取消権説」）に、社会が応じて、その構成（取消し）を逃れようとする行動に対して、詐害の網を拡張させる解釈（「一体的取消し」）を示唆するものと評価し得る。アメリカ法の議論と類似しており、また、日本において転得者への取消しに対して相対的構成がとられていることなども、詐害の実体が三当事者ですまないものが通常であることを念頭にしていることによる可能性が高いと思われる。加えて、かかる構成上の問題が債権説的構成では生じないことが明示されている点も、近時、詐害行為の要件論の拡張を理論的に根拠付ける不法行為説（後述）や、訴権説等の請求権的構成が有力に主張されていることも併せて、興味深い。

カ法の議論を想起させるものである。ただし、この議論は、後に論じられることはなくなる。

⑥そして、この石坂説が、形成権＝取消権説を主張する意味、すなわち、取消権の法的性質をまず決定した後にそれを根拠に各法的帰結を導こうとするこの意味は、制定後、間もない民法を機能させるためにまず効果を比較的わかりやすく馴染みのある121条の取消権と性質決定すべきであるという発想があったのかもしれない<sup>38</sup>。

### 1.3 雫本論文の議論<sup>39</sup> (1915；大4) —— 請求権説＝債権説

雫本は、石坂の議論の中でも「訴えの性質論」に焦点を絞り議論を展開する。しかし、その前提となるのはやはり詐害行為取消権の権利の性質であり、そこに影響を与えるのはやはり目的論的考慮であると考えられるスタンスは石坂と共通している<sup>40</sup>。そして、雫本は石坂の主張と判例について、詐害行為取消権の目的に照らせば不必要な過大な効果をもたらし、且つ、目的を十分に実現できるわけでもないとして批判した上で、請求権説＝債権説を主張することになる。ここが、効果論において「取消し」の意味を相対化させることによって、受益者の下にある資産に対して取消

---

<sup>38</sup> 石坂は、後の雫本の議論に対して、石坂・前掲注26法学志林18巻7号にて、請求権＝債権説だとすると、その法的帰結がわかりにくいと指摘している。また、本文に述べたように、詐害行為取消権の「取消権」を121条の「取消権」とするとその効果がわかりやすいということを理由に挙げていることも併せて参照されたい。ただし、この時、既に、大審院は相対的無効説を採用して、「取消権」の意味を121条にいう「取消権」とは異なる法的帰結——石坂のいうところのわかり易い帰結とも異なる——をもたらすものとして解釈していることは、本文において述べた。

<sup>39</sup> 雫本朗造「債権者取消ノ訴ノ性質（廢罷訴権）」志林17巻3号p1、同12号65頁（1915；大4）、同18巻1号19頁（1916；大5）

<sup>40</sup> 雫本・前掲注39、18巻1号20頁において、詐害行為取消の性質を、同制度の根拠及び目的に顧みて定めるべきとして請求権＝債権説を主張している。また、雫本・前掲注39、17巻3号10-11頁、18巻1号19頁においては、石坂の主張に対して、目的を無視した文言解釈に陥っていると批判していることからそのことは窺える。これに対して、石坂は、石坂・前掲注26、18巻6号1頁において応答し、雫本こそが…としている。

し債権者による直接の執行を認めることを主張する「責任説・訴権説」(後述)への展開の出発点である。

### 1.3.1 存在意義

雉本は、同制度の目的を探るために、詳細に沿革をたどっている。そして、各法系において破産内外に詐害行為に関する取消法は存在しているが、その目的は同じであるとする。

そして、その制度の存在意義について、重要な言説を行う。すなわち、「債務者に財産の処分権を認め、債権者は債務者に対して給付を請求し得るのみ」という法理が絶対である故に生じる結果が「一般信用制度を助長する」妨げになるので、衡平の要求に基づいて「共同担保を保全するための」詐害行為取消権が存在する<sup>41</sup>、と。

<sup>41</sup> 雉本・前掲注39、18巻1号29-30、30、30-32頁の該当箇所を以下に抜粋する(以下、抜粋中の番号、筆者)。

①「債務者は債務を負担するか為めに其財産を管理し処分する権利を失うものに非すと云えとも、其財産の管理権を有するに任せ、或は債権者を害するの意思を以て、其弁済資力を減少すべき行為を為し、或は又斯る意思を有せずとするも、無償行為若くは之と同一視すべき有償行為を為し又は支払停止後若くは其前短き期間内に弁済資力を減少すべき行為を為し、因りて債権者に損害を及ぼしたる場合には、寧ろ受益者が受けたる利益を債務者に返還せしめ、依りて債権者に其債権の満足を受くべき共同担保を得せしむるか、衡平の要求に合すと云うに在り」(29-30頁)、「約言せは、債権者取消権は、衡平の要求を充たすか為め、法律の規定に依りて直接に債権者に認めたる請求権にして、其内容は受益者又は転得者に対して、其の受けたる利益を債務者に返還すべきこと即債務者の弁済資力を原状に復すべきことを請求するに在り」(30頁)、②「吾人は、右の論者(債権者が、受益者又は転得者に対して受益を債務者に返還するよう請求できるのは債務者の行為が“無効である”という論理に基づいてなされるべきであり、債務者と受益者の行為を有効と考えながら受益者又は転得者に請求できるとするのは法的構成上欠陥があるとの議論;括弧内は本稿筆者による原典の訳である)に対して、債権者取消制度の立法上の根柢か、単に受益者を保護するよりも、債権者を保護するか、衡平に合すといふ法的確信に在ることを三思せんことを切望せざるを得ず。夫れ、債権は債務者の給付を目的とし、直接に債務者の財産を目的とせず。又た債務者は債務の給付を目的とし、直接に債務者の財産を管理し処分する権利を失はずといふは、動かすへか

### 1.3.2 法的帰結

この存在意義に基づいて、雉本は石坂の議論に対して以下の批判を加

らざる法理にして、之を覆すべき法理あることなし。唯右法理の結果は債権者に厳にして、且一般信用制度を助長する所以にあらざるが故に、衡平の要求に従いて、この結果を救済せんとするは、恰かも債権者取消制度を認めたる所以なり。其間何んぞ法理的構成を容るるの余地あらんや。既に、法理の要求の結果を非なりとして、僅かに衡平を以て之を救い、さらに又其の法理的構成を試みんとするかきは、到底自家撞着と云わざるへからず(圏点、本稿筆者)」(31-32頁)

以上の記述について、①が詐害行為取消権を請求権であるとしその法的根拠(構成的な根拠)が衡平にあると述べ、②がその法的構成上の問題点に対する指摘に対して衡平を根拠としてそれに応答したものであることから、法的根拠論としてのいわゆる衡平説を主張するものと評価されている。この記述における衡平説に対しては、法が何故にとくに認めたのか、認めるのが何故衡平なのかにつき説明はなく、問いをもって問いに答えた感があると評されている(竹屋・後掲注76、222頁、星野『民法概論Ⅲ(債権総則)補訂』(良書普及会、1992、初出、1978)、下森・前掲書注5、785頁、飯原一乗『詐害行為取消訴訟』(悠々社、2006)、19頁)。

しかし、この批判は、法的構成、または法律概念上、言い換えれば、形式論上の根拠の観点からのものであることに注意しなければならない。実際、この雉本の記述は、何故、衡平という語を用いて一般債権における通常の原則的な構成を乗り越えなければならないのかについて十二分に具体的・実質的な根拠を説明していると言えよう。すなわち、この雉本による説明は、本稿の問題意識に最も近いものであると評価できる。なぜなら、何故詐害行為取消権は存在するのかという問いに対して与えられる応答(責任財産を保全するために必要であるという応答)に対しての更なる問い(何故責任財産保全が必要か)に対しての応答(財産秩序の維持が必要となる)に対しての更なる問い(何故財産秩序の維持が必要か)に対する応答(「債務者の処分権」「債権の相対性」の原則を貫くことによって、この場面で一般債権者を保護しなければ、一般信用が収縮してしまうから)となっているからである。制度の機能に着目した際の存在意義を真摯に追及しようとするものだからである。であるとすると、この議論は、星野の言う「債権者にとっては困ったことになる」または「責任財産保全」「財産秩序維持」という制度目的の真意を、説明する契機となるものと評価し得る(本文の検討=小括①②参照)。先に紹介した衡平説にまつわる批判的な言説は、その批判者の意図をも超えてやや一人歩きしている感がある。

える。

まず、雉本は詐害行為取消権の性質について。①詐害行為取消権は121条の瑕疵ある意思表示の取消しに関わるものではない。②425条の「総債権者」の文言を根拠とする石坂の取消権説（絶対的無効説）に対して、同様の帰結はその性質を「取消権」とせず「請求権」とした上でその内容を「受益を債務者に対して返還せよという給付請求」とすることによっても実現ができる。詐害行為取消権を取消権（形成権）だと理解すると、取消権を行使した後に、債権者代位権を利用して債務者のもとに財産を返還するよう権利行使しなければならないが、これは迂遠である（「迂遠」の意味については後に分析する）。さらに、③詐害行為取消権の性質を請求権とすれば、取消権説では取り消せない債務者の不作為による責任財産の減少に対しても対処できる<sup>42</sup>。

次に、その訴えの性質について、以下の二点にわたり、その目的実現の観点から迂遠であると批判を行う。④石坂の説によれば、受益者のみならず、債務者を被告としなければならない「固有必要的共同訴訟」となり、これは迂遠である。また、⑤石坂の説によれば、「債務者のもとへ資産を返却させるために、条文により要求される詐害行為取消訴訟を提起した後に、債権者代位訴訟を提起しなければならない、両訴訟は併合できない」のだから、迂遠である<sup>43</sup>。

以上より、雉本は、石坂の説によると、（詐害行為取消権の目的的考慮に照らせば）不必要、且つ、過大な、それにもかかわらず不十分な法的効果を取消権に与えることになる、と批判していることがわかる。こうして、雉本は、その打開策として、請求権＝債権説を主張することになる。すなわち、債権者は、受益者または転得者に対して、詐害行為取消権として「債権者は、債務者へ資産を返還するように、受益者に対して請求することができる権利」を持つことによって、必要且つ十分な目的の実現が行える、というわけである。

<sup>42</sup> 雉本・前掲注39、18巻1号31頁。

<sup>43</sup> この点によって、判例に対しても批判を行っている。

### 1.3.3 検討

雉本の議論の具体的な行論やその結論については、後に石坂による詳細な反論を受けることになる<sup>44</sup>が、その存在意義に関する議論については特筆に価する。以下、四点にわたって検討を行おう。

①まず、目的的考慮によって、条文の意味が決まるとし、424条の「取消」の文言の性質決定を行うという点において石坂に同調している<sup>45</sup>。

②そして、その上で、その制度の存在意義を、「債務者の自己の財産についての処分権限と債権者の給付請求権という法の在り方を採用した結果生じる一般信用の縮小を、同制度により是正する」としている。これは、石坂の議論に重要な積み上げを行っていると同評価できよう。すなわち、詐害行為取消権による一般債権者保護の必要性の根拠を、(個々の権利関係を越えた)一般信用の助長に、明示的に、求めている。

ここに、この議論を、先のアメリカ法の分析と合わせて、以下のように展開しても差し支えないであろう。すなわち、この議論は、詐害行為取消権は、債務者の財産処分権限と債権者の給付請求権という法の在り方を採用した結果、(債務者の資金状態が健全である場合においては、債務者と債権者の利害が一致し、債務者に資産処分の決定を委ね放置しておいたとしても一般信用が十分に維持・拡大されるのに対して、債務者の資金状態が悪化している場合においては、債務者の有する処分権限故に、債務者に過剰なリスクテイクのインセンティブが発生してしまう。この問題に対して事前に債権者が回避行動をとることによって)一般信用が収縮してしまう問題を是正するために、存在するというものである故に、アメリカにおける議論(先述)と機能的骨格において共通の基礎が見られる、と。

その理論によると、債務者を訴訟に参加させ当事者とするのは、既に、詐害行為対象資産について利害がなくなってしまった債務者を当事者とすることになり、訴訟を混乱せしめることになる。この観点によると、債務者に被告適格を与え、訴訟に参加させることは、迂遠であるばかりか、望ましくないことになるという強力な基礎付けを行い得るだろう。

<sup>44</sup> 石坂・前掲注26、40等。

<sup>45</sup> もっとも、結論においては雉本(請求権=債権説)・石坂(形成権説=取消権説)に相違があり、それによって雉本は石坂を批判しているが。

③さらに、雉本は、自説である債権＝請求権説を主張する上で、非常に興味深い記述を行っている。それは、この部分に関する石坂の議論に対する反論に現れる。

まず、石坂は、自らが取消権＝形成権説を採る理由の一つとして、次のように論じる。すなわち、ドイツ法においては詐害行為に関わる取消権行使の後、債権者は受益者から直接自己に詐害的譲渡対象物の返還を請求できるので、その権利の性質を請求権と解するのが妥当である一方、日本法においては425条「総債権者の利益の為にその効力を生ず」があるのでそのような理解は採り得ず、したがって、取消権＝形成権説が妥当である。

これに対して、雉本は、以下のように反駁する<sup>46</sup>。

ドイツ法の債権者取消法7条1項にも、「債権者はその債権の満足に必要な範囲内に於いては、取消を受くべき行為に因りて債務者の資産より譲渡、離脱若くは放棄せられたるものを、尚ほ債務者に属するものとして、受益者より返還すべきことを請求することを得」と規定しているが、そこから債務者に返還すべきか、取消債権者に返還すべきかを明言しておらず、その問題は解釈にゆだねられている。そしてドイツにおける jäger の解釈によると、次のように解釈される。受益者の取得した財産が現存する場合においては、その財産に対して強制執行を為せば足りる。他方、受益者が金銭を受け取るか、受益者が取得した財産が現存しない場合においては、その返還を請求しなければならない。しかし、この場合において、もし受益者はまず債務者に返還し、債権者は更に返還された財産に対して差押さえをしなければならぬのならば迂遠のみならず、もし他の債権者が先んじて差押さえを為すならば、取消債権者は返還された財産より債権の満足を得ることができない恐れがある。故に、この時取消債権者は受益者に対して直接に自己に給付すべきことを

<sup>46</sup> 雉本・前掲注39、17巻3号11頁、注4（特に13-15頁の記述をほぼ忠実に現代語訳したものである）。また、松坂佐一「ドイツにおける債権者取消権」『債権者取消権の研究』（有斐閣、1962）133頁なども参照。

請求することができるものと解することができる。

これはドイツ債権者取消法の解釈であり、その解釈はドイツ訴訟法の差押さえ債権者優先主義（差押さえにより差押さえ質権を生ずるという主義）を前提とするものに他ならない。つまり、受益者から債務者に返還せしめ、取消債権者においてその財産を差し押さえ得るものとするならば、差押さえ質権の効力として、他の債権者に優先するが故に、実際の結果においては直接に取消債権者に返還させるのと異なることはなく、しかも、迂遠の弊がある。我が民事訴訟法は差押さえ質権を認めず、債権者平等主義を採用するが故に、債権者取消の訴えにつき、形成権＝取消権説を採用も債権的効力説を採用も、ドイツ法のもとにおけるとは結果を異にすることはもとより論がない。したがって、吾人は「ドイツ法においては、債権者は受益者または転得者に対し、直接に自己に給付を為すべきことを請求することを得るが故に、債権者は債権的請求権を有すると為すを得べし」（石坂説）という論旨の根底に潜在すべき論理を発見するに苦しむ。（圏点、本稿筆者）

ここに雉本は、執行における、ドイツ執行法上の優先主義と日本執行法上の平等主義が、取消権の効果「総債権者の利益の為」の解釈——取消債権者とその他の一般債権者は取り戻された資産より按分弁済を受ける——に深く関わっていると見る。ただし、雉本の議論は、石坂の理解（取消債権者に直接引渡し請求が生じるドイツ法においては、請求権＝債権説が妥当と理解できるのに対して、日本法においては425条があるので取消権を債権（請求権）とは理解できない）を（ドイツ法においても、取消債権者への直接請求権の原因は、執行法の優先主義によるものであって、債権説（請求権）ではなく、したがって日本法においても、請求権＝債権説はあり得ると）反駁する限りのものである。すなわち、日本における「執行における平等主義」の帰結として、「取消債権者は（総債権者の為）債務者に対する資産の引渡しを請求することができる」とする結論<sup>47</sup>を導くためだけのものである。両者ともに、執行法上の主義（ドイ

<sup>47</sup> 石坂は、取消権（形成権）の行使として債務者のもとに資産が戻るとするのに対して、雉本は、取消債権者が受益者に対して資産を債務者に返還するこ

ツ＝優先主義、日本＝按分平等主義) から、取消し後に債務者のもとに返還された資産について、取消債権者とその他の債権者は按分的平等弁済を受けるということには変わりはない。

③-1 しかし、その説明として執行法の理解を持ち出した故に、この議論は更なる奥行きを持つことになる。すなわち、「総債権者の利益の為に」の解釈に「執行法における平等主義」が結び付けられた結果、債務者のもとに取り戻された資産の分配について、執行法上按分的平等主義を採用する日本においては、総債権者による「按分的平等弁済受領」が妥当であるという理解が自然と導かれることになるのである<sup>48 49</sup>。

③-2 ここで留意を促さなければならないのは、ドイツにおける解釈者の解釈の背後に見え隠れする価値判断である。これに関して、雉本は正確に捉えているとは言いがたい。そして、その不正確性は以後、近時の大島・平井論以前まで引き継がれることになる<sup>50</sup>。

---

とを請求しえらる。両者共に、債務者のもとに流出した資産を戻すことについて、さらに、戻された資産は債権者がそこから按分弁済を受けることについては、異論が無い。

<sup>48</sup> 現にその後、このような論の運びが採用されている点について、加藤・後掲書注65、330頁、下森・前掲注5、「425条」、佐藤・後掲書注149、318頁等を参照。鳩山・前掲書注3、187頁は、結論的には、「債権者は優先権を取得せず。之れ第425条の規定する所にして我が民法の獨法と異なる所なり。故に債権者が自己の債権の満足得んと欲せばさらに強制執行等の方法によらざるべからず。」とする。これも実体法上の優先権を与えず、執行法によるものとするわけであるから、同趣旨であろうか。

<sup>49</sup> 加藤・後掲書注70、331頁には、日本における破産法は旧商法破産編に規定されており(商人破産主義が採用されており)そこで、非商人以外は利用できない破産制度をでき得る限り既存の道具立てで実現しようとの考慮から、詐害行為取消権を簡易な破産制度として機能させようと按分弁済が意味を持ったとされる。そこから、加藤は、本旨弁済も詐害行為となるという結論を導く。

我が国において、詐害行為取消権に関する解釈に、執行法上の平等主義が現れる場合は以下の3パターンであるといえる。①要件論において偏頗弁済を包摂するための理論として、②効果論において債務者に財産を(全部あるいは一部)返還させるための理論として、③取消しの後始末としての効果論において按分弁済を導く理論として。

<sup>50</sup> 大島・前掲書注2、平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為－ action

そのドイツの解釈者の価値判断を説明するためには、取消しが行われた後執行法上の優先主義によって債権回収が行われることを想定すればよい。この時、取消し債権者によって執行が行われた後、他の債権者が先に執行をかけてくる可能性がある。これは詐害行為取消権そのものに請求権的な効果を持たせてその請求権に他の債権者より優先的に自己の債権を回収する力を与えるのとは全く異なる帰結である。さらに言い換えよう。少なくとも、この記述の限りにおいては、ドイツ法の解釈者は、取消権の行使により取消権行使債権者に直接回収させなければ、迂遠というよりも、寧ろ不都合が生じると実体的に判断しているという可能性も存在する<sup>51</sup>。すなわち、ドイツの解釈者の価値判断とは、債務者に資

---

paulienne への回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開—鈴木祿弥先生古希記念』170頁。ただし、大島・平井論文でも、詐害行為取消権と執行法との関係（解釈上執行法をどこまで参照すべきか）については言及しておらず、平井宜雄論文が優先主義的解決を志向するにあたって、執行法上の平等主義の解釈に言及していることから、日本においては執行法上のポリシーと詐害取消しの効果とがリンクされる傾向（詐害行為取消権の「総債権者」の解釈を執行法上の平等主義との均衡に基づいて行う傾向）が見て取れる。（ただし、平井宜雄論文においては執行法上の主義はあくまでも一要素として、自己の規範認識を実現するための技術的な解釈として言及されておりそれほど執行法を重視しているものでもない。）執行法上の平等主義は「同じものを同じに扱う」という原則に過ぎず、違うものを同じに扱う必要はない。そして、同じものか違うものかは、実体法固有の解釈問題であって、それを執行法が反映するのみである。したがって、論理的には、実体法上（詐害行為取消権の存在理由に鑑みて）、取消債権者とその他の債権者とが異なると判断されれば、それにしたがって、「総債権者」の意味も明らかにされ、その実体関係を実現するべく執行が行われれば良いのであって、その際には「異なるものを異なるように扱っている」に過ぎないのだから「同じものを同じに扱う原則に反している」ということにはならない。詐害行為取消権の効果を決定するにあたって、執行法上の主義に配慮する必要（詐害行為取消権の効果に特定の意味を持たせるために執行法上の主義を相対化する必要も）は全くない。

<sup>51</sup> 「迂遠」というのは、同じ結論を導けるにもかかわらず、遠回りを行う様に対しての評価だと思われるが、この場合においては、結論が異なることに留

産を返還せしめると、他の債権者が差押さえを行ってくることになり、さらにそこに優先主義が適用されることによって、取消債権者が（取消権を行使したにもかかわらず）返還された財産より債権の満足を得られなくなってしまうことを恐れている（先述、雉本論文による引用参照）——端的に言えば、執行法上の優先主義に邪魔をされて取消債権者が優先権を得られないことを恐れている——というものである。したがって、「執行法の差押え質権を超えた実体法上の優先弁済受領権を与える」というのが、ここでの詐害行為取消権の効果として必要だと判断されていた実体的効力ということになる。

ここには、寧ろ執行法の優先主義のみによると不都合が生じるので、それ以上の優先権を取消債権者に与えようという実体的な価値判断が行われている可能性すら窺える。「この実体的な優先権」は、「優先主義によってもあたえられないもの」であるから、「執行法における主義に関わりのないもの」である。

詐害行為取消権の効果が「執行法における主義に関わりのないもの」とであるとすると、その効果を基礎付けるのは、詐害行為取消権の存在意義に他ならない。その存在意義が信用収縮を防ぐことにあるならば、債務者がリスク中立的ではない行動を行ったなら、取消権が行使されなければならないことになる。そのためには、速やかに適度な程度で債権者に取消権を行使させるために、取消権を行使した債権者の優先弁済受領

---

意しなければならない。すなわち、債務者に資産が返還されたならば、他の債権者がその資産に対して執行をかける可能性が存在するが、取消債権者が直接請求できるとなるとそのおそれが無くなることになる。そこには単なる迂遠では済まされない、取消権者に（事実上の、且つ、執行法上のものとは異なる積極的な）優先権を与えようという実体的な価値判断が潜んでいるのである。この点について、雉本は、ドイツの解釈（jaegar）の紹介においては、「迂遠のみならず、もし他の債権者が先んじて差押えを為すならば、取消債権者は返還された財産より債権の満足を得ることができないおそれがある」としていたが、それに対する自身の評価においては、「迂遠」という言葉のみによって評価しなおしており（本文参照）、若干意味をすりかえているように見える。これは、一見して単純に結びつきそうな「総債権者＝債権者平等」という命題を理論的に説明しようと思えば如何に困難であるかを窺わせるものである。

権をなんらかの形で確保しなければならないということになる<sup>52</sup>。これによって債務者は社会的に望ましくない行動（過剰なりスクテイクや経営無関心による）を採った場合には、取消しによる取引覆滅を恐れたその取引相手に相手にされないのそのような行動が抑えられるからである<sup>53</sup>。

まとめると、諸外国においては、詐害行為取消権の効果として少なくとも取消し債権者の取消し後の取り分について優先主義的な解決が採用されているが、これは、執行法上の主義とは関わりなく詐害行為取消制度の存在意義から合理的に演繹され、且つ、その中核を構成する法的帰結である——しかし、そのことは執行法の主義によって見えにくくなっているが——という理解も相当有力に成り立つ。そして、「少なくとも取消債権者に優先弁済受領権を付与すること」によって、詐害行為取消権が目的どおりに機能することになり、事前の段階で債務者のリスク中立的な行動を促すのであれば、詐害取引は起こらないのであるから「総債権者のために」十二分に資するのである。なぜならば、取消権が機能した結果、「詐害」の発生が抑えられ、取消権は行使されないようになるからである。以上のことは、先述したアメリカ法の分析において、取引相手の債務者に対する事前の監視によって、事後的な詐害取消しが減少しているという実証についての評価によっても支持されるかもしれない<sup>54</sup>。

<sup>52</sup> 100の債権につき、100の利益があるとして権利を行使するのが、通常の債権の請求行動であるので、直感的には、100の債権の行使につき100の利益が生じるように取消権を仕組む（すなわち、優先弁済）ことが合理的であると考ええる。ただし、この点については、十分に検討できていない。

<sup>53</sup> こうして、債務者が自己の行動を制御できないという問題を、債権者・受益者（取引相手）の最安価な監視によって実現させるというのがアメリカでの理論であった。

<sup>54</sup> 第1章の Steven L. **Schwarz**, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 CARDOZO L. REV. 647 (1996), at 683における分析。すなわち、詐害取引と判断されないように、債務者企業の資金状態が「健全 solvent」である時に行われるので、詐害取引法は問題にはならないという指摘。これは、詐害取引法の規制を回避するために、事前に、当事者がその要件に当たらないような取引（法の目的にかなった取引）を行うことを示唆するものである。

他方、「取消しの後始末」として、取消債権者<sup>55</sup>とその他の債権者に、按分弁済が行われるというルールの下では、債務者のリスク中立的ではない行動を行った後に取消権が行使されるということにはならない。なぜなら、取消債権者が詐害行為を取り消したとしても、按分弁済によって何ら見返りを得ることができなくなってしまい、債権者達は取消権を行使することをためらうようになるからである<sup>55</sup>。その結果、債務者と取引相手は、取消権が行使されないことを良いことに、債務者の資産を減少させることになる。さらに言い換えるならば、債務者の資産状態の悪化を見越した取引相手が、取消権が行使されないのを見越して、必ずしも債務者にとって有利ではないが、自己にとっては有利な取引を持ちかけるようになる。要は、詐害行為取消権が機能しない結果、取消権は行使されず、債務者の財産減少は続いてゆくことになる。そのような中で、債権者は、債務者の資産が減少しないという「あて」（予測）を持つことはできないだろう。

これらのことが取消権の実質だとするならば、「総債権者の利益のため」の解釈は、「総債権者に何らかの法的効果が生じること」ということになり、それで十分である。すなわち、取消権者が満足を得た後にその他の一般債権者が取り分を得られるようにしておくことで十分であろう。「総債権者」の解釈的意義について判決効を拡張するという解釈が後の佐藤によって明示的に主張されることになる<sup>56</sup>。

加えて、「責任財産保全」という目的的考慮は、その制度趣旨である「信用秩序」に結び付けられることによってこそ、その具体的な内容が理解されなければならないであろう<sup>57 58</sup>。そうであるとするならば、「総債

<sup>55</sup> いわゆるフリーライド問題。

<sup>56</sup> ただし、佐藤は、総債権者の解釈として取消債権者も含めた債権者間の按分弁済も主張する。この点について、私見とは異なる。

<sup>57</sup> この思考は、日本の学説においては不十分であるというのが本稿における分析である。このことは後述してゆく。

<sup>58</sup> この場面での債権者平等——取消し債権者にはなら優先権を与えずに他の債権者(その他の取消し債権者及びそれ以外の一般債権者)との按分弁済——を主張するならば、本稿に挙げた存在意義論との関係で、その有用性を議論しなければならない。

権者の利益」とは、事前における債務者の行動適正化に関わる利益のことを指し、事後的には、「総債権者の利益」に反する行動について、少なくとも取消債権者に優先権弁済を受領させ、他の債権者にも「分配についての何らかの関与」を認めることを指す（すなわち、何らかの法的効果を総債権者に帰属させるという意味に解釈することになる）。具体的に言うならば、取消しの後始末における分配については、「少なくとも取消債権者が優先弁済を受領し、その残余があればそれについて他の一般債権者が按分弁済を受けること」が、その存在意義に最もかなった解釈であるということになる。

そして、この分配ルールは、執行法の主義とは無関係であり得ることは先述した<sup>59</sup>。結論としては、「執行法の主義」とは別に、取消権による実体法上の優先権付与効を論じることは実体法の解釈として十分あり得るし、それが存在意義に最も忠実な解釈であるということになると考えたい<sup>60</sup>。例えば、取消権によって取消権行使債権者は実体法上の優先権を得た上で、債務者のもとに戻された資産に対して、その他の債権者による執行が許されるという解釈も、「総債権者の利益のために」の解釈として十分有力に成り立つと考え得るのである。この「総債権者の利益のために」の解釈指針については、総債権者への法的効果帰属という意味において、佐藤論文によって決定的な前進が見られ、取消し債権者の優先権という実体的な意味において、大島・平井論文によって展開が見られるので、後に改めて再論することにしよう。ここにおいては、榎本論文による意味の持ち込みを確認した上で、一応、私見としての仮説

<sup>59</sup> したがって、逆に、日本の執行法が優先主義になったとしても、詐害行為取消権の後始末の問題において、優先的な解決が、その必然として、解釈論上正当化されるかは疑問である。なぜならば、取消権が行使された後、債権者が執行を行い、それについて優先主義が適用されるという論理的な可能性も存在するからである。

<sup>60</sup> 平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為－action paulienne への回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開－鈴木祿弥先生古希記念』170頁（1993）189頁に一般論として記述されており、森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁はこの部分を引用している。その心は本文に記述される内容であろうか。

的な帰結を提示するに留めておく。

④最後に、雫本の議論においては、詐害行為取消権制度が、「破産外取消法」として想定されていることが窺われる<sup>61</sup>。すなわち、「破産」「外」から、「倒産法制としての破産法（特に、解体清算手続き）」や「強制執行の準備段階の制度」として、詐害行為取消権が位置付けられているということが窺われる。

以後も、この想定のもとで、詐害行為取消権の目的を最適に發揮させるような同制度の解釈が、さらに、展開されていくことになる。

### 1.3.4 小括

以上をまとめると、雫本は存在意義についての積み上げを行い(①②)、執行法の平等主義を「総債権者」の解釈に導入する一般論を展開した(③)。そして、さらに、石坂・雫本のみならず以後の議論も詐害行為取消権を、「破産」外取消権であるとする。その意味は、詐害行為取消権を、強制執行や法的倒産（すなわち、解体清算）の準備手続としての想定を行っている(④)。

アメリカ法の存在意義に関する議論による示唆はこうである。①②については理論を補充する余地があるが補充されないまま現在に至る、③については日本法の解釈には詰められるべき余地があるが詰められないまま後に受け継がれてゆく、④については現代的な問題として解体清算型ではない再建型倒産法制のもとでも、同様の法的帰結が望ましいか再検討する余地がある。

## 1.4 鳩山論文の議論<sup>62</sup> (1916 ; 大5)

この論文は特定物請求権が詐害行為取消権における被保全債権となるか、について石坂の説<sup>63</sup>に反論するものである。その議論は、目的考的

<sup>61</sup> のみならず、あらゆる論者がそうである(石坂・前掲注1、加藤・後掲書注70)。

<sup>62</sup> 鳩山秀夫「特定物ノ引渡ヲ目的トスル債権ト廃罷訴権」法学志林18巻3号p53(1916 ; 大5)。

<sup>63</sup> 石坂音四郎『日本民法第3篇2巻』(1912 ; 明44) 719頁、石坂・前掲注1、374頁も同じ。

慮により要件論を導くものというアプローチを採る点で、そして、その過程を通じて現われる議論が本稿におけるアメリカ法の分析や、後述する日本法への示唆（その方法論）との関係で重要であるので紹介する。

#### 1.4.1 目的論的考慮による「害する」の解釈——要件論

まず、この点についての石坂の議論を紹介しよう。もっとも、以下の記述は鳩山論文において石坂の議論として紹介されているものを参照したものである。

いわゆる不動産の二重譲渡の事案<sup>64</sup>において登記を備えた第二買主が第一買主により詐害行為取消権を行使されることを認めることはできない。なぜなら、177条と「矛盾」するからである。すなわち、登記を既に備えた第二買主に対して、第一買主が取消権を主張できるとするならば、登記を備えずして第三者に対抗することができることになってしまい177条と矛盾を来たすのである。したがって、特定物請求権は詐害行為取消権の被保全債権とはならない（177条によって対抗力を備えた者は取消権の適用を受けない）。

これに対する反論が、すなわち、特定物請求権は詐害行為取消権の被保全債権になり得るという主張が、鳩山の主張である<sup>65</sup>。鳩山は、大略

---

<sup>64</sup> 石坂は、不動産売買・動産売買について論じているが、鳩山の設定が不動産売買についてのものである。

<sup>65</sup> 石坂の説示は、当初は、判例によっても採用されていた。すなわち、大審院明治43年12月2日民録16輯873頁（1910）は、424条が177条と矛盾することを一般論として述べた上、177条を優先させるために424条の詐害取消しを否定していた。ただし、この判決の事例は、登記を備えていない不動産の賃借権者が、不動産の譲受人に対して取消権を行使した事例でありいわゆる典型例とは異なるものである。大審院大正7年10月26日民録24巻2036頁は、425条が「総債権者の利益の為」にその効力を生じるとしていることから、特定物引渡し請求権は、詐害行為取消権の被保全債権にはなり得ないと判示する。この判決は、詐害行為取消権について、「それが責任財産全体の問題であること、特定の財産の弁済だけの問題でないこと（たとえば、家屋引渡債権の目的たるその家屋

して、以下のようにこの議論に答える。

177条（物権と物権との関係を規律する）と424条（債権と物権との関

が他人に売られたというただそれだけの事実——責任財産の全体がその債権の価格（損害賠償）をカバーするか否かに関係なく——があるだけでは、この権利を行使し得ないということ」を承認していたとされている（川島・後掲書注81、66頁の解説）。また、大審院昭和8年12月26日民集12巻2966頁（1933であるので鳩山の議論以後のもの）は、登記を備えた第二譲受人に対して、売主から贈与を受けていた者が取消権を行使した事案において、鳩山らの取消し肯定説に大きく配慮をしながらも（説示においては、明治43年判決の理由付けである177条と424条が矛盾するという言説を否定し、加えて、大正7年判決の理由付けも債務者に復帰した資産に対して他の債権者が差押えをすることが可能であることから否定し、一般的に424条の被保全債権を当初より金銭債権に限定することに理由はないとしており、鳩山らの議論を全面的に肯定している）、「土地所有者が土地を他人に贈与し未だ登記を為さざるに先ち更に同一土地を他に売渡し既にこれが登記手続きを完了したる場合に」取消しを認めるならば177条の趣旨に反し、425条の趣旨も併せて、取消権行使を否定している（苦しい解釈をしてまで大審院が否定をするのは、家督相続のための養子が離縁されたことによって不動産贈与を行った原因が消滅した後、離縁前の贈与にかかる請求権を保全するために取消権が行使されていることや、原告が行っている債務者に残存する贈与対象となる不動産についての引渡し請求は原告の請求が認められているという事情も影響してか）。その後、この一般論は、最高裁昭和36年7月19日民集15巻7号1875頁によって変更されることになる。判決は、以下のように述べる。「特定物引渡し請求権といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を取消することができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、究極において損害賠償債権に變じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである」と。

学説については、石坂は先述したように、177条と424条は矛盾するので177条を優先すべしとして、424条の適用を否定する。これに追随するものとしては、星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会、1992、初出、1978）108頁がある。

他方、鳩山論文・昭和36年判決以後の学説の多くは、取消し肯定説に立つものが多い。例えば、鈴木禄弥『債権法講義（四訂版）』（創文社、2001、初出1980）232頁がある。加藤・後掲書注70、312頁もこれに賛同する。以上の整理は、同じ問題を扱っている平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為— action paulienne への回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開—鈴木禄弥先生古希記念』170頁、特に、36年判決については175-176頁に詳しい。

係を規律する<sup>66)</sup>とはその適用場面が違う。石坂の言う矛盾というのは直接の矛盾ではなく、間接的なものである。石坂の主張は以下のようなものである。《177条によれば物権を取得したものであっても、対抗要件が備わっていなければ第三者に対しては対抗できず、対抗力を備えた物権変動を無効とすることはできない。債権を有している者であれば、なおさら対抗力を備えた物権変動を否定することはできない<sup>67)</sup>。》しかし、この考えに従うことはできない。まず、424条は、単なる金銭債権によっても生じるのであるから、偶々それが特定物請求権であったとしても424条の適用は否定されない。次に、424条の場合は、「無資力の要件」が加わっている。この無資力の要件があるので、債権の場合には「なおさら…」は論理必然の帰結とはならない。

鳩山は、このように、一般論として、特定物請求権は詐害行為取消権の被保全債権となると述べた後、常に第424条の適用ありとする説も誤りであるとして、要件論を進める。そして、そこにおける適用の制限(要件論)の指導原理となるものが詐害行為取消権の目的的考慮であると評価し得る。

これについて、鳩山は、以下のように論じる。「債権者を害する」の意味は、直接特定物の履行が実現されなくなったとしても、その損害賠償請求をなし得るならば「未だ債権者を害したるものではない」。「『債権者を害する結果を生ず』とは、債務者の財産の減少に因りて所謂共同担保の減少を生じ債務者無資力の状態を生ずるがために債権について金銭的賠償を受くることをも得ざるにいたらしむという意味である」。

#### 1.4.2 小括

①まず、「債権者を害する」の意味について、目的的考慮(共同担保の保全)から無資力の要件を提示したことは、これは、アメリカに言う、「詐害の意図」を認定するための「債務超過」「対価の不均衡」(法定詐

<sup>66)</sup> あくまでもこの場面において、であろう。

<sup>67)</sup> この物権の優越性に関する判示は、大審院昭和8年判決・前注65にも採用されている。同じく、平井・前掲注65、174頁参照。

害)を想起させるものである<sup>68</sup>。この考慮によって、取消権が行使されるべき範囲を限定することになる。

②さらに、後の昭和36年(1961)の最高裁判決において採用されることとなる特定物請求権の不履行についての議論<sup>69</sup>は、契約違反の損害賠償が、その他の一般債権と共に、債務者の資産でまかなうことができ、すなわち、債務者に債務者の行動による社会的な損失が内部化される(資産超過になっている)ならば債務者の行動は合理的である(したがって、詐害行為ではない)というアメリカの議論とも整合していると評価し得よう。

③鳩山の議論は、解釈方法として、物の譲渡という詐害行為類型において一見して生じ得る(ように見える)177条(二重譲渡)と424条(詐

---

<sup>68</sup> UFCA が制定される1918年以前のアメリカにおいては、一部の地域を除き、伝統的な「詐害の意図」の要件について「債務超過」「対価の不均衡」という間接事実のセットが備われば、「詐害の意図」を認定するという実務が行われていた。ここにおいては、このような条件を満たす特定の行動を採っていたら「意図がある」と判断されるということである。この間接事実のセットが、後のUFCA 制定によって、取消しの要件(「詐害の意図」を要求しない要件)として明文化されることになった。このことについて、歴史的な沿革を重視して、「債務超過」「対価の不均衡」が備わったとしても、債務者の心理状態としての詐害の意図(債権者を害する意図)が備わっていないことが反証されるなら取消しは行い得ないという解釈もありえたが、立法者見解はこの意見を明示的に排除している。したがって、「心理状態としての債務者の意図」がなくても、「特定の事実的な条件さえ備われば詐害取引は成立する」ことになっている(もともと、近時は、この歴史的な沿革を重視する見解が現代取引という社会の変容の文脈において機能的な分析による裏づけを得て再び息を吹き返していることは先述した)。

他方、日本法に目を向けると、「詐害意思」が要件となっているが、これについては「害意(詐害の意図)」は必要ないとされ、特定の行動(間接事実)が備われば詐害意思があったと認定され、取消しが認容されている。(債務者の主観的な意味での意思(意図とほぼイコールであろう)は実際上証明できないのでこのことは当然である。)実質的には、両国ともに、特定の間接事実の具備によって取消しが行われており、その要件は、ほぼ同じものであると言える。

<sup>69</sup> 前注65。

害)との対立を、各条文を重疊的に理解することによって消滅させたことに意義がある。ここにおいて、鳩山は、詐害の問題を詐害取消法理の目的に沿って慎重に分析すれば、その他の法理とも矛盾なく理解できる余地があることを示唆している。この方法論は、後の本稿における帰結(「弁済」について)にとって示唆的なものとなる。

## 2 大正後期の議論

その後、判例理論を何らかの形で支持する加藤論文<sup>70</sup>(1918;大8)・鳩山体系書<sup>71</sup>(1925;大14)が登場する。これらの説は、詐害行為取消権の目的の適切な実現のために424条の「取消」の意味を、121条の「取消権」とは異なる意味に理解するという判例理論に近い結論を支持することになる。そして、折衷説・(物権的)相対的無効説を軸とする判例理論が通説的な地位を占めるに至る。

例えば、加藤論文は、詐害行為取消権の性質について形成権としつつも、その効力については債務者の法律行為の効力を債権者・債務者・受益者との関係において制限(否認)し、詐害的譲渡の対象となった財産の返還を内容とする債権的請求権を発生させる<sup>72</sup>ものとする。すなわち、

<sup>70</sup> 加藤正治「廢罷訴権論」『破産法研究 4 卷』(有斐閣、1918) 137頁。

<sup>71</sup> 鳩山秀夫『日本債権法(総論)改訂』(岩波書店、1925;大14) 200頁は、形成権=取消権説(鳩山・前注3、『同上(68版)』(岩波書店・1924) 184、186、187頁)から改訂したことを明示する。

<sup>72</sup> 判例や石坂説との違いは、財産を当然復歸させないで債権的請求権の発生に留まるとする点にある。顕著な違いは、受益者の債権者との関係——特に、受益者が倒産した場合——において現われる可能性がある。石坂や判例のように取消権の帰結に物権的効力を認める場合においては、受益者に対する詐害行為対象物の請求権が物権に基づく請求権となるので、受益者の一般債権者に優先することになる。

さらに、加藤は、否認権と詐害行為取消権の制度趣旨が同じであることから上記の否認権の解釈理論を詐害行為取消の理論に導入する。すなわち、そこにおける否認の意味とは、後の学説が言うように、詐害行為を受益者は、債権者との関係においてのみ対抗し得ないというものである。そして、その背後にある思想は、詐害行為取消制度の目的のための最適な取消しである。

取消権の効力としては（債権的）相対的無効が最適であるとする。この考え方は、判例の採る物権的相対的無効説を、過剰なものであると評価してさらに弱める考え方である<sup>73</sup>。これは、効果論において、目的の考慮に最も適った形に取消権の効果を制限することを意味している。まさに、目的のための最適な取消しを思想を体現する考え方である。これが川島説に受け継がれ、後の議論を生み出してゆく。また、鳩山体系書は、詐害行為取消権の性質について債務免除や債務負担行為のような行為はその効力を消滅させることによって取消権の目的を達成することになるので、その性質については、形成権＝取消権説でなければならないとしながらも、実際問題として、その取消しの後に必要となることの、受益者に対して行使される（債務者へ資産を返還するように求める）返還請求の場面においては、別個に債権者代位によらなければならないのは不都合であるとして、その際には取消権に加えて請求権の性質を帯びることになるとする折衷的見解を支持する。これは、「保全」の効果の迅速化を目指すという意味において、目的の考慮によって説明され得るかもしれない。この思想も後の議論に受継がれて行く<sup>74</sup>。

さらに注目すべきは、この時期、すなわち、大正11年（1922）に破産法が制定されている。そして、破産法制定は、各論者の中に、弁済が詐害行為となるかという問題に関する姿勢に影響を与えている。すなわち、破産法制定以前の、加藤体系書（1918）においては、詐害行為取消権に破産制度の不在を補う役割を担わせ、弁済を詐害行為として取り消すことを容認する議論が主張されたが、それ以後の、鳩山体系書（1925）においては、弁済は偏頗行為（債権者平等の問題）であるとして、それは破産法に任せ、したがって、詐害行為取消権によっては弁済を取り消し得ないとする議論が主張されるに至った。

<sup>73</sup> 加藤・前掲書注70、218-219頁、279頁は、契約は有効としつつその効力を債権的に制限（否認）するのが妥当であるとする。その理由として、物権的な効力を持つのに相対的な効力であるというのは論理矛盾であることが挙げられており、さらに、石坂説（物権的絶対的無効）は過大な効果を与えてしまうことを挙げる。

<sup>74</sup> 佐藤説は、迅速性を追及し、一回の訴訟によって取消しの目的を実現できるとする（後述）。

### 3 明治から大正にかけての議論の小括——性質決定と目的的思考

①日本における議論の特徴は、先述したように「性質から、効果を導くこと」である。これは、民法典を導入して間もない時期に、詐害行為取消権という抽象的な3ヶ条の条文を事案に適用し法的な効果を付与しなければならぬという要請にこたえる形で、「諸外国の学説の継受」と「性質決定」の思考様式が必要だったことがその原因かもしれない<sup>75</sup>。そのことから、「性質決定論」は、議論のたたき台として、すなわち、議論の出発点として機能しているといえよう。したがって、論者においても完全に、「性質決定」や「取消」の文言から効果を演繹するわけではない。

要するに、詐害行為取消権の目的を既存の道具立てによって如何に実現するか、が課題であったと評価し得る<sup>76</sup>。

②この「取消の文言に拘らない傾向」は、当初より明治44年判例自身が、取消権の性質についての折衷説・効果についての相対的無効説により追認しているところであり、そのお墨付きを得た上で、——判例を批判する形でだが——学説は展開されてゆく。この路線は、その後の学説にも受け継がれ<sup>77</sup>、更なる展開を見せることになる。すなわち、川島説以後の、判例よりも、さらに、「取消」の意味を制限的に理解する考え方の登場である<sup>78</sup>。

---

<sup>75</sup> 424条の「取消」の文言を、121条の「取消」と同じ意味に解するかが問題となったことは先述した。これについて、石坂は、「取消」を121条の「取消」と同じに解することで、その法的効果が明確になると、その性質決定によるメリットを説いている。他方、石坂・前掲注26、「雉本博士ノ「債権者取消ノ訴ノ性質」ヲ評ス」法学志林18巻7号）は、雉本の説を、424条の「取消」を請求権と解すると効果が不明確となると批判している。このことは、本文のように評価する理由となろう。

<sup>76</sup> 竹屋芳昭「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3＝4号（1959）221頁は、「合目的な解釈が許されるのではあるまいか」として、既存の議論をその表れとして引用していると考えられることができる。

<sup>77</sup> 前注76参照。

<sup>78</sup> そこにおいては、「性質論」から「効果」を導くという構造から、「性質論」を除外し、より合目的な「効果」を探るといふ風に発展してゆく。

以上に、この時代の特徴は、①性質決定アプローチと、②目的実現のための最適な取消しの思想の二点である。そして、何れの特徴も③目的的な考慮に基礎付けられている。

③このように、目的的な考慮が学説の土台となっていることが確認されたが、この目的が如何なるものであるか、この制度は一体如何なる社会的な機能を営んでいるのかという議論（存在意義に関する議論）に関しては、雉本の議論からはさほど進展しているわけではないことも確認してきたとおりである。

④ただし、同じく検討を行ったように、日本においても、その議論の基礎にある思考はアメリカ法において発展したそれとほとんど同一のものと評価でき、それによって、アメリカの存在意義に関する議論を接続し得ることも同時に確認される。そして、この視点から見れば、「取消しの後始末」の問題については、若干の特色——執行法上の平等主義のやや形式的な持込み——が見られることをも確認した（雉本論文の紹介における検討参照）。

以上に、明治から大正末期にかけての議論を紹介した。この時期の議論において、日本における目的考慮の根付き、それと存在意義との関連性についての記述の不十分性、したがって、その要件効果論の不十分性が確認された。ここで確認された基調は、後においても、ほとんど変わらない。

#### 4 その後の議論——目的考慮の徹底——責任説・訴権説へ

以後も、先の学説の確立した方向性——目的の実現のための最適な取消しによる効果の模索——をさらに追及してゆくことになる。その結果、この目的考慮の強調により、先の時代に強調されていた性質決定から法的帰結を導くアプローチは次第に後退していくことになる。

これが、責任説をはじめとする次の時代の特徴となる。そして、この傾向はさらに続き、訴権説による、以前とは違う形での性質決定論の復権へと繋がって行くことになる<sup>79</sup>。

<sup>79</sup> 責任説はドイツの考え方を参考に、訴権説はフランスの考え方を参考にしている。

これらの説は、共に、詐害行為取消権が結局は債権者達の強制執行の準備段階であるという機能を直視し、その効果の面における利便性を追及することをその特徴とする。具体的には、原告債権者が、債務者と受益者の行為を有効としつつも、取消訴訟の勝訴判決を債務名義に被告である受益者の手中にある詐害行為の目的物に強制執行を行うことを認めることになる<sup>80</sup>。

以下においては、存在意義に関する議論をその視角として、昭和初期—中期にかけての川島・竹屋＝山中・下森＝中野（責任説）を見た後、その後の佐藤（訴権説）を、紹介してゆこう。

#### 4.1 川島体系書の議論<sup>81</sup>（1949）——責任説・訴権説の萌芽

川島は、詐害行為取消権の目的<sup>82</sup>を論じた後、その目的のための最適な取消しを模索してきた沿革を重視し、それを実現するために、同制度がフランス法の訴権的な構成を採っていること<sup>83</sup>を指摘する。訴権であることを宣言することによって、川島は、424条の「取消」の意味を、伝統的な理解（物権的相対的無効）よりもさらに弱めようとする。

川島は、これについて、以下のように述べる。「取消ということは、給付請求あるいは請求拒絶のための論理的観念的な前提にすぎず、債権者取消の目的は責任財産から不当に分離された財産の返還請求にある<sup>84</sup>。その結果、フランスの解釈によって<sup>85</sup>、詐害行為取消権を請求権とする。

---

<sup>80</sup> 佐藤・後掲書注149、88頁参照。ドイツ・フランスにおける取扱いは、共通している。

<sup>81</sup> 川島武宜『債権法総則講義』56-58、64-74頁（岩波書店、1949）。

<sup>82</sup> 川島・前掲書注81、56-58頁。これについては、石坂のものとはほぼ同じである。

<sup>83</sup> 佐藤・後掲書注149、122頁は、この評価は正当であるとする。

<sup>84</sup> 川島・前掲書注81。

<sup>85</sup> 川島・前掲書注81、67頁によれば、詐害行為取消権が訴権であることに何ら重きを置いていない。このことについて、民法典の権利全てにわたり裁判規範であるのだから、相手方が任意に権利行使に応じない場合は、常に「裁判上請求する」必要を生ずることになるのが通常であり、偶々、詐害行為取消権はフランス法を母法とすることからその構成にならい「裁判所に請求することを

ここからも窺えるように、川島は、「取消」の意味を「相対的無効」よりもさらに弱め、単に、受益者が、債務者との詐害行為の有効性を債権者との関係で対抗できないというものに留まるとする<sup>86</sup>。以後、この「対抗できない」<sup>87</sup>の説示が、学説の特徴となる。

そして、その「対抗できない」の具体的意味はこうである。取消債権者の被告（受益者）はその所有名義となっている財産に対し、そのままの状態、債務者の責任財産を構成するものとして強制執行し得る<sup>88</sup>。こうして、取引行為の効力にふれることなく（有効としたまま）、ただ債権者との関係において相対的に取引行為の効力が主張され得なくなる。相対的「無効」ですらない<sup>89</sup>——すなわち、効力は訴訟法上のもの

---

得」という文言を入れただけであると説明する。

この点は、後の佐藤による訴権説とは、その主観のレベルにおいて、若干トーンが異なることになる。すなわち、佐藤は、訴権であることを非常に重視している。ただし、その訴権であることの重視に対しては、訴権説においても訴権であることから如何ばかりの効果が導かれるのかは疑わしい、と下森・前掲書注5は述べる。これらについては、本稿の目的との関係でも重要であるので、後の本文において検討することにしよう。

<sup>86</sup> これは、加藤説（債権的相対的無効）の「制限する」とほとんど同趣旨だと思われる。

<sup>87</sup> 佐藤・後掲書注149、92頁には、この語の、フランスにおける登場の過程が記述されている。

<sup>88</sup> 後の中野論文（後掲注122）には責任説と分類されている。

<sup>89</sup> 川島・前掲書注81、73頁。これに対して、後の責任説の提唱者である中野は、川島説の結論は支持しつつも、債権者が直接執行する際の債務名義を「取消訴訟の勝訴判決（債務者のもとへ逸出した財産を返還せよ）」とすると、執行内容（債権者の直接執行）と債務名義（受益者は債務者に資産を返還せよ）の内容が不一致となると指摘する。加えて、この直接執行の債務名義を「先に債権者が債務者に対して有していた勝訴判決（債務者は債権者に金銭を支払え）」だとしても問題があるとする。なぜなら、この時、詐害行為取消によって必要な効果は、債権者が行う直接の執行について「受益者の執行法上の異議を封じること」にあるはずであるが、取消判決の判決の主文が「受益者は、債務者に対して資産を返還せよ」というものであるならば、取消の意味（執行を受忍する）と、取消訴訟の主文（債務者に資産を返還せよ）とは一致しないことになり、さらには債務名義に表示されていない第三者の資産が何故に執行の対象に

にすぎない——というわけである。

## 4.2 山中論文の議論<sup>90</sup> (1955) 竹屋論文の議論<sup>91 92</sup> (1957、1959)

### 4.2.1 法的帰結——総合考量・相関判断説

山中は、詐害行為取消権を不法行為<sup>93</sup>と性質決定して、その目的のた

---

なるかを説明できていないとする。

<sup>90</sup> 山中康雄「詐害行為取消権の本質」早稲田大学法学会『訴訟法学と実体法学』中村宗雄教授還暦記念祝賀論集（有斐閣、1955）。

<sup>91</sup> 竹屋芳昭「債権者取消権に関する一考察」法政研究24巻3号331頁（1957）。

<sup>92</sup> 竹屋芳昭「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3＝4号205頁（1959）。

<sup>93</sup> 山中は、不法行為説に向けられる批判、すなわち、詐害行為取消権の成立に詐害の意図を要求する主観主義から詐害の認識で足りるとする客観主義の流れに反する、すなわち、詐害取消しによる救済拡大の流れに反するものであるという批判に対しては、不法行為においては近時無過失責任なども認められていると反論する（批判については、下森・前掲注120、57巻2号71頁、下森・前掲書注5、784頁）。ここでは客観主義化によって詐害行為による救済が拡大されていることが指摘されていることに注意したい。

なお、ここでの「客観主義」は、アメリカの議論で用いられるところの客観要件のみで取消権の要件が充足されるという意味での客観化とは異なるが、ともに債権者保護の拡張をもたらすものである。アメリカにおける客観化は、客観要件のみで取消しを認めることだが、先に述べた日本において客観主義と呼ばれているものは主観要件を必要としつつその要件について「詐害の意図」ではなく「詐害の意思」で足りるとする考え方であるので注意を要する。アメリカの客観化には、主観要件を要求することによって生じる費用を削減する機能（「債務超過」「対価の不均衡」が供えられているケースであれば、大抵の場合は詐害の意図が備わっているであろうから、その場合には主観的な意図の証明を不要とすることによって、その証明作業によって生じる当事者や裁判所の費用を削減する）があるが、日本の客観主義化においては主観要件が維持されるのでそのような機能はない。ただし、日本においては、客観要件が具備されればそのことを当然に認識しているであろうから主観要件も原則的には具備されるという認定技術上の論理をたどって同様の結論が導かれることになるのが通常だろう。そうであるならば、「日本における客観主義化」は「主観要件を削除すること」とさほど変わらないことになり、客観化・客観主義化によってもたらされるのは、詐害取消しの拡張ということになる。しかし、詐害の意図を要求するという意味での主観主義（詐害の意図）の中であっ

めに「取消」の効果を判例よりもさらに制限的に考える。すなわち、判例が「取消」の効果を絶対的なものとは考えないことを評価した上で、さらに絶対的にでも相対的にでも取り消して無効とするまでもなく「詐害行為という不法行為に基づく原状回復のために、詐害行為をして取消債権者（執行債権者）<sup>94</sup>に対抗することをえぬものにする<sup>95</sup>」、「およびその際、詐害行為により債務者より逸出した利得があれば、右利得につき債権者に引渡請求権が発生すること」であると解する<sup>96</sup>。

また、同じく、竹屋は、詐害行為取消権の性質を不法行為と性質決定した上で、受益者は取消債権者に詐害行為の有効性について「対抗し得ず」との効果を生じると解すべきとして、具体的には、「債権者が債務者に対する債務名義により、直接債務者の手中にある物に対して執行し得る」とする。この点については、先の川島とほとんど同じと理解してもよい<sup>97</sup>。

さらに、要件論について、重要な展開が見られる。山中＝竹屋共に、

---

でも、アメリカでは間接事実の総合考量化によって、詐害取消しが拡張されていたことを考えれば、詐害の意図までは要求しないという意味での客観主義化は、取消し拡張のための唯一の手段というものでもない。下森の批判や、山中の反論はこれらの文脈に位置付けることもできる。アメリカでは、近時、現代取引という社会の変容の文脈で、その場合に限って再び詐害の意図がある場合に詐害取消しを限る解釈が主張されていることも注意すべきであるが、これは先述。）

<sup>94</sup> 山中・前掲注90、538頁。

<sup>95</sup> 山中・前掲注90、537頁は、「否認」するの意だとしている。また、538頁においては、行為を取り消すのではなくて、効果を取り消すとしている。これによって、山中は、取消しの対象を「法律行為」に限らずに、時効中断なども、取り消して、受益者をしてその効果を対抗せしめないようにすることができる（同上539頁）。

<sup>96</sup> 山中は、不法行為に基づく原状回復を詐害行為取消権の目的としていることから、債務者のもとに詐害的譲渡の対象となった資産を返還するという結論を支持しているようである。そのことは、原状回復の方法として、既存の議論が提示している「取消し」「取戻し」「取消しと取戻し」を挙げていることから窺える（山中・前掲注90、532頁）。この点について、竹屋と異なっている。

<sup>97</sup> ただし、この具体的な帰結については、山中とは異なっている（前注96）。

取消権の性質を不法行為<sup>98</sup> 99とすることによって、その要件の成否の判断基準に不法行為法の一般理論を導入することになることは注目に値する。すなわち、詐害行為取消しが為されるには、不法行為が成立するといえるような悪質性が受益者に備わっていることが必要であるとした上で、その基準を「侵害行為の態様、処分財産の債務者の資産中しめる重要性、債務者の資産状態や右行為の目的、侵害行為のなされた前後の事情、債権者の詐害された損害の程度、(受益者の受益行為の悪質さ<sup>100</sup>) その一切の事情を総合考量して決定せねばならぬ」<sup>101</sup> 102とする<sup>103</sup>。これ

<sup>98</sup> これに対する反論は、下森・後掲注121、282頁参照。

<sup>99</sup> 山中は、詐害行為取消権を不法行為請求と性質決定することから、受益者に対して訴えを行う場合に、債務者における悪意（行為の詐害性についてははっきりした認識）及び受益者におけるその共謀の認識を要するとして、この主観要件の充足を強調する。

<sup>100</sup> 山中・前掲注90、547頁。

<sup>101</sup> 山中・前掲注90、540-543頁。

<sup>102</sup> 竹屋・前掲注91、92参照。特に、竹屋・前掲注92、227頁は以下のように述べる。「詐害行為をもつばら債権者の被った損害という面から設定しようとするれば、弁済、代物弁済、担保の設定、不動産の売却等、特にそれらが財産をマイナスの方向に向かって減少せしめた限度、たとえば、不動産の廉価売却であれば、適正価格との差額の限度においてのみ、詐害行為の成立が認められるに過ぎなくなり、詐害行為の範囲を非常に狭め、かつ債権者取消権の範囲をも狭めるものである。詐害行為は通説が考えているような赤裸々な法律行為ではない。常に行為者の主観との結びつきによって評価せられる主観客観の全体なのである。だから、債務者及び第三者の主観的要素は、単なる債権者取消権の成立要件の一つとしての地位に止まるのみならず、それは、同時に規範的評価機能としての採用をも合わせ持っているのであると思う。本来有効な法律行為が否定せられるには、そこに規範的評価なくしては考えられぬことである。」これによって始めて判例法を統一的に理解できる、と。続けて、詐害行為の違法性の判断については、山中・前掲注90を引きつつ、総合考量して決定するとする。

<sup>103</sup> 総合考量説に対する批判として、要件の不明確性が挙げられる。この不明確性の批判は「弁済が詐害行為となるか」という論点において、「弁済は詐害行為とはなり得ない」と考える論者によって為されていたようである。

すなわち、「弁済が詐害行為とはなり得ない」という論者は、総合考量説に

によって、従来、理論的には、客観要件（責任財産の減少）を満たさないことにより、詐害行為取消の網をかけることについて理論上の問題があった「弁済」<sup>104</sup> <sup>105</sup>「相当な対価の売却」<sup>106</sup> <sup>107</sup>にも、その悪質性を総合

対して、二つの批判を挙げる。①「弁済も詐害行為取消権の総合判断に服することになるので、弁済受領者の予測が害されてしまう」と批判することになる。②弁済は破産法上の問題であって一律に詐害行為とはなり得ないと主張する。

山中はこれに対して、以下のように反論する。①に対しては、弁済は「適法性の強い行為」であるのでほとんど詐害行為とはなりにくく、受益者・転得者の「悪意を要する」ので、弁済受領者の取引の安全が害されることは無い。②に対しては、執行法における優先主義を採用する（破産＝平等弁済・執行＝優先弁済の区分がはっきりしている）ドイツにおいては「弁済は破産法上のものであって、詐害行為たり得ない」といえるが、日本においては平等主義を採用しているので、結論が異なる。

<sup>104</sup> 弁済や相当価格での売却の場合は、責任財産が減少しない。弁済については、弁済が行われた場合、弁済された金額分積極財産が減少するが、同じだけ消極財産も減少し、差し引きで責任財産の減少は無い。また、相当価格での売却は、債務者は、売却して失われた資産価値と同じ価値を持つ対価を得ることができるので責任財産の減少は無い。

<sup>105</sup> 竹屋・前掲注91、24頁、同・前掲注92、223頁、下森・前掲書注5、823-824頁。

履行期後の弁済は一般に詐害行為とはならないというのが判例（大審院明治40年3月11日民録13輯252頁、同大5年11月22日民録22輯2281頁、最高裁昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁、同55年7月12日判例時報867号58頁）である。学説はこれに従うもの（我妻『民法講義Ⅳ（新訂）』185頁（岩波書店、1964）・前注、鳩山・前掲書注71、209-210頁）、反対し取り消され得るとするもの（石坂・前掲注1、加藤・前掲注70、324-331頁）がある。ただし、判例も、債権者が共謀する場合には取り消され得るとする（大審院大正5年11月22日民録22輯2281頁の傍論、最高裁33年9月26日民集12巻13号3022頁の傍論）。取消し否定説が通説であるとされるが、現在は本文で紹介した総合考量説が主流になりつつあり、現在においても通説が否定説であるかは疑わしいとされている（下森・『同上』824頁。ただし、近時の破産法改正（2004）によってこの学説状況に変化が見られることは後述する）。これらの点について、論者の主張の背景には、破産法制定を初めとした、時々の社会事情の変化があると思われるが、それについては、後注176を参照されたい。

他方、履行期前の弁済については、竹屋は当然に詐害行為となるとしている。

考量しながら対処できるようになるとする<sup>108 109</sup>。

ここに、要件の成否の判断において、主観要件と客観要件を相関的に判断する総合考量・相関関係説の端を見る。これらの学説は、総合考量を主張することによって、上記の行為類型を詐害行為取消権の網の中に包摂することを狙いとしていることは重要である。すなわち、この理論

---

<sup>106</sup> 当時、学説は詐害行為の成立に対して否定的であった(石坂・前掲注1、我妻・前掲書注105、185頁)。他方、判例は、金銭が費消しやすい特徴を持つことにより、債権者の一般担保を害するとして、相対的に、取消しを認める方向にある(大審院明治39年2月5日民録12輯133頁、同明治44年10月3日民録17輯538頁)。以上の点につき、竹屋・後掲注91、24頁、下森・前掲書注5の評価等参照。

<sup>107</sup> その他の例については、以下のように述べる(山中・前掲注90、542頁)。「同じ債務にしても、故意に他の債権者には弁済を回避する目的で、特定の債権者に対してのみとくに秘密裡に履行したり、あるいはとくに抵当債権者に対して、抵当権より解放された不動産を処分してかくしやすく消費しやすい現金にかえる目的をもって他の諸債権者を避けて履行するがごときは、悪質性の程度を強めるものというべく、またたとえばおなじ時価をもってする処分行為といえども、それをなした債務者の目的が、期限の到来した債権を弁済せんがため、または公租公課を支払うため、また右代金に相当する他の(一般債権者の共同担保として)安全確実な物件を購入せんがため、または右金銭を自棄的に消費し(投機的なことに浪費する等)あるいはかくしてしまうため等等目的のいかんによって、悪質性の有無のていどの決定相当の影響をおよぼすべきものと解すべきである。詐害行為のなされた前後の事情も、それが詐害行為のときと時間的に接着しており、したがってそれらを包括して一つの行為と考えられるようなものであるかぎりは、これを悪質性のていどの判断資料にとりいれるべきであり…」。

<sup>108</sup> この一般論は、学説にそのまま受継がれている。例えば、下森・前掲書注5、814頁、内田貴『民法Ⅲ(2版)』(東京大学出版会、2004、初出1996)309頁等。

<sup>109</sup> 判例においても主観要件と客観要件は相関的に判断されているという指摘がなされている。例えば下森・前掲書注5、424頁は、以下のように述べる。「詐害性判断にあたり、判例が、その言葉の構成はともかく、実際の判断基準としているものが、主観・客観両態様の総合的・相関的判断にあたることは、判例法理の支持・不支持の如何を問わず、共通の認識となっていることは、ほぼ確実である」と。その他、内田・前掲書注108等も同様の分析を行っている。

は、あらゆる行為類型を詐害の網に包摂し、詐害の観点から柔軟に評価するという機能を、詐害行為取消権に付与しようとしたことになる。

そして、山中論文においては、取消権行使（取戻し<sup>110</sup>）の後始末としての効果論について、425条により、取消債権者の優先権を否定しつつ<sup>111</sup>、他の債権者（弁済受領を否定された債権者や詐害行為後の債権者）に配当加入権<sup>112</sup>を認めるとする<sup>113</sup>。

#### 4.2.2 小括

①まず、目的実現のための取消権の思想（目的的考慮）を継承し、取消権による帰結については、川島説をほぼ踏襲している。

②そして、要件論については、取消権を不法行為と性質決定することにより、その一般理論を導入し、要件の成否については主観・客観を総合考量して決定するとする。これは、論点となっていた「弁済」「相当対価の売却」を、一般的に詐害行為取消権の審査の網にかけるための拡張理論として機能している。このような拡張現象は、アメリカにも見られ、詐害取引法の機能として積極的に——「コモンローとしてのエリザベス法として」「現実の詐害として」「近時は、現代取引における総合判断や取引相手の選択理論として<sup>114</sup>」——確認されるものであった。繰り

<sup>110</sup> 424条の「取消」の文言を121条の「取消」の意味に解する立場（取消権＝形成権説・物権説）によると、詐害行為取消権の効果は「取消し」となり、他方、返還請求権の意味に解する立場（請求権＝債権説）によると、詐害行為取消権の効果は「取戻し」となる（下森・後掲注121、281頁）。

<sup>111</sup> ただし、取消しの範囲は、425条を根拠として、取消債権者の債権額の範囲に留まらないとする（山中・前掲注90、545頁）。すなわち、425条により他の債権者が配当要求をしてくる可能性を考えて、債権保全のために必要といえるような場合に限り、債権の限度を超えて取消権を行使し得るとする。これについて、後注190に、山中論文を抜粋したので参照されたい。

<sup>112</sup> ただし、相当の期間内に配当要求を行わなければならないとする。

<sup>113</sup> 訴えを提起しなかった他の一般債権者は、民法425条により、債務者に対する債務名義で、第三者の手中にある財産に対して強制執行しうるものと解する。もちろん債権者取消権にもとづく判決の既判力は当事者以外には及ばぬが、取消の効果は他の債権者に及ぶものである（竹屋・前注91、79頁、注20）。

<sup>114</sup> さらにいえば、Baird & Jacksonの「法定詐害適用除外論」でさえ、総合

返しになるが、その機能面を強調しておく、「債務超過」「対価の不均衡」という要件からはじまった詐害行為取消権は、総合考量説によって、従来のそれに包摂されない別の要件を（従来の解釈的要件によって説明するか否かは別にして）手に入れたことになる。以後、この総合考量説が、その包括性・柔軟性を評価され、判例・学説における主流となってゆく<sup>115</sup>。

③しかし、その他方において、この理論は、従来詐害には包摂されない異質なものとされた偏頗弁済<sup>116</sup>などにも取消権の網をかけることになったため、それによってかえって詐害行為取消権の内容は一層混迷を極めることになる。この現象を如何に分析するかが、後の問題として残されることになる。

こうして、以後、日本の学説は判例後知恵的な類型化を行うことによって、この射程の曖昧性を埋める努力を行うことになる。しかし、その指導原理となるべき存在意義に関する議論については、雉本以降、さほど進化していないことは先述したとおりである<sup>117</sup>。この状況も、1980年代初頭のアメリカにおけるものと類似していることを指摘しておこう。

④最後に、取消しの後始末論においては、425条の解釈について、取消権者の優先権を否定しつつ按分弁済が妥当であるとする<sup>118</sup>。これについては、既に雉本のところにおいて指摘したとおりである。ただし、山

---

考量（拡張）の示唆であるとも読めることは5章において示した。なぜなら、ルール型の「法定詐害」の適用除外を示唆しておきつつ、拡張的に機能し得るスタンダード型の「現実の詐害」の要件を適用除外としないからである。

<sup>115</sup> 下森定「11債権者取消権」『民法学4〈債権総論の重要問題〉』奥田昌道他編145頁（有斐閣、1976）148頁は、相当対価の不動産の売却が客観要件との関係で、議論になり得ると述べた上「最近の学説上、詐害行為の類型ごとに当事者の主観的態様、詐害行為の客観的態様及びその効果などの一切の事情を総合的かつ相関的に判断して、詐害行為の成否を決すべきだとする主張が有力となりつつあるし、判例もまた、事実上そのような総合判断、相関判断のうえにたつて処理しているようである」とする。また、下森・前掲書注5、795頁等も同旨。

<sup>116</sup> 前注105参照。

<sup>117</sup> ただし、アメリカと同様、精密化させる必要も無かったのかもしれない。

<sup>118</sup> 前注111参照。

中は、「ほんらいは詐害行為取消権の本質的内容をなすことがらではないのであるが」と前おいた上で、議論を行っている点に留意が必要である。すなわち、この「後始末」の問題について、「執行法の問題であって、詐害行為取消権の問題ではない」と考えているようである<sup>119</sup>。これは、後に述べる訴権説——詐害行為取消権を、実体法・訴訟法・執行法上の権利の混合したものとする——とは対蹠的である。

### 4.3 下森論文の議論<sup>120 121</sup> (1959、1967)、中野論文の議論<sup>122</sup> (1960)

#### ——責任説

責任説の基本的発想も、川島以来の「詐害行為取消権の目的実現のための最適な取消し」（目的的考慮）である。逸出した資産を債務者のもとの「わざわざ取戻さなくても、取消の相手方の所有乃至名義そのままの状態、当該財産が取消債権者のための責任財産たる地位にあるような法律状態を作れば、それで制度の目的は充分達成しうるのではなからうか」<sup>123</sup>というものである。そして、この制度の目的を実現たらしめるのが責任説であるということになる。

#### 4.3.1 存在意義

そしてその基本的な帰結を導く目的的考慮に関する発想はこうである<sup>124</sup>。

近代法においては債務者にその財産に対する排他的な支配権が与えられており、債権者は債務者の責任財産に対して単に抽象的な執行可能性を有するのみである。故に、破産宣告や強制執行が起こるまでは、債権者は債務者の行為の帰結を甘受しなければならない。

<sup>119</sup> このような論理は、既に、鳩山・前掲書注3（1924）、177頁に見られる。

<sup>120</sup> 下森定「債権者取消権に関する一考察（一）（二）」志林57巻2号44頁（1959）、志林57巻3号4、176頁（1960）、下森・前掲書注5、790-791頁。

<sup>121</sup> 下森定「債権者取消権に関する一考察」私法29号281頁（1967）。

<sup>122</sup> 中野貞一郎「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌6号53頁（1960）。

<sup>123</sup> 下森・前掲注121、282頁。

<sup>124</sup> 下森・前掲注120、志林57巻2号80-82頁。

こうして、債務者の財産についての権利帰属状態により、債務者の責任が決定するが、詐害行為によって失われるのはこの責任の喪失である（責任法的反射効<sup>125</sup>）。この詐害行為を無制限に認めると、信用を与えた債権者の期待が裏切られ、債権関係をその背後で支えている責任秩序が破壊されることになってしまう。

そこで、責任秩序維持のために、詐害行為取消制度が存在することになる。下森は以下のように述べる。

制度の法的根拠を単に個々の私的な権利や契約関係の保護に求めたのでは理解できず、それを超えた、いわば公的な責任秩序の維持と結びつけてはじめてよく理解できるのではなからうか。<sup>126</sup> (圏点、本稿筆者)

この考え方によると、権利の帰属自体（所有権の帰属先）は変えずに、責任財産秩序だけを維持する（受益者に責任を負わせる）ことが、適切な法的帰結となる。

#### 4.3.2 法的帰結

果たして、効果論については、行為自体の効力を奪わず、責任法的反射効を切断する（責任法的無効）とする<sup>127</sup>。すなわち、財産の帰属は変えずに責任関係を変動させるとするわけである<sup>128</sup>。

具体的には、詐害的な財産譲渡が発生した時に、所有権を受益者に保ちながら<sup>129</sup>、受益者は債務者が債権者に有していた責任のみ負うことに

---

<sup>125</sup> 下森定〈紹介〉「G・パウルス「債権者取消権の意義と諸形態」」志林56巻5号203頁（1959）206頁にいう Paulus の説。

<sup>126</sup> 下森・前掲注121、284頁。

<sup>127</sup> 下森・前掲注120、志林57巻3＝4号222頁等。

<sup>128</sup> 中野・前掲注122、54頁等参照。

<sup>129</sup> 形成権＝取消権説によれば、取消権の行使により、絶対的または相対的に無効となり、所有権が債務者に復帰することになる。また、純粋な請求権＝債

なるので<sup>130</sup>、受益者は、債務者の責任財産を所有するものとして、債権者によって執行を受けることになる。

これは、川島説以来の、「受益者は、債権者に対してその詐害行為の有効を対抗し得ない」から導かれる結論と、実質的に、同じである。結局、これらの説は、判例の立場である424条の「取消」の意味を“相対的無効とするまでもない・債務者のもとに受益者の詐害的受益を取り戻すまでも無い”と考えるわけである。これにより、受益者のもとにある財産に対して執行を行うことになるので、詐害的譲渡の対象物が不可分である場合において、その全部取消し<sup>131</sup>の必要はなく、一部取消しと同様の効果を発生させることができるということになる<sup>132</sup>。

また、訴えの性質については、詐害行為取消権を責任関係を変動させる形成権とすることから、形成訴訟によるということになる<sup>133</sup>。具体的な、権利行使のプロセスについては、以下ようになる。まず、実体法上は、取消しによる責任関係の変動によって、受益者は、債権者達の物上保証人と同様の地位に立たされることになる<sup>134</sup>。次に、取消債権者は、

---

権説によれば、取消権者は債務者に所有権を復帰させることを請求する権利を持つことになる。これらの説は、結果的に、詐害的譲渡の対象物を、最終的には、債務者の下に回復させることを目指しているという意味において、責任説によれば、過剰な効果を与える説であるということになる。

<sup>130</sup> 下森・前掲注120、志林57巻3＝4号222頁等参照。

<sup>131</sup> 最高裁昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁は全部取消しが請求された場合は全部取消しを認める。

<sup>132</sup> 下森・前掲注121、286頁には、判例理論によっても、価格賠償請求権を認めることによって全部取消しを回避することができるが、当然に価格賠償を命じうるのかは問題になるとある。近時は、価格賠償が積極的に利用されているようであるが（東京地裁平成11年12月7日判例時報1710号125頁。ゴルフ会員権に関する預託金返還請求権を被保全債権として、営業譲渡に対して詐害行為取消権を行使する事案。ただし、この事案においては価格賠償が請求されている）、釈明権によって誘導されているのであろうか。

<sup>133</sup> 中野・前掲注122。下森・前掲注120は、当初確認訴訟としていたが、中野説を容れて、形成訴訟説に改説したとある（下森・前掲注121）。

<sup>134</sup> 下森・前掲注5、790-791頁。なお、責任的取消しとの関係では絶対効となる（下森・前掲注5、790-791頁）。さらに、詐害行為が取り消され、責任関

受益者の手中にある詐害的に譲渡された物に対する執行の債務名義となる責任判決（執行忍容判決）を、取得することになる。そして、これら二つの訴訟は併合提起することが可能であるので、この目指す結果は一回の訴訟で実現できるということになる。さらに、責任判決を債務名義として、強制執行を行う。その他の債権者は、自ら責任訴訟を提起して、強制執行を行う他、民事執行法51条の要件（責任判決を本案としての仮差押え）を満たせば配当要求をすることができる<sup>135</sup>。

ここから、取消しの後始末としての分配については、総債権者による按分弁済を至当とすることになる<sup>136</sup>。ただし、この点について、下森・中野は、立法論上は、一定の問題があるとする<sup>137</sup>（後述）。

### 4.3.3 小括

①存在意義について、責任説は、「責任秩序の維持」を挙げる。彼らによれば、詐害行為取消権は、私的な権利や契約関係を越えた、公的な責任秩序の維持の為に存在する<sup>138</sup>。これは、石坂や雫本論文<sup>139</sup>に言う「一般信用」のための詐害行為取消権の思想をこの時点において確認したものととして意義がある<sup>140</sup>。

---

係が変動することによって、その目的は達せられるとする（下森・前掲注120、志林57巻3＝4号227-228頁）。この責任関係の変動は、取消債権者の債権額に限られず、現実の執行の範囲が債務名義（債権額）に限られるとする。そして、他の債権者は、その取消債権者の債務名義の範囲において配当加入を認められ、それ以上の分配を得るには別途責任訴訟を要することになる。この場合においては、詐害行為取消訴訟を提起する必要はなく、責任訴訟で足りる点で実益があるとす。

<sup>135</sup> 平井・前掲注65、182頁、186頁、注29参照。

<sup>136</sup> 中野・前掲注122 88頁。

<sup>137</sup> 下森・前掲注120、志林57巻3＝4号226頁、236頁等。中野・前掲注122、94頁、注16も同旨。

<sup>138</sup> 前注126参照。

<sup>139</sup> 雫本・前掲注39。

<sup>140</sup> 雫本はこの「一般信用の維持」を衡平の内容としているのであるから、既に、ほぼ責任説の言う存在意義と同じものを提案していると評価できる（ただし、

②そして、「効果論」については、学説の「目的実現のための最適な取消し」の思想にのっとり、取消しの効果としての責任法的無効を提唱する。その言わんとするところは、詐害行為は有効にしつつ（資産の帰属先は変えずに）、しかし、受益者はその行為の効果を取消債権者（または一部債権者）に対して、完全には対抗できないとするものである。具体的には、取消債権者は、受益者の名義<sup>141</sup>にある受益者の占有資産に対する強制執行をすることができる。

③さらに、「取消しの後始末」については、「総債権者」の解釈により、受益された資産の強制執行に関する配当加入を、「平等主義」的に債権者に認めることになる（按分弁済）。

ただし、この帰結が生み出す平等主義的な解決について、下森は、立法論上は問題があるとする。このことについて若干敷衍しておこう。

下森は、以下のように述べる<sup>142</sup>。

吾が民法の建前では、まず債務者の責任財産を復元し（ここまでは法的保護の直接の目的であり内容である）、然るのちに一般の規定にしたがって（例えば、債務名義なき場合は債務名義を得た上で、あるいは、期限未到来の債権においては、期限が到来した上で）、他の債権者と同等な立場で任意的もしくは強制的弁済を受けることとなっているのである。因みに、立法政策上かかる建前をとることの是非については問題があるといえる。吾が民法の如き制度の下においては、取消債権者は総債権者の為に「身を殺して仁を為す」の趣きがあり、自己の権利保全に熱心な債権者の保護に薄すいものという感が深い。（圏点、本稿筆者）

「責任秩序」を守るのは、「一般信用を維持するため」という関係にある）。これが本文において、責任説は、存在意義について雉本説を確認したものであると評価する所以である。前注41も併せて参照されたい。

<sup>141</sup> 名義を債務者に変える必要はないとするところが判例の相対的無効論と異なる。

<sup>142</sup> 下森・前注120、志林57巻3＝4号226頁。なお、この規範認識は、236頁においても示されている。

これについて二点確認して置こう。

③-1まず、下森は、詐害行為取消権の直接の目的を責任財産の保全（責任財産の回復）であるとして、そこからの分配の問題（本稿における後始末の問題）を間接の目的としている点である。この傾向は、先の山中論文にも見られたものである。この点も、既に雉本の議論についての検討において述べたが、「一般信用」「責任秩序」の維持を保護法益とするならば、権利のあり方が「一般信用や責任秩序」に資するように機能するのかという観点からの議論が必要となるはずである。

しかし、その観点からの検討は加えられず、「取消しの後始末」の問題に日本の執行法特有の主義である「平等主義」と結びつけ、「総債権者の利益の為に」を「按分弁済」と解釈する姿勢は起草時<sup>143</sup>以来変わらない<sup>144</sup>。

③-2他方、にもかかわらず、権利の保全に熱心な債権者の保護に薄すいとして、425条の存在を立法論上批判している点が注目される。さらには、責任説においては、詐害取引法を執行法の準備段階として位置付けていることから窺えるように、「執行に関するルールも詐害行為取

---

<sup>143</sup> 梅謙次郎『民法要義 卷之三』（有斐閣、1897；明23）83-84頁は、『取消の効力は当時既に債権者である者のみならずその後に債権者となった者のためにも生じて皆その利益を受け』『単に債務者の財産中よりふとうにいでたるものを取り戻し、再び債権者の財産中に入れるにすぎず、あえてそれによって特定の債権者に特権を与えるものではない。故に通常の債権者は皆平等にその権利を行使することができる』としている。すなわち、取消し後の分配の問題において、取消しの効果は、①詐害的に譲渡された物を債務者のもとに取り戻し（権利の帰属を戻す）、②それを総債権者の引当てたらしめ（責任の対象とする）、③平等の弁済を与える（平等に分配する）ということになる。この分析を、ここでは確認しておく。ちなみに、請求権＝債権説・責任説・訴権説は、①については重要な要素ではないとする。

穂積の見解は梅と同旨である。しかし、富井は、上記見解に対して、優先弁済説を支持する。法典調査会においては、穂積と富井の間で議論が行われ、穂積（と Boissonade）の説が採用された。梅は欠席している。これらの点については、大島・前掲書注2、121-125頁参照。

<sup>144</sup> 権利実現のプロセスについては、前注135参照。

消理論に包摂される」ことについて意識され始めている<sup>145 146</sup>。この価値判断——「優先主義」「執行段階まで詐害行為取消しの問題として捉える」——は、後の大島論文、平井論文にも受け継がれ、立法論ではなく解釈論として、昇華されることになる。

④また、この考え方は、川島以来の、詐害行為取消権という制度の持つ「強制執行の準備」という機能を直視した帰結であるが、詐害行為取消権を取り巻く債権回収に関わる制度として、個別的債権回収手続きとしての「強制執行」あるいは、集合的債権回収手続きともいべき法的倒産手続としての「破産」（解体清算）のみを念頭においたものであることには留意しておこう。

#### 4.4 昭和初期—中期の議論の小括

##### —「最適な取消し思想の踏襲」による「相対的無効論・性質決定論の希釈化」—

この時代の議論は、先の時代によって確立された「詐害行為取消の目的実現のための最適な取消し」の思想（目的的考慮）を踏襲することになる。そして、これを徹底することを至上命題として発展しているように思われる。このことは、川島以後の学説に、二つの特徴となって顕著に現れることになる。

<sup>145</sup> 佐藤・後掲書注149、286頁は、以下のように述べる。

「いわゆる責任説の提唱者である下森教授及び中野教授はドイツにおいて有力となりつつあるあるが、通説とはなっていないパウルス責任説の紹介を通じてドイツの通説・判例の採る執行忍容の訴えという制度を日本に紹介した。ここにおいてはじめて、詐害行為取消権の実体法上の効果と強制執行法上の効果とのつながりが明確に意識され始めたと言ってよいであろう（圈点、本稿筆者）。しかしながら、日本の責任説は詐害行為取消権を「訴権＝アクチオ」として明確に認識してはいないようである」。

したがって、「詐害行為取消権の効果を訴権法的視角から検討して—即ち、実体法上の効果と訴訟法上の効果（さらに判決手続と強制執行手続とに分かれる）の両者を視野に入れて—その解釈試論を呈示することにした」。

<sup>146</sup> このことは、佐藤の訴権説の持つ基礎理論的意義からも窺える。これについては、後述する。

①まず、これらの学説は、424条の「取消」の意味について、特徴的な理解を示す。すなわち、先の時代に確立した判例・通説が「取消」の意味を「相対的無効」と考えるのに対して、この時代の学説は、「相対的無効」とする必要すら無いとして、「有効であるが、債権者の執行に対して、受益者が対抗し得ない」と解すべきとする。「最適取消し」のためには、無効という過大な効果は不要であるというわけである。

②同時に、ここに、先の時代に顕著に見られたところの、「詐害行為取消の目的」⇒「性質決定論」⇒「その性質に見合った法的帰結を導く」というアプローチから、「性質決定論」が抜け落ちていることが確認される。これは、「詐害行為取消の目的」に最適な「法的帰結」を考えれば済むので、「性質」という中間概念を介在させる必要は無いことが意識されてのことだろうか。その背後には、立法当初、法典の意味内容を明確にするため・議論のたたき台とするために必要だった「性質決定論」が、その役割を終えたという事情があるのかもしれない<sup>147</sup>。ともかくも、「最適取消し」が強調されることによって、「性質決定論」は後退することになる。

③また、「有効であるが、債権者の執行に対して、受益者が対抗し得ない」という言説からも見られるように、詐害行為取消権が執行法の効果と連動することが意識されている。これは、後の訴権説に続く胎動と評価できよう<sup>148</sup>。

④ただし、「対抗し得ない」という言説のもとで目指された具体的帰結の意味自体が、責任説の登場時点において、既に変わりつつあることも確認されなければならない。なぜならば、信用社会そのものが変遷しているからである。以下、説明しよう。

---

<sup>147</sup> 石坂の議論においては、この二つの特徴、すなわち「性質決定論による法的帰結の予測可能性の評価」「法的帰結に対する目的的考慮による修正」が顕著に現れている。まず、石坂は「性質決定」から「法的帰結」がわかりやすく演繹されることが一つの価値として主張している（この点によって、雫本の議論を批判している）。次に、石坂は、「詐害行為取消権」を「取消権＝形成権」としながらも、121条の取消権とは異なる法的帰結をもたらすものとして考えている。

<sup>148</sup> 前注145参照。

先において指摘したように、「対抗し得ない」の目指した具体的な帰結は、受益者の下に詐害的譲渡対象物の所有権を維持したまま——物の帰属を変えずに——、「債権者」の執行の対象にするということである。この法的帰結は、執行手続としての強制執行、あるいは、法的倒産処理としての破産（さらに言えば、解体清算）のみが存在する社会が念頭に置かれている。すなわち、この帰結（責任説）の背後には、詐害的譲渡対象物が取り戻されたとしても、いずれ強制執行が為されるのだから、取り戻されなくても強制執行の対象となるのならばそれで十分であるという実質論が存在する。同様に、倒産処理（破産処理）との関係においても、詐害的譲渡対象物が取り戻された後に債務者が破産するのと、取り戻されずに受益者に対する執行という形で売却されるのとでは、たいした相違が無いという実質論が存在する。

しかし、この責任説が主張された時点（1959、1960）においては、既に倒産法制として一体型再建処理を目指す「会社更生法」（1952；昭27）が、アメリカ法を範として、制定されている。言い換えれば、信用秩序に——「資産の有機的な一体性」を重視する方向への——変化の萌芽が見られるのである。それ故に、理論上は、これら倒産法制が目指し始めた一体型処理と、責任説が前提とする解体型処理との関係について意識し判断することが新たな問題として認識されなければならないという。

具体的にはこうである。この「一体性」の観点からは、債務者の資産が一体として価値があり、その中の重要な一部が詐害的譲渡の対象となったことによってその一体としての価値が喪失させられているような場合においては、取り戻されて一体性が回復した上で処理されること（一体清算・再建）と、取戻されないで受益者の資産として執行売却されること（解体清算）とは、實際上、一般債権者（信用）にとって大きな差が生じる可能性があるということに留意されなければならない。（このことは、再建型倒産法制をより充実させた近時の信用秩序においてはなおさらのこととなる。）敢えて「責任説」に立つのならば、「責任」は、この責任説の主張する具体的な処理によって全うされるのかという、“「責任」の内容についての議論”が必要となるであろう。この点については、後述する。

以上の現象をより端的に言い換えるならば、詐害行為取消権の存在意義が如何なるもので、それを実現する効果は如何なるものかを考える契機となる社会の変容が、この時点で既に存在しているといえよう。

以上では、この四点のみを確認して、その他の点については、これらの点について、更なる展開が見られる佐藤論文の議論を参照した後に、改めてまとめることにする。

## 4.5 佐藤論文の議論<sup>149</sup> (1987、2001) —— 訴権説

### 4.5.1 法的帰結

佐藤の議論も、その基本的発想は伝統的な「目的実現のための最適な取消し」である。そして、目指す帰結は、川島・竹屋・下森＝中野と変わらない。すなわち、「取消判決の結果、受益者は、債務者との詐害行為の有効性を総債権者との関係で対抗できない」とする。具体的には、「原告債権者は、受益者を被告として、詐害行為訴訟を提起する。そして、右の勝訴判決を受益者に対する債務名義として、受益者の登記名義になっている不動産に対して強制執行を行い、その強制執行手続の中で被保全債権の弁済を受ける」<sup>150</sup>とする。

そして、佐藤は、この結論を、424条の詐害行為取消権が「訴権 actio」に由来するものであることを理由として<sup>151</sup>、そのまま訴権として理解することによって実現しようとする。これによれば、既存の理論の中では、最短のルートで実現できるという。すなわち、先述した、責任説(下森・中野)では、424条の詐害行為取消権を責任関係の変動をもたらす形成権と理解していたことから、取消訴訟(形成訴訟)と、受益者の有する資産に執行を行う執行忍容訴訟を行う<sup>152</sup>ことが必要(合計2回;ただし

<sup>149</sup> 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』(東京大学出版会、2001;ただし初出は1987である。本稿においては改訂後の2001を使用する。)

<sup>150</sup> 佐藤・前掲書注149、307頁

<sup>151</sup> 川島・前掲書注81の説示を踏襲したものである(前注83も参照されたい)。また、前注85において説明したように、佐藤論文においては、「訴権であること」という事実に対する評価が、川島におけるそれよりも積極的になされている。このことが佐藤の訴権説を理論にまで高めているように思われる。

<sup>152</sup> 債権者は債務者に対する債務名義によっては、受益者に詐害的受益の帰属

併合可)となるのに対して、訴権説では、424条の詐害行為取消権を訴権と理解することから、その行使が執行忍容訴訟となり、そののみを行えばよいことになる(合計1回)<sup>153 154</sup>。

さらに、取消しの後始末としての効果論、すなわち、425条の「総債権者の利益の為」の解釈についても新たな積み上げを行う。詐害行為取消権が「訴権 actio」であることから、取消しによって、訴訟法上の効果である「判決効の拡張」が起り、そして、総債権者が「債権者平等」の原則にしたがって按分弁済を受けることになるとする<sup>155</sup>。これについては、続く検討において、若干、分析を深めよう。

#### 4.5.2 検討——訴権説の意義と存在意義の関係を中心として

佐藤は、学説の基本路線である「目的実現のための最適な詐害行為取

---

(所有権)を認めたまま、当該受益に対して執行を行うことはできない。すなわち、受益者に執行しようと思えば別個の債務名義が必要となる。その債務名義獲得のための訴訟が執行忍容判決である。

<sup>153</sup> 佐藤・前掲書注149、307頁の記述を参照されたい。佐藤は、形成権＝取消権説だと3回の訴訟を、請求権＝債権説及び折衷説は2回の訴訟を要するとする。すなわち、形成権＝取消権説によれば、取消し・取戻し・給付(3回)、請求権＝債権説及び折衷説によれば取戻し・給付(2回)ということになろう。

<sup>154</sup> これに対して、前田達明「詐害行為取消訴訟試論」判例タイムズ605号2頁(1986)2頁は、実際の訴訟においては、「形成訴訟と給付訴訟(あるいは責任訴訟)の併合審理というのと同じことになる」と批判を行なう。その理由は、以下の通りである。①訴権説の立場で請求を認める判決主文は、「取消判決」というのだから「…取消す」と書くことになるはず(さまなければ既判力を得られない)であるが、②同時に、受益者・転得者に対してそれを債務名義として執行を行い得るとするのであるから、給付文言も挿入しなければならない。結局、主文には、取消し・給付の文言が入ることになり、詐害行為取消訴訟は取消訴訟と給付訴訟の併合形態となる。

<sup>155</sup> 実際の権利実現のプロセスは、こうである。訴権の行使としての執行忍容訴訟の勝訴判決を債務名義として、受益者の詐害的譲渡に関わる資産に対して執行を行う。その他の債権者には、勝訴判決の判決効が拡張し、取消債権者の判決を債務名義として執行を行い、また、民事執行法51条の要件の下、配当要求を行うことになる。この点については、平井・前掲注65、182-183頁、186頁、注30参照。

消権」(目的的考慮)を踏襲する。そして、その目的についても、同じく「受益者は、詐害行為の有効性について、債権者には対抗し得ず、取消債権者は受益者の資産に対して直接執行を行うことができる」とする。さらに、佐藤説の特長は、この目的を、従来の構成上無理のある手段とは異なる手段、すなわち、詐害行為取消権を「訴権 actio」と性質決定することによって実現することにある。

これに対しては、結局、「訴権」であるという性質決定が、先述した結果(目的)にとって、必ずしも論理必然のものではないことから、「訴権だということから論理必然的に、訴権説の主張するような効果が導き出されうとは思われない」と批判<sup>156</sup>が行われることになる。現に、責任説は詐害行為取消権を訴権と理解するわけでもないのに同様の結論を導けるではないか、というわけである<sup>157</sup>。

#### 4.5.3 訴権という性質決定の意義——存在意義的視点から

そこで、以下では、存在意義に関する議論との関係においてのみであるが、まず、佐藤論文が詐害行為取消権を訴権であると性質決定したことの意義を明らかにしよう。佐藤論文は、その沿革研究の中で、ローマ法・フランス法・ドイツ法・アメリカ法における詐害行為取消権<sup>158</sup>の扱いの調査を行っている。こうである。まず、ローマでは同権利が訴権として発生し、それがフランス・ドイツに踏襲されたことが導かれる。次に、フランスではそのまま訴権として発展し<sup>159</sup>、ドイツではBGBの制

---

<sup>156</sup> 詐害行為取消権を訴権とせずとも、同様の効果を導けることは先述している。例えば、責任説を参照されたい。果たして、責任説を主張する下森・前掲書注5、792頁に、この批判が記述されている。その他、前田・前掲注154も同様の批判を行っている。

<sup>157</sup> 前掲注156。

<sup>158</sup> ただし、ドイツにおいては債権者取消法・アメリカにおいては詐害取引法(UFCA, UFTA)である。

<sup>159</sup> これは、ポアソナードによって旧民法に導入された。その際に、ポアソナードは、フランスにおける説の中の一つである絶対的効力説(Colmet de Santerre；資産が債務者に戻ったと見なして、総債権者の引当てとする。判決効も総債権者に拡張する)を導入したことが佐藤によって証明されている。そして、通説的見解であった

定により民法典に取消権（形成権）が明文化されることになる<sup>160</sup>。その頃から、ドイツにおいては、「訴権」を「実体法・訴訟法・執行法」とに分解する思考が登場したが、それでもドイツ・フランス両国においては、同じく「詐害行為の有効性を、その受益者は債権者に対して対抗し得ない」という法的帰結を実現することになる。

ここに、実体法と手続法（訴訟法・執行法）とが分化されて理解されている現代（特に日本）において、あえて詐害行為取消権を訴権であるか、訴権であったと宣言することの意義が見出せる。すなわち、その意義とは、以下のものであろう。

詐害行為取消権は、訴権——今でいう実体法・訴訟法・執行法にまたがる——の内実を持っており<sup>161</sup>、これは、今でいうならば、その担わされている実体的な目的を、実体法・訴訟法・執行法を有機的に関連させつつ実現するものである。訴権であったことを認識することによって、記述的 positive には、詐害行為取消権という訴権によって実体法・訴訟法・執行法が有機的に運動して実現しようとした目的に思いを馳せることができるようになる。さらに、規範的 normative には、その実体的な目的<sup>162</sup>を指導原理として、実体法・訴訟法・執行法上のあらゆる手段を使って実現するべきである<sup>163</sup>という思考に繋がる。

訴権説には、以上の基礎理論——訴権と呼ばれるものには、今でいう実体法の要素が混在しているので、実体関係を規律するものとして考えなければならない、手続法の要素が混在しているので手続を規律するものと

---

相対的効力説（Demolombe；判決効を原告取消債権者のみに及ぼさせる）は、導入されなかった。以上のフランスの学説については、佐藤・前掲書149、98-106頁に詳しい。また、日本への導入については同123-125頁、250-257頁等に詳しい。<sup>160</sup> 日本においては、ドイツに倣い民法121条の「取消権」が創設された。この出来事にあわせて、ドイツでは物権説が登場したが、同様に、日本においても形成権＝取消権説（石坂説）が主張されることになる。

<sup>161</sup> 前注145参照。

<sup>162</sup> この法理は、結局、如何なる問題を如何にして解決したいのか、ということ。

<sup>163</sup> 各国において、法理の目的があらゆる手法（実体法・訴訟法・執行法）を使って実現されていることは、佐藤論文に記述されている。

しても考えなければならない——としての意義があると評価できる<sup>164</sup>。この基礎理論によって、今のように「実体法と手続法」に分化されるに当たって、当初法理の持っていた重要な意味内容が捨象されなかったのか、についてはじめて、認識・評価の対象とすることができるのである<sup>165</sup>。

#### 4.5.4 佐藤説の存在意義的特徴——沿革研究と存在意義論の回避・既存の規範への準拠

そして、以上のように「訴権であると宣言すること」の意義を考えるならば、まず、訴権によって実現されている、または実現すべき、「詐害行為取消制度の実体的な目的」とは如何なるものであるか——存在意義——が問題になる。そして、次に、その存在意義に照らして、如何にその権利の内容・要件効果を設定するのが望ましいかが問題となる。

ただし、佐藤論文では沿革研究のアプローチが意図的に採用されているため、以上のような行論からすると先決問題であったところの、詐害行為取消権の実体的な目的（存在意義）が如何なるものか、一体この法理は社会に如何なる働きかけを持っているのかという問いへの答え（存在意義）については、既存の学説に準拠していると考えられる<sup>166</sup>。結果、

---

<sup>164</sup> 責任説は、訴権説と同じ結論を導くものであるから（さらに結論においては責任説を援用したものであるとも評価できることは後述する）、訴権説が訴権であると宣言したところで、批判たり得ないであろう。したがって、前注156のような批判を行うことになるのは自然なことである。

<sup>165</sup> 実際に、佐藤は、そのアプローチによって、現行民法典起草時において、詐害行為取消権の持つ判決効拡張機能が、捨象されてしまったことを導出する。ただし、このような訴権理論の理解は、本文にて再三注意したとおり、本稿筆者による存在意義論的な加工によったものであるため、佐藤の真意に沿うものであるかは不明である（現に、佐藤論文は制度の存在意義よりも沿革を重視しているように窺える）。もし、誤った理解であるならば、それは本稿筆者による訴権説の可能性についての別個の論考として了解されたい。

<sup>166</sup> そもそも、佐藤論文においては、制度の設計（存在意義）から各要件効果論に至る行論が、設計のあり方については伝統的な議論によっても明らかになっていないことを理由に、避けられ沿革研究を行うことが明示されている。その結果、説得的に詐害行為取消権が訴権であることが証明されており、佐藤のアプローチにとって存在意義を深める必要は全くないことは注意を要する。

この時期の他の学説（責任説）の到達した帰結と結論的に同じになるのは自然なことであろう。そして、この点において、先述してきた、既存の学説における存在意義に関する議論の不完全性まで継受していることになる。このことが、次に述べる「取消しの後始末」の問題において、また、さらに後に述べる「受益者に対する執行忍容という帰結」に影響していると評価できよう。

#### 4.5.6 佐藤説の存在意義的特徴——規範認識

さらに、佐藤は、訴権であることから、その効果論において、まず、総債権者が、詐害的譲渡の対象となった資産を引当てとできるようにと、「総債権者に判決効が拡張される」という法的帰結を導く。この点について、佐藤は詳細に沿革をたどり、結論を導く。

すなわち、旧民法草案起草時において、ボワソナード Boissonade が、当時フランスに存在していた効果論についての絶対効説（Colmet de Santerre；総債権者に対して判決効が拡張する）、相対効説（Demolombe；判決効は拡張しない）のうち、前説を旧民法に採用した<sup>167</sup>ことが、新民法に受け継がれたが、判決効については新民法立法者の理解不足により忘れ去られたとして、前説の理解にしたがって、判決効の拡張を認めることを主張する。

この判決効の拡張という帰結を、取消権を訴権であると性質決定することによって導くのであるから、その行論の背後には、先に述べたように、目的をあらゆる手段を使って実現すべきという規範理論を潜ませていることになる。具体的には「判決効を拡張するほうが法理の目的に資する」というものであろう<sup>168</sup>。要するに、結局、要件・効果は訴権によって効率的に実現された目的の現われと位置付けられることになる。

---

本稿は、この存在意義（設計）のほうに注目して分析を行うものであるから、佐藤論文の補強にこそなれ、それに対する内在的な批判には結びつかない。

<sup>167</sup> ちなみにフランスでの通説は、後説であるので、Boissonadeの採用は独断だとされる（佐藤・前掲書注149、98-106頁、前注159、平井・前掲注65、190頁等）。

<sup>168</sup> ただし、この部分について、佐藤は、既存の学説・判例によっているのかもしれない。そのことを伺わせる記述が佐藤・前注149、320頁にある。

#### 4.5.7 規範認識の現れ——425条論における平等主義的解決の検討

この目的の現れたる取消しの後始末について、425条は「債権者平等の原則を定めたものである」として、取消債権者を含めた総債権者による按分弁済(以下、「平等主義的解決」と記す)を主張することになる<sup>169</sup>。そして、425条の「総債権者の利益のために」の法的帰結を平等主義的解決であると理解すべき理由については、幾つかのものを挙げている。

(i) まず、鈴木論文<sup>170</sup>の「個別執行において、複数の債権者が存在する場合に、複数の債権者全員が特定の執行の目的物の換価代金からの満足を得ようとし、しかも換価代金が複数の債権を全て満足させるには足らぬ場合が『債権者平等の原則』の問題となる一場面である(圏点、本稿筆者)」という記述を大前提とし、各学説が詐害行為取消権の行使方法を論じる箇所「目的物が不動産の場合は強制執行をしなければならない旨を説くテキストが多い(圏点、本稿筆者)」ことを小前提として、詐害行為取消しの後始末の場面が「債権者平等の原則が問題となる一場面ではないだろうか」<sup>171</sup>としている。

(ii) 次に取消債権者が「優先権を持つものではないことを抽象的に記した」とされる梅体系書が、物権と債権の違いについて、債権は優先権を持たず、強制執行において引当て財産が不足する場合においては按分弁済をもたらすものである<sup>172</sup>ことを記述していることから、詐害行為取消権の後始末には債権者平等の原則が適用されるという帰結を導く<sup>173</sup>。

<sup>169</sup> 実際には、③についても「債権者平等」を根拠に結論を導くが、本稿における行論上順序を逆転させた。すなわち、佐藤説においては、「債権者平等」を実現するのが425条で、具体的には「判決効を総債権者に拡張」し「取消債権者と総債権者に平等弁済を与える」ことになる。

<sup>170</sup> 鈴木緑弘『『債権者平等の原則』論序説』法曹時報30巻8号1頁(1978)。

<sup>171</sup> 佐藤・前掲書注149、318頁、同354頁における注145参照。

<sup>172</sup> 梅・前掲書注143、3-4頁。

<sup>173</sup> 加えて、梅・前掲書注143、83-84頁の「民法425条」には、「廃罷訴権の効力は単に之を行いたる者のみの為に生ずべきか又他の債権者のために生ずべきかは一問題なり然れとも本条に於ては其効力は総債権者の為にも生ずるものとせり例えは債務者か其所有の不動産の譲渡に因りて無資力と成りたる場合に於いて其譲渡の取消は当時既に債権者たりし者の1人より之を請求したりとする

(iii) さらに、「フランスにおける絶対的効力説<sup>174</sup>の主唱者である Colmet de Santerre が『債権者平等の原則の原型』と目されるフランス民法2093条を、その説の根拠条文に挙げていること」を根拠にする<sup>175</sup>。

(iv) また、商人破産主義を採用していた当時のフランスにおいて、簡易な破産の機能を営ますために絶対的効力説が主張されたこと、破産法を持たなかった日本において<sup>176</sup>、Boissonade も同様に考えたことな

---

も其取消の効力は「当時既に債権者たりし者の全員のみならず其後に債権者と成りたる者のためにも生じて皆その利益を受くべきものとす是れ他なし廢罷訴権は単に債務者の財産中に入るるに過ぎずして敢えて之か為めに或債権者に特権を与ふるものに非ず故に尋常の債権者は皆平等に其財産に付いて其権利を行うことを得ずんはあるへからず」とある。

<sup>174</sup> これがポアソナード Boissonade を仲介して旧民法・新民法に受継がれたとする（前注159）。

<sup>175</sup> 佐藤・前掲書注149、355頁における注145参照。

<sup>176</sup> 破産法は1922（大正11）年交付（施行1923；大正12）、旧商法破産編は1890年（明治23）公布（施行1893；明治26年）、旧民法は1890年（明治23）公布であるから、旧民法起草時は、旧商法の商人破産主義が念頭にあったか、そもそも破産法が念頭に無かったかのいずれかであろう。

この時期は、一般私人の破産処理手続きが弱く、民事執行法における債権者平等原則は、簡易な破産処理法としての機能が民事執行法に期待されたことの現れと評価し得るであろう。ただし、本文にて後述するように、分析的に見れば、倒産法制（信用秩序）の現れとしての破産法と債権者平等原則（按分弁済・平等弁済）は、目的と手段の関係にあり、場面によっては乖離・対立する。このことは、道垣内・後掲書184にも描かれていると評価し得る。この論文において、道垣内は、買主の倒産時に問題となる売主による所有権留保の効力について、買主の他の一般債権者との関係を規律する債権者平等原則に反する所有権留保の効力を認め（これは、債権者平等原則には反する）、さらに、会社更生の場面において、所有権留保売主の連鎖倒産の恐れがある場合には、取戻権を認める。これは、倒産法制（信用秩序）の要請から、債権者平等原則の例外化や倒産時の優先的処遇が導かれることを意味している。すなわち、信用秩序を実現する破産法（倒産法制・信用秩序）の要請と、債権者平等原則は、目的と手段の関係にあり、目的の限りで、手段である債権者平等の原則は維持される関係にあるので、理論的に見れば、場合によって、破産の要請と債権者平等の原則は乖離・対立することになる。

同時に許害行為取消権によって偏頗弁済を取り消すという考え方も破産法と

ども理由として挙げられている。

以下、これらの理由について検討しよう。

(i) について、鈴木論文の主眼は、債権者平等の原則というものを、結局のところ、結局、実体法上の優劣を区分けを経た後に残った同じものを同じに扱うという射程の狭い原則であること述べるものであることに着目しなければならない。すなわち、まず、同一順位の金銭債権者間での個別執行においては、その優劣は執行法上の政策に委ねられるべきもので実体法上必然のものではなく、次に、現行日本法の執行手続きにおいてはフランス平等主義的按分弁済が行われているが、これも解釈上導かれているにすぎないものであること<sup>177</sup>や、さらに、当然に、実体法上同一順位ではない債権については当然に優先劣後の問題が生じるものであること<sup>178</sup>や、最後に、破産の中ではその実体法上の優劣の区分けの問題は顕著に生じ、優先権を持つ者が債権の回収を行った後に残った同一順位の債権者間の弁済に適用されるものが債権者平等の原則であるに過ぎない(「残りカス同士の平等」)ことを述べるものである。詐害取消権行使債権者とそれ以外の債権者との間に、同じものを同じに扱うという債権者平等の原則が適用されるべきと見るには、取消権行使者とその他の一般債権者とを「同じもの」と見る必要があるが、鈴木論文はそれについては言及をしていない。この両債権者を同じものと見るか違うものと見るかが、ここにおける最も重要な点であるが、これについて佐藤は行論上、既存の学説の判断によっていることになる。この既存の学説の価値判断は、もともと「一般債権」であり、「取り消されて債務者のもとに資産が取り戻されたなら」執行の問題になるという単純な理解によっている。すなわち、これらの学説の理解は、実体法的に取り消されたら債務者のもとに資産が復帰することになるので、後は、執行の問題

---

関係している。この点については、後に分析を行う。

<sup>177</sup> ただし、現行執行法(1978、80年施行)においては、互いに配当要求を認めるという形で、平等主義が明定されている。

<sup>178</sup> 鈴木論文における金銭債権者間で債権者平等が問題となる例として挙げられている具体例自体が、既に、同順位の債権者同士である場合についての例であることに注目されたい。

として処理するのが通常であろうというような実体法・手続き法分断思考を前提としているのである。その実体法・手続法分断思考によって、訴権から抜け落ちた要素を補うべく佐藤は論を行うが、この場面においては、その批判すべき伝統的学説による結論に対して何ら検討が行われずに追認をしているかにも思われる<sup>179</sup>。問題は、取消し訴権行使の効力によって、取消権行使債権者は実体法上通常の債権者と比して如何なる地位に立ち、そのことが執行手続きに如何なる影響を与えるのかであるが、この観点を見落としている既存の学説に準拠していることになる<sup>180</sup>。(ii)についても、同様である<sup>181</sup>。したがって、まだ、この観点からは、

<sup>179</sup> 佐藤は、「判決効の拡張」については、佐藤・前掲書注149、322頁にて「民法425条が、判決効の相対性の原則を定めた民事訴訟法115条1項に対する例外を名文で定めた規定である」と解するとしながら、それに対して、「詐害行為の無効を主張し得る債権者のうちで、誰が配当要求できるのかという問題」については、同上・323頁にて、「民事執行法の規定、及び、その解釈によって解決されるべきである」と述べる。前者については、訴権的思考（詐害行為取消権を、その目的の実現のために実体法的・訴訟法的機能を備えた訴権だと考える見方）を徹底するが、後者については、執行法上の一般論（詐害行為取消権という一般信用秩序を担う制度に関わる権利行使の一環としての執行の場面であるという個別事情を捨象した上で、単に、一般債権者が執行を行う場面であるからという理由により、執行法における一般的な債権者についての分配ルールである債権者平等原則が適用されるとする）を持ち込む姿勢を見せている。訴権説の持つ意義ないし可能性（「実体法・手続法分断思考にとらわれない思考」）からすればさらに議論の余地が残されていると評価し得よう。

<sup>180</sup> 近時は、後に述べるように、取消し後の按分弁済について、取消権者を優先させるべきことを主張する学説が増えつつあり、また、この場面についての取消権行使債権者とその他の債権者との実体法的な位置づけを異にすべきかという点についても、前掲170の鈴木論文を受け「比例弁済の前提条件が整えられていない状態の下では、同コストは非常に高くなるが、それを取消債権者に負担させることが妥当かという視点」があり得ること、すなわち、両者はやはり区別され得るという議論も一応は成り立つことが示唆されている（中田裕康「債権者平等の原則の意義」法曹時報54巻2号1283頁以下（2002）、特に1308頁）。本稿は後にさらにことなる視点からこの問題を評価することになる。

<sup>181</sup> そもそも起草者は、訴権的思考を理解していなかったのであるから、法理の目的を如何なる手段（実体法・訴訟法・執行法）によって実現するかについての記述の信憑性は薄いはずである。実際に、フランス法を当時正確に理解し

議論の余地があると評価し得よう。

そして、(iii) について、佐藤は、取消しの後始末が「平等主義的解決—判決効拡張」によって行われるという推測を裏付けるものとしてボアソナード (Boissonade) の議論を紹介している。その記述はこうである。

ある者が述べるように、廃罷の利益は詐害行為前の債権者のみに帰属すべきである旨を支持することは、その有利さを誇張することになろう。そのように考えることは、債権者を二つの範疇に分け、且つ、分配すべき財産を二つに分けることになる。右のようなことは破産の基本原則に反する。<sup>182</sup> (圏点、本稿筆者)

この記述は、「詐害行為前の債権者のみ」に、取消しによる利益の帰属 (分配) を与えることに対して異を唱えるものである。すなわち、「詐害行為前の債権者と詐害行為後の債権者」に分け隔てなく判決効を拡張し<sup>183</sup>分配手続きに参加させるべきであるということ以上のことは言って

---

ていたのは穂積のみであるとある (前佐藤・掲書注149、261-264頁)。穂積はフランスにおける相対的効力説を採り、「取消」とは原告債権者のためにだけ、逸出した財産に対して差押えを許すという効果を生ぜしめるものであるとする。その他のものは、訴権的思考を理解せずに、Boissonade の絶対的効力説を曲解して、取消を121条の (実体法的な) 「取消」の意味に理解していたことが記述されている。それによって、《過剰に》「取消しによる絶対的無効」という実体的効果を与え、《不備として》判決効の拡張を忘れ《法理の目的を実現できない》というのが佐藤の主張になる。

確かに、前注173に挙げた梅の議論においては、誰が分配手続きに参加するかという点と、どの程度分配を受けることができるかという点とが明確に区分されてはいない。

<sup>182</sup> 佐藤・前掲書注149、321頁参照。大島・前掲書注2、120頁も、この部分についての引用を行うが、大島は結論的に取消債権者に優先弁済を与えることを肯定することに留意しなければならない。このように、両論文は、歴史認識を同じくし、規範認識を異にしていることから、「沿革の強調が秩序の構想をめぐる議論の決め手にはならない」と評価するものに森田・前掲書注60、55頁がある。

<sup>183</sup> 実体法上の請求権的な効力が、総債権者と受益者の間に生じ、そのことに

はいない（特に、取消権行使債権者とその他の債権者の間の分配の程度を扱ってはいない）。結局、「皆が分配の手続きに参加できること」さえ実現できれば、勿論、理解の仕方によってはあるが、このボアソナード Boissonade の指摘する財産が二つに分かれるという問題は発生しないとも十分に言い得る。したがって、以上の理解によれば、分配手続きに参加した「取消権を行使した債権者—詐害行為前の債権者—詐害行為後の債権者」間に、如何なる程度の帰属が生じるのかについては開かれていると理解し得ることになる。すなわち、この言説は「取消債権者—取消権を行使しなかった債権者（以上、詐害行為前の債権者）—詐害行為後の債権者」間の按分弁済についてのものではないという見方もできよう。そうであるならば、この議論だけを持って、「誰が手続に参加し得るのか」「いかなる程度の分配を得るのか」という二つの異なる局面の問題について、前者を「総債権者」、後者を「按分弁済」と評価することには一種の判断が含まれているといえよう。

以上のように、フランスにおける絶対的効力説が、論理的には別のものである“判決効の拡張と平等主義的解決（按分弁済）”について、前者に主眼を置きつつ議論した上で、その条文上の根拠を、「債権者平等の原則の原型」と目されるフランス民法2093条においているのだとすれば、「平等の部分」については、ヨリ実質的な分析が必要となろう。

この問題に関して、確かに、当時のフランスにおいて、この場面においても、平等主義的解決が至当とされていたのかもしれない<sup>184</sup>。そして、そのような実体的解決を狙って絶対的効力説が立てられていたのかもしれない。そうであるとする、確かに、平等主義的な解決が、以上の言

---

ついて判決効が総債権者に拡張すること。

<sup>184</sup> 若干適用の場面がことなるが、道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（1997）303頁には、当時のフランスが徹底した平等主義を採用しており、優先権を得ようと債務者に何らかの働きかけを行った債権者（道垣内論文においては所有権留保売主）が債権者平等の原則によって一般債権者として扱われていたことが記述されている。

そして、この債権者平等の原則は、一般信用を増進させるために存在しており、現在においては、債権者平等の原則はかなりの程度弱められていることも述べられている。

説における Boissonade の真意だとの推論は正当であろう。

しかし、そうであったとしても、その絶対的効力説は、そのフランスにおいても否定された学説なのである。すなわち、債権者平等の原則が徹底されていた時代であればこそ、なおさら取消しによって生じる判決効について当初採用されていたとされる絶対的効力説が、判例・通説により否定され<sup>185</sup>、債権者平等の原則を抜けるような解釈が採用されたことの実体的意味は大きい。それは、まさに訴権の解釈として、訴権的な思考により、目的を実現し得ない(すなわち、妥当ではない)学説だと評価されたからだとも言い得る<sup>186</sup>。フランスにおいて、絶対的効力説が採用され得なかった理由について、佐藤論文376頁は、フランス民法1351条が「判決の相対性の原則」を定めていた<sup>187</sup>からとするが、それは理由の説明としてはまだ補われる余地があるとも考えることもできる。なぜならば、訴権だと理解するならば、なおさらのこと、その訴権の効果についての絶対効説の不採用には単なる訴訟法上の意味以上の実体的な意味が込められていると理解でき、そうであるとするならば、実体的な側面からの理由付けが必要となるからである<sup>188</sup>。

以上から言えることは、少なくとも、規範的な解釈として、この平等主義的な解決を、正当化するには、ヨリ実質的な理由が必要であるということであろう。

(iv) そこで、平等主義的解決を導く実質的な理由が存在すると考える論者は、こう考えるかもしれない。破産法が存在しない時代においては<sup>189</sup>、その代替物として、執行法上の平等主義が観念され、詐害行為取

---

<sup>185</sup> 佐藤・前掲書注149、104-106、376頁参照。105-106頁には、判例においても、当初、絶対的効力説が採用されていたが、相対的効力説へと変更されたことが記述されている。

<sup>186</sup> 平井・前掲注65、189-190頁はこの点を、指摘していると思われる。

<sup>187</sup> 佐藤・前掲書注149、106頁。

<sup>188</sup> 例えば、フランスにおいて手続法が実体的な意味を持つことを描くものに、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール(1) - (10)」法学協会雑誌93巻12号、94巻1号、3号、5号、7号、8号、10号、95巻1号、3号、5号(1976-78)がある。

<sup>189</sup> 又は、破産法は存在しても、破産法が一般的に適用されない時代において

消権による取消しの後始末は、まさに執行の場面であるのだから、そこにおいては、平等主義的な解決が至当となる、と。そして、この言説は、破産法が存在する現代においても、維持され得る。なぜなら、現代においても、簡易な破産処理として、詐害行為取消権行使の後始末を位置付けることができるからである<sup>190</sup>。

---

はと言い換えてもよからう。

<sup>190</sup> 詐害取引法を簡易な破産処理として位置付ける思考は、山中・前注90、544-545頁等にも見られる。すなわち、山中は、544頁にて、以下のように述べる。

ドイツ法におけるように、取消債権者に、他の債権者に優先して、受益者または転得者よりの返還財産につき、その債権の満足をうけうる権利をみとめ、その民事訴訟法が差押質権の成立を認めて差押優先主義をとっているようなところでは、たしかに一理あると思われるのであるが、わが法のように詐害行為の「取消は総債権者の利益のために其の効力を生ず」（425条）とし、強制執行法上はすべて執行に参加しきたる債権者を平等にとりあつかう主義がとられているところでは、かならずしもそうでなくてはならぬという理論的必然性はないように思われるのである。むしろ私は詐害行為のなされた時の事情のいかんによっては、簡単な私的強制執行手続（私的破産の意か一本稿筆者）とでもいうべき平等弁済の手続を詐害行為訴権によって実現させることの方が、かの破産法上の手続をそこでとることがあたかも鶏をさくに牛刀をもってするがごとき感のある場合には、適切妥当なのではなからうかと思うのである。たとえば債務者が債務超過、支払不能、支払停止の状態にあり、しかも知れ樽債権者の数も多くなく、詐害行為訴権によって取戻したる財産が債務者の積極財産中主要なものであるということがごとき場合には、実質的に詐害行為訴権を債務者の財産の簡素な清算手続というかたちにおいて運営することは、大いに考えられてよいことではなからうかと思うのである。

さらに、山中は、弁済を総合判断による取消しの対象であるとすべきとした上、「この問題に関連してひとつの問題がある」として、「取消債権者が自己の債権額を超過するていどに、債務者の詐害行為を取消しうるか」が問題になると述べる。そして、これについて、（原則は肯定できないとしながらも）「425条により参加し配当を要求する他の債権者がありうべきことにかんがみて、それらを考慮に入れて債権保全のために必要なりとみとめえられる限度では、債

確かに、詐害行為取消権の「後始末」は、簡易な破産処理の性質を持つという言説は正当である。しかし、問題は、この“詐害行為取消しが簡易な破産処理の機能を有する”という言説が正しいか否かではない。問題は、この言説が、詐害行為取消権の「後始末」として、平等主義的解決をもたらすものとして正しいか否かである。

結論を先に言うならば、(簡易な)破産機能を持つことは、必ずしも平等主義的な解決には、直結しない。理由はこうである。破産とは、複数の債権者が債務者の資産の分配手続きに参加するという、包括執行手続きのことを意味する。そして、破産であることそれ自体には、その手続きに如何なる債権者が参加するべきか、その手続きにおいて各債権者が如何なる分配を受けるべきかという問題に対する解答は存在していない<sup>191</sup>。その解答は、当該問題となる債権者にこの場面において如何なる処遇を与えることが信用秩序にとって望ましいのか、に依存している<sup>192</sup>。

すなわち、結局のところ、詐害行為取消権行使の後始末という固有の場面を、破産処理手続きや簡易な破産処理と位置付けたとしても、平等主義的な解決を採用するのが、信用秩序にとって望ましいのか否か、すなわち、取消債権者とその他の債権者が平等弁済を受け得るべきか、に

---

権の数额をこえても取消権を行使しうべきものと解すべきである」と結論する。ここに、詐害行為取消制度を、簡易な破産手続きと見ることによって、それによって、偏頗弁済を禁止し、債権者に対する平等弁済を確保する手段と捉える思想が窺える。

<sup>191</sup> 債権者の中には、別除権者として扱われるものもいれば、破産手続きにおいて、優先弁済を受けえる者もいる。

<sup>192</sup> アメリカの倒産法学におけるフレームワークを形成したとされる Thomas H. Jackson, *Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard University Press, 1986) を初めとした、各論文 (Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditor's Bargain*, 91 YALE L.J. 857 (1982); Douglas G. Baird, *A world without bankruptcy*, 50 Law and Contemporary Problems 173 (1987) ; DOUGLAS G. BAIRD, *ELEMENTS OF BANKRUPTCY*, Fourth Edition (Foundation Press, 2005)) を参照されたい。また、日本においては、山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞己＝水元宏典『倒産法概説』(弘文堂、2006) を初め、「倒産実体法」というカテゴリの仕方自体がこの考え方に立っていると思われる。

については、実体法<sup>193</sup>—信用秩序—の問題として、一度考えなければならぬことになる。

これを債権者平等の原則に引き直して言えばこうである。債権者平等という原則は、同じものを同じに扱う原則なのであるから、違うものについてはその原則は適用されない<sup>194</sup>。たとえ、破産が、通常の一般債権者間に、債権者平等の原則の適用をもたらすとしても、問題となる債権者が、その原則の適用にふさわしい一般債権者と同じものなのか、それともそうではないものなのか、について、まず答えなければならない。その先決問題こそが、ここにおける問題なのである。一般債権者と評価すべきか否かが問題になっているにもかかわらず、「一般債権者」であることを理由に結論を導くのは循環以外の何ものでもない。

まとめると、詐害行為取消権行使の後始末が、簡易な破産処理の機能を持つという事実から、全く相反する二つの結論を同等程度正当に導けるのであるのだから、この二者択一の問題において、同権利が「破産処理機能」を持つと性質決定をすること自体には、「実体法上」は何の意味も無いことになる。そして、この場面において、詐害行為取消権に包括執行としての機能——破産処理機能——を営ますために少なくとも、必要なのは、複数の債権者に対する判決効の拡張（分配手続きへの何らかの関与）であり、按分弁済ではない。したがって、「総債権者」という文言に、判決効の拡張以上の意味を持たそうとするなら、さらなる検討を要することになる。すなわち、平等主義的解決の許否については、全くのブランクであると見るか、少なくとも、別の考慮に基づくべきものと考えたほうがよい。

ただし、これについては、先にも述べたように、当時のフランスにおいては、徹底した平等主義が採られていたかもしれない<sup>195</sup>。しかし、で

<sup>193</sup> 手続法であっても実体的な意味は持ちえるし、積極的にそれを付与されることがあるという広い意味での実体法。

<sup>194</sup> 担保権者は、破産手続きにおいても優先権を与えられる。破産手続きの本質は、あらゆる債権者が参加する集団的な倒産手続きであるという点に尽きるなのであって、分配ルールについては、実体法ないし実体法的観点によってなされるべき考慮に対して開かれている。前掲注170並びに本文参照。

<sup>195</sup> 道垣内・前掲書注184には、一般債権者の平等主義から、信用秩序からの

あればこそ、なおさら、そのフランスにおいてさえ、その平等原則から逃れる機能を持つ相対的効力説が通説の地位を獲得したことが、その訴権の持つ実体的な意味内容の理解において意味を持つことは先述した。

以上より、佐藤の言説は、結局、平等主義的な解決が望ましいと述べる点については、更なる実質的な根拠が与えられる必要がある。この詐害行為取消権行使の後始末という固有の場面において、平等主義的な解決が望ましいか否かを実質的に決定する理論は、佐藤が行論から外した設計の問題、すなわち、詐害行為取消権の存在意義に関する議論であることも明らかになろう。なぜならば、簡易な破産における平等主義的解決を基礎付けるものは、詐害行為取消法理の根拠である信用秩序にとっての望ましさに他ならないからである。

そして、詐害行為取消権の存在意義によった際の、結論については、既に述べたようなものではあるが、改めて、後の「日本法への示唆」において述べるとしよう。

#### 4.5.8 小括——佐藤説の特徴——存在意義の視点から

以上に、存在意義の視角からの分析により、「後始末の問題」における平等主義的な解釈には、その解釈を導く規範的判断の根拠について、さらに詰めなければならない点が残されていることが明らかになった。

ここに、佐藤論文の存在意義論的な特徴が浮き彫りになろう。すなわち、こうである。佐藤は詐害行為取消権が訴権であると強調した。これによって、「詐害行為取消権の目的」が、訴権——実体法・訴訟法・執行法——の解釈によって柔軟に実現されていることを認識し、それを目指す解釈の可能性が開けたが、佐藤自身は、後者の部分（効果論）にその焦点を当てている。そして、その中でも、とりわけ、判決効の拡張の点を指摘することに注意を注いでいる。その必然として、前者の問題、存在意義に関する議論——詐害行為取消権が信用秩序に如何なる働きかけを持っているか——については空白であり、この点については既存の学説（その不十分性については先述）によっていることになる。

この存在意義に関する議論の空白が、以上に検討してきた、佐藤によ

---

考慮によって、所有権留保という担保権を切り取ってきた様が描かれている。

る詐害行為取消権行使の後始末論における分析に影響を与えているといえる。すなわち、この点について、「具体的な目的を持つ」訴権の解釈に「執行法上の平等主義」の持込みを行うことになる。このこととの関係において、同じく訴権説を採る平井論文が、425条の「総債権者の利益の為」についての解釈において、「総債権者」の意味を空文化し、事実上の優先弁済を導くことには注目すべきである<sup>196</sup>。これについては、後述する日本法の分析にて述べる。

これらを踏まえて、アメリカにおいて、1980年代以降の学説——佐藤が参照したもの以降のもの——によって発展するものである。そして、そのアメリカにおける存在意義に関する議論は、佐藤の議論の主たる方法からすれば、正当に調査の対象外とされるものである。この視角から、日本における学説の展開（形成権＝取消権説・請求権＝債権説・責任説・訴権説）を俯瞰すると、今まで述べてきた一つの分析が可能になる。

以下においては、昭和以後の議論を簡単に概観した後に、本稿の総括をかねて、そのことを確認しよう。

#### 4.6 佐藤説と昭和以後の議論についての小括

まず、佐藤説の特徴を述べた上で、次に、昭和以後の議論をまとめよう。

佐藤説においても、昭和初期から中期にかけての議論において至上命題となった「詐害行為の最適な取消し」の思想は、変わらずに踏襲されることになる。

①すなわち、まず、「相対的無効」説に対して、「無効」という必要す

<sup>196</sup> 同時に、平井・前掲注65、188頁は、民法425条と強制執行における平等主義とが論理的に直結されていないことを指摘する。ここから、森田・前掲書注60、55頁は、「訴権説にならって民法425条を取消訴訟の判決効を他の債権者に及ぼすための規定であると捉えても、そのこと自体は、当然には債権者平等の原則の宣言を意味せず、債権者取消権を取消債権者の優先的満足のための制度と捉えることを必ずしも妨げないことになる」と論を進める。ただし、この時点においては、帰結を根拠付けることになる実体法上の根拠が与えられているとはいえないので、「妨げない」「妨げる」と両方の解釈のが同程度に成立し得る。少なくとも、佐藤は、そのことを指摘していることになる。

ら無いとして、「有効であるが、債権者の執行に対して、受益者が対抗し得ない」と解すべきとする。

②しかし、先の時代には弱められていた「性質決定」が復権することになる。すなわち、「訴権」という性質決定である。

③それによって、詐害行為取消権が、今で言う実体法・訴訟法・執行法の意味を持つものであるということが明確に認識され、「目的実現のための最適な取消し」の思想をより徹底することへの可能性が示されている。

これらを踏まえて、以下に、昭和初期から佐藤説に至るまでの議論の存在意義の視点から見た小括を行おう。

④昭和初期からの学説が目指した法的帰結は「詐害行為の有効性について、受益者は債権者に対抗し得ない」というものであり、具体的には、債権者は、受益者の「所有する」資産に対して、直接執行を行えるようにすること、であった。

しかし、その指導原理となる「目的考慮」は、それ自体内容が不明確な「責任財産保全のため」というものであり<sup>197</sup>、「存在意義に関する議論」とまでは言えなかった。ただし、下森論文における責任説が、同制度を、私法関係を越えた、より一般的な、責任財産秩序を維持するために存在する、と述べ、先の時期における雉本の存在意義に関する議論を確認している。したがって、為すべき作業は、この信用秩序から、各法的帰結を論理によってつなぐ作業であると言えよう。

そして、訴権説の発想は、「制度の目的を実現するために実体法・訴訟法・執行法を総動員するのが訴権という思想であること。他国における議論によって導かれた法的帰結をその観点から眺めなければならないこと。そうすれば、取消債権者に何らかの優先権——実体法上・訴訟法上・執行法上——を与えることが目的実現に資すると思われること。そのことが、存在意義である一般的な責任財産秩序・一般信用を充実させるために作用していること。よって、訴権である詐害行為取消権は特別法的に解釈されなければならないこと。」という記述理論・規範理論に繋がる可能性があるものであった（先述）。

<sup>197</sup> このことを理由として、沿革研究に舵を切るのが佐藤の行論であった。

以上をまとめると、責任説が提示した「一般信用・責任財産秩序維持」という法理の「存在意義（目的）」と、訴権説に含意される「目的一手手段思考」の理論があれば、詐害行為取消権に関する、実体法・訴訟法・執行法という「手段」を、有機的に関連させながら「一般信用（目的）」に資するように解釈できる可能性があった。

訴権説は、その持つ有益な視角を提示し、そこから、判決効の拡張に関する理論を導いたが、さらに、それを存在意義に関する議論まで繋げることはなかった（そしてそのことは以下の⑤、⑥に具体的に現れる）。これは、訴権説を提唱した佐藤論文の方法が沿革研究であり、その問題関心が存在意義に関する議論ではなく効果論、特に「判決効の拡張」にあったことによるものであろう。以上より、詐害行為取消権論の個別的解釈において、正当に主張されている諸説も、制度の構造によって基礎付けられることが不十分である故に、為すべきことの一部しか為し得ていないという評価ができよう。

⑤その結果、その効果論の部分において、特に、「425条における取消しの後始末」については、伝統的な思考様式に留まっている。すなわち、訴権説が最も忌むべきであった「実体法—手続法分断思考」によって、「日本における執行法上の一般論である債権者平等原則」の適用がなされることになる。「訴権である」と性質決定を行うことによって生じる可能性は、この限りにおいて、十分に実現されていないと評価できよう。加えて、効果の解釈においても信用秩序にとっての望ましさを考えなければならないことは、「効果論」としての「責任説・訴権説」の帰結である「受益者に対する執行忍容」に対する再検討をも示唆することになる。

⑥また、要件論については、詐害行為の成否を、悪質性を総合考量して決定するという説（山中＝竹屋；総合考量説・相関関係説）が見られるようになる。この説は、「弁済」「相当価格による売却」などに詐害行為取消制度の網をかけるという役割を持って登場したものである。これは、アメリカ詐害取引法が、一般条項として機能する「詐害の意図」の要件を時代を経ても頑なに残存させることによって果たしている重要な役割——新しい取引をその網の中に包摂し、評価し、規整し受容する（5章）——と同様の役割を詐害行為取消権に付与するものである。日本法の詐害行為取消権は、当初より、ドイツの学説から、厳格な「債務超過」

「対価の不均衡」(客観要件)という要件を導入しており、この拡張機能は有さなかった故に、この理論は、以上の観点からすれば、必要なものを導入するという意味において、積極的に評価されよう。ただし、この考え方は、従来異質とされていた「弁済」等を詐害の審査に包摂し、その基準は、“悪性を総合判断する”というものであるために、詐害行為取消権の要件(射程)は益々曖昧になってしまうことをも意味する。

これに対処するために、以後学説は再び類型化を行うことになる。しかし、悪質性を判断するための相関判断を支配する理論は存在していない。これは、1980年代以前のアメリカにおける状況と類似している。

⑦最後に、あらゆる学説が、詐害行為取消権を、強制執行または破産(解体清算)の準備のための制度として想定している。そして、その想定は、現在においても変わらないと思われる。

執筆者紹介（掲載順）

水野吉章	孟根巴根	今野正規	金澤誠	水野浩二
関西大学法学部専任講師	北海道大学大学院法学研究科助教	関西大学法学部専任講師	北海道大学大学院法学研究科助教	北海道大学大学院法学研究科准教授

平成22年1月22日 印刷  
平成22年1月29日 発行

編集人 高見進  
発行人 北海道大学大学院法学研究科長  
常本照樹  
印刷 北海道大学生協同組合  
情報サービス部  
札幌市北区北8条西8丁目  
TEL 011(747)8886  
発行所 北海道大学大学院法学研究科  
札幌市北区北9条西7丁目  
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948  
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

# THE HOKKAIDO LAW REVIEW

---

Vol. 60    January 2010    No. 5

---

## CONTENTS

### ARTICLES

- Das *officium iudicis* und die Parteien im gelehrten Recht des Mittelalters (1)  
—— Eine Betrachtung über die *clausula salutaris* ——  
..... Koji MIZUNO    1
- Government Speech and Human Rights Theories in United States (1)  
..... Makoto KANAZAWA    248[ 1]
- La société du risque et la responsabilité civile (4)  
—— à la lumière de l'affaire du sang contaminé en France ——  
..... Masanori KONNO    194[ 55]
- The Structure, Operation and Effectiveness of the Chinese Legal System  
for Environmental Impact Assessment (3)  
—— Its Characteristics in Contrast with the Japanese Legal System for  
Environmental Impact Assessment ——  
..... Menggenbagen    160[ 89]
- Reexamination of the Grounds for Fraudulent Transfer Law (6)  
—— From the theoretical perspectives ——  
..... Yoshiaki MIZUNO    104[145]

[ ]...Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

---

Published by  
Hokkaido University, School of Law  
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan