HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第71巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 71(6)
Issue Date	2021-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80735
Type	journal
File Information	lawreview_71_6_all.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 71 巻　　第 6 号

論　　説

条約の国内適用論の読解 …… 齊　藤　正　彰　　1

マイノリティ言語の地位をめぐる考察
——リベラル多文化主義論の有効性をめぐって——
…… 辻　　康　夫　　57

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（1）
…… 楊　　瑞　賀　　91

盧溝橋事件における現地交渉（Ⅱ・完）
——1937年７月７日～７月28日—— …… 岩　谷　　將　　143

中国における環境公益訴訟の現状と課題（2）
——「環境損害」の回復をめぐって—— …… 邱　　昌　茂　　191

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（5）
——国家賠償法１条１項の責任原理との比較の視点から——
…… 津　田　智　成　　414［　1］

講　　演

台灣大法官釋字第748號解釋解析 …… 湯　　德　宗　　255

台湾大法官釈字第748号解釈に関する解説 …… 湯　　德　宗　　287
徐　　行（訳）

判 例 研 究

民事判例研究 …… 吉　田　邦　彦　　327

民事判例研究 …… 吉田　邦彦・三木　千穂　　345

2021（令和３）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
加藤智章（社会保障法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
林竧（商法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
藤原正則（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷將（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
岸本太樹（行政法）
櫛橋明香（民法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
佐藤陽子（刑法）
○嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中山一郎（知的財産法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）＊
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山崎幹根（行政学）＊
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
○米田雅宏（行政法）

特任教授

朝倉靖（民事実務）
池田茂徳（法実務基礎）
磯部真士（刑事実務）
加藤智章（社会保障法）
小林俊彦（刑事実務）
橋場弘之（法実務基礎）
松長一太（民事実務）

准教授

池田悠（労働法）
伊藤隼（民事訴訟法）
川村力（商法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
徐行（比較法）
○鈴木敦（憲法）
田中啓之（行政法）＊
津田智成（行政法）
土井翔平（国際政治）＊
馬場香織（比較政治）＊
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）
○森悠一郎（法哲学）
○山本周平（民法）

助教

許仁碩（法社会学）
崔碩鎭（現代政治分析）
内藤陽（憲法）
前田星（法史学）
山崎皓介（憲法）
楊瑞賀（民法）
横堀あき（憲法）
ﾛﾄﾘｹﾞｽ ｻﾑﾃﾞｨｵ ﾙﾍﾞﾝ ｴﾝﾘｹ（比較法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　　説

条約の国内適用論の読解

齊　藤　正　彰

目　次

はじめに
Ⅰ　憲法学説における着眼点
Ⅱ　各書の概要と検討
　1．山田哲史『グローバル化と憲法』の概要と検討
　2．手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈』の概要と検討
　3．松田浩道『国際法と憲法秩序』の概要と検討
Ⅲ　論点についての考察
　1．直接適用可能性の消去可能性
　2．トランスナショナル人権法源の間接適用
　3．「法律に対する条約の優位」からの逃避
おわりに

はじめに

国法体系における憲法と条約の関係、とりわけ条約の国内への受け入れ構造と国内裁判所における取扱い――あくまで本稿での便宜のために包括的に「国内適用論」と呼ぶことにする――を体系的に論じる業績が、憲法学および国際法学の気鋭の研究者によって公刊されている。すなわち、①山田哲史『グローバル化と憲法――超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂・2017年）、②手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈――「参照」を支える理論とその限界』（法律文化社・2018年）、③松田浩道『国際法と憲法秩序――国際規範の実施権限』（東京大学出版会・2020年）で

ある。

本稿は、これら①山田『グローバル化と憲法』、②手塚『司法権の国際化と憲法解釈』、③松田『国際法と憲法秩序』の概要を本稿の関心と能力の範囲で摘記したうえで、著者の関連する論稿とも合わせて検討し（Ⅱ）、さらに共通する論点について考察するものである（Ⅲ）。

Ⅰ　憲法学説における着眼点

上記の３冊について検討する前に、有力な憲法学説による問題提起[1]を確認しておきたい。そこで論及されたことが、この３冊の思考にも関わっているようにみえるのである。

その問題提起は、必ずしも統合的に行われたものではないが、これまでの議論をまとめると、(a)国際法レベルと国内法レベルの議論の区別、(b) 法律に対する条約の優位への疑問、(c)国法秩序の段階構造（委任連関）に属さない国法形式としての「条約」の把握、(d) 国内法レベルでの条約の私人間適用を考える際の名宛人の問題、という４点に整理することができる。

(a)「①国際法レベルの国際人権と②国内法化された国際人権の二つの議論レベルを区別」することによって、国家の国際法上の義務とは別の、「国内法化」された国際人権条約の実施を論じることが唱えられる。「高橋の議論の力点は、国内憲法における人権の構造と国家機関の権限分配の関連を剔抉」[2]することにあるとされるところであり、(b) ～ (d) の議論の前提となる認識でもある。とりわけ、条約の締結によって「国家が、自己の内部のあらゆる関係において国際人権を保障するということが人権条約の意味」であるとする点[3]は、(d) の発想に大きく影響して

[1] 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリ1244号（2003年）69頁以下、同「現代人権論の基本構造」ジュリ1288号（2005年）110頁以下、同「国際人権論の基本構造――憲法学の視点から」国際人権17号（2006年）51頁以下。

[2] 宍戸常寿＝曽我部真裕＝山本龍彦編著『憲法学のゆくえ――諸法との対話で切り拓く新たな地平』（日本評論社・2016年）342頁［宍戸］。

[3] これは、薬師寺公夫ほか『国際人権法』（日本評論社・2006年）9-10頁［薬師寺］および27頁［小畑郁］と同旨と解される。他方、「条約機関による条約の解

いる。

この（a）についての受けとめの第１は、国際法学の一部にみられたように、国際人権条約の「存在意義を根源から疑わしめる」[4]ような、「古色蒼然たる国家論」[5]とみるものである。しかし、それらの批判がこの学説の論じたこと全体を捉えたうえでのものか疑わしいことは、すでに論じられているとおりと解される[6]。

第２の受けとめは、国際人権条約の「国内法的効力の内容は、一般的に言えば、日本国の負った人権条約上の義務をそれぞれの国内機関（国会、裁判所、行政機関）の権限の範囲内で実現すべき義務の賦課ということになる（これは、権利というよりは、基本的には客観法的な義務である）」とするものである。「客観法的な義務」の具体的な内容は、「多岐に渡り、複合的･動態的なもの」とされる[7]。このような理解は、松田『国

釈の法的意義」（江島晶子「権利の多元的・多層的実現プロセス――憲法と国際人権条約の関係からグローバル人権法の可能性を模索する」公法78号（2016年）61-62頁）の問題に直結する議論であるのかは疑問である。

[4] 申惠丰「国際人権法の国内規範性とその影響――「国際人権の論理と国内人権の論理」批判」大沼保昭先生記念論文集『国際法学の地平――歴史､理論､実証』（東信堂・2008年）411頁。

[5] 大沼保昭「人権の国内的保障と国際的保障――より普遍的な認識を求めて」国際人権17号（2006年）58頁。

[6] 大谷美紀子「国際人権の私人間効力をめぐる憲法学者と国際法学者の議論の架橋の試み――国際人権法学会における高橋氏と大沼氏の議論に接して」国際人権17号（2006年）69頁。

[7] 曽我部真裕「「人権法」という発想」法教482号（2020年）76頁。ただし、この見解は、（c）に関して、「最近では、条約は、憲法・法律・命令といった規範の序列の一要素として整然と収まるものではないという見方が有力化している。人権条約に即して換言すれば、人権条約上の人権が国家を義務付けるその仕方は､憲法上の人権とは異なるというのである」（同論文75頁）､「条約と憲法･法律との関係は、憲法と法律の関係のような単純な序列関係ではないとするのが近年の学説の説くところである」（同頁註16）と指摘するものの、（b）については、「通説たる条約優位説を否定する必要はない」（同頁註16）としている。なお、「条約の国内法的効力は、裁判官の解釈態度を客観法的に義務付けるものだと考えれば、形式的効力の序列とは別に、憲法の人権条約適合的解釈の義務を導けるようにも思われる」（同論文76頁）とする。棟居快行『憲法学の可能性』

際法と憲法秩序』の思考に近いものがあると解される。

第３の受けとめとして、ある種の条約は「国家が条約当事国として当事国間で拘束される規範」（規範α）と「国内的に妥当するよう期待されている規則群としての規範」（規範β）を含んでおり、日本の実務は後者の国内における法的妥当を「条約の締結という方式によって実現しうるものとみなしている」、とする国際法学説[8]は、この（a）の問題意識を国際法学の観点から合理的に説明したものと考えられる。

また、（a）のような認識を前提としたときに、締約国としての国際法レベルの法的拘束力が問題とならず、したがって国内適用を論じる前提を欠く条約等について、なお国内裁判所における意義を論じる手がかりを探るのが手塚『司法権の国際化と憲法解釈』であると考えることができよう。

（b）法律に対する条約の優位への疑問については、「効力関係を手続の厳格度とパラレルに考えるなら、条約が法律に同位あるいは優位という見解は明らかに難点を抱える」[9]と指摘される。必ずしも論拠が明確でないまま通説的見解として扱われてきた「法律に対する条約の優位」に疑念を示したことは、重要である。この点を積極的に問題としたのが、山田『グローバル化と憲法』である。ただし、（b）は、「法の支配の制度化の論理」としての「法の段階構造」についての構想[10]との連関があるこ

（信山社・2012年）199頁、204-205頁参照。

[8] 小畑郁「コメント：国際人権規約の私人間適用――憲法の基本権規定の場合とどう異なりうるか」国際人権14号（2003年）52頁。「国内的に妥当している国際法と、国家間関係あるいは国家と条約当事国集団（あるいはその機関）との関係において妥当している国際法の規範内容は、厳密に一致しなくてもよい、というのが、現に行われている日本の実行であると捉えてよい」（同頁）とされる。

[9] 高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」（註１）81頁。「憲法と条約の関係につき手続の厳格度を根拠に憲法優位説を唱えるのであれば、条約と法律の関係についても、法律優位か、あるいは、少なくとも参議院の同意を得られなかった条約については、それを国内で適用するには法律の制定を待つべきだということになるのではなかろうか。従来の通説を維持するには、この手続的理由を乗り越えうる何らかの実質的理由が必要と思われる」（同頁）。なお、齊藤正彰『憲法と国際規律』（信山社・2012年）58-59頁。

[10] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第５版〉』（有斐閣・2020年）431-432頁。

とに注意が必要である。

この（b）の問題と関連するが、「法形式間に効力の上下関係が設定されて、下位の法形式は上位の法形式に自己の根拠をもたねばならず、……日本国憲法においては、基本的には、「憲法→法律→命令（政令→府・省令、規則）」という段階構造が形成されている」[11]と考えたときに、（c）条約をこのような「法の段階構造」に属さない国法形式として捉える可能性が、憲法60条２項を手がかりにして、構想された[12]。そこでは、「条約を予算とのアナロジーで法律とは別形式の法であるとした場合には、条約と国内法の上下関係という発想ではなく、条約の意味を国内法に充填していくという発想になるのではないだろうか」[13]とされる。この思

---

[11] 同書431頁。

[12] 「制定手続の「重さ」から言うと、条約の方が法律より「軽い」手続であるから、条約が法律に優位するとは簡単には言えない。そこで、憲法が81条や特に98条が条約を特別扱いをしていることを根拠に持ち出して、手続の「軽さ」をオーバールールするのが、通説的解釈である。しかし、手続を重視する論旨を一貫させ、手続の違いから法形式の特質を探ろうとするなら、予算との対比があり得るであろう。条約の承認手続きは、予算と同じである（61条は、予算に関する60条２項を準用している）。ところで、予算については、法律とは異なる特別の法形式とするのが通説である。その上で、予算と法律が矛盾する場合、どう解決するかを論じている。そうだとすれば、条約についても、その国内法的性質を法律とは異なる特別の法形式と認めて、条約と法律の関係を検討するというアプローチもありうるのかもしれない。また、予算法律説があるように、条約法律説も考えうるかもしれない」（高橋・前掲「国際人権論の基本構造」（註１）54頁）。この構想の可能性と難点について、齊藤・前掲書（註９）46-50頁参照。なお、山田『グローバル化と憲法』447頁、森肇志＝宍戸常寿ほか「憲法学のゆくえ（6-2）座談会：憲法学と国際法学との対話に向けて（前篇）」法時87巻９号（2015年）93-94頁［曽我部真裕］、増井良啓「憲法と租税条約」日税研論集77号（2020年）338頁註14は、条約を「予算とのアナロジー」で考える発想を齊藤・同書のものとしているが――同書の元となる論稿は、高橋・同論文の公刊前に、その元となる学会報告に基づいて執筆されたものであったために、出典の記載がなかったとはいえ――誤認である。後に、宍戸ほか編著・前掲書（註２）371頁［曽我部］においては修正されているが、前後の発言がそのままであるため、文意が通じにくくなっているようにみえる。

[13] 高橋・前掲「国際人権論の基本構造」（註１）54頁。

考は、松田『国際法と憲法秩序』の議論と親和的であるかもしれない[14]。

[14] 松田『国際法と憲法秩序』で論じられる日本国憲法における国内適用論を約言した松田浩道「日本国憲法98条２項に基づく国際規範の実施権限――「法律に優位する国内法的効力」から動態的把握へ」神戸法学年報32号（2018年）は、中川丈久「総括コメント――行政法からみた自由権規約の国内実施」国際人権23号（2012年）65頁以下に論及し、同論文が、憲法98条２項は国際法について「国家として、国際関係においてそれを遵守するだけでなく、国内においても、それと矛盾しない行動をとる責務を負うことを宣言する」ものと解されるけれども「それ以上に具体的なこと――国内法における条約の具体的位置づけ――を、同項の条文から読み取ることは困難」（69頁）とする部分と、「近時の行政法的経験をふまえると、国際法と国内法の関係は、決して、予定調和的に上下関係の秩序（ハコ）のなかに収まっているものではなく、相互にしのぎを削り、ときに破綻したり、ときに時間的ラグを要したりしながら、何かを生みだす動態的なものではないかと感じられる」（同頁）とする部分を参照している。この思考が松田『国際法と憲法秩序』に影響を与えているようにみえる。同論文は、「" 条約は法律に「優位」する " という法階層的ないし静的な決着の付け方ではなく、" 憲法98条２項のもとで内閣や国会に認められた広汎な裁量権とその説明義務に、裁判所がどう対応するか " という、権力分立的ないし動的な分析ができないかを考えてみたい」（69頁）として、「法律以下の国内法と、条約のような国際約束は、お互いの調整を予定する形で隣り合って存在するというイメージでとらえられる。両者は、法階層としての関係（上下の優劣関係、そして、後法優先などが妥当する同位の関係）にはない」（71頁）との見解を示していた。ただし、同論文は、「国家間の約束である条約に、条約の名宛人ではない国内の私人に対して権利（請求権の根拠）を創設する能力が備わっていると言えるのだろうか」とし、「条約をなんらかの法形式であるかのように説明するよりはむしろ」、「国際約束（条約）をしている事実」（67頁）から、「憲法98条２項または禁反言の要請により、国には、国内の私人に対しても、当該条約に沿った行動を取る義務が生じており」、それゆえに、私人には国に対して請求しうる「地位が法的に生じているという説明をするほうが、正確である」（68頁）とする。しかし、条約が国法形式ではなく「事実」であるとすると、憲法７条との関係が問題にならないであろうか。また、同論文は、「法律に条約が法形式として「優位」するのであれば、条約に齟齬する国内法は、すべてただちに無効とされるはずである。しかし、このような一刀両断の考え方は、果たして条約と法律の関係をうまく解きほぐせているのだろうか」（69頁）と問題提起する。しかし、このような「優位」と「無効」についての理解は、「憲法と法律、法律と自主条例、法律と委任立法という法形式間」（69頁）においても「同じ意味で」貫徹されて

(d) 条約の私人間適用で、「国内法上の効力をもつにいたった国際人権が、その名宛人を誰とするかという問題」について、「条約を憲法と同様に政府としての国家のみを名宛人とする立場と、法律と同様に私人間にも効力をもつと解する立場の両方が、理論的には可能である」とされる[15]。そして、「憲法は私人間を直接カバーしておりませんが、もし……国際人権条約が私人間の問題をカバーしているということになりますと、これは非常に役立つかなと思います」[16]として、その「法的性格を憲法に近いものと見るのか、法律と近いものと見るのかによって違ってきます。憲法に近いものと見るならばこれは国家しか統制しないということになるし、法律に近いものだということになると、法律は私人間もカバーするから法律上の権利と同じように国際人権は私人間をカバーするということになる」[17]とされるのである[18]。この問題については、別稿

いるであろうか。

[15] 高橋・前掲「国際人権論の基本構造」(註１) 55頁。当初から条約の国内的効力が論じられていたのであり (高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」(註１)81頁)、ここでいう「国内法化」とは、「国内法体系へ組み込む過程」(小畑・前掲論文 (註８) 13頁) の問題を指すのであって、「条約が個人の権利を定めうること」(薬師寺公夫「日本における人権条約の解釈適用」ジュリ1387号(2009年) 52頁) を否定する趣旨ではないと解される。

[16] 高橋和之「憲法の観点から：世界人権宣言の法的性格」横田洋三ほか監修『世界人権宣言の今日的意義――世界人権宣言採択70周年記念フォーラムの記録』(国際書院・2019年) 38-39頁。

[17] 同論文39頁。

[18] 「アプリオリに人権条約で規定されている権利は公権であると決めてかかるという態度には、問題がある」とされ、「自由権規約の一般的規定……は、権利侵害に対して効果的な救済措置を確保することを、「公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合でも」求めており (２条３項(a))、私人による「権利」の侵害がありうることを、むしろ当然のこととして予定していると解される」ことも指摘され、「自由権規約委員会が、私人による権利侵害を原則として規約の範囲外と解しているのではないことは明白」であって、「国際的実践を前提とすると、自由権規約がその規範の内容からして私人間に適用できない、という命題には理由がないどころか、むしろ、その反対の結論が導かれうる」とされる (小畑・前掲論文 (註８) 53頁)。

において検討する[19]。

Ⅱ　各書の概要と検討

1．山田哲史『グローバル化と憲法』の概要と検討

（1）問題意識

山田『グローバル化と憲法』は、「憲法と条約」という伝統的な問題領域に切り込む研究書であり、博士学位論文とその後の論稿に基づくものである（続いて、①「法秩序の多層化・多元化の下での憲法の意義と限界」片桐直人ほか編著『憲法のこれから』（日本評論社・2017年）、②「国内法の国際法適合的解釈の意義」論ジュリ23号（2017年）、③「日本国憲法と国際社会」宍戸常寿＝林知更編『総点検日本国憲法の70年』（岩波書店・2018年）、④「グローバルな法形成への国会の関与」法時90巻5号（2018年）、⑤「グローバル化時代における「憲法」の概念」神戸法学年報32号（2018年）、⑥「憲法規範として国際人権法を取り込むということ――オーストリアの場合」浅野有紀ほか編著『政策実現過程のグローバル化』（弘文堂・2019年）、⑦「人権の国際的保障」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地――判例・学説から探究する現代的論点』（日本評論社・2020年）等が公刊されている）。もちろん、状況の変化と議論の進展による変容を捉えて、著者は、『グローバル化と憲法』という書名を与え、副題を「超国家的法秩序との緊張と調整」としている。しかし、本書は、現代の「グローバル化」に特有の事象として「超国家的法秩序」との関係のみを取り上げるものではない。国際法秩序とは異なる超国家的法秩序の形成や、法秩序の多層化・多元化が問題となるグローバル化時代においても、「外来法」（②21頁参照）が国内法平面へと取り込まれることに焦点を合わせ

[19] 齊藤正彰「私人間の人権保障と国際規律（２・完）」北法72巻１号（2021年）参照。なお、山田『グローバル化と憲法』については、すでに書評として齊藤正彰「山田哲史『グローバル化と憲法――超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂、2017年）」国際人権29号（2018年）112-113頁において論じており、本稿Ⅱ１は、その内容と重なる部分が多いことについて御海容を乞いたい。

て、権力分立構造のなかでの「国内議会と国内裁判所の機能分担、権限配分」を考えるものであり、その意味で「グローバル化時代における法律の留保論」なのである（終章）[20]。

山田『グローバル化と憲法』は、「経済や警察関係の多数国間条約の締結のほか、国際機構の決議や国際枠組におけるルール設定を通じた国際的な規範形成、さらには（準）司法機関による「判例法」形成など」のような「国際的なフォーラムにおける法形成を民主主義の観点からみた場合、「他国」の参加の下、しかも国際的フォーラムにおける国家の代表が主に官僚によって担われている状況の下で、従来国民代表たる議会に留保されていたはずの法形成が、他者による決定に服してはいないかという問題」、すなわち「民主主義の赤字」の問題が浮かび上がってくるとする。そして、そうした「国際的フォーラムにおける規範形成は、EUのような特殊な国際機構だけの問題ではない」のであって、「我が国にとってもアクチュアルな問題であり、これについて真剣に考えるべき時

[20] 副題の内容には第２部補論で論及されるが、本書全体が伝統的な国際法とは異なる超国家法を定義してその問題を論じるものではない。公法80号（2019年）の「学界展望」欄も、山田『グローバル化と憲法』が「きわめて困難なグローバル化の定義について留保し」ており、「本書では、グローバル化が国際化と互換的な概念となっている」が、「グローバル化の主体が他でもない国際社会であり、著者がいうように「国際的な問題を考える場合も、国家が第一の基準点となっていることは否定し難」く（三頁）、しかもグローバル化の行き着く先が容易に見通せない現状の下では、……国際化時代からの法理論の点検を行うことが先決」（248頁［村田尚紀］）とする。なお、山田①は、グローバル化に関する理論的思索を整序するなかで、「国家のプレゼンスが低下したと言っても、とりわけ法の形成という場面では、国家はなお重要なファクターであり続けて」いるとみている（①136頁）。「現代では、法秩序の多元化と多層化が進展しており、従来の国家を結節点とした、国際法・国内法の二つの法秩序の存在というイメージは、もう成り立たない」のであって、「確かに国家は独占的な法システムの主人ではなくなったかもしれない。しかし、それでもなお重要なアクター、あるいはレイヤーであることに争いはない。……唯一民主的に正統化されたシステムであるという意味でも、重要な意味を持ちうる。そのような重要なシステムのあり方を決定する基本法としての憲法は、なお大きな役割を担う」とするのである（①140頁）。

が来ている」との認識を示す。その問題に対処するために、「国際レベルにおける民主主義の可能性を探ること」の意義は認めながらも（④38頁参照）、「憲法学が取り組むべき問題」として、（ⅰ）「国際的な規範を国内へと取り込む場面」と、（ⅱ）「国際的な規範を実際に適用する場面」において、「各国で従来の民主政の枠組を維持・利用しつつ、グローバル化の下で要求される国際的協調の要請との調整を図ることによって、民主的正統性も確保する方策を探ること」を掲げる（序章）。

（2）概要

第１部では、国際的規範形成への国内議会の関与強化が論じられる。著者は、条約承認手続の対象という「点」の拡大とともに、議会関与の早期化・多様化による「線」あるいは「面」によるコントロールの重要性を説き、アメリカのファスト・トラック（TPA――④42頁）に注目して、その日本への導入を提唱する。また、行政手続等の利用による補充的な民主的正統性確保の可能性も指摘する。議会関与の早期化・継続化については、本書では国際的規範形成一般についての導入可能性が慎重に検討されているが、今後、多様な「在外法秩序」や「対外権」の類型に応じた検討が行われることになるのかもしれない[21]。

第２部で強調されるのは、「国内法平面への国際的法規範の流入による、法の民主的正統性の低下を防ぐため」に、国内裁判所が「民主的正統性を含めた、国内憲法上の要求の充足を審査し、それを満たさないものについては、適用を排除する」こと、また、国内法の解釈における参照によって国際的法規範が「無制限に国内法秩序へと流入する」のを防ぐことは、国内憲法とりわけ権力分立に関わる問題であるということである（第２部第１章）。

山田『グローバル化と憲法』は、自動執行性（ないし直接適用可能性）について、〈民主的正統性の不足する国際的法規範を、「ゲートキーパー」としての国内裁判所が適用の時点で排除して、立法府に十分な統制を要求すべく「差戻す」場面の問題〉と捉える。ここで、国内議会による国内への取り込みの承認が十全に行われていない国際的法規範について、

[21] なお、齊藤・前掲書（註９）185-191頁参照。

自動執行性を欠くものとして議会に「差戻す」――比喩的にではなく[22]――とすれば、その理路と回路が問題となろう。少なくとも前者に関して、著者は、自動執行性の主要な判断基準を「規範の明確性」に求め、「曖昧不明確な法」を国内裁判所限りで適用してしまうことは「立法府の権限を害し、権力分立の枠組に反する」との理解[23]に与するが（215頁）、国内裁判所が適用を差し控えることと議会に差戻すことには距離があるとも考えられる。あるいは、「各国の憲法における基本的価値を害するような法が形成されていないか、議会による基本決定が確保されているか」（①136頁）を――自動執行性と「国内効力」の混同の危険を回避しつつ――自動執行性の問題として考えることになるのかもしれない。

山田『グローバル化と憲法』は、自動執行性が否定されたとしても「間接適用」の途が残り、国際的法規範の国内法秩序への流入可能性は残ると考える。そして、そのような国際的法規範の間接適用を、（a）（国家行為統制型の）国際法適合的解釈と、それとは「やや次元の異なる問題」として、（b）国際法の私人間適用とに分割する。この整理は明解であるが、問題は簡単ではない。著者は、国際法学において「間接適用の対象は、当該国家にとって法的拘束力を有するものに限定されないとするのが有力」（197頁註14）であることは認識しつつ、権力分立論の観点から「政治部門による受容の決定が存在するかという意味で、法的拘束力の有無は大きな指標として働きうる」（244-245頁）としており、「法的拘束力のある国際法規範が国内法の解釈にどのような影響を及ぼすかという問題の一環としての間接適用ないし国際法適合的解釈の問題」（245頁）とい

[22] のちに、「いわば議会に差戻すような役割」（①136頁）と説明されている。

[23] 「国際法が国内で直接適用されうるかを決定する中心的な基準は、規範の明確性である。権力分立の原則がその根拠とされる。法の定立は立法府の任務であり、あまりにも不明確な規範を行政府または司法府が適用すると、立法府の権限を侵すことになるからである。国際法は内容が不明確なために直接適用に適さない場合と、執行に必要な機関や手続の定めを欠き不完全なために直接適用に適さない場合とがある」（小寺彰＝岩沢雄司＝森田章夫編『講義国際法〈第２版〉』（有斐閣・2010年）116頁［岩沢］）。なお、岩沢雄司『条約の国内適用可能性――いわゆる "SELF-EXECUTING" な条約に関する一考察』（有斐閣・1985年）310頁以下も参照。

う捉え方をしているものと解される。そのうえ、(a) については、直接の効果の発揮がなされていると考えられるので「間接適用」という語を与えるべきではないとする (249頁)[24]。(b) については、憲法規定の私人間効力の場合に倣う限りで「間接適用」と呼びうるとする。いずれにしても、従来の間接適用論から離れて「日本国が締結した条約」の国内適用を論じるものと解され、そうであれば「間接適用」の語を用いないという選択もありうる (②20頁参照。なお、間接適用論は自動執行性が否定された法規範について専ら論じるものではなく、直接適用可能な法規範も間接適用が可能である)。

そして、山田『グローバル化と憲法』は、アメリカの Charming Betsy Canon やドイツにおける「国際法親和性原則」[25]についての考察を踏まえ、条約を法律 (連邦法) と同位とする米独両国における、序列関係によらずに国際法を尊重する「工夫」に日本国憲法98条２項解釈の再構築の手がかりを見出す (第２部第３～５章)。

そうした考察の展開を経て、本書は、「外国法を含む外来法の参照がどうあるべきか」という問題との関連で「国境を越える裁判所の「対話」と民主主義」を論じるなかで (第２部補論)、「憲法を頂点とする国内法秩序と超国家的な多様な法秩序との相互の関係の調整のあり方」(５頁) の問題に到達するのである。

（３）検討

(ⅰ) 国際法親和的解釈

山田『グローバル化と憲法』は、国際法を考慮した国内法解釈を細分化すべきことを唱え、上述の (a) (広義の) 国際法適合的解釈を、国法

[24] 宍戸ほか編著・前掲書 (註２) 343頁 [宍戸] も、「法律の「条約適合的解釈」は多義的であるが、それがちょうど合憲限定解釈のように、法律が上位の法形式である条約と抵触するがためにその適用範囲を限定する作業を指す場合には、それも本来は、国際法規範の間接適用ではなく、直接適用可能性の問題なのではないか」とする。

[25] 訳語の選択について、245頁註222参照。なお、「親和」には、引き合う、結びつく、化合するといった意味合いがある。齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社・2002年) 350頁註86も参照。

秩序における序列関係に基づいて、❶狭義の国際法適合的解釈と、❷国際法親和的解釈とに区分する。❶は、国際法規範が上位にある場合に「体系的統一性の観点から積極的な適合が求められる」もので、憲法適合的解釈と同種の体系適合的解釈とされる。それに対して、❷は、同位あるいは下位の法としての国際法との抵触を回避するために「国際法を尊重し、一応国際法規範を考慮することは求められる形で行われる」ものとされる（法体系の統一性によって基礎づけられない❷こそが、憲法上の「国際法親和性原則」によって基礎づけられる必要があるという）。

日本国憲法についての従来の理解では、法律に対する条約の優位に基づき、❶の類型として法律の条約適合的解釈が考えられるところである。しかし、山田『グローバル化と憲法』は、「憲法制定時から一貫して条約優位という理解がなされてきた」ことを確認しつつも、国際法規範について「法律に対する類型的な優位」を導く必要はないとする。「国際法規範は法律と同位と考え」、憲法98条２項は、法律と同位である国際法規範を法律の解釈において尊重・考慮することが求められる❷の国際法親和的解釈を基礎づける意味をもつものにすぎないとする（458-459頁、②22-23頁および⑥248-249頁も参照）。上位法たる憲法の解釈における国際法の考慮については、「外国法の参照の問題に限りなく接近する」（245頁）が、国際法の「援用・参照」の根拠が憲法に見出せる場合は「法的な拘束力の全くない外国法について参照する比較法とは異なる」（459頁）とされる。しかし、98条２項は、そのような「参照根拠」としての憲法側の「窓口」には数えられていない（404頁、456頁）。

（ⅱ）法律に対する条約の優位

山田『グローバル化と憲法』は、「比較的多くの国際協調に関連する条項をもつ基本法の下で、「書かれざる憲法上の原則」であるところの国際法親和性原則が抽出されているドイツと、条文の少なさゆえに、より一般的な権力分立論をベースとして、対外関係における、対外協調と国内の憲法価値の実現の調整を図ったアメリカという二つのモデル」（445頁）があるとし、日本国憲法は後者に近いとみる。そして、「国際協調の要請を権力分立構造の中で如何に調整するのかという思考枠組」（351頁）によって、国際的法規範ないし外来法について、それが国法体系に取り込まれた場合には国法秩序における序列を重視しながら、各法体系

の基本的価値の維持を確保しつつ法体系相互の尊重を実現する「柔軟かつプラグマティック」な調整が行われる可能性（476頁）を指向する（⑥265-266頁、272-273頁も参照）。

法律に対する条約の優位に十分な根拠があるのか「相当に怪しい」としても、広く共有されてきた理解を否定する積極的な根拠は何か、権力分立論からの根拠づけが必要ではなかろうか。また、憲法98条２項が❷の類型を支えるためには、「後法優位原則の例外」（390頁）の根拠となることが求められる可能性がある。それに応えられるならば、98条２項が法律に対する条約の優位の根拠として十分ではないといえるであろうか。この問題は、松田『国際法と憲法秩序』の検討と合わせて後述したい（Ⅲ３）。

（ⅲ）国際協調主義

本書は「憲法と条約」（この表現自体、「確立された国際法規」の解釈や行政取極の位置づけが看過されがちなこと、種々の「条約」のうち国際人権条約の検討に偏りがちなこと等に関して本書からの注意喚起を受けるものであるが）についての最前線を行く１冊であり、「今後この領域の最も重要なランドマークとなるであろう」[26]とされるが、国法秩序における序列関係によらずに国際法を尊重する米独両国の「工夫」を参照しつつ、国際的法規範が国法体系に取り込まれた場合の序列を重視しながら、権力分立構造のなかで「柔軟かつプラグマティック」な調整が行われるということをめぐって、山田『グローバル化と憲法』のいう「国際協調主義」[27]の展開が期待される。

---

[26]「学界展望」公法80号（2019年）249頁［村田尚紀］。

[27] なお、松田『国際法と憲法秩序』164頁註780は、山田『グローバル化と憲法』455頁が「『国際協調主義』という、その内容が必ずしも判然としない、マジック・ワードで問題を処理することには疑問を禁じ得ない」としているとするが、参照指示された当該頁には、そのような記述は見当たらない（元となった論文にもそのような記述はないようである）。他方、山田⑦112頁は、国際協調主義について概説したものとして山田③270-278頁を挙げるが、そこでは、「日本国憲法の前文、98条２項において、国際法の重視、国際協調の立場が鮮明に打ち出され」（③270頁）、「国際協調主義をその基本原則として掲げているともされる日本国憲法である」（③277頁）が、「これまで憲法学は、マクロなレベルでの議

2．手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈』の概要と検討

（1）問題意識

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「「国際化」または「グローバル化」といった現象の中で、国際法規範の国内的活用が迫られる場面も、近年ますます増加してきている」ところ、「国籍法違憲判決」や「非嫡出子相続分違憲決定」等にみられる「裁判所による国内法の解釈における国際法規範の「参照」事例」は、そうした流れの「一つの兆候ともいえる現象」であるとする（1頁）。そして、「こうした「参照」については、「単なる参照にすぎない」ものではないのか、そもそも考慮義務があるのか、また民主的正統性があるのかなどといった問題点が指摘されている」とする（1頁）。

そこで、まず、カナダにおける議論を参考にしながら、国際法規範の「参照」が次のように類型化される。すなわち、❶憲法解釈の基準や指針としての「参照」（複数の憲法解釈が可能である場合に、国際法規範に適合的に憲法解釈を行うような「参照」であって、「条約適合的解釈」や「間接適用」はこれに該当する）、❷（この❶と類似するが）外国法や国際法規範と国内法を明確に区別しつつも、それらを遵守し、忠実にこれらに従うような「参照」（区別を前提とした追従）、❸裁判官が結論を導く補強として行う「参照」（このような「結論の補強」としての「参照」が裁判所において最も多用されており、憲法解釈において重要な補強となれば、単なる「参照」にすぎないとすることには問題がありうるとする）、❹国際法規範とのわずかな関連性について単に概説するような「参照」（このような「単なる言及」は「事実問題」としての「参照」であるとする）、❺国際法規範を明示的かつ堅固に拒絶し、国際法規範を批判的または否定的に国内法と区別するための「参照」（憲法解釈にあたって、裁判所による判断が妥当であり、国際法規範がそれとは異なっていることを示すもので、区別のために❶や❸の「参照」が行われる場合も考えられると

論にとどまり、国際協調主義の具体的内容を詰めきれなかった嫌いがある」（③277頁）として、「今後は、国際協調主義の具体的な意義を詰めていく一方で、諸外国における議会による外交統制等を参考に、具体的方策を丁寧に検討していくべきである」（③276頁）とされている。

する)、❻判決文中には国際法規範への明示的な言及はないものの、外国判例や国際機関による見解、判例法理等を黙示的に利用する黙示の「参照」(外国法の「参照」の場面で行われることが多く、肯定・否定の両面において用いられるとする)、といった手法があるとされる(6-8頁)。日本の裁判所でも、これらに該当するような「参照」の例がみられるとし(9-16頁)、「実際のところ最高裁は、国際法規範の積極的な「適用」を行ってはいないものの、国際法規範の「参照」については、消極的であるとまではいえない」(22頁)とする。

そこで、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、国際法規範の「参照」を正当化することによって、従来の憲法解釈における人権保障に対して、より多くの「選択肢」を提供することができるようになり、「裁判官の思考プロセスの「多層化」を図ることができる」として、「選択肢」の「多層化・多様化といった利点」を提唱する(20頁)。

そして、そのためには、「なぜ国際法規範を解釈基準または指針として「参照」できるのか、そもそも国際的義務のない国際法規範の「参照」は正当化されるのか」等について検討する必要があるという(22頁)。

そうした見地から、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「適用」と「参照」を区別したうえで(23-24頁)、「政府が締結したような国際的義務のある国際法規範と、その義務がない国際法規範に分けながら」(26頁)、憲法解釈における国際法規範の「参照」を検討対象とし(25頁)、「参照」の正当化を検討する。

ただ、その際、「二元論に基づく変型理論を採用しつつも」、「国際的義務のない国際法規範を憲法解釈の場面で「参照」しており、それに対する正当化議論」がなされているカナダ最高裁の例が手がかりとされており、「国際法規範の「参照」が実質的かつ対等な「参照」の促進(裁判官による国際法規範との「対話」の機会の提供)につながるという点を前提とし」ていること(28-29頁)等から、本書の主眼が「国際的義務のない国際法規範の「参照」」のほうにあることが看取される。

(2) 概要

第1部では、カナダ最高裁の公務員労働関係法照会事件判決(1987年)のディクソン長官の反対意見が、国際法規範の「参照」について詳細に

述べていることを紹介する。このディクソン・ドクトリンは、1982年に制定された「権利および自由に関するカナダ憲章」の解釈において、①国際人権法の法源は憲章に関連し、「説得的な解釈源」であって、その「不明確な概念を明確にする補助」となるものであり、②憲章はカナダが批准した国際人権文書と少なくとも同程度の保護を提供していると推定すべきとする「一致の推定」を行うべきとするものとされる。そして、ディクソン・ドクトリンを国際的義務のない国際法規範の「参照」においても用いるアプローチを示した代表的な事例として、キーグストラ事件最高裁判決（1990年）が紹介される（第１章）。修正されたディクソン・ドクトリンは、批判を受けながらもバーンズ事件最高裁判決（2001年）によって継承され、「その後、最高裁は主に国際的義務のない国際法規範を結論の補強として「参照」してきた」とされる（第２章）。

第２部は、憲法解釈において国際的義務のない国際法規範を「参照」することの正当化根拠として、種々の議論が検討される。そして、1867年憲法のもとで醸成されてきた「生ける樹（living tree）」理論が、ディクソン・ドクトリンと接合点があり、カナダ最高裁における国際法規範の「参照」を支えてきた要因と考えられるという[28]。

こうした成果を日本に導入するにあたって、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、民主的正統性を欠く国際法規範の「参照」の正当性と、その手がかりとして「説得的根拠」をめぐる議論とを検討しているが、この点については後述する（Ⅲ２）。

（３）検討

（ｉ）間接適用としての「参照」

カナダ最高裁が、カナダが締約国たりえない欧州人権条約および欧州人権裁判所判例等をしばしば「参照」してきたことは、かねて注目されていたところである[29]。また、「間接適用」が日本で広く論じられる嚆矢

[28] なお、手塚崇聡「カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義――その判例上の起源と展開」法研87巻２号（2014年）、同「憲法解釈における「生ける樹」理論と司法積極主義」法研91巻１号（2018年）。

[29] 中井伊都子「カナダの裁判所における人権条約の役割――憲法解釈の指針と

の一つとなったとみられる学説[30]も、カナダを例として挙げていたところである。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、そうしたカナダ最高裁の判例を手がかりに、国際的義務のない国際法規範の「参照」の正当化根拠を探るという課題を設定する。

いわゆる間接適用は、「憲法その他の国内法を解釈、適用する際の指針として、あるいはその解釈・判断を補強するものとして国際人権法を援用する方法」[31]とされ、「当該行為と国際人権法との両立性を直接判断するのではなく、あくまで国内法の解釈、適用に国際人権法の内容を反映させていこうとする、やや迂回した方法ではあるが、逆にそれゆえに、国内法令とは別個に条約を適用することや条約違反の認定をすることに消極的な裁判所にとっては、比較的受け入れやすい方法であるともいえる」[32]とされてきた。

してのヨーロッパ人権条約機関の見解の影響力」国際人権11号（2001年）30頁以下による検討がある。「「自由権規約」は「憲章」の選ばれた用語の重要な出典であることが確認され、……また「ヨーロッパ人権条約」の規定は特に権利の制限の可能性を規定した「憲章」第１条の起草に大きな影響を与えたことが指摘されている」が、「実際に両者が引用された事例を検討してみると、いかなる理論的検討が行われることなく［ママ］、時には有用性を理由に、時には文言の類似性を理由に言及されている場合が多い」（同論文30頁）とされる。

[30] 「諸外国でも、国際人権法の間接適用に関しては、直接適用に比べて裁判官の抵抗感は少ないのが普通である」とされ、そのうえで、「条約の国内的効力を認めていないカナダでは、さらに顕著な展開がみられ、1982年に制定されたカナダ人権憲章を裁判所が解釈、適用する際に、国際人権規約やヨーロッパ人権条約がさかんに活用されている。とくにヨーロッパ人権条約については、カナダは締約国たりえないにもかかわらず、人権委員会・裁判所の先例も積極的に参考にしている」（阿部浩己＝今井直『テキストブック国際人権法』（日本評論社・1996年）36頁）。

[31] 阿部浩己ほか『テキストブック国際人権法〈第３版〉』（日本評論社・2009年）38-39頁。

[32] 同書45頁。「条約の国内的効力を認めない変型体制をとっている国では、国内裁判で国際人権法に依拠するには間接適用しかない。間接適用の場合、援用される国際人権基準が法的拘束力を有するかどうかということはそれほど大きな問題ではない。つまり、それ自体としては法的拘束力のない宣言などの文書やその国が批准していない条約であっても、それらが普遍性と具体性をもつ基

したがって、それが国内裁判所において任意・適宜に行われる限りにおいて、その正当化根拠は大きな問題とはならないことが間接適用の利点のはずである[33]。しかも、カナダ最高裁が「二元論を前提とした変型理論を採用」(244頁) しているならば、そこでの議論が直ちに日本に応用できるのかについては、慎重な検討が必要であろう[34]。

それでも、カナダでの議論の中心が国際的義務のない国際法規範の「参照」の問題であるとするなら、条約の国内的効力の有無の違いは大きな問題ではないといえるかもしれない。ただし、その場合は、「日本国が締結した条約」の取扱いが主要な問題であるはずのところでは、議論の互換性は限定されたものになるであろう。逆に、日本の議論のためには、B 規約や拷問等禁止条約といった「国際的義務のある国際法規範」につ

準を含んでいるのであれば、必要に応じて参照されうる。さらに、直接適用可能性の論点を回避できるというメリットもある」(同頁)。

[33] ただし、「国際的義務のない国際法規範を解釈指針として「参照」することは、本来的に考慮義務のない国際法規範について、国内的効力を認めることにもなりかねないため、特にその正当性の議論に関しては問題となる」(216頁) とされている。「参照」によって国際法規範が国内的効力を有することになるという趣旨の記述は、本書において散見される。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は「国内的効力」について、有無ではなく濃度 (濃淡) で論ずるとし (104頁註175等)、「結論の補強」としての「参照」は、「国際法規範の「適用」とは考えにくいものの、国内的効力を全く否定しているということはできない」(194頁) としており、「カナダ最高裁における「参照」の正当化議論を検討する際には、その前提として国内的効力をある程度柔軟に捉える必要もある」(216頁) という見地に立っているようである。なお、その思考は齊藤・前掲書 (註９) 41頁の記述とも「親和的」とされているが (222頁)、しかし、同書39-46頁参照。

[34] 日本の最高裁が二元論を採っていることも想定している (22-23頁) が、二元論で考えることが他の関連事項に波及する射程は十分に明らかにされていないようにみえる。また、日本国憲法の議論に接続させるために、確立された国際法規に未締結の条約を含める可能性を論じている (255頁) が、条約としては未締結ながら「確立された国際法規」に含まれるといえるとすれば、それは、極めて限られた内容になるであろう。しかも、「確立された国際法規」として法的拘束力を承認されるのであるから、通常の「適合的解釈」の問題として論じることができ、「国際的義務のない国際法規範」の「参照」として論じる必要はなくなる。

いての、とりわけ（a）憲法解釈の基準や指針としての「参照」[35]が行われる場合の正当化根拠が重要であろう。しかし、彼の国での議論の中心ではないためか、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』では掘り下げた検討は行われていないようである[36]。

（ⅱ）カナダ最高裁による欧州人権条約の「参照」

カナダ最高裁による「参照」で注目されるのは、欧州人権条約に関するものであろう。問題は、欧州人権条約を単なる「国際的義務のない国際法規範」として扱うのが適切か、ということである。「カナダの人権保障規定が自由権規約やヨーロッパ人権条約等の国際法規範に広く依拠して起草されたことにも大きくかかわってくる。すなわち、人権保障規定の導入が国際法規範によって支えられていることから、少なくともそれらの「参照」を行うことにつながったと考えられる」（110頁）とすれば、「国際的義務のない国際法規範」一般の「参照」と同一には論じられないことにならないであろうか[37]。

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』によれば、カナダ人権憲章１条の権利制限規定は「ヨーロッパ人権条約および自由権規約の影響を受けたものであると一般に解されている。この点からすれば、人権保障規定の導入と同様に、憲章第１条の導入も国際的義務のない国際法規範の「参照」を行うことの制度的要因と考えられる」（111頁）とされる。しかし、憲章１条の規定する「人権の一般的制限条項は、主に、ヨーロッパ人権保護条約の人権制約原理の影響の下で制定されたと解されている」[38]のであり、「ヨーロッパ人権保護条約の人権制約原理は、直接的にカナダ

---

[35] 解釈指針としての参照は「国際法適合的解釈」（214頁）とされる。

[36] 「国際的義務がある以上は、その国際的義務を正当化根拠の中で用いればよいと考えられる」（218頁）とされるが、少なくとも日本では、「日本国が締結した条約」というだけで憲法の解釈基準となることまでが根拠づけられるとは考えにくいであろう。

[37] 「憲章条文がヨーロッパ人権条約の影響を受けていること」と「生ける樹」理論との関係について、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』188-189頁参照。

[38] 佐々木雅寿「ヨーロッパ人権保護条約、カナダ人権憲章および日本国憲法における人権制約原理」石部雅亮＝松本博之＝児玉寛編『法の国際化への道――日独シンポジウム』（信山社・1994年）209頁。

人権憲章に影響を与え、カナダではそれを独自に発展させつつある」[39]と指摘されている。こうしたことが欧州人権条約に特有の事情と解されるならば、「国際的義務のない国際法規範」一般に妥当するものといえるかは疑問である。また、自由権規約はカナダが締結している条約であって「国際的義務のない国際法規範」ではない[40]。

（ⅲ）カナダにおける「参照」と「生ける樹」理論

さらに、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、カナダ最高裁における「外国法および外国判例の「参照」という伝統が、少なからずヨーロッパ人権条約等の「参照」という姿勢につながった可能性もある」（112頁）とする。そこで、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』の注目する「生ける樹」理論の影響（112-113頁）が、①「外国法の参照」の枠組で制定過程に影響のあった文書（欧州人権条約）を「参照」することを基礎づけているのか（112-113頁）、②ディクソン・ドクトリンにいう「国際的義務のある国際法規」の「参照」を「国際的義務のない国際法規範」にまで拡大することに繋がっているのか（225-228頁）、に関心が向かうところである[41]。

---

[39] 同論文220頁。

[40] ただし、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』227-229頁では、２つの見方が示されている。そして、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「憲法起草時の原意」は「参照」の限界を示すものと捉えるようである（245頁）。

[41] 新井誠「日本の国内裁判における国際人権法・比較憲法の参照」公法78号（2016年）217-218頁は、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』に収録された論文に言及しながら、「カナダにおける（外来法としての）「批准をしていない国際人権法」の「参照」」の問題を、「国内裁判における（日本が批准・加入した）国際人権法」ではなく、「国内裁判における比較憲法あるいは外国法」の範疇として論じている。そのうえで、同論文は、そのような考え方が「山元一が提案する「トランスナショナル人権法源論」に登場する「影響的権威」論に親和的」であるとする（219頁）。なお、新井誠「自己統治原理と国際人権をめぐる問題」国際人権30号（2019年）46頁以下。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』と「トランスナショナル人権法源論」の関係については、後述する（Ⅲ２）。他方、根岸陽太「手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈――「参照」を支える理論とその限界』〔法律文化社、2018年〕」国際人権30号（2019年）は、「カナダで発達してきた「生ける樹」理論が日本独自の立憲主義にも馴染むか」（144頁）という点に主要問題を見出

くわえて、裁判官による恣意的「参照」（26頁）や選り好みによる「参照」（256頁）を防ぐためにも、「参照」を行うこと／行わないことについての正当化を論じることは有用であるかもしれない（Ⅲ２）。

３．松田浩道『国際法と憲法秩序』の概要と検討

（１）問題意識

松田『国際法と憲法秩序』は、それまでの考究[42]に引き続き、「国際法は憲法秩序においてどのように位置づけられ、私人は国際規範を用いてどのような法的主張を行うことができるか」という問いが、「国際法の実施をめぐる各国憲法上の権限配分と密接に関連することに着目し、アメリカ合衆国・イギリス・フランス・ドイツ・中国・台湾・韓国・日本の憲法秩序における国際規範につき、その実施権限の配分原理と権力分立の諸相を比較法的に探究する」ことによって、「日本においては従来の「直接適用」・「間接適用」二分論ではなく、（１）狭義の直接効果（direct effect）、（２）裁判規範としての効力、（３）説得的権威（persuasive authority）、という３種類の枠組みによって整理すべきことが導かれる」とするものである（１頁）。

松田『国際法と憲法秩序』の問題意識は、「現在の世界において、国際法はその規律対象や規律内容において急速に拡大を続ける一方、国際法や国内法という法制度の枠に収まらない法律家共同体の生成も指摘されつつある」ことから、「国際法と憲法秩序の問題は、国際義務の実施確保という観点からも、各国憲法秩序における正統性の観点からも、改めてその重要性を高めている」との認識を背景としている。そのような国

している。

[42] 松田浩道「日本の裁判所における国際人権法――国内適用論の再構成」東大ロー５号（2010年）148頁以下、同「「人権条約上の権利」の名宛人関係とその法的効果」国際人権22号（2011年）123頁以下、同・前掲論文（註14）245頁以下、同「人種差別撤廃条約に対する公安条例の適合解釈――ヘイトデモと道路の使用許可」国際人権30号（2019年）99頁以下。なお、同「憲法秩序における裁判規範としての国際法――直接適用可能性と裁判規範性の区別」国際119巻１号（2020年）92頁以下。

際法の変化に鑑みて、「国際法の国内実施をいかに確保するか」という観点と、「国際法が憲法秩序に影響を与えることの正統性をどのように説明するか」という観点の双方から、「国際法と憲法秩序について探究することの重要性が高まっている」とするのである（１頁、６頁）。

国際法の国内実施の確保を考える際には、国内的効力とself-executingの概念が問題となるが、これについて松田『国際法と憲法秩序』は、岩沢雄司『条約の国内適用可能性――いわゆる"SELF-EXECUTING"な条約に関する一考察』（有斐閣・1985年）が説いた「直接適用可能性」の理論に疑念を示す。岩沢『条約の国内適用可能性』は、self-executingという言葉の本来の意味は、「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」ということであって、「国際法が国内で法規範としての地位を認められるか、国内において法として存在するか」という国内的効力の問題と区別する必要があるとしたものであり、「この主張を受けて、現在、憲法秩序における国際規範の法的効力を論ずる際には、国内的効力とは別に直接適用可能性を検討し、「直接適用」・「間接適用」の枠組みによって分析を行うことが、日本の国際法学において一般的となっている」（10頁）とする。それに対して、「直接適用」・「間接適用」の枠組みには、（１）諸国の実行との不一致、（２）「直接適用可能性」の多義性と混乱、（３）国内公法学との不整合といった問題点があるとして、松田『国際法と憲法秩序』は、「国際規範の裁判規範性を論ずるためには、国際規範の実施権限に着目し、各国憲法における権限関係の基本原則や国際約束の締結手続き等を踏まえ、国際法上の実施義務と憲法上の権限配分という双方の視点から、各国ごとに考察することが大切」（21頁）とするのである。

そのような問題提起を行う松田『国際法と憲法秩序』の特色は、「直接適用可能性」の概念を離れて、「国際規範の実施権限という分析視角」（21頁）を提唱するところにあるといえよう。その背景には憲法秩序における権力分立の原則との接合についての意識があり、「国際法学においては、権限関係の視点によって、従来の枠組みをさらに精緻なものへ発展させてゆくことが求められている」とすると同時に、「国内公法学においては、従来の直接適用可能性の枠組みに代わるアプローチとして、権限関係の視点に着目して国内法秩序における国際規範の問題を考えてい

くことが提唱されている」とする（25頁）。

そして、各国憲法秩序における国際規範の「実施権限の配分原理を比較法的に探究」（27頁）したうえで、日本の憲法秩序について「国際規範の実施権限の配分過程をなるべく動態的に把握することを試みる」（188頁）のである。

（2）概要

上述のような問題提起を承けて、比較法的検討については、繁閑の相違はあるものの、第１部でアメリカ合衆国、第２部はヨーロッパのなかでイギリス・フランス・ドイツの３か国、第３部は東アジアとして中国・台湾・韓国が扱われる。そして、それらの検討に基づいて、第４部が日本について論じるものとなっている。終章では、フィッツモーリスの見解を紹介した調整理論について「憲法多元主義を理解するための理論的視座を提起したもの」として再考する近時の国際法学説と、ミルキヌ＝ゲツェヴィチの「国際憲法」論の可能性を再考する近時の憲法学説に触れながら、簡潔に展望が示される。

このうち、「国際規範とアメリカの憲法秩序」については、「国際規範の実施過程には、連邦と州の権限関係、連邦内部の権限関係、そして、司法府の正統性といった憲法上の権限問題が密接に関わっている」として、日本への示唆を得るに際して、以下の３点が重要とされる（82-83頁）。すなわち、①「アメリカ合衆国憲法上、政治部門は国際義務に違反する権限を持つため、連邦裁判所による国際規範の実施権限は政治部門との関係において制約される」[43]、②「連邦裁判所による国際規範の実施権限は、州の権限との関係でも限定される」、③「説得的権威として外国法や国際規範を参照することにつき、アメリカ合衆国においては盛んな議論の応酬がなされており、その焦点は民主的正統性や裁判官の裁量拡大という観点である」[44]。

---

[43] それに対して、「日本の政治部門は日本国憲法98条２項のもと、国際義務に違反する権限を持たない」（82頁）とされる。

[44] 「民主的正統性を持たない裁判官が、民主的正統性を持たない外国法や国際規範を参照することによって憲法の意味を変えることに対する懸念は日本にも

また、イギリス・フランス・ドイツの３か国については、慣習国際法と国際約束（条約）と並んでEU法と欧州人権条約の「実施権限」について検討したうえで、「ヨーロッパ各国における国際規範の実施をめぐる権限配分のあり方は極めて多様であり、各国憲法上の権限配分の問題と密接に関連していることが分かる」（141頁）とされている。

各国に関する具体的な叙述についての検討は本稿の範囲を超えるので、結論としての日本をめぐる叙述とともに、それに関連する限りで、以下に検討する。

（３）検討

（ⅰ）国際規範の実施権限の「配分原理」

松田『国際法と憲法秩序』は、「国際規範と日本の憲法秩序」についての「分析枠組みの再構成」を唱え、「国際規範の実施権限の配分過程をなるべく動態的に把握することを試みる」（188頁）とする。権限の配分過程の分析枠組みとなる配分原理を動態的に把握するという意味にも読めるが、その趣旨は、必ずしも分明ではないようにみえる。

「国際規範の実施権限の配分」が「国際法の実施をめぐる各国憲法上の権限配分」（１頁）を意味するならば、それは、「各国憲法における権限関係の基本原則や国際約束の締結手続き等を踏まえ」て、「各国ごとに考察する」（21頁）とされるものであろう。それゆえ、松田『国際法と憲法秩序』は、各国憲法秩序における国際規範の実施権限の「配分原理」を比較法的に探究するけれども、「国際規範の実施権限につき、すべての国家に共通する普遍的な仕組みを想定することは難しい」（141頁）とする。

（ⅱ）国際規範の実施権限の「配分過程」

国際規範の実施権限について、一般的な「配分原理」は得られないとすれば、日本国憲法における「配分過程」を把握することになる。しかし、これまでの学説が理論的に検討してきた「国内的効力・序列・直接適用可能性といった講学上の概念には何ら憲法上の根拠があるわけではな

同様に当てはまるため、説得的権威に関するアメリカの論争状況を参照する意義は大きい」（83頁）とされる。

い」（167頁）として排除し、「事案ごとに動態的に把握してゆく」（168頁）とする[45]。

ここで、「配分過程」というときの「過程」が何を意味するのかが問題である。たとえば、「国際法適合解釈義務に関する実施権限の配分過程は以下のようにまとめられる。第１に、日本の行政府及び司法府は憲法98条２項を通じ、立法に及ばない範囲で国内法の国際法適合解釈義務を負う。この考え方は、私人間の事案についても同様に当てはまる。第２に、適合解釈が不可能な場合、司法府は不適合状態を明らかにし、立法府が国内法を改正するか、行政府が国際規範を変更する等の方法により、国際義務違反の状態を解消しなければならない」（190-191頁）とされるが、行政府・司法府への国際法適合解釈義務とその実施権限の配分は憲法98条２項から導かれるとすれば、その配分の「過程」とは何を意味するのであろうか。また、「立法府が国内法を改正する」ことや「行政府が国際規範を変更する」ことは、「国際法適合解釈」ではなく、それが不可能な場合に「国際義務違反の状態を解消」する方法であろう。それは「国際法適合解釈義務に関する実施権限の配分過程」として説明されるべきものであろうか。さらに、ここで「実施権限の配分過程」として扱われていることと、「憲法98条２項の誠実遵守義務」の「配分過程」（177-178頁）とされていることは、いかなる関係にあるのであろうか。

「従来の学説が前提としてきた国内的効力・序列・直接適用可能性という枠組み」（166頁）に批判的な見地に立つ松田『国際法と憲法秩序』では、比較法的検討においても、権限配分ないし権限関係についての検討が中心となる。連邦国家における連邦法としての条約と州法の序列関係、変型方式の国と一般的受容方式の国とでの条約の国内的実施の方法の相違、承認法による受容方式であるフランスとドイツにおける承認法の意味の違い[46]といったことには、必ずしも大きな関心は払われていないよ

[45] 山田『グローバル化と憲法』が、法律に対する条約の優位を否定して、「柔軟かつプラグマティック」な調整に委ねようとすることと類似するようにみえる。

[46]「議会による条約の承認は法律の形式によって与えられる」という「承認法受容の国の中にも、ドイツやイタリアのように、承認法が条約を国内法に変型

うにみえる。

（iii）動態的把握と機関適性

あるいは、「配分過程」の観念は、「動態的に把握する」という「分析視角」に結びついているのかもしれない。しかし、欧州人権条約の「受容の動態的プロセス」（137頁）といわれたり、「序列から出発するのではなく、遵守義務の配分過程をあくまで動態的に把握する立場によれば、憲法を国際法に対して適合解釈することも直ちに否定されるわけではない」（191頁）とされたりするときに、その「動態的」の語が他とは異なる何を意味しているのかは必ずしも分明ではないように解される。

これが、「動態的な国内法プロセスにおいて、どの機関がいかなる手続で、国際的な人権動向をウォッチし、対応していくのが適切なのかという、機関適性と権力分立をめぐる問い」[47]への解答であるならば、それは「実施権限の配分過程」という問題とは少し違うのではないか、という疑問が生じよう。「実施権限の配分」を論じれば済むことではなく、その権限行使の方法が本来重要であるところで、それを「実施権限」という形で提唱し、「方法の問題は最初からなかったこととして扱うのは問題ではないか」という疑問である[48]。「ここで問われているのは、権力

するという説が有力な国がある。ドイツやイタリアは、条約に国内的効力を認めているにもかかわらず二元論的な国と言われる」とされる（小寺ほか編・前掲書（註23）112-113頁［岩沢］、岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会・2020年）520-522頁も同旨）。なお、酒井啓亘ほか『国際法』（有斐閣・2011年）390頁［濵本正太郎］、齊藤・前掲書（註25）19頁。

[47] 宍戸ほか編著・前掲書（註２）344頁［宍戸］。

[48] 同書379頁［宍戸］。元は、トランスナショナル人権法原論について検討する文脈でのものである。すなわち、「国際人権法や外国の人権裁判例などを日本の法秩序の中で動態的に受け止めることは、国内人権の保障の充実にとって有利ですから、伝統的な憲法学のスタンスにもマッチする方向性であるわけです。他方で、結局のところ、裁判官が外から引っ張ってきた材料をもとに、多数者のつくった法律を削除するというわけですから、裁判所での引用には一定の方法が求められる。憲法学には、司法審査の民主的正統性を議論してきた蓄積があるから、そう簡単に引用すればよいとはいえないはずです。その方法が本来重要であるところで、「トランスナショナル人権法源論」として“法源”という形で提唱し、方法の問題は最初からなかったこととして扱うのは問題ではない

分立のプロセスを国内でどのように組み立てていくかという問題だ」[49]としても、それは「権限の配分過程」という論じ方とは距離があるようにみえる[50]。

「日本においては、すべての国家機関が国際義務を遵守することを前提に、機関適性の観点から実施権限行使のあり方を動態的に把握するのが適切なアプローチといえよう」(215頁) とされるが、「素直に憲法98条２項の文理から出発」(167頁) したときに、そのような「前提」が導かれるのかは必ずしも十分には論じられていないようにみえる。さらに、「機関適性の観点」が持ち出されて、「権限行使のあり方を動態的に把握する」とすれば、それは論者の視点からの現状の観察ということにならないか、疑問が残るのである[51]。

Ⅲ　論点についての考察

１．直接適用可能性の消去可能性

（１）国内適用可能性論の要諦

ここでは、いわゆる条約の self-executing 性に関する岩沢雄司『条約の国内適用可能性――いわゆる "SELF-EXECUTING" な条約に関する一考察』(有斐閣・1985年) の議論が俎上に載せられる。

か。ここで問われているのは、権力分立のプロセスを国内でどのように組み立てていくかという問題だと感じています」(同頁 [宍戸])。

[49] 同頁 [宍戸]。

[50] 「批准した条約については、……、その具体化の主体として、立法府がよいのか、裁判所がよいのかといった権限配分の問題」があるといわれるときも (宍戸ほか編著・前掲書 (註２) 380頁 [山本])、そこで問題とされていることの中身は、権限行使の方法であろう。

[51] 裁判所の「機関適性」という問題は、法システム全体についての「制度的アレンジメントの発想」(宍戸常寿「国家公務員と政治的表現の自由 (堀越事件)・コメント――東京高裁2010 (平成22) 年３月29日判決」国際人権22号 (2011年) 103-104頁) において扱われるものではなかろうか。「動態的把握」の意味については、再度検討したい (おわりに)。

岩沢『条約の国内適用可能性』が批判の対象とした従来の理解は、一般の条約は〈国内適用を予定せず、したがって国内法的効力もない〉とし、ただ例外的に自動執行可能な条約は〈国内適用を予定しており、それゆえ国内法的効力を有する〉とするものであったと解される。つまり、〈条約は対外的約束であって、通常は国内適用を予定していない。国内適用が想定されないものに、国内法としての効力を考える必要はない〉という思考があったものと考えられる。

それに対して岩沢『条約の国内適用可能性』は、〈国内適用が可能であるから国内的効力がある〉という論理を逆転させ、〈まずはすべての条約に国内的効力が付与され、次にそれが国内適用可能か否かが問題となる〉としたのである。このような岩沢『条約の国内適用可能性』の理解は、憲法研究者の理解とも整合的である。プログラム規定は、裁判規範性が否定されるとしても、国家に対する政治的義務を定め、立法の指針や法律解釈の基準といった意味を有する以上、法的効力が全くないとはいわないはずである[52]。

このような理解において、岩沢『条約の国内適用可能性』は、条約のself-executing性を直接適用可能性の問題と捉え、それは換言すれば、「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」[53]という意味であるとする[54]。

---

[52]「他の国法形式の場合には、その規定の態様が法的効力を左右することはないであろう。条約についてのみ、裁判所において直接適用できないものは無効であると解さなければならない理由は見出しがたい」（齊藤・前掲書（註25）15頁）。したがって、「国際法が直接適用可能でなくても、裁判所は、国際法に照らして国内法の司法審査をすることができると考えるべきである。一般的な原則しか定めておらず具体化を要する国際法も、一定の枠は定めている」（岩沢・前掲書（註46）530頁）と考えられることになる。

[53] 岩沢・前掲書（註23）16頁。

[54] 近時の国際法の教科書でも、「条約がそのままの形で（何らの国内的な措置なしで）……国内において適用される（＝直接適用される）」（浅田正彦編著『国際法〈第4版〉』（東信堂・2019年）28頁［浅田］とか、「間に介在するものなしに適用がなされるという意味で、……「直接適用」と訳される」（酒井ほか・前掲書（註46）387頁［濵本］）と説明されている。なお、「司法機関が国際法規範を適用する場合には、国内における立法権を通常独占する立法機関との権限関

岩沢『条約の国内適用可能性』が「直接適用可能性」を「国内適用可能性」と言い換えようとしたのも、誤解の生じやすい「直接適用」の語を避けようとしたためかもしれない[55]。「直接適用」あるいは「直接適用可能性」という概念で論じられる事象は、国際法でも国内法でも存在するはずであるが、国内法について self-executing の語を使わないなら条約にも使わないほうが混乱は少ないように解される[56]。

そのように理解される条約の self-executing 性すなわち直接適用可能性について、岩沢『条約の国内適用可能性』は、「条約が国内で直接適用される態様は様々」[57]であって、直接適用可能性は「それぞれの適用形態ごとに判断される必要がある」[58]とする。そして、国内での条約の「適用形態」としては、(a)「条約が個人の国家に対する請求の根拠とされる場合」と、(b)「条約が国家の行為を違法と認定する根拠とされる場合」とがあるとされる[59]。

このような岩沢『条約の国内適用可能性』の基本的なスタンスは、条約が国内裁判所で用いられる場面を、国内法の自律性を重視しつつ、できるだけ拡大しようというものであると解される[60]。

係が問題となる。すなわち、国内裁判所における国際法規範の適用の条件は、国内における権力分立のあり方と密接に関連しており、国際法によってではなく各国国内法によって決定される」(同書400頁［濵本］)。

[55] 「国内適用可能性とは、「国内における直接適用可能性」の意味である」(岩沢・前掲書 (註23) 9頁註13)、「国内適用可能性、すなわち国内における直接適用可能性」(小寺ほか編・前掲書 (註23) 114頁［岩沢］)、「国際法の国内適用可能性 (国際法は国内で直接適用され得るか)」(岩沢・前掲書 (註46) 518頁)。

[56] 山田『グローバル化と憲法』218頁からの指摘には、そのように解答したい。

[57] 岩沢・前掲書 (註23) 330頁。

[58] 同頁。

[59] 岩沢・前掲書 (註23) 331頁、齊藤・前掲書 (註９) 108頁参照。これとは別に、条約が直接適用可能でなくても有しうる効果として、①当該条約を具体化する法律について、立法裁量の逸脱・濫用の審査基準となる、②当該条約の国内実施法の解釈基準となる、③当該条約とは独立に制定された法律についても解釈基準となる、④国内法における一般概念 (公序、良俗、信義誠実等) の解釈基準となる、といった点が指摘されている (岩沢・同書331-334頁)。

[60] 多くの学説がＢ規約の間接適用の例と捉えた二風谷ダム判決 (札幌地判平

（2）「ゲートキーパー」論

さて、このような岩沢『条約の国内適用可能性』の理解に対して、見直しを提起するのが山田『グローバル化と憲法』と松田『国際法と憲法秩序』である[61]。

まず、山田『グローバル化と憲法』は、条約の self-executing 性を直接適用可能性と解する岩沢『条約の国内適用可能性』の理論と基準は受け入れているようにみえるが、直接適用可能性を国内法秩序の民主的正統性の「番人」としての国内裁判所の「武器」と位置づけ、〈民主的正統性の不足する国際的法規範を、「ゲートキーパー」としての国内裁判所が適用の時点で排除して、立法府に十分な統制を要求すべく「差戻す」場面の問題〉と捉えている。おそらくアメリカ合衆国の議論の影響を受けたこの捉え方は、岩沢『条約の国内適用可能性』が峻別・整理しようとした条約の国内的効力と国内適用可能性とを再び混淆させる危険を孕んでいると懸念される。

「ゲートキーパー」としての国内裁判所という議論に関しては、「日本の裁判所が、法律に比べて民主的正統性の希薄な「条約」について、その直接適用に消極的なのは、議会に代わるゲートキーパーとしての役割を過剰に意識しているからではなかろうか」[62]との指摘が知られている。

9・3・27判時1598号33頁）について、「本件事業認定が違法とされたのは、国が自由権規約27条に規定された少数民族の文化享有権を十分に尊重しなかったからである。つまり実際には、規約は本件判断の中心的な根拠とされているのである。従って裁判所は、本件では自由権規約の国内適用可能性を明示的に認めてはいないが、同規約を直接適用したといってよいであろう」（岩沢雄司「二風谷ダム判決の国際法上の意義」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法（2）国際人権法の国内的実施』（信山社・2011年）367頁）としている。つまり、国の行為を違法とする裁判所の「判断の中心的な根拠」となっていることが「直接適用」と評価されているのである。

[61] なお、両者は、アメリカ合衆国最高裁のメデイン（Medellín）判決による self-executing 理解の変化を重視するものと解されるが、同判決の理解については、なお議論があるようである（酒井ほか・前掲書（註46）389-390頁［濵本］、小林友彦「判批」薬師寺公夫ほか編集代表『判例国際法〈第３版〉』（東信堂・2019年）33頁）。

[62] 石川健治「「国際憲法」再論――憲法の国際化と国際法の憲法化の間」ジュリ

裁判所がそのようなスタンスであるとするならば、そのようにして条約の適用を排除する箱根の関となることが山田『グローバル化と憲法』の諒解と合致するのであろうか。

他方で、「国会は抽象的・一般的に法律を制定改廃し条約を批准するが、それらが運用の中でいかなる不都合を生じさせるかについて感知しにくい立場にある。こうした問題に精通しているのは具体的な紛争に近い裁判所であり、とりわけ時間の経過とともに生じる、法を支える事実の微妙な変化を、裁判所は現実の法適用を通じて知覚することができる。この意味で裁判所とりわけ下級審は、国内法システムを取り巻く環境変化――外国法や国際法の発展もその一つである――のレセプターとしての役割を果たしており、司法が立法に警告を発信して国内法システムの発展を促すということが、適切な立法と司法の役割分担であろう」[63]という指摘もある。この「レセプターとしての役割」が山田『グローバル化と憲法』にいう〈立法府に「差戻す」場面〉に含まれるのであれば、それは「ゲートキーパー」よりは国際法に調和的なスタンスであるし、必ずしも直接適用可能性の問題として論じるべきことでもないように考えられる。

1387号（2009年）28頁註17。松田『国際法と憲法秩序』８頁も、この指摘に注目する。なお、続けて、「現行憲法は、前文や憲法98条２項により、議会による変型方式ではなく、より国際主義的ともいえる一般的受容方式を採ったものと解されているが、条約が議会による変型手続を経るスタイルであったならば、裁判所の対応は大きく変わっていた可能性はあろう」（石川・同頁註17）とされるが、「議会による変型手続」をどのように解するか、承認法による受容方式をも含むか、といったことによって、裁判所の対応にも相応の分岐が考えられるであろう。

[63] 宍戸・前掲論文（註51）103-104頁。なお、「裁判所の「機関適性」は、一般的抽象的な条約を締結する国会の役割を解釈の名で簒奪することにはなく――そのことはかえって「国民の法意識」に悪影響をもたらしかねない――、むしろ個別の事件に応じて国際的な法意識の変化を斟酌して事案を適切に解決し、そのことを通じて「世界標準」に対応した法意識の成熟を促すことにあると考えられる」（同論文104頁）。

（3）「裁判規範性」論

岩沢『条約の国内適用可能性』を強く批判するのが松田『国際法と憲法秩序』であり、岩沢『条約の国内適用可能性』の問題点として次の３つを挙げている。すなわち、第１に、「直接適用可能性」の理論は、必ずしも国内外における現在の実行と一致しない部分が生じている。第２に、「直接適用可能性」という概念は現在でも多義的であり、実務と学説の双方において混乱を招いている。第３に、国際法学の「直接適用可能性」は、憲法学でいう「裁判規範性」と整合しない。すなわち、国際規範を根拠とする司法審査は「直接適用」の射程外とされている。

このうち、岩沢『条約の国内適用可能性』の論理に内在的な問題としては、第３が枢要と解される。そこで問題となる「直接適用可能性」をめぐる岩沢『条約の国内適用可能性』の内容を分類整理すると、《表１》のようになると考えられる[64]。

《表１》

国内的効力	直接適用可能性	適用形態
あり	あり→ (a) or (b)	(a) 個人の国家に対する請求の根拠となる
		(b) 国家の行為を違法と認定する根拠となる
	なし→ ①～④	①法律の条約適合性を審査する根拠となる
なし	（当然に）なし→②～④（間接適用）	②当該条約の国内実施法の解釈基準となる
		③当該条約とは独立に制定された法律の解釈基準となる
		④国内法の一般概念の解釈基準となる

上記第３の批判は、結局のところ、《表１》の①が直接適用可能性の議論に関係しないことを問題とするものと解される。ここで留意すべきは、松田『国際法と憲法秩序』が提示する（１）狭義の直接効果、（２）裁判規範としての効力、（３）説得的権威、という３分類の枠組みには、次の《表２》のような変遷があることである。当初の2010年論文の分類[65]は、国際「人権」法の国内「適用」を対象としたもので、そうすると、

[64] 前掲註59参照。なお、松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」（註42）97頁図表１参照。

[65] 松田・前掲「日本の裁判所における国際人権法」（註42）167頁。

《表１》の適用形態（a）＝《表２》の①は稀であり、《表１》の（b）と①に区別の実益を認めずに併せて《表２》の②とし、いわゆる間接適用を《表２》の③としたのも自然であったであろう。

《表２》

松田・国内適用論の再構成（2010年）	松田・憲法秩序における国際規範（2016-17年）
①狭義の直接適用	(1) 個人の請求権を基礎づける効力
②司法審査	(2) 司法審査の根拠たる裁判規範としての効力
③裁量的な適合解釈	(3) 説得的根拠としての効力

しかし、2016-17年論文[66]は、2010年論文の分類の枠組み（《表２》の①～③）を引き継ぎながらも、国際人権条約から国際規範一般に対象を拡げ、かつ、裁判所での適用の場面だけでなく、国内実施一般を問題とした。そこで、３分類に変質あるいは軋みが生じているようにみえる。また、2016-17年論文が《表２》の（１）～（３）を「法的効力」として論じていることにも疑問がある。それは、岩沢『条約の国内適用可能性』が整理した国内的効力と国内適用可能性の区別を曖昧にするおそれがある[67]。そのような《表２》の（１）～（３）は、松田『国際法と憲法秩序』

[66] 松田浩道「憲法秩序における国際規範：実施権限の比較法的考察 (5)」国家130巻7=8号（2017年）155頁以下（(1) は2016年）。なお、江島晶子「「グローバル人権法」の可能性――2019年１月23日最高裁判決補足意見を契機として」辻村みよ子先生古稀記念論集『憲法の普遍性と歴史性』（日本評論社・2019年）891頁註21は、「松田浩道は、憲法秩序における国際規範の法的効力を、従来の「直接適用」・「間接適用」の二分論ではなく、(1) 狭義の直接適用の根拠としての効力、(2) 司法審査の根拠たる裁判規範としての効力、(3) 説得的根拠（persuasiveauthority）としての効力という３種類に整理すべきことを提唱する。この主張は、憲法秩序における国際規範につき、実施権限の配分原理という観点からアプローチしようとする点で、人権規範の中身というよりも、人権規範を実施する機関の権限分配という点から規範のグローバル性を追求する筆者のアプローチと共通する」としている。

[67] 松田『国際法と憲法秩序』は、なんらかの影響力をも含む広汎な「効力」概念を提唱する小林友彦「「国際法と国内法の関係」を論じる意義――日本の学説の展開過程に照らして」東社54巻５号（2003年）等の影響を受けているのかもしれない（松田・前掲論文（註14）246頁以下参照）。また、（３）の説得的根拠

において、（１）狭義の直接効果、（２）裁判規範としての効力、（３）説得的権威として再整理されていると解される[68]。

このようにして《表１》と《表２》を見比べてみると、第１に、国際人権条約以外も対象に含めたとき、《表１》の (b) と①の区別は意味を有してくる。国際人権条約を憲法に類比してみるなら、《表１》の (b) は処分違憲に相当するものであり、《表１》の①に吸収するのも穏当であろう。しかし、国際人権条約以外の、法律に類する、具体的な規律を内容とする条約の場合、《表１》の (b) が直接適用可能であることは重要であり、他方、法律を条約違反とするときに直接適用可能性を要求しないことも重要である。

《表１》の (a) すなわち《表２》の①は裁判規範性の特別の形態と考えられるから、結局のところ、岩沢『条約の国内適用可能性』にいう直接適用可能性とは、裁判規範性の問題と考えてよいものといえる。2016-17年論文は３分類の（１）個人の請求権を基礎づける効力だけを「直接適用可能性」の問題としているが、岩沢『条約の国内適用可能性』は《表１》の適用形態(a)「条約が個人の国家に対する請求の根拠とされる場合」のみを直接適用可能性の問題としているわけではない。

松田『国際法と憲法秩序』は、直接適用可能性の主観的要件・客観的要件（とくに前者）の弊害を難じて、直接適用可能性を問題にする領域を《表２》の（１）に限局して囲い込む戦略を採用するものと解される。これに対して、岩沢『条約の国内適用可能性』は、主観的基準および客

の場合を「法的効力」と捉えることにも、「トランスナショナル人権法源論」が「影響的権威」を「法源」と位置づけたことに対するのと同様の批判が向けられるのではなかろうか。なお、江島・前掲論文（註66）891頁註22は、「山元の「影響的権威」と松田の「説得的権威」との異同について検討が必要だが、次稿の課題とし、本稿では、両者のフォーカスが異なること（前者は法源、後者は実施権限の配分原理）のみを指摘する（よって、場合によっては両者は重なりうる）」としていた。

[68] 松田『国際法と憲法秩序』184頁以下。2016-17年論文では「個人の請求権を基礎づける効力すなわち「狭義の直接適用」の根拠としての効力」とされていたものが、「狭義の直接効果」という表現になっている。なお、松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」（註42）111頁図表３参照。

観的基準（とりわけ「事項」）を直接適用可能性を「排除する基準」と解すること[69]によっていわば解毒を図ったものと解することができる。それでもなお解消されない問題があるのかについて、松田『国際法と憲法秩序』の説明は必ずしも明解ではないようにみえる。

そして、松田『国際法と憲法秩序』は、2016-17年論文における《表２》の枠組みを引き継ぎ、（２）裁判規範としての効力において、「直接適用可能性」概念の難点を克服するために「裁判規範性」を論ずることを提唱する[70]。それは、憲法学説との通有性を重視した選択とされるが、「裁判規範性」を論じることの意味が共有されているかには疑問が残る。憲法学説は、最高裁の塩見訴訟判決について、「社会権規約の裁判規範としての効力を一律に否定的に解した」[71]として批判することがあり、これに関連して、「社会権規約に基づく義務は、裁判規範性はないにしても、法的な義務である」[72]ということもある。つまり、憲法学は、法的効力を有する規定が裁判規範となりうることを前提にして、その規定がいかなる場合に裁判規範性を認められるかということを論じてきたのであり、法的効力を有する規定が常に裁判規範性を具備すると考えているわけではない。《表２》の（２）は、「つまづきの石」の場所を変えたにとどまるかもしれない[73]。

---

[69] 岩沢・前掲書（註46）527-530頁参照。

[70] 松田『国際法と憲法秩序』18-21頁。

[71] 中村睦男「判批」佐藤進＝西原道雄＝西村健一郎編『社会保障判例百選〈第２版〉』（有斐閣・1991年）10頁。

[72] 曽我部・前掲論文（註７）77頁註25。

[73] 裁判規範性の問題については、松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」（註42）92頁以下も参照。「つまづきの石」について、同論文114頁参照。さらに、阿部浩己「国際人権法と日本の国内法制――国際人権訴訟の再構成」国際法学会編『日本と国際法の100年⑷人権』（三省堂・2001年）271頁註13、「導きの糸」と「つまずきの石」について、樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす――下級審判決からのアプローチ〈新版〉』（日本評論社・2011年）13頁［樋口］参照。「直接適用可能性」概念が議論に混乱をもたらしていると批判しながら、「直接効果（direct effect）」という EU 法類似の概念を新規に導入することにも疑問がある。また、松田『国際法と憲法秩序』および関連する論稿では、〈岩沢説における直接適用可能性と、憲法学における裁判規範性とはまったく別の

2．トランスナショナル人権法源の間接適用

（1）「参照」と間接適用

self-executing 概念に結びつく条約の「直接適用」と、国際法適合的解釈としての「間接適用」とが対概念ではないことは、松田『国際法と憲法秩序』が強調したところである。山田『グローバル化と憲法』は、国内的効力を有する条約に関する限り、国内法の条約適合的解釈は「間接適用」と呼ぶべきではなく、その本質は直接適用であると論じた。そうであるとすると、少なくとも日本国憲法に関しては、国際法学にいう「間接適用」論が固有の意義を有する場面は、「国内的効力がない国際法規範」にあることになりそうである。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、その点について論じたものということになる[74]。しかし、条約の国内的効力を承認している日本国憲法においては、「国内的効力がない国際法規範」を国内法解釈において「参照」する場面は限定されており、とくに大きな憲法上の問題を伴うものでもないはずである[75]。

概念である〉ことが強調される。しかし、それ自体は大きな問題ではなかろう。憲法規定が裁判規範性を有する場合でも、当該規定が〈それ以上の措置の必要なしに適用されうる〉ときと、〈具体化する法律の存在を前提にして裁判規範としての効力が認められる〉ときがあると考えられる。この区別を捨象する必要があるのか疑問である。逆に、従来、憲法学において「裁判規範性」が論じられたのは、多くは、それを具備するか否かに疑義がある場合である。そのような概念に殊更に国際人権条約を結びつけることに弊害はないであろうか。

[74] 手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「「参照」の意義をめぐっては、……「国際法適合的解釈」をも含む概念であると考えられるが、「適用」とは異なるものである」として、松田『国際法と憲法秩序』や山田『グローバル化と憲法』が指摘するような点に触れながら、「「間接適用」と「参照」については、その内容においては関連するものの、用語の意味においては異なる」とする（23頁）。これは、「参照」と「適用」の峻別を意識した記述であって、同頁で言及されている「間接適用」の一般的な定義は、「参照」の要素を含んでいる。

[75] なお、国際法学における「間接適用」概念の明確化を試みるものとして、寺谷広司「「間接適用」論再考――日本における国際人権法「適用」の一断面」藤田久一先生古稀記念『国際立法の最前線』（有信堂高文社・2009年）165頁以下。なお、齊藤・前掲書（註９）80頁註28参照。さらに、寺谷広司「私人間効力論

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「国内的効力がない国際法規範」の参照の正当性を問題とする。しかし、「ある国内法規範を解釈する際にその手がかりとして国際法規範を参照することは自由である。したがって、国際法規範が国内法上法規範としての地位を持たない場合であっても、そもそも国際法上の規範的地位が不明確なものについても、国際法規範（あるいはそれに準ずるもの）を参照して国内法を解釈することは可能である」。そこで、「問題は、国際法適合解釈が禁止されるのはどのような場合か、および、国際法適合解釈が義務づけられるのはどのような場合か、である」とされる[76]。憲法に焦点を合わせれば、「憲法解釈の際、必要に応じて人権条約を参照することが許されることには異論はない。問題は、条約適合的解釈の義務があるかどうか」[77]である。

「国内的効力がない国際法規範」を国内法解釈において「参照」するカナダ最高裁を手がかりに、国際法適合的解釈が行われる場合とその正当性を論証する試みが、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』である。そこでは、「変型の体制を採用するカナダにとって、カナダが国際的に義務を負っている条約か否かの区別よりも、その人権条約が具体的にどの程度の人権保障基準を設定しているかの方がより重要であり、その意味でたとえ当事国ではなくても「ヨーロッパ人権条約」の解釈はカナダの裁判所の判断に重要な指針を提供している」[78]とされる。つまり、カナダにおける欧州人権条約等の「参照」が任意ないし適宜に行われるものであれば、その正当性は大きな問題とならないのではなかろうか。

（2）トランスナショナル人権法源論

ところで、「近年、最高裁が新たな傾向を示している。すなわち、まず、

と「国際法」の思考様式――憲法学と国際法学の同床異夢」国際人権23号（2012年）14-15頁註25参照。

[76] 酒井ほか・前掲書（註46）404頁［濵本］。「カナダ連邦最高裁は、カナダ憲法第１章の人権憲章の解釈にあたって国際法を参考にすることができると述べたが、これは、同人権憲章が国際法を反映する形で制定されたものであるとの前提に立った上での判示である」（同頁）。

[77] 曽我部・前掲論文（註７）76-77頁註22。

[78] 中井・前掲論文（註29）32頁。

国籍法違憲判決が自由権規約や子どもの権利条約を参照し、その後、非嫡出子相続分違憲決定も両条約に言及したほか、自由権規約委員会や子どもの権利委員会の勧告や見解にも触れている。そして、これらを違憲判断の根拠の１つとしていることから、憲法学説においても人権条約に対する注目が近年高まっている」[79]といわれる。これらの最高裁判例は、諸国が合意した法規範としての国際人権法から（条約機関によって更新されうる）「国際標準」を比較法的に検出するという手法を用いたとみることができるかもしれない[80]。

しかし、その後、「再婚禁止期間一部違憲判決及び夫婦同氏制合憲判決においては、法廷意見では人権条約への言及がなかった。いずれにおいても、条約機関による複数の勧告が存在し、個別意見では言及があるにもかかわらず、である。そのことについて特に説明もない」という問題が生じている。このような「近年の最高裁による人権条約や条約機関の見解の参照については、人権条約が単なる事実として扱われているように見えること、その参照の有無が恣意的であることから、問題を指摘せざるを得ない」とされる[81]。

こうした判例の手法を、積極的に捉えて説明しうる見解の一つとみられているのが、トランスナショナル人権法源論[82]である。

---

[79] 曽我部・前掲論文（註７）78頁。「しかし、これらの判例において人権条約や条約機関の勧告等が参照されているのは、主として立法事実の変化を基礎付ける事情としてであって、立法府や裁判所を拘束する法規範としてではない。国際人権法が法規範ではなく、立法事実として扱われているのである」（同頁）。

[80] 齊藤・前掲書（註９）94-96頁、111-113頁。

[81] 曽我部・前掲論文（註７）78頁。

[82] 山元一「憲法解釈と比較法」公法66号（2004年）105頁以下、同「憲法解釈における国際人権規範の役割――国際人権法を通してみた日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望」国際人権22号（2011年）35頁以下、同「グローバル化世界と人権法源論の展開」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法――理論的対話の試み』（尚学社・2013年）344頁以下、同「「グローバル化世界における公法学の再構築」に向けての覚書」季刊企業と法創造９巻３号（2013年）３頁以下、「山元一報告をめぐる質疑応答」同173頁以下、同「「憲法的思惟」vs.「トランスナショナル人権法源論」」法時87巻４号（2015年）74頁以下、同「「国憲的思惟」vs.「トランスナショナル人権法源論」」ジェンダーと法13号（2016年）23頁以下、

トランスナショナル人権法源論は、「国内裁判所が人権問題を解決するために依拠する法的規準」が「国境を超えたトランスナショナルな存在を包含」することによって、「憲法と国際人権規範や外国人権判例が重層化する」という観点から展開されている[83]。トランスナショナル人権法源論の方向性には賛同する見解もあり、「法源」という言葉の使い方には批判がみられるものの、トランスナショナル人権法源論の「方向性」は、これまで国際人権法学においてしばしば提唱されてきた「間接適用」論と類似するものであると解される。

トランスナショナル人権法源論の要諦は、「拘束的根拠」と「説得的根拠」の２分論を相対化して、人権先進各国の憲法判例や国際人権規範を一括的に観念し、人権法解釈のための法的基準と把握することである。そのようにして、戦略として、国内裁判所において国際法（国際人権法）と外国法（比較法）の区別を相対化し、「考慮するべき法素材ないし法源」であるトランスナショナル法源として同列に扱うのである[84]。

同「「国憲的思惟」vs.「トランスナショナル人権法源論」」山元一＝横山美夏＝高山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』（日本評論社・2016年）３頁以下等を参照。

[83] トランスナショナル人権法源論は、日本の憲法学における比較対象国の少なさや、特定の準拠国を定めることへの批判も含んでいる。

[84] 山本龍彦「憲法訴訟における外国法参照の作法――外国法の「普段づかい」？」小谷ほか編・前掲書（註82）316頁以下は、「憲法訴訟における外国法参照の作法」として、外国法を裁判所における憲法判断のなかに日常的に取り込むような“外国法の普段づかい”を提唱している。すなわち、「外国法や国際的動向を超国家的規範とみて、それからの逸脱・乖離を直ちに違憲判断と結び付け」るのではなく、「人権制約手段の目的適合性（効果）や必要性等を査定する際の事実的・経験的情報としてプラグマティックに用い」ることが主張され、国籍法を違憲とした最高裁平成20年判決も、そのようなスタンスのものと評価される。この「普段づかい」論の対象は、「外国法（比較法）であり、国際人権規範は議論の対象とはされていない」（山元・前掲「グローバル化世界と人権法源論の展開」（註82）348頁）ので、比較法と国際法を融合させるトランスナショナル人権法源論とは距離を置くもののようにもみえる。しかし、多数国間の立法条約が条約解釈を行う条約機関を伴う場合、多数国間の合意で作られた条約条文を、締約国の国内法との調整を考えながら解釈することには、比較法と類

そして、「法律家は国際的な存在であり、裁判官こそが国際的な存在でなければならない、という認識」を前提に、国内裁判所は「国際社会に対して法的な応答責任を引き受けており」、「国際人権法の示唆する解決方法がある場合」に「それに反する判決を下そうとする場合には、なぜそのような解決方法を採用しないのかについて説得力のある説明を行わなければならない」とする。ここで求められる「対話」とは、「応答的な態度で法的議論を行うという意味」であるとされる。

このように、トランスナショナル人権法源論は、対話的プロセスを重視するものとされ、その点で国際人権法と憲法の「共生」論を説き、「対話」を強調する見解への共感が示される[85]。

似するものがある。最高裁の平成20年判決や平成25年決定はそのようにして示された「国際的動向」としての国際人権法に論及していると解される。最高裁が「多くの国」の法実践を参照しているならば、そこで国際法が多くの国の法実践の最大公約数的なものともいうべき意義を有するとみることもできるであろう。ところで、外国法の「普段づかい」論は、裁判所に求められるのは「民主的正統性をもった立法者が外国法を真剣に考慮することを求める」ことであるとする「二次的論証モデル」を提唱している。そこでは、裁判所は、外国の法実践について検討する十分な能力を有しないとされる一方、多数の外国の法実践は国会の立法についての判断過程審査における要考慮事項となるとされている。しかし、立法者が「多数派国家の法実践」に従わない場合に「立法者に対してその逸脱・乖離に関する強度の説明責任を求める」（山本・同論文340頁）ことや、裁判所がそれを要考慮事項として判断過程審査を行うというのは、「普段づかい」の域を超えるようにも解されるが、外国法についてそこまで求めうるとすれば、国内で法的効力を有し、裁判官がその実践について検討する十分な能力がないということは許されないはずの（条約機関から裁判官の研修を求められている）国際人権条約については、より重い扱いが求められることになるのではなかろうか。これまでも普段から使われていたとされる外国法の普段づかいよりも、「よそ行き」として仕舞い込まれている条約の普段づかいこそ、考えてみる意味があるはずである。このように考えれば、憲法解釈における国際人権条約の扱いに関する限り、トランスナショナル人権法源論と外国法の「普段づかい」論における径庭は小さいとみることができそうである。

[85] ただし、両者は、民法900条４号に関する最高裁平成25年決定の背後にある国際人権法と比較法の融合あるいは循環についての認識は共有しているとしても、比較法と国際法の関係および「対話」の位置づけにおいては相違があると

ただし、トランスナショナル人権法源論の見地からは、今後、条約機関の意見・見解に「反する解釈を施そうとする場合には、それを論証するべき責任を裁判所は負っている」とされることになる。この点が、最高裁の平成27年の２つの判決を考えるうえでのポイントになる。

（3）トランスナショナル人権法源論への疑問

トランスナショナル人権法源論は、国際法と外国法の区別を相対化し、両者を「影響的権威」として同等に扱うのであるから、その意味では、国際人権条約の厳密な意味での法源性を否定していることになる。

それでも、最高裁の平成20年判決や平成25年決定のような国際人権条約を外国法とともに「国際的動向」として扱うことを正当化する理論としては、魅力的であるかもしれない。問題は、「応答的対話的態度で法的議論を行うこと」の実効性である。

考えられる。「対話」で国際実施機関と国内人権保障の接合が強化された多層的な「共生」システムを説くこの見解は、「国際人権機関も、諸外国の立法動向を参考にする。……ヨーロッパ社会のコンセンサスが見出しがたい新しい人権問題を取り扱う際には、［欧州］人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約だけでなく、関連する国際法規および比較法的考察（ヨーロッパに限定されない）を熱心に行う。比較憲法と国際人権法の取り合わせは、偶然の産物ではない」（江島晶子「憲法の未来像（開放型と閉鎖型）――比較憲法と国際人権法の接点」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂・2015年）412頁）としており、国際人権機関における比較法と国際法の融合には好意的である。しかし、そのようにして解釈が形成された国際人権条約が国内裁判所で援用される場面では、戦略的に、国際法と外国法は峻別されるべきであるとする（前掲「山元一報告をめぐる質疑応答」（註82）173頁［江島晶子］）。そして、条約機関と国内裁判所の間の「対話」は、個人申立のような制度の存在を背景とした「事実」の問題として捉えられている。制度上で、条約機関や国内裁判所がキャッチボールにもならないかもしれない「言い合い」をするのが、そこでいう「対話」であるかもしれない。なお、手塚崇聡「比較憲法学における相互「参照」の意義――カナダにおける一方的「開放型」の変容と「法的成熟」」比較憲法学研究31号（2019年）は、カナダ最高裁の動向として、「一方的な「参照」という「開放型」から、相互「参照」という双方向性のある「対話型」へと変容したと考えられる」（124頁）とする。

従来の国際法学における条約の「間接適用」論の代表的学説は、「裁判所による解釈の妥当性を担保するものとして、解釈共同体」[86]の存在を前提としていた。これに倣っていうと、トランスナショナル人権法源論は、解釈共同体によって妥当性を担保された解釈であるから、国内裁判所がそれを採用することは許されるとし、採用しない場合には国内裁判所は合理的な説明をしなければならないというものである。したがって、従来の国際人権法学説への批判を出発点としながら、その本質に大きな相違はないといえる。

そして、最高裁が、自らの法解釈に〈妥当性の担保〉を必要とした場合には外国法や国際人権条約を援用し、〈妥当性の担保〉を求めない場合にはそれらを援用しないという選択を許すならば、トランスナショナル人権法源たる外国法や条約は結論の確認あるいは装飾にすぎないこととなる。裁判官がトランスナショナル人権法源に「応答的な態度で法的議論を行う対話的プロセスの重要性」[87]を説くだけなら、裁判官が任意に外国法や国際人権条約を参照することとの相違は、分かりにくくなる[88]。

このように、トランスナショナル人権法源論からは国際人権条約の法的拘束力（法源性）を根拠に最高裁の恣意的な条約の取扱いを規律することはできないのではないかと懸念されるところである。これに対して、トランスナショナル人権法源論は、「裁判官こそが国境を越えたプロフェッションの連帯意識を背景とした国際的対話の担い手」であり、「裁判官の国際社会へのコミットメントが決定的に重要」であるとし、「外国法における特定の論点に関する一定のコンセンサスへの収斂傾向についての真剣な考慮は、単なる外国法に関する「情報」という事実の次元に対する応答というよりも、国際社会から日本に差し向けられる規範的要請に対する応答と考えた方が妥当なのではないか」として、「外国法参照は単なる「判断過程統制における考慮不尽」ではなく、国際社会の法的判断が憲法解釈を決定的に方向づけると考えることができる場合も

[86] 阿部浩己『人権の国際化――国際人権法の挑戦』（現代人文社・1998年）302頁。
[87] 山元・前掲「憲法解釈における国際人権規範の役割」（註82）38頁。
[88] 山本・前掲論文（註84）342頁註71。

あるのではないか」とする[89]。しかし、「国際社会の法的判断が憲法解釈を決定的に方向づける」とまでいうとすると、それはトランスナショナル人権法源論によって説明可能なのか、懸念される[90]。

他方で、人権裁判所や個人通報制度はなくても、「日本の裁判所が委員会の「見解」や「一般的意見」と異なる解釈を採用した場合には、国家報告制度の場で取り上げられることになり、日本はそこで自国の裁判所の解釈の妥当性の立証を迫られることになる」[91]とされ、政府報告書審査のルートを通じて国内裁判所がトランスナショナル人権法源論に対峙させられる可能性はある。しかし、最高裁の平成27年の２判決は、そうした影響から最高裁はなお自由であることを示したといえそうである。

それでも、トランスナショナル人権法源論が期待するように、裁判官が「国境を越えたプロフェッションの連帯意識を背景とした国際的対話」に有効に参加することになったとして、国際法と外国法の区別なく、「国内人権法源」に対して「トランスナショナル人権法源」が優越するわけではなく「国内法人権解釈の問題を両法源の競演によって解決させようとする」[92]ものであるときに、解釈をめぐる制度間競合[93]や、解釈主体の多元化がもたらす法の混迷状態[94]の問題が指摘されている。

たしかに、最高裁の平成20年判決や平成25年決定のような国際人権条約を外国法とともに「国際的動向」として扱うこと、場合によってはそれを「トランスナショナル人権法源」といった考え方で説明することは、

---

[89] 山元・前掲「グローバル化世界と人権法源論の展開」（註82）358-359頁。

[90] 裁判官はグローバル化の最前線に身をさらしているとされることが、グローバル化を背景に「事実上無視できない」ものとしてトランスナショナル人権法源論の存在を説くものであるとすれば、そこには、一方で、「国内／国際裁判官の正統性」の議論が関わってくるのかもしれない（齊藤・前掲書（註９）111頁参照）。

[91] 芹田健太郎＝薬師寺公夫＝坂元茂樹『ブリッジブック国際人権法〈第２版〉』（信山社・2017年）224頁［坂元］。

[92] 山元・前掲「グローバル化世界と人権法源論の展開」（註82）363頁註43。

[93] 西原博史「「人権」規範の構造と国際人権の憲法学的レレヴァンス」国際人権22号（2011年）51頁以下。

[94] 松本和彦「憲法上の権利と国際人権」国際人権22号（2011年）60頁。

それはそれとして許されるであろう。比較法的に「国際標準」を検出する場合には、理論上は、条約の適用という形をとらず、国内法の解釈として「国際レベルでの水準を充たす措置をとることも十分可能」[95]とされるところである。

しかし、国際人権条約の遵守を確保するためには、それで十分とはいえないのではなかろうか。

比較法的検討の枠内で、国際標準を検出するために国際人権条約を参照するという最高裁の枠組では、比較法的検討が行われなければ国際人権条約が援用されることもなく、その比較法的検討も現状では違憲の判断を補強ないし装飾するために行われ、つまり、最高裁の選択に依存しているのではないかと解される。最高裁のそうした恣意的な選択を統制するために、国際人権条約の国内的効力を前提として、憲法98条２項に基づき、その国内的実施を担保する２段構えの枠組みをとることも有用であろう。

国際人権条約の性質上、締約国の区々な解釈を許していては意味がなく、第１次的には条約機関が示した解釈に従うことが求められる。そうした性質の条約を締結した以上、条約を「誠実に遵守すること」とは、条約機関の解釈を可能な限り顧慮することであると考えられる。もちろん、明らかに憲法と矛盾するときは、条約機関の解釈に従うことはできない。その場合は、国内裁判所は、条約機関に対して異なる解釈を採用する理由を説明することになる。

「いわゆる主権者というものを何とかして法的に拘束しようとする企図が憲法と国際法が共通して持っている課題であって、憲法と国際法は共通のパラダイムに立っている」のであり、「両者はまさに協働する必要がある」とされること[96]には共感するが、それをトランスナショナル人権法源が生成しているという事実において（だけ）ではなく、日本国憲法の解釈として説明する必要があると解される[97]。

---

[95] 高橋・前掲「国際人権論の基本構造」（註１）55頁。

[96] 山元・前掲「「グローバル化世界における公法学の再構築」に向けての覚書」（註82）10頁。

[97] 「山元教授の議論は、グローバル社会のさらなる進展を展望したよりスケー

つまり、トランスナショナル人権法源論の本質は「間接適用」論であり、そこで説明しうるのは「参照」にすぎない。説得的根拠といっても、参照すべき国際文書の価値が高いということだけでは「適合的解釈」を義務づける根拠にはならない。「国際規範のある種の考慮義務がある……となれば大激震が起きる……。他方、考慮義務がないことになれば、援用したいときだけ援用されることとなり、結論がまず先にあった上でその補強、箔づけとして使われる。国籍法判決や相続分差別の判決はそういった色彩が強い」のであって、「外国法をアドホックに参照するのと同じ程度の話になってしまい、この方向を突き詰めてもあまり先がない感じ」とされるのである[98]。

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』が考察したカナダ最高裁による参照は、それがカナダ人権憲章の起草時における欧州人権条約のつながりという事情に基づくのであるならば、日本国憲法の解釈には直結しないことになる。それでも、カナダ最高裁による参照が、国際人権法に固有の事情が濃いものではなく、外国法の参照と基本的な性質を通有するものと理解されるならば[99]、日本国憲法の解釈における国際人権法の参照について、トランスナショナル人権法源論と内実を共有しつつ、それを超える何かを提供するものであるかが注視されることになろう[100]。

ルの大きな構想であって、それに依拠して、今日の日本法の解釈論として展開することは難しいように思われる」（曽我部・前掲論文（註７）78頁）。

[98] 宍戸ほか編著・前掲書（註２）379頁［曽我部］。なお、松田『国際法と憲法秩序』209-210頁も参照。

[99] 手塚・前掲論文（註85）128-129頁では、カナダ最高裁による参照を特徴づける３つの背景的要素に、制定時の経緯が含まれていない。

[100] 手塚崇聡「気まぐれの「参照」――どのような場合にいかなる意味で外国法や条約を「参照」するのか？」大林啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂・2018年）、同「グローバル化社会における司法権の役割――国際法規範との「対話」の要因と要請」坂元茂樹・薬師寺公夫両先生古稀記念論集『現代国際法の潮流Ⅰ』（東信堂・2020年）は、この方向に進んでいるようにも解される。

3.「法律に対する条約の優位」からの逃避

（1）否定の道塗

山田『グローバル化と憲法』および松田『国際法と憲法秩序』の共通点として、従来の一般的な理解であった「法律に対する条約の優位」に対して疑念を示していることがある。たしかに、この問題は、前述のように有力な憲法学説もすでに指摘していたところである。しかし、「法律に対する条約の優位」の根拠が脆弱だとして、根拠の補完を図ることを考えるか、根拠薄弱を理由に従来定着した理解を否定するかは、別問題である[101]。山田『グローバル化と憲法』と松田『国際法と憲法秩序』は、後者のスタンスである。

山田『グローバル化と憲法』は、憲法98条２項からは条約の優位は導かれず、条約と法律は同位であるとする[102]。それに対して、松田『国際

---

[101] 齊藤・前掲書（註９）74頁参照。なお、松田『国際法と憲法秩序』は、「国際約束を締結する際も、……原則として事後的に法規範の優劣の問題を論じなくてもよい状態が目指される」という「実務慣行」の存在を指摘するが（179頁）、それが「法的安定性の観点からは積極的に評価すべき」（177頁）ものであるとしても、そのことから直ちに「法律に対する条約の優位」の意味が失われるわけではないであろう。

[102] 山田『グローバル化と憲法』が「法律に対する条約の優位」に疑問を示す近時の見解として挙げて支持する２つの学説のうち、高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」（註１）69頁以下、同・前掲「現代人権論の基本構造」（註１）110頁以下、同・前掲「国際人権論の基本構造」（註１）51頁以下は、「法律に対する条約の優位」そのものを排除する趣旨かは必ずしも明らかではなく、「授権関係」を通じた「法の支配の制度化の論理」としての「法の段階構造」の構想を貫徹する可能性を論じたものとも解される。また、「国内法的効力をもつ場合」には条約と法律は同位とする見解（松井茂記『日本国憲法〈第３版〉』（有斐閣・2007年）64-65頁）は、（山田『グローバル化と憲法』も指摘するように）理由づけは明確でないが、日本国憲法について学説は「基本的に二元論にたっている」が「実質的に一元論だということもできる」（松井・同書63-64頁）とするものであることに注意が必要かもしれない。なお、手塚崇聡「憲法訴訟と法律に基づく国際人権訴訟」憲法研究７号（2020年）139頁は、「アメリカと同様に条約と法律は同等の効力であるとも考えられ」、「条約の法律に対する優位性については、再考の必要がある」とするが、そこでいう「法律に基づく国際人

法と憲法秩序』は、98条２項は「序列」の問題を規定していないと解する[103]。このように、論理に相違はあるものの、いずれも、憲法98条２項から一般的に「法律に対する条約の優位」を導くことを否定するのである。

従来の通説的見解が「98条２項（条約の誠実遵守義務）を根拠として（法律に対する）条約優位説をとる」ことについては「便宜的な理由付けであるとして批判も強い」ということを認識する学説も、「もっとも、法律優位説（あるいは条約法律同位説）をとっても、条約が法律に違反することを理由に国際法上の義務を免れることはできず、条約と矛盾する法律を改廃しない限り国際法違反の状態が続くことになるが、これは条約を「誠実に違守する」ものとは言えない」という問題を指摘している[104]。

これについては、山田『グローバル化と憲法』も松田『国際法と憲法秩序』も、憲法98条２項の「誠実に遵守することを必要とする」という規定に基づいて、適切な調整が行われると想定しているようである。しかし、「法律に対する条約の優位」は、「誠実に遵守することを必要とする」という規定の解釈として導かれたものである。「法律に対する条約の優位」を前提としなければ、「立法者のサボタージュ」[105]を観念するこ

権訴訟」との関係が前提になっているようであり、先行する山田『グローバル化と憲法』や松田『国際法と憲法秩序』の議論との異同には言及されておらず、指斥の趣旨は必ずしも分明ではないようにみえる。

[103] 松田『国際法と憲法秩序』164頁は、条約と法律を「同位」とする山田『グローバル化と憲法』に対して同意していない。他方、松田『国際法と憲法秩序』165頁は、98条２項の文言は、「「国内的効力」や「序列」を読み取ろうとするなら極めて不明確であるが、「誠実に遵守する」という内容については十分に明確である」、「98条２項は国際法の序列には一切触れず、単に「誠実に遵守」することを定める」とするが、条文の文言にないということだけから従来の解釈の営為を等閑視することには疑問がある。なお、加藤隆之「国際法と国内法の効力関係――国民主権・国家主権との関係を基軸として」亜大48巻１号（2013年）33頁以下参照。

[104] 曽我部・前掲論文（註７）75頁註16。

[105] 松田『国際法と憲法秩序』166頁。なお、棟居快行「国内裁判所における国際人権の適用をめぐって」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法（3）国際人権法の国内的実施』（信山社・2011年）36頁［同・前掲書（註７）195頁］からの引用

ともできないし、国会の作為ないし不作為が遵守義務違反であると裁判所が判断する根拠も不確かなものとなるのではなかろうか。

（2）喪失の意味

（ⅰ）裁判的保障

種々の条約を「誠実に遵守すること」が具体的に何を意味するかは、常に分明であるとは限らないはずである。国会は「憲法98条２項の誠実遵守義務」に反していないと解している場合でも、裁判所がそれに疑念を抱く可能性はある。日本の「対話」理論の先駆的学説は、三権が「自分の権限に関しては自分の解釈が優先するのだ」として「それぞれがぶつかってもしょうがない」という考え方は採らないとして、法の支配を実現するための「対話」には、その前提として、「三権がばらばらの憲法解釈をした際には最高裁の憲法解釈に従って」行われるというしくみがあるとする[106]。つまり、国会と裁判所の対等な対話に結論を委ねるのではなく、対話による解決が成立しない場合が存在することを当然に想定して、最終的には裁判所の判断が優位するという枠組みを前提に対話を行うというものである。こうした見地に学ぶとき、「法律に対する条約の優位」という規律を外して、条約と法律を同位においたうえで個々の場合の調整に委ねることには疑問がある。

松田『国際法と憲法秩序』は、「憲法98条２項の文理からは、国際法の誠実遵守を憲法上要求し、国際法に違反することを承知のうえでなされる国家の作為・不作為等を憲法上禁止する、という規範的内容が導かれる」とし、「立法府も含め、すべての国家機関は国際規範に対する誠実遵守義務を負っている」のであって、「日本における国際義務の実施は、……権限協働の仕組みによって把握することができる」とする。そのような権限協働においては、「ある機関が誠実遵守に失敗した場合、別の機関が実施に向けて権限を行使する」として、「一の矢が的を外したとしても、続いて二の矢、三の矢が用意されている」という書評の言葉を

である。

[106] 佐々木雅寿＝長谷部恭男ほか「座談会：対話的違憲審査」論ジュリ12号（2015年）234頁［佐々木］。

引用する[107]。しかし、そのとき、法律の条約違反を撃つはずの裁判所は、「法律に対する条約の優位」という矢を失っている。

（ⅱ）権限配分

法形式の序列（効力順位、形式的効力）の問題ではなく統治機構の権力分立あるいは権限配分の問題として論じるべきとする見解において、そこで構想されている議論は、「法律に対する条約の優位」を一般的に排除しても成り立つものであるのか疑問が残る。他方、「法律に対する条約の優位」には、条約を「誠実に遵守すること」という要請を権力分立構造においてどう実現するのかという思考が含まれていたはずである。それは、ひとり静態的な法秩序論なのではなく、議会の立法権を裁判所が掣肘しうるという意味を含んでいるのである[108]。

「権利自由を制約する法律等が条約の規定に違反すれば、条約の優位性により、当該法律等による制約は効力を有しないということになるのであるから、条約の違反も民訴法三一二条一項の「憲法の違反」に準じるものとして上告の理由に含めるべきである」[109]とする見解が示されているが、条約違反を理由とする最高裁への上訴の問題は、「法律に対する条約の優位」を勘案することなく、権力分立あるいは権限配分の観点から、どのように論じられることになるであろうか[110]。

---

107 松田『国際法と憲法秩序』165-168頁。増井良啓「松田浩道『憲法秩序における国際規範――実施権限の比較法的考察』を読む」中里実ほか『金融取引と課税（5）』（トラスト未来フォーラム・2018年）26頁。

108 齊藤・前掲書（註25）８頁、同・前掲書（註９）61-63頁。

109 泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川健治＝山本龍彦＝泉徳治編『憲法訴訟の十字路――実務と学知のあいだ』（弘文堂・2019年）384頁。

110 ドイツでも、連邦憲法裁判所が欧州人権条約違反の主張を扱えるかが大きな問題となったところであり（齊藤・前掲書（註25）293頁以下、381頁以下）、これも松田『国際法と憲法秩序』のいう実施権限配分の動態的把握の問題であろう。もちろん、「法律に対する条約の優位」の承認が、条約違反を理由とする最高裁への上訴に直結するわけではない。なお、元最高裁判事による前掲論文（註109）は、「条約適合性の審査」について「条約は法律に優位するものであることが明らかである」（382頁）というのみで、「条約適合性の審査の現状」（383-384頁）が不十分なものであることは認識し、「条約適合性の審査の必要性」

逆に、松田『国際法と憲法秩序』は、「日本のすべての国家機関は適合解釈義務を負い、適合解釈ができない場合、国内法令や国家行為等は国際法に照らし違法となりうる」とするが、「裁判規範としての効力」については「国際法適合的解釈義務」の考察に重点が置かれており、裁判所による法律の条約適合性審査には総じて消極的であるようにみえる[111]。

この点に関しては、後に、「裁判所が国際法に基づいて国内法令を無効とすることは、機関適性や法的安定性の観点から見て、かなり慎重に行わなければならないだろう。裁判所は、法令が無効となる事態を避けるために適合解釈を試み、どうしても適合解釈による解決ができない場合には国際法と国内法令とが不適合（incompatible）であることを明らかにし、立法府・行政府に対応を求めるのが機関適性からみた望ましい権限配分のあり方と考えられる」[112]と説明されている。司法審査の結果、法律が条約違反と判断されたとしても、裁判所は当該法律の規定を当該事案において〈適用しない〉だけである。「裁判所が国際法に基づいて国内法令を無効とすること」を重くみて、裁判所の「機関適性」から考えると望ましい権限行使ではないとするのは、司法審査についての異なる理解を前提とするものと疑われる。そのような理解に基づいて論じられた「法律に対する条約の優位」の否定という実施権限の再配分は適切であるのか、再検討の必要があろう。

さらに、山田『グローバル化と憲法』も松田『国際法と憲法秩序』も、アメリカ合衆国やドイツ連邦共和国を比較対象として、両国では条約と法律は同位とされていても問題はないとするが、両国が連邦国家であって、条約が同位とされるのは連邦法律であり、州法に対しては優位することを考慮してもなお同じ議論ができるのかは、必ずしも明らかにはされていないようにみえる。

（384-387頁）は唱えるものの、そのような現状を生む要因や、必要性を充足する方法についての分析はみられない。

111 松田『国際法と憲法秩序』186頁以下。なお、「法律に対する条約の優位」を否定する以上、ある意味では当然のことかもしれない。

112 松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」（註42）113頁。

（iii）思考実験

憲法の最高法規性は、憲法98条１項で確認されるとともに、違憲審査権についての81条がある。これに対して、条約の遵守は、98条２項で規定されているのみで、81条に相当する規定はない。そこで、98条２項の解釈によって「法律に対する条約の優位」が導出され、裁判所による担保が期待されているものと解される。それを外した場合に、どのような事態が想定されるであろうか。

法律と条約を同位とする山田『グローバル化と憲法』の立場に関しては、別の論稿（山田②22-23頁）において、法律との関係では「立法者に前法後法の関係を背景に国際法をあえて破る権限を認めつつ、それが明確な形で行われない限りは、国際協調を根拠に、国際法との抵触を回避できる国内法解釈を求める」とされ、「限られた場合に、立法府が自らの責任において熟議の結果あえて国際法を破る決定を行い、国際法上の責任を受け入れることは、国際責任を果たす限りにおいて、「誠実」な国際法遵守といっても良いのではないだろうか」とされている。

しかし、二国間条約にしても多国間の立法条約にしても、現実の困難を考えたときに、「熟議の結果あえて国際法を破る決定を行う」ことは、ごく「限られた場合」であろう。多くの問題は、既存の法律と条約の間で生じるのではなかろうか。

憲法98条２項は「序列」の問題を規定していないとする松田『国際法と憲法秩序』においては、国会が明示的に条約上の義務に反する立法を行うことは禁じられている。かりに一見明白に条約と衝突する法律が制定されたなら、裁判所は「憲法98条２項の誠実遵守義務」違反と判断するかもしれない。

しかし、条約と抵触するとの批判がある法律を国会が「条約に違反しない」として制定した場合、当該法律を裁判所が「憲法98条２項の誠実遵守義務」違反とすることができるかは不分明のように解される。「法律に対する条約の優位」という前提がなくても、裁判所は当該法律と条約との「不整合」を「条約違反」といえるであろうか。さらに、訴訟において既存の法律と条約に矛盾があると主張される場合、つまり、〈ある機関（国会）が誠実遵守に失敗した場合、別の機関（裁判所）が実施に向けて権限を行使する〉ことが期待される場面で、裁判所が「憲法98条２

項の誠実遵守義務」を根拠に具体的事案における法律の適用を排除するとき（178頁）の根拠も、必ずしも確実ではないようにみえる。

法律の改廃に不備があったこと（国会の過失）について、裁判所が「憲法98条２項の誠実遵守義務」と判断できるであろうか。それとも、裁判所自身の憲法98条２項違反を避けるために法律を適用しない、という説明が可能であろうか。①裁判所が法律と条約の「不整合」を認定したときには「憲法98条２項の誠実遵守義務」を根拠に条約を優先適用するものとするならば、「法律に対する条約の優位」を承認することと変わらないのではなかろうか。②裁判所が法律と条約の「不整合」を認定したとしても常に「憲法98条２項の誠実遵守義務」違反とするわけではない、あるいは、裁判所は「不整合」を宣言するだけとするならば、それは、裁判所が国際法違反を容認・放置する余地を認めることにならないであろうか。

（３）再起可能性

山田『グローバル化と憲法』も松田『国際法と憲法秩序』も、個別の事案において条約が法律に優先して適用される可能性は認めている。そして、その根拠は憲法98条２項と解される[113]。法律に対する条約の優先適用を承認するには、場合によっては後法優越という一般原則を排除する必要があり、個別の事案において98条２項がその根拠になるのならば、あらかじめ98条２項によって後法優越の原則を一般的に排除することも可能ではないかと考えられる。「法律に対する条約の優位」が実質的に問題となるのは、後法たる法律との関係においてであろう。前法たる条約と抵触する後法たる法律を排除することが常に98条２項によって正当化されるならば、そのことと、98条２項から一般的に「法律に対する条

[113] 一般に、「条約が法律と同等の地位に置かれる場合には、基本的に後法優位の原則が適用され、後の条約または法律が優位する」（浅田編著・前掲書（註54）29頁［浅田］）とされる。山田『グローバル化と憲法』の見地からは、「国際協調を背景として、同位法への抵触回避要請の議論を展開する道」がありうるとされる（山田②22頁）。松田『国際法と憲法秩序』においても、裁判所が「誠実遵守義務」を果たすために法律の適用を排除するとされる（178頁）。

約の優位」を導き出すこととの間に懸隔はないと解されるのである[114]。

「法律に対する条約の優位」に疑問を呈する見解に対しては、「法律と条約との抵触を明確にし、政治部門の対応を促すために、裁判所による審査を認めることにも意味があるだろう。これらに加え、法律と条約それぞれの制定手続の厳格度の差異が（憲法・条約間の場合に比して）それほど大きくないことも考えれば、通説たる条約優位説を否定する必要はない」[115]との反論がなされている。たしかに、近時の学説は、条約承認手続が法律よりも「軽い」という点に注目して、その差異の大小に注意を払っていなかったのではないかと懸念される。

ただ、条約と法律は同位とはいえない（条約のほうが下位である）という議論に対してなら、手続の厳格度の相違は小さい（したがって同位でもよい）という批判も有効であろう。しかし、手続の厳格度が法律と「同等以下」である場合でも法律に優位して構わないというのには、やや根拠が不足している感があろう。「法律に対する条約の優位」は、憲法98条２項のみに根拠を求めるものではなく、98条２項と他の憲法原則との調整から導かれる、それらを調和的に並存させる解釈の結果と解されるのである[116]。

おわりに

松田『国際法と憲法秩序』が「権限配分のあり方を動態的に把握するという観点」[117]を主張するのと重なるように、国際法学からは、憲法学や行政法学においても「条約と国内法との関係について、単に上下関係の秩序の中で整理するだけでなく、動態的に把握することの必要性を指

[114] 齊藤・前掲書（註９）60頁参照。なお、後法優越の原則を排除しても、特別法優先の原則が残ると指摘されるかもしれない。しかし、それが前法であれ後法であれ条約規定に対して「特別法」といいうる法律の制定・維持を要請する特段の事情があるなら、「法律に対する条約の優位」を前提としても条約違反とされない可能性があろう。

[115] 曽我部・前掲論文（註７）75頁註16。

[116] 齊藤・前掲書（註25）245-246頁。

[117] 松田『国際法と憲法秩序』27頁。

摘するものがあるが、国際法と国内法との関係における調整理論を実質化するものとして重要な視点であろう」[118]との指摘もなされている。

しかし、松田『国際法と憲法秩序』が「動的視点の重要性を強調する」ものとして引用する国際法学説は、「憲法なり国際法なりは存在しているが、それらを基礎としつつ、解釈実践を含めた新たな「法」を導く」ものとして、「判例の相互参照のみならず、事実として裁判官の交流をも含み、法共同体を構成することになる」ような「対話的過程」について、「時間軸を考慮する動態論」による分析を論じ、「国際法と国内法の関係について、いわば静態的妥当論、実務的調整論、動態的過程論へと、それ以前の問題意識と思考様式を包含しつつ、力点を変化させていっている」とする[119]。そこでは、「動態的」の語は「過程」論に係っている。

「憲法解釈は複数の統治機構の活動を通じて時間軸の中で形成されていくと捉らえる〔ママ〕憲法解釈の動態的視座を重視する考え方」は、「憲法を一定の範囲において開かれた構造を有するものとして捉えた上で、憲法解釈のプロセスを構造化し、その過程において用いられるべき基準ないしは準則の確定を重要な課題であると理解する」ものであるとされる[120]。ここでも、動態的視座とは、「プロセス」や「過程」を注視するものと解される。

「実際の憲法秩序は、複数の国家機関の示した憲法解釈の集積と相互作用の上に成立している」[121]とすれば、「相互作用のプロセス」が注目され、そうした相互作用は「対話」と呼ばれることがある[122]。そのような考

---

118 宍戸ほか編著・前掲書（註２）354頁［森肇志］。ただし、そこでは、「ソフト・ロー」と総称されるものが、「条約ではないため国会承認の対象とならないが、外交の民主的統制という観点からは大きな問題を孕む」ということに主たる関心が向けられていた。なお、国際法学における「動的視角」への関心について、小寺彰『パラダイム国際法――国際法の基本構成』（有斐閣・2004年）45-54頁、寺谷・前掲「「間接適用」論再考」（註75）203-204頁。

119 寺谷・前掲「私人間効力論と「国際法」の思考様式」（註75）11頁。

120 土井真一「憲法判例と憲法学説」公法66号（2004年）131頁。

121 同論文137頁。

122 佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門との対話――対話的違憲審査の理論」論ジュリ12号（2015年）206頁。

察を行う対話的違憲審査理論は、従来の議論が「最高裁の違憲審査の時点で撮られた「静止画」によって憲法保障をとらえる方法」といえるのに対して、「時間の流れを止めずに「動画」として憲法保障の流れをとらえる」という説明で知られる。しかし、「静止画」と「動画」という分かりやすい対比から、「動態的」という語に得心するのは危険かもしれない[123]。

対話的違憲審査理論は、たとえば、次のように論じている。すなわち、「動態的な三権分立論の可能性」として、「三権の適正なバランスの内実は、対話過程の具体的内容に応じて、相関的に変化しうるのであり」、そのように考えると、「最高裁から法改正の必要性を継続的に指摘されても、国会が長期間何も対応をしなかった場合等には、最高裁が、権利救済や違憲判決の後始末に関し、かなり大胆な判断をすることも憲法上許容される場合があると解される」とするのである[124]。

条約の国内適用論の動態的な考察の可能性も、そのような取り組みのなかに見出されるものではなかろうか[125]。

＊引用に際して、原典に付された圏点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

＊本研究は JSPS 科研費 JP20K01287の助成を受けたものである。

[123] 憲法や条約の規定は本質的に「静態的」であり、国家機関や条約機関の活動は事柄の性質として「動態的」である。法学は、この動態を、法という静態的なもので切り取って評価し、あるいはその枠組みに収めて統制するという企てを扱うものである。「立体的なもの、動いているものを認識すること、文字で表現することは難しい。法の段階構造という約束事に依拠して立体図を平面図に置換し、一時点を切り出して静的記述を施し、議論するしかない」（江島・前掲論文（註３）65頁）のである。

[124] 佐々木・前掲論文（註122）217頁。もちろん、対話的違憲審査理論の思考がこの類型にとどまるわけではない。

[125] 「その一端を見る」ものとして、曽我部・前掲論文（註７）76-79頁。

論　　説

マイノリティ言語の地位をめぐる考察

―― リベラル多文化主義論の有効性をめぐって ――

辻　　康夫

1．本稿の課題

本稿の目的は、マイノリティ言語をめぐる政策論を概観しつつ、マイノリティ文化を擁護する多文化主義の理論の有効性を検討することにある。一般に多文化主義については、これを基礎づけるいくつかの有力なアプローチがある。筆者はそれらが主題化するマイノリティの困難・ニーズ・社会問題に注目して、三つの類型にまとめて考えている（辻2013）。「文化アプローチ」はマイノリティが固有の文化を実践できることを目標にする。「支配・抑圧アプローチ」はマイノリティ集団と主流派集団の間の支配・抑圧の関係を是正することをめざす。「コミュニティ再建アプローチ」は、マイノリティ集団内の社会病理の克服に焦点をあてる。これらのアプローチの提唱する政策には、かなりの重なりがみられる一方で、相互に緊張が生じることもある。このうち本稿は「文化アプローチ」のなかのリベラル系の議論をとりあげる。このアプローチは、多文化主義の議論の中でも最もよく知られたものであるが、近年の動向をふまえて、その有効性を検討するものである。

本稿の内容は以下のとおりである。はじめに、文化アプローチの起源となるリベラル＝コミュニタリアン論争の論点を確認し、それをふまえて登場したウィル・キムリッカの多文化主義理論を検討する。キムリッカは、リベラル、コミュニタリアン両陣営の立場を、リベラルの要素を基調にして統合するが、その過程で、「言語」が特別の重要性を付与さ

れることになる。つぎに、キムリッカの議論を発展的に継承するアラン・パッテンの議論を分析し、リベラル系の言語政策論の到達点について考察する。さらに、議論に新たな要素を持ち込んだファン・パライスの理論と、また、近年のキムリッカの立場の変化を検討して、リベラル系の言語政策論にのこされた課題を明らかにする。

２．政策対象としての「言語」の特徴

言語政策の内容の検討を始める前に、以下の議論を先取りして、「言語」のもつ構造的特徴を指摘しておきたい。「言語」は、「宗教」とならんで、マイノリティ文化の最も重要な要素として、多文化主義をめぐる論争の中心におかれてきた。代表的論客であるテイラーやキムリッカの議論において、言語は中核的な位置を占めている。ただし、言語は、他の文化要素（たとえば、「宗教」など）と比較した場合に独特の性格を持っており、これが政策のあり方を大きく規定する。我々は言語が以下の特徴をあわせ持つ点に注意する必要がある。

第一に、言語は「意味表現」の機能をもち、意味を分節化・表現し、これを通じて文化の体系を成り立たせる。このため言語は、特定の文化・価値規範・文化集団とむすびつき、それに所属する個人のアイデンティティと結合していることが多い。個人にとって、その言語を通じた文化実践が、自らのアイデンティティの一部を構成するのである。言語は、この点において「宗教」と同様に、個人のアイデンティティにとっての高い価値を持ちうる。

第二に、しかしながら、個人のアイデンティティと言語の結びつきの強さは、様々な条件に応じて変化するものであり、これを絶対視することは不適切である。言語は宗教とはことなり、内部に多様な価値を包摂することが可能であり、とりわけ自由民主主義の社会においては、同一の言語を共有する社会の中に多様な価値が共存している。それらの中には、言語の境界をこえて実践されているものや、他の社会から移入されたものもある。さらに、個人が他の言語を修得して、他の社会に参加することも不可能ではない。実際のところ、世界には複数の言語を日常的に用いて生活する人は多い。このように、言語と価値志向やアイデンティ

ティとの関係は、一義的ではない。

第三に、言語は「意味表現」の機能にならんで、「コミュニケーションの道具」としての側面をもつ。日常生活の必要や、職業上の作業においては、後者の機能が重視されることが多い。この場合、言語には、深遠な意味の表現よりも、多数の人々の意思疎通を媒介する役割が期待されるのである。マイノリティ言語の流通範囲が限られている場合、マイノリティにとって、外部の人々と交渉し、また経済的機会を獲得するために、主流派の言語を修得することが有用なことが多い。この場合、マイノリティは主流派の言語を身につける強い誘因を持つのであり、ここから同化の圧力が生まれることになる。

このように言語は、個人のアイデンティティと結びつきつつも、その結合は絶対のものではなく、しかもマイノリティは主流派言語を修得する動機をもつ。これらの諸要素をどう評価するかに応じて、言語政策をめぐる多様な議論が生み出されるのである。

3．寛容・受容・振興

つぎに、言語をめぐる政策の類型を確認しておきたい。一般にマイノリティ文化の尊重の政策は、「寛容 toleration」・「受容 accommodation」・「振興 promotion」の三つのレベルに分類される（Patten 2014, pp.188-192; Patten 2009）。「寛容」とは、私的な場での文化実践を許容することである。寛容が問題になるのは、法令によって禁止されている行為（儀礼のための薬物使用など）をマイノリティが求める場合である。「受容」とは、公的な場が特定の文化によって運営されている場合に、これとは異なる文化を持つ人々がこれにアクセスできるように、規則を緩和し、特別の配慮をすることである。とくに公共サービスや、国家機関との交渉（裁判など）、教育などにおける配慮が重要である。学校でのハラル・フードの提供や、公共施設での宗教シンボルの着用許可などは、その例である。「振興」は、マイノリティの文化実践を支援することである。とくに公的な場で文化の実践を奨励・支援することが、振興のうえで重要である。

マイノリティ言語に関しては、「振興」政策の是非に関しては意見が

分かれることも多いが、他方で、「寛容」および「受容」の政策は、容易に受け入れられる傾向がある。言語使用は、他人に危害を加える悪質性を持たず、しかも言語を話す行為は、他の重要な権利の実現と結びついているため、「寛容」や「受容」が求められる局面が多いためである。とくに、マイノリティ言語への「寛容」は人権尊重の観点から強く求められる。「表現の自由」は、自由民主主義社会において、最も重要な人権のひとつであるが、これが保護する対象が発言の内容だけでなく、その表現方法（特定言語の使用など）をも含むことは、国際人権法学においても、広い範囲の合意がある[1]。また、政府が言語使用を規制するために私的な場における会話に介入することは、個人の「プライバシー権」の重大な侵害であり容認できない。

「受容」の政策も、重要な権利の保障のために、比較的容易に正当化される。たとえば、裁判の場においては、マイノリティ言語の話者に「公正な手続き」を保障するために、自言語の使用をみとめる、ないしは、通訳をつけるなどの配慮が強く要請される。また、公立学校においては「教育を受ける権利」を保障するために、主流派言語を話せない生徒のために、何らかの配慮が行われるのが通常である[2]。

もっとも、「寛容」や「受容」のおよぶ範囲をめぐっては、意見が分かれることもある。マイノリティの言語使用への「寛容」の要請も、他の重要な理由によって、制約を受けることがある。たとえば、ある社会が存続の危機に瀕する自言語を保全するために、他の言語の使用を規制することがある[3]。また職場において、従業員の話す言語に対して規制が加

[1] たとえばクルド語のメディアや出版を規制するトルコの政策は、表現の自由に対する明白な侵害と考えられる（Patten 2009, p.108）。

[2] アメリカでは、連邦最高裁の「ラウ対ニコルス」判決（1974年）において、英語を理解しない生徒に対する救済措置を講じないことが、1964年公民権法に反する差別的待遇であると判示された（牛田 2010, p.111）。

[3] カナダ・ケベック州においては、英語の圧力に抗してフランス語の使用を促進するために、商業看板の規制を行っている。またベルギーでは学校で生徒たちが話す言葉に規制を加えている。パッテンは、規制が軽微なものであり、それに伴う不利益が、言語保全の目的に照らして合理的な場合には、そのような規制が正当化される場合があるとしている（Patten 2009 p.208）。

えられることもあり、その可否をめぐる論争が存在する。[4]

「受容」の政策がもとめられる範囲も、必ずしも明確ではない。裁判など重大な人権の保障が問題になる場合に、十分な配慮がなされるべきことに疑いはない。しかしながら、重要性の高くない公共サービスへのアクセスに際して、どの程度の便宜を提供するべきかを、一律に決めることは困難である。広範な行政サービスをマイノリティ言語で提供することは、主流派言語の習得までの例外的措置であることをこえて、むしろ当該言語を「振興」する政策に近いものになる[5]。

4．キムリッカの多文化主義理論の形成

後述のように、キムリッカの多文化主義理論は、1980年代に展開されたリベラル＝コミュニタリアン論争への参入を意図して形成されたものであり、この点に注目することで、彼の議論の特徴を理解することができる。「個人の自由・自律」と「文化・共同体への帰属」の関係を問うリベラル＝コミュニタリアン論争は、広範な学問分野に波及し、その論点は多岐にわたったが、論争は90年代前半に収束にむかう。この時期に学界では、次の二点についてコンセンサスが生じてくる（辻 2002）。第一に、人間存在の客観的条件をめぐるコミュニタリアンの議論が、広く受け入れられるに至った。すなわち、人間は通常、何らかの諸価値に対する長期的コミットメントを持ち、これがその人間のアイデンティティの重要

[4] アメリカの職場の中には、従業員が英語以外の言語で会話すること自体を禁じるものがある。これらについては、職場の秩序の維持のために必要な場合がないとはいえないが（Gonzarez 2006）、通常は使用者が従業員への統制を強化し、また従業員相互を孤立させる効果を狙ったものも多い。同僚とのコミュニケーションを妨げられることは、従業員に精神的な負担を課することも多く、このような規制を批判する意見が強い（Gonzarez 2006, pp.754-757; Piller 2016; Mowbrey 2012）.

[5]「受容」と「振興」の分岐点となるのは、主流派言語をある程度話せる人に対して、マイノリティ言語を通じたサービスを提供するかという点である。この点は、バイリンガル教育の位置づけをめぐる論争の最大の焦点のひとつである（牛田 2010、p.111）。

な部分を構成すること。人間が言語と伝統を共有する社会のなかで、善の観念や世界観を形成すること。したがって個々人の自己実現と、一定の共同体の繁栄が相互に補完しあうこと。自由民主主義の社会も一群の価値の共有を前提とし、それに対する構成員のコミットメントを必要とすること、などである。第二に、リベラルの重視する、個人の自由・自律や平等の重要性が、あらためて確認される。これらの理念は西洋近代を通じて発展を遂げてきたのであり、高い価値を持つ。人間の価値観・アイデンティティの形成が、人間の帰属する文化に規定されるとしても、人間はその中において、競合する諸価値の間で選択を行うことができ、さらに批判的検討を通じて文化を変容させてゆくこともできる。したがって、共同体の発展や文化の振興などの名のもとに、個人の自由・自律を安易に制約したり、不平等な慣行を是認したりするべきではないとされる。このように、リベラル・コミュニタリアン論争は、一方では、人間存在の共同体的な次元を認識しつつ、他方では、個人の自由を擁護するという方向に収れんするのであるが、キムリッカは、この動きをリードした理論家のひとりであった。

キムリッカは最初の著作、『リベラリズム・コミュニティ・文化』(1989)の成立の経緯を以下のように語っている(Kymlicka 2016, pp.67-69)。彼は、政治理論の研究をはじめた当初、ロールズやドゥウォーキンのリベラルリズムに賛同していたが、やがてテイラーらのコミュニタリアニズムの理論に接して文化帰属の重要性を認識する[6]。もっともキムリッカは、コミュニタリアンの議論に全面的には賛同せず、卓越主義を拒否し、リベラルな自律の理念の擁護を試みる。この二つの立場を統合することが、彼の最初のプロジェクトとなったのである。このようにして生まれたヴィジョンを、彼は、マイノリティの権利をめぐる議論に適用した。当時、マイノリティの権利擁護は、諸集団の共通目的を重視するコミュニタリアニズムの立場から行われることが多かったが、キムリッカの理論は、コミュニタリアニズムよりも、リベラリズムの要素に比重をおく

[6] キムリッカは、特に影響を受けた論文として、テイラーの二つの論文('Atomism' および 'Alternative futures')をあげている(Kymlicka 2016, p.68)。Cf. Taylor 1985; idem 1993.

点で斬新なものであった（Kymlicka 2016, pp.69-70）。彼の理論は、リベラル系の多文化主義論の枠組みを確立するものとなったのである。

キムリッカは、コミュニタリアンの重視する「文化帰属」と、リベラルの擁護する「自律・自己決定」という二つの要素を、「選択のコンテクスト（context of choice）」という概念によって統合する（Kymlicka 1989, p.166）。彼の理論によれば、自由・自律は高い価値をもつが、人間が自由な選択をなしうるためには、それに先立って、意味のある複数の選択肢が、与えられている必要がある。この条件を提供するのが「文化」である。文化は、それに帰属する人間に対して、様々な行為の意味を与え、人生の選択肢を提示する。すなわち、どのような生き方に意味があるのかは、文化の中に蓄積された経験が、言語をとおしてストーリーとして開示されることで明らかになる。したがって「豊かで安定した文化の構造を通してのみ、人々は自らの選択肢を鮮明に意識し、それらの価値を明瞭に吟味することができる」のである（p.165）。このように、文化にアクセスすることにより、人間は自由を行使するために不可欠の「コンテクスト」を獲得するのである。

ところで、人間のアイデンティティは、特定の文化の中で物事の意味づけを理解し、選択を積み重ねることによって形成されるので、アイデンティティを形成したのちに、他の文化に移動することは困難である（p.175）。「われわれは、人々に新しい言語や文化を学ぶ機会を提供したとしても、彼らをある文化から他の文化へと簡単に移植することはできない。人間の成長過程は消去することができない。そしてそれは、その人間がだれであるかの、重要な部分であり、将来もそうあり続ける」（p.175）。特定の文化の中でアイデンティを形成した人は、その外の世界では、意味のある選択肢を獲得することが困難なのである。このため、キムリッカによれば、自らの文化へのアクセスは、意味のある人生をおくるために不可欠であり、すべての人にとって不可欠な基本財（primary good）のなかに数えられるべきである。

文化は周囲の文化の圧力によって、その存続を脅かされる場合がある。キムリッカによれば、ある文化が解体されれば、そのメンバーは意味のある人生を送る環境を失い、大きな不利益を被ることになる。特定の生き方（way of life）は、個人が選択するものであるが、その選択を行う

文化的コンテクストは、自らが選択したものではない。したがって、マイノリティが文化的コンテクストの保全のために、主流派の負わないコストを負うことは正義に反する（ch.9）。かくして、マイノリティ文化の存続が外部の圧力により脅かされる場合には、これを保護する政策が必要となる[7]。

他方で、キムリッカは、文化保全の政策が、個人の自己決定を制約すべきでないと主張する。個人は自己の所属する文化を批判的に吟味し、変容させる自由を持つべきであり、文化の保全の目的のためにこれを制約することは許されないのである。キムリッカはこのような主張のために、文化の外枠である「構造 cultural structure」は、その内実である「性格 character」を区別する。前者はより根本に存在し、選択を行う能力の前提となるものである。これに対して、後者は特定の生き方にかかわるもので、人々の選択を通じて変化する。前者は、人間に意味のある選択肢を開示することで個人の選択を可能にするから、保全されなければならない。これに対して、後者を固定することは、個人に特定の生き方を強要し、個人の選択を制約することになるから、避けなければならない。とりわけ、自由・自律をさまたげる保守的な慣行が存在する場合には、これを内部から改革し自由化してゆくことが求められるのである（ch.8）。

キムリッカはこのように、リベラルとコミュニタリアンの要素を統合する。一方で外圧による文化の破壊を避けながら、他方で、内在的な変革を是認する。このような方法で両者のバランスをとる解決策は、のちに多くのリベラル系理論家が採用することになる。また、その際に、自律の価値を中核におき、それをささえる手段ないし資源として「文化」を位置づけ、他方で自律を妨げる保守的な文化の変革を主張したことは、

[7] キムリッカは、北米の先住民集団などの事例を参照しつつ、マイノリティが固有の文化を守るために広範な権利を享受すべきことを主張する。文化を保全するためには、独自の文化政策をおこなう権力が必要である。また土地が外部の主体によって買収される場合や、政府に収用される場合には、共同体は解体の危機にさらされるから、これを防止するために、経済力を持つことに加え、土地の売買を規制する権限も不可欠なのである（ch.9）。

リベラルの要素に重点をおくキムリッカの特徴を表すものである。このようにして、キムリッカはリベラルの議論を基礎にして、ここにコミュニタリアンの洞察を取り込む有力な枠組を提示したのである。

キムリッカが次に取り組んだのは、このような抽象的な原則を具体的な集団に適用するための枠組みの構築である。『多文化時代の市民権』（1995年）において、彼は「社会構成的文化 societal culture」の概念を導入し、保護の対象となるべき「文化」の単位と内実を特定する（Kymlicka 1995, ch.5）。前著で、保護の対象とされていた「文化の構造」は、「社会構成的文化」の概念によってとってかわられる。キムリッカの定義によれば、社会構成的文化は、一定の地理的領域を基礎にし、共有された言語にもとづき、人間の生活の全領域に意味を付与する包括性をもつ。社会成的文化は、高度な自己完結性をもつものと想定され、人間は自らの社会構成的文化と、それを具体化した包括的制度のなかで、一生を送ることが想定されている。社会構成的文化は、人間にとって「選択のコンテクスト」となるものであり、意味のある人生をおくる前提として、その保全が必要になる。

キムリッカは、社会構成的文化の単位をネイション（国民集団ないし、民族）と想定する。中央集権的な近代主権国家が形成される過程で、全国を統一する公用語と社会制度が作られ、これにもとづく均質な国民文化がうまれる。これが社会構成的文化であり、それを共有するのがネイションである（ibid.,ch.5）。他方で、公用語の地位を獲得できなかった言語の使用領域は縮小し、それと結びついた文化も衰退を運命づけられる。したがって、ある文化を十全に保全するためには、そのネイションが一定程度の自治を獲得し、自らの言語を公用語に採用し、自らの文化にもとづいて、諸制度を構築する必要がある。

この想定にもとづいて、キムリッカはマイノリティの集団を分類し、それぞれのニーズを特定する。「ナショナル・マイノリティ」は、かつての独立した集団として存在した歴史を持ち、現在も固有の「社会構成的文化」を保持するものである。これらは主流派の形成する国家に組み込まれながらも、固有の言語文化と包括的な社会制度を保持し、自治を維持してきた（ch.2）。北米では、カナダのフランス語系マイノリティや、先住民の諸集団がこれにあたる。ナショナル・マイノリティは、主流社

会の圧力に抗して、固有の社会構成的文化と社会制度を維持することを望んでおり、これを実現することが正義の要請である。

これに対して、独自の社会構成的文化を持たないのが、移民に代表されるエスニック集団である。移民は出身地の社会構成的文化を自発的に離脱し、新しい社会構成的文化への統合をめざす人々である。これらの人々は、出身文化にもとづく包括的社会制度の再建を望んでおらず、文化実践の一部を保持することのみを望む。したがって、キムリッカによれば、これらエスニック集団にたいしては、主流派の社会構成的文化への公平な統合を図ることが適切な政策とされる。すなわち、自由民主主義の原理に抵触しないことを条件として、マイノリティが社会制度による不利な処遇を受けずに、自己の文化慣行を実践できるように配慮するのである。

5．キムリッカ理論の問題点

キムリッカは、多文化主義を論じるための多くの概念を作り、刺激的な議論を展開した。それらの論点の多くについて、賛否の論争がおこったが、ここでは、多文化主義政策の正当化の成否に関係する点に絞って、キムリッカの議論の特徴と、その問題点を検討したい。

(1) 第一の問題は、リベラルとコミュニタリアンの理論の統合の仕方にかかわる。すなわち、キムリッカの理論が、どの程度、コミュニタリアンの議論の力を取り込めたかという点を検討したい。コミュニタリアンの思想家チャールズ・テイラーは、キムリッカの試みを高く評価しつつも、キムリッカの理論と、コミュニタリアンの議論のあいだには、依然として大きな隔たりがあることを指摘する（Taylor 1994a）。キムリッカの多文化主義論があくまで、個人の自由・自律の価値を究極の根拠にしており、共同体の集合的目標へのコミットメントという、マイノリティの運動の本質をとらえていないと考える。

テイラーによれば、キムリッカと、コミュニタリアンが、マイノリティ文化を保全する動機は異なっている（ibid, pp.259-261）。キムリッカの理論においては、〈その文化が、人生の選択肢にアクセスするための、利用可能な唯一の媒体である〉、ということが、マイノリティ文化の保全

政策の根拠である。したがって、もし他に利用可能な媒体があるならば、当該文化を保全する必要はなくなってしまう。これに対して、コミュニタリアンにとって、自らの文化は、共通のコミットメントの対象であり、それ自体で保存する価値をもつ。他に利用可能な文化があったとしても、自文化は代替不可能であり、彼らはその存続を望むのである。

この違いは、政策上も重要な相違をもたらす。キムリッカの考えるように、〈個人の選択肢の確保〉のみが問題であるならば、同化を行った方が、その目的にかなう場合もあり、この場合には文化保全政策が基礎づけられなくなる。また、マイノリティは多くの場合、子孫の代までの文化の存続という目標を掲げるが、現存の個人の自由を基礎とするキムリッカの議論では、その正当性を基礎づけることが困難である。さらに、文化の保全のためには、集団的な協力が不可欠であるが、キムリッカの議論はその可能性を制約する。すなわち、個人の自由の尊重をすべてに優先させるため、集合的目的に賛同しない人々に、負担を負わせることが困難になってしまう。このように、〈個人にとっての資源〉としての有用性によって、文化の保全を基礎づけるキムリッカの主張は、〈文化への共通のコミットメント〉というコミュニタリアンの思想の本質的な要素を受け継いでおらず、文化保全政策を十分に正当化できないとテイラーは考えるのである。

キムリッカは、これに対して、〈人間が他の文化に移動することが困難である〉として、この疑問を封じるのである。すなわち、他の文化への移動可能性が存在しない以上、人間は他の文化への同化を望まず、自文化の保全を追求する、と考えるのである。しかしながら、このような応答の説得力が不十分なことは、以下の「社会構成的文化」をめぐる考察が明らかにするとおりである。そして、文化間の移動可能性が存在することを認めるならば、テイラーの批判は、キムリッカの議論の有効性をただちに脅かすものになる[8]。

[8] ウォルドロンなど、リベラルの論客は、他の文化を資源として利用することが可能であると論じ、これを根拠に、キムリッカのマイノリティ文化擁護論を批判するのである。この点については、松元 (2007), ch.4を参照。

(2) 第二の問題は、「社会構成的文化」という独特の概念の導入に伴って生じた問題である。キムリッカは最初の著書『リベラリズム・コミュニティ・文化』において、一方で外圧による文化破壊を防止し、他方で文化の内在的な変化を是認する立場をとったが、これ自体は、マイノリティ文化を尊重するための、一般的な手法であろう。これを概念化するために、キムリッカは文化の「構造」を「性格」から区別し、前者を保全しつつ、後者については、変容を是認することを提唱した。問題は、制度や政策を構築する際に、この原則をどのレベルの文化に、どのように適用するかである。「文化」は様々なレベルで多元的・重層的に存在している。たとえば、われわれは「西洋文明」、「国民文化」、「宗教」、「言語」、「地域の慣習」などのレベルを区別することができるが、これらのうちのどの単位の文化を保護の対象とするかが問題になる。またその際に、保全すべき文化の「構造」を「性格」から区別する手段も必要になる(Eisenberg 2019)。仮にその文化の存続に不可欠な要素を「構造」として定義するとしても、何をもって、当該文化の存続とみるかは、解釈者の見解に左右されるから、この区別は容易ではない。また、「外圧」による破壊と「内在的変化」を区別しようとしても、実際には、外部からの影響と、内部の運動はしばしば連動するから、両者を区別できないことも多い。

キムリッカはこれらの複雑な問題に対して、「社会構成的文化」の概念の導入により、明快な解決策を提示した。すなわち、保全されるべきは、「社会構成的文化」であり、その境界は第一に、国家ないしはそれに準じる自己完結的な政治体の境界、第二に、公用語を共有する国民文化ないし民族文化の範囲によって確定される。社会構成的文化の地位を持つマイノリティ文化は、保護を享受する。他方、社会構成的文化の地位を持たない下位の文化要素の盛衰は、中立な制度条件の下での競争にゆだねられるのである。

なぜ、国家ないしは自治権をもつ政治体のレベルの文化のみが、保護の対象とされるのであろうか。この点を、キムリッカの理論に内在して考えるならば、つぎのようなことが指摘できる。第一に、ある文化を保全することが、特定の善の構想にコミットすることになるならば、そのような政策はリベラルの中立性の原則に反することになってしまう。こ

のため、保全の対象になる文化は、多様な価値観を含んだ、「薄い」ものでなければならない。このためキムリッカは、特殊性のつよい文化要素への支援を回避し、国家・民族レベルの文化のみを支援の対象にすると考えられる（Carens, 2000, pp.69-73）。

もう一つの理由は、文化を保護する根拠にかかわる。キムリッカの理論において文化保全政策の根拠は、メンバーにとってその文化が唯一の帰属対象であり、他の文化に移動することが困難なことである。すなわち、それは高い自己完結性をもち、多くの人々の人生がその中で完結することが想定されている。これにあてはまる単位として、国境と言語によって区分された国民文化ないし民族文化の単位がえらばれると考えられる。

キムリッカは、「社会構成的文化」相互間の断絶を強調し、相互間の通約不可能性を指摘する。キムリッカにおいて、社会構成的文化は特定の言語と結びつき、凝集力のある意味の秩序を構成している。その内部の諸要素は、しばしば対立を含みつつも、交渉や調整をつうじて、一定の関係を形成している。したがって、外部から新しい文化実践を持ち込むにあたっては、自言語への翻訳と、他の文化実践とのすり合わせ、ないしは交渉のプロセスが必要となる。それによってはじめて、その実践は、社会のなかで理解可能になり、存在できるものになる。このように、社会構成的文化の自己完結性と、断絶性が強調されることになる（Kymlicka 1995, pp.103-105）。

しかしながら、社会構成的文化の概念を用いたこのような解決策に対しては、多くの疑問が提起されている。第一に、ナショナル・マイノリティが社会構成的文化を持つという想定の適切さが疑問視される。固有の社会構成的文化を持つ社会は自己完結性を持ち、人々の生活が内部で完結していることが想定される。このためにはマイノリティ社会が相当規模の人口を持ち、独自の経済・政治・教育制度を備え、多様な活動の場を提供できる必要がある（Spinner-Halev 2016, p.18）。しかしながら、先進諸国のナショナル・マイノリティのなかで、これに該当するものはごくわずかである（Carens 2000, pp.61-64）。キムリッカが保護の対象として想定するマイノリティ集団のうち、カナダの先住民集団は、実際にはこの条件を満たしていない。カナダの先住民集団の多くは、自らをネ

イションと称しているが、それぞれの人口は数百から数万人程度にとどまり、しかもそれぞれの構成員の半分程度は、保留地のコミュニティを離れて都市部に居住している。彼らはまた、文化的な自足性も保持していない。保留地をふくめて、伝統言語のみで生活する先住民はごく少数であり、ほとんどの先住民は英語・フランス語を用いて生活している。このように、先住民の多くはその生活の一部を主流派社会・主流派文化のなかで行っているのであり、自己完結的な社会構成的文化を喪失しているのである。

キムリッカのあげるもう一つの例は、フランス語系住民の集まるケベック州である。このコミュニティは、数百万の人口規模をもち、連邦制の下で高度な自己完結性を備えている。しかしながら、この場合でも自己完結性は完全なものではない（Carens 2000, pp.64-69）。ケベック州は高度の自治権をもっているが、連邦レベルの憲法や法律は、すべての州に適用される。住民が直接に連邦政府機関や連邦の制度と交渉する局面も多い。連邦議会の下院は国民による直接選挙でえらばれ、主要な三大政党は、州をまたぐ全国政党である。このように彼らの政治生活は、州境をまたいで展開している。経済活動も同様であり、労働者は州境をこえて各地の労働市場にアクセスできる。このようにマイノリティが主流派と同一の国家に帰属する以上、自己完結性は必然的に限定されるのである。キムリッカは、自己完結的文化を失ったナショナル・マイノリティを、本来のモデルを逸脱した「難しい事例（hard case）」と呼び、自らの理論があてはまらない例外的なケースと見なしている（Kymlicka 1995, pp.100-101）。しかしながら、現実の世界においては、ナショナル・マイノリティの多くは、自己完結性を持たないのであり、それは「例外」であるよりも「本則」なのである（Carens 2000, pp.61-64）。

第二に、「社会構成的文化」相互間の通約不可能性の想定も疑問視される。キムリッカ自身、今日の社会において、社会構成的文化の内実が自由化し、多元化することを認めている。このような自由化がすすめば、ある文化実践が、国境をまたいで実践されることも多くなる。たとえば、キリスト教、ユダヤ教、イスラーム教は、言語や国家の境界を超えて実践されている。各国の社会や文化のあり方によって、国ごとに一定の変異が存在するとしても、同一の宗教的源泉が、社会構成的文化の境界を

超えて存在し、信者に対して意味の秩序を供給している。このように通約不可能性の想定が不適切な局面が多くなっている（Carens 2000, pp.69-73）。

第三に、社会構成的文化の間の移動の不可能性についても、疑問が提起される。キムリッカ自身みとめるとおり、移民は、自らの社会構成的文化を離脱して、移住先の社会構成的文化への統合を求める人々である。たしかに、社会構成的文化の境界をこえるコストは低くはないであろうが、他の社会でも意味のある人生をおくる可能性があると想定するのは妥当であり、移動の障害はキムリッカの理論の額面よりは、低いものであると思われる。

第四に、自己完結性を持たないマイノリティ文化に保護が与えられない点が問題になる。自己完結性を持たない文化は、社会構成的文化の中に存在する、ひとつの要素に過ぎないものとみなされる。このような状況のなかでは、当該の文化が失われても、メンバーにはこの他に意味のある活動を行う余地が存在しているから、この文化を保全の対象にする必要がない。国家が保障するのは、自由の条件である社会構成的文化の存続のみであり、その内部においては、国家は個々の文化実践に対して、中立を保たなければならない。国家はマイノリティ文化を、差別的処遇から保護しなければならないが、それ以上の支援を与えることはできない。結果として、このような環境においては、マイノリティ文化が、主流派文化の圧力に直面して、衰退することも考えられる。

しかしながら、国家や自治政府と結びついた自己完結的言語文化のみに、支援を限定するのが適切なのだろうか。もともと、コミュニタリアンの理論は、文化や共同体が幾重にもかさなって存在することを想定する。テイラーの文化論からも明らかなように、人間は西洋近代の文明のなかで、キリスト教をはじめとする宗教を信仰し、個別の国家、特定の言語圏に属し、さらにローカルなコミュニティの伝統のなかで生きる。そのそれぞれのレベルにおいて、文化への帰属と、個人の自由の間には、相互補完性と緊張の両方が存在する（Taylor 1998; Parekh 2006; Parekh 2008）。コミュニタリアンの議論は、これら多様なレベルのそれぞれにおいて、共同性と個人の自由のバランスをとることをめざす。キムリッカの理論は、社会構成的文化の概念によって、これらの一部をとり出し

て保全の対象としたが、それ以外の多くの要素を切り捨ててしまうのである。この点でも、キムリッカとコミュニタリアンの距離は大きい。

以上のように、キムリッカの理論は、個人の自律と国家の中立性というリベラルの原理を核にしつつ、〈個人の選択のための資源〉として文化を位置づけることで、マイノリティ文化の保全のための広範な政策を正当化した。しかしながら、この議論は、他の文化へのアクセスや移動が不可能なことを前提にしている。「社会構成的文化」の概念は、この点と整合するように構成されており、「通約不可能性」「自己完結性」「相互の断絶」を特徴とするものであった。しかしながら、ここに見たように、今日の民主主義諸国のマイノリティ集団がこのような性格を持つ社会構成的文化を持たないとすれば、キムリッカの議論の説得力は大きく減じられることになる。

6．アラン・パッテンのリベラル多文化主義論

それでは、「社会構成的文化」の概念の難点を解消したときに、キムリッカ流のリベラル多文化主義論は、マイノリティの文化を保全する政策をどの程度まで基礎づけられるのだろうか。この問いを追求したのが、アラン・パッテンである。パッテンは「選択のコンテクストとしての文化」、および「国家の中立性」の原理を、キムリッカから引き継ぎ、マイノリティの権利の基礎づけをめざすのである[9]。以下ではパッテンの理論を概観したのちに、それがマイノリティ言語の保全政策をどこまで基礎づけられるかを検討したい。

パッテンによれば、文化の境界を、言語やその他の単一の要素によって判断することには、本質主義におちいる危険があり、回避するべきである。そこでパッテンは、文化をその内実によらずに、形式的に定義することを提唱する（Patten 2014, ch.2）。それぞれの社会は、メンバーを社会化する仕組みを持っており、そこで共有されるのが文化であると定義するのである。子供や新入者に、家族、学校、職場、メディア、政府

[9] パッテンの理論の諸側面の検討として、河村（2019）、同（2020）を参照。

機関、言語などをとおして、さまざまなルール・規範や、スキル・ノウハウを教えこむ。ある集団がこのような社会化のプロセスをコントロールしている場合、固有の文化を持っているとみなされる。また、社会化の過程を共有した人々が、コミュニティの構成員とみなされるのである。

このように定義された文化の単位は、重層的に存在するが、このうち「言語」によって区分された単位の文化について、パッテンは詳細な検討をくわえる。彼は、キムリッカの理論の中核概念である「社会構成的文化」を、以下のように再構成する。文化の層のなかで、最も基礎的であり、構成員のすべてが共有するスキルやルールが社会構成的文化である（Patten 2014, pp.62-64; Patten, 2009）。これには、読み書きや計算の技能や、勤労の習慣、社交のルール、など、社会全体に共有される最も基礎的な規範やスキルが含まれる。なお人々は、これを修得した後に、さらに特殊化された規範やスキルを身につけることで、特定の活動の選択肢にアクセスすることができるようになるが、これらの特殊な規範やスキルは、社会の一部のメンバーのみが身につけるものである。通常、社会構成的文化の単位は、言語の境界によって区画される。人間は、基礎的なスキルやルールを、特定の言語で運営される制度や組織において身につけるからである。これらのスキルやルールは、言語の適切な使用を重要な要素としており、特定の言語と密接に結びついているのである。したがって人間は、当該言語と、これと結びついた基礎的スキルやルールの通用する範囲で、生活を営むことになる。もっとも、言語と文化の結合は、絶対のものではない。ある集団が固有の言語を失い、他の言語を使用するようになった場合でも、共通の制度を維持して、子孫や新入者の社会化のプロセスをコントロールし続けるならば、社会構成的文化と、文化実践・価値観の多くを持続させることが可能である。

パッテンにおいて、社会構成的文化ないし言語文化は、「薄い」概念である。彼は、言語が文化の内実を強く拘束するとは考えない。言語は柔軟であり、中長期的にはさまざまな価値観を受け入れることができる。リベラルな社会においては、多様な実践の選択肢が存在している。したがって、ある社会において展開する様々な活動や信条を、他の社会でも実践できる可能性は小さくない。

パッテンはまた、人間が他の言語文化に移動する可能性を指摘する

(Patten 2014, ch.3)。マイノリティの構成員は主流派社会の言語や基礎的ルール・スキルを身につけることで、主流派社会の提供する様々な活動の機会にアクセスすることが可能である。実際のところ、自己完結性の低い文化集団の構成員は、二つの社会に所属して活動することが多い。たしかに、新しい社会の言語や基礎的スキルを習得することには相当の負担が伴うが、適切な支援が与えられれば、決して不可能なことではない。とくに、若い世代にとっては、このような移動の可能性は、比較的大きい。

以上のような、言語・文化の観念を前提として、マイノリティの話者への適切な処遇が検討される。通常、マイノリティ言語の話者は、その言語が保全され、それを通じた活動が持続できることを望むものであるが、このような願望は、どこまで尊重されるべきなのであろうか。この問題を考えるにあたって、パッテンは、他の言語・文化への移動・アクセスの可能性の有無を重視する。自言語が失われた場合に、個人が、他の言語・文化に移動できず、人生の選択肢を持てなくなるのであれば、正義の観点から、その消失は可能な限り防がれなければならない。他方で、その言語が消失しても、主流派文化に移動して、意味のある人生の選択肢を獲得できる場合には、マイノリティ言語を保全する必要は大きく低下する。パッテンは、この二つの場合のそれぞれについて、とられるべき政策を検討する。

(1) 主流派文化への移動・アクセスが困難な場合として、パッテンは次の二つのケースを想定する (pp.78-92)。①マイノリティが、主流派文化を習得するうえで多大な労力がかかる場合。新しい社会の制度によって提供される選択肢を利用するためには、言語を修得し、社交やふるまいなどの基礎的な社会規範・スキルを習得する必要がある。こうした社会規範のなかでも、ジェンダーや、権威への態度、労働、友情、家族などをめぐる規範には、文化による差異がおおきい。新入者がこれらを習得するためには、時間と労力が必要である。②主流派が社会の主たる諸制度をコントロールしており、マイノリティへの差別的態度により、これらに対する公平なアクセスを認めない場合。この場合には、マイノリティが主流派社会において、意味のある人生をおくることが困難になる。

これらの場合には、公平性の観点から、国家はマイノリティ文化を保全する義務を負うと考えられる。意味のある人生の必要条件を否定することは、正義の原理に照らして許されないからである。

しかしながら、パッテンによれば、このような強力な保護が要請される場合は、多くない。「①言語や基礎的スキルの習得」は、年長のメンバーについては困難かもしれないが、若いメンバーについては、比較的容易なことが多い（Patten 2014, pp.83-85, 90-92）。しかも政府は移行のための教育支援を行うことによって、この困難を減じることができる。また、マイノリティ文化が衰退しつつあるとき、その文化が魅力的な選択肢を提供できなくなっていることが多い。この場合、マイノリティのメンバーの多くは、すでに主流派の文化を部分的に受け入れ、主流社会の中で活動していることが多い。たとえば、主流社会のポピュラー・カルチャーを楽しんだり、高等教育や就業のために主流派社会の制度にアクセスしたりする。言語や文化的スキルの習得も進行しており、文化を移動する困難は大きくないのである。このような場合、衰退したマイノリティ文化の保全に資源を投入するよりも、主流文化への移動の支援に資源を投入すること方が、マイノリティのメンバーに、多くの選択肢を確保するという、政策の目的をよく達成できると考えられる。

「②差別にもとづく排除」の問題も、過大評価するべきではないとされる（Patten 2014, pp. 83-85）。たしかに、マイノリティが主流社会のなかで不平等な処遇を受け、魅力的な選択肢へのアクセスが制限される場合は存在する。しかしながら、マイノリティ文化が衰退している場合、差別の影響を考慮しても、主流社会の方が、多くの選択肢を提供できることが多い。この場合も、個人の選択肢の拡大のためには、マイノリティ文化の保全よりも、主流社会への統合をめざし、差別解消の政策に、資源を投入する方が望ましい。以上のように、パッテンによれば、文化を移動することが困難な場合には、マイノリティ文化への強力な保護が正当であるが、実際にはこれに該当するケースは少ないとされる。

(2) マイノリティが、主流派文化に移動できるにもかかわらず、自文化の中にとどまることを望む場合には、状況が大きく異なる。この場合、自文化が衰退してもメンバーは、人生の意味喪失の危機に陥るわけでは

ない。彼らは自らの好む生き方ができなることを理由に、自文化の保全を望んでいるにすぎないから、その権利は弱いものにとどまる（pp.92-92）。

たしかに自文化の存続を求めるマイノリティの願望は自然なものである。主流社会の文化が、マイノリティの望むような選択肢を提供できないことはしばしばおこるからである。パッテンは、この問題を「外部性」の問題として定式化する（pp.93-94）。パッテンによれば、リベラルな社会は多元的であるから、外部の文化要素の流入を拒否する傾向は小さい。しかしながら、新たな文化要素の導入にあたって、賛同者の数の少なさが障害になる。文化実践は他人と共同で行われ、諸制度と結びついて発展するので、賛同者が少なければ、十分な展開が難しいのである。マイノリティ文化と主流派文化の間の異質性が大きい場合、賛同者を探すことに困難が生じうる。このような場合に、マイノリティは自らのミュニティと文化を維持することで、自らの望む生き方を継続しようとするのである[10]。

しかしながら、これによって正義の原理が、マイノリティ文化の保全を要求することにはならない。主流派文化への移動が不可能な前述の場合においては、個人は自文化の中にとどまるしか選択の余地がない。これに対して、移動が可能な場合には、主流派文化に移動するか、移動しないかについて、「選択」を行うことができる。リベラルの正義の理論において、人間は自律的な選択をおこない、その責任を引き受ける存在である。しかも人々は自らの「選好」の形成に対しても、責任を負わなければならない。個人が特定の生き方をするために、自らの文化にとどまるならば、それは個人の「選好」にもとづく自発的な「選択」である。そして、リベラルの原理にしたがえば、「選択」からは、「責任」が生じるのである（Patten pp.99-102）。主流派文化への統合という選択肢があるにもかかわらず、自文化にとどまることを望むのであるから、マイノリティ自身も、それを実現するためのコストを引き受けなければならないのである。すなわち、社会の資源は、マイノリティと主流派の構成員

[10] パッテンは、出身文化やコミュニティの存続を望み、これに帰属するという願望も、このような主観的な選好に含める。

との間で、公平に分配されなければならず、マイノリティ文化の保全のために要求できる資源は、主流派との公平性の考慮から、一定程度に制限されるのである。

パッテンは、言語集団間の正義にかなった処遇を実現するために、諸言語集団に対して中立な制度を構想するが[11]、この目的のために、「中立性」の概念を再定義する。「中立性」の定義ついては、一般に「意図（intention）の中立性」と「効果（effect）の中立性」という二つの概念が対置されて議論されるが、パッテンによれば、これらのいずれもが不十分であるとされる。「意図の中立性」とは、特定の善の構想を奨励することを意図した制度や政策を禁止するものである[12]。国家の政策がこの基準を満たすのは、容易であり、マイノリティへの公平な処遇のためにはこれだけでは不十分である。たとえば、この基準の下では〈国家による特定の宗教の優遇政策〉は、それが「その宗派の信仰内容の卓越性」を根拠とする場合には許されないが、「政治の安定」などの、別の目的の手段である場合には許容されてしまう。今日の自由民主主義の常識においては、このような政策は容認されていないから、「中立性」の条件はより厳しく解釈されるべきなのである（Patten 2014, p.112）。

他方、「効果の中立性」は、その政策や制度の効果が、多様な善の観念にもとづく活動を、同じ程度に促進する効果をもつことを要求する。「効果の中立性」のハードルは極めて高く、ほとんどの政策がこれをパスできずに否定されてしまう（ibid, pp.113-114）。どのような政策でも、様々な活動に対して、異なる効果を持つことが通常だからである。

パッテンはこれら二つの概念の中間に、「処遇（treatment）の中立性」の概念を提唱する（ibid, pp.115-119）。これは、公的な制度・政策が、異なる善の観念に対して、同等の支援を提供することを求める。社会は、それぞれのプロジェクトに同等の支援をすれば足り、すべての文化が同程度に繁栄する効果までを追求するものではない。

---

[11] ここでいう「中立性」は、正義の根本原理としての中立性ではなく、制度の属性という限定された意味である（Patten 2014, pp.108-111）。

[12] 「意図の中立性」にはさらに、「目的（aim）の中立性」と、「正当化（justification）の中立性」のバリエーションがある（Patten 2014, p.112）。

「処遇の中立性」を具体化するために、パッテンは、市場のモデルを提示する。このモデルにおいては、すべての人が等しい購買力をもって、多様な言語によって提供される公共サービスを購入すると想定される。この場合、大きな言語集団むけのサービスには、それだけ多くの需要があり、これに対応した資源が投じられるであろう。パッテンはこのような推論にもとづいて、それぞれの言語のサービスに投入される資源を、それらの言語を選択する人数に比例させるべきと考える。マイノリティ言語で提供される行政サービスは、その人口比を反映して、主流派言語よりも少ない予算の範囲でまかなわれる必要がある。主流派言語によるサービスに比べて、その利便性が低下するかもしれないが、これは正義の観点からは適切である。個人は、コストと便益を勘案しつつ、いずれかの言語を選択する。このような手続きが整えられれば、最終的にマイノリティの文化が保全されなくても、正義の要請はみたされるというのである。このように、キムリッカの議論と比較した場合、マイノリティ言語の保全策は大幅に縮減されることになる。

ところで、マイノリティ言語を公用語として振興する場合には、これを特定の地域と結びつける領域主義（territorialism）とることが通常である。すなわち、マイノリティの集住する地域の公用語にマイノリティ言語を採用し、これによって社会制度を運営することで、マイノリティのニーズを充足するのである。しかしながらパッテンは、リベラルの原則に忠実に、個人ごとの対応を考える（Patten 2014, ch.6）。すなわち、特定の領域と言語を結びつけず、すべての地域において、主流派言語およびマイノリティ言語による公共サービスを、個人の希望に応じて提供することを提唱する。特定地域と言語を結びつける場合に比べて、個人の選好がより公平に尊重されるためである。しかしながら、このようなパッテンの構想に対しては疑問が生じるであろう。言語の選択が全面的に個人に委ねられた場合に、マイノリティは自言語を守ることが、可能なのだろうか。

この点は、テイラーの指摘した集合的行為の問題を提起する。テイラーによれば、個人のニーズのみに基礎におくリベラルの理論は、集合的行為の可能性を制約する。文化の保全のための集団の行為は、主流派文化

への同化を望む一部のメンバーへの不利益となるため、正義に反することになってしまい、実行することが困難になるというのである。パッテンは、この問題をどのように扱うのであろうか。

パッテンは、この問題に対応するために、個人単位の政策を基本としながらも、一定の場合に、領域主義的な制度を採用することを許容する（Patten 2019）。これは、マイノリティ言語の保全を願いながらも、自分だけはその負担を免れて、主流派言語を用いる（たとえば、子供を主流派言語で運営する学校に通わせる）ような、フリーライダーの出現を防ぐためである。言語は誰もが自由に理由できる「公共財 public good」であるから、「ただ乗り」が生じやすく、人々の協力を確保する困難（「集合的行為の問題 collective action problem」）が生じやすい。このような場合に、全員を拘束する領域主義が許されるというのである。

パッテンはこの点を、ケベックの言語立法に則して説明する（Patten 2019）。ケベック州ではフランス語を唯一の公用語と規定し、その維持をはかっている。その一環として、英語系住民（両親がカナダで英語で教育をうけた者）の子弟以外が、英語で教育する公立学校に通うことを禁止している。フランス語系住民にとっても、英語力の向上は、将来の職業の機会を改善するので、子弟を英語系の学校に送る動機が存在する。そこでケベック州は、フランス語の衰退を食い止めるために、フランス語系の住民が、子弟を英語系公立学校におくることを禁じているのである。

パッテンはこの規制の正当性を、以下のように説明する。フランス語系の住民の大多数は、フランス語コミュニティの保全を強く望んでいるが、個人の行動がフランス語コミュニティに与える影響はわずかであるから、子供の英語教育を優先させる動機が生まれる。しかしながら、多くの人がこのような行動をとれば、結果として、フランス語コミュニティ自体が維持できなくなり、彼ら自身の願望が実現されないことになる。したがって、フランス語の保全を望む人には、そのための貢献をしてもらう必要がある。ただし、ここでやっかいなのは、フリーライダーの特定が不可能ということである。ある人が、英語系学校に子弟を送ることを希望する場合、その人が、フリーライダーであるのか、あるいは、フランス語コミュニティの維持を望んでいないのかは、外見から判断でき

ない。フランス語を守るための規制が導入されれば、これを望まない人の自己決定の権利が侵害されることになる。

パッテンによれば、このようなジレンマに直面した場合、いくつかの要素を考量して、最も公平と思われる判断を下さざるを得ない（Patten 2019）。この事例について考えるならば、フランス語系住民の大多数が言語の保全を望んでおり、保全に反対する人がすくないこと、また、規制による負担が深刻でないことなどを考慮して、パッテンは規制が容認されると考えるのである。

このような議論を拡大すれば、パッテンの理論もある程度の集合的行為を基礎づけることは可能になる。しかしながら、この解決策は現存の政策を正当化するのに十分ではないことに注意すべきである。たしかにこの議論は、フランス語の存続を望んでいるフランス語系住民への規制を正当化する。しかしながら、この議論は、英語系学校に通うことを希望する移民の子弟に、それを禁じることを正当化しないのである。このような規制の是非を論じるためには「個人の選択」に加えて、移民のケベック社会への統合においてフランス語の果たす役割を考慮する必要があり、これはケベックの共同体生活についての理解をふまえなければならない。実際のところ、後述のように、パッテンも「個人の自己決定」とは別の筋からこのような考慮を行う余地を認めている。ここで検討したパッテンの理論は、言語政策をめぐる考慮事項の全体をカバーするものではないことに、注意しなければならない。

7．ファン・パライスの「共通語」論：主流派言語の普及の力学

ここまで論じてきたように、言語は、意味を表現し分節化する機能を持つため、その言語の話者にとって、大きな価値を持つ。しかしながら、言語はこれと並んで、「コミュニケーションの手段」としての機能をもつ。我々は、日常生活や職業生活などにおいて、日々の生活の課題に対処するために、多くの人々と交渉する必要があるが、そのつど、意思疎通のための言語が必要になる。フィリペ・ファン・パライス（Van Parijs 2011）は、このような特徴に着目して、言語政策について理論を構築した。

この二つの観点から見た、個々の言語の有用性の評価は、必ずしも一致しない。「意味表現」の機能のためには、深く微妙な意味を表現できることに価値がある。他方で、「コミュニケーションの手段」としての言語は、価値観を共有していない人を含め、より多くの人に共有されることで有用性を増す。マイリティの言語は、その話者にとって、意味表示の機能において高い価値をもつ場合でも、コミュニケーションの機能において、有用性が低いことがありうる。このためマイノリティにとって、外部の人々と交渉し、経済的機会にアクセスするために、主流派の言語を修得する動機が存在することが多いのである。

ファン・パライスは、ここから、個々人の行動をとおして、「共通語 lingua franca」が生み出されてくる仕組みを、以下の二つの法則によって説明する。第一に、人間が学習する言語を選択する場合には、使用する機会の多い言語を選択する動機が働く（Van Parijs 2011, pp.11-13）。そのような言語を修得することで、様々な利益を得られる可能性が高いからである。第二に、異なる言語を話す人々が集まって意思疎通をする場合には、参加者のなかで、最も多くの人が話せる言語が選択される（pp.13-15）。このため、話者の多い言語は、日常的な場面で使われることが多くなる。この二つの法則は結びついて相乗効果をひきおこす（pp.15-17）。話者の多い言語はより頻繁に話され、これによって、これを学ぶ動機が強化され、話者がいっそう増えてゆくのである。

ファン・パライスは、この例証として EU の組織運営に使用される言語の変遷をあげる（ibid, pp.15-17）。EU では加盟国の言語の多くを公用語に指定してきたが、実際に組織運営に使われてきたのは、英語・フランス語・ドイツ語の３言語であった。ところが、1995年と2004年に加盟国が拡大し、EU 諸組織内にフランス語・ドイツ語を話せない人々が増えたことにより、英語のみがもっぱら共通語として使われるようになった。また、これをうけて、ヨーロッパでは英語の学習者が急速に増え、多くの国民が、英語の能力を身につけるにいたったのである。

こうしたモデルにしたがえば、マイノリティ言語は必然的に衰退の圧力をうけることになる。マイノリティ言語の使用者が少ない分だけ、学習のインセンティブは低くなり、話者は縮小の一途をたどるだろう。マイノリティ言語の意味表現機能を重視する人であっても、コミュニケ―

ション機能に優れた主流派言語を子供に学ばせる動機が強まる。

したがってマイノリティ言語の衰退を防ぐためには、国家や地方政府が、自らの言語を保全するための規制を導入することが必要になる（ibid, pp.139-146）。しかも、その規制は、異なる言語の話者の権利に配慮しつつも、領域主義に立つものであることが望ましい。当該の言語を公用語に指定し、職場や教育の場での使用を義務づけることで、マイノリティ言語の使用機会が増加し、これが、言語学習の動機を生み出す。これにより、話者の数が増え、これがさらに使用機会を増加させる。このような政策によってはじめて、マイノリティ言語は衰退を免れることができるのである。

ここでは、ファン・パライスの言語的正義の理論には立ち入らないが、彼の示した言語の盛衰の力学を考慮に入れるならば、パッテンの制度構想の妥当性は、疑問に付されることになろう。パッテンが提唱する「個人単位で提供される、行政サービス」は、マイノリティ言語の衰退を防げないと考えられる。人口比によって資源が配分されれば、マイノリティ向けの行政サービスは、主流派向けのサービスよりも劣ったものになることが想定されるので、学習動機の劣位を悪化させるのみだからである。パッテンにしたがって、個人に対する正しい処遇をめざすとしても、その原理の具体化の形態として、〈人口比の資源配分〉の政策が妥当であるかどうかは、再考の必用があるように思われる。

8．キムリッカの立場の転換

パッテンはキムリッカの枠組みを継承しつつも、「文化」の観念を修正することで、マイノリティの権利を、大幅に後退させることになった。これに対して、キムリッカは、かつての枠組みを大きく修正し、パッテンに批判的なコメントを加えている（Kymlicka 2018）。その内容を要約すれば、個人の文化的ニーズを核にする、リベラルな「文化アプローチ」の議論を相対化し、諸集団と国家の支配関係を直接に主題化する手法に転換するものということができる[13]。

[13] キムリッカは自らが、第二の著書である『多文化時代の市民権』において、

キムリッカは、自らの初期の議論をふりかえり、それがリベラル＝コミュニタリアン論争の問題意識に拘束され、その射程が限定されていたと告白する（Kymlicka 2016; Kymlicka 2018）。そのうえで、これに対して、以下の２点を認識して議論に修正を加える。第一に、「選択の文化的コンテクスト」に焦点をあてた議論の仕方をあらため、より包括的な集団間の支配・従属を問題にする。第二に、この点を考えるにあたり、国家による「ネイション形成 nation-building」への対処という観点から、マイノリティの権利を論じる。

キムリッカは、かつて、マイノリティの文化的ニーズを究極的根拠にして、ここから派生して、マイノリティへの経済的資源の配分や、自治権の付与を主張した。しかしながら、実際にはマイノリティ抱えるニーズの中核は、文化的なものとはいえない。たとえば先住民の集団は、その意に反して、植民地化されて自治や領土を奪われ、強制的同化の対象となってきた（Kymlicka 2018, p.84）。これを正当化するために、人種主義的なイデオロギーがつくられ、先住民は自治の資格を否定され、主流派社会からも排除された。文化の喪失の原因は、不正な政治的支配と、領土のはく奪である。このような植民地主義の構造に取り組むためには、文化を保全することにとどまらず、「先住民の主権」と、「主流派社会の主権」との間に、適切な関係を築くことこそが必要である。

フランス系カナダ人などのナショナル・マイノリティは、編入の当初は自治権や、固有の宗教、言語の保持が保障され、正当に処遇されることも多いが（Kymlicka 2018, p.84）、やがて主流派がこの約束を破り、マイノリティの権利を縮減するのが通常であった。不正義の是正のためには、当初の合意に立ち戻って、両集団の関係を再構築する必要がある。移民についても、不当な差別や同化政策をうけてきた歴史が存在する。

この転換を開始したとしている。たしかにキムリッカはこの著書において、社会構成的文化の概念を形成する際に、ゲルナーのナショナリズム論を引用したり、集団の類型論を構築するなど、集団と国家の関係を主題化している。しかし多文化主義の理論構成は、依然として個人の文化的ニーズの充足を基礎としている。転換が鮮明にあらわれるは、『土着語の政治』（Kymlicka 2001）においてであり、ここで、彼は、ネイション形成、リベラル・ナショナリズム、マイノリティ・ナショナリズム、などの問題を集中的に論じることになる。

このような歴史的不正義が存在する場合、国家がこれらのマイノリティを支配する正統性は損われ、マイノリティによる抵抗が正当化される（Kymlicka 2001 ch.11）。逆に言えば、国家の支配が正統なものになるためには、これらの集団がしかるべき権利を保障され、正当な条件で、国家に編入されなければならない[14]。

ここでキムリッカが強調するのは、近代国家において、「ネイション形成」が不可避なことである。すなわち近代国家は、主権を担う、集団的な行為主体たる「ネイション」を作り出すことをめざす（Kymlicka 2001, ch.11; Kymlicka 2018, p.88）。このために国民を、共通の言語で営まれる公的制度に統合し、言語やシンボルによって、共通の帰属意識とアイデンティティを涵養する。キムリッカは「リベラル・ナショナリズム」の理論にしたがって、「ネイション形成」が、自由民主主義の原理にてらして、容認されるべきものであると考える。

すなわち第一に、社会経済的正義の実現のために、ナショナル・アイデンティティの涵養が有用である。国民が共通の言語と教育制度に参加することで、経済的機会の均等が実現する。また福祉国家を維持するためには、個々の国民が、困窮した他のメンバーのために犠牲を払う意志を持つ必要があるが、見知らぬ人々の間にこのような信頼関係を生み出すうえで、ナショナル・アイデンティティの共有が有用と考えられる。

第二に、民主政治の機能のうえで、政治的熟議のための共通の言語があることが望ましい。また、民主政治においては、国民の間の信頼感が必要であるが、ナショナルな文化とアイデンティティの共有がそのために有用であると考えられる（Kymlicka 2001, ch.11）。このように、均質な言語文化とそれにもとづくナショナル・アイデンティティの涵養は、容認されるべきなのである。

---

[14] キムリッカによれば、リベラルの理論にしばしば欠落しているのは、国家がマイノリティを支配することの正統性を問う視点である。ロールズ流の理論構成において、国家の正統性は議論の前提になっており、正面から問われることがない（Kymlicka 2018）。しかしながら、歴史的には、マイノリティはしばしばその意に反して、不利な形で国家に編入されてきたのであり、マイノリティによるそのような抵抗の正当性も、考察されるべき問題なのである。このように、マイノリティが正当な形で国家に編入される条件が探求される必要がある。

このようにキムリッカによれば、単一の公用語の採用は、近代国家形成に伴う意図せざる弊害ではなく、むしろ、ネイション形成の中核的な要素であり、意図的なものである。すなわち国民はその言語を受け入れ、その言語を話す国民としてのアイデンティティを涵養することを求められる。これにコミットしないマイノリティは、国民集団への帰属を拒むものとして、強制的同化や、排除の対象となってきた。基本的人権の観念が強まり、強制的手段が禁止される今日においても、このような同化の圧力が働くリスクは依然として存在している。したがって、マイノリティ集団への適切な処遇のためには個人へのサービスを適切に配分するだけでは不十分であり、ナショナルなアイデンティティに修正を加え、マイノリティ集団により強い形の承認をあたえる必要がある。そのためには、多文化主義の一連の政策が必要である（Kymlicka 2001, ch.2; Kymicka 2018, pp.88-89）。すなわち、多様な人種・エスニシティ・宗教・習慣に開かれたナショナリズムの形成、差別の除去、主流制度への「受容」の措置、意見表明の機会の保障、マイノリティを包摂するための公的歴史や教育カリキュラムの変更、文化に配慮した公共サービスの提供、メディアにおける扱いの改善、など。独自の言語文化を持つナショナル・マイノリティに対しては、公的承認をあたえ、複数ネイション国家として、公共空間を共有する必要がある（p.57）。

言語や文化の自己決定の権利も、以上の構想の一部に位置づけられるべきである。キムリッカによれば、「文化的ニーズ」に焦点を絞った議論それ自体が無効になったわけではない。それは、依然として有効であり、マイノリティ集団が望むのならば、そのような主張をすることが可能である（Kymlicka 2016, p.71）。しかし、パッテンにみられるように、「個人の文化的ニーズ」のみによるマイノリティ言語の擁護論は、単独ではそれほど大きな力をもつわけではない。かくして、キムリッカは、あつかうべきニーズや考慮事項の範囲を拡張し、より包括的なアプローチを併用する必要を強調するのである。国家と集団の支配関係全体を視野に入れることにより、言語の保全の主張は、より強い力を獲得するというのである。

９．おわりに：リベラルな言語政策論の射程の限界

さいごに、前期のキムリッカからパッテンに至る、リベラルな言語政策論の到達点と射程についてまとめておきたい。第一に、理論の内在的な説得力の程度について考えてみたい。パッテンの理論は、リベラルな分析哲学系の理論のなかで、最も洗礼されたものであるが、重要な点で未解決な問題をのこしている。第一に、言語を「個人の選択」の対象とするのか、あるいは個人の選択できない「環境」と見なすかという問題である。これを「環境」としていたキムリッカの主張を、パッテンは180度逆転し、これを「選択」とするのであるが、この点に関しては、異論がある（De Schutter and Ypi 2012）。少数言語集団に所属するという事実に、補償されるべき「運」の要素を認める余地も存在するように思われる。第二に、パッテンの主張するようにこれを個人の「選択」の問題とした場合でも、選択をおこなう際の公平な背景の構造が、いかなるものであるかは、いまだ不確定である。ファン・パライスの指摘するように、言語の盛衰に、言語集団の相対的規模が大きく影響するとすれば、〈人口比による行政資源の配分〉という構想が妥当か否かは、再検討の必要がある。しかも、その相対的規模が、過去の不正義に大きく規定されている以上、パッテンが考慮から除外した、過去の問題を、扱う必要が生じるであろう。このようにパッテンの議論の本筋も、盤石ではなく、マイノリティ言語への保護をさらに拡大する余地も存在している。

第二に、パッテンが議論から自覚的に除外した考慮要素を確認しておく必要がある。彼は自らの言語政策論が多くの考慮要素を除外した、限定されたものであることを明言している（Patten 2014, pp.11-24）。すなわち、①彼の議論は、正義によって内在的に要請される点のみを扱っており、他の目的（たとえば平和の維持）に対して、言語政策がおよぼす影響を考慮していない。換言すれば、正義の原理から確実に要請される権利のみを扱い、政策決定において熟慮にゆだねられる点については扱わない。②このうちでもさらに、正義が〈文化的ニーズ〉に関して直接要請することのみを扱い、正義に由来する他の原理（たとえば差別の克服など）から派生的に導かれる要請は除外している。③マイノリティ自身の福利を根拠とする要請のみを扱い、マイノリティ言語の保護が、主

流派などにもらす利益や、言語保全の持つ非人格的な価値などは扱わない。このように、マイノリティ文化を支援する様々な根拠のうち、〈正義の観点から、マイノリティ集団の個人の文化的ニーズをみたすこと〉のみに関心を限定しているのである。

パッテンは、このような限定性を意識するがゆえに、他の考慮事項が、正義に基づく自らの理論の結論を覆すことがあることをみとめる（Patten 2014, pp.24-27）。（もちろん、その場合においても、正義の要請が消滅することはなく、国家は当該のマイノリティの権利を実現する義務を負い続けるのであるが）。ここで〈他の考慮事項〉としてパッテン自身が念頭におくのは、キムリッカの指摘するような、ネイション形成にかかわる問題群である。もっとも、これらの考慮事項を加えたときに、マイノリティの言語権が強化されるのか、弱められるのかは見解が分かれるところである。パッテン自身は、マイノリティの言語権が弱められる可能性を示唆するが、キムリッカは前述の通り、それが強化されると考えるのである。いずれにせよ、パッテンの理論は、「正義」の概念を掲げた固い論証を標榜しながらも、他の考慮要因によって、すくなからず制約されることが想定されている。我々は稿をあらためて、議論の範囲をひろげ、マイノリティ言語をめぐる他の考慮要因を含めて検討を進めることにしたい。

参照文献

Carens, Joseph H. (2000). *Culture, citizenship, and community: A contextual exploration of justice as evenhandedness.* Oxford University Press,

De Schutter, Helder (2017). "Two principles of equal language recognition." *Critical review of international social and political philosophy* 20.1: 75-87.

De Schutter, Helder, and Lea Ypi (2012) "Language and luck." *Politics, philosophy & economics* 11.4: 357-381.

Eisenberg, Avigail (2016) "The Assessment of cultures and the atutonomy of communities", *Dve Domovini, 44,* 25-34.

Rodríguez, Cristina M. (2006) "Language and participation." Calif. Law. Review. 94: 687.

Kymlicka, Will (1989) *Liberalism, community, and culture,* Oxford University Press.

Kymlicka, Will (1995). *Multicultural citizenship*, Oxford University Press, 1995.（角田猛之・石山文彦・山崎康仕監訳『多文化時代の市民権』晃洋書房、1998年）

Kymlicka, Will (2001). *Politics in the vernacular*. Oxford University Press.（ウィル・キムリッカ著、岡崎晴輝・施光恒・竹島博之監訳『土着語の政治：ナショナリズム・多文化主義・シティズンシップ』法政大学出版局、2012年）。

Kymlicka, Will, (2007). *Multicultural odysseys: Navigating the new international politics of Diversity*, Oxford, 2007.

Kymlicka, W. (2016). "Liberalism, community and culture twenty-five years on: Philosophical Inquiries and Political Claims". *Dve Domovini, 44*, 67-76.

Kymlicka, Will. (2018) "Liberal multiculturalism as a *political theory* of state-minority relations." *Political Theory* 46.1 (2018): 81-91.

Mowbray, J. (2012). *Linguistic justice: International law and language policy*. Oxford University Press.

Parekh, Bhikhu (2006). *Rethinking multiculturalism: Cultural diversity and political theory,* 2nd ed. Palgrave Macmillan

Van Parijs, P. (2011). *Linguistic justice for Europe and for the world*. Oxford University Press on Demand.

Patten, Alan (2009). "Survey article: The justification of minority language rights." *Journal of Political Philosophy* 17.1: 102-128.

Patten, Alan 2014. *Equal recognition: The moral foundations of minority rights*. Princeton University Press.

Patten, Alan. (2019). "Protecting Vulnerable Languages". In *Oxford studies in political philosophy* Volume 5, Oxford University Press.

Piller, Ingrid. (2016). *Linguistic diversity and social justice: An introduction to applied sociolinguistics*. Oxford University Press.

Spinner-Halev, Jeff (2016). "Uncertain theoretical foundations of cultural rights", *Dve Domovini, 44*, 25-34.

Taylor, Charles (1985), "Atomism". In Charles Taylor, *Philosophical papers*, vol.2, Cambridge University Press.

Taylor, Charles. (1993) "Alternative futures: legitimacy, identity, and alienation in late-twentieth-century Canada". In Charles Taylor, Reconciling the solitudes (McGill-Queen's University Press, 1993).

Taylor, Charles. (1994a) "Can liberalism be communitarian?", *Critical Review* 8.2 (1994): 257-262.

Taylor, Charles. 1994b. "Politics of recognition". Amy Guttmann (ed.), *Multiculturalism*. Princeton University Press, pp.25-73.

Taylor, Charles (1998). "Living with difference", in Anita L. Allen and Milton C. Regan Jr. (eds), *Debating Democracy's Discontent*, ed. Oxford University Press, pp.212-226.
Taylor, Charles (2007). *A Secular age*. Harvard University Press.

河村真実 (2019)「リベラルな多文化主義における新しい文化概念 : アラン・パッテンを手がかりに」『六甲台論集・法学政治学篇』65.21, pp.1-20.
河村真実 (2020)「『平等な承認』はリベラルな多文化主義を救えるのか:アラン・パッテンの批判的検討を手がかりに」『政治思想研究』20号 , pp.3291-358.
辻康夫 (2002)「共同体」。福田有広・谷口将紀編『デモクラシーの政治学』、東大出版会、2002.8)、pp.144-161.
辻康夫(2013)「多文化主義理論の諸類型の検討:複合的アプローチにむけて」『法政理論』45巻３号、pp.35-59.
松元雅和 (2007)『リベラルな多文化主義』慶應義塾大学出版会.

論　　説

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（１）

楊　　瑞賀

目　次

序　章
　第１節　問題の所在
　第２節　本稿の課題
　　第１款　改正前法における譲渡制限特約の機能
　　第２款　改正法における譲渡制限特約の概観
　　第３款　債権譲渡における相殺の範囲
　　第４款　譲渡制限特約の存在意義及び関連制度との相関関係
　　第５款　譲渡制限特約の類型化
　第３節　本稿の視角と構成
　　第１款　本稿の視角
　　第２款　本稿の構成
第１章　日本における議論の現状と問題点
　第１節　伝統的な枠組み
　　第１款　物権的効力説
　　第２款　債権的効力説
　　第３款　小括
　第２節　近時における議論の展開
　　第１款　米倉説
　　第２款　池田説
　　第３款　石田説
　　第４款　小括　　以上、71巻６号
第２章　日本における民法改正の経緯と議論（その１）
第３章　日本における民法改正の経緯と議論（その２）

第４章　日本改正法における債権譲渡制限特約の全体像の分析
第５章　債権譲渡制限特約に関する諸外国のルール
第６章　債権譲渡制限特約効力論の再構成
終　章

序　章

第１節　問題の所在

債権が譲渡された場合において、債務者は対抗要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができるのか。改正前法では、債務者は、譲渡の「通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由」をもって譲受人に対抗することできるが（改正前法468条２項）、譲受人に相殺の抗弁を対抗するための具体的な要件は明らかではない。対抗要件具備より前に取得した債権による相殺の可否について、従来の学説は、自働債権と受働債権の弁済期に着目して、両債権の弁済期によって検討する傾向が見られた（相殺適状説、制限説と無制限説）。これに対して、対抗要件具備より後に取得した債権による相殺の可否について、相殺は認められないと解されている。しかし、債務者は、自らの利益を守るために、譲渡禁止特約（以下「譲渡制限特約」という）を結ぶことができる（改正前法466条２項）。かかる事態に備えた譲渡制限特約には独自の存在意義があることになる。債権が譲渡されても当事者間に譲渡制限特約がある場合に、債務者は特約をもって悪意または重過失のある譲受人に対抗することができる。つまり、対抗要件具備後に債務者が取得した債権であっても、譲渡制限特約が締結された場合には、債務者はなお相殺できる。改正前法は、468条２項で債務者が譲受人に主張できる相殺の抗弁を対抗要件具備時前に譲渡人に主張できたものに限っているが、債務者は譲渡制限特約により相殺可能な領域を創出することができる仕組みになっている。

債務者が譲受人に対して主張することができる相殺の抗弁の範囲について、改正法はルールの明確化を図るために、新たな規定を設けた。改正法のもとでは、債務者は、対抗要件具備時より前に取得した譲渡人に

対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる（改正法469条１項）。さらに、債務者が対抗要件具備時より後に取得した債権であっても、その債権が「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」であるとき（改正法469条２項１号）、または、そうでなくても「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」であるときは（改正法469条２項２号）、それらの譲受人に相殺の抗弁を主張することができることになった。ただし、差押えと相殺については、改正法469条２項２号にあたる規定は設けられていない[1]。改正法469条により債務者の相殺権は広汎に認められるにいたった。だから、譲渡制限特約を通じて相殺の利益を確保する必要が生じるのは、同条によってもカバーされない場面である。例えば、既発生債権が譲渡され、反対債権の発生原因が対抗要件具備後に存在した場合には、改正法469条２項１号によれば、債務者は相殺をすることができない。債務者がかかる事態に備えて譲渡制限特約を結んだときは、特約の第三者効が認められるべきかが問題となる。譲渡制限特約の問題が、相殺の問題とも密接に関連しており、相殺に関する民法改正が譲渡制限特約の効力にどう影響したのかという視点は有益であると考える。譲渡制限特約と相殺との相関関係を議論しない限り、特約の第三者効に対して肯定的評価または否定的評価を下すことには躊躇を禁じ得ない。日本では、かかる視点からの検討は未だ不十分であるように思われる。

譲渡制限特約の効力をめぐって、従来から学説が対立している（物権的効力説と債権的効力説との争い）。米倉教授は、譲渡制限特約の効力を一般的画一的に決定することに反対し、特約効力制限論を展開したが、比較法的検討を捨象した。他方、近時は比較法的検討もなされたが、一般的動向の紹介にとどまっており、機能的・類型的分析や関連制度との接合関係はあまり意識されていないようである。さらに、石田教授は、

[1] 債権の差押えの場合には、差押えの時点でその債権の発生の基礎となる法律関係が存在していることが要請されており、差押えによる強制執行を実効的なものとすることも重要であるので、債権譲渡の場合と同様に債務者の利益を保護するのは妥当ではないと説明されている。第192回国会衆議院法務委員会議事録第14号（2016年）28頁〔小川秀樹発言〕。

債務者との関係においてのみ効力が否定されるという意味での無効（相対的無効）という視角から、譲渡制限特約の効力を検討した。

本研究は、譲渡制限特約の効力に関して、若干の関連諸制度を視野に収めつつ、譲渡制限特約の機能と合理性、またその機能に相応しい効力論を探ることを目的としている。具体的には、①従来、特約との関連があまり意識されていなかった相殺に着目して両制度の相関関係を解明すること、②従来の研究動向を踏まえつつ、特約の趣旨と目的、またそれが利用されている具体的事案類型ごとにその効力を検討することを目的としている。

第２節　本稿の課題

第１款　改正前法における譲渡制限特約の機能

譲渡制限特約の機能として、従来から債務者側の譲渡に伴う事務手続の煩雑化を防ぐ、過誤払いの危険を避ける、相殺の機会を確保するなどが挙げられてきた。改正前法のもとでは、譲渡制限特約の機能を語る際に、その典型例として想定されていたのは、銀行預金であり、請負契約などは想定されていなかった[2]。その当時、請負契約における譲渡制限特約は普及していなかった可能性もある。譲渡制限特約の相殺機会を確保するという機能について、従来の学説は銀行が顧客に将来融資する可能性にも一応ふれているが、そのような債権との相殺に備えて譲渡制限特約を利用することは、将来発生するかもしれない債権の発生の蓋然性が確実でないことから否定的である[3]。確かにその当時預金担保貸付をするかどうかが、銀行の自由であるとすると、銀行には「貸さない」という選択肢もありえ、予め預金を担保に取る必要性はない。しかし、現在は総合口座であり、銀行は一定額を融資しなければならない。また、銀行預金における問題状況と請負契約における問題状況は必ずしも同じではない。請負契約における反対債権は、注文者の意思とは無関係に発生す

[2] 米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（学陽書房、1976年）68-80頁。裁判例の動向は、本稿第６章で検討する。

[3] 米倉・前掲注２）78-79頁。

るので、その発生時期が債権譲渡前であるか債権譲渡後であるかによって、法的な取り扱いを変えるのが合理的であるかどうかは疑わしい。それでは、請負代金債権が譲渡された場合には、債務者（注文者）は、対抗要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができるのか。改正前法468条２項によれば、債務者による相殺が認められない。そこで、実務では債務者は予め譲渡制限特約を結んでおくことにより自らの利益を守ることができる。しかし、今回の改正法は、債権譲渡における相殺の範囲を拡張すると同時に、譲渡制限特約の効力を見直した。譲渡制限特約の効力を検討する際に、相殺に着目する必要がある。これから、裁判例を調べて実務において譲渡制限特約がどんな契約類型にいかなる事情から利用されているかを検討したいと思う。

第２款　改正法における譲渡制限特約の概観

改正法は譲渡制限特約の効力を大幅に見直した。つまり、譲渡制限特約があったとしても特約に違反する債権譲渡は有効である。そのため、ある論者によれば、譲渡制限特約とのバーターで、改正法は債権譲渡との関係で債務者による相殺の範囲を拡げた[4]。言い換えれば、改正法は、相殺の機会の確保の問題を「債権譲渡と相殺」に関する469条の守備範囲に位置付けている。この学説によれば、譲渡制限特約固有の機能は、事務処理の煩雑化、過誤払いの防止に尽きることになる[5]。

このような展開は、譲渡制限特約と相殺との相互互換性を例証するものとも言える。ただし、この学説にはいくつかの問題が含まれている。第１に、改正法は、譲渡制限特約の効力を弱めたこととしたが、債務者の利益が損なわれないような制度設計にした。すなわち、債権が譲渡された場合、債務者は譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもって譲渡制限特約につき悪意または重過失である譲受人に対抗する

[4] 中井康之ほか「相殺をめぐる民法改正と倒産手続――差押え・債権譲渡と相殺に関連して」金法2036号（2016年）19頁〔石田剛発言〕。

[5] 石田剛「継続的取引における基本契約と個別契約との関係」事業再生研究機構編『債権譲渡法制に関する民法改正と事業再生』（商事法務、2017年）142頁。

ことができる。したがって、相殺範囲の拡張は譲渡制限特約の効力を弱めることと直接結び付くものではない[6]。第２に、改正法は、債権譲渡の場面で相殺の範囲を拡張したが、譲渡制限特約の相殺機会を確保するという機能はなくなるわけではない。改正法469条によってもカバーされえない場合に、譲渡制限特約は相殺可能な領域を創出するという機能を果たすように思われる。

改正前法のもとでは、譲渡制限特約に違反した債権譲渡の効力は、債務者との関係だけでなく譲渡当事者間でも無効と考えられている[7]。無効というのは、絶対無効と言われている。すなわち、譲渡無効は債務者だけでなく、それ以外の者も主張することができる[8]。しかし、譲渡制限特約はそもそも債務者の利益を保護するものであるから、債務者だけが譲渡の無効を主張できればよいのではないか。例えば、債権の一般債権者や債権を差押えた者が譲渡の無効を主張できるのは、おかしいのではないか。改正法は、特約に違反する債権譲渡を常に有効としており、債務者だけが保護されるが（466条３項）、前述の通り預金債権については、特則が設けられている（466条の５第１項）。改正法のもとで、従来の学説（物権的効力説）はそのままに妥当すべきか、とりわけ譲受人が譲渡制限特約につき悪意・重過失である場合には、「特約に違反する譲渡の無効」を誰が主張できるかということは、今後の課題である。

第３款　債権譲渡における相殺の範囲

第１項　改正前法

債務者は譲渡人に対して反対債権を有する場合には、譲受人に対して相殺を主張することができるか、というのは468条２項の解釈の問題である。この問題に対して、学説の多くは、対抗要件具備前に反対債権がすでに発生した場合を前提に検討する傾向が見られた（1980年代）。ただし、468条２項の「生じた事由」については反対債権を発生させる「原因」

[6] 中井ほか・前掲注４）20頁〔中井康之発言〕。

[7] ただし、譲渡人が無効を主張できるかどうかは別である。

[8] 最高裁平成９年６月５日民集51巻５号2053頁。

が存しておればよいのかという問題が残された[9]。1990年代に入ると、債権譲渡後に生じた反対債権でも債務者に相殺を認めてよいのではないか、という問題意識は学説に生まれた。これについては、解釈論的には、２つの視点がある。第１は、「生じた事由」を拡張する視点であり、第２は、牽連性を要件として相殺の範囲を拡張する視点である。

第１の視点について、ドイツ法を参照する石垣教授の論文がある。「ドイツ法においては……相殺権者の期待を保護するためには、関与時点で自働債権が具体的に成立している必要はないとし、それを発生させる法的基礎が存在していれば十分として相殺を広く保護している」[10]。「ところが、この理は無限定に認められているのではなく……両債権が同一、あるいは同一とみられるような法律上の関係から生じた場合に限られているのである。これは、時的制限を回避し、相殺の範囲を拡張する方向に向けられたものであるが、このような考え方は参考にしよう」[11]。石垣教授は、このように述べて、両債権が「同一の法律関係」、あるいは「同一とみられ得るような法律関係」から生じている場合には、「生じた事由」の拡張を通じて債務者に相殺を認めている。

第２の視点については、ドイツ法を参照する遠山教授の論文は、債権譲渡と相殺の問題について牽連関係のある場合と牽連関係のない場合とを区別して議論した。すなわち、「自働債権と受働債権が同一の契約関係や同一の法律関係・生活関係（事実）関係から生ずる場合には、自働債権と受働債権の弁済期の前後を問わず、さらに、債権譲渡の通知・承諾の時点を問わず、譲渡の通知・承諾後に債務者が譲渡人に対して自動債権を取得したとしても、債務者による相殺が認められる」[12]。これに対して、「自働債権と受働債権が同一の契約関係や同一の法律関係・生活

---

[9] この問題については、奥田教授は問題提起に止めている。奥田昌道『債権総論（下）』（筑摩書房、1987年）443頁参照。

[10] 石垣茂光「相殺の期待保護――ドイツにおける判例学説について」独逸法学39号（1994年）150頁。

[11] 石垣茂光「相殺における担保的機能論に関する一考察」独逸法学43号（1996年）464頁。

[12] 遠山純弘「債権譲渡の通知・承諾の効果――特に契約債権の譲渡について（１）」商学討究54巻４号（2004年）217頁。

関係（事実）関係から生じた債権ではない場合には、通知・承諾の時点において自働債権の弁済期が到来しているか、または通知・承諾以前に自働債権が取得され、かつ債務者の自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する場合にだけ相殺が認められる」[13]。ただし、具体的にいなかる場合に牽連性が認められ、債務者が対抗要件具備後に取得した債権による相殺を譲受人に対抗することができるかについて議論がなされなかった。

牽連性の具体的な展開として、相殺の比較法的研究を行う論文が何点が公表されている。深谷格の「相殺の構造と機能――フランス法を中心として」（1991年）は、フランス法の研究を通じて、①対立する債権が同一の契約から生じている場合、②一方の債権がある契約上の債権で、他方が同じ契約の不履行に基づく損害賠償請求権である場合、③契約が解除された場合にその解除から対立する債務が生じた場合、④一方がある契約から生じた債権で、他方が同じ契約の履行の際になされた不法行為に基づく損害賠償請求権である場合に牽連性を認める[14]。同じフランス法の研究として、深川裕佳の『相殺の担保的機能』（2008年）もある[15]。山田八千子の「イギリス法における衡平法上の相殺の構造」（2001年）は、イギリス法の研究を通じて、同一の取引から発生する場合または密接に関連する別の取引から発生する場合に相殺を認める[16]。それらの学説は、改正法の中でどのように位置づけられるのか。改正法における相殺の範囲を確認した上で、論じたいと思う。

第２項　改正法

改正法は、無制限説を明文化したうえで、２つの基準から相殺の範囲

---

[13] 遠山・前掲注12）219頁。

[14] 深谷格「相殺の構造と機能――フランス法を中心として（４）」名古屋大学法政論集137号（1991年）416頁以下。

[15] 深川裕佳『相殺の担保的機能』（信山社、2008年）255-282頁。同じフランス法の研究として、岩川隆嗣『双務契約の牽連性と担保の原理』（有斐閣、2020年）がある。

[16] 山田八千子「イギリス法における衡平法上の相殺の構造――牽連性要件を中心として（１）」東洋法学44巻２号（2001年）15-36頁。

を拡張している。１つは、469条２項１号の「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」である。もう１つは、469条２項２号の「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」である[17]。そこで、「前の原因」と「同一の契約」の具体化が残された課題となる。

「前の原因」という言葉は論者によってその意味が必ずしも同じでない。その解釈論の展開を確認すると、３つの考え方があり得る。①「前の原因」を契約の締結という抽象的なレベルで捉え、それ以上何らの制限的に解釈を施さない[18]。②「前の原因」をそれなりに具体的な内容に求めて限定的に解釈する[19]。③牽連性のない場合と牽連性のある場合を分けて議論するものが見られる[20]。例えば、受働債権と自働債権の間に牽連性がない場合には、自働債権の発生原因が何かは当該自働債権の具体的な発生原因に基づいて判断されることになる。これに対して、受働債権と自働債権の間に牽連性がある場合には、契約の存在をもって「前の原因」があるとする[21]。

「同一の契約」の意味も問題になる。自働債権と受働債権が「同一の契約」から発生した場合には、学説は一致して相殺を認めるべきであるとする。両債権の発生原因は異なる契約であった場合にも相殺は認められ

---

[17] この規律が適用されるのは将来債権が譲渡された場合に限られることになる。部会資料74A・15頁参照。ただし、差押えと相殺については、改正法469条２項２号にあたる規定は設けられていない。

[18] 中井・前掲注４）15頁〔石田剛発言〕。

[19] 中井・前掲注４）11頁〔木村真也発言〕。

[20] 中井康之「相殺をめぐる民法改正―差押えと相殺・債権譲渡と相殺」今井利昭先生傘寿記念『会社法・倒産法の現代的展開』（民事法研究会、2015年）730-731頁。

[21] 自働債権と受働債権の間に牽連性があるというのは、両債権が同じ契約から発生している場合に限られている。中井・前掲注20）727頁参照。このような場合は、改正法469条２項２号にあたるのではないか。この考え方があり得る。しかしながら、このように考えると、「差押えと相殺」については、改正法469条２項２号にあたる条文はないので、第三債務者による相殺が認められない可能性がある。それでも、相殺を認めたいのであれば、「前の原因」を広く解釈する必要がある。

るべきかどうかについて、学説が対立している。「契約間の牽連性」を要件として「同一の契約」を拡大的に解釈する学説が現れる。例えば、「同一の基本契約」のもとで統合することが適切な場合は、自働債権と受働債権が「同一の契約」から生じる債権であるとして相殺をすることが可能となるとの見解が示されている[22]。すなわち、２つの債権が異なる契約に基づくものであっても、それらの契約が当事者間に存在する枠契約の履行として締結されたものである場合に、相殺が認められる[23]。さらに、このような枠契約がなくてもそれらの異なる契約が１つの統一的な契約の集合を構成する場合に、牽連した債務の相殺が認められるとの立場に立つものがある[24]。これに対して、「同一の契約」を限定的に解釈する学説もある。具体的には、一体的決済を予定していた原料と製品の継続的売買契約が基本契約で定められていたとしても、それらの契約が「同一の契約」でない場合には、基本契約の存在を理由に相殺を認めるべきでないという[25]。このようにしてみれば、「前の原因」と「同一の契約」について、論者によってそれらの意味には食い違いが生じている。このような解釈論の問題を解決するには、そもそも「前の原因」と「同一の契約」は、どういう根本的な発想で拡張されたのかを検討する必要がある。これを決めないと、何かが「前の原因」にあたるのか、何かが「同一の契約」にあたるのかは、うまく解釈できない。無制限説を明文化したうえで、２つの基準から相殺の範囲を拡張した改正法について、２つの捉え方があり得る。①その拡張を無制限説の単純な延長として捉える。②無制限説から当然延長で出てくるのではなく、別の論理で加えたものだとも考えられる。[26]改正法469条１項と469条２項２号は、まったく異なる論理を根拠としている。前者は、自働債権と受働債権が対立するかどうかの問題である。後者は、両債権が同じ契約から発生するかどうかの問題で

[22] 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）447頁。

[23] 深川裕佳「譲渡債権の発生原因である契約から生じた自働債権による三者間相殺」東洋法学61巻３号（2018年）158頁。

[24] 深川・前掲注23）156-157頁。

[25] 中井・前掲注20）742頁。

[26] 中井ほか・前掲注４）28頁〔沖野眞已発言〕。

ある。問題は、改正法469条２項１号の「前の原因」を改正法の中でどのように位置づけられるかである。反対債権を発生させる「原因」が対抗要件具備前にあって、たまたまその発生時期が、対抗要件具備前になるか後になるかによって左右されるのは、必ずしも合理的とは言えない[27]。このように理解すると、改正法469条２項１号は無制限説の延長として捉えられることも考えられる。しかし、改正法469条２項２号の「前の原因」については、前述のように２つのカテゴリーを認めるとの学説もある。つまり、牽連性のない場合か牽連性のある場合かによって「前の原因」に異なる意味を与えるものである[28]。この学説を前提とすると、③改正法469条２項１号の中にも無制限説の単純な延長と考えられる場合と469条２項２号の延長線に位置づけることができる場合ともある。このように、改正法の捉え方について様々な考え方があり得る。改正法469条２項１号の「前の原因」を改正法の中でどのように位置付けるか、その範囲をどこまで広げるべきかが、今後の課題である。

第４款　譲渡制限特約の存在意義及び関連制度との相関関係

改正法469条により債務者の相殺権は広汎に認められるにいたった。だから、譲渡制限特約を通じて相殺の利益を確保する必要が生じるのは、改正法469条によってもカバーされえない場合である。そこで、具体的な場面（特に対抗要件具備後に反対債権が発生するケース）において相殺の可否を確認することにしたい。この作業により、譲渡制限特約の存在意義を明らかにしうると考えられる。

---

[27] 例えば、ＡはＢに対する貸金債権をＣに譲渡し、Ｂに通知した。他方で、ＡＢの間でＢを買主、Ａを売主とする建物売買契約締結された。建物の屋根に穴が開いて雨もりがするので、Ｂのパソコンが故障した。Ｂの損害がＢへの通知前に発生していたとすると、改正法469条１項により、Ｂは損害賠償請求権と自働債権として貸金債権と相殺することができる。穴がＢへの通知前にあるが、雨がＢへの通知後に降って損害が発生した場合はどうか。この場合は、改正法469条２項１号の「前の原因」にあたるか。もし、当たらないとすると、雨の降った時期という偶発的な事情によって問題解決が変わってしまい、不合理である。

[28] 中井・前掲注20）730頁。

第１項　既発生債権が譲渡されその対抗要件具備後に反対債権が発生する場合

１　反対債権の発生原因が対抗要件具備前に発生した場合

改正法469条２項１号では、「前の原因」という言葉が用いられている。しかし、債務者の譲渡人に対する反対債権の発生原因がどこまで具体化すればよいのかが問題となる。では、具体例を参考に「前の原因」の意義と判断基準を確認しよう。

〔事例１〕ＡがＢに対する貸金債権を有していた。その後、Ａはその債権を第三者Ｃに譲渡し、債務者対抗要件を備えた。他方で、売主Ａと買主Ｂは、ある商品の継続的取引基本契約を締結していた。ＡとＢは、個別売買契約を締結した上、Ａが商品をＢに引渡したところ、契約に適合しない瑕疵があり、Ｂは、Ａに対して代金減額請求権ないし損害賠償請求権を取得した。[29]

①ＡＣ間の貸金債権に関する対抗要件具備（以下「対抗要件具備」という）前に目的物の引渡しを受けた場合に、Ｂは、代金減額請求権ないし損害賠償請求権と貸金債権とを相殺できるか（基本契約→個別契約→引渡し→対抗要件具備）。

ケース①において、Ｂの反対債権が契約不適合に基づく損害賠償請求権である場合に、個別契約の締結も目的物の引渡しも対抗要件具備前にあるから、対抗要件具備前に原因があるとして相殺ができることになる。Ｂが当該商品の爆発により拡大損害を受けた場合はどうか。Ｂは損害賠償請求権を自働債権として貸金債権と相殺することができるか。もし、改正法469条２項１号の「前の原因」に当たらないとすると、爆発の時期という偶発的な事情によって変わってしまい、不合理である。

②対抗要件具備前に基本契約と個別契約が締結されたものの、引渡しが対抗要件具備後であった場合に、Ｂは、代金減額請求権ないし損害賠償請求権と貸金債権とを相殺できるか（基本契約→個別契約→対抗要件具備→引渡し）。

ケース②においては、基本契約、個別契約という２つの要素が対抗要

[29] 差押えと相殺について、中井ほか・前掲注４）参照。

件具備前に生じたものの、引渡しという要素は対抗要件具備後に生じている。改正法469条２項１号の「前の原因」の解釈について、個別契約と具体的な発生原因のいずれを基準にすべきかという問題がある。反対債権の発生原因として個別契約があるだけで十分であるとすれば、対抗要件具備前に個別契約が締結されているから、「前の原因」が存在しているといえる。これに対して、反対債権が契約に適合しない目的物の引渡しがあって初めて発生するとすれば、目的物の引渡しが対抗要件具備後にあるから、「前の原因」が存在していないといえる。後者のように、「前の原因」を限定的に解釈すると、債務者に対する保護は十分ではない。もっとも、ＢはＡに対して瑕疵のない商品の引渡しを求める権利を有しているので、売買代金が支払われていない場合は、Ｂは売買契約不適合に基づく損害賠償請求権を自働債権として売買代金債権と相殺することができる[30]。この場合、「前の原因」を限定したとしても、Ｂは別の手段（相殺など）により保護される。しかし、Ｂが瑕疵に気付かないうちに売買代金を支払った場合に、売買代金債権が弁済により消滅し、Ｂは損害賠償請求権または代金減額請求権だけを主張できることになる。したがって、この場合、「前の原因」を限定することにより債務者が不利益を被る。債務者を保護するため、少なくとも売買代金額の範囲で相殺を優先させるという考え方もあり得る。また、ケース②において契約不適合に基づく代金減額請求権が想定されているなら、それでいいけれど、債務者の反対債権は拡大損害であった場合に、②と同様に処理するかどうかという問題が出てくるかもしれない。結論は「前の原因」の解釈によって決まるのではなく、そもそも債務者に相殺を認めるべきかという判断による。

③対抗要件具備前に基本契約の締結しかなく、対抗要件具備後に個別契約を締結し、売買の目的物を引渡した場合に、Ｂは、代金減額請求権ないし損害賠償請求権と貸金債権とを相殺できるか（基本契約→対抗要件具備→個別契約→引渡し）。

ケース③においては、基本契約という要素だけが対抗要件具備前に生じた。改正法469条２項１号の「前の原因」の解釈について、個別契約と基本契約のいずれを基準にすべきかという問題もある。学説では、基本

[30] 中井ほか・前掲注４）14頁〔縣俊介発言〕。

契約のみの場合には債務者は原則として譲受人に相殺を主張することができないと解されている[31]。しかし、基本契約に一定品質の材料や部品を供給する旨の条項が盛り込まれている場合には、例外的に基本契約を「前の原因」とする学説もある[32]。基本契約の内容によって結論が異なり得るわけである。このように議論のあることから、「基本契約の内容」[33]について検討する必要がある。それでも、相殺が認められない場合がでてくることがあり得る。Ｂは相殺の利益を確保したいのであれば、貸金債権に対して譲渡制限特約をつけるべきである。このように考えると、ケース③でも相殺ができるようになる。つまり、貸金債権に譲渡制限特約を付けておくと、個別契約の締結が対抗要件具備後であったとしても相殺もできる。

２　反対債権の発生原因が対抗要件具備後に発生した場合

以下では、反対債権の発生原因が対抗要件具備後に発生した場合を、反対債権が譲渡された債権と密接に関係する場合（〔事例２〕）と、反対債権が譲渡された債権と密接に関係しない場合（〔事例３〕）とに分けて譲渡制限特約の存在意義を確認する。

> 〔事例２〕売主Ａと買主Ｂは、ある機械の売買契約を締結した。ＡはＢに対する売買代金債権を第三者Ｃに譲渡し、債務者対抗要件を備えた。その後、別の契約で、Ａはその設備の保守点検を約定した。ＢはＡの役務提供契約違反により損害賠償請求権を取得した。債務者Ｂは対抗要件具備後の原因に基づく反対債権による相殺をもって譲受人Ｃに対抗することができるかが問題となる。[34]

この事例において、ヨーロッパ契約法原則によれば機械売買契約が保守点検契約の前提であるから、それらの間に牽連関係は認められるとし

---

[31] 中井ほか・前掲注４）〔木村真也・赫高規・縣俊介・古里健治・石田剛発言〕。

[32] 中井ほか・前掲注４）14頁〔古里健治発言〕。

[33] 例えば、個別契約の締結が義務付けられているのか。

[34] ヨーロッパ契約法原則の解説では、挙げられている典型例をアレンジしたものである。オーレ・ランドーほか編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008年）87頁参照。

ている（同じ契約でなくともよいとしている点で、改正法469条２項２号より広い）。改正法469条２項２号は債権譲渡との関係で両債権の牽連性を理由として相殺を認める考え方を採用したが、両債権が同じ契約に基づくものは要求されている[35]。また、同条２項２号は将来債権譲渡のみを想定している。〔事例２〕では、Ｂの反対債権の発生原因は、対抗要件具備後に発生した。また、反対債権の発生原因と譲渡された債権の発生原因が異なる契約である。それゆえに、改正法469条２項２号によっても、債務者Ｂは相殺できない。

反対債権が対抗要件具備後の原因に基づくものであっても譲渡された債権と密接に関係する場合には、債務者に相殺が認められるべきかが問題となる。同じ論点について海外に目を向けると、反対債権が譲渡された債権と密接に関係する場合には、債務者は相殺をもって譲受人に対抗することができるという考え方は国際的に有力になりつつあるという[36]。例えば、ヨーロッパ契約法原則において、債務者は、譲渡された債権と密接に関係する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる（11:307条２項２号）。また、国連国際債権譲渡条約においては、債務者は、譲受人に対して原因契約または同一の取引の一部である他の契約から生ずる相殺の権利を主張することができる。さらに、フランス法においては、牽連する負債間の相殺は、負債に内在する抗弁として特別に規定されている（フランス民法1324条２項）[37]。

なお、日本債権法改正の過程で、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、相殺の抗弁を広く認めるとの提案があった[38]。具体的には、対抗要件具備時に債権の発生原因が存在していない場合でも、譲渡された債権と関連して一体的に決済されることを予定された取引があり、対

---

[35] ただし、既にみたように、同じ契約という概念を拡張する試みもすでにされている。

[36] 中田裕康『債権総論（第３版）』（岩波書店、2013年）416頁。

[37] 荻野奈緒ほか訳「フランス債務法改正オルドナンス（2016年２月10日オルドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻１号（2017年）313頁。ピェール・クロック（斎藤由紀訳）「フランス法における債務法改正後の債権譲渡」ノモス39号（2016年）３頁。

[38] 部会資料37・52頁。

抗要件具備後に取得した反対債権がその取引から生ずるものであったときは、債務者は相殺をすることができるというものである。これは譲渡制限特約の第三者効と相殺との相互互換性を例証するものともいえる。

この提案によれば、〔事例２〕でも、債務者には一定の場合に相殺が認められうる。しかし、最終的には、この提案が採用されなかった。近時、牽連性の観点から「債権間の牽連性の考え方は原因未締結の将来債権譲渡の場合に限定されるものではなく、それ以外の場合にも及ぶものと解することができる」と述べたものがある[39]。また、改正法469条２項１号は牽連関係のない債権債務を想定して、牽連関係のある債権債務については、明文の規定を待つまでもなく相殺できると解する余地もありうる[40]。以上のように相殺として処理する方策が考えられるが、日本改正法の構造に照らして無理な場合があれば、譲渡制限特約に第三者効を認めることにも合理性がある場合があることになる。

〔事例３〕売主Ａと買主Ｂは、ある機械の売買契約を締結した。ＡはＢに対する売買代金債権を第三者Ｃに譲渡し、債務者対抗要件を備えた。その後、別の契約で、Ｂはある物の使用及び収益をＡにさせることを約定した。Ｂは賃貸借契約に基づいて賃料債権を取得した。債務者Ｂは対抗要件具備後の原因に基づく賃料債権による相殺をもって譲受人Ｃに対抗することができるかが問題となる。

上述の〔事例２〕と異なって、〔事例３〕においては、賃料債権と売買代金債権の間に何らの牽連関係がない。牽連性の観点を持ち出しても、債務者Ｂに相殺が認められない。

ところで、ＢはＡと売買契約を締結したときに、将来、Ａと別の契約を締結する可能性があることを想定したうえ、当該売買契約から発生する代金債権に譲渡制限特約を付けた場合はどうか。譲受人Ｃが譲渡制限

[39] 山岡航「契約上の地位の移転と相殺の抗弁」同志社法学67巻１号（2015年）243頁。

[40] 差押えと相殺について、「511条は客観的牽連関係のない場合を念頭に規定されている」と述べたものがある。野村豊弘ほか「債権法改正と実務上の課題――相殺」ジュリスト1520号（2018年）85頁〔中井康之発言〕。

特約につき悪意または重過失であるときは、債務者Ｂは特約をもって譲受人Ｃに対抗することができるだろう。

債務者が債権譲渡により不利益を被るのは、譲渡を認めることの必然的な帰結であるが、法律は債務者の利益を保護するために債務者に最低限の保護を与えている（限界をどう引くかは、また別の問題である）。具体的にいえば、債務者が自助努力をしなくても、改正法469条にいう「相殺の要件」を満たすと、法律は債務者による相殺を認める。しかし、それ以上に、債務者は自らの利益（相殺の利益）を確保したいのであれば、譲渡制限特約を締結すべきである。結局、譲渡制限特約を締結した債務者にそもそも相殺の利益を与えるべきか否かが問題とされるべきであろう。

第２項　将来債権が譲渡されその対抗要件具備後に反対債権が発生する場合

改正法では、債務者が対抗要件具備後に取得した債権であっても、それが譲渡された債権と「同一の契約」から発生する債権であれば、相殺可能とされている（改正法469条２項２号）。債務者の譲渡人に対する反対債権の発生原因が「同一の契約」といえるかどうかが問題となる。以下では、具体例を参考に「同一の契約」の意義と判断基準を検討した上で、譲渡制限特約の機能する場面を確認しよう。

〔事例４〕売主Ａが買主Ｂに対して将来有することになるある商品の売買代金債権（将来発生するかもしれない債権）を、第三者Ｃに譲渡してＢに通知した[41]。その後、個別売買契約を締結した上で、Ａが商品をＢに引渡したところ、契約に適合しない瑕疵があり、ＢはＡに対して損害賠償請求権を取得した。債務者Ｂは対抗要件具備後の原因（個別契約の締結）に基づく代金減額請求権ないし損害賠償請求権による相殺をもって譲受人Ｃに対抗することができるかが問題となる。[42]

[41] なお、ＡＢ間で基本契約があるものとする。以下、同様。

[42] シンポジウム「相殺をめぐる民法改正と倒産手続――差押え・債権譲渡と相殺に関連して」で挙げられる事例をアレンジしたものである。中井ほか・前掲注４）参照。

この事例において、債務者Ｂの代金減額請求権ないし損害賠償請求権の発生原因が対抗要件具備後に発生したため、改正法469条２項１号によって相殺をすることができない。しかし、469条２項２号によれば、債務者に相殺が認められる。相殺の範囲を拡張した意義は、この点にある。

〔事例５〕売主Ａが買主Ｂに対して将来有することになるある機械の売買代金債権（将来発生するかもしれない債権）を第三者Ｃに譲渡してＢに通知した。その後、個別売買契約を締結した。別の契約で、Ａはその設備の保守点検を約定した。ＢはＡの役務提供契約違反により損害賠償請求権(代金減額請求権ではない)を取得した。Ｂが損害賠償請求権を自働債権として売買代金債権と相殺できるか。[43]

上述の〔事例４〕と異なって、損害賠償請求権の発生原因が売買代金債権の発生原因と「同一の契約」ではないので、直ちに改正法469条２項２号により債務者に相殺を認められるといえないことになる。反対債権の発生原因と譲渡された債権の発生原因が異なる契約であっても譲渡された債権と密接に関係する場合には、債務者に相殺が認められるべきか否かが問題となる。この場合は、〔事例２〕における「反対債権が対抗要件具備後の原因に基づくものであっても譲渡された債権と密接に関係する場合、債務者に相殺が認められるべきか否かがという問題」と類似した状況になる。すなわち、反対債権が譲渡された債権と密接に関係する場合でも、解釈によって相殺は認められず、債務者が保護されないことになる。ただし、〔事例２〕と〔事例５〕との利益状況は必ずしも同じではない。〔事例２〕において、債務者が相殺によって保護されなくても、売買契約を締結する際に譲渡制限特約を結ぶことによって保護される。これに対して、〔事例５〕においては、債務者が個別売買契約に譲渡制限特約を付けたとしても、改正法466条の６第３項があるため、特約をもって譲受人に対抗することができない。「譲渡された債権と密接に関

[43] ヨーロッパ契約法原則の解説では、挙げられている典型例をアレンジしたものである。オーレ・ランドーほか・前掲注34）87頁参照。

係する債権による相殺の保護」という抽象的な命題をどのように具体化していくのか、今後に残された問題といえる。

〔事例６〕売主Ａが買主Ｂに対して将来有することになるある商品の売買代金債権（将来発生するかもしれない債権）を第三者Ｃに譲渡してＢに通知した。その後に、個別売買契約を締結した。さらにその後に、別の契約で、Ｂはある物の使用及び収益をＡにさせることを約定した。Ｂは賃貸借契約に基づいて賃料債権を取得した。Ｂは賃料債権を自働債権として譲渡された売買代金債権と相殺できるか。

上述の〔事例５〕と異なって、〔事例６〕においては、賃料債権と売買代金債権の間に何らの牽連関係がない。牽連性の観点を持ち出しても、債務者Ｂに相殺は認められない。

ところで、ＢはＡと個別売買契約を締結したときに、将来、Ａと別の契約を締結する可能性があることを想定したうえ、当該売買契約に譲渡制限特約を付けた場合はどうか。改正法466条の６第３項の反対解釈によれば、対抗要件具備後に譲渡制限特約が付されたときは、譲受人の主観態様の如何を問わず、債務者は特約を譲受人に対抗することができなくなる。既発生債権の譲渡の場合と異なって、原因契約未締結の将来債権譲渡の場合には、債務者は譲渡制限特約によって相殺可能な領域を創出することができない。

なお、債務者は、かかる事態に備えて基本契約に譲渡制限特約を記載した場合はどうか[44]。もし債務者はそれを悪意または重過失である譲受人に対抗することができるのであれば、かかる事態に備えた譲渡制限特約に独自の存在意義があることになる。

[44] 改正法466条の６第３項にいう「譲渡制限の意思表示がなされた」について、基本契約の時点で将来発生する個別債権について包括的・抽象的な弁済先を固定する特約を締結することも認められてよいとする考え方がある。石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、2013年）141頁参照。

第３項　小括

譲渡制限特約と相殺はいずれも債務者の利益を保護する制度であるから、相殺により債務者が十分に保護されるなら、自由に債権譲渡を認めてもよい。少なくとも譲渡制限特約に第三者効を認める必要性がない。しかし、相殺としての処理が、無理な場合があるのであれば、譲渡制限特約の第三者効を認めることに合理性がある場合があることになる。譲渡制限特約の効力を考察するために、特約と相殺との相関関係を解明しなければならない、との理解に至った。譲渡制限特約と相殺との相関関係を議論しない限り、特約の第三者効に対して肯定的評価または否定的評価を下すことには躊躇を禁じ得ない。本研究は、従前、譲渡制限特約との関連があまり意識されていなかった相殺に着目して両制度の相関関係を解明することを目的としている。

第５款　譲渡制限特約の類型化

米倉教授は、『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（1976年）では特約の当事者が譲渡制限特約を通じて追求している具体的利益に焦点を合わせ、特約効力制限論を展開した。その後、「債権譲渡禁止特約に関する再検討」（2006年）で自身の特約効力制限論を諦め、物権的効力説を採るという前提のもとで、その代案として改めて類型化を試みた。この一連の類型の作業が一試案に過ぎず、今後残されている課題が多い。

法制審議会民法（債権関係）部会で、債権の流動化の確保が特に要請される一定の類型の債権につき、譲渡制限特約を常に対抗できないこととすべきであるという考え方が表明された[45]。譲渡制限特約の効力について、様々な意見が出された[46]。①一定の取引類型の債権については、特約の第三者に対する効力を肯定すべきである。②一定の目的の債権譲渡については、特約の第三者に対する効力を否定すべきである。

①について、具体的に以下のような指摘をするものがあった。
　a　預金債権に限って、特約の効力を認めるべきであるという意

[45] 部会資料９-２・５頁。

[46] 部会参考資料５-２・８-10頁〔譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告（ABL協会）〕。

見。

b　債権の種類（金銭消費貸借契約、売買契約、請負契約など）を特定して、原則として特約の効力を認めないこととすべきであるという意見。

c　事業者間の取引について特則をおくべきであるという意見。

②について、具体的に以下のような指摘をするものがあった。

d　譲受人が銀行又はそのSPC（特定目的会社）で、譲渡人の資金調達に資する場合には、特約の認めないようにすべきであるという意見。

e　売掛代金債権を資金調達目的で譲渡するなどの一定の場合には、譲受人の善意・悪意にかかわらず、特約の第三者及び債務者に対する効力を認めないとする意見。

債権の種類又は債権譲渡の目的に応じて類型的に譲渡制限特約の効力を規律すべきであるという発想は、示唆に富む（共通参照枠草案にも同じ発想が見受けられる）。しかし、この発想は、具体的な提案が示されてないことを理由として、結局、日を見なかった。譲渡制限特約の効力を考察するためには、その債権の発生原因などとの相関関係において問題を把握しなければならない、との理解に至った。

本研究は、譲渡制限特約の趣旨・目的、またそれが用いられる具体的な事案類型ごとに、その効力を判定しようとする。譲渡制限特約の類型化を図る際に、売買契約、請負契約、預金契約（消費寄託）といった契約類型は、もちろん、必要だが、同じ売買契約でも、一回的取引なのか継続的取引なのかという状況に応じた分類も必要なのではないかと考える。

第３節　本稿の視角と構成

第１款　本稿の視角

以上の課題を達成するため、本稿では次のような視角を設定する。

第１に、本稿では、法現状を紹介するだけでなく、沿革的考察も行う。日本民法改正法においては譲渡制限特約の効力につき、抜本的な見直し

がされている。改正法の規律を正確に理解するには、沿革的な考察が不可欠だからである。

第２に、本稿では、日本法だけでなく、比較法的考察も行う。現在では、ドイツ、フランス、中国をはじめ多くの国の民法は、譲渡制限特約に関する規定を有しており、その効力が国によって異なる。また、国際ファクタリング条約、国連国際債権譲渡条約、ヨーロッパ契約法原則、共通参照枠草案においても、譲渡制限特約に関する条文が設けられている。諸外国の法状況を把握し、その多様性の中で日本法を位置づけ、省察することは、譲渡制限特約に込められている意味を検討した上で有用だからである。

第３に、本稿では、類型的考察も行う。譲渡制限特約がどんな事案類型に如何なる事情から利用されているかという角度である。立法者は一定の事案類型を想定して条文を作っており、この条文をすべての事案類型に妥当する一般論を立てるのはおかしくなる。具体的な事案類型ごとに、譲渡制限特約に込められている意味などを考慮に入れて、譲渡制限特約の効力論を組み立てる必要が出ってくる。

第２款　本稿の構成

本稿は、日本法における譲渡制限特約の効力を扱うものであるから、その議論の出発点として、従来の議論を参照しておく必要がある。そこで、本稿は、日本における議論の現状と問題点（第１章）、日本における民法改正の経緯と議論（その１）（第２章）、日本における民法改正の経緯と議論（その２）（第３章）、日本改正法における債権譲渡制限特約の全体像の分析（第４章）、債権譲渡制限特約に関する諸外国のルール（第５章）、債権譲渡制限特約効力論の再構成（第６章）で構成することとする。

第１章は、日本法における譲渡制限特約の議論の経緯や状況を要約したものである。そして、これまでの議論に向かって次のような問題を提起する。第１は、譲渡制限特約がそもそも債務者の利益を保護するための手段であるのに、学説の多くは譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定していない、という問題であり、これは相対的無効説を承継するものである。第２は、譲渡制限特約に密接な関係を有する関連制度（相殺など）

について、十分な検討が行われていない、という問題である。つまり、譲渡制限特約の保護目的を探り、それが利用される状況を類型化した上で、ふさわしい効力を究明するのである。

第２章では、改正法466条２－３項、466条４項及び466条の３、466条の２、466の６第３項の改正過程を考察する。改正法は、債務者の利益を保護するために、譲渡制限特約の効力について２つの法律構成を採用している。その１は、「譲渡有効＋債権譲渡人への弁済有効」（改正法466条３項）構成である。その２は、「譲渡無効」構成（改正法466条の５）である。改正法466条３項があれば、銀行である債務者は十分に保護されるはずなのに、何故重ねて466条の５があるのか。466条３項だけでは、債務者は十分に保護されないのはどんな場合であるのか。これらの点について、民法改正の過程において、どのようなことを想定し、それに対してどのような解決を与えようとしていたのか。そして、譲渡制限特約が、他の関連制度とも密接に関連しており、相殺に関する民法改正が譲渡制限特約の効力にどう影響したのか。これらの問題は、本稿のテーマに関連して第２章で考察される。

第３章では、改正法466条の５の立法過程を考察する。改正法466条の５に関しては、２つの問題がある。第１の問題は、誰がこの無効を主張できるかである。また、第２の問題は、銀行との関係では、銀行は改正法466条３項によって保護されるはずなのに、預金債権の譲渡を無効としないと、保護されない利益とは何かという問題である。

第４章では、改正法における譲渡制限特約の全体像を分析する。改正前法のもとでは、譲渡制限特約の機能について、相殺利益の確保、過誤弁済危険の防止、事務手続煩雑化の回避などが挙げられてきた。これらの利益は、改正法のもとでは保護に値する利益とはいえるのか。また、改正法のもとではどのような形で保護されているのか。第４章ではこれらを確認することにする。

第５章では、債権譲渡制限特約に関する諸外国のルールを考察する。世界的に見れば、譲渡制限特約の第三者効を完全に認める立法例が見られる一方、譲渡制限特約そのものを否定する立法例も存在している。譲渡制限特約の効力の国際的趨勢を析出するには、複数の国の立法例を取り上げるのが適当と考え、外国法として中国契約法、アメリカ統一商事

法典、国際ファクタリング条約、ヨーロッパ契約法原則、ユニドロワ国際商事契約原則､共通参照枠草案等を考察対象とする。債務者の保護(特に相殺の利益保護）という問題がそれぞれの国においてどのような形で論じられているかを検討する。ここでは、立法例によっては譲渡制限特約に込められている意味が異なっていることを確認し、譲渡制限特約と関連制度との相関関係を解明する。

第６章では、沿革的考察と比較法的考察から得られた示唆を基礎として、譲渡制限特約の効力論が再構成される。具体的には、譲渡制限特約の効力が争われた裁判例を分析し、いくつかの場合を分ける。そして、それぞれの事案においてどんな利益が争われて訴訟になっていたのかを検討し、譲渡制限特約の機能に相応しい効力論を立てる。

第１章　日本における議論の現状と問題点

第１節　伝統的な枠組み

第１款　物権的効力説

第１項　岡松説

改正前法466条２項本文の説明理論として、物権的効力説が民法典制定直後から唱えられている[1]。岡松参太郎の「譲渡スルコトヲ得ル債権と譲渡スルコトヲ得サル債権」(1902年)[2]は、物権的効力の嚆矢と言われている[3]。岡松は、その論文でヴィントシャイト（Windscheid）の文献を引用しており[4]、ドイツ法の影響を受けて日本に「物権的効力説」を紹介したと見られる。岡松以降、日本法における譲渡制限特約に関する議論はドイツ法の議論に大きな影響を受けて発展していく。ここでは、岡松による譲渡制限特約の説明を確認する。

岡松は、譲渡制限特約の効力において次の３つのモデルを紹介した。すなわち、①当事者間においてもこれを無効とするか、②当事者間においては有効であるが、第三者に対しては無効となるとするか、③第三者に対しても有効となるとするか、である[5]。日本法は、③のモデルを採ったものと位置づけられている。具体的には、「譲渡ノ禁止ハ啻に債権者二譲渡ス可ラサルノ債務ヲ生スルニ止マラス之ニ反スル譲渡ヲ無効トス則絶対的効力ヲ生ス……」[6]としている。ここには、現在一般的に用いられている「物権的効力」の用語ではなく、「絶対的効力」という用語が使

---

[1] 池田清治「債権の流動化と譲渡禁止特約の効力」北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センター年次報告書２号（2002年）71頁。

[2] 岡松参太郎「譲渡スルコトヲ得ル債権と譲渡スルコトヲ得サル債権」法学新報12巻11-12号（1902年）。

[3] 池田清治「民法理論の構造と展開に関する実証的研究――パラダイム転換論の異議・役割・限界」(科研報告書、2003年）17頁。

[4] 岡松参太郎「譲渡スルコトヲ得ル債権と譲渡スルコトヲ得サル債権」法学新報12巻12号（1902年）22頁。

[5] 岡松・前掲注４）22頁。

[6] 岡松・前掲注４）23頁。

われた。何れかの用語が正しいかを評価する能力はないが、実質的には同じ意味を表しているのではないか。

そして、岡松は、譲渡制限特約の第三者効の根拠を契約自由の原則と特約の利用実態に求めた。すなわち、①「債権ノ内容、効力ハ之ヲ作ル当事者ノ自由ナリ従て初ヨリ譲渡スコトヲを得サル債権ヲ作ル能ハサルノ理ナク」、②「現ニ実際多クノ場合ニ債権ノ譲渡ス可ラサルコトヲ契約ス」。[7]そうしたところ、譲渡制限特約が第三者に対して無効となることにおいては不便が甚だしい。①は、譲渡制限特約の締結を契約自由の問題としている。債権の内容に関して当事者は自由にこれを定めることを得るが故に、その内容の制限として債権を原債権者と結合しこれを離してはいけないものをすることを得ざるべからず。[8]換言すれば、債務者は譲渡制限特約によって弁済先を元々の債権者に固定することができる。②については、「保険金の債権、汽車の往復切符、定期乗車券等」が挙げられていたが、これらの事案類型において、債務者は譲渡制限特約によりどのような利益を目指しているのかということについて議論されなかった。

なお、債務者は譲渡制限特約をもって善意の第三者に対抗することができない（改正前法466条２項但書）。その趣旨について、岡松は、「譲渡禁止ノ意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス是債権者債務者共謀シテ第三者ヲ害スルコトヲ防カントスルノ主旨ニ出ツ」としている。[9]このようにして、「絶対的効力説＋善意者保護」という構図は、改正前法466条２項の説明理論として日本法に導入された。

第２項　我妻説

我妻の「譲渡禁止特約ある債権の差押」（1932年）は、譲渡制限特約がこれに反してなされた譲渡を――善意の第三者に対抗することができないという制限の下に――無効させるという点[10]で、岡松論文とは共通し

---

[7] 岡松・前掲注４）22頁。

[8] 石坂音四郎『日本民法第３編　債権総論（中巻）』（有斐閣、1924年）1206頁。

[9] 岡松・前掲注４）22頁。

[10] 我妻栄「譲渡禁止特約ある債権の差押」法学志林43巻７号（1932年）52頁。

ている。この考え方は、譲渡制限特約の効力に関する当時の通説であった。しかし、譲渡制限特約の第三者効について、両説の説明は必ずしも同じではない[11]。以下、我妻による譲渡制限特約の説明を確認する。

我妻の見解で注意しておく必要があるのは、我妻が現代における債権の「財産化的傾向」を助長すべきとする立場から物権的効力説に反する解釈を主張する場合が少なくないとする点[12]である。場合によって譲渡制限特約の第三者効を認めるべきあり、また、場合によってはその第三者効を否定すべきである、という問題意識は既に学説には生まれた。財産の絶対的自由から生じた「物権的効力なき」という結論は、現代社会において特殊の債権についてその絶対的財産性の尊重を強調する場合に採る理論を暗示することになるが、債権はなお特定の個人間の個々の特殊の利益に基づく場合の少なくないことも否定し得ないと考える[13]。換言すれば、全ての債権について無条件にその流通性を認めることは行き過ぎである。ただし、具体的に如何なる場合に譲渡制限特約の第三者効を肯定、否定するかについて議論がなされなかった。場合分けの基準をどこに求めるべきかという問題が残された。譲渡制限特約の効果一般論ではなく、場合分けの立場を発展、承継すべきであろう。

第２款　債権的効力説

譲渡制限特約付債権が譲渡された場合に、債務者が悪意の第三者に対して何を主張することができるか。債権的効力説の論者は、この点について一致していない。単に「悪意の抗弁」と述べたものがあり、「譲渡無効ないし悪意の抗弁」とするものが見られる。以下、債権的効力説の導入と展開過程を概観し、その問題点を確認する。

---

[11] 我妻栄は、譲渡制限特約の第三者効の根拠を改正前法466条２項の文理と特約によって目指されている債務者の正当的な利益に求めた。「正当的な利益」とは何かについて展開されなかった。我妻・前掲注10）53頁参照。

[12] 我妻・前掲注10）53頁。

[13] 我妻・前掲注10）48-53頁。

第１項　杉之原説

債権的効力説の嚆矢としては、杉之原舜一の「譲渡禁止特約ある債権に対する転付命令の効力」（1925年）[14]が挙げられる。杉之原以前、学説はほとんど例外なく物権的効力説を採る。

杉之原は、改正前法466条２項本文を「契約の自由の原則より生ずる当然の規定」と位置づけ、同条２項但し書きを「債務者に第三者に対する悪意の抗弁権を認めたもの」と解釈する。そうだとすれば、「466条２項本文に所謂『前項の規定は当事者が反対の意思を表示したる場合には之を適用せず』とは、当事者が債権譲渡禁止特約を締結したるときは債権者は任意に之を移転し得ざる旨を認めたるに過ぎない」はずである。ただ、債務者が「悪意の抗弁」をもって悪意の譲受人に対抗することができる。しかし、債務者が「悪意の抗弁権」により具体的に何を悪意の譲受人に言えるかは不明である[15]。債務者がこれにより悪意の第三者に対して「譲渡無効」を言えるか、それとも単なる「弁済拒絶効」[16]を言えるかは、疑問の余地がある問題である。

杉之原は、債権的効力説に賛同する理由を、①「経済事情の変遷に伴う債権の財産化的傾向」と②「物権的効力説を採る結果として生ずる諸種の弊害」に求めた。そのため、債権に対して一律的な譲渡性を認めるべきであると説く。本稿は、特に債権的効力説に反対するものではないが、上の２点が説得的か否かは疑問である。

---

[14] 杉之原舜一「譲渡禁止特約ある債権に対する転付命令の効力――民法第494条後段の所謂『弁済者ノ過失ナクシテ債権者ヲ確知スルコト能ハザル』場合」『判例民事法大正14年度』（有斐閣、1932年）155頁。

[15] 債権的効力説ついて、単に「悪意の抗弁」と述べたものとしては、前田達明『口述　債権総論（第２版）』（成文堂、1990年）400頁、石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、2013年）２頁、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）390頁、赫高規「改正債権譲渡禁止特約法制についての４つのありがち誤解」事業再生研究機構編『債権譲渡法制に関する民法改正と事業再生』（商事法務、2017年）166頁などが挙げられる。

[16] 譲渡制限特約を悪意の第三者に対抗することができることの最低限の意味は、この「弁済拒絶効」である。赫高規「債権譲渡禁止特約と債権者法改正」NBL 987号（2012年）15頁参照。

①の理由についてみよう。譲渡制限特約の効力について、改正前法の基本的な枠組みを維持する限り、債権的効力説を採ったとしても、特約の存在が、債権譲渡による資金調達の障害になっているという問題が解消しない。というのは、物権的効力説と債権的効力説のいずれを採っても、悪意の譲受人が保護されないからである[17]。そして、債権の財産化の傾向を理由に、すべての債権についてその譲渡性を認めることは明らかに行き過ぎである[18]。

②についてみよう。この弊害の一の現れとしては、大津地方裁判所明治38年判決及び東京控訴院大正２年判決が取り上げられた[19]。前者は、債権者がその債権を第三者（譲渡制限特約につき善意である）に譲渡した後に、当該債権の譲渡をしてはいけないことを知了しその譲渡行為を取消して債務者に弁済を請求した事案である。判決は、債権者が第三者に対する譲渡は債務者に対し有効となることを理由に、債権者に非ざる者の履行請求を認めなかった。若し本件において債権者が債務者に対する譲渡の取消通知をもって、債務者に対する債権を回復するものとし、本件の金額を請求することができるとすれば、債務者は改正前法466条２項に規定された如く善意の譲受人に対して譲渡制限特約をもって対抗することができなくなっており、二重の弁済を為さざるべからざる如き不当の結果を生ずるに至る[20]。しかし、譲渡制限特約に反して債権を譲渡した債権者が、特約の存在を理由に、譲渡の無効を主張することができるかどうかは問題である。本件において、債権者の無効主張を否定すれば、何らかの弊害が生じないはずである。

後者は、譲受人が譲渡制限特約につき悪意であった場合に、債務者である銀行が預金債権の譲渡を承諾したことを理由に債権譲渡を有効としたものである。このことは、譲渡制限特約が債務者の利益を保護するた

---

[17] その当時、両説の相異について議論されなかった可能性もある。

[18] 我妻・前掲注10）53頁。

[19] 大津地方裁判所明治38年（判決月日不明）法律新聞313号９頁。東京控訴院大正２年12月14日法律新聞919号25頁。杉之原は、２つの判決を債権的効力説と採って物権的効力説を排斥しているものとする。これに対して、我妻の批判が強い。詳しくは、我妻・前掲注10）54頁参照。

[20] 大津地方裁判所明治38年（判決月日不明）法律新聞313号９頁参照。

めに付されるものであるから、当然に導かれるところである[21]。ここでは、譲渡制限特約の効力について、物権的効力説を採ったとしても、何らかの弊害が生じないはずである。もし弊害というならば、債務者が債権譲渡について承諾したときは、第三者の権利を害することができるかどうかという問題が発生するかもしれない。しかし、債権的効力説を採ったとしても、同じ問題が出てくる。すなわち、債務者が悪意の譲受人に対して「悪意の抗弁」を主張しなかったときは、債務者以外の第三者が「悪意の抗弁」を援用することができるかどうかというものである。譲渡制限特約が一体だれの利益を保護すべきかが終局の問題となる。

第２項　近藤＝柚木説

近藤＝柚木説は、譲渡制限特約自体を「単に当事者間に譲渡し得ざる不作為債務関係を発生せしむるに止り、ただこの事実を知れる第三者に対しては、所謂悪意の抗弁により、その譲受行為の無効を主張し得るに過ぎざるもの」と解する[22]。この学説も、債権的効力説として位置付けられる[23]。第三者が譲渡制限特約について悪意であった場合に、債務者は、「悪意の抗弁」を主張することができるという点では、杉之原説も近藤＝柚木説も一致している。ただ、杉之原説は単に「悪意の抗弁権」と述べるのに対して、近藤＝柚木説は、「悪意の抗弁により、その譲受行為の無効を主張し得る」とする。さらに、債権的効力説を「債務者は、悪意の譲受人に対して譲渡無効ないし悪意の抗弁をなしうる」ものと把握するものが見られる[24]。従来、「無効主張」と「悪意の抗弁」をどれだけ違うものとして理解してきたかは疑問である[25]。

そして、債権的効力説のもとでは、次のような考え方もあり得る[26]。

---

[21] 部会資料37・11頁。

[22] 近藤英吉＝柚木馨『注釈日本民法（債権総則）（中巻）』（厳松堂書店、1934年）346頁。

[23] 西村信雄編『注釈民法（11）債権（２）』（有斐閣、1965年）365頁〔植林弘執筆〕。

[24] 西村・前掲注23）365頁。池田真朗『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、2001年）319頁。

[25] 池田（清）・前掲注３）15頁。

[26] 詳しくは、米倉明「債権譲渡禁止特約に関する再検討」法学研究（愛知大学）

すなわち、債務者が抗弁を提出したとしても、悪意の第三者が債権を取得したことに変わりはなく、ただ支払いを拒絶されるだけである。この考え方によれば、債務者が悪意の第三者からの履行請求に対して譲渡制限特約をもって「譲渡無効」を主張できず、履行を拒絶することしかできない。この発想は、改正法466条３項と酷似する。しかしながら、債務者の抗弁をめぐって、「譲渡無効」構成に目が向けられたが、「履行拒絶」構成は念頭に置かれていなかった。この２つの構成が、いったいどのように違うのか。「譲渡無効」構成では、債権譲渡が無効となる以上、無効を主張できる者の範囲が議論する余地がある。これに対して、「履行拒絶」構成では、債務者だけが履行拒絶効を主張することができる。そうだとすれば、譲渡制限特約により、もっぱら債務者だけが保護される。確かにそのように考えるならば、「譲渡無効」構成と「履行拒絶」構成とでは違いが出てくる。

近藤＝柚木説は、譲渡制限特約を「債務者の利益のためになさるるもの」とする一方、悪意の第三者への譲渡に対する承諾前に、当該債権が譲渡人の債権者によって差押えられた場合には、「その差押の効力は、債務者の承諾によって何等の影響を受けない」と解する。この学説は、差押債権者が譲渡の無効を主張することができることを前提としたものが見ることができる。これを前提とすると、債権的効力説を、悪意の第三者に対して履行拒絶を主張し得るものと位置付ける余地がないはずである。この隠れた前提がある故に、「履行拒絶」構成の発想が、学説には生まれないと推測される。

なお、今回の民法改正は、改正前法の基本的な枠組みを維持しながら、譲渡制限特約がもっぱら債務者の利益を保護するためのものであるという考えた方を貫徹して、「履行拒絶」構成を採っている（改正法466条２

47巻第２号（2006年）20-23頁参照。野澤正充教授は、債権的効力説を「譲渡制限特約に反しても債権譲渡そのものは有効であるが、債務者が悪意の譲受人に対して悪意の抗弁権を有し、弁済を拒絶することができる」ものを把握する。同『債権総論（第２版）』（日本評論社、2017年）219頁参照。しかし、債務者は、悪意の抗弁により、弁済を拒絶し得るに過ぎないのか、それとも譲渡無効をも主張し得るのかは、不明である。

－３項）。つまり、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、債務者は、当該特約をもって悪意又は重過失の譲受人に対抗することができる（改正法466条２項）。その限りでは、改正法も債権的効力説も一致している。ただ、改正法は、「悪意の抗弁」を「債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる」ものと捉える。改正法を債権的効力説に立つものと解するものが見られる[27]。ただし、改正前法のもとでは、管見の及ぶ限り、「悪意の抗弁」を「履行拒絶」構成に限定することすらなかった。他方で、「改正法の立場は伝統的な債権的効力説の洗練・進化させた新・債権的効力説だ」と説明するものも見られる[28]。いずれにせよ、「悪意の抗弁」の趣旨ないし構造を議論しない限り、両者の異同を語り得ないように思われる。

第３款　小括

ここまで検討したように、譲渡制限特約の効力に関しては、学説が現在対立している。物権的効力説は、譲渡制限特約が原則として物権的効力を有し、特約に違反する債権譲渡を無効とするが、債務者が善意者に対して譲渡無効を主張できないとするのに対して、債権的効力説は、譲渡制限特約が原則として債権的効力を有するにとどまり、特約に違反する債権譲渡を有効とするが、債務者が悪意者に対して悪意の抗弁を主張できるとする。ただし、善意者が保護されるという点（あるいは悪意者が保護されないという点）では、両説は共通している。

この学説の対立は、ドイツ法に由来すると思われる[29]。しかし、ここで注意しておかなければならないのは、ドイツ法における物権的効力説と債権的効力説は、効果としてまったく異なっているという点である。つまり、物権的効力説のもとで、譲受人の主観態様と無関係に債権譲渡が無効であり、債権的効力説のもとでは、債権譲渡が完全に有効となる。日本改正前法466条２項但し書きを維持しながら、ドイツ法の学説を日

[27] 野澤・前掲注26）220頁。
[28] 赫・前掲注15）169頁。
[29] 我妻・前掲注10）37頁参照。

本法に導入した結局、両説の効果が同じことになる。物権的効力説と債権的効力説という伝統的な枠組みで、譲渡制限特約の効力を議論する意義はどこにあるのかは疑問である。

第２節　近時における議論の展開

近時、譲渡制限特約の効力に対する水準の高い論文が何点か公表されている。日本の議論の到達点を示すために、特に注目される代表的な見解を紹介、それらを批判的検討する。以下の理由から次の３つの見解を取り上げる。米倉説は、本格的に譲渡制限特約に対する機能的分析を行っており、その後の研究に大きな影響を与えているため、池田説は、近時の国際的動向を視野に入れて比較法的検討をしているため、石田説は、ドイツ法を比較対象とし「相対的無効」の視点を提示しているため、である。

第１款　米倉説

米倉教授は、譲渡制限特約の効力を一般的画一的に決定することに反対し、特約の類型化を試みた。具体的には、米倉教授は、『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（1976年）（以下「1976年論文」という）において、譲渡制限特約の当事者が特約を通じて追求している具体的な利益に焦点を合わせ、「特約の効力制限論」を展開した[30]。その後、「債権譲渡禁止特約に関する再検討」（2006年）（以下「2006年論文」という）において、自身の「特約の効力制限論」を諦め、その代案として事案類型化を試みた。

第１項　1976年論文――特約の効力制限論

改正前法466条２項ただし書の反対解釈として、常に悪意の第三者に

[30] 奥田昌道「民法学のあゆみ　米倉明『債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問』」法律時報46巻５号（1974年）127-129頁、高森八四郎「民法のあゆみ　米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効』」法律時報49巻12号（1977年）170-173頁がある。

譲渡制限特約を対抗することができると解釈されている[31]。米倉教授は、これに対して1976年論文において次のような問題を提起する。すなわち、譲渡制限特約は、悪意の第三者の前にも――場合によっては――敗れることがあるのではないか、という疑問である[32]。この根本的な疑問を出発点とし、譲渡制限特約の効力をよりいっそう制限的に解されるべきとして「特約の効力制限論」を展開した。譲渡制限特約の悪意者に対する効力の有無は、場合ごとの利益の比較衡量によって決定されるべきである、というのが「特約の効力制限論」の基本的な主張である。この学説のもとで、譲渡制限特約によって追求されている利益いかんにより、ある場合には特約の効力を悪意者に対して対抗させ、ある場合にはそうではないという処理がされることになる。

その場合分けの基準というのは、譲渡制限特約によって誰の利益、また、いかなる利益が目指されているかということである。以下のように分類される[33]。

１）特約がもっぱら債権者の利益を追求する場合
２）特約がもっぱらないし主として債務者の利益を追求する場合
　ｉ－ａ　事務手続きの煩雑化を防止する特約
　ｉ－ｂ　他の法的手段があるにもかかわらずなされる特約
　①過誤払いの危険回避をはかる特約
　②相殺の利益確保をはかる特約
　ii　弁済期に弁済することを免れることを目指す特約
　iii　当事者の特殊な関係を維持するための特約
３）特約が債権者・債務者双方の利益を追求している場合

最も検討を必要とするのは、２）「特約がもっぱらないし主として債務者の利益を追求する場合」である。その典型例として想定されていた

[31] 物権的効力説を採ろうと、債権的効力説を採ろうと、この結論が変わらない。米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（学陽書房、1976年）19頁参照。
[32] 米倉・前掲注31）３頁。
[33] 米倉・前掲注31）68-103頁。

のは、預金債権である[34]。より具体的に言えば、預金債権うちの定期預金債権を検討対象とする。債務者である銀行の利益として、どのような利益が考えられていたのか。米倉教授は、1976年論文において次の３つの利益を析出した。すなわち、①事務手続煩雑化の回避、②過誤弁済危険の防止、③相殺利益の確保、といったものである。[35]その検討の結果として、銀行の利益はそれと対立する利益（債権者の債権譲渡によって金融を得る利益と譲受人の債権譲渡の確実性という利益）が、悪意者の前に劣後しており、銀行が悪意の第三者に対抗することができないと解する。譲渡制限特約を悪意者に対抗できないとすると、債権譲渡によって預金債権が譲受人に移転することになり、預金債権の帰属に変動が生じ得る。これによって、銀行は、預金口座の名義人が債権者であることを前提に払戻業務を行うことができなくなる。要するに、銀行が預金債権の譲渡を管理する必要が生じる。

ところで、改正法は、一般論として譲渡制限特約に違反する債権譲渡を完全に有効としており、預金債権については、特則が設けられている。すなわち、債務者である銀行は、悪意の第三者に対して譲渡無効を主張できる（466条の５）。改正法のもとでは、銀行との関係で、預金債権が第三者に移転しないことによって、銀行は、預金口座の名義人が債権者であることを前提に払戻しに応ずればよいことになる[36]。そして、銀行は預金債権の譲渡を管理する必要がない。これらの点において、改正法の立場は、「特約の効力制限論」の帰結とまったく異なっている。もし改正法の立場は、妥当であるなら、「特約の効力制限論」には、いくつかの問題が含まれているかもしれない。米倉教授は、1976年論文において如何なる理由で譲渡制限特約の第三者効を否定しようとしているのか。

まず、事務手続煩雑化を防止するための譲渡制限特約から確認する。

---

[34] 米倉教授は1976年論文の79頁で、債務者として銀行を念頭においていることを自認する。その当時、注文者としての公共団体が、請負契約を締結する場合には、工事請負代金債権につき譲渡制限特約が付与されることが多い（114頁参照）。債務者が公共団体であっても、銀行と同様に解されるべきであると説く（79頁参照）。

[35] 米倉・前掲注31）70-80頁。

[36] 部会資料81-３・３頁。

米倉教授は、次の理由から譲渡制限特約の第三者効を否定する。その１は、預金者の資金を預かって他に運用し利潤を得ている銀行は、自分の利益のみを追求するべきではなく、預金者の金融獲得に協力すべきである、ということである。その２は、金融関係の問題処理の専門家ともいうべき銀行が、増加する事務量の消化策を講ず、他の営業部面での経費の節約をはかるなどして対処すべきである、ということである。前者は、その当時、「特約の効力制限論」の理屈になることができるかもしれない。しかし、現在は、総合口座であり、銀行は一定額を融資しなければならない。また、後者については、譲渡の効力を認めておくと、銀行は預金債権の譲渡を管理する必要が生じる。確かに、銀行は相応のコストをかけておけば対応できるようになるかもしれないが、譲渡の管理に手落ちがあれば、不利益を蒙る恐れがある[37]。かかる不利益を議論しない限り、譲渡制限特約の第三者効を否定することには躊躇を禁じ得ない。

次に、過誤払いの危険回避をはかる譲渡制限特約に移ろう。米倉教授は、次の理由から譲渡制限特約の第三者効を否定する。過誤払いの危険を回避するためには、「債権の準占有者への弁済」（改正前法478条）という法的手段がある以上、債務者はその手段に依存すべきであり、譲渡制限特約の効力は制限されるべきである、ということである。[38]確かに受領権限としての外観を有する者に弁済した債務者は、改正前法478条によって保護される可能性があるが、過失のある債務者が保護されない。債務者は、その債権者に「債権譲渡してくれ」と頼んだわけではない。それにもかかわらず、勝手に債権譲渡がなされ、債務者に過失があれば、二重弁済をしなければならない。これは、おかしいではないか。次のような反論があるかもしれない。すなわち、債務者には譲渡の通知が届いているはずであり、譲渡の通知に従って弁済しなかった債務者が二重弁済を強いられても仕方がない。ただし、債務者には譲渡の通知を管理する必要が生じる。その管理に手落ちがあれば、もともとの債権者に弁済しても有効な弁済とはならならい。結局、過失のある債務者は保護されないことになる。

---

[37] 最判昭和48年７月19日民集27巻７号823頁参照。

[38] 米倉・前掲注31）71頁。

最後に、相殺の利益確保をはかる譲渡制限特約を見てみよう。相殺の利益確保をはかる特約の存在意義について、確かに債務者は対抗要件具備前に譲渡人に対して反対債権を有しているならば、相殺をもって譲受人に対抗することができるから、あえて譲渡制限特約を結ぶ必要がない[39]。債務者が将来発生するかもしれない反対債権による相殺の機会を確保するために、譲渡制限特約を結んだ場合はどうか。一歩退いて、反対債権を発生させる「原因」が譲渡通知の前にある場合には、特約の効力が認められるべきか。反対債権を発生させる「原因」が対抗要件具備前にあって、たまたまその取得時期が、対抗要件具備前になるか後になるかによって左右されるのは、必ずしも合理的とは言えない。米倉教授は、かかる場合において特約の効力を否認したが、「相殺の法理」[40]にならって債務者の相殺利益を保護しようとする。

なお､反対債権を発生させる「原因」が譲渡通知の後にある場合には、譲渡制限特約の効力はどうなるか。「特約の効力制限論」によれば、特約は悪意の譲受人に対しても対抗し得ない。その理由は、かかる特約によって債務者が確保しようとしている利益は、発生するかしないか全く不確実であり、発生するにしたところでいつ発生するのかも不確実な債権についての相殺の利益であって、一種の期待ではあるにしてもきわめて淡い期待というほかはないからということである[41]。しかし、反対債権の発生原因が譲渡通知の時点で発生していないのは、必ずしも悪いこととは言えない。債務者が、相殺の利益を確保するために、わざわざ譲渡禁止特約を結んだ場合に、債務者に保護を与えていいのではないか。改正法は、469条において債務者の相殺の範囲を広汎に認める同時に、譲渡制限特約の第三者効を肯定している（466条３項）。改正法466条３項によれば、債務者が将来発生するかもしれない反対債権による相殺の

---

[39] 米倉・前掲注31）77-78頁。

[40] 差押時に反対債権の発生原因が存すれば、反対債権の発生は差押より後でも相殺を対抗しうる。鈴木竹雄編『手形割引　銀行取引セミナー（４）』（有斐閣、1963年）120頁。米倉教授は、1976年論文において貸付金債権による相殺と債権譲渡についてこの考え方にならった（79頁）。

[41] 米倉・前掲注31）79頁。

利益を確保することができる。従って、譲渡制限特約の目的・趣旨を考慮して、その第三者効を認めても何ら背理ではない。

第２項　2006年論文――事案類型化

前に述べたごとく、米倉教授は、1976年論文において譲渡制限特約により追求されている利益を考慮して、その利益がそれと対立する利益に優先する場合には、改正前法466条２項を適用し、そうではない場合には、特約は悪意の第三者にも対抗することができないという処理をすべきであると主張した。しかしながら、米倉教授は「債権譲渡禁止特約に関する再検討」（2006年）[42]において自身の特約効力制限論を放棄し[43]、物権的効力説を採るという前提のもとで、その代案として改めて類型化[44]を試みた。要約すれば、４つの類型（①交互計算類似型、②矛盾型、③非継続型、④不信行為型）が析出された。それぞれの事案類型において、譲渡制限特約が如何なる理由で利用され、それに対してどのような法的評価が加えられているのか。

まず、交互計算類似型から確認する。譲渡制限特約の目的（特約により追求されている利益）としては、キャッシュ調達・保管の手間の節約と相殺利益の確保などが挙げられた[45]。これに対して、米倉教授は、「交互計算類似型において第三者（譲受人）が出現した場合には、466条が適用される[46]」とし、「善意の第三者の重過失の有無について、できるだけ、重過失ありという処理をすることに傾斜すべきである」と主張した[47]。譲渡制限特約は、善意（又は無重過失）の譲受人に主張することができないとしても、一応のバランスは取れていると言える[48]。

---

[42] 米倉・前掲注26）54-65頁。

[43] その理由としては、特約の合理性の有無及びその程度の判定は必ずしも容易ではないこと、466条２項但し書きを素直に受け取っていないことが挙げられる。米倉・前掲注26）55頁参照。

[44] 2006年論文における55-63頁は、その類型化の具体的な展開である。

[45] 米倉・前掲注26）55-56頁。

[46] この点において交互計算関係と異なっている。

[47] 米倉・前掲注26）57頁。

[48] 池田（清）・前掲注１）79頁。

次に、矛盾型をみてみよう。協調融資スキームに参加する銀行としては、自己のした融資の回収に危惧を感じた場合には、それを回収するために、自己の債権をスキームに参加している他の銀行に譲渡でき、他の銀行としてもこの債権を安心して譲り受けることができるというのが、このスキームの前提である[49]。このスキームに参加する債務者が、その債権者（融資銀行）との間で、譲渡制限特約を締結するのは、このスキームと矛盾するのである（「矛盾型」という名前の由来）。かかる特約の効力に対して、「……悪意の第三者（譲受人）にも特約を対抗し得ないとするか、一歩譲って、466条２項を適用して、悪意の第三者（譲受人）には特約を対抗し得るにしても、善意の第三者（譲受人）に対抗し得ないとしたうえで、努めて無重過失を判定すべきである」と主張した[50]。なお、システム・ファイナンスに組み込まれた債権に譲渡制限特約が付された場合の特約の処遇についてもシンジケートローンと同様に解されるべきであると説く[51]。

そして、非継続取引型についてみよう。この型の典型例として想定されたのは、銀行取引である。債務者である銀行の利益の最たるものは、預金債権をもともとの債権者（預金者）に固定しておくことによって反対債権（貸付債権）による相殺を確保するということである[52]。銀行は預金者に将来（預金債権が譲渡された後）融資する可能性にも触れているが、そのような債権との相殺に備えて譲渡制限特約を利用することには、将来発生するかもしれない債権の発生の蓋然性が確実でないとして、否定的である。そこで、非継続取引型については、「466条２項を適用し、悪意者の第三者（譲受人）に対しては、債務者は特約を援用して支払を拒絶することができ、善意の第三者（譲受人）に対しては、特約付きの合理性が希薄なことに照らして、特約の援用を許さないようにする、より具体的には善意者の第三者については、なるべき無重過失という判定をすることに努めるべきである」と主張した。

---

[49] 米倉・前掲注26）57頁。
[50] 米倉・前掲注26）58頁。
[51] 米倉・前掲注26）58頁。
[52] 米倉・前掲注26）59頁。

最後に、不信行為型についてみよう。この型の典型例としては、銀行が預金者に貸付をせず、やむなく預金債権を譲渡した場合、銀行が預金債権の譲受人への支払いを拒むというタイプである。米倉教授は、債務者に不信行為があることを理由に、「債務者は特約を第三者（譲受人）に対して、その善意悪意を問わないで主張し得なくなる」と説く。

第２款　池田説

第１項　議論の端緒

債権譲渡法制研究会において、対抗要件制度の改革との関連で譲渡制限特約の効力も議論の俎上にのぼった[53]。債権流動化を促進する立場に立つことを前提に、「UNCITRAL における議論の動向を踏まえ、譲渡禁止特約の効力を制限することも検討すべきである」旨の意見があった[54]。譲渡制限特約の効力を制限するために、次のような２つの可能性が提示された[55]。１つは、譲渡制限特約自体を無効とする方向である。もう１つは、譲渡制限特約は当事者間では有効であるが、第三者に対しては効力を主張することができないこととする方向である。しかし、これに対して、「なぜ債権流動化の対象となる債権についてだけ民法466条２項の適用を排除するのか……アセットとなる債権に譲渡禁止特約が付されていることは債権流動化に伴うリスクの問題として考えられるのではないかという問題があり、包括的特別法で対応することは困難ではないか」との批判があった[56]。

池田真朗教授は、外国立法（アメリカ統一商事法典、フランス民法、フランスダイイ法、国連国際債権譲渡条約案）の趨勢に鑑みて、日本の包括特別法でも「譲渡禁止特約は当事者間では有効だが第三者には（善意･悪意を問わず）効力を持ってない（譲渡されてしまえば譲渡は有効、譲渡人は債務者に対して契約違反の責任を負う）という程度の規定を置

[53] 債権譲渡法制研究会「債権譲渡法制研究会報告書」NBL616（1997年５月）41頁。
[54] 債権譲渡法制研究会・前掲注53）41頁。
[55] 債権譲渡法制研究会・前掲注53）41頁。
[56] 債権譲渡法制研究会・前掲注53）41頁。

くことも考えられないわけではない」と主張した[57]。この見解は、特約自体の効力を肯定している点で、アメリカ統一商事法典の立場と異なっている。なお、池田真朗教授は、改正前法466条２項そのものに疑問を表明し、「日本民法466条２項の解釈論なり立法論として再検討すべき問題か」という問題意識を提起した[58]。

第２項　1997年論文――466条２項削除論

池田真朗教授は、「譲渡禁止特約のある債権の譲渡とその承諾による遡及効の対第三者効」（1997年11月）（以下「1997年11月論文」という）において、譲渡制限特約の第三者効の合理性について否定的であり、立法論としては改正前法466条２項全体の削除を主張する[59]。改正前法466条２項全体を削除すると、譲渡制限特約は当事者間での効力を持つのみで第三者に（善意･悪意を問わず）、まったく対抗できなくなる[60]。ただし、これまで譲渡制限特約により保護されている債務者の利益はどのように保護されるかは、疑問の余地がある問題である。債権の流動化をはかることは了解しうるが、そのために、債務者の利益を犠牲することまでも許すべきだろうか。また、解釈論としては、「字句通りならば禁止特約に違反する譲渡は物権的無効とするのが素直」であることを自覚しつつ、改正前法466条２項の立法趣旨の時代的限界を考慮に入れて、物権的効力説に賛成する[61]。

---

[57] 池田真朗「債権流動化と包括的特別法の立法提言――債権譲渡法制研究会報告書をめぐって」NBL619号（1996年６月15）６頁以下、620号（同年７月１日）18頁以下〔後に、同『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、2001年）に転載〕。

[58] 池田（真）･前掲注57）６頁以下､620号（同年７月１日）18頁以下〔後に､同『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、2001年）に収録〕。

[59] 池田真朗「譲渡禁止特約のある債権の譲渡とその承諾による遡及効の対第三者効――最高裁平成９年６月５日第一小法廷判決をめぐって」金法1499号（1997年11月）21頁〔後に、同『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、2001年）に収録〕。

[60] そして、債権者が譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した場合に、当該譲渡は有効で、債務者から譲渡人に損害賠償の請求をなしうるにとどまる。

[61] 池田（真）・前掲注59）21頁。

第３項　1999年論文――削除論の再検討

前に述べたごとく、池田真朗教授は、1997年11月論文において、譲渡制限特約の第三者効への疑念から、立法論として改正前法466条２項全体の削除を提案し、解釈論としては、債権的効力説に賛成する。ただし、より後に発表した「債権譲禁止特約再考」（1999年）（以下「1999年論文」という）において、譲渡制限特約の新たな利用状況にかんがみ、より慎重な姿勢を転じている[62]。その典型例として、想定していたのは、「一括決済方式」である。これについては、「466条２項全体廃止論の妥当性は、実務への影響を十分に確認したうえでないと決することができない」と説く。譲渡制限特約は、日本でよく利用されている場面は、銀行預金、請負契約、売買契約などである。実務では、譲渡制限特約がいかなる理由から利用されているのかを検討した上でないと、最終的に判断できない。

譲渡制限特約の効力に関する国際的趨勢について、池田真朗教授は、アメリカ統一商事法典と国連国際債権譲渡条約草案を比較対象とし、国際取引世界において譲渡制限特約の第三者効を否定するという趨勢を析出した[63]。しかし、2009年の共通参照枠草案5:108では、譲渡制限特約の対抗効を認めている。また、2016 年のフランス民法1321条４項は、「債務者の同意は、要求されない。ただし、その債権について譲渡禁止の特約が結ばれた場合は、この限りではない」[64]と規定している。そうすると、466条２項削除論の旗色は悪くなるといえるだろう。

国連国際債権譲渡条約草案について、「譲渡禁止特約は譲受人に対しては譲受人の善意・悪意を問わず無効」であると紹介されているが、債務者の抗弁と相殺の権利に触れていない。同草案18条１項によれば、「譲受人の債務者に対する譲渡された債権の支払いに関する請求について、債務者は、譲受人に対して、原因契約又は同一の取引の一部である他の

---

[62] 池田真朗「債権譲渡禁止特約再考」法学研究（慶応義塾大学）72巻12号（1997年12月）205頁以下。

[63] 池田（真）・前掲注24）309-314頁。

[64] 荻野奈緒ほか訳「フランス債務法改正オルドナンス（2016年２月10日オルドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻１号（2017年）313頁。

契約から生ずるすべての抗弁及び相殺の権利であって、譲渡がなされなければ譲渡人から請求されたときに主張し得るものを主張することができる」[65]。つまり、譲渡制限特約の第三者効を否定する対償として、かかる規定を置くことによって、債務者の相殺の利益を確保している。

なお、日本民法改正の過程で、譲渡制限特約の第三者効を認めない対償として、相殺の抗弁を広く認めるべきあるという考え方が提案された。すなわち、「①抗弁切断の基準時に債権の発生原因が既に存在していた場合や、②抗弁切断の基準時に債権の発生原因が存在していない場合でも、譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合」[66]には、債務者が相殺の抗弁を譲受人に主張することができる。これは、譲渡制限特約の第三者効と相殺との相互交換性を例証するものとも言える。譲渡制限特約の効力を論じる際に、債権譲渡における債務者の相殺についても検討する必要がある。

第４項　2008年論文――新しい立法論の提示

譲渡制限特約の効力について、その基本姿勢が変わっていない。すなわち、改正前法466条１項を維持しつつ、同条２項を削除するとする[67]。この考え方は果たして妥当なのか。これに対して、次の批判があり得る[68]。①「商事分野ないし取引法分野を視点の中心においた議論では、かなり説得的に譲渡禁止の否定ないし制限を語れるとしても、基本法たる民法の世界では、このような特約を保護すること自体は契約の観点から許容されるべきであり、また実際に多様な取引形態がありうるのだから、禁止特約を有効とする規定を残しておいてもよい」との批判がありうる。

---

[65] 慶応義塾大学大学院国際債権流動化法研究会訳（小堀悟監訳）「国際取引における債権譲渡に関する条約草案」NBL772号（2001年）48頁。

[66] 部会資料37・50-53頁。この提案は、ヨーロッパ契約法原則や国連国際債権譲渡条約を参考して設けられたものである。

[67] 池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化』（弘文堂、2010年）377頁、池田真朗「民法（債権法）改正論と債権譲渡規定のあり方」慶應義塾大学創立150年記念法学部論文集『慶應の法律学・民事法』（慶應義塾大学法学部、2008年）15頁以下。

[68] 池田（真）・前掲注67）375-376頁、池田（真）・前掲注67）15頁以下。

②「金融取引の一部などで、相手方が変更されては困る取引などがあることは広く認められているのであって、一律に譲渡禁止特約の効力を否定する明文規定を置くことは行き過ぎる」との見解もあり得る。

以上のあり得る議論に対して、池田真朗教授は、次のように述べた。まず、①の議論ついて、「……仮に民法466条を現状維持すると、おそらくはわが国固有の不適切な問題が残るように思われる……譲受人が一定レベルの調査をしないと（重過失を認定されて）譲渡禁止特約を対抗されてしまう可能性が高い……」と説く。次に、②の議論については、単に「……現行規定の466条１項（債権の譲渡性を宣言した規定）のみを残し、２項の規定を全面的に削除した場合はどうなるか……」と述べた。改正前法466条２項全体を削除すると、一般論としての契約の相対効の原則が優先することになっており、債務者は原則として譲渡制限特約を譲受人に対抗することができなくなる。これまで、譲渡制限特約によって保護されている債務者の利益（特に相殺の利益）は、どのように保護するか、という問題が残された。

池田真朗教授は、日本法固有の問題に着目し、立法論として改正前法466条２項の表現には何らかの修正が加えられるべきであると主張した。すなわち、「譲渡禁止特約は、譲受人が譲渡の時にその存在を知っていたことを債務者が証明した場合に限って対抗しうる」という規定を明文で置くことである[69]。

そのほかに、類型化の観点から２つの可能性を示唆する[70]。１つは、銀行預金債権など、適用除外の債権を規定しつつ、譲渡制限特約の有効性を否定するというやり方である（原則否定・除外債権列挙型）。もう１つは、適用される債権を制限列挙してそれらの債権についてのみ譲渡制限特約を無効とするというやり方である（原則否定･適用債権列挙型）。いずれも債権の流動化の観点から、原則として譲渡制限特約を第三者に（善意・悪意を問わず）対抗することができないという方向で改正前法466条２項を見直すことを提案している。ただし、譲渡制限特約の第三者効を否定した場合の不都合については、今後の検討を要する。この方

[69] 池田（真）・前掲注67）377頁、池田（真）・前掲注67）15頁以下。
[70] 池田（真）・前掲注67）377頁、池田（真）・前掲注67）15頁以下。

向での提案としては、一定の類型の債権について特約の第三者効を肯定したり、一定の類型の債権について特約の第三者効を否定したりすべきであるとの指摘があるものの、具体的な提案が示さていない。

なお、民法改正の過程において、類型化の提案も見られる。例えば、法制審議会民法（債権関係）部会の第45回会議で、次の提案があった。すなわち、「譲渡禁止特約は原則として悪意（又は重過失）の第三者に対抗することができるものとするが、一定の類型の債権については、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができない旨の規定を設けるものとする」（原則肯定・除外債権列挙型）[71]。しかし、この発想は、具体的な提案が示されていないことを理由として、結局、日を見なかった。立法論として、類型化の提案の採用が困難であるかもしれないが、解釈論としては、あり得るだろう。債権の種類に応じて譲渡制限特約の効力を規律すべきであるとの発想は示唆に富む。

第３款　石田説

譲渡制限特約の効力をめぐっては、ここまで述べた学説の多くは、「物権的効力説・債権的効力説」という古典的な議論の枠組みで議論する傾向が見られた。これに対して、相対的無効説は、物権的効力説の立場に立つことを前提に、譲渡無効の主張権者を債務者に限定しようとするものである。前に述べたごとく、物権的効力説は、改正前法466条２項の説明理論として、民法典制定直後に日本法に導入されたが、相対的無効説が紹介されたのは、平成に入ってからのことである。相対的無効説の可能性を探る文献としては、栗田隆、倉重八千代、石田剛の各論文が挙げられる[72]。栗田隆、倉重八千代は、相対的無効説の日本法への導入に

[71] 一定の類型の債権について、金銭債権一般と考えられるとの意見があった。また、債権の発生原因となる取引の類型に着目した区分をもって譲渡制限特約の効力についての例外を規定すべきであるとの意見もあった。部会資料37・１-５頁参照。

[72] しかも、本格的にドイツ法と比較対象として相対的無効の可能性を探ったのは、石田剛教授の論文である。書評としては、松岡久和「民法学のあゆみ　石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』」法律時報88巻３号（2016年）113-116頁、占部洋之「民法学のあゆみ　石田剛『債権譲渡禁止特約の効力制限に関する基礎

ついて否定的であり、石田剛は、相対的無効説の導入を提言される。以下、この学説の導入過程を概観する。

数野昌三は、「債権譲渡禁止特約の効力に関する一考察」（1993年）において、Bette の文献を引用してドイツ法の相対的無効説を日本に紹介した[73]。すなわち、「Bette は、民法399条は債権譲渡禁止特約に反してなされた譲渡は債務者との関係にのみ無効であって、譲受人やすべての第三者の譲受人との関係では有効であって、債権は譲渡人の財産から除かれる」というものである。ここには「相対的無効」の用語は見えないが[74]、物権的効力説の枠内で、譲渡無効の主張権者を債務者に限定する見解があったことが分かった。ただし、解釈論として相対的無効説の日本法への導入の可能性については、議論されなかった。そして、絶対的無効説と相対的無効説の相違についても検討されなかった[75]。

栗田隆は、「債務者には主張し得ないが、第三者には主張することができる債権譲渡」（2004年）において、「特約の効力の相対的制限の可能性」を探っており、結論としては否定的である[76]。その理由としては、「善

的考察――ドイツにおける特約の生成・発展を中心に』」法律時報79巻８号（2007年）156-161頁がある。

[73] 数野昌三「債権譲渡禁止特約の効力に関する一考察」群馬法専紀要７号（1993年）７頁。

[74] 「相対的無効」という用語は、池田（清）・前掲注１）72頁には見られる。ドイツ民法399条の説明理論について、池田教授は、同報告書において「現行ドイツ民法典はその399条で譲渡禁止特約の第三者効を認めることとなったわけだが、その後、この条文をめぐって論争されたのは、日本でよく知られているような物権的効力説と債権的効力説との争いではなく、物権的効力説の枠内での争い、すなわち、譲渡無効を誰も主張できるとする絶対的無効説と債務者のみが主張できるとする相対的無効説との争いであった」と紹介した。

[75] 両説の相違について、池田（清）・前掲注１）72頁と石田・前掲注15）236頁などは参照になる。絶対的無効説より、相対的無効説のほうが、譲受人の地位を強化すると指摘されている。

[76] 栗田隆「債務者には主張し得ないが、第三者には主張することができる債権譲渡――譲渡禁止特約の効力の相対的制限は可能か？」関西大学法学論集54巻２号（2004年）153頁以下参照。なお、栗田隆は、論文の最後に、立法政策論の観点から、「銀行が売掛代金債権を担保に融資を行うような場面については、

意無重過失の第二譲受人が債務者に弁済を請求し、債務者が任意に弁済しても、第二譲受人は第一譲受人から返還請求があれば、それを返還しなければならない。そうであれば、彼の債務者に弁済を求める意欲は、彼が第一譲受人の存在を知れば著しく低下する……従って、当該債権は、譲渡の財産として有効利用される可能性が低下する」からであるとされる。より具体的に言えば、「（α）債務者と悪意の第一譲受人との関係は、前者が後者に対して弁済を拒絶することができるという意味で債務者のほうが強い。（β）善意無重過失の第二譲受人と債務者との関係は、後者が前者の弁済請求に応じなければならないという意味で第二譲受人のほうが強い。（γ）善意の第一譲受人と善意無重過失の第二譲受人との関係は、債務者から弁済を受けた後者に対して前者が不当利得返還請求することができるという意味で、第一譲受人のほうが強い。いわゆる三すくみの状態になる」とされる。そして、「譲渡禁止特約について悪意の譲受人は、この矛盾関係を解消することができない」とされる。しかし、そもそも法律関係が矛盾した状態に陥るか否かは疑問である。上の説例で言うと、第三者との関係では、先に第三者対抗要件を備えた第一譲受人が勝つ。従って、第二譲受人が先に債務者から弁済を受けたとしても、第一譲受人がは第二譲受人に対して不当利得返還請求できる。結果として、いわゆる三すくみの状態に陥るわけではない。

その後、倉重八千代は、ドイツ法の相対的無効説の日本への導入の可能性について、「我が国の債権譲渡制度との関係で、克服しなければならない幾つもの課題があり」を理由に、「立法論であるならばまだしも、解釈論として相対的無効説を展開することは、慎重であるべきと言えよう」と説く[77]。倉重八千代の論文は、相対的無効説の導入に対して慎重な姿勢を示している点で、栗田と共通している[78]。しかし、それぞれの理

立法により特約の効力を否定することもあってよい」ことを示唆する。

[77] 倉重八千代「ドイツ法における債権譲渡禁止特約規定についての一考察――ドイツ民法 BGB 第399条の規定からドイツ商法 HGB 第354a 条の新設までを中心に（３・完）」明治学院大学法学研究86号（2009年）187-191頁参照。

[78] 占部・前掲注72）161頁は、相対的無効説の導入について同様の評価を下している。

由は、必ずしも同じではない。倉重八千代によれば、相対的無効説を採ると、次の２つの問題が生ずる恐れがある。その１は、「ドイツにおける相対的無効という考え方を導入すれば、日本民法第466条第２項但し書きの『善意の第三者の保護制度』と日本民法第467条の『対抗要件制度』との調和を図ることが難しくなる」という問題である。その２は、「譲受人が債務者に直接履行請求できない場合もあり、問題が残る」という問題である。相対的無効説の導入について、挙げられた上の２点が、説得的か否かは疑問である。まず、前者について、善意又は重過失の譲受人にのみ譲渡制限特約を対抗できるとする改正前法の基本的な枠組みを維持しながら、相対的無効説の導入を検討することは、論理的に可能である[79]。例えば、譲渡制限特約付債権が何重にも譲渡された場合、債務者以外の者との関係で、先に第三者対抗要件を備えた譲受人が勝つ。劣後譲受人（善意無重過失）が先に債務者から弁済を受けたとしても、優先譲受人（悪意又は重過失）が劣後譲受人に対して不当利得返還請求できる。次に、後者を見てみよう。譲受人が、対抗されるリスクを見込んで、譲渡制限特約付債権の譲渡を希望することはあるだろう。

ところで、ドイツ法の相対的無効説の日本法への導入を提言したのは、石田剛教授の論文である[80]。石田教授は、「債務者との関係においてのみ効力が否定されるという視角」から、ドイツ法を比較対象として特約の効力を検討した。ドイツにおいては、債権の譲渡制限特約が多方面で利用されている。例えば、自動車販売においてグレーマーケットの発生・自動車の再譲渡による価格の吊り上げを予防するため、「販売条件を保証するための同意留保」として譲渡制限特約が利用されている（非金銭債権の事例）。これに対して、非金銭債権に関して、日本では譲渡制限特約の効力をめぐる法的紛争はほとんど表面化していない。他方で、ドイツ法はフランス法のような対抗要件制度を採用せず、債務者への譲渡通知を必要とする旨の譲渡制限特約は、対抗要件制度の役割を果たして

[79] 石田・前掲注15）225頁参照。

[80] 石田剛「債権譲渡禁止特約の効力制限に関する基礎的考察――ドイツにおける特約の生成・発展を中心に」立教法学70巻（2006年）〔同『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、2013年）に転載〕。

いる。

このようにしてみれば、ドイツと日本においては譲渡制限特約に込められている意味は、少なくとも一部分が異なっている。石田教授は、これを自覚しながらも、ドイツの学説[81]から次のような示唆を得る[82]。すなわち、債務者保護に必要な範囲に譲渡無効の効力を相対的なものに縮減するという方向である[83]。つまり、「ここでの無効が債務者保護規定の1つから導かれる法的効果であるとすれば、債務者保護に必要な範囲に縮減する相対的無効説の主張は日本法においても十分検討の余地がある」とされる。その理由としては、「債権譲渡法の枠組みにおいても、日本法はフランス法的対抗要件主義を取り入れた結果、債権の相対的帰属を正面から認めている。たとえ債権譲渡契約が結ばれたとしても、債務者への通知・債務者による承諾がなされるまでは、譲受人は第三者への効力主張はもちろん債務者に履行請求すらできないのである。それでも譲渡と同時に観念的には譲受人に債権が帰属し、しかも多重に譲渡された場合には債権は暫定的にではあれ何重にも帰属すると考えられている。そうだとすれば、相対無効という法律構成に対する体系的観点からの違和感はドイツ法よりは少ないはずである」とされる。そうだとすれば、債権の相対的帰属を正面から認めている日本法において、相対的無効説を検討する余地がないわけではないと思われる。

改正法は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡を完全に有効としている点や債務者の利益を弁済先の固定に限定している点（改正法466条２-３項）で石田教授の提言と異なっている[84]。しかし、譲受人が譲渡制限特約

---

[81] ドイツ法における譲渡制限特約というのは、対外的な絶対効があって、譲受人が善意又は無過失でも保護されない。

[82] 石田・前掲注15）207-226頁。

[83] 譲渡制限特約に違反してなされた債権譲渡は無効であるが、債務者だけが無効を主張できる。なお、金銭債権と非金銭債権で区別した規律を検討すべきであるという方向も提示された。石田・前掲注15）221-223頁参照。

[84] 松岡・前掲注72）115-116頁。石田教授は、「誰が新たな債権者になるかは債務者にとって重大な関心事であること」を理由に、「特約によって保護されるべき債務者の利益の内実に関してより一層立ち入った検討が必要がある」とする。石田・前掲注15）265-266頁参照。これに対して、改正法は、債務者の利益

につき悪意又は重過失である場合には、債務者だけが無効を主張できるという相対的無効説の立場と、債務者は譲渡人に弁済・相殺できるという改正法の立場は、債務者保護の視点から基本的に似っているのではないか。相対的無効説という考え方自体が日本法において、どこまで定着したのか、という問題は残されている。もっとも、預貯金債権については特則が設けられている（改正法466条の５）。つまり、改正法466条２項の規定にかかわらず、譲渡制限特約をもって悪意又は重過失の譲受人に対抗することができる。一体誰が対抗することができるか。債務者だけが対抗できるのか、それとも差押債権者を含む全員が対抗できるのかが明確ではない。今後、改正法466条の５を解釈する必要がある。

第４款　小括

譲渡制限特約の効力をめぐっては、初期の段階では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は譲渡自体が無効になるという考え方（物権的効力説）と、譲渡制限特約が原則として特約の当事者間で効力を有するにとどまり、債権譲渡は有効であるが、債務者は悪意の譲受人に悪意の抗弁を主張できるという考え方（債権的効力説）が見られ、前者が通説とされた。これに対して、1976年に米倉論文が現れ、目的論的アプローチから悪意者との関係では譲渡制限特約の効力が一律ではなく、特約の悪意者に対する効力の有無は、各場合ごとの利益の比較衡量によって決定されるべきであると強調された。これは、債権取引の重要性を念頭に据えながら、よりいっそう譲渡制限特約の効力を制限しようとするものと見ることができる。

その後、この米倉論文で示された考え方は、学界の注目を集めるに至っている。特に、債権の流動化が強く呼ばれている現在では、改正前法

を「弁済の相手方先をもともとの債権者に固定すること」に限定しており、それ以上の利益（弁済先を選択する利益）を保護しないとしている。部会第３分科会第３回会議議事録・52-53頁〔内田委員発言〕参照。債務者の利益を弁済先の固定に限定しないと、債権の二重譲渡の場合（例えば、いずれの譲受人が特約につき悪意又は重過失である場合）には、債務者がどちらが勝つかを選択するということになる。

466条２項そのものに対する疑問がいっそう強くなっている[85]。池田真朗教授は、1997年論文においては譲渡制限特約の第三者効の合理性について否定的であり、立法論としては466条２項全体を削除すべきであると主張する。ただし、より後に発表した1999年論文においては、譲渡制限特約の新たな利用状況にかんがみ、より慎重な姿勢を転じている。さらに、2008年論文では類型化の観点から、いくつかの提案を提示した。例えば、銀行預金債権など、適用除外の債権を規定しつつ、譲渡制限特約の有効性を否定するという提案があった。

いずれにせよ、譲渡制限特約付債権を十把一絡げにして、その第三者効を否定することは妥当ではなく、債権の種類ごとにその効力を判定すべきであるという考え方が支持されると思われる。

他方、物権的効力説と債権的効力説の対立というそれまでの枠組みとは別に相対的無効説という考え方も現われた。相対的無効説とは、物権的効力説を前提としつつ、譲渡無効の主張権者を債務者に限定しようとするものである。この学説が日本に紹介されたのは、平成に入ってからのことである。数野昌三は、1993年論文において、Bette の文献を引用してドイツ法の相対的無効説を日本に紹介したが、解釈論として相対的無効説の日本法への導入の可能性については､議論しなかった。その後、相対的無効説の可能性を探る文献として、栗田隆、石田剛、倉重八千代の各論稿が登場した。栗田隆、倉重八千代は、相対的無効説の日本法への導入について否定的であるのに対して、石田剛は、相対的無効説の導入を提言している。

なお、今回の民法改正では、改正前法の規律が大幅に改正された。すなわち、譲渡制限特約があったとしても、債権譲渡は、完全に有効である（466条２項）。ただし、譲受人が特約につき悪意又は重過失であったときは、債務者は譲受人からの履行請求を拒むことができ、かつ、債務者は、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させ事由をもって譲受人に対抗することができる（466条３項）。結局、債務者だけが保護されるシステムになっているのではないか。相対的無効説の帰結は、譲渡制限

[85] 武川幸嗣「書評」加藤雅信ほか編『民法学百年史――日本民法施行100年記念』（三省堂、1999年）381頁。

特約が債務者の利益だけを保護するという点では、改正法の立場と共通している。ただ、両者は、そのうえで債務者との関係で債権譲渡の効力をどう考えるかという点で違いを見せている。相対的無効説は、債務者との関係で債権譲渡を無効とするのに対して、改正法は、債権譲渡を完全に有効とする一方、債務者保護に必要な範囲で譲渡制限特約の効力を認めた（466条３項）。しかし、そもそも譲渡制限特約は、債務者の弁済先固定利益を保護する手段であるとすれば、その範囲で特約の効力を認めてよいはずである（改正法の根本的な発想）[86]。従って、債務者との関係でも譲渡の効力を否定する必要がないと思われる。譲渡の効力を否定しないと、債務者が十分に保護されないのか。しかも、改正法の規律と相対的無効説の相違については、今後の検討を要する[87]。

[86] 部会第３分科会第３回会議議事録・52-53頁〔内田委員発言〕。

[87] 今回の民法改正は、債務者の利益を保護するために、２つの法律構成を採用した。１つは、「譲渡有効＋債権譲渡人への弁済等有効」構成（改正法466条２-３項）である。もう１つは、「譲渡無効構成」である（466条の５）。466条３項があれば、債務者は十分保護されるはずなのに、何故重ねて466条の５があるのか。466条３項だけでは、十分に保護されないのはどんな場合か。さらに、立案担当者は、如何なる理由でそれらの構成を採用したのか。これらが問題である。本稿はこれらの問題点の解明にかかる。

論　　説

盧溝橋事件における現地交渉（Ⅱ・完）

―― 1937年７月７日～７月28日 ――

岩　谷　　將

新司令官の着任

11日の交渉成立にもかかわらず、翌日の北平市内の警戒は緩和されず、むしろ戒厳が強化された[123]。また邦人等に対する中国側官憲による拘束、逮捕、暴行、殴打などの不法行為が頻発した[124]。

12日、支那駐屯軍では病床に臥せっていた田代中将にかわり、新たに司令官に親補された香月中将が午後に天津に到着した。駐屯軍司令部では、交渉妥結による成果よりは、内地師団の動員、ならびに第20師団を中心とする朝鮮軍・関東軍の隷下部隊の華北派遣を重くみており、午前、午後の２回、河邉旅団に対して「軍は増加兵団の来着に伴ひ逐次態勢を整理（備）し、全面的対支作戦に応するの（為）準備を為さん（せん）とす」との命令を電話口達した[125]。

橋本参謀長によれば司令部内は東京からの出兵決心の報に大変興奮し

---

[123] Trautmann (Peiping) an das AA, 12. Juli 1937 8.00 Uhr., Nr. 14, Pol. VIII 708, R104.823, Pol. VIII 10, Politik 3a, Akten betreffend: Den chinesisch japanischen Konflikt im Jahre 1937, Bd. 1, Politisches Archiv des Auswärtigen Amts (PAAA).

[124]「今井武夫日記」７月12日の条。「北機日誌」７月12日午後９時15分。

[125]「支作甲命第十三号（七月十二日午前十一時三十分於天津軍司令部）」、「支作甲命第十四号（七月十二日午後一時於天津軍司令部）」（「作戦史要」第２巻所収）括弧は第13号、下線は第14号。

ており、今にも戦争が始まりそうな心算で準備をしていたという[126]。急遽親補された香月中将は前職が教育総監部本部長であったこともあり、情勢に通じていなかった。急遽派遣されることになった香月中将は11日午前に、それぞれ陸軍省では杉山大臣から、参謀本部では今井参謀次長から説明を受けたが、大臣が極力不拡大の方針により政治的現地解決を指示したのに対し、閑院宮参謀総長、今井参謀次長からは応急派兵、内地数個師団の動員、山東作戦の意向など緊迫した情勢が伝えられた。

立川飛行場から飛び立った香月中将は悪天候のため京城で一泊し、その際北支派兵に関する政府声明を知る事となった。声明を通じて香月中将は政府の意図するところを「北平に於ける軍の交渉は陸軍大臣の希望する如き政治問題回避にては其の目的を達するものにあらず。政府は軍に於て外交的折衝を行ひ北支治安の維持と東亜の平和維持上適当なる保障を要求せしめ」んとするものと解し、また中国軍の「計画的武力抗日たること最早疑ひの余地なしと観察しあるを以ておそらく陸軍大臣の希望する事件不拡大、現地解決甚だ期待薄にして矢張り参謀本部の予期するが如き対支一戦の止むを得ざる情勢を呈しつつあるもの」と深刻に受け止めた[127]。また京城においては南次郎朝鮮総督、小磯国昭朝鮮軍司令官から「北支作戦は黄河まて行くに非されは解決し得す」との意見を得て、着任当初は相当に強硬な意見であった[128]。

旅団においても電話口達された軍司令部からの命令を受けるに際して、これまでの経緯ならびに昨日来の司令部の雰囲気も相まって「本朝対支全面的開戦準備に関する軍命令を受領し、士気正に軒昂なり」と、より強硬なものとして受けとめた。また、「従来の敵は二十九軍の一部にして友軍なるや其の判別に苦しみ常に戦闘に手心を加へ他方面の牽制に悩まされたるは真に苦痛に堪えさりき。然るに既に対支全面戦と確定せられたる以上愈ゝ二十九軍敵なりと決定せるものにして攻撃目標判然とし頗る明朗となりたるものなり。仍て旅団命令に於ては冒頭先つ

[126]「橋本群中将回想録」（防研蔵）。

[127] 香月清司手記「支那事変初期ニ於ケル北支情勢回想録」（「作戦史要」第２巻所収）。

[128]「駐屯軍司令官ノ処置並ニ状況ノ推移」（「作戦史要」第２巻所収）。

『二十九軍敵なり』と示し第一線に対し気分一大転換を要求」したという。

これを受けて旅団では「全面的作戦準備を決意せる以上純作戦行動に転移したるものにして従来の交渉は最早無関係となれるもの」と判断し、河邉旅団長は「盧溝橋を占領し以て其の退路を完全に遮断すると共に軍通報に基き敵の右岸よりする北進部隊阻止の為本夜盧溝橋を夜襲すへき準備命令を下達」した[129]。

しかし、盧溝橋占領については実施前に橋本参謀長より電話があり、「本電話を以て『攻撃中止に関する軍命令』と心得られた」しとして中止された。参謀長としては「将来の作戦は従来の交渉と非常に関係あり即ち吾は支那軍履行を監視するも支那軍は必す之を破るへきを以て此の際は直に攻撃を開始する予定なり。其の時期は成るへく全軍集中完結せる時期に望みあり従つて蘆溝橋の如きは寧ろ開放し之を餌とし其の協定履行を監視するを可とす」との考えであった[130]。したがって、事態拡大に慎重であった橋本参謀長においても中国側が協定を履行しない場合においては積極的に武力行使に踏み切る心算であった。

軍司令部では新着任の司令官を迎えて幕僚会議を開き、夜を徹して議論を行い、13日早朝に以下の状況判断を参謀本部に対して打電した[131]。

「軍は依然公正なる態度を持しつつ、冀察側をして今次の協定を具現せしむるを要す。之か為必要に応し、兵力を行使することを豫期す」

その指導要領としては、「軍は第一次増加兵力（第二十師団を含む）を合し、必要に応し、一挙に第二十九軍を撃滅し得る如く所要の戦略的基礎配置を成るへく速に完了したる後、随時作戦行動を開始し得る如くす」、というもので、概ね７月20日前後に完了し得るものと見込まれていた。

また、この準備期間中において中国軍が永定河左岸地区に進出して協定を破らないかどうか厳重に監視し、違反を認めた場合は第37師に対し河北省南部に撤退を要求するとともに、これを認めない場合は兵力を行

---

[129]「支那駐屯歩兵旅団ノ作戦」。

[130] 同上。

[131]「極秘支参第四〇四号至急電（午前七時五〇発）」（参謀本部第二課「北支事変業務日誌」（防研蔵））。

使するものとした。そのほか、共産党の策動取締、排日要人の罷免、排日的中央系各機関ならびに藍衣社・CC 団等排日団体等の冀察外への排除、排日言論及び宣伝機関、学生、民衆の排日運動取締、学校・軍隊における排日教育の取締、将来における北平警備からの軍隊排除（公安隊に代える）を含む７項目を冀察当局に要求し、同様にこれを認めない場合は冀察政務委員会の解散と第29軍の冀察からの撤退を要求することとした[132]。一方、中国側では同日には保定に所在していた第37師の第109旅（旅長陳春栄）ならびに固安県所在の騎兵部隊が北上し、永定河西岸に進出してきたことが確認された[133]。

第一線部隊に対して即時の宛平県城占領は認めなかったものの、京城で強硬論に触れた新任司令官の意向もあり、司令部で取りまとめられた情勢判断は非常に厳しいものとなった。また、同日、宋の意向を受けて冀察側から日本軍の態度について打診があったが、橋本参謀長は、「従来の如き生温かいことては事態の収拾は不可能なり。この際中央の意嚮に遠慮せす、売国奴の非難の如きに頓着せす思ひ切つて要求の実行、馮の免職、三十七師幹部の入替へ、冀察より排日分子（中央系）の排除、日本側との合作進捗等を自発的に断行する要ある」旨伝達した[134]。

そもそもこの情勢認識は、もとはといえば東京の出兵方針から出たものではあったが、陸軍省部では出先駐屯軍の非常に強硬な方針に驚き、情勢の悪化を懸念して参謀次長から今井武官に対しても情勢判断を要求することとした。

今井武官は冀察要人と会見を重ね、次のような状況判断を打電した[135]。

> 冀察側軍政首脳部は遂（ママ）（逐）次事件の拡大を防止せんとする意見に傾きあるか如し、従って南京政府か自ら実力行使の決意なき時に限

[132]「状況判断（昭和一二、七、一三）」（「作戦史要」第２巻所収）。

[133] 偕行社編纂部『北支事変情報』第３号（『偕行社 特報』昭和十二年九月第二十七号付録）、1937年９月、18頁。

[134] 堀内総領事発加藤書記官宛電信・合第280号（大臣宛電報第405号）、７月14日午前１時５分着（北平大使館記録）。

[135]「北武第二三五号電」（電報は14日着電）。「北支事変処理方針」には影響与えず（参謀本部第二課「北支事変業務日誌」）。

り今俄に事件の拡大することなかるへし。元来第二十九軍下級幹部の抗日意識相当熾烈なるを以て之等軍人並びに抗日団体に指導せられある策動分子の活動に依りては、局部の状況急変の結果態勢を左右することなしとせさるを以て速に北平市及其附近の状態を平時に復旧し、交通通信等の一般治安を回復するため依然相当の威力を背景とし情態を改善すると共に、中央軍北上等の場合には直に之に應して軍に冀察のみならす、南京政府をして徹底的に反省する機会を與へ、抜本塞源的解決を講し得る如く戦略的態勢並政治的効果最も大なる地方に実力を行使し得る如く準備し置くこと必要なり[136]

軍司令部ほど厳しい認識・要求を求めるものではなかったものの、第29軍の協定履行に対する監視とその実効性を高めるための兵力の集中については、今井武官も同様の意見であった。ただし、今井武官ならびに特務機関においては冀察側の動向に期待する向きもあった点において軍司令部とは認識の重点が異なっていた。

陸軍中央部の新方針

陸軍中央では同（13）日夜新たに「北支事変処理方針」を定め、「今後共局面不拡大現地解決の方針を堅持し全面的戦争に陥るか如き行動は極力之を回避す。之か為第廿九軍代表の提出せし十一日午後八時調印の解決条件を是認して之か実行を監視す」とし、内地部隊の動員を暫時見合すこと、また中国側が誠意を見せない場合や中央軍を北上する場合の武力行使についてはあらかじめ陸軍中央部の承認を要するものとして現地の行動に制限をかけた[137]。これは現地軍の強硬意見を知った参謀本部第二（戦争指導）課が「排日停止保障のため支那軍を北平城より撤退せしむるか如き（天津軍幕僚の意見）過大の要求は此際一般方針に反するのみならす求めて事件を拡大するに等しきものなり。飽迄先す既定方針を堅持して進む如く天津を指導するを要す」として[138]、陸軍上層部を説得

[136]「北支事変今後ノ状況判断」（「今井武夫日記」７月13日の条所収）。
[137]「北支事変処理方針（七月十三日午後八時）」（「指導綴（其一）」所収）。
[138]「七月十三日中央ノ執ルヘキ処置ニ関スル意見（昭十二、七、十三、午前十

したためであった[139]。海軍も「此の際名分不明の師を起すを避け、折角成立したる現地解決条件に基き誠実なる実行を督励するを可とす」との態度であったこともあり、中央は比較的静観の態度をとった[140]。こうした判断の背景には、中央軍が北上しているか否か確実ではなかったことも関係していた。

実際にはこの時点で保定あるいは石家荘にまで到着していた部隊は、保定周辺が現駐地である第53軍の一部と信陽を原駐地とする第26路軍の一部（第27師）であった[141]。これらはいずれも西北軍、東北軍の流れを汲む部隊で、中央直系の部隊ではなかった。

８日の時点で蔣介石は矢継ぎ早に各師の動員を要請したが[142]、当初は華北に所在する西北系の軍隊である第26路軍（総指揮孫連仲）の第27師、第31師、第40軍（軍長龐炳勲）の第39師（師長龐炳勲兼任）および第84師（師長高桂滋）のみを保定・石家荘周辺に移動させ、宋哲元の指揮下に入れる予定であった[143]。これらは第84師を除いて厳密な意味での中央軍の北上とは言えなかったが、翌日になって蔣介石はさらに増援部隊を増やすことに決し、中央直系の第21師（師長李仙洲）、第25師（第52軍：師

時　第二課）」（「指導綴（其一）」所収）。

139 参謀本部第二課「北支事変業務日誌」。当時の第二課員であった高嶋少佐は「正午過ぎ事件不拡大についてその意見具申を提出、関係上概ね之を採用する模様」と記している（「高嶋辰彦日記」７月13日の条（防研蔵））。

140 軍令部「大東亜戦争海軍戦史―本紀」巻１、317頁。

141 『抗日戦史―七七事変与平津抗戦』前掲書、11、12、32頁。「徐永昌日記」７月13日の条（中央研究院近代史研究所档案館蔵）。

142 まず、軍事委員会辦公庁主任徐永昌、参謀総長程潜、豫皖綏靖公署主任劉峙等に対し、開封以西の部隊１個師を黄河以北に進め、その他２個師について随時出動できるよう準備を行うことを電令した（「蔣中正致劉対峙斉戌侍参電」（７月８日）（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-008）。さらに第26路軍総指揮孫連仲、第40軍軍長龐炳勲に対し、石家荘に部隊を集中させるよう命じた（張世瑛編『蔣中正總統檔案―事略稿本』第40冊・補編、台北：国史館、2015年、36頁）。

143 「蔣中正致孫連仲龐炳勲高桂滋蟹已侍参電」（７月９日）（蔣档「盧溝禦侮（三）」002-090105-00003-532）。

長張耀明）および中央化した雲南軍の第３軍の動員準備を命じた[144]。しかし、これは動員の準備に過ぎず、実際に部隊が移動を開始し、所定の位置に到着するのは、その後に増援動員された部隊も含めておおむね７月中旬以降のことであった[145]。

米軍では11日の時点で４個師団の北上命令が出されたことを確認していたが、中央軍の移動は把握できていなかった[146]。ロバート・ソウル（Robert H. Soule）米国陸軍武官補佐官の報告では、７月17日朝の時点で長辛店において確認されたのは第29軍のほかは第53軍のみであった[147]。また、ジョセフ・スティルウェル（Joseph W. Stilwell）米国陸軍武官は、その報告において16日夜半までの段階で、徐州から津浦（天津―浦口）線を、また漢口から京漢（北平―漢口）線を北上する中央軍は確認されておらず、隴海（宝鶏―連雲港）線沿いの移動についての曖昧な諸報告が上がっているだけで、第29軍を支援するための中央軍北上に関する諸情報は非常に疑わしいと述べている[148]。同様にイギリス大使館も同日までに保定以北に中央軍は進出していないとの見通しを述べてい

144「何応欽在国防会議報告蘆溝橋事後中央軍事準備」（「国防部史政局及戦史編纂委員会」所収、档号：七八七 - 7201、中国第二歴史档案館蔵）。「蔣中正致徐永昌転程潜青侍参電」（７月９日）（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-015）。「蔣介石日記」７月８日の条（スタンフォード大学フーバー研究所蔵）。「徐永昌日記」７月９日の条。

145『抗日戦史―七七事変与平津抗戦』前掲書、47、50頁。「平漢沿線作戦史稿」（「国防部史政局及戦史編纂委員会」所収、档号：七八七 - 683）。

146 Weekly Intelligence Summary for week ending 11 July, 1937, 14 July 1937, Intelligence Report form Headquarters, Fourth Marines Shanghai, China, July 1937-Sept. 1938, Box 2, Far Eastern Theater Section (Confidential) 1936-41, Foreign Intelligence Branch, RG 38, USNA.

147 Letter from Robert Soule to Stilwell on July 18, 1937, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 3, Hoover Institution Archives (HIA).

148 Comments on Current Events July 3-16, 1937, Sino-Japanese Relations, From M/A, China, Report No. 9580, file 800: Nanking Embassy Correspondence 1937 vol. 39, Box 2106, Reports from military attaché, U.S. Embassy China, RG 84, USNA. Situation Report, July 3-16, 1937, G-2 Report, No. 9579, U.S. Embassy China, file 800: Nanking Embassy Correspondence 1937 vol. 39, Box 2106, ibid.

た[149]。また、軍事顧問団を派遣している関係から中央軍の動向に詳しいドイツ大使館筋においても、16日の時点で、近代的な武器やその他物資と人数不明の部隊が津浦線を北上したことを認めているものの、大規模な部隊移動についての報告は上がっておらず、統一的な計画にもとづいて地域的な軍事施設の準備が整えられた様子はないと報告している[150]。むしろ、この時点においては、日本側が天津に向けて続々と増援部隊を派遣している状況であった[151]。

各国軍同様、日本側でも随時中央軍の動向については把握に努めてお

---

[149] Telegram No. 313, from Mr. Cowan (Peking) to FO, 16th July, 1937, F4206, FO 371/20950, Political Department, General Correspondence, Far eastern, china 1937, file 9 Part 2, The National Archives (TNA).

[150] Politischer Bericht, Nanking, den 16. Juli 1937 (Nanking, den 19. Juli 1937, Nr. 805, Pol. VIII 860, R104.823, Pol. VIII 10, Politik 3a, Akten betreffend: Den chinesisch japanischen Konflikt im Jahre 1937, Bd. 1.).

[151] 最初に関内に派遣されたのは古北口に集結、待機していた混成第１、第11旅団と考えられる。北平のイギリス大使館は13日の時点で、古北口から北平周辺に600人の部隊が到着し、天津には約1600人が到着したと報告しており、天津の陸軍司令官の見積もりでは約9000人が北平―天津地域に配置されたとみている。天津に司令部を有していたフランス陸軍は、16日午前９時半までに日本軍の兵5000人、飛行機60機、戦車10輌、砲60門、武器弾薬を積んだトラック70輌が天津に到着したと報告している。また、天津からのスティルウェル米国陸軍武官の報告によれば、15日午後６時の時点で到着した部隊とあわせて天津所在の駐屯軍は12000名と報告している（「嶋田繁太郎備忘録」７月12日の条。Telegram No. 304, from Mr. Cowan (Peking) to FO, July 13th, 1937, F4098, FO 371/20950, Political Department, General Correspondence, Far eastern, china 1937, file 9 Part 2. Télégramme n° 174/S du commandant supérieur des troupes françaises en Chine (Tien-Tsin), à l'amiral du Forces navales françaises en Extrême-Orient (Aviso Tahure), en datée du 16 Juillet 1937, (GR 11H60, Dossier 1, Télégrammes Chiffres Arrives, Archives du Service historique de la Défense (SHD)). Secret Cipher Telegram, from Commander Tientsin Area to The War Office, 13.7.37, F4119, ibid. Report, July 15th, 1:00 PM From Tientsin (J.W.S.), Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8. Radiogram from Peiping (Stilwell) to the Adjutant General, No. 650, July 15, 1937, 2657-H439, RG 165 (M1216), USNA）。

り、参謀本部でも第二部（情報部）の即時出兵の決議に対し、今井清参謀次長は「中央軍の北上は未た確実ならす精査を要す」として出兵は両三日を目途とし決定することにしたことからも陸軍中央の変化が理解される[152]。

数日来の情勢を反映した以上の抑制的な方針は、陸軍大臣、参謀総長連名の「事変処理ニ関スル方針（北支事変処理方針）」として、14日に現地軍に伝達され、念押しの説明のため東京から中島参謀本部総務部長、柴山軍務課長が天津軍司令部に派遣された。また、同日宇佐美侍従武官長の書信が香月中将のもとに届けられ、天皇が「今回の北支事変に関し、其の拡大を特に御軫（ママ）（軫）念被為在」と改めて伝達したことから、香月中将もその意を受けて武力行使によらず協定履行を促がすことを旨とすることとし、以下のとおり方針を定めた。

1．第二十九軍側を督促鞭撻して、速かに本協定履行の実を挙げしむること。

2．北平附近に於て、近く支那軍と相接触する我か部隊をして出来得る限り速かに之と隔離せしむること、及支那側の挑戦的行動に対し、極力之を退避するに努め、且断して我方より挑戦的、又は之に類する如き行動を為さしめさること。

3．情況之を許す限り、関東軍の増加部隊及逐次到着すへき第二十師団を北平及天津地区より遠隔せる地方に位置せしめ、内地よりの増加部隊は要すれは之を満洲及朝鮮等に待機せしめ、以て急激なる増兵に依りて支那側を刺戟せさること[153]。

一方、冀察側においても帰省先の郷里の山東省楽陵から11日に天津に帰還した宋哲元は、翌12日に公開談話を発表し、和平を主張して表向きには日本との衝突を極力避けつつ現状維持を図りたいと考えていた[154]。これを受けて日本軍側より宋哲元に対して、対日態度の決定を促し、具体的事項として「1．二十九軍は絶対に日本軍に抵抗せす、2．北平の

[152]「嶋田繁太郎備忘録」7月15日の条。

[153] 香月清司手記「支那事変初期ニ於ケル北支情勢回想録」（「作戦史要」第2巻所収）。

[154]『華北日報』7月13日。

戒厳撤廃、３．北寧鉄道の再開、４．抑留せられ居る日本人の釈放を要求したところ、午後十一時に至り宋より陳覚生（冀察外交委員会委員）を通じて「提携を保持し中央の対日敵対行動の命令に服従せさるへき旨」並びに「前記四項は直ちに関係機関に実行方命令せる旨」電話にて回答してきた[155]。宋哲元は12日午後、および13日の午前７時から天津において各機関の首脳を集めて会議を行い、和平方針を周知している[156]。実際に13日の海軍傍受電によれば、宋は麾下の部隊に対し、「我方より先づ撤退を行わしむ」との命令を発し、12日午後７時より部隊の移動が開始された[157]。さらに、13日には拘束されていた２名の憲兵と朝鮮籍６名の民間人が釈放され、14日から北寧線の運行が再開された[158]。

他方で、12日に北平で馮治安らと終日会議を行っていた秦徳純は、第29軍駐京辦事処長の李世軍を通じて談話を発表し、「所謂日本の撤兵は全く誠意がなく、日本は依然として続々と兵力を増加している。日本はまだ人を派遣して我方と交渉しているが和平の希望は極めて少なく、事態は必ず拡大する」と述べ、日本側の要求は全て拒絶していかなる条件にも承諾の署名をしていないと強調した[159]。このように前線に近い北平では、第29軍幹部はより強硬な姿勢を示していた。これが宋の意向を受けて行われたものかどうか、確認する手立てはないが、この時点においては、訪問した張蔭梧（晋軍教導団長）に対し、宋は「南京中央と懸隔があって協力ができず憂慮に堪えない」と漏らしていたことから、宋自身はまだ日本との和平に含みを残していたものと思われる[160]。

---

[155] 加藤書記官発広田大臣宛電信（案）・第433号、７月14日午後２時50分発（北平大使館記録）。

[156]『華北日報』７月14日。『平報』７月14日。

[157]「北機日誌」７月13日午後７時30分。加藤書記官発広田大臣宛電信（案）・第415号、７月13日午後０時30分発（北平大使館記録）。

[158] 加藤書記官発広田大臣宛電信（案）・第432号、７月14日午後２時30分発（北平大使館記録）。

[159]『申報』７月14日。

[160]「天津張桐軒剛密銑電（７月16日）」（閻錫山史料「全面抗戦事変開始至平津陥落案」所収、档号：116-010101-0116-080、以下閻档「全面抗戦」と略す）。

引き続く衝突

以上のように、日本側では事態の拡大を避けるため抑制的な方針のもとに冀察側との交渉を進め、宋哲元も可能なものから日本側の要求に応じ、対応を進めていた。しかし、冀察側において「我方軍隊は昨夕已に全線に亘り撤退を完了したるに拘わらす日本軍が依然前線より撤退せさるのみか続々増援隊を送りつつあるは当初の約束にも戻（悖）（ママ）り吾人は国民に対し申訳なし協定は我方にとり不面目なるものなるも此点解決すれは必すや実行すへし」との不満が生じるのは当然であった[161]。実際に前線部隊からは、日本側が宛平県城北側から撤退したものの、依然として東側高地の五里店、大瓦窯にとどまっていること、豊台方面に兵力を増強させていることが報告されている[162]。また、日本側記録にはないものの、13日の午前３時には日本側（あるいは第三策動者）からの小規模な攻撃が行われており、部隊レベルでは不満が募っていた[163]。ドイツ大使館筋の情報では、再び生じた戦闘から日本との交渉は困難となり、冀察指導部は事態の進展に非常に悲観的であったという[164]。こうした報告を受けた在北平の冀察・第29軍幹部は14日夕方に前線の戴守義旅長、胡文郁団長、吉星文団長に対し「我方は攻勢をとることに決した。抜かりなくすぐに準備を行うこと」を命じた[165]。翌日には馮治安は急を要する

[161] 加藤書記官発広田大臣宛電信（案）・第428号、７月14日午前６時０分発（北平大使館記録）。

[162]「宛平王揮塵賈朝義致秦徳純石友三元電（７月13日）」（閻档「録存（二）」116-010108-0370-084）。「長辛店吉星文致北平馮治安元電（７月13日）」（同、116-010108-0370-083）。

[163]「長辛店吉星文致何基灃寒早三時電（７月14日）」（閻档「録存（二）」116-010108-0370-081）。「西苑戴守義致北平馮治安寒電（７月14日）」（同、116-010108-0370-077）。

[164] Trautmann (Sommersitz der Deutschen Botschaft in Peitaiho) an das AA, 14. Juli 1937 15.10 Uhr., Nr. 2, Pol. VIII 726, R104.823, Pol. VIII 10, Politik 3a, Akten betreffend: Den chinesisch japanischen Konflikt im Jahre 1937, Bd. 1.

[165]「北平馮治安致長辛店転戴守義胡文郁塩申電（７月14日）」（閻档「録存（二）」116-010108-0370-089）。

として宋哲元に対し、柄付手榴弾5000発、銃弾５万発の発給を依頼している[166]。17日には馮治安とその部下の将兵が主戦に決し、屈辱的な条件は受け入れず日本に対して抗戦するとの情報が巷間に流布していたことから、第37師の攻勢決意は日本側も情報として掴んでいたと考えられる[167]。おそらく、攻勢を取るに至った背景には第29軍と同じ西北軍に属する援軍が徐々に保定―石家荘周辺に到着したことも関係していると思われる[168]。

この頃の天津軍による観察によれば、中国側部隊は抗日意識旺盛で、依然として挑発行為を止めず、将来誠意をもって協定を履行するかどうかについてすこぶる疑問視していた[169]。そのような折、通州に待機中の機械化部隊を豊台に輸送中、永定門より南苑に至る途上約１キロの地点において中国側歩哨より射撃を受け４名が死傷する永定門射撃事件が起きた[170]。また、これまで毎晩行われてきた敵側の夜間射撃も終息したことから、翌15日には日本軍も前線の盧溝橋からから少数の歩哨を残して撤退したが[171]、同日には通州から豊台へ向かう日本軍の騎兵が永定門での事件を受けて南苑南方を迂回して進んでいたところ、団河附近において中国側から猛射を受け２名の死傷者を出し、１名が惨殺される事件（団

166「北平馮治安致宋哲元篠械電（７月17日）」（閻錫山史料「各方民国二十六年七月往来電文録存（六）」所収、档号：116-010108-0374-012）。以下閻档「録存（六）」と略す。

167 北平各界民衆抗敵後援会編『情報』第８号（７月17日）（中共北京市委党史研究室編『北京地区抗日運動史料彙編』北京：中国文史出版社、1996年、第３輯、308頁、所収）。

168 14日に第26路軍第27師の１個団が正定県に、第40軍所属の２個営が石門（現石家荘）に到着した「北平馮治安致天津宋哲元塩申電（７月14日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-038）。

169 広田大臣発加藤書記官宛電信・合第512号、７月14日午前０時30分着（北平大使館記録）。

170 堀内総領事発加藤書記官宛電信・合第287号（大臣宛電報第412号）、７月14日午前0時50分着、加藤書記官発広田大臣宛電信（案）・第431号、７月14日午前７時０分発（北平大使館記録）。

171「北機日誌」７月15日午前７時25分、７月16日「日本軍ノ動静ニ関スル件」の項。

河事件）が起きた[172]。

16日には午前１時に永定門外大紅門において日中双方が砲撃を交わす事件が起き[173]、午前中には天津から通州へ向かう途上にあった日本の部隊が安平（香河県西方）において中国側保安隊40 ～ 50名から不法射撃を受ける事件が起きるなど、事態は予断を許さない状況が続いた[174]。また、日本側の記録にはないものの、中国側発表によれば豊台附近の大井村において午後６時から12時にかけて日本側から三度にわたり射撃による挑発があったという[175]。

天津軍側ではこうした事態を踏まえ、宋哲元は日本側要求を受け入れて実施を決意したものの、はたして第29軍にその命令を徹底できるか疑問であり、実力を行使しなければ到底解決は覚束ないと観測するものが多くなっていた[176]。当時北平在勤の森島参事官は、西田顧問（冀察外交委員会）の情報などから、第29軍内に共産党や藍衣社がすでに相当食い込んでおり、軍内の中下層における抗日意識は相当に熾烈であり、仮に天津での交渉が妥結に至ったとしても、その具体的履行に当っては多大の難問を伴うとの所感を本省に対して報告していた[177]。現地日本側としては和戦両面に構えつつも交渉による事態の打開を探る方針であった。

これに対して陸軍中央部では、14日に現地で行われた折衝において、責任者の処罰（馮治安ではなく営長）、謝罪者（宋哲元ではなく秦徳純）、北平城内の治安（保安隊ではなく第38師）の諸点で中国側が要求を容れなかったことから、参謀本部内でも馮治安の謝罪や追放など色々と注文

---

[172] 同上、７月16日午前10時45分、午後７時30分。堀内総領事発加藤書記官宛電信・合第300号（大臣宛電報第427号）、７月16日午前０時０分着（北平大使館記録）。

[173] 同上、７月16日「日本軍ノ動静ニ関スル件」の項。

[174] 堀内総領事発加藤書記官宛電信・合第313号（大臣宛電報第441号）、７月17日午前１時50分着（北平大使館記録）。

[175]『申報』７月18日。

[176] 堀内総領事発加藤書記官宛電信・合第298号（大臣宛電報第425号）、７月16日午後８時０分着（北平大使館記録）。

[177] 森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第471号、７月17日午後８時40分発（北平大使館記録）。

が多く、「結局従来の如き解決条件で満足するか或は更に注文を出すかに就て議論多く中央としてはまとまら」なかったが、強硬派の意見が強くなり、形勢は徐々に強硬派に引きずられる傾向を示すようになっていた[178]。たとえば、参謀本部第二部（情報部）は派兵を躊躇すれば中国側に日本の実力に疑念を抱かせ局面の膠着をもたらすと判断し、作戦課は不拡大方針を保持しつつも誠意無きものと認められる場合は断乎所要の兵力を行使すべきと主張した[179]。

こうした陸軍内の意見を受け、７月17日の閣議では、１．19日を期限として宋哲元に対して現在交渉中の宋哲元の謝罪、馮治安の処罰、永定河左岸より第29軍の撤退、排日抗日の取締の実行を促し、実行しない場合は内地師団を動員すること、２．ならびに南京政府に対して現地交渉を妨害せず、中央軍の北上を停止することを申合せ[180]、これを受けて陸軍次官は支那駐屯軍参謀長に対し第１項の内容を訓令として発電した[181]。

天津における交渉

他方、天津においては和知参謀と張自忠の間で引続き停戦協定についての折衝が続けられ、16日には一応の了解に達した。打合せでは、謝罪については副軍長（秦徳純）が司令部を訪れて謝罪し、宋哲元は司令官官舎を訪問して挨拶する案が中国側より提起された。次に、担当者の処罰については免職か減俸の何れを適用するかが焦点となり、これについては回答を留保することとなった。また、張自忠からは、北平城内の第37師撤退については異存ないが、撤退には１ヶ月を要し、代替部隊を保

[178]「参本二課長トノ連絡（一二･七･一六）」（軍令部第一部甲部員（横井大佐）「支那事変処理」所収）。

[179] 参謀本部第二部「情勢判断（七月十五日）」（「作戦史要」第２巻所収）。

[180]「七月十七日五相会議（首相欠、海、外、陸、蔵、内）午前十一時ヨリ」（軍令部第一部甲部員（横井大佐）「支那事変処理」所収）。軍令部「大東亜戦争海軍戦史―本紀」巻１、324-326頁。

[181] 参謀本部第二課「支那事変処理日誌」７月17日の条（防研蔵）。「嶋田繁太郎備忘録」７月17日の条。

安隊のみとすることは不可能であるため、張自忠の第38師をもって替えること、排日要人の排除等はさらに長い時間を与えられたいとの申し出があった[182]。

これを受けて、18日午後１時、宋哲元は表向き挨拶の体で香月司令官を訪問し、「今回の事件発生は誠に遺憾に存じます。自分は豫てより東洋の平和を切に希って居り、殊に日支間の親善に就ては最も力を盡して居ります」と[183]、自分の不在中今次の如き事件を惹起したるは遺憾に堪えざる旨を述べて「陳謝」し、現地解決条件の一部についてうまく折合付けて履行のうえ、北平へと赴いた[184]。

天津におけるその後の交渉は張自忠に委ねられ、橋本参謀長との間で進められることとなった。宋哲元が北平に向った19日、交渉は夜まで続けられ、午後11時に至り、橋本参謀長と第29軍代表（張自忠・張允栄）との間で、以下の内容のとおり停戦協定第三項実施細目が締結された。

１．共産党の策動を徹底的に弾圧す。
２．双方の合作に不適当なる職員は冀察に於て自発的に罷免す。
３．冀察の範囲内に他の各方面より設置せる各機関の排日色彩を有する職員を取締る。
４．藍衣社、CC 団等の如き排日団体は冀察に於て之を撤去す。
５．排日的言論及排日的宣伝機関及学生､民衆等の排日運動を取締る。
６．冀察所属の各部隊、各学校の排日教育及排日運動を取締る。

この外、北平城内における第37師の部隊を他に撤退させることについては、冀察側において自発的に実行することとし、文書をもって20日中

---

[182] 堀内総領事発森島参事官宛電信・合第330号（大臣宛電報第46？（ママ）号）、７月18日午前５時10分着（北平大使館記録）。

[183] 香月清司手記「支那事変初期ニ於ケル北支情勢回想録」（「作戦史要」第２巻所収）。

[184] 広田大臣発森島参事官宛電信・合第585号、７月19日午後10時29分着（北平大使館記録）。なお、中国側ではこの訪問を帰任挨拶とし、その折に不祥事について遺憾の意を表したもので謝罪ではないと説明し、そのように受け取られていた（Politischer Bericht, Tientsin, den 21. Juli 1937 (Nanking, den 22. Juli 1937, Nr. 810, Pol. VIII 875, R104.823, Pol. VIII 10, Politik 3a, Akten betreffend: Den chinesisch japanischen Konflikt im Jahre 1937, Bd. 1.)）。

に通告することとされた[185]。

なお、発表に当っては概略的に留め、第37師撤退についても触れない方針とし、翌日午前８時半に軍司令部から「七月十一日調印せる協定第三項実施の為共産党及ひ排日運動の厳重取締に関し細部の協定は昨十九日午後十一時橋本参謀長と第二十九軍代表との間に於て協定成立せり」と発表された[186]。

帰平前後の宋哲元の動向

宋哲元は日本に対して可能な範囲でその要求を受け入れ、日本側を過度に刺激しないよう振舞っていたが、裏面ではで徐々に積極的な対応を模索するようにもなっていた。宋は15日に天津の各学校長と面会し、以下のような所感を述べている。

> １、今回の戦争については、日本は拡大する決心がなく、中国を脅かすためである。２、蔣委員長は私に保定に行って指揮をするよう命じたが､天津は重要なので放棄できず､それ故天津で指揮にあたっている。３、日本が華北に兵を増援した場合、楊村の鉄道を順調に通過することはできない。仮に通過するとしても私はすでに第29軍に対して阻止するよう命じており、我々は日本軍がどの程度の数を送ってきているかみな知っており、憂慮するに及ばない。４、中央は私に北上する軍隊を指定するように言って来たため、私は高桂滋（中央軍―引用者、以下同）、孫連仲（西北系、中央化）、龐炳勲（西北系、中央化）、胡宗南（中央軍）等の部隊を北上させるよう返電した。５、我々は平和的解決を望んでおり、かりに戦争が拡大するならば、私には方法がある[187]。

---

[185]「支参二電七四号（軍参謀長発北平機関宛）」（「北支事変解決後ノ処置」所収）（防研蔵）。

[186] 堀内総領事発森島参事官宛電・合361号（大臣宛電報第498号）、７月19日午前11時40分発（北平大使館記録）。『華北日報』７月19日。

[187]「調査統計局呈蔣介石（天津７月16日電）」（蔣档「一般資料―呈表彙集（五十五）」002-080200-00482-182）。

増援部隊は蔣介石が決定した点で事実と異なるが、楊村の鉄道を超えた場合に攻撃するよう命じたと述べているのは９日の命令とほぼ同じであり、ここで述べられている内容は宋哲元の認識を反映したものと考えてよいだろう。したがって、事件当初とは異なり、今回の事件が日本側の謀略ではないこと、また日本側が不拡大方針であることが各方面から伝わったこともあり、15日の時点では、宋哲元は日本側が事態を拡大しないと考えており、日本側の増援部隊についてもあまり深刻なものとは考えていない節があった。これは宋に限ったことではなく、第29軍全体に見て取れるものであった。たとえば、参謀本部から保定に派遣されていた楊宣誠第二庁第一処長は、その報告において「宋ならびに宋の部下はみな事態を簡単に考えすぎている。それは中央が転電する日本側の動員出師情報について、馮治安が電報で結局のところ確実な情報なのかどうか問い合わせてきたことからも理解される」と述べている[188]。

しかし、16日以降、宋の行動に変化が現れる。16日に宋は麾下の第29軍に対して「北平の重要地点およびその付近地区における敵との抗戦を確実に保証するとともに一部を以て盧溝橋豊台方面の敵を迅速に補足撃滅し、もって後方兵団の進出を容易にする」ことを目的とした軍命令を発し、準備を完了して次の命令を待つよう指示した[189]。この命令は馮治安が起案したものであると考えられるが、後述するように宋自身も絶えない衝突から抗戦のために部隊の集中と指揮系統の明確化が必要と考えるようになったと考えられる。

この時期にもっとも宋哲元を悩ませていた問題は、南京中央との懸隔にあった。蔣介石は事件発生直後から幾度となく宋哲元に電報を送り、中央が責任を負うと伝えていたが、宋の不満は中央が抗戦に当たってどのような計画を立て、どのような手配を行っているか一向に不明瞭なことにあった。それは結局のところ、華北や平津地域を放棄するのか死守するのか、守るのであればどのぐらいの兵力を用いるのか明示されない

[188] 楊宣誠「報告（七月二十二日於参謀本部第二庁第一処）」（蔣档「華北局勢（十）」002-080103-00025-007）。

[189] 「陸軍第二十九軍命令戦字第一号（七月十六日正午十二時於南苑軍部）」（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-040）。

点にあった[190]。その不満は中央に対する警戒から北上した参謀次長の熊斌を保定に止めて面会せず、何応欽（軍政部長）からの電話も病と称して受けないほどであった[191]。宋哲元がもっとも不満に思っていたことは、日本との戦いを事実上第29軍だけに任されていることであった。閻錫山の意を受けて15日に宋に面会した張蔭梧によれば、宋が「後方の準備ができておらず、軍隊もすぐにはやって来ず、29軍がどうして単独で抗日できようか」と憤怒していたという[192]。

しかし、保定に留められていた熊斌は、李炘（河北省政府委員・警務処長）を天津に派遣し、中央の抗戦意志とその準備などの諸方策を伝え、その結果、宋も中央の方針と準備を完全に理解し、第29軍の集中と中央軍を秘かに進入させる方法について話し合ったという[193]。さらに、宋は李との会談の後、自ら熊斌に電話をし、以下の点を伝えた。１．戦争はおそらく避けられない、２．自分は今天津にいるため明確な意思表示ができない、３．主権を失い国を辱めるようなことは決してありえず、謠言を信じないで欲しい、４．第２期の計画を策定しなければならないため、張維藩を天津に向わせた後、保定で熊斌と交渉させて欲しい、５．第29軍は各地に散らばっており、集合する機会が無い。できるだけながく事態の緩和状況を続かせて、第２期の計画策定に資することを望む、６．宋哲元は犠牲となる決心を有しており、まずはできることをやってみる[194]。また、熊に対して対面で相談したことがなお多くあるので、北

[190]「宋哲元致蔣中正函（７月15日）」（蔣档「名人書瀚（三）」002-080114-00021-034）。

[191]「鄭介民致蔣中正寒電（７月14日）」（蔣档「和平醞釀（一）」002-080103-00027-003）。

[192]「陳誠致蔣中正敬秘電（７月24日）（陳誠副総統文物「往来函電（五十八）」所収、国史館蔵、档号：008-010202-00058-002）。

[193]「保定張桐軒剛密巧亥電（７月18日）」（閻档「全面抗戦」116-010101-0116-090）。

[194]「熊斌致蔣中正巧辰電（７月18日）」（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-049）。熊斌の蔣宛発電日時と宋哲元の蔣宛発電日時を考慮するならば、李炘が宋哲元に伝達したのは16日午後から17日午前の間と考えられる。

平に来て欲しいと願い出た[195]。

15日に宋哲元に面会した時点では宋と「中央とは甚だしい懸隔がある」と認識していた張蔭梧は[196]、李炘との面会を経た後の宋について、中央の計画について「理解し、日本の圧迫にはもはや耐えられず、たしかに（中央に対する―引用者）その態度は好転したようだ」と報告している[197]。17日には何応欽から日本軍の動員状況について、内地から第５、第６、第10、第12、第16師団ならびに朝鮮軍から第20師団が動員出動し、関東軍からは15日までに20列車約１個師団前後が天津に到着し、数千名が平津公路と津保公路を前進中との詳報が伝えられた[198]。また、宋等が最近政治交渉の罠に陥り、軍事準備をひどく怠っていることから、一面で和平交渉を継続し、一面では軍事的準備を秘かに進めるよう、また万一の場合には保定、滄州の中央軍を援護のために北上させると申し出た[199]。日本に対する応戦を決意した蔣介石も宋の変化を見て取り、宋に対して河北省内に駐屯している山西系の第32軍（軍長：商震）の４個団を石家荘に急行させたこと、第26路軍、第40軍を宋哲元の指揮に任せることを通知した[200]。同日、宋哲元は蔣介石に対して、「哲元は国家に重きをなし、民族利益を旨とする。必ず中央の意向に従い一切の処置をし、主権を失い国を辱めることは絶対に行わない」として、信を置いて欲しい旨伝え

---

[195]「熊斌関於宋哲元表示対蘆溝橋事変将本中央意旨処理密電（２）致何応欽、程潛等密電」中国第二歴史档案館編『中華民国史档案資料彙編』第５輯第２編軍事（二）、南京：江蘇古籍出版社、1998年、89-90頁。

[196]「天津張桐軒剛密銑電（７月16日）」（閻档「全面抗戦」116-010101-0116-080）。

[197]「致南京軍事委員会徐主任笥密巧電（７月18日）」（閻档「全面抗戦」116-010101-0116-072）。「徐永昌日記」７月17日の条。

[198] 実際には応急動員の朝鮮軍第20師団、関東軍の２個旅団のみ出動し、内地からは第５、第６、第10師団を派遣予定で、７月27日に動員が下令された。

[199]「何応欽要宋哲元等一面不放棄和平一面応作戦準備密電（７月17日）」『中華民国史档案資料彙編』前掲、第５輯第２編軍事（二）、87頁。

[200]「蔣中正致徐永昌篠侍参電（７月17日）」（蔣档「領袖指示補編（十二）」002-090106-00012-037）。「蔣介石為調商震部四団赴石家荘待命密電稿（７月17日）」同上、88頁。「蔣中正致徐永昌篠申侍参電（７月17日）」（蔣档「領袖指示補編（十二）」002-090106-00012-088）。「蔣介石命孫連仲龐炳勲所部帰宋哲元指揮密電」（７月17日）」同上、88頁。「蔣介石日記」７月17日の条。

ている[201]。この電文は従前蔣介石に送っていたものに比べて、より中央に信を置く書きぶりとなっている。宋は北平に発つ前日の18日には河間所在の第132師長張登禹と作戦計画を立てる張維藩を天津に呼び、今後の方針について話し合った[202]。

このように16日から18日にかけて、宋哲元はこれまでの中央との懸隔を縮め、一定程度信頼するようになったが、その背景には中央の計画と準備が直接伝えられたこと、またその過程において日本側の増援部隊の状況を把握し、戦争が避けられないと認識するに至ったことが大きく作用している。18日には日本の軍用機が彰徳（現邢台）附近で京漢線を北上する軍用列車を偵察中、列車上の兵士より射撃を受けたため、応射したところ多数の軍民死傷者を出したことが大々的に宣伝されたことで、一般民衆の対日感情も極度に悪化していた[203]。宋哲元はまた、避けられない戦争であるとしても、可能な限り時間を引き延ばして準備を整える必要があるとも考えており、日本との交渉において張自忠を前に立てて呑める条件については受け入れ、できる限り時間を稼ぐつもりであった。

米国陸軍の情報では、17日には第26路軍の第27、第31師の一部が河南省から保定に到着し、午前11時には西苑の武器弾薬が長辛店に運ばれ、18日午後１時半には第53軍（東北系）の装甲列車が長辛店に到着した[204]。また門頭溝から長辛店間に非常電信電話線が埋め込まれた新しい道路が敷設され、第14軍（中央軍）の第83師と第10師、第３軍（雲南軍・中央化）、第53軍の兵士たちが山西省大同から北平西直門を経て、新しく敷設された道路を使って長辛店にトラックで到着したという[205]。前線では抗戦の準備が徐々に整えられつつあった。

---

[201]「宋哲元致蔣中正篠申電（７月17日）」（蔣档「盧溝禦侮（四）」002-090105-00002-074）。

[202]『華北日報』７月19日。

[203] 森島参事官発広田大臣宛電信・合第361号（大臣宛電報第498号）、７月22日午後３時35分着（北平大使館記録）。

[204] Radiogram from Peiping (Stilwell) to the Adjutant General, No. 654, July 17th, 1937, 2657-H439, RG 165 (M1216).

[205] Telephone, July 18th, 11:45 PM from Fisher, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

北平における事態の推移

「謝罪」を済ませた宋哲元は19日午前９時40分に北平に帰還した。駅には500人ほどが出迎えに来たが、その中に馮治安の姿はなかった[206]。日本側から処罰の対象とされており、また抗戦の準備を任せている関係上、あえて馮を駅頭に呼ばなかったものと思われる。入平後、宋は武衣庫の私邸において秦徳純、馮治安、張維藩等と今後の方針について検討を行った[207]。米国武官の情報では、この時宋は５人の将官を招集して戦うべきかどうか投票したところ、３人が反対で２人が戦うと投じたという[208]。また、確かな筋からの情報では、宋は河北省内にあるすべての軍隊についての完全なる指揮権―ただし河北省外への派遣はできないが―を与えられていると主張し、状況全体を鎮静化し、改善しようと考えていたという[209]。問題は、全ての軍隊はいうにおよばず、麾下の第29軍でさえ、宋が確実にコントロールできるかどうかにあった。

宋哲元が北平に帰還したことから、協定の履行は宋哲元の指揮のもと盧溝橋周辺と北平市内において実施されることとなった。しかし、冀察当局に近いドイツ大使館筋の情報提供者が、これらの協定履行に対して馮治安は宋哲元に反対はしないであろうが、団（聯隊に相当）以下の指揮官および兵士に対し、宋の方針がどこまで徹底できるかについては非常に厳しいと見通していたように、事はそれほど簡単には進まなかった[210]。

宋哲元が北平入りした19日には、午前５時に一文字山付近で中国側より射撃があり、１名が負傷する事案が発生したため、同日午後８時、松

---

[206]「北機日誌」７月19日午前９時50分。

[207]『申報』７月20日。

[208] Report, July 19th, 6:20 PM from Sweetland, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

[209] Telephone, July 19th, 8:30 PM from McGregor and Fisher, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

[210] Politischer Bericht, Tientsin, den 21. Juli 1937 (Nanking, den 22. Juli 1937, Nr. 810, Pol. VIII 875, R104.823, Pol. VIII 10, Politik 3a, Akten betreffend: Den chinesisch japanischen Konflikt im Jahre 1937, Bd. 1.).

井特務機関長より冀察側に対し20日正午以降、再び同様の不法射撃を繰返す場合には自由行動をとる旨通告していたところであった[211]。

たしかに、宋哲元の帰平後、市内の戒厳は緩和された。さらに、20日の午前には宋哲元より北平附近の第37師を21日までに西苑に集結して次の移動に備える命令が出された。午後におこなわれた宋哲元と松井機関長、和知参謀、今井武官との会談では、１．第37師を保定附近に撤退させること、２．第37師の代りに趙登禹の部隊（第132師）を入平させることについて宋側から提案がなされた。また、同日夜には責任者の処罰として７月12日に（営長を－筆者－）免職したこと、19日の協定細則は全部実行すること、前線部隊の撤退は明日（21日）正午までに開始することが宋から通知され、事態は再び収束に向けて進みだしたかに見えた[212]。

しかし、緩和に向けた交渉と時を同じくして、盧溝橋の前線では引続き緊張が続いていた。すでに20日正午以降の不法射撃等に対して自由行動を通告していた日本側であったが、20日の午後２時半、盧溝橋方面より中国側が発砲し、日本側が応戦（砲撃は日本側から開始）した。続いて午後３時過ぎには永定河西岸より一文字山に対して砲火数十発が発せられ、死傷者２名を出すに至った[213]。午後５時頃、砲撃は一旦中止となったが、午後７時半頃、長辛店方面より日本側の戦闘司令部が置かれていた五里店に対し砲撃が加えられ、集中砲火を受けた[214]。この間、日本側は膺懲を目的として小銃弾を一文字山方面に盛んに送っていた宛平県城東南角の望楼と城門を砲撃により破壊した[215]。一連の攻撃によって、中

---

[211] 森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第489号、７月20日午前10時30分発。堀内総領事発森島参事官宛電信・合第365号（大臣宛電報第495号）、７月21日午前９時５分着（北平大使館記録）。

[212]「北機日誌」７月20日午前11時０分、午後３時０分、午後９時０分。

[213] 同上、７月20日午後３時15分。堀内総領事発森島参事官宛電信・合第359号（大臣宛電報第496号）、７月21日午前９時15分着（北平大使館記録）。天津軍によれば午前９時にも迫撃砲の攻撃を受けたという（同、合365号）。

[214] 同上、７月20日午後７時50分。堀内総領事発森島参事官宛電信・合第367号（大臣宛電報第505号）、７月21日午前11時45分着（北平大使館記録）。

[215] 同上、７月20日午後８時40分。

国側では第119団長の吉星文を含む16名が負傷し、保安隊の２名が死亡、11名が負傷したほか、長辛店市街への砲撃で軍民あわせて十数名の死傷者が出たという[216]。

他方、中国側では北上していた第40軍の３個団が19日早朝に石家荘に到着し、同様に中央砲兵第７団（第14軍第83師）が夜に入って石家荘を通過して北上を続けた[217]。また、洛陽から高射機関銃営が北上して正定の孫連仲の指揮下に入った[218]。21日には、北平から南に約200Kmの河間附近に駐屯していた第29軍の第132師も第１旅が長辛店を目的地として邯鄲に集中するため移動を開始した[219]。このように所属部隊の長辛店への集中のほか、中央からの援軍が徐々に石家荘・保定周辺に集結し、抗戦の準備が整いつつあった。ただし、この時点では、馮治安は「防御が原則であり、先に攻撃を仕掛けてはならず、これは非常に重要である」と保定に所在する高樹勲（河北省保安処長）に対して念押ししている[220]。

20日の戦闘を受けて、翌日宋哲元は再度緊張しかけた情勢を緩和させようと書面談話を発表して和平を訴えた[221]。21日は午前中と午後８時頃に多少射撃が有ったのみで、盧溝橋の部隊および衙門口の中国軍は後方へ撤退を開始しはじめ、北平城内および西苑の第37師の保定への輸送も、22日の平漢線の修理が終わり次第行われることとなった[222]。

天津軍においても宋の「謝罪」後の行動を受けて、前線における衝突

216「蘆溝橋吉星文致北平馮治安馬電（７月22日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-033）。

217「保定馮治安高樹勲致宋哲元号酉電（７月20日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-034）。

218「北平馮治安致保定高樹勲養申電（７月22日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-024）。

219「大名劉景山致河間趙登禹馬電」（７月21日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-036）。

220「北平馮治安致保定高樹勲致宋哲元号未電（７月20日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-040）。

221『華北日報』７月21日。

222 広田大臣発森島参事官宛電信・合第632号、７月22日午後11時00分着、森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第510号、７月22日午後２時10分発（北平大使館記録）。「北機日誌」７月21日午後３時30分。

よりは、冀察側における誠意をより重視していた。21日の陸軍中央よりの内地動員３個師団の運用に関する意見聴取に対し、天津軍は「…二十九軍は全面的に軍の要求を容れ、逐次実行に移しつつあり。万一其過程に於て若干の波瀾あらんも、之か処理は、軍既定の方針に依り解決すへく、其目的達成の為には軍の現有兵力を以てして差支なし。而して軍は其兵力の大小に依り、態度を変更するの要を認めす。而して冀察側に於て、我要求を確実に履行するに於て、我か意見の通らさりし懸案も漸次解決せらるへく、我か要求実行の為の推進力としては軍の現有兵力にて充分なり。若之以上多くの兵力を平津地方に進むるは、却って事態を紛糾せしむる懼なしとせす」と、冀察側の誠意を評価しつつ、内地師団の動員に否定的考えを伝えていた[223]。

なお、八宝山に所在していた第37師所属部隊については命令を受けておらず、撤退しなかったことから、松井機関長は今井武官を伴い秦徳純に問い質したところ、命令の不徹底が原因であることが判明し、秦は陳謝のうえ改めて八宝山附近の第37師を同日午後８時までに撤退開始させることを言明した[224]。

冀察側の対応について、日本側では北平在勤の森島参事官はただちに冀察首脳部の不誠意と即断できないと考えたが、今井武官は交渉の席上、事件拡大もまたやむなしと決意したという[225]。たしかに、双方の事情をよく知る第29軍軍事顧問櫻井少佐が宋に対して指摘したように、中国側の第一線部隊は自己に不利なものは是正して報告する傾向にあり、上級者において真相を誤解することが多かった[226]。のちの展開を考えたならば、森島の考えは、問題が第29軍指導部と前線部隊間でのコミュニケーションにあるとの当面の理解から発せられたものであり、今井のそれは、それこそが問題の本質であると認識したことから出たものであった。

---

[223]「極秘支参一電第五六号（支那駐屯軍参謀長発次長・次官宛）」（「作戦史要」第２巻所収）。

[224]「北機日誌」７月21日午後５時45分。

[225] 森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第510号、７月22日午後２時10分発（北平大使館記録）。今井武夫「支那事変日誌」７月21日の条。

[226]「北機日誌」７月19日午後４時30分。

結局、八宝山の部隊については午後９時40分に旅長が移動のため部隊を集結することになった。しかし､その最中に銃声が６発聞こえたため、一時中断して日本側に確認したところ、そのような事実は絶対になく、日本側でも砲声につき疑念を持っている旨回答があり、中間策動者によるものと判明したため、とりあえず黄村附近まで撤退することとなった[227]。

22日には夕刻から第37師の各部隊の移送が開始された。当初午後３時発の予定だった列車は午後６時に涿州に向けて出発を開始し、順次集結を終えた部隊から移送される見込みとなった[228]。この日の夜より戒厳令は撤廃される見込みとなり、盧溝橋の前線ならびに北平市内でもっとも情勢が落ち着いた一日となった[229]。仏国陸軍も非常に穏やかな一日であったと特記している[230]。

同日には、北平城内の第37師を南方に移送を開始したこと、盧溝橋対岸の部隊が長辛店方面へ、八宝山、衙門口附近の部隊がそれぞれ後方への撤退準備のため集結を開始したこと、賞罰に関して冀察側より「兼て長官より友軍に対しては敦睦を以て接すべき旨の命令を受けたるに拘ず盧溝橋駐屯中今次の事件を起し双方に死傷者を生ぜしめたるは命に反し其罪重大なるに依り免職す」、との営長免職ならびに同趣旨の師長譴責の命令書の原本を提示したこと、排日要人と目されていた北平市社会局長雷嗣尚が罷免されたこと、などが確認された。また、抗日書籍や雑誌などの刊行物も発禁処分が下され、各書店に通知された[231]。

---

[227] 同上、７月19日午後９時40分、午後10時00分。

[228] 森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第512号、７月22日午後７時30分発、広田大臣発森島参事官宛電信・合第640号、７月24日午前０時11分着（北平大使館記録）。

[229]「北機日誌」７月22日午後８時30分。

[230] Incident Sino-japonais de Juillet-août 1937, (Lettre n° 297/S du Chef du Bataillon J. Legrand, Commandant le Détachement de Pékin, à Monsieur le Colonel Commandant Supérieur des troupes françaises en Chine, en datée du 13 Juillet 1937, GR 11H58, Dossier 3 Pékin: correspondances 1922-1939, SHD).

[231] 東北旅平各界救国聯合会編『情報』第12期（７月19日午後７時）（『北京地区抗日運動史料彙編』前掲、第３輯、318頁、所収）。

以上の措置により、日本側では冀察側において相当の誠意をもって現地協定を実行に移しつつあり、情勢は緩和に向かいつつあるとの認識を持つに至る[232]。他方で、第29軍の兵士達は、協定成立により“和平解決”との知らせが20日に伝わって以降、多くのものが激しく泣いて声を失い、「我々兄弟の血はまたも無駄に流されてしまった」と高らかに叫ぶなど、抗日感情が異常に高まっていたといわれており、上層部での緊張緩和とは異なり、部隊レベルでの対日感情は悪化の一途を辿っていた[233]。

熊斌の入平と冀察側態度の変化

23日、南京から派遣された参謀次長の熊斌が北平に入り、冀察側の態度に変化が生じる。

まず、第37師の撤退については、第218団が午前11時に涿州に向けて撤退を完了して以降、停止された。第110旅は八宝山後方にあって移動準備を行わず、北平城内の第111旅も撤退の模様なく、第25旅は門頭溝に赴くも撤退の気配はなかった。西苑司令部も撤退準備は行わず、盧溝橋方面では、永定河右岸に第219団が所在している状況であった。他方、北平城内の撤退が進んでいないにもかかわらず、入替部隊の第132師は当初１個団の入平予定のところ２個団が市内に入ったが、冀察側は市内に入ったのは１個団と偽るなど、日本側の疑念を高めることとなった[234]。

これについて、日本側では24日午後３時、松井機関長が池田参謀、今井武官を伴って宋哲元と会談を行った。会談において、宋哲元が日本側との細目協定を承知しておらず、また宋の命令も令達されていなかったことが判明し、日本側は「唖然」とすることとなる[235]。宋哲元は誠意をもっ

[232] 堀内総領事発森島参事官宛電信・合第380号（大臣宛電報第522号）、７月23日午前１時20分着、前掲、合632号、合640号（北平大使館記録）。

[233] 北平市学生救国聯合会編『学聯公報』第４期（７月21日）（『北京地区抗日運動史料彙編』前掲、第３輯、322頁、所収）。

[234]「北機日誌」７月23日午後４時00分。森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第535号、７月24日午後10時30分発（北平大使館記録）。

[235] 今井武夫「支那事変日誌」７月24日の条。「今井武夫日記」７月24日の条。

て文書による合意条件を履行すべく誓ったものの、協定調印当事者より日本側が要求する実行細目協定について説明を受けていないことが判明したという。これについて今井武官は「仮令宋より之を命令するも到底細部にまて徹底せさる事明瞭なり、即ちむしろ日本側の当事者か重要なる要点につき適確に責任者の承諾を取りつけさりし事に一半の責任を帰すへし」との感想を漏らしており、確かに日本側において履行方徹底を周知するに問題なしとは言えなかった[236]。

宋哲元の回答によれば、1．第37師全ての移駐を約束した覚えはなく、張允栄が全ての第37師の撤退を承諾したのであれば、それは独断的行為であり、北平市内に残る第111旅を市外（おそらく西苑）に移動すれば、第37師撤退に関する約束は完了するものと考えている。2．第37師と入替予定の第132師の入平については、3個団の入平について天津軍司令官の了解を取付済みとして取り合わない様子であり、この会談によって従前より比較的冀察よりであった特務機関においても態度を硬化させるに至った[237]。特務機関の情報源の一人であった謝呂西（台湾籍）によれば、熊斌の来平以降、秦徳純、馮治安両名の態度は硬化し、宋哲元の威令が及ばない状況にあり、他方日中間で不拡大工作に奔走していた齋燮元は赤痢のため活動不能に陥っていたという[238]。

そもそも熊斌の北平入りは、先にみたように宋哲元の要請によるものであった。熊斌は23日夜に李烜を伴って進徳社を訪れ、宋秦らと会談を行った[239]。熊は入平にあたって、蔣介石から得た指示を保定から持参し、次のように蔣の考えを伝えた。

> 祃（22日）電拝承。中央はこの度の事件について、初めから貴兄とともに責任を負うことを願っており、戦うとなれば戦うのみであり、和するとなれば和するのみである。領土主権を損なわない範囲内であれば、おのずから戦いを求めなければならないというものではな

[236]「今井武夫日記」7月24日の条。

[237] 前掲、森島参事官発広田大臣宛電信（案）・第535号（北平大使館記録）。

[238]「北機日誌」7月24日午後3時00分。

[239] 北平各界民衆抗敵後援会編『情報』第16号（7月25日11時）（『北京地区抗日運動史料彙編』前掲、第3輯、335頁、所収）。

く和平を願わないという理はない。起草された３条件についてかりに貴兄がすでに署名をしたのであれば中央が同意し、貴兄とともにその責めを負う。ただし、原文の内容ははなはだ中身がなく、私がとりわけ注意すべきだと考えるのは、第２条の不駐兵は臨時の方便とするか、ある一定の期間とすべきであり、兵数の制限を求めてはならない。第３条の徹底取締についてはかならず我方から自発的に行うとし、先方から任意に要求を受けるようにしてはならない。現状においてこの事件を本当に解決するのであれば、先方が７日以降増援した部隊を撤退させることが非常に重要であり、とくに注意されることを望む。さらに貴兄が上述の３条件にまだ署名をしていないのであれば、さらに修正と討論すべき点がある。結局のところ署名したのかどうか、返信を願う[240]。

宋哲元はじめ冀察側はじつのところ、11日に日本側と締結した協定について、協定締結そのものを否定してきた。しかし、蔣介石はすでに各方面から把握していた協定３条件について、自身が17日に発表した廬山講話の４つの立場[241]と全く抵触していないと認識しており、中央としても条件を認めるので内容を教えるよう21日に伝えたことにより[242]、宋は22日にはじめて締結した３条件が、１．遺憾の意の表明、責任者の処分ならびに将来の保証、２．保安隊によって宛平県城を守備すること、３．藍衣社、共産党等の徹底取締であったことを通知した[243]。

上述の電報はその返信であり、南京の中央政府が３条件について認め、ともに責任を負うことを明確に述べている。おそらく、熊斌から説明を

---

[240]「蔣中正致熊斌転宋哲元漾午機電（７月23日）」（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-059）。

[241] １．いかなる解決も中国の主権と領土の完整を侵害してはならない。２．冀察の行政組織の非合法な変更は如何なるものも認められない。３．中央政府が派遣した地方官吏、例えば冀察政務委員会委員長宋哲元等は要求に任せて更迭することはできない。４．第29軍の現駐屯地は如何なる制限も受けない。

[242]「蔣中正致秦徳純転宋哲元馬酉機電（７月21日）」（蔣档「盧溝禦侮（二）」002-090105-00002-192）。

[243]「宋哲元致蔣中正祃電（７月22日）」（蔣档「盧溝禦侮（一）」002-090105-00001-076）。

受けた宋哲元は11日の３条件の範囲内であれば、事後中央から処分を受けずに中央と協力することは可能であると判断したと考えられる。ただし、19日の協定で定められたすべての第37師の移駐となると、蔣介石の４つの立場と抵触してしまうことから、第37師の移駐については可能な限り引き延ばす方針を取ったものと考えられる。

翌24日朝、宋は秦徳純、馮治安、劉汝明（第143師長）、趙登禹を集めて今後の方針について話合った[244]。午後には、日本が華北に向けて22日から機械化部隊と大量の大型トラックの輸送を開始し、昨日には朝鮮、大連に大部隊が上陸して関内に向けて輸送しており、一週間以内に大規模な行動が必ず起きるとの情報が蔣介石からもたらされた[245]。

ここに至って、おそらく宋哲元は第29軍単独では増援を受けた日本軍と対峙することは不可能であり、また日本との妥協によって日中間でバランスをとりつつ舵取りをすることも容易ではなくなったと考え、最終的には中央に頼らざるを得ないとしても、可能な限り自身の勢力を維持しつつ、交渉によって抗戦準備の時間稼ぎを行うことに決したと思われる。同日、宋哲元は蔣介石に対し、戦争は避け得ないが、現在の状況では敵に勝つことはできず、任務を達成できないため、北上部隊を少し後退させて現在の状況を緩和し、交渉によって時間を稼いで準備を完成させたいとして書簡をしたためた[246]。この日、北平市内では一部の戒厳措置が再びとられるようになった[247]。

24日は北平周辺の現地における潮目が変わった一日と見てよいであろう。後に述べる25日の廊坊事件、26日の広安門事件も24日の変化を後押しするものとして、日本側において不可逆的な趨勢と捉えられたと理解すべきものであった。

---

[244]『申報』７月25日。

[245]「蔣中正致熊斌転宋哲元敬未機電（７月24日）」（蔣档「盧溝禦侮（二）」002-090105-00002-194。

[246]「宋哲元致蔣中正函（７月24日）」（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-062。

[247] Incident Sino-japonais de Juillet-août 1937, SHD.

日本側対応

潮目が変わりつつあった24日、北平では日本側の各機関合同会合が行われていた。遅々として進まなくなった撤退を受けてか、席上場合によっては西苑を砲撃し第37師を片付ける必要がある、といった強硬な意見も出たという。北平大使館では、第37師撤兵実行上の行違いについては、第三者が話し合いに介在することが多かったため生じた可能性もあり、宋哲元も我が方に対して約束した点については必ず実行する旨述べており、必ずしも宋の不誠意とみなすべきではないと考えた。

そこで、北平大使館では、25日、松井機関長が天津に赴き不在のため、今井武官に対し、今一度宋哲元を直接の相手方として的確なる話し合いを行うべき旨述べたところ、同武官も同意し、天津軍側に１．齋燮元、張允栄が約束したものは宋哲元の代表として行った以上、宋の説明如何にかかわらず期限を付けて実行を求め、右実行無き場合は第37師を討つこと、２．宋を直接の相手とし今一度19日協定の細目実行につき、明確なる話合を行うことの２案を提示して決裁を求めることとした。今井武官の感触では天津軍においてもおそらく後者の方法を採用するものと考えていた[248]。

他方、天津軍においては第37師の南方移駐について、日本側では全軍南方移駐するものと了解していたところ、宋は単に北平城内の第37師のみと考え大いなる相違があり、出先部隊も相当憤慨していることから、24日夜に今回の撤兵の行違いについて張自忠を招致し、再度橋本参謀長から聴取することとした。会談の結果、１．城内の第37師は10日以内の期間に南方に移駐を終えること、２．門頭溝所在の何（澧基）旅団は今回の事件に出動した部隊であることから全部を速に南方に移駐すること、３．西苑にある第37師の部隊（１個団と２個営）は今回の事件に何ら関係していないため、設備その他の関係もありすぐに移駐は困難であるが、近いうちに移駐させること、４．第37師に代り北平に入るべき趙登禹の部隊は２個団とすることについて、張において責任を持って行う

[248] 森島参事官発堀内総領事宛電信（案）・第61号（大臣宛電報第536号）、７月25日午前０時15分発（北平大使館記録）。

ことを確約した。

張自忠は25日午後４時に病をおして北平に赴いた。会談の際、参謀長は上述の４ヶ条については、宋哲元の立場も考えて先方の自発的措置に委ねることとしたが、張に対してこれまでの幾多の行違いが生じた経緯に鑑み、迅速かつ適切に実行するよう宋を説得のうえ、直接結果を返事することを約束させたが、張は説得可能と述べたという。

なお、天津軍としては宋が実行を承諾しない場合、または承諾するも実行を遅延して誠意が認められない場合においては、改めて期限付要求条項としてその実行を迫る意向であったが、その場合には恐らく宋が実行するものと観測していた[249]。したがって、天津軍でも24日夜の時点では今井武官の提案と同様の考えであり、すでに冀察側への対応方針を固めていた。

天津軍では以上の方針について、絶対発表しない約束のもと、25日に各新聞社・通信社より各１名を招致し、次のような方針を伝達した。

> 冀察側は我方要求を全部承認、之か実行に取掛かりつゝあり、先方か誠意を以て実行を完了せは､之以上二十九軍を撃つへき謂れなし。又河北省内に入れるは、中央軍と言ふも直系にあらさる謂は､雑軍にして、之を撃(ママ)くは易きも、彼等や二十九軍か撃(ママ)き潰さるゝを喜ふは第一に蔣介石なり。目下宋哲元自身の手に依り省内にある中央系雑軍を南下方工作せしむる様指導中にして、宋か熊斌を北平に招致せるも右の為なり。天津軍としては斯く多数の増援部隊迄整へたるに刀に血ぬらずして之を引揚くる訳には行かす、と言ふか如き単なる感情論に駆られて現下の事態に於て更に進んて攻撃を開始するか如き矛盾なる考へなし

記者たちは天津軍の方針に対し、従来の報道ぶりとあまりに違いがあることに驚き、幾分不服気味に退出するものが多かったという[250]。

このように25日の段階では、依然として現地の天津軍、特務機関、大

---

[249] 堀内総領事発森島参事官宛電信・合第401号（大臣宛電報第548号）、７月25日午後１時35分着（北平大使館記録）。

[250] 堀内総領事発森島参事官宛電信・合第402号（大臣宛電報第549号）、７月26日午前２時10分着（北平大使館記録）。

使館いずれにおいても不拡大方針のもと、第29軍側に取り決め事項の実行を迫り、軍事的手段に訴えない方針であった。

廊坊事件

事態が急転したのは25日午後11時過ぎのことであった。事件は北平と天津のほぼ中間に位置する廊坊で起きた。25日は撤兵が進まないことを除いて、特段衝突もなく平穏に経過していたが、夜間に入って電線修理のために廊坊に派遣されていた日本軍に対して中国軍が射撃する事件が起きた。

軍用電線の切断は盧溝橋事件以来頻発しており、楊村には先日来通信隊に歩兵１個中隊を付けて修理保線を行っていたが、同様に廊坊でも電線切断が頻発することから23日に通信隊を派遣した。しかし、保安隊に阻止されたことから、改めて24日の張自忠との会談の際に日本側から許可を申入れた。張は自分の部隊にて保護するため派兵は避けられたいと述べたが、日本側の重ねての説得の結果、これを受け入れた。日本側では張自忠ならびに李文田（第38師師長代理）の事前許可のものと、通信線が現地第38師第113旅第226団の兵営内を通っていることから、同部隊の認可を得て、25日に文書をもって通告のうえ派遣したところであった[251]。廊坊では年初来、盧溝橋での衝突以前に３度電線切断が起きており、事件以降も７月19日に電線切断があり、日本側としても頭を痛めていたところであった[252]。

午後４時半に到着した修理部隊は現地副官の出迎えを受けて営内での修理を開始した。しかし、宿営地をめぐって先方と折り合わず、この間に日本派遣部隊が少数であることをみてとった中国側は、夜半までに秘

[251] 天津発大臣宛傍受電信、７月26日11時発（蔣档「一般資料―呈表彙集（六十一）」「委員長已閲機要情報中華民国廿六年七月份」002-080200-00488-021）。堀内総領事発森島参事官宛電信・合第406号（大臣宛電報第557号）、７月26日午後７時着（北平大使館記録）。

[252] これらは双剰の盗難（２箇所切断して中間を持ち去る）ではなく、通信妨害のために１カ所を切断するものであった。

かに包囲を完了したという。午後11時10分、駅にて叉銃夕食中の日本軍に対して、第226団が中国側兵営よりまず小銃、次に軽機関銃ならびに手榴弾で攻撃を開始した。これをうけて、日本側も小銃、重機銃および手榴弾にて応戦したところ、中国側は更に迫撃砲で攻撃してきたため死傷者10名を生じるに至り、午前０時にも再び射撃、迫撃砲を受けたことから、増援部隊を求めたという[253]。中国側の説明では夕方に電線修理の部隊が廊坊に到着して駅に留まろうとしたところ、第113旅長の劉振三が拒否した。さらに夜の11時30分頃に楊村から200 ～ 300名の日本軍の分遣隊が装甲列車で到着したところ、廊坊駅を明け渡すよう要求したため、第38師の部隊（約1200名）がこれを拒否し、日本側が駅を攻撃して戦闘が開始されたという[254]。日本側は通告のうえ部隊を派遣しており、廊坊の明け渡しを要求するのであれば一定の兵力を準備しておこなうはずであり、中国側の説明に矛盾点も多く、おおむね日本側の説明に近いと考えられる[255]。

事件の報を受けて、天津の司令部では、以後、外交交渉による問題解

---

[253]「某参謀［堀毛参謀］手記」７月25日－26日の条、「駐屯軍司令官ノ処置並ニ状況ノ推移」（「作戦史要」第２巻所収）。前掲、堀内総領事発森島参事官宛電信・合第406号（北平大使館記録）。第二十師団参謀部「機密作戦日誌」（防研蔵）。

[254] Compte-rendu des événements militaires survenus du 22 juillet au 10 août 1937 dans la région Pékin-Tientsin (Lettre n° 301/S du Lieutenant Guillermaz, officier adjoint de l'Attaché Militaire près l'Ambassade de France en Chine, à Monsieur le Ministre de la Guerre, datée du 16 août 1937, Série E-Asie, Chine 1930-1940, E 513-9, vol. 702, Archives diplomatiques de La Courneuve (ADC)). Situation Report, July 17-August 8, 1937, G-2 Report, No. 9583, U.S. Embassy China, RG 84. Telephone, July 26th, from White, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

[255] ただし、英国大使館では、経緯はどうであれその後日本の増援部隊および航空爆撃により中国側に甚大な被害が出たことから、日本側の目的が通信線の脅威となる部隊を立ち退かせるためだと考えた方が合理的であると評価している（Telegram No. 65, From Sir Knatchbull-Hugessen to FO, Nanking, August 5th, 1937, 396/23L/1937, FO 676/327, Embassy and Consular Archives, China Correspondence Series 2, Sino-Japanese Situation in North China Part 6, TNA）。

決を断念し、徹底的にたたく方針に決した。これは攻撃をしてきた部隊が日本側に友好的であると考えられていた張自忠麾下の第38師であったことも、日本側の判断に大きく影響した。軍司令部は午前３時30分に新たな命令を出し、45分には北平特務機関に対しても新たな方針を通知し[256]、廊坊に救援部隊を派遣するとともに、午前６時には廊坊を爆撃した[257]。また、参謀総長に対して、「郎（ママ）（廊）坊附近に於ける支那軍の不法射撃に対し、軍は自衛の為、同地支那軍を膺懲すへく兵力を行使せり。尚之を契機として已むなく事態拡大するやも計られす。之か為には随時兵力を行使する事を豫め承認を乞う」との武力行使の許可を願い出たところ[258]、参謀総長より不拡大を命じた臨命第400号を廃し、所要に応じて兵力を行使することが認められた[259]。

26日には特務機関から状況を直接張自忠に伝達するとともに、軍司令部では以下の内容の宋哲元宛て通告文を作成した。

> 昨二十五日夜、廊坊に於て通信交通の掩護のため派遣せる一部我軍に対する貴軍の不法射撃に起因し、遂に両軍の衝突を見るに至りしは遺憾に堪えす。此の如き事態を惹起するに至れるは、貴軍か我軍との間に協定せる事実の実行に対する誠意を欠き、依然挑戦的態度の緩和せさるに起因す。貴軍に於て、依然事態不拡大の意志を有するに於ては､先つ速に蘆溝橋及八宝山附近に配置せる第三十七師を、明二十七日正午迄に、長辛店に後退せしめ、又北平城内に在る第三十七師は北平城内より撤退し、西苑に在る第三十七師の部隊と共に、先つ平漢線以北の地区を経て本月二十八日正午迄に、永定河以西の地区に移し、爾後引続き此等部隊の保定方面への輸送を開始せらるへし。右実行を見さるに於ては、貴軍に誠意なきものと認め、遺憾なから我軍は独自の行動を取るの已むなきに至るへし。此場合

[256]「北機日誌」７月26日午前３時45分。
[257]「支作命甲第五八号（七月二十六日午前三時三十分於天津軍司令部）」（「作戦史要」第２巻所収）。同上、７月26日午前６時25分。
[258]「支那駐屯軍司令官発総長宛　支参一第七四号」（「作戦史要」第２巻所収）。同上、７月26日午前３時45分。
[259]「臨命第四一八号」（「支那事変　臨命」所収）。

起るへき一切の責任は、当然貴軍に於て負はるへきものなり[260]

軍は特務機関を通じて手交しようとしたが､宋は病と称して出て来ず、秦徳純と張維藩が代りに受領した[261]。以上のように、廊坊での事件は天津軍において方針の一大転換をなす切っ掛けとなったが、さらにその決意を固める事件が同日夕方に起きることとなった。

広安門事件

26日、天津軍では北平特務機関の要請を受けて、天津駐屯の歩兵第２聯隊第２大隊を居留民保護のため北平に派遣することとし、列車で豊台まで前進した後、26台のトラックに分乗して北平に向った。北平では櫻井顧問が第29軍側に了解を取り、午後４時に現地広安門で開門入城の手配を行う手はずとなっていた[262]。しかし、豊台から先行した齋藤通訳が午後３時20分頃に広安門に到着したところ、中国側は開門中の広安門を閉鎖して武装を開始し、部隊の入城を阻止する模様であった。午後４時に櫻井顧問が到着し､戒厳司令部の劉自珍(第111旅長)に対し交渉を行った結果、日本側部隊の入城が許可され開門された[263]。

他方、日本側部隊は豊台出発が遅れ、予定から一時間以上遅れて広安門に到着した。広安門到着時には秦徳純からの命令として再び門が閉じられ、すでに中国側の警戒は至厳を極めていたが、再度櫻井顧問より交渉を行い、５時40分に戒厳司令部より広安門を守備する部隊に対して開門の命令が下達された。これを受けて、日本側部隊は開門を確認し、午後６時20分に入門を開始した。ところが３輌目が城門に差し掛かったところで中国側が門を閉じ、突如として機関銃、小銃、手榴弾、迫撃砲の一斉射撃を浴びせ、日本側は６輌目から機関銃で応戦し、10分程度射撃が続いた。６輌目までが入城し、残りは入城を断念して引返したが、こ

[260]「通告文」(「作戦史要」第２巻所収)。
[261]「北機日誌」７月25日午後12時０分 (26日午前０時)、26日午後５時40分。
[262] 河邉兵団司令部「広安門事件ニ就テ」(「作戦史要」第２巻所収)。
[263] 吉富重雄 (北平陸軍機関陸軍属)「広安門事件報告」、齋藤弼州 (軍事顧問部)「広安門事件経緯」(「作戦史要」第２巻所収)。

の射撃により日本側に死者３名、負傷者10名が、中国側に警察官２名の死者と９名の負傷者が出た[264]。

天津の司令部では当初、断片的な情報から部隊が全滅したのではないかと考え、冀察側を相手とする交渉を打切り、午後10時20分に７月27日正午より予定に基づく攻撃を実施する命令を発したが、先の通告文において28日正午を期限としていたこと、居留民の引揚が終わっていなかったこと、また広安門事件が当初の予想より大事ではなかったことから、松井機関長の具申により、午前４時30分に攻撃開始を一時延期することとした[265]。また、大使館では軍との協議の結果、居留民に対し、27日午前までに公使館区域に避難するよう命令することとなった[266]。居留民の避難については第37師の撤退に際し、不祥事件の発生を防止するために居留民を避難させると対外的に発表するものとされた[267]。一旦は宋哲元ならびに第29軍の撤兵動向を引続き注視し、交渉による解決を目指した天津軍司令部であったが、25日の廊坊、26日の広安門と連日の事件により、交渉による解決をついに断念するに至った。

冀察側動向

張自忠は25日の参謀長との会談結果を携え、午後４時に北平に入り進徳社で会議中の宋哲元を訪れた。当時、進徳社では第29軍各師長ら冀察要員が集まって対応方について議論しており、会合は夜半過ぎまで続き、

---

[264] 同上。北平発大臣宛傍受電信、７月27日午後６時発（蔣档「一般資料―呈表彙集（六十一）」「委員長已閲機要情報中華民国廿六年七月份」002-080200-00488-024）。Compte-rendu des événements militaires survenus du 22 juillet au 10 août 1937 dans la région Pékin-Tientsin, ADC. なお、仏陸軍の報告では日本側について死者２名、負傷者19名としている。

[265]「駐屯軍司令官ノ処置並ニ状況ノ推移」（「作戦史要」第２巻所収）。北平特務機関には午前３時に通告の延期を伝達した（「北機日誌」７月27日午前３時00分）。

[266] 北平発大臣宛傍受電信、７月27日午前７時発（蔣档「一般資料―呈表彙集（六十一）」「委員長已閲機要情報中華民国廿六年七月份」002-080200-00488-024）。

[267] 北平発大臣宛傍受電信、７月27日午前11時発、同上。

張自忠がもたらした日本側要求について検討したものと考えられる[268]。翌日には、廊坊事件を受けて朝から秦徳純私邸にて宋哲元、秦徳純、張允栄等で再度対応について話し合いが行われた[269]。その結果、張維藩を日本側に派遣して日本側の全ての要求を承諾し、27日朝より実行すると申し出た。軍側では中国側がいつもこの方法で通知を行っては実行しないことから、今回の通知についても疑っており、これについて直接回答を避け、期限内に撤退を実施するかどうか注視することとした[270]。また、先に述べた盧溝橋および八宝山の第37師を27日正午までに撤退させ、城内および西苑の第37師を28日正午までに永定河対岸に撤退させることを要求する通告書を、26日午後５時30分に特務機関を通じて冀察側に手交した[271]。

宋哲元は日本側通告を受けて26日夜に再び冀察各首脳を私邸に集めて対応方針を練った[272]。しかし、この最中に広安門で新たに事件が生じ、おそらく冀察首脳部はこの時点で日本による全面攻撃は避け得ないと考えたに違いない。実際、宋哲元は広安門事件の直後に佟麟閣副軍長に対して、北平近郊の各部隊は兵舎を固守する必要な人員を除いて、全ての人員を27日払暁前に兵舎から離脱させ畑の中に隠れて敵の爆撃に備えるよう命令を下している[273]。また、同時刻に蔣介石からも１．大戦を決意して保定―滄県および石家荘―滄県の線に部隊を配置するとともに、２．北平城は開戦準備を行い、３．宛平城は警備防衛状態に復し、４．宋自身は保定に赴き指揮することの４点について今決心を下すべきだとの電

---

[268]『申報』７月26日。「街談巷議」（７月25日）（『北京地区抗日運動史料彙編』前掲、第３輯、337頁、所収）。

[269] Compte-rendu des événements militaires survenus du 22 juillet au 10 août 1937 dans la région Pékin-Tientsin.『中央日報』７月26日。

[270] 北平発大臣宛傍受電信、７月27日午後３時発（蔣档「一般資料―呈表彙集（六十一）」「委員長已閲機要情報中華民国廿六年七月份」002-080200-00488-024）。

[271]「北機日誌」７月28日午後５時40分。

[272]『申報』７月27日。

[273]「北平宋哲元致佟副軍長宥戌電（７月26日）」（閻档「録存（六）」116-010108-0374-070）。

話（および電報）があった[274]。

広安門事件自体については、少なくとも時間稼ぎが当面の目標であった冀察側からすれば意外な事件であり、上層部が指示したものとは考え難く、現場部隊の抗日感情がもたらしたものであった。日本との大規模な戦闘はもはや時間の問題であったが、中央軍の河北省境への北上集中は冀察側の希望に比して緩慢であり、宋らの中央に対する不信は完全には解消されてはいなかった。すくなくとも、この時間稼ぎは可能な限り続ける必要があり、宋の意を受けた秦徳純は、天津軍がすでに接触を謝絶していることから、日本大使館の加藤書記官を招いて日本側の感触を把握し、交渉の余地があるかどうか探ることとした。

27日午前１時、加藤書記官は秦徳純の招きに応じて私邸に赴いた。冒頭、秦は冀察方面では宋委員長以下みな事態の不拡大、局地的解決に誠意をもって努力していたところ、突然このような事態に至り、誠に遺憾に思うと述べ、この難局を打開するために何か良策はないかと問うた。これに対して加藤は、日本政府は当初から不拡大方針のもと、力の限りを尽くして局地解決に努力してきたが、事ここに至ってはこれまでの努力は水泡に帰すことになり、これは我方がもっとも遺憾とするところであると応じ、現状では局面打開策は求めようがないと回答した。秦が一昨日以来、両軍の衝突は漸次拡大しているものの、平和的解決にはまだ一縷の望みがある。懸崖に馬を勒い、この重大局面を収拾するため、最後の努力を行ったが、残念ながら嘆かわしい事態となってしまった、と述べたのに対し、加藤は冀察側が有言実行の決心さえあればできるはずのことを、どうしてすぐに履行しないのかと応酬した。これに対して秦は両軍が抗(ママ)戦している中にあって、第37師を北平から撤退させることは実際にはできない。これは要するにまさに時間の問題である。現在においては望みえないが､両軍が衝突した際にはその災禍の阻止に尽力し、最小限にとどめて頂きたいと応じ、会見は終了した[275]。秦と加藤との会

[274]「蔣介石致宋哲元宥戌機電（７月26日）」（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-065）。

[275] 北平発大臣宛傍受電信、７月27日午前９時、午前11時発（蔣档「一般資料―呈表彙集（六十一）」「委員長已閲機要情報中華民国廿六年七月份」002-080200-

見は事実上、盧溝橋事件に関する日中現地当局間の最後の交渉となった[276]。

日本側との交渉が打ち切りとなった今、宋哲元にとっての問題は中央との関係にあった。昨日に蔣介石から開戦を決意して準備を行い保定に赴くように連絡があったものの、宋は北平を放棄して保定に赴くことを躊躇っていた。それは中央からの援軍が未だ十分な勢力に達しておらず、ともに戦うという中央の抗戦決意を完全に信頼することができなかったことによる。蔣は中央の考えを改めて伝え、保定に赴き指揮するよう宋を説得するために劉健群（復興社幹事）を派遣したが、26日夜に会談をおこなった際、宋哲元は劉に対して「蔣先生は私に保定に行き、日本人と交渉してはならないというが、すでに日本との戦争準備ができたのか？どうして中央は軍隊を送ってこないのか？」と問うたことからも、宋がいまだ中央を完全に信頼出来ていなかったことがうかがえる[277]。25

00488-025)。U.S. Embassy Peiping to Department of State, Telegram No. 302, Embassy's No. 300, July 27, 1937, 1 p.m., file 793.94/8999, RG 59.

[276] 米国大使館の諜者情報（中国側官員）では、26日夜から27日朝に松井機関長と陳覚生、張自忠との間で第37師の撤退について交渉が行われ、いくつかの項目については合意に達したものの、最終的には決裂したと述べているが、日本側の史料と各回想からみて、26日の夜から27日の朝にかけて、加藤書記官と秦徳純が会談したことを除いては日本側と冀察側との交渉は行われなかった。米国の情報については以下を参照、U.S. Embassy Peiping to Department of State, Telegram No. 303, 306, Embassy's No. 302, 303, July 27, 1937, 2 p.m., 6 p.m., file 793.94/9000, 9003, RG 59.

[277] 劉健群『銀河憶往』台北：伝記文学出版社、1988年、101頁。劉健群の回想では蔣介石に面会した翌日午後に北平に到着し、離平直前の夜に宋と面会し、そのまま大雨の中、門頭溝を抜けて盧溝橋を経由して保定に至ったと述べている。劉は22日に蔣介石に会い、23日正午には蔣から秦徳純・宋哲元に劉を受け入れるよう電話があった。また、特務機関の業務日誌によれば、22日から28日の間で雨が降ったのは26日の夜だけであることから、劉は23日に北平に入り、26日夜に宋と会見の後離平したと考えられる。また、27日に劉は宋哲元が北平を離れないと蔣に電報を打っていることから、実際には説得することはできなかったとみられる（「蔣介石日記」７月22日の条。「蔣中正致秦徳純転宋哲元梗午機電（已電話通知正午十二時）７月23日」（蔣档「籌筆―抗戦時期（一）」002-010300-00001-027)。「戈定遠劉健群致蔣中正感酉電（７月27日）（蔣档「盧溝禦侮

日までに、中央軍の第14軍から第10師と第83師が石家荘に到着したが、装備は貧弱であったという[278]。

27日に入って、通州所在の第29軍に対して日本側が武装解除を通告するも抗戦の構えを見せたため、午前５時に日本側が攻撃して戦闘に発展し、双方に死傷者を出すに至った。日本側では６名の死者と26名の負傷者が出た[279]。通州での戦闘を受けて、宋は27日の朝になってようやく昨日蔣から伝達された電話の内容について保定への移駐など蔣の４点からなる決心指示について拝承したと述べつつも、新たに通州で戦闘が始まったこともあり、北平に留まることを決意したと返電した[280]。

その後、北平北郊の昌平県小湯山、沙河付近で順義方面から前進してきた兵力約3000からなる独立混成第１旅団（酒井兵団）と中国側との戦闘が生じ、事態が急迫しつつあると認識した宋哲元は、蔣に対して以下の電報を送り、中央からの援軍を改めて願い出た[281]。

> 敵は全力で北平を包囲攻撃し、情勢は実に深刻であり、中央は速やかに第２期の準備を策定願いたい。あわせて速やかに大軍を平津線、津浦線から夜に日を継いで北進させ、北平の包囲を解いて頂きたい。かりに飛行隊を河間―任邱一帯に派遣頂ければ戦局に対してさらに有益である[282]

宋の要請に対し、蔣介石は午後に２通の電報を返電し、第２期の計画はすでに準備済みであり、来電のとおり大軍を派遣して全力で増援し、大官を保定に派遣して対策をとると述べた。あわせて蔣は宋に対して情勢を確実に把握して落ち着いて敵に対峙し、３日間しっかりと攻撃すれ

（四）」002-090105-00004-215））。

[278] Telegram July 27th, 1:30 PM form Sutherland (Shihkiachuang), Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

[279]「北機日誌」７月27日午前７時20分。「盧溝橋事件日誌」７月26日の条、前掲。

[280]「宋哲元致蔣介石［感辰］密電（７月27日）」『中華民国史档案資料彙編』前掲、第５輯第２編軍事（二）、98頁。

[281]「支那駐屯歩兵旅団ノ作戦」。Compte-rendu des événements militaires survenus du 22 juillet au 10 août 1937 dans la région Pékin-Tientsin.

[282]「宋哲元致蔣中正感午参電（７月27日）」（蔣档「革命文献―盧溝橋事変」002-020300-00001-068）。

ば、倭（日本）は意を挫かれ、かえって容易に成果を得られることから、塹壕を深く掘り固守して退かないよう各部隊に厳命するよう命じた[283]。蔣介石は返電において宋哲元に気遣いを見せてはいるものの、内心では自業自得だと感じていた。当日の日記には以下のように記している。

> 本日、北平城外では四周すべてにおいて戦争が起きた。宋哲元はここに至って急に焦り始めた。普段は余の言葉を信じず、ひたすら敵を体よくあしらっておけば一時の安逸を得られると考えていたために、陣地構築を躊躇い、ただ敵に疑われることを恐れた。二十五日以前に敵は早くも北平包囲を完成していたにもかかわらず、宋は依然として危険が身に及んでいることを知らず、河北省に入った中央軍の撤退を要求するなど痛ましい限りだ[284]。

他方、宋は宋で蔣に対して大軍と高官の派遣について感謝を述べたが、自身は引き続き北平に留まる選択をした[285]。宋哲元の中央に対する懸隔は最後まで解消されなかったとみてよいであろう。

日本軍による全面的な攻撃は28日払暁を予定しており、いまだ開始されてはいなかったが、日本側が撤退を要求した八宝山には、期限を過ぎた27日午後１時の段階で、依然として第37師と保安隊の一部が所在しており、これらの部隊は移動の命令を受けていなかった[286]。日本側は表向きには第29軍の命令伝達が遅れているためだと説明していたが、大規模な戦闘を避けうる可能性はもはやほとんどなかった[287]。午後２時頃には南苑南方の団河で、守備のために派遣された第132師の１個旅団と第20

---

[283]「蔣中正致宋哲元沁感申機電（７月27日）」、「蔣中正致宋哲元沁酉機電（７月27日）」（蔣档「領袖指示補編（十二）」002-090106-00012-224、225）。

[284]「蔣介石日記」７月27日の条。

[285]「宋哲元致蔣中正感戌電（７月27日）」（蔣档「盧溝禦侮（二）」002-090105-00002-383）。

[286] Telephone July 27th, 3:00 PM form Fisher (Report from Mcgregor), Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

[287] Télégramme de M. Naggiar Ambassadeur de France à Pékin, à M. Delbos, Ministère des Affaires étrangères, daté du 27 Juillet 1937, n° 189 P, Série E-Asie, Chine 1930-1940, E 513-9, Vol. 700, ADC.

師団の高木部隊との間で衝突が起きた[288]。午後にはドイツが自国民に対して大使館に避難するよう命令を下すなど、事態は急迫の度合いを強めつつあった[289]。

午後３時、北平新聞検査所は中央通信社を通じて「冀察政務委員会は日本の最後通牒の不当な要求を拒絶する」と発表し、21日間に及んだ現地当局間の日中交渉は終了した[290]。午後４時頃には団河附近の衝突が砲撃を交えた戦闘に発展し、本格的な全面戦闘はもはや避け得ない状況となった[291]。

華北総攻撃

27日、昨日の事件を受けて、北平では再び戒厳令が敷かれた[292]。米英仏伊の使節団は27日夜に会合を開き、28日早朝に自国民を公使館区域である東交民巷に収容するとともに、日本に対して公使館区域を軍事作戦に利用しないよう要求することとした[293]。この日、公使館区域の出入り口の門が初めて閉じられた[294]。

---

[288] 第二十師団参謀部「機密作戦日誌」。Compte-rendu des événements militaires survenus du 22 juillet au 10 août 1937 dans la région Pékin-Tientsin.

[289] Telephone July 27th, 3:45 PM form Pettus, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8. U.S. Embassy Peiping to Department of State, Telegram No. 304, July 27th, 1937, 3 p.m., file 793.94/9001, RG 59.

[290]『中央日報』７月28日。Telephone July 27th, 5:45 PM form Fisher, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8. U.S. Embassy Peiping to Department of State, Telegram No. 306, Embassy's No. 303, July 27th, 1937, 2 p.m., file 793.94/9003, RG 59.

[291]『華北日報』７月28日。Telephone July 27th, 4:15 PM form Pettus, Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8.

[292] Telegram No. 358, from Mr. Cowan (Peking) to FO, July 27th, 1937, F4580, FO 371/20951, Political Department, General Correspondence, Far eastern, china 1937, file 9 Part 3, TNA.

[293] U.S. Embassy Peiping to Department of State, Telegram No. 308, July 28th, 1937. 7 a.m., file 793.94/9013, RG 59.

[294] Telegram from Italian Embassy, Pekin, to Ministry of Marine, Rome and

同日には陸軍中央は一旦見送った内地師団の派兵を決断し、午前11時50分に７月29日を動員第一日目とする派兵要領を発令した[295]。また、参謀本部は「支那駐屯軍司令官は現在任務の外、平津地方の支那軍を膺懲して同地方主要各地の安定に任すへし」との命令を発し、天津軍は新たに作戦任務を負うこととなった[296]。

天津軍司令部は28日午前０時、宋哲元に伝達すべき以下の通牒を特務機関に電話にて通告した[297]。

協定実行の不誠意と屡次の挑発的行為とは最早我軍の隠忍し能はざる所なり

就中広安門に於ける欺瞞行動は我軍を侮辱する甚だしきものにして断じて許すべからず

軍は茲に独自の行動を執ることを通告す

尚北平城内に戦禍を及ぼさざる為即刻全部の部隊を城内より撤退することを勧告す

昭和十二年七月二十七日　日本軍司令官　香月中将

二十九軍長　宋哲元殿

特務機関では、午前２時に秦徳純の秘書である朱毓真を通じて秦徳純に、次いで宋哲元に伝達を行った[298]。同日早朝より、天津軍は北平周辺に対して総攻撃を開始し、当初日本側が目指した交渉による局地解決、不拡大方針は武力による膺懲に帰結した[299]。

英国陸軍は、日本の狙いについて「これらの関心を持つ地域（華北―引用者）における経済的支配を得たいとは思っているが、これらを併合したいとは思っていない。近年の中国側の好戦的ともいえる態度に煽ら

Italian Consul, Tientsin, No. 390, 27th July, 1937, (HW/12/217, Government Code and Cypher School Diplomatic Section and Predecessors Decrypts of Intercepted Diplomatic Communications (BJ Series), July 1937, TNA).

[295] 軍令部「大東亜戦争海軍戦史―本紀」巻１、344頁。

[296]「臨参命第六十四号」（「支那事変　臨参命（自昭和十二年七月十一日　第五六号至昭和十二年十一月十三日　第一四四号）」所収）（防研蔵）。

[297]「北機日誌」７月28日午前０時00分。

[298] 同上、７月28日午前２時00分。

[299]「駐屯軍司令官ノ処置並ニ状況ノ推移」（「作戦史要」第２巻所収）。

れかねない現地の日本の司令官の血気を抑えるのはおそらく難しく、そこには様々な事件が日中全面戦争の性格を持つような作戦へと発展していくという危険性が潜んでいるからである」と観察していたが、日本が抱える問題を的確に把握していたといえよう[300]。他方で、中国側について、英国陸軍武官であったラヴァト・フレーザー（W. A. Lovat-Fraser）中佐は中国軍が圧倒的に現代砲火力を欠いており、それは河北に北上させた比較的軍事的価値のある装備を保有している中央軍においても同様であると述べ、中国軍を過大評価するドイツ人軍事顧問のファルケンハウゼン（Alexander von Falkenhausen）の考え方―そしてそれは最終的には人的資源に頼る考え方―に否定的であった[301]。

ファルケンハウゼンは、極秘の内話としてトラウトマン駐華大使に対して、蔣介石は戦争を望んではいないが、日本が引続き攻撃を続けるならば軍事的対決を選択し、全面戦争へと進むだろう。全面戦争は中国の発起により、揚子江地域から日本を追い出すことによって始まり、その後各地で戦闘が生じるだろう。状況は中国に有利ではないが、日本は全ての戦力を動員しなければ勝利することは困難だが、ソ連の手前それが可能かどうか疑わしい。中国はぎりぎりまで絶望的に戦い、戦争は泥沼の死闘となるだろうと、見通しを語っていた[302]。

はからずもその後の事態は、ファルケンハウゼンが予想したように、

---

[300] “Sino-Japanese Clash near Peking,” M.I.2.(c). / 12.7.1937, WO 106/5309, TNA.

[301] Telegram No. 217, from Sir Knatchbull-Hugessen (Nanking) to FO, July 18th, 1937, F4295, FO 371/20950, Political Department, General Correspondence, Far eastern, china 1937, file 9 Part 2.

[302] Trautmann (Nanking) an das AA, 21 Juli 1937 18.50 Uhr., Nr. 91, Pol. VIII 787, R104.823, Pol. VIII 10, Politik 3a, Akten betreffend: Den chinesisch japanischen Konflikt im Jahre 1937, Bd. 1. Von Falkenhausen, “Memoiren”, Kapitel 5, S. 55, Nachlass Alexander von Falkenhausen, N 246/42, Bundesarchiv-Militärarchiv. なお、ファルケンハウゼンはかなり早い段階で、中国軍が効果的に日本と戦えるとの見解を蔣介石の顧問であったドナルド（William Henry Donald）に語っており、こうした見積もりが蔣介石の対日戦発起に与えた影響は無視できない（Telegram No. 188, from Mr. Prideaux Brune (Nanking) to FO, 12th July, 1937, F4036, FO 371/20949, Political Department, General Correspondence, Far eastern, china 1937, file 9 Part 1, TNA.）。

揚子江下流域で中国側の戦争発起により全面戦争へと突入したが、ラヴァト・フレーザーが危惧したように現代的砲火力を欠く中国軍は徐々に緒戦の優位を失い、結果的にはファルケンハウゼンの予言とは異なる形で泥沼の死闘へと進んでいくこととなった。

小結

その後の展開から振り返れば、７月７日夜に永定河畔で生じた発砲事件そのものに、日中双方に大きな犠牲を伴う８年にもおよぶ戦争の発端となるほどの重大さをともなう要素はなかった。前年の1936年９月にも第二次豊台事件[303]と呼ばれる衝突事件が起きており、その際は、近接する兵営付近で生じた日中両軍の小競り合いから銃撃戦にまで発展した。また、盧溝橋事件が起きてから28日の日本側総攻撃までの間にも多数の死傷者を出す事件が実に多数起きていた。これらと比べても、兵１名不明という発砲事件そのものとは関係のない偶発的な問題を除けば、当初の事件性はすぐに終息してもおかしくない程度のものであった。たしかに８日朝の武力衝突は第二次豊台事件に比べて規模や戦闘の内容から言って重大なものであったが、その後幾度となく、従来であれば解決をみてもおかしくない状況にまで事態は沈静化した。しかしながら、そのたびに新たな小競り合いや衝突が起り、交渉が振りだしに戻り、場合によっては新たな条件が課された。事態は拡大と終息を繰り返しながらも、少しずつその危機の度合いを高めていった。

1936年９月に起きた第二次豊台事件当時との違いは、日本側よりはむしろ中国側にあった。むろん、日本側の圧迫は変わらず続いていたが、この間に急速にその度合いを強めた訳ではなく、むしろ1937年に入ってからは対華政策の見直しの機運が高まり、現地における露骨な要求は以前より抑えられたともいえる。また、1937年６月にはソ連軍との間に乾岔子島事件が生じており、対ソ警戒から中国との軍事的紛争に対しても敏感となっていた。

[303] 第二次豊台事件の検証については、内田尚孝「支那駐屯軍増強と豊台事件」『コミュニカーレ』第６号、2017年３月、63-88頁が詳しく参考となる。

他方、中国側の対日感情は悪化の一途を辿っていたのみならず、西安事件などを経て民衆全般におけるナショナリズムの高まりがみられ、第29軍内においても一般兵士における抗日意識は前年とは比較にならないほど高まっていた。また、1936年末には綏遠事件によって、関東軍が支援した内蒙軍が傅作義軍により撃退され、メディアをつうじて大きく喧伝されたことにより、中国は軍の実力に自信を持つようになった。第29軍内では前線部隊に近いほど抗日意識が強く、宋哲元ら上層部が対日妥協を命じても十分に統制できなかったのが実態であった。

したがって、宋哲元が張自忠等を通じて日本と善後処置を講じても、抗日刊行物の取締や抗日要人の罷免などは実施できたが、部隊の移駐などを実行に移す段になると、その実施には困難が伴った。日本側もそのあたりの事情は理解していたが、他方でこのような状況を続けていても埒があかないとも考えていた。

中国側も日本側も万一に備えて増援部隊を現地に送ったが、相互不信の環境下においては､むしろ万一の事態を準備することになった。当初、南京中央政府と懸隔があり、可能な範囲内であれば日本と妥協して事を収めるつもりの宋哲元ではあったが、続々と到着する日本の増援部隊と徐々に加重されていく日本側の条件により、最終的には南京中央政府の側に付く以外方法がなくなってしまった。むろん、宋哲元としては日本側と部分妥協するにせよ、南京に付くにせよ、冀察政権および第29軍の抗戦準備を準備する必要があった。それは日本側には交渉による時間稼ぎとみなされ、疑念や不誠実さを想起させることになった。「謝罪」を終えた宋哲元が北平に入り、日本側要求を矢継ぎ早に実施し始めた直後に行われた日本側による20日の宛平県城砲撃や、蔣介石の４条件に抵触する第37師部隊全部の南方移駐要求は、宋哲元をして日本側との局部妥協を断念する大きな要因となったと考えられる。

他方で、日本側においても衝突の度に要求を厳格化し、全37師の撤退など新たな条件を課すことで、自ら解決へのハードルを上げ、面子という本来交渉に不要なものによって自縄自縛に陥っていった。これは中国側の現場部隊における抗日意識や不満を考えれば、簡単に実現するものではなかった。

1936年９月の第二次豊台事件との違いは、この部隊レベルにおける抗

日意識の高まりにあった。日本側が最後にこだわった第37師の南方移駐は第132師の北平城内移駐を条件とするものであったが、この第132師は1933年の熱河作戦（中国側では長城抗戦）時に関東軍と激戦を交わした趙登禹が師長であり、第37師同様、あるいはそれ以上に抗日意識の強い部隊であった[304]。したがって、第37師の撤退が実現されたとしても、おそらく同様の衝突はすぐにでも北平周辺で生じたであろう。このプロセスは何れかが折れるまで、―そしてそれは起こりそうになかったが―繰り返されることを考えれば、日本側の総攻撃発起は時間の問題であった。

日本側の内地からの派兵声明と増援部隊の派遣による圧迫は、最終的には宋哲元を南京側に向かわせたが、かりにこれらの増援部隊の派遣がなければ、宋は引続き可能な限りにおいて日本との交渉を続けたと考えられる。しかし、それは自らの抗戦準備のために行われるわけであり、早晩生じるであろう日本との衝突に備えたものであった。したがって、宋が稼ぎ得たであろうその時間は決して長いものではなく、前線部隊レベルにおける自信と抗日意識を高めるだけの結果に終わった可能性が高い。日本側としても実態がどうであれ、南京政府により中央軍の北上が下命された以上、圧倒的に数的に不利な天津軍をそのままにしておくわけにもいかず、増援部隊の派遣はやむを得ないものであった。

７月７日の発砲事件は非常に小さな事件であり、その後も幾度となく終息に向かう可能性があったように見えるが、1937年７月の段階においては、すでに現地当局間において現状に復そうとする力は非常に弱く、部隊レベルでの衝突を回避しようとする信頼はすでに失われていた。蔣介石は北平が陥落した際には揚子江下流域において短期決戦による戦争

[304] たとえば、第132師第１旅の旅長劉景山は師長に対して「この倭（日本）の恨みを消し去り倭奴と同じ天を抱かぬことを誓い、もって我軍人の恥辱を雪いで天職を全うする」と述べている（「劉景山致河間趙登禹寒電（７月14日）閻档「録存（六）」116-010108-0370-088）。また、英国極東統合情報部（FECB）のバークハート（Valentine R. Burkhardt）大佐は、第132師がかつて37師の一部として1932年の長城抗戦で日本軍と激戦を交わした部隊であると述べ、また当時鄭州に所在していたニューヨークタイムズ特派員だったスティール（Archibald T. Steele）も第132師は猛烈に抗日だとみていた（Telegram July 24th, 4:40 AM form Soule (Chenghsienho), Joseph Stilwell Papers, Box 47 Folder 8）。

発起を考えていたが、日本側は華北総攻撃の時点において、中国側の積極的決意を予期しておらず、双方ともに相手の企図と戦力見積について判断を誤ったために、終結のかたちが予想できない見通しを欠いたながい戦争へと突入していくこととなった[305]。

〔謝辞〕本研究はJSPS科研費JP18K01458および公益財団法人村田学術振興財団2019年度研究者海外派遣援助の助成を受けて行われました。ここに記して深謝申し上げます。

[305] 第二次上海事変に関する中国側企図については、岩谷將「日中戦争拡大過程の再検証―盧溝橋事件から第二次上海事変を中心に―」『軍事史学』第53巻第２号、2017年９月、4-27頁を参照。

論　　説

中国における環境公益訴訟の現状と課題（2）

――「環境損害」の回復をめぐって――

邱　　昌茂

目　次

はじめに
（一）問題意識と課題
（二）先行研究の検討
（三）本稿の構成と意義
（四）用語の説明及び日本語訳・表記
第１章　環境公益訴訟制度の概要
　第１節　現行法
　　１　民事訴訟法55条
　　２　環境保護法58条と64条
　　３　司法解釈
　　４　検察機関による公益訴訟の提起に関する試案
　第２節　現行法の解釈をめぐる学説
　　１　環境公益訴訟の目的と範囲
　　２　原告適格
　第３節　環境公益訴訟の制度的特徴
第２章　環境公益訴訟の形成史
　第１節　模索段階
　　１　国務院の政策
　　２　立法提案
　　３　最高人民法院の通達
　　４　各省の規定
　　５　学界の議論

第２節　法整備段階
１　民事訴訟法改正
２　環境保護法改正
３　最高人民法院の通達
４　環境公益訴訟に関する司法解釈
第３節　小括　（以上は第１号）
第３章　環境公益訴訟の背景と理念
第１節　環境行政の機能不全
１　環境法の欠点
２　法執行の欠缺
第２節　司法の問題
１　私益訴訟の限定解釈
２　不受理
３　刑事罰の少なさ
第３節　環境公益訴訟の機能
１　環境行政への補充機能
２　大衆参加機能
第４節　環境公益訴訟の理論的基礎
１　公共信託理論
２　私人検察総長理論
３　環境権理論
第５節　小括
第４章　環境公益訴訟の運用と機能
第１節　検察機関原告型
１　国家財産に対する不法行為責任を問われる事件
２　調停に至る事件
３　小括
第２節　行政機関原告型
１　林業局は環境保護団体と共同原告となる事件
２　環境保護局は原告として、検察機関を訴訟支援者とする事件
３　環境保護局は原告とする事件
４　国土資源局は原告として、検察機関を訴訟支援者とする事件
５　小括
第３節　個人原告型　（以上は本号）
第４節　環境保護団体原告型
１　環境保護団体は単独で原告となる事件
２　環境保護団体は共同原告となる事件

3　環境保護団体は原告として、検察機関を訴訟支援者とする事件
4　小括
第５節　環境公益訴訟の正体と効果
1　環境保護団体の官製性
2　環境公益訴訟の限定
3　環境公益訴訟とは何か
4　環境公益訴訟の効果
第５章　なぜ環境公益訴訟か
第１節　環境公益訴訟のメカニズム
1　不法行為責任法の非純粋私法性格
2　人民法院の政治的利用
第２節　環境公益訴訟の狙い
1　環境汚染コストの一部内部化
2　大衆参加の偽装
3　環境公益形成の三極関係の演出
終章

第３章　環境公益訴訟の背景と理念

上述のように、環境公益訴訟は主に環境公共利益の保護を目的としている。従来、環境公共利益の保護は環境行政に委ねられている。環境行政と別途に環境公益訴訟制度を創設するのは一体どのような社会的背景があるのか、また、それはどのような理念の下で創設されたのか、更にそれに対してどのような期待が寄せられているかなどについて、本章は概観しておく。

第１節　環境行政の機能不全

当初、環境公益訴訟の創設の必要性は盛んに議論される最大の理由は環境行政の機能不全である。環境行政の機能不全により、環境汚染が急ピッチで広がり、深刻化している現状が見受けられた。その原因について次のようなことが指摘されている。

１　環境法の欠点

現行法には幾つの問題が指摘された。最も頻繁に取り上げられるのは汚染行為に対する行政処罰としての過料が違法コストより低く設定されていることである。実践において過料は［排汚費］[1]を基準に計算するが、しかし「排汚費」の設定はそもそも低い[2]。例えば１キロの二酸化硫黄を排出するためには0.4元の「排汚費」を納めなければならない。しかし、二酸化硫黄の処理コストが１キロ当たり１元で、「排汚費」より60% 高い。そのため、企業にとっては脱硫黄設備を設置せず、「排汚費」を納めるほうが逆にコストを節約できる。環境保護部弁公庁の2009年に公布した「法律、行政法規と行政規則の設定した環境保護行政機関の行政処罰目録」[3]によると、中国では行政処罰の対象となる環境法違法行為が304種類に達し、其の中で過料に処せられるのが253種類あり、違法行為全体の83.2% を占めている。実際の統計によると、各種の行政処罰のうち、過料に処せられたのが60％に上っている。さらに過料には上限がある。2008年水汚染防治法が改正されるまで水質汚染事故に対する過料の上限が100万元であった。改正後水汚染事故の場合、過料の上限を直接損失の30％と改めた[4]。大気汚染防治法61条は「本法の規定に違反し、大

[1] 排汚費徴収使用管理条例によれば、［排汚費］とは環境に汚染物質を排出する者は汚染物質の種類と量に応じて支払う費用である。［排汚費］は環境保護行政機関が計算するものであり、最終的には国と地方の財政収入に入れる。なお、［排汚費］は支払ったとしても、法律法規に違反する場合、それに基づく行政処罰を免れない。要するに、［排汚費］は行政処罰ではなく、法令違反も条件としない。2018年１月１日より環境保護税法の施行により、排汚費徴収使用管理条例が廃止され、［排汚費］も環境保護税に取って代わられた。

[2] 2014年９月１日に、国家発展改革委員会は財政部、環境部と共同で「排汚費徴収基準の調整などの問題に関する通知」を公布し、［排汚費］の基準を引き上げようとしている。

[3] 環境保護部弁公庁は2009年９月１日に「関於印有関規範行使環境行政処罰自由裁量権文件的通知」（環弁［2009］107号）を制定公布した。その付属書類１として「法律、行政法規和部門規章設定的環保部門行政処罰目録」を添付した。

[4] 水汚染防治法83条２項「普通又は比較的に大きい汚染事故を引き起こした場合、水汚染事故による直接損失の20% で過料を計算し、重大又は極めて大きな水汚染事故を引き起こした場合、水汚染事故による直接損失の30% で過料

気汚染事故を引き起こした企業事業単位に対して、単位の所在する地方人民政府環境保護行政主管部門はそれによる危害結果に基づいて直接経済損失の50% 以下で過料を処する。ただし、過料が50万元を超えてはならない」と定めている[5]。調査によると、過料の上限額は企業が汚染処理施設を稼動する場合のコストを遥かに下回る。その結果、「我国の環境行政処罰のうち、過料の額は企業の違法行為による収益より遥かに少ない」[6]と指摘されている。

2004年に四川省で発生した沱江汚染事故と2005年に黒竜江省での松花江汚染事故はいずれも広範囲で流域の人々に深刻な被害をもたらしたにもかかわらず、汚染事故を引き起こした企業に100万元の過料しか科さなかった。2005年11月13日に中国石油天然ガス株式有限会社吉林石化支社のベンゼン作業場で爆発事故が発生し、多数のベンゼンやニトロベンゼンを含む汚染物質が松花江に流れ込んだが、事件後、環境保護総局が当時の環境保護法や水汚染防治法などに基づいて上限の100万元の過料を科した。過料が少なかったためか、中国石油天然ガス株式有限会社は別途に500万元を吉林省政府に寄付した。それとは対照に汚染処理費用が膨大であった、2011年までの５年間で、国は松花江の汚染を処理するために計78.4億元を投入した。「現行の環境保護法律、法規が緩い。違法企業に対して過料の金額が低すぎる」[7]と当時の環境保護総局局長がそう締め括った。過料には上限があり、企業の違法活動による収益より遥かに少ないため、企業の汚染行為を抑制する効果が薄いとされている。これは学者の批判の的となり、2014年の環境保護法改正で「按日計罰」[8]

を計算する」。

[5] 2015年８月29日に、大気汚染防治法が改正され、61条は廃止された。同時に、過料の上限が100万元まで引き上げられた。特定の違反行為に対する是正措置命令に従い、是正措置を講じない場合、日毎に過料が上限なく計算されることとなる。

[6] 汪勁「環保法治三十年：我们成功了吗」（北京大学出版社、2011年）186頁。

[7] 郄建栄「遅到罰単再曝環保法律之尷尬」法制網2007年１月25日。http://www.legaldaily.com.cn/misc/2007-01/25/content_524701.htm。（最終訪問日：2015年６月20日）

[8] 環境保護法59条「企業事業単位そのほか生産経営者が法に違反して汚染物質

制度が導入された。

そのほかに罰則の設定がそもそも不適切であり、それにより違法行為が助長される場合もある。中国の環境アセスメント法制度を研究する孟根巴根氏[9]によると、中国の環境影響評価法は構造上内在的な欠陥を抱えている。例えば31条によると、建設業者が建設プロジェクトに関する環境影響評価を申請せず、勝手に着工した場合、環境アセスメントを主管する部門が建設停止､期限付きの手続き補充を命じることができるが、それでも手続きを補充しない者に対して、５万元以上20万元以下の過料を科すことになる。しかし、実際には行政機関は行政処罰を強制執行する権限がないため、結果として「アセスメント許可の未申請或いは未認可のままで勝手に着工・建設する悪質業者が多く、行政部門に発覚しても過料や手続きの補充命令にとどまり、法による建設及び操業停止命令にまでは至らないものが多い」という「先に乗車し、後に券を買う」現象を指摘された。すなわち、環境アセスメントを経ないまま、建設工事に着手して、後で環境アセスメントの手続きを補充すればよい。環境アセスメント法の罰則は違法行為を思いとどまらせる力を持っていない。そのため、皮肉なことに業者の違法行為が広がる一方である。

しかし、上記のように環境法違法コストの低さが繰り返して指摘されたにもかかわらず、長い間当局は法改正を通じて、それを是正しなかったのはわざと企業の生産コストを抑え、競争力を高め、経済発展を最優先にする思惑があると考えられる。

を排出することによって、過料を科され、是正を命じられたにもかかわらず、是正を拒む場合、行政処罰を決定した行政機関が違法行為の是正を命じた日から過料を一日ごとに連続で科すことができる。前項で規定する過料は、関係法律法規に従い、汚染防止処理施設の運営コスト、違法行為による直接損失または違法行為による所得などに基づいて確定する。地方性法規は環境保護の実際のニーズに応えるために、一項に規定する違法行為の種類を増やすことができる」と規定している。

[9] 孟根巴根「中国の環境アセスメント法制度の構造・運用・効果（５・完）」北大法学論集61（１）153 ～ 157頁。

2　法執行の欠缺

法執行には次のような問題があると指摘されている。

①　行政機関の強制執行不能

現行法によれば、企業に行政処罰を与えても、行政機関は自らそれを強制執行することができず、人民法院に強制執行を申し立てなければならない。しかし、強制執行まで時間がかかる。「当事者が環境保護部門から行政処罰の通知を受けた日から15日以内に訴訟を提起せず、また60日以内に行政不服も申し立てないまま、行政処罰を履行しない場合、行政処罰を下した環境保護部門は人民法院に強制執行を申請することができる」[10]と規定されている。行政機関が行政処罰を下した時から強制執行の申し立てまで最長な場合60日間もかかる。また人民法院が30日以内に行政処罰の内容を審査することになるから、処罰が執行されるまでさらに時間がかかることになる。汚染行為の停止命令は後で強制執行されてもあまり意味がなくなる場合もある。しかも、実際には人民法院がそれを強制執行する意欲が低く、積極的に協力しないことがよく指摘されている[11]。その原因としては、例えば、人民法院は行政処罰の強制執行から「執行費」[12]を得られないことや、行政処罰の強制執行は裁判官の人事考課の内容には含まれていないことなどが挙げられている[13]。人民法院は行政処罰の強制執行のインセンティブを欠いているということである。

その他に、行政機関の職員は環境法を執行するには十分な知識を持た

---

[10] 全人代常務委員会法制工作委員会「環境保護部門が環境行政処罰について人民法院に強制執行を申し立てる期限に関する回答」（法工委復字［2001］17号、2001年６月25日）。

[11] 汪勁・前掲注（６）273頁。

[12] 訴訟費用交納弁法14条「申請費は下記の基準で納めることとする（一）法により人民法院に既に法的効力が発生した人民法院の判決、裁定、調停調書、仲裁機構が法により下した裁決と調停調書、公証機関が法により強制執行効力を付与した債権文書の執行、外国裁判所による判決、裁定及び外国仲裁機構による裁決の承認と執行を申請する場合、下記の基準で納めることとする」の中には、行政機関の下した行政処罰が列記されていない。よって、行政処罰の強制執行には費用がかからない。

[13] 汪勁・前掲注（６）274-278頁。

ないことや、環境モニタリング設備や予算が不足していること、また、権限が限られていることなどが指摘されている。法違反をした企業に対して業務停止と企業閉鎖を命じる必要がある場合、地方政府の許可を得なければならない。しかし、実際には地方政府は経済発展や社会安定を優先的に考えているから、汚染企業に対する業務停止や企業閉鎖命令はなかなか発動しない。政府内の諸機関に比べると、環境保護行政機関の地位が低く、あまり重要視されていない。場合によっては、予算なども十分に与えられず、行政処罰から得られた過料を職員の給料に充てる地域もある。これらも地方政府が環境保護をあまり重視していないことの表れだと考えられる。

② 行政機関の権力濫用と不作為

環境保護行政機関は十分な予算を与えられなかったことが環境行政の機能不全原因の一つとされている。しかし、それよりもっと深刻なのは環境保護行機関の権力濫用と不作為である[14]。

権力の濫用は主に法基準を満たしていない企業に環境アセスメントの許可や操業許可などを与えることである。その見返りに、環境保護行政機関の幹部は企業から賄賂などの利益を受け取るのがよく見られる。

中国の環境法執行は主に地方政府およびその支配下にある環境保護行政機関によって担われている[15]。地方政府の間では地方の発展をめぐり激しい競争が繰り広げられている。地方間の発展競争は主に地方政府の直接関与の下における経済成長競争である。地方の官僚の政治的昇進チャンスは主に地方の経済成長率と全国平均成長率の比較によって決められる[16]。経済の発展は官僚の考課と昇進について最も大切な指標と

[14] 祝光耀「加強環境行政監察　切実維護群衆環境権益」環境保護2005年８期12頁を参照。

[15] 環境保護法６条は「地方各級人民政府はその管轄下の行政区域内における環境の質について責任を持つ」と、10条は「県クラス以上の地方人民政府環境保護主管部門は本行政区域内における環境保護業務について統一的な監督管理を行う」と規定している。ほかに企業に対する立ち入り検査や汚染行為の排除措置などを行うのも地方政府の環境保護行政機関である。

[16] 保建雲＝徐梅『経済転型、利益衝突与地方保護主義』（経済科学出版社、2010年）57 ～ 62頁を参照。

なっていることから、経済発展と環境保護が衝突する場合、地方政府は間違いなく経済発展を選ぶことになる[17]。地方政府は企業の誘致に力を入れ、企業の環境汚染コストを低く抑えるのが企業誘致の手立てとされている[18]。ある地方の幹部が企業を誘致する際に「我々の優勢は環境汚染を恐れないことだ」[19]とまで露骨に言ったこともある。地方政府を後ろ盾とする企業は環境アセスメントも行なわないまま建設に踏み切ることも少なくない。それでも環境保護行政機関は建設プロジェクトに許認可を与えなければならない。場合によっては、企業への立ち入り検査も地方政府の許可を得なければならないこともある。環境保護行政機関は地方政府の内部機関として企業の違法行為に対して法執行をするかどうかはすべて地方政府の意思によって決められると言っても過言ではない。環境保護行政機関は環境汚染への人々の不満と地方政府からの圧力の狭間で板挟みになっているため、地方保護主義を排除し、上級環境保護機関の垂直管理を受ける必要もあると地方環境保護行政機関所属の役員から呼びかけられている[20]。

不適切に企業に許可を与えることは環境アセスメントの実態に現れている。それは2015年の全人代の直前に広がるドキュメンタリー「窮頂之下」[21]の中において、環境保護行政機関の官僚に対するインタビューで

---

[17] 張凌雲＝斉曄「地方環境監管困境解釈」中国行政管理2010年３期94頁を参照。

[18] 孫展「中国汚染遷徙路線図：環境儲備還能耗多久？」新華網2016年１月19日 http://news.xinhuanet.com/fortune/2006-01/19/content_4073609_3.htm。（最終訪問2016年11月15日）。

[19] 李江＝偶正涛＝蔡玉高「環保衝突事件頻発『GDP 情結』是元凶」新華網2005年９月11日 http://news.xinhuanet.com/mrdx/2005-09/11/content_3473787.htm。（最終訪問2016年11月15日）

[20] 郭遠明＝王聖志＝孫彬「地方環保局長『夾縫執法』」瞭望新聞週刊2006年39期50～51頁。2016年９月22日、中国共産党中央弁公庁と国務院弁公庁は共同で「省クラス以下の環境保護機関のモニタリングと法執行の垂直管理制度改革試点工作に関する指導意見」を公布した。当該指導意見は地方の環境保護行政機関を地方政府から離脱させ、環境行政が地方政府の干渉を受けない狙いがあると見られる。

[21] 元 CCTV 人気女性キャスターの柴静が製作したものである。Pm2.5が何処から来たか、また如何にしてそれに対処することが出来るかとの質問から切り

も窺い知ることができる。環境保護部科技標準司の司長である熊躍輝[22]の話によると、「60％以上の鉄鋼企業は環境アセスメント法を無視して、審査許可手続きを経なかった。審査許可手続きの停止を通知されるだけである。一千万トン規模の鉄鋼企業は十万人の就職口を作り出したため、河北省にある鉄鋼企業は既に取り締まることができない状況になっている」と言われている。

行政機関の不作為は主に企業の違法行為を見過ごし、処罰を与えないこと、すなわち職務行使の懈怠である。その原因として、汚染企業から賄賂を受けたか、地方政府から圧力を受けたことが主である。地方の環境保護行政機関は地方政府の内部機関として、地方政府の誘致した企業の汚染行為に対して行政処罰を下す際に地方政府の干渉を受けている。地方にとって大きな財源となる大企業が汚染物質の処理設備の設置を怠り、環境汚染を引き起こしても、生産停止などの行政処罰を受けないこともよく報道されている。「政府がGDPの追求を諦め、経済の発展を自分の任務とせず、官僚に対する考課内容からGDPを取り除いて初めて官僚は企業誘致の責任を下ろして、スモッグの発生を放任しないだろう」[23]とその原因を仄かした。「窮頂之下」の中で山西省環境保護局の局長を務める劉向東[24]は「地方の環境保護行政機関は政府に飼育される猫である。猫はネズミを捕まえていいのか、何匹のネズミを捕まえていいのかについてはすべて政府の決めることであり、環境保護行政機関の決めることではない」と指摘した。そうした行政機関の不作為ぶりはニュー

込み、pm2.5の発生源を追跡してきた。2015年旧正月の最中の２月28日に公表し、中国の各ポータルサイトに掲載され、二日間で１億以上の再生があったと言われている。あまり中国の人々を震撼させたため、公表から一週間後、各サイトから削除するようと共産党宣伝部は命令を出したのはその人気ぶりを物語っている。

[22] 2015年12月11日、党中央規律検査委員会によって拘束され、2016年12月６日に汚染企業から賄賂を受け取ったとして収賄罪に問われ、懲役６年の判決を言い渡された。

[23] 馬克「比窮頂之下更深刻的思考：霧霾根源在哪？」新視角 http://business.sohu.com/s2015/other1146/index.shtml。最終訪問2015年03月23日。

[24] 同氏は2015年12月９日に収賄罪の疑いで逮捕された。

ス報道にも裏付けられている。例えば2014年９月６日新京報は中国の内モンゴルと寧夏回族自治区の境界地にある人気観光スポットであるとトングリ（中国語「騰格里」）砂漠の汚染問題に関する報道があった[25]。報道によると、内モンゴルと寧夏回族自治区政府はトングリ砂漠の真ん中にそれぞれトングリ工業団地と寧夏中衛工業団地を設立し、多数の化学工業企業を誘致した。それらの化学企業は生産過程から発生した汚染物質を処理しないまま、砂漠の中に敷設したパイプを通じて砂漠の中に汚染物質を排出していた。この報道をきっかけにトングリ砂漠の汚染問題は全国から注目されるようになった。しかし、報道後も化学企業は汚染物質を排出しつづけている。2015年３月になって、汚染物質を排出した甘粛武威栄化工貿有限会社は環境保護行政機関に取り締まられていた。新京報の調査によると同社は過去の十年間で絶えず違法排出行為を行なった。国と地方の環境保護行政機関からの圧力に耐えながら、長期間に亘り汚染物質を排出することができるのは、地方政府特に環境保護行政機関が職権行使を怠ったからである。トングリ砂漠の汚染物質排出行為について通報を受けたにもかかわらず、地方環境保護行政機関はまじめに検査し、厳格に法を執行しない。事実も明らかにせず、化学企業の違法排出行為を隠している[26]。地方政府は経済発展への配慮から企業の環境汚染と破壊行為を放任してきた。そうした政府の失敗があるのは主に政府を制約する法的メカニズムがないからだと指摘されている[27]。

一方、行政機関の不作為は行政機関の官僚の腐敗の深刻さからも窺い知ることができる。2012年から中国では腐敗撲滅運動が展開され、職務怠慢や汚職に絡む人が次々と摘発された。報道によると、全国環境保護行政機関に所属し処分を受けた人は2012年には646人、2013年には1036人、2014年には1684人に達した。ここ三年以来、環境保護行政機関に所

[25] 陳傑「砂漠之殤」新京報2014年09月06日 A12。

[26]「騰格里砂漠排汚企業十多年多次被査」新京報2015年03月28日 A16。

[27] 王曦「建設生態文明需要以立法克服資源環境管理中的『政府失霊』」中外学刊2008年２期79頁を参照。`他に、丁霖「把国家環境管理権関進制度的篭子」清華法治論衡2015年24輯146 ～ 152頁を参照。張欣怡『財政体制改革与環境汚染問題研究』（人民出版社、2014年）174頁を参照。

属し、処分を受けた人が毎年60% のペースで増加している。そのうち、職務怠慢によるものが40% あまりを占め、汚職によるものが20% を超えている。また、ここ五年間で環境アセスメントに関する違法事件が合わせて70件余りに達し、そのうち汚職に絡むのが40件あまりであった[28]。2015年７月30日に、環境保護部の副部長を務める張力軍が重大な紀律違反と違法行為の疑いがあるとして中国共産党の紀律検査部門から調査を受けていることが報道された。「2012年１月から2013年６月まで、全国環境保護機関に所属する977人の公務員が法律又は党規律に違反するとして党規約又は法によって処罰されていた。そのうち、職務怠慢と収賄が68.1% を占めている」[29]と環境保護領域の腐敗の深刻さは浮き彫りにされている。其の中に、地方環境保護行政機関のトップを務める者も少なくない。例えば、2013年で安徽省検察機関が立件し捜査した環境保護領域の汚職事件で合わせて133人が摘発された。そのうち、庁級幹部１人、処級幹部20人、区、県環境保護局の局長が８人であった[30]。「高い汚染処理コストに比べて、検査に来る官僚に金を送るほうが安い」[31]、「環境保護は実際汚染保護に変質した」[32]や「スモッグよりもっと怖いのは環保腐敗だ」[33]とまで揶揄されている。これらは環境保護行政機関の不作為の

---

[28] 宋騰虎「全国環保系統去年1684人受処分　前年1036人」南都網 http://www.nandu.com/html/201503/26/1053676.html。

[29] 中央紀委監察部駐環境保護部紀検組監察局『環保系統党員幹部警示録』（中国環境出版社、2013年）２頁。

[30] 文顕堂「治霧靄先要治『環保腐敗』」中国経済週刊2014年４月７日。庁級や処級などはいずれも中国の行政幹部の等級を示すものであり、庁級は省クラスの環境保護庁の長に相当するクラスであり、処級は市クラスの環境保護局局長に相当するクラスである。中国の環境保護行政機関は中央には国務院に所属する環境保護部、地方には、省政府に所属する省クラスの環境保護局、市政府に所属する市クラスの環境保護局、県政府に所属する県クラスの環境保護局から構成されている。

[31] 中央紀委監察部駐環境保護部紀検組監察局・前掲注（29）９頁。

[32] 袁春湘「我国環境司法的現状、問題及相関建議」中国審判新聞月刊87期98頁。

[33] 史衛燕＝周暢＝王建＝曹国厂「以汚養汚！比霧靄更可怕的是環保腐敗」新華社 http://www.hn.xinhuanet.com/2014-03/10/c_119696742.htm、最終訪問2016年３月23日。

深刻さを物語っている。

以上のように、環境行政の機能不全の原因として、環境法の欠点と法執行の不健全などが指摘されている。しかし、法律に不備があるから、行政機関は十分に企業の汚染行為を是正することができないと考えるのは決して中国の実態に合致しないと思われる。そもそも、中国で政府は常に法律に基づいて行動するとは限らない。2014年に北京で APEC が開かれるのを前に、政府は北京の周辺にある工場の一時操業停止や自動車の通行制限などを要求し、汚染物質の排出を大幅に低減させたため、人工的に青空を作り出した。同じようなことは2015年の反ファシズム軍事パレードや2016年の杭州 G20の開催の際にも行われた。これらのイベントの開催に合わせ、政府はわざといい環境状態を実現するため、臨時的な強制措置で汚染物質の排出を抑制した。これらの措置は法律に基づいて行われるわけではなく、あくまでも政府の臨時的な命令や要求に基づいて行われたのである。中国では政府は何かをやろうとすれば、たとえ法律がなくてもできると考えるのが普通である。法律は政府の足手まといにはなっていない。また、法律によらなくても党の系統を通じて国有企業などに指示命令することもできる。法律に抜け穴があるように見せつけるのはあくまでも経済発展のために環境を犠牲にするという政府の本意を隠し、批判をかわすためであろう。

政府のそうした本意は環境保護行政機関の法執行を妨げることに見出すことができる。地方政府は経済発展のために積極的に企業誘致に力を入れている。そうした企業の競争力を維持させるために、環境コストを含む生産コストを低く抑え、たとえ違法排出行為があったとしても行政処罰を与えないと言われて久しい。地方政府の強い経済発展志向は「政治と経済の一体化」[34]とも言われている。特に国有企業または地方官僚もしくはその親族の所有する企業が多い場合、その特徴がもっと顕著である。中国では経済発展を最優先にする所謂 GDP 至上主義の下で、環境を犠牲にしている。環境保護行政機関の官僚も地方政府のそうした思惑を熟知したうえで企業の違法行為に目を瞑る見返りに、賄賂を受け

[34] 張玉林「政経一体化開発機制与中国農村的環境沖突」探索与争鳴2006年５期75頁。

取ったのである。あえて法執行を厳しくする官僚はかえって地方政府の機嫌を損ない、辞任に追い込まれるかもしれない[35]。

学者の指摘した上述のような原因はあくまでも表向けのものであり、根本的な原因ではない。根本的な原因は政府の経済発展の最優先という政策にある。さらに言えば、政府は環境保護を犠牲にしてもいいということにある。民主主義の欠如により政府は国民から制約を受けないので、あえて国民の健康を犠牲にすることができるのである。たとえ法律上や法執行に問題があるとしても、それを増強すれば、ある程度環境を改善することができると考えられる。それを環境公益訴訟創設理由とするのはあまり説得力がないと思われる。

第２節　司法の問題

１　私益の限定解釈

現行法では私人は自分と直接な利害関係のあることについてのみ民事訴訟か行政訴訟を提起することができると解されている。中国の民事訴訟法108条（2012年改正後の119条）は「訴えの提起が次の条件に符合しなければならない。（一）原告が本件と直接な利害関係のある公民、法人そのほかの組織である。（二）明確な被告がなければならない。（三）具体的な訴訟請求と事実、理由がなければならない。（四）人民法院が民事訴訟を受理する範囲で、また受訴人民法院の管轄に属さなければならない」と規定している。

環境汚染や生態破壊による被害の過程は二段階に分けることができる。まず、環境汚染による環境機能の低下の段階である。環境の負荷能力を超える汚染物質を排出し、環境自身では浄化し切れないため、環境の機能が低下する段階である。第二の段階では、蓄積された汚染物質が環境を介して人身的または財産的な損害を及ぼす。現行の民事訴訟法や行政訴訟法は私人の権利利益の救済を目的とするため、第二段階にしか対応できないとされている。予防的な視点から見て、第一段階に対処す

[35] 邢化峰「基層環保執法軟肋該如何突破？―反思固鎮県６位環保官員被集体停職事件」環境保護2010年13期44 ～ 46頁を参照。

ることがとても大切である。しかし、個人や環境保護団体はこの第一段階に取り組もうとしても、法的手段がないとされている。2005年の松花江の汚染事故について北京大学法学部の教員と学生たちは訴訟を提起したが、結局黒竜江省高級人民法院に門前払いされた。事件の経緯は次の通りである。

2005年11月13日、吉林省吉林市にある中国石油天然ガス株式有限会社（ペトロチャイナ）吉林石化支社のベンゼン作業場で激しい爆発があった。ベンゼンやニトロベンゼンを大量に含有する汚水が直接松花江に流れ込んだ。北京大学の先生と学生６人がペトロチャイナなどを相手に松花江への危険除去及び原状回復、松花江流域汚染の処理と生態回復のため100億元の賠償を求めて訴訟を提起したが、結局黒竜江高級人民法院に受理されなかった。しかし、人民法院は受理を拒絶したのは原告不適格など法律上の理由によるものではなく、政治的な理由により人民法院が扱うことができないと説明していた[36]。なお、この事件を以て私益訴訟の限界と捉えて、環境公益訴訟を創設する必要があると主張する学者が少なくない[37]。

また、環境行政訴訟について、行政訴訟法41条は「訴訟提起が次の条件に符合しなければならない。（一）原告が具体的な行政行為により自分の合法的な権益が侵害された」と規定している。中国では行政訴訟の対象が具体的行政行為に限られているため、実際に人民法院に提訴した環境行政事件が少ない。行政機関の抽象的な行政行為[38]又は不作為に

---

[36] 趙昊「松花江汚染案対我国現行民事訴訟法的拷問」河北経貿大学学報2007年01期24頁。

[37] 江小金「従一著名案例論建立環境公益訴訟的必要性」法制与社会2007年11期374頁を参照。趙旻「松花江汚染案対我国現行民事訴訟法的拷問」河北経貿大学学報2007年１期26 ～ 28頁を参照。

[38] 行政訴訟法13条２項「人民法院は公民、法人又はその他の組織が次に掲げる事項について提起した訴訟を受理しない。（二）行政法規、規則または行政機関の制定、公布した普遍的な拘束力を有する決定、命令」は学説上、抽象的な行政行為とされている。抽象的な行政行為が公民、法人又はその他の組織の合法的権益を侵害した場合、その取り消しを国務院または地方の人民代表大会及びその常務委員会が行なうことになる。人民法院は案件の審理において、抽象

よって人の権益が侵害されたとしても、被害者は行政訴訟を提起することができないとされている。そのため現行の行政訴訟法では個人や環境保護団体は自分と直接な利害関係のない環境汚染について訴訟を提起することができない。「我が国の現行法における原告適格のルールは私人の合法的な人身的と財産的な権益の保護を目的とし、公共的な環境利益の保護を見落としている」[39]と指摘されている。

２　不受理

従来、中国において当事者の提起した訴訟が人民法院に受理してもらわないという不受理の現象が存在していると指摘されて久しい[40]。特に集団的訴訟事件の場合、人民法院は保守的な態度を示し、厳しい審査を取っていると言われている[41]。人民法院は事件の審理に際して社会安定の維持という政治的役割を同時に果たさなければならないので基本的には政治的リスクのない事件を受理する。最初から判決を執行する見込みがない場合、人民法院は訴訟を受理しない傾向が強い[42]。

上述のように、中国の地方政府は経済発展を最優先にしているため、地方の経済発展に大きく貢献する汚染企業が被害者に訴えられる事件では、地方政府は人民法院に働きかけて訴訟を受理させず、または企業に有利な判決を下させることがしばしばある。また、中国では裁判の独立がまだ実現しておらず、人民法院の人事と予算はすべて地方政府に決められる[43]。そういう環境の下で、人民法院は地方政府の干渉を完全に押

的行政行為が法に違反したことを発見した場合、その取り消しの提言を制定機関に提出することができるが、自らそれを取り消すことはできない。信春鷹『中華人民共和国行政訴訟法釈義』（法律出版社、2014年）47頁を参照。

[39] 陳亮「環境公益訴訟背景下我国伝統原告適格規則的反思与重構」法律適用2014年１期86頁。

[40] 張衛平「起訴難：一個中国問題的思索」法学研究2009年６期65 ～ 76頁を参照。

[41] 曾進「通往和諧之路的必経之門―対我国民事訴訟受理範囲的反思」司法改革論評2007年１期166 ～ 167頁を参照。

[42] 韓永「『不予受理』的訴権困境」中国新聞週刊2008年42期38頁を参照。

[43] 2013年11月12日に中国共産党第18期第３回会議で通過した報告では「省クラス以下の地方人民法院、検察院の人事と予算の統一管理を推進する」との方針

しのけることができない[44]。裁判官は法律を適用して紛争を解決すればよいとせず、社会の安定、地元の経済の発展なども考慮しなければならない[45]。「不受理は環境司法体制の欠陥と行政機関の干渉から生まれた問題である」[46]と指摘されている。そういう問題が最高人民法院にも既に意識され、2014年に最高人民法院は行政区画を跨る環境訴訟の管轄権を模索することを指示した[47]。それが具体的な事件の審理に際して、地方政府から干渉を受けさせないのが目的だとされている。

なお、現実としては「中国では被害の救済を法院に訴えたとしても法院により立案されず、法に基づく救済が得られないケースが存在する」[48]と指摘されている通り、ただでさえ、環境汚染の被害者による民事訴訟は人民法院になかなか受理してもらわない。環境公共利益の一部をたとえ私人の利益と解釈する余地があるとしても、人民法院に門前払いされる可能性がある。環境汚染による被害者の救済を阻害する具体的な現象として環境事件の「受理難」「判決難」「執行難」が取り上げられている[49]。数多くの環境民事、行政事件が人民法院に門前払いされ、司法手続きに入ることすらできない。その原因として法院には政治的機能が要請されていること、判決に対して事態毎に異なる全背景事情を汲んだ総合的な判断が期待されていることが挙げられている[50]。統計によると、中国で

が正式に打ち出され、各省内の地方人民法院の人事と予算は地方政府から高級人民法院への統一管理に移される動きが相次いでいる。

[44] 韓徳強『環境司法審判区域性理論与実践探索』（中国環境出版社、2015年）９頁を参照。

[45] 王燦発「論法官的職責与環境法治」『中国環境法治2008年巻』（法律出版社、2008年）189 ～ 190頁を参照。

[46] 陳濤「依法抗争中的『法院不受理』現象研究」華東理工大学学報（社会科学版）2015年１期８頁。

[47] 最高人民法院「環境資源審判工作を全面的に強化し、生態文明建設の推進に有力な司法保障を提供する意見」において「行政区画と適切に分離する環境資源事件管轄制度の創設を模索する」と規定した。

[48] 桜井次郎「中国における環境公害被害者救済の阻害要因についての一考察―『不立案』問題を中心に」神戸外大論叢64（４）103頁参照。

[49] 呂忠梅「論環境紛争的司法救済」華中科技大学学報2004年４期44 ～ 45頁を参照。

[50] 桜井次郎・前掲注（48）107-108頁参照。

は環境問題による不法行為紛争は毎年十万件あまりに達しているものの、「司法のルートで紛争を解決された事件は僅か環境紛争事件の１％にも満たない」と指摘されている[51]。それとは対照的に環境汚染に関する集団騒動が年々増えている。「1996年以来、環境集団騒動事件は年平均29％の速度で逓増している。重大な環境事件は頻発している。2005年以来環境保護部は直接処理した事件は927件あり、重大または極めて重大な事件は72件ある。特に2011年に重大事件は前年同比120％増加した」[52]。即ち、環境汚染による紛争のうちほとんどは司法による救済を得られないといっても差支えないだろう。

一方、たとえ被害者による提訴は受理されても、人民法院は事件の審理を先に延ばしたり、地方政府は被害者に圧力をかけて訴えを取り下げさせたりすることもある。2014年に中国湖南省衡陽市で300人の児童の血中鉛濃度が基準値を超えていた事件では、53人の被害者は汚染企業を相手に損害賠償を求めて訴訟を提起した。しかし、訴訟は受理された後、地方政府は絶えず原告らに訴えを取り下げるように働きかけていた。結局、開廷までに42人の原告は書面で訴えを取り下げた。残りの９人に対して裁判官は開廷直前になって予定の開廷日より更に二ヶ月間延期することにした。事件の審理が長引くと地方政府からの圧力には堪えられないという懸念の声は原告の間で広がっていた[53]。地方政府は原告らの提訴を阻止しようとしている。中国にはがん村[54]が数多くあるものの、がん患者が汚染企業を相手に民事訴訟を提起するがあまり見られない。また訴訟を提起した際に地方政府に阻止されるのがよく見られる[55]。

---

[51] 楊朝飛「我国環境法律制度与環境保護」中国人大2012年21期39頁。

[52] 楊朝飛・前掲注（51）37頁。

[53] 薛小林「湖南児童血鉛案現撤訴潮　工作組日夜上門交流」中国日報 http://cnews.chinadaily.com.cn/2015-05/08/content_20657523.htm。

[54] がん村とは水質悪化や有害物質の汚染によりたくさんの人が癌にかかる村を指す。中国環境保護部が2013年２月に発表した「化学物質の環境リスク管理計画書」においてがん村の存在を正式に認めた。2011年までに全国で合わせて351個のがん村を発見したと言われている。龔勝生＝張涛「中国『癌症村』時空分布変遷研究」中国人口・資源与環境2013年９期156頁。

[55] 陳阿江＝程鵬立＝羅亜絹『癌症村調査』（中国社会科学出版社、2013年）60～

この事件からも伺われるように中国では環境汚染の被害者は汚染企業を訴える際に人民法院は地方政府から圧力をかけられ、受理を拒むかまたは受理した後で事件の審理を先延ばしすることがよくある。被害者は常に不利な立場に置かれて、「全体的に言えば、案件の受理を制限し、判決が下されるのを引き伸ばし、損害の認定を難しくする」[56]と指摘されている。

地方政府は人民法院に働きかけてまで被害者による民事訴訟を抑えようとするのは被害者の被った損害を企業の生産コストに入れないためであろう。汚染コストを内部化できないのは法律自身の問題ではない。あくまでも政府がそうさせないのである。被害者は民事訴訟を通じて自身の権利利益を守ることができないのに、自身の権利利益と直接な利害関係がない環境公共利益を守ることがなおさらできないと想像できる。しかし、それは法律に問題があるのではなく、法を司る者は完全に法律を執行したくないことに問題があるのである。そういう環境の下で現行法の限界を議論すること自体は説得力を欠いていると言わざるを得ない。果たして、個人による民事訴訟では環境公共利益を守ることができないのか、できないとすればどの部分なのかを詳しく検証せずに私人は訴訟で環境公共利益を守ることができないと断定した。それは意図的に個人の環境公共利益への関与を遮断しようとするように見て取れる。

3　刑事罰の少なさ

2011年の改正まで、刑法338条は重大環境汚染事故罪について「国家規定に違反し、土地、水域、大気に放射性廃棄物、伝染病病原体を含む廃棄物、有毒物質その他危険廃棄物を排出、投棄又は処理することによって重大な環境汚染事故を引き起こし、公私財産に重大な損失又は人身死傷など深刻な結果をもたらした場合、三年以下の有期懲役又は禁錮に処

61頁を参照。場合によって地方政府は公安局などを含むあらゆる権力手段を駆使して被害者の訴訟を妨害する。王黎明「王徳華：維権没有回頭路」中国質量万里行2005年３期35 ～ 36頁を参照。

[56] 裴敬偉＝汪勁「中国企業為什么不屑與社会環境責任的承担」『中国環境法治2007年巻』（法律出版社、2007年）172頁。

し、罰金を単独で又は併科する。結果が特別深刻な場合、三年以上七年以下の有期懲役と罰金に処する」と規定している。2011年の刑法改正で其の罪名を「重大環境汚染事故罪」から「環境汚染罪」と改めた。また、その要件となる「公私財産に重大な損失又は人身死傷など深刻な結果をもたらす」を削除した。改正後の刑法338条は環境汚染罪「国家規定に違反し、放射性廃棄物、伝染病病原体を含む廃棄物、有毒物質その他有害物質を排出、投棄又は処理することによって深刻な環境汚染を引き起こす場合、三年以下の有期懲役又は禁錮に処し、罰金を単独で又は併科する。結果が極めて深刻な場合、三年以上七年以下の有期懲役と禁錮に処する」と規定している。

統計によると、2002年から2011年まで全国法院で扱った重大環境汚染事故犯罪事件が僅か109件であった[57]。全国環境統計公報によれば、2001年から2010まで判決を下した重大環境汚染罪事件は合わせて37件となっている。年別を見ると次の通りとなっている。

表４　2001年～ 2010年までの重大環境汚染事故罪事件数[58]（単位：件）

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
5	4	1	2	2	4	3	2	3	11

北大法意[59]で「重大環境汚染事故罪」を入力して検索したら僅か13件の裁判例しか見られなかった。実際に人民法院の審理した事件のうち、有罪判決を下したのはわずかしかないだろうと推測することができる。また、行政処罰を履行しない者に対する刑罰は用意されていないため、行政命令や処罰に従わなくても刑罰に処せられることはない。実際に中国の環境悪化が厳しさを増す状況を考えると、汚染者に対して刑罰を課す

[57] 袁春湘「我国環境司法的現状、問題及相関建議」中国審判新聞月刊87期99頁。

[58] 全国環境統計公報によるものである。全国環境統計公報とは環境保護部の公表した統計資料である。環境保護部のホームページ（http://zls.mep.gov.cn/hjtj/qghjtjgb/）に掲載されている。2001年から2010年までとしたのは、2001年以前と2010年以降は全国環境統計公報に重大環境汚染事故罪の件数が記載されていないからである。

[59] 北大法意とは中国で収録案件の最も多い法律データベースである。

のが極めて少ないと言える。その原因について次のように分析されている。重大環境汚染事故罪やその後の環境汚染罪はいずれも「法規定に違反している」という違法性が要件となっている。しかし環境法違反行為に対する行政処罰と刑事罰の線引きが必ずしも明確になっていない。環境保護行政機関が環境法違反行為を取り締まる際に、警察の刑事告発に移送するかどうかを判断しにくい。しかも刑事告発に移送するインセンティブが足りない[60]。その原因として、地方環境保護行政機関は地方の経済的利益を優先的に考慮し、刑事告発に移送しない傾向があると指摘されている[61]。刑事告発される環境事件が多くなると、環境保護行政機関の幹部は人事考課において不利益を受け、場合によっては刑事責任[62]を問われる恐れがあるため、「行政処罰を以って刑罰を代える」[63]ことが広く行なわれている。実際には環境保護行政機関は環境汚染を放任する態度を取っているので、汚染者を刑事告発に移すと、行政機関の職員自身も巻き添えになるかもしれない。そのため、行政処罰で事件を収める傾向が強い。

それに対処するために、2001年７月に国務院は「行政機関による犯罪の疑いのある事件の移送に関する規定」[64]を制定した。2007年に国家環境保護総局は公安部、最高人民検察機関と共同で「環境保護行政機関による環境犯罪事件の移送に関する若干規定」[65]を公布し、「行政処罰を

---

[60] 焦艶鵬「我国環境汚染刑事判決闕如的成因与反思」法学2013年６期80頁を参照。

[61] 鄧文英＝湯顥「環境汚染刑事案件査処的実践困境与対策」法制博覧2015年27期47頁を参照。

[62] 刑法408条は「環境保護監督管理に責任を持つ国家機関の職員は深刻な職務怠慢により重大な環境汚染事故が発生し、公私財産に重大な損失をもたらし、または人身傷害と死亡の重大な結果を招いた場合、三年以下の有期懲役又は禁錮に処する」と規定している。

[63] 王樹義＝冯汝「我国環境刑事司法的困境及其対策」法学論評2014年３期124頁。「行政処罰を以って刑罰を代える」というのは即ち行政処罰で事件を済ませ、警察に刑事告発に移送しないことである。

[64] 国務院「行政執法機関移送涉嫌犯罪案件的規定」(2001年７月９日国務院令310号)。

[65] 環境保護総局＝公安部＝最高人民検察機関「関於環境保護行政主管部門移送涉嫌環境犯罪案件的若干規定」(2007年５月17日、環発［2007］78号)。

以って刑罰を代える」ことの防止を目的として掲げている。2013年６月最高人民法院は最高人民検察機関と共同で「環境汚染刑事事件の法適用における若干問題に関する解釈」[66]を公布した。いずれも環境法違反行為に対する刑事告発を強化する狙いがある。ただ、これらはいずれも行政規則であり、罰則もないなどの問題が指摘されている[67]。

実際に環境汚染行為に対する刑事告発を担う公安局と検察機関はいずれも地方政府の構成部分である。地方政府は経済発展を最優先にする以上、公安局や検察機関はあえて地方政府の機嫌を損ない、汚染者の刑事責任を厳しく追究することが難しいと考えられる。すなわち、刑事告発の少なさは経済発展のために環境汚染を犠牲にするという地方政府の意向を反映するものだと思われる。地方政府は環境汚染罪事件を厳しくしようとすれば、刑事事件が増える。2013年に環境保護行政機関が公安局に刑事告発に移送した環境汚染罪事件が300件に上り、それ以前の５年間の総件数を超えた。同時に公安局の立案した事件は247件に上り、それ以前の10年間の総件数を超えるものとなった[68]。汚染者に対して刑事告発に踏み切るかどうかについて地方政府は鍵を握っている。地方政府は経済発展の最優先から方針転換しなければ汚染者に対する刑事告発が控えられるだろうと予想できる。

このように被害者による民事訴訟も汚染者に対する刑事告発も地方政府に抑えられ、汚染行為は事実上放任されている。「司法機関は我が国の環境法執行と環境法治の発展を制限していると言える」[69]と指摘される。しかし、人民法院も公安局も検察機関も全て地方政府にコントロールされているから、真の問題は司法にあるのではなく、地方政府にあるのである。さらに言えば、中国では一党支配を堅持し、地方政府を含むすべての権力機関が党に牛耳られているため、根本的な問題は党の経済

---

[66] 最高人民法院「環境汚染刑事事件の法適用における若干問題に関する解釈」（法釈［2013］15号、2013年６月17日公布、2013年６月19日施行）。

[67] 王樹義＝冯汝・前掲注（63）125頁。

[68] 銭昊平＝陳詞「政法委『転型』一年」南方週末2014年１月17日 http://www.infzm.com/content/97558（最終訪問日2016年11月16日）。

[69] 汪勁・前掲注（６）317頁。

発展の最優先による正統性調達という方針にあると言えるだろう。

結局、環境行政も司法もすべて機能不全に陥り、汚染企業の違法コストが低く、逆に法遵守のコストが高いという現象が生じてしまった。法学界では行政機関による法執行を飛び越えて環境保護団体などは直接汚染者を訴えるという発想が生まれた。環境公益訴訟はまさにその手段として汚染行為を是正する役割が期待されている。

第３節　環境公益訴訟の機能

上述のような背景の下で、環境公益訴訟には多大な期待が寄せられている。環境公益訴訟はどのような機能を果たすことができるか、以下は学界の議論を中心に概観しておく。

１　環境行政への補充機能

上述のように環境公益訴訟の必要性を唱える学者はあまねく環境行政の機能不全を念頭に置きながら、環境公益訴訟が環境行政の機能不全を補充する機能を有することを強調している。「環境公益訴訟は環境保護行政機関がいろいろな原因で環境法を執行する能力がなく、または意欲がないという場合の環境法執行不十分な弊害を克服することができる」[70]と指摘し、環境公益訴訟を環境行政による法執行の補充手段と捉えている[71]。それとともに、環境行政に対する監督機能も強調され、「公益訴訟制度は国家による行政管理の抜け穴を補う役割がある有効な監督方式であり、法律の本当の実施を保証する機能、予防機能を有する有効な激励メカニズムである」[72]とまで期待されている。これらは汚染企業の環境汚染行為は行政機関に是正されなくても環境公益訴訟の原告は民事訴訟を提起し、汚染行為の差止めと環境修復費用を請求することがで

[70] 陳亮『環境公益訴訟研究』（法律出版社、2015年４月）28頁を参照。

[71] 王学成「論検察機関提起環境民事公益訴訟」人民検察2009年11期19頁。ほかに、陳虹「環境公益訴訟功能研究」法商研究2009年１期29頁。

[72] 顔運秋「中国亟需公益訴訟理念与制度」湖南工程学院社会科学学報2003年３期？？？

きるという論理である。よって、環境行政による法執行を補強する役割を果たしうると言われている[73]。

上述したように、環境行政の機能不全の原因として行政機関による汚染企業の庇護や、行政不作為、経済発展重視などの要因が挙げられている。環境公益訴訟が創設されると、原告は直接汚染者を訴えることができる。行政機関の不作為や汚染企業との癒着などがあっても企業の環境汚染行為を訴訟で是正することができるとされている。つまり、行政機関を飛び越えて汚染者の環境汚染責任を追究するという期待がある。また、行政過料には上限があるのに対して、環境公益訴訟で汚染者に請求することができるとされる環境修復費用には上限がないため、「違法コストが低い、遵法コストが高い」という現象を解消することができると期待されている。

こうした議論は環境行政の代替的な措置として環境公益訴訟を構想しているようである。環境行政の改善についてはあまり議論していない。環境行政の機能不全による環境汚染の後始末に位置づけられている環境公益訴訟は環境汚染の予防機能が欠けると予想できる。一方、果たして、環境公益訴訟の原告は環境保護行政機関から何らの影響も受けずに、独自で環境公益訴訟を展開することができるかはそうした補充機能発揮の鍵となっている。しかし、中国では社会団体の設立と活動が政府の厳しい監視下に置かれている現状では、環境保護団体が環境保護行政機関を押し退けて、独自で訴訟を展開し、法執行を補充する役割がなかなか楽観視できないと思われる。

2　大衆参加機能

上述の環境行政の補充機能のほかに、環境における大衆参加の監督機能、すなわち「汚染源の近くに住んでいる大衆は常に環境違法行為の最も経済的且つ効果的な監督者である。政府が環境法を執行できない場合に環境保護団体を含む多数の主体が法執行に加わることによって環境法の有効な実施を確保することができる」[74]を強調する者がいる。一方、

[73] 符建敏＝谷徳近「環境公益訴訟的類型和功能」環境保護2010年21期42頁参照
[74] 高潔「環境公益訴訟――環境執法的新機制」世界環境2010年02期40頁。

大衆参加の民主的機能、すなわち「環境公益訴訟は公衆が環境保護に参加する重要な方法であり、大衆及び環境保護団体の環境保護に参加するための司法ルートを提供した」[75]、「公益訴訟制度の創設は市民が社会公共事務の管理に参加する権利を実現させ、法による支配を推進する有効なルートである」[76]などを強調する人もいる。さらに「公益訴訟制度は人々が国家事務の管理に参加する新しいルートを提供し、人々のこの権利の実現に司法保障も提供した。訴訟における民主の現れであり、訴訟領域における民主の制度化と法律化である」[77]というように環境公益訴訟を訴訟における民主の体現とも捉えられている。

環境公益訴訟のこうした役割を主張する意見は主に環境公益訴訟の原告を大衆が広く参加できる環境保護団体と想定している。しかし、実際には一体誰が原告となれるか、また環境保護団体が本当に大衆と同一視することができるかについては深く検証していない。ほとんどは立法論的な空想に過ぎない。環境公益訴訟の構想に際してアメリカの市民訴訟を参照しながら、アメリカの市民訴訟が果たしている役割をそのまま中国の環境公益訴訟に当てはめようとしている。「環境公益訴訟を含む公益訴訟は本質において市民が公共事務に参加する手段の一つである」[78]と纏められている。「アメリカの環境市民訴訟制度が環境法執行の補充と位置づけられている。市民は動員され、環境監督と管理に参加することによって企業の環境法遵守を促進し、環境保護の目標を達成する」[79]と大衆参加の役割を強調している。さらにアメリカの市民訴訟からの啓発の一つとして法執行と監督への市民参加が取り上げられている[80]。

---

[75] 李義松＝蘇勝利「環境公益訴訟的環保邏輯与法律邏輯」青海社会科学2011年１期62頁。

[76] 王応強「試論我国公益訴訟制度的構建」学習論壇2004年１期47頁。

[77] 顔運秋『公益訴訟理念研究』（中国検察出版社2002年12月）。

[78] 王太高「環境公益訴訟制度的本質分析与立法借鑑」社会科学輯刊2013年６期65頁。

[79] 林燕梅＝成功「美国公益訴訟制度下水汚染案例分析」中国環境法治2011年巻（上）96頁。

[80] 李艶芳「美国的公民訴訟制度及其啓示」中国人民大学学報2003年２期128～129頁。

中国の法学界では環境公益訴訟に期待する上記のような役割はほとんどアメリカの市民訴訟を意識したものである。これらも環境公益訴訟の立法を推進するための立法論的な主張に過ぎない。いずれにせよ、環境公益訴訟に期待された役割はいずれも環境保護団体、しかも大衆が広く参加できる環境保護団体による訴訟提起を前提に考えたものである。環境行政が十分に機能していない場合、大衆は前面に出て環境保護団体を通じて汚染者を相手に環境公益訴訟を提起する。それによって、環境行政の機能不全を補完し、大衆も環境保護団体を通じて訴訟に参加することができるという論理である。環境公益訴訟の立法後の展開は果たして学界のこうした期待に応えたかどうかは更なる考察が必要である。筆者は学者たちの期待があまり楽観すぎると考えられる。繰り返して言ったように、中国の地方政府は実質的に地方の人民法院、検察機関と公安局などをコントロールしている。地方政府のトップは地方において皇帝のような存在と準えられている[81]。政府は必ずしも法律の範囲内に限って活動するとは限らない。法律上、環境保護団体に訴権を付与するとしてもそれは必ずしも人民法院に受理されるとは限らない。たとえ受理されたとしても企業に有利な判決を下す可能性がある。さらに、社会団体に対して遍く厳しい管理体制を敷いているため、環境保護団体は地方政府の意向を無視して環境公益訴訟に踏み切るとは考えにくい。特に地方の経済発展を支える大手企業を相手とする訴訟提起は何らかの形で地方政府に妨げられる恐れがある。学者たちは中国の環境公益訴訟がアメリカのような役割を果たすことを期待しているが、実際には中国には司法の独立もないので、そのような期待が結局外れることになるだろう。

第４節　環境公益訴訟の理論的基礎

環境公益訴訟で原告は訴訟請求との間に直接な利害関係がないとされている。それなのに、なぜ原告は汚染者に対して訴訟を提起することが

[81] 喬徳福『一把手腐敗治理研究』（法律出版社、2015年）159頁を参照。地方において自分が皇帝のような存在と思う地方トップが少なくない。石書軍＝籍俊平「『皇帝意識』与『一把手』監督」決策諮詢2003年９期42頁を参照。

できるか。原告適格を基礎づけるために法学界では公共信託理論、私人検察総長理論、環境権論、環境責任理論を提示されている。そのうち、公共信託理論や私人検察総長理論はいずれもアメリカの環境市民訴訟の原告適格を基礎づける理論として紹介されている。それに基づいて中国の環境公益訴訟を創設しようとする思惑が学者の間に広く存在する。

中国環境公益訴訟の立法が議論されはじめた頃からアメリカの環境市民訴訟[82]を紹介する論文が数多く発表されていた。中国学術文献オンラインサービスの Cnki に「美国公民訴訟」のキーワードを入力すると、385本の論文が出てくる。其の中で代表的なのは例えば2003年発表された「美国的公民訴訟制度及其啓示」[83]を挙げることができる。同論文はアメリカの市民訴訟を次のように紹介している。

「市民訴訟制度はアメリカ環境保護法における特色のある制度である。市民は法により企業が法定の環境保護義務に違反し、環境を汚染した行為又は環境保護行政機関が法定職責を履行しなかった行為に対して訴訟を提起することができる。市民は汚染者に対する訴訟であろうと、行政機関に対する訴訟であろうと、いずれも市民の個人利益のためではない……市民訴訟は本質において公益訴訟である」

アメリカの環境市民訴訟に見習い、中国の環境公益訴訟を創設すべき

---

[82] アメリカの環境市民訴訟は大気浄化法（Clean Air Act）、清浄水法（Clean Water Act）、絶滅のおそれのある種の法（Endangered Species Act）、資源保全回復法（Resource Conservation and Rocovery Act）など22の環境法律に散在している。大気浄化法505条「本条（b）等に定める場合を除き、何人も（1）（A）本章の下における排出基準もしくは（B）当該排出基準に関し行政機関もしくは州が発した命令に違反していると申し立てられるすべての者（合衆国及び合衆国憲法11修正によって認められた範囲内のすべての政府組織もしくは行政機関を含む）に対して、または（2）行政機関が本章のもとにおける裁量的でない行為もしくは義務の履行を怠っていると申し立てられている場合にはその行政機関に対して、自らの利益のために私的訴訟を提起することができる」と規定している。日本にはそれを紹介する論文と著作は主として、西村淑子「アメリカの環境市民訴訟」成城法学63号（2000年）154 ～ 155頁、畠山武道『アメリカの環境訴訟』（北海道大学出版会、2008年）271 ～ 296頁などがある。

[83] 李艶芳「美国的公民訴訟制度及其啓示」中国人民大学学報2003年２期122 ～ 129頁。

だとの発想が広がっている。「我が国の環境公益訴訟制度の創設と発展はアメリカ公民訴訟制度の参照によるところが大きい。その中核をなす内容は社会組織が環境公共利益を侵害した行為に対して訴訟を提起し、法的手段を以って環境法違反行為を是正することである」[84]と言われている。それとともに、原告適格を基礎づけるために、アメリカにある公共信託理論や私人検察総長理論などが紹介されている。

1　公共信託理論

この理論によれば、国家と人民全体の間には公共自然についての信託関係が成立し、自然が国民全体の所有する財産であり、国家は受託者として国民の利益のために自然を管理している。これを紹介する論文はほとんどアメリカミシガン大学ロースクールのサックス（Joseph L.Sax）の見解を引用している。即ち日照、水、野生動植物など環境要素は国民全体の所有する公共財産である。国民は公共財産の管理を政府に委ねている。こうして政府と国民の間には信託関係が成立する。環境保護の推進に伴い、公共信託理論は人々に広く受け止められるようになった。それを一つの憲法原則として数多くの州憲法に書き込まれ、州政府は公共自然資源の受託者であると規定されるようになったと紹介されていた[85]。

環境公共信託理論はそのまま中国の環境公益訴訟制度の理論的根拠としようとする学者が少なくない[86]。それによると、綺麗な空気と水などの公共自然資源が国民全体に所属する共同財産である。国はこれらの信託財産の受託者として法律上の所有権を持ち、人民全体の利益のために財産を保護、管理しなければならない。政府は公共信託財産の管理人として受益者の利益のために管理活動を行なっている。受託者としての政府がその職責の履行を怠った場合､国民は公共自然資源の所有者として、空気、水そのほかの資源を破壊する者に対して訴訟を提起することができる。環境公共信託理論に基づく環境公益訴訟制度の目的は環境公共利

[84] 馬勇「環境公益訴訟的民間推動」中華環境2015年 Z1期76頁。
[85] 候宇「美国公共信託理論的形成与発展」中外法学2009年 4 期625頁。
[86] 謝玲「再弁怠於行政職責論」河北法学2015年 5 期129頁参照。

益の擁護であり、環境公共利益に危害を及ぼしまたは及ぼす恐れのある行為を是正することにある。その本質は私権による私権への監督または私権による公権への監督と捉えられている。これは環境そのものを国民全体に所属する信託財産と見なし、政府の管理に委ねているという見解である。

このように公共信託理論で中国の環境公益訴訟を基礎づけようとする学者が数多くいるものの[87]、それが中国の現状には当てはまらないと言わざるを得ない。自然資源について、政府を受託者とし、国民を所有者とするのは適切ではない。そもそも、中国では自然資源は法律上国家所有のものと定められている[88]。国家所有はすなわち国民全体所有のものだと物権法に定められているものの、実際には政治的民主化の欠如により政府は国民から制約を受けず、国民と政府の関係を信託関係と捉えるのが適切とは言えない。

2　私人検察総長理論

私人検察官理論を紹介す人はよくアメリカ最高裁判所の意見を引用している。即ち「官僚による違法行為を阻止するために、国会は誰かの官僚例えば検察総長に公共利益のために訴権を付与することができる。そうすれば一つの実際紛争が存在することになる。また、国会は官僚ではなく､私人又は私人団体に訴訟を提起する権利を付与することもできる。こういう場合、検察総長のように一つの実際的紛争が存在することになる。国会が官僚又は官僚ではない者にこのような紛争についての訴権を

[87] ほかにアメリカの公共信託理論を紹介する論文として、張顕「美国環境公共信託理論及環境公益保護機制対我国的啓示」政治与法律2011年６期112 ～ 120頁。李琳莎＝王曦「公共信託理論与我国環保主体的公共信託権利和義務」上海交通大学学報2015年１期57 ～ 64頁。肖澤晟「公共信託理論与公共財産権保護」中国法学会行政法学研究会編『財産権与行政法保護――中国法学会行政法学研究会2007年年会論文集』（武漢大学出版社、2007年）762 ～ 789頁。

[88] 物権法46条「鉱山資源、水資源、海域は国家の所有に属する」、48条「森林、山嶺、草原、荒地、干潟などの自然資源は国家の所有に属する。ただし、法律に集団所有に属すると規定する場合はこの限りではない」、49条「法律に国家の所有と規定する野生動植物資源は国家の所有に属する」。

付与することはたとえ訴訟の目的が公共利益のためであっても憲法には禁止されない。訴権を付与された者は私人検察総長であると言ってもいい」[89]を引用しながら、アメリカの私人検察官理論を説明していた。其の上で、アメリカの市民訴訟は正に私人検察官理論に基づいて創設されたのであると断定し中国の環境公益訴訟制度を創設する際に、アメリカ公民訴訟における原告適格、被告、訴訟請求、訴訟費用の負担などについてアメリカの市民訴訟を参照すべきであるとの主張がなされている[90]。

３　環境権理論

環境権に基づいて原告適格を基礎づけようとする論者もいる。環境権の中身は必ずしも明確ではないものの、よい環境状態を享受する権利である点で一致していると思われる。

環境権利を享受主体によって環境権を私人的権利と団体的権利とに分けられている。団体的権利を主張する者は大衆環境権という概念を持ち出して、「大衆環境権は市民個人が環境という公共物に対する非排他的な権利である。この大衆環境権は排他的な私権ではなく、国家又は政府の公権力でもない。環境公益訴訟の原告と損害された環境、資源、生態との関係は排他的な私権関係ではなく、非排他的な環境権関係である」[91]と原告適格を基礎づけようとしている。さらに、環境公益訴訟が救済しようとするのはまさに市民全体の共有する大衆環境権であると主張されている[92]。

また、環境権の主体を明確にせず、私人や団体がよい環境状態を享受する権利と主張する者もいる。「環境権利は公民や団体が人間の尊厳を維持し、基本的な生活を営むに必要な快適な環境を享受する権利である。環境権利の目的は公共的な環境利益の擁護と増進、また環境そのものに

---

[89] 李艶芳「美国的公民訴訟制度及其啓示」中国人民大学学報2003年２期123頁。
[90] 陳亮『美国環境公益訴訟原告適格規則研究』（中国検察出版社、2010年）184頁。
[91] 蔡守秋「論修改環境保護法的幾個問題」政法論叢2013年４期10頁。
[92] 袁学紅「構築環境公益訴訟生態修復機制実証研究」中国環境法治2013年巻下149頁。

対する損害の予防と減少であり、環境汚染による人身的または財産的な損害の救済ではない」[93]。

環境権はあくまでも学説上の議論にとどまり、法律上も裁判上もまだ認められていないが、それを環境保護法６条から導きうると主張する者もいる[94]。

一方、こうした環境権理論に真正面から反対し、「環境訴訟における公民の訴訟提起権は環境責任に由来する権利であり、個人利益の実現を目的とする権利ではない。それは我が国の現行法における告発権である。環境責任理論は集団的利益の意味上の環境公益訴訟の理論的基礎である」[95]との意見も述べられている。

当初、環境公益訴訟の原告適格を基礎づけるために上述の理論が提示されている。しかし、いずれも立法論的な構想に過ぎない。特に公共信託理論や私人検察総長理論はいずれもアメリカの市民訴訟の原告適格を基礎づける論理である。「アメリカ市民訴訟の理論的基礎は私人検察総長理論、大衆参加理論、公共信託理論、環境権理論と妨害大衆理論を含む」[96]と指摘されている。しかし、これらの理論は中国の現状には当てはまらないと考えられる。実際、中国の環境公益訴訟の原告適格はいずれの論理に基づいているとは言えない。そもそもアメリカの市民訴訟は根本的には中国の環境公益訴訟と異なっている。

まず、中国の環境公益訴訟の原告は訴訟事項と直接な利害関係がないとされている。しかし、アメリカの環境市民訴訟はそうではない。アメリカの市民訴訟では適格な原告とされる者は訴訟事項について「事実上の利害関係」があることを証明しなければならない[97]。

---

[93] 王小鋼「以環境公共利益為保護目標的環境権利理論」法制与社会発展2011年２期58頁。

[94] 王燦発「公益訴訟不会導致濫用訴権」別濤編『環境公益訴訟』（法律出版社、2007年）90頁を参照。同論文は環境保護法６条の「告発する権利」を「訴訟を提起する権利」と解釈することを提言している。

[95] 徐祥民＝凌欣＝陳陽「環境公益訴訟的理論基礎探究」中国人口資源与環境2010年１期154頁。

[96] 陳冬「美国環境公民訴訟的理論基礎之探析」鄭州大学学報2003年６期115頁。

[97] アメリカ市民訴訟における「何人」は損害を被らなくても環境損害をもたら

次に、アメリカでは市民個人の訴訟提起が認められているのに対して、中国の環境公益訴訟では模索段階における僅かな個人訴訟事件を除いては、市民個人による訴訟提起が認められていない。

第５節　小括

以上の考察から次のことをまとめることができる。

一、中国の環境悪化は権威主義体制による構造的な問題である。

中国の環境悪化は当局の経済発展の重視と環境保護の軽視によるものであることが明らかになった。「経済発展を重視し、環境保護を軽視し、環境を犠牲にしてでも経済成長を実現しようとし、目先の利益や地方の利益しか考えない地方がある」[98]と指摘されている通りである。

環境保護は立法機関、行政機関、司法機関など閉鎖的な権力集団の内部調整に委ねられている。なお、これらの権力機関は党の支配下に統一されているため、党の政策の実現に協力しあう関係にある。普通の市民は反射的にしかこれらの権力機関の作りだした環境を享受することができない。市民はこれらの権力機関の外に締め出されているため、権力機

す汚染者を訴えることができると理解されがちであるが実際にはルハンⅡ判決では「政府に対する訴訟であって少なくとも具体的な損害の要件が維持されねばならないことは明らかである」として、損害の発生は権力分立原理または憲法三編の事件・争訴要件に由来する憲法上の不可欠の要件であり、市民訴訟においてもそれを省略できないとしたこと、および憲法二編の慎慮条項を根拠に、議会といえども、法を執行する権限の一部を大統領から一般市民に移譲することはできないと述べたことである。畠山武道『アメリカの市民訴訟』（北海道出版会、2008年）282頁。中国にも同様なような指摘がある。「連邦最高裁判所が原告適格の有無を判断する際の基準が時代とともに変遷するとしても、当事者間の具体的対抗性という目的を確保することには変わりがない。20世紀において事実上の損害要件（injury-in-fact requirement）という最も緩い原告適格の基準を採用したとしても、それを具体的対抗性を確保する手段としていることには変わりがない。」陳亮・前掲注（70）122頁参照。

98　温家宝「全面落実科学発展観加快建設環境友好型社会」国家環境保護総局編『貫徹「国務院関於落実科学発展観加強環境保護的決定」和六次全国環境保護大会精神学習材料』（中国環境科学出版社、2006年）47頁。

関の内部での調整がたとえ環境悪化の方向で進んだとしてもそれを是正することができない。国民から制約を受けない権力機関は権力濫用や不作為をやったとしても、国民から何らかの責任を追究されることはない。「中国の現状においては、人民代表大会が行政権力に対する監督が健全ではない。官僚は国民からの圧力を受けず、政治的責任を負う圧力は主に党と政府の内部から来るのである」と言われる通りである[99]。「中国の地方における環境ガバナンスの機能不全は権威主義政治体制によるものである。権威主義の下で中央集権が強化され、政府による統制が厳しいため、大衆参加も情報の公開と透明も制限されている」[100]と鋭く指摘されている。

行政機関の権限不足が環境悪化の原因の一つと指摘されたのが的外れと言わざるを得ない。政府は環境改善に取り組まなかったのは環境保護より経済発展のほうを重視するからである。今環境悪化をこれ以上放置することができないところまで来ていると、政府はようやく環境保護重視の姿勢を打ち出した。温家宝元首相が六回目の全国環境保護大会で「経済発展の重視、環境保護の軽視から環境保護と経済発展の均等重視に方針転換しなければならない」[101]と述べた。

なお、そういう方針転換も権力集団の自律的実行に委ねられている。市民はそれをチェックすることができない。環境法執行を確実なものにするために、環境公益訴訟を環境行政の代替手段とする思惑が学者の間に広がっている。「環境行政による法執行の力不足は我が国の環境公益が効果的に保障されず、環境状況が耐えずに悪化し続ける根本的な原因である。環境行政の他に環境公益訴訟という新しい監督方式を設立しなければ、環境保護行政機関の腐敗を防ぎ、環境行政効率を高め、環境公益を保護する法律目的を実現することができない」[102]とした。環境公益訴訟によって大衆は環境法執行に参与し、法執行者の判断力と責任感を

---

[99] 汪勁『環保法治三十年：我们成功了吗』（北京大学出版社、2011年）263頁。
[100] 冉冉『中国地方環境政治――政策与執行之間的距離』（中央編訳出版社、2015年）38頁。
[101] 温家宝・前掲注（98）51頁。
[102] 楚道文＝邱瀟可「環境公益訴訟必要性分析」江西社会科学2012年８期153頁。

強めることができるという監督機能が強調されている。同時に、政府の失敗を克服し、境法執行を促し、行政機関による環境法執行の不足を補うことができると主張されている[103]。

環境法執行を補足する機能ばかりが強調され、しかし、環境法執行そのものの改善措置はあまり言及されなかった。中国の環境悪化を招いた最大な原因が行政機関による不作為であることは学者のよく指摘しているところである。その根本的な原因が政治的民主化の欠如により公権力が縛られていない現体制にある。環境行政の機能不全を解消するために何をするべきかについてはあまり議論していない。逆に環境行政の機能不全を無視し、環境汚染が発生した後の汚染処理に環境公益訴訟を活用しようとする議論ばかりで、環境法規制とは別途に環境公益訴訟の創設にエネルギーを費やしている。すなわち、現行政治体制に対する民主化改革による環境法規制の機能不全の解消にはあまり期待できないという学界の絶望感を垣間見ることができる。当局は学界の議論を利用して、環境公益訴訟を推進することによって、そうした構造的な問題を覆い隠し、現体制の民主化改革を避けようとする思惑が透けて見える。当初、環境公益訴訟には行政機関の違法行為を是正する環境行政公益訴訟を含む議論があったが、2014年の行政訴訟法の改正には導入されなかった。2017年の行政訴訟法の改正で、いわゆる行政公益訴訟（25条４項）が導入されたが、訴訟を提起できるのは検察機関だけである。政府は自分の責任を市民に問われることを峻拒する姿勢を崩していない。政府は民主化改革を拒否し、現体制を温存させようとしている。

二、公益の重視と私益訴訟の軽視である。

被害者による民事訴訟の提起は人民法院に受理されないのが少なくない。がん村などがよく報道されているが、がん村などに住む被害者による民事訴訟はあまり見られない。被害者の被った損害を填補するのは汚染者の汚染コストを内部化させる重要な手段である。しかし、法学界では不受理の問題を解決する道筋を示さないまま、専ら環境公益訴訟の創設に力を注いでいる。言い換えれば中国では環境に関して私益を軽視し、公益を重視する傾向があると言えよう。本当に汚染者の環境汚染コスト

[103] 李義松＝蘇勝利・前掲注（75）62頁を参照。

を高めるなら、環境汚染による被害者の救済を充実させることが不可欠であると考えられる。しかし、法学界ではそういう現実的な壁に向き合わず、遠回りの道を作るという立法論的な主張が相次いでいる。たとえ環境公益訴訟という新しい制度を創設することができるとしても、今度再び不受理の壁にぶつかる可能性がある。

第４章　環境公益訴訟の運用と機能

環境公益訴訟はそもそも、誰にも帰属しない環境公共利益の保護を目的とするところで、私益訴訟と区別されている。それは私益の救済を目的に構築された私法に二つの問題を突きつけた。一つは原告適格の問題であり、公益訴訟の原告は何故自分に帰属しない利益について訴訟で争うことができるのかという問題である。もうひとつは実体法上の関係である。即ち、法律上の利害関係がない者を公益訴訟で結び付けると、両者の間に如何なる実体法が適用されるかという問題である。以下では原告と実体法を基準に環境公益訴訟をいくつかの類型に分けて分析する。それを通じて、具体的な裁判で誰が原告となるか、原告がどのような実体法に基づいていかなる訴訟請求を提出するかを解明する。結局、どのような場面で環境公益訴訟が運用されるのか、それはいかなる機能を果たしたのかを明らかにする。

本稿に使う裁判例の資料について簡単に説明する。環境公益訴訟は新しく導入される制度であるため、訴訟事件はあまり多くない[104]。なお、環境改善を図る新しい手段として、当局は大いに宣伝をしているため、それが提起される度にマスメディアに報道されている。それを手がかりに次のいくつのルートで裁判例を入手した。

[104] 拙稿が完成された2017年３月までのデータであり、2017年に民事訴訟法が改正後、検察機関が提起した訴訟件数が倍増した。なお、それ以降展開される事件も、適用する実体法があまり変わらないので、拙稿作成時の裁判例を変えないことにした。

表５　環境公益訴訟の事例の出所

番号	出所	事例
1	『中国審判案例要覧』	［事例２］
2	北大法意データベース[105]	［事例６］
3	中国裁判文書網[106]（http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/）	［事例１］［事例３］ ［事例４］［事例７］ ［事例９］［事例11］
4	雲南法院網（http://www.gy.yn.gov.cn/）	［事例５］
5	清鎮市人民法院（http://www.gzqz.gov.cn/sites/court/）	［事例８］
6	中国公益訴訟網[107]（http://www.pil.org.cn/index.html）	［事例10］

キーワードで判決文を検索できるのは上記のうち２と３だけである。３で環境公益訴訟のキーワードを入力すると、34件[108]の判決と裁定が出てきた。２で環境公益訴訟のキーワードを入力すると８件の裁判例（いずれも2012年９月25日以降の事件である）が出てきた。４と５はそれぞれ地方人民法院のホームページであり、いずれもキーワードで検索できない。そこに掲載された裁判例を一々検索することにした。実は環境公益訴訟の注目度が高いため、マスメディアとか裁判所のホームページにその事件に関する情報が掲載される[109]。さらに、それを手がかりに裁判

[105] 中国で最大の法律データベースで、ホームページは http://www.lawyee.net/ である。

[106] 最高人民法院の「人民法院がインターネットで裁判文書を公開することに関する規定」（法釈［2013］26号、2013年11月21公布、2014年１月１日施行）の２条が「最高人民法院がインターネットで中国裁判文書網を設置し、各級人民法院の効力が発生した裁判文書を統一的に公開し、各級人民法院は中国裁判文書網に公開した裁判文書の質について責任を負う」と規定するところによると、中国裁判文書網が最高人民法院に運営されている。

[107] 弁護士の李剛が立ち上げたウェーブサイトである。当サイトには環境公益訴訟を含む幅広い「公益訴訟」の情報が掲載されている。

[108] 34件のうち、環境行政公益訴訟も数件含まれている。

[109] 各人民法院は自分の扱う環境公益訴訟をもれなくホームページに掲載し、特にマスメディアに報道された事件をホームページの目立つところに掲載する。人民法院は環境公益訴訟を業績としてアピールするニュアンスがある。国は明確に環境公益訴訟を推進する政策を決定したのを受け、人民法院は自らまたは地方政府の指示に基づいて環境公益訴訟を受理し、国の政策に迎合する意

所のホームページに掲載される裁判例を入手した。

第１節　検察機関原告型

検察機関の提起した事件をそれに適用される実体法に従い、次のような類型に分ける。

１　国家財産に対する不法行為責任を問われる事件

［事件２］[110]（広州海事法院（2008）広海法初字382号　判決年月日　2008年12月９日）

原告Ｘ：広州市海珠区人民検察機関

被告Ｙ：陳忠明

Ｙは2007年９月から訴外のＡから220平方メートルの部屋を賃借して、工商営業ライセンスと汚染水排出許可を申請しないまま、クリーニング屋を営んでいた。洗剤の入った汚染水が浄化されずに下水道に排出され、直接川に流れていた。2008年５月までの８ヶ月間で毎日40トンの廃水を排出していた。Ｙの不法排出行為が発覚した後、海珠区環境保護局が広州市環境保護科学研究院に環境への影響や、経済損失及び処理費用などの分析と見積もりを依頼した。広州市環境保護科学研究院は2008年５月21日に、当該廃水に対するサンプル検査を行い、６月に「環境影響評価報告書」を作成し、当該廃水排出による直接な経済損失をモニタリング費用7806元、滞納した水資源費312元、環境影響経済損失費109171.21元、合わせて117289.20元と見積もった。ただ、汚染された河川の生態環境の回復、及びそのほかの間接損失や将来発生する生態回復費用が高いため、具体的な額は正確な計算を待たなければ成らない。ＸはＹの不法排出行為による環境への影響経済損失費計117289.2元を請求して訴訟を提起した。またＹが訴訟費用と財産保全費用を負担するよう求めた。

Ｙが裁判に欠席したため、裁判所は欠席判決を下した。

図があると考えられる。

[110] 国家法官学院＝中国人民大学法学院編『中国審判案例要覧・2009年商事審判案例巻』（中国人民大学出版社＝人民法院出版社、2010年）482-486頁。

＜判旨＞請求認容

本件は海に通じる水域における汚染損害賠償事件である。中国水法三条は「水資源は国家の所有に属する」と規定し、また民法通則七三条は「国家財産は国民全体の所有に属する。国家財産は神聖不可侵であり、如何なる組織又は個人はそれを侵奪、略奪、山分け、横領、破壊することを禁止する」と規定したところによると、如何なる単位と個人も違法に国家所有の水資源を濫用し、破壊してはならない。水資源が濫用又は破壊されたら、国家は水資源の被った損害を補うため、司法手続きを通じて違法行為者に賠償を求める権利がある。検察機関は国家の法律監督機関として、違法行為による侵害から国家財産と資源を守るために検察権を行使できるだけでなく、国家財産と資源が違法行為による侵害が発生した時に国家を代表して訴訟を提起することもできる。本件で汚染された水域は国家所有の水資源であり、Ｘの管轄区域内に位置するため、ＸはＹの違法行為による損害について訴訟を提起することができる。

中華人民共和国水汚染防治法二十条、二十一条、二十二条、二十四条は汚水排出業者に汚染物質排出許可書の取得、汚染物質排出口の設置、汚染物質排出費の納付などを義務付けたにもかかわらず、Ｙが工商営業ライセンスと排水許可書の取得を申請せず、汚染物質排出費を支払わないまま、クリーニング事業を営んできたのが上記法律に違反したと言わざるを得ない。

更に民事訴訟の証拠に関する若干規定の四条一項三号によると、環境汚染による損害賠償事件について、加害者が法律の規定する免責事由及び行為と損害の因果関係の不存在について挙証責任を負うべきである。被告が裁判に出頭せず、自分の汚染物質排出行為と河川の水質の汚染との因果関係がないことを証明できないため、当該河川の水質汚染と被告の違法排出行為の間に因果関係があると認定する。

被告は民法通則百六条と百二十四条の規定により、本件の違法排出行為による環境損害に対して民事責任を負わなければならない。

広州市環境保護科学研究院は環境影響評価を行う資格を持つ鑑定機関であるため、その鑑定結果を採用する。鑑定結果によると、水資源費用312元と環境影響経済損失費109171.20元は被告の不法行為による直接損失であり、被告はこれを賠償すべきである。鑑定費用の7806元は被告の

違法行為による損失の見積もりに必要な費用なので、被告はこれを負担しなければならない。原告は国家を代表して本件訴訟を提起したので、原告の受け取る金額はすべて国庫に納めなければならない。

よって、民法通則七十三条、百二十四条、百三十四条一項、二項、環境保護法四十一条一項、二項、水汚染防治法八十五条一項、二項、民事訴訟法百三十八条の規定に基づいて、次のとおり判決を下す。

一、被告Ｙは環境汚染損失と費用計117289.20元の賠償を原告Ｘに支払い、原告はそれを国庫に納めよう

二、本件受理費2646元は被告の負担とする。財産保全費1020元を原告の負担とし、その支払いを免除する。

＜コメント＞

本件は水資源を国家財産とした上で、水汚染防治法の設定した基準値を超える廃水を排出すれば､水資源即ち国家財産が損害されることとし、検察機関は国家を代表して、汚染者の不法行為責任を問うという法律構成であった。

原告適格について、検察機関は国家の法律監督機関であるがゆえに、国家を代表できると解釈していた。しかし、具体的な法的根拠を示さなかった。そのまま、無理やりに検察機関の原告適格を認めたのが権力の強引さを感じざるを得ない。

実体法について､水資源を国家の財産としながら､民法通則124条の「国家の環境保護と汚染防止の規定に違反して、環境を汚染して他人に損害を及ぼした場合、法により民事責任を負うべきである」と環境保護法41条１項「環境汚染による危害を引き起こしたものは危害の排除、及び直接損害を受けた単位または個人に賠償責任を負わなければならない」を適用して、被告の環境汚染による不法行為責任を認めた。しかし、民法通則124条と環境保護法41条はいずれも単位か個人への損害を民事責任の要件としている。本件では水資源の所有者である国家が民法通則124条の「他人」と環境保護法41条の「単位又は個人」に当たると解釈していたらしい。それは民事主体を国家まで拡張解釈していた。その法律構成には次のジレンマを抱えている。水資源を国家所有の財産と解釈することができるなら、水資源が破壊されたら、それは普通の不法行為として被告の財産損害の民事責任を追究できるはずなのに、わざわざ環境汚染

による不法行為を組み立てる必要がないのではないか。水資源を国家所有の財産と解釈するアプローチでは、水質汚濁そのものが国家財産に対する不法行為になる可能性がある。ただこのアプローチでは被告の過失や因果関係などの挙証責任が原告にあるので、それを緩和するために、挙証責任の転倒を定めた民法通則124条と環境保護法41条を適用したのだろう。結局、本件は国家財産に対する不法行為と環境汚染による不法行為を組み合わせた形で、環境公益訴訟を組み立てたのである。

２　調停に至る事件

［事件３］[111]（福建省龍海市人民法院（2014）龍刑初字663号　判決年月日2014年12月17日）

公訴人：龍海市人民検察機関

被告人：洪某、姚某

＜事実の概要＞

2013年３月から2014年３月12日まで、被告人洪某と姚某が他の人と共同で、環境アセスメントの手続きを経ないで、龍海市浮宮鎮渓山村龍海市振発給水有限会社のオフィスの一階を賃借して皮革加工工場を設立し、クロムなめし皮革の生産を行なっていた。そして、廃水の汚染処理施設を設置しなかったため、重金属を含む廃水を直接南渓に排出していた。龍海市環境保護局は2013年４月２日に、期限付きの改正命令を出したが、洪某と姚某は引き続き生産を続け、ようやく2014年３月12日に福建省環境保護庁に取り締まられた。その廃水に対するサンプル検査によると、廃水に含まれるクロムの濃度が一リットルあたりに155ミリグラムに達し、地面に流される清掃水のクロムの濃度が一リットルに1030ミリグラムに達し、いずれも国家汚染物質の排出基準の三倍以上を超えて

[111] 中国裁判文書網 http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/fj/fjszzszjrmfy/lhsrmfy/xs/201501/t20150120_6358797.htm に掲載される判決文による。本件環境公益訴訟が調停に終わったため、中国裁判文書網に調停調書が掲載されなかった。尚、本件環境公益訴訟は検察機関が起訴した刑事訴訟で付属的に提起したものであり、刑事訴訟の判決で事件の経緯と調停結果が記載されているため、本件では刑事判決に基づいて環境公益訴訟の調停結果を紹介することにする。

いたことが分かった。被告人二人の行為に対して、龍海市人民検察機関は環境汚染罪で起訴すると共に、付属的に環境民事公益訴訟を提起した。

＜判旨＞

被告人洪某を懲役二年、罰金20000元（支払い済み）に処する。

被告人姚某を懲役二年、罰金20000元（支払い済み）に処する

この裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する

「被告人は国家の環境保護法律法規に違反して、有毒物質を排出し深刻な環境汚染を引き起こしたため、環境汚染罪に該当し、公訴機関の起訴の罪名が成立する……被告人が公益訴訟の原告と調停調書に合意し、進んで環境汚染の処理に必要な費用20万元を賠償したため、情状酌量して軽く処罰することができる。よって、刑法338条、67条３項、及び最高人民法院と最高人民検察機関の『環境汚染刑事事件の処理における法適用に関する若干問題の解釈』１条３項と５条[112]の規定により、主文の通り判決を下す」

＜コメント＞

本件では、検察機関は被告人を環境汚染罪で起訴すると共に、環境民事公益訴訟を提起し、環境汚染処理に必要な費用を求めていた。被告人は検察機関の原告適格及び訴訟請求の実体法根拠を争うことなく、環境汚染の処理費用の支払いに応じた。それに対して、人民法院は最高人民法院と最高人民検察機関の共同で制定した『環境汚染に係る刑事事件の法適用における若干問題に関する解釈』の５条「刑法338条、339条に規定する犯罪行為を行った者は損失拡大の防止、汚染除去のために即時に措置を取り、進んで損失を賠償した場合、情状酌量して処罰を寛大にすることができる」を持ち出して、被告人の刑罰を軽くした。本件が示したように、環境汚染罪を犯した者が同時に検察機関に環境公益訴訟を提起される可能性があり、更に環境公益訴訟で求められる環境汚染処理費用の支払い如何によっては刑事裁判での量刑が影響されることになる。そうなると、被告人は環境公益訴訟でいくら請求されても応じざるを得

[112] 刑法三百三十八条、三百三十九条に規定する犯罪行為を実施し、しかし即時に措置を取り、損失の拡大を防止し、汚染を除去し、積極的に損失を賠償する場合、情状を酌量して軽く処罰することができる。

ないだろう。検察機関は右手に刑事裁判、左手に環境公益訴訟を握っている。刑事裁判での量刑の手加減を通じて、環境公益訴訟において被告の汚染処理費用などの支払いを応じさせることが十分ありうると考えられる。

ところで、本件では何故検察機関は環境公益訴訟を提起することができるかについてその法的根拠を明示しなかった。しかし、この事件に関する報道によると、当時は検察機関による環境公益訴訟の提起に反対する意見が高まる中、検察機関は本件訴訟を提起するかどうか躊躇っていた。その後、中国共産党第十八期第四回全体会議が開かれ、「全面的な法治国家の推進における若干重大問題に関する中共中央の決定」[113]が打ち出された。其の第４部分の「司法公正を保証し、司法の信頼度を高める」において「検察機関による公益訴訟制度の創設を探索する」が盛り込まれたことを受けて、本件公益訴訟の提起が勇気付けられた[114]という経緯があった。なお、20万元の金額は、工場の生産過程における水道料金の２万元から廃水排出量8000トンを計算し、更にその8000トンの廃水を排出するために20万元の費用を環境保護局に支払わなければならないと龍海市環境保護局は算出した。龍海市検察機関は正に環境保護局の試算を根拠に、環境公益訴訟において汚染処理費用との名目で20万元を請求したと説明されていた。しかし、汚染処理費用の法的根拠を示さなかった。調停に終わった本件では裁判官はあえて実体法の明確を回避しようとする思惑があるかもしれない。

３　小括

検察機関による環境公益訴訟は2015年７月３日の「検察機関による環境公益訴訟の提起に関する試案」（以下は試案という）の公布を境に、２

[113]「中共中央関於全面推進依法治国若干重大問題的決定」新華社2014年10月28日 http://news.xinhuanet.com/2014-10/28/c_1113015330.htm（最終訪問2015年３月14日）

[114] 林志南＝張輝「福建龍海市検察機関：探索公益訴訟『一案』開審」正義網 http://www.jcrb.com/procuratorate/jckx/201501/t20150119_1469663.html（ 最終訪問2015年３月14日）

段階に分けることができる。表６は試案公布までに検察機関の提起した訴訟であり、表７は試案公布以降に検察機関の提起した訴訟である[115]。

表６　検察機関による事件一覧１[116]

番号	時間	事件名	訴訟請求
1	2003	楽陵市検察機関訴金鑫化学工場	不明
2	2003	阆中市検察機関訴群発骨粉工場	不明
3	2008	長沙望城県検察機関訴長沙坪塘セメント有限会社	不明
4	2008	清鎮市人民法院、貴陽市検察機関訴熊金志、雷章、陳廷雨	調停(原状回復)
5	2008	広州市珠海区検察機関訴新中興クリーニング屋	不明
6	2008	新余市渝水区検察機関訴李某、曾某夫婦	不明
7	2009	重慶市南川区検察機関訴双贏化学工場	不明
8	2009	広州市番禺区検察機関訴東湧東泰皮革染整工場	不明
9	2009	無錫市錫山検察機関訴李某、劉某	不明
10	2009	星子県人民検察機関訴某石材工場	不明
11	2010	重慶市璧山県検察機関訴重慶欧某畜禽養殖専業合作社	不明
12	2010	広州市番禺区検察機関訴番禺博郎五金工場	不明
13	2010	広州氏白雲区検察機関訴白雲区養豚場経営者梁中強	不明
14	2010	広州市白雲区検察機関訴養豚場経営者杜加華	不明
15	2011	平湖市検察機関訴嘉興市緑谊環保服務有限会社	不明
16	2012	番禺区検察機関訴某食品工場	不明
17	2011/09/23	宝安区人民法院、宝安区人民検察機関訴深燃石油ガス有限会社	調停(侵害停止、妨害排除、危険除去)
18	2015/01/14	南山区人民法院、南山区人民検察機関、木材加工会社	侵害停止、妨害排除、危険除去

[115] 拙稿が完成される2017年３月までのデータである。2017年民事訴訟改正後、検察機関による環境公益訴訟の件数が激増した。2019年だけで、検察機関による民事環境公益訴訟が1954件に上り、うち1642件は刑事付帯環境民事公益訴訟であった。中華人民共和国最高人民法院『中国環境資源審判．2019』(人民法院出版社、2020年)。

[116] 資料は王社坤「検察機関提起環境公益訴訟的原状与建議」環境経済2013年４月112に掲載されるものによる。なお、判決文など事件に関する詳しい情報は掲載されていないため、事件の粗筋しか紹介できない。情報を把握していない

19[117]	2014/11/21	清鎮市人民法院、清鎮市人民検察機関、貴州永安泰実業有限会社	侵害停止、汚染処理

表７　検察機関による事件一覧２[118]

番号	時間	受訴法院	原告	被告	訴訟請求[119]
20	2015/12/28	江蘇省徐州市中級法院（一審）	徐州市検察機関	徐州市鴻順造紙有限会社	生態環境修復費用105.82万元
21	2016/4/8	雲南省普洱市中級法院（一審）	普洱市検察機関	雲南景谷鉱冶株式有限会社	環境損害賠償135.83万元
22	2016/6/27	福建省三明市中級法院	三明市検察機関	蘇大和、陳章貴、於全富等	不明
23	2016/6/13	江蘇省塩城市中級法院	塩城市検察機関	揚州騰達化学工場など	環境汚染損害賠償9706万元
24	2016/4/14	江蘇省常州市中級法院	常州市検察機関	許建恵、許玉仙	生態環境修復費用150万元
25	2016/6/27	山東省臨沂市中級法院	臨沂市検察機関	曲樹勇、劉成良、張士海、唐寛龍	生態環境修復費用141万元
26	2016/11/3	江蘇省無錫市中級法院	無錫市検察機関	周国平など８人	不明

ところは空白欄にしておく。

[117] 本件について、中国共産党第十八期第四回全体会議において「検察機関による公益訴訟制度を模索する」との方針から影響を受けたと明言されていた。http://www.guizhoucourt.cn/fyxw/1063.jhtml を参照。

[118] これらの事件はいずれも検察日報のホームページ（http://newspaper.jcrb.com/2016/20161119/20161119_001/20161119_001.html）で「環境民事公益訴訟」というキーワードを入力して検索したものである。情報を把握していないところは空白欄にしておく。

[119] 実際には環境修復のほかに、生態機能損失費や、鑑定費用、弁護士費用などを請求したケースが少なくない。本稿との関係で、訴訟請求のうち、環境修復費用だけを取り上げることにする。環境損害賠償を請求したケースもあるが、本質において生態環境修復費用とあまり違いないので、それを生態環境修復費用と統一する。

27	2016/11/8	江蘇省蘇州市中級法院	蘇州市検察機関	蘇州市旭東科技発展有限会社など３社、徐文龍、周書福など３人	環境損害賠償3288.0841万元
28	2016/11/15	湖北省漢江中級法院	湖北省検察機関漢江分院	湖北省利川市五洲牧業有限責任会社	侵害停止、生態環境損失
29	2016/9/22	湖北省漢江中級法院	湖北省検察機関漢江分院	仙桃市毛嘴山紅廃旧回収門市部	不明
30	2016/9/20	貴州省遵義市中級法院	銅仁市検察機関	貴州玉屏湘盛化工有限会社	不明
31	2016/4/7	広東省潮州市中級法院	汕頭市検察機関	郭松全、黄基雄、鄭勇、陳暁東	生態環境修復費用510.5万元
32	2016/3/1	吉林省白山市中級法院	白山市検察機関	白山市江源区中医院	汚水排出の差し止め
33	2016/2/29	広東省広州市中級法院	広州市検察機関	張玉山	生態環境修復費用120万元
34	2016/2/29	江蘇省泰州市中級法院	泰州市検察機関	南通豊越生物化工有限会社、南通恒銘化工有限会社	生態環境修復費用6000万元
35	2016/1/18	広東省肇慶市中級法院	肇慶市検察機関	麦瑞鐘、麦瑞標	生態環境修復費用32.19万元

2012年民事訴訟法の改正では検察機関に原告適格を付与しなかったため、検察機関による環境公益訴訟の提起がペースを緩めていた。中国共産党第十八期第四回全体会議公報において検察機関による公益訴訟を模索する内容が盛り込まれた以降、刑事訴訟に付随して環境公益訴訟を再び提起するようになった。しかし、それが法改正を行なったわけでもなく、完全に党の意思に基づいて環境公益訴訟を提起している。検察機関は単独で環境公益訴訟を提起する場合もあるし、刑事事件に付随して提起した場合もある。判決を下した事件ではほぼ検察機関の勝訴に終わった。また、調停に終わった事件でも検察機関の請求を認めたのがほとんどである。

しかし、検察機関の訴訟請求を認める実体法的根拠は必ずしも明確に示されるとは限らない。特に表６の事件のうち、８件は調停に終わった。

判決を下した８件の実体法的根拠もばらばらである。言い換えれば、「検察機関による環境公益訴訟の提起は明確な法的根拠がない一種の制度的実験であり、高い法律的と政治的リスクを伴うものである」[120]と言われている。国家法にはまだ検察機関による環境公益訴訟の提起に関する規定がない中、人民法院は被告に検察機関の原告適格を受け入れさせるために被告を説得することさえあった。検察機関は勝訴を確保するために、事前に人民法院や環境保護局などと意思疎通を図り、共同で事件を検討し訴訟戦略を練ることさえある[121]。それも、検察機関の提起した事件では検察機関の訴訟請求が部分的または全部認容される原因の一つと考えられている。検察機関による環境公益訴訟ができるのは、個別の事件において地元の党や政府のリーダ、上級検察機関及び裁判所とそのリーダの支持を取り付けたからだと挙げられていた。場合によっては地元の環境保護局と人民法院で話し合いながら事件の審理を進めることもある。

第２節　行政機関原告型

行政機関による環境公益訴訟では行政機関が単独でまたは環境保護団体と組んで、もしくは検察機関を訴訟支援者とするいくつのパターンがある。

１　林業局は環境保護団体と共同原告となる事件

［事件４］[122]（福建省連城県人民法院（2014）連民初字1806号　判決年月日　2014年６月19日）

原告Ｘ１：連城県林業局

原告Ｘ２：龍岩市水土保持学会

被告Ｙ１：黄永華　Ｙ２：藤継能　Ｙ３：塗志洪　Ｙ４：羅松生

---

[120] 王社坤「検察機関提起環境公益訴訟的現状与建議」環境経済2013年４月112期51頁。

[121] 王社坤「検察機関在環境公益訴訟中的法律地位及作用調研報告」中国環境法治2012年巻（上）78 ～ 79頁。

[122] 中国裁判文書網（http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/fj/fjslyszjrmfy/lcxrmfy/ms/201407/t20140718_2137956.htm）掲載の判決文による

Ｙ５：王増良　Ｙ６：華武　Ｙ７：張奎光　Ｙ８：藤煥斌
Ｙ９：樊柏謀　Y10：頼元樹　Y11：羅祥彬

＜事実の概要＞

2011年３月から、Ｙ１、Ｙ２、Ｙ３、Ｙ４、Y10、Y11の６人は300万元を出資して、連城県のある鉱山（一号鉱山）で違法にレアアースの共同採掘で合意した。2011年９月まで続いたレアアースの開発は土砂崩れの影響で止むを得ず中止した。その後、Ｙ６、Ｙ７、Ｙ８とＹ９が加わって、Ｙらは新たに1000万元を共同出資して、二号鉱山に移り、引き続きレアアースの採掘に従事していた。2012年２月に二号鉱山が発覚して取り締まられた。

一号鉱山と二号鉱山で採掘されたレアアースはＹ５に加工され、販売されていた。2012年10月まで、レアアースの加工と販売から合わせて1600万元あまりの利益を上げていた。福建省国土資源庁の鑑定によると本件のレアアースの違法採掘により破壊された資源の価値は1626.15万元にのぼった。

それだけでなく、被告の違法採掘により、鉱山の所在地及びその周辺の林地の地表は大いに破壊され、鉱山の所在地の土砂崩れや地滑り、水土の流出が非常に厳しい状況にあり、道端の斜面が壊され、河川の中に土砂が堆積し、水の流れが阻まれ、また廃棄物が散らばっていた。2014年４月10日、Ｘらは鉱山地域の生態修復に必要な費用の鑑定を福建閩林司法鑑定センターに依頼した。2014年５月６日、福建閩林司法鑑定センターは「鑑定意見書」を作成し、一号鉱山の違法採掘により破壊された生態の修復に235846.05元が必要であり、二号鉱山の違法採掘により破壊された生態の修復に397826.64元が必要であるとの意見を示した。

Ｙらが不法採掘行為により林業区域内の生態を破壊したため、民法通則百十七条の規定により民事賠償責任を負うべきとして、Ｘらは民法通則百十七条と民事訴訟法五十五条に基づいて環境公益訴訟を提起し、下記の訴訟請求を求めていた。

① Ｙ１、Ｙ２、Ｙ３、Ｙ４、Ｙ５、Y10、Y11が一号鉱山により破壊された生態の修復に必要な費用235846.05元をＸ１に賠償せよ

② Ｙ１、Ｙ２、Ｙ３、Ｙ４、Ｙ５、Ｙ６、Ｙ７、Ｙ８とＹ９、Y10、Y11が二号鉱山により破壊された生態の修復に必要な費用

397826.64元をＸ１に賠償せよ

③　Ｙらが鑑定費用16000元、証人費用2000元、弁護士費用16000元を負担せよ

＜判旨＞請求認容

民事訴訟法55条により、環境汚染により公共利益が損害された場合、法律の規定する機関と関係組織が訴訟を提起することができる。この条文は包括的な授権で公益訴訟を提起できる主体の資格と受理範囲を定めている。Ｙらの違法採掘は国家の鉱産資源に巨大な損失を与えただけでなく、鉱山と鉱山周辺の林地の地表生態環境にも汚染と破壊を及ぼしたため、Ｙらは法により刑事責任を負うと共に、環境汚染と環境破壊の民事賠償責任を負わなければならない。Ｘ１とＸ２は損害を被った森林生態環境の修復という公共利益の目的で、法律の授権に基づいて本件訴訟を提起したので、Ｘらの原告適格を認めるべきである。

本件はＹらによる共同不法行為である。不法行為責任法13条に基づいて、Ｙらは連帯で賠償責任を負わなければならない。出資額の割合に応じて賠償責任を割り当てるというＹらの主張は支持しない

本件はＸらが自分の利益ではなく、社会公共利益のために提起した公益訴訟である。それによって生じた合理的な費用は被告の負担とするのが相当である。水土の流出による環境汚染と環境破壊の更なる拡大を防ぐために、損害を被った区域の生態を修復しなければならない。

よって、民事訴訟法55条、民法通則117条、不法行為責任法４条、８条、13条、15条１項５号、６号に基づいて、次の通り判決する。

①　Ｙ１、Ｙ２、Ｙ３、Ｙ４、Ｙ５、Y10、Y11が一号鉱山により破壊された生態の修復に必要な費用235846.05元をＸ１に賠償して、Ｘ１の生態修復専用口座に支払え

②　Ｙ１、Ｙ２、Ｙ３、Ｙ４、Ｙ５、Ｙ６、Ｙ７、Ｙ８、Ｙ９、Y10、Y11が二号鉱山により破壊された生態の修復に必要な費用397826.64元をＸ１に賠償して、Ｘ１の生態修復専用口座に支払え

③　Ｙらが本件の弁護士費用16000元、鑑定費用16000元、受理費10456.73元、証人費用2000元を負担せよ

＜コメント＞

原告適格については、本件は民事訴訟法55条を適用して、Ｘ１とＸ２

を「法律の規定する機関と関係組織」と解釈して、原告適格を認めた。しかし、どの「法律」が規定したかは明言しなかった。

実体法について、本件は民法通則117条２項「国家、集団又は他人の財産を損害した場合、原状回復又は金銭で賠償しなければならない」を持ち出して、Ｙらの環境汚染と環境破壊による民事賠償責任を認めた。しかし、民法通則117条２項は国家、集団または個人の財産権に対する不法行為の民事責任を規定する条文であり、Ｙの環境汚染と環境破壊の民事責任とどのように繋がるかはあまり論理的には説明しなかった。本件が公益訴訟であることを強調したから、環境の修復費用を国家に生じた損害と捉えて、Ｙらの民事賠償責任を認めたと推測できるだろう。このようなアプローチでは、環境汚染による被害者がいるかどうかはともかくして、環境汚染または環境破壊を引き起こしたものは国家に対する不法行為責任を負う。

２　環境保護局は原告として、検察機関を訴訟支援者とする事件

［事件５］[123]（雲南省高級人民法院（2011）雲高民一終字41号　判決年月日2011年５月26日）

控訴人（原審被告）Ｙ１：昆明羊甫聯合牧業有限公司

控訴人（原審被告）Ｙ２：昆明三農農牧有限公司

被控訴人（原審公益訴訟人）Ｘ：昆明市環境保護局

原審訴訟支援者：昆明市人民検察機関

2002年２月４日に設立されたＹ１が本件畜産団地の建設プロジェクトを申請し、建設の途中、その建設業者をＹ２に変更した。2008年７月23日設立されたＹ２が2008年12月23日にＹ１の株主となった。2008年６月からＹらは畜産団地プロジェクトの環境汚染処理施設の竣工検査を通過していないまま、本件牧畜団地の養殖用地を200あまりの養豚専業農家に請け負わせ、請負契約を締結した。契約によると、Ｙらが豚舎排水などの統一的な管理を行う。契約締結後から各養豚農家が養豚事業を営んできた。なお、Ｙらの環境保全施設が環境評価を経ていないので、豚舎

[123] 雲南法院網 http://www.gy.yn.gov.cn/Article/cpws/msws/201202/26193.html に掲載の判決文による

排水が地下水に浸透し、嵩明県楊林鎮大樹営村委会七里湾大龍潭の水を黒く、臭くした。従来、当該大龍潭からの取水で生産生活を営んでいる大樹営村委の関係者の飲み水の取得を難しくした。環境モニタリング機関の数回のサンプル検査により、当該水域における大腸菌などの黴菌とアンモニア水準が基準値を遥かに超えたことが判明された。本件汚染事故が発生後、官渡区環境保護局が行政調査手続きを踏まえて、Ｙ２に養豚事業の停止及び50万元の過料という行政処罰を下した。そして、畜産団地の建設を直ちに停止し、新たに環境アセスメントを受けるよう通知した。2010年３月９日、官渡区環境保護局が畜産団地における養豚事業の停止の強制執行を官渡区法院に申し立てたが、その後Ｙ２が過料の支払いと更なる整理、改善及び汚染行為の根絶を承諾したことを理由に強制執行の申し立てを撤回した。

しかし、2010年２月27日から３月３日まで、畜産団地から豚舎排水が再び地下水に浸透し、本件汚染水域の水質汚濁をもたらした。Ｘの依頼を受けて、昆明市環境化学研究院は本件汚染水域の処理コストを合わせて417.21万元（処理プロジェクト投資363.94万元、年間給水コスト53.27万元）と見積もった「処理コスト見積書」を作成した。

それで、ＸはＹらによる環境侵害の差止め、本件汚染水域の処理に必要な費用計417.21万元の賠償、本件汚染事故から生じた専用応急環境モニタリング費用と汚染処理コスト見積書の作成費用計155293元の賠償、及び訴訟費用の負担を求めて、訴訟を提起した。

一審は不法行為責任法四条、十五条一項一号と六号、六十五条に基づいて、Ｙらによる環境侵害の差止め、一審判決が効力を生じてから十日間以内に昆明市環境公益訴訟救済専用資金に417.21万元の支払い、及び同資金に132520元の見積もり費用の支払い、案件受理費40176.80元をＹらの負担とする内容の判決を下した。

それに対して、Ｙらは①既に環境侵害を停止したので、内容が不明な差止めを命じる事実的及び法的根拠がなくそして行政処罰と重なること、②Ｙ２が一連の汚染処理対策を取ったため、汚染水域の水質が根本的な好転を実現したこと、③昆明市環境公益訴訟救済専用資金に417.21万元の支払いを命じられたのは事実的な根拠も実現可能性もないこと、④「処理コスト見積書」は必要性、科学性及び実現可能性がないので、

見積書作成費用を負担すべきではないことを理由に控訴した。

＜争点＞

①Ｙらが本件水域環境に対する権利侵害が続いているかどうか、大龍潭の水質が回復したかどうか、差止めを命じたのは適当かどうか②「処理コスト見積書」の必要性、科学性と実現可能性があるのかどうか、Ｙらが処理コストの417.21万元と見積もり費用の132520元を負担すべきかどうか、③Ｙ１が責任を負うべきかどうか

＜判旨＞控訴棄却

環境保護法６条「すべての単位と個人は環境を守る義務があり、環境を汚染､破壊する単位と個人に対して告発する権利がある」に基づいて、昆明市環境保護局は環境公共利益を守るために国家を代表してＹ１とＹ２の環境不法行為に対して民事訴訟を提起することができる。民事訴訟法15条に基づいて昆明市人民検察機関は本件訴訟を支持する法的根拠がある。

環境保護法26条１項により、Ｙらは環境評価検査と認可を受けた後でなければ営業活動を展開してはならない。にもかかわらず、Ｙらは環境評価検査を未だに通過しないまま養豚事業を営んでいるのは違法生産であり、Ｙらは養豚事業を停止したが、200あまりの養豚農家が相変わらず養豚事業に従事し、環境への豚舎排水を続けている。そして昆明市環境モニタリングセンターと嵩明県環境モニタリングステーションは水環境の汚染に対する法定モニタリング機関であり、法的手続きを踏まえてモニタリングを行った結果、大龍潭の水質の指標の一部分が未だに基準値を超え、飲み水の水準に達していないことを示した。Ｙらが自ら依頼した雲南省製品質量監督センターと雲南省疾病コントロールセンターがモニタリングを行う資格がなく、そして連続的なモニタリングではないため、当該報告は昆明環境モニタリングセンターの作成した報告を覆すに足りないため､昆明環境モニタリングセンターの報告を採用する｡よって、Ｙらは権利侵害行為を続けており、大龍潭の水質が完全に回復していないと言える。不法行為責任法四条一項により、本件は不法行為事件であり、Ｙらに不法行為責任として命じられた差止めは行政処罰のそれと重なるものではない。よって一審判決で差止めを命じたのは適切である。

昆明環境科学研究院は環境影響評価を行う専門的資格があるため、それが作成した汚染処理案に関する見積もり報告書が科学性を持っている。大龍潭の水は地下水により形成される地表水である。汚染された地下水の水質を回復するために高い技術が必要である。既に汚染された水と汚染される恐れのある水に対する処理案は実現可能性がある。Ｙら村民の飲み水を根本的に保障することができないため、汚染処理施設の設置が必要である。そのため、昆明環境科学研究院の「処理コスト見積書」を採用する。よってＹらが汚染処理費用417.21万元及び見積もり費用132520元を負担すべきではないとの主張を支持しない。昆明市人民政府は「昆明市環境公益訴訟救済専用資金」を設置した後、Ｙらがその資金に支払うべきとされる汚染処理設備のコストと運用費、及び関係見積もり費用は昆明市人民政府により「昆明市環境公益訴訟救済専用資金管理弁法」の規定に従い使われる

本件畜産団地はＹ１の主導により設立されたものであり、しかもＹ１が養豚農家の一部と請負契約を締結した。竣工環境評価を経ないまま養豚農家の入場を許可したことに過失がある。畜産団地プロジェクトの主体はＹ１からＹ２に変更されたことを関係政府機関の文書により証明されたが、しかし、Ｙ１が2009年からメタンガス池の建設、汚染水設備の購入、生の豚の販売などに参与したことを示す証拠がある。Ｙらは大龍潭の水を汚染する不法行為を実施する共同不法行為者であるため、Ｙ２も責任を負うべきである

よって、Ｙ１とＹ２の権利侵害が成立し、相応する民事責任を負うべきである。Ｙらの控訴請求と理由が成立しないため、本院はそれを支持しない。

＜コメント＞

本件は雲南省における最初の環境公益訴訟であり、人民法院報により2011年度人民法院十大典型案件の一つに選出された[124]。

原告適格について、本件は環境保護法６条「すべての単位と個人は環境を守る義務があり、環境を汚染、破壊する単位と個人に対して告発する権利がある」に基づいて、環境保護局の環境公益訴訟の原告適格を認

[124]「2011年度人民法院十大典型案例」人民法院報2012年１月６日 B2 ～ B3面。

めたのである。環境保護法６条の「告発する権利」を「訴訟を提起する権利」と拡大解釈し、「告発」という言葉の通常の意味を超えたといわざるを得ない。「告発」を「訴訟を提起する」と解釈することができるなら、すべての単位と個人が環境汚染と破壊をもたらす者に対して訴訟を提起することができるようになる。しかし、実際には個人が訴訟を提起することがなかなかできない。それと同時に、最高人民法院の公布した『経済発展方式の転換を加速するために、司法による保障とサービスの提供に関する若干意見』（法発［2010］８号）の13条「法により、環境保護行政機関が国家を代表して提起した環境汚染損害賠償事件を受理する」をも引用して、環境保護局の原告適格を補強した。環境保護法６条の解釈は最高人民法院の通達によって方向付けられたと推察できる。

実体法について、本件は不法行為責任法65条「環境汚染による損害をもたらす者は不法行為責任を負わなければならない」を適用してＹらの不法行為責任を認めた。しかし、誰のどのような権利利益を侵害されたかは明言しなかった。しかも、汚染された水域の水質回復に必要な費用を不法行為責任法の65条にいう「損害」と捉えて、その賠償を被告に命じた。更に、本件が公益訴訟であることを強調したことから見ると、不法行為責任法65条の「損害」は環境汚染そのもの、即ち環境損害を含むと解釈したらしい。なお、不法行為責任法１条と２条は「民事主体の合法的権益」「人身と財産権益」の保護を目的して掲げているから、65条の「損害」も民事主体への帰属を要求していることが明らかである。それにもかかわらず、本件では誰にも帰属しない環境損害も65条の「損害」に当たると解釈した。正に担当裁判官が「私益訴訟の枠組みで制定された不法行為責任法を突破して、それを公益訴訟に適用し、所謂環境公益訴訟における環境保護局の原告適格を認め、検察機関の訴訟支持者としての地位を確立し、証拠についての規定を作り出し、訴訟利益の帰属などの問題を解決した」[125]と言った所以である。しかし、なぜ簡単に私益訴訟の枠組みを突破して、不法行為責任法を環境公益訴訟に適用することができるのかについて詳しい説明をしなかった。

[125] 譚柏平＝馬芸「雲南省首例環境民事公益訴訟案件審結的現実意義」中国環境法治2011年巻（下）123頁。

一方、本件担当裁判官は「環境公益訴訟の実体法上の権利は大衆環境権であると思う……被告が地下水を汚染した行為は地下水資源を破壊しただけでなく、大衆環境権を侵害して環境を破壊した。環境局は大衆を代表して、訴訟を提起したのである」[126]と述べた。しかし、こうした大衆環境権はどの法律のどの条文に規定されているかは明言しなかった。

それでも本件訴訟を受理し、判決を下したのは、環境汚染者の汚染代価を払わせ[127]、環境行政を増強する目的だといわれている[128]。さらに本件について次のような経緯が報道されている。雲南省では最初の環境公益訴訟事件と呼ばれる本件は提起される前に、被告の候補となるいくつかの汚染企業から被告を選び出すために、昆明市中級人民法院環境法廷の裁判官や検察官、環境保護局の責任者及び環境保護団体の関係者が会議を開いた。結局、一番扱いやすいとされる養豚場を相手に環境保護局は訴訟を提起した。しかも、訴状も昆明市検察機関の指導の下で完成した。環境保護局は提訴する前に、被告の賠償能力も調べたという。一方、同地域で大手国有企業を相手とする訴訟は人民法院に受理されなかった[129]。環境保護局は検察機関及び人民法院と協力して民営の汚染企業から高額な汚染処理費用を取る意図が明らかである。しかし、大手国有企業にはなかなか手を出せない。

本件で示したように、訴訟前、環境保護行政機関は汚染者に対して、汚染行為の停止を旨とする行政命令を出した。しかし、汚染者が行政命令に従い、汚染行為を停止しなかった。それに対して、環境保護行政機関は訴訟で再び汚染行為の停止を求めた。すなわち、環境公益訴訟は行

---

126 袁学紅「環境公益訴訟実証研究」中国環境法治2011年巻（上）125頁。筆者が言う公衆環境権は即ち公衆が権利主体として環境を享受、利用、保護する権利及び知る権利である。

127 袁学紅「能動司法与連動執法――昆明環境司法的創新与実践」二届環境司法論壇 http://www.acef.com.cn/site2/subject/news/43996.shtml。（最終訪問日：2015年05年31日）。

128 譚柏平＝馬芸・前掲注（125）122頁。同時に、本件の意義として、環境法違法コストの引き上げを強調している。

129 孟登科「抡起大棒打蚊子――雲南省環境公益訴訟一案出台内情」南方週末 http://www.infzm.com/content/50783。

政命令の代替措置としても使われている。

3　環境保護局は原告とする事件

［事件６］[130]（陝西省韓城市人民法院（2012）韓民初字00179号　判決年月日2013年１月21日）

原告Ｘ：韓城市環境保護局

被告Ｙ：韓城市白矾鉱業有限責任公司

＜事実の概要＞

Ｙが鉄鉱石の採掘と加工を営む会社である。Ｘは2007年12月に通報を受けて、Ｙが法律に違反して市内の川と川沿いに残滓を排出することについて取り調べたところ、被告の違法行為及びその違法行為により、環境汚染と生態の破壊及び隠れた危険がもたらされたことを判明した。2009年から2011年にかけてＸはＹに対して何度も改善措置命令を出し、行政処罰を与えたにもかかわらず、Ｙは引き続き市内の川と川沿いに残滓を排出していた。Ｘが環境汚染の見積もりを申請したところ、渭南市中級人民法院は環境保護部環境計画院環境リスクと損害鑑定見積もり研究センターに本件環境損害の見積もりを依頼した。その鑑定見積書によると、Ｙによる環境損害費用は川にある残滓の除去費用、植物回復費用、廃石場に隠れた危険の除去費用を含めて計100.5万元であるとされた。また、鑑定費用が35万元であった。Ｙの環境汚染違法行為に対してＸは環境保護を担当する行政機関として相応の行政処分を下したほかに、Ｙの民事責任について

①　Ｙが不法行為による損失と修復費用計100.5万元を賠償せよ

②　Ｙが本件訴訟費用と鑑定費用35万元を負担せよ

を求めて本件環境公益訴訟を提起した。

＜抗弁＞

Ｘが政府を代表する行政機関であり、本件と直接な利害関係を有する訴訟主体ではないので、原告として成り立たない。そして実際に汚染危害の事実も隠れた危険も存在せず、水質の汚染もないと争っていた。

＜争点＞

[130] 北大法意（http://www.lawyee.net/Case/Case.asp）掲載の判決書による。

Ｘは適格な原告であるかどうか、汚染事実があるかどうか

＜判旨＞請求認容

環境保護局は国家を代表して環境資源の管理と保護を行っている。環境は公益性があり、公共環境の権利を守るため、環境保護局は原告として環境汚染を引き起こした企業を相手取り訴訟を提起するのは法律の規定に合致している。Ｘは適格な訴訟主体である。被告が環境汚染を引き起こしたため、法により民事責任を負わなければならない。公共環境の利益を守るため、環境保護法の６条、不法行為責任法の65条に基づいて次の通り判決する。

１、ＹがＸに対し、環境汚染による損害[131]として100.5万元を支払え

２、Ｙが35万元の鑑定費用と19200元の案件受理費用を被告の負担せよ

＜コメント＞

原告適格について、Ｘが国家を代表して環境資源の管理と保護を担当する法的機関であると強調する一方、環境保護法６条を打ち出してＸの原告適格を認めた。具体的にどちらを理由にＸの原告適格を認めたかは論理的には説明しなかった。

実体法について、本件は不法行為責任法65条「環境汚染により損害をもたらした者は不法行為責任を負わなければならない」に基づいて汚染者の損害賠償責任を認めた。しかし、本件には具体的な被害者がいなかった。上の事例［５］と同じく環境損害が65条にいう「損害」にあたると解釈していた。本件では原告適格と訴訟請求については［事例５］で展開された法解釈を踏まえたと見られる。

４　国土資源局は原告として、検察機関を訴訟支援者とする事件

［事例７］[132]（雲南省昆明市中級人民法院（2012）昆環保民初字６号　判

---

[131] 判決文は「環境損害費用」を使っているが、それが川にある残滓の除去費用、植物回復費用、廃石場に隠れた危険の除去費用を含むため、それを環境修復に必要な費用と見てよいだろう。

[132] 中国裁判文書網（http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/yn/ynskmszjrmfy/ms/201312/t20131231_187098.htm）掲載の判決書による。

決年月日2012年９月25日）
公益訴訟人Ｘ：雲南省宜良県国土資源局
訴訟支援者：雲南省宜良県人民検察機関
被告Ｙ：○○○
＜事実の概要＞
2010年12月、Ｙは行政許可を得ないまま、昆明市宜良県のある村でショベルカーとショベルローダーで燐鉱の採掘を行っていた。採掘によって掘り出された土と岩石が勝手に堆積されていたため、地表の土壌と植物が破壊され、土砂崩れや土石流など隠れた危険がもたらされていた。それでＹは宜良県九郷林業ステーションと宜良県国土資源局に行政処罰に処せられた。また、雲林司法鑑定センターは宜良県森林公安局から鑑定の依頼を受けて、Ｙの占用した農地の面積が18.32畝に及んだことと鑑定結果を出した。それに基づいて、宜良県人民検察機関は農地の不法占用罪の疑いでＹを起訴し、Ｙは１年３ヶ月の有期懲役と５万元の罰金の判決を言い渡された。その後、Ｙが宜良郷政府に土地整理費10000元を納めた。しかもＹは上訴しなかったため、刑事判決は既に効力を発生した。
Ｙの違法採掘活動について、Ｘは雲南省地鉱局地球物理地球化学勘査隊に環境破壊の回復に必要な費用の鑑定を依頼したところ、雲南省地鉱局地球物理地球化学勘査隊は「地質災害調査評価報告と処理方案」を作成し、Ｙの不法採掘活動による地質環境保護と処理の回復費用を186252元と見積もった。また、Ｘは本件のために鑑定費10000元と弁護士費用8226元を支払った。
それで、Ｘは下記の訴訟請求を求めて、訴訟を提起した。
①　Ｙが不法採掘行為による地質環境保護と処理回復費用176252元（186252元から10000元を差し引いた）を昆明市環境公益訴訟救済専用資金管理口座に支払え
②　Ｙが鑑定費用15000元と弁護士費用8226元と訴訟費用を負担せよ
＜抗弁＞
違法採掘行為による環境汚染が発生したのは事実ではない。刑事判決では農地の違法占用が認定されたが、環境汚染の事実が認定されなかった。本件は公益訴訟なので、公益訴訟の弁護士代理人が弁護士費用を取

るのは規定に合わない。

＜争点＞

宜良県国土資源局が本件の公益訴訟人として適格かどうか、環境破壊の不法行為事実があるかどうか、公益訴訟人が違法採掘による地質環境保護と処理回復費用及び鑑定費用、弁護士費用を求めるのは法的根拠があるかどうか

＜判旨＞請求認容

宜良県国土資源局は宜良県の生態、生活環境を保護する目的で、生態、生活環境に危害を及ぼす環境不法行為責任を追究し、環境不法行為による社会への損失を補い、国家を代表して被告に対して環境民事公益訴訟を提起するのは環境保護法６条の規定にだけでなく、最高人民法院法発〔2010〕18号文「経済発展方式の転換に司法保障とサービスを提供することに関する若干意見」の中の13条「法院は法により環境保護行政機関が国家を代表して提起した環境汚染損害賠償事件を受理し、すべての環境破壊行為には厳しく打撃を加える」との規定にも合致している。

宜良県人民検察機関は訴訟支援者として本件を支持したのは国家を代表して人民法院の民事裁判活動に対する監督であり、社会公共利益を擁護することの体現であり、民事訴訟法14条と15条にも合致している。

不法行為責任の認定について、不法行為責任法65条に基づいて、Ｙの違法採掘行為は既に環境に対する損害を引き起こしたため、法により環境破壊の不法行為責任を負わなければならない。更に不法行為責任法４条により、Ｙは既に刑事罰を受けたが、刑事責任が民事責任に影響がないので、ＸがＹの民事責任を追及するのは事実上と法律上の根拠がある。Ｘの主張する鑑定費用と弁護士費用が法律上の根拠があるが、鑑定費用には誤りがあるため、10000元と認定する。

本件は公益訴訟人が社会を代表して被告に権利を主張するものであり、その訴訟の利益は社会に還元しなければならない。Ｙが回復費用を昆明市環境公益訴訟救済専用資金に支払うことを許す。

よって、環境保護法６条、不法行為責任法４条１項、15条１項６号、65条に基づいて、次の通り判決を下す。

①　Ｙが違法に農地を占用し、燐鉱を採掘する行為は環境破壊を引き起こし、民事不法行為に当たる。

② Yが本判決の効力が発生して十日間以内に昆明市環境公益訴訟救済専用資金に176252元を支払え

③ Yが鑑定費用10000元、弁護士費用8226元、本件受理費3825.04元を負担せよ

＜コメント＞

原告適格について、本件は環境保護法６条のほかに、最高人民法院の文書も持ち出して原告の適格を認めた。最高人民法院法発（2010）18号文「経済発展方式の転換に司法保障とサービスを提供することに関する若干意見」の中で明確に「法院は法により環境保護行政機関が国家を代表して提起した環境汚染損害賠償事件を受理し、すべての環境破壊行為を厳しく打撃する」と規定したことに鑑みると、本件は実質にそれに基づいて原告適格を認めたと言えよう。裁判官は環境保護法６条の「告発する権利」を「訴訟を提起する権利」と解釈するのは最高人民法院の通達による政治的判断を正当化するための外見を作るに過ぎない。

実体法について、本件は不法行為責任法65条を適用し、Yの不法採掘行為が環境に対する損害をもたらしたことを理由に、汚染処理と環境回復費用を認めた。汚染処理と環境の原状回復費用を環境に対する損害と捉えて、さらに環境に対する損害が不法行為責任法65条にいう「損害」に当たると解釈した。言い換えれば、不法行為責任法における損害は必ずしも特定の民事主体に帰属する必要がないと言えそうである。結局、本件も汚染者に環境汚染処理と環境原状回復の費用を負担させる目的で運用されていることが明らかである。しかし、こうした費用は実際に汚染された環境の修復で発生した費用ではなく、環境汚染処理に着手する前に見積もった擬制の環境修復費用である。

５　小括

以上、行政機関による環境公益訴訟を検討してきた。行政機関の原告適格について、いずれも環境保護の義務を負う行政機関であることを強調しながら、環境保護法６条を持ち出して行政機関の原告適格を認めた。汚染者の環境汚染責任を認めるためにはいずれも不法行為責任法65条を適用した。具体的な被害者がいないにもかかわらず、環境汚染による環境損害を不法行為責任法65条の「損害」に当たると解釈して、汚染者の

環境に対する不法行為責任を認めた。このように、環境汚染による被害者の人身的又は財産的な損害がなくても、環境損害を引き起こす行為も不法行為責任法65条の射程に入るようになった。いずれの訴訟事件でも環境汚染の処理費用または環境の原状回復費用が求められた。近年中国では行政機関による環境公益訴訟事件を次の表８に纏めることができる。

下記の表８にも示されているように、行政機関による環境公益訴訟はすべて汚染者の汚染処理費用の負担及び汚染行為の停止を求めるものである。環境保護行政機関は行政命令で汚染処理と汚染行為の停止を汚染者に命令することができる。環境公益訴訟は行政命令の代替措置として運用することも可能である。

表８　行政機関による環境公益訴訟一覧[133]

番号	時間	受訴法院	当事者			訴訟請求
			原告	訴訟支持者	被告	
1	2011/05/26	雲南省高級人民法院	昆明市環境保護局	昆明市人民検察機関	昆明三農農牧有限会社など三社	環境に対する侵害停止、汚染処理費用417.21万元の負担
2	2012/06/11	海口市中級人民法院	海南東寨港国家級自然保護区		養殖業を営む個人	不明
3	2012/12/14	東営市中級人民法院	東営市環境保護局		呉海濤、淄博市周村華益溶剤化学工場	環境汚染損失費用7425607元
4	2013/01/21	韓城市人民法院	韓城市環境保護局		韓城市白矾鉱業有限責任公司	環境汚染による損害費用100.5万元の支払い
5	2011/07/27	昆明市中級人民法院	安寧市国土資源局	安寧市人民検察機関	班志華など６人	国家鉱産資源の経済損失44.3512万元の賠償
6	2007/12/10	清鎮市人民法院	貴陽市両湖一庫管理局		貴州天峰化工有限会社	環境侵害の停止、妨害排除、危険除去

[133] １～６の事件は王社坤「民間環保組織在環境公益訴訟中的角色及作用」『中国環境法治(2013年巻下)』(法律出版社、2014年)192頁に掲載されるものによる。

7	2010/07/09	仏山市中級人民法院	丹灶鎮人民政府	仏山南海区人民検察機関	広東天乙グループ有限会社、蘇国華、郭永由	汚染処理費用1025499元の賠償
8[134]	2014/06/09	宝安区人民法院	光明新区城建局	宝安区人民検察機関	東莞○○都市インフラ整備会社	環境汚染処理費用960.5万元の賠償
9	2014/06/19	連城県人民法院	連城県人民政府、龍岩市水土保持学会		黄永華、騰継能など11人	環境修復費用
10	2014/03/25	東台市人民法院	東台市環境保護局	東台市人民検察機関	路志軍、淄博弛程運輸有限会社、陽光財産保険株式会社、平安財産保険株式会社	交通事故による環境破壊の損失101630元の賠償

第３節　個人原告型

［事件８］[135]（貴州省清鎮市人民法院（2012）清環保民初字３号　判決年月日　2012年10月24日）

原告Ｘ：蔡長海

訴訟支援者：貴州省清鎮市人民検察機関

被告Ｙ：龍興光

＜事実の概要＞

Ｙは本件環境汚染を引き起こした工場の責任者であり、2011年５月28日深夜、Ｙは石油タンク車を賃借して30トン余りの有毒化学廃液を清鎮市焦化汚水処理工場まで運び、その付近にある汚水排水溝に排出して、８トンを排出した後で止められた。当排水溝は市内の川に繋がるため、

[134] 当該事件では最初に違法の手がかりを掴んだのは宝安区人民検察機関である。なお、民事訴訟法によると、検察機関が直接公益訴訟の原告として相応しくないため、光明新区のリーダや関係行政機関と宝安区人民法院と話し合った結果、訴訟支援者として本件訴訟に加わることにしたという経緯がある。蔡佩琼＝何文艶「深圳首宗環境汚染公益訴訟案立案」深圳特区報2014年06月10日A14を参照。

[135] 清鎮市人民法院 http://www.gzqz.gov.cn/Html/2013_07_11/3250_3592_2013_07_11_86490.html 掲載の判決文による。

有毒化学廃液もそれに沿って公共用水域に流れ込んだ。貴州師範大学分析テストセンターの調査によると、廃液から当該地域の汚染物排出基準を遥かに超えた発癌物質が検出された。そのため、Ｙは別訴で環境汚染罪と不法経営罪に問われ、二年六ヶ月の有期懲役と10万元の罰金を処せられた。そして、Ｘは貴陽公衆環境教育センターという環境保護 NGO に所属するボランティアとして、Ｙを相手取り本件環境汚染の処理に必要な費用107.3万元（既に10万元の罰金を差し引いた後）を清鎮市環境局環境公益資金専用口座に支払うことを求めて環境公益民事訴訟を提起した。

＜抗弁＞

Ｘが本件訴訟を提起する資格がない。自分が既に刑事処罰を受けたため、また損害賠償の責任を負うべきではない。賠償は既に発生した経済損失を対象とするものであるから、原告の請求した117.3万元は仮定の損失であり、実際に発生した損失ではない

＜判旨＞一部容認

環境保護法６条と水汚染防治法10条によると、すべての単位と個人が環境汚染と破壊、特に水環境の汚染と損害に対して、告発する権利がある。本件ではＹが国家法律に違反して有毒な廃水を公共水域に排出し、生態環境の破壊をもたらしたと同時に、市民の用水安全を脅かすことになった。Ｙの行為に対してすべての単位と個人が告発する権利がある。Ｘは環境保護組織に所属するボランティアとして、自ら本件汚染地域の環境保護義務を負っている。「貴陽市中級人民法院、清鎮市人民法院が環境公益訴訟を推進し、生態文明建設を促進する実施意見」[136]の要求に基づいて、Ｘは生態環境の破壊により不特定多数の人々が環境汚染の危険に晒されていた時、大衆の利益を守るため環境公益訴訟を提起し、法

[136] ２条「本意見でいう環境公益訴訟は特定の国家機関、組織又は個人が法律の規定に従い、公共環境利益を保護し、生態文明都市建設を促進するため、公共環境利益を損害する行為に対して、人民法院に提起する訴訟である」。４条２項「公民、法人又はその他の組織も法律の規定に従い、関係責任主体に侵害の差止め、妨害排除、危険除去、原状回復などの責任を求めて、環境公益訴訟を提起することができる」。

的救済、環境汚染行為の差止め、妨害排除、危険除去、原状回復などを求めることができる。

不法行為責任法４条と65条に基づいて、Ｙは刑事責任とともに、侵害の差止め、損失賠償の環境民事責任を負わなければならない。

環境汚染による損害は生態環境機能の喪失や自然資源の破壊、人身傷害、財産毀損だけでなく、汚染拡大の防止、生態環境の回復に必要な合理的費用も含む。本件ではＸは貴州明威環保技術有限会社の作成した「汚染処理方案」に基づいて有毒廃液の処理に必要な117.30万元を請求した。もし関係機関が実際にその「処理方案」に従い、汚染処理を行ったら、その処理に必要な費用を損害賠償額とするのが相当であると言わざるを得ない。しかし、実際には「処理方案」が実施されないまま、一年間あまりが経ってしまった。汚染物質の分解と流動などを考えると、今汚染処理の範囲や数量などを確定できないため、果たして一年前と同額の処理費用が必要なのかどうかも確定できない。更にＹの負担能力を考えると、汚染処理費用を損害賠償額とするのが適切ではない。そのため、本件の損害賠償額をＹが30トンあまりの有毒廃液を不法に排出したことにより節約した廃液処理費用30万元とする。この賠償金は清鎮市環境保護局環境公益資金の専用口座に振り込み、被告に破壊された生態環境の修復に使うのが社会環境公共利益の保護という環境公益訴訟の目的に合致する。

よって、環境保護法６条、水汚染防治法10条、不法行為責任法４条、15条、65条に基づいて、次の通り判決を下す。

①　Ｙが環境汚染による損害賠償額30万元を本判決の効力が発生して３ヶ月以内に清鎮市環境保護局環境公益資金の専用口座に支払え

②　Ｘのその余の請求を棄却する

③　Ｙが本件受理費14457元を負担せよ

＜コメント＞

原告適格について環境保護法６条の「告発する権利」を「訴訟を提起する権利」と拡大解釈して個人の原告適格を認めた。しかし、実際には地方人民法院の内部文書にもとづいて判断したのが明らかである。また、検察機関が訴訟支援者として訴訟に加わったことが原告適格の認定に影響したと推察できる。今までは個人による環境公益訴訟が本件だけであ

る。

本件も不法行為責任法65条に基づいて、Ｙの損害賠償責任を認めた。それに関する論理は上述の事例とあまり変わりがない。しかし、本件では環境損害の損害額をどのように算定するかをめぐって興味深い判断をしめした。本件担当裁判官は環境損害の算定が難しい問題と認めたうえで､有毒廃液を処理すれば発生する費用を環境の損害賠償額と認定した。すなわち、汚染者が汚染物質の処理を回避することで節約した費用を環境の損害賠償額とした。これで、汚染者にとっては汚染物質を普通の廃棄物処理業者に処理を委ねる場合と、汚染物質を処理せず直接川に排出する場合とコストが同じことになる｡汚染者は刑事罰にならない限りは、廃棄物処理場に処理を任せることと廃棄物を自然に不法投棄することと同じ経済負担になり、逆に不法投棄を助長しかねない。

環境損害の算定が難問であることは本件の示しているところである。環境損害の帰属主体がないがゆえに、その算定が難しい。実際の訴訟事件ではいずれも鑑定機関による環境損害の鑑定に委ね、また人民法院はその鑑定結果通りに損害額を認めたのがほとんどである。

講　　演

国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」*

台灣大法官釋字第748號解釋解析

湯　　德　宗†

目　次

前言
壹、事實
貳、爭點
參、解釋要旨
肆、解釋論理

---

* 北海道大學法學研究科高等法政教育研究中心於2019年12月14日成功舉辦了題爲「關於同性婚在司法及法學領域的展望」之國際研討會。湯德宗教授發表的主題演講及其日語翻譯將一并刊登於此。在此，我對湯德宗教授、演講人白水隆教授（千葉大學）、綱森史泰先生（札幌律師協會）以及與談人鈴木賢教授（明治大學）、佐佐木雅壽教授（北海道大學）、徐行教授（北海道大學）表示最誠摯的感謝。（高等法政教育研究中心所長辻康夫）

† 現任台灣東吳大學王紹堉講座教授。曾任司法院大法官（2011/10/1～2019/9/30）；中央研究院 特聘研究員暨法律學研究所創所所長（2004/7/1～2011/9/30）；香港大學鄭裕彤講座教授（2019/10～2019/11）；國立台灣大學國家發展研究所與中央研究院合聘專任教授（1989/9～2011/8）暨兼任教授（2011/9～）；美國紐約大學（NYU）法學院特聘客座教授（2015/9～2015/10）；日本東京大學法學部客座教授（2001/11～2002/1）；德國科隆大學（Universität zu Köin）德國鴻博基金會 Alexander von Humboldt Foundation 獎助訪問學者（1993/9～1994/9）。美國杜蘭大學（Tulane U.）法學博士（SJD, 1989）；美國哈佛大學（Harvard U.）法學碩士（LLM, 1984）；國立台灣大學（NTU）法律研究所碩士（1981）與法律系學士（1978）。© 作者保留本文所有權利。

伍、個別意見書
陸、結語
後記

前言

承蒙北海道大學（ Hokkaido University）高等法政教育研究中心（The Advanced Institute for Law and Politics）盛情邀請，今日出席「同性婚姻學術研討會」(Symposium on Same-sex Marriage)，並就中華民國（台灣）司法院大法官釋字第 748 號解釋進行解析，深感榮幸，盼不負厚愛。

本人在今年九月司法院大法官任期屆滿前，曾以 "Celebrating the 70th Anniversary of Constitutional Review on Taiwan: Review and Prospects"（臺灣違憲審查制度七十年之回顧與展望）為題，赴東京大學、京都大學、東北大學等高校演講，當時因時間緊迫，未能造訪貴校。今日之行可謂因緣俱足，如願以償。

※　　※　　※

台灣大法官釋字第748號解釋為亞洲各國首件同性婚姻（下稱「同婚」）合法化的司法判決，因而備受矚目。然，當時參與本案審議的14位[1]大法官則因本案具有高度政治色彩，而謹慎從事。按「同婚合法化」為蔡英文女士2016年競選總統之主要政見。其於2016年１月16日當選，５月20日就職，因５位大法官任期將於同年10月31日屆滿，乃於９月「提名」７位[2]

[1] 黃瑞明大法官迴避本案審理。

[2] 參見中華民國憲法增修條文（2005年６月10日修正公布）第５條：「司法院設**大法官十五人**，並以其中一人為院長、一人為副院長，由**總統提名**，**經立法院同意任命之**，自中華民國九十二年起實施，不適用憲法第七十九條之規定。司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定。（以

新任大法官人選（包含並任司法院院長、副院長的大法官各一人），10月經立法院「同意」，11月１日正式「任命」。改組後之司法院旋於11月下旬議決受理本案[3]，繼於2017年２月10日公告，訂於同年３月24日舉行言詞辯論。與此同時，立法院司法及法制委員會於2016年12月底一讀審查通過數個「同婚合法化」的立法草案[4]。以上即大法官作成釋字第748號解釋之大體背景。

壹、事實（Facts）

一、本解釋為兩件聲請案合併審查之結果

聲請人一（臺北市政府）為所轄萬華區戶政事務所因辦理相同性別二人民申請辦理結婚登記，適用民法第４編第２章（下稱婚姻章）規定及內政部中華民國101年５月21日台內戶字第1010195153號函（下稱系爭函，函轉法務部101年５月14日法律字第10103103830號函，略謂：「……二、按我國民法對於結婚當事人必須為一男一女，雖無直接明文，但從其規定

上第１項）

司法院大法官**任期八年**，不分屆次，**個別計算**，並**不得連任**。**但**並為院長、副院長之大法官，**不受任期之保障**。（以上第２項）

中華民國九十二年總統提名之大法官，**其中八位**大法官，含院長、副院長，任期四年，**其餘**大法官任期為八年，不適用前項任期之規定。（以上第３項）」。

綜上，自2003年起，司法院大法官**總額固定**為15人（含並任院長、副院長者），並改採**間隔任期制**（staggered tenure），每人**任期八年**，個別計算，**不得連任**，**但**並為**院長、副院長**之大法官**不受任期保障**。

[3] 本案初於2016年３月提出於審查會，經全體大法官大體討論後，主席（即並任司法院院長之大法官）裁示「暫予擱置」，出席大法官並無異議。嗣司法院大法官改組後，本案於2016年11月23日再次提出審查，並議決「受理」。

按聲請解釋案須經大法官現有總額三分之二之出席，並經出席大法官過半數之同意，決議「受理」或「不受理」。參見大法官審理案件法第14條及同法施行細則第16條。

[4] 參見立法院第９屆第２會期司法及法制委員會第24次全體委員會議紀錄（https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/106/12/LCIDC01_1061201_00002.pdf 最後瀏覽日2019/11/28）。

意旨，**可推知**我國民法對於**婚姻之定義係採**「以終生共同生活為目的之『**一男一女』適法結合關係**」），發生有牴觸憲法第 7 條、第22條及第23條規定之疑義，經由上級機關（內政部）層轉行政院，再由行政院轉請司法院解釋。其中，就婚姻章規定聲請解釋憲法部分，經大法官審核，認與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 1 款[5]及第 9 條[6]規定相符，應予受理。[7]

聲請人二（祁家威先生）因申請辦理結婚登記遭拒，遞經爭訟，認為確定終局判決（最高行政法院103年度判字第521號判決）所適用之民法第 972 條、第973條、第980條及第982條等規定，有侵害憲法所保障之人格權、人性尊嚴、組織家庭之自由權，而牴觸憲法第 7 條、第22條、第23條及憲法增修條文第10條第 6 項等規定之疑義，聲請解釋，經大法官審核，認與大審法第 5 條第 1 項第 2 款[8]規定相符，應予受理。以上兩聲請案因均涉

---

[5] 參見司法院大法官審理案件法（1993年 2 月 3 日修正公布）第 5 條第 1 項第 1 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：一、中央或**地方機關，於其行使職權**，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，**發生**適用憲法之爭議，或**適用法律**與命令發生**有牴觸憲法之疑義者**」。

[6] 參見司法院大法官審理案件法第 9 條：「**聲請解釋機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉**，上級機關對於不合規定者，不得為之轉請，其應依職權予以解決者，亦同」。

另，戶籍法（2015年 1 月21日修正公布）第 2 條規定：「本法所稱主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府」。

本件聲請人臺北市政府係以**地方主管機關，就非屬地方自治事項**（戶籍登記），發生適用法律有牴觸憲法之疑義，**聲請司法院解釋**，爰須經上級機關「層轉」司法院。上級機關得不為層轉。

[7] 另其主張「系爭函」有違憲疑義，聲請解釋部分，大法官則以「**經查該函為**內政部對於臺北市政府就所受理相同性別二人申請結婚登記應否准許所為之**個案函復**」，**尚非**大審法第 5 條第 2 項所稱之「**命令**」為由，決議「不受理」（解釋理由書第 [19] 段參照）。

[8] 參見司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、**人民**、法人或政黨**於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律**或命令**發生有牴觸憲法之疑義者**」。

及婚姻章規定有無牴觸憲法之疑義，爰併案審理（解釋理由書第［1］段參照）。

二、聲請釋憲之理由

臺北市政府聲請釋憲之理由略以：(1) 禁止相同性別人民結婚，侵害人民之**婚姻自由**，然其目的之重要性、手段與目的之關聯性，均不足以正當化上開限制，爰與憲法第23條比例原則不符。(2) **以性傾向為分類基礎所實施之差別待遇，應採取較嚴格之審查標準**，禁止相同性別人民結婚非為達成**重要公益**之**實質關聯**手段，是婚姻章相關規定侵害人民受憲法第22條所保障之「婚姻自由」及第７條所保障之「平等權」（解釋理由書第［2］段參照）。

祁家威聲請釋憲之理由略以：(1) **婚姻自由**乃人民發展人格與實現人性尊嚴之基本權利，而選擇配偶之自由乃婚姻自由之核心，為憲法第22條所保障。限制同性結婚既不能達成**重要公益**之目的，其限制手段與目的之達成間亦欠缺**實質正當**，違反憲法第23條「比例原則」規定。(2) 憲法第７條**所稱**「**男女**」，或憲法增修條文第10條第６項所稱「性別」，**兼指性別、性別認同及性傾向**，是以「性傾向」作為分類基礎之差別待遇，應採**較嚴格之審查基準**；以限制同性結婚作為鼓勵生育之手段，其手段與目的間亦欠缺**實質關聯**，應認違反平等權之意旨。(3) 憲法增修條文第10條第６項課予國家消除性別歧視，積極促進兩性地位實質平等之義務，立法者本應積極立法保障同性結婚權，卻長期消極不作為，已構成**立法怠惰**（解釋理由書第［3］段參照）。

三、相關機關答辯

法務部於言詞辯論會答辯略稱：(1) 司法院**大法官歷來解釋所稱「婚姻」，均指一夫一妻、一男一女之結合**。「選擇與**同性**別者締結**婚姻**之自由」**尚難謂**為憲法第22條所保障「**婚姻自由**」**之範疇**。(2) 民法係規範私人間社會交往之「社會自主立法」，**親屬法制應尊重**其**事實先在**之特色，對於「婚姻上之私法自治」，**立法機關自有充分之形成自由**。**婚姻章規定**係立法者

考量「一夫一妻婚姻制度之社會秩序」，基於對婚姻制度之保護所制定，具有維護人倫秩序、男女平等及養育子女等社會性功能，並延伸為家庭與社會之基礎，**目的洵屬正當**，與維護婚姻制度目的之達成具有**合理關聯**，**並非**立法者之**恣意**，自無違憲可言（解釋理由書第 [4] 段參照）。

四、聲請人歷經30年奮鬥，終於敲開釋憲之門

本解釋除循例敘述原因案件之事實（如前）外，並首次在解釋理由書的第 [8] 段回顧聲請人祁家威過去30年來為爭取同性婚姻合法化之奮鬥歷程，包括：自民國75年（即1986年）起即向立法院請願，遭該院司法委員會以「無成為議案之必要」為由拒絕；繼又向法務部請願，遭該部以83年８月11日（83）法律決字第17359號函拒絕：「**我國現行民法所謂之『結婚』，必為一男一女結合關係，同性之結合則非屬之**」；復於89年間向臺灣臺北地方法院請求辦理公證結婚遭拒，經窮盡審級救濟程序，而向大法官聲請解釋。詎大法官於90年５月以其聲請「**未具體指明法院裁判所適用之法律或命令有何牴觸憲法之處」為由，議決不予受理**。嗣祁家威再於102年間向臺北市萬華區戶政事務所申請辦理結婚登記，遭拒後遞經爭訟，於103年９月經最高行政法院判決駁回確定，而於104年８月向本院聲請解釋。總計祁家威先生向立法、行政、司法權責機關爭取同性婚姻權已逾30年。[9]

五、同婚立法歷經10餘年猶未結果

本解釋並簡要回顧自民國95年以來，立法院提議及審查「同性婚姻法」草案之概況，指出：「105年12月26日司法及法制委員會**雖初審（一讀）通過多個版本之提案，惟何時得以進入院會審查程序，猶未可知**」（解釋理由書第 [9] 段參照）。

[9] 祁家威先生於2016年３月24日言詞辯論時曾感慨地說：「很感謝各位大法官今天召開這次言詞辯論庭，我等了四十一年六個月又二十四天……」。

貳、爭點（issues）

台灣現行違憲審查係採「抽象（法規）審查」制度，大法官僅能就（經決議受理之）聲請案所涉及之「法規」（含憲法及其增修條文[10]、法律、命令、或相當於命令[11]之規定）有無牴觸憲法作成解釋，而不得就確定終局裁判「認事用法」是否牴觸憲法進行審查。此為司法院（憲法法院）與一般法院間之審判權劃分。[12]為便於大眾理解，司法院官網（http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03）公布之大法官解釋皆設有「解釋爭點」一欄。在本（釋字第748號）解釋以前，各號解釋之「解釋爭點」悉由大法官書記處，依各該解釋意旨，逕行整理公告；自本解釋起，始改由大法官於審議通過「解釋」（含解釋文與解釋理由書）時，一併審議通過「解釋爭點」，交由書記處公告。正確掌握「爭點」為正確解讀大法官解釋之前提。[13]

---

[10] 憲法增修條文是否逾越修憲（實質）界限或違反修憲之正當程序，亦屬大法官解釋之範圍。參見大法官釋字第499號解釋。

[11] 參見大法官釋字第153號解釋（宣告最高法院之**判例**違憲）；釋字第154號解釋（「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或**相當於法律或命令者**而言」）；釋字第374號解釋（「**最高法院之決議**原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦**應認與命令相當**，**許**人民依首開法律之規定，**聲請本院解釋**」）等。

[12] 應補充說明者，2019年１月４日制定公布，預定於2022年１月４日起施行之**憲法訴訟法**業已引進德國「裁判憲法訴願」（Urteilsverfassungsbeschwerde）制度，允許人民於用盡審級救濟程序後，對不利確定終局裁判所適用之法規範或**該裁判**，認有牴觸憲法者，得於該不利確定終局裁判送達後六個月內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決（同法第59條參照）。憲法法庭**於其「具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之」**（同法第61條第１項參照）。

屆時台灣違憲審查將邁入新的紀元，司法院大法官因而將成為「有條件的」第四審。

[13] 本解釋之英譯（https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748最後瀏覽日2019/12/12）「爭點」部分譯作：”Do the provisions of Chapter II on Marriage of Part IV on Family of the Civil Code, which *do not allow* two persons of the same sex to create a permanent union of intimate and exclusive nature for the purpose of living a common life, violate the

綜合考量前述聲請意旨後，大法官認定本解釋之爭點為：「民法親屬編婚姻章，**未使**相同性別二人，**得**為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係，**是否**違反憲法第22條保障**婚姻自由**及第 7 條保障**平等權**之意旨**？**」（粗體字為作者所標示）

如上之爭點論述，顯示大法官以為本解釋涉及的基本權為「婚姻自由」（即爭點一）與「平等權」（即爭點二）；此與其他國家同婚判決略同。惟，大法官以為本件之待審規範—所謂「**解釋之標的**」，亦稱「解釋客體」，**既非**「**禁令**」（prohibition, Verbot，禁止為特定作為之規定），**亦非**「**誡命**」（command, Gebot，命為特定作為之規定），**而是**「**立法不作為**」（omission, Unterlassung，應規定而未規定之**立法疏漏**）；此與其他國家之同婚判決顯然不同。

大法官究如何形成前述「爭點」認定？解釋理由書第［12］段於檢視婚姻章有關規定，尤其是民法第972條「婚約，應由男女當事人自行訂定」之規定後，認：「婚約……既限於一男一女始得訂定，則結婚當事人亦應作相同之解釋」，**爰歸**結：「**顯見該章規定認結婚限於不同性別之一男一女之結合關係**」。繼又指出：結婚登記業務之中央主管機關內政部，依民法主管機關**法務部**有關「**婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係**」**之函釋**，函示地方戶政主管機關，就申請結婚登記之個案為形式審查。地方戶政主管機關因而否准相同性別二人結婚登記之申請，**致使相同性別二人迄未能成立法律上之婚姻關係**。

前開理由書僅說明：相同性別二人迄未能成立法律上之婚姻關係，乃因民法未有規定（於法無據）使然；但並未說明：民法未有規定時，何以不隨同其他國家之同婚判決[14]，逕執「省略規定之事項應認為有意省略」

Constitution's guarantees of freedom of marriage under Article 22 and right to equality under Article 7?" 即未能精 確表達本件「解釋標的」為「立法不作為」(omission) 之意。餘詳後文。

[14] *See, e.g.*, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _ (2015); Minister of Home Affairs, et. al., v. Fourie, et. al., 2006 (1) SA 524.

（casus omissus pro omisso habendus est）及「明示規定其一者應認為排除其他」（expressio unius est exclusio alterius）之拉丁法諺，為「反面解釋」—現行婚姻章「未有規定」即是「禁止」相同性別二人成立法律上之婚姻關係，而必將之「定性」（characterize）為「立法不作為」（漏未規定）？豈另有深意藏焉。

參、解釋要旨（holdings）

司法院大法官解釋係由兩部分組成：一為「解釋文」，相當於一般裁判之「主文」;一為「解釋理由書」,相當於一般裁判之「理由」。本解釋之「解釋文」計有四句，分別宣示四項審查結論：

一、系爭「立法不作為」違憲

解釋文第一句開宗明義,明確釋示:「民法第４編親屬第２章婚姻規定,未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，**與**憲法第22條保障人民婚姻自由及第７條保障人民平等權之意旨有違」。

據上,本解釋**並未宣告**現行婚姻章規定「**全部**」**違憲**,而是**僅宣告其**「**立法不作為**」**部分—未使**相同性別二人，**得**為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係**—違憲**。此觀解釋理由書第［18］段第１句「**現行婚姻章有關異性婚姻制度之當事人身分及相關權利、義務關係，不因本解釋而改變**」等語，益明。其次，解釋理由書第［18］段第２句更罕見地澄清：「又**本案僅就**婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**是否**違反憲法第22條保障之婚姻自由及第７條保障之平等權，**作成解釋，不及於其他，併此指明**」。顯然欲限縮解釋範圍，以凝聚最大社會共識，此與美國哈佛大學 Cass R. Sunstein 教授所倡議之「一次一案的司法極小主義」（One Case at A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court）[15]正相契合。

[15] Cass R. Sunstein, One Case at A Time: Judicial Minimalism on the Supreme

二、違憲缺失之改正

解釋文第二句承接前句意旨，釋示前揭違憲缺失之補救：「有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定」。

按憲法第171條第 1 項[16]及第172條[17]僅規定法規牴觸憲法者應屬「無效」，但究竟如何無效，係自始無效或嗣後失效，違憲審查機關得諭知如何之補救等，則付闕如。司法院大法官審理案件法於此亦未有規定。大法官自釋字第185號解釋（1984/1/27）起，乃以解釋（司法造法）進行填補，釋示：違憲之法規應「自該解釋公布之日起失效」，是即「**嗣後即時失效**」制度。又自釋字第251號解釋（1990/1/19）起，開始諭知違憲之法規應「自該解釋公布之日起一**定期間屆滿後**失其效力」，是即「**嗣後定期失效**」制度。[18]本解釋既宣告系爭「立法不作為」違憲，自應課有關機關以「限期改正」之作為義務。

至於宣告「定期失效」時，應定多長之過渡期間，乃屬大法官之裁量權。解釋理由書第 [17] 段第 1 句特別說明本解釋所以設定 2 年為改正期間之理由：「慮及本案之複雜性及爭議性，或需較長之立法審議期間；又為避免立法延宕，導致規範不足之違憲狀態無限期持續，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定」。

三、立法裁量範圍之保留

解釋文第三句，承第二句之意旨，進一步諭知立法者於改正違憲缺失時，得享有之立法裁量空間：「至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，

Court (1999).

[16] 參見中華民國憲法第171 條第 1 項：「法律與憲法牴觸者無效」。

[17] 參見中華民國憲法第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。

[18] 關於大法官解釋效力之演進，參見翁岳生，〈司法院大法官解釋效力之研究〉，輯於《公法學與政治理論－吳庚大法官榮退論文集》，頁1-36（2004年10月）。

屬立法形成之範圍」。

因本句釋示較為抽象，恐生爭議，解釋理由書第 [17] 段第 2 句特別補充：「至以**何種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式）**，使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**達成婚姻自由之平等保護**，屬立法形成之範圍」（粗體字為作者所標示）。準此，**本解釋僅在釋示憲法之基本原則—相同性別二人之親密性及排他性之永久結合，應受憲法保障；至其保障之具體法律形式，則委由立法者形成決定**。此一釋示顯示大法官基於「權力分立原則」，就「司法」與「立法」兩權所為之權限劃分（詳見後述「肆、解釋論理」四、之說明）。

四、有關機關未如期改正時之例外救濟

鑑於本案具高度社會爭議性，解釋文末句（第四句）特以「司法造法」之方式，諭知備用之救濟方法，以期貫徹本解釋之意旨：「逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記」。

按**大法官所為之解釋**，因具有拘束全國各機關及人民之一般拘束力，[19] 性質上類似立法，為維護法秩序之安定，**原則上大法官僅諭知「嗣後」（向後生效）及「一般」（通案適用）之救濟**。然，為提供適當誘因（incentives），鼓勵人民聲請釋憲，並為符合「有權利，即有救濟」（*Ubi jus, ibiremedium*）之「訴訟權」本旨[20]，大法官自釋字第177號解釋以來，於人民聲請而獲致有利之解釋時，輒一併諭知**得例外地「溯及」適用於聲請人**

[19] 參見大法官釋字第185號解釋（「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力」）。

[20] 參見大法官第774號、第761號、第755號、第752號、第742號、第736號、第684號、第653號、第546號、第396號、第243號解釋。

之「個案救濟」。在釋字第725號解釋[21]及釋字第741號解釋[22]之後，個案救濟之論知益臻完善。

惟**前揭解釋文末句，實屬罕見之「雙保險」機制**（double insurance），並**兼具「通案救濟」與「個案救濟」之性質**。析言之，前揭解釋文第２句已論知有關機關應於本解釋公布之日起２年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。茲顧慮本解釋所涉議題（同婚）極具爭議，為免有關機關屆期未能完成相關法律之修正或制定，致本解釋意旨落空，乃更論知：如屆時有關機關未能完成立（修）法，**凡相同性別二人（不限於本案之聲請人民），為成立上開親密、排他之永久結合關係，均得依民法婚姻章規定之方式**（即持二人以上證人簽名之書面），**向戶政機關辦理結婚登記**。大法官如此「司法造法」，殆所僅見。

上開「例外救濟」既以有關機關逾期未完成相關法律之修正或制定為前提，應尚不構成對立法權之侵害。另，為儘量限縮解釋範圍，解釋理由書第 [17] 段第３句更補充說明：前述例外救濟，僅「**於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務**」。意即不發生其他（例如親屬、繼承等）關係之效力。

---

[21] 參見大法官釋字第725號解釋（「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；**法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋論知原因案件具體之救濟方法者，依其論知；如未論知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充**」）。關於該解釋之意義，參見湯德宗大法官提出之〈協同意見書〉。

[22] 參見大法官釋字第741號解釋（「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。本院釋字第七二五號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。本院釋字第七二五號解釋應予補充」）。關於該解釋之意義，參見湯德宗大法官提出（陳碧玉大法官及林俊益大法官加入）之〈協同意見書〉。

肆、解釋論理

細繹本解釋之論理 (legal reasoning)，實際係建構在四個基礎之上：

一、重新確認婚姻之本質

自前述爭點界定及解釋文之首句觀之，**大法官首先嘗試抽離「性別」因素，重新確認婚姻之本質**。亦即，多數大法官**將「婚姻」重新界定為**：「**二自然人為經營共同生活之目的，所成立之具有親密性及排他性之永久結合關係**」。並以之貫穿全文，作為論證「同性婚姻」與「異性婚姻」，就「事物之本質」(Natur der Sache) 而言，並無二致之基礎。上述重新界定 (確認) 婚姻本質之嘗試，堪稱各國同婚判決所僅見，且頗能說明 (pretty illustrative) 何以「未使相同性別二人得依法締結親密性及排他性之永久結合關係」實屬「某種歧視」(a sort of discriminations)。

二、現行婚姻章規定之疏漏（立法不作為），致相同性別之二人無從依法締結婚姻關係，已違反憲法第22條所保障之婚姻自由

重新界定 (確認)「婚姻之本質」後，大法官著手解答前述「爭點一」(民法親屬編婚姻章，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**是否違反憲法第 22 條保障婚姻自由**？) 其論證見於解釋理由書第 [13] 段：

> 「①適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由 (本院釋字第362號解釋參照)。②該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權 (a fundamental right)，應受憲法第22條之保障。③按相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人適用婚姻章第 1 節至第 5 節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。④復

> 鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第22條婚姻自由之保障。⑤現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。⑥於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違。」
>
> （各句前之阿拉伯字序號為作者所標記）

上述論理之構造，可以邏輯三段論（syllogism）形式，還原並改進如下：

1. 大前提（major premise ＝本案裁判應適用之法則）：**❶適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」及「與何人結婚」之自由（本院釋字第362號解釋參照）。❷該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權**（a fundamental right），**應受憲法第22條[23]保障。❸關於「重要基本權」之限制，主管機關須能證明係為追求「重要公共利益」**（important public interest），**且其手段與目的之達成間須具有「實質關聯」**（substantially related to），**始為「合憲」**。

前揭大前提係以美國憲法學上所謂「重要基本權」（fundamental rights），詮釋我國憲法第22條之「未列舉基本權」（unenumerated rights），符合大法官解釋先例[24]、國內學界通說[25]、及美國聯邦最高法院之

---

[23] 參見憲法第22條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

[24] 參見大法官釋字第554號解釋（「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，故得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障」）；釋字第362號解釋（「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障」）；並參見釋字第242號、第552號、第502號等解釋。

[25] 參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁92 ～ 98（2003年）；李震山，〈憲法未列舉權保障之多元面貌－以憲法第二十二條為中心〉，輯於氏著，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，頁 18 ～ 48（2005 年）；湯德宗，《對

見解[26]，殆無爭議。大前提的第❶句及第❷句即前揭解釋第 [13] 段的第①句及第②句，作者僅作文字修正；然該段理由書漏未載列「審查基準」(standards of review)，應增補如大前提的第❸句。唯有如此，後述「小前提」的論理才能避免出現「直接跳躍至結論」(jump to conclusions) 的批評（詳後文）。另，為配合前述「重新確認婚姻本質」之嘗試，力求論理精確，避免循環論證 (tautology)，作者爰將解釋理由書所稱「婚姻自由」，儘可能統一稱為「結婚自由」。

2. 小前提（minor premise ＝相應於大前提之重要事實）：**❶容許相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人之婚姻關係；亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石，爰不妨害社會秩序公共利益。❷復鑑於相同性別二人成立上述親密、排他之永久結合關係，對渠等健全人格發展與維護人性尊嚴而言，亦屬不可或缺性，爰亦應受憲法第22條結婚自由之保障。❸現行婚姻章規定，未使相同性別二人得成立如上之親密性及排他性之永久結合關係，無異剝奪彼等之結婚自由，睽諸前揭審查基準，顯屬立法上之重大瑕疵。**

與前揭解釋理由書第 [13] 段之原文相互對照可知：前揭「小前提」的第❶句基本上即該段理由書之第③句，作者**增加「爰不妨害社會秩序公共利益」等語，以示符合憲法第22條規定之要件**。前揭「小前提」的第❷句基本上即該段理由書之第④句，**作者作了文字修正，只強調**成立如上親密、排他之永久結合關係，對於相同性別二人健全其人格發展與維護其人性尊嚴，**亦屬「不可或缺」**，故亦應受憲法第22條之保護，而**刪除「就需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致」**等語，以免使人誤以為本段乃關於違反「平等權」之論述。[27]

話憲法・憲法對話》下冊，頁566 ～ 568（2016年，修訂三版）。

[26] See, e.g., McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742, 879 (2010); Paul v. Davis, 424 U.S. 693, 713 (1976)

[27] **此一「論理上之近似」，反映出本案真正的爭點實為「結婚自由之平等保護」。**亦即，**系爭立法疏漏—未使相**同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親

前揭「小前提」的第❸句基本上即該段解釋理由書之第⑤句，但**作者增加了「無異剝奪彼等之結婚自由，暌諸前揭審查基準，顯屬立法上之重大瑕疵**」等語，以呼應作者前於「大前提」所增補的第❸句（審查基準），並以完成本件之關鍵論證—「**系爭立法不作為**（婚姻章漏未規定同性二人得成立前述親密、排他之永久結合關係）**顯屬立法上之重大瑕疵**」！

按本案大體討論階段，多數大法官決定將解釋標的「定性」為「立法不作為」（法律漏未規定）時，曾有共識：本件應循大法官釋字第477號解釋[28]之先例，將審查基準提高至「較為嚴格之審查標準」（俗稱「中標」）。蓋除「重要基本權」（fundamental rights）[29]（如本案所涉之「結婚自由」）較其他基本權更為重要，故對其所為之限制自應受到較嚴格之審查（檢驗）外；本件既將「解釋標的」界定為「立法不作為」（法律漏未規定），而非法律明定之「禁令」，非提高審查基準至「較為嚴格之審查標準」（中標）或「嚴格審查基準」（俗稱「高標」），無從對之進行審查。申言之，本件所涉乃「禁止保護不足」（Untermaßverbot）問題，而非（一般之）「禁止過度侵害」（Übermaßverbot）問題；[30]而法律之適用恆設有一定之範圍（不可能無遠

密性及排他性之永久結合關係，**乃屬對渠等「結婚自由」之歧視，致令其無從健全人格發展與維護人性尊嚴！此中「平等權」與「結婚自由」看似兩個問題，實為一個問題，堪稱「一體之兩面」**。這點對照 *Obergefell* 案之多數意見，益明（詳下文）。

[28] 參見大法官釋字第477號解釋（「**戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象**，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』為限，**未能包括**不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，**係**對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，**漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵**，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失**人身自由**者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所牴觸。是凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償」）。

[29] 關於「重要基本權」（fundamental rights）與「基本權」（Grundrechte）概念之比較，參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁261 ～ 291（中研院法律所，民96年）。

[30] 參見程明修，〈論基本權保障之「禁止保護不足原則」〉，載《憲法體制與法治行

弗屆），「漏未規定」毋寧為法律常見之情形，倘以寬鬆之「合理審查基準」（rationality test，俗稱「低標」）為審查，未必能認定其為「立法瑕疵」（蓋證立未予規定乃為達成某項正當目的之合理手段，一般而言並不困難）。唯有提高審查基準至「中標」以上，從嚴進行審查，始能審究：「漏未規定」是否「顯然構成立法上之重大瑕疵」，從而宣告其為「違憲」！

次按審查會通過之該段解釋理由書第五句原作：「……顯屬立法上之重大瑕疵（本院釋字第477號解釋參照）」。似此論理雖嫌曖昧，尚可由其援引之解釋先例（釋字第477號解釋）窺知其理路，乃差可接受。詎料，大會時有大法官以釋字第477號解釋所涉內容（人身自由）與本案（婚姻自由）不同為由，執意刪除括弧（本院釋字第477號解釋參照）等語，遂致解釋論理欠周，誠屬遺憾！

3. **結論**（conclusion, inference）：**現行婚姻章規定，於此範圍內**（即其漏未規定「相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」），**與憲法第22條保障人民結婚自由之意旨有違**。

三、現行民法婚姻章規定之立法疏漏，致相同性別之二人無從依法締結婚姻關係，並違反憲法第７條保障人民「平等權」之意旨

至於「爭點二」之論證，見於解釋理由書第［14］至第［16］段。因原文較長，茲先略述其要旨，再以「三段論」形式，還原並改進其論證。

理由書第［14］段首先**確認平等權之保障範圍**（Schutzbereich, scope of protection）。略謂：憲法第７條所稱「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，**其所列之５種**禁止歧視**事由**，**僅係例示，而非窮盡列舉**。故凡以其他事由，例如身心障礙、性傾向等為分類標準，所實施之差別待遇，均屬該條平等權規範之範圍。

政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（一）》，頁219-274（1998/07）。

理由書第 [15] 段首先確認，**本案確有「歧視」(差別待遇) 存在**：「**現行婚姻章僅規定**一男一女之永久結合關係，**而未**使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，**係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇**」。其次，**綜合考量**(1)**婚姻自由**與人格自由、人性尊嚴密切相關，**屬**憲法第22條所保障之**重要基本權**；(2)性傾向屬於「**難以改變之個人特徵**」(immutable characteristics)；(3) 同性性傾向者在我國因長期未能見容於社會，並因人口結構因素，而屬**社會上孤立隔絕之少數，致難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位等因素**後，應以「**較為嚴格之審查標準**」，判斷其是否符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。亦即，**關於以性傾向作為分類標準所為之結婚自由之差別待遇，主管機關須能證明其目的係為追求「重要公共利益」，且其差別待遇之手段與目的之達成間具有「實質關聯」，始為合憲**。

審查標準既定，理由書第 [16] 段爰檢視系爭差別待遇 (以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受到相對不利之對待)是否合憲。其論證主要在檢視兩項命題之真偽：

(一) 實施系爭差別待遇係為「繁衍後代」？

多數大法官以為：「惟查婚姻章**並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由**，顯見**繁衍後代並非婚姻不可或缺之要素**。故以不能繁衍後代為由，而未使相同性別二人得以結婚，**顯非合理之差別待遇**」。

(二) 實施系爭差別待遇係為「維護基本倫理秩序」？

多數大法官以為：查民法為維護基本倫常秩序，對婚姻設有若干限制，例如： 結婚年齡之限制、單一配偶之限制、近親通婚之禁止、忠貞義務及扶養義務之課予等，「**其計慮固屬正當，惟**若許相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**亦得要求其應遵守相同之限制**，以維持異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序。是以維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，亦**顯非合理之差別待**

遇」。

上述論述乃系爭「法律不作為」何以違反「平等權」之關鍵，結論應值贊同，惟其**並未使用平等權的標準檢驗模式，指出系爭「立法不作為」之「目的」或「手段與目的之關聯性」如何違憲**，功虧一簣。

作者以為，**關於前揭命題（一），解釋理由書中應具體指明：❶「繁衍後代」固屬「正當之公共利益」，然相較於攸關個人自主之「結婚自由」而言，尚難謂為「重要之公共利益」；❷且其所採取之歧視性手段**—以性傾向為分類標準，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—**與其所欲達成之「目的」（繁衍後代）間，亦欠缺「實質關連」**。蓋現行婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，故**僅限制同性二人得成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯然難以有效達成確保「繁衍後代」之目的**！

關於前揭命題（二），解釋理由書中應具體指明：❶「維護基本倫常秩序」固屬「重要之公共利益」，❷然其所採取之歧視性手段—以性傾向為分類標準，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—**與其所欲達成之「目的」（維護基本倫常秩序）間實欠缺「合理關聯」，遑論具有「實質關聯」**。蓋許相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**一樣可以要求其應遵守相同之限制，以共同維持原由異性婚姻制度所建構之基本倫常秩序**。

茲依如上補強後之論理，將解釋理由書第［14］至第［16］段之論證，以邏輯三段論（syllogism）形式，重現如下：

1. 大前提（major premise ＝本案裁判應適用之法則）：憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」。其所列「男女、宗教、種族、階級、黨派」等 5 種禁止歧視事由，僅屬例示，而非窮盡列舉。是凡無正當理由，而為差別待遇，即屬違反該

條所保障之「平等權」。次經綜合考量：(1) 性傾向屬於「 難以改變之個人特徵 」(immutable characteristics)；(2) 同性性傾向者在我國因長期未能見容於社會，並因其人口結構緣故，乃屬社會上孤立而隔絕之少數(discrete and insular minority)，致難期經由一般民主程序扭轉其法律上之劣勢地位；(3)結婚自由乃憲法第22條所保障之重要基本權(fundamental rights) 等因素，故以性傾向為基礎，就相同性別二人之結婚自由所為之差別待遇，應適用「較為嚴格之審**查**標準」，以檢驗其是否符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。主管機關須能舉證差別待遇之「目的」乃為追求重要公共利益，且其所採差別待遇之手段與目的之達成間，具有實質關聯，始為合憲。

2. 小前提 (minor premise)（相應於大前提之重要事實）：現行婚姻章**僅規定**一男一女之永久結合關係，**而未使**相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，**係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇**。如其係**為「繁衍後代」**而實施系爭差別待遇，該**目的固屬正當之公共利益，然**相較於攸關個人自主之結婚自由，**尚難謂為重要之公共利益；而其所採取之歧視性「手段」**—以具有相同之性傾向為由，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—**與其所欲達成之「目的」(繁衍後代) 間亦欠缺「實質關連」**。蓋現行法並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，故**僅限制同性二人成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯難有效達成「繁衍後代」之目的**。又，其倘係**為「維護基本倫常秩序」**而實施系爭差別待遇，**該目的固屬重要之公共利益，然其所採取之歧視性手段**—以具有相同之性傾向為由，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—**與其所欲達成之「目的」(維護基本倫常秩序) 間顯然欠缺「合理關聯」，遑論有「實質關聯」。蓋許**相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**仍得**要求其應遵守相同之限制，以共同維持原由異性婚姻制度所建構之基本倫常秩序。

3. **結論** (conclusion, inference)：**綜上，本件主管機關未能舉證：以**

系爭「立法不作為」所實施之差別待遇—以具有相同之性傾向為由，未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—**究係為追求**何種「重要公共利益」，且其差別待遇之手段與追求目的之達成間具有「實質關聯」，爰應認系爭「立法不作為」與憲法第**7**條保障平等權之意旨有違。

以上所論殆為本解釋之表象論理。非更探索其間之深層考量（underlying concerns），尚難謂洞悉本解釋。

四、「受理時機」與「解釋範圍」之妥協

讀者不免疑問：立法院司法及法制委員會既於民國105年（2016年）12月26日初審通過數個版本的同婚合法化法案，大法官何不俟其完成審議，再行審查，而必於106年２月10日公告，訂於同年３月24日舉行言詞辯論，並暗示將於５月底之前作成解釋[31]，如此**有無「霸凌民主」**（bullying democracy），**或「繞過民主決策程序」**（bypassing democratic decision-making process）**之嫌**？甚或最終演變成「法官治國」（gouvernement des juges, juristocracy）？尤其，同婚為極具爭議性與分裂性的政治議題（an extremely controversial and divisive political issue），能不慎乎？！

就此，解釋理由書第［10］段坦陳：「本件聲請涉及同性性傾向者是否具有自主選擇結婚對象之自由，並與異性性傾向者同受婚姻自由之平等保護，**為極具爭議性之社會暨政治議題**，民意機關本應體察民情，盱衡全局，折衝協調，適時妥為立（修）法因應。**茲以立（修）法解決時程未可預料，而本件聲請事關人民重要基本權之保障，本院慤於憲法職責**，參照本院釋

[31] 依法大法官應於言詞辯論結束後２個月內，作成解釋公布。參見大法官審理案件法第13條第２項（「前項言詞辯論，準用憲法法庭言詞辯論之規定」）；同法第24條第２項（「經言詞辯論之判決，應於言詞辯論終結後一個月內指定期日宣示之」）；憲法法庭審理規則第16條（「經言詞辯論之裁判，應於言詞辯論終結後一個月內指定期日宣示之。但自言詞辯論終結時起至宣示裁判期日不得逾二個月」）。

字第585號及第601號解釋意旨，**應就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，及時作成有拘束力之司法判斷。爰本於權力相互尊重之原則**，勉力**決議受理**，並定期行言詞辯論，就上開憲法爭點作成本解釋」。

關於前揭說明，合理之解讀當是：**大法官雖**懍於保障人權之憲法天職，而決議**勉力受理**本案，然**亦不敢或忘「權力分立原則」**（doctrine of separation of powers, Gewaltenteilung, separation des pouvoirs）—權力部門應相互制衡並相互尊重，**乃決定以「立法不作為」**[32]**定性「解釋標的」，俾保留予立法部門最大的決策空間**（立法裁量範圍）[33]，並盡力縮小解釋範圍[34]，期能在「法治」（人權保障）與「**民主」（多數決統治）間，謀求最適平衡**（optimal equilibrium）。

伍、不同意見書（dissenting opinions）

本解釋僅有２件不同意見書，沒有協同意見書，與近年來大法官每一憲法解釋平均有８件個別意見書（separate opinions）（含協同意見、不同意見、部分協同暨部分不同意見等）者迥異。此乃因參與本案審議之14位大法官當初曾協商，希望能以「全體一致同意」（*per curiam*）之方式作成解釋。後雖未果，持多數意見之大法官仍同意儘量在解釋文與解釋理由書中尋求妥協，不另發表個別意見，以強化本解釋之公信力。

---

[32] 是即解釋文所謂：「婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」。

[33] 是即解釋文所謂：「至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍」。

[34] 是即理由書第［18］段所謂：「**本案僅就**婚姻章規定，**未使**相同性別二人，得為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障之婚姻自由及第７條保障之平等權，**作成解釋，不及於其他**」；又理由書第［17］段所謂：「逾期未完成法律之修正或制定者，相同性別二人為成立以經營共同生活為目的，具有親密性及排他性之永久結合關係，得依婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，並於登記二人間**發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務**」。

一、部分不同意見書（黃大法官虹霞提出）

其意見略以：(1) **關於多數意見有關「相同性別之二人有權自主決定永久結合關係，相互扶持，國家應以法律對此種結合給予適當保護」之論述，敬表同意。惟**，「等者等之、不等者不等之」乃平等權之真諦，**鑑於繁衍後代、生養子女乃婚姻之核心內涵**，相同性別二人之永久結合，與異性別二人之永久結合於此確有差別，**故以是否有自然生育子女之可能，作為對同性二人之永久結合實施差別待遇，應屬正當理由**。

(2) 婚姻制度歷史悠久，先於憲法、法律而存在。**婚姻之應受國家制度保障，非緣於憲法明文規定（此與德國基本法第6條第1項明定婚姻保障者不同），而係緣於大法官之解釋**。究大法官保障婚姻之理由，不外：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序」(釋字第552號解釋)及「婚姻與家庭係社會形成與發展之基礎」(釋字第554號解釋)。凡此均與憲法第22條所保障之「其他自由及權利」無涉。

(3) **大法官是釋憲者，不是制憲者**，無權以解釋為婚姻作新的定義；本解釋亦未為婚姻作新的定義。既未就「婚姻」下定義，如何能「超越」異性婚姻下之「婚姻自由」，推論出相同性別二人間之永久結合關係涉及「婚姻自由」？

(4) 大法官解釋先例皆係針對「一夫一妻」之婚姻，本於「男女平權」而作，與本件聲請（原因事實係相同性別者）不同，**無關「男女平權」**，自然不能適用於本案。因此，由本院解釋先例無法推導出「相同性別二人間之永久結合關係違反憲法第7條之平等權保障」之結論。

二、不同意見書（吳大法官陳鐶提出）

其意見略以：(1) **臺北市政府之聲請不合規定，應不受理。蓋結婚之事項屬中央立法並執行之事項**，民法之主管機關法務部既認民法限制相同性別二人民不得訂立婚約或結婚登記之規定，並無牴觸憲法第7條、第22條及第23條規定，內政部復無不同意見，屬地方行政機關之**臺北市政府，**

就民法之解釋、適用，自應受法務部見解之拘束，行政院竟為之層轉本院解釋，自不合大審法第 9 條前段之規定。

(2)**憲法保障之婚姻自由限於一夫一妻**。**婚姻**係一種**制度**(institution)，是一個國家社會及文化價值觀之反映，**是否變更其意涵，應透過直接民主或間接民主之程序為之**。在我國，婚姻自由之核心內容係民法規定一夫一妻之婚姻制度，經本院解釋而受憲法保障。多數意見竟反客為主、倒果為因，認婚姻自由不限於一夫一妻之婚姻制度，而得出民法親屬編婚姻章有立法上重大瑕疵之結論，邏輯謬誤，無法認同。

(3) **同性婚姻並非普世保障之人權**。世界人權宣言規定男女才能締結婚姻，公民與政治權利國際公約、歐洲人權公約、美洲人權公約、日本國憲法等亦然。目前聯合國共有193個會員國, 承認同性婚姻之國家僅21國。

(4) 未以婚姻制度，保障同性別二人之永久結合，尚不違反憲法第 7 條平等原則。按一男一女不同性別二人間之婚姻制度，係由於社會及文化價值觀，自然形成之制度，具有深植人心之社會及文化意涵，故**民法親屬編單純未設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並非恣意以性傾向為分類標準，對同性性傾向者之婚姻自由所為之差別待遇**。

(5) 因個人之意願或個人之特殊生理因素，一夫一妻之婚姻，固有不繁衍後代者，但**同性別二人間之結合**，基於生理上之差異，則**絕無繁衍後代之可能**，**因該差異**所生社會生活功能角色上之不同，**而為差別對待**，**其目的係為**維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、提升生育率、養育子女、緩和人口高齡化速度、維繫家庭功能、維持合理人口結構，使社會、國家得以永續發展之**重要公共利益**，與所採取未容許同性別之二人成立婚姻關係之手段間**具實質關聯**，乃**無違**憲法之**平等原則**。

陸、結語

中華民國憲法制定於1946年12月25日，施行於1947年12月25日，其時

內戰業已爆發，漫天鋒火。1948年９月15日大法官首度於南京集會，開始行使「解釋憲法並統一解釋法律與命令」之權，旋因大陸淪陷而播遷台灣，歷經威權、轉型與民主時期，持續釋憲不輟逾70年，累計作成解釋785件，放眼亞洲，堪稱僅見。奈何礙於國際政治現實，台灣違憲審查成果迄未獲得應有的重視，殊為可惜。

本解釋涉及極具社會及政治爭議之「同婚」議題（參見【附表一】），要屬「困難案件」（a hard case）。多數大法官首先本於「人性尊嚴」（human dignity）與「個人自主」（individual autonomy），肯認憲法第22條所保障之「重要基本權」（fundamental rights）包含「結婚自由」，含「是否」結婚及「與何人」結婚之個人自主權。其次並嘗試超越性別，重新確認婚姻之事物本質（Natur der Sache）**為**「二自然人為經營共同生活之目的，所成立之具有親密性及排他性之永久結合**關係**」。進而以之論證：如上「永久結合關係」對「相同性別二人」健全其人格發展與維護其人性尊嚴，亦屬「**不可或缺**」（indispensable），故應保障「相同性別二人」亦得締結如上「永久結合關係」，以享有憲法第22條所保障之「結婚自由」。又，以「性傾向」為基礎，而未使「相同性別二人」得以締結如上「永久結合關係」，無異拒絕對「相同性別二人之結婚自由」，給予平等之保護。再者，多數大法官**一方面縮小解釋範圍**，釋示：「**本案僅就**婚姻章規定，**未使**相同性別二人，**得**為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係，**是否**違反憲法第22條保障之婚姻自由及第７條保障之平等權，**作成解釋，不及於其他**」；他方面並將最具爭議，從而最適合循民主程序作成決定之事項，保留予具有民意基礎之政治部門，而釋示：「至以何種形式（例如**修正婚姻章**、於民法親屬編**另立專章**、**制定特別法**或**其他形式**），使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，達成**婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍**」。最後，為恐政治部門屆期未能完成立（修）法，致本解釋意旨淪為空談，乃史無前例地創設「備用」救濟，諭知：「逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記」，並僅「於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務」。**如上解釋不僅守護了個人的憲法基本權，也兼顧了民主政治與司法獨立的原則，堪稱用心良苦，允執**

厥中！縱其論理猶有未周，殆亦瑕不掩瑜矣。

本解釋並為比較憲法學（comparative constitutional law）提供了有趣的研究素材。按釋字第748號解釋與美國聯邦最高法院 *Obergefell* 案雖均以「重要基本權」（fundamental rights）中之「結婚自由」（right to marry）與「平等權」（equal protection）為基礎，獲致「同性婚姻應受憲法保障」之結論，然兩者論證顯有不同。舉其犖犖大端：

（1）關於「重要基本權」之論述，*Obergefell* 的多數意見（J. Kennedy 主筆，以 5：4 通過）係採「**利益衡量」解釋方法（balancing approach）**，認：**歷史與傳統固然指導、教示吾人何謂「重要基本權」，但並不因此界定「重要基本權」之外在界限**；法院仍須於個案審酌系爭利益是否攸關個人尊嚴及自主，以決定國家（與各州）是否須予尊重。[35]繼而舉出四項理由，說明「婚姻權」（right to marry）對於「同性伴侶」（same-sex couples）同屬「不可或缺」，故應受憲法之保障。上述饒具彈性的「利益衡量」解釋法，遭到四位持「不同意見」的大法官猛烈的批評。例如，首席大法官 Roberts（C.J. Roberts）認為聯邦憲法既未有「婚姻」之定義，各州自得決定是否維持原「相異性別二人」之婚姻定義，或將之擴及於「相同性別二人」；[36]Scalia 大法官（J. Scalia）則持「**原旨主義者」（originalists）解釋方法**，認禁止相同性別二人結婚於第14增修條文**制定時**既不違憲，則其於今自然亦不違憲。然，釋字第748號解釋則直指核心，探求「事物本質」，重新確認婚姻乃「**二自然人為經營共同生活之目的，而成立之具有親密性及排他性之永久結合關係**」。如此論證**似**較「原旨主義者」解釋方法與「利益衡量」解釋方法，**更具有說服力**。

（2）關於禁止相同性二人結婚，何以違反憲法「平等權」一節，

---

[35] "History and tradition guide and discipline the inquiry but do not set its outer boundaries." "Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect." *See* Slip op., at 10–11.

[36] *See*Slip op., at 2.

Obergefell 案之多數意見不僅論述之篇幅遠遜（於違反「重要基本權」之論述），論述之內容尤「語焉不詳」[37]。無怪乎首席大法官 Roberts 直言：多數意見除模糊地宣稱第14憲法增修條文之「平等保護條款」（the Equal Protection Clause），與「正當程序條款」（the Due Process Clause）二者間具有一種想當然耳的「互補效用」（synergy）（認為依據其一所建立的裁判先例，亦可適用於另一）外，不曾進行過嚴肅的論證，連最基本之系爭差別待遇之分類「手段」，與其所宣稱之「目的」間，是否具有充分之關聯，皆未置一詞。相較之下，**釋字第748號解釋**關於系爭「立法不作為」如何違反（憲法第22條所保障之）「結婚自由」，僅有一段論述，而關於其何以違反（憲法第７條所保障之）「平等權」則有三段論述，**顯然係以違反平等權保障為論證的重心**。雖然，釋字第748號解釋關於違反「平等權」之論證猶未臻周延，但至少已明確提出審查標準。

（3）尤值深思者，厥為「結婚自由」（屬「重要基本權」）與「平等權」二者之關係。亦即，在獲致「相同性別二人為經營共同生活之目的，而成立之具有親密性及排他性之永久結合關係，應受憲法保障」之結論時，「婚姻自由」與「平等權」兩個理由論述，究竟處於如何關係？**其為兩個個別理由？抑或實為一個理由？**就論理之架構觀之，***Obergefell* 案與釋字第748號解釋似皆採「二元論」**，分別就系爭規定是否違反「結婚自由」與是否違反「平等權」進行審查與論證。「二元論」最大的風險在於，是否違反「結婚自由權」與是否違反「平等權」，依個案情形可能須分別適用不同的審查基準，從而可能獲致不同的審查結論（例如：在「結婚自由權」部分為合憲，在「平等權」部分為違憲；或者反之），此時該宣告系爭規定為合憲或違憲？類此情形，為避免審查結論分歧，大法官解釋多避免採用「二元論」解釋方法。[38]作者以為，**釋字第748號解釋已經注意到此潛在風險，並以「婚姻**

[37] "The central point seems to be that there is a 'synergy between' the Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always coextensive, yet each may be instructive as to the meaning and reach of the other." *See* Slip op., at 23.

[38] 少數例外，例如釋字第626號解釋。

自由之平等保護」（參見解釋文第 2 句）**一語，將二者巧妙地融合為一**。兩相比較，*Obergefell* 案之論證缺失固已暴露無遺，而進一步完善釋字第748號解釋論理之可行途徑亦已呼之欲出[39]。

後記（Epilogue）

釋字第748號解釋前後，台灣社會關於「同婚合法化」的態度並無明顯變化（詳如【附件二】）。去（2018）年11月24日「九合一」地方選舉一併舉辦之公投投票，其中三案與「同婚」有關，分別是：第10案（你是否同意民法婚姻規定應限定在一男一女的結合？）、第12案（你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益？）及第14案（您是否同意，以民法婚姻章保障同性別二人建立婚姻關係？）。公投結果分別為：第10案「通過」（同意：765萬8008票；不同意：290萬7429票）；第12案「通過」（同意：640萬1748票；不同意：407萬2471票）；第14案「不通過」（同意：338萬2286票；不同意：694萬9697票），**顯示多數台灣人民係「有保留地認同」釋字第748號解釋之釋示**。

嗣立法院於今（2019）年 5 月22日（釋字第748號解釋所定 2 年期限屆滿前）三讀通過「**司法院釋字第七四八號解釋施行法**」，刻意規避「婚姻」二字。其第 1 條規定：「為落實司法院釋字第七四八號解釋之施行，特制定本法」；第 2 條規定：「**相同性別之二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係**」；第 4 條規定：「第二條關係應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人，依司法院釋字第七四八號解釋之意旨及本法，向戶政機關辦理結婚登記」。同法並詳細規範此一永久結合關係之「禁止成立」事由（以維倫常）[40]、「無效」[41]與「得撤銷」[42]事由。至於此種永久結合關係中相同性別二人之權利、義務、財產

[39] 參見本文前揭註27。

[40] 參見「司法院釋字第748號解釋施行法」第 3 條、第 5 條、第 6 條及第 7 條之規定。

[41] 參見同法第 8 條。

[42] 參見同法第 9 條。

關係、收養他方親生子女等事項，則大體「準用」民法之規定。另，第26條明定：「任何人或團體依法享有之**宗教自由及其他自由權利，不因本法之施行而受影響**」，惟能否有效化解基本權之衝突（conflicts of human rights）猶待觀察。

附件一

題目：

立法院最近積極推動『同性婚姻合法化』,引起部分社會人士強烈反對。(簡單地說，就是『同性戀者，也能和一般男女一樣結婚，並享有民法上相同的權利與義務）請問，您贊不贊成『同性婚姻合法化』？

調查時間：2016年11月28日

有效樣本數：1,098

	贊成	反對	不知道
性別			
男性	42.8%	52.1%	--
女性	49.6%	41.9%	--
年齡			
65歲以上	21.2%	60%	18.8%
55-64歲	29%	60.5%	10.5%
45-54歲	40.2%	52%	7.7%
35-44歲	54.5%	38.9%	6.6%
25-34歲	67.2%	30.5%	2.3%
20-24歲	81.4%	18.7%	10.5%
族群			
河洛人	46.7%	45.6%	7.8%
客家人	49%	45.6%	5.5%
外省人	41.1%	46.2%	12.7%
原住民	45.2%	45.6%	9.2%
教育程度			
大學以上	66.6%	30.7%	2.7%
高中職以下	41.3%	52.2%	6.5%
專科	48.3%	45%	6.9%
初中／國中	35.6%	53.5%	10.9%
小學及以下	20.6%	58.3%	21.1%
宗教信仰			
一般民間信仰（祭祖拜神）	52%	37.4%	10.6%
道教	44%	52.3%	3.8%
佛教	42.8%	50.2%	6.9%
基督教	32%	60.3%	7.8%
無宗教信仰	53.3%	33.5%	13.1%
政黨傾向			
民進黨	43.6%	50.2%	6.1%
國民黨	41.1%	54%	4.9%
時代力量	64.4%	33.1%	2.4%
親民黨	47.9%	45.3%	6.8%
無政黨傾向	43.3%	42.2%	14.5%

資料來源：台灣民意基金會連續性民調 https://www.storm.mg/article/196777

附件二

題目：

立法院最近積極推動『同性婚姻合法化』,引起部分社會人士強烈反對。（簡單地說，就是『同性戀者，也能和一般男女一樣結婚，並享有民法上相同的權利與義務）請問，您贊不贊成『同性婚姻合法化』？

	非常贊成	還算贊成	不太贊成	一點也不贊成	其他（沒意見／不知道／拒答）
2016/11/28	18.9%	27.4%	18.1%	27.3%	8.2%
2016/12/26	13.6%	24.2%	21.2%	34.8%	6.2%
2017/05/24 釋字第 748 號解釋公告					
2017/08/29	15.2%	27.7%	17.0%	32.6%	2.3%

資料來源：台灣民意基金會連續性民調

https://www.storm.mg/article/205513

https://www.storm.mg/article/194927

https://www.ftvnews.com.tw/AMP/News_Amp.aspx?id=2017829T11M1

講　　演

国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」*

台湾大法官釈字第748号解釈に関する解説

湯　　徳　宗†
徐　　行（訳）

目　次

はしがき
一、事実
二、争点

---

* 本稿は本号掲載の、湯德宗「台灣大法官釋字第748號解釋解析」の日本語訳です。この講演は、2019年12月14日に北海道大学法学研究科・高等法政教育研究センターにおいて開催された、国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」における基調講演です。シンポジウムのために来日いただいた湯德宗先生、シンポジウム講演者の白水隆先生（千葉大学）、綱森史泰先生（札幌弁護士会）、コメンテーターの鈴木賢先生（明治大学）、佐々木雅寿先生（北海道大学）、徐行先生（北海道大学）、ご聴講くださった多くの皆様に、厚く御礼申し上げます。（高等法政教育研究センター長・辻康夫）

† 現任台灣東吳大學王紹堉講座教授。曾任司法院大法官（2011/10/1～2019/9/30）；中央研究院特聘研究員暨法律學研究所創所所長（2004/7/1～2011/9/30）；香港大學鄭裕彤講座教授（2019/10～2019/11）；國立台灣大學國家發展研究所與中央研究院合聘專任教授（1989/9～2011/8）暨兼任教授（2011/9～）；美國紐約大學（NYU）法學院特聘客座教授（2015/9～2015/10）；日本東京大學法學部客座教授（2001/11～2002/1）；德國科隆大學（Universität zu Köin）德國鴻博基金會 Alexander von Humboldt Foundation 獎助訪問學者（1993/9～1994/9）。美國杜蘭大學（Tulane U.）法學博士（SJD, 1989）；美國哈佛大學（Harvard U.）法學碩士（LLM, 1984）；國立台灣大學（NTU）法律研究所碩士（1981）與法律系學士（1978）。© 作者保留本文所有權利。

三、解釈の要旨
四、解釈の論理
五、個別意見書
六、むすび
あとがき

はしがき

今日北海道大学（Hokkaido University）高等法政教育研究センター（The Advanced Institute for Law and Politics）にお招きいただき、国際シンポジウム「同性婚をめぐる司法と法学の展開」（Symposium on Same-sex Marriage）に参加し、中華民国（台湾）司法院大法官釈字第748号解釈について解説する機会をいただきまして、非常に光栄に思います。ご期待に応えることができれば幸いです。

今年９月、司法院大法官を退任する前に、私は"Celebrating the 70th Anniversary of Constitutional Review on Taiwan: Review and Prospects"（台湾違憲審査制度70年の回顧と展望）をテーマに、東京大学、京都大学、東北大学といった大学で講演を行ったが、時間の関係で北海道大学を訪問する機会がありませんでした。故に、今日ここで講演できることを特に嬉しく思います。

※　　※　　※

台湾の大法官釈字第748号解釈はアジア諸国における最初の同性婚合法化に関する司法判断として大きく注目されている。しかし、実際に本件の審議に関わった14名の大法官[1]は、本件が高度の政治性を帯びているため、審理の際に非常に慎重であった。「同性婚の合法化」は蔡英文氏が2016年の総統選における主要な政見の１つである。彼女が2016年１月16日に当選し、５月20日に総統に就任したが、５名の大法官の任期が

[1] 黄瑞明大法官は本件の審理を回避した。

10月31日に満了するため、９月に７名[2]の新任大法官（司法院院長と副院長を兼任する大法官各１名を含む）の候補者を「指名」し、10月に立法院の「同意」を経て、11月１日に正式に新任の大法官を「任命」した。改組後の司法院は11月下旬に本件の「受理」[3]を決定し、翌2017年２月10日に、その年の３月24日に口頭弁論を開くことを公表した。それと同時に、立法院司法および法制委員会は2016年12月の末に「同性婚姻の合法化」に関する複数の立法案を審査して一読会を通過させた[4]。釈字第748号解釈はこのような背景のもとで作成された。

---

[2] 中華民国憲法増修条文（2005年６月10日修正・公布）第５条は「司法院には**大法官15名**を置き、そのうち１名を院長、１名を副院長とし、**総統の指名により立法院の同意を経てこれを任命する**。これは中華民国92年（2003年）から実施しており、憲法第七十九条の規定は適用されない。司法院大法官は法官からの転任者以外は、憲法第八十一条および法官終身職待遇に関する規定が適用されない。（以上第１項）

司法院大法官の**任期は８年**とし、期を分かたず**個別で計算**し、**再任はできない**ものとする。**ただし**、院長・副院長を兼任する大法官は、**任期の保障を受けない**。（以上第２項）

中華民国92年（2003年）に総統が指名した大法官の**うち８名**については、院長・副院長を含みその任期を４年、**その他の**大法官の任期を８年とし、前項の任期に関する規定は適用されない。（以上第３項）……」と規定している。

したがって、2003年以降、司法院大法官の**定数**は15名（院長・副院長を兼任する者を含む）に**固定**され、「**間隔任期制**」（staggered tenure）が採用された。大法官の**任期は８年**とし、個別で計算し、**再任はできない**。**ただし**、**院長・副院長**を兼任する大法官は、**任期の保障を受けない**。

[3] 本件は、最初は2016年３月に審査会の討論に付されたが、大法官全員によるおおまかな討論を経た後、主席（大法官兼司法院院長）が「一時的に棚上げ」と裁定し、出席した大法官全員が異議を唱えなかった。司法院大法官が改組された後、本件は2016年11月23日に再度審査に付されて、「受理」と議決された。

解釈要請案件は、現職大法官の三分の二以上が出席し、出席者の過半数の賛成により、「受理」または「不受理」と議決される。大法官案件審理法第14条および同法施行細則第16条をご参照ください。

[4] 立法院第９回第２期司法および法制委員会第24回全体委員会議記録をご参照ください（https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/communique1/final/pdf/106/12/LCIDC01_1061201_00002.pdf、最終アクセス日2019年11月28日）。

一、事実（Facts）

Ⅰ、本解釈は２件の要請を併合して審査した結果である

要請者の一方（台北市政府）は所轄する万華区戸政事務所が同性の両名による結婚登録の申請業務を扱い、民法第４編第２章（以下、婚姻章と称する）の規定および内政部2012年５月21日台内戸字第1010195153号函（以下、係争函と称する。函は法務部から2012年５月14日に転送された法律字10103103830号函で、「……二、我が国の民法は婚姻の当事者について、必ず一男一女でなければならないと明文で直接規定しているわけではないが、規定の趣旨から、我が国の民法は**婚姻の定義について**『終生の共同生活を目的とした**“一男一女”の適法な結合関係**』を採用していると**推測できる**」と述べている）の適用につき、憲法第７条、第22条および第23条の規定と抵触するとの疑義を生じたことから、上級機関（内政部）を通じて行政院に転送され、行政院から司法院に解釈の要請があったものである。そのうちの婚姻章の規定についての解釈要請部分は、大法官の審査を経て、司法院大法官案件審理法（以下、大審法と称する）第５条第１項第１号[5]および第９条[6]の規定に符合するので、これを受理

[5] 大審法（1993年２月３日改正・公布）第５条第１項第１号は、「左記事情のいずれかに該当する者は、憲法解釈を要請することができる：一、中央または**地方の機関**が**職権の行使において**、憲法の適用につき疑義を生じた場合、または職権の行使によりその他の機関の職権との間に、憲法の適用に関する争議を**生じた**場合、または**法律**と命令の**適用**につき**憲法と抵触するとの疑義を生じた**場合」と規定している。

[6] 大審法第９条は、「**解釈を要請する機関に上級機関がある場合、その申請は上級機関を経由して転送されなければならない**。上級機関は規定に符合しないものについて、転送してはならない。職権により解決すべきものについても同様である」と規定している。また、戸籍法（2015年１月21日改正・公布）第２条は、「本法でいう主管機関とは、中央であれば内政部、直轄市であれば直轄市政府、県（市）であれば県（市）政府である」と規定している。本件の要請者台北市政府は**地方の主管機関**として、**地方自治に属さない事項**（戸籍登録）について、法律の適用ににつき憲法と抵触するとの疑義を生じ、**司法院に解釈を要請**したため、上級機関による「転送」を経由しなければならない。

すべきであると認定された[7]。

もう一方の要請者（祁家威）は、婚姻登録の申請が断られ、幾度の訴訟を経て、確定終局判決（最高行政法院2014年度判字第521号判決）が適用した民法第972条、第973条、第980条および第982条の規定が、憲法が保障する人格権、人間の尊厳、家族を形成する自由権を侵害し、憲法第７条、第22条、第23条および憲法増修条文第10条第６項の規定と抵触する疑義があるとして、解釈の要請を行った。大法官はこれを審査し、大審法第５条第１項第２号の規定[8]に符合するので、受理すべきであると認定した。上述の２件の解釈要請はいずれも婚姻章の規定が憲法に抵触するのではないかとの疑義であることから、併合して審理することとなった（解釈理由書第１段落参照）。

Ⅱ、憲法解釈を要請する理由

台北市政府が解釈を要請した理由を略述すれば、以下の通りである。(1) 同性の国民同士の結婚を禁止することは、国民の「**婚姻の自由**」に対する侵害である。然るにその目的の重要性、手段と目的の関連性は、いずれも上述の制限を正当化するには足りず、憲法第23条の比例原則に符合しない。(2) **性的指向を分類の基準とする差別的扱いには、比較的に厳格な審査基準を採用すべきである。**同性の国民同士の結婚を禁止することは、**重要な公益を達成することと実質的に関連する**手段ではなく、

[7] 台北市政府が別に「係争函」により違憲の疑義ありとして解釈を要請している部分について、大法官は「**当該文書**が内政部から台北市政府が受理した同性の両名の申請した結婚登録を認めるべきかどうかにかかる**個別案件の回答文書**であり」、大審法第５条第２項が規定している「**命令**」**ではない**として、「不受理」と議決した（解釈理由書第19段落参照）。

[8] 大審法第５条第１項第２号は、「左記事情のいずれかに該当する者は、憲法解釈を要請することができる：……、二、**国民**、法人または政党は**憲法上保障されている権利につき、違法な侵害を受けて、法定の手続きに従って訴訟を提起し、確定終局裁判が適用した法律**または命令が**憲法と抵触するとの疑義を生じた場合**」と規定している。

婚姻章の関連規定は国民の憲法第22条が保障する「婚姻の自由」および第７条が保障する「平等権」を侵害するものである（解釈理由書第２段落参照）。

祁家威が解釈を要請した理由を略述すれば、以下の通りである。(1)**婚姻の自由**は国民が人格を発展させ、人間の尊厳を実現するうえでの基本的権利であり、配偶者選択の自由は婚姻の自由の核心であり、憲法第22条の保障を受ける。同性婚を制限することは、**重要な公益**の目的を達成することができないだけではなく、制限の手段と目的の達成との間にも**実質的正当性**を欠き、憲法第23条の「比例原則」の規定に反する。(2)憲法第７条でいう「**男女**」あるいは憲法増修条文第10条第６項でいう「性別」とは、**性別、性的自認および性的指向を包括するため、**性的指向を分類の基準とする差別的扱いには、**比較的に厳格な審査基準**を採用すべきである。同性婚の制限をもって出産を奨励する手段とすることは、その手段と目的の間にも**実質的な関連性**を欠き、平等権の趣旨に反すると考えるべきである。(3) 憲法増修条文第10条第６項は国に対して性別による差別を解消し、両性の地位の実質的平等を積極的に促進する義務を課している。立法者はもとより立法によって積極的に同性結婚権を保障すべきであるのに、長期にわたり消極的で不作為のままであり、すでに**立法懈怠**となっている（解釈理由書第３段落参照）。

Ⅲ、関連機関の答弁

法務部は口頭弁論で答弁を行い、略述すれば、以下の通りである。(1)司法院**大法官がこれまでの解釈で称してきた「婚姻」とは、いずれも一夫一妻、一男一女の結合である**。「**同性**の者の間で**婚姻**を締結する自由」は、憲法第22条が保障する**婚姻の自由の範疇にあるとは言いがたい**。(2)民法とは私人間の社会的交際を規律する「社会的自律の法」であり、**親族法制**は**実態が先に存在する**という特色を尊重しなければならない。「婚姻における私的自治」について、**立法機関には広い裁量の余地が与えられている**。**婚姻章における規定**は、立法者が「一夫一妻の婚姻制度の社会秩序」を考慮し、婚姻制度に対する保護にもとづき制定したもの

で、人倫秩序の護持、男女平等および子どもの養育などの社会的機能を有し、かつひいては家族と社会の基礎をなすものである。**その目的はまったく正当であり**、婚姻制度を護持するという目的の達成との間に**合理的な関連性**があり、立法者の**恣意ではない**ため、違憲には当たらない（解釈理由書第４段落参照）。

Ⅳ、要請者が30年の奮闘を経て、ようやく憲法解釈の門をこじ開けた

本解釈は例によって原因案件の事実（上記の通り）を記述した他、理由書第８段落において、初めて要請者祁家威が過去30年の間に同性婚の合法化を勝ち取るために奮闘してきた過程を振り返った。具体的には、1986年に立法院に対して請願を提起したが、当該院司法委員会に「議案とする必要はない」ことを理由に断られた。その後、法務部にも請願を提起したが、当該部は1994年８月11日に（83）法律決字第17359号函で、「**我が国の現行民法でいう『結婚』とは、必ず一男一女の結合関係であり、同性の結合はこれには含まれない**」と述べて、また請願を断った。2000年には再度台湾台北地方法院に結婚の公証を行うよう請求したが、拒否され、審級救済手続を尽くしたのち、大法官に解釈を要請した。大法官は2001年５月にその要請について、「**適用する法律ないし法令が憲法と抵触する点を具体的に明示していない**」として、**不受理の決定を下した**。祁家威は重ねて2013年に台北市万華区戸政事務所において結婚登録の申請をなしたが、これを拒まれたため、行政訴訟を提起した。2014年９月、最高行政法院の判決で請求が棄却され、判決が確定したのち、2015年８月に本院に解釈を要請した。このように祁家威が立法、行政、司法の責任機関に同性婚姻権を獲得すべく求めてから、すでに30年を経過している[9]。

[9] 祁家威は2016年３月24日、口頭弁論の際に「大法官の皆さんが今日口頭弁論を開いてくださってありがとうございます。私は41年６カ月と24日を待ちました……」と感慨深く述べた。

Ⅴ、同性婚立法は10数年の間に成果を得られなかった

本解釈は2006年以降、立法院における「同性婚姻法」草案の提案・審査状況についても簡単に振り返り、以下のように指摘した。「2016年12月26日に司法および法制委員会は**複数の草案を初回の審議（一読会）を通過させたものの、いつ院会での審査手続に入れるかは、見通しが立っていない**」（解釈理由書第９段落参照）。

二、争点（issues）

台湾現行の違憲審査は「抽象的（法規）審査」制を採用しており、大法官は（議決を経て受理した）要請にかかわる「法規」（憲法およびその増修条文[10]、法律、命令、または命令に相当する規定[11]を含む）が憲法に抵触しているか否かについて解釈を作成することしかできず、確定した終局裁判の「事実認定と法適用」が憲法に抵触しているか否かについて審査を行ってはならない。これは司法院（憲法法院）と一般法院との間の裁判権の区別である[12]。一般大衆が理解しやすくするために、司法院の

---

[10] 憲法の増修条文が憲法改正の（実質的）限界を超えているかどうか、または憲法改正の正当な手続きに違反しているかどうかも大法官解釈の範囲に属する。大法官釈字第499号解釈参照。

[11] 大法官釈字第153号解釈（最高法院の判例が違憲と判断）、釈字第154号解釈（「司法院大法官会議法第４条第１項第２号でいう確定終局裁判が適用した『法律または命令』は、確定終局裁判が裁判の根拠とした法律、命令、または**法律ないし命令に相当するもの**を指す」）、釈字第374号解釈（「**最高法院の決議**は本来院内の裁判官の事件処理の参考に供するものであり、必然的に拘束力を有しているわけではない。判例と同一視するわけにはいかないものの、決議の作成には法的根拠があって（法院組織法第78条および最高法院処務規程第32条）、最高法院の法的見解を代表するものでもあるため、裁判官によって裁判で援用された場合、自ずと**命令に相当すると考えるべき**である。国民は法律の規定にしたがって、**本院の解釈を要請することができる**」）等参照。

[12] 補足しなければならないのは、2019年１月４日に制定・公布され、2022年１月４日に施行予定の**憲法訴訟法**はドイツの「憲法訴願」（Urteilsverfassungsbeschwerde）制度を導入した。国民が各審級による救済手続きを尽くした後、不

ホームページ（http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03）に掲載されている大法官解釈には「解釈争点」という項目が設けられている。本件（釈字第748号）解釈以前の各号解釈の「解釈争点」はいずれも大法官書記処が各解釈の主旨に基づいて整理して公表したものである。本解釈以降は大法官が「解釈」（解釈文と解釈理由書を含む）を審議・採択する際に、併せて「解釈争点」を審議・採択し、書記処を通じて公表するという形に変更した。「争点」を正確に把握することは大法官解釈を正しく解読する前提である[13]。

上記要請の趣旨を総合的に考慮した結果、大法官は本解釈の争点について、以下のように認定した。「**民法親族編婚姻章は、同性の両名については、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないが、憲法第22条が保障する国民の婚姻の自由および第７条が保障する国民の平等権の趣旨に反しているかどうか**」（太字の表記は筆者が追加したものである）。

上記争点に関する記述が示したように、大法官は本解釈が「婚姻の自由」（争点一）と「平等権」（争点二）の２つの基本権に関わっていると判断した。これはその他の国々における同性婚判決とおおよそ同じである。

利な確定終局判決が適用した法規範または**当該裁判そのもの**について、憲法に抵触すると考えるなら、不利な確定終局判決が送達されて６カ月以内に憲法法廷に対して違憲宣告の判決を要請することが可能になる（同法第59条参照）。憲法法廷は「**憲法的重要性を有し、または要請者の基本的権利を貫徹するために必要な要請を受理する**」（同法第61条第１項参照）。

[13] 本解釈の英訳（https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748、最終アクセス日2019年12月12日）の「争点」部分は：”Do the provisions of Chapter II on Marriage of Part IV on Family of the Civil Code, which ***do not allow*** two persons of the same sex to create a permanent union of intimate and exclusive nature for the purpose of living a common life, violate the Constitution’s guarantees of freedom of marriage under Article 22 and right to equality under Article 7?” となっている。本件の「解釈の対象」は「立法不作為」（omission）であることを精確に表していない。詳しくは後述参照。

ただし、大法官が認定した本件で審査される規範、いわゆる「**解釈の対象**」、または「解釈の客体」は、「**禁令**」(prohibition, Verbot, 特定の作為を禁止する規定) **でもなければ**、「**命令**」(command, Gebot, 特定の作為を命じる規定) **でもなく**、「**立法不作為**」(omission, Unterlassung, 規定すべきにもかかわらず規定しなかったことによる**立法の欠陥**)**である**。この点は明らかに他の国々における同性婚判決と異なっている。

大法官は如何にして前述した「争点」を認定したのだろうか。解釈理由書第12段落は婚姻章の関連規定、特に民法第972条の「婚約は、男女の当事者が自らこれを執り行わなければならない」という規定を審査した結果、「**婚約は……一男一女だけが締結できると限定している以上、結婚当事者にも同様の解釈をすべき**」と認定し、「**当該章の規定は結婚を異なる性別の一男一女の結合関係に限定しているのは明らかである**」と結論付けた。そして、以下のように指摘した。結婚登録業務の中央主管機関である内政部は、民法の主管機関である**法務部**の「**婚姻は終生の共同生活を目的とする一男一女の適法な結合関係である**」との**解釈文書**に基づいて、結婚登録申請の個別事例について形式審査するよう、地方の戸政主管機関に通達している。地方の戸政主管機関はそれに従って同性の両名による結婚登録の申請を認めず、**今もなお同性の両名の間で法律上の婚姻関係を成立させていない**。

前述の理由書は単に同性の両名の間で法律上の婚姻関係が成立していないのは、民法に関連規定が置かれていない (法的根拠がない) ためだと説明しただけである。民法に規定がない場合、なぜその他の国々の同性婚判決[14]と同じように、ラテン語の法諺「規定が省略されている事項は意図的な省略だと考えるべき」(casus omissus pro omisso habendus est) および「一つのことを明示的に規定しているときはその他のことが除外されていると考えるべき」(expressio unius est exclusio alterius) に従って、「反対解釈」を行い、現行民法の婚姻章が「規定していない」

[14] See, e.g., Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _ (2015); Minister of Home Affairs, et. al., v. Fourie, et. al., 2006 (1) SA 524.

ことは、すなわち同性の両名の間で法律上の婚姻関係を成立させることを「禁止」していると認定せず、あえてそれを「立法不作為」（規定漏れ）と特徴づけた(characterize)のだろうか。そこには深い意味が隠れている。

三、解釈の要旨（holdings）

台湾の大法官「解釈」は２つの部分に分けられる。一つは「解釈文」であり、通常の裁判における「主文」に相当する。もう一つは「解釈理由書」であり、通常の裁判における「理由」に相当する。本解釈の「解釈文」は４つのセンテンスによって構成されており、４項目の審査結論をそれぞれ述べている。

Ⅰ、係争の「立法不作為」が違憲

解釈文の最初の１文は「**民法第４編親族第２章婚姻の規定は、同性の両名については、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性ある永続的結合関係を成立させていないため、この限りにおいて、憲法第22条が保障する国民の婚姻の自由および第７条が保障する国民の平等権の趣旨に反している**」と明確に示した。

つまり、本解釈は現行婚姻章の規定が「すべて」違憲であると**宣告したわけではない**。その「**立法不作為」の部分に限って**、すなわち、同性の両名について、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性ある永続的結合関係を**成立させていない**ことが**違憲**であると宣告した。この点は解釈理由書第18段落の第１文の説明を見れば明らかである。「**現行婚姻章の異性婚制度についての当事者の身分および関係する権利、義務関係は、本解釈によって変更を生じない**」。また、適度に解釈の範囲を制限し、社会の共通認識を最大限に凝集するために、解釈理由書第18段落の第２文は異例の補足説明を行った。「**本件**は婚姻章の規定について、同性の両名に、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないことが、憲法第22条が保障する婚姻の自由および第７条が保障する平等権に**反しないかどうか**について**解釈を**

行うのみで、他の部分には及ぶものでないことを、ここに明らかにする」。これはまさにハーバード大学のCass R. Sunstein教授が提唱している「一度に一つの事件という司法ミニマリズム」(One Case at A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court)[15]と一致している。

Ⅱ、違憲の欠陥の修正

解釈文の第２文は第１文の趣旨を踏まえて、違憲の欠陥に対する修正について、「**関係機関は本解釈公布の日から２年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律を改正ないし制定しなければならない**」と示した。

憲法第171条第１項[16]および第172条[17]は単に憲法に抵触した法規は「無効」であると規定しただけで、如何にして無効になるのか、最初から無効であるのか、それとも宣告されて以降無効になるのか、違憲審査機関が如何なる救済措置を宣告できるのか、といったことについては一切規定していない。大審法にも関連する規定を置いていない。大法官は釈字第185号解釈(1984年１月27日)以降、解釈(司法による法形成)をもって、その不足を補い、違憲の法規は「当該解釈の公布の日から失効する」と宣告するようになった。すなわち、「**宣告後即時失効**」の制度である。また、釈字第251号解釈(1990年１月19日)以降、違憲の法規は「当該解釈の公布の日から**一定期間が満了すると**失効する」と宣告するようになった。すなわち、「**宣告後定期失効**」の制度である[18]。本解釈は係争の「立法不作為」が違憲であると宣告したため、関係機関に対して「期限内に改正する」という作為義務を課さなければならない。

---

[15] CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT ATIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999).

[16] 中華民国憲法第171条第１項「法律が憲法に抵触したときは、無効とする」。

[17] 中華民国憲法第172条「命令が憲法又は法律に抵触したときは、無効とする」。

[18] 大法官解釈の効力の変遷について、翁岳生「司法院大法官解釈効力之研究」呉庚大法官栄退論文集委員会編『公法学與政治理論――呉庚大法官栄退論文集』(元照出版、2004年)１～36頁参照。

「定期失効」を宣告する場合、どれくらいの過渡期を設定すべきかに関しては、大法官の裁量権に属する。解釈理由書第17段落の第１文は本解釈が２年という修正の期限を設けた理由を特別に説明した。すなわち、「本件の複雑性および論争性を考慮すると、比較的に長い立法での審議期間を必要とするかもしれない。また、立法がさらに延びて、規範欠如の違憲状態が無期限に続いてしまうことを避けるため、関係機関は本解釈公布の日から２年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律の修正ないし制定を完成させなければならない」。

Ⅲ、立法裁量の範囲の留保

解釈文の第３文はさらに立法者が違憲の欠陥を修正する際に有する立法裁量の範囲について、「**いかなる方式により婚姻の自由に対する平等な保護を達成するかについては、立法形成の範囲に属する**」と示した。

この一文の内容が比較的に抽象的であることに鑑み、論争を避けるため、解釈理由書第17段落の第２文は特に補足説明を行った。すなわち、「**いかなる種類の形式（例えば、婚姻章の改正、民法親族編に別に章を設ける、特別法を制定する、ないし他の方法）**により、同性の両名が、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させ、**婚姻の自由に対する平等な保護を達成する**かは、立法形成の範囲に属する」。したがって**本解釈はただ憲法の基本原則を宣告しただけである。すなわち、同性の両名による親密性と排他性のある永続的結合は憲法による保障を受けるべきであり、保障の具体的な法的形式は立法者による形成と決定に委ねる。**これは大法官が「権力分立の原則」に基づいて、「司法」と「立法」の権限を区別したことを示している（詳しくは後述の「四、解釈の論理」のⅣの説明をご参照ください）。

Ⅳ、関連機関が期限内に違憲の欠陥を修正しなかった場合の例外的な救済

本件が社会的に高い論争性を有していることに鑑み、解釈文の最後の１文（第４文）はわざわざ「司法による法形成」の方法で「予備的」な救

済方法を示し、解釈の趣旨を貫徹しようとした。すなわち、「**期限が過ぎても関係する法律を改正ないし制定しなかった場合には、同性の両名につき上述のような永続的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章の規定にしたがって、二人以上の証人が署名した書面を持参することで、戸政機関において結婚登録をなし得るものとする**」。

大法官による解釈は、全国の各機関と国民を拘束する一般的拘束力[19]を有するため、性質上立法と類似している。法秩序の安定性を維持するために、**大法官は原則的には「以後」（公布後に効力が生じる）及び「一般」（同種の事件に普遍的に適用される）の救済しか宣告しない**。しかし、適切なインセンティブ（incentives）を提供し、国民による憲法解釈の要請を後押しし、「権利あるところに救済あり」（Ubi jus, ibiremedium）という「訴訟権」の本旨に適合させるために[20]、大法官は釈字第177号解釈以降、国民の要請によって有利な解釈が出されたとき、**例外的に要請者にも「遡及」適用するという「個別案件の救済」**を併せて宣告するようになった。また、釈字第725号解釈[21]および釈字第741号解釈[22]以降、個別

[19] 大法官釈字第185号解釈（「司法院は憲法を解釈し、法律と命令の統一解釈権をも有していることは、憲法第78条によって明確に定められている。それがなされた解釈は、自ずと全国の各機関と国民を拘束する効力を有する。各機関が関係する事項を処理するとき、解釈の趣旨に従わなければならず、解釈に反する判例は、当然その効力を失う」）参照。

[20] 大法官釈字第774号、第761号、第755号、第752号、第742号、第736号、第684号、第653号、第546号、第396号、第243号解釈参照。

[21] 大法官釈字第725号解釈（「本院が国民の要請に基づいて憲法を解釈し、確定終局判決の適用法令につき、一定期間後に失効すると宣告した場合、要請者は憲法解釈を要請した原因案件について直ちにそれを根拠に再審またはその他の救済を請求することができる。検察総長もそれを根拠に非常上訴を提起できる。**法院は当該法令が期限内においてなお有効であることを理由にそれを棄却してはならない。本院の解釈が原因案件の具体的な救済方法を宣告した場合は、それに従わなければならない。宣告していない場合は、新しい法令の公布、発効を待って、新しい法令にしたがって裁判を行わなければならない。本院釈字第177号および第185号解釈はこれに基づいて補足しなければならない**」）参照。当該解釈の意義について、湯徳宗大法官による「協同意見書」参照。

案件の救済に関する宣告はより完全なものとなった。

上記解釈文の最後の１文は実に珍しい「二重保険」（double insurance）の枠組みを採用しており、「一般救済」と「個別救済」の両方の性質を有している。解釈文の第２文はすでに「関係機関は本解釈公布の日から２年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律を改正ないし制定しなければならない」と示したものの、本解釈の議題である同性婚が極めて高い論争性を有しているため、関係機関が期限内に関係する法律の改正ないし制定を完成できず、本解釈の趣旨が全く達成できないという事態を回避するために、大法官はさらに期限が過ぎても関係機関が法律の改正ないし制定を完成できなかった場合、**同性の両名（本件の要請者に限らず）は上述のような親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させるために、婚姻章の規定にしたがって、**（二人以上の証人が署名した書面を持参することで、）**戸政機関において結婚登録をなし得る**と明確に示した。大法官がこのような「司法による法形成」を行うのは、極めて珍しいことである。

上記「例外的な救済」は、関係機関が期限内に関係する法律の改正ないし制定を完成できなかったことを適用の前提としているため、立法権に対する侵害を構成しないと考えるべきである。また、解釈の範囲を可能な限り制限するために、解釈理由書第17段落の第３文はさらに補足説明を行った。すなわち、「例外的な救済」としての婚姻登録は、ただ「**両名の間に法律上の配偶者としての効力を発生させ、配偶者としての権利**

[22] 大法官釈字第741号解釈（「凡そ本院が国民の要請に基づいて憲法を解釈し、要請者が要請の根拠とした確定終局判決の適用法令につき、一定期間後に失効すると宣告した解釈について、憲法解釈要請者の権益を保障するために、各解釈の要請者はいずれも原因案件について直ちにそれを根拠に再審またはその他の救済を請求することができる。検察総長もそれを根拠に非常上訴を提起できる。**本院釈字第725号解釈以前の定期失効解釈の原因案件に関しても適用されるべきである。本院釈字第725号解釈はこれに基づいて補足しなければならない**」）参照。当該解釈の意義について、湯徳宗大法官による「協同意見書」（陳碧玉大法官及び林俊益大法官が同調）参照。

を行使させ、配偶者として義務を負担させる」だけであって、親族や相続といったその他の関係に及ぶ効力を発生させない。

四、解釈の論理

本解釈の論理（legal reasoning）を詳しく見てみると、それが４つの基礎の上に成り立っていることが分かる。

Ⅰ、婚姻の本質を再確認する

前述した争点の線引き及び解釈文の第１文を見てみると、**大法官はまず「性別」という要素を取り除いて婚姻の本質を改めて確認しようとした**。すなわち、大多数の大法官は「**婚姻」について、「２人の自然人が共同生活を営む目的のために、成立させた親密性と排他性のある永続的結合関係」と再定義した**。そして、それを解釈文全体に貫く形で、「同性婚姻」と「異性婚姻」は「物事の本質」（Natur der Sache）において何ら違いもないことを論証する際の基礎とした。婚姻の本質を再定義（確認）する試みは、各国の同性婚判決においてもほかに例がないと言えよう。しかも、「同性の両名が法に基づいて永続的結合関係を成立させていない」ことが実際に「ある種の差別」（a sort of discriminations）であることをうまく説明（pretty illustrative）できている。

Ⅱ、現行民法婚姻章の規定漏れ（立法不作為）は、同性の両名については、法に基づいて婚姻関係を締結させていないため、「婚姻の自由」を保障する憲法第22条に反している

「婚姻の本質」を再定義（確認）した後、大法官は前述の「争点一」（民法親族編婚姻章は、同性の両名については、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていないが、**憲法第22条が保障する婚姻の自由に反しているかどうか**）に答えようとした。その論証の内容は解釈理由書の第13段落に書かれている。

「①婚姻適齢にある配偶者のいない国民は、本来結婚の自由を有しており、それには「結婚するかどうか」と「誰と結婚するか」の自由が含まれる（本院釈字第362号解釈参照）。②当該自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持にかかわり、重要な基本権（a fundamental right）であり、憲法第22条の保障を受けるべきである。③同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させても、異性の両名に婚姻章第１節から第５節における婚約、結婚、婚姻の通常の効力、財産制および離婚などの規定の適用には影響がないばかりか、既存の異性婚が構築してきた社会秩序を変更することもない。そればかりか同性の両名の婚姻の自由が、法律により正式に承認されれば、異性婚とともに社会を安定させる基盤にもなりうる。④婚姻の自由が人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に関わっていることに鑑みると、上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させる需要、能力、意欲、渇望などの生理的、心理的要素について言うと、その不可欠性は、同性に性指向が向かう人と異性に性指向が向かう人との間に何ら違いはなく、いずれも憲法第22条の婚姻の自由を保障されるべきである。⑤現行婚姻章の規定は、同性の両名に共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させておらず、これは明らかに立法上の重大な瑕疵である。⑥この限りにおいて、憲法第22条が保障する国民の婚姻の自由の趣旨に反している。」（各文の前の丸数字は筆者が追加したものである）

上述の論理の構造は、三段論法（syllogism）の形式に従って、以下のように直して再現できる。

１．大前提（major premise ＝本件裁判が適用すべき法規則）：**❶婚姻適齢にある配偶者のいない国民は、本来結婚の自由を有しており、それには「結婚するかどうか」と「誰と結婚するか」の自由が含まれる（本院釈字第362号解釈参照）。❷当該自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持にかかわり、重要な基本権**（a fundamental right）**であり、憲法第22条**[23]**の保障を受けるべきである。❸「重要な基本権」に対する制限について、主管機関は「重要な公共利益」**（important public

interest）**を追求するためであり、かつその手段と目的との間に「実質的な関連性」**（substantially related to）**があることを証明して、はじめて「合憲」とすることができる。**

上述の大前提はアメリカ憲法学上のいわゆる「重要な基本権」（fundamental rights）を使って、我が国の憲法第22条における「列挙されていない基本権」（unenumerated rights）を解釈したものであり、大法官解釈の先例[24]、国内の学界の通説[25]、及びアメリカ合衆国連邦最高裁判所の見解[26]と合致していて、ほとんど異論がない。大前提の第❶文と第❷文は前述した解釈理由書の第13段落の第①文と第②文であり、筆者は文字の修正をわずかに行っただけである。しかし、当該段落は「審査基準」（standards of review）を記載しておらず、大前提の第❸文を増補しなければ、後述の「小前提」の論理が「直接結論に飛躍した」（jump to conclusions）という批判（後述参照）を避けることはできない。また、前述の「婚姻の本質を再確認する」という試みに合わせて、論理の正確性を追求し、トートロジー（tautology）を避けるために、筆者は解釈理由書における「婚姻の自由」を可能な限り「結婚の自由」に統一したいと思う。

---

[23] 憲法第22条「凡そ国民のその他の自由及び権利は、社会秩序及び公共の利益を妨げない限り、均しく憲法の保障を受ける」。

[24] 大法官釈字第554号解釈（「**性行為の自由と個人の人格との間に不可分の関係がある**ため、性行為をするかどうか、または誰と性行為をするかについて、**自主的に決定する**ことができる。ただし、**憲法第22条**の規定により、社会公共の利益を害しない限りにおいて、それが保障される」）、釈字第362号解釈（「婚姻適齢にある配偶者のいない者は、本来結婚の自由を有しており、その他の人もその者と結婚する自由を有している。この種の自由は、**憲法第22条**の規定により、保障されなければならない」）参照。併せて釈字第242号、第552号、第502号解釈等をご参照ください。

[25] 呉庚『憲法的解釈與適用』（2003年）92 ～ 98頁、李震山「憲法未列挙権保障之多元面貌――以憲法第二十二条為中心」李震山『多元、寛容與人権保障――以憲法未列挙権之保障為中心』（元照出版、2005年）18 ～ 48頁、湯徳宗『対話憲法・憲法対話（修訂三版）下冊』（天宏出版社、2016年）566 ～ 568頁参照。

[26] *See, e.g.*, McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742, 879 (2010); Paul v. Davis, 424 U.S. 693, 713 (1976).

2．小前提（minor premise ＝大前提に対応する重要な事実）：**❶同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させても、異性の両名の婚姻関係には影響がないばかりか、既存の異性婚が構築してきた社会秩序を変更することもない。そればかりか、異性婚とともに社会を安定させる基盤にもなりうる。故に、社会公共の利益を害することはない。❷同性の両名が上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させることは、人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に必要不可欠であることに鑑みると、憲法第22条の結婚の自由を保障されるべきである。❸現行婚姻章の規定は、同性の両名に上述の親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させておらず、その結婚の自由を剥奪したのに等しい。前述の審査基準から見ると、明らかに立法上の重大な瑕疵である。**

前述の解釈理由書第13段落の原文と比較してみると分かるように、上述の「小前提」の第❶文は理由書の第③文を基礎としており、筆者は「**故に、社会公共の利益を害することはない**」といった内容を追加し、**憲法第22条の規定の要件に適合していることを示した**。「小前提」の第❷文は理由書の第④文を基礎としており、**筆者は文字の修正を行い**、上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させることは、同性の両名にとって、人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持に「**必要不可欠**」であるため、憲法第22条の保護を受けるべきであること**だけを強調した**。この段落が「平等権」違反に関する記述だと勘違いさせないために、「**需要、能力、意欲、渇望などの生理的、心理的要素について言うと、同性に性指向が向かう人と異性に性指向が向かう人との間に何ら違いはなく**」といった内容を**削除した**[27]。「小前提」の第❸文は理由書の第⑤文を基礎と

[27] **この「理論上の類似性」は、本件の真の争点は「結婚の自由に対する平等な保護」であることを示している**。つまり、**係争の立法の欠陥**、すなわち、同性の両名について、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係**を成立させていない**ことは、**彼らの「結婚の自由」に対する差別であり、人格を健全に発展させ、人間の尊厳を護持することを不可能にした！その中の「平等権」と「結婚の自由」は２つの問題であるかのように見えるが、実際は１つの問題であり、「一体両面」と言っても過言ではない**。Obergefell 判決の多

しているが、**筆者は「その結婚の自由を剥奪したのに等しい。前述の審査基準から見ると、明らかに立法上の重大な瑕疵である」といった内容を追加し**、筆者が「大前提」に増補した第❸文（審査基準）に対応させ、本件における肝心な論証を完成させた。すなわち、「**係争の立法不作為**（婚姻章は同性の両名が上述の親密で、排他的な永続的結合関係を成立させることを規定していない）**は明らかに立法上の重大な瑕疵である」！**

本件に関する大まかな議論の段階で、大多数の大法官は解釈の対象を「立法不作為」（法律の規定漏れ）と特徴づけた際に、以下のような共通認識を形成した。本件は大法官釈字第477号解釈[28]の先例に従って、審査基準を「比較的に厳格な審査基準」（俗に言う「中基準」）に引き上げなければならない。なぜなら、「重要な基本権」（fundamental rights）[29]（例えば本件にかかわる「結婚の自由」）がその他の基本権よりも重要であり、それに対する制限も自ずとより厳格な審査（検証）を受けなければならないだけでなく、本件は「解釈の対象」について、法律による明確な「禁止」ではなく「立法不作為」（法律の規定漏れ）と認定したため、審査基準を「比較的に厳格な審査基準」（中基準）または「厳格な審査基準」（俗

数意見と比較すると、この点はより明確になる（後述参照）。

[28] 大法官釈字第477号解釈（「**戒厳時期人民受損権利回復条例第６条の適用対象**は、『無罪判決が確定する前に拘留または刑罰を受けた者』に限られる。不起訴処分が確定する前もしくは後、治安機関に逮捕されて証拠不足を理由に任意に釈放される前、無罪判決が確定した後、および有罪判決（感化、感訓処分を含む）が執行された後に、留置され、もしくは法にしたがって釈放されなかった国民は**含まれない**。これは権利が同等な損害を受けて、その回復の利益を享受すべき者に対する**規定漏れ**であり、**明らかに立法上の重大な瑕疵である**。それでも当該条例の前述規定を適用し、無罪判決が確定する前に**人身の自由**が失われた者に対してのみ賠償するとなると、かえって国民の法的地位の不平等をもたらすため、このかぎりにおいて、自ずと憲法第７条に抵触する。したがって、凡そ前述の規定漏れに属する場合、本解釈公布の日より２年以内に、当該条例第６条の規定により国家賠償を請求することができる」）参照。

[29]「重要な基本権」（fundamental rights）と「基本権」（Grundrechte）の概念の比較について、湯徳宗「政府資訊公開請求権入憲之研究」湯徳宗・廖福特主編『憲法解釈之理論與実務（第五輯）』（中央研究院法律研究所、2007年）261 ～ 291頁参照。

に言う「高基準」）に引き上げなければ、それに対する審査を進めることができない。より詳しく説明すると、本件は「過少保護禁止」（Untermaßverbot）にかかわる問題であり、（一般的な）「過剰侵害禁止」（Übermaßverbot）の問題ではない[30]。法律の適用には常に一定の範囲が存在していて（その範囲が無制限に広がるはずがない）、法律における「規定漏れ」はむしろよくある状況である。もし緩やかな「合理性の基準」（rationality test、俗に言う「低基準」）を使って審査すると、それを「立法上の瑕疵」と認定できるとは限らない（なぜなら、規定を設けなかったのは特定の正当な目的を達成するための合理的な手段であると立証するのは、一般的に言えばさほど難しいことではないからである）。故に、審査基準を「中基準」以上に引き上げて、厳格に審査を行わなければ、「規定漏れ」が「明らかに立法上の重大な瑕疵を構成する」か否かを究明し、さらにそれが「違憲」であると宣告することができない！

なお、大法官審査会で採択された解釈理由書第13段落の第５文はもともと「……明らかに立法上の重大な瑕疵である（本院釈字第477号解釈参照）」であった。ここの論理は多少あいまいであるが、援用した解釈の先例（釈字第477号解釈）からその筋道をうかがうことができるため、まだ受け入れることができる。ところが、大法官会議の際に、釈字第477号解釈にかかわる内容（人身の自由）が本件（婚姻の自由）と異なることを理由に、括弧の中の内容（本院釈字第477号解釈参照）を頑なに削除しようとした大法官がいて、その結果、解釈の論理が不完全なものになってしまった。誠に遺憾である！

３．結論（conclusion, inference）：**現行婚姻章の規定は、この限りにおいて**（すなわち、「同性の両名に共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることができる」と規定しなかったこと）、**憲法第22条が保障する国民の結婚の自由の趣旨に反している**。

---

[30] 程明修「論基本権保障之『禁止保護不足原則』」『憲法体制與法治行政――城仲模教授六秩華誕祝寿論文集（一）』（三民書局、1998年）219 ～ 274頁参照。

Ⅲ、現行民法婚姻章の規定漏れ（立法不作為）は、同性の両名については、法に従って婚姻関係を締結させていないため、同時に憲法第７条が保障する国民の「平等権」の趣旨に反している

「争点二」に関する論証は、解釈理由書第14段落から第16段落に書かれている。原文が比較的に長いため、ここではその要旨を簡単に説明し、続いてそれを「三段論法」の形式に直して再現したい。

理由書の第14段落はまず**平等権の保障の範囲**（Schutzbereich, scope of protection）**を確認した**。すなわち、憲法第７条は「中華民国国民は、男女、宗教、人種、階級、党派の別なく、法律のもとで一律に平等である」と規定している。明文で**５種類の差別禁止事由を掲げているが、これは例示に過ぎず、限定列挙ではない**。故に他の事由、例えば心身障害、性的指向などを分類の基準として、差別的な扱いをすることも、凡そ本条の平等権の規律の範囲内に属する。

理由書の第15段落はまず**本件において確かに「差別」（差別的扱い）が存在していることを確認した**。「**現行婚姻章**が一男一女の永続的結合関係**だけを規定し**、同性の両名に同様の永続的結合関係を**成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである**」。そして、（1）**婚姻の自由**は人格の自由、人間の尊厳と密接に関連しており、憲法第22条が保障する**重要な基本権であり**、（2）性的指向は「**変更しがたい個人的特徴**」（immutable characteristics）であり、（3）同性に性的指向が向く人はわが国において長期にわたって社会に受け入れられず、人口構造の要因により、**社会的に孤立し隔絶された少数派であったため、通常の民主的手続を通じてその法律上の劣勢な地位を回復することは期待しがたいといった要素を総合的に考慮した**結果、「**比較的に厳格な審査基準**」を適用して、憲法第７条が保障する平等権の趣旨と合致するかどうかを判断すべきである。つまり、**性的指向を分類の基準としてなされる結婚の自由に関する差別的扱いについて、主管機関は「重要な公共利益」を追求することが目的であり、かつ差別的扱いの手段と目的の達成との間に「実**

質的な関連性」があることを証明して、はじめて合憲とすることができる。

審査基準が決まった以上、理由書の第16段落は係争の差別的扱い（性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする扱い）が合憲であるかどうかを検証した。その論証は主に２つの命題の真偽を検証した。

（一）係争の差別的扱いの実施は「子孫の繁衍」のためであるのか？

大多数の大法官は「婚姻章では**異性の両名が結婚するには、必ず出産する能力があることを要件として規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことが、婚姻無効、婚姻を取り消し得る、または離婚判決の事由であるとも規定していない。子孫の繁衍は明らかに婚姻の不可欠の要素ではない**。故に、子孫の繁衍ができないことを理由に、同性の両名に結婚させないというのは、**明らかに不合理な差別的扱いである**」と判断した。

（二）係争の差別的扱いの実施は「基本的倫理秩序の護持」のためであるのか？

大多数の大法官は以下のように判断した。民法は基本的倫理秩序を護持するために、婚姻に対して若干の制限を設けている。例えば、婚姻適齢の制限、単一配偶者の制限、近親婚の禁止、貞操義務および扶養義務を課すことなどが挙げられる。「**そうした考慮はもとより正当であるが、**たとえ同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを認めても、異性婚制度が構築してきた基本的倫理秩序を維持するために、**同様な制限を遵守するよう求めることができる**。故に、基本的倫理秩序の護持を理由に、同性の両名に結婚させないというのも、**明らかに不合理な差別的扱いである**」。

上述の論述は係争の「立法不作為」がどうして「平等権」に反しているのかのポイントを示した。その結論は賛成に値するであろう。しかし、

平等権に関する標準的な検証方法を使用しておらず、係争の「立法不作為」の「目的」または「手段と目的との関連性」が如何にして違憲したのかを指摘しなかったため、九仞の功を一簣に虧くという結果になった。

筆者の私見では、**前掲の命題（一）について、解釈理由書は以下のことを具体的に明示すべきであった。❶「子孫の繁衍」は確かに「正当な公共利益」であるが、個人の自主性にかかわる「結婚の自由」と比べると、まだ「重要な公共利益」とは言えない。❷それが採用した差別的扱いという手段**、すなわち、性的指向を分類の基準とし、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、**それが達成しようとしている「目的」（子孫の繁衍）との間に「実質的な関連性」を欠く**。なぜなら、現行婚姻章では異性の両名が結婚するには、必ず出産する能力があることを要件として規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことが、婚姻無効、婚姻を取り消し得る、または離婚判決の事由であるとも規定していない。故に、**同性の両名が親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを制限しても、「子孫の繁衍」を保障するという目的を達成できないのは明白である！**

前掲の命題（二）について、解釈理由書は以下のことを具体的に明示すべきであった。❶「基本的倫理秩序の護持」は確かに「重要な公共利益」である。❷しかし、それが採用した差別的扱いという手段、すなわち、性的指向を分類の基準とし、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、**それが達成しようとしている「目的」（基本的倫理秩序の護持）との間に「実質的な関連性」はおろか、「合理的な関連性」もない**。なぜなら、たとえ同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを**認めても、同様な制限を遵守するよう求めることができるため、共同で異性婚制度が構築してきた基本的倫理秩序**を維持することは可能である。

上述の補強後の論理にしたがって、解釈理由書第14段落から第16段落

の論証について、三段論法（syllogism）の形式で以下のように再現する。

1．大前提（major premise ＝本件裁判が適用すべき法規則）：**憲法第7条は「中華民国国民は、男女、宗教、人種、階級、党派の別なく、法律のもとで一律に平等である」と規定している。「男女、宗教、人種、階級、党派」という5種類の差別禁止事由を掲げているが、これは例示に過ぎず、限定列挙ではない。したがって、凡そ正当な理由なく差別的扱いをなされると、当該条文が保障する「平等権」に違反することになる。そして、**（1）**性的指向は変更しがたい個人的特徴**（immutable characteristics）**であり、**（2）**同性に性的指向が向く人はわが国において長期にわたって社会に受け入れられず、人口構造の要因により、社会的に孤立し隔絶された少数派**（discrete and insular minority）**であったため、通常の民主的手続を通じてその法律上の劣勢な地位を回復することは期待しがたく、**（3）**結婚の自由は憲法第22条が保障する重要な基本権**（fundamental rights）**であるといった要素を総合的に考慮した結果、性的指向を分類の基準として、同性の両名に対してなされる結婚の自由に関する差別的扱いについて、「比較的に厳格な審査基準」を適用して、憲法第7条が保障する平等権の趣旨と合致するかどうかを検証すべきである。主管機関は差別的扱いの「目的」が重要な公共利益を追求することであり、かつ採用した差別的扱いの手段と目的の達成との間に実質的な関連性があることを立証して、はじめて合憲とすることができる。

2．小前提（minor premise ＝大前提に対応する重要な事実）：**現行婚姻章が一男一女の永続的結合関係だけを規定し、同性の両名に同様の永続的結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである。「子孫の繁衍」のために係争の差別的扱いを実施しているならば、当該目的は確かに正当な公共利益であるが、個人の自主性にかかわる結婚の自由と比べると、まだ重要な公共利益とは言えない。それが採用した差別的扱いという「手段」、すなわち、同じ性的指向を有することを理由に、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、それが達成しよう

としている「目的」（子孫の繁衍）との間に「実質的な関連性」を欠く。なぜなら、現行法では異性の両名が結婚するには、必ず出産する能力があることを要件として規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことが、婚姻無効、婚姻を取り消し得る、または離婚判決の事由であるとも規定していない。故に、同性の両名が親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを制限しても、「子孫の繁衍」を保障するという目的を達成できないのは明白である。また、「基本的倫理秩序の護持」のために係争の差別的扱いを実施しているならば、当該目的は確かに重要な公共利益であるが、それが採用した差別的扱いという「手段」、すなわち、同じ性的指向を有することを理由に、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、それが達成しようとしている「目的」（基本的倫理秩序の護持）との間に「実質的な関連性」はおろか、「合理的な関連性」もない。なぜなら、たとえ同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることを認めても、同様な制限を遵守するよう求めることができるため、共同で異性婚制度が構築してきた基本的倫理秩序を維持することは可能である。

3．結論（conclusion, inference）：**以上をまとめると、本件の主管機関は、係争の「立法不作為」による差別的扱い**、すなわち、同じ性的指向を有することを理由に、同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させないというのは、**結局如何なる「重要な公共利益」を追求するためであるのかについて、また差別的扱いという手段と追求する目的の達成との間に「実質的な関連性」があることについて、立証できなかった。したがって、係争の「立法不作為」は憲法第 7 条が保障する平等権の趣旨に反していると認定すべきである。**

以上の論述はいずれも本解釈の表面的な論理に過ぎない。さらに進んでその中にある深い考量（underlying concerns）を探索しなければ、本解釈を洞察できたとは言い難い。

Ⅳ、受理の時期と解釈の範囲に関する妥協

読者は疑問に感じるかもしれない。立法院司法および法制委員会が2016年（民国105年）12月26日に複数の同性婚合法化の法案を初回の審議を通過させたのに、大法官はなぜその審議の完成を待ってから、改めて審査を行うのではなく、2017年２月10日に告知し、同３月24日に口頭弁論を開き、５月末までに解釈を作成することを暗示したのだろうか[31]。**「民主主義を脅かす」**（bullying democracy）、**または「民主的な意思決定プロセスをバイパスする」**（bypassing democratic decision-making process）**という疑いはないのだろうか**。はたまた最終的には「裁判官による支配」（gouvernement des juges, juristocracy）にならないのだろうか。特に同性婚は非常に論争と分裂を引き起こしやすい政治問題（an extremely controversial and divisive political issue）であり、慎重にならざるを得ないであろう?!

この点について、解釈理由書第10段落は以下のように素直に述べている。「本件要請は同性に性的指向が向く者に自主的に結婚する相手を選択する自由があるかどうか、異性に性的指向が向かう者と同様に婚姻の自由を平等に保護されるかどうかにかかわり、**激しい論争的な社会的、政治的問題**となっていたもので、民意機関が本来は民情を踏まえて、全局を考慮し、折衝協調し、適時に立法（ないし法改正）により対応するのが適切である。**然るに立法（ないし法改正）による決着がいつになるかが見通せず、本件要請は国民の重要な基本権の保障にかかわることから、本院は憲法上の職責を尊重し**、本院釈字第585号および第601号解釈

[31] 法により大法官は口頭弁論が終結してから２か月以内に解釈を作成・公布しなければならない。大審法第13条第２項（「前項口頭弁論は、憲法法廷における口頭弁論の関連規定を準用する」）、同法第24条第２項（「口頭弁論を経た判決は、口頭弁論が終結してから１か月以内に期日を指定して宣告しなければならない」）、憲法法廷審理規則第16条（「口頭弁論を経た裁判は、口頭弁論が終結してから１か月以内に期日を指定して宣告しなければならない。ただし、口頭弁論の終結から裁判宣告の期日までの期間は２か月を超えてはならない」）参照。

の趣旨を参照し、**人民の基本的権利の保障および自由民主、憲政秩序など憲法上の基本的価値の護持について、適時に拘束力のある司法判断を下さなければならない。したがって、権力間の相互尊重の原則にもとづき**、力を尽くして**受理することを決議し**、かつ期日を定めて口頭弁論を開き、上述の憲法上の争点につき本解釈を作成する」。

上述の説明について、合理的な解読は以下の通りです。**大法官**は人権保障という憲法上の天職にしたがって、**力を尽くして本件の受理**を決議したが、「**権力分立の原則**」(doctrine of separation of powers, Gewaltenteilung, separation des pouvoirs)、すなわち、各権力機関が相互に抑制し尊重し合うことを**決して忘れていない**。「**解釈の対象**」を「**立法不作為**」[32]**と決めたのは、立法部門に最大限の政策決定の空間(立法裁量範囲)**[33]**を留保し、可能な限り解釈の範囲を縮小し**[34]**、「法治」(人権保障)と「民主」(多数決による統治)との間で、最適なバランス(optimal equilibrium)を実現しようとしたためである**。

五、反対意見書(dissenting opinions)

本解釈には2件の反対意見書しかなく、協同意見書は1件もない。近

[32] すなわち解釈文でいう「婚姻章の規定は、同性の両名に共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させていない」。

[33] すなわち解釈文でいう「如何なる形式により婚姻の自由に対する平等な保護を達成するかについては、立法形成の範囲に属する」。

[34] すなわち解釈理由書第18段落でいう「**本件**は婚姻章の規定について、同性の両名に、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を**成立させていない**ことが、憲法第22条が保障する婚姻の自由および第7条が保障する平等権に反しないかどうかについて**解釈を行うのみで、他の部分には及ばない**」。また、理由書第17段落でいう「期限が過ぎても、法律の修正ないし制定が完了しない場合、同性の両名は共同生活を営むことを目的として、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させるために、婚姻章の規定にもとづき、2人以上の証人が署名した書面を持参し、戸政機関において結婚登録をすることができるものとする。登録した両名の間に**法律上の配偶者としての効力を発生させ、配偶者としての権利を行使させ、配偶者として義務を負担させる**」。

年の大法官解釈１件ごとに平均８件の個別意見書（separate opinions）（協同意見、反対意見、一部協同と一部反対意見等を含む）が付されている状況と大きく異なる。これは本件の審議に参加した14名の大法官は当初「全員一致」（per curiam）の方式で解釈を作成しようと協議したためである。この目標は実現しなかったものの、多数意見に賛同する大法官はそれでも可能な限り解釈文と解釈理由書の中で妥協を図り、個別意見を発表せず、本解釈の信頼性を高めようとした。

Ⅰ、一部反対意見書（黄虹霞大法官による）

黄大法官の意見をまとめると、以下の通りである。(1) **多数意見における「同性の両名は自主的に永続的結合関係を決定する権利を有し、互いに支え合い、国は法律をもってこの種の結合関係に適切な保護を与えるべき」といった論述には賛成である。しかし**、「等しき者は等しく、等しくない者は等しくなく」というのは平等権の真の意味であり、**子孫の繁衍、子どもの生育が婚姻の核心的な意味であることに鑑みると**、同性の両名の永続的結合と異性の両名の永続的結合はこの点において確かに異なるため、**自然に子どもを生育する可能性があるか否かを基準として、同性の両名の永続的結合に対する差別的扱いを実施するのは、正当な理由があると考えるべきである**。

(2) 婚姻制度は悠久な歴史を有しており、憲法、法律よりも先に存在していた。**婚姻が国の制度によって保護されるのは、憲法の明文規定ではなく（この点においては婚姻に対する保護を明文で規定しているドイツ基本法第６条第１項と異なる）、大法官解釈に基づいている**。大法官が婚姻を保護する理由を突き詰めると、「一夫一妻の婚姻制度は配偶者間の人格倫理関係を護持し、男女平等の原則を実現し、社会秩序を維持するためである」（釈字第552号解釈）、および「婚姻と家庭は社会の形成と発展の基礎である」（釈字第554号解釈）にほかならない。いずれも憲法第22条が保障する「その他の権利及び自由」と無関係である。

(3)**大法官は憲法の解釈者であり、憲法の制定者ではない**。解釈をもっ

て婚姻に新しい定義を与える権限はない。本解釈も婚姻に新しい定義を与えなかった。「婚姻」について定義を下していない以上、如何にして異性婚における「婚姻の自由」を「超越」して、同性の両名の間の永続的結合関係が「婚姻の自由」にかかわるという結論を導き出したのだろうか。

(4) 大法官解釈の先例はいずれも「一夫一妻」の婚姻に関するもので、「男女平等」を実現するために作成されたものであり、本件要請（原因事実は同性の両名である）と異なる。**「男女平等」と無関係**である以上、当然ながら本件に適用することはできない。したがって、本院解釈の先例から「同性の両名の間の永続的結合関係は憲法第7条が保障する平等権と関係がある」という結論を導き出すことはできない。

Ⅱ、反対意見書（呉陳鐶大法官による）

呉大法官の意見をまとめると、以下の通りである。(1) **台北市政府による要請は規定に反しており、受理すべきではない。結婚に関する事項は中央の立法と執行に属する事項であり**、民法の主管機関である法務部は同性の両名による婚約または結婚登録を認めないという民法の規定について、憲法第７条、第22条及び第23条の規定に抵触しないと認定し、内政部も異なる意見を示さなかったため、地方行政機関である**台北市政府は民法の解釈と適用について、自ずと法務部の見解に拘束されるべきである。行政院がそれを本院に転送して解釈を要請したのは、明らかに大審法第９条前段の規定に反している。**

(2) **憲法が保障する婚姻の自由は「一夫一妻」に限る。婚姻**は一種の**制度（institution）**であり、一つの国の社会的と文化的価値観を反映しており、**その意味合いを変更するかどうかに関しては、直接民主制または間接民主制の手続きを通じて行うべきである。**わが国において、婚姻の自由の核心的内容は民法が規定する一夫一妻の婚姻制度であり、本院の解釈を経て憲法によって保障されている。多数意見は主客・因果を転倒させ、婚姻の自由は一夫一妻の婚姻制度に限定されないと認定し、民法親族編婚姻章に立法上の重大な瑕疵があるという結論を導き出した。

論理に誤謬があるため、賛成できない。

(3) **同性婚は普遍的に保障されている人権ではない**。世界人権宣言は成年の男女が婚姻を締結できると規定している。市民的及び政治的権利に関する国際規約や、欧州人権条約、米州人権条約、日本国憲法なども然りである。国連には193カ国が加盟しているが、同性婚を認める国はわずか21カ国である。

(4) 婚姻制度をもって同性の両名による永続的結合関係を保障していないことは、憲法第７条の平等原則に反しない。一男一女という異性の両名の間の婚姻制度は、社会的及び文化的価値観に基づいて、自然に形成された制度であり、人々の心に深く根付いた社会的及び文化的意味合いを有している。故に、**民法親族編は単に異性の両名の間の「婚姻」制度と同じ「名称」で同性の両名の間の永続的結合関係に関する「婚姻」制度を設けなかっただけである。恣意的に性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由に対して差別的扱いをなされたわけではない**。

(5) 個人の意思または個人の特殊な生理的要因によって、一夫一妻の婚姻においても子孫を残さない場合はあるが、**同性の両名による結合は、**生理上の違いにより、**子孫を残す可能性が絶対にない**。**当該違い**によって生まれた社会生活における機能と役割の違いを理由に、**差別的扱いをなされるのは、その目的は**人倫秩序の護持、家庭制度の健全化、子孫の繁衍、出生率の向上、子どもの生育、人口の高齢化のペースの緩和、家庭の機能の維持、合理的な人口構造の維持を通じて、社会と国に永続的な発展をもたらすという**重要な公共利益**であり、同性の両名による婚姻関係を成立させないという手段との間に**実質的な関連性**があるため、**憲法の平等原則に反しない**。

六、むすび

中華民国憲法は1946年12月25日に制定され、1947年12月25日に施行さ

れたが、当時はすでに内戦が勃発しており、至るところで戦火が飛び交っていた。1948年９月15日に大法官が初めて南京で会議を開き、「憲法の解釈および法律と命令の統一的解釈権」を行使し始めてから、まもなく中国大陸の陥落により台湾に漂泊し、権威主義の時代、転換期と民主主義の時代を経て、すでに70年以上を経過しており、累計で785件の解釈が作成された。アジアを見渡しても、他に例はないと言えよう。残念ながら、国際政治の現実が妨げとなっており、台湾における違憲審査の成果はいまだに国際社会で重視されていない。

本解釈は社会的ないし政治的に極めて高い論争性を有する「同性婚」の問題（「附表１」参照）に関わる「困難な案件」（a hard case）である。大多数の大法官はまず「人間の尊厳」（human dignity）と「個人の自主性」（individual autonomy）に基づき、憲法第22条が保障する「重要な基本権」（fundamental rights）には「結婚の自由」、すなわち結婚「するかどうか」および「誰と」結婚するかという個人の自主権が含まれると是認した。そして、性別を超越して、「**２人の自然人が共同生活を営む目的のために、成立させた親密性と排他性のある永続的結合関係**」を婚姻の本質（Natur der Sache）として再確認した。そして、上記「永続的結合関係」は、「同性の両名」が人格を健全に発展させ、人間の尊厳を護持するために「**必要不可欠**」（indispensable）であるため、「同性の両名」にも上記「永続的結合関係」を締結できるよう保障し、「結婚の自由」を享受させるべきだと論証した。また、「性的指向」を基準として「同性の両名」に上記「永続的結合関係」を締結させないのは、「同性の両名の結婚の自由」に対して「平等」の保護を提供しないことを意味する。さらに、大多数の大法官は一方で、**解釈の範囲を制限し**、「**本件は**婚姻章の規定について、同性の両名に、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を**成立させていない**ことが、憲法第22条が保障する婚姻の自由および第７条が保障する平等権に**反しないかどうかについて解釈を行うのみで、他の部分には及ぶものでないこと**」を示すとともに、他方で、最も論争性が高く、最も民主的な手続きに委ねるべき事項について、民意の基礎を有する政治部門に留保し、「いかなる種類の形式（例えば、**婚姻章の改正**、民法親族編に**別に章を設ける**、**特別法を制定する**、

ないし**他の方法**）により、同性の両名が、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させ、**婚姻の自由の平等な保護を達成するかは、立法形成の範囲に属する**」と示した。最後に、政治部門が期限内に関係する法律の改正ないし制定を完成できず、本解釈の趣旨が全く達成できないという事態を回避するために、前代未聞の「予備的」救済を創設し、「期限が過ぎても関係する法律を改正ないし制定しなかった場合には、同性の両名につき上述のような永続的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章の規定にしたがって、二人以上の証人が署名した書面を持参することで、戸政機関において結婚登録をなし得るものとし」、かつ「両名の間に法律上の配偶者としての効力を発生させるよう登録し、配偶者としての権利を行使させ、配偶者として義務を負担させる」と宣告した。**このような解釈は憲法が保障する個人の基本権を守っただけではなく、民主主義政治と司法の独立の要求にも配慮しており、まさに念入りの心配りであり、中庸の道を取っていると言えよう！**その論理には不十分なところもあるが、それよりも長所の方がずっと多いであろう。

本解釈は比較憲法学（comparative constitutional law）にも興味深い研究の素材を提供した。釈字第748号解釈とアメリカ連邦最高裁のObergefell判決はいずれも「重要な基本権」（fundamental rights）における「結婚の自由」（right to marry）と「平等権」（equal protection）を基礎とし、「同性婚は憲法によって保障されるべき」という結論を導き出したが、両者の論証には多くの違いが見られる。以下では、主要な違いを紹介する。

（1）「重要な基本権」に関する論述について、Obergefell判決の多数意見（J. Kennedy執筆、5対4の評決）は「**利益衡量」の解釈方法（balancing approach）**を採用し、以下のように判示した。**歴史と伝統は我々に何が「重要な基本権」であるのかを指導・教示してくれるが、「重要な基本権」の外側の境界を設定しているわけではない。**むしろ、裁判所は個別事案において係争の利益が個人の尊厳と自主にかかわるかどうかを審理し、国（と各州）がそれに尊重を与えるべきかどうかを判断しなければなら

ない[35]。そして、４つの理由を挙げて、「婚姻権」（right to marry）は「同性伴侶」（same-sex couples）にとっても「必要不可欠」であり、憲法によって保障されるべきだと説明した。柔軟性に富む上述の「利益衡量」の解釈方法は、「反対意見」を付した４人の裁判官から激しく批判された。例えば、Roberts 首席裁判官（C.J. Roberts）は合衆国憲法が「婚姻」を定義しておらず、各州が「異性の両名」という婚姻の定義を維持するか、それとも「同性の両名」へと拡張するかを決めるべきだと主張した[36]。Scalia 裁判官は**「原意主義者」（originalists）の解釈方法**を採用し、合衆国憲法第14修正が批准された当時、同性の両名による結婚を禁止することは違憲ではなかったため、今日においても当然違憲ではないと主張した。然るに、釈字第748号解釈は核心をついて、「物事の本質」を探究し、婚姻について、「２人の自然人が共同生活を営む目的のために、成立させた親密性と排他性のある永続的結合関係」と再確認した。このような論証は「原意主義者」の解釈方法や「利益衡量」の解釈方法**よりも説得力があるようである**。

（2）同性の両名による結婚を禁止することは、なぜ憲法の「平等権」に反するのかについて、Obergefell 判決の多数意見は論述の分量が（「重要な基本権」に反することに関する論述よりも）はるかに少ないだけではなく、その内容も「言葉足らずで意を尽くしていない」[37]。故に、Roberts 首席裁判官は以下のように指摘した。多数意見は合衆国憲法第14修正の「平等保護条項」（the Equal Protection Clause）と「デュー・プ

[35] “History and tradition guide and discipline the inquiry but do not set its outer boundaries.” “Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect.” *See* Slip op., at 10-11.

[36] *See* Slip op., at 2.

[37] “The central point seems to be that there is a ‘synergy between’ the Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always coextensive, yet each may be instructive as to the meaning and reach of the other.” *See* Slip op., at 23.

ロセス条項」(the Due Process Clause) との間に一種の「共同作用」(synergy) (片方に基づいて確立した裁判の先例は、もう片方にも適用できるという考え) があると曖昧に主張した以外、厳粛な論証を行っておらず、係争の差別的扱いの分類の「手段」とそれが主張した「目的」との間に十分な関連性があるかどうかという最も基本的な点についても、全く触れていない。それに対して、**釈字第748号解釈**は係争の「立法不作為」が如何にして (憲法第22条が保障する)「結婚の自由」に反しているかについて、1段落の論述しか設けなかったが、それが如何にして (憲法第7条が保障する)「平等権」に反しているかについて、3段落の論述を用意した。**平等権保障に反することを論証の重点としていることは明らかである**。「平等権」違反に関する釈字第748号解釈の論証はまだ不完全であるが、少なくとも明確な審査基準を提示した。

(3) 特に深く考えなければならないのは、「結婚の自由」(「重要な基本権」に属する) と「平等権」の関係である。すなわち、「同性の両名が共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることは、憲法によって保障されるべきである」という結論を導き出す際に、「結婚の自由」と「平等権」という2つの理由に関する論述は、如何なる関係に立つべきか。**別々の2つの理由であるのか。それとも実際は1つの理由であるのか。論理的構造から見ると、Obergefell判決と釈字第748号解釈はいずれも「二元論」を採用しているようで**、係争の規定が「結婚の自由」と「平等権」に反しているかどうかについて、別々に審査と論証を行った。「結婚自由権」に反するかどうかと「平等権」に反するかどうかについて、個別的な事案の状況によっては、それぞれ異なる審査基準が適用され、異なる結論が導き出される可能性がある (例えば、「結婚自由権」の部分は合憲で、「平等権」の部分は違憲である。その逆も然り)。その場合、係争の規定は合憲とすべきか、それとも違憲とすべきであろうか。これは「二元論」の最大のリスクである。類似の状況において、大法官解釈は審査の結論の不一致を避けるために、多くの場合に「二元論」の解釈方法の採用を避けてきた[38]。**釈字第748号解**

[38] 少数の例外として、釈字第626号解釈が挙げられる。

釈はこの種の潜在的なリスクに気付いており、「婚姻の自由に対する平等な保護」（解釈文の第２文参照）**という表現を使って、巧みに両者を統一させた**と筆者は考えている。両者を比較すると、Obergefell 判決における論証の欠如はすでに明らかになっていて、釈字第748号解釈の論理を改善できる道筋も見えてきたと言えよう[39]。

あとがき（Epilogue）

釈字第748号解釈が公布される前後、「同性婚の合法化」について、台湾社会の態度はさしたる変化を見せていない（「附表２」参照）。2018年11月24日の統一地方選挙に合わせて行われた国民投票の内の３つの案は「同性婚」に関するものであった。それぞれ、第10案（「あなたは、民法の婚姻規定が一男一女に限定されるべき、という考えに同意するか」）、第12案（「あなたは、民法の婚姻規定以外のその他の形式で、同性の両名が永続的な共同生活を営む権利･利益を保障することに同意するか」）、および第14案（「あなたは、民法婚姻章によって同性の両名による婚姻関係の構築を保障することに同意するか」）である。国民投票の結果は以下の通りである。第10案は賛成765万8008票、反対290万7429票で可決された。第12案は賛成640万1748票、反対407万2471票で可決された。第14案は賛成338万2286票、反対694万9697票で否決された。**大多数の台湾国民は釈字第748号解釈について、「留保をつけて認めている」ことが伺える**。

立法院は2019年５月22日（釈字第748号解釈による２年の期限が満了する前）に、第三読会で「**司法院釈字第748号解釈施行法**」を採択し、「婚姻」の２文字を意図的に避けた。同法第１条は「司法院釈字第748号解釈を施行するため、特別に本法を制定する」と明示し、第２条は「**同性の両名は、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性のある永続的結合関係を成立させることができる**」と規定し、第４条は「第２条の関係を成立させるためには書面をもってこれをなすことを要し、二人以上の

[39] 前掲注（27）参照。

証人が署名し、並びに双方の当事者が司法院釈字第748号解釈の趣旨および本法にしたがって、戸政機関で結婚登録を行わなければならない」と規定している。同法はこの種の永続的結合関係に関する「成立禁止」の事由（倫理秩序を守るため）[40]や、「無効」[41]と「取り消し得る」[42]事由についても規定している。この種の永続的結合関係における同性の両名の権利、義務、財産関係、一方の嫡出子との養子縁組等に関しては、ほぼ民法婚姻章の規定が「準用」される。また、第26条は「いかなる者または団体が法にしたがって享受している**信教の自由およびその他の自由権は、本法の実施によって影響を受けることはない**」と明確に規定している。ただし、これが基本権の衝突（conflicts of human rights）を効果的に解消できるかどうかについて、まだ観察が必要である。

※「司法院釈字第748号解釈――同性両名の婚姻の自由事件」（台湾司法院、2017年５月24日）の邦訳は明治大学法学部・鈴木賢先生の翻訳をご参照ください。

[40] 司法院釈字第748号解釈施行法第３、５、６、７条参照
[41] 同法第８条参照。
[42] 同法第９条参照。

附表1

設問：

立法院は最近「同性婚の合法化」を積極的に推進していて、社会の一部の人々の強い反対を引き起こした（簡単に言えば、「同性愛者も一般の男女と同じように結婚し、同様の民法上の権利と義務を享受することができる」）。あなたは「同性婚の合法化」について賛成ですか、反対ですか。

調査時間：2016年11月28日

有効サンプル数：1,098

	賛成	反対	分からない
性別			
男性	42.8%	52.1%	--
女性	49.6%	41.9%	--
年齢			
65歳以上	21.2%	60%	18.8%
55-64歳	29%	60.5%	10.5%
45-54歳	40.2%	52%	7.7%
35-44歳	54.5%	38.9%	6.6%
25-34歳	67.2%	30.5%	2.3%
20-24歳	81.4%	18.7%	10.5%
民族			
河洛人	46.7%	45.6%	7.8%
客家人	49%	45.6%	5.5%
外省人	41.1%	46.2%	12.7%
原住民	45.2%	45.6%	9.2%
学歴			
大学以上	66.6%	30.7%	2.7%
専科学校	48.3%	45%	6.9%
普通高校・職業高校	41.3%	52.2%	6.5%
中学校	35.6%	53.5%	10.9%
小学校以下	20.6%	58.3%	21.1%
宗教信仰			
一般民間信仰（祖先崇拝）	52%	37.4%	10.6%
道教	44%	52.3%	3.8%
仏教	42.8%	50.2%	6.9%
キリスト教	32%	60.3%	7.8%
無宗教	53.3%	33.5%	13.1%
政党傾向			
民進党	43.6%	50.2%	6.1%
国民党	41.1%	54%	4.9%
時代力量	64.4%	33.1%	2.4%
親民党	47.9%	45.3%	6.8%
無党派	43.3%	42.2%	14.5%

出所：台湾民意基金会連続性民意調査
https://www.storm.mg/article/196777

附表２

設問：

立法院は最近「同性婚の合法化」を積極的に推進していて、社会の一部の人々の強い反対を引き起こした（簡単に言えば、「同性愛者も一般の男女と同じように結婚し、同様の民法上の権利と義務を享受することができる」）。あなたは「同性婚の合法化」について賛成ですか、反対ですか。

	賛成	どちらかといえば賛成	あまり賛成ではない	まったく賛成ではない	その他（意見がない／分からない／無回答）
2016/11/28	18.9%	27.4%	18.1%	27.3%	8.2%
2016/12/26	13.6%	24.2%	21.2%	34.8%	6.2%
2017/05/24 釈字第748号解釈公布					
2017/08/29	15.2%	27.7%	17.0%	32.6%	2.3%

出所：台湾民意基金会連続性民意調査
https://www.storm.mg/article/205513
https://www.storm.mg/article/194927
https://www.ftvnews.com.tw/AMP/News_Amp.aspx?id=2017829T11M1

判例研究

民　事　判　例　研　究

吉　田　邦　彦

弁護士法23条の２第２項に基づく照会に対する報告拒絶と弁護士会への不法行為の成否など（最判（第３小法廷）平成28年10月18日民集70巻７号1725頁（平成27年（受）1036号、損害賠償請求、一部破棄自判・一部破棄差戻し）、同平成（第２小法廷）30年12月21日民集72巻６号1368頁（平成29年（受）1793号、確認請求、破棄自判）[1]

１．事案の概要

本件事案は、別訴に由来するもので、平成22年（2010年）２月に訴外ＡはＢから株式購入代金名目で金員を詐取された（未公開株詐欺商法）。そこで、ＡはＢに不法行為に基づく損害賠償請求をし、同年９月16日に、損害賠償金支払いの訴訟上の和解が成立した。同23年（2011年）９月27日に、その代理人弁護士（実際には、同人が属する弁護士会Ｘ〔愛知県弁護士会〕）は、Ｂへの動産執行の準備として、Ｂの新住所などについて（同人の転居届に関する）弁護士法23条照会（厳密には、同法23条の２第２項に基づく照会だが、以下こう略する）を、Ｙ〔当時郵便事業株式会社。現在は、日本郵便株式会社〕に対して行った。

---

[1] 本判例研究は、2020年９月25日午後１時半から４時過ぎまでにわたり行われた北大民事法研究会（第217回北大民法理論研究会と共催のオンライン研究会）での報告を基にするものである。そこでは、瀬川信久・北大名誉教授をはじめ、岩川隆嗣・慶応大学准教授、本件に詳しい山本周平・北大准教授、司会の伊藤隼・北大准教授など、20人あまりの出席者からのご教示を得た。示唆を得たところはその都度記すが、新学期の貴重な時間を割いて参加してくださった諸氏にお礼申し上げる。

しかし同年10月にＹは拒否回答をした。そこで、Ａ（原告・控訴人）は、１万5250円余り、Ｘ（原告・控訴人・被上告人）は、30万380円余りの不法行為に基づく損害賠償請求をしたというのが、本件である。

これに対して、第１審（名古屋地判平成25年10月25日）は請求を棄却した。Ｙにおける守秘義務（郵便法８条２項）と公法上の報告義務（弁護士法23条照会に基づく）とは衝突し、「情報の秘匿性の程度や（国民の権利救済の実現のための）報告の必要性の程度等を踏まえた利益衡量による」とし、本件では、照会事項の報告義務は、守秘義務に優先し、報告を拒否したＹの対応には、「正当な理由を欠く」ところがあるとしたが（違法性の肯定）（1750－1751頁）、Ｙが照会に応じなかったことは過失があるとまでいえないとした（1753－1754頁）。

そこで、Ａ・Ｘは控訴した。原審（名古屋高判平成27年２月26日判時2256号11頁）は、１審判決をＸについて取り消し、主位的請求１万円及び遅延損害金の限りで認容した。理由はこうである。23条照会は、依頼者の私益を図る制度ではなく、事件の適切な解決で国民権利を実現する公益を図る制度であり、照会されたら、報告の公法上の義務を負う（1767頁）。そして郵便法８条２項の守秘義務との関係は、「報告による不利益と報告拒絶により犠牲にされる権利実現の利益との比較衡量」によるとされ（1770頁）、新住居所の電話番号以外は、報告義務が守秘義務に優越し、報告を拒絶するのは正当な理由を欠き、過失もあったとする（1773頁、1782頁）。なお、Ａの利益は事実上の利益に過ぎず、Ｘの利益（照会が実効性を持つ利益〔報告義務が履行される利益〕）が法的に保護される利益であるとして、Ｘの請求のみ認めている（しかも弁護士会の法律上保護される無形利益は、１万円とする（1786頁））。積極的判断だが、ここで既に公法・私法の二分論が出ていることに留意を要するだろう。

そこで、Ｙは上告受理を申し立てて、公法上の義務と不法行為とは一致しない等と述べた。

２．判旨

（１）（平成28年最判）一部破棄自判（Ｘの控訴棄却）（主位的請求（損害賠償請求）に関するＹの敗訴部分）・差戻し（予備的請求（報告義務確認請求）の部分）（木内道祥裁判長。岡部喜代子・大谷剛彦・大橋正春・山﨑敏充各裁判官）。

「弁護士法23条照会を受けた公務所又は公私の団体は、正当な理由がない限り、照会事項について報告すべきものと解され･･･［23条照会が上記公務所・公私

の団体の利害に重大な影響を及ぼし得ることに鑑み]」･･･「弁護士法23条の２は、上記制度の適切な適正な運用を図るために、照会権限を弁護士会に付与し」たのだとすると、･･･「(その権限は) 飽くまで制度の適正な運用を図るために過ぎないのであって、23条照会に対する報告を受けることについて弁護士会が法律上保護される利益を有するものとは解されない。」「23条照会に対する報告を拒絶する行為が、23条照会をした弁護士会の法律上保護される利益を侵害するものとして当該弁護士会に対する不法行為を構成することはないというべきである。」

本判決には、岡部喜代子裁判官と木内道祥裁判長の補足意見が付加されており、それは以下の如くである。

① (岡部補足意見)

23条照会は、弁護士が受任する事件処理のため、必要な事実の調査、証拠の発見収集を容易にし、事件の適正な解決に資することを目的とする。そして照会を受けた公務所、公私団体は、弁護士会に対する公法上の義務を負う。ただ、正当の理由があれば、全部･一部の報告を拒絶できる。(Y は、転居届の情報は、郵便法８条２項の「他人の秘密」に該当し、守秘義務を負う。)「照会を求める側の利益と秘密を守られる側の利益を比較衡量して、報告拒絶が正当であるか否かを判断する。」本件で、不法行為が成立することもあり得るが、「法廷意見の通り、弁護士会には法律上保護される利益が存在しないので、仮に正当な理由のない報告拒絶であっても弁護士会に対する不法行為は成立しない。」

＊「不法行為が成立しうる」としながら、「正当な理由のない報告拒絶でも不法行為は成立しない」とされるのは、いささか矛盾を孕む意見のように思われる[2]。

② (木内補足意見)

照会に対する報告義務に実効性を持たせる無形損害と (原審) が言うのは、そうした金銭給付を間接強制の範疇として捉えており、損害賠償制度と異質である。だから弁護士法23条照会による報告が得られなくとも、不法行為におけ

[2] なお、この点で、飯田伸一＝井筒聡美＝齋藤宙也＝福田英訓＝森田明「弁護士会照会を巡る裁判例の研究」神奈川県弁護士会･専門実務研究13号 (2019) 24頁は、前段は、依頼者などが法律上保護される利益主体となる余地を認めたと解されるとする。

る法律上保護される利益侵害ということはできない。

（２）（差し戻し審）（名古屋高判平成29年６月30日判タ1446号776頁、民集72巻６号1376頁以下）では、弁護士法23条照会に対する報告義務の確認請求の適否が問われ、一部認容した。

まず、報告義務は公法上の義務だとし、本件確認訴訟は、民事訴訟であるとし、損害賠償訴訟と併合することは認められるとする（1391頁、1393頁、1394頁）。また弁護士法23条照会は、国民の権利実現という公益を図る制度で、弁護士会と照会先の判断が食い違う場合には、司法判断により紛争解決を図るのが相当だとする（1395頁）。

そして「確認の利益」が認められる場合としては、以下の如く述べる。すなわち、確認請求が認容されると、報告義務の履行が期待でき、守秘義務違反の損害賠償請求を拒むことができて、紛争解決にとって有効であり、即時確定の利益が認められるとするのである（1386頁）。本件で、転居先の電話番号以外の情報は、憲法21条２項後段の「通信の秘密」でも、郵便法８条１項の「信書の秘密」でもなく、23条照会に対する報告義務は、守秘義務に優越するとする（1398頁、1404頁）。

これに対して、Ｙが上告受理を申し立てて、最高裁は受理した。

（３）（平成30年最判）破棄自判（請求棄却）（菅野博之裁判長、鬼丸かおる・山本庸幸・三浦守各裁判官の全員一致）。

23条照会は、弁護士会に相手方に対して報告を求める私法上の権利を付与していない。報告拒絶は、不法行為を構成しない（平成28年最判を引用する）。同拒絶について制裁の定めもない。〔従って、〕報告義務の確認判決が確定しても、専ら相手方の任意の履行を期待するほかはなく、法律上の紛争の解決に資するものではなく、23条照会をする弁護士会に確認判決を求める「法律上の利益」はない。（職権により）本件訴えは、却下すべきである。

３．評釈

（１）本判決の位置づけ

本件は、動産執行における債務者の住所を知るために、弁護士会が、弁護士

法23条照会によって、郵便局（郵便事業株式会社、その後日本郵便株式会社）に転居先情報を求めて、その照会を拒否したことについて、不法行為責任が問われたという事例である。それに対して、本判決は不法行為の成立について、消極判断して（平成28年最判）、かつ報告義務に関する確認訴訟について「法律上の利益」「訴えの利益」も無いとした（平成30年最判）初めての最高裁判決である。

これまで下級審で判断が帰一していなかった問題であり（学説も真二つに分かれている（これら一連の判決が下されても））、それを統一した判例上の意義があるといえよう。しかし、本判決には、演繹論理（概念論理）だけで答えている、いわゆる「概念法学」の憾みがあり、充分に説得的に実質論理が議論されているとは思われないという問題がある。平成28年最判は、平成30年最判の前提となっているようであり、まず前者に力点を置いて検討してみたい。

（2）下級審の対立（及び実務家・研究者の見解の分断）――その事案類型的考察

①（事案の紹介）下級審は、本件原審と同様に、照会拒絶の不法行為ないし報告義務について、積極的な判断を下したものが従来多く[3]、類似案件で近時のものとしては、東京高判平成22年９月29日判時2105号11頁（動産執行との関係で債務者の転居情報についての23条照会。郵便事業会社による転居届に関する情報の報告拒絶。守秘義務は報告義務に劣後し、拒絶に正当な理由はないとするが、東京弁護士会には無形の損害があっても、個々の弁護士及び依頼者は反射的利益があるだけで法的保護に値する法益侵害はないとする）（加藤新太郎裁判長）がある。

その他事案を広げると、岐阜地判昭和46年12月20日判時664号75頁（不動産強制競売での債務者所有不動産の調査。市長が報告を税務上支障があるとして、拒絶。報告義務を認めるが、請求棄却）、最判昭和56年４月14日民集35巻３号620頁（労働者の解雇事件で、当該労働者に対して、会社側弁護士が、その前科・犯罪歴の照会。区長が前科報告し、同労働者が名誉・プライバシー侵害による損害賠償を求めたもの。最高裁は、前科などの報告は違法な公権力行使としたが、報告それ自体を否定するわけではない）、大阪地判昭和62年７月28日判時

[3] 同旨、日弁連調査室編著・条解弁護士法（５版）（弘文堂、2019）179頁。

1289号94頁（仕事中の発作死について労災認定との関係で医療機関への23条照会が拒否された事例。直接回答請求することはできず、端的に損害賠償請求によるべきだとする（傍論））、広島高裁岡山支部判決平成12年５月25日判時1726号116頁（金融機関の当該預金者の預金取引情報の報告が、不法行為になるかが問われた。報告につき、不法行為責任を免れる（担当者の過失がない）とする）、京都地判平成19年１月24日判タ1238号325頁（相続人からの遺言執行状況に関する、司法書士（遺言執行者）への23条照会。報告義務があるとし（被相続人や受遺者への守秘義務から拒めない）、損賠責任肯定）、大阪高判平成19年１月30日判時1962号78頁（銀行を照会先とした、預金口座を有する者の名称、住所に関する照会。顧客への守秘義務との関係で報告できない旨の回答。報告しないのは、公的義務に違反するが、個々の弁護士・依頼者の権利侵害ではなく、法的に保護されたものでも無いとする）、名古屋高判平成23年７月８日金法1988号135頁（消防署の救急活動に関する照会。消防署長が回答拒否。照会先の回答義務を肯定し、弁護士・依頼者への不法行為を認める）、大阪高判平成26年８月28日金法2024号94頁（稼働実態のないものへの給与支給の会社代表取締役の責任が問われる中で、税理士法人への実態に関する弁護士会照会。そして照会に応じた税理士法人への守秘義務違反の損害賠償訴訟。一部認容）などがある）。

他方で、弁護士会の報告を受ける利益は「反射的利益」ないし「法的保護に値しない」として、消極的判断をしたものとして、名古屋高判平成25年７月19日金商1430号25頁（ゴルフクラブ会社への資格保証金返還請求権（これには別件判決が出る）を執行債権とする債権差押え申し立てを担当した弁護士（弁護士会）からの同社のブランドクレジットカード会社への23条照会。これに対する守秘義務を理由とする回答拒否。それに関する損害賠償請求がなされたのに対して、１審（名古屋地判平成25年２月８日金商1430号29頁）同様に、弁護士には、「法律上保護される利益」がなく、法的利益の違法な侵害がないとする）、福岡高判平成25年９月10日判時2258号58頁（離婚訴訟で、就業先の調査のために、健康保険協会を照会先として報告申し立て。回答・報告拒否について、１審（広島地判平成25年４月９日金判1440号47頁）は、依頼者の給与債権執行に関する利益（法的に保護される利益）が害されたとしてその慰謝料請求を認容したが、本判決は依頼者の法益侵害・不法行為を否定する）、東京地判平成27年３月27日判時2260号70頁（詐欺商法の不法行為による損害賠償請求権に基づ

く、敷金返還請求権の差押命令。債務者の賃貸住宅の管理会社に対する債務者情報の照会。個人情報だとして回答拒否。弁護士会の照会制度による利益は事実上の利益で、法律上保護されないとする)、東京地判平成28年２月４日自保ジャーナル1975号187頁（自動車事故で自賠法上の請求事件との関係で保険会社に対する弁護士会照会。同社が故意・過失による不実情報の回答をしたことについての不法行為訴訟。私的紛争当事者の弁護士紹介にかかる報告を得ることの利益は、事実上の利益で、特段の事情ない限り、不法行為にはならない）等があり、分かれていた。

②（事案類型的整理）事例として、（ａ）報告することの不法行為が問われる場合（昭和56年最判、平成12年広島高判岡山支判、平成26年大阪高判）と、報告しないことの不法行為が問われる場合があり（本件は後者。他に、昭和46年岐阜地判（市長。×）、昭和62年大阪地判（医療機関。○）、平成19年京都地判（司法書士。○）、平成22年東京高判（郵便事業会社。○）、平成23年名古屋高判（消防署長。○）、平成25年福岡高判（健康保険協会。×）、平成27年東京地判（賃貸住宅管理会社。×）、平成25年名古屋高判（クレジット会社。×）、平成28年東京地判（保険会社。×）など）、（ｂ）照会先・照会内容として、行政への前科情報、金融機関などへの信用情報、執行との関係での債務者の住所などが問われる場合（本件は最後者）、（ｃ）依頼者との関係での不法行為が問われる場合と弁護士会との関係での不法行為が問われる場合などに分かれる（本件は、始めは両方が問われたが、後者に関心が絞られた。それで良いかという問題がある）。そして上記の考察からしても、本件との類似事案での積極的判断は、従来の動向として認められたということを確認しておきたい（しかし積極論で安定しておらず、予断を許さない状況であった）。

③（論者の分断）これに対応して、論者の見解も分断している。すなわち、本判決後は、消極説の論者も増えている（若手に多い。山本准教授、村上・酒井（一）・栗田各教授など[4]）。詳細なものも多いが、思考枠組みは、本判決に沿っ

[4] 例えば、山本周平・判評685号（2016）11－12頁（本件原審に関するもの。当時から限定的不法行為理解を展開する）、本判決に関する、村上正子・新判例解説 Watch17号76頁、酒井一・法学教室435号145頁、栗田昌裕・民商法雑誌153巻４号573－574頁、

ている。なお、本判決の担当調査官（齋藤毅調査官）でも弁護士会は無形損害を受けたと評価できるとしていて[5]、本判決の立場と矛盾している（その意味で、わけがわからない）のが興味深い。

これに対して、従来の有力論者は、積極説であり（伊藤真教授、加藤新太郎教授ら）[6]、これらの所説は、（本判決以前から）一貫して複数の論考で積極論を説かれている論客であることに注目しておきたい。

（３）本判決の論理（不法行為否定の判断）の特質

不法行為否定の論理を見てみると、（ⅰ）第１に、要に23条照会の弁護士会の利益は法的保護に値しないとするもの（多数意見〔法廷意見〕）、（ⅱ）第２に、報告義務と郵便法上の守秘義務との比較衡量による（不法行為になり得るとする）（岡部補足意見。もっとも、同裁判官は、第１の立場を支持する如くである）、（ⅲ）第３に、23条照会に対する報告義務に間接強制的に実効性を持たせることはできないとする（木内補足意見）ものである。

そして、第１のものは、結論しか述べておらず（強いて探せば、「（弁護士会照会の）制度の適正な運用を図るため」の部分がそうであるが、だからといって、「報告を受けることについて」「法律上保護される利益を有するものとは解されない」と言うのみなので、理由は書かれているとは思われない）、第２のものが説得的であろう。しかし岡部裁判官とて、途中から（矛盾をはらむ形で）第１に合流されるので、不可解である。積極説の論者からすれば、第１、第３の論理は、無力であり、第２の論理は積極論を認める論理であり、結局物別れで、実質的議論の帰着点が説得的に得られていないとみるべきである。

なお、積極論・消極論を問わずに、通底している理解として、第１に、23条照会にかかる報告義務は、「公法上の義務」ということであり、第２に、弁護

工藤敏隆・法学研究（慶応大学）90巻10号（2017）119－120頁。

[5] 齋藤毅「時の判例」（平成20年最判に関するもの）ジュリスト1504号（2017）101頁。

[6] 例えば、伊藤眞「弁護士会照会の法理と運用――二重の利益衡量からの脱却を目指して」金法2028号（2015）15頁以下、とくに20－21頁（無形の損害があるとする）、加藤新太郎・現代消費者法31号（2016）（本件原審の検討）87頁（山本・前掲（注４）評釈が、名目的損害賠償は理論的に認められないが、法益侵害がある以上不法行為を否定できないとされるが、その通りだろう）。また、森島昭夫「弁護士会照会に対する報告拒絶と不法行為責任」自由と正義66巻１号（2015）28頁以下、32頁。

士会の利益だけを切り離すという「分断志向」の思考様式である（実際の被害者である、動産執行をし損ねた金銭債権者Aの利益と切り離されているということである）。実際には、Aの法的利益は軽々に無視できるものではなく（本件原審では、あっさりとAの利益は事実上のものと切って捨てる性質決定にも概念法学的な割り切りがあり、反省が必要である）、弁護士法23条照会はそうした権利実現のために、各弁護士会は、それを支援するための制度的運用をしているというわけであり、公私未分離のものとみるのが素直であろう。卒然と公法・私法とを峻別し、公法的義務だから不法行為はあり得ないとする。不法行為法上保護される利益ではないとする演繹的な筋の運びは、説得的ではなく、再検討が必要である。実際には、次述のように、本報告義務には、公私ミックスしており、無造作に分けるべきではないからである。

（4）事案適合的な素直な法的構成

再度本件の事案に立ち返り、事案適合的な本件不法行為事例の処理の仕方を考え直してみたい（本判決はおよそ弁護士会照会に一般的な議論（演繹論）を展開しているが、不法行為事例の鉄則として、事案適合的な処理ができるならば、それを目指すべきで（この点は、林誠司教授も研究会で同意された）、その方が手堅いといえるのではないか）。そして本件の《事案類型》は、前述下級審の動向を見たときに整理したように、「郵便局による」「弁護士法23条照会の回答・報告拒否」により（依頼者の）「金銭債権の動産執行が空振りに終わった」という場合であり、金銭債権侵害という債権侵害（経済的損失）について、弁護士会照会に対応しない郵便局の不法行為責任が問われているということになる。

これに対して、本判決は、「およそ弁護士照会一般の制度的問題として」不法行為が論理的に認められるかとして消極判断しており、問題の立て方が、一般的な様相で、事案判決のように読めないのは、本件を《手続問題》としたからではないか。考えてみると、本件の評釈類は、――不法行為法事例なのに――殆ど民事訴訟法研究者によっているという異様さもあり、そこには上述の分断志向、つまり弁護士法の枠だけで考えて、民事訴訟法事案と性質決定するという狭隘志向が見られると思われる[7]。

[7] この点で、かつて札幌民事実務研究会（2017年２月16日に開催）で、この問題につ

繰り返しになるが、本件不法行為の直接の被害者は、金銭詐欺に遭い、不法行為上の損害賠償請求権で訴訟上の和解も得ながら、郵便局の転居先情報の提供の拒絶に逢い、動産執行で金銭回収し損ねたという状況である。法理的には、「債権侵害」で、「金銭債権侵害型」で、プラスアルファーの事情として、その権利実現のために、「23条照会にもかかわらず、転居先の報告が拒否されて、侵害を受けた」という「特殊取引義務違反型」の一バージョンという位置づけがなされる（「特殊取引義務」導出においては、岡部補足意見の前半部分の「比較考量枠組み」で良いであろう）。本件では、頑迷に拒んでいる節もあり、重過失に近いが、正当な理由なしに報告義務が拒絶されて、そのために、執行債権が害されている。

欧米でよく見られたのは、会社の信用状況が銀行に照会されて、それに答えられずに（または間違った情報提供で）金銭債権が害されたという類型であり、過失不法行為（不実情報提供型（negligent misrepresentation）である（リーディングケースは、Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd., [1964] A.C. 465 (1964) である）[8]。比較法的には、かなり確立されている債権侵害類型なのに、本件原審で「事実的利益に過ぎない」と切り捨てたところに、我が国の債権侵害（経済的不法行為）法理の未成熟さを物語る。しかもこれに23条照会の実務の蓄積が関わっていたのならば、またとない法理形成のチャンスだったわけである。

こうした基礎となる不法行為（しかも本件では、本来の被害者であるAからの請求がなされていた）との関係では、23条照会の弁護士会の役割は「副次的サポート」であり、その制度的な後押しにより、通常金銭債権の債権侵害成

いて、酒井博行教授が報告されたときに、民法（不法行為法）の見地から私が発言したら、高見進名誉教授（民事訴訟法）から「何故民法の研究者が発言するか」とのリアクションを戴いた時も、この種の感想を抱いた。

[8] これについて詳しくは、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、1991）393頁以下、651頁以下参照（「特殊取引義務違反型」と類型づける）。さらに、佐藤正滋「過失に基づく不実表示についての一考察」学習院大学法学研究年報４（1968）、松本恒雄「英米法における情報提供者の責任（１）（２・完）――不実表示法理を中心として」法学論叢100巻３号、101巻２号（1976～77）、岡孝「情報提供の誤りについての第三者への責任」一橋論叢76巻４号（1976）、同「情報提供者の民事責任（１）（２・未完）」法学志林76巻２号、78巻４号（1978、1981）など参照。

立には、「付加要件」が必要なのに、本件の場合には、23条照会の《介在》により《特殊取引義務》が回答者側には、形成されているという見方もできる（そしてそのことがあながち、権利実現のために問題ではない）のである（それが、ここでの照会制度の有機的な把握である）（吉田）。

それなのに、弁護士会の23条照会による利益・不利益を孤立的に浮き立たせ、それが法的に保護されるべきか否かという点のみだけ、議論しようとしているところに、そもそもの問題の立て方が間違っていると思われる（吉田）（代表的民法（不法行為）学者の森島教授なども評釈者と類似の見方をされていることに注意しておいて良いだろう[9]）。

その点で、飯畑正男弁護士が、23条照会の実務の定着が重要だと思うがゆえに、そのような損害賠償での争い方が必ずしも妥当ではないとされる[10]。従って、本判決が作り出している判例法理は、同弁護士が憂える照会制度への悪影響としてうけとめるべきである（同弁護士は、損害賠償請求が合目的的でないとするが、本判決のように、同請求を無造作に否定し、照会の効力を弱めることが合目的的だとは決していえない。事案の実質的被害者の権利保護に照会が実効的になるような、被害者の請求と有機的な損害賠償制度の運営が求められていると私は考える。なお、同弁護士は、依頼者の損害賠償請求との関連で、因果関係に問題があるとするが、債権侵害に関する薄弱な考え方があり（もっとも損害は、弁護士会などよりも実質的で大きいことは否定しない）、再考が求められるであろう。だから、同弁護士を消極説の筆頭にあげるような平板な整理の仕方には、疑問がある。

---

[9] 森島・前掲（注６）32頁なども依頼者の利益に注目する。この点、伊藤・前掲（注６）21頁は依頼者の利益が実質的中心としながらも、消極的になるのは不思議であり、弁護士会の利益を前面に出そうとされるのは、民訴学者による偏りか。

[10] 飯畑正男・照会制度の実証的研究――弁護士法23条の２（日本評論社、1984）252頁（弁護士会敗訴の判決を受けると、照会制度は瓦解する。照会制度を守り育て、その実行を確保し、確固不動のものとするには、弁護士・弁護士会の地道な努力、慎重な対応が必要だとする）は、そのような孤立的構成の問題点を指摘するものとして、捉えるべきものであろう。

（５）最後に――報告義務の確認の利益の判断（平成30年最判）及びそれを巡る法制度構想について

①　（平成30年最判の問題）既に見たように、23条照会にかかる報告義務の確認訴訟の適否という平成30年最判の判断は、平成28年最判の論理的帰結として説かれている。しかし28年最判が、弁護士会の利益だけを孤立的に切り取って、その要保護性という問題の立て方が、そもそも本末転倒で、それ故にそこで示される消極的判断が、必ずしも「煮え切らない形」で示され（担当調査官が、無形損害はあると積極的判断を示すところにそれは示される）、しかもそれが営々として築かれた23条照会の実務に悪影響をもたらすならば、由々しきことである。しかも加藤新太郎教授などこの問題を一貫して論じられた方が[11]、終始「積極論」にたたれるのは、同教授の危機感からであろうと推察され、最高裁の演繹的な概念論理だけでは、いつまでも「物別れ」状態であり、これでは故平井宜雄博士が説く「議論」による解決[12]ではなく、「権威」による解決になりかねないことも憂慮される。

この点〔確認の利益の有無〕についての従来の議論も――不法行為の成否に対応して――分かれていた。否定的な下級審判決があり（名古屋高判平成23年７月８日金法1988号135頁、東京高判平成25年４月11日金法1988号114頁（反射的利益があるに過ぎないとして、損害賠償も否定する））、他方で、積極論は学説上有力であった（伊藤眞教授ら）[13]。

最高裁の論理を辿れば、弁護士会の照会に対する報告義務からの利益は要保護性がないとし（23条照会の部分だけを切り取って、利益を薄めていることの

[11] 例えば、平成28年最判につき、平成28年度重要判例解説〔民法８〕、NBL1089号、同30年最判につきNBL1141号、判評738号等の同教授の解説参照。

[12] この民法解釈方法論については、さしあたり、平井宜雄・法律学基礎論の研究（著作集Ⅰ）（有斐閣、2010）155頁以下、198頁以下参照。

[13] 伊藤眞「弁護士照会の今後」金法2115号（2019）19－20頁、酒井博行・民事手続と当事者主導の情報収集（信山社、2018）314頁、同「弁護士会照会に対する報告義務の判断構造」高橋（宏）古稀・民事訴訟法の理論（有斐閣、2018）108－109頁（応諾検討義務を論ずる）など参照（なお消極説として、今津綾子教授（法学教室463号）が挙げられるが、彼女でも、照会を巡る紛争には救済を与えないという最高裁の一貫した態度があるとしつつ、任意履行への期待を一切評価しないのは。賛同できないとされる（136頁））。

帰結である)、その演繹論理的結果として、被照会者の報告義務は、「事実上のもの」と性質決定され、その演繹論理の帰結として、報告義務確認の利益は否定される。しかしこれでは、論理自足的・自己満足的な演繹分析だけであり、その原審が実質的利益として挙げてきた確認の利益論とすれ違い状態にあると思われる。

② (制度考量その１――弁護士会照会の効力を弱めるべきか？(その法社会学的妥当性)) もっと視野を広げて、有機的に取引的不法行為の意義を比較法的に捉え、取引関係・執行関係の合理化に23条照会は意義深い形で関わってきたその実務の営為[14]にもっと謙虚に臨むべきではないか。この一連の最高裁判決で弁護士会照会の効力を弱めることの法社会学的な妥当性はどこにあるのか、そのリアリティに疑問が残る[15]。他方で、郵便局サイドは、転居先情報について情報開示することに(電話番号は、プライバシーないし守秘義務との関係で別扱いするとして)、いかなる不都合があったのか、ここまで二度にまでわたり、最高裁まで執拗に争う実際上の根拠はどこにあったのか、教えてもらいたい。そしてそれが取引実務、司法実務に与える悪影響との利益考量をどう考えたら良いのか、演繹論理だけで説得力無いままにはねつけるのではなく、関係者総意で、この問題に取り組む必要があるように思われてならない。

③ (制度考量その２――報告者の負担(コスト)の問題) 不法行為法は、回答・報告者(照会先)に負担が重いとの議論があるかも知れない(山本周平准教授)[16]。しかも微妙な比較考量が問題とされる場合には、「過失」が否定されて、

---

[14] 例えば、前記研究会(注７)における札幌弁護士会綱森史泰弁護士によると、ここ３～４年の札幌での23条照会は、年間4000件に及ぶとのことである(飯畑・前掲書(注10)18頁では、京都・札幌・大阪の弁護士会の利用度は極めて高いとする)。さらに、全国的に、平成29年度(2017年度)の弁護士会照会の受付件数は、21万802件で、その内、報告拒絶は約3.9％で、無視が約9.4％とのことである。佐藤三郎ほか編著・弁護士照会ハンドブック(金財、2018)33頁参照。

[15] 同旨、加藤新太郎・NBL1141号104頁(判例は、こうした照会実務に悪影響を及ぼすことが懸念されるとする)、飯田ほか・前掲(注２)25頁(この価値判断は、23条照会制度を骨抜きにするも同然で、弁護士として納得できないとする)。

[16] 山本・前掲(注４)12頁。しかし、同准教授とて「比較考量」枠組みは支持される(同10頁。まだ最高裁の概念論が出る前のことである)。

不法行為責任が問責されるわけではない（同旨、酒井博行教授）[17]。またそういう法的不安定のコストは、確認訴訟で類型的に解消できるから（場合によっては、逆に《特殊取引義務》が明定されて、不法行為の積極的認定にも作用する）、さほど消極判断にまでシフトすることは必ずしもない。

なお、この点で同様の考慮から、弁護士照会における弁護士会の判断を一次的に考える（照会先は、弁護士会の示す判断（利益衡量）の合理性判断だけで足りるとする）という伊藤眞教授の構想[18]などは、弁護士会照会の意向を強めようとする動きであり、今最高裁でなされている方向とは真逆である。どうしたらよいのか、弁護士会照会制度の法政策的考察が、求められていると思われる。それなのに、今回の一連の最高裁のように、概念的割り切りで、――法制度的・法政策的考察なしに――弁護士会照会制度の意義を減殺することには疑問があるというべきだろう。

④ （制度考量その３――損害塡補論との関係（間接強制か））要するに、《弁護士会照会》の法社会学的評価如何で、結論は左右されることに我々は気づくべきであり、それが積極的であるのならば、それを拒否することへのサンクションをかけるという（間接強制的な）加害抑止は、《法と経済学》では屢々説かれることで（この点、森島教授）[19]、およそ押し並べて損害塡補に徹するべきであるとの木内裁判長の補足意見の不法行為理解は一枚岩的で、一面的な嫌いもあり、我が国の損害賠償制度も（アメリカほどではないが）やや柔軟化しつつある近時の不法行為法の動きからはいささか古いといえるのではないか。しかも本件で弁護士会からへの損害賠償請求は、懲罰的損害賠償というよりも、Ｙの不法行為性を宣言するような名目的損害賠償でもあり、間接強制とも言えないのではないか（この点、研究会における岩川准教授も同意見であった）。これにより、比較考量の優劣判断がなされ、回答者・報告者の法的安定性が確保さ

[17] 酒井（博）・前掲（注13）109頁参照。

[18] 伊藤・前掲（注６）金法2028号22頁参照（加藤新太郎教授もこれに左袒される。前掲（注６）消費者法31号（2016）88頁）。

[19] 森島・前掲（注６）33頁は指摘する。廣峰正子・民事責任における抑止と制裁（日本評論社、2010）を引かれるが、窪田教授や森田果教授の議論（窪田充見「不法行為と制裁」（石田喜久夫古稀）民法学の課題と展望（成文堂、2000）、森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害塡補』は主要な制度目的か」NBL874（2008）など）も併せて見られるべきであろう。

れ、損害抑止に資することになるわけである。ここでも、議論の仕方がやや逆立ちしていると思われなくもない。

⑤ （制度構想その４――本不法行為の要件・効果）それでは、依頼者Ａとの関係での執行債権侵害の不法行為責任についても、いかなる要件で、いかなる賠償範囲で認められるかも課題となるので、論じておく。（ⅰ）まず要件論であるが、前述の英米との比較では、「不実情報」ないし「建物瑕疵」事例[20]との類比が何処までできるかが問題となり、弁護士会でも一定の評価（利益考量）を経て照会がなされているのにも拘わらず、黙殺・無視している内に、民事執行が不首尾に終わったという「不作為」は、不実情報の「作為」とは異なるとの判断もあり得るが（研究会における瀬川教授の指摘）、他方で、瑕疵ある建築物の報告をしなかった専門家の「不作為」責任が問責される事例とは類似するということはできよう。下級審分析で示した、これまでの報告義務の積極例の積み上げは大きく、本判決がそうした営為を反故にすることを恐れる。

（ⅱ）次に効果論（もっともこれは要件論と表裏である）として、何処までの賠償をみとめるかであるが、損害が間接的だから「事実的で法的保護に値しない」というのは、いささか粗雑であろう（債権侵害は、「非金銭債権事例」であっても、およそ広く間接的なのであり、従来は独特の「学説継受」事情から保護に消極的な比較法的に特殊日本的状況になってしまったことは、私が30年前に指摘したところであり[21]、その轍を踏むわけにはいかない）。

しかし他方で、「金銭債権事例」の場合には、平等主義（債権者平等の原則）との関係で、事実上失った執行債権額を請求できるかが悩ましい課題である（研究会における佐藤亮平君（学部学生）の指摘）。ただ、実質的に「責任財産毀損型」の金銭侵害型事例である詐害行為取り消し事案で優先主義的扱いが従来の判例でなされている（近時の債権法改正による揺り戻しはあるが[22]）ので、それとの類比で積極的判断もありうると思われる。）

⑥ （制度構想その５――「法と経済学」的瞥見）ともかく、本判決では、十分

---

[20] これらの類型の特質については、吉田・前掲書（注８）410－411頁参照。

[21] 吉田・同書34頁以下参照。

[22] この点の問題は、さしあたり、吉田邦彦「民法学と公共政策――近時の日本民法学変貌を踏まえて『債権法改正』を考える」北大法学論集70巻５号（2020）977頁以下、とくに984頁参照（沖野教授の立場に照準を当てる）。

な実質的議論もなしに、いささか概念法学的に、不法行為責任は否定されてしまったのは、遺憾だが、本判決の担当調査官の齋藤毅現裁判官によると、照会の必要性・相当性に関する審査体制が強化され、照会先との協議が進み、同裁判官によると、『このような運用改善で、正当の理由のない報告拒絶の事例が減少していくことが期待される』とある[23]。ここには、《責任が認められなくとも、効用が高められていく》という「コースの世界」を見る思いだが、しかしそれだけ「取引費用」（個別の合意を結ばなければならないという意味での取引コスト）はかかっているわけであり、「法と経済学」的見地からも、決して好ましい制度構想ではない[24]。さらに、本件のＡの経済的利益は失われており、所得分配上の帰結の相違（distributional difference）が出てくることも見逃すべきではない。やはり、弁護士会照会というこれまでの実務の積み上げの介在にも拘わらず、本件のような場合に経済的不法行為を大上段に（説得的根拠も示されないままに）否定・排斥していくことの実質的根拠は見つからず、やはり残念な事態だと言うほかはない。

---

[23] 最判解平成28年度（法曹会、2019）450頁、457頁注23（齋藤毅執筆）参照。長谷川卓＝木村健太郎「弁護士照会に関する三井住友銀行の取り組み」金法2022号（2015）などを引く。

[24] これとの関連で、最近の最判令和２年７月21日民集74巻４号1407頁は、写真メッセージが、ツイッター投稿（ツイート・リツイート）が重ねられる内に、写真撮影者の氏名部分がトリミングされたという事案（しかし表示画像をクリックすれば、氏名表示部分を見ることができる事例）で、その写真家が、ツイッター運営の会社に、氏名表示権侵害（著作権法19条）などを根拠に発信者情報の開示請求を行ったケースだが、最高裁は原審を支持して請求を棄却した（リツイート者が、氏名表示権を侵害しており、ツイッター運営者が侵害主体ではないというのである）。しかし、林恵一反対意見で述べられるように（1420－1421頁）、これではツイッター利用者に大きな負担を強いるものであり、侵害主体は、システム運営者であるツイッター社（本件被告）であると考えるべきであろう。つまり、そのような侵害主体の認定をした裁判例もあり（最判昭和63年３月15日民集42巻３号199頁（クラブキャッツアイ事件）（著作権侵害（演奏権侵害）が問われ、スナック経営者も歌唱主体になるとされた（カラオケ法理））。更に、最判平成23年１月20日民集65巻１号399頁（ロクラクⅡ事件）（利用者による地上波アナログ放送の転送について、転送業者も複製主体とする）参照）、ここに論じているＲ・コースの定理の『取引費用』との関係でも、林裁判官のような制度設計の方が、ヨリ効率的な構想であると言えるのではなかろうか。

平成28年最判については、齋藤毅調査官の解説（ジュリスト1504号、最高裁判例解説平成28年度〔19〕）、加藤新太郎教授の解説（重要判例解説平成28年度〔民法８〕、NBL1089号）、我妻学教授の評論（私判リ55号〔民法11〕）、さらには、酒井（一）・村上・栗田・工藤各教授の前掲解説・批評などがある。

また、平成30年最判については、作田寛之調査官の解説（ジュリスト1543号）（自説をあまり述べられない）のほかに、内海博俊教授の解説（令和元年度重要判例解説〔民訴３〕）、加藤新太郎教授のもの（NBL1141号、判評738号）、手賀寛教授の評論（私判リ60号〔民訴３〕）、今津教授の前掲解説などがある。

判例研究

民　事　判　例　研　究

吉　田　邦　彦
三　木　千　穂

認知症の者の鉄道事故と民法714条１項（JR 東海事件）（最判（第３小法廷）平成28年３月１日民集70巻３号681頁（平成26年（受）1434号、1435号、一部破棄自判・一部棄却、損害賠償請求事件））

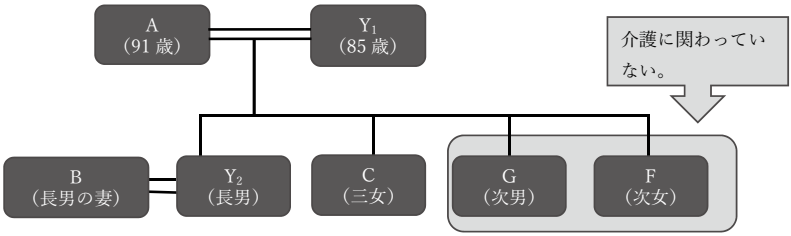
１．事案の概要

本件は、平成19（2007）年12月に高齢で認知症の父親が、JR 共和駅（愛知県大府市）構内の線路に立ち入り、列車と衝突事故を起こし、死亡した。X〔東海旅客鉄道株式会社（ＪＲ東海）〕（原告・被控訴人・被上告人（上告人））が、死亡者の妻 Y_1及び長男 Y_2（被告・控訴人・上告人（被上告人））らに対して、民法709条・714条に基づき、列車の遅れによる損害719万7740円及び遅延損害金の賠償請求したのが、本件である。Ａの死亡事故により、当日東海道本線は、上下20本の列車について、121 ～ 122分の遅れが出たことによる損害が生じたというのである。なお、Ａには、相当の不動産があり、5000万円の金融資産があったとされる。事案の詳細を述べてみよう。

（１）事実の経過

Ａと Y_1は昭和20（1945）年に婚姻し以後同居し、愛知県大府市大府駅前に住み、平成10（1998）年頃まで不動産仲介業を営んでいた。両者には、子ども４人がいたが、長男 Y_2夫婦は、昭和57（1982）年に横浜市に転居していたところ、平成12年暮れ頃からＡの認知症がわかり、同14年からその妻Ｂが両親の近くに転居して、Ａの介護補助をするようになった。その詳

細は、以下の如くだが、同19（2007）年12月７日夕方にＡは隣駅共和駅構内で列車と死亡事故を起こした。本件のＪＲ東海からの損害賠償請求は、それによる列車遅延の損害に関わるが、$Y_1$$Y_2$らの（Ａについての）監督責任が問われた。



H12.12頃　Ｃは、Ａ（当時84歳）が認知症に罹患したと考えるようになる

H14.3　Y_1（当時80歳）（Ａの長年の妻〔昭和20年に婚姻〕）、Y_2（長男）、Ｂ（長男の妻）、Ｃ（三女）がＡの介護について話し合い、（Y_2ともども昭和57年以来横浜に転居していた）Ｂが単身で近隣に移り、毎日Ａ宅に通い介護補助をすることになり、他方で、Y_2も月に１・２回、（事故直前には３回程度）週末に訪ねることとなった。

H14.8　Ａの要介護１認定。
市内の福祉施設に通うようになる。当初は週１回、本件事故当時は週６回。行かない日は、Ｂが朝から就寝までＡの介護を行う。Ａの就寝後は、Y_1が様子を見守る。

H14.11　Ａの要介護２へ変更。

H15.3　国立療養所中部病院にて、H14.10にはアルツハイマー型認知症に罹患していたとの診断を受ける。以降、通院。
この頃には、見当識障害も見られるようになる。外出を止めても聞かなくなったためＢは外出に付き添うようになる。

H16.2　中部病院にて、認知症が中等度から重度に進んでいるとの診断を受ける。その後、通院期間満了のため、開業医に引き継がれる。

H17.8.3　早朝に１人で外出して行方不明になり、徒歩20分程度のコンビニで発見。

H18.1　Y_1について、要介護１の認定。

H18.12　Ａが深夜に一人で外出してタクシーに乗車し、認知症に気づいた

運転手がAを降ろした先のコンビニエンスストアの店長の通報により警察が保護。午前３時頃帰宅した。

Aの外出に備えて、警察に連絡先を伝え、Aの携帯番号や氏名をAの上着等に縫い付ける。また、自宅玄関付近にセンサー付きチャイムを設置。門扉に施錠をしたこともあったが、Aがいらだって門扉を激しく揺するなどして危険であったため、施錠は中止した。他方、事務所出入口は、夜間は施錠されシャッターが降ろされていたが、日中は開放されていた。事務所出入口にもセンサー付きチャイムが取り付けられていたが、電源は切っていた。

Aはトイレの場所を把握できずに所構わず排尿してしまうことがあり、自宅玄関前の駐車スペースの排水口に排尿することもしばしばあった。

H19.2　Aについて要介護４の認定。Y_1、Y_2、B、Cで特養への入所も検討したが、Cが、入所によりAが混乱し悪化する可能性、Aは自宅で過ごす能力を保持しており、入所には２、３年かかることを述べて、引き続き自宅介護を決める。

H19.12.7　午後４時半頃福祉施設から戻ったAは、事務所部分の椅子に腰掛けて、BとY_1と過ごしていた。その後、Bが自宅玄関先でAが排尿した段ボール箱を片付けていたため、AとY_1が二人きりになっていたところ、Bが事務所部分に戻った５時頃までに、Y_1がまどろんで目を閉じている隙にAが事務所部分から外出した。Aは最寄り駅から電車に乗り、隣の駅で下車、排尿のためホーム先端のフェンス扉を開けて、ホーム下に降り、５時47分頃本件事故が発生した。

（２）請求の内容

旅行輸送等を目的とするX鉄道会社が、その運行する路線の駅構内を列車が通過する際に、Aが線路内に立ち入り列車に撥ねられ死亡した事故により、列車に遅れが生じる等の損害を被ったとして、Aの妻Y_1、長男Y_2、次女F、次男G、三女Cらに対して、Aに対する監督義務違反を理由として民法709条、714条に基づき連帯して損害賠償を求め、予備的請求として、Aに対する民法709条に基づき発生した損害賠償請求権をYらが相続したとして、その相続分に応じた金額の支払いを求めた。

２．第一審判決（名古屋地判平成25年８月９日）（請求認容）（719万余円及び遅延損害金の支払を命ずる）

（１）まずＡについては、事故当時の認知症の程度は重く、法的責任を弁識する能力もなかったとして、その責任能力を否定した（773頁）。そのうえで、Y_2については、家族会議はY_2が主催し介護方針を決断・決定しており、Ａの成年後見の手続はなされていなかったが、実質的にはその手続がとられているのと同様にＡの財産管理がなされ、その管理をおこなう地位・立場はY_1からY_2へ引き継がれたと理解できるとして、本件事故当時Y_2は社会通念上、民法714条１項の法定監督義務者や２項の代理監督者と同視し得るＡの事実上の監督者であったと認めることができるとした（775頁）。

そして、Ａが他人の生命・身体・財産に危害を及ぼす危険性を具体的に予見することは可能であったとして、それにも拘わらず、事務所センターの電源が切られたままになっていたこと（音量が大きすぎるのであれば取り替える等して対処すべきだった）やホームヘルパーなどを利用しなかったことから、徘徊防止の適切な措置は講じられておらず、監督義務を怠らなかったと認めることはできないとして、Y_2について、714条２項の準用により責任を肯定した（776-778頁）。

（２）他方で、Y_1については、Ａから目を離せば、Ａが独りで外出して徘徊し、第三者の権利を侵害する可能性があることを予見し得たから、Ａが独りで徘徊することを防止するための適切な行動をとるべき不法行為法上の注意義務が存したにもかかわらず、自己とＡと二人だけになっていた際にまどろんで目をつむり、Ａから目を離していたのであるから、上記注意義務を怠った過失があるとして（自身高齢で、要介護１の認定を受けていて、仮にＡの外出・徘徊を制止できないとしても、Ｂに伝えることは容易にできたとする）、民法709条による責任を肯定した（780-781頁）。

なお、Ｃについては、情報提供と助言、介護補助にとどまるとして不法行為法上の注意義務はないとし、Ｆは５歳に養子縁組して同居しておらず、Ｇは家族会議にも他地にいて参加せず、事故当時もミュンヘンにいて介護の相談もなかったから、民法709条の責任を負わないとする（782-783頁）。また、Ａの本件事故について、Ｘの注意義務違反はないとして、過失相殺を否定する（784頁）。

これに対して、Y_1Y_2が控訴した。Y_2は監督義務者（代理監督義務者）ではなく、「事実上の監督者」でもなく、結果発生の予見可能性がなく、またY_1も、事故の結果発生を予見できず、外出防止措置を尽くしており、他方でXは、安全確保義務違反があるとする。

３．控訴審判決（名古屋高判平成26年４月24日）（359万余円及び遅延損害金の支払いを命ずる）

（１）配偶者の一方が精神障害により精神保健福祉法〔精神保健及び精神障害者福祉に関する法律。昭和25年法律123号は、当初「精神衛生法」だったが、昭和62年改正（法律98号）で「精神保健法」となり、平成７年改正（法律94号）で、本法律の呼称となった〕上の精神障害者となった場合の他方配偶者は、同法上の保護者制度（同法200条）の趣旨に照らしても、現に同居して生活している場合においては、夫婦としての協力扶助義務の履行が法的に期待できないとする特段の事情のない限りは、配偶者の同居義務及び協力扶助義務（民法752条）に基づき、精神障害者となった配偶者に対して生活全般に関する配慮・介護・監督の身上監護義務を負い配偶者間にはその信義則上・条理上の義務がある。精神保健福祉法の平成11年改正では、保護者の自傷他害防止義務は削除されたが、同人には、精神障害者の治療・財産上の利益保護、医師の指示遵守の規定はあり（同法22条）、精神障害者となった配偶者への監督義務を負うのであって、民法714条１項の監督義務者に該当する。Y_1は、Bらの補助や援助をうけながら、Aの妻としてAの生活全般に配慮し介護するなどしていたことから、夫婦としての協力扶助義務の履行が法的に期待できないとする特段の事情があるとは言えない（805-807頁）。

Y_2については、民法877条１項に基づく直系血族間の扶養義務を負っていたものの、夫婦間の同居義務又は協力扶助義務がいわゆる生活保持義務であるのと異なり、経済的扶養を中心とした生活扶助の義務であって、当然にAと同居して扶養する義務を意味するものではなく、また、成年後見人に選任されてもおらず、精神保健福祉法上の保護者の地位にもなかった。そして、ことさらに成年後見開始申立手続を回避していたような事情もなく、Y_2は20年以上もAとは別居して生活していたのであるから、監督義務者ないし代理監督義務者ではなく、また事実上の監督者に該当する

ものということはできない（809-813頁）。

（2）Y_1は、Aが日常的に出入りしていた事務所出入口に設置していた事務所センサーを作動させるという容易な措置をとらず、電源を切ったままにしていたのであるから、Aの監督義務者としての、一人で外出して徘徊する可能性のあるAに対する一般的監督として、なお十分でなかった点があるといわざるを得ない。それを要求しても相当である（815頁、818頁）。

（3）なお、民法709条の責任については、これまで電車に乗ったり、鉄道の線路に入り込んだり、無断で他人の土地・建物に入り込んだことはなかったから、本件事故について具体的な予見可能性がかなったとして否定する（820頁）。

（4）他方で、Xには安全確保義務違反があったとは言えないとしつつも、（民法714条責任には無過失責任的な側面があり）「民法722条２項に定める被害者に過失相殺事由が認められない場合であっても、同項に体現されている不法行為法における損害の公平な分担の精神に基づき、裁判所は、責任無能力者の加害行為の態様、責任無能力者の資力、責任無能力者と監督義務者等の身分的又は社会的な関係（監督義務者等が責任無能力者の推定相続人であるか否かなど）、監督義務者等の責任無能力者に対する監督状況などの加害者側の諸事由と、被害者の被った損害の性質・内容・程度と被害者が受けた影響、責任無能力者と被害者との関係などの被害者側の諸事由とを総合的に勘案して、監督義務者等が被害者に対して賠償すべき額を、監督義務者等と被害者との間で損害の公平な分担を図る趣旨の下に、責任無能力者の加害行為によって被害者が被った損害の一部とすることができるものと解するのが相当である。」とし（824-825頁）、Xには公共交通機関の担い手としての社会的責務として、損害額の５割の負担をさせた（826頁）。

このように、責任者の捉え方、責任根拠、過失相殺の各面で１審判決を転換させる原審判決に対しては、XY双方から上告受理申し立てがなされた。Xは、従来の判例・通説からも本件実態からも、Y_2は監督義務者（代理監督義務者）であると述べ、他方で、Y側は、Y_1に対して、民法752条から認知症の者に対する瞬時も目を離さずに介護する厳格な義務を課することは解釈を誤っており、精神保健福祉法の保護者制度から監督義務は導けず、同法の平成11年改正で、自傷他害防止監督義務が削除されて、精神障害者の財産上の利益保護義務

に変更されているからなおのことそうであるとする。714条の責任を否定した昭和58年最判（後述）との比較でも同条の解釈適用を誤っており、本件のY_1によるAの介護は、充実したものであり、センサーを求めることはできないなどとする。

4．上告審判決（最判平成28年３月１日）Xの上告棄却。Yの上告については、破棄自判（Y_1の敗訴部分の破棄）（Xの請求棄却）（岡部喜代子裁判長、大谷剛彦・大橋正春・木内道祥・宮崎敏充各裁判官、全員一致。但し、木内・岡部・大谷裁判官の補足意見がある）。

（１）民法714条責任の監督義務・監督義務者に関して、こう述べる。平成11年法律第65号により保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務は廃止され（平成25年法律第47号により保護者制度そのものが廃止）、後見人の禁治産者に対する療養看護義務は、平成11年法律第149号による改正において、身上配慮義務に改められた。この身上配慮義務は、成年後見人の権限等に照らすと、成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為として成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めることと解することはできない。そうなると、平成19年当時において、保護者や成年後見人であることだけで直ちに法定の監督義務者に該当するということはできない。

民法752条は、夫婦の同居、協力及び扶助の義務について規定しているが、これらは夫婦間において相互に相手方に対して負う義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課するものではなく、しかも、同居の義務についてはその性質上履行を強制することができないものであり、協力の義務についてはそれ自体抽象的なものである。また、扶助の義務はこれを相手方の生活を自分自身の生活として保障する義務であると解しても、そのことから直ちに第三者との関係で相手方を監督する義務を基礎付けることはできない。そうすると同条の規定をもって、同法714条１項にいう監督義務を定めたものということはできず、他に実定法上の根拠はない。

したがって、精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法714条１項にいう「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」に

あたるとすることはできないというべきである。よって、Y_1はAを「監督する法定の義務を負う者」に当たるとすることはできず、またY_2を「監督する法定の義務を負う者」に当たるとする法令上の根拠はない。

（2）もっとも、法定の監督義務者に該当しない者であっても、「責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合」には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条1項が類推適用されると解すべきである（最判昭和58年2月24日裁民138号217頁参照）。その上で、ある者が、精神障害者に関し、このような法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かは、①その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、②精神障害者との親族関係の有無・濃淡、③同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、④精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべきである。

本件との関係では、（1）Y_1は、Aの介護をしていたものの、本件事故当時85歳で左右下肢に麻痺拘縮があり要介護1の認定も受け、Aの介護もBの補助を受けて行っていたのであり、Aの第三者に対する加害行為を防止するためにAを監督することが現実的に可能な状況にあったということはできず、その監督を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。（2）またY_2は、その妻Bが近隣で介護補助していても、Y_2自身は当時20年以上も同居しておらず、1ヶ月に3回程度週末に訪問するに過ぎない事情の下では、Aの第三者に対する加害行為を防止するためにAを監督することが可能な状況にあったということはできず、その監督を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。し

たがって、Y_1、Y_2ともに法定の監督義務者に準ずべき者に当たるということはできない。（なお、民法714条の責任が認められなければ、民法709条の責任も認められないとするようである（693頁）。）

（３）（木内道祥補足意見）

木内裁判官はまず、精神障害者を巡る法変遷を記述し、精神病者監護法（明治33年法律38号）の頃は、後見人、配偶者、戸主の順で精神病者の監護義務者が定まるとされた（１条）が、精神衛生法（昭和25年法律123号）制定後も、配偶者はそこでの保護者に当たり、監督義務者になるという状況は同法の平成11年改正まで続いたとする。そして同改正では、自傷他害防止義務（20条２項、22条１項）が削除されて、身上配慮義務、とりわけ法律行為の善管注意義務となり、保護者を民法714条の監督義務者ではないとする（695-697頁）。もっとも施設に、民法714条１項の法定監督義務を認める余地があるとする（697-698頁）。

また注目されるのは、監督義務者の責任には、本人の行動を制限する動機付けがあるとする点であり、他方で、保護者に本人の行動制限の権限はなく、行動制限しないとなると、保護者・後見人の負担が重すぎる（監督義務を課して、四六時中本人に付きそうのは、保護者の負担過重である）として、監護義務を消極に解する。同裁判官は、本人保護の観点の考慮に注意するのであり、介護の引き受けと監督の引き受けと区別する（698-699頁）。

＊中々正鵠を得た見解であろう。施設の責任を説くところは、開放医療理念と乖離するが。

（４）（岡部喜代子補足意見）

岡部裁判長は、Y_2の民法714条責任について、多数意見とは異なる見解を示すが結論的には同様である。Y_2は、準監督義務者に該当するが、民法714条１項但し書の「義務を怠らなかったとき」に該当するとするのである。すなわち、Y_2は平成14年３月頃Ａの介護を引き受けて、介護方針決定に関与しており、監護義務を引き受けたのであり、第三者に対する加害防止義務も引き受けており、そのような環境を形成する体制作りをしている（701-703頁）。そして、Y_2は、Ａの徘徊行為を防止するための義務を怠っ

ていないとする（施設入所も考えたがそうせず、施錠もAのことを考えて中止した。センサーなどを要求するのは、過大な要求であるとする）（705頁）。
＊家族の監督義務（加害防止義務）の履行の有無を論じている。

（5）（大谷剛彦補足意見）

岡部裁判長と同様に、民法714条1項但し書で免責されると考えるが、責任主体の捉え方が異なる。すなわち、平成11年改正で実定法上の監督義務者が存しなくとも、民法714条の責任主体は維持されており、民法858条における（事実行為としての）「療養看護労働」は職務から除外されたと解されても、字句は維持されており身上監護義務から監督義務を想定できる（708-709頁）。本件では成年後見人は選任されておらず「法的監督義務者に準ずべき者」（昭和58年最判）（後述）にY_2が当たるかどうかが問題であり、積極に解して良い。そして本件の介護・監督体制は、Aの意思を尊重し、その心身の状態・生活状況に配慮した人的・物的に必要十分な介護体制だったとして、介護義務を怠っていなかったとする（710-712頁）。

【判断のまとめ】

	法定監督義務者性	準法定監督義務者性	監督義務を果たしたか	709条責任
第一審	なし。	Y_2肯定。 ∵実質的にAの財産管理をしており、重要な財産の処分や方針の決定をする地位・立場をAから引き継いだと理解できる。	Y_2果たしたといえない。 ∵事務所出入口のセンサーの電源が切られたままになっていたのは防止措置を講じていたとはいえない。	Y_1につき肯定。
控訴審	Y_1肯定。 ∵夫婦の協力扶助義務（§752）	Y_2否定。 ∵成年後見開始申立手続を回避した事情がなく、20年以上Aと別居して生活していた。	Y_1果たしたといえない。 ∵事務所センサーを作動させるという容易な措置を執らなかったので一般的監督として、なお十分でなかった。	いずれも否定。
上告審（多数意見）	Y_1否定。 ∵§752は監督義務を定めていない。 Y_2否定。 ∵保護者や成年後見人であることだけで法定監督義務者とはいえない。	Y_1・Y_2否定。 ∵現実に監督することが可能で状況であったということはできず、その監督を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。		

	準法定監督義務者性	監督義務を果たしたか。
岡部意見	Y_2肯定。 ∵ Y_2は、A の外出願望が強いことを知って徘徊による事故を防止する必要を認めて、事故防止のための措置を現実に行い、また現実の対策を講ずるなどして、監督義務を引き受けたということができる。徘徊による事故としては被害者となるような事故を念頭に置くことが多いであろうがその態様には第三者に対する加害も同時に存在するものであって、第三者に対する加害防止もまた引き受けたものということができる。	Y_2は果たしたといえる。 ∵徘徊行動防止体制は一般通常人を基準とすれば相当である。
大谷意見	Y_2肯定。 ∵成年後見人に選任されてしかるべき者である。	Y_2は果たしたといえる。 ∵監護、監督の体制は、A の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮した人的・物的に必要にして十分な介護体制と評価でき、そのような介護体制の構築等において中心的な立場にあったのは Y_2である。

5．検討（その１）（三木）――とくに精神障を巡る法制変遷との関連で

（１）はじめに

本判決は、民法752条に基づいて配偶者に監督義務を認めることはできず、また、平成19年当時において、精神保健福祉法上の保護者及び成年後見人であることだけで民法714条１項の法定監督義務者に当たるということはできないと示したうえで、監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、準法定監督義務者として714条１項が類推適用できるとした。

評釈者（三木）の検討では、まず、保護者と成年後見人が法定監督義務者に当たるとされてきた点につき、その根拠としてきた法の変遷と併せて議論を概観し、次に、準法定監督義務者という概念についてこれまでの裁判例を分析したのちに、本判決について検討したい。

（２）精神障害者に関する法律と法定監督義務者

民法714条は監督義務者を列記せず、概括的に規定する。この点について、穂積陳重起草委員は、監督義務者は親族法や特別法で定まると説明している[1]。

[1] 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録五』（商事法務研究会、1984年）331頁。

ではそれらの法はどのようなものかが問題となるが、まずは、精神障害者に関する法律の変遷[2]を保護者制度の変遷と併せて見ていく。

① 戦前

精神病の治療を加持祈祷に頼っていた日本に、近代精神医学が入ってきたのは明治時代初めだった。しばらくして、精神障害者に関する最初の法律として、精神病者監護法（明治33年法律第38号）が成立するが、その立法目的は、精神病者の身体を保護して遂に社会に及ぼす障害を防ぎ、精神病者に関する自他の保護をすることにあると説明された[3]。同法は、後見人・配偶者・親権者・戸主、親族会が定めた四親等内の親族という順位にしたがって、監護義務者を定め、これらの者が不在の場合には、市町村長が監護義務を負うと定めた。監護義務者は、地方長官の許可を得て、精神障害者を病院ないし私宅に監置することができたが、その費用は監護義務者が負担するうえ、精神科病院がまだ少なかったこの時代には、ほとんどの患者が私宅監置されたのが実態で、監護義務者の制度は、立法目的にも現れていた社会防衛のための制度として利用された。そして、その負担を家族が負ったことも特徴であったといえる。

その後、病院不足を克服するために、精神病院法（大正８年法律25号）が成立し、公立精神科病院の設置を目指したが、予算不足のために進まず、戦中には精神障害者への関心は全く示されなくなった。

② 戦後（昭和）

戦後になると、精神科病院も増え、精神医療の重要性や精神障害者の保護の概念も認識されてくる。昭和25年には、精神病者監護法及び精神病院法が廃止され、新たに精神衛生法（昭和25年法律123号）が制定されたが、その第１条は、「精神障害者[4]の医療及び保護を行い、且つ、その発生の予防に努めることによって国民の精神的健康の保持及び向上を図ることを目的とする」と定められた。

---

[2] 精神保健福祉の歴史については、精神保健福祉研究会『四訂精神保健福祉法詳解』（中央法規出版、2016年）３頁以下、高柳功ほか編『三訂精神保健福祉法の最新知識―歴史と臨床実務』（中央法規出版、2015年）159頁以下、保護者制度の変遷については、同57頁以下を参照。

[3] 第14回帝国議会貴族院本会議（明治33年１月20日）会議録第12号小松原英太郎政府委員による説明。

[4] 精神病者監護法は、その対象を「精神病者」としていたが、精神衛生法は、精神薄弱者、精神病質者もその対象として位置づけた。

監護義務者も、保護義務者と名称が変わり、私宅監置の制度は廃止された。しかし、保護義務者には、治療を受けさせる義務が課せられ、同意入院の同意権が与えられるなど、医療につなげる重い役割が課せられるだけでなく、自傷他害防止監督義務が課せられ、いざというときには保護拘束をする権限も与えられたことから、未だ社会防衛の性質は残っていたといえる。そして、その保護義務者は、後見人・配偶者・親権者・扶養義務者のうち家庭裁判所が選任した者の順位より定まり、これらの者が不在あるいは権限行使が不可能な場合には市町村長が保護義務を負うという点も、戦前とあまり変わらず、やはり家族がこれを負担するという仕組みであった。

昭和20年代末には、薬物療法が普及し始め、精神療法や作業療法などの治療方法を確立してきたことで、入院期間が短縮したため、在宅精神障害者に対する対策や予防対策が重要となった。そこに、アメリカ大使ライシャワーが、統合失調症患者で、入院していない少年に刺されて負傷するという事件が発生した。昭和40年の精神衛生法改正はこの事件を踏まえ、地域への精神衛生相談員の配置や精神衛生センターの設置、通院医療費の２分の１を公費負担するなどの在宅精神障害者を医療につなげる施策が定められた。保護義務者の保護拘束の権限は、このときに廃止された。

この昭和40年改正の後には、地域精神保健活動の整備が図られ、社会復帰制度・施設の進展が著しいものとなった。ノーマライゼーションの概念が日本で理解されはじめるのもこの時期だと言われている。しかし、そのなかで昭和59年、無資格者による診察・検査や看護助手らの暴行で患者が死亡したことが発覚する宇都宮病院事件が発生し、日本の精神障害者の環境について、国内だけでなく、海外からも批判を受けることになった。これを受け、昭和62年には精神保健法と名称を変更し、法の目的に社会復帰の促進が加えられ、精神医療審査会制度の創設､任意入院制度､応急入院制度を設けるなどの改正が行われた。

③　平成

平成に入ると、より精神保健福祉の開放化、社会化が進み、入院していた精神障害者が地域で生活できるようになるための施設や制度がつくられた。平成５年の改正[5]では、保護義務者が保護者と名称が変更される。この改正の際に

[5] この改正では、精神障害者の定義規定が、医学上の用語に合わせて、「精神分裂病、中毒性精神病、精神薄弱、精神病質その他の精神疾患を有する者」と変更された。「精

はすでに、一般的な家族の在り方の変化や精神障害者の家族の高齢化、単身で生活する精神障害者の増加などの理由から、生活支援を家族に依存することの難しさと問題が生じていることを理由に、保護者から制度の廃止が求められたが、果たされなかった。ただ、入院措置が解除された精神障害者を引き取る保護者に対し、精神科病院の管理者や社会復帰施設の長へ当該精神障害者の社会復帰の促進のために相談・援助を求める制度が設置され、また保健所の訪問指導の対象となるなど、保護者の負担軽減につながる制度が設けられた。名称が「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」へ変更された平成７年の改正では、法の目的に「自立と社会参加の促進のための援助」が加わり、社会復帰施設として授産施設や生活訓練施設などが法律上明記され、通院患者リハビリテーション事業の法定化を図るなど、これに沿った改正がなされた。

そして、平成11年の改正で保護者の自傷他害防止監督義務が削除された。立案担当者は、保護拘束の権限がない保護者が自傷他害防止監督義務を果たすには、適切に医療につなげることができるだけであるから、治療を受けさせる義務があれば十分、とその理由を説明する[6]。また、自らの意思で医療を受けている精神障害者の保護者について、治療を受けさせる義務等が免除された。このとき、保護者制度の廃止も考えられたが、同時に進んでいた成年後見制度の改正をにらみ、成年後見人が広範な身上監護権をもっていれば保護者を成年後見人に置き換えることができるが、財産管理において身上監護を配慮するという義務であれば、置き換えることはできず、保護者は残す必要がある、と立案担当者が見送りの理由を説明している。

その後も、保護者制度については廃止が求められ、平成25年改正でようやく果たされる。立案担当者は、ⅰ）保護者である一人の家族のみが様々な義務を負うことは負担が大きい、ⅱ）本人と家族との関係が多様である中で、保護者である家族が必ずしも本人の利益保護を行えるとは限らない、ⅲ）保護者制度

神薄弱」は平成10年に「知的障害」に、「中毒性精神病」については平成11年改正で「精神作用物質による急性中毒又はその依存症」に、「精神分裂病」は平成17年改正で「統合失調症」に改められた。なお、「精神病院」との用語も平成18年に「精神科病院」に改められており、本文では、これも含め、改正後の用語で統一している。

[6] 公衆衛生審議会精神保健福祉部会精神保健福祉法に関する専門委員会「精神保健福祉法に関する専門委員会報告書」（1998年）、精神保健福祉研究会監修『改正精神保健福祉法の概要・改正事項の説明と検討の経緯』（中央法規出版、1999年）４頁など参照。

の創設時と比較し、精神医療体制や成年後見制度などが整備され、また高齢化などにより家族の状況も大きく変化していることから、このような社会経済の変化に対応した制度とすべきとの指摘があること、特に精神障害当事者や家族などから長く見直しが求められたことを廃止理由に挙げている[7]。

④　小括

このように、精神障害者に関する法律は、社会防衛を目的に自傷他害を防止する制度を定めるものから始まり、精神科病院による医療が中心で、社会防衛と精神障害者の保護のための制度が併存する時代を経て、現在は、精神障害者のための医療と福祉制度を定めるものとなっており、できる限り、地域で健常者と同様の生活を送るための制度や仕組みを定めるものに変わってきたといえる。それに伴って、家族の役割も、その中から監護義務者が選ばれる点で、社会防衛のために私宅監置を行う者から始まり、自傷他害防止監督義務を負い、保護拘束をする権限を有し、治療につなげる義務を負う者とされたが、平成11年には自傷他害防止監督義務が削除され、平成25年には制度自体が廃止されたことで、現在では、文言上、精神障害者を監督する権限も義務も存在しない。もっとも、医療保護入院は、家族の誰かの同意に基づいてなされるなど、一定の役割は求められている。

そして、民法714条の監督義務者が誰かということについては、監護義務者という名称の時代から、その者は当然監督義務者にあたると解されてきた[8]。しかし、精神保健福祉の開放化、社会化が進むとともに、その負担の大きさから、責任を軽減すべきとの考え方も主張され、保護者を法定監督義務者としたうえで、714条１項ただし書の立証を緩和する説[9]や、法定監督義務者性は否定した

---

[7] 第183回国会衆議院厚生労働委員会（平成25年６月12日）会議録第20号19頁。岡田太造厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長による説明。

[8] 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）159頁。

[9] 前田泰「精神障害者の不法行為と保護義務者の責任」徳島大学社会科学研究第２号（1989年）62頁、同「精神障害者の民事責任能力―心神喪失の認定基準―」須永醇『被保護成年者の研究』567頁（勁草書房、1996年）など。精神障害者の治療・保護のために通常考えられる手段、具体的には可能かつ必要な限りにおける、障害者の症状に関する医師への情報提供や服薬の管理などの医療協力をしていれば、ただし書により免責されると解すべきと主張する。

上で、民法709条の問題とする説[10]なども主張された。もっとも、自傷他害防止監督義務が法定されている以上、法定監督義務者性を否定することは難しかったといえる。保護者制度がなくなった平成25年改正以降において保護者が法定監督義務者であるという解釈がとりえなくなったことは確かであるが、学説上は、平成11年の自傷他害防止監督義務の削除の段階で法定監督義務者ではないとの見解が有力であったといえる[11]。

（3）成年後見制度と法定監督義務者

① 平成11年民法改正以前

明治民法（明治29年法律89号）は、成年者の後見人については、配偶者、戸主、親族会が選任した者という順で定まるとし、親族会の同意を得て、精神科病院に入れる又は私宅監置をする権限を与えていた。この権限は、戦後の民法改正後は明記されず、「家事審判所の許可」が必要と規定されたことで、解釈上も後見人の権限から外れ、私宅監置の部分は、昭和25年の精神衛生法の成立に伴い削除された。

しかし、精神病者監護法の時代から後見人は第一順位の監護義務者とされ、保護者制度が廃止されるまで変わらなかった。また、梅謙次郎起草委員もその著書で、後見人は禁治産者を監督して他人に損害を加えないようにする義務があるから損害賠償責任を負わざるを得ないと述べており[12]、療養看護義務（明治民法922条。昭和22年改正後は858条。）が明文上の根拠となり、この解釈はあまり疑われることのないまま、支持されてきたといえる。

② 平成11年民法改正後

平成11年の民法改正（平成11年法律149号）で禁治産制度は制限行為能力制度となり、新しい成年後見制度が創設された。この改正は、高齢社会の到来を受け、ノーマライゼーションの理念を背景に、本人の意思を尊重しながら、残存能力を活用できるような適切な高齢者福祉を目指すのみならず、高齢者や障害

[10] 飯塚和之「精神障害者の加害行為に対する監督義務者の責任に関する一考察―監督義務者概念を中心に」『現代財産権論の課題』（成文堂、1988年）164頁など。

[11] 辻伸行「自傷他害防止監督義務の廃止と保護者の損害賠償責任」町野朔ほか編『触法精神障害者の処遇』（信山社、2005年）67頁など。

[12] 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編（大正元年版復刻版）』（有斐閣、1984年）891頁。

者のサポートについて、家族依存からの開放化、社会化を図ったものといえる。具体的には、民法858条は身上配慮義務及び本人の意思尊重義務を定める一般的な規定へと改正され、また、配偶者が原則として法定後見人となる規定が削除され、複数後見人や法人後見人が認められた。

このような改正を受け、成年後見人が法定監督義務者であるとの解釈への疑問が生まれ、これを否定する学説が登場するようになった。一方で、858条の身上配慮義務はかつての療養看護義務と変わっていないとして、改正後も成年後見人は法定監督義務者であるとの主張もなされていた[13]。本判決の大谷裁判官の意見はこの立場である。

（４）保護者が法定監督義務者にあたるかが争われた裁判例

精神障害者の保護者又は後見人が、法定監督義務者に当たるかが争われた判例はほとんど見当たらず、大審院では、精神病者監護法の時代に、成人の精神病者が通行人に傷害を与えた事件について、母親が監護義務者であり、法定監督義務者として責任を負うとした判決（大判昭和８年２月24日新聞3529号12頁）があるのみである。

戦後の裁判例で、判例集に登載されているものには、仙台地判平成10年11月30日判タ998号211頁がある。統合失調症患者が以前の勤務先の代表取締役を刺殺した事件について、保護者として選任されていた父親が法定監督義務者に当たるかが問題になり、仙台地裁はこれを肯定した。判決では、保護者が自傷他害防止監督義務を負うことだけでなく、医療保護入院の同意権や措置入院を促すことができるなど、他害防止のための権限を有することも根拠として挙げる一方で、精神障害者の行動の統制が困難であることに理解を示し、その点は、免責事由の判断において、保護者と精神障害者の関係の実際や保護者が実際にどの程度の監督が可能であったか等を考慮することで個別具体的な事案における結果の妥当性を図ることは可能であると述べている。なお、この事件の控訴審判決（仙台高判平成12年１月20日判例集未登載）では、傍論ではあるが、平成11年の精神保健福祉法の改正により自傷他害防止監督義務が廃止されたが、これにより法定監督義務者性が否定されるわけではないと述べた。

[13] 潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第２版）』（2009年）420頁。もっとも、同『基本講義債権各論Ⅱ不法行為法（第３版）』（2017年）107頁は、本判決に沿った解説となっている。

（５）準法定監督義務者について

本判決は、保護者や成年後見人であることだけでは法定監督義務者にはあたらないとしたうえで、準法定監督義務者の存在を認めている。伝統的な学説においても、民法714条１項の法定監督義務者及び同条２項の代理監督義務者の二者に含まれない者についても監督義務者として認める余地は残しており、「事実上、監督をなす者」[14]や「社会的に法律上ないし契約上で監督義務を負う者と同視しうるような監督義務を負うと考えられる者」を事実上の監督者として民法714条２項を適用すべきとしていた[15]。

法定監督義務者も代理監督義務者も存在しないため、誰が監督義務者なのかが問題となるという場面は、精神障害者については起こりやすかったと考えられる。それは、保護者や成年後見人は選任されて初めて就任するものであり、そもそも精神障害であるとの診断を受けなければその選任の必要性すら周囲は気づかないからである。また、保護者の選任は医療保護入院のために行われることが多く、それが必要な状況にならなければ、長い間精神疾患を患っていても保護者がいないというケースは多くあったとされる。

最高裁でこの点が争われた判例が、本判決でも引用されている最判昭和58年２月24日裁民138号217頁である。未診断の37歳の精神障害者の男性が路上で突然被害者を襲い、傷害を負わせた事件について同居していた両親の監督者責任が問題となった。判決は、加害者は本件事件まで他人に暴行を加えたことがなく、その行動に差し迫った危険があったとはいえず、父親が当時76歳で視覚障害者であり、母親は65歳で日雇い労働者であること、事件前に娘とともに警察や保健所に相談にいくなどしていたことから、「保護義務者になるべくしてこれを避けて選任を免れたものとはいえない」として、714条の法定監督義務者又はこれに準ずべき者として同条所定の責任を問うことはできないとした原審の判断を正当とした。すでに下級審では認めるものもあった中で、法定監督義

[14] 我妻・前掲（注８）160頁。例として、一家の家長（世帯主）、事務管理を挙げる。松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、1957年）165頁も同様に、「世帯主・事務管理的に監督する者」を例に挙げ、「慣習上監督すべき地位にあると認められる場合」として事実上監護する者が714条２項の代理監督者に含まれるとする。

[15] 加藤一郎『不法行為［増補版］』（有斐閣、1974年）162頁。孤児を引き取って事実上世話をしている者を例に挙げる。

務者でも代理監督義務者でもない者を「準法定監督義務者」として認める余地を最高裁が示したものといえる。しかし、具体的な要件や根拠条文は示していない。

この昭和58年最判を含め裁判例を分析すると、準法定監督義務者に当たるのかの判断の背景には３つの価値判断があると考えられる。まずは、ⅰ）保護者や後見人の選任手続をしているか否かで法定監督義務者の重い責任を負うか否かが変わるのは不公平だという価値判断である。この価値判断を重視すれば、保護者や後見人に選任され得る立場か、本人との形式的な関係性が考慮される。次に、ⅱ）監督できる立場にあったにもかかわらず、監督義務を果たさず結果が発生したのであるから、被害者との関係で責任を負わないのは衡平でないという価値判断である。この価値判断を重視すれば、監督できた、あるいは監督すべきだったという客観的な状況が考慮される。民法709条ではなく714条の問題のため、具体的な予見可能性が必要なわけではなく抽象的に、他人に何らかの危害を加えることの予見可能性が考慮要素となると思われる[16]。そして、ⅲ）714条は家族共同体の統率者はその構成員の行為について監督責任を負うという趣旨のものであるから、そのような立場に当たる者であれば、監督義務を負うべき者とすべきという価値判断である。この価値判断に基づけば、監督責任を負うべき者かどうかという規範的な判断がなされることになる。

これらは、どの価値判断が正しいというものではなく、相対的にどの価値判断を重視するかにより、準法定監督義務者に当たるか否かを判断する際の考慮要素が異なってくる。例えば、高知地判昭和47年10月13日下民23巻９～12号551頁は、通院加療中の統合失調症患者による殴殺事件について、同居する父親の監督者責任が問題となった事案であるが、加害者が三回入退院を繰り返し、事件当時も通院加療中で就職もせず、父親が扶養していたことなどから、父親はその当時、「監督すべき法定の義務者と同一視すべき地位にあったというべき」としている。また、福岡地判昭和57年３月12日判タ471号163頁は、統合失

[16] このような考え方には、予見可能性は監督義務の懈怠の判断において問題にすべき事柄であって、定型的に決められるべき法的監督義務者性の判断基準にすべきではないという点、及び、何らかの他害行為の予見可能性でよいとすることは、監督義務者に監督義務懈怠の判断において重い責任を負わせる方向に作用する点について批判がある。辻伸行「判批」リマークス37（2008年）58頁。

調症患者の同居する父親の監督者責任が問題となった事案について、責任無能力者を事実上世話しているが、形式的要件を欠くため法定の監督義務者に該当しない場合に714条の適用が全面的に排斥されるとすれば、「誠実に右選任手続を履践した者が、これを不当に怠った者よりも過失及び因果関係の存否について重い立証責任を課されるという不公平が生じる」から、「社会通念上法定の監督義務者と同視し得る程度の実質を備え、もし選任手続が履践されれば当然・・・保護義務者として選任されるであろう事実上の監督者は」、714条２項により代理監督者として、１項の法定監督義務者と同一の責任を負うと解すると述べ、父親はこれに該当するとして責任を認めた。この２つの裁判例は、ⅰ）の価値判断から、加害者との形式的な関係性を判断要素として重要視しているといえるが、後者では、事実上世話をしていることも判断要素としており、ⅱ）あるいはⅲ）の価値判断も表れている。

前述の昭和58年最判も、差し迫った危険がなかったことを判断要素としている点にはⅱ）の価値判断が表れているが、「保護義務者になるべくしてこれを避けて免れたものともいえない」という判示はⅰ）に基づく。また、この判例の匿名解説[17]では、今日でも714条の趣旨は変わらないが、今日の家族共同体の実情からすれば、統率者の責任は絶対的なものではあり得ず、「被害の発生が予想可能で被害を回避するため事実上監督していた事実があるか否か、又は監督を怠っていたとすればその懈怠について責められるべき事情があるか否か等が考慮されるべき」ことを根拠とすると理解することも可能であるとして、ⅲ）を今日の家族の実態に合わせ変容した形で説明する。

さらに、東京地判昭和61年９月10日判時1242号63頁は、同居の実父母として精神障害者を事実上保護監督すべき地位にあることにより、714条２項の責任を負うためには、統合失調症に罹患していることを知りながら適切な措置をとらず放置した事情、あるいは罹患の事実及び本人の行動に本件犯行を犯すような差し迫った危険があることをきわめて容易に認識しえた事情が存在することが必要と述べている。

ところが、平成11年の法改正後は、裁判例でも、保護者の自傷他害防止監督義務が廃止されたことに触れられ、ⅰ）は言及されなくなり、ⅱ）に基づいて精神障害者が他人に害を与える危険性があったかどうか、監督できる状況だっ

[17] 判タ495号（1983年）81頁。

たかという客観的な状況を考慮して監督義務があったかどうかを判断するものが多くなる。名古屋平成23年２月８日判時2109号93頁は、法定監督義務者に準じて714条２項により責任を負うのは、責任無能力者の状況が他人に害を与える危険性があること等のため、責任無能力者を保護監督すべき具体的必要性があった場合に限るとした。また、福岡高判平成24年３月６日 LLI/DBL06720790は、配偶者の監督者責任が問題となったものであるが、本人が意思に基づく通院をしていることから、保護者として治療を受けさせる義務がなく、また本人の挙動、病状等から自傷他害のおそれがあると考えることは困難であったことを理由に責任を否定している。

一方で、福岡高判平成18年10月19日判タ1241号131頁は、監督義務者又は代理監督者に準じて法的責任を問うためには、「①監督者とされる者が精神障害者との関係で家族の統率者たるべき立場及び続柄であることのほか、②監督者とされる者が現実に行使し得る権威と勢力を持ち、保護監督を行える可能性があること、③精神障害者の病状が他人に害を与える危険性があるものであるため、保護監督すべき具体的必要性があり、かつ、その必要性を認識し得たことが必要であると解すべき」と述べた原判決を引用しており、ⅱ）だけでなく、ⅲ）も反映されている。また、名古屋地岡崎支判平成27年４月８日判時2270号87頁も、事実上の監督者に当たるとされるのは、精神障害者の「行動に差し迫った危険があるのに、その家族の統率者たる地位にある者が、当該危険発生回避のために、最低限度の対応もしなかった場合などの特段の事情のある場合に限られる」と述べており、同じく、ⅱ）とⅲ）の点から判断されている。本件第一審判決の Y_2 に関する判断も、家族会議を主催したり、A の財産管理を行ったりする地位・立場という家族の統率者としての地位にあるかという点及び、A が他人の生命・身体・財産に危害を及ぼす危険性の予見可能性を判断要素としている点で、この流れにあると思われる。

（６）本判決の評価

まず、本判決が、平成11年の精神保健福祉法の改正及び民法改正により、平成19年当時において、保護者や成年後見人であることだけて法定監督義務者に該当するということはできないと判示した点については、解釈論として、あまり異論はみられない。（２）及び（３）で見てきた精神障害者及び高齢者の福祉施策の開放化･社会化の流れからも、妥当な結論であると思われる。もっとも、

民法713条と714条はセットとなってひとつの制度として理解されるものだから、今回の判決で714条がほとんど機能しないものとなるのは、「法の欠缺」であるとの指摘がある[18]。

そして、「責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたと見るべき特段の事情が認められる場合」には、準法定監督義務者として714条１項が類推適用されるとした。この点は、これまでの裁判例にはない新しい規範である。

そのうえで、このような準法定監督義務者に該当するか否かの判断は、監督者の状況や精神障害者と監督者の関係、精神障害者の状況、監護や介護の実態などの諸般の事情を総合考慮して、「その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為にかかる責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべき」としている。前半の例示部分は、ⅱ）と同様の判断要素のようにもみえるが、監督できた、あるいは監督すべきだったという客観的な状況では足らず、現に監督していたこと、あるいは監督することが可能かつ容易であることを求めており、より限定している。続く「その者に対し精神障害者の行為にかかる責任を負うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点」という部分は、ⅲ）と同様、規範的な判断であることを示す。準法定監督義務者とされるか否かの判断要素は、これまでの裁判例と近いものがあるが、肯定される範囲はより限定的になったといえるだろう。

さて、本判決が引受けにより監督義務を負うとした点については、精神障害者に対して、より積極的に世話をした者が、準監督義務者として損害賠償のリスクを負うのは不当だという点で批判がなされている[19]。私見も、そのような

[18] 窪田充見「判批」ジュリ1491号（2016年）66頁。

[19] 窪田・前掲（注18）66頁は、「リスクを回避する合理的な選択は、本判決の表現に即するならば、できるだけ同居しないことであり、日常的な接触を避けることであり、介護にも関わらないことだ、ということにある」と述べている。樋口範雄「『被害者救済と賠償責任追及』という病」曹時 68巻11号（2016年）12頁脚注15など。

結果となり得る点は不当と考える[20]。また、監督するための権限を有しない家族が監督義務を負うことになる点も問題である。そして、監督をしているという事実状態が、なぜ監督義務という法的義務になるのか、監督義務を引受けによって負うことがどのような理屈で認められるのかは疑問が残る。

この点、瀬川信久教授は、「民法も、他人のために事務管理を始めた者は管理継続義務を負う」として、「監督義務を引き受けた者が責任を負うこと自体は不当ではない」として、責任を課すことによる相手方や他の者との調整は別に考えるべきとする主張する[21]。瀬川教授は、最高裁が監督義務の根拠を引受けに求めた点について、法定監督義務者が存在しなくなったことから、準法定監督義務者の監督義務者の決定は、不作為不法行為の作為義務者の決定に近くなったが、領域思想によっても、先行行為の思想によっても作為義務が認められないケースだから、引受けに求めたのではないかとし、フランスの裁判例[22]を同じ発想のものとして挙げる[23]。

（７）本判決の影響と残された問題

本判決後の裁判例には、大分地判令和元年８月22日判時2443号78頁がある。本判決を受けて、過去に保護者として選任されていた両親らについて、監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情があるかどうかにより準法定監督義務者性を判断し、これを否定したものである。

---

[20] もっとも、本判決の当てはめ部分では、「現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易である」のうち後半の部分、すなわち監督の可能性及び容易性がなかったことを理由に、引き受けたとみるべき特段の事情はなかったとしており、前半の「現に監督している」と評価されるのがどのような場合であるかについては、本判決からは明らかではない。

[21] 瀬川信久「判批」民商153巻５号（2017年）711頁。瀬川教授は、引受けによって監督義務を認められた準法定監督義務者が賠償を支払った場合には、事務管理に基づく費用請求（650条・702条）も考えられるが、「有益な費用」とはいえないとして、競合的不法行為者間の求償として認めるべきと主張される（同713頁）。

[22] 1991年３月29日破棄院判決（Cass.ass.plén.29 mars 1991, D.1991.324, J.C.P.Ⅱ.21673）。この判決については、淡路剛久「不法行為責任の客観化と被害者の権利の拡大」立教73号（2007年）18頁、新関輝夫「フランス法における精神障害者の監督者の民事責任―民法1384条１項の新たな解釈をめぐって―」福岡44巻１号（1999年）８頁以下を参照。

[23] 瀬川・前掲（注21）713頁。

法定監督義務者が存在せず、準法定監督義務者として認められる範囲が狭いということになれば、精神障害者が他害行為をした場合の被害者は、その損害を誰にも賠償請求ができない場合がほとんどということになる。そこで、ドイツの衡平責任などを導入するなどの立法論も議論されている。

なかでも、認知症患者の他害行為に関しては対応が急がれる問題であるため、自治体が事故救済制度を設け始めている。例えば、神戸市は、認知症と診断された人の行為が原因となり事故が発生した場合に、被害者に支払われる給付金制度を設けるとともに、認知症と診断された人が賠償責任保険に加入し、その保険料を神戸市が負担するという制度を設けた[24]。同じような制度は他の自治体でも採用されているが、やはり、認知症だけがこのような制度の対象になっている点が問題となる。他の精神障害者の他害行為についても、被害者保護のシステムは考えられるべきであろう。

次に、精神科病院・施設の責任について、木内裁判官の補足意見は、病院や介護施設の管理者について、民法714条１項の法定監督義務者に該当すると解する余地があると述べる。病院については、これまで714条２項の代理監督義務者と考えられてきたが、施設については、あまり議論されてこなかったと思われる。裁判例では、精神科病院の714条２項の代理監督義務者の責任が問題となったものもあるが（鹿児島地判昭和63年８月12日判タ682号177頁など）、医師の過失が問えるような事案については国家賠償や使用者責任によって賠償請求されることが多い。精神科病院は、専門的知識や能力に応じて役割を分担し、チームとして法律に定められた権限を行使する組織であることから、組織編成義務を前提とする組織過失の問題とすべき場合があるのではないかと考える。このときに、根拠条文として714条１項がふさわしいかという点については、最判平成27年４月９日民集69巻３号455頁（以下、「サッカーボール事件判決」という）もあり、改めて検討が必要であろう[25]。一方、施設については、実態と

[24] 窪田充見「神戸市の『認知症の人による事故に関する救済制度』について―『神戸モデル』の概要と意義」法時91巻３号（2019年）80頁以下参照。

[25] 中原太郎「判批」民法判例百選Ⅱ［第８版］（有斐閣、2018年）は、本判決の岡部裁判官の意見が、環境形成・体制づくりも監督義務を引き受けたと認める特段の事情に該当するとした点について、「介護統率者の一種の組織過失責任を問うもの」と指摘する。なお、精神障害者の自傷他害について精神科病院の損害賠償責任が問われた裁判例の状況は、林誠司「判批」判時2452号116頁（判評739号６頁）（2020年）を参照。

して、精神科病院と同様に考えることには違和感もあり、今後の議論を待ちたい。

最後に、そのサッカーボール事件判決との関係である。最高裁は、同判決において、親権者の714条１項の責任について、通常人身に危険が及ぶものとは認められない行為によってたまたま人身に損害を生じさせた場合には、当該行為について具体的に予見可能であるなどの特別の事情が認められない限り、ただし書により免責されるとした。従来、714条１項の法定監督義務者は責任無能力者の全生活関係について監督義務を負うため、その免責はほとんど認められず、無過失責任に近いと考えられてきたが、このサッカーボール事件判決は免責を肯定し、714条１項も監督義務者自身の監督義務違反に基づく責任であるということを改めて示したといえる。そうであれば、本判決でいう引受けにより監督義務が認められる場合であっても、具体的に予見可能な範囲について監督義務を果たしていた場合にはただし書による免責が認められるとも考えることができる。また、東京地判平成30年３月22日（Westlaw Japan 文献番号2018WLJPCA03228026）は、デイサービス施設に勤務する者が、利用者に暴行され受傷した事件について、両親の監督者責任が問題となった事案であるが、このサッカーボール事件判決を引用し、加害者には知的障害があり、言葉による意思疎通ができないことから「家庭内での教育、指導によって行動を統制したり、行動規範を身につけさせたりすることには限界があるといわざるを得ない」として、障害の状態・程度に照らして可能な範囲の指導監督を尽くしている場合には、原則として監督義務を尽くしていなかったとすべきではないと述べている。このような点からも、ただし書による免責は認められやすいのではないかと考える。

６．検討その２（吉田）――本判決の位置づけ及びその法理論的・法政策的課題

（１）本判決の位置・焦点

本件は、精神障害〔障碍。以下この趣旨である〕、とくに認知症事例（高次脳機能の複数障害。アルツハイマー型認知症･脳血管性認知症など）について､妻･子どもなどの家族の民法714条責任が問われて、最上級審で消極的判断を下して、下級審の判断を覆し、社会的にも注目を浴びたものである[26]。

[26] 高井隆一・認知症鉄道事故裁判――閉じ込めなければ罪ですか？（ブックマン社、

その際、最高裁レベルでは、精神保健・障害者福祉法などの平成11（1999）年改正で、保護者の精神障害者に対する自傷他害防止義務が廃止され、成年後見人の禁治産者への療養看護義務が身上配慮義務に改められて、契約などの法律行為に限られるとされたこと（さらには、同法の平成25（2013）年改正で、保護者制度（改正前の22条、22条の２など）は廃止されている（負担が重くならないようにとのことである））と、民法714条の適用との関係が浮き出る形で問題とされた。

（２）関連裁判例の事案と解決[27]

関連裁判例としては、精神障害者（とくに統合失調症）事例が多く、監督者責任の判断は肯否相半ばする（例えば、高知地判昭和47年10月13日前掲（緊張型精神分裂。殴打殺害。○（父親の責任））、福岡地判昭和57年３月12日判時1061号85頁（前掲）（精神病。近隣で刺殺。○（父親の責任））、東京地判昭和61年９月10日前掲（破瓜（はか）型（解体型）精神分裂。賃借人殺害。×（父母の714条２項の責任））、鹿児島地判昭和63年８月12日判タ682号177頁（×）、仙台地判平成10年11月30日前掲（妄想型精神分裂。元上司の会社代表取締役刺殺。○（父親））、東京高判平成15年10月29日判時1844号66頁（妄想型精神分裂病。隣人殺害。×（母親の責任。保護者の監督義務を削除した平成11年改正にも触れて、扶養義務者に過重な義務を負わせることはできないとして、民法709条の責任を認めた１審判決を取り消した））、福岡高判平成18年10月19日前掲（統合失調症。近隣者殺害。○（父親（準監督義務者）。平成11年改正に触れる））、名古屋地判平成23年２月８日前掲（自閉症。反射的に突き、転倒骨折させる。×（父母）（準監督義務者））、名古屋地裁岡崎支部判平成27年４月８日前掲（最

2018）参照。とくに、その第３章（33頁以下）では、本件事故の背景として、北欧の「ノーマライゼーション」理念に沿う、また転居は認知症にマイナスに作用するという居住福祉法学上の配慮（いわゆるリロケーションダメージの問題）からなされた「在宅介護」は最善の形でなされていたことが訴えられており、そういう中で生じた事故からの責任問題が本件では問われているという、現代高齢化社会の悩ましい課題に対峙していることを噛みしめたい。

[27] 従来の裁判例の検討は、瀬川信久・民商153巻５号（2017）（注21）705 ～ 707頁が詳しい。なお、吉田邦彦「精神障害者の他害行為と保護者の責任」医事法判例百選（有斐閣、2006）76 ～ 78頁も参照（平成10年仙台地判に関するものである）。

重度精神遅滞。施設職員を突発的に殴打。×（父母））。

最高裁としては、類似事案としては、最判昭和58年２月24日前掲（精神障害者（統合失調症）が路上で加害行為。×（高齢の両親）（責任を否定した原審を支持））がある。

また、未成年者事例として最判平成７年１月24日民集49巻１号25頁（未成年者（９～10歳）の行為による火災〔お化け屋敷と言われる無人倉庫で火遊び〕。失火責任法の適用で、監督義務者の重過失の有無を判定した。△（一部責任を認めた原審を破棄差し戻し））、同平成27年４月９日民集69巻３号455頁（愛媛県今治市小学校児童が、サッカーボールを蹴って、それを避けようとして自動二輪を転倒させて死亡事故（高齢者（当時85歳））。それについての児童両親の民714条･709条責任が問われて、本件同様に、社会問題化した。×（破棄自判））がある。（以上、責任の肯否を○×で示している。）

（３）学説

学説上は、法定監督義務者以外でも肯定するものの、民法709条責任とするもの（飯塚教授など[28]）、民法714条２項の適用･準用によるもの（我妻博士ほか）[29]、714条２項類推適用とするもの[30]などあった。それと同時に慎重論も見られたところである（四宮博士など）[31]。

（４）本判決の枠組み

こうした中で、新たな事例判決という意味のみならず、認知症の本件鉄道事故者（不法行為者）の長男という準監督義務者の責任の判定の判断枠組みを示

---

[28] 例えば、飯塚和之「精神障害者の加害行為に対する監督義務者の責任に関する一考察」小林三衛退職記念･現代財産権論の理論（敬文堂、1988）（前掲注10）164頁。近時では、吉村良一「監督義務者責任（民法714条）の再検討」立命館法学369・370号（2016）2224頁以下、とくに2228-29頁（民法714条による厳格な責任を709条責任によりやや軽減するとされる）など。

[29] 我妻栄・事務管理・不当利得・不法行為（日本評論社、1937）（注８）160頁、加藤一郎・不法行為（増補版）（有斐閣、1974）（初版、1959）（注15）162頁など。

[30] 潮見佳男・不法行為法Ⅰ（第２版）（信山社、2009）（注13）422頁。

[31] 四宮和夫･事務管理･不当利得･不法行為（下）（青林書院、1985）679頁、吉村良一･不法行為法（４版）（有斐閣、2010）200頁。さらに、潮見・前掲書424頁も参照。

しており、法定の監督義務者ではなくとも、責任無能力者との身分関係、日常生活の接触状況、加害行為防止に向けた責任能力の監督態様から、公平の見地から法定監督義務者と同視できる「監督義務の引き受け」があれば、民法714条１項の類推適用ができるとする。

そして、その要件として、①監督者の生活･心身の状況、②親族関係の有無･濃淡、日常の接触程度、財産管理への関与状況、③精神障害者の状況、④監護･介護の実態などの諸般の事情から判断するとした。これは、個別事案における公平原則に従った柔軟な解決を図る判断枠組みで、事実ではなく規範的判断であるとされている（本件を担当した、山地修・前調査官）[32]。

このような判示のスタイルは、岡部裁判官がリードされたためか、利益考量的な、多事情考慮的なスタンダード的な判断枠組み[33]ということができる。しかし、このような「物理的近接性、現実的監督可能性」の側面からの評価で、障害者の近親者責任の有無を判定できるかという政策問題は残されている（吉田）。

（５）裁判官相互のずれの法政策論的考察――立法論的課題

①（近親者の介護・監督義務をどう考えるか？）

介護に関しては、一般論として、「近代家族法」は老人扶養との関係で回避する傾向があるが[34]、とくに、精神障害者との関係では、悩ましい問題があり、負担回避の面から、精神保健福祉法の平成11年改正として、自殺他害防止義務の削除などとの関係をどう考えるかは、本判決でクローズアップされたところである。

---

[32] 山地修・ジュリスト1495号（2016）103-104頁参照。

[33] なお、スタンダード型、ルール型については、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論（有斐閣、2000）第１章参照。

[34] 例えば、水野紀子「高齢者の介護と財産管理」全社協・高齢者介護への提言（第一法規、1995）129頁以下。これに対するアンチ・テーゼとして、吉田邦彦「老人介護に関する家族法（扶養法）条の諸問題」（ジュリスト特集）高齢社会と在宅ケア（有斐閣、1993）参照。もっとも、そこで私が「介護義務」を論じた意味は、家族の介護義務を強めようとする安直な保守論者の議論などではなく、むしろ扶養紛争における「交渉上の武器」として、現実的な扶養者に配慮するという意味合いからであることは、吉田邦彦・民法学と公共政策講義録（信山社、2018）162-167頁等参照。

しかし、監督との関係で「なくす」（真空化する）ことはできないという点は、大谷補足意見が直視したところである。岡部裁判長も、（このような動向を反映させてか、「（準）法定監督義務」を Y_1Y_2について否定した）多数意見よりも、Y_2についてそれを肯定する限りで、大谷裁判官同様直視している。

② （精神障害者を家族に監督させる構造（スキーム）でよいのか？）

それでは、「精神障害者を家族に監督させるスキーム」は、民法714条の伝統的条文構造だが、果たしてこれで良いのだろうか。この点は、木内裁判官が看破したところで、こうした条文構造には、《（精神障害者たる）本人の行動制限》のインセンティブが出てしまい、本人保護の観点は閑却できないとされ、誠に鋭い指摘である。そしてもしこのような思想が、多数意見には埋め込まれているとなると、大変興味深いことになる。

このインセンティブを小さくするためには、監護義務をできるだけ狭め、空洞化することが、本人の自律的意思の重視、ひいては、精神障害者の福祉環境のあり方として、ノーマライゼーションの北欧の理念には叶うことになる。（だが、多数意見の判断枠組みは、《監督可能性、物理的近接性》などを問題にする伝統路線なので、――結論的には近親者責任否定ということで、木内裁判官の思いとは一致したものの――同床異夢的で多数意見は、（平成11年改正を意識しつつ《近親者の監督義務軽減》から出発しながら、《家族に監督させる伝統スキームに依拠する》限りで）褌的だと言わざるを得ない（なお、学説上は、積極論に対して、「介護への消極姿勢が導かれる」との反応も見られるが（窪田教授など）[35]、現実には誰かがせざるを得ないところがある（もちろん施設入所によるその負担緩和は必要だが）という前述の問題は残る。ここではそうした介護の現場での行動制限・拘束へのインセンティブを述べているのである）。

そしてその証拠にこの点では、岡部裁判長は、伝統的な路線に添って、近親者の精神障害者の監督体制スキーム（Y_2の準法的監督義務者性）を支持される（適用レベルで消極判断だったが。監督は尽くしたとして）（瀬川教授がこれを支持する[36]）。しかしそれは従来の枠組みの延長線上であり、三木准教授は、

[35] 窪田充見・ジュリスト1491号（2016）（注18）67頁など。

[36] 瀬川・民商153巻５号（2017）（注27）711頁参照。なお同教授は、監督義務の引き受けという枠組みを、不作為の不法行為として、多数意見も含めて支持される（同号

限界があると指摘する[37]。評釈者（吉田）も、そのような腐心のリアリティーが気になる。立法論の必要性（次述）に志向する所以である）。

③ （精神障害者に関わる責任構造とは？――立法論的課題）

しかし、木内裁判官の理念を詰めると、《本人の行動制限》にはならないように、《介護と監督とは区別される》という理念を前面に出すならば、誰が監督したら良いのだろうか？これは「宙に浮いた問題」と言わざるを得ない。同裁判官は、施設の責任が民法714条１項の問題として議論すべきだとされる。しかし、それでは、精神障害者福祉の先進地域である北欧的な「開放医療」「脱施設」の理念と矛盾するのではないかという疑問を持つ（樋口教授の論考[38]も参照。なおこの点で、米村准教授は、（病院や施設の）「過剰な萎縮行動（認知症高齢者の受け容れ拒否など）を起こす可能性がある」という[39]のは、評釈者（吉田）が危惧する、安易な責任論は、過剰な「閉鎖医療」を招くとの見通しとは対蹠的で非現実的のように思われる（同准教授〔現在教授〕の議論は、どのくらい、「べてるの家」などの精神障害者医療の現場を踏まえた発言なのであろうか））。

考えてみると、民法制定当時の精神病者監護法（前掲）の頃の「私宅監置」の発想の頃は、民法714条の（精神障害者に関する）監督義務者責任の構造は、ある意味マッチしていた。ところが、その後の100年で、精神障害者福祉の理念は大きく変化している。同条のスキームは、時代に遅れること甚だしいと思い、10年以上前に（2000年代半ばに）このような制度的変革への訴えを込めて、判例評釈を書いた[40]。ようやくこうした方向への動きが出てきたことは、未だ亀の歩みだが、木内裁判官のように、思いの共有を看取できる裁判官に垣間見ることができる。こうした中で、この拙文に、意識的に（短い解説の中にも拘わらず）、いち早く注目されて「民法714条責任の根拠の揺らぎ」を指摘されてい

712-713頁）。

[37] 三木千穂・月報司法書士549号（2017）31-32頁。更に本評釈の三木執筆部分参照。

[38] 樋口範雄「『被害者救済と賠償責任追及』という病」法曹時報68巻11号（2016）（注19）2746頁。

[39] 米村滋人・法学教室429号（2016）56頁注17。

[40] 吉田・前掲（注27）医事判例百選。その他、吉田邦彦・居住福祉法学の構想（東信堂、2006）77頁以下も参照。

るのが、久保野恵美子教授（東北大学）であり[41]、彼女の「感度の良さ」も感じている。

もっとも、この種の動きは、既に1980年代から見られた（山口純夫教授を嚆矢として、吉本公証人、飯塚教授・辻教授など[42]（これが本事件を契機に本テーマでの膨大な論考が噴出する前の状況である）。これらにおいては、714条責任を狭めるというのが、共通理解であった。拙文の若干の目新しいところを敢えて指摘するならば、第１に、知的障害者・精神障害者の現場を歩き（例えば、北海道伊達市の「太陽の園」施設長で（当時）バンク・ミケルセン（Bank Mikkelsen）賞の我が国第１号の小林繁市氏との交流）、その方面の文献から支配的な北欧の障碍者福祉の理念・フィロソフィーを説き、それと不法行為法との乖離をヨリ意識化させたこと、第２に、M・フーコーなどの現代哲学の理論分析を加えたこと、第３に、この問題解決には、障害者責任、家族責任とは別の被害者救済制度の立法的な解決が不可欠であることを説いたことであった（厳しい紙幅制限の為に、圧縮した叙述となったが）。

そこで本件でも、精神障害者の損害リスクをどう配分したら良いのか、という悩ましい法政策課題があることも事実である（本件のようなJRの列車遅延の損害は、今のコロナ渦の時代では些細なことで、かくもJRが損害賠償請求に執着することには逆に驚きである。むしろ、精神障害者の通り魔的な他害事件の場合に、深刻な被害者保護との相克が余儀なくされる）。そのためには、（本判決の論理の営為にも敬意を表するが）端的に、損害塡補と責任原因を切断する法制度（例えば、自動車損害賠償補償法71条以下の「政府補償事業」は参考になる）が求められて久しいのである。民法改正（債権法改正）もさることながら、こうした社会的意義が大きい法改正にも目を向けるべきだと痛感する。

---

[41] 久保野恵美子・法学教室431号140頁（2016）参照。

[42] 吉田・拙文（注27）に引用した、山口純夫・判評293号（1983）（刑事法学からの示唆が背景としてあった）、吉本俊雄「保護義務者の精神障害者に対する監督責任」判タ599号（1986）、飯塚・前掲（注28）（1988）、前田泰「精神障害者の不法行為と保護義務者の責任」徳山大学社会科学研究２号（1989）（注９）、辻伸行「精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任（１）～（５・完）」判評444～448号（1996））。また拙文のあとに、三木千穂「精神上の障害により責任能力なき者による不法行為責任の所在――現代における民事責任能力制度のあり方」静岡英和学院短期大学紀要８号（2010）があった。

④ （続・立法的課題――民法学者の立法論瞥見）

なお法制度改正と言っても、多くの民法学者は、民法典内向き的に、713条の責任無能力者制度を改めて、「衡平責任」積極論による実質的な民法714条責任の緩和などが図られるレベルであり[43]、評釈者（吉田）の問題意識とはやや異なるものである。もちろんオーバーラップすることではあり、本件のような認知症介護者の負担を責任政策論などから過重に、また本人拘束的にしないことが鉄則である。民法714条責任は、例外的に、介護が明らかに杜撰で、重過失的な場合に絞り込む必要がある。

重要なことは障害者福祉のノーマライゼーションないし開放医療の理念をしっかり受け止めて、新たな不法行為制度の構築に取り組むことである（その意味で、窪田教授がようやく「事故補償制度」を説かれている方向性[44]には、共鳴できる。また、三木准教授が紹介する神奈川県大和市の「はいかい高齢者個人賠償責任保険事業」は、被保険者は「はいかい高齢者SOSネットワーク」登録者とのことであり[45]、責任無能力とすると説明が付かず、実質事故補償制度だと思われる）。

だから同じく制度構築を説きながら、民法714条強化を志向する米村滋人評釈（代位責任論から正当化できるとする）[46]などは、評釈者（吉田）とは真逆であり、問題意識が共有されていないと思わざるを得ない（この点で、久保野教授が「困難である」と強く反発される[47]のは、もっともなことと思われる）。

もっとも、米村教授には、「振幅が大きい」ところがあり、その１年後に（ようやくここで）、精神保健福祉法の趣旨、前述の北欧的な障害者福祉のフィロ

---

[43] 例えば、加藤・前掲書（注29）142頁など。近時は、水野紀子「精神障害者の家族の監督者責任」町野朔古稀・刑事法・医事法の新たな展開（下）（信山社、2014）266－267頁、窪田充見「責任能力と監督義務者の責任――現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」現代不法行為法研究会編・不法行為法の立法的課題（商事法務、2015）93-95頁など。

[44] 窪田・ジュリスト1491号（2016）（注35）68頁、また窪田充見「神戸市の『認知症の人による事故に関する救済制度』について―『神戸モデル』の概要と意義」法時91巻３号（2019）（注24）参照。

[45] 三木・前掲（注37）34頁注41参照。

[46] 米村滋人・判評677号（2015）６頁（本件高裁判決の評釈）。

[47] 久保野恵美子「法定監督義務者の意味」論究16号（2016）33頁以下、とくに40頁。

ソフィーの意味を遂に織り込まれた如くで、家族の負担軽減を図られ、民法714条責任を維持しつつ、家族に付保を誘導し損害を分散すべきことを主張している（ある種の改説）[48]（なお、保険の議論は既に、三木・廣峰両准教授等も触れていたことである[49]）。これなら、興味深い構想だと評釈者（吉田）も考えるが、今日の世界一の高齢化社会で、このような疲弊した介護家族にこのような保険〔いわば認知症保険〕の普及を図ることの現実性・実効性という問題がある（さらに、精神障碍者一般に広げると、現代社会の病理（例えば、コロナ社会のストレスの高まり）の現れとしての精神障碍者のリスク対応として、家族責任に委ねそこに保険を介在させる場合の、不安定な保険市場に私企業が参加してくるかどうかは怪しい）。

また、このような保険制度を介在させても、責任保険であるから、家族責任の肯定ゆえに、そこからの障害者の行動への制約のインセンティブが断ち切れるのかどうか、やはり疑問なしとしない（なお同教授の整理だと、他に、第１に、714条免責説、第２に、709条説（714条廃止説）、第３が米村説（民法714条責任説）（保険による責任分散）であり、評釈者（吉田）は、第１の立場に近く、例外的な場合にしか家族責任を認めない（樋口教授もこれに近いようである[50]。ただ、樋口教授の場合高齢者の認知症事例が念頭にあるようだが、精神障碍者一般については、被害者保護も考えざるを得ないところもあるところが、私との相違である）。しかし同時並行に、「被害者保護制度」（事故補償制度）を整えることも私は提唱している。同教授は、社会保障でまかなうというが、これはいわゆる社会保障ではないから不正確である）。

やはり端的に事故救済制度を構想する方が、『取引費用』が安価な制度設計であるし、障害者福祉思想とも適合的であるとの私見は、揺るがない（例えば、精神障害者医療の実務関係者から、拙文の紛争事例は稀なことと指摘を受けた。だとするとそこから、高齢認知症関係者の家族、さらには精神障碍者一般について、その家族に責任保険の付保を広く奨めるのは、あまりにも大仕掛けと思

---

[48] 米村滋人「最高裁判決の意義と今後の制度設計のあり方」法律時報89巻11号（2017）110-111頁参照。

[49] 三木・前掲（注42）（2010）207頁などが言及し、廣峰・金商1493号（2016）７頁は、フランスの強制保険に触れている。

[50] 樋口・前掲（注38）2755頁以下、2762-63頁参照。

われる。端的に事故補償制度を独立に運用するのが、制度のあり方として安価であり、法政策的には、こちらの方が効率性基準に叶うのである。なお、障害者施設の責任保険ということも、「取引費用」を安価にする手立てだが、これは既に検討したように、「施設医療」「閉鎖医療」のインセンティブをもたらし、障碍者福祉の理念と不整合という問題が生ずるので、やはり原理的に無理だろう)。

なお、本判例研究は、1～4は三木と吉田が共同執筆し、5、6は各々三木、吉田が別個独立に執筆し、脱稿段階で、必要最低限の形式的な注の相互引照をするにとどめた。評釈者の独立性を重視したからであるが、それでも自ずと、方向性は共通するものがあると考えている。更なる読者諸賢のご教示を賜れば、幸いである。

本判決に関する評釈類として、山地修前調査官による解説(ジュリスト1495号、最判解平成28年度〔7〕)、窪田充見教授の時論(ジュリスト1491号)、瀬川信久教授の批評(民商法雑誌153号5号、平成28年度重要判例解説〔民法9〕)、米村滋人教授の解説(法学教室429号)、久保野恵美子教授の解説(法学教室431号)、前田陽一教授の解説(論究ジュリスト16号、20号)、廣峰正子教授の解説(金商1493号)、三木千穂准教授の解説(月報司法書士549号)、大澤逸平准教授の評釈(判例評論719号)、鶴ヶ野翔麻氏の評釈(法学協会雑誌135巻12号)、窪田充見教授ほかの特集「責任無能力者による不法行為と『家族』の責任」(法律時報89巻11号)などがある。

論　説

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（五）

――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――

津田智成

目　次

序章：本稿の問題意識――役務のフォート認定の基準と方法――
第一節：これまでの研究の到達点と残存する課題

第二節：本稿の分析手法と構成
第一章：役務のフォートの判断基準としての義務違反
第一節：役務のフォートの判断基準
第一款：役務のフォートの行為不法的側面
第二款：役務のフォートの結果不法的側面
第二節：義務の判断基準
第一款：法規定
第二款：職務の性質
第三款：法の一般原則
第三節：小括――役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面――
第二章：役務のフォートの類型論
第一節：論理的類型論
第一款：伝統的説明
第二款：現代的説明
第二節：経験的類型論
第一款：違法な法律行為
第二款：公務員の法的地位に対するフォート
第三款：さまざまな不作為
第四款：過誤・不手際・不注意
第五款：予防原則
第六款：役務の組織上の瑕疵
第七款：瑕疵ある情報
第八款：損害を生ぜしめる態度

（以上、六八巻二号）
（以上、六八巻五号）
（以上、七一巻一号）
（以上、七一巻五号）

第三節：小括――多様な形態をとる役務のフォート――
第三章：役務のフォートの評価方法
第一節：具体的評価
第二節：抽象的評価
第三節：小括――行為規範の措定を規律する諸要素――
第四章：結果債務理論
第一節：手段債務――注意義務――
第二節：結果債務――実効性確保義務――
第三節：小括――行為規範の高度化と結果不法説的解釈――
終章：総括――役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件――
第一節：役務のフォート概念の弾力性
第二節：行為規範の措定のあり方についての試論的考察

（以上、本号）

第二節：経験的類型論

第五款：予防原則

Paillet によれば、「予防原則（principe de précaution）」[67]は、行政行為の適法性審査に関する準拠規範の中で、ますます重要な地位を占めるようになってきており、その役割は、国家賠償請求訴訟においても相関的に明確になってきて

いるという[68]。この予防原則について定めた明文の規定としては、まず二〇〇四年に制定された環境憲章の第五条を挙げることができる。この規定によると、「損害の発生が、科学的知見の現状において不確実であっても、環境に対して重大かつ不可逆的な形で影響を及ぼしうる場合には、公的機関は、予防原則の適用により、自己の権限の範囲において、損害の発生を防ぐために、リスク評価手続を実施し、暫定的かつ比例的な措置をとるよう留意する」こととされている。同様に、環境法典法律篇第一一〇－一条第二項第一号は、予防原則により、その時の科学技術の知見を考慮した確実性の欠如が、環境に対する重大かつ不可逆的な損害のリスクを防止することを目的とする実効的かつ比例的な経済的費用に見合った措置をとることを遅らせることがあってはならない旨を定めている。

右の諸規定からも明らかなように、この予防原則は、本来的には環境分野において適用されることが想定された規範である。もっとも、学説においては、予防原則の適用が基本的には環境分野に限定されているもの[69]の、公衆衛生の分野でも応用されるようになってきており、他の分野にも拡大される可能性があることが指摘されている[70]。また、コンセイユ・デタは、二〇〇五年の報告書において、「EU法は公衆衛生の分野に予防原則を拡張しており、フランスの行政裁判官もまた、この分野において《予防》又は《予防措置》という概念に準拠している[71]」と述べていた[72]。実際、近年、コンセイユ・デタは、超高圧送電線（ligne électrique aérienne à très haute tension）による周辺住民の健康被害のリスクが問題となった《Association coordination interrégionale stop THT 判決[73]》において、公益性認定の適法性審査における予防原則の適用に関する一般的な判断枠組みを示した。すなわち、本判決は、環境憲章第一条[74]及び第五条並びに環境法典法律篇第一一〇－一条に基づき、予防原則に由来する諸要請に反する事業が適法に公益性認定されえないことを示し、また、この予防原則が環境にとって重大かつ不可逆的な損害のリスク、又は健康を重大な形で害する可能性のある環境に対する侵害のリスクが存する場合に適用されることを明らかにした。かくして、本判決により、環境憲章第五

条に基づく予防原則が、――あくまで「環境」を通してではあるものの[75]――人の健康にも適用されうること[76]が明確にされることとなった。ただし、「予防原則」という表現は、場合によっては〝広義に〟解釈されることにより、厳密には「環境」に関連しない事例あるいは「不確実性」が問題となっていないように見える事例に関して用いられることもあり、現状その外延は必ずしも明確ではない[77]。

このように行政訴訟における「予防原則」の適用については、漸進的にではあるが一定の進展が見られるものの、国家賠償請求訴訟における「予防原則」の適用は未だに発展途上であると言わざるをえない。実際これまでのところ、国家賠償請求訴訟において、明確な形で「予防原則」違反に基づき役務のフォートを認定した判例はもちろん、その適用が問題となった判例すら、ほとんど存在しない。そのため、この点については、学説における研究もあまり進んでいないのが現状である。

一　予防原則の適用により行政主体に課せられる義務

以上のことから、現時点においては、予防原則が適用されることにより、具体的に、どのような形で、行政主体に義務が課せられ、当該義務に対する違反について役務のフォートが認定されるのか、という点に関しては必ずしも明らかではなく、今後の判例の蓄積を待つ必要がある。ただ、この点に関しては、Paillet の論文で参照されている、「行政賠償責任法の最近の発展」（二〇〇五年）と題された論文[78]において、Gilles Pellissier が、「リスク管理：賠償から予防へ」という項目を立て「予防原則」と「国家賠償責任」の関係について若干の検討を行っている。そこで、以下では、まず、この Pellissier の検討を簡単に紹介しておくこととしたい。

Pellissier によれば、予防原則により公的機関は「損害の発生を防ぐために、リスク評価手続を実施し、暫定的かつ

比例的な措置をとる」（環境憲章第五条）こととされているところ、そこで公的機関に課せられる義務というのは、個々の活動について予防原則の適用を条件づける、許容できないものとみなされるリスクレベルを決定し、次に当該リスクに関する科学的な評価手続を実施し、最後に当該脅威に対して比例的な措置をとることであるという[79]。Pellissierは、これらの義務に対する司法審査のあり方について、以下のように整理している。かかる新たな諸規範は、特に情報・協議・評価の手続きの実施を含むことから、まずは、適法性のタームにおいて、とりわけ外部的適法性[80]のタームにおいて現れるものである。行政裁判官はまた、行政主体がリスク評価に必要なあらゆる諸要素を適切に（bien）検討したかどうかを審査し、当該諸要素のいくつかを考慮しなかったという事実は、法の誤りを構成する[81]。問題となる措置の「内容」については、裁判官は、危険性の存在に関する評価における明白な誤りの有無を審査することとなる[82]。本質的にリスクが科学的に不確実である分野に関しては、かかる誤りが認められることは例外的であるため、この審査は、実際には行政主体に当該決定に関する広範な判断の余地を委ねるものである[83]。他方、とられた保護措置が比例的なものであったかどうかの審査[84]は、「損害の発生を防ぐための比例的な」措置という法規定上の要件に沿った形で行われる[85]。

Pellissierは、以上のような整理を行った上で、予防原則と国家賠償責任の関係について大要以下のような指摘を行っている[86]。すなわち、作為義務が存在する以上、当該義務を負う者の賠償責任も存在することとなる。ところで、以上のような新たな諸規範は公権力に課せられるあらゆる義務を形成する。かくして、予防原則の適用における公権力の不作為（作為義務違反）は、確実に、当該不作為により構成されるフォートに基づく、賠償責任訴訟を生じさせることとなるであろう。逆に、営業の自由に対する制限が、リスクを防止する必要性によって正当化されない場合あるいは過剰なものである場合には、当該企業に対する行政主体の賠償責任が問われる可能性がある。このように行政主体がリスクを過小評価したり過大評価したりすることによって、あるいは適切な措置をとらなかったことによって、行政がフォート

を犯したかどうかは、裁判官によってケースバイケースで評価されることとなる。(87)

二　予防措置の過不足による役務のフォート

Pellissier と同じように、Paillet もまた、行政が、リスクに対して予防措置をとることを怠り、それにより当該リスクが現実化した場合や、逆に、営業の自由の制限が、リスクを防止する必要性によって正当化されなかったり、あるいは過剰なものである場合には、行政の賠償責任が生じうることを指摘している。(88)

そこで、Paillet は、前者に関連するものとして、B型肝炎ワクチン接種の副反応が問題となった裁判例(89)を挙げている。本件は、国が実施していた全国的なキャンペーンにおいてB型肝炎ワクチンの接種を行い（一九九五年及び一九九六年）、その後多発性硬化症を発症した（一九九八年）原告のM氏が、国に対して損害賠償請求訴訟を提起した事案である。原告は、B型肝炎ワクチン接種後に脱髄疾患の症例が確認されていたことや、一九九四年六月に開始されたファーマコビジランス調査の結果が一九九八年に公表され、それにより右キャンペーンが中止されることとなったことを指摘していたが、Nantes 行政控訴院は、国のフォートによる賠償責任を否定した。同行政控訴院は、まず、とりわけ世界保健機関（WHO）の勧告を受けて行われた、右キャンペーンが開始されたときには、B型肝炎ワクチン接種と脱髄疾患との関連性が証明されていなかったことや、当該ワクチン接種と多発性硬化症との間に関連性があると結論づけることを可能ならしめるデータがなかったことを確認する。その上で、これらの諸状況において、また特に青年期前の児童（préadolescents）を対象としたB型肝炎予防キャンペーンに期待される効果に鑑みると、当該キャンペーンが、当該ワクチン接種の非強制性、当該ワクチン接種がもたらすリスク、及びB型肝炎の感染態様について、対象となる人々を誤解させるような形で実施されたことを立証していない、M氏が、当該キャンペーンの実施を決定したことにより、国

がその公衆衛生警察権限の行使におけるフォートを犯したと主張することに理由はなく、さらには国が予防原則を尊重しなかったと主張することにも理由はないと判示した。つまり、本判決は、予防措置の〝不足〟が問題とされたものの、それが否定された事例であるといえる。

次に、後者に関連するものとして、同じくPaillet の論文において挙げられている《Société Auroy 判決》[90]を見ていくこととしたい。本件は、いわゆる狂牛病（ＢＳＥ）の問題に関連して、農業・漁業大臣が、二〇〇〇年から二〇〇二年の間に出された一連の命令により、ウシの胸腺を、その産地を問わず、人による消費に適さない肉のリストに加えていたところ、食肉製品の仲介業者であるAuroy 社が、これらの措置（あらゆるウシの胸腺の消費と販売の禁止）によって生じた損害の賠償を国に求めた事件である。同社は、特に、これらの絶対的な禁止措置が、有効な根拠もなく、より制限的でない欧州委員会の措置（欧州委員会は、禁止措置を生後六か月以上のイギリス及びポルトガル産のウシの胸腺に限定していた）に反しており、その点においてフォートの性質を有するものであるという主張を行っていた。この主張を受け、コンセイユ・デタは、まず、係争措置がＥＵ法（directive 89/662/CEE du Conseil du 11 décembre 1989）に違反するものであることを確認している。すなわち、二〇〇〇年に下された欧州司法裁判所の判決[91]によると、ＥＵ法上、加盟国は、公衆衆衛生又は動物の健康の保護に関する重大な理由がある場合には、欧州委員会による措置が決定されるまでの間、暫定的に保護措置を講じることができるが、欧州委員会が何らの措置を講じた場合には、欧州委員会が当該措置を決定する際に考慮することができなかった、あるいは当該決定の際に明らかに知らなかった、公衆衛生の保護に関する重大な理由が存在すると評価することを可能ならしめる、新たな要素によってそれが正当化されない限りは、一時的な保護措置をとることはできない。この点、本件においては、既に右のような欧州委員会の措置が講じられていたものの、予防原則を適用することにより、科学的確実性がなかったとしても、この「新たな要素」の存在を証明できれ

ば、EU法上の措置に反する保護措置をとることができたが、コンセイユ・デタは、それが証明されていないとして、係争措置がEU法に違反していると判断した。このことから、大臣は、係争措置を違法と判断した行政控訴院が予防原則を尊重しなかったと有効に主張することはできない、と結論づけられた。そして、国の賠償責任については、重大なフォートを要件とすることなく、フランスに課せられているEU法上の義務に違反して定められた、ウシの胸腺の販売を禁止する係争措置の違法性は、フォートの性質を有し、国の賠償責任を生ぜしめるとした行政控訴院の判断を支持する形で、フォートによる賠償責任が認められた。

第六款：役務の組織上の瑕疵

Paillet によると、行政主体のフォートが行政裁判官によって公役務の瑕疵ある組織に結びつけられることは稀ではないという[92]。序章でも紹介したとおり、役務のフォート概念は、その認定及び賠償責任の法的効果の次元において公務員個人の法人格が捨象されるという意味において「匿名的性格」を有するところ、その性格が現れる典型的なケースが、この役務の組織上の瑕疵が問題となるケースであるといえる[93]。すなわち、そこでは、仮に特定の公務員による直接的な加害行為（不作為を含む）が存在したとしても、当該行為それ自体ではなく、当該行為を可能ならしめた「組織編成上の瑕疵」や「体制整備上の瑕疵」が裁判官による非難の対象となるのである。この類型に含まれる判例は、医療役務の分野を中心に、さまざまな分野において見られる。

例えば、《Gil-Garcia 判決[94]》を挙げることができる。その事案は、以下のようなものであった。L氏は、一九七九年五月三日から四日にかけての夜に Sainte-Anne 精神医療救急センター（Centre Psychiatrique d'orientation et d'accueil

de Sainte-Anne）において診察を受けた。同氏は、抑鬱かつ不安状態にあったが暴力的あるいは攻撃的な行動は見られず、午前三時頃、Maison-Blanche 専門医療センター（Centre hospitalier spécialisé de Maison-Blanche）に移送された。しかし、その二時間後、同氏は、突然錯乱状態に陥り、同室にいた他の患者らを攻撃し、その結果四人を殺害し、さらに一人を負傷させた。この殺傷事件について、被害者遺族によって国家賠償請求訴訟が提起された。コンセイユ・デタは、まず、本件事件の発生が当直の看護師によって直ちに周知されたにもかかわらず、患者らを取り残したまま、精神の錯乱したL氏を制するために必要な諸手段が揃えられるまでに約一〇分を要したことを指摘する。その上で、当該役務が、自身の監護下に置かれた患者らがさらされた危険な状況――それは専門医療センターにおいては予見できないものではない――に対処するに当たって、右のように時間を要したその効率の悪さ（inéfficacité）は、当該センターの「賠償責任を生ぜしめる性質の役務の組織における瑕疵の徴表である」と判示した。つまり、本判決においては、本件殺傷事件を防ぐことができなかった責任が、特定の看護師や医師等の個別的な義務違反に帰せしめられるのではなく、当該センターの組織編成上の瑕疵ないし体制整備上の瑕疵に帰せしめられているのである。

また、学童送迎役務に関する《Syndicat intercommunal de ramassage scolaire de Condom 判決》[95]も、その例として挙げられる。本件は、一六歳の少年が学校近くの駐車場で送迎バスを待っている際に負傷した群衆事故（bousculade）に関して国家賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、Condom 学童送迎市町村事務組合（Syndicat intercommunal de ramassage scolaire）が、その安全を確保すべき約四〇〇人の学生らに対して監視員を一人だけしか置かず、高校から五〇メートルの位置にあった駐車場で待っていた学生らについて十分な監視を行わなかった点において、「学童送迎役務の組織におけるフォート（faute dans l'organisation du service de ramassage scolaire）を犯した」と判示した。つまり、本判決においては、学生の監視に当たっていた監視員個人の義務違反が問

われているわけではなく、右のような不十分な監視を余儀なくさせた監視体制の瑕疵が問題とされているのである。ただし、本判決においては、不注意な運転を行った運転手によって犯されたフォートと、まだ停車していないバスに乗ろうとした被害者によって犯されたフォートが認定されることにより当該組合の賠償責任は損害の三分の一に減責されている。

第七款：瑕疵ある情報

Paillet は、この瑕疵ある情報という類型に含まれる判例を、①行政客体の請求に対して情報提供を行う場合の行政主体の義務、②行政客体に対して自発的に情報提供を行う行政主体の義務、③行政主体が何らかの行動をする前に照会を行う義務、④行政主体が自らの保持している情報に関して秘密を守る義務という四つの類型に分けて整理している[96]。

一　行政客体の請求に対して情報提供を行う場合の行政主体の義務

行政主体は、法令に基づき、その請求に応じて行政客体に対して情報を提供する場合、不正確な情報を提供してはならない[97]。かつての判例においては、行政客体は所轄役務と並んで提供された情報の正確性を確認する義務を負うとして、不正確な情報はそれ自体において役務のフォートを構成するものではないと解されてきたが、一九五〇年代以降の判例においては、一貫して情報提供の誤りが役務のフォートを構成するものとして認められるようになった[98]。

例えば、土地占用係数（coefficient d'occupation des sols）――我が国で言うところの「容積率」に相当する――が誤って記載された都市計画証明書の交付が問題となった《Époux Bobin 判決》[99]においては、原告の Bobin 夫妻が、自身が

所有する土地について実際の土地占用係数の半分以下の土地占用係数が記載された都市計画証明書が交付されたことによって、当該土地の売却において被った損害について、役務のフォートによる賠償責任が認められている。

なお、行政主体が法令上当該情報を提供する義務を負わない場合であっても、当該情報の請求に対して十分に正確に応じなかったことによって、その権利や義務の範囲について利害関係者を誤解させたような場合にはフォートが認定されうる[100]。

二　行政客体に自発的に情報提供を行う義務

行政主体は、行政客体からの請求がなくとも一定の情報を提供することを義務づけられる場合がある。それにもかかわらず、行政主体が当該情報を提供しなかった場合、あるいは誤った情報を提供した場合には役務のフォートが認められることとなる[101]。

この類型に含まれる判決としては、《Nouzarède 判決[102]》が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。一九七五年七月二三日、林間学校〔＝サマーキャンプ〕（colonie de vacance）に参加していた少年Nは、同じ林間学校に参加していた少年Kの暴行により負傷し、失明した。精神に問題を抱えていたKは、Lot-et-Garonne 県保健社会福祉局（direction départementale de l'action sanitaire et sociale）によって当該林間学校に送られていたが、当該林間学校は、健康状態の良好な児童のために用意された施設であり、Kのように精神に問題を抱える児童を受け入れるための施設ではなかった。しかし、同局は、当該林間学校の責任者にKの精神状態や受けていた治療についての情報を提供していなかったばかりか、提供されていたカルテには当該児童が彼自身や仲間に危険を及ぼすことなく参加できる旨が記載されていた。さらに、同局は、右の負傷事件の二日前の一九七五年七月二一日に、当該林間学校の責任者からKの異常かつ

攻撃的な行動を知らされていたにもかかわらず、Kを当該林間学校から引きあげさせることを拒否していた。以上の事実を指摘した上で、コンセイユ・デタは、Kが他の児童に及ぼしうるリスクに関して当該林間学校の責任者に不正確な情報を提供した点、また当該責任者からの要請にもかかわらずKを当該林間学校にとどまらせた点において、Lot-et-Garonne県保健社会福祉局が同県の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを犯したと判示した[103]。

三　行動する前に照会を行う行政の義務

第三の類型は、行政主体が何らかの行動をする前に照会を行い又は情報を得る義務が問題となるケースである。この類型が特に問題となるのは、医療役務の分野である[104]。すなわち、典型的には、病院が特定の治療を実施する前に患者の同意を得なければならないというケースである。ここでは、情報提供義務と照会義務とが同時に生じている。つまり、病院は、一方で緊急の場合を除いて当該治療に伴う例外的でないリスクについて患者に情報提供を行わなければならず[105]、他方で当該治療を受けるという患者の同意を得なければならないのである。その結果、検討されていた治療以外の治療が行われた場合、病院は、患者の同意なく行動したことを理由に役務のフォートを犯したものとしてみなされることとなる[106]。なお、Paillet は、前述の予防原則により、行政が行動する前に適切な科学的情報を収集する義務を有することを指摘している[107]。

四　行政が保持している情報に関して秘密を守る義務

この第四の類型に当たる判決としては、近年注目を集めた《B嬢判決[108]》を挙げることができる。その事案は、以下のようなものであった。A夫人は、一九八七年一一月七日に匿名出産をした。この出生と同時に、当該児童は、児童社会

援助機関（service de l'aide sociale à l'enfance）に預けられB夫妻の養子となった。A夫人は、二〇〇一年中に、当該児童の新たな民事的身分及びB夫妻の氏名に関する情報を入手し、当該家族らの前に繰り返し現れるなどしたことから、当該家族が当該情報の漏洩があったとして県に対して損害賠償請求を行った。原審において、Marseille 行政控訴院は、原告が自らに課せられた立証、すなわち Alpes-Maritimes 県が同県の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを犯したという立証を行っていないとして、その請求を棄却した。これに対して、コンセイユ・デタは、まず、関連規定として、右のような社会的情報が職業上の秘密として保護されていることを規定する社会福祉及び家族法典法律篇第一三三－四条をはじめ、国の被後見子（pupille de l'État）が県議会議長の決定に基づき県の児童社会援助機関に預けられることを規定する同第二二二－五条、当該児童を引き取った際に作成された調書に記載された情報が県議会議長の責任の下で保管されることを規定する同第二二四－七条（旧家族及び社会福祉法典第六二－一条）等を引用した。その上で、出生時に児童社会援助機関に預けられ養子となった児童の生物学上の母親が、当該児童及び養子縁組先の両親の新たな身元に関する情報を知っていたということは、「当該情報の漏洩が第三者又は被害者のフォートに帰責されるべきであることが立証される場合を除き、県の賠償責任を生ぜしめる性質の、県児童社会援助機関の運営におけるフォートの徴表となる」と判示した。そして、その結論として、役務のフォートの立証責任を原告に負わし、その立証がなされていないと評価した点において、Marseille 行政控訴院が法の誤りを犯したと判断した。

原則として、フォートが存在することについての立証責任は原告にあるとされているが、それを立証することが不可能ないし困難である場合には、本判決のようにフォートが存在することが推定されることとなる。このような解釈は、一般的に「フォートの推定（présomption de faute）」と呼ばれている。[109] ただし、この推定は反駁不可能なものではなく、行政側はフォートが存在しないことを反証することによって自らの賠償責任を免れることができ、その点において

フォートによらない賠償責任の仕組みとは区別される。このようなフォートの推定は、伝統的に公土木責任や医療役務の分野において適用されてきたものであり、その意味において本判決は希少な判例であるといえる。本判決の論告においては、本件にフォートの推定が適用される根拠として、児童社会援助機関に秘密保持義務が課せられていること、当該情報漏洩の被害者がフォートの正確な起源を立証することが不可能であること、問題となる精神的損害が重大であることが挙げられている。本判決の射程は必ずしも広くないものの、これまで特定の領域において限定的に適用されてきたフォートの推定の活用可能性を示唆する、近年の重要判例の一つであるといえる。

第八款：損害を生ぜしめる態度

最後に、行政主体の一定の態度が行政客体に損害を生ぜしめる類型を紹介する[110]。Paillet は、この類型に含まれる判例を、①反故にされた約束、②態度変更、③圧力と工作、④誹謗中傷、⑤悪意という五つの類型に分けて整理している。

一　反故にされた約束

第一の類型は、行政主体が行政客体とした約束を反故にするケースである[111]。Paillet は、この類型について、「行政客体は、行政主体が自らが示した意向や（契約ではなかったとしても）自らがした約束に合致した行動をとることを期待する権利を有する。もし行政主体がそれに背くようなことがあった場合には、行政主体はフォートを犯したものとしてみなされることとなる[112]」と述べている。かかるフォートは、問題となる約束が法律上遵守されえないものであった場合や、問題となる約束を当該行政主体が法律上結びえなかった場合でも認定されうる[113]。

この類型に含まれる典型的な判例として挙げられるのが、《Clouet 判決》[114]である。その事案は、次のようなものであった。行政は、原告の Clouet 氏が Caen 市の郵便局の局長職（poste de receveur）への赴任を受諾した場合、その住居費を負担することを保証していた。そこで、同氏は、右郵便局への赴任を受諾し、配属された数か月後に住居を得た。しかし、その後、行政は当該住居の賃貸費用を同氏に支払うことを拒否したことから、同氏は、この賃貸費用の不払いについて国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、以上のような事実を想起させた上で、行政が、法律上遵守されえない保証を同氏に与えることによって Clouet 氏を惑わせ、国の賠償責任を生ぜしめる性質の役務のフォートを犯したと判示した。この判決の評釈において、Jacques Moreau は、この理由なき態度の急変が、軽率な考え又は気まぐれ、さもなければ二枚舌（duplicite）に由来するものであり、それが行政の人事管理において行政の行動を規律する「行動指針（lignes de conduite）」に適わないものであると指摘している[115]。

その他、人事異動の約束が反故にされたケース[116]やゴルフ場の建設費用の一部を負担する補助金の交付の約束が反故にされたケース[117]、市が所有する建物の売却計画を市議会に提出する約束が反故にされたケース[118]において、役務のフォートが認定されている。なお、この類型のフォートによる賠償責任に関しては、被害者のフォートによる減免を行う判例が多く見られる[119]。その例として、《Nicolas 判決》[120]が挙げられる。原告は、フランス環境研究所（Institut français de l'environnement）から採用の確約（assurances）を得たことから、働いていたルーヴル美術館の仕事を辞職した。しかし、その後、同研究所の資金難のために約束していた採用が行われなかった。コンセイユ・デタは、右の採用の約束が反故にされたことについてフォートを認定したものの、原告が、同研究所が当該約束を果たすことができないかもしれないというリスクを考慮しなかった点において不注意を犯したとして、同研究所が負う賠償責任を原告が被った損害の半額に減責している。

二　態度変更

第二の類型は、第一の類型と相当類似したものであるが、行政主体が厳密に言えば約束をすることなく最初の行動をとり、その後態度を変更したことにより行政客体に損害が生じたというケースである。[121]

Paillet がこの類型に含まれる判決として挙げている、Beauchamps 市が原告の建築家にその作成を依頼していた、学校群の建設計画を断念した事件に係る《Ville de Beauchamps 判決》[122]は、既に前章で紹介したため（第一章第二節第三款二参照）、ここでは近年の裁判例[123]を一つ紹介することとしたい。その事案は、以下のようなものであった。二〇〇二年に、Meurthe-et-Moselle 県において適用される移動生活者の受入計画が承認された。当該計画は、Lunéville 市において三二の駐車場を備えた受入エリアを設けることを定めていた。同市は、その実現のために必要な土地を先買権によって取得し、二〇〇八年の当初予算に一五万ユーロを計上していたが、それは二〇〇万ユーロと見積もられていた費用としては不十分なものであった。結局、法律によって定められた最終期限の二〇〇八年一二月三一日までに、右計画で定められた受入エリアは設けられなかった。移動生活者らが、この不作為について同市に対する損害賠償請求訴訟を提起したところ、Nancy 行政裁判所は、Lunéville 市が、右計画の実施を怠ったことについて、フォートによる賠償責任を認めた。この点、Nancy 行政控訴院は、まず、同市が援用している財政難という事情について、それが証明されていない上に、右の最終期限を徒過したことの口実となりえないことを指摘した。また、同市は、第一審における請求がなされた後に、Meurthe-et-Moselle 県に適用される移動生活者の第二次受入計画を実施し、そこで定められた二〇の駐車場を備えた受入エリアを設けるための措置をとったことを主張していたが、同行政控訴院は当該主張の有効性を否定した。その上で、「したがって、第一審の裁判官が正しく判断したように、Lunéville 市は、県の移動生活者の第一次受入計画を実施しなかったことによって、自己の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを犯した」と判示した。ただし、同行政控訴院は、

原告らが、この不作為と、彼らが訴える生活環境におけるトラブルとの関係が証明されていないとして、市に対する賠償命令を取り消している。

なお、態度変更が問題となる場合には、フォートによる賠償責任が認められなかったとしても、フォートによらない賠償責任の成否が併せて検討され[124]、当該賠償責任が認められる場合もある。その例として、《Sodevam 判決》[125]が挙げられる。本件は、民間の開発業者の Sodevam 社が、Paris 市における都市再開発計画に係る放射状幹線道路の建設が同市によって断念されたことにより損害を被ったとして国家賠償請求訴訟を提起した事案である。Sodevam 社は、この計画を実現するために Paris 市と協定を結んでいた混合経済会社と契約を結んでいたが、Paris 市とは直接的な契約関係になかった。本判決において、コンセイユ・デタは、当該事業に係るリスクの評価は Sodevam 社自身が責任を持って行うべきであったことや、当該事業から国が離脱することによって財政的及び技術的な困難が生じたことを指摘し、その態度変更についての Paris 市による役務のフォートを否定した。しかし、コンセイユ・デタは、この態度変更によって Sodevam 社が大規模な投資を行い建設した駐車場の利用者数が減少し損害が生じていることを確認した上で、同社が当該都市再開発計画の実現のために果たしていた役割に鑑みれば当該損害は特別な性格を示し、また、その重大性を考慮すると当該損害は同企業に通常課せられる負担としてはみなされえないとして、フォートによらない賠償責任を認めた。

三　圧力と工作

第三の類型は、行政主体が、行政客体が一定の行為をするように、あるいはしないように仕向けるために、行政客体に圧力をかけたり、工作を行ったり、扇動したりするケースである[126]。

この類型に含まれる判決として、《Époux Le Breton 判決》[127]が挙げられている。その事案は、次のようなものであった。一九八〇年一二月三日のQuimper大審裁判所の判決を執行するために開かれた競売において、Guengat市にあるLe Breton夫妻の所有する不動産が同市によって落札されることとなった。この落札に際して、同市は、他の入札者による入札を思いとどまらせるために、当該競売が開かれる当日に報道機関を通して同市が収用による当該財産の取得手続を行う考えを有していることを明らかにしていた。そこで、Le Breton夫妻が、かかる市の工作によって落札価格が低くなったとして、その損害について国家賠償請求訴訟を提起した。本判決において、コンセイユ・デタは、以上のような行動をとったGuengat市長が、「Le Breton夫妻に対する市の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成する工作を行った」と判示した。

四　誹謗中傷

第四の類型は、行政主体が行政客体の誹謗中傷を行うケースである。そこで、Paillet は、Antoine Bernard 論告担当官の次のような指摘を引用している。すなわち、「ある個人の評判を落とすような不正行為を当該個人に帰責する、行政の所為が、公権力の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成しうることは、非常に明白である。ある個人に関して不利になる価値判断を行い又は何らかの形で個人を害する可能性のある事実を暴露する行政の所為もまた同様である」[128]。Paillet によれば、このような場合に役務のフォートが認められるのは、こうした帰責（嫌疑）、判断又は暴露が行政任務の遂行に結びつけられないからであるという[129]。また、その任務を逸脱していなかったとしても、行政主体が自らに課せられた必要な客観性を失した場合にも、フォートが認定されることとなるという[130]。

その例として、《Zembra 判決》[131]が挙げられる。その事案は、次のようなものであった。ある警察署が管理する情報カー

ド（fiches de renseignements）には、原告の Zembra 氏が車上荒らしと家族遺棄の罪を犯したことがあるという情報が記載されていた。それを知った Zembra 氏が、内務大臣に対して当該情報の削除と五〇、〇〇〇フランの損害賠償を求めたところ、その請求が拒否されたことから裁判所に訴訟が提起されることとなった。コンセイユ・デタは、行政が車上荒らしと家族遺棄の嫌疑の正しさを確認しうる事実を立証できていないことや、右のカードが他の役務にも提供されていたことなどを指摘した上で、当該カードにおける右犯罪事実の記載の存在と行政による原告の訂正請求の拒否が「国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成する」と判示し、精神的損害として一〇〇〇フランの賠償を認めた。

五　悪意

最後の第五の類型は、行政主体が「悪意（mauvais vouloir）」を示すケースである[132]。

1　金銭債務の履行の拒否又は遅滞――その典型例とされているのが、裁判判決の結果として又は契約の枠組みにおいて行政主体が支払うべき金銭を支払うことを拒否した場合、あるいは当該支払いが過度に遅滞した場合である。かかる行政の悪意による被害者は、とりわけ民法典第一二三一－六条（旧第一一五三条）を援用することによって遅延賠償（dommages et intérêts moratoires）とは別に填補賠償（dommages et intérêts compensatoires）の支払いを求めることができる。すなわち、同条によれば、債権者は、債務者の悪意による遅滞によって当該遅滞と無関係な損害が生じた場合、遅延利息とは異なる損害賠償を得ることができるとされているのである。その例として、《Compagnie d'exploitation automobile 判決[133]》が挙げられる。本件は、ある裁判判決によって国の負担とされた、徴用（réquisition）に関する補償金の支払いが過度に遅滞したことについて、自動車開発会社が国家賠償請求訴訟を提起した事案である。コンセイユ・デタは、当該補償金の支払いの遅滞が、異常なものであり、事件の諸状況においては「陸軍省（département

de la guerre）の明白な悪意（mauvais vouloir manifeste）」に帰責されるべきものであり、かくして、自動車開発会社は、その債権に関する遅延利息とは異なる損害賠償を請求することを認める民法典第一一五三条に規定された例外的な状況にあると判示した。

2　役務のフォートの客観的評価と主観的評価――この類型に代表されるように、役務のフォートは、時おり「主観的に」評価されることがある。つまり、前章でも少し触れたように（第一章第一節第一款三参照）役務のフォートは、原則として「客観的に」評価されるものの、例外的に「主観的に」評価されることもある。ここでは、最後に、この客観的評価と主観的評価の問題について若干敷衍しておくこととしたい[134]。

フランス行政法においては、伝統的に、役務のフォートは、「客観的に」評価されるものであると解されてきた[135]。例えば、Henri Dupeyroux は、「我々は、公役務のフォートを客観的フォートと呼ぶ。それは、このフォートの評価が客観的要素の評価だからである[136]」であると述べている。また、Francis-Paul Bénoit は、「実際、行政的フォートは、役務の瑕疵ある運営により構成され、当該役務の運営に瑕疵があったか否かは、もっぱら単純に、それを規律する法令の適用上あるべき当該役務の運営との関係において評価される[137]」としている。同様に、Roger Bonnard も、「行政賠償責任が生じるためには、役務が悪しき態様で組織されたこと、又は役務が瑕疵ある態様で運営されたこと、かつ損害がこの役務の瑕疵に起因するということだけで足りる。したがって、必要とされるのは、もっぱら役務に瑕疵があることと、損害が当該瑕疵に起因するものであることを明らかにすることのみである。この役務の瑕疵が、当該役務の特定の公務員に帰責しうるフォートに起因するものであるかどうかを探求する必要はない。換言すれば、裁かれるべきは、役務であって公務員ではないのである[138]」と述べている。つまり、基本的に、役務のフォートの認定においては、裁判官の〝視線〟は、当該フォートの人的行為主体たる公務員個人ではなく、当該役務、特に当該フォートの人的行為主体の名にお

いて発せられる行政行為、あるいは当該役務を組織し運営する行政主体に向けられているのである。[139] 言い換えれば、役務のフォートは、公務員個人の義務ではなく公役務ないし行政主体の義務に照らして評価されることとなる。以上のことから、Paillet が指摘しているように、少なくとも伝統的にフォートの「主観的要素」として位置づけられてきた「帰責可能性（imputabilité）」を、自覚的かつ自由な意思にフォートを帰する可能性として解する場合、役務のフォートについては、その行為主体に対するフォートの「帰責可能性」を問う必要は全くないといえる。[140] 一般的に、役務のフォートが「客観的に」評価されるといわれるのは、このような文脈においてである。

しかしながら他方、Richer や Paillet によれば、例外的にではあるが、裁判官は、特定のケースにおいて、役務のフォートの行為主体の「意図」や「意思」、特に「害意」、「悪意」、「不法行為を犯す意思」、「法規範に違反する意思」に着目した「主観的評価」を行っているという。[141] 例えば、Richer は、「役務のフォートが一般的に義務違反という客観的事実（fait matériel）として定義されうるというのは確かであるが、それでもやはり、特定のケースにおいて、役務のフォートが意図的なフォート、悪意という形態をとることに変わりはない」[142] と述べている。また、Paillet も、裁判官が時おり行政の〝意図〟を探究する主観的アプローチをとっていることを指摘した上で、役務のフォートがもっぱら客観的に評価されるものであると解してきた伝統的学説の理解を修正する必要があることを示唆している。[143]

結局のところ、Paillet は、裁判官による役務のフォートの評価については、民法学者である Noël Dejean de la Bâtie の「折衷的な評価方法（mode d'appréciation intermédiaire）」[144] という表現を引用することにより、ニュアンスのある立場しかとりえないと結論づけている。[145] すなわち、裁判官の役務のフォートの評価に対するアプローチは、以上のように原則として客観的なものであるが、例外的に当該原則から離れ主観的となることがありうるというのである。そして、こうした立場の柔軟性は、役務のフォートがとるあらゆる形態を把握することを可能ならしめるという。以上のよう

な Richer と Paillet の理解については、現在の行政法学において、ほぼ異論のないところであると思われる。例えば、Benoît Delaunay は、かつては役務のフォートの客観的性格と主観的性格とを二者択一的に解する学説が支配的であったことを指摘した上で、両者は二律背反的なものではないことから、この対置は実際にはあまり説得的ではないとして、Richer と Paillet の立場を以下のようにまとめている。すなわち、「Richer 及び Paillet の両氏は、フォートは、通常、あらゆる心理的要素を欠く、異常及び不法な所為として客観的に評価され、例外的に、害意及び法規範に違反する意思を考慮することにより主観的に評価されることを示した」[146]と。

(67)「予防（précaution）」という表現は、厳密には「不確実性」を基準として「防止（prévention）」と区別されうるが、両者の区別は時に相対的であり、判例や学説においても明確な区別がなされることなく同義的に用いられている場合もある（Voir, Rapport public 2005 du Conseil d'État, « Responsabilité et socialisation du risque », *E.D.C.E.* 2005, pp. 275 et s. ; Sylvie Caudal, « Existe-t-il UN principe de précaution appliqué par le juge administratif ? », *R.F.D.A.* 2017, p. 1061 ; Patrice Chrétien, Nicolas Chiffot et Maxime Tourbe, *Droit administratif*, 17e éd., Paris, Sirey, 2020, n° 803）。例えば、Olivier Sutterlin は、いわゆる汚染血液事件とアスベスト事件においては、それぞれの事件で問題となった健康被害のリスクを認識することにより必要とされる措置をとるために警察権限を行使することが遅れたことについて役務のフォートが認定されているが、その科学的確実性の状況に鑑みると、両事件において問われたのは、「防止違反（manquements à la prévention）」であり、「予防違反（manquements à la précaution）」ではないと述べている（Olivier Sutterlin, « Synthèse. Le principe de précaution », *J.-Cl. Environnement et Développement durable*, 2019, n° 44 ; C.E. Ass. 9 avril 1993, *M.D., M.G. et M.B.*, Rec. 110, concl. Hubert Legal ; C.E. Ass. 3 mars 2004, *Ministre l'emploi et de la solidarité c./ Consorts Botella*, Rec. 125, *R.F.D.A.* 2004, p. 612, concl. Emmanuelle Prada-Bordenave ; Voir également, C.E. 9 novembre 2016, *Mme B...*, Rec. 496, concl. Jean Lessi. ；北村和生「フランスにおけるエイズ国家賠償訴訟――行政の規制権限不行使と損害賠償

責任」法律時報六五巻八号（一九九三年）六七頁、同「フランス行政賠償責任における医療事故と無過失責任――最近の行政裁判所判例を素材に――」政策科学三巻三号（一九九六年）三九頁、同「フランス行政賠償責任におけるＨＩＶ感染血液訴訟――行政判例に対する影響を中心に――」立命館法学二五一号（一九九七年）一頁、同「フランスにおけるアスベスト被害と国家賠償責任」立命館法学三一一号（二〇〇七年）二一八頁参照）。ただし、それに続けて、防止措置と予防措置を遡及的に区別することは困難であること、これらの措置が損害の発生を回避するという同一の目的を追求しているだけにいっそうそうなることが指摘されている。なお、国家賠償請求訴訟においてしばしば援用されている、地方公共団体一般法典法律篇第二二一二－二条第五号が、良き秩序、公の治安、公の安全、公衆衛生を確保することを目的とする市町村警察の任務の一つとして、火災や水害等のあらゆる自然の事故等を適切な予防措置によって防止し、必要な救助の提供によって終息させることを規定していることに代表されるように、「予防（précaution）」という概念自体は必ずしも目新しいものではない（Voir, Sylvie Caudal, *supra* note 67, p. 1061 ; Didier Truchet, *supra* note 40, n° 1060.）。

（68）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 134.

（69）C.E. 20 avril 2005, *Société Bouygues Télécom*, Rec. 1139, 1141 et 1146, *A.J.D.A.* 2005, p. 1191, concl. Yann Aguila. *R.D.I.* 2005, p. 254, note François Guy Trébulle ; Voir contrairement, C.E. 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, Rec. 333, *A.J.D.A.* 2010, p. 2114, note Jean-Baptiste Dubrulle, *J.C.P. A.* 2011, n° 2119, note Philippe Billet.

（70）Gilles Pellissier. « Évolutions récentes du droit de la responsabilité administrative », *Collectivités territoriales intercommunalité* 2005, étude 14, n° 31 ; Voir également, Émilie Gaillard. « Principe de précaution. Droit interne », *J.-Cl. Environnement et Développement durable* fasc. 2410, 2016, n° 108.

（71）Rapport public 2005 du Conseil d'État, *supra* note 67, p. 280 ; Voir. C.E. 24 février 1999, *Société Pro-Nat*, Rec. 614, *D.A.* 1999, comm. 239, note Jean-Claude Bonichot, *R.F.D.A.* 2000, p. 266, étude Aude Rouyère.

（72）Sylvie Caudal は、公衆衛生が問題となる場合には、裁判官が、少なくとも形式的には、「原則（principe）」ではなく、「予防措置（mesures de précaution）」に言及しており、そのアプローチが異なることを指摘している（Sylvie Caudal, *supra* note 67, p. 1062.）。

（73）C.E. Ass. 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres*, Rec. 60, *R.F.D.A.* 2013, p. 610, concl.

Alexandre Lallet, *A.J.D.A.* 2013, p. 1046, note Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, *R.D.I.* 2013, p. 305, note Agathe Van Lang, *Environnement* 2013, comm. 54, note Martin Guérin, *Revue Juridique de l'Environnement (R.J.E.)* 2013, p. 589, note Eric Naim-Gesbert ; Voir également, C.E. 7 mars 2018, n° 399727, *Énergie-Environnement-Infrastructures (E.E.I.)* 2018, comm. 28, concl. Xavier Domino, *R.J.E.* 2018, p. 771, chron. Simon Jolivet et Julie Malet-Vigneaux.

（74）「各人は、均衡がとれ、健康を尊重する環境の中で生きる権利を有する」。

（75）Voir, Sylvie Caudal, *supra* note 67, p. 1065.

（76）Voir, Agathe Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *R.F.D.A.* 2019, p. 659.

（77）Voir, Maryse Deguergue, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *R.J.E.* n° spécial 2000, p. 105 ; Catherine de Salins, concl. sur C.E. 31 août 2009, *Commune de Crégols, Revue juridique de l'économie publique* 2010, n° 673, p. 34 ; Juliette Gaté, note sous C.E. 31 août 2009, *Commune de Crégols, Revue Le Lamy Collectivités territoriales* 2009, n° 51, pp. 23-24.

（78）Gilles Pellissier, *supra* note 70.

（79）*Ibid.*, n° 33-34 ; Voir également, Yves Jégouzo, « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », *A.J.D.A.* 2005, pp. 1167-1168.

（80）Voir, C.E. Sect. 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France,* Rec. 342, D. 1999, p. 339, note Jean-Christophe Galloux, *R.F.D.A.* 2000, p. 266, étude Aude Rouyère, *R. T.D.E.* 1999, p. 81, étude Patrick Thieffry.

（81）そこで挙げられている、参考となる判例として、二〇〇二年の《Union Nationale de l'apiculture française 判決》を紹介しておくこととしたい（C.E. 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, Rec. 330, *A.J.D.A.* 2002, p. 1180, concl. François Séners, *Environnement* 2002, comm. 128, note Jean-Marc Février ; Voir également, C.E. 31 mars 2004, n° 254637, 255240, *Environnement* 2004, comm. 56, note Pascal Trouilly ; C.E. 4 avril 2005, *Société BASF-AGRO*, Rec. 706 ; C.E. 28 avril 2006, n° 269103, *Environnement* 2006, comm. 76, note Jean-Marc Février.）。本件は、蜂群崩壊症候群（syndrome d'effondrement des colonies d'abeilles）の原因として疑われていた、トウモロコシの種子処理のための「ガウチョ（Gaucho）」と呼ばれる農薬の利用許可の撤回を求める請求を拒否した農業・漁業大臣による決定について、養蜂家の組合

であるフランス養蜂全国連合（Union Nationale de l'apiculture française）が当該決定の取消しを求め越権訴訟を提起した事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、まず、ミツバチが、その花粉を採取するためにトウモロコシに頻繁に通うことを考慮しなかった点において、また、ミツバチによるトウモロコシの花粉の採取に関する正確な規模も、ミツバチがイミダクロプリド（殺虫剤の一種）によって汚染された花粉と接触することによる潜在的な直接的又は間接的影響の性質及び強さも調査しなかった点において、大臣は、当該製品の無害性を評価するのに必要な諸要素の全体を検討していなかったと判断し、「当該決定は、法の誤りを帯びるものとしてみなされなければならない」と判示した。本判決は越権訴訟における判決であるものの、本節第一款で述べたように今日違法性はいかなるものであっても役務のフォートを構成するものと解されていることから、本件における大臣の違法な決定も、国家賠償請求訴訟において――それが国の賠償責任を生ぜしめうるかはともかくとして――少なくとも役務のフォートとして認定されることとなると考えられる。

(82) Voir, C.E. 21 avril 1997, *Mme Barbier*, D. 1997, inf. rap. p. 123 ; C.E. 29 décembre 1999, *Société Rustica Prograin Génétique S.A. et autres*, Rec. 979.

(83) Voir également, Maryse Deguergue, *supra* note 77, p. 109.

(84) Voir, C.E. 28 juillet 2000, *Association Force Ouvrière consommateurs et autres*, Rec. 352.

(85) なお、先に紹介した《Association coordination interrégionale stop THT 判決》においては、事業の公益性認定の申請を受けた国家当局に課せられる義務と、その司法審査について、次のような整理がなされている（Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22e éd., Paris, Dalloz, 2019, pp. 553-554 ; Voir également, C.E. 14 novembre 2014, n° 363005, *E.E.I.* 2015, comm. 2, Jean-Sébastien Boda ; C.E. 11 mai 2016, n° 384608, *Contrats et Marchés publics* 2016, comm. 189, obs. Hélène Hoepffner ; C.E. 22 juin 2016, n° 388276, *A.J.D.I.* 2017, p. 26, étude Simon Gilbert.）。まず、事業の公益性認定の申請を受けた国家当局に課せられる義務とされているのは、①科学的知見の現状において、その実態及び範囲について不確実さが残っているとしても、予防原則の適用を正当化する、環境にとって重大かつ不可逆的な損害のリスク、又は健康を重大な形で害する可能性のある環境に対する侵害のリスクが存するケースであることを真実であると認めうる詳細なデータが存在するかどうかを調査すること、②この要件が充足される場合には、特定のリスク評価手続が公的機関によってあるいはその監督の下で実施さ

れていることに留意すること、③一方では当該リスクの信憑性及び重大性を、他方では当該事業の利益を考慮することにより、損害の発生を避けるために当該事業に加えられる予防措置が不十分なものであったり過剰なものであったりしないかを確認することである。次に、司法審査については、裁判官は、予防原則の適用が正当化されるかどうかを審査し、また実施されたリスク評価手続の実態及び予防措置の選択における評価の明白な誤りの不存在を確認することとされている。そして、かかる審査は、当該事業の公益性認定の審査の前に行われなければならないという。

(86) Gilles Pellissier, *supra* note 70, n° 35.
(87) Voir également, Rapport public 2005 du Conseil d'État, *supra* note 67, p. 284.
(88) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 135 ; Voir également, Olivier Sutterlin, *supra* note 67, n° 44.
(89) C.A.A. Nantes, 26 décembre 2006, n° 05NT00014, *A.J.D.A.* 2007, p. 873.
(90) C.E. 5 juillet 2010, *Ministre de l'agriculture et de la pêche c./ Société Auroy*, Rec. 984, *R.T.D.E.* 2011, p. 488, obs. Aude Bouveresse, *L.P.A.* 2011, n° 32, p. 12, chron. Stéphane Manson ; Voir également, T.A. Melun, 23 février 2006, n° 05-778-2, *A.J.D.A.* 2006, p. 832, note Stéphane Dewailly.
(91) Cour de justice des Communautés européennes 5 décembre 2000, *Eurostock Meat Marketing Ltd contre Department of Agriculture for Northern Ireland*, Affaire C-477/98, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance* I-10695, D. 2001, p. 279.
(92) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 136.
(93) Voir, *Ibid.*, n° 23.
(94) C.E. 23 juin 1986, *Centre hospitalier spécialisé de Maison-Blanche c./ Consorts Gil-Garcia*, Rec. 706.
(95) C.E. 25 février 1981, *Syndicat intercommunal de ramassage scolaire de Condom*, Rec. 904.
(96) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 139-148 ; Voir également, Yves Weber, « Promesses, renseignements, retards », *R.R.P.P.*, 1989, n° 58-94 ; Maryse Deguergue, « Promesses, renseignements, retards », *R.R.P.P.*, 2016 (Actualisation 2020), n° 34-65.
(97) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 140 ; Voir également, Jacques Moreau, « La responsabilité

administrative du fait des renseignements incomplets ou inexacts », dans *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 411.

(98) Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 179-180 ; Maryse Deguergue, *supra* note 96, n° 48-59.

(99) C.E. 24 juin 1988, *Époux Bobin*, Rec. 1014 ; Voir également, C.E. 22 avril 1988, *Chambre de commerce et d'industrie de Périgueux c./ Union aéronautique du Périgord*, Rec. 1011.

(100) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 141 ; C.A.A. Nantes, 29 décembre 2006, n° 04NT00764, *A.J.D.A.* 2007, p. 873 ; Voir également, C.A.A. Marseille, 7 février 2006, n° 01MA00603, *A.J.D.A.* 2006 p. 1406 ; Bertrand Seiller, « Les conseils donnés par les personnes publiques », *D.A.* 2005, étude 18 ; Maryse Deguergue, *supra* note 96, n° 44.

(101) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 142 ; Voir, C.A.A. Paris 27 mars 2012, n° 09PA05349, *A.J.D.A.* 2012, p. 819, note Marie-Gabrielle Merloz.

(102) C.E. 11 mars 1987, *Département du Lot-et-Garonne c./ Nouzarède*, Rec. 932 ; Voir également, C.E. Sect. 10 juillet 1964, *Ministre de la Construction c./ sieur Duffaut*, Rec. 399.

(103) その他、医療役務において患者に対して治療に伴うリスク等の情報提供が行われなかったようなケースも、この類型に含まれうる（Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 143-145.）。ただし、かかるケースは、行動する前に照会を行う行政の義務という第三の類型に整理することも可能である。

(104) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 146.

(105) C.E. 9 avril 1986, *Ciesla*, Rec. 85, *A.J.D.A.* 1986, p. 465, obs. Jacques Moreau, D. 1987. somm. p. 113, obs. Franck Moderne et Pierre Bon ; C.E. 1er mars 1989, *Gélineau*, Rec. 65, D. 1990, somm. p. 297, obs. Pierre Bon et Philippe Terneyre ; C.E. 3 février 2016, *Mme Deneux*, Rec. 944, *A.J.D.A.* 2016, p. 233, obs. Jean-Marc Pastor.

(106) C.E. 17 février 1988, *Mme Morette Bourny*, Rec. 73, D. 1989, somm. p. 122, obs. Franck Moderne et Pierre Bon.

(107) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 147.

(108) C.E. 17 octobre 2012, *Mlle B.…*, Rec. 362, *J.C.P. A.* 2013, n° 2025, concl. Béatrice Bourgeois-Machureau, note Claire

Vocanson, *A.J.D.A.* 2013, p. 362, note Hervé Rihal, *D.A.* 2013, comm. 9, note Christine Paillard, *Actualité juridique-Famille (A.J.F.) 2012*, p. 616, obs. Amélie Dionisi-Peyrusse, *A.J.C.T.* 2013, p. 140, obs. Emmanuel Aubin, *R.D.P.* 2013, p. 493, chron. Hélène Pauliat ; Voir également, C.E. 23 mars 2015, *Association Lexeek pour l'accès au droit*, Rec. 681, 682 et 684, *Communication commerce électronique* 2015, comm. 52, note Anne Debet.

(109) Voir, Jacques Moreau, « Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité. Comètes ou nébuleuses ? », dans Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline. Dalloz, 2002, p. 685 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, « Faute de service. Preuve et qualification », *J.-Cl. A.* fasc. 820, 2009, n° 2-43 ; Laurent Berthier, « L'évolution de la présomption de faute dans le contentieux de la responsabilité administrative », *D.A.* 2013, étude 7 ; Jean-Pierre Dubois, *supra* note 8, n° 124-133 ; Caroline Lantero, « Le recours banalisé aux présomptions dans le contentieux de la responsabilité », *A.J.D.A.* 2018, p. 2067 ; Hafida Belrhali, *supra* note 15, n° 208-212.

(110) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 149-157.

(111) Voir également, Jean-Marc André, « La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », *A.J.D.A.* 1976, p. 20 ; Yves Weber, *supra* note 96, n° 5-57 ; Maryse Deguergue, *supra* note 96, n° 7-33.

(112) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 150 ; Voir également, Benoît Plessix, « Sécurité juridique et confiance légitime », *R.D.P.* 2016, p. 799.

(113) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 150 et 152 ; Voir également, Fanny Grabias, *La tolérance administrative*, Paris, L.G.D.J., 2018, n° 713-717.

(114) C.E. 12 février 1990, *Secrétaire d'État auprès du ministre de l'industrie, des P. et T., chargé des P. et T. c./ Clouet*, Rec. 970, *A.J.D.A.* 1990, p. 570, obs. Jacques Moreau, D. 1991, somm. p. 229, obs. Pierre Bon et Philippe Terneyre.

(115) Jacques Moreau, *supra* note 114, pp. 570-571.

(116) C.E. 27 juillet 1988, *Ordoux*, Rec. 304.

(117) C.E. 3 mars 1989, *Société Sagatour et Ministre des départements et territoires d'outre-mer*, Rec. 905 ; C.A.A. Lyon 7

juillet 2011, n° 10LY00191, *A.J.D.A.* 2011, p. 2251, note Jean-David Dreyfus.

(118) C.E. 1er mars 2012, *SCI Stemo*, Rec. 990, *Bulletin Juridique des contrats publics* 2012, n° 82, p. 162, concl. Bertrand Dacosta.

(119) Voir, Jean-Pierre Dubois, *supra* note 8, n° 74 ; Didier Truchet, *supra* note 40, n° 1228.

(120) C.E. 2 octobre 2002, *Nicolas*, Rec. 920.

(121) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 153.

(122) C.E. 29 octobre 1986, *Ville de Beauchamps, R.D.P.* 1987, p. 487 ; Voir également, C.E. 16 novembre 1998, *Sille*, Rec. 418, *L.P.A.* 1999, n° 219, p. 15, chron. Jacqueline Morand-Deviller.

(123) C.A.A. Nancy, 28 novembre 2013, n° 12NC01317, *A.J.D.A.* 2014, p. 721.

(124) Voir, C.E. 25 septembre 2015, n° 376431, *A.J.D.A.* 2016, p. 450, note Alice Minet-Leleu.

(125) C.E. 17 mars 1989, *Ville de Paris et société Sodevam,* Rec. 96, *A.J.D.A.* 1989, p. 472, concl. Bernard Stirn, D. 1990, somm. p. 295, obs. Pierre Bon et Philippe Terneyre ; Voir égalament, C.E. 15 avril 1992, *SCI Vallières et autres c./ Communauté urbaine de Lyon*, D. 1993, somm. p. 144, obs. Pierre Bon et Philippe Terneyre.

(126) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 155.

(127) C.E. 26 février 1988, *Époux Le Breton*, Rec. 1002, D. 1989, somm. p. 127, obs. Franck Moderne et Pierre Bon.

(128) Antoine Bernard, concl. sur C.E. 19 novembre 1958, S. 1959, juris, p. 74.

(129) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 156.

(130) *Ibid.*

(131) C.E. 13 mai 1987, *Zembra*, Rec. 927 ; Voir égalament, C.E. 24 novembre 1989, *Kahn*, Rec. 924 ; C.A.A. Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX01387, *A.J.D.A.* 2014. p. 2227.

(132) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 157.

(133) C.E. Sect. 19 mai 1950, *Compagnie d'exploitation automobile*, Rec. 304 ; Voir également, C.E. 16 novembre 2001, *Mme Queille,* Rec. 1182, *Actualité juridique-Fonctions publiques (A.J.F.P.)* 2002, p. 48, note Rémy Fontier, *Cahiers de la*

Fonction publique avril 2002, p. 40, chron. Mattias Guyomar.

（134）拙稿・北大法学論集六四巻六号一一一三七－一一一四五頁も併せて参照。

（135）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 186.

（136）Henri Dupeyroux, *Faute personnelle et faute du service public. Étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l' administration et de ses agents*, Th. Paris, 1922, p. 219.

（137）Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, n° 1290.

（138）Roger Bonnard, note sous C.E. 23 janvier 1931, *Garcin*, S. 1931. Ⅲ . 98 ; Voir également, Just Luchet, *L'Arrêt blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1935, pp. 74-75.

（139）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 10, 19 et 25 ; Voir également, Gérard Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, pp. 188 et 224.

（140）Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 186.

（141）Voir Laurent Richer, *Thèse 1978*, pp. 88 et s. ; Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 187-190 ; Michel Paillet, Manuel 1996, n° 237-238.

（142）Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 3.

（143）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 189.

（144）Noël Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 7.

（145）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 190.

（146）Benoît Delaunay, *supra* note 16, n° 59 ; Voir également, Jean Louis de Corail, « La Faute du service public considérée dans ses rapports avec les notions d'obligation et d'activité », dans *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 469-471.

第三節：小括――多様な形態をとる役務のフォート――

以上、本章においては、フランス行政法学における役務のフォートの類型論について検討を加えてきた。本章での検討により、役務のフォートが極めて多様な形態をとることが明らかになったように思われる。その内容を網羅的に取り上げることはできないが、いくつかの重要な点や注目される点を中心に、その検討を整理しておくこととする。

まず、「論理的類型論」における「伝統的説明」については、やはりDuezの類型論が重要であろう。すなわち、それは、役務のフォートを、①公役務が悪しき態様で運営された場合、②そもそも公役務が運営されなかった場合、③役務が運営されたものの遅れてなされた場合という三つの類型に分けて論じるものである。このDuezの類型論は、後世の学説に多大な影響を与え、現在の教科書や論文等においても参照・引用されており、おそらく最も伝統的で著名な役務のフォートの類型論ではないかと思われる。もっとも、この類型論は、特に各類型間の境界の不明確さゆえに、Palletをはじめとした一部の学説から批判を受けている。また、この類型論に関しては、そこで各類型間における役務のフォートの認定w方法の差異等が分析されているというわけではないため、その意義が必ずしも明らかでないようにも思われる（第一節第一款）。

これに対して、Palletによる「現代的説明」においては、「違法な法律行為」と「瑕疵ある事実行為」、そして「不作為義務違反」と「作為義務違反」という大きな二つの類型論が挙げられている。特に前者に関しては、法律行為については役務のフォートが「適法性の原理」に照らして審査されることとなり、事実行為については役務のフォートが行政によって行われた「事実行為の正しさ」との関係において審査されるとして、その準拠規範の差異を指摘している点が注目される。また、「不作為義務違反」についても、その範囲に応じて「全面的不作為」と「部分的不作為」に細分化し、

後者の不作為については（前者の不作為に比して）裁判官が役務のフォートの認定に当たってためらいがちな姿勢を見せるという類型間の関係を示す指摘がなされている点が興味深いところである。このように、Paillet の類型論にあっては、そのすべてについてではないものの、各類型間における役務のフォートの認定方法の差異等が分析されており、類型論としての意義が一定程度見出されるのではないかと思われる（第一節第二款）。

次に、「経験的類型論」については、「違法な法律行為」、「公務員の法的地位に対するフォート」、「さまざまな不作為」、「過誤・不手際・不注意」、「予防原則」、「役務の組織上の瑕疵」、「瑕疵ある情報」、「損害を生ぜしめる態度」という八つの類型に沿って検討を進めたが、それによって役務のフォートが極めて多様な形態をとることが明らかになった。すなわち、役務のフォートは、「適法性に違反しない義務」、「さまざまな作為義務」、「正確性の義務」、「リスク予防義務」、「組織編成義務」、「正確な情報を提供する義務」、「情報収集義務」、「秘密保持義務」、「誠実に行動する義務」、「害意なく行動する義務」、「約束を尊重しつつ行動する義務」等の、多種多様な義務に対する違反により構成される、非常に弾力的な概念なのである。このような役務のフォートがとりうる多様な形態の中でも最も重要な形態の一つが「違法な法律行為」である。今日、「違法な法律行為」が問題となる国家賠償請求訴訟においては、基本的に違法性の存在から直截的に役務のフォートが認定されており、役務のフォートについての固有の審査はなされていない。Paillet の言葉を借りれば、「行政の違法行為はいかなるものであっても、それ自体によりフォートを構成する」（傍点筆者）のである。要するに、そこでは、もっぱら当該法律行為自体の法適合性が問われているということであり、実質的に「権限規範違反」ないし「客観的法規範違反」から役務のフォートが構成されていると解することができる。

また、「さまざまな不作為」及び「予防原則」という類型に関しては、行政に課せられる義務の範囲の拡張ないし行為規範の高度化という傾向が見られる点が注目される。こうした傾向は、典型的には重大なフォート要件の適用範囲が

縮減されるという形で、あるいは、これまでは認められてこなかった役務のフォートが認められるようになるという形で表れている。特に下級審判決とはいえ、大気汚染に対する規制権限の不行使について役務のフォートを認定した判決が出てきたことは、こうした傾向の一つの象徴であるといえる。また、「予防原則」については、まだ判例の蓄積が乏しく、その適用範囲等が必ずしも明らかではないものの、この原則が適用されることにより、行政は、損害の発生ないしそのリスクが科学的に不確実な場合でも、その介入を求められることとなるため、行政に課せられる作為義務の範囲は従来よりも広がることとなる(1)。現代社会における科学技術の進歩により多種多様なリスクが出現あるいは増大し、また情報社会の発展により公的又は私的活動によって行政客体がさらされることとなる当該リスクの存在が広く知られるようになるにつれて(2)、社会におけるさまざまな場面での「安全」への要請が高まっていること――積極的な行政介入を求める行政客体の法意識の変化ないし行政主体（国家）と行政客体（市民）の法関係の変化――が、こうした新たな義務の誕生や、既存の義務の拡張、行為規範の高度化といった動きの背景にあるのではないかと思われる。Pellissier の言葉を借りるならば、「行政賠償責任法は、今やリスク社会と形容される社会に適合しなければならないのである(3)」（第二節）。

なお、全体的な傾向として指摘できるのは、フランスの国家賠償請求訴訟においては、特に被害者（場合によっては第三者）の所為ないしフォートを考慮することによって、国家賠償責任における賠償額が減免されるケースが少なくないということである(4)。被害者の所為ないしフォートは、場合によっては、序章で紹介した Didier Truchet の整理(5)にもあったように、行政に課せられる義務の程度ないし役務のフォートの存否を判断する際の考慮要素としても現れうるが、多くの場合、それが明示的に現れるのは賠償額の確定の場面においてであるといえる。このことは、「違法な法律行為」に起因する役務のフォートによる賠償責任の判断枠組みにも通ずるところがある。というのも、前述のように、そこで

は、単純に損害や因果関係が存在しない場合をはじめ、重大なフォートが要求される場合や被害者のフォートが存在する場合、違法な法律行為が実体的に正当化される場合――具体的には、賠償されるべき損害又は違法性ないしそれにより構成される役務のフォートと損害の間の因果関係が認められない場合――には、国家賠償請求を棄却するというような解釈が行われているからである。要するに、役務のフォートによる賠償責任に関する判例を見ていくと、行政裁判官が、役務のフォートという一つの要件に固執することなく、その他の諸要件の全体を柔軟に活用することによって行政に対する適法性の統制や被害者救済についてのバランスをとっていることがわかるのである。

以上、本章においては、前章における研究を明確に実証するために、役務のフォートがどのように認定されているのか、つまり行政に課せられる義務ないし当該義務に対する違反がどのように認定されているのか、を個々の判例に沿って具体的な形で示すことを試みてきた。そこで、次に問題となるのは、以上のように多様な形態をとる役務のフォートが、どのように評価されているのか、具体的には、その評価に当たって考慮されている要素がいかなるものであるのか、そして当該考慮要素がどのように機能しているのか、ということである。

〔未完〕

（1）Voir, Maryse Deguergue, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *R.J.E.* n° spécial 2000, pp. 108-110.

（2）Voir, Gilles Pellissier, « Évolutions récentes du droit de la responsabilité administrative », *Collectivités territoriales intercommunalité* 2005, étude 14, n° 20.

（3）*Ibid. supra* note 2, n° 20 ; Voir également, Bernard Pignerol, « Responsabilité et socialisation du risque », *A.J.D.A.* 2005,

p. 2211.

（4）Voir, Jacques Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1957 ; Jean-Paul Payre, « Faute et fait de la victime dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle », *A.J.D.A.* 1980, p. 398 ; Marc Fornacciari, « Exonérations ou atténuations de responsabilité », *R.R.P.P.*, 2011 (Actualisation 2019), n° 52-185.

（5）Voir, Didier Truchet, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 1235.

※なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14J04923、18K12621、公益財団法人野村財団国際交流助成（研究者の海外派遣）、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学生事業の助成を受けた。

執筆者紹介（掲載順）

齊藤正彰	北海道大学大学院法学研究科教授
辻　康夫	北海道大学大学院法学研究科教授
楊　瑞賀	北海道大学大学院法学研究科助教
岩谷　將	北海道大学大学院法学研究科教授
邱　昌茂	中国湖南大学講師
津田智成	北海道大学大学院法学研究科准教授
湯　徳宗	台湾東呉大学王紹堉講座教授
徐　行	北海道大学大学院法学研究科准教授
吉田邦彦	北海道大学大学院法学研究科教授 南京師範大学兼職教授
三木千穂	海上保安大学校准教授

令和３年３月24日　印刷
令和３年３月31日　発行

編集人　米田雅宏
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
小名木明宏
印刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 71 March 2021 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Reading of Theory of Domestic Application of Treaties
…… Masaaki SAITO 1

Considering policies for minority languages …… Yasuo TSUJI 57

Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (1)
…… Ruihe YANG 91

Local Negotiations between Japan and China on the Marco Polo Bridge Incident in Peiping-Tientsin Area from 7th July to 28th July, 1937. (II)
…… Nobu IWATANI 143

The Current status and issues of environmental public interest litigation in China : concerning environmental damage (2)
…… Changmao QIU 191

Le critère et la méthode de la qualification de la faute de service dans le contentieux administratif de la responsabilité en France (5) : en comparaison du principe de la responsabilité du premier alinéa de l'article 1 de la Loi de la responsabilité de l'État au Japon
…… Tomonari TSUDA 414[1]

LECTURE

Expounding on the ROC Constitutional Court Interpretation No. 748
…… Dennis T. C. TANG 255

Expounding on the ROC Constitutional Court Interpretation No. 748
…… Dennis T. C. TANG 287
Translated by Xing XU

CASE NOTE

Note on Civil Law Case …… Kunihiko YOSHIDA 327

Note on Civil Law Case …… Kunihiko YOSHIDA and Chiho MIKI 345

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically 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