HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第72巻 第1号 全1冊
Citation	北大法学論集, 72(1)
Issue Date	2021-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/81556
Type	journal
File Information	lawreview_72_1_all.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 72 巻　　第 1 号

論　　説

世界の趨勢から見た、先住民族の権利保護及び謝罪の理由・意義
—— 民法の観点から（人類学との学際交流を踏まえつつ）——
…… 吉 田 邦 彦　1

私人間の人権保障と国際規律（２・完）…… 齊 藤 正 彰　49

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（２）
…… 楊　瑞 賀　85

契約責任決定規範の多元性（３）
—— アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として ——
…… 木 戸　茜　270［ 1］

判 例 研 究

民事判例研究 …… 吉田　邦彦・葉　昕　155

民事判例研究 …… 山 本 周 平　181

雑　　報

北海道大学法学会記事 …… 195

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）
長谷川晃（法哲学）
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）
○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）
齋藤由起（民法）
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

見野彰信（法実務基礎）
小林俊彦（刑事実務）
仲世古善樹（刑事実務）
新川生馬（法実務基礎）
林賢一（民事実務）
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）＊
林耕平（民法）
○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）
横路俊一（民事訴訟法）

助教

大串倫一（憲法）
許仁碩（法社会学）
崔碩鎭（現代政治分析）
内藤陽（憲法）
谷遼大（行政法）
富山侑美（刑法）
楊瑞賀（民法）
横堀あき（憲法）
ロドリゲズサムディオルベンエンリケ（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

世界の趨勢から見た、先住民族の権利保護及び謝罪の理由・意義

―― 民法の観点から（人類学との学際交流を踏まえつつ）* ――

吉　田　邦　彦

目　　次

1．はじめに
2．問題の所在
3．アイヌ法学史の基盤となる土地問題
4．現代的諸問題
5．大学の役割――将来の方向性

1．はじめに

（1）尾本博士との出会い

本稿が機縁とする先住民族問題研究会を作られた、人類学の転機を築き総合人類学を目指される尾本惠市博士（名誉教授）（東京大学・国際日本文化人類センター）と直接の面識を得たのは、それほど前のことではない。2018年６月初旬に同博士が、地方大学の一介の民法教員を訪ねに来られたのが最初である（博士も、谷口正次氏らとのシンポ[1]の直後で忙

*本稿は、2020年６月26日の「北大遺骨返還謝罪要求教員有志勉強会（オンライン勉強会）」での報告、及び同年７月11日の「先住民族問題研究会（オンライン研究会）」での報告を基とするものである。関係各位、とくに前者では瀬名波栄潤教授（北大文学研究科）、後者では尾本惠市名誉教授（東京大学）に対して、

しい時期。私も留学前の「超多忙出張の谷間」の札幌滞在時)。その後、同年６月23日の先住民族問題研究会に参加し(報告者は、宇梶静江フチ、コメントは吉田)、さらに、同年７月23－25日に、(お薦めを受けた)マレーシア・ペナンでの第12回国際狩猟採集民族学会に参加させていただいた。

言うまでもなく、尾本博士は博士論文で、それまで人類学で一般的だった古典的形態人類学等形態のみに基づく直感的なヒトの起源・類縁論に反旗を翻し、集団遺伝学ないし分子人類学に着目し、アイヌ民族の「先住民族(狩猟採集民族)」であることの遺伝的に解明されて、５～６万年前から始まる人類の《アフリカ脱出》との関係で、日本の原住民族のアイヌ民族、琉球民族を人類史で位置づけられた[2]。尾本博士による科学的証明が、「先住民族性」を裏付けることとなったわけである(この点で、例えば、樺太アイヌの盗掘を行った清野謙次氏の主観的人類学では、「日本人原人」説を採り、アイヌ民族にも侮蔑的であった[3]のとは対照的であり、人類学研究の進展が先住民族保護との関係で無視できない所以である)。しかも被験者に対する献呈とお詫びをしているところに同博士のヒューマニティが出ている。そして目下の博士の関心は、「先住民族の人権論」である[4]。

その後同博士とは、2019年２月に、東大理学部などでのフィリピン・

記してお礼申し上げる。とくに後者は、先住民族問題についての、《人類学者とそれ以外の分野の研究者との学際的・学問的な対話》はこれまであまりなされていない、希有な試みであり、それゆえに、副題にも記した次第である。その意味でも先住民族の人権保護に積極的な尾本博士の存在は貴重である。

[1] その記録は、尾本恵市ほか・(講演録)自己規制する文明は可能か？(ものづくりの心塾ほか、2018)となっている。

[2] 尾本恵市・ヒトと文明――狩猟採集民から現代を見る(ちくま新書)(筑摩書房、2016)81頁以下。さらにその基は、同・ヒトの発見――分子で探るわれわれのルーツ(読売新聞社、1987)174頁以下、同･分子人類学と日本人の起源(裳華房、1996)128頁以下なども参照。

[3] これについては、例えば、松島泰勝・琉球奪われた骨――遺骨に刻まれた植民地主義(岩波書店、2018)５頁以下参照。

[4] 尾本・前掲書(注２)(2016)195頁以下。

ママノワ族のリーダーを迎えての国際会議を行っているが、その翌年（2020年１月）に、思いもかけぬ奥様尚子様の逝去があり、意気消沈の先生に元気になってもらいたいとの一心で、「先住民族問題研究会」復活のための繋ぎで、この研究会企画を迎えた次第である。私は前座だが、先生からは、国連 EMRIP 会議（2019年３月にコロラド大学、2020年３月にブリティッシュコロンビア大学で開催）のことを知りたいとの要請を受けている。



（2018年６月５日。尾本博士との邂逅の日に。北大エンレイソウにて）



（開拓使仮学校（北大の前身）の跡（東京都芝増上寺の一角））（2015年９月）
（左は、大西広教授（慶應義塾大学・日中友好協会副理事長））

（2）北大キャンパスにおける一つの事例から[5]

本稿は、北大教員間の勉強会報告にも由来するので、皮切りに、北大キャンパスにかつてあったアイヌ墓地からの盗掘遺骨について、近時国際遺骨返還がなされたエピソードから始めたい。すなわち、2017年７月末には、138年ぶりのドイツ人類学民俗学先史学協会が保存していた盗掘アイヌ遺骨の返還（ベルリン日本大使館にて）がなされたのである。それは、1879年６月にドイツ人旅行者シュレジンガー氏による盗掘にかかるもので、当時、現北大キャンパスにあった琴似アイヌコタン墓地から盗まれたものであった（因みに、同大学キャンパスの中央ローンを流れる小川がサクシュコトニ川であることは周知のことだろうが、キャンパスに元来先住したアイヌ集落の家族名から来ていることを知るものはごく僅かだろうし、その旨の標識は皆無である）。

誰の遺骨かも問題になるが、有名な琴似又市さん（1842～？）（明治の初めのアイヌ教育の「開拓使仮学校」（そこに作られた「北海道土人教

[5] これについては、吉田邦彦「なぜアイヌ遺骨が、アイヌ民族に戻らないのか――ドイツ返還遺骨を契機に」人権と部落問題908号（2018）14頁以下。またこれとほぼ同時期に独立して出された、谷本晃久「近代初頭における札幌本府膝下のアイヌ集落をめぐって――『琴似又市所有地』の地理的布置再考」北方人文研究11号95頁以下（当時の琴似家の位置を「北大農学部本館の西裏」だとする（101頁））（2018）（かつては、「現在の清華亭公園」あたりとしていた（同「琴似又市と幕末・維新期のアイヌ社会」平成14年度普及啓発セミナー報告集（アイヌ文化振興・研究推進機構、2003）107頁。それは大隈重信一行訪問団への展示用の「復元家屋」だった（2018）104－105頁参照）、小田博志「骨から人へ――あるアイヌ遺骨の repatriation と再人間化」北方人文研究11号（2018）73頁以下（盗掘されたのは、シトレンテであろうと推測する（87頁））。さらに、北大 ACM プロジェクト編・北海道大学もう一つのキャンパスマップ（寿郎社、2019）14頁以下（小田博志論文「あるアイヌ遺骨のふるさと」）、22頁以下（谷本晃久論文「コトニ・コタンと琴似又市氏」）、小田博志「ドイツから『移管』されたあるアイヌ遺骨と脱植民地化」松島泰勝＝木村朗編著・大学による盗骨――研究利用され続ける琉球人・アイヌ遺骨（耕文社、2019）1137頁以下（パショス現会長のスピーチを批判する（148－149頁））参照。

育所」(1872 ～ 1874)。その後仮学校に吸収) の長)[6]のものではなさそうである (加藤好男氏の実証研究による[7])。そうでないとしても、志登礼武天 (シトレンテ) (1875没) (ないしその妻エヒタノ (1866没)) の可能性が高く、同氏は、又市氏の姉の子どもと養子的関係だとされる。だとすると、又市さんの曾孫の八橋幸子さんは、やはり遺族的存在となる。ところが、「彼女の頭越し」に遺骨返還がなされ、同遺骨は、納骨堂に納められ、今は象徴空間 (ウポポイ) にある (しかし、幸子さんの要望としては、せめて一部分でも、琴似家の空の墓地に戻してほしいと言われるのである)。

問題点としては、遺骨は、琴似アイヌコタンの共同所有であるとすると、同コタンの関係者の八橋さんの意向は尊重されるべきである (この点で、北大は、又市さんの遺族であることは立証されないからという個人主義的な対応をしているようだが、果たしてこれで良いのかどうか。また、近時の研究に即してシトレンテさんの遺骨だとしても、そして個人主義的な捉え方をしても、八橋さんはやはり遺族的存在である。その意味で、彼女の意向を無視して、彼女に遺骨返還を知らせずに、白老にその遺骨を集結させるという政府のやり方には、理解できないものがある)。因みに、国連の先住民族権利宣言 (2007) 12条 (先住民族の遺骨返

---

[6] 自らは、開拓使仮学校でリーダー的役割。「札幌市民第１号」とも言われる (山田秀三氏)。その長子・榮太郎氏 (1858 ～ 1929) は、琴似から篠路に移り、1882年頃茨戸で土地割渡しの許可を得て、さらに近文に移住し、その長子・勇氏 (1903 ～ 1947) は、旧土人保護法の適用が遅れて旭川でようやく給与地を得たが、急性肺炎で死亡。その４女が、八橋幸子さん (1943年生まれ) である。

なお、当時「北海道土人教育所」には、35名のアイヌ民族が連れてこられたこと (募集には、開拓判官〔その後北海道庁長官〕岩村通俊氏が当たったこと)、その背後には、黒田清隆開拓長官 (当時開拓次官) の「北海道土人ノ陋習・醜風」を脱し「仮学校入寮読書習字等修業」をさせるという目的があり (1872年７月の正院への説明)、その際には、H・ケプロンの先住民族政策からの示唆もあることなどにつき、狩野雄一＝広瀬健一郎「開拓史による東京でのアイヌ教育」東京アイヌ史研究会編・《東京・イチャルパ》への道――明治初期における開拓史のアイヌ教育をめぐって (現代企画室、2008) 49－57頁参照。

[7] 加藤好男・19世紀後半のサッポロ・イシカリのアイヌ民族 (サッポロ堂書店、2017) 46 ～ 50頁参照。



（八橋幸子さんとともに）（近文のアイヌ墓地にて）（2017年９月）
（私が、ドイツからの琴似家の国際的遺骨返還のことをお話ししたら、初耳だと言うことであった）

還への権利、国家の返還義務）ないしそれに先立つ、アメリカ合衆国・先住民族遺骨帰還法（NAGPRA）（Native American Graves Protection and Repatriation Act）（1990）では、共同体的遺骨返還を認める[8]。

なお、同協会の元会長シーア教授（ベルリン自由大学）の見解を参考までに述べれば、同教授は、「謝罪すべきであった。」とされるのである。さらに自身は、同年３月には、オーストラリアのアボリジニーからの盗掘遺骨の国際返還を行ったが、返還式は日本のそれとはかなり異なったとのことである（先住民族的な遺骨返還行事として）。

北大は、琴似コタンのアイヌを駆逐して、同大学ができていることを記そうとしない。しかもアイヌ遺骨盗掘について、謝罪しようとしない。これに対して、今アメリカ合衆国の著名大学で、奴隷制との関わりで（広い意味での）補償がなされているのと、対照的である（少なくとも、過去の奴隷制との関わりの不正義の事実を明らかにし、関係者の名前を削除したり、紋章を変えたり、さらには、関係者（子弟）に「優遇措置」

[8] オーストラリアでも同様である（2006年先住民の墓地保護・遺骨返還に関する法律）ことは、テッサ・モリス＝スズキ「演出された民族共生」北大開示文書研究会編・アイヌの権利とは何か――新法・象徴空間・東京五輪と先住民族（かもがわ出版、2020）55頁注40参照。

(affirmative action) を行うなど)[9]。「教育機関」として、どうしてこれを機に新たな動きを起こさないのか。何故、過去の不正義に未だ目をつぶろうとするのか、ここでは批判的に考えてみたい。

（3）名宛て人及び論考の趣旨

本稿は、「北大教員相互の勉強会」での報告に由来するために、第一次的には、北大コミュニティメンバー等の研究者である（とくに、北大の謝罪要求教員有志、さらには、教員一般･学生全体である）。しかし、議論は、オープンにすべきである（当事者のアイヌ民族の方にも）。またその趣旨は、――教員有志が、部局を超えて多分野に及ぶので――アイヌ民族問題（とくに法的・政治的問題）についての議論の基盤を明らかにするところに眼目がある。問題の所在を示し、解決の道筋を示すわけである。

ところで、北大のアイヌ問題に関する謝罪の是非などという、アイヌ民族法政策問題は、本来ならば、法学・政治学の教員がリードすべきである。しかし実際にそうなってない（有志教員における法学部比率の少なさに注意されたい（謝罪署名したのは､60名以上いる法学部教員の内、５名未満である。むしろ文学部（文学研究科）にイニシアティブがある）ところにねじれがある（その理由はどこにあるかを考えるのも興味深いが、法学部教員は中央・地方政府の委員会メンバーとしての繋がりも一因であろう。つまり、行政とのコミットメントがあると、学問的自律性の喪失をもたらしかねず、「世界標準」とかけ離れた政府のアイヌ政策を自由に批判できなくなり、むしろその「正当化」の役回りを演ずるということにもなりかねない[10])。

関連して、アイヌ政策の審議会委員は、なぜ憲法学なのだろうか。この点も、かねてよくわからないところである。私は、民法・憲法融合的

---

[9] この点は、さしあたり、吉田・前掲（注５）20－22頁参照。

[10] 一般的に、この構造的問題を鋭くえぐり出し、研究者の倫理をただすものとして、西山卯三＝早川和男･学問に情けあり――学者の社会的責任を問う（大月書店､1996)〔早川和男･権力に迎合する学者たち―「反骨的学問」のススメ（三五館、2007）に所収〕を挙げておきたい。

に考えるが、基本的には、アイヌ民族問題は、民法問題と考える（次述２（１）参照）。（故中村睦男博士の学問的特質は、アイヌ憲法学というよりも、日仏憲法比較、とくに社会権（教育権など）の形成のところに、その功績があろう[11]。）憲法学者は、どのような寄与をしたのか。日本国憲法には、一定の時代的制約があり、そこから演繹的にアイヌ政策を導くことにも問題がある（例えば、個人権しか基本的人権とは認められないとの考え方が、近代憲法学者から出される〔既に1997年のアイヌ文化振興法の基となった有識者懇談会報告書にそれは出る〕が、団体的権利を認める民法学からは、理解しがたいものがある）。

なお、言うまでもないが、研究者の行う研究であるので、アカデミズムの必要性ということも申し上げておきたい（とくにこの場は、北大教員が進める勉強会なので、多言を要しまい）。もちろん、私は、実践（運動）との連続性、その重要性にも（通常の法学者以上に）留意・強調するが、「教員のアイデンティティ」として、学問的な要素は不可欠であり、それがないと、折角の政策的提言をしても、その学問的基盤がなければ相手にされないだろう。この点で、「アイヌ政策検討市民会議」（2016.4～）には、最初の２年間は、「研究会主義」に拘りそれなりに努力したが[12]、（運動家・活動家団体とあまり変わらないかに見える）現状には、違和感を持つ（2019年アイヌ新法の批判的考察においても、基盤には学問がなければならない）。

（4）法学の特質

他分野の教員が寄り合う場であるので、「法学の学問的特徴」について述べておこう。これはアイヌ民族研究をする際には、関連文献や議論は分化されていないので（そして多くは、他分野の専門家による議論が

[11] マスコミでは、前者ばかりが取り上げられるが（例えば、朝日新聞2020年５月11日（北海道版）21面（芳垣文子執筆））、北大時報794号（2020）19頁の方が、学問的には正確であろう。

[12] その中間的成果のパンフレット的なものが、アイヌ政策検討市民会議・世界標準の先住民族政策を実現しよう！（アイヌ政策検討市民会議中間リポート）（さっぽろ自由学校「遊」、2018）である。

多い〔先般まで長期出張していたコロラド大学ロースクールなど近時のアメリカ法学の状況はむしろ例外的である〕)、いつも私は意識することである。

すなわちその第一は、「規範的問題を扱う」ということであり、その意味では、倫理学や哲学と共通する。他方で歴史学は、「事実の探求」を扱うという点で、一応の相違はあるわけだが、歴史学でも「視覚」が決め手で、事実への「意味づけ」の仕方が重要だということになると、法学との差異もそう簡単ではない。因みに、この分野における歴史学者の意味は大きく、アイヌ史、先住民族史は法学的分析においても、その基礎として決定的に重要である（例えば、井上勝生教授の存在の大きさ（特に、共有財産訴訟との関係で尽力された）は、目立っている[13])。第二に、「法律学」は、発生史的にも「法廷弁論」、つまり立場の対立を前提とする学問であり、「議論」の学問である（この点を法学・民法学の基礎理論として重視されたのは、平井宜雄博士である[14])。しかしだからといって、自身の立場はどうでもよいのではなく、それを示しながらも、自由な相互批判的な「議論」は不可欠なのである。「議論」の積み重ねの必要性は、学問の基礎、マナーであるが、北大のアイヌ民族に関する議論には従来それが充分に確保されていない嫌いがあった。第三に、比較的近代･現代の問題を扱う（もっとも法学には、2000年の歴史があり、「法

[13] 1945年、岐阜県生まれ。1967年京都大学文学部史学科卒。1972年３月から北大文学部助教授、1991年７月から同教授、2000年４月から文学研究科教授（2008年退職)。1992年文学博士（京都大学))。代表作に、『幕末維新政治史の研究―日本近代国家の生成について』（塙書房、1994)、『開国と幕末変革』（日本の歴史18、2002)（講談社のち講談社学術文庫)、『幕末・維新 シリーズ日本近現代史』（岩波書店、2006)、『明治日本の植民地支配 北海道から朝鮮へ』（岩波現代全書、2013)。アイヌ民族のためにも、もっとも献身的に尽力された文学研究科の教員だが、北大のアイヌに関する意思決定からは排除されていた。アイヌ民族の共有財産問題との関係では、井上勝生「(資料紹介)『北海道土人陳述書』――アイヌ陳述に関する北海道庁弁明書（1895年)」道立アイヌ民族文化研究センター研究紀要５号（1999) 170頁以下の「解題」参照。また、同「内村鑑三と石狩川サケ漁、アイヌ民族」北大大学文書館年報12号（2017）１頁以下も参照。

[14] さしあたり、平井宜雄・法律学基礎論の研究（平井宜雄著作集Ⅰ)（有斐閣、2010)（初出、1989) 63頁以下、155頁以下参照。

学史」は重要なのであるが)。

（5）研究者のタイプ・学問のあり方

最後に、「民法学におけるジェネラリストとスペシャリスト」という類型論ないし学問のパターンについても、尾本博士は関心を示されるので、この点を敷衍しておく。例えば具体的には、前者は、法解釈方法論やアメリカで支配的な《民法理論研究》[15]であり、これに対して、後者は伝統的な各論的な法解釈論である。かつての東大民法は、前者の伝統が強かったが（法解釈方法論も憲法学よりも民法学が牽引していた)、今や後者が席捲するようになっている（北大でもかつては、前者が有力であって（その証拠に、北大法創基50周年企画でもあった、1990年代半ばの私法学会での解釈方法論シンポは、北大民法陣が中心となり、企画した[16]。しかし北大でも今や同様の傾向がひどく、後者ばかりに偏っている（このことは人事にも影響して増殖される)。時代の要請は「学問の総合、学際化」の方向にあるのに、専門分化した枠内での傾向は逆向きであり、前者を志向したい私などは、「風前の灯」的存在である[17]。しかし我々の恩師がそうであったように、そして恩師から示唆されたように、どちらもできなければいけないと考える。

尾本博士はまさにこの点に反応してくださって、「総合学の必要性」

---

[15] もとよりアメリカ法学で民法学に対応する部分は、大陸式のパンデクテン・システムとは無縁の機能的な「契約法」「不法行為法」「所有法」「家族法」「遺言・信託法」「相続法（承継法)」などで、ここでの「民法理論」とは、それに横断的な理論的研究を指しており、「法と経済学」「法と社会研究」「批判法学」「フェミニズム法理論」「批判人種理論」「LGBT 法理論」などを指している。吉田の論文集の副題として付しており、１巻から７巻まで来て（2000年～ 2019年刊行)、８巻を近刊の予定である。

[16] 瀬川信久ほか「転換期の民法学――方法と課題」私法60号（1998）４頁以下。同編・私法学の再構築（北大法学部ライブラリー）（北大図書刊行会、1998）も参照。ここでの私の報告の論文は、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究１巻）（有斐閣、2000）第１章、第２章である。

[17] 詳しくは、吉田邦彦・民法学と公共政策講義録（信山社、2018）ⅳ頁以下参照。

を説かれるのであり、文系的である[18]。フィールドワークを重視されるという意味でも、早川博士と類似する[19]。これは、丸山真男博士の「蛸壺型」と「ささら型」という類型[20]とも対応するものであり、同博士の徂徠研究[21]も、近代政治学の思考様式と結びつけるところが、ジェネラリスト的で、画期的だったわけである。

２．問題の所在

（１）アイヌ史（先住民族史）における核心的問題としての民法[22]

民法は、機能的にみると、アメリカのロースクールでの基礎科目群

---

[18] 例えば、尾本恵市「人類学の新たな総合化をめざして――DNA から人権まで」総合人間学会編・科学技術時代に総合知を考える――文系学問不要論に抗して（ハーベスト社、2019）85頁以下、とくに91頁以下参照。

[19] この点は、吉田邦彦「早川居住福祉学との出会い及びその魅力とディレンマ――民法学との関連で」居住福祉研究５号（2007）（同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（後編）――災害・環境・居住福祉破壊現場発信集（民法理論研究７巻）（信山社、2019）補論（577頁以下）に所収）。

[20] 丸山真男・日本の思想（岩波新書）（岩波書店、1961）64頁。

[21] 丸山真男・日本政治思想史研究（東大出版会、1952）（改訂版1983）。

[22] こうした視角が私の一貫した問題意識であることは、例えば、吉田邦彦・アイヌ民族の補償問題――民法学の見地から（自由学校遊ブックレット）（さっぽろ自由学校「遊」、2012）６頁以下参照（同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（民法理論研究５巻）（信山社、2015）第６章に加筆して所収）。今の民法学は、債権法改正を契機として、法典志向的な内向きの日本版注釈学派流の従来の規範の整理（判例・学説の整理、その実定化）の側面が強いので、アイヌ問題が民法問題と聞くと、奇異に思う民法研究者もおられるかも知れない。しかし本文で述べるように、アメリカ法学的に機能的に考えてみると、良く了解してもらえると思う。アイヌの先住権問題（つまり明治維新になり消された先住民族としての本来の所有権の問題）、さらに、アイヌ民族の基本的な土地法である「北海道旧土人保護法」（ないし旭川の近文アイヌとの関係での特別法）、そこから生まれた共有財産問題は、全て所有法の問題であり、実質的意義の民法の核心問題である（それなのに、未だ民法学の大方の関心を集めていないことが、「世界標準」からすれば、大いに問題である）。近時のトピックの遺骨返還（遺骨の所有権）問題も所有問題であり、そうした所有権を核心と

が示す如く、「契約法」「不法行為法」「所有法」「家族法」「遺言・信託その他の承継法（相続法）」などの各法制度に対応するが、アイヌ史ないし先住民族史は、民法の根幹的な法制度にかかわっていることがわかる。すなわち、第１に、所有権の問題として、先住民族の征服はその根幹にかかわる。アメリカでは、所有法の講義の中に先住民族問題が扱われることが多くなっているが、日本では私のもの以外はまだほとんど言及がない[23]。しかし時間の問題であろう。

また第２に、不法行為法としては、アイヌ民族に対してこれまでなされたことは、「基本的人権の蹂躙に関する不法行為」に他ならない。これは、先住民族集団に対してマスとしてなされた不法行為で、最も深刻な部類であるが、何故かこれも従来閑却されてきた（不法行為法は、民法でも最も議論が多い領域であり、交通事故、医療過誤、公害、薬害、製造物責任など多々講義でも論ずるが、「基本的人権蹂躙」がマスとし

して、強制移住などの居住権侵害などの先住民族の権利侵害があれば、不法行為問題（それがマスとしてなされた補償問題）もやはり民法の根幹制度である。

更に、アイヌ民族ないし世界中の先住民族の権利問題は、いわゆる近代的な個人主義的な所有権その他各種権利が登場する前からの狩猟権、漁撈権などの権利帰属のありようが問われており、その糸口は、今では歴史的遺物と見なされかねない「入会権」（民法263条、294条）（しかしながら学際的には注目されている）及びそれに関する通説的な総有理論（これについては、その現代的意義も含めて、吉田邦彦・所有法（物権法）・担保物権法講義録（信山社、2010）162頁以下では、教科書類としては、例外的に詳細に叙述した）を発条として、先住民族の所有権の再構成、とくに民法学では理論的には定着している集団的権利の視角から、先住民族の諸権利を正確に位置づけ、更に、集団的権利は、個人的権利に比べていかなる新たな意味を有するか（例えば、漁業権・水利権に関するアメリカ先住民族法学での展開などは注目に値する）などは、「問題の宝庫」とも言えるのである（だから憲法学者が、そういう議論にコミットもせずに、一刀両断に集団的権利を切り捨てようとするのも、全く理解に苦しむ日本の状況である）。

[23] E.g., Joseph Singer et al., Property Law: Rules, Policies, and Practices (6th ed.) (Wolters, 2014). もちろん、これで終わりではなくて、その延長線上で「連邦インディアン法」を勉強することになる。（これに対して、日本民法学のこの分野の欠落ぶりは著しい。この点で、吉田邦彦・前掲書（注22）（2010）７－８頁、18－19頁、32頁、86頁、163頁参照。）

て問われる不法行為類型について議論が欠如していたのは不思議というほかはない）。しかしこの種の不法行為も、「補償」（reparations）問題といわれて議論されており、国際人権法の進展とともに（とくにこの20～30年ほど）定着しつつあるが、比較的新しい（我が国においては、アメリカと比較してもまだまだ貧弱である[24]）。

補償問題の研究は、アメリカ法学から生まれたが、その契機となった具体的素材は、日系アメリカ人の第２次大戦中の収容の問題であり、それと並んで、ハワイ原住民、原住アメリカ人、奴隷制論（黒人問題）について盛んに議論が続いており、その他、慰安婦問題などにも言及がなされている。日本に関係することも多々あり、例えば、強制連行・労働（近時は、「徴用工」と呼ばれるが、これは無意識的に制限的（歴史修正主義的）意味合いがある）、慰安婦、南京虐殺、重慶爆撃、731部隊による細菌戦など枚挙にいとまがない。また、韓国・済州島での４．３事件の問題もようやく21世紀になってから動き出したが、これも日本社会における在日の済州島出身者の多さに鑑みると、韓国の国内問題として済ませるわけにはいかないだろう[25]。

これらとの対比で言うと、アイヌ民族の問題は、継続的・蓄積的不正義があるという意味で、奴隷制（人種問題）、そしてアメリカの先住民族問題に類似する[26]（アメリカ法学では、この領域の〔つまり「連邦イン

---

[24] 吉田邦彦・不法行為等講義録（信山社、2008）126頁以下で「現代的不法行為の一場合」として論じている。最近ようやくこれに応接するものが出てきたが（大村敦志・新基本民法・不法行為編（第２版）（有斐閣、2020）11頁注２）、未だごく簡単な叙述にとどまる。

[25] これらについての私の研究は、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究３巻）（有斐閣、2006）第７章、第８章、同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究４巻）（有斐閣、2011）第５章～第８章、同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（中編）（民法理論研究５巻、６巻）（信山社、2015）（信山社、2017）（（前編）は前掲書注22）参照。

[26] 吉田邦彦・前掲書（注22）（2012）52頁（同・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）第６章に所収）。J・トーピー教授（ニューヨーク市立大学）（社会学・政治学）は、「象徴的補償」（commemorative/symbolic reparations）と「経済的補償」（economic reparations）とに二分して分析されるが（John Torpey ed.,



（2020年３月の EMRIP 会議での時（UBC〔カナダ・ブリティッシュコロンビア大学〕にて）。右が、カーペンター教授。左は、UCLA の A・ライリー教授）

ディアン法」「先住民族法」の科目を講義し、研究論文を発表する〕法学研究者は、2000年代に入り、とくに2010年代にクローズアップされてくる。その専門の先住民族の論客（法学者）が出てくるようになったのであり、例えば、K・カーペンター教授（コロラド大学）（現在 EMRIP のリーダー）[27]がそうである）。なお、補償論において、世界的には、ナチのホ

Politics and the Past: On Repairing Historic Injustices (Rowman & Littlefield Pub., 2003) 10-）、アイヌ民族の補償問題は後者の良い例だということである（同書215－216頁参照）。

[27] 同教授は、1972年生れの先住民族法の中堅のエキスパートであり、1994年ダートマス大学卒業、1998年ハーバード・ロースクール卒。2002 ～ 2004年サフォルク大学、2004 ～ 2009年デンバー大学、2009年～コロラド大学（2014年から教授。現在は、カウンシル・ツリー教授、同大学アメリカ・インディアン・プログラム所長。国連ＥＭＲＩＰのリーダー）。研究は、先住民族の所有権、とくに共同体的所有権などについてあり（e.g., Kristen Carpenter, *A Property Rights Approach to Sacred Sites: Asserting a Place for Indians as Non-Owners*, 52 UCLA Law Rev. 1061 (2005); do., *Real Property and Peoplehood*, 27 Stanf. Env. L. J. 313 (2008); do., *In Defense of Property*, 118 Yale L. J. 1022 (2009) (with S. Katyal & A. Riley)）、チェロキーの出身である。私も、コロラド大学ロースクール長期滞在の前後を通じて親交のある学友である。

なお、EMRIP〔先住民族の権利に関する専門家集団〕とは、2007年の「国連の先住民族の権利宣言」の実現のために設けられた「特別報告者」（special

ロコーストの問題、また南アフリカのアパルトヘイトの問題が転機となった。

（2）先住民族問題の新しさ

先住民族は、その人権保護という点で、ずっと周縁化されていた。すなわち、17世紀半ばにウェストファリア体制が採られて以来は益々、ずっと国民国家中心的発想で、20世紀まで来ている（アナヤ論文）[28]。各国の憲法はその前提でできているのであり、それゆえに憲法は、個人権しか基本的人権は認めていないという議論には、先住民族保護との関係で、説得力が無いことがわかる（この点で、民法では団体法的議論は周知のことであり、入会法理に関する総有理論〔最も団体性が強い所有権論である〕は、通説・判例として確立しているのである[29]）。

つまり、先住民族の権利論は、近代的法制の見直しの面があるわけで、これを同近代法制の枠組内の憲法レジームで、「基本的人権は個人権し

---

rapporteur）の下に設置されて、同報告者の任務を下支えする、全世界７名の先住民族出身者からなる専門家集団のことであり、同年に設けられた。

[28] S. James Anaya, Indigenous Peoples in International Law (2nd ed.) (Oxford U.P., 2004) 15-23, 26-48（ウェストファリア体制以前〔16世紀半ば〕の自然法学者ヴィトリアは、インディアンも合理的存在として、ローマ教皇がスペイン君主にインディアン支配を正当化することに反対した（しかしインディアン保護のための土地保有は認めるというものでその後の「信託理論」の前駆となった）が、同条約で近代国家体制となると、ホッブス、プーフェンドルフ、ボルフなどすべて、国際法は国家間の法として、先住民族は国家と市民の二分法から漏れ落ちた。18世紀半ばのバッテルの自然法においては、それは国家に適用するとした。19世紀後半から20世紀前半の実証主義的国際法では自然法的側面は払拭されて、先住民族を政治体として考慮することはなくなり、それは文明の外に置かれ、植民地化・帝国化の道具として国際法は使われた）.

Ｊ・アナヤ教授は、1958年生まれで、1983年ハーバード・ロースクール卒業。1988～2000年アイオワ大学ロースクール、2000年～2016年アリゾナ大学、この間2008年～2014年国連 UNDRIP の特別報告者である。2016年８月からは、コロラド大学ロースクール・ディーンである。先住民族法・国際人権法の第一人者で、スペイン語が堪能で、米州先住民族保護に尽力している。

[29] 簡単には、吉田・前掲書（注22）（2010）164頁以下参照。

かない」と憲法学者が言っても、それは先住民族の法政策の道標にはあまりならないであろう。むしろ、国際人権法の進展の方が参考になる。例えば、1948年世界人権宣言（Universal Declaration of Human Rights）（さらに同年の米州人権宣言（American Declaration of the Rights and Duties of Man））、1965年人種差別撤廃条約（CERD［Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination］）（1969年発効）、1966年国際人権規約（市民権規約（ICCPR［International Covenant on Civil and Political Rights］）、社会権規約（ICESCR［International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights］））（1976年に発効）、1969年米州人権条約（American Convention on Human Rights）（同年採択、1978年発効）、1989年ILO条約（ILO Convention［International Labor Organization Convention］）、そしてとくに、2007年国連先住民族の権利宣言（UNDRIP［UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples］）（20年越しの作業の成果であって、1993年には既に、作業グループの最終草案が定まり、1994年に国連人権委員会への提出がなされた。なおこの前提として、2005年に補償原則ガイドラインがある）がそれであり、とくにUNDRIPにおいては、先住民族の集団的権利保護が前面に出されている。

ところで、UNDRIPとの関連で、日本は、2007年宣言に署名するが、かなりの核心部分で、留保した。すなわち、第一に、同宣言の根幹ともいうべき、「（先住民族の）自己決定権」（UNDRIP３条〔自己決定権〕、４条〔自律権・自己政府権〕）、また第二に、「先住民族の集団的権利」（UNDRIPで定められる諸権利、自由、各種所有権などほとんどすべてが、個人権とともに民族的集団的権利という規定の仕方をする[30]）とい

[30] UNDRIPで集団的権利として規定する各種権利などを（煩を厭わず）列挙すると、以下の如くである（１条〔人権・基本的自由〕、２条〔自由・平等・差別からの自由〕、７条２項〔自由・平和・安全に生きる権利〕、８条１項〔強制的同化・文化破壊されない権利〕、９条〔先住コミュニティ・先住国家に属する権利〕、10条〔土地・領域から切り離されない権利〕、11条〔文化的伝統・習慣を行使し、活性化する権利。「自由な事前のインフォームド・コンセント」なしに文化的・知的・宗教的・精神的所有権を奪われた場合の救済〕、12条〔精神的・宗教的伝統、習慣、儀式を行う権利。遺骨・祭具（副葬品）の返還の権利〕、13条〔歴史・言

うかなり核心部分で日本政府は拒否したのである（さらに次述するように、第三番目に、「補償原則」も否定しているが、これは、署名時には、明示していないのに、宣言に反することをしていることになる）。なお、これについて、コロラド大学ロースクール滞在中のカーペンター教授の「先住民族と国際人権法」の授業で、アイヌ民族に関する客員教授の講義をした際（2019年秋）、上記の事情を説明したら、同教授などからは、「UNDRIP は、その内容に共鳴する場合に署名すべきもので、嫌ならば、拒否すればよい。日本はどうしてそのような複雑なことをするのか？」と、日本社会の「本音と建て前」の分断は理解しがたい風の議論を受け

語・口承伝統・哲学・文学を将来世代に承継する権利〕、14条〔教育システム・制度を自らの言語で行う権利〕、15条〔文化・伝統・歴史における尊厳・多様性の権利〕、16条〔自らの言語によるメディアを確立する権利〕、17条〔国際的・国内的労働法上の権利〕、18条〔先住民族の権利にかかわる意思決定に参加する権利〕、20条〔伝統的・経済的活動の維持・発展のための政治的・経済的・社会的システム・制度を維持・発展する権利〕、21条〔経済的・社会的条件、特に、教育・雇用・職業訓練・住宅・衛生・医療福祉の改善を差別なく求める権利〕、23条〔発展への権利、特に医療・住宅その他の経済的・社会的プログラムに積極的にかかわる権利〕、24条〔伝統的な医療・施術及び関連する薬草など保存への権利〕、25条〔伝来から所有・占有する土地・領域・水・海浜その他の資源との精神的関係を維持・強化する権利など〕、26条〔伝来から所有・占有・使用・取得する土地、領域、その他の資源への権利〕、28条〔伝来から所有・占有・使用する土地・領域・資源が、「自由な事前のインフォームド・コンセント」なしに奪取・占領され損害を受けた場合の救済（回復・返還、正当で公平な補償など）への権利〕、29条〔土地・領域その他の資源の環境ないし生産的可能性の保存・保護への権利〕、31条〔文化的遺産、伝統的知識・文化表現の維持・コントロール、保護・発展への権利〕、32条〔その土地・領域その他の資源の使用・発展の優先順位、戦略に関する決定権〕、33条〔習慣・伝統に鑑みた先住民族のアイデンティティ・構成員の決定権〕、34条〔制度構造、特徴的な習慣・精神性・伝統・手続き・実践、司法的システム・習慣を、国際人権基準に対応させつつ推進・発展・維持する権利〕、36条〔国境で分断される先住民族の接触・関係性・協調を維持・発展する権利〕、37条〔条約などの認識・遵守・履行への権利〕、39条〔財政的支援へのアクセスの権利〕、40条〔紛争解決・権利侵害への救済について、正当・公正な手続きへの権利〕）。

たことを、参考までに記しておきたい[31]。

ところで、人類学者の方からは、もっと長いタイムスパンで捉えて、１万年前には、世界の人口は800万人ほどいて、そのすべてが狩猟採集民（Hunters and Gatherers）（先住民族のプロトタイプ）であったが、今や地球人口は70億人に爆発する反面で、狩猟採集民族は、大括りで約40民族の70万人ほどになっていて、「絶滅の危機」に瀕するとも言えて、その人権保護は、急務だとされる（尾本博士）[32]。同博士は、M・ルターの言葉を引用されるが、法学領域で著名なのは、「正義はなされよ、たとえ世界が滅ぶとも（fiat justitia et pereat mundus）」（カント『永久平和のために』（1795）の言葉として有名だが[33]、元々は、ローマ教皇フェルディナンド１世（1503 ～ 1564）のモットー）である。

なお、人類学者は、先住民族のプロトタイプとしての「狩猟採集民族」に注目する点で、国際的な先住民族論とやや異なる。「先住民族」に関しては、かつては、その定義に腐心した時期もあったが（例えば、M・コーボのそれ）、その後、UNDRIP では、その定義は放棄され、「植民地主義的な抑圧関係、支配・被支配関係」くらいに漠然と考えられている。例えば、イスラエルにおけるベドウィン族、パレスチナ人の保護や、南アフリカにおける先住民族とかなると、なかなか難しいところがある[34]。

---

[31] もちろん、条約には、「留保」（RUD s〔Reservations, Understandings, and Declarations〕）というものは付き物であるが、本件の場合には、条約ではないので「嫌ならば断わればよい」という反応だったのである。

[32] 尾本・前掲書（注２）（2016）124頁、140頁、202頁、同・前掲（注18）９－14頁。さらに、山極寿一＝尾本恵市・日本の人類学（ちくま新書）（筑摩書房、2017）123頁以下、155－158頁（狩猟採集民は、絶滅危惧種で、「先住民族世界会議」でも先住民の代表は農耕民で、ここでも狩猟採集民はのけ者にされているとする）。

[33] I・カント（宇都宮芳明訳）・永遠平和のために（岩波文庫）（岩波書店、1985）94頁。

[34] これについては、吉田邦彦「イスラエル・ベドウィン先住民族の強制立退き問題と近時の研究への所感」（瀬川＝吉田克己古稀）社会の変容と民法の課題（下巻）（成文堂、2018）529頁以下、とくに539－540頁参照。See also, Kunihiko Yoshida, *Some Critical Analysis of the Japanese "Legal Transplant" Concept: From the Legal Geography Perspective*, 17 (3) U.S.-China Law Rev. 113 (2020).

（3）補償（reparations）ないし関係修復（関係和解）（reconciliation）のプロセス

本報告は、北大の謝罪要求の有志の集まりの勉強会であるので、補償法理論ないし関係修復理論において、「謝罪」がいかなる意味を持つのかについて、関心が高い方も多いであろう。実はこの点について、諸外国（特にアメリカ合衆国）においては、謝罪の学際的研究など諸外国では盛んなのであり[35]、一言しておこう。

民法上は、金銭賠償主義（損害賠償主義）だが（民法722条１項）、補償法学上は、まず「謝罪」が重視される（民法723条は「謝罪広告」を定めるが、歴史的には、もっと広い救済方法としての「謝罪」があった）。そのプロセスは、以下の如くである[36]。

（Ⅰ）過去の不正義事実の真相解明。･･･ 真相究明委員会による報告書、歴史博物館、教育機関による歴史教育の重要性。
（Ⅱ）加害者による、その事実の承認。
（Ⅲ）加害者による、誠実な謝罪、及びそれを補う補償。
（Ⅳ）被害者による赦し（forgiveness）。
＊番号が若いものほど、前提となることに注意を要する。

---

[35] E.g., Mark Gibney et al. eds., The Age of Apology: Facing up to the Past (U. Pa. Press, 2008).

[36] このような理論枠組み構築において、参考にしたものとして、例えば、Martha Minow, Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence (Beacon Press, 1998); do. ed., Breaking the Cycle of Hatred: Memory, Law, and Repair (Princeton U.P., 2002); Eric Yamamoto, Interracial Justice: Conflict and Reconciliation in Post-Civil America (NYU Press, 1999); Elizabeth Spelman, Repair: The Impulse to Restore in a Fragile World (Beacon Press, 2002); Roy Brooks, Atonement and Forgiveness: A New Model for Black Reparations (U. Cal. Press, 2004) など参照。この点は、Kunihiko Yoshida, *Property Law Policy for the Indigenous Ainu People in Japan and the Unresolved Issue of Reparations of Reparations*, in: Nam-Kook Kim ed., Multicultural Challenges and Sustainable Democracy in Europe and East Asia (Palgrave Macmillan, 2014) 59-, at 75-76（吉田・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）Appendix II に所収）も参照。

そしてこの理論枠組みを使えば、日本の慰安婦問題の解決のまずさは、一目瞭然である。経緯を概説すると、（１）2007年のアメリカの慰安婦問題非難決議（M・ホンダ議員の提案による）に先立つ、安倍首相の「強制性」否定の国会答弁がなされ（2007年３月。辻本議員に応えるもの。その前提として、慰安婦ハルモニの口頭証言の黙殺があり、ここには、書証原則という「法律の常識が、社会の非常識」という問題がある）、（２）その上で、2015年の慰安婦合意で、10億円提供しても、謝罪は空虚になってしまう。というのは、（１）は、上記理論枠組みの（Ⅰ）のレベルのものであり、この理解は今でも続いている。そのうえで、（２）のような（Ⅲ）のレベルの行為がなされても、（Ⅰ）のレベルでの行為が不十分であるから、（Ⅲ）は、いくら金銭10億円が支払われても、「誠実な謝罪ないしそれを補う補償」とは言えず、（Ⅳ）レベルでの被害者からの赦しが得られないことは、その後の動き（挺対協ないし正義連の動向）が示す通りであろう。

それでは、こうした補償ないし関係修復理論との関連で、現在進行中のアイヌ政策は、どのように位置づけられるであろうか。アイヌ法政策の経緯を振り返ると、2008年国会でアイヌ民族を先住民族とする決議があったが、2009年有識者懇談会報告書で、国連の「補償アプローチ」は否定された（そしてこれは、国連の立場の否定、民法の不法行為法の立場の否定であり、「世界標準」に隔たる立場である）[37]。そしてこれが、その後のアイヌ政策の出発点として、根本的な問題点を孕むことになる。これが「日本特殊の文化アプローチ」となっており（法的・政治的問題には踏み込まないし、踏み込めない。踏み込むと、歴史的不正義が出るから）、2019年の「アイヌ施策推進法」もこの前提の上にできている[38]。

これを上記補償の理論枠組みとの関係ではいかなる立場かを述べるな

[37] 詳しくは、さしあたり、吉田・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）第６章、とくに154頁以下参照。

[38] 2019年のアイヌ新法に関する批判的考察としては、T・モリス＝スズキ「世界の先住民族とアイヌ」同ほか編・前掲書（注８）58頁以下。さらに、吉田邦彦「『アイヌ新法』論議の問題点（上）（下）――アイヌ政策は世界の動向からいかに隔たっているか」現代の理論2019年春号（通巻44号）142 ～ 148頁、2019年夏号（通巻45号）（2019）150 ～ 155頁参照。



（ミノウ教授とともに）（2015年７月）（ハーバード・ロースクール・ディーン室にて）（同教授は、ハーバード・ロースクール・元ディーン（2009～2017）。1954年生まれ、イェール大学ロースクール卒、1981年よりハーバード・ロースクール。専門は、民事訴訟、憲法、家族法、国際刑事法、非営利団体などで、同教授からは、上記補償理論を展開する上では、大きな刺激を受けた）

らば、４段階ステップの（Ⅰ）から（Ⅲ）まで、すべてを廃棄する立場であり、アイヌ民族への歴史的不正義への解決にはならないことは明らかであろう。このような補償否定の立場は、具体的にいかなることをもたらすかを列挙するならば、①第１に、いわゆる、ウタリ福祉予算（今のアイヌ総合生活向上増進方策）の基礎付けができない。だからじり貧になっても、文句が言えない（これを私は、「補償アプローチ」（「不法行為アプローチ」と言ってもよい[39]）を否定する「福祉アプローチ」と呼んでいるが、それではなぜアイヌ民族を特別扱いするのかの説明がつかないことになるからである）。②第２に、第１と関係するが、それでは、「逆差別」（reverse discrimination）の議論、とくにヘイトスピーチの温床となるという構造的問題がある。③また第３に、博物館が、国立化されても、「人権博物館」にならないのである。その意味で、アメリカ合衆国のアメリカン・インディアン博物館、アフリカ系アメリカ人博物館とは似て非なるものである。敷衍することも不要であろうが、過去の人権蹂

[39] これは、ブルックス教授が、「償いモデル」とは対蹠的に（対立的な意味合いでの）「不法行為モデル」の言葉を用いる（注36の文献参照）のとは異なり、もっと一般的な不法行為制度という意味で用いている。

躙を語ろうとすると、それは必然的に「不法行為ないし補償」問題が出てこざるを得ないが、先の報告書は、国連の UNDRIP に背を向ける形で、補償アプローチを捨てているからである。④さらにそのことは、数年前に問題となった、「副読本問題」が出る（これは、今のアイヌ政策を進める側の中村睦男博士や常本照樹教授の側から副読本執筆者に、過去の不正義をあからさまにしないような「修整」を求めたのであるが、世間の反発から撤回されたという一連の問題を指している）[40]。

どうして日本のような先進諸国の一員であるはずの国家が、「世界標準」からかけ離れているのであろうか。先住民族政策で先住民族の地域的実現のシステムが、東アジア・東南アジアにはなく、地域的な国際人権法の実現が不十分であることも関係しているであろう（不満があるアイヌ民族側は、そのことのために、遠く国連まで行かなければならないようなことでは、南北アメリカの先住民族が、地域的な先住民族の権利保障のために手近に人権委員会、人権裁判所に不服申し立てできるのとは事情が異なることをここでは指摘しておきたい[41]。戦後補償問題でもわかるように、日本社会は、歴史的不正義への取り組みが苦手だということもあろうが）。以上が総論で、以下は各論である。

3．アイヌ法学史の基盤となる土地問題

（1）アイヌ土地の奪取

まずアイヌ法学史の基盤ともいえる土地問題から概観してみると、1869年に蝦夷地の北海道（北加伊道）への名称変更が行われたが（これを行ったのは、松浦武四郎氏と言われるが、彼自身は、アイヌびいきであり、むしろシャモの悪行をあばいており[42]、「北加伊道」も先住民族へ

[40] この点について詳しくは、吉田・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）162頁以下参照。

[41] これについて詳しくは、吉田邦彦「国際人権法実現システムにおける先住民族の権利保護の状況」（二宮古稀）日本とブラジルからみた比較法（信山社、2019）461頁以下、とくに492頁、519頁以下参照。

[42] この点は、例えば、花崎皋平・静かな大地――松浦武四郎とアイヌ民族（同時代ライブラリー）（岩波書店、1993）327頁（初版1988）。さらに、合田一道・

の敬意を示す言葉であり、明治早々に辞職を余儀なくされたのである）、通俗的な理解のように、そう簡単に明治政府の支配が及んだわけでもなかった。そして、1872年北海道地所規則から1877年の北海道地券条例への道のりは、実はジグザグのコースで「土地奪取」が行われた。

すなわち、1872年北海道地所規則７条では、まだ使用者の権利が認められ、1877年北海道地券条例でも、16条の官有地３種編入があるが、同条但し書には、「旧蝦夷人の情態により、私有権付与できる」とあったが、これが空文化された（それは北海道開拓使の権威主義的行為によった）。これに対して、それ以前は、高倉（新一郎）叙述に代表されるように、1872年に一気に組み入れられたとされていたが、実はそうした理解自体、同博士自身の改説によるものであった[43]。

（２）1899年北海道旧土人保護法[44]

アイヌ民族に対する土地法の基盤は、1899年の北海道旧土人保護法（明治32年法律27号）であり、その内容は、ドーズ法（1877）によったとされるが、アメリカ・インディアン史の差別立法とされる同法よりもひどいものであった。例えば、①第１に、アイヌ民族に対しては、基本的に（新たな）「下付（賦与）」という形が採られ（それに伴い、それまでの海浜部からの「強制移転」が多々見られた）、アメリカのような、それに先立つ先住民族との条約による「居留地」という発想[45]がないのである（だ

松浦武四郎――北の大地に立つ（北海道出版企画センター、2017）など参照。

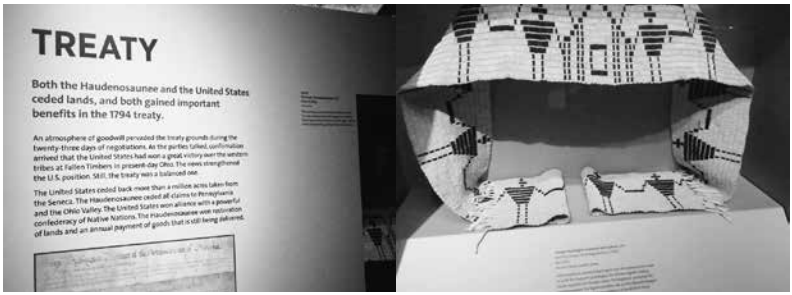
[43] 瀧澤正「明治初期開拓使の土地改革とアイヌの土地――おもに北海道地所規則第７条をめぐって」北大史学51号（2011）がこの点を初めて意識的に明らかにした。さらに、吉田邦彦「近時のアイヌ民族記述教科書検定と所有権侵害問題――先住民族への過去の不正義補償との関連で」同・前掲書（注25）民法理論研究６巻（2017）119－120頁も参照。

[44] 詳しくは、吉田・前掲書（注22）民法理論研究５巻（2015）168頁以下〔元は、さっぽろ自由学校「遊」ブックレット（2012）〕。また、同・前掲書（注25）（民法理論研究３巻）（2006）第７章も参照。

[45] 例えば、2020年８月６日、13日、20日（米東海岸時刻）には、米シラキューズ大学・Ph・アーノルド教授主催の『発見法理』（これは無主物先占法理とも通ずる、欧米の先住民族を無視する法理である）オンライン・シンポが開催さ

からドーズ法の場合には、居留地の「割り当て」(allotment) がなされたわけである)。②第２に、「下付」される土地のサイズの小ささである (すなわち、ドーズ法では、家族リーダーには160エーカー、大人には80エーカー、子供には40エーカーが付与されたのに対して、アイヌに対しては、１世帯当たり、５町歩 (つまり、５ヘクタール〔12.38エーカー〕) に過ぎなかった)。しかも③第３に、給与地は「不毛地」「傾斜地」など農耕に適さないところが多く、「15年以内の開墾」という条件を成就 (「成功」「不成功」という言葉が用いられた) しない場合が少なくなかった[46]。別の言い方をすれば、本来狩猟漁撈を生業としていたアイヌ民族の教化として「農業に向けての強制労働」が織り込まれていたと言える。また④

れ、J・エドワード氏 (オノンダガ国 (Onondaga Nation) 理事会メンバー及びホーデショーニ (Haudenosaunee) (イロコイ族６か国) 渉外委員会メンバー) は、「1613年以来のワンパム条約 (ワンパムとは、友好条約のシンボルとしてのベルト) は400年の歴史を迎えるが、それにより、異民族がともに肩を並べて共生・生活するという精神は、米国憲法の基礎となっている」との言葉は、印象的であった。最初の条約はオランダとの条約で、もっとも有名なのは、米ワシントン大統領とのカナイダイグア条約 (Treaty of Canaidaigua) (1794年) である (しかしそれはその後反故にされた)。See also, Peter Jamison & Anna Schein eds., Treaty of Canandaigua 1794 (Clear Light Pub., 2000); Suzan Harjo ed., Nation to Nation: Treaties between the United States and American Indian Nations (Smithsonian Books, 2014).



(アメリカン・インディアン国立博物館での『国と国』の展示 (2016年10月吉田撮影)
(左は、カナイダイグア条約、右は G・ワシントンのワンパムベルト))

[46] 山田伸一・近代北海道とアイヌ民族――狩猟規制と土地問題 (北海道大学出版会、2011) 282頁以下では、不成功による「没収」土地の大きさを指摘する。









（釧路における給与地（春採湖界隈の傾斜地、崖地）、厚岸沖合のポンモシリ（共有財産問題は未解決）、川村カネト資料館（旭川近文。土地紛争が多かった））（撮影筆者）

第４に、アイヌ民族への「下付地」譲渡及び担保設定には、道庁長官（その後知事）の許可が必要であったために、信用がつかず[47]、商売ができないことが問題とされた。これはアメリカの黒人差別の金融規制である「赤線引き」（redlining）と類似する。⑤第５に、（1930年代でドーズ法は廃止された）アメリカよりも遙かに長く、この差別土地立法は適用された（1997年まで）。

[47] 荒井源次郎・アイヌの叫び（北海道出版企画センター、1984）33頁。さらに、吉田・前掲書（注25）（民法理論研究３巻）（2006）312－313頁参照。

さらに、深刻な問題として、共有財産問題の軽視（この点は井上勝生教授の調査がある（注13）参照。共有財産の放置例は多いと、実証的に指摘する）、さらに「名目主義」という民法を無視する議論で、アイヌ文化振興法附則はできている。また、前提として、旭川近文アイヌに対する差別立法「旭川市旧土人保護地処分法」（1934年法律）では、下付されるのは、他地の５分の１の１町歩にとどまり、５分の４は、「共有財産」とされて杜撰な管理にゆだねられたという問題がある[48]。

４．現代的諸問題

（１）遺骨返還

目下焦眉の課題を総覧してみると、第１は、遺骨返還問題であるが[49]、入会法理で対処でき、共同体的所有権で、コミュニティへの返還を認めることができ、それが「世界の趨勢」である。入会における総有理論は、民法学の通説として、確立しているのである[50]。なおこの点で、「人権は個人権という憲法論」をベースとして、先住民族の権利実現に消極的になる[51]のは、批判も出されているように[52]、こうした議論は荒唐無稽と言うべきであろう。

なお、今後とも遺骨返還の和解事例は増えるであろうが（国は白老に

---

[48] 詳しくは、吉田・同書322頁以下参照。

[49] この点の法的（補償法学的）分析は、吉田・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）200頁以下参照。

[50] なお、差間正樹「先住民族として生きる」T・モリス＝スズキほか・前掲書（注８）（2020）121頁は、「『祭祀承継者』とかの民法の言葉はアイヌの文化ではない」とするが、適用すべき民法が間違っているのである。

[51] 例えば、中村睦男・アイヌ民族法制と憲法（北海道大学出版会、2018）309頁以下は慎重な叙述の仕方だが、結局個人権をベースとする見解を擁護する如くである。

[52] 憲法学上の個人権への拘りのおかしさを説くのは、Hideaki Uemura & Jeffry Gayman, *Rethinking Japan's Constitution from the Perspective of the Ainu and Ryukyu Peoples*, The Asia-Pacific. J.: Japan Focus, vol. 16, issue 5, no. 5 (2018) 参照。T・モリス＝スズキ・前掲（注８）同ほか・前掲書（注８）26頁も参照。

集結させたアイヌ遺骨に関しては、共同体的返還〔「地域返還」という〕を認める意向である（2018年12月）[53]、残るは、アイヌ民族が排除されたようなところの遺骨返還の可否である（例えば、小樽の場合[54]）。盗掘の墓地が特定され、そのアイヌ墓地の管理システムが確保されるならば、地域返還の道を認めるべきであろう[55]。

ところで、遺骨返還訴訟においては、本来ならば、補償の主張も行うべきだったと思われる（これは、故城野口ユリさんらにかかる浦河杵臼の遺骨返還訴訟第１号からの問題であるが、当事者主義ゆえにそれは和解内容にも反映し、これが先例になってしまう。担当の市川守弘弁護士は、消滅時効を考慮して主張しなかったとされるが、そうする必要はない〔北大側が、消滅時効を「援用」しなければ、責任問題は残る〕。民法改正で民法724条は明示的に消滅時効化されたから益々問題がないが、改正前は、判例が724条の後段を「除斥期間」扱いしていたので、その点

---

[53] 内閣官房アイヌ総合政策室「大学の補完するアイヌ遺骨等の出土地域への返還手続きに関するガイドライン」（https://www.kantei.go.jp/jp/singi/ainusuishin/pdf/181226_chiiki-guidelines.pdf）。その場合には、出土地域に居住するアイヌ民族の団体が、その法人格の有無を問わず、返還主体になるとある（４頁）。

[54] 例えば、小金井良精教授（東大・人類学）は、明治21年（1888）年７月中旬に、川上正実氏の案内の下、小樽市住の江町７丁目の小樽アイノ墓地から遺骨及び埋葬品を盗掘し、「この大なる収穫は実に喜ばしかった」と書いている（小金井良精「アイノの人類学的調査の思ひ出」ドルメン４巻７号（1935）724－725頁）が、しかしその数年後、オタルナイ・アイヌは石狩浜益に強制移住されていているために（この点は、平山裕人「小金井良精『北海道の旅』第１歩！小樽で遺骨盗掘」アイヌチャランケの会・パンフレット１号（2020）13頁参照）、誰が返還主体になるかという問題が出る。

[55] この点で、2020年１月20日発出の「先住民族アイヌの声実現実行委員会（代表・川村兼一＝多原良子）ほか」からの日本政府への「盗掘されたアイヌ遺骨に関する申し入れ」で、「国はアイヌ民族に謝罪し、盗掘されたアイヌ遺骨をその責任で、速やかに出土地域に再埋葬し、アイヌ遺骨の慰霊と歴史的経緯をしたためた石碑を建てること」「再埋葬後は、それぞれのコタンのアイヌ民族の意思に基づいてそれを管理し、アイヌ民族の居住者のいない地域では、自治体が管理を行うこと」としており、もっともな要望であると思われる。

をどう考えるかが問題となる。しかし、継続的損害について、それが顕在化するまで起算点を遅らせる判例（最判平成16年４月27日民集58巻４号1032頁〔筑豊塵肺訴訟〕、同平成18年６月16日民集60巻５号1997頁〔水俣病関西訴訟〕）などを援用して、城野口さんの場合などは、北大との遺骨返還交渉が決裂した〔というか、北大側が交渉を拒否した[56]〕2013年２月の段階が、精神的損害の除斥期間の起算点となると解せないだろうか）。ともかく、補償請求の主張がないために、その部分が和解から欠落し、返還遺骨の再埋葬や管理費用の課題（アイヌ民族側の財政上の苦境）が出ていることを看過すべきではない。

その他、盗掘遺骨の白老の象徴空間への再移転により、北大納骨堂前でのイチャルパをやめていいのか、また函館の北方民族博物館での児玉コレクションをこれまで通り「由来」（provenance）不明のままに放置しておいてよいのか、ということも、補償問題が残ることを示唆させるし、遺骨返還されない盗掘遺骨の人類学者による再利用、その条件付け（「研究倫理指針」の検討。アイヌ民族側の事前の自由なインフォームド・コンセントは不可欠であろう）などの難問が出されている[57]（諸外国でも必ずしもこの点で、順調ではないようである）。

---

[56] 北大側は、遺骨返還に関しては、北海道アイヌ協会のみを相手とするという理屈を持ち出した（従って、個別の盗掘遺骨の関係者は相手にしないとして交渉を拒否したとのことである）。これは、北大納骨堂での供養祭（イチャルパ）基金の授受に関わる確認書が、北大医学部と北海道ウタリ協会（今日の北海道アイヌ協会）との間で交わされた（1988年８月）こともあり、その後の医学部の対応も同協会を相手にすることとなっていたことも関係するようである（北海道大学医学部アイヌ人骨収蔵経緯に関する調査報告書（北大、2013）105頁、116頁参照）。しかし遺骨返還に関する明示的な取り決めは無く、よしんばそのような取り決めがあっても、遺骨所有者（遺族ないし当該コタン関係者）の明示的な承諾無しになされた公序に反する無効なものではなかろうか。

[57] この点では、2019年７月22日に日本人類学会会長篠田謙一氏が、琉球民族の盗掘遺骨に関わる京都大学の山極寿一総長（当時）に対して、「古人骨は学術的価値を持つ国民共有の文化財として保存継承され研究に供与されるべきである」などと要望し、物議を醸している。

（2）環境的不正義

第２は、環境的不正義であるが、アイヌ民族との関係では、二風谷・平取ダムが格好の事例であり、既に論じているが[58]、深刻なのは、称揚された二風谷ダム判決（札幌地判平成９年３月27日判時1598号33頁）（国際人権規約（市民権規約）27条の「文化享有権」から収用の違法性を判断しつつ、事情判決を下した）がありながらも、事態は全く変わっておらず、同様のアイヌの聖地（チノミシリ）を破壊する平取ダムの建設が止まらないという構造問題の継続性である。

また、紋別の産廃施設にしても、紋別アイヌにとって、神聖なシュマリタプコプという山を切り取って同施設を作るということ自体が、文化享有権侵害的なものを孕むが、それにより豊丘川が汚染されて、アイヌ民族の食文化・生活文化として重要な鮭の遡上を妨げることになるという環境汚染をもたらすという事例である[59]。しかしこれについては、知事への要請や公害審査会への調停申請という行政手続のレベルにとどまり、結局、市の建設計画承認、道の建設許可もなされ、司法手続的チェックもなされないままである。（さらに言えば、過去鴻之舞金山により汚染された藻別川沿いにアイヌ民族は追いやられ、渚滑アイヌ民族の元来の土地は和人により駆逐されたということ自体、過去の環境的不正義の産物に他ならない。）

本稿で強調しておきたいのは、世界的には、各地で由々しき問題があり、先住民族（特に狩猟採集民族）は、苦境に晒されているということである。例えば、ブラジルのアマゾン流域、フィリピンのママヌワ族（ニッケル鉱山）がそうであり、とくに、東アジア、東南アジアでは、先住民族の権利の地域的実現のメカニズムがなく、国際人権法上の救済が他地域よりも弱いことも関係しているだろう（これについては、注41文献（2019）参照）。

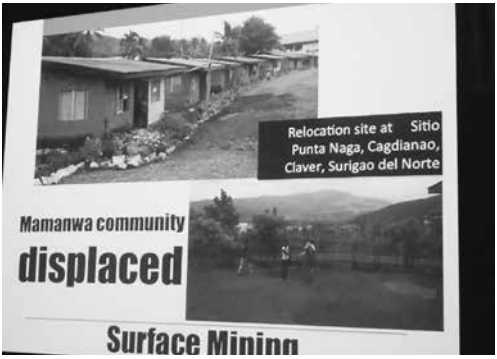
こうした中で、尾本博士は、2019年２月にフィリピンのネグリトの中でも歴史的に最も古くから（３～５万年前）の先住民族（狩猟採集民族）のネグリト族のリーダーであるホクマンさんを東大理学部（人類学）に

---

[58] 吉田・前掲書（注25）（民法理論研究３巻）（2006）７章。とくに328頁以下。
[59] 吉田・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）180頁以下。



（紋別藻別川（上流の豊丘川汚染が危ぶまれる））（撮影筆者）



（東大での国際会議での報告写真）（2019年２月撮影筆者）

招聘して、その伝来の土地におけるニッケル鉱山（タガニート鉱山）の大開発における「強制移住」、それによる利益均霑の少なさ・アンバランス、活動家の殺害などの深刻な不正義[60]に焦点を当てる国際会議を開催された。

また、ブラジルでは、アマゾン流域の多大な伐採の後に、違法伐採者・違法採掘者がコロナウィルスを持ち込み、先住民族のコロナ被害が深刻

[60] これについては、尾本・前掲書（注２）110頁以下、209頁以下参照。さらに、谷口正次・教養としての資源問題――今、日本人が直視すべき現実（東洋経済新報社、2011）（「新植民地主義」といわれる資源収奪（61頁））も参照。

である（NYT の記事など参照）[61]。

---

[61] See, e.g., Bruce Albert, *Lessons from the Yanomami in Brazil: The Tragedy Unfolding in the Amazon Echoes What All Human Inhabitants of the Planet Are Suffering*, The New York Times, International Edition, April 29th, 2020, p.10（ヤノマミ族（ブラジル北部・ベネズエラ南部のオリノコ川上流域のインディオ）のコロナウィルス感染。違法な金の鉱夫などの大量の侵入から。ヤノマミ族は、1940年代に最初に外部の人と接触してから、これまで、多くの感染症、とくにはしかやインフルエンザに冒されてきた。1970年代にこの地域に高速道路を敷かれて、同エリアの植民地化は加速し、1980年代後半から、ヤノマミ族の土地は違法な金鉱掘の侵入者に侵され、彼らは、マラリアやインフルエンザ、結核、性感染症などをもたらした。２万人以上のガリンペイロ（違法な鉱夫）たちは、このコロナウィルスの感染についても責任があるし、この恐ろしい感染症にも拘わらず、違法な鉱山活動は続けられている。アマゾン流域の熱帯雨林破壊も加速度的に進められている。コロナウィルスは、マナウスやベレンというアマゾン流域の大都市の郊外に住む、貧困な先住民族のゲットーに、あっという間に広がっている。この感染症に晒されているブラジルの先住民族は約90万人いる。ボルソナロ政権は、このパンデミックに対して、科学を軽視し、先住民族や環境への配慮はなく、当面は、これに関する政策的な希望は期待できない）; Julie Turkewitz & Manuela Andreoni, *River of Life, River of Death: The Epidemic's Spread Along the Amazon Is a Painful Echo of History*, The New York Times, International Edition, July 27th, 2020, p.1, 4（新型コロナウィルスは、これまでの疫病と同様に、植民者及び浸食会社とともにアマゾン川を伝って広がっている。アマゾン川は、南アメリカにとっては、重要な生命線であり、８カ国にまたがる3000万人を支える支流も含めた冠動脈的存在だが、疾病も悲しいかな伝播させる。パンデミックはブラジルでも猛威を振るい、200万人以上が感染し、８万6000人以上が死亡している。コロナウィルスにひどく晒される６都市はアマゾン川沿いなのである。ウィルスは、アマゾン川ですこぶる速くかつ全面的に運ばれて、テフェのような遠くの漁業・農業コミュニティも、ニューヨーク市のようにひどい状況になっている。アマゾン流域は、人口220万の大都市のマナウスから小さな街や村落まで、一見分散しているように見えても、面としてコロナが襲っており、そこに医療保障の脆弱さが事態の悪化に拍車をかけている。アマゾン流域の諸都市は、全国平均の数倍の犠牲者を生んでおり、マナウスでは、毎日100人が死んでいる。もう病棟は満杯である。そして墓場は、森を切り開いて、次々作られている。とくに先住民族の状況が悲惨であることは歴史的にも示されることである。既に16世紀から、探検家、そして入植者が暴力と天然痘やはしか等の疾病をもたらし、先住民族コ

（3）漁業権

第３に、漁業権である。これに関する近時の重要事件として、やはり紋別の畠山敏エカシの異議申立て（アシリチェップノミ（カムイチェップノミ）〔新しい鮭を迎える儀式〕のための鮭捕獲をしようとして、2018年８月末に警察に封ぜられ、さらに2019年９月には、道職員により告発され、2020年２月に書類送検され、結局不起訴となった）によっても、アイヌ新法（2019年アイヌ施策推進法）17条で関連規定が入ったが、あまり変わっていない。しかも、この点で、捕獲のレベルで、アメリカでの大きな司法的成果（ボルト判決）[62]とは大きな相違がある（すなわち、

ミュニティを根絶させた。感染率は、白人よりも先住民族の方が６倍大きく、川沿いに広汎に死者を出している。アマゾン流域はブラジルの中でももっとも閑却されてきた地域であり、とくにボルソナロ政権になってからはひどい。彼にとっては、先住民族の福祉などは優先順位は低い。マナウスでは３月13日に、英国から感染者の第１号が出た。しかしウィルスは至る所にあるようになってしまった。先住民族の犠牲者は悲惨である。少なくとも570人が既に死に、また１万8000人以上が感染している。医療関係者は苛酷で、多くの医師や看護師が死亡した。しかしテフェでも７月に入ると、死者が減ってきた。ウィルスは当面他地に移ったようである）. See also, Ernesto Londono & Leticia Casado, *'They're Razing Down Our Forest': Brazil's Leader Is Keeping His Promise to Open Up the Amazon to Development*, The New York Times, International Edition, April 23rd, 2020, p.1, 5（ブラジルのロンドニア州のアルトジャマリ村は、ウル・エウ・ワウ・ワウ民族の10家族ほどが居住しているが、殆ど存続も難しくなっている。外部の者が屡々侵入してきて違法な森林伐採をしようとするのだ。地域の先住民族のリーダーないし支援者は、この責任はボルソナロ大統領にあるとする。彼は大統領に就任するやアマゾン流域の商業的開発を承認し、「先住民族の土地には、富が眠っている」と言い、反面で先住コミュニティにとっては、民族集団文化の破壊・抹殺の時代を迎えている。彼は憲法で守られている先住民族コミュニティ保護のシステムを、インディアン財団への支援カットという形で、破壊しようとしている。2020年２月に、同大統領は、議会に、（河川を汚染し、アマゾンを破壊する）違法伐採を適法化する法案を提出した。北部領域には、ヤノマミ族やムンゾルク族がいるが、彼らも何千もの侵入者（金採掘者）の脅威にさらされている。2019年には、少なくとも７人の先住民族のリーダーが殺されている）.

[62] U.S. v. Washington, 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash., 1974), aff'd, 520 F. 2d 679

（ⅰ）儀式レベル、（ⅱ）生活レベル、（ⅲ）商業レベルに分けると、アイヌ民族は、（ⅰ）レベルでも物議を醸し、アメリカ先住民族の場合には、（ⅲ）レベルまで５割の取り分が認められているのである[63]。もっとも、米国でも、地球温暖化や上流の灌漑用水権（水利権）との関係で、こうした漁業権の実現には屡々困難を伴う事態となっている[64])。またこのこととの比較で、近時（2020年８月）に、浦幌のアイヌ民族団体「ラポロアイヌネイション」が、（二風谷ダム判決と同様に）「文化享有権」（市民権規約27条）に基づき、「先住権」としての漁業権、集団としての日本政府（明治政府）が禁止するまでの船外機付きの漁船による刺し網漁としての鮭捕獲権（浦幌十勝川河口から４キロまで〔浦幌川合流点〕の範囲の捕獲権）を求めて提訴したことが注目される[65]。これをアメリカとの比較でどのように位置づけるかも興味深いが、アイヌ民族の伝統的漁法に拘る限りで、上記（ⅱ）と（ⅲ）の中間的なものではないかと思われる。

さて次に、現行のアイヌ民族の漁業権規制は、1951年水産資源保護法（法律313号）25条〔漁業法８条３項規定の内水面における遡河魚類のうち、鮭採捕の禁止。但し、都道府県知事の許可・免許による採捕は別〕ないし1964年北海道内水面漁業調整規則（北海道規則133号）52条〔知事の許可を受けた、増養殖用の種苗・種卵の自給・供給、伝統的儀式・漁

(9th Cir., 1975) の第１審が、ボルト判決 (Boldt Decision) と言われるものであり、これは連邦最高裁の支持まで受けている（Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Assoc., 443 U.S. 658; 99 S. Ct. 3055 (1979)）。

63 この点は、Charles Wilkinson, Messages from Frank Landing: A Story of Salmon, Treaties, and the Indian Way (U. of Washington P., 2006). また、市川守弘「アメリカ・インディアン法の生成と発展」平成15年年版日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題（第一法規、2004）参照。

64 これについては、吉田邦彦「米ユーロク民族の水利権・漁業権における逆境と展望――アイヌ民族との比較のために」法学セミナー 780号（65巻１号）（2020）51 ～ 57頁参照。

65 朝日新聞2020年８月18日（北海道版）28面、29面（「先住権」議論の深まり期待）（樋場勇太＝芳垣文子執筆）。本訴の訴状については、以下参照。http://hiratatsuyoshi.com/KamuycepProject2020/archive/20200817raporoainunation_complaint.pdf

法の伝承・保存・知識の普及・啓発の場合は別〕（2005年規則84号による追加がある）であるが、この淵源はどこにあるのかについて、（近時議論も多く）山田文献に沿いつつ、やや詳しく辿ることにする[66]。

すなわち、①1869年に呼称変更された「漁場持」（かつての場所請負人）はしばらく維持され（1876年９月に廃止）、それまでは自給用（「飯料採り」）は認められた（もっとも、十勝での（アイヌ・和人）合同組合は1880年解散まで維持される）。②1876年開拓使乙９号布達で、「全道でテス漁・夜漁の禁止」、③1878年10月開拓使乙30号布達で、「引き網以外のサケマス川漁の禁止。全道の支川（千歳川、豊平川など）でのサケマス禁漁」、③1878年12月開拓使札幌本庁甲43号による「札幌郡内のサケマス禁漁」（魚苗の生育すべき支川での漁獲の禁止）など、ものすごい勢いでの禁圧ぶりであり、そこには黒田清隆開拓使長官らのアイヌ民族への配慮のない禁圧対策が窺える。④もっとも例外的に共有漁場とされたところ（例えば、十勝川〔大津川〕、石狩川下流など）では、1920年代まで漁業権は存続した。

しかしその後、1880年代から禁漁はさらに徹底された。すなわち、1880年には、「種川法」が開拓使函館支庁で実施され（それは産卵に関わる者だけが漁業権を持ち、それ以外は禁漁とするレジームである）、例えば、1883年から十勝川上流部が禁漁とされた（札幌県甲239号布達、札幌県丁96号布達）（本流まで禁漁を及ぼしたということである）（そのほか、道南ユーラップ川も同様）。さらに、豊平･発寒･琴似川について、1882年から同様に禁漁が徹底された（千歳川についても同様である）[67]。

---

[66] これについては、とくに、山田伸一「千歳川のサケ漁規制とアイヌ民族」同･前掲書（注46）（2011）第４章（初出、北海道開拓記念館研究紀要32号（2004））、同「札幌県による十勝川流域のサケ禁漁とアイヌ民族」同37号（2009）が有益であった。記して、お礼申し上げる。これまでの、高倉文献（高倉新一郎・新版アイヌ政策史（三一書房、1972）450－451頁）に沿った筆者の漁業規制の理解は断片的だったと反省している。

[67] その際には、新潟県の三面川がモデルとされたが、その前提には、明治８年（1875年）太政官布告120号による河川の国有化（「海面官有宣言」）による旧慣の廃止の動きがある。これに対して、伝統的漁業権のサイドから批判的に叙述するものとして、菅豊･川は誰のものか――人と環境の民俗学（吉川弘文館、

かくして、1888年の北海道水産物取締規則（北海道庁令18号）に至る（15条〔本流で引き網のみとされ、夜漁禁止〕、16条〔テス漁禁止〕）。しかし注意したいのは、ここでも自家用の漁業は出願しなくとも認められたということであり（同規則17条）、これが厳しくなるのは、その後の改正（1888年改正（北海道庁令24号）19条〔違警罪〕、1892年改正（北海道庁令29号）〔罰金・拘留〕）を経て行き着く、1897年北海道鮭鱒保護規則（北海道庁令98号）であった（その10条では、自用捕獲・遊漁することができないとする。もっとも、その後、1902年道庁令86号で、「許可を得ればよい」とされる）。こうして、このスキームは、1915年北海道漁業取締規則（道庁令37号）、1928年同規則（道庁令12号）に承継され、冒頭の1964年規則に繋がる1952年北海道漁業調整規則（漁業法65条に基づき、内水面のサケマス業原則禁止する47条〔例外は知事指定の場合〕）となるのである。ここにおいて確認されるのは、「繁殖保護」ないし「人工孵化」理念がもたらす規制強化、そしてそれゆえの「アイヌ民族の伝統漁法の締め出し」ということであろう（この点、福永准教授）[68]。いわば、民族差別をあからさまに出さないまでも、コモンズ的・入会的な先住民族的漁業権を遮断し、官有的管理強化の理念強化の漁業法制の転換とみることができよう。

（4）伝統的知識・観光アイヌの問題

「観光アイヌ」問題に関する批判的省察は既に存在する（鳩沢氏、結城氏。また、佐々木氏など）[69]にもかかわらず、（それを深める形跡はなく）

2006）103頁以下参照。

[68] この点は、福永真弓・サケをつくる人々――水産増殖と資源再生（東大出版会、2019）90頁以下で、伊藤一隆氏（札幌農学校１期生）の米国鮭人工ふ化放流事業への着目などに触れつつ、「アイヌ民族の締め出し」に繋がったことを詳述する。

[69] 鳩沢佐美夫「対談アイヌ」同・沙流川（草風館、1995）（初出、1970）198頁以下（「和人の利用・搾取・凌駕の歴史としてのアイヌ史」）、結城庄司・アイヌ宣言（三一書房、1980）203頁（アイヌ観光では一世紀前の風俗に似せ、商売として観光客を喜ばせることになり、観光客は時代錯誤になる）。また、佐々木昌男・幻視する《アイヌ》（草風館、2008）158－162頁、217頁以下（日本（シャモ）社会

ここへきて新法（アイヌ施策推進法）（2019）10 ～ 15条では、交付金制度を使い、安易なアイヌ観光論が風靡している（しかもその利益はアイヌ民族にはいかない制度の立て付けになっている）[70]ので、事態は深刻である。毎年100万人規模の観光客との国の触れ込みは、昨今のコロナ危機で破綻しており、今一度、真正なアイヌ文化の継承のために、何が必要なのかを考え直す必要があり（伝統的知識の真正な保護も然りである）、別途アイヌ民族の生業保護のあり方は検討すべきことも言うまでもない。

（5）まとめ――アイヌ民族への歴史的不正義の現在性

以上をまとめると、人類学的視点から、巨視的に先住民族保護という点で、世界的に一番深刻なのは、（2）の問題〔環境的不正義問題〕であろう。まさに開発と疫病（新型コロナウィルス）により二重の災厄による絶滅の危機に、世界各地の先住民族（とりわけ狩猟採集民族）は瀕している。これを打開する展望が見えないところも、深刻である（疫病による大打撃を受けたことは、これまでの先住民族史の繰り返しである）。さらに、次述するこれまでの歴史的不正義の帰結としての、アイヌ民族の組織的弱体化、その再編の必要性も深刻であろう。

他方で、（1）（3）の問題〔遺骨返還問題、漁業権問題〕は、目下前面に議論されているし、当事者にとっては、切実な課題である。しかし問題の重大さ、深刻さという点で、（2）の問題〔居住権・環境剥奪・破壊の問題〕を凌駕するものではないとはいえ、当事者にとっては比較すべきものでも無かろう（この点、尾本博士は、（1）に関して、補償的立場を否定されない[71]ことにも留意すべきである）。それよりもここで強調しておきたいのは、アイヌ民族への「歴史的不正義」は、決して過去の

の共同体意識で、不対等の「異族」意識があるとする）。また、吉田･前掲書（注25）（民法理論研究３巻）（2006）383頁以下、同･前掲書（注22）（民法理論研究５巻）（2015）186頁以下も参照。

[70] モリス＝スズキ・前掲（注８）（2020）73頁も、安易な観光立国構想によるアイヌの観光資源としての利用とし、これに対抗する必要があるとする。吉田・前掲（注38）「（上）」145頁以下も参照。

[71] 尾本・前掲（注18）（2019）107頁参照。

ものではなく、先住権ないしその分肢としての入会権侵害の問題は現在も続いているということであり、その補償法的（不法行為法的）救済は求められていると考えられる。

例えば、第１に、本稿にやや詳述した漁撈権の問題は、国・地方公共団体の関連諸立法による先住民族の漁業権侵害の歴史的経緯からして現在にもなお侵害は継続しており、国家賠償法１条の責任を問いうる。その際に安易に立法的裁量権を持ち出すことは問題で、仮に持ち出したとしても、2019年（アイヌ施策推進法）17条で何らかの措置を採ることが要請されているのに、放置しているのは、二重の意味での同条の違法性があると言うべきだろう。

これに関連して、二風谷ダム・（建設中の）平取ダム、さらには紋別の産廃施設などによる環境汚染の問題は、先住民族の漁業資源の侵害を継続的に行っており、その破壊・撤去などは、アメリカ司法では現に行われていることを想起すべきであり[72]、それができなくてもそれに替わる賠償請求を地元住民が行うことは可能であろう。さらに、屈斜路アイヌにとっては、屈斜路湖には毒ガス弾が投棄されているとのかねての指摘[73]も由々しき環境問題であり、恰度ニューヨーク州北部のシラキューズ市のオノンダガ湖の環境浄化を求めて、2000年代に先住民族オノンダガ・ネイションからの所有権回復訴訟が問題になった[74]ことにも思い及ぶ。

第２に、盗掘遺骨の問題にしても、数十年前の児玉作左衛門博士らの盗掘行為だけの問題ではない。北大側が、先住民族の遺骨の共同体所有の概念を拒否し（応ずるにしても、拒否を前提とした和解によってであり、アイヌ民族側は、提訴せざるを得ない）、大学そして（今後イチャルパもなされるとも限らない）ウポポイの象徴空間慰霊施設に集約して分散的な各アイヌコタンのアイヌ墓地から分別隔離して、管理されること自体により、先住民族側への不法行為は今なお継続していると考える

---

[72] これに関しては、吉田・前掲（注64）参照。

[73] 例えば、森亮一「湖底に眠る悪魔の兵器――屈斜路湖の毒ガス弾域問題」文芸北見34号（2003）180頁以下。

[74] この点は、吉田・前掲書（注44）（ブックレット）（2012）14頁注７〔同・前掲書（注22）（民法理論研究５巻）140頁注８に所収〕参照。

べきであろう（その意味で、北大側が、消滅時効を援用するからという理由で補償請求（損害賠償請求）をしないとの市川弁護士の判断[75]には理解しかねる。そしてこれが弁論主義的な先例となってしまい、一連の遺骨返還の和解においても、補償的請求が全て欠落してしまっている（その結果、回復アイヌ遺骨の管理費用面での問題を抱えている）ことも、逸するべきでは無いだろう）。

第３に、アイヌ土地法に関しても、1899年旧土人保護法関連の共有財産が、『未完の課題（unfinished business）』であり、1997年アイヌ文化振興法附則３条の名目主義も民法（債権総論）の通説的常識に反し（このプロセスを北大憲法の研究者が是認したというのもおかしな話である）、増額評価手続の不作為は、国家賠償法１条の問題として問責しうるし、同手続の再試を求めても良いだろう[76]。

さらに問題となし得るのは、1870年代のアイヌ地の奪取のプロセス（すなわち、1872年北海道地所規則７条から1877年北海道地券条例での官有地三種組み入れのプロセスである）での先住土地権の侵害の不法行為は、今に繋がる不正義として補償請求があってもおかしくない（所有権は消滅時効にかからないというのは今も変わらない定説である。他方で、取得時効の反射としての消滅という事態はあるが、だからと言って、補償請求の主張を否定するものではなかろう[77]）。明治維新直後の日本国に

---

[75] 遺骨返還訴訟の第１号である、城野口ユリさんらの浦河杵臼コタンに関わる訴訟提起時（2012年９月）に、シンポジウムが行われ（北大開示文書研究会パネルディスカッション「アイヌのお骨はアイヌのもとに」が行われ）、そこでの市川弁護士と私のやり取りを参照（www.kaijiken.sakura.ne.jp/symposium/sympo2012/panel2012.html）（記録平田剛氏）。

[76] 因みに、2021年１月に実施した北大学部生対象の民法・債権総論の期末試験でこの問題を試しに出してみたら（設問は、「いわゆる『名目主義』と『実価主義（増額主義）』を説明し（どのような場合に各々は妥当するかも説明する）、アイヌ民族の共有財産返還（とくにアイヌ文化振興法時の取り扱い）について、論じなさい」というものである）、受験生のほぼ10割が名目主義ではなく、実価主義（増額評価）により、アイヌ民族の共有財産問題は解決すべきであったとしていることも、参考までに摘記しておきたい。

[77] これに関するもはや古典的な論文として、J・ウォールドロン教授（コロンビア大学）のものがある。Jeremy Waldron, *Superseding Historical Injustice*,

よる先住民族からの土地奪取は、「国家無答責」などと言う理屈は、通用しないであろう。戦後補償問題などで言われるように、まさしく時際法的な、不法行為法的再評価が問われており、先進諸国で先住民族への土地返還（例えば、カナダ、オーストラリアなど）がなされているのは、それ故であることに我が国も気づくべきである。我が国における類似の一方策として、例えば、二風谷エリアでの国有地における入会権の復権などがあり得よう（そしてこれは、故貝澤正エカシの遺言的要望でもあった[78]）。

なお、諸外国で、先住民族子弟への同化教育が補償問題の大きな論点になっている[79]こととの比較で、開拓使仮学校（これについては、注６

103 (1) Ethics 4 (1992).

[78] 貝澤正・アイヌわが人生（岩波書店、1993）186－194頁参照。

[79] 例えば、オーストラリアでの2008年のＫ・ラッド首相によるアボリジニーに対する謝罪は、「失われた世代」（stolen generation）の問題に焦点が当てられたし（これについては、窪田幸子「ナショナルな歴史経験とトラウマ――先住民への謝罪と和解」田中雅一ほか編・トラウマ研究Ⅱ――トラウマを共有する（京都大学学術出版会、2019）等参照）、米加、特にカナダにおける先住民族補償（関係修復）の中心問題は、「寄宿学校」（residential school）に代表される同化政策であり、カナダ真実和解委員会（2009年発足）は2015年にその問題に関する詳細な報告書を発表し、具体的な提言をしている。この点は、Truth and Reconciliation Commission of Canada, Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada Vol.1: Summary: Honoring the Truth, Reconciling for the Future (Lorimer & Co., 2015); Larry Loyie et al., Residential Schools with the Words of Survivors: A National History (Indigenous Education P., 2014) など参照。さらに、Ｍ・シンクレア委員長に関しては、Ian Austen, *Reframing Canada's Dialogue with Its Indigenous Peoples*, The New York Times, International Edition, February 13th -14th, 2021, p.3（アニシノーベ族（スペリオル湖周辺の先住民族）のＭ･シンクレア氏（70歳）は、マニトバ州・聖アンドリュー地区のウィニペグ市北部に居住し、彼は2009年から全加真実和解委員会をリードし（2015年にはその報告書を発表した）、上院議員を４年務め、今月（2021年２月）それを辞めて、カナダの先住民族との関係改善のロードマップを示した。同委員会では、先住民族の子弟を強制的に教会運営の学校に送り、多くが物理的・性的な虐待を受けた（そうした学校は、1996年まで１世紀以上にわたり存続して、少なくとも3200人の子どもたち

参照）さらには戦前の土人学校における同化教育（そこでは日本人教育と区別する隔離教育である）[80]は、母国語廃棄を皮切りとした大きな立法的課題であり、司法問題にしづらいところもあろう。しかし、全てのアイヌ民族は、母国語を廃棄させられたことに大なり小なりの精神的損害を受けていると言えるし、「分離すれども平等（separate, but equal）」式のブラウン判決以前の思考様式風の先住民族への接し方は、同化教育（多様性欠如）とともに平等性欠如の問題を孕んでおり、統合後のアイヌ差別・いじめ問題という現在もなお進行中の問題の温床となっていることも忘れるべきではない[81]（さらには、アイヌ女性の格差問題（いわゆる「アイヌ女性の複合差別」といわれるもの）は目下クローズアップされていることにも留意しておきたい[82]。もっとも、アイヌ社会元来の

の死をもたらした。先住民族の言語、文化的な実践は禁ぜられ、「文化的なジェノサイド」と言われる）ことに対して、単なる謝罪では済まず、具体的な行為が必要だとした。そしてトルード首相もこの方向で解決すると約束したが、5年経っても具体的な提案は、未だ実現していない）も参照。

[80] これに関する必読文献は、小川正人・近代アイヌ教育制度史研究（北大図書刊行会、1997）である。「旧土人学校」〔特設アイヌ学校〕（1899年北海道旧土人保護法9条に基づき、1901年「旧土人児童教育規程」（北海道庁令42号。1916年に第2次同規程（北海道庁令86号）。1922年に廃止）により、20世紀になり設立され、1937年の同保護法9条の削除で全廃される）の実態は、同書207頁以下参照。また、同学校が廃止され、和人学校に吸収されて、更に同化教育は強化・達成されていったことについては、同書356頁以下参照。

[81] この点で、M・ミノウ教授（ハーバード大学）は、ブラウン判決の意義として、先住民族の集団的権利、集団的アイデンティティを尊重しながら、他者の視角を包有しつつ、社会的資本の拡充・ネットワーク化に努め、連帯感覚・市民権（公民権）感覚を推進する「社会統合」に意味を認め、これは合衆国を越えた追求課題だとしており（Martha Minow, In Brown's Wake: Legacies of American Educational Landmark（Oxford U.P., 2010）chap. 4; 6; 7; 11）、傾聴に値する。このような意味での「統合」は移民法学の大きな課題であることは、吉田邦彦「移民法の諸問題、基礎理論のディレンマ構造と市民権（公民権）の意義（2・完）」北大法学論集71巻2号（2021）1144頁以下、1148頁以下も参照。

[82] アイヌ女性の格差問題（アイヌ女性の同男性との対比での、就学率、雇用形態、年収、暴力被害における格差）については、2007年報告書が出されて（反差別国際運動日本委員会ほか編集・立ち上がり繋がるマイノリティ女性――ア

女性の地位は大きく男性の役割は補佐的な役割を有するに過ぎないとされて、男尊女卑的女性差別とは異質のものが本来あったことは押さえておきたい[83])。差別問題は、アイヌ文化振興法以前からの課題だが、近時のアイヌ施策推進法（ウポポイ法）における交付金制度におけるアイ

イヌ女性・部落女性・在日朝鮮人女性によるアンケート調査報告と提言（解放出版社、2007）10頁以下、96頁以下（2004 ～ 2005年の調査である））、実態が明らかにされるようになった（因みに、荒井和子・焦らず挫けず迷わずに（北海道新聞社、1993）195-200頁は、著名なエカシの家庭内暴力を伝える珍しい例である）。現在進行形の問題として、交付金を巡るアイヌ女性会議（メノコモシモシ）差別の動きも深刻である。

因みに、多原良子氏の命名された「アイヌの複合差別」なる用語（多原良子「アイヌ女性のエンパワーメント」反差別国際運動日本委員会編・マイノリティ女性の視点を政策に！社会に！――女性差別撤廃委員会日本報告書審査を通して（解放出版社、2003）112頁以下。なお、「複合差別」それ自体は、上野千鶴子「複合差別論」井上俊也編・差別と強制の社会学（岩波講座・現代社会学15）（岩波書店、1996）204頁以下などによる）は、アメリカ・フェミニズム法学（ないし批判人種法学）では、K・クレンショー教授（UCLA。当時はコロンビア大学）が先駆的に用いだした「交錯性 (intersectionality)」なる言葉（言うまでもなく、それは、Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics,* 1989 U. Chi. L. Forum 139 (1989) を嚆矢とするものである）を想起させるもので、極めて興味深い。

[83] この点については、例えば、山本太助・イタク カシカムイ（言葉の霊）――アイヌ語の世界（北大図書刊行会、1991）74-75頁（女性には天与の本分があり、子どもとの関係のみならず、部落中の生活社会の母として位置づけられ、これに対して、男性は補佐役責任があるにとどまるとする）。ここにあるのは、本来の人間教育を行うのは女性であるというアイヌ民族の女性観（アドイ（豊岡征則氏））（例えば、伊東秀子＝藤井昌子編著・「どうせ自分なんて」とつぶやく君に（開隆堂、2001）23頁以下参照（「お婆ちゃん」が、人間らしくある人間として魂を揺らし、自然の敬愛・摂理を教え、これに対して、世間に出た人（男性）は、「普通の人の価値観」として文化差別・民族差別を持ち込んだとする））と繋がるところがあり、故河合隼雄教授が、西欧的なフロイトを批判するC・ユング心理学と結びつけながら日本社会の原型を『母系社会』とされたことも思い起こされる（河合隼雄・母性社会日本の病理（中公叢書）（中央公論社、1986）30頁以下、同・家族関係を考える（講談社現代新書）（講談社、1980）など）。

ヌ民族の受益者からの排除（さらにそれがもたらす差別問題）、アイヌ文化の商業化・表層化の問題にも想いを致す必要があろう（そして開拓使仮学校に行き着く、アイヌ土人学校という隔離教育（同化教育）、ひいては（それを併呑した）戦後にもたらす構造的差別の現場という――単なる差別禁止の訓示規定（同法４条）では解消できない――長年のアイヌ民族差別教育面での歴史的不正義は、未だ正面から補償課題とされてはいない[84]）。

５．大学の役割――将来の方向性

（1）スタンス

最後に、本研究会（勉強会）の性質上、この問題に関する大学の役割などを考えておこう。それはすなわち、研究機関として、時代を見透し、閑却されている観点から、マイノリティに寄り添う立場を示すことの意義を考えることであり、従来の近代的な「法制度」見直しを行うという意味で、アイヌ民族の側からの批判的・自己刷新的な民法学は刺激的なのである。

まず既に述べたように、学術的観点が、不可欠である。運動との連続性は重要だが、「運動だけ」になっては、それこそ研究者の自己否定だろう。そして同時に、権力との距離が重要である。とくに、「社会的貢献」と称しながら、権力との結びつきにより研究者的視点を歪めるとしたら（注10文献参照）、本末転倒で由々しき問題であろう（いわゆる『御用学者問題』である）。

---

[84] 諸外国でこれだけ議論が蓄積される先住民族の教育問題との比較で、アイヌ教育差別が充分に語られないのは、不思議に思われる（私の見落とし故か）。目にとまったものとして、やや古いものだが、例えば、結城庄司「差別への提言」郷内満ほか編・明日に向かって――アイヌの人びとは訴える（アリス館、1983）156頁以下（差別は個人的差別と集団的差別があり、後者は最も陰険で支配思想・権力から起きることが多い。前者は人間性の向上で解決されるとする（157頁））。また、井上司・地域・民族と歴史教育（岩崎書店、1978）200頁以下、成田得平＝花崎皋平ほか編・近代化の中のアイヌ差別の構造（明石書店、1985）97頁以下（旧土人学校で差別は作られた（101-102頁）とし、アイヌの立場になる学校はないとする（167頁））なども参照。

（2）アイヌ民族組織支援のあり方

実践的には、マイノリティに如何にエンパワーメントをつけるかが重要だが、この辺りの見通しがつきにくい。この点で、北海道アイヌ協会の組織的閉塞性（新ひだかからの大川勝氏の理事長選出（2020年６月）による将来的不透明さ）ないし従来の構造的問題の帰結として、アイヌ民族の自己決定権行使に向けた組織的自律性の脆弱さが懸念される（大川理事長就任後のメッセージとして、国のアイヌ政策との全面的な協力体制を強調するところなどは、本稿に述べた、アイヌ政策の問題状況・課題を意識されているのであろうか）。

さらに、組織の分断状況にどう対処していくかも問われる。例えば、WIN-AINU やアイヌ民族党、更には、（北海道アイヌ協会ではない）各地のアイヌ協会をどのようにバランス良く、「マイノリティの声」を汲み取り、それらの支持・支援をしていくかという問題である。そして、国際的ネットワークとの結びつけも重要であろう。世界の先住民族のアイヌ民族への関心は高く、EMRIP もアイヌ民族訪問を考えているのである（それ自体は、アイヌ民族政策への国連の関心が高まっていることなのであり、内閣官房アイヌ総合政策室もそれを消極的に受け止めず、自身のアイヌ政策に積極的に、内外の協調関係の推進に努めてほしい）。

（3）ポストコロナのアイヌ民族のあり方

目下コロナウィルスが世界的に猛威を振るう今日、観光立国的な『ウポポイ構想』は、いずれ行き詰まるであろう（それと同時に、アイヌ民族に迫り来るコロナ不況がどのような被害を及ぼすかも心配であり、「類なき経済大不況」の皺寄せからいかに守るかが重要な課題である）。前記アイヌ新法の交付金制度による浅薄なアイヌ観光も反省が必要なのである。むしろそれよりも、発想を転換して、《本来の先住民族のローカルなコミュニティ》が、再生する方途を考えることが重要で、そのための地域支援が重要だろう。遺骨問題にしても、本来の分極的なアイヌコミュニティのアイヌ墓地保護の支援があるべき姿である（例えば、日高姉去アイヌの強制移住後、上貫気別のアイヌ墓地を細々と守っていた故鳩山アイ子さんの支援）。

このこととの関係で、広い人類学的な視点からの狩猟採集民族ならで

はの『本来の源流規範』の意義が高まっている（山極＝尾本理論）[85]ことも興味深い。そしてこのことは、かねて宇梶静江フチが、アイヌ民族の積極的な価値観を追求する議論を進めておられる[86]ことと重なり合う（また、かねて梅原猛氏がアイヌ学に着目する[87]ことも関係する）。



（宇梶静江フチとともに）（2020年７月）
（東京私学会館での後藤新平賞受賞の折に）

---

[85] 例えば、尾本・前掲書（注２）145頁以下、尾本＝山極・前掲書（注31）123頁以下。なお、山極寿一教授は、ゴリラの生態も見据えて、またＲ・ダンバー教授の理論（集団規模の拡大に応じて、脳の新皮質の割合増加したとする）も踏まえて、「狩猟採集民族」の段階で進化があり、私有ではなく共有の「わかちあい」の精神、男女共同参画社会、仲間意識を重視する関係性社会であることに着目し、これが農耕社会（「文明社会」）になると急変するとする（同書135頁以下参照。さらに、同・暴力はどこから来たか――人間性の起源を探る（NHK ブックス）（日本放送協会、2007）、同・ゴリラは語る――ヒトの「常識」を疑え！（講談社、2012）45頁以下（共感力、利他主義、平和、環境保護）、同・「サル化」する人間社会（知のトレッキング叢書）（集英社、2014）、小菅正夫＝山極寿一・ゴリラは戦わない――平和主義・家族愛・楽天的（中央公論新社、2017）、鷲田清一＝山極寿一・都市と野生の思考（インターナショナル新書）（集英社、2017）など参照）。

[86] 宇梶静江・すべてを明日の糧として――今こそ、アイヌの知恵と勇気を（清流出版、2011）39頁以下、171－172頁、179頁以下、同・大地よ！（藤原書店、2020）362頁以下、373頁、378頁以下（環境破壊、戦争、毒物（微生物）蔓延への危機感、アイヌの精神性からの救済）。

[87] 例えば、梅原猛＝藤村久和編・アイヌ学の夜明け（小学館ライブラリー）（小

まとめると、アイヌ民族ないし狩猟採集民族の特徴として、その後の「文明社会」との比較で注目されるのは、①自然環境の重視、②富の蓄積をしない共同体文化・関係的文化、③その前提としての、土地などの個人私有という考え方はせずに、共同利用的な考え方である（まさに利用型の入会である（民法294条参照）。Cf. 民法263条）。④平和思想（議論はするが、戦争はしない）、⑤シャーマニズム・アニミズム的な死生観（象徴空間的集結はこれとなじまない立場である。その意味からも、遺骨を一箇所に集中させるやり方ではなく、伝統的なアイヌ墓地の保護が求められる）、⑥また命の平等思想（宇梶）ないし財産配分の平等性（入会規律の平等性は比較経済的にも注目される（オストロム博士）[88]）、そして⑦芸術的センスもあり、⑧『蝦夷錦』のようなたくましい取引交流の歴史の指摘（司馬遼太郎氏）[89]もある。

ポストコロナの時代には、富・権力の格差・分断の拡大に拍車がかかるだろうし（南北問題の深刻化）、経済大不況の被害を先住民族は受けるだろう。他方で、グローバル化の波にはストップがかかり、地球環境破壊にはストップがかかるところもあろう。そうなると、グローバルからローカルへの発想の転換で、本来の先住民族の生活・経験復権に繋がっていくようにも思われる。

これに関連して、尾本博士が、近時 J・ハクスレー（1887 ～ 1975）の「自

学館、1994）13－14頁（狩猟採集文化）、20・41・45－46頁（古層文化としてのまれびと信仰）、66頁（自然と調和して生きる思想）、70頁（霊送り的宗教）。

[88] E.g., Elinor Ostrom, Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action (Cambridge U.P., 1990) 59-, 65-, 88-. これに対する私なりの分析としては、吉田・前掲書（注19）（民法理論研究７巻）（2019）535頁以下参照（初出、（加藤雅信古稀）21世紀民事法学の挑戦（信山社、2017））。

[89] 司馬遼太郎「蝦夷錦」同・街道をゆく15北海道の諸道（朝日文庫）（朝日新聞社、1985）（新装版2008）85頁以下（中国明時代に、蘇州・杭州で作成されたものが、モンゴル民族により北上し、さらに樺太アイヌの交易で、蝦夷アイヌに渡ったことなどを述べる）。当時のアイヌ社会の旺盛さについては、榎森進・アイヌ民族の歴史（草風館、2008）115頁以下、また、瀬川拓郎・アイヌと縄文――もうひとつの日本の歴史（ちくま新書）（筑摩書房、2016）117頁以下も参照。

己規制・自己修正できる文明」を強調する[90]が（これは、T・ピケティ教授が、『21世紀の資本状況』（資本収益率（r）＞所得成長率（g））から来る飽くなき富・財の蓄積に対する警告[91]にも通ずる）、これは、先住民族の前記②〔富の（過剰）蓄積の否定〕とも繋がる立場である。また、ペストを逃れつつ人間省察をしたM・モンテーニュ（1533～1592）の『穏健な生活』志向とも通ずるであろう[92]（そしてそのような人生観は、元々は自然（ピュシス）との一体を説くアリストテレースの「中庸」（メソテース）の徳に遡る。そこにおける自然観にも注目すべきであろう）（なぜ、モンテーニュかと奇異に思われるかもしれないが、コロナの不安に襲われる我々にとって、16世紀後半に同様の経験をして、人生観を見つめ直し「合理主義」「啓蒙主義」を懐疑した彼は参考になるということである[93]）。

---

[90] 尾本恵市「自己規制する文明は可能か？――自然人類学からのメッセージ」尾本ほか・前掲書（注１）11頁以下。

[91] T・ピケティ（山形浩生ほか訳）・21世紀の資本（みすず書房、2014）172頁以下、446頁以下、とくに601頁以下。同（山本知子ほか訳）・格差と再分配――20世紀フランスの資本（早川書房、2016）も参照。

[92] 例えば、M・モンテーニュ（原二郎訳）・エセー（６）（1595）（和訳）（岩波文庫）（岩波書店、1967）121頁以下（「経験について」など）参照（142頁・185頁〔（最良の）中庸。自然に従うのが常に快適だとする〕、164頁〔自然の法則〕、195・198頁〔統治・富・建物は付随的なものであり、自然に従い、充実した生活・立派に生きることが重要だとする〕、208頁〔美しい生活とは、普通の人間らしい模範に合う、秩序ある、奇跡も異常もない生活だとする〕）。

[93] この点で、参考になる記事として、Robert Zaretsky, *Montaigne Fled the Plague, and Found Himself: As Disease and War Ravaged France, He Left Town and Invented the Essay*, The New York Times, International Edition, June 29th, 2020, p.9, 11（1585年の夏にボルドー市の市長たるM・モンテーニュは、近くの城からの慰問品から、腺ペストが迫って、逃げられる者は逃げており、逃げられない者は、ハエの如く死んでいると、伝え聞いた。彼の職務は殆ど終わっている。残すは、引き継ぎ式だけである。しかし他方で、城壁内にいる市民への配慮義務はある。彼は馬にまたがり、ボルドー市の端まで来て、市の評議員たちに、「引き継ぎ式のために、命を賭けるべきか」と尋ねた。返事はなかったようであり、離任した。そして疫病が去ってから城に戻った。しかしその時には、１万4000人以上の市民、つまり市民の約３分の１が酷くも死ん

こうした思想は、哲学的・思想的には、古代ギリシア（イデア・エイドス〔形相〕により自然を「製作」していくという近代主義への転換以前）の存在感に立った丸山真男博士の・我が国の「古層」をなすとして晩年着目された自然観〔つまりそれは、ムスヒ（産霊）の発動による生長増

だ。このかつての市長は、城に戻り、『エセー』の執筆に打ち込んだ。自己省察の書である。モンテーニュは、現実になし得ることと自己認識の限界を試した。16世紀後半当時、ボルドーは、疫病と宗教対立のホットスポットだった。カトリックとプロテスタントとの宗教戦争は、1562年から1598年まで吹き荒れた。市長ないし外交官として、彼は両者の仲介を試みた。彼は、1585年に書いた『人相学について』では、利益を生む災難だとし、その残酷さ、怒り、野心、欲望は、双方を枯渇させ、苦境の中で自身をしっかり立脚することの重要性を教えるとする（岩波文庫６巻に所収）。また、『嘘をつくこと』（４巻に所収）では、紙と人物との間、人生の語りとその人生との間の錬金術を考察し、「本により自身が作られる」とした。もう1000年以上前に、エピキュルスとセネカとは類似の議論をしたとし、教師は生徒を作るとした。フランス哲学者のＰ・アド（1922 ～ 2010）は、ストア派とエピキュロス派は、現実世界の精神訓練をし、物理学や倫理学を自己目的的ではなく、人生の挑戦課題の手段として、教育したとする。しかし自己実現は、それ自体世界との調和であり、現実の認識ないし自己コントロールの必要を説き、1585年の災厄は、戦争以上に、モンテーニュに自己実現を求めた。疫病がやってきたときに、彼は家族を救うために、逃げたが、その際には、死にゆく農民たちが自らの墓地を掘っているのを見たという。彼らが、逃げるモンテーニュを見て、どう思ったかは分らない。我々はどう考えるべきか。多くの批評家は、彼は臆病者ではないにせよ、ヒーローではないと考える。デブラジオ・ニューヨーク市長が、コロナウィルスのことを聞き、市の評議員におさらばと言ったら、どうであろうか。モンテーニュの場合、正直にヒーローぶらずに、エセーを書いた。多くの人生に関するエセーで、穏健な生活の重要性を説いている。『経験について』（６巻に所収）では、「重要なことは、精神を高揚させることではなく、自己抑制することだ」と述べて、穏健な生活の重要性を述べている。彼が受けとったレッスンは、我々にとってのそれでもあり、「重要なことは適切に生きることなのだ」）．コロナと同様の経験をしたモンテーニュからの教訓であり、筆者はヒューストン大学教授で人文主義期専門である（do., Catherine & Diderot: The Empress, the Philosopher, and the Fate of the Enlightenment (Harvard U.P., 2019); The Philosophers' Quarrel: Rousseau and Hume and the Limits of Human Understanding (Yale U.P., 2009) の著者）。

殖という宇宙創成のイメージである〕[94]をも想起させ、それとアイヌ思想との連続性も看取できるだろう。そしてそれが、近代科学主義・合理的理性主義の行き詰まりを言い当てており、まさに現代的問題状況を指摘し、ポストモダンに生きる我々の進路を指し示すことにもなっていることに我々は注目すべきではないか。

（4）教育機関としての大学のあり方

最後に、「大学のあり方」であるが、やはり過去の先住民族への不正義は、克明に教育し、その道義的責任を真摯に考えるのが、研究者であり、教育者の役割であろう。その意味で、広義の『補償事業』に従事すべきである。（アイヌ民族に対して）『謝罪』するにしても、その前提をなす、歴史的不正義の中身の理解、そしてその謝罪の態様が重要であり、先に述べた、補償プロセスに即したものである必要がある。

そして言うまでもないが、批判的な議論（それは「自由な表現、意見・見解の発表空間」ということである）を封ずる『権威主義』的立場は、大学にはなじまない。北大のアイヌ先住民センターも、諸外国のような健全な姿に舵を切るべきであろう（研究者の個人主義を確保すればよいというものでもなく、「大学の役割」には従来、取り巻く政治構造のコンテクストで、明治維新以来の植民地主義的体質があるとしたら、それをどう変革するかを組織的に考えることも必要であろう）。このことは、決して北大だけのローカルな問題ではなく、広く大学に身を置く大学人が常に考えるべきこととして述べた次第である。

---

[94] 丸山真男「歴史意識の『古層』」丸山真男集10巻（岩波書店、1996）（初出、1972）。さらにこの法学的理解（法思想的理解）については、吉田邦彦「アメリカ批判法思想の展開とわが民法学の行方」同・前掲書（注16）（民法理論研究１巻）（2000）84頁以下参照（初出、民商法雑誌119巻２号、３号（1998））。

論　　説

私人間の人権保障と国際規律（２・完）

齊　藤　正　彰

目　次

はじめに
Ⅰ　憲法の「直接適用」の意味
Ⅱ　私法関係と人権規定　（71巻５号）
Ⅲ　条約の積極的義務と受け入れ構造
　１．国際人権条約の国内適用論と私人間効力論
　　（１）条約の私人間効力論の視座
　　（２）規範αからの規範βの発生
　　（３）国際人権条約の性質
　２．私人の行為と国際人権条約
　　（１）私人による条約上の権利の侵害
　　（２）欧州人権条約の私人への適用可能性
　　（３）私人の行為と締約国の義務
　３．国際人権条約の積極的義務
　　（１）積極的義務論の展開
　　（２）積極的義務論と条約の私人間適用の位相
　　（３）国家の積極的義務と受け入れ構造
Ⅳ　私人間に及ぶ人権の国際規律
　１．国際人権条約の私人間への受け入れ構造
　　（１）条約の憲法的性格と法律的性格
　　（２）私人間の権利義務関係への人権規定の関わり方
　　（３）衡量と相対化の余地
　２．人種差別撤廃条約の私人間適用
　　（１）人種差別撤廃条約の相対化排除論
　　（２）人種差別撤廃条約の私人間適用に関する裁判例

（３）直接適用の可能性と間接適用の意味
おわりに　（以上、本号）

Ⅲ　条約の積極的義務と受け入れ構造

１．国際人権条約の国内適用論と私人間効力論

（１）条約の私人間効力論の視座

（ⅰ）問題の所在と展開

国家間の約束として成立した国際人権条約が、国法体系において国家対個人あるいは私人相互間を規律する規範となる、ということについて、従来は、国内的効力、国法秩序の段階構造における地位（形式的効力、効力順位、序列ともいわれる）、self-executing 性（自動執行性、直接適用可能性ともいわれる）が論じられるにとどまり、国際人権条約の私人間適用については、「人権条約は原則的には国家に対して責務を負わせるということが基本的な内容となっていることを考えると、むしろ、憲法上の人権規定の私人間効力と同様に、形式的にはいわゆる間接適用説の考え方を基本とするのが妥当であろう」[98]という認識が一般的であったと解される。

しかし、人権規定の私人間効力論を再検討した憲法学説の一部は、条約の国内適用にも関心を向け、さらには、国際人権条約の私人間適用にも考察の矛先を及ぼしていた。

（ⅱ）客観法発生説

私人間において「だれが」「どこで」「何を」「いかにして」人権規定を適用するのかを精密に論じることを求めて通説的見解を批判し、私人間効力論に「百家争鳴と呼んで差し支えない状態」[99]をもたらしたとされる学説は、条約の国内的受容によって「その瞬間に、国民が主体で国家が

[98] 藤井俊夫「国際人権と国内人権の交錯――国際的人権保障の進展が憲法論に及ぼすインパクト」ジュリ1222号（2002年）47頁。
[99] 宍戸・前掲論文（註63）31頁。

名宛人である対国家的権利（公権）にいわば自動変換され」るという理解を疑い、国際人権条約の国内的効力とは「国際法上の義務のいわば反射的効力」であると論じた[100]。

この学説は、条約が「国家間法」[101]であることを強調し、国際人権条約の私人間適用は、国家が「他国に対して負う国際法上の義務から市民の主観的権利としての対国家的権利を導き出し」て憲法規定に充塡する「迂回路」を経る「二重の間接適用」という難問であるとする。そして、そのような「技術的に見て迂遠といいうるようなある種の「間延び」」を回避するために、条約は「国際法の世界と国内法の世界とを通貫」して締約国を義務づける客観法と解すべきであるとする[102]。

この学説によれば、国際人権条約の「国内法的効力は、……名宛人であるところの国家（自治体を含む）と市民の間についてのものであり、私人相互間に当然に適用されるものであるわけではない」のであって、「当該規範が、第一次的に国家―市民の関係に対してのみ妥当し、市民―市民の間で妥当するものとは考えられない」とされる。したがって、国際人権条約については、「私人間適用も、国内人権のように対国家的権利を私人間に転用しうるか否かという問題設定自体が自明ではなく、国家が市民の当該自由権を侵害せずむしろ保護することを他国に対して負う国際法上の義務から市民の主観的権利としての対国家的権利を導き出し、それを私人間適用するという迂回路をとらざるを得ない」とされるのである[103]。

しかし、後述する欧州人権条約の実行をみた場合には、国際人権条約についてのこうした理解には、再検討の余地がある。

また、この学説は、国際人権条約は「国際条約であるからその拘束力は第一次的には当該政府と他の締約国との間の国際法上のものである」

---

[100] 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社・2012年）第15章・第16章（初出は、「第三者効力論の新展開」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法１国際人権法と憲法』（信山社・2006年）、「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））。

[101] 寺谷・前掲論文（註27）10頁。

[102] 棟居・前掲書（註100）204頁、217-218頁。

[103] 同書209-210頁。

として、その「国内法的「適用」は、本来は国際法上の法規範であるものを国内法の規範に転化することの可否および方法の問題」であるとする。そうした国際人権条約の「「国内法的効力」は、国際法規範の反射的効力にすぎないと考えると、人権規約がただちに国内事件の被侵害者に「権利」を付与するものではないことになる」とする。つまり、国際人権条約によって「国家―市民の間で市民が対国家的権利としての自由権を取得するわけではなく、国家は自国民の当該人権に対する「保護義務」（遵守義務）」を国際法上の義務として負うにとどまる」として、国際人権条約の国内適用とは「国際法上の「保護義務」を市民が政府に対して国内裁判所で援用しうるか、という問題である」とする[104]。

しかし、ここでの「迂遠」な論理は、後に検討する国家間の規範αからの国内的な妥当を期待される規範βの発生についての思考によって代替できるのではないかと考えられる。

さらに、この学説は、国際人権条約の「受容プロセスは、立法レベルでの膨大な作業を要求する」ことを指摘して、「人権条約の「国内実施」は、裁判規範として司法で重く受け止められるというのはその一面にすぎず、むしろ本体は関連国内法の見直しや運用の改善といった立法・行政レベルでの変化にこそある」とする。そして、「裁判所が「権利」という言葉を使っていても、その内実は客観法として既存の行政法規等に追加挿入され裁判所によって適用してもらえる、ということに尽きる。「権利」と呼ぼうが呼ぶまいが、国際人権が国内法の世界で「人権救済」の威力を発揮するのは、自らが「権利」として通用するからではなく、「法」として通用するからであって、それ以上でも以下でもない」ということを強調して、「国際人権条約の国内実施は、第一に国内法の側の全体としての変容にかかっており、第二に「権利」のカタログにこだわるのではなく客観法として国内法秩序に取り込むことが、国際人権条約の国内実施にあたって肝要な点であろう」とする[105]。

---

[104] 同書213-216頁。

[105] 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社・2020年）92-95頁（初出は、「国際人権条約と国内法ネットワークの自己組織化――障害者差別解消法の成立を契機として」国際人権25号（2014年）45-47頁）。なお、菊地洋「人権条約の国内適用

たしかに、「個々の人権紛争を当事者として抱え込み、声を挙げ、裁判に訴えないかぎり、仮に当該「人権」が妨害を排除する裁判規範性を備えた真正の権利であっても、その威力の恩恵にあずかれないのでは、人権弱者でもある人権当事者にはハードルが高すぎる」のであって、当事者には「負担でしかない」ということもできるかもしれない[106]。

しかし、そのことから、「国際人権が国内法化される際には、権利でなくても法であるべき」[107]という帰結が導かれることには留意が求められる。国際人権条約に客観法としての面ないし客観的義務を認めるとしても、そのために主観的権利性を否定する必要があるかは疑問である。一般に両者は排他的なものではないとされているのではなかろうか。なお、日本のように一般的受容方式を採用して条約に国内的効力を認めている場合でも、条約の「国内的効力を実現する手段」として「国内立法」が「その効果の面から見るならば……ひじょうに重要な手段である」ことは、つとに指摘されているところである[108]。

（iii）国内法化説

これに対して、「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」[109]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」[110]された国際人権条約の実施を論じるべきことを唱えて、「国際人権保障が、国内人権の論理との対比上、いかなる論理構造のもとにあるか」を考察した憲法学説は、とりわけ私人間効力論について、「私人間適用とは、法律がなくとも、憲法上の人権規定を援用して人権保障の役割を果たすことを認めようということであり、議会と裁判所の近代的な権限分配を変更することを意味する。まさに、

における私人の責任と公的機関の責任――小樽温泉入浴拒否訴訟を素材として」成城74号（2005年）46頁も参照。

106 同書94-95頁。

107 同書95頁。

108 小森光夫「条約の国内的効力と国内立法」山本草二先生古稀記念『国家管轄権――国際法と国内法』（勁草書房・1998年）555-556頁。

109 高橋和之「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。

110 ここでいう「国内法化」の理解について、齊藤・前掲書（註12）102頁註13参照。

人権保障の「プロセス」の変更なのである」として、「人権の実現プロセスをめぐる国内人権論上の様々な議論は、国際人権には関係がない」と断じた。つまり、国際人権条約の締約国は、「その内部のあらゆる関係において国際人権を実現することを対外的に約束している」のであって、「条約主体としての国家は、国内の私人間関係においても、当然、国際人権を保障する義務を負う。そうだとすれば、ここには私人間効力を問題とする前提が欠けている」のである。それゆえ、国際人権条約については、「私人間において国際人権の要求する水準の人権保障が実現されていなければ、国際法上の義務違反が存在するのであり、それが法律の失敗のせいなのか判例の失敗のせいなのかはどうでもよいこと」なのであるとして、国際人権条約の私人間効力論は、「国内人権の論理との違いを見誤った仮象問題」とされる[111]。

ただ、注意が必要なのは、「「私人間効力」という問題は、いうまでもなく国際法上に存在しているのではなく、国内法上の問題である（……）。それが国際法上「仮象問題」（存在しない問題）なのは当然であるが、国内法においては憲法人権の私人間効力に輪をかけた難問として存在している」[112]とされる点である。「輪をかけた難問」であるかはともかく、国際人権条約の国内適用に関して、「国際人権は私人間に適用されるかという問題」は、この学説においても俎上に載せられていることである。「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り、国際人権には憲法学におけるような私人間効力という問題は存在しない」けれども、「それを国内法化するとき、国家のみを拘束するものとして行うのか、それとも私人間にも直接適用されるものとして行うのかの問題は、国内法の問題として存在しう

[111] 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）74-75頁。同・前掲「現代人権論の基本構造」（註60）118-119頁も参照。なお、「国内実施プロセスに関する主要論争の一つは、立法権との関係で裁判所が法律を経ないでどこまで条約規定を直接又は間接適用して権利義務の実施をはかれるかという問題である」（薬師寺公夫「国際人権法から見た憲法規範の「限界」と可能性」法時84巻５号（2012年）22頁）ことは、国際法学においても認識されている。

[112] 棟居・前掲書（註100）219-220頁。

る」とされているのである[113]。

（2）規範αからの規範βの発生

ここで、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[114]が参考になると考えられる。

この学説によれば、「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」とされる。「日本国憲法の下では、少なくとも規範αは国法として妥当させることが求められている。だとすれば、自由権規約のように規範αにおいて規範βの国内的妥当を要請している条約については、単なる条約の締結によってそれを実現することに、より強い根拠が与えられるであろう」といわれる[115]。憲法７条による条約の公布は、規範βの国内的妥当の根拠として、重要な意味を有するかもしれない[116]。

国際法規は、「まずは国際法の主たる法主体である国を拘束する」が、

---

[113] 高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」（註111）81-82頁。これは、薬師寺公夫ほか『法科大学院ケースブック国際人権法』（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。

[114] 小畑・前掲論文（註26）52頁。

[115] 同頁。

[116] 小畑・前掲論文（註26）においても、「私人間適用の場合には、単に私人に権利を認めるばかりでなく、他方の私人に対して通常自由の制限を課すことを求めるものである」ことは意識されている。この場合、憲法優位説の下では、「他方の私人」が対抗して憲法上の権利を主張すれば、規約上の権利の主張は「憲法の想定する価値序列に矛盾しない範囲でしか意味をもたない」（54頁）ことになるとされる。そうなると、規範αと規範βの間の「ズレ」が大きくなり、「私人間適用の場合は、およそ国際人権規約自体を適用したといえるものがはたしてどの程度想定できるのか」（54頁）という疑問が呈される。

その国際法規が「国に対して効力を及ぼし主権を制限することが国内法制にいかなる作用をもつかは、それぞれの国際法規がいかなる内容の制度を定めているかによって異なる」とされる。かつては、「国際法規が国を拘束することと国際法規が国内的に効力をもつこととは、当然には結びつかなかった」が、今日の「国際経済法や国際人権法によって保護されるのは、しばしば自然人、法人などの私人であり」、その「実現にとっては、国内的な実施制度を確保することが必要になる」のであって、「国際法規が国を拘束し国家主権を制限することと、それが国内的に効力をもつこととは密接に結びついている」とされるのである[117]。

国際人権条約の国内適用を考えるには、この規範αと規範βのありようを検討することが有益であろう。本稿の関心からは、国際人権条約における規範βの私人間での実施方法が問題となるといえる。

（３）国際人権条約の性質

「人権条約は、伝統的な多数国間条約が締約国の相互的な利益のために権利・義務の互換を実現するために結ばれるのと異なり、他の国家との関係ではなく、自国の国家管轄下にあるすべての個人に対して、共同の福祉のために、種々の義務を引き受けるもの」[118]とされる。

国際社会の統合あるいは憲法秩序化の点において、「〈人権条約の法〉が相対的に特殊な地位を占めている」とみて、国際人権条約が「単一の条約の概念から出発しながら、いかにして特殊な現象を生み出すのか」を検討した国際法学説[119]は、次のように述べている。すなわち、その基礎にあるのが「国家間規範ではない」[120]ところの国際人権条約は、「国家の相互的義務のネットワークを作り出すわけではない」[121]のであり、「〈人権条約の法〉は、生きている規範であり、その規範をコントロール

---

117 小森・前掲論文（註108）541-542頁。

118 芹田健太郎『国際人権法』（信山社・2018年）28頁。

119 小畑郁「人権条約とはどういう法か――「条約」概念からのアプローチ」国際119巻２号（2020年）39頁。

120 同論文56頁。

121 同論文39頁。

すべく、関連アクターがそれぞれ影響力を締結後も及ぼしているのであり、個別国家は、そうしたアクターの一つである」[122]。そして、「人権条約の実施過程においては、国家は個別的にまた集団的にこの法にコントロールをしようと試みるが、それらの試みを処理するプロセスも、〈人権〉という強力な磁場の下にある」とされる[123]。「人権条約が〈人権〉、つまり人間人格に固有の権利の保障を目的とするものであれば、それは、人類に共通の規範を具体化しようとするものであるはず」であって、「個別国家が解釈・適用について本来的な裁量をもっている規範でもなければ、特定の文化ないし政治制度の下でのみ意味を有するものでもない。ましてや、国家が自由に取引の対象とすることのできるものでもない」とされるのである[124]。

国際人権条約というしくみが十全のものではないとしても、憲法の立憲主義を補完しつつ国内の民主的政治過程の産物への信頼の可否を判断する場面では、憲法の人権保障に背馳するものではないとみることは可能であろう。

２．私人の行為と国際人権条約

（１）私人による条約上の権利の侵害

国際人権条約に関しては、「国家は、国家対国家の関係における人権保障の約束の履行のほか、国際機関による履行状況の監視を受け、条約の締約国である各国家の内部においては、国家対市民の関係における人権保障と市民対市民つまり私人間関係における人権の適用とを抱え込んでいる」[125]とされる。「いずれにしても、国際人権条約はその保障する人

---

[122] 同論文48頁。

[123] 同論文46頁。なお、この見解は、「国際社会の構成員は、早くからその国内体制において人権を保障することを規範的に要請されており、その少なくとも中核部分については、民主主義によっても毀損できないものと考えられてきた」（小畑郁「国際人権と民主主義――国際場裡における現象論を中心とした総論的考察」国際人権30号（2019年）41-42頁）と指摘している。

[124] 小畑・前掲論文（註119）56頁。

[125] 芹田・前掲書（註118）28頁。

権がすべての秩序において貫徹されることを求めている」[126]のである。

このように、国際人権条約は、公権力の行使によると否とを問わず、締約国において〈人間の権利〉の一定水準が確保されていることを要求しているとされる。そこで、締約国内において、個人が他の私人によって条約上の権利を侵害されたと主張する場合に、条約の国内適用がどのように論じられうるかが問題となる。

国際法学の見地からは、欧州人権条約の国内適用を手がかりに、「私人による人権侵害からの個人の保護」をめぐる議論について、「①「条約」は個人にもそれを違守する義務を課しているか、あるいは「条約」は私人にも対抗しうる権利を規定していると解釈することができるかという議論と、②国家は条約上、私人による人権侵害から個人を保護する義務を負うか、という議論」との区別が提示されている。

その学説によれば、「①は、国内裁判所において、「条約」で規定されている権利もしくはそれに相当する憲法上の権利が非国家主体に直接適用されるか否かをめぐって「第三者効力」論あるいは「私人間効力」論として展開されてきた議論であり、国内レベルでの条約の位置付けは各国の憲法秩序によって決定される」といわれる。これに対して、「②は、「条約」の履行機関において責任を問われ得るのは国家のみであるという現実のシステムに基づいて、国家の義務がどこまで拡大し得るかという問題に対応している」とされるのである[127]。そこで、そのように論じられる筋道を確認しておきたい。

（２）欧州人権条約の私人への適用可能性

欧州人権条約の規定上は、条約上の権利が私人の行為にも直接に適用されるか否かについて、明確な手がかりは示されていないとされる。（条約が規定するような）人権の価値は締約国も承認しているはずであるが、

---

[126] 同書30頁。「国際人権条約は、公権力の行使によると否とを問わず、締約国において〈人間の権利〉の一定水準が確保されていることを要求している」（齊藤・前掲「新たな人権救済制度がもたらす人権規範の共通化」（註97）28頁）。

[127] 中井伊都子「私人による人権侵害への国家の義務の拡大――ヨーロッパ人権条約の解釈をめぐって(1)」論叢139巻３号（1996年）43-44頁。

その保障の具体的なあり方には各国の法制度に相違があり、欧州人権条約がそれらの国内法の定めに一般的に優位するということもできない。欧州人権条約も、国際法上の条約として各国を規律するものである。もちろん、締約国は、そうした条約上の義務の遵守を求められている。

そのような見地から、条約の規定に私人が直接に拘束されるという意味での欧州人権条約の第三者効力は、一般的に否定されている[128]。欧州人権条約に関する学説の大勢は、条約上の権利について私人に対する直接的効力を認めない、換言すれば、私人が条約上の義務の名宛人になることを否定しているとされる[129]。

欧州人権条約１条は、「締約国は、その管轄内にあるすべての者に対し、この条約の第１節に定義する権利及び自由を保障する」と規定しているのであり、条約上の義務は明示的に締約国に向けられているのである。このことは、条約が国内的効力を有するか否か、直接適用が可能か否かにかかわりなく、締約国に遵守が求められるとされる。

---

[128] *David Harris* et al., Harris, O'Boyle & Warbrick : law of the European Convention on Human Rights, 4th ed. (Oxford University Press, 2018) pp.24-27; *Jens Meyer-Ladewig ／ Martin Nettesheim ／ Stefan von Raumer* (Hg.) , EMRK : Handkommentar, 4. Aufl. (Nomos, 2017) Art.1, Rn.9; *Christoph Grabenwarter ／ Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. (C.H. Beck, 2016) §19, Rn.3ff; *Christoph Grabenwarter*, European convention on human rights : commentary (C.H. Beck, 2014) Art.8, Rn.72ff.; *Jochen Abr. Frowein ／ Wolfgang Peukert*, Europäische MenschenRechtsKonvention : EMRK-Kommentar, 3. Aufl. (N.P. Engel, 2009) Art.1, Rn.16; *Lichun Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich : eine Untersuchung anhand des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Duncker & Humblot, 2012) S.176-181.

[129] 欧州人権条約の私人への効力（第三者効力ともいわれる）についての早い時期からの考察として、Andrew Z. Drzemczewski, European human rights convention in domestic law : a comparative study (Oxford University Press, 1983) がある。また、詳細な考察として、Andrew Clapham, The 'Drittwirkung' of the Convention, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (eds.), The European system for the protection of human rights (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) などがある。

また、欧州人権条約17条は権利濫用の禁止を定めているが、このことは、条約上の権利を侵害する活動を行う私人に対して、直接に条約の規定を適用する根拠となるものではないとされる。「公的資格で行動する者」による条約上の権利の侵害についても効果的救済を求める条約13条も、私人に対する条約の直接的な効力を正当化する根拠に言及したものとはみられていない。他方、条約４条１項は、「何人も、奴隷の状態又は隷属状態に置かれない」と規定するが、そこで禁止された状態が私人間に存在する場合も、そのような状態が可能になることを許している国家の義務違反が問題となる。「何人も、契約上の義務を履行することができないことのみを理由としてその自由を奪われない」とする、欧州人権条約第４議定書１条にいう債務不履行による抑留の禁止の保障を義務づけられているのも、締約国であるとされる。

私人に対する直接的効力を認めたとしても、つまり、個人が他の私人の行為によって自らの条約上の権利が侵害されたとして当該私人の行為を条約違反と主張することを認めたとしても､欧州人権条約においては、私人を欧州人権条約違反として訴追する手続上の担保がないことが指摘される。欧州人権条約機関は、その組織と権限に関する条約の規定によれば国家の条約違反に対する申立のみが認められるとして、私人の条約違反を訴える個人申立を認めてこなかったとされる[130]。

このように、個人は欧州人権条約の規定に直接には拘束されないといわれる。ただし、締約国は、条約上の権利の侵害につながる私人の行為に対処する義務があるとされる。したがって、個人は、他の私人に対して条約上の権利の侵害を主張することはできないが、そのような場合に他の私人による条約上の権利の侵害から保護しなかったことについて、締約国の条約上の義務違反を主張できる可能性がある。つまり、締約国が十分な法的保護または実効的な手段を提供しなかったことによって、締約国が条約に違反したことになるのであって、加害私人の条約違反が問われるのではない。

個人は、他の私人の行為によって自らの条約上の権利が侵害された場

[130] ただし、場合によっては、国家の保護義務に焦点を合わせず、欧州人権条約10条に基づく人権の防御機能に言及する例のあることが指摘される。

合、まず、各国の法制度において救済を求めることになる。国内における保護ないし救済がなされないか不十分である場合に、個人は条約機関への申立が認められる。私人によって引き起こされた条約上の権利の侵害は、締約国の条約遵守義務の違反とされるのである。その意味で、私人の行為に対して（私人間で）欧州人権条約は間接的に効力を生じるともいえる[131]。

つまり、条約上の権利が関係する私人間の法的紛争は、まず締約国の管轄内で対処され、その後、必要に応じて、専ら締約国の責任に焦点を合わせる（私人の責任には焦点しない）国際法レベルに移行するのである。こうした理解は、私人を国際人権条約の名宛人とする考え方に比べて、伝統的な国際法学の理解に親和的とされるのである[132]。

そうした筋道で、締約国は、私人の保護に関する法律の解釈・適用において、欧州人権条約を遵守すべきことになる[133]。

（3）私人の行為と締約国の義務

そこで、締約国の条約遵守義務が私人の関係について問題となる場合、締約国の義務を通じて条約の間接的な効力が及ぼされることになる。その点をめぐって、いわゆる基本権保護義務論との類似性を見出す見解と、それに批判的な立場とがみられるが、ここでは立ち入らない[134]。私法領

---

131 このような間接的な効力は、法律の条約適合的解釈に接近するとの指摘もある。Vgl. *Tian* (Anm.128) S.181.

132 日本の憲法学説においても、すでに、B規約の個人通報制度を前提に、次のように確認されていた。すなわち、「私人間であっても、国際人権が侵害されており、国家がそれを救済しないのであれば、国際法違反が生じていることになる。ここには私人間適用などという問題は存在しないのである。人権委員会が審査するのは、当該国に、国内で国際人権を保障するという国際的約束の違反が存在するかどうかであり、いかなる関係であれ（私人間関係であれ、対国家関係であれ）国際人権の侵害が生じていれば国際法違反があるのであり、調査の対象は、かかる意味での国際法違反の存在の有無なのである」（高橋・前掲論文（註109）52頁）。

133 そうした意味での欧州人権条約の国内的な私人間効力について、例えば、吉田・前掲論文（註94）45頁以下参照。

134 欧州人権条約に関しても、「保護義務」の語が、条約上の権利を私人による

域における立法および法律の執行において欧州人権条約に適合的な衡量を行っている場合や、他の私人による侵害から刑法によって適切に個人を保護している場合、または、社会の法的問題等を行政法をもって適切に規制している場合は、締約国は、その条約上の義務を果たしていることになる。

このようにして、私人による侵害行為に対する条約上の権利の保護の問題は、条約上の権利を保障する締約国の義務（条約１条）の問題に吸収されることになる。これが、国家の積極的義務とよばれる問題である[135]。

侵害に対しても保障する締約国の義務を指して用いられているのか、いわゆる基本権保護義務論の文脈でいわれているのかが、必ずしも判然としない場合があるようにみえる。なお、鈴木秀美「有名人のプライバシーと写真報道の自由・再考――欧州人権裁判所モナコ・カロリーヌ王女事件判決のドイツに対する影響」法研78巻５号（2005年）267頁註40は、「欧州人権裁判所は、私人間への条約の適用を「国家の積極的義務」という概念によって可能にしている。これは、ドイツにおける基本権の私人間効力論の保護義務論的構成と同様の考え方である」とする。両者の関係について、さらに、寺谷・前掲論文（註27）9-10頁、棟居快行「人種差別と国家の差別撤廃義務」法時84巻５号（2012年）72-73頁、同・前掲書（註100）227-228頁。齊藤・前掲書（註12）104-105頁も参照。

[135] 欧州人権条約における締約国の積極的義務に関する議論の展開について、小畑郁「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の性質変化――「積極的義務」をめぐる人権裁判所判決を中心に(1)（２・完）」論叢119巻２号（1986年）、121巻３号(1987年)、中井伊都子「私人による人権侵害への国家の義務の拡大――ヨーロッパ人権条約の解釈をめぐって(1)（２・完）」論叢139巻３号（1996年）、141巻２号（1997年）、同「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の範囲」国際99巻３号（2000年）、中尾元紀「人権条約の領域外適用――積極的義務と国家の義務履行能力の関係に着目して(1)（２・完）」阪法69巻６号（2020年）、70巻１号（2020年）等。欧州人権条約の「起草時には、国家は条約で規定された基本的権利及び自由を侵害してはならない、いわゆる消極的義務だけを負うものと考えられていた。しかしヨーロッパ人権条約をめぐる実行のなかで、それに加えて、それら基本的権利及び自由が遵守される状況を確保するために様々なレベルで積極的措置をとることが国家に求められるようになってきた。そのためにはたとえ私人による侵害からでも、国家には個人を保護する義務が負わされることになった」（中井・前掲「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の範囲」３頁）。

私人の行為によって条約に反する状況が発生した場合に、管轄内の個人に対して合理的な立法措置等を取らないことにより条約上の権利を保障できなかったことについて、締約国の積極的義務の違反があるといえるか否かを判断するためには、それぞれの場合において関連する条約規定の解釈が問題となる。多くの積極的義務が条約の本文に存在するか、またはそこから必然的に導かれるとされる。しばしば問題となるのは、条約８条の私生活および家族生活の尊重についての権利から、政府の恣意的な介入に対しての個人の保護に加えて、私生活の効果的な尊重に内在する固有の積極的義務があるかである。これまでに、欧州人権裁判所は、家庭内暴力およびその他の種類の暴力や虐待、ならびにプライバシーの侵害の場合に、個人を他の私人から保護する積極的義務も認定した[136]。

締約国の積極的義務は、条約２条の生命権に関しても問題となる。しかし、そこでの事案は、私法関係における私人間効力論とは径庭のある、例外的あるいは極限的な状況の問題であることが多いようにみえる[137]。

３．国際人権条約の積極的義務

（１）積極的義務論の展開

国際人権条約上の権利の実現を図るために、国家の積極的措置が求められ、締約国には私人による侵害を防止しあるいは救済するという積極的義務があるとされる[138]。国際法学においては、私人間での国際人権条約上の権利の侵害[139]が「国家の義務の不履行の結果生じている場合には、

---

[136] 戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社・2008年）、小畑郁ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』（信山社・2019年）収録の関連判例を参照。

[137] 齊藤正彰「恣意的殺害：特殊部隊によるテロ容疑者の射殺――マッカン判決」戸波ほか編・前掲書（註136）194-198頁参照。

[138] 薬師寺ほか・前掲書（註113）28頁［小畑］および13頁［薬師寺］。

[139] 「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

当該侵害について当事国の条約上の責任が問われる」という場面も、国家の積極的義務として論じられているのである[140]。

国際人権条約については、「一般に「自由権」に分類される権利であれ」、国家の義務は、「権利を侵害する行為を行わないという消極的な避止義務と、実際の状況において権利の実効的な保障という観点から引き出される様々な積極的な作為義務との双方にわたる」ことが指摘される[141]。

そして、「権利を実現するために必要な措置を取ることは、権利が空文でなく現実に実現されることという観点から導かれる義務であり、権利の実効的保障の要請に内在する積極的義務である。この積極的義務の内容には、権利を法的に保護する立法措置を取ること、国家機関による権利侵害はもちろん私的当事者による権利侵害をも防止・排除するために適切な行政措置を取ること、並びに、権利侵害が生じた場合に司法的救済その他の効果的な救済を与えまた再発防止のための措置を取ることが含まれる」[142]との整理が示されている。

（２）積極的義務論と条約の私人間適用の位相

このように、国際法学においては、私人間の問題について、「国家は個人の基本的権利および自由を侵害してならないというだけではなく、それら基本的権利および自由が遵守された状況を確保するために積極的

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26）53頁）。

140 申惠丰「国家の義務の性格：結社の自由を侵害する労働組合加入強制を国内法で規制する国家の義務――クローズド・ショップ判決」戸波ほか編・前掲書（註136）112頁。

141 申惠丰『国際人権法――国際基準のダイナミズムと国内法との協調〈第２版〉』（信山社・2016年）158頁。

142 同頁。

な立法や行政、司法レベルでの措置をとる義務までも負うようになってきた」とされるが、「この積極的義務は、国家以外の主体、すなわち私人によって引き起こされた人権侵害からも個人の基本的権利、自由を保護することまで国家に要求しているのであろうか」というかたちで問題とされる[143]。

自由権を含む国際人権条約上の権利について、広汎な積極的義務が存在するとするならば、これを憲法上どのように受け入れるかが問題となる。その条約上の義務を国内的にどのように履行するかは、国法体系における条約の受け入れ構造の問題として、憲法学の議論となろう。

ところで、条約上の権利に対する私人からの侵害行為についての国際人権条約の効力あるいは適用の問題と、憲法の人権規定についての私人間効力論において論じられてきたこととは、重なり合うようでありながら、その差分にも留意すべきであるように解される。国際人権条約において、条約上の権利を侵害する私人の行為から個人を保護するために締約国に課せられる積極的義務の内容には、国家が自ら条約上の権利を侵害することを慎む義務以外の、人権が確保される状況を維持ないし作出することに関する包括的な要請が包摂されているようにもみえる。

（3）国家の積極的義務と受け入れ構造

ここには、国際人権条約の構造上の制約、つまり、「条約における人権の保障は、国家のその管轄下にある者に対する義務を媒介とするものと考えられるのであり、言い換えれば、人権侵害に対する条約上の追求［ママ］には、国家の義務不履行という契機が不可欠」[144]という事情が介在しているものと解される。国際法学説においては、条約の積極的義務論を展開する学説に論及しながら、「条約が、私人間関係を含めて国家に人権保障を義務づけることは、義務履行の手法がどのようなものであれ、国家にその権限を与えていることを前提としている。諸国が人権の遵守を誓約し合うシステムは、国家による介入を国家間で承認し合うシ

[143] 中井・前掲論文（註127）42頁。
[144] 小畑・前掲論文(1)（註135）29頁。

ステムでもある」[145]と指摘されるところである。

欧州人権条約における議論を概観すると、欧州人権条約２条や８条に関して積極的義務が問題となっていた事案のように、私人の侵害行為が民事・刑事の法律で抑止されており、また、十分な規制をしなかった場合には政府の責任が問われ、国家補償法等でその損害の塡補がなされる制度があれば、国家の条約上の義務は充足されたことになるのであり、人権規定の私人間効力論とは区分して考えることができる[146]。

これに関して、Ｂ規約委員会は、2004年の一般的意見31「規約締約国の一般的法的義務の性質」において、「人権を確保する国家の義務の中には私人による侵害からもそれらの権利の享有を保護する立法その他適切な措置をとる義務も含まれることを明確にした」[147]とされる。Ｂ規約委員会は、Ｂ規約が特定分野において締約国が私人の行為についても積極的義務を負うことを規定しているものとして、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い等を禁じる７条、プライバシー保護についての17条、職業や住居といった日常生活の基本的な側面に影響をあたえるような分野における平等について26条を挙げている。その性質上、私人間で問題になりやすい条約上の権利について、それを国内裁判所で顧慮することは、日本国憲法の考え方とも、おおむね平仄が合うように考えられる[148]。

---

[145] 寺谷・前掲論文（註27）11-12頁。

[146] この場面でも、「条約の下位にある法律や命令等により国際人権が保障されていれば、条約違反ではないのである。条約により約束した義務を、国内のいかなる「法のプロセス」により実現するかは、国内問題であり、国際的には、結果として国際人権が保障されていればよい」（高橋・前掲論文（註109）55頁）ということができる。

[147] 中井・前掲論文（註127）43頁。

[148]「私法の解釈適用にあたって「人権規定」の趣旨を勘案しなければならない」ことを考えるうえで、「たとえば、他者の表現行為が自己の名誉・プライヴァシーを侵害するとしてその差止めを裁判所に求め、あるいは損害賠償を求める私人は、憲法上保障されるべき利益を保護する積極的な国家行為を求めていることになる。こうした積極的保護を請求する権利は、国家自身が私人の権利・利益を侵害することを禁ずる考え方のみからは導かれない。国家は、憲法が国家の侵害から保護する私人の利益を、立法や司法を通じて、私人間においても

Ⅳ　私人間に及ぶ人権の国際規律

1．国際人権条約の私人間への受け入れ構造

（1）条約の憲法的性格と法律的性格

国際人権条約が私人を条約上の義務の名宛人としておらず、国際法レベルでは私人を直接に拘束するものではないとしても、国際人権条約は、公権力の行使によると否とを問わず、締約国において〈人間の権利〉の一定水準が確保されていることを要求していると解されるのであって、締約国は、なんらかの方法でそのような条約上の義務を履行することになる。とりわけ、条約が国内的効力を有する場合には、条約の国内適用論の範疇として、国際人権条約の私人間適用を考えることになろう。

憲法学の見地から条約の国内適用論を再検討した学説によれば、「国内法化」された条約上の義務の国内的実施にあたり、国内的効力が認められた条約を、「憲法と同様に政府としての国家のみを名宛人とすると解する立場と、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、理論上は可能」[149]とされる[150]。

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」[151]とされる。つまり、国際人権条約の法的性格を「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りますし、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します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

保護すべき責務を一般的に負っていると考えざるをえない。そして、その理由をたどれば、そもそもの国家の存立の正当化根拠へとさかのぼっていくこととなろう」（長谷部・前掲書（註16）131-132頁）という関係が指摘されるところである。

149　高橋・前掲論文（註109）55頁。

150　なお、芹田健太郎『国際人権法Ⅰ』（信山社・2011年）29頁参照。

151　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。

いうことになる」のであって、「どちらの解釈が良いかという問題が残されている」とされるのである[152]。

国際人権条約の法的性格を憲法的なものとみれば私人間効力論の枠組みで考えることになり、法律的性格のものとみれば私人間にも直接適用される、そのいずれに解するべきかという問題提起をどのように受けとめることができるであろうか。条約の国際法レベルの議論とは区別される、「国内法上の効力をもつにいたった」[153]レベルでの法的性格は、どのように判定されるのであろうか。国際人権条約も、規定の内容は種々である。

（２）私人間の権利義務関係への人権規定の関わり方

この問題の解明のために、角度を変えて、民法学説による私人間効力論に関する説明を参照したい。

> 「私人間の権利義務関係に民事法規範に加えて憲法の基本権規範が関わるのは、何らかの権利が制限あるいは侵害された場合であるが、そのときの憲法規範の関わり方には２つの形がある。そもそも、私人間の権利義務関係にはまず民事法規範が適用されるから、そこにおける権利の制限・侵害が法的に許されるか否かも、まずはその民事法規範によって判断される。そして、その民事法規範だけでは権利の制限・侵害が容認されてしまう場合に、侵害を受けた権利者は憲法の基本権規範を援用する。そのときの援用の仕方は２つある。一つは、ⓘ適用される民事法規範の解釈において憲法規範を考慮すべきだと主張する場合である。もう一つは、ⓘⓘ当該権利の制限・侵害を認める民事法規範が違憲無効であると主張する場合である。前者ⓘの場合には、民事法規範の解釈において憲法規範を考慮すべきか、どこまで考慮すべきかが問題になる（例えば、三菱樹脂事件、エホバの証人剣道事件）。憲法の私人間効力の問題である。後者ⓘⓘの場合には、民事法規範が違憲無効か否かが問題になる（例えば、森林法事件、証取引法インサイダー取引事件、学納金消費者契

[152] 高橋和之「憲法の観点から：世界人権宣言の法的性格」39頁。
[153] 高橋・前掲論文（註109）55頁。

約法事件)。法律による権利侵害の違憲性の問題である。

どのような場合にどちらになるかは、権利を制限・侵害された者の主張の仕方による。そして、適用される民事法規範が民法のような一般的な規範である場合（例えば、契約の自由、所有権の自由といった一般的な法規範）には、ⓘの憲法の私人間効力の問題とされることが多い。というのは、一般的な規範は、他の広範な事案に適用されるために、適用される民事法規を無効とすることが難しく、他方で、一般的な規範であるために、その解釈をする際に一般条項等を通して憲法規範を考慮する余地があるからである。民法についていえば､最も広範な一般条項として１条の「公共の福祉」「信義」「権利濫用」と２条の「個人の尊厳と両性の本質的平等」があり、私人間の合意に基づく権利義務関係には90条の「公の秩序又は善良の風俗」、他者の侵害から生ずる損害賠償の権利義務関係には、709条の「他人の権利又は法律上保護される利益」がある。間接適用とはこれらの規定を介して憲法規範を考慮する場合である。以上に対し、適用される民事法規範が特別法である場合には、ⓘの違憲無効の問題とされることが多い。特別法であるから無効としても影響が限定されており、他方で、規範内容が特定されているために一般条項を通して憲法規範を考慮することが難しいからであろう」[154]。

（３）衡量と相対化の余地

このように、民法の側からみれば、私法関係における人権規定の関わり方には、①法律の一般規定の枠内で憲法の人権規定の間接適用が行われる場合、すなわち双方当事者の人権相互の衡量が行われ、憲法の人権規定の相対化が生じる場合と、②法律の規定が違憲無効とされる場合、すなわち対国家の枠組みで法律によって制約を受ける側の人権のみが相対化を受けずに主張される場合とがある、ということになる。

前出の〈条約の憲法的性格と法律的性格〉という問題は、国際人権条約が私人間を含む締約国のすべての法秩序における条約上の権利の保護

[154] 瀬川信久「経済秩序をめぐる憲法規範と民事法規範」季刊企業と法創造６巻４号(2010年)21-22頁。なお､小山剛「序章」ドイツ憲法判例研究会編･前掲書(註64)３頁。

を求めるものであることを前提とする限り、私人間に国際人権条約の保障を及ぼすにあたって関係する人権相互間の衡量が必要となるか、それとも、既に衡量済みの結果が規定されたものとしてそのまま適用すればよい――ただし場合によってはその衡量結果が違憲として否定されることがある――ものか、という問題に置き換えることができると解される。

法律は、多くの場合に、対立する私人間の利益を具体的に調整した結果を規定しているために、具体化不要かつ相対化不要ということになる。

国際人権条約についても、その規定を私人間に及ぼすにあたって具体化不要かつ相対化不要と解される場合には、私人間に直接適用が可能と解されることになる。そこで、「一般国際法上の国家の義務は別として、条約において国家が引き受けた義務については、各条約の解釈によるしかない」とされるところ、「人種差別撤廃条約では、締約国は、すべての者が「輸送機関、ホテル、飲食店、喫茶店、劇場、公園等一般大衆の使用を目的とするあらゆる場所又はサービスを利用する権利」を享有するに当たり人種差別を禁止し、法の前の平等を「保障」している（同五条）」ということが注目される[155]。

さらに、人種差別撤廃条約６条は、「締約国は、自国の管轄の下にあるすべての者に対し、権限のある自国の裁判所及び他の国家機関を通じて、この条約に反して人権及び基本的自由を侵害するあらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を当該裁判所に求める権利を確保する」と規定している。

[155] 芹田・前掲書（註118）29頁。ただし、「私的人種差別が継続的に相当規模で行われていると推定される日本の現状に照らしてみれば、裁判所による個別救済だけでは不十分」であり、「日本は、法的にも、政策的にも、私的人種差別禁止法といった立法措置をとることが早急に求められている」（村上正直『人種差別撤廃条約と日本』（日本評論社・2005年）230-231頁）という評価が強く、人種差別撤廃委員会の総括所見においても繰り返し勧告されているところである。

２．人種差別撤廃条約の私人間適用

（１）人種差別撤廃条約の相対化排除論

条約に国内的効力があるとしても、「内容によってその実現方法は多様である。人権条約は、一般に国家と個人の関係を規律するとされるが、人種差別撤廃条約は、単に国家と個人の関係のみならず、私人間差別の撤廃を強く意識した条約である。かかる条約の性格上、私人間関係への条約適用が主張される」[156]ことになる。このように、人種差別撤廃条約の私人間適用をめぐる問題状況は特異であるとされる。その点について、国際法学による説明を確認したい。

「人種差別撤廃条約２条１項(d)及び５条のように私人による人権

---

[156] 徳川信治「ヘイトスピーチ事件――人種差別撤廃条約の私人間への適用可能性〔大阪高判平26・７・８〕」平成26年度重判〔ジュリ1479号〕(2015年) 288頁。なお、国際人権条約一般の国内での私人間適用については、「従来からも、私人間での人権侵害に対して、条約規定を援用して、請求を提起する例はみられた」とされ、「条約上の人権保障規定の私人間での適用には、憲法の人権保障規定と同様に、直接適用説と間接適用説とが考えられる。憲法の人権保障規定につき、わが国の通説・判例が基本的に間接適用説を支持することもあってか、条約についても私人間での人権侵害に関して、間接適用にもとづく主張がなされることが少なくない」といわれていた（高田映「人種差別撤廃条約の私人間適用」平成11年度重判〔ジュリ1179号〕(2000年) 291頁、岩沢雄司『国際法』(東京大学出版会・2020年) 531頁、540頁)。たしかに、住宅の賃貸借や住宅ローン契約、会員制ゴルフクラブへの入会をめぐる訴訟において国際人権条約に言及された裁判例はあるが、学説においてしばしば言及された大阪地判平５・６・18判時1468号122頁にしても、そこでは「国際人権規約に照らした入居拒否の評価はされておらず、その直接適用否定に関連した付随的言及にとどまっている」(佐藤文夫「公衆浴場入浴拒否と人種差別」平成14年度重判〔ジュリ1246号〕(2003年) 261頁) とされ、「裁判所は援用された規定の不法行為法の解釈・適用の次元における間接適用について考慮しなかったもの」(高田・同頁) とされていた。他方、学説においても、「従来、条約の適用に関しては、締約国とその国民という垂直的構造で考えられることが多いが、私人間という水平的構造でどのように適用されるのか検討は十分ではない」(菊地・前掲論文 (註105) 18頁) とされた状況は、憲法の人権規定をめぐる「百家争鳴」を経ても、大きくは変わっていないように解される。

侵害を禁止し平等を確保するよう求め、かつ、国内裁判所に被害者の賠償請求権を認めるよう義務づける規定（６条）をもつ条約の場合には少し事情が異なる。個人に対する国の義務の履行が第三者である加害者の私権の制限を伴うこと、並びに、わが国では私権及び私的自治に対するやむを得ない制限は立法によることを原則とすることに鑑みれば、小樽公衆浴場事件札幌地裁……判決が示したように、私人による条約上の人権の侵害行為は、私人間関係を規律する私法の枠組みを前提として、人種差別禁止の条約規範を不法行為の違法性判断に読み込んで救済をはかることになる。ただし、憲法判例に見られる社会的許容性の限度を超える侵害という基準を人種差別撤廃条約違反の行為にまで持ち込むことには批判がある」[157]。

「人種差別撤廃条約は、私人間のものであっても人種差別を禁止し、終了させる義務（２条(d)）を課している。条約の立場は、人種差別であれば、禁止・終了させられるべきであり、また、いかなる人種差別の結果としての損害に対しても、公正かつ適正な賠償または救済が裁判所により与えられなければならない（６条）、というものである。営業の自由といった考慮事項は、あるとすればすでに人種差別の定義のなかに織り込まれている。あえて「間接適用」し、さらに人種差別であっても、相手方の営業の自由を考慮に入れて社会的許容限度を超えているかどうかをみるという立場は、同条約の趣旨と大きく乖離しているというべきであろう」[158]。

人種差別撤廃条約を不法行為訴訟において「間接適用」することに対しては、「人種差別撤廃条約にいう「人種差別」にあたると認めたものについて、加害者側の利益をさらに考慮して損害賠償を認めない余地」を

[157] 薬師寺・前掲論文（註111）23頁。

[158] 小畑・前掲論文（註５）14頁。ただし、後述する小樽入浴拒否訴訟・札幌地裁判決に関して、「本件判決は、原告の利益と被告のそれを衡量するという形で論旨を展開する。また、その論旨を再構成するならば、本件判決は、入浴拒否の目的を確定し、次いで、当該目的と入浴拒否という手段の合理的関連性の有無を検討するものと理解することができるから、条約に即した論理を展開するものと考えることができ、妥当である」（村上・前掲書（註155）202頁）との評価もある。

認めることになると批判される。つまり、憲法の人権規定の間接適用の枠組みの「実益」は、加害者側私人の自由を考慮したうえで判断できることにあるとみて、「条約の構造上すでに人種差別の定義において加害者側の正当な利益を考慮しても社会的に許されないものを挙げているのであって、それに重ねて私的利益を考慮して規律の対象そのものを絞ることは、認められない」とされ、「そのような絞り込みは、……国際的動向が全く想定しないもの」と指弾されるのである[159]。

したがって、「間接適用という枠組みを用いるならば、条約上の人種差別にあたれば、原則として不法行為の成立を認めるべき」であるとされる。しかし、それは「相対化」を認めないことを意味するのであって、それならば、むしろ「裁判所としては、人種差別撤廃条約、とりわけ6条の直接適用として、損害賠償を認めるのがむしろ簡明といえるし、それに格別の困難があるとは考えられない」とされる[160]。

（2）人種差別撤廃条約の私人間適用に関する裁判例

こうした国際法学からの批判について検討するために、人種差別撤廃条約の私人間適用に関する著名な裁判例を瞥見しておきたい。

（ｉ）小樽入浴拒否訴訟・札幌地裁判決

Ｂ規約および人種差別撤廃条約を私人間に用いたものとして注目された、札幌地判平14・11・11判時1806号84頁は、「国際人権Ｂ規約及び人種差別撤廃条約は、……その規定内容からして、憲法と同様に、公権力と個人との間の関係を規律し、又は、国家の国際責任を規定するものであって、私人相互の間の関係を直接規律するものではない」と判示して、人権の私人間適用における〈間接適用②〉の枠組みで条約を扱っている[161]。〈間接適用②〉の枠組みをとるならば、被告側私人の権利や利益と

---

[159] 薬師寺ほか・前掲書（註113）80頁［小畑］。ここで批判されているような「判断枠組み」は、「人種差別撤廃条約加入時の日本政府の見解を窺わせる」（同頁）と評される、阿部康次「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」ジュリ1086号（1996年）75-76頁の考え方と同一とされる。

[160] 薬師寺ほか・前掲書（註113）81頁［小畑］。

[161] このような判示については、「人種差別撤廃条約が私人間関係を規定していないというのは、規定内容を見たとは到底思えない所見である。このような無

の衡量が行われることになる。〈間接適用②〉では、私人による人権侵害が成立するか否かは、被告側私人の権利・利益も考慮に入れて、「社会的に許容しうる限度を超えている」かどうかによって判断されるからである[162]。

理を冒すのは、この問題を憲法の私人間適用と同じ処理枠組みにもっていきたいという誘惑がいかに強いかを示すものであろう」（小畑・前掲論文（註５）14頁）との批判がなされている。なお、静岡地浜松支判平11・10・12判時1718号92頁による「条約の実体規定が不法行為の要件の解釈基準として作用するものと考えられる」との判示が人種差別撤廃条約について「間接適用を認めた初例」（佐藤・前掲論文（註156）261頁）とされることがあるが、「直接適用を認める趣旨（条約で禁止される行為であれば損害賠償請求権が生じる）なのか、それとも、「解釈基準」というのが間接適用を意図しての表現なのかについての明言はなく、不分明なところを残している」（高田・前掲論文（註156）292頁）ものであり、それ以上に、「条約と国内法の関係について」の「裁判官の個人的な思い込みが先行しているとしかいいようのない説明」や、「基本的人権の根拠付け」についての「裁判官のモノローグにも等しい」長大な記述（阿部浩己『国際人権の地平』（現代人文社・2003年）200頁）を含むものであって、判旨を論理的に検討することは難しい。

[162]「条約規定の私人間での間接適用は、条約上の義務の国内的履行という観点からみる限り、条約上の義務の解釈として私人間の法律関係に影響を与えることが要請されていることを前提としてはじめて、関連国内法の解釈・適用への影響をもたらすもの」であり、そうした観点からは、「条約で私人間において禁止することが求められる行為にあたるかどうかという問題に加え、加害者に対する損害賠償請求を条約が救済として想定し、こうした救済を用意することを国家に義務として課しているかどうかという問題が間接適用の場合にも前提問題として生じ、これに対する判断が求められよう」とされ、「さらに、一般的には、条約の国内実施において認められる裁量の幅や「評価の余地」（margin of appreciation）が認められる場合にこれを国内裁判の次元でどのように位置付けるかという問題も生じる」ことが指摘される。ただし、「間接適用が広く、国内法の解釈・適用の指針・規準・補強となるという意味合いからは、拘束力のない国際的文書についても想定されうるものとすれば、とくに国内法上の一般条項の解釈・適用などに関して……の詳細な議論をどこまで必要とするかは、一つの問題として残されよう」（高田・前掲論文（註156）292頁）とされる。「間接適用では、適用されるのは私法の一般条項であり、条約は、一般条項の解釈基準となり、文字通り「間接的」作用――しかし重要な作用――を果たすので

（ii）京都朝鮮学校襲撃事件・京都地裁判決

これに対して、京都地判平25・10・7判時2208号74頁は、「人種差別撤廃条約6条は、締結国に対し、裁判所を通じて、人種差別に対する効果的な救済措置を確保するよう求めている。これらは、締結国に対し、国家として国際法上の義務を負わせるというにとどまらず、締結国の裁判所に対し、その名宛人として直接に義務を負わせる規定であると解される」とし、「このことから、わが国の裁判所は、人種差別撤廃条約上、法律を同条約の定めに適合するように解釈する責務を負う」という。ここで示されているのは、国際法の国内適用における適合的解釈としての〈間接適用①〉である[163]。しかし、「本判決は、条約上の人種差別とした

あり、その際自力執行性の存否は重要性をもたない」のであって、「間接適用では、条約の自力執行性という高い敷居を回避しつつ、条約の私人間影響力を高めうる」とされる（佐藤・前掲論文（註156）261頁）が、これは、国際法の国内適用における適合的解釈としての〈間接適用①〉の意義をいうものであろう。ただ、〈間接適用①〉と〈間接適用②〉を区別せず、前出の静岡地浜松支判平11・10・12、札幌地判平14・11・11および本判決を「条約の「間接適用」」と包括する見解（奈須祐治「民族学校に対する示威活動等が不法行為にあたるとして損害賠償と差止めが認められた事例［京都地判平25・10・7］」新・判例解説 watch14号（2014年）17頁）もある。

[163] なお、「国際法は、国家機関である裁判所によって遵守されるべき法規範として常に働き続けている（国家機関に対する行為規範性）」（齋藤民徒「ヘイトスピーチ対策をめぐる国内法の動向と国際法――人権条約の効果的実現への課題と示唆」論ジュリ19号（2016年）96頁）という観点から、本判決がここで「条約適合的解釈を条約上の責務と明示している」ことに注目し、「訴訟当事者に向けた対他的な裁決規範をめぐる議論に終始してきた従来の国内適用論の限界を超えて、自己に向けられた行為規範として裁判所自身によって条約が「直接適用」されていることにも注目する必要がある」（齋藤民徒「私人間の差別行為と人種差別撤廃条約の国内適用――街頭宣伝差止め等請求事件［京都地判平25・10・7］」国際人権25号（2014年）113頁）と指摘される。この点では、「憲法上の人権規定に対市民的効力を認めずとも、裁判所という国家機関が憲法上の人権規定に拘束されるという原則から、私人間紛争に人権規定の効力を及ぼすことができる」とする見解（木下・前掲書（註41）48頁）に通じるものがあるようにもみえる。しかし、京都地裁判決は、人種差別撤廃条約6条の解釈として提示していることを重視すべきかもしれない。

本件行為による損害への賠償と救済を同６条に基づいて行うという直接適用の手法を採らず、あくまで間接適用を採った」[164]とされる。

そのうえで、京都地裁判決は、「わが国の裁判所は、単に人種差別行為がされたというだけでなく、これにより具体的な損害が発生している場合に初めて、民法709条に基づき、加害者に対し、被害者への損害賠償を命ずることができるというにとどまる」ものの[165]、「人種差別行為による無形損害が発生した場合、人種差別撤廃条約２条１項及び６条により、加害者に対し支払を命ずる賠償額は、人種差別行為に対する効果的な保護及び救済措置となるような額を定めなければならない」としたの

---

[164] 藤本晃嗣「差別的発言を伴う示威行動とその映像公開が人種差別にあたるとされた事例［京都地判平25･10･７］」新･判例解説 watch15号（2014年）337頁。「かかる直接適用は可能と考えられるが、そうしなかった理由は示されていない」（同頁）。他方、本判決が人種差別撤廃条約２条１項(d)の「規定が国家を名宛人とするものであるとしつつも、裁判所が国内法を条約適合的に解釈する義務を前提に、私人間における人種差別の禁止・終了という本件規定の実体的価値を、他の原理・原則による相対化についての言及なく民法709条に注入している」ことから、「公権力を名宛人とする規範の私人間効力を論ずる際、その実体的価値は常に私人間関係においても妥当するわけではない以上、私的自治の原則をはじめとする他の原理や原則による相対化というプロセスを経てその効力が及ぼされることになる」という意味での「私人間効力論における間接適用の立場とは一定の乖離があるもの」とする指摘（福島力洋「人種差別撤廃条約と、ヘイトスピーチに対する損害賠償・差止め［大阪高判平26・７・８判決］」新・判例解説 watch19号（2016年）29頁）がある。

[165] 本判決の「民法709条所定の不法行為に該当すると同時に、人種差別に該当する違法性を帯びている」という「言い回しからすれば、いわゆる間接適用を超えて、条約に直接に基づく違法性を論じているようにさえ読める」として、これを足がかりに「条約６条を裁決規範として直接に適用する道」が論じられる。同時に、「現行の国内法制を前提とする国内裁判所には、上位法である条約が要請する権利救済を、国内法である民法709条の伝統的要件論に全面的に従属させるような道しか残されていないのだろうか」との疑問も示され、「条約に適合する国内法解釈として、法論理上、条約上の権利救済……に必要な限りにおいて、民法709条から導かれる成立要件が部分的に変更を被る可能性が残っているのではないか」と指摘されている。齋藤・前掲「私人間の差別行為と人種差別撤廃条約の国内適用」（註163）114頁参照。

である[166]。

（iii）京都朝鮮学校襲撃事件・大阪高裁判決

その控訴審・大阪高判平26・7・8判時2232号34頁は、「人種差別撤廃条約は、国法の一形式として国内法的効力を有するとしても、その規定内容に照らしてみれば、国家の国際責任を規定するとともに、憲法13条、14条1項と同様、公権力と個人との関係を規律するものである。すなわち、本件における被控訴人と控訴人らとの間のような私人相互の関係を直接規律するものではなく、私人相互の関係に適用又は類推適用されるものでもないから、その趣旨は、民法709条等の個別の規定の解釈適用を通じて、他の憲法原理や私的自治の原則との調和を図りながら実現されるべきものであると解される」と判示して[167]、先の札幌地裁判決と同

---

[166] 裁判所は、「人種差別の加害者に対して、条約上の裁判所の責務を援用しながら、不法行為法における損害の認定を加重させ高額賠償を命ずるという方策を選んで」おり、そこでは、「損害額の算定が裁判所の裁量とされていることも、訴訟当事者に対する正当化の必要性を減じさせているのかもしれない」が、「国内裁判所自身に向けられた行為規範として条約上の責務を導き、それを訴訟当事者にそのまま提示してみたところで、私人間の紛争を解決する裁決規範が機械的・即応的に供給される保証はない」として、「説得的な正当化を提供できているか」について疑問が示される（齋藤・前掲「私人間の差別行為と人種差別撤廃条約の国内適用」（註163）114頁）。

[167] ヘイトスピーチと人種差別撤廃条約の関係が問題となった高松高判平28・4・25LEX/DB25543016も、同様に、「人種差別撤廃条約は、国法の一形式として国内法的効力を有するものの、その規定内容に照らしてみれば、国家の国際責任を規定するとともに、憲法13条、14条1項と同様、もっぱら公権力と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」と判示した。これについては、「私人間の差別の撤廃を謳ってやまない人種差別撤廃条約について、このように日本国憲法の解釈を漫然と類推するばかりでよいか」（齋藤民徒「ヘイトスピーチと人種差別撤廃条約［高松高判平28・4・25］」平成29年度重判〔ジュリ1518号〕（2018年）297頁）との疑問が示される。ただ、同判決は、「しかし、その趣旨は、本件事案において民法709条等の実定法を解釈適用するに当たっても、十分に留意、尊重しなければならない。即ち、人種差別を撤廃すべきものとする人種差別撤廃条約の趣旨は、条約が「人種差別」として禁止し終了させる措置を求める行為の悪質性を基礎付けることになり、当該不法行為の違法性、非難可能性の程度を評価する

じく〈間接適用②〉の考え方を採った[168]。

京都地裁判決も大阪高裁判決も、賠償額の算定という裁判所の裁量の範囲内での対応であり、しかも賠償額が変わらないとすると、京都地裁

にあたって十分に考慮しなければならない」と判示しており、「人権条約の国内適用を通して悪質な差別事案に司法的救済を付与した」（齋藤・同頁）ともみられる。

[168]「裁判所のこの手法からは、百家争鳴状態とされる憲法の私人間効力論を援用することで、一旦国際法を遠ざけ、さらに実体私法の解釈基準として、憲法規定と条約を並び称することによって、条約を憲法解釈と同旨と判断し、国際法解釈を回避している可能性が窺える」ものの、「本判決は、金額を変更せず、不法行為による損害賠償制度に対する制裁や一般予防の性格を否定しつつ、人種差別撤廃条約の趣旨を読み込んで人種差別の悪質性を指摘し、不法行為における補塡機能の範囲内で効果的救済を行ったもの」（徳川・前掲論文（註156）288-289頁）と評価されている。裁判例において「賠償額の上乗せ的な要素を、人種差別撤廃条約上の人種差別の認定の効果として認める傾向」が指摘され、「賠償額の算定には、裁判官の裁量がある程度認められており、その裁量内での対応であるともいえよう」（同頁）とされるものの、そこには前掲註166のような問題も含まれる（なお、弁護士への懲戒請求の不法行為該当性に関する東京地判平30・10・23LEX/DB25562093と、その控訴審である東京高判令元・５・14 LEX/DB25570236参照）。それでもなお、「伝統的な間接適用の構えをとり」（齋藤・前掲「ヘイトスピーチ対策をめぐる国内法の動向と国際法」（註163）96-97頁）、「これまでの日本国内の不法行為判例の蓄積に、人種差別の違法性や悪質性を編み込み、訴訟当事者への説得性を担保しながら、私人の行為規範に比較的反映されやすい形で個々の権利救済を図っていくことこそ現実的な対応かもしれない。いわゆる間接適用論に導かれた緻密な衡量の意義もそこに求められる」（齋藤・前掲「私人間の差別行為と人種差別撤廃条約の国内適用」（註163）114頁）と論じられる。その際、「国内裁判所は、国際人権基準にかなう条約実現の責務を常に負っている。自らの責務を適切に果たすには、安易な自己解釈によらず、現行の国際水準を学ばねばならない。そのため、条約解釈を国内法解釈に解消してはならないことはもちろん、国内法解釈を導く間接適用にあっても、関連する国際的な解釈例の参照は不可避である」（齋藤・前掲論文（註167）297頁）。なお、「間接適用の手法は、憲法規範を念頭に発展してきた解釈論であり、人権条約の関与には独自の考慮が必要となる」として、５つのポイントが摘示されている（齋藤・前掲「ヘイトスピーチ対策をめぐる国内法の動向と国際法」（註163）97-98頁）。

判決の特徴的な条約適合的解釈論も、その効果が分かりにくく、却って〈間接適用②〉の枠組みを明示する大阪高裁判決のほうが、衡量過程が明らかになるとの評価もありえよう。

（3）直接適用の可能性と間接適用の意味

これまでの考察に基づき、私人間の紛争に際して国際人権条約上の権利の侵害が主張される場合、国内裁判所における国際人権条約の私人間適用としては、当該条約において「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）の実現を考えればよいことになろう。

私人間適用の態様としては直接適用（〈直接適用(b)＝相対化不要〉）も間接適用（〈間接適用②〉）も考えられるが、それは規範βが憲法的性格とみられるか法律的性格とみられるか、すなわち私人間適用に際して双方当事者の間の衡量を必要とするか、すでに衡量済みのものかにも依存すると解される。

国際人権条約、とりわけ人種差別撤廃条約の私人間適用をめぐる問題は、相手方私人の利益を考慮に入れて人種差別禁止が相対化する余地を認めるか（間接適用）[169]、それとも条約の規定は他方私人の利益も考慮したうえで実定化されているのだから、もはや他方私人の利益との衡量は必要なく、人種差別禁止の相対化は許容されないと考えるか（直接適用）、というところに要諦があると考えられるのである。

国内的妥当を期待されている規範βが、第１に、憲法18条の私人間への直接適用のように、相手方私人の権利主張を認める余地がないと解される場合、および、第２に、「基本的人権に関する条文が、いわば実体的な権利を抽象的に保障するのではなく、ある自由に対する特定の方法

[169]「端的に民法解釈の際に人権条約が適用されたと構成すれば足りる」のであって、「憲法と国際法で区別せず、等しく民法解釈の参照先と捉える……場合、用語上混乱を招きやすいとされる「間接適用」の「基本権規定の私人間への」それと「条約」のそれは区別する必要はない。いずれにしても、直接適用される民法規定の解釈において、憲法及び国際条約の「趣旨」あるいは「価値」が読み込まれることになる」（寺谷・前掲論文（註27）11頁）とされるが、人権の私人間適用における〈間接適用②〉の枠組みは、「相対化」の契機を含むことに留意が必要である。

による侵害を禁止し、またはある特定の場合、もしくは方法による侵害のみを許容する場合（例・一八条後段・二九条三項・三一条・三三条）には、個人の基本的人権といわゆる「公共の福祉」との調整ということは憲法のレベルですでに完結しているので、あらためて相対化される余地はない」[170]とされるように、対立する利益の衡量が既になされていると解される場合[171]には、私人間でも〈間接適用②〉の枠組みによらず、〈直接適用(b)＝相対化不要〉が可能であると考えられる。また、憲法学においては、穏健な無効力説である新無効力説の流れを汲むと解される最小限直接適用説が、「公私の連続性の観点から、私人間における人種や性別にもとづく差別が二級市民性を構造的に再生産する場合には、民主主義の条件として、市民的地位の平等を保障する憲法14条が私人間にも直接及ぶ」[172]としていることも参照されよう。

ただし、憲法優位説を前提とすれば、前述の第２の場合には、論理的には、条約の規定する調整結果が違憲とされる場合がありうることになる[173]。そのときには、下位規範としての条約規定について憲法適合的解

---

[170] 尾吹善人『日本憲法――学説と判例』（木鐸社・1990年）279頁。「憲法が、「検閲」（二一条二項）とか「拷問」（三六条）のように、ある自由の特定の侵害の仕方を禁止し、あるいは、人を逮捕するには裁判官の令状が必要（三三条）というように、特定の方式による侵害のみを許している場合には、憲法があらかじめ、個人の自由と公共の福祉の要請との調和点を特定しているのであるから、それらの人権がさらに公共の福祉によって制約されることはない」（尾吹善人『基礎憲法』（東京法経学院出版部・1978年）93頁）。

[171] 「憲法は、人身の自由の保障を明示するまでもない当然の前提としたうえで、その自由を公共の福祉により制約せざるをえない場合に、自由の制約としての身体拘束が「不当」とならないために最低限必要な条件を列挙するというアプローチをとった」（高橋・前掲書（註58）299頁）、あるいは、「逮捕令状主義の規定も、……捜索令状主義と同様に、「人身の不可侵」や「身体の安全」という実体的な権利保障があることを前提とした上で、この保障を解除するための手続要件を明示したもの」（大石・前掲書（註64）107頁）ともいわれる。

[172] 巻・前掲論文（註35）279頁。

[173] ただ、憲法優位説を前提としても、国際人権条約の規定の適用が違憲とされる事態が、私人間の権利・利益の衡突を調整する国内の法律の場合と同様に想定されるかは疑問である。

釈を行うことも可能という筋合いになりそうである[174]。そうした私人間適用における憲法適合的解釈は、〈間接適用②〉の枠組みに接近するようにみえる。

しかし、そのような再衡量は、国際法学説の懸念するように、条約の趣旨を制約するものであり、憲法98条２項が「日本国が締結した条約……は、これを誠実に遵守することを必要とする」としていることからも、慎重に行わなければならない。

その意味では、「法律が整備されずに私人間で人権「侵害」事象が生起し、それが国際人権を頼りに裁判所に持ち込まれた場合に、いま裁判所が国際人権をどうにかこうにか適用するか、それとも法律の不備のせいにして「被侵害側」を負けさせる判決を下すかの二者択一が、すなわちその時点での「全体としての国家」の「国際法上の義務違反」の有無を決することになる。つまり、裁判所は（イ）国内事件で国際人権の「私人間適用」を行うか、それとも（ロ）国家機関の一部として国際法上の義務違反を犯すか、という瀬戸際に立たされる。この場合裁判所は、立法的解決を待つべきである、という逃げ台詞は使えない」[175]という指摘が重要である。「国際人権の私人間適用が求められる事案では、すでに法律がない（国際法上の義務違反その一）がゆえに当該事案が発生しているのでもあり、法律に待つべきであるという思考に立った無効力説（ないしそれに近い間接適用説）は、わが国全体としての国際法上の義務違反のダメ押しとも言いうることになる」のである[176]。

憲法の人権規定の私人間効力論が人権実現プロセスでの国会と裁判所の役割分担（裁判所が介入することの要否）の問題とされるのに対し、ここでは、日本国の国際法上の義務違反の避止の問題がかかっていることに注意しなければならない。裁判所に「法律がなくとも、憲法上の人

---

[174] 憲法優位説の下で、私人間適用において条約の規定に対して憲法による再調整が求められることについては、〈間接適用②〉の枠組みでの対処を批判する国際法学説においても、認識されている。前掲註116参照。

[175] 棟居・前掲書（註100）220頁。なお、自国の国際法違反を避止する国内裁判所とりわけ最上級裁判所の責務について、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社・2002年）345-346頁、386-387頁、402-403頁参照。

[176] 棟居・前掲書（註100）220頁。

権規定を援用して人権保障の役割を果たすことを認めようという……人権保障の「プロセス」の変更」[177]がなされるには、侵害の態様･程度が「社会的に許容しうる限度を超える」ことが必要とされるかもしれない。他方で、憲法98条２項の「「誠実に遵守すること」とは、「日本国が締結した条約」の性質に応じて、当該条約に内在する要求を可能な限り顧慮することを求めるもの」[178]であるとするならば、条約に内在する私人間の規律要求の尊重は、98条２項の憲法的決定に基づくものといえる。私人間についての規律を含む条約を締結した以上、国内裁判所においても、そうした国際規律を可能な限り顧慮することが、「誠実に遵守すること」に適うのではなかろうか。その場合、私人間に及ぶ人権の国際規律の国内的実施については、人権侵害の態様・程度が「社会的に許容しうる限度を超える」ことが常に必要であるとはいえないであろう[179]。

おわりに

〈人間の権利〉を保護するために、国家は、法律を制定して、人々の行為を規制し、利害の衝突を調整する。その際の国家の活動に行き過ぎや不足があったために〈人間の権利〉が損なわれた場合の救済のしくみが憲法による人権保障である。

人々の間の利害衝突の調整については、憲法に特段の規定がある場合は別として、法律による調整結果が人権を損なう疑いがあれば違憲審査がなされる。調整が立法によって具体化されていない場合には、裁判所の憲法解釈による人権規定の私人間適用が論じられる。その際の人権規定の私人間への及ぼし方については、具体的な私法関係の性質や問題となる人権の性質に応じて考えてゆく、というのが憲法学の到達点であろう。

従来、直接効力説・間接効力説あるいは新無効力説の対立と捉えられてきたものは、憲法の人権規定をどの程度明示的に投入するかについて

177 高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」（註111）75頁。
178 齊藤・前掲書（註175）243頁。
179 村上・前掲書（註155）215頁参照。

の程度の違いにすぎないと解される。具体的な私法関係のレベルで、憲法規定を直接適用できるか、すなわち加害者私人の権利利益の主張を封じてよいか、間接適用において利益の衡量を行うべきか、殊更に憲法規定を持ち出さず民法解釈において処理すべきか、という議論は、今後もありうる。しかし、それは、具体的問題の解決にあたって憲法規定をどのように用いるかについての手法の選択をめぐる、いわば下位分類の問題であろう。

条約が「国家を義務づける法」であるとしても、国家は、領域内において国際人権条約上の権利を保障することを、多数国間条約の枠組みを用いて条約締約国集団あるいはそれらからなる国際社会に対して約束することで担保したと理解すべきである。そのような国際人権条約の性質から、その内容を憲法解釈に援用すること等によって国際人権条約に間接的な憲法的地位を認め、「憲法に対するのと同等の尊重ないし配慮」を確保することが、国際人権条約の企図にとって有用である[180]。さらに、国際人権条約が国家権力の法的統制を条約という枠組みによって実現しようとするものであるならば、国家権力の制限という立憲主義の意味をそこに看取することができる。国法体系内部での人権保障が必ずしも十全ではないことに鑑みて、人権保障を国際的な監視の下に置くのが国際人権条約であるならば、その構想を多層的立憲主義と呼ぶことも許されるであろう[181]。

立法による私人間の利害調整についても、それが不備・不十分であった場合の裁判所による対処についても、日本は多層的立憲主義の標準装備と考えられる主要な国際人権条約における個人通報制度を導入しておらず、他の私人による侵害行為からの保護を政府が適切に行っているかを監視するしくみが不足している。それだけに、条約の誠実な遵守についての憲法98条２項の憲法的決定に適うような、国際人権条約の私人間適用を国内で自律的に実現することが求められるのではなかろうか。

---

[180] 齊藤・前掲書（註12）72-73頁、79頁以下参照。

[181] 齊藤・前掲「新たな人権救済制度がもたらす人権規範の共通化」（註97）26頁、同「憲法の国際法調和性と多層的立憲主義」北星学園大学経済学部北星論集52巻２号（2013年）312頁。

＊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。

論　　説

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（２）

楊　　瑞賀

目　次

序　章
　第１節　問題の所在
　第２節　本稿の課題
　第３節　本稿の視角と構成
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２節　近時における議論の展開　（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１節　改正法466条２-３項の趣旨と改正過程
　　第１款　問題意識
　　第２款　民法（債権関係）部会審議前の改正提案
　　第３款　民法（債権関係）部会における議論の推移
　　第４款　民法改正の経緯の与える示唆
　第２節　改正法466条４項・466条の３の趣旨と改正過程
　　第１款　問題意識
　　第２款　民法（債権関係）部会審議前の改正提案
　　第３款　民法(債権関係)部会における議論の推移(以上､72巻１号)
　　第４款　民法改正の経緯の与える示唆
　第３節　改正法466条の２の趣旨と改正過程
　第４節　改正法466条の６の趣旨と改正過程
　第５節　改正法469条の趣旨と改正過程
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

第２章　日本における民法改正の経緯と議論（その１）

第１節　改正法466条２-３項の趣旨と改正過程

第１款　問題意識

譲渡制限特約の効力について、改正法では２つの効力構成が採用されている。すなわち、第１は、債務者は、譲渡制限特約につき悪意又は重過失の譲受人に対しては、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という構成である（①「譲渡有効＋債権譲渡人への弁済有効」構成＝改正法466条２-３項）。第２は、譲渡制限特約は、悪意又は重過失の譲受人に対抗することができるという構成（②「譲渡無効」構成＝改正法466条の５）である。

上記のような２つの構成は、譲渡によって債権の帰属に変動が生じるかという点で違いを見せている。①構成では、債権者はあくまで譲受人である。これに対して、②構成では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効であるため、債権者が譲渡人である。確かにそうであるが、今問われているのは、債務者をどのように保護するかである。両者は、債務者の保護を目指しているのであるから、債務者の保護という観点から、どのような違いがあるかを議論すべきで、債権者が誰であるかという観念的な議論をすべきではない。また、譲渡制限特約の主張権者が誰かという点では、両者は違いを見せている。①構成では、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定している。これに対して、②構成では、譲渡制限特約を主張できるのは、債務者だけでなく、第三者も主張できる。確かに、そのように考えるなら、①構成と②構成とでは違いが出てくる。また、②構成では、譲渡制限特約を対抗できるのが誰であるかは明示されていない。しかし、そもそも譲渡制限特約は、債務者を保護するための

手段であり、すると、譲渡制限特約を主張できるのは債務者に限定してよいはずである（ドイツの相対的無効説の根本的な発想）。そうして、②構成において、「対抗することができる」のが債務者だけであるとすると、結局、②構成は、①構成とは同じではないのか。

改正法466条２-３項と466条の５の役割分担はどのように捉えるべきか。債権の種類ごとに譲渡制限特約によって保護されるべき利益とは何か。民法改正の過程において、どのような事案を想定して、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。第１節では、まず改正法466条２-３項の改正過程から、同条項の立法趣旨を検討する（改正法466条の５の趣旨と改正過程は、第３章で取り上げることにする）。

第２款　民法（債権関係）部会審議前の改正提案

第１項　民法改正国民・法曹・学界有志案

改正前法466条２項については、学説の多くは、譲渡制限特約の第三者効を基本的に肯定していたが、一部の学説は、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、立法論として改正前法466条２項全体を削除すべきであると提案した。民法改正研究会において譲渡制限特約に関する改正前法の規律が検討の俎上にのぼった。民法改正研究会による民法改正国民・法曹・学界有志案では、譲渡制限特約に関する規定が設けられず、譲渡制限特約を第三者に対抗できないという方向で見直すことを提案している[1]。もっとも、この提案については、譲渡制限特約の合意をした段階で譲受人がそれに関与した場合には、債務者は譲渡制限特約をもって当該譲受人に対抗し得るとの説明がされた[2]。

譲渡制限特約の第三者効を認めないとする本提案については、①相殺の期待を確保する、②譲渡に伴う事務の煩雑化を回避する、③過誤払いの危険を回避するなど、譲渡制限特約の実務上の必要性を肯定できる場面が認められるなどの理由から反対する意見があり得る[3]。つまり、譲渡

---

[1] 民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社、2009年）167頁、池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化』（弘文堂、2010年）412-413頁参照。

[2] 部会資料37・５頁、池田（真）・前掲注１）413頁参照。

[3] 大阪弁護士会『民法（債権法）改正の論点と実務（上）』（商事法務、2011年）374頁。

制限特約の第三者効を認めないとする本提案は、現在の実務との乖離が甚だしいという問題がある[4]。譲渡制限特約がなぜ結ばれたかというと、債務者は将来債権者に対して反対債権を取得するかもしれないからである。このような提案を採用する場合に、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の相殺利益が保護されるように手当しておく必要があると考えられる[5]。

ところが、民法改正国民・法曹・学界有志案は、債権譲渡と相殺については、相殺の抗弁を主張できる要件を制限的に考える立場に立っている[6]。すなわち、譲渡の通知を受けた債務者は、その後に譲渡人に対して取得した債権を自働債権として相殺することができない。また、譲渡の通知を受けた債務者は、通知前から有している債権を自働債権として相殺したときであっても、次の場合にあたるときは、その相殺をもって譲受人に対抗することができない。すなわち、①通知時に、譲渡された受働債権の弁済期が到来していないとき、②自働債権の弁済期が譲渡された受働債権の弁済期よりも後に到来するときである。債権譲渡における相殺の抗弁の主張範囲という論点は、譲渡制限特約と関連付けて議論されていないように見える。そもそも、この論点は本来は譲渡制限特約の論点とリンクするものではないとの説明がある[7]。民法改正国民・法曹・学界有志案はこのような考え方の影響で作られたものであるとみることができる。

なお、現代社会において、債権は重要な財貨であるので、債権の流動化に資する立場から譲渡制限特約の第三者効を制限ないし否定すべき場合がないわけでないが、一般論として譲渡制限特約の第三者効を否定す

---

[4] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・26頁〔加藤委員発言〕。

[5] 部会資料37・52頁。

[6] 民法改正国民・法曹・学界有志案は、「法定相殺と差押え」に関する規定が「債権譲渡と相殺の抗弁」に準用することを明文化する（413条３項）。民法改正研究会・前掲注１）178頁参照。差押えと相殺については、深谷格「差押えと相殺に関する民法改正について」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅱ　債権総論・契約（１）』（商事法務、2018年）305頁以下参照。

[7] 池田真朗「民法改正案債権譲渡部分遂条解説――検討と問題点」慶応法学36号（2016年）75頁。

ることは明らかに行き過ぎであるように思われる。仮に譲渡制限特約の第三者効を認めないとする提案を採用しても、債権譲渡における相殺の抗弁の主張範囲を広く認める必要がある。いずれにせよ、譲渡制限特約の第三者効を原則として否定しつつ、相殺の範囲を制限する提案は、譲渡当事者保護の色彩が強く、債務者保護の方策は十分ではないと思われる。

第２項　民法（債権法）改正検討委員会案

１　提案の概要

> 【3.1.4.03】債権譲渡禁止特約の効力[8]
> 〈1〉債権者および債務者が特約により債権の譲渡を許さない旨を定めていた場合であっても、当該特約に反してなされた譲渡の効力は妨げられない。ただし、債務者は、この特約をもって譲受人に対抗することができる。

譲渡制限特約付債権の譲渡について、民法（債権法）改正検討委員会案は、〈1〉において、改正前法における判例・通説[9]と異なり、特約に違反する債権譲渡であったとしても、譲渡の効力は妨げられないことを明らかにするとともに、債務者が、原則としてこの特約をもって譲受人に対抗することができることを明らかにする[10]。これによって、特約付債

[8] 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ――契約および債権一般（２）』（商事法務、2009年）280頁以下。【3.1.4.03】は、〈1〉のただし書において「債務者は、この特約をもって譲受人に対抗することができる」とするのに対して、第３準備会報告資料におけるⅢ－５－１の（２）は、「当該譲渡を当該債権の債務者に対抗することができない」とする。民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議・第３準備会報告資料（債権譲渡）・１頁以下参照。この文言の変わりによって、基本方針のもとでは、悪意又は重過失の譲受人が債務者に対して請求し得ることが見ることができる。債務者に請求して拒絶されたのは別問題である。

[9] 改正前法下における判例と通説は、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）390-395頁参照。

[10] この提案は、譲渡の効力について、譲渡当事者・第三者関係と対債務者関

権が譲渡された場合に、債務者以外の全ての第三者との関係では、有効であり、債務者がそのような譲渡が存在しないものとして扱うことができる。これは、改正前法における債権的効力説のもとで、債務者は、特約の存在を知れる第三者に対しては、悪意の抗弁により、その譲渡無効を主張することができるとする場合の帰結に似ている[11]。

また、この提案のもとでは、債務者が、悪意又は重過失の譲受人に対する譲渡は存在しないものと扱った場合に、本提案と物権的効力説とで、どこがどのように違うのか。その１は、物権的効力説のもとで、債務者が譲渡無効を主張する必要がなく、債権譲渡が自動的に無効になるとするのに対して、本提案のもとでは、債務者が譲渡無効を主張しないときは、債権譲渡がずっと有効であるとする、ということである。その２は、本提案は、特約の主張権者を債務者に限定するのに対して、物権的効力説のもとでは、債務者以外の第三者も、特約を主張することができるとの考え方があり得る、ということである。この意味において、本提案は、譲渡制限特約が債務者保護のためにあるという発想を特約の効力制限論に反映させるものであるとみることができる[12]。確かに譲渡制限特約の効力が大幅に縮減されたが、債務者の地位が不利益変更されたわけではない。つまり、債務者が、悪意又は重過失の譲受人との関係でそのような譲渡をなかったものとして、もともとの債権者に対して弁済（相殺）すれば免責される。しかしながら、譲渡制限特約がもっぱら債務者の利益保護のためのものであるとすると、特約違反の譲渡がなされた場合に、債務者の保護に必要な範囲で特約の効力を認めれば足りるはずであり、それより進んで債権譲渡を無効にまですべき理由があるのかは疑問である[13]。債務者との関係においては譲渡の効力を否定しないと、その保護

係とを区別する。民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）280-281頁参照。

[11] 民法（債権法）改正検討委員会案は、債権的効力説については、単に悪意の抗弁権と述べるだけが、債権的効力説を「所謂悪意の抗弁により、その譲渡行為の無効を主張し得る」ものとして把握するものがある。民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）285頁、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頁参照。

[12] 石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、2013年）235-236頁参照。

[13] 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「債権譲渡禁止特約及び将来債権

が図れない場合は、どのような場合であるかについて、さらに検討をする必要がある。

2　提案の具体的な帰結の検討

本提案において、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合に、どのような帰結がもたらされるかについて、以下の適用事例を利用して検討する。

（1）適用事例〔1〕[14]

> AB 間で譲渡禁止特約の付された金銭債権が、債権者 A から C に譲渡され、第三者対抗要件が具備された（譲受人 C は特約について悪意であるものとする。なお、本提案では、金銭債権譲渡の第三者対抗要件を債権譲渡登記とする考え方を提示しているから、以下の適用事例においても、対抗要件の具備方法は債権譲渡登記によることを前提とする）場合
>
> ① B は A に対して弁済することができる。
>
> ② A は B に対して請求することができる（C が B に対して請求することができない）。
>
> ③ C は B から債権を回収した後は、C は A に対して不当利得返還請求をすることができる。

本提案のもとでは、特約に違反する債権譲渡が有効である以上、A の B に対する債権が確定的に C に移転し、もはや A に帰属しないはずである。②は、本提案の当然の帰結ではない。しかし、②を認めないとすると、事例〔1〕において C が B に請求しても拒絶され、他方、B が A に対して弁済しないときは、事態が膠着してしまう。B にとっては、特約の効力を主張して AC 間の譲渡の効力が否定される以上、B との関係では債権者は A であり、A が B に対して請求することができるように思われる[15]。しかし、②により、A は B に対して請求しうるが、A が B から債権を回収した後は、C は A に対して不当利得返還請求するこ

譲渡についての条文提案」（2012年５月７日）２頁参照。

[14] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）284頁。

[15] 沖野眞已「三上報告・高山報告・後藤報告へのコメント」山本和彦＝事業再生研究機構編『事業再生と金融実務からの債権法改正』（商事法務、2013年）123頁。

とができるため、あえてＢに対して権利を行使して請求するインセンティブが働かなくなるおそれがある[16]。この場合には、ＣがＡに対しＢに請求することを促すことが考えられる[17]。なお、事例〔1〕において、Ｃによる請求自体がはっきり否定されている。しかし、本提案のもとでは、ＡのＢに対する債権がＣに移転する以上、ＣはＢに対して債権者であることを主張しうるはずである。ＣがＢに請求して拒絶されたのは別問題である。

（２）適用事例〔2〕[18]

> ＡのＢに対する債権について、Ｃ以外の者に譲渡してはならない、という特約が付されていた場合
>
> ①Ｃへの譲渡は、債務者権利行使要件を具備することによって当然にＢに対抗できる。
>
> ②Ｅへの譲渡があったとしても、Ｂは、ＡＥ間の譲渡をなかったものとして、それまでの債権者を自らに対する債権者と扱うことが許される。

譲渡制限付債権が譲渡された場面での利益状況は、適用事例〔1〕と同じであり、重ねて説明することを省略する。

（３）適用事例〔3〕[19]

> 適用事例〔1〕の例で、特約について悪意のＣが第三者対抗要件および債務者に対する権利行使要件を具備した後に、同一の債権がＡからＤにも譲渡された（Ｄも第三者対抗要件および債務者に対する権利行使要件を具備）場合
>
> Ｄも債権譲渡禁止特約の存在について悪意であるとすると、①Ｂは、Ａを債権者として扱えばよい。②ＢがＡに弁済した場合、譲

[16] 債権譲渡契約の解釈によって、譲渡人に取立義務を課するとの意見がある。すなわち、譲渡人が債務者から債権を回収しなければ、取立義務違反に基づく債務不履行責任を負うことになる。部会資料37・24頁参照。

[17] 沖野・前掲注15）124頁。

[18] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）284頁。

[19] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）285頁。

受人Cは、Aに対して不当利得返還請求権をすることができる。

他方、Dが譲渡禁止特約について善意の場合には、③Bとの関係においてもDが債権者である。この場合、④Bは、Aに弁済したとしても、（弁済保護規定によって保護される場合は別にして）Bの債務は消滅しないから、あらためてDからの請求があれば、応じざるを得ない。

善意の第二譲受人Dが登場しなければ、債務者Bは、悪意の第一譲受人Cに対して特約の効力を主張して譲渡人Aを債権者として扱えばよい。これに対して、善意の第二譲受人Dが登場すると、Bとの関係ではDが債権者であるということとなり、そのためにBはDに対して弁済しなければならない。仮にBがAに弁済しても、有効な弁済とはならないから、あらためてDからの請求があれば、応じざるを得ない。ただし、CとDの関係では、先に第三者対抗要件を備えたCがDに優先し、DがBから譲渡された債権を回収したときは、CはDに対して不当利得返還請求をすることができる。結局、譲渡された債権が悪意の第一譲受人Cに移転する。その結果、本来保護されない悪意の第一譲受人が善意の第二の譲受人のおかげで保護されることとなる。

検討委員会案の上記のような帰結に対しては、第一譲受人に劣後していて何ら固有の利益を有しない第二譲受人などが登場したことに伴い、債務者が、当該登場前までは可能であった譲渡人への弁済や相殺を否定されるべき実質的な理由は明らかではないとの批判があった[20]。この批判は、債務者が、善意の第二譲受人の登場により、当該登場後に譲渡人に対する反対債権をもって特約付債権と相殺しうるという利益を奪われるのは妥当ではないとするものである[21]。

そして、Dが譲渡制限特約について善意である場合には、検討委員会案のもとでは、善意の第二譲受人DだけはBに対して請求することができるが、Bから譲渡された債権を回収しても、その後、Cからの請求を受けるとCにそれを引き渡さなければならなくなるため、あえてB

[20] 赫高規「債権譲渡禁止特約と債権法改正」NBL987号（2012年10月）14頁。

[21] 赫・前掲注20）14頁。

に請求するインセンティブがなくなり、そのために誰もＢに請求しないことになりかねない状態が生ずる[22]。誰も債務者に請求しないという点では、事例〔1〕と事例〔3〕には同様の事態がある。既に紹介したように、事例〔1〕において、ＣがＡに対し請求を促すことによって、このようなデットロック状態を解消することができる。これに対して、事例〔3〕において、Ｄが譲渡された債権を回収する義務がないから、ＣがＤに対し請求を促しても拒否される可能性があるが、デットロック状態を回避するためには、特則を設けることが考えられる[23]。特則としては、「悪意の第一譲受人が、債務者に対して善意の第二譲受人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が相当の期間に履行しないときは、債務者は特約を悪意の第一譲受人に対抗することができない」とすることが考えられる。

（４）適用事例〔4〕[24]

ＡのＢに対する債権については、譲渡禁止特約が付されていたが、Ｃに譲渡され、Ｃは第三者対抗要件を具備した。その後、Ａが、倒産した場合 倒産手続の開始決定がされた後は、Ｃは、Ｂとの関係においても、債権を譲り受けたことを主張することができる。

譲渡制限特約に関しては、譲渡人に倒産手続が生じた場合には、債務者がもはや特約の抗弁を持ち出すことができないとする【3.1.4.03】〈2〉〈ウ〉（以下〈ウ〉という）の規律が重要であると思われる[25]。この場合に

---

[22] 沖野・前掲注15）124頁参照。

[23] 悪意の第一譲受人が手数料を払って善意の第二譲受人に頼んで譲渡された債権を回収してもらうという考え方と、悪意の第一譲受人が債務者に承諾してくれと頼むという考え方もあり得る。

[24] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）286頁。

[25] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・６頁〔小粥委員説明〕。譲渡制限特約の付された基本契約書などを、債務者ではなくて譲渡人の管財人が探し出してきて、その利用して譲渡の効力を否定するようなケースについては、〈ウ〉のところで対応される。民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・６頁〔池田委員発言〕参照。

おいて、譲渡制限特約の効力を制限したのは、①倒産手続中で複数の債権者が債権を奪い合う局面において、債務者の意思（特約の主張）によって、債権譲受人の地位を危うくすることは相当ではないこと、②債務者は、もはや譲渡制限特約を対抗できないこと、③悪意又は重過失の譲受人が債務者に債権者であることを主張できず、破産管財人には譲渡された債権を回収する誘因が乏しくなり、そのために誰も債務者に対して権利を行使しないことになりかねないこと、と考えられる[26]。

〈ウ〉の規律によれば、譲渡人の倒産手続の開始決定により、債務者が特約をもって譲受人に対抗することができないこととなる。これによって、債務者が、特約に違反する債権譲渡が存在しなかったものとして扱うことができず、債務者にとっては、弁済先がもともとの債権者から譲受人に変更することとなる。〈ウ〉の規律が発動されると、これまで特約により保護されてきた債務者の相殺の利益が、どうなるのか。特約の抗弁を否定するとすれば、債務者が、対抗要件具備時より後に取得した譲渡人に対する反対債権による相殺をもって譲受人に対抗することができないということになる。譲受人が早期に債務者対抗要件を備えた場合に、債務者の利益状況がさらに悪化する。

しかし、これに対して、〈ウ〉の規律を設ける場合には、併せて「債務者は、譲渡人の倒産手続の開始決定時までに、譲渡人（又は、譲渡人の倒産手続の開始決定時までに債務者に対抗できる譲受人であった者）に対して生じた事由をもって対抗できる」旨の規定を別途設けるべきであるとの意見がある[27]。この考え方を前提とすると、債務者が、対抗要件具備時から倒産手続の開始決定時までの間に、譲渡人に対する反対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というのである。債務者が特約をもって譲受人に対抗することができないとしても、一応のバランスが取れるといえる。

---

[26] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）285-286頁。民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・６頁〔小粥委員説明〕。民法（債権法）改正検討委員会・第12回全体会議議事録・53頁。

[27] 徳田琢「債権譲渡禁止特約の効力について」月刊大阪弁護士会（2009年11月）20頁。大阪弁護士会『意見書――民法（債権法）改正について』（2009年９月）154頁。

なお、銀行などから、大量処理が必要な預金債権については、〈ウ〉の規律について、特例を設けるべきとの意見がある[28]。〈ウ〉の規律に対する特則を設ける意義は、この規律が預金債権について適用されないことにあり、銀行は、預金債権の譲渡をなかったものとして行動してよい。つまり、銀行は、預金口座の名義人が債権者であることを前提に対応すればよいことになるため、特に預金債権の譲渡を管理する必要がない。これに対して、〈ウ〉の規律を前提とすると、倒産手続の開始決定があった場合には、本来債務者に対抗できない譲受人が債務者に対抗できる譲受人に昇格することとなり、銀行にとっては、弁済先が変更することとなる[29]。倒産手続の開始決定があったかどうかによって銀行の弁済先が変わることになるため、銀行が預金債権の譲渡をなかったものとして行動することができなくなり、そのために銀行は預金債権の譲渡を管理し、倒産手続の開始決定の存否を調査する必要が生じる。このような事態を回避するためには、〈ウ〉の適用を除外する特則を設ける必要がある。法制審議会に入る前の段階で、譲渡制限特約の第三者効を債務者保護の範囲で認め、一定の場合にさらにその効力を制限した上で、預金債権などについて制限規定の適用を除外すべきであるという問題意識はすでに生まれた。

（５）適用事例〔5〕

> Ａの Ｂに対する債権については譲渡禁止特約が付されていたが、特約の存在について悪意の Ｃに譲渡され、Ｃが第三者対抗要件を具備した。その後、Ａの債権者Ｅが当該債権を差し押さえた場合
>
> ①事実上は、差押命令が Ｂに送達されるなら、債権執行手続は進行し、Ｅが当該債権を取り立てることになる。
>
> ②Ｅは、Ｂから弁済を受けたとしても、Ｃが差押命令の送達よりも先に第三者対抗要件を具備していたなら、Ｃに対して不当利得返還債務を負う。
>
> ③Ｃは、この債権執行手続において、当該債権が自らに帰属す

[28] 徳田・前掲注27）20頁。いかなる理由で、預金債権について特則を設けるのかが不明である。

[29] 徳田・前掲注27）20頁。

ることを理由として第三者異議の訴え（民執38条）を提起することによって、手続の進行を阻止することができる。

この場合において、検討委員会案のもとでは、Cが譲渡制限特約について悪意であるのでBに対して自らが債権者であることを主張できず、またAもBに対して請求できず、結局、Eのみだ Bに対して権利を行使することができる[30]。Bとの関係では、Eが当該債権の取立権を有するが、Bから弁済を受けた場合には、Cに対して不当利得返還債務を負うこととなる。Eが当該債権を取り立てるインセンティブが働かなくなり、誰もBに対して権利行使しないという事態が生ずるおそれがある。

また、差押債権者との関係で、先に第三者対抗要件を備えた譲受人のほうが勝っているわけであるので、差押えに対して第三者異議をすることができる[31]。しかし、第三者異議により差押えが解除されても、譲受人が自分のほうで当該債権を取り立てることができない[32]。唯一債務者に対して権利行使し得る者がいなくなるため、誰もBに対して権利行使することができないという状態が生ずる。この状態を解消するために、譲受人が第三者異議の訴えの認容判決を得た場合には、債務者に供託義務を生じさせる方向で検討すべきであるとの考え方があった[33]。この考え方に対しては、民法（債権法）改正検討委員会全体会議第６回会議において、これが債務者に負担を増やす方向になるのではないかとの指摘があった[34]。小粥委員会は、この問題意識を受け止めて、次のように説明した。すなわち、「差押があった場合、あるいは倒産手続が始まった場合については、もはや譲渡制限特約を理由に、譲受人に払うことを拒めないという整理もているわけですので、この場合については、Bに若干の負担をという方向での選択もあるのではないかということで、こう

[30] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・32頁〔始関委員発言〕。
[31] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・32頁〔小粥委員発言〕。
[32] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・32頁〔始関委員発言〕。
[33] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議・第３準備会報告資料（債権譲渡）・６頁。
[34] 民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・33頁〔始関委員発言〕。

いう形で書かせていただきました」。これは、差押えがあった場合についても、債務者は特約の抗弁を持ち出すことができないとする規定を設けることを提案するものである。しかし、検討委員会案は、譲受人が譲渡制限特約について悪意で譲り受けた以上、譲渡人ないし差押債権者を通じて債権の満足を受けることになるのはやむを得ないとの判断をして、この場合において特約の効力を制限しないこととした[35]。これによれば、悪意の譲受人が差押債権者ないし譲渡人を通じて、債権の満足を受けるほかないことになる[36]。このように処理すると、誰も債務者に対して権利を行使しないという状態が生じる可能性がある。そして、差押債権者が債権を行使しない場合に、譲受人が債権者代位権を利用することができる[37]かどうかは疑問である。というのは、差押債権者が債務者から取立て初めて、譲受人に対して不当利得返還債務を負っており、取立の前に、譲受人が差押債権者対して請求権を有しないからである。

３　小括

検討委員会案は、従来の判例と通説と異なり、譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効力は妨げられないということを出発点としつつも、債務者はそのような譲渡をなかったものとして行動してよい（債務者からみれば、その譲渡は無効）とするものである。これによって、譲渡制限特約付債権が譲渡されたとしても、譲渡当事者・第三者関係では、譲渡が有効であるという点では、物権的効力説を貫徹した場合に導かれる帰結とは違いが生ずるが、債務者がそのような譲渡は存在しないものと扱うことができるので、債務者の利益は引き続き保護されることになる。

もっとも、債権譲渡における債務者の利益保護は重要であるが、譲渡の効力まで否定する必要があるかについては疑問もある。譲渡の効力は認めつつも、別の手段で債務者を保護する方法もあり得るからである。債務者の利益とは具体的に何か。そのうち、譲渡の効力を否定することによってしか実現できないものは何かという分析が必要なはずである。

ところで、債務者の利益との関係でいうなら、譲渡制限特約は相殺と

---

[35] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）287-288頁。
[36] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）287頁。
[37] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）287頁。

重要な関係を有している。すなわち、無制限説を前提とすると、債務者は、債務者対抗要件具備までに譲渡人に対して有することとなった反対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が、将来生じるかもしれない債権との相殺の利益を確保したいのであれば、債権者と譲渡制限特約を締結することになるからである。なお、悪意又は無重過失の譲受人に特約を対抗することができないが、一応のバランスが採れると言える。

第３款　民法（債権関係）部会における議論の推移

譲渡制限特約の効力については、そもそも改正前法制定時にも議論が分かれていたほか、今日では、とりわけ金融の分野において債権譲渡が重要な機能を果たしていることにかんがみ、特約の効力をできる限り制限する方向で法改正をすべきであるとの指摘もされた[38]。これらの問題意識を踏まえ、法制審議会民法（債権関係）部会において譲渡制限特約及び関連制度の在り方も検討の俎上にのぼった。法制審議会民法（債権関係）部会は、2009年11月24日から2015年２月10日までの間に、99回の部会と18回の分科会を開催し、全体としての審議の流れは３つのステージに分けることができる[39]。そこで、以下では部会各ステージにおける譲渡制限特約及び関連制度に関する議論の推移を見ていくことにする。

第１項　第１ステージでの議論

第１ステージで譲渡制限特約の効力に関する検討が行われたのは、第７回会議（平成22年４月13日）、第22回会議（平成23年１月25日）、第25回会議（平成23年３月８日）、第26回会議（平成23年４月12日）である。

１　部会第７回会議

（１）相対的効力案と絶対的効力案

部会第７回会議において検討の対象となった「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（４）」では、譲渡制限特約の効力に関して、①そも

[38] 部会資料２・５頁。

[39] 鎌田薫「『民法（債権関係）の改正に関する要綱』の決定――民法（債権関係）部会の審議を終えて」NBL1045号（2015年）５頁。

そも立法時から譲渡制限特約の第三者効を認めることに反対論が有力に主張されたこと、②今日では、譲渡制限特約が必ずしも合理的な必要性がないのに利用されている場合もあること、③譲渡制限特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっていることなどの問題点があると指摘された[40]。これらの指摘を受けて、事務当局は、譲渡制限特約の効力について、譲渡当事者間では譲渡を有効としつつ、譲渡制限特約の存在について譲受人が「悪意」である場合には、債務者は、譲受人に対して譲渡制限特約の効力を対抗することができるものとするという考え方[41]、譲渡当事者間でも譲渡を無効とするという考え方[42]を提示した。検討対象として提示されている点は、議論の道筋を最初から限定するように思われる[43]。

これまで日本の学説は、譲渡制限特約の効力について「物権的効力説か債権的効力説か」という形で、議論を展開した。部会審議では、従来の学説の表現を使わず、「譲渡当事者間では譲渡を有効としつつ、譲渡禁止特約の存在について譲受人が悪意である場合には、債務者は、譲受人に対して譲渡禁止特約の効力を対抗することができる」という考え方を相対的効力案と呼び、「譲渡当事者間でも譲渡を無効とする」という考え方を絶対的効力案という[44]。絶対的効力案を採るか、相対的効力案を採るかによって、果たしてどの程度の結論の違いがあるのか。譲渡制限特約の効力を悪意の第三者との関係では肯定しつつ、善意の第三者との関係では否定するという点では、相対的効力案も絶対的効力案も一致している。というのは、両案とも、改正前法の基本的な枠組みを維持しているからである。問題は、悪意の譲受人に対して、譲渡制限特約の効

[40] 部会資料９-１・２頁、部会第７回会議議事録・３頁〔松尾関係官説明〕。
[41] 部会資料９-１・２頁。
[42] 部会資料９-２・４頁、部会第７回会議議事録・３頁〔松尾関係官説明〕。
[43] 池田真朗「債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転（譲渡）――法制審議会部会の配布資料『検討事項』の概観を中心に」池田真朗ほか『民法（債権法）改正の論理』（新青出版、2010年）４頁。
[44] 部会資料９-２・４頁。絶対的効力案は、譲渡制限特約が善意の第三者に対抗することができないことを前提とする。

力に基づいて如何なる制約を及ぼすべきかである[45]。絶対的効力案のもとでは、譲渡制限特約に違反する譲渡の効力は譲渡当事者でも無効という形で処理して債務者を保護すべきであるとする。しかし、そもそも譲渡制限特約は債務者を保護するためのものであるとするなら、債務者保護の必要な範囲で特約の効力を認めれば足りるはずである。譲渡当事者間においても、譲渡の効力を否定することまでも許すべきだろうか。つまり、譲渡当事者間においては、譲渡の効力を否定しないと、債務者の保護が図れないのかという疑問があり得る[46]。これに対して、相対的効力案のもとでは、譲渡制限特約に違反する譲渡は譲渡当事者・第三者関係において有効であるとした上で、債務者が特約を悪意の第三者に対抗できるようにする。ただし、特約を対抗できることの意味が明らかではない。

両案の具体的な相違の一端を見ると、「相対的効力案によれば、（ⅰ）譲渡禁止特約付き債権の譲受人が第三者対抗要件を具備した後に、譲渡人の債権者が、当該債権を差し押さえた場合でも、譲受人は第三者異議の訴えを提起することができる、（ⅱ）譲渡禁止特約付き債権が二重譲渡されたときに、対抗関係で劣後する譲受人に弁済された場合、優先する譲受人は、劣後する譲受人に対して不当利得返還請求が可能である等の点で、絶対的効力案と帰結が異なることになる」。つまり、相対的効力案のもとでは、先に第三者対抗要件を備えた悪意の譲受人が、差押債権者・善意の二重譲受人との関係においても最終的に譲渡された債権の帰属主体となる。さらに進んで、第三者対抗要件レベルで劣後する差押債権者・善意の二重譲受人は、譲渡された債権に対して何らの固有の利益を有しないといえよう[47]。相対的効力案は、絶対的効力案と比べて、悪意の譲受人の地位を差押債権者・善意の二重譲受人に対して優先させるという意味では、実質的に譲受人の地位を強化するものであるといえる[48]。

---

[45] 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志・前掲注13）２頁参照。

[46] 部会第７回会議議事録・14頁〔沖野委員発言〕。

[47] 相対的効力案は、民法（債権法）改正検討委員会案の立場を踏襲したものである。

[48] 石田・前掲注12）257頁参照。

上記の提案については、第７回会議において相対的効力案に対して批判的な見解が示された。まず、先に第三者対抗要件を備えた悪意の譲受人が、差押債権者・破産管財人との関係において優先するが、債務者に請求できないという中途半端な立場を認めることであるので、果たして合理的な資金調達ができるのかを疑問視する意見が示された[49]。また、債権の二重譲渡の場合には、善意の第二譲受人が債権を回収しても、第三者対抗要件レベルで優先する悪意の第一譲受人からの請求があれば、応じざるを得ないため、結局、デットロック状態が生じるという指摘が見られた[50]。さらに、二重譲渡がされた場合の処理などで法律関係が複雑となり、混乱する恐れがあるとする意見もあった[51]。従来の考え方（物権的効力説）がいいのかはともかく、悪意の譲受人は権利を取得できないので、法律関係は複雑にならない[52]。

（２）関連論点

譲渡制限特約の効力について、絶対的効力案を採る場合だけでなく、相対的効力案を採用しても、譲渡制限特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となる問題は解消しないという批判があった[53]。これを受けて、債権の流動性の確保が特に要請される一定の取引類型の債権については、譲渡制限特約の効力を常に認めない考え方が示された[54]。これは、債権流動化の対象となる債権についてだけ、改正前法466条２項の適用を排除しようとするものである。立法例として、国連国際債権譲渡条約が挙げられる[55]。債権の属性により規律を分けると

---

[49] 部会第７回会議議事録・６、12頁〔三上委員、岡（正）委員発言〕。相対的効力案を採ったとしても、悪意の譲受人が債務者に請求しても拒絶される可能性があるから、譲受人に中途半端な立場が認められるだけである。

[50] 部会第７回会議議事録・13頁〔中井委員発言〕。

[51] 中間的な論点整理の補足説明・105頁、部会第７回会議議事録・13頁〔中井委員発言〕参照。

[52] 部会第７回会議議事録・13頁〔中井委員発言〕。

[53] 部会資料９-１・５頁。

[54] 部会資料９-１・５頁。

[55] 部会資料９-１・５頁。

いう考え方は、有力な選択肢になると考えられる[56]。

上記のような考え方について、部会審議では否定的な見解が示された。すなわち、一定の債権について、資金調達の要請があることは理解し得るが、民法一般の原則としてそれを認めるほどではない、というものである[57]。この見解は、原則として悪意の譲受人には移転の効果が生ずることに消極的であり、一定の債権について何か個別保護をつくるべきという方向を示した[58]。しかし、問題は、如何なるものを「一定の取引類型の債権」に取り込むのかである。部会第７回会議において、債権の具体的な類型については、不十分な検討に止まる。

なお、大阪弁護士会は、債権の流動化が特に要請される一定の取引類型を定め、当該取引類型にかかる債権について特約の効力を否定することには、反対する。その理由として、①「債権の流動化の確保が特に要請される一定の取引類型」においても、譲渡制限特約の実務上の必要性が認められる、②「債権の流動性が特に要請される取引」を類型化すること自体、そもそも容易とはいえない、③「債権の流動性が特に要請される取引類型」の範囲を突き詰めれば、結局、「譲渡制限特約の効力を認めない」という考え方に接近する、と説明する[59]。仮に譲渡制限特約の第三者効を否定する考え方を採る場合には、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の利益（特に相殺の利益）が保護されるように手当しておく必要がある。

「関連論点」に関連して、譲渡制限特約の効力を原則として制限した上で、大量迅速に弁済する必要がある預金債権のように、譲渡制限特約の抗弁を認める必要性が高い一定の類型の債権のみに適用される例外を認めて、引き続き譲渡制限特約に強い効力を認めることが望ましいという意見もあった[60]。これは、譲渡制限特約の効力については原則として相対的効力案を採り、例外的に預金債権などの債権に対して絶対的効力

---

[56] 部会第７回会議議事録・７頁〔三上委員発言〕。
[57] 部会第７回会議議事録・12頁〔岡（正）委員発言〕。
[58] 部会第７回会議議事録・12頁〔岡（正）委員発言〕。
[59] 大阪弁護士会・前掲注３）378頁。
[60] 中間的な論点整理の補足説明・107頁。

案を採るという考え方である。債権の種類に応じて類型的に譲渡制限特約の効力を規律することは、記憶されるべきである。仮に預金債権について相対的効力案を採ったとしても、債務者である銀行は特約の抗弁を悪意の譲受人に主張することができるので、銀行の利益がそのまま保護されるはずである。絶対的効力案を採らないと、銀行の如何なる利益が図れないのかを検討することが必要となる。

２　部会第22回会議

まず、事務当局による提案を確認しておく。部会第22回会議において検討の対象とされた「中間的な論点整理のたたき台（２）」では、譲渡制限特約の効力を悪意の譲受人に対抗できるという基本的な枠組みを維持した上で、【相対的効力案】譲渡制限特約に違反した債権譲渡の効力については、譲渡制限特約が絶対的な効力を有し、債権譲渡の当事者間でも無効とする考え方、【相対的効力案】債権譲渡の当事者間では債権譲渡は有効とする考え方、の２つの案が提案された[61]。

次に、部会での審議を検討しよう。既に紹介したように、部会第７回会議において債権の種類ごとに譲渡制限特約の効力を規律すべきであるという考え方が表明された[62]。これに対しては、特別法で定めればよくて、民法に規定する事柄ではないとの反対意見があったから、部会第22回会議で検討の対象とされた部会資料では、論点として取り上げないという形にされた[63]。それにもかかわらず、部会審議では、論点としてこのような考え方を取り上げてほしいという意見があった。具体的な提案が示されていないが、譲渡制限特約は原則として有効とした上で、一定の種類又は一定の性質の債権について例外を設けるという考え方、あるいは逆に譲渡制限特約については原則としてその効力を無効とし、又は制限した上で、債権の種類又は性質に応じて一定の例外を設けるという

---

[61] 部会資料22・１頁。

[62] 仮に譲渡制限特約の効力を否定したり、制限したりといった考え方を採る場合であっても、預金債権などについては、一定の例外を認めてほしいとの意見があった。部会第７回会議議事録・17頁〔三上委員発言〕、部会第22回会議議事録・５頁〔岡本委員発言〕参照。

[63] 部会第22回会議議事録・５頁〔岡本委員発言〕。

考え方があり得るとする[64]。例えば、大量迅速に弁済する必要があるような債権については、譲渡制限特約の効力に制限を設けないこととし、また、債権を譲渡しなくても、譲渡したのと同じような効果を得るといった債権については、譲渡制限特約の効力に制限を設けることとする考え方である。

3　部会第25回会議

（1）事務当局による提案

「中間的な論点整理のたたき台（1）（2）改訂版」では、譲渡制限特約の効力について以下のような論点が示された[65]。

> 【論点1】譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請される一定の取引類型から生ずる債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととすべきかどうかについて、更に検討してはどうか。
>
> 【論点2】預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い取引類型から生ずる債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについて、検討してはどうか。

【論点1】は、部会資料9では、その要否について議論されていたものの、部会資料22には存在せず、第25回会議で事務当局から改めて示されたものである。【論点2】は、第7会議及び第22会議で【論点1】との関連で取り上げられたものである。

部会審議では、上記の論点に対して疑問的な見解が示された。まず、一定の取引類型に関する規定を民法で定めるのが妥当であるのかとの指摘があった[66]。また、「一定の取引類型から生ずる債権」というのが、債権発生原因となる契約を指しているのか、それとも債権譲渡契約のこと

64　部会第22回会議議事録・5頁〔岡本委員発言〕。

65　部会資料25・41頁。

66　部会第25回会議議事録・28頁〔中田委員発言〕。

を指しているのかは明らかではない[67]。比較的には金銭債権について一律に譲渡制限特約の第三者効を否定するという考え方があるが[68]、金銭債権全般だったら、逆に「一定の取引類型から生ずる債権」という書き方は狭過ぎるということになる[69]。

４　部会第26回会議

「中間的な論点整理」では、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した上で、【絶対的効力案】譲渡制限特約を対抗できるときのその効力については、特約に違反する債権譲渡が無効になるという考え方、【相対的効力案】債権譲渡が有効であるが、債務者は悪意の譲受人に対して特約の抗弁を主張できるとする考え方という２つの案が提案された[70]。

上記の考え方と関連して、「譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請される一定の類型の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととすべきかどうかについて、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか」や、「預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い類型の債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについても、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定することについて上記の意見があることに留意しつつ、検討してはどうか」との論点も提示された[71]。

５　小括

これまで、第１ステージで検討された様々な提案を見てきたが、以下

---

[67] 部会第25回会議議事録・28頁〔中田委員発言〕。
[68] 部会第25回会議議事録・28頁〔内田委員発言〕。
[69] 部会第25回会議議事録・28頁〔鎌田部会長発言〕。
[70] 中間的な論点整理・41-42頁。
[71] 中間的な論点整理・42頁。

	譲渡制限特約の効力
第７回 （22.4.13）	①絶対的効力案 ②相対的効力案 ③一定の取引類型の債権について特約の効力を常に認めない考え方
第22回 （23.1.25）	①絶対的効力案 ②相対的効力案
第25回 （23.3.8）	①絶対的効力案 ②相対的効力案 ③一定の取引類型の債権について特約の効力を常に認めない考え方 ④預金債権のように特約の効力を対抗することを認める必要性が高い取引類型から生ずる債権に引き続き特約に強い効力を認めるという考え方
第26回 （23.4.12）	同上

ではこれらの提案の整理を試みる。

譲渡制限特約の効力については、改正前法466条２項を廃止、譲受人に対する特約の抗弁の主張を一切認めないという考え方は、譲渡人・譲受人の利益を偏重すべきであり、支持を集めることができなかった[72]。したがって、第１ステージでは「絶対的効力・相対的効力」（＝「物権的効力・債権的効力」）という枠組みで譲渡制限特約の効力を議論し始めた。

上記のような考え方と関連して、一定の取引類型の債権については譲渡制限特約の効力を常に認めないとの考え方も提案された。この考え方を採る場合には、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の利益（相殺の利益など）について、さらに検討する必要がある。しかしながら、第１ステージでは、無制限説より相殺の抗弁を広く認めるべきとする考え方が生まれなかった。他方、債務者の利益保護の必要性を理由に、一定の取引類型の債権について特約の効力を常に認めない考え方に反対する考え方も唱えられた[73]。以上の整理を踏まえて、第２款では第２ステージにおける改正の議論に移る。

[72] 中間的な論点整理・105頁、部会第７回会議議事録・16頁〔山野目幹事発言〕参照。
[73] 大阪弁護士会・前掲注３）374頁参照。

第２項　第２ステージでの議論

第２ステージで譲渡制限特約の効力に関する検討が行われたのは、第45回会議（平成24年４月17日）、第３分科会第３回会議（平成24年４月24日）、第66回会議（平成25年１月15日）、第70回会議（平成25年２月19日）、第71回会議（平成25年２月26日）である。

１　部会第45回会議

（１）譲渡制限特約の第三者への対抗の可否

第１ステージでは譲渡制限特約の効力について相対的効力案と採用しても、改正前法の基本的な枠組みを維持する限り、特約の存在が債権譲渡取引の障害となっているという問題は解消しないとの意見があった[74]。このような意見を踏まえて、「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（９）では、事務当局から次のような３つの案が提案された[75]。

> 【甲案】民法第466条第２項に代えて、譲渡禁止特約は専ら譲渡人と債務者との間で効力を有するにとどまり、第三者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。
>
> 【乙案】譲渡禁止特約は原則として悪意又は重過失（後記（２）ア参照）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。
>
> 譲渡禁止特約を第三者に対抗することができない債権の類型としては、例えば、金銭債権とするという考え方の当否を検討する。
>
> 【丙案】譲渡禁止特約は、債権の種類にかかわらず、悪意又は重過失の第三者に対して対抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【甲案】は、改正前法の基本的な枠組みを見直した上で、譲渡制限特約は専ら譲渡人と債務者との間で効力を有するにとどまり、第三者に対抗することができないとするものである。【甲案】を採用する場合には、譲渡制限特約を対抗できないということにすると、金融実務上、いろい

[74] 部会資料37・３-４頁。

[75] 部会資料37・１頁。

ろな問題が生ずるとの指摘があった[76]。また、【甲案】と【乙案】はやや相対的な面があって、【甲案】を採用しても、そこから一定の債権を除外すると、【乙案】変わらないと言える[77]。

上記の【甲案】に対して、【乙案】は、原則として譲渡制限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した上で、一定の類型の債権については、譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとするものである。【乙案】を採用する場合には、特約を第三者に対抗できない債権の具体的な類型が問題となる。これに関しては、金銭債権一般について、特約の第三者効を認めないとすることが考えられるとの意見があった[78]。しかし、この意見に対して、「金銭債権がいろいろなものがありますので、線引きが難しい」との反対意見があり得る。部会審議では、【乙案】の規定の仕方というよりは、さらに限定した形で、例えば、中小企業などが資金調達を目的として金銭債権を銀行に譲渡しようとする場合には、特約は第三者に対抗できないという考え方が示された[79]。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特約の効力ついての例外を規定すべきであるとの意見もあった[80]。さらに、債権の譲渡の態様に着目してその例外を作るという考え方も提示された。例えば、担保目的の債権譲渡について特約の第三者効を否定すべきであるとするものである[81]。立法例として、アメリカ統一商事法典が挙げられるが、同法は債権譲渡については担保目的とい

---

[76] 部会第45回会議議事録・２頁〔佐藤関係官発言〕。「預金債務ですとか、あるいは劣後受益権やデリバティブ取引における保証金のようなものなどがあり、金融スキームを組成する上で必要なデリバティブの保証金がほかに譲渡されてしまいますと、いざというときに相殺ができないという、いろいろな支障が生ずる」という。

[77] 部会第45回会議議事録・７頁〔内田委員発言〕。

[78] 部会資料37・４頁。しかし、これに対して、「金銭債権がいろいろなものがありますので、線引きが難しい」との反対意見があり得る。部会第45回会議議事録・２頁〔佐藤関係官発言〕。

[79] 部会第45回会議議事録・３頁〔中井委員発言〕。

[80] 部会資料37・４頁。

[81] 部会第45回会議議事録・４頁〔中原関係官発言〕。

う形で、限定していないとの指摘がある[82]。場合分けの基準は不明であり、今後残されている課題が多いが、譲渡制限特約の効果一般論ではなく、債権の種類又は債権譲渡の目的に応じて類型的に特約の効力を規律するという発想は示唆に富む。

なお、【甲案】又は【乙案】を採用する場合には、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の利益の保護が問題となる。このような問題意識に基づいて、これまで無制限説より相殺の抗弁を広く主張できるようにすべきであるとの意見がある。これを受けて、債権譲渡と相殺については、相殺の範囲を拡張しようとする改正案が提案された（詳しくは第５節で紹介する）。

（２）譲渡制限特約の主張権者

譲渡制限特約の主張権者の範囲について、改正前法の解釈論は、必ずしも明らかではない状況にある[83]。譲渡制限特約の効力の透明性を高めるために、事務当局は、次のような３つの案を提示した[84]。

> 【甲案】債務者だけが、譲渡禁止特約を主張することができる旨の規定を設けるものとする。
>
> 【乙案】債務者のほか、譲渡人以外の第三者も、譲渡禁止特約を主張することができる旨の規定を設けるものとする。
>
> 【丙案】規定を設けないものとする。

【甲案】は、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方を貫徹して、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定することを提案する。このような提案のもとでは、譲渡人の一般債権者の立場が弱過ぎるのではないかとの指摘があるかもしれない[85]。例えば、譲渡制限特約付債権を差し押さえた譲渡人の債権者などの「譲

---

[82] 部会第45回会議議事録・６頁〔内田委員発言〕。

[83] 詳しくは、部会資料37・９-10頁参照。

[84] 部会資料37・８-９頁。

[85] 米倉明「債権譲渡禁止特約に関する再検討」（2006年）43-44頁参照。米倉教授は、債務者及び債権者の利益のほか、債権者に対する一般債権者（あるいは、譲渡された債権を差押えた者）の利益にも着目する。

渡人の責任財産に当該債権が帰属する利益」[86]の保護が問題となる。この問題に対しては、「第三者の利益の保護は、詐害行為取消権や否認権などの他の制度によって図れるべきであり、譲渡禁止特約の役割ではない」との反論が成り立ち得る[87]。なお、【甲案】を採用すれば、最判平成９年６月５日民集51巻５号2053頁の判例法理は維持されいと考えられる。

上記の【甲案】に対して、【乙案】は、債務者と譲渡人以外の第三者も譲渡制限特約の効力を主張できるという方向で規定を設けることを提案する。債務者保護の観点から、【乙案】を眺めたとき、そこには次のような問題点がある。すなわち、第三者の利益が保護される結果、債務者の利益保護が後退するおそれがある[88]。具体的には、「平成９年判決の事案では、債務者が譲渡を承諾した上で譲受人に弁済したとしても、当該弁済は有効とは扱われないので、債務者に誤弁済の危険が生じている」という[89]。譲渡制限特約付債権が悪意の譲受人に譲渡され、第三者対抗要件が具備された後に、譲渡人の債権者が当該債権を差し押さえた場合には、債務者は差押債権者に弁済すればいいので、譲受人に弁済する必要がない（平成９年の判例法理）。しかし、これに対して譲受人が譲渡制限特約につき善意であった場合には、善意の譲受人に弁済しなければならない。債務者にとっては、譲受人の主観態様によって弁済先が完全に入れ替わる。譲受人が譲渡制限特約につき悪意であろうと思って差押債権者に弁済した場合に、実は譲受人が善意であるならば、二重払いをしなければならない。

【甲案】【乙案】いずれを妥当と考えるかは、譲渡制限特約によって保護される利益の捉え方に左右される。【甲案】は、譲渡制限特約によって保護される利益を債務者の利益に限定するのに対して、【乙案】は、譲渡制限特約は債務者の利益だけでなく、債務者・譲渡人以外の者の利益をも保護する。ただし、譲渡制限特約によって第三者の利益を積極的に保護する正当化根拠が示されていない。

---

[86] 中田裕康『債権総論（第３版）』（岩波書店、2013年）538頁参照。
[87] 部会資料37・10頁。
[88] 部会資料37・10頁。
[89] 部会資料37・10頁。

（３）譲渡制限特約に違反する譲渡の効力

譲渡制限特約の第三者効を認める場合における特約に違反する譲渡の効力について、事務当局から次のような３つの案が提案された[90]。【甲案】譲渡制限特約の効力を悪意又は重過失の譲受人に対抗できる場合にも、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は有効である旨の規定を設けるものとする。【乙案】譲渡制限特約を悪意又は重過失の譲受人に対して対抗することができる場合には、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効である旨の規定を設けるものとする。【丙案】規定を設けないものとする。

【甲案】と【乙案】との間に相異が生ずるのは、譲渡制限特約の存在について悪意（重過失）の譲受人が現れた後、第二譲受人、差押債権者、破産管財人が登場したケースである[91]。以下では、事務当局による提案の具体的な帰結を検討することにする。

（１）設例１

Ａが Ｃ（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、Ｃが第三者対抗要件を具備した後、Ａが Ｄ（譲渡禁止特約の存在について善意無過失）に対して甲債権を譲渡し、Ｄが第三者対抗要件を具備した場合

（第１案）

①Ｂは、Ｃに対する甲債権の譲渡を承諾した上で、Ｃに弁済すれば免責される。

②Ｄが弁済を受けた場合には、Ｃは Ｄに対して不当利得返還請求をすることができる。

（第２案）

①Ｂが Ｃへの甲債権の譲渡を承諾しても、Ｄが債務者対抗要件を具備していた場合には、民法第116条ただし書の法意に照らし、Ｃは Ｄに対して、Ｃへの債権譲渡の効力を主張することができず（平成９年判決参照）、Ｂは Ｃに対して弁済しても免責されない。

②Ｄが弁済を受けた場合には、Ｃは Ｄに対して不当利得返還請

[90] 部会資料37・13-14頁。

[91] 部会資料37・15頁以下。

求をすることができない。

（２）設例２

Ａが Ｃ（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、Ｃが第三者対抗要件を具備した後、Ａが Ｄ（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、Ｄが第三者対抗要件を具備した場合

（第１案）

①Ｂは、Ｃ又はＤのいずれかに対する甲債権の譲渡を承諾した上で、承諾した譲渡の譲受人に弁済すれば免責される。

②Ｄが弁済を受けた場合には、ＣはＤに対して不当利得返還請求をすることができる。

（第２案）

①Ｂは、Ｃ又はＤのいずれかに対する甲債権の譲渡を承諾した上で、承諾した譲渡の譲受人に弁済すれば免責される。

②Ｄが弁済を受けた場合であっても、ＣはＤに対して不当利得返還請求をすることができない。

（３）設例３

Ａが Ｃ（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、Ｃが第三者対抗要件を具備した後、Ａの一般債権者であるＤが甲債権を差し押さえた場合

（第１案）

①Ｂは、Ｃに対する甲債権の譲渡を承諾した上で、Ｃに弁済すれば免責される。

②Ｃは、Ｄに対して第三者異議の訴えを提起し、強制執行の不許を求めることができる。

（第２案）

①Ｄの申立てによる差押命令の送達後に、ＢがＣに対する甲債権の譲渡を承諾しても、民法第116条ただし書の法意に照らし、ＣはＤに対して債権譲渡の効力を主張することができず（平成９年判決参照）、ＢはＣに対して弁済しても免責されない。

②Ｃは、Ｄに対して第三者異議の訴えを提起し、強制執行の不許を求めることができない。

（４）設例４

ＡがＣ（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、Ｃが第三者対抗要件を具備した後、Ａについて破産手続開始の決定がされた場合

（第１案）

①Ｂは、Ｃに対する甲債権の譲渡を承諾した上で、Ｃに弁済すれば免責される。

②ＢがＣに対して弁済した場合、Ａの破産管財人Ｄは、Ｃに対して不当利得返還請求をすることはできない。他方、ＢがＤに対して弁済した場合には、Ｃは財団債権となる不当利得返還請求権を取得する（破産法第148条第１項第５号）。

（第２案）

①ＢがＣへの甲債権の譲渡を承諾して、Ｃに対して弁済しても免責されない。

②ＢがＣに対して弁済した場合に、Ａの破産管財人Ｄは、Ｃに対して不当利得返還請求をすることができる。他方、債権の譲渡代金が支払われている場合には、ＣはＡの破産管財人Ｄに対して、不当利得返還請求権を取得することがあるが、これは破産債権になる（破産法第２条第５号）。

上記各設例の①では、ＢがＣに対する債権譲渡を承諾し、Ｃに対して弁済した場合にＢが免責されるかという点について検討されており、Ａに対する弁済については特に触れていない[92]。譲渡制限特約の存在について悪意（重過失）の譲受人が特約付債権を譲り受けて、対抗要件を具備した後に、善意の第二譲受人、差押債権者などが登場した場合には、債務者が譲渡人に弁済することができるかは問題となる[93]。部会第45回会議で、設例１、設例３ではＢがＡに弁済することができないことを

[92] 部会第45回会議議事録・21頁〔松尾関係官発言〕。

[93] 部会第45回会議議事録・21-23頁〔中井委員発言〕。大阪弁護士会の議論の中で、そういう問題提起が出てきた。

前提するとの説明があった[94]。すなわち、善意の第二譲受人、差押債権者などの登場により、債務者が譲渡人に弁済することができないこととなる。この点では、第１案も第２案も一致している。ただ、両者は以下の点で違いを見せている。

まず、第１案は、債務者が弁済の相手方を自由に選択することができるのに対して、第２案は、債務者が競合する債権者や差押債権者の相互間で最終的に優先する者に対して弁済しなければならないとするものであるため、債務者にとっては第２案のほうが過誤弁済の危険を負う[95]。すなわち、第１案のもとでは、債務者が善意の第二譲受人、差押債権者の存在を無視して悪意の第一譲受人に弁済することができるが、第２案のもとでは、債務者が善意の第二譲受人、差押債権者の存在を確認する必要がある。これらの確認に手落ちがあれば、過誤弁済の危険が生ずる。また、第１案によると、債務者による有効な弁済の後に、競合する債権者や差押債権者の相互間で、不当利得返還請求などによる清算処理が必要となるが、第２案によれば、債務者の譲受人間などの中で最終的に優先する者に対して債務者が弁済しなければならないので、清算処理が不要となる[96]。さらに、設例２においては、第１案によると、債務者による弁済の相手方の選択結果にかかわらず、譲受人間では、先に対抗要件を具備した譲受人が優先することになるが、第２案によると、債務者による弁済の相手方の選択結果が、譲受人間の優劣を決することになる[97]。第２案のもとでは、Ｂは、CD の優劣を決定する権限を有するが、そこまでの保護をＢに与える必要があるかは問題であろう。

これらの考え方の違いの背景には、譲渡制限特約の目的の捉え方の違いがあると思われる。すなわち、第１案は、譲渡制限特約は、専ら債務者の利益を保護するものであり、第三者の利益を保護するものではないという理解を前提とするものであるのに対して、第２案は、譲渡制限特約は、債務者の利益のみならず、債務者以外の者の利益をも保護するも

---

[94] 部会第45回会議議事録・21-23頁〔松尾関係官発言〕。
[95] 部会資料37・17頁。
[96] 部会資料37・17頁。
[97] 部会資料37・17頁。

のであり、その結果として、債務者の利益保護が後退することがあってもやむを得ないという理解を前提とするものであると言える[98]。

２　第３分科会第３回会議

相対的効力案を採用する場合における法律関係について、第45回会議において審議が行われた。審議の中で、特に問題となるのは、債務者の譲渡人に対する弁済の可否と、債務者に対する請求権者が誰であるのかといった点である[99]。事務当局は、これらの点を中心に相対的効力案を前提に次のような２つの案を提案した[100]。すなわち、【A 案】とは、債務者は悪意の譲受人に対する譲渡は存在しないものと扱うことができるという理解を前提とするものである。これに対して、【B 案】とは、譲渡制限特約は弁済の相手方を固定する効力があるだけで、債権の帰属の変更を妨げることはできないという理解を前提とするものである。【A 案】と【B 案】の具体的な帰結を明らかにするために、以下の設例１から設例３までについて検討する[101]。

（１）設例１

A が C（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、C が第三者対抗要件を具備した後、A が D（譲渡禁止特約の存在について善意無過失）に対して甲債権を譲渡し、D が第三者対抗要件を具備した場合

【A 案】

①B は A に対して弁済することができない。

②B は C に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。

③B は D に対して弁済することができる。

④A は B に対して請求することができない（D が B に対して請求することができる）。

【B 案】

①B は A に対して弁済することができる。

[98] 部会資料37・17頁。

[99] 部会第３分科会第３回会議議事録・42頁〔松尾関係官発言〕。

[100] 部会第３分科会第３回会議議事録・42-43頁〔松尾関係官発言〕。

[101] 部会資料37にある設例。

②Bは C に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。
③Bは D に対して弁済することができない。
④Aは B に対して請求することができない。

（2）設例2

Aが C（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、C が第三者対抗要件を具備した後、Aが D（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、D が第三者対抗要件を具備した場合

【A 案】
①Bは A に対して弁済することができる。
②Bは C に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。
③Bは D に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。
④Aは B に対して請求することができる。

【B 案】
①Bは A に対して弁済することができる。
②Bは C に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。
③Bは D に対して弁済することができない。
④Aは B に対して請求することができない。

（3）設例3

Aが C（譲渡禁止特約の存在について悪意）に対して甲債権を譲渡し、C が第三者対抗要件を具備した後、A の一般債権者である D が甲債権を差し押さえた場合

【A 案】
①Bは A に対して弁済することができない。
②Bは C に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。
③Bは D に対して弁済することができる。
④Aは B に対して請求することができない（D が B に対して請求することができる）。

【B 案】
①Bは A に対して弁済することができる。
②Bは C に対して、譲渡を承諾した上で、弁済することができる。
③Bは D に対して弁済することができない。

④ＡはＢに対して請求することができない。

相対的効力案は、譲渡制限特約は、専ら債務者の利益を保護するものであり、第三者の利益を保護するものではないという理解を前提とするものである。その限りでは、【A 案】も【B 案】も一致している。例えば、設例１又は設例３において、債務者は悪意の第一譲受人に対して、債権の譲渡を承諾した上で、弁済することができる。その限りでは、債務者は、第二譲渡又は差押えの効果を覆滅させることできる権限を持っているわけである[102]。他方、悪意の第一譲受人は、善意の第二譲受人又は差押債権者に対して自らへの債権譲渡の効力を主張することができる。その結果として、譲渡制限特約によって保護されたのは債務者だけである。

ただ、【A 案】と【B 案】の違いは以下の点にある。まず、【A 案】によると、債務者は悪意の第一譲受人に対する債権譲渡を承諾した上で弁済することができ、そのような譲渡を承諾しないときは、善意の第二譲受人又は差押債権者に対して弁済することができ、債務者にとっては、弁済先は悪意の第一譲受人、善意の第一譲受人又は差押債権者のいずれかである。これに対して、【B 案】によると、債務者は悪意の第一譲受人に対する債権譲渡を承諾した上で弁済することができ、そのような譲渡を承諾しないときは、譲渡人に対して弁済することができ、債務者にとっては、弁済先は悪意の第一譲受人と譲渡人のいずれかである。また、【A 案】によると、債務者は対抗要件関係で劣後する善意の第二譲受人などに対して弁済した後に、不当利得返還請求などによる清算処理が必要となるが、【B 案】によると、債務者は対抗要件関係で優先する悪意の第一譲受人又は譲渡人に弁済しなければならないので、清算処理が不要となる。【A 案】を採用する場合には、債務者による有効な弁済の後、競合する債権者や差押債権者の相互間で不当利得返還請求権が発生するから、法律関係が複雑になる[103]。さらに、【A 案】を採用する場合には、

[102] 部会第３分科会第３回会議議事録・47頁〔中井委員発言〕。

[103] 部会資料37・17頁参照。日本法において債権譲渡の第三者対抗要件と債務者対抗要件とが分離することが認められていることを理由に、【A 案】に賛意を示した論文が見られる。石田・前掲注12）266頁。

設例１又は設例３において、債務者に対して請求することができるのは、善意の第二譲受人又は差押債権者だけであるが、【B 案】を採用する場合には、誰も債務者に請求することができないことになりかねない状態が生ずる。【A 案】のもとでは、善意の第二譲受人などは譲渡された債権を回収しても、対抗要件関係で優先する悪意の第一譲受人に引き渡さなければならなくなるため、あえて債務者に対して請求するインセンティブがなくなり、そのために誰も債務者に請求しないという状態が生ずる[104]。誰も債務者に請求しないという点では、【A 案】と【B 案】は共通している。このような問題に対応するには、何らかの手当てしておく必要がある。

これらの考え方の違いの背景には、譲渡制限特約の機能の捉え方の違いがあると考えられる。まず、【A 案】は、債務者に悪意の譲受人への債権譲渡を無効とする権限を与えるのに対して、【B 案】のもとでは、債務者は債権の帰属を変更する権限を持たず、悪意の譲受人に対しては履行拒絶権があるに過ぎない。また、【A 案】は、債務者に弁済先を選択する権限を与えるのに対して、【B 案】のもとでは、債務者は、競合する譲受人の中で弁済先を選ぶ権限を有しない。

【A 案】を採用する場合には、設例１において、債務者は悪意の第一譲受人への譲渡を承諾せず、善意の第二譲受人が登場した後、譲渡人に対して反対債権を取得したときは、善意の第二譲受人との関係で反対債権は相殺できるのでしょうか。それはおそらくできなくて、債務者は善意の第二譲受人に弁済し、その上で譲渡人に対して反対債権を主張しなければならない[105]。しかし、善意の第二譲受人は、債務者からの弁済を受けても、対抗要件関係で優先する悪意の第一譲受人からの請求を受けると、悪意の第一譲受人にそれを引き渡さなければならない。結局、悪意の第一譲受人は、善意の第二譲受人が登場してくれたおかげで譲渡された債権を取れることになる。第一譲受人は譲渡制限特約の存在について悪意であるにもかかわらず、何故保護されているのか。

上記の【A 案】に対して、【B 案】を採用する場合には、どうでしょうか。

---

[104] 沖野・前掲注15）124頁参照。

[105] 部会第３分科会第３回会議議事録・60頁〔中井委員発言〕。

そもそも対抗要件関係で劣後する第二譲受人の存在を考慮する必要がないので、債務者は第二譲受人が登場した後、譲渡人に対する反対債権による相殺の抗弁を第一譲受人に対抗することができる[106]。つまり、債務者は、悪意の第一譲受人が現れてくれたおかげで、その相殺の利益が保護される。善意の第二譲受人からすると、対抗要件関係で優先する悪意の第一譲受人がいるから、保護されなくても仕方がない。悪意の第一譲受人からすると、自ら悪意であるから、保護されなくても仕方がない。【A 案】のもとでは、本来保護されない悪意の第一譲受人が保護されるのに対して、【B 案】のもとでは、本来保護されるかもしれない債務者が保護される。譲渡制限特約は、なぜ結ばれるかというと、債務者は譲渡人に対して反対債権を取得するかもしれないからである。債務者の相殺の利益保護の観点からすれば、【A 案】より【B 案】のほうが魅力的である[107]。

３　部会第66回会議

第３分科会第３回会議の審議を経て「中間試案のたたき台（３）」では次のような案が提示された。

> （２）当事者が上記（１）に反する内容の特約（以下「譲渡制限特約」という。）をした場合であっても、債権の譲渡は、下記（３）の限度での制限があるほか、その効力を妨げられないものとする。
>
> （３）譲渡制限特約のある債権が譲渡された場合において、譲受人に悪意又は重大な過失があるときは、債務者は、当該特約をもって譲受人に対抗することができるものとする。この場合において、当該特約は、次に掲げる効力を有するものとする。
>
> ア 債務者は、譲受人が権利行使要件（後記２）を備えた後であっても、譲受人に対して、当該債権の履行を拒むことができること。
>
> イ 債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができること。

[106] 部会第３分科会第３回会議議事録・60頁〔中井委員発言〕。

[107] 【B 案】に賛意を示した論文は、赫・前掲注20）14-15頁と、高山高彦「債権譲渡禁止特約の効力」山本和彦＝事業再生研究機構編『事業再生と金融実務からの債権法改正』（商事法務、2013年）92-93頁が挙げられる。

譲渡制限特約の効力について、部会第３分科会第３回会議では、複数の考え方（【A 案】と【B 案】が示された。上記の提案は、【B 案】の考え方を前提にして改正前法466条を改めることを提案するものである。本提案のもとでは、譲渡制限特約の効力が弁済の相手方を固定するという債務者の利益を確保する範囲に限定され、債権譲渡の効力を左右することができない[108]。当事者間で譲渡の制限を合意した場合であっても、その効力は、次の限度で認められることになる。すなわち、①債務者は、悪意又は重過失のある譲受人に対して、当該債権の履行を拒むことができる。また、②譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができる。譲渡制限特約の効力は制限されたが、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は、①②により引き続き保護されることになる。

４　部会第71回会議

部会は平成25年２月26日に決定した「中間試案」は、改正前法466条に関して次の改正案を提示した[109]。

> （２）当事者が上記（１）に反する内容の特約（以下「譲渡制限特約」という。）をした場合であっても、債権の譲渡は、下記（３）の限度での制限があるほか、その効力を妨げられないものとする。
>
> （３）譲渡制限特約のある債権が譲渡された場合において、譲受人に悪意又は重大な過失があるときは、債務者は、当該特約をもって譲受人に対抗することができるものとする。この場合において、当該特約は、次に掲げる効力を有するものとする。
>
> ア　債務者は、譲受人が権利行使要件（後記２（１）【甲案】ウ又は【乙案】イの通知をすることをいう。以下同じ。）を備えた後であっても、譲受人に対して債務の履行を拒むことができること。
>
> イ　債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることが

[108] 部会資料55・15頁参照。

[109] 中間試案の補足説明・233頁以下。

できﾞ､かつ､その事由をもって譲受人に対抗することができること。
（注２）民法第466条の規律を維持するという考え方がある。

譲渡制限特約の効力が認められる場合には、その効力は、本文（３）第２文の限度で認められることになる。すなわち、債務者は、譲受人に対して債務の履行を拒むことができ、さらに、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができﾞ､かつ､その事由をもって譲受人に対抗することができる。これに対しては、改正前法466条の規律を維持する考え方があり、注記として取り上げられた[110]。

５　小括

これまで、第２ステージで検討された様々な提案を見てきたが、以下ではこれらの提案の整理を試みる。

	譲渡制限特約の効力
第45回 （24.4.17）	１）特約の第三者への対抗の可否 ①譲受人の主観対象を問わず、特約が第三者に対抗できないとする提案。 ②特約が原則として悪意又は重過失の第三者に対抗でき、一定の類型の債権につき特約が第三者に対抗できないとする提案。 ③特約が悪意又は重過失の第三者に対抗できるとする提案。 ２）特約の主張権者 ①債務者だけが特約を主張できるとする提案。 ②債務者のほか、譲渡人以外の第三者も特約を主張できるとする提案。 ③規定を設けないとする提案。 ３）特約の第三者効を認める場合の具体的な設計のあり方 ①特約に違反する譲渡が有効であるとする提案。 ②特約に違反する譲渡が無効であるとする提案。 ③規定を設けない。
第３分科会 第３回会議 （24.4.24）	相対的効力案を採用することを前提にして提示された提案 ①債務者は悪意の譲受人に対する譲渡は存在しないものと扱うことができるとする提案。 ②譲渡制限特約は弁済の相手方を固定する効力があるだけで、債権の帰属の変更を妨げることはできないとする提案。

[110] 具体的には、「譲渡制限特約付債権が譲渡人の責任財産から逸出することを認めるのは、譲渡人に対する労働債権確保の観点から問題があるとして、現在の規律を維持すべきである」という考え方である。中間試案の補足説明･240頁。

第66回 （25.1.15）	譲渡制限特約の効力 ①債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲受人に対して、当該債権の履行を拒むことができる。 ②債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができる。
第70回 （25.2.19）	同上
第71回 （25.2.26）	同上

第45回会議において、譲渡制限特約の第三者への対抗の可否をめぐって、譲受人の主観態様を問わず、特約が第三者に対抗できないとする案と、特約が原則として悪意又は重過失の第三者に対抗できるとし、一定の類型の債権につき特約が第三者に対抗できないとする案が示された。これらの案を採用する場合には、これまで譲渡制限特約によって保護されるべき債務者の利益（特に相殺の利益）について、さらに検討することが必要となる[111]。このような問題意識を受けて、相殺の抗弁を広く主張することができるようにする案も示された。すなわち、債務者は、抗弁切断の基準時より前に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。さらに、債務者が抗弁切断の基準時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、一定の場合に債務者は当該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。これは、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拡張する旨の規定を置き、相殺の利益を確保しようとするアプローチと位置付けることができる。第45回会議以降の提案は、第１のアプローチを採用していないが、その「相殺の範囲を拡張する」という発想を受け入れた。つまり、上記のとおり、広く債務者に相殺を認める一方、悪意又は重過失の譲受人との関係で譲渡制限特約の第三者効を認めるということである。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、債権譲渡における相殺の規律によってもカバーされない場面（改正法469条ではカバーできない範囲）である。

[111] 部会資料37・528頁。

他方、第45回会議において、譲渡制限特約の第三者効を認めることを前提に、譲渡制限特約に違反する譲渡の効力について、【相対的効力案】特約に違反する譲渡が有効であるとする案、【絶対的効力案】特約に違反する譲渡が無効であるとする案が示された。部会審議では、相対的効力案を採用する場合における法律関係は――債務者の譲渡人に対する弁済の可否又は債務者に対して請求できる者――問題となった。これらの問題を念頭において、第３分科会第３回会議においては相対的効力案を採用することを前提に債務者が悪意の譲受人に対する譲渡は存在しないものと扱うことができるとする案と、譲渡制限特約は弁済の相手方を固定する効力があるだけで、債権の帰属の変更を妨げることはできないとする案が示された。その後、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で譲渡制限特約の効力を認めるとするとの観点からの検討に進み、これを受けた中間試案では、譲渡制限特約の効力が以下のような範囲に限定された。すなわち、①債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲受人に対して、当該債権の履行を拒むことができること、②債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができることである。譲渡制限特約の効力は、物権的効力から弁済先肯定効に限定されていたが、譲受人からの請求を拒むことができるので、債務者の利益は引き続き保護されることになる[112]。つまり、債務者の法的地位は、民法改正によって不利益変更されていない。

第３項　第３ステージでの議論

第３ステージで譲渡制限特約の効力に関する検討が行われたのは、第83回会議（平成26年２月４日）、第89回会議（平成26年５月27日）、第93回会議（平成26年７月８日）、第96回会議（平成26年８月26日）、第97回会議（平成26年12月16日）、第98回会議（平成27年１月20日）である。

[112] 部会資料55・236頁。

1　部会第83回会議

（1）譲渡制限特約の効力（その1）

第83回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（8）」では、譲渡制限特約の効力について次のような案が提案された[113]。

> （2）当事者が上記（1）に反する内容の特約をした場合であっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。この場合において、この特約は、次に掲げる効力を有するものとして、悪意又は重大な過失がある譲受人に対抗することができる。
>
> ア　債務者は、譲受人が権利行使要件（民法第467条第1項の債務者に対する通知（又は債務者の承諾）をいう。以下同じ。）を備えた後であっても、譲受人に対する債務の履行を拒むことができること。
>
> イ　債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができること。

第83回会議における議論の中心は、譲渡制限特約が付された期限の定めのない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合の法律関係である。例えば、普通預金に係る預金債権のような譲渡制限特約が付された期限の定めのない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合には、譲受人と譲渡人のいずれも債務者に遅滞の責任を負わせるための請求することができないため、「債務者が債務を履行しない場合」という要件を充足せず、譲渡された債権を回収することが困難となるとの指摘がされた[114]。これに対して、何らかの手当てをおかないと、期限の定めのない債権による資金調達に支障を来す可能性がある[115]。部会審議では、このような指摘を踏まえて、以下のような考え方が示された。

113　部会資料74A・1頁以下。

114　部会資料74A・5頁。

115　三浦聡「民法（債権関係）部会第83回会議書面による意見陳述」（2014年2月4日）。

第１の考え方は、譲受人だけではなく譲渡人に催告権限を与えるとするものである[116]。これによって、譲渡人が債務者に対し、相当の期間を定めて自らに対して履行すべき旨の催告をし、その期間内に履行がないときは、その後、債務者は、譲受人からの履行請求を拒むことができず、譲受人に弁済しなければならない。譲渡人に催告権限を与えることの可否を検討するにあたっては、その正当化の根拠をどこに求めるかが問題である。譲受人による「譲渡人への履行の催告」は、債権の効力として権利行使の一態様であり、これは、請求権と不可分の関係にある。第３ステージでは、譲渡制限特約が付されたとしても、債権が完全に譲受人に移転し、譲渡人には何らかの権限を残さないこととなる。譲渡人の催告権限は一体どこから出てくるのかは疑問する余地がある。しかし、第１の考え方は、上述の見解と異なり、譲渡人の催告は債権の請求権に基づく権利ではないとし、これを譲受人と譲渡人のいずれも債務者に遅滞の責任を負わせるための請求することができないという両すくみ状態を解消するための制度と位置付けている[117]。ただし、譲渡人に催告権限を与えたとしても、譲渡人は、債務者から回収したものを全て譲受人に引き渡さなければならないので、譲渡人が催告することを現実的に期待することができるかは問題である[118]。

第２の考え方は、「（３）の上記（２）後段に該当する場合であっても」から「債務者が債務を履行しないときにおいて」を飛ばして、催告は取立権限に基づくのではないとし、債務者の抗弁を遮断するためのものとする[119]。「債務者が債務を履行しないときにおいて」を入れるかどうかによって、債務者の利益状況は、変わるのか。これを入れなければ、普通預金債権が譲渡された場合に、銀行は譲受人からの催告を受けることになる[120]。これを入れれば、普通預金債権が譲渡された場合には、銀行は

116 部会第83回会議議事録・35-37頁〔中井委員発言〕。
117 部会第83回会議議事録・36頁〔中井委員発言〕。
118 部会第83回会議議事録・36頁〔松尾関係官発言〕。
119 部会第83回会議議事録・40頁〔潮見幹事発言〕。
120 部会第83回会議議事録・41頁〔内田委員発言〕。

履行の遅滞に陥ることはないので、催告を受けることはない[121]。譲受人からの催告を受けると、債権譲渡の有無を確認する必要が生ずるかもしれない。しかし、預金者に弁済して免責されるから、特に債権譲渡の有無を確認する必要がない。したがって、銀行は譲受人からの催告を受けることによって、預金債権の払戻事務に支障を来す事態は想定し難い。

第３の考え方は、預金債権は別であって、（３）の下には直接に置かないとする[122]。預金債権をイメージしながら、（３）の議論を精密にすることを求められることに精力を大きく払わなければいけないということが効率的ではないと考えられる[123]。（３）のような規定の預金債権への適用を回避するために、預金債権の譲渡に対して特則を設けるという発想は、第83回会議では既に生まれたと言えよう。

上記の考え方は、催告の規律は預金債権に適用することを前提にして示されたものである。しかし、この催告の規律が預金債権に適用されるかは疑問である。普通預金債権が譲渡された場合には、元の債権者である譲渡人（預金者）は払ってくれと言って、銀行が払えば、履行の遅滞に陥らないはずである。払わないという事態が生じない限り、催告の規律が発動しないから、普通預金債権については、両すくみという問題になることはない[124]。

（２）譲渡制限特約の効力（その２）

第83回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（10）では、一定の種類の債権につき譲渡制限特約の第三者効を認めないとする案も提案された[125]。

> （１）民法第466条については、当事者間の特約（譲渡制限特約）によって弁済の相手方を固定することができるが、譲渡制限特約違反の譲渡を有効とする方向で改正する考え方が取り挙げられているが（部会資料74A 第１、１）、これに加えて、債権譲渡による資金調

[121] 部会第83回会議議事録・41頁〔内田委員発言〕。
[122] 部会第83回会議議事録・41頁〔山野目幹事発言〕。
[123] 部会第83回会議議事録・41頁〔山野目幹事発言〕。
[124] 部会第83回会議議事録・38頁〔内田委員発言〕。
[125] 部会資料74B・13頁。

達の促進を図るという観点から、さらに一定の限度で譲渡制限特約の効力を制限する規定を設けるという考え方があるが、どのように考えるか。

これは、原則として債務者は譲渡制限特約によって弁済の相手方を固定することができるとした上で、（債権を発生させる契約の性質や契約当事者の属性に着目して）一定の範囲の債権については譲渡制限特約を付することができないとするものである[126]。部会資料74B の説明によれば、これは、「譲渡制限特約が有効であれば、債権譲渡が債務不履行を構成する余地が残り、この場合には譲渡制限特約付債権の譲渡を躊躇することから、この問題を解消することを意図して主張されるもの」である[127]。契約の性質や契約の当事者の属性に着目して、一定の範囲の債権について譲渡制限特約を無効とすることは、譲渡人の心理的な抵抗感を軽減するために有効であると考えられる[128]。

部会審議では、（１）に対して否定的な見解が示された。まず、譲渡制限特約が無効となる契約の性質や契約当事者の属性を適切に規定することが困難であることを理由に、特別法で検討すべきとする意見があった[129]。さらに、取引先を固定したいという債務者の利益の保護の必要性を理由に、（１）に反対する意見も見られた[130]。すなわち、「特に実務界において改正前法を維持したいという気持ちの中には、単に取引先を固定したのと同じような経済的な利益が得られれば良いということでは必ずしもなく、そこにはいろいろな要素があって、その人を信頼しているからこそ、そういう契約を結んでいるので、妄りにあっちこっち行くようであれば、そういう人とのお付き合いはそもそも避けたいという、実務家のそういった感覚があるようです」という。

126 部会資料74B・14頁。
127 部会資料74B・14頁。
128 部会第83回会議議事録・29頁〔大島委員発言〕。
129 部会第83回会議議事録・29頁〔大島委員発言〕。
130 部会第83回会議議事録・33頁〔佐成委員発言〕。

2　部会第89回会議

第89回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(14)」では、譲渡制限特約によって譲渡の効力が妨げられないという考え方を採用することを前提に、次のような案が新たに提案された[131]。

> （1）譲渡制限特約が付された債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合には、譲渡人が債務者に対して履行の請求をすることができる（取立権限を有する）という規律を設けることが考えられるが、どうか。

これは、譲渡制限特約付債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合であっても、譲渡人が取立権限を有することとして、部会資料74Aの考え方を修正するものである[132]。事務当局の説明によれば、その目的は、譲渡制限特約付された期限のない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合には、譲渡人と譲受人のいずれも債務者に遅滞の責任を負わせるための請求をすることができないというデットロック状態を解消することに求める[133]。これによって、譲渡人に取立権限を付与すれば、譲渡人の請求によって債務者を履行遅滞に陥れることができるため、いわゆるデットロック状態は生じないことになる。

部会審議では、上記の提案に対して否定的な見解が多数を占めた。まず、期限の定めのない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合のデットロック状態を解消するために、期限付債権の場合も含めて、一般的に、譲渡人に取立権限まで認めるのは過剰であるという指摘がされた[134]。また、譲渡人に取立権限を与えることは、債権譲渡は譲渡制限特約があろうがなかろうが完全に有効であるという枠組みに対して大きな

131　部会資料74B・７頁以下。

132　部会第89回会議議事録・９頁〔松尾関係官説明〕。

133　部会資料74B・８頁。

134　大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「部会資料78B、第３、１（債権の譲渡性とその制限）に対する意見」（2014年５月27日）２頁、部会第89回会議議事録・21-22頁〔中井委員発言〕。

ずれを生じさせてはいかないかという懸念もあった[135]。さらに、譲渡人に取立権限を認めると、その取立義務（善管注意義務）まで出てきて、どうせ回収しても持っていかれるのに迷惑であるという意見も見られた[136]。大阪弁護士会による提案は、譲渡人に対して一般的に取立権限を付与することに反対し、次の提案を提示した[137]。１つは、デットロック解消の目的に限定して、譲渡人が債務者に対して譲渡人への履行をする場面でのみ譲渡人に取立権限を認めるとする。もう１つは、当該譲渡人の取立権限は債権の帰属者である譲受人がその意思に基づいて付与すべきものとする。

３　部会第93・95回会議

第93・95回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その３）」と、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案」では、譲渡制限特約の効力について次の改正案がされた[138]。

> （１）債権の譲渡性を制限する特約の効力
>
> ア　当事者が民法第466条第１項に反する意思表示をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。
>
> イ　アに規定する場合において、悪意又は重大な過失がある第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該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。

まず、これまでの部会資料からの変更点を確認する。部会資料81-1第２、１（１）の考え方は、部会資料74A 第１、１（２）の規律を基本的に採用するものであるが、部会資料74A 第１、１（２）における悪意又

---

[135] 部会第89回会議議事録・24頁〔潮見幹事発言〕。

[136] 部会第89回会議議事録･23-24頁〔岡委員発言〕。これに対して、事務当局は、譲渡人に取立権限を認めた場合に、取立義務があるかどうかということは、譲渡人の善管注意義務の問題として考えられるべきとし、少なくとも取立義務が絶対にないとは言えないとする。部会第89回会議議事録･24頁〔松尾関係官発言〕。

[137] 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志・前掲注134）１-５頁。

[138] 部会資料81-１・１頁、部会資料82-１・29頁以下。

は重大な過失がある「譲受人」という文言を「第三者」に改めている。また、部会資料74B 第３、１（１）では、悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合に譲渡人に取立権限を付与するための規律を設ける考え方を取り上げていたが、部会資料81-1では、この規律は設けないこととしている。事務当局の説明によれば、「このような規律を設けないこととしても、譲受人が譲渡人に対して取立権限を付与することは妨げられず、譲渡人に取立権限がないことによって生じ得る不都合については、譲渡当事者の合意によって、対応することが可能である。」[139]。

次に部会での審議をみてみよう。要綱仮案の原案の前では、譲渡制限特約が付された期限の定めのない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合には、譲受人と譲渡人のいずれも債務者に遅滞の責任を負わせるための請求することができないため、「債務者が債務を履行しない場合」という要件を充足せず、譲渡された債権を回収することが困難となるという指摘がされた[140]。この点に関しては、部会資料81-１の補足説明によれば、譲受人が契約で譲渡人に対して取立権限を付与する形で、このような問題が解決される。しかし、具体的に如何なる形で譲渡された債権を回収することできるのかは不明確である。これについては、部会審議では、次のような説明がなされた[141]。つまり、譲渡人は、その付与された取立権限に基づいて譲渡された債権を取り立てることができる。譲渡人から取立てがあると、期限の定めのない債権は期限が到来し、債務者が履行の遅滞に陥り、かつ支払いに応じる義務が生じる。そして、債務者は、譲渡人からの取立てに対して拒絶すれば、それは、譲渡制限特約付債権の譲渡を承諾したと評価すべきことになる。

ところが、議論の中で、債務者に対して権利を行使しても拒絶される悪意の譲受人が契約で譲渡人に取立権限を付与したところで、その取立権限で債務者との関係で正当な権利主張ができるのか、という問題が指摘された[142]。事務当局は、譲受人が譲渡人に取立権限を付与した場合に

---

139 部会資料81-１・１頁。

140 部会資料78B・８頁。

141 部会第93回会議議事録・42-44頁。

142 部会第93回会議議事録・43頁〔潮見幹事発言〕。

ついて、譲渡制限特約によって保護された弁済の相手方を固定するという債務者の利益が保護されていることを理由に、取立権限自体に瑕疵があるとみる必要がないと説明する[143]。しかし、取立権限を譲渡人以外の人に付与したときは、債務者は、その取立てを拒むことができるとする[144]。譲渡人に対する委任と譲渡人以外の第三者に対する委任は、このような違いを見せている。

４　部会第96・97回会議

第96・97回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）要綱仮案の原案」と、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その１）」では、譲渡制限特約の効力について次のような案が提案された[145]。

	譲渡制限特約の効力
第96回会議	ア　当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示（以下この第19において「譲渡制限の意思表示」という）をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。 イ　アに規定する場合において、譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該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。
第97回会議	ア　当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示（以下この第19において「譲渡制限の意思表示」という）をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。 イ　アに規定する場合には、譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、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。

143　部会第93回会議議事録・43頁〔松尾関係官発言〕。

144　部会第93回会議議事録・43頁〔松尾関係官発言〕。

145　部会資料83-１・30頁。

	債権譲渡に関する規定（部会資料84-1第19）のうち、譲渡制限の意思表示に関する規定（第19の１、４（１）ウ及び４（２）ウ）については、施行日以後に譲渡制限の意思表示がされた場合について改正後の民法の規定を適用し、施行日前に譲渡制限の意思表示（譲渡禁止特約）がされた場合についてはなお従前の例によることとする考え方があり得る。

第97回会議において示された提案は、譲渡制限特約の意思表示時を基準として、新法の適用の有無を決すものである。部会資料の説明によれば、「これは、施行日前に譲渡制限の意思表示を付した債務者としては、旧法の規定の適用を受けることについての期待をしていたと考えられるところ、譲渡制限の意思表示が債務者の利益保護のために付されるものであることを重視すれば、この期待を保護する経過措置を設けることが適当である」[146]。

部会審議では、上記の提案に対しては、「施行日前に締結された基本契約において譲渡制限特約が付さされていたケースでは、当該基本契約又はこれに基づき締結される個別契約に基づき発生する債権が譲渡される場合には、当該譲渡が施行日後にされたときであっても、譲渡制限の意思表示に関しては旧法の規定の適用を受けることになるが、そうすると、債権譲渡による資金調達の支障を除去するという改正の目的を早期に達成することが困難となるため適当ではない」という指摘がなされた[147]。他方、譲受人はその譲り受ける債権に譲渡制限特約が付された時点を知ることができず、そのために新法と旧法のいずれの適用を受けるか分からないこともあり得る[148]。このような指摘を受けて、債権譲渡による資金調達の観点から、施行日以降に新規に発生した債権については、新法の規定を適用すべきであるとの見解が示された[149]。

５　部会第98回会議

先にみた第97回会議での議論を踏まえ、譲渡制限の意思表示の規定の改正に関する経過措置について、第98回会議では、事務当局は再び、次

[146] 部会資料87・１頁。
[147] 部会第97回会議議事録・30-31頁、部会資料87・１頁。
[148] 部会資料87・１頁。
[149] 部会第97回会議議事録・31頁〔中原委員発言〕。

のような案を提案した[150]。

> 譲渡制限の意思表示に関する規定（部会資料84-１第19の１、４（１）ウ及び４（２）ウ）について、施行日前に債権が譲渡され、民法第467条に規定する通知又は承諾がされた場合については、なお従前の例によるとする経過措置を設ける考え方があり得るが、どのように考えるか。

上記の提案は、譲渡時を基準時として、新法の適用の有無を決するものである。これによって、譲渡制限特約が施行日前に付されたとしても、債権の譲渡が施行日後にされた場合には、旧法による譲渡制限特約の効果が及ばないことになる。つまり、債務者は、悪意又は重過失の譲受人に対して債権譲渡が無効であるということを主張することができない。債務者との関係では、債権譲渡が完全に有効になるが、これまで特約によって保護されている弁済の相手方を固定するという債務者の利益は、新法のもとでも保護されるようになる。なお、債務者としては、譲渡制限特約付債権が譲渡されたとき供託することができる場面が旧法と比べて広がる[151]。そうすると、債務者にとっては、一方的に不利益な状況になるという事態は想定し難い。ところが、債権の譲渡に関する経過措置としては、譲渡当事者が適用条文についてどのような期待を有するかという視点から、譲渡時を基準時として、新法の適用の有無を決することにも合理性があると考えられる[152]。

６　小括

ここまで、第３ステージで検討されたさまざまな提案をみてきたが、ここでこれまでの提案の整理を試みる。

---

150 部会資料87・１頁。
151 部会資料87・１頁。
152 部会資料87・１頁。

	譲渡制限特約の効力
第83回 (26.2.4)	1）部会資料74A ①債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲受人に対する債務の履行を拒むことができる。 ②債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができる。 2）部会資料74B 部会資料74B の提案に加えて、債権譲渡による資金調達の促進を図るという観点から、さらに一定の限度で譲渡制限特約の効力を制限する規定を設ける。
第89回 (26.5.27)	譲渡制限特約が付された債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合には、譲渡人が債務者に対して履行の請求をすることができる（取立権限を有する）という規律を設ける。
第93回 (26.7.8)	悪意又は重大な過失がある第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該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。
第95回 (26.8.5)	同上
第96回 (26.8.26)	譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該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。
第97回 (27.12.6)	1）譲渡制限特約の効力 譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、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。 2）譲渡制限特約に関する経過措置 債権譲渡に関する規定のうち、譲渡制限の意思表示に関する規定については、施行日以後に譲渡制限の意思表示がされた場合について改正後の民法の規定を適用し、施行日前に譲渡制限の意思表示がされた場合についてはなお従前の例によることとする考え方があり得る。
第98回 (27.1.20)	譲渡制限の意思表示に関する規定について、施行日前に債権が譲渡され、民法第467条に規定する通知又は承諾がされた場合については、なお従前の例によるとする経過措置を設ける考え方があり得る。

譲渡制限特約の効力について、第83会議において以下のような２つのアプローチが提示された。すなわち、第１のアプローチは、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で譲渡制限特約の効力を認めるとするものである。第２のアプローチは、第１のアプローチを採用することを前提に一定の範囲の債権につき譲渡制限特約を無効とするものである。後者に対して、部会審議では取引先を固定したいという債務者の利益を保護する必要がある、などの反対意見が加えられた。第83回会議以降の会議では、第１のアプローチの基本的な立場から要綱案に向けた検討がされていた。

なお、それより後の第89回会議において、第83回会議の基本的な考え方を採用することを前提としても、譲渡人がその債権の履行の請求をすることができる場合があるとの規律を取り上げている[153]。債務者が譲受人には「譲渡人に弁済する」と言いつつ、譲渡人には「もう債権者ではないはず」と主張し、支払いを免れる可能性があるからである。部会資料の説明によれば、譲渡制限特約が付された期限の定めのない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合には、譲渡人に取立権限を付与すれば、譲渡人の請求によって債務者を履行遅滞に陥れることができるので、このようなデットロック状態は生じない。しかし、これに対して、このようなデットロック状態を解消するために、一般的に、譲渡人に取立権限をまで認めるのは過剰であり、当該譲渡人の取立権限は譲受人がその意思に基づき付与すれば足りるという反対意見が出された[154]。この議論の過程で、第93回以降の会議においては、その規律は、明文として落ちている。その結果として、改正法のもとでは、譲受人が譲渡制限特約につき悪意又は重過失であっても、譲渡された債権が譲受人に移転し、譲渡人に何らかの権限を残さないことになる。

第４款　民法改正の経緯の与える示唆

第１項　基本的な考え方

譲渡制限特約の効力については、注目すべき改正がされた。すなわち、

---

[153] 部会資料78B・５頁以下。

[154] 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志・前掲注135）1-5頁。

改正法のもとでは、譲渡制限特約付債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合であっても、譲受人に移転するとされる（改正法466条２項）。民法改正の過程において、譲渡人に取立権限を与えるべきとする案がされたが、これに対して、部会審議ではこのような提案は譲渡制限特約に違反する譲渡が完全に有効であるという枠組みに対して大きなずれを生じさせてはいかないかとの懸念が表明された。そこで、その後の提案は、債務者に取立権限を与えないと決した。その結果として、改正法のもとでは、当該債権が譲渡された場合に譲渡人に債権の処分に関する権限（取立権限など）が残っていない。

他方、弁済の相手方を固定するという債務者の利益を保護するために、債務者は悪意又は重過失の譲受人からの履行請求を拒むことができるとともに、譲渡人に対する弁済その他の債務者させる事由をもって譲受人に対抗することができるとされる（改正法466条３項）。このようにして譲渡制限特約の効力は、物権的効力から弁済先固定効に限定されてきたが、債務者は譲渡人に弁済することができるので、その法的地位は民法改正により不利益変更されていないといえよう。

第２項　「譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由」の意義

譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、譲受人が悪意又は重過失であるときは、債務者は、譲渡人に対して弁済その他の債務を消滅させる行為（以下「債務消滅行為」という）をすれば免責される。債務消滅行為の範囲は、どのように捉えるべきか。民法改正の過程においては、これに関連する議論は見当たらなかった。弁済の他に相殺、更改、免除、代物弁済などは、債務消滅行為に含まれるのだろうか[155]。

ます、相殺をみてみよう。「相殺は給付の結果の実現に向けられた給付行為として理解されうる」[156]ため、相殺が改正法466条３項にいう「債務の消滅行為」に含まれるといえよう[157]。また、「債務の消滅行為」とし

---

[155] ドイツ商法354a における leisten の意義についての紹介は、石田・前掲注12）195頁。

[156] 石田・前掲注12）195頁。

[157] 潮見・前掲注９）399頁は、「ここには、譲渡人に対する債権をもってする

て相殺を認めるとしても、民法改正の経緯に照らして許される[158]。このようにして、改正法466条３項は相殺可能な領域を創出することを可能にするための規定と位置付けるとの考え方が示唆されるのである。ただ、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、債権譲渡における債務者の相殺権に関する改正法469条によってもカバーされえない場合である[159]。

次に、相殺以外の処分行為をみてみよう。更改、代物弁済、免除などは、相殺と同様に債務消滅行為に含まれるべきであると解する論文が見られた。その理由としては、①「債権の帰属者ではない譲渡人の弁済受領行為に債権消滅の効果を結びつけることとの質的な差異があるまではいえない」こと、②「これらを否定したとしても、債務者・譲渡人間の合意により反対債権を発生させて相殺することができる以上、法形式を工夫すれば容易に同一の結論を導くことができる」ことが挙げられる[160]。このように債務消滅行為を免除などの処分行為に拡張して解釈す

相殺をすることも含まれる」と説く。これに対して、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頁は、「改正民法は、相殺の期待利益の確保の問題を『相殺権』に関する469条の守備範囲に位置付けているから、弁済先固定特約特有の目的は、結局、事務処理の煩雑化、過誤払いの防止に尽きることになる」とする。

158 詳しくは、本稿第２章第１節第３款第２項を参考する。白石大「債権譲渡制限特約を譲受人に対抗しうる場合の法律関係」法学教室478号（2020年）20頁は、「民法466条３項の『債務を消滅させる事由』から相殺を除外するという解釈は、同項の立法の経緯に反する」としている。

159「譲渡制限特約の効力」と「債権譲渡と相殺」との関連性に言及する論文は、三枝健治「ケースで考える債権法改正法（第11回）債権譲渡制限特約」法学教室473号（2020年）77頁以下、飯塚孝徳「中間試案における『譲渡制限特約の効力』と『債権譲渡と相殺』の関連性（債権譲渡法制の改正と倒産法）」金融法務事情62巻６号（2014年）６以下、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）717頁以下、白石・前掲注158）19-20頁などがある。

160 赫高規「改正債権譲渡禁止特約法制についての４つのありがちな誤解」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

る考え方は、実質上債務者との関係において譲渡人に債権の処分権能を与えているのである。法律効果の面では、改正法466条３項の効果は、相対的無効の効果に近づける[161]。ただし、譲渡制限特約の効力に基づいて債務者が譲渡人に弁済し、又は相殺すれば免責させるのであれば、債務者の利益は十分に保護されることになる。そのため、弁済とは直接関係のない処分行為は、改正法466条３項にいう債務消滅行為の範囲内に含まれる必要性が生じない。[162]結局、改正法のもとでは譲渡制限特約付債権が譲渡された後に譲渡人の手元に債権の処分権限は残っていない。換言すれば、債務者は、改正法466条３項によって悪意又は重過失の譲受人に対して主張することができるのは、弁済及び相殺に限定される。

最後に、債務消滅事由の譲受人への対抗可能の意義を検討していこう。債務者は、譲渡人に対して弁済その他の債務を消滅させる行為することができるほか、その債務消滅事由をもって譲受人に対抗することができる（改正法466条３項）。これは債務者に債務消滅の抗弁権を与えているのであり、債務者はこの抗弁権により譲受人の逆相殺を遮断することできる。つまり、譲受人が債務者に対して反対債権を有する場合において、譲受人はこの債権を自働債権として譲渡された債権と相殺したとしても、その後、債務者の譲渡人に対してなした弁済又は相殺は、譲受人に対して対抗することができる。

第２節　改正法466条４項・466条の３の趣旨と改正過程

第１款　問題意識

改正法は、466条２-３項において譲渡制限特約が悪意又は重過失のある譲受人に対抗することができると定めている一方、466条４項及び466

年）177頁。

[161] このような考え方を採用すると、改正法466条３項と466条の５（相対的無効説を採る）の役割分担は、明らかではない状況にある。

[162] Baukelmann, Peter, Der Ausschluß der ABtretBarkeit von Geldforderungen in AGB —— Fragen zu § 354 a HGB, in: Festschrift für Hans Erich Brandner, Köln 1996（石田・前掲注12）195頁）参照。

条の３に掲げる事由が生じた場合において譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないと規定している。466条４項及び466条の３は、どのような議論を契機として設けられてきたのか。

第２款　民法（債権関係）部会審議前の改正提案

民法（債権法）改正検討委員会案は、特約の合理性[163]を一応肯定し、債務者が、特約に違反する債権譲渡をなかったものとして行動してよいとしている。他方、債務者に特約によって保護すべき利益が失われたと考えられるべき場合についてまで、債務者に特約の抗弁を対抗するものとする必要がないとされる[164]。そこで、本提案は、〈2〉において〈ア〉債務者が、譲渡人または譲受人に対し、当該譲渡を承諾したとき、〈イ〉譲受人が特約につき善意であり、かつ、重大な過失がないとき、〈ウ〉第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったときは、債務者が特約をもって譲受人に対して対抗することができないとする。〈ア〉は、譲渡制限特約がもっぱら債務者の利益のために付されるものであることから、当然に導かれるところである[165]。〈イ〉は、現行法の基本的な枠組みを維持するものである。検討委員会案が企図する現行法からの改正点は、〈ウ〉である。本提案の仕方は、例示列挙という書き方になっていないと説明されているが[166]、特約を維持することに利益がない場合として、ほかに検討された場合がないのかは疑問する余地がある。米倉教授の「特約の効力制限論」を本堤案のもとでも活かそうとすると、〈2〉を例示列挙と捉え、債務者に特に利益が

---

163 契約当事者が自らの利害を考慮して譲渡制限特約を結んだ場合に、常に合理的との評価を前提として、その第三者効を認める。民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）282頁参照。その典型例として想定されたのは、交互計算類似取引と国際的なシンジケートローンなどである。民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・29頁〔道垣内委員発言〕参照。

164 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）284頁。

165 詳しくは、部会資料37・11頁参照。

166 民法（債権法）改正検討委員会･第３準備会「債権代位権、詐害行為取消権、多数当事者の債権および債務の関係、債権譲渡（下）」NBL909号（2009年）51頁〔小粥委員説明〕。

ない場合には、一般的に特約は対抗しえないという解釈を採ることになる[167]。しかし、実務にでは譲渡制限特約はいかなる理由から利用されているのかを精査する必要がある。

〈ウ〉の場合について、譲渡制限特約の効力を制限したのは、①倒産手続中で複数の債権者が債権を奪い合う局面において、債務者の意思（特約の主張）によって、債権譲受人の地位を危うくすることは相当ではないこと、②債務者は、もはや譲渡制限特約を対抗できないこと、③悪意又は重過失の譲受人が債務者に債権者であることを主張できず、破産管財人には譲渡された債権を回収する誘因が乏しくなり、そのために誰も債務者に対して権利を行使しないことになりかねないこと、と考えられる[168]。〈ウ〉のようなの規律が発動されると、これまで特約により保護されてきた債務者の相殺の利益が、どうなるのか。特約の抗弁を否定するとすれば、債務者が、対抗要件具備時より後に取得した譲渡人に対する反対債権による相殺をもって譲受人に対抗することができないということになる。譲受人が早期に債務者対抗要件を備えた場合に、債務者の利益状況がさらに悪化する。〈ウ〉を設ける場合には、併せて「債務者は、譲渡人の倒産手続の開始決定時までに、譲渡人（又は、譲渡人の倒産手続の開始決定時までに債務者に対抗できる譲受人であった者）に対して生じた事由をもって対抗できる」旨の規定を別途設けるべきであるとの意見がある[169]。この考え方を前提とすると、債務者が、対抗要件具備時から倒産手続の開始決定時までの間に、譲渡人に対して取得した反対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というのである。債務者が特約をもって譲受人に対抗することができないとしても、一応のバランスが取れるといえよう。

---

[167] 民法（債権法）改正検討委員会・第３準備会「債権代位権、詐害行為取消権、多数当事者の債権および債務の関係、債権譲渡（下）」NBL909号（2009年）51頁〔道垣内委員発言〕。

[168] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注８）285-286頁、民法（債権法）改正検討委員会・第６回全体会議議事録・６頁〔小粥委員説明〕、民法（債権法）改正検討委員会・第12回全体会議議事録・53頁。

[169] 徳田・前掲注27）20頁。大阪弁護士会『意見書――民法（債権法）改正について』（2009年９月）154頁。

第３款　民法（債権関係）部会における議論の推移

第１項　第１ステージでの議論

１　部会第７回会議

事務局による提案では、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗できない事由として、①譲受人に悪意または重過失がない場合、②債務者の承諾があった場合、③譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合が取り挙げられている[170]。これらは、民法（債権法）改正検討委員会案が提示した場合を踏襲したものである。

上記の①②は、譲渡制限特約の効力について絶対的効力案を採る場合だけでなく、相対的効力案を採る場合にも問題となり得るものである。③は、譲渡制限特約の効力について相対的効力案を採ることを前提に、提示されたものである。その理由としては、倒産手続の中で複数の債権者が債権を奪い合う局面において、債務者の意思により譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗するか否かを選択させることは相当でないと考えられる[171]。倒産手続が開始した場合に、仮に悪意の譲受人であっても当然債務者に対して権利を主張できると、債務者にとっては、倒産手続を開始した途端に弁済先が変わる[172]。債務者は、もともとの債権者に弁済しても有効な弁済とはならない。ここにおいて、債務者にとって不利益があることになる。より具体的に言えば、債務者が、譲渡人に対する反対債権による相殺の期待が一方的に奪われることにあるという問題があり得る[173]。債務者の利益を保護するために、「債務者が、譲渡人の倒産手続の開始決定時までに、譲渡人に対して生じた事由を主張することを認めるべきであるとする考え方」が示された[174]。

部会審議では、③の立法化に対して否定的な見解が多数を占めた。まず、倒産手続の開始決定があったからといって、譲渡制限特約により保護されている債務者の利益が当然に失われるわけではないという指摘が

---

[170] 部会資料９-１・３-４頁。
[171] 部会資料９-２・９頁。
[172] 部会第７回会議議事録・13頁〔中井委員発言〕。
[173] 部会資料９-２・９頁。
[174] 部会資料９-２・９頁。

あった[175]。また、譲渡人の倒産手続開始決定の事実を債務者が知り得ないということもあり得るため、倒産手続の開始決定があったことを債務者が分かるような状態にしないと、債務者は二重払いのリスクがあることになる可能性があるので、何らかの手当てが必要ではないかという意見も見られた[176]。さらに、銀行の利益保護の観点から、③の立法化を疑問視する意見も示された[177]。譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合に、預金債権の譲渡が銀行との関係でも有効になると、銀行は「預金債権の譲渡」ないし「倒産手続開始決定の有無」を管理する必要性が生じる。ただし、銀行が譲渡人の「倒産手続開始決定の有無」を逐次把握できるわけではない[178]。この管理に手落ちがあれば、不利益を蒙るおそれがある。③については、預金債権との関連で、相殺利益の確保だけでなく、過誤払いの危険や事務手続きの負担の観点から、さらに検討する必要がある。

ところで、相対的効力案を採った場合には、「債務者に対抗できない譲受人は、債務者に対する請求を行うことができず、一方、譲渡当事者間において債権譲渡が有効であることから、仮に譲渡人や譲渡人の倒産管財人等が当該債権を回収した場合であっても譲受人が不当利得返還請求権（財団債権・共益債権等）を行使できる結果、譲渡人や譲渡人の倒産管財人等も債務者に対する債権回収に精力を注がない」というデットロック状態が生じる可能性がある[179]。このようなデットロック状態を解消するために、何らかの手当しておく必要がある。大阪弁護士会は、譲渡人に倒産手続開始決定があった場合について明文化することに反対し[180]、その代わりに「（債務者権利行使要件が備えられている場合で、）譲

[175] 部会第７回会議議事録・19頁〔中井委員発言〕、部会第７回会議議事録・21頁〔深山幹事発言〕、部会第７回会議議事録・23頁〔高須幹事発言〕。

[176] 部会第７回会議議事録・21頁〔木村委員発言〕。

[177] 部会第７回会議議事録・21頁〔藤本関係官発言〕。

[178] 部会第７回会議議事録・21頁〔藤本関係官発言〕。

[179] 大阪弁護士会・前掲注３）383頁。

[180] その理由として、譲渡人の倒産手続開始という債務者にとっては何らの帰責性もない事象によって、債務者の特約による利益が奪われることは妥当でないこと、複数の譲渡通知が債務者に舞い込むという事態が生ずる場面において、

渡人または譲受人が債務者に（相当期間を定めて）譲渡人に対する履行を催告したにも拘わらず、債務者が履行しないとき。ただし、当該履行をしないことが違法でないときは、この限りではない。」との規定を設けることを提案する[181]。これによって、債務者がその債務を履行しない場合に、譲渡人または譲受人が相当期間を定めて譲渡人に対する履行を催告したにも拘わらず、債務者がその期間内に履行しないときは、債務者はもはや特約を譲受人に対抗することができないこととなる。つまり、債務者に対抗できない譲受人が、これによって債務者に対抗できる譲受人に昇格する[182]。

なお、仮に上記の提案を採る場合であっても、さらに「債務者は、譲受人に対し、譲渡制限特約が対抗できなくなる時までに、譲渡人（または、その時までに債務者に対抗できる譲受人であった者）に対して生じた事由をもって対抗できる」との規定を別途設ける必要があるとする[183]。債務者は、特約対抗不能時より後に譲渡人に対する反対債権による相殺をもって譲受人に対抗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いえよう。

２　部会第22回会議

部会資料22では、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗できない事由として、①譲受人に悪意・重過失がない場合、②債務者の承諾があった場合、③譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合が取り上げられた。これらは、部会資料９が挙げた場面を踏襲したものである。ただ、両部会資料は、③の立法化の根拠をどこに求めるかという点で違いを見せている。部会資料９は、倒産手続の中で複数の債権者が債権を奪う局面において、債務者の意思により特約の効力を譲受人に対抗するか否かを選択させることは相当でないということを理由とするのに対して、部会資料22は倒産管財人等の債権回収のインセンティブが働かなくなる恐

特約の存在意義があること、などが考えられる。大阪弁護士会・前掲注３）383頁。

[181] 大阪弁護士会・前掲注３）383頁。

[182] 大阪弁護士会・前掲注３）385頁。

[183] 大阪弁護士会・前掲注３）383頁。

れがあるという問題意識を踏まえる[184]。

なお、③と関連して、④譲渡人の倒産手続の開始決定後に第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡制限特約の効力を対抗することの可否、⑤譲渡制限特約の存在について悪意の譲受人に対して譲渡された後、譲渡人の債権者が譲渡制限特約付債権を差し押さえた場合に、債務者が譲受人に対して譲渡制限特約の効力を対抗することの可否といった論点も提示された。

部会審議では、債務者保護の観点から、③に対して疑問的な見解が多く示された。まず、譲受人が譲渡制限特約につき悪意である場合に、倒産手続の開始決定がされた前は譲渡人（又は善意の他の譲受人）が権利行使できたのに、開始決定があると、悪意の譲受人が権利行使できることによって、債務者の利益が害されるおそれがあるとの指摘があった[185]。また、倒産手続の開始決定により譲渡された債権を行使する者が変更しており、債務者の権利行使者に対抗できる抗弁の基準時が不明となりかねないとの懸念が表明された[186]。さらに、考慮要素の１つとして、「債務者にとり倒産手続の開始決定の有無を確認することが必ずしも容易とは限らないこと」も加えてほしいという意見もあった[187]。③はデットロック状態を解消するためのものであり、これにより悪意の譲受人が債務者に対して自ら債権者であることを主張することができる。しかし、この弁済先の問題は、債務者が債権の譲渡人に対する抗弁をもって譲受人に対抗するという問題とは、まったく別問題である。いずれにせよ、譲渡人に倒産手続の開始決定があったからといって、債務者の保護の必要性が変わるわけではない[188]。③と関連して、特約を対抗できない新たな事由として取り上げられた⑤の根拠はどこに求めるか。この問題に対

---

[184] 部会資料９-２・９頁、部会資料22・２頁。③を規定すべきとする理由について、松尾関係官は部会第22回会議において、「債権を奪い合うような状況になった場合には債務者は譲渡禁止特約によって保護される利益が失われる」と説明した。部会第22回会議議事録・６頁〔松尾関係官発言〕。

[185] 部会第22回会議議事録・３頁〔中井委員発言〕。

[186] 部会第22回会議議事録・３頁〔中井委員発言〕。

[187] 部会第22回会議議事録・４頁〔佐成委員発言〕。

[188] 部会第22回会議議事録・５頁〔岡本委員発言〕。

しては、松尾関係官は、「債権を奪い合うような状況になった場合には債務者は譲渡制限特約によって保護される利益が失われる」という理由が⑤の場合にも妥当すると説明した[189]。また、⑤の趣旨は差押債権者との関係では特約の効力が否定されるという判例法理に似っているとの見解も見られた[190]。

３　部会第25回会議

第25回会議において、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗できない場合について、譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合だけでなく、倒産手続開始前でも「インセンティブの問題」が起こる可能性があるとの指摘もされた[191]。例えば、第三者間の競合のない単純な債権譲渡の場合に、譲受人が譲渡制限特約について悪意であっても、債権譲渡が有効であるから、譲渡人が債権を回収しても、それを悪意の譲受人に引き渡さなければならないため、回収のインセンティブが働かなくなる。また、債権の二重譲渡の場合に、悪意の譲受人が先行しているときは、善意の譲受人が回収のインセンティブ働かなくなる。このような問題意識を踏まえて、「譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合」の別案として「譲渡人は又は譲受人が、債務者に対して、（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（当該履行をしないことが違法でないときを除く）には、債務者は譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとする」考え方が示された[192]。これによって、悪意の譲受人は債務者に対して請求できることとなる。債務者にとっては、弁済先が変更することとなる。そして、債

189　部会第22回会議議事録・６頁〔松尾関係官発言〕。

190　部会第22回会議議事録・６頁〔深山委員発言〕。

191　部会第25回会議議事録・22頁〔岡本委員発言〕。

192　部会第25回会議議事録・22頁〔岡本委員発言〕。「債務者が期限が到来しているのに払わない、つまり、延滞状態になっているときに、なお特約の有効性を認める必要があるのかという切り口から考えば、そのような場合には悪意の譲受人であっても、譲受人のほうか債務者に対して履行請求ができる、このような形にすれば相対的効力案を採っても、デットロック状態が解消できるのではないか、譲渡制限特約付債権の流動化ないし資金調達に資するのではないかという観点から、提案していおります」という。

務者が譲渡人に対する抗弁を悪意の譲受人に主張できるかは、不十分な検討に止まっているのである。

4　部会第26回会議

「中間的な論点整理」では、譲渡制限特約を対抗できない事由として①譲受人に悪意又は重過失がない場合、②債務者の承諾があった場合、③譲渡人に倒産手続の開始決定があった場合、④債務者の債務不履行の場合が取り上げられた[193]。④は、部会25回会議での問題提起[194]を受けて新たに提示されたものである。すなわち、「譲渡人又は譲受人が、債務者に対して（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（ただし、履行をしないことが違法でないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができないとする」との考え方である。その理由としては、「譲渡禁止特約によって保護されるべき債務者の利益が失われる」ことに求められる[195]。

また、③を採ることを前提に、「譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲渡し、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡禁止特約を対抗することの可否について、検討してはどうか」や、「譲渡禁止特約の存在について悪意の譲受人に対して譲渡がされた後、譲渡人の債権者が譲渡制限特約付債権を差し押さえた場合も、複数の債権者が債権を奪い合う局面である点で、倒産手続が開始された場面と共通することから、譲渡制限特約の効力について上記の考え方が適用されるべきであるという考え方がある。このような考え方を採用することの当否についても、検討してはどうか」といった論点も提示された[196]。

5　小括

これまで、第１ステージで検討された様々な提案を見てきたが、以下

193　中間的な論点整理・108頁以下。

194　中間的な論点整理の補足説明・110頁。「譲渡人の債権回収のインセンティブが働かない事態が生ずると、相対的効力案を採用したとしても、資金調達が阻害されるおそれがある」という。

195　中間的な論点整理・42-44頁。

196　中間的な論点整理・43頁。

ではこれらの提案の整理を試みる。

	譲渡制限特約を譲受人に対抗できない事由
第７回 (22.4.13)	①譲受人に悪意又は重過失がない場合 ②債務者の承諾があった場合 ③譲渡人に倒産手続の開始決定があった場合
第22回 (23.1.25)	①譲受人に悪意又は重過失がない場合 ②債務者の承諾があった場合 ③譲渡人に倒産手続の開始決定があった場合 ④譲渡人の倒産手続の開始決定後、譲受人が第三者対抗要件を具備した場合 ⑤特約付債権が悪意の譲受人に譲渡された後、譲渡人の債権者が特約付債権を差押え場合
第25回 (23.3.8)	①譲受人に悪意又は重過失がない場合 ②債務者の承諾があった場合 ③譲渡人に倒産手続の開始決定があった場合 ④譲渡人の倒産手続の開始決定後、譲受人が第三者対抗要件を具備した場合 ⑤特約付債権が悪意の譲受人に譲渡された後、譲渡人の債権者が特約付債権を差押え場合 ⑥債務者の債務不履行の場合
第25回 (23.4.12)	同上

第１ステージでは、相対的効力案を採ることを前提に、譲渡制限特約を譲受人に対抗できない事由として、「譲渡人に倒産手続の開始決定があった場合」や、「特約付債権が悪意の譲受人に譲渡された後、譲渡人の債権者が特約付債権を差押え場合」や、「債務者の債務不履行の場合」などの場合が示された。

これらの場合において、本来債務者に対抗できない譲受人（悪意又は重過失）が債務者に対抗できる譲受人に昇格することなり、債務者にとって弁済先が変更することとなる[197]。しかし、これに対して、悪意又は重過失のある譲受人が債務者に権利行使できることにより、債務者の利益が害されるおそれがあり、また、抗弁の基準時が不明となりかねないと

[197] 大阪弁護士会・前掲注３）385頁参照。

の指摘があった[198]。悪意又は重過失の譲受人が債務者に請求することができるとしても、債務者の保護の必要性が変わるわけではない[199]。すると、債務の弁済先が悪意又は重過失のある譲受人であったとしても、債務者は譲渡人に対する抗弁を悪意又は重過失のある譲受人に対抗できるという考え方はあり得るはずである。

第２項　第２ステージでの議論

１　部会第45回会議

部会第45回会議で検討の対象とされた部会資料37は、先にみた第１ステージでの議論を踏まえ、次のような場合には債務者は譲受人に譲渡制限特約を対抗することができないとする[200]。

> イ　相対的効力案を採用する場合の譲渡禁止特約の効力の制限
>
> 前記アで、相対的効力案を前提として、甲案を採用する場合には、さらに、以下の①から③までのうち全部又は一部の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。
>
> ①譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意又は重過失であっても、譲渡人（又は譲受人）が、債務者に対して譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、相当期間内に債務者が履行しないとき（ただし、債務不履行による責任を負わないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができないものとする。
>
> ②譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意又は重過失であっても、譲渡人について破産手続開始の決定、再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定があった場合には、債務者は、これらの決定前に第三者対抗要件を具備していた譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することができない旨の規定を設けるものとする。
>
> ③譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意又は重過失であっても、譲渡制限特約付債権についての差押えに対して、譲受人による第三者異議の訴えにより、強制執行の不許が認められた場合には、

198　部会第22回会議議事録・３頁〔中井委員発言〕参照。

199　部会第22回会議議事録・５頁〔岡本委員発言〕参照。

200　部会資料37・19-20頁。

債務者は譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することができない旨の規定を設けるものとする。

なお、②又は③に基づく規定を設ける場合には、債務者対抗要件（権利行使要件）の具備後、②又は③所定の事由の発生を債務者が知った時（知ることができた時）までに生じた抗弁を、譲受人に対抗できるとする規定の要否について、更に検討するものとする。

①においては、債務者が債務不履行責任を負う場合には、端的に譲渡制限特約の効力を否定するのではなく、催告手続を要することにしている。仮に催告手続を不要とすると、譲渡された債権の履行期が過ぎた瞬間に、債務者は譲渡制限特約を譲受人に対抗できなくなる。具体的には、債務者の譲渡人に対する反対債権が譲渡された債権の履行期の時点で発生していない場合には、債務者は相殺の抗弁を譲受人に対抗することができないことになる。債務者は、譲渡された債権について債務不履行に陥りつつも、ちょっと先の時点で反対債権が発生することを待って相殺することによる期待が保護に値すると考えられる。①にいう催告手続の意義は、債務者に若干の猶予を与えることにある。また、①について譲渡人のみならず譲受人にも催告を認めるかという点については、譲渡人のみに認めた場合には、譲渡人から特段の催告がなければデットロック状態は解消しないので、譲受人にも認めるのが適当であると考えられる[201]。

②は、譲渡人について破産手続開始の決定のみならず、再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定があった場合には、債務者は、これらの決定前に第三者対抗要件を具備していた譲受人に対して譲渡制限特約を対抗することができないとする。これは、事業再生期間中の資金調達が可能となることを理由として特約の対抗を否定する立場を採用するものである[202]。

③は、譲渡制限特約付債権の譲渡と差押えが競合した場合についても、債務者は特約を譲受人に対抗できないとする規定を設けることを提案す

[201] 部会第45回会議議事録・17頁〔中井委員発言〕。

[202] 中間的な論点整理の補足説明・110頁参照。

るものである。このような考え方を採用することの当否については、部会では当初から議論され、中間的な論点整理にも存在する[203]。具体的な規定のあり方については、③は譲受人に譲渡制限特約を対抗できなくなる時点を「譲渡制限特約付債権についての差押えに対して、譲受人による第三者異議の訴えにより、強制執行の不許が認められた時点」とする。

前述のとおり、事務当局による提案は、①②③の場合には、債務者は譲受人に譲渡制限特約を対抗することができないことにした。譲渡制限特約を対抗できないという趣旨は、特約に違反する債権譲渡は債務者との関係でも有効となって、そのような債権譲渡がなかったものとして行動することができないということである。債務者にとっては、譲渡された債権の弁済先は、変更することとなる。しかしながら、譲渡された債権の弁済先は譲受人であるという話しと、債務者が譲渡人に対する抗弁を譲受人に対抗することができるという話しとは、別問題である。事務当局による提案は、②又は③に基づく規定を設けた上で、債務者対抗要件の具備後、②又は③所定の事由の発生を債務者が知った時（知ることができた時）までに生じた抗弁を、譲受人に対抗できるとする。第45回会議で、①についても、②又は③の規定を設けた場合のなお書きと同様に、債務者対抗要件が具備した後、①の場合、履行を催告したが、履行しないという時点までに譲渡人に対して生じた抗弁については、譲受人に対抗できるとの意見があった[204]。また、②又は③の明文化に疑問視する意見もあった[205]。すなわち、譲渡人について破産手続開始の決定などがあったとしても、債務者は従来の債権者である譲渡人の破産管財人に

---

[203] 部会資料22・２頁、部会資料25・42頁、中間的な論点整理の補足説明・109頁。

[204] 部会第45回会議議事録・17頁〔中井委員発言〕。「大阪弁護士会の意見としては、①についても、②、③の規定を設けた場合のなお書きと同様に、債務者対抗要件が具備した後、①の場合、履行を催告したけれども、履行しないという時点までに生じた抗弁については、譲受人に対抗できるという規定を設けるのが適当であると考えております。」という。

[205] 部会第45回会議議事録・17頁〔中井委員発言〕。「大阪弁護士会としては、②、③については規定を設けないという考え方ですけれども、①についてはなお書きに当たる規定を設けるべきであると考えています」という。「譲渡完全有効＋譲受人への抗弁可能」という発想は、部会第45回会議で既に生まれたと言える。

払えてよくて、それを払わなければ、悪意の譲受人が債務者に対して権利行使すればいいので、①のような規律を②の場面でも適用すれば足りる[206]。②又は③の意義に関しては再検討する必要がある。

２　部会第66回会議

事務局による提案では、次のような案が提示された[207]。

> （４）上記（３）に該当する場合であっても、次に掲げる事由が生じたときは、債務者は、譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができないものとする。この場合において、債務者は、当該特約を譲受人に対抗することができなくなった時まで（ウについては、当該特約を対抗することができなくなったことを債務者が知った時まで）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ができるものとする。
>
> ア　譲渡人又は譲受人に対して、当該債権の譲渡を承諾したこと。
>
> イ　債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合において、譲受人が債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人に履行すべき旨の催告をし、その期間内に履行がないこと。
>
> ウ　譲渡制限特約がある債権の譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人について破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定があったこと。
>
> エ　譲渡制限特約がある債権の譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人の債権者が当該債権を差し押さえたこと。
>
> （注）上記（４）ウ及びエについては、規定を設けないという考え方がある。

上記のような提案では、譲渡制限特約を譲受人に対抗できない場合として、①債務者が譲渡人又は譲受人に対して債権譲渡を承諾した場合、②債務者は履行を遅滞している場合、③譲受人が第三者対抗要件を具備

---

[206] ③についても同じ理屈で不要であるとする。部会第３分科会第３回会議議事録・63頁〔中井委員発言〕。

[207] 部会資料55・15頁。

した後に譲渡人に倒産手続開始の決定などがあった場合、④譲受人に劣後する差押債権者が譲渡制限特約付債権を差し押さえた場合が挙げられている。これらは、部会資料37で指摘された場合を踏襲したものである。ここで、特に言及する必要があるのは、②と④である。②は、部会資料37の提案と異なって、債務者に対して譲渡人への履行の催告する権限を譲受人だけに付与する。譲渡人は、このような権限を有していない。④のような規定を設ける場合には、譲受人に譲渡制限特約の効力を対抗できなくなる時点をどのように考えるかは問題となる。また、④の存在意義も疑問する余地がある。このような規定がなかったら、債務者は、債権譲渡を承諾した上で、悪意の譲受人に対して履行することができ、承諾しなかったときは、譲渡人に対して履行することができる。これに対して、このような規定を設けると、債務者は悪意の譲受人に対して履行しなければならないこととなる。つまり、債務者にとっては、差押債権者の登場により、譲渡制限特約によって保護される弁済先を固定する利益が失われることとなる。ただし、部会資料55では、悪意の譲受人に劣後する差押債権者は、譲渡制限特約の存在について何ら固有の利益を有しないのに、何故債務者はこの者の登場により、不利益を受けるのか。部会資料55の説明によれば、④は、「譲渡制限特約付債権が差し押さえられると、本来、債務者は特約を対抗することができず（本文（５））、特約によって保護されるべき債務者の利益が失われると評価することができる一方、差押えがされる局面においては、譲受人が債権全額を回収することができないおそれがあるため、譲受人を保護する必要性が高い点を考慮したものである」[208]。前段は、既に検討したとおり、理由にならない。後段は、譲受人保護の必要性を理由に、譲渡制限特約の効力を制限しようとするものである。これに対して、債務者の利益保護の観点から、④のような規定を設けるべきではいとする考え方があり得る。

なお、上記の①から④までの各事由が生じ、債務者が譲受人に対して譲渡制限特約を対抗できなくなった場合に、各事由が発生するまでに生じていた譲渡人に対する抗弁を譲受人に対して対抗することができないとすると、譲渡制限特約によってそれまで保護されていた債務者の抗弁

[208] 部会資料55・16頁。

が各事由の発生によって失われることになり、債務者に生ずる不利益が大きいと考えられる[209]。債務者の抗弁を保護したいのであれば、別の立法的な解決が必要となる。部会資料55は、抗弁切断基準時の特則を定めることによって、債務者の保護を図る（本文（４）柱書後段）。つまり、上記の各事由の発生により譲渡制限特約の第三者効が否定されたとしても、特約によって保護されている債務者の利益は、本文（４）柱書後段の限度で保護されることになる。債務者は、各事由が発生した後に生じた譲渡人対する抗弁を譲受人に対抗することができないが、一定のバランスが取れると言えよう。

[209] 部会資料55・16頁。

判例研究

民事判例研究

吉田邦彦・葉昕

再生債務者に対して債務を負う者が自らの関係会社の債務者に対して有する債権を自働債権としてする相殺の可否（最判平成28年７月８日第二小法廷判決）（平成26年（受）865号、民集70巻６号1611頁、清算金請求事件、破棄自判）

Ⅰ．事実関係

X〔リーマン・ブラザーズ証券株式会社〕（原告・控訴人・上告人）は、米国法人B〔LBHI〕の子会社であった。他方、Y〔野村信託銀行〕（被告・被控訴人・被上告人）及びA〔野村證券（株）〕は、同一の完全親会社〔野村ホールディングス（株）〕に属する関係会社である。平成19年２月１日、XはYとの間で、基本契約（以下「本件基本契約」という）を締結し、通貨オプションと通貨スワップ取引（以下「本件デリバティブ取引」という）を行っていた。

本件基本契約には、一方当事者の信用保証提供者が破産決定その他救済を求める手続の開始を申し立てた場合に、当該当事者につき期限利益を喪失し、当事者間のすべての取引が上記手続の開始または申請の直前の時点で終了することになり、他方当事者は、自ら及びその関係会社が当該当事者に対して有する債権と、当該当事者が他方当事者及びその関係会社に対して有する債権とを相殺することができる旨の条項（以下「本件相殺条項」という）が定められていた。

Xの信用保証提供者たるBが平成20年９月15日に米国連邦倒産法第11章の適用申請を行ったことにより、本件取引は期限前に終了した。XがYに対して清算金債権甲（４億3150万余円）を取得した。AはXとの間で、平成13年11月26日に本件基本契約と同様の基本契約を締結し、取引を行っていたが、同取

引が平成20年９月15日に終了したため、Ｘに対し、同基本契約に基づき、清算金債権乙（17億1168万余円）を取得した。

Ｘは、平成20年９月19日に、再生手続開始の決定を受けた。Ｙは再生債権の届出期間内である同年10月２日にＸに対し、本件相殺条項に基づき、甲債権と乙債権とを対等額で相殺する旨の意思表示をした（以下「本件相殺」という）。なお、Ａは同日、Ｘに対し、本件相殺に同意する旨を通知した。ＸはＹに甲債権の支払を求める訴えを提起し、Ｙが再生手続開始後にＡから乙債権の債権譲渡を受けて本件相殺を行ったのであり、本件相殺は民再法93条の２第１項１号又はその類推適用により無効であると主張したが、Ｙは相殺への合理的期待が認められ、本件相殺は民再法92条の規定する相殺権が行使できる場合に該当する旨の主張をした。

第一審（東京地判平成25年５月30日金判1421号16頁〔民集70巻６号1640頁以下〕）は、本件相殺条項の法的性質をＹがＡから同意を得ることを停止条件として、相殺を行う権限をＹに認めたものと解した上で、「再生債務者に対して債務を負担する者が，再生手続開始前の時点において，他者の同意を得ることを停止条件として他者の再生債務者に対して有する債権を相殺に供する権限を認める内容の契約を再生債務者との間で締結しており，その後，再生手続開始後になって停止条件が成就するなどして，確定的に相殺に供する権限を得て相殺適状が生じて行う相殺は，再生手続開始時点において再生債権者が再生債務者に対して債務を負担している場合と同視できる程度に，相殺の合理的期待が存在すると認められ，かつ，その相殺適状が生じた時点が債権届出期間の満了前であるときに限り，民再法92条によって許され，民再法93条の２第１項１号によって相殺が禁止される場合には当たらないと解するのが相当である」とし、本件相殺の有効性を認め、Ｘの請求を棄却した。

原審（東京高判平成26年１月29日金判1437号42頁〔民集70巻６号1710頁以下〕）は、本件相殺条項の法的性質につき一審と同様の判断をした上で、本件相殺は二者間の相殺ではないと認めつつも、「本件相殺条項の合意時において、ＸとＹは、関係会社を含めたグループ企業同士で総体的にリスク管理をすることを企図しており、本件相殺条項のような三者間相殺を定めた契約は、分社化が進んだ金融機関のデリバティブ取引における慣行といえる程度に広く用いられていたと推認されること等からすれば、本件相殺は、再生手続開始の時点で再生債権者が再生債務者に対して債務を負担しているときと同様の相殺の合理的期

待が存在するものと認められ、かつ、再生債権者間の公平、平等を害するものであるとまでとはいえない」とし、本件相殺の効力を認め、X の控訴を棄却した。これに対し、X は上告受理を申し立てた。その理由としては、民事再生法92条は、二者間相殺しか認めておらず、それが合理的な期待の前提である。グループ全体でのリスク管理は、「相殺の合理的期待」とはまったく異なる概念であり、そこで主張される三者間相殺は、海外（米国）でも否定されていて、それへの合理的期待は、法的な保護に値しないなどとする。

Ⅱ．判旨

破棄自判（小貫芳信裁判長、千葉勝美・鬼丸かおる・山本庸幸各裁判官全員一致）。

（1）法廷意見

「相殺は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な返済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである。上記のような相殺の担保的機能に対する再生債権者の期待を保護することは、通常、再生債権についての再生債権者間の公平、平等な扱いを基本原則とする再生手続の趣旨に反するものではないことから、民事再生法92条は、原則として、再生手続開始時において再生債務者に対して債務を負担する再生債権者による相殺を認め、再生債権者が再生計画の定めるところによらずに一般の再生債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし、この点において、相殺権を別除権と同様に取り扱うこととしたものと解される（最高裁昭和39年（オ）第155号同45年６月24日大法廷判決・民集24巻６号587頁、最高裁平成21年（受）第1567号同24年５月28日第二小法廷判決・民集66巻７号3123頁参照）。

このように、民事再生法92条は、再生債権者が再生計画の定めるところによらずに相殺をすることができる場合を定めているところ、同条１項は『再生債務者に対して債務を負担する』ことを要件とし、民法505条１項本文に規定する２人が互いに債務を負担するとの相殺の要件を、再生債権者がする相殺においても採用しているものと解される。そして、再生債務者に対して債務を負担する者が他人の有する再生債権をもって相殺することができるものとすること

は、互いに債務を負担する関係にない者の間における相殺を許すものにほかならず、民事再生法92条１項の上記文言に反し、再生債権者間の公平、平等な扱いという上記の基本原則を没却するものというべきであり、相当ではない。このことは、完全親会社を同じくする複数の株式会社がそれぞれ再生債務者に対して債権を有し、又は債務を負担するときには、これらの当事者間において当該債権及び債務をもって相殺することができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても、異なるものではない。

したがって、再生債務者に対して債務を負担する者が、当該債務に係る債権を受働債権とし、自らと完全親会社を同じくする他の株式会社が有する再生債権を自働債権としてする相殺は、これをすることができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても、民事再生法92条１項によりすることができる相殺に該当しないものと解するのが相当である。」

（２）千葉裁判官の補足意見

千葉裁判官は、その補足意見で、まず「本件相殺的処理が許容されるのは、民再法92条１項の規定する相殺に該当する場合であるから、民法505条の定める相殺に当たると評価できるものでなければならない」と述べた上で、本件において相互性要件が実質的に認められるかを問題としている。

この点について、本件相殺処理は、当事者間あるいはそれを構成員とする企業グループ間において、経済的合理性、相当性を有するものであり、相殺的処理による債権回収への合理的期待が、当初から存在している。とはいえ、本件相殺条項にいう「関係会社」とは具体的にどの法主体なのか、が当初から特定されているわけではないこと、その「関係会社の同意」も当然に予定されているわけではないことからすれば、関係会社であるＡは、Ｙと一体性を有しているとして相互性の要件を満たしているとまで評価することはできないとしている。

最後に、今後、本件相殺的処理のようなリスク管理の必要性・合理性を承認してよいとする共通の認識が広く醸成されてくるような状況が生じてきた場合に、「関係会社」をより制限しておくことによって上記92条の該当性を肯定してよいか、また、立法により民再法92条等が許容する相殺とは別個の債権者平等原則の例外となる債権債務の差引清算の措置を採用するかについて、慎重な検討が求められると述べている。

Ⅲ．評釈（その１）（葉）――三者間相殺における相互性要件の補完可能性の見地から

１．はじめに

本件は、再生債務者に債務を負う者が、再生債務者との間の相殺合意により、当該債務に係る債権を受働債権とし、自らの関係会社の再生債務者に対して有する債権を自働債権として行った相殺の効力を否定したケースである。一審と原審は、本件相殺の効力について、「再生手続開始時において、再生債権者が再生債務者に債務を負担しているときと同様の相殺の合理的期待の存在」を理由に、有効性を認めた。すなわち、民法505条に規定する相殺の一般要件としての相互性要件は、合理的相殺期待によって補完されると解される。これに対し、本判決は、相殺の担保的機能への合理的期待は、通常、債権者平等原則に反するものではないから、再生手続開始時において再生債務者に対して債務を負担している再生債権者による相殺が原則として、民再法92条により認められることに言及したが、仮に二者間相殺と同視できる合理的相殺期待が存在している場合には、民再法92条の類推適用の可否を検討せず、厳格な文言解釈で本件相殺を認めなかったものであり、「あまりに形式的な、木で鼻を括ったような回答にとどまっているとの印象も否めない」と思われる[1]。そこで、三者間相殺の場合に、合理的相殺期待により相互性要件は補完されるかが問題となる。

また、近時、フランスの判例により発展してきた牽連性という概念によって、相殺の担保的機能が実現される場合では、相互性要件は、代替されるとする見解も主張されている[2]。千葉補足意見も、「Ｙ と Ａ との組織ないし営業上の一体性を認め、当該デリバティブ取引における Ｘ に対する共通の当事者とみることが不可能ではなく、相互性の要件を満たしていると解される余地がある」と指摘している。そこで、本件において、同一の企業グループに属する関係会社の間に、組織ないし営業上の一体性が認められれば、甲乙債権の牽連性によって、相互性要件は補完されるかが問題となる。本評釈は、合理的相殺期待と牽連性を中心に、相互性要件の補完可能性を検討し、三者間相殺の倒産手続上の

---

[1] 山本和彦「三者間相殺の再生手続における効力―最二小判平28. 7. 8を手掛りに―」金融法務事情2035号（2016年）10頁。

[2] 深川裕佳『相殺の担保的機能』（信山社、2008年）302頁以下、同『多数当事者間相殺の研究』（信山社、2013年）139頁以下。

効力を考察してみたい。

２．合理的相殺期待で相互性を補完する可否

相殺と差押えとの優劣について、最大判昭和45年６月24日判決（民集24巻６号587頁）は、「受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられる」という担保的機能を明示し、無制限説を採用した。その後、実務では、相殺は、典型担保より確実・簡便・迅速に債権を回収することができるという利点があり、金融機関はその担保的機能に強い期待を持ち、とりわけ預金相殺が「最強の担保」という観念が定着した[3]。倒産手続においては、相殺の担保的機能（合理的相殺期待）を保護するために、倒産手続によらないで相殺により債権を回収することが、原則として許容されて（破産法67条１項、民再法92条１項前段）、相殺は別除権と同様の地位が与えられるが、倒産法の相殺権を拡張する特別の取扱い（債権の現在化、金銭化等）が認められる場合を除き、民法上の相殺行使の要件は、なお倒産手続上の相殺権の行使を制約している。民法505条に要求される「相互性」要件は、倒産法においても、相殺権の行使が認められるための前提と思われる[4]。

しかし、合理的相殺期待の有無により倒産手続における相殺の可否を決める判例は多数存在する。本件については、形式的に条文の文言に合致しないものの、合理的相殺期待を正面に出して相殺を許容することは不可能ではないとする観点が存在する。具体的に言えば、相殺を禁止する側には合理的相殺期待の不存在を援用するが、相殺を許容する側にはより厳格な態度をとり、合理的相殺期待があっても相殺が許容されないという取扱いはダブルスタンダードであり、違和感を否定できない。少なくとも相殺を許容するためには、相殺の合理的期待、かつ、相殺によって債権者の公平・平等が害されないという二重の要件を要するとの立場が妥当であると思われる。本件において、一般債権者に三者間相殺条項の有無や関係会社の債権までモニターを求めることは相当ではないから、本判決は債権者の公平・平等の要件が欠陥していることを理由に、相

[3] 畑知成ほか「〈パネルディスカッション〉倒産と相殺」事業再生と債権管理136号（2012年）17－18頁〔浅田隆発言〕。

[4] 伊藤眞『破産法・民事再生法（第４版）』（有斐閣、2018年）506頁、山本和彦ほか『倒産法概説』（第２版補訂版）（弘文堂、2015年）249頁〔沖野眞已執筆〕。

殺が認められないのであり、相互性要件が充足しないとしても、合理的相殺期待で相殺の許容を決める途が完全に閉ざされたわけではないと考えられる[5]。

これに対し、民再法92条１項に規定する「債権債務の相互対立」を絶対的要件として、それを合理的相殺期待の有無によって調整する余地はないとする見解も主張されてきた[6]。具体的に言えば、民再法上の相殺関連規定を、絶対的要件と相対的要件とに分けることができ、民再法92条１項、93条１項１号[7]及び93条の２第１項１号は前者に属し、民再法93条１項２号ないし４号及び93条の２第１項２号ないし４号は後者に属する。絶対的要件は相殺の許容要件を一義的に定めているのに対し、相対的要件は原則的要件を設ける一方でその例外を規定している。相対的要件の例外規定（民再法93条２項２号、93条の２第２項２号）の中には、「前に生じた原因」という評価性のある概念が含まれて、自働債権または受働債権の取得の時期や相殺権者の認識との関係で、相殺の担保的機能を保護すべきかどうかについて判断の幅があり、合理的相殺期待はその中で形成されたものである。

この問題を明らかにするためには、従来、合理的相殺期待はどのような範囲で如何に運用されてきたかを検討する必要がある。以下では、裁判例において、合理的相殺期待という概念の運用領域及びその内容を整理する。

（Ⅰ）最判平成17年１月17日（民集59巻１号１頁）

ＹはＸとの間に保険契約を締結していた。Ｘが破産宣告を受けた後に、ＹはＸの解約により負担した解約金返還債務を受働債権とし、自らのＸに対して有する損害賠償債権を自働債権として相殺する旨の意思表示をした。判例は、破産法67条２項後段の趣旨は、破産手続開始前に成立している期限付・停止条件付債務を受働債権とし、破産債権を自働債権とする相殺の担保的機能に対して有する期待を保護しようとする点にあると解し、特段の事情のない限り、破産手続開始後に期限が到来したとき、または条件が成就したときに、期限付・

[5] 山本和彦・前掲注（１）10頁以下。

[6] 伊藤眞「『相殺の合理的期待』は Amuletum（護符）たりうるか―最二小判平成28年７月８日の意義」NBL 1084号（2016年）９頁以下。

[7] ただ、民再法93条１項１号に関して、再生手続開始前に成立した停止条件付債務が再生手続開始後に停止条件成就した場合に、合理的相殺期待の有無により相殺の可否を判断するという例外も存在する。伊藤眞・前掲注（６）13頁。

停止条件付債務を受働債権とする相殺が認められるとした。

（Ⅱ）最判平成24年５月28日（民集66巻７号3123頁）

Ｙ銀行は、ＸがＡに対して負う債務について、Ｘの委託を受けることなく、Ａから保証料を徴して、Ａとの間に保証契約を締結した。ＹはＸについて破産手続が開始された後に、Ａに保証債務を履行し、それにより取得したＸに対する求償権を自働債権とし、Ｘが自らに対して有する預金返還債権を受働債権として相殺する旨の意思表示をした。判例は、本件求償権は破産法２条５項にいう「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」に該当し、破産債権であると判示した上で、「本件相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものということができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難というべきであり、そして、本件相殺は破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権として相殺に類似する」ことを理由に、破産法72条１項１号の類推適用により相殺を認めなかった。

（Ⅲ）最判平成26年６月５日（民集68巻５号462頁）

再生債務者であるＸは、Ｙ銀行との間に管理委託契約を締結し、ＹからＡに対する投資信託受益権を購入した。上記管理委託契約によれば、ＸはＹに信託契約の一部解約の実行を請求することを条件に、Ａが解約すると、その解約金がＹに振り込まれ、ＹはＸにこれを支払うことが定められていた。その後、Ｘは支払停止となり、Ｙはそれを知りつつも、ＸのＡに対する解約実行請求を代位行使した。ＹはＡから解約金を受領したことにより負担した解約金返還債務を受働債権とし、Ｘに対して有する保証債権を自働債権として相殺を主張した。

判例は、危機時期における債務負担は民再法93条２項２号に該当する場合、相殺の担保的機能に対する再生債権者の期待は合理的なものであって、これを保護するとしても、債権者間の公平・平等に反するものではないと述べた上で、①解約実行請求がされるまでは、本件受益権につき、全ての再生債権者がＸの責任財産としての期待を有していること、②本件受益権につき、Ｘは原則として自由に他の振替先口座への振替をすることができ、Ｙの債務負担は確実で

あったとは言えないこと、③Ｙは本件相殺をするために、他の債権者と同様に、債権者代位権に基づいて初めて行うほかなかったことから、本件の債務負担は同号にいう「前に生じた原因」に基づく場合に当たらないとし、相殺を認めなかった。

（Ⅳ）検討

最判平成17年からみて、破産法67条２項後段によると、受働債権は期限付・停止条件付であっても、手続開始時に対立している債権･債務は手続開始後に、期限到来または条件成就により相殺適状となる場合、相殺権者の相殺期待は原則として手続開始後にも尊重される。また、最判平成24年の傍論からみて、委託のある保証の場合、保証人の事後求償権は、主債務者に対する弁済を停止条件としたものであって、それを自働債権とする相殺の行使も認められる。そこで、当事者間に期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待は、手続開始後にも原則として尊重されると思われる。

しかし、破産債権者が、手続開始後に譲渡担保権の実行により負担した清算金支払債務を受働債権とする相殺について、破産者の債務不履行に基づく譲渡担保権の実行は、清算金支払債務の停止条件であると考えられるが、清算義務の発生及び清算金の金額は確定されていなくて、相殺期待が合理的なものではないため、相殺が認められない[8]。また、最判平成24年のような無委託保証の場合、保証人は、手続開始時において、手続開始後に保証債務の履行により取得した求償権を自働債権として相殺する期待が存在している一方、破産者は破産財団に属するはずの債権が破産債権者の相殺により消滅することを予測できないので、無委託保証人の相殺期待は合理的なものではないと思われる[9]。この点について、合理的相殺期待の内容として、相殺を主張する側の相殺期待だけでなく、相殺される側及び一般債権者の「合理的相殺覚悟」も必要であるとする観点も存在する[10]。いずれにせよ、最判平成24年では、停止条件付債権を有する保証人の相殺行使を否定した理由は合理的相殺期待の欠如にあると評価することができる[11]。そこで、期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じ

[8] 最判昭和47年７月13日民集26巻６号1151頁、伊藤眞・前掲注（４）517頁。

[9] 坂川雄一「保証人の事後求償権と相殺―相殺権行使の可否の観点からの考察―」倒産実務交流会編『争点倒産実務の諸問題』（青林書院、2012年）277頁以下。

[10] 森田修「『三者間相殺』論と民法･倒産法」司法研修所論集128号（2018年）96－97頁。

[11] ただ、相殺を「担保的権利」と捉えて、本件は、合理的相殺期待の不存在というより、

た相殺期待は、合理的なものである限り、破産法71条１項１号、72条１項１号（民再法92号１項１号、93条の２第１項１号）が適用されず、倒産手続開始後に保護されると思われる[12]。

また、最判平成26年は、危機時期に負担した債務を受働債権とする相殺の可否について、当該負担した債務が、民再法93条２項２号（破産法71条２項２号）にいう「前に生じた原因」から生じたものか否かによって判断するとした。同様に、危機時期に取得した債権を自働債権とする相殺の可否は、民再法93条の２第２項２号（破産法72条２項２号）にいう「前に生じた原因」により判断すべきであると思われる。さらに、「前に生じた原因」の該当性につき、ここでいう原因は、債務負担または債権取得を基礎づける直接の法律関係でなければならないという形式的な基準が考えられるが、実質的には「合理的相殺期待」というレベルで判断すべきであると思われる[13]。

したがって、合理的相殺期待は、期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待、「前に生じた原因」によって、上記相殺禁止規定の適用を避けることができるかを判断するための評価的基準であり、「絶対的要件」である相互性要件を補完するものではないと思われる。

さらに、相殺権（合理的相殺期待）が倒産手続において、別除権と同様に位置付けられる根拠は、「より低い費用による信用供与、より長期間の信用供与、

むしろ破産者の意思の基づくことなく、破産者の財産上に「担保的権利」を生じさせることが破産者の財産管理権の侵害であるという「財産管理権尊重論」によって相殺を制限したものであるとする見解もある。栗田隆「無委託保証人が主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行したことによる求償権の破産債権性と相殺制限」関西大学法学論集62巻６号（2013年）314頁。

[12] 停止条件付債務を受働債権とする、倒産手続開始後に条件が成就した場合になされる相殺につき、合理的相殺期待という限定要件は不要であり、ある債務は停止条件付であっても、それは倒産手続開始時に倒産財団に組み込まれるべき財産の価値変形物である場合、有効な担保権が設定されていない限り、相殺に関する倒産実体法上の停止条件付債務に該当しないという解釈論により、相殺許容範囲を限定すると主張する見解もある。岡正晶「倒産手続開始時に停止条件未成就の債務を受働債権とする相殺―倒産実体法改正に向けての事例研究―」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念『現代民事法の実務と理論・下』（金融財政事情研究会、2013年）155頁以下。

[13] 山本和彦「相殺の合理的期待と倒産手続における相殺制限―最一小判平26. 6. 5を契機として―」金融法務事情2007号（2014年）10頁。

より信用度の低い債務者に対する信用供与などを実現する」ことができるという機能にあると理解すると、合理的相殺期待が認められるためには、与信者と与信先との間に、与信者の与信先に対して有する債権を自働債権、与信先の与信者に対して有する債権を受働債権とする相殺を担保と見て、与信者が信用を供与する取引を行っていることが必要である[14]。したがって、自働債権者は、期限付または停止条件付債権・債務の対立により相殺期待を持っているにもかかわらず、当該相殺期待が信用供与取引に基づくものではない場合、合理的相殺期待が認められず、倒産手続で別除権と同様に取り扱うことができない。これに対し、合理的相殺期待は債務者が危機に陥る前に存在している限り、その相殺期待は倒産手続で保護されるので、合理的相殺期待を基礎とした「期限付または停止条件付債権・債務」と「前に生じた原因」とが同義であり[15]、統一的に把握することができる。そうすると、合理的相殺期待はあくまでも期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待の保護範囲を限縮するための概念である。それは、債権債務の対立という相互性要件の充足を前提とした相殺範囲の限定要件であり、それをもって相互性要件を補完することは無理であろうという結論がより明瞭となると思われる。

ところが、停止条件が未成就であれば債権債務はまだ発生していないとすると、停止条件付債権・債務につき条件成就時の相殺を保護することは、債権債務の対立が存在しない段階で相殺期待を保護することとなる。その保護根拠が担保権同様の機能を果たせることにあると理解すると、仮に停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待と同様の担保的機能が三者間相殺合意にも認められれば、相互性要件は一定程度に合理的相殺期待により補完されると評価できるのではないかと考えられる[16]。しかし、上記判例の立場から見て、合理的

[14] 中西正「いわゆる『合理的相殺期待』概念の検討」事業再生と債権管理136号（2012年）47頁以下。

[15] 中西正「民事再生法上の相殺禁止と投資信託解約金支払債務との相殺―最高裁第一小法廷平成26年６月５日判決の検討」銀行法務21第775号（2014年）32頁。

[16] 宇野瑛人「相殺権における『相互性』と『合理的相殺期待』についての覚書」東北ローレビュー５号（2018年）41頁。ただ、論者は、現状の合理的相殺期待論を前提とする限り、相互性要件を厳格に解釈し、他のアプローチにより三者間相殺の可能性を検討すべきであるとする。また、この問題は、差押えと相殺との場合にも存在する。すなわち、差押え後に取得した債権であっても、差押え「前の原因」に基づいて生じたも

相殺期待は、あくまでも危機時期内または手続開始後の債権取得・債務負担による相殺が禁止されるという「時的制約」を緩和する概念であり、相互性要件という「主体の制限」を緩和して、担保的機能が認められる範囲を法定相殺以上に拡張させるものではない[17]。合理的相殺期待によって優先弁済を受ける利益を享受するためには、基準時に厳格的な債権債務の対立が存在しないとしても、少なくとも相殺権行使時に当事者間に債権債務の対立を作出しなければならない。三者間相殺合意の担保的機能をいくら強調しても、相殺行使時に当事者間に債権債務の対立がなければ、相殺という制度を利用して担保の効果を享受する期待が認められない。

また、倒産手続で相殺権を許容する根拠は、債権者は倒産者に対して全額の債務を履行しなければならないのに、倒産者から割合的な弁済しかを受けられないという当事者間の不公平を防ぐことにあると思われる[18]。そして、この衡平の観点から見れば、相互性要件が充足している二者間相殺の場合、当事者間の公平を保護するために、相殺の担保的機能を認めて、当事者間の債権債務の決済・清算の必要性に優先させても、一般債権者間の公平・平等原則に違反するとは言えない。これに対し、相互性要件が充足していない場合に、当事者間の公平を保護する必要性が考えにくいので、安易に三者間相殺を認めると、特定の債権者に法律上の根拠なく担保的利益を与えることになってしまい、一般債権者間の公平・平等が害される恐れがある。したがって、合理的相殺期待により相互性要件が補完されるということに消極的な態度をとるのが妥当だと言ってもよかろう。

３．牽連性で相互性要件を補完する可否

合理的相殺期待により相互性要件の緩和を求めるアプローチと異なり、債権債務の間に牽連関係が認められる場合に、当事者間の公平を保護する必要性が

のであるとき、当該債権を自働債権とする相殺も民法511条２項により許容されている。この場合、基準時に債権債務の対立があるといい難いから、「前の原因」を合理的相殺期待と同義のものと理解すると、合理的相殺期待により相互性要件が補完されるのではないかと考えられる。

[17] 中田裕康「３当事者間の相殺」『デリバティブ取引に係る諸問題と金融規制の在り方』（金融法務研究会、2018年）17頁。

[18] 河野正憲「判批」法政論集274号（2017年）288頁。

高いので、牽連性により、三者間相殺を二者間相殺と同視して、相互性要件が補完されて、相殺を認めるべきではないかという仮説も考えられる。しかも、その仮説は既存条文に法的根拠を見いだすことはできなくはないと思われる。すなわち、民法469条２項２号は、債務者が対抗要件具備時より後に譲渡人に対して債権を取得した場合に、当該債権は対抗要件具備時の前の原因に基づいて取得したものではないとしても、当該債権は譲渡された債権の発生原因である契約に基づいて生じたものであれば、それを自働債権とする相殺を債権譲受人に対抗できると定めている。その規定は法定三者間相殺を認める典型例として捉える見解が有力である。その見解によれば、将来債権を譲渡した場合、将来債権の移転時期について、将来債権譲渡によって譲渡債権が直接に譲受人の下に発生する観点にせよ、譲渡債権が発生した瞬間に譲渡人から譲受人に移転する観点にせよ、民法469条２項２号は、相殺の意思表示をした時に、譲受人と債務者との間に、債権債務の対立がなく、相互性要件が充足していないまま、「譲受人・債務者・譲渡人の三者にまたがって存在する二つの債権の間の三者間相殺を定める特別の規定」であると思われる[19]。しかし、仮に将来債権譲渡の場合、相互性要件が満たされていないまま、相殺が認められる根拠は債権債務の牽連性にあるとしても、同号を手掛かりとして、相互性要件が牽連性により補完されるという結論に至るということができるかについて、なお疑問が残る。以下は、設例を通じて牽連性に関する近時の論議を概観した上で、牽連性により三者間相殺を認める余地を検討してみたい。

（Ⅰ）設例１

請負人Ａと注文者Ｂの間に、請負契約が締結されていた。Ａに対して貸金債権を有するＣは、ＡからＢに目的物の引渡しがなされる前に、ＡがＢに対して有している債権を差し押さえた。その後、ＡはＢに目的物を引き渡したところ、目的物に瑕疵があって、ＢはＡに契約不適合に基づく損害賠償債権を取得した。

（Ⅱ）設例２

売主Ａと買主Ｂとの間に、ある商品の継続的取引を内容とする基本契約が締結されていた。Ａに対して貸金債権を有するＣは、ＡのＢに有する将来代

[19] 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（民法新469条２項２号）」東洋法学61巻３号（2018年）136頁。

金債権を差し押さえた後に、AB 間に個別売買契約が締結されていた。A が B に目的物を引き渡したところ、目的物に瑕疵があり、B は A に対して契約不適合に基づく損害賠償債権を取得した。

（Ⅲ）設例３（最判平成７年７月18日判時1579号60頁）

請負人 A は、注文者 Y に対して運送作業代金債権を有していた。A と Y の子会社である B との間で、「A は、不渡り、支払停止、差押え等の信用喪失事由が発生した場合には、期限の利益を喪失し、B は、A に対して有する債権を、B の親会社である Y の各支店にある A に対する債務と相殺することができる」とする条項を含む石油製品販売契約がなされていた。その後、A に不渡りがあって、X は A の Y に対する運送作業代金債権を差し押さえた。Y は、B の A に対する債権と自働債権とし、A の Y に対する債権を受働債権とする相殺の意思表示を B がしたことにより、債務が消滅したことを理由に、支払を拒否した。

（Ⅳ）検討

設例１において、A は、損害賠償債権が民法511条２項にいう「差押え前の原因に基づいて生じたもの」であることを理由に、相殺を C に対抗できるかが問題となる。差押えと相殺につき、改正民法は無制限説を明文化しただけでなく、倒産法との平仄を合わせるために、差押えの後に取得した債権であっても、差押え前の原因に基づいて生じた債権であれば、それをもってする相殺を認めることにした。「前の原因」の解釈について、「発生原因の全部が開始決定前に備わっている必要はなく、主たる発生原因が備わっていれば足りる」[20]という倒産法上の一部具備説が参考になろうと考えられるが、それは破産法２条５項に規定する破産債権の該当性を巡る解釈であり、同項と民法511条２項との趣旨は異なるため、当然にそれを民法511条２項にいう「前の原因」の解釈に持ち込めるわけではない。設例１では、その「前の原因」は、売買契約か、目的物の引渡しかが問題となる。この点について、自働債権と受働債権との牽連関係の有無を手掛かりとして、相殺の合理的期待の有無を基準として判断する見解が有力である[21]。すなわち、A が B に有する債権は貸金債権である場合、貸金

[20] 伊藤眞・前掲注（４）280頁。

[21] 石田剛「相殺における『相互性』『合理的期待』『牽連性』」法律時報89巻11号（2017年）169頁。

債権と契約不適合に基づく損害賠償債権との間に牽連関係がなく、Bは貸金債権をもって損害賠償債権を優先的に回収する期待して、Aと請負契約を締結したとは言えないので、合理的相殺期待が認められず、請負契約を「前の原因」とし、相殺をCに対抗できない[22]。これに対し、受働債権は請負報酬債権である場合、両債権は同一の契約関係から生じたものであり、客観的な牽連関係があり、互いに担保視し合う関係に立つと解される。しかも、Bからの相殺は実質的に代金減額請求権の行使と評価することができ、Cは請負報酬債権につき、減額された価値しか把握していないので、その場合、請負契約は「前の原因」に該当し、相殺を認めるべきであると思われる[23]。

設例２において、将来債権差押えと相殺につき、債権譲渡の場合と異なり、民法469条２項２号のような規定が設けられていないため、Bの相殺が認められるかが問題となる。この点について、民法469条２項２号の準用ないし類推適用の可否をめぐって、見解が対立している。否定説は、同号は「将来債権譲渡を促進するという特別の目的のために、基準時に相互性要件を充足しないため認められないはずの合理的期待を牽連性の存在ゆえ例外的に認めた規定」[24]であり、将来債権差押えにつき、類推適用の基礎がなく、相殺を認めるべきではいとするのに対し、肯定説は、この場合にも、両債権は「同一の契約に基づくものであり、客観的な牽連関係を認めることができ、相殺を許容することが当事者間の等価関係を実現することにもなる」とし、将来債権譲渡につき、債権は譲渡人の下で発生してから、瞬時に譲受人に移転するとも考えられるので、民法469条２項２号は、債務者の合理的相殺期待を債権譲渡により奪われないことを趣旨とする確認規定に過ぎないと主張する[25]。

---

[22] 沖野眞已「相殺に関する民法改正法下の解釈問題―差押えと相殺における『前の原因』をめぐって」『民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題』（金融法務研究会、2018年）61頁。

[23] 中西正「民事手続法における相殺期待の保護（下）」NBL1048号（2015年）55頁、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」今中利昭先生傘寿記念『会社法・倒産法の現代的展開』（民事法研究会、2015年）725頁。

[24] 石田・前掲注（21）168頁。

[25] 中井康之ほか「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』」金融法務事情2036号（2016年）20頁〔中井康之発言〕、中井・前掲注（23）730頁。

ところで、設例３のような三者間にまたがる二つの債権の間に牽連関係があると認められれば、債権債務の対立がないまま、牽連性により相殺を認めるかが問題となる。この点につき、近時フランス法において、債権債務間の対立がなくても、債権債務の発生源たる契約が不可分契約集合体を構成する場合にも、牽連性が認められ、それにより相殺を許容するという判例法理が紹介されてきた[26]。これに対し、日本の判例は、その場合における相殺について消極的な態度が見られる。すなわち、設例３では、自働債権は運送燃料としての石油代金債権であり、受働債権は運送作業代金債権であって、両債権の間に牽連関係があると考えられそうであるが[27]、前掲最判平成７年７月18日は、本件相殺は、実質的にＹに対する債権譲渡といえることを考慮すると、Ｙは差押え後にＢがした相殺の意思表示をもってＸに対抗できないとした。設例１と設例２で論じられた牽連性は、債権債務が同一の契約（基本契約）から生じた場合を前提としたものであり、債権債務が複数の契約からなる同一の取引関係から生じた場合には、当事者間の意思に基づく主観的な牽連関係をもって、相殺が許容されるとするのは、判断基準の明確さを追及する視点からすれば、行き過ぎではないかと思われる。しかも、民法469条２項２号は、牽連性により三者間相殺を許容するものであるとしても、同号の趣旨は主に将来債権譲渡の場合、債務者の相殺期待が債権譲渡により奪われることを防ぐことにあるから、同号を手掛かりとして、牽連性により相互性要件が補完されるという命題をどこまで一般化にすることができるかについて、なお慎重な態度をとるべきであると思われる。

４．おわりに

本判決は、合理的相殺期待の有無を検討しないまま、民再法92条１項に規定する相互性要件の欠如で三者間相殺を否定したものである。合理的相殺期待ないし牽連性の存在により相互性要件を実質的に取扱う余地があると考えられるが、従来、合理的相殺期待は、期限付または停止条件付債権・債務の対立から

[26] 稲垣美穂子「倒産法における三者間相殺可能性に関する考察」北海学園大学法学研究53巻３号（2017年）173頁以下。

[27] 深川裕佳「三者間相殺をめぐる判例法理の検討―三者間相殺の要件について―」東洋法学53巻２号（2009年）85頁。

生じた相殺期待、「前に生じた原因」によって、相殺禁止規定適用の可否という領域で論じられた概念であり、相互性要件を補完するものではない。また、実質的に言えば、二者間相殺の場合、当事者間の決済・清算を保護する必要性が高いので、衡平の観点から、合理的相殺期待の存在により相殺を許容しても、債権者間の公平・平等な扱いに反するものではない。これに対し、三者間相殺の場合、二者間相殺と同様な当事者間の公平が考えにくいから、安易に合理的相殺期待で相殺を認めると、特定の債権者に法律上の根拠なく担保的利益を享受させることとなってしまう恐れがあるから、本判決が合理的相殺期待に言及しなかったことは妥当であり、従来の判例法理から逸脱したものではない。

そして、従来の牽連性に関する論議からみて、三者間にまたがる二つの債権の間に牽連性を認めることはまだ行き過ぎであり、民法469条２項２号を牽連性により相互性要件を補完することができるという命題の根拠とすることに慎重な態度をとるべきである。しかも、本判決において、XY 間の取引と XA の間の取引とは別個のものであり、相殺条項が当事者間になされていても、牽連関係が認められることは無理であり、本判決の結論は妥当であろう。

ところで、相互性要件を実質的に解釈するというアプローチと異なり、相互性要件を文言通りに解釈することを前提として、「差引清算合意アプローチ」[28]または「引き直しアプローチ」[29]によって、三者間相殺の効力が認められる余地もあるように思われる。しかし、前者につき、本件では、A の同意が再生手続開始後になされたものであり、手続開始前に XY 間での差引清算合意の効力を当然に A に及ぼすことはできない[30]。また、契約自由の原則から、差引清算合意が当事者の間で対内的効力があると一般的に思われるが、公示要件が存在しないので、対外的効力を認めるか否かについて、なお疑問がある。倒産手続では、そのような合意で債権債務関係は基準時前に清算されていることから、相殺禁止規定の適用が回避されると考えられるが、合意の効力発生時は基準時

[28] 三者間の差引清算合意が基準時前になされたものであれば、合意の効果として、債権債務関係が基準時前に消滅することになるため、三者間相殺と同様の効果が図られる。内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL 1093号（2017年）17－18頁。

[29] 相殺条項を更改、保証等の合意と捉えることで、三者間相殺を二者間相殺に引き直して相互性要件の欠如を回避するものである。森田修・前掲注（10）79－84頁参照。

[30] 柴崎暁「一括清算と『三者間相殺』」比較法学51巻３号（2018年）58頁。

の直前であり、否認権の行使対象となる恐れがあると思われる[31]。後者につき、論者によれば、三者間相殺を二者間相殺に切り替えるためには、当事者間の債権の移転を検出できることが必要であり、本件のような当事者間に債権の移転を形成する手当てがなされていない場合に、三者間相殺の効力を認めるのは困難である。したがって、相殺禁止規定を避けるための防衛策としては、各当事者が、それぞれが負担している債務について、相互に保証するという方式は妥当であろうと思われる[32]。

Ⅳ．評釈（その２）（吉田）

１．本判決の位置づけ

（１）関連裁判例には粗方、葉評釈でも触れられているが、ここでもう一度『本判決の判例上の位置づけ』を考えてみたい。すなわち、本判決は、三者間相殺（しかもデリバティブ取引〔スワップ取引、オプション取引〕に関する大規模相殺である）の倒産手続（民事再生手続）における可否が問われた最初のものであり、これに対して、消極的判断を下したものである。そして、三者間相殺の事例としては、平成７年最判（最判平成７年７月18日判時1570号60頁、金法1460号千葉恵美子）に続くものである（これは、個別執行に関する、（租税滞納処分としての）差押えと三者相殺の事案で、自身〔日通〕の子会社〔日通商事〕の給油代金債権を自働債権とし、作業代金を受働債権として相殺がなされたもの。債権譲渡を含むとし、差押後の本件相殺の意思表示は、差押債権者に対抗できないとした原審の判断を支持した。三者間相殺それ自体ができないとはしていないが、結局相殺の効果を実質的に否定している）。そして、平成７年最判当時「三者間にまたがる相殺予約の判例は殆ど見られない」とされていた（判時1570号（1995）62頁参照）[33]。

---

[31] 尾博憲ほか「《新春座談会》三者間相殺判決を読み解く――最二小判平28．７．８の意義と影響」金融法務事情2057号（2017年）20頁〔杉本純子発言〕。

[32] 中舎寛樹「多数当事者間相殺契約の効力」堀龍兒ほか編・『担保制度の現代的展開』（日本評論社、2006年）348頁以下。

[33] もっとも戦前のものを探すと、大判昭和８年７月７日民集12巻2011頁判民135事件有泉は、破産管財人から株式競売不足金を請求された株主が、（自らの第三者に対する）手形金債権を自働債権とする相殺を主張した事例につき、第三者を債務者とする手形債権との相殺契約によっては相殺の効力は生じないとする原審は、洵に正当であると

（２）本判決の論理を見ると、（三者間相殺を認めた）１・２審の立場を覆し、民事再生法92条に沿い、民事再生手続開始時における再生債務者に対して再生債権者による相殺だけを認めて――つまり「相互性」ある二者相殺に止め――、三者相殺は認めないとする結論だけ述べるのみである。しかも三者相殺の合意があるときもそうだとするのである。

これに対して、千葉勝美補足意見は、やや実質論をして三者相殺を認める余地も認めている。すなわち、相殺者と自働債権を有する関連会社の間（本件のＡ・Ｙ間）に組織・営業上の関連性から一体性が認められ、実質的に相互性要件を満たしていれば、民事再生法92条の類推適用の余地があるのだが（民集1619頁、1622頁、1624頁）、本件相殺はそれに当たらないとしている。また、次述する内田貴東大名誉教授意見書[34]にも配慮を示し、（こうした三者相殺合意による）企業グループ全体のリスク管理はあり得るが、市場の寡占化に繋がり、債権者平等原則で許容される程度を越え、司法的解釈の範囲を超えるとする（1621頁、1624-25頁）。

（３）関連裁判例として本判決が引用する平成24年最判（最判平成24年５月28日民集66巻７号3123頁、ジュリスト1469号柴田義明、私判リ47号【民手８】栗田隆）との関係にも言及されることが多いが[35]、事案は、委託を受けない保証人による、破産手続開始後の保証債務履行の後、それによる求償権を自働債権、当座勘定解約による返戻金請求を受働債権とする相殺事例であり、代位弁済で債権譲渡が組み込まれるとなると、やや三者相殺的ではあるが、三者相殺の事案ではない（同判決では、破産法72条１項１号〔手続開始後の他人の破産債権の取得に関する相殺禁止規定〕を類推適用し、「相殺に関する期待」が異なると

する（有泉評釈（512頁）は、相殺の問題は起こりえないと支持される）。そして類似事案で、同大正６年５月19日民録23輯885頁（貸金請求について、第三者に対する150円の債権と相殺するとした事例）は、関係者の同意があれば三者間の相殺はできるとするようである（倒産事例ではない。また、相殺の相手方の承諾が必要だが、本件ではそれはないとしているので、傍論である）。木村和成「大審院民事判例集（民集）における判決登載基準について」立命館法学352号（2013）2806-2807頁も参照。

[34] 内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号（2017）（前掲注28）13頁以下に再録されている。

[35] 例えば､本判決（平成28年最判）に関する伊藤眞教授の論説（NBL1084号（2016）（前掲注６）５－６頁、森田修教授の評釈（法協135巻４号（2018）921頁以下）。

もして、相殺は認められないとした)。

本判決に注目するならば、比較参考に値すると思われるものとして、平成23年最判(最判平成23年11月22日民集65巻８号3165頁ジュリスト1444号榎本光宏、重判【民７】千葉恵美子、私判リ46号高橋眞、民商146巻６号生熊、判評647号園田賢治、法教405号水野謙、同平成23年11月24日民集65巻８号3213頁判例セレ〔2012－Ⅱ〕【民訴９】小原将照)も挙げられるべきであろう。各々倒産手続開始に前後して、代位弁済されて原債権の「財団債権」「共益債権」としての属性を継承し、倒産手続にはよらない優先的処理がなされているので、実質的に三者相殺が認められたに近い結果となっている(前者は、破産開始手続き前の代位弁済の事例なので、倒産手続開始の前後で判例は区別しているのかと思いきや、後者は、再生手続開始後の代位弁済事例なので、そう単純ではない)。この点、判例は混沌としている観がある。大方は、平成23年最判に従う論者が多いが、手続法学者からは異論も有力である[36]所以である(私見としては、賛成論〔代位弁済インセンティブ論、倒産債権者棚ぼた論〕もそれなりに説得的なので、手続の前後できちんと区別すべきだと思う)。

ところで、本件Ｘが相殺に反対する論拠としたのは、民事再生法93条の２第１項１号で、これは平成24年最判が論拠とした破産法72条１項１号に対応するものであるが、同じく近時の最高裁が「相殺の担保的機能の合理的期待」を否定する系譜として、同法93条１項３号(破産法71条１項３号〔旧破産法104条２号〕に対応する)の「支払い停止後に債務負担した場合」に関連する裁判例もある(最判昭和52年12月６日民集31巻７号961頁〔相殺者〔秋田銀行〕が自働債権としたのは手形貸付債権、受働債権としたのは、破産会社〔秋田科学(株)〕の支払い停止とほぼ同時期に同社との当座勘定取引契約解除、その後預金口座開設、そこに同社の取引先から振り込まれた同社の預金債権である。相殺者と破産管財人との旧破産法104条２号に反する合意は無効だとした〕、最判平成26年６月５日民集68巻５号462頁、ジュリスト1503号大森直哉、重判【民６】角紀代恵、【民訴10】佐藤鉄男〔やはり相殺者は、(再生債務者の)取引銀行〔みずほ銀行〕であり、自働債権は保証債権で、受働債権は、同銀行に預けられていた

[36] 例えば、山本和彦「労働債権の立て替え払いと財団債権」判タ1314号(2010)、長谷部由起子「弁済による代位(民法501条)と倒産手続」学習院大学法学会雑誌46巻２号(2011)の他、千葉・水野前掲など参照。

同銀行から購入した証券投資信託の受益権について、支払いの停止後に銀行の代位行使で解約された解約金請求権である事例。民事再生法93条１項３号で相殺は禁止され、92条２項２号（支払い停止を再生債権者が知る時より前の原因に基づく場合）で相殺が認められるとはいえないとする〕）。前者は、取引先からの振り込みもあり、三者相殺に類似する面はあるが、後者はそうではないので、これ以上は立ち入らない。

２．本問題へのアプローチの理論的枠組み
――合意（特約）アプローチと規範の（半）強行法規化

（１）（内田意見書（ないし米倉説）及びそこからの『本判決』の見え方）

本件最高裁への内田教授の意見書は、「合意尊重・重視アプローチ」とでも言うべきもので、実質的アプローチで、デリバティブ取引の実務にも適合的で、関係者には評価が高く（その関係の弁護士の原審支持のものとして、小野傑・金法2001号（2014）48頁）、ある意味でわかりやすいであろう。そして、相殺に関する合意重視アプローチの突き詰めの嚆矢は、例えば、米倉明教授の「相殺予約」の扱い方に示され[37]、我が国における有力潮流であることは押さえておきたい（しかし同時に同教授は、「譲渡禁止特約の効力制限論」[38]で示されたように、理論的にはそれと逆向きの方向性の議論もされていて、私としては、そちらの方向性に理論的には強く共鳴する[39]。つまりそこでは、「債権譲渡の自由」（466条１項）を強行法規的に機能させて、「特約の効力」を絞り込もうとする理論的方向性であり、そこには理論的矛盾をはらんでいることに留意しておきたい。もっともそこでも譲渡自由を強調されるから、リバタリアンという括り方ができるかも知れない。しかし私は長年同教授から教えを受けたものとして、教授が、業界寄りの保守主義〔PPFK 主義〕[40]の信奉者だとはとても思われない。

---

[37] その方法論的特徴は、昭和45年最大判〔最大判昭和45年６月24日民集24巻６号587頁〕との関連で示され（米倉明「相殺と差押」ジュリスト460号（1970））、同「相殺の担保的機能」民法の争点（有斐閣、1978）（２版1985）で突き詰められている。

[38] 米倉明・債権譲渡――禁止特約の第三者効（学陽書房、1976）（初出、北大法学論集22巻３号、23巻１号、３号（1971～73））。

[39] さしあたり、吉田邦彦・債権総論講義録（契約法Ⅰ）（信山社、2012）111頁、178頁参照。

[40] アメリカの批判法学陣営が、保守論者のレジーム、つまり「私的所有権・契約自由」

「譲渡禁止特約」（債権法改正後は譲渡制限特約）の議論にしても、教授の議論は、金融業界とは緊張を孕むものであることにも注意したい）。ともかくかかるリバタリアニズム（自由尊重主義）的なアプローチは有力なのであろうが、千葉補足意見がいみじくも示唆するように、ここでの問題分析としての考量因子は、「合意」だけでは足りないと評釈者（吉田）も考える。

しかしそうした実質的なアプローチからすれば、本判決（とくに法廷意見）は、結論だけの「形式論理」（杉本・後掲解説（法学教室434号114頁））ないし「木で鼻を括ったような内容」だ（内田教授ほか）[41]と評価されるのである。因みに、この領域では事案は違うが、平成25年最判（最判平成25年２月28日民集67巻２号343頁、ジュリスト1462号山地修、重判【民６】藤澤治奈、判セレ【民５】深谷格、民商148巻３号北居）は、過払い金請求権と貸し金請求との相殺適状を否定しており、そこでの弁済期の到来要求も「形式論理的」であり（この事件では、１・２審は、相殺者（借主）の受働債権（貸し金請求）については、期限の利益の放棄を認めて相殺を認めて、同人からの根抵当権登記抹消請求を認めた。しかし、最高裁は、民法144条を厳格適用し、508条はここでは適用されないとして、それを覆した。しかし「時効期間満了後の相殺適状」は債権法改正でも検討されたようだが、その場合にも類推適用できないものか）、近時の概念法学の復権の一面を見る思いである。しかし、本件でも裏では実質論としてかなり侃々諤々の激しい議論の対立があり、その結果、共通認識が得られなかったのかも知れないとのことであり[42]、できるだけそういうものを法律論に反映させるべきだというのが、我々の学んだ利益考量法学からのレッスンであり、以下にはもう少し理論的に実質論の整理をしてみよう。

（２）（『判旨』の理論的意義）

それでは、本判決では、何故民事再生法92条の「相互性」を厳格に要求するか、その裏の実質論理ないし制度的考量を考えてみることにしたい。三者相殺

（private property & freedom of contract）尊重主義を、ちょっとキザにドイツ語風に標語化したものである。

[41] 内田・前掲（注34）34頁。元は山本和彦「三者間相殺の再生手続における効力――最二判平成28・７・８を手掛りに」金法2053号（2016）（前掲注１）10頁の言葉。

[42] 山本・前掲（注41）10頁注16参照。

は、講学上は、我妻博士によって論じられているのに[43]、本判決の法廷意見は、それを受け付けない勢いである（もっとも我妻博士の叙述は、三者間に及ぶ場合の民法規定の記述であり、約定の三者相殺の範囲などの分析はない）。このスタンスの相違は、倒産場面における倒産債権者の平等保護要請が強いということであろうか（保護法益については、後述する）。

民事訴訟法・倒産法学者の多数が、内田教授とは異なり、本判決を基本的に支持し、その評釈・論説でなされていることは、理論的には、倒産手続における相殺規定の強行規定化の試みであろう。しかしこの潮流は既に民法学では20年ほど前からある。私もそういう総論的・理論的潮流には影響を受けて、従来暗黙裏に任意規定の強行法規化という見地から、各種金融取引規定による「特約」の効力制限論を試みている[44]。そこでは扱わなかったが、重要な債権総論規定である民法415条、416条などは、強行法規化（半強行法規化）しているし（例えば、免責約款の規制論）、478条もそうである（免責約款があっても、無過失を要求する（大判昭和11. 2. 27民集15巻249頁）。その意味で、最判平成５年７月19日判時1489号111頁はやや甘いが、キャッシュカードに関する初期の事例であることに留意する必要があろう）。

また相殺分野でも、かつてしきりに議論された「相殺と差押」に関する「制限説・無制限説」は、制限説（従来の民法多数説）には、相殺者の自働債権の期限が来ていない場合に、受働債権を履行せずにグズグズして、自働債権との相殺を待つという「不誠実さ」を規範的に掣肘するもので、特約を強行法規的に制限しようとする方向性があって（昭和39年最大判〔最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁〕はこの点で注目すべきスタンスである）、注目されたのであった。この立場は、こうした理論的バックアップのみならず、比較法的な支持を増大させるところであった（例えば、ドイツ法では、従来民法では制限説、破産法では無制限説であったが、1999年改正で、押し並べて、制限説の方向にシフトした）。しかるに、過般の債権法改正では、無造作に判例に揃えることとなり（新511条２項は、無制限説を、更に推し進めている）、批判的な

[43] 我妻栄・新訂債権総論（岩波書店、1964）322頁以下。

[44] 吉田邦彦「金融取引における民法典規定の意義――各種特約の横断的再検討」同・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究２巻）（有斐閣、2003）181頁以下（初出、法時71巻４号、６号（1999））。

再検討が必要であろう[45]。

それらとの関係で、倒産法上の相殺禁止の各種規定の法規範的位置づけが問われているわけで、昭和52年最判などは、倒産法分野の強行法規化の先駆的事例として注目すべきものであろう。その意味で、伊藤眞教授らが近時「倒産法的再構成」と称して（山本和彦教授は、「倒産法公序」とする）論じられている[46]ことも、その実質は、同様の理論的方向性であると思われる（民法文献には、あまり言及されないが）。そしてこれも実質的利益考量的アプローチである。

①（保護法益・考量因子）まず保護法益から考えると、第１に、一方で、相殺の合理的期待保護・担保的機能への配慮である（この点、従来の民法学は、この考量は、「制限説・無制限説」の論争に見られるように、『相殺拡大』的に作用した。しかし倒産法判例では逆向きであり、北大民事法研究会での伊藤隼准教授とのやり取りでは、倒産法研究者ではその方向での使い方が多いことを教えられた。同じ法益の意味づけの変遷である。そういう観点で、葉評釈を見ると、やはり限定的色彩があるかも知れない）。第２に、他方で、倒産債権者間の公平、平等（民事再生法155条１項、破産法194条２項、会社更生法168条１項）である（なお、森田評釈（注35）930頁は、この法益に批判的だが、賛同できない）。しかし他面で第３には、多数当事者の契約・複合取引、関連企業の増大、デリバティブ取引における多当事者化という現代的要請、それに対応した多当事者間のリスク処理をどう図るかという考量が求められることは否定できないのであろう。

②（相殺許否の基準）次に以上を踏まえた相殺拒否の基準であるが、法廷意見のように、厳格に二者間相殺に限るか、それとも千葉補足意見の如く三者相殺の余地を一応認めるかが、まず考えるべき分岐点だが、法廷意見では狭すぎる

---

[45] これについては、吉田邦彦「民法（債権法）改正について――その評価と展望」同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（中編）（民法理論研究６巻）（信山社、2017）278頁（初出、判時2270号（2015））、同「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）も参照。

[46] 伊藤眞「証券化と倒産法理――破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界（上）（下）」金法1657号、1658号（2002）。山本和彦「倒産法の強行法規性の意義と限界」民訴雑誌56号（2010）、同「倒産手続における法律行為の効果の変容――『倒産法的再構成』の再構成を目指して」伊藤眞古稀・民事手続の現代的使命（有斐閣、2015）。山本教授は、民法90条だけを根拠とするが（1191頁）、それだけではないだろう。

と考えられる（上記第３の考量因子から）。

その上で、許否基準の１つとしては、再生手続（倒産手続）開始の前後という区切りであり、規定からも読み取れるところである（民事再生法92条１項ないし93条２項２号〔再生手続開始当時の債務負担、支払不能・停止を知る前に生じた原因による場合の相殺の許容〕と93条１項１号〔再生手続開始後の債務負担の場合の相殺禁止〕を比較せよ）。２つめに、債権譲渡へのチェックである（民事再生法93条の２第１項１号〔手続開始後の他人の再生債権取得の場合の相殺禁止〕）。これは、破産法72条１項１号、旧破産法104条３号、ドイツ旧破産法48条３号に遡る）。そして３つめに、関連会社（本件でのＡとＹ）の組織上・営業上の一体性（千葉補足意見）（高田・後掲評釈125頁は、関連性故に、二者間相殺と同視しうる場合とする）ないし契約相互の牽連性という基準である（フランス判例法）（稲垣論文、また深川論文[47]）。

以上は簡略な基準の見取り図にすぎないが、こうした中で山本和彦教授は、関連会社の一体性に関するモニタリングコスト（監視コスト）の問題を指摘し[48]、制度論的考察に及んでいることが注目される。その上で、再生債権者に三者間相殺までモニターさせることはしないという実質的判断から本判決が導かれたとするのである。しかしフランスにおける枠契約・集合的契約の事例についての柔軟な処理が示すように、複合契約の世界は、契約当事者の一体性の問題だけではない。三者相殺が、主体（人的一体性）ないし対象（契約相互の一体性）の見地から、当面は関係当事者にそのような相殺を「相互性」への類比を基準として、適宜出させ、他方で、再生債権者（倒産債権者）の平等性に

---

[47] フランスのこの問題についての近時の判例法の動向については、稲垣美穂子「倒産法における三者間相殺可能性に関する考察」北海学園大学法学研究53巻３号（2017）（前掲注26）は的確に最新のフランス判例法の動向を伝えていて、参考になる。フランスでは、「牽連性」概念を基準に三者相殺を認め、単に主観的な主体の一体性のみならず、複数契約の不可分性からも相互依存性を認めたフランス破棄院2014年９月23日判決があり、我が国の立場よりも広いことを示唆的だとする（178－181頁）。

同様に、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（民法新469条２項２号）」東洋法学61巻３号（2018）（前掲注27）147頁以下、152頁以下もフランスの近時の判例動向から、枠契約のみならず同一の取引からの異なる契約であっても三者間相殺を認める方向性が伺えて、興味深い。

[48] 山本・前掲（注41）10－11頁。

関するモニターは、再生債務者ないし監督委員（破産の場合には、管財人）にさせつつ、当面は暗中模索的な――倒産紛争を通じた――実践的掘り下げ及び実務の積み上げが続くことであろう。

その関係でも、一応の「相互性」基準を三面相殺で打ち出した本判決の制度設計における意味合い（その運営コストの低減）は少なくないと思われる（その意味で、その射程は、民事再生手続にとどまらない一般的意味を持つであろう）。なお、本件の特殊性として、デリバティブ取引で三者間相殺が認められると、野村グループという大手金融企業による独占的な満足が顕著で、それによる倒産法秩序の脅威が赤裸々になったという点もあり、それ故に最高裁は慎重になったということもあり、これは別の意味での制度的考量（千葉補足意見では、立法的考量とされる）であろう。だから中小規模の複合的取引の事案が出てきたら、また別途の対応がなされるのであろうか、この点もやや未知数のところも残されているのではないか。

いずれにしても、この後続的研究は、分担評釈者である葉君が、続けてくれるであろうことを祈りつつ、この蛇足的な評釈を終えることとする。

本判決については、岡田紀彦調査官の解説（ジュリスト1509号、最高裁判例解説平成28年度（法曹会、2019）〔18〕（元は、法曹時報70巻12号））、伊藤眞教授の論説（NBL1084号（前掲注６））、田頭章一教授の解説（重判【民訴９】）、杉本和士教授の解説（法学教室434号）、白石大准教授の検討（論究ジュリスト20号）、高田賢治教授の評論（私判リ55号【民手６】）、森田修教授の評釈（法協135巻４号）、山本和彦教授の論説（金法1053号）（前掲）、柴崎暁教授の論説（比較法学51巻３号）、萩澤達彦教授の評論（判評706号）などがある。

また、本判例評釈は、2020年12月25日オンライン開催の北大民事法研究会（北大民法理論研究会共催）で報告したものである。その場では、司会の伊藤隼准教授をはじめとして、東北大学の得津晶准教授他、多数の参加者からご意見を戴き、ご教示を得たことを記して、感謝申し上げつつ、読者諸賢のご教示をお願い申し上げる（なお、本稿の執筆は、ⅠⅡが、吉田・葉の共同執筆、Ⅲは葉の執筆、Ⅳは吉田の執筆である）。

判例研究

民　事　判　例　研　究

山　本　周　平

被用者が使用者の事業の執行について第三者に加えた損害を賠償した場合における被用者から使用者に対する求償（いわゆる逆求償）の可否

最高裁令和２年２月28日第２小法廷判決（平成30年（受）第1429号、債務確認請求本訴、求償金請求反訴事件）民集74巻２号106頁

Ⅰ　事案

１　事実関係の概要

Ｙは、貨物運送を業とする株式会社である。Ｙは、その事業に使用する車両全てについて自動車保険契約等を締結していなかった。

Ｘは、平成17年５月、Ｙに雇用され、トラック運転手として荷物の運送業務に従事していた。Ｘは、平成22年７月、上記業務としてトラックを運転中、Ａの運転する自転車と接触し、Ａを転倒させる事故（以下「本件事故」という）を起こした。Ａは、同日、本件事故により死亡した。

Ａの相続人は、その長男Ｂおよび次男Ｃであった。Ｃは、平成24年10月、Ｙに対して本件事故による損害の賠償を求める訴えを提起した。平成25年９月、ＣとＹとの間で訴訟上の和解が成立し、Ｙは、Ｃに対して和解金1300万円を支払った。

Ｂは、平成24年12月、Ｘに対して本件事故による損害の賠償を求める訴訟を提起した。第一審裁判所は、平成26年２月、46万円余りおよび遅延損害金の支払を求める限度でＢの請求を認容する判決を言い渡した。Ｂがこの判決を不

服として控訴したところ、控訴審裁判所は、平成27年９月、第一審判決を変更し、1383万円余りおよび遅延損害金の支払を求める限度でＢの請求を認容する判決を言い渡し、この判決は確定した。Ｘは、平成28年６月、この判決に従い、Ｂのために1552万円余りを有効に弁済供託した。

そこで、Ｘは、Ｙに対し、求償権を取得したと主張して、同額の支払を求める訴訟を提起した[1]。

２　第一審および原審の判断

（１）第一審

第一審（大阪地判平成29年９月29日民集74巻２号125頁参照）は、次のとおり判示し、Ｘの請求を認容した。

「被用者が民法709条に基づき不法行為に基づく損害賠償責任を負い、使用者が同法715条１項但し書きにより免責されず、同項本文に基づく損害賠償責任を負う場合、両者の損害賠償債務は不真正連帯債務であると解される。不真正連帯債務の債務者の一方が自己の負担部分を超えて賠償債務を履行した場合には、その部分について、他方に求償することができると解すべきであるところ、……使用者責任を負う使用者には、被用者との関係において、報償責任及び危険責任の原理から、実質的な使用者の負担部分の存在を認めることができるというべきである。そうすると、被用者が、このような使用者の負担部分についてまで賠償義務を履行した場合には、使用者に対し求償することができることとなる。

なお、不法行為責任を負う被用者に対し、被害者が損害賠償請求することを権利濫用等により制限することは困難であると想定されることからすれば、被用者から使用者への逆求償を認めないと、被害者が使用者に対し請求するか、被用者に対し請求するかの偶然の要素により、使用者と被用者との間の損害の公平な分担が阻害されることになり相当ではないというべきである。」

（２）原審

これに対し、原審（大阪高判平成30年４月27日民集74巻２号139頁参照）は、次のとおり判示し、第一審判決を取り消した。

---

[1] なお、Ｙも、Ｃに支払った和解金について、Ｘに対して求償を請求する反訴を提起していたが、これは控訴審で退けられている。本稿では本訴請求のみ取り上げる。

「民法715条１項は、被害者保護のための規定であって、本来、不法行為者である被用者が被害者に対して全額損害賠償債務を負うべきところ、被害者が資力の乏しいこともある被用者から損害賠償金を回収できない危険に備えて、報償責任や危険責任を根拠にして、使用者にその危険回避の負担を負わせたものであって、本来の損害賠償義務を負うのは、被用者であることが前提とされている。……そうすると、民法715条３項の求償権が制限される場合と同じ理由をもって、逆求償という権利が発生する根拠とまですることは困難である。結果が公平に見えることがあるだけでは、理由とはならない。」

これに対し、X が上告受理申立てをした。

Ⅱ　判旨

破棄差戻し。

「民法715条１項が規定する使用者責任は、使用者が被用者の活動によって利益を上げる関係にあることや、自己の事業範囲を拡張して第三者に損害を生じさせる危険を増大させていることに着目し、損害の公平な分担という見地から、その事業の執行について被用者が第三者に加えた損害を使用者に負担させることとしたものである（最高裁昭和30年（オ）第199号同32年４月30日第三小法廷判決・民集11巻４号646頁、最高裁昭和60年（オ）第1145号同63年７月１日第二小法廷判決・民集42巻６号451頁参照）。このような使用者責任の趣旨からすれば、使用者は、その事業の執行により損害を被った第三者に対する関係において損害賠償義務を負うのみならず、被用者との関係においても、損害の全部又は一部について負担すべき場合があると解すべきである。

また、使用者が第三者に対して使用者責任に基づく損害賠償義務を履行した場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防又は損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対して求償することができると解すべきところ（最高裁昭和49年（オ）第1073号同51年７月８日第一小法廷判決･民集30巻７号689頁）、上記の場合と被用者が第三者の被った損害を賠償した場合とで、使用者の損害の負担について異なる結果となることは相当でない。

以上によれば、被用者が使用者の事業の執行について第三者に損害を加え、その損害を賠償した場合には、被用者は、上記諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から相当と認められる額について、使用者に対して求償することができるものと解すべきである。」

なお、菅野裁判官および草野裁判官の補足意見ならびに三浦裁判官の補足意見がある。

Ⅲ　評釈

1　本判決の意義

使用者責任（民法715条１項）が成立する場合において、被用者が被害者に損害を賠償したときに、被用者から使用者に対してされる求償は、講学上「逆求償」と呼ばれ、その可否が長く議論されていた。本件はこの逆求償の可否が争われたものであるが、本判決は、最高裁として初めてこれを認める判断を示したものである[2]。

もっとも、逆求償の可否が実際に争われることは少ない。その理由としては、被害者は資力のある使用者に賠償を求めるのが通常であることや、被用者が自ら賠償した場合でも、使用者との関係性から使用者に求償するのが困難であることが挙げられている[3]。しかし、使用者・被用者の属性は多様であり、使用者よりも被用者に資力がある場合も想定されうることや、被用者が退職後に使用者に対して求償する場合もある（本件もそうである）ことに鑑みれば、逆求償

[2] 本判決は、民法学のみならず労働法学においても議論の対象となっている。本判決の評釈として、佐藤康紀「判批」速判解27号89頁（2020）、田中洋「判批」法教477号141頁（2020）、國武英生「判批」法時92巻12号138頁（2020）、細谷越史「判批」速判解27号257頁（2020）、水町勇一郎「判批」ジュリ1543号４頁（2020）。また、担当調査官による解説として、舟橋伸行「判解」ひろば73巻７号68頁（2020）。なお、校正段階で接したものとして、吉村良一「判批」民商156巻５＝６号948頁（2021）、大澤逸平「判批」重判令和２年度（ジュリ臨増1557号）58頁（2021）があるが、本稿でその内容を検討することはできなかった。

[3] 舟橋・前掲注（２）69頁。

の可否が争点となることも十分考えられる[4]。また、後述[5]のように、逆求償の可否は使用者責任の帰責構造に関する根本的な理解に関わるため、理論的にも重要な問題である。したがって、逆求償を認めた本判決は、理論的にも実践的にも重要な意義を有するということができる。

2　従来の裁判例・学説

（1）従来の裁判例

逆求償の可否が問題となった下級審裁判例としては、佐賀地判平成27年９月11日（労判1172号81頁）[6]がある。この判決は、逆求償を肯定し、その理由として、使用者の損害賠償債務と被用者の損害賠償債務とが不真正連帯債務の関係にあることを前提に、「使用者は被用者の活動によって自己の活動領域を拡張しているという関係に立つこと（いわゆる報償責任）から、被用者がその事業の執行について他人に損害を与えた場合には、被用者及び使用(ママ)の損害賠償債務については自ずと負担部分が存在することになり、一方が自己の負担部分を超えて相手方に損害を賠償したときは、その者は、自己の負担部分を超えた部分について他方に対し求償することができると解するのが相当である」と述べている。

（2）従来の学説

学説を見ると、初期の見解では、使用者には負担部分が存在しないといった理由で逆求償を否定する見解が有力であった[7]が、現在では、結論において一定の場合に逆求償を認める見解が多数である。ただし、その理由付けについては、様々なレベルの主張が存在する。逆求償の発生原因について明示的に述べる見解としては、不当利得を根拠とする見解[8]や、不真正連帯債務における求

---

[4] 能見善久「判批」法協95巻３号595頁、604頁（1978）。

[5] 後述３（１）（イ）参照。

[6] 評釈として、天澤孝子「判批」ひろば70号67頁（2017）、高井洋輔「判批」民商155巻３号540頁（2019）。なお、原判決である鳥栖簡裁平成27年４月９日労判1172号87頁も、逆求償を肯定した。

[7] 末広厳太郎『債権各論』（有斐閣、1918年）1090頁、鳩山秀夫『増訂　日本債権法各論（下巻）』（岩波書店、1924）923頁等。

[8] 能見・前掲注（４）603頁以下、中原太郎『事業遂行者の責任規範と責任原理――使用者責任とその周辺問題に関する再検討（10・完）』法協129巻10号2464頁（2012）のほか、四宮和夫『不法行為』（青林書院、1987）713頁も参照。

償権を根拠とする見解[9]があるが、その一方で、逆求償の発生原因については明示せず、使用者固有の負担部分が存在することから説明する見解[10]もある。

その一方で、逆求償それ自体には消極的な態度を示しつつ、結論として同様の請求を認める見解も主張されている。例えば、使用者と被用者との間に共同不法行為が成立する場合に限って被用者からの求償を認める見解[11]や、使用者の安全配慮義務違反による損害賠償請求を認めることによって調整を図る見解[12]がある。

3　判旨の検討

本判決は、逆求償を認め、その理由として、①使用者責任の趣旨と、②使用者から被用者に対する求償が制限されることとの均衡という２つの点を挙げている。

（1）使用者責任の趣旨――使用者固有の負担部分の承認

（ア）本判決の判断とその正当化

まず、本判決は、民法715条１項の使用者責任の趣旨として、①「使用者が被用者の活動によって利益を上げる関係にあること」、および②「自己の事業範囲を拡張して第三者に損害を生じさせる危険を増大させていること」から、使用者に損害を負担させることとしたものであるとする。そして、「このような使用者責任の趣旨からすれば、使用者は、……被用者との関係においても、損害の全部又は一部について負担すべき場合がある」と述べる。

使用者責任の趣旨として本判決の挙げるもののうち、上記の①はいわゆる報償責任の原理、②はいわゆる危険責任の原理に対応する[13]。使用者責任の趣旨

---

[9] 椿寿夫「判批」判評116号（判時525号）120頁、121頁以下（1968）、平野裕之『民法総合６　不法行為法〔第３版〕』（信山社、2013）260頁。

[10] 潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第２版〕』（信山社、2011）54頁、窪田充見『不法行為法〔第２版〕』（有斐閣、2018）224頁以下。

[11] 淡路剛久『連帯債務の研究』（有斐閣、1975年）301頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第３版〕』（有斐閣、2001）313頁以下、前田陽一『債権各論Ⅱ　不法行為法〔第３版〕』（弘文堂、2017）167頁以下。

[12] 森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987）31頁。

[13] 報償責任・危険責任の原理を使用者の責任の根拠付けとして用いることは、判例・学説において一般的であるものの、最近では批判も少なくない。根本的な批判として、

をこのように捉える立場は、本判決も引用する過去の最高裁判決でも示されていたところであるが、本判決は、報償責任・危険責任の原理を、使用者と被用者の内部関係における使用者の最終的な損害負担の根拠付けとして用いた点に、従来の判例には見られない特徴がある[14]。

実際、報償責任・危険責任の原理から使用者に責任を課しつつ、最終的にそれを被用者に転嫁し、使用者は一切の損害負担を免れるというのでは、両原理の趣旨を没却することになろう。したがって、これらの原理は、被用者との関係でも、利益帰属主体かつ危険管理主体である使用者の最終的な（全部または一部の）損害負担を根拠付けるというべきである[15]。

（イ）代位責任構成との整合性

本判決が「使用者は、……被用者との関係においても、損害の全部又は一部について負担すべき場合がある」とするのは、使用者固有の負担部分が認められうることを意味する。このような考え方をとる場合、「使用者責任を代位責任であると説明することは困難」となるという指摘もあるが[16]、その一方で、代位責任構成を維持しつつ逆求償を認める見解も少なからず主張されてきたところである。こうした状況に鑑みると、使用者固有の負担部分を認めることが代位責任構成と矛盾しないかという点について、検討の必要があろう。これは、使用者責任が代位責任であるということをどのような意味で捉えるかに関わる[17]。

中原太郎『事業遂行者の責任規範と責任原理――使用者責任とその周辺問題に関する再検討（２）』法協128巻２号271頁、327頁以下（2011）。そのほかに、潮見・前掲注（10）11頁注（29）、瀬川信久「『事業執行性』の展開と使用者責任の多元性」藤岡康宏古稀『民法学における古典と革新』（成文堂、2011）533頁、581頁注（60）等も参照。確かに、本判決の定式化するような報償責任・危険責任の原理は、あまりにも茫漠としており、再検討を免れないと考えられるが、本稿では立ち入らない。

[14] 舟橋・前掲注（２）70頁。

[15] 潮見・前掲注（10）50頁のほか、窪田・前掲注（10）225頁、平野・前掲注（９）236頁も参照。ただし、中原・前掲注（８）2462頁は、報償責任・危険責任の原理によって使用者の負担部分を根拠付けようとする見解に対し、「過失責任原則のもとで、なぜ無過失責任（という特別な根拠に基づく責任）を負わされる使用者が過失責任を負う被用者との関係で内部的負担を強いられるのかを説明できない」と批判する。

[16] 舟橋・前掲注（２）72頁。

[17] 代位責任概念の理論的整序の試みとして、中原太郎「『代位責任』の意義と諸相――

一方で、使用者責任が代位責任であるということは、被用者が本来負うべき不法行為責任を、使用者が被用者に代わって負担するもの（いわば「肩代わり責任」）であることを意味するという理解がある。従来はこのような理解が当然の前提とされてきた[18]ように思われるが、これによるならば、あくまで第一次的な責任主体は被用者であることから、使用者固有の負担部分は存在せず、被用者からの求償権も認められないと考えるのが自然である。

他方で、代位責任の概念は、上記のような「肩代わり責任」という意味を必然的に含むものではないとも考えられる[19]。すなわち、使用者責任が代位責任であるということは、自己（使用者）の不法行為ではなく他人（被用者）の不法行為についての責任であるという意味[20]にすぎず、被用者が第一次的な責任主体であるということを当然に含意するものではない。その上で、使用者責任が報償責任・危険責任という使用者固有の帰責根拠に基づく責任であり、その意味で「固有責任」[21]であることを率直に認めるならば、使用者固有の負担部分を認めることも可能となる。

後者の理解によるならば、使用者責任は、被用者という他人の不法行為についての責任（その意味で代位責任）であると同時に、使用者固有の帰責根拠に基づく責任（その意味で固有責任）であることになり、代位責任であることと、使用者固有の負担部分を認めることとの間に矛盾は生じない[22]。したがって、代位責任構成をとりつつ逆求償を認めることに理論上の障害はないことになる。

監督義務者責任・使用者責任・国家賠償責任」論ジュリ16号41頁以下（2016）も参照。

[18] 例えば、舟橋・前掲注（２）72頁の指摘も、このような理解を前提としている（同69頁も参照）。

[19] 中原・前掲注（13）342頁。

[20] 換言すれば、直接の加害者である被用者の行為を過失評価の対象として使用者が責任を負うものであるということができる（中原・前掲注（17）44頁）。

[21] ここにいう「固有責任」は、使用者固有の帰責根拠に基づく責任という意味であり、使用者自身の（故意・過失）行為に基づく責任という意味ではない。そのことを示す意図もあって、本稿は「自己責任」の語を用いていない（平野・前掲注（９）236頁以下と同じ用語法である）。

[22] 平野・前掲注（９）260頁以下のほか、潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ　不法行為法〔第３版〕』（新世社、2017）143頁も参照。

（2）使用者の求償権が制限されることとの均衡

（ア）本判決の判断とその正当化

次に、本判決は、逆求償を認める理由として、使用者から被用者に対する求償が制限されることとの均衡を挙げている。すなわち、最判昭和51年７月８日民集30巻７号689頁（以下「昭和51年判決」という）が、使用者から被用者に対する求償権が制限される可能性を認めていることを前提とすると、逆求償を認めなければ、使用者が被害者に損害を賠償した場合と、被用者が被害者に損害を賠償した場合とで、「使用者の損害の負担について異なる結果とな」ってしまい、均衡を欠くというわけである[23]。

確かに、仮に逆求償が認められないとする場合には、被害者が使用者と被用者のいずれに損害賠償を求めたかという、責任とは無関係の事情によって最終的な損害の負担が異なることになり、合理性があるとはいえない[24]。その意味で、本判決の結論は正当である。

（イ）昭和51年判決との整合性

もっとも、本判決の判断は、必ずしも昭和51年判決の当然の帰結ではない。昭和51年判決では、「損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し……求償の請求をすることができる」とされているが、この判示をどのように理解するかによって、逆求償の可否についても次のように考え方が分かれうる[25]。

一方で、昭和51年判決が求償権の制限を信義則という一般条項から説明していることは、使用者の全面的な求償権が実体法上は存在するが、その行使が例外的に制限されるという理解に結びつきやすい[26]。これによるならば、使用者固有の負担部分は存在しないことになるため、使用者の求償権の制限を認めるとしても、それは被用者の求償権を認めることにはつながらない。

他方で、「損害の公平な分担という見地から」という判示は、最終的な損害

---

[23] なお、そもそも被害者から被用者に対する損害賠償請求の制限を認める（澤井・前掲注（11）313頁以下、平野・前掲注（９）257頁等）ならば、その限りで逆求償の問題は生じない。本件第一審判決の判示も参照。

[24] 舟橋・前掲注（２）71頁。

[25] 以下の整理は、窪田・前掲注（10）222頁以下による。

[26] 川井健『現代不法行為法研究』（日本評論社、1978）103頁〔初出1977〕、能見・前掲注（４）602頁等。

分担割合に焦点を当てているようにも見える[27]。この点に着目すると、昭和51年判決は、使用者にも一定の範囲で最終的な損害負担を要請したものであると理解することが可能になる。これによるならば、使用者固有の負担部分も存在しうることとなり、使用者の求償権の制限を認めるならば、その反面として被用者の求償権も認められるはずである。

以上の２つの理解を比較すると、前者の理解のほうが素直であるようにも思われるし、これは使用者責任を「肩代わり責任」と捉える従来の一般的な理解とも親和的である[28]。しかし、本判決と昭和51年判決とを整合的に理解するためには、後者の理解をとることが必要である。そして、以下の理由から、それは決して無理のある解釈ではないと考えられる。

第１に、昭和51年判決は確かに信義則に言及しているが、判旨を素直に読む限り、使用者に全額の求償権が認められるのが原則であるという趣旨の判示はしていない。むしろ全体としてみると、求償権が制限されるのが原則であるかのようにも読める[29]。

第２に、「信義則上相当と認められる限度において」求償できるという判示については、信義則の観点は、求償権の範囲を決定するに当たって考慮されているにすぎないと見ることができる[30]。したがって、信義則を援用することは、使用者に全額の求償権が認められるのが原則であるという理解と必然的に結び付くものではない。

以上より[31]、本判決の判断は、昭和51年判決とも整合的に説明することがで

---

[27] 神田孝夫「判批」重判昭和51年度（ジュリ臨増642号）79頁、81頁（1977）も参照。

[28] 被用者が本来負うべき責任を使用者が肩代わりしているのであって、あくまで第一次的な責任主体は被用者であるという理解による場合には、使用者が被用者に対して全額の求償権を有するのが当然であり、逆に被用者の求償権は認められないことになる。本件原審判決もそのような理解に依拠し、使用者の求償権が制限されるからといって逆求償をも認めるべきことにはならないとした。

[29] 潮見・前掲注（10）50頁。

[30] 舟橋・前掲注（２）70頁。

[31] そのほかに、神田・前掲注（27）81頁は、昭和51年判決が「原審判示に比し『権利濫用』との説示を欠いている」点が、「使用者が本来全額につき求償権をもつとの考え方をとらないことを示すもの」であると言う。

きる[32]。

4　残された問題

本判決の判断は、結論において正当なものと考えられるが、そこにはなお解明されるべき理論的問題が残されている。１つは、逆求償の法律上の根拠に関する問題、もう１つは、逆求償の範囲に関する問題である。

（1）逆求償の根拠――民法改正との関係

本判決は、逆求償の法律上の根拠（発生原因）については何も述べていない[33]。この点は、民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）による連帯債務の規定の改正[34]との関係で検討を要する。

（ア）改正民法下における使用者の損害賠償債務と被用者の損害賠償債務の関係

これに関しては、前提として、民法715条１項による使用者の損害賠償債務と、民法709条による被用者の損害賠償債務とが、どのような関係に立つかということが問題となる。

改正前民法下では、両債務は不真正連帯債務となるという見解が一般的であった[35]。しかし、改正民法下の連帯債務は、主観的共同関係の有無にかかわらず広く成立し、絶対的効力事由が極めて限定されている点において、従来の不真正連帯債務を取り込みうるものとなっており、その結果、改正民法下では、不真正連帯債務の概念はもはや必要なくなったとも言われる[36]。このことを前

---

[32] 判例との関係では、最判平成３年10月25日民集45巻７号1173頁との整合性も問題となりうるが、舟橋・前掲注（２）70頁は、この判決も「逆求償を肯定する見解と矛盾するものではない」とする。

[33] この問題を指摘するものとして、佐藤・前掲注（２）91頁、國武・前掲注（２）140頁以下。

[34] 不法行為法への影響を念頭に置きつつ改正の経緯を検討するものとして、大坂恵里「連帯債務」大塚直編『民法改正と不法行為』（岩波書店、2020）17頁。

[35] 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）177頁、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974）189頁等。判例として、大判昭和12年６月30日民集16巻1285頁、最判昭和45年４月21日判時595号54頁も参照。

[36] 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017）112頁、中田裕康『債権総論〔第４版〕』（岩波書店、2020）549頁以下等。ただし、異論も少な

提とすると、使用者の損害賠償債務と被用者の損害賠償債務も、改正民法下では通常の連帯債務となるものと考えられる[37]。

もっとも、条文との関係では若干の問題がある。というのは、例えば共同不法行為（民法719条１項前段）の場合には、条文上「連帯してその損害を賠償する責任を負う」と明示されているため、「法令の規定……によって数人が連帯して債務を負担するとき」（民法436条）に当たり、各共同不法行為者の損害賠償債務が連帯債務となることに問題はないが、使用者責任が成立する場合における使用者の損害賠償債務と被用者の損害賠償債務については、そのような規定が存在しないからである。しかし、この点については、一定の説明が可能である。すなわち、民法436条にいう「法令の規定」を緩やかに捉え、条文上「連帯」と明示されていない場合も、「法令の規定……によって数人が連帯して債務を負担するとき」に含まれると解釈することにより、ここで問題となっている場合についても、同条により連帯債務の成立を認めることができる[38]。

（イ）改正民法下における使用者・被用者間の求償権

以上のように、使用者の損害賠償債務と被用者の損害賠償債務が連帯債務となるのであれば、使用者・被用者間の求償についても、連帯債務者間の求償に関する規定（民法442条１項）が適用され、これを根拠とする求償権が認められうる[39]。

くない（平野裕之『新債権法の論点と解釈〔第２版〕』（慶應義塾大学出版会、2021）218頁以下等）。また、内田貴『民法Ⅲ　債権総論・担保物権〔第４版〕』（東京大学出版会、2020）466頁は、「あえて不真正連帯債務という法文にない概念を用いるまでの必要はな」いとする一方で、「改正法がこの概念の廃棄を意図しているとまではいえず、今後の解釈論に開かれた問題というべき」であるとも述べている。

[37] このことを明言するものとして、潮見・前掲注（22）150頁。

[38] 中田裕康ほか『講義　債権法改正』（商事法務、2017）173頁〔沖野眞已〕のほか、潮見・前掲注（36）113頁も参照。なお、「法令の規定」がないのであれば従来どおり不真正連帯債務となるという解釈もありえないわけではないが、共同不法行為の場合に各共同不法行為者の債務が連帯債務となるのであれば、この場面で異なる解釈をとる実質的理由はないように思われる（窪田充見「連帯債務――複数の賠償義務者間における求償をめぐる枠組み」法の支配190号60頁、70頁（2018））。

[39] 民法715条３項が、「使用者……から被用者に対する求償権の行使を妨げない」と定めているのも、民法442条１項により負担部分に応じた求償が可能であることを注意的に規定したものにすぎないということになろう。

これによると、被用者から使用者に対する求償権も一律に否定されるわけではなく、逆求償の可否は連帯債務者である使用者・被用者それぞれの負担部分の確定問題に解消される。そして、使用者責任も固有責任としての性質を併せ持ち、使用者固有の負担部分が認められうるという立場[40]を前提とするならば、一定の範囲で逆求償が認められることとなる[41]。さらに、使用者から被用者に対する求償権の制限も、使用者固有の負担部分に属しない部分についてのみ被用者に求償しうるということにほかならず、やはり負担部分の確定問題に帰着する[42]。

以上のように考えることで、使用者・被用者間の求償について、本判決を含む従来の法的規律の実質を維持しつつ、改正民法の規定に則った説明が可能となる[43]。

（2）逆求償の範囲

本判決は、求償の額を審理させるために本件を原審に差し戻したため、逆求

なお、連帯債務とする場合には、自己の負担部分を超える額を弁済しなくても求償権の行使が可能かどうかという問題が生ずる（佐藤・前掲（2）91頁も参照）が、これは使用者・被用者間の求償に限った問題ではなく、主に共同不法行為者間の求償との関連で、改正民法下において議論されている。この点については、いずれの解釈も可能であると思われる（筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答　民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）119頁、中田･前掲注（36）542頁、内田･前掲注（36）465頁以下等）が、仮に自己の負担部分を超える額を弁済して初めて求償しうるという立場（最判昭和63年７月１日民集42巻６号451頁等）を維持するとしても、求償権の根拠自体は民法442条１項であり、ただ求償権の要件が修正されるにすぎないと説明すれば足りる。したがって、以上の問題は、本文に述べたような理解をとることの妨げとはならない。

[40] 前述３（１）（イ）参照。

[41] これに対し、「肩代わり責任」理解を貫徹し、使用者固有の負担部分は存在しないと考えるならば、逆求償は認められないこととなる（前田・前掲注（11）167頁参照）。

[42] このように考えるならば、使用者からの求償権の制限を信義則上の制限と構成する必要はなく、その限りで昭和51年判決を修正するのが適切である。

[43] 従来、使用者・被用者間の求償権についても不真正連帯債務者間の求償権として説明する見解があった（椿･前掲注（９）121頁以下、平野･前掲注（９）260頁のほか、本件第一審判決も同様）が、この見解は、改正民法下で不真正連帯債務の概念はもはや必要ないという立場を前提とすると、本文で述べたように読み替えられるものと思われる。

償の範囲が最終的にどのように判断されるべきかが、本件の具体的解決として残された問題である[44]。

これについては、逆求償の範囲がどのような観点から決定されるべきかが問題となるが、本判決は、昭和51年判決の示した考慮要素を引用し、逆求償の場合にも同じ要素を考慮して判断すべきことを示している。そのため、負担部分の確定に当たっては、使用者から被用者に対する求償について判断した裁判例をも参考にすることができる[45]。

また、この問題に関連して、本判決に付された２つの補足意見は、いずれも被用者の負担部分を相当程度限定する必要性を示唆している。その際、菅野裁判官・草野裁判官の補足意見は、使用者・被用者各自の属性と双方の関係性を重視し、損害リスクの負担能力を考慮して被用者の負担部分を限定することを指向する一方で、「矯正的正義の理念」や適切な行動への誘因といった観点から、被用者の負担部分が過少とならないように配慮する必要性をも示しており、総じて経済学的な発想が色濃く現れているということができる。また、いずれの補足意見も、Ｙが任意保険に加入していなかったことが被用者の負担部分を小さくする方向で働きうるとする[46]が、三浦裁判官の補足意見は、そのことを貨物自動車運送事業法等の法令の趣旨から基礎付けようとしている点に特徴がある。

※本研究は JSPS 科研費17K0344307、20K0136000の助成を受けたものである。

[44] 差戻審の見通しを論ずるものとして、細谷・前掲注（２）259頁以下。

[45] 舟橋・前掲注（２）72頁。また、下級審裁判例を網羅的に整理したものとして、村木洋二「被用者が使用者又は第三者に損害を与えた場合における使用者と被用者の間の賠償・求償関係」判タ1468号５頁（2020）

[46] これ自体は、使用者から被用者に対する求償権の制限においても考慮されてきたところである（村木・前掲注（45）11頁以下参照）。

雑　　報

北海道大学法学会記事

○2020年12月24日午後３時より
「戦後憲法学と平和主義」

報告者　鈴　木　　敦
出席者　43名

一　問題の所在

戦後憲法学の歴史のなかで最も激しい議論の対象となってきたのが日本国憲法第９条であることは論を俟たない。本条は、第１項に戦争放棄を、第２項に戦力不保持・交戦権の否認を明示している点で、「比類のない徹底した戦争否認の態度を打ち出し」た規定であると評されてきた（芦部信喜）。

そして、こうした非武装平和主義の理想を擁護する立場から、政府によって済し崩し的に進められてきた事実上の再軍備過程を厳しく批判し、これに反対する論陣を張ってきたのが戦後憲法学の一つの大きな潮流であった。

もっとも、ひとくちに戦後憲法学といっても、その内実は多岐多様であり、これを一概に論ずることはできない。そこで本報告では、戦後憲法学の世代論や学会の動きにも注目し、第９条をめぐる憲法学の多様な言説の形成・展開・変遷の過程の通時的な検証を試みた（なお、紙幅の制約上、以下の内容は報告の一部の要旨に止まらざるをえなかったことをお断りする次第である）。

二　戦後憲法学における「世代」と「学会」

戦後日本では、新憲法施行翌年の1948年に憲法・行政法・国法学を包括する日本公法学会が創設されたが、同会は、多様な政治観を有する公法学者を広く会員とし、また、純粋な学術研究学会を志向した経緯もあり、上述の政府による再軍備過程や改憲路線に対しても具体的な対応を示していなかった。

他方、自主憲法制定を目指す政府の主導で1956年に設置された憲法調査会へ

の危機意識から新設されたのが、「戦後第１世代」の憲法学者を代表する宮沢俊義や清宮四郎らを発起人とする憲法問題研究会（1958年）、戦前から在野の憲法学者として活動した鈴木安蔵を初代代表とする憲法理論研究会（1964年）、小林直樹や芦部信喜といった「戦後第２世代」の憲法学者を中心とする20名が発起人に名を列ねた全国憲法研究会（1965年）の各団体である。

これらの研究会のなかでも第９条の理念を基礎とする戦後の平和運動に大きな足跡を残してきたのが全国憲法研究会（以下、「全国憲」）であった。発足当初の全国憲の性格を特徴づけていたのは、①「戦中派」としての強固な世代意識と、②「非武装平和」を志向する護憲論であった。実際に、20人の発起人らの経歴からは、その３分の２までもが何らかの形で軍歴を有し、中心世代が学徒出陣により戦争への協力を強いられた経験をもつ事実が明らかとなる。

なお、発足当時の全国憲は、会員の対象者を30歳から50歳の憲法研究者に限定したが、このことは、宮沢や清宮らの「先輩世代を締め出す形」（石川健治）で新たな研究会が立ち上げられたことを意味しており、こうした判断は、戦中派を自認する「戦後第２世代」の戦争体験を背景とする第９条の「非武装平和」理解に基づく護憲論を純化させる意味合いを伴っていた。

三　第９条訴訟の本格化と憲法学者

全国憲は、当初より組織的かつ精力的に第９条の総合的な研究を進めたが、その理論的及び実践的な協力のもとに、自衛隊違憲訴訟が本格化したのもこの時期であった。こうした第９条護憲運動の一つの到達点に、いわゆる「平和的生存権」（憲法前文）の具体的権利性を認め、自衛隊に対する違憲判断を示した1973年の長沼事件札幌地裁判決を位置づけることができるだろう。

もっとも、1976年の本件控訴審判決が、旧日米安保条約と在日米軍の憲法適合性が争われた1959年の砂川事件上告審判決の論理を応用するかたちで、統治行為論を用いて自衛隊（法）に対する憲法判断を回避したことは、その後の下級審判決にも決定的な影響を及ぼし、これ以降、憲法訴訟を通じた「非武装平和」実現の道は、実質的に閉ざされることとなる。

四　国民意識の変化と憲法学説の動向

なお、第９条訴訟の動きと相前後して、1970年代半ばには国民の80％以上が継続的に自衛隊の必要性を認めるに至っている。こうした国民意識の顕著な変化を受け、1980年代以降には、全国憲発起人のなかからも、自衛隊「違憲・合法」説（小林直樹）や憲法第９条変遷論（橋本公亘）という新説が現れたが、その一

方で、「戦後第２世代」とその問題意識を引き継いだ「戦後第３世代」の非武装平和論は、憲法解釈論から具体的な平和政策論へと議論を拡大していった。

しかし、自衛隊違憲論を前提に、組織改編を通じた自衛隊の解消を目指すこれらの政策提言は、政府の防衛方針や世論とはかけ離れたものであったため、国政への影響力は限定的なものに止まらざるをえなかった。

五　国政における政治的決着とその影響

1990年代に入ると、東西冷戦の終結もあり、自社さ連立政権に参加した日本社会党が、同党が堅持してきた「非武装中立」政策を断念し、従来からの政府見解に基づく「安保堅持・自衛隊容認」の判断（1994年）を示したことで、自衛隊の憲法適合性をめぐる論議は一定の政治的決着を見る。

こうした社会党の変説は、当然に非武装平和を志向する憲法学者らの厳しい批判を受けもしたが、他方で、「戦後第２世代」の憲法学者のなかにも、芦部信喜による「政治的マニフェスト説」（高柳賢三説）の再評価や、阿部照哉による「護憲的改憲論」など、いくつかの自省の動きが見られるようになる。

また、この頃には、戦後第２世代・第３世代の門下生にあたる世代（第４世代）までが憲法学の担い手として活動を始めているが、そうした次世代の研究者のなかでは、現実と著しく乖離した自衛隊違憲論を憲法学者が主張し続けることのマイナス面も意識されるようになり（高橋和之）、さらに、非武装を前提としない「穏和な平和主義」を容認し、自衛隊の存在を合憲とする学説が次第に有力に展開されることとなっていった（長谷部恭男）。

六　おわりに――第９条学説はどこへゆくのか

第９条は曲がりなりにもその命脈を保ってきたが、それと同時に自衛隊自体も60年以上にわたり安定的に存続してきた。今日、両者の関係を「第９条か自衛隊か」という二者択一ではなく、「第９条も自衛隊も」という形で支持する国民が多数を占めることは驚くにあたらないであろう。もっとも、上述のような第９条学説の変遷をどう評価すべきかという問題については、これからの憲法学の担い手に課せられた重要な課題であるように思われる。

なお、自衛隊の存在を容認することは、第９条の法規範性の否定を意味するものではない。実際に第９条は、自衛隊活動の限界を画する規定として機能してきたし、それを研究対象とする憲法学の意義も失われるわけではない。その意味で、第９条は、今後も憲法学の「主戦場」であり続けるであろう。

論　説

契約責任決定規範の多元性（三）

――アメリカ契約法における fault の発見を端緒として――

木戸茜

目　次

序章
第一節　問題意識
第二節　考察の対象と分析の視角

第三節　本稿の構成
第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換
第一節　はじめに
第二節　アメリカ契約法の発端
第三節　形式主義的契約観
第四節　厳格責任の確立
第五節　アメリカ契約責任法理の転換
第六節　小括
第二章　アメリカ契約法における fault の発見
第一節　はじめに
第二節　Muris の見解
第三節　Cohen の見解
第四節　Eisenberg と Hillman の見解
第五節　Cooter と Porat の見解
第六節　小括
第三章　アメリカの裁判例における契約責任決定規範
第一節　はじめに
第二節　裁判例の紹介
第三節　裁判例の分析
第四節　小括
第四章　日本法における契約責任法理の展開
第一節　はじめに
第二節　契約責任法理の起草過程

（以上、六八巻六号）

（以上、七一巻五号）

第三節　伝統的通説の形成とその評価
第四節　現代の契約法学における契約責任法理
第五節　二〇一七年債権法改正とその評価
第六節　小括
第五章　日本の裁判例における契約責任決定規範
終章

（以上、本号）

第三章　日本法における契約責任法理の展開

第一節　はじめに

本稿はここまで、契約責任の帰責根拠について具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から、アメリカ契約法とその下での具体的な裁判例を検討してきた。

その中で、アメリカ契約法の伝統的通説とされる厳格責任主義が必ずしも普遍的なものではなく、客観的に明確かつ予見可能な形式的ルールへの要請から選択されるに至った経緯を指摘した。そして、約因に基づいて契約の拘束力を認め、厳格責任によって契約責任を決定する形式的な立場が、Gilmore や Macneil の研究による批判を受け、転換期を迎えたことを確認した(1)。近年のアメリカ契約法学では、特に契約違反に基づく救済の場面に着目し、帰責根拠は明示の義務違反にとどまるものではなく、契約当事者の fault の有無という規範的判断が持ち込まれていることを指摘する学説

が有力に主張されている[2]。厳格責任主義を採用するアメリカ契約法においても、契約責任の判断にあたっては規範的な要素が考慮されてきたといえよう。

翻ってわが国では、契約違反に対する救済として強制履行、損害賠償請求、解除が用意され、契約法は伝統的に過失責任主義の立場に立つとされてきた[3]。とりわけ改正前民法四一五条は、その前段において「債務の本旨不履行」を、後段において「帰責事由としての過失」を要件として損害賠償請求を認めてきた。

しかし、二〇一七年債権法改正に至る学説の展開を見ると、そこでは過失責任主義の放棄が検討され、帰責根拠を「契約の拘束力」に求める立場が有力となっているようである[4]。ここではすなわち、債務者が契約に反したことそのものが帰責根拠となる。このような考え方は、厳格責任主義を採用するアメリカ契約法の立場やCISG等における国際的潮流と合致するものであると評価される一方[5]、従来の実務における判断構造を明確にするものであり変更する趣旨ではないとも説明されている[6]。

いずれにせよ、わが国における実質的な契約責任の判断構造を分析するにあたり、従来いかに帰責根拠がとらえられてきたのか、また近年の議論において従来の考え方が変更を迫られているのか否か、学説の展開を追うことには一定の意義があろう。そこで以下では、わが国の契約責任法理の起草過程から二〇一七年債権法改正に至るまで、学説の状況を概観することとする。

なお、契約責任の帰責根拠は損害賠償責任の要件論の文脈で論じられることが多く、本稿においても民法四一五条が主な検討対象となる[7]。この他、損害賠償の範囲を決定する同四一六条、過失相殺により損害賠償額を調整する同四一八条[8]も併せて検討対象とする。前述したように、規範的要素としてのfaultを見出しつつあるアメリカ契約法においては、契約責任の有無の決定の場面だけでなく、契約責任が肯定された後の賠償額の決定の際にもfaultの影響が見

られた。[9] このように契約当事者の fault は、契約責任決定規範としていわば横断的に機能しているといえる。わが国の契約責任法理における外在的規範の役割を今一度見直すためにも、賠償額の決定に至るまでの諸規定を横断的に検討することが必要であろうと考える。

（1）本稿第一章参照。

（2）本稿第二章参照。

（3）これらの三つの救済手段の関係について、伝統的通説は、債権の本来的効力は履行請求権であると考えてきた。参照、我妻栄『新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）』岩波書店（一九六四年）五頁等。なお、履行請求権の第一義性に関する近年の議論として、内田貴「強制履行と損害賠償――損害軽減義務の観点から」同『契約の時代』岩波書店（二〇〇〇年）一七〇頁、吉政知広『事情変更法理と契約規範』有斐閣（二〇一四年）二〇一頁以下、森田修『契約規範の法学的構造』有斐閣（二〇一六年）二一七～二一八頁、同『「債権法改正」の文脈――新旧両規定の架橋のために』有斐閣（二〇二〇年）二五五頁等がある。

（4）例えば、法制審議会民法（債権関係）部会では、契約違反に基づく損害賠償責任の帰責根拠を「過失責任の原則」から「契約の拘束力」へと転換する方針であることが説かれた。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ――契約および債権一般（一）』商事法務（二〇〇九年）二四四、二四六～二四七頁。

（5）曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ――取引・財産・手続』法律文化社（二〇一二年）三三二頁、松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード――統一化の要請と民法原則の動揺」法セミ六九三号（二〇一二年）一九頁。一方この点につき、厳格責任主義を採用する英米法との統合をはかる社会的必要性はないとの批判や、国際的な動きへの配慮はされるべきであっても国際商取引の分野に合わせて債権法を全て改正する必要はないといった批判がなされている。参照、加藤雅信『民法（債権法）改正――民法典はどこにいくのか』日本評論社（二〇一一年）六七頁、吉田邦彦「近時の「民法（債権法）改正」目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」法時八二巻一

二号（二〇一〇年）七八頁。

（6）民法（債権法）改正検討委員会（二〇〇九年）・前掲注4・二四五、二五四頁、商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第一集〈第一巻〉――第一回～第六回会議議事録と部会資料』商事法務（二〇一一年）四三七頁（部会資料五―二「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（一）詳細版」）。

（7）債権の発生原因には契約の他、事務管理（民法六九七条以下）、不当利得（同七〇三条以下）、不法行為（同七〇九条以下）等の法律の規定も挙げられる。さらに、一定の社会的接触関係にある者の間で、信義則上の義務が発生することがある（最判昭和五〇年二月二五日民集二九巻二号一四三頁等）。このように債権の発生原因は様々であるが、本稿では契約による債権を議論の主な対象とする。

（8）この他、損害賠償にあたっては損益相殺的調整がなされ得る。わが国の民法典には明文の規定はないが、学説・判例は損益相殺を認める点で異論をみない。参照、奥田昌道編『新版注釈民法（一〇）Ⅱ 債権（一）』有斐閣（二〇一一年）五〇四頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。

（9）本稿第三章第四節参照。

第二節　契約責任法理の起草過程

以下では、債務不履行（契約違反）に基づく損害賠償を決定する諸規定のうち、特に本稿の問題意識とかかわりの深い民法四一五条、四一六条、四一八条について、その起草過程を概観する。

一　改正前民法四一五条の起草過程

一―一　旧民法における債務不履行に基づく損害賠償責任

債務不履行を理由とする損害賠償責任については、民法四一五条に規定が置かれている。次節で述べるように、二〇一七年債権法改正前の同条の伝統的な理解によれば、（ⅰ）債務の本旨不履行、及び（ⅱ）債務者の帰責事由が損害賠償責任の成立の要件であるとされてきた。さらに（ⅱ）債務者の帰責事由とは、「債務者の故意過失または信義則上これと同視すべき事由」と定義されてきた。

しかし、同条の起草過程を見れば、このような理解は必ずしも立法当時から受け入れられてきたものではない。特に、同条において債務不履行の要件として掲げられている帰責事由については、同条のもととなった旧民法財産編三八三条では必ずしも積極的に規定されていたわけではない。そこで、以下では、旧民法財産編三八三条を中心に、契約責任の帰責構造についていかに規定されていたのか、簡単に触れておくことにする。(10)

旧民法は財産編第二章「義務ノ効力」の総則に一条を設け、直接履行の訴権（第一節）と、不履行の場合に付随的に与えられる損害賠償の訴権（第二節）とを義務の主たる効力とする。これを受けて、いかなる場合に債務不履行が成立するかについて、第二節「損害賠償ノ訴権」三八三条以下に規定が置かれている。

旧民法財産編三八三条は以下のように規定する。「債務者カ義務履行ヲ拒絶シタル場合ニ於テ債権者強制執行ヲ求メサルカ又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキハ債権者損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。債務者ノ責ニ帰ス可キ履行不能ノ場合ニ於テモ亦同シ。又債権者ハ履行遅延ノミノ為メ損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。法律ヲ以テ損害賠償ノ額ヲ定メタル場合ノ外当事者之ヲ定メサリシトキハ下ノ区別及ヒ条件ニ従ヒテ裁判所之ヲ定ム」。ここでは、（ⅰ）債務者の履行拒絶、（ⅱ）債務者の責めに帰すべき履行不能、（ⅲ）債務者の履行遅滞の三つについて規定されている。

旧民法典の起草にあたって作成されたボアソナード草案四〇三条は、フランス民法一一四二条及び同一一四七条を引用している。(11) これらの規定はそれぞれ以下の通りである。(12) フランス民法一一四二条「債務者側の不履行の場合には、な

す債務、または、なさない債務は、すべて損害賠償に転化する」。フランス民法一一四七条「債務者は、必要あるときは、不履行が自己の責めに帰することのできない外来の原因によって生じたものであることを正当づけることができない限り、たとい自己の側にいかなる悪意なかったときであっても、債務不履行を理由として、あるいは履行における遅延を理由として、損害賠償の支払を命じられる」。

このため、旧民法財産編第三八三条はこれらの規定に由来するといえるが、フランス民法と旧民法との間には以下のような違いが指摘される[13]。フランス民法一一四二条は、すべての作為・不作為債務は債務者の不履行により損害賠償に転化する旨を規定し、同一一四七条は、債務の不履行もしくは履行の遅延による損害賠償責任を規定している。フランス民法では、損害賠償をもたらす債務不履行の態様として、（ⅰ）債務の不履行（l'inexécution de l'obligation）と、（ⅱ）履行遅滞（retard dans l'exécution）の二種が挙げられていることになる。これに対して旧民法は、履行不能を「義務ノ消滅」の理由として明記したうえで、さらに積極的にそれを債務不履行の一類型としている[14]。

この点、フランス法においては、履行不能は債務不履行の独立した一類型として挙げられているわけではない。フランス民法一一四七条によれば、債務の不履行あるいは履行遅滞の場合に有責を要件として損害賠償義務が生ずるが、両者の関係について、履行遅滞が同時に債務不履行を意味するため、二種類の異なるものというわけではないとの指摘がある[15]。履行不能に対応するケースは、「確定的かつ取消しえない不履行（inexécution definitive et irrévocable）」として、不履行に吸収されるのである[16]。

比較法的に見れば、履行不能は一般的に契約責任の構成要件としてよりも、解放効を持つ給付障害として重要な機能を果たしている。厳格責任主義を採用する英米型においても、無責の不能に契約からの解放効をみとめるドグマは形成されている。英米法において一七、一八世紀では、疑わしい場合は無制限に契約違反の責任が問われていたが、一九世

紀後半からは典型的な免責条項の一般化がなされた[17]。ただし、後発不能は免責事由とはならないのが原則であり、無責の後発不能に解放効を認めるといっても、法命題ではなく黙示の合意内容の解釈によって行われる[18]。ドイツ民法典は不能と遅滞の対比を積極的に規定している点で独特であるが、無責の履行不能を免責事由とすることは一般に行われている[19]。

以上のように、フランス民法と旧民法は、履行遅滞を独立の類型とする点で共通するが、前者にある不履行が後者にはなく、前者にない履行拒絶や履行不能が後者では規定されている。この点につき、ボアソナードは不履行の概念を多義的に用いていたとの指摘がある[20]。すなわち、履行拒絶・債務者の責めに帰すべき履行不能・履行遅滞の上位概念として用いる場合[21]、前二者の上位概念として用いる場合[22]、履行拒絶のみを指す場合[23]がある。旧民法財産編三八三条は、不履行を債務不履行の態様としては掲げず、履行拒絶・履行不能・履行遅滞という、より具体的な類型によって規定したといえる。

一―二　改正前民法における旧民法からの変更点

以上のように、債務不履行における損害賠償について定める改正前民法四一五条は、旧民法財産編三八三条を経由して、フランス民法を母法とする規定であると理解されている[24]。

改正前民法四一五条の第一草案は、損害賠償をもたらす原因を不履行と履行遅滞の二種としている点、免責事由を積極的に規定している点において、旧民法よりもいっそうフランス民法に近かった[25]。一方で、付遅滞の制度は破棄されており、この点に大きな相違がある。これに対し、第二原案は、損害賠償の原因を不履行に一元化し、かつ、免責事由を「債務者ノ責ニ帰スヘカラサルトキ」という消極的な形の、より抽象的な表現に変えた。これはそのまま法典調査会原

案四〇九条となった。(26)

この点、履行不能に関して、「履行ヲ為ササルトキ」をいかに考えるか、起草過程で議論があった。法典調査会において、穂積起草委員は、法典調査会原案四〇九条が旧民法財産編三八三条の「重モニ文字ノ修正ニ止マツテ居ル」と述べたうえで、次の通り説明した。(27)「履行ヲ為ササル」とは、強制履行もせず任意履行もせずという両方を含む。「本旨ニ従ヒ」というので「不履行モ遅延モ両方共ニ含マレル積リ」である。但書は、諸外国では不可抗力等の場合を除外するが、「前ヨリシテ」「然ウ挙ゲズシテ」「過失ニ出デヌ」などの書き方になっているので、いかなる原因であれ不履行が債務者の責めに帰すべからざるときは、損害賠償責任は生じないことを広く断っただけのことである。

これに対し、土方委員が、不可抗力による履行不能の場合に債務が消滅することが別に規定されるのだとすると、債務者の責めに帰するべからざる不履行というのはそれに当たるから、本条但書は不要ではないかと質問した。穂積委員は、これに対し、「不能ト云フ字ヲ広ク使ヒマスレバ其処デ済ムカモ知レマセヌガ之ハ不可抗力ノ場合デ不能ノトキノミノ場合デアリマセヌ……兎ニ角不能ト云フコトテハ如何ニモ狭ク為ルト思ヒマス夫レカラ本文ニ『履行ヲ為ササルトキハ』トアリマスカラ此履行ヲ為サヌノガ何ニノ原因テ為サヌノカ他ノ原因デ為サヌノカ自分ノ過失デ為サヌノカ一向分カリマセヌ夫故ニ但書ヲ置テ夫レ丈ケノ制限ヲ此処ニ付ケテ置カナケレバ往ケヌト思ヒマシタ」と答弁している。すなわち、但書の内容は不可抗力による不能に限らずより広いものであり、但書による制限を付けておかないと本文の「履行ヲ為ササルトキ」がいかなる場合か分からないため、制限を置く必要がある。こうして、原案通り可決された。

しかし、その後、起草委員は改めて次の修正案（法典調査会四一四条修正案）を法典調査会に提出した。(28)富井起草委員は、修正案提出の理由として、前の規定にある「履行ヲ為ササルトキ」に履行不能を含ませるのは少し無理のように思われるからだと述べた。梅起草委員はこれを捕捉し、「自己ノ直接ノ過失」で履行不能となった場合は、「履行ヲ為サ

サルトキ」に含まれるが、「其履行ノ不能ニナツタ直接ノ原因ハ全ク債務者ノ意外ノ事柄テアツテ履行ヲ怠ツテ居ツタ」という場合は含まれないと解される余地があり、そうなっては困るからだと説明した[29]。これが改めて原案とされた。

なお、審議に先立って、債務者の責めに帰すべからざる事由による履行不能を債務消滅原因として規定すること（旧民法財産編五三九条以下）は、当初の予定を変更し、取りやめることと決定された。このことは、この場合に債務が消滅することは疑いないからだと説明されている[30]。つまり、履行不能の効果としての債務消滅は当然の前提として規定を置かず、債務者の責めに帰すべき履行不能の場合の損害賠償義務の方を規定することにしたわけである。同修正案は、法典調査会決定案となり、条数の変更はあったものの内容の変更はなく、改正前民法四一五条となった。

上述したように、法典調査会原案四〇九条では履行不能は規定されていなかった。これは旧民法財産編三八三条を修正したもので、前文の「債務ノ本旨ニ従ヒタルトキハ此限ニ在ラス」に不履行も遅滞も双方とも含まれると説明されている[31]。ここではまだ不能は債務解放事由という形が強く、修正前の原案では、起草委員はフランス民法的な遅滞と不履行の二分構成を念頭においていたものと見られる。

これが、法典調査会四一四条修正案によって、改正前民法と同じく「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同ジ」とされた。これは「四一四条ノ書方ハトウモ少シ履行不能カ嵌リ憎イト思フ……債務者ノ過失ニ依リ履行ヲ為スコトノ出来ナクナツタトキハ履行ヲ為サナイト云フノカ日本ノ言葉テトウテアリマセウ少シ無理テアラウ結果ハ同シコトニナラナケレハナラヌ只履行ヲ為サヌト云フ言葉ノ中ニ履行ノ不能ヲ含マスト云フコトハ少シ無理ナヤウニ思ヒマシタカラ此修正案ヲ提出シタノテアリマス」という理由からであり、遅滞については、すでに四一一条の修正案で債務者の帰責事由として規定されているため、ここであえて再規定することはしないとの説明を与えている[32]。

以上のように、原案では、履行不能は不履行の中に規定上包摂されていたわけであるが、修正案では逆に、「履行をしない」ことに「履行しえない」ことを入れるのは用語的に無理であるという考慮からこれを但書に移行している。すなわち、債務不履行の原則規定である改正前四一五条は、債務の本旨にしたがわぬ不履行一般の中に、履行遅滞・履行不能を例示的に取り込んでいるという構造を持つことになる。起草委員も、損害賠償額の予定に関する審議で、単に不履行について賠償額の予定をしうるというのでは履行請求との関連で曖昧な点が生ずるとの質問を受けて、「是レハ不履行ノ所テ説明シマシタガ遅延ハ完全不履行ノ一種ナノデ遅延シナクテモ本旨ニ従ハスシテ不完全ニ履行スルコトガ幾ラモアル夫故ニ不履行ト書イタノデ或ル国デハ不履行若クハ不適当ナル履行ト云フ様ニ書イテアル位デ遅延丈ケヲ殊ニ取除イテハ少シ狭クハアリマセヌカ」と回答している[33]。このことからも、債務不履行は、法文上直接には履行遅滞と履行不能が規定されているが、これをもって債務不履行を二分する態様としているものではないことが分かる。

また、改正前民法四一二条は、旧民法にいう付遅滞の制度を除くことを本来の立法趣旨としている[34]。当初は単に「債務ヲ履行スヘキ時期ニ付キ別段ノ定メナキトキハ債権者ハ何時ニテモ其履行ヲ請求スルコトヲ得[35]」とし、富井委員は、履行を請求しさえすれば、旧民法にいう付遅滞の結果が生じ、別に付遅滞の行為自体は要求しないと説明している。このように、履行遅滞法は明白にフランス民法的な付遅滞から脱しており、不履行責任とは別個の独立性を持つ概念として積極的に規定されているわけではない。このことは起草委員によって意識されていたところであり、「遅滞ノ責」の内容として損害賠償責任を挙げ[36]、さらに改正前民法四一五条に関する審議過程でも「遅滞ニ付テハ前ノ四一一条ノ修正案ニ於テ遅滞ノ責ニ任スト云フコトガ採用サレマシタカラ債務者ノ責メニ帰スヘキ事由ト云ヘハ遅滞ノコトハ明カテアラウト思ヒマス」と説明されている[37]。

改正前民法における遅滞法の不合理な位置は、フランス民法の付遅滞と遅延賠償の制度をほぼ継受した旧民法の実質

的な修正を示しており、同時に、履行遅滞が債務不履行に吸収されたにもかかわらず、外形的にフランス民法から旧民法への系譜が残っていることをも示していると解される。(38)

一―三　改正前民法起草過程における「帰責事由」

以上を前提として、本稿との関係で、民法の起草過程に民法の起草過程における帰責事由おいて帰責事由がいかにとらえられてきたか改めて見ておくこととする。

そもそも、フランス民法一一四七条は「不履行が自己の責めに帰することのできない外来の原因」によって生じたことと規定し、同一一四八条は「外来の原因」が「不可抗力又は偶発事故」であることを示す。これに対し、旧民法財産編三八三条は、「債務者ノ責ニ帰ス可キ」というにとどまるが、ボアソナードは注釈で「そのことは、不履行が偶発事故又は不可抗力による場合、反対の解釈がなされることを含意する」と述べており、フランス民法との連続性が認められる。(39) ボアソナードはさらに、履行不能が債務消滅をもたらす場合（旧民法財産編五三九条以下）にも言及し、帰責性の有無がその場合との区別をもたらすことを示す。(40) つまり「責ニ帰ス可キ」という要件は、免責事由としての機能と、無責の履行不能による債務消滅との区別のための機能いう二重の構造を持っているといえる。(41)

また、改正前民法を体系的に見れば、同四一二条が履行遅滞について規定し、同四一五条が一般的包括的な規定を設けている。上述したように、履行遅滞は債務不履行の一態様として説明されるものの、これは法典の位置から見て明確であるとはいえない。旧民法財産編三八三条のボアソナード草案では、債務不履行に基づく損害賠償責任が発生する場面として、「債務者による履行の拒絶」もしくは「その責に帰すべき履行の不能」あるいは「単なる履行の遅延」が挙げられていた。(42) このことから、債務者の帰責性が明確に求められていたのは、履行の不能の場面のみであった。また、

その帰責事由の内容は、注意義務違反、あるいは過失と説明されていたわけではなかった。

わが国の改正前民法は、債務不履行論について、系譜的にはフランス民法につながるにもかかわらず、後述するように、その後の学説はドイツ民法理論の圧倒的影響を受けることになる。

二　改正前民法四一六条の起草過程

二―一　旧民法における損害賠償範囲の決定

以下では、損害賠償の範囲がどのように決定されることが意図されていたのか、特に債務者の責任の原因がそこでいかなる役割を果たすことが意図されていたかを念頭に置きながら、民法四一六条の起草過程を検討することとする。(43)

債務不履行によって債権者に様々な損害が生じた場合、そのうちのどこまでを債務者が賠償すべきか定める必要がある。民法四一六条は一項において、債務不履行の場合に通常生ずべき損害の賠償を規定し、二項において、特別の事情によって生じた損害については当事者が予見可能であった場合にその賠償を債権者が請求することができる旨を規定する。このように当事者の予見可能性を損害賠償の範囲の確定基準とするのは、一六世紀のフランスの学説に始まり、一八世紀のフランスの学説を経てフランス民法典に採用されたものであり、イギリスの判例法にも影響を及ぼした。(44)わが国の民法四一六条は直接的にはイギリスの判例法理を基本とし、さらに若干の変更を加えたものであると評価されている。(45)

ボアソナード起草による旧民法財産編三八五条は、債務不履行に基づく損害賠償の範囲につき、以下のように規定していた。「①損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ補填ヲ包含ス。②然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト

利得ノ喪失トノミヲ包含ス。③悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス。」

同条一項は、債権者が受けた損失と債権者が失った利得が損害賠償に含まれることを宣言したうえで、二項と三項で賠償すべき範囲を制限することを定めたものである。二項は損失の予見可能性を基準とし、三項は不履行により生じた結果が避けることのできないものであったかどうかを基準としている。(46)

二―二　改正前民法典原案四一〇条

改正前民法の起草にあたって法典調査会に提出された原案四一〇条は、旧民法財産編三八五条と体裁を大きく異にするものであった。同条は以下のように規定する。「損害賠償ノ請求ハ通常ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サントスルヲ以テ其目的トス。当事者カ始メヨリ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損害ニ付テハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノト雖モ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」。

この規定は穂積委員が起草し、梅・富井両委員との三人から成る起草委員会での修正を経てできあがったものであるが、そこでは様々な議論が見られた。特に梅委員は損害賠償の範囲の制限に反対しており、なるべく損害賠償の範囲を拡大しようとしていた。(47)試案の中には、「債務ノ不履行ノ結果トシテ債権者ノ受ケタル一切ノ損失ヲ回復スルヲ以テ目的トス」というように、改正前民法四一六条と対立する趣旨の規定も見られる。(48)

原案四一〇条について、穂積委員は以下のように説明している。「……債務ノ履行ト云フモノニ依ツテ債権者ハ或ル利益ヲ予見シテ居ル其不履行ヨリ出タ結果デアリマスカラ立派ニ法廷ニ出シテ証明ノ出来ル位ノモノデアレバ之ハ債権者ヲ可成元トノ有様ニ返スト云フノガ当然ノコトデアラウト思ヒマスカラ此原因ニ直接間接ノ区別ヲ致サヌ方ニ吾々ハ

取極メマシタ」[49]。「……債権者ノ有様ヲ標準ニ取ラヌデ債務者ノ有様ヲ標準ニ取ルト云フコトハ何ウモ理屈ガ可笑シイ之ハ徳義ノ方デ懲罰ヲ支ヘル方デモナイ又債務者ヲ懲戒スル方デモナイ債権者ヲ元トノ有様ニ回復スルト云フ方デアリマスカラ夫故ニ悪意善意ト云フ方夫レカラ過失ノ程度階級ヲ設ケテ此額ノ多少ヲ定メルト云フヤフナ標準ハ一切排斥致シマシテ此処ニハ採ラヌコトト致シマシタ」[50]。ここでは、原案四一〇条が、直接ないし間接の結果あるいは悪意過失によって賠償の範囲に影響を与えるという立法主義を排斥していることが確認される。

そのうえで、損害賠償の範囲を定める標準をいかに定めるかについて、「損失ノ償金及ビ其失ヒタル利得ノ填補」と規定するのは当然のことであるとして、穂積委員は「今少シ慥カナ標準ヲ定メナケレバ」ならないとする[51]。そこで賠償範囲を制限する標準として挙げられるのが「予見」である。穂積委員は以下のように述べている。「予見ト云フコトハ何ウモ之ハ債務関係ノ性質ヨリシテ一ツノ標準ト致サナケレバナラナイト存ジマシタノデ当事者ガ始メカラ予見シテ居ツタ之ガ這入ルノハ論ヲ俟タヌコトデアリマスガ通常ノ人ガ或ル取引ヲ致シマスル或ハ売ル位置ニ在リマシタナラバ十人カ九人即チ注意深イ人多数ノ者ガ然ウ云フ場合ニ於テハ之ヲ履行シナケレバ必ズ斯ウ云ウ損害ガ債権者ノ方ヘ生ズルト云フコトヲ予見シテ居リマスルシ又其予見シテ居リマスルモノガ賠償ノ額ヲ定メル標準ニ為ナラナケレバ住クマイ夫レヲ若シ予見又ハ予見スルコトガ出来マシタモノデアリマスレバ縦令ヒ特別ノ事情カラ生ジマシタモノデアツテモ其賠償ヲ請求スルコトガ出来ル……」[52]。

このように、利得の填補がどこまで含むかという問題、すなわち賠償の範囲をいかに制限するかという問題に対して、「予見」が制限の標準とされている。換言すれば、ここでは完全賠償の原則が否定されているといえる。「予見」がどのような系譜に属するものかについては議論があるものの、穂積委員が「……英吉利抔ノ有名ナ判決例ノ規則抔デモ詰リ之ニ帰スルノデアツテ通常ノ結果カラ予見シテ居レバ特別ノ結果デモ之ヲ償フコトヲ要スル如何ニモ穏カナ規則ジヤラ

ウト思ヒマス夫故ニ本条ノ如ク標準ヲ定メタノデアリマス」[53]と述べていることからすれば、原案四一〇条の母体となったのは、同条で参照されている Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 354であることは明らかであるとされる[54]。

二―三　賠償範囲と規範的判断

以上のように、改正前民法四一六条の系譜をたどると、ドイツにおける完全賠償の原則とは異なり、責任原因と賠償範囲とを結合するという構造を持ち、損害賠償の範囲を制限する機能を果たしていることが確認される。この点、契約締結時を基準時とし、その時点で当事者が引き受けていたリスクについては完全な損害賠償を認める立場は、損害賠償の範囲の決定にあたって規範的な要素は持ち込まれないといえる。これに対し、債務不履行時を基準とし、予見可能性の有無によって損害賠償の範囲を制限するとする考え方は、契約締結時の明示の合意にとどまらない規範的な要素が持ち込まれる余地を残すものといえそうである。

三　改正前民法四一八条の起草過程

三―一　民法七二二条二項との関係

債務不履行や不法行為に関して、債権者や被害者に過失があるとき、裁判所は損害賠償責任の有無又は賠償額を定めるにあたってその過失を斟酌する。わが国の民法は、四一八条で債務不履行の場合について、七二二条二項で不法行為の場合について、それぞれ過失相殺の規定を置いている。

このうち、債務不履行における過失相殺は、損害賠償制度を指導する公平の原則と債権関係を支配する信義則の具体的な一顕現であると説明される[55]。これに対して、不法行為における過失相殺は、公平の原則と社会生活を支配する協同

の精神が適用される具体的な一場面であるといわれる。[56] しかし、「社会生活を支配する協同の精神」と「信義則」は異なるものではなく、両者はことさらに区別されない。[57]

わが国での過失相殺制度の理論的分析については、特に不法行為における過失相殺を対象とする議論が多く見られる。そこでは、過失相殺の本質を、何らかのレベルでの被害者への帰責と考えるのか、あくまで加害者の減責を通じていわば反射的に被害者への損害負担が生ずるに過ぎないと考えるのか、立場が対立している。また、規範的な評価のレベルの問題なのか、因果関係等の事実的なレベルの問題なのかといった対立もある。[58]

一方で、債務不履行の過失相殺については、こうした過失相殺の本質をめぐる議論は必ずしも盛んではない。これは、一定の債権関係を前提とする民法四一八条の債務不履行においては、信義則を通じて、債権者の過失の前提となる義務を比較的容易に考えることができるということにもよる他、不法行為における過失相殺では具体的問題となる被害者の能力等の問題も、同四一八条の場面では重要性が乏しいといったことによるものと考えられているようである。[59]

とはいえ、損害賠償訴訟における当事者の関心が、損害賠償責任の有無と同時に賠償額にもあることは容易に想像でき、契約違反に基づく損害賠償請求の場面においてもそれは変わりない。そのため、賠償額の決定に直接関わるものとして民法四一八条が規定する過失相殺の制度の理論的な分析に重要な意義が与えられるべきことは当然である。[60]

そこで以下では、改正前民法四一八条の起草過程にかかわる歴史的分析を手掛かりとしながら、わが国における契約違反の場面での過失相殺制度について整理する。[61]

三―二　旧民法における「被害者の過失」

ボアソナードの起草による民法草案では、損害賠償を定めるにあたって債権者の「非理」が斟酌されると規定されて

いる。[62] 旧民法財産編三八七条も同様に規定する。「遅延又ハ不執行ニ関シ当事者雙方ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」。

この規定の趣旨について、ボアソナードは、債務者が義務を履行しないか、またはその履行を遅延するような場合に、債権者自身にも多少の過失（非理）があることは実際少なくはないので、このような場合には、「損害賠償ノ責罰（言渡）ヲ斟酌スルヲ以テ至当トス可キヤ必然ナリ」と説いている。[63] なお、ボアソナードが同草案の効果として、賠償責任の完全な排除まで認めていたか否かが問題となるが、債権者の非理には責任の否定（免責）という効果までは予定されていなかったと考えられる。[64]

ボアソナード民法草案の起草に影響を与えた一八〇四年フランス民法典では、債務不履行の場合、「予見可能な損害（dommage prévu）」についてのみ責任を負うとする。[65] わが国における過失相殺に相当する規定はないものの、債権者自身の過失が共働することによって債務不履行が生じた場合には、賠償責任が完全な範囲で免責されると考えられる。[66] というのも、債権者自身の過失は、通常、契約締結の際には予見し得ないからである。ただ、債権者の過失が損害の一部のみに共働する（共働過失＝faute commune）に過ぎない場合には、「予見可能な損害」には含まれないとしても、賠償されるべき損害の範囲から控除され、控除される範囲で賠償責任が軽減されるとされる。[67]

三―三　改正前民法原案四一二条

改正前民法四一八条の原案四一二条は、「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定する。

同条の起草者である穂積委員によれば、債務不履行の場合には、債務者に普通の意味での過失がなくても責任が負わ

されることになっているので、債権者側に過失があったような場合に依然として債務者をもとの責任関係に拘束させておくことは妥当ではない[68]。というのも、損害賠償の標準を定めた原案第四一〇条（改正前民法四一六条）の箇所で議定されたように、「損害賠償ノ多寡ト云フモノハ徳義上ノ関係トカ然ウ云フコトノ畢竟懲罰ノ意味ヲ含ンデ之ヲ増減スルト云フコトハナイ」ためである[69]。そこで原案第四一〇条の例外を定める必要から本条を設けることになったようである。

また、損害賠償額のみならず責任の有無までも斟酌できることにした点について、穂積委員は以下のように説明する。旧民法財産編第三八七条からは「明カニ法律ノ表ニ責任ノ有無迄モ含ヤト云フコトガドウモ分ッテ居リマセヌ」、「債務不履行ト云フコトガ債権者ノ過失ガ原因トナッテ其過失ニ依テ全ク不履行ガ生ジタト云フ時ハ全ク責任ガナイ不履行ノ原因ニ依テ責任者有無ノ問題ガ起ルコトデアリマスカラ責任ノ有無ニ付キ之ヲ斟酌スト書キマシタ」。とはいえ、「債権者ノ過失ガ此不履行ノ原因トハナラズ不履行ヲ助勢致シマシタ場合ニ於テハ其金額ヲ定メマスニ付テノ裁判所ノ斟酌ト云コトガ必ズ必要ニナッテ来ル」ので、「裁判所ノ公平ナル判断」に委ねるという[70]。

三―四　CISG八〇条との類似性

以上のように、改正前民法四一八条の歴史的背景は、同四一五条の責任をどのように理解するかという点と密接に関連する。同四一五条の元となった旧民法財産編三八三条のボアソナード草案を見れば、債務不履行に基づく損害賠償責任が発生する場面として、「債務者による履行の拒絶」もしくは「その責に帰すべき履行の不能」あるいは「単なる履行の遅延」が挙げられていた。債務者の帰責性が明確に求められていたのは履行の不能の場面のみであり、その帰責事由の内容も、注意義務違反、あるいは過失と説明されていたわけではなかった。これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、改正前民法四一八条が設けられたと

考えるのが自然である。

この点、改正前民法の起草過程において意図されていた構造は、国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）[71]の構造と類似しているといえるように思われる。周知の通りCISGは、契約責任についてわが国のような過失責任主義を採用していない。同四五条（一）（b）は、「売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合」の買主の救済方法として、「第七四条から第七七条までの規定に従って損害賠償の請求をすること」を挙げており、ここでは売主の過失は要求されない。同六一条（一）（b）では、「買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合」、売主も同様に損害賠償を請求することができる旨定められている。すわなち、債務者の過失は要件とならず、契約上の義務違反があれば、債権者は損害賠償請求をすることができるのである。

これに対して、同八〇条は、債権者の作為、不作為によって生じた不履行について、「相手方の不履行が自己の作為又は不作為によって生じた限度において、相手方の不履行を援用することができない」とする。たとえば、売主が物品の発送を遅滞し、さらに買主が誤って指定した住所に物品が届けられた場合には、買主は誤った住所に届けられたことによって生じた損害の賠償を求めることはできないが、発送の遅滞によって生じた損害の賠償を求めることができるということになる。[72]

なお、同七九条によれば、義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じた場合、当事者は損害賠償責任を免責される可能性が認められる。ただし、その障害の回避可能性・克服可能性がないことだけでなく、契約締結時におけるその障害の予見可能性がないことも要件とされているため、実際に免責が認められる場合は限られると評価される。[73]

帰責根拠を契約の拘束力に求める近時の契約責任論の立場もCISGをはじめとする国際的潮流に合致するものと評価されているが、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責す

る規定を設けるという構成も持つ起草当時の意図にも、CISGとの類似性を認めることができるのではないだろうか。

（10）一八九〇年四月二一日公布「民法財産編」（明治二三年法律第二八号）。旧民法から改正前民法四一五条に至る立法経緯について、参照、中田裕康「四一五条・四一六条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年第三巻――個別的観察（二）債権編』有斐閣（一九九八年）三頁以下、淡路剛久『債権総論』有斐閣（二〇〇二年）八七頁以下、奥田（二〇一一年）・前掲注8・八頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕等。

（11）ボアソナード草案四〇三条には、（i）一八八二年版、（ii）一八八三年版、（iii）旧民法公布後の一八九一年版があるが、このうち（ii）及び（iii）においてフランス民法一一四二条及び一一四七条が引用されている。Boissonade (G.), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, livre II-IIe partie, 1882, p.316; 2e éd., t. 2, 1883, p.310; nouvelle éd., t.2, 1891, p.347.

（12）翻訳は、稲本洋之助ほか訳、法務大臣官房司法法制調査部編「法務資料第四四一号 フランス民法典――物権・債権関係」法曹会（一九八二年）による。

（13）中田（一九九八年）・前掲注10・三頁、奥田（二〇一一年）・前掲注8・八～九頁〔北川＝潮見執筆部分〕。

（14）旧民法財産編五三九～五四三条。なお、旧民法が債務不履行の一類型として履行遅滞を挙げるのは、フランス民法における付遅滞制度を継いだものである。履行遅滞の独立性につきボアソナードは、「遅れて弁済する者は過少に弁済す」という中世ローマ法学の注釈学派に由来する法格言によって説明する。ただし、付遅滞制度の承継は、改正前民法四一二条一項によって否定された。フランスにおける付遅滞制度の研究として、参照、森田修「フランスにおける債務転形論と『附遅滞』――履行請求権の存在意義に関する覚書（一）」法学志林九〇巻一号（一九九二年）一頁以下。

（15）なお、これとの関係で、履行遅滞については「一時的で確定的でない不履行」という意義が与えられる。Laurent, Principes, tome 16, p.313 et s.; Constantinesco, Inexécution et Faute contractuelle en Droit Comparé (Droits Français, Allemand, Anglais) 1960, p.41.

（16）この点について、履行不能を債務消滅事由とすることは一般的であるが、日本法のように債務不履行の一類型とすることは珍しいとの指摘がある。北川は、遅滞法と不能法を、ドイツ型、フランス・スイス型、北欧型、英米型に類型化して分析し、債務不履行を不能と遅滞のパラレル構成によって考える方向は、ドイツ民法典に独自のものであるとする（BGB. § 280）。北川善太郎『契約責任の研究――構造論』有斐閣（一九六三年）三八頁。

（17）谷口知平『英米契約法原理』有斐閣（一九三二年）四〇九頁以下。

（18）同一九三頁以下、新井正男「イギリス契約法における履行不能について」法学新報六二巻一号（一九五五年）四三頁。

（19）北川は、その意味で不能と遅滞のパラレル構成は消極的には受け入れられていると評価する。北川（一九六三年）・前掲注16・三八頁。

（20）中田（一九九八年）・前掲注10・四頁。

（21）旧民法財産編三八一条一項。

（22）旧民法財産編三八五条二項及び三項、三八七～三九〇条。

（23）ボアソナード草案一八九一年版三四七頁。

（24）中田（一九九八年）・前掲注10・一頁以下。なお、法典調査会原案及び修正案について、前田達明監修『史料債権総則』成文堂（二〇一〇年）八六頁以下〔玉樹智文執筆部分〕。

（25）穂積第一原案 第リ条「債務者カ其義務ヲ履行セス又ハ其義務ノ履行ヲ遅延シタルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得但其不履行又ハ履行ノ遅延カ不可抗力又ハ意外ノ障礙ニ因ルトキハ此限ニ在ラス」。

（26）法典調査会原案及び修正案につき、前田（二〇一〇年）・前掲注24・一五五頁（玉樹執筆部分）。

（27）以下の法典調査会における議論につき、法典調査会民法議事速記録一八巻四九丁裏～五一丁表。

（28）この間に条数変更があり、同条文は四一四条となっている。

（29）法典調査会民法議事速記録二三巻一五〇丁表～一五四丁裏。

（30）法典調査会民法議事速記録二三巻一四四丁裏～一四六丁表。

（31）法典調査会民法議事速記録一八巻四九丁裏～五〇丁表（穂積委員説明）。

（32）法典調査会民法議事速記録二三巻一五〇丁（富井委員説明）。

(33) 法典調査会民法議事速記録一八巻八七丁、八九丁表～九三丁表。
(34) 法典調査会民法議事速記録一八巻二九丁表～三〇丁表、民法修正案理由書・第三編債権ノ効力三四〇頁以下。
(35) 法典調査会原案四〇六条、後に法典調査会四一一条修正案。
(36) 法典調査会民法議事速記録二三巻一四八丁。
(37) 法典調査会民法議事速記録二三巻一五一丁。
(38) 川島は、起草委員が「履行不能」を「債務の本旨に従わない不履行」と対立的なカテゴリーとしたと見るより、むしろ後者の一例として履行不能を注意的に規定したものと見るのが妥当であると指摘する。川島武宜『債権法総則講義』岩波書店（一九四九年）九一頁。この点、北川は、改正前民法は明文で履行不能を規定している点で、履行遅滞と不履行を併置するフランス民法に比してドイツ民法にやや親近性を示すものの、起草委員の説明から見る限り、これはパンデクテン法学が形成した履行不能論の継承というよりも、立法技術の便宜に由来すると指摘する。北川（一九六三年）・前掲注16・三〇三～三〇四頁。
(39) 旧民法理由書五二三頁。
(40) 同上。
(41) 吉田邦彦「債権の各種――『帰責事由』論の再検討」星野英一編『民法講座（別巻二）』有斐閣（二〇〇三年、初出一九九〇年）一頁。
(42) ボアソナード草案四〇三条。
(43) 民法四一六条の沿革に関する研究として、福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」川島武宜編『損害賠償責任の研究（上）』有斐閣（一九五七年）二五頁以下、北川善太郎「損害賠償論序説（二）」論叢七三巻三号（一九六三年）三八頁以下、平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会（一九七一年、初出一九六四年）一四六頁以下等。
(44) 中田（一九九八年）・前掲注10・二〇頁以下、同『債権総論〔第四版〕』岩波書店（二〇二〇年）一六二頁、奥田（二〇一一年）・前掲注8・五三二頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。
(45) 平井（一九七一年）・前掲注43・一四六頁、中田（一九九八年）・前掲注10・二〇頁。
(46) 旧民法財産編三八五条一項はフランス民法一一四九条、二項は同一一五〇条、三項は同一一五一条に従っている。ただし、

三項で用いられた「不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノ」という文言が、フランス民法では、「合意の不履行の直接の結果」となっている点が異なる。林良平ほか『債権総論〔第三版〕』青林書院（一九九六年）一三八頁、奥田（二〇一一年）・前掲注8・三三〇頁。

(47) 例えば、法典調査会民法議事速記録一八巻六八～七〇丁、四〇巻一六九丁。

(48) 福島（一九五七年）・前掲注43・三二頁以下。

(49) 法典調査会民法議事速記録一八巻五二丁裏～五三丁。

(50) 法典調査会民法議事速記録一八巻五三丁裏～五四丁。

(51) 法典調査会民法議事速記録一八巻五四丁。

(52) 法典調査会民法議事速記録一八巻五四丁裏～五五丁。

(53) 同上。

(54) 福島は、四一〇条は民法財産編三八五条とドイツ民法第一草案二一八条との「接合」であると説明する。すなわち、旧民法から「予見」が、第一草案から「通常の損害」および「特別の事情」が、それぞれ採用されたという。福島（一九五七年）・前掲注43・三七頁。これに対して平井は、穂積委員の説明にドイツ民法理由書をうかがわせるものがないではないとしながらも、ドイツ民法との関連性を強調することを否定する。というのも、ドイツ民法第一草案は逸失利益にのみ関連する規定であり、賠償範囲に関する旧民法の立法主義が否定されているためである。平井（一九七一年）・前掲注43・一四九頁。

(55) 我妻（一九六四年）・前掲注3・一二八頁。

(56) 同上。

(57) 同一二九頁。

(58) 不法行為における過失相殺の理解の対立について、窪田充見『過失相殺の法理』有斐閣（一九九四年）、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程――責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって（四）」論叢一三七巻六号（一九九五年）二頁以下、奥田（二〇一一年）・前掲注8・一五六頁以下〔能見執筆部分〕。この他、不法行為法における過失相殺と契約法におけるそれとの違いに言及したものとして、能見義久「『痛み分け』社会の民法」落合誠一編『論文から見る現代社会と法』

有斐閣（一九九五年）一〇三頁以下。また、長谷川は、債務不履行における過失相殺と不法行為におけるそれとを同じ趣旨に解する立場から、これを「損害賠償の調整制度」ととらえ、イギリス法との比較法研究を通じて損害軽減義務概念の受容の是非を検討している。長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造――請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』日本評論社（二〇一一年）。

(59) 奥田（二〇一一年）・前掲注8・五三八頁以下〔窪田執筆部分〕。

(60) 民法四一八条に関連する研究として、久須本かおり「民法四一八条の類推適用による履行請求権の割合的縮減」愛知大学法学部法経論集一六〇巻（二〇〇二年）一〇三頁は、損害賠償額の算定以外の場面で民法四一八条を類推適用し、履行請求権を一定の割合に縮減する判例・学説を検討する。

(61) 民法七二二条二項は、旧民法の施行延期により新たに民法が起草される際、ボアソナード民法草案財産編〔債権〕第四〇七条、旧民法財産編第三八七条と受け継がれてきた被害者の不注意・過失に関する規定を、債務不履行と不法行為の場合とに分けて設けられた結果である。ボアソナード民法草案には、不法行為の場合における被害者の過失に関する規定はなかったが、同四〇七条は加害者の不注意による不法行為の場合にも適用されると説明されていた。そのため、不法行為における被害者の過失に関する法条の源流は、旧民法三八七条、ボアソナード民法草案四〇七条に遡るといえる。不法行為法における過失相殺とともに債務不履行における過失相殺の歴史的概観を検討したものとして、長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』――ローマ法からドイツ民法典の成立まで（一）～（四・完）」駿河台法学第二巻（一九八八年）九三頁以下、同三巻一号（一九八九年）二七頁以下、同二号五七頁以下、同四巻一号（いずれも一九九〇年）一四五頁以下、窪田（一九九四年）・前掲注58・一四〇頁以下。

(62) 財産編第二部人権 第二章義務ノ効力 第二節損害賠償ノ訴権 第四〇七条（再閲修正民法草案では条数がずれて第九〇七条）。

(63) なお、そのような場合の例として「約束ニ恰好セスト過当ナル申立ヲ為シテ義務者ノ執行ノ方法ヲ適法ニ争議シ又ハ提供サレタル引渡ヲ拒絶シタルトキ」が挙げられている。この例が「当事者雙方ニ非理アルトキ」の適切な例であるかは疑問があるとの指摘がある。長谷川（一九八八年）・前掲注61・一〇五頁。

(64) 同一〇六頁。

（65）一八〇四年フランス民法典一一五〇条、一一五一条。
（66）窪田（一九九四年）・前掲注58・一四二頁。
（67）長谷川（一九八八年）・前掲注61・一〇三頁。
（68）立法当時の理解では、民法四一五条にいう「帰責事由」が当然に「過失」を指すものでなかったことは前述した通りである。
（69）法典調査会民法議事速記録三巻八一丁。
（70）同上。
（71）国際物品売買契約に関する国際連合条約（平成二〇年条約八号）、以下CISG。その規律内容については、甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法 ウィーン売買条約（一）・（二）』法律文化社（二〇〇〇年・二〇〇三年）、曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ一三七五号（二〇〇九年）四頁、同「国際物品売買契約に関する国際連合条約の解説（一）～（三・完）」民月六四巻一号七頁、同二号三二頁、同四号七頁（いずれも二〇〇九年）等。
（72）曽野（二〇〇九年（三））・前掲注71・二一頁。なお、同条は単に「相手方の不履行を援用することができない」と規定しているため、債権者は損害賠償請求だけでなく、履行請求、代金減額、契約解除、利息支払請求もすることができなくなる。
（73）曽野（二〇〇九年）・前掲71・十頁。

第三節　伝統的通説の形成とその評価

本稿は、当事者の明示的な合意違反に還元されない帰責根拠の分析を通じ、契約責任判断構造における規範的要素の機能を検討するものである。契約違反に基づく救済の場面においては、規範的要素は、当事者の明示的な義務違反に還

元されない事由によって債務者に責任が認められる、あるいは免責されるという形で現れると考えられる。わが国では、上述したように、債務者が債務の本旨に従った履行をせず、その不履行に債務者の帰責事由が認められるとき、損害賠償責任が認められるとされてきた。

債務不履行は伝統的に、履行遅滞、履行不能、不完全履行ないし積極的債権侵害の三つに分けて理解されている。しかしこのような債務不履行の三分体系は、民法制定当時から意図されていたものではなかった。改正前民法四一五条がフランス民法一一四七条に由来するものであったことは上述した通りである。改正前民法四一五条は、その前段に「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき」、後段に「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」との文言を設けている。これは、「債務の本旨に従った履行をしない」という中に「履行できない」という意味が含まれないとの誤解を避けるためのものであり、「履行不能」が「債務の本旨に従わない履行」と対立した概念として債務不履行体系に規定されたわけではない(74)。このように考えれば、民法四一五条は本来、あらゆる債務不履行を対象とするものであって、法の欠缺はなかったと考えられる(75)。

そこで以下では、改正前民法典制定以降、債務不履行の帰責事由がどのように解されてきたか、伝統的通説の立場を概観する(76)。とりわけ、ドイツ法的な債務不履行の三分体系――履行遅滞、履行不能、不完全履行――がわが国において受け入れられたことに着目し、それが民法四一五条の解釈論にいかに組み入れられるに至ったかを確認する。

一　伝統的通説の形成

一―一　ドイツ法学説継受と三分体系の完成

制定当時の理解にもかかわらず、わが国の伝統的通説は、債務不履行の三分体系――履行遅滞、履行不能、不完全履

行ないし積極的債権侵害――を支持するに至った。

その発端となったのは、一九六〇年に岡松によってわが国に紹介された、シュタウプの積極的契約侵害の理論であった。[77] 当時のドイツ民法典においては、一九世紀後半のパンデクテン法学の影響を受けて、履行不能概念が債務不履行の主軸をなしていた。これに対してシュタウプは、履行不能を中核とする債務不履行体系は「部分大系」に過ぎないと批判した。シュタウプによれば、ドイツ民法の債務不履行体系は履行不能と履行遅滞という「消極的行為」による不履行の場合――すなわち、「履行できない」あるいは「履行しない」場合――のみを規定しており、「積極的行為」による債権侵害――給付をしたことで債権者を害した場合――の規定が欠けているという。[78] そこで、履行不能、履行遅滞に加えて、積極的債権侵害類型が第三の不履行類型として提唱された。

岡松によって持ち込まれたシュタウプの理論は、日本民法学に承継され、債権総論の体系書にまとめられた。石坂音四郎は、シュタウプのいう「積極的契約違反」には様々な場面が含まれるが、「不作為債務違反」を「遅滞」の問題として処理し、「不完全給付」のみをもって「遅滞」および「給付不能」以外の独立の債務不履行として認めるべきであると説いた。[79] 川名兼四郎も、「遅滞」「不能」と並ぶ債務不履行として「不完全履行」を挙げている。[80] さらに川名は、これはドイツでは「不能」と「遅滞」のみを指定しているからおおいに争われているが、民法四一五条は債務の本旨に従った履行をしないことを不履行に属させているから、同条によりこの問題を決することができるとする。[81] 石坂らを先鋒とするドイツ民法理論の継受は、同四一二条と四一五条の位置関係を捨象し、「債務者ノ遅滞又ハ履行遅滞トハ債務者カ履行ヲ為シ能フニ拘ラス履行期ニ履行ヲ為ササルヲ云フ。債務者ハ給付義務ヲ負フモノナル故ニ、履行遅滞ハ即債務侵害ナリ」との見解が打ち出され通説となった。[82]

また、鳩山は以下のように債務不履行を整理している。[83] ドイツおよびフランスでは、債権侵害の場合として「履行不能」

と「履行遅滞」とを規定している。これらはいずれも債務者がその負担した給付をしない消極的場合であるが、債権者または債務者が積極的にその負担した給付と異なったことをすることで相手方を侵害することもある。しかし、不作為債務違反については履行遅滞と見るのが正当であるから、広く積極的行為によって債権を侵害した場合というよりは、債務者の負担した給付と異なった積極的行為をした場合というのがよい。日本民法上これを認めるべきであるかは疑問であるが、「不完全履行」については、日本民法上類推解釈を用いることなくこれを認めることができる。民法四一五条が債務の本旨に従った履行をしない場合というのは、全然履行をしない場合のみならず、とにかく履行はしたけれどもその履行が債務の本旨に従ったものではないという場合をも包含するからである。鳩山の分析により、債務者の負担した給付と異なった積極的行為をした場合を意味する「不完全履行」が位置を見出すこととなった。

一―二　過失としての帰責事由

改正前民法四一五条における「責めに帰すべき事由」については、過失と結び付ける議論が展開された。横田は、過失の基準となる規定として同四〇〇条に注目し、「仏民法第一一三七条ノ規定ヨリ来リ旧民法ニ之ヲ襲用シ我民法モ亦其儘之ヲ存置シタルモノニシテ仏国民法ノ下ニ於テ此規定ハ単ニ特定物ノ給付ニ関スル原則タルニ止マラス一般債務ノ履行ニ関スル原則タルヘシトハ学者間ニ解釈一致スル所ナリ」と述べている[84]。すなわち、日本民法においても同四〇〇条を一般化し、「善良ナル管理者ノ注意義務」は「債務者ノ履行ニ付キ用フヘキ注意ノ一般ノ標準」とされるべきであるとする[85]。さらに石坂は、過失を「意思ノ欠点」ないし「注意ノ欠缺」として主観的なものであるととらえた。それゆえに、主観的な要件としての過失（注意義務違反）と、客観的な要件としての給付義務違反（債務不履行）とが区別され、二元的にとらえられることとなった[86]。

このように帰責事由と過失責任主義とを結びつける解釈は以降通説となり、損害賠償責任の帰責事由とは、債務者の故意・過失、または信義則上これと同視すべき事由（履行補助者の故意・過失）であると主張されるようになった[87]。「行為者（債務者）の行動自由の保障」という基本原理を前提に、債務不履行・不法行為いずれにも共通する、帰責を導くための枠組として、（ⅰ）客観的要件としての行為の違法性――債務の本旨不履行がこれに該当する――、（ⅱ）主観的要件としての帰責事由が挙げられるに至ったのである[88]。

二　伝統的通説の評価

二―一　ドイツ法学説継受への批判

ドイツ法の学説継受によって持ち込まれた三分体系の議論は、その後、特に不完全履行をいかに解するかという観点から分析が進められた。分析は、一方では不完全履行における履行態様の積極性に注目した検討へと発展し、もう一方では不完全履行において違反された義務の性質に注目した検討へと発展した。

我妻によれば、債務不履行とは、債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合を言い、履行遅滞・履行不能・不完全履行の三態様が含まれる。このうち不完全履行は、民法が明らかに定める観念ではなく、履行遅滞と履行不能だけについて規定するドイツ民法のもとで比較的後になって問題とされたものである。それは、債務者が単に履行をしないという消極的な場合ではなく、不完全なものを給付するか、または給付行為をなすにあたって不注意で損害を与えたような場合であって、民法四一五条の「本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキ」に含まれるという[89]。

このように学説において三分体系は定着することとなったが、一方で、ドイツ法学の学説継受による理論構成を反省し、母法であるフランス民法の研究を通して、日本民法に適合する契約責任論が台頭することとなる。末弘はドイツ法

学の学説継受の流れを批判し、積極的債権侵害をめぐる議論について、「遅滞」にも「不能」にも当てはまらないが、履行が債務の本旨に従っていない場合に、民法四一五条は同じく債務者に損害賠償責任を課していると指摘する。[90] このことは日本民法の明文から明らかであるにもかかわらず、ドイツ民法上の議論をそのまま輸入することは疑問であるという。[91]

川島もドイツ的構成による三分体系を批判し、改正前民法四一五条がフランス民法の系譜を引くことを明らかにした。[92] 日本民法上の損害賠償規定に関しては、その大半がフランス民法から旧民法への系譜を有するのであり、日本民法の規定は根本においてフランス民法と異なるところがない。同四一五条の解釈によれば、「広い意味での債務不履行」は「履行遅滞」と「狭い意味での債務不履行」とに分かれるのであり、いわゆる「履行不能」も「不完全履行」も債務の本旨に従った履行をしないことに他ならないのであって、いずれも後者に含まれる。日本法においては、「不完全履行」という不履行の類型を解釈上認めることの困難はそもそも存在しない。[93]

北川はドイツ法学説継受の流れについて、履行不能論と積極的債権侵害論とが、ドイツ法において見られた学説の対立や議論とは切り離され、「地盤協定のすんだもののごとく」わが国に導入され体系化されたと指摘する。[94] そのうえで、契約責任の意義について、本来は狭く契約債務不履行責任を指すところ、従来の契約責任概念では履行義務・給付義務にとどまらない各種の付随義務に十分対応することができないとする。[95] 契約の前・中・後における当事者の一定の法的態度に対しても、契約的保護に値する契約債権関係が発生していることから、契約責任を論じる余地が認められる。[96] すなわち契約責任とは、単に履行義務の不履行を対象とする「基本的契約責任」に尽きるものではなく、各種の付随義務や注意義務が債権関係に定着することによって形成された「補充的契約責任」を含む段階的構造として考えられる。[97]

星野もまた、改正前民法四一五条は旧民法を承継しフランス民法に連なるものであり、ドイツ民法に倣うものではな

いと指摘する[98]。同条前段は、字の通り履行不能を除く債務不履行全般を指すと解すべきである。そのうえで、不完全履行についてはどのような場面を指すか、要件・効果はどのように考えるか、類型的研究をする必要を説いている[99]。

二―二　三分体系の否定と帰責事由

このように、契約責任体系がドイツ法学の学説継受による三分体系から離れることとなり、端的に「債務の本旨に従わない履行」が分析の対象とされることになった。ここに至って、「債務の本旨に従わない履行」と共に損害賠償責任の要件となる「責めに帰すべき事由」――換言すれば、損害賠償責任の免責事由となる「責めに帰すべき事由によらないこと」――の意味が問い直されることとなった。

改正前民法四一五条は、前段で「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる」と規定する。さらに後段において「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」としている。すでに指摘した通り、立法当時、現在の伝統的通説のように、「責ニ帰スヘキ事由」が故意・過失と同義ととらえられることはなかった。しかし、その後、明治末期から帰責事由の内容が積極的に議論されるようになり、ドイツ法の学説継受の流れの中でドイツ民法における帰責原理が取り入れられることとなった[100]。ここに至って帰責事由と過失とが等置されるに至ったのである。

そのうえで「債務の本旨に従わない履行」とはどのような場合をいうのか分析するにあたり、明示的な合意違反があった場合はともかく、契約解釈にあたって規範的判断が持ち込まれる場合に帰責事由がいかなる役割を果たすのか――従来理解されていたような「注意義務違反」との評価が妥当するのか――検討されることとなった。

二―三　損害賠償の範囲に関する学説の展開

ここで損害賠償の範囲に関する学説の展開にも触れておくこととする。損害賠償の性質について、通説は債務不履行による履行利益の損害賠償であると考えていた[101]。すなわち、解除は契約を遡及的に消滅させ、当事者に原状回復義務を負わせしめるが、しかしそれだけでは債務不履行による債権者の損害を償うに足りない場合が多いので、その損害賠償を認めるのだとする。したがって、その賠償の範囲も改正前民法四一六条の一般原則によって決せられることとなった。判例もまた、多くは債務不履行による損害賠償であるとする[102]。

これに対して、解除が契約を遡及的に消滅せしめることから、履行利益の存在する理由がなく、民法五四五条三項にいう損害賠償とは信頼利益の賠償であるとする反対説がある[103]。この他、原状回復が第三者の権利などによって不可能な場合、その原状回復に代わるものとして認められる損害賠償と見る説[104]、契約が解除されることなく完全に履行されることを期待したことによる損害と見る説[105]、債務者が履行を不能とし、または催告にもかかわらず履行せず解除をやむなくさせたこと、つまり契約の目的たる交換を挫折させたことによる損害の賠償と見る説[106]がある。

通説の採る債務不履行による損害賠償説と、その他の反対説との差異の根拠は、原状回復義務と損害賠償の関係、形式的には解除の遡及効をどのように見るかにあるとされる[107]。解除の遡及効理論を抽象的に貫徹すれば、債務不履行による損害賠償と解除が両立するのは論理的矛盾である[108]。通説の立場からは、（i）損害賠償の範囲で解除の遡及効は制限されるとするか[109]、（ii）上の形式論を排除するに足る解除の実質的目的を持ち出さねばならない[110]。他方、信頼利益賠償説は、形式論的一貫性は認められるとしても、実質的に履行利益賠償説とどれだけ異なるか疑問であると指摘される[111]。というのも、契約が実は無効であるのに有効と信じた場合には、その履行まで信頼するのが普通であり、履行利益の喪失は通常の損害と考えられる。信頼利益の喪失は履行利益の喪失より大きく算定しえぬという極めて消極的な差異しか

生じない(112)。

このように見ると、履行利益か信頼利益かの区別は抽象的形式論に過ぎない。問題は、具体的契約関係においてどの範囲の損害賠償が認められるかにあり、結局は具体的契約の法的保護の内容、いわゆる相当因果関係論によって決せられることになる。

(74) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』日本評論社（一九六八年）三四頁以下。

(75) この点、民法四一五条における「責メニ帰スヘキ事由」について、同条原案における「責ニ帰スヘカラサルトキ」は不可抗力を意味するとも考えられ、そうだとすると、原案は帰責事由を故意過失と同視する伝統的通説とは大きく異なるとの指摘がある。平井宜雄『債権総論〔第二版〕』弘文堂（一九九四年）・七七～七八頁。

(76) 明治期以降、ドイツ法学説継受によって三分体系が受け入れられ、その反省から契約責任論が台頭するに至るまでの議論の展開について、潮見佳男『債務不履行の救済法理』信山社（二〇一〇年）・一三頁以下。また、全体を通覧するものとして、北川（一九六八年）・前掲注74・三四頁以下、早川眞一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編『民法講座（四）債権総論』有斐閣（一九八五年）四九頁以下。

(77) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』有斐閣（一九五三年）二九五頁以下。

(78) 林良平「積極的契約侵害論とその展開（一）～（二・完）」論叢 六五巻五号（一九五九年）一頁、同七一巻二号（一九六二年）一頁、北川（一九六三年）・前掲注16・五六頁以下。

(79) 石坂音四郎『日本民法第三編債権（二）』（一九一二年）五九〇頁以下。

(80) 川名兼四郎『債権法要論』（一九一五年）一六五頁。

(81) 同上。

(82) 石坂（一九一二年）・前掲注79・四六一頁。この後、遅滞が過失責任かどうかが論争の対象となった。岩田によれば、民

法典制定以降、当初の遅滞を不履行に吸収する方向は必ずしも前面化していない。岩田新「過失論――『日本民法学における梅と富井続稿』」新報四九巻（一九四〇年）三八六、五一五頁。

(83) 鳩山秀夫『日本債権法総論』岩波書店（一九一六年）一四二頁以下。

(84) 横田秀雄『債権総論』清水書店（一九〇八年）二五九頁以下。なおここではフランス法に言及しているが、横田は最終的にドイツ法に志向している。

(85) 同様に、川名も民法四〇〇条の一般の債務への準用を説く。川名（一九一五年）・前掲注80・一四四頁以下。

(86) 石坂音四郎『民法研究Ⅱ』有斐閣（一九一九年）四一三頁以下。

(87) 我妻（一九六四年）・前掲注3・一〇五頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』悠々社（一九九二年）一二五頁。

(88) 違法性は本旨不履行があれば原則として認められる。なお、以上のような解釈のもとでは、一般の債務の免責事由になるとされる民法四一九条三項の「不可抗力」と、「帰責事由」との関係が問題となる。従来、不可抗力は天災等の偶然事と説明されてきたが、そうすると、同様に債務不履行に陥ったものが責任を免れる場面であるはずの不可抗力と無過失との間にズレが生ずる。そこで石坂は、民法四一九条三項にいう不可抗力とは無過失と同じ意味であるとし、金銭債務については、不可抗力（＝無過失）は免責事由とならないが、一般の債務では免責事由となると説明した。石坂（一九一九）・前掲注86・五〇頁。

(89) 我妻栄『債権総論（民法講義Ⅳ）』（一九四〇年）九九頁。また、我妻によれば、不完全履行により生じた拡大損害については一般に特別事情による損害と解される。同一五七頁。

(90) 末弘厳太郎『債権総論』日本評論社（一九三八年）一九〇頁。

(91) 同上。もっとも、末弘は日本における三分体系の妥当性自体に異論を唱えたわけではなかった。

(92) 川島武宜『債権法講義総則（一）』近代思想社（一九四八年）一三一頁。

(93) 同上。

(94) 北川（一九六三年）・前掲注16・四四頁。なお、履行不能論と積極的債権侵害論との対立について、林良平「ドイツ民法二八〇条における不能概念について」同『近代法における物権と債権の交錯』（一九八九年、初出一九五五年）一九一頁以下。

(95) 北川（一九六三年）・前掲注16・一頁。
(96) 同上。
(97) 同五頁。契約責任が契約交渉段階から契約終了後に至るまで存続するとする北川による指摘は、その後の契約責任論の展開に大きな影響を与えた。
(98) 星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』良書普及会（一九七八年）四六頁。
(99) 同五一頁。
(100) ドイツ民法二七六条（債務者の責任）「（一）債務者は、厳格化された責任または軽減された責任が定められてもおらず、とくに、保証または調達上の危険の引受けに基づく債務関係のその他の内容から推測されもしないとき、故意および過失について責めを負う。八二七条（責任の排除および軽減）および八二八条（未成年者）の諸規定は、準用される。（二）取引で必要な注意を払わない者は、過失で行為する。（三）故意に基づく責任については、債務者をあらかじめ免除することはできない。」なお、ドイツ民法の翻訳は、ディーター・ライポルト著 円谷峻訳『ドイツ民法総論〔第２版〕』成文堂（二〇一五年）五五〇頁以下による。
(101) 末弘厳太郎『債権各論』有斐閣（一九一八年）二六七頁、鳩山秀夫『日本債権法各論』岩波書店（一九二二年）二五〇頁、我妻栄『債権各論（民法講義Ⅵ）上』岩波書店（一九五四年）二〇〇頁、末川博『契約法（上）』岩波書店（一九五八年）一七〇～一七五頁。
(102) 大判昭和八年二月二四日民集一二巻二五一頁、最判昭和二八年一〇月一五日民集七巻十号一〇九三頁。
(103) 石田文次郎『債権各論』早稲田大学出版部（一九四八年）五二頁、柚木馨『債権各論（契約総論）（現代法学全集）』青林書院（一九五六年）三一四頁以下。
(104) 勝本正晃『債権法概論（総論）』有斐閣（一九四九年）八五頁。
(105) 石坂（一九一二年）・前掲注79・二三四二頁。
(106) 三宅正男『契約法（総論）』青林書院（一九七八年）二五三頁。
(107) 谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（一三）債権（四）契約総則〔補訂版〕』有斐閣（二〇〇六年）八九六頁〔山下執筆部分〕。

(108) 山中康雄「解除の効果」同『総合判例研究叢書（二）民法』有斐閣（一九五八年）一五九～一六二頁。
(109) 我妻（一九六四年）・前掲注3・一八八頁。
(110) 末川（一九五八年）・前掲注100・一七一～一七四頁。
(111) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』有斐閣（一九七二年）一二七頁。
(112) 谷口＝五十嵐（二〇〇六年）・前掲注107・八九六頁〔山下執筆部分〕。

第四節　現代の契約法学における契約責任法理

伝統的通説は、債務不履行に基づく損害賠償責任は、（i）債務者が債務の本旨に従った履行をせず、（ii）債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に生じるとしてきた。しかしこれに対し、帰責事由を故意・過失と同視する現在の通説と立法者の理解が異なる点が指摘されるとともに、債務不履行におけるドイツ的な過失責任原則の妥当性が疑問視され、帰責事由の再構成が試みられてきた。

ドイツ民法に連なる三分体系への批判がなされた後の契約法学において、債務発生原因と債務内容、不履行評価を連続的・一体的にとらえる判断枠組みを提示する諸説が出現するに至った。これらの先駆けとなったのが平井宜雄による見解である。平井以降、帰責事由の内容を明らかにするにあたって、手段債務・結果債務を区別して論ずる方法は多く見られる[113]。すなわち、「一定の結果の到来そのものを目的とする債務を生じさせるために契約がなされる場合」の債務を意味する結果債務と、「一定の結果そのものではなく、そのための手段としての意味を持つ債務を生じさせるために、契約がなされる場合」の債務を意味する手段債務とが区別されるのである。

そこで以下では、平井の見解を概観した後、現代の契約法学において帰責事由がいかにとらえなおされてきたか、また、それらの議論が二〇一七年債権法改正にいかにつながっていくのか確認する。

一　結果債務・手段債務二分論

一―一　平井宜雄の見解

平井はドイツ民法独自の構造から生まれた三分体系、とりわけ不完全履行というあいまいな中間概念を放棄したうえで、端的に改正前民法四一五条の「債務の本旨に従わない履行」を分析する必要性を説いた[114]。すなわち、債務発生原因が契約である場合には、個々の契約の解釈によって解決されるべきである。その際、まずいかなる義務が当事者により黙示的に合意されたのかを確定すべきであり[115]、次に、契約の解釈という作業によってもなお当事者の意思が明らかにならない場合に、はじめて規範的に判断して、当該契約によって意図された目的をもっともよく達成するような義務が承認されるべきである[116]。なお、法律論としては、最終的には信義則をその根拠として用いることになる[117]。

平井は、帰責事由を債務不履行責任の要件として扱うのではなく、債務不履行責任の成立を阻却する事由と位置づけたうえで、裁判例を以下のように分析する[118]。結果債務については、判例は、引渡しのない場合は特段の事情のない限り常に帰責事由の存在を認めている。たとえ第三者の行為が介在しても、判例は帰責事由の存在を否定するのに消極的である。これに対し、手段債務の場合には判例の立場は異なる。債務者がいかなる内容の債務を負っているか、どの程度の行為（作為・不作為双方を含む）をすれば要求された債務を履行したことになるか、あるいは債務の内容を実現するためにどのような結果を回避すべき義務を負っているかを特定したうえで、それらと現実になされた債務者の行為とを比較し、両者の間に食い違いがあれば帰責事由があるとする。

すなわち、結果債務では、結果不発生の事実があればそれだけで債務の本旨に従わない履行となり、かつ、債務者の「責めに帰すべき事由」の存在が高い程度で推測されるのに対して、手段債務では、結果の不到来という事実があっても、直ちに債務不履行ないし「責めに帰すべき事由」が存在するとはいえず、さらに立ち入って契約の趣旨を探求したり他の要件を考慮したりすることが必要になる。このような判断の構造は、手段債務の場合、債務の本旨に従った履行かどうかという判断と帰責事由の存否とが表裏一体の関係にあることを表している。手段債務については、債務者がなすべき債務をなさないことが原則として帰責事由に該当するから、帰責事由は主観的要件である故意・過失につきないものになっているといえる。

一―二　吉田邦彦の見解

吉田もまた、フランス法の議論にのっとり、裁判例を引渡債務、物の保存・保管債務、手段債務に分類して検討している[119]。これによれば、引渡債務の場合、帰責事由が否定されたのは戦争・災害、ストライキ、法令適用ないし取引の不許可・不承認、債権者の行為・妨害がある場合等であり、フランス的な「不可抗力」ないし「外来原因」と大差がない[120]。ここでは帰責事由要件は積極的作用をしておらず、むしろ一定の債務不履行から類型的・結果的に帰責するという判断がなされており、帰責事由は実質的には免責要件として機能していると評価される[121]。

次に物の保存・保管債務の場合、善管注意義務・保管義務を論じながらも帰責事由に言及されなかったり、また義務違反が債務不履行と構成されたり、または実質的判断がなされた後に形式的に帰責事由に言及されたりする裁判例が多く見受けられるという[122]。そもそも「善管注意を尽くして保管・保存する義務」とは、賃借人・受寄者が負うべき債務の内容そのものであり、債務不履行と帰責事由とを二分して構成する必要はない。むしろ直截に「債務不履行ないしフォー

トの推定」法理として構成すべきであると主張される[123]。

最後に、手段債務の場面でも、前述した物の保存・保管債務の場面と同様の問題状況が見られるという[124]。債務不履行と帰責事由の二元的構成を採るのが裁判例の主流ではあるが、ここでの帰責事由の持つ意義は必ずしも明らかでなく、受任者、運送人、請負人等の義務内容に還元することができる。裁判例の中には正面から「債務の本旨不履行」のレベルで処理するものもある。以上のように裁判例を見ていくと、契約責任におけるドイツ的な一律の過失責任主義から脱却し、英米法・フランス法的な客観責任（厳格責任）に向けての、契約内容に即した多層的な処理への転換が表れているとされる[125]。

一―三　森田宏樹の見解

森田（宏）は結果債務・手段債務を二分したうえで、契約責任の帰責事由を以下のように定義している[126]。改正前民法四一五条の「帰責事由」とは、伝統的通説にいう違法性（客観的要件）と有責性（主観的要件）の両者を含んだ概念である。違法性と有責性とを峻別対置し、債務者に賠償責任を認めるべきか否かをこの二段階に分けて判断するという枠組みは、そのような区別をしていない民法典の規定の構造にも、かつ、わが国の判例法の実際にも適合しないものであり、妥当ではない。また、帰責事由の内容は、債務者が「契約において約束したことを履行しないこと」に含まれる。ここでは帰責事由の存否は、契約によって債務者が義務づけられた「債務の内容・射程」を媒介として判断される。

債務不履行の存否に関する実際の判断にあたっては、結果債務と手段債務とでは、債務者の行為態様の評価が必要となるかどうかという点で違いがあるとされる[127]。債務者が結果の実現が確実であると約束した場合（結果債務）には、不可抗力によらない結果の不実現があれば、債務者に帰責事由があると判断される。一方、債務者が結果を実現すべく一

定の慎重な注意義務を負うことしか約束していない場合（手段債務）では、債務不履行の存否につき債務者の具体的な行為態様を評価する必要がある。すなわち、債務者に注意義務違反があったかどうかという過失の判断がなされる。

森田（宏）は、上述した結果債務・手段債務が前提とする債務不履行責任における「帰責事由」のとらえ方に基づき、ドイツ法の学説を継受したわが国の伝統的通説における「帰責事由」を再検討する[128]。そして、新たな「帰責事由」の理解が、わが国の民法典の規定の構造により適合的であり、わが国の判例法に示された実際の解決を説明し、体系化しうるものであると主張する[129]。ここでは、契約責任の帰責根拠は、約束したことを履行しなかったこと、すなわち、債務者が自らの意思（合意）によって設定した契約規範に従わなかったことという点に求められる[130]。

結果債務においては、約束された結果の不実現があれば、債務者がその不履行が不可抗力――すなわち、何人も予見も回避もしがたい事情――によることを立証しない限り、債務者には不履行について「帰責事由」があると判断される[131]。一方、手段債務については、債務者の不履行の事実とその「帰責事由」の判断とが実務上同一に帰し、「帰責事由」が独自の意味を有していないと認識される[132]。

なお、森田は結果債務・手段債務の区別について、相対的なものであり、それぞれの内部においても均一ではなく、債務の強度に濃淡ないし段階があると説明している[133]。この区分は、契約上の債務がすべて同一の強度または範囲にあるわけではないという正当な考え方を表現したものであるという。契約内容は当事者の意思によって自律的に決定されるとする意思自治の原則のもとでは、契約上の債務の射程ないし強度も、二つ以上の段階があるのは当然であるとされる。

二　結果債務・手段債務二分論を前提とした裁判例研究

二―一　長尾治助の研究

改正前民法四一五条の母法であるフランス法研究から展開されてきた結果債務・手段債務二分論は、裁判例研究においても広く受け入れられた。すなわち、裁判例の研究においても、債務が手段債務であるか結果債務であるかによって帰責事由の判断枠組みが異なることが前提とされるようになったのである。

わが国の実際の裁判例の研究から契約法における帰責事由を再検討したものとして、長尾の研究[134]が挙げられる。ここでは、契約法における帰責事由が、債務者の責に帰すべからざる事由（債権者側の事情、第三者の事情、人為的社会状況の変化、公権力による拘束、戦乱又は自然的災害）と責に帰すべき事由とに分類され検討されている。

このうち、結果債務の場面では、不履行の結果をもって過失が証明されることが多い。手段債務については、例えば、医師の注意義務について不可抗力ないし適正な措置を講ずることが著しく困難であることが認められない限り、債務不履行は医師の帰責事由によるとされる傾向にある[135]。

ただし、長尾は結果債務か手段債務かの区別を重視するのではなく、債務不履行の事案一般について、予見義務、回避・防止義務を尽くしたか否かの判断要素を以下のように示している[136]。契約の性質、債務者の地位・職業、契約の主目的の実現に対する当事者の期待の程度、契約締結後に生じた諸状況の他、不履行の内容が人の生命・身体・名誉に対する損害としてあらわれた場合か、財産に対する損害の場合か等について、具体的な類型ごとに基準を設定する必要がある。今日の義務の深化と多様化に比例して、債務者には従前以上に結果発生に対する予見義務、回避・防止義務が強くかつ広く求められるようになってきているのであり、帰責事由にも、単に過失の有無で判断するのではなく、社会的性格が要請されている。

長尾は、債務者の責任とは、約束に対する期待が裏切られたことに対する債権者のための救済の制度であるとし、債権者の有する契約に対する合理的な期待を保護する法技術的用語として、帰責事由という概念が条文上明記されている

ものと理解する。そのうえで、帰責事由の中核は過失であるという考え方（過失責任主義）を、「人間の自由に対する社会的な保障制度の一としての意思尊重に基礎を有する一の法律制度である」と評価しながらも、それを債務不履行の要件として取り込むことの必要性に疑問を投げかけている。(137)

二―二　中田裕康の研究

また、中田は、帰責事由の具体的内容につき、判例はどのように解しているのかを明らかにするためには、どのような場合に債務不履行者が責任を免れることができたのか、すなわち、帰責事由がないと認められた場合はどのようなものかを見る必要があるとする。(138)

債務不履行の事案において帰責事由がないと認められた最上級審判決(139)を見ると、債務不履行の原因が債務者側以外の事情によるものである場合については、債権者又は第三者の行為や不可抗力など、外部的事情が評価の対象となっている。一方で、債務者側に不履行の原因がある場合には、抽象的には債務者の故意・過失に言及していても、具体的には債務不履行の事実の有無と帰責事由とが一体的に判断されている。物の引渡しを目的とする債務については前者の場合が多く、役務の提供を目的とする債務については後者の場合が多い傾向がある。さらに、履行遅滞については、過失がないから債務者が免責されるというような事例はほぼ存在せず、免責されるのはいわゆる不可抗力に近いような場面であるという。(140)

そのうえで中田は、裁判例は債務者の主観的有責性と本旨不履行とを必ずしも分けて考えていないと指摘する。(141)少なくとも、伝統的通説のいう、（i）債務者が債務の本旨に従った履行をせず、（ii）債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるという枠組みに従っているとは言い難いだろう。

結果債務についていえば、債務者が契約において約束したことを履行しないのであれば、それが不可抗力といえるような理由によるものでない限り帰責事由が認められる場合が多く、債務不履行の事実と帰責事由とが必ずしも区別されて論じられているわけではない。また、医療契約のような手段債務については、債務不履行の有無の判断がまさに注意義務（過失）の判断と重なる点が指摘されている。ここでは裁判例は、債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責事由について、ドイツ法的な過失責任主義によるというより、個々の具体的契約内容に即し、債務不履行と過失の有無とを一体として考慮して責任の成否を判断しているといえよう。

三　favor contractus と「契約の拘束力」

一方で、債務不履行に対する救済における履行請求権の第一義性について再検討が行われる中で、近年、改めて履行請求権の第一義性を維持する立場が見られる[142]。

森田（修）は、このような考え方の背景には、favor contractus（契約の尊重）と呼ばれる概念があると指摘する[143]。この概念は、UNIDROIT 国際商事契約原則の起草過程及びその注釈の議論において、契約法の問題系列ないしそれに対する一般的な解釈態度を示すものとして用いられている。favor contractus は UNIDROIT 国際商事契約原則の基本発想のひとつであり、出来る限り契約を保存することであると定義される[144]。そして、その有効性が疑問視されたり、履行期前に解消されてしまったりする局面をできるかぎり制限する。その背後には、通常は、市場に代替となる財・サービスを求めるより、もともとの取引を維持する方が両当事者の利益にかなうという思想がある。

また favor contractus の外延は、（i）契約の成立（Favouring binding agreements）、（ii）契約の有効性（Favouring contract validity）、（iii）履行困難にも関わらない契約の存続（Favouring keeping the bargain alive despite

hardship)、(iv) 契約違反にも関わらない契約の存続 (Favouring keeping the bargain alive despite breach) に下位分類されている[145]。このように、favor contractus がカバーする問題は広範にわたるが、そこには、契約の成立要件・有効要件にかかわるもの ((i)(ii)) と、契約責任法にかかわるもの ((iii)(iv)) とがいずれも含まれている。

日本法においても favor contractus は紹介されており[146]、二〇一七年債権法改正の文脈においても注目されるに至っている[147]。履行請求権との関係では、改めてその第一義性を認める立場から、favor contractus と履行請求権との密接な関係が指摘されている[148]。曰く、そもそも契約規範は、契約当事者に、その諸々の利益を法的保護の対象とするために様々な義務を定位する。これらの義務群は、契約の履行プロセスの当初において、契約内容の本来的実現というひとつの方向に向かう指向性を帯びている。この指向性の根拠は、契約当事者の当初意思が契約のノーマルな展開に向けられているという点にある。履行プロセスの中で義務群のこの指向性を重視すればするほど、favor contractus の思想が、契約責任について実現される。履行請求権を契約責任の体系化原理とすることは、その存続のかぎりで、上記の義務群にこの指向性を与えることを意味し、このような履行請求権が義務群を実質的に統御する[149]。

このように、favor contractus とは、当事者が契約の維持を志向するなら、たとえ障害があってもなるべく契約を維持、存続させていこうとすることであるといえる。いったん設定された契約によって、当事者の間に特別な関係が生じたことが尊重される。もっとも、当初の契約内容や当事者意思はさほど重要視されず、債務不履行が生じた後に両当事者が再度交渉することで、なるべく契約関係を継続することが好まれる。履行請求権体系の立場からは、不履行に際して、契約関係を維持するか否かの被不履行者の決定が尊重されることが強調される[150]。

四　新しい契約責任論

四―一　潮見佳男の見解

学説からも裁判例の実情からも帰責事由の再検討が進められる中で、潮見は、ドイツ民法における過失の標準を分析したうえで、わが国の契約法における過失の合理性を論じている[151]。曰く、「過失の標準」の合理性を探求する場合、不法行為責任における注意と契約責任における注意は、その存立基盤を異にするものであるがゆえに、別個に検討する必要がある。そして契約責任について、「社会生活において必要とされる注意」の内容がどのようなものか、補充的契約解釈ないしは契約の意味適合的解釈によって探求されねばならないという[152]。

そこで潮見は、商品の提供を目的とする「与える債務」と、可視的要素に乏しくまた内容自体も履行過程の進展をまってはじめて具体的に確定されることの多い「なす債務」とを区別する[153]。「なす債務」では、履行過程における人の具体的な行為態様そのものへの法的評価（契約に即しての合法・不法評価）が問題となるという。つまりここでは、一定の目的をもって意思決定され、展開される具体的行為自体が、個々の契約における債務の対象となる。

このように考えると、結果実現保証の約束がなされていない「なす債務」については、契約内容に適合した作為・不作為がなされたかどうかという「債務不履行」の面のみを議論すれば、これと別に「過失」の問題を論じる意味がないと潮見は指摘する[154]。さらに、結果実現保証の約束を含んだ「なす債務」を想定すると、保証された事態が実現しなかった場合には、保証約束の違反を理由としてその結果が債務者に帰責されることになる[155]。ここでは「保証約束」の解釈が問題となり、契約締結時にどこまでの危険が引き受けられたのかという観点からの契約内容の確定作業が行われる。

このような考え方は、森田（宏）同様、契約において合意した債務に従わなかったことをもって債務不履行ととらえ、かつ債務不履行と帰責事由を一体的にとらえ、契約の内容に応じて帰責根拠を判断するものであるといえる[156]。

このように債務不履行責任の帰責事由を契約の拘束力に求める新しい契約責任論について、潮見は、さらなる課題と

して以下の二つを挙げている。[157] 第一に、「契約」という観点に基礎を据えて契約責任の問題をとらえるために、契約内容の確定法理と契約責任論とを関連づけた理論を構築する必要がある。契約責任を理論的に洗練するにあたり、「契約の拘束力」の持つ意味が重要になってきている他、契約責任論において契約内容の確定問題の占める割合が著しく増大することになる。第二に、契約責任論の現代化に取り組むグローバルな流れを受けて、わが国でも、現代社会において「あるべき契約責任の枠組み」を実現するために契約責任の理論を構築する必要がある。[158]

四―二　山本敬三の見解

こうした新しい契約責任論は、伝統的な過失責任主義を放棄し、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。ここでは当事者が何を引受けていたか確定することが重要となる。

この点、同様に山本（敬）も、契約内容の確定を重要視している。[159] 山本によれば、債権の発生原因である契約によって拘束されていたことが損害賠償責任の根拠であり、それゆえ、契約内容の確定と帰責事由の有無の判断とが重なる。ここでは、契約の拘束力が認められる射程が決定的な意味を持つため、契約の内容をどのようにして確定するかということが避けて通れない問題となるが、私的自治の原則から、個々の当事者が契約により行った決定が優先されることになる。

このように当事者の合意を重視する考え方は、二〇一七年債権法改正に理論的基礎を提供するものであった。山本によれば、合意原則には「契約の当事者は互いに合意したことに拘束される」という積極的側面と、「契約の当事者は、本法その他の法律の定めによる場合を除き、互いに合意していないことには拘束されない」という消極的側面とがあるという。[160]

もっとも、このような合意原則は局面に応じて補完ないし制約されることがある。この点につき山本は、「契約自由に対する規制」を正当化する根拠として、「契約正義」にその根拠を求める考え方、「共同体の内在的規範」にその根拠を求める考え方、「権利・自由の保護」にその根拠を求める考え方があるとする[161]。山本はこのうち三つ目の考え方をとるとし、それゆえに契約規制の類型として秩序維持や弱者保護のための「他律型規制」よりも、当事者の自律を保護するための「自律保障型規制」が重視されることになると説明する[162]。

四―三　国際的潮流との調和

新しい契約責任論には、少なからず国際的潮流との調和を図ろうとする面がある。新しい契約責任論の特徴である（ⅰ）過失責任主義の否定、（ⅱ）不能概念の否定は、例えばCISGにおける契約責任の構造と同様である[163]。

この点について内田は、世界的に契約法統一の動きが進む中で、共通法としての債権法のモデルの一つを発信する立場を積極的に評価している[164]。内田は、そもそも、債務不履行責任における過失責任主義は理論上の話であって、実際には裁判規範として機能していなかったと指摘する。とはいえ、過失がなければ債務不履行責任が免除されるというレトリックは、現在に至るまで判例・学説の議論を支配しているという。

帰責根拠を契約の拘束力に求める立場は、二〇一七年債権法改正においても、国際的潮流に即したものとして積極的に受け入れられることとなった。民法改正検討委員会は、契約で約束した義務を履行しなければ債務不履行責任を負うが、もともと契約で引き受けていなかったような事由で債務不履行が生じた場合、つまり予想していなかったような事態が起きた場合には免責されるという、常識的なルールを端的に書くことを提案している[165]。伝統的通説に見られるような、不注意がなければ債務不履行に陥っても損害賠償責任を負わなくてよいという不自然な結末を名実ともに否定する

ためには条文を変えるべきであり、検討委員会の提案はその点で評価しうる。

一方で、これらの主張に対し、新しい契約責任論の展開を受けた債権法改正を批判する動きもある。加藤からは、無過失責任（厳格責任）への転換であるとか、英米法や国際的潮流との統合をはかる社会的必要性はないといった批判がなされている[166]。また、吉田は、債権法改正の問題点として、以下の三点を挙げている[167]。第一に、これまでの民法改正は、例えば根抵当であれ、仮登記担保であれ、特別養子であれ、成年後見であれ、一定の社会的要請・必要性があって、それへの対応ということで個別的に改正がなされてきた。しかし、今回の債権法改正はこれらの場合と事情が異なる。第二に、「市民のための分かりやすい民法」を目指すとされているが、実際の法案は、既存の判例をこれまでの条文に盛り込んでいるため、長く読みにくい。第三に、「比較法的帰趨」からも債権法改正が求められているとされるが、国際的な動きへの配慮はされるべきであっても、国際的条約の批准によって解決する問題であり、国際商事取引の分野に合わせて債権法を全て改正する必要はないという。

（113）以下に紹介する論稿に先立ち、結果債務・手段債務的発想あるいは引渡債務・行為債務的発想を整理する研究として、参照、中野貞一郎「診療債務の不履行」同『過失の推認』弘文堂（一九七九年、初出一九七四年）六七頁以下、國井和郎「不完全履行」倉田卓次編『要件事実の証明責任　債権総論』西神田編集室（一九八六年）一四三頁以下。また、結果債務・手段債務論の学説史的展開を紹介するものとして、参照、潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩＝平井一雄編『日本民法学史（各論）』信山社（一九九七年）一八三頁以下。

（114）川島武宜＝平井宜雄「契約責任」石井照久他編『経営法学全集（一八巻）』ダイヤモンド社（一九六八年）二五九頁以下。平井（一九九四年）・前掲注75・七七頁以下。

(115) 明示的に合意されたのであれば、それは本来の債務となることは言うまでもない。
(116) 川島＝平井（一九六八年）・前掲注114・二六五～二六八頁。
(117) 同上。
(118) 同二六八頁。
(119) 吉田（二〇〇三年）・前掲注41・五三頁以下。
(120) 同四九頁。
(121) 同上。
(122) 同上。
(123) 同五〇頁。
(124) 同上。
(125) 同五一頁。
(126) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」同『契約責任の帰責構造』有斐閣（二〇〇二年、初出一九九三年）一頁以下。
(127) 同二五頁以下。
(128) 同上。
(129) 同四八頁以下。
(130) 同上四九頁。
(131) 同上。
(132) 同五〇頁。
(133) 同三六頁以下。また、森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために』有斐閣（二〇一三年）三八頁以下も参照。
(134) 長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（一九七五年）。
(135) 同一七四頁。

(136) 同二一九頁。
(137) 同二二一頁。
(138) 中田（一九九八年）・前掲注10・三六頁。及び、中田裕康『債権総論〔第四版〕』岩波書店（二〇二〇年）三五頁。
(139) 売買契約の締結後、売主が履行遅滞に陥ってから、目的物（葉煙草）の取引を禁止する法律が発令された場合（大判明治三九年一〇月二九日、民録一二輯一三五八頁）、米穀取引所仲買人が受託者の注文に応じて定期米の買埋をする義務について相場が成立しなかった場合（大判大正六年五月二三日、民録二三輯八九六頁）、他人甲の権利の売主乙が、甲から権利を取得して買主丙に移転できなかったが、丙が直接甲に権利を請求できる関係にあった場合（大判大正一〇年一一月二二日、民録二七輯一九七八頁）、他人甲の権利の売主乙が、甲から権利を取得して買主丙に移転できなかったが、甲が乙に引渡しができなかったのは不可抗力によるものであった場合（大判大正一三年三月一四日、新聞二二四七号二二頁）、建物賃借人の返還義務が原因不明の出火による建物焼失のため不能となったが、債務者が善良な管理者の注意をもって建物を保存していた場合（大判昭和一一年三月七日、民集一五巻三七六頁）、更地として引き渡す債務を負う土地の売主が地上建物所有者を速やかに立ち退かせるのに必要な合理的な努力をした場合（大判昭和一六年九月九日、民集二〇巻一一三七頁）、土地の立会測量をする義務について債権者が履行を妨害した場合（大判昭和一六年一二月九日、法学一一巻七号八一頁）、患者に胆嚢癌の疑いがあると診断した医師が当該状況のもとで結果的に患者の家族に説明をしなかった場合（最判平成七年四月二五日、民集四九巻四号一一六三頁）。
(140) なお、医師の診療債務をはじめとする手段債務については、責任の成否を判断するにあたり、債務不履行の有無と過失の判断とが一体となって行われているとの指摘がある。内田貴『債権法の新時代』商事法務（二〇一〇九年）八三頁。
(141) 中田（一九九八年）・前掲注10・三六頁。
(142) 伝統的立場からは、履行請求権と填補賠償請求とが併存することを認めつつ、あくまで履行請求権を債権の本来的効力ととらえる見解が示されている。ここでは、履行請求権は、債権者が債務者に対して契約上有する利益すべてを表す地位としてとらえられる。何らかの契約不適合があったとき、履行請求権と損害賠償請求権いずれかを債権者が選択できるものの、後者を選択するには厳格な要件を満たす必要がある。例えば、不能に先立つ段階で、確定的不履行のような場面以降債権者に履行請求権と填補賠償請求権との選択を認めると、債務者は、この場面で両請求に応じる準備を強いられる。

確定的不履行ありとする判断には、債務者がこのような負担を強いられても仕方がないという判断が含まれていなければならない。さらに、確定的不履行後であっても、たとえ債務不履行の被害者であるとはいえ、債権者にもなお、何等かの信義則上の義務があるとすれば、この債権者の選択権にも何らかの制約が課されるべきことになる。森田修『契約責任の法学的構造』有斐閣（二〇〇六年）一八一頁。

(143) favor contractus の訳語としては「契約の尊重」という語が当てられるのが一般的である。この他「契約の保護」と訳されることもあるが、これらは、pacta sunt servanda との差異が必ずしも明確に表現されていないとの指摘がある。また、「契約の維持」という訳語は、favor contractus の一側面しかとらえていないとされる。曽野裕夫「Favor contractus のヴァリエーション――CISG と債権法改正論議の比較を通じて」松久三四彦ほか編『民法学における古典と革新』成文堂（二〇一一年）二五五頁以下。

(144) M. J. BONELL, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW 102-126 (3d ed., 2005).

(145) *Ibid.*

(146) 内田（二〇〇〇年）・前掲注3・二六〇頁以下、円谷峻「ファヴォール・コントラクトス（契約の尊重）」好美清光先生古稀記念論文集刊行委員会編『現代契約法の展開』経済法令研究会（二〇〇〇年）三頁以下。

(147) 森田修「『契約の尊重（favor contractus）』について」遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集編集委員会『実務法学における現代的諸問題』（二〇〇七年）一九九頁、曽野（二〇一一年）・前掲注143・二五六頁。

(148) 森田（二〇〇七年）・前掲注147・二〇九頁。

(149) 同上。もっとも森田によれば、remedy approach のもとでもこのような指向性が実現され得ないわけではない。しかし契約規範は、もはや当初契約意思に固定されたものではなく、紛争解決後の当事者の交渉の中での自治的関係形成によって変容し、履行プロセスを通じて存続する。履行請求権概念は、このように変容する契約規範と当初契約意思とを媒介する装置なのである。

(150) 森田（二〇〇七年）・前掲注147・二一一頁。

(151) 潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（二〇〇〇年）一九九頁以下。

(152) 同二〇一頁。

(153) 同二一一頁以下。
(154) 同二一四頁。
(155) 同二一五頁。
(156) 森田宏樹は、これを「債務の強度」に応じた帰責事由の内容決定と表現する。なお、潮見も伝統的な過失責任主義を批判し、債務不履行の事実と帰責事由とを一体としてとらえようとする姿勢を共有している。潮見（二〇一〇年）・前掲注76・一三頁。
(157) 潮見佳男「総論――契約責任論の現状と課題」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）八一頁。
(158) 国際化の流れの中で契約法理をとらえなおそうという発想は、潮見の以下の著作でも見られる。潮見佳男『契約法理の現代化』有斐閣（二〇〇四年）二九〇頁以下。
(159) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）八七頁、同「債務不履行責任における『帰責事由』」法セミ六七九号（二〇一一年）一〇頁。
(160) 「座談会　債権法の改正に向けて」ジュリ一三〇七号一二〇頁〔山本（敬）発言〕。
(161) 山本敬三『民法講義Ⅳ（一）』有斐閣（二〇〇五年）一九頁。また、同「契約規制の法理と民法の現代化（一）～（二・完）」民商一四一巻一号一頁以下・同二号一七七頁以下（いずれも二〇〇九年）、同「日本における債務不履行法の変遷と課題――ドイツ法との対比から」小野秀誠ほか編『民事法の現代的課題』商事法務（二〇一二年）四〇五頁以下も参照。
(162) 山本（二〇〇九年（一））・一〇、三二頁以下、同（二〇〇九年（二））・一七八頁以下・いずれも前掲注161。
(163) CISG四五条（一）（b）は、「売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合に」買主の損害賠償請求を認めている。また、同六一条（一）（b）は「買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合に」売主の損害賠償請求を認めている。ここでは帰責根拠としての過失は要求されない。また、不能概念の否定により、債務不履行の三分体系は否定され契約責任は一元化される。この他、瑕疵担保責任や危険負担といった制度もCISGにおいては存在しない。この点につき、参照、曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）における瑕疵担保責任の不存在とその理由」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』日本評論社（二〇〇九年）一一七頁以下。
(164) 内田（二〇〇九年）・前掲注140・八二頁以下。

(165) 同八四頁。基本方針【3.1.62】は「債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる」とのみ端的に書いており、帰責事由についての言及は一切なかった。

(166) 加藤（二〇一一年）前掲注５・六七頁。また、加藤は法制審議会による債権法改正の問題点を指摘したうえで、自ら「国民有志案」を提案している。同『迫りつつある債権法改正』信山社（二〇一五年）。

(167) 吉田（二〇一〇年）・前掲注５・七六頁、同『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（二〇一一年）三八五頁以下も参照。

第五節　二〇一七年債権法改正とその評価

このように、近時の議論においては、過失責任主義から脱却し、債務不履行責任の要件を本旨不履行及び帰責事由（過失）とするのではなく、契約の拘束力そのものに求めることが主張されてきた。ここでは、契約責任を論じるにあたり、債権・債務の発生原因である個別・具体的な「契約」から説き起こして問題がとらえられるようになったといえる。当該債務が「契約」に基づいて生じたものであることや、当該債務を発生させた「契約」の内容が、債務不履行の問題を処理するための法理論にどのような影響を与えるかという点に関心が向けられる。このような考え方は、二〇一七年債権法改正に大きな影響を与えることとなった。

以下では、特に損害賠償に関する諸規定に関する改正作業を振り返るとともに、改正後債権法に対する評価を概観する(168)。

一　債権法改正作業の過程

わが国の民法典は制定後百年を超え、その間に大きな時代の変化、社会の進展をみた。こうした背景に対し、民法典の規定内容との齟齬が拡大したこと、また、取引法改正の世界的潮流に対応することを目的として、二〇〇九年から法制審議会民法（債権関係）部会が民法改正に向けての議論を開始した[169]。その後、二〇一一年には「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が、二〇一三年には「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が公表された。それからも法制審議会での審議が進み、パブリック・コメントの手続きを経たうえで、二〇一四年に「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」が決定された。最終的に法制審議会は、二〇一五年に「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を決定したうえ、同年二月二四日開催の第一七四回会議において、原案通りの内容で「民法（債権関係）の改正に関する要綱」を採択した。

法制審議会の要綱に基づき、法務省において「民法の一部を改正する法律案」、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」が立案され、二〇一五年三月三一日の第一八九回国会に提出された[170]。その後、両法律案は、二〇一六年一一月一六日の一九二回国会において審理が開始され、二〇一七年五月二六日に成立[171]、二〇二〇年四月一日から施行された。

二　民法（債権関係）改正法案における損害賠償に関する諸規定

二―一　民法四一五条改正法案

二〇一七年債権法改正作業において、債務不履行に基づく損害賠償責任の要件論については、「過失責任の原則」を基礎とする伝統的学説の立場から、帰責の正当化根拠を「契約の拘束力」によって基礎づける最近の学説の考え方に転

換するものであると説かれる。[172]

この提案の考え方は「債務者が契約によりいかなる債務を負担したのかを確定した上で、次に、どのような事態について債務者が損失の負担をしないでよいのかを契約内容に即して判断し、債務者の『責めに帰すべき事由』の有無を評価しようとしている従前の実務の処理方法を明確にすることこそあれ、これと矛盾するものではない」とも説明されている。[173]

この他、「現行実務は、債務不履行責任の判断作業として、（i）契約等の債務発生原因の分析等に基づき債務の内容を確定し、（ii）その債務の不履行事実を確定し、（iii）債務者に帰責事由がないという抗弁が成立するかを確定するという三段階の作業を行っているとされる」が、契約の拘束力に根拠を求める考え方も、「このような判断構造の変更を意図するものではないとされている」とし、「いずれの考え方も、実務におけるこのような判断構造を維持した上で、上記（iii）における抗弁事由の具体的な在り方を問題としている点で共通するとされている」と指摘されている。[174]

基本方針【3.1.1.62】「債務不履行を理由とする損害賠償」は「債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる」と規定する。そのうえで、【3.1.1.63】「損害賠償の免責事由」として、「（一）契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債権者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。（二）債務者が【3.1.1.54】または【3.1.1.55】に定められた抗弁権を有しているときには、債権者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない」とする。

ここでは、当事者が合意に反したことによってただちに損害賠償責任が肯定されること（【3.1.1.62】）、そのうえで【3.1.1.63】は免責事由として機能することが明確にされている。そして、免責にあたっても、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という表現が用いられ、従来注意義務違反としての過失と分かちがたく結びついて解され

てきた「責めに帰すべき事由」の文言が排されている。基本方針においては、あくまで帰責根拠は当事者の合意から導かれるとの立場が貫かれているといえる。

これに対して、中間試案は「債務不履行による損害賠償とその免責事由」を以下のように規定する。「（一）債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。（二）契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。（三）契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」。

ここでは、基本方針で用いられていた「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言がなくなり、「債務者の責めに帰することのできない事由」という表現が復活している。この点については、「責めに帰すべき事由」という文言を維持して、債務不履行の原因につき債務者がそのリスクを負担すべきだったと評価できるか否かによって免責の可否を判断する旨を示すものであると説明される[175]。

ただし、契約に基づく債務については、「当該契約の趣旨に照らして」との文言を付加することで、その基本的な判断基準が契約の趣旨に求められることを示すという[176]。ここでは、基本方針に比べて明確ではないものの、帰責根拠をあくまで契約の拘束力に求めるという姿勢は維持されているようである。

基本方針、中間試案を経て、民法四一五条の民法（債権関係）改正法案における改正案は以下の通り規定することとなった。「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の

社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」。

ここでは、債務者が免責事由を主張立証して損害賠償を免れることができることが明確にされている。一方で、債務不履行と損害との間に因果関係が認められるならば、その損害を債務者が常に賠償しなければならず、債務者は、抗弁を提出して損害賠償責任を免れることは一切できないという考え方は採用されていない。免責の成否は、不法行為法上の過失の有無の判断とは異なり、個別の契約の文脈に照らし、その趣旨を踏まえて判断されることとなる(177)。

二―二　民法四一六条改正法案

損害賠償の範囲に関する民法（債権関係）改正法案四一六条は、一項については改正前民法四一六条と変わらず、二項において以下の通り規定する(178)。「特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる」。

どの範囲の特別損害の賠償をするべきであるかに関して、改正前民法が「当事者がその事情を予見し、又は予見することができたとき」とするのに対し、「当事者がその事情を予見すべきであったとき」と改められている点が最大の変更点であろう(179)。これは、現行法の規定ぶりに規範として問題があり、予見可能性が自然的な事実に即した判断ではなく、規範的な評価に服するものであることを強調した結果であると説明される(180)。特別損害に当たるとするために予見すべきであったという規範的な評価をするかどうかは、契約および取引上の社会通念に照らして判断される。債務者が単に知っているとか、告げられていた、というのみで予見可能であるとされるものではないという。

改正前の同条の問題点の改良にあたっては、同条の起草の元となったHadley v. Baxendale事件が改めて参照され、予見可能性を適切にコントロールすることで認められる損害を確定しようとする考え方が積極的に評価されている(181)。

二―三　民法四一八条改正法案

新しい契約責任論とその後の債権法改正作業において盛んに議論された、契約責任における帰責事由については、民法四一八条に関する議論もかかわりが深い[182]。というのも、同条は「過失」相殺に関する規定であり、結局は改正後民法四一八条においても「過失」の語が維持されるに至ったためである。

基本方針は、改正前民法の債務不履行における過失相殺の趣旨を、「契約上で債務者に課された債務の履行がないことを理由として債務者に対して帰責されることとなった損害の一部を、損害回避のための合理的措置をとらなかった債権者に対して負担させるという、損害リスクの債権者への（再）転嫁」であると理解したうえで、改正作業においてもこの理解を踏襲するとした[183]。

一方で、改正前民法四一八条を基本的には維持しながらも、債務不履行による損害の発生を抑止ないし軽減するために、債権者にどのような行動を求めるかという観点を全面に押し出すと説明されている[184]。「過失相殺そのものについては、一応債権者の側の損害抑止・軽減義務のところで、従来の過失相殺を取り込んだような考え方をと」るといい、「それとは別に、免責要件の中でどういう考え方をとるのかという問題はあるのだろう」としている[185]。

ここでは、契約の拘束力によって契約責任を肯定し、損害軽減理論によって損害賠償額を調整するという新しい契約責任論の立場の影響がうかがわれる。この立場は、英米法の従来の立場である他、CISG や UNIDROIT 国際商事契約原則、PECL が採用してきたものでもあり、国際的潮流の一部であるともいえる。特に、従来日本法では必ずしも明確に論じ分けられていなかった、債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害賠償が否定される場面と、債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが、区別されようとしている点は意義深い[186]。

基本方針【3.1.1.73】は「債権者の損害軽減義務」と題して以下のように規定する。「（一）裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる。（二）債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲で請求することができる」。ここでは、「過失相殺」の文言は排され、「損害軽減義務」によって損害賠償額が調整されることが意図されていた。

しかし結局、改正後債権法においては「過失相殺」の文言が残されることになった。損害賠償の範囲に関する改正後民法四一八条は以下の通りである。「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める」。

ここでは、債権法改正作業において、損害賠償責任や賠償額の決定にあたって従来の過失責任主義を採用しないことが強く指向されながらも、最終的には「過失」相殺の規定が残った点に注目すべきである。この点につき潮見は、「過失」「過失相殺」という用語法を維持したのは、過失相殺の制度の意味に関して――不法行為における過失相殺の制度も含めて――多種多様な理解があるところ、今回の改正によってその理解に影響を及ぼすことになるかもしれない態度決定をすることを避けたと説明している[187]。

三　改正後債権法における契約責任法理の評価

三―一　新しい契約責任論の取込み

債権法改正は二〇一七年に成立後、二〇二〇年四月に施行され、その改正前後の変更点や実務への影響について現時点までに一定の議論の蓄積が見られるところである。

現代の契約法学において契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」に求める見解が有力となった過程は上述した通りであるが、この新しい契約責任論が改正において取り込まれた点については積極的に評価されているようである。

松尾は、「契約の拘束力」をめぐる近時の議論について、シビル・ロー的契約法理とコモン・ロー的契約法理とのいずれに軸足を置くかという議論であると指摘し、以下のように整理する[188]。曰く、シビル・ロー的契約法理とは、個々具体的な当事者の合意ないし意思から抽象化され、一般化された債務者の故意・過失ないし過責を中心とする帰責事由に契約責任の根拠を求める考え方であり、日本法の伝統的な帰責事由主義はこれにあたる。これに対し、個々の契約の文言に現れた当事者の合意ないし意思、すなわち、契約で当事者が約束したことないし引き受けたことそのものを契約責任の根拠とする考え方を、コモン・ローの契約法理である契約責任主義と呼ぶ。

帰責事由主義によれば、債務不履行を理由とする損害賠償請求等に帰責事由を要するが、債務者の帰責事由によらない後発的不能の場合は債務の当然消滅を認める。その結果、債務者は自己の債務を逃れるために契約を解除する必要はないが、双務契約の反対給付請求の可否に関し、危険負担ルールを必要とする。債務者の帰責事由によらない原始的不能の場合も債務は存在しないため、瑕疵担保責任に関するルールが必要になる[189]。

一方、契約責任主義は、瑕疵も契約不履行に包含し、債務者の帰責事由を問わずに履行請求、損害賠償請求、解除に関するルールを適用する。債務者に帰責事由のない履行不能の債務も契約が解除されない限り存続するから、解除制度が危険負担の領域をカバーすることになる[190]。

小粥は、債権法改正作業にあたって新しい契約責任論が取り込まれることについて、当初は新理論が十分に浸透していないことを指摘しながらも、積極的に評価した[191]。曰く、改正作業にあたっては帰責事由論固有の領域を超えて、様々な事柄との関係の中で新理論の内容、意義と課題等が検討されている。それによれば、新理論には、伝統理論（過失責

任の原則）を破壊する相における強さと同時に再構築する相における弱さがあり、あるいは議論の実益が見えにくいとの印象を与えるという[192]。

一方で小粥は、新理論は少なくとも、結果債務類型において伝統理論が擬制的な過失判断によって帰責事由を認めてきたところを契約内容――不履行があれば免責事由のない限り帰責事由がある――から合理的に説明することを可能とし、手段債務類型においても判例・学説における不履行判断と帰責事由判断との一致の減少に理論的な説明を与えているという[193]。この点において、裁判官が行ってきた法的処理と価値判断およびその理由付けそのものを対象として客観的に分析し、法的処理の性質の差異を明らかに析出するとともにその価値判断を導く因子と理由付けとを論理的に整合的命題として構成して判決行動の客観的科学的認識を可能ならしめる概念ないし論理を提供する「理論」としては、伝統的理論に勝ると評価している[194]。

もっとも、改正後債権法について「過失責任の原則」が放棄されたとみることはただちにはできないとの指摘がある[195]。改正後民法四一五条は、契約責任の免責事由の有無が「契約……及び取引上の社会通念に照らして」判断されるとしている。これにより、債務者は契約とは切り離された客観的な注意義務違反がない限り損害賠償責任を負わないとする考え方は少なくとも否定されたといえる。免責されるか否かは債務者が契約上どのような義務を負っていたかによって判断されることになり、その判断にあたって、債務者の行為態様の評価が問題とならないわけではない[196]。このような判断構造をもって「過失責任の原則」の否定と見るか否かは、結局、同原則ひいては「過失」概念をいかに理解するかによることになる[197]。

三―二　帰責事由と「取引上の社会通念」の意味

契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」に求め、契約に違反したことそのものが帰責性を生じさせるという一見シンプルな構造を指向した債権法改正であるが、最終的には、改正後民法四一五条は「債務者の責めに帰することのできない事由」という文言を維持している。この帰責事由に関しては、改正により「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」との修飾句が加えられた。

すなわち、契約に基づいて生じた債務の不履行の場合の免責事由については、「契約」とともに「取引上の社会通念」という基準が用いられることになる。このうち前者は、基本方針においては「契約において債務者が引き受けていなかった事由」、中間試案においては「当該契約の趣旨に照らして」と表現されていたものと同じ趣旨であろう。一方で、後者の「取引上の社会通念」の意味、及び両者の関係は文言から明確であるとはいえず、その理解が問題となる(198)。

この点、「取引上の社会通念」という修飾句が入れられたということは、当然、契約責任の有無の判定をすべて当初契約に求めるべきとする考え方は否定される。「取引上の社会通念」という表現は、契約違反の場合の免責事由たる「債務者の責めに帰することができない事由」が契約当事者の主観的意思のみによって定まるのではなく、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情をも考慮して定まることがあり得ることを示すためのものであると説明される(199)。

「取引上の社会通念」と「契約（及びその他の債務の発生原因）」との関係については、並列で記されているが、前者を抜きにして後者の基準のみから判断されることを意味するものではないと説明されている(200)。すなわち、「取引上の社会通念」が契約を離れて独立の判断基準となるわけではない。契約から契約内容（契約規範の内容）を導くことができたときには、これを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを容認する意図はないとされる(201)。

このような説明からすると、改正後債権法はあくまで当事者の明示的な当初契約に軸足を置き、これを補充する形で

「取引上の社会通念」概念を用いることを指向しているようである。とはいえ、条文の文言上はあくまで両者が「及び」で並置されていることからすると、このような理解は当然のものとはいえない。山野目は、免責事由とは、当該個別の当事者の意図と共にその種類の契約に係る一般の観念も参酌して見定められるものであるから、免責の成否の考慮事由には取引上の社会通念ということも掲げられるとする。そのうえで、一般の意識を背景にしながらさらに当該当該契約の個別性と向き合う思考が、免責事由の存否の判断に他ならないという[202]。

松尾は、改正後債権法の立法趣旨からすれば、契約において債務者の帰責不能自由としての免責事由を明示的に排除していたり、免責事由を限定列挙していたときは、それらに加えて「取引上の社会通念」によって帰責不能事由を追加的に判断することは難しくなったと解する[203]。これに対し、契約において免責事由が明示的に定められていないような場合は、「取引上の社会通念」により帰責不能自由が補充される余地がある。実際には、個々の具体的な契約の定めがいずれに当たるか判断が困難なことが予想され、改正後民法四一五条の位置づけについてはなお解釈の余地が残されているという[204]。

結局、契約責任は、当事者の合意に明示的に表れる契約内容に限らず、契約をめぐる一切の事情や取引通念を考慮しつつ判断されることになる。この判断の過程においては規範的要素が介入することは必須であり、それは「取引上の社会通念」概念を通して反映されることになると予想される。従って、今後はとりわけ「取引上の社会通念」概念の定義の明確化の中で、契約責任決定規範の実態が問われることになろう[205]。

三―三　実務への影響

契約を当事者の合意に基づいて理解し、帰責根拠を契約の拘束力に求める立場は、債権法改正の当初の議論において

は明確に意図されていたように思われる。しかし改正後民法四一五条においては、帰責根拠が当事者の合意違反のみに求められるわけではなく、「取引上の社会通念」による規範的判断が行われる余地があることは明らかであろう。問題は、具体的事案において「取引上の社会通念」概念がどのように解釈されるかであり、この解釈によって、従来の債務不履行責任における帰責事由主義が維持されるか否かが決することになる。

改正後債権法は二〇二〇年四月に施行され、現時点においてはその下での判例の立場が明らかになったとは言い難い。しかしながら、学説レベルにおいては、帰責事由のとらえ方に関する実務への影響を研究するものが見られる。

例えば、取引実務上、「取引上の社会通念」の基準時を契約締結時とみるか、不履行が生じた段階とみるかが問題となり得る[206]。前提として、当事者は契約時の取引上の社会通念を前提に合意するのであり、この社会通念が契約内容確定にあたっての手がかりとなる。その上で、「契約の趣旨」に尽きない、すなわち契約解釈によっては取り込むことのできないものも考慮し得るとすれば、履行段階における信義則などが入り込む余地がある[207]。

また、改正後民法四一五条の免責事由との関係で、会社法四二三条一項の役員等の任務懈怠責任要件への影響が検討されている[208]。会社法四二三条一項においては、任務懈怠と過失とが別要件とされており、これは債務不履行による損害賠償責任につき過失責任主義をとる伝統的民法学説を同条に妥当させたものと考えられている。そのため、改正後民法四一五条の解釈によっては、会社法四二三条一においても取締役の故意または過失が要件とされないとの解釈につながりうるという[209]。

（168）債権法改正の基本方針に対するコメントとして、内田（二〇〇九年）・前掲注140、また、中間試案に対するコメントとし

て、同『民法改正のいま――中間試案ガイド』商事法務（二〇一三年）、森田（二〇一三年）・前掲注133がある。改正法案の概要を紹介、考察するものとして、潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（二〇一五年）、石崎泰雄『新民法典成立への扉――法制審議会の議論から改正法案へ』信山社（二〇一六年）、改正法案の問題点を指摘するものとして、加賀山茂『民法改正案の評価――債権関係法案の問題点と解決策』信山社（二〇一五年）等がある。要綱仮案について債権法改正のポイントをまとめたものとしては、山野目章夫『新しい債権法を読みとく』商事法務（二〇一七年、初出二〇一四年）がある。

(169) 商事法務（二〇一一年）・前掲注６・一〇頁。

(170) 内閣提出法律案第六三号及び六四号。

(171) 「民法の一部を改正する法律（平成二九年法律第四四号）」同年六月二日公布。

(172) 民法（債権法）改正検討委員会（二〇〇九年）・前掲注４・二四四、二四六～二四七頁。

(173) 同二四五、二五四頁。

(174) 商事法務（二〇一一年）・前掲注６・四三八～四三九頁（部会資料五―二「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（一）詳細版」）。

(175) 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』商事法務（二〇一三年）一一一頁。

(176) 同上。

(177) この点は、契約責任法理において不法行為法の過失と同じ判断手法を用いることは適切でないとの潮見による指摘の影響が見られる。潮見（二〇一〇年）・前掲注76・八九～九四頁。

(178) 債権法改正における損害賠償の範囲に関する議論を扱ったものとして、石崎泰雄「債務不履行による損害賠償の範囲――法制審議会の議論をめぐって」都法五三巻二号（二〇一三年）四七頁以下。また、同（二〇一六年）・前掲注168・五七頁以下も参照。

(179) 特別損害の概念に対し、通常損害の概念が従来通り用いられていることについて、潮見は以下のように説明する。通常損害と特別損害を区別しないで、契約および取引上の社会通念に照らし、賠償すべきものは賠償し、賠償する必要がないものは賠償しないということでよいのではないかという議論もあるかもしれない。実質はそうであるとして、そのように

規範を表現し、契約の解釈一本でゆこうとすると、やや実務に負荷を課す恐れが気になる。賠償すべき損害であることについて特に説明を要しない種類のものと、特段の説明とそれを支える立証があってはじめて賠償が得られるものと、二つの形態があるという仕方で規範を提示しておくことで、安定感のある運用が期待されるとも見られる。潮見（二〇一五年）・前掲注168・六二頁。

(180) 同上。

(181) 内田（二〇一三年）・前掲注168・一二五頁。

(182) 債権法改正における過失相殺制度について論じるものとして、参照、道垣内弘人「債務不履行における過失相殺――債務不履行法改正との関係において」法曹六五巻一号（二〇一三年）一頁以下。また、特に損害軽減義務について論じるものとして、参照、長谷川（二〇一一年）・前掲注58、岡林伸幸「損害拡大防止義務」田井義信編『民法学の現在と近未来』法律文化社（二〇一二年）一二二頁以下。

(183) 民法（債権法）改正検討委員会（二〇〇九年）・前掲注4・一四三頁、二八四～二八五頁。

(184) 民法（債権法）改正検討委員会全体会議第二回議事録二七頁。

(185) 同三〇頁。

(186) 英米法やCISG、UNIDROIT国際商事契約原則、PECLでは、両者は理論的には区別されている。

(187) 潮見（二〇一五年）・前掲注168・六四頁。

(188) 松尾（二〇一二年）・前掲注5・一八頁。

(189) 同上。

(190) 同上。

(191) 小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）一一七頁。

(192) 同上。

(193) 同上。

(194) 平井（一九七一年）・前掲注349・一七頁。

(195) 小川浩三「幾度もサヴィニーの名を――法学と法典」法時八二巻十号（二〇一〇年）二六～二七頁。

（196）また、債務不履行がある以上、債務者の免責は認められないとの考え方が採用されたわけでもない。その意味で、改正後債権法においていわゆる「厳格責任」ないし「無過失責任」になったと考えることは相当でないとの指摘がある。潮見佳男「債権法改正と『債務不履行の帰責事由』」曹時六八巻三号（二〇一六年）六三五頁以下。中田裕康ほか『講義債権法改正』商事法務（二〇一七年）八九頁以下〔道垣内弘人執筆部分〕、潮見佳男ほか編『詳解改正民法』商事法務（二〇一八年）一五〇～一五一頁〔荻野奈緒執筆部分〕も参照。

（197）小川（二〇一〇年）・前掲注195・二六～二七頁。

（198）なお、改正債権法の下での債務不履行の免責事由に関して、改正後民法四一九条三項の「不可抗力」との関係も問題になると指摘されている。免責事由の有無は契約の趣旨に照らして判断されるところ、不可抗力概念を人の支配の及ばない外的事象と解するのであれば、これを免責事由と同視することはできなくなる。潮見ほか（二〇一八年）・前掲注196・一五三頁〔荻野奈緒執筆部分〕。

（199）松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』法律文化社（二〇二〇年）二二三頁〔潮見佳男執筆部分〕。

（200）潮見（二〇一五年）・前掲注168・六〇頁、同『民法（債権関係）改正法の概要』きんざい（二〇一七年）六七～六八頁。

（201）松岡ほか編（二〇二〇年）前掲注199・二二三～二二四頁〔潮見佳男執筆部分〕。

（202）山野目（二〇一七年）・前掲注168・八九～九〇頁。この他、平野裕之『新債権法の論点と解釈』慶応義塾大学出版会（二〇一九年）、大村敦志『民法読解 旧民法財産編（一）人権』有斐閣（二〇二〇年）も参照

（203）松尾弘『債権法改正を読む――改正論から学ぶ新民法』慶応義塾大学出版会（二〇一七年）七五～七六頁

（204）同七六頁。なお松尾は、従来の帰責事由主義は一般市民の契約意識にも法実務にも定着しており、慎重な検討が必要であったにも関わらず、国会での実質的な議論なしに法案が通過したと指摘している。

（205）この点、参照、森田修『「債権法改正」の文脈――新旧両規定の架橋のために』有斐閣（二〇二〇年）三二三頁以下。

（206）道垣内弘人ほか編『債権法改正と実務上の課題』有斐閣（二〇一九年）五八～五九頁〔沖野発言〕。

（207）同上。この点、実務的な感覚では、補充的契約解釈においては、契約締結時に遡って当事者がどのような合意をしていたかより、今あるべき合意は何かが基準となるとの指摘がある。

（208）鎌田薫ほか『重要論点 実務 民法（債権関係）改正』商事法務（二〇一九年）二六二頁以下〔篠原孝典執筆部分〕。

（209）同二六四頁。ここでは、民法四一五条にかかわる債権法改正の趣旨が、従来の裁判実務の枠組みの明確化に過ぎず、従って会社法の解釈に影響を与えるものではないとの見解が示されている。しかしながら、改正民法四一五条が従来の帰責事由主義を実質的に変更するものであるか否かはいまだ結論を見ていない。

第六節　小括

周知の通り、わが国の契約法は伝統的に過失責任主義であるとされてきた。改正前民法四一五条は（i）債務者が債務の本旨に従った履行をせず、（ii）債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるものと解されてきた。しかしこのような考え方は、一九世紀のドイツ法学の思想を反映したものであり、民法の起草過程からは必ずしも導かれないとの指摘がかねてよりなされてきたところである。

そこで、ドイツ法学説継受への反省、母法であるフランス民法の検討を通じ、債務不履行の三分体系が否定され一元的にとらえられるようになるとともに、契約責任を「契約に基づく責任」としてとらえる立場が展開されてきた。これは、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力そのものから導き、従来の過失責任主義を放棄しようとするものである。このような新しい契約責任論は、英米法の従来の立場である他、CISG や UNIDROIT 国際商事契約原則、PECL が採用してきたものでもあり、国際的潮流の一部であると評価される。

この点、本稿が指摘するように、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責する規定を設ける CISG の立場は、そもそもわが国の民法の起草当時の意図と親和的なものであるといえる。特に、改正前民法四一五条と四一八条の関係について見ると、損害賠償責任は債務者の過失を要せず認められ

ており、これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、同四一八条が設けられたようである。これは、CISG 四五条ないし六一条と、同八〇条との関係に類似しているといえる。

二〇一七年債権法改正においても、新しい契約責任論の主張が色濃くあらわれている。とはいえ、最終的に成立した改正後債権法においては、新しい契約責任論の立場が貫徹されているとは必ずしも言えないようである。例えば、民法四一五条の改正について、基本方針は「過失」や「帰責事由」概念を排除し、免責事由は「契約において債務者が引き受けていなかった事由」であるとして、帰責根拠は当事者の合意からのみ導かれることを明確にしていた。しかし最終的には免責事由について「債務者の責めに帰することができない事由」の語が維持され、それは「契約その他の債務の発生原因」とともに「取引上の社会通念」によって判断されるという。二つの判断基準の関係は必ずしも明確でない。また、民法四一八条については、結局「過失相殺」という文言は維持されることとなったものの、英米法や CISG 等の損害軽減理論を参照した経緯がうかがわれる。

いずれにせよ、二〇一七年債権法改正において従来の意味での過失責任主義が放棄されることは明らかとなった。しかし、帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みを受け入れたとしても、契約責任の決定にあたって規範的ないし介入的な判断が行われる余地はなお認められよう。そこで以下では、これまで実際の裁判例において明示的な義務違反にとどまらない契約両当事者の帰責根拠がいかに判断されてきたか分析することで、改正債権法の下で「取引上の社会通念」概念を通じて現れると予想される契約責任決定規範の検討の手がかりとする。

（未完）

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一七年三月二三日授与）「契約責任の帰責根拠としてのfaultの役割――アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として――」を修正・加筆したものである。なお、本稿の執筆にあたっては、JSPS科研費15J00526の助成を受けた。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 72 No. 1 (2021)
SUMMARY OF CONTENTS

Implications of Ainu Indigenous People's Rights Protection and Related Apology based on the World Standard: From Civil Law and Intersectional Anthropological Perspectives

Kunihiko YOSHIDA*

1. Introduction

Historical past injustices against the Ainu people could be mainly understood as civil law matters, especially as their property and reparations issues. The bleak situation of the Ainu people, unnoticed by most civil law scholars, should be critically reexamined as a focus of serious civil law debates, as is the case in the U.S. and some other developed nations.

For example, first, their indigenous property right of traditional commons was ignored most drastically in the 1880s after the Meiji Restoration, quite similarly to the employment of the doctrine of 'terra nullius' to the land of other indigenous peoples across the world. Second, the Hokkaido Former Natives Land Protection Act (HFNLPA) of 1899, modeled on the Dawes Act in the United States, was a basic land law for the Ainu. However, it was categorically discriminatory for them: It allotted much smaller tract (5ha=12.38acres) of land to each Ainu family for promoting agriculture under the stringent condition of cultivation within 15 years. Most Ainu were unsuccessful, while others were displaced most sadly from coastal areas to mountainous barren lands in the 1910s to 1920s, as in the case of the Anesaru

* Law Professor of Hokkaido University; Permanent Visiting Law Professor of Nanjing Normal University

Ainu who lived adjacent to the Niikappu Imperial Farm site (in the Japanese version of the Trail of Tears). The HFNLPA furthermore restricted Ainu land transfer and business mortgage rights.

Third, Ainu indigenous fishing and hunting rights have been strictly prohibited until the current days, a situation which has been contrasted to world standards such as the Boldt decision which admitted collective rights to co-management of fisheries and to 50% of the fisheries harvest for American Indian tribes in the State of Washington.

2. Current Issues

There have been many current civil law issues seriously debated as 'unfinished business.' For example, first, the communal property issue as a sequel to the discriminatory Ainu Protection Act agenda mentioned above, especially for the Chikabumi Ainu, was litigated in the 1990s, but it has not been solved properly and the so-called 'nominalism' position taken by the Ainu Culture Promotion Act of 1997 in this regard was disparaging for the Ainu people.

Second, the protest movement for indigenous fishing and hunting rights has been generally subordinated by the Japanese central and local governments, except for Mr. Hatakeyama's strenuous efforts to catch salmons for religious purposes, that led to section 17 of the Ainu Park Act of 2019, officially called untruly the Ainu Policy Promotion Act, even though Hokkaido Governor Suzuki still ignores this movement even after this legislation.

Third, the most hotly debated issue has been the right to repatriation of Ainu ancestral remains and cultural artifacts to local Ainu communities, which has been supported by Art. 12 of the UNDRIP of 2007 [The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples], but has been the object of litigation against Hokkaido University by several Ainu communities. More than a thousand Ainu ancestral remains were stolen by anthropological and archaeological scholars from almost all Ainu tombs across Hokkaido already in the 1880s, but mainly from 1930s through 1960s, and have been collected most notoriously in Hokkaido University and some other universities. The

similar grave injustice was perpetrated against the Ryukyu people, another indigenous people of Japan. None of the related universities including Hokkaido University have made sincere apologies. Most anthropologists collected these Ainu ancestral remains in accord with their prejudicial system of classification based in morphology, but Prof. Omoto who revolutionized human remains research methods by adopting genetic approaches and has consequently categorically confirmed the indigenous status of the Ainu and the Ryukyu people, is now sympathetic to reparations and reconciliation in regard to this research injustice.

The agenda of the recent Ainu legislation was the construction of Ainu park in Shiraoi by 2020. However, a grave injustice is hidden in this project and all ancestral remains have now been consolidated there to hide our past injustice, as opposed to repatriation. The commodification of Ainu sacred/genuine cultures is also serious: subsidies for the promotion of Ainu cultures, are given to local governments, not Ainu people themselves. The National Ainu Museum newly built there is quite different from, for example, the holocaust museum or the National Museum of the American Indian in Washington, DC, in light of the fact that Japan still denies reparations.

Fourth, regarding the environmental issues that are seriously prevalent among indigenous peoples across the world, the Ainu people also face the similar challenges: for example, (1) the famous Nibutani Dam that submerged Ainu sacred sites was built in the 1990s. Ainu people worked for its construction as day laborers due to their poverty; (2) a similar dam, the Biratori Dam, is now being constructed; (3) an industrial waste site has been constructed in Monbetsu upon a sacred mountain, without free prior informed consent of the Ainu people, and it contaminates the Toyooka River and blocks the upstream spawning of salmons there.

3. The Future Approach for the Ainu people

What should we do for the Ainu people? From the civil law perspective, it's clear: tort law remedies and reparations for mass torts. It is exactly the approach taken by the UNDRIP. However, even after signing the UNDRIP,

the Japanese government established the prominent scholars' commission [the Council of Experts on Future Ainu Policy], and the Commission's official report in 2009, spearheaded by former Hokkaido University professor Tsunemoto of constitutional law who was then the Director of the Hokkaido University Center for Ainu and Indigenous Studies, denied the reparations approach. This stance explains the denial of repatriation by Hokkaido University, negative suggestions on the content of Ainu sub-textbooks which would have extinguished descriptions of past injustice to the Ainu people, and the insufficient information displayed in historical exhibits at the National Ainu Museum in Shiraoi.

To put things differently, the reparations process for the past injustice to attain reconciliation in regard to past injustice has been put forth by many prominent reparations scholars such as former Dean Minow of the Harvard Law School: (I) truth finding and its recognition by perpetrators; (II) the recognition of historical responsibility by perpetrators; (III) sincere apology and supplementary monetary compensation; and (IV) forgiveness from the victims' sides in certain cases. In regard to Ainu reparations in light of this theoretical framework, all points are missing and insufficient. Especially, starting point (I) is avoided on purpose by the Japanese government and the related Council of Expert's report in 2009, despite the recent legislation for promotion of Ainu policies in 2019.

Thus, the UN Expert Mechanism should issue the warning to the Japanese government to implement the UNDRIP and to stop the recent legislative movement set by government officials and hired Hokkaido University professors across the heads of almost all Ainu people, especially its serious infringement of the right of self–determination (Art.3 of UNDRIP). Without a reparations approach based on their indigenous rights, the Ainu people still cannot live with racial dignity. Many Ainu people still don't want to identify themselves as Ainu. The recent Ainu statute proclaims non-discrimination of Ainu people (section 4), but in order to remove discrimination, Japan should take reparations approach advocated by UNDRIP. Otherwise, a so-called "reverse-discrimination" discourse is

prevalent among many people, including former Hokkaido University professor Tsunemoto.

Every country has challenges, but some achievements with regard to indigenous people's legal policy. However, Japan has attained almost nothing with regard to Ainu indigenous rights, by rejecting the UNDRIP reparations approach, and thus Japan is one of the most reprehensible countries amongst developed nations. Without any regional organs for implementation of international human rights of indigenous peoples in East Asia and Southeast Asia, the Ainu people needs immediate UN action to overcome this outdated theoretical and pragmatic situation.

4. Postscript

Incidentally, from the exceptional, but influential anthropological side, Prof. Omoto, in addition to reparations, is looking for a different direction. He puts emphasis on the core values of hunting and gathering people, including the Ainu, as opposed to so-called 'civilized' peoples whose economies are based on agriculture: (1) respect for the natural environment; (2) a shared economy and denial of accumulation of wealth; (3) peaceful thoughts and deliberative discussions to avoid wars; (4) the traditional commons, as opposed to individualistic private ownership, as a land use mechanism; (5) egalitarian benefit sharing; (6) shamanistic religious philosophy etc. such as that advocated by the Ainu Elder Ukaji.

Taking account of the long-term important roles of indigenous peoples across the globe as stewards of the world environment, those ideas might be precious guidelines for all humankind to face the climate change in the 21st century.

執筆者紹介（掲載順）

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
齊藤正彰	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
木戸茜	富山大学経済学部講師
葉昕	北海道大学大学院法学研究科修士課程
山本周平	北海道大学大学院法学研究科准教授
鈴木敦	北海道大学大学院法学研究科准教授

令和３年５月24日　印　刷
令和３年５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. 72 May 2021 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Implications of Ainu Indigenous People's Rights Protection and Related Apology based on the World Standard: From Civil Law and Intersectional Anthropological Perspectives ☆
…… Kunihiko YOSHIDA 1

Horizontal Protection of Human Rights and International Regime (2)
…… Masaaki SAITO 49

Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (2)
…… Ruihe YANG 85

Multiple Standards of Contract Liability (3)
—— Stimulated by the Study of "Fault" in American Contract Law ——
…… Akane KIDO 270[1]

CASE NOTE

Note on Civil Law Case …… Kunihiko YOSHIDA and Xin YE 155

Note on Civil Law Case …… Shuhei YAMAMOTO 181

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan