HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第72巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 72(2)
Issue Date	2021-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82303
Type	journal
File Information	lawreview_72_2_all.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 72 巻　　第 2 号

論　　説

武力行使との一体化論と憲法解釈 …… 齊　藤　正　彰　　1

戦後日本の地方議員の政党化に関する研究（1）
——都道府県議会の無所属議員を中心として——
…… 崔　　碩　鎭　　65

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（1）
…… 高　　泉　鼎　　101

中国における環境公益訴訟の現状と課題（3・完）
——「環境損害」の回復をめぐって—— …… 邱　　昌　茂　　139

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（3）
…… 楊　　瑞　賀　　201

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）
川村力（商法）
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）
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）
谷遼大（行政法）
崔碩鎭（現代政治分析）
富山侑美（刑法）
内藤陽（憲法）
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

武力行使との一体化論と憲法解釈

齊　藤　正　彰

目　　次

はじめに
Ⅰ　政府見解の概要
　1．萌芽
　　（1）一体化論の登場
　　（2）国際部隊と一体化論
　　（3）海外派兵の禁止
　2．展開
　　（1）「武力の行使」の解釈としての一体化論
　　（2）一体化の判断基準
　　（3）「後方」と兵站
　3．移行
　　（1）現に戦闘行為が行われている現場
　　（2）地域規制の溶解
　　（3）減算か除算か
Ⅱ　国際法学からの批判
　1．国際法学上の概念との相違
　　（1）辻褄合わせの蟻地獄
　　（2）架橋の遣る瀬
　　（3）「武力の行使」と「武器の使用」
　2．国家責任法との異同
　　（1）国家責任条文16条
　　（2）一体化しない支援行為の国家責任
　　（3）観点の問題
　3．国連 PKO の ROE

（1）PKO をめぐる憲法解釈と国際規律との乖離
（2）溝を超えるか埋めるか
（3）法解釈の究明と政策の選択
Ⅲ　交錯する武力行使の禁則
1．国際規律との差分
（1）憲法上の武器使用と国際法上の武力行使
（2）一体化しないが国際法上違法な支援行為
（3）一体化論の不都合な帰結
2．海外出動の規律
（1）憲法学説における一体化論の評価
（2）国際法学説における国際貢献論の提唱
（3）「派遣する」行為についての憲法の規律
3．加法と乗法
（1）政府見解と国際規律の整合性の模索
（2）一体化論と海外派兵禁止論
（3）外国軍隊との密接性と集団的自衛権
おわりに

はじめに

〈仮に日本国自身は武力行使をしていないとしても、他国が行う武力行使と一体となるような支援等を行うことは、当該他国の行う武力行使との密接性ゆえに、日本国も憲法上禁じられた「武力の行使」をしたとの法的評価を受ける場合がある〉という考え方は、「武力行使との一体化」論と呼ばれる（以下、「一体化論」ということがある）。本稿は、この「日本国政府が憲法第９条の解釈として表明している法理」[1]の意味を再検討するものである。

一体化論は、廃案となった国際平和協力法案の審議において注目され、その後の自衛隊の海外出動に関する種々の法案をめぐる国会審議でも議

[1] 小松一郎〔外務省国際法局関係者有志補訂〕『実践国際法〈第２版〉』（信山社・2015年）361-362頁。

論の焦点となったが、積み重ねられた政府答弁は「蟻地獄」[2]の様相と評されることもある。憲法９条で禁じられるとされてきた海外派兵や集団的自衛権との関係も必ずしも明らかではなく、他方、国際法学からは武力行使に関する国際規律との乖離を指弾される状況にある。

しかし、一体化論は、本来、憲法９条の禁ずる「武力の行使」（以下、「武力行使」ともいう）の解釈についての問題である。一体化論は、憲法が禁ずる対象を、殺傷・破壊のような直接的な戦闘行為（「国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷し又は物を破壊する行為」）以外にまで拡張して、９条の規律の実効性を高めようとする議論と考える余地がある。

そもそも、憲法９条は自衛隊のような実力部隊を保持することを許していないと解するならば、一体化論の可能性を論ずる意味は減殺される（後述（Ⅰ２（１）註34およびⅡ１（３））のように、皆無にはならない）。しかし、９条について自衛力の保持を許容する解釈が成立する余地はないという見解を憲法学の「通説」とすることには、今日では疑問があり[3]、本稿もそのような前提はとらない。９条においては自衛のための実力の保持・行使が認められないという解釈を支持する立場においても、実力の保持・行使が認められるという解釈も成立しうることを認めたうえで、９条の規律の実効性確保を考えることが必要であろう。

そこで、本稿では、一体化論をめぐる政府見解の生成･進展を振り返ったうえで（Ⅰ）、事柄の性質上、国際規律との関係を看過することができないと解されるところ、一体化論にはかねて国際法学から強い批判があるので、これを検討し（Ⅱ）、そのうえで、日本国憲法の解釈における一体化論の意味を考えることとする（Ⅲ）。

---

[2] 村瀬信也『国際法論集』（信山社・2012年）223頁。

[3] 齊藤正彰「憲法９条の解釈と学説の現況」北法71巻３号（2020年）１頁以下参照。通常､少なからぬ有力な憲法学説がそれと異なる立場を唱えているときは､「通説」が存在するとはいえないのではなかろうか。

Ⅰ　政府見解の概要

1．萌芽

（1）一体化論の登場

一体化論が国会での議論において注目を集めたのは、東西冷戦が終結した後、湾岸戦争をめぐって自衛隊の海外出動が求められるようになった時期であった。しかし、政府見解も認めるように、一体化論の初発は冷戦期に遡ることができる。すなわち、「この一体化論が密度を非常に濃く議論されたのは確かに湾岸紛争に際して」であるが、「しかしながら、この理論は、昭和三十四年三月十九日の参議院予算委員会における私どもの当時の林元法制局長官の答弁を初めといたしまして、その後絶えることなく議論されてきたもの」という認識が示されている[4]。

そこで言及されている林法制局長官の答弁とは、次のような問いかけ、すなわち、「新しく改定される安保条約に――極東の安全と平和のために米軍が出動する。日本の内地から出動する。その際補給的な業務で自衛隊の協力を求められましたときには、事前協議でありましょうけれども、時にイエスという場合があると思います」ということを前提に、「装備編成された一つの組織体としての自衛隊、それが補給業務で米軍に直接の自衛の意味ではなくて極東の安全、あるいは平和維持のために出動する、米軍に協力する」ことの合憲性についての問い[5]に、次のように答えたものである。

「補給業務ということの内容は、……実ははっきりしないのでございますが、経済的に燃料を売るとか、貸すとか、あるいは病院を提供するとかということは軍事行動とは認められませんし、そういうものは

[4] 大森政輔内閣法制局長官・141国会衆・安全保障委会議録４号10頁（1997年11月27日）。学説においては、一体化論は、「冷戦終焉後、アメリカの要請に基づいて、自衛隊が海外で米軍の後方支援に当たることが求められる中、憲法９条との関係をめぐり新たにたてられた基準」（基本用語解説「武力行使との一体化論」渡辺治ほか『集団的自衛権容認を批判する』（日本評論社・2014年）139頁［渡辺］）と紹介されることがある。

[5] 八木幸吉委員・31回国会参・予算委会議録14号13頁（1959年３月19日）。

朝鮮事変の際にも日本はやっておるわけであります。こういうことは日本の憲法上禁止されないということは当然だと思います。しかし極東の平和と安全のために出動する米軍と一体をなすような行動をして補給業務をすることは、これは憲法上違法ではないかと思います。そういうところは条約上もちろんはっきりさしていくべきだと思います」[6]

この「出動する米軍と一体をなすような行動をして補給業務をすること」は違憲となるというのが、「武力行使との一体化」という呼称の淵源とみられる。

この後にも、一体化論に連なる答弁がある[7]。1982年の第96回国会において「極東有事問題に関してのガイドラインに基づく日米間の協議」が始まったこととの関連で前述の林長官答弁の確認を求められた角田禮次郎内閣法制局長官は、次のように説明していた。

「一体をなすような行動をして補給業務をやるというふうに書いてありますが、これはその補給という観念の方から見るのじゃなくて、それ自体が武力行使の内容をなすような直接それにくっついていると、そういうようなものはむしろ武力行使としてとらえられる、そして憲法に反するというような意味で林元長官が言われたのだと、そういう意味では私が先ほど来申し上げていることと基本的には違いはないよ

[6] 林修三法制局長官・31回国会参・予算委会議録14号13頁（1959年３月19日）。

[7]「この武力の行使と一体をなすという答弁は、何も今回初めて申し上げることではございません。実はこれは二、三回ございますが、昭和三十四年の参議院予算委員会におきまして、例えば米軍と一体をなすような行動をして補給業務をすることは憲法上違法ではないかと思いますという、これは亡くなられた林修三元長官が答えているところでございますし、さらに昭和五十七年には参議院の外務委員会におきまして、これも元長官でございますが、角田の方から、……林元長官が言われた、これは先ほどの三十四年のを引きましてそういう答えを申し上げているわけでございます。したがいまして、この武力行使と一体をなすという概念あるいはそういう憲法上の判断ということは、そういうときからずっと言われてきているところでございます」（工藤敦夫内閣法制局長官・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録５号32頁（1990年10月29日））。

うに思います」[8]

（2）国際部隊と一体化論

このように形成されてきた一体化論は、「国際連合平和協力法案」（国会で廃案となったもの。後に成立する「国連平和維持活動協力法」いわゆるPKO協力法とは異なる）の審議において、一躍脚光を浴びたのである[9]。

そして、従来は、武力行使をする米軍との一体化が主題であったのに対して、「自衛隊の海外派遣の必要性が、現実の問題として初めて論議

---

[8] 角田禮次郎内閣法制局長官・96国会参・外務委会議録７号19頁（1982年４月20日）。ここで、「補給という観念の方から見るのじゃなくて」というのは、「何から何まで補給という名において許されるとは最初から申し上げておるつもりはない」（角田・同21頁）けれども、「憲法第九条の解釈としてわが国は自衛のため必要最小限度の武力行使ができるということがまず出発点になっているわけです。他国に対する協力もそういうものを越えた武力行使はできないと、こういうことに当然なる」（角田・同20頁）という筋道をいうものと解される。そのうえで、「私が先ほど来申し上げていること」というのは、「集団的自衛権の行使はその概念としては当然に武力の行使である」（角田・同19頁）ということを前提に、憲法９条のもとでは「自衛のため必要最小限度の武力行使は許されるけれども、他国を助けるというような意味の武力行使は許されない、したがって集団的自衛権の行使は許されない、こういうふうになるわけです。したがって、一般的に他国の武力行使に対して一切協力をしてはならないというふうには考えていないわけで、……、そういう意味では一切自衛隊が武力行使以外の面で協力をしてはいけないというふうには憲法解釈としては……そういう結論は出てこないわけです。ただ、自衛隊法その他の関係によりまして、現在の自衛隊というものはそういうことは法律上任務としては許されてない、したがってそれはできない」（角田・同19頁）という考え方をいうものと解される。

[9] 「1990年のイラクによるクウェート侵攻に端を発するいわゆる「湾岸危機」の際、クウェートのイラクからの解放等の活動に従事した多国籍軍に対する自衛隊を中心とする日本の要員によるいわゆる「後方支援」活動（武力の行使に当たらない輸送、補給等の活動）の根拠等を定めることを目的とした「国連平和協力法案」（同法案は先議院であった衆議院で審議未了廃案となった）の国会審議において集中的に議論となり、現在に至っている」（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）362頁）。

されることになった」[10]。このようにして、いわゆる「国連軍」あるいは多国籍軍といった国際部隊との関係における武力行使との一体化が問題とされるようになったのである。学説からは、一体化論についての「80年代までの議論は一般論であった」のに対して、「1990年代に入り、PKO から周辺事態に至る議論のなかで、武力行使との一体化論が前面に出て、政府の憲法論のなかで中心的な役割を果たした」とも評される[11]。

この国際連合平和協力法案は、「他国軍隊の武力行使と一体化しない範囲内での協力を行うことを企図したものであったが、法案には、「平和協力業務の実施等は、武力による威嚇又は武力の行使に当たるものであってはならない。」（第２条第２項）と規定するのみで、他国軍隊の武力行使と一体化しない範囲内での協力であることが明記されていなかった」という問題があった。そのため、「法案の審議過程で輸送や補給といった業務を中心に、改めてこの「一体化」の問題が取り上げられることになり」[12]、一体化論をめぐる説明が展開されることとなった[13]。

---

[10] 阪田雅裕編著『政府の憲法解釈』（有斐閣・2013年）104頁。「1990年のイラクによるクウェート侵攻後である。国連安保理がイラクの即時撤退を求める決議（第660号）を採択、アメリカの主導する多国籍軍（有志連合）がサウジアラビア等の周辺諸国に展開するに及んで、我が国もこれらの多国籍軍の支援を目的として自衛隊を派遣する方針を決定し、海部（俊樹）内閣は同年10月、「国際連合平和協力法案」を国会に提出した」（同書104-105頁）。なお、同法案の審議に関して、高見勝利「憲法九条と国連平和維持活動への自衛隊派遣」法教151号（1993年）35-36頁参照。

[11] 浦田一郎『自衛力論の論理と歴史』（日本評論社・2012年）151-152頁。

[12] 阪田編著・前掲書（註10）107頁。「この法案が予定した「平和協力業務」は、停戦監視のほか、物品の輸送、通信、医療等の活動に限られ、また、携行する武器も小型武器のみで、その使用も生命・身体の防護を目的とするものに限定されていたものの、自衛隊の海外派遣を可能とする初めての法案であったことから、野党の強い反対を受けることになった」（同書105頁）。

[13] 「廃案となった国連平和協力法案の審議の過程で、「武力行使との一体化」をめぐる法的議論は、野党の追及もあり、国会質疑の中で否応なく極めて詳細な点にまで及ぶことになった」（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）447頁註69）。「同法案は、衆議院に設置された特別委員会における長時間の審議にもか

国際連合平和協力に関する特別委員会において、〈武力行使との一体化というのは刑法の共同正犯あるいは共謀共同正犯に当たるような場合と同じではないのか〉という問いに対するかたちで、工藤敦夫内閣法制局長官が答弁しているが、そこでは、「国連がその「平和維持活動」として編成したいわゆる「国連軍」」[14]に対する「参加」と「協力」の区別の問題が関わってきていることが注目される。

「ここで問題になりますのは、憲法九条の目から見てそれが武力行使となるのかならないのか……でございまして、そういう例えば補給なら補給という行為が……いわゆる現実に行われております武力の行使と一体になる、……客観的に見ましてそういう武力の行使と認められる、こういうことが問題だという意味でございまして、それは、そのときには我が国として武力の行使を行ってはならないという規範に外れる、こういうことでございますので、いわゆる狭い意味の協力、これによりまして行っても武力の行使と見られないようなものはまたございましょう」[15]

かわらず衆議院段階で廃案となるという結果に終わった。しかし、同法案の基本的骨格や海外派遣される日本の要員の武器使用の権限や危害許容要件に係る規定等、同法案の少なからぬ重要要素が……いわゆる「PKO 法」を始めとするその後のこの分野における法律に活かされることとなった」（同書447頁）。

[14]「衆議院議員稲葉誠一君提出自衛隊の海外派兵・日米安保条約等の問題に関する質問に対する答弁書」93回国会・内閣衆質６号（1980年10月28日）では、次のように定義されている。すなわち、いわゆる「国連軍」とは、通常、「停戦監視団」および「平和維持軍」といわれるものであり、「安全保障理事会又は総会の決議に基づき、その都度設置されるものであつて、国連憲章上その設置についての具体的な規定はない」とされる。なお、「朝鮮国連軍は、憲章第七章（第三十九条）に基づき軍事的強制措置を主たる目的として編成されたものであり、ここにいう国連の「平和維持活動」としてのいわゆる「国連軍」とは別個のものであると聞いている」。これに関しては、「国連憲章が本来予定していた集団安全保障の仕組みが極めて不完全にしか機能していないという現実がある中で、日本の国会論議において「国連軍」という語が多義的に用いられてきたことが、しばしば概念上の混乱をもたらしているので、この点には特別の注意を要する」（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）444頁）。

[15] 工藤敦夫内閣法制局長官・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会

いわゆる「国連軍」に対する「参加」と「協力」の区別の問題に関しては、この直前に、外務大臣から政府統一見解が示されたところであった[16]。そこでは、武力行使との一体化にも論及されている。

一　いわゆる「国連軍」に対する関与のあり方としては、「参加」と「協力」とが考えられる。

二　昭和五五年一〇月二八日付政府答弁書にいう「参加」とは、当該「国連軍」の司令官の指揮下に入り、その一員として行動することを意味し、平和協力隊[17]が当該「国連軍」に参加することは、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴うものであれば、自衛隊が当該「国連軍」に参加する場合と同様、自衛のための必要最小限度の範囲を超えるものであって、憲法上許されないと考えている。

三　これに対し、「協力」とは、「国連軍」に対する右の「参加」を含む広い意味での関与形態を表すものであり、当該「国連軍」の組織の外にあって行う「参加」に至らない各種の支援をも含むと解される。

四　右の「参加」に至らない「協力」については、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴うものであっても、それがすべて許されないわけではなく、当該「国連軍」の武力行使と一体となるようなものは憲法上許されないが、当該「国連軍」の武力行使と一体とならないようなものは憲法上許されると解される。

議録５号31頁（1990年10月29日）。ここでいう「客観的」とは、（日本国の主観的意図に対する意味での）関係国による評価ということではなく、支援行為の態様等との関連において論理的に判断されることを意味するものと解される。その場合、とりわけ支援行為が他国の武力行使そのものに向けられているときには、当該行為の「武力の行使」との関連性は直ちに否定されるものではないと考えられる。なお、「いわゆる刑法におきます共同正犯といったような観念とこの場合とが全く同じであるのかどうか、私ちょっと自信がございません」（同頁）としている。

[16] 中山太郎外務大臣・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録４号25頁（1990年10月26日）。

[17] 「法案の構造上は、派遣の対象は「平和協力隊」であり、自衛隊の部隊や隊員も改めて平和協力隊員に任命されることになっていた」（阪田編著・前掲書（註10）105頁註55）。

この二でいう「昭和五五年一〇月二八日付政府答弁書」では、次のような説明がなされていた。

「いわゆる「国連軍」は、個々の事例によりその目的・任務が異なるので、それへの参加の可否を一律に論ずることはできないが、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴うものであれば、自衛隊がこれに参加することは憲法上許されないと考えている。これに対し、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴わないものであれば、自衛隊がこれに参加することは憲法上許されないわけではないが、現行自衛隊法上は自衛隊にそのような任務を与えていないので、これに参加することは許されないと考えている」[18]

さらに、この「昭和五五年一〇月二八日付政府答弁書」では、自衛隊の海外出動について、次のように述べられていた。

「従来、「いわゆる海外派兵とは、一般的にいえば、武力行使の目的をもつて武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣することである」と定義づけて説明されているが、このような海外派兵は、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであつて、憲法上許されないと考えている」

「これに対し、いわゆる海外派遣については、従来これを定義づけたことはないが、武力行使の目的をもたないで部隊を他国へ派遣することは、憲法上許されないわけではないと考えている。しかしながら、法律上、自衛隊の任務、権限として規定されていないものについては、その部隊を他国へ派遣することはできないと考えている。このような自衛隊の他国への派遣については、将来どうするかという具体的な構想はもつていない」[19]

この「海外派兵」と「海外派遣」の区別の問題と、上述のいわゆる「国連軍」に対する「参加」と「協力」の区別の問題との関係、および集団的

[18] 「衆議院議員稲葉誠一君提出自衛隊の海外派兵・日米安保条約等の問題に関する質問に対する答弁書」93回国会・内閣衆質６号（1980年10月28日）。

[19] 同上。最後の文は別として、海外派兵についての「以上の見解は、2014年７月１日の閣議決定の後も維持されている」（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）439頁）。

自衛権の問題が絡んで、一体化論の理解を難しくしているようにみえる。この「参加」と「協力」の区別と譜系を共にする海外派兵禁止論と、一体化論との淵源の異同に留意する必要があると考えられる。

（3）海外派兵の禁止

そこで、一体化論の検討を進める前に、海外派兵禁止論の出発点も確認しておきたい。一般論として海外派兵を行うべきではないという議論は早くからみられるが、憲法解釈の問題として海外派兵の禁止が示された端緒は、必ずしも明らかではないと解される。1954年６月２日の参議院による「自衛隊の海外出動を為さざることに関する決議」は著名であるが、初期の政府の答弁としては、次のものがみられる[20]。

「来たるべき、創設さるべき自衛隊は国土防衛のために作らるべきものでありますから、その面から見ても法律上海外派遣は考える余地はない」

「海外派兵というのは、つまり兵力をその外国の土地に進出さすべきことであります。従つて日本の国土の防衛に立つて飛行機が日本の本土から離れて海上に向け進出することもこれはあり得るかと私は考えております。これは海外派兵とは申すことはできんと思つております」[21]

---

[20]「国会に提出された防衛二法案（自衛隊法および防衛庁設置法）の審理にあたり、同じく自衛隊の海外出動が憲法上許されるかをめぐる活発な論議がなされた。その結果、防衛二法案の可決成立にあたり、新たに発足する自衛隊の行動に対して、海外派兵を行なわないという枠を設けることにつき、与党の自由党も賛成して、参議院で上述の決議の採択となった」（香西茂『国連の平和維持活動』（有斐閣・1991年）478頁）が、そこでは、「国連軍協力との関連においての海外派遣の問題は、少なくとも正面から論じられておらず、わずかに言及された「制裁目的」という場合も、差し迫った問題とはされなかった」（同書480頁）とされる。

[21] 木村篤太郎国務大臣・19国会参・予算委会議録８号23頁（1954年３月９日）。なお、同国会における次の答弁も注目される。「後方勤務の問題でございますが、これは何の後方の勤務をするかということできまると思います。つまり明確に交戦権を行使しておる国際的な部軍の後方で、やはり日本も交戦権を行使しなければできないような勤務でありましたならば、これは私はできないだろ

ここで注目されるのは、自衛隊の兵力を外国に〈進駐〉させるという問題と、自衛隊が防衛出動に際して日本の領域外まで〈追撃〉する問題の区別が意識されていることである[22]。また、派兵と派遣の区別につながる考え方も、早くからみられる。

「自衛隊のいわゆる海外派兵ということを、われわれは日本の憲法から認めておりませんが、それはいわゆる軍事行動をするという場合でありまして、平和的な目的のために、平和的な行動のために出ていくということは、これは私は禁止しておるものじゃなかろうと思います」

「自衛隊が軍事行動のために海外に出ていくということは、これは憲法の規定から考えられないのでありますけれども、その他、平和的な目的で何か海外に出て活動するということまで禁止しておるとは、私は考えません」[23]

ただし、この答弁は、〈返還前の沖縄において武力攻撃があった場合に、島民の救済その他（病人・老人の収容等）のために自衛隊の衛生隊を派遣することが可能か〉という問いに対してのものである。このとき、林修三法制局長官が次のように答弁している。

「自衛隊の問題でございますが、これは仮定の問題でございまして、たとえば、夏、ハワイあるいはサンフランシスコに、自衛隊の艦隊が平和親善に行く、これは何も海外派兵ではございません。そういう意味において、いわゆる平和的な問題で外国に行くこと一切が自衛隊について禁止されているわけじゃない、かように私は考えます」[24]

うと思います」（下田武三外務省条約局長・19国会衆・外務委会議録27号21頁（1954年３月27日））。

[22] なお、進駐・追撃といった語は用いていないが、芦部信喜『憲法学Ⅰ憲法総論』（有斐閣・1992年）277頁は、「①外国領土にある敵基地に対する攻撃の可否」と「②自衛隊の海外出動が許されるか否か」の問題を分けて論じ、①は「自衛権行使の地理的範囲」の問題とし、②を海外派兵禁止論の問題（の中心）として扱っているようにみえる。

[23] 岸信介内閣総理大臣・34国会衆・日米安全保障条約等特別委会議録28号24頁（1960年５月４日）。

[24] 林修三法制局長官・34国会衆・日米安全保障条約等特別委会議録28号24頁（1960年５月４日）。

こうした海外派兵の禁止について、ある程度まとまった形で憲法解釈が示された例としては、稲葉誠一議員からの「海外派兵ということについて日本の憲法で一体それを禁止しているのかしていないのか。禁止しておるとすれば、憲法の条文のどこから海外派兵を禁止しているというのが出てくるか」という問いに対して、吉國一郎内閣法制局長官が、次のように説明したものがある。

「海外派兵ということばはもともと法律用語ではございませんので、いろいろ国会で御議論がございまして、大体の概念が国会における社会通念として固まったものであろうと思います。

便宜その議論を詰めまして定義をいたしますと、何らかの武力行使を行なう目的をもって外国の領土、これは領域と申したほうが正確かもしれませんが、領土、領海に入ることというのが大かたのいままでの概念であろうと思います。どうしてこういうような海外派兵が憲法上禁じられているかという議論になるということでございますが、もちろん憲法に海外派兵をしてはならないというような明文があるわけではございません。

政府は、従来憲法第九条第一項の戦争放棄の規定にもかかわらず、わが国には固有の自衛権があって、その固有の自衛権の限界の中では自衛のための行動をとることは許されておるという解釈をいたしておりますが、いわゆる先ほど申し上げましたような海外派兵は、この自衛権の限界を越えるから憲法上はできないと解すべきであるということでございます。したがいまして、海外派兵の問題は自衛権の限界との関連において従来とも論じられておるところでございまして、海外派兵が憲法上どの条文によって禁じられていることになるかと申せば、第九条第一項の解釈と申しますか、第九条第一項の精神に従って憲法を考えれば、海外派兵のようなことは自衛の限度を越えて憲法上禁じられておるというのが政府の従来の考え方でございます」[25]

この〈海外派兵は自衛権の限界を越える〉ということの理解に関しては、海外出動についての〈進駐〉と〈追撃〉の区別を意識する必要があると解される（Ⅲ３（２）参照）。

[25] 吉國一郎内閣法制局長官・71国会衆・決算委会議録25号20頁（1973年９月19日）。

２．展開

（１）「武力の行使」の解釈としての一体化論

（ｉ）条文上の根拠論

政府見解における一体化論は、憲法９条が「武力の行使」を禁止しているということから導かれると解されていることが重要である。

〈武力行使と一体化する活動が違憲であるという議論がどこからきたのか。そのような法文が憲法のどこに書いてあるのか。文理からは全く出てこない議論ではないか〉という問いかけに対して、政府は次のように説明している。

「一体化の理論と申しますのは、我が国の行動が、みずからは直接は武力の行使をしていないにしても、ほかの者が行う武力の行使への関与の密接性などから、我が国としても武力の行使をしたとの法的評価を受けることがあるという考え方でございます。例えば、現に戦闘が行われているところ、……前線に武器弾薬を輸送するというような行動……につきましては、それ自体が武力の行使でないとしても、我が国として他国と一体化して武力の行使を行っているとの評価を受けるというような例示でございますが、……この考え方は、憲法の明文をもって規定されたというようなものではございませんで、憲法九条に言う「武力の行使」という文言の解釈として述べられてきたものでございます」[26]

その後も、一体化論の憲法上の根拠についての応答が繰り返された。たとえば、〈日本が武力攻撃を受けていない場合には輸送そのものも武力による反撃と同様に行うことができないと評価する一体化論は、憲法９条のどこに書いてあるのか〉という問いに対して、同旨の説明が行われている。

「例としてはよく、輸送とか医療とかあるいは補給協力ということが挙げられるわけでございますが、それ自体は直接武力の行使を行わない活動について、それが憲法九条との関係で許されない行為に当たる

[26] 秋山收内閣法制局第一部長・136国会衆・外務委会議録11号12頁（1996年５月31日）。

かどうかということにつきましては、他国による武力の行使、あるいは憲法上の評価としては武力による威嚇でも同じでございますが、武力の行使等と一体となるような行動としてこれを行うかどうかということにより判断すべきである」[27]

「いわゆる一体化論と申しますのは、我が国に対する武力行使がない、武力攻撃がない場合におきまして、仮にみずからは直接武力の行使に当たる行動をしていないとしても、しないとしても、他のものが行う武力の行使への関与の密接性などから、我が国も武力の行使をしたという法的評価を受ける場合があり得る。そのような法的評価を受けるような形態の行為はやはり憲法九条において禁止せられるのである。

したがって、どこに書かれているかというのは、憲法九条の裏といたしまして、憲法解釈の当然の事理としてそこから読み取れる……。これはいわば憲法上の判断に関する当然の事理を申し述べたこと」

「一体化論は憲法に根拠のない空理空論……、憲法の根拠に何らないものであるという御意見でございますけれども、私は先ほどは直接の規定はないということは申し上げましたが、憲法九条が武力の行使を禁止しているということから、当然の帰結といたしまして、法的評価において武力の行使と評価される行為はやはり九条で禁止されている。したがいまして、根拠はあるかといえば憲法九条である」[28]

（ⅱ）法的性格論

このような一体化論の法的性格について、政府見解は、前出のような、「法的な評価を行うことに伴う当然の事理を述べたもの」[29]という理解を

---

[27] 大森政輔内閣法制局長官・140国会衆・予算委会議録12号18頁（1997年２月13日）。

[28] 大森政輔内閣法制局長官・141国会衆・安全保障委会議録４号10-11頁（1997年11月27日）。

[29]「一体化の理論と申しますのは、仮に、みずからは直接武力の行使などをしていないとしましても、ほかの者が行います武力の行使などへの関与の密接性などから我が国も武力の行使などをしたとの評価を受ける場合を対象とするものでありまして、ある行動につきましていわば法的な評価を行うことに伴う当然の事理を述べたもの、法的な評価を行うにつきまして当然の事柄、要するに武力行使そのものをしていなくても、それと非常に密接な関係のあるような、

繰り返し示してきた。

「要するに、この一体化の議論と申しますのは、……、仮にみずからは直接武力の行使または武力による威嚇をしていないとしても、他のものが行う武力の行使等への関与の密接性から我が国も武力の行使または武力による威嚇をしたとの評価を受ける場合があるということを前提としておりまして、これはいわば法的判断に、法的評価に伴う当然の事理を述べたものである、法的評価の問題である」

「武力による行使等を禁止しているということは、憲法上の法的評価としてそれと同様の評価を受ける行為まで禁止しておるというふうに理解せざるを得ないわけでございまして、これは、法的評価に伴う当然の事理を述べたものであるというのはそのような趣旨でございます」[30]

ここで示されているのは、憲法９条が禁止する「武力の行使」について、「これを、直接の武力の行使に限定することなく、それ自体は直接武力の行使を行わない活動であっても、他国による武力の行使と一体となるような行動として行われるものであれば、法的評価としては、同条が禁じている「武力の行使」に当たるとの同条の解釈を述べたもの」[31]ということである。

換言すれば、一体化論とは、憲法が禁ずる「武力の行使」の意味について、「現実に武力を行使する場合だけに限ってよいのかという……争点をめぐる論議の中で日本国政府が憲法第９条の解釈として強調するようになった」[32]ものである。

いわば一体化しているような行動をします場合にはその行動自体が武力行使という法的な評価を受けるという、いわば当然の事柄を申し述べたものでございます」（秋山收内閣法制局第一部長・136国会衆・外務委会議録10号26頁（1996年５月30日））。

[30] 大森政輔内閣法制局長官・142国会衆・予算委会議録27号５-６頁（1998年３月18日）。

[31] 行政法制研究会「重要法令関係慣用語の解説（180）武力の行使との一体化」判時1716号（2000年）33頁。

[32] 小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）440頁。これは、「いわゆる「湾岸危機」に対処する国際社会の努力に日本としてどのような協力が可能かということに

このような解釈は、憲法９条２項が保持を禁じている「陸海空軍その他の戦力」の解釈について、学説が、「「陸軍」「海軍」「空軍」など形式上の名称にかかわらず、「戦力」の実質上の意味が問題となる」のであるが、「最広義に解すれば、……技術水準の向上が人類社会に貢献する可能性をあまりに制約しすぎて、失当といわなければならない」のであって、「戦力」とは、その組織体の設けられた目的において判断するが、その際にそれらの組織体の「有する実力の量的・質的規模にてらして、客観的に判定されなければならない」と論じていたこと[33]に類似するであろう。つまり、憲法上の「戦力」についての解釈である。

ところが、憲法学説は、従来、憲法９条が禁止する「武力の行使」の意味については、同条の「国権の発動たる戦争」との相違について文言上の検討を行うのみで、内容の実質的な考察は必ずしも十分には行っていなかったと考えられる。

たしかに、憲法学説においては、「結論的にいえば一体化論は、武力行使だけではなく、日本が武力行使しなくても、外国の武力行使と一体化したものまで、禁止する論理形式を採っている。そのため、個別的自衛権・自衛力合憲論の政府見解を前提にして、立憲的統制を整理したものという面をもっている」[34]との評価もみられるものの、総じて憲法学

ついての議論が高まった際に、国会における大きな争点となった」（同頁）ものであって、「自衛隊の部隊の海外への派遣の目的が「武力行使」であるか否かがそのような派遣が認められるかどうかに係る憲法上の評価の分かれ目になる」（同書439-440頁）と解されたことによる。

[33] 樋口陽一ほか『注解法律学全集：憲法Ⅰ』（青林書院・1994年）163頁［樋口］。つまり、何が憲法上の「戦力」に該当するかについての解釈である。

[34] 浦田・前掲書（註11）153頁。ただし、「しかしながら別の面からみれば、以前は武力行使目的の活動への関与が、類型的に違憲と考えられる傾向があった。それにたいして一体化論は、武力行使目的の活動のなかから、外国の武力行使と一体化しないとされる個別協力行為を、明確に合憲化する論理である。すなわち、武力行使目的の活動であっても、武力行使と一体化しないとされる形で、関与することを可能にした」（同頁）として批判の目を向けている。なお、この学説は、一体化論を「個別的自衛権・自衛力合憲論の政府見解を前提に」したものとしているが、事実の経過としてはそうであるとしても、論理的には必ずしもそうとは断じられないであろう。自衛のための実力には至らない程度の海

説は「武力の行使」の解釈にも一体化論の評価にも十分な関心を振り向けていなかったのではなかろうか[35]。

（iii）特異性批判

一体化論に対しては、日本独自の特異なものであること、換言すれば、他国にも類例がなく、国際法上も根拠が見出せないことについて批判がある。しかし、一体化論は〈国際的な説得力が皆無な、独りよがりの解釈となっている〉との指斥に対して、政府は次のように応答している。

「「武力行使との一体化」論とは、仮に自らは直接「武力の行使」をしていないとしても、他の者が行う「武力の行使」への関与の密接性等から、我が国も「武力の行使」をしたとの法的評価を受ける場合があり得るとするものであり、いわば憲法上の判断に関する当然の事理を述べたものである。これは、我が国の憲法が欧米諸国に例を見ない戦争の放棄等に関する第九条の規定を有することから生まれる解釈であり、「独りよがりの解釈となっている」との御指摘は当たらないと考える」[36]

上警察力・沿岸警備力あるいは輸送力、さらには医療従事者をもって、他国による武力行使を援助する活動を行うことはありうると解される。しかし、そのような行為が憲法９条に違反しないかについて、従来の学説は――潜在的戦力についての広範に過ぎる見解の存在を知りながら――検討を行っていなかったのではなかろうか。

[35] ただし、後掲註88参照。

[36]「衆議院議員伊藤英成君提出内閣法制局の権限と自衛権についての解釈に関する質問に対する答弁書」156回国会・内閣衆質119号（2003年７月15日）。「欧米諸国に例を見ない戦争の放棄等に関する第九条の規定」とは、直接には９条２項を意味するであろう。それに対して、一体化論は、９条１項の「武力の行使」についての解釈論である。他方、日本国憲法は、「国際紛争を解決する手段として」の武力行使の放棄という目的を達するために、戦力の不保持という手段を採用したものと解される（齊藤・前掲論文（註３）23-24頁、29頁）。つまり、不戦条約以来の目的を実現するために「欧米諸国に例を見ない」厳格な手段を採用した日本国憲法の解釈として、武力行使禁止に関する「脱法行為」的な活動の抑止を考えることには十分な理由があろう。そして、そのような解釈は、９条の下でも例外的に自衛のための武力の行使が許されるとする場合でも、そのための実力部隊の活動を規制することになると考えられる。

（2）一体化の判断基準

（ｉ）総合勘案の基準

このような一体化論においては、いかなる場合に日本の活動が他国による武力行使と一体化したと評価されるのか、その判断基準が問題となる。当初、廃案となった国際連合平和協力法案の審議においては、次のように説明されていた。

「この法案におきまして、平和協力隊が輸送業務を行うということがその任務の一つとして掲げられております。それで、……何を運ぶかということは、そのときどきの具体的なケースに応じまして、具体的な案件に応じまして決めるということでございまして、法律上は、……武器弾薬等を含めましていろいろなものを運び得ることになっております。その運ぶ内容につきましての限定というのは特にないわけでございます」

「何をどのように運べるかということにつきましては、……武力の行使と一体をなすような行為に当たらないという範囲内で行うわけでございますが、これがいかなる場合にそうかという点につきましては、この協力の目的、態様等具体的な実態に即してケース・バイ・ケースで判断すべき問題でございます」

「武器弾薬を運ぶのが主な仕事ということではございません。私どもが先ほど来御答弁申し上げておりますのは、運ぶ物の対象に限定はない、ただその目的、態様が武力の行使と一体をなすような行為に当たってはならないということを申し上げているわけでございまして、……その武力の行使と一体をなすような形で、態様で、武器弾薬を前線に運ぶことはない」[37]

「実際に生起いたします武力紛争というのは大変千差万別であると思います。したがいまして、この問題は結局その具体的な紛争に即してケース・バイ・ケースに判断せざるを得ない問題であると思います。

非常に典型的な例として従来挙げられておりますのは、例えば地上で戦闘が行われておりまして、それに空挺部隊から弾薬を補給すると

[37] 柳井俊二外務省条約局長・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録２号31-32頁（1990年10月24日）。

いうようなものにつきましては、その空挺部隊から弾薬を落とすというような活動それ自体は補給かもしれませんが、しかし、そのような場合には武力行使と一体となるとみなされるのではないかというふうに考えておりますが、ただ、初めに申し上げましたように、実際の武力紛争というのは大変千差万別で、いろいろな状況があると思います。したがいまして、そのような状況に即してケース・バイ・ケースに判断する必要がある」[38]

〈どのような場合に武力行使と一体化したと判断されるのかの基準が明確ではない。距離的な関係で判断するのか、あるいは時間的な関係なのか、その両方なのか。ケース･バイ･ケースで総合判断するというが、どういう基準で具体的な個々のファクターを判断していくのか。あらかじめ予測可能なものとして違憲か合憲かの判断基準が示されなければならない〉との批判が繰り返しなされたが[39]、政府の説明は次のようであった。

「やはり具体的なケースに即して判断すべき問題であるというのが基本でございます。委員の仰せられたような空間的な要素あるいは時間的な要素というものも確かにあると思います。しかしながらこれも、それぞれの具体的な武力紛争がどのような態様のもとで行われるかという点を離れて、そのような二つの要素だけで抽象的に決定するということはできないと思います」[40]

「考え方の基準と申しますのは、やはり憲法九条から発するわけでございます。そういう意味で、いわゆる我が国が武力の行使と見られることになるかどうか。我が国が武力の行使をしてはならない、こうい

---

[38] 柳井俊二外務省条約局長・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録５号31頁（1990年10月29日）。

[39] なお、「先ほど引用された林長官や角田長官等の答弁、これは安保条約との関係で述べられているわけです。今回のように自衛隊の海外派遣へ絡めて論じられたものではないのですよ。だから、必ずしもあの答弁を引用されてもわかりにくいわけです」（山口那津男委員・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録５号33頁（1990年10月29日））との指摘もなされていた。

[40] 柳井俊二外務省条約局長・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録５号33頁（1990年10月29日）。

うことでございますから、あるいは武力による威嚇まで含めても結構でございますが、そういうふうに見られるかどうか。そういうふうなものであれば憲法違反と言われ、それは憲法上許されない……。そういう観点から、要するに憲法九条から端を発して見るべきである……。

したがいまして、直接に武力の行使をするのはもちろん許されない。それから、他のものがやっている、けれどもそれに対して協力をする、その協力をすることが、……それがまさに武力の行使と客観的に見られる、そういうものとくっついているとか、……そういうふうな行動に該当することになる、これは憲法の目から見て許されない、こういう意味でまず基準を申し上げているわけでございます。

それを具体的に当てはめといいますか、そういう観点から申し上げますと、……非常にいろいろなケースがあり得るということでございますが、あえてその判断基準の一、二を申し上げれば、先ほど距離的とか時間的とかおっしゃられましたけれども、現にその他のものが戦闘行動を行っている、あるいは行おうとしている、そういった地点とこちら側の行動との間の距離といいますか地理的関係といいますか、そういうふうなものもございますでしょうし、それから我が方のやります具体的な行為の内容もございますでしょうし、あるいはそういう他の、武力行使を現にしているようなものとの関係におきまして、どの程度それに密接になっているかという問題もありましょうし、あるいは……その協力しようとしている相手方の活動の現況、こういったものもございます。そういったことを総合勘案する必要がある……。

それで、……例えば現に戦闘が行われているというふうなところでそういう前線へ武器弾薬を供給するようなこと、輸送するようなこと、あるいはそういった現に戦闘が行われているような医療部隊のところにいわば組み込まれるような形で……まさに医療活動をするような場合、こういうふうなのは今のような点から見て問題があろうということでございますし、逆にそういう戦闘行為のところから一線を画されるようなところで、そういうところまで医薬品や食料品を輸送するようなこと、こういうふうなことは当然今のような憲法九条の判断基準からして問題はなかろう、こういうことでございます。したがいまし

て、両端はある程度申し上げられる」[41]

（ⅱ）大森４要素

しかし、このような一体化論の判断基準については、不明確であって、憲法に違反するか否かはケース・バイ・ケースで判断するというのは問題であるとの批判がなされていた。

国際連合平和協力「法案には平和協力隊による多国籍軍への「協力」が多国籍軍の行う武力行使と一体化しないことを担保する法制上の枠組みが設けられておらず、すべての業務が「ケース・バイ・ケース」の判断に委ねられていたことなどから、政府のこうした説明が野党の十分な理解を得るに至らず、この法案は衆議院段階で審議未了、廃案となった」[42]のである。

その後、政府からは次のような説明がなされるようになった。

「他国による武力の行使と一体となす行為であるかどうか、その判断につきましては大体四つぐらいの考慮事情を述べてきているわけでございまして、……要するに、戦闘活動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的関係、当該行動等の具体的内容、他国の武力の行使の任に当たる者との関係の密接性、協力しようとする相手の活動の現況等の諸般の事情を総合的に勘案して、個々的に判断さるべきものである、そういう見解をとっております」[43]

この大森政輔内閣法制局長官の答弁に示される「大体四つぐらいの考慮事情」については、「大森４要素」と称されることがある[44]。しかし、

---

[41] 工藤敦夫内閣法制局長官・119国会衆・国際連合平和協力に関する特別委会議録５号33-34頁（1990年10月29日）。

[42] 阪田編著・前掲書（註10）109頁。

[43] 大森政輔内閣法制局長官・140国会衆・予算委会議録12号18頁（1997年２月13日）。

[44] 黒崎将広「自衛隊による「武器の使用」は「武力の行使」とは違う？――国際法上禁止される「武力の行使」と憲法の制約」森川幸一ほか編『国際法で世界がわかる――ニュースを読み解く32講』（岩波書店・2016年）279頁、黒崎将広ほか『防衛実務国際法』（弘文堂・2021年）220-223頁［黒崎］、長谷部恭男＝大森政輔「〈対談〉安保法案が含む憲法上の諸論点」長谷部恭男編『検証・安保法案

このような４要素にしても、各種の事情を総合勘案して判断することを現場に求めるのは酷であり、〈論理の世界でそのような精緻な議論を展開しても、現実にはほとんど意味のないことではないか〉との批判もなされていた。

それに対して、政府は次のように説明した。

「やはり行う主体の側において、自分の行動が客観的にそのように評価されるということになる限りは主体的にやってはいけない問題である、その主体的判断の基準であるということでございます。

それからもう一点は、そういってもその基準が非常に不明確であるから、現場で判断を強いることになるのは不都合ではないかという御指摘でございますが、確かに個々具体的な判断ということの宿命といたしましてそのような御懸念が生ずることはごもっともでございますが、だからこそ、そういう現場で時々刻々の判断にかからせることのないように、あらかじめ類型的に一体化が生じないような行為を限定して、例えばガイドライン等で後方支援をする場合には、あらかじめ類型的に閣議等で決定をいたしまして、その範囲内で、一体化が生じないような範囲内において行うということが確保されるべきであるということを常々私どもも述べてきているところでございます」[45]

ここで一体化論を担保するためのしくみが「後方地域」である（Ⅰ２（３）参照）。

（ⅲ）一体化の各論（とりわけ基地提供）

「これまで、国会において、主に、①我が国が周辺事態に際して米軍の後方地域支援又は後方地域捜索救助活動を行うことは武力の行使と一体化するのではないか、②我が国が米軍に情報提供を行うことは武力の行使と一体化するのではないか、③我が国が米軍に基地を提供することは武力の行使と一体化するのではないかとの点が問題とされてきた」[46]

――どこが憲法違反か』（有斐閣・2015年）47頁［長谷部］。「４要件」といわれることもある。

[45] 大森政輔内閣法制局長官・142国会衆・予算委会議録27号５頁（1998年３月18日）。

[46] 行政法制研究会・前掲論文（註31）35頁。その詳細については、同論文35-39

といわれる。このうち、③について、次のような説明がなされていることを――後掲の国際法学説からの批判との関係で――確認しておきたい。

「周辺事態において米軍の航空機が滑走路を使用するという場合には、安保条約六条に基づいて提供しているいわゆる米軍基地飛行場の使用の場合と臨時的に我が国の民間空港の滑走路の使用を認める場合と両方あろうかと思うわけでございます。いずれにしましても、要するに安保条約及びその関連取り決めに基づいて我が国から行われる米軍の戦闘作戦行動のための基地としての使用について、我が国があらかじめ応諾をしているという結果として米軍機が滑走路を使用するわけでございます。

その場合に、我が国の行為としましては、あくまでそういう施設を使用することを応諾するという消極的な行為にとどまりまして、予定される米軍の武力の行使と一体化するような積極的な行為を我が国がそれ以上にするということはないと考えられますので、いわゆる一体化論との関係では、滑走路を使用することを応諾するということとの関係では憲法上の問題は生じないんではないかというふうに考えている」[47]

（3）「後方」と兵站

「自衛隊の活動と他国軍隊の武力行使との一体化の問題が再びクローズアップされたのは、日米安保条約に基づく日米間の防衛協力の指針の見直し、いわゆる新ガイドラインの策定に際して」であるとされる。この1997年のガイドラインに基づく自衛隊の支援活動の根拠法として制定されたのが、いわゆる周辺事態法である。同法では、周辺事態に際して、「米軍に対する協力・支援活動（物品・役務の提供）の種類を補給、輸送等に限定して列挙するとともに、これを実施する区域を「後方地域」に限ることによって、国際連合平和協力法案の場合と異なり、米軍の武力

頁参照。

[47] 大森政輔内閣法制局長官・145国会参・日米防衛協力のための指針に関する特別委会議録９号12頁（1999年５月20日）。

行使と一体化しないことを法制上担保」したとされる[48]。

この「後方地域」は、「我が国領域並びに現に戦闘が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる我が国周辺の公海……及びその上空の範囲」と定義され、そこでの支援活動は、「それ自体が武力の行使に当たるものでない限り、ケース・バイ・ケースで判断するまでもなく、およそ支援を受ける軍隊の武力行使と一体化することがない」とされる[49]。

こうした法制上の担保のしくみは、その後の法律にも継承され、テロ特措法等では、自衛隊の活動地域が外国の領域等であったことから、「現に戦闘行為……が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる」外国の領域等とされ、「非戦闘地域」と通称されることとなった。

しかし、一体化論に批判的な見地からは、「この我が国独特の考え方には、他国の武力行使とどの程度密接に関わったら一体化するのか等の基準が不明確である等の基本的な問題が内在しており、日本の得意とする後方支援活動において積極的な貢献をすることを妨げてきた。このような困難を避けるため、「後方地域」、「非戦闘地域」等の代替概念が用いられたこともあったが、「一体化論」に内在する基本的な問題を解決することはできなかった」[50]との批判もなされる。

---

[48] 阪田編著・前掲書（註10）110-112頁。「廃案となった国際連合平和協力法案では、このことについての具体的な法制上の担保が設けられていなかった」（同書110-111頁）。

[49] 同書112頁。

[50] 柳井俊二「日本の平和貢献とその法的基盤」小松一郎大使追悼『国際法の実践』（信山社・2015年）11-12頁。なお、長谷部＝大森・前掲対談（註44）48頁［大森］、阪田雅裕＝川口創『「法の番人」内閣法制局の矜持――解釈改憲が許されない理由』（大月書店・2014年）78-79頁［阪田］参照。（日本国が自衛権を発動できない状況において）他国の軍隊に対する支援行為が当該他国の武力行使とどの程度の密接性を有するときに「一体化」したと判断されるのかについては、多様な状況が生じうる現場を想定すれば、単一の明確な基準を示すことは困難であろう。論理的な争点は、それを一体化論に内在する基本的な（「後方地域」等の概念に置き換えても解消されない）難点とみるか、そこに一体化論の本質があると捉えて「後方地域」等の法制上のしくみを組み合わせて担保すると考える

３．移行

（１）現に戦闘行為が行われている現場

政府は、2014年７月１日の閣議決定で示した基本方針に基づき、「切れ目のない安全保障法制」の核となるものとして、「米軍その他の外国軍隊に対する後方支援活動の拡充」を図った[51]。その新たな平和安全法制（いわゆる安保法制）では、外国の領域を含め「現に戦闘行為……が行われている現場」以外であれば、支援活動を実施できることとされ、遭難した戦闘参加者の捜索救助活動については、すでに自衛隊が遭難者を発見して救助を開始している場合は戦闘現場においても活動を継続できることとされた。

ここで重要なのは、これらの法律が、「後方支援を実施する区域や支援活動の内容についても、従来の法律の枠組みを変更したこと」[52]である。

従来の一体化論の枠組みでは、「活動の地域を「後方地域」や、いわゆる「非戦闘地域」に限定するなど、自衛隊が活動する範囲をおよそ一体化の問題が生じない地域に一律に区切る法律上の枠組みを設定し、「武力の行使との一体化」の問題が生じないように」[53]するという「法制的担保」[54]がなされていた。

かにあるといえるかもしれない。

[51] 阪田雅裕『憲法９条と安保法制――政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣・2016年）79頁。「日米安保条約に基づき周辺事態に対処する駐留米軍等に対する後方支援の根拠法であった周辺事態安全確保法が重要影響事態安全確保法に改められ、周辺事態に限らず、日本の平和及び安全に重要な影響を与える事態に対処する米軍その他の外国軍隊に対する後方支援が幅広く行えるようになった」（同頁）。

[52] 阪田・前掲書（註51）79頁。

[53] 小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）440-441頁。「いわゆる「PKO 参加五原則」も、地域を区切る概念ではないが、一体化の問題が生じないようにするための法律上の枠組みである」（同書441頁註60）。

[54] 阪田編著・前掲書（註10）113頁。「バッファーゾーンを置いて、戦闘現場の場所変動が非戦闘現場における後方支援活動に直ちに影響しないような、そういう枠組みを作る」ことによって、「制度的な問題として処理することが予定されている」（長谷部＝大森・前掲対談（註44）49頁〔大森〕）とされる。他方、「「武

ところが、2014年７月１日の閣議決定において、政府は、一体化論について、「それ自体は前提とした上で、その議論の積み重ねを踏まえつつ、これまでの自衛隊の活動の実経験、国際連合の集団安全保障措置の実態等を勘案して、他国が「現に戦闘行為を行っている現場」ではない場所で実施する補給、輸送などの日本の支援活動については、当該他国の「武力の行使と一体化」するものではないという再整理を行った」[55]のである。

（２）地域規制の溶解

政府は、従来の一体化論の「考え方を変更したものではなく、一体化を回避するという憲法上の要請を担保するための規定と支援活動の安全を確保するための規定との関係を改めて整理した結果であると説明」[56]している。「政府は、国会答弁において、実際には防衛大臣が定める実施要項において「自衛隊が現実に活動を行う期間について、戦闘行為がないと見込まれる場所」を実施区域として指定することになるから、そのような危険はない、自衛隊員のリスクも変わらない、との答弁を繰り返している」[57]が、それならば、従来の「非戦闘地域と同じであり、活動

力行使との一体化」は許されないという政府解釈の制約をすり抜けるために開発された解釈が、「後方地域」論、「非戦闘地域論」」（渡辺治「安倍政権の改憲・軍事大国化構想の中の集団的自衛権」渡辺ほか・前掲書（註４）14頁）との説明がなされることもある。

[55] 小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）441頁。

[56] 阪田・前掲書（註51）80頁。

[57] 福田護「安保法制改定法案の概要とその違憲性」長谷部恭男＝杉田敦編『安保法制の何が問題か』（岩波書店・2015年）45頁。「国会審議においては「今現在戦闘行為が行われていないということだけではなくて、自衛隊が現実に活動を行う期間について戦闘行為がないと見込まれる場所を実施区域に指定する」（中谷防衛大臣・５月27日衆院平安法制特委）ので、自衛隊が「攻撃を受けない安全な場所で活動を行うことには従来といささかの変更もな」い（中谷防衛大臣・６月１日衆院平安法制特委）とされているが、かかる考慮は運用上のものにとどまる」（塚田哲之「周辺事態法から重要影響事態法へ――ガイドライン実施法の現在」森英樹編『安保関連法総批判――憲法学からの「平和安全」法制分析』（日本評論社・2015年）41頁）。

範囲を変更する必要はない」[58]はずであり、また、「法文上そのような制限はないのであり、制度的な担保は取り払われる」[59]と批判される。

この点については、憲法学説からも批判が集まった[60]。内閣法制局による「法制的担保」の考え方を前提に、「自衛隊の後方支援活動も、従来の「戦闘地域」「非戦闘地域」の区別を廃止して、自衛隊は新たに弾薬の提供や、発進準備中の航空機への給油を行なえるようになる。これは武力行使の一体化そのものです。外国の軍隊と自衛隊の活動が一体化するということは、結局、自衛隊が武力の行使をしていることを意味するわけで、違憲と言わざるをえない」[61]というのである。

国際法学説においても、重要影響事態法について、「後方支援が外国領域内でもその同意で可能となり、いわゆる非戦闘地域限定もなくなった。支援内容からも直接的戦闘支援の性格をより強めている」との評価がある。そして、そのような評価を前提とした場合、「後方支援の憲法

---

[58] 柳澤協二「安保法制で日本は安全になるのか？」長谷部＝杉田編・前掲書（註57）151頁。同「安保関連法案の論点――「国際秩序維持」に関する法制を中心に」長谷部恭男編『検証・安保法案――どこが憲法違反か』（有斐閣・2015年）74頁も同旨。

[59] 福田・前掲論文（註57）45頁。

[60] もともと一体化論に批判的であった憲法学説からは、「そもそも「戦闘地域」そのものがあいまいな概念であることは、つとに指摘されてきた」のであり、その「「戦闘地域」での支援活動は、かりにそれが補給や輸送などに限定されたとしても文字通り「武力の行使と一体化」した活動」とみられるところ、「この「現場」とは「戦闘地域」とは異なった、それより狭い概念として用いられていることは明らか」であるから、「従来の「武力の行使との一体化」論を踏まえた形を一応はとっているものの、従来の四つの基準を捨て去るだけでなく、「後方支援」や「非戦闘地域」といった観念をも捨て去り、限りなくアメリカなどの武力行使と一体化した活動を容認するもの」と批判されることになる（山内敏弘『「安全保障」法制と改憲を問う』（法律文化社・2015年）119-120頁）。

[61] 長谷部恭男「安保法案はなぜ違憲か」長谷部＝杉田編・前掲書（註57）６頁。戦闘地域と非戦闘地域の区別について同７頁、また同様に、「具体の状況に即した総合的判断を現場の指揮官がその都度、行うことは至難の技である。「戦闘地域」と「非戦闘地域」との区分は、一律の判断が行えるよう、ある程度の余裕を見て自衛隊の活動地域を区分しようとの配慮に基づくもの」（長谷部恭男「序論」同編・前掲書（註58）５頁）とされる。

上および国際法上の武力行使該当性を政府は否定」していることについて問題が指摘される[62]。「国際法からも武力行使該当性が強く疑われる行為について集団的自衛権を援用しない旨国内法で日本が規定し、国連憲章第51条のいう安保理事会への報告もしないとして対外的にも自衛権行使を否定すれば、かえって困難な状況に自らを追い込むことになる」[63]とされるのである。

（3）減算か除算か

一体化論を「実際上、外国の武力行使と一体化しない個別協力行為を合憲化する論理として利用されてきた」[64]と批判してきた憲法学説は、平和安全法制において「現に戦闘行為……が行われている現場」以外であれば後方支援活動ができるとされたことについても、一体化論が内包する「合憲化の論理」の延長線上で憲法９条違反とされる活動の範囲が

---

[62] 真山全「憲法的要請による集団的自衛権限定的行使の発現形態――外国領水掃海および外国軍後方支援」国際問題648号（2016年）22頁。平和安全法制による「後方支援は、想定内容からして直接的戦闘支援といえる。国際法上の武力行使該当性を通常ならば承認されるものが少なくなく、支援先外国軍が自衛権行使を武力行使正当化根拠としているのであれば、重要影響事態での日本によるこうした後方支援は同じく集団的自衛権行使とみなされる可能性が大きくなったことは否定しにくい。集団的自衛権援用でこうした行為の合法性を確保できるはずであったがそうした選択を後方支援についてはしなかった。ここに構成上の無理が生じ、……国際法的説明のための基盤は脆弱である。特に受動的武力紛争当事国化否定が深刻な問題をもたらす可能性が周辺事態より大きく、……米艦艇武器等防護でも同じ問題がある」（同論文24頁）とされる。

[63] 同論文22頁、18頁。

[64] 辻村みよ子＝山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社・2018年）48頁［愛敬浩二］。「外国軍への軍事援助でも武力行使に至らないタイプの活動（例えば、周辺事態における米軍への補給活動）が合憲とされる余地を残した」ものであって、「「武力行使と一体化しなければ合憲」と論じている点で、自衛隊の海外派遣を正当化する現在の政府解釈を「武力行使との一体化論」と呼ぶことができる」（辻村みよ子編著『ニューアングル憲法――憲法判例×事例研究』（法律文化社・2012年）37頁［愛敬浩二］）。

（さらに）「引き算」[65]されたものと捉えることになろう。地域規制の放棄も、無限後退の蟻地獄の一例にすぎないとされるかもしれない。

しかし、平和安全法制での論理の転換は、表面上は一体化論が維持されていても、その歯止めの要素を解体するという変容を内実とするものと批判される。「もともと一体化論は武力行使の禁止という憲法上の制約との整合性をとるための議論であるから、開戦法規の規律に関するルールである」ところ、「砲弾が届かないことをもって武力の行使から自衛隊を現実に引き離すという機能も、もはや現行法制では無くなった」ことによって、「実質的に武力の行使と重なるようになった以上、実態に即した議論が求められる」とされる[66]。そこで指摘されているのは、一体化論の規律の量的な減少ではなく、質的な変容であると解される。それは、憲法９条を従来とは異なる論理で「割り算」するものではないか

---

[65] 自衛隊の「海外展開の憲法上の根拠は、まったくもって明らかでない」のであり、「自衛隊を「自衛のための最小限度の実力」として合憲とすることを前提とした上で、海外における活動でも、武力行使と「一体化」しないのであれば「合憲」というロジック」が存在するだけで、「憲法上基礎づけられているのは、自衛隊の組織法上の位置づけだけで、作用法上は「引き算」でしかない」（本秀紀「軍事法制の展開と憲法９条２項の現在的意義」森英樹編『集団的自衛権行使容認とその先にあるもの』（日本評論社・2015年）39頁）とされる。

[66] 青井未帆『憲法と政治』（岩波新書・2016年）93頁。「国際法上の議論とのすり合わせが真剣にされるべき段階にきている」（同頁）とされる。ここでは、一体化論は、「戦闘行動と密接不可分であり軍事行動と理解される兵站等を、憲法的な禁止の対象としないためにする技巧的で操作的な説明」であり、「物理的に攻撃対象とならない場所で活動がされる限りにおいて（つまり、砲弾の届かないところにとどまることにより）、事実上、攻撃対象となることから免れさせるという、きわめて実務的な解釈」であったとの理解（青井未帆「安保関連法案の論点――「日本の平和と安全」に関する法制を中心に」長谷部編・前掲書（註44）65頁）が前提にある。「「武力行使と一体化しなければ合憲」と……の議論を維持するためには、自衛隊員による「武器使用」が憲法の禁止する「武力行使」にエスカレートしないための法的手当が必要になる。それが、「戦闘地域」と「非戦闘地域」の峻別論である（テロ対策特別措置法２条３項、イラク復興支援特別措置法２条３項）。「戦闘地域」に派遣されなければ、「武器使用」が「武力行使」にエスカレートする危険性も低いという論理である」（辻村みよ子編『基本憲法』（悠々社・2009年）326頁［愛敬浩二］）。

と懸念されるのである。

Ⅱ　国際法学からの批判

1．国際法学上の概念との相違

（1）辻褄合わせの蟻地獄

ある国際法学説は、「戦後60年間、我が国における安全保障の法的論争は、道義的・情動的な議論が先行して、冷静に基本的概念を理解し整理しようという努力に欠けていたと言わなければならない。……政府もこれまで、国会でその場凌ぎの答弁を重ね、従前の答弁との辻褄合わせに終始してきたため、その見解は今や「蟻地獄」の様相を呈していると言ってもよい」と指弾する。そして、「我が国における安全保障論議で最も深刻な問題と思われるのは、それが国際法の常識と余りにも大きく乖離していることである」と批判している。「国際法上の概念・制度……については、国際法学上、一定の共通理解が確立している。しかるに我が国では、それらを正確に踏まえた上での議論が殆ど行われてこなかった」というのである[67]。

そのようにして、この学説は、一体化論についても、「日本でしか通用しない珍奇不可解な論理が「法理」として罷り通っている」として批判の矛先を向けている。「これはもはや「病理」としか言いようがない。国際法から乖離し、そして現実からも大きく乖離して、正に法的な乖離性障害の様相である。こうした状態を治癒すること、そして安全保障の堅固な法的基盤を再構築することこそ、我が国にとって喫緊の課題である」とする[68]。

たしかに、事柄の性質上、一体化論が憲法解釈として成り立つかを検討するにあたっては、国際規律との関係を看過することができない。しかし、一体化論は国際法上成立しえない日本独自の理解であって放棄すべきであるという主張も、適切とは考えられない。

---

[67] 村瀬・前掲書（註２）223頁。

[68] 村瀬・前掲書（註２）224頁。

（2）架橋の遣る瀬

（ⅰ）軍事同盟と一体化論

この国際法学説は、「国会審議を追いつつ、我が国の安全保障に関わる論点を整理し、国際法と憲法・国内法との架橋を図りたい」[69]とする。

そして、「我が国における安保論議で政府（内閣法制局）が行っている……不自然な論理」として一体化論を挙げて、「これは、日米安保条約の文脈で持ち出された議論である。そもそも「同盟」（alliance）とは、軍事的な「一体性」（a union）を志向する関係にほかならない。「武力行使一体化」は、我が国特有の概念であり、国際的には通用しない用語法である。実質的にも、米国の武力行使と一体化すれば「違憲」となるというのであれば、在日米軍基地の貸与（→戦闘作戦行動のための使用）は一体化にほかならないから、結局のところ日米同盟＝安保条約そのものが「違憲」ということにならざるを得ず、安保体制を維持しつつ「一体化論」に固執することは、ナンセンスとしか言いようがない」と論難する[70]。

（ⅱ）基地貸与と一体化論

しかし、この批判が「国会審議を追い」、そこでの議論を内在的に理解したうえでのものかは不明である[71]。あるいは、政府見解が「辻褄合わせに終始」するもので論理的に理解困難である、ということかもしれない。また、ある法概念が「その国の「憲法秩序のもとで」解決さるべき事柄」[72]についてのものであれば、それが「国際的には通用しない用語法」であることによって直ちにその論理を否定されるものか疑問であるが、

---

[69] 同書224頁。

[70] 同書249頁。

[71] 同書228頁註８は「国会議事録に直接当たって調べるべきであろう」としているが、同書250頁註53は、「平成11年５月20日参議院日米防衛協力のための指針に関する特別委員会・大森内閣法制局長官答弁」と「同日同委員会・大森内閣法制局長官答弁」とを挙げて、「明らかに論理的に破綻しているとしか言いようがない」とする。たしかに、「同盟」に関する同書の理解とは「明らかに」衝突するものであろうが、それらが「論理的に破綻」したものといえるかは別問題であろう。

[72] 村瀬信也『国際立法――国際法の法源論』（東信堂・2002年）128頁。

国内では有用でも国際場裡においては通用しない概念を、とりわけ安全保障に関わる論点では使用すべきではない、ということかもしれない。しかし、「在日米軍基地の貸与（→戦闘作戦行動のための使用）は一体化にほかならない」ということは、在日米軍基地が戦闘作戦行動のために使用されれば、日本国も武力行使を行ったと評価されるというのが「国際法の常識」ということであろうか。そうではなくて、憲法学の議論に内在的な観点から矛盾を突くものとも解されるが[73]、このことについて、国際法学上の「共通理解」がどのようなものであるかは、必ずしも明確には示されていない。

（iii）安保法制懇報告書

関連して、「安保法制懇の報告書では、「補給、輸送、医療等の本来武力行使であり得ない後方支援と支援の対象になる他国の武力の行使との関係については、憲法上の評価を問うこれまでの『一体化』論をやめ」るべきであるとされている（報告書24頁）が、この問題は、……特定の具体的な行為が法規範に照らしてどのように評価されるのかという問題であり、「やめる」とか「やめない」といった政策判断に係る問題とは次元が異なる」[74]との批判がなされている。

（3）「武力の行使」と「武器の使用」

しばしば問題となるこの２つの概念の区別に関連して、一体化論にも疑問を寄せる国際法学説がある[75]。日本では「憲法上「武力の行使」が認められるのは自衛（日本の防衛）の場合に限られる」ため、それ以外の場合に「「武器の使用」が「武力の行使」にならないよう、そして外国軍

---

[73] これについては、「従来の政府解釈の弱みにつけ込んで憲法の制約をすべて取り払ってしまおうという居直りの論理」（松田竹男「集団的自衛権論の現在」法時増刊・民主主義科学者協会法律部会編『安保改定50年――軍事同盟のない世界へ』（日本評論社・2010年））との批判がある。

[74] 阪田編著・前掲書（註10）115頁。なお、村瀬・前掲書（註２）第12章（223-285頁）の初出は、ジュリ1349号・1350号（2008年）である。同論文の著者は、「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」（いわゆる安保法制懇）の委員（2007-2008年、2013-2014年）を務めている。

[75] 黒崎ほか・前掲書（註44）220-223頁［黒崎］。

隊による「武力の行使」と一体化しないよう、細心の注意を払わなければ」ならないのであり、日本では「武力の行使」に対する憲法の制約が厳しいものであることを指摘したうえで、この学説は、「国際法で問題となるのは、「武力の行使」と「武器の使用」といった日本の質的な区別ではなく、「武力の行使」と「最小限の実力の行使」という量的な区別」であることに目を向け、「実力の量よりも、実力を行使する者、その目的、相手、そして相手の意図を重視する日本の法とは対照的」であるとする[76]。

そして、この学説は、自衛隊による武器使用が憲法の禁ずる「武力の行使」となりうる場合として、①「自衛隊が自己の任務に際して相手方の国または国に準ずる組織に武器を使用した場合」と、②「自国の「武器の使用」が、それ自体で「武力の行使」に該当しなくても、他国の「武力の行使」と一体化する場合」を指摘する。いうまでもなく、②の場合が一体化論に関わるものである。しかし、一体化論は国際法上には存在せず、また、「国際法において武力の行使の有権的な定義は存在せず」、それゆえ「国際法上の武力の行使が日本法上の「武力の行使」とどこまで同一視できるかさえはっきりしていない」のであって、「この問題にかかる日本の国内法と同一の枠組みが国際法には存在しないから」、結局のところ、「こうした「武力の行使」と「武器の使用」との関係をめぐる日本政府の立場をそのまま国際法の平面に持ち込むことはできない」とする[77]。

ただし、一体化論は、自衛隊が武器使用しなくても、輸送・補給業務だけでも、憲法が禁ずる「武力の行使」に該当する場合があるとするものであるから、「武器の使用」が「武力の行使」になる場合を論ずるこの学説は、一体化論を全体として論じているわけではないことになる。

つまり、この学説の問題意識は、〈武力行使と武器使用の区別論〉の不当性にあると解される。その際に、〈一体化論の国際法における不存在〉に言及しているが、一体化論は憲法解釈上の概念であるから、「そのまま国際法の平面に持ち込むことはできない」ことは当然である。そ

[76] 黒﨑・前掲論文（註44）280-281頁。
[77] 黒﨑ほか・前掲書（註44）221-222頁［黒﨑］。

うであるとすれば、〈一体化論の国際法における不存在〉そのものが問題ではなく、それも含めて「日本政府の理解がそのまま国際社会で明示的に共有されているわけでもない」[78]ことに注意喚起するものと解される。

他方で、一体化論は、日本国は直接に武力行使（戦闘行為）をしていなくても憲法が禁ずる「武力の行使」に該当する場合があるとするものである。自衛隊は武力行使していないが、武力行使している他国への支援行為をしている場合には、(a) 自衛隊は武力行使していないが、任務遂行上、自衛官による武器使用が想定されるときと、(b) 自衛官による武器使用も想定されないときがあると考えられる。上記の国際法学説の議論は、(a) において問題になるものと解される。それに対して、かつて（安保法制以前）の後方地域・非戦闘地域を設定して活動する考え方では、基本的に (b) が前提であったのではなかろうか。

「自衛隊その他の国家機関による「武器の使用」は「武力の行使」でないという日本法上の評価が、そのまま国連憲章２条４の意味における国際法上の評価となるわけではない」[79]としても、そのことが直ちに一体化論の成否に影響するものではないと考えられる。もちろん、「実務家は、日本法上の評価とは別に、自衛隊（や海上保安庁）の「武器の使用」が国際法上の武力の行使になるのかどうかの判断を、その時の国際法の展開をふまえて慎重に行う必要がある」[80]との指摘には留意する必要がある（Ⅲ１（１）参照）。

２．国家責任法との異同

（１）国家責任条文16条

国際法学説からは、一体化論の考え方が、国際法における国家責任の考え方と食い違う点についても批判がなされる。「自らは武力行使を行っていないにもかかわらず、他国の武力行使との密接性のゆえに自らが武力行使を行ったものと見なされる、という一体化論の中核的な考え

[78] 黒﨑ほか・前掲書（註44）222頁［黒﨑］。
[79] 同書223頁［黒﨑］。
[80] 同頁［黒﨑］。

方そのもの」について、「国際法の考え方とは異質」とされるのである。そして、一体化論においては、「なぜ後方支援の行為（例えば給油）が武力行使と評価されることになるのか、という中核部分についてはほとんど説得的な説明がなされてきていない。なぜ、ある行為（給油）が別の行為（武力行使）と見なされることになるのか、法的な説明はない」という点に疑問が示されるのである[81]。

そこで、この学説は、違法行為についての国家責任の国際法における規律として、2001年の「国際違法行為に対する国家責任に関する条文（国家責任条文）」[82]を取り上げて、一体化論が成り立つかどうかを検討している。国家責任条文16条は、「他の国の国際違法行為の実行を支援し又は援助する国は、次の場合に支援又は援助につき国際責任を負う。(a) その国が国際違法行為の事情を了知して支援又は援助を行い、かつ、(b) その国がその行為を行なったとすれば当該行為が国際的に違法となる場合。」[83]と規定している。これは、「他国の行為の実行に対する支援・援助がどのように評価されるかという点では、一体化論が想定する状況と共通」[84]とされる。

---

[81] 浅田正彦「憲法９条と国際法――自衛権と武力行使をめぐって」自正60巻６号（2009年）28頁。なお、浅田正彦参考人（京都大学教授）・159回国会参・憲法調査会会議録３号１-２頁（2004年３月３日）も同旨。

[82] 「国連国際法委員会（以下、ILC という。）は、2001年に、国際連盟法典化会議以来長年の懸案であった国家責任に関する法典化草案の作成に遂に成功し、「国家責任条文」を採択した。「国家責任条文」は、全59箇条に及ぶ国家責任に関する規則を収め、それ自体としては未だ国連総会第６委員会で単に作業の完成が確認された文書に過ぎないが、今後国際法に与える影響力には無視できないものがある」（薬師寺公夫「国家責任法典化作業における私人行為と国家の注意義務――伝統的アプローチの軌跡」立命286号（2002年）288頁）。

[83] 浅田正彦編集代表『ベーシック条約集2021』（東信堂・2021年）162頁。なお、酒井啓亘「国連国際法委員会による法典化作業の成果――国際法形成過程におけるその影響」村瀬信也＝鶴岡公二編『変革期の国際法委員会』（信山社・2011年）47-50頁、松川るい「国連国際法委員会国家責任条文草案の意義と問題点――日本政府の立場を中心に」新報109巻５＝６号（2003年）339頁以下。

[84] 浅田・前掲論文（註81）28頁。

（2）一体化しない支援行為の国家責任

国家責任条文を作成した国連国際法委員会の「コメンタリー」によれば、16条の規定は、「被支援国が違法行為を行った場合に、支援国が当該違法行為を行ったことになり責任を負う、というのではなく、違法行為に支援を行ったその支援行為に対して責任を負うのだ、ということが強調されている。つまり、支援国の行為は、被支援国の行った違法行為に一体化することによって、支援国も当該違法行為を行ったことになる、といった法的な構成は基本的にとられていない」とされる。他国の行為への支援・援助については、「支援・援助を行う国は、「支援又は援助につき」責任を負う」のであり、「国際法上一般に一体化という概念は妥当しない」のである。そして、それは、「国家が国際法上独立の法主体である以上、別の法主体の行った行為が自己の行為となるというようなことは、基本的には考え難い」のであるから、「いわば当然のこと」とされる[85]。

このことは、「日本国憲法の解釈論は別にして、国際法（国家責任法）上の問題として、ある国が他国に対して行う武力行使に当たらない支援（国際法上合法）が当該他国の行う国際法上違法な武力行使と「一体化」して国際法上違法と評価されることがあるかという点は、……「ある行為の国家への帰属」の問題である」[86]と整理されている。

---

[85] 同論文28-29頁。ただし、「1974年の「侵略の定義」と題する国連総会決議3314号の３条」は、「侵略という最も重大な違法行為の場合における例外的な扱い」としての「ある種の一体化論」といいうるものであり、つまり、「国際法においては、一体化論は、侵略行為に加担するといった例外的な場合にのみ問題となりうる」とされる（同頁）。

[86] 小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）362頁。「その意味するところは、被支援国が違法行為を行った場合に、支援国が当該違法行為を行ったことになって責任を負うのではなく、支援行為そのものについて責任を負うということである（ILC 作成の同条のコメンタリー）」（同頁）ことも確認されている。なお、小松一郎外務省国際法局長・169国会衆・安全保障委会議録６号９頁（2008年４月25日）は、「武力行使との一体化ということは、日本国憲法の憲法上の判断に関する解釈」であって、「国際法に限ります限りは、武力行使に当たらない行為が他国の武力の行使と一体化をすることによって、自分自身も武力行使をしているというふうに判断をされる法理があるというふうには承知していな

ただ、他国の武力行使と「一体化」したことによって「武力行使を行ったものと見なされる」という理路に、注意が必要かもしれない。政府見解として、自国が「国際法上独立の法主体である」ことを毀損するような憲法解釈を提唱し続けるということは、「基本的には考え難い」からである。「他国の行為の実行に対する支援・援助がどのように評価されるか」という点では「想定する状況」が共通であるとしても、適用の有無が問題となっている条文の規定によって、評価の観点は異なってくるのではなかろうか。つまり、憲法解釈としての一体化論が「別の法主体の行った行為が自己の行為となる」という思考を当然に含むかどうかには、疑問の余地があろう。

（3）観点の問題

一体化論は、憲法９条の解釈についての議論である。したがって、国際法の議論に一体化論を持ち込んではならないし、他国や国際組織（国際部隊）の行為を一体化論によって評価するのは見当違いであろう[87]。

他方で、一体化論は、憲法９条の禁ずる「武力の行使」に含まれる内容についての解釈の問題である。（武力行使に対する）支援行為それ自体の違法性を問題としうる国家責任条文とは異なり、９条には支援行為

い」としている。

[87] 外務省関係者も、一体化論は、「補給等の行為自体は武力行使には該当しないが、外国軍隊が行っている武力行使と一体視され、あたかも自衛隊自身が武力行使を行っていると同様に法的に評価されるとする日本国憲法の解釈論である」としたうえで、「なお、少なくとも、国際法の観点からは、国際法上違法な武力行使を行うある国を他国が武力行使以外の方法で援助したとしても、このことをもって当該他国が国際法上違法な武力行使を行ったと同様の法的評価を受けることはない」としている（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）440頁）。憲法上の議論を国際法上の議論に投影している疑いがある例として、たとえば、「Ａ国は日本に対して攻撃をしているわけでありますが、Ｂ国は日本に対して武力攻撃をしているというわけではない中において、このＢ国が行っていることがＡ国と完全に、その武力攻撃、武力行使の一体化が行われているという認識にならなければ、それは我々は攻撃できないということになるわけであります」（安倍晋三内閣総理大臣・189国会参・我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委会議録19号７頁（2015年９月11日））。

を直接規律する規定はないから、「武力の行使」との密接性を手がかりに適用可能性を考えることになると解される。議論の前提や目的を異にするのであるから、国際法上、どのような場合にどのような国家責任が生じるかという国家責任条文の場合と「議論状況」が「異質」であることは、不思議ではなかろう。

憲法９条は、自国に「武力の行使」を禁ずる規範である。その実効性を高めようとすれば、直接の武力行使にとどまらず、支援行為として他国の武力行使に密接に関与するような「脱法行為」的なものも抑止しようと考えることには十分な理由がある[88]。それに対して、国際法において「武力の行使」を行った、またはそれを援助した国家の責任を問おうとすれば、その規制対象はそれぞれ厳密に画定することが求められるであろう。

また、一体化論の中核部分について説得的な法的説明がみられないという批判も、国際法の観点からみて、あるいは国際規律との関係ないし接続について、満足のできる説明がないことをいうものと解される。しかし、憲法９条の規定する「武力の行使」が、直接的な戦闘行為を自ら行うことに限定されず、他国の武力行使に一定程度関与する行為も含むという解釈が、９条の規律の実効性を確保しようとするときに「法的評価に伴う当然の事理」として導かれるとすることに、それ以上の説明がありうるであろうか[89]。

ただし、外国軍隊の武力行使と一体化しない（その意味では違憲では

[88] なお、一体化論に関しては、「「武力の行使」とは、「武力」という手段・道具を使った具体的戦闘行為という実態上の概念ではなく、憲法が一切を、国連憲章が原則的に禁止した「事実上の戦争」の実施と解するべき」であって、そこでいう「戦争の実施にはいわゆる後方支援＝兵站がすべて含まれる」（森英樹「逐条コンメンタール・周辺事態法」法時71巻９号（1999年）58頁）とする見地からの批判がある。

[89] Ｂ規約委員会は、生命権という最も基本的な権利に関わることに言及しながら、死刑廃止国が死刑存置国からの犯罪人引渡し請求に応じることがＢ規約６条違反となりうるとの解釈を示したが、従前の解釈を変更することの正当化は別として、中核部分の法的説明が一体化論よりも格段に説得的なものかは検討の余地があろう。

ない）支援行為のなかにも、「国際法上合法な支援行為」と「国際法上違法な支援行為」とがありうるのであって、後者を行えば、国内的には「合憲」であっても国際法上は国家責任が生じることには留意しなければならない（Ⅲ１（２）参照）。

３．国連 PKO の ROE

（１）PKO をめぐる憲法解釈と国際規律との乖離

一体化論は、PKO への自衛隊派遣の場面でもしばしば問題となり、国際法学からも批判がある。PKO の「後方支援業務に自衛隊の任務を限定したとしても、憲章第７章に基づく活動を行う他の国別部隊が日本の部隊の支援を受けるような事態となれば、それが「武力行使との一体化」と同一視される可能性が存在する」[90]とされるのである[91]。

その学説によれば、「PKO 協力法は、「PKO 参加五原則」の内容が示すとおり、冷戦期における伝統的 PKO の概念と活動原則にほぼ依拠していることは明らか」[92]であるとされる。そして、そこに、「日本が国内

[90] 酒井啓亘「国連平和維持活動（PKO）の新たな展開と日本――ポスト冷戦期の議論を中心に」国際105巻２号（2006年）24頁。なお、この学説も、「武力行使との一体化」論自体に対しては「国際法学の立場からは行為の帰属関係について批判がある」（同頁）として、「先行する違法行為とそれに対する支援行為は別個の行為とみなされ、支援行為が国際法上違法とされるのは、支援行為の対象となった違法行為の違法性に由来するのではなく、あくまで当該支援行為自体の違法性に基づく評価である以上、「武力行使との一体化」論のように、こうした二つの行為を「一体」とみなして法的な評価を行うことは国際法学での理解とは異なるものといわなければならない」（同頁）としている。

[91] PKO 協力法は、「廃案となった国連平和協力活動が想定していた二種類の活動、すなわち、①PKO への参加・協力と②多国籍軍に対する後方支援活動のうちの②の活動を除外し、その代わりに、③人道的な国際救援活動を加えたもの」という特色を有しているとされる。そして、②の活動についても、後にテロ特別措置法・イラク特別措置法が制定された（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）448頁、452頁）。

[92] 酒井・前掲論文（註90）４頁。「憲法解釈に関わる「PKO 参加五原則」を伝統的 PKO の活動原則に適合的なものとみなしてこれを堅持する姿勢を示す一方

法令で想定した国連 PKO への参加モデルと、冷戦後に国連が追い求めようとしていた新たな PKO 像との間に乖離が生まれている」[93]ことが指摘される[94]。そうしたなかで、たとえば、「PKO の自衛を要員個々の「自然権的権利」に基づき説明する解釈は、これまでの国連の立場と明らかに異なっている」のであり、「国連平和維持軍が行使する自衛権の淵源は複数存在し、要員の「自然権的権利」に限定されるものではない」ことが指摘される[95]。

（2）溝を越えるか埋めるか

ただし、「中身については用語の定義の問題であり、国内法と国際法で異なる意味付けがなされることに法的な制約があるわけではない」とされる。そうであるとすれば、指摘の要諦は、「PKO という同一の活動を国際法と国内法双方が同時に規律対象とするとき、同じ用語を使用しながらそれぞれが違う内容を意図するのは法の適用とその効果につき混

で、伝統的 PKO のみならず、複合型 PKO や憲章第７章と結合した PKO への参加についても、「PKO 参加五原則」の基準を充たすことを理由に当該 PKO への参加を確保してきた」のであるが、その際に、「PKO に参加する自衛隊の任務と展開地域を自ら限定することで要員の安全確保を図り、「参加五原則」の基準に抵触しないよう実際上の配慮がなされてきた」ことが指摘される（７頁）。酒井啓亘「国連平和活動と日本の国際平和協力の今後――「９条―PKO 活動原則体制」の下での課題」国際問題654号（2016年）20頁も同旨。ちなみに、「この「PKO 参加五原則」の内容に関する記述は、日本国政府が対国会説明等のために解りやすいようにまとめたものであって、実際には、それぞれの原則の内容が法律の条文の各所に散らばって埋め込まれている」（小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）448-449頁註71）。

[93] 酒井・前掲論文（註92）21頁。

[94] 憲法学説も、そうした問題の所在は認識している。「国連の PKO そのものが大きく変容しつつある現在、かりに、凍結されている自衛隊の PKF 参加が早期に解除されたとしても、現行 PKO 協力法の要件下では、実際に、自衛隊の派遣は極めて限られるであろう」（高見・前掲論文（註10）39頁）。

[95] 酒井・前掲論文（註90）10頁、同頁註24。「基準を「自然権的権利」に求めて自衛の内容を狭くとらえる政府の解釈は、こうした国際平面における基準や対比とは一致せず、日本に特有なもの」（同論文12頁）とされる。

乱を招く危険性が高く、それ故少なくともそれぞれの用語の持つ意味の違いを認識しておく必要があろう」というところにあるのかもしれない[96]。

そこでは、「国内憲法と同時に関連国際法規則、とりわけ国連に関係する規則もその活動に妥当しうることが現実の法関係として直視されなければならない」のであって、「こうした国際法と国内法の接点に当たる事象を考える際に重要なのは、国際的な行為準則、特にこの場合で言えばPKOの活動原則を国内平面でどのようにとらえ、それをいかに憲法解釈の中に生かしていくかという視点の創出」であること[97]は、争いのないところであろう。「国際平面における「武力行使との一体化」論の妥当性にも注意が払われなければならない」[98]というのは、そうした意味で理解されるものと考えられる。

しかし、それにもかかわらず、「PKO部隊は国連の一機関であり、その活動には一義的に国際法規則が適用されること、「武力行使との一体化」論は国際法上の根拠に乏しいことが明らかにされた」とされ、「国際法の観点からは、こうした点に関する従来からの政府の憲法解釈を変更することは必ずしも不合理ではない」とされること[99]については、憲法解釈上の問題である一体化論についての論じ方に疑問が生じよう。

（3）法解釈の究明と政策の選択

法解釈としてまず究明されるべきは、憲法解釈と国際規律の齟齬によって、具体的に法的問題が生じるか（その意味で衝突があるか）ということではなかろうか。「同一の対象を前にして国際社会とは異なる日

---

96 同論文13-14頁。

97 同論文29頁。

98 同論文25頁。そうした意味で、重要なことは、「日本のPKO参加をめぐる様々な規則についての解釈には、国際平面と国内平面との間に大きな隔たりが存在する。問題はそうした解釈の差を埋めて「地平の融合」を求めつつ、その結果を日本のPKO政策に還元する方法をいかに探求していくかということであろう」（同論文28頁）。

99 同論文28頁。

本独自の解釈が展開されること」が「桎梏」となっているとされるが[100]、その内容は必ずしも明らかにされていないようにみえる。「業務が憲法９条の禁ずる武力の行使にあたらないようにするため、国際基準とは異なる日本独自の基準が持ち込まれている」[101]ことが批判され、「国際平和協力法に依拠して自衛隊を国連 PKO に参加させても、当該 PKO の任務に適合的に自衛隊が業務を実施することができるとは限らない」[102]との懸念が示される。「現場の治安環境いかんで、国内法令上当該業務に従事できなくなるという状況のほうが、要員の生命・安全保護も含め、いっそうの困難さを生じさせることになる」ので、「従事する任務の内容を考慮して当該 PKO への参加について慎重な検討が求められる」とされるのである[103]。

しかし、「慎重な行動計画の策定と現場での実践的処理によって」憲法上の要請が「保持」されているなら、憲法と国際規律の衝突は回避されていることになろう。「自衛隊の展開地域と任務を限定しておくことで PKO の同意原則や自衛原則と「PKO 参加五原則」に具体化された日本独自の PKO の行為規範との矛盾が必ずしも解消されるわけではない」とされるが、それらが「任務遂行の阻害要因となって、状況によっては要員の人命に危害を及ぼしかねない事態に立ち至る恐れがないわけではない」という慎重に示された懸念が、どれほどの蓋然性を有するのか、それを回避する方策が他にないのかは必ずしも明らかではない[104]。

---

[100] 同論文14頁。

[101] 酒井・前掲論文（註92）23頁。「「強化された」PKO では文民の保護や国連・人道機関の要員の保護などを目的とする活動には憲章第７章に基づく自衛の範囲を超えた武力行使が認められていることからすると、こうした任務に日本の自衛隊が従事することは国際平和協力法の関連規定に反する危険が生じうる」（同論文21頁）とされる。改正国際平和協力法における「駆け付け警護」の法的検討については、黒崎将広「「駆け付け警護」の法的枠組み――自衛概念の多元性と法的基盤の多層性」国際問題８号（2016年）参照。

[102] 酒井・前掲論文（註92）23頁。なお、小松〔外務省有志補訂〕・前掲書（註１）450頁。

[103] 酒井・前掲論文（註92）24頁。

[104] 酒井・前掲論文（註90）15頁、17頁。「武器の使用については狭義の自衛し

憲法上の規律と抵触することが懸念されるような「業務を実施する可能性のあるところに自衛隊を派遣するかどうか」は、日本国の「政策判断にかかっている」のであって[105]、国際法上の要請ではないはずである。

結局のところ、「日本の国際法政策の問題を論じる」この学説において、「日本のPKO政策を軍事部門への参加という観点から積極的に推進する」ことも視野に入れて、「PKOへの参加についての関連国内法規則の解釈をもう一度考え直す」ということが論述の背骨となっているように解される[106]。

そこから展望されることは、憲法９条を、「国際公共的な性格を具備する」国連の活動としてのPKOの任務と、日本国の行為としての「国土防衛」という「自衛隊の二つの性質上異なる活動に等しくしかも厳格に適用しようとする立場を再考する必要がある」ということである[107]。

か認められないという日本国内でしか本来通用しない基準」（同論文15頁）というのは、評価の問題であろう。

[105] 酒井・前掲論文（註92）24頁。

[106] 酒井・前掲論文（註90）１頁、18頁。「国益にかなう国連PKO政策を追求する根気強い努力」（同・前掲論文（註92）25頁）が提唱されている。「PKOをめぐる活動についての国際的基準との整合性を確保」することは重要であるが、この学説は、それだけでなく、「日本が外交の基本政策としてPKOへの参加を積極的に打ち出す姿勢を示す」ためには、国際的なPKOの「活動原則を実質的に国内法体制の中に取り入れていくことが重要」として、「国際平面での行為準則を戦略的に取り入れて新たな憲法解釈の構築に生かす」ことを視野に入れて議論を展開している（同・前掲論文（註90）30頁）。そのために、一体化論や参加・協力区別論等からなる従来の憲法解釈（その流れをくむPKO参加５原則）に基づく現行法制の限界と国際規律の乖離（論理の問題）と、PKO派遣の拡大を推進する方策（政策の問題）とが、肝心のところで混淆するようにみえる。

[107] 酒井・前掲論文（註90）14頁。これに関しては、憲法学説においても、「平和維持軍の派遣をも含む平和維持活動それ自体は、派遣国独自の防衛問題とはいいがたい」として、「自衛隊の国連平和維持活動への参加を、日本国憲法の平和主義条項による拘束から解放しようとする見解」と、「戦後憲法学の通説」とされる見地からの「２段構えの議論」すなわち「第１に、そもそも自衛隊そのものが憲法９条に違反しているのであり、日本国憲法の立脚する平和主義の下では存在することが許されない組織であるから、自衛隊の国際協力にかかわ

一体化論について考えることは、こうした議論のあり方を規整することにつながる（Ⅲ２（２）（３）参照）。

Ⅲ　交錯する武力行使の禁則

１．国際規律との差分

（１）憲法上の武器使用と国際法上の武力行使

一体化論とともに、日本国憲法の解釈として、海外派兵すなわち武力行使目的での自衛隊の海外出動は憲法上許されないという理解があり、したがって、海外においては武力行使は行えない。他方で、憲法の禁ずる「武力の行使」に該当しない「武器の使用」は許されるとして、海外派遣される自衛隊が行うのは「武器の使用」であることになっている。「そのような論理構成をとることによって、それらの法律に基づく「武器の使用」は法的に「武力の行使」とはなり得ないとして、個別の事例において、憲法違反であるとの非難をあらかじめ封ずることができるような仕組みになっている」[108]と評される。

しかし、国際法の観点からは、「法律に基づいて派遣された自衛隊員による「武器の使用」が、原理的に「武力の行使」に当たり得ないということはできない」とされる。国際法上、「武力の行使」について「合意された定義は存在しない」が、一般には、「一国の軍隊による他国（または国家に準ずる組織）に対する武器の使用」をいうものとされる。そして、前出の国家責任条文の示す基準に照らせば、「法律に基づいて派遣された自衛隊員がその職務の遂行上行った武器の使用は、個人としての行為

る行為も、およそ論ずるまでもなく違憲でしかありえない。しかしながら、第２に、……日本の軍事組織の活用を効果的に抑制することを目的として、自衛隊違憲論を堅持した上で、自衛隊が合憲であるとする政府解釈をひとまず受け入れたとしても、その一定の範囲を超える国際的活動については違憲となるという論陣を張り、その時々の課題に応じて違憲論を精力的に提示することを通じて、政治空間に対して積極的な働きかけを行ってきた」見解とが対比される（山元一「憲法９条と国際協力」法教277号（2003年）28頁）。

[108] 浅田・前掲論文（註81）30頁。

ではなく、国家機関としての資格で行った行為であるといわなければならない。そしてそれが、他の国家ないし国家類似の組織（例えば未承認政府など）に対するものであれば、それは基本的に「武力の行使」であるということになろう」とされるのである[109]。

指摘の要諦は、一体化論が憲法解釈上の議論であるということによって、国際規律の観点からの批判を遮断してはならないということであろう。海外出動した自衛隊の活動が他国の武力行使と一体化するものではなく、その際の自衛官による武器使用も「武力の行使」（憲法９条１項）には当たらない（合憲）といえるとしても、国際法上は「武力の行使」（憲章２条４項）に該当して、国際法上の違法性阻却事由がなければ違法となる場合があるということである。

（２）一体化しないが国際法上違法な支援行為

他国の武力行使と一体化しない「合憲」な支援行為の中にも、「国際法上合法な支援行為」と「国際法上違法な支援行為」とがありうるのであって、後者を行えば、国内的には「合憲」であっても国際法上は国家責任が生じる点に留意すべきであることが、国際法学説から指摘されている。

前述のように、国際法上は、それ自体は武力行使ではない支援行為が、支援対象の武力行使との密接性によって、それ自体も武力行使となるといった一体化論のような思考は――侵略行為への加担という例外的な場合を除いて――存在せず、他方、国家責任条文によると、「違法行為に対して支援・援助を行えば、それ自体としては合法な支援・援助行為が違法なものとなりうる」とされている。そこで、日本国としては、「他国の武力行使に対して支援・援助を行う場合には、当該他国の武力行使が合法であるか否かについて、主体的かつ慎重に判断する必要がある」とされるのである[110]。

---

[109] 同論文30頁。高橋和之＝浅田正彦＝安念潤司＝五十嵐武士＝山内敏弘「〔座談会〕憲法９条の過去・現在・未来」ジュリ1260号（2004年）40頁［浅田］参照。

[110] 浅田・前掲論文（註81）29頁。「特に、それが他国による侵略行為の支援・援助となる可能性があるような場合には、日本自体が侵略行為を行ったものと見なされ、その被害国によって日本に対し自衛権の行使としての武力の行使が

ところが、「支援先外国軍隊の武力行使の法的根拠はさまざま」であって、集団的自衛権を行使する場合とは異なって「支援先国の自衛権行使が必要とも限らず」、法的根拠を「個別的に検討しなければならない」とされる。そして、「支援先外国軍の武力行使根拠により日本の後方支援の国際法上の評価も変わる」とされるのである[111]。

自衛隊の海外出動に際しては、日本国憲法による規律だけではなく、国際法による規律にも留意しなければならないのであって、憲法９条に係る一体化論に議論が集中して、国際法上の国家責任の問題が等閑視されることがあってはならない。その意味で、この学説が指摘するように、「国家責任条文16条に定める規則、すなわち違法行為に対して支援・援助を行えば、それ自体としては合法な支援・援助行為が違法なものとなりうるという規則は、一般的な規則として厳然として存在する」[112]ということが看過されてはならないであろう。

このように、一体化論が問題となる支援行為については、憲法上は違憲とならない（一体化しないから許容される）としても、国際法上は違法となる場合があることに留意しなければならない。

（３）一体化論の不都合な帰結

違法な武力行使国への支援が回避できたとしても、つまり、日本国が後方支援を行う支援対象国の武力行使が国際法上は合法なものであり、自衛隊による支援行為も適法で日本の国家責任が生じるものではなく、逆に、そのような自衛隊の部隊を攻撃する国（かりに「乙国」とする。日本の支援対象国が敵対する国である）の行為が国際法上は違法となるとしても、そのこととは別に、実際に乙軍が自衛隊を攻撃すれば、武力

行われるということもありえない訳ではなく、とりわけ慎重な判断が求められる」（同頁）。たとえば、「アメリカの行動が違法であった場合には、……日本の支援行動も違法だということになり得る。そういう意味では、アメリカの行動が本当に国際法上合法かどうかということを、日本は主体的に判断する必要があるのですが、それが必ずしも十全になされているようには見えない」（高橋ほか・前掲座談会（註109）28頁［浅田］）。

111　真山・前掲論文（註62）22頁。

112　浅田・前掲論文（註81）29頁。

紛争法の適用が問題となることが国際法学説から指摘される[113]。

つまり、「乙の一方的行為で日本は武力紛争法の適用される事態にその当事国として直面する」のであり、自衛隊が武力行使をしていなくても「武力紛争法上は受動的に当事国化する」とされる。受動的ではあっても、「日本の国際的武力紛争当事国化により、戦闘員資格を有する自衛官を殺傷……した乙軍戦闘員を日本刑法国外犯規定で処罰できなくなる」し、「捕らえた自衛官を乙は武力紛争終了までジュネーヴ第二条約に基づき捕虜として拘束できるから、即時解放を日本は要求しえなくなる」とされる。それにもかかわらず、「日本が武力紛争法上の国際的武力紛争当事国性を否定すれば、捕虜取扱法適用ができずに拘束敵戦闘員を刑法で処罰しなければならず、反対に拘束された自衛官の捕虜資格を日本が積極的に否定するから敵による自衛官処罰の危険性を日本自身で大きくしてしまう」とされるのである[114]。

ここでの問題は、日本国が国際的武力紛争の当事国となること自体の是非ではなく、憲法上の議論が一体化論の問題に集中することによって、上記のような論点を見過ごしてしまうことである。「自衛隊後方支援の武力行使該当性をあくまでも否定するとしても、それと国際的武力紛争についての受動的武力紛争当事国化が矛盾しないよう、問題が現実に起こる前に理論的再構成をしておくべき」[115]とされるところである。

２．海外出動の規律

（１）憲法学説における一体化論の否定的評価

上述のように、国際法学の観点からは、一体化論と国際規律の異同とその弊害を問題とみて、一体化論に対して否定的な評価が少なくないよ

---

[113]「米軍の兵士の輸送については、米兵に対する攻撃に付随する損害として受忍する義務があるということになるでしょう。武器の提供については、それへの攻撃がいわゆる緊急状態・緊急避難の法理を用いて正当化される可能性があるかもしれません」（高橋ほか・前掲座談会（註109）26頁［浅田］）。

[114] 真山・前掲論文（註62）23頁。

[115] 同論文24頁。

うに解されるが、憲法学説の評価はどうであろうか。

（ｉ）基準としての曖昧さへの批判

憲法学説においては、従来、一体化論を「自衛隊の海外派遣体制が構築される中、政府解釈において重要な役割を担うようになった」[116]ものとみるのが一般的であると解される[117]。そして、それは、「日本領域外での自衛隊の行動は、「戦闘地域における直接の戦闘行為」と縮減的に限定して解された含意での「武力行使」と「一体化」しない限り、つまり「一線を画す（be distinguished）」限りで違憲ではないとする「論」」であると評され、ただ、それでも、「「わが国の防衛」以外に武力行使することはできないとするぎりぎりの「歯止め」が、論理的にはなお維持されていた」とされる[118]。

しかし、「武力攻撃事態法を軸とする「有事」三法は、この残された「歯止め」を撤去する」ものとされる。すなわち、「周辺事態法による「後方地域支援」であれテロ対策特措法による「協力支援」であれ、それは軍事的には「後方支援（兵站）」にほかならない」のであり、しかも、「領域外に展開する自衛隊」に対する武力攻撃が「「切迫」ないし「予測」されれば、直ちに武力攻撃事態法が発動されることになる」のであって、「地理的限定は撤去され、米軍の武力行使との「一体化」が完成する」と論じられていた。つまり、平和安全法制による一体化論の「溶解」以前に、「最終的な憲法的規制の撤去」に至っているとの評価もなされていたのである[119]。

テロ特措法やイラク特措法において一体化論が用いられた「協力行為の本質は、武力行使の目的をもった他国の戦闘部隊に対する兵站活動で

116　辻村＝山元編・前掲書（註64）48頁［愛敬］。

117　一体化論の淵源を遡って、「冷戦時代の1959年の段階での「政府見解では、「補給業務」は「一体化」に該当するとされていたのが、テロ対策などでは「一体化」には該当しないとされて、その範囲がより限定されてくる」（山内・前掲書（註60）52頁）と評する見解もあるが、政府見解は、一体化論を「補給業務」という観点で論じてきたのではない。

118　森英樹「安保体制と「有事」体制」法時75巻10号（2003年）69頁。

119　森英樹「「有事」三法の成立と憲法」法時75巻８号（2003年）２頁。

あり、９条１項の禁止する「武力の行使」に当たる」[120]との批判もなされる。

一体化論を「アメリカの行う戦争や多国籍軍の行う戦争に自衛隊が後方支援をする場合に、どこまでの支援が可能かという問題を判断する場合に憲法上の基準として政府が従来採用してきた」ものとする観点からは、「基準自体あいまいなもの」であることが難点とされる[121]。

（ⅱ）「後方」概念への批判

周辺事態法において、「自衛隊が行えるのは「後方地域支援（rear area support）」であり、これは「前線」（戦闘地域）で活動する米軍に対し、自衛隊の活動領域を「前線」とは地域的に区分された「後方地域」に限定することにより、両者の「一体化」を回避するための道具立て」であったと説明される[122]。「その意味で、概念上「前線」地域での支援をも含む「後方支援（logistic support）」とは「後方」の意味が異なっており、自衛隊の活動には二重の「後方」概念（「後方地域」における「後方支援」）によってしばりがかかっていた」[123]と評される。

一体化を防ぐしくみとして組み込まれた「後方地域」「非戦闘地域」という地域設定が、軍事活動を糊塗するものとして批判の対象となることがある。「「非戦闘地域における米軍等への兵站活動であれば、自衛隊は

---

[120] 辻村＝山元編・前掲書（註64）49頁［愛敬］。

[121] 山内・前掲書（註60）118-119頁。「政府の見解の問題点」として典型的に指摘されるのが、「イラク特措法において同法が規定している「非戦闘地域」について小泉首相が「自衛隊が活動している地域が非戦闘地域だ」と述べたこと」（同書53頁）であり、「小泉首相が、どこが戦闘地域かと問われても答えられずに、自衛隊が活動をしている場所が非戦闘地域だという迷答弁（?）をしたように、線引きをすることは困難であろう」（同書97頁）とされる。

[122] 本秀紀編『憲法講義〈第２版〉』（日本評論社・2018年）115頁［本］。「周辺事態法制定時には、後方支援という文言を避け、あえて後方地域支援とされた」のは、「端的に兵站と訳すべき logistics support は、一体化論からすれば周辺事態時には許されないがゆえの苦肉の策であった」（塚田・前掲論文（註57）41頁）、「「日本に対する武力攻撃」ではない「周辺事態」の場合には「後方支援」概念を使用できず、そこで日本向けの造語である「後方地域支援」なる概念を使用するに至ったという事情がある」（森・前掲論文（註88）59頁）とされる。

[123] 本編・前掲書（註122）115頁［本］。

世界中のどこにでも行ける」という、かなりひどい理屈」[124]につながるものともいわれる。これも、憲法学説が、当初は、一体化論の枠組み（立法化）の内在的理解よりも外在的批判を主としていたことを示している。

また、「軍事用語である「兵站」を後方支援と言い換えて軍事色を薄め、武力行使と一体化しない場所で行えば、合憲との考え方は、そもそも間違っている」として、「戦闘を行なっている軍隊への補給活動は、どこで行おうと何を補給しようと、敵対勢力から見れば軍事行動そのもの」であって「当然攻撃対象となる」のであり、「一体化論という問題の立て方そのものが世界に通用しない独善的なものであり、軍事的には後方支援＝兵站は武力行使そのものだから、当然憲法９条に抵触する」と批判される[125]。「「後方地域支援」（三条一項一号）等は実質的に参戦行為とみなされよう」[126]とされるのである。

「周辺事態法に規定された「後方地域」がテロ対策特別法の場合と同様に戦闘行為から切り離された安全な場所であるならば（法規定に表れる定義では同じものになっている）、そこでの活動に際して自衛官に「武器の使用」を認める必要性はないといえる。これらの問題点を総合的に検討すれば、そして、テロ対策特別措置法の場合の現に武力攻撃を行っている米英軍への支援活動として対応措置が実施されることを考慮すれば、そのような「武器の使用」は、武力紛争の一環として行われる、そ

---

[124] 藤田久一＝杉田敦＝愛敬浩二＝山内敏弘「〈座談会〉イラク戦争、改憲論の中で憲法九条を生かす道をさぐる」法時76巻７号（2004年）９頁［愛敬］。

[125] 武居一正編著『基礎からわかる憲法〈第３版〉』（嵯峨野書院・2020年）63-64頁［武居］。ただし、この見解は、９条の規定する「武力の行使」について、「武力に訴えることであり、一般には戦争（＝全面的武力紛争）までには至らない戦闘行為を指す」ものとしたうえで、９条は「武力の行使をもって事実上の戦争と考えているが、概念としては不正確である。国際法では、兵力の使用（武力に訴えること）以外に外国攻撃のための基地提供や後方支援（兵站）も武力行使と理解されているから、日本国憲法の解釈においてもそのように解すべき」（同書43頁）としている。「弾がなければ戦えない。食料や医薬品がなくても戦い続けられない。それは補給を軽視し南方で戦い敗れた旧軍の経験から日本人が最もよく知るところである」（同頁）。

[126] 森英樹＝渡辺治＝浦田一郎＝和田進「〈座談会〉グローバル安保体制と憲法の平和主義」法時71巻１号（1999年）20頁［浦田］。

してそれゆえに憲法（そしてそれぞれの法律）によって禁止されている「武力の行使又は武力による威嚇」にあたるとみなされてもいたし方ないということになろう」[127]とされる。

かりに、「「一体化論」は、集団的自衛権の不行使と並び、自衛隊の海外活動における合憲性の基準としての役割を果たしてきた一面がある」[128]といえるとしても、しかし、今日の対テロ戦争において「戦闘の現場」はそもそも存在しないということに鑑みて[129]、「周辺事態法のように、周辺の国を対象に武力行使を行う米軍に対して、日本国内と日本周辺の公海における支援を行うことを想定した場合と異なり、特にイラク復興支援特措法のように活動場所が陸上であるだけでなく、戦闘の相手が国または国に準じる主体とはいえない状況では、実態的にも論理的にも、明確な歯止めの機能を持ちえなくなったことも事実」[130]とされる。

他方で、「国際法上は、いわゆる兵站活動は、「前線」・「後方」の区別なく、米軍と一体となって武力行使をしていると評価されるので、米軍が自衛権の行使として軍事行動を行っている場合は、集団的自衛権の行使とみなされる」として、一体化論と集団的自衛権とが結びつけられる。この点については、「集団的自衛権行使へと連動する支援」について、「政府が「後方支援だから武力行使と一体ではない」という論理を用いることができない程度には、憲法９条の規制力がはたらいていた」として、少なくとも平和安全法制以前においては、一体化論が集団的自衛権の実質的行使を制約する意義を有していたとの評価もある[131]。ただし、一体化論と集団的自衛権を結びつけて考えることには疑問がある（Ⅲ３（３）参照）。

（ⅲ）「あてはめ」への批判

「イラク戦争（2003年）では、イラク復興支援特別措置法により、建前

---

127 井上典之「テロ対策特別措置法と日本国憲法――米国同時多発テロ事件と法」法教257号（2002年）50頁。

128 柳澤・前掲「安保関連法案の論点」（註58）76頁。

129 柳澤・前掲「安保法制で日本は安全になるのか？」（註58）151頁。

130 柳澤・前掲「安保関連法案の論点」（註58）76頁。

131 本編・前掲書（註122）115頁［本］。

としては非戦闘地域での人道復興支援活動であったが、実際にはまだなお武力紛争が生じていた戦地へ自衛隊を派遣した」[132]と批判される。

イラク復興特措法は、「人道復興支援活動」および米英軍の治安維持活動を後方支援する「安全確保支援活動」を、「武力の行使」等を行わないことを大前提として、現に戦闘が行われておらず、今後も戦闘行為が行われないと認められる「非戦闘地域」に限定して認めるものであった。しかし、同法に対しては、当時のイラクの国土全域が米英軍による戦闘行為が継続している「戦闘地域」であり、そこに「非戦闘地域」を見出すことができないと批判された。

これに関して、いわゆるイラク派遣訴訟の名古屋高裁判決は、「航空自衛隊の空輸活動は、それが主としてイラク特措法上の安全確保支援活動の名目で行われているものであり、それ自体は武力の行使に該当しないものであるとしても、多国籍軍との密接な連携の下で、多国籍軍と武装勢力との間で戦闘行為がなされている地域と地理的に近接した場所において、対武装勢力の戦闘要員を含むと推認される多国籍軍の武装兵員を定期的かつ確実に輸送しているものであるということができ、現代戦において輸送等の補給活動もまた戦闘行為の重要な要素であるといえることを考慮すれば（……）、多国籍軍の戦闘行為にとって必要不可欠な軍事上の後方支援を行っているものということができる。したがって、このような航空自衛隊の空輸活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員をバグダッドへ空輸するものについては、前記平成９年２月13日の大森内閣法制局長官の答弁に照らし、他国による武力行使と一体化した行動であって、自らも武力の行使を行ったと評価を受けざるを得ない行動であるということができる」[133]と判示して、注目された。同判決は、一体化論の「あてはめ」において、問題を摘示したものと評される[134]。

---

[132] 武居編著・前掲書（註125）60頁［武居］。

[133]「よって、現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法２条２項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条３項に違反し、かつ、憲法９条１項に違反する活動を含んでいることが認められる」とされたのである。

[134] 名古屋高裁判決について、「政府の「一体化」論をいわば逆手にとって、航

「政府解釈や既存の判例法理に従って結論を導いたことは、現実感覚にあふれた巧妙な判断と評価すべきことになる。しかし、それは同時に、自衛隊とイラク特措法の合憲性を前提とする点で、９条問題の焦点が自衛隊の憲法適合性から、集団的自衛権行使のそれへと移行しつつある現状を追認する意味を持つことを忘れるべきではない」[135]とか、「一般的にいえば、一体化論は、自衛隊の活動を広く容認する道具としても使えるわけで、判決を読む側には、一体化論に過度に寄りかからない慎重さも必要である」[136]ともいわれる。

このように、平和安全法制の段階で「溶解」批判を行うようになったことを別とすれば、憲法学説は、一般的に一体化論に批判的なスタンスをとってきたのである。

（２）国際法学説における国際貢献論の提唱

他方、国際法学説の側では、一体化論に批判的なスタンスから、その国際規律との齟齬を突きつつ、自衛隊の海外出動の拡大可能性を論じる議論がなされることがある。

これについて、国連 PKO の活動は、武力行使に該当するものであれ、他国の武力行使に対する支援行為であれ、それは派遣国の行為ではなく国連の活動として規律されるという観点から、一体化論を含む従来の憲

空自衛隊の空輸活動を違憲違法としたのである。「一体化」論が、このような積極的な役割をも果たし得ることがこの判決で確認されたことは、留意されてよい」（山内・前掲書（註60）55頁）とされる。ただし、同判決に対しては、特措法は、いわゆる大森４要件等を「いっさい合切含めて法制化した」ものなので、「非戦闘地域での、自ら武力行使にあたらない行為でさえあれば、武器弾薬の輸送のようなものも含めて武力行使と一体化しない、と割り切っている」のであり、「運用の上で個々の活動がどうかということではなくて、非戦闘地域での活動かどうかの認定さえ的確にすれば、少なくとも法律には違反しない」のであって、「四要件に当てはめて」評価するというのは「何か先祖返りをしているように思え」るという見立てもなされている（阪田＝川口・前掲書（註50）104-105頁［阪田］）。

[135] 中島徹「判批」判例セレクト別冊342号12頁。

[136] 中山茂樹「判批」法セミ648号（2008年）116頁。

法解釈と国際規律との乖離を批判し、憲法と国際法の規律関係を整理すべきことを唱える国際法学説がある[137]。

同様に、前述の「武器の使用」と「武力の行使」の区別の問題に関連して、憲法上は武器使用とされるものが国際法（国家責任法）上は武力行使に該当するとしても、「PKO 要員たる自衛隊員による武器の使用（＝武力の行使）は、憲法９条の禁止する武力の行使とは異次元の問題であって、それが PKO 要員としての行動にとどまる限りは、憲法問題を惹起することにはならない」とされ、「PKO は国連の安全保障理事会（または総会）の補助機関として設置されるのであり、日本の自衛隊の隊員も PKO に参加する場合には、そのような補助機関の構成員として、その資格で行動することになる」のであって[138]、「国連の設定した目的のために、国連事務総長の指揮の下に活動している者が、日本の自衛隊員としての身分を残しているからといって、その者が行う行為……は国連の機関としての行為と見るのが素直ではないか」[139]とされるのである。

そして、そうしたことから、「PKO における武力行使は、９条１項でいう「国際紛争を解決するため」に日本国が武力行使をする場合とは読めない」とされ、自衛隊が「PKO に参加して行う武力行使というのは、９条の違反にはならない」というのである[140]。

しかし、一体化論の問題を指摘してこのように論じる国際法学説に対しては、一体化論が海外派兵禁止論と連携して（それを強化する解釈基準として）存在していることが見過ごされているのではないかとの疑念がある。

---

[137] 酒井・前掲論文（註90）12頁、24頁。「PKO に参加した自衛隊は PKO 部隊に統合されて国連の一機関としての位置を獲得する」のであるから、「その活動を日本国憲法がいついかなる局面においても規律し、その際に日本の国内法以外の法規範は常に排除されることを前提とした主張を行うことも極端に過ぎよう」とされる（同論文28頁）。そして、「国連の活動として行われる場合、それが武力行使に関わるようなものであっても違憲となるかはより検討されるべき主題だ」（同論文29頁註66）とされる。

[138] 浅田・前掲論文（註81）31頁。

[139] 高橋ほか・前掲座談会（註109）42-43頁［浅田］。

[140] 高橋ほか・前掲座談会（註109）40頁、43頁［浅田］。

（3）「派遣する」行為についての憲法の規律

国際法学説の指摘するように、PKO 部隊による武力行使を伴う作戦行動の指揮と責任は国連にあり、その部分は、憲法９条の規律の枠外であるという考え方は成り立つかもしれない。しかし、それでも、そのような武力行使を伴う活動に――日本国民が個人として国連に職員（隊員）として採用されて参加するというのではなく――国の機関である自衛隊の部隊あるいは自衛官を派遣するということになれば、政府による派遣行為自体は憲法の規律を免れないのではなかろうか[141]。９条の規律から自由な領域としての（武力行使を伴う）国連平和維持活動が存在するといえるかは、なお検討が必要であると解される。

国連 PKO の武力行使が、それ自体として違法でないことが基礎づけられるのは、国際法の問題である。国連 PKO の武力行使が国際法上は合法である（違法であった場合も、派遣国には責任がない）としても、そこへ憲法上は派遣することはできない（違憲である）という問題は、なお残るであろう。政府に許される国際法上の行為の範囲は、憲法上の権限の行使可能範囲に従うのである。

自ら行えば違法となる行為（海外での武力行使）を、他者の手に委ねておいて、「他者が実行したことなので規律対象外である（違法の問題を生じない）」ということが可能であるかについては、疑問がある。

憲法に軍備を禁ずる規定がなく、侵略を禁ずる規定（あるいは自衛行動への限定でもよい）だけがあるという場合には、軍隊＝賭命義務を課す組織[142]を政府が保有すること自体は、憲法上正当化されているとみることも可能かもしれない。しかし、日本国憲法の場合は、軍隊＝賭命義

---

[141] 国際法学からの説明を承けて、「多国籍軍の場合は日本政府の指揮下での武力行使となり、９条に反する。しかし、PKO の場合は、仮に政府のコントロールから離れてしまうのだとすれば、９条と関係なくなるという理屈もあり得るかもしれないですね」（高橋ほか・前掲座談会（註109）43頁［高橋］）という理解が示されたのに対し、「それは成り立たないと思います。政府のコントロールから離れようが、あるいは離れないとしても、いずれにしても政府の行為によって派遣することには変わりありません」（同頁［山内敏弘］）との批判がなされている。

[142] 齊藤正彰「解釈基準としての平和的生存権」北法71巻４号（2020年）38-39頁。

務を課す組織の保持が禁じられているようにみえる憲法規定において、例外的に自衛権の発動を正当化するわけであるから、そこでは、武力行使の正当化とともに、軍隊＝賭命義務を課す組織の保持の正当化も同時に行われなければならない。したがって、憲法上、国民に賭命義務を課すことができる場面は限定されていると解される[143]。

国連 PKO であっても、自衛官（国民）は、政府から出動の指示を受け、司令官の指揮によって活動することになる。自ら志願して自衛官となった国民に対しては賭命義務を課すことが許されるとしても、憲法上、賭命義務を課すことができる場面は限定されている、というのが従来の（政府の）憲法解釈であろう。政府が命じて国民を派遣する先が国連の PKO であっても、政府は、国民に対して賭命義務を課すことについての憲法上の制約から逃れることはできないはずである。

３．加法と乗法

（１）政府見解と国際規律の整合性の模索

国際法学説においても、「他国の「武力の行使との一体化」論は、基本的には日本国憲法上の制約という観点から議論されてきたもの」であることを前提に、国家責任に関する国際法学の理解と政府見解との整合的な理解の可能性を探る見解がある。それによれば、「国連決議に基づき、または個別的・集団的自衛権を根拠に合法的な武力の行使をしているＡ国を後方支援するＢ国（日本）に対して武力を行使することは、後方支援が武力の行使に当たるか否かにかかわりなく、少なくとも国際法上は違法となる」とされ、他方で、「日本が違法な武力の行使をしているＡ国を後方支援することはあり得ないので、その際の後方支援が、武力の

[143] いわゆる自衛権の３要件に関して、「生身の人間がやるものですから、国民が無事でも自衛隊員に犠牲が出るということもありうる。そういう犠牲も可能な限り避けるというのが政府のあるべき姿ですよね。武力攻撃＝急迫不正の侵害があったからただちに出動というのではなく、他に手段がないかを十分考える。そして、自衛隊が実力を行使しなくても解決できる方法があれば、それをとるのだということです」（阪田＝川口・前掲書（註50）130頁［阪田］）といわれる背景にも、賭命義務への配慮があるのではなかろうか。

行使や武力攻撃を構成するかは、そもそも検討する必要がない」とされるのである[144]。

これは、憲法解釈上の一体化論の世界に徹して国際法上の国家責任法の問いには答えない政府見解を逆手にとり、つまり、国際法の問いに答えていないことを国際法学の認識を否定する趣旨ではないと解して、その想定には不都合な回答が出そうな違法行為への支援態様については、あり得ないので検討する必要がないとすることで、政府見解も国際法学の理解と整合するとみるものと解する余地もあるのではなかろうか。そのようにして、一体化論をめぐる憲法解釈と国際規律との差分には留意しつつ、両者を整合的に把握する途は残されていると考えられる。

武力行使に関する国際法の遵守も、憲法98条２項の要請である。また、長い検討の成果とされる国家責任条文[145]は、かりに慣習国際法とはいえないとしても、98条２項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができるであろう。

（２）一体化論と海外派兵禁止論

海外派兵禁止論は、「自衛権に関する論議の一局面」であって、「自衛という観念をきわめて厳格に解釈するか、あるいは融通性のある解釈の仕方をするか」によって変化するとの指摘がある[146]。

海外派兵禁止についての政府見解は、「自衛権を発動する場合でも、原則として外国の領域での武力行使はしない……という趣旨であり、従来の第３要件とその意味するところは変わらない」と説明されることがある。これは、「我が国の領域内から外国の軍隊を追い出してしまえば」よいのであり、「外国の領域に出かけて行って、その領土を空爆したり、

---

[144] 森川幸一「安全保障法制の整備と日本の国際貢献――国際平和支援法の成立と課題」金沢工業大学国際学研究所編『安全保障と国際関係』（内外出版・2016年）37頁、39頁。

[145]「国際法に国家責任という分野があって、国連の国際法委員会というところで作った、30年以上かけて作ったものですから、それなりの権威がある」（高橋ほか・前掲座談会（註109）27頁［浅田］）。

[146] 小谷秀二郎「憲法と海外派兵論議」日本国際問題研究所＝鹿島研究所編『日本の安全保障』（鹿島研究所出版会・1964年）629頁。

占領したりすることは、一般に、我が国への武力攻撃を排除するという目的との関係で、必要最小限度の実力行使の範囲を超える」という考えによるものである[147]。

そこで想定されているのは、日本が武力攻撃を受けた後の〈追撃〉の問題である。この〈追撃〉問題は、自衛権発動の３要件、いわゆる旧３要件における第３要件に係る自衛権行使の地理的範囲の問題として考えれば足りるはずである。いわゆる敵基地攻撃論[148]も自衛権行使の地理的範囲に関する（極端な）議論であって、自衛隊の海外出動の問題ないし海外派兵禁止論に関する主要論点とみるべきではないであろう。従来の議論の経緯や政府答弁の蓄積を無視できないとはいえ、〈追撃〉問題については、自衛権行使の地理的範囲の問題に吸収し、海外派兵禁止論の問題として扱わないほうが明解であると解される。

それに対して、派兵あるいは（軍隊の）派遣としては、武力攻撃を受けた後の〈追撃〉だけでなく、武力攻撃発生を前提としない〈進駐〉の場合がある。憲法９条が「武力の行使」だけではなく「武力による威嚇」をも禁じていることを併せ考えれば、従来、自衛隊の海外派兵が懸念されていた背景には、日本が武力攻撃を受けていない状況において自衛隊が海外出動するという〈進駐〉問題があったはずである。

〈進駐〉は、直ちに武力行使をするものではない（武力行使をする蓋然性は高いが、要件とはなっていない）のであって、その意味では、自衛権の発動が問題となる以前の問題、３要件以前の問題である（第１要件にさえ「まるで」該当しない）ことになる。

このように、〈進駐〉問題は、（その時点では）武力行使を伴っていないので、「第１要件を満たさない」ということでは処理できない。そこで、〈進駐〉問題の場面において、武力行使目的の海外出動を禁じる海外派

147　阪田・前掲書（註51）42-43頁。

148「1956年２月27日の船田中防衛庁長官答弁により、領土上陸を含む海外派兵と含まない敵基地攻撃は別と説明され、29日の政府統一見解により敵基地攻撃は自衛の範囲に含まれ合憲とされている」（基本用語解説「海外派兵」渡辺ほか・前掲書（註４）126頁［浦田一郎］）。なお、詳細について、戸蒔仁司「敵基地攻撃論のキメラ――いわゆる「敵基地攻撃」に関する政府解釈の変遷について」北九州市立大学法政論集40巻４号（2013年）参照。

兵禁止論が問題になると解される。そして、その際に禁止される「武力の行使」の解釈として、一体化論が関わってくることになる。その意味で、海外派兵禁止論と一体化論が組み合わされて、自衛隊の海外出動を規律していると考えられる。

一体化論は、憲法９条の「武力の行使」の解釈において、その規制対象を拡張する理論である。その意味で、国内（日本の領域内）か海外かを問わずに問題となるものである。自衛隊の海外出動に際しては海外派兵禁止論の規律があり、そこで問題になる「武力の行使」の解釈にも、一体化論がいわば「掛け算」として規律を強化するのである。

（３）外国軍隊との密接性と集団的自衛権

自衛隊の海外出動の憲法上の規律として、従来の政府見解においては海外派兵禁止論と一体化論の枠組みがあるとして、これと集団的自衛権に関する議論との関係に注意する必要があろう。

学説も含めて、一体化論と集団的自衛権の問題になんらかの関連を見出す議論が散見される[149]。自衛隊の海外出動に際して、他国の武力行使と一体化すれば集団的自衛権の行使（違憲）になる、したがって、一体化論は、（実質的に）集団的自衛権の行使に向かうことに対する歯止めとなっている、という論じ方もみられる[150]。

---

[149] たとえば、「自衛隊の海外派遣は、旧政府解釈の下では、他国による武力行使と一体化した場合には集団的自衛権との関係で問題になることから、自衛隊の活動範囲について、「非戦闘地域」という限定が付されている」（安西文雄ほか『憲法学読本〈第３版〉』（有斐閣・2018年）48頁［巻美矢紀］）と説明される。議論状況に関する指摘として、井上・前掲論文（註127）50頁、山元・前掲論文（註107）29頁等。

[150] 「自衛隊の活動が他国軍隊の武力行使と一体化するというのは、法的評価としては、とりも直さず自衛隊、つまりわが国自身が武力行使をしているということを意味しますから、その活動は集団的自衛権の行使にほかならない」（阪田＝川口・前掲書（註50）117頁［阪田］）。ただし、一体化論は、「各国の軍隊が協力して平和の構築あるいは人道復興支援を行うことを必要とするような場面」で、自衛隊は「何ができるのかということを考えた結果として、一体化しない範囲内であれば可能だという結論を導いた」ものであって、「一体化しない範囲でなら可能だという一定の歯止めだった」のであるから、それが「連続

しかし、日本国が個別的自衛権を行使できない状況において、外国軍隊と協働するという面では、一体化論と集団的自衛権の問題とに類似する要素が関わっているとしても、両者の相違にも留意すべきではなかろうか。日本国憲法の解釈における集団的自衛権の議論[151]は、条約に基づいて自国の領域内に強力な外国軍隊が常駐する――自衛隊の他国の領域への出動を伴わずに、集団的自衛権を論じうる状況が生じる――ことを前提として、政府の憲法上の権限の限界を論ずるものである。また、一体化論が、広い意味での平和維持活動のための海外出動をも――論理的にも議論の経緯としても――その射程に収めるものであって、そこでは（集団的）自衛権に基づく武力行使の正当化が馴染まないとされる場面が多い。そもそも、国際法上は、外国軍隊との共同対処が直ちに集団的自衛権の行使として認められるものではない。

そのうえ、集団的自衛権は、武力行使を根拠づけるための議論であって、武力行使を排除する概念ではない。そのような概念と一体化論に関わりを見出すことは、海外出動での武力行使への接近（弛緩）をもたらすことに繋がらないであろうか。日本の集団的自衛権論（憲法上の権限論）は実力の行使を要素と定義している。つまり、自らが武力行使をしなければ集団的自衛権には該当しないのであって、武力行使禁止が前提

的に集団的自衛権につながるとはまったく思えない」とされる（同書118-119頁［阪田］）。

151　憲法解釈上の意味と国際法上の意味の相違について、齊藤正彰「集団的自衛権と憲法９条解釈のスタンス」北星学園大学経済学部 北星論集55巻２号（2016年）１頁以下参照。同じ言葉を使っていても、憲法上の概念と国際法上の概念が同じであるとは限らない（小寺彰＝奥脇直也「国際公秩序への我が国の対応」ジュリ1343号（2007年）７頁）。他方で、「集団的自衛権」について国際法と憲法の概念は同一であるという前提があるから「国際法上は保持するけれども、憲法上は行使できないということがいえる」（高橋ほか・前掲座談会（註109）26頁［浅田］）とされる。しかし、「集団的自衛権」として論じられてきたものについては、憲法上の権限の問題を論じるものとしての憲法解釈上の集団的自衛権と、国際法上の権利（あるいは違法性阻却事由）としての国際法上の集団的自衛権とを区別することは可能であろう。この場合、〈国際法上の権利の行使可能範囲は、憲法上の権限の行使可能範囲に従う〉と整理することができるのではないかと考えられる。

の海外出動について集団的自衛権を論じる場合には、その関係のあり方に注意が必要であろう。一体化論は、憲法９条の「武力の行使」の概念の解釈論であって、集団的自衛権の露払いではない。

おわりに

今日でも、日本国憲法９条は〈一切の武力行使の禁止・自衛目的も含めて軍備不保持〉を定めたものと解するのが憲法学の通説であるといわれることがある。「通説」の語について特別の定義を行うのでなければ、この認識を維持することは困難である[152]。

国際規律との整合性の観点から一体化論に批判的な検討を加える国際法学説は、憲法９条の解釈について、次のように述べていた。すなわち、９条の「文言解釈として本当に自衛隊が持てるかというと、これはかなり疑問に思います。「前項の目的を達するため」というのは、単なる目的であって、それで戦力不保持を限定しているわけでは必ずしも日本語としてはないわけで、そういう意味では、全く持てないと読んでもおかしくはない」が、ただ、「1954年に自衛隊法ができて以降は、政府の９条解釈はむしろ一貫している」のであり、「そういう意味で規範的な性格や規範的な価値というのはかなりある」と解されるのであって、「少なくとも日本政府の一貫した解釈からして、それが……解釈としての許容範囲内であれば、自衛隊合憲説というのはあり得る」とするのである[153]。

たしかに、一貫した政府見解という実行に規範的価値を見出すのは、

---

[152] 齊藤・前掲論文（註３）15-16頁、38頁参照。

[153] 高橋ほか・前掲座談会（註109）19頁、28頁［浅田］。「同様に、集団的自衛権の行使についても、これも早くから自衛のための必要最小限度を超えると……一貫して言っているわけです。それを、今度は180度転換して、集団的自衛権の行使は自衛のための必要最小限度を超えないというふうに言うということは、解釈としてあり得ないと思うのです。文言と全く違う解釈があり得ないのと同様に、以前の解釈と正反対の解釈というのも、解釈の変更としてはさすがに限度を超えていると思います。そういう意味では、集団的自衛権を認めるためには憲法を改正するしかないのではないか」（同座談会28頁［浅田］）。

国際法学の思考に親和的であるのかもしれない。しかし、同様に、憲法学説としては、そうした解釈が、行政権限りで実施されているのではなく、選挙された国会における代表者もそれに基づく立法を重ねてきていることを看過できないのではなかろうか。

そうであるとすれば、憲法学説としては、伝統的に多くの学説が支持してきたとされる解釈も政府見解も同時に検討できる枠組みを考えるべきである。かつての学説にみられたように、政府見解による憲法９条解釈の成立を否定したうえで、かりに政府見解の観点に立つという仮定において現実の立法や実行を論評するというスタンスは、民主的政治過程を通じて成立している法律に対して望ましいものといえるであろうか。政府見解に異論があっても、まずは政府の採用する解釈を内在的に理解して、その射程を見極め、その論理を検討して批判するということも、実定法研究者の仕事でありうるとすれば、本稿は、憲法９条の厳格な解釈としての一体化論が、自衛のための実力の保持を合憲とする政府見解の枠内においても、法制的担保を伴って一定の実効的な規律を形成していたことと、その弛緩ないし溶解を分析し、自衛力合憲説の内在的規律が失われつつあることを懸念するものである。

＊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。

論　　説

戦後日本の地方議員の政党化に関する研究（1）

―― 都道府県議会の無所属議員を中心として* ――

崔　　碩鎭

目　次

序章　目的と課題
　第一節　背景
　第二節　課題と構成
第一章　理論的枠組み
　第一節　先行研究と問題の所在
　第二節　無所属議員の発生メカニズム
　第三節　政党間競争における構造的要因
　第四節　分析対象とデータ　（以上、本号）
第二章　都道府県議会議員の政党化における政党間競争の影響
　第一節　都市化および多党化要因の再検討
　第二節　分析の枠組みと方法
　第三節　政党の選挙区対応の分析
　第四節　政党間競争仮説の実証分析
　第五節　小括
第三章　選挙区レヴェルにおける政党間競争の規定要因
　第一節　分析方法と課題
　第二節　選挙区構成の変化と政党の対応
　第三節　都市化の進展と政党の対応

*本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2019年６月28日授与）「戦後日本の地方議員の政党化に関する研究:都道府県議会の無所属議員を中心として」を加筆・修正したものである。

第四節　政党間の競争構図と政党間競争の規定要因
第五節　小括
終章　結論
第一節　知見
第二節　含意
第三節　課題

序章　目的と課題

本稿の目的は、都道府県議会議員選挙における選挙区レヴェルの政党間競争が同議会議員の政党化を規定する主たる要因であるとの認識のもと、都道府県議会議員選挙における政党間関係が議員の政党化にどのような影響を与えてきたのか、そして政党間競争を規定する要因は何であったのかを検討することにある[1]。

第一節　背景

１．都道府県議会における政党化および無所属研究の現状

総務省のまとめによれば[2]、2016年12月31日現在在職している2,657人の

[1] 地方政治について「政党化」なる用語が指し示す対象は、議員の政党所属、行政幹部の政党所属、議会審議に対する政党方針の影響、議会などでの意思決定過程における与野党の形成など、様々である（村上弘『日本の地方自治と都市政策：ドイツ・スイスとの比較』（法律文化社、2003年）、87頁。E. Holtman, “Parteien in der lokalen Politik,” In R. Roth und H. Wollmann (Hrsg.), *Kommunalpolitik*, Opladen: Leske und Budrich, 1994, S.257.）。本稿では「政党化」の対象を議員の政党所属に限定し、次の二つの意味で用いる。一つは、議員の政党所属状況であり、これと表裏を成す無所属議員比率で主に示される。もう一つは、議員の政党所属比率の上昇であり、議員の政党所属状況の一定方向の変化を意味する。これと逆の方向への変化は「脱政党化」である。

[2] 総務省「報道資料：地方公共団体の議会の議員および長の所属党派別人員調等」（2017年３月28日）［http://www.soumu.go.jp/main_content/000474587.pdf］（最終閲覧日2018年６月１日）

都道府県議会議員のうち、無所属議員の占める割合は18.9%（502人）で、自民党所属議員の50.1%（1,330人）に次ぐ規模となっている[3]。この時点で、国政レヴェルで第二党の座にあった民進党の所属議員は11.3%（301人）にとどまり、公明党と共産党の所属議員は、それぞれ7.8%（208人）と5.7%（152人）である。無所属議員の割合は市町村議会ではさらに増え、政令指定都市を含めれば実に70.8%に達する。

戦後日本の地方議会は55年体制の成立後に政党組織が整備されるにつれ、少なくとも都道府県単位までは、自民・社会両党を中心とした政党関係が浸透したとされている[4]。都道府県議会における無所属議員の割合は、1955年の統一地方選挙まで32.8% となっていたが、左右社会党の統一と保守合同が行われたのちの1959年の統一地方選挙では15.9%へと半減した。無所属議員の割合はその後も微減しつつ、1960年代にかけて12%台を推移していた。しかし地方議会における無所属議員の減少の程度は国政レヴェルのそれに及ばず、1993年の自民党分裂を機に国政レヴェルで「政界再編期」を迎えると、無所属議員の割合は再び上昇し始め、2003年の統一地方選挙で25.5%にまで達したのち、ようやく減少傾向に転じたものの、1960 ～ 80年代に比べれば依然として高い水準を保っている。

このように都道府県議会における無所属議員の割合は、政治状況により増減を示しながらも、一定の規模を保ち続けてきた。また地方議会の無所属議員は、自民党とともに「草の根保守」を形成しながら、国政を上回る自民党一党優位体制を支えてきた[5]。さらに、例えば「亥年現象」仮説のように、地方政治家の集票活動は国政選挙の結果を大きく左右するものとされ[6]、なかでも保守系無所属の議員集団は、系列代議士の集票組織となるという点で、自民党の下部組織の代行物として機能すること

---

[3] 所属政党は立候補の届出時の所属党派によるものである。

[4] 辻陽「日本の知事選挙に見る政党の中央地方関係」『選挙研究』26巻１号（2010年）、38頁。

[5] 村上・前掲注（１）、52頁、89頁。

[6] 石川真澄『データ戦後政治史』（岩波新書、1984年）。ただし、「亥年現象」に対する批判もある。代表的な批判として、荒木俊夫「自民党得票率の変動：石川仮説の批判的検討」『北大法学論集』40巻5-6合併号・下巻（1990年）、879－904頁。

が注目されてきた[7]。

しかしながら、このように無所属の地方議員が国政と地方のいずれの領域でも大きな役割を果しているにもかかわらず、その詳細はいまだ明らかにされていない。地方議員の政党化を促す、あるいは阻害する要因は何か、それは地方議会にいかなる影響を与え、その結果、地方議会の政党化状況はいかなる変化を遂げてきたかなど、多くの点が未解決のまま残されているのが現状である。

２．本研究の意義と可能性

地方議会の無所属議員に関する研究が進んでいない理由の一つとしては、関連データの収集が極めて困難であることが挙げられる。この問題は、選挙区単位の事例数において国政選挙に比べて地方選挙のほうがはるかに多いだけでなく[8]、選挙資料が体系的に整備されておらず、公表態勢も不十分であることに起因する[9]。

もう一つは、研究動向が指摘できる。これまでの地方議会に関する研究は都道府県議会における会派構成の変化に焦点が置かれているため、実際の選挙において政党化がいかに進んだのかについては、十分には明らかにされていない。地方議会の研究において院内会派がおもな分析対

---

[7] 村松岐夫・伊藤光利『地方議員の研究：日本的政治風土の主役たち』（日本経済新聞社、1986年）、85頁。井上義比古「国会議員と地方議員の相互依存力学―代議士系列の実証研究」『レヴァイアサン』10号（1992年）、133－134頁。

[8]「都道府県議会の選挙区は、全国に1,100超あり、５回の選挙で5,902例が収集できる。中選挙区制時代の衆議院選挙は1947年から1993年までに18回実施されているが、選挙区数は全国で117 ～ 130なので、全期間のデータを収集しても2,119例にとどまる」（久保谷政義「都道府県議会選挙と M+1法則：法則の適合度と選挙の競争環境との関係」『年報政治学』68巻２号（2017年）、256－257頁）。

[9]「地方選挙制度の実態を把握するにあたり問題となるのは、基盤となるべき地方選挙についての基礎的資料が体系的に整備されておらず、公表態勢も不十分な点である。総務省・旧自治省は、各選挙区単位までの体系的な選挙結果調を作成しておらず...（中略）... 国会図書館に納本されておらず、なかには県立中央図書館も所蔵していない県があり、情報公開の姿勢があまりにも消極的である」（岡野裕元「都道府県議会の選挙区構成の比較研究：公明党の選挙戦略をめぐって」『学習院大学大学院政治学研究科政治学論集』29号（2016年）、４頁）。

象となっている理由としては、特に近年、日本の地方政治における二元代表制（首長と院内会派）という制度配置に注目が集まっていることが挙げられよう。しかし、院内会派は選挙後に構成されるために、政党化の進展状況をより正確に把握するためには、議会選挙の結果に基づいて分析を行う必要がある。

このような研究状況のなか、本研究は、戦後の全都道府県議会議員選挙のほぼすべての選挙区を網羅するデータセットを構築したうえで、地方議会における政党化の現状を浮き彫りにすることを試みた。分析方法においては、無所属と政党間関係との間に密接な関係性があることに着目し、両者を相互参照するかたちで分析を行った。こうした取り組みを通して、無所属議員を含む地方政治の現状とその変容について、理解を深めることが可能になると考える。また、無所属のもつ特質を政党間関係、および選挙競争というミクロレヴェルにおける政党間競争様態から見出そうとする本研究の試みは、無所属研究において新たな可能性を示唆している。

そもそも無所属とは、「無所属」という特定の「党派」を意味するのではなく、特定の党派に属していない「状態」を表す用語としての性質をもっている。というのも、手続き上において無所属は、候補者の党籍有無に関わらず、所属党派証明書の提出がないかぎり、無所属として扱われるからである。そのため、無所属から政党所属へ、あるいは政党所属から無所属へという党派変更が比較的容易に行われ、無所属は、知事候補をめぐる保守分裂や1990年代の政界再編に伴う混乱にさいして、現職県議の「一時避難」としての性格をも持つことができたのである[10]。55年体制の成立後に都道府県議会選における無所属当選者数が半減したことや1990年代の政界再編の際に無所属が急増したことも、こうした政党間関係の変化に伴う党派変更によってもたらされた可能性が高い。

したがって、地方議会の政党化に目を向けるということは、地方政治の現状やそれを取り巻く環境を理解するうえで極めて重要であり、そこに本研究の意義と可能性があると考える。

---

[10] 石上泰州「第15回統一地方選挙における『脱政党』」『都市問題』94巻11号（2003年）、30頁。

第二節　課題と構成

本稿は、戦後日本の都道府県議会における無所属議員の発生メカニズムを解明することを目的とし、具体的には、次の二つの課題に取り組むことにする。まず一つ目に、都道府県議会議員選挙における政党間競争は、同議会議員の政党化にどのような影響を与えてきたのかを明らかにする。そのうえで二つ目に、その政党間競争を規定した要因を探る。かかる二つの課題に取り組む本稿の構成は、以下のとおりである。

第一章では、地方議会と無所属議員に関するこれまでの先行研究の成果を踏まえつつ、無所属議員の発生と消滅は選挙区レヴェルの政党間競争の様態に規定され、さらにその政党間競争は選挙区定数と都市化の程度に規定されるとの本稿の基本仮説を提示する。

第二章では、この仮説の前半部分の妥当性を、都道府県議会議員選挙の選挙区データを用いて確認する。特に、55年体制の形成や1960年代以降の多党化現象、1990年代の国政レヴェルにおける政界再編は、都道府県議会議員選挙の政党間競争にいかに影響し、さらにこの政党間競争は、都道府県議会議員の政党化にどのような影響を与えたのかを検討する。

続く第三章では、基本仮説の後半部分の妥当性を確認する。そのためにまずは、選挙区の定数や都市化度など、政党の選挙対応に影響し得る選挙区特性がいかに変化してきたのかを整理し、そのうえで、そのような選挙区条件への政党の対応を分析する。さらに政党間競争を表すものとして「非競争区」なる概念を提示し、諸要因がそれにいかなる影響を与えたのかを見出すことを目指す。

最後に終章では、それまでの分析から得られた知見と含意について改めてまとめたうえで、今後に残された課題を指摘する。

第一章　理論的枠組み

本稿は、戦後日本の地方議会の中で大きな比重を占め、重要な役割を果たしてきたとされる無所属の都道府県議会議員を分析の対象とする。まず本章では、地方議会と無所属議員に関する先行研究を概観し、それらの成果を踏まえつつ本稿における分析の視座を提示する。

第一節　先行研究と問題の所在

１．地方議員の研究

1960年代後半から革新自治体が全国でみられるようになると、日本の政治学は地方政治に注目し始め、地方議会の政党化は地方政治研究における一つの大きなテーマとなった[11]。なかでも村松岐夫が地方政治研究に与えた影響は大きい[12]。村松は、従来の伝統的な地方自治論に挑戦して地方自治体の決定が地方政策決定に大きな役割を演じており、またその決定も単に行政サイドによってだけでなく、地域利益を代表する多数の地方政治家の参加と議会活動によって行われていると主張した[13]。

村松の議論は激しい論争を呼び起こしたが[14]、地方自治に関する実証

---

[11] 山口覚「都市化による地方議会の政党化と『地盤』の変化：尼崎市を事例として」『人文地理』48巻２号（1996年）、182頁。例えば、「1960年代後半から陸続して登場した『革新』自治体がもたらした日本の政治学研究への最大の刺激は、地方自治体を『地方政府』として研究に値する対象にまで高めたことにある」（依田博「地方政治家」川端正久・的場敏博編『現代政治』（法律文化社、1988）、89頁）。「地方議員の調査研究を思い立ったとき、次のような意味で、地方議員が日本政治の土台、ないしインフラストラクチュアであると考えた。... （中略）... 第三は、農村（小規模地域）から都市（大規模地域）になるにつれて、いかなる政治形態の変化が生じるか。ここでは政党化に着目することが大切である」（村松・伊藤・前掲注（７）、９－12頁）。

[12] 代表的には、①村松岐夫「地方自治理論のもう一つの可能性：諸学説の傾向分析を通して」『自治研究』55巻７号（1979年）、３－36頁。②同『戦後日本の官僚制』（東洋経済新報社、1981）。

[13] 村松・伊藤・前掲注（７）、１－２頁。例えば、「政治学では、地域政治の研究は、主として行政学者グループが担当してきた。昭和20年代においては地方制度改革と逆コースが、昭和30年代には地域開発が、昭和40年代には公害と住民運動の政治過程がテーマであった。総じて、戦後日本の政治構造の民主化がどのように展開されてきたかというパースペクティヴの中で、『地方自治』を論じたといえよう」（村松・前掲注（12）①、７頁）。

[14] 大嶽によれば、村松の議論は、辻清明に代表される当時の通説を支える根拠、すなわち戦前戦後連続説と官僚優位論に挑戦することを意図したものであるが、「戦前戦後の変化を極めて大きなもの（「断絶」）と表現しており、（すべての論者が合意するであろう）戦前戦後の相対的変化を超えて、システムの質

的な研究がほとんどなかった当時[15]、サーヴェイ・データを用いて行われた彼の研究は、後続の研究に大きな刺激を与えた。村松の先駆的な研究以来、地方議会に目を向けた研究は次第に増え、特にこの数年間は関連研究が急速に蓄積されてきている。しかし、かかる潮流は比較的近年になって表れてきたものであり、実証的な観点から検討しなければならない課題がいまだ多数残されているのも事実である。そのなかでも地方の無所属議員の実態解明は重要な課題となっている。

２．無所属議員の研究

地方議会の無所属議員を分析する研究において、その関心は大きく二つに分けられる。

第一は、都市化に伴う社会の流動化ないしは多元化に関心を持ち、政党化の契機を導き出そうとする研究である。この議論は基本的に、都市化と政党化との関係を、社会の多元化と候補者の集票能力に関わる問題として捉える。すなわち、都市化の進行に伴い候補者＝有力者＝有権者の個人的日常的関係を中心とした伝統的網状組織の集票力が著しく低下し、それに代わる集票機構が発達していくが[16]、小規模な自治体であれば、候補者個人と地元とは依然として一体化する傾向にあるため、党派性は生じにくいものの、人口急増都市においては、地域団体以外の諸団体が成長し、地域社会の多元化が進み、議員は地元から解放され、党派性が生じていくという理解である[17]。

の転換（「政党優位論」、「地方優位論」）の主張として当初から受け取られたために、厳しい反批判を惹起した」と指摘した。しかし他方で彼の研究は比較の方法という観点からすれば、日本の戦後の政治・行政システムを（アメリカとの比較に加えて）戦前と戦後と明示的に比較したという点で画期的な貢献であると評価している（大嶽秀雄「レヴァイアサン世代による比較政治学」『日本比較政治学会年報』７号（2005年）、15頁）。

[15] 村松岐夫・伊藤光利「市町村会議員の政治化と地域社会の社会経済的特質：京都府市町村会議員調査（１）」『法学論叢』107巻３号（1980年）、83頁。

[16] 升味準之輔『現代日本の政治体制』（岩波書店、1969年）、208－209頁。

[17] ①依田博「地方議員と選挙過程：京都府市町村会調査（２）」『法学論叢』107巻５号（1980年）、85頁。②同「地方議員と保守支配の基盤：無所属議員の選挙

自治体の人口規模が大きくなるほど、また産業構成が高度化するほど政党化が進むという、こうした都市化の仮説は、地方公共団体の人口規模や第一次産業就職人口比率などと地方議員の所属する党派数との比較から支持され、現在も広く受け入れられている[18]。

第二は、選挙制度に注目する研究である。村上は地方議会で国会以上に保守が強い理由として、①自治体における行政優位、②国政与党（自民党）との関係の重要性、③強力な組織を持たない中政党の候補者不足（基礎自治体への選挙対応、都道府県レヴェルの小選挙区）、④議員の職業の偏り、⑤政党よりも候補者を基準に投票する有権者の投票行動の５点を挙げ、そのうち①は、革新首長のもとでも保守は議席をあまり減らさなかったこと、そして②は、国政以上に地方議会で自民党が強いことを説明できないということを理由にそれぞれ退け、いずれも選挙制度に由来する③～⑤がおもな要因であると指摘した[19]。

選挙制度が地方の議会構成に影響を与えるという議論は、重要な論点である。例えば曽我は、都道府県議会における政党システムのあり方を、集中性・分裂性という基準（有効会派数）で捉え、選挙区定数が大きいほど分裂性が強まることを見出し、選挙区の構成という制度要因によって政治的競争が規定され、都道府県議会における党派構成が規定されることを明らかにした[20]。

また村上の指摘する候補者志向との関係については[21]、従来の研究では、選挙区定数が大きくなればなるほど候補者個人への投票が促され、

行動」磯村英一監修・坂田期雄編『明日の都市（第８巻）地方議会－その実態』（中央法規出版、1981年）、112頁。

[18] 例えば、天川晃「地方政治と政党」成田頼明編『現代社会と自治制度の変革』（学陽書房、1974年）、308－310頁。村松・伊藤・前掲注（７）、80－83頁。同・前掲注（15）、87－89頁。依田博「地方政治家と政党」『年報行政研究』30号（1995年）、２頁。井田正道「市議会における党派別勢力」『政経論叢』74巻5-6号（2006年）、69－85頁。

[19] 村上・前掲注（１）、51－52頁。

[20] 曽我謙悟「都道府県議会における政党システム：選挙制度と執政制度による説明」『年報政治学』62巻２号（2011年）、129－130頁。

[21] 村上・前掲注（１）、51－52頁。

政党の求心力も低下し[22]、それゆえに政党ラベルを必要としない無所属候補の参入が容易になると考えられた[23]。この仮説は、日本の地方選挙に関する研究においても支持されており、その根拠としては、大選挙区制をとる市議会や町村議会よりも、小・中選挙区の混合制をとる都道府県議会や、中選挙区制をとる政令指定都市の議会で無所属議員が少ないことが挙げられている[24]。

このように、都市化に着目した研究からは、都市化の進展によって党派性が促されること、また選挙制度の影響を分析した研究からは、極めて多様な選挙区から構成される都道府県議会議員選挙では、選挙区の構成という制度要因によって政治的競争および都道府県議会における党派構成が規定されることが、それぞれ示唆された。しかしこれらの議論には、因果関係の誤認や制度要因の解釈問題、時系列分析の欠如など、いくつかの問題が残されている。以下では、そのうちのおもなもの三つについて述べる。

３．問題の所在

第一は、都市化要因に関する議論において、諸要素間の因果関係が不明瞭で混乱している点が指摘できる。複数の先行研究、とりわけ村松と伊藤の研究では、「都市化」という社会経済的構成が地方議員の「政党化」をもたらすと論じる一方で、政党化は「多党化」と緊密に結びついていると説明している。「一般に地域社会の人口規模が大きくなるほど、ま

[22] John M. Carey and Matthew Soberg Shugart, “Incentives to Cultivate a Personal Vote: A Rank Ordering of Electoral Formulas,” *Electoral Studies*, Vol.14, No.4, 1995, pp. 417-439. 砂原康介「政党システムの分析における地方と新党」『選挙研究』27巻１号（2011年）、51頁。

[23] 曽我謙悟・待鳥聡史「政党再編期以降における地方政治の変動：知事類型と会派議席率に見る緩やかな二大政党化」『選挙研究』24巻１号（2008年）、７頁。砂原康介「制度変化と地方政治：地方政治再編成の説明に向けて」『選挙研究』26巻１号（2010年）、122頁。

[24] ①村上弘「相乗り型無所属首長の形成要因と意味：国際比較を手がかりに」『年報行政研究』30号（1995年）、32－33頁。②同・前掲注（１）、89頁。前田幸男「選挙制度の非一貫性と投票判断基準」『社會科學研究』58巻5-6号（2007年）、67－83頁。

た産業構成が高度化（第一次産業従事者が減少）するほど、政党化および多党化が進むことが実証された」[25]、「政党化はわが国の状況においては多党化の契機を内在させているといえるが、政党化それ自体は論理的にはむしろ政治の分化に結びついている」[26]との記述がその例である。

しかし厳密にいうと、多党化と政党化は別の概念であり、相互の関係が直接的であるか否かも別当の検証を要する課題である。さらに後述するように、政党化をもたらす契機とされる政党間競争に関しても、それが「多党化」とどのような関係にあるのか、明確に示さないままに論を展開している。おそらくここでいう政党間競争と多党化というのは、いずれも都市化によってもたらされる同一線上のものとして捉えられているようである。しかし要素間の因果関係が明確に示されないかぎり、都市化による政党化の進展を説明するための根拠とすることは難しい。これらの問題については、次章でさらに詳しく論じることとする。

第二は、選挙制度に関する議論において、投票判断基準と政党化を結びつけるさいの問題点である。従来の研究では、地方議員の政党化をもたらす一つの要因として選挙区定数が挙げられ、選挙区定数が大きくなるにつれて、候補者個人への投票が促されると説明されてきた。こうした捉え方は、選挙区定数が大きいほど当選に必要な得票率が減少するために、政治家は選挙区全体ではなく、部分的な有権者から支持を調達しようとするというメイヤーソンの議論[27]や、選挙制度と候補者志向に関する議論と軌を一としている[28]。

政治家と有権者の関係を選挙制度から説明するキャリーとシュガート

---

[25] 村松・伊藤・前掲注（7）、83頁。

[26] 村松・伊藤・前掲注（15）、90頁。

[27] Roger B. Myerson, “Incentives to Cultivate Favored Minorities Under Alternative Electoral Institutions,” *American Political Science Review*, Vol.87, No.4, 1993, pp. 856-869.

[28] 例えば、前田は「都道府県議会議員選挙では、候補者志向が政党志向を上回るとは言え、市町村議会議員選挙ほどでない…（中略）… 市町村議会議員選挙との間に見られる差は、選挙区の定数が１から18までの範囲内であり、特に、定数が小さい選挙区では政党が一定の役割を果たしているからではないかと思われる」と同様の理解を示している（前田・前掲注（24）、73頁）。

によれば、候補者個人への投票は政党内競争が強まることによって促されるものとされ、政党内競争は、①（非拘束名簿式比例代表制 OLPR のように）名簿順位が政党によって影響されず、②（単記非移譲式投票制 SNTV のように）同一政党の候補者間に票の移譲が許されず、③（単記移譲式投票制 STV や SNTV のように）政党でなく、候補者個人を選ぶ投票方式である場合、そして④選挙区定数が大きいほど強まるとされる[29]。

この仮説に従うと、日本の地方議会のように定数の大きな単記非移譲式投票制のもとでは、かつての衆議院の中選挙区制よりも政党内（の候補者間）競争が強まることになり、また上神が指摘するように、選挙区定数が大きくなるにつれ、同一政党の候補者間公認調整と票割りが困難になることから、こうした棲み分け問題を解決しないかぎり、政党組織を形成（政党化）する誘因が弱くなることが予想される[30]。しかしながら、実際のデータはこの予想と一致しないどころか、正反対の結果を示している[31]。

次に掲げる図１－１は、1947年から2015年にかけて実施された都道府県議会議員選挙を対象に、選挙区定数ごとに無所属が占める割合を候補者基準（上図）と当選者基準（下図）で示したものである[32]。候補者と当選者のいずれにおいても、選挙区定数が小さいほど無所属の割合は大きい傾向にあることがわかる[33]。すなわち、都道府県議会の政党化は、選

[29] Carey and Shugart, *loc. cit.*

[30] 上神貴佳「政界再編と地方政治：岩手県釜石市の事例を中心として」『社会科学研究』59巻3-4号（2008年）、42頁。

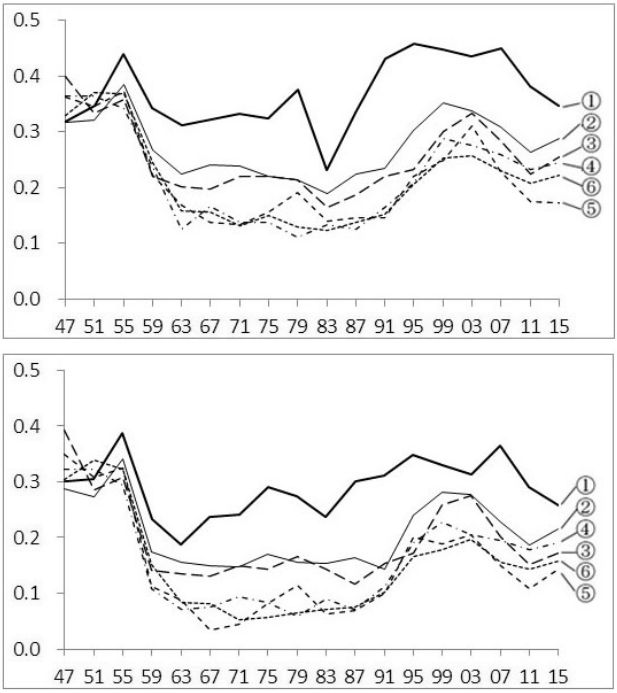
[31] 実際に、都道府県議会議員選挙の選挙区定数と投票行動に関する調査（JES Ⅱ調査第７波）でも、１人区では政党志向が弱く、候補者志向が非常に強いことが示された。ただし、その理由については、「小選挙区において現職が優位であることは一般的な現象である。したがって、仮に都道府県議会の１人区でも現職が圧倒的に優位な場合には、有権者に対して政党中心の判断ではなく、候補者中心の判断を促す可能性がある」と説明するにとどまる（前田・前掲注(24)、75－76頁）。

[32] 本稿に示す図表は、特別の断りがないかぎり、筆者自身が作成したものである。

[33] 1959年から2015年までの無所属が占める割合の平均は、当選者基準で１人区が27.6％、２人区が19.1％、３人区が16.9％、４人区が12.6％、５人区が

挙区規模とまったく逆の関係にあることが明らかとなった。

図１－１　都道府県議会における選挙区定数別無所属比率



注）図中の1947年は32都道府県（岩手・秋田・栃木・千葉・石川・山梨・長野・愛知・三重・滋賀・京都・香川・長崎・宮崎の各府県を除く）、1951年は41都道府県（栃木・千葉・山梨・滋賀・長崎の各県を除く）、55年以降は全国を対象にしている。図中の丸数字は、選挙区の定数を示し、６人区以上は⑥にまとめられる（以下同様）。選挙時期が統一地方選挙と異なる都県議会選挙の処理については、本章の表１－２を参照のこと。

このように予想に反する結果が得られたのはなぜか。理由の一つとして考えられるのは、そもそも候補者個人か政党かという投票判断基準は、無所属候補の当落を規定するものではないということである。つまり、候補者個人への投票傾向が強まることは、無所属候補が当選するための

11.1％、６人区以上が11.5％である。

有利な条件にはなり得るものの、無所属候補の当選を保証することにはならないのである。また一般に政党ラベルの重要性に関する議論は、少なくとも二つ以上の政党間の競争を前提としているが、日本の地方では「党派的対立」が発生しにくいとされており[34]、特に１人区においては、強力な組織を持たない中政党にとって当選可能性のある候補者を確保することが容易でないため[35]、実際には政党間の競争が行われていない選挙区が多数存在する可能性が高い。このような点に鑑みると、さきの図１－１により示された結果は、選挙区定数と投票判断基準との関係ではなく、選挙区定数と政党間競争との関係、すなわち選挙区定数が小さいほど政党間競争が存在しない可能性が高いことを表しているように思われる。これについては、第三章で詳しく検討する。

第三は、時系列分析が欠如していることが指摘できる。次に掲げる図１－２に示すように、都道府県議会の無所属議員の議席率は1959年と1995年の２度の選挙を機に大きく変化しているが[36]、これを既存の仮説で説明することは困難である。このような問題が起こる理由は、一方において、これまでの研究が時系列データではなく一時点の横断面データに依拠していることにあるが[37]、他方においては、この図１－２からも

---

[34] 依田・前掲注（17）②、111頁。

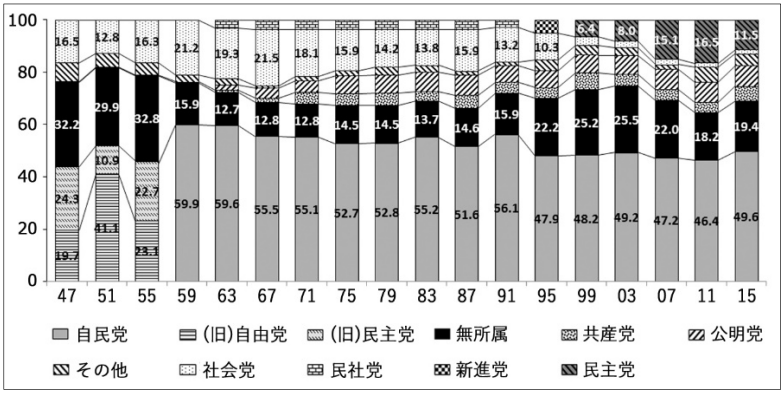
[35] 村上・前掲注（１）、51頁。

[36] この点は市議会においても同様である。市議会選挙で政党化が最も進んだ時期は、1955年（10.6％）から1963年（32.6％）までで、その後は横ばいか微増傾向となっている（石上・前掲注（10）、26頁の図３を参照）。

[37] 都市化を強調する議論では、そのほとんどが、小規模（農村）地域と大規模（都市）地域との比較から、経年変化を演繹的に説明している。特に依田の場合、戦後の急激な経済成長による農村社会の変化が、地域社会における社会経済的要因と政治的要因にどのような影響を与えたのかを明らかにするためには、「さまざまな変数についての時系列データが必要であるが、我々にはそのデータがない。そこで、京都府下の自治体をその人口規模にしたがって順序づけ、その順序によって示される我々のデータの特性から、時系列データを演繹する。というのは、社会経済的要因の中でも最も重要と思われる都市化が、人口の増加や人口の大規模化を伴うからである。これが真の時系列データとなりえないことは十分に承知している」と述べ、その問題点に関する認識を示したことがある（依田・前掲注（17）②、109頁）。

示唆されるように、55年体制の成立と崩壊が無所属議員の増減に大きく関係したにもかかわらず、これまでの研究が、政党間競争とその変化を、無所属の発生と消滅を規定する要因としてほとんど考慮してこなかったことにあると思われる。

図１－２　都道府県議会における主要政党別議席率（%）：1947 ～ 2015年



注）1955年選挙の社会党（1999年以降は社民党）には、左右両派社会党と労働者農民党が含まれている。全国平均議席率が３％に達したことが一度もない政党は「その他」に含めることにした。1951年までの選挙結果は自治庁選挙部編『地方選挙結果調』（1956年）より、その後は各都道府県選挙管理委員会の選挙資料より作成。

第二節　無所属議員の発生メカニズム

前節で述べたように、これまでの研究は、無所属議員の発生と消滅が都市化や選挙区定数などの社会的・制度的要因によって直接影響を受けるものとみなし、政党間競争との関連性についてはもちろん、諸政党がいかなる条件下で競争し、またその条件はどのように選挙競争を促進・制約したのかといった点を十分に考慮してこなかったがために、無所属議員の増減を十分に説明することができなかった。そこで本稿では無所属議員について、基本的に政党間競争に規定されるものとして捉えるが、この想定の妥当性を論じる前に、まずは政党間競争とは何かについて簡単に検討しておきたい。

１．政党間競争

シャットシュナイダーが、「デモクラシーは、政党の内部（in）においてではなく、政党と政党の間（between）において見出される」[38]と述べたように、政党間競争は競争的（政党）システムのもとであれば常に存在する[39]。それゆえに政党間競争に関しては、例えば有権者の分布からなる政党間の選挙競争と政策位置、投票行動研究、デュヴェルジェの政党研究を一つの分岐点とする政党システム（の安定と変化、亀裂構造）の研究など、多岐にわたる分野で多くの研究が積み重ねられてきている。ここでは本稿の問題関心に近い先行研究に対象を絞り、政党間競争の形成と政党の自律性を強調する分析視角に大きく分けてそれぞれを概括し、そのうえで無所属の発生と消滅に関する本稿の立場を提示する。

政党間競争の形成に関しては、ダウンズの古典的研究にまでさかのぼることができる。ダウンズは、経済学的概念やモデルを政治分析に導入し、政治的選択の合理性という観点から、政党の選挙競争を「空間競争モデル」として抽象的に概念化した。彼によれば、政党とは、正当な選挙で政権を得ることにより政府機構をコントロールしようとする人々のチームであり、政党の選挙競争はイデオロギー空間に分布する有権者の選好に沿って繰り広げられるとされる。そしてそのさい有権者と政党の行動は、有権者と政党の意思決定に影響する動機づけおよび環境に関する厳格に定義された仮定から演繹される。そのため、政党間競争は、有権者の選好分布に対する政党間の支持獲得競争として捉えられ、ひいては政党は有権者の選好を反映する存在とみなされる[40]。ダウンズの提案

---

[38] Elmer E. Schattschneider, *Party Government*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1942, p. 60（間登志夫訳『政党政治論』法律文化社、1962年）

[39] Giovanni Sartori, *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis,* Cambridge: Cambridge University Press, 1976（岡沢憲芙・川野秀之訳『現代政党学：政党システム論の分析枠組み』早稲田大学出版部、2000年）

[40] A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper and Row, 1957（古田精司監訳『民主主義の経済理論』成文堂、1980年）。ただし、ダウンズが政党の自律性を完全に否定しているわけではない。例えば、「政党はある状況のもとでは分布に対応してイデオロギー面で移動するが、同時に有権者を自らの位置へと移動させ分布を変えようともするだろう」（同上、143頁）と述べ、

した空間競争モデルは、その後の政党―有権者の相互作用の研究を大きく発展させた。しかし、政党間での競争を有権者の選好分布に応じた政党の政策立場の戦略的変更とみなすのは誇張であるとの批判もある[41]。

政党間競争の形成という視座において、ダウンズの研究が有権者の個人レヴェルでの動態に注目したミクロな分析視角であるとすれば、「社会構造」というマクロな視点から政党システムを捉える分析としては、リプセットとロッカンの古典的研究がある。リプセットとロッカンによれば、西欧諸国の政党システムは、それらの国々が近代国家を形成する過程において経験した四つの社会的亀裂、すなわち①「中央」対「地方」、②「政府」対「教会」、③「農村」対「都市」、④「労働者」対「経営者」という社会的亀裂がもたらした諸集団間の対立と連携関係が累積し、それらを反映したものである[42]。彼らによれば、「1960年代の政党システムは、少数の重要な例外を除いて、1920年代の亀裂構造を反映している」のであって[43]、こうして亀裂構造の存続と政党システムの「凍結」が強調されることになる。

政党間競争を有権者の選好分布や社会的亀裂の反映として捉えるこれらの議論に対して、政党の役割を強調する立場としては、本項の冒頭で引用したシャットシュナイダーが代表的である。彼においては、「政治に何が起こるかということは、人々が党派や政党、集団、階級などに分裂する仕方に」よるのであって、その分裂を確定させる紛争の亀裂線は固定されておらず、「多数の動員に適合した特集な政治組織の形態」たる政党が自ら操作・置換することができるとみなされる。したがって、「政党間対立の本質を理解するためには、優位に立つために競争してい

政党の役割を認めている。

[41] 川人貞史・吉野孝・平野浩・加藤淳子『現代の政党と選挙（新版）』（有斐閣、2011年）、95頁。

[42] S. M. Lipset and S. Rokkan, “Cleavage Structures, Party Systems, and Voter Alignments: An Introduction,” In S. M. Lipset and S. Rokkan (eds.), *Party Systems and Voter Alignments: Cross-National Perspectives*, New York: Free Press, 1967, pp. 1-64（白鳥浩・加藤秀治郎訳「クリヴィジ構造、政党制、有権者の連携関係」加藤秀治郎・岩淵美克編『政治社会学：第三版』一藝社、2007年）

[43] *Ibid*., p. 50.

る諸政党が利用する、亀裂の機能を考慮する必要がある」のである[44]。

このように、政党間競争を紛争の亀裂線をめぐって行われるものと捉えるシャットシュナイダーの立場は、政党による亀裂の操作可能性から、一見すると、政党間競争が所与の有権者分布に応じて行われると想定する空間競争モデルの対局に位置するかのように思われる。しかし、シャットシュナイダーの議論は、政党の機能や役割を理解するうえで有益な洞察を提供してくれるものの、そもそもそれは圧力政治（pressure politics）研究へのアンチテーゼ、すなわち集団間の力の方程式は最初から固定されているとの仮定への反論として提起されたものであり、そのため、政党間競争や政党システムそれ自体を直接の分析対象とはしていないという限界がある。その意味で、政党システムを政党間の相互作用および競争のパタンから捉えたＧ・サルトーリの研究は極めて重要であろう[45]。

サルトーリの政党システム分析では、政党の数と政党間の競争関係が大きな焦点となっているが、それは政党数に基づくデュヴェルジェの類型論[46]と、ラパロンバラとウェイナーによる競争的政党制と非競争的政党制の類型論[47]に代表される政党間競争の概念を統合して、政党を政党

---

[44] Schattschneider, *op. cit.*, p. 208. *Id.*, *The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1960, pp. 62-77（内山秀夫訳『半主権人民』而立書房、1972年）

[45] Peter Mair, *Party System Change: Approaches and Interpretations*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 204. その他にも、メヤは他の類型論と比べてサルトーリの類型論が最も包括的であること、多様な国内および国家間の研究に採用されていること、そして政党システムを独立変数として扱っていることを挙げて評価している（*Ibid.*）。さらにサルトーリ類型論の持つ普遍的意義について、ウォリネッツは、これまでの諸類型論を検討したが、新たな類型は見当たらず、サルトーリ以降、ほとんど何も起きていないと評価している（Steven B. Wolinetz, "Party Systems and Party System Types," In Richard S. Katz and William Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*. London: Sage, 2006, p. 58）。

[46] Maurice Duverger. *Les Partis Politiques*. Paris: Armand Colin, 1951（岡野加穂留訳『政党社会学：現代政党の組織と活動』潮出版社、1970年）

[47] J. La Palombara and M. Weiner, "The Origin and Development of Political Parties," In J. La Palombara and M. Weiner (eds.), *Political Parties and*

システム内で相互作用する構成要素としてシステム論的に考察したからである[48]。特に政党間競争との関係において、政党システムは複数の政党がそれぞれ部分を構成するとき、「まさに政党間競争から生じる『相互作用のシステム』」なのであり、より具体的には、「複数政党相互間の関連性、各党が他の諸党の関数である方法および、各党が他の政党に対応する方法（競争的対応かそれともそれ以外の方法か）に関わってくる」ことになる[49]。つまり、政党システムは単なる複数の政党の「集合」ではなく、複数の政党が競争し、そこに相互作用が生じるとき、始めて政党システムが形成されるという認識である[50]。

サルトーリによれば、政党と政党システムは単なる政治社会の反映ではなく、「政治社会を形づくっているという意味で」、独立変数化として捉えられるが[51]、メアはこの認識をさらに突き詰め、選挙結果（選挙の変易性 electoral volatility）が変化しても、それが政党システムの変化につながるとはかぎらず、政党が政党システムを作り上げると同時に、逆に政党はシステムに拘束されるという議論を展開している。すなわち、政党間競争の構造における三つの基準（①政府交代のパタンと②政府フォーミュラのパタン、③政府参加アクセスのパタン）の組み合わせにより、政党間の競争構造は「閉鎖的」と「開放的」とに分けられ、「閉鎖的」競争構造のもとでは、政党間競争や政府形成に包含される政党が特定化され、外部からの新規参入する可能性が限定されるため、既成政党に有利になるという[52]。

本稿の問題関心からすれば、政党の自律性を強調するサルトーリやメアの分析視角からは、少なくとも次の二つの点が示唆される。一つはい

Political Development. Princeton: Princeton University Press, 1966, pp. 3-42.

[48] 河崎健「政党研究における『カルテル政党』概念形成の分析：共著者カッツとメアの視点より」『上智大学外国語学部紀要』45号（2010年）、33頁。

[49] サルトーリ・前掲注（39）、76頁。本稿における用語統一のために、岡崎・川野訳を一部修正した。

[50] 空井護「政党システム概念の『サルトーリ的転回』について」、2010年度日本比較政治学会研究大会報告論文、２－４頁。

[51] サルトーリ・前掲注（39）、vi頁。

[52] Mair, *op. cit.*, pp. 14-15, pp. 199-223.

うまでもなく、政党間の競争は政党どうしが作用し合うなかで行われるという、動態的な認識である。ただしサルトーリにおいては、主たる関心が政党間競争にあると強調しつつも、全国レヴェル（システム・レヴェル）の作動様式に焦点が当てられているために[53]、本稿の主要課題である選挙区レヴェルにおける無所属議員発生・消滅条件の特定のために必要とされる、ミクロレヴェルの相互作用の説明が十分ではない。その点において、政党間競争のあり方を中心に検討した空井の分析は示唆に富む。それは、競争を「ゲーム的状況」として理解することにより、政党間競争における相互作用の意味をより明確に措定している。

空井は、政党システムを生み出すべき政党間競争とは何か、それは何をめぐっての競争なのかについて、十分な理論的考察を展開していないとしてサルトーリの議論を批判したうえで、競争主体間の「相互作用」は、ある希少な目標物の獲得をゴールに「競争」が行われるとき生じるとし、そのさいの競争は、相手の戦略が自らの戦略を左右するのみならず、自らの戦略が相手のそれを左右し、それらが最終的には目標物の獲得を左右するという、典型的な「ゲーム的状況」として捉えている[54]。都道府県

[53] サルトーリ・前掲注（39）、ix頁、318－319頁。

[54] 空井・前掲注（50）、５頁。他にも、空井はサルトーリ的な政治システム理解におけるユニット・構成要素を「競争することで相互作用を起こしている複数の政党」に見出す一方、サルトーリの議論において政党間競争の目標が欠落していること、メア（Mair, *op. cit.*, p. 206. *Id.*, “Party System Change,” In Richard S. Katz and William Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*. London: Sage, 2006, p. 65.）による政党ポストという単一目標の設定（およびサルトーリの定義の修正）のもつ限界を指摘したうえで、レイヴァー（Michael Laver, “Party Competition and Party System Change,” *Journal of Theoretical Politics*, Vol. 1, No. 3, 1989, p.303.）の政党システムの複数性認識（選挙政党システムと立法政党システムという政党システムの分類）と、ストローム（Kaare Strom, “A Behavioral Theory of Competitive Political Parties,” *American Journal of Political Science*, Vol. 34, No. 2, 1990, pp. 565-598.）の政党行動（party behavior）の３類型論から、得票と政府ポスト、政策という三つの競争ゴールをそれぞれ排他的に目指す、政府形成競争（政党システムⅠ）と政策決定競争（政党システムⅡ）、選挙競争（政党システムⅢ）という政党間競争（政党システム）が、Ⅰ→Ⅱ→Ⅲ→……、というシークェンスで発生する、（議員内閣制型）「政党間

議会議員選挙における政党間競争の目標について、もう少し具体的にいえば、それはより多くの議席を獲得することである。そして政党（候補）が選挙で得た票は、選挙区ごとに集計され、一定の決定方法に基づいて議席配分が行われるので、定数１～17（2015年選挙基準）の混在する選挙区の単純多数代表制で行われる都道府県議会選においては、政党間競争は個々の選挙区ごとに生じる「ゲーム的状況」のもとで展開されると考えることができる。

政党の自律性を強調する視座から得られるもう一つの示唆は、政党間競争に関してサルトーリが精緻に区分しながら提示した概念、すなわち「競争 competition」と「競争性 competitiveness」、そして「準競争状況 subcompetitive situation」と「非競争状況 noncompetitive situation」から導き出される。まず「競争」とは、選挙競争が許されているという意味で一つの構造、つまりゲームのルールであるのに対して、「競争性」は政党間競争の度合いを示す。すなわち、例えば一党優位政党システムは「競争」のルールに従ってはいるものの「競争性」は低く、逆に一つないしはそれ以上の政党が接戦を演じ、僅差で勝負の決着がつくような場合においては、その競争は「競争的 competitive」であるといえるのである。また、「非競争状況」とは競争選挙が許されていない状況を意味するものであり、これに対して、「準競争状況」とは「競争」が許されていながらも「競争性」が潜在化している状況、すなわち「対立候補が出現する可能性は常に存在しているものの、ある候補者に対立候補を送っても、勝ち目がないという理由で対立候補の擁立が差し控えられている状況」を指す概念である[55]。

このような概念区分は、そもそも、アメリカにおけるかつての強固なる南部（一党支配地域）に関する研究、例えばキーのアメリカにおける一党州と二党州に関する比較研究や、そこから導かれた彼の「南部は実際に政党を持っていない」[56]との主張を批判的に検討するために考案さ

競争・政党システムの連鎖モデル」を提案している。

[55] サルトーリ・前掲注（39）、360－361頁。

[56] V. 0. Key, *Southern Politics in State and Nation*, New York: A. A. Knopf, 1949, p. 299.

れたものであったが、サルトーリはそこから一党優位政党システムという類型を見いだしたのである[57]。ここで特に「準競争状況」や競争性が潜在化している状況といった発想は、次項で論じるように、やはり一党優位政党システムのもとで行われる日本の地方選挙を分析するうえで、より具体的にいえば選挙にさいして政党がどのような候補戦略をとるかを考察するうえで、多くの示唆を提供してくれると考える。

2．無所属議員の発生メカニズム

本節の冒頭ですでに述べたように、本稿の目標は、無所属議員の発生と消滅を政党間競争との関連性から説明することにある。そのために以下では、前項の検討で得られた示唆を踏まえつつ、まず先行研究の知見から分析の手掛かりを探ってみたい。

政党間競争との関係から無所属の発生を見出した最も早い研究は、依田であろう。依田は、地方議員に無所属が多い理由として「党派的対立」が発生しにくい地方の内的・外的条件を挙げている。すなわち地方議会では圧倒的な中央権力の前に地方内部が一体化せざるを得ないという外的環境条件と、地方議員の活動の場である地方の政治社会の持つ、地縁・血縁に基づく伝統的な共同体的特質という内的条件により、党派的対立が抑制され、その結果、「無所属」が地方において多くならざるを得ないと説明する[58]。これは無所属の存在を、「党派的対立」の不在、つまり政党間競争の不在から捉える点で、本稿の立場と一致している。ただし依田の議論は、全体的な文脈からみると、政党間の「対立」そのものよりも、党派性が抑制される「環境」を重視しているように思われる。そしてその環境もまた、実際には地方の内的（地縁・血縁等）・外的（圧倒的な中央権力）条件というよりも、自民党に代表される保守の一元的支配によるものとして捉えるほうが現実的であろう。この点について、村松と伊藤は次のように論じている。

> 保守系無所属が圧倒的多数を占める地域においては、自民党は必ずしも

[57] サルトーリ・前掲注（39）、144－155頁。

[58] 依田・前掲注（17）②、111頁。

> 市町村会議員をフォーマルな政党組織内に取り込む必要はない。これにたいして、積極的に政党組織化をはかろうとするのは、通常無党派状況という形をとった保守の一元的支配を突破しようとする反対派、つまり自民党以外の政党である。したがって、わが国の市町村レヴェルの政党化とは、本調査からみるかぎり、「革新」政党の進出、それへの自民党の公然たる組織化による対抗という形で政党競合を惹起し、ひいては多党化を招来する傾向が強い（傍点は引用者による）[59]。

この説明は、無所属議員の発生・消滅要因を、政党間の競争様態とその変化に求めているように見える。これに関しては前項で得られた示唆から、次のように解釈できる。すなわち、「準競争状況」下にある選挙区では、政党間競争が潜在化ないし制約されているがゆえに、自民党は無所属議員を組織化する誘因をほとんど持たず、現状が続くかぎり政党化の進展は期待し難い（無所属議員の発生）。しかし社会が発展し多様化すると、それに応じて大都市を中心に新党が進出し（準競争状況の解消）、またそれに対応しようと自民党の組織化が図られ（政党間の競争性の上昇）、政党化（無所属議員の消滅）が進展していくというロジックである。もっとも、前節ですでに指摘したように、村松と伊藤の説明には因果関係の問題がある。しかしそれにもかかわらず、無所属が政党間競争の様態の変化（競争性の変化）に伴う政党の戦略変化によって発生・消滅するという理解は、本稿の立場と一致する。

それでは、組織化の誘因はいかに説明できるだろうか。まず有権者の投票行動から考えてみよう。対立候補がいない「準競争状況」下にある選挙区では、有権者は政党を選択する機会や動機が強く制限される。そのため、有権者においては政党ラベルへの「政党投票」ではなく、候補者個人への「個人投票」が促され、無所属が発生しやすい条件が生まれ

---

[59] 村松・伊藤・前掲注（7）、85頁。もっとも村松と伊藤のおもな分析対象は市町村議会である。しかし天川（前掲注(18)）がまとめた各レヴェルにおける政党勢力比について、「府県会レヴェルでは全体で自民党が六割近くであるが、自民党が五割を割るのは東京、神奈川、京都、大阪、福岡等の大部分が大都市を含む都府県である。これらの地域では、自民党の減少という形で多党化が進行しているのである。」（村松・伊藤・前掲注（7）、81頁）と論じているように、村松と伊藤が都道府県レヴェルを考察の対象から外しているわけではない。

ると考えることができる。また政党の選挙戦略から考えれば、「準競争状況」下にある選挙区では、同士討ちによる共倒れの恐れがないために、優位政党は自党系候補者らを一本化する誘因を持たず、優位政党の候補と集票基盤を共有する無所属候補との対決構図が形成され、維持されると予想できる[60]。したがって、逆に対抗政党が選挙競争に参加し、政党間の「競争性」が増加するにつれ、無所属議員は政党に組織化されるか、あるいは落選するかなどで消滅すると考えられる。

以上の推論から、「無所属は準競争状況下で発生し、競争性が増加するにつれて消滅する」という基本仮説を導出できる。これを検証可能な仮説とするために、サルトーリの「準競争状況」という概念を[61]、その操作的定義定義として「政党数が1以下の選挙区」と定義し、また「準競争」という訳語による混乱を避けるために、「非競争選挙区（以下、非競争区）」と用語を修正して用いることとする[62]。以上より、本稿で検証する仮説は次のようになる。

仮説Ⅰ　政党間競争が存在する「競争区」よりも、そうでない「非競争区」の方が無所属当選者の割合が高い。

第三節　政党間競争における構造的要因

これまで検討してきたように、本稿では日本の地方議会の無所属議員

[60] もちろん、無所属候補同士、あるいは政党公認候補同士（超過公認）の対決構図もあるが、実際に最も多いのは、政党公認候補（自民党）対無所属候補という構図である（第三章を参照）。

[61] サルトーリ・前掲注（39）、360－361頁。

[62] サルトーリの「準競争状況 subcompetitive situation」は、「競争」が許されていながら（つまり、競争選挙が許されていない「非競争状況 noncompetitive situation」ではない状況にありながら）、事実上、政党間競争が行われておらず、「競争性」が潜在化している状況を指し示す概念である（同上）。しかし本稿は「競争」状況だけを問題にしているため、「非競争」と区分される「準競争」なる概念は必要としない。そこで、本稿ではサルトーリのいう「準競争」を「非競争」と呼ぶことにしたい。

は基本的に政党間競争に規定されるものと捉える。もしこの仮説が成立するのであれば、次なる課題は地方の政党間競争に影響を与える要因の探索となろう。

地方選挙における政党間競争を考えるうえで、まず考慮されるべきは、国政レヴェルにおける政党間関係である。1955年の保守合同と左右社会党の統一や、自民党の分裂をきっかけとして野党の離合集散が進んだ1993年の「政界再編」は、その代表例として挙げられる。そのほかにも、税制改革に絡む「売上税」導入問題が選挙戦を直撃して、自民党が道府県議会選挙で地滑り的敗北を喫した1987年の統一地方選挙のように、国政の政権党の政策に対して地方選挙で懲罰（的投票）を与えることや[63]、初めて比例代表制が導入される1983年６月の参議院選挙で比例代表区選挙への取り組みを意識して、共産党が1983年４月の統一地方選挙（の道府県議会議員選挙）ですべての選挙区に候補を擁立する方針を立てたことなどが挙げられる。これらの国政レヴェルにおける政治的状況の変化

[63] 宇治敏彦「統一地方選挙と売上税」『選挙研究』３巻（1988年）、５－21頁。「懲罰的投票」については、Reif and Schmitt が提示した二次的選挙（second-order election）から説明できる（Karlheinz Reif and Hermann Schmitt, “Nine Second-Order National Elections: A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results,” *European Journal of Political Research*, Vol.8, 1980, pp. 3-44.）。二次的選挙とは、議院内閣制下の第一院の選挙や大統領制下の大統領選挙のように、国政レヴェルの政権担当政党を決める「一次的選挙」ではない、欧州議会選挙や第二院の選挙、地方選挙、補欠選挙を指す。二次的選挙の特徴としては、一次的選挙より投票率が低く、懲罰投票が行われ得るため、政権与党が苦戦を強いられる反面、小政党が躍進する傾向があるなどが挙げられる（Michael Marsh and Mark Franklin, “The Foundations: Unanswered Questions from the Study of European Elections, 1979-1994,” In Cees Van der Eijk and Mark Franklin (eds.), *Choosing Europe?: The European Electorate and National Politics in the Face of Union*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1996, pp. 11-32.）。日本の場合、参院選と地方選挙が二次的選挙に当たり、特に民主・自民の二大政党間での対決という構図が形作られた2000年以降、その色彩を顕著に帯びるようになってきているとの分析がある（今井亮佑・日野愛郎「『二次的選挙』としての参院選」『選挙研究』27巻２号（2012年）、５－19頁）。

は、地方選挙の政党間競争および結果にも変化を与えるが、しかしそのきっかけは持続的というよりも突発的であり、また各地方が置かれている環境によって異なってくるといえよう。

他方で、地方選挙において政党の選挙戦略に長期的に影響を与える構造的要因も存在する。一つは、政党の支持基盤を反映する「社会経済的要因」であり、もう一つは、投票行動や選挙戦略を制約する「制度的要因」である。以下、これらの構造的要因について考えていきたい。

１．社会経済的要因

日本の政党は、共産党と公明党を除けば独自の組織を持たず、政党ごとに系列化した業界団体や労働組合などの支援によって支えられてきたとされる[64]。戦後直後に噴出し始めた日本の団体は、独立講和に前後して保守・革新の両陣営へと二極的に統合され[65]、その後は経済団体と農業団体、福祉団体などは自民一党を支持しそれと接触を行う一方、労働団体や市民団体は社会党や民社党などの野党を中心に支持しそれらと接触するパタンとなった[66]。このような支持・接触のパタンは、諸団体の活動拠点の地域的な偏りから、政党の支持基盤に地域的な特徴を与えたと考えられる。もっとも、政党の支持基盤となる地域的特徴は固定されたものでなく、時間の経過とともに変化してきている。例えば、社会党は戦後農民議員と農民党員が減少し、旧農民運動の地盤も解体してゆくが、それに代わる（例えば農協など）支持組織を見出せず、農村部での地盤喪失を招いたとされる[67]。しかし他方で、公明党の登場は地盤が競

---

[64] 依田・前掲注（18）、２頁。

[65] 村松岐夫･伊藤光利･辻中豊『戦後日本の圧力団体』（東洋経済新報社、1986年）、80－85頁。

[66] 辻中豊『利益集団』（東京大学出版会、1988年）、126－128頁。濱本真輔「政権交代の団体－政党関係への影響：２つの比較による検証」『年報政治学』63巻２号（2012年）、65頁。

[67] 杣正夫「地方政党の構造と機能」『年報政治学』18巻（1967年）、148－149頁。谷聖美「日本社会党の盛衰をめぐる若干の考察：選挙戦術と政権･政策戦略」『選挙研究』17巻（2002年）、91頁。自民党支配体制確立過程における農民政党結成運動については、空井護（「自民党支配体制下の農民政党結成運動」北岡伸一・

合する共産党の、次いで社会党、民社党、自民党の組織化を激化させ、都市部を中心とした野党の多党化をもたらした[68]。

このように、都市部か農村部かといった社会経済的要因は、政党の支持基盤となる地域的特徴として広く受け入れられ、それは実証研究によっても支持されている。例えば小林は、米国の各カウンティにおける有権者の人種・宗教などの分布と選挙結果とのあいだに関連性があることを見出したターナーの研究にならって[69]、日本の市区町村ごとの社会経済構造を示す変数を収集して主成分分析を行い、日本においても社会経済構造の変化が投票行動に大きな影響を与えていることを明らかにした。彼の分析によれば、55年体制下の衆議院総選挙では、自民党が基本的に農村部に、社会党は都市部にそれぞれ得票の基盤を置いていたが、1967年衆議院選挙での公明党、1976年衆議院選挙での新自由クラブのように、都市部に得票基盤を置く新興政党の参入が増えるにつれて、社会党は都市部から農村部の方に得票の基盤を移すようになったという[70]。

そのほかにも、近年の研究としては、2000年衆議院選挙の得票結果を人口集中度に着目して分析した蒲島の研究や[71]、1999年から2003年まで実施された688の市議会議員選挙の結果を分析した井田の研究などがあるが[72]、いずれも自民党は農村部を主たる支持基盤としており、公明党や共産党など非自民政党は都市部をその支持基盤としている点で、分析結果が概ね一致している。

これまでに本稿の分析対象である都道府県議会議員選挙を扱った先行

御厨貴編『戦争・復興・発展：昭和政治史における権力と構想』（東京大学出版会、2000年）、259－295頁）を参照。

[68] 天川・前掲注（18）、333頁。

[69] Frederick Jackson Turner, *The United States, 1830-1850: The Nation and Its Sections*, New York: Henry Holt, 1935. Reprint, Gloucester, Mass: Peter Smith, 1958.

[70] 小林良彰『現代日本の政治過程：日本型民主主義の計量分析』（東京大学出版会、1997年）、156－167頁。同『選挙･投票行動』（東京大学出版会、2000年）、37－45頁。

[71] 蒲島郁夫「地方の『王国』と都市の反乱」『中央公論』2000年９月号、130－143頁。

[72] 井田・前掲注（18）。

研究は見当たらないが、次に掲げる表１－１に示すように、都道府県議会においても概ね同様の傾向が読み取られる。この表１－１は、革新・中道系政党の相対得票率が頭打ちとなった1975年選挙を対象に、主要政党の議席率を都道府県ごとに示したものである。政党の議席率が顕著に高い地域（網掛けの区分）から分かるように、東京都（1973年）、埼玉県、神奈川県、大阪府、兵庫県などの大都市圏を抱える都府県ほど自民党の割合が低く、非自民政党の割合が高い傾向にあることが窺われる[73]。

表１－１　1975年都道府県議会議員選挙における主要政党の議席率（%）

	自民	社会	共産	公明	民社		自民	社会	共産	公明	民社		自民	社会	共産	公明	民社
北海道	54.3	25.7	1.9	5.7	1.0	石川	69.6	6.5	−	2.2	4.3	岡山	53.6	19.6	1.8	8.9	5.4
青森	75.0	13.5	1.9	3.8	−	福井	55.0	10.0	2.5	2.5	7.5	広島	54.5	7.6	3.0	9.1	6.1
岩手	54.9	15.7	2.0	−	2.0	山梨	43.9	12.2	2.4	2.4	−	山口	52.8	9.4	3.8	9.4	7.5
宮城	61.4	22.8	1.8	5.3	3.5	長野	37.3	32.2	1.7	3.4	1.7	徳島	56.1	12.2	−	4.9	−
秋田	42.9	34.7	2.0	2.0	−	岐阜	66.7	13.7	2.0	3.9	−	香川	63.6	25.0	−	2.3	−
山形	59.2	24.5	2.0	2.0	2.0	静岡	58.7	14.7	6.7	8.0	2.7	愛媛	66.7	7.8	2.0	5.9	3.9
福島	57.6	22.0	1.7	3.4	8.5	愛知	62.3	15.1	−	5.7	10.4	高知	63.4	12.2	4.9	7.3	−
茨城	58.1	11.3	3.2	6.5	−	三重	47.2	13.2	3.8	−	1.9	福岡	34.8	15.7	3.4	11.2	6.7
栃木	68.5	14.8	−	1.9	1.9	滋賀	51.2	9.3	4.7	2.3	7.0	佐賀	71.4	9.5	−	2.4	2.4
群馬	78.2	7.3	3.6	3.6	−	京都	33.3	15.9	20.6	9.5	9.5	長崎	48.1	13.0	−	5.6	9.3
埼玉	50.0	16.3	3.5	10.5	2.3	大阪	33.9	13.4	15.2	17.0	9.8	熊本	67.9	8.9	1.8	5.4	−
千葉	53.2	12.7	5.1	10.1	3.8	兵庫	41.1	13.3	6.7	14.4	6.7	大分	54.2	16.7	2.1	4.2	2.1
東京	40.8	16.0	19.2	20.8	1.6	奈良	54.5	13.6	2.3	6.8	2.3	宮崎	56.5	6.5	4.3	6.5	8.7
神奈川	37.6	26.6	5.5	11.9	7.3	和歌山	52.2	8.7	6.5	6.5	−	鹿児島	60.7	16.1	1.8	5.4	−
新潟	61.5	24.6	1.5	1.5	1.5	鳥取	57.5	27.5	2.5	5.0	−	沖縄	42.6	10.6	8.7	4.3	−
富山	65.2	17.4	2.2	2.2	2.2	島根	9.8	14.6	2.4	2.4	−	平均	54.0	15.5	4.4	6.1	4.8

注）各政党の平均値を上回る都道府県は網掛けで示した。なお、東京都は1973年７月、茨城県は1974年12月、沖縄県は1976年６月に行われた選挙の結果である。

もちろん、政党間の競争性が都市部か否かに完全に規定されるとみなすことはできない。しかし政党の支持基盤が都市部か否かといった地域の社会経済的構成に大きく左右され、さらにそのような傾向性が、政党間において明らかな不一致を示している状況下では、例えば農村部のように、支持基盤を共有する政党が少ない選挙区であれば、政党間の競争性が低くなると想定することが可能であろう。

[73] 島根県の自民党議席率は、知事選をめぐる派閥間対立によって12人の自民党現職議員が離党したため、異例の低さとなったが、次の1979年選挙では、自民（56.1%）社会（9.8%）共産（2.4%）公明（2.4%）民社（−）となり、例年の水準に回復した。

また、このような社会経済的構成による政党支持基盤の偏りは、都市化と支持関係のいずれも経験則上、短期的な変動が激しいとは考えにくく、よって一定の持続性をもつと予想される。このことから、都市部か農村部かといった社会経済的構成を政党の選挙戦略と政党間の競争パタンに影響する構造的な要因として扱うことができると考える。以上と前節の政党間競争に関する操作的定義により、２つ目の仮説を次のように設定する。

仮説Ⅱ－１　農村部の選挙区よりも、都市部の選挙区の方が政党間の競争が存在する「競争区」になりやすい。

２．制度的要因

次に都道府県議会議員選挙の政党間競争に影響を与えるもう一つの要因として、選挙区規模という制度的要因をとりあげる。第一節で検討したように、選挙区定数が大きくなればなるほど無所属候補の参入および当選が容易になるという仮説は、少なくとも都道府県議会の選挙結果には当てはまらなかった（前掲の図１－１参照）。こうした理論と現実との乖離はいかに説明できるであろうか。これについては、選挙区ごとに異なる当選の「敷居」の存在から考えることができる。

浅野は、選挙制度の変更が政党エリートの行動に与える影響に関する分析において、中選挙区制から小選挙区制へという（衆議院選挙の）制度変化により、当選の「敷居」が高まることを指摘している。すなわち、「最多得票から定数番目までの候補者が当選する中選挙区制下であれば、候補者は必ずしもベストである必要はない」が、「小選挙区制下では、他の候補者を凌ぐ最大票を獲得しなければ当選できないため、候補者のなかで最も当選確率の高い候補者を公認する、というインセンティブを政党執行部に与え」、その結果、政党公認とともに、政党ラベルの重要性が増大すると論じている[74]。小選挙区制への制度変化によって当選の「敷居」が高まるという浅野の指摘は、地方議会のように、国政を上回

[74] 浅野正彦「選挙制度改革と候補者公認：自由民主党（1960－2000）」『選挙研究』18巻（2003年）、176頁。

る自民党一党優位体制のもとで、しかも定数が小さい選挙区が多く存在する条件下では、自民党以外の政党にとって選挙競争への参入を阻害する要因となる可能性を示唆する。この点に関しては、選挙研究において有権者の投票行動への制度の影響（制約）を考慮する新制度論（New Institutionalism）の研究によって精緻化されてきている[75]。

川人によれば、日本の選挙研究、とりわけ衆議院選挙に関するそれは、自民党の一党長期支配や党内派閥構造などを研究関心の焦点とする従来の「中選挙区制研究」と、中選挙区制を単記非移譲式投票制（SNTV）と捉えつつ、自己利益を追求する政党や政治家たちを制約するゲームのルールとして選挙制度を理解する近年のアプローチ「SNTV 研究（新制度論）」の二つに大別することができる。中選挙区制においては、議会多数派を目指す政党は、必然的にほぼすべての選挙区で複数の候補を擁立しなければならず、それと同時に、第一党に対抗しようとする政党もまた、同一選挙区で複数の候補を擁立する必要がある。したがって中選挙区制のもとでは、政党間競争とともに同一政党に所属する候補者間の競争が生じ、そこで研究は候補者間の選挙競争、すなわち、①選挙区定数および有力候補者の有無によって異なる当選要件、②同一政党所属候補が同一選挙区で競い合わなければならないという中選挙区制の特質と同志討ちの影響、③選挙区定数と候補者数との関係の三点に、主たる焦点が当てられることとなった[76]。とりわけ、前述した「敷居」とも深くかかわる、③の選挙区定数と候補者数との関係は、主としてリードとコッ

[75] 新制度論の研究には、歴史社会学的新制度論と呼ばれる研究の流れと、制度の制約が合理的に行動する政治的アクターの行動の選択肢を論理的に決定するという研究の流れがある（田中愛治「選挙研究におけるパラダイムの変遷」『選挙研究』15巻（2000年）、87頁。小堀貴子「アメリカ政治学における『新制度論』」『法学政治学論究』21号（1994年）、315－350頁。Kato, Junko, “Institutions, Organizations, and Rationality: Seeking New Perspectives in Political Science,” a paper delivered at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, D. C. September 2-5, 1993.）。本稿では、後者の流れに与する研究におもに依拠している。

[76] 川人貞史「中選挙区制研究と新制度論」『選挙研究』15巻（2000年）、5 －16頁。

クスの「M+1法則」から論じられてきた[77]。

リードは、「小選挙区制は二大政党制をもたらし、比例代表制は多党制をもたらす」というデュヴェルジェの法則を拡張し、定数Mの選挙区では、M+1人の候補者による競争が広げられるという「M+1法則」を提唱した[78]。リードの研究は、日本の選挙制度に対する理解を一変したばかりでなく、ミシガン学派の伝統に基づく従来の日本の投票行動研究の関心を、「有権者が制度的拘束のもとで合理的・戦略的行動をとる可能性」へと向けさせたという点で画期的なものであった[79]。

選挙区定数より一つ多い数で均衡状態になるという彼の仮説は、日本の衆議院総選挙だけでなく、台湾の総選挙[80]やアイルランドとタスマニアの分析でも立証され[81]、また合理的選択モデルとゲーム理論を用いて数理的にも証明されている[82]。さらに近年では、地方選挙のデータを用いた実証研究が相次いで発表されている。例えば茨木は、1995年から2011年にかけて行われた政令市における都道府県議会議員選挙のデータをもとに分析を行い、日本の地方議会選挙においても有効候補者数がM+1に収斂することを確認した。そのうえで、定数是正が国政選挙と比べて頻繁に行われる地方選挙の特徴に着目し、定数変更の前後での候

---

[77] 代表的な研究として、Steven R. Reed, "Structure and Behaviour: Extending Duverger's Law to the Japanese Case," *British Journal of Political Science*, Vol.20, 1990, pp. 335-356. Gary W. Cox, "Strategic Voting Equilibrium under the Single Nontransferable Vote," *American Political Science Review*, Vol.88, 1994, pp. 608-621.

[78] Reed, *op. cit.*

[79] 河野勝「日本の中選挙区・単記非移譲式投票制度と戦略的投票：M+1の法則を超えて」『選挙研究』15巻（2000年）、42－43頁。

[80] John Fuh-sheng Hsieh and Richard G. Niemi, "Can Duverger's Law be extended to SNTV? The case of Taiwan's legislative Yuan elections," *Electoral Studies*, Volume 18, 1999, pp. 101-116.

[81] Neal G. Jesse, "Candidate Success in Multi-Member Districts: An Investigation of Duverger and Cox," *Electoral Studies*, Vol.18, 1999, pp. 323-340. スティーブン・R. リード「中選挙区制における均衡状態」『選挙研究』15巻（2000年）、19頁。

[82] Cox, *op. cit.*

補者の動きの変化や、有効候補者数の変化によってM+1法則の安定性がどの程度保たれているのかを考察した[83]。また久保谷は、1997年から2016年まで実施された都道府県議会議員選挙のすべてにあたる5,902選挙区へと分析の対象を広げ、政令市だけでは捉えられなかった都市部と農村部の選挙環境の違いが「均衡の強度」にいかに影響しているかを分析した。この研究では、１人区から定数10超の選挙区まで、多様な選挙区に構成される都道府県議会議員選挙においても、有効候補者数はM+1法則に概ね合致しており、都市化や選挙区定数、区割変更などの競争環境がM+1法則の適合度にも影響していることが明らかにされている[84]。これらの研究は、分析対象の範囲や分析方法などに違いがみられるものの、都道府県議会議員選挙の実証分析を通じてM+1法則を支持している点で、総じて一致している。

しかし､このような一連の研究成果のなかで本稿が特に注目するのは、M+1法則が実際のデータをよく説明しているか否かというよりも、複数の実証研究で報告されているように、実際のデータがM+1法則から一定の傾向性をもって逸脱しているという点である[85]。つまり、都道府県議会議員選挙では選挙区定数が大きくなるにつれて候補者数がM+1より多くなる傾向性が存在しており、この傾向性は本稿独自の調査からも観察することができる。

次に掲げる図１－３は、1947年から2015年にかけて実施された計18回の都道府県議会議員選挙のほぼすべてに当たる20,384選挙区について、選挙区定数ごとの平均落選者数（定数超過候補者数の平均値）を選挙年度別に示したものである。この図をみると、選挙区定数が大きいほど、選挙区定数を超える候補者数が多い傾向にあることが見て取れる。このように、選挙区の規模がM+1法則からの逸脱を強めることは、どのように説明できるだろうか。

---

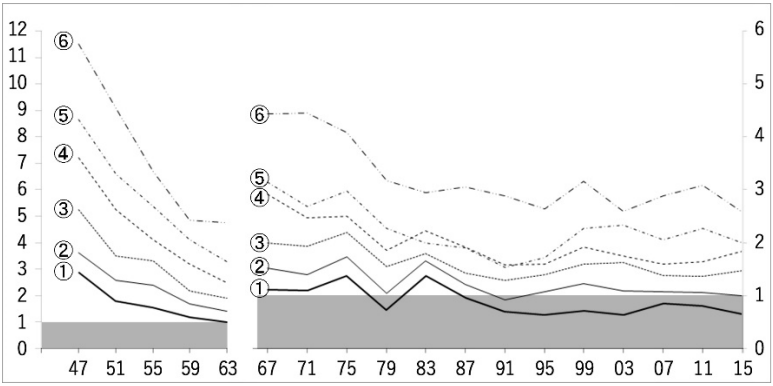
[83] 茨木瞬「SNTVとM+1法則：政令市県議選データの優位性を活用して」『選挙研究』29巻２号（2013年）、129－142頁。

[84] 久保谷・前掲注（８）、248－269頁。

[85] 例えば、久保谷・前掲注（８）。河野・前掲注（79）。リード・前掲注（81）。茨木・前掲注（83）。

この問題に対してリードは、「均衡の強度」という概念を用いて説明を試みている。彼によれば、M+1法則における均衡状態は、戦略を変えても選挙結果は変わらないという「ナッシュ均衡」のようなものであり、均衡状態に近づくまでには試行錯誤による一定の学習期間が必要となる。そのため、均衡状態の強度は同じ時期でも選挙区定数によって異なっており、「選挙区定数が多くなるにつれて、当選ラインは低くなるし、当選可能性の推測が難しくなるから、均衡状態が弱くなる」のである[86]。

図１－３　選挙区定数別平均落選者数：1947 ～ 2015年



注）1947年は39都道府県（栃木・千葉・石川・山梨・長野・滋賀・長崎の各県を除く）、1951年は41都道府県（栃木・千葉・山梨・滋賀・長野の各県を除く）、1955年以降は全国を対象にしている。選挙年の異なる地域については後掲の表１－２を参照。

[86] ①スティーブン・R. リード「中選挙区における M+1法則」『総合政策研究』２号（1997年）、237－239頁。②同・前掲注（81）、19－20頁。これに対して、コックスは学習よりも戦略的投票に必要な情報が十分に与えられていない条件を強調している（Gary W. Cox, *Making Votes Count*：*Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.）。学習プロセスを強調するリードと有権者の合理性戦略性を前提に依拠しているコックスとの理論的相違について、河野は、「リードは、デュヴェルジェの法則に関する純粋に機械的な解釈を明示的に否定している（cf. Reed 1993）。しかしながら、コックスも、現実の世界にはさまざまな『ノイズ』があることを強調し、……有権者の合理的行動に対する限界を認めるという点では、リード

こうしたM+1法則との乖離へのリードの答えは、本研究の問題関心である、小選挙区制への制度変化によって当選の「敷居」が高まるという推論を一般化したものとして捉えることができる。すなわち、選挙区定数が小さくなるにつれて敷居が高くなると推論を拡張することができるのである。この点については、すでに久保谷が、都道府県議会選における無投票区と定数との関係を説明するさいに、選挙区の定数とM+1法則から逸脱現象との関係は、「裏を返せば、定数が小さい選挙区では候補者数が抑制されやすいことを意味する」と、ほぼ同様の見解を示したことがある[87]。以上の議論から、本研究では選挙区定数が政党の候補者擁立を制約する要因であるとの考えに基づき、次のような仮説を設定した。

仮説Ⅱ－２　選挙区定数が大きいほど、政党間の競争が存在する「競争区」になりやすい。

以上、本稿では無所属議員の発生メカニズムを政党間競争から説明することを目的に、まず政党間競争が無所属議員の発生にどのような影響を与えたのか（仮説Ⅰ）、そして都市化（仮説Ⅱ－１）と選挙区定数（仮説Ⅱ－２）のそれぞれは政党間の競争性にいかなる影響を及ぼすかに関して、それぞれ仮説を立てた。以下では、かかる分析課題に応えるべき本稿の分析期間と分析対象、ならびに収集データの処理方針について述べる。

第四節　分析対象とデータ[88]

１．分析期間および対象

実証分析の対象となる期間および選挙は、1947年の第１回統一地方選

と理論的にそうかけ離れているとは思わない」と評価している（前掲注(79)、44頁）。

[87] 久保谷・前掲注（８）、259－260頁。

[88] 本稿で使用したデータは著者のウェブサイト（https://solinety.wixsite.com/data）でダウンロードすることが可能である。

挙から2015年の第18回統一地方選挙（沖縄県は2016年６月５日）までの延べ837回の各都道府県議会議員選挙である。再選挙および補欠選挙については、選挙区定数が通常の都道府県議会議員選挙と異なることや、資料収集が困難であるなどの理由から、原則として分析の対象としないこととした。ただし、2011年千葉県議会選挙の「浦安市選挙区」では、定員を超える立候補者がいたが、東日本大震災により投開票が行われず、当選者がいないという事態になったために、例外として同年５月22日に実施された再選挙結果を使用することにした。

なお、議会の自主解散（1965年の東京都、1966年の茨城県）や、本土復帰後の選挙（1972年の沖縄県）、震災の影響による選挙期日の延期（1995年の兵庫県、2011年９月の岩手県、2011年11月の宮城県、2011年11月の福島県）などのように、統一地方選挙との実施時期がずれた場合は、当該都県の選挙年の表記を、時期が近接する統一地方選挙の実施年で示すことにした（次に掲げる表１－２を参照）。特別な言及がないかぎり、分析結果は47都道府県（ただし、1967年までは46都道府県）を対象としたものである。

表１－２　選挙実施年月の不一致都県と表記基準年度の一覧

統一地方選挙	67 (4)	71 (4)	75 (4)	79 (4)	83 (4)	87 (4)	91 (4)	95 (4)	99 (4)	03 (4)	07 (4)	11 (4)	15 (4)
東京都	65 (7)	69 (7)	73 (7)	77 (7)	81 (7)	85 (7)	89 (7)	93 (6)	97 (7)	01 (6)	05 (7)	09 (7)	13 (6)
茨城県	67 (1)	70 (12)	74 (12)	78 (12)	82 (12)	86 (12)	90 (12)	94 (12)	98 (12)	02 (12)	06 (12)	10 (12)	14 (12)
沖縄県	－	72 (6)	76 (6)	80 (6)	84 (6)	88 (6)	92 (6)	96 (6)	00 (6)	04 (6)	08 (6)	12 (6)	16 (6)
兵庫県	－	－	－	－	－	－	－	95 (6)	－	－	－	－	－
岩手県	－	－	－	－	－	－	－	－	－	－	－	11 (9)	15 (9)
宮城県	－	－	－	－	－	－	－	－	－	－	－	11 (11)	15 (10)
福島県	－	－	－	－	－	－	－	－	－	－	－	11 (11)	15 (11)

注）表中の数字は、選挙の実施年（月）を示し、年度は下２桁の数字で表記した。

２．データの説明

本研究で使用するデータセットは、選挙区情報と開票情報から成り、それぞれの細部項目は次のとおりである。選挙区情報としては①選挙年・②選挙区名・③定数・④都市化度であり、開票情報としては⑤候補者数・

⑥当選者数・⑦候補者の所属党派・⑧当選者の所属党派である。このうち、④都市化度を表す指標およびデータ処理については、第三章の第二節で述べることにする。

戦後初期に実施された選挙のなかには、都道府県の選挙管理委員会や国立および公立の図書館、大学付属図書館などに所蔵されていないものがあり[89]、収集した資料のなかでも、定数や当落情報などで一部の記載が欠けている場合があった。これらに対しては、資料が欠落した地域を当該選挙年の分析対象から除外し、その内訳を示すことにした。なお、本稿のすべての統計分析には、統計パッケージR（version3.2.5）本体とRの追加パッケージを用いた。

[89] 資料不在県は、1947年の石川県･山梨県･滋賀県･長崎県と、1951年の山梨県･滋賀県・長崎県である。

論　　説

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（1）

高　　泉　鼎

目　次

第一章　序論
　第一節　研究の目的
　　第一項　問題の提起
　　第二項　本稿の課題
　第二節　研究の方法
　　第一項　研究の範囲
　　第二項　規範論からの観察
　　第三項　比較法的な分析
　第三節　本稿の位置付け及び展望
第二章　正犯論における実行行為概念
　第一節　従来の実行行為概念とその問題の所在
　　第一項　実行行為概念の概観
　　第二項　実行行為概念の問題及びアプローチ　　（以上、本号）
　第二節　不法概念の変遷とその概要
　第三節　実行行為概念への再考
　第四節　小括
第三章　間接正犯の構造
第四章　台湾法における正犯概念
第五章　台湾法における間接正犯概念
第六章　結論

第一章　序論

複数の行為者が犯罪の遂行に関与するのは共犯現象というものである[1]。刑法における共犯現象の規定については、二人以上共同して犯罪を実行するという共同正犯（第60条）、人を教唆して犯罪を実行させるという教唆犯（第61条）、および正犯を幇助するという従犯（第62条）の３つの類型に分かれている。しかし、従来共犯論は刑法における「暗黒の章」又は「犯罪論の試金石」と呼ばれ[2]、決して条文のように明確に説明しうるものではなく、共犯論をめぐる争いは現在でも続いていると言える。そのため、罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に基づき、共犯現象の概念は明確にされなければならないことであり、このような問題の根本は、「正犯は何か」という問題点すなわち正犯概念の解明にあると言える。

ところで、刑法各則の定める単独正犯と総則の定める共同正犯のほか、明文化されていない間接正犯も正犯の一つの類型とされ、その存在と処罰の合法性は実務と学説によって認められている。しかし、前述のように、罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に応じて正犯概念を解明するのは共犯現象に関する問題の根本であり、間接正犯が明文化されていない限り、その違憲の恐れは避けられないという批判は容易に予想される。また、実務と学説のように間接正犯を認める前提に立つならば、その成立要件と範囲及び存在の実益はさらに明確に説明されなければならない。なお、間接正犯の成立と処罰を制限的に認める、或いはそもそも認めない、他人を道具にして犯罪を遂行するということを、現行刑法においてどのように位置付けるのか、という問題もある。

一方、現在台湾において施行されている中華民国刑法（以下、台湾刑法と称する）は、日本とドイツの刑法理論に深く影響されていたため、同様に共犯論をめぐって様々な論争が起っており、多くの実務的見解と学説が法解釈を通じて共犯現象の類型や成立要件などを明確にしようとしたが、むしろ新たな争いを引き起こすことになった。この点からすれ

[1] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016年）305頁。
[2] 西田典之「はしがき」『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）１頁。

ば、正犯概念と間接正犯については、比較法的な観点で考察する価値がある。

したがって、正犯の一種である間接正犯をどのような視座から理解すべきなのか、ということが本稿の研究の重点である。

第一節　研究の目的

第一項　問題の提起

正犯の一種としての間接正犯を議論する前に、「正犯は何か」という問題、すなわち正犯概念を解明しなければならない。そのため、本稿においてはまず行為支配説と実行行為概念から問題を提起しておきたい。

第一款　行為支配説の観点から理解する正犯概念への問題

正犯概念に関する見解について、主観的正犯論は、関与者のうち正犯の意思によって関与した者を正犯、従犯の意思によって関与した者を正犯とする見解である。これに対して、客観的共犯論は、因果的な寄与度あるいは形式的な構成要件該当行為の有無という行為の外型を基準として正犯と共犯を区別する。しかし、主観的正犯論は、教唆犯の概念を説明し難く、正犯の意思も明確化することができないため、現在では支持されていない。その一方、客観的共犯論は、間接正犯を包摂できないという難点があったため、それを克服しようとした実質的共犯論は、客観的世界においても条件の間に差異があり、原因になる行為をした者が正犯、単なる条件に過ぎない行為をした者が共犯と理解される[3]。そして、現在ドイツの通説とされる行為支配説は、かつてのドイツ判例の主流であった主観的正犯論に、正犯となるための客観的な行為を加えた折衷的見解であり、構成要件該当行為を自ら行う者はいかなる場合にも正犯であるという行為支配、優越的意思によって事象を支配しているという意思の支配、および実行段階のおける分業的共働により構成要件実現に際

[3] 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第５版補訂版、2018年）263-264頁参照。

して犯罪計画の実現のために本質的機能を果たすという機能的行為支配の３つを正犯の根拠として主張している[4]。

しかし、このような主観的共犯論に正犯となるための客観的な行為を加えた折衷的見解[5]は、元から責任有無の判断基準として提案されたものであり、あまり漠然としているためほとんど問題されなかった観念の焼き直しにすぎず[6]、その結果、主観的な正犯の意思と客観的な正犯の行為及び行為支配については、やはり具体的な事案によって説明・補足するしかできないであろう。また、行為支配説の発展からすれば、客観上の犯罪に対する支配力に着目するとしても、行為者の主観上の意思に偏重して正犯性を判断する点が明らかであると思われる[7]。そうすると、不明確な概念自体に主観面の偏重は、罪刑法定主義の違反や国家権力の恣意などの恐れを生じ、正犯の成立範囲の肥大化も懸念されると言えよう。

それゆえ、行為支配説が内包するその内容の不明確性を考えると、本稿は行為支配説の視座から離れて正犯概念を考察していきたい。

---

[4] ドイツにおいて、行為支配説は、まず目的的行為と目的的統制力を基盤として把握するウェルツェル（Hans Welzel）の「目的的行為支配」が登場し、その後ウェルツェルと同様の基本認識から出発して要件論としてはより客観的な色彩を有するマウラッハ（Reinhart Maurach）の「客観的行為支配」、及び目的的行為としての行為の意味を対象として、評価的考察と相当性思考に基いて正犯性を判断するガラス（Wilhelm Gallas）の「価値関係的行為支配」などの見地が発展し、そして現在行為支配説の展開過程における基盤を作るのはロクシン（Claus Roxin）の研究である。ドイツの行為支配説の諸相と発展の基礎的研究は、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000年）６頁以下参照。また、ロクシンの見解に関する詳細は、クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）『ロクシン刑法総論第２巻［犯罪の特別現象形態］［翻訳第１分冊］』（信山社、2011年）24頁以下参照。

[5] 松宮・前掲注（３）63頁。

[6] 川端博『共犯の理論』（成文堂、2008年）34頁。

[7] 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）298頁は、行為支配説によれば、個別事例において「因果性・危険性が同じであっても、発生結果につき故意があることにより支配性が生じる」ため、「行為支配説とは、行為者に故意を捨てさせ規範違反をやめさせることにより法益を保護しようとする刑法理論、すなわち行為無価値の共犯論における別称にほかならない」と指摘する。

第二款　実行行為概念の理解を通じた正犯概念への問題

一方、犯罪構成要件理論を確立し、行為は犯罪の成立の中核であるとする客観主義的刑法理論の観点によれば、構成要件に該当する現実の行為を実行行為とし、刑法第60条の「共同して実行した」ことにより正犯と共犯を区別できるとする[8]。よって、「正犯は何か」という問題に対し、「正犯＝実行行為者」という観点から分析すると明確な正犯概念を得るかもしれない。しかし、このような考え方の下で正犯概念を解明するには、まず先に実行行為概念を説明しなければならない。

実行行為概念が導入されて以来、「構成要件に該当する行為」が実行行為概念として定義され、通説として定着するに至っている[9]。その後の発展として、「実行行為＝構成要件該当行為」の考え方を承継し行為概念により実行行為をさらに特定する見解、刑法の機能的な側面、すなわち結果無価値の観点に基づき危険性の有無によって実行行為を特定する見解、行為無価値の観点に基づき社会的相当性によって実行行為を特定する見解、或いは行為者の意向によって実行行為を特定する見解など、実行行為概念をさらに再定義しようとする一方、実行行為概念不要という見解もある[10]。いずれにせよ、各々学説においては実行行為概念自体の不明確さを露呈し、各々のアプローチを通じて具体化しようとしても、むしろ他の場面で争いが生じることになった。よって、実行行為概念の不明確さが解決されないという背景の下で、「正犯＝実行行為者」という連結が必然的に存在することを疑う見解も生じることになった[11]。

---

[8] 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953年）195頁以下参照。

[9] 小野・前掲注（８）195頁以下参照。

[10] 実行行為概念に関する諸学説については、第二章第一節第一項参照。

[11] 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981年）127-134頁は、「正犯＝実行」を共犯論の基底とする見解に対し、①拘留または科料のみにあたる一定の罪については正犯すなわち実行者だけが処罰される点で、軽犯罪法は拘留または科料にあたる罪を唯一に規定しているが、教唆・幇助も正犯を準じて処罰することにしているため、正犯に限る理由はあまりないことを示していること、②制限従属性説において、原因において自由な行為の場合と目的又は身分のない故意ある道具を利用する間接正犯の場合では、ここで佐伯千仞の見解を挙げ、

第三款　実行行為概念による共犯概念の構築への問題

仮に、実行行為概念を通じて正犯概念を確立すれば、多数人が犯罪に関与する場合には、正犯以外の関与者はどのようにして認定するのかについては、おそらく共犯処罰の根拠の観点から議論しなければならないことになる。現在の通説である惹起説によれば、共犯は正犯の行為を通じて法益侵害を間接的に惹起すると解するため、共犯概念についても正犯概念と同じく実行行為概念の観点から解明しなければならない。しかし、実行行為概念を通じて共犯行為を理解すれば、「共犯行為の実行行為性は何か」という問題が生み出されることになる。例えば、共同正犯の場合において、刑法第60条の規定にはすでに「共同実行」と規定されているが、「共同実行」の意味に関しては「行為共同説」と「犯罪共同説」の争い[12]がある。狭義の共犯について、刑法第61条と第62条の規定により、教唆犯と従犯の成立には正犯の存在を前提として認められるので、狭義の共犯行為の実行行為性と正犯の実行行為性はどのように認定するのか、両者の境界線はどこにあるのか、という問題がある。さらに、判例と学説はともに共謀共同正犯を承認するため、「共謀」の認定においても共同正犯と教唆犯の区別を曖昧にしてしまっている。

第二項　本稿の課題

正犯概念を論ずる重要性は、正犯の範囲を画定することにより、共犯

前者は飲酒行為が原因行為でありながら正犯者を正犯者として処罰する要件となるから、後者は可罰的違法類型を完全に実現しない他人の違法行為について可罰的共犯が可能であるとされて道具の行為が実行行為であることを認めるから、正犯行為と実行行為とが分裂している状態ようになること、③正犯を重く処罰すべきという観念は、集団的な或いは複雑な行動形態において、例えば共謀共同正犯の場合、実行行為概念と完全一致するとは言えないことを指摘し、正犯行為と実行行為の堅い結びを疑っている。なお、佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、４訂版、1981年）235-236頁、346頁も参照。

[12] 「行為共同説」と「犯罪共同説」については、山口・前掲注（１）301頁以下など参照。

と区別し、刑法規定の適用及び量刑の問題を解決するという点にある[13]。また、正犯概念をさらに具体化しなければ、その曖昧な概念自体が罪刑法定主義の要請や国家権力の恣意的行使に対する制御などに反し、かつ市民も刑法規範に従うことができず、行為規範としての刑法の法規範的な効力が弱体化することになる。一方、共犯現象において正犯とされない他の行為者に対し、どのような場合において罪刑法定主義に合致するかたちで共犯が認められるのが妥当かという問題も解決されるべきである[14]。

以上の立論から間接正犯を観察すれば、正犯の一種としての間接正犯は、他人を利用して犯罪を実現したが、総則の共犯規定によらずに、各則の規定に基づいて正犯として処罰するというものであり、その処罰の基礎は処罰の隙間を補充することでなく「一次的責任」としての正犯性に位置づけられる[15]。よって、このような他人を利用する行為自体が正犯行為としての不法内容を有する場合で、その者を間接正犯として処罰するのが罪刑法定主義の要請及び個人の権利の保障に応じられるとは言える。ここで、本稿の考察していきたい主要な課題としては２つがある。第一に、正犯概念について、刑法は行為規範として行為の禁止・命令を示すことによって一般市民の社会生活の行為に指針を与える機能があると考え[16]、ここで正犯の範囲を画定するのは規範論の視点から分析しつつ、実行行為概念を説明・補足する。第二に、間接正犯について、直接正犯と同一視されうる根拠は、同様な不法内容のある実行行為を行うことにあるので、背後者の利用行為を実行行為すなわち正犯行為として特定し、利用行為の不法内容を分析することにより間接正犯概念は明確に説明される。

よって、本稿においては、刑法で規制・処理すべき行為が事実と規範

---

[13] 例えば、現行中華民国刑法第29条第２項教唆犯の処罰は「その教唆する罪によって処罰する」、第30条幇助犯の処罰は「正犯の刑を減軽することができる」と規定されたため、罪名及び量刑は正犯かいなかによって影響されるかもしれない。

[14] 例えば、最三小決平成23年12月19日刑集65巻９号1380頁（Winny 事件）のような中立的な行為が幇助犯の成立かどうか及びその可罰性。

[15] 松生光正「間接正犯」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、第７版、2014年）150頁。

[16] 山中敬一『犯罪論の機能と構造』（成文堂、2010年）81頁。

との相互作用に関わっていることを考慮して、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という観点を通じて正犯概念と実行行為概念を考察しつつ、間接正犯の成立要件と範囲及びその存在意義を日台比較法的に検討していきたい。

第二節　研究の方法

第一項　研究の範囲

本稿の議論の重点は、間接正犯とその実行行為性を比較法的な視座で検討することにある。しかし、前述のように、罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に応じて正犯概念を解明するのは共犯現象に関する根本問題であり、間接正犯が明文化されていないために、その違憲の恐れが避けられないという批判がまず容易に予想される。また、実務と学説のように間接正犯を認めることを前提とすれば、その成立要件と範囲及び存在の実益はさらに明確に説明されなければならない。一方、間接正犯の成立と処罰を制限的に認める、あるいは認めない場合に、他人を道具にして犯罪を遂行することが、現行刑法においてどのように位置付けられるのか、という問題もある。

ところで、このような間接正犯に関する批判は台湾においても存在している。なぜなら、台湾のこれまでの裁判例では、責任無能力者の利用や故意なき者の利用は間接正犯の一種類として長らくの最高法院（日本の最高裁判所に相当）において認められている[17]ため、間接正犯と教唆犯との区別が「犯罪の決心の引き起こし」の有無にかかっている一方、共犯処罰の根拠の点において当時の学説はどの立場で立論したかについてさらに分析することが必要であると思われる。また2005年中華民国刑法総則改正において、第４章の章名「共犯」を「正犯と共犯」に改正したが、第28条の規定の内容については、1990年の改正草案[18]に従わず、間

[17] 例えば、大理院民国４（1915）年度上字606号判例、最高法院民国28（1939）年度上字第3744号判例、最高法院民国43（1954）年度台上字295判決など。

[18] 1990年版中華民国刑法改正草案第28条第１項：「犯罪行為の実施者を自任す

接正犯の規定を明文化しなかった。その改正理由では、「正犯は直接的な実行行為者（直接正犯、間接正犯、共同正犯）」であるとし、間接正犯の概念を実行行為により理解しうるが、さらに間接正犯における「直接的な実行行為」とは何かという問題もある。

したがって、本稿は実行行為概念を中心に正犯概念を構築することにより、間接正犯に関する日台の判例と学説を歴史的視座から比較法的に分析・説明していきたい。

第二項　規範論からの観察

第一款　結果無価値と行為無価値の調和

かつての主観的違法論と客観的違法論との論争から、目的的行為論の人的不法論を経て、行為規範・制裁規範の考え方が登場するまでの不法概念及び規範論の発展によれば、不法の構造において、行為無価値がその中核となり、結果無価値の重要性が相対的に弱体化されることになった。しかし、刑事不法において行為規範侵害を過度に強調すれば、刑事不法の判断は、利益侵害の実現の有無から行為規範の遵守の有無へと変わり、可罰性の根拠も法益侵害の現実的な発生から行為者の主観的な悪性又は客観的な規範への不服従となる。これでは、法益保護機能を有する刑法が単なる行為を統制する規範とされ、且つ刑法の介入時期が早期化しすぎ､刑法の謙抑性･補充性に合致することができないと思われる。むしろ、行為規範の妥当性は法益侵害結果発生の可能性に限界付けられるべきであり、結果無価値は刑事政策又は制裁規範における問題のみではない。また、不法に関する評価客体には、自己が統制できる身体行動だけではなく、客観的に予期できる範囲内における行為者自身によってもたらした外在の世界の結果も含まれることとなる。そうすると、刑事不法は、結果無価値のみならず、行為無価値の観点も考慮するという複眼的立場から構築すべきである。

る者は、正犯とする。正犯以外の他人を利用することによって実施する者は、同様とする。」

前述のように、刑法は法益保護のため、事前的に特定の行為態様を法定化し、名宛人である一般市民を規制する行為規範であり、このような法定の行為態様は法益侵害結果発生の可能性に限界付けられ、一般市民とってそれが予見可能又は遵守可能な規制である。すなわち、もし刑法規範の内容は法益侵害結果発生の可能性から乖離すれば、一般市民がそれを予見・遵守することを期待し難く、罪刑法定主義の要請及び個人権利の保障に応じられるとは言えないため、刑法における各構成要件は、行為規範として一般市民の社会生活の行為に指針を与える機能を持ちつつ、且つ法益侵害結果発生の可能性に制限されることになる。よって、本稿は「正犯＝実行行為者」を前提に、構成要件該当性の判断要素の一部としての実行行為を「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という概念で判断する。

第二款　共犯論における展開

以上の論点を踏まえ、さらに「共犯行為」、「共犯処罰の根拠」、「共犯の従属性」という伝統的な争いについて要約してみよう。

まず、結果無価値を中核として、行為無価値を加味する正犯概念は「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という基準を通じて判断するため、このような行為だけが共犯現象において正犯の実行行為となり、「二次的責任」[19]の類型としての共犯の判断についても同じ基準で行うとするが、検討すべきところは共犯がどのような行為で正犯に働きかける、または助力を与えることにより間接的に法益侵害を実現しうるかということである。次には共犯の処罰根拠については、因果的共犯論こそが刑法の謙抑性を強調するものであり、刑法の任務は法益の保護にあるとする立場から見ると、結果無価値の概念に合致すると言える。また、

[19] ここでの「二次的責任」とは法益侵害惹起の態様および責任追及という視点から観察するものである。すなわち直接的な法益侵害の惹起としての正犯は「一次的責任」であることに対して、正犯を通じて間接的に法益侵害を惹起するとしての共犯は「二次的責任」というものである。詳しくは、山口・前掲注（１）307頁以下参照。

共犯の本質は、各則の構成要件に含まれた禁止・命令を共犯者が個人で侵害する点にあるのでなく、むしろ個人では侵害しえない点にあり、共犯規定は、各則の構成要件と結びついてその適用範囲を拡張するので、共犯は当然に他人が各則の構成要件に含まれた禁止・命令を侵害することを前提としている[20]。そのため、共犯は正犯に従属することになり、共犯の不法内容も正犯行為の不法内容によって定まるので、正犯行為に対して構成要件該当性と違法性を要求する混合惹起説かつ要素従属説を採用すべきである[21]。

第三項　比較法的な分析

第一款　歴史的な背景

1912年中華民国暫行新刑律時代と1928年中華民国旧刑法時代が経ち、1935年中華民国刑法は、当時の日本刑法理論の影響を受けており、客観主義刑法理論を基礎づける刑事立法であったが、教唆の未遂を処罰する主観主義刑法理論の跡も見られた[22]。しかし、2005年刑法総則改正においては、客観的犯罪行為の処罰を重視することを明示し、行為者の社会的危険性の徴表に対する処罰である共犯独立説を理論根拠とする教唆の未遂に関する処罰規定が削除されたことにより、主観的共犯論を脱却し、全面的に客観的共犯論を採用した。しかし、それでも第28条共同正犯の改正理由により依然として共謀共同正犯への処罰を認めている[23]。ところで、中華民国刑法の立法経過と法改正を見れば、日台両国の刑法の立法モデルと法理論はかなり類似している。その一方、歴史的な視座で観

---

[20] 大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）147頁。

[21] 山口・前掲注（1）314頁以下参照。

[22] 1935年中華民国刑法第29条第３項：「被教唆者が犯罪に至らざると雖も，教唆犯は仍ほ未遂犯を以て論ずる。但し教唆した罪に未遂犯を処罰する規定がある場合に限る。」

[23] 台湾での共謀共同正犯の代表的な肯定見解は1965年の司法院大法官会議釈字第109号解釈である。本稿第四章第二節第一項第一款参照。

察すると、中華民国大理院時代（1906年-1927年）[24]と中華民国最高法院時代（1928年-1949年）[25]と台湾最高法院時代（1949年-）[26]を経て、各自の時期に裁判官と学者の見解が食い違い、また裁判官と学者自身の経歴によって考え方が変わっており、特に留学経験の有無及び留学先の違いにより法律に対する解釈と法律の適用に影響を与えた[27]。

第二款　考察の対象としての実務的見解

一、台湾の実務的見解の類型

（一）司法院大法官会議解釈（釈字解釈）

現在、台湾の憲法解釈は司法院大法官審理案件法に依拠し、司法院大

---

[24] 1906年に清国は「大理院審判編製法」を公布し、翌年に大理院官制が正式に施行され、大理院が清国における最上位裁判所と規定され、総検察庁があわせて設置され、それは最高法院の前身となった。1911年辛亥革命が勃発して中華民国が成立したが、社会はまだ混乱状態であったため、清国の大理院制度を踏襲し、1912年２月10日北京で大理院が成立され、当時の最上位裁判所であり、上告審の審理及び法令の統一解釈の権限を有していた。大理院の設置の経過については、黄源盛『民初大理院與裁判』（元照、2011年）41-48頁参照。

[25] 1927年に国民政府が首都を南京に定めた際、翌年大理院を最高法院と改変し、同年10月17日南京で最高法院が成立し、10月25日「国民政府最高法院組織法」を制定し、最高法院を中華民国における最上位裁判所と定め、11月５日南京最高法院は訴訟業務を正式に受けてから、北京最高法院の訴訟業務が終え、ここまでに大理院が終止符を打て、最高法院が正式に成立された。最高法院の設置の経過については、黄源盛・前掲注（24）41-48頁参照。

[26] 1949年３月、司法院の移転に伴い中国広州に移った。同年８月に国民政府が台湾に移転を伴い、台湾台北市重慶南路の司法大廈内に移転した。1992年３月23日、現在地の台北市長沙街に移転した。

[27] 例えば、因果関係の認定について、最高法院判例と学説の多数は相当的因果関係説を採用するが、近年来の最高法院判決は、ドイツに留学ないしドイツでの研究の経歴を有する学者の影響を受けて、ドイツで通説的地位を占める客観的帰属論で因果関係を判断する。相当的因果関係の代表的な判例は最高法院民国76（1987）年度台上字第192号判例、客観的帰属論の判例は最高法院民国102（2013）年度台上字第310号判決など。

法官会議を通じて「解釈文」という形式で憲法解釈を作成している。その中の、違憲法令審査制度は、法令が憲法に違反するか否か、及びその前提である憲法の規定と憲法上の原則の意味を釈義するについて、抽象的審査制で法令の合憲性を審査するものである。また、法令統一解釈制度は、憲法機関である五院（行政、立法、司法、考試、監察）間又は上下関係のない機関の間において同一の法令の意味や適用の仕方等に関する見解が異なる場合に、その法令の意味等に関する統一見解を示す解釈である。そして、大法官解釈の効力について、同院の1984年の釈字第185号解釈によれば、人民及び各機関に対して法的拘束力を有することが判示された。すなわち違憲審査としての解釈は憲法との同じ効力を持ち、法令の統一見解としての解釈は法律と同じ効力を持つ[28]。よって、解釈の拘束力及び論理の変遷に基づき、釈字解釈は考察の対象とする必要があると思われる。

（二）判例と判決

台湾では「判例」と「判決」は厳格に区別されている。「判決」は単なる個々の事例における裁判官の法的判断であるが、「判例」とは、法院組織法第57条により、最高法院及び最高行政法院（最高行政裁判所）が判決先例の中で、法的見解が代表的なもので下級審法院（裁判所）に従わせる必要があると認められるものを厳選して編選したものをいう。すなわち「判例」は、過去の判決より重要な法律見解を抜粋し、未来の異なる事実にも適用できるよう抽象化されたものであり、下級審法院にお

[28] 司法院大法官会議解釈に関する詳細は、蔡秀卿＝王泰升編『台湾法入門』（法律文化社、2016年）57頁以下［蔡秀卿］、楊日然「中華民国大法官会議の組織と機能」ジュリスト999号（1992年）98頁以下参照。なお、2018年12月18日、憲法訴訟法を可決し、70年以上に渡った憲法解釈制度の実施機関である「司法院大法官会議」は、違憲法令審査と法令統一見解の審査を全面的に司法化・裁判化・法廷化にして「憲法法廷」に改める。将来、新設の憲法法廷は具体的審査制を採用し、憲法解釈と判断の形式は「判決」を以って宣言することになる。そして、憲法解釈の全面的法廷化という大きな変革に応じられるため、憲法訴訟法は2022年１月４日から施行されることが予定されている。

いて法的拘束力がある[29]。

ところが、常に批判された台湾に特有な「判例」制度[30]は、既に「裁定」を通じて法的見解の統一を求める「大法廷」制度へと改制された[31]。しかし、「大法廷」制度が施行される以前、既存の「判例」には相当な拘束力がまだ存在していた一方、現在「大法廷」制度が施行された後、参考にできる判決全文のない既存の判例はその適用を停止しなければならないので[32]、適用停止されない判例は編選されなかった最高法院の裁判例と同じ拘束力を持つとされ[33]、その効力が命令に相当すると解されたので[34]、一旦判決に憲法違反の恐れがある判例が引用された場合、国民は大法廷制度が施行された後の三年内に、確定した終局判決が引用した判例または決議に憲法違反の疑義が発生する場合にも憲法解釈を申立ることができることになった[35]。

---

[29] 1978年の司法院大法官会議釈字154号解釈は「判例は変更される前にその拘束力があり、各級法院の裁判の依拠にすることができる」として、「それは法律または命令に相当する」と解する。

[30] 判例に対する最大の批判として、最高法院及び最高行政法院は事実上法律の解釈・適用を越えて立法行為を行っており、それは憲法違反の恐れがあると指摘される。すなわち判例は具体的事例から簡約な法的見解を抜粋し、一般化・抽象化し、下級審法院を拘束できるため、上級審法院の事実に関わらない純粋な法的見解が下級審法院の個別事件に対する法的見解を拘束することとなり、たとえ法的見解の統一を達成するためであるとしても、このような立法権的性格を帯びる行為は、憲法や法律にのみ拘束されるはずの下級審法院の裁判官を干渉するようになってきたということである。よって、法的安定性の維持や民主主義の要請に基づき、具体的事例から逸脱する判例制度の存在には大きな憲法上の問題点が残っている。なお、蔡秀卿＝王泰升編・前掲注(28)33頁［蔡秀卿］もこの点を指摘する。

[31] 2018年12月７日、台湾の立法院（国会）は法院組織法改正案や行政法院組織法改正案を可決し、百年の歴史を持つ「判例」制度が正式に廃除された。なお、「大法廷」制度が既に2018年７月４日から施行された。

[32] 法院組織法第57条の１第１項、行政法院組織法第16条の１第１項及びそれらの改正理由参照。

[33] 法院組織法第57条の１第２項、行政法院組織法第16条の１第２項参照。

[34] 1995年の司法院大法官会議釈字374号解釈理由書参照。

[35] 法院組織法第57条の１第３項、行政法院組織法第16条の１第３項参照。

よって、歴史的観点から見ると、適用停止された判例を裁判官が援用できないとしても、過去の最高法院の論理の変遷も考察の対象とすることになる。一方、先例拘束性の観点から見ると、適用できる判例は相当な拘束力がまだ存在しているため、考察の対象として取り上げる必要があると思われる。

（三）最高法院決議

最高法院は類似する事件が多数係属している場合、法廷により異なる法的見解が下されることを避けるために、最終審法院において統一的な法的見解を決定するという司法実務の慣例がある。これを「最高法院決議」という[36]。すなわちそれは裁判官による法院内部の会議で具体的な法律問題を議論してから得た結論であり、各審の裁判において法的拘束力はないが、事実的拘束力がある[37]。そして、「決議」制度は「判例」制度と同じ、「裁定」を通じて法的見解の統一を求める「大法廷」制度に改制されたとしても[38]、既存の「決議」は過去の最高法院による統一の法律見解を代表し、相当な拘束力がまだ存在しているため、考察の対象とする必要があると思われる。

（四）司法院院（解）字解釈

院（解）字解釈は、憲法が施行される以前、1928年中華民国訓政時期の《国民政府司法院組織法》第３条により、司法院院長が最高法院院長及び所属する各廷廷長会議において議決した後、法令統一解釈権及び判例変更権を行使して作成したものである。また、2018年の大法官会議釈字第771号解釈によれば、院（解）字解釈の性質は、司法院が当時の法令により、最高司法機関の地位で、関連する法令の統一解釈について発布した命令であり、大法官が憲法により作成したものではないので、裁判官が審判時に院（解）字解釈を引用できでも、法律により適宜異なる見

[36] 法院組織法第78条、最高法院処務規程第32条参照。

[37] 1995年の司法院大法官会議釈字374号解釈理由書参照。

[38] 2018年12月７日の法院組織法改正案や行政法院組織法改正案において、「決議」制度は「判例」制度と共に廃除された。

解を示すことができ、それに拘束されないと示している。

（五）参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足りる裁判

「大法廷」制度が施行される以前、「判例」制度は常に批判されており、2007年以後、新しい判例がすでに公布されなかった[39]。その代りに2012年より最高法院は「参考の価値のある裁判」[40]を公布することになった。一方、台湾高等法院とその所属法院は、2015年より「参考の価値のある裁判」を編選し始め、さらに2018年より「討論に資するに足りる裁判」をも編選の範囲内に納めた。ところが、「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」は「判例」と同様に法的拘束力を持たず、一般的な裁判例と比較しても、より高い事実的拘束力を持たない、むしろ裁判所が後続の類似の具体的事案において、ある裁判例を反覆して引用することによりその拘束力の程度が決まるため、編選されたか否かは裁判例の参考のための価値に影響を与えず、ただ裁判所の示した当時の法的見解であるか否かにすぎないと理解すべきである。また、判決理由は当該事件の具体的事実がある程度、抽象化された重要な事実を前提としてその法律効果を述べるものであり[41]、その拘束力も事実から離れて存在するわけではないので、「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」における裁判理由から一部抜粋した「裁判要旨」は、判例のような拘束力を持っておらず、あくまで判例を発見するために索引的価値しか持っていないものである[42]。そして「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」の編選基準については、「事実認定と法令適用が詳細、確実、適切で参考にする価値がある」[43]及び「法的見解は参考にする価値があり、且つ最高法院及び高等法院の法律座談会がそれに関連する見解を示したことがない、或いは討論に資するに足

---

[39] 2007年に公布された最高法院民国94（2005）年度台上字第4929号刑事判例は、最高法院が公布した最新且つ最後の刑事判例である。

[40] 英米法の「leading case」又は「指導的な裁判例」に相当する。

[41] 中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、2009年）41-42頁参照［中野］。

[42] 中野編・前掲注（41）30頁［中野］。

[43] 司法院確定裁判書類審査実施要点第６点参照。

りる」[44]という基準から見ると、裁判に関する社会的背景の変化及び法律的判断の変遷の過程と適用状況を迅速に把握できると思われる。

二、考察対象の特定

以上のように、一般的にいわゆる台湾の実務的見解は、抽象的違憲審査としての司法院大法官会議「釈字解釈」、判決理由が抽象化された最高法院「判例」、具体的法律問題の議論から得た最高法院「決議」、判例ではない一般的裁判例、最高法院及び高等法院とその所属法院が編選した「参考の価値ある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」、及び命令に相当する司法院「院字解釈」を包含するものである。その以外にも、高等法院以下及び所属法院法律問題座談会による提案と研究結果もよくみられる実務的見解である。しかし、先例拘束性の原理の観点から見ると、価値のある実務的見解の分析とは、狭義の司法機関、すなわち裁判所による類似の具体的事案における事実の認定と法令の解釈に対して、長く蓄積された法律的判断の変遷の過程と適用状況を帰納的推論を行うことにより、将来、類似事案が発生した場合、その社会的背景の変化を考慮しつつ、過去の事案と比較して異同を見出し、先例の法律的判断の適用の可否及びその適用範囲の大小を予測するということである。そのため、具体的事例を伴う判決理由が抽象化されていない一般的裁判例こそが分析対象としての実務的見解を示すものなのである。[45]

ところが、既に「大法廷」制度と改制された「判例」と「決議」制度について、「判例」は歴史的観点から見ると、適用が停止された判例を裁判官が援用できないとしても、過去の最高法院の論理の変遷を考察する価値があり、先例拘束性の観点から見て、適用できる判例は相当な拘束力がまだ存在しているため、考察の対象とする必要があり、また既存の

[44] 台湾高等法院暨所属法院具有参考価値裁判書類審査実施要点第６点参照。

[45] 本稿が引用する「参考の価値のある裁判」或いは「討論に資するに足りる裁判」は、台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料檢索系統（https://law.judicial.gov.tw/）」で検索して得たものである。（最後閲覧日：2021年３月10日）

「決議」は過去の最高法院による統一の法律見解として、相当な拘束力がまだ存在しているため、考察の対象としての価値があると思われる。よって、現時点で法的見解の統一及び下級審への拘束に対して相当の影響力がまだ存在しているので、現存の「判例」と「決議」も本稿の分析対象となる[46]。

また、最高司法機関としての司法院による「釈字解釈」と「院（解）字解釈」について、前者は違憲審査による法的見解として全ての機関に拘束力があり、後者は憲法施行前の訓政時期の産物として裁判官を拘束せずに、命令に相当する効力があるが、理論の変遷の観点から見るとやはり考察の必要があると思われる。これに対して、その以外の具体的事例を伴わない実務的見解、すなわち法律問題座談会による提案と研究結果などは本稿の考察の対象ではない[47]。

第三節　本稿の位置付け及び展望

本稿は、影響力がますます強くなってきた行為支配説を採用せず、実行行為と規範論という視座で正犯概念の明確化･具体化を議論する上で、罪刑法定主義・行為主義の要請と個人の権利の保障としての刑法の基礎原則に対応するため、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」の基準を通じて正犯行為が制限的に特定されると主張するものである。当然、正犯の一種としての間接正犯も以上の基準に従って制限される。よって、その評価の重点は背後者の利用行為が「定型化された法益に実

[46] 本稿が引用する「判例」と「判決」は、大理院判例は大理院編輯處編『大理院判例要旨匯覽第二卷』（大理院收發所、1919年）、同『大理院解釋例要旨匯覽第二卷』（大理院收發所、1919年）、朱鴻達編『大理院判決例全集』（上海世界書局、1933年）及び黃源盛編『大理院刑事判例輯存』（犁齋社、2013年）に掲載されるもの、最高法院判例と判決及び決議は台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料檢索系統（https://law.judicial.gov.tw/）」で検索して得たものである。（最後閲覧日：2021年３月10日）

[47] 本稿が引用する「釈字解釈」及び「院（解）字解釈」は、台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料檢索系統（https://law.judicial.gov.tw/）」で検索して得たものである。（最後閲覧日：2021年３月10日）

害を与え得る危険な行為」に該当するかどうかにある。

一方、このような判断基準に対して、ある抽象的概念によって他の抽象的概念を分析することは不必要であるという批判は予想できる。そのため、日本と台湾の学説と事例を考察することを通じ、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」に対して、さらなる明確的かつ具体的な解釈にアプローチし、その考察から得た具体的な解釈に基づき、間接正犯をめぐる日台学説の異同という比較法的な研究成果を導出することができると思われる。

第二章　正犯論における実行行為概念

日本の刑法総則において「実行」の文言を含む規定を展望すると、第43条前段未遂犯「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減軽することができる」、第60条共同正犯「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」及び第61条教唆犯「人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する」、以上、３つの規定がある。これをまとめると、原則的に犯罪の可罰性の始点は実行行為の着手にあり（第43条）、犯罪を実行した者は正犯と扱われ（第60条、第61条）、「正犯＝実行行為者」という文言解釈が可能である[48]。そして、このような文言の理解をめぐって、学説は形式的観点、法益侵害危険性の観点、社会的相当性の観点、或いは行為者の犯罪最終的実現意思の観点など、実行行為概念をさらに再定義しようとする一方、実行行為概念批判論も有力な見解になってきた[49]。

そこで、以下では、まず実行行為概念に関する学説を概観し、次に規範論の観点で分析し、そして実行行為性の判断基準を示した上で、判例

[48] ところで、各論には、第168条の２不正指令電磁的記録作成等の罪と第207条同時傷害の特例と第228条の３身代金目的略取等予備罪、３つの犯罪類型が規定されているが、それぞれ立法目的を見ると、第168条の２は主観的目的に関する規定、第207条は暴行と傷害の間の因果関係に関する挙証責任の転換の規定、第228条の３但書は予備罪の特別的減免に関する規定として、ここにいう「正犯＝実行行為者」は推論できないと思われる。

[49] 本章第一節第二項第一款参照。

の検討によって実行行為概念を明確にしていきたい。

第一節　従来の実行行為概念とその問題の所在

第一項　実行行為概念の概観

第一款　いわゆる実行行為概念の由来

実行行為概念を導入したのは小野清一郎であるとされている[50]。小野は構成要件理論を明らかにしつつ、「犯罪の構成要件に該当する行為」を実行行為として定義した[51]。小野は、行為を意思の外部的実現として客観的・身体的動静に定義したが[52]、行為それ自体は単なる心理的・物理的過程でなく、法律学的概念というものであり、構成要件の中核的要素として考えるべきであると論じた[53]。よって、「構成要件の充足に関する理論的考察に於て重要なるは第一に『実行行為（Ausführungshandlung）』の概念である。『実行行為』とは、法律上の構成要件に該当する現実の行為をいふべきである」ということに基づき、刑法において「実行」という文言を用いる未遂犯及び共犯の規定にも、以上のような実行行為の概念について統一的に把握すべきであると主張した[54]。すなわち、構成要件該当性の段階で、実行行為概念を未遂と予備の限界及び正犯と共犯の区別という判断枠組に導入したのである。また、小野によれば、構成要件は刑罰の規定の解釈によって決定された当罰的な行為という見地において定型化され、根本的に「規範的」性質を帯びた意味形象というものである[55]。そして、構成要件は「違法で且つ道義的に責任のある行為を類型化した観念形象（定型）で、刑罰法規において科刑の根拠として概

[50] 奥村正雄「実行行為概念について」大谷實喜寿『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011年）141頁以下参照。
[51] 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1948年）99頁。
[52] 小野・前掲注（51）93頁。
[53] 小野・前掲注（８）233頁以下参照。
[54] 小野・前掲注（８）235頁。
[55] 小野・前掲注（８）214頁、225頁参照。

念的に規定されたものである」と主張して[56]、そのような当罰的な行為は「違法性及び道義的責任の理念」から求められる[57]。よって、事実の構成要件該当性の判断は「特殊的・法律的な概念に対する現実生活上の事実の『当嵌め』の問題である限り、各個の構成要件の内容を明からにし、且つ之に当嵌むべき事実関係を明かにすることによって解決すべき問題」を構成要件充足の問題とするため[58]、「法律上の構成要件に該当する行為現実の行為」とされる実行行為は、その判断も構成要件による「当嵌め」の問題になると考えられる[59]。

このような「当嵌め」の判断では、それぞれの構成要件の観念的内容を解釈して出来る限り具体的ならしめると同時に、事実関係を直観で抽象化して確定し、それを三段論法的に判断することである[60]。すなわち、それぞれの構成要件において予想された事実の範囲の判断は、それぞれの構成要件的事実の全体の人倫的・社会的意義及び刑罰法規における評価の問題という観点を考える上で、行為者の意思と行為と結果を通じて直観的に行われるのである[61]。よって、実行行為の判断は、事実関係を人倫的･社会的意義及び刑罰法規の評価の問題によって直観的に確定し、それぞれの具体化された構成要件の観念的内容に合致するかどうかというものである。

しかし、このような「直観」的な「人倫的・社会的意義」のある実行行為概念について、その概念自体は極めて不明確な概念であると批判されている[62]。小野説は、犯罪の実体は「倫理的行為＝違法且つ道義的責任のある行為＝構成要件行為」であり、刑法各本条の規定の構造において、前面に現れるのは構成要件、その背後の実体的な意味は違法性及び道義

---

[56] 小野・前掲注（８）11頁。
[57] 小野・前掲注（８）426頁。
[58] 小野・前掲注（８）234頁。
[59] 小野・前掲注（８）235頁。
[60] 小野・前掲注（51）98頁以下参照。
[61] 小野・前掲注（８）130頁。
[62] 高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）12頁。

的責任であると主張した[63]。そしてその違法性及び道義的責任とは「倫理的、軌範的な判断」であり、ここでいう倫理とは、「人倫的生活の事理であり、道理、道義であり、社会生活における條理」及び「文化軌範又は社会軌範」と理解される[64]。よって、構成要件行為を通じて理解される実行行為概念は、行為者の意思と行為と結果を含める事実関係の全体を直観的に判断する倫理的問題であり、すなわち「実行行為＝直観的な倫理的問題」という不確定な価値判断と考えられている[65]。

第二款　定型説

小野の旧派刑法学理論を承継した団藤重光は、基本的に小野説の構成要件理論を受け続き、構成要件に該当する行為は実行行為であると主張した[66]。詳しく言うと、団藤は、人道主義・自由主義的見地から刑法の保障機能を持つ罪刑法定主義に基づき、構成要件を形式的・定型的なものであるとしての定型説を提唱し[67]、そして構成要件該当性の判断の対象とする行為は、行為者人格の主体的現実化とみられる身体の動静であるが[68]、行為が構成要件該当性を持つ時に初めて刑法の評価対象になるとする[69]。すなわち、団藤のいう定型説は、人格の主体的現実化としての行為が保護法益を基準に当該構成要件の予想する定型に当たるかどうかにより判断する考え方に基づき、犯罪を実行する者、すなわち基本的構成要件該当事実を実現する者が正犯であるとする[70]。

団藤の構成要件の定型性による実行行為性の判断は、まず当該構成要

---

63 小野・前掲注（８）19頁。

64 小野・前掲注（８）20頁。

65 平野・前掲注（11）24頁以下は、このような犯罪を「全体として」考察しようとするすなわち「全体的観察」の考え方は、主観主義に陥ってしまう危険があり、刑事司法を直観的・感情的なものにする危険を孕むことになると批判する。

66 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第３版、1990年）139頁。

67 団藤・前掲注（66）47頁。

68 団藤・前掲注（66）104頁。

69 団藤・前掲注（66）139頁。

70 団藤・前掲注（66）139頁、154頁、372頁以下参照。

件の定型性を見出すことである。犯罪構成事実と構成要件該当性とを区別した上で、構成要件該当性の判断とは一種の抽象的・定型的な基準による規範的価値判断であり、このような構成要件の定型性は、文言解釈を重視し、保護法益の種類とその侵害の態様及び常識・社会心理的基礎とする社会通念が基準になり、構成要件の規定の解釈の問題とされるのである[71]。次に、犯罪は、行為者にその刑罰的非難を帰することができるものとし、構成要件該当性と違法性と責任の判断については行為に遡らなければならない。そのため、行為者人格の主体的現実化とみられる行為は構成要件該当性の判断の対象の基本的かつ不可欠要素であり、且つ刑法的評価の対象となる前の事実的問題である[72]。そして実行行為性の判断は、同じ「当嵌め」の問題であるとし、犯罪構成事実の一部である行為の構成要件該当性の判断によって行うことであるとしている[73]。

団藤の定型説は、人格的行為論に基づき、構成要件該当性の判断に入る前に刑法的評価ができる行為を選び出し、保護法益と社会通念を通じて文言解釈した構成要件の定型に、このような行為を「当嵌め」ることである。しかし、行為者人格の主体的現実化という概念で、どのような人の身体の動静を排除するかについて、明確ではないと批判された[74,75]。

---

[71] 団藤・前掲注（66）121-131頁、171頁参照。

[72] 団藤・前掲注（66）104-105頁。

[73] ただし、団藤・前掲注（66）123頁は、構成要件、犯罪構成事実、構成要件該当性及び構成要件の充足を区別する上、ある事実が構成要件に該当していても構成要件を充足しなければならないことを指摘する。

[74] 内藤謙『刑法総論講義（上）』（有斐閣、1983年）155頁。

[75] 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）109頁は、人格的行為論に対して、「主体的」と「倫理的」であることを「有責な」ことと同義に思われて、行為能力と責任能力も同じものであるので、責任無能力者の行為は不存在なものであり、且つ「現実化」の意味もはっきりにしないと批判する。同旨、内藤・前掲注（74）155頁。この批判に対して、日沖憲郎「人的行為概念」団藤重光古稀『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』（有斐閣、1983年）119頁以下は、主体性は責任判断の対象ということであり、避難可能性としての責任とは個別な問題であり、また「現実化」とは外界に実現されること、すなわち「人の身体の動静」があった場合で人格現実化と認められると反論する。同旨、大塚仁「人格的行為論について」団藤古稀・同前書134頁以下参照。

行為の定型性の判断は、具体的な状況において、客観的事情の外観に基づかなければならないと同時に、行為者の主観をも考えなければならないので[76]、人の身体の動静がその背後においてその者の主体的な態度と結びつけるものとしての行為に対し、判断のポイントは行為者の主観に重点を置いても、保護法益と社会通念を通じて判断するため、おそらく小野説と同様の批判を避けることができず、「実行行為＝直観的に社会通念をもつ行為者人格の主体的現実化」という不確定的な価値判断になるものと思われる[77]。

第三款　法益侵害の危険性の考え方

これまで見たように、小野説と団藤説の実行行為概念は不確定的な価値判断になるという批判を避けられないと思われるため、平野龍一は結果無価値的な考え方に基づいて、「定型」とは、結果に対して因果関係のある行為を一定の型に限定しており、且つ結果発生について実質的あるいは一般的に危険な行為を定型化していることであると論じた[78]。すなわち「定型」は法益侵害に対する実質的な危険のある行為に限定することである。平野は実行行為概念について明確な定義をしなかったが、ある事実関係において行為と結果及び因果関係を認定することにより、実行行為を捉えようとする。つまり、刑法が判断するべき行為は、できるだけ価値的・主観的な要素を織り込まず、客観的・事実的であるべき

---

[76] 団藤・前掲注（66）171頁。

[77] 平野・前掲注（75）101-102頁は、定型性という概念に実質的な内容を持たせるとなると、おそらく行為の通常性ないし歴史性であると考えたが、個案事実関係において構成要件の各要素に該当するならば、その方法がいかに異常であり、前例のないものであったとしても、構成要件該当性を否定すべきではなく、漠然とした定型性という概念に頼る必要はないのであると指摘する。また、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第５版、2019年）92頁は、定型をもって単なる社会通念ないし社会心理的な概念であるというように考えると、その内容はかなり漠然としたものになってしまい、定型の中身が必ずしも明確ではないと指摘する。

[78] 平野・前掲注（11）31頁以下参照。

であり、且つ刑罰と保安処分はともに行為の存在を前提とするので、行為概念は単に人の身体の動静を基準とすることが妥当であるとし[79]、また、因果関係について、「行為と結果との間」の関連と定義し、客観的相当因果関係説によって判断すると主張した[80]。そして法益侵害の結果との間の相当因果関係がある人の身体の動静には、具体的危険説を基準としてその行為の危険性を判断することであるとした[81]。よって、平野による実行行為は「法益侵害の客観的な危険性のある行為」ということになる。

以上の結果無価値及び法益侵害の危険性という考え方を踏まえ、実行行為概念の実質化を図り、さらに事前判断による行為危険説と事後判断による結果危険説を大別してみよう。

一、行為危険説

この見解は、「刑法の目的は、法益保護と人権保障との調和を通じて社会秩序の維持を目指すことにある」[82]ため、それを達成するには、まず構成要件の行為規範機能から見て、「社会一般の者にとって法益侵害の危険を有する行為を類型化し、それを構成要件として刑罰法規に明示し、国民に対し命令・禁止する必要がある。これによって、構成要件は行為規範として、行為を規律し、法益を保護する機能を有することになる」[83]とする。一方、構成要件の裁判規範機能から見て、「構成要件によって明示された法益侵害の危険を有する行為が行為時に認められない限り、いかに処罰に値する行為であっても犯罪とはしないとする必要がある。これによって、構成要件は裁判規範として、国民の自由を保障することになる」[84]というものである。そして「構成要件は、社会通念にした

---

79 平野・前掲注（75）113頁。
80 平野・前掲注（75）140頁以下参照。
81 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）314頁以下、325頁以下参照。
82 大谷實『刑事司法の展望』（成文堂、1998年）68頁。
83 大谷・前掲注（82）68頁。
84 大谷・前掲注（82）68頁。

がって処罰すべき行為を類型化したものと考えるべきである以上、当該構成要件が予想する結果発生の現実的危険という観点から、社会通念に従って実行行為を確定すること」とし[85]、「実行行為を確定して構成要件に該当する行為の存否を判断する必要があることは当然であろう」[86]と主張する。故に、この見解は、事前判断による結果発生の類型的・現実的危険性を有し、形式的・実質的に構成要件に該当する行為が実行行為であると定義する[87]。そうすると、構成要件の行為規範・裁判規範という刑法の機能的な側面から、因果関係を判断する前に、当該行為が法益侵害又は構成要件的結果の現実的危険性を有するか否かという実行行為性の確定が必要になる[88]。また、結果発生の現実的危険性の判断には、客観的な危険に対する一般人の危惧感に基づいて行うべきだと主張する[89]。

行為危険説には、主に①「実行行為」を抽象的に取り上げてその危険性を論じる意味がないこと[90]、②実行行為概念必要説の中の因果関係認識不要説は因果関係の認識の要件を誤って放棄したが、その代わりに同じ内容を「実行行為性の認識」と要件として取り込むこと[91]、③未遂犯における行為時を着手時点とすること、及び共同正犯は実行行為を分担しなくて成立するとして共謀共同正犯を認めることについて、実行行為が基準として機能していないこと[92]、④一つの事象において危険は様々の程度・階段があり、その中に法益侵害の現実的危険を要求しても、実行行為の画定としての明確な基準ではないことであり[93]、⑤因果関係の起点として「実行行為」を要求するのは因果関係の判断に有害であるこ

---

85 大谷・前掲注（82）69頁。
86 大谷・前掲注（82）68頁。
87 大谷・前掲注（77）122頁。
88 奥村・前掲注（50）146頁。
89 大谷・前掲注（77）122頁。
90 高山佳奈子「『実行行為』概念の問題性」法学論叢162巻6号（2008年）209頁。
91 高山・前掲注（90）210頁。
92 高山・前掲注（90）210頁。
93 中森喜彦「実行行為の概念について」鈴木茂嗣古稀『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）192頁。

と[94]、という批判が存在している。行為危険説は、もともと定型説は不確定的な価値判断になるという批判を避けるために、「結果発生の現実的危険性」を通じて実行行為性を判断するとした論理であるが、上述の①、④、⑤の批判からは、現実的危険性の存否の判断には他の補助的・個別的判断基準が必要であると思われる。例えば、行為時の「具体的状況」、「行為計画」、「結果との場所的・時間的密接性」、「経験的に予測可能な範囲内の結果」などに基づき、現実的危険性を更に特定しなければならない[95]。

---

[94] 高山・前掲注（62）13頁。

[95] 行為危険説の批判に対して、奥村・前掲注（50）149頁以下は、①「実行行為性の存否の判断は、規範的であって、社会生活上許容できない危険な行為のみを刑法により禁圧の対象にするための作業であり、具体的状況により危険性が変わりうる」ため、抽象的に取り上げてその危険性を論じるわけではない。②因果関係の錯誤は故意を阻却しないようにするために、構成要件要素である因果関係の認識を不要としてそれが「実行行為性の認識」に取り代わられるとするから、逆に刑法第38条第１項に従って故意犯の成立には構成要件要素である因果関係の認識が必要であると解すれば、「実行行為性の認識」が不要であることになる。だが、実行行為必要説と因果関係認識必要説は多数見解において両立できるとし、実行行為の認識を「事前からみた結果発生の現実的危険性のある行為を行う意思」と解し、因果関係の錯誤の事例において、事前判断による実行行為性は故意論で解決されるべきではない。③間接正犯・離隔犯における実行の着手の時点について、「実行行為の開始＝実行の着手とする（行為犯説）」が基本とされ、構成要件的結果発生の現実的危険性は事前判断による行為の危険性を要求し、「結果発生の現実的危険性は、切迫した状態までは必要ではなく、結果発生の確実性･自動性があれば肯定されることになる」と解し、個別化説を採用して行為時基準を維持することになる。また、共謀共同正犯について、「共同実行の意思の下に、互いの行為の相互利用・補充関係により、犯罪結果を実現した以上、実行行為を分担する場合であると、実行行為に向けて行為を共同する場合であることを問わず、『すべて正犯』となる」という包括的正犯説を採用し、共謀の事実関係において相互利用・補充関係により犯罪意思を実現する謀議は「実行に準ずる重要な役割を果たす性質」を有しているのが必要であると解する故、実行行為を基準として機能を発揮することになる。④法益侵害の現実的危険性により実行行為の範囲を、「当該行為がもたらす既遂結果発生の現実的危険性の判断基底として、故意だけではなく、行為計画を

二、結果危険説

この見解は、これまで述べた見解と同様に、犯罪判断における実行行為概念を維持すべきであることを認めるが、特に結果無価値の見地から、危険性を事後的・客観的に判断する。このような事後判断の立場に基づく見解には、更に構成要件該当行為の定型性を重視する見解、及びその法益侵害危険結果の帰属を重視する見解が存在している。

前者は、「意思的要素を排除した社会における外界の影響を及ぼす方向にある人の外部的態度」を行為論における行為として[96]構成要件該当行為の判断を行っており、且つ「『実行の着手』における『実行』については、それが処罰の限界を画する概念である『実行の着手』の中で用いられていることからみて、また、『切迫した危険』の概念も必ずしも明確でないことからみて、条文の文言に制約された『実行』＝構成要件該当行為という形式的限定は必要である」と称し[97]、その実行行為の実質的内容は「一定の結果発生の可能性、すなわち危険性にある」と主張する[98]。この見解は、実行行為に基準としての意義を認めうるが、結論として定型説に対するのと同じ疑問が向けられる[99]。また、その「一定の結

も考慮し、既遂結果発生との場所的・時間的密接性からみて、結果実現が経験則上可能かどうかにより判断されるべき」という観点で画定する。⑤因果関係の判断について、ここでのポイントは当初の行為が結果発生を直接に惹起し得る危険性の有無にある。即ち「刑法が行為規範としての機能から行為を禁圧して避けようとする結果は、行為時からみて経験的に予測可能な範囲内の結果であるといえるから、因果関係の起点としての行為の実行行為性の確定が必要である」ため、実行行為から結果に至る因果の流れが行為時からみて経験則上予測できるのであれば、予測不可能な偶然の介在事情があっても、因果関係が肯定されることになるという相当因果関係説の判断枠組は依然として維持すべきであるとする。よって、上述の反論によれば、現実的危険性の判断にはまだ他の判断的要素がなければならないと示している。

[96] 内藤・前掲注（74）164頁。

[97] 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1224頁。

[98] 内藤・前掲注（74）201頁。

[99] 高山・前掲注(90)211頁。なお、高山は、文理解釈による制限は「行為」のほか、「結果」「身分」「構成要件的状況」などのあらゆる要素に当嵌めのことであるか

果発生の可能性」又は「危険性」の概念自身が明確ではないため、当該行為と一定の結果発生との間における関係性の存否を事後的・客観的に判断すれば、単に結果の帰属の問題になると思われる。

後者は、「既遂結果発生の具体的危険即ち未遂結果と相当因果関係を有する行為が実行行為である」と主張する[100]。すなわち、結果無価値の見地からすれば、未遂犯が「既遂の現実的・客観的危険（具体的危険）」を惹起するという結果犯の一種とされる上[101]、行為による相当因果関係のある未遂結果が惹起した時点には未遂犯としての可罰性がはじめて生ずると解することにより、間接正犯や離隔犯など行為と未遂結果と間に時間的なずれが生ずる場合においてもその実行行為性の認定が可能であり、故に、実行行為と実行の着手が分かれることになると、未遂犯の場合にも実行行為と危険結果との間の因果関係の問題になり得ると考えられている[102]。しかし、この見解では、「未遂結果」「相当因果関係」「行為」の判断を別途行わなければならない以上、実行行為性の判断としてつけ加わるものは何もなく、起点となる行為が相当因果関係のある時に遡って『実行行為』と呼ばれることは、相当因果関係の判断以外に実益があるわけではなく、実行行為を空洞化させることになる[103]。また、刑法の行為規範性からすれば、刑法により禁止・命令の対象とする経験則上結果発生の現実的危険性のある行為であるかどうか、すなわち実行行為性の判断が因果関係の判断に先行すべきであることも指摘された[104]。

第四款　社会的相当性の考え方

これまで見たような結果無価値に基づく法益侵害の危険性を重視する見解に対し、行為無価値の論者は、規範の要求に反して行為したことを

ら、「実行」行為を特別の概念として立てる必要がないと指摘する。

[100] 西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』（弘文堂、第３版、2019年）87頁。

[101] 山口・前掲注（１）284頁、西田・前掲注（100）319頁、内藤・前掲注（97）1218頁以下など参照。

[102] 奥村・前掲注（50）147頁。

[103] 高山・前掲注（90）211頁。

[104] 奥村・前掲注（50）147頁。

犯罪の本質とし、「人間意思による因果的過程の支配・統制に重要性を認め、自ら設定した目的の実現に向けて因果的過程を支配・統制する目的追求活動として行為を把握する」[105]という目的的行為論の観点から、構成要件該当行為を「当該刑罰法規が国民に対する告知の要請に応えるため、かつ一般予防による法益保護のため、国民に差し向けた規範に違反する行為」とし、それが実行行為であると定義し、このような規範違反の法益侵害行為は、社会生活上許容されていない危険をもっており、「一般的な社会生活上のリスクを超え、かつ法が禁止しているリスクをともなう行為」であると主張する[106]。換言すれば、実行行為性の判断は、各時代の社会のあり方における「一般的生活危険」を越えたかどうかに基づいて決まることになる[107]。そして構成要件は違法な行為を類型化した違法類型であるとし、かつ法益保護のための行動基準の提示という点から見ると、「刑法上の行為規範とは、法益保護のために規範の名宛人に向けて提示された行動基準」であり、「違法性阻却事由は、広い意味での法益衝突ないし利益葛藤に状況において、これを正しく解決するための行動基準を与えるもの」であるので、構成要件と違法性阻却事由のそれぞれが同じ原理に支配されると解し[108]、そのような刑法規範における「社会生活上一般に許容されないリスク」の内容は、社会的相当性から推認し得ることになる。すなわち実行行為は「歴史的に形成された社会生活の秩序の枠内」から外れて社会的相当性を逸脱した法益侵害行為である[109]。

しかし、社会的相当性の犯罪論体系的位置はともあれ[110]、乗車させる

---

105 井田・前掲注（７）25頁。

106 井田・前掲注（７）46頁。

107 井田・前掲注（７）47頁。

108 井田・前掲注（７）133頁。

109 福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第５版、2011年）144頁以下参照。なお、福田は「社会的相当行為」を違法性の構成として犯罪論体系に位置づけるので、本稿は福田の「社会的相当行為」の解説を借りて「一般的生活危険」を説明する。

110 例えば、藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967年）68頁以下は、社会的相当行為を構成要件に該当しないと主張する。これに対して、福田平「社会的相当性」日本刑法学会編『刑法講座第二巻』（有斐閣、1963年）120頁は、社

ことや食事させることなどという「一般的生活危険」を例として挙げても、「結論を示すだけで、どのような場合に社会的相当性があるかの基準を明らかにしない」と指摘されている[111]。また、「一般的生活危険」の逸脱を判断基準としても、個々事実関係において、おそらく各罪の構成要件の文言に基づき実行行為性を実際的に認定することが必要であり、「定型性」と同じ問題に直面することになると思われる[112]。なお、目的的行為論には、故意犯と過失犯との規範違反性がそれぞれ異なるため、過失犯では故意犯と異なる実行行為概念を観念するとし、それらの規範違反性を事実の認識の相違に基づくとする理解は「純粋に内心的な事情によって違法性に差を求めるものであり、心情刑法を意味することにならないか」という批判もある[113]。

第五款　行為者の犯罪最終的実現意思の考え方

この見解は、故意作為犯における実行行為概念の中核は、「行為者の犯罪実現意思からみた最終的作為」に求められるとして、行為者の主観面から実行行為概念を拡張する一方、被害者利用という間接正犯の事案においては、「最終的作為に匹敵するような被害者の有する心理的障壁の除去ないし被害者に対する心理的拘束力をもたらす背後者の行為についても実行行為性を認めてよく、被害者に対する不当な干渉の過程全体が実行行為になる」として、このような「行為者の犯罪実現意思からみ

会的相当性は違法性阻却事由でありながら違法類型としての構成要件に解釈原理として影響を与えると主張する。

[111] 平野・前掲注（81）214頁。

[112] 例えば、井田良『講義刑事学・総論』（有斐閣、第２版、2018年）101頁は、実行行為に関して「構成要件に該当する行為のことを特に実行行為と呼ぶ。それぞれの構成要件は、特定の種類・態様の行為を予定しているが、それが実行行為である」と示し、且つ「実害を生じさせる一定程度の危険性を備えていること」を要求するので、実行行為の「一般的生活危険」が構成要件的定型性の内容の一部とされると思われる。

[113] 高山・前掲注（90）208頁。

た最終的作為」を限定すると主張する[114]。

すなわち、この見解は行為危険説の実行行為概念における法益侵害の現実的危険性の要求から切り離し、「行為者の犯罪実現意思からみて、既遂構成要件実現のためにはそれ以上の作為は不要という意味での最終的な作為が行われた場合にこそ、刑法が設定する心理的障壁が完全に乗り越えたことを示す態度は重い刑法規範違反性を帯びることに鑑みると、犯罪実現に向けた決断を完全に実現のものとする最終的な作為」を実行行為概念の中核に位置付け[115]、このような行為者の内面と作為が一体化した実行行為概念は故意作為犯に限定し、犯罪論の様々な場面を横断的に検討する[116]。また、「行為者の犯罪実現意思からみた最終的作為」を基準として、第三者利用による間接正犯において、第三者に欺罔・脅迫で働きかけるなど不当な手段を使い、当該第三者の心理的障壁を除去したり、心理的障壁を乗り越えさせるような心理的拘束を及ぼしたりした場合であっても、共謀共同正犯の処罰の範囲内での重い量刑をするのが可能である[117]。これに対して、被害者利用による間接正犯において、同じ基準にすると、自殺以外の局面では不可罰的な自己加害行為についての共同正犯、教唆、幇助という法令適用が考えられない点で処罰の隙間が生じる一方、刑法第199条、202条の法定刑の大きな差から見ると、被害者自身が自殺に向けた最終的作為を行っていても、なお第199条の法定刑が相応しい事案が考えられる、という処罰価値に応じた法令適用に問題が生じる[118]。そして、このような被害者利用と第三者利用の非対称性を認め、「犯罪実現意思からみた自ら行う場合に匹敵するような形で、被害者自身が自己を加害する最終的作為を行う過程において、被害者の有する心理的障壁を除去したり、被害者に対する心理的拘束力によってその心理的障壁を乗り越えさせたりした場合、その処罰価値にふ

---

[114] 樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）32頁。
[115] 樋口・前掲注（114）25-26頁。
[116] 樋口・前掲注（114）22頁。
[117] 樋口・前掲注（114）30頁。
[118] 樋口・前掲注（114）30頁。

さわしい法定刑が規定された条文を背後者に適用すべき」[119]として、適切な条文適用という見地から、最終的作為に匹敵するような被害者に対する欺罔・脅迫をも実行行為とすると主張する[120]。

しかし、他方で、このような実行行為概念の中核と広がりに対し、限界が不透明であり、また被害者利用の成立範囲とその道具性の認定が困難であり、個別事案の積み重ねの中で適正な基準を定めていくしかないことも述べている[121]。

第二項　実行行為概念の問題及びアプローチ

第一款　問題の所在

通説によれば、実行行為は犯罪論全体の根幹として独自の意義を有しており[122]、その実益は、構成要件該当性の判断対象の特定や因果関係の起点の認定や行為段階の区切りの判断にあると言える[123]。

ところが、これまで見たように、各学説は実行行為概念を維持してその内容を実質的に理解しようとする一方、これに対する批判、例えば、山口厚は、結果惹起とは独立してそれ自体としての犯罪行為はあり得ないにもかかわらず、従来の実行行為概念は、実行行為を結果との間の因果関係とは独立に論じ､その概念の背後にある実質的な問題を包み隠し、実体的な価値判断を明るみに出さないまま、結論を導き出す点で、理論的「ブラック･ボックス」と化していることになり[124]、また未遂犯を結果犯として既遂結果発生の現実的危険性が生じた時に未遂の成立が認められるとすれば、実行行為時を未遂の成立の時点とし実行行為こそが犯罪の本体であるとする従来の通説には、実行行為について未遂の成否を検

---

[119] 樋口・前掲注（114）30頁。
[120] 樋口・前掲注（114）49頁。
[121] 樋口・前掲注（114）32頁。
[122] 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1989年）２頁。
[123] 団藤・前掲注（66）139-140頁、173頁参照。
[124] 山口・前掲注（１）53頁。

討する考え方が否定されており、その理論的基礎が結論の一端から切り崩れたことになると批判した上[125]、実行行為の要件がアプリオリで独立に立ち現るわけではなく、構成要件該当性の判断にあたり、行為と構成要件的結果との間に刑法上の因果関係ないし客観的帰属の要件が備わっているかどうかだけが問題であるとし、実行行為という概念の理論的意義には極めて懐疑的な態度を採っている[126]。

ただ、山口は、予備行為または共犯行為と区別される意味における実行行為は「構成要件の枠内に位置する行為」の範囲を画す概念として一定の重要な理論的・解釈論的意義があることも認めており[127]、客観的相当因果関係説を前提に自己答責性及び遡及禁止論を基礎として理解する正犯性の観点から、実行行為の意義を論じようとしている[128]。しかし、この見解は、正犯性を実行行為性と言い換えだけであるならば、事後的な帰属判断である正犯性の判断がそのものの属性であるかのような実行行為性の問題として論ずることは適切ではない他、結果との間に相当因果関係を有する行為が遡って実行行為性を獲得するとすれば、前述した結果危険説の中で法益侵害危険結果の帰属を重視する見解と同じ問題に直面すると指摘される[129]。

他方、実行行為概念不要の論者は、実行行為という概念は故意・過失を構成要件要素として考慮することが前提とすることであるから、故意・過失を構成要件要素としないのであれば、実行行為概念はあまり意味がないのみならず、場合によっては概念の混乱をもたらしかねないと指摘し[130]、処罰の対象とする行為には、行為者自身の行為に限定されながら、

---

[125] 山口・前掲注（122）４頁。

[126] 山口・前掲注（122）５頁。なお、同・前掲注（１）53頁は、「実行行為という『解釈概念』を『否定』する立場（初版45頁参照）は、構成要件要素としての構成要件的行為の限定を否定するわけではない」として、同書初版45頁「本書では『実行行為』という用語の使用を排しているばかりではなく、それをそもそも構成要件要素としていないのである」という旧見解を修正する。

[127] 山口厚「実行行為と責任非難」鈴木古稀・前掲注（93）202頁。

[128] 山口・前掲注（127）203頁以下参照。

[129] 高山・前掲注（90）216頁。

[130] 齋野彦弥『基本講義刑法総論』（新世社、2007年）70頁以下参照。

その行為と、発生した結果との間に因果・責任連関の存在が認められる場合に限るならば充分であり[131]、実行行為概念が必要ではないこととする[132]。そうだとすると、法益侵害の実質的な危険性とそれに対応する責任非難の可能性とに見合ったら、実行行為概念の使用を避けるとしても妥当な結論を確保できることが主張される[133]。

しかし、このような結果惹起又は因果関係に中核的意義を与えるとする実行行為批判論に対し、結果惹起又は因果関係によりもたらされる刑事責任の限界基準は危険の作出とその相当な実現であるに過ぎず、刑事責任の各種の区切りを適切に提示することができず、結局、行為の客観的側面に意義を認めないから、行為者の主観に判断基準を求めることになることであるが、妥当な結論を得るにはその出発点を修正する必要があることも指摘される[134]。この点で、実行行為概念不要論の指摘したように、場合によっては実行行為の問題ではなく故意論の問題になるかもしれない[135]。

このような論争の下で、上述の実行行為概念の実質的理解への分析を加えると、実行行為概念実行行為概念の形骸化・消滅の危機を予期することができ、且つ罪刑法定主義の要請に基づき各犯罪類型の行為態様が形作る象徴的役割しか残されないことになるように思われる[136]。

---

131 齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」内藤謙古稀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）79頁。

132 齋野・前掲注（130）378頁は、「わたくしの考えている体系とは、実行行為概念を必要としないものであり、それは究極には因果と規範の問題から構成されるべきものである」と説明する。

133 高山・前掲注（90）217頁。

134 中森・前掲注（93）198頁。

135 齋野・前掲注（130）73頁注は、とりわけ早すぎた結果実現の問題について、もし実行行為は「構成要件における行為を言い換えたものにすぎず、故意過失に共通概念である」と考えれば、それが「実行行為の問題ではなく、故意論の問題であり、因果関係の錯誤の一環として解決されるべきことになり、特別の問題領域としてとり上げる必要はないことになる」と指摘する。

136 奥村正雄「実行行為概念の意義と機能」刑法雑誌45巻２号（2006年）258頁以下参照。

第二款　実行行為概念へのアプローチ

このように、実行行為概念は、構成要件に該当する行為という形式的な定義を通じても、或いは行為の危険・結果の危険という実質的な要素などによる限定をしても、以上のような批判を避けられないと考えられる。

しかし、それでも、刑法規範は、自由主義・民主主義・法治主義の原理からの要請に応じる罪刑法定主義に支配されており、一般市民はそれを通じて自分の行動が犯罪になれるかどうかを予見でき、犯罪にならない行動を行うことにより、法益侵害結果の発生を避けるので、実行行為概念がその自体で犯罪上の多くの問題を解決しうるほどの機能を持たないと理解されていても、この概念を中心に刑法上の諸問題を解決すべきとする考えは、罪刑法定主義を採る限り必然的な態度であるため[137]、実行行為概念は形式的な定義として維持することが必要であると思われる。また、それぞれの犯罪構成要件が法益侵害結果発生の防止のために規定されたものであるから、法益保護機能を備える構成要件によって形作る実行行為概念は、そのような規範的機能を同じく持っており、法益侵害結果発生の可能性即ち危険性を予め避けられるため、具体的事実関係において、当該行為の実行行為性の有無には実質的な危険を具備することも必要であると考えられる。しかし、実行行為概念維持論を前提としても、実行行為が実質的な危険を具備する構成要件該当行為であるという定義に対して、ここでの「危険」の内容は何かという問題はまだ残されている。また、「正犯＝実行行為＝構成要件該当行為＝危険性のある行為」という形に簡単に帰結し、このような「構成要件に該当する」「危険性のある」「行為」という概念を用いて、正犯性の判断を行うとすると、実行行為は共犯論においてどのように位置付けるか、という問題もある。そのため、本稿は規範論の観点から実行行為概念及びその危険性を検討していきたい。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2020年３月25日授与）「規

[137] 中森・前掲注（93）199頁。

範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」を加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、文部科学省外国人留学生学習奨励費と公益財団法人ロータリー米山記念奨学会奨学金の助成を受けた。記して謝意を表したい。

論　　説

中国における環境公益訴訟の現状と課題（３・完）

――「環境損害」の回復をめぐって――

邱　　昌茂

目　次

はじめに
（一）問題意識と課題
（二）先行研究の検討
（三）本稿の構成と意義
（四）用語の説明及び日本語訳・表記
第１章　環境公益訴訟制度の概要
　第１節　現行法
　　１　民事訴訟法55条
　　２　環境保護法58条と64条
　　３　司法解釈
　　４　検察機関による公益訴訟の提起に関する試案
　第２節　現行法の解釈をめぐる学説
　　１　環境公益訴訟の目的と範囲
　　２　原告適格
　第３節　環境公益訴訟の制度的特徴
第２章　環境公益訴訟の形成史
　第１節　模索段階
　　１　国務院の政策
　　２　立法提案
　　３　最高人民法院の通達
　　４　各省の規定
　　５　学界の議論

第２節　法整備段階
１　民事訴訟法改正
２　環境保護法改正
３　最高人民法院の通達
４　環境公益訴訟に関する司法解釈
第３節　小括　（以上、71巻５号掲載）
第３章　環境公益訴訟の背景と理念
第１節　環境行政の機能不全
１　環境法の欠点
２　法執行の欠缺
第２節　司法の問題
１　私益訴訟の限定解釈
２　不受理
３　刑事罰の少なさ
第３節　環境公益訴訟の機能
１　環境行政への補充機能
２　大衆参加機能
第４節　環境公益訴訟の理論的基礎
１　公共信託理論
２　私人検察総長理論
３　環境権理論
第５節　小括
第４章　環境公益訴訟の運用と機能
第１節　検察機関原告型
１　国家財産に対する不法行為責任を問われる事件
２　調停に至る事件
３　小括
第２節　行政機関原告型
１　林業局は環境保護団体と共同原告となる事件
２　環境保護局は原告として、検察院を訴訟支援者とする事件
３　環境保護局は原告とする事件
４　国土資源局は原告として、検察院を訴訟支援者とする事件
５　小括
第３節　個人原告型　（以上、71巻６号掲載）
第４節　環境保護団体原告型
１　環境保護団体は単独で原告となる事件
２　環境保護団体は共同原告となる事件

3　環境保護団体は原告として、検察院を訴訟支援者とする事件
4　小括
第５節　環境公益訴訟の正体と効果
1　環境保護団体の官製性
2　環境公益訴訟の限定
3　環境公益訴訟とは何か
4　環境公益訴訟の効果
第５章　なぜ環境公益訴訟か
第１節　環境公益訴訟のメカニズム
1　不法行為責任法の非純粋私法性格
2　人民法院の政治的利用
第２節　環境公益訴訟の狙い
1　環境汚染コストの一部内部化
2　大衆参加の偽装
3　環境公益形成の三極関係の演出
終章　（以上、本号掲載）

第４節　環境保護団体原告型

環境保護団体が訴訟を提起する際に、他の環境保護団体か、検察院を訴訟支援者につけるのが普通である。その具体的な原状に応じて、次の類型に分けることができる。

1　環境保護団体は単独で原告となる事件

［事件９］[1]（江蘇省無錫市中級人民法院（2014）錫環公民初字２号　判決年月日2014年９月15日）

＜事実の概要＞

原告Ｘ：中華環境保護聯合会

被告Ｙ：宜興市江山生物製剤有限公司

Ｙは1999年10月26日に成立し、化学物質の製造、加工と販売を営む会

[1] 中国裁判文書網 http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/jiangsu/jsswxszjrmfy/ms/201501/t20150112_6223394.htm に掲載の判決文による。

社である。江蘇省で最大の湖である太湖から二キロしか離れていないところに立地している。1999年10月９日から2007年１月19日まで、Ｙは数回に亘り、生産プロジェクトごとに環境保護局に環境アセスメント申込書を提出し、いずれも環境保護局から許認可を得られた。

2014年３月25日、無錫市環境保護局はＹに対して錫環罰決(2014)13「行政処罰決定書」を下した。当該行政処罰決定書によると、2013年８月21日に、Ｙが作業場の洗浄から発生した汚水は雨水に流され工場外の環境に流れていた。その汚水に含まれるアンモニアが16.8mg/L、総窒素27mg/L、総リン1.8mg/L に達し、いずれも国家と江蘇省の規定する排出基準を遥かに超えた。Ｙの行為は水汚染防治法二十二条二項「勝手にこっそりパイプを敷設し又はそのほか監督を逃れる方式で水質汚染物質を排出することを禁止する」との規定に違反していた。無錫市環境保護局はそれに基づいて改善措置と過料六万元を内容とする行政処罰を下した。行政処罰は既に効力を発生し、Ｙが期限通りに過料を支払った。

Ｙが行政処罰を受ける間に、2013年10月８日に環境保護局に改善計画を提出した。2014年８月にすべての改善工事を完了し、雨水と汚水の分離を実現した。2014年９月４日、宜興市環境保護局はＹの環境改善工事に対して審査・認可を終えた。2014年９月９日に、Ｙは環境改善工事が既に環境保護局の審査を通ったことを旨とする報告書を法院に提出した。

2013年10月以降、Ｘは通報を受け、Ｙの周辺にある用水路の写真を撮って調べたところ、雨水を排出するパイプに汚水が混じって既に周辺環境に一定の汚染を及ぼしたことが分かった。2014年７月18日に無錫市環境保護局はＹの現場で採取した廃水のサンプル検査を行った結果、雨水排出口の水は化学的酸素要求量が626mg/L、総リンが2.11mg/L、アンモニアが11.2mg/L で、雨水貯留池の水は化学的酸素要求量が105mg/L、総リンが1.28mg/L、アンモニアが10.1mg/L で、接触酸化貯留池の水は化学的酸素要求量が検出できず、総リンが1.33mg/L、アンモニアが0.453mg/L で、工場西側の貯水池の水は化学的酸素要求量が42mg/L、総リンが0.83mg/L、アンモニアが5.27mg/L であることを判明した。

Ｘは環境保護局からＹの廃水に含まれる化学的酸素要求量、アンモニアと総リンなどの汚染物質が「化学工業主要水汚染物質排出基準」の許可する基準を超えたことを知っていた。それで、ＸはＹの行為が環境保護

法、水汚染防治法、江蘇省太湖水汚染防治条例に違反するとして、侵害停止、危害排除、損害賠償及び弁護士費用41600元、交通費400元と訴訟費用の負担を求めて訴訟を提起した。

それに対してＹは自分が環境保護を重視し、汚染行為を行なわなかった。また、環境保護局の要求に従い、2013年10月８日と2014年７月23日に二回に亘り環境改善計画を提出し、今既に実施を終えて、宜興市環境保護局の審査許可も得たため、Ｘの請求を棄却すべきであると争っていた。

＜判旨＞

①　Ｙが環境保護機関の環境アセスメント申込書と報告書に対する回答の要求に従い生産経営を行なうべきであり、周辺環境に汚水とそのほかの汚染物質を排出し､環境汚染と破壊を及ぼしてはいけない。

②　Ｙが宜興市環境保護局の「宜興市江山生物製剤有限会社の改善整備に関する審査意見」の第２条の要求に従い、本判決の効力が発生して三ヶ月以内に健全な環境管理体系と環境管理制度を制定し、各防止措置を着実にするため、環境保護と汚染処理施設が長期的に運行することを確保し、基準値の範囲内で排出することを確保せよ。本判決の効力が発生して３ヶ月後から十日間以内に本人民法院と環境保護機関に環境整備改善実施状況報告書を提出せよ

③　Ｙが本判決の効力が発生してからの三ヶ月間で月ごとに本人民法院に宜興市環境保護局又は無錫市環境保護局の監督検査報告を提出せよ

④　Ｙが期限どおりに環境改善と整備の実施状況に関する報告、環境保護局の監督検査報告を提出せず、または環境保護局の監督検査報告によってＹが法に違反して汚染物質を排出し、又はそのほかの環境汚染行為があると判明された場合、民事訴訟法111条に従いＹの法的責任を追求する

⑤　Ｘが支出した弁護士費用41600元はＹの負担とし、本判決の効力が発生して十日間以内にＸに支払え

⑥　Ｘのその余の請求を棄却する

⑦　案件受理費840元はＹの負担とする

「環境保護は国家の基本的な国策であり、すべての単位と個人の法定義務でもある。環境保護法六条により、すべての単位と個人が環境を保護する義務があり、環境汚染と破壊を引き起こす単位と個人を告発する権利がある。水汚染防治法十条により、すべての単位と個人が水環境を保護する義務があり、水環境を汚染し損害する行為に対して告発する権利がある。民事訴訟法55条により、環境汚染、多数消費者の合法的権益など社会公共利益を損なう行為に対して法律の規定する機関と関係組織は人民法院に訴訟を提起することができる。Ｘは環境保護の公益事業を営む非営利組織であり、環境保護のために環境公益訴訟を提起する行為を励まし、支持すべきである。その訴訟主体資格を確認する。」

「Ｙは環境に影響を与える生産経営企業であるため、関係プロジェクトの新設、増設と変更の過程において、規定に従い環境保護行政機関に環境アセスメント申請書又は環境アセスメント報告書を提出し、許認可を取得した。Ｙは生産と経営過程において、環境保護行政機関の許可通りに基準に従い、汚染物質の排出のコントロールなどの環境保護義務を履行すべきである。無錫市環境保護局は2013年８月21日に、Ｙが監督を逃れる方式で汚染物質を輩出していたことを発見し、行政処罰も与えていた。Ｘが現場で取った写真もＹが雨水のパイプで汚水を排出していたことを示した。更に、本院は無錫市環境保護局に水質に対するサンプル検査を依頼したところ、Ｙの敷地内にある雨水貯留池と雨水の排出口付近に含まれる水の中から高濃度の化学的酸素要求量が検出されていた。本院は保全措置を取った後、Ｙが雨水と汚水のパイプを分けることを内容とする改善計画を作成し、地元の環境保護行政機関の同意を得て実施した。以上のことから、Ｙが法律に違反して汚水を排出していたことを確認する。Ｙの立地が太湖から僅かな距離であり、農地にも近いため、Ｙの違法排出行為が長期的に続けば、周囲の生態環境及び太湖の水環境に計り知れない重大な結果を及ぼし、地元の生態環境の安全と健康に危害を及ぼすことになる。環境保護法41条により、環境汚染による危害を及ぼす場合、危害を排除し、直接損害を受けた単位と個人の損害を賠償する責任がある。不法行為責任法21条によると、権利侵害行為が他人の人身と財産の安全に危害を及ぼし、被害者は加害者に侵害停止、妨害排除、危険除去などの不法行為責任を追究することができる。Ｘは環境公

益訴訟の原告としてＹに環境への侵害停止、危害排除を請求したのは法的根拠があり、本院は支持する」

「本院は保全措置を取った後、Ｙが更なる改善計画を作成した。当該計画は地元の環境保護行政機関の同意を得て、更に本院の確認を経た後実施に付した。本件の審理期間において、雨水と汚水の分流工事が完成し、地元の環境保護行政機関の審査と許可も得て、敷地内の排水パイプの敷設も完成し、雨水のパイプでの汚水の排出の可能性を排除し、環境汚染の潜在的リスクを除去した。これらの改善措置を確認する。Ｙの改善措置の効果と持続性を更に固めるために、Ｙはこれからの一定期間内に持続的に環境保護行政機関の監督と検査を受け、宜興市環境保護局の『宜興市江山生物製剤有限会社の改善審査と許可に関する意見』の二条の要求に従い、健全な環境管理体系と環境管理制度を制定し、各種の防止措置を確実にし、環境保護処理施設の長期的な運行と基準に沿う排出を確保しなければならない」

「ＸがＹに弁護士費用の負担を求めることについて、明確な現行法規定がないものの、敗訴側は勝訴側の弁護士の費用の全部又は一部を負担するのは法律の公平と正義にも合致し、そういう先例もあった。特に本件は環境公益訴訟であるため、最高人民法院の『環境資源の裁判を全面的に強化し、生態文明建設に強力な司法的保障を提供することに関する意見』の十四条によると、環境公益訴訟の原告は被告に損害発生の予防費用と環境回復費用、自然資源など生態環境の破壊による損失及び合理的な弁護士費用、取調べ費用、鑑定評価費用などの訴訟支出を請求する場合、事件の審理状況に応じて支持することができる。また15条によると、原告が勝訴した場合、原告の支出した合理的な弁護士費用、取調べ費用、鑑定評価費用などの費用を被告の負担と命じることができる。本件における原告弁護士の取調べの回数、難しさと実際の訴訟参加の状況から見れば、Ｘが求める41600元の弁護士の費用の負担は合理的な範囲内であるため、本院はそれを支持する。」

よって、環境保護法６条、41条１項、水汚染防治法10条１項、22条、不法行為責任法15条、21条、民事訴訟法55条に基づいて、主文の通り判決する。

＜コメント＞

本件ではＹはＸの原告適格について争わなかったにもかかわらず、裁判所はＸの原告適格を基礎付けるものとして、環境保護法６条「すべての単位と個人が環境を保護する義務があり、且つ環境汚染と破壊を引き起こす単位と個人を告発する権利がある」、水汚染防治法10条「すべての単位と個人が水環境を保護する義務があり、水環境の汚染と損害を及ぼす行為に対して告発する権利がある」、民事訴訟法55条「環境汚染、多数消費者の合法的権益など社会公共利益を損なう行為に対して、法律の規定する機関と関係組織が人民法院に訴訟を提起することができる」を持ち出した。

具体的にどの条文に基づいて原告適格を認めたかは不明であるが、環境保護法６条を引用したことで、これまでの環境公益訴訟の原告適格をめぐる裁判所の判断を踏襲したものとみることができる。同時に民事訴訟法55条を引用したことは、従来の裁判所の判断を覆したものと見ることもできる。2013年１月１日から改正後の民事訴訟法が施行したものの、55条に基づいて提起した環境公益訴訟が相次いで裁判所に門前払いされた。その理由としては、55条に規定する関係社会組織も法律で定めなければならないという立場を取ったからである。しかし、本件ではＸの環境保護を目的とする非営利組織であることを強調しながら、55条に基づいて原告適格を認めた。

実体法については本件では不法行為責任法15条と21条を引用して、侵害停止と妨害排除を命じた。しかし、21条は不法行為による被害者の存在を想定するものであり、侵害停止、妨害排除、危険除去などを請求できるのはあくまでも被害者である。本件では中華環境保護連合会も不法行為責任法21条にいう被害者にあたると解釈された。しかし、中華環保聯合会は環境汚染行為により被害を受けたわけでもない。Ｙの不法行為責任を認めたものの、誰に対する不法行為なのかははっきりしなかった。判決の中では、Ｙの違法排出行為の事実を認定したら、直ちにＹの不法行為責任を認めた。損害及び損害との因果関係には言及しなかった。不法行為責任法21条は他人の人身と財産の安全を脅かすことが要件となっているが、本件はそれにも触れないままＹの不法行為責任を認めた。

2　環境保護団体は共同原告となる事件

［事件10］[2]（貴州省清鎮市人民法院　（2010）清環保民初字４号　判決年月日2010年12月30日）

＜事実の概要＞

原告Ｘ１：中華環保連合会[3]

原告Ｘ２：貴陽公衆環境教育センター

被告Ｙ：貴陽市烏当区定扒製紙工場

Ｙが1993年に創設され、使用済み用紙のリサイクルを業とする製紙工場である。操業開始からＹは廃水の排出許可を取得しないまま、生産過程から生じた廃水を密かに本件の川に排出していた。それに対して、環境保護行政機関が複数回に亘りＹに期限付きの改善措置を命令し、過料も課したにもかかわらず、Ｙが廃水排出の再発防止を承諾したものの、実際には昼間で廃水を貯水池に溜めて、午後６時から翌朝の７時まで密かに廃水を川に排出していた。調べによると、Ｙが毎日排出している廃水の量は600トンに上った。裁判所の依頼を受けて、貴陽市環境センターモニタリングステーションは廃水のサンプル検査を行ったところ、汚染物が法律の規定する基準値を遥かに超えて、川の水質汚染を引き起こしたことが判明した。それに対して、Ｘらは環境保護を目的とする非営利社会組織として公共環境利益を守るために下記を請求して、本件訴訟を提起した。

①　Ｙが直ちに排出行為を停止し、廃水による川への危険を除去せよ

---

[2] 中国公益訴訟網 http://www.pil.org.cn/q_aj/q_ajpage_996.html 掲載の判決書による。

[3] 中華環保連合会は中華人民共和国国務院から批准を得て、民政部に登録し、中華人民共和国環境保護部の主管の下、環境保護事業に熱心な人、企業、事業単位などから結成される非営利性の全国的な社団組織である。（http://www.acef.com.cn/about/introduction/2013/1224/10513.html）の紹介による。その名誉主席を務めるのは全人代常務委員会副委員長の周鉄農と顧秀蓮、及び全国政治協商会議委員会副主席の張榕明である。また主席を務めるのは元国務委員、全国政治協商会議委員会の元副主席の宋健である。環境保護部部長の周生賢が中華環保連合会の副主席の一人である。ですから中華環保連合会はNGOというより、官製の環境保護団体としてGNGOというほうが適切かもしれない。

② ＹがＸ１の支出した合理的な費用10000元（弁護士費用）を支払え
③ Ｙが訴訟費用を負担せよ

＜判旨＞請求認容

水汚染防治法20条１項「国家は汚染物質排出の許可制を取る」と３項「企業と事業単位が汚染物質排出許可なしに、または汚染物質排出許可証に違反して前項の規定する廃水と汚水を排出してはならない」によると、企業は汚染物質を排出するためには汚染排出許可証を取得し、その許可証に記載される汚染物質のみ排出することができる。Ｙの汚染物質排出許可証にはただ二酸化硫黄と粉塵などが記載れているが、廃水が含まれていない。にもかかわらず、Ｙは昼間に廃水を貯蓄水に溜めて、夜になると、密かに廃水をすべて川に排出していた。なお、廃水には法律の規定する基準値を遥かに超える汚染物質が入っているため、川に汚染を引き起こし、公共利益にも危害を齎した。よって、Ｙの行為が水汚染防治法20条１項、３項と22条２項「密かにパイプを敷設して、又はそのほか監督を逃れる方法で汚染物質を排出してはならない」にも違反したので、不法行為民事責任を負い、直ちに排出行為を停止し、川にもたらされた危害を除去しなければならない。

環境保護法６条は「すべての単位と個人は環境保護の義務があり、環境汚染と破壊を齎した単位と個人を告発する権利がある」を規定したところによると、汚染者に対して公益訴訟を提起することは告発権利の行使の方法である。更に、「貴陽市の生態文明建設促進条例」の23条も「検察機関、環境保護行政機関、環境公益組織が環境公共利益のために、法律により環境汚染と資源破壊の行為に対して訴訟を提起し、権利侵害の停止、妨害排除、危険除去と原状回復などを求めることができる」と規定した。本件においては、Ｘらは合法的に登記した環境保護組織であり、公共利益が侵害されたにもかかわらず、具体的被害者による訴訟がない場合、侵害された公衆環境利益を代表して環境公益訴訟を提起することは法律法規により監督、告発の権利を行使する方法である。

よって、民法通則106条２項「公民、法人は過失により国家、集団の財産、他人の財産、人身を侵害した場合、民事責任を負わなければならない」、不法行為責任法65条「環境汚染により損害をもたらした場合、汚染者が不法行為責任を負わなければならない」、不法行為責任法15条

にもとづいて次の通り判決する

①　Ｙは直ちに廃水の排出を停止し、川にもたらされた危害を除去せよ

②　Ｙは判決の効力が発生して十日間以内にＸ１の支出した弁護士費用10000元を支払え

③　Ｙが本件の検査費用1500元と受理費60元を負担せよ

＜コメント＞

原告適格について、本件でははっきり環境保護法６条にいう「告発する権利」を「訴訟を提起する権利」と解釈して、同時に貴陽市の地方条例を持ち出して環境保護団体の原告適格を認めた。上述の事例と同じように、裁判官は地方条例に基づく実質的な判断を正当化する外見を見せ付けるために、環境保護法６条を上記のように解釈したと言える。

実体法について、本件では不法行為責任法65条を適用して、Ｙの不法行為責任を認めた。しかし、被告の環境汚染行為によって誰がどのような損害を被ったかを明言しないまま、ただ、Ｙの排出行為が関係法律に違反し、環境汚染をもたらしただけで、Ｙの不法行為責任を認めた。環境汚染を環境損害と捉えた上で不法行為責任法による環境損害の回復を図ろうとしている。

３　環境保護団体は原告として、検察機関を訴訟支援者とする事件

［事件11］[4]江蘇省高級人民法院（2014）蘇環公民終字00001号　判決年月日：2014年12月30日

＜当事者＞

控訴人

Ｙ１：江蘇省常隆農化有限会社

Ｙ２：泰州錦匯化工有限会社

Ｙ３：江蘇施美康薬業株式会社

Ｙ４：泰興市申龍化工有限会社

原審被告

Ｙ５：泰興市富安化工有限会社

---

[4] 中国裁判文書網 http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/jiangsu/ms/201502/t20150202_6526831.htm に掲載の判決文による。

Ｙ６：泰興市臻慶化工有限会社
被控訴人（原審公益訴訟人）Ｘ：泰州市環境保護連合会
訴訟支援者：江蘇省人民検察院、泰州市人民検察院
＜事実の概要＞

Ｙらは泰州市経済開発区内で化学工業を営む会社である。化学製品の生産過程において副産塩酸、ハイドロキノンモノメチルエーテル触媒廃硫酸、酪酸、二酸化硫黄、塩化アセチル塩素、副産酸などが生じていた。

訴外のＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄはそれぞれ、2004年から2011年までの間に設立され、危険化学品や化学工業原料の卸売りと小売などを経営範囲とする会社である。いずれも「危険化学品系液許可証」を取得していた。しかし、何れも組織機構と人員が固まっておらず、廃酸などの危険廃棄物を処理する経営許可証を持っていない。

Ｙ１は2012月６月20日と2013年１月１日に、Ａと一トン当たり１元の価格で、運送費はＡの負担とする副産酸の売買契約を締結し、2012年６月から2013年３月まで、ＡがＹ１から17598.92トンの副産酸を引き取り、Ｙ１から一トン当たり45元の手当てを支払われた。

Ｙ２は2011年１月１日に、Ａと市場の価格で副産酸の売買契約を締結した。2011年12月から2013年３月まで、ＡがＹ２から8224.57トンの副産酸を引き取り、Ｙ２から一トン当たり20元の手当てを支払われた。
その後、ＡはＹ１とＹ２から引き取った副産酸のうち17143.86トンを泰運河と古馬干河に排出した。Ｙ１とＹ２はそれぞれの売り上げの割合に応じて11683.68トンと5460.18トンを分担する。

Ｙ１は2012年９月15日に訴外Ｂと、一トンあたり１元の価格で、また運送費をＢの負担とする副産酸の売買契約を締結した。その後、ＢはＹ１から505.94トンの副産酸を引き取り、Ｙ１から一トンあまり40元の手当てを支払われた。その後、Ｂは上記の副産酸すべてを泰運河に排出した。

Ｙ３は2012年10月から2013年２月まで一トンあたり100元の手当てで訴外Ｃに2686.68トンの副産酸の処理を委ねていた。その後Ｃはその副産酸をすべてＡに渡し、Ａはそれを泰運河と古馬干河に排出した。

Ｙ４は2012年から一トンあたり20元の手当てでＥに691.64トン、30元の手当てでＤに3755.35トン、50元の手当てでＢに300トンの副産酸の処

理を委ねていた。ＥＢＤらはその副産酸をすべて泰運河と古馬干河に排出した。

Ｙ５は2012年８月と９月に一車両1500元から2000元の価格で合わせて18車の副産酸（216トン）をＡに処理を委ねた。Ａはその後、上記の副産酸をすべて泰運河や古馬干河に排出していた。

Ｙ６は2012年８月から一トンあたり20元の手当てで50トンの副産酸の処理をＤに委ねた。Ｄはその副産酸をすべて泰運河に排出した。

2010年、2011年に、泰州市環境保護局環境質量年報により、泰運河や古馬干河の水質がⅢ類であった。泰州市環境モニタリングステーションが2013年１月14日に泰運河の水質に対するサンプル検査を行ったところ、泰運河の過マンガン酸塩、化学的酸素要求量、アンモニア態窒素、燐の指標が基準値の0.05倍、0.19倍、2.11倍を超えたことが判明された。また、複数のところで検査を行ったところ、いずれも汚染物質の含有が基準値を超えたことが分かった。2013年９月10日、泰州市環境保護局の環境モニタリングデータは江蘇省環境保護庁により認可された。

泰州市人民検察院と泰州市環境保護局の委託を受けて、江蘇省環境科学学会は2014年４月に「評価技術報告」を作成し、危険廃棄物の中の酸性物質による水質への損害を除去するためには、2541.205万元の費用が必要であると見積もった。危険廃棄物の通常の処理費用が3662.0644万元に達し、そのうち、それぞれの副産酸の濃度により、Ｙ１の副産酸は一トンあたりの処理費用が1507.69元であり、Ｙ２のそれが1669.23元であり、Ｙ３のそれが700元であり、Ｙ４のそれが1238.46元、Ｙ５のそれが1754.31元で、Ｙ６のそれが1453.85元であるという意見を示された。

Ｘは2014年２月25日に泰州市民政局の批准を得て設立され、泰州市環境保護局の指導を受け、環境政策にアドバイスの提供、公衆環境権益の擁護、環境宣伝と教育、政策技術コンサルティングサービスなどを業務範囲としている非営利性社団組織である。

Ｙらが期間廃棄物を危険廃棄物の処理資格を持たないＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄに処理を委ねたところ、Ａ、Ｂ、Ｃ、Ｄがそれを泰運河と古馬干河に排出し、水質に深刻な汚染を及ぼし、重大な環境損害を引き起こした事態に至った。汚染された環境を修復しなければならず、その修復費用として、Ｙ１に85226755.5元、Ｙ２に42615486元、Ｙ３に8463042元、Ｙ４

に26455306.5元、Ｙ５に1705189.5元、Ｙ６に327118.5元と鑑定費用の10万元と訴訟費用の負担を求めて訴訟を提起した。

＜Ｙらの抗弁＞

① Ｘが訴訟主体として適格ではない。改正後の環境保護法58条は環境保護公益活動を専業とし、五年以上連続で違法記録のない社会組織が人民法院に訴訟を提起できると規定している。Ｘは成立から一年にも満たないので、訴訟主体としての資格がない。

② Ｙらの副産酸は危険廃棄物ではなく、合法的に生産、経営している製品である。訴外のＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄはいずれも副産酸を購入する資格があり、購入前はすべて公安部門のところで登録手続きも行なった。Ｙらの生産経営は合法的であり、Ａらの違法排出行為を知らなかったため、それにより引き起こされた環境汚染とは法律上の因果関係がない。

③ 泰運河と古馬干河の水質が既に回復し、人工的な回復措置が必要ではない。Ｘは仮定の処理費用に基づいて損失を計算する事実根拠がない。

＜争点＞

① Ｘは原告として適格かどうか

② ＹらとＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄの間の売買契約が合法であるかどうか、環境汚染と因果関係があるかどうか

③ 環境汚染による損害の結果が存在するか否か、環境汚染による修復費用はどのように計算するか

＜一審の判旨＞請求認容

争点①について

「民事訴訟法55条により、法により登記した環境保護組織は民事公益訴訟の主体資格がある。泰州市環境保護連合会は法により成立した環境保護事業を営む非営利性社団組織であり、水生態環境と公衆の環境権益を守るため、環境民事公益訴訟を提起する権利がある」

争点②について

「Ｙらは訴外のＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄと副産酸の売買契約を締結したが、同時に、その手当てを支払ったことから副産酸の処理を委ねたとの本当の目的を窺い知ることができる。また、Ｙらの従業員の証言により、Ｙら

はいずれも副産酸を処理する意図があることを証明できる。Ｙらは副産酸を処理する能力と許可のないＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄなどに処理を委ね、そして､其の支払った費用は上記危険廃棄物を処理するに足りなかったため、上記危険廃棄物が泰運河、古馬干河などに排出され、泰運河と古馬干河とその周辺水域がひどく汚染された結果に至った。よって、Ｙらは危険廃棄物を処理する故意があり、また、客観的には深刻な環境汚染を引き起こしたため、環境汚染を修復する賠償責任を負わなければならない。Ｙらは売買契約が合法的なものであり、環境汚染の間に因果関係がないとの抗弁は成り立たない」

争点③について

「川に25349.47トンの副産酸が川に排出され、水生態環境に深刻な危害を及ぼすのが争いようもない事実である。専門家の呂錫武教授の意見によると、大量の副産酸が川に排出された後、生物、川などの水生態環境が深刻な損害を被ることになり、修復費用は処理コストを遥かに超えると予測されていた。2013年泰運河、古馬干河の水質は既にⅢ類に回復したが、しかし、川の水が流れるに連れて、汚染源は川下に移動し、地域内の水生態環境が回復したとは言えない。そのため、地域の生態環境を代替の修復方法で修復する必要がある。「推薦方法」4.5条の規定によると、汚染による修復費用の計算が難しい場合、地表水が汚染された場合の修復費用の計算方法は、Ⅲ類水に対して、その修復費用は擬制の処理コストの4.5倍から６倍で計算する。泰運河と古馬干河は汚染される前の水質は何れもⅢ類の地表水なので､Ⅲ類地表水の汚染修復費用係数、即ち擬制処理コストの4.5倍で環境汚染損害賠償を計算すべきである。

よって、不法行為責任法15条１項６号、65条と固体廃棄物汚染環境防治法85条の規定により、次の通り判決した

① 本判決の効力が発生して九ヶ月間以内にＹ１は82701756.8元、Ｙ２は41014333.18元、Ｙ３は8463042元、Ｙ４は26455307.56元、Ｙ５は1705189.32元、Ｙ６は327116.25元の環境修復費用を賠償せよ

② Ｙらは本判決の効力が発生して十日間以内に泰州市環境保護連合会に鑑定費用10万元を支払え

Ｙらはそれを不服として控訴した。

＜判旨＞控訴棄却

争点①について

「民事訴訟法55条は環境汚染、多数の消費者の合法的な権益など社会公共利益を侵害する行為に対して、法律の規定する機関と関係組織が人民法院に訴訟を提起することができると規定している。泰州市環境保護連合会は泰州市民政局の批准により成立し、環境政策に関するアドバイスの提供、公衆環境権益の擁護、環境宣伝教育の展開、政策技術コンサルティングのサービスの提供を業務範囲とし、法律により成立し、環境保護公益活動を専業する社会組織であり、環境民事公益訴訟を提起する権利がある。改正後の環境保護法五十八条は環境民事公益訴訟の主体の資格を新しく規定したが、本判決まではまだ発効していないため、本件には適用しない」

争点②について

「Ｙらは副産酸の生産企業として、市場における副産酸の需要が落ち込んでいる中、相当量の副産酸は原料として生産過程に入れないため、過剰の副産酸の移転は極大の環境リスクを孕むことになると予想すべきである。Ｙらは副産酸の処理措置に関して、慎重な注意義務を尽くし、川に排出されるのを防ぐために必要且つ実現可能な措置を採るべきである。しかし、Ｙらは副産酸が違法排出される可能性が高いのを知りながら、それを放任していた。副産酸の処理能力と許可のない企業に副産酸を売り渡すことは、汚染物質による環境汚染損害における不作為にあたり、当該不作為は環境汚染損害結果との間に法律上の因果関係があると見なすべきである。

Ｙらの手当て付き販売行為は当該副産酸が川に不法排出される必要条件であり、また泰運河と古馬干河の環境汚染をもたらす直接原因である。Ｙらは副産酸の売買契約を以って、副産酸処理の合法性を証明しようとしている。しかし、Ｙらは運賃価格の計算を合理的に説明することができず、その支払った手当も副産酸を処理する費用を埋めることもできない。もし、Ｙらは副産酸の処理行為が法律又は商業慣習に合致すると思うなら、副産酸の処理資格のある企業と契約を締結すればいい。わざわざ売買価格を遥かに超える手当てを支払う必要がない。また、Ｙらの従業員は警察の取り調べに対して、当時が化学工業の景気が悪いため、副産酸の生産が過剰な状態にあり、処理コストを引き下げるため、責任を

回避し、売買契約の形で副産酸の処理を委ねていたと供述した。実際にＹらは既に放棄された副産酸を手当て付きでＡ、Ｂ、Ｃ、Ｄらに売り渡し、排出者に汚染源を提供しただけでなく、客観的には排出者に違法利益を獲得させた。その行為が泰運河と古馬干河環境汚染の損害結果との間に事実上の因果関係がある。

不法行為責任法65条により、環境汚染により損害をもたらす場合、汚染者は不法行為責任を負わなければならない。66条の帰責原則により、Ｙらは過失があるか否かにかかわらず、その行為が環境損害との間に因果関係があれば、それによりもたらされた環境損害に対して不法行為責任を負うべきである。Ｙらは法律の規定する免責状況または責任の軽減状況などを証明することができなくて、またその行為と損害結果との間の因果関係の不存在も証明していなかったため、Ｙらは自分の引き起こした環境損害について不法行為責任を負うべきである」

争点③について

「一審における修復費用の計算方法が妥当である。泰運河と古馬干河の水が流動するものであり、排出行為が長時間継続し、排出量も多いため、汚染物質による泰運河と古馬干河及びその川下流域の生態区域への影響は拡散する状態であり、汚染修復費用を計算するのが難しい。『推薦方法』によると、こういう状態に対して、擬制の処理コストの方法で汚染修復費用を計算すべきである。一審判決はそれに基づいてＹらの汚染修復費用を計算するのは正当と是認することができる」

よって、Ｙらの副産酸処理行為は副産酸が泰運河と古馬干河に排出されたことによって汚染が引き起こされた直接原因であるため、それによる環境汚染損害についてＹらは不法行為責任を負うべきである。汚染された川の生態環境は既に損害を被ったことになり、早急な修復が必要である。大量の副産酸の無秩序な移転により、環境汚染のリスクを高めることになり、汚染の更なる発生を防ぐため予防措置を取るべきである。

一審の認定した事実を是認することができ、法適用も問題がるとは言えない。しかし、一審の判決履行方式と履行期限が適切ではなく、訴訟費用の納付も「訴訟費用納付弁法」には合わないため、それを是正すべきである。

よって、控訴人の控訴理由を是認することができない。水汚染防治法

29条１項、不法行為責任法65条、66条により、民事訴訟法170条１項１号により次の通り判決する

① 原審泰州市中級人民法院（2014）泰中環公民初字00001号民事判決一項における賠償額部分を維持する

② 原審判決の二項を維持する

③ Ｙらは本判決の効力が発生してから30日以内に一項の賠償額を泰州市環境保護公益金専用口座に支払え。

④ 本判決の効力が発生してから一年以内に、Ｙらは技術の更新により副産酸に対するリサイクルを実現し、環境リスクを著しく低下させ、且つ一年以内に環境違法行為による処罰をされないことができれば、その支払った技術更新費用は環境行政期間の出した企業環境コンプライアンス証明書により、プロジェクト竣工環境検査意見と法定の仲介機構が出した技術更新資金審査報告に基づいて、泰州市中級人民法院に支払いの延期を認められた限度額において差し引かれることを申請することができる。

⑤ 一審の案件受理費973651.72元はＹらの負担とする。そのうち、Ｙ１は455308.78元、Ｙ２吾246871.67元、Ｙ３は71041.29元、Ｙ４は174076.54元、Ｙ５は20146.7元、Ｙ６は6206.74元を負担しなければならない。二審の案件受理費は947298.28元として、Ｙ１は455308.78元、Ｙ２は246871.67元、Ｙ３は71041.29元、Ｙ４は174076.54元を負担しなければならない。

＜コメント＞

本件の判決に辿り着く法解釈の理論構成は従来の判決を踏襲したものである。なお、この事件の背景に環境公益訴訟の正体を明らかにする手がかりがある。

本件の原告である泰州市環境保護連合会は泰州市環境保護局により設立されたもので、その役員は泰州市環境保護局の役員が兼任することになり、秘書長を務める童寧市は泰州市環境保護局副局長である。そのことから、泰州市環境保護連合会は環境保護団体というより、環境保護局の別働部隊だというほうがより適切かもしれない。本件の勝訴判決に関して「泰州市環境保護連合会が官製の社会組織という身分を持ち、訴訟提起に際して政府と環境保護部門から大きな支持を得られたことも原因

だ」[5]と指摘されていた。

また、本件の判決が下される前に、別の環境保護団体である自然之友が本件で漏らしたとされる企業３社を相手に別件で環境公益訴訟を提起しようとする時は人民法院に不受理で門前払いされていた。本件で汚染された川の化学的、物理的又は生態的機能の退化について環境修復費用を負担するのが環境保護法５条の規定する「損害負担責任」を体現するものであるとされていた[6]。更に1.6億元の環境損害賠償額は企業の違法コストが低すぎる問題を克服し、中国共産党第十八回四中全会の「厳格な法律制度を以って生態環境を保護し、生産者の環境保護法責任を強化し、大幅に違法コストを引き上げる」方針に合致すると言われている[7]。また、本件を担当する江蘇省高級人民法院院長の許前飛は「環境保護について、司法は権利を守り、違法行為を懲らしめるだけでは足りず、環境修復と予防をも考慮しなければならない」[8]と本件の趣旨が汚染された環境の修復にあると明らかにした。なお、「本件は行政処罰で解決できる問題であり、ただ行政過料の額は民事訴訟ほど高くないので、泰州市環境保護局は行政処罰を使わなかった。より高額の賠償を求めて民事訴訟を提起するのが不当である」[9]と本件の環境公益訴訟を批判した民法学者もいる。

要するに、環境保護局はより高額の汚染処理費用を求めるために、その支配下の環境保護団体を駆使して、汚染者に対して環境公益訴訟を提起するのである。

４　小括

以上は環境保護団体による環境公益訴訟を検討してきた。個人と団体の原告適格を認定するにあたり、いずれも環境保護法６条の「告発する権利」を「訴訟を提起する権利」と拡大解釈した上で、地方条例か裁判

---

[5] 劉暁星「為何環境公益訴訟叫好不叫座」中国環境報2015年３月31日 A08を参照。
[6] 竺効「真正拉開環境民事公益訴訟的序幕」中国法律評論2015年01期57頁。
[7] 姜妮「為什么賠付１億６不算天価」環境経済2015年05期５頁。
[8] 周凌雲「江蘇泰州天価環境公益訴訟案　傾倒２万多吨廃酸、賠付1.6億元環境治理費」緑色視野2015年02期48頁。
[9] 智敏「江蘇“天価環保案”審判引発争議」法治与社会2015年04期47頁。

所の内部文書を持ち出して、原告の適格を認めたのである。逆に言うと、地方政府の意志を強く反映している地方条例や裁判所の内部文書のほうが環境保護法６条の解釈を導いたと言える。また、実体法について、いずれも不法行為責任法65条に基づいて、具体的な被害者がいない場合の環境損害も不法行為責任法上の「損害」に当たると解釈した上で、Ｙの不法行為責任を認めたのである。

第五節　環境公益訴訟の正体と効果

汚染者に負担させるために、ほとんどの環境公益訴訟では生態環境修復費用が請求されている。本節ではその実際の運用を通じてどれほどの効果を上げたかを考察する。その前に、環境公益訴訟を提起した環境保護団体はどのような団体なのか、また、どれくらいの環境公益訴訟を提起したかを見ておく。

１　環境保護団体の官製性

中国では環境保護団体の設立と運営は主に社会団体登記管理条例[10]と民営非企業事業体登記管理暫行条例[11]によって規律され、登記管理機関と業務主管機関からの二重管理を受けている。当該二条例によると、国務院民政部門と県クラス以上の地方各級人民政府の民政部門は同クラスの人民政府の社会団体登記管理機関である。国務院の関係部門と県クラス以上の地方各級人民政府の関係部門、国務院または県クラス以上の地方各級人民政府の授権した組織は関係業界、学科または業務範囲内の社会団体または民営非企業事業体の業務主管機関である。環境保行政機関が環境保護団体の業務主管機関を担当することがほとんどである。環境保護団体は環境保護行政機関の許認可を取得した上、民政部門に登記し

[10] 当条例は1998年９月25日に国務院第８回常務会議で通過さ、1998年10月25日公布され、同日施行されている。2016年改正されたが、同条はそのまま残されている。

[11] 当［民弁非企業単位登記管理暫行条例］は1998年10月25日より施行することとなっている。

ながら、日常の運営において前者より政治思想の教育、党の建設、財務人事、対外協力、外国からの資金援助などに関する監視管理を受けなければならない。また、年に一度両機関から年度検査を受けなければならない。年度検査に合格しなければ、改善措置命令を受け、場合によっては登記を抹消される事になる。社会団体登記管理条例の13条は「次に掲げる状況がある場合、登記管理機関は設立を批准しない。（二）同一行政区域内で業務範囲が同一または類似の社会団体があり、設立する必要がない場合」と規定しているため、同一地域内では二つ以上の環境保護団体を設立することができない。

市民が環境保護団体を設立するために環境保護行政機関に業務主管機関を依頼する際にしばしば拒絶されている[12]。それに対して、環境保護行政機関は自ら環境保護団体を設立し、行政機関や人民代表大会などの公的機関の幹部は環境保護団体のトップを兼任することが少なくない。

中華環境保護連合会の中国環境保護団体に対する現状調査によると、2008年10月までに中国における環境保護団体が計3539社に達し、そのうち政府の設立した官製の環境保護団体[13]が1309社であり、学校の設置した環境保護クラブが1382社であり、草の根環境保護団体が僅か508社であり、僅か全体の14.4％に過ぎない[14]。同調査報告によると、政府の設立した環境保護団体は主に政府による資金援助と会員の会費を受けているのに対して、草の根環境保護団体は主に寄付金を頼りにしている。そのうち、団体の会員からの寄付は59.6% を占めている。さらに、専業で働く人員が１～10人の草の根環境保護団体は59.7% を占めていると指摘されている。中国民政部民間組織管理局副局長の廖鴻氏によると、2014年

[12] 鄒雨茉「石家庄民間環保組織注冊難」南方週末2017年３月23日。

[13] 官製団体の対義語として使われているのは草の根環境保護団体である。草の根環境保護団体とは政府・共産党と独立に民間が自発的に組織し、環境保護保全活動を行なっている団体のことであると指摘されている。北川秀樹編著『中国の環境法政策とガバナンス―執行の現状と課題』（晃洋書房2012年）127頁。本稿においては官製の環境保護団体を党・政府の強い関与の下で設立され、しかも人事と資金において党・政府から強い影響力を受ける環境保護団体のことと定義する。

[14] 中華環保連合会『2008藍皮書―中国環保民間組織発展状況報告』３頁を参照。

の三四半期の末まで、各地方政府の民政部門に登記した社会団体が56.9万である。そのうち、環境保護団体が7000あり、その中で環境保護法と司法解釈の規定に符合するのが700あると言われている。更に、その700の環境保護団体のうち、ほとんどが官製のもので、環境公益訴訟を提起する意欲と能力を持つ草の根環境保護団体が僅か十数社に止まると指摘されている[15]。環境公益訴訟は証拠の収集や莫大な訴訟費用など大きなコストを伴うため、資金力や人員にも乏しい草の根環境保護団体がなかなか環境公益訴訟を提起することが難しいと思われる。

実際に、環境公益訴訟を提起した環境保護団体を分析すると、ほとんどは所謂官製の環境保護団体であることに気づく。

表９　環境公益訴訟を提起した環境保護団体一覧（2017年まで）

番号	名称	設立時期（年）	訴訟件数	2015年訴訟件数	代表者と業務主管機関	性質
1	中華環保連合会[16]	2005	19件	８件	主席：宋健（元国務委員、全国政治協商会議の元副主席）、副主席：周生賢（環境保護部の元部長） 名誉主席：周鉄農（全人代常務委員会副委員長） 業務主管機関：環境保護部	官製
2	中国生物多様性保護与緑色発展基金会	2007	38件	13件	理事長：胡徳平[17]（政治協商会議常務委員） 名誉理事長：潘岳（環境保護部副部長）、解振華（全国政治協商会議人口資源環境委員会副主任） 業務主管機関：環境保護部	官製
3	湘潭環保協会	2007	1件	1件	理事長：宋厚源（湘潭市政治協商会議主席）、副理事長：廖勇（湘潭市環境保護局副局長） 業務主管機関：湘潭市環境保護局	官製

[15] 馮炯「社会組織作為環境公益訴訟原告的法律弁析」法制与社会20159期131頁を参照。

[16] 2005年中華環保連合会の創設記念式典には中共中央政治局委員、国務院副総理の曾培炎や全人大常務委員会副委員長の顧秀蓮、全国政治協商会議委員会副主席の周鉄農氏などが出席した。また、国家環境保護総局局長の解振華も挨拶した。要するに中華環保連合会は当局の強い関与の下で設立されたといえる。

[17] 中国共産党元総書記の胡耀邦の長男として名を知られている。

4	自然之友[18]	1994	16件	6件	理事長：楊東平(北京理工大学教育科学研究所所長)	草の根
5	大連市環保ボランティア協会	2003	1件	1件	会長：楊白新(市政治協商会議人口資源環境委員会の元主任) 名誉会長：孫世超(市人代常務委員会の副主任)。副会長：董偉(大連市環境保護局局長) 業務主管機関：大連市環境保護局	官製
6	重慶市緑色ボランティア連合会[19]	1995	2件		元会長、創始者：呉登明(重慶大学の学生事務担当) 業務主管機関：重慶市環境保護局	草の根
7	貴陽公衆環境教育センター	2010	7件	7件	センター主任：黄成徳(貴州省政治協商会議委員、貴陽市政治協商会議常務委員) 業務主管機関：貴陽市環境保護局	官製
8	安徽省環境保護連合会	2006	1件		名誉主席：朱先発（安徽省人民代表大会常務委員会副主任) 主席：王秀智（安徽省人民代表大会常務委員会元副主任) 副主席：潘天声(安徽省環境保護局元局長) 業務主管機関：安徽省環境保護局	官製
9	中華環境保護基金会	1993	2件		名誉理事長：蒋正華(全人代常務委員会の元副委員長) 理事長：傅雯娟(環境保護部党組[20]の元メンバー) 業務主管機関：環境保護部	官製
10	杭州市生態文化協会	2010	1件	1件	会長：阮俊華（浙江大学管理学院党委副書記) 業務主管機関：杭州市環境保護局	草の根

[18] 自然之友は日本で中国の最初の草の根環境 NGO として紹介されている。李妍炎『中国の市民社会―動き出す草の根 NGO』(岩波書店2012年) 14頁。

[19] 当環境保護団体に電話でのインタビューによると、元会長の呉登明氏は2013年になくなった後、会長を継いだのは定年退職となった重慶大学の教員である。事務所は重慶大学の中に置いており、学生会員を中心に環境保護活動を展開している。環境公益訴訟の提起にあたり、重慶市環境保護局から限定的な支持を受けたという。

[20]「中国共産党党組工作条例（試行)」(2015年６月16日公布) によると、党組とは共産党は中央と地方の国家機関、人民団体、経済組織、文化組織、社会組織およびその他の組織において設立したリード機関であり、その組織においてリーダの役割を果たす機関である。党組の書記はその組織におけるトップ権力者とされ、党組のメンバーはその組織における屈指の権力者の一人である。

11	福建省緑家園環境友好センター	2006	２件	２件	主任：林英（福建省テレビの元プロデューサー） 業務主管機関：福建省科学技術協会	草の根
12	莆田緑萌濱海湿地研究センター	2009	１件	１件	総幹事：劉毅（環境研究者） 業務主管機関：莆田市科学技術協会	草の根
13	広東省環境保護基金会	2003	２件		栄誉理事長：朱森林（広東省人民政府元省長） 理事長：陳堅（広東省人民政府元秘書長、広東省人民代表大会常務委員会元副主任） 常務副理事長：袁征（広東省環境保護局元局長） 業務主管機関：広東省環境保護庁	官製
14	鎮江市生態環境公益保護協会	2013	２件		会長：盧千紅（鎮江市検察院民事、行政処処長） 業務主管機関：鎮江市環境保護局	官製
15	泰州市環境保護連合会	2014	１件		会長：童寧（泰州市環境保護局副局長） 業務主管機関：泰州市環境保護局	官製
16	河南省企業社会責任促進センター	2010	１件		主任：林彬（中国社会科学院企業社会責任研究センター副主任） 業務主管機関：河南省工商業連合会	草の根
17	連雲港市贛榆区環境保護協会	不明	２件		会長：徐長平（贛榆区環境保護局局長） 業務主管機関：贛榆区環境保護局	官製
18	常州市環境公益協会	2011	11件		理事長：朱松南（常州市人民検察院検察） 業務主管機関：常州市環境保護局	官製
19	清鎮市生態保護連合会[21]	2013	１件		会長：張興権（清鎮市政治協商会議党組副書記） 業務主管機関：清鎮市環境保護局	官製

上記の表に示されているように、2017年までに環境公益訴訟を提起した環境保護団体のうち、官製の環境保護団体は13社であり、草の根環境保護団体は６社である。数だけを見ると、両社の差はそんなに大きくないものの、それぞれの参加した環境公益訴訟の件数には大きな差がある。官製の環境保護団体が参加した事件の件数は88件で、草の根環境保護団体の参加した事件の件数は23件である。環境公益訴訟元年と呼ばれる

[21] 当該連合会は清鎮市公安局、検察局、法院などが共同で設立したものである。

2015年に、全国で計37件（そのうち３件は環境保護団体が共同で提起したもの）が人民法院に受理された。それらは計９社の環境保護団体によるものである。そのうち、草の根環境保護団体が参加したのは10件であり、全体の四分の一を占めている。官製の環境保護団体による環境公益訴訟は圧倒的に多い。その原因は環境保護団体の官製性によるものが大きい。

官製の環境保護団体の設立と管理には環境保護行政機関または検察機関などは深く関与している。そうした特徴が江蘇省と浙江省で最も顕著に表れている。

鎮江市生態環境公益保護協会は鎮江市検察院と鎮江市環境保護局がもっぱら環境公益訴訟を提起させる目的で共同設立したものである。その設立の式典も鎮江市検察院で行われた。2014年８月６日に、鎮江市の下にある丹陽市で丹陽市検察院と丹陽市環境保護局は共同で丹陽市生態環境公益保護協会を立ち上げた。丹陽市検察院の副検察長である王飛は会長を務めている。当該協会の設立は環境公益訴訟の提起が目的で、環境保護行政機関と司法機関の協力に良いプラットフォームを提供することができると明言されている。具体的には環境保護行政機関は環境公益訴訟事件に関する手がかりを協会に提供している。その緊密ぶりは浙江省嘉興市にある環境保護団体に対する調査にも現れている。浙江省嘉興市にある18の環境保護団体はほとんど政府の育てた官製のものである。それは行政管理を協力するために政府の指導の下で設立されたものであり、その日常管理と業務活動も政府の指導の下で展開され、「その理事長や秘書なども政府に任命され、団体の経費や事務室も政府に提供される。重大な活動を行なうには業務主管機関の許可が必要である」[22]と言われている。政府は環境保護団体に深く関与する背景には政治的な理由がある。「社会団体は政治的団体の性質を持っている。その政治的正確性を確保できない以上、環境保護団体の自由な発展を放任することができない。政府は自ら環境保護団体を操るのが最も安全且つ有効なルート

[22] 朱海倫『環境保護公衆参与「嘉興模式」調査報告』（中国環境出版社、2015年）91頁。

である」[23]と率直に指摘されている。すなわち、政府は環境保護団体による民主化活動への懸念から自ら官製環境保護団体の設立と管理に乗り出している。

実際に環境公益訴訟の主力をなしている中華環境保護連合会と自然之友、中華環境保護基金会、中国生物多様性保護与緑色発展基金会はいずれも環境保護部を業務主管機関としている。そして、環境保護部の元部長や副部長などはこれらの環境保護団体の名誉理事や理事などを務めている。地方においても地方人民代表大会や環境保護局の元幹部または現職幹部らは地方の官製環境保護団体のトップなどを務めるのが少なくない。これらの環境保護団体は環境保護行政機関と強いパイプを持っているため、環境公益訴訟を提起する際に、環境保護行政機関や検察機関などから支援を得られやすいと考えられる。検察機関は犯罪に対する捜査で発見した訴訟事件の手がかりを渡され、検察機関の指示を受けて訴訟を提起する場合がある[24]。環境保護部は環境保護団体に委託して、典型的な環境公益訴訟を提起させることもある。地方の環境公益訴訟において、環境保護行政機関と検察機関および環境保護団体の連携が目立っている。2015年５月５日、広州市天河区人民検察院、天河区環境保護局と広東省環境保護基金会は共同で「環境公益訴訟事件に関する実施意見」を制定した。環境損害の鑑定機関と指定される広東省環境保護科学研究院も実施意見に署名した。それにより、広東省環境保護基金会が環境公益訴訟を提起する際に、検察機関か環境保護局は訴訟支援者として訴訟に加わる連携制度が確立された。そうした連携の下で、もっぱら環境公益訴訟を提起する目的で設立された環境保護団体は数多くある。上記の常州市環境公益協会、清鎮市生態保護連合会、泰州市環境保護連合会などが典型的な例である。こうした状況において官製の環境保護団体は環境保護行政機関の別働部隊となり、それが提起した環境公益訴訟は検察

[23] 朱海倫・前掲注（22）243頁。なお、ここにいう政治的正確性とは共産党による指導の堅持である。

[24] 邱海鴻「南京検方擬対一公司提民事公益訴訟：登報征原告、両組織報名」澎湃新聞2016年10月25日 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1548648_1（最終訪問日2016年11月15日）

機関または環境保護行政機関の提起したものとあまり変わりがないだろう。

それとは対照的に、草の根環境保護団体はしばしば差別的な扱いを受けるか、訴訟提起を妨害されることすらあった[25]。自然之友は2015年に上記［事件11］で漏れた被告三社を相手に環境公益訴訟を提起したところ、結局泰州市中級人民法院に受理されなかった。それに対して、自然之友の総幹事を務めている張伯駒氏は「全く同じような事件に対して、地元の環境保護連合会は訴訟を提起することができた。官製ではない民間組織のわれわれも訴訟を提起することができるのかを試してみたい。今からみれば、うまく行っていない」[26]と述べた。官製の環境保護団体はその設立や人事、日常管理などにおいて政府からの強い関与を受けている。そのため、環境公益訴訟を提起する際に、環境保護行政機関や検察機関、人民法院などから協力を得られやすいと考えられる。特に、それらの指示に基づいて訴訟を提起する場合、勝訴判決を勝ち取るのはほぼ決まっている。

２　環境公益訴訟の限定

環境保護団体自身が行政機関の厳しい支配下に置かれているだけでなく、その訴訟提起も行政機関の厳しい統制の下で展開されている。下記の表10に示されるように、2017年まで検察機関と行政機関及び官製の環境保護団体が参加した環境公益訴訟が合計で133件に達し、草の根環境保護団体の参加したのが僅か23件であり、全体の17% を占めている。草の根環境保護団体の参加した訴訟では検察機関などが訴訟支援者として加わる場合が多いため、環境保護団体の独自で提起した環境公益訴訟

[25] 湖南省長沙市にある草の根環境保護団体の長沙市曙光環保公益発展センターの理事長を務める劉曙はかつて砂採取場で調査をしていたところ、何人かの者に殴られて負傷した。何遠蘭＝劉雨嬌＝楊青瑕「90後女性扛起環保大旗」湖南日報2013年11月１日 A07。

[26] 金煜「公益訴訟破局　環保組織『有心無力』」新京報2015年02月02日。その後、自然之友は泰州市中級人民法院の不受理決定に対して、江蘇省高級人民法院に上訴し、不受理の決定が破棄された。それを受けて、泰州市中級人民法院は同事件を受理したという経緯がある。

はほんのわずかしかない。最高人民法院の統計により、2019年まで環境保護団体による訴訟件数が394件であった。そのうち、最も活躍している草の根環境保護団体の自然之友が提起したのが46件[27]であり、全体の11.6％に過ぎない。検察機関と行政機関の提起したものを入れると、自然之友が提起した訴訟件数が全体の１％に過ぎない。他の数少ない草の根環境保護団体による訴訟を入れても、割合がそれほど変わらないだろうと推察できる。

表10　原告別の訴訟事件数（2017年まで）[28]

原告	検察機関	行政機関	環境保護団体		個人
			官製	草の根	
件数	35件	10件	88件	23件	１件

表11　年別と原告別の訴訟事件数（2015年以降）[29]

原告	環境保護団体	検察機関	行政機関
2015年１月～2016年６月	93	21（行政＋民事）	
2016年７月～2017年６月	57	791	3
2018年	65	1361	20
2019年	179	1954	21
合計	394	4127	54

[27] 自然之友のホームページ http://www.fon.org.cn/（最終訪問日：2021年３月）に掲載されている。

[28] これらのデータは筆者が入手した事例を取りまとめたものであり、表11の最高人民法院の統計数字と少しズレがあったのが、2015年までの事件が最高人民法院の統計数字に入れられなかったからだと思われる。

[29] 2016年から最高人民法院は毎年、前年度の受理した環境訴訟事件を取りまとめた「中国資源環境審判」白書を公表している。著書として出版されているのは『中国環境資源審判（2017-2018）』（人民法院出版社、2019年）と『中国環境資源審判（2019）』（人民法院出版社、2020年）のみである。2017年に公表の『中国環境資源審判（2016-2017）』と2016年に初公表の『中国環境資源審判』の主な内容はいずれも［人民法院報］との新聞に掲載されている。表11はそれを取りまとめたものである。行政機関は環境公益訴訟を提起する資格がないものの、［生態環境損害賠償訴訟］との名の下で汚染者に環境損害を求めている。その訴訟内容は環境公益訴訟とほぼ同じなので、両者を同一視しても差し支えがない。

草の根環境保護団体による訴訟が少ない現状に関して、次の二つの原因が指摘されている[30]。一つ目は草の根環境保護団体の力不足である。環境公益訴訟を提起するには多くの時間と金がかかるし、それに相応しい資金力と人員を持つ環境保護団体がほんの僅かしかない。二つ目は地方政府から支持を得られないことである。環境公益訴訟では被告が特に地方の経済発展を支える大手企業の場合、地方政府からの支持をなかなか得られない。地方政府の支持がなければ、環境保護団体が環境公益訴訟を提起する際、地方政府から相当のプレッシャーや嫌がらせを受けることになる。地方政府は直接人民法院に受理させないように指示することすらある。まさに「環境公益訴訟の鍵となるのは、地方政府と関係機関から支持を得られるかどうかである」[31]と指摘される通りである。環境公益訴訟の提起が限定されている根本な原因として「地方政府は経済発展の重視と環境保護の軽視という従来の姿勢をまだ転換していない。政府は環境公益訴訟に介入する衝動に駆られている」[32]。

今までの事件では、被告となるのがほとんど民間の中小企業や個人であり、「棒を振るって蝿を叩く」[33]と揶揄されている。それによって「地方政府の機嫌を損なうことなく、同時に社会の環境保護の要求に応えることもできるから、まさに一挙両得である。それは圧力政治体制の下での政府による司法への干渉の結果である」[34]。中小企業や個人に対して訴訟を提起する場合、地方政府はあまり干渉しない。一方、政府を後ろ盾とする国有企業、または地方の税収に大きく貢献する大手企業に対して訴訟を提起する場合、政府からの干渉を受けやすい。行政機関や検察機関の提起した訴訟ではともかく、草の根環境保護団体による訴訟でも被告が行政機関によって選定される場合が多い。そもそも、訴訟提起が環

---

[30] 劉暁星「為何環境公益訴訟叫好不叫座？」中国環境報2015年03月31日 A08を参照。

[31] 劉暁星・前掲注（30）A08を参照。

[32] 周凱「環境公益訴訟難在哪」半月談2015年20期27頁。

[33] 孟登科「抡起大棒打蚊子――雲南省環境公益訴訟一案出台内情」南方週末2010年10月04日。

[34] 陳亮・『環境公益訴訟研究』（法律出版社、2015年４月）237頁。原文では環境公益訴訟の被告選定を「拿軟柿子捏」（柔らかい柿を選んで叩く）と表現していた。

境保護行政機関に頼るところが大きい。地方の環境保護行政機関は法執行の過程において環境汚染を発見したら、自ら訴訟を提起するかまたは検察機関に通報して訴訟提起を促す。場合によっては、人民法院、検察機関と会議を開き、意思疎通を行なうこともある。誰に対して訴訟を提起するか、何を請求するかを共同で決めることがある。雲南省では最初の環境公益訴訟事件と呼ばれる［事例５］を提起する際に、被告の候補となるいくつかの汚染企業から被告を選び出すために、昆明市中級人民法院環境法廷の裁判官は検察官、環境保護行政機関の責任者および環境保護団体の関係者と会議を開いた。結局、一番扱いやすいとされる養豚場を相手に環境保護行政機関は訴訟を提起した。訴状も市検察院の指導の下で作成した。環境保護行政機関は提訴する前に被告の賠償能力を調べたという。

一方、環境保護団体は国有企業を相手に訴訟を提起する場合、何らかの形で地方政府に妨害されるかまたは人民法院に受理されないことが多い。例えば［事件５］に先立って環境保護団体の重慶市緑色ボランティア連合会は大手国有企業の陽宗海国電を相手に環境公益訴訟を提起したが、結局人民法院に受理されなかった[35]。2015年に大連環境保護ボランティア協会はチャイナペトロを相手に訴訟を提起したが、人民法院に原告不適格として訴えを却下された。原告は上訴しようとする際に、地方政府は原告に働きかけて調停を行った。当該事件に関する関係報道によると、政府機関との繋がりが強い大連市環境保護ボランティア協会は政府の呼びかけに応じざるを得ず、上訴を諦めた。一方、チャイナペトロは中国では有数の大手国有企業であるため、大連市政府と連携してその支配下にある官製の環境保護団体に圧力をかけ、調停で決着させた。

地方政府は自分の管轄地域内に環境公益訴訟をコントロールする力を持っている。環境汚染が非常に深刻な場合、地方政府は地元の汚染状況をあまり広く知られたくないため、環境公益訴訟を抑える傾向がある。一方、環境汚染があまり深刻ではない場合、中小企業や個人に対する環境公益訴訟は地方政府にとって業績としてアピールすることができるから、地方政府はそれを支持する傾向がある。

[35] 孟登科・前掲注 (33)。

3　環境公益訴訟とは何か

環境公益訴訟は環境保護行政機関と検察機関の強い関与の下で展開され、検察機関と行政機関は既に環境保護団体にとって替わり、公益訴訟の最も重要な訴訟提起主体となっているという国家化現象が現れた[36]。場合によっては訴訟提起の前に人民法院と一緒に会議を開き、訴訟対策を練ることもある。環境保護行政機関は実質的に主導的な役割を果たし、人民法院は環境保護行政機関に協力することになっている[37]。人民法院は訴訟提起前の準備段階から介入することもある。無錫市中級人民法院環境法廷の廷長を務める趙衛民氏は「無錫市の法院は環境保護局、水利、国土などの関係行政機関と同盟を組み、行政機関が違法行為に対する取調べの初期から司法機関が介入し、司法によるサポートと支援を提供する」[38]と行政機関への協力姿勢を明らかにしている。そうした実態は江蘇省常州市における環境公益訴訟の実務によっても裏付けられている。

2011年11月に、江蘇省常州市で常州市環境公益協会が設立された。その一年後の2012年11月21日、常州市検察院は市環境保護局、市中級人民法院、公安局と共同で全国初の環境保護連動法執行センターを設立し、その下に市環境保護検察所、環境保護巡回法廷、環境保護警務室と環境公益協会の四つの機構を設置した。環境法違反行為に対して行政責任、刑事責任、「民事責任」[39]を同時に追究することは単なる行政処罰より威嚇力が高いとされている[40]。当該連携法執行センターの設立の背景について、常州市人民検察院の関係者は「常州市環境保護部門による環境法執行では、行政処罰しか与えることができず、具体的な民事賠償の追究には手を焼いている。環境が汚染によって破壊された時、環境損害の賠償を求める人がいない。このような民事賠償事件を解決するために、常州市人民検察院は先んじて常州市環境公益協会の設立を推進してきた。

---

[36] 陳杭平＝周晗隽「公益訴訟『国家化』的反思」北方法学2019年第６期70頁。

[37] 朱寧寧「貴州非対抗環境社会治理模式調査」法制日報2016年９月27日 A10。

[38] 茗柏「環境司法的無錫模式」無錫日報2014年８月30日 A04。

[39] ここで言う「民事責任」とは、環境公益訴訟による汚染企業の「環境損害賠償責任」であり、環境汚染による被害者への賠償責任ではない。

[40] 闫艳＝李莉＝高傑「司法為環境執法撑腰壮胆　江蘇建立環境連動執法機制」http://www.zhb.gov.cn/zhxx/hjyw/201305/t20130530_252942.htm。

これで環境公益訴訟の原告が現れた」と説明した。すなわち、環境公益訴訟を提起させる目的で検察院、環境保護局及び人民法院は共同で常州市環境公益協会を設立したのである。それに先立って、2011年８月に常州市環境保護局は市検察院、市中級人民法院、公安局と共同で「環境民事公益訴訟案件の連携に関する暫行規定」を制定し、常州市民政部門に登記されている環境保護団体による訴訟提起を認める規定をおいた。その後、常州市環境公益協会は常州市環境監察支隊、市環境モニタリングセンター、市環境保護研究所、市固定廃棄物と放射能環境管理センター、環境保護技術開発推進センター、市環境保護科学学会、市環境保護産業協会、居住環境と地学学会、常州市楽天法律事務所、常州大学法学部の団体会員と70人の個人会員を受け入れるようになった[41]。その会員は常州市環境保護局、区環境保護局と環境保護局に直属する非営利事業体、環境保護科学学会、環境保護産業協会、法律事務所、市共産党委員会党校、市社科聯、大学の法学部、共青団市委員会ブランティア総会、環境友好企業代表などに所属する者から構成されている。これによって環境公益訴訟を提起する環境保護団体は完全に環境保護行政機関の支配下に置かれていることになった。常州市環境公益協会が単なる外見に過ぎず、実際には、環境公益訴訟を提起するかどうかは基本的には環境保護行政機関などが決めることだといっても過言ではない。このように、原告は誰に対して、どのような訴訟請求をするかはすべて環境保護局がコントロールすることができる。特定の企業に汚染処理をさせようとするときに、支配下の環境保護団体を駆使して環境公益訴訟を提起させるというメカニズムである。

環境公益訴訟であまねく請求される生態環境修復費用の鑑定はほとんど環境保護局の支配下のある鑑定機関によって行なわれている[42]。その支払いを人民法院に命じられた後、行政機関の支配下に開設される生態環境修復専用口座か地方の財政資金や国庫に支払われる。生態環境修復

[41]「想新機制治汚　多管斉下恵民」常州日報2012年６月７日http://epaper.cz001.com.cn/site1/czrb/html/2012-06/07/content_536843.htm。

[42] 朱晋峰『環境損害司法鑑定管理及鑑定意見的形成与采信』（法律出版社、2020年）58頁。

費用は名ばかりのものであり、実際には環境修復に使われるとは限らない。そもそも、水や空気に汚染物質を排出したとしても、それは時間の経つにつれ、希釈し、流れていくので、環境を元通りに修復することができない。そのため、生態環境修復費用は専用口座に眠っているゾンビ資金になっていると揶揄されている。

そうした文脈に置かれる環境公益訴訟は訴訟と言いながらも実質的には環境汚染や環境破壊を引き起こした一部の企業に生態環境修復費用を求めるための人民法院を媒介とする行政であると言えよう。まさに「環境公益訴訟は環境法執行の有効道具である」[43]や「本質的には環境公益訴訟が伝統的な紛争解決型司法ではなく、政策実施型司法である」[44]などと言われる所以である。環境公益訴訟は、①環境保護団体による環境法のエンフォースメントと、②環境損害賠償[45]を請求することができるという面で行政機関による環境法執行を補足ことができ、環境行政とともに、環境法執行の両足をなしている[46]。

実は、水質汚濁、土壌汚染、個体廃棄物汚染などの分野において、環境保護行政機関は汚染者に期限付き汚染除去命令を命じ、汚染者がそれに従わない場合、行政代執行を行い、それによって生じる費用は汚染者に負担させることができる。実際の環境公益訴訟において、訴訟が提起される前に、環境保護行政機関は汚染者に対して行政処罰を下し、汚染除去命令を命じたのがほとんどである[47]。しかし、汚染者が自ら汚染除去に取り組まない場合、行政機関は行政代執行の代わりに、環境保護団体を駆使し、環境公益訴訟を提起させる。環境公益訴訟は汚染者の環境損害の責任を追及する目的で環境行政に取って代わるものと位置付けられている[48]。外見上、環境行政の行き届いていないところを環境公益訴

---

[43] 高潔「環境公益訴訟―環境執法的新機制」世界環境2010年02期40頁。

[44] 陳亮・前掲注 (34) 24頁。

[45] 原文では［環境損害賠償］と使用されている。

[46] 張式軍「以環境公益訴訟破解環境行政執法難題」環境保護2015年15期53頁を参照。

[47] 暁剣「環境公益訴訟案背後是政府職能部門的『無奈』」中国労働保障報2015年８月５日。

[48] 胡静「環保組織提起的公益訴訟之功能定位」法学評論2016年４期173頁を参照。

訟の形で環境保護団体や検察機関、人民法院などに担わせ、その後始末を環境公益訴訟に任せるという構図になっている。後始末の手段となる環境公益訴訟は実質的には検察機関や環境保護行政機関に駆使、発動されるので、実際には司法を媒介とする二次環境行政の役割を果たしている。

４　環境公益訴訟の効果

環境公益訴訟は主に生態環境修復費用の負担を求めるために運用されている。それが実際にどれほどの効果を上げたかについて、中国全体の環境汚染の現状において考察する必要があると思われる。

環境汚染は国民経済にどれほどのコストをもたらしたかについて、環境保護部と国家統計局は共同で中国のグリーン GDP を計算する際に試算したことがある。国内総生産（GDP）に環境汚染コストを反映させるために、2004年３月から国家環境保護総局と国家統計局は共同で「中国グリーン国民経済計算（グリーン GDP 計算）研究」[49]というプログラムを立ち上げた。2004年から各年のグリーン GDP は『中国環境経済核算研究報告』[50]に公表されている。それに基づいて各年の環境汚染コスト

---

[49] グリーン GDP とは環境汚染コスト、すなわち擬制環境汚染処理コストと環境退化コストを差し引いた後の GDP であると定義されている。王金南＝曹東＝於方＝蒋洪強＝高敏雪『中国緑色国民経済核算研究報告2004』（中国環境科学出版社、2009年）ⅳ頁。

[50] 2004年のグリーン GDP 計算報告は2006年に初めて公表されたとき、『中国緑色国民経済核算研究報告2004（公衆版）』という名前であったが、以降は『中国環境経済核算研究報告』という名前に変わった。今まで公表されたのは2004年から2010年までである。2010年のそれは2013年に公表され、2010年以降は公表されていない。本の形で正式に出版されたのは2004年から2008年までの報告書である。2009年と2010年の報告書は出版されておらず、いずれも粗筋だけが環境保護部環境計画院のホームページに掲載され、マスメディアに報道されている。実はグリーン GDP の計算にあたり、環境汚染処理コストと環境退化コストを計算しなければならない。それに対して地方政府は強い抵抗を示している。また、当局は当報告書の公表により社会的な恐慌を引き起こすのではないかと懸念を示し、一時公表を躊躇った経緯がある。2010年以降のグリーン GDP は公表されないのは、環境汚染コストが相当の量に達し（2010年の環境汚染コス

を整理すると、次の表になる。

表12　2004年～2010年の環境汚染処理コスト[51]（単位：億元）

	年別	水汚染	大気汚染	固体廃棄物汚染	合計
実際環境汚染処理コスト	2004年	344.4	478.2	182.7	1005.3
	2005年	400.74	835	217.3	1453.04
	2006年	562.0	1046.2	249.3	1857.5
	2007年	653.7	1369.7	281.9	2305.3
	2008年	784.5	1775.9	340.8	2901.2
	2009年				不明
	2010年				不明
擬制環境汚染処理コスト	2004年	1808.7	922.3	143.5	2874.5
	2005年	2084.05	1610.9	148.7	3843.65
	2006年	2143.8	1821.5	147.3	4112.6
	2007年	2121.1	2104.8	129.8	4355.7
	2008年	2672.6	2227.7	142.9	5043.2
	2009年				不明
	2010年				5589.3[52]

トは既にGDPの3.5%に相当する）、それによって、GDPの成長の意味が薄れることになり、経済発展をアピールすることができなくなると当局に懸念されているだろうと考えられる。

[51] 2004年のデータは王金南＝曹東＝於方＝蒋洪強＝高敏雪『中国緑色国民経済核算研究報告2004』（中国環境科学出版社、2009年）5頁。2005年と2006年のデータは王金南＝曹東＝於方＝蒋洪強＝高敏雪『中国緑色国民経済核算研究報告2005-2006』（中国環境科学出版社、2013年）10～16頁、160～166頁、2007年と2008年のデータは王金南＝曹東＝於方＝蒋洪強＝高敏雪『中国緑色国民経済核算研究報告2005-2006』（中国環境科学出版社、2012年）17～26頁、93～106頁。なお、同報告書で実際環境汚染処理コストとは実際に発生した汚染処理コストであり、汚染処理過程における固定資産の減少、薬剤費用、人件費、電気料金などの費用である。擬制環境汚染処理コストとは、処理されないまま環境に放出された汚染物質を現行の処理技術とレベルで処理する場合の支出である。

[52] 2010年のグリーンGDP計算報告は2013年に完成した。しかし、その詳細は公表されなかった。メディアの報道によると、2010年の環境退化コストは11032.8億元に、生態破壊損失は4417億元にのぼっているという。王爾徳「2010年中国生態環境成本達1.5万億」21世紀経済報道2013年1月15日。

表13　2004年～2010年の環境退化コスト[53]（単位：億元）

年別	大気汚染によるもの	水汚染によるもの	固体廃棄物によるもの	汚染事故による経済損失	環境退化コスト（合計）
2004	2198.0	2862.8	6.5	50.9	5118.2
2005	2836.0	2869.0	29.6	53.4	5788
2006	3051.0	3387.0	29.6	40.2	6507.8
2007	3616.7	3595.1	65.1	57.2	7334.1
2008	4725.6	4105.0	63.6	53.3	8947.5
2009					9701.1[54]
2010					11032.8

2004年実際に環境汚染処理に投じた費用は1005.3億元で、本来汚染物質の処理に必要な総環境汚染処理コスト（実際環境汚染処理コスト＋擬制環境汚染処理コスト）の26％に過ぎない。すなわち2004年に74％の汚染物質が処理されないまま環境に排出されたということである。2004年に既に環境に放出された汚染物質を全部処理しようとすれば、約10800億元の直接投資が必要であると試算も同報告書に記載されている。同時に2005年には実際処理コストは総環境汚染処理コストの27% に過ぎない。残り73% の汚染物質は処理されないまま環境に排出された。2006年の実際処理コストは総環境汚染処理コストの31.1% を占め、68.9% の汚染物質は処理されないまま環境に排出された。2007年の実際処理コス

[53] 環境退化コストとは生産と消費の過程において排出した汚染物質による環境機能、人間の健康、作物の生産量などへの損失である。なお、2004年の環境退化コストには生態破壊損失、土壌と地下水汚染による損失、騒音と放射線など物理的汚染による損失、汚染による娯楽への損失、室内空気汚染による身体の健康への損失、オゾン層による身体の健康への損失、大気汚染による林業への損失、水汚染による身体健康への損失などは含まれない。王金南＝曹東＝於方＝蒋洪強＝高敏雪『中国緑色国民経済核算研究報告2004』（中国環境科学出版社、2009年）ｖ頁。

[54] 2009年のグリーン GDP の計算報告は2012年に完成した。しかし、水汚染、大気汚染、固体廃棄物汚染などに関する詳しいデータは公表されなかった。粗筋だけが環境保護部環境計画院のホームページに掲載。http://www.caep.org.cn/ReadNews.asp?NewsID=3105。また、2009年には生態破壊コストも計算されるようになり、環境汚染退化コストと合計で13916.2億元に達し、同年の GDP の3.8% を占めているという。

トは総環境汚染処理コストの31.3% を占め、68.7% の汚染物質は処理されないまま環境に排出された。2008年の実際処理コストは総環境汚染処理コストの36.5% を占め、63.5% の汚染物質が処理されないまま環境に排出された。

2004年から2010年までおおよそ三分の二くらいの汚染物質は処理されないまま環境に排出されたといえる。すなわち、環境汚染コストの大部分は内部化されていない。環境公益訴訟で汚染者に負担させた生態環境修復費用は各年の擬制環境汚染コストと環境退化による損失と比べると、取り上げるに値しない金額だと思われる。2015年に環境公益訴訟は大いに宣伝され、全国範囲で37件の環境公益訴訟が提起された。それとは対照的に、2015年に全国で330件の突発性環境汚染事故があった[55]。過去の事例を参考すれば、これらの環境汚染事故を起こした企業に対して、環境公益訴訟を提起することができると考えられる。しかし、実際にはこれらの事故に対して、訴訟を提起しなかった。環境公益訴訟は環境汚染コストのほんの僅かしか内部化させず、同時に環境汚染行為の抑制に効果をあまり挙げていないといえる。2016年に入ると、環境法違反事件が逆に増加した。2016年１月から８月までの環境法違反事件は2015年の同時期と比べるとかえって増加した[56]。また、2015年に環境法違反行為に対する行政処罰が9.7万件に上り、2014年に比べると34％増加した[57]。環境公益訴訟の元年と呼ばれる2015年以降、環境法違反行為が減少しなかった。環境公益訴訟は環境汚染行為の広がりに歯止めをかける力を持っているとは言えない。そもそも、地方政府は経済発展のために汚染企業を庇う姿勢を崩していない。2016年７月に、環境保護部は内モンゴ

[55] 環境保護部ホームページに掲載されるものによる。http://www.mep.gov.cn/gkml/hbb/qt/201604/t20160413_335118.htm。

[56] 環境保護部「環境保護部通報2016年1-8月『環境保護法』配套弁法執行情況」(2016年10月12日) http://www.zhb.gov.cn/gkml/hbb/qt/201610/t20161012_365399.htm (最終訪問日：2011年11月28日)。過去の事例に照らしてみると、これらの環境法違反行為はほとんど環境公益訴訟に射程に入れると考えられる。

[57] 中華人民共和国環境保護部『2015中国環境状況広報』３頁。http://www.zhb.gov.cn/hjzl/zghjzkgb/lnzghjzkgb/201606/P020160602333160471955.pdf に掲載されるものによる。

ル、黒竜江、江蘇省、江西省、河南省、広西省、雲南省、寧夏回族自治区に一ヶ月に亘り監督チームを派遣した。これらの地域における環境行政に対する監督を行った結果、地方政府は汚染企業のために環境アセスメントを偽造したり、財政資金で企業の汚染物質排出費用を支払ったりして汚染企業を庇う行為が普遍的に行われていたことが分かった。それによって、僅かの一ヶ月間で問責された責任者が3422人に達している[58]。地方政府は環境汚染コストを本格的に内部化させる気配がないと考えられる。2015年以降も環境問題による集団騒動も多発している[59]。これらの騒動はいずれも環境汚染の発生するおそれのあるごみ焼却施設などの建設を止めようとするものである。理論上、市民は環境保護団体に環境公益訴訟の提起を促し、建設工事の差し止めを求めることが不可能ではない。しかし、実際には環境公益訴訟はこうした環境紛争の解決に利用されなかった。中国の環境公益訴訟は二次環境行政として非常に限定的な役割しか果たしていないと言わざるを得ない。

第５章　なぜ環境公益訴訟か

前章では、環境公益訴訟はあまり効果を挙げていないとの結論に至っ

[58] 姜貞宇「８省份環保督察反饋出炉　環保欠帳哪家多？」中国新聞網2016年11月24日。http://www.chinanews.com/gn/2016/11-24/8072843.shtml（最終訪問日：2016年11月29日）。

[59] 典型的な集団騒動事件として、2015年４月に広東省河源市の市民1000人以上は地元の火力発電所の建設に反対するために起こしたデモ、2015年１月５日深圳市で200人以上の市民がゴミ焼却施設の建設に反対するデモ、2015年４月20日に、浙江省海塩県でごみ焼却施設の建設に反対するデモ、2015年12月24日、広東省普寧市雲落鎮でごみ焼却施設の建設に反対するデモ、2016年10月13日、陝西省西安市高陵区でごみ焼却施設の建設にか反対するデモ、2016年12月９日、四川省成都市で化学工場の建設に反対するデモなどがある。これらの集団騒動が全国に広がるのを恐れて、当局はネット上でそれに関するネット上の投稿やメディアによる報道などをほとんど削除した。上記の大規模のデモが起きると、微博（中国版ツィター）、微信（wechat、中国版 line）などにそれに関するニュースが少し残っている。実際に起きた集団騒動は報道されたものより遥かに多いと思われる。

た。それなのに、なぜ、環境公益訴訟を創設するのか。環境保護行政機関が汚染者に汚染処理や環境の原状回復などをさせようと思えば、行政措置命令、行政代執行を通じて行うことができる。なぜ、環境行政の機能不全を放置しながら、環境公益訴訟という二次環境行政を通じて、一次環境行政の不行き届きによる環境汚染の後始末をさせようとするのか。本章では環境公益訴訟のメカニズムを明らかにした上で、その本当の狙いを解明する。

第１節　環境公益訴訟のメカニズム

上述したように中国の環境公益訴訟は実は司法を回路とする行政であることが分かった。中国では司法と行政の線引きが曖昧だとよく指摘されている。これは環境公益訴訟においても見事に現れている。司法はいかにして行政の役割を果たすのか、それは次のようなメカニズムによるものだと考えられる。

１　不法行為責任法の非純粋私法性格

繰り返していうように、中国の環境公益訴訟では原告は被告に対して実体法上の権利があるわけではない。にもかかわらず、司法解釈は不法行為責任法にもとづいて妨害排除、危険除去、原状回復、損害賠償などの請求権を原告に付与した。2021年より施行する民法典は1234条と1235条を新設し、それを追認した。実際の裁判では例外なく被告の「環境不法行為責任」[60]が認定された。

その背景には自然資源の国家所有という発想がある。中国の物権法46条は「鉱山、水流、海域が国家所有に属する」と規定し、更に48条には「森林、山嶺、草原、荒廃地、砂浜などの自然資源が国家所有に属する。ただ、法律により集団所有と規定されたものは除く」と規定している。水法の３条は「水資源は国家所有に属する。国務院は国を代表し水資源の

[60] 判決では「環境侵権責任」と書いているため、そのまま「環境不法行為責任」と訳した。文脈によると環境汚染や破壊など環境に対する責任という意味で使われている。

所有権を行使する。農村集団経済組織の溜池と農村集団経済組織の設置、管理した貯水池の水は各農村集団経済組織の使用とする」と規定している。民法通則117条２項「国家、集団又は他人の財産を損害した場合、原状回復又は金銭で賠償しなければならない」と規定した。このように、水、大気、鉱山、森林、草原、野生動植物などの資源すべてが国家の所有に属する。環境汚染と生態破壊が発生した場合、環境資源が不可避的に破壊されることになる。国家所有の環境資源が破壊されると、その損害に対する民事救済が必要だと主張されている[61]。それを基礎付ける法的根拠として不法行為責任法65条が挙げられ、「不法行為責任法65条は自然資源生態損害に対する私法による救済に一定の余地を残した」[62]。

要するに、環境汚染と生態破壊が発生した場合、それを国家財産に対する損害と捉えられ、国が民事訴訟を通じて汚染者に損害賠償を求めることができるという論理である。そのため、国も通常の民事主体として不法行為責任法の適用対象とされている。「ほとんどの状況において国は自然資源所有者と管理者の身分を併せ持っているため、民事主体でありながら行政主体でもある」[63]と言われている。そのため、環境公益訴訟では国の代表とされる原告が不法行為責任法にもとづいて被告に環境損害賠償を求めることができるという論理が提示されている。［事件２］では正にこの論理が使われ、検察機関が国の代表とされた。しかしながら、［事件２］以外の事件では原告が一体国の代表としているかどうかをはっきりしないまま原告の適格を認めた。環境保護団体はなぜ不法行為責任法に基づいて汚染者に環境損害賠償を求めることができるかについては論理的な説明はなされていない。ただ言えるのが不法行為責任法及び民法典は私人間の紛争解決だけを目的とする法ではないことが明らかである。

---

[61] 李摯萍「論国有環境資源損害的民事救済」重慶大学学報2007年２期106 ～ 111頁を参照。

[62] 張梓太＝王嵐「我国自然資源生態損害私法救済的不足及対策」法学雑誌2012年２期57頁。

[63] 張璐「自然資源損害的法学内涵解読」華東理工大学学報2012年４期83頁。

2　人民法院の政治的利用

上述したように、環境公益訴訟における不法行為責任法の適用について理論的な説明がなされていない。それにもかかわらず、事例では相次ぎ被告の環境損害責任を認めていた。その背景には、中国の現行司法理念が影響しているところが大きいと考えられる。

従来、中国の司法独立の不在が指摘されて久しい。「中国の裁判は権力の道具」[64]とも言われている。中国では三権分立がなく、司法権の範囲を限定する憲法上の規定がない[65]。逆に司法が大局に奉仕することや、司法に対する党の指導の堅持、社会効果の達成、社会安定の維持などが要請されている。「司法はただの紛争解決だけではなく、中国共産党が社会に対するガバナンスを行い、政治的正義を実現する道具でもある」[66]と要請されている。すなわち、法律を適用して、原告の主張する権利利益を判定するだけではなく、党の政治目的を実現するために、改めて当事者間の利益調整を行うことが求められている。近年、環境悪化を前に、環境保護における司法の役割が強調されるようになった。その代表的なものが能動司法の提唱であった。「能動司法によって、司法機関はただ法律条文に拘ることなく、不合理な社会効果を防ぐために、より社会の現実と変化の趨勢に応えるように法適用することができる。これは問題解決、矛盾解消及び大局に奉仕することに寄与することができる」[67]と指摘されている。これによって法律条文から離れる判決も可能であることを示唆している。司法を行政権の延長線に位置づけて、裁判官にも環境規制者としての職責を担わせ、行政による環境法執行の機能不全を補うべきだとの主張もなされている[68]。能動司法によって既に司法のあるべき権限範囲を超え、伝統的な「政務型司法」に回帰し、司法としての

---

[64] 坂口一成『現代中国刑事裁判論』（北海道大学出版社、2009年）360頁。

[65] たとえそういう規定があったとしても、違憲審査制度の不在により、人民法院は具体的な事件においてそれを解釈することができない。

[66] 何青洲『「人民司法」在中国的実践路線』（中国政法大学出版社、2016年）196頁。同書にいう政治的正義とは、人民民主独裁主義である（同書66頁）。実際に党の指導の堅持を意味するものと考えられる。

[67] 汪光焘「堅持我国法律制度　開展能動司法」中国環境法治2012年巻（上）９頁。

[68] 杜輝「環境司法的公共治理面向」法学論評2015年４期172-174頁を参照。

プライドを顧みず、立法機関と行政機関の下請けに成り果ててしまっていると批判されていたほどであった[69]。

形成史からも分かるように、中国の環境公益訴訟は明らかに環境保護行政機関の主導で推し進められてきた。環境公益訴訟に言及した国の政策が発端となり、続いて地方の各人民法院が国の環境保護政策の実現に協力するために、自らまたは検察機関や環境保護局と共同で環境公益訴訟に関する内部文書を制定し、環境公益訴訟の受理を試みた。人民法院は訴訟が提起されるのを待つのではなく、自ら進んで環境公益訴訟事件を探すべきであるとの意見も地方の人民法院より出されている[70]。民事訴訟法の改正により環境公益訴訟が正式に導入された2012年までに、人民法院は環境改善との政治的目的の実現に迎合し、環境公益訴訟を受理し、判決を下した。

政治目標の実現に協力する司法の姿は次のような環境法廷の成立史からも窺い知ることができる。ここ数年来、環境汚染に関する民事事件、行政事件と刑事事件を一つの法廷で審理を行なうために、各地で人民法院の内部に環境法廷を設置した。実際に、「2007年までに環境法廷の一部は人民法院ではなく、環境保護局に設置されていた。そのうち、被害者に対する民事救済ではなく、環境保護部門の行政決定が順調に執行されることを保障する目的で設置されたものも少なくない。このような法廷を『環境法廷』というより、『環境保護局法廷』というほうが適切かもしれない」[71]と言われたほどであった。そういう環境法廷に対して、最高人民法院はかつて文書を出して批判したことがある。例えば最高人民法院は「武漢市橋口区人民法院による環境保護法廷の設立に関する状況

---

[69] 劉練軍「比較法視野下的司法能動」法商研究2011年３期25頁。なお、筆者は「政務型司法」の定義を明確に示さなかったものの、それが伝統中国における司法と行政の一体化に由来するものであり、結果として、司法権そのものを放棄し、人民法院が行政権の内部に復帰し、再び行政機関と一体化することになると指摘していた。

[70] 段玉良＝康平「無案可弁　雲南環保法庭変身『刑事庭』」中国日報2010年10月18日 http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/yunnan/2010-10-18/content_1025194_7.html。（最終訪問2016年12月１日）

[71] 汪勁『環保法治三十年：我们成功了吗』（北京大学出版社、2011年）311頁。

報告への回答」では「国家裁判機関の裁判職権は国家行政機関の行政管理権能と混同してはならない。人民法院は法院以外の行政管理部門と共同で専門法廷を設立してはならない」[72]と人民法院と環境保護行政機関による環境保護法廷の共同設立を禁止した。また、最高人民法院の元副院長を務めた馬原氏がかつて全国の民事裁判に関する座談会において人民法院が独立で裁判権を行使することの必要性を強調して、「目下、税務法廷、環境保護法廷、不動産法廷などの専門法廷を設置し、関係行政部門の役員が出向で人民法院の裁判官と共同で裁判権を行使するところがあるが、しかし、これは妥当ではない。法律によれば、裁判権は人民法院しか行使することができず、その他の単位や個人が国家裁判権を行使することが法律規定に違反することになる」[73]と環境法廷の設立に反対意見を示した。そういう反対意見が出されたのは逆に、行政機関が人民法院とともに訴訟事件の審理に臨んだことがあることを裏付けていたと言えよう。

このように中国の環境法廷は最初に環境保護行政機関による法執行に協力するために設立されていた。環境行政の機能不全により環境悪化が急ピッチで広がった結果、司法が再び能動司法のスローガンの下で環境保護行政機関に協力することを求められている。環境公益訴訟において、司法権は政治目的で行政権の領域内に侵入し、人民法院は環境保護行政機関に取って代わり、環境公共利益を守る主体に変身したと指摘されている[74]。そうした背景があったからこそ、人民法院は不法行為責任法の論理的な解釈を展開しないまま、ひたすら被告に生態環境修復費用を認めたのは想像に難しくない。政治目的を実現するために当局は司法を利用し、司法は進んで政治目的の実現に迎合していることが環境公益訴訟の運用で明らかになった。

---

[72] 最高人民法院の「武漢市橋口区人民法院が環境保護法廷を設立することに関する状況報告への回答」(1989年２月10日法［経］函（1989）19号）http://fgk.chinalaw.gov.cn/article/sfjs/198902/19890200274961.shtml。

[73] http://www.chinalawedu.com/news/1200/21752/21754/21764/21779/2006/3/wu74768574183600215138-0.htm

[74] 王遠明「論我国環境公益訴訟的発展方向：基於行政権与司法権関係理論的分析」中国法学2016年１期55 ～ 57頁を参照。

第２節　環境公益訴訟の狙い

上述したように、環境公益訴訟では十分な法解釈を展開せずに、無理やりに生態環境修復費用を汚染者に負担させている。たとえ能動司法を通じてそうすることができるとしても、なぜそこまでして環境公益訴訟を進める必要があるのか。そもそも環境公益訴訟は環境行政の代替手段として使われているので、環境行政の機能不全の解消に取り組めば、ある程度環境改善を図ることができると思われる。なぜ当局は環境行政の機能不全を放置しながら[75]、二次環境行政として環境公益訴訟を活用しようとするのか。当局は次のような狙いがあると考えられる。

１　環境汚染コストの一部内部化

従来、中国政府は経済の発展を最優先にしているため、環境汚染を放置してきた。政府の強い経済発展志向は政府の企業化と揶揄され、「地方政府の企業化は特に経済成長の追求に現れている。特に財政収入が一番の原動力になっている。GDP が営業総額であり、財政収入が企業の利潤である」[76]と言われている。経済を発展させるために、地方政府は積極的に企業を誘致している。企業誘致の際に、環境汚染コストの低さをアピールする地方もある。地方政府は財政資金で企業の汚染物質排出費用を支払う場合すらある。政府と企業の関係は審判員とスポーツ選手の関係だけではなく、監督とスポーツ選手の関係も成し、政府は地元の汚染企業を守ろうとしている[77]。環境保護行政機関の不作為は環境悪化の最も根本的な原因であると指摘されている[78]。

---

[75] 実は環境行政の機能不全に対して、2014年の環境法改正で環境保護行政機関の権限の増強、汚染者に対する過料の引き上げなどの改善措置を導入した。しかし、環境悪化の根本的な原因である「政治と経済の一体化」にメスを入れない限り、地方政府は経済発展最優先から方針転換しないと思われる。そのため、環境保護行政機関の権限がいくら増強されても、それは適切に行使される保証はない。事実上、環境行政の機能不全を放置したといえる。

[76] 趙樹凱「農村発展与基層政府公司化」中国発展観察2006年10期48頁。

[77] 曾紀茂「地方政府公司化的運作邏輯与後果」太平洋学報2011年11期59-61頁。

[78] 楚道文＝邱瀟可「環境公益訴訟必要性分析」江西社会科学2012年８期153頁。

環境公益訴訟が創設されるまで、政府は汚染者に原状回復や環境修復費用をほとんど負担させなかった。環境汚染が発生した場合、政府は財政資金を投入して汚染処理を行っていたのがほとんどであった[79]。汚染行為が発覚し、行政機関に取り締まられた場合、汚染者は期限付き改善措置、営業停止、許可取消などの行政処罰を受けるかもしれないが、しかし、これらの措置はいずれも将来の汚染発生の予防措置であり、過去の汚染処理に関するものではない。過去の汚染処理に関して、ほとんどの場合、行政機関が財政資金を投入して処理に当たっている。汚染者は僅かな過料を課されるに止まっている。行政機関が環境修復を行なう場合、企業に課した過料の数倍ないし数十倍の費用がかかるかもしれない。2005年に発生した松花江汚染事件では汚染事故を引き起こした石油化学会社が環境保護総局に100万元の過料に処せられた。しかし、2010年６月までに国が汚染処理に投入した費用は78.1億元に達した。それが批判の的となり、訴訟を通じて汚染者の環境損害責任を追究すべきであるとされている[80]。「我が国の環境法には環境責任法または環境損害賠償法が欠如している」[81]ため、環境汚染処理費用の全部を汚染者側に負担させるために、環境修復責任法制度を整備する必要があると唱えられていた[82]。一方、汚染企業の汚染行為に見合うだけの過料を課し、または環境損害に関する立法を進めるべきだとする意見が相次いで提出されている[83]。

---

[79] 沈緑野＝趙春喜「我国環境修復基金来源途径刍議」西南政法大学学報2015年03期72頁。

[80] 竺効「反思松花江水汚染事故行政罰款的法律尷尬」法学2007年３期15頁を参照。当論文で筆者は生態損害を「人的活動により、人類の生存と発展の基盤たる生態環境の如何なる部分の物理的、化学的及び生物学的な重大な退化である」と定義した。本稿ではいう環境損害に相当する概念だと捉えられている。

[81] 楊朝飛「環境汚染損害鑑定与評估是根治『違法成本低和守法成本高』頑疾的重要挙措」環境保護2012年05期22頁。

[82] 趙衛民「建立環境恢復責任制度的若干思考」人民司法2010年03期95頁参照。ほかには李摯萍「環境修復法律制度探析」法学評論2013年２期108頁参照。

[83] 陶建国「徳国『環境損害予防及恢復法』評介及啓示」中国環境管理幹部学院学報2015年４月９～10頁を参照。他にも胡中華「論美国環境公益訴訟中的環境

しかし、これらの批判意見はいずれも的外れだと考えられる。実際に法律上環境保護行政機関は企業に汚染処理を命じることができる[84]。汚染者が行政命令に従い、汚染処理にあたらない場合、行政機関は自らまた第三者に代執行を依頼し、その費用を汚染者に負担させることができる。しかし、実際にはほとんどの場合、行政機関はそれを行使しなかった。環境汚染による被害者の救済をさせないのも、環境汚染コストを内部化させたくないという政府の思惑がある。地方政府は経済発展を成し遂げるために、企業の競争優位を確保するために、環境汚染による被害者の救済や、厳格的な環境法執行を怠っている[85]。

企業の環境汚染コストは内部化されず、それによる国民経済への損失が莫大な費用に膨れ上がっている。2010年の環境退化コストが15389.5億元に上っているとの試算も環境保護部環境計画院により出されている。2017年までに大気汚染物質の減少を図るためには、1.75万億元の投資が必要であると見積もられている[86]。中国は低価格製品を輸出する戦略を取っているため、環境汚染コストは製品の価格には反映されていない。環境を犠牲に輸出製品の低価格優位を維持しているため、貿易摩擦も引き起こしている。そのため、中国の貿易発展戦略を調整し、環境規制を手段に、環境汚染コストを内部化させ、貿易と環境を両立させ、経

損害救済方式及保障制度」武漢大学学報2010年６期934 ～ 935頁を参照。王江＝黄錫生「我国生態環境恢復立法析要」法律科学2011年３期194 ～ 199を参照。

[84] 例えば水汚染防治法83条は「企業事業単位は本法に違反して水汚染事故を起こした場合、県クラス以上の人民政府環境保護主管部門は本法２条の規定に従い、過料を科し、期限付き処理措置を命じ、汚染を除去させることができる。要求に基づいて汚染処理措置を講じずまたは汚染処理能力を持たなかった場合、環境保護主管部門は処理能力のある単位を指定し、代わりに汚染処理をさせることができる。それに必要な費用は違法者が負担するものとする」と規定している。この条文に基づいて、環境保護行政機関は汚染者に汚染処理命令を出し、または第三者に処理を依頼し、その費用を汚染者に負担させることができると考えられる。

[85] 王寧「中国低成本発展模式的演進、困境与超越」学術研究2010年10期69頁参照。

[86] 殷欣「環保部承認中国空気汚染厳重：治理需用1.75万億元」参考消息2016年12月07日。http://k.cankaoxiaoxi.com/weizhan/article/101399967/31313510905/236492。（最終訪問：2016年12月10日）

済社会の持続可能な発展を図る必要性が唱えられ[87]、政府はようやく経済最優先から経済発展と環境保護の均等重視との方針を打ち出した。

環境損害の回復をより実現可能なものとするために、2011年５月25日に環境保護部は「環境汚染損害の鑑定と見積もりに関する若干意見」[88]を公布し、その中で、中国の現行法には環境責任、環境汚染損害賠償と土壌汚染防治などに関して不備があり、環境汚染損害鑑定と見積もりに関する規定が欠如しているため、汚染者負担原則の効果的な実現を妨げていると指摘した。環境修復と生態回復費用を環境損害賠償の範囲内に入れ、化学的、合理的に損害賠償額と行政過料の額を確定することは、企業生産の環境コストを体現し、企業の環境責任の強化にも繋がる。それによって根本的に「環境違法コストが低く、法遵守コストが高い」問題の解決に資するとされた。続いて環境保護部は「環境汚染損害額の計算に関する推薦方法」（Ⅰ版）と「環境損害の鑑定と見積もりに関する推薦方法」（Ⅱ版）[89]を制定した。

こうした動向を受けて、環境保護法は2014年の改正で新たに損害の責任者負担を環境保護原則の一つとした[90]。立法者の解説によると、同条にいう「損害」とは環境汚染と生態破壊の行為である。環境損害とは人類の活動により人類と他の生物種の生存基盤である環境が損害または悪影響を受ける事実であり、損害を加えた者は責任を負うのが環境保護の

87　王玉婧『環境成本内在化環境規制及貿易与環境的協調』（経済科学出版社、2010年）222頁。

88　環境保護部「関於開展環境汚染損害鑑定評估工作的若干意見」（環発［2011］60号、2011年５月25日）。

89　環境保護部弁公庁「関於印発『環境損害鑑定評估推薦方法（Ⅱ版）』的通知」（環弁［2014］90号、2014年10月24日）。

90　環境保護法５条は「環境保護は保護優先、予防を主とし、総合的処理、大衆参加、損害の責任者負担を原則とする」と規定している。原文では「損害担責」と表示されているが、それに対する解説では「環境損害とは人間の活動により人間とその他の生物種の生存基盤である環境が損害又は悪影響を受ける事実である。環境損害は汚染と生態破壊を含む。損害を及ぼす者がそれによる損害に責任を負うのは環境保護の重要な原則である」と解されている。

重要な原則であるとされている[91]。また、当該原則は環境汚染コストの内部化によって生産経営者の汚染物質の削減にインセンティブを与えることが目的で、その比較対象として日本の原因者負担原則が取り上げられている。

環境公益訴訟はこうした環境汚染コストの一部を内部化させる手段として使われ、「環境公益訴訟は生態環境損害の民事責任を追究する訴訟と位置付けられている」[92]。2010年12月１日に昆明市が公布した「昆明市環境公益訴訟救済専項資金管理暫行弁法」は「人民法院の判決により支払いを命じられた特定受益者のない環境損害賠償金」を汚染された環境の修復に充てることを明確にした。昆明市環境保護局が専用口座を開設し、当該資金の運用管理を行なっている。

このように、実質的には中国の環境公益訴訟は主に汚染者負担原則の実現を図る一手段として使われていることが分かる。尚、経済の発展から正統性を維持しようとする現政権にとっては、経済発展の最優先を諦めることができない。企業の競争優位を維持するために、環境汚染のコストをすべて内部化させることを事実上拒否している。環境被害者による民事訴訟を門前払いされる一方、汚染企業の汚染処理や原状回復などを命令する規制的手段の行使も怠っている。そもそも、地方政府は地方の環境汚染の実態を公表されるのが好ましくない。2006年に環境保護部と国家統計局は共同で2004年度のグリーン GDP を公表する際に、地方政府から巨大な圧力をかけられた。地方政府は自分の管轄地域のグリーン GDP を公表しないように環境保護部と国家統計局に書簡をもって正式に求めたことがある[93]。地方政府は経済成長をアピールするために、GDP に環境汚染コストを反映させたくない思惑がある。逆に、環境汚染コストをほとんど内部化されていないことが裏付けられていると考え

---

[91] 信春鷹編『中華人民共和国環境保護法釈義』（法律出版社、2014年）19頁。

[92] 胡静「環保組織提起的公益訴訟之功能定位」法学評論2016年４期168頁。なお、ここにいう民事責任とは具体的な被害者に対する責任ではなく、環境に対する責任である。

[93] 王金南＝曹東＝於方＝蒋洪強＝高敏雪『中国緑色国民経済核算研究報告2004』（中国環境科学出版社、2009年）vi頁。

られる。しかし、今これ以上環境汚染を放置できないところまで来ると、当局は環境公益訴訟を通じて環境汚染コストの一部を選択的に内部化させることを試みている。地方政府はある程度で環境汚染コストの一部を内部化させるパフォーマンスを作らなければならない。しかし、誰に、どの程度で汚染コストを内部化させるかはほぼ地方政府に決められている。地方政府の誘致した重点企業、多額な税金を納める企業を相手に環境公益訴訟を提起する場合、地方政府にあらゆる手段で阻止されかねない。

２　大衆参加の偽装

市民が環境法の立法、法執行、司法などに参加することによって、環境問題の解決と全面的な管理に寄与し、環境問題による衝突の予防と解決に有効なルートを提供できる[94]。それは既に当局に意識されている。なお、市民参加のルートの不在により、市民は身近に環境汚染の発生する恐れのある建設工事が進められる度に、それを阻止するために極端な手段を取り利益を表出する。それにより、市民、社会と地方政府はいずれも巨大な代価を払ったと指摘されている。2010年、環境保護部は「環境保護団体の育成と秩序のある発展の誘導に関する指導意見」[95]を公布し、その中で「環境保護団体が環境保護における市民参加の促進、大衆による環境保護活動の改善、権利擁護と法律援助の展開、企業の環境汚染行為に対する監督などにおいて大きな役割を果たすことができる」と指摘した。

2014年環境保護法の改正で大衆参加は環境保護の原則の一つとして定められている。環境公益訴訟は改正後の環境保護法の５章「情報公開と大衆参与」に置かれ、環境保護における大衆参加の一形態と位置づけられている。「環境保護法改正で三つの面から大衆参加の具体化を図ってきた。環境に関する関係権利を規定し、法律の面で大衆参加を基礎付け

---

[94] 環境保護における大衆参加の実践と探索編集組編『環保公衆参与的実践与探索』（中国環境出版社、2015年）３～16頁を参照。

[95] 環境保護部「環境保護団体の育成と秩序ある発展の誘導に関する指導意見」（環発［2010］141号）2010年12月10日。

た。また事前、途中における参加を規定し、更に、事後的な参加を規定した。つまり、大衆が環境違法行為を告発することもでき、関係社会組織が環境公益訴訟を提起することができる」[96]と環境公益訴訟を事後的な大衆参加と位置づけている。それは数多くの地方条例にも規定されている[97]。

当局は環境保護にける大衆参加を推進する背景には、近年環境問題に絡む集団騒動が多発している現状がある。1996年以来、環境集団騒動事件が年平均29％の速度で急増している」[98]と言われている。その中で、代表的なのは、2014年５月11日に浙江省杭州市でごみ焼却施設の設置に反対する住民と警察隊の衝突事件である。当該事件ではごみ焼却施設の建設に反対する地域住民数千人が集まり、高速道路を封鎖し、警察の車両を破壊し、警察と厳しく衝突した。デモ参加者と警察の両方に多数の負傷者が出た。事件後、53人のデモ参加者が逮捕された。結局、地元当局はごみ焼却施設の建設の延期を決めた[99]。そのほかに、各地で化学工業、特にパラキシレン（para-xylene、中国で PX という）工場の建設をめぐり、工場の立地周辺に住む住民が反対デモを起こし、警察と衝突した事件が相次いだ。例えば、2007年６月１日に、アモイ市の住民数千人が「集団散歩」[100]を行ない、地元における PX の建設プロジェクトに対する反対運動を起こした。2012年10月22日から26日の間に、浙江省寧波市

---

[96] 信春鷹・前掲注（91）185頁。

[97] 2014年11月28日に、河北省は「河北省環境保護における大衆参加条例」を制定し、その21条において「環境保護における大衆参加の範囲：（六）環境汚染、生態破壊、社会公共利益を損害する行為に対する訴訟提起」と規定している。そのほかに、瀋陽市が2005年に公布した「瀋陽市の環境保護における市民参加に関する弁法」、山西省人民政府が2009年に公布した「山西省の環境保護における市民参加弁法」、昆明市人民政府が2011年に公布した「昆明市の環境保護における市民参加弁法」などにおいても同様の規定が置かれている。

[98] 楊朝飛楊朝飛「我国環境法律制度与環境保護」中国人大2012年21期37頁。

[99]「浙江余杭中泰事件53名犯罪嫌疑人被刑拘」騰訊網 http://news.qq.com/a/20140512/039422.htm?tu_biz=v1_news_hnews。

[100] 中国ではデモを行うには当局の許可が必要であるため、地元の住民はデモとの名称を避けつつ、実質に「散歩」の名義で反対デモを起こした。

で1000人あまりの住民がPX工場の建設に対する反対運動を起こし、警察と衝突した。26日の夜11時ごろ、警察が現場で51人の参加者を拘束し、そのうち13人に対して刑事的な強制措置を取った。事件後、PX工場の建設は先送りされた。同種の事件は2011年に大連市で、2013年に昆明市で、2014年に茂名市で、2013年に九江市で相次ぎ発生した。こうした集団騒動が激しさを増す一方で、環境問題は社会の安定と調和を脅かす社会問題になっていると受け止められている[101]。

こうした集団騒動を防ぐために、政府は従来の政治経済の一体化から脱却し、本当の意味における環境問題への市民参加を実現する必要があると説かれている[102]。市民参加を実現するために、環境保護団体が大切な役割を果たすことが期待されている。「各種の社会団体が現代社会において利益を集中させ、組織的に利益を表出し、構成員の行為をコントロールし、組織的に衝突を解決する重要な組織化手段である。社会団体が国家と市民の間に位置し、社会の統制体系を構成する重要な部分である」[103]と集団騒動解消のために社会団体の重要性を訴えている。環境保護団体は専門性、非営利性と公益性、中立性などの優位性を持ち、ほかの社会団体より環境公共利益の擁護にはもっとも相応しい。市民が環境保護団体を通じて、理性的かつ秩序的に利益を訴え、環境ガバナンスに参加できるため、環境問題による集団紛争を避けることができる。環境保護団体による環境公益訴訟は極端な手段による権利擁護活動、自力救済を減らし、社会の安定維持に寄与する社会の潤滑油と緩衝材の役割があり、環境公益訴訟の主力をなすべきだと主張されている[104]。「環境公益

---

[101] 国務院「国家環境保護十二次五カ年計画の発行と配布に関する通知」（国発［2011］42号）2011年12月15日。

[102] 朱海忠『環境汚染与農民環境抗争』（社会科学文献出版社、2013年）246～251頁を参照。

[103] 李路路「社会変遷：風険与社会控制」中国人民大学学報2004年２期15頁。

[104] 寥鴻＝許昀「環保法新修訂　公益訴訟新曙光」中国社会組織17～18頁参照。別智「環保組織：環境公益訴訟的主力軍」環境経済108期29頁。任丙強「以環保組織化解環境群体沖突：優勢、途径与建議」中国行政管理2013年６期66頁。陳亮・前掲注（50）30頁。馬勇「水汚染防治公衆参与亟待環境公益訴訟」中国環境法治2011年巻（上）118頁。他にも趙衛民＝蒋依澄＝賈建中＝石珺「樹立変革

訴訟の本質は司法において社会大衆による環境ガバナンスへの参与の入り口を提供することにある」[105]と環境公益訴訟による大衆参加の機能が繰り返して強調されている。

当局も環境保護団体による環境公益訴訟を通じて環境問題に絡む集団騒動を減らすことを期待している。「環境公益訴訟は環境保護社会組織が法律に従い、秩序にしたがい社会公共事務に介入する制度的ルートを提供し、集団的な紛争を司法ルートで解決する役割があり、社会の安定と調和の実現に役立つことができる」[106]。今まで多数の環境公益訴訟を提起した中華環境保護連合会の環境法律サービスセンターの副主任兼訴訟部部長を務める馬勇氏によると、近年来、環境汚染による集団的事件が増え続けて、局地的な社会の安定に深刻な影響を及ぼした。そのうち、解決されないまま、長引いた環境紛争事件もある。被害者は訴訟を提起しようもないため[107]、過激的な手段を取る傾向がある。

市民は政府に対する不信感が強いため、当局は建設工事を順調に運ぶために、市民の抵抗を緩和したい思惑がある。そのため、大衆参加を強化し、地方政府の政策決定を正当化するために、市民参加のパフォーマンスを作る必要がある。浙江省嘉興市において、政府は自ら環境保護団体を設立して、市民に環境保護への参加を呼びかけている。「政府は嘉興市環境保護ボランティア組織の設立と発展を推進する目的は市民を直

環境保護的科学司法観念」人民司法2008年23期72 ～ 75頁を参照。王世強「自然之友発起新環保法実施後首例環境公益訴訟　項目負責人葛楓接受本報専訪」新法制報2015年１月９日。候小伏「応賦予環保社会組織公益訴訟権」中国社会組織2014年05期26頁。馬勇「発揮社団組織作用　推動環境公益訴訟」中国環境法治2009巻上70頁。

[105] 奚暁明『最高人民法院関於環境民事公益訴訟司法解釈理解与適用』（人民法院出版社、2015年）47頁。

[106] 奚暁明「環境資源審判専業化之実現路径」人民法院報理論週刊2014年07月09日。奚氏は2015年７月12日に重大な紀律違反の疑いで党組織による取調べを受けている。2015年８月29日に最高人民法院副院長、審判委員会委員などの公職から罷免された。2015年９月29日に収賄罪の疑いで最高人民検察院に立案された。

[107] 中国では近年社会安定の維持の名目で、多数の被害者に絡む集団的事件について、被害者の提起した訴えを受理しない方針に終始している。

接利益関係のない第三者として地方政府の環境管理における難しい政策決定に参加させ、政府の政策決定過程の公開度と政策の信頼性を高めることにある。特に環境保護行政機関にとって、大衆の名義を借りて市民からの不満をガス抜きすることがその最大の狙いである」[108]と言われている。

このように、環境保護団体による訴訟提起は環境汚染や破壊問題の処理における大衆参加を通じて、近年頻発している集団騒動を減らす狙いがある[109]。しかし、中国の環境問題は根本的には公権力が縛られていない現体制による構造的なものである。当局はその根本的な原因である現行政治体制にメスを入れない。言い換えれば、当局は政治的民主化を峻拒しつつ、司法を回路として、環境公益訴訟による大衆参加の道を限定的に開き、政権の正統性を調達する狙いがあると言えよう。「党の十八期三中全会において、各種の市民参加を拡大し、協商型民主の制度化を推進すると明言した。初めて民間団体を協商型民主システムの重要なルートと協商形態とした。民間団体は初めて国レベルの民主政治制度建設の計画に組み入れられ、市民の秩序ある政治参与と民主協商の重要なルートと対象となった」[110]とアピールした。当局は民間団体を市民の政治参加のルートとしているが、環境保護団体のほとんどは政府の支配下にある官製団体である。数少ない純粋な民間環境団体も当局の厳しい統制下に置かれている。結社の自由も認められていないから、市民は環境保護団体を自由に結成することができない。数少ない草の根環境保護団体の結成が許されたとしても自由に活動することができない。環境保護団体は独自に環境汚染の実態を調査し、それに基づいて調査データを公表すると、当局になんらかの形で罰を与えられるかもしれない[111]。まし

---

[108] 朱海倫『環境保護公衆参与「嘉興模式」調査報告』（中国環境出版社、2015年）101頁。

[109] 王社坤「用環境公益訴訟化解暴力抗汚　公民環境権何時能入法」環境与生活2012年11期46頁を参照。

[110] 黄暁勇主編『中国民間組織報告（2014）』（社会科学文献出版社2014年）37頁。

[111] 湖南省長沙市にある草の根環境保護団体「長沙曙光環境保護公益発展センター」の理事長を務める劉曙は湖南省の湘江流域の重金属汚染実態を調査し、調査の結果を公表したことが理由で、警察に十日間拘束されていた。孫思虹「環

て環境公益訴訟の場合、環境損害の鑑定や証拠収集などに関して行政機関の協力が必要不可欠であるため、地方政府の許可や黙認を得なければ環境公益訴訟を提起することがほぼ不可能である。そうした状況の下で、環境保護団体は独自の意思にもとづいて環境公益訴訟を提起することはとても期待できない。そもそも、当局は社会団体が政治的民主化運動に発展することを危惧しているから、それに対する統制はますます強化されている。当局は「中国民間組織の発展が政府に対抗する西側のような市民社会への道を歩むのではないか、または中国特色のある社会主義発展の道に挑戦するのではないかと危惧し、民間組織を敵と見なしその発展を押さえ込む恐怖症がある」[112]と言われている。社会団体の設立や活動内容などは常に当局にコントロールされていると言える。そういう状況に置かれる草の根環境保護団体も当局の警戒を意識しながら、当局に取り締まれないように自ら近年頻発した集団的環境騒動から距離を置こうとしている[113]。「末端の地方政府は政治的な理由により環境保護団体を警戒している。自らの絶対的支配下において自分の話を聞く団体を設立し、政府政策決定を正当化するために市民の支持を調達するための道具としている。草の根環境保護団体の活動空間は圧迫された」と指摘されてる[114]。

現行の政治体制を改革しない限り、当局は本当の意味上の市民参加を現実なものにする気配がない。当局や学者などが標榜してきた大衆参加はあくまでも大衆参加の偽装でしかないと言わざるを得ず、「国は大衆参加を操作し、地方の環境ガバナンスに対する監督機能を果たさせようとしている」[115]。大衆参加を偽装することによって、個々の被害者による

保公益人劉曙『泄露国家秘密』遭拘10日」VOC 信息網 http://www.voc.news/news/show.php?itemid=138。（最終訪問日：2016年12月３日）

[112] 黄暁勇・前掲注（110）36頁。

[113] 郇慶治「政治機会結構視角下的中国環境運動及其戦略選択」南京工業大学学報2012年４期34頁を参照。

[114] 虞偉『中国環境保護公衆参与―基於嘉興模式的研究』（中国環境出版社、2015年）29 ～ 30頁。

[115] 冉冉『中国地方環境政治――政策与執行之間的距離』（中央編訳出版社、2015年）129頁。

救済の要求を大規模にさせない代わりに環境公益訴訟を用意した思惑がある。これは次の事件にも裏付けられている。

2014年４月10日に蘭州市内で水道水の汚染事故が起きた。蘭州市の水道水の供給を営む威立雅会社は水道水に対するサンプル検査において水道水に含まれるベンゼンが基準値の20倍を超えたことが判明した。蘭州市政府は通報を受けた直後緊急措置を取り、蘭州市民に24時間以内に水道水を飲まないような内容の通知を出した。14日７時になって蘭州市政府は緊急措置を全面解除した。事件の影響で水道水を使えなくなった人が64.67万人に達し、蘭州市総人口の17.76% を占めているという。事件後、事件の原因に対する調査によると、威立雅会社の周辺にある化学工業会社は過去に事故が発生し、土壌にベンゼンなどの物質が残留した。取水の用水路が老朽化したため、土壌に残留したベンゼンが用水路に浸透した。事件直後の2014年４月14日、事件から影響を受けた市民５人は自分の生活上と健康上の損害が発生したとして威立雅会社を相手に経済損失と慰謝料を求めて蘭州市中級人民法院に訴訟を提起した。しかし、蘭州市中級人民法院は訴訟を受理しなかった。原告の代理弁護士が不受理の裁定書を求めたが、蘭州市中級法院は不受理の裁定書を出すのを拒んだ。裁判官は原告らの提起した損害賠償訴訟を民事訴訟法55条に規定する環境公益訴訟と捉えた上で、原告ら市民が民事訴訟法55条の規定する「法律の規定する機関と関係社会組織」ではないので、環境公益訴訟を提起することができないとして原告らの訴訟を受理しなかった[116]。しかし、これは明らかに原告個人の私益の救済を求める民事訴訟である。にもかかわらず、裁判官は原告らの私益訴訟を環境公益訴訟と捉えて、訴訟提起を門前払いした。言い換えれば裁判官は環境汚染の多数被害者の私益

[116] 喩中「蘭州水汚染　民衆応有索賠権」環境教育2014年05期36頁参照。2014年４月15日の午後原告５人が蘭州市城関区人民法院に訴訟を提起したが、再び門前払いされた。その後の数ヶ月間において原告らは甘粛省高級人民法院に繰り返しクレームを申し出た結果、2015年２月17日にようやく城関区人民法院に訴訟を受理された。2015年11月27日に法院は原告らの訴訟請求を棄却した内容の判決を下した。判決の結果は蘭州市城関区人民法院のホームページ（http://www.chinagscourt.gov.cn/zyDetail.htm?id=2203454）に公開されているが、判決理由などの詳しい内容は公開されていない。

を公共利益に吸収させ、私益の保護を求める民事訴訟を門前払いするために環境公益訴訟を口実として使っている手法がある。これで、当局は多数の被害者による民事訴訟を提起させないために環境公益訴訟を用意した意図が透けて見える。

３　環境公益形成の三極関係の演出

人々の環境に対する選好が異なるため、何を以って環境公益とするかは民主的な政治過程によって決定しなければならない。一旦法律によって決定された環境公益を実現するためには、行政機関と事業者及び市民は三極関係をなすことになる。「国会のもとに、事業者、行政が存在し、立法者から法律を通じた命令を受けている。事業者は法的義務付けを確実に履行し、行政は法的権限を的確に行使する。市民はそれぞれの活動を適宜にチェックする。こうしたことにより、市民は良好な環境状態を享受できる。このように、環境法関係は基本的に三極関係として把握することができる」[117]と言われている。

市民は常に行政と事業者の活動をチェックすることは環境公益の形成と維持にとって不可欠である。市民によるチェックを充実なものにするために、訴訟制度や市民参画などの制度の整備が求められている。これは欧州のオーフス条約[118]（環境に関する、情報へのアクセス、意思決定における市民参加、司法へのアクセスに関する条約）にも示されている。「最終的なチェック手段としての訴訟制度は環境法の運用に適度の緊張感を与えるものであるから、個別具体的な政策判断の形成段階における実質的な意味での参加と合意形成を担保するものとして、訴訟制度が整備・運用されることが同時に必要である」[119]。なお、私益の救済を旨とする伝統的な民事訴訟と行政訴訟には限界がある。それらの限界を克服す

---

[117] 北村喜宣『環境法』（弘文堂、2012年）22頁。

[118] オーフス条約を紹介する邦文文献として、大久保規子「オーフス条約と環境公益訴訟」環境法政策学会編『公害・環境紛争処理の変容』（商事法務、2012年）133 ～ 147頁を参照。

[119] 越智敏裕「環境行政訴訟」高橋信隆＝亘理格＝北村喜宣伝編『環境保全の法と理論』（北海道大学出版会、2014年）488頁参照。

るために、市民は自己の法的利益を侵害されたか否かにかかわらず、行政、企業等に対して、違法な行為の差止め、是正、環境損害の回復を求める訴訟は環境公益訴訟という概念で広がっている[120]。訴訟制度とともに市民参画の役割も強調され、「伝統的な行政法システムにおいては、行政と事業者との二極関係が前提とされ、行政による法律の的確な実施や事業者による法律の的確な遵守によって良好な環境が実現されるとしても、それは市民にとっては反射的利益に過ぎないとされていた。しかし、最近では、そうした古典的な理解ではなく、環境行政の目標は『環境公益の実現』であるとして、市民はその形成に大きく関与するとともに、実現を行政に信託するだけではなく、それに参画することについて、大きな利害関係を有していると整理されるようになっている」[121]。三極関係の下で市民参画は広く求められている。

一方、中国では行政機関と事業者の二極関係によって環境公益が形成されている。市民は民主的な政治過程を通じて自分の環境利益を立法過程に反映することができない。それだけでなく、市民は行政機関の職権行使と事業者の法遵守をチェックすることもできない。なお、行政機関と事業者の癒着により行政不作為や汚職などが横行し、事業者に対する行政規制が事実上の機能不全に陥った。それがゆえに、環境悪化の一途を辿るようになった。

市民は実質的には立法にも行政にも関与することができない。市民は行政機関の法執行から反射的にしか環境利益を受けることができない。中国政府の経済発展の重視や政治的民主主義の欠如により、市民の環境利益が犠牲にされる一方である。それに対して市民は不満を抱くようになり、極端な場合、集団騒動に発展することも少なくない。

それで、環境公益の形成を担う第三極としての市民の役割は強調されるようになった[122]。2014年の環境保護法改正では大衆参加は環境保護法

---

[120] 大久保規子「オーフス条約と環境公益訴訟」環境法政策学会編『公害・環境紛争処理の変容』（商事法務、2012年）133頁。

[121] 北村喜宣「環境法規制の仕組み」高橋信隆＝亘理格＝北村喜宣伝編『環境保全の法と理論』（北海道大学出版会、2014年）143頁。

[122] 劉旭「環境司法公衆参与的路径及制度保障」中国環境法治2014年巻（下）（法

の基本原則と定められている。更に、同条に対する解説では「近年、環境問題による集団騒動は上昇傾向にあり、重大な社会的な影響を及ぼす事件もあった。その原因は主に原告の環境利益の調整メカニズムは大衆のニーズを満たさず、大衆の環境知識が不足しており、大衆が利益を訴えるルートが整わないことにある。環境保護は社会全体の共同参加が必要であり、秩序のある大衆参加のルートを法律で確立しなければならない」[123]と説明している。さらに環境保護法の五章「情報公開と大衆参加」において、大衆参加の具体的な措置を打ち出した。その重要性について「地方保護と行政干渉により、環境保護における行政不作為、権力濫用などの現象が少なくない。それを行政システム内による監督と是正のメカニズムに委ねるだけでは、効果を挙げられない。大衆参加は社会監督メカニズムとして、環境汚染行為の早期発見、体制内の悪循環の弊害の解決に寄与するとともに、行政監督の抜け目を防ぐことができる」[124]と解説されている。その上で、環境保護団体による環境公益訴訟は事業者の環境汚染行為を是正する事後的な大衆参加と位置づけられている。

環境公益の形成と実現には行政、事業者と市民の三極による共同の取り組みが不可欠であることが既に当局及び学者に気づかれている。しかし、中国の現行の政治体制の下では真の意味上の三極関係は成しえない。市民の政治的権利が制限され、環境保護団体の活動は常に当局の監視を受けている。真の意味上の三極関係は中国の現行政治体制と根本的な矛盾があると言わざるを得ない。現政権を維持するためには、環境利益を共通とする市民の利益団体の結成と活動を常にコントロールしなければならない。そうしないと、利益団体の環境保護活動が政治的な民主化活動に発展しかねないとして当局は常に神経を尖らせている。なお、よりよい環境公益の実現には第三極としての市民の参画が必要不可欠である

律出版社、2014年）79 ～ 86頁参照。そのほかに、劉国濤「公衆参与勢在必行」中国環境法治2007年巻（法律出版社、2007年）136 ～ 137頁。彭峰「中国環境法公衆参与機制研究」政治与法律2009年07期97 ～ 102頁。呂忠梅＝張忠民「環境公衆参与制度完善的路径思考」環境保護2013年23期18 ～ 20頁。

[123] 信春鷹・前掲注（91）19頁。

[124] 信春鷹・前掲注（91）185頁。

ため、当局は自ら市民の利益の代弁者として第三極を演出しなければならない。そのため、政府は官製団体を設立し、または自分の支配下にある環境団体を駆使して環境公益訴訟を提起させ、自ら大衆の代弁者を極力演出している。結局、本質においては、中国における環境公益は行政と事業者の二極関係によって形成されていることには変わりがない。市民は当局の決定した環境状態から反射的にしか環境利益を受けられない。同時に、当局は環境公益の決定権をしっかり手に握ることによって、自分の存在感も増強することができると考えられている。国民の政治的権利を保障しなければ、本当の意味上の第三極が出現しないだろう。第三極の不存在により環境改善を期待することができない。まさに「中国の環境ガバナンスを改善するためには、中国の環境政治は権威主義から民主主義に転換しなければならない。多元化主体の参加できる開放的なガバナンスモデルの構築に必要な制度的保障を与えなければならない。最も核心的なのは、市民個人の享有する環境権利を保障し、環境ガバナンスに参加できる大衆の権力空間を拡大しなければならない」[125]と言われている通りである。

終章

本稿は①中国では狭義の環境損害の回復を目的とする環境公益訴訟は一体何なのか、それを導入することによって本当に環境改善に寄与できるのか、②環境公益訴訟には被害者がいないのに、民事訴訟として運用されるのは如何なるメカニズムによるものか、③中国は民事訴訟としての環境公益訴訟を推進しようとする狙いが何なのかを課題として、環境公益訴訟の本質と効果及びその狙いを明らかにした。

環境公益訴訟は本質において司法を回路とする二次環境行政である。実際に環境公益訴訟の提起は地方政府にコントロールされ、被告は経済発展にあまり影響を及ぼさない中小企業や個人経営者などに限定されているため、環境汚染コストの大部分は内部化されてない現状には変化が生じていない。被害者がいないのに、民事訴訟としての環境公益訴訟を

[125] 冉冉・前掲注（115）38頁。

可能とするのは司法の政治的利用及び不法行為責任法の非純粋私法的性格によるものである。当局は境保護団体による環境公益訴訟を通じて、環境保護への市民参加を偽装し、環境問題による集団騒動を解消する狙いがある。それによって市民による訴訟提起および環境問題をめぐる政治活動を封じ込め､永遠に現行政治体制を維持しようとする思惑がある。

前４章は環境公益訴訟の正体とその効果に焦点を当て、考察を進めてきた。

第１章は立法者の解説と学説の解釈を分析することによって、①環境公益訴訟の非民事訴訟的性格、及び②公共利益の重視と私益の軽視という特徴を浮き彫りにした。

中国の環境公益訴訟は民事訴訟として位置づけられているものの、実際に具体的な被害者の人身的または財産的な利益の救済ではなく、専ら環境公共利益、即ち環境損害の回復を目的としている。また、個人は環境公益訴訟の原告から排除され、環境公益訴訟を提起する権利は検察機関、環境保護行政機関と環境保護団体に独占されている。平等な民事主体間の民事訴訟とは性質が異なり、本質においては非民事訴訟、もしくは環境行政に近いものであると言えるかもしれない。

第２章は環境公益訴訟の形成史を踏まえて、環境公益訴訟の形成過程において①権力機関主導の制度創設と②原告範囲の順次縮小の特徴を明らかにした。

民事訴訟法や環境保護法などの法改正の度に、適格な原告の範囲は調整されている。誰が原告となるかは当局にとっては最も敏感な問題である。模索段階において個人などの原告適格も立法提案や地方規定によって認められている。法整備段階に入ると、個人は完全に姿を消した。個人に原告適格を付与しない理由は個人による訴訟提起が他人に利用されることを防ぐためであると明言された。同じく訴訟濫用を防ぐために訴訟を提起できる環境保護団体も制限されている。全人代の法律委員会は民政部に環境保護団体の状況を確認した上で環境保護部と共同で適格な環境保護団体の条件を設けた。立法者は公益訴訟の原告を限定し、常に訴訟提起をコントロールしようとする意図が明らかである。

第３章は環境公益訴訟の背景と理論的基礎を考察することによって、環境問題は中国の現行権威主義体制による構造的な問題であることを明

らかにした。

第４章は環境公益訴訟の実際の運用を考察し、その本質において二次環境行政であり、環境汚染コストの内部化についてあまり効果を上げていないことを明らかにした。

実際には経済発展の最優先から方針転換していないため、地方政府に庇われる汚染企業は汚染物質を排出し放題の状態には変化があまり生じていない。毎年、擬制の環境汚染処理コストに比べれば、環境公益訴訟で請求される環境修復費用は取り上げるに値しない金額である。環境汚染コストの大部分は内部化されていない。環境公益訴訟は環境汚染コストの内部化についてあまり効果を上げていない。

第５章は環境公益訴訟の本当の狙いを解明した。

環境公益訴訟は根本的な環境改善を図るものではない。環境公益訴訟で汚染者に負担させた環境修復費用、汚染行為の差し止めなどは実際に環境行政を通じて実現することができる。なお、当局は環境行政の機能不全を放置して、環境公益訴訟の推進に力を入れた。当局は環境保護団体による訴訟を通じて、環境保護への市民参加を偽装し、集団騒動を解消する狙いがあると思われる。それによって市民による訴訟提起および環境問題をめぐる政治活動を封じ込め、永遠に現行政治体制を維持しようとしている。

市民は自ら環境公益訴訟を提起できず、自由に環境保護団体を結成して環境公益訴訟を提起することがほぼ不可能である。市民は反射的にしか当局の決めた環境利益を享受できない。なお、環境状態をどこまで保護するかは完全に当局のその都度の判断に委ねられている。政治的民主主義の欠如により、市民は環境法執行を司る権力機関を制約する手段が乏しい。

市民は環境状態を決定、維持する主体性は完全に奪われ、当局の決めた環境状態を受動的に受け入れざるを得ない。これも市民の当局への環境利益の依存を強化するものであり、従来の社会主義公有制の下における市民の当局への経済利益の依存と一貫するものと考えられる。そういう依存を強化することによって、当局は自分のプレゼンスをアピールし、場合によっては時の政治情勢に基づいて、環境を改善し市民の支持を調達することもできる。そのため、当局は自由に環境保護に参加する市民

の主体性の高揚を押さえ込もうとしている。そういう意味で、市民は統治の主体ではなく、客体とされていることに従来と変わりないと言えるだろう。当局は政治的民主化改革を行なう気配がなく、結社の自由など市民の政治的権利を認めようともしない。それを封じ込めるために政府は自ら環境保護団体を作り、それが市民に結成された環境保護団体であるかのように見せつけている。環境公益訴訟はまさに真の意味上の第三極としての市民の出現を防ぐための措置として用意されている。

しかし、これ以上環境が悪化すると、再び市民の不満が高まり、集団騒動が多発すると予想できる。経済発展と環境保護のバランスを取るために、環境公益訴訟はどういう方向に発展するかは、中国の環境問題および政治体制の動向を考察する材料になると考えられる。

論　　説

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（３）

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（以上、72巻１号）
　　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３節　改正法466条の２の趣旨と改正過程
　　第１款　問題意識
　　第２款　民法（債権関係）部会における議論の推移
　　第３款　民法改正の経緯の与える示唆
　第４節　改正法466条の６の趣旨と改正過程
　　第１款　問題意識
　　第２款　民法（債権関係）部会における議論の推移
　　第３款　民法改正の経緯の与える示唆
　第５節　改正法469条の趣旨と改正過程

第１款　問題意識
第２款　民法（債権関係）部会における議論の推移
第３款　民法改正の経緯の与える示唆　（以上、72巻２号）
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

３　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、譲渡制限特約を譲受人に対抗できない事由について次のような案を提案した[210]。

> （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　債務者が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

[210] 中間試案の補足説明・233頁以下。

こと。
（注１）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。

本文（４）イは、「中間試案の補足説明」によると、「特約違反の債権譲渡を有効としつつ、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で特約の効力を認める場合には、譲渡人と譲受人のいずれも債務者に対して履行を請求することができないことになるが、そうすると、譲受人にとっては債務者が任意に債務を履行しない場合には債権の回収が困難となる一方で、債務者が履行を遅滞している場合まで、譲受人の債権の回収の必要性を犠牲して譲渡制限特約によって債務者の利益を保護する必要はないとの考慮に基づく」のである[211]。

本文（４）ウは、「譲渡人の受領権限を破産管財人等が承継すると、譲渡制限特約付債権は破産財団等に帰属しないにもかかわらず、譲受人が債権全額の回収を受けることができなくなるおそれが生じ、譲受人の保護に欠けることになる一方で、譲渡人からその破産管財人等が受領権限を承継するのであるから、債務者にとっては、弁済の相手方を固定する債務者の利益はもはや失われている場合であると評価することができる」ことを考慮したものである[212]。

本文（４）エは、「譲渡制限特約付債権が差し押えられると、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たと評価することができる一方で、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が高い点」を考慮して設けられたものである[213]。

上記の本文（４）ウ及びエに対しては、債務者の利益保護の観点から、これらのような規定を設けるべきではないとする考え方があり、注記として取り上げられた。その理由としては、これらのような規定が設けら

[211] 中間試案の補足説明・237頁。
[212] 中間試案の補足説明・234-235頁。
[213] 中間試案の補足説明・238頁。

れると、①「第三者対抗要件を具備した譲受人が現れた場合に、その記録を保管しなければならない負担を債務者が強いられることになるが、それは、現実的に対応困難である」こと、②「譲渡人について倒産手続開始の決定によって、債務者の利益が失われるとすることを正当化することはできない」ことが挙げられている[214]。しかし、これらの理由に対して、次の反論がある。まず、①については、「譲受人が善意無重過失である可能性があることを考慮すれば、譲渡制限特約が付されていても、債務者は通知の到達等の記録を保管していなければ、誤弁済のリスクを負担することになるはずであるので、本文ウ及びエが、第三者対抗要件及び権利行使要件を譲受人が具備したことについての主張立証責任を、譲受人自身が負担することを前提としていることを考慮すると、これらの規定が設けられることによって債務者が記録保管の負担を当然に強いられるわけではない」という反論がある[215]。②については、譲渡人に倒産手続開始の決定があったときや譲渡人の債権者に優先して回収し得ることが担保されていることが、資金調達の支障の除去という観点からは不可欠である」という反論もある[216]。

なお、「本文（４）アからエ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することができなくなった場合に、各事由が発生するまでに生じ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が各事由の発生によって失われることになるが、それでは債務者に生ずる不利益が大きい」という指摘がされる。事務当局による改正案は、この指摘を踏まえて、本文（４）柱書第２文において、改正前法468条２項の特則を定めることによって、債務者の抗弁を保護する。

４　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。

---

214 中間試案の補足説明・238頁。

215 中間試案の補足説明・238頁。

216 中間試案の補足説明・238頁。

	譲渡制限特約を譲受人に対抗できない事由
第45回 (24.4.17)	①債務者の債務不履行の場合。 ②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。 ③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。 なお、②及び③のような規定を設ける場合には、抗弁切断の基準時に関する特約を設ける。
第66回 (25.1.15)	①及び②は、同上。 ③特約がある債権の譲受人がその債権譲渡を第三者対抗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押えた場合。 なお、債務者は、当該特約を譲受人に対抗できなくな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できる。
第71回 (25.2.26)	同上

第３項　第３ステージでの議論

１　部会第83回会議

譲渡制限特約を譲受人に対抗できない事由について、次のような案が提示された[217]。

> （３）上記（２）後段に該当する場合であっても、債務者が債務を履行しないときにおいて、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、上記（２）の特約を譲受人に対抗することができない。

まず、中間試案からの変更点を確認しておく。中間試案からは、債務者は譲渡制限特約を譲受人に対抗できない場面が変更されている。中間試案では、①債務者が債権の譲渡を承諾した場合、②債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合、③譲渡人について破産手続開始の決定などがあった場合、④特約がある債権の譲受人がその債権譲渡を第三者対抗要件を備え、譲渡人の債権者が当該債権を差押えた場合には、債

[217] 部会資料74A・１頁。

務者は特約をもって譲受人に対抗することができないとされるのに対して、部会資料74A では、②だけが取り上げられた。事務当局による部会資料74A の説明では、①は解釈によって導くことが容易であり、規定を設ける必要性が高くないという説明がされた[218]。また、②の具体的な規定のあり方について、中間試案からは変更されている。中間試案では、「債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合」とするのに対して、部会資料74A では「債務者が債務を履行しない場合」という表現を用いている[219]。なお、中間試案では、②のような規定を設ける一方、債務者は特約を譲受人に対抗することができなくな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ことを明記しており、部会資料74A では、このような規律を取り上げないこととした。その理由としては、「素案（３）との関係では、権利行使要件が具備された後にされた弁済等によって債務者が消滅した場合には、『債務者が債務を履行しない場合』という要件を充足せず、素案（３）の規律が適用される余地がなくなる」ということが挙げられている[220]。

既に確認したように、部会資料74A では、③及び④のような規律が取り上げられなかった。その理由としては、「譲渡人についての破産手続開始の決定があったことなど、債務者とは関係のない事由が生じたことによって、弁済の相手方を固定することによっての債務者の利益が奪われるのは不当である」こと、「譲渡制限特約を付していても、譲渡人について破産手続開始の決定があったこと等の事由が生じた場合に備えて、第三者対抗要件具備の先後を把握し、管理しておかなければならないという負担が増えるが、これでは譲渡禁止特約によって従来保護されてきた債務者の利益が引き続き保護されるとは言い難い」ことが挙げられる[221]。他方、部会資料74B の説明では、債権譲渡による資金調達の促進に資すべき観点から、これに代わる規律を設けることの可否をさらに

[218] 部会資料74A・５頁。
[219] 部会資料74A・５頁。
[220] 部会資料74A・５頁。
[221] 部会資料74B・13-14頁。

検討する必要があるとの指摘がされている[222]。

以上の改正案に対して、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。以上の改正案を採用する場合には、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[223]。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[224]。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。

第１の考え方は、譲受人だけではなく、譲渡人にも催告権限を与えるとする[225]。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、上記のような見解と異なっており、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

---

222 部会資料74B・14頁。

223 部会資料74A・５頁。

224 三浦・前掲注115)。

225 部会第83回会議議事録・35-37頁〔中井委員発言〕。

を解消するための制度と位置付けている[226]。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[227]。

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[228]。「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[229]。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[230]。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[231]。預金債権をイメージしながら、（３）の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[232]。（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

---

226 部会第83回会議議事録・36頁〔中井委員発言〕。
227 部会第83回会議議事録・36頁〔松尾関係官発言〕。
228 部会第83回会議議事録・40頁〔潮見幹事発言〕。
229 部会第83回会議議事録・41頁〔内田委員発言〕。
230 部会第83回会議議事録・41頁〔内田委員発言〕。
231 部会第83回会議議事録・41頁〔山野目幹事発言〕。
232 部会第83回会議議事録・41頁〔山野目幹事発言〕。

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[233]。

2　部会第89回会議

部会資料78B では、譲渡制限特約の効力を制限する場合として次のような案が提示された[234]。

> （3）次のような規律を設けることが考えられるが、どうか。
> 譲渡制限特約が付された金銭債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合において、譲渡人について破産手続開始の決定があったときは、その譲渡を第三者に対抗することができる譲受人は、債務者にその譲渡された金銭債権の全額を供託させることができる。この場合においては、上記（2）イ及びウの規定を準用する。

（3）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において、譲渡人について破産手続開始の決定があったときは、譲受人の請求によって供託を義務付けることができるという考え方を取り上げている[235]。（3）の提案に関しては、中間試案の段階では、譲渡人について破産手続開始などの決定があった場合には、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という提案が示された。これに対して、債務者保護の観点からの反対意見も示された。このような議論の過程で、部会資料74A では、その規律が提案として取り上げられていなかった。第89回会議で検討の対象とされた部会資料78B では、これまでの議論は、譲渡人に破産手続開始の決定があった場合には、第三者対抗要件を備えた譲受人は、債務者に譲渡された債権の全額を供託させることができるという形で復活した[236]。中間試案の考え方と部会資料78B の考え方のいずれも、譲受人の保護の観点から提示されたもので

233　部会第83回会議議事録・38頁〔内田委員発言〕。
234　部会資料78B・５頁以下。
235　部会第89回会議議事録・９頁〔松尾関係官説明〕。
236　部会第89回会議議事録・19頁〔深山幹事発言〕。

ある。ただ、両者は、次の点で違いを見せている。中間試案のもとでは、債務者は破産手続開始決定の有無を調査する必要があるのに対して、部会資料78B のもとでは、債務者はこれを調査する必要がない。中間試案の考え方と比べて、部会資料78B の考え方を採用する場合には、債務者の負担は比較的軽いと思われる。

なお、（３）の規律を設けた場合には、譲受人による供託請求の時点までに債務者が有していた相殺の期待については保護する必要があることを理由に、抗弁切断の基準時について、特則を設けるべきとする指摘もされている[237]。つまり、「権利行使要件の具備」を「譲受人による供託の請求」と読み替える規定などを設けることを別途検討する必要がある。

部会における議論の中心は、譲渡人に破産手続が開始した場合の明文化の要否及びその理由である。（３）からすれば、譲受人が第三者対抗要件を具備した場合において、①譲渡人の債権者が当該債権を差し押えたこと、②譲渡人について再生手続開始又は更生手続開始の決定があったことが生じたときは、（３）の規律は、適用されない。これに関しては、なぜ破産手続開始の決定があった場合のみを取り上げるのか、その理由は明らかではないという指摘がされた[238]。事務当局の説明によれば、それは、なぜこの規律を設けるのかというところの理由が変わっていることと関係する[239]。具体的には、中間試案までは、債権の奪い合うような状況になった場合には、弁済の相手方が固定されるという利益が失われてもやむを得ないという説明で、①及び②のような場合に、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という考え方を取り挙げられている。パブリックコメントの手続に寄せられた意見を踏まえると、譲受人が譲渡人を通じて譲渡された債権の全額を回収することができないという事態に何らかの対応をする必要があるとの意見が多数示された。このような事態に対応するという観点から、①の明文化について理論的な理由がないと考えられる[240]。また、②の明文化について

[237] 部会資料78B・11頁。
[238] 部会第89回会議議事録・22-23頁〔中井委員発言〕。
[239] 部会第89回会議議事録・23頁〔松尾関係官発言〕。
[240] 部会第89回会議議事録・23頁〔松尾関係官発言〕。

は、共益債権として保護されるのであれば、実際上、譲渡された債権を回収することができないということを前提に規律を組み立てると、おそらく異論が強く出てくるとも考えられる[241]。

3　部会第93・96回会議

第93回会議で検討の対象とされた部会資料81-1では、譲渡制限特約を譲受人に対抗できない場合について次の改正案がなされた[242]。

> （2）債権の譲渡性を制限する特約を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合
>
> 債権の譲渡性を制限する特約を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合について、次のような規律を設けるものとする。
>
> （1）イの規定は、（1）アに規定する場合において、債務者が債務を履行せず、悪意又は重大な過失がある第三者が相当の期間を定めて譲渡人に対する履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない。
>
> （3）債権の譲渡性を制限する特約が付された債権の債務者の供託
>
> 債権の譲渡性を制限する特約が付された債権の債務者の供託について、次のような規律を設けるものとする。
>
> イ　ア（ア）に規定する場合において、譲渡人について破産手続開始の決定があったときは、（1）イの規定にかかわらず、債権者（その金銭債権の全額を譲り受けた者であって、その金銭債権の譲渡につき第三者に対抗することができるものに限る。）は、債務者にその金銭債権の全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託させることができる。この場合においては、ア（イ）及び（ウ）の規定を準用する。

部会資料81-1第2、1（2）は、部会資料74A第1、1（3）の規律を実質的に維持するものであり、「債務者は、譲渡制限特約を譲受人に

[241] 部会第89回会議議事録・23頁〔松尾関係官発言〕。

[242] 部会資料81-1・1頁以下。

対抗することができなくな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」ということを取り上げていない。なお、部会資料81-１第２、１（３）イも、部会資料78B 第３、１（３）の規律を基本的に採用するものであり、債務者の抗弁切断の基準時について特則を設けないこととしている。債務者は、譲受人から供託の請求を受け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のか、という点が問題となる。

４　部会第97回会議

事務局による「要綱案の原案」では、譲渡制限特約を譲受人に対抗できない場合について次のような提案が示された[243]。

> （２）譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合
>
> 譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合について、次のような規律を設けるものとする。
>
> （１）イの規定は、債務者が債務を履行せず、（１）イに規定する第三者が相当の期間を定めて譲渡人に対する履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない。
>
> （３）譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託
>
> 譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託について、次のような規律を設けるものとする。
>
> イ　ア（ア）に規定する場合において、譲渡人について破産手続開始の決定があったときは、（１）イの規定にかかわらず、債権者（その金銭債権の全額を譲り受けた者であって、その金銭債権の譲渡につき第三者に対抗することができるものに限る。）は、債務者にその金銭債権の全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託させることができる。この場合においては、ア（イ）及び（ウ）の規定を準用する。
>
> ４　債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）
>
> （１）異議をとどめない承諾による抗弁の切断

[243] 部会資料84-１・31頁以下。

民法第468条の規律を次のように改めるものとする。

ウ　1（2）の場合におけるイの規定の適用については、イ中「対抗要件具備時」とあるのは、「1（2）の相当の期間を経過した時」とし、1（3）イの場合におけるイの規定の適用については、イ中「対抗要件具備時」とあるのは、「1（3）イの規定により1（3）イの譲受人から供託の請求を受けた時」とする。

（2）債権譲渡と相殺

債権譲渡と相殺について、次のような規律を設けるものとする。

ウ1（2）の場合におけるア及びイの規定の適用については、これらの規定中「対抗要件具備時」とあるのは、「1（2）の相当の期間を経過した時」とし、1（3）イの場合におけるこれらの規定の適用については、これらの規定中「対抗要件具備時」とあるのは、「1（3）イの規定により1（3）イの譲受人から供託の請求を受けた時」とする。

部会資料84-1第19、4（2）ア及びウは、部会資料83-1第19、4（2）ア及びウを踏襲するものであるが、そのア及びウに加えて、債務者の抗弁切断基準時について特則を設けている。すなわち、債務者の債務不履行により譲受人が相当の期間を定めて譲渡人への履行を催告し、債務者がその期間内に債務を履行しない場合において、「対抗要件具備時」は、「相当の期間を経過した時」と読み替えられる。また、譲渡人の破産により、債務者は譲受人からの供託請求を受けた場合において、「対抗要件具備時」は、「供託の請求を受けた時」と読み替えられる。これによって、債務者は、これらの時点より後に譲渡人に対して反対債権を取得したとしても、一定の場合にはその相殺の抗弁が保護されることになる。

5　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場合
第83回（26.2.4）	債務者の債務不履行の場合

第89回 （26.5.27）	同上
第93回 （26.7.8）	①債務者の債務不履行の場合 ②譲受人供託請求権
第96回 （26.8.26）	同上
第97回 （26.12.16）	①債務者の債務不履行の場合 ②譲受人供託請求権 ③抗弁切断基準時の特則

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

改正法466条４項は、債務者が債務を履行しない場合に、債務者に対して譲渡人への履行の催告をする権限を譲受人に付与している[244]。債務者は、相当の期間内に債務を履行しないときは、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。これは、①「特約違反の債権譲渡を有効としつつ、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で特約の効力を認める場合には、譲渡人と譲受人のいずれも債務者に対して履行を請求することができないことになるが、そうすると、譲受人にとっては債務者が任意に債務を履行しない場合に債権の回収が困難となる」ことと、②「債務者が履行を遅滞している場合にまで、譲受人の債権の回収の必要性を犠牲にして譲渡制限特約によって債務者の利益を保護する必要はない」ことを考慮した上で作成されたものである[245]。

他方、改正法466条の３は、譲渡人について破産手続開始の決定があった場合において譲受人は債務者に供託することを求めることができると

[244] 部会資料74A・４頁。

[245] 部会資料74A・4-5頁。②について、一般論として「その弁済期に遅れた弁済について弁済事務の円滑化や過誤払いの防止の利益を保護する必要はないし、また、自ら債務不履行に陥り、債権者又は債務者から履行の催告を受けた後に敢えて取得した反対債権による相殺の期待まで保護する必要がない。」といえる。大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志・前掲注13)。ただ、その論理は預金債権について同様に妥当させるべきは疑問する余地がある。

いう供託請求権を譲受人に付与している[246]。これは、「譲渡人について破産手続開始の決定がされているときには、その後に債務者が破産管財人に対して弁済すると、その金銭の引渡請求権は財団債権として保護されるとしても、譲受人が全額の回収をすることができないおそれがある」ことを考慮した上で作成されたものである[247]。

第２項　改正法466条４項にいう「催告手続」の意義

先に確認したように改正法は、債務者が債務を履行しない場合に、端的に譲渡制限特約の第三者効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。催告手続の意義とは何か。まず、検討の対象となるケースを確認してこう。

ＡはＢに対する債権（弁済期：３月１日）をＣに譲渡し、その旨をＢに通知した。その後の４月１日、Ｃは１週間を定めてＡへの履行の催告をした。他方、Ｂは４月４日、Ａに対して反対債権を取得した。

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（３月１日）に、Ｂは譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないことになる。より具体的に言えば、ＢのＡに対する反対債権が譲渡された債権の履行期が到来した時点（３月１日）で発生していない場合に、Ｂは相殺の抗弁を譲受人に対抗することができないこととなる。しかしながら、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る。また、反対債権が譲渡された債権の弁済期が到来した時点で発生していないのは、必ずしも悪いことではないともいえる。そもそも譲渡制限特約は債務者が譲渡人に対いて将来取得するかもしれない債権による相殺の利益を確保するための手段であり、すると、上記のようなケースにおいてＢに相殺を認めるべきである（改正法469条３項はこのような考え方を採ることを前提として作成されたものである）。譲渡制限特約が将来発生するかもしれない債権による相殺の利益を確保するための手段であるが、将来発生するかもしれない債

[246] 部会資料78B・10-11頁。
[247] 部会資料78B・10頁。

権による相殺をすべて認めておけば非常識になる。債務者の利益保護には限界があるように思われる。いったい譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の相殺利益は、どこまで保護されるべきか。

改正法466条４項は、譲受人が債務者に対して相当の期間を定めて譲渡人への履行を催告し、その期間内に履行がないときは、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と定めている。これによって、相当の期間が経過した後、債務者は譲渡人に対して反対債権を取得した場合には、債務者は譲渡制限特約の効力に基づいて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ない。いずれにせよ、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といえるだろう。

第３項　改正法466条の３にいう「供託請求手続」の意義

譲渡人について破産手続開始の決定があった場合において、債務者は譲受人から供託の請求を受ける前に、旧債権者に弁済すれば免責される。これに対して、譲受人からの供託の請求を受けた債務者は、供託しなければならない。旧債権者に弁済しても有効な弁済とはならない。債務者にとっては、供託の請求を管理する必要性が生じる。また、供託請求の管理に手落ちがあれば、二重弁済のリスクを受けるおそれがある。債務者は、自らの判断によって供託をすることが可能であるが、供託をした後に譲渡人と譲受人の双方に供託通知しなければならない（改正法466の２）。結局、債務者にとっては、債権の譲渡を管理する必要性が生じる。要するに譲渡制限特約により保護されてきた債務者の利益が改正法466条の３に規定する事由の発生によって失うことになるおそれがある。なお、改正法は、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として抗弁切断基準時の特則（改正法469条３項）を置き、債務者の相殺の利益を保護している。

第３節　改正法466条の２の趣旨と改正過程

第１款　問題意識

債権譲渡における債務者の供託権について、改正法466条の２第１項

は、「債務者は、譲渡制限の意思表示がされた金銭の給付を目的とする債権が譲渡されたときは、その債権の全額を債務の履行地（債務の履行地が債権者の現在の住所により定まる場合であっては、譲渡人の現在の住所を含む。次条において同じ。）の供託所に供託することができる。」と定めている。

部会資料の説明によれば、これは、債権の譲渡に伴う過誤払いのリスクから債務者を保護するために設けられたものである[248]。確かに譲渡制限特約の効力につき「譲渡制限特約付債権が譲渡された場合には、譲受人の主観態様に関わらず、債権は譲受人に完全に移転することになる」という考え方（改正法466条１項の根本的な発想）を採用したとしても、債務者は、譲受人の主観態様を知らないときに弁済先の判断に困るという事態が生じ得る。しかしながら、弁済先の判断に迷った債務者は、新債権者である譲受人に弁済をすれば免責される[249]。ここにおいて、債務者にとって弁済先の判断に困ることにならない。部会資料による立法理由で、改正法466条の２を合理的に説明することは困難である。それでは何故、改正法は466条の２第１項が必要なのか。つまり、466条の２により保護されている債務者の利益とは何か。そこで、まず法制審議会で行われた債務者の供託権に関する議論を改めて振り返り（第２款）、次いで466条の２の趣旨と機能を明らかにする（第３款）。

第２款　民法（債権関係）部会における議論の推移

１　部会第66回会議

債権譲渡における債務者の供託権を定めた改正法466条の２のような規定は、中間試案に存在しなかったが、論点として取り上げられた。すなわち、「債務者が弁済供託をすることによって債務を消滅させることができるという結論も維持されてよいと考えられるが、その当否及び結

[248] 部会資料74A・７頁、部会資料78B・９頁以下。

[249] 潮見・前掲注９）404頁は、部会資料の説明に従って、「判断に迷った債務者は譲受人に弁済をすれば免責されるではないかと理論的にはいえるが、現実の事案に直面したときは、そう簡単に理論的に押せるものではないのだろう。」と説く。

論を導くための規定を設けることの要否」である[250]。まず、検討の対象となるケースを確認しておこう。すなわち、Ａが譲渡制限特約について悪意のＣに対してＢに対する甲債権を譲渡し、Ｃが第三者対抗要件及び権利行使要件を具備した後、Ａが譲渡制限特約について善意無重過失のＤに対して甲債権を譲渡し、Ｄが第三者対抗要件及び権利行使要件を具備した場合である[251]。

改正前法のもとでは、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、債務者は譲受人（Ｃ又はＤ）の主観態様を判断することができないときに、真の債権者を確知することができないを原因として供託することができる。これに対して、中間試案のもとでは、第一譲受人Ｃは譲渡制限特約につき悪意又は重過失であっても、新債権者になるため、債権不確知とはならない。つまり、債務者は改正法494条２項（改正前法494条後段）に照らして弁済供託をすることによって債務者を消滅させることができない。譲渡制限特約の効力について、中間試案のような考え方を採用する場合において、改正前法と同様に債権者が弁済供託をすることによって債務を消滅させることができるようにするために、供託原因を拡張する必要がある。

２　「中間試案」に対して寄せられた意見

中間試案に対して寄せられた意見では、供託原因を拡張することに賛意を示す意見が多数を占めた。例えば、日商・東商は、譲渡制限特約により保護されている債務者の利益の１つについては、「債権者が倒産するなどの事態に至った場合、債権が二重・三重に譲渡される可能性があるが、このような場合に二重払いの危険性を免れる」とし、過誤払いの危険性については、「供託制度の拡充により対処すべきである」とする[252]。すなわち、「債権者の信用状況が悪化した際には反社会的勢力と思しき者への譲渡を含め、二重・三重の譲渡が行われることもある。このような多重譲渡の場合、債務者は複数の譲受人からの請求の優先関係を判断する必要が生じるため、弁済に大変な負担が生じる。現在は、この

[250] 部会資料55・239頁。
[251] 部会資料55・239頁。
[252] 部会資料71-４・87頁〔日商・東商意見〕。

ような場合には債権譲渡禁止特約が付されていることを根拠に、債権者不確知として供託をする実務が定着している。債権譲渡禁止特約の効力が見直された場合であっても、このような実務を維持することが必要である。」[253]。また、「債務者が紛争に巻き込まれたことによるリスクを回避するため、債権譲渡が競合した場合には供託することができるものとするなど、供託原因を拡張すべきである。」とする意見も見られた[254]。ただ、ここで注意すべきは、次の点である。改正前法のもとでは、譲渡制限特約付債権が多重に譲渡された場合に、債務者は複数の譲受人からの請求の優先関係を判断しなければならず、弁済に負担が生じ得る。しかし、中間試案のもとでは、債務者が第一譲受人に対して履行をすれば免責されており、第一譲受人に劣後する第二譲受人（又は差押債権者）の存在を確認する必要がない。ここにおいて、債務者にとっては、大変な負担にならないと考えられる。

3　部会第83回会議

既に確認したように中間試案に対して寄せられた意見では、譲渡制限特約付債権の譲渡に伴う過誤払いの危険性から債務者を保護する観点から、債務者が弁済供託をすることによって債務を消滅させるようにすることを求める意見が表明された。このような意見を踏まえて、要綱案のたたき台において供託原因を拡張することの可否が論点として取り上げられた。すなわち、「このたたき台の考え方を採用する場合にも、譲受人が悪意又は重過失であるか否かを債務者が知らないときに、債務者が弁済の相手方の判断に困るという事態が生じ得ることについは、現在と同様であることを考慮すると、債務者保護の観点から、債務者が弁済供託をすることによって債務を免れることができるという結論は引き続き維持されてよいと考えられる。この場合には、民法第494条とは別の独立の供託原因を設ける必要があるので、その規定の置き場所を検討する必要が生ずるが、この点は追って取り上げることとする。」[255]。これは、供託原因を拡張することによって譲受人の主観態様に関する判断のリス

[253] 部会資料71-4・87頁〔日商・東商意見〕。
[254] 部会資料71-4・122頁〔沖縄弁法制委、東弁意見〕。
[255] 部会資料74A・7頁。

クを債務者から取り払うのである[256]。しかし、債務者が弁済先の判断に困った場合に、譲受人に払えば免責される。この意味において、債務者にとっては、弁済先の判断に困る事態が生じないはずである。

４　部会第89回会議

債権譲渡における債務者の供託権に関する改正法466条の２のような規定は、「要綱案の取りまとめに向けた検討」で提案された[257]。

> 次のような規律を設けることが考えられるが、どうか。
> ア　債務者は、譲渡制限特約が付された金銭債権が譲渡された場合には、その譲渡された金銭債権の全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託することができる。
> イ　上記アの規定により供託をした者は、遅滞なく、譲渡人及び譲受人に供託の通知をしなければならない。
> ウ　上記アの規定により供託をした金銭は、譲受人に限り、還付を請求することができる。

まず、上記の提案の趣旨を確認しておこう。事務局による説明では、「譲受人が善意無重過失であれば譲渡人に弁済をすることができなくなるという点で、債務者が弁済の相手方の判断に迷うという状況には改正の前後で変化はないため、新たな独立の供託原因を設けて、債務者が供託によって債務を免れることができる状況を維持する必要性がある」とされる[258]。つまり、本提案の趣旨は、譲渡制限特約付債権の譲渡に伴う弁済先の判断のリスクから債務者を保護することにある。

次に、供託通知の相手方についてみよう。本提案によると、供託した債務者は、譲渡人と譲受人の双方に対して通知する必要がある。本提案で何故、譲受人への通知が要求されているのか。これは、譲受人が供託金の還付を請求することができるようにするために設けられたものである。つまり、還付請求をすることができるのは、譲受人に限られている。仮に譲渡人が還付請求をすることができるとすると、譲渡人の債権者に

256　潮見・前掲注９）404頁。
257　部会資料78B・６頁。
258　部会資料78B・９頁。

よる差押えなどが可能となり、譲受人が不利益を被るという不都合が生じ得る[259]。言い換えれば、譲渡人に対する一般債権者（努力しなかった者）と債権の譲受人（努力した者）と同じ順位になる。譲受人を保護する観点からすれば、還付請求権者を譲受人に限定する本提案は合理性がある。

第３款　民法改正の経緯の与える示唆

債権譲渡における債務者の供託権に関する改正法466の２のような規定は、法制審議会では、「中間試案」には存在しなかったが、論点として取り上げられており、「要綱仮案の取りまとめに向けた検討」で提案されたものであるが、改正法に採用された。事務局は、その理由を、債権の譲渡に伴う過誤払いのリスクから債務者を保護することに求めている。しかし、既に確認したように債務者が弁済先の判断に困るという事態が生じることは、疑問の余地がある。

検討の対象となるケースを確認しておこう。まず、ＡがＢに対して有していた譲渡制限特約付債権をＣに譲渡した場合（第１の検討場面）をみることにする。改正法のもとでは、Ｃが譲渡制限特約につき善意又は無重過失であれば、Ｂは、Ｃに対して履行をしなければならない。これに対して、Ｃが譲渡制限特約につき悪意又は重過失であれば、Ｂは、Ｃからの履行請求を拒絶し、Ａに弁済をすれば免責される（改正法466条３項）。債務者にとっては、Ｃの主観態様によって弁済先が変わることになる。Ｂは、Ｃが悪意又は重過失であると思い込んでＡに弁済した場合において、Ｃが善意又は無重過失であるときは、ＢはＡに弁済しても免責されない。この意味において、債務者にとって過誤払いのリスクがあることになる。ただし、Ｃが悪意又は重過失である場合に債務者が譲渡人に弁済してもよいが、弁済する義務がないので、弁済先に迷った債務者は譲受人に弁済すれば免責される。いずれにせよ、債務者が弁済先の判断に迷うという事態が生じないはずである一方、弁済先の判断に迷った債務者はＣに弁済すれば免責される。

次に、ＡがＢに対する譲渡制限特約が付されていた甲債権をＣに譲渡し、Ｃが第三者対抗要件及び債務者対抗要件を具備した後、ＡがＤ

[259] 部会資料78B・10頁。

に甲債権を譲渡し、Dが第三者対抗要件及び債務者対抗要件を具備した場合（第２の検討場面）をみることにしよう。このような場合において、Bは、Cに劣後するDの登場を確認する必要がなくて、Cに弁済すれば有効な弁済と認められる。また、CとDが債務者対抗要件を具備しているが、その対抗要件具備の先後が不明である場合には、Bは改正法494条２項（改正前法494条後段）により債権者不確知を原因として供託することができる。ここにおいて、債務者にとって弁済先の判断に困ることがないはずである。

このようにみてくると、債務者が弁済先の判断に迷う状態はまったくの杞憂であると考える。改正法466条の２は、このような状態を想定した上で、債務者の利益を保護するために設けられたものであるが、過誤払いの危険回避という観点から、改正法466の２を合理的に説明することができるかは疑問である。それでは、改正466条の２は、債務者のどのような利益を保護したものと解釈するのは合理的なのか。譲渡制限特約付債権が譲渡されると、債務者が困ることになるのは、上記の第２の検討場面であろう。この場面において、CがDに優先するのは、明らかである（Cが悪意又は重過失であっても、AC間の譲渡は有効であるから）。ところが、DがBに対して「支払え」と請求してきた。Dからの請求を受けたBは、改正法494条２項（改正前法494条後段）に基づいて供託することができない。なぜなら、BはCが債権者であることを知り、又は調べれば分かるはずである（知らない場合には過失がある）からである。しかし、CD間の争いに巻き込まれたくないBは、供託したい。問題となるのは、債権が譲渡された場合につき、債務者の「争いに巻き込まれたくない利益」は保護に値するかである。一般論としてはこのような利益は保護に値しない。ただし、債務者が過失なく、真の債権者を確知することができないときは、保護に値する（改正法494条２項、改正前法494条後段）。もっとも、債務者は、争いに巻き込まれないようにするために自己防衛の手段として譲渡制限特約まで結んでいた場合に、そこまでしていた債務者には保護の方法を与える（供託を許す）。このような文脈では、改正法466条の２は、債務者の「争いに巻き込まれたくない利益」を保護することを目的として債務者による供託を可能にするための規定と位置付けることができる。

第４節　改正法466条の６の趣旨と改正過程

第１款　問題意識

将来債権譲渡と譲渡制限特約について、改正法は、「前項に規定する場合において、譲渡人が次条の規定による通知をし、又は債務者が同条の規定による承諾をした時（以下「対抗要件具備時」という。）までに譲渡制限の意思表示がされたときは、譲受人その他の第三者がそのことを知っていたものとみなして、第466条第３項（譲渡制限の意思表示がされた債権が預貯金債権の場合にあっては、前条第１項）の規定を適用する。」と定めている（改正法466条の６第３項）。改正法のもとでは、譲渡制限特約が締結された時期によって特約の第三者への対抗の可否を決している。すなわち、債務者対抗要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合に、債務者は特約をもって譲受人に対抗することができるとされる一方、債務者対抗要件の具備後に譲渡制限特約が付された場合には、債務者は特約をもって譲受人に対抗することができないとされる。

それでは、債務者対抗要件の具備により譲渡の事実を知った債務者は、譲渡人との取引関係を継続した場合には、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がいかなる形で保護されるべきか。また、改正法466条の６第３項に規定する対抗要件具備時までに「譲渡制限の意思表示がされたとき」の意味とはいったい何か。譲渡制限特約付き基本契約が債務者対抗要件の具備時までに締結されていたが、譲渡制限特約付き個別契約が当該具備時後に締結された場合には、改正法466条の４第３項を適用する余地があるだろうか。これらの点について、民法改正の過程において、どのような事案を想定し、それに対してどのような解決を与えようとしているのか。以下では、改正過程から同条項の趣旨を検討する。

第２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

第１ステージで将来債権譲渡と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

第７回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（４）」では次のような論点が取り上げられた。すなわち、「将来債権の譲渡の安定性を高める観点から将来債権の譲渡と譲渡禁止特約の効力の関係について、立法により明確する」ことである。

大阪弁護士会は、「将来債権の譲渡と譲渡禁止特約の効力の関係についての立法化」について、否定的であり、「将来債権の譲受人が、当該譲渡時点において、譲渡禁止特約について善意・無重過失であるか否かをもって判断する」とする[260]。当該譲渡時点において、譲渡制限特約が未だ存在しない場合には、譲受人が常に善意であるから、債務者は常に特約の抗弁を譲受人に主張できないことになる。そうだとすると、特約により保護される債務者の利益が害されるおそれがある。大阪弁護士会は、債務者の利益を保護するために、「譲渡禁止特約が通常付される類型の債権の譲渡である場合には、重過失有りという判断もあり得る」とする[261]。

２　部会第22回会議

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）」では次のような論点が取り上げられた。すなわち、「将来債権の譲渡の安定性を高める観点から、将来債権の譲渡後に締結された当該債権の発生原因となる契約において譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することができるかどうか」である[262]。

将来債権が譲渡された後に、債権者と債務者との間で新たな取引をするときに、債務者は自らの利益を守るために譲渡制限特約を付けたい場合がある。この場合において、債務者の利益を保護する必要性があると考えられる[263]。

---

[260] 大阪弁護士会・前掲注３）380頁。

[261] 大阪弁護士会・前掲注３）380頁。

[262] 部会資料22・２頁。

[263] 部会第22回会議議事録・３頁〔中井委員発言〕。

3　部会第25・26回会議

第25・26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（1）（2）改訂版」（又は「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」）では次のような論点が取り上げられた。すなわち、「将来債権の譲渡をめぐる法律関係の明確性を高める観点から、将来債権の譲渡後に、当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの可否を、立法により明確化すべきかどうかについて、譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益にも留意しつつ、更に検討してはどうか」[264]。

上記の論点に対して、譲渡制限特約を譲渡人の債権を発生させる義務に反してなされたものとした上で、譲渡制限特約の効力が否定されるべきであるとする考え方があった[265]。しかし、このような考え方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については、別途検討する必要がある。

第2項　第2ステージでの議論

1　「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見

将来債権の譲渡と譲渡制限特約の効力について、「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見では複数のアプローチが提案された。

第1のアプローチは、将来債権の譲受人に対して譲渡制限特約を対抗することはできないとするものである[266]。

第2のアプローチは、債務者が将来債権譲渡に承諾を与えるかどうかをもって譲渡制限特約の効力を判断するものである。すなわち、「将来債権が譲渡され、当該債権譲渡について債務者が承諾した後においては、当該債権の発生原因となる契約において譲渡禁止特約が付された場合であっても、債務者は将来債権の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」とする。また、「当該債権譲渡について債務者が承諾

---

[264] 部会資料25・41頁、中間的な論点整理の補足説明・104-105頁。

[265] 中間的な論点整理の補足説明・107頁。

[266] 部会資料33-3・26頁。

しておらず、将来債権の譲受人が債務者から譲渡禁止特約の効力を対抗される場合には、将来債権の譲受人に対して原因関係維持義務の違反に基づく責任を負う」とする[267]。このようなアプローチを採用する場合に、将来債権の譲渡に承諾を与えた債務者は、承諾後の事情により譲受人を債権者とする債権を発生させたくないのであれば、譲渡人との取引関係を終了させるほかはない[268]。

第３のアプローチは、「原則として将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することができる」とし、例外的に「将来債権譲渡契約の締結の際に、譲渡禁止特約が付される債権の存在・可能性について譲渡人に開示するような義務を課す」方向で、「当該開示義務違反の場合については譲受人の善意が擬制されることとし、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約は対抗できない」とするものである[269]。

第４のアプローチは、「債権譲渡についての債務者に対する権利行使要件の充足と債権発生契約の先後による（権利行使要件の充足前に譲渡禁止特約が付された場合は、譲受人を悪意とみなす）」とするものである[270]。これによって、権利行使要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合に、債務者は常に譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができることになる。つまり、将来債権譲渡の事実を知らない取引をした債務者の利益は確保されることになる[271]。その反面として、権利行使の具備時後に譲渡制限特約が付された場合には、債務者は常に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ことになる。

---

[267] 部会資料33-３・27頁。

[268] 部会資料33-３・28頁〔森・濱田松本有志〕は、債務者の、承諾時点以降に発生する債権について、譲渡制限特約による利益を享受し得る地位は、原則として常に保護されるべきであるとする。

[269] 部会資料33-３・28頁〔東京青司協〕。類似のアプローチを提案するものは、部会資料33-３・29頁〔日司連〕が挙げられる。

[270] 部会資料33-３・28頁〔経済法令・研究会〕。類似のアプローチを提案するものは、部会資料33-３・28頁〔パブコメ WG〕が挙げられる。「相対的効力案によることを前提に、債務者対抗要件の具備と譲渡禁止特約の合意の先後で決すべきである」という。

[271] 部会資料33-３・27頁〔弁護士〕。

第５のアプローチは、「将来債権以外の債権の譲渡と同様、将来債権の譲渡時点において譲受人が譲渡禁止特約について善意・無重過失であるか否かをもって判断すべき」とするものである。

２　部会第45回会議

第45回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（９）」では、事務当局から次のような４つの案が提案された[272]。

> 【甲案】債務者は、将来債権の譲受人に対して、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。
>
> 【乙案】譲渡された債権の性質や、それを発生させる契約の性質に照らし、譲渡禁止特約が付されることが取引慣行上一般的である場合には、譲受人は悪意又は重過失とみなされる旨の規定を設けるものとする。
>
> 【丙案】債務者は、将来債権の譲受人に対して、譲渡禁止特約を対抗することができる旨の規定を設けるものとする。
>
> 【丁案】規定を設けないものとする。

【甲案】は、将来債権譲渡の取引安全保護を重視し、事後的に譲渡制限特約が付されたとしても、債務者は常に譲渡制限特約を譲受人に対抗できないとすることを提案する[273]。これは、将来債権の譲渡後に締結された譲渡制限特約を無効化するものである。【甲案】のもとでは、債務者が取引に入る段階で既にその債権が譲渡されていることを知らない場合であっても、譲渡制限特約を譲受人に対抗することができない[274]。【甲案】に対しては、譲渡制限特約によって保護されるべき債務者の利益が一切保護されなくなるとの指摘があった[275]。この提案を採用するのであれば、少なくとも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引き続き保護されるようにする必要がある。

---

[272] 部会資料37・11-13頁。

[273] 部会資料37・13頁。

[274] 部会第45回会議議事録・14頁〔三上委員・松尾関係官発言〕参照。

[275] 部会資料37・13頁。

上記の【甲案】に対して、【丙案】は、債務者の利益保護を重視し、事後的であっても譲渡制限特約に付されることによって、債務者は常に譲渡制限特約を譲受人に対抗できるとすることを提案する[276]。この考え方に対しては、将来債権の譲渡後に付された譲渡制限特約の効力を常に対抗できるとすると、譲受人に不測の損害をもたらし、将来債権譲渡による資金調達の安定性を損なうとの批判があった。【乙案】は、将来債権の譲受人の予測可能性を損なわない限度で、譲渡制限特約を譲受人に対抗できるとすることを提案する[277]。この提案を採用する場合には、具体的にどのような場合に債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できるかという点が問題となる。【乙案】では、「譲渡された債権の性質や、それを発生させる契約の性質に照らし、譲渡禁止特約が付されることが取引慣行上一般的である」か否かという基準が示されている[278]。

事務当局による上記の提案は、それぞれもっともな理由を挙げており、いずれも決定打を欠く状況にある。単に将来債権の譲渡後に付された譲渡制限特約の第三者効を認めるか否かという形で議論した場合には、重要な論点が見落とされる可能性がある。いずれの提案が妥当であるかを判断するためには、債権譲渡と相殺の抗弁に関する民法改正は、将来債権の譲渡後に付された譲渡制限特約の効力にどう影響するかという視角から検討する必要がある。また、これらの提案は、将来債権の譲渡前には譲渡制限特約がない場合を想定しており、基本契約の中に譲渡制限特約が付された場合については別途検討する必要がある[279]。

３　部会第70回会議

第70回会議において検討の対象とされた「中間試案のたたき台（１）（２）（３）の改正版」において、次のような案が提案された[280]。

---

[276] 部会資料37・13頁。

[277] 部会資料37・13頁。

[278] 部会資料37･13頁。その典型例として想定されていたのは、預金債権である。

[279] 将来債権の譲渡前に譲渡制限特約があった場合には、一般の規律に従うことになる。部会第45回会議議事録・15頁〔深山幹事発言〕参照。

[280] 部会資料58・95頁。

（3）将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された場合には、その後に譲渡制限特約がされたときであっても、債務者は、これをもって譲受人に対抗することができないものとする。

この改正案は、権利行使要件の具備後に、譲渡人と債務者との間で譲渡制限特約がされたときには、債務者がその特約をもって譲受人に対抗することができないとするものである。その反面として、権利行使要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合には、債務者は、特約をもって譲受人に対抗することができることとなる[281]。事務当局の説明によれば、これは、権利行使要件の具備により将来債権譲渡の事実を知った債務者は、譲渡を望まないのであれば、当該債権を発生させる取引をしないなどの方法をとることができる可能であるから、この場合にまで譲渡制限特約の対抗を認める必要はないとの考慮に基づ[282]くとされる[283]。つまり、債務者は、権利行使要件の具備時後に生じた事情により債権を発生させたくない場合には、譲渡人との取引関係を終了させることができる[284]。これに対して、権利行使要件の具備により将来債権譲渡の事実を知った債務者が引き続き譲渡人と取引関係を維持する場合に、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利益はどのように保護すべきかは一考を要する問題である。将来債権が譲渡され権利行使要件が具備された後、債務者が譲渡人との取引関係を継続することがないわけではないので、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場合においても、債務者による相殺を譲受人に対抗できるように手当てしておく必要性が生ずる。そこで、事務当局は、「債権譲渡と相殺の抗弁」に関する提案において、将来発生する債権が譲渡された場合に譲渡された債権と同一の契約から発生する債権による相殺を譲受人に対抗するこ

[281] というのは、債権が譲渡されていたことを知らない債務者が、譲渡制限特約によって自らの利益を確保する必要がある一方で、譲受人は、将来債権を譲り受けた後に譲渡制限特約が付されるリスクがあることを考慮した上で取引に入ることが可能であるからである。部会資料58・96頁。

[282] 部会資料58・94頁以下。

[283] 部会資料58・96頁。

[284] 部会資料33-3・28-29頁〔森・濱田松本有志〕。

とができるとする。これまで譲渡制限特約により保護されてきた相殺以外の利益が害されることがあるとしても、一応のバランスが取れているといえるだろう。

以上のような改正案に対して、部会審議では、基本となる預金契約すら締結されていない段階で預金債権が譲渡された場合[285]を念頭において、議論が行われた[286]。このような場合について、権利行使要件が具備された段階で譲渡制限特約が付されていなかったと解されるのであれば、特約を対抗することができないというのが論理的な帰結になる[287]。いかに預金債権に譲渡制限特約が付くと分かっても、先に預金債権を譲渡して債務者対抗要件を具備すれば、特約が外れることになってしまう[288]。この点について、上記の提案を採用する場合には、色々なところで由々しき問題が出てくるという指摘がされた[289]。例えば、将来預金債権が譲渡され、預金者からの譲渡通知が来状した場合には、銀行は譲渡通知を調査、管理する必要が生じ、銀行の事務管理のコストが増大することとなる[290]。他方、譲渡の通知があっても、それが組織内で長期間周知され得るかどうかも問題である[291]。このような問題提起に関しては、将来発生する預金債権という譲渡対象としての将来債権の内容が、預金契約上の債権として特定されていて、その預金契約には譲渡制限特約が付いていれば、それは債務者対抗要件具備前に特約が付いていた場合と解する考え方が示された[292]。

4　部会第71回会議

「中間試案のたたき台（修正版）」は、そのまま次のような「中間試案」となった。

---

[285] あるいは、ある当該支店と自分との間で発生する将来の預金債権全部が譲渡された場合を想定している。部会第70回会議議事録・45頁〔三上委員発言〕。

[286] 部会第70回会議議事録・45頁以下。

[287] 部会第70回会議議事録・45頁〔松尾関係官発言〕。

[288] 部会第70回会議議事録・45頁〔三上委員発言〕。

[289] 部会第70回会議議事録・45頁〔三上委員発言〕。

[290] 部会第70回会議議事録・45-47頁〔三上委員発言〕。

[291] 部会第70回会議議事録・47頁〔三上委員発言〕。

[292] 部会第70回会議議事録・45-46頁〔鎌田部会長発言〕。

（３）将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された場合には、その後に譲渡制限特約がされたときであっても、債務者は、これをもって譲受人に対抗することができないものとする。

（注１）上記（３）については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

上記の提案に対して、将来債権譲渡後に付された譲渡制限特約の効力について、規定を設けるべきではなくて、解釈に委ねるべきとの意見が主張された。例えば、「債務者の立場からは、債権が譲渡された後に付された譲渡制限特約であっても、常に譲受人に対抗することができるとした方が望ましい」との意見があった[293]。さらに、この意見に対しては、「債権譲渡の取引の安定性を損なうとの批判があるほか、債権が完全に譲受人に移転しているにもかかわらず、譲渡人と債務者との間の譲渡制限特約を譲受人に対抗することができるとする結論の妥当性を疑問視する」意見も示された[294]。事務当局は、これらの意見を受けて、（注１）においてこの問題について解釈に委ねるという考え方を取り上げた。

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。

---

[293] 中間試案の補足説明・257頁。大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志による提案は、将来債権譲渡後に譲渡制限特約が付された場合については、原則として債務者は特約を譲受人に対抗できるとする。これは、「譲受人は、譲受後に付された譲渡禁止特約の対抗を原則として受ける点において不利な立場に置かれるが、そもそも将来債権譲渡はその発生すら不確実な債権をあらかじめ譲渡することを含む取引であることを鑑みれば、債権譲受人としても、債務者のニーズに基づき事後に付された特約の対抗を受ける可能性もあらかじめ覚悟すべきであり、債権譲受人に不当な負担を課すものとも解されない」こと基づくのである。大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志・前掲注13）５頁以下。

[294] 中間試案の補足説明・257頁。

	将来債権の譲渡後に付された特約の効力
第45回 （24.4.17）	①債務者は将来債権の譲受人に対して特約を対抗できないとする案。 ②譲渡された債権の性質やそれを発生させる契約の性質に照らして特約が付されることが取引上一般的である場合に譲受人は悪意（又は重過失）とみなされるとする案。 ③債務者は将来債権の譲受人に対して特約を対抗できるとする案。 ④規定を設けないとする案。
第70回 （25.2.19）	将来債権が譲渡され権利行使要件が具備された場合にその後に特約がされたときであっても債務者はこれをもって譲受人に対抗できないとする案。
第71回 （25.2.26）	①将来債権が譲渡され権利行使要件が具備された場合にその後に特約がされたときであっても債務者はこれをもって譲受人に対抗できないとする案。 ②（注）規定を設けないとする案。

第３項　第３ステージでの議論

１　「中間試案」に対して寄せられた意見

「中間試案」に対して寄せられた意見では、「将来債権の譲受人の利益と債務者の利益のバランスの観点」から中間試案に賛意を示した意見が多数を占めた[295]。中間試案のもとでは、将来債権が譲渡され権利行使要件が具備された後に譲渡制限特約が付された場合には、債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとされているが、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた相殺の利益は、「債権譲渡と相殺」に関する規律により引き続き保護される。

その他の意見として、第二東京弁護士会は、「権利行使要件が具備される前に譲渡禁止特約がされたときは、譲渡禁止特約をすることが取引慣行上一般的である場合には、譲受人は重過失とみなされる」旨の規定

[295] 部会資料71-４・134頁以下。他方、「権利行使要件具備の前後を問わず、債務者はこれを譲受人に対し対抗できない」とするアプローチと、「権利行使要件の有無にかかわらず、債務者は特約の効力を主張できる」とするアプローチとも出された。

を設けることを提案する[296]。債務者は、権利行使要件の具備後に付された譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないという点で、第二東京弁護士会による提案と中間試案は共通している。ただ、両者は以下のような点で違いを見せている。すなわち、中間試案のもとでは、権利行使要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合には、債務者は常に特約を譲受人に対抗することができる。これに対して、第二東京弁護士会による提案のもとでは、権利行使要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合においても、譲渡制限特約を締結することが取引上一般的でないときは、債務者は特約を譲受人に対抗することができない。これは、譲渡制限特約を締結することが一般的であるかどうかによって、債務者と譲受人の優劣を決定するのである[297]。また、第二東京弁護士会は、将来債権が譲渡された前に取引譲渡などを定めた基本契約が締結され譲渡制限特約が付されるとのケースが多いことに鑑み、このようなケースにおいて「個別契約の締結は将来債権譲渡の後であっても、基本契約の締結が将来債権譲渡の前であれば、譲渡禁止特約を悪意・重過失の譲受人に対抗することができる」とする[298]。つまり、基本契約に譲渡制限特約が付された場合においては、将来債権以外の債権の譲渡と同様に、譲受人が特約につき悪意又は重過失であるかどうかをもって債務者と譲受人の優劣を判断する。

また、ABL 協は、中間試案における規律とは別に「将来債権を媒介として信用供与（資金供給）を受けた者（譲渡人）と信用供与（資金供給）をした者（譲受人）との関係において、後者を保護するための一定の規律（たとえば、譲渡制限特約をするには譲受人の事前承諾を必要とする、譲渡制限特約をするにはそれにより生じる損失、損害の補償など）を設

[296] 部会資料71-4・136頁〔第二東京弁護士会〕。

[297] 部会資料71-4・136頁〔第二東京弁護士会〕。「譲渡禁止特約をすることが取引慣行上一般的である場合には、債務者の利益を保護する必要性が高いと推認されるし、譲受人も譲渡禁止特約がされることを予測できるが、譲渡禁止特約をすることが一般的でない場合にはその逆であり、譲受人の保護を優先すべきである」という。

[298] 部会資料71-4・136頁〔第二東京弁護士会〕。

けること」を提案する[299]。将来債権の譲受人が債務者から譲渡制限特約の効力を対抗される場合には、債務者の請求に応じて譲渡制限特約を締結した譲渡人は、譲受人に対して原因関係維持義務違反に基づく責任を負う余地があると考えられる[300]。

２　部会第83回会議

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、次のような案が提案された[301]。

> （４）将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された場合には、その後に上記１（２）の特約がされたときであっても、債務者は、これをもって譲受人に対抗することができない。

これは、中間試案の基本的な立場を踏襲した提案である。「将来債権譲渡の効果が譲渡契約時に発生し、債権の処分権限が確定的に譲受人に移転」したことになる」[302]としても、債務者との関係においては、将来債権の譲渡につき権利行使要件が具備しない限り、譲渡人が債権の処分権を失わないと考えられる[303]。このような考え方を採用する本提案のもとでは、権利行使要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合に、債務者は特約を譲受人に対抗することができる。他方、権利行使要件が具備した場合に、債務者との関係においても、譲渡人が債権の処分権を失っている以上、譲渡人と債務者は弁済の相手方を変更するような譲渡制限特約まで締結することができない[304]。

上記のような提案に対して、部会審議では将来預金債権の譲渡へ適用の可否が議論の中心となった。提案を将来預金債権の譲渡に適用するとしておくと、将来預金債権が譲渡され権利行使要件が具備された場合において、その預金口座が作成されたときは、債務者は、譲渡制限特約を

---

299 部会資料71-４・137頁〔ABL 協〕。
300 部会資料71-４・137頁〔流動証券協、長島大野常松〕。
301 部会資料74A・７頁。
302 部会資料71-４・135-136頁〔阪大〕。
303 部会資料74A・９頁参照。
304 部会資料74A・９頁。

もって譲受人に対抗することができないことになる。これに対して、「将来債権譲渡の場合は特約の存在について、悪意、重過失の譲受人を保護する必要がない」ことを理由として、「譲受人が当該契約について譲渡制限特約が付されるであろうことについて悪意又は重過失がある場合には特約を対抗できるようにする必要がある」という指摘が表明された[305]。「譲渡制限特約が付されるであろうことに悪意又は重過失がある場合」とは、譲受人が将来預金債権を譲り受ける時点で、将来預金口座に譲渡制限特約が付されることを知っている場合を指す。しかし、これまでの議論は、改正前法466条２項にいう主観的要件は、譲渡の時点で譲渡制限特約が付されている場合にしか機能しえないので、譲渡の時点で特約が付されていない場合には適用されないという理解を前提としている[306]。この立場からは、このような指摘は必ずしも妥当ではない。

部会審議では、次のような考え方も示された。すなわち、将来預金債権が譲渡された時点で、預金口座を開設するための銀行取引の基本契約が存在していれば、そこに譲渡制限特約が付されているわけであり、その基本契約から発生する預金債権に譲渡制限特約が及ぶとするものである[307]。また、銀行取引の基本契約がまだ締結されていない段階で、将来発生するかもしれない預金債権を譲渡した場合には、銀行は権利行使要件具備後に預金債権を譲渡した者（預金者）と新たに預金契約を結ばなければ済むとする考え方があった[308]。さらに、預金契約の中に特約が不可分に入っていれば、将来の預金債権の譲渡も、契約上の特約付債権の譲渡と解する見解も見られた。

３　部会第93・95・96・97・99回会議

第93・95・96・97・98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）」、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案」、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）」、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（そ

[305] 部会第83回会議議事録・56頁〔中原委員発言〕。
[306] 部会第83回会議議事録・56頁〔松尾関係官発言〕。
[307] 部会第83回会議議事録・57頁〔内田委員発言〕。
[308] 部会第83回会議議事録・57頁〔内田委員発言〕。

の１）」、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案（案）」では次のような案が提案された[309]。

第93回会議 第95回会議 第96回会議	民法第467条第１項の規定による通知又は承諾がされた時に債権が現に発生していないときは、その後にされた１（１）アの意思表示については、１（１）イの規定は、適用しない。
第97回会議 第99回会議	（１）イに規定する場合において、譲渡人が３の規定による通知をし、又は債務者が３の規定による承諾をした時（以下この第19において「対抗要件具備時」という）までに譲渡制限の意思表示がされたときは、譲受人その他の第三者がそのことを知っていたものとみなして、１（１）イ（譲渡制限の意思表示がされた債権が預貯金債権の場合にあっては、１（５）ア）の規定を適用する。

第96回会議において提案された要綱仮案の文言では表現上の明確性を欠いており、その後、解釈上の紛れを解消するために債務者対抗要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合において譲受人の悪意を擬制する方向で要綱原案が提案された[310]。これによって、譲渡制限特約が債務者対抗要件具備前に付された場合には、譲渡制限特約は常に譲受人に対抗することができることになる。ただ、譲渡制限特約の効力が弁済の相手方を譲渡人に固定する範囲に限定されるのである。

ところで、将来預金債権が譲渡された場合には、預金債権の譲渡に関する規律（第19の１（１）イ）を適用する。つまり、債務者対抗要件具備時までに譲渡制限特約が付されたときは、預金債権の譲渡は、その効力を有しない。要するに債務者が悪意の譲受人にいかなる制約を及ぼすことができるかは譲渡された将来債権の種類による。

第３款　民法改正の経緯の与える示唆

第１項　基本的な考え方

改正法のもとでは、譲渡制限特約の締結が債務者対抗要件具備時より

[309] 部会資料81-１・２頁、部会資料82-１・31頁、部会資料83-１・31頁、部会資料88-１・33頁。

[310] 潮見・前掲注９）421頁。

前であれば、債務者は特約を譲受人に対抗することができるとされている（改正法466条の６第３項）。譲渡制限特約を譲受人に対抗できることの意味は、譲渡された将来債権の種類によって変わる。譲渡された将来債権が預金債権である場合に、債務者は譲渡制限特約の効力に基づいて当該譲渡をなかったものとして行動することができる（改正法466条の５を適用する）。これに対して、譲渡された将来債権は預金債権以外のものである場合には、債務者は譲渡制限特約の効力に基づいて債権の帰属の変更を妨げることができず、たんに弁済の相手方を譲渡人に固定することができる（改正法466条２-３項を適用する）。

他方、改正法466条の６第３項の反対解釈として、譲渡制限特約の締結は債務者対抗要件具備時より後であれば、債務者は特約を譲受人に対抗することができないとされている。改正法は、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として改正法469条２項２号を設けて、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を保護するのである。その他の債務者の利益（事務煩雑化の回避、過誤払いの防止）が害されることがあるとしても、相殺の利益が保護されるので、一応のバランスが取れているといえるだろう。もちろん債務者対抗要件の具備により将来債権譲渡の事実を知った債務者は、債権が譲渡されることを望まないのであれば、譲渡人との取引関係を終了させることができる[311]。

第２項　「譲渡制限の意思表示がされたとき」の意味

債務者対抗要件具備時までに「譲渡制限の意思表示がされたとき」の意味が問題となる。まず、検討の対象となるケースを確認してこう。

Ａは、将来Ｂに対して取得するかもしれない債権をＣに譲渡し、債権譲渡登記により第三者対抗要件を具備した後、AB 間では基本契約が締結されて継続的取引が開始された。基本契約にはＡのＢに対する債権の譲渡を制限する旨の条項が記載されていた。その後、AB 間では個別契約甲（譲渡制限特約付き）が締結され、Ａはこの契約に基づいてＢに対して甲債権を取得した。そして、Ｃは、Ａの債務不履行によってＢに対して債務者対抗要件を具備した。さらに、その後に AB 間では個別

311　部会資料74A・９頁。

契約乙（譲渡制限特約付き）が締結され、Ａはこの契約に基づいてＢに対して乙債権を取得した。[312]

上記のケースにおいて、債務者対抗要件の具備時までに譲渡制限特約付き個別契約甲（又は譲渡制限特約付き基本契約）が締結されているので、甲債権について債務者は特約を譲受人に対抗することができる。問題は、乙債権については債務者が特約を譲受人に対抗することができるかということである。結論は、債務者対抗要件具備時より前に締結された譲渡制限特約付き基本契約が改正法466条の６第３項にいう「対抗要件具備時までに譲渡制限の意思表示がされた」ものになるかという判断による。

これに関しては、次のような２つの考え方があり得る。第１の考え方は、特約付き基本契約の締結時を「譲渡制限の意思表示がされたとき」と解すべきであるとするものである（基本契約基準時説）。つまり、債務者は基本契約の時点で将来発生する個別債権について「包括的・抽象的な弁済の相手方を固定する特約」を締結することができる。このような考え方のもとでは、乙債権については、乙債権を発生させる個別契約乙が債務者対抗要件具備時より後に締結されたとしても、基本契約が債務者対抗要件具備時より前に締結されている限り、債務者は特約を譲受人に対抗することができる。その理由は、事務煩雑化の回避と、過誤払いの防止に求める。上記のケースにおいて、甲契約に基づく甲債権について弁済先を固定し、乙個別契約に基づく乙債権について弁済先を固定しないという扱いが許容されることになれば、かえって事務処理の煩雑化と過誤払いを助長するだけのことになる。[313]

上記の第１の考え方に対して、第２の考え方は、特約付き個別契約の締結時を「譲渡制限の意思表示がされたとき」と解すべきであるとするものである（個別契約基準説）。つまり、個別契約が成立し、基本契約上の譲渡制限特約が当該個別契約の内容となったことをもって、その債権に関する「譲渡制限の意思表示がされた」と扱われるのである。この

[312] 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）26頁。

[313] 石田・前掲注157）137頁。

ような考え方のもとでは、乙債権については、特約付き基本契約が債務者対抗要件具備時より前に締結されたとしても、乙債権を発生させる個別契約乙が債務者対抗要件具備時より前に締結されない限り、債務者は特約を譲受人に対抗することができない。[314]

このようにしてみれば、債務者対抗要件具備までに「譲渡制限の意思表示がされたとき」について、論者によってその意味には食い違いが生じている。このような解釈論の問題を解決するには、改正法466条の６第３項はどういう根本的な発想で設けられたかを検討する必要がある。また、譲渡制限特約の効力は、債権譲渡における債務者の相殺と密接に関連しており、改正法469条２項２号が466条の６第３項の解釈にどう影響したのかという視点は有益であると考える。上記のケースにおいて、債務者が乙個別契約に基づいて譲渡人に対して損害賠償請求権を取得した場合には、この債権を自働債権として個別契約甲に基づく甲債権を相殺することができるかは問題となる。改正法は、その469条２項２号において、債務者の譲渡人に対する反対債権が譲渡された債権を発生させる契約に基づいて生じたものであるときは、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と定めている。改正法は、「債権譲渡と相殺」について「同一の契約」という枠組みを採用した以上、この枠組みを超えて債務者に相殺を認めることは許されない。債務者は、その相殺利益を確保するためには、基本契約に将来発生する債権の弁済先を固定する特約を記載するほかはない。ちなみに「譲渡制限の意思表示の規定の改正に関する経過措置」に関する審議において、「譲渡制限の意思表示がされたとき」について基本契約基準説を採ることを前提として議論がされた[315]。この文脈では、改正法はその469条２項２号におい

---

[314] 赫高規「将来債権譲渡や相殺範囲に関する改正法案が実務に与える影響」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）137頁。

[315] 石田・前掲注157）137頁。赫・前掲注314）137頁。部会資料87・１頁には、「施行日前に締結された基本契約において譲渡制限の意思表示がされていたケースにおいては、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」との文

て､相殺に供するお互いの債権を「同一の契約」から発生するものに限っており、債務者は、基本契約に譲渡制限特約を記載することにより相殺可能な領域を創出することができる仕組みになっているといえるだろう。

第５節　改正法469条の趣旨と改正過程

第１款　問題意識

債権譲渡と相殺について、改正法は、無制限説を明文化した上で（469条１項)､次のような２つの基準から相殺の範囲を拡張している｡第１は、469条２項１号にいう「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じ債権」である。第２は、同条２項２号にいう「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じ債権」である。つまり、債権が譲渡された場合において、債務者の譲渡人に対する反対債権が第１の債権又は第２の債権であるときは、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。それでは、相殺の範囲はどのような発想で拡張されてきたのか。また､「前の原因」及び「同一の契約」は具体的にいかなる場合を意味しているのか。これらの点について、民法改正の過程において、どのような事案を想定しているのか。以下では、改正過程から「前の原因」と「同一の契約」の意義を検討する。

第２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８回会議

第８回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（５）では､「債権譲渡と相殺の抗弁」について、次のような４つの案が提案された[316]。

> 【A 案】規定を置くべきであるという考え方。
> 【A-１案】抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する

言がある。

316　部会資料10-２・54頁。【A-１案】は無制限説に対応する考え方、【A-１案】は制限説に対応する考え方､【A-１案】は相殺適状説に対応する考え方である。

債権を取得していれば自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺することができるとする規定を置くという考え方。

【A-２案】抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する債権を取得しており、かつ、その時点で相殺適状にない場合は、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する場合に限り、相殺することができるとする規定を置くという考え方。

【A-３案】抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する債権を取得しており、かつ、その時点で既に相殺適状にあった場合に限り、相殺することができるとする規定を置くという考え方。

【B 案】規定を置かず、解釈に委ねるべきである。

部会審議では、【A-１案】に対して否定的な見解が多数を占めた。例えば、債権譲渡の場合には、譲渡代金を支払う譲受人の保護の必要性があることを理由に、将来相殺できるかもしれない地位・利益を保護してよいか疑問であるとの意見があった[317]。その上で、この場合には、【A-３案】相殺適状説を採るべきであると指摘した[318]。この批判は必ずしも妥当ではないと思われる。まず、譲受人が、債務者対抗要件を備えた後に相殺の抗弁を受ける点において不利な立場に置かれるが、そもそも譲受人が他人の債権を譲り受けて利益を得ていることに鑑みれば、譲受人としても、相殺の抗弁を受ける可能性も覚悟すべきである。単に譲受人の保護の必要性を理由として、債務者の相殺の抗弁を相殺適状説に縮減すれば、それはあまりに譲受人の利益を保護し過ぎるものである。また、債権譲渡と相殺の優劣が問題となる場合に、債権の譲受人が事実上、相殺可能性を知っているケースが多いから、債務者の保護を後退させることにも疑問がある[319]。

上記の意見に関しては、「債権譲渡と相殺」の問題は、債権の譲渡制限特約の効力と関連しており、譲渡制限特約の効力が現在よりも大幅に

[317] 部会第８回会議議事録・52頁〔岡（正）委員発言〕、中間的な論点整理の補足説明・165頁参照。

[318] 部会第８回会議議事録・52頁〔岡（正）委員発言〕。

[319] 大阪弁護士会・前掲注３）578頁。

否定されるよう考え方が採らない限り、どのような形になっても検討の余地があり得るとする意見もあった[320]。これは、譲渡制限特約の論点と「債権譲渡と相殺」の論点を合わせて債務者の相殺利益保護のあり方を考えるものである。譲渡制限特約の効力に関する改正は、「債権譲渡と相殺」にどう影響するかという視点は有益である。

２　部会第22・25・26回会議

第22・25・26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）」、「中間的な論点整理のたたき台（１）（２）改訂版」、「中間的な論点整理案」では、債権譲渡と相殺について次のような論点が取り上げられた[321]。

第22回会議	債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件を条文上明確にすべきであるという考え方については、法定相殺と差押えや譲渡禁止特約の効力に関する検討結果を踏まえて、転付命令と相殺との関係についての議論にも留意しつつ、更に検討してはどうか。
第25回会議 第26回会議	債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件について、法定相殺と差押えに関する規律（上記（１）参照）に従うことを条文上明確にするかどうかについては、法定相殺と差押え、譲渡禁止特約の効力及び転付命令と相殺との関係に関する検討結果を踏まえて、債権譲渡取引に与える影響にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

３　小括

第１ステージでは、第８回会議において検討の対象とされた部会資料では債権譲渡と相殺について無制限説、制限説、相殺適状説に相当する案が提案された。部会審議では、債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件について一致できなかった。その後の会議において、債権譲渡と相殺については具体的な提案が示されていないが、論点として取り上げられた。

---

[320] 部会第８回会議議事録・53頁〔三上委員発言〕。

[321] 部会資料22・20頁、部会資料25・63頁、部会資料26・64頁。

第２項　第２ステージでの議論

１　「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見

「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見では、債権譲渡と相殺について無制限説を立つ明文規定を設けることに対して否定的な見解が多数を占めた。まず、「債権譲渡と相殺」と「法定相殺と差押え」との利益状況に鑑み、債権譲渡と相殺については、事案に応じて細やかな利益衡量が行われるべきであるとする意見が示された[322]。また、債権が譲渡された場合に債務者が譲受人に対してどのような抗弁を主張できるのかについて、相殺の抗弁のみ明文の規定を設けるのはバランスを欠くことを理由として債権譲渡における債務者の抗弁にかかる解釈に委ねるべきであるとする意見があった[323]。さらに、債務者は譲渡制限特約を予め締結しておくことにより相殺の利益を確保することが可能であるとする意見も見られた[324]。

上記の意見に対して、「判例法理である無制限説を前提としてきた実務運用を尊重する観点」から、無制限説を明文化することについて賛意を示した意見があった[325]。また、「法定相殺と差押えについて無制限説に立った明文規定を設けるのであれば、債権譲渡と相殺について無制限説に立つ立法を併せて行うことが規律の明確化の観点」から、債権譲渡と相殺について無制限説を明文化しておくことにも意味があるとする意見も見られた[326]。

２　部会第45回会議

第45回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（９）」では、債権譲渡と相殺について次の３つの案が

---

322 部会資料33-３・371頁以下〔兵庫県弁・日弁連・仙台弁・広島弁・愛知県弁・改正を考える研・日大民研・商研・札幌弁〕。

323 部会資料33-３・371頁〔日弁連・仙台弁・大阪弁・広島弁・横浜弁・愛知県弁・堂島有志〕。

324 部会資料33-３・373頁。「譲渡禁止特約を付することによる対応が可能である」という。

325 部会資料33-３・371頁〔信用組合〕。

326 部会資料33-３・372頁〔森・濱田松本有志〕。

提案された[327]。

【甲案】抗弁切断の基準時に、債務者が譲渡人に対して有していた既発生の債権だけでなく、抗弁切断の基準時後に発生又は取得する債権であっても、債務者の相殺の期待を保護すべき場合については、債務者は、当該債権をもって相殺の抗弁を主張できる旨の規定を設けるものとする。

債務者の相殺の期待を保護すべき場合としては、①抗弁切断の基準時に債権の発生原因が既に存在していた場合や、②抗弁切断の基準時に債権の発生原因が存在していない場合でも、譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合とする考え方の当否を検討する。

【乙案】抗弁切断の基準時に、反対債権を取得していた場合に限り、債務者は、譲受人に対して相殺の抗弁を主張できる旨の規定を設けるものとする。

【丙案】抗弁切断の基準時に、相殺適状が生じていた場合に限り、債務者は、譲受人に対して相殺の抗弁を主張できる旨の規定を設けるものとする。

【丁案】規定を設けないものとする。

【甲案】は、譲渡制限特約を第三者に対抗することができないという考え方を採用することを前提にして提示されたものである[328]。具体的には、抗弁切断基準時前に債務者の譲渡人に対する反対債権が既に発生していれば、（自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず）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とする。さらに、債務者の反対債権が抗弁切断基準時後に発生又は取得するものであっても、一定の制約のもとで、債務者は当該債権をもって相殺の抗弁を譲受人に主張できるとする[329]。すなわち、【甲案】の①は、抗弁切断基

[327] 部会資料37・50頁以下。

[328] 部会資料37・52頁参照。

[329] 部会第45回会議議事録・50頁〔松尾関係官発言〕参照。

準時より「前の発生原因」に基づいて生じた債権を自働債権とする相殺について、債務者の相殺の抗弁を保護する。また、【甲案】の②は、自働債権と受働債権に一定の牽連性がある場合に、抗弁切断基準時より「後の発生原因」に基づいて生じた債権を自働債権とする相殺について、債務者の相殺の抗弁を保護する。そして、牽連性があると認められる場合は、「譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合」に限られている。【甲案】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ことによって債務者の相殺利益を保護しているのである。

それでは、改正前法ではどうか。改正前法のもとでは、債務者の譲渡人に対する反対債権は抗弁切断基準時までに発生していない場合には、相殺の利益は保護されないこととなる（468条２項の解釈）。しかし、このような場合に備えるためには、債務者としては譲渡制限特約を結んでおくことによって、相殺の利益を確保することができる。改正前法は、468条２項で債務者が譲受人に主張できる相殺の抗弁を抗弁切断基準時前に譲渡人に主張できたものに限っているが、債務者は譲渡制限特約により相殺可能な領域を創出することができる仕組みとなっている。改正前法の構成と部会資料37で提示された構成とでは、実質的には変わりがないと言えるかもしれない。ただ、両者は、次のような点で違いを見せている。すなわち、抗弁切断基準時より後に発生した反対債権による相殺の可否について、改正前法のもとでは、悪意の譲受人との関係でのみ相殺が認められるのに対して、部会資料37では、善意の譲受人との関係でも相殺が認められる。この意味で、部会資料37の構成は、債務者の保護に資することが大である。他方、部会資料37の上記の甲案でカバーされない場合には、債務者はあらかじめ譲渡制限特約を締結したとしても、その効力を譲受人に対抗することができない。この点では、改正前法のほうが債務者の保護に資するとは言えよう。

３　部会第３分科会第４回会議

先に確認したように債権譲渡と相殺の抗弁について第45回会議において審議が行われた。まず、【甲案】については、具体的にどのような場合に相殺ができることになるのか、具体例を明らかにすべきであるとの

意見があった[330]。また、譲渡制限特約の効力を制限するのであれば、【甲案】を採ることが必要であるとの意見もあった[331]。これらの論点について、部会第３分科会第４回会議では、審議が行われた。

（１）債権譲渡における相殺の抗弁の限界

【甲案】は、別に将来債権の譲渡が問題なのではなくて、既発生債権の譲渡であろうが、将来債権の譲渡であろうが、将来発生するかもしれない反対債権による相殺の抗弁を一定の場合は認めようとするものである[332]。このような規定を設ける場合には、どのような場合に相殺の抗弁が認められるかは問題となる。債務者の相殺の期待を保護すべき場合としては、①抗弁切断の基準時に債権の発生原因が既に存在していた場合と、②抗弁切断の基準時に債権の発生原因が存在していない場合でも、譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合が挙げられている[333]。①は、抗弁切断の基準時に反対債権が未発生であったとしても、その時点で債権の発生原因が存在する債権を反対債権とする相殺については、相殺の期待が保護に値すると考えられることに基づいて提示されたものである[334]。つまり、抗弁切断の基準時に「発生原因のある債権」があるかどうかを基準として債務者の相殺利益を保護しようとする。これに対して、②は、譲渡された債権と反対債権の間に牽連性が

---

330 これに対して、機械売掛債権あるいは請負報酬債権と、メンテナンス契約上の損害賠償請求権との相殺などが具体例として挙げられた。部会第45回会議・51頁〔内田委員発言〕、部会第３分科会第４回会議・12頁〔松尾関係官説明〕。メンテナンスの場合は、売買契約あるいは請負契約と異なって別契約になり、一体なので相殺の対象になるということが、【甲案】のような規定が設けられると無理なく導ける。

331 部会第45回会議・51頁〔三上委員発言〕、部会第３分科会第４回会議・12頁〔松尾関係官説明〕。

332 反対債権が将来債権であるということに【甲案】のポイントがあると思われる。部会第３分科会第４回会議・24頁〔松本分科会長発言〕。

333 部会資料37・50頁。

334 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年）162頁参照。

あることを根拠に、さらに債務者に相殺を認めようとするものである。②は、反対債権が抗弁切断の基準時より後の原因に基づいて発生している場合を対象としており、原因契約未締結の将来債権譲渡の場合に限定されるものではなくて、それ以外の場合にも及ぶ[335]。すなわち、既発生債権が譲渡され、抗弁切断の基準時後に、将来発生するかもしれない反対債権による相殺を債務者に認めるべきという場合である。なお、将来債務者の譲渡人に対する反対債権が発生した場合、どこまで債務者の利益を保護すべきか、保護する場合には文言をどうすべきかは議論の１つである[336]。

【乙案】は、従来の無制限説を意識して提示したものであり、停止条件付債権をその中に含めるということを考えていたわけではない[337]。しかし、部会審議では、【甲案】の発想を顧みて、【乙案】を膨らませようとする傾向が見られる[338]。まず、【乙案】の「反対債権を取得していた」というのは、停止条件付債権を取得していた場合も含むとする意見があった[339]。このような考え方を採用するのであれば、【乙案】と【甲案】の①はそれほど大きく変わらないと考えられる。また、将来債権の譲渡を念頭において、抗弁切断の基準時を譲渡された将来債権の発生時とする意見もあった[340]。将来債権譲渡については、多くの場合は、第三者対抗要件のみが先行して具備され、債務者対抗要件が具備されるのは結構遅い場面であることが普通であり、また、譲渡された債権は発生してから債務者対抗要件が具備される例が多い。そうだとすると、抗弁切断の基準時を債務者対抗要件具備時にするという一般論は、債務者にとって多くの場合には不都合が生じないと考えられる[341]。しかしながら、将来債権が譲渡され、早い段階で債務者対抗要件が具備され、その後に反対債権が発生した場合には、このような債権による相殺の抗弁を譲受人に

---

335 部会第３分科会第４回会議・22頁〔内田委員発言〕参照。
336 部会第３分科会第４回会議・30頁〔松本分科会長発言〕。
337 部会第３分科会第４回会議・14頁〔松尾関係官発言〕。
338 部会第３分科会第４回会議・22頁〔内田委員発言〕参照。
339 部会第３分科会第４回会議･12頁〔三上委員発言〕、17頁〔山野目幹事発言〕。
340 部会第３分科会第４回会議・12頁〔三上委員発言〕。
341 部会第３分科会第４回会議・19頁〔中井委員発言〕。

対抗することができないこととなる[342]。このような場面を想定して、将来債権の譲渡について、譲渡された将来債権の発生時若しくは債務者対抗要件具備時のいずれか遅い時期を抗弁切断の基準時とする案が提示された（以下【乙案-１】という）[343]。この提案を採用する場合には、債権譲渡の相殺の抗弁について【乙案】を採ったとしても、債務者にとってはそれほど問題がないかもしれない。ただし、いくら将来発生する反対債権の範囲を拡張しても、譲渡された将来債権が発生した後に発生する債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができない[344]。また、既発生債権が譲渡され、債務者対抗要件が具備され、その後の債権の発生原因に基づいて反対債権を取得した場合には、債務者は相殺することができない。既発生債権の譲渡に対して、将来発生する債権をもって相殺したいというニーズがあれば、【甲案】の②を支持されると思われる[345]。その限りでは、【乙案-１】と【甲案】には違いが生ずる。債務者の利益保護という観点からすれば、【甲案】のほうが魅力的である。

（２）相殺の抗弁と譲渡制限特約の効力

【甲案】は、譲渡制限特約を第三者に対抗することができないという考え方を採用することを前提にして提示されたものである。しかし、このような前提ルールを採用せず、譲渡制限特約の効力について相対的効力案を採用するのであれば、【甲案】のような規律を設けなくても債務者は相殺できる[346]。つまり、譲渡制限特約付債権が譲渡され、対抗要件が具備した場合には、債務者は譲渡人に弁済することができる限り、相殺の抗弁を譲受人に対抗することができる。そうだとすると、「債権譲渡と相殺の抗弁」のところで、債務者の譲受人に対する相殺の抗弁を議論する必要がないかもしれない[347]。ただし、相対的効力案を採用したと

---

342 部会第３分科会第４回会議・20頁〔三上委員発言〕。「もし、自分が債権譲渡を受ける譲受人の立場だとしたら、抗弁を受けないほうがいいですから、必ず先に第三債務者対抗要件を備えてしまおうと思います」という。

343 部会第３分科会第４回会議・30頁〔三上委員発言〕。

344 部会第３分科会第４回会議・22頁〔中井委員発言〕。

345 部会第３分科会第４回会議・31頁〔松本分科会長発言〕。

346 部会第３分科会第４回会議議事録・16頁〔中井委員発言〕。

347 部会第３分科会第４回会議議事録・16頁〔中井委員発言〕。

しても、譲渡人に弁済すれば免責されるという地位が外れる場合があるとの指摘がある[348]。例えば、譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合には、債務者は譲渡制限特約を譲受人に対抗することができず、譲受人に弁済しなければならない。債務者にとっては、譲渡された債権の弁済先は譲受人であるが、債務者は、「破産手続開始の決定があった」という事実を知った時（知ることができた時）までに生じた抗弁を譲受人に対抗することができる[349]。つまり、相対的効力案を採用した上で、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗できない事由を規定しても、債務者の譲渡人に対する相殺の抗弁が保護される。しかし、債務者は、特約対抗不能時後に発生又は取得する債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができない。これに対しては、債権譲渡と相殺の抗弁について【甲案】を採用する場合には、債務者はそのような抗弁を主張することができる。したがって、【甲案】は、相対的効力案の採用と結び付いていないわけではない。なお、改正法は、譲渡制限特約の第三者効を肯定しながら、債務者の相殺の抗弁を広く認めている。

4　部会第61回会議

第61回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する論点の補充的な検討（1）では債権譲渡と相殺について次のような案が提案された[350]。

> （1）債権の譲渡があった場合であっても、債務者は、譲渡人に対して有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ものとする。
>
> （2）上記（1）にかかわらず、債務者は、上記（1）の反対債権が次のいずれかに該当するときは、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ないものとする。
>
> ア　債務者対抗要件の具備前の原因に基づいて生じた債権でなく、かつ、債務者対抗要件の具備時から債権発生までの間の当該債権と同一の原因に基づいて生じた債権でないとき

348　部会第３分科会第４回会議議事録・16頁〔内田委員発言〕。
349　部会資料37・19頁以下。
350　部会資料50・24頁。

イ　債務者対抗要件の具備前の原因に基づいて生じた他人の債権又は債務者対抗要件の具備時から債権発生までの間の当該債権と同一の原因に基づいて生じた他人の債権を債務者対抗要件の具備後に取得したものであるとき

上記の提案のもとでは、①債務者対抗要件の具備時までに債権の発生原因が既に存在していた場合について、債務者は当該債権による相殺を譲受人に対抗することができるとされるとともに、②債務者対抗要件の具備時までに債権の発生原因が存在していない場合でも、譲渡された債権と同一の原因から発生する債権である場合、債務者は当該債権による相殺を譲受人に対抗することもできるとされる[351]。

②は、第45回会議の【甲案】と異なり、反対債権と譲渡された債権と同一の原因に基づくことは要求されており、将来債権の譲渡のみを想定している[352]。これは、前の提案と比べてみると、「同一の原因」ということであるから、非常に狭い範囲で債務者に相殺を認めるという趣旨であろうと推察することができる[353]。既発生債権が譲渡された場合には、債務者は、債務者対抗要件具備時より後の原因に基づいて取得した債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができるかどうかという問題が残された。債権が譲渡されたが、将来発生する反対債権をもって相殺したいという期待を債務者は持っていると考える。このような利益を確保したいのであれば、債務者は、譲渡制限特約を締結するほかはない。これと関連して、部会審議では譲渡制限特約の第三者効を認めないとしておくと、債務者は困る場面がかなり残っているとの指摘がされた[354]。

---

[351] 部会資料50・25頁。

[352] その具体例としては、譲渡された将来の売買代金債権と、当該売買代金債権を発生させる売買契約の目的物の瑕疵を理由とする買主の損害賠償債権との相殺が挙げられる。部会資料50・25頁。

[353] 部会第61回会議議事録・57頁〔三上委員発言〕。

[354] 部会第61回会議では、預金債権を念頭において、相殺の範囲が狭いこと理由に、引き続き譲渡制限特約の効力を認めるべきとする意見が見られた。部会第61回会議議事録・58頁〔三上委員発言〕。

5　部会第３分科会第６回会議

既に紹介したように債務者は債務者対抗要件の具備「前の原因」、または債務者対抗要件の具備時から債権発生までの間の当該債権と「同一の原因」に基づいて生じた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。しかし、「前の原因」、「同一の原因」といった言葉には不明確な部分がある。すなわち、具体的にどいうものが「前の原因」または「同一の原因」に入り、どういうものが入らないのは、明らかではない。これらの点については、第61回会議においてほとんど議論がなく過ぎたので、第３分科会第６回会議では、「前の原因」、「同一の原因」といった言葉遣いについては議論がされた。

まず、「前の原因」に関する審議を確認しておく。部会審議では、「前の原因」の意義を検討する際に、その典型例として想定していたのは、賃料債権が譲渡された場合に、賃借人は、必要費償還請求権または有益費償還請求権による相殺をもって譲受人に対抗することができるかというケースである[355]。賃借人による相殺の可否を判断する際に、必要費償還請求権または有益費償還請求権の発生原因は、債務者対抗要件具備前に存在するかどうかは、重要なポイントである。結局、必要費償還請求権または有益費償還請求権の発生原因をどのようにとらえるかによって相殺の可否が決まることとなる。部会審議では、反対債権の発生原因について次のような２つの考え方が示された。１つは、反対債権の具体的な発生原因に基づいて判断する考え方である[356]。すなわち、必要費又は有益費の支出原因（損傷の存在など）が債務者対抗要件具備前に既に存在した場合には、このような費用の支出は、債務者対抗要件具備後であったとしても、債務者に相殺を認めるということである[357]。もう１つは、契約の締結という抽象的なレベルで反対債権の発生原因を捉える考え方

[355] 部会第３分科会第６回会議・21頁〔中井委員発言〕。

[356] 部会第３分科会第６回会議・27頁〔中井委員発言〕。

[357] 内田委員は、有益費償還請求権による相殺の抗弁について、否定的であり、「必要費についても、差押えが掛かったことを知りながら、あえて費用を掛けて相殺しようとする期待をどこまで保護する必要があるかという議論はあり得る」と指摘した。

である[358]。すなわち、必要費償還請求権または有益費償還請求権の発生原因は、賃貸借契約であるとする。債務者対抗要件具備時に、反対債権の具体的な発生原因は、まだ生じないが、本来であれば、賃貸人は必要費を出すべきであるという契約関係があり、反対債権の発生原因は契約関係であるとすれば、相殺することができる[359]。

次に、「同一の原因」に関する審議を確認しよう。「同一の原因」に基づくというような密接な牽連性のあるような債権・債務間については、債務者に相殺を認めるべきであると思われる[360]。この点について、部会審議では、あまり異論はなかった。問題は、何が「同一の原因」に入るということである。事務当局の説明では、「同一の原因」に関する提案は、債務者対抗要件の具備時に譲渡された債権を発生させる契約すら締結されず、その後、契約が締結された場合を想定して示したものである[361]。例えば、将来の売買代金債権が譲渡され、債務者対抗要件が具備され、その後、売買契約が締結され、この契約に基づいて瑕疵の損害賠償請求権が発生した場合である。この例において、「同一の原因」にいう「原因」は、売買契約であると説明されている[362]。つまり、売買契約に基づく売買代金債権と、その契約に基づいて生じた瑕疵担保に基づく損害賠償請求権が「同一の原因」に基づいているということである。

将来の売買代金債権が譲渡され、債務者対抗要件が具備された後に、譲渡された債権を発生させるＡ売買契約が締結され、その後に、債務者対抗要件具備時より後に締結された別のＢ売買契約に基づいて損害賠償請求権が発生した場合はどうか[363]。部会審議では、「同一の原因」に関する提案は、このような場合を想定していないという説明がされた[364]。当事者間では、基本契約が締結された場合はどうか。基本契約を「同一の原因」とみることができるかは問題である。類似の契約が幾つも締

[358] 部会第３分科会第６回会議・23頁〔中井委員発言〕。
[359] 部会第３分科会第６回会議・36頁〔沖野幹事発言〕。
[360] 部会第３分科会第６回会議・36頁〔沖野幹事発言〕。
[361] 部会第３分科会第６回会議・24頁〔松尾関係官発言〕。
[362] 部会第３分科会第６回会議・25頁〔松尾関係官発言〕。
[363] 部会第３分科会第６回会議・25頁〔高須幹事発言〕。
[364] 部会第３分科会第６回会議・25頁〔松尾関係官発言〕。

結され、その契約を「同一の基本契約」のもとで統合することは、考えられていないと思われるが、「同一の原因」の範囲は、解釈の余地があり得るとの指摘がされた[365]。譲渡された債権と反対債権は、同じ契約に基づくものではないが、密接に関連するときは、債務者に相殺を認めるべきか、ということについてより一層立ち入った検討が必要である。

「前の原因」又は「同一の原因」の解釈について一致ができなかったとしても、これによる相殺の抗弁が認められるという結論について、あまり異論はないので、この概念で規定を設けることが決められていた。なお、部会第61回会議の提案では、債務者対抗要件具備「前の原因」と当該債権と「同一の原因」という言葉が使われているが、その「原因」の意義は、必ずしも同じではない。第３分科会第６回会議では、「同一の原因」という場合の「原因」について、混乱を招くとして、言葉遣いを改めるべきであるとの指摘がされた[366]。

６　部会第66・71回会議

第66・71回会議において検討の対象とされた「中間試案のたたき台（３）」、「中間試案」では債権譲渡と相殺について次のような案が提案された[367]。

第66回会議	ア　債権の譲渡があった場合に、譲渡人に対して有する反対債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、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ものとする。 （ア）権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて取得した債権 （イ）権利行使要件の具備時から譲渡された債権が発生する時までの間に当該債権と同一の契約に基づいて取得した債権 イ　上記アにかかわらず、債務者は、権利行使要件の具備後に取得した他人の債権による相殺をもって譲受人に対抗することはできないものとする。

[365] 部会第３分科会第６回会議・27頁〔沖野幹事発言〕。
[366] 部会第３分科会第６回会議・38頁〔沖野幹事発言〕。
[367] 部会資料55・24頁。

第71回会議	ア　債権の譲渡があった場合に、譲渡人に対して有する反対債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、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ものとする。 （ア）権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権 （イ）将来発生する債権が譲渡された場合において、権利行使要件の具備後に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権であって、その原因が譲受人の取得する債権を発生させる契約と同一の契約であるもの イ　上記アにかかわらず、債務者は、権利行使要件の具備後に他人から取得した債権による相殺をもって譲受人に対抗することはできないものとする。

第66回会議の提案は、第61回会議の提案の趣旨を変化させるものではなくて、ただ否定的な表現を肯定的な表現に改める。すなわち、第61回会議の提案は、原則として債務者は、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し、例外的に債務者対抗要件の具備前の原因に基づいて生じた債権でなく、かつ、債務者対抗要件の具備時から債権発生するまでの間の当該債権と同一の原因に基づいて生じた債権でないときは、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ないとする。これに対して、第66回会議の提案は、債務者は、権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて取得した債権、または権利行使要件の具備時から譲渡された債権が発生する時までの間に当該債権と同一の契約に基づいて取得した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する。また、第61回会議での議論を踏まえて、第66回会議において「同一の原因」が「同一の契約」に改められた。

７　小括

第45回会議において、譲渡制限特約を第三者に対抗することが一切できないというルールを採用することを前提として、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の利益を保護するために、無制限説より相殺の利益を厚く保護する旨の案が提示された。すなわち、①抗弁切断基準時より前に反対債権の発生原因がすでに存在していた場合と、②抗弁切断の基準時に反対債権の発生原因が存在していない場合でも、譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取

引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合において、債務者による相殺の抗弁を認める。第45回会議以降の会議は、上記のような譲渡制限特約の第三者効を否定する提案を採用していないが、その「相殺の抗弁を拡張する」という発想を受け入れた。第61回会議においては、債務者の反対債権が債務者対抗要件の具備の「前の原因」に基づいて生じた債権である場合、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（上記の①の基本的な立場）とされる。ただ、上記の②に関連して、債務者の相殺の利益を保護すべき場合が、反対債権が譲渡された債権と「同一の契約」から発生した場合に限定されている。その後の第３分科会第６回会議において、「前の原因」、「同一の契約」の意味について審議が行われたが、一致ができなかった。それにもかかわらず、債務者対抗具備時より前の原因に基づく債権、又は譲渡された債権と同一の契約に基づく債権による相殺の抗弁を認めるという方針が固まった。

第３項　第３ステージでの議論

１　「中間試案」に対して寄せられた意見

先に確認したように、中間試案のもとでは債権が譲渡された場合において、譲渡人に対する債権が①債務者対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権、②譲渡された債権と同一の契約に基づいて生じた債権であるときは、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とされている。①は第45回会議において作成された【甲案】の①を踏襲したものであり、②は【甲案】の②を基礎として「相殺の範囲」を絞った形で設けられたものである。つまり、「譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合」との要件よりも、債務者の譲渡人に対して有する債権が譲渡された債権と「同一の契約」から生ずるであることを要求する点で相殺の範囲が狭められている[368]。それにもかかわらず、「中間試案」に対して寄せられた意見では中間試案

[368] 部会資料71-４・129頁。

（②）の立場について賛意を示した意見が多数を占めた[369]。

他方、「中間試案」に対して寄せられた意見では②をさらに拡張すべきとの意見がされた。例えば、「商社や役所関係等の継続的な基本売買契約では、譲渡禁止特約をおいて例が多い。これは、双方向の取引により生じる当事者間の債権債務について相殺を可能とし、担保的機能を与える趣旨である」との観点から、「『同一の契約』の範囲は、基本売買契約（具体的には原料売り、製品買いのための基本契約等。）その他の取引基本契約といったように幅広いものとして明記」すべきであるとする意見がされた[370]。また、「債務者と譲渡人との間に継続的取引関係があって、譲渡債権と反対債権がともに継続的取引関係の中で生じたもの（例えば、継続的売買契約における売主の商品代金請求権と仕入割合に応じて買主が受ける割戻金の請求権や、借主から貸主への建設協力融資金の授受がされた賃貸借契約における貸主の賃料債権と借主の建築協力融資金返還請求権につき、一定期間単位で相殺し、決済することが予定されているもの等）であれば、相互に債権債務を有しており、債務者の相殺の期待が保護されるべきである」とし、このような相殺を認めるために中間試案（上記②）の表現を改めるべきであるとする意見もあった[371]。さらに、「相殺に対する期待が合理的であると認められるのは、形式的に契約が同一である場合に限られず」とし、「社会的に一体として行われる一連の取引において生じた債権」についても相殺を認めるべきであるとする意見が見られた[372]。

なお、「債権譲渡と相殺の抗弁」と関連して、「将来債権譲渡において債務者が譲受人に対抗し得る抗弁を拡大すべきという要請」が相殺の抗弁に限られるべきではないとし、「将来債権譲渡に対抗し得る抗弁の規定をより一般化した形で設ける」べきであるとする意見があった[373]。

---

369 部会資料71-４・129頁。

370 部会資料71-４・129頁。

371 部会資料71-４・129頁。

372 部会資料71-４・130頁。

373 部会資料71-４・131頁。「将来債権譲渡が行われ権利行使要件が具備された後に譲渡された債権が発生したが、この債権に同時履行の抗弁が付着しているといったケースでは、債務者はこの抗弁をもって譲受人に対抗し得るとすべき」

2　部会第83回会議

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）」では債権譲渡と相殺について次のような案が提案された[374]。

> ア　債権が譲渡された場合において、債務者が譲渡人に対して有する債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、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。
> （ア）権利行使要件の具備前の原因に基づいて生じた債権
> （イ）権利行使要件の具備後の原因に基づいて生じた債権であって、その原因が譲受人の取得する債権を発生させる契約と同一の契約であるもの
> イ　債権が譲渡され、譲受人が権利行使要件を備えた後に、他人が有する債権者に対する債権を債務者が取得した場合には、その債権が権利行使要件の具備前の原因に基づいて生じたものであっても、これによる相殺は、譲受人に対抗することができない。

まず、中間試案からの変更点を確認しておく。素案アは、「譲受人が権利行使要件を備えた後であっても」という限定を付している点で中間試案を変更している。また、素案ア（イ）は、「将来発生する債権が譲渡された場合において」という限定を付していない点では、中間試案と異なっている。ただ、この規律は、将来債権が譲渡された場合に、その適用が限定される[375]。

部会資料74A の説明によれば、素案ア（イ）は「権利行使要件の具備後に付された譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないが、権利行使要件の具備後に生じた原因に基づいて発生した債権についても相殺の期待を保護することによって、将来債権が譲渡された後も譲渡人と債務者との間における取引を継続することができるのであれば、債務者の

という。

[374] 部会資料74A・13頁以下。

[375] 部会資料74A・15頁。

みならず、譲受人の利益にもなる」ということを考慮してされるのである[376]。つまり、債務者の相殺期待を保護することによって、取引の継続ないし譲渡された債権の発生を促すことができる[377]。

素案ア（イ）のような規定を設ける場合には、どのような場合に「同一の契約」が認められるのか、基準として不明確であるという批判があり得る。これに関しては、部会資料74A の説明では、契約書は同一であるか否かは、「同一の契約」に該当するか否かを判断するにあたって重要な考慮要素であるが、決定的な意味をもつものではないという説明がされている[378]。具体的には、「全く関係のない２つの契約を一通の契約書で作成したとしても、これを「同一の契約」と評価するのは適当ではない」と考えられる[379]。他方、一通の契約書が作成されることが取引慣行上一般的である取引について、二通の契約書が作成された場合に、譲渡された債権と反対債権とが別の契約書から発生していたとしても、取引の一体性が考慮されることによって、「同一の契約」であると解釈されることはあり得る」とも考えられる[380]。しかし、いくら相殺の範囲を拡張したいのであっても、「同一の契約」という枠組みを超えることができない。

以上の提案に対して、部会における議論の中心は、ア（ア）の「前の原因」及び（イ）の「その原因」の意義にあった[381]。①ア（ア）にある「その原因」とア（イ）にある「同一の契約」の関係をどう捉えていくと考えられるのか、という点が問題となる。[382]この「その原因」は、「同一の契約」とイコールと考えてよいのか。それとも、実質的な判断を入れて、「その原因」が「同一の契約」を評価していくのか。それは色んな言い方があり得る。また、②賃料債権が譲渡され後に、賃借人が賃貸人に対して

---

376 部会資料74A・15頁。

377 中井康之「債権譲渡法制の民法改正案の概要」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）９頁。

378 部会資料74A・15頁。

379 部会資料74A・15頁。

380 部会資料74A・15頁。

381 潮見幹事の質問に松尾関係官は答えている。部会第83回会議議事録･58-60頁。

382 部会第83回会議議事録・58頁〔潮見幹事〕。

必要費償還請求権又は有益費償還請求権（反対債権）を取得した事案において、賃借人の反対債権の「原因」は何か、という点が問題となる[383]。この点について判断する際に、賃貸借契約、瑕疵の発生、修補、費用の投下という要素が考えられる。①について、事務当局は、これまでの議論の経緯を踏まえて「その契約」と「同一の契約」の関係を形式的に考えていくべきで、実質的に広げていくことは避けたほうがいいと説明する[384]。つまり、議論の経緯としては、中間試案の前では、「同一の契約」よりも少し広い概念で反対債権の発生原因を捉えようという考え方が取り上げられていたが、これに対して反対する意見があって、その後の段階では、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権と売買代金債権のような場合を念頭において相殺を認める場合があるという議論があった。②については、契約と考えてよいと説明する[385]。ア（ア）にある「その原因」は契約として捉えると、ア（ア）にある「前の原因」も契約ということになるのか、という点が問題となる。

3　部会第93・96・97・99回会議

第93・96・97・99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）」[386]、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）」[387]、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その１）」[388]、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」では債権譲渡と相殺について次のような案が提案された。

第93回会議 第96回会議	ア　民法第467条第１項の規定による通知又は承諾がされたときは、債務者は、その通知を受け、又はその承諾をした時（以下この（２）において「権利行使要件具備時」という。）より前に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。

383 部会第83回会議議事録・58頁〔潮見幹事〕。
384 部会第83回会議議事録・58頁〔松尾関係官発言〕。
385 部会第83回会議議事録・58頁〔松尾関係官発言〕。
386 部会資料81-１・３頁。
387 部会資料83-１・32-33頁。
388 部会資料84-１・34頁。

	イ　債務者が権利行使要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、その債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、アと同様とする。ただし、権利行使要件具備時より後に他人の債権を取得したものであるときは、この限りでない。 （ア）権利行使要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権 （イ）（ア）に規定するもののほか、譲受人の取得する債権を生ずる原因である契約に基づいて生じた債権
第97回会議 第99回会議	ア　債務者は、対抗要件具備時より前に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。 イ　債務者が対抗行使要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、その債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、アと同様とする。ただし、対抗行使要件具備時より後に他人の債権を取得したものであるときは、この限りでない。 （ア）対抗行使要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権 （イ）（ア）に掲げるもののほか、譲受人の取得する債権を生ずる原因である契約に基づいて生じた債権 ウ１（２）の場合におけるア及びイの規定の適用については、これらの規定中「対抗要件具備時」とあるのは、「１（２）の相当の期間を経過した時」とし、１（３）イの場合におけるこれらの規定の適用については、これらの規定中「対抗要件具備時」とあるのは、「１（３）イの規定により１（３）イの譲受人 から供託の請求を受けた時」とする。

部会資料84-１第19、４（２）ア及びウは、部会資料83-１第19、４（２）ア及びウを踏襲するものであるが、そのア及びウに加えて、債務者の抗弁切断基準時について特則を設けている。すなわち、債務者の債務不履行により譲受人が相当の期間を定めて譲渡人への履行を催告し、債務者がその期間内に債務を履行しない場合において、「対抗要件具備時」は、「相当の期間を経過した時」と読み替えられる。また、譲渡人の破産により、債務者は譲受人からの供託請求を受けた場合において、「対抗要件具備時」は、「供託の請求を受けた時」と読み替えられる。これによって、債務者は、これらの時点より後に譲渡人に対して反対債権を取得したとしても、一定の場合にはその相殺の抗弁が保護されることになる。

４　小括

先に紹介したように中間試案は、債務者対抗要件具備時より後の原因に基づく債権による相殺の可否について、債務者の相殺の利益を保護すべき場合を反対債権が譲渡された債権と「同一の契約」から発生した場合に限定している。これに対して、中間試案に寄せられた意見では、中間試案の立場を採用した上で、さらに相殺の抗弁を拡張すべきであるとする意見が示された。つまり、債権が譲渡されたとしても、双方向の取引から発生する債権の相殺、継続的取引関係から発生する債権の相殺、社会的に一体として行われる一連の取引から発生する債権の相殺を保護すべきであるとする[389]。このような考え方は、債権譲渡と相殺について第45回会議の提案（【甲案】の②）を復活させるために提示されたものでろう。部会審議では、このような考え方に対しては何らの議論も行われず、結局、要綱案は「同一の契約」という枠組みを採用した（改正法469条２項２号）。

第３款　民法改正の経緯の与える示唆

第１項　基本的な考え方

改正法は、その469条１項において従来の無制限説を採用し、改正前法468条２項の規律内容を実質的に維持している。他方、同条２項１-２号においては無制限説の範囲をさらに超えて債務者による相殺の抗弁を認めている。具体的には、債務者の譲渡人に対して取得した反対債権の発生原因が対抗要件具備の時点で既に存在していれば、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（同条２項１号）。また、反対債権の発生原因が対抗要件具備の時点で存在していない場合でも、反対債権が譲渡された債権の発生原因である契約に基づいて生じものであるときは、債務者も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（同条２項２号）。ここで注意すべきは、同条２項２号が適用されるのは、将来債権が譲渡された場合に限られるということである[390]。例えば、将来の売買代金債権が譲渡され、対抗要件が具備さ

[389] 部会資料71-４・129-130頁。

[390] 部会資料74A・15頁。

れた後に、売買契約が締結され、買主が売買契約の債務不履行に基づいて損害賠償請求権を取得した場合に、買主は当該債権を自働債権として売買代金債権と相殺することができる。このような場合における相殺範囲の拡張は、将来債権譲渡における譲渡制限特約の効力と連動している。以下では、譲渡制限特約の効力に関する改正は、相殺範囲の拡張に与えていた影響を確認する。

改正法469条の６第３項では、対抗要件の具備後に付された譲渡制限特約が譲受人に対抗することができないとされている。これによって、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた相殺の利益が保護されないことになる。どうしても相殺の利益にこだわる債務者には、譲渡人との取引関係を終了させるという選択肢しか残されていない。このような利益状況を念頭において、改正法は、その469条２項２号において対抗要件具備後に生じ原因に基づいて発生した債権による相殺の抗弁を保護することによって債務者が譲渡人との取引関係を維持することを促すというアプローチを採用した[391]。債務者が譲渡人との取引関係を継続する場合には、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相殺の利益は、改正法469条２項２号により引き続き保護されることになる。改正法は、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として469条２項２号を置き、債務者の相殺利益を確保しているのである。

第２項　「対抗要件具備時より前の原因」の意味

改正法469条１号にいう「対抗要件具備時より前の原因」は、具体的にいかなる場合を意味しているのか。まず、検討の対象となるケースを確認しておこう。

ＡはＢに対する貸金債権をＣに譲渡し、その旨がＢに通知した。他方、AB 間では売買契約が締結されていた。Ａが商品をＢに引渡したところ、契約に適合しない瑕疵があり、ＢはＡに対して損害賠償請求権を取得した。売買契約が対抗要件具備前に締結されたものの、商品の引渡しが対抗要件具備後に行われた場合に、Ｂは損害賠償請求権を自働債権として貸金債権と相殺することができるのか。

[391] 部会資料74A・14頁。

このようなケースにおいて、損害賠償請求権の発生原因がどのような捉えられるべきか。改正法469条２項１号をめぐって展開された学説を確認してみると、次のような３つの考え方があり得る（詳しくは序章第４款第１項）。第１は、「前の原因」を契約の締結という抽象的なレベルで捉え、それ以上何らの制限を加えないとの考え方である。損害賠償請求権の発生原因が売買契約であるとすれば、B による相殺が認められる。第２は、「前の原因」をそれなりに具体的な内容に求めて限定的に解釈するとの考え方である。損害賠償請求権の発生原因が売買契約の締結ではなく、商品の引渡しであるとすれば、B による相殺が認められない。第３は、牽連性を有する場合と牽連性を有しない場合を分けて「前の原因」を検討するとの考え方である。具体的には、相殺に供される債権の間に牽連性がある場合には、契約の存在をもって「前の原因」があるとするのに対して、牽連性がない場合には、反対債権の具体的な発生原因をもって「前の原因」があるとする。ケースに即してみれば、相殺に供される貸金債権と損害賠償請求権の間に牽連性がなく、「前の原因」は反対債権の具的的な発生原因に基づいて判断され、B は損害賠償請求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。

改正法469条１号にいう「対抗要件具備時より前の原因」について、第２の考え方又は第３の考え方を採用する場合に、債務者は不利益を被るおそれがある。例えば、B が瑕疵に気付かないうちに、売買代金を支払った場合に、売買代金債権が弁済により消滅し、損害賠償請求権を自働債権とし、売買代金債権を受働債権として相殺することができないし、損害賠償請求権又は代金減額請求権だけを主張することができる。債務者の利益を保護するため、第１の考え方があり得る。ただし、この解釈については、今後、司法の場では裁判例という形で争われてその当否が判断されることになる。「対抗要件具備時より前の原因」を広く解釈したとしても、司法の場ではそれが支持されないということもあり得る。債務者の譲渡人に対して取得した債権が469条２項１号にいう「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」に該当しないとされたときに、債務者の相殺の利益をどのような形で守るか。改正法では、債務者には相殺の利益を確保することができる道が存在する。すなわち、債務者は、貸金債権に譲渡制限特約を付すことにより相殺の利益を確保する

ことができる（改正法466条２-３項）。

第３項　「譲受人の取得した債権の発生原因である契約」の意味

先に確認したように改正法469条２項２号は、第45回会議の提案を基礎として設けられたものである。第45回会議の提案では、債務者の譲渡人に対して取得した債権が、譲渡された債権を発生させる契約に基づいて生じたものでない場合でも、譲渡された債権と関連して一体的に決済されることを予定された取引があり、その取引から生ずるものであった場合に、債務者はこの債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができる[392]。しかし、「債権譲渡と相殺」については、改正法はこの提案を採用せず、相殺することが許される債権は同一の契約から発生するものに限定される（改正法469条２項２号）。また、同項２号が適用されるのは、将来債権が譲渡された場合に限られる[393]。例えば、将来の売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、売買代金債権を発生させる契約が締結され、債務者が当該契約の目的物の瑕疵を理由として譲渡人に対して損害賠償請求権を取得した場合には、債務者は、損害賠償請求権を自働債権とし、売買代金債権を受働債権として相殺することができる[394]。これに対して、債務者が売買代金債権を発生させる契約と異なる契約に基づいて譲渡人に対して反対債権を取得した場合には、反対債権が同項２号にいう「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」に該当せず、債務者は反対債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができない。確かに譲渡された債権と反対債権とが異なる契約から発生していたとしても、取引の一体性が考慮されることによって、「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」であると解されることがあり得るが[395]、改正法において、

---

[392] 部会資料37・50頁。

[393] 部会資料74A・15頁。

[394] 部会資料74A・15頁。

[395] 部会資料74A・15頁。牽連する債務間の相殺の具体例として、①「将来債権譲渡がなされ債務者対抗要件が具備された後に、将来債権と自働債権の発生原因となる単一の契約が締結された場合」、②「債権譲渡がなされ債務者対抗要件が具備された後に、受働債権の発生原因となる契約とは異なる、自働債権の

「同一の契約」という客観的な基準で認められる相殺の範囲を画することとした。

改正法において、相殺することが許される債権は同一の契約から発生するものに限定されたが、債務者は相殺の利益を確保することができるという法的手段が存在している。つまり、改正法はその466条２-３項において譲渡制限特約の第三者効を認めているので、債務者は、相殺の利益を確保するために、譲渡制限特約を締結することができる。譲渡制限特約が締結された場合に、相殺に供される譲渡された債権と反対債権とが異なる契約から発生していたものでも、債務者は反対債権を自働債権とし、譲渡された債権を受働債権として相殺することができる。改正法は、「同一の契約」という客観的な基準で認められる相殺の範囲を画しているが、債務者は譲渡制限特約を付すことにより相殺の利益を確保することができる仕組みになっている。

発生原因となる契約が締結されたが、両契約が複合契約を形成している場合」、③「債権譲渡がなされ債務者対抗要件が具備された後に、受働債権の発生原因となる契約とは異なる、自働債権の発生原因となる契約が締結されたが、両契約が同一の基本契約（枠契約）上の個別契約（適用契約）である場合」が挙げられる。岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理――フランス法における同時履行の抗弁を中心として（10完）」法学協会雑誌135巻12号（2018年）93-95頁。

執筆者紹介（掲載順）

齊　藤　正　彰　北海道大学大学院法学研究科教授

崔　　碩　鎭　北海道大学大学院法学研究科助教

高　　泉　鼎　台湾・国立台湾大学法律学系博士後研究人員

邱　　昌　茂　中国湖南大学講師

楊　　瑞　賀　北海道大学大学院法学研究科助教

令和３年７月24日　　印　刷
令和３年７月31日　　発　行

編 集 人　　松　尾　誠　紀

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 July 2021 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

The Theory of so-called "*Ittaika* with the Use of Force" and Interpretation of the Constitution ····· Masaaki SAITO 1

Political Parties of Local Assembly in Post-war Japan (1) : Focusing on the Independent Politicians of Japanese Prefectural Government ····· Seokjin CHOI 65

A comparative study of the theory of normative perpetrator and indirect perpetrator in Japan and Taiwan (1) ····· Chuan-Ting KAO 101

The Current status and issues of environmental public interest litigation in China : concerning environmental damage (3) ····· Changmao QIU 139

Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (3) ····· Ruihe YANG 201

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan