



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第72巻 第4号 全1冊
Citation	北大法学論集, 72(4)
Issue Date	2021-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83391
Type	journal
File Information	lawreview_72_4_00_all.pdf



北大法学論集

第 72 卷 第 4 号

論 説

- 正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント（1）
 ——「仮定的同意」の問題を手掛かりとして——
 富 山 侑 美 1
- 戦後日本の地方議員の政党化に関する研究（3・完）
 ——都道府県議会の無所属議員を中心として——
 崔 碩 鎮 25
- 規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（3）
 高 泉 鼎 71
- 債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（5）
 楊 瑞 賀 105

シンポジウム

- ドイツ売買論の現在
 ——「異なる物の給付保持」と「追完請求権の範囲」——
 田 中 宏 治 350[1]

研究ノート

- レイモン・アロンの民主主義思想（1）
 ——全体主義批判と歴史哲学の交錯 1930-40年——
 池 畠 航 一 173
- バーチャル財産の刑法的保護に関する日中比較法的考察（2・完）
 ——オンラインゲームのデータを対象に——
 梁 小 煒 223

判 例 研 究

- 公法判例研究 内 藤 陽 275

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 兒 (経 済 法)
 今 井 弘 道 (法 哲 学)
 白 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 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)
 曾 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・ブランズラフ (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)
 林 由希子 (民 事 実 務)

准 教 授

池 田 悠 (労 働 法)
 伊 藤 隼 (民事訴訟法)
 川久保 寛 (社会保障法)
 小 濱 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)
 富 山 侑 美 (刑 法)
 内 藤 陽 (憲 法)
 横 堀 あ き (憲 法)
 郎 晴 (比 較 法)

正当化要件としての患者の同意と インフォームド・コンセント（１）

——「仮定的同意」の問題を手掛かりとして——

富 山 侑 美

目 次

序章

第１節 問題の所在

第２節 検討の方法

第１章 患者の現実的同意とインフォームド・コンセント

第１節 問題の所在

第２節 正当化要件としての患者の現実的同意に関する学説の展開

第３節 判例

第１款 我が国の判例

（１）乳腺症事件

（２）舌癌事件

（３）エホバの証人輸血拒否事件

（４）乳房温存療法事件

（５）小括

第２款 ドイツの判例

第３款 小括

（以上、本号）

第４節 基本的人権としての自己決定権の保護との関係

第１款 検討の視点

第２款 ボン基本法２条２項１文と患者の自己決定権

（１）ボン基本法２条２項１文に基づいて自己決定権を尊重すべきとする判例

（２）ボン基本法２条２項１項に基づいて強制治療を行うべきとする判例

（3）小括

第3款 日本国憲法13条と患者の自己決定権

（1）エホバの証人輸血拒否事件控訴審判決

（2）東海大学病院安楽死事件

（3）川崎協同病院事件

（4）幸福追求権について

（5）インフォームド・コンセントと患者の自己決定権

第5節 小括

第2章 仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意

第3章 意識のない患者の緊急治療と家族等のインフォームド・コンセント

第4章 意思無能力者と家族等のインフォームド・コンセント

終章

序章

第1節 問題の所在

刑法において、被害者の同意は犯罪の違法性を阻却する¹。つまり、被

¹ あらゆる犯罪類型について、被害者の同意が構成要件該当性を阻却するとする見解として、大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（2012年）252頁、山中敬一『刑法総論（第3版）』（2015年）206頁以下、前田雅英『刑法総論講義（第6版）』（2015年）75頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）160頁などがある。もっとも、これらの見解も、従来の議論において「被害者の同意の中心的課題は人身犯罪ことに傷害についてであり、この場面では依然として違法性阻却が中心的課題となる」ことや、「法益性の欠如は、実質的には違法性阻却原理としての意義を有するという理解」ができることから、被害者の同意を違法性阻却事由の問題として論じることとしている。また後述するように、患者の同意は、正当化事由の要件の1つであると解するのが相当である。被害者の同意と患者の同意は、いずれも法益放棄主体の放棄意思が存在していることから、両者を並行的に論じるのが相当であると解される。従って、本稿においても、被害者の同意は違法性阻却事由と解することとする。なお、被害者の同意について、構成要件該当性を阻却するものと違法性を阻却するものとが存在することを指摘した

害者の意思は、犯罪の成立が否定される場面において尊重される。他方、刑法202条に規定されているように、被害者の死にたいという意思は、たとえそれが有効なものであったとしても直ちに被害者の同意として正当化事由とはならず、尊重されない²。また、いわゆる保険金詐欺事例³やヤクザの指づめ事例⁴のように、傷害への被害者の同意があっても犯罪の成立が否定されない場合が存在する。このような意味で、被害者の自己決定権の尊重は際限なく認められるというのではなく、生命・身体の後見的保護の観点から、刑法上の限界が存在している。

それでは、治療行為における患者の自己決定権には、刑法上、どのような意義と限界があるのだろうか。少なくとも、被害者の自己決定権とは異なり、刑法の条文から直接その制限根拠を見出すことはできないが、この問題は、古くから治療行為の正当化根拠の場面で検討されてきた。

後述するが、従来、どのような治療を行うか、行わないのかということについて医師に広い裁量権が認められていた。しかし、その後、治療行為がいかに医学的・客観的に患者の生命・健康に利益があっても、患者の意思に反して実施する専断的治疗行為は違法であると考えられるようになった。つまり、治療を拒否する患者の自己決定権が尊重されるようになったのである。

このようにして、現在の通説のように、傷害構成要件に該当する治療

ものとして、井上正治『刑法學 總則』（1951年）がある。また、このことを前提として構成要件毎に詳細に検討したものとして、近時では、佐藤陽子『被害者の承諾－各論的考察による再構成－』（2011年）がある。

² 殺害の囑託をめぐっては、被害者に死にたいという意思が現に存在することを認識していなかった行為者に対して、刑法202条後段の適用を認めず、傷害致死罪（刑法205条）の適用を行った事例が存在する。札幌高判平成25年7月11日高刑速平成25年253頁。その意味でも、被害者の死亡意思の尊重は、非常に限定的であると解することができる。ただし、後述するように、終末期医療における安楽死・尊厳死の場面では、患者本人の死亡若しくは死亡を早めることに対する現実的・推定的意思が正当化の1要件として機能する。横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁、最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。

³ 最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁。

⁴ 仙台地裁石巻支判昭和62年2月18日判時1249号145頁。

行為が正当化されるためには、①患者の生命・健康を維持するために必要であるという意味での「医学的適応性」、②医術の基準に合致した方法でなされるという意味での「医術的正当性」に加えて、③「患者の同意」の3要件を具備していることが必要となった⁵。このうち、③患者の同意が有効であるためには、医師が患者に対し当該侵襲について説明した上で、患者の理解と同意を得ることが必要であるとされている。なぜならば、治療行為によって生命・健康に関する利益を、行為時点で放棄することになるから、自らが何に対する侵襲行為に同意しているのかということを理解しなければならないからである。そうすると、医師の説明が不十分な場合には、得られた患者の同意は有効ではないため、当該侵襲行為が違法となる。このようなことから、医師には、患者に対して十分に説明するという説明義務を負うことになった。実際に、後述の通り、民事判例において、医師の説明義務違反に基づく責任が認められており、宗教上の信念に基づいて、たとえその結果死亡するかもしれないも輸血を拒否するという選択肢に関する説明や、未確立の治療法に関する説明まで義務とされるほど、その範囲は広がっている。我が国において、説明義務違反に基づく刑事責任が認められた判例は、現在のところ存在しないが、今後認められるようにならないとは言い切れない。このようにして、法的責任を免れるために、医師は過剰な説明を行うことを強いられ、説明義務が過大化している。元来、患者の自己決定権は、患者の意思に反した治療が専断的治疗行為であるということに基づいて形成された、治療の拒否権であったのに対し、現在では、有効な患者の同意が認められない治療が、あるいは、医師の説明義務違反のある治療が専断

⁵ 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）163頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）532頁以下、曾根威彦『刑法総論（第4版）』（2008年）121頁など。なお、これらの3要件に加え、行為者が主観的な治療目的を持っていることを治療行為の正当化要件とする見解も有力である。例えば、高橋則夫『刑法総論（第2版）』（2013年）323頁、前田・前掲注（1）339頁など。もっとも、治療の目的は、医学的適応性の中に含まれると解することもできる。また、実験的治疗行為の場合には、治療目的以上に臨床試験としての目的が含まれるために一律に犯罪の成立が肯定される可能性があるため、治療目的の要件は、個々の場面において考慮するのが相当であると思われる。

的治療行為であるとして、治療の選択権も患者の自己決定権に含まれる。このような方向が今後も続き、あるいは説明が不十分なことによって医師に刑事責任が課されることになれば、患者の自己決定権は、今後も際限なく広がっていくことになるだろう。

しかし、このような方向性は妥当であるようには思われない。治療行為の第一の意義は、患者の生命・健康的利益の保護であり、医師はそれを行うために存在するのであって、説明するために存在するのではないからである。また、患者の自己決定権が憲法上国民に保障される対外的な人権の1つであるとしたら、少なくとも憲法上の自己決定権に内在する制約原理が働くはずである。そのような制限を受けた上で、適切な範囲内で患者の自己決定権が認められるべきなのである。

そこで、本稿は、自己決定権が侵害されているように見えたとしても実際に正当な治療行為が行われている場合を3つに分類し、それぞれの場合について、どのような理屈から制限が許されるのか、ということを検討することによって、患者の自己決定権の制約原理を明らかにしたい。それは、以下の3つの場合である。(Ⅰ)十分な説明に基づかない患者の同意がある場合、(Ⅱ)患者が意識不明等で同意を得ることが不可能である場合、(Ⅲ)患者が未成年や精神障害者であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合。

(Ⅰ)の場合には、患者の同意が得られているが、理論上、患者の現実的同意が有効ではないという。しかし、この場合を一律に違法であるとする、かなり多くの治療行為は違法であることになる⁶ため、事実上、このような場合にも現実的に正当化されていると考えられる。そこで本稿は、まず、外形上、患者の自己決定権を侵害しているように見える(Ⅰ)の場合に、なぜ正当化されるのか、ということを検討することによって、患者の同意の有効性の範囲を明らかにする。少なくともこの範囲では、患者の自己決定権の制限が許される。

(Ⅱ)及び(Ⅲ)の場合には、医師が説明しても患者が理解・判断することが出来ず、有効な同意が得られない。従って、これらの治療行為も

⁶ 治療行為においては患者が侵襲結果のすべてについて説明されて、それを理解して同意しているわけではないからである。町野・前掲注(5)175頁。

患者の自己決定権を侵害しているように思われるにもかかわらず、現実的には正当に行われている。そこで、これらの場合にも、それぞれ正当化される理屈を検討し、自己決定権の適切な保護範囲を明らかにする。

なお、医療実務上、患者の同意を得ることは、患者のインフォームド・コンセント（説明に基づく同意）⁷を得ることによってなされている。しかし、インフォームド・コンセントの中には、正当化要件としての患者の同意のみが含まれるわけではない。患者のインフォームド・コンセントには、刑法上問題となる（i）正当化要件としての患者の同意、民法上問題となる（ii）医療契約締結のために必要な患者の同意、治療手段・過程として問題となる（iii）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の3つの要素が含まれる。この中から（i）だけを取り出して患者の自己決定権の問題を検討することは不可能である。そうすると、刑法上・民法上・医療上それぞれの意味で「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、という問題が、患者の同意の有効性の問題とともに生じてくる。そこで、筆者が主に刑法的観点から医療上の問題を研究していることに鑑みて、（i）正当化要件としての患者の同意の有効性の範囲を中心に議論するが、併せて民法と（ii）の関係や、総合的に患者の利益となる、よりよき医師—患者関係の形成という観点から（iii）の役割も若干ながら考察する。

患者の自己決定権の制限根拠を考察した上で、領域横断的に「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、ということを検討する。このことは、本来守られるべき患者の生命・健康の利益を保護し、法的に適切な医療なあり方を考える一材料になるように思われる。

⁷ もっとも、昨今では、患者の選択権としての性格が強いことから、「インフォームド・チョイス」（医学的適応性と医術的正当性を充たす複数の治療方法がある場合に、それぞれのベネフィットとリスクに関する十分な説明を受けたうえで、患者本人が治療方法を最終的に選択（決定）すること）に変化しつつある。上山泰「医療行為の同意と自己決定」二宮周平編『現代家族法講座第4巻 後見・扶養』（2020年）139頁、高井信朗「『ムンテラ』と『インフォームド・コンセント』に思うこと」臨床整形外科47巻2号（2012年）110頁。

第2節 検討の方法

まず、第1章において、患者の現実的同意が治療行為の正当化要件となった学説の展開を整理し、それに伴ってどのように医師の説明義務が過大化していったかということを示す判例を概観する。その際、我が国の状況だけでなく、治療行為を傷害構成要件該当行為であるとした上で、その正当化に患者の同意を要求するようになったドイツの判例も参照する。その上で、ここで概観する判例・学説は、患者の自己決定権を保護するという一貫した目的の下に生じたものであることに鑑み、自己決定権の法的の性質に照らして、患者の自己決定権とはどのような範囲で保護されるものなのか、それとインフォームド・コンセントとの関係はどのようなになっているか、ということを検討する。本章で、このことを明らかにすることで、第2章において、患者の自己決定権を保護する範囲内で、患者の「十分な」インフォームド・コンセントがあるということが、まさに正当化要件として「有効な」患者の同意があるということになると示すことになる。

次に、第2章において、(I)十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の正当化理論を検討する。その手掛かりは、いわゆる「仮定的同意」(Hypothetische Einwilligung)の理論にあると思われる。これは、ドイツにおいて、過大化した説明義務を制限するための理論として、民事判例において議論されるようになったものが、現在では刑事判例においても正当化要件として認められているものである。これは、不十分な説明に基づいて、患者が治療行為に同意していることを前提として、「もし、医師の説明義務違反がなかった(医師が十分に説明していた)としても、患者がその治療行為に同意していただろう」という関係が認められる場合には、医師の免責を認める。そこで、仮定的同意論はどのような理論的根拠に基づいて医師の免責を認め得るのかということ、刑法的観点から検討した上で、これと民法上問題となっているインフォームド・コンセントとの関係を明らかにすることとする。そのために、仮定的同意論がドイツの民事判例において発展し、その後刑事判例においても採用され、現在は刑法学説上も盛んに議論されていることから、まず、ドイツの民事及び刑事判例を概観した上でドイツの学説を整理・検討す

ることによって、（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の治療行為の正当化理論がどのように考えられるべきか、考えを示していくこととする。

第3章では、（Ⅱ）患者が意識不明等で同意を得ることが不可能である場合の正当化理論について検討する。我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理し、そこで問題となってきた推定的同意の法的性質を概観した上で、緊急状況における治療行為の正当化要件と医療実務で行われてきた家族等のインフォームド・コンセントを得るということの法的意義を考察する。刑法の通説上は家族等のインフォームド・コンセントが無意味であると考えているしても、民法上の意義の有無は検討しなければならないからである。その上で、改めて患者の同意が治療行為の正当化要件として必要とされている根拠である自己決定権の限界と、治療行為のうちの1つの状況としての意識のない患者の緊急治療の正当化理論を構築したい。

さらに、第4章では、（Ⅲ）患者が未成年や精神障害者であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合の正当化理論について検討する。まずは、未成年の場合に親権者の同意代行を認めていることの意義と、治療行為の正当化との関係を、いわゆる医療ネグレクトの場合を手掛かりとして検討する。次に、精神障害者の場合にも後見人・家族等の同意が必要とされているが、その制度上の仕組みを明らかにする。未成年者の場合とは異なり、我が国ではこれらの代行者が同意できるのは診療契約上の同意に限られ、治療行為の正当化要件としての同意は与えられないことになっている。そこで、正当化同意権も後見人等に与えているドイツの法制度と比較検討し、その法的意義を検討する。

本稿は、以上の考察を通して、患者の自己決定権の制限根拠を見出し、総合的に見て「十分な」インフォームド・コンセントとは何かということを示唆するものである。

第1章 患者の現実的同意とインフォームド・コンセント

第1節 問題の所在

治療行為が正当化されるためには、①患者の生命・健康を維持するために必要であるという意味での「医学的適応性」、②医術の基準に合致した方法でなされるという意味での「医術の正当性」、及び③「患者の同意」の3要件を具備していることを要する⁸。このうち、③の要件が有効であるためには、医師が患者に対し当該侵襲について説明した上で患者の現実的同意を得るということが必要であるとされている。つまり、医師が患者に対して説明をせずに患者の同意を得た場合には、この同意は治療行為の正当化要件として有効な同意ではないということになる。このような見解に従うと、医師の説明が欠缺している治療行為は、③の要件を欠くために違法性の阻却が認められず、傷害罪の成立が認められることになる⁹。

⁸ 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）163頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）532頁以下、曾根威彦『刑法総論（第4版）』（2008年）121頁など。なお、これらの3要件に加え、行為者が主観的な治療目的を持っていることを治療行為の正当化要件とする見解も有力である。例えば、前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（2011年）339頁、高橋則夫『刑法総論（第2版）』（2013年）323頁など。

⁹ 町野・前掲注（8）13頁以下参照。但し、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする説もあるが、この点については我が国でもドイツでも十分に議論がし尽され、傷害構成要件該当性は通説的地位を得ていると解するため、本稿で詳細に立ち入ることはしない。この点について歴史的背景から網羅的に検討するものとして、天田悠『治療行為と刑法』（2018年）がある。なお、本稿の主眼は、手術・投薬等の身体に直接侵襲を伴う治療行為にあるため、傷害罪を例に挙げているが、治療行為には他の法益を侵害するものもあり、それぞれに対してそれぞれの構成要件該当性があることを否定するものではない。たとえば、患者の同意がない場合には、致死結果に対して致死罪や殺人罪が成立し得たり、治療行為を診察室等で開始する段階や入院する場合には、監禁罪が成立し得たりする。とりわけ、第4章でも触れる精神障害者の強制入院制度は、実質的には監禁罪の問題となる。

正当化要件としての患者の同意を得ることは、医療実務においては患者のインフォームド・コンセントを得るという態様によって実現する¹⁰。そうすると、十分に説明を受け、それを受けて患者が同意意思を明示的に表明するというのが、法的な意味で患者の「十分な」インフォームド・コンセントであるといえる。このため、正当な治療行為を行うために、患者のインフォームド・コンセントを得ることを通して、医師に法的に説明義務が課される。

現在までのところ、説明義務違反を根拠として医師に対して傷害罪の成立を認めた刑事判例は存在していないが、後述の通り、民事判例においては、説明義務違反に対する医師の不法行為責任が広く認められており、今後、刑事判例においても医師の説明義務違反行為に対して傷害罪の成立が認められる可能性があることは、否定できない。そうであるならば、例えば、後述する「乳腺症事件」のように、乳癌である右乳房の全摘手術に関する説明を行い、当該侵襲に対する患者の同意を得た上で手術を開始したものの、手術中に左乳房についても全摘が必要であると医師が判断したために、左乳房の全摘に関する説明を行わないまま、右乳房に加えて左乳房も全摘してしまったという、いわゆる手術拡大の場合には、医師は、既に認められている民事責任とともに刑事責任を負う可能性も否定できない。従って、医師が免責されるためには、あらゆる事項について説明しなければならず、医師の説明義務の範囲は過大なものとなっている。

しかし、正当化要件として有効な患者の現実的同意と医療実務における「十分な」インフォームド・コンセントとの間にはどのような関係があるのか、実は明らかではない。治療行為の正当化に患者の同意が必要とされているのは、生命・健康に関する患者の自己決定権を保護するた

¹⁰ もっとも、治療行為の正当化要件としての患者の現実的同意を得ること、それに先立って医師が説明するということの必要性は、ドイツ刑法学に由来する考え方であるのに対し、インフォームド・コンセントの理論はアメリカ法に由来する原理であり、完全に一致するわけではない。しかし、後述する通り、これらを峻別することはできないので、実際に医療現場で行われている、インフォームド・コンセントを得るという態様の中に、患者の現実的同意を得るという行為が含まれると解している。

めであるということは疑いがなく、個人の選択の自由を様々な場面で保障しようとする現代社会において、そのための社会の変革は歓迎されるものであるが、医師の説明義務が過大化することによって、患者の自己決定権がより大きく保障されるようになってきているのかというと、疑問が大きい。むしろ、医師—患者関係の良好な形成にとっては、必ずしもいい影響ばかりではない。患者の生命・健康という利益の保護が、正当な治療行為の第一義的な目的であるとするならば、それが保障されない中で、患者の自己決定権を行使することに意味があるようには思われない。

さらに、現在の判例の状況では、説明義務違反があり、患者の同意が十分ではない、すなわち、「十分な」インフォームド・コンセントではないということが、直接的に専断的治疗行為であるということになるが、しかし、果たして、患者の有効な同意のない治療行為全般を、専断的治疗行為として身体に対する違法な侵害とするべきなのだろうか。本来は、「意思に反した」治療行為と「有効な同意のない」治療行為とは別のものであるはずである。

また、このように、とりわけ刑法的側面からのみ患者のインフォームド・コンセントを検討するのも妥当ではない。「十分な」インフォームド・コンセントではない、すなわち、医師に説明義務違反があるということによって、医師に対して民事責任を課していることから、民法的側面からどのような意義があるのか、検討されなければならないし、従来、いわゆるムンテラとして行ってきた医師の説明も含んでいると解すべきである以上、患者のインフォームド・コンセントを一部分だけ切り取って検討するのではなく、総合的に検討しなければならないように思われる。すなわち、患者の同意の有効性の問題とインフォームド・コンセントがどのような内容で、どのような説明が必要か、ということとは同一ではない。

そこで、本章において、患者の現実的同意が治療行為の正当化要件となった学説の展開を整理し、それに伴ってどのように医師の説明義務が過大化していったかということを示す判例を概観する。その際、我が国の状況だけでなく、治療行為を傷害構成要件該当行為であるとした上で、その正当化に患者の同意を要求するようになったドイツの判例の展開も参照する。その上で、ここで概観する判例・学説は、患者の自己決定権

を保護するという一貫した目的の下に生じたものであることに鑑み、自己決定権の法的の性質に照らして、患者の自己決定権とはどのような範囲で保護されるものなのか、それとインフォームド・コンセントとの関係はどのようになっているか、ということを検討する。本章で、このことを明らかにすることで、第2章において、患者の自己決定権を保護する範囲内で、患者の「十分な」インフォームド・コンセントがあるということが、まさに正当化要件として「有効な」患者の同意があるということになると示すことになる。

第2節 正当化要件としての患者の現実的同意に関する学説の展開

かつて我が国において、患者の意思に反して医的侵襲を行うこと（専断的治療行為）が認められないということは、法の問題というよりむしろ医療倫理の問題として一般的に認められていた。従って、当時の多くの刑法学説においては、治療行為の正当化要件に患者の同意が含まれるとはされておらず、治療行為が医師の正当な業務であるということや、正当な目的のための正当行為であるということを理由に、直ちにその違法性が阻却されると解されていた¹¹。このような見解は、業務権説及び目的説である。

例えば、業務権説を主張する岡田博士は、「業務行為ハ法令又ハ慣習ニヨリ認めラレタル権利行為ナルカ故ニ正當ナリ」とされた上で、医業はその1例であるとされている¹²。このような見解は、当時の多数説であった¹³。

また、目的説を主張する小疇博士は、「疾病ヲ治療シ又ハ之カ發生ヲ豫防スルコトハ國家ノ設備ニ必要ニシテ國家ハ之ヲ適法ナル目的ト認め

¹¹ 団藤重光『刑法綱要各論』（1972年）333頁以下、大谷實『刑法講義各論』（1982年）39頁以下参照。なお、かつて、患者の同意が医師の治療行為を正当化する要件に含まれるとする同意説も主張されていた。例えば、大場茂馬『刑法各論上巻』（1911年）212頁以下。

¹² 岡田庄作『刑法原論総論』（1917年）302頁以下。

¹³ 勝本勘三郎「刑法三十五条ト医業トノ関係」『刑法の理論及び政策』（1925年）232頁参照。

且ツ之ヲ獎勵セサルヘカラス」ということを前提とされた上で、「此等ノ目的ヲ達スル爲メニ衛生學並ニ醫學ノ方則ニ準據シテ行ハレタル行爲(中略)ハ其目的ヲ達シタルト否トニ拘ハラズ適法ナリト云ハサルヘカラス」とされている¹⁴。

このような学説の状況が一変したのは、唄博士がドイツにおける医師の説明義務と患者の同意に関して詳細な検討を行った論文を発表されてからである¹⁵。唄博士は、この論文において、ドイツの判例において一貫して医的侵襲行為が傷害罪の構成要件に該当するとされていることを紹介された上で、「そこにおいて違法性を阻却する原因の有力な一つとして、被侵襲者の承諾があげられる」とされ、患者の同意が治療行為の正当化要件であり、このような要件は患者の利益となっていることを示された。さらに、ドイツにおいては、「その承諾に際して、『患者がその侵襲の本質・意味・射程範囲を、その大綱において、知っていた限りで有効である』」とされており、「[このような事情を]患者に説明し教示することが、承諾の有効の前提的要件であり、したがってまたそれはその侵襲の主体＝医師の義務として登場してくる」と述べられ、医師の説明義務という概念も紹介された¹⁶。博士は、ドイツにおいては、このような医師の説明義務に違反し、十分な説明を行わずに患者の同意を得て行った医的侵襲は傷害罪として違法であるということについても、判例を整理することによって示されたのである。

前述の通り、患者の同意が治療行為の正当化とは無関係であると考えられていた当時の我が国にとって、この論文で紹介されたドイツの判例の状況は衝撃的なものであった。この影響は、まず民事判例において現れることになる。

以下、判例の変遷を辿り、それらの議論によってどこまで医師の説明義務が過大化したかということを示す。

¹⁴ 小嶺伝『新刑法論』(1910年) 269頁以下。

¹⁵ 唄孝一「治療行為における患者の承諾と医師の説明—西ドイツにおける判例・学説—」『契約法大系Ⅶ補巻』(1965年) 66頁以下。

¹⁶ 唄・前掲注(15) 67頁以下。

第3節 判例

第1款 我が国の判例

（1）乳腺症事件

上述の考え方が判例において初めて取り入れられ、患者の同意のない治療行為は違法であり、その前提として医師の説明が必要であることが初めて示されたのは、「乳腺症事件」¹⁷である。その事実の概要は以下の通りである。

患者である27歳の未婚の映画女優であった原告は、左右乳房の腫瘍について被告らの診察を受けた結果、右乳房の腫瘍が乳癌であることが判明したため、被告らから右乳房全部の摘出手術が必要である旨説明され、原告はその手術に同意し、その手術が行われた。ところが、被告は、右乳房の手術を行った後、左乳房の腫瘍が乳腺症であり将来癌になる恐れがあるため、右乳房と同様の摘出手術が必要であると判断し、原告に同意を取ることなく、右乳房の手術に続いて左乳房全部の摘出手術も行った。その結果、原告の両乳房は、皮膚・乳首を残すのみで内部組織の全くない状態となった。なお、左乳房の乳腺症が将来乳癌となり、全内部組織を摘出する必要があるものであるか否かについては、医学上争いのあることであるが、内部組織を摘出することが医学的にみて不当とは言えないということが認められる。

東京地裁は以下のように判示し、被告医師の不法行為責任を肯定した。

まず、手術への同意の必要性について、「患者の治療の申込において（中略）手術に関する承諾までが常になされているものとは到底いえないから、患者の生命の危険がさしせまっていた承諾を求める時間的余裕のない場合等の事情がある場合を除いては、医師はその手術につき患者が承諾するかどうかを確認すべきであり、これをしないで手術を実施したときは当該手術は患者の身体に対する違法な侵害である」とした。

次に「その前提として、病状および手術の必要性に関する医師の説明が必要であること〔は〕勿論であるが、本件のように手術の要否について見解が分かれている場合には、手術を受けるか否かについての患者の

¹⁷ 東京地判昭和46年5月19日下民集22巻5・6号626頁。

意思が一層尊重されるべきであるから、医師は、右のような事情を患者に十分に説明したうえでその承諾を得て手術をなすべき」であるとした。

従って、本件のように、緊急の事情もないにもかかわらず説明を行わず、それゆえ「承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害」であるので、被告に慰謝料150万円の支払いを命じた。

（２）舌癌事件

このような判例の姿勢をより積極的に確認したのが、「舌癌事件」¹⁸である。その事案は、以下の通りである。

診断の結果、舌癌であることが判明した原告患者に対し、被告医師は、病名を秘したまま舌の切除を勧めたところ、患者が強固にこれを拒否したので、被告は原告に対し、舌を切り取るのではなく、潰瘍の部分焼きとるだけだと説明し、原告は不承不承、手術に同意した。この手術において、被告は原告が拒否していたにもかかわらず、舌の3分の1を切り取って、病巣を摘出した。その結果、原告は嚥下障害や発音障害を負い、それに伴う精神的苦痛を被った。

本件手術は、患者の生命を救うために必要なものであり、医学的に正当であったこと、一般に癌の治療にあたる医師は患者に病名を告知すべきではないと医学界では考えられていること、本件において、原告に舌癌であることを秘した上でその手術の必要性を納得させるのは至難であったことは認められるとした上で、裁判所は以下のように判示して、医師の不法行為責任を認めた。

「生命、健康の維持、増進という医学上の立場からは不合理なことであるかも知れないが、（中略）[原告患者が] 拒否していることが明らかの場合にまで、右の医学上の立場を強調することは許されない」。従って、「病名を秘して納得させなければならない場合、医師としてはいろいろな手段、方法を工夫し、万難を排して患者の説得に努力するが、それでもあくまで拒否する場合には、結局手術は思い留まらざるを得ない」。

¹⁸ 秋田地大曲支判昭和48年3月27日判時718号98頁。

（3）エホバの証人輸血拒否事件

以上の下級審裁判例の立場を最高裁として確認したのが、「エホバの証人輸血拒否事件」¹⁹である。

本判決の原告患者は、手術を要する悪性の肝臓血管腫であると診断されたが、「エホバの証人」の信者であり、その信念から、いかなる場合にも輸血を受けることを拒否する（絶対的無輸血）との固い意思を有しており、その旨を被告（国）の開設する病院に勤務する執刀医にも伝えていた。他方、当該病院は、輸血拒否の意思をできるだけ尊重するが、他に救命手段がない場合には輸血する（相対的無輸血）方針を採っていたが、その旨を患者には伝えないまま本件手術を行った。その結果、輸血しない限り患者を救うことができない事態に至ったために輸血を行った。

これに対し原々審²⁰は、「説明義務に基づく説明は、医学的な観点からなされるものであり」、本件のような「いかなる事態になっても患者に輸血しないかどうかの点は含まれない」として説明義務を限定的に捉え、さらに医師には患者を救命する義務を負うから、むしろ本件輸血行為は救命義務に従ったものであり、緊急時には輸血をするということについて説明しなかったことをもって違法性があるとは言えないとして、原告の請求を棄却した。

しかし、原審²¹は、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定することができるという自己決定権」があるため、本件においては、「相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権は尊重されなければならなかった」とし、医師らの説明義務違反を認め、原告の選択の機会が奪われたことによる慰謝料55万円の支払いを命じた。

このような経緯を経て、被告（国）が上告し、原告らも賠償額を不当として附帶上告を行い、最高裁は以下のように判示して、上告棄却及び附帶上告棄却をした。

¹⁹ 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

²⁰ 東京地判平成9年3月12日判タ964号82頁。

²¹ 東京高判平成10年2月9日判タ965号83頁。

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」。また、このような理由から輸血を伴わない手術を受けることができると期待して本件病院に入院したことを当該医師が知っていたという本件の事実関係の下では、当該病院が相対的無輸血の方針を採っていることを説明して、本件手術を受けるか否かを原告患者自身の意思決定にゆだねるべきであった。それにもかかわらず、この方針について説明せず、本件手術においてもこの方針に従って輸血を行う可能性があることを告げないまま本件手術を行い、その方針に従って輸血を実施した本件は、このような説明を怠ったことにより、「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである」。

本判決は、輸血拒否という患者の自己決定権が尊重されなければならず、それに反した侵襲行為は違法であるということを示している点は、上述の下級審裁判例と同様であるが、この違法の内容を具体化し、人格権侵害であるとした²²。

（４）乳房温存療法事件

最高裁によって確認された医師の説明義務違反による損害賠償責任は、さらに以下の「乳房温存療法事件」²³において、さらに広い範囲で認

²² 人格権の内実は「患者の自己決定権」であると解する見解もあるが、判決文中では自己決定権という文言が使われていないことから、治療行為に対する患者の自己決定権やその絶対性を認めたと解するのは妥当ではないように思われる。なぜならば、本判決はあくまで「宗教上の信念に基づく人格権」に特化した判断枠組みを提示したにすぎず、一般論としての「自己決定権」に拡張されるのを避けていると考えられる。岩志和一郎「輸血拒否—東大医科研病院事件」医事法判例百選第2版（2014年）81頁参照。なお、原審は、患者の自己決定権侵害であることを明言している。

²³ 最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁。

められるようになった。本件事案は、以下の通りである。

原告患者は、被告医師の診察により乳癌であると診断され、被告は原告の乳癌につき、乳房を全部切除する乳筋温存乳房切除術適応と判断し、原告に対し、入院して手術をできるだけ早く行うべきであること、乳房を残す乳房温存療法も行われてはいるが、その方法は未確立であることを説明した上で、乳筋温存乳房切除術を行うことを説明した。

これに対し原告は、乳房温存療法に関心を持っている旨被告に告げ、被告も患者がその治療法の適応可能性や実施可能性について関心を持っていることを知ったが、特段の措置を取ることなく乳筋温存乳房切除術による本件手術を行った。

なお、本件手術当時、我が国において乳房温存療法は、実施例は存在したもの、安全性や有効性が立証されておらず、統一的な基準も作成されていなかった。被告自身に関しては、乳癌専門医として乳房温存療法を実施した経験を有し、当時この療法を実施している医療機関及び実施例が相当数存在し、医師の間では積極的な評価もなされており、原告についてもその適応可能性があること及びこの療法を実施していた医療機関を知っていた。

原々審²⁴は、「説明義務の対象とされるべき術式は、手術の時点において、一般医師に広く知れ渡って有効性、安全性が確立しているもののみならず、専門医の間において一応の有効性、安全性が確認されつつあるもので、当該医師において知り得た術式も包含されると解するのが相当である」として、医師の説明義務違反を認めた。

原審²⁵は、「同療法はその実施割合も低く、未だその安全性が確立された術式であったということはできないことからすれば、[原告]において、同療法実施における危険を犯してまで同療法を受けてみてはどうかとの質問を投げかけなければならない状況には未だ至っていなかったと認めるのが相当である」として、原告の請求を棄却した。

これに対し、原告が上告し、最高裁は以下のように判示して、原判決を破棄差戻した。

²⁴ 大阪地判平成8年5月29日判時1594号125頁。

²⁵ 大阪高判平成9年9月19日判時1635号69頁。

「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない」。しかし、「このような未確立の療法（術式）ではあっても、（中略）少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである」。

（５）小括

以上のような民事判例において、患者の同意が治療行為の正当化要件の１つであるということが確立され、医師が患者の同意の前提として患者に対して十分な説明を行うことが医師の義務とされるようになった。このような説明義務の範囲は、エホバの証人輸血拒否事件のように、患者の救命という観点からは利益とならない事項に関するものや、乳房温存療法事件のように、未確立の治療法についてまで及び、非常に広いものとなっている。

以上のことを前提として、民法学説においても医師の説明義務の範囲について盛んに議論されるようになってきている。しかし、民法学説においても、未だ必ずしも統一的な結論が得られているわけではない²⁶。さら

²⁶ このような議論について詳細に解説したものとして、松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察」修道法学22巻1・2号（2000年）277頁以下、西野喜一「医師の説明義務とその内容」新潟大学法政理論34巻3号（2002年）1頁以下、岡林信幸「医師の説明義務の基準に関する一考察」千葉大学法学論集

にいえば、民法上、医師の説明と患者の同意は、診療契約の締結にも必要なものであると思われるが、その医療を受けるかどうかの意思決定としての患者の同意との関係、契約の法的性質についても未だ一致した見解はない²⁷。そうすると医師は、何を基準にして、どのような内容まで説明すればよいのかということについて何らの指針を持たないことになり、民事責任を免れるためには、患者に必要な、あるいは時として有害な情報まで伝えなければならないことになる。

第2款 ドイツの判例

他方、ドイツにおいても、治療行為の合法性についての議論は、ここでみる判例が登場するまではほとんどなかった。「他人の権利又は法益に干渉する一定の行為を行うことについて永続的な必要性が存在し、かつこのような行為が官庁の面前で継続的に行われ、官庁がそのことに異議を述べない場合には、業務権が存在」し、行為が合法とされとし、その一例として国に認可された医師の行為を挙げる²⁸、いわゆる業務権説や、「医師の治療行為はそれを許容する法律が存在しないにもかかわらず大昔から行われ、何人もそれが犯罪とはならないことを疑ったことがない、このような事実に基づく慣習法が、医師の治療の目的とともに、治療行為の合法性の基礎をなし、慣習法によって医師の行う個々の行為の許容される原則が定まる」²⁹とする慣習法説が主張されていたことから、このことがわかるだろう³⁰。この状況を一変させたのは、患者（の親権者）の同意を得ないで行われた治療行為が違法であるとした、以下

22巻4号（2008年）35頁以下、山中敬一「医師の説明義務（一）、（二・完）」関西大学法学61巻6号（2012年）1415頁以下、62巻1号（2012年）1頁以下がある。

²⁷ 川崎和治「医療訴訟に見る医師の説明義務と患者の同意」沖縄大学法経学部紀要24号（2015年）5頁、神野礼斉「ドイツにおける医療契約」広島法学43巻4号（2020年）98頁。

²⁸ Binding, Handbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1877, S. 793 ff.

²⁹ Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlicher Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1982, S. 17 ff.

³⁰ 詳細は、町野・前掲注（8）36頁以下参照。

の判例³¹である。

事実の概要は、以下の通りである。患者である7歳の子供は、足首の骨に結核性の潰瘍があり、そのまま治療を行わずに病巣が拡大すれば衰弱して死亡する状態であった。そこで、自然療法の信奉者である患者の父親が拒絶していたが、その娘の足を切断する手術を行い、その手術が成功し、予後も良好であった。親権者の同意なく治療を行った医師は、傷害罪で起訴された。原審は、本件手術行為によって、患者の健康は悪化させられたのではなく、改善されたのであるから、ドイツ刑法223条³²における「健康侵害」や「虐待」には当たらないのであって、患者の親権者である父親の意思に反して行われたかどうかは法的に無関係であるとした。これに対し、ライヒ裁判所（以下、RGとする。）は、以下の理由から原判決を破棄差し戻した。

「原審が、全ての医師に全ての患者の身体を侵害・虐待する権利として与えたものは…自己に治療技術があると思う全ての者に、彼が病気であると考え全ての者に対しても許容されることになる」ため、不当であり、あくまで客観的には全ての直接的・物理的に身体に加えられた侵害は、刑法223条の「身体的に虐待する」の文言に該当する。「民法及び刑法の領域内においては、医師と患者の関係にとって、特に両者間の意思の合致が、指導的・決定的な観点として固持されなければならない」から、医師の治療権を基礎づけ、傷害罪の違法性を阻却するのは患者の同意である。

以上のように、治療行為は、客観的医学的観点から適切に行われ、その結果健康が増進したとしても、ドイツ刑法の傷害罪の構成要件に該当し、その違法性が阻却されるためには、患者又は親権者等の代理人の同意が必要であるという原則が打ち出され。この立場は、民事的にも刑事的にもドイツの判例上完全に定着している³³。そうすると、医師の法的

³¹ RGSt 25, 375.

³² ドイツ刑法223条1項：他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。訳は、法務資料第461号「ドイツ刑法典」（2007年）による。

³³ Vgl. RGSt 38, 34; RGZ 68,431.; BGH HJW 1956, 1106.; BGHSt 11, 111.

な説明義務は我が国のそれよりもはるかに大きい。

第3款 小括

かつての我が国の刑法学説においては、治療行為の正当化は患者の同意とは関係なく、医師の正当な業務であるということや、正当な目的のための正当行為であるということを理由に正当化されるとする業務権説や目的説などが主流であった。しかし、1960年代後半になって、唄教授が、患者の同意が治療行為の正当化要件であるということを示され、その有効性を担保する前提要件である医師の説明が欠ける治療行為の場合にも、違法性が阻却されないというドイツの判例における考え方を紹介されたことによって、このような状況は一変した。

まず、乳腺症事件において、このような考え方を取り入れることによって医師の説明や患者の同意を欠く治療行為が医師の民事責任を根拠づけるとされ、舌癌事件において、患者の同意が治療行為の正当化要件の1つであるということが、より積極的に肯定された。このような下級審裁判例の姿勢は、エホバの証人輸血拒否事件において最高裁においても是認された。そこにおいては、患者が輸血を伴う可能性のある手術を受けるか否かを決定する権利を奪ったことは、患者の人格権の侵害に当たるとされ、医師の説明義務違反の法的意義が示されている。さらに、乳房温存療法事件において、このような説明義務は未確立の治療法についてまで及ぶということが示された。これらの民事判例を受けて、現在、医師の説明義務違反を根拠とした多くの民事訴訟が、患者から提起されている³⁴。そのため、医師の説明義務は過大の一途を辿っている。

このような判例の変遷に相応して、民法学説においても、説明義務の範囲に関する議論が行われているが、未だ一定の結論を得ていない。さらに、民法上、このような説明義務と患者の同意は、診療契約の締結にも必要なものであると思われるが、その医療を受けるかどうかの意思決定としての患者の同意との関係、契約の法的性質についても未だ一致した見解はない。そうすると、何を基準に何をどこまで説明すればよいのかということが不明確であるために、医師は民事責任を負わされること

³⁴ 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ 序説・医療過誤』（2014年）349頁以下参照。

を恐れて、患者に必要な、あるいは時として有害な事項についても説明しなければならないことになる。

さらに、現在の刑法の通説においては、患者の同意が治療行為の傷害罪としての違法性を阻却する要件であるとされており、これが有効となるためには、医師の説明が必要であると解されている。この考え方自体に問題がないとしても、つきつめると、説明義務違反に基づく治療行為は、専断的治療行為であり、傷害罪として違法であるということになる。刑事判例において、このことを認めるものは我が国では現在までのところ存在していないものの、今後このような判断がなされないとは言い切れない。従って、医師は、刑事責任を免れるためにもあらゆる事項について説明しなければならないことになる。

この点について、ドイツは、判例上、説明の欠缺により患者の同意が有効ではない場合には、治療行為が傷害罪として違法となることが明白である分、状況はさらに深刻であった³⁵。

このように、説明義務が過大化し、医師の負担を増大させることには以下のような問題がある。すなわち、医師が民事及び刑事責任を課されることを恐れてあらゆる事項について説明することは、医師 - 患者間の健全な医療関係の確立を損なうことになり、ひいては患者の生命・健康上の不利益を招くことになる。それゆえ、医師の説明義務の過大化に対しては、一定の制限を設ける必要があることは明らかである。

そこで、医師の説明義務の過大化の背景にある、患者の自己決定権の保護とはなにか、というアプローチからその制限範囲を検討する。

³⁵ なお、これに対抗するように、ドイツの学説は、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする治療行為非傷害説が通説である。しかし、近年の判例の状況に鑑み、インフォームド・コンセントと刑法との関係を論ずる者の多くは、傷害構成要件該当行為であるということを前提として議論している。

戦後日本の地方議員の 政党化に関する研究（3・完）

—— 都道府県議会の無所属議員を中心として* ——

崔 碩 鎮

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、72巻2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

（以上、前号）

第三章 選挙区レベ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	(以上、本号)

第三章 選挙区レベルにおける政党間競争の規定要因

本章の目的は、都道府県議会議員選挙の選挙区レベルにおける政党間競争を規定する要因として選挙区規模と都市化のふたつを取り上げ、その規定力を検証することにある。前章では、1960年代以降の多党化の進行は、都道府県議会議員選挙においては必ずしも政党間の競争性を強めず、選挙区レベルにおいては、むしろ革新・中道系または非自民政党の選挙区対応が減少傾向にあることが示唆された。こうした政党間関係の形成と変化は、第一章で論じたように、都市部と農村部とで異なる社会経済的要因が政党の支持基盤として機能し、また選挙区構成や議席配分方式など、制度的要因が政党の選挙戦略や有権者の投票行動を制約する要因として作用したと考えることで一定程度説明できる。そこで、本章では選挙区構成と都市化がいかに変化してきたのかを明らかにし、そのうえで、政党はそうした選挙区特性にどう対応してきたのかについて考察する。

第一節 分析方法と課題

政党の選挙区特性への対応の様態を検討するには、まずは選挙区特性がいかに変化してきたのかを確認する必要がある。しかし、日本の地方選挙における都市化を選挙区特性として扱った研究は極めて少なく、選挙区構成の特徴に関する先行研究も目下のところ見当たらないのが現状である。そのため、まず本節では、都道府県議会議員選挙における選挙区構成を分析する方法と、選挙区の都市化度を表す指標の調査およびその適用方法をそれぞれ検討し、そのうえで本章の検討課題をまとめる。

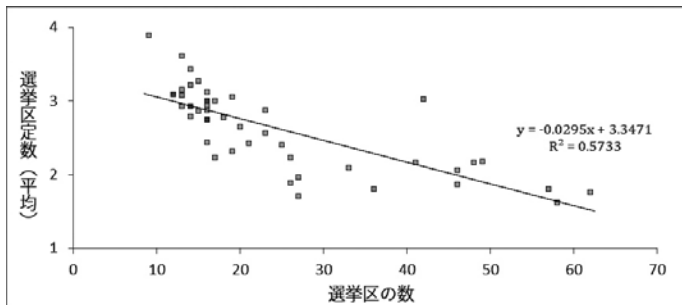
1. 選挙区構成の特徴と変遷

選挙区構成の特徴とその変遷を論じるうえで特に重要なのは、選挙区構成を表す要素として何を選び、そしてその変遷過程はいかに説明できるか、またその変遷過程の分岐点はどこに見出せるのかである。選挙区構成を表す要素としては、選挙区定数と議席数(定数合計)、選挙区の数、選挙区定数の標準偏差などが挙げられるが、なかで最も一般的に用いられるのは、選挙区定数と選挙区の数である。選挙区定数については第一章で検討したとおりであるので、ここでは選挙区数について論じておきたい。

まず、選挙区の数と政党システムとの関係において、選挙区の数はいずれが多いほど、すべての選挙区で同一の政党が候補者を擁立することが難しくなることを考慮する必要がある¹。特に、政党間競争を規定する要因として選挙区構成に着目し、その特徴と変遷を分析しようとする本稿の立場からすると、選挙区の数とその変化は重要な観察点となる。

また、選挙区の数と選挙区定数との関係においては、選挙区定数は選挙区定数と連動していることを考慮する必要がある。これについて実際のデータから確認しておこう。下の図3-1は、47都道府県(2013年9月1日現在)において選挙区の数(横軸)と選挙区定数の平均(縦軸)を散布図にプロットしたものである。

図3-1 47都道府県の選挙区構成(2013年9月1日現在)

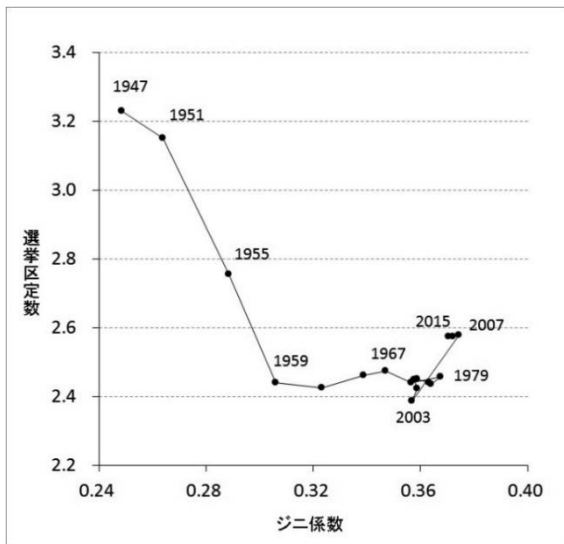


¹ 曾我謙悟「都道府県議会における政党システム：選挙制度と執政制度による説明」『年報政治学』62巻2号(2011年)、130頁。

この図が示すように、選挙区の数が多くなるにつれて、選挙区の平均定数が小さくなる傾向にあることが確認できる²。このような両者のあいだの相関性は、選挙区構成の変遷、とりわけ行政区域の再編や人口移動などにより選挙区の分区や合区が行われるさいに、その解釈において留意すべき点となる。

次に、選挙区構成の変遷を考察するうえでの時期区分については、「ジニ係数」を用いて選挙区ごとの定数配分の不均一さを測定し³、その変動幅から変化のきっかけを見出すこととした。以下に掲げる図3-2は、戦後初の地方選挙が実施された1947年時点の選挙区構成の情報が得られなかった5県（栃木・石川・山梨・滋賀・長崎）を除いた41都道府県を対象にして、都道府県ごとの選挙区定数の分布から求められたジニ係数の平均（横軸）と、都道府県ごとの定数平均の平均（縦軸）をそれぞれプロットしたものである。

図3-2 ジニ係数にみる選挙区構成の変化



² $r = -.757, p < .01$

³ ジニ係数は統計パッケージ R (version3.2.5) 本体と追加パッケージの「ineq」を用いて求めた。

この図の軌跡をみると分かるように、選挙区構成は三つの時期に大きく変化している。選挙区構成に変化をもたらした要因については後述するが、各時期は、①選挙区定数の平均が減少しながら定数配分のバラツキが大きくなった「昭和の大合併期」(1951～1959年)、②定数配分のバラツキだけが大きくなった「高度経済成長に伴う都市部への人口集中期」(1959～1979年)、③選挙区定数の平均と定数配分のバラツキがともに増加した「平成の大合併期」(2003～2007年)に分けられる。

2. 都市化の指標

本稿では選挙区の都市化度を表す指標として、DID (Densely Inhabited District、人口集中地区) 人口比率を用いる。DID とは、「昭和の大合併」により、市部の区域内に農漁村的性格の強い地域が広範囲に含まれるようになったため、市部が統計上、「都市的地域」としての特質を必ずしも明瞭に表さなくなったことを受けて考案されたものであり、1960年以降の国勢調査の調査区のうち、原則として人口密度の高い調査区(約4,000人以上/㎢)が市区町村内で互いに隣接し、それが人口5,000人以上の地域を構成している場合に、これらの調査区の集まりのことを指す⁴。

選挙区の DID 人口比率については、各選挙区を構成する行政区域(市区町村の内訳)に、それぞれ該当する国勢調査の市区町村別 DID 人口および総人口を組み合わせ求めて。データを組み合わせるにあたっては、国勢調査と都道府県選挙とのあいだで実施間隔が異なるという問題があるため、原則として、第一に、1959年から2015年まで4年おき15時点の選挙結果に、1960年から2015年まで5年おき12時点の国勢調査結果を適用するさいに、20年ごとに1回重複することとし、第二に、それぞれ近接する時点を適用基準年度とした。

ただし、選挙施行年度の調整や行政区域の変更時期などにより、関連資料において相互にズレが生じ、市区町村別 DID 人口を確認することが困難な場合には、該当市区町村の DID 人口が確認できる最近の国勢

⁴ 総務省統計局『我が国の人口集中地区：人口集中地区別人口・境界図』(2016年)、i 頁。

調査結果を参照することにした。次に掲げる表３－１はこうした基準に即して調整を行ったうえで、それぞれの適用年度を同じ色分けで示したものである。

表３－１ 国政調査年度と都道府県別適用年度の一覧

国勢調査年度		60	65		70	75	80	85		90	95	00	05		10	15
選挙実施年度	A	59	63	67	71	75	79	83	87	91	95	99	03	07	11	15
	B	59	63	67	71	75	79	83	87	91	95	99	03	07	11	15
	茨城県	59	63	67	70	74	78	82	86	90	94	98	02	06	10	14
	埼玉県	59	63	67	71	75	79	83	87	91	95	99	03	07	11	15
	C	59	63	67	71	75	79	83	87	91	95	99	03	07	11	15
	東京都	59	63	65	69	73	77	81	85	89	93	97	01	05	09	13
	D	59	63	67	71	75	79	83	87	91	95	99	03	07	11	15
	大分県	59	63	67	71	75	79	83	87	91	95	99	03	07	11	15
	沖縄県	-	-	-	72	76	80	84	88	92	96	00	04	08	12	16

注）地域 A は10道県（北海・青森・岩手・宮城・山形・福島・群馬・神奈川・福井・福岡）、地域 B は26府県（秋田・栃木・新潟・富山・石川・山梨・長野・愛知・三重・滋賀・京都・兵庫・奈良・鳥取・島根・岡山・広島・山口・徳島・愛媛・高知・佐賀・長崎・熊本・鹿児島・宮崎）、地域 C は4府県（千葉・大阪・和歌山・香川）、地域 D は2県（岐阜・静岡）である。

3. 研究課題

以上の分析方法に基づいて、本章では次のような研究課題に取り組む。

第一に、選挙区構成はいかなる特徴を持ち、それはどのように変化してきたのか、そして政党はそれに対していかに対応してきたのかを分析する。そのさいに注目したいのは、制約要因としての選挙制度、とりわけ選挙区定数である。M+1法則における「均衡の強度」によると、選挙区定数が小さくなるほど、当選可能性が観測しやすくなるため（あるいは、戦略投票に必要な情報が得られるため）、当選の見込みのない候補（政党）は立候補（又は立候補者の擁立）を断念する傾向にあることが予想される⁵。

第二に、選挙区における都市化はどのように変化してきたのか、そし

⁵ 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。同「中選挙区制における均衡状態」『選挙研究』15巻（2000年）、19－20頁。Gary W. Cox, *Making Votes Count : Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

てそれは政党の対応にいかなる影響を及ぼしてきたのかを考察する。投票方向の地域的特性に関する研究で明らかにされているように、都市部か農村部かという地域的特性は、政党間競争の様相に大きく影響しており、都道府県議会議員選挙においては、とりわけ都市型政党にとって選挙区対応を規定する重要な要因になったものと考えられる。

このようにして、選挙区構成と都市化による影響を把握することができれば、次なる課題は、政党の対応傾向が選挙区における政党間競争にもたらした結果を検討することとなる。そこで前章と同様に非競争区をとりあげ、上記の諸要因がそれに与えた影響を検証する。

第二節 選挙区構成の変化と政党の対応

都道府県議会議員選挙における議員定数は、1999年に法定定数制度が廃止されるまで、地方自治法制定時の総定数、すなわち40～120（ただし東京都は1969年に上限130に修正）に定められていた⁶。また選挙区の区域は、2013年に公職選挙法が改正されるまで、「郡市の区域（政令市は区）」を単位として行うこととされてきた⁷。本節では、こうした規定のもと、都道府県議会議員選挙における選挙区構成が辿ってきた変遷とその特徴を明らかにし、それが政党の選挙区対応に与えた影響を分析する。

⁶ 「都道府県の議会の議員の定数は、人口70万未満の都道府県にあっては40人とし、人口70万以上100万未満の都道府県にあっては人口5万、人口100万以上の都道府県にあっては人口7万を加えるごとに各議員1人を増し120人を以て上限とする」（地方自治法第90条昭和22年4月17日法律第67号）。

⁷ 2013年11月に、「明治以来都道府県議会議員の選挙区の区画の基準単位とされてきた『郡市の区域』を改め、郡の区域に拘らず、市町村を単位として各都道府県が条例で定めることができるようにし、人口の大きい指定都市の区域は2以上の区域に分けた区域を選挙区の単位とすることができるようにする『公職選挙法の一部を改正する法律案』が衆議院において議員提案され、同年12月4日に成立し、12月11日に平成25年法律第93号として公布された」（市村充章「都道府県議会の議員選挙における選挙区の設定と定数配分」『白鴎法學』20巻2号（2014年）、9～10頁）。

1. 市町村合併による選挙区構成の変化

前節の図3-2から読み取った三つの時期区分のうち、選挙区構成の変動幅が最も大きかったのは1950年代であった。そのきっかけとなったのは、1953年の「町村合併促進法」と1956年の「新市町村建設促進法」の施行に伴う「昭和の大合併」である。それにより、41都道府県（栃木・石川・山梨・滋賀・長崎の5県を除く）の平均定数は3.2から2.4へ、また選挙区定数の不均一さを示すジニ係数は0.264から0.306へと、それぞれ大きく変化した。

「昭和の大合併」は、1950年代を通じて実施された中央政府による町村合併促進政策であり、国と都道府県の積極的な関与のもと、人口8千人未満の町村を対象に合併が強力に進められた⁸。1888年から1889年にわたって行われた「明治の大合併」以来、二度目となるこの大規模な市町村合併は、日本の行政区域を合併前（1953年10月）の286市9,582町村から、合併後（1961年6月）の556市（95.1%増）2,916町村（69.6%減）へと、大きく変化させた⁹。

こうした大規模な市町村の合併は、当然ながら選挙区構成にも大きな変化をもたらしたが、なかでも特筆すべきは、農漁村的性格の強い小規模な市部を急増させた点である。すでに述べたように、都道府県議会選の選挙区は、基本的に郡市の区域を単位としており、そのため、新たに市制を施行した地域が公職選挙法上の「強制合区」の対象にならないか、それとも「任意合区」として条例に定められないかぎり、多くの選挙区（おもに1人区）が新設されるか、あるいは分割されることになったのである¹⁰。

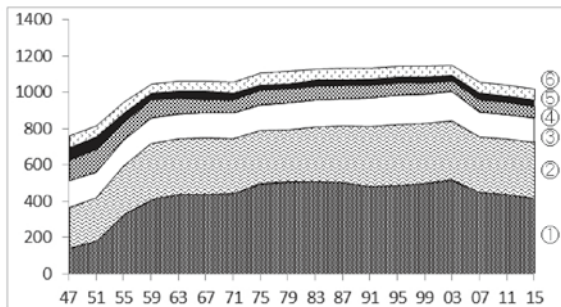
⁸ 市川喜崇「『昭和の大合併』再訪」『自治総研』437号（2015年）、30頁。

⁹ 総務省「報道資料：『平成の合併』について」（2010年）[https://www.soumu.go.jp/gapei/pdf/100311_1.pdf]（最終閲覧日2018年6月1日）。

¹⁰ （強制合区）「郡市の地域の人口が議員一人当たりの人口の半数に達しないときは、条例で隣接する郡市の区域と合区しなければならない」（公職選挙法第15条第2項）。（任意合区）「郡市の地域の人口が議員一人当たりの人口の半数以上で議員一人当たりの人口に達しないときは、条例で隣接する郡市の区域と合区することができる」（同法第15条第3項）。ただし、平成25年法律第93号により一部改正。

次に掲げる図3-3は、こうした選挙区構成の変化を定数別選挙区数の推移で示したものである。41都道府県のデータではあるが、「昭和の大合併」の時期に当たる1951年選挙から1959年選挙にかけて、特に変化が激しいことが分かる。合併がほぼ完了した1959年選挙時での1人区の数406は、1951年選挙時の171の約2.4倍に相当する。また、一部の町村が合併後市制を施行したが、まだ郡部として残る既存の選挙区は、その多くが分区に伴う定数削減の対象となるか、もしくは消滅することとなり、その結果、定数3以上の選挙区が全選挙区数に占める割合は、1951年選挙の48.8%から1959年選挙の31.4%へと大幅に減少することとなった。定数別にみても、1951年から1959年にかけて1人区と2人区は、それぞれ231区と69区が増加し、それに対して、3人区以上では、3人区で1区、4人区で25区、5人区で32区、6人区以上で12区が、それぞれ減少した。

図3-3 選挙区構成の変化（定数別選挙区数）



注）図は、41都道府県（栃木・石川・山梨・滋賀・長崎の各県を除く）を対象にしたものである。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）。

一方、比較的近年に行われた「平成の大合併」は、法制度に基づく国と都道府県の積極的な関与により推進されたという点においては¹¹「昭

¹¹ 平成の大合併は、「市町村の合併の特例に関する法律（合併特例法）」に基づき、1999年から2005年までは合併特例債や合併算定替の大幅な延長といった手厚い財政支援措置により、また、その後は「市町村の合併の特例などに関する

和の大合併」と同様であるが、「昭和大合併」が戦後の地方自治、特に市町村の役割を強化する必要から、中学校1校を効率的に設置管理していくため、人口規模8千人を標準として進められたのに対して、「平成の大合併」は、人口減少・少子高齢化が進展し、国・地方を通じた深刻な財政状況下において、複雑・多様化する住民サービスを提供しなければならないなどといった、市町村を取り巻くあらたな諸課題の登場を背景として、基礎自治体である市町村の規模・能力の充実、行財政基盤の強化が求められ、町村部を中心とした合併や編入によって行政区域の広域化が急速に進められたものである¹²。

このような背景のもとに、「平成の大合併」は21の合併新市がそれぞれ6政令市、8中核市、7特例市へと移行するなど、広域化をその特徴としつつ、合併前（1999年4月）の671市2,558町村から、合併後（2010年3月）の786市944町村へと、市が17.1%増加し、町村が63.1%減少した。特に全合併件数の84.3%（540件）が集中した2004年から2005年を中心にして、その前後（2003年選挙～2007年選挙）の選挙区構成の変化をみると、1～3人区は、それぞれ13.8%（71区）、5.5%（18区）、15.5%（25区）減少し、それに対して、4人から6人以上の選挙区では、それぞれ13.3%（8区）、28.6%（8区）、6.7%（4区）増加した（いずれも41都道府県基準）¹³。

このように、戦後二度にわたって推進された大規模な市町村の合併施策は、都道府県議会議員選挙の選挙区構成にも大きな影響を与えた。しかし他方においては、合併の規模や目的、方向性などの相違により、「昭和大合併」は1～2人区の増加と、3人区以上の減少をもたらしたの

法律（合併新法）に基づいて推進された。

¹² 総務省・前掲注（9）。2004～2005年に合併件数が集中するようになったのは、当時の「三位一体改革」による地方交付税の削減（2006年までの3年間で約5兆円程度抑制）という地方財政への危機感と、合併特例債による財政措置の期限が2005年度に迫っていたなどが相まった結果と考えられる（同上）。

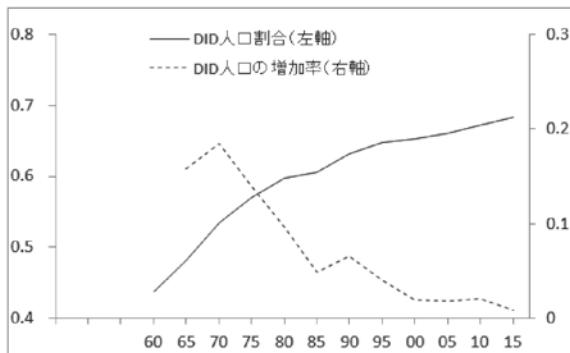
¹³ 47都道府県基準では、2003年から2007年選挙にかけて、定数1～3人の選挙区は、それぞれ13.9%（76区）、4.1%（15区）、14.3%（25区）減少し、それに対して定数4から6人区以上は、それぞれ14.9%（10区）、18.2%（6区）、2.9%（2区）増加した。

に対し、「平成の大合併」では1～3人区が減少し、4人区以上が増加する結果となった。

2. 高度経済成長に伴う都市部への人口集中

都道府県議会議員選挙における選挙区構成の変化は、「昭和の大合併」が一段落したあとも続いたが、それは高度経済成長に伴う都市部への人口集中によるものであった。都市への人口集中は、都市部を区域とする選挙区の定数増加をもたらす一方、都市部の定数増加は、議員定数を制限する法定定数制度とあいまって、農村部の定数削減につながり、その結果、規模の大きな選挙区の定数増と、1人区の増加をもたらした。この点は、さきに掲げた図3－2に示されたように、1959年選挙から1979年選挙にかけての平均定数の変動幅が最大でも0.059人（2.6%増）に過ぎなかったのに対して、ジニ係数は0.306から0.368へと20.3%増加したことからも窺える。これをさらに具体的にみると、次に掲げる図3－4と図3－5のようになる。

図3－4 都市部への人口集中



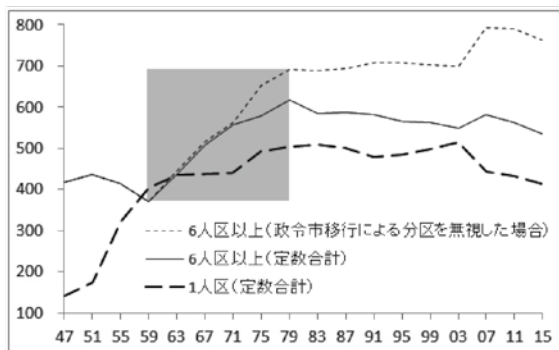
注) 総務省統計局のデータ¹⁴をもとに筆者作成。

まず図3－4は、総人口に占める DID 人口の割合を左軸で示し、DID 人口の増加率を右軸で示したものである。DID 人口の増加率の推

¹⁴ 総務省統計局・前掲注(4)、2－3頁。

移から分かるように、都市部への人口集中傾向は、高度経済成長が終焉を迎えた1970年代にも続き、1980年においても9.6%という高い増加率を維持していた。この時期の選挙区構成は、次に掲げる図3-5の網掛け部分に示されるとおり、定数6人以上の選挙区に配分される定数と、1人区がともに増加する結果となった¹⁵。

図3-5 選挙区構成の変化



注) 図の網掛け部分は、都市部への人口集中中期（1959～79年）を示す。下図の6人区以上の点線には、東京都区部と旧特別市を含めない。

しかし他方で、都市部への人口集中という長期的な傾向は、必ずしも選挙区の規模を増大させず、大都市化が進み、政令市へと移行するようになる、それまで一つであった選挙区が細分化されるようになる。これは、地方自治法上の「大都市に関する特例」（同法第2編第12章第1節）および公職選挙法上の「指定都市の区および総合区に対するこの法律の適用」（同法第269条）に関する規定により、政令市の行政区が選挙区の区域としては市とみなされるからである。図3-5の6人区以上の点線は、特別区および旧特別市を除き¹⁶、1956年の地方自治法改正以来、政

¹⁵ 1959から1979年にわたる選挙区定数別定数合計の増減率（41都道府県基準）は、1人区の24.1%（98人）増、2人区の7.1%（44人）減、3人区の5.7%（24人）増、4人区の22.5%（92人）減、5人区の28.9%（55人）減、6人区以上の66.8%（247人）増である。

¹⁶ 1947年の「地方自治法」第264条、第265条、第281条の1項により、東京都区

令市へ移行した15市を対象に、政令市移行による分区が行われない場合を仮定して示したものである¹⁷。

政令市に指定される基準は、地方自治法第252条の19第1項に「人口50万人以上の市」と定められているが、実際には、人口が100万人程度で人口密度が高く、第二次産業および第三次産業の就業人口比率が高いことなどが具体的な指標とされている¹⁸。このように都市化が高度に進み、都市部への人口集中が一定の水準を超えるようになると、それまで一つであった選挙区は定数2～5程度の複数の選挙区に分割される。1979年選挙を境に6人区以上の定数合計が減少に転じたことの背景には、こうした事情が存在するのである。

3. 選挙区構成の変化と政党の対応

これまでにみてきたように、都道府県議会議員選挙の選挙区構成は地方自治法や公職選挙法などの関連法律に基づく条例によって規定され、行政区域の再編や人口移動に連動するかたちで変化してきた。以下では、こうした選挙区構成の特徴と変化が政党の選挙区対応にいかなる影響を及ぼしたのかについて検討を行う。

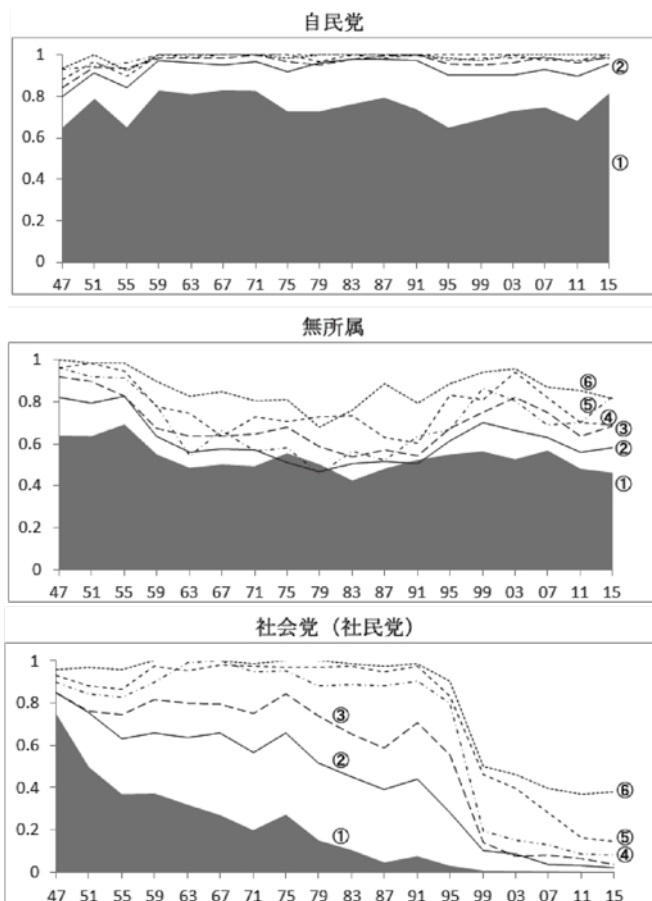
部が特別区に、また京都・大阪・神戸・横浜・名古屋が特別市となり、さらに1956年の地方自治法改正により、この5特別市は政令市となった。東京都区部と特別市の所属選挙区に関する規定においては、第1回統一地方選（1947年）では、地方自治法第279条および283条により、第2回と第3回統一地方選（1951年と1955年）では、1950年制定の「公職選挙法」第265条の1項および第266条により、特別区と特別市の行政区を市とみなしたうえで行われた。

¹⁷ 1956年の地方自治法改正以降、政令市へ移行した都市は、選挙年基準で北九州市（1963年）、札幌市・川崎市・福岡市（1975年）、広島市（1983年）、仙台市（1991年）、千葉市（1995年）、さいたま市（2003年）、静岡市・堺市・新潟市・浜松市（2007年）、岡山市・相模原市（2011年）、熊本市（2015年）である。

¹⁸ そのほかにも、大都市の経営に対応できる行政能力および財政力が備わっていること、行政・経済・文化などの都市機能が充実していること、行政区を設置し、区の事務を処理する体制が整っていること、固定資産税課税標準額が既存の政令市と比較してへだたりがないこと、政令市になることについて県と市の意見が一致していることなどが求められた（大都市制度史編さん委員会『大都市制度史』（ぎょうせい、1984年）、809頁）。

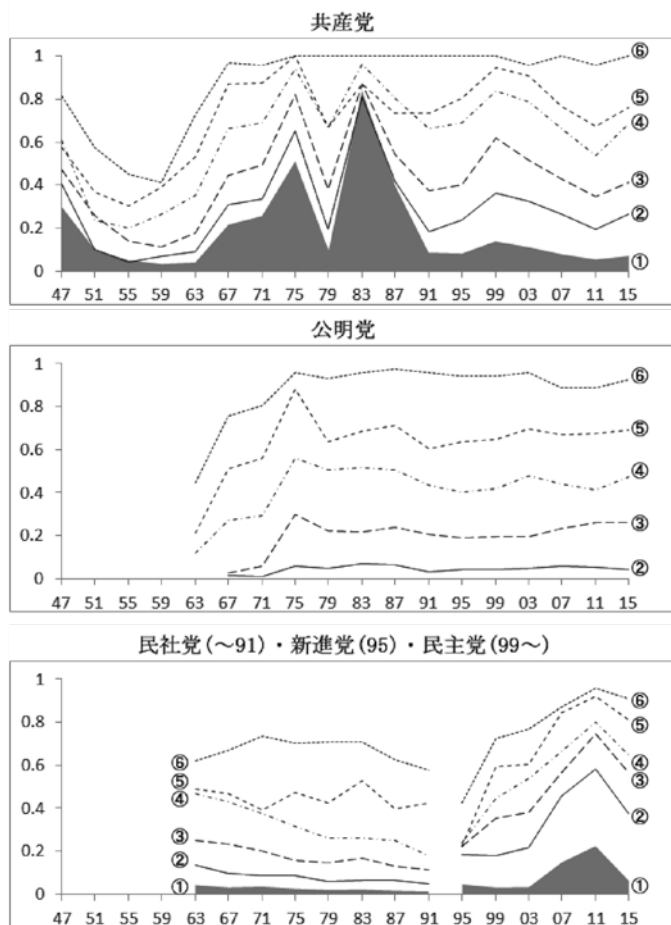
次に掲げる図3-6は、主要政党における選挙区対応を選挙区規模ごとに示したものである。自民党の結成と社会党の統一に先立つ時期(1947～1955年)の党派の扱いや選挙区対応に関する分析方法是、基本的に前章と同様であるが、政党の選挙区対応の傾向をさらに明らかにするために、ここでは選挙区定数ごとに細分化して示した。

図3-6 選挙区定数別主要党派の選挙区対応



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)、1955年以降は全国を対象にしたものである。

図3-6の続き(その2)



まず一見してこの図3-6から読み取れるのは、第一に、政党の選挙区対応は選挙区規模に連動しており、こうした傾向は非自民政党で顕著であったこと、そして第二に、社会党の選挙区対応は1人区で持続的な低下傾向を示していたことの二点である。第一の結果は、選挙区規模が小さいほど、支持基盤が脆弱な非自民政党が候補者の擁立を断念する可能性が高まる、という本稿の予測と一致するものである。この結果が選挙区規模と政党の選挙区対応との関係を表しているのに対し、第二の結

果は、「昭和の大合併」が進められる時期と重なっていることから、選挙区構成の変化に関連しているものと推測される。これについては、次に掲げる表3-2よりさらに詳しく確認することができる。

この表3-2は、主要政党の候補者数および選挙区対応（括弧内数字）を選挙区定数ごとに示したものである。1947年の第一回統一地方選挙で社会党は（32都道府県のデータであるが）全1人区（100区）のうち75の選挙区で候補者を立て、1人区への対応頻度においては、（旧）民主党の40区、（旧）自由党の43区はもちろん、（旧）民主党と（旧）自由党を同一政党（自民党）とみなした場合の65区¹⁹をも凌駕していた（表3-2の下段の「自民党（内訳）」を参照）。しかし、「昭和の大合併」に伴う1人区の急増が一段落した1959年選挙の時点では、自民党は46都道府県の全1人区（424区）の83.0%にのぼる352の選挙区で候補を立てることができたのに対し、社会党はその間の選挙で1人区への対応を増やしてきたものの、それは1人区全体の増加分には及ばず、158の選挙区（1人区全体の37.3%）で候補者を擁立するにとどまった²⁰。その後、社会党は1人区への対応を減らし続け、その結果、2人区以上との対応の差をさらに広めた。

一方、政界再編が起きる1990年代以降とそれ以前とを比較してみると、1990年代以降、非自民政党の1人区への対応頻度がさらに減少していることが分かる。非自民政党のうち、ただひとつ1人区対応において増加傾向を示したのは民主党であり、2007年選挙の70区と2011年選挙の103区は、1970年代の社会党に匹敵するほどであった。しかしその規模は、社会党の1人区対応が最も多かった1959年選挙（158区）に比べると、それぞれその44.3%（2007年）と65.2%（2011年）にとどまる程度であって、それさえも2015年選挙で再び減少に転じている。

¹⁹ 後に国民民主党と合同する国民協同党を追加しても67区にとどまる。

²⁰ この結果は、表3-2の1947年と同様に32都道府県に限定しても、1959年選挙で自民党と社会党が、それぞれ1人区全体（319）の84.0%（268区）と36.4%（116区）で候補者を擁立したこととなり、全国データの結果とほとんど変わらなかった。

表 3-2 主要政党の選挙区定数別候補者数および選挙区対応

政党	定数	1947年	1951年	1955年	1959年
自民党	1人	95 (65)	174 (135)	288 (219)	409 (352)
	2人	308 (142)	452 (219)	500 (254)	633 (338)
	3人	295 (96)	399 (132)	433 (146)	412 (149)
	4人	336 (81)	513 (120)	366 (101)	392 (110)
	5人	298 (52)	347 (66)	236 (53)	176 (41)
	6人以上	340 (46)	378 (61)	362 (64)	339 (58)
	小計	1,672 (482)	2,263 (733)	2,185 (837)	2,361 (1,048)
社会党	1人	81 (75)	86 (85)	135 (124)	160 (158)
	2人	188 (150)	194 (181)	240 (190)	244 (228)
	3人	139 (97)	130 (107)	151 (116)	158 (123)
	4人	141 (78)	155 (107)	139 (87)	156 (99)
	5人	126 (55)	113 (60)	103 (51)	90 (40)
	6人以上	149 (47)	148 (59)	173 (66)	168 (58)
	小計	824 (502)	826 (599)	941 (634)	976 (706)
共産党	1人	30 (30)	17 (17)	17 (17)	14 (14)
	2人	72 (72)	25 (25)	12 (12)	23 (23)
	3人	54 (54)	37 (36)	22 (22)	17 (17)
	4人	54 (53)	30 (30)	21 (21)	33 (29)
	5人	37 (34)	26 (25)	18 (18)	16 (16)
	6人以上	50 (40)	37 (35)	31 (31)	24 (24)
	小計	297 (283)	172 (168)	121 (121)	127 (123)
自民党 (内訳)	(旧) 自由党	1人	51 (43)	135 (120)	158 (149)
		2人	141 (100)	366 (209)	234 (190)
		3人	133 (73)	293 (127)	196 (116)
		4人	172 (64)	403 (116)	174 (85)
		5人	135 (45)	261 (64)	104 (44)
		6人以上	179 (41)	277 (61)	171 (56)
		小計	811 (366)	1,735 (697)	1,037 (640)
	(旧) 民主党	1人	44 (40)	39 (37)	130 (123)
		2人	167 (115)	86 (74)	266 (193)
		3人	162 (83)	106 (65)	237 (126)
		4人	164 (66)	110 (67)	192 (90)
		5人	163 (46)	86 (39)	132 (44)
		6人以上	161 (43)	101 (41)	191 (59)
		小計	861 (393)	528 (323)	1,148 (635)

注) 表中の数字は候補者数を示し、括弧内の数字は選挙区対応の数を示す。全国データではない年度には網掛けを施した(都道府県の内訳については図3-6を参照)。

表３－２の続き（その２）

政党	定数	1963年	1967年	1971年	1975年	1979年
自民党	1人	402(366)	406(379)	395(382)	383(377)	389(385)
	2人	591(332)	536(327)	538(336)	457(307)	484(315)
	3人	372(146)	367(153)	349(157)	277(150)	301(155)
	4人	302(93)	221(77)	228(78)	226(89)	200(85)
	5人	163(43)	155(47)	131(41)	90(34)	83(32)
	6人以上	359(63)	346(66)	388(72)	346(73)	343(75)
	小計	2,189(1,043)	2,031(1,049)	2,029(1,066)	1,779(1,030)	1,800(1,047)
社会党	1人	144(144)	123(123)	91(91)	141(141)	79(79)
	2人	225(219)	231(226)	197(196)	222(220)	168(168)
	3人	132(118)	138(123)	130(118)	140(131)	127(121)
	4人	132(93)	110(77)	96(74)	103(85)	88(75)
	5人	72(41)	81(46)	63(40)	47(33)	38(32)
	6人以上	178(63)	202(66)	205(71)	194(74)	177(75)
	小計	883(678)	885(661)	782(590)	847(684)	677(550)
共産党	1人	18(18)	99(99)	118(118)	265(265)	51(51)
	2人	31(31)	107(107)	116(116)	217(217)	64(64)
	3人	26(26)	69(69)	78(78)	127(127)	62(62)
	4人	33(33)	51(51)	54(54)	86(84)	57(57)
	5人	23(23)	41(41)	37(36)	39(34)	23(22)
	6人以上	46(46)	66(64)	81(69)	102(74)	94(75)
	小計	177(177)	433(431)	484(471)	836(801)	351(331)
公明党	1人	-	-	-	5(5)	-
	2人	-	4(4)	3(3)	20(20)	15(15)
	3人	-	4(4)	9(9)	46(46)	36(36)
	4人	11(11)	21(21)	23(23)	50(50)	43(43)
	5人	9(9)	24(24)	23(23)	30(30)	21(21)
	6人以上	31(28)	66(50)	77(58)	106(71)	101(70)
	小計	51(48)	119(103)	135(116)	257(222)	216(185)
民社党	1人	19(19)	14(14)	16(16)	13(13)	10(10)
	2人	46(46)	33(33)	30(30)	29(29)	19(19)
	3人	38(37)	36(36)	31(31)	24(24)	25(24)
	4人	45(44)	33(33)	29(29)	28(28)	22(22)
	5人	24(21)	24(22)	17(16)	16(16)	14(14)
	6人以上	48(39)	52(44)	68(53)	64(52)	64(53)
	小計	220(206)	192(182)	191(175)	174(162)	154(142)

表3-2の続き(その3)

政党	定数	1983年	1987年	1991年	1995年
自民党	1人	415(409)	419(419)	380(374)	332(331)
	2人	503(330)	524(346)	540(362)	476(344)
	3人	322(162)	333(164)	323(174)	302(168)
	4人	196(81)	192(76)	167(74)	145(73)
	5人	98(38)	106(38)	91(38)	80(36)
	6人以上	347(72)	360(72)	339(73)	281(70)
	小計	1,881(1,092)	1,934(1,115)	1,840(1,095)	1,616(1,022)
社会党	1人	56(56)	24(24)	38(38)	15(15)
	2人	152(152)	138(138)	164(164)	108(108)
	3人	113(108)	99(97)	126(123)	97(97)
	4人	76(72)	72(68)	74(67)	61(60)
	5人	42(37)	39(36)	42(37)	34(30)
	6人以上	162(71)	148(70)	167(72)	124(64)
	小計	601(496)	520(433)	611(501)	439(374)
共産党	1人	451(451)	209(209)	44(44)	42(42)
	2人	273(273)	147(147)	68(68)	91(91)
	3人	144(144)	90(90)	66(65)	70(70)
	4人	78(78)	62(62)	49(49)	52(52)
	5人	34(33)	30(28)	30(28)	31(29)
	6人以上	95(72)	90(72)	91(73)	83(71)
	小計	1,075(1,051)	628(608)	348(327)	369(355)
公明党	1人	-	2(2)	-	-
	2人	23(23)	22(22)	11(11)	15(15)
	3人	36(36)	39(39)	36(36)	33(33)
	4人	42(42)	40(39)	32(32)	30(30)
	5人	26(26)	28(27)	24(23)	23(23)
	6人以上	99(69)	104(70)	94(70)	89(67)
	小計	226(196)	235(199)	197(172)	190(168)
民社党	1人	11(11)	8(8)	6(6)	23(23)
	2人	22(22)	23(23)	18(18)	73(69)
	3人	28(28)	21(21)	20(20)	42(39)
	4人	21(21)	19(19)	13(13)	20(18)
	5人	20(20)	15(15)	16(16)	9(8)
	6人以上	58(51)	51(45)	46(42)	52(30)
	小計	160(153)	137(131)	119(115)	219(187)
					新進党

表３－２の続き（その４）

政党	定数	1999年	2003年	2007年	2011年	2015年
自民党	1人	362(361)	400(400)	354(352)	316(315)	357(357)
	2人	450(333)	454(328)	431(324)	395(308)	420(331)
	3人	292(169)	296(169)	250(149)	218(141)	227(142)
	4人	132(66)	130(66)	148(76)	143(78)	148(75)
	5人	84(37)	70(33)	90(38)	82(36)	101(42)
	6人以上	284(70)	268(69)	321(71)	272(70)	268(66)
	小計	1,604(1,036)	1,618(1,065)	1,594(1,010)	1,426(948)	1,521(1,013)
社民党	1人	4(4)	3(3)	2(2)	1(1)	－
	2人	37(37)	30(30)	12(12)	11(11)	7(7)
	3人	25(25)	13(13)	12(12)	9(9)	5(5)
	4人	13(13)	10(10)	10(10)	7(7)	6(6)
	5人	17(17)	13(13)	11(11)	6(6)	6(6)
	6人以上	50(36)	45(32)	34(28)	35(26)	28(25)
	小計	146(132)	114(101)	81(75)	69(60)	52(49)
共産党	1人	73(73)	61(61)	37(37)	25(25)	31(31)
	2人	134(134)	119(119)	92(92)	66(66)	91(91)
	3人	110(110)	90(90)	64(64)	51(51)	59(59)
	4人	56(56)	53(53)	51(51)	44(43)	52(52)
	5人	37(35)	32(30)	32(30)	26(25)	33(32)
	6人以上	98(72)	85(66)	86(71)	82(67)	79(66)
	小計	508(480)	440(419)	362(345)	294(277)	345(331)
公明党	1人	－	－	－	－	－
	2人	16(16)	18(18)	20(20)	18(18)	14(14)
	3人	34(34)	34(34)	35(35)	38(38)	37(37)
	4人	28(28)	32(32)	34(34)	33(33)	36(36)
	5人	24(24)	23(23)	26(26)	25(25)	29(29)
	6人以上	97(68)	100(66)	98(63)	95(62)	92(61)
	小計	199(170)	207(173)	213(178)	209(176)	208(177)
民主党	1人	16(16)	17(17)	70(70)	103(103)	27(27)
	2人	67(66)	78(78)	158(158)	201(200)	130(130)
	3人	70(62)	73(66)	92(85)	126(109)	82(81)
	4人	34(30)	38(36)	68(51)	88(64)	55(49)
	5人	23(22)	22(20)	47(33)	56(34)	42(34)
	6人以上	79(52)	76(53)	103(62)	148(67)	90(60)
	小計	289(248)	304(270)	538(459)	722(577)	426(381)

第三節 都市化の進展と政党の対応

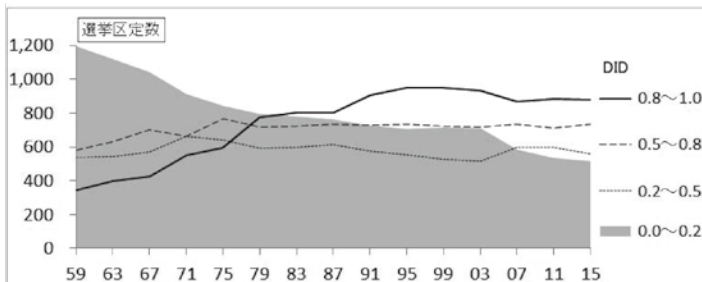
本節では、政党間競争を規定するもう一つの要因として都市化を取り上げ、それが政党の選挙区対応に与える影響、そして前節で検討した選挙区定数との関係について考察する。そのうえで、都市化と選挙区定数が政党間の競争関係にどのような影響を及ぼしたのかについて分析を行う。

1. 都市化の進展と選挙区特性の変化

まず分析に先立ち、各選挙区の都市化度を表す指標として「DID 人口比率」を用いる際に考慮すべき点を述べたい。本章の第一節ですでに述べたように、国勢調査に DID 地区の項目が新たに設けられたのは「昭和の大合併」が完了した1960年のことである。そのため、前掲の表3-1に示したように、選挙区における都市化の分析は1959年以降の選挙に限定される。

また、分析を容易にするために、これから本節で示す図3-7、図3-8、表3-3では、DID 比率に対して四つの区間を設定し、それぞれの推移を示すこととした。ただし、DID 比率が「0」の選挙区が、選挙区総数(17,833区)のほぼ四分の一(4,363区・24.5%)を占めているため、四つの区間は等間隔でなく、0以上20%未満(農村型)、20%以上50%未満(準農村型)、50%以上80%未満(準都市型)、80%以上100%まで(都市型)の四つに分割することにした。以上に基づき、選挙区全体における都市化の推移を示したのが、次に掲げる図3-7である。

図3-7 選挙区の都市化推移：1959～2015年



前節に掲げた図3-4に示されたように、都市化の趨勢（DID人口の増加率）は1970年以降に鈍化し始めるものの、都市化の進行自体は穏やかながらも近年に至るまで続いている。こうした傾向は選挙区レベルにおいても同様に認められるところであり、この図3-7に示されるように、都市型選挙区の増加と農村型選挙区の減少が際立っている。

都市型と農村型が占める割合は、1959年選挙の時点では、選挙区数基準でそれぞれ9.2%（定数基準では13.0%）と49.6%（同45.0%）となり、四つの選挙区カテゴリーのなかでは都市型の選挙区が最も少なかった。これに対して2015年選挙では、都市型の選挙区数が全体の28.3%を占め、農村型の30.6%とほぼ同程度となり、定数基準では都市型（32.7%）が農村型（19.2%）を大きく上回るようになった。このように、都道府県議会議員選挙の選挙区特性は、都市化の影響を受けながら大きく変容してきたといえる。以下では、こうした選挙区特性を踏まえながら、それへの政党の対応を中心に分析を進める。

2. 政党の対応

次に掲げる図3-8は、主要政党の選挙区対応を4つの都市化度の区間に分けて示したものである。全体的な傾向から言えることは、自民党と無所属は選挙区の都市化度にほとんど影響されていないのに対して、非自民政党は、都市化度が高い選挙区ほど候補者を立てる傾向が強いことが分かる。特に社会党の場合、1960年代までは農村型（DID0.0～0.2）でも半数前後（43.1～53.2%）の選挙区で候補者を立てていたが、その後、農村部はもちろん、都市部でも選挙区対応を減らしていき、1989年選挙では農村型で20%を下回り、都市型選挙区でも60%を切るようになった。一方、民社党と公明党は、都市部を中心としている点で共通しているが²¹、民社党が社会党と同様に持続的な低下傾向にあるのに対して、公明党は相対的に堅調な推移をみせている。

また、1990年代以前と以後を比較してみると、1990年代以降に非自民

²¹ 民社党は1991年選挙まで1,266選挙区で候補者を立てたが、そのうち81%（1,026区）がDID0.5以上であった。同期間の公明党は、1,241区のうち、91.6%（1,137区）がDID0.5以上であった。

政党の都市部指向がさらに強まったことが分かる。非自民政党のなかで農村型と準農村型で選挙区対応を増やしたのは民主党だけであり、同党は2007年選挙で、農村型選挙区と準農村型選挙区で前回の41区（候補者数42人）の3倍を超える128区（同143人）に対応し、さらに続く2011年選挙では186区（同211人）へと対応を増加させた。しかし、こうした民主党の積極的な選挙区対応も、1990年代以前と比較した場合、1980年代の社会党をやや下回る程度にとどまるものであり、1960年代の社会党と比較した場合には、その40%にも届かない程度に過ぎない。この点について詳しくは、表3-3を参照されたい。

図3-8 都市化度別主要党派の選挙区対応：1959～2015年

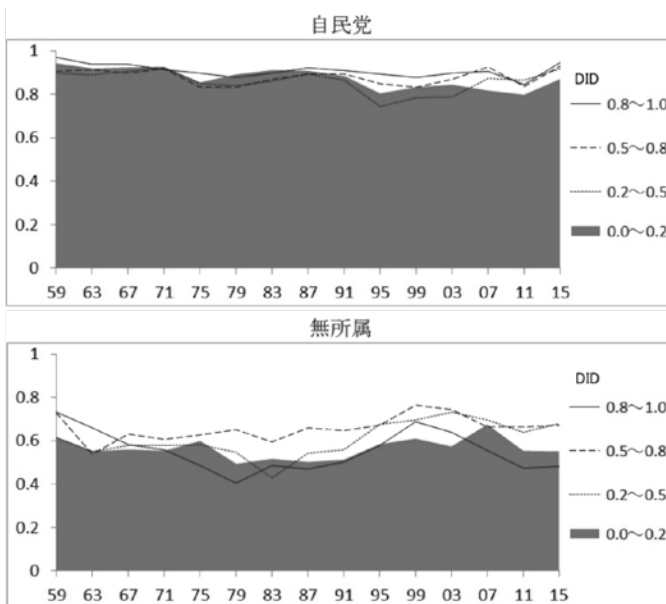


図3-8の続き（その2）

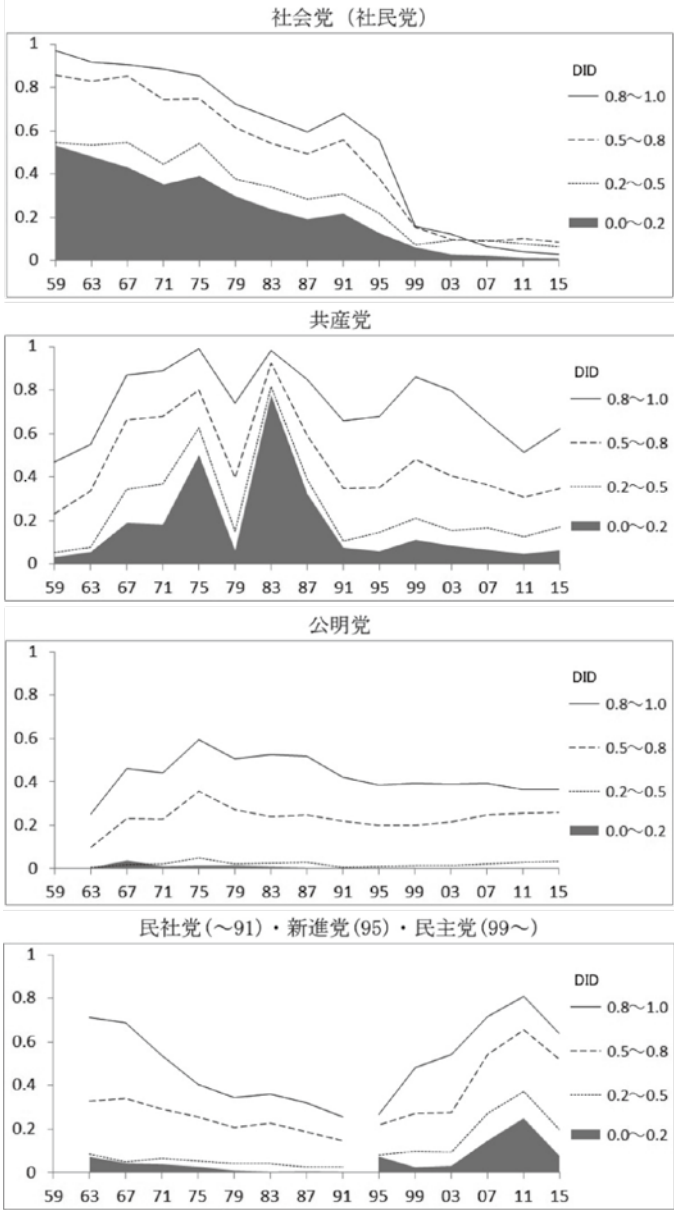


表 3-3 主要政党の DID 人口比率別候補者数および選挙区対応

政党	DID 比率	1959年	1963年	1967年	1971年	1975年
自民党	0.0 ～ 0.2	1,158(528)	1,020(499)	901(495)	794(442)	637(395)
	0.2 ～ 0.5	484(267)	464(274)	469(281)	518(324)	441(290)
	0.5 ～ 0.8	438(152)	446(166)	420(165)	429(166)	430(176)
	0.8 ～ 1.0	281(101)	259(104)	241(108)	288(134)	271(169)
	小計	2,361(1,048)	2,189(1,043)	2,031(1,049)	2,029(1,066)	1,779(1,030)
社会党	0.0 ～ 0.2	342(298)	294(261)	255(231)	176(168)	188(181)
	0.2 ～ 0.5	195(163)	179(164)	188(169)	175(157)	205(185)
	0.5 ～ 0.8	250(144)	249(151)	272(157)	228(135)	254(158)
	0.8 ～ 1.0	189(101)	161(102)	170(104)	203(130)	200(160)
	小計	976(706)	883(678)	885(661)	782(590)	847(684)
共産党	0.0 ～ 0.2	19(19)	31(31)	102(102)	87(87)	232(232)
	0.2 ～ 0.5	16(16)	24(24)	107(107)	130(130)	216(214)
	0.5 ～ 0.8	39(39)	61(61)	122(122)	125(123)	181(169)
	0.8 ～ 1.0	53(49)	61(61)	102(100)	142(131)	207(186)
	小計	127(123)	177(177)	433(431)	484(471)	836(801)
公明党	0.0 ～ 0.2	-	-	2(2)	2(2)	18(18)
	0.2 ～ 0.5	-	2(2)	6(5)	8(8)	20(17)
	0.5 ～ 0.8	-	19(18)	52(43)	49(41)	96(75)
	0.8 ～ 1.0	-	30(28)	59(53)	76(65)	123(112)
	小計	-	51(48)	119(103)	135(116)	257(222)
民社党	0.0 ～ 0.2	-	42(40)	24(24)	19(19)	13(13)
	0.2 ～ 0.5	-	27(27)	16(16)	26(24)	21(19)
	0.5 ～ 0.8	-	69(60)	68(63)	60(53)	61(54)
	0.8 ～ 1.0	-	82(79)	84(79)	86(79)	79(76)
	小計	-	220(206)	192(182)	191(175)	174(162)

注) 表中の数字は候補者数を示し、括弧内の数字は選挙区対応の数を示す。

表３－３の続き（その２）

政党	DID 比率	1979年	1983年	1987年	1991年	1995年
自民党	0.0 ～ 0.2	632(395)	643(402)	634(396)	566(369)	489(333)
	0.2 ～ 0.5	412(277)	430(283)	465(299)	404(279)	321(226)
	0.5 ～ 0.8	408(172)	426(187)	440(191)	428(190)	370(190)
	0.8 ～ 1.0	348(203)	382(220)	395(229)	442(257)	436(273)
	小計	1,800(1,047)	1,881(1,092)	1,934(1,115)	1,840(1,095)	1,616(1,022)
社会党	0.0 ～ 0.2	139(132)	112(105)	88(84)	96(91)	55(53)
	0.2 ～ 0.5	136(124)	120(112)	101(95)	106(99)	68(66)
	0.5 ～ 0.8	187(127)	167(117)	153(106)	169(119)	114(85)
	0.8 ～ 1.0	215(167)	202(162)	178(148)	240(192)	202(170)
	小計	677(550)	601(496)	520(433)	611(501)	439(374)
共産党	0.0 ～ 0.2	28(28)	343(343)	141(141)	32(32)	25(25)
	0.2 ～ 0.5	50(50)	269(268)	131(130)	34(34)	44(44)
	0.5 ～ 0.8	89(82)	207(199)	132(126)	78(74)	82(79)
	0.8 ～ 1.0	184(171)	256(241)	224(211)	204(187)	218(207)
	小計	351(331)	1,075(1,051)	628(608)	348(327)	369(355)
公明党	0.0 ～ 0.2	5(5)	7(7)	7(7)	4(4)	2(2)
	0.2 ～ 0.5	8(7)	9(8)	11(10)	2(2)	3(3)
	0.5 ～ 0.8	70(56)	66(52)	70(53)	57(47)	54(45)
	0.8 ～ 1.0	133(117)	144(129)	147(129)	134(119)	131(118)
	小計	216(185)	226(196)	235(199)	197(172)	190(168)
民社党	0.0 ～ 0.2	5(5)	2(2)	3(3)	2(2)	34(31)
	0.2 ～ 0.5	15(14)	14(14)	9(9)	9(9)	27(25)
	0.5 ～ 0.8	53(43)	55(49)	44(40)	32(31)	65(49)
	0.8 ～ 1.0	81(80)	89(88)	81(79)	76(73)	93(82)
	小計	154(142)	160(153)	137(131)	119(115)	219(187)
						新進党

表 3-3 の続き (その 3)

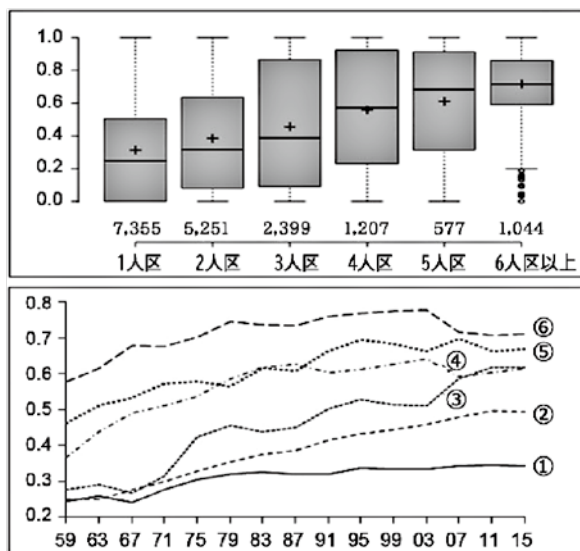
政党	DID 比率	1999年	2003年	2007年	2011年	2015年
自民党	0.0 ～ 0.2	506(355)	527(365)	408(305)	355(281)	374(295)
	0.2 ～ 0.5	308(227)	311(226)	386(236)	369(227)	366(231)
	0.5 ～ 0.8	375(187)	377(199)	402(190)	342(171)	377(190)
	0.8 ～ 1.0	415(267)	403(275)	398(279)	360(269)	404(297)
	小計	1,604(1,036)	1,618(1,065)	1,594(1,010)	1,426(948)	1,521(1,013)
社民党	0.0 ～ 0.2	27(27)	13(13)	9(9)	5(5)	4(4)
	0.2 ～ 0.5	22(22)	27(27)	26(26)	21(21)	17(17)
	0.5 ～ 0.8	46(35)	31(23)	23(19)	25(21)	20(18)
	0.8 ～ 1.0	51(48)	43(38)	23(21)	18(13)	11(10)
	小計	146(132)	114(101)	81(75)	69(60)	52(49)
共産党	0.0 ～ 0.2	48(48)	37(37)	25(25)	17(17)	22(22)
	0.2 ～ 0.5	61(61)	44(44)	46(45)	34(33)	44(43)
	0.5 ～ 0.8	116(108)	98(93)	80(75)	70(63)	76(71)
	0.8 ～ 1.0	283(263)	261(245)	211(200)	173(164)	203(195)
	小計	508(480)	440(419)	362(345)	294(277)	345(331)
公明党	0.0 ～ 0.2	1(1)	1(1)	-	-	-
	0.2 ～ 0.5	4(4)	4(4)	6(6)	8(8)	9(9)
	0.5 ～ 0.8	58(45)	63(49)	69(51)	69(52)	68(53)
	0.8 ～ 1.0	136(120)	139(119)	138(121)	132(116)	131(115)
	小計	199(170)	207(173)	213(178)	209(176)	208(177)
民主党	0.0 ～ 0.2	11(11)	15(14)	64(55)	100(88)	27(26)
	0.2 ～ 0.5	30(29)	27(27)	79(73)	111(98)	52(49)
	0.5 ～ 0.8	69(61)	72(63)	138(111)	187(134)	133(106)
	0.8 ～ 1.0	179(147)	190(166)	257(220)	324(257)	214(200)
	小計	289(248)	304(270)	538(459)	722(577)	426(381)

以上のように、政党の選挙区対応は選挙区定数が大きいほど、そして都市化度が高いほど、頻度が高くなる傾向にあり、その傾向は自民党以外の政党において特に顕著であることが明らかとなった。

3. 選挙区定数と都市化度との関係

続いて選挙区定数と都市化との関連性について検討しよう。前節ですでに触れたように、「昭和の大合併」は農漁村的性格の強い1人区を多くもたらした。このことは、選挙区定数と都市化とのあいだに相関があることを示唆している。そこで、両者が実際にいかなる関係にあったのかを調べるために、選挙区定数ごとの都市化度の分布を図3-9に表した。この図は、1959年選挙から2015年にかけて実施された全ての選挙区を対象に、選挙区規模における都市化度の分布状況を上図の箱ひげ図で表し、下図において選挙区規模における平均都市化度の時系列推移を表したものである。

図3-9 選挙区定数別都市化度



注) 上図と下図の縦軸はDID 人口比率を示す。

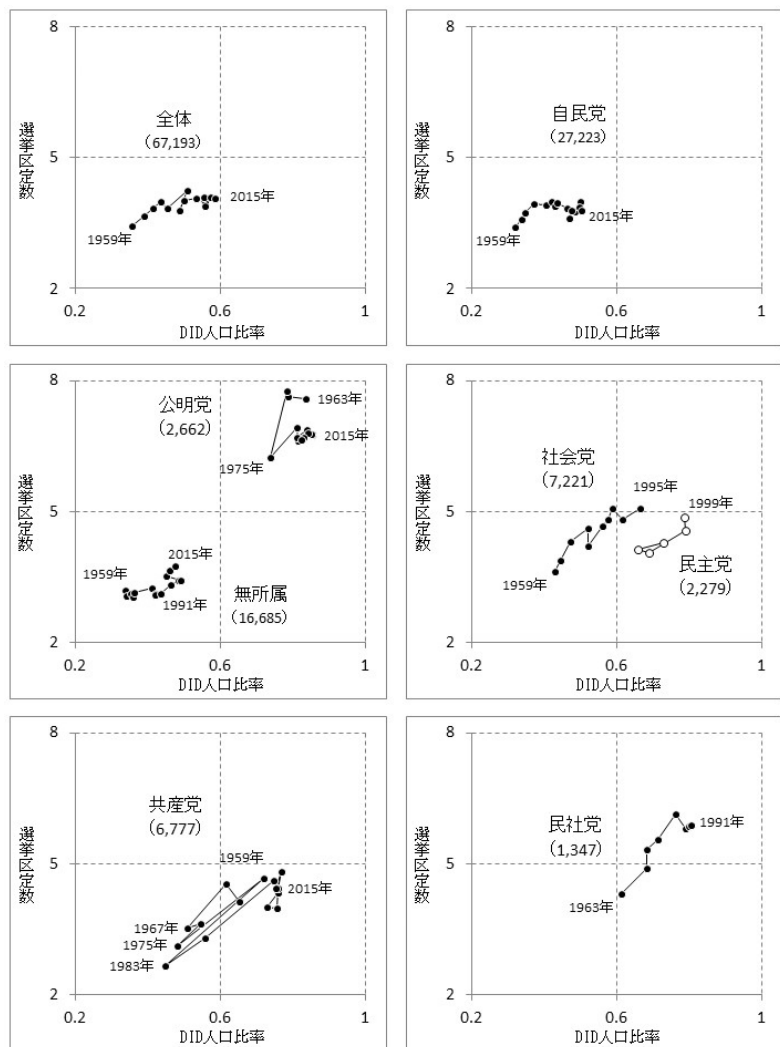
この図3-9の上図からは、選挙区規模が大きくなるにつれて都市化度の平均値(+印)と中央値(箱中の横線)が大きくなり、定数 $3 > 4 > 5 > 2 > 1 > 6$ 以上、の順で都市化度のバラツキが大きいことが明らかになる。また、1人区の大半(第三四分位数)がDID人口比率50%以下の地域に位置するのに対して、6人(以上)区の半数がDID人口比率59%~86%の区間に集まっていることから、1人区と6人(以上)区が農漁村的性格と都市的性格が強い地域をそれぞれ代表しているように思われる。

さらに同じく図3-9の下図からは、上図にみられる選挙区の定数と都市化度との相関性が、時間の経過にもかかわらず概ね保たれていることが窺える。なかでも1人区は一貫して農漁村的性格が顕著であることが確認される。選挙区の都市化度は、選挙区定数とともに政党の選挙対応に影響を与える要因と目されるが、このように、両要因のあいだに相関関係が認められるということは、特に、非自民政党の選挙区対応においてさらなる制約要因となる可能性を示唆する。「昭和の大合併」期とその後社会党が1人区への対応頻度を持続的に減少させたのは、この二つの制約要因に規定された結果であろうと思われる。

4. 選挙区特性と政党間競争

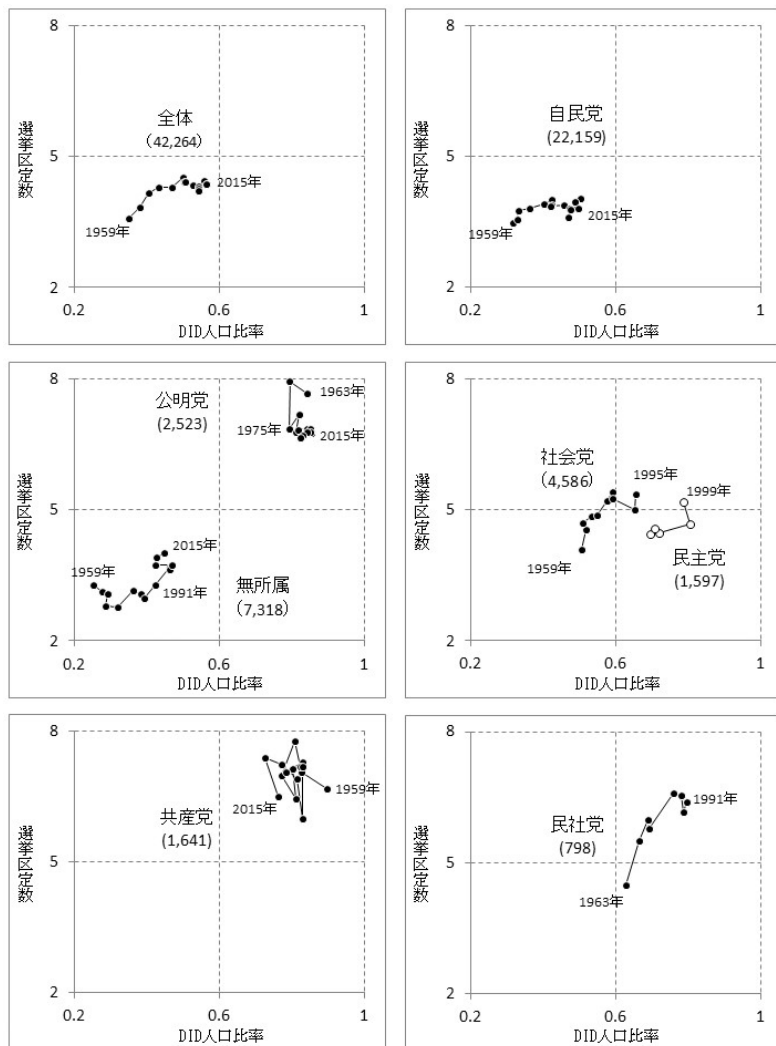
では、都市化度や選挙区定数といった選挙区特性は、政党間競争にいかなる影響を与えたのだろうか。次に掲げる図3-10と図3-11は、これらの要因による影響の時系列的な変化を示すために、「DID人口比率」を横軸に、「選挙区定数」を縦軸にとり、主要政党が候補者を擁立し、あるいは主要政党の候補者が当選した選挙区特性をそれぞれ集計し、その平均値を選挙年ごとにプロットしたものである。なお、ここで分析の対象とするのは、各党派の候補者および当選者個人が置かれている選挙区の平均的特性であるために、全ての平均値は選挙区における党派別人数で加重し求めた。

図3-10 選挙区特性と政党の対応（候補者基準）



注) 括弧内の数字は候補者数を示す。

図3-11 選挙区特性と政党の対応（当選者基準）



注) 括弧内の数字は当選者数を示す。

図3-10と図3-11の「全体」は、当該分析時点において選挙区特性が全体的にどの位置にあるかを示すものである。その軌跡を辿ると、まず都市化度と定数は概ね1970年代までともに増加傾向にあったものの、その後は、都市化度は微増し、定数は停滞していることが確認される。こうした全体的な推移を考慮しながら、主要政党のプロット位置とその変化を比較すると、次のようなことがいえる。

第一に、自民党と非自民政党の位置は、候補者基準の共産党を除けば、全体的に対照的な関係にある。各政党は、分布図の左下から右上方向に、無所属→自民党→社会党→民社党→共産党＝公明党の順に位置しており、したがって、政党の選挙区特性は、同様の順に選挙区規模が大きく都市部の性格が強まると評価することができる。

第二に、このような政党の位置関係は、経年とともにさらに強まることが窺える。というのも、例えば、候補者基準で社会党や民社党の（横軸上）移動幅は、それぞれ同期間の自民党の1.4倍と1.5倍となり、また共産党も1987年以降になると、農村部への対応が大幅に減少したからである。民主党の場合は、他の政党と異なる移動方向を示しているようにもみえるが、1995年以前の社会党と比べてみると、やはり都市部に偏っていることに変わりはない。

第三に、これらの図は、政党公認候補者と当選者個人がそれぞれ置かれた選挙区特性の平均値を示しており、このことを踏まえれば、一方で無所属と自民党が、他方で社会党（または民主党）と公明党と共産党とが、それぞれ相互に競合関係に置かれていたことが窺える。この点については節を改めて考察することにする。

第四節 政党間の競争構図と政党間競争の規定要因

前節までは、選挙区特性（選挙区定数と都市化度）と政党間競争との関係について、個々の政党を中心に検討した。本節では、これまで確認された対応傾向を示す政党が、選挙区レベルにおいて、お互いにかなる関係を形成していたのかを、政党間の競争構図から考察する。そのうえで、競争構図から導かれる非競争区の特徴とともに、非競争区の発生を促す要因を分析する。

1. 政党間の競争構図

都道府県議会議員選挙における政党間の競争関係の態様を把握するには、まず、選挙区レベルにおいて、各政党の競争相手となる党派がいかに分布しているのかを確認する必要がある。そこで、本稿は各政党にとっての選挙区レベルでの競争相手（党派）の選挙区対応頻度を、1995年選挙の前後に分けてまとめ、次に掲げる表3-4および表3-5にそれぞれ示した。表の最上段の各党派（政党）の選挙区対応頻度は、選挙区総数（表の注を参照）の割合で表の最下段にそれぞれ示し、表の各列の数字は、最上段の党派（政党）が選挙区レベルで競争相手となった党派（表の最左列）の頻度数である。そして、各列の括弧内の数字は、総選挙区対応（最下段）に占める割合を示す。また、同表の各党派は、互いに競争相手であることを想定しているため、分析対象となるのは、分析期間を通じて常に存在していた政党にかぎられる。ただし表3-5の民主党については、新進党のデータを足し合わせて示すことにした。

表3-4 選挙区レベルにおける競争相手の頻度：1963～1991年

	無所属	自民党	社会党	共産党	公明党	民社党
無所属	— ()	4,402 (51.6)	2,438 (53.1)	2,181 (52.0)	768 (61.9)	681 (53.8)
自民党	4,402 (84.0)	— ()	4,313 (93.9)	3,831 (91.3)	1,220 (98.3)	1,207 (95.3)
社会党	2,438 (46.5)	4,313 (50.5)	— ()	2,603 (62.0)	1,122 (90.4)	1,076 (85.0)
共産党	2,181 (41.6)	3,831 (44.9)	2,603 (56.7)	— ()	1,165 (93.9)	1,010 (79.8)
公明党	768 (14.7)	1,220 (14.3)	1,122 (24.4)	1,165 (27.8)	— ()	643 (50.8)
民社党	681 (13.0)	1,207 (14.1)	1,076 (23.4)	1,010 (24.1)	643 (51.8)	— ()
総選挙区対応 (%)	5,239 (54.8)	8,537 (89.3)	4,593 (48.1)	4,197 (43.9)	1,241 (13.0)	1,266 (13.2)

注) 選挙区の総数：9,555

表３－５ 選挙区レベルにおける競争相手の頻度：1995～2015年

	無所属	自民党	社会党 (社民党)	共産党	公明党	民主党
無所属	－	3,545 (58.2)	542 (68.5)	1,425 (64.6)	726 (69.7)	1,209 (56.7)
自民党	3,545 (79.1)	－	741 (93.7)	2,041 (92.5)	1,001 (96.1)	1,982 (92.9)
社会党	542 (12.1)	741 (12.2)	－	493 (22.3)	306 (29.4)	304 (14.3)
共産党	1,425 (31.8)	2,041 (33.5)	493 (62.3)	－	938 (90.0)	1,190 (55.8)
公明党	726 (16.2)	1,001 (16.4)	306 (38.7)	938 (42.5)	－	727 (34.1)
民主党	1,209 (27.0)	1,982 (32.5)	304 (38.4)	1,190 (53.9)	727 (69.8)	－
総選挙区対応 (%)	4,483 (62.7)	6,094 (85.3)	791 (11.1)	2,207 (30.9)	1,042 (14.6)	2,133 (29.8)

注) 選挙区の総数：7,148。表中の民主党には新進党のデータが含まれている。

この表３－４と表３－５の結果からは、次の点が指摘できる。

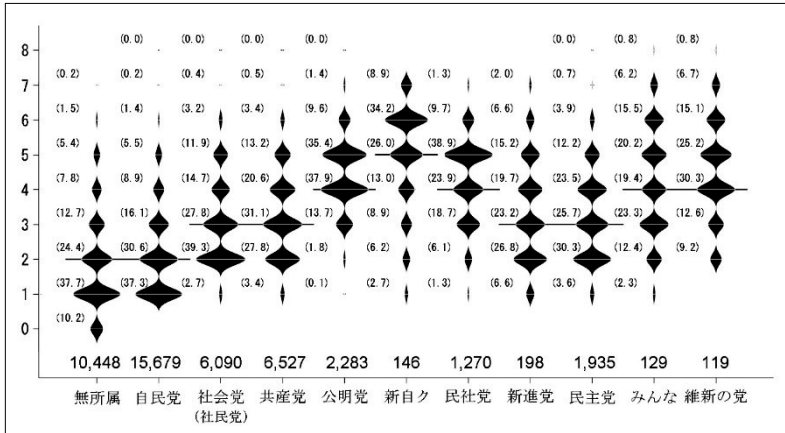
第一に、全期間を通じて最も競争頻度が高いのは、自民党と無所属の組み合わせである。自民党にとって無所属が競争相手となる頻度は1991年までが51.6%、1995年以降が58.2%で、各時期それぞれ第二党であった社会党との50.5%と民主党との32.5%を上回っている。

第二に、非自民政党の選挙区対応はいずれの政党も50%に届かないが、表中の非自民政党のすべてが90%以上の頻度で自民党と対決構図を形成している。この結果は、一方においては、選挙区対応において全期間平均で87.6%にも及ぶ自民党の強さを、他方においては、自民党以外の政党の弱さを表しているものと考えられる。

第三に、表の列ごとの頻度分布(割合)を政党間で比較してみると分かるように、非自民政党は自民党や無所属と違って、自民党以外の他の政党とも非常に高い頻度で競争している。これは、都道府県議会議員選挙における政党間競争が、多党化を含めて非常に限定されたかたちで行

われていることを示すものと考えられる。これについては、次の図3－12に示される、選挙区レベルにおける政党の数からより正確に確認することができる。

図3－12 選挙区レベルにおける政党の数：1959～2015年



注) 総選挙区対応が100以上を対象とした。縦軸は政党の数、横軸の上段は政党別選挙区対応の合計、括弧内の数字は、各政党の総選挙区対応に占める割合、太い横線は中央値を示す。

この図3－12は、1959年選挙から2015年選挙までの選挙区レベルにおける競争構図を、各選挙区内の政党の数で表したものである。同図で分析対象となる政党については、政界再編以降の離合集散が頻発していたことから、対応選挙区数が合計で100以上となる政党に限定することとした。同図では、最下段に示される各政党が、それぞれ立候補した選挙区における自らを含めて存在していた政党数を縦軸で示している。

まず同図の中央値（太い横線）をみると、新自由クラブが5政党で最も多く、公明党・民社党・みんなの党・維新の党がそれぞれ4政党、社会党・共産党・新進党・民主党はそれぞれ3政党となっている。これに対して、自民党と無所属は、2以下の政党間の競争が大半を占めている。

次に、政党数を2以下に限定してみると、自民党が政党数2以下の選挙区が全体（選挙区数）の67.9%（10,647区）となっているのに対して、社会党は42.0%（2,558区）、共産党は31.2%（2,039区）、公明党は1.9%（44

区)、民主党は33.9% (656区) となり、非自民政党が多党間の競争状況に置かれていることが分かる。

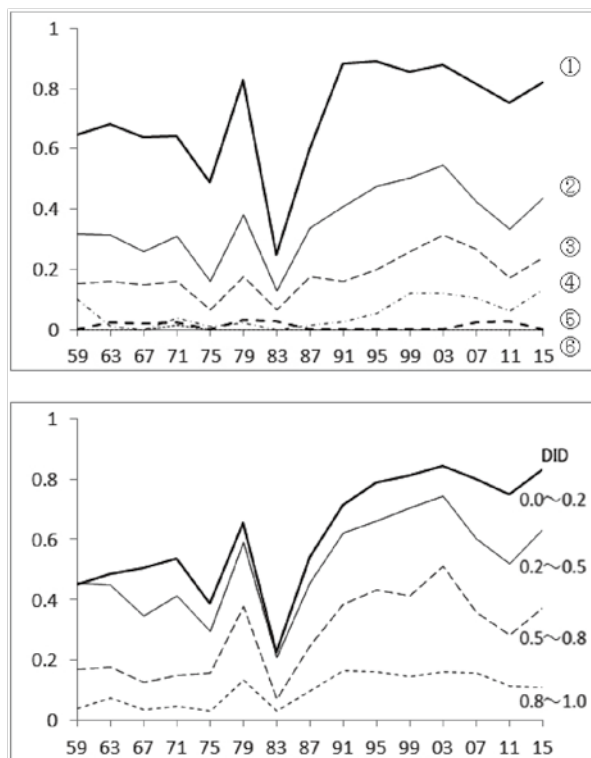
さらに政党数が1以下の選挙区、すなわち政党間競争が行われていない選挙区（非競争区）をみると、事例件数は合計7,624区となり、全体選挙区数の42.8%を占めている。そのうち、非自民政党が含まれる事例はわずか9.2% (699区) に過ぎないのに対して、自民主党が含まれる事例は、すべての非競争区の76.8% (5,856区)、政党が存在しない無所属だけの選挙区は、全非競争区の14.0% (1,069区) を占めている。このことは、非競争区はその大半が、自民主党と無所属の参加に限定されていることを示すと考えられる。

2. 非競争区の規定要因

これまでみてきたように、都道府県議会の政党化は、選挙区レベルの政党間競争に規定され、とりわけ政党間の競争が事実上存在しない非競争区で無所属の発生が促されてきた。そして、政党間競争は、基本的に非自民政党の選挙区対応にかかっており、非自民政党の選挙区対応は選挙区定数と都市化度に規定されてきた。このような選挙区定数と都市化度、ならびに非競争区との関係をグラフで表したのが次の図3-13である。

まず、図3-13の上図は、各選挙区定数において非競争区が占める割合を選挙区数基準で示したものである。1959年選挙から2015年選挙までの全期間の平均をみると、1人区の71.1%、2人区の35.9%、3人区の18.2%、4人区の5.3%、5人区の1.2%、6人区以上の0.1%がそれぞれ非競争区となっている。また下図の都市化度では、農村型の60.5%、準農村型の50.5%、準都市型の28.9%、都市型の11.3%が非競争区となり、選挙区定数が小さいほど、また都市化度が低いほど、非競争区が多い傾向にあることが分かる。

図3-13 選挙区の特徴における非競争区の割合推移



注) 上図と下図の縦軸は選挙区数の割合を示す。

このような結果が選挙区レベルにおいて統計的に有意であるかどうかを検証するために、政党間競争の有無（非競争区であるか否か）を従属変数とするロジスティック回帰分析を行った。なお、分析に先立ち、独立変数である選挙区規模と都市度（DID 人口比率）という2変数のあいだには、次に掲げる表3-6に示されるように相関関係の存在が確認されたため、多重共線性がないか、分散拡大要因（Variance Inflation Factor：VIF）を求めて確認した。その結果、2変数ともに、1959年選挙から2015年選挙にかけて1.08から1.14の範囲に収まり、両変数間に多重共線性の問題が生じるとは考えられず、両変数を独立変数として解釈することに問題がないと判断した。

表3-6 選挙区規模と都市化度（DID 人口比率）との相関関係

	1959年	1963年	1967年	1971年	1975年
Pearson の相関係数	.279**	.315**	.353**	.330**	.305**
N	1,130	1,144	1,145	1,155	1,203
	1979年	1983年	1987年	1991年	1995年
Pearson の相関係数	.308**	.303**	.303**	.315**	.304**
N	1,211	1,229	1,232	1,236	1,246
	1999年	2003年	2007年	2011年	2015年
Pearson の相関係数	.307**	.300**	.271**	.264**	.269**
N	1,246	1,254	1,156	1,137	1,109

** : $p < .01$

次に掲げる表3-7は、選挙区規模と DID 人口比率を独立変数とし、選挙区レベルにおける政党間競争の有無を従属変数とするロジスティック回帰分析を行い、その結果を示したものである。まず、正判別率は、1959年選挙から2015年選挙までにおいて、1987年の72.9%を除いて全て75%以上であり、疑似決定係数(Nagelkerke の R^2)は1959年選挙、1975年選挙、1983年選挙、1987年選挙の4回を除き、0.434～0.653を示していることから、この回帰式は選挙区レベルの政党間競争状況を比較的良好に説明しているといえる。

この表に示されている係数および有意確率の結果からは、次の点を指摘することができる。まず、選挙区定数と DID 人口比率の変数は、全ての選挙において1%水準で有意な影響を与えていた。すなわち選挙区定数が小さいほど、また DID 人口比率が低いほど、非競争区となる傾向にあることが示された。さらに時系列変化をみると、回帰式の疑似決定係数と正判別率は、1991年選挙以降、ともに高くなっている。これは、非自民政党の選挙区対応が、1991年選挙以降、都市部と定数の大きい選挙区にさらに集中するようになったことを表していると考えられる。なお1975年選挙、1983年選挙、1987年選挙の3回の選挙において疑似決定係数が低い値を示しているのは、これらの選挙で共産党の選挙区対応が急増したことによるものと考えられる。このように、選挙区定数と都市化は両者ともに、自民党以外の政党において選挙区対応の制約要因となることが認められた。

表3-7 非競争区要因のロジスティック回帰分析結果

第4回 (1959年)		第5回 (1963年)	
非競争区		非競争区	
B (標準誤差)		B (標準誤差)	
選挙区定数	-1.174 (.094) **	選挙区定数	-1.457 (.109) **
DID 人口比率	-2.248 (.301) **	DID 人口比率	-2.605 (.315) **
定数項	2.266 (.194) **	定数項	2.876 (.218) **
N=1,130、Nagelkerke R ² : .376、** : p < .01 正判別率 : 75.0%		N=1,144、Nagelkerke R ² : .444、** : p < .01 正判別率 : 76.5%	
第6回 (1967年)		第7回 (1971年)	
非競争区		非競争区	
B (標準誤差)		B (標準誤差)	
選挙区定数	-1.482 (.116) **	選挙区定数	-1.257 (.103) **
DID 人口比率	-3.492 (.354) **	DID 人口比率	-3.125 (.309) **
定数項	2.876 (.225) **	定数項	2.681 (.212) **
N=1,145、Nagelkerke R ² : .465、** : p < .01 正判別率 : 77.5%		N=1,155、Nagelkerke R ² : .434、** : p < .01 正判別率 : 76.1%	
第8回 (1975年)		第9回 (1979年)	
非競争区		非競争区	
B (標準誤差)		B (標準誤差)	
選挙区定数	-1.511 (.133) **	選挙区定数	-1.760 (.116) **
DID 人口比率	-2.291 (.292) **	DID 人口比率	-2.526 (.259) **
定数項	2.117 (.218) **	定数項	4.162 (.248) **
N=1,203、Nagelkerke R ² : .382、** : p < .01 正判別率 : 77.1%		N=1,211、Nagelkerke R ² : .570、** : p < .01 正判別率 : 80.3%	
第10回 (1983年)		第11回 (1987年)	
非競争区		非競争区	
B (標準誤差)		B (標準誤差)	
選挙区定数	- .781 (.120) **	選挙区定数	-1.066 (.093) **
DID 人口比率	-1.791 (.304) **	DID 人口比率	-2.051 (.226) **
定数項	.194 (.201) **	定数項	2.168 (.181) **
N=1,229、Nagelkerke R ² : .186、** : p < .01 正判別率 : 84.5%		N=1,232、Nagelkerke R ² : .373、** : p < .01 正判別率 : 72.9%	

表3-7の続き（その2）

第12回（1991年）		第13回（1995年）	
非競争区		非競争区	
B（標準誤差）		B（標準誤差）	
選挙区定数	-2.058 (.130) **	選挙区定数	-1.927 (.126) **
DID 人口比率	-2.807 (.261) **	DID 人口比率	-3.443 (.269) **
定数項	5.078 (.290) **	定数項	5.436 (.306) **
N=1,236、Nagelkerke R ² : .635、** : p < .01 正判別率 : 83.0%		N=1,246、Nagelkerke R ² : .653、** : p < .01 正判別率 : 82.3%	

第14回（1999年）		第15回（2003年）	
非競争区		非競争区	
B（標準誤差）		B（標準誤差）	
選挙区定数	-1.490 (.105) **	選挙区定数	-1.503 (.107) **
DID 人口比率	-3.535 (.253) **	DID 人口比率	-3.758 (.262) **
定数項	4.748 (.268) **	定数項	5.189 (.289) **
N=1,246、Nagelkerke R ² : .612、** : p < .01 正判別率 : 83.2%		N=1,254、Nagelkerke R ² : .632、** : p < .01 正判別率 : 82.2%	

第16回（2007年）		第17回（2011年）	
非競争区		非競争区	
B（標準誤差）		B（標準誤差）	
選挙区定数	-1.262 (.100) **	選挙区定数	-1.355 (.111) **
DID 人口比率	-3.304 (.246) **	DID 人口比率	-3.281 (.250) **
定数項	4.059 (.245) **	定数項	3.743 (.243) **
N=1,156、Nagelkerke R ² : .578、** : p < .01 正判別率 : 81.0%		N=1,137、Nagelkerke R ² : .572、** : p < .01 正判別率 : 76.5%	

第18回（2015年）	
非競争区	
B（標準誤差）	
選挙区定数	-1.307 (.107) **
DID 人口比率	-3.878 (.270) **
定数項	4.474 (.275) **
N=1,109、Nagelkerke R ² : .626、** : p < .01 正判別率 : 82.5%	

第五節 小括

本章では、都道府県議会議員選挙の選挙区の特徴が、戦後いかに変化してきたのか、そして政党はそのような選挙区環境にどのように対応してきたのかを中心に分析を行った。都道府県議会議員選挙の選挙区構成は、戦後2回にわたって行われた市町村の「大合併」と人口移動によって大きく変化した。特に「昭和の大合併」と高度経済成長に伴う都市部への人口集中は、農漁村的性格の強い1人区の急増をもたらした。このような選挙区環境の変化は、都市部を主たる支持基盤とする都市型政党において極めて不利に働いたと推測される。

この推測に関する本章の分析からは、非自民政党は選挙区の定数が大きくなるにつれて選挙区への対応頻度が高くなる傾向が顕著となり、また選挙区の都市化度においては、自民党、社会党、民社党、共産党＝公明党の順に都市的性格が強まることが示された。そして、こうした分析結果が統計的に有意であるかを検証するために、選挙区レベルにおける政党間競争を規定する要因として選挙区定数と都市化を取り上げ、同一選挙区内の政党間競争の有無を従属変数とするロジスティック回帰分析を行って、それらの影響を検討した。その結果、選挙区定数が小さいほど、またDID人口比率が低いほど、政党間非競争状況となる傾向にあったことが確認された。

以上の結果を、前章で検討した都道府県議会議員の政党化との関連で考えると、都道府県議会議員の政党化は選挙における政党間競争によって規定されるが、政党間競争は、一方においては55年体制の成立や1993年の政界再編のように、突発的な出来事に影響されながら、他方においては選挙区定数や都市化などの構造的要因によっても規定されてきたと解することができるだろう。

終章 結論

本稿では、戦後日本の都道府県議会議員選挙における政党間競争が議員の政党化にいかなる影響を与えてきたのか、政党間競争を規定する要因は何であったのか、という二つの問いの答えを、実証的に探ってきた。

本章では、本稿の分析から得られた知見をまとめるとともに、残された課題を論じる。

第一節 知見

本稿の分析の結果として得られた知見は、次のようにまとめられる。

第一に、無所属議員の発生と消滅は選挙区レベルにおける政党間競争によって規定されることが実証された。選挙区対応の分析からは、55年体制の成立により政党間競争が激化し、1990年代の政界再編により政党間競争が弛緩したこと、そしてそれが都道府県議会議員の無所属比率の推移と一致するものであったことが確認された。さらに、非競争区の分析からは、政党間競争が存在しない非競争区の無所属比率が、政党間競争が存在する競争区よりも一貫して高い値を示していたことが実証的に確認された。

第二に、政党間競争は都市化度と選挙区定数によって規定されていたことが確認された。これらの要因は、自民党よりも自民党以外の、おもに都市部を支持基盤とする諸政党に影響しており、そのため、多党化に伴う政党間競争はおもに都市部に限定されることとなった。これに対して農漁村的性格の強く、かつ定数の小さい選挙区であればあるほど、自民党以外の政党は参入しない選挙区となり、その結果、事実上、政党間競争のない「非競争区」となる傾向にあったことが確認された。

第二節 含意

本稿では、競争主体間の「相互作用」という選挙区レベルにおける政党間競争に注目して、無所属議員の発生メカニズムを理解することで、以上のような知見を得た。これは一方において、政党化に対する多元主義的な解釈や、投票判断基準を強調する制度要因の仮説とは異なる含意を持ち、他方においては、従来の理論的推定と現実との乖離を埋める試みであったといえよう。投票判断基準による解釈やその問題点については、すでに第一章で触れたので、ここでは多元主義的な解釈について少し述べておきたい。

1980年代の多元主義論争を主導した村松岐夫は戦前戦後断絶論（＝戦前戦後非連続論）に立ち、戦後日本の地方自治を説明した²²。当初その議論は、行政学界で圧倒的な影響をもっていた辻清明のパラダイム、つまり官僚優位、中央集権というモデルの妥当性を問うものであった²³。戦前戦後断絶論において重要となるのは、市民や諸団体の政治参加、市長の地方政治過程におけるリーダーシップ、地方議員の活動様態、議員と行政過程の関連構造等であり²⁴、なかでも地方議員の活動を理解するうえでひとつの鍵となるのが、地方議員の政党化とされた。

地方議員の政党化は、議員行動、議会の機能と運営、首長と議会の関係に強い影響を与えるものとされたが²⁵、村松らは地域社会の規模や社会的・経済的特徴と政治との関係に関するダールとタフティ²⁶の議論に基づいて、地方議員の政党化を都市化とパラレルな関係にあるものとして捉えた²⁷。すなわち、小規模システム（農村部）では構成員の同質性は増大し、多数派への異議申立人が少ないため、政党はほとんど存在せず、政党が登場しはじめる場合でも一党制になる傾向が大きい²⁸が、大規模システム（都市部）では構成員の多様性が増大し、それにより競合的な諸政党が発達し、政党性が高まるという理解であった²⁸。しかし、本稿の分析から明らかなように、都道府県議会議員の政党化は、都市化や1963年選挙以降の多党化によってではなく、55年体制の成立を唯一の契機と

²² 村松岐夫『戦後日本の官僚制』（東洋経済新報社、1981年）、278頁。

²³ 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）、3－25頁。

²⁴ 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）、24頁。

²⁵ 村松岐夫・伊藤光利『地方議員の研究：日本の政治風土の主役たち』（日本経済新聞社、1986年）、57－58頁。

²⁶ Robert A. Dahl and Edward R. Tufte, *Size and Democracy*, Stanford: Stanford University Press, 1973（内山秀夫訳『規模とデモクラシー』慶応通信、1979年）

²⁷ 村松・伊藤・前掲注（25）、12頁。

²⁸ 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：京都市市町村会議員調査（1）」『法学論叢』107巻3号（1980年）、87頁。同・前掲注（25）、84頁。

している。これは当然、多元主義モデルの妥当性に疑問を投げかける結論である。

多元主義的解釈が持つ問題点としては、それが政党間競争を強調している点において、本稿と共通しているものの、他方で、政党間競争の促進要因においては、政党の自律性、すなわち政党自ら戦略的行動をとる可能性をほとんど考慮に入れず、専ら都市化に伴う多様化（多元化）という条件だけに着目していたことが挙げられる。つまり村松らは、政党間の競争を、都市化によって多様化された有権者の選好分布に相応するものとして捉えている点でダウنزに近く²⁹、そのため、都市化やそれによる有権者の多様化以外の要因、例えば55年体制の成立による保革対立の激化や、多党化を伴わない政党間競争の可能性などが入る余地が、彼らの議論にはそもそもなかったのである。

これに対して本稿は、地方議員の政党化を、都市化の進行により自然発生的に生じるものではなく、競争主体間の「相互作用」に基づいた政党間競争によって大きく規定されるものと想定し、戦後の全期間にわたるほぼすべての選挙区を対象にして、その妥当性を実証した。さらに本稿では、都道府県議会の政党システムを理解するために、規模において第二党に匹敵する無所属議員に注目する一方、無所属の発生と消滅については、不均等な政党間競争から説明するという方法を採用している。これは、無所属と政党間関係の両側面を往復する分析を行う点で、政党間関係の形成と変容をより多面的に説明することを可能にするものと考えられたためである。そしてその結果、自民党一党優位体制においてその一角を担う無所属議員の発生する条件や、政党の支持基盤や選挙区構成の変化、そしてそれに伴う政党の選挙区対応の変化、これらの結果としての政党間競争の弛緩傾向など、いくつかの重要な知見が得られた。

これらは、いずれも自民党一党優位体制の堅調さを示すもので、その意味からすると、本稿は「自民党はなぜ強いのか」に関する研究ともいえる。また、55年体制を「実質上自民党支配の体制」³⁰と定義するならば、

²⁹ A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper and Row, 1957（古田精司訳『民主主義の経済理論』成文堂、1980年）

³⁰ 升味準之輔『現代日本の政治体制』（岩波書店、1969年）、196頁。

これは「都道府県レベルにおける55年体制の持続」に関する考察でもある。そしてこの点は、とりわけ国政との関係から重要な意味をもつと考える。近年、国政レベルにおいて两大政党の進展が阻害された要因として衆議院小選挙区と地方議会の選挙区との制度的不均一が取り上げられるなど、地方と中央との相互影響を考慮した分析が注目されている³¹。そして、これらの研究においても指摘されるように、国政選挙において地方議員が大きな役割を果たしていることはよく知られており、関連研究も多い³²。しかしこれまでの研究では、地方政治について、国政を上回る自民党一党優位体制を当然の前提とされてきたが、これに対して本稿は、こうした自民党の優位性はいかなる条件下でどのような過程を通じて可能になったのかを明らかにするものであって、その意味において、本稿で示した知見は、国政レベルの政党間関係を理解するうえで新たな示唆を与える可能性を備えているといえる。

第三節 課題

本稿では、無所属議員を通して戦後日本の地方議会における政党化を分析することを目的とし、都道府県議会議員選挙を主たる分析対象としているが、地方議会における政党間競争に影響を及ぼすとされる知事については、まったく触れていない。

日本の地方政府は、首長と議会という二元代表制が採られており、近年においては、地方政府の二元代表制における権限配置と選好配置に注目し、都道府県の政策選択との関連性を分析した研究³³や、知事の政治

³¹ 「小選挙区の導入によりかえって政策対抗的两大政党の進展が阻害された要因として、理論的に仮定し、実証的に特定したのが、衆議院小選挙区と地方議会（特に都道府県議会の小から大に至る）選挙区の制度的不均一である」（樋渡展洋「選挙制度改革後の政党政治変化と選挙制度不均一仮説」『社会科学研究』58巻5-6号（2007年）、3頁）。

³² 代表的なものとして、石川真澄『データ戦後政治史』第Ⅱ部第5章（岩波新書、1984年）、175－187頁。浅野正彦「国政選挙における地方政治家の選挙動員：『亥年現象』の謎」『選挙研究』13巻（1998年）、120－129頁。

³³ 曽我謙悟・待鳥聡史『日本の地方政治：二元代表制政府の政策選択』（名古

の属性と議会の議席構成に着目し、都道府県の人事や政策などを分析した研究³⁴、二元代表に対する制度的制約を「ゲームのルール」と設定し、地方政府の政策選択を分析した研究³⁵、さらには地方議員が政策的影響力を行使する際に主要な手段となる、首長に対する支持関係の形成と、議会内での議案提出行動に着目し、47都道府県議会議員選挙に関するパネルデータを用いてその選挙での得票効果を検証した研究など³⁶、首長と地方議会の関係に注目する優れた研究が蓄積されている。

本稿の問題関心である地方議会においても、築山宏樹の研究のように³⁷、首長との関係は、地方議員にとって自らの政治的パフォーマンスを高めるための重要な戦略であり、他方で、各議員がもつ組織票は、知事候補者にとって不可欠な支持基盤となるなど³⁸、首長と地方議会の関係は、地方政治を理解するうえで、非常に重要である。これらの点については、今後の課題としたい。

屋大学出版社、2007年）。

³⁴ 馬渡剛『戦後日本の地方議会：1955～2008』（ミネルヴァ書房、2010年）。

³⁵ 砂原康介『地方政府の民主主義：財政資源の制約と地方政府の政策選択』（有斐閣、2011年）。

³⁶ 築山宏樹「地方議会選挙の得票分析：議員行動と選挙とのつながり」『年報政治学』66巻1号（2015年）、283－305頁。

³⁷ 同上。

³⁸ 打越綾子「地方分権改革と地方政治の流動化」『成城法学』74号（2005年）、55－79頁。

規範的正犯概念と間接正犯に関する 日台比較法的考察（3）

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、72巻2号）

第二節 不法概念の変遷とその概要

第一項 主観的違法論と客観的違法論

第二項 人的不法論

第三項 結果無価値の体系的地位

第四項 行為無価値の再定位

第三節 実行行為概念への再考

第一項 刑法的評価の要素の一部としての行為

第二項 実行行為性の判断

第三項 共犯と実行行為概念

第四項 判例の検討

- 第四節 小括
- 第三章 間接正犯の構造
 - 第一節 従来の議論の状況
 - 第一項 判例の状況
 - 第二項 学説の状況（以上、72巻3号）
 - 第二節 自説の構成
 - 第一項 間接正犯の正犯性は利用行為にある
 - 第二項 道具理論による再考
 - 第三項 判例の再検討
 - 第三節 間接正犯の成立限界
 - 第一項 定型性の制限
 - 第二項 犯罪行為の利用の事例
 - 第四節 小括
- 第四章 台湾法における正犯概念
 - 第一節 台湾の刑法典における共犯規定の沿革
 - 第一項 1912年中華民国暫行新刑律（1912年-1928年）
 - 第二項 1928年中華民国旧刑法（1928年-1935年）
 - 第三項 1935年中華民国刑法
 - 第四項 2005年改正後の中華民国刑法（以上、本号）
 - 第二節 歴年の実務的見解の状況
 - 第三節 小括
- 第五章 台湾法における間接正犯概念
- 第六章 結論

第二節 自説の構成

第一項 間接正犯の正犯性は利用行為にある

本稿は、間接正犯は一次的責任が問われる直接正犯として処罰し¹、正犯の一つの態様で実行行為者であると理解し²、他人を利用する行為自体

¹ 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）68頁、松生光正「間接正犯」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第7版、2014年）150頁参照。

² 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1990年）154頁以下参照。

が実行行為としての不法内容を有する限り、利用者は間接正犯となりうると考え、直接正犯と同様の不法内容を有する実行行為を行うことが、間接正犯が直接正犯と同一視されうる積極的根拠であると主張する。そのため、具体的な事実関係において間接正犯の実行行為、すなわち利用行為の特定は、事前的な観点から、保護法益の種類とその侵害の態様及び社会通念ないし社会心理を基準として構成要件の文言解釈を行い、構成要件の行為の定型性を探求し、またこのような定型的な行為が、経験則上、事前的一般人の観点から予想される法益侵害結果の発生を現実化し得る事実的危険性が存在しなければならない。そして、事後的な観点から、規範の予想する法益侵害発生の危険性において、行為者自身の行為による外界の変動が客観的に予測できる範囲内にあるかどうかに基づき、法益に実害を与え得る危険性、すなわち規範的危険を判断する。

しかし、このような利用者の行為が間接正犯の評価の中心になってきた一方、被利用者の行為が間接正犯の構造においてどのように位置づけるのか、という問題が存在する。この点について、次のように、本稿は伝統の道具理論を通じて説明していきたい。

第二項 道具理論による再考

道具理論によれば、刑法の世界で犯罪の主体となれるのは責任能力のある人間だけであるため、責任無能力者は犯罪の主体たり得えずに動物と機械等と変わらないので³、責任無能力者と故意なき者を利用する場合には、恰も動物を利用して犯罪を実行した場合と同じく、責任能力がなかったり錯誤に陥っていたりして不自由な状態にある人間を利用者が道具として使っているとみなし、この不自由な人間を道具とする利用者は犯罪の正犯として扱われることになる⁴。

私見によれば、背後者が自らの利用行為により被利用行為を通じて法益侵害を惹起する間接正犯は、その利用行為が構成要件的な定型性と事実的・規範的危険性を有しており、当該被利用者に働かけて一定な行為

³ 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第5版補訂版、2018年）76頁。

⁴ 松宮・前掲注（3）258頁。

を行わせることにより背後者の望む法益侵害の発生に導くため、被利用行為が直接に引き起こす外界の変動は利用行為の危険性に対する判断要素の一部であると解すべきである。そうすると、間接正犯の正犯性は依然として主に利用行為の実行行為性によって構築され、責任無能力者の利用の場合も、故意なき者の利用の場合も、被利用者の責任能力又は故意の欠如は間接正犯の正犯性の主要な判断基準ではないと考える。よって、道具理論とは、背後者は自分の行為により、被利用者に結果発生の認識を失わせたり、意思を抑圧したり、錯誤に陥られたりし、若しくは被利用者の結果発生の認識なき、又は意思抑圧又は錯誤に陥った状態を通じ、被利用者を単なる自分の道具にして犯罪を実行することを意味する。

このように被利用者を道具化する行為又は被利用者の道具的な状態を利用する行為は、構成要件的な定型性を包含しており、社会の一般人の事前的な観点での事実的危険及び事後的な観点での規範的危険を備える場合に、間接正犯の正犯性が認められることになる。

第三項 判例の再検討

上述のように、間接正犯の正犯性について、前述した「刑事未成年者の利用」及び他の類型の判例を通じて更に検討していきたい。

第一款 刑事未成年者の利用の事例

前述したように、私見によれば、刑事未成年者の利用が間接正犯とされる根拠は被利用者の責任年齢または是非弁別能力の有無ではなく、背後者が被利用者を道具化したり、被利用者の道具的な状態を利用したりして犯罪を実行した際、事実的危険及び規範的危険が存在している場合に、その正犯性が認められると考えるのである。

つまり、刑事未成年者を利用した事例において、畏怖による意思抑圧の状態を利用して間接正犯と扱われる最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁においては、本件の背後者が自己の日頃の言動により刑事未成年者を畏怖させ、意思抑圧の程度に達しさせたという被利用者を道具化

した行為を通じた窃盗行為は、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該財物の侵害が事実的危険を惹起したに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、本件の背後者が窃盗の間接正犯とされるべきである。

また、下級審判例は被利用者の道具化の事情をさらに具体的に示している。すなわち、名古屋高判昭和49年11月20日刑月6巻11号1125頁は犯行当時の背後者が指示を下し、道具を渡し暴行など行動を通じて、是非善悪を判断し得る年齢に達していた刑事未成年者を自分の意思に従わせ、背後者の「意思を体して行動していた」窃盗行為をさせたため、刑事未成年者の「自主的、主体的に窃盗行為をしたもの」とは認められないので、このような被利用者の道具化された行為を通じた窃盗行為は、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該財物の侵害が事実的危険を惹起するに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、本件の背後者が窃盗の間接正犯とされるべきである。

さらに、大阪高判平成7年11月9日高刑集48巻3号117頁は、被利用者であった刑事未成年者は日頃の背後者の言動により既に背後者に対して怖い印象を持っており、犯行当時に背後者から直ちに大きな危害を加えられなかったとしても、事理弁識能力が十分とはいえない10歳の刑事未成年者にとって、背後者の命令に抵抗してその支配から逃れることが困難であり、背後者の命令に逆らうことが不可能であったという事情のもとでは、犯行当時の窃盗行為はただ背後者の命令に従って「機械的に動いただけ」で、「自己が利得しようという意思もなかった」ため、その「判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」と認めたので、このような被利用者の道具化された行為を通じた窃盗行為は、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該財物の侵害が事実的危険を惹起したに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、本件の背後者が窃盗の間接正犯とされるべきなのである。

そして、是非弁別能力があり、意思も抑圧されない刑事未成年者を利用して共同正犯と扱われた最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁は、本件の刑事未成年者は自らの意思により強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂しており、道具化されたり、道具的な状態を利用されたとは言えないので、本件の背後者が強盗を計画したり、本件の刑事未成年者に犯行方法を教示したり、犯行道具を与えたりして強盗の実行を指示命令した行為には、上記の事実を合わせて考えると、背後者と刑事未成年者による強盗の共同正犯として論じることが妥当であると思われる⁵。

第二款 錯誤に陥った者の利用の事例：誤信による間接正犯

一、結果発生認識を欠く者の事例

前述した被害者が背後者の詐言により自殺の結果不発生を誤信して自ら頸部を縊った事例（大判昭和8年4月19日刑集12巻471頁）、及び通常の意味能力なき被害者が自殺の結果を理解せずに背後者の命令に従って自殺した事例（最決昭和27年2月21日刑集6巻2号275頁）では、前者は被害者を道具化して自ら縊死させた、後者は被害者の道具的な状態を利用して自ら縊死させており、両事例とも背後者は被害者の道具的な状態を利用し、犯行当時の状況により、一般人の観点から被害者の生命に事実の危険を惹起したに足りるもので、殺人罪の予想する生命法益侵害発生の危険性においても、利用行為による生命法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため殺人罪の間接正犯を論じるべきである。

また、最決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁「原判示大和炭抗構

⁵ 拙稿「規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」（北海道大学審査博士（法学）学位論文、2020年3月25日）59頁において「是非弁別能力があり、意思抑圧がない状態を利用してにもかかわらず間接正犯と扱われた最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁は…」の記載内容に誤記があったため、本稿の通り訂正する。

内に判示会社において採炭運搬のため据えつけた、同会社の所有管理にかかる本件ドラグライン一基につき、何等管理処分権なき被告人 A が他人と売買契約を締結しても、ただそれだけの事実止まるならば、所論の如く、被告人 A に窃盗罪の成立を認めることはできないけれども、第一審判示挙示の証拠によれば、被告人 A は原判示の如く九月一日頃屑鉄類を取扱っているその情を知らない B に、自己に処分権がある如く装い、屑鉄として、解体運搬費等を差引いた価額、即ち、買主において解体の上これを引き取る約定で売却し、その翌日頃右 B は情を知らない古鉄回収業 C に右物件を前同様古鉄として売却し、同人において、その翌日頃から数日を要して、ガス切断等の方法により、解体の上順次搬出したものであることが明らかであるから、右解体搬出された物件につき被告人 A は窃盗罪の刑事責任を免れることはできないものというべく…。」(下線部は著者による)という情を知らない者が背後者の詐言により解体した古鉄を他人に売却した事例において、背後者が「自己に処分権がある如く装い」という虚偽の事実により被利用者を誤信させて数次古鉄を売却したのは、被利用者を錯誤に陥らせて道具化し、犯行当時の状況により、一般人の観点から当該古鉄の所有権に事実的危险を惹起したに足りるもので、窃盗罪の予想する財産法益侵害発生の危険性においても、利用行為による財産法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、窃盗罪の間接正犯を論じるべきである。

二、違法性阻却事由の錯誤の事例

大判昭和14年11月4日刑集18巻497頁「満州国警尉カ名ヲ職務ノ執行ニ藉リ北京ノ警察署員ニ対シ他人ノ留置方ヲ委嘱シ因テ情ヲ知ラサル署員ヲシテ其ノ留置場ニ拘禁セシムルハ不法監禁ナリトス」(下線部は著者による)という職務の執行を警察署員に誤信させて他人を留置した事例、及び最決昭和44年11月11日刑集23巻11号1471頁「被告人 A が、自己の麻薬中毒症状緩和の目的で、麻薬施用者である B 外 2 名に対し、胃痛腹痛が激しいかのように仮装して、麻薬の注射を求め、情を知らない同人らをして、疾病治療のため麻薬注射が必要であると誤診させて麻薬を自己に注射させた事案の上告審につき、本件のような事実関係にお

いて、麻薬取締法27条1項の麻薬施用の罪が成立する旨の原判断は正当であるとし…」(下線部は著者による)という疾病治療のため麻薬注射が必要であると誤診させて麻薬を自己に注射させた事例では、前者は法令により留置する事実¹に誤信させた事案であり、後者は業務により麻薬施用が必要である事実²に誤信させた事案であり、両事例とも違法性阻却事由の前提事実³に誤信させて錯誤に陥らせたという道具化した状態を利用したと言える。よって、前者は犯行当時の状況により、一般人の観点から被害者の自由に事実的危険を惹起したに足りるもので、監禁罪の予想する自由法益侵害発生の危険性においても、利用行為による自由法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあり、間接正犯を論じるべきである。後者は犯行当時の状況により、一般人の観点から公衆の健康に事実的危険を惹起したに足りるもので、麻薬取締法の予想する自由法益侵害発生の危険性においても、利用行為による公衆の健康法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあり、間接正犯を論じるべきである。

三、偽装心中の事例

最決昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁の事例において、最高裁は「被告人AはBとの関係を清算しようと思い苦慮していた際Bより心中を申出られたのを奇貨とし、これを利用して同女を死亡せしめることが関係断絶の方法であると考え、被告人Aには心中する意思がないのにこれある如く装い、その結果Bをして被告人Aが追死してくれるものと誤信したことに因り心中を決意せしめ、被告人Aがこれに青化ソーダを与えて嚙下せしめ同女を死亡せしめたものであることが認められる。しからばBの心中の決意実行は正常な自由意思によるものではなく、全く被告人Aの欺罔に基くものであり、被告人AはBの命を断つ手段としてかかる方法をとつたに過ぎないものであつて、その結果所期の目的を達した被告人の所為は殺人罪を以て論ずべきものであつて、単に自殺関与罪に過ぎないということとはできない」(下線部は著者による。なお、以下は同じ。)という事実を認定した上、原判決が参照した仙台高判昭和27年9月15日高裁判例集5巻11号1820頁は本件と同一視することとはできないと認めつつ、大審院昭和8年4月19日判決集12巻471頁(被

害者に全く死に対する認識なく、蘇生し得るものと錯誤せしめた上頸部を縊らせたものであって、被害者の手を藉りて為した殺人罪に外ならぬと認定しているもの)、及び同院昭和9年8月27日判決集13巻1086頁(責任能力なく自殺の意義を解せざる幼児の自殺行為を利用して殺害するは刑法第一九九条に該当する)に従って、「何れも真実自殺する意思なきものの自殺行為を利用して殺害するは殺人罪に外ならないと謂うにあって、本件と著しくその態様を異にしているものである。すなわち前記大審院判例は何れもその錯誤が行為の法益侵害性そのもの、或は行為とその結果との関連性において錯誤があった場合に殺人罪に該当する旨判示していると解される」とした。そして、最高裁は「被害者が死を決意したこと、その決意に基いて青化ソーダを嚥下したこと、その結果被害者が死亡したことは明白であって、被害者が当時自己の生命を絶つということを正確に認識していた点、法益侵害性そのものには全く誤認はなく、その死を決意するに至った経緯に被告人の欺罔による点があったとするならば、単にその動機、或は縁由に関して錯誤があったこととなり、前記大審院判例と全く異質の錯誤があったと言うに過ぎない」ため、「結果に就いて明白な認識を有し、法益侵害性そのものに錯誤なき犯罪事実を認定しながら、法益侵害性そのもの、或は結果との関係に就いての行為に関して錯誤ある場合の大審院判決と同様にこれを解釈したのは、相反する判断を為したものと云わなければならない」としている。

そのため、このような自己に追死の意思がないにも拘らず被害者を殺害するために欺罔し追死を誤信させて自殺させた事案において、被害者は自身の死亡結果という法益侵害性を全く誤認しなかったが、その死亡の決意は背後者が追死することを承諾したかのように示していたことによる重大な瑕疵により引き起こされたので、自由な真意が欠如する被害者の意思は有効な同意であると言えなかったため、背後者は被害者を錯誤に陥らせたという道具化した状態を利用したと言える。本件犯行当時の状況により、一般人の観点からBの生命に事実的危険を惹起したに足りるもので、殺人罪の予想する生命法益侵害発生危険性においても、利用行為による生命法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあると思われるため、殺人罪の間接正犯を論じるべきである。

第三款 被害者の利用の事例：意思抑圧による間接正犯

前章の「被害者利用殺人事件（最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁）」において、私見によれば、被告人Aは犯行当日に被害者Bに命令して自殺させた行為が本件の殺人罪の実行行為であると解する⁶。ここで考察するのは利用された被害者の意思がどの程度まで抑圧されていれば、背後者の道具と言えるかという問題である。

本件の事実の概要によれば、以下のことが認められる。AとBは元々ホストと客という関係であったが、AはBに溜まった遊興費を返済させたため、激しい暴行や脅迫を加えて強い恐怖心を抱かせ、風俗店などで働かせた。その後、Aは自動車の転落事故を装い被害者Bを自殺させて保険金を取得する目的で、平成12年1月9日午前零時過ぎ頃、まとまった金を用意できなければ、死んで保険金で払えと迫った上、被害者に車を運転させ、それを他の車を運転して追尾する形で、同日午前3時頃、本件犯行現場の漁港まで行かせたが、付近に人気があったため、当日はBを海に飛び込ませることを断念した。10日午前1時過ぎ頃、被害者Bに対し、事故を装って車ごと海に飛び込むという自殺の方法を具体的に指示し、同日午前1時30分頃、本件漁港において、Bを運転席に乗車させて、車ごと海に飛び込むように命じた。Bは死の恐怖のため飛び込むことができなかった。それに対し、Aは激怒して被害者の顔を平手で殴り、その腕を手拳で殴打するなどの暴行を加え、海に飛び込むように迫り、さらにBを助手席に座らせ、自ら運転席に乗車し、車を発進させて岸壁上から転落する直前で停止して見せ、自分の運転で海に飛び込む氣勢を示した上、やはり1人で飛び込むようにと命じた。しかしBの哀願及び夜明けにより、翌日に自殺の実行を持ち越した。11日午前2時過ぎ頃、Aは、Bを車に乗せて本件漁港に至り、運転席に乗車させた被害者に対し、再び脅迫し、ドアをロックすること、窓を閉めること、シートベルトをすることなどを指示した上、車ごと海に飛び込むように命じ、自分が現場を離れて監視していた。その後、死亡を装って被告人から身を隠そうと考えた被害者は、脱出に備えて、シートベル

⁶ 本稿第一章第三節第四項第四款参照。

トをせず、運転席ドアの窓ガラスを開けるなどした上、普通乗用自動車を運転して、本件漁港の岸壁上から海中に同車もろとも転落したが、車が水没する前に、運転席ドアの窓から脱出し、港内に停泊中の漁船に泳いでたどり着き、はい上がるなどして死亡を免れた。

以上の事情によれば、本件のBは、元々Aからある程度の暴行や脅迫などを受けており、既に強い恐怖心を抱いていた上、犯行前と犯行当時のAによるさらなる暴行や脅迫及び執拗な自殺の要求を受けていたが、Aの威迫から逃げられる幾つかの方法を考えた末、自殺を偽装して身を隠そうと決心した。よって、犯行当時にBは既に意思抑圧の程度に陥っていた精神状態のため、選択不能とは言えないが、少なくとも極度の畏怖により著しく選択し難い状態に陥っており、Aの命令に応じて車ごと海中に飛び込むしかなく、さらにAは犯行当時の暴行や脅迫や監視などを通じてBの自殺を確実にしようとした事情を考慮すると、それが被利用者を道具化した行為と認めるに足りると思われる。

これに対して、鹿児島地判昭和59年5月31日判時1139号157頁は「右認定の事実によると、被告人BはGを終始『今日は殺す』などと脅迫し、特に被告人AをしてGに対し執拗かつ強力なリンチを2時間以上にもわたって行なわせているものであって、こうした徹底したリンチによってGが当時肉体的にも精神的にも死という極限に近い状況に追い詰められていたことは十分に推認することができるし、そのような状況下でAが被告人Bの命令に従って自己の右第五指を歯でかみ切ったのは、指一本をかみ切れればそれと引替えに命が助かるという絶対的命題のもとに、自己の自由意思の存立を失い、その限りで自己を被告人Bの道具と化したからにはほかならず、反面、被告人Bの側からしてみれば、自己の脅迫等により生か死かの選択を迫られ抗拒不能の状態に陥っているGを利用してその指をかみ切らせた」と認めるのが相当である。…以上の次第で、Gが自己の右第五指を歯でかみ切った点につき被告人らに傷害の間接正犯の成立を認めるべきであるから…」(下線部は著者による)と判示しており、本件と上述の平成16年最高裁決定との差異は、本件犯行当時に被害者が既に意思抑圧の程度に陥っていた精神状態のため抗拒不能になっていた点にある。すなわち本件の被害者は終始脅迫を受け、長時間執拗かつ強力なリンチをされ、当時、肉体的にも精神的にも死とい

う極限に近い状況に追い詰められており、指一本をかみ切れれば命が助かるかという絶対的命題を選択しなければならない程、命の危険に直面する緊急状態にあったのである。故に、被害者の自由意思の存立を失わせて自己に服従しなければならない状態にさせたという背後者による道具化の行為は、被害者の意思自由を判断不能まで抑圧する程度にすることは勿論、著しく選択し難いまで抑圧する程度にすることも認められるのが相当であると思われる。

第四款 適法行為の利用の事例

大判大正10年5月7日刑録13輯257頁は「妊婦ヨリ墮胎ノ囑託ヲ受ケタル者カ自ラ墮胎手段ヲ施シタル爲メ墮胎ノ結果ヲ生セサルニ先チ妊婦ノ身體ニ異状ヲ生シ醫術ニ因リ胎兒ヲ排出スルニアラサレハ妊婦ノ生命ニ危険ヲ及ホスヘキ虞アルニ至ラシメタルニ乗シ墮胎ヲ遂行センカ爲メ醫師ニ對シテ胎兒ノ排出ヲ求メ因テ醫師ヲシテ妊婦ノ生命ニ對スル緊急避難ノ必要上已ムコトヲ得シテ胎兒排出スルニ至ラシメタル場合ニ於テハ醫師ニ對シテハ墮胎罪成立セサルコト勿論ナリト雖モ墮胎受託者ハ犯法行為タル自己ノ墮胎手段ニ因リ叙上緊急危難ノ状態ヲ發生セシメ其發生ヲ機トシテ醫師ニ胎兒ノ排出ヲ求メタルモノニシテ其行為ト胎兒ノ排出トノ間ニ因果關係アリ換言スレハ醫師ノ前記正當業務行為ヲ利用シテ墮胎ヲ遂行シタル者ニ外ナラサルカ故ニ墮胎罪ノ間接正犯ヲ以テ論スヘキモノトス」（下線部は著者による）とした。本件は、医師でない墮胎手術の施術者は、この手術により妊婦の生命が危険な状態に陥った時に、医師に依頼して胎児を母体外に排出させたという医師の正當業務行為を利用して墮胎の結果を実現したという事例である。しかし、上記の判示事項によれば、犯行当時の医師が墮胎結果の発生などの不認識という錯誤に陥った者であったかどうかは確定し得ないが、医師法第19条「診療に従事する医師は、診察治療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」という応招義務により、妊婦の生命が既に危険な状態に陥っていた状況を考慮すると、施術者の依頼を受けて代わりに手術を行ったことがほぼ一択であったと言える。すなわち、犯行当時の医師は錯誤に陥った者であったかどうかにもかかわらず、そ

の自由意思が抑圧されなかったとしても、犯行当時の緊急状況及び医師法第19条の応招義務を考えると、施術者の依頼は医師の意思自由を著しく選択し難い程度にまで抑圧し、その医師の正当業務行為が背後者による道具化の行為であると考ええる。故に本件施術者の行為は、犯行当時の状況によれば、一般人の観点から胎児の生命に事実上の危険を惹起したに足りるもので、墮胎罪の予想する生命法益侵害発生の危険性においても、利用行為による生命法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあり、間接正犯を論じるべきである。

第五款 利用行為後の介入の事例

最決平成9年10月30日刑集51巻9号816頁のコントロールド・デリバリー事案において、利用行為後の介入と間接正犯が問題となった。その事案の概要は、被告人らは国際宅配便を利用して大麻を密輸しようと企て、フィリピンから大麻を隠匿した航空貨物を被告人の共同経営する居酒屋あてに発送した。貨物が新東京国際空港に到着した後、情を知らない通関業者が輸入申告をし、税関検査が行われ、その結果大麻の隠匿が判明したため、税関と捜査当局の協議により、麻薬及特例法4条等に基づいてコントロールド・デリバリーが実施され、税関長の輸入許可を得て、その後、捜査当局の監視の下、配送業者が捜査当局と打合せの上、貨物を居酒屋に配達し、被告人がこれを受け取ったというものである。そして最高裁は、「被告人らは、通関業者や配送業者が通常の業務の遂行として右貨物の輸入申告をし、保税地域から引き取って配達するであろうことを予期し、運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のための道具として利用しようとしたものであり、他方、通関業者による申告はもとより、配送業者による引取り及び配達も、被告人らの依頼の趣旨に沿うものであって、配送業者が、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたからといって、それが被告人らからの依頼に基づく運送契約上の義務の履行としての性格を失うものということはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用したというに妨げないものと解される。そうすると、本件禁制品輸入罪は既遂に達した

ものと認めるのが相当であり、これと同趣旨の原判断は、正当である。」（下線部は著者による）としており、配送業者は事後に禁制品を知ったとしても捜査機関の捜査協力要請に協力したため、その道具としての性格をまだ失わずに、背後者らには禁制品輸入罪の間接正犯の成立が認められる。ところで、本件の判示事項によれば、運送契約の締結及びその契約義務の履行は配送業者が道具化された要因であることが認められたが、捜査機関の捜査協力要請という背後者らの利用行為後の介入事情はどのように位置づけるかについて、問題がないわけではない。私見によれば、背後者らは配送業者と運送契約を結び、禁制品である貨物を渡し、日本に輸入させた時点で、この利用行為が禁制品密輸行為の定型性を有しており、一般人の観点から関税法秩序の保護という法益⁷に事実的危険を惹起したに足るもので、禁制品輸入罪の予想する関税法秩序侵害発生の危険性においても、利用行為による関税法秩序保護への危険が客観的に予期できる範囲内にあり、禁制品輸入罪の間接正犯が成立し得ると思われる。ただし、当該貨物を背後者らが受け取るという結果が発生したとしても、その結果と利用行為の間には捜査機関の捜査協力要請の介入が存在していたため、その発生した結果は背後者に帰属し得ないと思われる⁸。

第三節 間接正犯の成立限界

第一項 定型性の制限

第一款 自手犯

自手犯とは、一般的にある類型の犯罪が実現されるのは必ず正犯者自

⁷ 松澤伸「覚せい剤輸入罪の既遂時期と実行の着手時期」早稲田大学社会安全政策研究所紀要3号（2010年）212頁。

⁸ 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）6頁は、この事例が因果関係又は正犯性の問題であることを指摘する。

身の直接の犯行が必要で、他人を道具として利用する間接正犯の形態では犯すことができない犯罪であると定義されている⁹。なぜこのような犯罪類型が間接正犯の形態で実現し得ないのかという問題は、自手犯の本質から検討すべきであろう。学説上、規範的特殊性に着眼し、その命令・禁止が限られた特定の者だけに向けられている身分犯の一種が自手犯であるとして理解する見解が比較的多い¹⁰。そのような規範的特殊性という側面に着目する一方で、自らの身体挙動の要素を重視するという見解¹¹、特定者の自身の規範違反態度だけを問題としての法益侵害なき犯罪は他人による法益侵害が不可能であるという見解¹²などがある。しかし、私見によれば、自手犯は規範的特殊性を有しても、その規範が法益危険および社会許容性の欠如を有効に防止するため、特定の行為を禁止・命令するという類型化された行為態様であると考え、単に特定者の自身の規範違反態度だけでは、自手犯の根拠としては十分ではない。そのため、自手犯の有する規範的特殊性は、自らの身体挙動の要素を重視する観点からさらに限定し得ると思われる¹³。そして、ある刑罰規定の規範

⁹ 団藤・前掲注(2)155頁。ただし、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』(弘文堂、第3版、2019年)80頁は自手犯の概念を否認する。

¹⁰ 大塚仁『間接正犯の研究』(有斐閣、1958年)265頁以下、西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977年)318頁、内田文昭『刑法(1)総論』(青林書院、1997年)293頁以下など参照。

¹¹ 西村克彦『犯罪形態論』(良書普及会、1969年)22頁以下参照。また、同・『犯罪形態論序説』(有信堂、1967年)65頁は、「他人にそれをやってもらったのでは自分がやったことにはならない」という性質を持っている自手犯を「躬行犯」と称する。

¹² 西原・前掲注(10)318-319頁参照。

¹³ 学説は規範的特殊性を義務違反の観点から分析して、義務違反と自らの身体挙動との重なり合い観点こそ自手犯問題の中核に置くべきであると主張する。藤吉和史「自手犯の構造」明治大学大学院紀要法学篇第21巻(1984年)238頁以下は、ロクシンの義務犯論を引用し、自手犯を真正自手犯と不真正自手犯に分かれ、真正自手犯のみが独立した自手犯の領域に属するものとされ、不真正自手犯では正犯を根拠づける義務が構成要件的行為の直接的・自手的な実行という方法によって侵害されるとする見地で、これまでの日本の通説のいう不真正自手犯は「義務違反の観点」のみからの解決で足り、「義務違反」と「みずから

の特殊性は文言解釈を尊重しながら保護法益の種類とその侵害の態様と社会通念を考え、当該規範から特定者自身の身体挙動の定型性を見出すことができる。そうすると、特定の法益侵害が特定者自身の身体挙動だけで実現可能である自手犯は、他人を道具として利用する間接正犯との間で構成要件の定型性という点で差異が存在しているので、間接正犯形態の自手犯はありえないものと思われる¹⁴。

第二款 身分犯

身分犯について、通説は「行為者が一定の身分を有することを要件とするもの」と定義し¹⁵、さらに構成要件において行為者が一定の身分を持たなければ犯罪を構成しないものを真正身分犯或いは構成的身分犯（第65条1項）、そして構成要件において行為者が一定の身分を持つことにより刑に加重又は減輕されるものを不真正身分犯或いは加減的身分犯（第65条2項）¹⁶と分けている。この定義から見ると、一定の身分の存在は刑罰創設の意義或いは刑罰加減の意義を持っているため、身分犯は規範による命令・禁止が限られた特定の者だけに向けられている規範的特殊性を有している。また、判例により「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称するも

の身体挙動」との結合で構成される範疇が本来の自手犯として認められるべきものであることを主張する。

¹⁴ 定型性の欠如を理由として自手犯の間接正犯の成立を否定する見解として、団藤・前掲注（2）155頁以下参照。

¹⁵ 団藤・前掲注（2）127頁と418頁、福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第5版、2011年）72頁参照。

¹⁶ 団藤・前掲注（2）418頁、香川達夫『刑法講義（総論）』（成文堂、1980年）90頁以下参照。なお、「真正—不真正」或いは「構成的—加減的」という区別に対して、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）333頁は、構成的—加減的という形式的な身分の区別を捨てた上、第65条第1項は法益侵害という意味での違法身分の連帯性を、第65条第2項は行為者に対する法的非難という意味での責任身分の個別性を規定したものとして解すべきことを主張する。

のJ¹⁷と示された身分の意味からすれば、身分犯の有する規範的特殊性は、特殊な一身の要素によって主体が法的に特徴づけられているという人的属性犯の側面からも特徴づけられると思われる¹⁸。そして、ある刑罰規定の規範的特殊性は文言解釈を尊重しながら保護法益の種類とその侵害の態様と社会通念を考え、当該規範から特殊な一身の要素という定型性を見出すことができる。しかし、自手犯と異なり、身分犯においては、特定の法益侵害が特定者自身の身体挙動だけで実現するという規範的特殊性が存在しないため、他人の手を通じて身分犯類型の犯罪が実現可能であると考ええる。そのため、私見によれば、もし身分者の行為が非身分者を道具化した又は非身分者の道具的な状態を利用した場合、その利用行為は身分者の特殊な一身の要素に由来する定型性を持っており、一般人の観点から保護法益に事実に危険を惹起したに足りるものであり、当該身分犯類型の罪の予想する保護法益侵害発生の危険性においても、利用行為による保護法益の危険が客観的に予期できる範囲内にあるのであれば、それを間接正犯と論じるべきである。

もう少し具体的に検討すると、①非身分者が身分者を利用して実行する場合、例えば一般人Aが公務員Bに収賄させたという真正身分犯の事例において、公務員の身分を欠く背後者Aは公務員Bを道具化して賄賂を受け取らせたとしても、特殊な一身の要素の欠如、すなわち定型性の欠如のため、収賄罪の間接正犯を成立し得ない。ところが、保護責任者遺棄罪という不真正身分犯の事例において、背後者は保護責任者であるかどうかにもかかわらず、保護責任者である被利用者を道具に利用して犯罪実行したら、責任の個別性のため一般の遺棄罪が成立する。こ

¹⁷ 大判明44年3月16日刑録17輯411頁。同旨、最判昭27年8月19日刑集6巻1083頁。

¹⁸ なお、学説は身分犯の本質を「特別義務の侵害」として捉え、第65条第1項は身分者による義務違反の処罰だけでは法益保護が不充分であるため、非身分者による身分者の義務違反の誘発・促進を処罰とした特殊な政策的規定であり、非身分者は他人の不法を惹起したが、それは自身に対して不法ではないので、その刑を減輕すべきであることを主張する。詳しくは、松宮孝明「身分の連带的作用について」刑法雑誌38巻1号(1998年)84-86頁、藤吉和史「身分犯の概念について」明治大学大学院紀要法学篇18巻(1983年)237頁など参照。

れに対して、②身分者が非身分者を利用して実行する場合、例えば公務員Cが一般人Dに収賄させたという真正身分犯の事例において、背後者Cは公務員の身分を有し、もしその利用行為がDを道具化して保護法益に事實的・規範的危険を引き起こす足りるものであると、収賄罪の間接正犯が成立し得る¹⁹。なお、保護責任者遺棄罪という不真正身分犯の事例において、真正身分犯の事例のように、背後者が保護責任者であり、被利用者を道具に利用して犯罪を実行した場合、保護責任者遺棄罪が成立する。

よって、真正身分犯の場合に、背後者に特殊な一身の要素が欠ければ、その利用行為すなわち実行行為は定型性が欠けるため、当該真正身分犯類型の犯罪には間接正犯は成立し得ないと思われる。

第三款 教唆犯

前述したように、極端従属形式において、かつての間接正犯と教唆犯は他人を犯罪実行させるという「外見的」な類似性があったが、前者は後者の「補充概念」又は「救済概念」として直接行為者が有責性を欠けている場合の処罰の間隙を埋めるものであった。しかし、制限従属形式において、現在の間接正犯は、既に教唆犯による処罰の間隙を埋める「補充概念」又は「救済概念」というものではなく、両者の区別は利用行為と教唆行為という側面から分析すべきである。

本稿は、間接正犯を「一次的責任」が問われる直接正犯として処罰し、正犯の一つの態様で実行行為者であると理解し、利用行為そのものが直接正犯と同様な不法内容のある実行行為性を有する限り、利用者は間接

¹⁹ 学説は、このような事例を「身分なき故意ある道具」と称し、かつその利用者が間接正犯を成立し得るかどうかについて議論している。通説は利用者が間接正犯の成立を認める一方、身分犯の本質を身分者に課された特別義務の侵害として利用者の正犯性を付ける見解、利用者を教唆犯・非利用者を幫助犯とする見解、共同正犯の成立を可能とする見解などがある。詳しくは、西田・前掲注(16) 86-87頁参照。なお、団藤・前掲注(2) 159頁は、身分者が非身分者を利用して実行する場合において、その非身分者は情を知っている限り、第65条第1項により正犯ではなく幫助犯として処罰されることを主張する。

正犯となり得ると考える。すなわち、私見によれば、間接正犯の不法内容の構築は、背後者の実行行為、すなわち利用行為は構成要件的な定型性を具備しており、利用された他人を道具化したり道具的な状態に陥った他人を利用したりし、当該法益に対して事実的危険と規範的危険を惹起するというものである。そのため、間接正犯の成立は、背後者が構成要件的な定型性の要求に充足することを前提に、強制により意思抑圧に陥る状態の利用、及び犯罪構成の事実に対する認識の欠如の利用に限られる。

そうすると、他人に犯罪実行の決意を生ぜしめるとしての教唆犯²⁰は、通説である惹起説の観点から直接正犯を通じて犯罪を実現するという二次的責任が問われる共犯とし、その行為が正犯に犯罪実行の意思を引き起こすような定型的な犯意誘発行為であり、且つ制限従属形式において直接正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備えていることが必要である。すなわち、間接正犯の場合は「実行行為者＝直接的な法益侵害惹起者＝正犯」、教唆犯の場合は「犯意誘発行為者＝間接的な法益侵害惹起者＝共犯」であると考えるのである²¹。

第二項 犯罪行為の利用の事例

ここでの「犯罪行為の利用」とは、被利用者の行為が犯罪として成立し、且つ背後者が狭義の共犯となれなかった場合で、にもかかわらず、背後者の利用行為が間接正犯の実行行為とされることである。ここでの問題点は、利用された者に犯罪を成立した場合、それを利用した背後者に同様に間接正犯を成立させることができるのかである。以下は「過失行為の利用」と「情を知る第三者の利用」を分析する。

²⁰ 団藤・前掲注(2) 403頁。

²¹ 団藤・前掲注(2) 155頁は、構成要件該当事実の実現に対する支配力及び実行行為としての定型性という観点で、教唆犯は被教唆者が実行行為としての定型性を具備し、構成要件該当事実の実現に対して支配力を有するもの、間接正犯はその自身の利用行為が実行行為としての定型性を具備し、構成要件該当事実の実現に対して支配力を有するものであると主張する。また、共犯と実行行為概念について、本稿第一章第三節第三項参照。

第一款 過失行為の利用

他人の過失行為を利用して犯罪を実行させた者に間接正犯が成立しうるのかについて、例えば、医師 A が看護師 B に命じて患者 C に致死量の薬を投与させた場合に、B がそのことに注意すべきであったが、そのまま投薬して C が死亡したという事例について、B には過失致死罪を肯定した上で、通説は A の行為の実行行為性を認め、殺人罪の間接正犯が成立し得るとするが²²、有力説は A が殺人罪の教唆犯であると主張している²³。

前者の間接正犯説については、正犯は少なくとも構成要件要素としての故意を有する前提で共犯の成立が可能であるとされるものであるため、過失行為に対する故意の教唆が不可能である考え方²⁴、教唆とは人に犯罪を実行する決意を生ぜしめることであるため、過失犯の教唆が認められない考え方²⁵、過失の教唆という過失行為に対する故意の共犯を認めることには日常用語として若干の不自然さがあるため、刑法の常識

²² 団藤・前掲注（2）158頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第4版、2008年）161頁、福田・前掲注（15）285頁、大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第5版、2019年）438頁など参照。

²³ 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、4訂版、1981年）355頁、中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971年）224頁、中山研一『新版口述刑法総論』（成文堂、補訂2版、2007年）306頁、松宮・前掲注（3）288頁、曾根威彦『刑法総論』（弘文堂、第3版、2008年）237頁など参照。また、山口・前掲注（1）328頁は過失犯に対する故意の共犯の成立を認める。

²⁴ 団藤・前掲注（2）158頁と403頁、大塚・前掲注（22）161頁と315頁など参照。なお、西田・前掲注（16）84頁は、この考え方は、共犯は純粹に正犯の犯罪行為に加担する者であり、正犯と共犯の罪名が一致しなければならないという厳格な罪名従属性説と犯罪共同説的に基づく思考であると指摘する。

²⁵ 福田・前掲注（15）285頁。また、東京高判昭和26年11月7日判特25号31頁は「教唆とは他人をして犯意を起こさせることを要素とする行為であるから過失犯に対する教唆という観念はこれを認める余地がない」として、過失犯の教唆を明確に否定する。しかし、松宮・前掲注（3）289頁は、上記の判決に対して、「このケースは、『過失による教唆』のそれでもあったのであり、『過失犯に対する故意による教唆』を否定する先例ではない」と指摘する。

の解釈を尊重しようとする思考に基づき、「共犯の本質を『方法的類型』として捉えつつも、なるべく罪名従属性を維持するという考慮から、利用者を『間接正犯』という名前で処罰する立場」とする考え方²⁶などが存在している。

後者の教唆犯説については、主に間接正犯説の観点で不当な処罰の間隙が生ずるため、過失犯の教唆を認めるのである²⁷。この見解では、故意過失を責任要素とし制限従属性説を採る見地から、過失行為に対する故意の共犯の成立が可能であり²⁸、教唆とは行為意思を生ぜしめること²⁹、或いは故意過失を含める違法行為の意思を生ぜしめること³⁰を解する考え方³¹、因果的共犯論の見地から、共犯は正犯を通じて法益侵害を間接的に惹起するという者であるので、非故意行為に対する関与も共犯の成立が可能であるとする考え方³²、故意への従属性を否定すると過失

²⁶ 西田・前掲注(16) 85頁。なお、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年) 360頁は、「教唆というのは、故意を生ぜしめることをいうのが、日常用語であって、過失の教唆を認めるのは、あまり日常用語から離れたものになってしまう」ことであり、また「結果が発生するまでは、故意は主観的違法要素なのであるから、これを生ぜしめて、はじめて、教唆犯の違法性を認めることができる」として、正犯を故意の場合に限定することを主張する。

²⁷ 例えば、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002年) 1391頁は、自手犯の場合には過失の正犯だけが処罰されるという不均衡が生ずると指摘する。また、山口・前掲注(1) 328頁は、背後者が過失の正犯を幫助したにすぎない場合には不可罰になっていると指摘する。そして、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、第2版、2008年) 419頁と422頁は、教唆の故意で間接正犯に相当する事態を生じさせるような場合には、間接正犯の支配性を高度のものに限定すれば、背後者が間接正犯も教唆犯も成立できないという不当な処罰の間隙が生ずると指摘する。

²⁸ 内藤・前掲注(27) 1390頁。

²⁹ 林・前掲注(27) 423頁。

³⁰ 内藤・前掲注(27) 1391頁。

³¹ なお、佐伯・前掲注(23) 355頁は、「教唆により惹起される決意は、必ずしも厳格な意味での故意であることを要しない」と指摘する。

³² 大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院新社、1981年) 153頁以下参照。なお、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第4版、2018年) 493頁は、「最初から過失行為を利用する場合には、背後者の優越的事実支配が認められるから、間接正犯が成立するが、故意行為を教唆したところ、正犯者が過失行為を遂行した場合に

犯に対する教唆が可能であるとする考え方³³などが存在している。

私見によれば、Aの行為はBを道具化したこと又はBの道具的な状態を利用したことが認められるに足りるのであれば、Aに殺人罪の間接正犯を認めることが可能であると思われる。よって、Bが不適切な投薬によるCの死亡結果を認識していなかった場合、或いはBがAの命令を全く疑わずに従って自分なりの医学的判断をやめた場合において、AはBを自分の犯罪実行の道具にしたので、Bに過失致死罪が成立しつつも、Aに殺人罪の間接正犯を成立させるべきであると思われる。

第二款 情を知る第三者の利用：故意ある幫助道具

故意ある道具の問題について、最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁食糧管理法違反事件は「原判決の認定事實は、判示会社の代表取締役である被告人AがBと共謀の上被告人の娘Cを介して会社の使用人Dに命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であって、Dを教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白である。そして、かく認めることは、挙示の証拠に照し社会通念上適正妥当である。従って、D等がその情を知ると否とにかかわらず被告人Aの行為が運搬輸送の実行正犯たることに变りはないのである」(下線部は著者による)とした。本件の被利用者Dは、共謀でなく教唆されてもなく、情を知っていた上、背後者Aの指示に従って米を運搬輸送した。私見によれば、Dは、元々当該会社の使用人として代表取締役Aの指示に従って会社の業務に従事していたものである。本件Aの指示行為は、上述の事情を考える上で、Dを「自己の手足」とする道具的な状態を利用したことが認められるため、Aには食糧管理法違反の間接正犯を成立し得ると思われる³⁴。

は、過失行為は違法であるから、それに対する教唆犯が成立することになる」
として、因果的共犯論の見解を採っても間接正犯か教唆犯かが場合によって分けると主張する。

³³ 松宮・前掲注（3）288頁。

³⁴ 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981年）133頁は、判例の認める

ところが、もし本件のDが意思押圧に陥らずに情を知っていた上で米を運搬輸送したのであれば、Dの運搬輸送行為は幫助行為ではなく実行行為を行った直接正犯であるので、AとDのいずれも正犯が認められると言える³⁵。そうすると、客観的正犯論の立場から、故意ある幫助道具という概念には疑いなきものとは言えない³⁶。このような場合、Aの実行行為はDにより米を運搬輸送すること、Dの実行行為はAの命令により米を運搬輸送することという側面から見ると、AとDは意思の連絡がない状態で同時に同一の犯罪を実行したものであり、すなわち同時犯に類似する状態であると思われる³⁷。

第四節 小括

本稿は、現在の通説の制限従属形式に基づき、間接正犯の正犯としての積極的根拠は利用行為の実行行為性に求められ、すなわち間接正犯の

共謀共同正犯の理論によれば、統制違反の米の運搬者を幫助犯としたいいわゆる「純粋な故意ある道具」の例において、正犯と幫助犯との間の外形的な行為の形態の差をほとんど無視しており、まさに「重い処罰に値する者が正犯」、「軽い処罰に値する者が幫助犯」という考え方であると指摘する。

³⁵ 団藤・前掲注(2)159頁は、本件は「運搬輸送」という構成要件要素の解釈によって決める問題であると主張する。

³⁶ 西田・前掲注(16)88-89頁は、故意ある幫助道具という概念は、背後者を単なる教唆犯ではなく正犯として処罰するという要求と、実行行為者を幫助として軽く処罰したいという要求に基づき由来するものであると解し、第一の要求には背後者を共謀共同正犯又はドイツの「正犯の背後の正犯」理論として充足すると述べたが、正犯を利用する間接正犯という概念にはまだ問題がありながら、第二の要求に対して、絶対的法定刑が存在せずに酌量減輕規定を有する刑法では具体的量刑段階において対処し得ると理解する。

³⁷ 筑間正泰「同時犯の意義並びに共同正犯の意義及びその範囲」法學研究61巻2号(1988年)236頁は、同時犯を「二人以上の行為者が、意思の連絡なしに、同時に又は同時に近い前後の関係において、同一若しくは同種又は異種の犯罪を実行する場合」と定義する。これに対して、本件の事実関係において、AとDの間に甲の指示が介入し、二人が甲の指示によりある程度の連結性が存在していたため、本稿は、AとDを同時犯に類似する状態と称する。

構造は「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」を中心に構築するものである。また、この論点に基づき幾つかの類型の間接正犯の判例を検討した後、個別事例における間接正犯の正犯性の判断は「実行行為性」を中心に求めつつも、他の補助的な論点が不可欠であると考えて、道具理論への再理解を通じて、間接正犯の成立は、背後者が被利用者を道具化する又は被利用者の道具的な状態を利用するのが必要であると解する。さらに、判例の検討を通じて、その道具化行為或いは道具的な状態の利用行為は、被利用者の意思自由が判断不能まで抑圧され、若しくは著しく選択し難いまで抑圧される程度で足りるという論理的帰結に至った。しかし、本稿の観点に基づいて判断するとしても、一部の争いのある間接正犯を完全に説明できるとは言えない。例えば、身分犯や犯罪行為の利用や利用行為後の介入の事例などがそれである。それらは、むしろ構成要件の解釈や因果関係の認定にかかわる問題であろうと思われる。

第四章 台湾法における正犯概念

現在台湾で施行されている中華民国刑法の立法思想及び体系は主に近代的西洋刑法の法体制を継受している。しかし、現行中華民国刑法は1912年中華民国暫行新刑律時代、1928年中華民国旧刑法時代、1935年中華民国刑法時代を経て、2005年に総則規定の大きな改正を行い、現在に至っている。本稿は、正犯の一種類である間接正犯をどのように理解すべきかについて、台湾法の視座から比較法的な考察を行うため、まず台湾法における正犯概念を確認しておかなければならないと考え、4つの時代を経た中華民国刑法に関する歴史的背景とその制定の経緯に基づき、各時代の共犯規定及びその改正を中心に、歴年の実務的見解を分析し、台湾法における正犯概念とその変遷を考察していきたい。

第一節 台湾の刑法典における共犯規定の沿革

第一項 1912年中華民國暫行新刑律（1912年-1928年）

第一款 制定の経緯

1912年暫行新刑律の制定の源流は、清国末期の変法運動により、当時の担当者沈家本は各国の法制を比較し、清国の国情に相適合する法制改革の道を探そうと試みた上、「日本法系は本々は支那法系に属したが、今やドイツ・フランス諸国を範とし、その国勢は日増しに盛んになっている…ただ日本は特に東アジアの先駆者であり、上申し説明することを採択するに十分値する」³⁸と結論づけ、日本のヨーロッパ大陸法の続受の経験を模倣してヨーロッパ大陸や日本等の国の法律制度と各種の新法律を大量に導入しようと決心したので³⁹、日本人法律顧問を招聘して旧律の改革と新律の制定などによる近代的な法制度を作り上げようとし、そのうち刑法の部分は1907年に岡田朝太郎博士によって起稿された「刑律草案」を基礎とした。1911年に「大清新刑律」の立法が完成したが、辛亥革命勃発により新刑律の実施には至らなかった⁴⁰。中華民國成立後、社会はまだ混乱状態であったため、1912年3月10日の大總統令により清国において施行されていた法律と合わせてその新刑律を暫定的に運用することを布告し、名称を「暫行新刑律」に改め、帝室侵害罪など国家体制と相容れない条文を削除した⁴¹。そして、この「暫行新刑律」は1928年

³⁸ 黄源盛（松田恵美子訳）「晚清の法制現代化の原因及びその展開」京都大学日本法史研究会編・中澤孝一編集代表『法と国制の史的考察』（信山社、1995年）288頁、沈雲龍主編『清末籌備立憲檔案史料（下冊）』（文海、1981年）834頁参照。

³⁹ 黄源盛（松田訳）・前掲注（38）288頁。

⁴⁰ 黄源盛編『晚清民國刑法史料輯注（上）』（元照、2010年）274頁。

⁴¹ 蔡墩銘「中華民國刑法と日本刑法の關係」ジュリスト999号（1992年）108頁、小野清一郎『中華民國刑法總則』（中華民國法制研究會、1933年）6-11頁、田邊章秀「『大清刑律』から『暫行新刑律』へ—中國における近代的刑法の制定過程について—」東洋史研究65巻2号（2006年）260頁、黄源盛編・前掲注（40）274頁参照。

まで施行されていた。

「大清新刑律」及び「暫行新刑律」は「総則」と「各則」に分かれ、それらを旧律と比較すれば、概ね以下の特徴がある：①罪刑法定主義の確立（比附⁴²の排除）、②刑の現代化（身体刑を廃止し、死刑、懲役、拘役⁴³、罰金に改める）、③死罪の縮限（絶対的死刑を刑罰とする範囲を縮小し、自由刑を主刑とする）、④尊属に関する罪刑の加重（旧有の風習と禮教⁴⁴の關係に配慮する）、⑤処遇の平等化（同じ犯罪は一律同じ刑罰を科する）、⑥死刑の執行方法の統一（死刑の方法を絞刑のみとし、かつ公開処刑を禁止する）、⑦懲治教育（16歳とする責任年齢の設定）である。また、罪例を刑例の前におき、また判決を下す際の法の適用については、頒布以前の罪であっても新法で裁き、旧法で罪に問うていないものののみ無罪にするといった他の国の刑法には見られない特徴も備えていた⁴⁵。

上述した新刑律の制定の背景とその特徴から見ると、「刑律草案」、「大清新刑律」及び「暫行新刑律」は当時の日本刑法理論に強く影響されたものであり、岡田の長年の考え方を実現したのが見えられる^{46、47}。

⁴² 比附とは、罪を断じるのに正条がない場合、他の条文を引いて判決することをいう。すなわち類推解釈に相当することである。

⁴³ 拘役とは、刑期は1日以上60日未満の短期自由刑である。

⁴⁴ 禮教とは、禮儀教化のことを指し、すなわち中国における伝統で封建的な礼儀や道徳を意味することである

⁴⁵ 蔡墩銘・前掲注(41) 108頁、田邊・前掲注(41) 243頁参照。

⁴⁶ 当時、沈家本の主導の下に行われた清国晩期に法律翻訳事業は、国別に言えば日本の法学に偏重しており、日本の翻訳書はほぼ全体の48%を占める。諸々の法のうちでは特に刑法典に偏重し、14種にものぼり、もし刑事法関係の著作を加えるなら、訳書総数のうちの約61%を占めるのである。それは、大清新刑律を修訂した時期は日本の明治維新の成功と近代化の経験及び日本書籍の翻訳が盛んな風潮になったという背景と密接な関係がある。詳しくは、黃源盛（松田訳）・前掲注(38) 300-301頁参照。なお、この背景において、大清新刑律を起草するために岡田朝太郎を招聘したことから見ると、大清新刑律が当時の日本刑法理論と岡田の理論に強く影響されたと言える。

⁴⁷ 蔡墩銘・前掲注(41) 108頁は、1912年暫行新刑律はナポレオン時代のフランス刑法を母法とした日本の旧刑法を模範とし制定されたものであるもので、間接的にフランス刑法を母法としたものを評価する。

第二款 共犯の規定

1912年暫行新刑律の共犯規定は、第6章に定められ、章名を「共犯罪」と命名し、以下のように規定されていた。

第29条：「Ⅰ二人以上共同して犯罪行為を実施した者は皆正犯とし、各自にその刑を科す。Ⅱ犯罪行為を実施するに際し正犯を幫助した者は、正犯に準ずる。」

第30条：「Ⅰ他人を教唆し犯罪行為を実施させた者は造意犯とする。その者には正犯の例に依って処断する。Ⅱ造意犯を教唆した者は造意犯に準じる。」

第31条：「Ⅰ犯罪行為を実施する前に正犯を幫助した者は、従犯とし、正犯の刑の一等或いは二等を減輕することを得。Ⅱ従犯を教唆又は幫助した者は従犯に準ずる。」

第32条：「教唆又は幫助をしてから、自ら犯罪行為の実施に参加した者には、その実施したことに従って処断する。」

第33条：「Ⅰ凡そ身分に因り成立する罪を教唆又は幫助したる者は其の身分なき者と雖も仍ほ共犯を以て論ずる。Ⅱ身分に因り刑に輕重ある時は其の身分なき者には仍ほ通常の刑を科す。」

第34条：「本犯の情を知りて共同したる者は、本犯共同の情を知らざる時と雖も、仍ほ共犯を以て論ずる。」

第35条：「過失罪に付き共同の過失ある者時共犯を論ず。」

第36条：「人が故意に罪を犯すに際し過失に因り其の結果を助成したる者は過失共同正犯に準じて論ず。但し其の罪が過失を論ずべきものなる場合に限る。」

以上の規定を見ると、共同正犯、教唆犯、従犯という3類型に分けて規定され、日本の現行刑法と同様の共犯の分類を採用していたが、第29条共同正犯、第30条教唆犯、第31条従犯、第32条事中正犯の規定において、「実行」ではなく「実施」という用語が使われており、犯罪実施前に正犯を幫助した者を従犯とし（第31条第1項）、犯罪実施時に正犯を幫助した者を正犯に準じて処断する「準正犯」（第29条第3項）という規定

があるため、犯罪実施時に加功したかどうかに基づき正犯と従犯を区別し、過失共犯⁴⁸と過失共同正犯の規定がある、という差異があることが分かる。

第二項 1928年中華民國旧刑法（1928年-1935年）

第一款 制定の経緯

1927年に国民政府が首都を南京に定めた際、1912年暫行新刑律の改正に着手し、改正された新刑法典は1928年3月10日に布告され、名称を「中華民國刑法」（一般には「旧刑法」と称する）と改め、同年7月1日に正式に施行された⁴⁹。この旧刑法の重要な改正点は、①一般の故意と区別する「明知」という用語を、各則において直接故意を責任要件とする犯罪に付けた、②予備及び陰謀への処罰が重大な犯罪のみに限られた、③自首の減免は刑の任意的減免を刑の任意的減輕に改めた、④元来、5等級に分けられていた有期懲役は等級の区別がなくなった、⑤実質上の数罪の併合とされ、結果的加重犯は一罪とされ、その最も重い罪を以て処断することになった、⑥被害者の身分によって過失犯の刑が加重される規定を廃止した、⑦「利益を得た」場合のみに罰金を科する、⑧罰金及び科料には金額の倍数を基準とせずに刑法に明確な額が規定された、⑨公権剝奪には総則に刑法上の明文規定のある場合に限らずそれを科することができることを明確に示した⁵⁰。

⁴⁸ 岡田朝太郎（胡長清訳）「日本刑法改正案評論」（會文堂新記、1931年）52頁は、過失共犯については、日本刑法典及び改正には規定されないものであるが、過失共犯の規定を日本刑法典で規定すべきであると主張した。そのため、陳子平「中華民國（台灣）刑法における教唆犯論」西原春夫古稀『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷』（成文堂、1998年）436頁は、新刑律において過失共犯の規定があったことには、岡田の独特な見解に深いつながりがあると考ええる。

⁴⁹ 蔡墩銘・前掲注（41）109頁。

⁵⁰ 蔡墩銘・前掲注（41）109頁。

第二款 共犯の規定

1928年旧刑法の共犯規定は、同じ第6章に定められたが、章名を「共犯」と改名し、以下のように規定されていた。

第42条：「二人以上共同して犯罪の行為を実施した者は、皆正犯とする。」

第43条：「Ⅰ他人を教唆して犯罪の行為を実施させた者は、教唆犯と為す。教唆犯を教唆した者は同じとする。Ⅱ教唆犯は正犯の刑に処する。」

第44条：「Ⅰ正犯を幫助した者は、従犯とする。Ⅱ従犯を教唆した者は、従犯を以て論ずる。Ⅲ従犯の刑は、正犯の刑の二分の一を減す。但し犯罪の行為の実施に際し、直接且重要な幫助を為した者は、正犯の刑に処する。」

第45条：「Ⅰ身分に因り構成すべき罪を、その共同して実施し又は教唆若しくは幫助した者は、その身分なき者と雖も、仍ほ共犯を以て論ずる。Ⅱ身分に因り刑の輕重又は免除ある時は、その身分なき者には、仍ほ通常の刑を科す。」

第46条：「正犯の情を知りて正犯を幫助した者は、正犯が共同の事実を知らざりし場合と雖も、仍ほ従犯を以て論ずる。」

第47条：「二人以上過失罪に付き共同過失ある時は、皆過失正犯とする。」

以上の規定を見ると、1928年旧刑法は、1912年暫行新刑律の共同正犯、教唆犯、従犯という3類型を分類し⁵¹、用語も「実施」という用語を維持

⁵¹ ちなみに、1928年旧刑法の各則には「同謀犯」という共謀共同正犯に関する特別規定があった。すなわち第288条「殺人を同謀した者は、3年以上10年以下の有期徒刑に処する」という同謀殺人罪及び加重処罰としての第289条直系尊属と傍系尊属の同謀殺害罪、第351条「強盜罪を犯すことを同謀した者は、1年以上7年以下の有期徒刑に処する」という同謀強盜罪、第373条「人を擄にして贖償を強要することを同謀した者は、1年以上7年以下の有期徒刑に処する」という同謀擄人勒贖罪（共謀身代金目的略取罪に相当）と規定していた。詳しくは、黄源盛編『晚清民國刑法史料輯注（下）』（元照、2010年）992頁、993

していた。また、第42条と第44条によれば、犯罪実施時に正犯を幫助した者を正犯に準じて処断する「準正犯」という規定が削除され、正犯に対して犯罪実施時に直接で重要な幫助をした者は、正犯ではなく、刑の減輕をしない従犯とし（第44条第3項但書）、犯罪実施時の幫助は従犯の成立を可能とするため、1912年暫行新刑律において採用された犯罪実施時に加功かどうかという正犯と従犯の区別基準を放棄したことが分かる⁵²。そして、過失共犯の規定が削除され、共同過失の場合では全て過失共同正犯とされる、という点にも差異がある。

第三項 1935年中華民國刑法

第一款 制定の経緯

1928年旧刑法は1912年暫行新刑律に留保されていた古代法の規定を改正・廃止したが、その解釈適用に関する争いが施行後にも絶えてなかったため、1932年に国民政府による「刑法起草委員会」が発足し、現行日本刑法、刑法並監獄法改正調査委員会決議及留保条項（刑法総則）、昭和15年の改正刑法仮案と刑法改正案及びドイツ、スイス、イタリアなど刑法典を参考して公表された「刑法改正案」は、1934年に立法院（日本の国会に相当する）において可決され、1935年1月1日に布告され、同年7月1日に正式施行された⁵³。この1935年に改正された「中華民國刑法」は、現在台湾で施行されているものであり、社会の構造と時代の変遷及び新形態の犯罪類型に対応するため、1935年から2004年まで主に刑法各論の条文に関する法改正が16回を行なわれた⁵⁴。

頁、1010頁、1013頁、1019頁参照。

⁵² 1928年旧刑法第44条の立法理由によれば、犯罪実施時に正犯を幫助した者は一律正犯の刑を科すのが公平ではないので、犯罪実施時の幫助が従犯とされる可能性があることを認めていた。黄源盛・前掲注（51）891頁参照。

⁵³ 蔡墩銘・前掲注（41）109頁。

⁵⁴ 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/>）」は、歴年の法改正の資料を検索することができる。（最終閲覧日：2021年3月10日）

第二款 共犯の規定

1935年刑法の共犯規定は、第4章に定められ、章名を同じ「共犯」と命名し、以下のように規定されていた。

第28条：「二人以上共同して犯罪の行為を実施した者は、皆正犯とする。」

第29条：「Ⅰ他人に犯罪を教唆した者は、教唆犯とする。Ⅱ教唆犯は、その教唆した罪に依り処罰する。Ⅲ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。」

第30条：「Ⅰ他人を幫助した犯罪を犯した者は、従犯とする。他人が情を知らずにしても、同様とする。Ⅱ幫助犯の処罰は、正犯の刑を減輕することができる。」

第31条：「Ⅰ身分又はその他特定な関係によって成立した犯罪について、共同して実施し又は教唆し若しくは幫助した者は、その特定な関係がない者であっても、なお共犯を以て論ずる。Ⅱ身分又は特定な関係によって刑の輕重又は免除があるときは、その特定な関係がない者には、通常の刑を科する。」

以上の規定を見ると、1912年暫行新刑律と1928年旧刑法と同様に、共同正犯、教唆犯、従犯という3類型を分類し⁵⁵、用語は依然として「実施」という用語を維持した一方、第30条によれば、1928年旧刑法と同じ、犯罪実施時の幫助が従犯とされる可能性があることを認めたが、その場合、直接で重要な幫助をした者は従犯とする規定が削除された。その理由は従犯の処罰が裁判官の裁量に委ねられるからである⁵⁶。また、共同過失の処罰については、1928年旧刑法において既に削除された過失共犯の規定の他にも、過失共同正犯の規定が削除された。しかし、過失共同正犯

⁵⁵ 1928年旧刑法の各則における「同謀犯」の規定は、1935年刑法において全て削除された。

⁵⁶ 黄源盛・前掲注(51)1155頁。

の削除理由は、改正理由に見当たらない⁵⁷。

第四項 2005年改正後の中華民国刑法

第一款 改正の経緯

2005年1月7日に中華民国刑法及び刑法施行法の一部改正草案は立法院にて可決され、同年2月2日に総統によって公布され、翌年7月1日に施行された。この度の改正では、特に刑法総則における改正は、61箇条が改正され、4箇条が削除され、2箇条が追加され、それは全体の3分の2程にまで及び、近年来の最大の改正とは言える⁵⁸。また第四章の共犯の処罰規定の改正以外では、他の重要な改正として、公務員の定義を変更し（第10条第2項）、特殊事情の下での違法性の錯誤に関する犯罪阻却事由を改正し（第16条）、心神喪失と心神耗弱の内容を新たに記し（第19条第1、2項）、原因において自由な行為を明文化し（第19条第3項）、不能犯を可罰から不可罰へと改正し（第26条）、訴追権の時効の起算及び期間を改正し（第80条）、公権剝奪の範囲を改正し（第36条）、強制性交罪を犯した者に対する強制医療制度を明文化した（第91条の1）。

第二款 共犯の規定

2005年刑法の共犯規定は、同じ第4章に定められたが、章名を「正犯及び共犯」と変更し、以下のように規定した。

第28条：「二人以上共同して犯罪の行為を実行した者は、皆正犯とする。」

⁵⁷ 黄源盛・前掲注（51）1155頁、同『晚清民國刑法春秋』（犁齋社、2018年）282頁参照。

⁵⁸ 2005年刑法総則改正の概要について、只木誠「ミニ・シンポジウム『台湾における刑法改正の現状と課題』報告」比較法雑誌48巻3号（2014年）103-104頁参照。

第29条:「Ⅰ 他人を教唆して犯罪行為を実行させた者は、教唆犯とする。
Ⅱ 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:「Ⅰ 他人の犯罪を実行することを幫助した者は、幫助犯とする。
他人が情を知らずにしても、同様とする。Ⅱ 幫助犯の処罰は、正犯の刑
を減輕することができる。」

第31条:「Ⅰ 身分又はその他特定な関係によって成立した犯罪について、
共同して実行し、又は教唆し若しくは幫助した者は、その特定な関係
がない者であっても、なお正犯若しくは共犯を以て論ずる。但しその
刑を減輕することができる。Ⅱ 身分又は特定な関係によって刑の輕重又
は免除があるときは、その特定な関係がない者には、通常の刑を科する。」

2005年刑法改正において、第4章の章名「共犯」を「正犯と共犯」に改正した。しかし、第28条の規定の内容については、1990年の改正草案⁵⁹に従わず、間接正犯の規定を明文化しなかった。その改正理由は「現在のあらゆる学説によれば正犯と共犯は本質的な違いがあり、すなわち正犯は直接的な実行行為者（直接正犯、間接正犯、共同正犯）と評価され、共犯は間接的に実行行為を関与する者（教唆犯、幫助犯）と評価されるので、現行法の章名である『共犯』を『正犯と共犯』に改正することにより、現状に対応することになる」とした。

また、実行行為概念について、第28条の改正理由一、によれば、従来の「実施」という用語については、多くの実務的見解は司法院32（1943）年院字第2404号解釈の旨を持ち、それが陰謀、予備、着手、実行という概念を含め（即ち陰謀共同正犯と予備共同正犯を認めることである）、直接的に犯罪事実を構成する行為に限られないため、解釈上「共謀共同正犯」をも含めるのであるが、①陰謀犯・予備犯は行為の定型性を欠き、また現行刑法には既遂犯の処罰が原則、未遂犯の処罰が例外、陰謀・予備の処罰が例外の例外であることを参照し、学説は予備共同正犯に対して反対する立場を持ち、特に陰謀共同正犯の処罰には意思・思想の処罰

⁵⁹ 1990年版中華民国刑法改正草案第28条:「Ⅰ 犯罪行為の実施者を自任するのは、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。Ⅱ 二人以上共同して犯罪の行為を実施した者は、皆正犯とする。」

となる恐れがあること、及び②近代刑法の基本原則は「個人責任」を強調し、並びに犯罪は行為者の思想又は悪性ではなく、客観的犯罪行為の処罰を強調するのであり、且つ陰謀犯・予備犯の行為は正犯の如く定型性を欠き、陰謀犯と言え、行為者は客観上の互いの謀議行為と主観上の一定の犯罪意思があれば成立するのであり、陰謀共同正犯と予備共同正犯を認めれば、多数人が陰謀の段階で互いの謀議行為をしたが、そのうち一人か数人が予備又は着手の段階の前に離脱し犯罪の結果に助力を与えなかった場合に、陰謀行為のみであっても最終の犯罪行為に対して共同正犯の責任を負うべきであり、もし中止犯の規定を適用することがなければ、実に平等の原則に反し、一般の国民感情にも違うことであるため、近代刑法の個人責任原則及び法治国家の人権保障の思想に基づき、陰謀共同正犯・予備共同正犯を否定するとすべきであり、「実行」という概念の下における共同の関与行為であればこそ共同正犯が成立するとして、用語が「実施」を「実行」に改正することにより、共同正犯の関与の類型を修正することにした。なお、この「実行」という用語の改正は、実務において共謀共同正犯の処罰を妨げないのである⁶⁰。

そして、第29条教唆犯、第30条幫助犯、第31条共犯と身分の規定も第28条の改正に合わせて、用語の「実施」を「実行」に改めた。

〔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。

⁶⁰ この点については、本稿第四章第二節第二項第二款三、を参照。

債権譲渡制限特約の 効力に関する比較法的研究（５）

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 本稿の視点と構成

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
(以上、72巻 1 号)

第 3 節 改正法466条の 2 の趣旨と改正過程

第 4 節 改正法466条の 6 の趣旨と改正過程

第 5 節 改正法469条の趣旨と改正過程 (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 1 節 問題意識

第 2 節 民法（債権関係）部会における議論の推移

第 3 節 民法改正の経緯の与える示唆

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 1 節 問題意識

第 2 節 譲渡制限特約の機能

第 3 節 小括 (以上、72巻 3 号)

第 5 章 債権譲渡制限特約に関する諸外国のルール

- 第１節 中国契約法の考察
 - 第１款 概観
 - 第２款 譲渡制限規定の沿革——中国契約法79条の成立史
 - 第３款 学説の紹介と検討
 - 第４款 裁判例の紹介と検討
 - 第５款 考察
- 第２節 アメリカ法の考察
 - 第１款 コモンローの状況
 - 第２款 統一商事法典における譲渡制限特約の効力
 - 第３款 統一商事法典における債務者保護規定の内容
 - 第４款 考察 (以上、72巻4号)
- 第３節 国際ファクタリング条約の考察
- 第４節 国連国際債権譲渡条約の考察
- 第５節 ヨーロッパ契約法原則の考察
- 第６節 ユニドロフ国際商事契約原則の考察
- 第７節 共通参照枠草案の考察
- 第８節 比較法的に見た日本改正法の位置付け
- 第６章 債権譲渡制限特約効力論の再構成
- 終 章

第５章 債権譲渡制限特約に関する諸外国のルール

第１節 中国契約法の考察

第１款 概観

第１項 債権譲渡のメカニズム

中国法は、民法通則において債務者の同意を要件として債権の譲渡を認めている（民法通則91条・1986年）。民法通則制定以前においては、債権譲渡の民事主体が主に国営企業である故に、法律は国営企業間での相互尊重の問題を考慮して債務者の同意を要件としていた¹。債務者は債

¹ 小口彦太「中国契約法における債権譲渡の基礎的研究」早法90巻2号（2015年）10頁。「中国契約法研究会（2013年3月、早稲田大学）での小口からの質問に対する王成教授の後日の文書での回答」という。

権譲渡を同意しない限り、誰も債務者に新しい債権者を押し付けることができない。そのため債権が譲渡されたとしても、債務者には何らの不利益が生じない。債権の自由譲渡性を認める法体系と比べて、債権譲渡によって債務者の地位を悪化させてはならかいという要請がないと思われる。したがって、民法通則は債権者の交代に伴う不利益から債務者を保護する準則を設けないと決した。

その後、民法通則91条が実質的に廃止され、債権の自由譲渡性が契約法により認められるに至った。すなわち、債権者は、原則的に契約の権利の全部又は一部を第三者に譲渡することができる(契約法79条)²。契約法には、ドイツ民法398条2文のような「新債権者は、契約締結によって旧債権者に代わる」といった類いの文言はないが、解釈上は、譲受人が譲渡人と債権譲渡契約を締結すれば直ちに譲渡人の地位に取って代わるとする³。なお、同一債権が多重に譲渡された場合には、譲受人間の優劣関係は優先性原理に従って解決される。つまり、最初に債権譲渡契約を締結した譲受人が勝つとされる⁴。

ところが、譲渡当事者間で債権が移転したとしても、債務者に通知しない限り、当該債権譲渡は債務者に対して効力が発生しない。日本法は通知をもって債務者対抗要件とするのに対して、中国法はこれをもって債務者に対する効力発生要件とする(契約法80条2項)。しかし、通知を必要とするのは、もっぱら債務者保護の趣旨になることに鑑みると、両者は同一の結果を生ずると考えられる⁵。すなわち、債務者は譲渡通知を受ける前に譲渡人に対してなした弁済その他の免責行為はすべて有効である⁶。その反面として、債務者は譲渡通知を受ける後に譲受人に弁済しなければならないことになる。これは、債務者が債権譲渡を認めなくとも、債務者に新しい債権者を押し付けることができる、という意味で

² 中国契約法の翻訳として、小口・前掲注1)があり、参照した。

³ 韓世遠『契約法総論(第4版)』(法律出版社、2017年)607-608頁。

⁴ ハイン・ケッツ(潮見佳男ほか訳)『ヨーロッパ契約法I』(法律文化社、1999年)516頁。

⁵ 我妻栄『中華国民民法 債権総則』(中華國法制研究會、1933年)396頁参照。

⁶ 韓・前掲注3)616頁。

ある⁷。したがって、債権者の交代による不利益から債務者を保護する準則が不可欠となるのである⁸。

第２項 債務者保護規定の内容

契約法は、債権譲渡に関与しない債務者を保護するために、次のような債務者保護規定を設けている。

第１に、債務者は、債権譲渡の通知を受けるまでに譲渡人に対する抗弁を譲受人に対しても主張することができる（契約法82条）。「債権譲渡の通知を受けるまでに譲渡人に対する抗弁」という要件は、緩やかに解されている。つまり、譲渡の通知を受けた時点で抗弁の事実がすでに発生していることを必要とせず、抗弁の発生原因又は抗弁の発生基礎がこの時点で存在していれば足りる。例えば、譲渡された債権を発生させる契約に関しては、「譲渡人の債務不履行」又は「目的物の瑕疵」が譲渡の通知を受けた時点までに生じていれば、債務者は譲渡の通知を受けた後に契約を解除することができる⁹。その反面として、「譲渡人の債務不履行」が譲渡通知までに生じていなければ、債務者はこれによる抗弁を譲受人に対抗することができない。つまり、債務不履行がされるかもしれないとの単なる抽象的可能性が譲渡通知の時点で存在していたというだけでは足りない¹⁰。

第２に、債務者が債権譲渡の通知を受けたとき、譲渡人に対して債権を有し、且つその債権が譲渡された債権の弁済期より先に、あるいは同時に到来する限り、債務者は譲受人に対して相殺を主張することができる（契約法83条）¹¹。これは、両債権の弁済期に関する規定をおく一方、

⁷ ハイン・ケッツ・前掲注４）519頁。

⁸ ハイン・ケッツ・前掲注４）519頁。

⁹ 韓・前掲注３）617頁。韓世遠は、その本で椿寿夫＝右近健男『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988年）352頁、林良平ほか『債権総論（改訂版）』（青林書院、1982年）452頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、1992年）441頁、本城武雄＝宮本健蔵『債権法総論（第２版）』（嵯峨野書院、2001年）204頁を引用しており、日本法の影響を受けたとみられる。

¹⁰ 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）433頁参照。

¹¹ 中国民法典は契約法83条の規律を維持する同時に、同一の契約から発生す

債務者の譲渡人に対して有する債権の発生時期を定めており、債務者の保護を制限している。債務者は、譲渡の通知を受けた後に取得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かは問題である。この問題に対して、これまでの学説は債権の発生時期によって検討する傾向が強く見られる¹²。同じ論点について海外に目を向けると、債務者に広く相殺を認めるという考え方が国際的に有力になりつつある。例えば、国連国際債権譲渡条約において債務者は原因契約又は同一の取引の一部である他の契約に基づく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。また、ヨーロッパ契約法においては、債務者は譲渡された債権と密接に関連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。債務者の相殺利益は中国ではどのような形で保護されているかは検討する必要がある。

第3に、債務者は、債権者が不明である場合には、供託によって免責される（供託公証規則5条）。これによって、債務者は債権譲渡の有無及びその効力発生に疑問がある場合には、債権者を確知することができないことを理由に供託することができる¹³。供託公証規則には、日本現行民法495条のような「弁済者が過失なく債権者を確知することができない」といった類いの文言はないが、解釈上は債権者不確知が債務者の過失に基づく場合に、債務者は供託することができないとする¹⁴。債務者にとっては、自分の債権者が誰であるかを調査する必要がある。この調査に手落ちがあれば、供託しても免責されない。

以上のように、債権譲渡に関与しない債務者を保護するために、中国

る債権間の相殺を認めている（549条）。ただし、同一の契約から発生する債権ではなく、異なる契約から発生する債権による相殺の利益は、中国法ではどのような形で保護されるかは、今後に残された課題である。加えて、同一の契約の意義及び想定される場面を明らかにする必要がある。

¹² 韓・前掲注3）618頁。

¹³ 韓・前掲注3）719頁。

¹⁴ 韓・前掲注3）719頁。「いわゆる債権者不確知は、弁済者が善意管理人の注意を払っても（無過失）、債権者が誰であることを確知することができないことを指す。」という。

法は詳細な債務者保護規定¹⁵を設けている。このような規定で十分に保護されていない債務者は、債権者との合意で債権譲渡を禁止又は制限することにより、自衛措置を講じることができる¹⁶。ここでの問題は、中国法では譲渡制限特約に込められている意味はいったい何かにある。

第３項 譲渡制限特約の効力

中国契約法79条は、その本文において「債権者は契約の権利の全部又は一部を第三者に譲渡することができる」とし、そのただし書において「当事者の約定により譲渡することができないもの」はこの限りではないとしている¹⁷。契約法79条本文とただし書を合わせて読んでみると、ただし書は、債務者が弁済の相手方を当初の債権者に固定したい場合には、その意思を尊重することで、当事者間に自由な法形成の権限を与えたのである¹⁸。そして、ただし書は、債務者は譲渡制限特約をもって第三者に対抗することができることを前提とするものである。もし特約は第三者効がないとするならば、当事者間でその旨とりきめば足るのであって、わざわざただし書を設けるまでもない¹⁹。かようなわけで、中国契約法は譲渡制限特約に第三者効を認めているとみることができる。

実務的に大切な問題としては、譲渡制限特約の善意の第三者への対抗の可否である。契約法には、日本改正前法466条２項ただし書にいう「そ

¹⁵ 中国契約法では、従来は「原因契約の変更」に関する規定がなかったところ、民法典では初めて原因契約変更の第三者効を認めるにいった。すなわち、原因契約の変更等が合理的な理由で行われた場合には、譲渡通知後であったとしても、それは譲受人に対して効力を有する（民法典765条）。

¹⁶ ハイン・ケッツ・前掲注４）509頁参照。

¹⁷ 中国民法典は、金銭債権一般につき譲渡制限特約を第三者に対抗できないものとする立場を採用している（545条２項後段）。譲渡制限特約付債権が譲受人に移転するという点で、中国法も日本法も一致している。ただし、悪意又は重過失の第三者との関係においても譲渡制限特約の効力を否定した点が、中国法の特色である。

¹⁸ 石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、2013年）123頁参照。

¹⁹ 奥田昌道ほか『民法学４ 債権総論の重要問題』（有斐閣、1976年）279-280頁〔米倉明執筆〕参照。

の意思表示は、善意の第三者に対抗することができない」のような文言はないが、従来の学説は、譲渡制限特約は善意の第三者に対抗することができないとする傾向が強く見られる²⁰。というのは、譲渡制限特約の存在を知らずに特約付債権を譲り受けた譲受人の利益を保護する必要があるからである。これに対して、裁判例は善意の第三者保護より当事者間の約定を重視するという傾向が見られる²¹。つまり、第三者が譲渡制限特約の存在につき善意であっても特約を対抗することができるとする。ただし、注目すべきは、一部の裁判例は第三者の善意・悪意について言及しており、善意の第三者に対して譲渡制限特約を対抗することができないとするということである²²。

以上のように、中国法では譲渡制限特約付債権の譲受人について、特約に基づいて一定の制約がなされている。問題は、譲渡制限特約の第三者への対抗を認める場合に、第三者にいかなる制約を及ぼすべきかである。これは譲渡制限特約の効力の問題である。譲渡制限特約の効力を考察する際に、特約によって追求されている利益を緻密に考慮する必要がある同時に、債務者保護規定の中で譲渡制限特約を位置づけることが求められる。そこで、次款で債権譲渡制限規定の沿革にさかのぼることにする。

第2款 譲渡制限規定の沿革——中国契約法79条の成立史

第1項 前史

中国では、譲渡制限特約という法形像の萌芽は、20世紀50年代に見出すことができる。第1回民事立法の成果として完成された民法草案には譲渡制限特約に関する規定がある。債篇通則51条1項において「債権者

²⁰ 胡康生編『中華人民共和國契約法釈義』（法律出版社、1999年）132頁、李永軍『契約法（第3版）』（中国人民大学出版社、2012年）182頁、崔建遠編『契約法（第6版）』（法律出版社、2015年）173頁〔申衛星執筆〕、韓・前掲注3）719頁。

²¹ 小口・前掲注1）37頁。小口彦太は、その論文で（2013）一中民終字第2214号及び（2011）蘇商外終字第0072号を取り上げている。両裁判例いずれも、譲受人の主観態様に言及していない。

²² （2017）湘06民終54号、（2017）浙01民再2号、（2015）冷民二初字第1340号、（2014）費商字初字第604号、（2013）順民初字第10378号など。

は、その債権を第三者に譲渡することができる。ただし、法定、約定又は債権の性質によって移転することができないものは、この限りではない。」と定められている²³。これは、原則として現行契約法79条と同様に債権の自由譲渡性を承認し、例外的に譲渡制限特約を承認するとする。ただ、注意すべきは、同草案は善意の第三者保護について全く言及していないことである。また、債務者保護規定が設けられていないことである²⁴。同草案は、詳細な債務者保護規定を定めていないが、譲渡制限特約により債務者は債権者の交代による不利益を避けることができる仕組みになっている。具体的には、債務者は相殺の利益を確保するために、譲渡制限特約を結んだときは、これをもって譲受人に対抗することができる。同草案において、譲渡制限特約は債務者保護規定の欠如をカバーする機能を果たしている。

20世紀60年代、第2回民事立法の成果として作成された民法草案には、債権譲渡に関する規定がない。80年代に入ると、第3回民事立法の作業は始まった。1982年に公表された民法草案は、債権譲渡につき次のように規定する。「当事者の一方は、その有する請求権又は負う履行義務を第三者に譲渡することができる。ただし、一身に専属する権利義務を譲渡することができない。権利の譲渡は相手方に通知しなければならない。義務の譲渡は、相手方の同意を得なければならない。そうでなければ、譲渡はその効力が生じない。契約が国家計画に基づいて締結された場合に、権利又は義務を譲渡するときは、計画の主管機関の批准を経なければならない。」(156条)²⁵。これは、50年代の民法草案と同様に債権の自由譲渡性を認めていた。そして、債権が譲渡された事実を債務者に通知すると、当該譲渡は債務者に対して効力が生ずる。ここで注意すべきは、50年代の民法草案は債務者保護規定を設けない代償として、譲渡制限規定

²³ 何勤華＝李秀清＝陳頤編『新中国民法典草案総覧（増補版・上巻）』（北京大学出版社、2017年）190頁。

²⁴ 同草案51条3項においては、債権者の通知義務が定められている。「債権者は、その債権を移転するときは、債務者に通知しなければならない。何勤華ほか・前掲注23）190頁。

²⁵ 何勤華＝李秀清＝陳頤編『新中国民法典草案総覧（増補版・中巻）』（北京大学出版社、2017年）1311頁。

を置き、債務者を債権者の交代による不利益から保護するのに対して、80年代の民法草案には債務者保護規定と譲渡制限規定いずれも見られないということである。債務者保護より譲渡人の利益を重視すると見ることができる。

80年代の民法草案を基にして作成された民法通則は、債権譲渡につき次のように規定する。「契約の一方当事者が契約上の権利、義務の全部又は一部を第三者に譲渡する場合、契約の相手方の同意を得なければならない、且つ利益を貪ってはならない。法律の規定により国家の承認を受けなければならない契約は、原承認機関の承認を受けなければならない。ただし、法律に別段の規定があるか、あるいは原契約に別段の約定があるときは、この限りでない。」(91条)。これによって、債権が債務者の同意なくして譲渡することができないことになる。譲渡制限特約は、論理的に債権の自由譲渡性が認められていることを前提するから、そのような前提を欠く民法通則にはそもそも問題にならなかった²⁶。

第2項 契約法の立法過程

民法通則が実施されてから、市場経済が次第に進展することに伴って、契約法の起草は検討の俎上にのぼった。契約法の起草過程において最も起草段階の代表性を備えているのは、いわゆる「契約法試擬稿」、「契約法意見徴集稿」、「契約法草案」である。²⁷そこで以下では、契約法の起草過程における提案を確認することにする。

契約法試擬稿(1995年1月)は、債権の自由譲渡性を承認すると同時に、詳細な債務者保護規定を定めている。第1に、債務者は譲渡の通知を受ける前に譲渡人に対する法律行為が有効である(80条4項)。第2に、債務者は譲渡の当時に譲渡人に主張することができる抗弁をもって譲受人に主張することができる(82条1項)。第3に、債務者が債権譲渡の通知を受けたとき、譲渡人に対して債権を有し、且つその債権が譲渡された債権の弁済期より先に、あるいは同時に到来する限り、債務者は譲

²⁶ 石田・前掲注18) 130頁参照。

²⁷ 于敏(円谷峻校閲)「中国民法典(草案)の立法過程について」横浜国際経済法学14巻2号(2005年) 77頁。

受人に対して相殺を主張することができる（82条2項）。第4に、債務者は債権の分別譲渡によって増加した費用を譲渡人に対して請求することができる（84条）。第5に、債務者は譲渡人との合意で債権の譲渡を禁止又は制限することができる（76条1項1号）。譲渡制限特約も債務者の利益保護をはかる債務者保護規定の1つなのである²⁸。ただし、債務者は譲渡制限特約をもって善意の第三者に対抗することができない（同条2間）。ここでの問題は、譲渡制限特約によって確保されている利益はいったい何かにある。

契約法意見徴集稿（1997年5月）は、債権譲渡につき次のように規定する。「債権者は、その契約の権利の全部又は一部を第三者に譲渡する場合に、債務者に通知しなければならない。ただし、取引の慣習に照らして通知を必要としないときは、この限りではない。債権者はその権利を譲渡するとき、債務者の負担を増やしてはならない。債務者の負担を増やすとき、債務者の同意を得なければならない。」（55条）。これは、原則として債権の自由譲渡性を承認しており、債権譲渡により債務者の負担が増加する場合には債務者の同意を要件とするものである。債権譲渡について、債務者の同意を要件とする提案は、債務者に債権譲渡の過程に参加するための権限を与えたのである。このような提案を採用する場合には、いかなる場合に債権譲渡が債務者の同意を得なければならないかは問題となる。また、契約法意見徴集稿55条にいう「債務者の負担」の意味も問題とされる。これは、単なる履行負担であるなら、あえて債務者の同意を要件とする必要がない。債権者の交代による履行負担の増加から債務者を保護するためには、債務者の行為準則を明確化することが考えられる。債権譲渡による増加費用を債権者側に請求することができる旨を明示することも考えられる。²⁹しかし、「債務者の負担」を履行負担に限定しておく、債務者の譲渡人に対する相殺の抗弁を譲受人に主張することができるかは問題となる。かかる債務者の利益を念頭において、「債務者の負担」を債権者の交代による不利益に拡張して解釈す

²⁸ 石田・前掲注18) 121頁参照。

²⁹ 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ——契約および債権一般（2）』（商事法務、2009年）312-313頁参照。

ると、債務者がより一層保護されることになる。いずれにせよ、債務者にとっては債権者の交代によっていかなる不利益が生ずるかに関してより一層立ち入った検討が必要である。

契約法草案(1998年8月)は、契約法意見徴集稿の基本的な立場と異なり、原則的に債権の自由譲渡性を承認し、例外として譲渡制限特約を承認している(81条)。また、債権譲渡に関与できない債務者の利益を保護するためには、次のような詳細な債務者保護規定を定めている。第1に、債権譲渡は債務者に通知しなければ、債務者に対して効力が生じない(82条2項)。第2に、債務者は譲渡通知を受けるときに譲渡人に対して生じた抗弁をもって譲受人に対抗することができる(84条)。第3に、債務者は譲渡通知を受けるときに譲渡人に対して弁済期の到来する債権を有していた場合には、当該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(85条)。

上記の契約法草案の規定に対しては複数の批判が示された。まず、第1の規定についてある論者は、「本条第(二)項の規定には不備がある」と指摘する。その理由として、「一般に、当事者は契約の権利が譲渡することができないということを約定したときは、その意思に従う。しかし、当事者の約定は、単なる内部関係の一種に属しており、善意の第三者はこれを知ることができない。取引における善意の第三者の合法権益を保護するためには、当該約定を制限すべきである」と挙げられている。さらに、「前項第(二)項の規定は、善意の第三者に対抗することができない。」との規定を別途設ける必要があるとする。³⁰また、第3の規定について、「本条の規定により債務者の主張できる相殺の範囲はあまりにも限定され、契約法上の私的自治原則に悖る」との指摘があった。同条を次のように変更すべきであるとする。すなわち、「債務者が譲渡の通知を受ける当時、譲渡人に対して債権を有する場合において、その債権の弁済期が譲渡された債権より先に又はこれと同時に到来することは、債務者は譲受人に対して相殺を主張することができる」。³¹さらに、債権

³⁰ 北京大学法律学系民法教研室「关于統一契約法草案的修改建議」中外法学第1期(1999年)97頁。

³¹ 北京大学法律学系民法教研室・前掲注30)98頁。

の譲渡によって増加した履行の費用については、「草案では当該費用の負担主体は不明であり、債務者の利益保護に不利である」との指摘がされた。「債権者は、債権の譲渡によって増加した債務者の履行費用を負担しなければならない。」との規定を別途設ける必要があるとする。³²

第3項 小括

以上、債権譲渡制限規定——契約法79条の立法過程を概観したが、一覧表にすると次のようになる。

		債権の自由 譲渡性	債務者保護規定
前史	50年代の民法草案	○	通知前譲渡人への弁済有効 譲渡制限特約
	60年代の民法草案	○	通知前譲渡人への弁済有効
	80年代の民法通則	×	債務者同意規定
契約法 の立法 過程	1995年の契約法試 擬稿	○	通知前譲渡人への弁済有効 債務者の抗弁権及び相殺権 増加した履行費用の譲渡人負担 譲渡制限特約＋善意譲受人保護
	1997年の契約法意 見徴集稿	○(?)	債務者同意規定
	1998年の契約法草 案	○	通知前譲渡人への弁済有効 債務者の抗弁権及び相殺権 譲渡制限特約

契約法の立法過程の追跡から次のようなことが明らかとなった。第1に、譲渡制限特約は、債権の自由譲渡性という原則の上に築かれたものである。20世紀80年代の民法通則は、債権の自由譲渡性に否定的であり、譲渡制限特約に関する規定を設けないと決した。また、1997年の契約法意見徴集稿は、債権の譲渡が債務者の負担を増やさないことを前提に、債権の自由譲渡性を承認した。ただし、このようなことを前提とする法制は、債権の自由譲渡性を認めない法制の一種として位置づけられる。

³² 北京大学法律学系民法教研室・前掲注30) 98頁。

債権の自由譲渡性が公認されていない法制では、債権譲渡の禁止又は制限を検討する意味がない。というのは、このような法制は、債務者に債権譲渡に参加するための権限を与えていたからである。第2に、譲渡制限特約は、その他の債務者保護規定と密接に関連している。50年代の民法草案は、譲渡制限特約を承認したが、その他の債務者保護規定を定めていなかった。詳細な債務者保護規定を定めている法制と比べて、同草案では譲渡制限特約は債務者保護規定の欠如をカバーする機能を果たすといえよう。譲渡制限特約は、債務者の利益を保護するためのものである以上、債務者保護に必要な範囲内でその効力を認めておけば十分であり、あえて譲渡制限特約をもって譲渡の効力を否定する必要がないかもしれない。なお、1998年の契約法草案は、債務者の抗弁権及び相殺権に関する規定を定める同時に、譲渡制限特約を承認している。譲渡制限特約を通じて債務者の利益を確保する必要性が生じるのは、かかる規定によってカバーされない場面である。第3に、譲渡制限特約の効力に関しては、特約の善意の第三者への対抗可否についてふれておかねばならない。50年代の民法草案は、譲渡制限特約を承認したが、第三者の主観態様について全く言及していない。1995年の契約法試擬稿は、譲渡制限特約を承認する同時に、特約が善意の第三者に対抗することができないと定めている。しかし、1998年の契約法草案には、譲渡制限特約は善意の第三者に対抗することができないという文言はない。起草者は、第三者保護より当事者の意思を重視すると推測される。それにもかかわらず、中国法では、譲渡制限特約の善意者への対抗の可否について検討を要する。

第3款 学説の紹介と検討

第1項 学説の展開過程

展開過程は、2つの時代に区切られる。第1は1980年代から1990年代まで、第2は2000年代以降、である。

1 1980年代から1990年代まで

民法通則制定直後に、債権譲渡（同法91条）に触れる論文があった。それらは、「債務者同意規則」に着目しており、債務者の意思自由（債権譲渡への同意自由）を制限する傾向が見られる。譲渡制限特約はほとんど注目されなかった。すでに紹介したように、民法通則は、債務者に債

権の譲渡に参与するための権限を与えたのである。つまり、債権の譲渡は、債務者の同意を得なければならない。そうでなければ、債権譲渡はその効力が生じない。このような法制のもとでは、債務者は任意に債権譲渡の効力を否定する権限を持っている。債権譲渡の有用性に鑑み、債務者の意思をできる限り制限する方向で民法通則91条を解釈すべきであるとの指摘がなされた³³。債務者の意思制限をめぐって次のような2つのアプローチが示されていた。

第1は、「債務者同意」の方式を緩和するのである。すなわち、「債務者同意」の表示は、黙示であってもかまわない。「債権譲渡人又は譲受人は譲渡の事実を債務者に通知した後、債務者は反対を表示したり異議を唱えたりしたいときは、合理の期間内に為さなければならない。その期間内にしないときは、黙示とみなす」³⁴。第2は、「債務者の同意」を債権譲渡に異議を唱える権利とみなすのである³⁵。具体的には、「債権譲渡について、債務者は情理及び社会一般見解により認められる反対理由を唱える場合には、債権譲渡は債務者の同意を得なければ効力が生じない」。これに対して、「債務者は正当異議を唱えない場合には、債権譲渡は一旦債務者に通知されると、債務者の同意を得なくても効力が生ずる」。ここでの問題は、いかなる場合において債権譲渡は債務者の同意を得なければならないということにある。その当時の学説によると、次のような場合において債権譲渡は債務者の同意を得なければならない。すなわち、①「債務者は譲渡人に対して同種の債権を有し、且つ当該債権の弁済期は譲渡された債権より先に又はこれと同時に到来する場合には、債務者はその時相殺を主張することができる」という場合である。債務者の相殺権に関する規定を定めている法制と比べて、民法通則のもとでは「債権譲渡は、債務者の同意を要件とする」という方式で債務者

³³ 張説「債的移転及其要件」法学研究第3期（1990年）96頁。

³⁴ 王家福ほか編『中国民法学・民法債権』（法律出版社、1991年）77頁。

³⁵ 張・前掲注33）96頁、王家福ほか・前掲注34）77頁、王旭光「論契約權利讓與的若干基本問題」河北法学第2期（1995年）20頁、王利明「統一契約法制訂中の若干疑難問題探討（下）」政法論壇第4期（1996年）56頁。

の相殺利益が保護される³⁶。②「債務者は譲渡人に対して他種の債権を有し、あるいは同種の債権を有しても、その弁済期は譲渡された債権より後に到来する。この場合において、債務者は相殺を主張することができない」という場合である。③「債権譲渡により債務者に対して不利又は不便を来す」という場合である。④「債務者と債権譲受人との間に感情のもつれがある」という場合である³⁷。これらは、債務者を保護する範囲で債務者に債権譲渡の効力を否定する権限を認めるものである。債権者の交代に伴う不利益に着目して債権譲渡の債務者に対する効力を規律すべきであるという発想は示唆に富む。

2 2000年代から現在に至るまで

契約法の頒布によって民法通則91条が実質的に廃止された。債務者に対する譲渡の通知を必要とする契約法において、債権譲渡に対する債務者の同意まで必要としていない。契約法は、債務者に債権譲渡に参与するための権限を与えていないが、債務者はその債権者との譲渡制限特約によって債権譲渡に参与するための権能を留保することができる。契約法が成立するせいか、学説も譲渡制限特約の効力を意識し始めた。

第2項 学説の現状

1 債権的効力説

申衛星が代表的論者である。彼は、1999年の教科書で「譲渡制限特約は、債権的効力しかを有せず、且つ公示性を有しないため、特約の当事者間で効力を有するにとどまり、特約の存在につき善意である譲受人に対しては、信頼が保護されるべきという法律精神に基づいて譲受人が契約の権利を取得できると認めるべきである」と説く。また、譲受人が譲渡制限特約の存在を知りながら、譲渡された債権を譲り受けた場合には、「当該債権譲渡契約は無効である」と説く³⁸。これは、日本民法及び台湾民法

³⁶ 王家福ほか・前掲注34) 77頁は、立法例としてドイツ民法406条、スイス債務法169条2項、台湾民法296条2項を取り上げている。

³⁷ 張・前掲注33) 96頁、王家福ほか・前掲注34) 77頁。

³⁸ 崔建遠編『新契約法原理與案例評釋』（吉林大学出版社、1999年）394-395頁〔申衛星執筆〕。

の影響を受けて私的自治と取引の安全とのバランスをとろうとするものである³⁹。しかし、この説には、不明確な点もある。すなわち、誰が譲渡制限特約を援用することによって譲渡の無効を主張することができるかが明らかではない。

彼は、より後の教科書では、「譲受人が善意である場合には、債権譲渡契約⁴⁰が有効である。すなわち、債権者と債務者がした譲渡制限特約は、善意の譲受人に対抗することができない。譲渡された債権の弁済期が到来したとき、譲受人が債務者に対して請求することができる。しかし、債務者は譲渡人に対して債務不履行に基づく損害賠償を請求することができる。譲受人が悪意である場合には、債務者は抗弁を主張しないときは、譲渡人と譲受人がした債権譲渡契約が有効である。債務者は、譲受人が悪意であるという抗弁を主張し、債権譲渡契約が無効であると主張したときは、その主張が認められるべきである」と説く⁴¹。これによって、債務者は悪意の抗弁によりその譲渡行為の無効を主張することができる。ただし、債務者以外の第三者は譲渡制限特約の効力を主張することができるかは必ずしも明らかではない。

他に日本改正法を参照する馮潔語の論文は、契約法79条の解釈論に債権的效果説の導入を検討するに値すると説く。日本改正法の規律については、「譲渡制限特約が締結されたとしても、債権譲渡は有効である。ただ、債務者は特約をもって譲受人に対抗することができる」ことが紹介されても、具体的に債務者は特約の効力に基づいて譲受人にいかなる制約を及ぼすことができるかということにはまったく言及されていない。⁴²なお、馮潔語は、その後の論文では、『Schweizer Obligationenrecht 2020』164条を参照して契約法79条2項を「当事者は債権の譲渡を禁止する旨の約定をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられ

³⁹ 同書395頁では日本民法及び台湾民法の規定を参照していることを自認する。

⁴⁰ 日本法では、債権譲渡は準物権行為であるとされている。申衛星は、中国法は物権行為の理論を採用しないことを理由に、債権譲渡契約を債権売買契約のような債権契約と位置づける。崔・前掲注20) 173頁〔申衛星執筆〕。

⁴¹ 崔・前掲注20) 173頁〔申衛星執筆〕。

⁴² 馮潔語「禁止債権譲與特約的效力論——對繼受日本學說的反思」甘肅政法學院學報第3期（2016年）79-80頁。

ない」に改めるべきであると指摘する⁴³。このような提案が妥当とすると、譲渡制限特約は、特約の当事者間で効力を有するにとどまり、第三者には善意・悪意を問わず対抗することがなくなる。

2 相対的無効説

現行ドイツ民法は、その399条で譲渡制限特約の第三者効を認めていたが、その後、この条文をめぐる論争されたのは、債権的効力説と物権的効力との争いではなく、物権的効力説の枠内での争い、すなわち、譲渡無効を誰もが主張できるとする絶対的無効説と債務者のみが主張できるとする相対的無効説との争いであった⁴⁴。中国では、ドイツ法の影響を受けて相対的無効を支持する論文が見られる。

韓世遠は、譲渡制限特約の効力について「譲受人が悪意であり、又は善意・過失である場合には、その時の債権が譲渡性を有せず、物権的効力説を採用すべきである。債権譲渡は相対的無効であり、すなわち、債務者だけ当該譲渡が無効であると主張することができる」と説く⁴⁵。相対的無効説のもとでは、特約付債権が譲渡されたとしても、譲渡当事者・第三者関係では有効であるが、債務者はそのような譲渡をなかったものとして行動することができる。譲渡制限特約に強い効力を認める絶対的無効説と比べて、特約の効力が制限されたが、債務者の利益保護が後退するわけではない。相対的無効説は債務者保護に必要な範囲に譲渡制限特約の効力を認めたものと位置づけることができる。

莊加園は、譲渡制限特約の絶対的効力に対して批判的であり、解釈論として相対的無効説を採り、立法論としてはドイツ商法345条aの効力構成を採るべきであるとする。⁴⁶譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効

⁴³ 馮潔語「禁止債権讓與特約——比較法的經驗與啟示」法商研究第5期（2018年）191頁。

⁴⁴ 池田清治「債権の流動化と譲渡禁止特約の効力」北海道大学法学研究科高等法政教育研究センター報告書2（2002年）72頁。

⁴⁵ 韓世遠『契約法総論（第3版）』（法律出版社、2011年）469-470頁。韓・前掲注3）605頁。

⁴⁶ 莊加園「禁止債権讓與約定の效力模式解析——以德國商法典第354a條的法教義學分析為基礎」『為民法而鬥爭——梁慧星先生七秩華誕祝壽文集』（法律出版社、2014年）627頁以下。

力について、相対的無効説を採用するという点では莊加園も韓世遠も一致している。ただ、両者は、善意者保護の要否という点で違いを見せている。韓世遠は、譲受人の譲渡制限特約の存在に対する認識又は認識可能性を分水嶺として債務者の譲渡無効の主張可否を決定する⁴⁷。この見解のもとでは、債務者は善意の譲受人に対して譲渡無効を主張することができない。これに対して、莊加園は譲受人の善意・悪意を問わず、債務者が譲受人に対して譲渡無効を主張することができるとする⁴⁸。譲受人の主観態様によって譲渡無効の主張可否が左右されるような考え方は、債務者の予測可能性が確保されないから、経済制度として中途半端であるとも言えるところであり、その意味では後者の立場は合理的割り切った制度であると評価することができる⁴⁹。しかし、中国の実務では、譲渡制限特約を善意者に対抗できないという準則を採用する裁判例がある。債務者保護の要請に関する実務把握をしない限り、直ちにドイツの相対的無効説を導入することに躊躇を禁じ得ない。

3 債権の種類を基準としての法律効果の細分化

譲渡制限特約の効力をめぐって、黃斌は、民事債権の譲渡と商事債権の譲渡とを区別している。⁵⁰民事債権の譲渡について、日本民法及び台湾民法の規定を参照して譲渡制限特約を善意の第三者に対抗することができない旨の規定を別途設けるとする。商事債権の譲渡について、アメ

⁴⁷ 日本では、悪意・重過失の譲受人にのみ特約を対抗できるとする現行法の基本的な枠組みを維持しながら、相対的無効説の導入を検討する論文がある。石田・前掲注18) 224頁以下。

⁴⁸ 莊加園は、譲渡制限特約を善意者に対抗できないという準則に批判的であり、その理由は次のとおりである。①善意又は悪意を判断する基準は存在しない。②このような準則を採用しても、譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効力は画一的ではない。莊・前掲注46) 640-641頁。莊加園「契約法第79條（債権讓與）評註」法學家第3期（2017年）第170-171頁。馮潔語「論禁止債權讓與特約的教義學構造」清華法學第4期（2017年）137-138頁も実質的に莊加園に従うものである。

⁴⁹ 赫高規「債權讓渡禁止特約と債權法改正」NBL987号（2012年）15頁参照。

⁵⁰ 黃斌「國際保理業務中應收賬款債權讓與的法律分析」清華大學學報（哲學社會科學版）第2期（2006年）。

リカ統一商事法典及び国連国際債権譲渡条約の規定を参照して譲渡制限特約を第三者に対抗することができないとする。その典型例とした想定されていたのは、供給者からファクターに対する債権譲渡の場合である。この場合において、「個々の契約に譲渡禁止条項が含まれているかどうかを判断するために、ファクターが何百にも及ぶかもしれない契約を綿密に調査することは、とうてい期待できない」⁵¹。譲渡制限特約の第三者効を肯定することは、ファクターにとっては酷であるかもしれない。

ところが、商事債権の譲渡について、譲渡制限特約の第三者効を否定する場合には、これまで譲渡制限特約によって保護されている債務者の利益がどのように保護するかは問題となる。この点に関しては、黄斌は当該見解が債務者に実質的な負担及び不公平を来すわけではないと説く。その理由としては、①「商事契約の履行過程において譲渡人の債務不履行が発生した場合には、債務者は譲渡人に対して生じた抗弁をすべて譲受人に主張することができる」こと、②「債権譲渡により増加した履行の費用について、譲渡人が当該費用を負担する旨の規定を設けておけば足りる」ことが挙げられている。注意すべきは、中国契約法はその82条では債務者が譲受人に主張できる抗弁を譲渡通知を受けた前に譲渡人に対して生じたものに限っているという点である。

楊明剛は、金銭債権の流動性に鑑み、ドイツ商法典及びアメリカ統一商事法典の規定を参照して譲渡制限特約の効力を制限すべきであると説く⁵²。すなわち、商取引から発生した金銭債権について、当事者は譲渡制限特約を締結してはならないとする。このような考え方を採用する場合には、債務者の利益保護は問題となる。他に「譲渡制限特約が締結されたとしても、金銭債権の譲渡は、その効力を妨げられない。特約に違反する当事者は債務不履行の責任を負わなければならない」旨の規定を別途設けるべきであるとする莊加園は、実質的に楊明剛に従うものである⁵³。また、目的論的縮減として契約法79条の適用範囲から資金調達を

⁵¹ オーレ・ランドーほか編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008年）75頁。

⁵² 楊明剛『契約転讓論』（中国人民大学出版社、2006年）369頁。

⁵³ 莊・前掲注48）172頁。

目的とする債権譲渡を排除するものも見られる⁵⁴。

４ 特約の形式を基準としての法律効果の細分化

馮潔語は、ドイツの学者である Wagner の見解⁵⁵をアレンジして当事者の追求する利益に応じて特約に違反する債権譲渡の効力を細分化する⁵⁶。特約条項は、①債権の譲渡を禁止する条項、②債権の譲渡を制限する条項に大別される⁵⁷。当事者は、譲渡禁止特約を結ぶ場合と譲渡制限特約を結ぶ場合とではそれぞれ異なった利益を追求している⁵⁸。すなわち、当事者は譲渡禁止条項を結む場合には、その意思是絶対的に債権の譲渡を排除するとし、債務者に法定利益以外の経済利益を認めるとする。当事者は譲渡制限条項を結む場合には、その意思是債権者を選択し、あるいは特定の債権者を相対的に排除するとする。

そして、特約条項に違反する債権譲渡の効力もこれに応じて次のような２つの効力構成に区別すべきであるとする。譲渡禁止特約にあっては、絶対的無効が妥当する。譲渡制限条項を付す場合には、相対的無効が妥当である。⁵⁹より具体的には、「債務者と譲渡人は『当該契約の債権は譲渡することができない』という条項を結ぶ場合に、債権譲渡人は債権を

⁵⁴ 孫超『應收賬款融資的法律問題研究—以促進債權流轉為中心（博士論文）』中国知網（2011年）100頁。

⁵⁵ Wagner の見解の紹介としては、石田・前掲注18）187-190頁が参照になる。

⁵⁶ 馮・前掲注48）138-140頁。

⁵⁷ Wagner の見解のもとでは、特約条項は、①債権譲渡を完全に排除する条項、②修正された譲渡排除条項、③譲渡制限条項に大別される。また、③をさらに、③-1 債務者が選択利益を伴う同意留保を付す場合と、③-2 同意留保のその他の場合に分類する。石田・前掲注18）187-190頁。なお、債務者の同意を前提する特約に関しては、特約付債権の譲渡の効力は、未確定的絶対無効又は未確定的相対無効という２つの効力構成があり得る。馮潔語は、③の条項に違反する債権譲渡の効力を画一的に確定するために、③をさらに分類しない。馮・前掲注48）140頁。

⁵⁸ 馮・前掲注48）139頁。

⁵⁹ 馮・前掲注48）139頁。注意すべきは、Wagner は①および②について、譲渡の確定的絶対的無効だが当であるとする点、③-1については、未確定的絶対的無効が妥当であるとする点、③-2については、未確定的相対無効が妥当であるとする点である。

譲渡したときは、当該債権譲渡は無効である」とし、「債務者と譲渡人は『当該契約の債権は債務者の同意を得なければ譲渡することができない』という条項を結ぶ場合には、債権譲渡人は条項に違反してその債権を譲渡したときは、当該債権譲渡は債務者に対して効力を生じない」とする⁶⁰。このような見解は、特約の文言に基づく法律効果の類型化を契約法79条の解釈に持ち込むことにより特約の強い効力を制限しようとするものと位置づけることができる⁶¹。ここで注意しておかねばならないのは、ドイツ法において譲渡制限特約に「債務者への通知又は承諾に譲渡の効力を係らしめる譲渡制限条項」が含まれるという点である。このような条項は、フランス法や日本法のような「債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をしなければ、債務者に対抗することができない」という債務者対抗要件制度の欠如をカバーする機能を果たすのである⁶²。債務者対抗要件制度を採る中国法では、債務者のかかる利益は契約法80条1項により十分に保護されるから、自由に債権譲渡を認めてもよいことになる。中獨両法の構造の相違を無視してドイツの学説を契約法79条の解釈論に導入するのは問題であろう。

5 小括

譲渡制限特約は、債権の自由譲渡性の承認を前提とするから、そのような前提を欠く民法通則ではそもそも問題にならなかった。民法通則のもとでは、債権が債務者の同意なくして譲渡することができないとされている。債務者の同意を要件とする立法は、債権の譲渡にとって足かせとなる。その当時の学説は、債務者の意思自由が狭く制限される傾向にある。債務者の意思自由を制限する際のアプローチは、「債務者同意」の方式を緩和すること、「債務者の同意」を債権譲渡に異議を唱える権利とみなすことの2つに大別することができる。後者のアプローチは、債務者保護に必要な範囲で債務者に債権譲渡の効力を否定する権能を認めたのである。

中国契約法は、債権の自由譲渡性を承認した契約法79条において、当

⁶⁰ 馮・前掲注48) 140頁。

⁶¹ 石田・前掲注18) 188頁参照。

⁶² 石田・前掲注18) 216頁参照。

事者が譲渡制限特約によって債権の譲渡を禁ずることができると定めている。ただ、同条には「特約は善意の第三者に対抗することができない」のような文言はなかった。特約の善意者への対抗の可否に関しては、一部の学説は、善意・悪意を問わず第三者に対抗することができると主張していたが、それ以外の学説はほぼ特約を善意の第三者に対抗することができないとする。いずれにしても、譲渡制限特約に第三者効を基本的に認めることになる。譲渡制限特約の第三者効を肯定する場合における譲渡制限特約の効力をめぐっては、特約の効力を画一的に確定する効力一元論と、債権の種類ないし特約条項ごとに特約の効力を規律する効力二元論に細分化される。債権的効力説は、譲渡制限特約を債務者に悪意の抗弁を与えるものと位置づけることができる。債務者は、悪意の抗弁により特約付債権の譲渡無効を主張することができる。相対的無効説は、債務者保護に必要な範囲で特約の効力を認めるのである。特約付債権の譲渡は、譲渡当事者・第三者関係では有効であっても、債務者は、そのような譲渡をなかったものとして行動することができる。債務者保護の観点からすれば、両者は法律効果のレベルでは基本的に似ている。債権的効力説のもとでは、債務者は悪意の抗弁により債権譲渡を無効することができる。相対的無効説のもとでは、債務者との関係においては悪意者への債権譲渡は当然に無効になる。債権の種類に着目した効力二元論は、商事取引から発生した債権又は金銭債権の譲渡事例に限定して、譲渡制限特約の第三者効を否定するのである。確かに商事取引から発生した債権又は金銭債権に関しては、譲渡制限特約によって追求されている債務者の利益は比較的小さく、その他の譲渡人・譲受人の利益の後に後退を余儀なくされてもやむを得ないという考え方があり得る。しかし、債権の譲渡に伴う不利益から債務者が保護されるように手当てしておく必要がある。また、特約の文言に着目した類型論も登場した。すなわち、当事者が譲渡禁止特約を結ぶ場合と譲渡制限特約を結ぶ場合とでは、特約付債権の譲渡の効力はそれぞれ異なる。しかし、単に特約条項の文言を場合分けの基準として債権譲渡に異なる効力を与えるのであれば、形式論理偏重のそしりを免れない。いずれにしても、債権の種類ないし当事者の特約により追及する利益に応じて典型的に特約の効力を規律するという発想は示唆に富む。

第4款 裁判例の紹介と検討

第1項 裁判例の紹介

譲渡制限特約に関する裁判例は、以下の通りである。

【1】(2008) 昌民初字第03816号⁶³。買主Aと売主Yは、『レディーミクストコンクリート売買契約』を締結していた。Yは、2006年6月4日、Aに対する売掛代金債権を代物弁済として第三者Xに譲渡し、その旨がAに通知された。しかし、売掛代金債権には譲渡制限特約が付されている。Xは、上記債権に基づく支払いを請求したが、拒絶された。その後、Xは、Yの売買契約における債務不履行を理由に譲渡された債権の相当額を認めた。これに対して、Yは、Xとの間でAに対する債権を譲渡することによりその債務を消滅させたことを理由に反論した。裁判所は、Yの反論を否定し、Xの請求を認容した。

【2】(2009年) 紹興初字第790号⁶⁴。売主Aと買主Yが『ボイラー売買契約』を締結していた。この契約には「双方の当事者が当事者の事前同意を取得していない場合、本契約下の権利の一部又は全部を第三者に譲渡することはできない」との特約が含まれている。2008年10月27日、Aは、Yに対する売買代金債権(品質保証金50万元)をXに譲渡し、その旨が通知された。Xは、Yに対して、譲り受けた売買代金債権の支払いを求めて提訴した。これに対して、Yは、次のように反論した。①売買代金債権に譲渡制限特約が付されているので、AとXとの『債権譲渡契約』は無効である。②Aは品質監督証明書などの関連証明をYに交付しないことにより、今までボイラが取り付けられていないため、Aは先に契約を破った。さらに、③譲渡された50万元は存在するかどうかは不明である。裁判所は、当該譲渡がYの同意を得なければ、Yに対して拘束力を有しないとして、Xの請求を棄却した。

【3】(2009) 徐民二商第119号⁶⁵。売主Xと買主Yは、2007年5月15日、

⁶³ 北京涿鹿通宜建材有限公司與北京市青年路混凝土有限公司、北京市第二建築工程有限責任公司買賣合同糾紛案、(2008) 昌民初字第03816號。

⁶⁴ 紹興縣有限公司、組織機構代碼與江陰市鋼管有限公司組織機構代碼一案一審民事判決書、(2009年) 紹興初字第790號。

⁶⁵ 上海某電子有限公司與某電子有限公司買賣合同糾紛一案一審民事判決書、

売買契約を締結した。売買代金債権には譲渡制限特約が付されている。2008年4月15日、XとYは代金債務について『債務者支払計画』を締結したが、Yは計画のとおり代金債務を履行しなかった。同年7月18日、Xの請求を受けたYは、もともとの支払計画を変更しようとした。同年7月23日、XはYに対する売買代金債権をAに譲渡し、その旨がYに通知された。Yは、債権譲渡に対して否定的であり、商業為替手形方式で代金債務を履行することを提案したところ、XはYを相手どって、訴訟を提起した。Yは、債権譲渡は有効であるので、XはYに対して請求する権限がないと反論した。裁判所は、譲渡制限特約に違反する「Xの債権譲渡行為は無効である」として、Xの請求を認容した。

【4】(2011)蘇商外終字第0072号⁶⁶。売主Aと買主Yは、ある商品の継続的取引基本契約を締結していた。2005年2月2日、AとX銀行との間で『ファクタリング契約』が締結され、Aは、Yに対する売買代金債権を一括してXに譲渡した。他方、2008年4月と5月の間、YはAに対して50万ドルの前渡金を支払った。Xは、Yに対して譲渡された債権に基づく弁済期の到来する62.602059万ドルの支払を求めて提訴した。これに対して、Yは次のように反論した。①売買代金債権に譲渡制限特約が付されているので、AとXとの間でなされた債権譲渡は無効である。②今まで、XはAに対して何らかの弁済債務を負わない一方、Aに対して9.866280万円の過払い金を有する。第1審は、「かかる売掛代金債権は、当事者間の特別な約定によって制限され、譲渡できない債権である」として、Xの請求を棄却した。以上の判断を不服としてXが上告した。第2審は、「X銀行は専門の銀行として、慎重の原則に基づいてファクタリング業務を展開し、債権を譲り受けるべきであるが、AとYとの間で締結された契約については、合理的な審査義務を尽さないため、相応の不利な結果を負担すべきである」として、Xの上告を棄却した。

【5】(2013)沪一中民四(商)終字第991号⁶⁷。AとYは、『CM放送契約』

(2009)徐民二(商)初字第119號。

⁶⁶ 星展銀行(香港)有限公司與博西華電器(江蘇)有限公司債權轉讓合同糾紛上訴案、(2011)蘇商外終字第0072號。

⁶⁷ A公司與B公司廣告合同糾紛一案一審民事判決書、(2012)浦民二(商)初字第

を締結していた。AはYからCM放送を受注し、報酬債権を取得した。2010年6月13日、Aは、代物弁済としてこの債権をXに譲渡し、同年8月30日、その旨がYに通知された。Xからの支払請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、当該債権譲渡はYに対してその効力を有しないとして、Xの請求を棄却した。

[6] (2013) 一中民終字第2214号⁶⁸。売主Aと買主Yは、『大型軸流送排風機売買契約』を締結した。その際に、A Y間では譲渡制限特約が合意された。しかしそれにもかかわらずAは、売買代金債権をXに譲渡した。Xは、Yに対して譲り受けた債権の支払いを求めて提訴した。第1審は、「当該債権譲渡は当事者の約定に違反してなされたものであり、Xは、譲渡された債権を取得することができない」として、Xの請求を棄却した。これに対して、Xは次のようなことを理由に上告した。①当該債権譲渡は、Yの法律上の利益を害しない。②譲渡制限特約は、特約の当事者間で効力を有するに止まり、善意の第三者に対して対抗することができない。上告審は、Xの請求を棄却し第1審を維持した。

[7] (2013) 浦民二(商) 初字第1225号⁶⁹。AとYは『委託販売契約』を締結していた。YはAの商品又はサービスに関する販売委託を受けたのに対して、AはYに対する債権を取得した。Aは、この債権をXに譲渡した。そこで、Xは譲渡された債権に基づく支払を求めて提訴した。これに対して、Yは、譲渡制限特約をもってXに対抗した。裁判所は、Xは特約付債権を取得していないとして、Xの請求を棄却した。

[8] (2013) 順民初字第10378号⁷⁰。売主Aと買主Yは、CTAの継続的取引基本契約を締結していた。そして、基本契約には譲渡制限特約が規定された。2011年8月30日から2011年11月14日までの間、AとYは13通の『販売契約』を締結した。2012年1月16日、AとXは、『債権譲渡契約』

第3227號。

⁶⁸ 上海鼎王投資經營管理有限公司與北京軌道交通建設管理有限公司等債權轉讓合同糾紛、(2013) 一中民終字第2214號。

⁶⁹ 上海XX鞋業有限公司與上海XX購物商務有限公司債權轉讓合同糾紛一案一審民事判決書、(2013) 浦民二(商) 初字第1125號。

⁷⁰ 韓國中小企業銀行龜尾分行與北京樂金飛利浦電子有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2013) 順民初字第10378號。

を締結し、Yに対する売買代金債権をXに譲渡した。その旨が、2013年6月25日、Xに通知された。そこで、Xは譲渡された債権に基づく支払を求めて提訴した。裁判所は、譲渡制限特約は善意の第三者に対して対抗することができないということを前提に「債権譲渡の過程において、AがYとの販売契約、商業請求書、梱包伝票、船荷証券などの書類をXに開示したが、AがYとの基本契約をXに開示した証拠は存在せず、Xは譲渡制限特約につき善意の第三者である。そのため、当該債権を取得することができる」として、Xの請求を一部認容した。

【9】(2013)甬象商初字第387号⁷¹。AとYは、『Engineering Cost Consultation 契約』を締結していた。2013年2月27日、AはYに対する譲渡制限特約付報酬債権を譲渡し、同年3月27日、その旨がXに通知された。Yの支払請求に対し、XがYの契約の債務不履行、さらに譲渡制限特約の存在を抗弁として主張した。裁判所は、「AがYに対する債権をXに譲渡する行為は、Yの書面による同意を得なければ無効となる」、Yの請求を棄却した。

【10】(2014)深中法商終字第1758号⁷²。売主Aと買主Yは、有効期間を2011年9月28日-2012年9月28日とする売買契約を締結した。その際にA Y間で、「Aは契約上の権利、義務を第三者に譲渡することができない」との合意がされた。この契約の有効期限は2012年9月28日であるが、Aはこれまでの取引慣行に従ってYに商品を提供していた。2013年4月25日、AとXは債権譲渡契約を締結し、2012年10月-2013年4月、発生するAのYに対する売買代金債権がXに譲渡され、その旨が2013年6月21日、Yに通知された。Xはこの債権に基づく支払を請求したところ、裁判所は、売買契約はその後に供給関係に適用することを前提に、債権譲渡契約を無効とした。

【11】(2014)鶴民終字第547号⁷³。売主Aと買主Yは、継続的取引基本

⁷¹ 林文德與象山縣萬象房屋開發有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2013)甬象商初字第387號。

⁷² 深圳祥和紅傢俱配件有限公司與深圳市德勝傢俱有限公司債權轉讓合同糾紛一案二審民事判決書、(2014)深中法商終字第1758號。

⁷³ 錦江麥德龍現購自運與無錫市達威投資有限公司、耿玉清債權轉讓合同糾紛

契約を締結した。その際にA Y間で、「Aは、Yの書面による事前の同意を得なければ、本契約または本契約から生じる権利あるいは義務を他の団体または人物に譲渡することができない。同様に、本契約または当事者間の他の契約から生じるいかなる利益、支払請求その他の権利の譲渡も、Yの書面による事前の同意を得る必要がある。Yは、理由なく同意を拒否することができない」との合意がなされた。2013年3月10日、AはYに対する売買代金債権をX₁に譲渡し、同年3月26日、その旨がYに通知された。他方、X₁は、同年12月21日、この債権をさらにX₂に譲渡し、その旨が、2014年1月22日、Yに通知された。X₂からの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、約款規制の手法によって特約の効力を否定し、X₂の請求を認容した。Yは上告したが、棄却された。

【12】(2014) 費商初字第604号⁷⁴。売主Aと買主Yは、ある機械の売買契約を締結していた。2011年12月2日、Aは、Yに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨が、翌年8月23日、Yに通知された。そこで、Xは、Yに対してこの債権に基づく支払を求めた。裁判所は、「Aはその債権を譲渡する際に当該債権を発生させる契約をXに交付したため、Xは当事者の約定を知っているはずである……それ故にAがXに対してなされた債権譲渡は、Yに対してその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。

【13】(2014) 許民初字第280号⁷⁵。AとYは、『12mw2# 発電設備運営及び入熱契約』を締結していた。2012年4月16日、AとXは『債権譲渡契約』を締結し、Yに対する水道電気料金請求権をXに譲渡した。そこで、Xはこの債権に基づく支払をYに求めた。これに対して、Yは、譲渡制限特約の存在、Aに対する反対債権の存在、さらに訴訟時効の経過を抗弁として反論した。裁判所は、「Yの書面による同意を得ず、AがYに対

二審民事判決書、(2014) 鶴民終字第547號。

⁷⁴ 石家莊工大化工設備有限公司與山東新時代藥業有限公司合同糾紛一審民事判決書、(2014) 費商初字第604號。

⁷⁵ 許繼集團有限公司與焦作韓電發電有限公司合同糾紛一審民事判決書、(2014) 許民初字第280號。

する債権をXに譲渡するのは、当事者の約定に違反してなされたものである。そのため、当該譲渡行為及び『債権譲渡契約』は無効となる」として、Xの請求を棄却した。

【14】(2014) 揚商初字第322号⁷⁶。AとYは、売買契約を締結していた。Aは、Yに対する売買代金債権をXに譲渡した。Xからの支払請求を受けたYは、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効であると抗弁した。裁判所は、「Aが契約の相手方の同意を得ず、債権を譲渡するのは、契約の約定に違反してなされたものである……そのため、XはAのYに対する債権を譲り受けることができない」として、Xの請求を棄却した。

【15】(2014) 濟商終字第489号⁷⁷。AとYは、『ライトボックス広告発行契約』を締結した。その際に、A Y間で「契約に基づく権利義務は、各当事者が勝手に譲渡することはできない」との合意がなされた。Aは、Yに対する広告費用請求権をXに譲渡し、その旨が、Yに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効であると抗弁した。裁判所は、「AがXとの債権譲渡契約により譲渡したのは、契約の権利義務ではなく債権である。それ故に、債権がXに譲渡された後、XはYに対してこの債権を主張することができる」として、Xの請求を認容した。Yが上告したが、棄却された。

【16】(2015) 哲甬民二終字第268号⁷⁸。AとYは、『プロジェクト契約』を締結していた。Aは、Yに対する設計費用請求権をXに譲渡した。Xは、この債権に基づく支払を求めたところ、第1審は、「Aは、Yの書面による同意を得ず、当該契約から発生する権利を譲渡するのは、当事者間の約定に違反してなされたものである。また、当事者間で締結された『プロジェクト契約』は、建設工事設計契約に属し、これには設計の成果の交付、受領、費用決済、瑕疵担保などの一連の権利・義務が含ま

⁷⁶ 張偉民與天威新能源控股有限公司買賣合同糾紛一審民事裁定書、(2014) 揚商初字第322號。

⁷⁷ 濟南美容整形醫院與濟南久尚廣告傳媒有限公司債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2014) 濟商終字第489號。

⁷⁸ 紹爾工程諮詢(杭州)有限公司與寧波金譽置業有限公司建設工程設計合同糾紛二審民事裁定書、(2015) 浙甬民二終字第268號。

れている……あえて当事者間の約定に違反して権利を譲渡することは適切ではない」として、Xの請求を棄却した。Xは上告したが、棄却された。

【17】(2015)蘇商再提字第00091号⁷⁹。売主Aと買主Yは、売買契約を締結していた。2012年9月3日、AとXは『債権譲渡契約』を締結し、代物弁済としてYに対する売買代金債権(220.069776万元)をXに譲渡し、その旨が、同年9月7日、Yに通知された。しかしそれにもかかわらず、同年9月10日、Yは64.297813万元をAに弁済し、10月10日、64.682715万元をAに弁済した。他方、同年10月15日、Aの債権者Bは、AのYに対する債権を差押え、144.1674万元の債権が執行された。そこで、XはYに対して220.069776万元を求めて提訴した。これに対して、Yは、次のような理由で反論した。①売買代金債権には譲渡制限特約が付されているので、Aはその債権を譲渡することができない。②XはAに対して何らかの弁済債務を負っていない。第1審は、Xは譲渡制限特約の存在を証明する証拠の原本を提出しないことを理由に、Xの請求を認容した。Yは上告し、第2審は譲渡制限特約の存在を認め、Xの請求を棄却した。Xは再審を提起し、裁判所は第2審を破棄し、第1審を維持した。

【18】(2015)苏中商终字第01630号⁸⁰。売主Aと買主Yは、売買契約を締結した。その際にA Y間で、Yの同意を得なければ、Aは契約の権利義務を譲渡することができないとの合意がされた。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効であると抗弁した。第1審は、債権譲渡契約は成立しないとして、Xの請求を棄却した。Xは不服として上告した。第2審は、譲渡制限特約について「当該特約は、契約の権利義務の譲渡を禁止するものであり、本件債権譲渡は特約により禁止されている範囲に属しない」として、Yの譲渡制限特約による抗弁を

⁷⁹ 施玉根與中達光電工業(吳江)有限公司債權轉讓合同糾紛再審民事判決書、(2015)蘇商再提字第00091號；施玉根與中達光電工業吳江有限公司債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2014)蘇中商終字第00708號；施玉根與中達光電工業(吳江)有限公司買賣合同糾紛一審民事判決書、(2013)吳江商初字第0790號。

⁸⁰ 昆山益群農產品有限公司與彩晶光電科技(昆山)有限公司債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2015)蘇中商終字第01630號。

棄却した。

【19】(2015) 威民初字第1319号⁸¹。売主Aと買主Yは、『鉍工業産品売買契約』を締結していた。Aは、Yに対する売買代金債権をXに譲渡した。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、「A Y間では、相手方の同意を得なければ、権利義務は第三者に譲渡することはできないとの約定がされた……そのために当該譲渡がYに対してその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。

【20】(2015) 安民初字第5号⁸²。Y₁とY₂は、『建設工事施工下請契約』を締結していた。Y₁は、Y₂に対する報酬債権を代物弁済としてXに譲渡した。そこで、XはYらを相手どって報酬債権に基づく支払を求めた。これに対して、Y₁は債権譲渡が有効であると抗弁した。Y₂は譲渡制限特約の存在、さらに譲渡された債権の不存在を抗弁としてこれを拒んだ。裁判所は、「当該債権譲渡契約書はY₂に対してその効力を有しない」として、XのY₁に対する請求しか認容しなかった。Y₁は上告したところ、裁判所は、「債権譲渡は成立することができない」として、Y₁の請求を棄却した。

【21】(2015) 一中民（商）終字第543号⁸³。売主Aと買主Yは、3通の売買契約を締結していた。AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨が、Yに通知された。Xの支払請求に対して、Yは次のように反論した。①売買契約には、譲渡制限特約が付されている。②譲渡された債権は品質保証金であり、その弁済期が到来せず、また、その1部は凍結されているので、Xに弁済することができない。裁判所は、XはYによる書面の同意を得ないかぎり、債権譲渡によりYに対して債権を取得することができないとして、Xの請求を棄却した。Xは譲渡制限特約につき善意であるということを理由に上告したところ、裁判所は、Aが売買

⁸¹ 原告山東耐材集團中齊耐火有限公司與被告成渝鈦鈦科技有限公司買賣合同糾紛一案一審民事裁定書、(2015) 威民初字第1319號。

⁸² 遷安市華奧混凝土製造有限公司與北京市萬宇通裝飾工程有限公司、北京首鋼建設集團有限公司買賣合同糾紛二審民事判決書、(2015) 唐民四終字第953號。

⁸³ 魯於翔與中國電力工程有限公司買賣合同糾紛二審民事裁定書、(2015) 一中民（商）終字第543號。

契約をXに交付したとして、Xの請求を棄却した。

【22】(2015)冷民二初字第1340号⁸⁴。売主Aと買主Yは、2014年7月1日、2015年1月1日、2通の売買契約を締結した。その際にA Y間で、「双方の同意を得なければ、本契約の債権債務は譲渡することができない」との合意がされた。2015年1月30日、AはYに対する債権をXに譲渡し、その旨が2015年2月9日、Yに通知された。他方、2015年3月5日、Aの債権者Bは、Aを相手どって、訴えを提起する一方、財産保全を申立てた。同年3月18日、AのYに対する売買代金債権が凍結された。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、譲渡制限特約が善意の第三者に対抗できないことを前提に、特約の存在につき悪意のXとの関係において債権譲渡が成立しないとして、Xの請求を棄却した。

【23】(2015)宜官商初字第351号⁸⁵。売主Aと買主Yは、売買契約を締結し、売買代金債権に譲渡制限特約が付されている。AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨がYに通知され。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、債権譲渡は無効であるとして、Xの請求を棄却した。

【24】(2015)庆商终字第489号⁸⁶。AとYは、『Engineering Cost Consultation 契約』を締結した。その際にA Y間では「相手方の書面による同意を得なければ、契約から発生する権利と義務を譲渡することができない」との特約が付された。しかしそれにもかかわらず、AはYに対する報酬債権をXに譲渡し、その旨が、Yに通知された。Xは、Yに対してこの債権に基づく支払を求めたところ、第1審では棄却された。Xは不服として上告した。第2審は債権譲渡が無効であるとしてXの請求を棄却した。

【25】(2015)济商终字第168号⁸⁷。2005年1月28日、売主Aと買主Yは、

⁸⁴ 王宏江與冷水江鋼鐵有限責任公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2015)冷民二初字第1340號。

⁸⁵ 江蘇凱達電纜有限公司與江蘇中興電纜有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2015)宜官商初字第351號。

⁸⁶ 陳金餘與大慶油田南垣實業公司債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2015)慶商終字第489號。

⁸⁷ 常州江南電力設備集團有限公司與華電章丘發電有限公司債權轉讓合同糾紛

売買契約を締結していた。翌年１月10日、Aが設備をYに引渡した。2013年11月10日、AはYに対する売買代金債権（品質保証金を含む）をXに譲渡し、その旨が、Yに通知された。Xは売買代金債権に基づく支払を請求した。これに対して、Yは訴訟時効の経過を抗弁として反論した。裁判所は、Yの抗弁を認めており、また、譲渡制限特約に違反する債権譲渡はYに対してその効力を有しないとして、Xの請求を棄却した。Xは上告したが、棄却された。

【26】（2015）清城法横民初字第1021号⁸⁸。売主Aと買主Yは、2014年10月28日から2015年３月４日までの間、９通の売買契約を締結していた。他方、売主Bと買主Yは、2014年９月20日から2015年１月20日の間、10通の売買契約を締結していた。2015年９月22日、AとBそれぞれはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨がYに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、「本案の債権譲渡は、売買契約の約定に違反しており、Yに対してその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。

【27】（2015）杭淳商再字第２号⁸⁹。請負人Aと注文者Yは、請負契約を締結していた。AはYに対する報酬債権をXに譲渡し、その旨がYに通知された。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、「当事者間の特約は善意の第三者に対抗することができない。債権者が譲渡制限特約に違反してその債権を譲渡した場合に、債権譲受人は特約の存在を知らずに特約付債権を譲り受けたときは、当該譲渡行為は有効である……本件において、XはAのYに対する債権を譲り受けたとき、特約の存在を知っていると証明する証拠は存在せず、かつ、YはXが特約の存在を知っているという抗弁を提出していない。したがって、当該債権譲渡は特約の存在により当然無効とならない」として、Xの請求を認容した。

二審民事判決書、（2015）濟商終字第168號。

⁸⁸ 佛山市信際環保技術有限公司與廣東億捷科技發展有限公司、李學銀債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、（2015）清城法橫民初字第1021號。

⁸⁹ 徐嫩民、徐愛民等與淳安益佳佳島農家農業開發有限公司、葉紅念債權轉讓合同糾紛再審民事判決書、（2015）杭淳商再字第２號。

【28】(2015)宿城商初字第00008号⁹⁰。売主Xと買主Yは、『工業品売買契約』を締結していた。XはYに対して売買代金を請求した。他方、売主Aと買主Xは、『設備売買・組立契約』を締結していた。Aは売買代金を支払ったところ、Xは商品をAに引渡さなかった。AはそのXに対する債権をYに譲渡した。Xの請求を受けたYは、譲渡された債権による相殺の抗弁をとしてこれを拒んだ。裁判所は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効ということを前提としてXの請求を認容した。

【29】(2016)渝0120民初7614号⁹¹。売主Aと買主Yは、売買契約を締結していた。AとXは、2015年6月22日・23日・25日、3通の『債権譲渡契約』を締結し、代物弁済としてAのYに対する売買代金債権をXに譲渡した。その旨が、同年8月4日・5日、Yに通知された。Xの請求を受けたYは、譲渡された債権の不存在、さらに譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、「Xは、Aと締結していた債権譲渡契約がYの同意を得たことを証明するための関連証拠を提出しなかった。また、AはYに対して債権を有すること取得することができない」として、Xの請求を棄却した。

【30】(2016)豫1323民初736号⁹²。売主Y₁と買主Y₂は、『耐火材製品売買契約』を締結した。その際にY₁Y₂間では、「Y₂の同意を得ないかぎり、債権は譲渡することはできない」との特約が合意された。2015年12月3日、Y₂はY₁に対して『支払計画』を提出した。2016年3月18日、Y₁とXは、『債権譲渡契約』を締結し、代物弁済としてY₂に対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨が、Y₂に通知された。Xは、売買代金債権に基づいてY₂に請求したが、拒絶された。そこで、Xは、Y₁Y₂を相手どって売買代金債権に基づく支払を求めて、訴えを提起した。Xの請求を受けたY₂は譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。Y₁は、「この支払

⁹⁰ 江蘇騰宇機械製造有限公司與哈爾濱蘭根彩瓦製造有限責任公司買賣合同糾紛一審民事判決書、(2015)宿城商初字第00008號。

⁹¹ 重慶阜瑞實業有限公司與重慶永達精密機械有限公司、重慶市富浩科技有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2016)渝0120民初7614號。

⁹² 西峽縣閻程商貿有限公司與天津鐵廠、河南省豫西冶金材料有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2016)豫1323民初737號。

計画は元の売買契約に代わるものであり、これに債権は譲渡することができないとの特約が付されていないため、 Y_1 と X 間で締結していた債権譲渡契約は有効である」を抗弁として反論した。裁判所は、「 Y_1 と Y_2 は、『耐火材製品売買契約』において債権は譲渡することができないと定めていたが、 Y_1 が製品の引渡義務を履行した後、 Y_2 は Y_1 に『支払計画』を交付し、これに債権は譲渡することができないとの特約がふさげられていなかった。そして、この『支払計画』は、新しい契約関係を形成したものであると考えられる。本件において、問題となるのは、『支払計画』における債権であり、『耐火材売買契約』とは関係しない。したがって、『耐火材売買契約』における約定は、本件に対してその拘束力を有しない」として、 X の Y_2 に対する支払請求を認容した。

【31】(2016) 辽02民終8694号⁹³。AとYは、『委託販売契約』を締結していた。AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨がYに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効であるとして、Xの請求を棄却した。

【32】(2016) 豫1323民初736号⁹⁴。売主 Y_1 と買主 Y_2 は、売買契約を締結した。その際に Y_1 Y_2 間では、「本契約の権利と義務は、双方の書面による同意なしに譲渡することはできない」との合意がなされた。2015年12月4日、 Y_1 と Y_2 は、『支払計画』を締結していた。2016年3月18日、 Y_1 とXは『債権譲渡契約』を締結し、代物弁済として Y_2 に対する債権をXに譲渡し、その旨が、同年3月21日 Y_2 に通知された。Xは Y_2 に対して請求したが、拒絶された。そこで、Xは Y_1 Y_2 を相手どって譲渡された債権に基づく支払を求めて、訴えを提起した。 Y_2 は、譲渡制限特約の存在を抗弁として反論したところ、裁判所は『支払計画』に譲渡制限特約が付されていないとして、Xの Y_2 に対する請求を認容した。

⁹³ 丁文軍與大連老虎灘海洋公園有限公司買賣合同糾紛二審民事裁定書、(2016) 遼02民終8694號。

⁹⁴ 西峽縣閻程商貿有限公司與天鐵勞服實業有限責任公司、河南省豫西冶金材料有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2016) 豫1323民初736號。

【33】(2016) 蘇1003民初8830号之1⁹⁵。売主Aと買主Yは、『材料供給契約』を締結した。その際にA Y間で、「当事者は、双方の書面による承認なしに、本契約に基づく権利と義務を第三者に譲渡することができない」との合意がされた。しかしそれにもかかわらず、AはYに対する売買代金債権をXに譲渡した。XはYに対してこの債権に基づく支払を求めたところ、裁判所は「XはAのYに対する債権を譲り受けたが、Yの書面による同意なしにYに対して支払を請求する権利がない」として、Xの請求を棄却した。

【34】(2016) 蘇11民終2881号⁹⁶。売主Aと買主Yは、『ケーブル専用橋売買契約』を締結していた。AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨が、Yに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在、さらにXの売買契約の債務不履行を抗弁としてこれを拒んだ。裁判所は、債権譲渡契約がYに対してその効力を有しないとして、Xの請求を棄却した。

【35】(2016) 遼01民終8315号⁹⁷。売主Aと買主Yは、『预制装配式混凝土构件采购契約』を締結した。その際にA Y間で、Yの同意を得なければ、Aは契約の権利の全部又は一部を譲渡することができないとの合意がされた。しかしそれにもかかわらず、AはYに対する売買代金債権を代物弁済としてX譲渡し、その旨がY通知された。Xの請求を受けたYは、次のように反論した。①債権譲渡行為は無効であり、YはXに対して給付義務を負わない。②Yは多数の『協助執行通知』を受けており、Aに対して給付義務を負わない。③債権譲渡は、Yの合法的な権利を損害してはならない。第1審は、「債権譲渡契約はYに対してその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。Xは、上告したが、棄却された。

⁹⁵ 陳愛忠與揚州運東建築材料有限公司、高少明債權轉讓合同糾紛一審民事裁定書、(2016) 蘇1003民初8830號之一。

⁹⁶ 江蘇群凱鍍業有限公司與新疆嘉潤資源控股有限公司追償權糾紛二審民事判決書、(2016) 蘇11民終2881號。

⁹⁷ 上訴人瀋陽奧邦新型建材有限公司與被上訴人遼寧宇輝新型建築材料有限公司、瀋陽地鐵房地產開發有限公司買賣合同糾紛二審民事判決書、(2016) 遼01民終8315號。

【36】（2017）湘06民終54号⁹⁸。AとYは、施工契約を締結した。AはYに対する債権（品質保証金）をX譲渡し、その旨がYに通知された。そこで、Xはこの債権に基づく支払を請求したところ、裁判所は、「Yは契約に相手方の書面による同意なくして権利又は義務の全部あるいは一部は譲渡することができないとの特約が付されていたと抗弁した場合に、Xは特約の存在につき善意であることを証明すべきである。そうでなければ、Xは譲渡された債権を取得できず、Yに対して請求する権限がない……Xは、AのYに対する債権を譲り受ける際に……施工契約の内容を確認する義務がある。当該契約には譲渡制限特約が付されているので、Xは特約の存在を知るべきであり、そのため、Xは善意の第三者ではない」として、Xの請求を棄却した。

【37】（2017）浙04民終第1641号⁹⁹。売主Aと買主Yは、売買契約を締結していた。2016年7月15日、AとYは、『投資合作協議』を締結した。その際にA Y間では、「Yは現金でAの光源項目に投資し……合作の間に、Aはその資産、資産、権益及び債務を処分することができない。契約違反がある場合、Yは投資を回収する権利を有する」との合意がされた。2016年8月1日から2016年11月21日までの間、YはAに175万円の投資金を交付した。2016年12月21日、AはYに対する売買代金債権を代物弁済としてXに譲渡し、その旨が、同年12月23日、Yに通知された。Xの請求を受けたYは、Aの売買契約の債務不履行、譲渡制限特約の存在を抗弁としてこれを拒んだ。第1審は、譲渡制限特約は善意の第三者に対抗することができないとして、Xの請求を認容した。Yは不服して次のようなことを理由として上告した。①Aの売買契約の債務不履行である。②譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効である。③投資金による相殺の抗弁である。第2審は、Yの②③のような抗弁を認めており、Xの請求を棄却した。すなわち、当該債権譲渡は特約に違反するのであり、Xは譲渡された債権を取得することができないとし、また「Xは債

⁹⁸ 薑小蘭與中石化泉州石化有限公司債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、（2017）湘06民終54號。

⁹⁹ 浙江永能節能科技有限公司、嘉興雷明電子科技有限公司、海寧市映宇電子照明有限公司買賣合同糾紛二審民事判決書、（2017）浙04民終1641號。

権譲渡によりAのYに対する売買代金債権を取得したとしても、Yの投資金による相殺の抗弁は合理的であり、認められる」とする。

【38】(2017)川01民終13769号¹⁰⁰。請負人Aと注文者Yは、『建設工事施工契約』を締結した。その際にA Y間で、「相手方の同意を得なければ、当事者の一方は契約権利の全部または一部を第三者に譲渡することができない」との合意がされた。2015年11月6日、AはYに対する報酬債権をXに譲渡し、その旨が、同年11月10日、Yに通知された。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。第1審は、A Yの特約により譲渡が制限されたのは、建設工事施工に関する権利であり、報酬債権ではないとして、Yの抗弁を否定した。Yは上告したが、棄却された。

【39】(2017)晋08民終3802号¹⁰¹。X、YとAは、『保証担保貸付契約』を締結した。その際にX Y A間で、「本契約から発生する権利、義務は第三者に譲渡することができない」との合意がされた。YとAは『債権譲渡契約』を締結し、Xに対する貸付債権をBに譲渡し、その旨が、Xに通知された。XはYを相手どって債権譲渡契約は無効であることの確認を求めて、訴えを提起した。第1審でXは勝訴した。Yは上告したが、棄却された。

【40】(2017)贛民初79号¹⁰²。A銀行とY₁は、『貸付契約』を締結していた。Y₂は、A銀行に対し、極度額を1200万元とする連帯保証をした（以下「本件根保証契約」という）。その際にA Y₂間で、「本人の同意を得なければ、主たる契約を変更することができない」との合意がされた。AはY₁に対する貸付債権をXに譲渡し、その旨がY₁に通知された。そこで、XはY₁Y₂を相手どって貸付債権に基づく支払を求めた。これに対して、

¹⁰⁰ 成都天府新區三怡新農村投資有限公司、成都盛世太平園家居有限責任公司建設工程施工合同糾紛二審民事判決書、(2017)川01民終13769號。

¹⁰¹ 上訴人運城市鹽湖區匯龍小額貸款有限責任公司與被上訴人山西鑫源兄弟實業集團有限公司及原審第三人董濤、劉曉紅合同糾紛—民事判決書、(2017)晉08民終3802號。

¹⁰² 共青城市天華金融資產管理有限公司與共青城賽龍通信技術有限責任公司、共青城凱賽房地產開發有限公司金融不良債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2017)贛民初79號。

Y₂は次のように反論した。① Y₂は、Y₁のA銀行に対する債務だけに保証責任を負担する。② A銀行のY₁に対する貸付債権が譲渡された後、Y₂の保証責任は免除される。裁判所は、保証人の責任について「譲渡されたのは、2015年9月30日、Y₂とA銀行は根保証契約を締結したときに既に確定された債権である。権利者だけの変更され、権利の内容には何らかの変更がない。保証人の責任を加重することはない」とし、また『最高人民法院关于审理涉及金融不良債権譲渡案件工作座談会紀要』の第3を援用し、「根保証契約における声明はXの権利主張に影響を及ぼさない」として、Xの請求を認容した。

【41】(2017)冀08民終3140号¹⁰³。売主Aと買主Yは、2010年12月25日、セメント売買契約を締結した。その際にA Y間で、Aは売買契約から発生する債権を第三者に譲渡することができないとの合意がされた。契約の履行の過程において、Aは継続的にセメントを供給できないため、2014年11月19日、AとYは、『セメント売買契約を終止する協議』を締結した。2014年11月20日、AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨が2014年12月8日、Yに通知された。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。第1審は、「AとYが締結した『セメント売買契約を終止する協議』により、セメント売買契約は終止された。そのために、債権を譲渡することは、法律の規定と契約の約定に違反しない」として、Xの請求を認容した。Yは上告したところ、第2審は、「セメント売買契約の履行が終止された一方、『セメント売買契約を終止する協議』は債権の譲渡可否に言及していない」として、Xの上告を棄却した。

【42】(2017)冀0404民初1296号¹⁰⁴。2015年2月11日、売主Aと買主Yは、『邯鉄鋼前系統一完善項目汽車取樣机等設備売買契約』を締結した。同年15年12月24日、売主Aと買主Yは、『邯鉄鋼前系統完善項目汽車取樣机増加設備売買契約』を締結した。2017年3月30日、AとXは『債権譲

¹⁰³ 中鐵十七局集團有限公司、中鐵十七局集團有限公司張唐鐵路專案經理部債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2017)冀08民終3140號。

¹⁰⁴ 劉振與河鋼股份有限公司邯鄲分公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2017)冀0404民初1296號。

渡契約』を締結し、AのYに対する売買代金債権がXに譲渡された。そこで、Xはこの債権に基づく支払を請求した。これに対して、Yは譲渡制限特約の存在、さらにAの売買契約のテスト義務の違反を抗弁として反論した。裁判所は、「AのYに対する債権が譲渡されたという行為は、AとYとの上記の契約上の合意に違反しており、当該譲渡行為はその効力を生じない」として、Xの請求を棄却した。

【43】(2017)鄂0625民初433号¹⁰⁵。Aは、AとB不動産会社とY商貿協會は締結した市場開発協議により、Yに開発資金を振り込んだ。市場開発協議には譲渡制限特約が付されていた。契約の履行不能により、契約を解除することを提案した。Aの提案を受けてYは、『支払計画』を発行しており、この計画によりYのAに対して開発資金を含めて155.6の返還義務を負う。そこで、AはYに対する債返還請求権をCに譲渡し、さらに同債権をXに譲渡した。Xはこの債権に基づく支払を請求したところ、裁判所は、「債権譲渡行為は無効である」として、Xの請求を棄却した。

【44】(2017)湘0302民初3647号¹⁰⁶。売主Aと買主Bは、2013年8月30日、『原料气吸收塔売買契約』を締結した。その際にAB間で、「いかなる当事者も、他の当事者の同意なしに、本契約に基づく権利または義務を第三者に譲渡することができない」との合意がされた。しかしそれにもかかわらず、2015年4月16日、AのYに対する債権596万元（組立テスト費・品質保証金）をXに譲渡し、その旨がYに通知された。他方、2017年5月2日、Aの債権者YはAのBに対する債権を差押え、Yは裁判所の執行口座に供託した。そこで、XはYを相手どって、供託金還付請求権の取立権をXが有することの確認を求めて、訴えを提起した。第1審は、「AとXは締結していた債権譲渡契約はその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。Xは上告したところ、第2審は「当該債権譲渡は成立しない」として、Xの請求を棄却した。

¹⁰⁵ 張某與穀城縣商務局、穀城縣城市管理執法局等債權轉讓合同糾紛一審民事裁定書、(2017)鄂0625民初433號。

¹⁰⁶ 湘潭企業融資擔保有限公司、長沙挺峰數控刀具有限公司二審民事判決書、(2018)湘03民終573號。

【45】(2018)冀01民終8772号¹⁰⁷。AとYは、2014年1月29日、『2013年中国联通宽带接入网 PONFTTH 終端売買框架契約』（以下「基本契約」という）を締結した。その際にAY間で、売主は、一方的に本契約に基づく買主に対する債権の全部又は一部を第三者に譲渡することができない。そうではない場合には、債権譲渡は無効となる」との合意がされた。2015年11月24日、AとXは『国内ファクタリング契約』を締結した。同年12月17日、AとXは『債権譲渡契約』を締結し、2通の個別売買契約から発生する売買代金債権がXに譲渡され、その旨がYに通知された。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。第1審は、「当該譲渡行為は基本契約の約定に違反しており、無効となる」として、Xの請求を棄却した。Xは上告したところ、第2審は「Xは上記の契約上の約定を知っており、AのYに対する売買代金債権を譲り受けようとした場合には、その旨をYに通知し、Yの同意を得るべきである」とし、さらに「当該債権譲渡はYに対してその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。

【46】(2018)湘0406民初847号¹⁰⁸。売主Aと買主Yは、継続的战略合作契約を締結していた。AとYは、2015年4月22日、売買契約を締結した。その際にAY間で、「Yの同意を得なければ、Aは本契約の債権を譲渡することができない」との合意がされた。2017年10月10日、AはYに対する債権をXに譲渡した。Xの請求を受けたYは、「YとAとの間の債務には大きな論争があり、債権譲渡は無効である」と抗弁した。裁判所は「当該契約第16条は、Yの同意を得なければAは当該契約の債権を譲渡することができないと定めており、Xは、AYが当該契約について決済したことを証明する証拠を提供しておらず、未払いの代金が存在するかどうかは明らかではない」として、Xの請求を棄却した。

【47】(2018)苏0115民初11317号¹⁰⁹。売主Aと買主Yは、2通の売買契

¹⁰⁷ 冠中國際商業保理有限公司、中國聯合網路通信有限公司河北省分公司債權轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2018)冀01民終8772號。

¹⁰⁸ 深州市遠征氟塑膠有限公司與特變電工衡陽變壓器有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2018)湘0406民初847號。

¹⁰⁹ 原告江蘇海格環保工程科技有限公司與被告江蘇新世紀江南環保股份有限公

約を締結していた。その際にA Y間で、「Yの同意を得なければ、Aは本契約の権利義務を譲渡することができない」との合意がされた。しかしそれにもかかわらず、AはYに対する売買代金債権をXに譲渡した。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在、さらにAの売買契約の債務不履行を抗弁としてこれを拒んだ。裁判所は、債権譲渡契約はYに対してその効力を有しないと、Xの請求を棄却した。

【48】(2018)皖17民終593号¹¹⁰。AとYは、『加工ガラス発注契約』を締結した。その際にA Y間で、「いずれの当事者は契約を第三者に譲渡する権限がない」との合意がされた。AとXは、『債権譲渡契約』を締結し、AのYに対する売買代金債権がXに譲渡された。Xは、この債権に基づく支払を請求したところ、第1審は、「Aは契約当事者の一方としてその債権を第三者に譲渡する権限がないので、AとXは締結していた債権譲渡契約はその効力を有しないと、Xの請求を棄却した。Xは不服し上告したが、第2審は、「当該債権譲渡行為は無効である」として、Xの請求を棄却した。

【49】(2018)黒01民終8074号¹¹¹。売主Aと買主Y₁は、売買契約を締結し、Y₂がY₁の代金債務について保証人となった。Aは、Y₁に対する売買代金債権をXに譲渡した。そこで、XはY₁Y₂この債権に基づく支払を請求したところ、第1審は「保証人Y₂とAは締結していた保証契約にはY₁の代金債務に対して保証責任を負うと定められており、Aは特定の債権者であるためにこの債権譲渡行為はY₂に対してその効力を有しない。Y₂は保証責任を負わないことになる」として、XのY₂に対する請求を棄却した。Xは、上告したが、棄却された。

【50】(2018)京0107民初第830号¹¹²。売主Aと買主Yは、『物資設備売買契約』を締結した。その際にA Y間で、「双方の書面による同意を得な

司債権轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2018)蘇0115民初11317號。

¹¹⁰ 杭州富春江幕牆玻璃有限公司、浙江亞廈幕牆有限公司買賣合同糾紛二審民事判決書、(2018)皖17民終593號。

¹¹¹ 山東臨工工程機械有限公司、王俊傑買賣合同糾紛、債権轉讓合同糾紛二審民事判決書、(2018)黒01民終8074號。

¹¹² 北京同心共達裝飾材料有限公司與中鐵建設集團有限公司買賣合同糾紛一審民事判決書、(2018)京0107民初第830號。

ければ、双方は本契約における権利と義務（債権、債務）の全部または一部を第三者譲渡することができない」との合意がされた。しかしそれにもかかわらず、Aは代物弁済として売買代金債権（品質保証金を含む）をXに譲渡し、その旨がYに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、債権譲渡行為はYに対してその効力を有しないとして、Xの請求を棄却した。

【51】（2018）湘0111民初第9325号¹¹³。売主Aと買主Yは、2014年5月、売買契約を締結していた。2017年8月11日、AはYに対する売買代金債権（品質保証金を含む）91.965万円をYに譲渡し、その旨がYに通知された。2018年6月22日、Aについて破産更生の開始決定があった。同年10月20日、AとYは、清算協議により、「設備には欠陥があり、売買代金から30.655万円を差し引く」、「YはAに対して品質保証金61.31万円を支払う」ことを約定した。しかしそれにもかかわらず、Xは、譲渡された債権に基づく支払をYに対して請求した。これに対して、Yは、譲渡制限特約の存在、さらにA Y間で清算がすでにされたことを抗弁として、反論した。裁判所は、当該譲渡はYに対してその効力を有しないとして、Xの請求を棄却した。

【52】（2018）魯1526民初第3389号¹¹⁴。売主Aと買主Yは、『石炭売買契約』を締結し、売買代金債権に譲渡制限特約が付された。その後、A Y間では新しい売買契約が締結されず、上記の売買契約は、その後の供給に適用する。AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨がYに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒んだ。裁判所は、「XはA X間で締結された債権譲渡契約によりYに対する債権を取得することができない」として、Xの請求を棄却した。

【53】（2018）粵20民終第7353号¹¹⁵。請負人Aと注文者Yは、2013年6月

¹¹³ 營口奧博機械製造有限公司與中國能源建設集團湖南省電力設計院有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、（2018）湘0111民初第9325號。

¹¹⁴ 寧津縣明潤汽車內飾有限公司與山東泉林集團熱電有限公司債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、（2018）魯1526民初3389號。

¹¹⁵ 盛世遊艇會（中山）有限公司、廣東開平二建集團股份有限公司建設工程合同

18日、建設工事標準施工契約を締結した。その際にA Y間で譲渡制限特約がされた。同年7月31日、AとYは、第1期工事契約を締結し、この契約に譲渡制限特約が付された。その後、当該工事が竣工検査を通過していないため、2015年4月1日、AとYは補充契約により契約代金の決算、残された工事と完成期限、品質欠陥の整備仕事、支払いの状況、竣工の検収その他の違約責任などを詳しく約した。2017年7月5日、AはYに対する報酬債権をXに譲渡し、その旨がYに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在、Aの契約の債務不履行、さらに修理費の支出を抗弁として反論した。裁判所は、「当該譲渡行為は無効である」として、Xの請求を棄却した。

【54】(2018)粵1721民初第110号¹¹⁶。請負人Aと注文者Yは、建設契約を締結していた。AとXは、債権譲渡契約を締結し、AのYに対する報酬債権を代物弁済としてXに譲渡された。そこで、Xはこの債権に基づく支払を請求した。これに対して、Yは次のように反論した。①Yの同意なくして、契約における権利義務を第三者に譲渡することができない。②報酬債権が譲渡されると、YのAに対する有効な制約を弱め、建設契約の全面的な履行に不利である。裁判所は、「これはAの報酬債権から直接に関連修復費用を差し引くというYの権利を剥奪し、YのAに対する債権による相殺権を損害しており、Yにとっては不公平がある」とし、また、「債権譲渡契約は無効であり、Yに対してその効力を有しない」として、Xの請求を棄却した。

【55】(2018)魯1491民初第290号¹¹⁷。売主Aと買主Yは、2012年11月9日、2012年12月19日、2通の売買契約を締結した。2013年12月4日、AはYに対する売買代金債権をXに譲渡し、その旨が2013年12月11日、Yに通知された。Xの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在、さらにAの売買契約の債務不履行を抗弁として反論した。裁判所は、「Xは契約法の

糾紛二審民事裁定書、(2018)粵20民終7353號。

¹¹⁶ 陽西縣東村石料有限公司與陽江市粵豐投資有限公司、陽西縣教育局債權轉讓合同糾紛一審民事判決書、(2018)粵1721民初第110號。

¹¹⁷ 中大貝萊特壓濾機有限公司與大連善水德環保科技有限公司承攬合同糾紛一審民事判決書、(2018)魯1491民初290號。

関連規定によりYに債権譲渡の通知を送達したが、Yが当該通知を受けた後1年以内に異議を示さないので、この債権譲渡は当然有効である」として、Xの請求を認容した。

以上の55件の全体的傾向を見てみよう。

1) 裁判例の時代的推移

裁判例は、2010年代以降急増する。2010年代以前は、3件に過ぎないが、2010年代は52件と飛躍的に増加する。これは、実務において譲渡制限特約がよく用いられていることを示している。

2) 紛争類型の特徴

売買契約においては、代金債権に譲渡制限特約が付される事件が多く、全体の80%近くを占める(41件)。他方、請負契約に関する事件も多い(12件)。保証契約に関する事件が2件しかない。

3) 紛争形態の特徴

紛争形態が単純で、譲渡制限特約付債権を譲り受けた第三者は、この債権に基づく支払いを債務者に求めたものである。他方、債権が複数に譲渡された場合のように同一の債権につき両立しえない債権を主張する者の間で譲渡された債権を奪い合う事件は見られなかった。

4) 請求の認容率

債権の譲受人の請求を受けた債務者は、譲渡制限特約の存在などを理由に支払を拒んだ事件が多数を占めている。譲受人の債務者に対する請求の認容率については、認容例のほうが少ない(7件)。裁判所は、債権の譲受人より債務者の保護を重視している傾向が強く見られた。

第2項 裁判例の検討

裁判例を検討する際に注意すべきは、次の3点である。第1に、実務においては、売買契約、請負契約、保証契約に譲渡制限特約が付されることが多い。契約類型ごとに、いかなる事情で譲渡制限特約が付されているかを検討しなければならない。第2に、譲受人からの請求を受けた債務者は具体的にいかなる抗弁を持ち出して支払を拒んだかに留意する。譲受人の債務者に対する請求を認めておくと、債務者にはいかなる不利益が生じるかは重要なポイントである。第3に、譲渡制限特約の効力構成に関しては、債務者の反論の仕方に着目する。

1 請負代金債権

(1) 譲渡制限特約の目的及び合理性

既に紹介したように、請負契約では請負代金債権に譲渡制限特約が付されることが多い。いったい、注文者（債務者）は、譲渡制限特約によってどのような利益を確保しようとしているのか。これに対して、どのような法的評価が加えられているのか。以下では、譲渡制限特約付き請負代金債権に関わる事例を検討する。

譲渡制限特約に関する裁判例において、請負代金債権の譲受人からの請求を受けた注文者は、譲渡制限特約の存在を理由に支払を拒む場合には、次のような2つの場面が見られる¹¹⁸。1つは、注文者は、仕事の目的物に瑕疵が発生したことにより、請負人に対して反対債権を取得した場面である。もう1つは、注文者は、請負契約が履行期限内に履行されなかったことにより、請負人に対して違約金請求権を取得した場面である。注文者がこれらの債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗できるかについて、反対債権が譲渡通知の時点で発生していたかは重要なポイントである。裁判例において反対債権の発生時期が明らかではないが、次のような3つの検討場面が想定される。

第1に、請負人が請負契約に基づく請負代金債権を第三者に譲渡し、その旨が注文者に通知されたが、その前に請負人が注文者に引渡した目的物に瑕疵があり、注文者は請負人に対して損害賠償請求権を取得した場面である（第1の検討場面）。第2に、請負人が請負契約に基づく請負代金債権を第三者に譲渡し、その旨が注文者に通知され、その後に請負人が注文者に引渡した目的物に瑕疵があり、注文者は請負人に対して、損害賠償請求権を取得した場面である（第2の検討場面）。第3に、請負人が第1期請負契約に基づく請負代金債権を第三者に譲渡し、その旨が注文者に通知され、その後に第2期請負契約が締結され、請負人が第2期請負契約に基づいて注文者に引渡した目的物に瑕疵があり、注文者は請負人に対して、この契約に基づく損害賠償請求権を取得した場面である（第3の検討場面）。

まず、第1の検討場面を取り上げる。中国法は、契約法83条において

¹¹⁸ (2013) 甬象商初字第387號。

債務者が譲受人に主張できる相殺の抗弁の範囲を制限するから、債務者は譲渡通知前に譲渡人に対して反対債権を取得したとしても、その債権の弁済期が、譲渡された債権のそれより後に到来する限り、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ない。注文者は、かかる事態に備えて譲渡制限特約を締結し、債権を譲渡人に固定しておけば、反対債権と譲渡された債権の弁済期の先後関係を問わず相殺の利益を確保することができる¹¹⁹。

次に、第２の検討場面を見てみよう。注文者は、譲渡通知後に請負人に対して取得する損害賠償請求権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができるのか。中国法は、契約法83条において債務者の債権を譲渡通知前にすでに発生したものに限定しており、これまでの学説は、債務者が譲渡通知後に発生した債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗できないと解する傾向がある¹²⁰。しかし、譲渡の通知を受けた時に損害賠償請求権が具体的に発生していなくとも、その発生原因が存在すれば、債務者に相殺を認めるべきである。法定相殺としての処理が、契約法83条の文言・構造に照らして無理であるのであれば、譲渡制限特約によるほかない。

最後に、第３の検討場面を取り上げよう。この場面において、損害賠償請求権を発生させる第２期請負契約は譲渡通知後に締結されたものである。中国法の下では、注文者は、第１期請負契約に基づく請負代金債権を受働債権として、第２期請負契約に基づく損害賠償請求権を自働債権として、相殺することができない。もっとも、注文者は請負人に対して瑕疵のない目的物の引渡しを求める権利を有しているので、第２期請負代金が弁済されていない場合には、注文者は第２期請負契約に基づく損害賠償請求権を自働債権として譲渡された債権（第１期請負代金債権）と相殺することができる。このようにして、注文者は譲渡制限特約によっ

¹¹⁹ 譲渡制限特約と法定相殺との相関関係について、拙稿「債権流動化與禁止讓與特約的効力——日本法轉向與我國的課題」日本法研究5卷（2019年）3頁以下参照。

¹²⁰ 債権譲渡と相殺に関する議論の状況について、拙稿「論債権讓與中債務人の抵銷權」民商法論叢70卷1期（2020年）参照。

て第1期請負代金債権を請負人に固定しなくても、相殺の利益を確保する道が存する。しかし、注文者は、第2期請負代金を支払った場合に、請負人に対して損害賠償請求権しか主張できない。注文者にとって、これは許容不可能なリスクであるのであれば、第2期請負契約を締結しないなどの方法を取ることができる。しかし、第2期請負契約を締結しないと、注文者の工事遂行に支障を来すことがある。例えば、工事中に当初の予定になかった工事を追加で発注するなどの局面において、注文者による相殺の抗弁を認めるべき場合がある。ただ、第1期請負契約締結後の状況に対応して第2期請負契約を締結した場合に、注文者の第2期請負契約に基づく損害賠償請求権による相殺の抗弁を契約法83条の枠内に収めるのは無理である。注文者は、相殺の利益を確保したいのであれば、譲渡制限特約を締結すべきである。

(2) 譲渡制限特約の効力構成

ここまで、請負契約に関しては、譲渡制限特約により確保されている注文者の相殺の利益を確認してきた。中国法は債務者が譲受人に対して主張することができる相殺の抗弁の範囲を制限しているが、譲渡制限特約は、相殺可能な領域を創出することを可能にするものであり、債務者にとっては、実益を有する。そこで、譲渡制限特約の効力は、大切な問題である。以下では、裁判例において譲渡制限特約の善意者への対抗の可否を確認した上で、譲渡制限特約に違反する譲渡の効力を検討する。

従来、譲渡制限特約は善意の第三者に対抗できないとする学説が多い。しかし、本稿が見た裁判例に関する限り、譲受人の主観態様に言及する裁判例は2件しかない(【27】【36】)。譲渡制限特約が債務者により持ち出された場合に、裁判者は、譲受人の主観態様を考慮せず、特約の第三者効を認める傾向が見られる。【27】において、譲渡制限特約の存在と譲受人の悪意について、債務者の側に主張・立証責任があるとされていた。【36】において、債務者は、譲渡制限特約の存在の主張・立証責任を負い、譲受人は善意の主張・立証責任を負うとされていた。さらに、【36】は明示的に「Xは、AのYに対する債権を譲り受ける際に……施工契約の内容を確認する義務」という表現を用いる。この事例においては、施工契約に譲渡制限特約が記載されており、「Xは特約の存在を知べき」として、譲受人の悪意が肯定されている。つまり、譲渡された債権

を発生させる契約に譲渡制限特約が記載されているかを調査しなければ悪意とされることになる。

譲渡制限特約に違反する譲渡の効力に関して、裁判例を、①債権譲渡は債務者に対して効力を生じないとする事例群（【5】【16】）と、②債権譲渡は無効であるとする事例群（【9】、【24】、【27】、【36】、【48】、【53】、【54】）に分けることができる。いずれの事例においても、譲受人の請求を受けた注文者は、譲渡制限特約の存在を理由に支払を拒むことができる。つまり、譲渡制限特約により確保されている注文者の相殺の利益が保護されることになる。ただ、②の効力構成を採る場合には、注文者以外の第三者は、譲渡の無効を主張することができるのかという問題が残される。現在は、譲渡制限に違反する譲渡の効力について絶対的無効説に賛成する論者が見られる。しかし、そもそも譲渡制限特約は、債務者を保護するための手段であり、そのために特約の主張権者を債務者に限定してよいはずである。

なお、譲渡制限特約は債務者を保護するための手段であるとしても、債務者の譲渡人に対する反対債権による相殺の抗弁を認めておけばよく、特約に債権譲渡を無効とする効力を認める必要性は感じられない。譲渡制限特約に強い効力を認めるべきではないというのは、建築工事の実務からも明らかである。建築業企業各類型保証金研究報告によれば、瑕疵修補に代わる損害額は、請負代金債権額の0.3%を占めている。例えば、3万円の損害賠償請求権による相殺の利益を確保するために、1000万円の請負代金債権に譲渡制限特約を付しておく場合である。この場合には、譲渡制限特約に違反する譲渡の効力を無効とすると、997万円の債権を不必要に譲渡人に固定しており、譲渡人にとって、譲渡制限特約の存在が債権譲渡取引の障害となり得る。そこで、譲渡制限特約の効力に関しては、特約に譲渡を無効とする効力を認めず、特約が債務者の譲渡人に対する反対債権による相殺の利益を保護するためのものであると解釈しておけば、一定のバランスがとれるといえよう。

2 売買代金債権

売買契約に譲渡制限特約が付されることも多い。そこで、以下では譲渡制限特約の目的及び合理性、またその効力に着眼して、売買代金債権に関する裁判例を検討することにする。

（１）譲渡制限特約の目的及び合理性

裁判例においては、売買代金債権の譲受人からの請求を受けた債務者（買主）が譲渡制限特約の存在、さらに譲渡人（売主）の売買契約の債務不履行を理由に支払を拒むことが多い。譲渡制限特約は、債務者の相殺の利益を確保することを可能にするものであり、債務者にとっては実益を有する。そこで、譲渡制限特約により確保されている相殺の利益について典型的に検討する。

第１に、売買代金債権が譲渡され、その譲渡通知前に反対債権が発生したが、反対債権の弁済期は売買代金債権より後に到来する場合である。中国契約法のもとでは、反対債権の弁済期が譲渡された債権より先に又はこれと同時に到来する場合には、債務者は契約法82条により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る。あえて譲渡制限特約を締結して売買代金債権を売主に固定する必要がない。しかし、反対債権の弁済期が売買代金債権より後に到来する場合には、相殺の利益はもはや契約法82条により確保されない。具体的には、譲渡通知後に売主が納品した目的物に契約不適合があり、買主は売主に対して損害賠償請求権を取得した場合、又は、買主は委託販売契約に売れ残った商品を返品して売主に対して反対債権を取得した場合には、買主の売主に対する反対債権による相殺の抗弁を認めないとすると、買主にとっては酷である。このような事態に備えて譲渡制限特約を締結して売買代金債権を売主に固定しておけば、買主の相殺の利益が確保されることになる。この点において、譲渡制限特約が売主にとっては実益を有するといえよう。

第２に、売買契約（以下「A契約」という）から発生する代金債権が譲渡され、譲渡通知後にその他の売買契約（以下「B契約」という）が締結され、買主はB契約に基づいて売主に対して反対債権を取得した場合である。実務では、売主は買主に対して基本契約に基づいて発注書と請書を発行する方法により個別売買契約を締結して商品を継続的に供給することが多い。そこで、買主はB契約に基づいて売主に対して反対債権（損害賠償請求権など）を取得した場合には、この債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗できるかは問題となる。契約法83条は債務者の譲渡人に対する反対債権を譲渡通知前に生じたものに限っており、解釈論としてはそれを83条の枠内に収めるのは困難である。買主は相殺の利益を確保し

たいのであれば、譲渡制限特約を締結して売買代金債権を売主に固定する必要がある。そして、譲渡制限特約に第三者効を認めることに合理性がある。同様のことは、譲渡通知後にその他の契約が締結され、買主はこの契約に基づいて売主に対して反対債権を取得した場合にも妥当する。例えば、買主が商品の開発を目的として売主に融資する場合である。

（２）譲渡制限特約の効力構成

ここまで、譲渡制限特約の目的及び合理性を検討してきた。以下では、裁判例において譲渡制限特約の善意者への対抗の可否を確認した上で、譲渡制限特約に違反する譲渡の効力を検討する。

本稿が見た裁判例に関する限り、譲受人の主観態様に言及する裁判例は６件しかない（【４】【８】【１２】【２１】【４５】）。【４】において、裁判所は、銀行が専門知識のある金融機関として、債権を譲り受けようとするにあっては、売買契約に譲渡制限特約が記載されているかを調査すべきであるということを前提にして、銀行の善意主張を棄却した。これは、譲受人に調査義務を課するものである。しかし、【４】と同様に、売買代金債権が銀行に譲渡された【８】において、裁判所は、譲渡人が売買契約を銀行に交付していないとして、銀行は特約につき善意であると判示した。【１２】は、譲渡人は譲渡制限特約が記載されている売買契約を譲受人に交付した事案であり、裁判所は、譲受人が譲渡制限特約の存在を知るべきであるとした。【２１】において、裁判所は、譲渡人と譲受人との親族関係に着目して、譲受人が譲渡制限特約の存在を知るべきであるとした。【４５】においては、裁判所は、単に譲受人が譲渡制限特約の存在を知るべきであるとした。

譲渡制限特約の効力構成に目を転じると、譲受人からの履行請求を受けた債務者が譲渡制限特約を持ち出した場合に、裁判所は特約に第三者効を認めることが多い。譲渡制限特約に違反する譲渡の効力に関して、裁判例を、①債権譲渡は債務者に対して効力を生じないとする事例群（【２】【１２】【１９】【２５】【２６】【３４】【３５】【４５】【４７】【５０】【５１】）と、②債権譲渡は無効であるとする事例群（【３】【１０】【１３】【２２】【２３】【２４】【２８】【３９】【４３】【４４】【４８】【５３】）と、③譲受人は特約付き債権を取得できないとする事例群（【６】【１４】【２１】【３６】【３７】【５２】）に分ける。なお、単に譲渡人は特約付き債権を譲渡できないとする事例群もある（【４６】など）。

上記のような効力構成は、いずれも譲渡制限特約付き債権が譲受人に帰属しないという形で債務者の利益を保護しようとするものである。譲渡制限特約によって保護されているのは、債務者の利益である。譲渡人の債権者などが譲渡制限特約を持ち出して特約付債権を奪うという紛争は表面化していない。そして、譲渡制限特約は債務者の利益を保護するためのものであり、債務者以外の第三者が特約を主張することにより利益を得るのは、適当ではない。譲渡制限特約付き債権が譲受人に帰属しないということが債務者の利益保護を目的として導かれる法律効果であるのであれば、債務者の利益保護に必要な範囲内で特約の効力を認めておけばよい。譲渡制限特約に債権の帰属変更を妨げる効力を認める必要がなく、特約の効力について履行拒絶構成を採用する日本法の立場は、中国法においても検討する余地がある。すなわち、債務者は譲受人からの履行請求を拒んで譲渡人に対して弁済することができる限り、特約によって確保されている債務者の利益が保護される。とりわけ、債務者は譲渡人に対して反対債権を取得した場合には、債務者は譲受人からの請求を拒絶し、反対債権を自動債権として譲渡された債権と相殺することができる。このようにして、譲渡制限特約に強い効力を与える必要がないといえよう。

(3) 譲渡制限特約の効力制限

既に紹介したように、譲受人からの請求を受けた債務者が譲渡制限特約を持ち出した場合に、裁判例の多くは特約の第三者効を認める傾向が見られた。しかし、次のような場合に譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗できないので要注意である。

第1に、売買契約に譲渡制限特約が記載されていたとしても、支払計画に特約がない限り、債務者は、譲受人に対して特約の効力を対抗することができないとの場合である。【30】はこれに属する。

第2に、売買契約に譲渡制限特約が記載されていたとしても、売買契約を終止する協議に特約がない限り、債務者は、譲受人に対して特約の効力を対抗することができないとの場合である。【41】はこれに属する。

第3に、約款の解釈規則により譲渡制限特約の効力を個別的に制限する裁判例がある。例えば、【11】において、売買契約には次のような条項が含まれていた。「Aは、Yの書面による事前の同意なしに、本契約、

又は本契約から発生する権利或は義務を他の団体又は人物に譲渡することができない。同様に、本契約または当事者間の他の契約から発生する利益、支払請求権その他の権利の処置（代辨、質入れ又は担保譲渡を含む）も、Yの書面による事前の同意を得なければならない。Yは、理由なく同意を拒否することができない」。裁判所は、「売買基本契約は、Yが重複使用するために予め作成された約款契約であり、基本契約11条には、Xの事前の書面による同意なしに契約上の権利義務を譲渡することができないとの意思表示だけでなく、契約上の権利義務の譲渡を制限することができないとの意思表示も含まれている。この条項は前後の意思表示が矛盾するため、約款を提供する側に不利な解釈によるべきである。すなわち、Xは当該契約から発生する債権を譲渡する権限がある」として、譲渡制限特約の効力を制限した。

第4に、譲渡制限特約の文言解釈により特約の効力を個別的に制限する裁判例がある。契約上の権利を譲渡できない旨を明記せずに、単に契約上の権利義務を譲渡できない旨を明記した場合に、権利の譲渡が制限されないと解釈される。例えば、【18】において、売買契約に次のような条項が含まれていた。すなわち、「Aは、Yの事前の書面による同意なしに契約上の権利義務を第三者に譲渡することができない」。裁判所は、債権の譲渡が制限されていないとして、譲受人の債務者に対する履行請求を認めた。しかし、裁判例の多くは、契約上の権利義務を譲渡できない旨の特約を債権の譲渡を制限する特約と解釈する傾向が見られる。【1】【7】【9】などはこれに属する。

3 保証債権

ここまで、譲渡制限特約付代金債権の譲渡に関する裁判例を検討してきたが、債務者は譲渡制限特約を持ち出した場合には、裁判所は債権譲渡の効力を無効とする傾向が見られる。他方、債権者と保証人の間で特約を結んで保証債権の移転を制限することもある。どうしてこのような特約を結ばなければいけないのだろうか。保証債権が主債権の譲渡に伴い譲受人に移転したとしても、保証人にしてみれば、所詮は元の保証が担保している範囲内で譲受人に対して保証責任を負い、その責任が加重されていないのだから、保証債権の移転を制限する必要があるのだろうか。

(1) 関連規定

担保法(1995年10月1日施行)22条は、「保証期間において、債権者が法に主たる債権を第三者に譲渡した場合に、保証人は元の保証が担保する範囲において、引き続き担保責任を負う。保証契約に別途約定があるときは、その約定に従う」とするのである¹²¹。これによって、主たる債権が譲渡された場合には、保証債権も譲受人に移転しており、保証人は元の保証が担保していた範囲内において譲受人に対して保証責任を負うことになるが、債権者と保証人の間で保証債権の移転を制限するための特約がされた場合には、保証人はもはや保証責任を負わないことになる(担保法司法解释(2000年12月13日施行)28条本文)。つまり、特約は保証人の担保責任を免除することを可能にするためのものである。そして、担保法司法解释28条ただし書によれば、この意味での約定には、「特定の債権者に対してのみ保証責任を負う」、又は「債権譲渡を禁止する」との特約が含まれる。しかし、国有銀行が金融資産管理会社に不良債権を譲渡し、あるいは金融資産管理会社が不良債権を買い上げ、処置した場合には、担保契約に「契約変更につき担保権設定者の同意を必要とする」又は「主たる債権の譲渡を禁ずる」との特約が付されたとしても、保証人は特約をもって譲受人に対抗することができない¹²²。保証債権が主たる債権の譲渡に伴い譲受人に金融資産管理会社に移転しており、保証人は原担保の範囲内において金融資産管理会社に対して保証責任を負う。

¹²¹ 保証債権の移転に関しては、民法典696条2項は、担保法司法解释28条ただし書の規律を明文化したものである。すなわち、「保証人と債権者が特定の債権者に対してのみ保証責任を負うこと又は債権譲渡を禁止することを約定していた場合に、債権者が保証人の書面による同意なしに債権の全部又は一部を譲渡したときは、保証人は譲受人の債権に対してもはや保証責任を負わない。」。しかし、ここには次のような2つの問題がある。第1の問題は、譲受人が譲渡制限特約につき善意である場合に、保証人が譲渡制限特約を譲受人に対抗できるかである。第2の問題は、保証人が譲受人に対して保証責任を負わないが、譲渡人に対して何らかの責任を負うかである。

¹²² 最高人民法院「金融不良債権譲渡案件審理についての工作座談会紀要」(2009年)。

（２）譲渡制限特約の効力

保証債権の移転を制限する特約が問題となる裁判例は２件しか見られない（【40】【49】）。【49】において、裁判例は、債権の譲渡が保証人に対して効力を生じないとする同時に、保証責任も免除されるとした。これに対して、【40】においては、保証人の特約による保証責任免除の抗弁が否定された。その理由として、①保証人の責任が加重されていないこと、②国有銀行が金融資産管理会社に不良債権を譲渡したような場合に、保証人は、特約をもって譲受人に対抗することができないことが挙げられる。

保証契約は、主たる債務の履行を担保するために締結されたものである。そこで、主たる債権が譲渡されたとしても、債務者に変化が生じない限り、債権譲渡によって保証人の地位は悪化しないはずである¹²³。譲渡制限特約により追及されている保証人の利益の内実については、検討を要する。従来の学説は、特約の第三者効の根拠を、保証債権債務関係を契約当事者に固定するという保証人の意思の尊重に求めることが多い。例えば、曹士兵は「司法解釈は、保証人と債権者間でなされた債権の譲渡を禁止する又は特定の債権者のみに対して保証責任を負うとの約定を承認し、債権者が約定に違反した場合、約定に保証人の保証責任を免除する効力を認めたのは、保証が信用保証に属しており、人と人の間の信用関係に基づくものであるからである。保証人は、特約の債権に対してのみ保証責任を負うこと又は債権譲渡を禁止することを約定したのは、その債権者との関係を固定したいからである。従って、保証人の意思を尊重すべきである」と説く。なお、実務では、保証人にとっては、「債権者が誰であるかは保証契約を締結する際に重要な動機」であり、こういう債権者でなければ保証契約を締結しないことがある。

上記のような見解に対しては、譲渡制限特約の第三者効について疑問視する意見がある。張谷は、立法論として特約の第三者効に否定的であり、「保証債権も譲受人に移転するが、保証人は保証契約の債務不履行を理由に譲渡人に対して損害賠償を求めることができる」と説く¹²⁴。た

¹²³ 曹士兵『中国担保諸問題の解決と展望』（法制出版社、2001年）126-127頁。

¹²⁴ 張谷「論債権譲渡契約と債務者保護原則」民商法学第6期（2003）7-8頁。

だ、保証人が譲受人に対して原担保の範囲内で保証責任を負う場合には、通常は損害はないはずである。また、韓世遠は、日本改正前法466条2項を参照にして特約が善意者に対抗できないと解する¹²⁵。譲受人が特約につき善意である場合には、保証債権も譲受人に移転し、譲受人は保証人に対して保証債務の履行を請求することができる。
がある。

ところで、保証債権について譲渡制限特約の第三者効を認める規定を置くのは、比較法の観点からは異例である。多くの法体系においては、保証債権の移転が債権譲渡に固有のものであるから、保証契約当事者の合意によって排除できないと考えられている¹²⁶。それを認めると、第三者は主たる債権を譲り受ける際に保証人に対して一々「あなたは、主たる債権が譲渡された場合であっても私との関係で保証人になってくれませんか」を確認しなければならないことになり、社会的にみると、効率的ではない。契約当事者の合意ではなく、制度としての効率性という観点からすれば、善意の譲受人を保護すべきであろう。つまり、譲受人が主たる債権を譲り受ける際に保証契約に譲渡制限特約が含まれていることを知らないときは、保証債権が譲受人に移転すると解するのである。

譲渡人以外の第三者と債務関係を持つことを避けたいという理由から譲渡制限特約が付された場合、保証人保護に必要な範囲内で譲渡制限特約の効力を認めておけば十分である。すなわち、保証人は譲受人からの請求を拒むことができるにもかかわらず、譲渡人に対して保証責任を負わなければならないとするのである。このように譲渡制限特約の効力を解釈すると、譲渡人にもはや帰属していない主たる債権についてその担保が譲渡人の下に残されることになる。これは、債権譲渡の事実を知らない債務者がすでに債権者でなくなった譲渡人に弁済することにより債務関係から解放されるという規律に似ている。

第5款 考察

ここまで、中国法における譲渡制限特約の生成過程、理論の現状、実

¹²⁵ 韓・前掲注3) 605頁。

¹²⁶ オーレ・ランドーほか・前掲注51) 66頁。

務運用を確認してきたが、次のことは明らかになった。

第1項 譲渡制限特約の第三者効と譲受人の主観的態様

譲渡制限特約の第三者への対抗の可否に関しては、3つのモデルが考えられる。すなわち、①特約の第三者効を貫徹するもの、②特約の第三者効を認めないもの、③第三者の主観的態様を分水嶺として特約の対抗可否を分けるものである。中国契約法79条には「債権の譲渡を制限する意思表示は、善意の第三者に対抗できない」といった類いの文言がない。単に契約法79条の文言からみれば、中国法は①のモデルに属する。これに対して、これまで学説の多くは、譲渡制限特約を善意の第三者に対して対抗することができないと解釈する傾向が見られた。しかし、従来の裁判例を網羅的に検討してみると、第三者の主観的態様に言及する裁判例がごくわずかであり、特約の第三者効を貫徹する裁判例は予測に反して数が多い。

第2項 譲渡制限特約と他の債務者保護規定との関連

債権が譲渡された場合に債務者は譲渡人に対して取得した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るかは、実務では大切な問題である。実務では、債務者は、原因契約（売買契約、請負契約など）の債務不履行に基づいて譲渡人に対して損害賠償請求権を取得していることが多い。しかし、契約法83条では、債務者が譲渡人に対して反対債権を取得したとしても、その債権が譲渡通知後に発生する場合、又はその債権の弁済期が譲渡された債権より後に到来する場合に、債務者は、反対債権による相殺を譲受人に対抗することができない。債務者が相殺の利益を確保するためには、契約法79条により譲渡制限特約を締結して債権を譲渡人に固定するほかはない。しかも、実務では原因契約に譲渡譲渡特約が記載されることも多い。譲渡制限特約の効力をめぐる裁判例において、債務者は譲渡制限特約を持ち出した場合に、裁判所は譲渡制限特約に第三者効を与える傾向が見られた。もっとも、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したのに、特約の第三者効を認めないとするならば、特約を締結する意味がなくなってしまうから、裁判所の判断に合理性があるといえる。中国法では、譲渡制限特約は、債務者

の相殺利益を確保することを可能にするものであり、債務者にとっては実益を有する。つまり、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。この点において、契約法79条を抗弁接続条項の一種と位置付けることができる。

第3項 譲渡制限特約の効力と債権種類との関連

中国法は、契約法79条において当事者の意思表示による譲渡制限を定めている。ただ、債務者は、譲渡制限特約の効力に基づき第三者に対していかなる制約を及ぼすことができるかは明らかではない。実務では、契約法79条をめぐって、特に問題となるのは、譲渡制限特約に違反する売買代金債権又は請負代金債権の譲渡の効力である。譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効力については、裁判例を①債権譲渡は債務者に対して効力を生じないとする事例群と、②債権譲渡は無効であるとする事例群と、③譲受人は特約付き債権を取得できないとする事例群に分けることができる。いずれの効力構成のもとでも、譲渡制限特約に債権の帰属変更を妨げる効力が認められている。そこで、債務者は、特約に違反する債権譲渡をなかつたものとして行動すればよい。ただ、債務者は譲渡制限特約を持ち出して、譲受人からの履行請求を拒んだ場合に、譲渡人に対して弁済しなければならない。

他方、中国法は、担保法司法解释28条において、当事者は意思表示により保証債権の移転を制限することができる旨の規定を明記している。保証債権は、原則的に主たる債権の譲渡に伴い譲受人に移転するから、保証人は特定の債権者に対してのみ保証責任を負いたいのであれば、司法解释28条により保証契約に譲渡制限特約を付して保証債権の移転を制限するほかはない。保証契約に譲渡制限特約が付された場合に、主たる債権が譲渡されても、保証人は保証債権の移転をなかつたものとして行動することができる。しかも、保証人は、譲渡人に対しても保証責任を負う必要がない。中国法では、譲渡制限特約は、保証人の保証責任を免除することを可能にするものであり、保証人にとっては実益がないわけではない。司法解释28条をめぐる裁判例は少ないが、譲渡制限特約の第三者効が認められている。いずれにせよ、上記の売買契約や請負契約における利益状況とは異なる状況にあり、債権の種類によって譲渡制限特

約に込められている意味は異なっているのである。

第２節 アメリカ法の考察

第１款 コモンローの状況

かつて、コモンローでは債権が債務者と債権者の間の人的な絆であるゆえに、債権者は債権を譲渡することできないのが原則であった¹²⁷。アメリカ合衆国の諸州は、この原則を承継していたが、19世紀に入ると債権は原則として譲渡できるとされる。他方、アメリカ合衆国の諸州では、債務者と債権者が譲渡制限特約により債権の譲渡を制限することができるという原則が承認されていた¹²⁸。以下では、譲渡制限特約がどんな場面でいかなる事情から利用されているかという観点から、譲渡制限特約の利用実態を概観しておこう。

実務では、道路工事、建築工事、塗装作業に基づく債権に譲渡制限特約を付しているのが典型であり、映画配給契約等から発生する債権の譲渡も制限されている¹²⁹。譲渡制限特約の効力が争われる場面は、「二重譲渡や差押が行われるときのように同一債権につき両立しない権利を主張

¹²⁷ 木南敦「アメリカ合衆国における譲渡禁止特約の効力——統一商事法典9-318条4項の意義」法学論叢110巻4・5・6号（1982年）256-259頁、樋口範雄『アメリカ契約法（第2版）』（弘文堂、2005年）331頁。

¹²⁸ フランス法においては、民法典の原始規定に譲渡制限特約に関する規律が存在しなかったところ、2016年の債権法改正ではじめて譲渡制限特約の効力を明文で認めるに至った（1321条4項）。白石大「債権譲渡制限特約に関する法改正の日仏比較」瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題（上巻）』（成文堂、2018年）529頁以下。

¹²⁹ フランス法においては、譲渡制限特約の効力に関する判例として、①破毀院民事部1853年6月6日判決、②破毀院商事部2000年11月21日判決、③破毀院商事部2002年10月22日判決が挙げられる。①は兵役代金証書に基づく債権の譲渡にまつわる事件であり、②及び③は請負代金債権の譲渡にまつわる事件である。また、①及び②において、破毀院は譲渡制限特約の効力に対して否定的であるが、③において、「債権譲渡を承諾していない債務者は、譲受人に対し、譲渡人との間の人的関係に基づく抗弁をもって対抗することができる」として、譲渡制限特約の第三者効を認めるに至った。白石・前掲注128）536-540頁。

する者の間で優先順位が争われる」場面（第1の検討場面）と、「債権の譲受人から請求を受けた債務者が譲渡制限条項を持ち出して支払を拒む」場面（第2の検討場面）と大別される¹³⁰。

上記の第1の検討場面において、裁判所は、譲渡制限特約は債務者（注文人等）を守る盾になっても後の譲受人がより有利な支払順位を確保するための武器にはならないとして、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定している。これに対して、上記の第2の検討場面において、裁判所は、「譲渡を制限するような条項があってもその効力がそのまま承認されない」¹³¹——譲渡制限特約の効力が狭く解釈される¹³²——傾向があった。具体的には、請負契約等に「譲渡が不可能である」ことを明確に示す言葉がない限り、譲渡制限特約は債務者と債権者間で効力を有するに止まり、債務者は譲渡制限特約を第三者に対抗することができないとされる。しかし、請負契約等に記載されていた譲渡制限特約がはっきりと「譲渡が無効であるというかそれと同じ内容のことを明確に示している」場合には、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効とされる。

譲受人からの支払請求を受けた債務者は、上記のような場合において譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒むことができるが、譲渡制限特約により追求されている債務者の利益が何であるかを検討する必要がある。譲渡制限特約の目的について、次のようなことが挙げられる。すなわち、①「譲渡を制限しておけば弁済をすべき相手方が変更することがないため債務者は弁済にかかる手数料や費用を最小限にとどめることができる」こと、②「あいまいな内容の譲渡通知を受けた場合のように、債務者は譲渡の効力を判断する必要がない」こと、③債務者は譲渡通知を受けた後は債権者（譲渡人）に対し別にこの債権者との取引から生じる権利または抗弁に基づく相殺を譲受人に対し主張できなくなるが、譲渡を制限しておけばこのような相殺を行うことができる」こと、④譲渡さ

¹³⁰ 木南・前掲注127) 262-268頁。フランス法においては、先に確認したように譲渡制限特約に関する判例は3件に尽きる一方、いずれも債権の譲受人からの請求を受けた債務者が譲渡制限特約を持ち出して支払を拒んだ事件である。

¹³¹ 木南・前掲注127) 264-268頁。

¹³² 平野晋『体系アメリカ契約法』（中央大学出版部、2009年）580頁。

れた債権が生じるもとになった契約の内容を変更する場合譲受人の同意が必要とされることがある。このとき変更が譲受人に不利であるため同意が得られないという事態を回避しうる」ことである¹³³。日本法から見ると、上記の①は㉗事務手続煩雑化の回避に対応すること、②は④過誤弁済危険の防止に対応すること、③は㉘相殺利益の確保に対応することであるが、日本法では④に言及する論稿が多くない¹³⁴。いずれにしても、コモンローにおいては、譲渡禁止特約は、契約調整の機会を確保するこ

¹³³ 木南・前掲注127) 259-260頁。フランス法においては、譲渡制限特約が債務者にとって実益があるかという点につき学説は対立している。リカリは、譲渡制限特約を契約自由の問題と捉え、特約の目的につき次のように整理している。すなわち、①「譲渡人は債務者との間で債権の発生原因となる取引を行っていたのに対し、譲受人と債務者との間にはこのような取引関係はなく、単に譲受人が債務者に弁済を求めるという財産的な関係があるにすぎないため、譲受人は譲渡人よりも厳しい権利行使を行う可能性がある」こと、②「債権の一部のみが譲渡されると債務者のコストが増加するし、訴訟になれば債務者は複数の債権者を相手にしなければならない」こと、③「債権が譲渡されると裁判管轄が変更になる可能性がある」こと、④「譲渡人が成年であり、本来であれば消滅時効が完成していた場合であっても、譲受人が未成年であれば消滅時効は完成しない」こと、⑤「債務者が譲渡人に対して同時履行の抗弁を有していた場合であっても、債権譲渡がされると、譲渡人に反対給付を履行するよう心理的圧迫をかけることができなくなる」こと、⑥「債務者に対して債務を負う者が譲受人となり逆相殺をすると、債務者が譲渡人に対して有していたはずの相殺の期待が害される」こと、⑦「債権譲渡によって職業秘密の保持に問題が生じるおそれがある」ことである。白石・前掲注128) 541-542頁。ドイツ法においては、譲渡制限特約は普及しており、その機能も多岐にわたる。①②⑤⑥⑦との関係では、ドイツ法においては、それぞれがa「鷹揚な債権者との関係でのみ義務を負担したい」こと、b「契約関係における『清算手続の明確性と一覽可能性を保つ』という意味での簡明化利益である」こと、c「将来における相殺可能性の保持ないしは、継続的取引関係の清算に関する利益である」こと、d「高度に個人的な結びつきを理由とする譲渡制限である」こととして検討される。他方、ドイツ法においては、フランス法にみられる「対抗要件制度の不存在を補完する機能が譲渡制限特約条項には認められる」。石田・前掲注18) 125-129頁。

¹³⁴ 池田清治「民法理論の構造と展開に関する実証的研究——パラダイム転換論の異議・役割・限界」(科研報告書、2003年) 23頁、同「債権の流動化と譲渡禁止特約の効力」高等法政教育研究センター年次報告書2 (2002年) 77-78頁。

とを可能にするものであり、債務者にとっては実益を有する¹³⁵。

第2款 統一商事法典における譲渡制限特約の効力

上記のコモンローの原則と異なり、統一商事法典は、一定の種類の債権につき譲渡制限特約を無効としているのである。例えば、1962年版の統一商事法典は、その9-318条4項において「勘定債務者 (account debtor) と譲渡人が当事者である勘定債権 (account) または契約債権 (contract right) の譲渡を禁止する両者間のあらゆる契約中の条項は無効である。」と定めるのに対して、1972年版の統一商事法典は、その9-318条4項において「勘定債務者と譲渡人の間のあらゆる契約中の条項が勘定債権の譲渡を禁止しまたは弁済期にあるか将来弁済期が到来する金銭の支払を目的とする一般無形財産 (general intangible) への担保権 (security interest) の設定を禁止またはこのような譲渡や担保権に勘定債務者の同意を要求する場合その条項は無効である。」と定める¹³⁶。現在の統一商事法典では、「口座、動産証書、支払受領権、および約束手形」の譲渡 (9-406条 (d))、「リース保有権または賃貸人の残余権」の譲渡 (9-407条 (a))、「約束手形、健康保険受給金受領権、およびその他一定の無体財産」の譲渡 (9-408条 (a))、「信用状の権利」の譲渡 (9-409条 (a)) につき譲渡制限特約は無効とされる¹³⁷。

¹³⁵ ドイツ法においては、譲渡制限特約の利用実態について「譲渡の事実を知りつつも、これまで緊密な取引関係にあった譲渡人に便宜を図るために、譲渡人に弁済することがある」。石田・前掲注18) 125-126頁。このようにしてみれば、債権が譲渡されその旨が債務者に通知された場合であっても、代金の事後的調整等もあり得るから、譲渡制限特約が契約変更の機会を確保するための手段であるといえよう。

¹³⁶ 木南・前掲注127) 270-271頁。

¹³⁷ アメリカ統一商事法典の翻訳として、田島裕『UCC2001——アメリカ統一商事法典の全訳——』(商事法務、2002年)があり、参照した。フランス商法典L.442-2条Ⅱにも、「生産者、商人、工業者、または手工業者名簿に登録された者」が債務者である債権につき譲渡制限特約それ自体を無効する旨の規定が見られる。白石・前掲注128) 545-546頁。これは、アメリカ統一商事法典と同じ方向での立法であると思われる。フランス商法典やアメリカ統一商事法典と異なり、ドイツ商法典では、「金銭債権に関しては、その債権の発生原因であ

他方、9-109条(d)により次のような譲渡が除外される。「従業員の給料、給与またはその他の補償の請求権の移転」、「事業が売却されたその1部としてなされた、口座、動産証書、支払金受領権、または約束手形の売買」、「取立だけを目的とした、口座、動産証書、または約束手形の売買」、「契約による支払受領権の譲受人への譲渡であって、当該の契約によりこの履行が義務づけられていたことでもあるもの」、「既存の負債の弁済の全部または一部に当てた、単一の口座、支払金受領権、または約束手形の譲受人への譲渡」、健康保険のヘルス・ケア供与者による、またはヘルス・ケア供与者に対する、譲渡及び当該支払金受領権の事後の譲渡を除く、保険約款に対する権利の移転または保険約款による請求権の譲渡」、「担保物であった支払金受領権に関して下された判決を除く、判決により表示された権利の譲渡」、「商事不法行為請求権以外の、不法行為から生じる請求権の譲渡」、消費者取引における預金口座の譲渡」等である。

譲渡制限特約を無効とする規定が適用されない場合には、譲渡制限特約がどのように解釈され、第三者効が認められていたであろうか。第2次契約法リステイトメントは、その317条2項において契約上の権利は「譲渡が契約によって有効に妨げられている場合」等を除き、譲渡することができるものと定める一方、322条2項において「当該契約に基づく権利の譲渡を禁止する契約条項は、別段の意思が表示されている場合を除き、以下の効果を生じる。(a) その条項は、契約全部の違反に対する損害賠償を受くべき権利、または譲渡人の全債務の履行期における履行から生じる権利の譲渡を禁止するものではない。(b) その条項は、譲渡を禁止する条項の違反に対する損害賠償を受くべき権利を債務者に与えるが、その譲渡を無効とするものではない。(c) その条項は、債務者の利益のためのものであり、譲受人が譲渡人に対する権利を取得すること、

る法律行為が双方当事者にとって商行為であるか、あるいは債務者が公法人または公法上の特別財産である場合には、譲渡制限特約に違反する譲渡も有効とされる」一方、債務者の利益を保護するために、「債務者は譲渡の事実を知っているかどうかを問わず、旧債権者（譲渡人）に弁済して免責を得ることができる」とされている（§ 354aHGB）。石田・前掲注18）193-197頁。

または、そのような禁止が存在しないかのように債務者が自己の債務を履行するによって消滅させることを妨げるものではない。」と定めている¹³⁸。これによって、明確な言葉を使用すれば債権の譲渡を制限することが認められることになる。なお、債務者以外の第三者に譲渡制限特約の効力を主張する利益が認められるかという点について、322条の公式注釈では「通常、契約による譲渡の禁止は、債務者の利益のためであり、このような場合に債務者が異議を唱えない限り、第三者は禁止された譲渡の無効を主張することができない。」として、第三者の無効主張に否定的である¹³⁹。

第3款 統一商事法典における債務者保護規定の内容

第1項 債務者の抗弁と相殺権

譲受人は、債権を取得するにあたって、①債務者と譲渡人の間の契約の条項、②当該契約を生んだ取引に基づいて生じた抗弁又は請求権、及び③その他の抗弁又は請求に服する（9-404条a項1-2号）。①においては、例えば、代理人は貸付債権を担保するために報酬請求権を譲受人に譲渡した場合に、譲受人が債務者と譲渡人の間の契約の条項に服しており、債務者により代理人に対して支払われた前払金を譲渡された報酬請求権から控除するのである（同項1号前段）。②においては、債務者は、当該契約を生んだ取引に基づいて譲渡人に対して反対債権を取得したときは、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。そして、このことは反対債権が譲渡通知前に発生するか、譲渡通知後に発

¹³⁸ 松本恒雄「第2次契約法リステイメント（5完）」民商法雑誌95巻2号（1986年）140頁以下。

¹³⁹ The American Law Institute, Restatement of The Law Second Contracts 2d, Vol. 3, 33 (1981). ドイツ商法典の立法過程において、譲渡制限特約の効力につき「金銭債権の譲渡が債務者との約定により § 399Satz2にしたがって禁止されており、かつその金銭債権の原因となった法律行為が双方当事者にとって商行為であるか、債務者が公法上の企業もしくは団体である場合には、譲渡は債務者に対してのみ無効である。これに反する約定は無効である」旨の条文案が提案された。しかし、この提案は批判を浴び、結局採用されなかった。石田・前掲注18) 194頁。

生するかを問わない。これに対して、③においては、債務者は譲渡通知前に譲渡人に対して反対債権を取得した場合に限って相殺を譲受人に対抗することができる¹⁴⁰。コモンローのもとでは、譲渡制限特約は「債権者との別の取引から生じる抗弁及び相殺の主張を可能にする」ものと位置づけられたが¹⁴¹、統一商事法典のもとでは譲渡制限特約を無効とする規定が適用された場合には、債務者と譲渡人の間で譲渡制限特約が付されたとしても、債務者は特約を譲受人に対抗することができない。

次に検討の対象となる判例（1972年の判例）を確認していこう¹⁴²。事実関係は、次のようなものであった。1968年12月12日、YはAから合板を購入した。翌日、Aは売買代金債権をX銀行に譲渡し、その旨がYに通知された。他方、当該債権がXに譲渡された時より前に当該債権を発生させる契約とは別にAとYの間で合板を目的物とする2つの売買契約が締結されたが、合板の引渡しはAによって行われたことはなく、YはこれによってAに対して損害賠償請求権を取得した。Xからの請求を受けたYは、損害賠償請求権による相殺の抗弁をXに主張して支払いを拒絶したため、XはYを相手どって訴えを提起した。

¹⁴⁰ フランス民法は、その1324条2項前段において牽連する負債間の相殺を負債に内在する抗弁と捉えており、債務者は常にそれを譲受人に対抗することができる。これに対して、牽連しない負債間の相殺については、譲渡が対抗可能となる前に譲渡人との関係から生じたものに限って、債務者はそれを譲受人に対抗することができる（同項後段）。荻野奈緒ほか訳「フランス債務法改正オールドナンス（2016年2月10日オールドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻1号（2017年）313頁。ピュール・クロック（斎藤由紀訳）「フランス法における債務法改正後の債権譲渡」ノモス39号（2016年）3頁。フランス法と異なり、ドイツ法においては「債務者が自己の給付を拒絶する権限を与える関連性のある反対債権を有しているが、その債権の満期が譲渡後にはじめて到来する場合、ならび譲渡の事実を債務者が認識した後に発生した債権による相殺は§406条によって許されないことになっている」から、相殺の利益を保護したいということが譲渡制限特約を付す動機になり得る。石田・前掲注18）126頁。

¹⁴¹ 木南・前掲注127）278-280頁。

¹⁴² Seattle-First National Bank v. Oregon Pacific Industries, Inc., 262 Or. 578 (Or. 1972)・500 P.2d 1033 Decided Sep8, 1972. 王軍『美國合同法案例選評』（對外經濟貿易大學出版社、2006年）426-438頁は、この判例を紹介している。

この事案において、裁判所は「Yが主張しようとする相殺または請求権は、Xに譲渡された債権と関連していない契約の違反に基づいて生じたものであるので、無関係の相殺 (unrelated set-off) である。そのため、YがXからの譲渡通知を受ける前に相殺が発生した場合においてのみ、Yはこれを主張することができる……当事者は、『契約の違反 [Aによる引渡しの失敗] は1969年1月3日またはその前後に発生した』と規定した。したがって、当該請求権はその時点で「発生した」。Yが譲渡の通知を受ける後に当該請求権が発生したため、相殺を成功に主張することはできない」として、Yの抗弁を否認し、Xの請求を認めた。

1972年版の統一商事法典において、債務者の抗弁及び相殺権については、譲受人は債務者と譲渡人の間の契約の条項とそれから生じる抗弁又は請求権 (9-318条1項 (a))、及び債務者が譲渡通知を受ける前に発生した債務者の譲渡人のその他の抗弁又は請求権 (同項 (b)) の対抗を受けるとされる。上記の事案に即してみれば、YのAに対して取得した損害賠償請求権は、譲渡された債権を発生させる契約と異なる売買契約に基づいて発生したものである一方、その発生時期は、譲渡通知後であり、9-318条1項により相殺が許される反対債権に該当しないから、Yはこの債権による相殺の抗弁をXに主張することができない。ここで注意すべきは、現行の統一商事法典はその9-404条a項1号において相殺に供される反対債権を譲渡された債権を発生させる契約から生じたものに限定していないということである。債務者が当該契約を生んだ取引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、この債権が当該契約と異なる契約から発生するものであったとしても、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できるであろう。上記のような事案において、損害賠償請求権を譲渡された債権と同じ取引に基づいて発生したものとして捉えれば、債務者による相殺の抗弁が保護されることになる。

第2項 原因契約の変更

先に確認したように、コモンローにおいては、譲渡された債権を発生させる契約 (原因契約) を変更するときは、譲受人の同意が必要とされるから、原因契約の変更によって債権の価値が減少するため、同意が得ら

れないという事態を回避することが譲渡制限特約を付す動機になり得る。

統一商事法典は、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、原因契約の変更に關する規定を置き、契約調整の機会を確保しているのである¹⁴³。すなわち、9-405条a項は、原因契約の変更が信義誠実になされた場合には、譲受人の同意なしの変更を認めている。より具体的にいえば、原因契約に基づく債権の全部または一部が履行によって完全に発生していない場合においては、債務者は、譲渡の通知を受けた後で行われた変更をもってすら譲受人に主張することができる（同条b項1号）。原因契約に基づく債権の全部または一部が履行によって完全に発生している場合においては、譲渡の通知があった前に債務者と譲渡人が原因契約を変更した場合に限って、譲受人の同意なしの変更が認められる（同条b項2号）。なお、譲受人は変更された契約により対応する権利を取得する。

また、第2次契約法リストイメント336条2項は、「譲渡された権利が反対約束の履行を条件とする限度において、譲渡の通知がなされていても、譲渡と信義に従い誠実にかつ合理的な商業上の基準（reasonable commercial standards）に従う債務者との間でなされた当該契約についての一切の変更及び代替（substitution）は、譲受人に対して効力をもつ。譲受人は、変更または代替された契約に基づく対応した権利を取得する。」として、原因契約の変更を認めている。1972年版の統一商事法典と同じように、第2次契約法リストイメントは、債務者が譲渡の通知を受けたかどうかにかかわらず、いかなる状況もとでも完全に履行され

¹⁴³ 原因契約の変更に関する規定がドイツ民法に存在しなかったが、実務では、債務者は「譲渡の事実を知りつつも、これまで緊密な取引関係にあった譲渡人に便宜を図るために、譲渡人に弁済することがある」。石田・前掲注18）125-126頁。例えば、継続性のある契約においては、譲渡の通知を受けた債務者は、譲渡人の資金調達上の都合により代金の一部を譲渡人に弁済することは十分に予想される。しかし、ドイツ法のもとでは、譲渡の事実が債務者に通知された場合には、債務者は譲渡人に弁済しても免責されず、つまり二重払いを強いられるとの危険があるから、このような危険を回避することが譲渡制限特約を付す動機となり得る。換言すれば、譲渡人の経済状況に応じた代金の事後的調整（原因契約の変更の1つ）に備えて譲渡制限制限が付されることもあり得る。

た契約の変更を有効にしていない。第2次契約法リステイトメントの公式注釈には、以下の設例が掲載されている¹⁴⁴。

〔設例1〕AはBの建設工事を請け負って、代金債権をCに譲渡した。CはBに譲渡の事実を通知した。Aは財政的に履行できなくなり、Bは、Aが履行できるようにするため、Aに前払いを行った。Bは、前払金を控除した後の残高についてのみ、Cに対して責任を負う。

〔設例2〕A社は、B社に20年間電力を供給する旨の契約を締結した。後で、Aは、Bが契約に基づいて支払うべき月額固定代金債権をCに譲渡した。10年後、Bは電力を必要とせず、AとBは、契約に基づくすべての履行を信義誠実に終了することに合意した。Bは、Cに対してその後発生する代金について責任を負わない。

継続的契約において、当該契約の履行過程において生じた状況により、契約の内容を変更する必要がある。上記の〔設例1〕においては、BはAの財務状況により請負契約における代金の支払いに関する条項を変更して一部代金をAに支払った¹⁴⁵。〔設例2〕においては、Aは電力を供給することが困難になったことがないが、電力の供給がBの経済状況により無意味になったため、BとAは、契約の履行を終了することに合意した¹⁴⁶。

第4款 考察

先に確認したように、統一商事法典は、一定の種類の債権につき譲渡制限特約を無効としている（9-406条等）一方、譲渡制限特約の効力を認めない代償として、債務者保護規定を設け、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を保護している。すなわち、債務者は、譲渡された債権を発生させる契約を生んだ取引から生じた債権を自

¹⁴⁴ The American Law Institute, *supra* note 139, at 78-9.

¹⁴⁵ 〔設例1〕は *Peden Iron Steel Co. v. McKnight* をアレンジしたものである。Grant Gilmore, *The Assignee of Contract Rights and His Precarious Security*, 74 *Yale L.J.* 245 (1962).

¹⁴⁶ 〔設例2〕は *Babson v. Village of Ulysses* をアレンジしたものである。Grant Gilmore, *supra*, note 145, at 267-7.

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（9-404条）。そして、このことは、自働債権が譲渡通知前に生じるか後に生じるかを問わない。また、譲渡通知後の状況の変化により譲渡された債権を発生させる契約を変更する必要がある場合において、契約の変更が信義誠実になされたときは、それは譲受人にも効力を有する（9-405条）。このような規律は後の立法例にかなり取り込まれている。例えば、国連国際債権譲渡条約20条、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11：204条及びⅢ11：308条、共通参照枠草案5：112条等にも同様な規律がみられる。

他方、譲渡制限特約を無効とする統一商事法典の規律が適用されない場合において、債務者は譲渡制限特約をもって譲受人に対抗する余地がある。第2次契約法リステイトメントのもとでは、契約の当事者には譲渡制限特約により契約に基づく債権の譲渡を制限する権利があるとされる（317条2項（c）号及び322条2項）。譲渡制限特約に違反してなされた債権譲渡は無効である。誰が譲渡の無効を主張することができるかという点は、条文上明らかではないが、第2次契約法リステイトメントの公式注釈は、譲渡制限特約は債務者を保護するための手段であることを前提にして無効の主張権者を債務者に限定している。同様な規律は、国際ファクタリング条約6条2項、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11：301条にもある。ただし、ヨーロッパ契約法原則Ⅲのもとでは、譲受人が譲渡制限特約を知らずまた知るべきであったともいえない場合には、債権譲渡は債務者との関係においても効力を有する。

レイモン・アロンの民主主義思想（1）

—— 全体主義批判と歴史哲学の交錯1930-40年 ——

池 寄 航 一

目 次

序 章 見過ごされた問い——全体主義批判と歴史哲学が会う場

- （1）問題の所在
- （2）戦間期アロン思想と先行研究
- （3）本論文の構成

第1章 ユルム街のアロン 1924-28年——前史的考察

- （1）哲学教育
- （2）政治への関心

第2章 フランスとドイツの狭間で 1930-33年

第1節 歴史哲学の発見——“Mon projet d'existence”

- （1）二つに引き裂かれる精神
- （2）歴史への問い——マルクスからウェーバーへ

第2節 ワイマール共和国の断末魔——「ドイツの運命はヨーロッパの運命でもある」

- （1）仏独和解の模索——平和主義・条約修正・軍縮
- （2）崩壊への序奏
- （3）政治と道徳——平和主義批判

（以上、本号）

第3章 全体主義の革命

第1節 ナチ体制の成立——「国民革命」の諸相

第2節 ナチズムの大衆的基盤——「右派の民衆革命」はいかにして起こりえたのか？

第3節 全体主義 vs. 民主主義

- （1）全体主義エリートのシニシズム——「大衆への軽蔑」

（2）「全体主義体制は真に革命的であり、民主主義体制は本質的に保守的である」

（3）民主主義は生き残ることができるか？

第4章 現代の暴政——マキアヴェリズムの理論と実践

第1節 『暴政の時代』——エリー・アレヴィとの対話

（1）社会主義の矛盾

（2）現代の暴政の歴史的起源

（3）二種の暴政——共産主義とファシズム

第2節 大戦前夜の政治状況——「欺かれた者たちの時代」

第3節 マキアヴェリズム——歴史哲学から政治術へ

（1）マキアヴェリ

（2）パレート

第4節 全体主義とは何か——革命・暴政・マキアヴェリズム

第5章 『歴史哲学序説』の政治思想

第1節 『序説』における人間と歴史

第2節 理解と因果性——歴史的客観性の限界

第3節 歴史と政治の弁証法

終章 戦間期アロンの思想構造

序章 見過ごされた問い——全体主義批判と歴史哲学が会う場

（1）問題の所在

いまを生きる人々はみな、過去に対する特権を手に入れている。例えば、21世紀の我々は、前世紀に起こった出来事について、歴史の高みから判断を下すことができる。そこから見晴らせば、独伊のファシズムやソ連の共産主義によって体现された全体主義は、結局は惨憺たる最期を迎えて終わり、リベラリズムや民主主義へと道を譲ったかに思われるであろう。

しかし当然ながら、その時代を生きた当事者たちにとって、これらは自明ではなかった。歴史の生成の途上においては、それがもたらす帰結について、あらかじめ知ることはできない。それにも関わらず、これらの全体主義に対して、ほとんど一貫して批判的な態度を保つことのできた人物がいたとすれば、その判断の基礎には何があったのか。

レイモン・アロン (1905-1983年) は、20世紀フランスにおける卓越した政治思想家の一人であっただけでなく、その生涯を通じて反全体主義の立場を自覚的に選択し続けた人物としても記憶されている。この姿勢は、時代に応じて若干の変化が見られるとはいえ、第二次世界大戦の前後を問わず、右のファシズムに対しても左の共産主義に対しても、基本的には変わることがなかった。

このことは一方では、第二次大戦後長らくのあいだ、アロンをフランス知識人社会の傍流へ追いやる一因となったが、しかしそれとはまったく逆に、20世紀最後の四半世紀には、マルクス主義の凋落とリベラリズムの復権のなかで、この「周道的な」知識人の名声を飛躍的に高めて主流化させることにもつながった。かかる「運命の目覚ましい逆転」について、トニー・ジャットの次の言葉ほどの確に表現したものはないだろう。

1983年にレイモン・アロンがこの世を去ったとき、彼はフランス社会全体において比類なき名声を獲得していた。彼はほとんどどこでも称賛と尊敬の的であり、その著作や見解は、学者や知識人から一般世論にいたるまで、幅広い範囲において権威に近い地位へと高められていた。当時のあらゆる全体主義的な誘惑に抗し、一貫してリベラルの立場を守り抜いた同世代で唯一の著名なフランスの思想家として、アロンはフランス思想における偉大な伝統の持続を象徴するのみならず、知識人たちが混乱と懐疑に陥った時代のなかで未来を指し示してくれる灯台の明かりでもあった。その数年前までアロンは、68年世代から見れば、フランスの官僚的エリートの欠点をことごとく体现した下劣で非難されるべき人物であつたにも関わらず、1983年までのあいだに […] リベラルな思想を再生するための最大の希望となっていた¹。

¹ Tony Judt, *The Burden of Responsibility: Blum, Camus, Aron, and the French Twentieth Century* (London : University of Chicago Press, 1998), p. 137. (ジャット [土倉莞爾・長谷川一年・渡辺和行・神垣享介訳] 『知識人の責任——ブルム、カミュ、アロン』 (見洋書房、2009年)、103頁)。なお、以下で外国語文献を引用のために訳出する場合、すでに訳書があるものはそれを参照したが、必要に応じて訳文には改変を加えているという点に留意されたい。また、〔 〕内は訳註である。

この大転換の前後で変わったのは、フランス社会の思潮であって、アロンの姿勢ではない。そうだとすれば、ここで問われるべきは、反全体主義的な論調が必ずしもまだ主流ではなかった時代において、はやくもアロンがそのような態度を選択し、その後もこれを貫くことができたのはなぜだったのかということである。

つまり一言でいえば、アロンの全体主義批判の思想上の根拠を探ることが、本論文の目的となるのだが、それは同時に、アロンが左右からの全体主義に抗いながら、民主主義を擁護する姿勢をとり続けた理由について問うことにもつながるだろう。なぜなら、アロンにとって、この二つの主張は表裏一体の関係をなすものであったからである。すなわち、アロンが全体主義を否定したのは、それが民主主義の対立物であったためにほかならなかった。

かかる問題設定の意義は、いまなお損なわれてはいないだろう。民主主義が生き延びていくための条件は、おそらく究極的には、それを自発的に引き受け、存続させようとする我々の意志に委ねられているからである。そして、この意志にとって何より欠かせないのは、民主主義が守るに値するものであり、それを否定すべきではないとする確信を支える根拠である。むろん、こうした意志のみによって民主主義を維持していくのは困難であり、現実には他にも様々な条件が必要となるだろうが、それらの条件もやはり、民主主義を保とうとする我々の意志と結びつかないのであれば、十分な機能を果たすとは期待しがたい。

アロンの死から数年後に冷戦は終わり、世界にはひととき民主主義への期待と楽観が広がった。ところが、それから30年あまりが経過した今日においては、このようなムードは霧消し、民主主義への懐疑と悲観がふたたび頭をもたげつつある。その背景にはいくつもの要因が作用していると考えられるが、少なくともその原因の一つには、民主主義そのものの価値に対する信頼が揺らいでいるということがあるのではないか。

ある意味でこれは、冷戦後の世界のなかで民主主義が一定の自明性を勝ちえたということの皮肉な結果であるともいえるのかもしれない。我々が何かを「当たり前のもの」として享受するとき、それを何ゆえにみずから引き受けるのかということに関する自覚的な意識は失われていくからである。

この点でいえば、アロンが1983年に出版した『回想録』の末尾において、「私

ように思われる」と述べていたのは、いまから考えれば正しい危惧であったといえよう²。そうだとすれば、アロンの思想をあらためて紐解こうとする現代の我々に求められるのは、全体主義からの挑戦を受けるなかで、民主主義がその存在を問われた時代において、アロンが前者を否定しつつ、後者を肯定するという選択をとりえたということの根底に何があったのかを明らかにすることではないか。

そのためには、アロンが最初に反全体主義の立場を明確に打ち出した両大戦間期——とくに1930年代——にまでさかのぼり、その主張がいかなる思想的基礎のうえに唱えられたものであったのかを示さなければならない。結論を先取りしていえば、戦間期アロンの思想構造のなかで、かかる全体主義論の思想的基礎となったのは、彼の歴史哲学にはかならなかった。ゆえに我々が行うべきは、この全体主義論と歴史哲学のあいだの連関を明らかにすることである。次項では、この研究アプローチが何を意味するのかを、アロンの人生史や先行研究との関係も念頭に置きながら、もう少し具体的に説明してみたい。

(2) 戦間期アロン思想と先行研究

本稿が対象とする時代は、主として1930年代である。それは世界史的に見れば、E・H・カーが「危機の20年」と呼んだ戦間期の後半10年間にほぼ対応しており、1920年代後半の相対的安定期を経たのち、国際秩序がふたたび崩壊へと向かっていった時期にあたる。このあいだにアロンはみずからの政治思想を形成し、全体主義論を構築していった。

その過程を概略的に示せば次のようになる。1930年の春、留学のために訪れたケルンにおいて、若きアロンは、アーノルド・トインビーが「歴史がふたたび動き出した」と表現したのと同じ衝撃を感じとった。それから1933年8月までの3年あまりのドイツ滞在のあいだに、アロンはナチズムの台頭とヒトラーの政権掌握を目の当たりにし、ワイマール共和国の「断末魔の苦しみ」に立ち会うことになる³。こうした経験は、アロンの精神のなかに深く刻み込まれ、彼

² Raymond Aron, *Mémoires: 50 ans de réflexion politique* (Paris : Julliard, 1983), p. 751. (アロン [三保元訳] 『レーモン・アロン回想録 (1)・(2)』(みすず書房、1999年)、807頁)

³ *Ibid.*, p. 72. (邦訳75頁)

の思想形成にとって決定的な影響を及ぼした。流動するドイツ政治の状況についてつぶさに観察しながら、その分析を時事論説のかたちで『リーブル・プロボ』や『ヨーロッパ』などの雑誌へ寄せていくなかで、徐々にアロンのうちには「政治的考察」が芽生えていくのである⁴（アロンはこれを「政治教育」と呼ぶ）。

しかしながら、このドイツ経験がもたらした影響を単にかかる「政治教育」の次元にのみ帰するのは誤りであろう。そこには、歴史哲学の発見というもう一つの重大な出来事があったからである。ここでいう歴史哲学とは、歴史のなかに生きる人間の認識や行動の条件に関する原理的な考察のことであり、これこそがアロン思想の理論的な基礎をかたちづくっていくのだが、この主題もやはり、1930年代前半のドイツ滞在期に、ウェーバーやマルクス、フッサールといったドイツ哲学との対話のなかで見出されたものにほかならなかった。

かくして我々は、戦間期のアロン思想のなかに、その形成にとって決定的であった二つの文脈を見出す。一つは、政治的な文脈——具体的には、全体主義の台頭とそれにとまなう戦争の可能性——であり、アロンはその衝撃をみずからの時事論説によって受けとめた。もう一つは、より理論的な文脈——すなわち歴史哲学という主題——であり、これは学術的な著作のかたちをとって展開されていく。

のちに論じるように、これら二つの文脈は決して無関係なものではなく、むしろ互いに密接に結びつくものであったのだが、その連関について示唆する前に、まずはこれらが各々いかなるかたちで実を結んだのかを確認しておこう。

1933年の夏にドイツからフランスへ帰国したアロンは、社会学や歴史哲学に関する理論的な研究に没頭していく。その成果として、アロンは1935年には処女作『現代ドイツ社会学』を発表し、1938年には歴史哲学に関する二本の博士論文（主論文『歴史哲学序説』／副論文『歴史の批判哲学』）を完成させるのであり、これらによってアロン思想の理論的な基盤が確立したと見てよいであろう。このなかで、とくに政治思想との関係において重要なのは『歴史哲学序説』（以下、『序説』と省略）であり、そのことは、アロンが後年、「この著作全体が、この頃から今日までの私の政治思想のあり方を明確にしていた」と述べていることから明らかである⁵。

⁴ *Ibid.*, p. 55. (邦訳56頁)

⁵ *Ibid.*, p. 125. (邦訳132頁)

しかしながら、それと同時並行的に、ドイツ留学時代に勝るとも劣らぬ切迫感を伴いながら、アロンが現実政治の観察を続けていたという事実を見過ごすわけにはいかない。アロンの全体主義論の原型がかたちづくられたのは、ちょうどこの1930年代後半のことであった。それを象徴するのは、暴政を樹立する革命的な全体主義に対して、民主主義は本質的に保守的なものであるというアロン特有の理解がこの頃になって確立されたということであり、それをもって我々は、「20世紀の大半にわたってリベラリズムを悩ませた、左右両方の革命的諸勢力に対する絶えざる闘い」としてのアロンの思想的営為のはじまりとすることができるであろう⁶。

この点について少し付言しよう。1930年代はちょうど「全体主義」概念の揺籃期にあたる。そもそも、この概念が生まれたのは1920年代のイタリアであり、はじめはムッソリーニやジョヴァンニ・ジェンティーレのような体制側の人間がファシズムを自称する言葉として用いられていた。しかし、1930年代になると、ファシズムやナチズムによる迫害から逃れた人々が、これらの体制を批判する文脈で全体主義を語りはじめ、概念の意味が変質していく。それでもまだ、全体主義とは主としてドイツやイタリアの体制を形容するものとして用いられており、そこに共産主義のソ連をも含める立場は少数にとどまっていたが、1939年の独ソ不可侵条約が転機となり、それ以降全体主義は、ナチズムからスターリニズムまで、ヨーロッパの主要な独裁制の共通要素を指摘する概念として普及していく。1941年に独ソ戦がはじまると、こうした議論は一時的に鳴りをひそめたが、カール・ポパーやフリードリヒ・フォン・ハイエクのような例外は存在した。そして第二次世界大戦後には、冷戦下での反共産主義とも結びつきながら、全体主義の概念は西側の「自由世界」で広がっていった。ハンナ・アーレントの『全体主義の起源』(1951年)やカール・J・フリードリヒとズビグネフ・ブレジンスキによる『全体主義独裁と専制支配』(1956年)などの全体主義論はこの時代の産物であった⁷。

⁶ Matthias Oppermann, “In the “Era of Tyrannies”: the International Order from Nazism to the Cold War”, in José Colen and Elisabeth Dutartre-Michaut (eds.), *The Companion to Raymond Aron*, (New York : Palgrave, 2015), p. 22.

⁷ 全体主義をめぐる論争の歴史については、エンツォ・トラヴェルソ [柱本元彦訳]『全体主義』(平凡社新書、2010年)を参照。

アロンはふつう、冷戦期のフランスにおいて、リベラリズムや民主主義を擁護する立場から、全体主義批判を展開したことで知られている。ゆえに全体主義についてのアロンの業績の大部分は、第二次世界大戦後に発表されたものである。しかし、このような立場が確立されたのは、戦間期のことであった。戦間期のヨーロッパには、一方に革命のなかから生まれたソ連があり、他方にはそれに対する反革命（あるいは革命に対する革命）から発展したファシズムやナチズムがあった。これらの新たな体制をめぐって全体主義という概念があらわれ、論争が起こったことについてはすでに見た。しかし同時に、これらはみな従来の議会制民主主義を否定し、みずから「真の民主主義」と称することで、民主主義というシンボルをめぐる争いも引き起こすことになる⁸。そのような時代にあってアロンは、ドイツやイタリアに出現した新たな体制を全体主義として批判し（1939年から40年にかけては、ソ連をもそこに含める見方に傾いていった）、既存の議会制民主主義体制のほうを真に民主主義の名に値するものとして擁護した。1939年6月のフランス哲学会報告には、そのことがはっきりと見てとれる。本稿が明らかにするのは、かかるアロンの判断の背景に何があったのかということである。

以上で概観した歴史哲学と全体主義論という二つの主題は、単にそれぞれがアロンの思想形成にとって決定的な役割を演じたというだけでなく、互いに一方が他方を前提とするようなかたちで展開されていたという点に留意する必要がある。ジャットがいみじくも述べていたように、「政治的な立場の左右を問わず、多くの同時代人とアロンが異なっていたのは、アロンにとってはこうした高尚な理論上の問題が、ただちに現実の、彼から見て切迫した政治的懸念と関係していたという点にあった」のである⁹。

それにも関わらず、これら二つの主題のあいだの連関を詳細に探り、それらを総合することによって戦間期アロン思想の全体像を描き出そうとする試みは、これまでの研究においては不十分なかたちでしかなされてこなかった。

それにはいくつかの要因があったと考えられる。第一は、時期区分に関係する問題である。これについて例証するために、日本におけるアロン研究の代表

⁸ ヤン＝ヴェルナー・ミュラー [板橋拓己・田口晃監訳]『試される民主主義——20世紀ヨーロッパの政治思想（上）・（下）』（岩波書店、2019年）

⁹ Judt, *op. cit.*, p.149. (邦訳176頁)

的な業績として知られ、また戦間期のアロン思想に比較的重点を置いている点に特徴がある二つの著作を例にとろう。

アロンの死からほどなくして書かれた、杉山光信『モラリストの政治参加』では、1930年代をドイツ留学期とフランス帰国後に区分したうえで、前者で時事論説をあつかい（「2章 ドイツ留学」）、後者で歴史哲学を論じるという構成がとられている（「3章 アロンの歴史認識」）¹⁰。このような区分をとると、30年代後半の時事論説は分析の対象には含まれないということになってしまうが、アロンの全体主義論と歴史哲学の連関が最も明瞭なたちをとってあらわれるのは、まさにこのフランス帰国後の時事論説においてなのである。

これに対して、北川忠明『レイモン・アロンの政治思想』は、このフランス帰国後の時事論説にも多くの記述を割いている。しかしながら、北川はここで、1933年夏から37年までの論説類をドイツ留学期のそれと一括りにしてあつかう一方で（「1章 レイモン・アロンの思想的出発点」）、1939年以降の論説はそこから切り離し、アロンが1940年6月にロンドンに亡命したのちに『自由フランス』で書いた論説類とともに別の章へと組み込んでいる（「3章 全体主義批判と自由・民主主義の救出」）¹¹。この北川の区分は、戦間期から戦中までのアロン思想の発展を把握するのには有益であるものの、戦間期という、一つのまとまりをもった時代内におけるアロンの全体主義論と歴史哲学との総合を意識させるのには適さない。

それと同様のことは、イアン・ステュアート『レイモン・アロンと20世紀のリベラル思想』のような欧米における最近年の研究書にもあてはまる。ここでステュアートは、戦間期から戦中、さらには1950年代半ばまでも連続的に捉えることによって、アロンの全体主義論の発展を跡づけている¹²。しかしながら、そこでは、戦間期に成立したアロンの全体主義論が、その後の時代状況の変化のなかで、いかなる変遷をたどったのかは再現されているものの、この全体主義論がかたちづくられた戦間期という一つの時代において、それと歴史哲

¹⁰ 杉山光信『モラリストの政治参加——レイモン・アロンと現代フランス知識人』（中央公論新社、1987年）。

¹¹ 北川忠明『レイモン・アロンの政治思想』（青木書店、1995年）。

¹² Iain Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, (London: Cambridge University Press, 2019).

学とのあいだに存在していたはずの関係が復元されることはない。

以上とも関連するが、第二に指摘すべき先行研究の問題は、戦間期のアロンにおける歴史哲学と全体主義論という主題が、それぞれ異なる系譜に属するものとして別個にあつかわれてきたという点にある。具体的にいえば、前者は『歴史と暴力の弁証法』などの理論的な業績へと受け継がれていくものとして論じ、後者のほうは『知識人たちの阿片』や『民主主義と全体主義』のような著作との関係において位置づけるというのが、研究上の定石であったといえよう¹³。すなわち、そのなかで問われてきたのは、基本的には各々の系譜におけるタテの継承・発展関係だったのであり、ヨコの同時代的連関構造に焦点が当てられることは稀であった。そのこともあって、戦間期のアロンにおける歴史哲学の集大成たる『序説』は、もっぱら理論的な関心——社会科学の認識論や方法論の観点——から論じられる傾向にあり、それが書かれた当時の現実政治の構造とのあいだに有していたであろう緊張関係に焦点をあてた分析がなされるということとは少なかった¹⁴。

以上のようなかたちで、現実政治に関する分析としての時事論説と、人間の歴史的条件をめぐる原理的考察としての歴史哲学とが切り離されてきたというこの結果として、一方ではアロンの全体主義論がいかなる思想的基礎のうえに成立したものであったのかということが、他方ではアロンの歴史哲学がどのような現実政治上の含意を有していたのかということが問われずにきたのである。この問題に答えるには両者の総合が必要であり、そうすることによって始めて、戦間期アロン思想の全体像を捉えることができるであろう。

もちろん、これに似た問題関心が、先行研究のなかにまったく見出されないというわけではない。先に引用したジャットの言葉にも示されていたように、アロンの歴史哲学に見られる認識論上の多元主義が、彼の政治的多元主義を基礎づけているということは直感的に見ても明らかであり、また実際にそのよう

¹³ Scott B. Nelson, *Tragedy and History: The German Influence on Raymond Aron's Political Thought*, (Berlin: Pater Lang, 2019).

¹⁴ 中本義彦「レイモン・アロンの「リアリズム批判」」『静岡大学法政研究』第9巻4号（2005年）、61-120頁；Reed M. Davis, *A Politics of Understanding: The International Thought of Raymond Aron*, (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2009).

な指摘はこれまでもなされてきた¹⁵。

しかしながら、これらはあくまでも一般的かつ抽象的な指摘の域を出るものではなく、この論文が提起するところの問題に答えるには、考察をさらにその先へと深める必要がある。ならば本稿は、以下においてどのようなかたちで議論を展開させ、具体的にいかなる問いに答えようとするのか。その行程について次項で示すことにしよう。

(3) 本論文の構成

我々がアロン思想のなかに追跡しようとする二つの文脈——理論的な文脈と現実政治上の文脈——をさかのぼっていくと、高等師範時代(1924-28年)にたどり着く。この時期を対象とした前史的な考察を行うのが第1章である。当時のアロンは、カントなどの哲学研究に従事する一方で、政治への関心も抱いていた。ところが、フランスで受けた哲学教育は、アロンから見ると、現実の世界を理解するには役立たぬものとして映ったため、この二重の関心のあいだには矛盾が見出された。こうした矛盾を乗り越え、二つの関心をアロン思想のなかで結びつけるには、ドイツ留学(1930-33年)という経験が必要であった。

この変容の過程を論じるのが第2章だが、少なくともドイツ留学の初期段階においては、上記の矛盾ゆえに生じる精神の分裂は、よりいっそう深刻なものとして意識されることになった。アロンはこの地で「歴史がふたたび動き出した」ということを直感し、みずからが歴史的に規定された存在であると自覚する。歴史のなかを生きる人間が社会を把握する方法は、科学が自然現象を観察するのとは異なったものになるだろう。そうだとすれば、社会科学には固有の認識論が求められるはずである。ところが、アロンがそれまで前提としてきた哲学は、こうした要求を満たすものではなかった。そこからアロンは、みずからの思想的な基礎に対して根本的に再検討を加えていくのであり、その末に発見されたのが歴史哲学という主題であった。そして、この歴史哲学を通じてアロンの政治思想の基礎がかたちづけられ、その前提のうえに彼の全体主義論は主張される。

他方でアロンは、変動する歴史の観察を続けていくなかで、政治的にも転回

¹⁵ Franciszek Draus, “Raymond Aron et la politique”, *Revue française de science politique*, 34, no. 6 (1984), pp. 1198-1210; Stewart, *op. cit.*, p. 73.

を遂げていった（「政治教育」）。高等師範時代のアロンは平和主義に傾倒していたが、1930年代初頭のドイツで、政治の厳しい現実を目の当たりにするにつれて、かつての立場は修正を余儀なくされる。こうした変化が如実にあらわれるのは、ドイツ留学の最終盤からフランス帰国の直後にかけてであり、ここにおいてアロンは、平和主義に対する原理的な批判を展開し、現実主義に近い態度をとるようになる。また、ナチズムの台頭を間近で目撃したことは、一つの原体験として、それ以降のアロンの全体主義論のなかに息づいていく。

第3章と第4章はともに、アロンがフランスに帰国したのちの全体主義論ととりあつかうが、それぞれに違った視角からの分析を試みている。第3章では、「革命」の概念に着目することで、アロンの全体主義論の特質を明らかにする。全体主義とは、支配エリートの交代や政治体制の変更、価値の転覆などをともなう「真の革命」であった。あるいは、民主主義を否定する革命だったといってもよいだろう。全体主義は民主主義を廃し、代わりに「暴政」を打ち立てる。それは、民主主義の拠って立つ諸価値を破壊するだけでなく、「人間を軽蔑する」。さらに全体主義は、一面においては大衆の支持を基盤としながらも、他面においては「大衆への軽蔑」を内包するものである。このような全体主義の実践の背後にあるものこそが、暴政の理論たる「マキアヴェリズム」にはかならない。

かくして、暴政とマキアヴェリズムとが問題となり、それらを分析するのが第4章における課題となる。暴政とは、一言でいえば絶対的権威のことを指すものであり、それは一人の支配者や一つの政党への権力の一元化を含意している。また暴政においては、このような権力の一元化にともない、一つの真理やイデオロギーのみが唯一正しいものとして人々に教え込まれ、それ以外のものは否定されるという真理の一元化ももたらされる。

これとは逆に、全体主義の理論的支柱ともいべきマキアヴェリズムは、その教義のもとで真理の一元化を行い、それによって暴政を正当化する。つまり、ここでは真理の一元化が権力の一元化へと通じているのである。これを可能にしているのは、マキアヴェリズムの根底にある歴史哲学にかならない。そうだとすれば、アロンの全体主義批判もやはり、この種の歴史哲学に論駁しうる思想的な基礎を持たない限りは完結しえなかったはずである。

第5章の目的は、かかる問題関心をもとにアロンの『序説』を読み解き、彼の全体主義批判を支えていたであろう思想上の根拠をそのなかに探り当てることにある。とくに重要なのは『序説』の核心をなす人間観と歴史観であり、そ

れこそがアロンの歴史哲学を全体主義の思想に対抗しうるものにしていて、このことを理解することによってはじめて、なぜアロンが全体主義を否定し、民主主義を擁護したのかということが見えてくるだろう。これらを踏まえたうえで、全体の議論についての総括を行うのが、終章に与えられた役割である。

第1章 ユルム街のアロン 1924-28年 —— 前史的考察

レイモン・クロード・フェルディナン・アロンは、1905年3月14日、パリのリュクサンブール公園にほど近い、ノートルダム＝デ＝シャン街のアパートマンで生まれた（三男。長男アドリアンは1902年、次男ロベールは1903年に生まれている）。両親ともにユダヤ人の家系である。いずれも大資産家ではないが、裕福ではあった。母シュザンヌ（旧姓はレヴィ）の父は、フランス北部で繊維工場を経営していた。父方の祖父フェルディナンも、東部ロレーヌ地方で繊維問屋を営んでいたが、アロンの父ギユスターヴは家業を継がず、学問の世界を志した。パリで法学を学んだギユスターヴは、優秀ではあったが、惜しくも^{アグレガシオン}教授資格試験に合格することができずにそれを断念し、商業教育専門学校と技術教育高等師範学校で法律を教えることになる。これは父にとって「挫折」であり、その父の雪辱をはらす責務が自分には課せられているのだと、アロンはのちに感じるようになる。

1913年、アロンは8歳でヴェルサイユのオッシュ高等中学校に入り、1921年に哲学学級に進む。哲学学級はアロンを思索の道に引き入れるとともに、左翼への回心も促した。これについて、哲学はそれ自体が普遍主義的な教訓を与え、左翼への親近感を醸成するものだとアロンは述べているが、それ以外の要因もあったのだろう。フランス国内では、革新勢力が勢いを取り戻しつつあった。大戦中のアロン家には愛国的なムードが漂っていたが、この頃までにはその熱気も冷め、父ギユスターヴも中道左派的な意見に回帰していたという。ともあれ、哲学学級を経たアロンは、1922年にコンドルセ高等中学校の受験準備学級に入り（ちなみに、サルトルやニザンは、アンリ4世校を出て、ルイ・ルグラン校の受験準備学級に入っている）、1924年に高等師範学校 École normale supérieure (ENS) へと進むのである¹⁶。

¹⁶ Baverez, Nicolas, *Raymond Aron: un moraliste au temps des idéologies* (Paris:

（1）哲学教育

1924年のフランスでは、「戦争屋ボワンカレ」が批判の矢面に立たされていた。その前年に断行されたルール占領は、マルクの暴落を引き起こしてドイツ経済に深刻な打撃を与え、ドイツにおける対仏世論の硬化といわゆる「消極的抵抗」を帰結しただけでなく、フランス国内においても、さらなるインフレと財政の悪化を招くこととなった。それはさらに、フランスを国際的に孤立させることにつながり、ミュンヘン一揆や共産党の党勢拡大のようなドイツ政治の急進化を押し進める危険もあった。

こうしたボワンカレの政策に対する反発は、左派勢力に結集軸を提供し、急進社会党と社会党のあいだに選挙協定が結ばれる（「左翼連合」）。この協力が功を奏し、1924年5月に実施された総選挙において、左派陣営は581議席中328議席を獲得して勝利をおさめ、エドゥアール・エリオを首班とする左翼連合内閣が形成される。第一次大戦後に政権をとった右派連立内閣（「国民ブロック」）から、左派連立内閣への転換であった。

アロンが、フランス屈指の名門校として知られる、パリ・ユルム街の高等師範学校へと足を踏み入れるのは、この1924年の秋のことであった。

1920年代の高等師範学校は、私の目にはどのように映ったのか。元修道院の老朽化した校舎ではありながらも、依然としてそれは、比類なき威信をたたえていた。……ユルム街の高等師範についての私の第一印象は、軽薄だといわれるのを承知でいうと、驚嘆の一語に尽きる。なぜか。そう尋ねられれば、私は本心から率直に、あれほど狭いところに、あれだけの知性が集まっているのを見たことは一度もない、と答えるであろう¹⁷。

アロンと同じ年に高等師範に入学したのは計52人であり、うち23人が理科、29人が文科の所属だった。前者には、例えばルイ・ネエル（物理学者。1970年にノーベル物理学賞を受賞）がおり、後者には、ジャン・ル・バイユ（のちの

Flammarion, 1993), pp. 23-34; Robert Colquhoun, *Raymond Aron: Volume I, The Philosopher in History, 1905-1955* (Beverly Hills: Sage Publications, 1986), pp. 9-21.

¹⁷ Aron, *Mémoires*, p. 31. (邦訳27-28頁)

社会党代議士)やジョルジュ・ルフラン(歴史家)、ジョルジュ・カンギレム(哲学者。のちソルボンヌの教授)、そしてもちろん、サルトルやニザンがいた¹⁸。彼らは、4年のうちに各々の専攻分野において、4つの証書を得る必要があった。教諭資格、高等教育修了免状とそのための学位論文、および教授資格である。

アロンが専攻したのは哲学であり、最初の2年間(1924-26年)で教諭資格を獲得し、3年次(1926-27年)は、免状取得のための論文執筆に費やした。そこで主題に選んだのはカント哲学であり、毎日8～10時間かけてカントの三批判書を耽読し、4万語におよぶ論文「カント哲学における無時間性の概念——可知的自我と自由」をまとめている¹⁹。

最終年次にあたる翌年度(1927-28年)は、教授資格試験の受験年であり、その準備のため、今度はアリストテレスやルソー、オーギュスト・コントらの思想に取り組むことになったという。最終的には、三本の論文を無事に提出し(「理性と社会」・「個々人の意識の伝達手段としての言語」・「プラトンのイデア論」)、筆記試験と口頭試問を切り抜けて、1928年の教授資格試験には見事主席で合格している(次席はのちに『エスプリ』を創刊するエマニュエル・ムーニエであり、ダニエル・ラガーシュがそれに続いた)²⁰。

ところが、この華々しい成功の陰で、アロンは「内面的な危機」へと陥っていた。

教授資格試験合格が私を自惚れさせることはなかった。高等師範で過ごした歳月の総決算に私は失望した。合格してから数週間後にもそう感じたし、その後18カ月間の兵役を終えた頃には、さらに強く、そう感じた。1928年には23歳、兵役を終えた1930年の春には25歳になっていたが、いずれの年にも、私はいったい何を学び、何ができるようになったのだろうか、と疑問を感じた²¹。

¹⁸ Colquhoun, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 29-30; Aron, *Mémoires*, pp. 37-8. (邦訳35頁)

²⁰ Colquhoun, *op. cit.*, p. 31.

²¹ Aron, *Mémoires*, p. 37. (邦訳35頁)

なぜか。その原因へと迫るには、フランスで受けた教育について、アロンが不満をあらわにしている箇所を見なければなるまい。1980年に行われたインタビューにおいて、アロンは、「あなたが受けた教育は外の世界について理解するための準備になったと考えますか」という質問に対し、これを否定したうえで次のように語っていた。

「哲学」ということで何を学ぶのか。プラトン、アリストテレス、デカルトなどです。社会学で若干あつかうのを除けば、マルクスについてもほとんど学びません。カント以降の哲学者は、皆無か、あるいはほとんど出てこない。ヘーゲルもない。認識論ないし形而上学や物理学に関する議論はありましたが、政治哲学の講義はなかった。高等師範やソルボンヌにいたときに、トクヴィルの名前を聞いたことは一度もありませんでした。……1928年に教授資格試験に合格した直後に……私はある種の内面的な危機を経験しました。ほとんど何も学ぶことなく、何年もの時間を浪費してしまったと思い、絶望に近い感覚を持っていたのです。……世界のことがらについて、社会の現実について、近代科学について、私はあまりに何も知らなかった²²。

ここで批判の矛先は、「外の世界」（すなわち、「世界のことがら」や「社会的現実」）について認識し、理解することの手助けとならない哲学へと向けられていた。それは、哲学一般に対する批判というよりは、アロンがその当時のフランスで受けた哲学教育に対する批判であったと見るべきであろう。

その問題をここでは、「哲学の没政治性」と呼ぶことにしたい。この感覚は、のちに彼がドイツに留学し、ナチズムの台頭に直面することによってさらに強められ、彼のなかにはしだいに、かつてみずからがフランスで受けた教育に対する知的反逆が芽生えていく。「国民社会主義の台頭や政治の露出によって、大学で受けた教育に対するある種の反逆が私のなかに喚起された」というのである²³。

²² Raymond Aron, *Le spectateur engagé: entretiens avec Jean-Louis Missika et Dominique Wolton* (Paris: Julliard, 1981), pp. 28-9.

²³ *Ibid.*, p. 30.

厳しい政治的現実を目の前にして、それをいかにして哲学的に受け止めていけばよいか。そのような問題意識に導かれながら、アロンはやがてドイツの地で、歴史哲学の世界へと足を踏み入れていくことになる。

しかし、上述のような「哲学の没政治性」が問題として認識され、それに対する「反逆」を引き起こしたとすれば、その前提として、アロンのなかには政治への強い関心が抱かれていたはずである。ただ純粹に哲学的な観照のみに没入し、現実社会には何の関心も持たないような哲学者はこの問題とは無縁であろう。そうだとすれば、高等師範時代のアロンは、どのようなかたちで政治との関わりを持っていたのか。我々が次に検討すべきはこれである。

(2) 政治への関心

高等師範時代のアロンが、政治への強い関心を抱いていたことは間違いないだろう。カントやブルースト、テニスなどとともに、青年アロンは、政治に対しても熱をあげていたのである（「政治は私の感情をかき立てた²⁴」）。このような政治への関心は、アロンの場合には、まずは左翼思想への傾倒としてあらわれた。アロン自身がのちに語っているように、当時の彼は、「漠然とした社会主義者」であり、「熱心な平和主義者」だったのである²⁵。

社会主義との関連でいえば、当時の高等師範に共産党員はほとんどおらず、左翼の学生らは、社会党 *Section Française de l'Internationale Ouvrière* (SFIO) を支持することが通例であったという²⁶。かくいうアロン自身も、1925年ないし26年に、社会党の学生組織へと加入している。この理由について、アロンはのちに『回想録』のなかで、「労働者と人民のために何かしなければならなかった」と語っている²⁷。

²⁴ Aron, *Mémoires*, p. 69. (邦訳72頁)

²⁵ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 28.

²⁶ Aron, *Mémoires*, p. 41. (邦訳39頁)

²⁷ これについては、若干複雑な経緯がある。アロン自身は、「社会党パリ第五区支部」に入党したとの認識だったが（*Ibid.*, p. 48 (邦訳47頁)）、ジョルジュ・ルフランはそれを否定しており、アロンが正式に社会党に入党したことはないとする。その一方で、ルフランは、社会党学生組織の会員証をアロンに販売したことはあると証言しているため（Baverez, *op. cit.*, p. 56）、これらを総合的に判断すれば、桜井哲夫がいうように、「アロンは正式に社会党員になっ

また当時の高等師範には、レオン・ブルムやエドゥアール・エリオ、アルフレッド・ファブル＝リュスといった政治家らが講演に訪れており、アロンは機会あるごとにそれに参加していた。ときには下院審議の傍聴も行うなど、「折にふれて議会のことに熱中した」らしい。とくに1926年には、財政危機の渦中でブリアン内閣退陣が議決されたのを目撃している²⁸。エリオ、パンルヴェ、ブリアンと続いた左翼連合政権から、ボワンカレ主導の「国民連合」政権への交代であった。

さらにこの頃のアロンは、国際連盟を支持する平和主義的な協会にも所属しており、それを通じてジュネーヴに2週間滞在し、国際連盟の年次総会を傍聴する機会を得ている。このときには、とくにポール・ボンクルの演説に感銘を受けたりしく、ジャーナリストのベルトラン・ド・ジュヴネルとも、ここで知り合ったという。

この協会の名称は明らかでないが、イアン・ステュアートによれば、「国際連盟のための大学連合 Groupement universitaire pour la Société des Nations」だと推定しうる。その基本的な主張は、内政においては計画経済と執行権の強化を志向し、外政においては欧州統合と国際連盟による国際紛争仲裁の一環として仏独両国の和解を推し進めるというものであり、当時のアロンの政治姿勢とも共通する点が少なくなかった。

例えば、計画経済の主張は、アロンが所属した社会党学生組織の政策理念と合致していただけでなく、アロンがのちにアンリ・ド・マンの『マルクス主義を超えて』の書評において論じることになる問題でもあった²⁹。また、欧州統合の枠内で仏独和解を模索するという議論も、1930年代初頭のアロンの時事論説には度々顔を覗かせることになる。

高等師範時代の出来事としては、1928年に起こった以下の事件が、アロンの仏独和解への関心を示すものとして目を引く。「1920年代、高等師範では近い

たことはなく、あくまで学生組織の会員程度の参加だった」と見るのが妥当と思われる（桜井哲夫『世界戦争の世紀——20世紀知識人群像』（平凡社、2019年）、314-5頁）。イアン・ステュアートもまた同様の結論に至っている（Stewart, *op. cit.*, pp. 29-38）。

²⁸ Aron, *Mémoires*, pp. 45-8.（邦訳44-7頁）

²⁹ Stewart, *op. cit.*, pp. 29-34; Raymond Aron, “De Man, *Au delà du Marxisme*”, *Libres Propos* (janvier 1931), pp. 43-7.

過去を振り返って再検討していた。戦争の起源をめぐって、異端者たちは、ドイツだけに、あるいは主たる責任はドイツにあったとする見解に異議を唱えていた。左翼の側は、ルール占領を非難し、和解を呼びかけていた³⁰。こうした状況のなかで、まさしく「異端分子」的な見解をとる記事を書いたという理由から、歴史家ジョルジュ・ドマルシャルのレジオン・ド・ヌール勲章を剥奪しようとする動きが起こる。そのとき出されたドマルシャル支援声明への署名にアロンも加わっていたのである³¹。

以上のような青年アロンの政治的傾向は、アラン（本名 Émile-auguste Chartier）の思想への接近をもたらすものであった。アラン固有の哲学から引き出された政治観（「権力に反抗する市民」）は、この頃のアロンの左派寄りの政治感性に合致するものであり、アロンはこれを利用した。

社会や経済の知識が乏しく、自分の感情を理性によって根拠づけることに不慣れであった頃には、私はアランの政治的立場を利用した。その感情とはすなわち、平和主義、戦争に対する恐れ、左翼思想の支持、年長者たちのナショナリズムへの反動としての普遍主義、富める者や権力者に対する敵愾心、漠然とした社会主義のことであった。……ましてや、自分が知識人であり、さらにはユダヤ人であるとすれば、虐げられた人々の不幸に同情し、彼らの尊厳を思わずにはいられなかった³²。

ここには、当時のアロンの政治的立場が端的に示されており、今までの分析によって得られたことをそれに加味すれば、そこから彼の基本的な関心と主張を抽出することができるであろう。第一に、富める者や強者に対する反感と、貧者や弱者への共感があり、それが漠然とした社会主義の基礎をなしていた。そして第二に、この精神とも密接に結びつきながら、ナショナリズムや戦争への反発や、その裏返しとしての平和主義や普遍主義が主張される。こうした感情はまた、「戦争と年長者たちへの反逆」の精神とも共鳴するものであったと

³⁰ Aron, *Mémoires*, p. 42. (邦訳40頁)

³¹ Colquhoun, *op. cit.*, p. 33.

³² Aron, *Mémoires*, p. 42. (邦訳40頁)

いえよう³³。

これらを当時の具体的な文脈のなかに置いて考えてみると、弱者への共感、第一次大戦の敗戦国たるドイツへの共感へと通じ、逆に強者に対する反発は、フランスの対独政策に対する反感を助長するものであった。それと同時に、平和主義と普遍主義は仏独和解を要請し、ナショナリズムと戦争への反対は、ヴェルサイユ条約を固持しつつ、自国益と安全保障の増長をはかるフランス外交に対する批判を導いていくことになる。

以上の主張は、1930年代初頭にアロンがドイツに留学する頃には、よりいっそう明確なかたちで唱えられるようになる。普仏戦争以来、フランス知識人のドイツ留学は、学術・文化交流を通じた仏独の和解と協調のための試みとしての意味合いを有していたが、アロンの場合には、とくにそれが先鋭的にあらわれたといえるだろう³⁴。ドイツでの経験は、この国の内情について直接的に理解し、彼らの視点からフランスの対外政策を批判的に眺めるという機会をもたらす。それは、もともとアロンのなかにあったフランスの対独政策への反感をさらに強化することにつながっていくのである。かくして、「戦争や「ポワンカレ主義」、寛容さを完全に欠いたフランスの外交政策に対する反感を覚えた」アロンは、それらに抗しながら、「フランスとドイツの和解」を模索していくことになる（第2章第2節（a））³⁵。

他方で、そのドイツ留学は、やがてもう一つの反逆にもかたちを与えることになるだろう。その反逆とは、先に述べた「哲学の没政治性」に対する知的反逆にほかならず、1930年代初頭のドイツにおいてアロンは、マルクスやウェーバーといったドイツ哲学者らとの対話を通じて歴史哲学を発見し、そのなかに政治の在り処を見出していくのである（第2章第1節、第5章）。

第2章 フランスとドイツの狭間で 1930-33年

第1節 歴史哲学の発見 ——“Mon projet d'existence”

1928年10月に高等師範を卒業したアロンは、その後1930年3月までの18ヶ

³³ *Ibid.*, p. 41. (邦訳39頁)

³⁴ Nelson, *op. cit.*, pp. 31-5.

³⁵ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 30.

月間は兵役についており、そのほとんどをサン＝シール要塞の空軍気象部門で過ごす。この期間は、アロンにとっては「空白の時」であり、先に述べた精神的不安はこの頃にはいっそう深刻に感じられた。そのなかで、「人生を浪費している」と感じたアロンはみずからの将来について自問する。リセの哲学教師として一生を過ごすのであれば、障害はもはやほとんどなかった。しかし、学問で挫折した父の雪辱を晴らすという使命を背負ったアロンは、それで満足するわけにはいかなかった。周囲の人々もまた、彼が大学教師か哲学者になると期待した。かくして、アロンの将来像をめぐる問いは、博士論文の主題選択をめぐる問いへと帰着する。「博士論文の主題として何を選ぶべきか。この選択が全生涯を決定することになるのだ」と³⁶。

そこでまずアロンが選んだのは、意外なことに生物学であった。このことは、ソルボンヌの哲学教授レオン・ブランシュヴィク (1869-1944年) からの影響を示唆するものであろう。ブランシュヴィクは、パスカルやデカルトの研究で知られるフランス哲学界の大御所であり、主知主義的な観念論の立場から、『数理解哲学の諸段階』(1912年)や『人間的経験と物理的因果性』(1922年)、『西欧哲学における意識の進歩』(1927年)を書いた。一言でいえば、科学的教養と哲学的教養とを兼ね備えた人物であり、「西洋哲学の要素を数学と物理学の要素を用いて解明」という点に、彼の独自性があった。「ブランシュヴィクの弟子は、哲学以外の分野においては、ほとんど例外なく哲学との関連で科学の進歩を考察するか、認識論のもっとも原理的な問題にまで立ち入るかしなければならなかった³⁷」。哲学的考察は理科系の学問にも応用しようと思いつつも、数学や物理学については十分な素養を持ち合わせていなかったアロンは、ブランシュヴィクの助言もあって、結局は生物学を選ぶことになる。

生物学を学びはじめたアロンは、やがて遺伝学へと行き着いた。とくにメンデルの学説に関心を持ったらしい。1930年の春になると、アロンは外務省海外事業部の仲介によりケルン大学にフランス語助手の職を得てドイツ留学へと旅立つのだが、生物学の研究は、その後もしばらくは続いたようである³⁸。研究を進めるなかでアロンは、遺伝形質の操作などを可能にするであろう生物学の

³⁶ Aron, *Mémoires*, pp. 50-1. (邦訳50-1頁)

³⁷ *Ibid.*, pp. 38-9. (邦訳36-7頁)

³⁸ Colquhoun, *op. cit.*, pp. 48-50.

可能性に感嘆したという。

しかしながら、本格的な研究へと乗り出す前に、アロンは生物学を諦めてしまう。なぜか。第一の理由は単純である。ケルン大学で担当した講義やゼミナールに費やす時間が多く、アロンの予定した計画に必要な知識を吸収する時間を確保できなかったのだ。より重要なのは第二の理由であり、それは、アロンの「実存的選択 *choix existentiel*」に関わっていた。すなわち、「哲学の大著の購読や、観念論か実在論かをめぐる議論は、精神に訴えるのみで心には響かなかった」というのである。そこでアロンは、「精神に訴えるのと同時に心にも響く省察の対象」を求めた。その結果としての選択が生物学の放棄であり、歴史哲学の発見だったのである。

この二つは表裏一体だが、我々の関心からすると、力点は後者の方に置かれることになるだろう。つまり、以下で問われるべきは、なぜ歴史哲学が、「学問的に厳密たらしとする意志を要求し、それと同時に〔アロンの〕全存在をその研究へと投じさせるであろう研究の対象」たりえたのかということである³⁹。さらに言い換えれば、歴史哲学なるものを通じてアロンが何を探求しようとしたのかを問い、生物学から歴史哲学への主題変更の背後に見出される問題意識について明らかにすることが、ここでの課題となる。

（1）二つに引き裂かれる精神

アロンに生物学を諦めさせ、歴史哲学を選択せしめたものとは何か。生物学（とくに遺伝学）の研究を進めるなかで、アロンはしだいに、みずからの企てに対する自信を失う。いずれ遺伝学者が自分たちの学問に対する反省を行うようになれば、それについてアロンが口を挟む余地はなくなるだろう⁴⁰。「科学にコミットしていない者によって行われる科学に対する反省は、一般的にいて、科学者自身による反省に劣る」からである⁴¹。わずかな哲学的訓練さえ積んだ生物学者ならば、生物学や遺伝学についてアロンと同等のことがいえるだろう。だとすれば、アロン自身が生物学者になるか、あるいは生物学について批判を

³⁹ Aron, *Mémoires*, pp. 52-3. (邦訳52-3頁)

⁴⁰ *Ibid.*, p. 52. (邦訳52頁)

⁴¹ Raymond Aron, *History and the Dialectic of Violence: An analysis of Sartre's "Critique de la Raison Dialectique"* (New York: Harper and Row, 1975), p. xi.

加えるという仕事は生物学者に任せたほうがよいのではないか。

こうした不安はまた、より深いところでは、哲学と科学の関係をめぐる懷疑とも結びつくものであった。「発見が確証されると、それ以降は科学が単独で真なる知識をもたらすのだとすれば、哲学はもはや確証可能な知識へと到達しうる領域を持たない⁴²」。哲学には、「科学的認識とは本質的に異なり、しかもそれに優る形而上学的真理に到達しうるような奇跡的能力があるのだろうか」という疑問がアロンを悩ませることになった⁴³。

科学的認識のあり方について問うことは、その認識の主体たる科学者の置かれた条件に対する反省を促す。真理の探究を目指す科学者は、彼自身の個性を、みずからの認識から捨象しようとするが、これと同様のことは、社会的現実の認識についても成り立つのか。社会科学の場合には、認識の主体としての人間が、その認識の対象たる現実のなかにすっぽりと組み込まれてしまっている。ここにおいて主体は超越論的ではありえず、社会的・歴史的に規定された存在としての部分的な視点から、現実を眺めるほかない。

真理を追い求める科学者の態度。彼は自分自身を遠ざけ、それによって状況を観察し、他者の視点から自己を観察する。私はこのことの偉大さには敬服し、その必要性を認めている。しかし、私が——我々全員が——そうであるところの、総体としての生身の人間は、その一つ一つの瞬間を、試験管や顕微鏡の前に立つ科学者のように生きているのではない。彼は愛することもあれば、憎むこともある。行動を起こしたり、信じたりする。市民であったり、兵士、教師、闘士、ブルジョワであったりする。裕福であるかもしれないし、貧しいかもしれない。フランス人かもしれないし、ドイツ人かもしれない。彼は、他者のあいだに生き、出来事のなかで生きるのである⁴⁴。

そうだとすれば、社会的現実の認識に際しては、自然科学のそれとは質的に異なる哲学に基礎を置かなければならないだろう。つまり、社会科学には固有

⁴² Raymond Aron, *Politics and History* (New York : Routledge, 2017), p. xxvi.

⁴³ Aron, *Mémoires*, p. 51. (邦訳51頁)

⁴⁴ Aron, *Politics and History*, p. xxvi.

の認識論が必要なのである。アロンがそれまで前提としてきた哲学は、この要求を満たすものではなかった。

そして、このような問題意識の醸成を促したのは、何よりも、アロンがドイツで直面した社会状況であったと思われる。ユダヤ人やフランス人として、「漠然とした社会主義者」や「熱心な平和主義者」としてアロンが認識する現実、これらの属性を共有しない他者が認識する現実とは異なるものになろう。加えて、かかる認識に基づいてなされる判断や行動もまた、同じ理由で他者のそれと同一ではありえない。こうした自覚を経た以上は、アロンのそれまでの哲学的基盤は動揺せざるをえず、それとドイツでの経験が明らかにした政治の現実とのあいだには乖離が意識されるようになる。

私は、不可避ではありながらもみずからの苦しみ元であった二元性 duality を克服したいと願った。一方では私はカントの『純粹理性批判』の読者であった。しかし他方で私は、ワイマール・ドイツの観察者であった。[...] カント哲学は学者や研究者としての私を魅了したけれども、ドイツの国民社会主義の台頭や二度目の欧州・世界大戦を引き起こした諸条件を嫌というほど見せつけられた、社会的・歴史的な人間としての私を魅了することはなかった⁴⁵。

このような二元性を乗り越え、社会的現実の認識に資する哲学を手にするにはどうすればよいか。その答えは、人間の歴史的条件に対する原理的考察のなかに見出されなければならなかった。歴史のなかに生きる人間は、多数の存在者のなかの一人にすぎず、悠久の歴史的生成のなかの一時点に立ち、自己と現在という二重に限定された観点から歴史を捉えようとする。そのような人間にとって、客観的な歴史認識はどこまで可能なのか。仮に不完全かつ断片的な認識にしか到達しえないのだとすれば、歴史のなかで行動するということの持つ意味とはいかなるものになるのか。

言い換えれば、アロンの歴史哲学とは、「私は何を知るか」・「私は何をなすべきか」・「私は何を望みうるか」という三つのカント的な問いに、「歴史にお

⁴⁵ *Ibid.*, pp. xxvi-xxvii.

いて」をつけ加えることをその出発点とするものであった⁴⁶。以上の文脈を踏まえることではじめて、アロンがある日、ライン川のほとりで見出した問いの背後にあったものについて、汲みとることができよう。

生成の一時点に置かれた、フランス人であり、ユダヤ人である私は、いったいどうすれば、数億の原子からなる総体の一つの原子にすぎない自分でありながら、その総体を知ることができるのか。無数の視点のなかから、ただ一つの視点に立って、この総体を把握する以外に方法はあるのか。そこから、ほとんどカント的ともいえる問題構成が生じた。私はどの程度まで歴史——さまざまな国民、党派、理念の衝突が何世紀にもわたる年代記を埋めつくしているのだ——と同時代とを客観的に知りうるのか。歴史的・政治的認識に関する批判がこの問いに答えることになる。この問題構成には、もう一つ別の次元があった。客観的真理を求める主体は、自分が探求しようとし、没入するところの題材——すなわち、彼が歴史学者や経済学者として、学問の対象をそこから抽出するところの現実——に、浸りきっているということだ。私には、しだいに自分に課された二つの使命が見えるようになった。それは、みずからの知識の限界を常に意識しつつも、できる限り誠実に自分の時代を把握し、認識することであり、現在から自身自身を引き離しつつも、傍観者の役割に甘んじないことだった⁴⁷。

(2) 歴史への問い——マルクスからウェーバーへ

歴史哲学の発見の現実的背景をなしたのが、1930年代前半のドイツにおける政治状況であったとすれば、その問題に答えるための理論的な手立てををもたらしたのも、やはりドイツ哲学であった。ドイツへ渡ったアロンは、そこでフッサールやハイデガーから、マルクスやカール・マンハイム、マックス・ウェーバーにいたるまで多くの思想家に触れる。このような知的・文化的交流を通じてアロンの歴史哲学は徐々にカタチになっていくのだが、なかでもその集大成である『序説』の成立にとって不可欠な役割を演じたのは、マルクスとウェー

⁴⁶ Raymond Aron, *Leçon sur l'histoire* (Paris: Éditions de Fallois, 1989), p. 27; Nelson, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁷ Aron, *Mémoires*, p. 53. (邦訳53頁)

バーであった。

アロンがはじめて『資本論』を読み解いたのは1930年から31年のケルンにおいてであったが、その際に彼の念頭にあったのは、第一には経済的な疑問であり、マルクスの経済思想が、目下の大恐慌を理解する手助けになるのかということであった。それに対して、第二の疑問とは、「マルクス自身のマルクス主義は、歴史哲学として、さまざまな党派のなかから選択をするという、重苦しくはあるが人間性を構成する基本的な負担から我々を解放するものなのか」という哲学的な疑問だった⁴⁸。

では、アロンはマルクスの歴史哲学に何を期待していたのか。

学問の道筋を定め、歴史における観察者であると同時に、当事者でもあろうと決意したとき、私はまずマルクスを、とくに『資本論』を読むことからはじめました。私は、現にあるものとあるべきものとを同時に教示する点で、他の何にも優るような真の歴史哲学を見出したいと願っていたのです。マルクス主義とは、俗に考えられているように、ある結論をとまなう歴史の全体的解釈であり、その結論とは、労働者の側に立ち、先史時代に終わりをもたらす社会主義へと到達しなければならない、というもののなのです。しかし、まる一年ほどかけてマルクス主義の研究をしたのちに、私は後悔とともに、それは誤りであったと結論しました。歴史の分析から従うべき政策を演繹し、人々のあいだの対立が消え去るような社会の終着点を見通すことはできないのです⁴⁹。

「歴史の全体的解釈」としてのマルクス主義が「現にあるもの」のみならず「あるべきもの」についても指し示してくれるのだとすれば、我々は社会的現実に関して決定的な認識へと到達することができるだけでなく、とるべき行動についても確信を得ることができるだろう。そのとき人間は、歴史的存在としての認識の限界から解放され、それと同時に、行動に関する政治的選択からも自由になるはずである。「未来が、必然的なもの、救済をもたらすものとしてすでに書き記されているとすれば、その到来を拒否するのは、盲目であるか自己

⁴⁸ *Ibid.*, p. 54. (邦訳55頁)

⁴⁹ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 53.

の利害にとらわれた人間だけだろう⁵⁰」。

ところが、アロンがマルクスとの対話のなかから導き出したのは、それとは正反対の結論——つまり、そのような意味での絶対的真理へ到達するのは不可能であるという結論——であった。アロンの歴史哲学的な思索の道が、このように絶対的な歴史観の誤謬を自覚することから出発したということは、強調されてよい。しかし、そうであるとすれば、他にいかなる歴史認識がありうるのか。我々は歴史をどのように認識し、それをいかなるかたちで行動へと結びつけていけばよいのか。

ここで決定的だったのは、ウェーバーとの出会いである。「私が探し求めていたものを見出したのは、ウェーバーにおいてでした。一方には真理や現実を観察し、把握しようとする意志があり、他方には行動への意志があった。……この二重の要請こそ、私がウェーバーのなかに見出したものだったのです⁵¹」。アロンはのちにそう回顧している。

だが、当時のフランスではまだ無名の存在に近かったウェーバーがアロンを魅了したのはなぜなのか。アロンは、ウェーバー社会学のいかなる点に可能性を感じとったのか。本節で跡づけてきたアロンの関心の変遷について想起するなら、その理由には納得がいくであろう。すなわち、ウェーバーがアロンにとってよき導き手となりえたのは、第一に、そこに人文・社会科学に固有の認識論があったからである。ウェーバーは当然、真の原因究明としての「説明 explication」の意志を放棄することはなかったが、それと同時に、現実の多義性や妥当な解釈の多様性を十分に認識していた。

それとも関わることだが、ウェーバーの社会学が、「人間がみずからの実生活に対して与えた意味の再構成」を使命としていたことが、アロンがウェーバーに魅かれた第二の理由である。これは、人間の主観的意味たる「動機」を追体験し理解するという「理解的方法 *verstehende Methode*」のことを指していると見てよいだろう。人間は意志を持ち、何らかの意図を持ってその行動を目的＝手段の連関のなかへと組み込む。そうだとすれば、このような行動から構成される社会現象は、坂道を転げ落ちる岩塊のような自然現象とはおのずと異なってくる。この意志的行動は、一方では社会科学を自然科学から分かつこと

⁵⁰ Aron, *Mémoires*, p. 54. (邦訳55頁)

⁵¹ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 40.

になるが、他方では因果把握の確実性を高める条件にもなりうるのである⁵²。

そして第三に、ウェーバー社会学は、アロンがドイツで目撃した政治の現実
に適合的なものと思われた（「政治への近さ」）。アロンはウェーバーのなかに、
「文明のどよめきや軋み、ユダヤの預言者の声、そして遠くかすかに総統ヒト
ラーの怒号を聞いた」という⁵³。言い換えれば、「マックス・ウェーバーの社会
学——階級間闘争、政党間闘争、神々の闘争の社会学——と、第三帝国の最初
の数ヶ月をベルリンで過ごした一人の教授資格者でありフランス人でありユダ
ヤ人の生きられた経験との間には、ある種の予定調和、より控えめにいえば、
共通の感覚が存在」しており、それが両者を引き合わせたのである⁵⁴。

要約しよう。ドイツへと渡ったアロンは、そこで歴史の変動を予感する。移
りゆく政治状況を前にして自覚したのは、歴史的存在としての自己だった。彼
は、顕微鏡を前にする科学者のように対象から切り離されたところからそれを
認識するのではなく、対象たる現実には包まれ、規定されながら、フランス人な
いしユダヤ人として状況に対峙していた。その自覚を経ることで、彼の経験と
思想との間には分裂が意識される（「二元性」）。それを乗り越えるには、人間
の歴史的条件に対する反省のなかで、彼の哲学的な基盤そのものを再構築する

⁵² 「人間は意志の自由をもっている。だから、どういう目的を設定し、またそ
の目的のためにどういう手段を選択し、どういう決断をしつつ行動するかとい
うことは、的確には到底予測しがたい。人間の自由な意志という非合理的なも
のは本質上計測を許さないからだ。したがって社会現象のばあいには、因果関連
というようなものを、とても自然現象におけるように的確に追求できるはずが
ない。こういった疑問が当然起こってくるでしょう。ところでヴェーバーは、
こういう考え方にたいしてまっこうから反対する。そして逆に、人間の意志の
自由の領域が拡大されればされるほど、社会現象における因果関連の追求はか
えって容易になるのみか、一般に自然現象のばあいよりも、社会現象のばあい
のほうが因果関連を一層確実に認識し得るのだとさえ言うわけです」（大塚久
雄『社会科学の方法——ヴェーバーとマルクス』（岩波新書、1966年）、58頁）。

⁵³ Aron, *Mémoires*, pp. 70-71. (邦訳72-4頁)。これらは、フランスでの教育の主
流を構成したデュルケム社会学や、アラン、ブランシュヴィックに対するアロン
の評価とは対照的なものといえる（*Ibid.*, p. 70, p. 71 (邦訳73頁, 74頁) ; Aron,
Le spectateur engagé, p. 31)。

⁵⁴ Raymond Aron, *De la condition historique du sociologue*, (Paris: Gallimard,
1971), pp. 28-9.

必要があった。アロンが、プランシュヴィクにならって生物学の研究を進めることを断念し、歴史哲学を選択したことの背景には、このような問題意識があった。そのうえでアロンはまず、「真の歴史哲学」を求めてマルクスを読むが、その期待は裏切られる。彼が求めているものに会おうのは、ウェーバーを通じてであり、ここにおいてアロンは、ライン河畔で着想を得た歴史への問いに答えるための最大の手がかりを得るのであった。

第2節 ワイマール共和国の断末魔 —— 「ドイツの運命はヨーロッパの運命でもある」

1930年の春にドイツ留学の最初の滞在地であるケルンに着いたとき、アロンは、「歴史がふたたび動き出した」ことを感じとったという。このとき世界の風景はすでに、安定から危機の時代へと変わりつつあった。1920年代後半の相対的安定期は、まずもって経済的安定に基礎を置くものであった。ヴェルサイユ条約によって課された賠償をめぐる国際対立は、1923年1月のルール占領で頂点に達したが、1924年1月にアメリカの財政家ドーズの提案に基づく賠償支払い計画が受諾されると状況は好転しはじめた。アメリカ資本を投入することで、ドイツから連合国への賠償支払いが行われ、今度はこれら連合国がアメリカに対して戦債を支払うという金融の円環が成立するのである。

このような動きはまた、それと前後して起こった外交政策の転換によっても促された。ドイツでは、外相シュトレゼマンが、「消極的抵抗」を放棄して連合国に対する「履行政策」を推進し、フランスでも、ポワンカレに変わってエリオ内閣が成立し、ルール地方からの撤退を完了する。1924年10月に採択されたジュネーヴ議定書は、結果としては廃案となったものの、1925年12月には、それに代わる地域安全保障の枠組みとしてロカルノ条約が調印され、その発効をもって、ドイツは翌26年9月に国際連盟への加盟を果たす。さらに、1928年8月には、ケロッグ・ブリアン協定が調印され、戦争違法性の原則が確立された。この期間の外交を仏独両国において主導したブリアンとシュトレゼマンは、ともに1926年にノーベル平和賞を贈られているが、それは当時の国際協調の精神を象徴的に体现する出来事であったといえるだろう。

ところが、こうした安定の条件は、1929年10月24日のニューヨーク株式市場の大暴落を端緒とする世界恐慌の発生によって吹き飛ばされる。恐慌はまず震源地たるアメリカを襲ったが、次々に他の資本主義国を呑み込んでいった。と

くにドイツは、外国資本への依存度が高かったがゆえに深刻な打撃を被った。外資は引き上げられ、輸出は減退を余儀なくされ、失業者は激増した。1930年3月27日に、失業保険負担金をめぐる対立からヘルマン・ミュラー内閣が総辞職すると、中央党党首のハインリヒ・ブリューニングが組閣する。以後三代続く「大統領内閣」のはじまりであった。恐慌に対するブリューニングの処方箋は歳出削減と増税に立つデフレ政策であり、事態のさらなる悪化を招いた。そして増税案への反対に直面したブリューニングは国会解散へと踏み切り、1930年9月18日に総選挙が行われる。この選挙は、衝撃的なものだった。ナチ党が前回選挙時の12議席から107議席への大躍進を見せ、第二党の座をものにしただけでなく、共産党も20以上議席数を増やしたからである。

それは「絶望的な投票」であったと、1930年12月の『リーブル・プロポ』掲載の小論で、アロンは書き送っている⁵⁵。これは、アロンがドイツ留学の期間中に書くことになる二十数篇の時事論説のうちの最初のものであり、ドイツにおけるアロンの「政治教育」は、まずはこの選挙の衝撃を受けとめるところからはじまった。

1930年の春にドイツに着いたとき、私を打ちのめし、ショックを与えたのは、ドイツ人たちのナショナリスティックな暴力であり、その数ヶ月後の1930年9月に、ナチ党が最初の大勝利をおさめ、107人の代議士を当選させたことでした。そのとき以降、1930年から33年までのあいだ、私は、高等師範時代のそれとはまったく異なる精神状態を生きることになりました。いまや問題は前の戦争の狂気にあるのではなく、いかにして次なる戦争を避けるかが問題となり、強迫観念となったのです⁵⁶。

ここでいわれている強迫観念とは、「ケルンでもベルリンでも不可避免的に昂揚していくことが予想されたナショナリズムに対する恐れであり、伝統的右派と国民社会主義とを併合したナショナリスト政党の勝利によってもたらされるであろう戦争に対する固定観念」であった⁵⁷。「戦間期」とは後づけの呼称に過

⁵⁵ Raymond Aron, "Lettre d'Allemagne", *Libres Propos* (décembre 1930), p. 570.

⁵⁶ Aron, *Le spectateur engagé*, pp. 30-1.

⁵⁷ Aron, *Mémoires*, p. 55. (邦訳56頁)

がないが、アロンの場合には、この強迫観念ゆえに、意識のうえでも「戦間期」を生きることになったともいえるだろう。

ドイツを訪れるまでの私は、戦後を生きていた。ナチ党が国会選挙で最初の成功をおさめた1930年9月14日から1933年1月30日までのあいだに、私はゆっくりと過去に対する反抗から抜け出し、未来を予感するようになっていた。戦後を終えて戦前に入ったのである。根底にあった価値観は変わらなかったが、左翼思想や反ファシズムを超えて、それ以降はフランスとその救済が課題となった⁵⁸。

この「戦争への行進」のなかで、それまでの「情緒的拒否」に代わり、「政治的考察」が芽生えていく⁵⁹。ふたたび動き出した歴史に対峙しながら、アロンは目の前の状況をどう捉え、いかなる未来に望みをかけようとしたのか。またその過程において、それ以前の彼の政治思想をどのようにして克服していったのか。以下では、このような問いを念頭に置きながら、1930年から33年のあいだに書かれた時事論説の分析を行っていく。

（１）仏独和解の模索——平和主義・条約修正・軍縮

『回想録』のなかでアロンは、第一次大戦後のフランスの精神状況について触れたのち、彼自身が仏独和解を志向していたことについて、次のように語っている。

1914年から18年の戦争ほどに長引き、残酷で、不毛な戦争があったのだろうか。大戦を正当化した熱情は1925年に20歳になった若者たちにはなく、想像できないことでさえあった。〔この世代に属する〕我々のほとんどは、苦しみことなく、戦争を遠く離れたところから経験した。戦争に参加した当人や孤児たちは、勝利の報酬が犠牲に見合わなかったこともあり、あの戦争を憎んでいた。反抗は、アランの哲学によって美化されていた反軍国主義へと変化していった。この反軍国主義は、ある意味で軍の士気喪失に

⁵⁸ *Ibid.*, p.81. (邦訳85頁)〔強調は引用者による〕

⁵⁹ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 34; Aron, *Mémoires*, p. 55. (邦訳56頁)

拍車をかけた。

こういった感情は、共産主義や革命への意志、あるいはドイツとの和解（ルール占領への反対、賠償の軽減、それから30年代初頭のラインラントからの早期撤退）、あるいは兵役拒否——アラン的なもの（将校任官の拒否）であれ、アナキズム的なものであれ——のいずれかに向かうものだった。気質からいって私は、二番目 [= ドイツとの和解]、アリスティード・ブリアン方式の和解へ傾いていた⁶⁰。

では、このように仏独和解を模索したアロンは、1930年代初頭の論説において、具体的にはいかなる議論を展開していたのか。アロンが1930年12月の「ドイツからの手紙」のなかで同年9月の総選挙を「絶望的な投票」と評していたことについてはすでに述べたが、この同じ論説においてアロンは、「ヴェルサイユ条約は、もはや存在しない力の均衡を示す」ものだと論じ、「条約修正 *révision*」の必要性に言及している⁶¹。アロンにとって、ヴェルサイユ条約とは、ドイツに対するフランスの力の優位性を固定化しようとするものとして映っていたということである。

これに関するより体系だった説明は、1931年2月の「平和主義の単純な提案」のなかに見出すことができる。そこでアロンは、ヴェルサイユ条約に固執するフランスの姿を財産に固執するブルジョワとの類比によって語り、これを批判していた⁶²。アロンによれば、フランスのように条約の維持を平和の維持と同一視し、その改正が戦争を意味するなどと考えるのは誤りであり、目指さなければならないのは「戦争なき変更」なのである。

さらにアロンは、フランスの対外政策が既存の秩序や東欧諸国との条約の維持を志向しており、その意味でヘゲモニーを追求するものだと批判する。アロンの見るところ、フランスが行っている「軍勢力や要塞化された国境による安全保障」とは、「戦争における安全保障 *sécurité dans la guerre*」を志向するものにほかならず、このような政策は、「戦争に対する安全保障 *sécurité*

⁶⁰ Aron, *Mémoires*, p. 58. (邦訳59頁)

⁶¹ Aron, “Lettre d’Allemagne”.

⁶² Aron, “Simple propositions du pacifisme”, *Libres Propos* (février 1931), pp. 81-3, p. 82.

contre la guerre」とは相容れないものなのだという⁶³。つまり、フランスの対外政策は、戦争が起こった場合に自国の安全を守るためのものであるが、真の平和を実現するためには、そもそも戦争が起こらないようにすることによって安全を確保していかなければならないということである。

そして、アロンがいうには、かかる意味での「戦争に対する安全保障」が可能になるのは、「繁栄したヨーロッパ」や「軍縮化されたヨーロッパ」の枠組みにおいてだけであり、フランスはそのため軍縮へと向かって努力していかなければならない⁶⁴。もしフランスがこの努力を怠り、従来の政策に固執し続けるならば、その場合にはドイツにも当然に再軍備の権利が認められることになってしまうのだとアロンは述べている。

同種の議論は、1931年の2月に『ヨーロッパ』に掲載された論説のなかにも見ることができる。アロンはここで、躍進するナチ党の背後にあるドイツの「悲劇的な状況」について触れているが、そのうえで、ナショナルな経済の枠組みにおいてこれに対処するのは困難であるため、ヨーロッパ大での解決が必要なのだと示唆している。

ところが、それには政治的困難が立ちはだかることが予想されよう。ここでいう困難とは、国家間の「ナショナルな憎悪」によって、「連帯の必要性」が覆い隠されてしまうということを意味する。すなわち、目下の危機に対処するためには、ヨーロッパ諸国のあいだでの協力が必要であるにも関わらず、各国はいまだに互いに対する憎悪を捨てきれずにいるということであり、こういった「恨み深い過去の精神」を乗り越えることなくしては、「統合されたヨーロッパの創設」は不可能なのだという⁶⁵。

そしてアロンは、「ヨーロッパ復興」を妨げている原因として、現状への固執を続けるフランスの「保守的な形式的合法主義 *légalisme conservateur*」を批判する。アロンによれば、こうしたフランスの政策は、一方ではヴェルサイ

⁶³ *Ibid.* [強調は引用者による]

⁶⁴ アロンのヨーロッパ論についての研究としては、Olivier de Lapparent, *Raymond Aron et l'Europe: itinéraire d'un Européen dans le siècle* (Bern: Peter Lang, 2010) がある。

⁶⁵ Raymond Aron, “« Autre impasse » ou « devoir présent »”, *Europe* (février 1931), pp. 281-6, pp. 281-2.

ユ条約の維持を平和と同一視し、みずからが平和の擁護者であるかのように振舞いながらも、他方では「軍事力による安全保障という伝統的なシステム」を維持しようとするものにほかならないのである⁶⁶。

ならば、これに対するオルタナティブとしては、いかなる構想が考えられるのか。アロンにとって何よりも重要なのは、上述のような条約への執着を解き放つことにあり、それを可能にする力を持つのは、「真の平和主義 *pacifisme authentique*」だけだという。この「真の平和主義」は、「非妥協的な平和主義 *pacifisme intransigent*」とも言い換えられるが、その内容について述べる前に、一点だけ留意しておくべきことがある。それは、アロンがこれらの平和主義的な態度を、共産主義とは異質なものとして提示していたという点である。アロンによれば、共産主義は人間的な目的を掲げてはいるものの、それを達成するためならカストロフの到来をも容認するのであり、その意味で「狂信的な教義」にほかならなかった⁶⁷。

これに対して、アロンが標榜する「非妥協的な平和主義」は、それとはまったく異なるものとして主張されている。それは、「日々の行動を外的な決定論から演繹することを拒否する」ものであり、「人間とその意志を信じる行動」なのだという。これを当時の文脈に即していえば、「変革への永遠の責務」としての平和主義は、ヴェルサイユ条約の修正という政策課題へと結びつくものであった。つまり、アロンがここで主張していた平和主義とは、現状に固執する政策から、条約修正という現状の変革へと向かうように説き、それによって醸成される「新たな精神」のなかで、仏独の和解とヨーロッパの連帯を実現しようという構想であったといえるだろう⁶⁸。

だが、そもそも仏独間の軋轢は何ゆえに生じているのか。アロンはその根底に、「観点の対立」を見出している。それが象徴的にあらわれたのは、1931年3月に発表されたドイツとオーストリアの関税同盟計画をめぐる論争においてであった。「条約の修正」と題された1931年5月の論説がこの問題をあつかつている。ドイツが「公正」の名のもとに要求する「対等性」は、フランスから見ると、将来のドイツのヘゲモニー（「帝国主義的な野心」）につながりうるもの

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 282-4.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 284-5.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 285-6.

として受けとめられる。これに対して、フランス側がそれに反対の意を表明することは、ドイツから見れば、静態的な権力意志に発するものとして映る。つまり、ヴェルサイユ条約に根拠を持つヨーロッパの均衡を維持しようとするのは、ドイツに対するフランスの優位性を保とうとするためだと見なされるのである⁶⁹。

こうしたなかにあって仏独の和解を成し遂げようとするれば、それは、「ヨーロッパにおける〔力の〕均衡を漸次的に変更する」ことを伴うはずだとアロンは述べる。しかし、仏独両国における愛国主義者らはそれに同意するだろうか。ドイツのナショナリストらは力を欲しているが、フランスのナショナリストらは、ドイツが伝統的野心を捨てることを約束しない限りは、ドイツに対する優位性を放棄することはないだろう⁷⁰。

そのように分析したうえで、アロンは、フランス人の多くが安全保障の願望にとらわれ、現状維持を志向し続けていることを批判しており、これによって平和主義が脅かされているとして警鐘を鳴らす。またアロンは、社会主義諸政党が本来の超国家的かつ反国家的な使命を忘れている点にも、批判の矛先を向ける。とはいえ、これは左派思想への幻滅を示すものではなかった。それに続けてアロンは、「それでもなお、平和主義の理念を真に再活性化してくれるのは、帝国主義や伝統から自発的に引き離された労働者の理念や革命の理念だけである」と述べていたからである。この頃のアロンが、みずからの平和主義の立場を「革命」と結びつけ、逆にフランスの政策を「保守的」なものとして非難していたということは、1930年代末のアロンの立場とは著しい対照を示している（第3章第3節）⁷¹。

最後にこの論説で注目すべきことは、アロンがフランスのナショナリストを批判しつつ、同時にドイツのナショナリストをも睨んでいたという点である。

⁶⁹ Raymond Aron, "Lettre d'Allemagne: Révision des traités", *Libres Propos* (mai 1931), pp. 221-3, pp. 221-2.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 222-3.

⁷¹ アロンはまた別のところでは、より明確に、「我々の平和主義は保守的なものではなく革命的なものである」と主張していた。それは、均衡のとれた軍縮と権利の対等性を基礎とした仏独和解とを志向するものであった（Raymond Aron, "Lettre d'Allemagne: Cologne, le 26 février", *Libres Propos* (mars 1931), pp. 138-40, pp. 139-40)。

当然ながら、ドイツ国内においていかなる政治勢力が力を得るかによって、仏独和解の行方は左右される。したがって、ドイツの政治情勢が変化すれば、それは不可避免的にアロンの政治的スタンスにも影響を及ぼさざるをえない。そのため次項では、主にドイツの国内政治に関する分析に焦点を当てながら、アロンの思考の推移を追跡することにしてしよう。

（2）崩壊への序奏

アロンは、1931年2月の「ドイツからの手紙」のなかで、国民社会主義の戦術が「合法性を通じて非合法性へと向かう *Par la légalité vers illégalité*」ものであるという指摘を行っている。イタリアのファシズムをモデルとする彼らの目標は国家を占拠することにあるが、その手段としては、あくまでも合法的なもの——クーデタのような非合法の政権転覆ではなく、選挙などを通じた政権の掌握——が用いられるであろうということである。

台頭するナチ党は人民からの支持に依拠しており、若者や、経済危機の打撃を受けたプチ・ブルジョワ、失業した労働者、旧軍人などが、ナチ党の人的供給源になっている（第3章第1～2節も参照）。このように、数百万もの人々が国民社会主義に彼らの境遇改善の期待を託しているという状況にあっては、ナチ党やその支持者らをドイツ政治の舞台から容易に排除しようとするのは楽観論にすぎない⁷²。

翌1932年2月の『ヨーロッパ』に掲載された「ドイツの新たな展望」では、ナチ党が選挙ごとに党勢を拡大しているとはいえ、彼らが過半数を得て政府を構成する可能性は高くはないと分析している。だが、彼らが他の合法政府の存立を不可能にし、何らかの協力者の手を借りることによって、政権に到達することはありうる⁷³。

アロンによれば、ナチ党が「革命的な意志 *volonté révolutionnaire*」を抱いているのはたしかであるが、ヒトラーはいまだ「1923年の失敗 [= ミュンヘン一揆]」を忘れてはいないため、ふたたび以前と同じようなクーデタに訴えることはない。つまり、彼らは軍や警察との武力衝突は回避するだろうというこ

⁷² *Ibid.*, pp. 139-40. [強調は引用者による]

⁷³ Raymond Aron, “Nouvelles perspectives allemandes”, *Europe* (février 1932), pp. 295-305, p. 295.

とであり、その意味で、彼らが「合法性の約束 *promesse de légalité*」を破ることとはないと指摘している（第4章第4節も参照）⁷⁴。

さらにアロンは、流動的なドイツ政治の先行きを予測することはできないとしながらも、その右傾化を促すであろう諸力の指摘は可能であると述べ、具体的に次のものを列挙する。まず右派・反動勢力が政府や司法システムへと浸透しており、ドイツ国内にはナショナリスティックな雰囲気とフランスに対する敵愾心が充満している⁷⁵。加えて、ドイツ国民のあいだには、運命への諦念と奇跡を待望する感情が広がっている。これについてアロンは、「人間は至るところ、彼らの理解も統制も及ばないような社会的・経済的な決定論 *déterminisme* の虜囚となっている」としたうえで、ドイツ人の政治心理において何より印象的なのは、「宿命の受容 *acceptation de la fatalité*」であると論じている。さらに、熱狂した大衆の心理においては、茫然自失、落胆、反逆心、政治的無関心、強迫観念、革命的な意志が奇妙な混交をなしていると指摘して、次のように続ける。

多くの人々、とくに戦前世代の多くが、（彼らはそれを否定するとしても）国家に関することがらを、個々の人間ではなく専門家や技能者らの関心を引くだけの、遠く離れた無縁なものを見なしている。他方で、若者世代は革命の問題に取りつかれている。彼らにとってはそれが唯一の希望に思われるからである。ドイツ人はみな、彼らの境遇がどれほどナショナルな集団のそれと結びついているかを知った。最後に、秩序への狂信——この政治的熱情はドイツ人のなかでも最も強力である——や、深遠なる力と全能の指導者の受容、多くの人々のなかにある命令を欲する願望、不安から解放されたいという願望といったすべてのものが、独裁 *dictature* の受容を準備する⁷⁶。

とはいえ、こうした帰結が不可避であるというわけではない。「ヨーロッパ全体を危機に陥れるであろう革命や独裁をぬきに」ドイツの経済的再編を行う

⁷⁴ *Ibid.*, p. 296.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 298-300.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 301. [強調は引用者による]

ことは可能だとアロンは述べている。そして、フランスはそれを側面から援助することで、ドイツの問題解決をたすけ、彼らに自由と希望とを取り戻させなくてはならないと主張する。とりわけ重要なのは、賠償を放棄し、軍縮を通じた軍備の対等性を認めることである。アロンによれば、「ドイツの経済的・財政的危機に関しては、ドイツに主たる責任がある」ものの、ドイツからフランスへ向けられる、ナショナリスティックな憎悪の責任はフランス自身にある。

そのように論じたうえでアロンが提起するのは仏独両国の統合であり、「この統合によって、ドイツは自国の要求を実現し、フランスは安全保障を得得であろう」としている。また、この統合は、国際連盟やヨーロッパ連邦や超国家的なものに関する構想をふたたび活性化させることにもつながるだろうとも述べていた⁷⁷。

1932年3月に行われた大統領選挙では、ヒトラーが出馬し、現職のヒンデンブルクと争った。一次投票では勝者が確定せず、決選投票が行われ、53%の票を得たヒンデンブルクが再選したが、ヒトラーも37%と善戦した。4月には、プロイセン州議会選挙で、ナチ党が、長年政権を担ってきた社会民主党を破り、アンハルト州議会選挙でも第一党となってナチ党初の州首相を誕生させた。そして、7月の国会選挙では、ついにナチ党が37.3%の票を獲得して第一党となり、608議席中230議席を占めることになる。

1932年6月の『ヨーロッパ』掲載の論説は、そのあいだに起こったブリュニング内閣の崩壊を受けて書かれたものである。それ以前の論説においてアロンは、「ヒンデンブルク大統領に支えられながら、英雄的行動——誰もそう感じてはいないが——によって、忍耐強く、かつ賢明に」ナチズムの台頭に抗している人物として、ブリュニングのことを評価していた⁷⁸。先述のように、右傾化し、運命への諦念が広がり、革命的気運が高まりつつあるドイツのなかで、ワイマール体制を守るべく舵取りを行っているのがブリュニングだとい

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 304-5.

⁷⁸ Aron, “« Autre impasse » ou « devoir présent »”, p. 281. ただしアロンは、ブリュニングが1930年9月に国会解散に踏み切った判断や、経済危機に対する彼の対応策については厳しい評価を下している（ex. “Lettre d’Allemagne. Berlin, le 1^{er} juin 1932”, *Libres Propos* (juin 1932), pp. 314-7, p. 316; “L’ère des tyrannies d’Elie Halévy”, *Revue de métaphysique et de morale* (avril 1939), pp. 283-307, p. 294)。

うわけである。そのブリューニングは、1932年4月に、ナチ党の暴力活動を抑えるため、大統領に再選したばかりのヒンデンブルクに要求して、突撃隊と親衛隊を禁止する大統領緊急令を公布させる。ところがその直後、ヒンデンブルクによって彼は更迭されてしまう。そして後継のパーベンは、突撃隊・親衛隊の禁止令を取り下げるのであった。

このことはアロンに衝撃を与えた。アロンにとって、ブリューニングの解任は、「一時的にであれ国民社会主義の圧力を押しとどめていた最後の防壁」が取り払われたということ意味するものであり、それによって、「ヒトラー主義者らの権力への到達は不可避的になる」と思われた⁷⁹。7月の『ヨーロッパ』に載った論説では、より直截に、「ドイツは民主的な統治がほぼ不可能になった」と論じている。「あまりに多くの利害が衝突し、あまりに多くの政党、集団、州、自治体が、日々見かけ上の秩序の下に、深々とした無秩序を彫り刻んでいる。いずれにせよ、混沌を回避しうする方法があるとすれば、それは権威主義的な体制 *régime autoritaire* を樹立することによってなのである⁸⁰」。

このようにドイツ政治の見通しが暗くなるにつれ、仏独関係に関するアロンの議論にもおのずと変化があらわれてくる。例えば、フランスに軍縮の努力を求めるという点は同じでも、それには、ドイツに対する軍事的優位性を損なわない限りにおいてという条件が付されるようになる。この優位性はいまや、不可欠の保障手段だからである。また、賠償の全般的放棄を支持するよう提案する一方で、シュライヒャーやパーベンやヒトラーを信用することはできないとも論じる。アロンによれば、このようなナショナリストらとフランスとのあいだに共通するものは何もなく、また共通するものを持ちたいとも思えないのだという。フランスの「リベラリズム」や「形式民主主義」を、ドイツの「神に望まれた秩序」のために犠牲にするようなことがあってはならないとアロンはここで警告している⁸¹。

しかし、それでもなお、アロンはドイツとの交渉は必要だと考えていた。「好むと好まざるとに関わらず、ドイツの運命はヨーロッパの運命でもある」から

⁷⁹ Aron, "Lettre d'Allemagne. Berlin, le 1er juin 1932", p. 315.

⁸⁰ Aron, "Allemagne, juin 1932", *Europe* (juillet 1932), pp. 489-98, p. 497.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 497-8.

である⁸²。政治状況もいまだ不確定性を残していた。先に言及したように、1932年7月の国会選挙でナチ党は第一党の座を獲得するが、その数か月後の11月の国会選挙では、約200万票を失って後退する。アロンは、同年12月の『ヨーロッパ』の論説のなかで、この選挙についての分析を行い、それがドイツ国民の「より懐疑的な姿勢」のあらわれであり、国民社会主義は「決定的な分岐点」に立たされていると論じていた。もちろん、この結果によってアロンが先行きを楽観視したわけではない⁸³。だが、ブリューニング内閣の崩壊はナチ党の政権掌握に直結するものではなく、ナショナリストか（シュライヒャー）、国民社会主義者か（ヒトラー）のあいだでの選択はいまだ残されていた。このような状況のなかで仏独の対話を模索する可能性について、アロンはまだ完全には諦めてはいなかったということである（「ナショナリストのドイツ」との対話は不可能ではない）⁸⁴。

以上から分かる通り、ドイツ政治が右傾化し、とくにブリューニング内閣が倒れたことによって、アロンの平和主義は後退を余儀なくされた。これは裏面から捉えると、「政治教育」が進展したということでもあった。アロンの回想によれば、「1931年の評論には私自身の内面的な不確かさや、理想と情勢分析のあいだでの揺れ動きがあったが、1932年というワイマール体制最後の年に書かれた論説は、いまも戸惑いなく読むことができる。多くの基本的な点について私の見方は正しく、当時の現状と近い将来とを見通していた」という⁸⁵。

とはいえ、繰り返しになるが、1932年の段階ではナチ党の政権獲得は不可避ではなく、仏独対話の可能性についても、アロンは放棄したわけではなかった。やはり重大な転換点は、1933年1月末のヒトラーの首相就任に見出されることになる。しかし、この時点を経としても、現状に対する認識や処方箋が、そこまで劇的に変化するわけではない。もちろん、1930年代を下るにつれて見通しは暗くはなっていくものの、アロンは戦争の可能性を受け入れながらも、平和的解決の可能性も捨てはしなかった⁸⁶。

⁸² *Ibid.*, p. 498.

⁸³ Aron, *Mémoires*, p. 61. (邦訳62頁)

⁸⁴ Aron, "Allemagne, juin 1932", p. 630.

⁸⁵ Aron, *Mémoires*, p. 59. (邦訳60頁)

⁸⁶ 例えばアロンは、1939年6月の時点においてさえ、いざ戦争となれば戦う決

重要なのはむしろ、1933年から34年にかけて、アロンのかつての立場であった平和主義に対して原理的な再検討が加えられ、政治と道德に関する根本問題が提起されることである。よって次項では、そこに焦点を当てることによって、1930年代のドイツにおけるアロンの「政治教育」がもたらした成果について確認することにした。

（３）政治と道德——平和主義批判

「ワイマール共和国最後の数年」を過ごすことによって得られた経験は、アロンに政治的な成熟を促すことになった。後年、「ドイツ留学を経ることで自身のどんな部分が変わったと思いますか」と聞かれたアロンは、その質問に対して次のように答えていた。「私は、世界について自覚するようになっていました。つまり、政治教育を経たということです。1930年の春にドイツに着いたとき、私は世間知らずな青年でした。1933年には、私は大人になってフランスに帰ってきたのです⁸⁷」。

1930年から33年までのあいだに、アロンはかつての平和主義から政治的現実主義へと移行した⁸⁸。その変化を象徴的に示しているのは、1933年1月の『エスプリ』掲載の論説中にあらわれる次の一節である。

いまの私はもはや右派でも左派でもなく、共産主義者やナショナリストではないし、急進主義者や社会主義者でもない。私と意見を同じくする者がいるのかは分からない。……ドイツ・ナショナリズムへの反動として、私はフランス・ナショナリストになったのだろう。おそらく私は、昔からのイデオロギーは忘れて、シニカルな現実主義者の態度をとるようになったのである⁸⁹。

意があることを示しつつも、民主主義諸国は、「我々には、あらゆる問題を平和的に解決する用意がある」ということを、全体主義諸国に対して主張しなければならないとしていた（Aron, “États démocratiques et États totalitaires”, p. 51 [強調は引用者による]）。

⁸⁷ Aron, *Mémoires*, p. 72 (邦訳75頁) ; Aron, *Le spectateur engagé*, p. 45.

⁸⁸ Colquhoun, *op. cit.*, pp. 23-92; Baverez, *op. cit.*, pp. 53-92.

⁸⁹ Raymond Aron, “Lettre ouverte d'un jeune français à Allemagne, 1933”[1933], in *Croire en la démocratie: 1933-1944* (Paris: Pluriel, 2017), pp. 29-42, p. 29. [強

アロンによれば、「現実主義的な政治 *politique réaliste*」とは、単に個々の問題を検討するための方法なのではなく、「一つの精神的意志」を表現するものであり、それを受け入れるということは、「我々の置かれた状況について突き詰めて考えること」を意味した。すなわち端的にいえば、現実主義とは、「現実の承認による誠実への努力」にはかならず、それには次のような態度が求められるのである。

政治的領域において思考し行動しようと思うならば、何よりもまず、世界をあるがままに受け入れなければならないのであり、既成のイデオロギーによって、具体的な——そしておそらくは効果的な——考察への道を閉ざすようなことがあってはならない⁹⁰。

つまり、政治的思考にとっての第一の条件とは、現実をあるがままに認識することであり、イデオロギーのような先入観によってそれを歪めてはならないということである。そして、一般的に言って、この「現実をあるがままに見つめよ」という訓告は、「現実世界では、良い行いが必ずしも良い結果を招くとは限らず、それとは逆の結果をもたらすこともしばしばであるのだから、そのような世界においては、良い結果を引き寄せるためには悪い行いをとることも必要である」という別の訓告へと結びつく。次のマキアヴェリ『君主論』の一節はその典型であるといつてよい。

多くの人々は実際見えもしないし、知覚されもしない共和国や君主政を頭に描いている。しかしながらどのように生きているかということと、どのように生きるかということとは非常にかけ離れているので、なされるべき事柄を重視するあまりなされている事柄を省みない人は、みずからの存続よりも破滅を招くことを学んでいるようなものである。なぜならばみずからの職務すべてにおいて良きことを実行しようとする人は、良からぬ人々の間にあって破滅することになるからである。それゆえ君主はみずからの地位を維持しようとするならば良くない人間になりうることを学び、必要

調は引用者による]

⁹⁰ *Ibid.*, p. 41.

に応じてこのような行動をとったりとらなかつたりする必要がある⁹¹。

またこの訓告が、山上の垂訓のようなものとは異なる政治固有の倫理として主張される場合には次のようなかたちをとる。

この世のどんな倫理といえども次のような事実、すなわち、「善い」目的を達成するには、まずたいていは、道徳的にいかがわしい手段、少なくとも危険な手段を用いなければならず、悪い副作用の可能性や蓋然性まで覚悟してかからなければならないという事実、を回避するわけにはいかない。……この世がデーモンに支配されていること。そして政治にタッチする人間、すなわち手段としての権力と暴力性とに関係を持ったものは悪魔の力と契約を結ぶものであること。さらに、善からは善のみが、悪からは悪のみが生まれるというのは、人間の行為にとって決して真実ではなく、しばしばその逆が真実であること。これらのことは古代のキリスト教徒でも非常によく知っていた。これが見抜けないような人間は、政治のイロハもわきまえない未熟児である⁹²。

政治にとっての決定的な手段は暴力である。ウェーバーの「責任倫理 Verantwortungsethik」とは、この事実を直視したうえで、「良い結果のためには、ときに悪い行いを用いることもやむをえない」と認めることによって、結果に対する責任を引き受けようとする態度のことである。これに対置されるのは「信条倫理 Gesinnungsethik」であり、そこでは結果の如何を問わず、悪い行いはそれ自体として退けられなければならない。

アロンがかつての平和主義の立場から離反したのは、とくに1932年から33年にかけてのことであった。それは平和を諦め、そこに価値を置かなくなったということではない。「戦争の可能性」を現実のものとして受け入れるようになった

⁹¹ ニッコロ・マキアヴェリ [佐々木毅訳]『君主論』（講談社学術文庫、2004年）、第15章。

⁹² マックス・ウェーバー [脇圭平訳]『職業としての政治』（岩波文庫、1980年）、90-1頁、94頁。

たということである⁹³。そしてこのことは、アロンが政治的現実の厳しさを思い知らされるにつれて、ウェーバー流の責任倫理の態度に接近していったこととも無縁ではなかった。

その変化をたどる際の道標となるのが、1933年2月の『リーブル・プロボ』に載った「完全平和主義の考察」と、翌34年1月の『形而上学・倫理学誌』掲載の「良心的兵役拒否について」である。そこにおいて、平和主義や良心的兵役拒否の考察を通じて主題化されているのは、政治と道德の関係である。こうした問題が「政治教育」の終局において現れてきたのは、決して偶然ではないだろう。

第一に、ドイツ留学の知的・政治的なインパクトは、アロンの思想を根本から揺さぶったが、その過程において、かつての自身の政治主張の基礎にあった平和主義が批判的検討の対象とされていくのは、ほとんど不可避なことであった。

第二に、ヒトラーの政権掌握によって戦争の可能性が高まると、予想される戦争に対していかなる態度をとるのが問題とならざるをえない。いままさに戦争準備を進めつつある相手を目の前にしてもなお、平和主義を固持し続けるべきなのか。仮に力の行使が求められるとすれば、それはいかなる道德によって導かれなければならないのか。そして、いざ戦争が始まった場合に、社会は個々の人間に対して、どこまでの協力を義務づけることが可能なのか。まさにここにおいて、良心的兵役拒否の問題は現実性を帯びてくる。

第三に、良心的兵役拒否は、理論的に見ても重要な問題を含んでいた。国家という存在は、自国民に対して彼ら自身の死と同時に敵国民を殺す覚悟を要求するという「途方もない権限[＝交戦権]」を手に行っている⁹⁴。そうだとすれば、このような国家に対して、国民が、みずからの良心に従ってその命令への服従を拒否するか否かということは、政治秩序にとっての根本問題でもあろう。それを考えるならば、アロンが政治に関する考察を深めていった先に、このような問題を捉えたとしても不思議ではない。

以上を踏まえたうえで、先に言及した二つの論説の中身を見ていこう。「完

⁹³ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 70.

⁹⁴ カール・シュミット [田中浩・原田武雄訳]『政治的なものの概念』（未来社、1970年）、48頁。

全平和主義の考察」は、フェリシアン・シャレイエの論文に、Th・ルイセン、ジョルジュ・カンギレム、ジャン・ル・マタフの討論、バートランド・ラッセルやアランのテキストを加えて発表された「無条件の平和 *la Paix sans aucune réserve*」という小冊子について書かれた文章である⁹⁵。このなかでアロンは、平和主義の態度を以下の三つに分類している。

第一の「信者の平和主義 *pacifisme du croyant*」とは、「殺すなかれ」という絶対的命令への服従を要求するキリスト教徒やカント主義者の態度を意味し、良心的兵役拒否がこれに対応している。アロンはこの態度を尊重する。それというのも、平和主義の三類型のなかで唯一純然たる道徳的主張といえるのは、この信者の平和主義だからである。ただし、それにも次のような条件がある。「道徳的命令とは、帝国主義戦争を追求しえないというのではなくて、必然的に、暴力それ自体を追求しないのである。言い換えるなら、良心的兵役拒否者は、対外戦争と同様に内戦をも拒否する場合にのみ、すなわち純然たる道徳性の次元に身を置く場合にのみ、論理的な一貫性と尊敬を得るものと思われる⁹⁶」。

第二は「哲学者の平和主義 *pacifisme du philosophe*」であり、「戦争によって回避しようとする悪の何一つとして、戦争それ自体ほどに大きな悪はない」というラッセルの言葉に要約される態度を指す。だが、アロンにしてみれば、この種の平和主義は、荣誉や自由のような損益計算には馴染まない価値が戦争の賭物となる事態を考慮していない⁹⁷。つまり、「敵の勝利によってもたらされる結果は、戦争の不幸よりもさらに悪いものでありうる」という可能性を無視しているのである⁹⁸。

第三の「革命家の平和主義 *pacifisme du révolutionnaire*」は、シャレイエやカンギレムの主張であり、戦争は絶対悪として拒絶する一方で、内戦は是認するという態度のことである。しかし、「殺す」ということが絶対悪であるとするならば、その点においては戦争と内戦のあいだに違いはないはずである。それにも関わらず、革命家の平和主義が戦争のみを拒絶するのは、正当な防衛戦

⁹⁵ Aron, *Mémoires*, p. 56. (邦訳57頁)

⁹⁶ Raymond Aron, "Réflexions sur le pacifisme intégral", *Libres Propos* (janvier 1933), pp. 96-9, p. 96.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 96-7.

⁹⁸ Aron, *Le spectateur engagé*, p. 70; see also Aron, *Mémoires*, p. 57. (邦訳58頁)

争などというものは存在せず、戦争とは所詮、制度や階層秩序を守るためのものでしかないと考えられるからである。

たしかに、正当な防衛戦争と不当な戦争とを区別することの困難は認めざるをえないだろう。「国家間の紛争という弱肉強食の世界のなかで、一方が誤っており、他方は正しいと、つまり、その戦争が一方の側においては完全に防衛的なものである、ということを見定めることのできる者がいるだろうか。極論してしまえば、あらゆる戦争は防衛的であるとさえ、いいうるのだ⁹⁹」。

加えて、集団防衛としての国家戦争に、個人の自己防衛と同様の自明性を見出すことは困難になっている。しかし、このことは革命家が献身の対象として選び取る集団についても同様である。「国際的な労働者階級」のような集団が、「フランス」や「ドイツ」よりも現実的であるということにはならない。革命家が国家ではなく労働者階級を優先させるとしても、その判断は決して普遍的なものではないだろう。つまり、いかなる集団的価値にコミットするかということ自体が、ここでは選択の対象となっているのである。

いかなる集団的価値のためならばその身を投げ打つ覚悟があるかと問われても、人々は躊躇う。二つのあいだで躊躇するのである。祖国か階級か、万人にとっての正義か国民的独立か。いずれの側に人間にとっての正義の展望が見えてくるのか。今日において「歴史的使命」を有しているのはどちらの集団であるのか。

そうである以上は、革命的平和主義もやはり一つの政治的立場を示すものにすぎない。つまり、彼らはプロレタリア階級の共同体に賛同する一方で、資本主義の祖国を拒絶するのであり、それによって革命を選択しているということになる。そして、この場合の彼らの誤りとは、「殺人を絶対悪として語った後に、内戦を受け入れてしまっている」点なのである¹⁰⁰。

したがって、尊重に値するのは良心的兵役拒否の態度のみなのだが、そのことは具体的に何を意味するのか。「良心的兵役拒否とは、平時または戦時に個人が兵役を拒否することである。それは哲学的には二重の問題を提起する。〔一

⁹⁹ *Ibid.*, p. 57. (邦訳58頁)

¹⁰⁰ Aron, "Réflexions sur le pacifisme intégral", pp. 97-99.

方では] 兵役拒否者は社会に対して反抗を行うことになるが、その者はこの反抗を正当化しうるか。いかにして正当化しうるのか。[他方では] 社会はこの反抗を容認しうるか。いかなる条件の下で容認しうるのか¹⁰¹」。この問いを出発点として書かれたのが、「良心的兵役拒否について」という論文であった。

それによれば、良心的兵役拒否はそもそも政治的主張ではないのであり、それゆえに平和主義とは区別されなければならない（この点は、良心的兵役拒否を「信者の平和主義」としていた「完全平和主義の考察」の議論とは若干異なっているともしよう¹⁰²。それというのも、良心的兵役拒否の基盤は、「宗教または良心から来る絶対的命令」を除いて他にないからである。つまり、「殺すこと」の拒否がその唯一の根拠なのであり、良心的兵役拒否は「キリスト教的」であるか「カント主義的」であるかのいずれかである¹⁰³。

しかし、この論拠は、社会に対する反抗一般を正当化するものではない。ある社会の構成員として生きることを受け入れるということは、「意図的ではないにせよ、暗黙のうちに社会全体の不正について同意を与える」ことを意味するものだからである。ただし、この意味での社会的不正との「間接的かつ暗黙の一体化」が不可避であるとしても、兵士や殺人者になるという形での「積極的関与」については、個人の良心を根拠として拒否することが認められよう。つまり、みずからの手で実際に他者を殺めるという行為を拒む自由は残されるのであり、その限りにおいてのみ、良心的兵役拒否は正当と見なされる¹⁰⁴。

逆にいえば、良心的兵役拒否というものが、何らかの「政治的な意志 *volonté politique*」として用いられるようなことがあってはならない。その根拠となる道徳的命令は「無条件 *inconditionnel*」でなければならず、「社会がその市民に対して要求し、市民が服従を拒否する行動に対して直接に適用されなければならない」。すなわち、革命的平和主義のように、ある形態の殺人（＝戦争）については拒否するが、別の形態の殺人（＝革命）については許容するというよう

¹⁰¹ Raymond Aron, “De l’objection de conscience”, *Revue de métaphysique et de morale*, (janvier 1934), pp. 133-45, p. 133.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 133-5.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 137.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 137-8.

な態度は認められないということである¹⁰⁵。

以上を貫いているのは、「政治の問題は道徳の問題ではない」という思想である¹⁰⁶。それは一方では、政治の論理とは切り離された道徳の命令に従うならば、戦争という極限的状况においてさえも、良心に背く行動は拒否しようということを含意する。したがって、良心的兵役拒否についていえば、それが個人の信仰として主張される限りは、国家からの法的承認を期待することができる。ただし、この拒否によってさえ、個人と社会との関係が断ち切られるわけではない。みずからが所属する社会を受容し、その恩恵に浴して生活を営む限り、この社会との一体化を避けることはできない。ゆえに、良心的兵役拒否者であっても、民役を通じて社会への奉仕を行うという義務はある¹⁰⁷。

これはまた、「権力に反抗する市民」というアロンの思想に対する論駁でもあった。戦争一般を道義的に否定するということは、暴力や戦争を手段として得られた一切の獲得物を否定するということであり、それは端的には革命を意味するであろう¹⁰⁸。「理論的にいっても、市民と権力の一体性の完全な否定に基づく教義を唱えることなど不可能である。それは、平時においては民主主義体制を馬鹿げたものにすることであろうし、戦時にのみ限定されるとすれば、矛盾したものになるであろう¹⁰⁹」。

他方で、「政治の問題は道徳の問題ではない」という命題は、「政治は政治であって道徳には還元できない」ということを意味してもいる¹¹⁰。すなわち、政治における目的や手段の選択は、道徳的考察のみによって導出されるものではないということである。かかる主張は、ドイツ留学の末に、アロンがかつての平和主義を克服して、現実主義へと到達したとする通説的な見解を裏づけるものであろう。

するとこれは、アロンもやはり、先述したマキアヴェリやウエーバーのような現実主義を受け入れたということを意味するのか。アロンが、政治と道徳の

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 138-43.

¹⁰⁶ Aron, "Réflexions sur le pacifisme intégral", p. 99.

¹⁰⁷ Aron, "De l'objection de conscience", pp. 143-5.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 140.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 135.

¹¹⁰ Aron, *Mémoires*, p. 79. (邦訳84頁)

あいだに緊張を見てとっていたという点では、この主張は正しい。しかしながら、アロンがそれと同時に、かかる現実主義に対する批判的視座をも持ち合わせていたという事実を無視するわけにはいかないだろう。それが最も明確に表現されているのは、彼が『回想録』のなかで、「政治の問題は道徳の問題ではない」という先に引用した言葉について説明を加えた次の記述である。

もちろん、この一文も、逆の意味において同じく一面的である。哲学的に言えば、問題・判断・行動からなる政治は、特定分野をかたちづくっている。おそらく究極的には、政治的行動は、広義の道徳との関係においてしか意味を持たない。私が全体主義を嫌悪するのは、それが人間の本性の奥底に潜む、あらゆる悪徳の開花を促すからだ。あらゆる政治の目標、ましてやあらゆる戦争の目標は、道徳的でなければならない。あるいは、価値によって決定づけられるというべきかもしれない¹¹¹。

政治の問題を道徳的観点のみから考えるのが誤りであるとすれば、それを道徳から切り離すのもやはり同様に誤りである。政治の目的は、道徳的考慮によって導かれなければならないのである。それとは対照的に、全体主義は、通俗的マキアヴェリズムを先鋭化させることによって、無道徳主義的なニヒリズムへと陥ってしまう（「悪徳の開花を促す」）。かかる問題意識は、アロンが晩年になってようやくたどり着いた境地だったというわけではない。それはファシズムやナチズムといった全体主義と同時代的に対峙した経験のなかから生み出されたものであり、その萌芽はすでに、戦間期から第二次大戦初期における彼の思想のなかに見出すことができる。この問題に関しては、第4章第3節において、詳しく論じることになるだろう。

¹¹¹ Aron, *Mémoires*, p. 58 (邦訳59頁)〔強調は引用者による〕; see also Raymond Aron, “Max Weber et la politique de puissance”, *Machiavel et les tyrannies modernes* (Paris: Editions de Fallois, 1993), pp. 225-243.

バーチャル財産の刑法的保護に関する 日中比較法的考察（２・完）

—— オンラインゲームのデータを対象に ——

梁 小 煒

目 次

- 第一章 はじめに
- 第二章 中国刑法上の検討
 - 第一節 中国における財産犯の客体
 - 第二節 判例・学説上のバーチャル財産
 - 第三節 財産犯の客体であるバーチャル財産の具体的類型
 - 第四節 バーチャル財産の保護ルート
 - 第五節 本章のまとめ (以上、72巻3号)
- 第三章 日本刑法上の考察
 - 第一節 概説
 - 第一項 日中刑法における規制ルートの区別
 - 第二項 検討の対象
 - 第二節 バーチャル財産と不正アクセス罪
 - 第一項 不正アクセス行為の罪質
 - 第二項 不正アクセス罪の該当性
 - 第三節 バーチャル財産と財産罪
 - 第一項 窃盗罪の否定
 - 第二項 電子計算機使用詐欺罪の成立について
 - 第四節 バーチャル財産とその他の犯罪
 - 第一項 電磁的記録不正作出・供用罪
 - 第二項 業務に対する罪
 - 第五節 罪数上の問題
 - 第六節 本章のまとめ

第四章 終わりに

第一節 本稿のまとめ

第二節 示唆

第三節 残された課題

第三章 日本刑法上の考察

第一節 概説

第一項 日中刑法における規制ルートの区別

日本刑法において、電子計算機や電磁的記録に関連する犯罪は、中国刑法におけるコンピュータ犯罪と比べて、一定の相違が存在している。これによって、日本法上のバーチャル財産の侵害への規制ルートも異なっており、中国法の場合での結論を直接転用することができない。それゆえ、日本法を検討する際には、中国法との違いを把握しておかなければならない。以下では、行為客体の差異、不正アクセス行為の可罰性の差異、及びコンピュータに係る犯罪の保護法益の差異を挙げていく。

（１）行為客体の差異

まずは、行為客体の差異である。中国の場合、文言から見て、コンピュータ犯罪は「データ」を侵害する行為である。これに対して、日本では、例えば、刑法246条の２の保護客体は「電磁的記録」である。同条に関しては、「情報そのものを保護するものではないが、情報の改変によって財産上の利益を得る行為が処罰されようになった」¹という見解があり、すなわち、保護客体は「情報」そのものではないが、情報の改変は保護客体としての電磁的記録に影響を与えることが主張されている。そこで、ここでの問題は、情報、データ、及び電磁的記録の関係である。

刑法７条の２は「電磁的記録」について、「電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子

¹ 前田雅英『刑法各論講義（第７版）』（東京大学出版会，2020年）154頁。

計算機による情報処理の用に供されるものをいう」と定義している。通説によれば、「記録」というのは、情報を保存する媒体そのものではなく、その媒体上に一定の情報が載っている状態を指す²。

一方、日本においては「データ」の定義に関連する法律も存在している。例えば、官民データ活用推進基本法第2条は「官民データ」について、「電磁的記録に記録された情報であって、国若しくは地方公共団体又は独立行政法人若しくはその他の事業者により、その事務又は事業の遂行に当たり、管理され、利用され、又は提供されるものをいう」と定義している。この規定に基づけば、「データ」を「電磁的記録に記録された情報」と解釈し得る³。

しかし、これに対しては、データと情報を別のレベルのものとする見解がある。この見解によれば、情報は意味内容であり、データは情報の表現である⁴。

私見においても、後者の見解が合理的であると考えられる。すなわち、情報は一定の媒介で自身の内容を外界に認識させることができる。一方、データはビットの組み合わせである。ビットだけでは無意味であるが、その組み合わせ（ビット列）を通して、ある内容を表現すると、当該データは意味ある情報になる。つまり、情報とデータは同等のものではなく、データは電子化された情報の媒介であると考えられるべきである。

以上のことから、データは電磁的記録と同じ概念ではなく、データは情報を記録する媒介であり、電磁的記録は情報を媒介に記録している状態そのものである。そうすると、刑法意義上の「電磁的記録」は、「データ」を表現の符号（すなわち、媒介）として、意味内容のある「情報」が電子計算機において表示されている状態であると考えられる。

当該結論に従えば、本稿の対象とするオンラインゲームのバーチャル財産は、日本法においてはデータの形式で存在しており、ユーザーと経営者の間の債権・債務関係という情報を含んでいる電磁的記録であると認められる。

前述の通り、中国法において、行為客体は電磁的記録ではなく、単なるデー

² 裁判所職員総合研修所『刑法概説（八訂版）』（司法協会、2017年）105頁。

³ 福岡真之介、松村英寿『データの法律と契約』（商事法務、2019年）4頁参照。

⁴ 西貝吉晃「コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰（1）」、法学教会雑誌145巻2号（2018年）、374頁参照。

タである。当該相違は、財産犯を検討する際には重要である。なぜなら、私見によれば、データは無体物と評価され得るので、財物の一種である。これに対して、「状態」である電磁的記録は「物」ではない。

（2）不正アクセス行為の可罰性の差異

日本では、行為者が管理者の承諾等を得ず、アクセス制限機能のある他人の電子計算機を利用できる状態にした場合、当該アクセス行為を「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」（以下「不正アクセス禁止法」という）に基づいて処罰することができる。すなわち、ごく一部の特殊客体に対するアクセス行為を除き⁵、他人の電子計算機システムへの不正な侵入という行為自体は、中国刑法上はコンピュータ犯罪の手段行為にすぎないが、日本刑法上は、たとえ当該行為の後に同電子計算機システムにさらなる影響が与えられなくとも、処罰され得る。

しかも、不正アクセス禁止法では、不法な技術的手段を用いるかどうかとは関係がなく、権限者の許諾のないすべてのアクセス行為がその規制対象である。すなわち、正しいパスワード等の識別符号の入力により制御機能のある電子計算機にアクセスしたという場合も、不正アクセス禁止法上の「不正アクセス行為」となる（同法2条4項1号）。これに対して、中国においては、正しいパスワード等の入力、どのような構成要件にも該当しない。

（3）コンピュータに係る犯罪の保護法益の差異

中国ではコンピュータに関する規定はコンピュータ犯罪だけであり、それには他人のコンピュータ上のデータの取得と破壊が構成要件となる。このような罪はデータの具体的類型（例えば、公的データか、それとも個人のデータか）、価値（例えば、重要な情報が載っているデータか、それとも無意味なデータか）

⁵ 中国刑法第285条「コンピュータ情報システム侵入罪、コンピュータ情報システムのデータ不法取得不法管理罪、コンピュータ情報システムのデータ不法取得不法管理ソフト道具供与罪」：（第一款）国家规定に違反して、国家事務、国防建設又は先端的な科学技術の領域に係るコンピュータ情報システムに侵入した者は、3年以下の有期徒刑又は拘役に処する。本稿における中国刑法の条文の翻訳は、甲斐克則、劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）を参照した。

を考えず、公共秩序にしか着目していない。すなわち、中国刑法上のコンピュータ犯罪は、コンピュータ情報システムに係る公共秩序を保護目的としている。

これに対して、日本刑法上では、オンラインゲームのバーチャル財産に対する侵害は、電磁的記録に関連する犯罪との関係で、場合によっては、公共の信用に対する罪としての161条の2「電磁的記録不正作出及び供用」または168条の2及び168条の3「不正指令電磁的記録作成・取得等」、業務妨害罪としての234条の2「電子計算機損壊等業務妨害」、財産犯としての246の2「電子計算機使用詐欺」または259条「私用文書等毀棄」に該当する可能性がある。これらの罪の法益はそれぞれ異なって理解されている。

つまり、日本刑法上の電子計算機・電磁的記録犯罪の保護法益は、ネットワーク秩序の安全そのものに限定されることがないし、電磁的記録の具体的属性や、行為の態様などにより、財産の安全、または業務や事務の円滑な遂行にも関連している。下記の図表には、これらの適用可能な刑法上の条文及びその構成要件行為を掲げる⁶。

条文	行為態様
161条の2「電磁的記録不正作出及び供用」	人の事務処理を誤らせる目的で、その事務処理の用に供する権利、義務又は事実証明に関する電磁的記録を不正に作る行為
168条の2及び168条の3「不正指令電磁的記録作成・取得等」	①人の電子計算機における実行の用に供する目的で、電子計算機に不正な指令を与える電磁的記録等を作成、取得、保管する行為 ②電子計算機に不正な指令を与える電磁的記録等を人の電子計算機における実行の用に供する行為
234条の2「電子計算機損壊等業務妨害」	人の業務に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与え、電子計算機に使用目的に沿うべき動作をさせず、又は使用目的に反する動作をさせて、人の業務を妨害する行為
246の2「電子計算機使用詐欺」	人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は虚偽電磁的記録を人の事務処理の用に供して、自身又は他人に財産上不法の利益を得させる行為
259条「私用文書等毀棄」	権利又は義務に関する他人の電磁的記録を毀棄する行為

⁶ 福岡・前掲注3), 145頁も参照。

当該図表から見れば、本稿で検討するバーチャル財産との関係においては、次の３つのことを言うことができる。

①日本刑法上の電磁的記録に係る罪においては、行為客体に対しては一定の制限が要求されている。すなわち、電磁的記録不正作出及び供用罪、電子計算機使用詐欺罪、または私用文書毀棄罪においては、これらの行為客体は、権利義務、事実証明、または財産利益に関わる電磁的記録のみである。オンラインゲーム上のデータがこれらの罪の電磁的記録の特徴に合致するかを検討しなければならない。

②経営者がコントロールしている、オンラインゲームの運営の用に供するサーバーに攻撃した場合（例えば、データの改ざんによる課金アイテムの取得）に、業務が妨害されると認められれば、電子計算機損壊等業務妨害罪は適用され得る。これに対して、ユーザー個人のアイテムやコインを移転した場合、当該行為はデータの改ざんのようにサーバーを不全にする行為ではないが、同じように業務妨害とはいえるかが問題となる。

③不正指令電磁的記録作成・取得等罪は、他人の電子計算機をコントロールするための不正指令を同電子計算機に与えるウイルス等の不正なプログラムの作成、供用等の行為に係る罪である。データの移転等を行うために、電子計算機へのアクセスが必要であり、この際に不正アクセスの用に供するプログラムを利用する場合がある。それゆえ、バーチャル財産の侵害に助成するネットツールが本罪の指す不正指令電磁的記録に当たるかが問題になる。

第二項 検討の対象

本章では主に、オンラインゲームのバーチャル財産に対する侵害につき、上記各罪の成否、規制される行為態様、及び罪数上の関係を検討する。当該検討には現実上の意義がある。なぜなら、日本においても、バーチャル財産の侵害に係る事例は確かに存在しているからである。例えば、2020年3月18日に、次のようなニュース記事が掲載された：

「自分が清掃員として担当していたカラオケ店で拾ったスマホからゲーム「パズドラ」のアカウントに不正にアクセスし乗っ取ったとして、埼玉県警は12日同県朝霞市に住む会社員の男を不正アクセス禁止法違反と遺失物横領などの容疑で逮捕した…ゲームの使用端末を自分のスマホに無断で変更することでアカウントを乗っ取り、ユーザー名も変更した疑いが持たれている」⁷。

当該新聞記事によると、この事件では他人のゲームアカウントのデータを改ざんし、当該アカウントを乗っ取った行為について、不正アクセス禁止法違反で起訴されている。

中国の判例・通説に基づけば、当該アカウントに保護すべき財産的価値があると認められれば、窃盗罪における「財物」として、アカウント乗っ取り行為について窃盗罪が成立する。私見によっても、それは無体物に属し、窃盗罪で保護される。しかし、日本ではこのような理解はなされていないようである。

当該行為は実際、他人のゲームアカウントのパスワードを変更し、よってこれを支配する行為であることから、アカウント乗っ取り行為を、不正アクセス行為で捕捉することができるが、後述のように、バーチャル財産の侵害を不正アクセス禁止法違反のみで処罰することは、その本質に合致していない。すなわち、財産犯その他の犯罪の成立を認める可能性もあるので、これらの罪の該当性をも検討しなければならない。

第二節 バーチャル財産と不正アクセス罪

第一項 不正アクセス行為の罪質

不正アクセス禁止法1条は「本法は…電気回線を通じて行われる電子計算機に係る犯罪の防止及びアクセス制御機能により実現される電気通信に関する秩序の維持を図り、もって高度情報通信社会の健全な発展に寄与することを目的とする」として、本法の目的を示している。

(1) 立法者の見解

立法者は、上記目的に基づいて、本罪の保護法益について次のように解している。すなわち、ネットワークを通じてコンピュータを利用する者が誰であるかを正しく識別できなければ、「アクセス制御機能により保護を図ることとしている業務の円滑な遂行や関係者の権利利益に対し具体的な侵害の危険が生じる」⁸ゆえに、「アクセス制御機能に対する信頼を確保して、犯罪の防止及び電

⁷ 「拾ったスマホのパスワードのアカウントを乗っ取り、不正アクセス禁止法違反で逮捕」<https://ccsi.jp/1468/>、最終閲覧日2020-10-18。

⁸ 不正アクセス対策法制研究会『逐条不正アクセス行為の禁止等に関する法律

気通信に関する秩序の維持…それ自体が保護法益となるべきものである」⁹。

当該立法者による保護法益の理解は、本罪を社会的信頼の観点から把握するということに理解されている。つまり、本罪は「公共の信用を法益とするとされる偽造の罪に類似する、社会的法益に対する危険犯と構成されることとなる」¹⁰。

しかし、このような理解に対しては、「信頼保護構成は、システム維持という抽象的な目的を設定することで処罰の正当化を図る点に、問題がある」¹¹とする批判がある。すなわち、明確性を確保するために、社会的信頼と比べて、より具体的な法益構成を必要とすることになる。

（２）予備罪的構成の見解

不正アクセス禁止法の保護法益については、立法者の理解以外、さまざまな見解がある。例えば、処罰範囲の限定のために、不正アクセス罪を予備罪的構成から理解する見解がある。すなわち、この見解によれば、「目的犯罪達成の危険の有無を基準に、制限の有無を判断すべきであろう」¹²とされており、アクセス後の目的犯罪の達成の危険を不正アクセス罪の保護法益にする見解であると理解されるべきである。

しかし、このような見解に対しては、「ネットワークを悪用してなされる各種の犯罪の予備罪が、現行法上、一般には処罰されていない」¹³という反論がある。すなわち、ネットワークに係る犯罪の予備行為は実際に処罰されないのに、同犯罪の危険性を理由に不正アクセス罪として処罰するのは必ずしも説得的ではないので、当該予備罪的構成の見解を採用ことは困難である。

（第２版）』（立花書房，2012年）25頁。

⁹ 不正・前掲注８），28頁

¹⁰ 渡邊卓也「不正アクセス罪における「不正アクセス」の意義」高橋則夫ほか編『田口守一・曾根威彦先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂，2014年）254頁。

¹¹ 石井徹哉「不正アクセス禁止法の意義と限界」千葉大学法学論集19巻３号（2004年），13頁以下。

¹² 渡邊・前掲注10），266頁。

¹³ 今井猛嘉「不正アクセスの意義をめぐって」研修719号（2008年），7頁。

(3) データ処理の確実性を保護法益とする見解

不正アクセス行為と住居侵入行為との罪質の共通性を認めた上、「個々のデータ処理の確実性への信頼」を保護法益とすべきとする見解もある¹⁴。すなわち、「ネットワークを通じたアクセスを排除し、閉鎖的な領域において保護しようとする利益」に着眼し、「内部領域におけるデータ処理への攻撃」という行為態様を規制しようとする¹⁵。

しかし、侵入罪の構成によりデータの保護を図るという考え方に対しては、「個々のデータの保護を強調すると、ネットワークへの侵入のみを処罰することの説明が難しい」¹⁶として、データの保護がネットワークの利用の場合に限るという点には疑問があるとの批判がある。

私見によっても、当該批判は合理的である。「電気通信に関する秩序の維持」という不正アクセス禁止法の立法目的にかんがみると、インターネットの不正利用行為が規制の対象となるのは当然であるが、仮にデータ処理の確実性が保護法益とすると、データ処理への保護をインターネットからの影響がある場合に限るということには特別の理由がなくなってしまう。それゆえ、このような法益理解は不当であろう。

したがって、不正アクセス罪の保護法益を「データ処理の確実性への信頼」と解釈するのは、問題があるというべきである。

(4) 利用権者の識別可能性を保護法益とする見解

さらに、本罪は「ネットワーク上のなりすましによって発生し得るネットにおける円滑なコミュニケーションに対する過度な萎縮効果を防止する必要性を根拠として、実世界とサイバーワールドとの間の人格の形式的結合関係が維持されていることに対する信頼を保護する」¹⁷と理解されるべきであるとの見解がある。

そうすると、不正アクセス法の保護法益はデータの機密性に対する信頼ではなく、利用権者の識別可能性に対する信頼であることになる。確かに、当該見

¹⁴ 今井・前掲注13), 8頁参照。

¹⁵ 今井・前掲注13), 8頁参照。

¹⁶ 西貝吉晃『サイバーセキュリティと刑法』（有斐閣, 2020年）238頁。

¹⁷ 西貝・前掲注16), 244頁。

解は認証機能そのものに着目している点で、本法の規制対象に直接関連し、よって規定内容との高い整合性を持っているので、一見合理的である。

しかし、私見によれば、当該見解は「なりすまし」行為の防止のみにウェイトをかける点に問題がある。すなわち、本法２条４項から見ると、不正アクセス行為の類型は他人の識別符号を無断で入力するような「不正ログイン」行為と、識別符号の入力を除き、アクセス制御機能による特定利用の制限を免れる情報または指令を入力するような「セキュリティ・ホール攻撃」行為に分類し得る¹⁸。無断で他人のアカウントなどにログインするのは確かに「なりすまし」行為に属するが、セキュリティ・ホール攻撃は「なりすまし」と関係しないので、この場合には認証機能による識別への侵害がないと考えられるべきである。それゆえ、当該見解は本法の一部の規制対象だけに及ぶという点に、疑問があるように思われる。

（５）結論

以上のことから、上記の学説上の見解は欠点を持っており、これらを採用することはできないことになる。結局、やはり立法者の理解にしたがい、本罪の保護法益を「電気通信に関する秩序への社会的信頼」と認めるべきであろう。確かに、当該抽象的な目的は明確性の点において不足があるといえるが、これは公共秩序という類型の法益を保護する犯罪にとって共通の問題であり、不正アクセス禁止法における独自の問題ではないと考えられる。それゆえ、このような欠点だけで秩序の信頼の保護という法益論を否定することはできない。

第二項 不正アクセス罪の該当性

前述のように、本法の保護法益はデータの確実性に対する信頼におくべきではなく、電気通信におけるアクセス制御機能に対する社会的信頼であり、その規制対象は「不正ログイン」行為と「セキュリティ・ホール攻撃」行為という二種類の無権限アクセス行為である。

一部の学説は、不正アクセスの処罰は「結果的にはネットワーク内の情報を不正に入手すること（情報窃盗）を処罰することと同じことである」¹⁹と主張す

¹⁸ 不正・前掲注８），６１頁。

¹⁹ 園田寿『情報社会と刑法』（成文堂，２０１１年）１２頁。

る。当該見解によると、不正アクセスの規制対象は、実際にはアクセス行為及びその後の情報窃盗である。

しかし、データを閲覧しただけで、「当該データに対する固有の利用可能性を確立したとは言えず、データの不正取得は生じていない」²⁰とする反論がある。また私見によれば、当該見解は確かに保護法益論として展開されているわけではないが、実質的には情報の利用を不正アクセス罪の保護法益としている見解と同じであると思われる。前述の通り、このような理解に基づけば、データの保護がネットワークの利用の場合に限られることには疑問があるので、データそのものを不正アクセス罪で保護する見解は説得的ではない。

それゆえ、不正アクセス禁止法の規制対象は無権限アクセス行為そのものであり、アクセス後のさらなる行為とは関係がない。すなわち、本法は、制御機能により保護されるデータを保護する規定ではないと認められるべきである。

これについては、判例も同様の見解に立っている。

例えば、他人のアカウント内の電子メールを盗み見たという事案において、「アクセス制御機能を有する特定電子計算機であるサーバーに、電気通信回線を通じて当該アクセス制御機能にかかるメールサービス会員を利用権者として付された（他人の）識別符号であるユーザー ID 及びパスワードを入力して当該電子計算機を作動させた」行為を「不正アクセス行為」と判示し、「同特定電子計算機の認証サーバーに保管中の電子メールの内容を知得した」不正アクセス後の行為を「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密を侵した（電気通信事業法違反）」と認める判例がある²¹。

また、他人のヤフーアカウントのパスワードを無断に変更したという事案において、「ヤフーが設置管理するアクセス制御機能を有する特定電子計算機であるサーバーに、ヤフー会員 3 名を利用権者として付された識別符号であるユーザー ID 及びパスワードを入力して同計算機を作動させた」行為を不正アクセス行為とし、その後の「ヤフー会員 2 名がパスワードを変更した事実がないのに、同会員らがパスワードを変更する手続を取った旨の虚偽の情報を、上記サーバーに接続された記憶装置に送信した」行為を私電磁的記録不正作出行

²⁰ 今井・前掲注13), 9 頁。

²¹ 高松地判平成14・10・16LEX/DB28085232

為と認める判例も存在している²²。

したがって、他人のオンラインゲームアカウントにおけるデータを自己の下に移し替える行為も、他人のアカウントの無断ログインと、データの移転という二段階で考えるべきである。不正アクセス法で保護の対象となるのは、無断ログインという「なりすまし」行為のみであり、後のデータ移転もしくはパスワードの無断変更については保護の対象となっていないものと考えられる。すなわち、当該データの無断変更行為を不正アクセス行為で評価することはできない。この侵害について、別の犯罪に該当する可能性がある。

それゆえ、次は、ログインした後の、バーチャル財産の取得行為が刑法上どのように規制され得るかを検討しなければならない。

第三節 バーチャル財産と財産罪

前述のように、中国の刑法上検討されるバーチャル財産は、判例・通説によれば財産罪の客体と認められており、また私見においても権利の化体物として保護される。すなわち、バーチャル財産はゲームのサービスを表示しており、当該サービス利益は財産的利益（債権の属性）である。それと同時に、バーチャル財産の構成要素はデータであり、精神世界の観念的存在に属する純然たる利益とは違い、無体物（物権の属性）と認められ得る。データの価値は、表示されている遊戯利益にあるので、この場合のデータにはまさに権利の化体物の構造がある。それゆえ、バーチャル財産は権利の無体の化体物と評価され得る。

上記私見は、少なくとも中国刑法の場合には合理的である。具体的にいえば、中国刑法上に電子計算機使用詐欺罪は存在しておらず、また、私見によれば窃盗罪の構成要件行為は単純な財産的利益を侵害することができないが、当該解釈ルートによれば、オンラインゲームのバーチャル財産の移転行為を財産犯で規制することが可能となる。そうすると、利益窃盗への処罰を否定する私見によっても、窃盗罪でユーザーの法益を保護することができる。

しかし、日本の場合には状況が異なっている。電子計算機使用詐欺罪の規定がある日本刑法の場合には、簡単に中国の場合と同じように処理すべきではなく、バーチャル財産の財産的性質、適用の財産罪を再度検討すべきであるよう

²² 大阪高判平成19・3・27LEX/DB28135494

に思われる。

第一項 窃盗罪の否定

日本刑法では、財産犯の客体が財物と財産上の利益に区別され、その上で、窃盗罪では他人が所持・占有している「財物」を、その者の意思によらずに、領得目的で自己または第三者の支配下に移すことが必要であると解釈されている²³。

当該「財物」の意義をめぐることは、現在、有体物説と管理可能性説が対立している。現在の通説としての有体物説は、「空間の一部を占める物理的客体としての有体物のみが財物たりうる」としており、「固体でも液体でも気体でもない電気、その他のエネルギー自体は、物ではないことになる」²⁴と解している。そうすると、245条の「電気は、財物とみなす」という規定は、電気窃盗を例外的に処罰するような法律擬制規定であると認められることになる。

一方、管理可能性説は、245条の規定は単なる例示的意味を有するにとどまり、電気以外のエネルギーについても、管理可能な限り財物性を認める見解である。この説のうち、管理可能性の範囲を拡張して、人の労働力や牛馬の牽引力のようなものを含むとの見解もある²⁵。

管理可能性説に対しては、245条のみなし規定の文言からして「電気が財物でないことを前提とするといわざるをえない」²⁶という批判、管理可能性を広く解すると、単なる観念的存在である権利、利益の窃盗も認められるところ、「利益窃盗を不可罰とする現行法の立場を逸脱する」²⁷という批判がある。仮に、管理可能性を厳格解釈し、物理的管理可能性説にたっても、適切な限定基準が見出されないとする批判が提起されている²⁸。また、民事法上にも「物」は有体

²³ 中森喜彦『刑法各論（第4版）』（有斐閣、2015年）108頁参照。

²⁴ 井田良『講義刑法学・各論（第2版）』（有斐閣、2020年）208頁。

²⁵ 植松正『刑法概論Ⅱ各論（再訂版）』（勁草書房、1975年）365頁参照。

²⁶ 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）200頁。

²⁷ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第七版）』（弘文堂、2018年）153頁。

²⁸ 中森・前掲注23）、102頁は、「無賃乗車のような機械力の無断利用については、窃盗の成立を否定する理由はまったくないことになろう」として批判する。すなわち、車に対する管理は物理的であるともいえるから、無賃乗車の行為もその管理の侵害であり、窃盗罪に当たるのは可能である。しかし、それは乗車利

物と解される（民法85条）のであり、民法と正面から矛盾する立場をとるのが妥当ではないとの批判もなされているところである²⁹。

したがって、245条の意義に対する解釈、及び管理可能性説に多くの問題があることから考えると、有体物説の方がより合理的であると認められるべきである。そうすると、245条は、もとより財物の範囲に含んでいない電気を特に財物とする例外の規定とされるため、電気以外のエネルギーは、物質の性質を持っていても、財物とされ得ないことになる。

情報については、これも財物ではなく、せいぜい「それを記録した媒体（紙やUSBメモリなど）が財物とされることになる」³⁰と主張できるにすぎない。オンラインゲームのバーチャル財産は、経営者とユーザーの間の債権債務関係といった情報に属し、データそれ自体も有体物ではないので、日本刑法の財物に該当せず、窃盗罪で保護することは困難である。

そこで次に、バーチャル財産の侵害の場合に、利益窃盗の一部を規制する電子計算機使用詐欺罪が成立するかが問題となる。

第二項 電子計算機使用詐欺罪の成立について

（１）構成要件該当性

246条の２は、財産権の得喪変更に係る事務が人の介入を経ずに電磁的記録に基づいて自動的に処理されるような取引形態に対応するための規定であり、詐欺利得罪の補充類型である³¹。財産権に関する事務を自動的に処理している電子計算機は人間のように欺くことができないので、本条文により、電子計算機に直接の影響を与えて不法な財産上の利益を取得するという行為が処罰されることになる。

バーチャル財産の侵害行為は、一般的には端末の操作により完成されており、他人の意思行為が介在しないから、従来の詐欺罪で規制することができない。しかし、バーチャル財産の侵害により財産的利益の取得が認められる場合には、

益の窃盗とかわらない。

²⁹ 中森・前掲注23), 150頁参照。

³⁰ 井田良, 佐藤拓磨『新論点講義シリーズ刑法各論（第3版）』（弘文堂, 2017年）93頁。

³¹ 前田雅英ほか編『条解刑法（第4版）』（弘文堂, 2020年）800頁参照。

そのバーチャル財産の侵害について、電子計算機使用詐欺罪が適用できるかを検討すべきである。

246条の2には、「人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は虚偽電磁的記録を人の事務処理の用に供して、自身又は他人に財産上不法の利益を得させる」と規定されている。以下では、バーチャル財産の侵害について、A.「人の事務処理に使用する電子計算機」、B.「財産権の得喪変更に係る電磁的記録」、及びC.「虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて不実の電磁的記録を作る」または「虚偽の電磁的記録を人の用に供する」の該当性を検討する。

A. 電子計算機の該当性

「人の事務処理に使用する電子計算機」における「人の事務処理」とは、財産権の得喪、変更に係る事務の処理をいう³²。金融機関の設置したATM機のような、専ら財産事務を処理する機械は、その一例である。

オンラインゲームに関する電磁的記録は、ユーザーの遊技行為、すなわち、ユーザーの端末の操作により、ゲーム世界のルールに従って変更されている。当該過程はすべて、経営者が支配しているサーバーコンピュータの上で発生する。つまり、この場合、事務処理に係る電子計算機は、ユーザー個人のスマホ等の端末ではなく、ゲームの運営を維持するサーバーであると理解することができる。

また、現在のオンラインゲームにおいては、課金アイテムの売上げがゲームを運営する企業等の重要な収益源となっていることから、課金のメカニズムを設置しないサーバーは事実上存在していないだろう。課金は料金の支払いを通じて、より優れたサービスを取得するための機能である。そうすると、課金メカニズムを有するサーバーは財産的利益に係る電磁的記録を処理する電子計算機であるといえよう。

以上のことから、オンラインゲームの経営の用に供するサーバーコンピュータは本条文の意義上の電子計算機に属するといえる。

³² 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻 第二版』（青林書院、2006年）161頁参照〔鶴田六郎〕。

B. 電磁的記録の該当性

「財産権の得喪変更に係る電磁的記録」とは、「財産権の得喪、変更の事実またはその得喪、変更を生じさせるべき事実を記録した電磁的記録であって、その作出等が事実上財産権の得喪、変更を生じさせることとなるようなもの」をいう³³。「預金残高を記録した銀行の元帳ファイルや、金銭の利益に相当する記録がなされたプリペイドカードの磁気部分等がこれにあたる」³⁴と解することができる。

これに対して、不動産登記簿のような、財産権の得喪変更を公証するための記録、または一定の資格を証明するための記録は、その作出や変更行為が直ちに財産権の得喪変更に結びつかないので、本条文の電磁的記録に当たらない³⁵。

財産権の得喪変更に直接関連し得るために、まずは、バーチャル財産には財産上の権利があることが必要である。そして、バーチャル財産にはどのような権利が成立し得るかについては、「日本におけるオンラインゲームサービスの利用規約では、ユーザーの仮想財産に関する権利について、利用権ないし使用権が帰属すると規定するものが大半である」³⁶と主張する民法学説上の見解がある。すなわち、バーチャル財産に対するユーザーの支配は、実質的にはバーチャル財産の利用権ないし使用権を取得したと解されるべきである。

ユーザーはバーチャル財産の利用権・使用権を持っているとの見解を承認した上で、私見によれば、ユーザーと経営者の間の権利義務関係を表示しているバーチャル財産に対する利用権・使用権の取得は、ゲームをより楽しくするという権利を得たという状態の表現である。このような権利の取得には、一般的に課金等による金銭の支払いが必要である。それゆえ、当該利用権・使用権は、財産に係る権利と認められ得る。ゲームアイテム等のバーチャル財産に対するこれらの権利の取得、喪失は、直接的に財産上の権利であるゲーム利益の取得、喪失をもたらし得るので、オンラインゲームのバーチャル財産は、財産権の得喪変更に関する電磁的記録の特徴を備えているといえる。

³³ 松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（成文堂、2018年）271頁。

³⁴ 井田・前掲注24），320頁。

³⁵ 前田ほか・前掲注31），802頁参照。

³⁶ 角本和理『いわゆる仮想財産の民法的保護に関する一考察』北大法学論集65巻5号（2015年）305頁。

C. 実行行為の該当性

a. 概説

これまで見てきたように、オンラインゲームのサーバーは、人の事務処理に使用する電子計算機に該当しており、バーチャル財産も、財産権の得喪変更に係る電磁的記録に該当している。その上で、本罪の成立のためには、さらに「虚偽」の情報や不正な指令を与えることによる「不実」の電磁的記録の作成、または「虚偽」の電磁的記録の供用がなければならない。

不正な技術手段でサーバー上のデータを直接改ざんし、よって自己のアカウントにアイテムやコインを増加させた場合、関連の情報は「虚偽」のものと評価されることには問題がない。これに対して、行為者が他人の ID/ パスワードを取得し、対応のアカウントに勝手にログインし、他人に属するバーチャルアイテム等を自分のアカウントに移転させた場合に、行為者が利用した他人の ID/ パスワードはそれ自体虚偽ではない。また、移転させられたアイテムも、元のユーザーにより正当に取得されていたのであり、プログラムの不法改ざん、増加等の手段で生成したデータではない。すなわち、他人の ID/ パスワード及び行為対象たるバーチャル財産は本来電子計算機の正常なメカニズムから生じた真実の電磁的記録であると考えられ、そうであるならば、本罪の成立を認めるのは困難であるように思われる。

しかし、ここでの「虚偽」は必ずしも ID やパスワード、アイテムそれ自体の虚偽性を問題としていない。この点について、以下の判例等により確認する。

b. 判例及び立法者の見解

電子計算機使用詐欺罪における「虚偽」性の判断に関する事件(下記の事例9)につき、他人名義のクレジットカードの冒用による電子マネーの利用権(インターネット上の各種有料サービスを利用する際に、利用者が予め購入しておくポイント制の電子取引上の利用権)の取得に関する最高裁の判例は、本罪の成立を認めている。

事例9³⁷

³⁷ 最決平成18・2・14刑集60巻2号165頁。

（事実）

被告人 X は、窃取したクレジットカードの番号等を冒用し、いわゆる出会い系サイトの携帯電話によるメール情報受送信サービスを利用する際の決済手段として使用されるいわゆる電子マネーを不正に取得しようと企て、５回にわたり、携帯電話機を使用して、インターネットを介し、クレジットカード決済代行業者が電子マネー販売等の事務処理に使用する電子計算機に、本件クレジットカードの名義人氏名、番号及び有効期限を入力送信して同カードで代金を支払う方法による電子マネーの購入を申込み、上記電子計算機に接続されているハードディスクに、名義人が同カードにより販売価格合計11万3000円相当の電子マネーを購入したとする電磁的記録を作り、同額相当の電子マネーの利用権を取得したものである。

（判旨）

最高裁は以上の事実関係の下で、次のように電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた。

X は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。

事例 9 において、被告人 X は、インターネットで決済代行者の使用する電子計算機に、カード番号等の内容それ自体が真正なものに合致しているような情報を送信して、カード名義人が電子マネーを購入したという電磁的記録を作出し、よって同電子マネーの利用権を取得した。

すなわち、本件の被害クレジットカードの情報はそもそも真実のものであり、被告人による電子マネーの購入指令は、その作出人がカード名義人ではないということを除き、完全に正常な利用手続きに合致しており、電子マネー販売の電子計算機におけるデータの錯誤等をも生じさせていないことから、電子マネーを購入したとする電磁的記録それ自体が虚偽の情報とはいえるかが問題となった。

本件において使用されたクレジットカードにつき、控訴審である原判決は、

「そもそも、クレジットカードの制度上名義人以外の者による使用が禁止されていることは、同カードの取引約款や一般の取引慣行からも明らかであるほか、本件証拠上も、クレジットカード決済会社を介しての取引に当たって、利用者は、本人名義のカードを使用しなければならない旨が音声ガイダンスにより告知されているところである。そうすると、利用者が他人名義のクレジットカードを用いて同会社から電子マネーの購入手続を進めることは、カード名義人の信用力に基づく決済代行業務の事務処理目的からして、正規の手続としては全く予定していないというべきである」³⁸と判示して、情報の虚偽性を認めた。最高裁も「本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え」と判示しており、同様の理解をしたものといえよう。

すなわち、このような判例の立場からして、本件の情報の「虚偽」性の判断は、カード番号等の内容それ自体への判断に限らない。名義人ではない行為者の利用は、カード名義人の利用という事務処理目的に反するので、送信された情報は「虚偽」の情報と評価されることになった。Xの使用行為は「カード名義人の信用力に基づく決済代行業務の事務処理目的に適わず、実際の利用者とカード名義人の人格の不一致という虚偽の情報を与えたことになる」³⁹とされている。

また、電子計算機使用詐欺罪の成立のために、当該「虚偽の情報」の入力によって「財産権の得喪、変更に係る不実の電磁的記録」の作成が同時に要求されている。学説により、この意味は、虚偽の情報を入力した結果、「当該電磁的記録は真実に反する意味内容をもつことにより不実なものと評価されることになる」⁴⁰と解されるべきである。

したがって、本件において、Xが「名義人自身が電子マネーを購入した」ような客観上の真実に反する「虚偽」の情報を入力することによって生じた電子マネーの取得という電磁的記録は、無権限者である被告人の操作から生じ、ま

³⁸ 大阪高判平成17・6・16LEX/DB28115306

³⁹ 井田良、城下裕二編『刑法各論判例インデックス』（商事法務、2016年）183頁〔穴沢大輔〕。

⁴⁰ 高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル』（日本評論社、2017年）205頁〔内田幸隆〕。

た事実的、法律的関係に基づかないので、真実の状況に反するものであり、「不実」の電磁的記録と評価され得る。そうすると、電子計算機使用詐欺罪の構成要件が満たされることになる。

そして、インターネット銀行の不正利用に関する下記の事例10も、同様の立場に立っている。

事例10⁴¹

（事実）

被告人 X は、平成25年4月8日に、インターネット接続機能を有する電子機器を操作して、電気通信回線を通じ、インターネット専業銀行である銀行株式会社が設置して管理する電子計算機である認証サーバーコンピュータに対し、他人の普通預金口座から、被告人が管理する普通預金口座に合計350万円を振り込んだ旨の虚偽の情報を与え、前後5回にわたり、前記の認証サーバーコンピュータと連携する全国銀行データ通信システムの電子計算機を介して、前記の被告人の普通預金口座の預金残高を合計350万円増加させて財産権の得喪及び変更に係る不実の電磁的記録を作り、よって、合計350万円に相当する財産上不法の利益を得て、同年5月22日に、前記と同じような操作をし、よって、合計600万円に相当する財産上不法の利益を得た。

（判旨）

横浜地裁は次のように判示して、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた。

被告人が、氏名不詳者と共謀の上、他の者が不正に入手したインターネット銀行の預金口座の入出金、振込等を行うために使用する他人名義の預金口座のユーザー ID 及びパスワードを利用し、インターネット上の同口座にログインした上、上記他人名義の口座から被告人が管理する口座に現金を振り込んだ旨の「虚偽の取引情報」を与え、国内の銀行間取引を中継するコンピュータという「残高預金の振込等の事務処理に使用する電子計算機」を介して、被告人が管理する口座の預金残高を増加させるという「預金の振込等に関する不実の電磁的記録」を作り、不法の利益を得た。

前記の事例9と事例10は、立法者の見解に従っている。すなわち、立法者は、

⁴¹ 横浜地判平成25・11・22LEX/DB25502790

虚偽の情報とは「当該システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報をいう」⁴²と解している。学説によれば、この根拠は、本罪において「電子計算機に入力された数値・事項それ自体の正しさというよりも、情報が電子計算機に入力されたことで生じる意味内容と、それを裏付ける現実的事實的、法律的関係の齟齬が問われている」⁴³ことに求められている。

そうすると、事例10においては、銀行が予定する通信システムの事務処理の目的からして、金融秩序の維持や事務の順調な履行のために、口座の利用権限は、当該口座の名義人に限られるというべきである。本件の振込指令につき、現実には作出人と口座の名義人との間に齟齬が生じているから、当該指令はインターネット銀行の要求する事務処理の目的（名義人の利用）に反し、認証システム電子計算機に与えた「虚偽の情報」に該当すると認められることになる。

また、当該「虚偽の情報」の入力によって、アカウントの持ち主による同意がないにもかかわらず作成された被害者口座の残高の減少と被告人口座の残高の増加といった電磁的記録は、事実・法律上の基礎がないので、「財産権の得喪、変更に係る不実の電磁的記録」である。したがって、事例10における被告人は虚偽の振込指令を銀行の通信システムに与え、自分の管理する口座の残高の増加という「不実の電磁的記録」を作り、よって残高の金額に相当する預金債権といった財産上の利益を取得したと解されることになる。

c. バーチャル財産の侵害行為の実行行為該当性

上述したことは、バーチャル財産の移転行為にも同様に妥当し得る。

まず、オンラインゲームの新規登録の際には、登録者は携帯ナンバーや生年月日等の身分証明に供する情報を入力した後、ゲームにアクセスするためのアカウントのIDを取得する。ゲーム経営者との事前契約は、当該アカウントの利用を最初に身分情報を提供した登録者本人に限っている場合がほとんどである。すなわち、事例9、10における経営者のシステムの事務処理の目的と同じように、アカウントの名義人自身のログインだけが、当該ゲームのサーバーの予定する事務処理の目的に適する利用行為と認められるべきである。

⁴² 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（立花書房、1988年）121頁〔的場純男〕。

⁴³ 高橋ほか・前掲注40）、204頁〔内田幸隆〕。

そうすると、行為者によりゲームサーバーに与えられた、他人のアカウント中のバーチャル財産の移転という指令は、前記の事例９、１０における電子マネーの購買指令や振込指令のように、「名義人しかアカウントを利用できない」という経営者の決めた規則に反し、ゲームを運営するサーバーの予定する事務処理の目的から逸脱したことを根拠として、「虚偽」の情報と認められるべきである。また、アカウントのパスワードも名義人しか変更できないので、他人からのパスワード変更の指令もやはり「虚偽」の情報であるとされるべきである。

そして、事例９、１０の行為者は虚偽の情報を送信し、よって電子マネーや残高を自己のアカウントに増加させた。取得された当該電子マネーや残高に関する電磁的記録は真実の状況に反する「不実」のものである。バーチャル財産の侵害の場合においても、虚偽の情報の提供によって、被害者のアカウントにおけるアイテムの減少と、これに対応した行為者のアカウントにおけるアイテムの増加は、無権限者の操作の結果であり、事実に・法的関係に基づかないので、「不実」の電磁的記録と評価され得る。行為者は当該バーチャル財産を支配する地位を取得し、よって相応のサービス利益を享有していると認められるので、結局財産上不法の利益を自ら獲得したことになる。

したがって、バーチャル財産犯罪の典型行為である、アカウント内のバーチャル財産の移転行為、もしくはパスワードの改ざんによるアカウントの取得に対する刑法上の処罰につき、電子計算機使用詐欺罪の適用は可能であると考えられる。

（２）ユーザーの直接被害の場合

これまで見てきたように、ユーザーが支配するアカウントまたはアカウント内のアイテムやコインを他人に取得された場合、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めることができる。その上で、さらなる問題は生じている。すなわち、このような類型においては、不実の指令が与えられたサーバーは経営者のものである一方、行為客体としての電磁的記録が作出された結果、移転したバーチャル財産はユーザーの支配下にあったものである。そうすると、被害者はユーザーであるか、それとも経営者であるかという問題を解決すべきである。

一部の見解は、電子マネーの利用権利の取得に係る前記の事例９を例として、「電子マネー販売等の事務処理に供する電子計算機を保有していたクレジットカード決済代行業者を相手方とする対峙的詐欺として捉えるべきである」⁴⁴と

解しており、事務処理に使用する電子計算機を管理している経営者を電子計算機使用詐欺罪の被害者と認めている。

これに対して、振込の場合、「XがCDカードの不正利用によりA銀行のYの口座からB銀行のXの口座へYの預金を振込送金したような場合には、A銀行の占有する現金の移動を伴わないから、A銀行を被欺罔者・処分行為者、Yを被害者とする三角詐欺として構成することも可能である」⁴⁵として、ユーザーを被害者と認める見解もある。

学説上の解釈によれば、詐欺罪が成立するためには、行為者の得た財産と被害者が失った財産の直接的な対応関係が必要である。例えば、「財産領得罪においては、一項犯罪と二項犯罪に共通する要件として、行為者側に財産的利益が生じ、それと直接的に対応する形で被害者側に財産的不利益が生じるという利益と不利益の直接的な対応関係が要件とされるべきであろう」⁴⁶と解しており、利得は被害者の相応の損失からなされるべきであることを肯定している。

また、振込送金の被害者をユーザーと解する見解も、「Xが直接A銀行のATM機からYの預金を不正に引出した場合も、A銀行は、約款により免責されるのが通常であるから、実際の被害者はYであるが、現実にA銀行の占有する現金が移転しているために、Yを被害者とする一項詐欺を認めることには困難がある。なぜなら、被害者Yが失ったものはA銀行に対する預金債権であり、Xが得たものは現金であって、同一性を欠くからである」⁴⁷と主張しており、行為者の利得との同一性がある財産上の損害を被る者は財産領得罪の被害者であると認めている。

それゆえ、詐欺罪の補充類型としての電子計算機使用詐欺罪は、財産上の直接損害がその成立要件とされるべきであり、被害者もそれに従って、直接の財産損害を受ける者であるとの解釈が、合理的であろう。行為者が他人のカードを利用して自らの口座に振込送金を行う場合、行為者が銀行に対する関係において不法に財産上の利益を得たけれども、この過程に伴って直接的な財産の損失を被る者は銀行ではなく、口座の名義人である。したがって、この場合には、

⁴⁴ 日高義博『刑法各論』（成文堂、2020年）329頁。

⁴⁵ 西田典之「コンピュータと業務妨害・財産罪」刑法雑誌28巻4号（1988年）525頁。

⁴⁶ 井田・前掲注24）、302頁。

⁴⁷ 西田・前掲注45）、527頁注（37）。

口座の名義人は電子計算機使用詐欺罪の被害者となる。

ユーザーが支配するバーチャル財産の侵害という場合にも同様である。他のユーザーのアカウント内のアイテム等を自分のところへ移す行為においては、ユーザーが当該行為に伴って直接的な財産上の損失（アイテム等の喪失）を受けるので、これがユーザーの直接被害と評価されるべきである。この場合、経営者の信用などの利益が同時に侵害されていても、これ自体は直接的財産利益と関係しないので、電子計算機使用詐欺罪の保護範囲に含まれていないように思われる。すなわち、ユーザーが支配するバーチャル財産が侵害された場合、被害者はユーザーのみであると考えられるべきであろう。

（３）経営者の直接被害の場合

A. 概説

これまで検討したのは、ユーザーの支配下のバーチャル財産を侵害する行為である。しかし、バーチャル財産の損害は、経営者の直接被害の場面でも存在している。すなわち、サーバーにおけるデータ変更権限を無断に取得しデータの直接増加、改ざんをし、もしくはプログラムを通じて課金アイテムの消費を避ける等の行為は、ユーザーの利益と関係がなく、専らオンラインゲームの経営者に対する侵害である。

前述の通り、中国刑法において、経営者被害のバーチャル財産の取得につき、バーチャル財産を無体物とする場合にも、窃盗罪が成立し得ない。なぜなら、「被害者が占有を喪失し、行為者が相応の占有を取得した」という窃盗の特徴から見て、本来被害者の占有している財物を自己または第三者の占有の下に移転する行為が窃盗罪の実行行為である。アイテムは経営者の支配範囲（サーバー）から離脱できないので、そもそも経営者の占有に対する侵害がない。結局、当該行為はサーバーシステムを「欺いて」、支払うべき料金の支払いを免れたこととされるしかない。それゆえ、電子計算機使用詐欺罪が存在しない中国刑法の場合には、他人の意思決定を介しないようなデータの無断複製行為を財産犯罪で処罰するのは困難である。

これに対して、日本刑法の場合、電子計算機使用詐欺罪が存在している。通説によれば、当該特別類型の利益詐欺罪は、積極利得型と債務免脱型に分けられる。積極利得型としては、カードの利用による預金の付け替えや、架空の入金データの入力等が考えられており、債務免脱型としては、各種課金ファイル

の改ざんによる利用代金の免除等が考えられている⁴⁸。

バーチャル財産の取得の場合において、権限なくサーバーコンピュータに作出するデータ増加の指令が「不正の指令」であり、これによって、課金でしか取得できないゲームアイテムを、料金の支払がなく、自己または第三者の支配下のアカウントに生じさせた場合、当該アイテムの取得は「不実の電磁的記録」の作出にあたるとされ得る。このような場合、私見によれば、バーチャル財産を取得するより前には、行為者は何かを支払う義務がなく、課金に係る債務を負っていないから、債務免脱型の利益詐欺ではないように思われる。すなわち、この場合、行為者は価値のあるバーチャル財産を取得した、積極利得型の利益詐欺を行っていると思われるべきであろう。

B. 民事判例による損害の否定とその問題点

これまで見てきたように、経営者に対する侵害は電子計算機使用詐欺罪の成立が認められ得る。しかし、さらに考えなければならないことは、ここで問題となっているような事案において、経営者に財産的損害が生じていないのではないか、ということである。すなわち、民事法上の判例により、本稿であげたような事案の場合に、経営者には現実の財産損害がないと評価されているからである。

東京地判平成19・10・23は、オンラインゲーム会社である原告の従業員であった被告が、原告のゲームの運営管理プログラムにアクセス権限もなくアクセスするという不正アクセス行為を行い、自らのキャラクターデータを改ざんしてゲーム内の仮想通貨の保有量を増やし、それを、ゲーム内の仮想通貨やアイテムを現実の金銭で販売する業者に売却する（RMT = Real Money Tread）などをしたことから、ゲーム課金及びゲーム関連商品の売上げの減少という損害を理由に、被告に対し、当該不法行為による損害賠償を求めた事件につき、「RMTはゲームの機能や提供事務者とは全く無関係におこなわれるものであって、本件においても何ら原告やユーザーを害するものではなく、同行為が原告会社に損害を与えるものでもない…本件オンラインゲームの課金収入及び関連商品の売上げの減少は被告の行為と因果関係によるものではないし、被告がRMTにより利益を得たことは損害論との関係で、意味をもつ事実ではない…直ちにそ

⁴⁸ 西田・前掲注27)、236頁参照。

れらが被告に行為と因果関係を有するとまではいえないとしても、実際に信用毀損によりゲーム課金収入等に悪影響があったであろう」⁴⁹と判示している。このような判例に対して、民法学説は、「事業員が不正な手段で得たデータをRMTで換金した利益を、事業者が本来得られた利益であると考えることができないとして、事業員に対する利益吐き出し的な損害賠償請求を否定している」⁵⁰と解している。

このように、民事の判決においては、権限なくデータを改ざんしバーチャル財産を取得した後、これをRMTで販売する行為は、経営者に直接的な財産上の損害を与えるとはいえないとしたものがある。

このような民事判例は実質的には、RMTとゲーム会社の関連性がないことを理由として、RMTによる利益の取得と、課金の減少という会社の損害との間の因果関係を否定したものといえる。しかし、被告の行為が原告に与えた損害は、売り上げの減少だけではないものと思われる。すなわち、RMTの前の段階において、行為者はキャラクターデータの改ざんにより、自己のアカウントにコイン等を増加させた。これらのバーチャル財産は、ゲーム内の課金または労働でしか取得できないので、行為者はバーチャル財産の取得の正規の手続きを回避したといえる。このRMTの前段階でのバーチャル財産の不正取得と会社の損害との関係について、当該判例は明らかにしていない。この点において、当該判例には疑問があるのである。

C. 学説による損害の否定とその問題点

中国においても、利益取得が存在しているにもかかわらず、バーチャル財産には創出のためのコストがかからないという点、及びバーチャル財産の価値の不確定性という点に着目して、経営者の直接侵害はやはり財産犯罪とされるべきではないとの見解がある。たとえば、「ゲーム経営者の定価を実際の価値の標準としたら、犯罪数額の最終決定権は私的主体であるゲーム経営者により支配されてしまう。これは法治国家にとって容認できない状況である。実際価値の不確定により、バーチャル財産の実際価値に対する確定は完成できない任務になっている。それゆえ、法益侵害性の視点から、バーチャル財産の取得は窃

⁴⁹ 東京地裁平成19・10・23LEX/DB28141813

⁵⁰ 角本・前掲注36), 316頁。

盗罪と認められるべきではない」⁵¹と主張するものがそうである。

しかし、当該批判は当たらないといえる。まず、ゲーム経営者にとって、料金支払いの有無は重要な事情であり、この点を看過すべきではない。なぜなら、あるオンラインゲームの経営を維持するために、ユーザーの課金は主要な収入として、不可欠なのである。

また、経営者による定価は必然的に最終の犯罪数額とされるわけではない。すなわち、定価は会社が決めるけれども、実際の価値は最終的には市場原理に左右されるといえるので、犯罪数額を当時の市場取引価格によって計算することは納得できると考えられる。

以上のことに鑑みれば、上記の民事判例及び中国の学説とは異なり、財産的損害を認めることができるものと思われる。すなわち、刑事法の視点からして、ゲーム内のアイテム等が課金でしか取得され得ない場合において、行為者がデータに対する不法改ざんにより当該バーチャル財産を取得すれば、積極的にバーチャル財産の利用権利という不法利益を取得したと評価されるべきである。当該取得された利益に対応して、経営者は課金収入を取得できないため、同時に利益の損害を受けたと認められる。

D. 結論

上記で検討してきたように、民事判例の観点とは異なり、刑事法の検討においては、ゲーム経営者には直接的な財産上の損害を認めることができるだろう。

刑法246条の2の構成要件に基づいて、行為者が実際に財産上不法の利益を取得し、または他人にこれを取得させると、構成要件の実現が認められ得ることになる。客観的要件の該当性については、サーバーコンピュータに作出するデータ増加の指令が「不正の指令」であり、これによって、課金でしか取得できないバーチャル財産を、料金の不支払で自己のアカウントに生じさせた場合、バーチャル財産が取得されたという状態は「不実の電磁的記録」と認められ得る。

また、主観的要件を検討すれば、上記の民事判例の場合、確かに行為者は取得したデータを自ら利用しようとしていない（すなわち、転売の目的がある）。しかし、その場合においても、料金の不支払で取得されたバーチャル財産の利用権という不法利益を対象とする不法領得の意思が認められるべきであるの

⁵¹ 张弛『窃取虚拟财产行为的法益审视』、『政治与法律』2017年第8期，36頁。

で、本罪の主観的要件も満たされることになる。

したがって、不法にサーバー上のデータを改ざんし課金アイテムを取得し、よって財産上不法の利益を得るという行為は、本条前段の行為態様として、経営者を被害者とする電子計算機使用詐欺罪に該当すると解されるべきであろう。

なお、データを増やすという行為態様以外に、本条後段の「虚偽電磁的記録を人の事務処理の用に供して、自身又は他人に財産上不法の利益を得させる」行為となる、経営者の直接被害のもう一つの類型も考えられる。例えば、事前に変造したプリペイド式の IC カードを利用して、オンラインゲームにおいて正常な課金を行う場合、当該変造されたカードに記録された電磁的記録には、虚偽性を認めることができる。そうすると、行為者が当該虚偽の電磁的記録をオンラインゲームのサーバーの事務処理の用に供し、よって支払うべき料金の支払いを免れれば、本条後段の構成要件に該当すると認められるべきである。

第四節 バーチャル財産とその他の犯罪

これまで見てきたように、他人のバーチャル財産を取得する行為につき、ログイン行為を不正アクセス罪で、バーチャル財産の移転行為を電子計算機使用詐欺罪で規制することが可能である。また、経営者のサーバーに権限なく侵入する行為を不正アクセス罪で、データの改ざんによる財産的利益の取得を電子計算機使用詐欺罪で処罰することも可能であろう。

しかし、検討はまだ終わっていない。すなわち、これらの行為は電子計算機に関するその他の罪に該当するかということは、さらに問題である。

第一項 電磁的記録不正作出・供用罪

（１）概説

前述のように、オンラインゲームのバーチャル財産の侵害行為は、ユーザーに対する侵害として、アカウント内のアイテム等の移転やアカウントの乗っ取り行為、経営者に対する侵害として、サーバー上のデータの無断改ざんによりアイテム等を増やす行為がある。これらの行為は結局、自己のアカウントにアイテム等を取得させ、または他人のアカウントを自分だけが支配できる状態にする。これらのバーチャル財産は電磁的記録であり、その取得は電子計算機使用詐欺罪に該当する以外に、同様に電磁的記録を行為客体とする私電磁的記録

不正作出罪の構成要件行為に該当するだろうか。

161条の2は、人の事務処理を誤らせる目的で、当該事務処理の用に供する権利、義務または事実証明に関する電磁的記録を不正に作る行為を規制している。通説によれば、本条の趣旨は文書偽造・行使罪と同様であると認められる⁵²。すなわち、「文書等が本物であるということへの信頼」が保護法益になる。文書への信頼という法益を肯定した上で、「間接的かつ究極的に文書等によって媒介される取引・契約等の安全を保護するもの」⁵³という見解もある。

バーチャル財産の侵害の場合が本罪に合致するかについては、①バーチャル財産は、本罪の客体である電磁的記録に該当するか、②バーチャル財産の取得は、本罪の実行行為である不正作出に該当するか、及び③人の事務に誤らせる目的に該当するか、という3つの問題を検討すべきである。

(2) 構成要件該当性の検討

a. 客体

本罪の電磁的記録は権利、義務または事実証明に関するものであり、かつ、他人の事務処理の用に供せられるものである。通説によれば、本罪の「事務処理」とは、「社会生活上意味のある事項、すなわち、財産上、身分上、そのほか人の生活関係に影響を与えるような事項を取り扱う一切の仕事を含む」⁵⁴。

当該通説に基づけば、「事務処理」の範囲は人の生活関係に関連する一切の事項と解されており、かつ、本罪は社会法益を保護しており、財産犯ではない。このことに鑑みれば、本罪の客体とする電磁的記録が表示している権利、義務または事実、特に財産上のものに係る必要がないだろう。オンラインゲームのデータに関連する判例（下記の事例11）においても、この点が見出される。

事例11⁵⁵

(事実)

Fが、オンラインゲーム「モンスターストライク」を運営する株式会社Gの

⁵² 前田ほか・前掲注31), 460頁。

⁵³ 松宮・前掲注33), 377頁。

⁵⁴ 井田・前掲注24), 499頁。

⁵⁵ 千葉地判平成29・5・18 LEX/DB25546111

事務処理を誤らせる目的で、同年４月８日、多数回にわたり、Eを介して被告人から購入した携帯電話機を用い、電気通信回線を通じて、同社が管理する同ゲームのデータを記録する電子計算機であるサーバーコンピュータに、同ゲームのデータを不正に書き換えてクエストをクリアしたにもかかわらず、データを不正に書き換えることなく適正にクリアしたという内容の虚偽のデータを送信し、同データを同サーバーコンピュータに記録させ、もってクエストクリアの報酬である特定のキャラクター取得についての権利、義務に関する電磁的記録を不正に作出するとともにその事務処理の用に供した際、それに先立ち、同年３月25日、前記Eに対し、ウェブページ上で、同ゲームのデータを不正に書き換える手順等を掲示した被告人が運営するブログのパスワードを伝達し、同日から同年４月８日までの間に、前記Eに前記ブログを閲覧させた上、同人を介して前記Fに対し、前記ブログに掲示された同ゲームのデータの不正書換えの手法や強制終了の回避方法を教示し、もって同人の前記犯行を容易にしてこれを幫助した。

（判旨）

千葉地裁は、以下のように解して、不正作出私電磁的記録供用幫助罪の成立を認めた。

Fが、クエストクリア時にトレースログとしてサーバコンピュータに送信されるデータのいずれかを不正に書き換えた状態でクエストをクリアし、その後データを復元した結果、データの不正書換えのない状態でクエストをクリアした旨のデータがトレースログとしてサーバーコンピュータに送信・記録されたものと認めることができる。したがって、Fがクエストをクリアした際にサーバーコンピュータにトレースログとして送信・記録されたデータは、ゲームのデータを不正に書き換えてクエストをクリアしたにもかかわらず、データを不正に書き換えることなく適正にクリアしたという内容の虚偽のデータということができる。

そして、イベントクエストをクリアすると報酬として宝箱が得られ、その中に限定キャラクターが入っていた場合には以後当該キャラクターがゲーム内で使用可能となるため、Fがサーバーコンピュータに送信・記録させたゲームのデータを不正に書き換えることなく適正にイベントクエストをクリアした旨のデータは、限定キャラクターを取得する権利、義務が発生する要件の主要部分を構成する電磁的記録といえ、クエストクリアの報酬として得られる特定の

キャラクター取得についての権利、義務に関する電磁的記録に該当する。

以上のことによれば、Fがデータを不正に書換えてクエストをクリアしたにもかかわらず、データを書き換えることなく適正にクリアしたという内容の虚偽のデータをサーバーコンピュータに送信して記録させた点は、私電磁的記録不正作出・同供用罪に該当するものというべきである。そして、Fにデータの書換えの手法などを教示した被告人は、私電磁的記録不正作出・同供用の幫助に該当し、1罪として犯情の重い不正作出私電磁的記録供用幫助罪の刑で処断されることとする。

事例11において、ゲームのデータを不正に書き換えることなく適正にイベントクエストをクリアした旨のデータは、限定キャラクターの取得に関する権利、義務が発生する要件の主要部分を構成する電磁的記録とされた。

当該限定キャラクターの取得に係る電磁的記録は、経営者の販売するアイテムとはいえないので、当該行為は財産上の利益に直接関連せず、電子計算機使用詐欺罪の成立は考えられないことになる。しかし、そうであるとしても、この事例に係る限定キャラクターは、経営者の提供するゲーム利益の一種であり、ゲームの経営という事務上の権利・義務に関する電磁的記録と認められるのが合理的であるように思われる。

それゆえ、判例の理解と同様に、財産的利益であるかどうかにもかわらず、オンラインゲームに係るデータが遊戯利益と評価され得る場合、それはすべて本罪の電磁的記録に該当すると認められるべきである。本稿の検討対象としてのバーチャル財産もユーザーと経営者の間の権利・義務に関連しており、遊戯利益の一種であるので、電子計算機使用詐欺罪の客体以外に、同時に電磁的記録不正作出罪の客体にも属すると解することができる。

b. 実行行為

さらに、「不正に作る」という実行行為の該当性が問題になる。通説によれば、ここでいう不正作出の意味は、「電磁的記録作出権者、すなわち、電子的情報処理組織を設置・管理し、それによって一定の事務処理を行おうとしている者の本来的意図に反する電磁的記録をほしきままに作出して、存在させることをいう」⁵⁶

⁵⁶ 大塚仁『刑法概説各論（第3版増補版）』（有斐閣、2005年）490頁。

と解されている。この見解から出発すると、「電磁的記録が作り出されるべきシステムの設置運営主体との関係において、記録の作出に関与する権限がない」⁵⁷者だけが、本罪の主体となり得る。

それゆえ、当該作出に関与する権限のない者が虚偽のデータを入力し、よって電子計算機に既存の電磁的記録の変更を与える行為は、権限者の意図に反している限りで、本罪の実行行為を充足する。そうすると、バーチャル財産に係る電磁的記録が不正な行為と評価され得るためには、作出権限者の意図を考える必要があるだろう。

前述の通説によると、電磁的記録作出の権限者は「電子的情報処理組織を設置・管理して事務を処理する」者である。それを前提とすれば、オンラインゲームに係る電磁的記録の作出権者は、サーバーを管理するゲームの経営者ということになるであろう。ユーザーが自己のアカウントにバーチャル財産を取得させる場合、ユーザーは取得の指令をサーバーに送信し、そのあと、経営者が当該指令に従って、アカウントにバーチャル財産を取得させたという電磁的記録を作出することになる。このとき、ユーザーによるバーチャル財産の取得は正常な行為であるので、経営者の意図に反せず、不正作出とは関係がない。

それでは、本稿が問題とするようなバーチャル財産の不正取得は、本罪の不正作出に該当するのだろうか。電子計算機使用詐欺罪と同じように、電磁的記録不正作出罪の場合にも、ユーザーの被害と経営者の被害という2つの類型がある。まず、ユーザーの直接被害の場合を検討する。この場合、アカウントのパスワードを改ざんする行為と、アカウント内のアイテム等を移転する行為がその侵害態様として考えられる。

前者の侵害態様については、前述の通り、「会員がパスワードを変更した事実がないのに、同会員らがパスワードを変更する手続を取った旨の虚偽の情報をサーバーに送信した」行為を私電磁的記録不正作出行為と認めた判例がある（前記第二節の第二項で検討した大阪高判平成19・3・27LEX/DB28135494を参照）。この侵害態様においては、アカウントの利用がサービス権利の実現であり、そのパスワードの無断変更という指令は、「アカウントの名義人しか利用できない」という経営者の意図に反し、虚偽の情報と評価され得るので、「不正に

⁵⁷ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第8巻 第三版』（青林書院、2014年）237頁〔和田雅樹〕。

作る」という要件が満たされると考えられるべきである。

また、アイテムの無断移転においては、当該サービス利益の元の利用者が移転の意思を持っていないので、アイテムの移転という指令は正常な利用行為ではなく、経営者の意図に反して虚偽のものであり、結果としてのバーチャル財産の取得は、作出に関与する権限のない行為者が遊戯利益に関する電磁的記録を不正に作出したと評価できることになろう。

次に、経営者の直接被害の場合には、データの無断複製や増加がその侵害行為として考えられる。行為者が課金をしていないのに、「アイテムなどを自分のアカウントに取得させる」という虚偽の指令をサーバーに送信し、よってアイテムを取得することは、事務処理に係る権利義務に関する電磁的記録を不正に作る行為と認められるのはもちろんであろう。

それゆえ、ユーザーの被害でも経営者の被害でも、その侵害行為は「電磁的記録を不正に作る」という要件に合致するように思われる。

c. 目的要件

最後に、本罪成立のため、行為者には「人の事務処理を誤らせる」目的があるという要件が必要である。通説によれば、ここでいう目的は「不正に作出された電磁的記録が用いられる結果、事務処理に過誤を生ぜしめること」⁵⁸をいう。これは従来の文書偽造罪の「行使の目的」に対応する要件である。

オンラインゲームにおいて、バーチャル財産に係る情報処理の正常性への影響は、経営者にとっては事務上の過誤に属すると認められ得る。具体的にいえば、行為者が他人のアカウントから無断にバーチャル財産を取得する場合、またはデータの改ざんを通じて自己のアカウントにバーチャル財産を増加させる場合、これらの行為は正常な手続きを経ていないので、サーバーの事務処理に予定されないものであり、サーバーにはバーチャル財産の取得に係るデータの処理に関する過誤が生じ得るというべきであろう。行為者が「ゲームの経営に不利な影響を与える」という意思を持っていなくても、「これが正常な利用ではないので、電磁的記録の安全に実害を生じさせる可能性がある」ことの認識があれば、「人の事務処理を誤らせる」目的もあると考えられるべきである。

⁵⁸ 西田・前掲注27), 404頁。

d. 結論

以上のことから、バーチャル財産の取得行為は財産罪としての電子計算機使用詐欺罪以外にも、社会法益への侵害行為として、私電磁的記録不正作出罪に該当し得る。また、当該場合、不正に作出された電磁的記録を事務処理において使用可能な状態に置くような不正供用行為の成立要件は、不正作出行為と同様であるので、私電磁的記録不正供用罪も成立し得る。なお、詐欺と不正作出という両罪の罪数上の問題について、後述する。

第二項 業務に対する罪

（１）概説

行為者が自己または第三者に課金を免除させ、よって課金のみで取得できる優れたサービスを得た場合、行為者は経営者の課金の機会を減少させたということができる。また、他のユーザーのバーチャル財産を移転させる行為は同様に課金を避けながら、優れたサービス利益を取得させるものであろう。要するに、これらのバーチャル財産の取得行為については、課金の回避がその特徴である。

そして、経営者がオンラインゲームを運営する目的は、収入の取得であるといえる。課金のメカニズムを設置しないオンラインゲームは事実上存在していないので、ユーザーの課金は経営者の主要な収益源である。

当該課金のメカニズムの維持は、刑法上の「業務」に属すると認められ得る。すなわち、通説によれば、「業務」とは「人が社会的地位に基づいて継続的に行う仕事をいう」⁵⁹。この業務を経済的業務に限定するか、それとも文化的な非経済的活動も対象になり得るか⁶⁰は争いがあるが、オンラインゲームの運営はユーザーの課金を収益としているから、ここでのいう業務の一種であることには疑いがないだろう。

それゆえ、以下では、他のユーザーから、または経営者からバーチャル財産を取得する行為が、オンラインゲームの経営者の業務に障害を与えるかという問題について、検討を行う。

⁵⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻（第三版）』（青林書院, 2019年）76頁〔木藤繁夫＝河村博〕。

⁶⁰ 日高・前掲注44）、196頁。

(2) 偽計業務妨害罪

A. 構成要件の解釈

233条の偽計業務妨害罪は、「偽計を用いて業務を妨害する」行為を処罰するものである。通説は「偽計」を「人を欺罔し、または人の不知、錯誤を利用すること」⁶¹と理解しつつも、「実質的にみて1個の独立の組織体として社会的・経済的活動を営み、業務の遂行主体たり得る」⁶²と認められれば、本罪にいう「人」に含まれるというべきであると解している。すなわち、通説は、自然人に対して欺罔する必要がないとの理解である。

これに対して、当該「偽計を用いて」の意義について、詐欺罪のように「人を欺く」というものに限定する見解⁶³もある。しかし、判例はそうに解していない。

すなわち、判例において、電話料金の支払を免れるための装置であるマジックホンを電話回線に取り付け、通話料金課金事務を妨害した事例⁶⁴、または業務用電力量計に工作して実際の使用電力料より少ない量を指示させ、電力会社の電気料金徴収業務を妨害した事例⁶⁵は、偽計による業務妨害と認められた。学説の理解によれば、偽計の意義は「裁判例により拡張され、人の意思に対する働きかけの要素が希薄化するに至っている」⁶⁶のである。

それゆえ、对人的欺罔行為等以外に、直接的には機械に対する対物的加害行為についても偽計にあたるというのが、現在の通説・判例の見解である⁶⁷。私見によっても、通説・判例の立場を正当であると考え、自然人だけでなく、機械に直接向けて錯誤等を利用する行為も偽計にあたりと解する。

また、判例・通説によれば、本罪は抽象的危険犯であり、業務妨害行為は業務を妨害するおそれのあるものであれば足りる⁶⁸。そうすると、業務に対する

⁶¹ 西田・前掲注27), 140頁。

⁶² 前田ほか・前掲注31), 714頁。

⁶³ 平野・前掲注26), 187頁。

⁶⁴ 最判昭和59・4・27刑集38巻6号2584頁。

⁶⁵ 福岡地判昭和61・3・24判タ595号95頁。

⁶⁶ 山口厚『刑法各論(第2版)』, 有斐閣2010年, 164頁。

⁶⁷ 西田・前掲注27), 141頁参照。

⁶⁸ 東京高裁昭和58・3・31判時1090号180頁; 前田・前掲注1), 147頁; 大塚ほか・前掲注59), 105頁 [坪内利彦 = 松本裕]。実害犯と解する学説として、例えば、

支障が現実には生じる必要がないと認められるべきである。

B. 構成要件該当性の検討

a. 経営者への直接侵害

前述の通り、経営者への侵害は、課金を免除させ、よって課金のみで取得できるバーチャル財産を自己のアカウントに得させる行為である。当該課金を回避する行為は、課金アイテムの販売を業務としている経営者にとっての偽計業務妨害行為として評価され得るだろうか。

この点については、関連の判例が存在している。すなわち、下記の事例12においては、このような課金の回避行為に偽計業務妨害罪の成立を肯定した。それゆえ、以下では事例12を素材として、経営者からバーチャル財産を取得する行為に関する検討を行う。

事例12⁶⁹

（事実）

被告人 X は、A1会社の代表取締役である。A1会社は、B1会社の運営するオンラインゲーム「C1」を携帯電話で遊技する際に、同携帯電話機等と「C1」のサーバー間の通信データが経由するパソコン上で作動させることにより、通信データの書換えを行い、本来と異なるデータを同サーバーに送信するなどして、同オンラインゲームにおける魔法石と称する課金アイテムの消費を避けながら同オンラインゲームを進行させることを可能にする機能を有するソフトウェア「D1」を開発販売していたものである。ゲームのユーザー Y、Z はパソコンの操作で上記 D1 を作動させるなどして上記 C1 を遊技し、C1 における課金機会を減少させた。これに先立ち、被告人は、Y と Z が上記「D1」を使用することを知らず、その申込みに応じて D1 をダウンロード購入させた。

（判旨）

横浜地裁は、次のように判示し、正犯者ら Y、Z に偽計業務妨害罪の成立を認めた。

中森・前掲注23), 72頁; 西田・前掲注27), 142頁。

⁶⁹ 横浜地裁平成31・4・16 LLI/DB L07450551。本事件の評述について、神元隆賢「刑事判例研究」北海学園大学法学研究55巻4号（2020年）、27-49頁参照。

（偽計について）「本件正犯者らは、D1により通信データを書き換えているにもかかわらず、あたかも通常の遊技をしているかのような真実とは異なる外観を作出しており、偽計を用いたと認められる」。「偽計業務妨害罪において、人の意思に対する働きかけがなくとも、人の意思に働きかける場合と同程度に業務者の業務が妨害され得るのであるから、人の意思に対する働きかけを必要とする合理的な理由がないと解される」。

（妨害行為について）①通信データの書換えを行うというD1の技術的特徴から、B1がD1の利用者を特定することは容易ではなく、D1に対処するためには、ユーザーの通信データの調査をD1対策のために実施したり、そもそもD1を使用できなくするための技術的な措置を講じるなどの環境構築を実施したりする必要があるから、本件正犯者らの行為には、B1社員らに不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築の実施を余儀なくさせるおそれがあると認められる。

しかしながら、そのような不正対策業務の実施を余儀なくさせられたとしても、C1の運営業務それ自体に対する妨害と評価できるかには疑問があり、不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築はゲームの運営に伴う通常業務を実施したに過ぎないという弁護人の主張には理由がある。

②魔法石の売上げはC1のゲーム内における唯一の収益源であるところ、B1は、ユーザーに魔法石を購入してもらうことで、C1の運営費用を賄い、収益を上げるというビジネスモデルを採用しているのであるから、C1の運営業務とは、C1を配信・提供する中で、魔法石を販売していく業務に他ならない。

そうすると、本件正犯者らの行為は、魔法石による課金機会を減少させ、B1によるC1の運営業務を妨害するおそれのある行為と認められ、B1の業務を妨害したといえることができる。

これに対し、弁護人は、ユーザーは、C1を遊技する際にスタミナが無かったとしても魔法石を購入するとは限らないなどとして、本件正犯者らの行為が課金機会を減少させるものではない旨主張する。しかしながら、本件正犯者らがD1を使用してスタミナの消費を抑えることで、B1が魔法石に課金する機会が減少したことは明らかである。そして課金機会を減少させることそれ自体に、C1の運営業務を妨害するおそれがあるということを根拠に、本件正犯者らの行為の業務妨害性が肯定されるのであるから、弁護人の主張は採用できない。

要するに、事例12において、判旨は課金アイテムの販売をゲーム運営の業務と評価し、通信データの書換えによる課金アイテムの消費の回避をゲーム経営者への業務妨害行為と認めており、偽計業務妨害罪の成立を肯定している。

まず、前述のように、判例・通説によれば、直接的には機械に対する対物的加害行為についても偽計にあたる。それゆえ、データを改ざんし課金アイテムの消費を回避する行為は、ゲーム経営者のサーバーに直接向けられているとしても、人の意思に働きかける場合と同程度に経営者の業務が妨害され得るので、偽計行為に該当すると認められ得る。

そして次に問題になるのは、課金アイテムの消費の回避が、どのようにゲーム経営者の業務を妨害するのかということである。事例12では、①社員らに不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築の実施を余儀なくさせ、他の業務が後回しになるなどの支障を生じさせるおそれがあること、または②課金機会を減少させることそれ自体に、運営業務を妨害するおそれがあるということが業務妨害と評価され得るかが争われている。判旨は、前者を否定し、後者を肯定した。

①について、判例が業務妨害性を否定する理由は、その調査と環境構築は「ゲームの運営に伴う通常業務を実施したに過ぎない」ことである。このような理解は正当であり、不正の調査と対策の実施をゲーム経営者の社員に余儀なくさせるものは、ゲーム経営者の業務と直接関連せず、業務妨害のおそれがある行為とはいえないであろう。

なぜなら、ゲーム経営者の業務は課金アイテムの販売であり、その販売の数额を減少させる場合には、当該業務への直接的な影響があると理解することができる。これに対して、仮にバーチャル財産の取得により、データの調査及び不正技術を使用できなくなるという環境の構築を社員に余儀なくさせても、課金アイテムの販売という業務そのものを停止させていない。また、課金アイテムの販売の機能は自動的に実行しており、社員は調査等を実施しても、課金システムの管理を後回しにするとはいえない。

確かに、不正の調査等もゲーム経営者の業務の一部と認められ得る。しかし、前記の判旨のように、それはゲームの運営に伴う通常業務を実施したに過ぎないことである。それゆえ、不正の調査等を経営者に余儀なくさせる行為は、実質的には正常な業務行為を経営者に行わせているので、業務妨害行為といえないだろう。

以上のことから、①の業務妨害性を否定すべきであるように思われる。

②について、判例は、課金機会を減少させることそれ自体に、経営者の業務を妨害するおそれがあるということを根拠に、業務妨害性を肯定した。私見によっても、これが合理的であると考えられる。偽計を用いて、無料で課金アイテムを取得する行為は、課金の機会を直接減少させることであるので、少なくとも課金アイテムの販売を妨害する危険があり、まさに偽計業務妨害罪に該当するというべきである。

b. ユーザーの直接被害

一方、ユーザーの直接被害に関連する行為を検討しなければならない。すなわち、パスワードの無断変更で他のユーザーのゲームアカウントを乗っ取る行為、またはアカウント内のアイテム等の無断移転行為は業務妨害罪の構成要件に該当するかということが問題になる。

前述の通り、ゲーム経営者の社員に不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築の実施を余儀なくさせることは、課金アイテムの販売というゲーム運営の業務に直接障害を与えると認められるべきではないので、業務妨害ではない。

それゆえ、ユーザーの直接被害の場合においても、課金機会を減少させるという業務妨害の形式があるかを検討すべきである。確かに、これらの行為により、行為者は同様に課金消費を避けながら有料サービスを取得し、よって経営者の課金アイテムの売上げを妨害したということは可能である。

しかし、業務妨害罪の該当行為は「業務の実施そのものを妨害する行為」⁷⁰というべきであり、オンラインゲームの業務はアイテムの販売であるので、妨害されるのは販売過程そのものでなければならない。それゆえ、私見によれば、ユーザーからアイテム等を奪う場合においては、もとより課金の必要がないので、それによって課金の機会を減少させたことは間接的な形式にすぎないものであり、経営者の業務との直接的な関連性がないと認められるべきである。

したがって、ユーザーの直接被害は業務妨害罪の対象外にあるように思われる。

⁷⁰ 大塚ほか・前掲注59)、102頁参照 [坪内利彦＝松本裕]。

c. 結論

これまで見てきたように、オンラインゲームの経営者の業務は、課金アイテムの売上げである。経営者からバーチャル財産を取得する行為は、課金を免除させ、よって課金のみで取得できるバーチャル財産を自己のアカウントに得させることである。当該行為によって、課金の機会を直接減少させるため、課金アイテムの販売という経営者の業務は妨害され得る。それゆえ、当該経営者の直接被害には、偽計業務妨害罪の成立が認められ得る。

これに対して、ユーザーの直接被害は、他のユーザーのバーチャル財産を自己に移転させる行為である。当該行為は同様に課金の回避を通じて優れた遊戯サービスを得ることといえるが、ユーザーのアイテム等の取得は、課金システムに予定されている動作ではないので、課金の機会を減少させても、課金アイテムの販売の業務とは直接関連せず、業務妨害に関する罪で規制され得ない。

（３）電子計算機損壊等業務妨害罪

A. 概説

上述のように、データの改ざんによって、経営者から課金アイテムを直接取得する行為においては、偽計業務妨害罪の成立を肯定することができた。このような事例の場合、バーチャル財産への侵害は電子計算機に対する加害であることから、1987年の刑法一部改正によって新設された電子計算機損壊等業務妨害罪の成否をも検討する必要がある。

通説によれば、妨害される業務同じである限り、電子計算機損壊等業務妨害罪は業務妨害罪の特別類型であるので、両罪が成立する場合には、後者は前者に吸収される（吸収関係）⁷¹。

234条の2の電子計算機損壊等業務妨害罪は「人の業務に使用する電子計算機もしくはその用に供する電磁的記録を損壊し、もしくは、人の業務に使用する電子計算機に虚偽の情報もしくは不正な指令を与え、またはその他の方法により、電子計算機に使用目的に沿うべき動作をさせず、または使用目的に反する動作をさせて、人の業務を妨害した」と規定している。この構成要件の実行行為は三段階の構造になっている。すなわち、「コンピュータに対する加害的

⁷¹ 大塚ほか・前掲注59), 253頁参照 [鶴田六郎 = 河村博]。

行為、コンピュータ動作の阻害、及び、業務妨害を要件としている」⁷²。

B. 構成要件該当性

データの改ざんによるバーチャル財産の取得は、構成要件にあげられた行為類型のうち、基本的には第2類型、すなわち、コンピュータに対する加害行為のうち、「虚偽の情報もしくは不正な指令の入力」という行為類型に該当するといえる。

通説によれば、「虚偽の情報」とは「事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報」であり、「不正な指令」とは「事務処理の場面において、与えられるべきではない指令」⁷³である。

課金回避によるアイテム等の取得は、データの書換えに係る指令をサーバーに送信し、よってアイテムの対価を支払わずにバーチャル財産を得させることである。サーバー上のデータを改ざんするので、関連の情報は「虚偽の情報」と評価されることには問題がない。また、当該バーチャル財産の取得は、課金アイテムの販売という経営者の事務に対しては与えられるべきではない指令を通じて行われるといえる。そうすると、コンピュータへの加害行為の要件、「虚偽の情報もしくは不正な指令の入力」が満たされている。

次に、コンピュータ動作の阻害の要件である。これは、コンピューヘタの加害行為により、使用目的に反する動作をさせることであり、立法者によれば、ここでいう「使用目的」は、「抽象的な情報処理一般という目的ではなく、設置運用者の意図によって具体化された目的である」⁷⁴。

オンラインゲームの経営者のサーバーの使用目的は、やはり経営者の事務と関連して、課金アイテムの販売に係る情報の処理という形で具体化され得る。課金の免脱によるバーチャル財産の取得は、当然にサーバーの使用目的に反する動作であり、コンピュータ動作の阻害という要件に合致すると考えられる。

最後に、業務妨害の要件である。先に検討したように、偽計業務妨害罪の該当性を肯定した以上、ここでの業務妨害も同様に成立するといえる。

⁷² 中森・前掲注23), 76頁。

⁷³ 前田ほか・前掲注31), 724頁。

⁷⁴ 芝原邦爾「コンピュータによる情報処理と業務妨害罪」ジュリスト885号(1987年)14頁。

以上のことから、データの改ざんによるバーチャル財産の取得は、電子計算機損壊等業務妨害罪の構成要件に該当しており、本罪の成立の可能性があるように見える。

そして、前述のように、電子計算機損壊等業務妨害罪が成立した場合、偽計業務妨害罪は本罪に吸収され得ることになる。しかし、私見によれば、この点についてはなお異論の余地がある。すなわち、一見すると、構成要件が満たされているから、犯罪が成立する可能性があるけれども、実は法益侵害がないのではないかという問題が提起されている。以下では、この点について検討する。

C. 否定の理由

a. 加重根拠に関連する法益論

電子計算機損壊等業務妨害罪の法定刑と従来の業務妨害罪の法定刑に鑑みれば、前者は後者の加重類型というべきである。すなわち、前者の法定刑は「五年以下の懲役又は百万円以下の罰金」であるのに対して、後者の法定刑は「三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金」である。

それでは、電子計算機業務妨害罪の刑の加重の根拠はいかなるものであろうか。このことは、バーチャル財産の取得が、確かに形式上電子計算機損壊等業務妨害罪の構成要件に該当するように見えるが、単なる業務妨害罪で処罰されるべきなのか、それともこの加重類型で処罰されるべきなのかという問題を検討するために重要である。

立法者によれば、従来の業務妨害罪と比べて、電子計算機損壊等業務妨害罪の法定刑の引上げの根拠は、「コンピュータ・システムが広く業務に採用されると、人の遂行する業務と比べて業務処理の及び範囲も広くなり、またコンピュータが同時に複数の業務処理を行うことが可能となることから、それに対する侵害行為の与える損害は質的にも量的にも大きくなる可能性がある」⁷⁵という点にある。

当該加重の根拠に鑑みれば、従来の業務妨害罪の保護法益は業務遂行の安全等という個人的法益であるが、電子計算機損壊等業務妨害罪の場合、その加重の根拠は「本罪が併有する公共危険罪的性格」⁷⁶にあると主張する見解がある。

⁷⁵ 芝原・前掲注74), 11頁。

⁷⁶ 西田・前掲注45), 514頁。

それゆえ、本罪の成立のため、電子計算機による業務の妨害の影響は「単に一個人、一企業の内部的事務処理にとどまらず、社会公共に対しても被害や混乱を及ぼしうるような場合に限定する」⁷⁷べきことになる。すなわち、国民の生活に広く支障をもたらすおそれという点に、社会的法益に対する罪としての一面を認めている。

これに対して、本罪は社会的法益をも保護すると解すべきではないとの見解もある。例えば、「本罪は、業務妨害罪を補充する派生的構成要件として規定されたものであり、個人的法益に関する罪としての基本的性格まで修正したものと見るべきではなかろう」⁷⁸と考える見解はそうである。すなわち、個人的被害の質と量が重大であることに加重の根拠を見出す。

b. 私見

私見によれば、社会的利益も併有する見解の方がより合理的である。なぜなら、個人的法益のみを考えれば、その被害の質・量の重大性は不明確な基準であるという点から見て、恣意的になり得るからである。

確かに、社会的利益も明確な概念ではないが、具体的な事案において、仮に業務妨害行為が社会一般人の利用にも一定の影響を与える可能性があれば、「社会公共に対しても被害や混乱を及ぼしうる」行為と評価するのは容易であるように思われる。例えば、金融機関等のオンラインシステムが侵害された場合、社会上のユーザーたちの利用は阻害されており、社会に与える損害は重大であると解すべきであるので、電子計算機損壊等業務妨害罪で処罰することは可能であろう。

それゆえ、侵害の態様を、社会公共に影響を与える行為に限定する見解は賛成に値する。この点、前記事例12におけるバーチャル財産の取得をみるに、通信データの手換えによる課金アイテムの消費の回避は、課金システムの運行そのものを阻害する行為ではない。すなわち、他のユーザーの課金行為とは無関係で、社会公共に対しても被害や混乱を及ぼす行為とはいえない。電子計算機損壊等業務妨害罪は社会的法益をも保護しているとの立場によれば、このような行為に社会への危険は見出せず、同行為は本罪の対象外であると認められる

⁷⁷ 西田・前掲注45), 516頁。

⁷⁸ 日高・前掲注44), 205頁。

べきである。

（４）結論

先に述べたように、判例・通説によれば、業務妨害罪は抽象的危険犯である。課金の免脱によるバーチャル財産（課金アイテム）の取得は、課金アイテムの販売というゲーム経営者の業務に対しては、少なくともこれを妨害するおそれがあると解するべきである。機械に対する直接的な加害行為についても偽計にあたるという通説的見解からすれば、当該データの改ざんによる課金アイテムの取得は、偽計業務妨害罪に該当すると考えられるべきである。

そして、一見すると、当該課金の免脱によるバーチャル財産の取得は電子計算機損壊等業務妨害罪の構成要件にも該当している。そうすると、同行為は業務妨害罪の特別類型としての電子計算機損壊等業務妨害罪だけで処理され得る。

しかし、私見によれば、電子計算機に係る業務妨害罪は個人的法益以外に、社会的法益をも保護していると解されるので、同罪の成立のためには、行為が社会公共に影響を及ぼし得るものでなければならない。本稿の検討するバーチャル財産の取得は課金システム自体をストップさせていないので、社会的法益にとっては危険な行為と評価され得ないことになる。それゆえ、この場合には偽計業務妨害罪のみが成立し得る。

なお、他のユーザーのバーチャル財産を移転させる行為は、課金アイテムの販売という業務自体に直接関連せず、業務妨害罪で処理することができない。

第五節 罪数上の問題

これまで述べてきたように、他のユーザーのアカウントに無断ログインする行為は不正アクセス罪に該当しており、アカウント内のアイテム等を移転させる行為、またはアカウントのパスワードを改ざんする行為は電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪に該当していると認められ得る。

これに対して、他のユーザーに関係せず、ゲーム経営者の法益のみを侵害する場合において、サーバーへの侵入行為は不正アクセス罪に該当しており、データの無断改ざんによる課金アイテム等の取得は、電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪のほかに、偽計業務妨害罪にも該当し得ることになる。

ここにおいては、罪数上の問題、すなわちこれらの犯罪の関係を検討すべきである。

まず、いずれの侵害態様においても、不正アクセス行為によりサーバーを利用し得る状態になった後に、バーチャル財産の取得を行うことが想定されているので、ここでは異なる二個の行為が存在しており、それぞれ犯罪が成立する場合、一方が他方の手段となるという関係になれば、刑法54条1項の牽連犯となり、手段—結果の関係が成立しなければ、刑法45条の併合罪となると認められるべきである。

そして、この点について、立法者は、不正アクセス行為とその後の犯罪の關係は牽連犯ではなく、併合罪と評価している。すなわち、立法者は「不正アクセス行為の禁止・処罰はアクセス制御機能に対する社会的信頼を確保するためのものであって、不正アクセス行為後に行われる他の犯罪とは保護法益が異なり、また実態としても両者は直接の対応関係にあるとはいえないことから、不正アクセス行為を、その罪質上その後に行われる犯罪に対する単なる手段であるとは評価できない」⁷⁹⁾と解している。

判例もこのように主張している。すなわち、不正アクセスを手段として私電磁的記録不正作出・供用行為が行われても、両罪は通常の形態として手段または結果の関係にあるものとは認められないので、不正アクセス罪とその後の私電磁的記録不正作出・供用罪とは併合罪の關係にあると判示したものがある⁸⁰⁾。

それゆえ、立法者の見解及び判例に鑑みると、バーチャル財産への侵害においても、アカウントの無断ログインまたはサーバーへの侵入は、バーチャル財産の取得行為とは併合罪の關係にあると認められるべきであろう。

そして、不正アクセス後のバーチャル財産の取得は一個の行為であり、これによって電子計算機使用詐欺罪、私電磁的記録不正作出・供用罪、及び偽計業務妨害罪(ユーザーへの侵害ではない場合)が同時に成立し得る。学説によれば、電磁的記録不正作出罪と電子計算機使用詐欺罪との關係について、両罪は法益

⁷⁹⁾ 不正・前掲注8), 156頁。これに対して、前田ほか・前掲注31), 461頁は、電磁的記録不正作出・供用と詐欺罪については牽連犯が成立すべきだと主張する。

⁸⁰⁾ 最決平成19・8・8 刑集61・5・576, 前田・前掲注1), 413頁参照。

を異にするのであるから、同時に成立して観念的競合になる⁸¹。

確かに、電子計算機使用詐欺罪の保護法益は財産であり、電磁的記録不正作出・供用罪の保護法益は、通説によればデータの証明機能である。両罪の保護法益が異なるので、事実関係が一個の行為と認められる場合には観念的競合になるのは合理的である。また、偽計業務妨害罪は業務活動の自由を保護しており、その保護法益も前記の両罪と異なるので、同様に観念的競合の関係にあると評価されるべきであろう。

以上のことから、他のユーザーのバーチャル財産を侵害する場合、バーチャル財産の取得行為は同時に私電磁的記録不正作出・供用罪と電子計算機使用詐欺罪に該当しており、両罪を観念的競合として評価した後、取得行為の前の不正アクセス罪とは併合罪の関係にあると認められるべきである。

一方、データの改ざん等を通じてゲーム経営者を侵害する場合、バーチャル財産の取得行為は私電磁的記録不正作出・供用罪、電子計算機使用詐欺罪と偽計業務妨害罪に該当して観念的競合になり、これと不正アクセス罪とは、ユーザーへの侵害の場合と同じように、併合罪の関係にある。

第六節 本章のまとめ

本章は、日本刑法の視点から、オンラインゲームのバーチャル財産の侵害行為に対する規制ルートを検討した。

中国刑法とは違い、日本では、他人のアカウントへの無断ログイン、または他人の電子計算機への侵入行為は可罰的である。それゆえ、バーチャル財産の侵害は、不正アクセス行為とデータの移転という二段階に分けられ得る。無断ログイン等の行為は不正アクセス罪で規制されるべきである。

そして、次に問題となるのは、データの移転によるバーチャル財産の取得に対する規制である。バーチャル財産はユーザーと経営者との間の権利義務関係を表示しており、課金またはゲーム内労働でしか取得できず、これに係るユーザー同士の間の取引も大規模になっていることから、財産的利益となり得る。日本の通説では、窃盗罪は有体物に対してしか成立しないため、バーチャル財

⁸¹ 日本弁護士連合会・刑法改正対策委員会『コンピュータ犯罪と現代刑法』（三省堂、1990年）174頁参照。

産は窃盗罪の客体として認められ得ない。しかし、アカウントの名義人ではない行為者が、他のユーザーのバーチャル財産を取得する場合、この取得行為は虚偽の情報の入力と評価され、電子計算機使用詐欺罪に該当し得ることになる。また、経営者の直接被害の場合も、課金費消の免脱によるバーチャル財産の取得は同様に電子計算機使用詐欺罪で規制され得る。

個人の財産法益を保護している電子計算機使用詐欺罪の成立以外には、バーチャル財産の取得は社会法益への侵害行為として、同時に私電磁的記録不正作出・供用罪にも該当する。これに加えて、データの改ざんによる課金アイテムの取得という行為態様は、ゲーム経営者の業務遂行を妨害しており、この場合には経営者に対する偽計業務妨害罪の成立も可能である。

結局、他のユーザーのバーチャル財産を侵害する場合、すなわち、他人のアカウントに無断にログインした後、アカウントを乗っ取り、またはアカウント内のアイテム等を移転する場合、無断ログイン行為は不正アクセス罪に該当しており、バーチャル財産の取得行為は電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪に該当する。当該2つの罪は観念的競合となり、それらと前段階の不正アクセス罪とは併合罪の関係にある。

これに対して、ユーザーの侵害とは無関係に行われた、データの改ざん等による経営者への侵害においては、まず、サーバーへの侵入行為は不正アクセス罪で規制され得る。そして、バーチャル財産の取得行為は同時に電子計算機使用詐欺罪、私電磁的記録不正作出・供用罪及び偽計業務妨害罪に該当しており、当該3つの罪は観念的競合となっている。当該取得行為と前段階の不正アクセス罪とも併合罪の関係にある。

第四章 終わりに

第一節 本稿のまとめ

本稿では、中国及び日本において、オンラインゲームに係るバーチャル財産を刑法上どのように保護すべきかを検討した。本稿によって得られた結論は、次の通りである。

第一章では、バーチャル財産の概念及びその侵害の態様を提起した。

現在中国の通説によれば、バーチャル財産は、インターネット空間に存在し

ており、財産的価値があるデータである。中国においては現在、主としてオンラインゲームのデータをバーチャル財産の代表として検討を行なっている。オンラインゲームに係るバーチャル財産には、ゲームアカウント、ゲーム内アイテム及びゲーム内通貨という3つの類型がある。

アカウントに対する侵害は、主にはパスワードの無断変更により、行為者だけが当該アカウントに入れるようにするものであり、アイテムやコインに対する侵害は、主には他人のアカウント内のアイテムやコインを移転させる行為である。これらの行為に対しては、民事法による規制では足りないので、刑事法的規制の必要性が生じるというべきである。

第二章では、中国刑法の視点から、バーチャル財産の保護ルートを検討した。

現在の多数説により、バーチャル財産は財産的利益と解されている。利益窃盗も窃盗罪で規制し得る通説・判例の観点からすれば、バーチャル財産の取得は、窃盗罪の構成要件に該当し得ることになる。しかし、有力説から見て、財産的利益は窃盗罪で規制され得ない。このように解すれば、利益としてのバーチャル財産は窃盗罪で保護し得ないことになり、処罰の間隙が広く生じ得る。

窃盗罪の保護客体に関して、私見は有力説に与するものであるが、その上で本稿では、データを無体物と解することで、窃盗罪の客体とすることを主張した。なお、中国刑法においては、一定の金額を超えなければ、財産犯は成立しない。それゆえ、かかる無体物の価値をどのように計るかも重要になる。バーチャル財産の場合、データの価値は経営者の提供するサービス利益が決めるので、バーチャル財産をサービス利益の無体の化体物と解することで、バーチャル財産の金額を算定することができるだろう。

そうすると、ユーザーの被害の場合、窃盗罪の成立を認めることができる。同時にコンピュータ犯罪に当たる場合には、観念的競合となり得る。ただし、コンピュータを利用する窃盗犯罪が直接的に窃盗罪で処罰される限りにおいては、287条に基づいて、コンピュータ犯罪の成立は排除されることになる。これに対して、経営者の被害の場合、バーチャル財産は経営者の支配下のサーバーから離脱できないので、その取得行為は窃盗罪の特徴に合致しない。また、行為者の無断複製行為は、経営者に現実の利益損害を与えていない。結局、コンピュータ犯罪のみで規制され得ることになる。

第三章では、日本刑法の視点から、バーチャル財産の保護ルートを検討した。

中国刑法とは違い、日本においては、他人のアカウントへの無断ログイン、

または他人の電子計算機への侵入行為は可罰的である。それゆえ、バーチャル財産の侵害は、不正アクセス行為とデータの移転という二段階に分けられ得る。

まず、無断ログイン等の行為は不正アクセス罪で規制され得る。そして、バーチャル財産は財産的利益であり、他のユーザーのバーチャル財産を取得する場合、この行為は虚偽の情報の入力と評価され、電子計算機使用詐欺罪に該当し得る。また、経営者の直接被害の場合、課金費消の免脱によるバーチャル財産の取得は同様に電子計算機使用詐欺罪で規制され得る。それ以外にも、バーチャル財産の取得は社会法益への侵害行為として、私電磁的記録不正作出・供用罪にも該当する。これに加えて、データの改ざんによる課金アイテムの取得という行為態様は、ゲーム経営者の業務遂行を妨害しており、偽計業務妨害罪の成立も可能である。

結局、他のユーザーへの侵害の場合、アカウントに無断ログインする行為は不正アクセス罪に該当しており、バーチャル財産の取得行為は電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪に該当し、両者は観念的競合となる。そして、当該取得行為と前段階の不正アクセス罪とは併合罪の関係にある。これに対して、データの改ざん等による経営者への侵害においては、まず、サーバーへの侵入行為は不正アクセス罪で規制され得る。そして、バーチャル財産の取得行為は同時に電子計算機使用詐欺罪、私電磁的記録不正作出・供用罪及び偽計業務妨害罪に該当し、当該3つの罪は観念的競合となる。当該取得行為と前段階の不正アクセス罪も併合罪の関係にある。

第二節 示唆

バーチャル財産の保護ルートに対する上述のような検討を通じて、中国・日本刑法の現状に対し、一定の示唆を提起することができる。

まずは、日本刑法に対する示唆である。オンラインゲームのデータの不正取得につき、中国の司法と学説はおおむね財産犯の成立を認める。日本においては、今までの事例に鑑みると、このような行為を不正アクセス禁止法で規制している場合があり、私電磁的記録不正作出罪で規制している場合もある。しかし、不正アクセス罪は、不正アクセス後の他人の情報の入手等を規制するものではないため、ユーザーのデータそれ自体を十分に保護することはできない。また、電磁的記録不正作出罪は社会法益を保護しており、ユーザー個人の法益

に着目していない。しかし、ゲームのデータに金銭的価値がある場合もあり、ユーザーをも保護する必要が認められることから、そのデータの不正取得を電子計算機使用詐欺罪で規制するのは可能であろう。

そして次は、中国刑法に対する示唆である。中国の場合、バーチャル財産の移転行為については、一般的に窃盗罪の成立が認められる。ここでは財産的利益として保護する可能性と、無体物として保護する可能性がある。しかし、「元の占有を破棄し、新たな占有を基礎づける」という窃盗罪の特徴を維持するために、単なる利益の窃取を窃盗罪で規制するのは妥当ではない。この点、ゲームのバーチャル財産については、それを無体物と解することで、処罰の間隙ができることを防ぐことができたが、それ以外の従来規制の対象となっていたもの（例えば自動改札を利用した不正乗車⁸²）が窃盗罪で規制できなくなるという問題が生じる。したがって、立法論としては、日本刑法上の電子計算機使用詐欺罪のような規定を設置する必要性が認められ得る。

第三節 残された課題

本稿では、オンラインゲームのデータを代表として、バーチャル財産の刑法的保護を検討した。ここでは、本稿で解決されなかった問題を、残された課題として提起する。

まず、ビットコインを代表とする暗号資産は、「P2P技術によって同一の台帳を保有する分散型台帳技術であるブロックチェーンを応用したもの」⁸³である。暗号資産の種類はさまざまであるが、ビットコインを代表とするものは、特定の発行・中央管理主体が存在しない。すなわち、ユーザーは自己の端末で台帳を保有しており、バーチャル財産に係るデータを保存する中央サーバーが設置されていない。そうすると、このような暗号資産はオンラインゲームのデー

⁸² すなわち、ICカードのデータを改ざんして自動改札を通過する場合、経営者のデータの移転が存在していないから、当該カードのデータを無体物と解釈することができない。結局、電子計算機使用詐欺罪がないと、当該不正乗車行為は処罰できなくなる。

⁸³ 森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金融法務事情2095号（2018年）14頁。

タのように、ユーザーと経営者の間の権利・義務関係を表示する財産的利益と認められ得ない。民事法上の見解によれば、当該暗号資産は支払によって債務を消滅するような「債務免責力」があって、財産権の客体と解されているが⁸⁴、刑事法の場合、他のユーザーのアカウントを取得する場合、暗号資産はどのように財産犯の客体と評価され得るか、財産犯としての電子計算機使用詐欺罪で処罰することができるかについては、問題になる。また、現在の技術ではできないといえるが、データの改ざんを通じて暗号資産を自己のアカウントに増加させる場合、サーバーを管理する経営者が存在しないので、刑事法的規制ができるかについても検討すべきであろう。

次に、本稿でいうバーチャル財産は、中国の通説上の定義に基づき、インターネット空間に存在しており、財産的価値があるデータとした。すなわち、インターネットに係るのが、その特徴となっている。これに対して、個人の端末に保存しているデータ、例えば重要な情報が載っているファイルも、仮に客観的価値があれば、財産的利益または価値のある無体物と評価されており、財産犯で保護されることができるのだろうか、それとも不可罰な情報窃盗と認められるのか。この点については、さらなる検討をしなければならない。

⁸⁴ 森田・前掲注83), 21頁以下参照。

公法判例研究

内藤 陽

妻が、夫に無断で、保存されていた受精卵の移植を受けて妊娠・出産した行為が、夫の子をもうけることについての自己決定権を侵害したとされた事案
大阪高裁令和2年11月27日判決（令和2年（ネ）第1300号：損害賠償請求事件）
LEX/DB:25568423

※原審：大阪地裁令和2年3月12日判決（平成29年（ワ）第12214号：損害賠償請求事件）判時2459号3頁

【事案の概要】

本件は、夫Xが妻Y（XとYはのちに離婚）に対して、別居中、Xの意思を確認せずに「融解胚移植に関する同意書」（以下、本件同意書）を偽造して、事前に培養・凍結保存されていた受精卵（胚）の移植（以下、本件移植）を受け、子を妊娠及び出産した行為によってXの自己決定権を侵害した、として不法行為に基づく損害賠償を請求した事件の高裁判決である。

なお、原審において、Xは、本件移植を行った診療所（以下、本件クリニック）の医療法人及びその院長に対しても、Xが真に同意しているか否かの意思確認を慎重に行うべきであったのにこれを怠りYの妊娠・出産に加担した、として不法行為に基づく損害賠償請求を行ったが、大阪地裁は本件クリニックの医療法人及びその院長の不法行為責任を認めなかった¹。この敗訴部分についてX

¹ その理由について大阪地裁は、①本件同意書が、体裁に照らして、Xの従前の署名と対比して異なることが容易に判明するものであるとはいえないこと、②本件同意書の書式及び作成方法が学界の見解に沿ったものであることから、Xに対し直接の意思

は控訴しなかったため、本評釈では取り扱わない。

また、損害額の算定についての争いや本件移植に関する X の同意の有無についての具体的な事実認定の問題にも立ち入らず、自己決定権と不法行為の成否の問題に絞って検討を行う。

【事実】

X と Y は、平成22年に結婚し、同居して東京にて共同生活を送っていたが、平成26年4月に別居するに至り、平成29年11月に離婚した（元）夫婦である。

X と Y は、以前より不妊治療のため受診していた本件クリニックにおいて、平成26年4月10日に「体外受精・顕微授精に関する同意書」、「卵子、受精卵（胚）の凍結保存に関する同意書」及び「凍結保存受精卵（胚）を用いる胚移植に関する同意書」に各自署名押印して提出した。同日、X と Y それぞれから提供・採取された精子と卵子によって受精及び当該受精卵の培養が行われ、15日に当該受精卵（胚）が冷凍保存された（以下、本件受精卵）。

ところで、この当時既に、X より別居の希望が Y に告げられており、その方向で話が進められていた（なお、X はこの別居が、離婚のための別居であったと主張するが、裁判所は採用していない）。その際に Y は別居をする条件として不妊治療に協力することを X に提示しており、前述の X の精子の提供も Y の依頼によるものだった。

同年4月12日に X と Y は別居を開始し、同年10月、X は東京から単身大阪へ引っ越しをした。本件移植が行われるまでに、Y が同年6月に別件手術を受けてその退院時には X が Y を迎えに行ったり、夫婦で何回か東京や大阪で会うこともあったが、やり取りの回数は頻繁ではなかった。不妊治療を進めることに X は積極的ではない態度を Y に示していたものの、結局夫婦間で今後の不妊治療に関する結論が出ることはなく、また離婚についての合意もなされなかった。

平成27年3月19日付けで、本件クリニックは、Y の居住先に、X・Y 宛てで、凍結保存された本件受精卵の保存期限が同年4月末日で満了となるため、期限までに保存を継続するか廃棄処分をするかを選択し所定の手続を行うよう求める書面を送付した。

確認をすべきであったのにこれを怠ったとはいえないこと、を挙げた。

同年4月22日、Yは、本件同意書を本件クリニックに提出し、本件移植を受けた。その際、本件同意書には「私たち夫婦は、現在凍結保存中の胚を貴院にて融解し胚移植を受けることに同意します」との記載があり、夫氏名及び妻氏名をそれぞれ記載する欄が設けられているが、Yは、妻氏名欄に自署するとともに、夫氏名欄に自署と筆跡を変えてXの氏名を記載した（以下、本件署名）。平成27年5月にYは本件クリニックにおいて、妊娠判定採血を受け、陽性判定を受け、その後、子を出産した（以下、本件子）。6月以降、YはXに対して妊娠したことを告げ、本件移植に至った自分の心情の説明や関係の修復を試みる連絡を何度かとり、実際に話し合いの機会もあったが、XはYに対して拒絶的な態度を続けた。

平成28年2月にXは本件クリニックに対し、Yの妊娠を知って以降初めて、本件同意書に関する問合せを行った。このことに関する本件クリニックからYへの問い合わせを経て、XはYが本件同意書に自身の名を記載したことを知るに至った。

XとYは、平成28年8月の離婚調停を経て（不成立）、平成29年11月に協議離婚が成立した²。

Xは、自己の同意なく本件署名をして偽造した本件同意書を本件クリニックに提出し、本件移植を受け、子を妊娠・出産したYの行為が自らの自己決定権を侵害したとして、Y（及び先述のように本件クリニックの医療法人ら）に対して、慰謝料等の支払いを求めて大阪地裁に訴えを提起した。これに対してYは、本件署名を偽造したものではなく、黙示の同意に基づくものであるから、Xの自己決定権を侵害したものではない、と主張した。

原審の大阪地裁は、Yに対してXの自己決定権を侵害したとして880万円（及び遅延損害金）の支払いを命じた。

これに対して、XとY双方が控訴した。なおYは原審での主張に加えて、

² Xは出産された子について、嫡出否認請求訴訟及び親子関係不存在確認訴訟を提起したが、大阪家庭裁判所はそのどちらも認めなかった（大阪家裁令和元年11月28日判決（平成28年（家ホ）第568号：嫡出否認請求事件／平成29年（家ホ）第272号：親子関係不存在確認請求事件）（D1-Law/28281679））。そこで、大阪家裁は、「〔本件移植について〕夫が同意していたか否かは、当該夫婦の家庭内の事情であり、外観上、第三者から明らかとはいえないから、夫の同意がないことをもって、嫡出推定が及ばない事情があるとするとはできない」と判示していることが興味深い。

YはXの同意があると信じていたのだから過失はなく、またXが不妊治療の中止を求めなかったことからXの自己決定権を侵害していない、と主張した。

【判旨】

大阪高裁は、Xの控訴を棄却した。一方、YのXに対する不法行為の成立は認めたとうえで、その賠償金額を559万6400円へと減額した。

Yの不法行為の成否に係る自己決定権の侵害に関する判示部分は以下の通りである。

「(1) 不法行為の成否について (当裁判所の判断)

ア 不妊治療と出産に至る経緯

……Xは、Yが本件移植を受けることを事前に知らされておらず、本件同意書にYが本件署名をしたことも知らず、Yが妊娠した後になって初めて、本件移植があったことを知った。本件クリニックは、本件署名のある本件同意書が提出されたからこそ本件移植を行ったのであり、その提出がなければ、本件移植は行われず、本件子が出生することもなかった。

イ 自分の子をもうけるか否かについての自己決定権とその侵害

個人は、人格権の一内容を構成するものとして、子をもうけるか否か、もうけるとして、いつ、誰との間でもうけるかを自分で決めることのできる権利、すなわち子をもうけることについての自己決定権を有すると解される。

Xは、妻であるYとともに体外受精の手続を進めていたのであるから、自らの精子を本件クリニックに提供した平成26年4月10日の時点では、近い将来にYとの間で子をもうける蓋然性があることを十分に認識していたと認められる。もっとも、本件移植が行われるまでの約1年の間、Xは、本件クリニックに対し、凍結保存受精卵(胚)をYに移植しないよう求めたことはないものの、問合せすらしていない。少なくとも、Yに対し、凍結保存受精卵(胚)の移植について、積極的な同意を明示した事実があったとは認められない。

ところで、Yが本件子を出産したのは本件移植を受けたからであるところ、本件移植を受けるためには夫であるXの明示的な同意が必要であったことは、本件同意書に夫の署名欄が設けてあったことから明らかである。本件同意書はX・Y夫婦と本件クリニックとの間で取り交わされるものであるけれども、夫婦の間においても、子をもうけるか否か、もうけるとしていつもうけるかは、各人のその後の人生に関わる重大事項であるから、Yの立場からしても、平成

26年4月12日の別居以降、子をもうけることについてXが積極的な態度を示していなかった経緯を踏まえれば、本件移植を受けるに先立ち、改めてXの同意を得る必要があったことは明らかであったといえる。ところが、Yは、Xの意思を確認することなく、無断で本件同意書に本件署名をして本件クリニックに提出し、本件移植を受けたのであるから、Yのこの一連の行為は、Xの自己決定権を侵害する不法行為に当たるといふべきである。……」

「(2) Yの主張について

ア Yは本件署名は偽造ではなく、Xの同意に基づくものであり、仮にそうではないとしても、YはXの同意があると信じていたから過失はないと主張する。

しかし、前記(1)のとおり、Yが、平成27年4月22日、本件クリニックにおいて本件移植を受けるに当たり、Xが、Yに対し明示的に同意した事実を認めることはできない。

……本件移植の時点において、Xがこれに同意していなかったことは明らかである上、Yは、Xが同意していないことを認識し、少なくとも容易に認識し得たものと認められる。したがって、Yの前記主張はいずれも理由がない。

イ Yは、本件クリニックに対してもYに対してもXが不妊治療の中止を求めなかったことなどからすれば、本件移植はXの自己決定権を侵害したとはいえないと主張する。

しかし、前記のとおり、Yが本件移植をした時点で、Xが本件移植に同意していなかったと認められる以上、Xの自己決定権の侵害を否定することはできない。Yが指摘する点は、その損害である慰謝料の認定の際に考慮し得るにとどまるというべきである。したがって、Yのこの主張も理由がない。」

【原審の不法行為の成否に関する判示部分】

原審大阪地裁の判示の該当部分もここで引用しておく³。

「(1) ……XとYとが取り組んだ別居に至るまでの体外受精の状況、別居後の体外受精の状況、別居後本件移植に至るまでの夫婦関係の状況に照らせば、……Xは、別居後少なくとも一定期間は、Xとの子を懐胎することを前提としたYの不妊治療の継続を認識しつつこれを中止するよう求めていなかったものであり、Yにおいても、Xが不妊治療の継続に反対していると認識していた

³ なお高裁は原審の事実認定をほぼそのまま引用している。

とはいえない。

しかしながら、本件移植を行うに際してはXの同意を要するものであったことは事柄の性質上明らかであるところ、……Xは、Yが本件同意書にX名の署名をした平成27年4月20日時点において、本件移植に同意していなかったものと認められ、Yも、同時点において、Xが本件移植に同意していないことを認識していたか容易に認識し得たものであったと認められる。

(2)したがって、Yは、Xに対し、Yとの間で本件子をもうけるかどうかという自己決定権を侵害するなどした不法行為責任を負うものである。」

【評釈】

はじめに

大阪高裁は、妻Yの一連の行為によって夫Xの「子をもうけるか否か、もうけるとして、いつ、誰との間でもうけるかを自分で決めることのできる権利、すなわち子をもうけることについての自己決定権」が侵害されたとして、不法行為の成立を認めた。

本件でその侵害の有無が争われた「子をもうけることについての自己決定権」は、基本的には私法秩序上で保護される法益である。ただし、自己決定権という法概念は周知のように我が国の憲法学の人権論においても大いに関心を集めるテーマのひとつである。くわえて、生殖補助医療科学技術の発展により、「子をもうけることについての自己決定権」、さらにこのことについての男性の自己決定というテーマは、今後ますます重要性を持ち、またこれに関係する法的紛争の増加も予想される。以上のことから、本件は注目すべき判決であると考えられるため、ここに評釈を行うこととする。

一. 本判決の構造

本章では、大阪高裁が「(1) 不法行為の成否について」で、Yの行為が不法行為に当たるか否かを判断した論理構造の分析を行う。

まず、高裁は、「ア 不妊治療と出産に至る経緯」の箇所、認定された事実のうちこの論点に係わる事柄を整理する。すなわち、Xは本件移植が行われることや本件同意書が提出されたことを知らされていなかったということ、また本件同意書が本件クリニックに提出されなければ、本件移植は行われず、本件子が出生することもなかったことが述べられる。

そして、「イ 自分の子をもうけるか否かについての自己決定権とその侵害」において、最初に高裁は、個人は人格権の一内容としての「子をもうけることについて自己決定権」を持つということ、及びその内容を一般命題として述べた。ここで述べられている個人の「子をもうけることについての自己決定権」の内容は、①子をもうけるか否かを自分で決めることのできる権利、②子をもうけるとして、いつもうけるかを自分で決めることのできる権利、③子をもうけるとして、誰との間でもうけるかを自分で決めることのできる権利と整理することができる。

続く段落で、まず受精卵を提出した時点でYとの間に子をもうける蓋然性があることをXが認識していた、と述べられる。これは高裁が、その時点でXが妻であるYとの間で——消極的であったとしても——子をもうけることを自分で決めたこと、またはそのように評価できる行為をしたことを指摘していると考えられる。このような事実があることを指摘して、これ以降、高裁は上記③の「誰との間で子をもうけるか」の点については関心を示していない。続く二文で、本件移植が行われるまでのXの行態に視点が移され、本件クリニックに対して問い合わせは行っておらず、またYに対して積極的な同意を明示したことがなかったことが指摘される。Xの本件移植についての本件クリニック及びYに対するかような態度が以下の判断の前提となる。

そして、「ところで…」で始まる段落で不法行為の存否に関する実質的な判断が行われる。まず、Yが本件移植を受けるためにはXの明示的な同意が必要であることが論じられた。それは本件同意書が署名を夫に求めているからである。この本件同意書はあくまで本件クリニックと夫婦の間のものであり、XとYの間で取り交わされるものではない。けれども、「夫婦の間においても、子をもうけるか否か、もうけるとしていつもうけるかは、各人のその後の人生に関わる重大事項」である。それゆえ、Xが「子をもうけること」について、前段落で見たように積極的な態度（＝同意の明示）を示していなかった以上、Yの立場としても、本件移植の前に改めてXの同意を得ることが必要であった、と高裁は指摘する。しかし、YはXの意思を確認することなく、無断で本件同意書に署名をして提出し本件移植を受けたので、この一連の行為はXの自己決定権を侵害しており、不法行為に当たる、と高裁は結論付けるのである。

さて、以上のような判示について、原審のそれと比較をすることでその論理

構造を明確なものにしたい。

原審は、本件移植はXの同意が必要であるが、Xは同意しておらず、Yもそれを知っていたか容易に認識し得たことを挙げて端的にYの自己決定権の侵害を認めている。これに対して、高裁は、本件移植に消極的な態度であったXに対して、Yがその意思を確認せずに、本件移植を受けた点が自己決定権の侵害だと論じている。つまり、原判決では本件移植への同意の有無それ自体に判断の重心を置いているが、本判決は、本件移植について積極的な態度を見せなかったXに対しYが意思確認をしなかったことに着目した判断がなされた、と評することができる⁴。

二. 本判決の位置づけ

本章では、本件で高裁が、個人一般の「子をもうけることについての自己決定権」を論じたことに注目し、このことに関する判例及び下級審の裁判例、そして学説を確認した上で、その意義の位置づけを行う。

(1) 判例及び下級審の裁判例

周知のように、最高裁はこれまで「自己決定権」という用語を使用して判決を下したことはない⁵。例外的に、平成12年の改正によって地方自治法100条に設けられた政務調査費（現在は政務活動費）の制度趣旨について、それを「地方公共団体の自己決定権や自己責任が拡大し、その議会の担う役割がますます重要となってきたことに鑑み…」という表現で説明する判例は存在している⁶。しかし、その「地方公共団体の自己決定権⁷」なるものが、本件のような事

⁴ 本判決においても、「移植の時点において、Xがこれに同意していなかったこと」や「Yは、Xが同意していないことを認識し、少なくとも容易に認識し得た〔こと〕」は指摘されているが、これらのことはXによる無過失の主張を認めないとする判断部分において論じられている。

⁵ ただし、個別意見においては「自己決定権」の用語はしばしば使用される。例えば、親子関係不存在確認請求事件（最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁）の山浦裁判官補足意見など。

⁶ 最判平成17年11月10日民集59巻9号2503頁や最判平成28年6月28日民集253号23頁など。

⁷ なお、かような意味での自己決定権概念は、一連の地方分権改革で提唱されるようになったものである。その一例として、「地方分権推進計画（平成10年5月29日閣議決

例で問題となる個人の自己決定権概念とは性質が異なるものであることは明白であろう。

ただし、最高裁は、この用語を使用することについては消極的な態度を取り続けているものの、学説が自己決定権論を行う際に引用するところの、内容上はそれと同視しうるような判示を行うことがある。いわゆるエホバの証人輸血拒否事件判決⁸がその代表例である。この事件において最高裁は、憲法13条への言及や「自己決定権」という用語、それに相当するなんらかの一般命題の提示を避けながらも⁹、「自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否する…[という]意思決定をする権利」を人格権の一内容として認めた。この判決文について果たして「自己決定権の承認¹⁰」をどこまで読み込むことができるのかという論点の指摘はあれど、後述のように、基本的には学説はこの判決が学説上の自己決定権論と同方向を向くものとして好意的かつ積極的な位置づけを与えてきた¹¹、といえよう¹²。

他方で、下級審の裁判例においては「自己決定権」という用語がしばしば判決文中に姿を現す。輸血拒否事件の東京高裁判決において、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定するという自己決定権¹³」という表現がなされていたことはよく知られている。そのほかにも、高裁レベ

定)」、<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/bunken-suishindoc980529bunken.pdf> (最終閲覧日2021年7月7日)。

⁸ 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

⁹ 参照、潮見佳男「判批」平成12年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1202号、2001）66頁以下。

¹⁰ 浅野博宣「自己決定権と信仰による輸血拒否」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2019）51頁。

¹¹ この表現は、山本龍彦「自己決定権」辻村みよ子＝山元一＝佐々木弘道編『憲法基本判例』（尚学社、2015）86頁より借用した。この山本の評価は憲法学説の立場からのものであるが、私法学の立場からの評価も同様のものとみなせるだろう。

¹² 輸血拒否事件と同じく「医療と自己決定」に関する判例としてよく挙げられるのは、乳がんの治療に関する乳房温存療法事件（最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁）である。そこで最高裁は、乳がん治療のため手術により乳房を失わせることが、女性患者にとって「患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものである」ことを重視して、医師側の説明義務の程度を強めた。

¹³ 東京高判平成10年2月9日高民集51巻1号1頁。

ルとしては、大学のゼミの招聘講師によるセクハラ事件に関して、被害者側の「性的自由ないし性的自己決定権」を侵害したとして不法行為の成立を判示した判決¹⁴、NHKの番組制作に関して、「取材に応ずるか否か、どの程度、範囲で応ずるか」についての「取材対象者の自己決定権」について論じた判決¹⁵、リストラ問題に関して、労働契約に関して、労働者の「自由に合意解約に応じるか否かを決定する」ことについての「退職に関する自己決定権」を論じた判決¹⁶などがある。

もっともこれらのような判決があることを理由に、下級審では最高裁と異なり「自己決定権」という用語が積極的に使用される傾向がある、とまでは評価しがたい。ここでは、さしあたり下級審では問題となった法益について事案に沿った具体的内容を冠したうえでそれを「自己決定権」として論ずることがある、と評するのが妥当であろう。

(2) 学説

学説における自己決定権概念を確認するにあたり、まず押さえておく必要があるのは憲法学で論じられる自己決定権論と、私法学の主に不法行為法分野で論じられるそれとの関係性である。両学問分野の自己決定権論は、内容上完全に一致するものではないが議論が結びついているという性格を持つ。以下ではそのような性格を持つに至った経緯を整理しながら、それぞれの自己決定権論を確認していこう。

まず憲法学においては周知のように、自己決定権概念を、憲法上の各権利がその核心において保障している自己決定の要素とは別のものとして捉えたうえで、憲法13条によって保障される生命、自由、及び幸福追求に関する国民の権利(幸福追求権)のうちの裁判上の救済を受けることができる具体的権利のひとつとして論じてきた。そして、この権利の内容は「自己に関する事柄につい

¹⁴ 東京高判平成16年8月30日判時1879号62頁以下。

¹⁵ 東京高判平成19年1月29日民集62巻6号1837頁以下。なお、上告審(最判平成20年6月12日民集62巻6号1656頁以下)では、これを「自由な判断で取材に応ずるかどうかの意思決定」という表現に変更した。

¹⁶ 東京高判平成24年10月31日労働経済判例速報2172号3頁以下。

て、公権力の干渉を受けることなく、自ら決定することのできる権利¹⁷⁾として定義されることになる。ここで問題となるのは、その「自己に関する事柄」とはなにか、ということである。

多数説は、包括的基本権たる幸福追求権から導かれる諸権利も「『基本的人権』と捉えるにふさわしい内実をもつものでなければならない¹⁸⁾」という問題意識からこれに固有の規範内容を定めるため、「自己に関する事柄」を「個人の人格的生存に関わる重要な私的事項¹⁹⁾」として理解する。そうしてその具体的内容を、①子供を持つかどうかなど家族のありかたを決める自由②身じまいなどライフスタイルを決める自由③医療拒否、特に尊厳死など生命の処分を決める自由と整理したり²⁰⁾、あるいは、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄②家族の形成・維持にかかわる事柄③リプロダクションにかかわる事柄④幸福追求権それ自体が「社会政治状況と関係しつつ発展的に形成されていくもの」だという視点から前者三つに限定されないという意味でそれ以外の事柄、と整理したり²¹⁾している²²⁾。また、①生命・身体のある方に関する自己決定権②親密な交わり・人的結合に関する自己決定権③個人的（個性的）な生活様式に関する自己決定権として、その類型化を試みる学説もある²³⁾。この学説においては、「子どもをもうける自由」と「子どもをもうけない自由」を内容とする「子どもをもうけるか否かの選択・自己決定の自由」が論じられ、それは①と②の性質を持っていると説かれていたことが注目に値しよう²⁴⁾。

¹⁷⁾ 渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016）124頁以下。

¹⁸⁾ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020）212頁。

¹⁹⁾ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019）128頁。

²⁰⁾ 芦部・前掲注（19）128頁。

²¹⁾ 佐藤・前掲注（18）199頁及び212頁。

²²⁾ なお、この見解に対するいわゆる一般的（行為）自由説に基づく自己決定権論について、さしあたり、阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕』（有信堂、2011）107～108頁及び113頁以下、戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998）175～178頁及び186頁以下。

²³⁾ 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010）。竹中本人によれば、この立場においては、「家族の形成・維持にかかわる事柄」は基本的には憲法24条によって根拠づけられることに特色のひとつがある。

²⁴⁾ 参照、竹中・前掲注（23）142頁、193頁。竹中は、「子どもをもうける自由」の内容

憲法学では自己決定権を概要以上のような理解でもって捉え、憲法上の権利としてのその存在を主張してきた。しかし、先述のように、「この意味での自己決定権を明示的に認めた最高裁判決はない」。そこで、輸血拒否事件等を「自己決定権の保障とかかわる²⁵⁾」判例とみなして参照してきたのであった。

これに対して、私法学における自己決定権論は、それまで財貨秩序に議論の重点を置いていた私法学が人格権ないし人格的利益（以下ではこの区別の問題には立ち入らず、単に人格権とする）を保護法益として積極的に認めていく展開の中で発展してきたものである。その発展過程において憲法学的自己決定権論ないしその視点が取り入れられたのであった²⁶⁾。

人格権を保護法益化する取り組みの展開は、主に不法行為法（特に名誉毀損など）の領域で進められた²⁷⁾。そこで障壁となったのは、我が国の民法典には人格権の侵害に対し一般的に被害者を保護する旨の規定が存在していないということである。この問題に対して私法学は、人間の尊厳と人格の自由な発展を保障したボン基本法1条及び2条にもとづいて一般的人格権という概念を発展させたドイツの議論を参考として、私的領域一般における人格権の基礎を日本国憲法13条に求めた。そして、このときに、憲法学において同時進行的に行われていた憲法13条の解釈に関する議論との接点が生まれた。かくして、以下のような人格権の定義が提出されることとなった。すなわち、「人格権とは、人間の尊厳に由来し、人格の自由な展開および個人の自律的決定の保護を目的とするとともに、個人の私的領域の平穏に対する保護を目的とする権利である²⁸⁾」と。

として、「男女の性交を媒介にして子供をもうける自由」が含まれることについては争いが無いが、「生殖技術を用いて子供をもうける自由」に関しては、なお議論の途上にある。「子どもをもうけない自由」の内容としては、「避妊薬・避妊具使用の自由（および、避妊のための医療措置を受ける自由）」、「妊娠中絶の自由」をあげられる、と整理している。

²⁵⁾ 以上、参照、中村睦男＝常本照樹＝岩本一郎＝齊藤正彰編著『教材憲法判例〔第5版〕』（北海道大学出版会、2020）108～109頁。

²⁶⁾ 以上、参照、吉田克己『憲法と民法』（『市場・人格と民法学』（北海道大学出版会、2012）49～50頁。

²⁷⁾ 以下、参照、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003）2頁以下。

²⁸⁾ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2009）194頁。

このような私法上の保護法益たる人格権の基礎・根拠が憲法条項及びそこで保障される価値にあるという考え方は、人格権の内容の具体化及び精密化作業の成果とともに、実務においても徐々に受け入れられていく。憲法13条を挙げながら人格権の一種としての名誉権に基づく差止請求権を認めた北方ジャーナル事件判決²⁹は、この流れの一つの到達点とみなすこともできるだろう。

自己決定権は、かように展開した人格権概念のひとつとして、個人の私的事項について決定したことを他人に干渉されないという内容の権利として発展し、承認されるようになった³⁰。自己決定権を人格権の一種として理解することについて消極的な態度をとる有力な見解はあったものの³¹、輸血拒否事件の最高裁判決において医療の場における宗教上の信念に基づく人格権として“自己決定権”論が語られたことは、好意的に受け止められた。そしてその際、判決文中、憲法条項を引用せずに直接「私法レベルの権利として把握³²」されたかにも読める患者の“自己決定権”は、憲法13条から導かれるものであると私法学者からは主張されたのであった³³。

さて、このような私法学の議論を鑑みれば、本判決が定立した「子をもうけることについての自己決定権」についても、さしあたり憲法13条にその法的根拠、あるいは少なくとも基礎があるということになるだろう。しかし、翻って憲法学の立場からすれば、かような理解に基づいて本判決を咀嚼することができるのかどうかはやはりそれほど自明の事柄ではない。なぜなら、上述の私法秩序において保護される人格権としての自己決定権が存在し、その基礎・根拠が憲法条項にあるという考え方について、その論理の受け止めが——この考

²⁹ 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

³⁰ 先駆的な業績として山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1987）。山田・同書342頁以下は、自己決定権を“憲法上の権利”として認めつつ、しかしそこから具体的な権利を導くことは難しいとしてその根拠を憲法13条には求めず、「国民は憲法を待つまでもなく自由であり、自己決定は憲法が例示する諸自由の前提ないし上位概念と考えるのが良い」と述べていた。

³¹ 五十嵐・前掲注（27）246頁。

³² 山本・前掲注（11）91頁。

³³ 参照、吉田邦彦「判批」判時1782号・判例評論521号（2002）184頁以下。潮見・前掲注（9）67頁も「『自己決定権』が憲法13条に位置付けられるものとして存在していること」は本判決の思考の基礎のひとつとして据えられている、と述べている。

え方を否定するのも方策のひとつであろうが——まだ十分に行われていないからである³⁴。本判決の評釈を半歩超えて論じれば、私法秩序における自己決定権概念は、民法学説においても実務においてもますます具体化・発展していくことが予想される。これに何らかのかたちで応答することは憲法学の喫緊の課題のひとつであるといえよう³⁵。

(3) 本判決の位置づけ

以上の確認を踏まえたうえで、本判決の意義の位置づけを行おう。

すると、本判決は、急速に発展する生殖医療技術の利用によって生じた事案における「子をもうけること」にかかわる不法行為法上保護されるべき個人の人格権について、「自己決定権」の用語を使用し一般命題の形でその存在を認めたものである、と評することができる³⁶。このような点において本判決は、現実世界において生じる実際の問題に対する司法における法実践を通じて、学説と相互に影響を受けながら、ボトム・アップ的に私法上の特定の法益を権利の名を冠して編みあげていく過程のひとつとして位置付けることができよう³⁷。本判決はまずこの文脈においてその意義を認めるべきものである。

ところで、それでは大阪高裁は、かようにして保護法益と認めた個人の「子をもうけることについての自己決定権」について、ヨリ具体的には夫Xに対する何をもってそれが侵害されたと考えているのだろうか。次章では第一章で行った本判決の論理構造の検討を前提として、改めて判決文を詳細に分析することにより、この問題の答えを探りたい。

³⁴ この問題についてのひとつの有力な回答として、宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』（法律文化社、2010）40頁。

³⁵ 他方で、このような両学問領域の議論の「隔たり」を繋ぐ理路そのものの解明作業と並行して、私法関係において保障される各人格権について、その法的関連を具体的に分析し、それぞれの基礎・根拠となっている「人権」を分析していくことも、憲法学として重要な作業である。参照、中村睦男「私人間相互関係と人権」『人権の法理と統治過程』（信山社、2021）32頁及び46頁。

³⁶ なお、本判決は、「子をもうけることについての自己決定権」を人格権として保障したが、それは輸血拒否事件最高裁判決と同じく「差止構成の余地」までも含意しているとはいえないだろう（参照、吉田邦・前掲注（33）184頁）。

³⁷ 本文の表現は山本・前掲注（11）92頁を参考としたものである。

三. 本判決における「子をもうけることについての自己決定権」の内容とその意義

(1) 本判決の判断内容の詳細な検討

これまで確認してきたように本件において高裁は、個人は人格権の一種としての「子をもうけることについて自己決定権」を持つということ、そしてその内容を一般命題として述べ、以下に続く不法行為の成否に関する実質的判断の前提としている。

ところで、「子をもうけることについての自己決定権」は、女性が自己の身体の処分権のひとつとして特に“産まない権利”を求めてきたという歴史的経緯に基づき、女性のリプロダクティブ・ライツのひとつとして議論が行われてきたという背景を持つものである³⁸。リプロダクティブ・ライツの主体については、1994年の国際人口・開発会議で採択されたいわゆるカイロ行動計画が女性単独ではなく「すべてのカップルと個人」と述べていたものの、各主体の関係や男性と女性の権利ないし選択が衝突した場合の優先関係などの諸問題については決着がついているわけではない。そして、この権利に関する議論の土俵は、主に(a)消極的生殖の権利(産まない権利)としての人工妊娠中絶の問題と、(b)積極的生殖の権利・生殖補助医療技術利用権(産む権利)の問題の2つであった、とされるが、現在も様々な主張が提起されているところである³⁹。

これに対して本判決は、個人の「子をもうけることについて自己決定権」を認めたとうえで、上記の議論とは異なる土俵で問題の処理を行ったといえる。それでは高裁はどのような土俵で判断を行ったのかといえ、それは、夫Xと妻Yというカップル内で、Xという個人の「子をもうけることについて自分で決めるということ」がYの一連の行為によって実際に確保されていたのかどうか、という問題である。

そもそも、個人が「子をもうけることについて自分で決める」とき、たいて

³⁸ 以下参照、谷口真由美『リプロダクティブ・ライツとリプロダクティブ・ヘルス』(信山社、2007)、柘植あずみ『生殖技術』(みすず書房、2012) 173頁以下、辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、2008) 260頁以下、同『ジェンダーと法[第2版]』(不磨書房、2010) 182頁以下など。

³⁹ 辻村みよ子「人権主体と性差」『講座 ジェンダーと法 第4巻 ジェンダー法学が切り拓く展望』(日本加除出版、2012) 6頁。

いの局面においては、当該個人と親密な関係性を持った他者、すなわちパートナーが主体としてそこには存在している。なぜなら、子をもうけることに不可欠な妊娠という行為が、現時点では、男性／女性が単独で行うことはできないものだからである。そして本件のように通常は——将来的にもこれが“通常”であり続けるのかどうかについては断言できないが——男女カップル間によって、妊娠はなしうるものである⁴⁰。そのとき、子をもうけるという重大な内容は、カップルとしても各個人としても、パートナーとのコミュニケーションを通じて決定されるはずのものであり、またそうであるべきもの——憲法24条の趣旨を考慮しても——であろう。

さらに、本件においては個別的事情が、このカップル内でのパートナーとのコミュニケーションをその都度改めて行わなければいけないものへとさせている。それは、本件の妊娠が、生殖補助医療科学技術を利用した凍結保存した受精卵の胚移植によるものだからである。この場合、通常の性行為による妊娠と異なり、男性側から精子が採取されてから実際の妊娠に至るまで各個人の当初の考えも変化しうるような長いタイムラグがあり、同時に諸々の医療行為もその過程のなかで施されることもある。これらの医療行為は、一個の不妊治療行為として包括的に概念把握されるべきものではなく、多種の行為のそれぞれについて医師の説明が行われ、当事者が決定し、実施されるものである、という思想のもとで制度設計がなされている⁴¹。そしてそこでは、各医療行為における当事者の決定につき、被実施者とそのパートナーとの間でコミュニケーションが行われることが前提とされている。言うまでもなく、本件同意書において

⁴⁰ 例えば問題となるのは、女性がいわゆる精子バンクを利用して単独の自己決定で妊娠を行うようなケースの存在である。現在の所、わが国においては、日本産科婦人学会の見解によって、提供精子を用いた人工授精をあくまで不妊の治療として行われる医療行為として定義しており、被実施者は法的に婚姻している夫婦に限定されている。参照、日本産科婦人科学会「提供精子を用いた人工授精に関する見解（旧『非配偶者間人工授精』に関する見解）」http://www.jsog.or.jp/modules/statement/index.php?content_id=24（最終閲覧日2021年7月7日）。もっとも女性が海外の精子バンクを利用することでこの制限をすり抜けて妊娠するようなケースが今後増加する可能性は否定できない。

⁴¹ 参照、岩志和一郎「生殖補助医療と医事法の関わり」甲斐克則編『医事法講座 第5巻 生殖医療と医事法』（信山社、2014）25頁以下。

夫の署名が要求されているのもこのような思想に基づくものである。

以上のような、カップル内で各個人が本件のようなかたちで「子をもうけること」、そしてそれについて決定をするときに内在する、パートナー同士、ここでは夫妻のコミュニケーションの必要性・前提性を念頭に置いて、高裁は、本件移植をめぐってXという個人の「子をもうけることについて自分で決めること」が十分確保されていたかどうか、という論点に着目して判断を下したと考えることができる。裁判所のかような視点を読み取ることができるのが、判決文中の「夫婦の間においても、子をもうけるか否か、もうけるとしていつもうけるかは、各人のその後の人生に関わる重大事項であるから、Yの立場からしても、……子をもうけることについてXが積極的な態度を示していなかった経緯を踏まえれば、本件移植を受けるに先立ち、改めてXの同意を得る必要があった」と指摘している部分である。高裁は、ここで明らかに、「子をもうけること」というカップル間の「各人のその後の人生に関わる重大事項」につき、YからXへのコミュニケーションが行われるべきであり、そのうえで決定がなされるべきであったと考えている。しかし、YはXに無断で本件移植行為を受け、Xの子を妊娠してしまった。Yのこの行態は——その心情はどうあれ——結果としてはパートナー同士のコミュニケーションが行われる可能性を一方的に遮断してしまったといえる。そして、このYの行態によってXは「子をもうけるか否か、もうけるとして、いつもうけるか」について自分で決める機会を失ってしまった。このことこそが本事案におけるYによるXの自己決定権の侵害である、というべきである。このような発想で、大阪高裁はYがXの自己決定権を侵害したとして、不法行為の成立を認めたのである。

なお、以上のような高裁が示した考え方に沿って判決文を読み進めたとき、Xが不妊治療の中止を求めなかったことを理由に自己決定権の侵害を否定しようとするYの主張に対する判断の理由付けについては疑問が残る（【判旨】の「(2) Yの主張について」のイ）。高裁はそこで「Yが本件移植をした時点で、Xが本件移植に同意していなかったと認められる以上、Xの自己決定権の侵害を否定することはできない」と述べている。しかし、自己決定権の侵害が生じているとみなしたのは、Yが曖昧な態度を取るXの意思を確認せずに本件移植を受けたということそれ自体のはずである。それゆえ、Yのこの主張を否定するにあたり、本件移植における同意の有無を持ちだすべきではなかったというべきであろう。

(2) 「子をもうけることについての自己決定権」

このように、本判決で高裁が実際に保護しようとしたのは、生殖補助医療科学技術の利用を前提とした「子をもうけること」に関するいわばパートナー間の相互コミュニケーションの保障である、といえる。これを通じてカップル内の各個人がこのことに関して自分で決定をする機会が実際に確保されることになるのである。

すると、ここで見逃すことができないのは、確かに高裁は、前段階で個人は人格権としての「子をもうけることについて自己決定権」を持つということ、そしてその内容を一般命題として述べてはいるけれども、本件で実際に保護されている法益は、本件事案の性質からして、その自己決定の具体的内実——例えばXの「Yとの間には子をもうけない」というような意思決定——ではなく、むしろ何らかの自己決定をする機会それ自体であったということである。このことから高裁は、そのような「自己決定権」の行使の機会を保護しようとしたからこそ、この概念に関する最高裁の消極的な姿勢を乗り越えていくかたちで、個人が当該権利を持つということをまず前提として論じたとみることができる。また見方を変えれば、このようにして「子をもうけることについての自己決定権」概念の内容に関する未だ決着のつかない諸論点には立ち入らずに問題を処理できるからこそ、高裁は、個人は「子をもうけることについて自己決定権」を持つ、という命題を定立することができたと読み込むこともできるように思われる。

そうだとすれば、第2章で検討したように、確かに、本判決は、現実世界における具体的な問題に対して、下級審がボトム・アップ的に私法上の特定の法益を「自己決定権」の名で具体化させたものとしての意義を認めることはできるけれども、その意義の大きさ・射程については過大に見積もるべきではないように思われる。本件事案から、例えば子を実際に出産することにつき男女間でその自己決定の内容が対立状態にあり、片方が「子をもうけることについての自己決定権」を根拠として出産等を求めようとするような事案までは相当の距離があるといえよう。

おわりに

本評釈では、本件で高裁が個人の「子をもうけることについての自己決定権」を認めたことについてその意義を確認したうえで、その侵害について不法行為

の成立を認めた論理を分析し、そこには夫婦間でのコミュニケーションが確保されていたかどうかに着目する思考があったことを明らかにした。

ところで一方で、このような夫婦間の自己決定に関するコミュニケーションについては、以下のような問題があることからこれを論ずる場合には一定の注意を払わなければいけないことを最後に指摘しておきたい。

すなわち、自己決定権の概念については、一般に、社会における力関係の差異がある場合に、「自己決定」が周囲の人々の考え方や社会の圧力によって簡単に操作・誘導される可能性がある⁴²、という懸念が向けられてきた。そして、「子をもうけること」の局面は、まさにその代表例であるといえる。社会的に厳然たる事実として、男女の間の力関係の差は未だ存在し、それは特に夫婦間において顕在しがちであり、大いに問題視されているところである。カップル間で、特に妊娠・出産といった事柄について相互コミュニケーションを取ることを第三者が要求するときには、結果としてそのような操作・誘導につながる可能性があることに留意する必要があるだろう⁴³。

⁴² 江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、2012）211頁。

⁴³ 参照、吉田克己「家族法改正問題とジェンダー」前掲注（26）120頁以下。

シンポジウム

ドイツ売買論の現在

——「異なる物の給付保持」と「追完請求権の範囲」——

田中宏治

紹介

講演

討論

吉田邦彦／林誠司

田中宏治

田中宏治／吉田邦彦／林誠司／曾野裕夫／林耕平／根本尚徳／得津晶

*これは、令和三年（二〇二一年）五月二二日に、北大民事法研究会および北大民法理論研究会が共催した、田中宏治教授（千葉大学）の講演および討論の記録である。

紹介

林誠司（北海道大学大学院法学研究科教授） 本日は、千葉大学大学院社会科学研究院教授の田中宏治先生をお迎えし、ドイツの売買法についてご報告をいただきます。本題に入る前に、私から田中先生の御略歴などを簡単に紹介させていただきます。

本日のレジュメの冒頭にもありますけれども、田中先生は一九九一年三月東京大学法学部をご卒業後、東京大学大学院法学政治学研究科へ進学され、一九九七年に大阪大学法学部助手に着任されています。その後、大阪大学法学部助教授となられた一九九九年に、ドイツ学術交流会D A A Dの長期奨学生としてフライブルク大学法学部の修士課程にご入学され、二〇〇一年二月にはフライブルク大学から修士号を授与されています。ご帰国後、二〇〇九年四月に千葉大学大学院専門法務研究科教授に着任され、二〇一七年四月より現職に就かれています。

後に先生からお話があると思いますが、先生ご自身がライフワークとして位置付けていらっしゃる研究テーマは、「代償請求権と履行不能」というテーマです。このテーマに関して先生が一九九八年に阪大法学に公表されたご論文は、この度の民法改正による四二二条の二の制定にあたり、『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般（一）』（商事法務、二〇〇九年）において学術論文として唯一引用されております。また、二〇一八年には、信山社から、その名も『代償請求権と履行不能』という研究書を刊行されています。今、私の手元にあるこちらの本です（と本を示す）。本学の図書館にも所蔵されていますので、どうぞご覧になってください。

先生のもう一つの主な研究テーマは、本日のご報告に関連する売買法です。このテーマに関しても今年（二〇二二年）の二月に『ドイツ売買論集』という研究書を、信山社から刊行されています。先生のフラインブルク時代の指導教員は、日本でも民法や民事訴訟法の分野などにおいて名高いディーター・ライポルト (Dieter Leipoldt) 先生ですが、この『ドイツ売買論集』は、先生とライポルト先生の共同研究の成果であるとのことでした。

この本の執筆に至る経緯については、『ドイツ売買論集』の「序章——上梓の経緯」に記されています。そこには先生とライポルト先生をはじめドイツの先生方との交流の様子が描かれています。特に先生が夏休みや春休みにドイツを訪れ、ライポルト先生などと意見を交わしたりする様子は、先生の研究生生活の充実ぶりを伝えるくぐりとなっています。

本日は、「ドイツ売買法の現在」というテーマでご報告をお願いしております。
さらに吉田先生、ご紹介をお願いします。

吉田邦彦（北海道大学大学院法学研究科教授） 民法の吉田でございます。今日は福島から参加しておりますけれども、福島にも田中先生の本を持参して、今日参加しております（と二冊の本を示す）。

先輩後輩の気安さから「田中君」と言わせてもらいます。今日ご列席の瀬川先生は私の一〇歳年上の大先生なのですが、私ども、私は、田中君はもつと年下だと思っていましたら、丁度私より一〇年下、私は一九八一年卒で彼は一九九一年卒ということなのです。瀬川先生と私とは問題意識もかなり近いように自覚しているのですけれども、田中君は、——林君の紹介にもありましたけれども——おそらく東大系列では最もドイツ法に習熟して、近年も千葉大学の紀要に立て続けに論文を発表されております。その成果が、ごく最近出ました『ドイツ売買論集』という本だと思うのです。

平井先生と色々雑談をしていて、田中君のことを聞く機会はあったのですけれども、瀬川先生との一〇年と違って、田中君との一〇年は、——彼をご覧のように童顔なものですからもつと若いと思っていたので——、かなりギャップを感じるのです。



田中宏治教授のオンライン研究会風景（2021年5月21日 撮影吉田邦彦）

他方で、彼の論文集の四頁を見ますと、千葉大学での「学期最後の授業が終わるとドイツ行きのために飛び乗る。フランクフルト空港に降り立つと、乾いた空気が全身を包み、生まれ変わった気持ちになる」云々と続いている、非常にドイツ民法を楽しんでおられるというのが伝わってくるのです。

今回新学期のお忙しいときに「ちょっとお願いね」と頼んだら直ぐ引き受けてくれたのですけれども、その際に、①ドイツ民法・ドイツ債務法の面白さを是非お話しいただきたい、ということ、②もう一つは、やはり平井先生との関わりもお話していただきたい、というようなことをお願いしたところ、今回はお忙しいところ、詳細なレジュメも出してきて下さって、心より感謝しております。

私があればこれ言うのも時間をもったいないので、早速田中君の方にバトンタッチしたいと思います。では、宜しくお願い致します。本当に今日は有り難うございます。

田中宏治（千葉大学大学院社会科学研究院教授）はい。田中です。只今、林先生、吉田先生からまさに身に残るご紹介をいただき、大変恐縮しております。また、吉田先生から当初この報告のご依頼をいただきましたときには、気楽に、中堅・若手の研究者向けにということ承っていたのですけれども、この画面を拝見しますと、目上の藤原先生、あるいは目上と言うよりもさらに雲の上と言うべき瀬川先生もご参列下さっていて、予想外のことで、大変恐縮しておりますが、予定通り、用意致しました報告原稿に沿って、ご報告をさせていただきますと思います。

一 はじめに

（一）趣旨

まず、この報告は、——先程、林先生と吉田先生からもわざわざ画面越しにまでお示しいただきました——拙著『ドイツ売買論集』（信山社、令和三年二月）に基づくものです。これは、ドイツ民法学上の「売買」に関する論文集でございます、とりわけドイツ新債務法（二〇〇二年施行）を考察するものです（「ドイツ新債務法」と言いますが、これは、ドイツ民法の債務関係法、日本で言う債権編に相当するものでございます）。

（二）経緯

（a）以前の経緯

この研究会にお招きいただいた直接の、吉田先生からの経緯は次にお話し致しますが、その前に、このお方々がいなけ

れば、本報告は実現しなかったお二人の先生方のご学恩に対する謝意を表することから始めさせていただきたい、と思います。

第一に、民法法研究会の発起人であられます五十嵐清先生（大正一四年（一九二五年）五月二日～平成二七年（二〇一五年）九月二日）は、（私の——先程、林先生からご紹介いただきました——ライフラークの）不能論^①や（今日のこの報告の中心をなします）瑕疵担保責任論の先学であられることは別といたしましても、フライブルク大学にD A A D（ドイツ学術交流会）^③で留学された大先輩です。^④先生には、当初の留学（一九九九年～二〇〇一年）の後から、大変親身に励ましていただきました。今回、報告をお引き受けするに当たり、五十嵐先生の「民法法研究会」だということが第一の動機になりました。

第二に、——これも吉田邦彦先生から只今ご説明いただきました——平井宜雄先生（昭和二二年（一九三七年）四月一九日～平成二五年（二〇一三年）十一月二六日）は、大学院生時代（一九九一年～一九九七年の六年間）の指導教官でございまして、その教えが私の研究の土台となっております。^⑤当時、一九九六年九月に北海道大学のシンポジウムに平井先生が招かれまして、^⑥その際の北海道旅行が「非常に楽しかった」と語っておられたのが強く印象に残っております。

（b）今回の経緯

吉田邦彦先生は、当時から平井先生との間に緊密な学問上の交流があったことは平井先生から伺っていましたが、その指導学生だった私については——只今吉田先生がまさにご説明くださったように——「院生の田中君」という程度の認識であられたと思います。そのような存在でしかない私が今日この研究会報告のお招きを吉田先生からいただいたのは、ひとえに平井先生のお蔭です。

なお、吉田先生と私との学問は、今回の『ドイツ売買論集』よりもむしろ、前著『代償請求権と履行不能』（信山社、平

三〇）において深く関係しておりますが、⁽⁷⁾詳細は省略いたします。

また、研究会幹事の林誠司教授⁽⁸⁾には、初顔の私のために、今日のご紹介はもちろん、それ以前から微に入り細にわたってご高配を賜りました。

五十嵐先生、平井先生、吉田先生、林先生はじめ、この拙い報告のために本日ご臨席いただいております二十余名の皆様は心よりお礼を申し上げます。

（三）拙著『ドイツ売買論集』の簡単な紹介

拙著『ドイツ売買論集』は、——先程これも林先生・吉田先生からご紹介いただきましたけれども——私の二冊目の本です。自身の既発表の論文を一部底本としつつ、全体の半分以上を新規に執筆致しました。

二年前に上梓致しました前著『代償請求権と履行不能』と同様の基礎研究書ですが、三つ違いがあります。①前著がライプワークの単独研究であったのに対し、本書は——これも先程林先生からご紹介いただきましたけれども——ドイツのデーター・ライポルト先生⁽⁹⁾との共同研究であるという方法の違い、②前著が単行論文でありましたのに対し、本書は論点的に絞った論文集であるという形式の違い、③前著が歴史的資料と外国法文献を網羅的に分析した包括的研究であったのに対し、本書は専ら現代ドイツ民法学の成果だという内容の違いです。

そして、この拙著で考察した一〇の論点は、すべて共同研究者のライポルト教授によってドイツ新債務法の論点の中から選び出され、そして私が、わが国に紹介する意義があるか否か、という基準で選定したものです。拙著ではそれらを一〇の章に配列し、これを敷衍した日本法の解釈論を結章として付しました。

(四) 報告の内容と順序

本日は、「異なる物の給付保持」(第三章)⁽¹⁰⁾と「追完請求権の範囲」(第七章)を報告致します(三)。そして最後に「おわりに」として一言させていただきます(四)。

なぜ一〇章の中から右の二章を選んだかと申しますと、まず、「異なる物の給付保持」(Falschlieferung „aliud“)は、既に古典的論点と言えるものでありまして、判例が未だ無いため議論され続けている有名論点であるため、本日ご紹介する意義があると考えました。また、追完請求権の範囲の問題は、学説・判例・立法が協同して論点を発見し解決するという法発展のプロセスが顕著なため、それを紹介したいと考えました。いずれも、ドイツ法を先に、日本法を後に説明します。

二異なる物の給付保持(拙著「第三章」一〇七頁―一三一頁、「結章第四節」三八三頁―三九五頁)

(一) 総説

(a) 総説

異なる物の給付とは何かについては、当初議論をリードした、ハンス・ヨアヒム・ムズィラク教授(Hans-Joachim Musielak)(一九三二年二月二八日)⁽¹¹⁾の設例が分かりやすいので、それを用います。⁽¹²⁾すなわち、――

フォルクスワーゲン社製のゴルフ(という車種の大衆向け自家用車)を売却したところ、誤ってBMW(ベーエムヴェー)社製の三・一・八iという車種の高級自家用車を引き渡してしまった場合において、買主はBMWを保持できるか否か。

他の設例として、銀の時計を売買したところ金の時計を引き渡したというものでも構いません。⁽¹³⁾いずれにしても、約定

の目的物とは異なる物でかつ高価な物が提供されて買主が——現実には異なる物であるので——受領を拒絶できたにもかかわらず受領した事例です（高価な物でなく安価なものであれば買主は保持を主張しないので問題が生じません）。さらに、売主がその異なる物を当該売買契約から生じる引渡債務の履行（弁済）として引き渡した場合でなければなりません。もし売主が債務の履行としてではなく、単に引き渡したのであれば、原則は、不当利得の問題となり、買主に返還義務が生じることになります（ドイツ民法八二二条一項¹⁴）。

（b）特定物売買とは（拙著「第二章 第三節」一五九頁～六一頁）

①問題提起

以下、この論争に入ってゆく前に、それが前提としている、特定物売買・種類売買の困難な区別について簡単に説明しておきたいと思います。まず、定義としては、特定物売買（Stückkauf）とは、物の個性に着目して取引した物（individualisierter Gegenstand）、すなわち特定物（Speziessache）を目的物とする売買です。それに対し、種類売買（Gattungskauf）とは、物の種類に着目して取引した物、すなわち種類物（Gattungssache）を目的物とする売買、つまり、合意された種類に属する物で履行することができる（erfüllungstaugliches Exemplar der geschuldeten Gattung）売買です（ドイツ民法二四三条一項¹⁵）。問題は、両者の区別です。

たとえば、書店やスーパーマーケットやコンビニエンスストアのようなセルフサービスの商店の中で客がある商品を手にしてレジへ持って行くときに、それは種類売買でしょうか、特定物売買でしょうか。たとえば、——イケア（IKEA）、スウェーデン発祥の世界最大の家具量販店）のような——大型家具店で机と椅子を購入する際に、机は大きいので支払時に打ち出されたレシートを持って商品引渡所で受け取り、椅子は小さいので直接レジに手を持って行って支払を済ませた、と仮定

します。⁽¹⁶⁾このとき、机が種類物であることについて異論はありません。では、椅子は種類物・特定物のどちらでしょうか。

②種類物説

まず、上のイケアの設例を挙げたアケルマン教授は、「契約締結の際に目的物が目の前にあるかどうか、という外面的なことは契約内容には影響しない⁽¹⁷⁾」から種類物だと主張します。⁽¹⁸⁾

③特定物説

これに対し、レジに持つて行けば目的物は特定する、という主張もあります。⁽¹⁹⁾

④まとめ

どちらがオーソドックスなのか難しい問題ですが、本報告では、種類物説を多数説として扱います。⁽²⁰⁾

いずれにしろ、種類売買・特定物売買の区別が困難なときがある、という点が重要です。

(二) 解釈の出発点

では、異なる物の給付保持の論点に戻ります。差し当たり出発点として売買の規定に目を遣りますと、そこでは特定物、売買と種類、売買との区別をせずに、買主の異なる物の給付保持を肯定すべきように見えます。なぜならば、次の規定があるからです。すなわち、――

ドイツ民法四三四条三項【物の瑕疵】

売主が引き渡した物が異なる場合または不足する場合にもまた物の瑕疵がある（傍点を付けた）。

つまり、異なる物の給付は、瑕疵ある物の給付となります。⁽²¹⁾ この規定の存在意義は、とりわけ種類売買において困難な、「瑕疵ある物（*Peius*）」か「異なる物（*aliud*）」かの区別——たとえば、グリコールという不正添加物入りワインは瑕疵あるワインかわインとは異なる物か——を無用とすることにあります。⁽²²⁾

そうだとすると、買主の方が本来の目的物を代物請求するときにだけ、それと引換えに異なる物を返還義務が生じるのですから（ドイツ民法四三九条五項）、売主の方からは返還請求することはできない、つまり買主の異なる物の給付保持が肯定されることになりそうです（肯定説⁽²³⁾≡多数説⁽²³⁾）。

（三）肯定説が素直な解釈か？

これをもう少し詳しく説明しますと、まず、異なる物が売買契約から生じた売主の引渡債務の履行として提供されても、買主は、その受領を拒むことができます。そのときは、買主の履行請求権は、存続します。⁽²⁴⁾ それに対し、異なる物が債務の履行として受領されてしまうとどうなるか、が問題です。まず、売主が高額な売買代金を請求することは——買主が任意に契約改訂に応じない限り——できません。⁽²⁵⁾

一般に、瑕疵ある物を引き渡された買主は、目的物の返還義務を負いません。なぜならば、そう解釈しないと、目的物を保持しつつ追完請求権⁽²⁶⁾を行使する（修補請求であれば保持し続けるし、代物請求であれば瑕疵の無い代物引渡しと瑕疵ある目的物返還が引換給付になる⁽²⁷⁾）ことができないからです。つまり、異なる物を給付された買主は、追完請求権を取得するから、そ

れと矛盾しないように、買主に異なる物の給付保持が認められる、という解釈（以下では肯定説と呼ぶ）⁽²⁸⁾です。

そしてこの肯定説は、馬の売買で牛（瑕疵ある馬とみなされる）を引き渡したときにも、小型自動車の売買で戦車（瑕疵ある小型自動車とみなされる）を引き渡したときも、妥当するものと主張されます。⁽²⁹⁾

（四）法案理由書の否定説

肯定説に対し、保持を否定する解釈（以下では否定説と呼ぶ）も有力です。⁽³⁰⁾ その主たる論拠は、新債務法の法案理由書です。理由書は、売買を特定物売買と種類売買に分け、次の解釈を示します。⁽³¹⁾

（a）特定物売買における異なる物の給付

まず、特定物売買において異なる物が引き渡されるときは、その給付は、目的物と同一性のない異なる物（*identitatis aliud*）の給付だ、と言います（特定物売買では同一性のある異なる物はありません）。同一性のない異なる物の給付がなされても、本来の給付が実現せず、債務は弁済されていないので、本来の履行請求権が存続する。⁽³²⁾ 他方、異なる物は、買主の不当利得であり、その返還義務を買主が負う（ドイツ民法八二条一項）。したがって、買主の異なる物の給付保持は、否定される、と言います。

（b）種類売買における異なる物の給付

これに対して、種類売買における異なる物は、二つに区別されます。第一に、目的の種類物と同一性のある場合、第二に、同一性のない場合です（特定物売買では同一性のある異なる物はありませんのに対し、種類売買ではそれが有り得る、と考えるわけ

です。前者を「同一性のある異なる物 (Qualifikationsaliud)」、後者を「同一性のない異なる物 (Identitätsaliud)」と呼びます。たとえば、新車のゴルフの売買で、色違いのゴルフが引き渡されたときが前者、BMWが引き渡されたときが後者です。後者の場合においては、特定物売買における異なる物の給付と同様に、買主の異なる物の給付保持は、否定されます。が、前者の場合においては、本来の履行請求権が追完請求権に変化するので、買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の修補または代物請求をすることができます (ドイツ民法四三四条三項、同四三九条一項) が、これは買主の権利であって義務ではないため、買主は、異なる物を保持して何もしないこともできる。つまり、買主の異なる物の給付保持は、肯定される、と法案理由書は言います。

(c) 否定説の結論

この法案理由書を敷衍すれば、次の結論に至るはずです。第一に、特定物売買においては、異なる物の給付保持は、常に否定される。第二に、種類売買においては、その種類物以外の物、すなわち異なる物には、その種類物と同一性があるときとないときがある。前者においては、買主の異なる物の給付保持は、肯定され、後者においては、買主の異なる物の給付保持は、否定される、となりそうです。

しかし、この法案理由書の解釈を学説としてそのまま主張する者は存在しないようです。その理由は、おそらくドイツ民法四三四条三項の規定が無視されてしまうからであり、法文を立法者意思よりも重視するからであろうと思われます。

(五) 検討

(a) 問題

これを検討しますと、ドイツ民法四三四条三項の新規定が、異なる物の給付を物の瑕疵とみなしたという文理からすると、給付保持が肯定されそうです。しかし、とりわけ特定物売買における異なる物の給付においては、給付保持を肯定する結論は、まず当事者意思と正面から対立しそうです。

(b) 当事者意思

その意思と言いましても、ここで問題になる当事者意思は、契約成立時の意思であって、弁済時の意思ではありません。⁽³³⁾ もちろん、異なる物の給付保持の問題は、ゴルフの売買から生じる債務の履行(弁済)としてBMWを引き渡すから問題になるのです。つまり、もし、履行としてという前提が欠けるときは、⁽³⁴⁾履行にならず、単純な不当利得になります。そして、この問題は、弁済時の意思の解釈問題です(ドイツ民法一三三条および一五七条⁽³⁵⁾)。

(c) 不当利得の「法律上の原因」

① 総説

つぎに、保持の決め手になる直接の解釈論は、ドイツ民法八一一条一項の「法律上の原因なく(ohne rechtlichen Grund)」という要件であることにも留意しなければなりません。⁽³⁶⁾

要するに、異なる物の給付は、ドイツ民法四三四条の規定の「物の瑕疵」に当たるため、買主には追完請求等の権利を行使するか否かの自由が認められるところ、それがドイツ民法八一一条一項の「法律上の原因」に当たるか否かの解釈問題です。この問題については、百家争鳴ですが、以下では、簡単に否定説と肯定説を説明します。

② 否定説

ローレンツ教授は、ドイツ民法四三四条が適用されることが不当利得法上の「法律上の原因」に含まれることを否定します。⁽³⁷⁾したがって、売主の不当利得返還請求権の発生を肯定します。⁽³⁸⁾

③ 肯定説

「法律上の原因」について否定説を採る者は、それが買主の給付保持否定の決め手になりますので、——ローレンツ教授のように——明示的に説明するのに対し、他方、給付保持肯定説を採る者は、「法律上の原因」を肯定するわけですが、明示的に肯定する者もいれば、⁽³⁹⁾肯定することを暗黙の前提にするだけの者もあります。⁽⁴⁰⁾

(d) 錯誤規定の不適用

① 総説

なお、給付保持について肯定説を採るときは、弁済を売主が取り消すことについて錯誤の規定（ドイツ民法一九条）の適用についても否定しなければなりません。さもなければ、錯誤による取消権行使の効果として弁済が遡及的無効となり（ドイツ民法一四二条一項）、「弁済としての異なる物の給付」ではなくなるため、買主の追完請求権が発生しなくなるからです。では、肯定説からどのような論理で錯誤の規定の不適用を導くのでしょうか。

② 肯定説の論理

ムズイラク教授は、次のように言います。すなわち、仮に弁済の錯誤取消しを認めれば、特定物売買においては常に錯

誤取消しによって買主の追完請求権が遡及的に消滅させられてしまい、「ドイツ民法四三四条三項の規定は、立法理由においては特定物売買に適用されることが明示されていたにもかかわらず、事実上は特定物売買に不適用となってしまうであろう」⁽⁴¹⁾。だから錯誤取消しはできない、と言います。

(六) 諸学説の整理

(a) 肯定説(多数説＝ムズイラク説)

ドイツ民法四三四条三項を重視する見解です。⁽⁴²⁾ すなわち、もし、異なる物の給付保持が否定されれば、買主の追完請求権は無視されてしまうからです。⁽⁴³⁾ 否定説も有力で、しかも近年ではその傾向が強いように感じられますが、この肯定説が多数説だと一応言つてよいと思います。

(b) 制限肯定説

次に、これに対し、基本的には文理を重視しつつ、改正前の通説の解釈を活かす見解があります。すなわち、原則としては肯定説によりながら、給付された物が目的物と「著しく異なる」ときは、目的物の引渡しは無く、担保責任は生じないと解する説があります。⁽⁴⁴⁾ この学説では、ドイツ民法四三四条三項の規定に、「給付された物が目的物と著しく異ならなるときは」という要件を付け加えて縮小解釈をすることになります。その意味では、この学説は、制限肯定説とも呼ぶことができようかと思えます。もちろん、この制限肯定説に対しては、「著しく異なる」かどうかの区別が困難であるという批判が向けられるかと思えます。

(c) 否定説

たしかに、肯定説はいささか売主に酷な結論になります。⁽⁴⁵⁾ そのため、売主に不当利得返還請求権を認めて保持否定説を採る立場が有力です。

そして、否定説を採る場合にも、一律にこれを否定するのではなく、例外として一般条項を根拠に肯定される場合があると言います。以下では、ローレンツ説を紹介しておきたいと思います。

ローレンツ教授は、買主の給付保持を肯定するか否かは、売主の不当利得返還請求権行使の「権利濫用」(Rechtsmissbrauch)の問題だ⁽⁴⁶⁾、と言います。このように一般条項を解釈論の前面に出すのは、要件・効果をきちんと解釈するのを良しとするドイツ民法学(ローレンツ教授も本来はそうである)⁽⁴⁷⁾においては珍しく、思い切った解釈論を打ち出した、という印象を受けます。⁽⁴⁸⁾

そして、不当利得返還請求権行使は、設定された期間の経過前に本来の目的物給付と引換えになされるときは、権利の濫用とはならないけれども、設定された期間の経過後には、仮に売主の返還請求権行使を認めると買主が追完以外の給付を受ける権利を失うことを理由に権利濫用となる⁽⁴⁹⁾、と解釈します。⁽⁵⁰⁾

以上、ドイツの論争を紹介しました。

(七) 日本法における「異なる物の給付保持」

(a) 総説

① 総説

では、次に、日本ではどうか、以下検討してゆきたいと思います。

ドイツの「異なる物の給付」の問題は、わが国でも、平成二九年改正によって錯誤の効果が取消しとなって契約不適合責任として追完請求権が規定されたことから、ほぼ同様の論点が生じることになります。

②事例

買主Xは、自動車販売店Yからトヨタ社製のカラーラ（という車種の大衆向け家用車）を購入したところ、Yがうっかり同社製であるがクラウンという車種の高級家用車をX名義で登録してXに納車してしまった。この場合において、Yがクラウンの返還を求めるのに対し、Xは、それを拒んで保持できるだろうか、という問題です。あるいは、ビール六本のところ八本引き渡したというのでも構いません⁽⁵¹⁾。いずれにしても、約定の物より良く、目的物とは異なる物が提供されて買主が——現実には異なる物であるのだから——受領を拒絶できたにもかかわらず受領してしまった、という事例です。

（b）特定物売買と種類売買との区別（拙著「結章第五節四」四〇八頁～四一〇頁）

問題の前提として、特定物売買と種類売買の区別がわが国でも困難であることを確認しておくことが重要です。つまり、セルフサービスの店舗で客が商品をレジへ運ぶときに、それは種類売買か特定物売買かという問題です。この事案は現実には非常に多いにもかかわらず、民法学上は論じられずに参りました⁽⁵²⁾。いずれと解釈するにせよ、その区別は容易ではない、という点が重要です。

（c）物の数量不適合の扱い

①平成二九年改正前

「異なる物の給付保持」の論点に戻ります。従来、物の数量の瑕疵は特別な扱いをされてきました。つまり、改正前民法五六五条の規定が数量指示売買という特殊な売買についての規定を設けていたからです。かつての通説に従えば、数量指示売買は、常に特定物、売買です。⁽⁵³⁾したがって、先述のビールの例は、数量指示売買ではありません。

なぜならば、改正前民法五六五条の「数量を指示して」の文言は、⁽⁵⁴⁾①目的物の数量が表示され、⁽⁵⁵⁾②その数量を基礎として代金額が定められたこと、と解されていたため（通説・判例）、⁽⁵⁶⁾③aを満たすためには、その前提として目的物の「特定」が必要と解されたからです。

② 審議過程

ところが、債権法改正の審議過程では、一方で、数量不足および一部滅失が民法五六二条一項の規定の契約不適合に含まれるとされ、⁽⁵⁷⁾他方、数量不適合責任は、一年間の期間制限（民法五六六条）に掛からないこととされました。⁽⁵⁸⁾

③ 平成二九年改正後

したがって、平成二九年改正後の契約不適合責任においては、改正前とは異なり、物の数量不適合は、契約不適合の一つにすぎず、——一年間の期間制限（民法五六六条）に掛からない（②に述べた）点を除いて——種類不適合や品質不適合と区別しての特別扱いを受けないこととなります（民法五六二条一項）。⁽⁵⁹⁾

④ 数量超過

ところで、平成二九年改正前に「数量超過」と言われていたのは、数量指示、売買における数量超過の場合、つまり、^(a)

特定物売買において目的物を引き渡したところ、目的物の数量が合意されていたより多かった場合（たとえば、目的土地の実測面積が約定面積より大きかった場合⁽⁶⁰⁾）です。

しかし、**⑥種類売買**において、約定数量よりも超過した目的物が引き渡される形の数量超過も想定することができ、平成二九年改正法における数量超過は、**①**に加えて**⑥**も含む、と解されます。

（d）弁済としての引渡し

①総説

この論点で問題となるのは、売主が異なる物を当該売買契約から生じた引渡債務の弁済として引き渡した場合です。そうであれば、民法五六二条一項の規定する「目的物」が「引き渡された」の要件を満たさず、その物を買主が保持する法律上の原因はないのだから、民法七〇三条の規定する不当利得に当たり、買主は、その物を返還しなければならないからです。

②弁済の法的性質

翻って、弁済とは何か。弁済の法的性質の問題です。諸説存在し、まず、**①弁済**とは、債務の目的としての給付を実現する行為であり、その給付は法律行為であることも事実行為であることもあるが、弁済自体は準法律行為である、という「準法律行為説」があります⁽⁶¹⁾。

これに対し、**⑥給付に法律行為と事実行為があることを認めつつ**、それとは別個に弁済自体の性質を決定する意味を否定する「性質決定不要説」もあります⁽⁶²⁾。さらに、**③同様に**、給付に法律行為と事実行為の区別があることを認めつつ、弁済自体は事実行為だとする「事実行為説」もあります⁽⁶³⁾。

③ 弁済意思を観念するか

この弁済の法的性質論は、より本質的に、弁済における当事者の意思の問題と言い換えることもできます。⁽⁶⁴⁾ 異なる給付が弁済としてなされるときであっても、その給付には、売主・買主双方の何らかの意思が含まれていることは間違いありません。少なくとも、引渡しがなされている以上はそれを目的とする合意が認められなければならないからです。⁽⁶⁵⁾

従来、そのような給付の意思とは別個の弁済意思を「弁済として」の部分に観念することができるか否かが争われ、否定説が有力でありました。⁽⁶⁶⁾

(e) 錯誤規定の「意思表示」

① 総説

しかし、結局、上述の弁済意思については、肯定説と否定説のどちらを採ろうが、弁済の際には、給付の意思〔表示的要素〕が存在していることは否定できませんので、それが民法九五条の規定する「意思表示」に当たるか否かが避けて通れない問題となります。

② 検討

これについてもドイツ法(↓(五)(d))と同様、異なる物の給付における錯誤規定の適用を否定するべきです。つまり、弁済の錯誤取消しを肯定する解釈には賛成することができません。仮に錯誤規定の適用を認めてしまうと、特に特定物売買における異なる物の給付の際には常に売主からの錯誤取消しが認められてしまい、事実上、特定物売買における異なる物の給付にも民法五六二条一項の規定が一律に適用されなくなってしまうからです。したがって、弁済は、錯誤の規定(民

法九五条の「意思表示」には含まれない、と解すべきです。⁽⁶⁸⁾

(f) 平成二九年改正

① 総説

他方、学説を見ておきますと、平成二九年改正前に「異なる物の給付保持」の問題を意識的に論じた学説は、ほとんどみられません。⁽⁶⁹⁾ 平成二九年改正後においても、この問題は正面から議論されていません。⁽⁷⁰⁾

② 問題整理

ここでもう一度改正法の解釈問題を整理してみましょう。

つまり、平成二九年改正法では、不適合給付を受けた買主に追完請求権を与えたため、一般に、不適合物が引き渡された買主にはその物の返還義務がないと解釈せざるを得ません。なぜならば、そう解釈しないと、買主はその意に反して引き渡された物を取り戻され、買主に追完請求権を与えた（そもそも追完請求権を行使するか、修補と代物給付のどちらを選択するか、は買主の自由だという）民法五六二条一項の規定の趣旨に反するからです。

そして、異なる物の給付が不適合給付の一つだとすると、それを保持してよいことになりそうです（肯定説）。つまり、条文解釈からすると、保持肯定説となりそうですが、その結論を許してよいのか、という——ドイツと同様の——問題になります。

(g) ドイツ法との違い

しかし、問題は、ドイツ法との明文の規定の違いです。つまり、わが国には、異なる物の給付を不適合給付に含めると

する、ドイツ民法四三四条三項に相当する規定が欠けているからです。

しかし、「債権法改正の基本方針」において述べられておりましたように、異なる物の給付を——特定物売買・種類売買を問わず——民法五六二条一項の規定する不適合給付に含めることに異論は見られません。したがって、ドイツ法との明文の規定の微妙な違いは気にしないでしょうと思われれます。

(h) 検討

そうすると、異なる物を弁済として引き渡された買主は、追完請求（通常は代物請求）をすることができ（民法五六二条一項）、この追完請求権を行使して、それが履行されるときは、売主は、既に引き渡し済みの異なる物の引換給付を売主は請求することができることを前提に（買主の保持は許されない⁽²¹⁾）、問題は、追完請求権を行使しないときに、異なる物の給付を保持することができると否か、です。

まず、種類売買（たとえば、ワイン売買）において、弁済として引き渡されたのがグリコール入りワインであれば、それが①契約不適合の目的種類物（ワインという目的物であるがグリコール入りのため品質の不適合物）なのか、②目的種類物以外の物（グリコールが混入されたワインはワインではなくするため目的物ではない物）なのか、という難しい区別をせずに双方に民法五六二条一項を適用することについては、認められやすいだろう、と思われます。そうすると、異なる物を給付された種類買主は、追完請求権を取得するから、それと矛盾しないよう、異なる物の給付保持を認めなければなりません。つまり、肯定説を採ることになります。

争点となりそうなのは、特定物売買における給付保持です。結論から先に言えば、特定物売買でも肯定説を採るべきです。たしかに、特定物売買において、特定物とは異なる物の給付保持を認めることは、契約成立時の当事者意思に明白に反す

ることになります。しかし、民法五六二条一項の規定が特定物買主・種類買主の区別をせずに単に買主に追完請求権を認めていることを重視するべきです。法的構成としては、買主が追完請求権を取得することが、民法七〇三条の規定する「法律上の原因」に当たるため、売主が不当利得返還請求権を取得することができない、と解釈するべきです。

そして、その上で、結論が妥当性を欠く場合には、信義則（民法一条二項）または権利濫用（民法一条三項）の規定を適用する可能性を認めるべきです。

この解釈は、ドイツの肯定説、とりわけムズィラク説（↓（六）（a））、つまり原則は保持肯定、例外として信義則により否定、という考え方です。また、そのような解釈を無にしないため、——既に述べたように（↓（e））——弁済の錯誤取消し（民法九五条）を許すべきではありません。⁽²⁾ もつとも、その原則と例外を入れ替えて、原則は保持否定、例外として一般条項により肯定、というローレンツ流の解釈の余地も十分にあります（↓（六）（c））。

そして、いずれにしろ、異なる物の給付保持が問題となりますのは、異なる物の給付が弁済としてなされた、ということが出発点です。したがって、現実の紛争においては、給付の意思解釈の段階で給付保持の問題から外れ、単純な不当利得返還請求の問題となることも多い、と思われれます。

以上が「異なる物の給付保持」の問題です。

三 追完請求権の範囲（拙著「第三章」一九七頁～二七六頁、「結章第八節」四二五頁～四二八頁）

（一）総説

（a）事例

つぎに、追完請求権の範囲の問題を、こちらはごく簡単に説明いたします。まず、事例を説明します。

買主Xは、売主Yから代金五〇〇ユーロで床用のタイルを一〇㎡分購入し、それを自宅の浴室に敷き詰める工事を職人Aに代金二、〇〇〇ユーロで請け負わせ、工事完成後に代金が支払われた。ところが、工事終了後まもなくタイルが変色して欠陥品であることが判明した。Xは、Yに対して、タイルの代物給付に加え、^(a)不適合タイルを剥がす費用、^(b)代物タイルを敷く費用を求めたい。認められるだろうか、という問題です。

(b) 問題

引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に瑕疵が判明した場合において、買主が代物請求をするときは、それに伴って発生する不適合物の取外しと代替物の取付けの費用は、売主と買主のどちらが負担するか、という問題です。

(二) 当初の学説

(a) 肯定説

肯定説の基礎は、買主は、売主の代物給付によって、目的物が契約内容に適合するものであればそうであったであろう立場に置かれるべきである、という考え方です。この場合、その立場に置かれるためには、不適合物の取外しと代物の取付けの費用が必要であるので、そこまでを代物給付(ドイツ民法四三九条一項)が含む、と解することになります。

(b) 否定説

それに対し、否定説は、当事者意思を基礎に置いています。すなわち、事例のXYの契約は、あくまで売買であって請負ではないのだから、取付け・取外しまでは「代替物の引渡し」に含まれない、と解します。もっとも、否定説を採った

場合に、取付け・取外しの費用相当額は、損害賠償としては認められる可能性があり、すなわち、売主に帰責事由があるときにはそれを請求することができる（ドイツ民法二八〇条一項後段）、と解釈することもできます。

(二) 判例

(a) フローリングブロック事件

つぎに、判例がこの事件の見所なのですが、取付け(⑤)について争われ、二〇〇八年、連邦通常裁判所は、上記否定説を採用しました⁽⁷³⁾。

(b) タイル事件

ところがその後二〇一一年、欧州裁判所は、連邦通常裁判所の先決判決申立てを受け、取外し(①)・取付け(②)双方について肯定説を採用します（フローリングブロック事件判決を否定した⁽⁷⁴⁾）。そして、同年、それを受けた連邦通常裁判所は、それに沿うよう判例を肯定説に変更せざるを得なかった、ということがありました⁽⁷⁶⁾。

(c) ゴム事件と棧事件^{さん}

二〇一二年のゴム事件判決⁽⁷⁷⁾および二〇一四年の棧事件判決⁽⁷⁸⁾において、連邦通常裁判所は、上記のドイツ民法四三九条一項の消費財・売買についての解釈が消費財以外の売買にも及ぶことを否定した。こうして、取付け・取外しの費用が追完請求権の範囲に含まれるか否かについて、売買の目的物が消費財であれば肯定し、そうでなければ否定する、という判例の「分裂（gespalten）」状態が生じていた。

(四) 立法

この「分裂」を解消して、全面肯定説を採ったのが、二〇一七年改正によるドイツ民法四三九条三項の新規定です。⁽⁷⁹⁾ こういう規定が入りました(傍点と傍線は筆者)――

ドイツ民法新四三九条三項【追完】

買主が瑕疵ある目的物をその種類と用法に従って他の物に作り付けた(engebaut)又は他の物に取り付けた(angebracht)ときは、売主は、買主が瑕疵ある目的物の取外しと瑕疵のない修補された目的物又は代物の取付けのために要した費用を償還する義務を負う。……

(五) 日本法の解釈論

(a) 総説

わが国でも、実務上の影響も大きく、同種の事案において早速論点となりそうです。すなわち、引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に契約不適合が判明した場合において(民法五六二条一項)、買主が代物請求をするときは、それに伴って発生する不適合物の取外しと代替物の取付けの費用は、売主と買主のどちらが負担するのか、です。民法五六二条一項の規定する「代替物の引渡し」は、①代物引渡しのみならず、②不適合物の取外しの費用支払と、③代物の取付けの費用支払も含むか、という解釈問題です。

(b) 検討(私見)

わが国でも、問題状況は同様ですので、買主は、売主の代物給付によって、目的物が契約内容に適合するものであれば、そうであつたであろう立場に置かれるべきであり、肯定説を採るべき、ということになると思います。⁽⁸⁰⁾ 売主からしても、このような事態を引き起こしたのはひとえに売主が不適合物を引き渡したからであり、費用負担を甘受するべき、となると思います。⁽⁸¹⁾

四 おわりに（拙著「おわりに」四七七頁）

最後に一言させていただきます。いくら入念に練り上げられたドイツ新債務法であっても、後発の学説によって幾多の欠点が指摘されることは必然でした。また、新債務法が想定していなかった諸事案が現実の裁判に登場するのも当然でありました。二〇〇二年元日の新債務法施行から二〇年間、新法の至らなさに呆れ返ったり、欧州法に文句を付けたり、学者も実務家も忙しく過ごしました。そして、ドイツ売買法は、長足の進歩を遂げました。

この二〇年、売買論の中心で活躍してきた彼らの表情からは、新債務法に対する負の印象は読み取れません。むしろ、自分たちに何が許されるのかを知った喜びに溢れていました。それは、新法を自分なりに解釈できる喜びです。古いしがらみから解き放たれたように、新鮮な解釈論は、若い教授や助手がその大部分を担いました。改正作業の中心だった長老たちは、言い訳は恥とばかりに控え目で、世代交代が一気に進みました。

悠久の法学の歴史におきまして、債務法改正は急勾配の激流であり、新債務法を巡る論争は、この力強い流れを下るドイツ人の歓喜と興奮の叫びです。①生まれ変わった条文のための膨大な判決と、②それに応じる逞しい学術論文と、③不備を迅速に補う再改正の立法が勢いよく作られました。法というのは、このように①判例・②学説・③立法が協同して発展するのだよ、と言わんばかりでした。

果たしてわが国はどうか。自由に伸び伸びと新債権法を満喫したい、と思います。報告は以上です。ご清聴有り難うございます。

以上

- (1) 五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣、昭四四)。
- (2) 五十嵐清『比較民法学の諸問題』(一粒社、昭五一)。
- (3) ①フライブルク大学に、②DAADで留学した、③民法研究者は、他に川井健先生(昭和二年(一九二七年)～平成二五年(二〇一三年))しか寡聞にして知らない。偶然にも、ご両名とも北海道大学の先生である(川井先生は、北海道大学一五年、一橋大学二〇年勤務(川井健「民法判例と時代思潮」一論一〇七卷一号(平四) 一頁～一九頁、一九九頁))。
- (4) 五十嵐先生は、フライブルクに対して強い愛着を持たれ、一九九八年にはフライブルク同窓会(全学部共通)を設立された。私は、その遺志を継ぐ形で同窓会理事を務めさせていただいている。
- (5) 平井先生は、私が大学院を中退して阪大に就職した翌年に退官されたので(当時の東京大学教授は六〇歳定年)、先生の東京大学時代の(研究者の)弟子は九人目の私が最後となった。八名の先輩は、栗田哲男、佐藤岩昭、森田修、鈴木眞次、陳洗岳、山下りえ子、川村洋子、山口成樹(敬称略)である。
- (6) 平井宜雄・瀬川信久・吉田邦彦「民法学の方法・思想・思考様式」北大四七卷六号(平九) 一一三頁～二〇四頁(吉田邦彦『民法学の羅針盤——激動の時代への先進の教訓——』(信山社、平三三) 三頁～九四頁所収)。なお、「討論」における瀬川教授の発言で、私の手付についての意思解釈の判例研究(最判平成五・三・一六民集四七卷四号三〇〇五頁法協一一三卷一号)が引用され(一八七頁、当時大学院生だった私にとって人生初の引用で非常に嬉しかったことも忘れられない)。
- (7) 代償請求権論と債権侵害論が密接な関係に立つからである。第一に形式的に、民法典制定後の学説史において、起草者の見解と「断絶」して「ほぼ全面的にドイツでの議論の影響を受けている」(石坂音四郎博士の立論に影響を受けたという点で共通している(拙著『代償請求権と履行不能』八二頁)。第二に実質的にも、石坂博士は、一方で、代償請求権肯定の理由として債権侵害による不法行為の不成立を挙げ(同六五頁)、他方で、債権侵害による不法行為の成立を否定する理由として代償請求権の存在を挙げるからであ

る（なお、これは一見、循環論法であるが、代償請求権肯定と債権侵害による不法行為不成立を一組の論理として主張するものと受け止めることができ、虚偽の論証と咎め立てるほどではない。同六五頁）。

- (8) 林教授と私は、学会デビュー同期である。つまり、私が私法学会個別報告「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」（二〇〇六年、大阪市大）を行った日に、林教授も個別報告（監督者責任の再構成）された（なお、齋藤由起教授も同期である）。
- (9) デイター・ライポルト教授（一九三九年一月一日～）（*Dieter Leipold, Dr. Jur., Dr. h.c. (Städtische Universität Oskat, Dr. h.c. (Demokritos Universität Thrazien), o. Professor (em) für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Freiburg i. Br.)* は、民法法学の泰斗であり、特に相続法、民事訴訟法、民事保全法、国際民事訴訟法の業績が重要である。中でも、『相続法』は、二十二版を重ねている定番中の定番で、ドイツ相続法について日本人が執筆した今世紀中の論文で同書を引用していないものは存在しないと思われる。ライポルト教授は、①書物を通して研究がわが国に紹介される機会が多いことに加え、『相続法』のほか、証明責任論の紹介として、石田穰『民法と民事訴訟法の交錯』（東京大学出版会、昭五四）、同『証拠法の再構成』（東京大学出版会、昭五五）、代表的な翻訳として、デイター・ライポルト（田谷峻訳）『ドイツ民法総論——設例・設問を通して学ぶ——』（成文堂、初版、平二〇、第二版、平二七）、同（松本博之編訳）『実効的権利保護』（信山社、平二二）、②直接に親交のあった又は指導を受けた日本人研究者・実務家は非常に多い。
- (10) 新債務法施行（二〇〇二年）当初から学説上活発に議論され、「特定物の代物請求」（特定物売買においても代物請求できるか否か。上記二〇〇六年の私法学会大会で私が個別報告した論点）と並ぶ古典的な論点となっている。
- (11) ムズィラク教授は、そのオーソドックスな学風と明晰な文章で信頼の厚い民法法学の大家である。肯定説が支持を得たのは、ムズィラク教授の権威によるところも大きかったと思われる。
- (12) *Musielak, Hans-Joachim*: Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht. NJW 2003, SS. 89-92, S. 89.
- (13) *Lorenz, Stephan*: Alind, peius und indebitum im neuen Kaufrecht. JSt 2003, SS. 36-40, S. 39.
- (14) しかし、例外として、債務の不存在を知っていた弁済に当たれば、ドイツ民法八一四条（債務の不存在を知っていた弁済）の規定に従って、買主はその目的物を保持することができる（売主は返還を請求することができる）。
- (15) *Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan*: Schuldrecht: ein Studienbuch, II. Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2014, Rn 127.
- (16) *Ackermann, Thomas*: Die Nacherfüllungspflicht des Stückkäufers. JZ 2002, SS. 378-385, S. 381（設例）⁶⁰。
- (17) *Ackermann: aaO*, JZ 2002, S. 381.

- (18) Schulze, Götz: Rechtsfragen des Selbstbedienungskaus, AcP 2001, SS. 232-255, S. 236f. 46 「(ハンジ) 持つて行った物の購入が買主に
よって必要で大切なことではないから」から種類売買だと認め。同様に「Spickhoff, Andreas: Der Nacherfüllungsanspruch
des Käufers, BB 2003, SS. 589-594, S. 590, Jakob, Matthias: Die kaufrechtliche Nacherfüllung, in: Danner-Lieb, Barbara/ Konzen,
Horst/ Schmidt, Karsten: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, SS. 371-394.
- (19) Bitter, Georg/ Meidt, Eva: Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, SS.
2114-2124, S. 2119; Huber, Peter/ Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, München
2002, §13 Rn 20; Oechsler, Jürgen: Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, München 2003, Rn 140; Oetker, Hartmut/
Maultsch, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2004, S. 93; Medicus, Dieter: Schuldrecht:
ein Studienbuch, II. Besonderer Teil, 14. Aufl., München 2007 Rn 56; Fritzsche, Jörg: Fälle zum Schuldrecht I, 2. Aufl., München
2005, S. 315; Schubel, Christian: Das neue Kaufrecht, in: Schwab, Martin/ Witt, Carl-Heinz (Hrsg.): Examenswissen zum neuen
Schuldrecht, 2. Aufl., München 2003, SS. 163-195, S. 178.
- (20) ドイツの学説としてこちらがオーストリックスかを判断するに当たっては、文献の数も重要だがやはり誰が主張しているかも重要
な要素となる。文献の中で大家と言えば、ディーター・メデイクス教授である。けれども、メデイクス教授が特定物説を述べて
いる教科書の改訂者たるシュテファン・ローレンツ教授は、「親しく」教示を受けたところによると「種類物説を採るらしい(書
店で平積みされている本は、一番上のものが汚れているような気がするから、(実際に汚れていれば瑕疵があることになってしまう)二番目のもの
を引き抜いてレジに持って行くという例を挙げ、三番目のものでは履行できないという意思は認められない、と言う)。メデイクス教授は自ら進
んでローレンツ教授を改訂者を選んだそうであり、それにもかかわらず改説を敢行するほどに難しい問題だということが分かる。
(21) ちなみに、ウィーン売買条約でも「異なる物の給付は「契約不適合 (Vertragswidrigkeit)」という要件の下に瑕疵と等置されてい
る (Bamberger/ Roth-Saenger: UNKaufUe Art. 35, 1. Aufl., 2003 Rn 2)。」
- (22) Oetker/ Maultsch, aaO, 5. Aufl., S. 93, Rn 164. なお「グリコール入りワイン」の例は、味付けのために有害なグリコールが混
入されたオーストリアワインが出回った。一九八五年のワイン不正事件を念頭に置いている(実際に味は良かったらしい)。わが国で
もニュースとなったが、オーストリアワインの最大の輸出先であった西ドイツにおいて大騒動となった。
- (23) ハンセンの Musielatz, aaO, NJW 2003, S. 92. 他に「Palandt/ Putzo: § 434, 64. Aufl., 2005 Rn 52a; Danner-Lieb, Barbara/

Arnold, Arndt: Noch einmal: Die Falschlieferung beim Stückkauf, Jus 2002, SS. 1175-1176, S. 1175. 特^① Lorenz, Stephan: Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, Jus 2003, SS. 46-40, S. 39の説明が分かりやすい。

(24) Medicus/ Lorenz: aO, BT, Rn 98.

(25) Lorenz, aO, Jus 2003, S. 40.

(26) ドイツ民法四三七条の規定の見出し「瑕疵があるときの買主の権利」からすると、代物請求とそれと引換えの瑕疵ある目的物の返還は、あくまでも買主の権利であり、その行使は買主に委ねられるべきだ」と解されるからである。

(27) 異なる物の給付のときは、通常は、修補請求が生じない。不能だからである。

(28) 買主は、より高価な異なる物を保持するためには、差額を支払わなくてはならないという少数説もある (Westermann, Harn Peter: Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, SS. 530-543, S. 534)。その^②は、債務が履行されて「なご」と構成される。

(29) Dauner-Lieb/ Arnold: aO, S. 1175; Palandt/ Putzo: § 434, 64. Aufl., 2005 Rn 52a.

(30) Canaris, Claus-Wilhelm: Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002, Einführung S. XXIII; Lorenz, Stephan/ Riehm, Thomas: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, S. 311 Rn 574; Lorenz, aO, Jus 2003, S. 39; Köhler, Helmut/ Lorenz, Stephan: Schuldrecht II, 17. Aufl., München 2004, S. 43; Fritzsche, Jörg: Fälle zum Schuldrecht I, 2. Aufl., München 2005, S. 238 Rn 28ff.

(31) Canaris: aO, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung S. XXIII, 1175ff. Identitäts-aliud, Qualifikations-aliud という概念を用いた本報告の説明は、カナリス教授の理解に従っている。しかし、この概念の用い方は、人によって異なり、カナリス教授の理解が一般的とは言えない。たとえば、「この袋の塩、何グラム」を売ったとしよう (わが国の平成二九年改正前の数量指示売買に当たる特定物売買である)。ところが、現実には中身が砂糖であったときは、カナリス教授によれば、その袋 (特定物) が引き渡されている以上、それは異なる物の給付の問題ではなく、その特定物が塩という約定の性質を欠いただけであるから通常の瑕疵 (Mangel) である。「この金貨」が現実には銅貨であった場合も同じである。しかし、このような理解に対し、砂糖は「瑕疵ある塩」ではなくため、通常の瑕疵ではなく、Qualifikations-aliud という説も示されている (Schulze, Götz: Falschlieferung beim Stückkauf - Unzulänglichkeit des Gesetzes?, NJW 2003, SS. 1022-1023, S. 1022)。つまり、① (通常の) 瑕疵 (Mangel)、② 同一性のある異なる物 (Qualifikations-aliud)、③ 同一性のない異なる物 (Identitäts-aliud) は、①→②→③となるに従って程度が甚だしくなることを前提に、

②の外延を広く解する異論が存在するのである。

(32) Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 216.

(33) さらに、意思としては、当事者の合意による契約改訂（ドイツ民法三二一条一項）の可能性も念頭に置くべきであろう。しかし、改訂の合意に達した事実があれば、合意に従うことは言うまでもないけれども、この議論は、改訂の合意が存在しないことを前提にしているので、契約改訂の問題には立ち入らない。Lorenz: aAO, Jus 2003, S. 40.

(34) なお、一般論として弁済意思（Erfüllungswille）が弁済の要件であるか否かは別の問題であり、これを否定し、弁済自体にはいかなる主観的事情も要件とはならないというのが通説である（Palandt/Grüneberg § 362, 79. Aufl., 2020 Rn. 1）。

(35) *Canaris: aAO, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIII-XXIV; Musielak: aAO, NJW 2003, S. 91; Wätermann, Frank: Die Mängelhaftung im neuen Schuldrecht - Rechtsfolge, Tatbestand und Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz für den Mangelschaden und den Mangelfolgeschaden*, Münster, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2004, S. 223; Tröger, Tobias: Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht, Jus 2005, SS. 503-511, S. 511. したがって、次のように考えることもできようである。つまり、異なる物の給付が物の瑕疵とみなされるのは、異なる物の給付が本来の債務の履行として実現されるときであるから、その前提が欠けるときは、異なる物の給付は物の瑕疵とみなされない。こう考えれば、意思解釈の問題として、ゴルフの売買においてBMWを弁済として提供する売主など到底考えられないから、異なる物の給付保持の問題自体が奇想天外であって存在しない、とすることができるかも知れない。しかし、ここではそのような「逃げ」は打たないことにしよう。つまり、異なる物の給付などあり得ない、と問題の設定自体に異を唱えることは、問題をちよろまかすだけで、有意義ではないからである。

(36) その要件は、わが国の民法七〇三条の「法律上の原因なく」とおおよそ同旨であるので、理解しやすいであろう。

(37) *Medicus/ Lorenz: aAO, BT, Rn 276. 同語を説く者として Oetker/ Mautschr. aAO, 5. Aufl., S. 99, Rn 171.*

(38) *Medicus/ Lorenz: aAO, BT, Rn 277. Oetker/ Mautschr. aAO, 5. Aufl., S. 99, Rn 171. 同語。*「この語句は、『異なる物の給付』を保持する法律上の原因が存在するのは、売主がその債務をそれによって履行した、つまり、給付請求権が保持原因に変わったことに限られるからである」と言う。

(39) *Thier, Andreas: Alind- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 203 (2003), SS. 399-428, S. 421. 他方で、錯誤による取消し（ドイツ民法一一九条）を認め、取消権行使による弁済の趣及的無効（ドイツ民法一一四二条一項）を*

理由とする、引き渡された異なる物の不当利得返還請求（ドイツ民法八一一条一項）を肯定する。

(40) *Musielak*: aO, NJW 2003, S. 89f; *Danner-Lieb/Arnold*: aO, S. 117f.

(41) *Musielak*: aO, NJW 2003, S. 91.

(42) この規定が消費財売買指令の規定に従って、区別の困難を回避するために異なる物の給付を一律に物の瑕疵として扱う経緯を重視すれば、特定物売買における異なる物の給付も瑕疵担保の規定の適用を受けることを前提としなければならない、と言う。とりわけムズィラク教授がこの立法の経緯を強調する（*Musielak*: aO, NJW 2003, S. 92）。ローレンツ教授も理解を示す。「その理由は、法律の文、言および特定物売買と種類売買とを広く等置しようとした立法者意思に加え、特定物売買においても法律上の明快さ（Rechtsklarheit）が必要だという事実である。『もし否定説を採れば』」ここにおいても、引き渡された物が目的物なのか否か（特定物においては代替物が容易に交換可能な物かな）という事実上の不確定要素が生じてしまうだろう。」（*Medicus/Lorenz*: aO, BT, Rn 96）。傍点を付けた。

(43) ひいては（ドイツ民法が従わなければならない欧州共同体指令としての）消費財売買指令の規定に反することになるからである（*Danner-Lieb/Arnold*: aO, S. 117f）。また、否定説の挙げる——特定物売買における異なる物の給付では本来の履行請求権以外の追完請求権はあり得ないという——理由書の叙述が条文解釈の決定的根拠とはならない、という肯定説からの反論もある（*Danner-Lieb/Arnold*: aO, S. 117f）。さらに、特定物売買においても、異なる物の給付と単純な瑕疵ある目的物の給付との線引きが困難な場合があると言う。たとえば、ある画家の絵画の「この絵」を売却したところ、その絵には二つの版が存在し、「この」と特定された方ではない版を誤って給付したときは、厳密には異なる物の給付であるけれども、瑕疵ある目的物の給付と扱ってよい、と言う（*Danner-Lieb/Arnold*: aO, S. 117f）。

(44) *Medicus, Dieter*: Bürgerliches Recht, 19. Aufl., Köln 2002 Rn 288, S. 201-202; *Reischl, Klaus*: Grundfälle zum neuen Schuldrecht, JUS 2003, SS, 865-870, S. 868; *Tröger*: aO, S. 511.

(45) いったん弁済として引き渡せば一切目的物の返還請求は認められないことになり、売主に課せられる注意のはかなり高度・厳重なものになってしまふからである。他方で、買主としては、本来の目的物と換えてもらえれば、文句はないのが通常であろう。したがって、結論だけ見れば、肯定説が常識外れなことは論者自身が認めるところである。*Musielak*: aO, NJW 2003, S. 92によれば、このような結果を「避けるべく、たとえば、最後の常套手段として、『異なる物の給付保持を主張する』買主の態度が信義則違反

である (treuwig) と判断するよう判例学説に期待すべきであろう。」また、ドイツ民法四三四条三項の規定は、その適用範囲を種類売買に限定すべきであったし、そのような形の国内法化であったとしても共同体指令に反しなかったはずである、とムズィラク教授は嘆く (Musielak: aaO, NJW 2003, S. 92)。

(46) Medicus/ Lorenz: aaO, BT, Rn 277.

(47) わが国とドイツの民法学における一般条項の用いられ方を比較した場合において、わが国においてはその敷居の低さが顕著であることを情報提供義務について論じたものとして、Tanaka, Koji: Informationspflichten: Grundlagen im japanischen bürgerlichen Recht - Treu und Glauben in der Rechtsprechung -, in: Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, Berlin 2007, SS. 115-126, 同旨を脱法行為について論じたものとして、Tanaka, Koji: Gesetzesumgehung und Generalklauseln im Japanischen Zivilrecht in: Stürner, Rolf/ Matsumoto, Hiroyuki/ Lüke, Wolfgang/ Deguchi, Masahisa: FS Leipold, Tübingen 2009, SS. 1133-1141.

(48) Lorenz: aaO, JuS 2003, S. 39では、軽く「目的物が引換えに提供されるのであれば、異なる物の返還請求は少なくとも権利濫用的ではない」としてふたつ、一年後の Medicus/ Lorenz: aaO BT, 2014, Rn 277は「権利濫用の問題だ」(傍点は原典のイタリック)と強調している。

(49) Medicus/ Lorenz: aaO, BT, Rn 278. 現時点でのローレンツ説は、Lorenz: aaO, JuS 2003, S. 39のものと比べて非常に明確な法的構成に変わっている。その変化は、この論点が相当な難問であることの証左であろう。なお、ローレンツ教授は、安価な異なる物が引き渡された次の事案を設例として挙げておられる。それによって、買主に厳しいローレンツ説の全体像が分かる。「絵画蒐集家のVがKに対してフランク・ドウフェネク(というアメリカの画家)の絵画を売却したところ、誤ってヴィルヘルム・ライプ(というドイツの画家)の市場では安価で取引されるであろう絵画を引き渡してしまった。Kは、その絵画が気に入って保持したいが、できれば代金減額をしてみたい。そのときは、異なる物が高価か安価かにかかわらず、Vは、ドウフェネクの絵画の引渡しと引換えに、ドイツ民法八二二条一項の「不当利得」規定に従って返還請求することができる。ドウフェネクの絵画の引渡し(という追完)の期間設定の徒過なくしては、Kは、追完以外には、ライプルの絵画の返還を拒む何らの権利も有していないのであるから、Vの権利濫用は存在しないことになる。」

(50) これに対し、エトカー＝マウルチュ説は、売主の不当利得返還請求権は、売主が異なる物の給付を認識して遅滞なく行使しない限り、信義則上(ドイツ民法二四二条)行使することができない、と若干異なる解釈をする (Oetker/ Maultsch: aaO, 5. Aufl., S. 101, Rn 176)。

(51) わが国では、ドイツ民法四三四条三項の規定に相当する規定が欠けている。そのため、数量超過給付が契約不適合から明文で除外されていないため、本文のような種類売買における適合種類物の数量超過給付もまた、契約不適合に含まれる、と解されるだろう。もっとも、この問題は、別の解釈の余地もある、と思われる。

(52) 「例えば、顧客が店頭で陳列された多くの同種の商品の中から一つを取り上げ、レジにおいて店員に差し出すことによって売買契約が締結された場合など」は、「主観的に代替性を有する特定物売買」だとする見解（森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」平井追悼『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、平三）二七三頁―三〇二頁、三〇〇頁注（72））が見られる程度である。しかし、そこにおいても、なぜ特定物売買なのかについての理由付けは示されていない。議論されてこなかったのは、従来は議論に実益が無かったからであらう。なぜならば、種類物と判断しても実際にはレジに持つて行った商品以外の商品で履行することは考えにくいからである。

(53) 松岡久和「第五六五条」『新版注釈民法（一四）』（有斐閣、平五）一三六頁。

(54) 松岡久和・前掲「第五六五条」『新版注釈民法（一四）』二二八頁。

(55) 最判昭和四三・八・二〇民集二三巻八号一六九二頁、最判平成一三・一一・二三判時一七七二号四九頁。

(56) たとえば、一本あたり千円でワインを二本、という売買は、——aを欠いて——単純な種類売買であり、引き渡したワインが一本だけであれば、債務は一部しか履行されていないのであり、売主はもう一本を引き渡さなければならなかった（改正前民法五六五条の規定する数量不足には当たらなかった。それに対し、この甲箱にはワイン二本が入っていて一本あたり千円の計算で代金額は一万二千元という売買ならば、a bを満たして数量指示売買であり、実際には甲箱にワインが一本しかなければ、数量不足となった（松岡久和「数量不足の担保責任に関する立法者意思」龍法一九巻四号（昭六二）八〇頁―一二五頁、一一九頁参照）。なお、「売主が契約において表示し」という民法五六五条の文理からすると、売買が数量指示売買であるためには、aだけで足りるようにも説めたが、bも要件として加わり、同条の規定の適用範囲は、縮小解釈されていた。すなわち、売主の債務の目的たる数量が指示（合意）されるだけでなく、買主の（代金）債務の目的も売主の債務について指示された数量を基礎として定められなければならない。たとえば、「甲土地は何坪だ」という合意（a）があっても、その坪数とは無関係に代金額が定められた売買は、bが欠けて数量指示売買には当たらなかった。したがって、そのような甲土地の売買において、甲土地の坪数が指示（合意）された坪数に不足するときは——数量指示売買ではないので改正前民法五六五条の規定は適用不可能だが——、目的物の瑕疵が数量不足を含むと解するこ

とによって、改正前民法五七〇条の規定の適用可能性が残った（松岡久和「数量不足の担保責任」龍法二四卷三・四号（平四）二三頁～五四頁、二三頁は、「数量不足の担保責任は、権利の担保責任の規定を準用するという民法五六五条の規定の体裁にもかかわらず、その本質は瑕疵担保責任である」と言う）。

(57) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（九）」（部会資料七五A）（平二六）一〇頁。「数量不足及び一部減失をここに含めているのは、これらは講学上いわゆる権利の瑕疵と分類されているが、むしろ物理的な欠陥と質的な連続性があると考えられ、そうすると、履行の追完を請求する権利や代金減額請求権を含む買主の救済手段のあり方についても物理的な欠陥の場合と共通の処理をすべきであると考えられるからである」と説明されている。

(58) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（九）」（部会資料七五A）二四頁以下。「特定物売買であるか不特定物売買であるかを問わず、性状に関する契約不適合の場合と異なり、数量不足は外形上明白であり、履行が終了したとの期待が売主に生ずることは通常考え難く、買主の権利に期間制限を適用してまで、売主を保護する必要性は乏しいと考えられる。また、数量不足の場合は、性状に関する不適合と異なり、目的物の使用や時間経過による劣化等により比較的短期間で瑕疵の有無の判断が困難となることから、法律関係の早期安定という期間制限の趣旨が妥当しない場面が多い」ため、と言う。

(59) つまり、改正前民法五六五条は、物の瑕疵に関して、瑕疵担保責任（改正前民法五七〇条）を加重する規定であった。すなわち、改正前民法五六五条の売主は、「数量指示」という特別の合意に応じ、同五七〇条の売主よりも、①要件において、買主に無過失が求められず（改正前民法五六五条、⑥効果において、買主に代金減額請求が認められる（改正前民法五六三条一項、という重い責任を負ったのである。したがって、そのような差をなくした平成二九年改正法においては、それに対応する「数量指示」という要件が存在意義を失い、また、その文言の解釈としての判例も意義を失う、と解するべきである。潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんぎい、平二九）二五九頁は反対。

(60) 最判平成一三・一一・二七民集五五巻六号一三八〇頁が指導判決である。

(61) 我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店、昭三九）二二三頁。

(62) 平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂、平六（初版は昭六〇））一六四頁。

(63) 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、平四（初版は昭五七））四九一頁、林良平ほか『債権総論（第三版）』（石田喜久夫（青林書院、

平八〔初版は昭五三〕二二九頁。

(64) 以下の記述は、中田裕康『債権総論 第四版』（岩波書店、令二〔初版は平二〇〕三五三頁以下および滝沢昌彦「弁済における意思の位置付け」中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、平二二）六三頁〜九四頁に多くを負う。

(65) 舟橋諄一『法律学全集一八物権法』（有斐閣、昭三五）三〇〇頁によれば、「占有の移転は、当事者の意思にもとづいて行われう。これによって、占有の効果も移転し、……」占有権も、移転する（占有権の譲渡）。この場合における占有の移転は、原則として、当事者の占有移転の合意と所持の現実的移転とによって行われるが（現実の引渡し）、民法は、一定の場合に、所持の現実的移転がなくとも、当事者の合意だけで、占有を移転しうることを認めている」からである。

(66) 我妻榮・前掲『新訂債権総論』二一四頁以下。現在でも、弁済の法的性質における「性質決定不要説」と結びつきやすく（我妻説においては「準法律行為説」と結びついている）、有力である（平井宜雄・前掲一六四頁、中田裕康・前掲『債権総論 第四版』三五三頁。それに対し、肯定説も有力である（奥田昌道・前掲『債権総論（増補版）』四八九頁）。

(67) 「履行＝特定合意につき錯誤無効（改正法では取消し）を主張できる」とする北居功「担保責任の将来展望——履行としての受領の意義」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、平二二）四九頁〜六一頁、五九頁（同・『契約履行の動態理論Ⅱ』（慶應義塾大学出版会、平二五）五一三頁〜五二八頁、五二五頁所収）はこの趣旨か。たしかに、民法九五条三項二号に「同一の錯誤」（共通錯誤）の規定が挿入されたために平成二九年改正前よりはそう解しやすくなったかもしれない。しかし、この規定が挿入されたのは、改正前民法下の通説を明文化したものにすぎず、弁済の錯誤取消しとは無関係である（法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（二〇）」（部会資料七六△（平二二）五頁）。

(68) しかも、取消権発生のためには、さらに「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」という要件を満たす必要がある、これを否定する見解（滝沢昌彦・前掲七〇頁は、酒屋AがBCからそれぞれビールの注文を受け、Bに配達するつもりものをCに配達した設例について、「結局はCへも配達をしなければならぬのであるから『要素』の錯誤には該当しない」と言う。しかし、錯誤がなければ弁済の合意をしていなかったであろうから、その錯誤は「重要なもの」と言えるのではなからうか）も示されている。なお、そのような見解や、弁済意思に関する争い（↓（d））を乗り越えて、錯誤による取消しを肯定できるとすれば（私はできるとは解さないが）、所有権法におけるドイツ法との違いに注意を払う必要も生じる。すなわち、わが国においては、ドイツ法におけるのとは異なり、錯誤取消しによる弁済の遡及的無効（民法二二条）により、売主には所有権が遡及的に復帰するため、物権的

返還請求権を行使することができるからである。

- (69) わずかに磯村保教授が簡潔に触れる(磯村保「意思表示」石田喜久夫編『民法総則』(法律文化社、昭六〇)一一九頁〜一七三頁、一五八頁、同「目的物の瑕疵をめぐる法律関係」法教一六九号二九頁〜三〇頁(磯村ほか『民法トリアル教室』(有斐閣、平一一)三〇三頁〜三三三頁、三一〇頁〜三二一頁所収))。

- (70) 「債権法改正の基本方針」においては、「AはBに自動車甲の注文を受けたので、車両を仕入れて引き渡したが、実際にBに引き渡された車両は全く性能の異なる車両乙であった」という事実を「異種物給付」とし、「このとき異種物乙を受領した買主Bは、その債権についてAの何らかの履行を受領している以上、Bに甲に向けた代物請求が認められるのは、無履行の場面で履行請求権が存続しているのではなく、追完請求権としての代物請求権が発生しているのであって、ただその内容が当初の履行請求権と同一であるにすぎない」とするだけであった(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般(一)——』(商事法務、平二二)二〇三頁、二〇五頁)。すなわち、異なる物の給付が瑕疵ある物の給付であることが前提とされていた。なお、そこで言う「異種物」が「異なる物」全体を表すのか、「種類売買における異なる物」を表すのか、不明確である。そこで、拙著および本報告では、「異種物」という用語を避けた。従来の諸拙稿では、「種類売買における異なる物」を「異種物」と率先して定義していたため気が引けたけれども、紛れが生じるので改めた。

- (71) わが国にはドイツ民法四三九条五項・三四八条の明文の規定が欠けているが、同様に解すべきである(拙著四二三頁)。

- (72) なお、広く、弁済意思だけでなく、契約成立時の意思についても、契約不適合責任との関係では錯誤取消は一切許されない、と解すべきである。つまり、改正民法下では、民法九五条が規定する基礎事情の錯誤は、民法五六二条一項の規定との関係に限っては、一般則・特則の関係に立ち、後者の規定が適用されるときは、前者の規定の適用が排除される、と解釈するべきである。この問題は、従来「瑕疵担保と錯誤」という古典的な論点であったところ、改正法についても、「契約不適合と錯誤」として問題になる。そこで契約不適合責任優先説のプライオリティを有するのは、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』(法律文化社、令二二)四八頁以下であるところ、本報告は同書に全面的に賛成している。詳しくは、ドイツ法について拙著三五頁〜三七頁、日本法について拙著四四六頁〜四五五頁参照。

- (73) BGH, Urteil vom 15. 7. 2008 - VIII ZR 21/07, NJW 2008, 2837.

- (74) BGH, Beschluss vom 14. 1. 2009 - VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660.

- (75) EuGH, Urteil vom 16. 6. 2011 - C-65/09 u. C-87/09, NJW 2011, 2269, 以下「欧州裁判所は、原則としての取外しと取付けの費用の支払請求を肯定し、かつ、例外としての追完拒絶権を否定した」。これは、フローリングブロック事件以来のドイツ判例理論の指令適合性を否定するものであり、ドイツにとっては、「ティンパニーの響き(Paukenschlag)」(Lorenz, Stephan: Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, SS. 2241, 2245)のような衝撃であった。すなわち、欧州裁判所の判決に「愕然とさせられる(erschreckend)」のは、その結論によってだけでなく、とりわけ理由付けの程度の低さによってであった(Lorenz, aO, NJW 2011, S. 2242)。欧州裁判所に鼻毛を抜かれたドイツ人の怒りである。すなわち、欧州裁判所は、自ら整理して述べるとおり、その文理解釈の他には、さまなければ買主に余計な負担をさせることになり、それは買主が無償で追完を得るという指令に反することになる、という考慮だけで、結論を導いているからである(Lorenz, aO, NJW 2011, S. 2242)。すなわち、約定の給付に必要なから、取外しと取付けの費用の支払請求を認める、という欧州裁判所の論理は、「結論を先取りしづる(ergebnisorientiert)」だけであり、「循環論法に近き(einem Zirkelschluss nahe)」(いずれの表現も Lorenz, aO, NJW 2011, S. 2243)。つまり、ドイツ法が従うべき消費財売買指令三条は、当事者の意思を補充・推定する役割を担う任意規定に関する指令であるから、その規定の解釈の実質は、当事者の意思を補充・推定する(仮定的)意思解釈に他ならない。したがって、取外しと取付けの費用の支払請求においては、目的物に瑕疵があった場合の取外しと取付けの費用を売主・買主のどちらが負担するか約定が現実には存在しなかったとしても、かりに約定していればどのように定めたであろうか、という仮定的な「約定」が解釈によって導かれるべきであり、本件においてはその解釈こそが問題の中心となるはずである。ところが、欧州裁判所の論理は、その「約定」の解釈については一言もない。むしろ、「約定の給付に必要なから、取外しと取付けの費用の支払請求を認める」という論理において、欧州裁判所は、あたかも「約定の給付」が先天的に明らかであるかのような態度を取っているのである。仮定的な「約定」の解釈のために立法資料を用いるのはもちろん様々な事例を想定して緻密な解釈を打ち立ててきたドイツ民法学者の態度とは、余りに見事なコントラストであった。
- (76) BGH, Urteil vom 21. 12. 2011 - VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073.
- (77) BGH, Urteil vom 17. 10. 2012 - VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220, 以下「コム」は、人工芝運動場建設資材であった。
- (78) BGH, Urteil vom 2. 4. 2014 - VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183.
- (79) 従来の同条三項・四項はそれぞれ新四項・新五項となった。

(80) それに対し、契約は、あくまで売買であつて請負ではないのだから、取付け・取外しまでは「代替物の引渡し」に含まれない、という否定説も想定することができる。そして、否定説を採った場合に、取付け・取外しの費用相当額は、売主に帰責事由があるときにはそれを損害賠償請求することができる(民法五六四条、民法四一五条一項)、と解する余地もある。

(81) なお、このように追完費用を売主に負担させることは、長期的には、その負担は価格に転嫁されることになるので、事業者にとつて対処できないほどの不利益とはならないことは、ドイツにおいて既に言われている(拙著二四〇頁)。

討論

(講演者) 田中宏治
(司会) 林誠司
(発言順) 曾野裕夫
吉田邦彦
林耕平
根本尚徳
得津晶

林誠司 (北海道大学大学院法学研究科教授・司会) 田中先生、有り難うございました。それでは皆さん、どこからでもご自由に御議論をお願いします。ご発言をご希望される方は、画面をオンにしてください。どうか、あるいはボタンでの挙手をお願いします。曾野先生お願いします。

(一)「異なる物の給付保持」の「法律上の原因」

曾野裕夫 (北海道大学大学院法学研究科教授) 田中先生、今日はどうも有り難うございました。「異なる物の給付保持」についてお尋ねします。約定の目的物よりも高価な物が引き渡された場合の問題点は面白くて、日本で議論されていないことだと思いますので、大変ためになりました。

田中先生のこの点についての結論を、私は、常識的で落ち着き

がよいものになっていると思うのです。基本的にはまず、弁済としての給付がなされたかどうかを見て、もしそうでなければ、不当利得による返還の話になる、と。弁済としてなされた場合には、「法律上の原因」があるのだから、給付を保持することができる、ということだと思います。

お尋ねしたいことが二点あるのですが、まず一点細かいことです。弁済としてなされた場合に買主が追完請求権を取得することが「法律上の原因」なのだ、ということなのですが、むしろ、契約に基づいて弁済がなされた訳ですから、契約自体が法律上の原因になるのではないか、と思います。そうではなく、追完請求権の取得が「法律上の原因」なのはなぜでしょうか。

田中宏治 (千葉大学大学院社会科学研究院教授 曾野先生、非常に重要なお質問、おそらく他の方も疑問に思われてその点を説明することがこの問題の分かりやすさに繋がるお質問を有り難うございます。改正前の法律と比較すると、曾野先生に対するお答えにないと思います。要するに、かつては無かった追完請求権の規定が改正で挿入されたのは、ドイツでも日本でも同様です(ドイツでは、改正前も種類売買についてだけは追完請求権が規定されていた(ドイツ民法旧四八〇条一項))。

もし、追完請求権の規定が無く、追完請求権を買主が取得しないのであれば、給付保持はできません。目的物以外の「異なる物」を引き渡しても、弁済としてという意図があるだけでは、弁済ではないからです。その場合には、保持の「法律上の原因」にはな

らず、不当利得が成立します。

しかし、改正後は買主が追完請求権を取得するので、それを「法律上の原因」として保持できるか、というのがドイツで問題になり、それが日本でも問題になるだろう、という趣旨です。「法律上の原因」が何か、と問われれば、あくまでも、弁済として給付されたということではなく、買主が追完請求権を取得することだ、ということになります〔拙著一〇九頁「3 肯定説が素直な解釈か？」参照〕。

（二）「弁済として」の解釈

曽野 お尋ねしたいことの二点目は、そもそも弁済としてなされたかどうかの判断についてです。この判断をどのようにするのか、というのを敷衍していただけると幸いです。

田中 それは、弁済となるかどうかの意思解釈の問題です。そして、意思解釈であるということ以上にはドイツでも、この「異なる物の給付保持」の問題に特殊な解釈方法が主張されているわけではありません。通常の意思解釈として弁済としてなされたかどうかを判断することになります（二一五（b））。

曽野 有り難うございます。その点について続けてお尋ねします。ゴルフの売買契約でBMWを引き渡した、という場合において、何を引き渡しているか勘違いしているとか、契約が何であったかを勘違いしていたとか、というときには、弁済の意思はあつて、後は錯誤の話になるかどうか問題となる、という気がします。まず、そのような場合に、弁済の意思はあるのでしょうか。

田中 弁済として引き渡す場合と、弁済でなく単に引き渡す場合の二つの例を挙げれば分かりやすいかと思います。

たとえば、販売店が、社内のミスでBMWの書類を作つてBMWを引き渡してしまい、買主も——通常はそのようなことは無いと思いますが——BMWとゴルフの区別も付かないような車に疎い人で、引き渡されたBMWを自分が買ったゴルフだと思って、利用してしまつた。しばらくして、他人から、「それはBMWじゃないか」と指摘されて、「え、そうなの？」となつた場合に、給付保持が認められる、というのが肯定説です。

それに対して、弁済としてではなく単に引き渡してしまつた、という例は、たまたまゴルフを売つた販売店が、ゴルフの売買契約とは全く無関係に、ゴルフの買主に対してBMWを引き渡す機会があつた、という場合には、弁済として引き渡しているわけではないので、もちろん給付保持はできない、ということです。

曽野 たとえば、代車として、引き渡す、という場合には弁済には当たらない、ということですね。それは分かります。

田中 はい、代車の場合もそうです。

曽野 しかし、契約の履行をするつもりで、BMWを渡してしまつたという場合には、弁済の意思はある、と田中先生は考えるのですか。

田中 はい、意思はあり、取り消せない、と考えます。

（三）「異なる物の給付保持」と任意規定の解釈

曾野 ということは、契約の履行としてBMWを引き渡した場合には給付保持ができる、ということになりますね。

田中 はい。ただ、ここは、ドイツ人に訊いても意見が分かれるところであります。たしかに、直接に規定の解釈として問題になるのは、ドイツ民法八一二条一項の「法律上の原因」なのですから、そこで問題とされるのは、売買の規定に従って追完請求権が発生することが「法律上の原因」になるか否かです。したがって、本質的には、売買規定の解釈の問題です。そして、売買の規定は、任意規定ですので、究極的には、社会通念に沿った解釈をするべきだ、という点まではドイツ人も一致しています。ドイツ人の判断が分かれるのは、一般の取引で、異なる物が給付されたときに保持を認めるのが社会通念なのか、認めないのが社会通念なのか、です。肯定説が多数説というのは、保持を認めるのが社会通念に合うという意見が多数だ、という意味です。

ゴルフの売買でBMWを引き渡したというのは、極端な講学事例ですけれども、実際に多いと言われるのは、通信販売の例です。どうしても通信販売が出てくるかといえますと、買主が現物を目で確認して受け取る訳ではないので、「買った物とは違いますよ」と言う機会がないからです。たとえば、並みのビールを買ったのに、プレミアムビールが送られてくる、ということが通信販売で起った場合に、社会通念上売主はプレミアムビールを返してくれとは言えないはずだ、そのような社会通念が実現するように任意規定を解釈するべきだ、という判断を肯定説はするわけです。

曾野 最後のところを確認したいのですが、もう一度お願いします。**田中** はい。売買の規定は任意規定ですので、その解釈は究極的には当事者意思の解釈です。そもそも任意規定の解釈とは、これ

この場合の当事者意思は社会通念上こう解釈するべきだ、という判断ですので、異なる物の給付がされた場合の当事者意思は社会通念上保持を認める、と解釈するべきだ、と判断するのが肯定説です。

曾野 契約解釈の話になる、ということですか。

田中 はい。任意規定の解釈は意思解釈に帰しますので、契約解釈の話、と言えます。

(四) 錯誤取消しの可否

曾野 それからもう一つ。ゴルフとBMWの話です。BMWをゴルフだと思ってゴルフの安い価格で売ってしまった、という「錯誤」の問題です。もしこの場合に錯誤の取消が認められるとしますと、それとパラレルの話のような気がします。

田中 はい。その点も、今日の私の報告の中では省略してしまつたのですが、錯誤の事例との関連も非常に重要です。その点についてのご指摘を有り難うございます。

曾野先生からご指摘いただいた事例は、——曾野先生が意識的におっしゃったように——「異なる物の給付保持」の事例ではありません。いわゆる「基礎事情の錯誤」、あるいは従来の言葉での「動機の錯誤」の事例です。その場合に、法改正によって現在のわが国

では、契約不適合責任規定と錯誤規定の重複が問題になります。

曾野 先生は、その場合に錯誤の規定が適用される、という多数説を前提に、弁済の錯誤取消しを認めないことに間に問題が生じる、という趣旨のご発言だったと思います。

曾野 整合性の問題です。

田中 はい。その点ドイツでは、弁済の錯誤取消しでもできないし、しかも、「基礎事情の錯誤」による取り消しもできない、と一貫して錯誤規定の適用を排除します。

そして、日本法でもそう解釈すべきと私は考えています。つまり、契約不適合責任が生じる場合には、それによって、錯誤取消しの規定の適用が排除される、と解釈するべきだ、と考えています。たしかに、比較的多数の人は、錯誤の規定も適用できるし契約不適合責任の規定も適用できる、それらは選択的に主張できる、とお考えだと思います。けれども、その解釈とは違って、「契約不適合責任優先説」という、——これは私の学説ではなく京産大の古谷貴之先生の学説なのですが——学説に私は賛成しています（注（72）、拙著四五四頁）。

曾野 はい。ドイツでは錯誤規定との整合性が取れている、ということが分かりました。日本法でも、どちらに転ぶにせよ、整合性を取るようにはしなければいけないとお考えですか。

田中 そうしなくてはいけない、ということではなくて、弁済の意思と契約締結の意思とは、錯誤については理論上異なる扱いでよいと思うのです。けれども、整合性を取った方が、美しい

解釈になると思います。

曾野 有り難うございました。

田中 有り難うございます。

（五）瑕疵担保から見た学説と実務

吉田邦彦（北海道大学大学院法学研究科教授）いいですか、田中君。

田中 はい。吉田先生お願いします。

吉田 田中君、ご報告ありがとうございます。それで、「そもそも論」に入る前に、ご報告に即しながら三つほど伺いたいと思います。

一つは、今日は二つの問題をお話しされ、後者は判例・法改正がある、前者の方は、——日本の債権法改正でも議論が無かったのとですけれども——ドイツの議論は、Zum Beispielという頭の中の議論なのでしょうか…。

田中 はい。そうなのです。

吉田 確認したかったのは、前者に裁判例が無い、ということなのですね。

田中 はい。

吉田 裁判例が無くても、先程言われたように、通信販売のような事例が実際上出てくる、という議論の実際上の重要性という点から確認した次第です。というのは、かつての日本の民法五七〇条では、たとえば、欠陥住宅問題が現実には凄惨な数があるわけですから、民法学者の多くの議論が社会的要請に応えてこなかっ

た、ということがあったものですから、それがどうしてなのか、という知見があれば、教えてほしい、と思います。

田中 はい。有り難うございます。流石と言うのは、ちよつと失礼な言い方かも知れませんが、全体の中での私の報告の位置づけを明らかにしていただける質問で、有り難うございます。

まず、「異なる物の給付保持」という論点を今日の報告の中で選んだ理由を先程、古典的論点だからだ、と申し述べました。が、もう一言付け加えさせていただくと、古典的な二大論点の一つと言つてよいものでありまして、もう一つは、「特定物の代物請求」という論点です。これは注(10)に掲げておきましたが、要するに特定物売買においても瑕疵ある物が給付された場合に代物請求できるかどうか、という、契約成立時の意思と売買の規定が正面からぶつかってしまうという問題です。結局は、売買の規定の方を優先して、特定物売買でも代物請求を肯定する、とドイツの判例は考えるわけです(拙著五八頁参照)。そして、「異なる物の給付保持」の問題でも、売買の新しい規定を貫いていくと、目的物とは異なる物を保持することになって契約成立時の当事者の意思とぶつかってしまう訳です。そして多数説は、売買の規定を貫くという点で「特定物の代物請求」と共通した解釈を採ります。この二つの論点が二大論点で、前者には判例があり、後者にはありません。要するに、論点について判例が出ているものもあれば、出ていないものもあります。

吉田先生のご指摘は、わが国でも瑕疵担保責任について学界が

多大な労力を費やしてきましたけれども、それが実務上は必ずしも役に立たなかった、特に今回の債権法改正上は、余り有効には反映されなかった、ということだと思っています。

これがお答えになるか分からないのですが、ドイツの瑕疵担保の議論を日本人の私が勉強して痛感するのは、学界の議論が判例・立法と非常に上手く結びついている、ということです。学界も判例・立法を重視しますし、判例・立法も学界を重視する。要するに、学説を引用して判決を書き、学説を引用して立法をする、ということが当たり前になされているという点が率直に羨ましいと思います。今日の論点との関係で言いますと、当初から瑕疵担保の二大古典論点であった、「特定物の代物請求」の方は、一五年前(二〇〇六年)に連邦通常裁判所の判例が出たために、論争の対象としての論点としては消滅しています。現在の教科書では、十五年前と比べて格段に記述の量が減ってしまつて、以前は一頁半位にわたつて書かれていたのが現在では三行位になっています。要するに、学界の議論を判例が吸収して昇華したという形になっているわけです。それに対して、「異なる物の給付保持」の方は、判例がありませんので、現在でも論争の対象として残っています。

また、今日の後半で扱った「追完請求権の範囲」の論点も、判例が続けている間は、教科書などでも非常に詳しく説明されていたのが、立法されてしまうと、やはり論争の対象ではなくなりますので、教科書などの説明は三行位で簡単に済ませています。

そういう判例・学説・立法の三者が協同して論点を発見して熱

く議論をして解決し、判例が確定するか法改正が実現した後は論点としては消滅する、というのは法の発展が非常に明確で羨ましいな、と思います。

それに対して、わが国の改正前民法五七〇条の瑕疵担保の問題については、「塩釜声の新聞社事件」〔最判昭三六・一二・一五民集一五卷二号二八五二頁〕など判例があるのだけれど、判例の意味が分からずに、「判例というのはそもそも法文の意味を明らかにするものであるにもかかわらず」それを延々と学説が議論し続けていたものなのです。無益とは決して言いませんけれども、労力を費やしたわりには、結局、判例と学説との間の連携が上手く取れなかったことを残念に思う、ということをお話して、お答えしたいと思います。

(六) バンデクテン式法典編纂における「売買」

吉田 二番目は、日本の債権法改正で、——特定物のドグマなどにも関係しませんが——五六二条では特定物・種類物の区別をせず、潮見君等の尽力で、「契約不適合」というところでざっくりと包括的に収めてしまったのに対して、下森先生はご不満をお持ちだ、という論文を書かれています。そして、それに対して、法律はもうこうなったのだから、と言うのか。しかし、ドイツの先生の方が、緻密な類型論と言うか、きちんと分けて議論されている。従来の日本の通説は、特定物かどうかを大前提とするかが議論だけれども、実際上はほとんど変わらない、という面もあったかも知れない。ですから、債権法改正でざっくり包括的になったから、債権法改

正後はそれでリセットを掛けて行く、というように最後の結びでは聞こえたのです。けれども、民法学の数十年の歴史があって、五十嵐先生や北川先生の議論が転換点となって、それを踏まえて、過般の債権法改正に繋がっている。しかし、ドイツの議論を見ると、そういう流れでよいのかどうか、ということもご教示いただければ、と思います。

田中 この問題については、そもそも私がもう少し強調してご報告すべきだったと思うのですが、特定物・種類物の区別が無くならなかった、というのは、あくまで「売買」の問題です。

ドイツでも、わが国でも、バンデクテン方式の民法典編纂がなされていますので、契約各論の「売買」のレベルでは、その区別は問われなくなりましたが、総論のレベル、それから、民法総則の法律行為のレベルではその区別は残っています。すなわち、「売買契約」というのは、「売買」であるという段階と、「契約」であるという段階と、「法律行為」であるという段階と三段階持っているわけです。このうち「売買」であるという点については、目的物が特定物・種類物かを問わないというだけです。その区別が困難なことがあることを前提に(二)(c)、売買法の適用においては両者を区別しない、としているわけです。

つまり、いわゆる「売買契約」が成立した場合の効力は、①「売買」②「契約」③「法律行為」という三つの効力の組合せであるわけですが、①の当事者としての「買主」には、「特定物買主」「種類買主」という区別がありません。それに対し、②「契約」③「法

律行為」の当事者としては、特定物債権者・種類物債権者という区別は厳然として残っているわけです。あくまで、パンデクテン式法典編纂を前提とした、「売買」の目的物に関して特定物・種類物の区別が一切無くなった、というのがドイツ法です。

そして、日本法でも同様に解釈できると思いますので、今後、日本法の契約不適合責任を、——従来、瑕疵担保責任は、「特定物売主」の法定責任だ、という学説が有力でしたけれども——「特定物売主」の責任だ、と解釈するのは——下森先生がそれを主張されていること〔下森定「新給付障害法に関する一感想——修正法定責任説から見た新給付障害法——」志林一一八巻二号（令二）三九頁～一三四頁〕は存じておりますが——は難しくなった、と思います。

(七) 利益考量（衡量）論との関係

吉田 三つ目は、続きなのですけれども、異なる物の給付保持を認めるか否かについては、日本法のコンテクストでは、追完請求権が認められるようになった、そうすると引換え給付的なものを認める必要があるもので、したがって、保持も認めるのだと、お話しになりましたよね。そうすると、方法論的には、ドイツで細かな議論がありますけれども、要は、売主・買主の利益考量をやっているだけではないか、という感じがするのです。ですから、原則、例外の違いはあるかも知れませんが、利益考量上穏当な所に落ち着かせることを両国ともやっているのではないか、という捉え方もできると思います。その点はどう考えたらよいのか、というの

が第三点です。

田中 たしかに、結論を利益考量で導いているように見える、と言えると思います。ドイツの学説を色々見ると、ドイツ人は、日本人に比べて法律構成が好きで結論を重視しないようにも見えるのですが、実は決してそうではありません。結論を非常に重視します。たとえば「異なる物の給付保持」の問題でも、どちらを原則にするにせよ、例外としての一般条項の適用を認めますので、肯定説を採る場合にでも、目的物の何百倍・何千倍の価値のある、たとえば、石ころを買ったところダイヤモンドが引き渡された場合には一般条項を用いて返還請求を認めます。逆に、否定説を採る場合にでも、追完のために設定された期間の経過後は返還請求を認めません。つまり、利益考量をドイツ人もやっていて、その結果、落とし所としての結論が大きくは変わらないことになりました。しかし、それでも、どちらが原則か、という法的構成をドイツ人は議論するのです。

吉田 有り難うございます。さすがドイツ法学に通じておられると言うことがよく分かります。これは推測ですけれども、ドイツ民法学の面白さというのは、向こうの先生は議論好きということではないか、つまり意見の違いを鮮明にして、そして議論を戦わせるのを好む人が多いのではないか、と思います。日本の場合は、恩師の世代は——星野先生を含めて——論争好きだったので、面白かったです。ところが、最近では、そういう民法学の状況が失われつつあるので、その点では、ドイツの方が面白いのかな、

と推測したりしました。どうも有り難うございました。

田中 有り難うございます。

(八) 売主が主体的に追完する権利の否定

林(誠) それでは、林耕平先生お願いします。

林耕平(北海道大学大学院法学研究科准教授) 林耕平と申します。初めまして、宜しくお願ひします。ご報告を有り難うございました。大変興味深く聴かせていただきました。

質問は、前半部分の「異なる物の給付保持」の問題についてです。肯定説の理由付けとして、二(二)の最後の段落で「そうだとすると」とございますが、これは、ドイツ民法四三四条三項で「異なる物」を「瑕疵ある物」と扱うと、という意味だと思ひます。そして、「そうだとすると」、買主の方が本来の目的物を代物請求するときにだけ、それと引換えに異なる物の返還義務が生じるのであるから(ドイツ民法四三九条五項)」というのが肯定説の理由付けになっています。しかし、この点に疑問があります。つまり、ドイツ民法四三九条五項は、売主が瑕疵のない物を引き渡したときは、売主は、買主に対して、瑕疵ある物の返還を求めることができる、と規定しているのです、この条文を単純に読んだだけだと、買主からの代物請求を受けて売主が代物給付をする場合だけではなくて、買主が代物請求しないのだけれども売主が自ら代物給付をする場合も含まれる書き方になっている、と思ひます。それにもかかわらず、多数説は、同項の規定を、買主が代物請求をする

場合に限定して解釈している。そうすると、買主が代物請求をしないときは、売主が代物給付をする権利は無いのだ、つまり追完権は無いのだ、というのが肯定説の暗黙の前提となっているのだ、と思ひのです。

田中 それは、暗黙ではなくて、明文の規定がある、と通常解釈しています。ドイツ民法四三七条の規定と同四三九条一項の規定です。まず、ドイツ民法四三七条が「瑕疵があるときの買主の権利」という表題の規定で、「目的物に瑕疵がある場合には、(……)買主は、第四三九条の規定に従ひ追完を請求することができる」と規定しますので、これが、追完というのは買主の権利だということを示す根拠規定だと通常解釈されています(二(三)注(26))。つぎに、ドイツ民法四三九条一項が「追完」という表題の規定で、「買主は、追完として、その選択に従ひ、瑕疵の修補又は瑕疵のない代物給付を請求することができる」と規定しますので、これが、追完のための瑕疵修補と代物給付の選択についても買主の権利だということを示す根拠規定だと通常解釈されています(拙著一〇九頁「3 肯定説が素直な解釈か?」も参照)。

林(耕) 追完請求権が買主の権利だというのはおっしゃるとおりだと思ひのですけれども、そのことと、売主に追完権があるかどうかとは直ちに結びつくのだらうか、という疑問があります。通常の履行請求権を考えると分かりやすいと思ひます。履行請求権は、もちろん買主の権利ですが、ドイツ民法四三三条二項で、買主の受領義務が明記されているところでした、売主の履行権と言っ

てもよいと思います。つまり、履行請求権と履行権が両立する規律になっているのではないかと思います。そうだとすると、追完請求権と追完権が両立しているのではないかと、と思いました。

田中 追完は、その主体はあくまでも売主ですので、買主の権利は、追完請求権です。売主の方が、——買主が追完を望むか否かにかかわらず——追完をすることができると否かについては、否定に解されます。ただ、「追完権」という言葉を使っていたことがありました〔拙著一三九頁〕。現在では「追完権」と言う言葉は、あたかも売主に主体的に追完をする権利があるように見えてしまうので、ドイツでは使わないようになっていきます。その代わりに「追完の機会」という言葉を使います。たとえば、壊れた自動車を引き渡した場合に、直そうと思えば簡単に直せるにもかかわらず何十万円のお金支払を求められる、ということになると売主に酷なので、買主が損害賠償を請求する前に一旦は売主に追完の機会を与えるべきであるという趣旨から、追完の催告をする、という制度が取られています。その追完の機会を追完権とは現在では言わなくなっています。また、わが国でも、使わない方がよいと思いますし、先生方の文献を見ても、追完権という言葉は慎重に避けておられる方もいますので、言葉遣いについての心配はご無用なのではないかと考えています〔拙著四二二頁「5「追完権」という名称」参照〕。

林（耕） ドイツの一般的な見解は、ドイツ民法四三七条の規定で、追完が買主の請求権として規定されていることから、売主が追完する権利としての「追完権」というのは無いのであって、追完が

問題になるのは、買主が追完請求したときだけだと考えている、ということですか。要するに、そのようなことが同条に書いてあると読むのが一般的だということですか。

田中 はい。そうです。

林（耕） そうしますと、先程田中先生がおっしゃった、追完の優先、つまり、追完に代わる損害賠償、代金減額、解除という救済手段を行使するときには、まず売主に対して追完の機会を与えなければならぬ、という考え方をドイツ民法が採用していることと、売主に「追完権」を認めないことは矛盾しない、両立している、ということですか。

田中 はい。そうです。

（九） 瑕疵ある物を引き渡すだけでは売主の帰責事由は肯定されないこと

林（誠） はい。それでは、他にどなたか。曾野先生お願いします。

曾野 タイルの事件について伺います。日本法の解釈論として、田中先生は、取外しの費用も取付けの費用も損害賠償として認めるということですか。

田中 いいえ。損害賠償としてでなくても認めます。損害賠償として認めるには帰責事由が必要なので、帰責事由を要せず、追完として認める、という全面肯定説です。損害賠償の話が出てくるのは、否定説を採る場合です。追完としての費用償還請求は認めないけれども売主に帰責事由があるときには損害賠償請求として

認める、というのが否定説です。

その話には前提があります。タイル事件とフローリングブロック事件、——フローリングブロックというのは、フローリングという床敷きをブロックの組み合わせで作るための建材のことですが——、いずれにおいても、売主には帰責事由が無い、ということを前提としています。売主はそれらを自ら製造するわけではありませんので、引渡し後の変色について責任がありません。にもかかわらず、売主にも、取付け取外しの費用を負担させる、というのが全面肯定説です。帰責事由が無い場合がほとんどなのだけでも、というのが問題の前提にございます。その点をきちんと報告で説明しましたので、分かり難かったと思います（拙著三三〇頁参照）。

曽野 いいえ。ただ、日本法の発想からしますと、小売店が、タイルを売って、その色が変わってきた、というときに、買主が損害賠償請求することはできません。たとえば、敷き詰めたタイルの変色のためにレストランが使えなくて営業できなかったときは、損害賠償請求できて、帰責事由が無いという理由で免責はされないと思います。タイルを剥がして代物を敷き詰める損害についても同じように考えられませんか。

田中 その場合にドイツでは、帰責事由が存在しないために損害賠償請求できない、と考えます。

曽野 営業利益を失った例では、損害賠償請求はできますか。タイルが——変色というのは事案が良くないかも知れませんが——タイルが弱くて砕けてしまっ、お客さんが入れないから営業ができ

ない、という例ではどうですか。

田中 その場合にも、売主には帰責事由がない、と判断されるのが通常だということを前提に議論しています。その場合には、売主は損害賠償義務を負わない、となるはずです。

曽野 日本法でも同じでしょうか。

田中 日本法でも同じだと思います。仕入れて転売するだけの、単なる納入者にすぎない売主には帰責事由はない、と思います。

曽野 タイルの引渡債務は結果債務なので、潮見佳男先生が強調されるように（例えば、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社、全二）一五五―一五六頁）、不可抗力でもないかぎり、適合した物を引き渡さなかったこと自体に帰責性が認められて、損害賠償責任が認められる、ということになるのではないかと思うのです。田中先生が損害賠償責任は認められないとおっしゃる根拠は、帰責性が無いからでしょうか。

田中 はい。そうです。そう思います。

吉田 今の点の確認ですが、ドイツは、帰責事由について過失とイコールにしていましたよね。しかし、潮見君の近年の議論だと、ドイツも、帰責事由という言葉を使っても希釈化されて、結果不実現で帰責事由があるのだ、というフランス流・英米流の厳格責任的な契約責任という解釈が定着してくれば、帰責事由が無い場合というのはドイツでも非常に限られてくるのではないのでしょうか。

田中 そのように考えることも可能かも知れません。しかし、売

買契約における売主が単なる転売者＝納入者だという場合——非常に多い場合だと思いますが——、目的物に瑕疵があるときは、その瑕疵の存在について売主には帰責事由は無い、という前提でドイツ人は常に議論しています〔拙著三三〇頁参照〕。

吉田 やはり、狭いのですね。

田中 はい。狭いのです。

吉田 どうも有り難うございます。

(一〇) 取付け・取外しの費用償還請求は追完請求であること

曾野 では、損害賠償ではないとしたら、費用償還請求の根拠は追完請求権ですか。

田中 はい。費用償還が追完に含まれる、と解釈します。それを明文で立法化したのが、ドイツ民法四三九条三項の規定です。わが国の場合には、このような規定がありませんので、条文としては、民法五六二条一項の規定する「代替物の引渡し」に含める、という解釈になるでしょう、というのが私の今日のご説明です。

曾野 「取外し」までは追完の一環だとしても、代物を敷き詰めるのは、本来の給付とは違うのではないか、つまり、売主が引き受けていたのは「引渡し」までですから、そこまで含めてしまうのはどうか、という気がします。その点で、「取付け」費用の請求を認めなかったタイル事件と「取外し」と「取付け」費用の双方について請求を認めたフローリングブロック事件との違いがあるのでしょうか。

田中 いいえ、その点では同じです。そして、「取外し」と「取付け」を区別する、という学説もござりますが〔拙著二六九頁注（117）〕、多くの否定説は、両方とも負担しなくてよい、という見解です。

曾野先生のご質問で有り難かったのが、この事案の特徴のご指摘です。つまり、この手の事件では、目的物の価額の何倍もの費用が掛かる、たとえば、今日の設例（三（一）（a））で、タイルの売買代金が五〇〇ユーロで、敷き詰める請負代金が二、〇〇〇ユーロと四倍掛かる、これは日本でもおそらくそうで、売買代金より取付け費用の方が高額になる、というのが事案の特徴です。そのような高額な費用を、安い売買代金しか受けていない売主に負担させるべきではない、というのが元々のドイツ人の多数の意見です。それが欧州裁判所でひっくり返されたので、ドイツ人は怒っているけれども仕方がないから法改正した、というのが一連の流れなのです。

詳しいご説明をする余裕が無かったのですが、レジュメの注（75）のところにやや詳しく書いておきました。つまり、フローリングブロック事件で費用は売主が負担しなくてよい、ということと連邦通常裁判所（わが国の最高裁判所）が言っていたのに対して、欧州裁判所が、「いや、それでは駄目だ、負担せよ」と言ったのが、ドイツ人には大変なショックで、（二〇一二年）当時非常に大きな話題になりました。それは、曾野先生がおっしゃっていた、安いタイルを売ったのにもかかわらず、その何倍もの費用を、請負人ではない売主が工事費用を払われるのはどうなのか、という問題

意識だったのです。

曾野 はい、分かりました。有り難うございます。

田中 有り難うございます。

(一一) ドイツ民法新四三九条三項の射程

林(誠) それでは、根本先生お願いします。

根本尚徳(北海道大学大学院法学研究科教授) 根本尚徳です。今の点に関連して、田中先生のお考えと、ドイツあるいはヨーロッパの裁判所の肯定説という考え方の内容あるいは射程を確認させていただきます。私が先生のお話を聴きながら思いましたことは、この肯定説という考え方にも、一定の前提があるのではないかと、いうことです。すなわち、事案の目的物は、タイルであったり、フローリングブロックであったり、ゴムであったり、棧であったり、定型的にと申しますか、どれも建物に取り付けられることが予定されている物です。置物にするのではなく、取り付けられるのが通常で、取り付けて初めて意味を成す物です。したがって、取り付けられた上で一定の役割を果たすということまでがそれらの物の売買契約の内容の中に取り込まれている、だからこそ、買主は売主に対して費用の負担を求めることが許されるのだ、というのが、肯定説の言う「目的物が契約内容に適合するものであればそうであったであろう立場に置かれるべきである」(三二二(a))ということなのだ、と理解しました。また、そのようにいわば事例限定的に理解をすると、肯定説と否定説との間の違いも案外に小さいので

はないか、とも考えました。先ほどの田中先生と吉田邦彦先生とのやり取りにおいて、ドイツの学説は、結論では大きく異ならなくとも、条文などとの関係で原理的・理論的な対立を示し、議論を深める、とのお話がありました。ここでの肯定説と否定説との対立もそのようなものかな、と考えていた次第です。しかし、田中先生と曾野先生とのやり取りを伺っていると、田中先生はもう少し広い射程を肯定説に見えらっしゃるのかな、と疑問に感じました。そこで、この点を確認させていただいても宜しいでしょうか。つまり、肯定説の本来の内容なり射程なりについてご教示をいただければ幸いです。

田中 大変的を射た質問を有り難うございます。根本先生がおっしゃるように、フローリングブロックであれタイルであれ、いずれも建材という共通点があつて、誰が負担するにせよ取付けに費用が掛かるという前提の商品です。

これも詳しくご説明する余裕が無かったのですが、最後の注(81)に書いておきました。つまり、この立法は、直接には売主に對して費用を負担させるのですが、長期的に見れば、建材を売る商店は、商品に瑕疵があるかも知れないことを考慮して値幅を大きく取って高い価格を付けるようになるので、結局はさほどの不利益とはならない、したがって、そのような立法でもよい、ということがドイツでも既に言われているのです。根本先生が言われるように、取付けを前提とする商品については、費用を価格に転嫁して売ることになるはずで、逆に、用法上そういう費用がか

からない物である場合には、価格転嫁ということは生じません。結局、判例・立法を受けて、影響を受ける商品と受けない商品が出てくると思います。

根本 今の田中先生のご説明は、ある一つの結論を採ったときの後始末と申しますか、社会的な影響として経済・社会の中で費用が分配されるからその結論を採っても結果としては構わない、ということだと思うのです。

私がむしろお尋ねしたかったのは、契約を結ぶ段階で、ある事柄が契約の内容の中に取り込まれる、そうであるからこそ、それは売主の義務の内容になり、(売主の帰責事由の有無にかかわらず)追完の対象となる、という論理との関係です。やはり契約内容に取り込まれるというプロセスが必要なはずで、その際に何でも無条件に取り込まれるというのではなくて、実際に判例上争われた建物の資材については、それらは建物に取り付けられて初めて用に立つという性質を持つ物だということが当事者の暗黙の前提とされていて、そのことが契約の内容、つまりは売主の義務の内容に影響を与えているのではないか、ということです。もしそのように議論を提えることが許されるとすれば、肯定説も事案の前提を置いているのであって、余り広い射程を持つていないのではないかと考えた次第です。

田中 (以下その場では、取り付けることを予定していない物を取り付けた場合も含む、という不適切な内容を答えたものの、連邦通常裁判所(拙著二三五頁)・欧州裁判所(拙著三三八頁)・ドイツ民法四三九条三項の法文(三

(四)、拙著二四八頁)、いずれも目的物の「用法に従って」他の物に取り付けた場合に限定しているもので、——根本先生ご指摘のとおり——「取り付けることを予定している物」にドイツの判例・立法の射程は限定される、と答えるべきであった。お詫びして訂正したい。)

根本 懇切なご教示を頂き、誠にありがとうございます。

(二) 費用不相当による売主の追完拒絶権(追完請求権の限界)と損害賠償請求権

曾野 そのように射程を広く捉えると、債務不履行によって生じた様々な費用も履行請求権の一環として取れるのだ、という話に展開して行ってしまうような気がします。そのようなことは、ありませんか。

田中 これもまた問題が広がってしまうのですが、折角の確なご指摘なので、言及をさせていただくと、要するに追完請求の限界の問題です。ドイツ法では、費用が不相当にかかる場合には、別途それを封じます。つまり、「追完が不相当な費用でのみ(mit unnerhältnismäßigen Kosten)可能なきは、(……)これを拒絶することができ」とドイツ民法四三九条四項が追完請求の拒絶権を規定する、という立て付けになっております。

曾野 有り難うございます。費用の請求は、追完請求の限界という考え方で限定する、ということですね。それは債務不履行による逸失利益の損害賠償請求についても妥当するのでしょうか。

田中 いいえ。大上段の話になってしまいますが、大まかに言えば、

ドイツ新債務法は、損害賠償を含む債権総則の部分には、さほど手を加えていないのです。大きく変わったのは、契約各則の「売買」の部分です。権利としてみると、「追完請求権」というものが、買主の一般的な請求権として導入された、という点が最大の新しい点です。したがって、それに関する学説・判例がわつと出てきたわけです。それに対して、損害賠償というのは、古くからある債権総則の制度で、それについては部分的には改正されましたが、大きくは変わっていません。ですので、追完請求権の範囲や限界の話も、損害賠償の範囲とは全く無関係です。つまり、追完請求権の範囲に、取付け・取外しの費用も入るのだ、しかし、その費用が不当に高額になる場合には、限界を超えるものとして、ドイツ民法四三九条四項の規定に従って、遮断するのだ、というのは、あくまでも追完請求権の話で、損害賠償請求権とは制度的には無関係です。

吉田 今の点の確認ですけれども、たとえば、タイトルが脆くて天井から落ちてきて子供が怪我をした、といういわゆる拡大損害は、これが契約拡張の話になるのか、不法行為の話になるのか、いずれにせよ過失や狭い意味での帰責事由を要求しながら、そういうものも合わせて取り込んでいくのでしょうか、それはあくまでも損害賠償の問題だ、ということでしょうか。

田中 はい。その通りです。

吉田 有り難うございます。

(二三) どのような取引を念頭に置くか——C2Cの増加——
林(誠) それでは、得津先生お願いします。

得津晶 (東北大学大学院法学研究科教授) 東北大学の得津です。貴重な報告を有り難うございました。吉田邦彦先生がおっしゃっていただいたように、私も、ドイツはもつと概念的なお話なのかと思っておりましたが、この論点に関しては、任意規定だから一般的な意思を模索する、ということと、利益考量論に非常に似ていると思いました。

しかし、そうなってくると、日本とドイツの違いがある点が気になってきます。——根本先生のご質問にもありましたように——ドイツ民法四三九条三項の条文は、普段取り付けない物でも、追完で認めるという話であれば、損害賠償を無過失でも認める日本法ですら認められないところまで場合によつては認められることになつてしまうのではないのでしょうか。「異なる物の給付保持」に関しては、一般条項の調整はある、とおっしゃってはいたのですが、原則として給付保持を基本的に認め、売主側からの追完を認めない、というのは、かなり売主に厳しいように感じました。今日の例ですと、ドイツは石ころとダイヤモンドを間違えたら許してくれるかもしれないけれども、——私の中ではゴルフとBMWは石ころとダイヤモンドと大して違わないように思うのですが——ゴルフとBMWを間違えてBMWを引き渡しても売主は追完できない。瑕疵担保責任のないイギリスでかつて黙示的保証が無かった時代に、買主注意せよ、であったのに対して、ドイツは、売主注意せよ、とい

うことになると思います。追完請求権の範囲の問題に関しては、欧州裁判所の判決に対して、ドイツの連邦通常裁判所の判例はあくまで消費財に限定して抵抗していたということですので、本来は、売主が事業者、買主が消費者というケースを前提としていたように見えます。しかし、ドイツも、最終的に、二〇一七年の民法改正（新民法四三九条三項）で抵抗を諦めて一般法化してしまったということ、売主が事業者でないケースでも適用されてしまうことになります。ドイツでも、——日本のヤフオクやメルカリのような——イーベイなどでC2Cの取引が増加しているのではないかと、思うのですが、それでも、売主注意せよ、でよいのが気になる場所です。私は日本の追完権の議論を全く知らないのですけれども、林耕平先生のご質問のニュアンスからすると、——追完権なのか追完の優先なのかきれいに分けておられましたけれども——、日本では、一律に売主注意せよではなく、もう少しバランスを取ろうという立場のように見えました。——事業者対消費者であれば事業者を懲らしめてやろうという観点が入るかもしれませんが——一律に売買契約だから「売主注意せよ」とはしない操作可能性があると思います。それに対して、ドイツについての報告では、ドイツではそのような操作可能性がないような気がするのです。それでも大丈夫なのか、ということをお伺いしたいと思います。要するに、C2Cが増えてもご報告の内容は揺るがないのか、それとも、C2Cでは何か変わってくるのか。たとえば、今日のご報告にあった一般条項の処理が活用されるのかも知れません。その辺り何か

ご感触があれば教えてください。宜しく願います。

田中 得津先生、非常に的確なご指摘を有り難うございます。まさにその点についても、今日の報告には全く入れることができませんでしたし、ドイツ人の論文にはなっていないけれども、ドイツ人も考えている内容だと思います。つまり、どのような取引を念頭に置いているか、ということです。得津先生のおっしゃるように、消費者間取引が増えてくる、ということは、ドイツ人も知っております。そして、ドイツ人が「異なる物の給付保持」が通信販売で問題になる、と言う場合にも、人によって念頭に置く通信販売が全然違っておりまして、たとえば、古い教授であれば、リング農家に電話してお上さんがリングを箱詰めして送ってくれる、というのを念頭に置くのに対して、若い人は、アマゾンのように全自動でなされるのだから異なる物の給付自体があり得ない、ということを言ったりします。

しかし、ドイツ人の議論を聞いていて共通だと感じますのは、いかなる態様の取引が存在するにせよ、「原則は立てておきたい」ということです。給付保持を肯定するか否定するか原則は立てるべきだ、ということ。肯定説あるいは否定説のどちらかを一応は原則とすることが必要なのだ、という認識については共通していると思います。その中で、取引の態様やさらに目的物と給付された物との価額の差などに着目して一般条項を使って解決をする場合がある、ということなのだと思います。

私も、——ドイツ人が一番大切にしている——原則を立てておきたい、

というところから日本法解釈について——ドイツ人と同じように——一応肯定説を出しておきました。けれども、もちろん、それですべてが解決される、ということは考えておりません。今後、現在のわれわれも想定できない取引が出てくることもあるでしょう。

また、「異なる物の給付保持」の問題について、ドイツで判例が早く出てほしいと思います。そうすれば、この問題についても議論が改めて洗練されてゆくでしょうから、それを見守ることができます。まずは、ご指摘のとおり、取引態様は色々あり得るけれども、ドイツ人は原則を立てようとしているのだ、という形でお答えしておきたいと思います。

得津 どうも有り難うございます。ということとは、今のところは、一般条項による処理、ということになりますか。

田中 はい。

林（誠） はい、それでは、他にご発言のある方いらつしやいませんでしょうか。すでに四時近くになっておりますので、ご希望のある方がいれば一名か二名というところとさせていただきますと思います。それでは、いらつしやらないようですので、本日の研究会は、そろそろ終了とさせていただきますと思います。最後に今日ご報告いただいた、田中先生に——いま得津先生がしていただきましたけれども——反応ボタンあるいは画面をオンにして——音は聞こえませんが——盛大な拍手をお願いします。

（拍手）

田中 有り難うございました。

吉田 質問ではないのですが、論文のようなレジユメを用意してくださったので、是非北大の紀要に載せてもらいたいと思います。

討論を含めて売買法の中心課題に関わることだと思ひますし、ドイツの最先端のことを話してくださっている部分も多いと思ひますので、主催者の一人としてできればお願いできれば、と思ひつています。林さんとこの点を詰めたと思います。

また今後とも宜しくお願いいたします。本当は、食事でもしながら、じっくり裏話などもお聴きしたかったのですが、コロナ禍でそれも叶いませんでした。次回は札幌に来てもらつて、議論できれば、と思つております。どうも有り難うございます。

田中 有り難うございます。先生方も、千葉・東京にいらつしやる機会があれば、どうぞ気軽にお声をお掛けくださいますよう、お願いします。今日は本当に有り難うございました。

林（誠） 有り難うございました。それでは皆さんご自由にご退室をお願いします。しばらくしたら私の方で、終了とさせていただきます。

以上

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 72 No. 4(2021)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Beiträge zum deutschen Kaufrecht –
„Falschlieferung“ und „Nacherfüllung nach Einbau“**

Koji TANAKA *

1. Zweck

Der vorliegende Vortrag basiert auf meinem zweiten Buch: „Beiträge zum deutschen Kaufrecht“, Shinzansha Verlag, Tokyo, 2021, xxix, 515, xix Seiten, ISBN 978-4-7972-6834-8 und behandelt vor allem die beiden Streitpunkte: „Falschlieferung“ und „Nacherfüllung nach Einbau“.

2. „Falschlieferung“**a. Fragestellung – der Fall**

K kauft beim Gebrauchtwagenhändler *V* einen VW Golf. Es wird vereinbart, dass das Fahrzeug am nächsten Tag zum Haus des *K* gebracht werden soll. Auf Grund eines Versehens im Betrieb des *V* wird dort angenommen, *K* habe einen BMW 318 i gekauft, und ihm wird deshalb dieses Fahrzeug übergeben. *V* verlangt Rückgabe des gelieferten BMW, während *K* das Fahrzeug behalten will, weil es ihm besser gefällt und es auch wertvoller ist als der VW (*Musiak* NJW 2003, 89, 89).

b. Lösung

Da die Falschlieferung einem Sachmangel durch § 434 Abs. 3 BGB

* o. Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Chiba.

gleichgestellt ist, kann *K* die ihm als Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache zustehenden Recht geltend machen und vom *V* die Lieferung des VW Golfs Zug um Zug gegen die Rückgabe des gelieferten BMW verlangen. Und es steht im Belieben des Inhabers eines Rechts, ob er von seinem Recht Gebrauch macht. Daher scheint es nach einem einflussreichen Argument dem *K* zu gestatten, von seinem Nacherfüllungsrecht nicht Gebrauch zu machen und den wertvolleren BMW zu behalten (*Musielak* NJW 2003, 89, 89).

Nach einer anderen Ansicht jedoch kann *V* den BMW nach § 812 Abs. 1 BGB als Kondiktion von *K* zurückfordern, weil die Gleichstellung der Falschlieferung mit einem Sachmangel nichts daran ändere, dass *V* etwas nicht Geschuldetes geleistet habe und es daher nach § 812 Abs. 1 BGB zurückfordern könne. Die Tatsache, dass § 434 Abs. 3 BGB die Falschlieferung einem Sachmangel gleichstelle, schaffe nämlich keinen Rechtsgrund i. S. v. § 812 Abs. 1 BGB (*Medicus/ Lorenz*, BT, Rn.276).

Über diesen Streitpunkt ist bislang noch kein Fall aus der Rechtsprechung bekannt; dies bleibt abzuwarten...

3. „Nacherfüllung nach Einbau“

a. Fragestellung – der Fall

K kauft von *V* polierte Bodenfliesen zum Preis von 1.382 Euro. Nachdem *K* die Fliesen in seinem Haus hat verlegen lassen, stellt *K* auf der Oberfläche Schattierungen fest, die mit bloßem Auge zu erkennen sind, bei denen es sich um feine Mikroschleifspuren handelt und die nicht beseitigt werden können. *K* verlangt von *V* nicht nur die Nachlieferung von mangelfreien Fliesen, sondern auch den Ausbau der mangelhaften und den Neueinbau der mangelfreier Fliesen. Die dafür anfallenden Kosten beziffert ein Sachverständiger mit 5.831 Euro.

b. Lösung

Zunächst war der BGH (2008) der Ansicht, dass eine solche Pflicht zum

Wiedereinbau nicht im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs, sondern nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 als Schadensersatz in Betracht kommt. Aber im vorgestellten „Fliesen-Fall“ hat der BGH (2009) die Frage dem EuGH vorgelegt. Daraufhin hat der EuGH (2011) entschieden, dass der Begriff der Nachlieferung i. S. v. Art. 3 Abs. 2, 3 Verbrauchgüterkaufrichtlinie auch die Verpflichtung umfasse, die Sache auszubauen und die neu gelieferte Sache wieder einzubauen oder die entsprechenden Kosten zu tragen. Trotz Kritik ist die Entscheidung bindend und der deutsche Gesetzgeber hat mit Wirkung zum 1. 1. 2018 eine klarstellende Änderung des § 439 BGB vorzunehmen. Danach hat der Käufer gemäß § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB, wenn er eine mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder sie an eine andere Sache angebracht hat, im Rahmen der Nacherfüllung gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache.

4. Ergebnis

So ziehen auf sich unsere Aufmerksamkeit stets die Rechtsentwicklungen des deutschen Kaufrechts in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur. Sie sind ein gutes Vorbild, wenn wir das japanische neue Kaufrecht auslegen, das erst zum 1. 4. 2020 in Kraft getreten ist, dem es aber leider an entsprechenden Vorschriften wie §§ 434 Abs. 3, 439 Abs. 3 BGB fehlt.

執筆者紹介（掲載順）

富山侑美	北海道大学大学院法学研究科助教
崔碩鎭	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研究員
高泉鼎	国立台湾大学法律学系博士後研究人員
楊瑞賀	山東大学法学院講師
田中宏治	千葉大学大学院社会科学研究院教授
池寄航一	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程／ 日本学術振興会特別研究員
梁小焯	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
内藤陽	北海道大学大学院法学研究科助教

令和3年11月29日 印刷
令和3年11月29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 November 2021 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

- Das Verhältnis zwischen der Einwilligung des Patienten und Informed Consent von dem Aspekt der „hypothetischen Einwilligung“ (1)
..... Yumi TOMIYAMA 1
- Political Parties of Local Assembly in Post-war Japan (3) :
Focusing on the Independent Politicians of Japanese Prefectural Government Seokjin CHOI 25
- A comparative study of the theory of normative perpetrator and indirect perpetrator in Japan and Taiwan (3) Chuan-Ting KAO 71
- Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (5)
..... Ruihe YANG 105

SYMPOSIUM

- Beiträge zum deutschen Kaufrecht - „Falschlieferung“
und „Nacherfüllung nach Einbau“ ☆ Koji TANAKA 350[1]

NOTES

- La Pensée démocratique de Raymond Aron. Le Croisement entre
l'antitotalitarisme et la philosophie de l'histoire, 1930-40 (1)
..... Koichi IKEZAKI 173
- A Comparative Study on the Criminal Protection of Virtual Property in
Japan and China—On the Data of Online Games (2)
..... Xiaowei LIANG 223

CASE NOTE

- Note on Public Law Case Akira NAITO 275

[]...Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal ☆...Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan