



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第72巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 72(5)
Issue Date	2022-01-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/83981">https://hdl.handle.net/2115/83981</a>
Type	journal
File Information	lawreview_72_5_all.pdf



# 北大法学論集

第 72 卷 第 5 号

## 論 説

- 「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？  
—— 実効的な領土保全に向けた取組みとして ——  
..... 嶋 拓 哉 1
- 死体遺棄罪における保護法益の実質とその成否判断  
—— 死体の新たな遺棄の有無を題材に ——  
..... 松 尾 誠 紀 49
- ドイツ「地方自治」保障に関する一考察（1）  
—— 国家権限画定のための「本旨」解釈に向けて ——  
..... 横 堀 あ き 69
- 規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（4）  
..... 高 泉 鼎 129
- 債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（6）  
..... 楊 瑞 賀 169

## 研 究 ノ ー ト

- レイモン・アロンの民主主義思想（2）  
—— 全体主義批判と歴史哲学の交錯1930-40年 ——  
..... 池 寄 航 一 241

## 資 料

- 黎明期日本社会党の地方組織（1）  
—— 「日本社会党北海道支部連合会期間報告」（1948-1951）の紹介 ——  
..... 前 田 亮 介 281

2022(令和4)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児(経済法)  
 今井弘道(法哲学)  
 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)  
 小奥田安弘(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・ブラスラブ(知的財産法)  
 林誠司(民法)  
 眞壁仁(日本政治思想史)  
 ○松尾誠紀(刑法)  
 水野浩二(法史学)  
 宮脇淳(行政学)\*  
 山木戸勇一郎(民事訴訟法)

山崎幹根(行政学)\*  
 ○山下竜一(行政法)  
 山本哲生(商法)  
 吉田邦彦(民法)  
 吉田広志(知的財産法)  
 米田雅宏(行政法)

特任教授

見野彰信(法実務基礎)  
 小林俊彦(刑事実務)  
 仲世古善樹(刑事実務)  
 新川生馬(法実務基礎)  
 林賢一(民事実務)  
 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)

# 「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

—— 実効的な領土保全に向けた取組みとして ——

嶋 拓 哉

## 1. 問題意識

わが国の主たる国際民事訴訟法は民訴法3条の2以下に定められているが、そのうち、同3条の5はわが国の法定専属管轄を規定する条文である。同条では、日本法を設立準拠法とする法人に関する一定の訴え（1項）、登記・登録に関する訴え（2項）、及び登録知財権の存否・効力に関する訴え（3項）を規定するのみであって、わが国に所在する不動産の物権等権利に関する訴えはわが国の法定専属管轄の対象とはされていない。

不動産の最たるものは土地である。わが国に帰属する土地を巡って涉外訴訟がわが国裁判所で提起された場合には、民訴法3条の3第11号に基づいてわが国の国際裁判管轄が肯定される<sup>1</sup>。また訴訟当事者のうち被告が外国国家及びそれに準じる主体であったとしても、外国等に対する

<sup>1</sup> 佐藤達文＝小林康彦編著『一問一答・平成23年民事訴訟法等改正－国際裁判管轄法制の整備』（商事法務、2012年）77～78頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣、2018年）284～285頁、松岡博〔高杉直補訂〕『国際関係私法講義〔改題補訂版〕』（法律文化社、2015年）297頁、中西康ほか『LegalQuest 国際私法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）160頁、本間靖規ほか『国際民事手続法〔第2版〕』（有斐閣、2012年）62～63頁〔中野俊一郎〕等。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

我が国の民事裁判権に関する法律11条に拠れば、わが国の裁判管轄権から免除されることはない<sup>2</sup>。しかしながら、わが国は更にもう一步踏み込んで、わが国所在の土地の権利を巡る法的紛争についてわが国を唯一の紛争解決地に指定しなかったわけである。このことは、わが国所在の土地の権利を巡って民事訴訟が外国裁判所に係属し判決が下された場合には、少なくともその訴訟がわが国の法定専属管轄に服することを理由に、民訴法118条1号の間接管轄要件に基づいて当該外国判決の承認を拒絶するという選択肢を放棄することに他ならない<sup>3</sup>。

もちろん、わが国所在の土地の権利を巡る法的紛争と言っても、それは私人間の民事紛争という側面を有しており、当事者である私人の便宜等を考慮し司法救済を受ける私人の権利を保障すべき要請があることにも十分な考慮が払われるべきである。また、外国判決の承認には、単に間接管轄要件のみならず、送達要件（民訴法118条2号）、公序要件（同3号）、相互の保証要件（同4号）等が別途規定されている。これら他の要件の不充足を理由に外国判決の承認を拒絶するという方途も残されている。しかしながら、わが国所在の土地は紛れもなくわが国の主権、施政権が及ぶ領土、即ち国家の重要な存立基盤という側面をも有する。民事裁判権と雖も、わが国の主権（司法権）の構成要素である以上、その行使範囲や態様については、単に私人の司法救済権の保障に代表される当事者の利害のみならず、国家的・主権的な利害等その他の利害要素を併せて考慮する必要があると思われる<sup>4</sup>。

本稿の主たる検討課題は、わが国所在の不動産、とりわけ土地の権利に関する訴えを国際的な法定専属管轄の対象に含めることの要否であ

<sup>2</sup> 飛澤知行編著『逐条解説・対外国民事裁判権法－わが国の主権免除法制について』（商事法務、2009年）56～60頁、澤木＝道垣内・前掲注（1）266頁、本間ほか・前掲注（1）23～24頁〔中野〕等。

<sup>3</sup> 澤木＝道垣内・前掲注（1）284～285頁等。

<sup>4</sup> なお国際裁判管轄を巡っては、当事者の利害（Parteinteressen）、国家的利害（Staatsinteressen）のほかに、裁判所の利害（Gerichtsinteressen）、秩序的利害（Ordnungsinteressen）等があり、これらが複雑に絡み合っその全体構造を基底することが指摘されている（H. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. (C. H. Beck, 2021), Rdn. 250ff.）。

る。具体的な作業としては、わが国における従前の議論を整理する（以上2.）とともに、欧州連合及びドイツを例に採り比較法的な検証を行う（以上3.）。そのうえで、私見を構築する作業に入るが、その検討に当たっては、外国人等によるわが国所在の土地の取得状況をはじめわが国における土地取引の現状を確認したうえで、法政策的な視点も採り入れることとしたい（以上4.）。

## 2. わが国における従前の議論

### （1）平成23年民訴法改正以前

国際的な法定専属管轄規則は平成23年民訴法改正により初めて明文化されたが、それ以前から既に、わが国の法定専属管轄に属すべき事項として、不動産関連事項<sup>5</sup>、法人等団体の存否及び内部関係に関する事項<sup>6</sup>、公簿への登記・登録に関する事項<sup>7</sup>、登録工業所有権の存否・有効性に関する事項<sup>8</sup>等が指摘されていた。中でもその筆頭格が不動産関連事項であることは、著名な国際私法・民訴法研究者が多数、その提唱者として名を連ねていることから明白である。

<sup>5</sup> 江川英文「国際私法に於ける裁判管轄権（3・完）」法律協会雑誌60巻3号380頁（1942年）、兼子一『新修民事訴訟法体系〔増補版〕』（酒井書店、1965年）66～67頁、池原季雄「国際的裁判管轄権」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座7 国際民事訴訟・会社訴訟』（日本評論社、1982年）34頁、高橋宏志「国際裁判管轄－財産関係事件を中心として」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987年）31頁、新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法（1）裁判所・当事者』（有斐閣、1991年）135～136頁〔道垣内正人〕、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法（5）訴訟手続Ⅲ・国際民事訴訟法〔第2版〕』（第一法規、1991年）444頁〔山本和彦〕、本間靖規ほか『国際民事手続法』（有斐閣、2005年）54頁〔中野俊一郎〕、廣江健司『国際民事関係法』（成文堂、2008年）48頁、高桑昭『国際民事訴訟法・国際私法論集』（東信堂、2011年）52頁等。

<sup>6</sup> 兼子一『条解民事訴訟法〔上〕』（弘文堂、1955年）14頁・25頁、岡本善八「会社訴訟の国際裁判管轄」上柳克郎ほか編集代表『大隅健一郎先生古稀記念・企業法の研究』（有斐閣、1977年）237頁、新堂＝小島編・前掲（5）136頁〔道垣内〕等。

<sup>7</sup> 江川・前掲注（5）380～381頁。

<sup>8</sup> 木棚照一『国際知的財産法』（日本評論社、2009年）217頁。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

例えば、江川英文先生は、「わが国に在る不動産に関する訴訟について、わが裁判所の一般の管轄権が認められる。これは不動産に関する訴訟の特別の性質に由来する当然の結果に他ならない。(中略)不動産所在地の特別裁判籍は任意裁判籍であって、独逸民事訴訟法に於けるが如く、専属裁判籍ではない。しかし特別的裁判権に関する原則として、不動産所在地の裁判籍が任意的であるということは、必ずしも一般の管轄権に関する原則として不動産に関する訴につき不動産所在地の裁判権が任意的であるべきことを意味するものではない。不動産に関する訴につき不動産所在地の裁判所の一般の管轄権が認めらるべきことはその訴訟の性質自体から当然認めなければならないと同時に、不動産の存在しない国の一般の管轄権は否認されなければならない。従ってわが国に在る不動産に関する訴の一般管轄権はわが裁判所に専属し、わが国に存在しない不動産に関する訴の一般管轄権は仮令被告がわが国に普通裁判籍を有する場合に於てもわが裁判所に属しないものと解すべきである」<sup>9)</sup>(括弧内は執筆者による。また執筆者の方で適宜新字体に改めている)と自説を展開される。当時は逆推知説が採られ、わが国の国際裁判管轄に関する議論が国内土地管轄の規定を足掛かりとして展開されていた<sup>9-a)</sup>ことから、江川先生の上記見解には国内土地管轄の議論と国際裁判管轄の議論が混在しており論旨を把握するのがやや難しいが、わが国所在の不動産についてわが国の国際的な専属管轄を肯定する結論を導出していることに間違いはない。また、兼子一先生も、「その裁判籍の定めが専属的であるかどうかは、裁判権の専属性までを決定するものではない。例えば、不動産は領土の構成部分として、これを直接目的とする権利関係の訴訟は、その所在地国の裁判権に専属することは、各国の一般に承認する原則であるから、わが法が不動産所在地の裁判籍を任意的としていることは、外国裁判権を容認する趣旨と認めるべきではない」「わが法から見た外国裁判権の限界も、これと逆にあてはめて決すべきである。したがって、外国にある不動産上の権利関係に関する請求(中略)は、わ

<sup>9)</sup> 江川・前掲注(5)380頁。

<sup>9-a)</sup> 山田正三『日本民事訴訟法論〔第1巻〕』(弘文堂、1933年)64頁、兼子一『民事訴訟法概論〔上册〕』(岩波書店、1937年)45頁、江川・前掲注(5)374頁。

が裁判権に属しない<sup>10</sup>（執筆者の方で適宜新字体に改めている）としており、基本的には江川先生と同じ視点に立脚している。

むしろ、平成23年民訴法改正以前は、わが国所在の不動産についてわが国に国際的な専属管轄が帰属することを所与の前提として、その事項的範囲を巡って若干の争いがあったに過ぎない。具体的には、専属管轄を認める趣旨に鑑みて合理的な範囲に限られるのであれば、物権関係事件か債権関係事件かの別を問わないとする見解<sup>11</sup>、管轄権の消極的抵触が少ないことを理由に専属管轄事項を物権的な請求に限るとする見解<sup>12</sup>が存在していた。

## （２）平成23年民訴法改正

国際裁判管轄は長らく条理に基づいて判断されてきたが、平成23年民訴法改正ではこれを改め国際裁判管轄規則を明文化し、その一環として、法定専属管轄に関する規定（民訴法3条の5）を設けた。ところが、法制審議会国際裁判管轄法制部会では、わが国所在の不動産を巡る物権及び物権的請求権（これらを併せて「物権等」ということがある）に関する訴えについて、わが国の専属管轄を法定すべきか否かが議論されたものの、結果として、それまでの学説における多数見解とは異なり、民訴法3条の5では、わが国所在の不動産の物権等に関する訴えを法定専属管轄事項から除外することに決した。まずは公表資料等を踏まえて、こうした結論に至る経緯及びその根拠を確認することとしたい。

平成21年7月に法制審議会国際裁判管轄法制部会から「国際裁判管轄法制に関する中間試案」（以下「中間試案」という）が示されたが、その補足説明資料では、「部会においては、不動産に関する訴えのうち物権及び物権的請求権に係る訴えについては、日本の裁判所にのみ提起すべきものとするとの規律を置くべきではないかとの考え方も表明された。この考え方は、不動産が属地的な性質を有することを重視し、あるいはは登記又は登録に関する訴えについての規律（中略）との整合性を根拠と

<sup>10</sup> 兼子・前掲注（5）66～67頁。

<sup>11</sup> 新堂＝小島編・前掲（5）135～136頁〔道垣内〕。

<sup>12</sup> 廣江・前掲注（5）48頁。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

するものである。しかしながら、部会では、この考え方に対し、(i) 当事者が不動産の引渡しを請求する場合、物権的請求権と債権的請求権のいずれの構成によるかにより、適用される国際裁判管轄の規律が異なるのは不合理である、(ii) 日本に住所を有する両当事者が外国の不動産の所有権の帰属について日本の裁判所の判断を求めることを一律に排除すべきではない、(iii) 物権及び物権的請求権の範囲を明確に画するのは法制的にも困難であるなどの指摘があり、試案を支持する意見が大多数であった。<sup>13</sup>との説明がなされている。立法担当者の説明も概ねこれと同じ根拠を列挙している<sup>14</sup>ことから、これら3つの根拠に基づいて、わが国不動産の物権等に関する訴えをわが国裁判所の法定専属管轄の対象から除外する旨の判断が行われたものと考えられる。

### (3) 抵触法研究者からの反応

法制審議会国際裁判管轄法制部会のこうした判断に対して、学説の反応はどちらかというと鈍いものであったように思われる。中間試案に関するパブリックコメントの手続では、わが国所在の不動産の物権及び物権的請求権に関する訴えを法定専属管轄事項から除外したことに対して正面から意見を表明したものは見当たらなかった。その後の刊行物等を照覧しても、この点に関連して見解を表明している研究者はごく僅少である。そうした中であって、道垣内正人先生と横溝大先生はこの点に関して各々の立場を比較的明快に主張しているので、以下ご紹介したい。

まず道垣内正人先生は、わが国所在の不動産の物権等に関する訴えを法定専属管轄事項から除外したことに対して、明確に反対の立場を示している。道垣内先生は、わが国所在の不動産の所有権確認訴訟が外国裁判所で提起された場合を想定したうえで、「確かにそのような外国判決は日本の領土を左右するものではないとはいえ、日本の不動産が誰に帰属するか等の物権問題は主権にとって重要な問題であるので、立法論としては、少なくとも日本所在の不動産の物権関係訴訟は(民訴法)3条

<sup>13</sup> 法務省民事局参事官室「国際裁判管轄法制に関する中間試案の補足説明資料」(2009年)23～24頁。

<sup>14</sup> 佐藤=小林編著・前掲注(1)77～78頁。

の5の専属管轄規定に加えるべきである<sup>15</sup>（括弧内は執筆者による）とする。加えて道垣内先生はあるシンポジウムの席上、法制審議会国際裁判管轄法制部会での議論を思い起こしつつ、「日本の不動産の物権問題については日本の裁判所の専属管轄とすべきだという私の意見は通りませんでした。この点、非常に残念だと思っております<sup>16</sup>」とか、「冒頭で、専属管轄規定については不満だと申し上げました。それは、ブラッセルI規則でも、あるいは先ほどのハーグでの議論でも、不動産に関する物権問題は所在地国の専属管轄にしていることが背景にあります。その理由をいろんなところで聞いてもなかなかはっきりわかりませんでした。が、領土の一部としての不動産の問題という点がポイントになっている、私はそう思っております。日本の領土について外国の裁判所がだれのものか決めること自体けしからんという気持ちを持つかどうかなのですが、私はそれはおもしろくないと思うので、専属管轄にすべきだったと思っております<sup>17</sup>」など、この点に関する本音を吐露している。

これに対して、横溝大先生は、わが国所在の不動産の物権等に関する訴えを法定専属管轄事項から除外したことに概ね肯定的である。横溝先生は、国際的な法定専属管轄の正当化根拠を特定の事項に関する国家の強い関心に求めたうえで、国際的な法定専属管轄は自国の国家政策実現のために強行的適用法規（同概念は国際的強行法規とほぼ同義と考えられる）が常に適用されることが要求される場合に限って認めるべしとの立場を採る<sup>18</sup>。横溝先生は国際的な法定専属管轄には総じて厳格な態度を採っており、「不動産に関する訴えが含まれていない点に象徴されるように、この規定（民訴法3条の5を指す）が対象とする事項は諸外国に比しやや抑制的であると言うことが出来よう。（中略）国際専属管轄が国家政策を私人の利益に優先させるものであることからすれば、このような抑制的姿勢自体は抵触法的観点からは一応評価出来る<sup>19</sup>」（括弧内

<sup>15</sup> 澤木＝道垣内・前掲注（1）285頁。なお、同書292頁も併せて参照頂きたい。

<sup>16</sup> 「〔行事記録〕第46回シンポジウム・国際裁判管轄 民事訴訟法改正をうけて」関西大学法学研究所ノモス30号（2012年）132頁。

<sup>17</sup> 前掲注（16）135頁。

<sup>18</sup> 横溝大「国際専属管轄」名古屋大学法政論集245号131～132頁（2012年）。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

は執筆者による)と自身の見解を展開する。

このように、僅かとは言えわが国の抵触法研究者からも、わが国所在の不動産の物権及び物権の請求権に関する訴えを法定専属管轄事項から除外したことについて態度表明がなされているものの、残念ながら、それ以上に議論が深化しているとは言い難い。中間試案の補足説明資料において、わが国所在の不動産の物権等に関する訴えを法定専属管轄事項から除外する根拠として3点が示されたことは既述(上記(2))のとおりであるが、議論の叩き台を提示するためにも、これら根拠の当否(妥当性)に関する検討や比較法的視点に立脚した考察を行うほか、わが国における土地取引の現状、及び土地取引を巡るわが国の実質法規制の枠組みを確認すること等を通じて、いま少し丹念な調査研究を行う必要があるように思われる。

### 3. 欧州連合・ドイツの動向

#### (1) ブリュッセル Ibis 規則24条1号

欧州連合における国際的な法定専属管轄はブリュッセル Ibis 規則<sup>20</sup>24条が規定するが、その1号において、不動産を巡る物権及び不動産賃借権に関する訴訟は原則として、当該不動産が所在する構成国に法定専属管轄が認められている<sup>21</sup>。同条の規定内容は2度に亘る改正を経てはい

---

<sup>19</sup> 横溝・前掲注(18)133～134頁。

<sup>20</sup> Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), OJ L351/1 (20.12.2012).

<sup>21</sup> ブリュッセル Ibis 規則24条柱書及び1号は次のとおり。

当事者の住所の如何に拘らず、次に掲げる裁判所は専属管轄権を有する。

1号 不動産に関する物権並びに不動産賃借権を対象とする手続については、当該不動産が所在する構成国の裁判所。但し、一時的な私的利用のための不動産賃借権であって、最長で連続6か月間に止まるものを対象とする手続については、賃借人が自然人であり、不動産所有者と賃借人がともに同一の構成国に住所を有する場合に限り、被告が住所

るものの、大枠において、その前々身であるブリュッセル条約16条1号と同じである<sup>22</sup>。ブリュッセル条約が締結されたのが1968年であるから、欧州連合では半世紀超に亘り、不動産を巡る物権及び不動産賃借権に関する訴訟について当該不動産所在地国の専属管轄を法定してきたのである。

その根拠を巡って、現代の裁判実務では、不動産が所在する構成国の裁判所は事案との密接関連性が高く、事実関係の確認や法の適用に当たって最も適切な立場にあるとする見解が有力に提唱されている<sup>23</sup>。不動産に関する手続には現況確認や調査、専門家からの意見聴取、登記の確認といったものも含まれるが、これらはいずれも不動産所在地国において最も容易になし得ること<sup>24</sup>、不動産所在地国に法定専属管轄を認めることにより、通常は管轄と準拠法の一致が見込まれること<sup>25</sup>、不動産所在地国が強制執行の対象である不動産に近接していること等の事情もこの見解を後押しする。

他方において、不動産所在地国が司法判断を行うべきとの公的利害や主権的利害の考慮といったものは、今日ではあまり意義を有しないと考えられている<sup>26</sup>。こうした立場は、「最終的に、主権的利害を以て不動産

---

を有する構成国の裁判所も管轄権を有する。

<sup>22</sup> 嶋拓哉「欧州連合規則における法定専属管轄に関する一考察」北大法学論集 71巻1号1～4頁(2020年)。

<sup>23</sup> ECJ Case 73/77 of 14. December 1977 [Theodorus Engelbertus Sanders v Ronald van der Putte], ECR 1977, 2383, 2390f.; ECJ Case C-115/88 of 10 January 1990 [Mario P. A. Reichert and others v Dresdner Bank], ECR 1990 I-27, 41; ECJ Case C-343/04 of 18 May 2006 [Land Oberösterreich v ČEZ as], ECR 2006 I-4557, 4596; ECJ Case C-438/12 of 3 April 2014 [Irmengard Weber v Mechthilde Weber], para. 41 (electronic reports).

<sup>24</sup> ECJ Case C-115/88 of 10 January 1990 [Mario P. A. Reichert and others v Dresdner Bank], ECR 1990 I-27, 36 [para. 23].

<sup>25</sup> ECJ Case C-420/07 of 28 April 2009 [Meletis Apostolides v David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams], ECR 2009 I-3571, 3574 [para. 83].

<sup>26</sup> T. Rauscher (Hrsg.), EuZPR/EuIPR, Band 1, 5. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2021), Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 22 [P. Mankowski]; T. Rauscher, Die Ferienhausentscheidung des EuGH – Unbilligkeit oder Konsequenz

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

の物権に関する管轄権を根拠付けるか否かという問題が残される。この点に積極的な立場は『国家が自国の領土の所有権について判断を行うのは、奪い去ることのできない国家の特権の一つである』という形で定式化されるが、こうした根拠付けも結局のところ説得力を持たない。国家主権は原則として、私人間の土地の分配に関わらないからである。不動産の物権に関する訴訟を通じて国家の安全保障や高権が制約を受けるといった懸念は全くの杞憂である』<sup>27</sup>といった見解に代表される。

## (2) ZPO24条及び29a条

ドイツ民法（「ZPO」という）24条では、不動産の物権に関する訴訟について、その不動産がドイツに所在する場合にはドイツに国際専属管轄が帰属する旨を規定する<sup>28</sup> <sup>29</sup>。またZPO29a条は、住居に関する賃貸借に関する訴訟についても同様に、その住居がドイツに所在する場合にドイツの国際専属管轄を肯定する<sup>30</sup>。これら2つの規定を総合すれば、ブ

---

europäischer Rechtspflege, NJW 1985, 892, 894.

<sup>27</sup> M. Lehmann/S. Lorenzo, Der Rumpfgerichtsstand für dingliche Klagen nach Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ (Art. 22 Nr. 1 EuGVVO), IPRax 2007, 190, 194f.

<sup>28</sup> ZPO24条は次のとおり。なお、邦訳に当たっては法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典（2011年12月22日現在）』（法曹会、2012年）を参考とした（以降も同様である）。

1項 所有権、物上負担又はその免除を請求する訴え、境界確認の訴え、共有物分割の訴え及び占有の訴えについては、当該訴えが不動産に関するものである限り、その不動産が所在する地を管轄する裁判所が専属管轄を有する。

2項 地役権、物上担保又は先買権に関する訴えについては、承役地又は負担を受ける土地の所在地を基準とする。

<sup>29</sup> なおZPO24条は、元来は国内土地管轄に関して専属裁判籍を法定したものである。しかしながら、裁判実務及び支配的学説は所謂二重機能説を採用し、同条を国際的な法定専属管轄にも併せて適用し得ると解する。

<sup>30</sup> ZPO29a条は次のとおり。

1項 住居に関する使用賃貸借関係若しくは用益賃貸借関係に基づく請求権に関する訴え、またはそうした関係の成立に関する訴えについては、その住居が所在する地を管轄する裁判所が専属管轄を有する。

リュッセル Ibis 規則24条1号とほぼ同じ規定内容になると考えられる。もっとも、ZPO24条及び29a条は国内土地管轄規定としては引続き機能しているものの、ブリュッセル Ibis 規則が存在することにより、国際裁判管轄規定としてはもはや適用される余地はないと考えられている<sup>31</sup>。ブリュッセル Ibis 規則は原則として構成国間に適用されるが、(被告の住所が構成国に所在する場合は当然のこととして) 仮令被告の住所が非構成国に所在する場合であっても、ドイツ所在の不動産を巡る物権及び不動産賃貸借に関する訴訟であれば、ZPO24条又は29a条に優先する形でブリュッセル Ibis 規則24条1号が適用されることにより、ドイツの専属管轄が肯定されるからである<sup>32</sup>。

これら法定専属管轄規定の根拠は19世紀初頭より、主権の考慮(Souveränitätserwägungen)に求められてきた<sup>33</sup>。1879年にはZPOが制定され現在の同24条の原型が成立することとなったが、1920年代には既に帝国最高裁判所の判決において、その法定専属管轄の根源を国家の領域主権に求める旨の見解が示されている。例えば、1921年6月7日付帝国最高裁判所判決は、「不動産を巡る管轄権の専属性には国家及び領域主権が反映されている。国家は自国領域に所在する不動産について他国が司法判断を下すことを許容しない」と断言する<sup>34</sup>。また、1921年12月10日付帝国最高裁判所判決では、「土地及びそこに固定される有体物は、それが所在する国家領域と不可分である。これらは、当該国家の統治権にのみ服する」と判示する<sup>35</sup>。

---

2項 民法549条2項1号乃至3号に掲げる種類の住居が対象である場合には、前項の規定は適用しない。

<sup>31</sup> BGH v. 25. 9. 1997, II ZR 113/96, NJW 1998, 1321; H. Thomas/H. Putzo, ZPO, 39 Aufl. (C. H. Beck, 2018), EuGVVO Art. 24 Rdn 8 [R. Hüßtege].

<sup>32</sup> ブリュッセル Ibis 規則6条1項では、「被告の住所が構成国の領域内に存在しない場合において、各構成国の裁判管轄権は、本規則18条1項、21条2項、24条及び25条に該当するときを除き、当該構成国の法に基づいて定める」旨を規定しており、本文の記述は同条項を根拠とする。

<sup>33</sup> S. C. Thürk, Belegenheitsgerichtsstände (Mohr Siebeck, 2018), 54f.

<sup>34</sup> RGZ 102, 251, 253.

<sup>35</sup> RGZ 103, 274, 277.

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

### (3) 専属管轄の対象となる訴訟の範囲—不動産の引渡請求を巡って

ブリュッセル Ibis 規則24条1号は不動産の物権及び賃借権に関する訴訟を法定専属管轄の対象とするが、悩ましい事例として、買主による不動産の引渡請求が取り上げられることがある。不動産の譲渡事案を念頭に置くと、不動産所在地法が物権変動について意思主義を採用している場合<sup>36</sup>には、譲渡契約の締結によって対象不動産の所有権が売主から買主に移転する。譲渡契約が締結され買主が代金を提供したにも拘らず売主が不動産の引渡しを拒めば、当然のことながら、買主は売主に対して不動産の引渡しを求めることになるが、買主が不動産の引渡請求を行うに当たっては、譲渡契約に基づく債権的請求権に拠る場合と、既に所有権が買主に移転していることを理由として物権的請求権に拠る場合があり得ることになる<sup>37</sup>。このように物権変動に関して意思主義を採用する国の法が物権準拠法として指定される場合には、不動産の引渡請求において物権的請求権と債権的請求権の競合 (Konkurrenz) が生じる。この点に関連してわが国の法制審議会国際裁判管轄法制部会では、前者(物権的請求権を根拠に不動産の引渡しを請求する場合)を物権に関する訴訟として法定専属管轄の対象範囲に含める一方で、後者(債権的請求権を根拠に不動産の引渡しを請求する場合)は法定専属管轄の対象外であることを当然の前提として議論を行っていたように思われる<sup>38</sup>。では、

---

<sup>36</sup> 欧州連合構成国のうち、物権変動に関して意思主義を採用している国として代表的に取り上げられるのは、フランスである (M. Ferid/J. Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Band 2: Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht, 2. Aufl. (Recht und Wirtschaft, 1986), Rn. 2, G 201-209)。

<sup>37</sup> ECJ Case C-518/99 of 5 April 2001 [Richard Gaillard v Alaya Chekili], ECR 2001 I-2771, 2780 [para. 16]; J. Kropholler/J. von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. (Recht und Wirtschaft, 2011), EuGVO Art. 22 Rdn. 21; D. Solomon, Der Immobiliengerichtsstand im Europäischen Zuständigkeitsrecht, im H. Kronke/H. Thorn (Hrsg.), Festschrift für B. von Hoffmann zum 70. Geburtstag (E.&W. Gieseking, 2011), 727, 732; C.A. Kern, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes beim Kauf eines zu bebauenden und zu vermietenden Grundstücks (OLG Düsseldorf, S. 535), IPRax 2014, 503, 504.

<sup>38</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議事録17頁 [山本和彦幹事]。

欧州連合ではどのように考えられているのだろうか<sup>39</sup>。

まず欧州司法裁判所の実務では、ブリュッセル Ibis 規則24条等は法定専属管轄の対象を対世的な性格を有する権利に基づく訴訟に限るとの見解を採用しており<sup>40</sup>、对人的な性格を有する権利に基づく訴訟については法定専属管轄の対象から除外するのが大原則である<sup>41</sup>。そのうえで、物権の請求権と債権的請求権が競合しているときに、前者の性格（物権

<sup>39</sup> ドイツでは、物権変動に関して意思主義を採用しておらず、当事者間の合意等に代表される原因行為によって直ちに物権変動が生じるわけではない。原因行為とは独立に観念される物権行為と形式要件（登記）の具備によって初めて物権変動が生じると考えられている。従って、少なくともドイツでは、買主が売買契約の目的物である不動産の引渡しを請求することが出来るのは唯一債権的請求権に基づいてのみであり、これに物権的請求権が競合するという事態は生じ得ない。また、契約の無効取消等に基づく巻戻しの局面を想定したとしても、ドイツ法は無因主義を採用していることから、売主が買主に対して契約目的物である不動産の返還（引渡し）を請求する場合についても、売主は債権的請求権に基づくほかない（LG Bonn von 27 Juli 1995, IPRax 1997, 183）。これらのことを総合すると、ドイツ法を前提とする限りは、本文で論じるような物権的請求権と債権的請求権の競合が生じる余地はないと考えられる。

<sup>40</sup> ECJ Case C-518/99 of 5 April 2001 [Richard Gaillard v Alaya Chekili], ECR 2001 I-2771, 2780 [para. 16]; R. Geimer/R. A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl. (C. H. Beck, 2020), EuGVVO Art. 24 Rdn. 48 [Geimer]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, *Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (Brüssel Ia)* (C. H. Beck, 2017), Art. 24 Rdn. 20 [Paulus].

<sup>41</sup> 欧州司法裁判所は複数の事案において、次のとおり、この点に関する統一の見解を示している（ECJ Case C-294/92 of 17 May 1994 [George Lawrence Webb v Lawrence Desmond Webb], ECR 1994 I-1717, 1738 [para. 14]; ECJ Case C-292/93 of 9 June 1994 [Norbert Lieber v Willi S. Göbel and Siegrid Göbel], ECR 1994 I-2535, 2550 [para. 13]; ECJ Case C-518/99 of 5 April 2001 [Richard Gaillard v Alaya Chekili], ECR 2001 I-2771, 2780 [para. 16]）。

「ブリュッセル条約16条1号を適用するためには、不動産の物権（right in rem）が訴訟に含まれているとか、訴訟が不動産に関連したものであるといったことでは十分ではない。訴訟が物権に基づいたものでなくてはならない。他方において、不動産賃貸借に関する例外を除き債権（right in personam）に基づくものについては、同号の適用は認められない」

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

的性格)よりも後者の性格(債権的性格)の方が圧倒的に支配的であることを理由として、根拠となる請求権の性格の如何に拘らず、不動産の引渡請求を一律に法定専属管轄の対象外とする旨の見解(本節に限り、「第一の見解」という)が提唱される<sup>42</sup>。要するに、第一の見解によれば、仮に物権準拠法所属国でもある不動産所在地国が実質法上意思主義を採用していた場合には、買主による不動産引渡請求には物権に基づくものと契約上の債権に基づくものの2つが想定され得るが、前者よりも後者を優先し、こうした引渡請求を纏めて法定専属管轄の対象から除外するとの帰結を認めるのである。

もっとも、こうした見解に対する批判は根強く、別個の見解(同じく「第二の見解」という)も提唱されている。例えば、H. Schack 教授は、ブリュッセル Ibis 規則24条1号に関する裁判実務の立場(第一の見解)を「非常に狭い(sehr eng)」と否定的に評価する<sup>43</sup>ほか、P. Mankowski 教授も「不動産の物権の譲渡に関する訴訟を法定専属管轄から除外することは、とりわけ登記・登録を要する権利の場合には、法政策的にも疑わしいものであるし、債権者の利害を理由としても、また事案の密接関連性に欠けることを理由としても、いずれにしても正当化し得ない」と主張する<sup>44</sup>。また D. Solomon 教授も、不動産の二重譲渡事案を念頭に置いた上で、買主が第三者に不動産の引渡しを請求する場合には物権的請求権に基づく返還を主張するほかに、これが法定専属管轄の対象範囲に含まれるのは明らかであるのに対して、買主が売主に不動産の引渡しを請求する場合には、第一の見解によれば法定専属管轄の対象外とされるが、これら2つの事案における取扱いの相違を合理的に説明し得ないと指摘しており、やはり第一の見解には批判的である<sup>45</sup>。第二の見解によ

---

<sup>42</sup> J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O. (Fn. 37), EuGVO Art. 22 Rdn. 21; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, a.a.O. (Fn. 40), Art. 24 Rdn. 22ff. [Paulus].

<sup>43</sup> H. Schack, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 388.

<sup>44</sup> T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 26), Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 31 [P. Mankowski].

<sup>45</sup> D. Solomon, a.a.O. (Fn. 37), 732ff. Solomon 教授は、無効取消等に基づく売買契約の巻戻しの事案を念頭に置いたうえで、通説の見解に対してさらに批判を加える。即ち、この場合に、不動産所在地国(物権準拠法所属国でもある)が

れば、債権的請求権と競合している場合も含めて、およそ物権的請求権の存在が認められる限りは、根拠となる請求権の性格の如何に拘らず、不動産の引渡請求についても法定専属管轄の対象範囲に含めるべきとの結論に至ると考えられる<sup>46</sup>。

なお、法定専属管轄の対象を対世的な性格を有する権利に基づく訴訟に限るとする立場を忠実に反映させるとすれば、わが国の法制審議会国際裁判管轄法制部会における議論と同じく、不動産の引渡請求であっても、それが物権的請求権に基づくのか、それとも債権的請求権に基づくのかの別に応じて、法定専属管轄の対象に含めるか否かの判断を分けるという見解（同じく「第三の見解」という）も、理論的には十分に成り立ち得る。しかしながら、欧州連合における議論をみる限り、物権的請求権と債権的請求権が競合する場合には、後者を支配的と見做して、前者に基づくか後者に基づくかを問わず一律に不動産引渡請求を法定専属管轄の対象から除外する（第一の見解）か、あるいは、物権的請求権が存在する限りは、債権的請求権に基づく不動産引渡請求であっても法定専属管轄の対象に含める（第二の見解）という、2つの解決方法が提唱されるのみである。少なくとも欧州連合では、根拠となる具体的な請求権の性格の別に応じて、不動産引渡請求を法定専属管轄の対象に含めるか否かを個別に判断するという見解（第三の見解）は提唱されていない。

---

物権法において無因主義を採用する国（例えばドイツ）であれば売主は債権的返還請求権を有するに止まるが、不動産所在地国が有因主義を採用する国（例えばスイス）であれば売主は債権的返還請求権のほかに、物権的返還請求権を併せて取得することになる。第一の見解によれば、債権的請求権と物権的請求権が競合する場合であっても、前者の請求権の性格が優先されることから、売主がいずれの請求権に基づいて不動産の返還を求めるとしても、結局のところ法定専属管轄の対象には含まれないという結論に至ることになる。しかしながら、これでは売主の権利保護が十分に図られず、不動産所在地国がその物権法において有因主義を採用した所期の目的を達することが出来ないと指摘するのである。

<sup>46</sup> D. Solomon, a.a.O. (Fn. 37), 732f. なお、R. Geimer/R. A. Schütze, a.a.O. (Fn. 40), EuGVVO Art. 24 Rdn. 68-72 [Geimer] も同旨。

## 4. 検討

### (1) 法定専属管轄の根拠

欧州連合及びドイツにおける法定専属管轄の成り立ち及びその根拠付けに関する議論については、既述(上記3.)のとおりである。ドイツでは元々、国家領域内に所在する不動産に対する国家主権の行使を確実なものとする目的で国際専属管轄を法定したが、欧州統合の過程でそうした法定専属管轄規定の根拠は大きく揺らいでいる。即ち、現在の欧州連合では、その根拠を国家的・主権的利害の考慮に求める議論は影を潜め、それに代わって、ブリュッセル Ibis 規則24条1号との関係では、不動産所在地国と事案との密接関連性にその主たる根拠を求める見解が台頭してきている。

こうした変遷の裏側には次のような政治的事情が存在しているものと推察される。即ち、ブリュッセル Ibis 規則24条は、同6条1項に該当する場合は兎も角、それ以外の場合に構成国同士で専属管轄を配分するために設けられた規定であるが、欧州統合という動き自体が構成国間で主権の垣根を低くすることを目的とするものであるにも拘らず、他方で各構成国の国家的・主権的利害の考慮を法定専属管轄の正当化根拠として持ち出すことには、抵抗があると思われる。欧州の域内統合の一環として法制の統一化を進めることと、個々の構成国の国家的・主権的利害に対する考慮を前面に押し出し法定専属管轄を正当化することとの間には、緊張関係が存在しているわけで、政策的にも両者の整合性を採るのは難しいように思われる<sup>47</sup>。そうした中で、欧州連合では法定専属管轄の正当化根拠を各構成国の国家的・主権的利害の考慮ではなく、敢えて不動産所在地国と事案との密接関連性に求めたわけである。しかしながら、法廷地と事案との密接関連性は何も法定専属管轄のみを根拠付ける要素ではなく、特別管轄等の一般的な裁判管轄をも広く根拠付ける要素でもある<sup>48</sup>。従って、法廷地と事案との密接関連性を以て、法定専属管

---

<sup>47</sup> A. Dickinson/E. Lein (ed.), *The Brussels I Regulation Recast* (Oxford Univ. Pr., 2015), §8.11 [M. Lehmann].

<sup>48</sup> T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 26), *Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 3* [P.

轄を正当化するための特別な根拠であると位置付けることには、相当な無理があるだろう<sup>49</sup>。結果として、欧州連合では、不動産所在地国の法定専属管轄の正当化は現状、不確かな (zweifelhaft) 状況に陥っており、こうした中でブリュッセル Ibis 規則24条1号の適用範囲を拡張するための説得的な議論が新たに見出される可能性は極めて低いと考えられている<sup>50</sup>。

さてこのように概観してみると、当然のことながら、法定専属管轄の正当化根拠を巡る欧州連合の議論が、欧州の域内統合の動きに多分に基底されたものであることが分かるだろう。欧州とわが国では置かれている国際地域情勢が大きく異なる以上、こうした欧州連合における議論をそのままわが国に持ち込むことは適切ではない。翻ってわが国を取り巻く国際地域情勢を概観すると、決して楽観を許すような状況にはない。隣国韓国との間で歴史問題等を抱え<sup>51</sup>、また複数国家 (韓国、中華人民共和国、台湾 [中華民国]、ロシア) との間で境界島嶼について領有権を争

---

Mankowski]; A. Dickinson/E. Lein (ed.), supra note (47), §8.10 [M. Lehmann].

<sup>49</sup> 横溝・前掲注 (18) 129頁、嶋・前掲注 (22) 8頁。

<sup>50</sup> D. Solomon, a.a.O. (Fn. 37), 731.

<sup>51</sup> 日本の徴用工への補償について、韓国政府は従前より1965年の日韓請求権協定の締結を以て「解決済み」としてきたが、2018年10月30日、韓国大法院は新日本製鉄 (現日本製鉄) に対して、韓国人元徴用工4人に1人当たり1億ウォン (約1,000万円) の損害賠償を命じる判決を下した。また2020年1月9日には、韓国人元慰安婦らが日本政府に損害賠償を求めた訴訟で、ソウル中央地裁は、主権免除の原則を適用せず、2015年の慰安婦問題に関する日韓政府間合意が存在するにも拘らず、原告の請求を認容する判決を下している。慰安婦問題に関しては、先の日韓政府間合意に基づき日本は韓国の基金に10億円を拠出しており、そのうえ個人からの賠償請求を認めるのであれば所謂「二重取り」であり、国家による詐欺的行為に等しいとの批判がある。その他にも、韓国海軍の艦艇による自衛隊艦船へのレーザー照射事件 (2018年) をはじめ、軍事的な緊張を惹起する一方的な行動も見受けられる。第204回国会 [常会] における菅義偉内閣総理大臣施政方針演説では韓国を「重要な隣国」とするものの、近年の韓国では反日的な姿勢や戦後築き上げてきた二国間関係を毀損するかのような動きが顕著であり、もはや同国が日本と基本的価値を共有しているとは言い難いのが実情である。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

う<sup>52</sup>という、極めて厳しい状況が続いている。このようにわが国を取り巻く国際地域情勢は分断的であり、欧州のような地域統合が進展する期待は微塵もない。こうした中で、わが国領土に対する国家主権を守り抜くことはわが国の国家としての存立にとって極めて重要な政策課題の一つであり、法定専属管轄の正当化根拠も基本に立ち返り、わが国の国家的・主権的利害の考慮に求めるのが妥当である。

なお、横溝大先生からは近時、法定専属管轄の正当化根拠を自国の国際的強行法規の適用確保に求める見解が提唱されている<sup>53</sup>が、少なくとも不動産の物権等に関する訴訟に関する限りは、正当化根拠を国家的・主権的利害の考慮に求めるのと大差ないように思われる。不動産を巡る国家的・主権的利害の最たるものは「自国領域内の不動産に対して国家主権及び施政権を実効的に及ぼすこと」であり、自国の不動産に関連して国際的強行法規が制定されるとすれば、それは多かれ少なかれ、領土主権の保全に関連する内容であることが殆どであろう。例えば、後述する(4.(2))が、わが国にも大正期の制定以来一貫して、外国人土地法なる実質法が存在する。外国人土地法は外国人によるわが国所在の土地の取得に制約を加えるものであるが、これはわが国の領土主権の保全及び国家安全保障の確保を目的とするものであって、同法はわが国の国際的強行法規として位置付け得るだろう。このようにわが国所在の不動産を巡る権利取得に対してわが国が強い公的利害を有するとすれば、それは、わが国所在の不動産の権利が安全保障の確保等国家的視点から見て望ましくない勢力に帰属し、そのことがわが国領土主権の実効的な行使にとって障碍となる事態を回避することにあると思われる。このように考えると、少なくとも不動産の権利を巡る訴訟に関する限りは、法定専属管轄の正当化根拠を国家的・主権的利害の考慮に求めようが、自国

---

<sup>52</sup> 韓国は1952年に一方的に李承晩ラインを設定し現在に至るまで日本に帰属する竹島を不法に占拠する状態が続いているほか、わが国はロシアとの間でも北方領土の領有権問題を抱えている。また、尖閣諸島については日本が領有権を有するものの、これに対して、中華人民共和国が公船等を使い、同諸島周辺の領海及び接続水域への侵入を繰り返している。また尖閣諸島については台湾も自国の領有権を主張している。

<sup>53</sup> 横溝・前掲注(18)131～132頁。

の国際的強行法規の適用確保に求めようが、然程大きな違いはなく、むしろ大局において両者の立場は概ね一致しているように思われる。

## (2) わが国における土地取得の現状と規制強化の必要性

### (イ) わが国における土地取得の現状

検討の前提として、わが国所在の不動産、とりわけ土地取得の現状について確認するが、わが国では土地を巡る私権が広範に認められ、その保護は手厚く強固であると考えられてきた<sup>54</sup>。土地の自由な取得が尊重される反面、土地がわが国領土を構成するという側面が軽視されてきた嫌いがある<sup>55</sup>。そのため、長年にわたって外国人による土地取得の実態調査が行われて来なかったが、近年では日本政府もようやくその重い腰を上げ、限定的ではあるが調査を実施するようになった。

例えば、農水省は平成18年以降毎年外国資本による森林買収について調査を行い、その結果を公表している<sup>56</sup>。平成18年から令和元年までの累計で、外国資本(内国非居住者)による森林買収事例は264件、2,305ヘクタール<sup>57</sup>、外資系資本(内国居住者)による事例は201件、5,255ヘク

<sup>54</sup> この点に関連して、登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会では、「公共の福祉のために所有権を制約することが可能とされているにもかかわらず(憲法第12条、第13条、第29条、民法第1項第1項、第206条、土地基本法第2条等)、所有権の絶対性の観念が広く浸透し、土地所有権を制約する立法が困難になっており、この土地所有権の『強大性』が我が国における公共的な土地利用を妨げているとの指摘がある」との認識が示された(金融財政事情研究会編『「登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会」中間取りまとめの概要』(きんざい、2018年)34頁)。また吉田克己先生は、「とりわけ日本においては、絶対的所有権の発想が一人歩きする傾向が存在し、土地所有権の制限に対する強い抵抗が存在する。民法起草者が『所有権の限界』という表題に込めた思想は、必ずしも受け入れられていない」との認識を示している(吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』(成文堂、2021年)405頁[吉田])。

<sup>55</sup> 升田純「外国人の日本国内の土地取得と土地法制度上の根本問題」土地総合研究22巻4号(2014年秋号)96頁。

<sup>56</sup> 農林水産省「外国資本による森林買収に関する調査の結果について」(令和2年5月8日公表)。

<sup>57</sup> この31件のうち、北海道における取得事例は26件と大半を占める。また中華

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

タールに各々上る<sup>58</sup>。もとより、わが国政府が遅まきながら、こうした土地取得状況の調査を行ったこと自体は評価に値するが、それでも、①調査は森林が取得対象である場合に限られており、その他用途の土地の取得は調査対象に含まれていないこと、②3法(森林法、国土利用計画法、不動産登記法)に基づく届出情報を参考に都道府県を通じて調査を行ったものであり、届出のないものは調査対象から除外されていること<sup>59</sup>等の事情を踏まえると、本調査の範囲は限定的であり、また外国資本が調査を逃れるための取得手法を講じることも想定され得る<sup>60</sup>ことから、その調査結果は外国勢力による土地取得の氷山の一角に過ぎないとも言われている。

森林地域には水源地域が多数含まれており、こうした地域が外国資本(特に、中華人民共和国資本)に取得されている現状は、わが国の国家安全

---

人民共和国資本による取得事例は31件のうち18件と過半を占める。その中には香港資本によるものも含まれるが、昨今の香港を取り巻く政治情勢をみる限り、もはや香港に高度な政治的自治が存在しているとは評価出来ず、香港を中華人民共和国と別の政体と見做すことは適当ではあるまい。

<sup>58</sup> 東京ドーム(約4.7ヘクタール)に置き換えると、外国資本(内国非居住者)による買収面積は490個分、外資系資本(内国居住者)による買収面積は同じく1,118個分に相当する。

<sup>59</sup> 例えば、国土利用計画法では、一つの契約において取得する土地の面積が1ヘクタール未満の森林(正確には都市計画区域外の土地)であれば同法上の届出は不要である(同法23条2項1号)。従って、外国資本が一つの契約により1ヘクタール未満の森林を取得する場合は、農水省の本調査の対象外とされている。また、森林法上の取得にかかる届出には国土利用計画法のような下限は設けられておらず、面積の如何に拘らず届出が義務付けられているが、実際には森林を取得しても届出を提出しない者も少なからず居ると考えられている。不動産登記についても、森林の資産価値に比して登記費用が高いことや申請義務が課せられていないこと等を理由に、同様に届出を行わない事例があると考えられている。

<sup>60</sup> 例えば、外国資本がわが国所在の森林を購入しても届出を行う義務がなく、届出がない場合には調査による捕捉が不可能である。また日本企業をダミーに言えば、外国資本は自らの名前を前面に出すことなくわが国の土地を実質的に取得することが可能である。こうした取引事案の存在を考慮すれば、本調査では、外国資本による森林取得の実態を完全に把握出来ない恐れが多分にある。

保障の観点からは由々しき事態である。また側聞するところ、官公庁が所在する都市中心部、わが国及び極東の安全保障を担う自衛隊基地及び駐留米軍基地の周辺等にも、外国資本が進出し土地取得を行っているといった情報も多数寄せられている<sup>61</sup>。また、国境周辺に位置する島嶼地域の土地が外国資本によって取得されているとの情報もある<sup>62</sup>。もちろん、上記の森林買収以外は包括的な全国調査が行われておらず、具体的な数値という形で調査結果を示すことは出来ないが、国境周辺の島嶼地域及び基地周辺地域等が外国資本に購入されていることについて、断片的ながら情報が多数存在することも事実である。中華人民共和国資本や韓国資本がわが国所在の土地を広範囲に亘って購入しているが、これをそれぞれ母国に譲渡した場合<sup>63</sup>等には、わが国領土を構成する土地が外

---

<sup>61</sup> 航空自衛隊の千歳基地は対ロシア防衛、近年は更に広く北東アジアにおける平和維持という観点で重要な拠点であり、精鋭部隊が置かれているが、近年この周辺地域では中華人民共和国資本による土地取得事例が報告されている。北海道千歳市議会では平成26年6月に航空自衛隊千歳基地から約3キロの隣接地約8ヘクタールの土地が中華人民共和国資本に買収されたことが質問を通じて明らかにされたほか、基地内が一望できる周辺の高台約0.65ヘクタールの敷地には、日本企業主導の開発によって中国人専用的高級別荘が17棟も建てられ、既に完売しているとの情報も提供されている。

<sup>62</sup> 例えば、対馬である。同島は朝鮮半島と九州の中間に位置しており、韓国釜山から僅か50キロメートル程の距離にある。このように同島は日韓国境の最前線に位置するが、その土地が韓国資本によって広範に取得されている。特に同島には自衛隊基地があり、朝鮮半島有事の際には安全保障活動の拠点になることが想定される重要基地の一つであるが、近年同基地周辺の土地の一部が韓国資本によって取得されていることが、参議院予算委員会及び内閣委員会で再三に亘り取り上げられている。

<sup>63</sup> 第177回[常会]国会参議院外交防衛委員会において、浜田和幸議員は、「尖閣諸島に対しても、中国は、埼玉県におられる土地の所有者に対してお金で買い取りたいというアプローチを仕掛けてきている。土地の所有者の方が断られたのでそういうことは実現しませんでしたけれども」と発言している(第177回国会参議院外交防衛委員会[平成23年5月17日開催]会議録第8号13頁)。真偽未確認情報ではあるが、平成24年にわが国が尖閣諸島を国有化した背景には、中華人民共和国が当時の地権者に対して尖閣諸島の購入を持ち掛けた事実があったことが、参議院外交防衛委員会で言及されていることは、注目に値する。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

国国家－しかも現在、わが国とこれら国家の間で領土紛争を抱え、とりわけ隣国韓国との間では歴史問題が再燃し、わが国との外交関係が大きく揺らいでいる－の所有に帰すか、あるいはこれら国家による実質的な指揮下に入る惧れがある<sup>64</sup>。外国とわが国の間に有事が生じた場合には、当該外国に属する個人及び法人がわが国に所有する土地や建物を拠点として、様々な軍事活動やテロ行為、その他騒乱行為を展開する危険性も指摘されている<sup>65</sup>。わが国では土地所有権は私権の最たるものとされ、

---

<sup>64</sup> 外国国家がわが国所在の不動産について譲渡を受けたとしても、民法35条1項の規定を踏まえると、外国国家が直ちにその所有権の帰属主体になるのは困難ではないと思われる。民法35条1項は、外国国家、その行政区画及び国営企業には、原則としてわが国において法人格を認めない旨を規定するが、この規定の存在を踏まえると、仮令外国国家がわが国所在の不動産を取得したと主張したとしても、外国国家の法人格がわが国内で認められない以上、外国国家は当該不動産を巡る権利の帰属主体足り得ないと考えられるわけである。もっとも、純粋な法議論がそのとおりであったとしても、実際的には厄介な問題が綺麗さっぱりと霧散するわけではない。中華人民共和国については、仮に同国企業が民間企業であると言ったところで、結局のところ国家による実質的で強固なコントロールの下に経済活動を行っているとの疑念が完全に払拭されるわけではない。また、同国は平成22年7月に国防動員法を施行しているが、同法では有事の際に在外中国人を含む公民が国家の動員指揮下に入ることが定められている(宮尾恵美「中国国防動員法の制定」外国の立法246号102頁以下(2010年))。こうした法律の規定内容を踏まえると、中華人民共和国本体がわが国所在の不動産について直接所有権を取得し得なくとも、同国人及び同国法人を通じて間接的に、わが国所在の不動産をコントロールすることが可能になるだろう。同国がわが国所在の不動産について法律上直ちに所有権を取得し得ないにしても、こうした形でわが国所在の不動産が同国の実質的なコントロールの許に置かれるとすれば、それはわが国の安全保障上の脅威であり、法整備によりわが国所在の不動産の権利取得を制限する等所要の対策を講じることが、喫緊の課題として位置付けられる。なお、国会でも質問主意書等の形で一部議員によりこうした懸念が表明されている(「中国における国防動員法に関する質問主意書」平成23年2月3日付山谷えりこ参議院議員提出・第177回国会[常会]提出番号44号)。

<sup>65</sup> 第177回国会参議院外交防衛委員会[平成23年5月17日開催]会議録第8号12頁[浜田和幸議員]。

重要で強固な権利として位置付けられているが、個々の権利者の保護を強調する余り、公共の利益、公共の福祉の実現の障害になっているのではないかといった懸念が示されている<sup>66</sup>。外国国家及びその配下に属する主体にこうした強力な私権を付与し、わが国の領土に属する不動産の所有やその他の権利取得を認めるとすれば、国土有効利用のためのわが国施策の阻害要因になりかねず、延いてはわが国領土主権の実効性及び国家安全保障の確保にとって重大な脅威となる恐れもあるだろう。

### (ロ) 土地を巡る強力な私権と領土主権への無関心

わが国では従前より、土地も私有財産であり、それに関する訴訟も通常の私人間の争いであるという認識が強く、現在に至るまで当然の如く広く共有されてきた。不動産を巡る物権等に関する訴えがわが国の法定専属管轄事項から除外された背景には、土地を純粹かつ不可侵の私有財産とする戦後日本の固定観念が少なからず影響しているものと考えられる<sup>67</sup>。

しかしながら、わが国においては戦前より現在に至るまで、領土主権の実効性及び国家安全保障確保の観点から、わが国所在の土地について外国人による権利取得を制限するための法制が存在していることを忘れてはなるまい。具体的には、前述(4.(1))の外国人土地法が戦前に制定され、現在に至るまで廃止されることなく施行されているのである<sup>68</sup>。同法1条では相互主義を採用し、外国が日本人及び日本法人に對

<sup>66</sup> 升田・前掲注(55)96頁。金融財政事情研究会編・前掲注(54)34頁。なお、こうした懸念は単に渉外的な文脈においてのみ生じるものではなく、純粹な国内問題についても同じくあてはまる。例えば、所謂「空き家問題」である。わが国の地方都市等では住民が途絶え空き家となり、その所有権の帰属さえも不明確になっているケースが生じているが、不動産所有権という絶対的な私権の存在を慮る余り、これら空き家が放置され続けた結果、その土地の有効活用が妨げられ、延いては建物の崩落や治安等安全面での問題点も指摘されるに至っている。こうした国内問題も不動産所有権の絶対視による顕著な弊害の一つである。

<sup>67</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議議事録17頁〔古田啓昌幹事〕、同第7回会議議事録11頁〔同〕。

<sup>68</sup> 外国人土地法(法律第42号)は大正14年4月1日に制定され、翌年11月10日に施行されている。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

して当該外国所在の土地に関する権利取得を禁止若しくは制限する場合には、勅令を以て、当該外国に属する個人及び法人に対して、わが国所在の土地に関する権利取得について禁止し若しくは同等の制限を課すことを規定する<sup>69</sup>。また、同法4条では、国防上の要請に基づき勅令で指定した地域については、外国人及び外国法人による土地に関する権利の取得を禁止若しくは制限を課すことを定める<sup>70</sup>。さらに、同法6条では、同法に基づいてわが国の土地に関する権利を享有することが出来ない場合には1年以内に譲渡することが義務付けられる<sup>71</sup>。このように外国人土地法では、外国に属する個人及び法人がわが国特定地域に所在する土地の権利を取得することに関して、国家安全保障及び領土主権の確保という視点から重大な制約を課しているのである。外国人土地法はわが国の国家的・主権的利害を全面に打ち出した内容であり、わが国領土を構成する土地の権利取得を巡って須く適用されるべき適用意思を備えていることから、抵触法上、同法をわが国の国際的強行法規（介入規範）<sup>72</sup>と位置付けて差支えないように思われる。

わが国においても、内国所在の土地に関する権利取得を巡ってこのような強い国家的・主権的関心が示され、それが私人間の権利義務関係について私法的効力を発生させる実質法（即ち、外国人土地法）の制定に

---

<sup>69</sup> 外国人土地法1条は次のとおり。

帝国臣民又ハ帝国法人ニ対シ土地ニ関スル権利ノ享有ニ付禁止ヲ為シ又ハ条件若ハ制限ヲ附スル国ニ属スル外国人又ハ外国法人ニ対シテハ勅令ヲ以テ帝国ニ於ケル土地ニ関スル権利ノ享有ニ付同一若ハ類似ノ禁止ヲ為シ又ハ同一若ハ類似ノ条件若ハ制限ヲ附スルコトヲ得

<sup>70</sup> 外国人土地法4条は次のとおり。

- 1 項 国防上必要ナル地区ニ於テハ勅令ヲ以テ外国人又ハ外国法人ノ土地ニ関スル権利ノ取得ニ付禁止ヲ為シ又ハ条件若ハ制限ヲ附スルコトヲ得
- 2 項 前項ノ地区ハ勅令ヲ以テ之ヲ指定ス

<sup>71</sup> 外国人土地法6条1項は次のとおり。

土地ニ関スル権利ヲ有スル者カ本法ニ依リ其ノ権利ヲ享有スルコトヲ得サルニ至リタル場合ニ於テハ一年内ニ之ヲ譲渡スコトヲ要ス

<sup>72</sup> 国際的強行法規（介入規範）の要件については、嶋拓哉「法体系における介入規範の適用問題について－実質法と抵触法の協働という視点から－」国際私法年報14号126～129頁（2012年）を参照。

まで結実しているにも拘らず、残念ながら、それが平成23年民訴法改正に至る議論の過程では一顧だにされていない。それには幾つかの理由が考えられるだろう。理由の一つは、外国人土地法が現在、規制法としての実効性を備えていないことである。同法4条に規定する勅令は制定された<sup>73</sup>ものの、戦後直ちに廃止され<sup>74</sup>、それに替わる政令は未制定のまま現在に至っている。また、同法1条に規定する勅令は戦前戦後を通じて一度も制定されないままである。即ち、法律自体は廃止されず現在も施行されている状態にあるものの、同法の規制内容を具体化するために必要な政令が現時点では一切制定されておらず、その結果、同法の規制の実効性が全く確保されていないわけである。このように外国人土地法に基づく規制枠組みが十分に整備されていない中であっては、事実上、わが国所在の土地について外国資本による権利取得を制限する術はなく、このことが平成23年民訴法改正を巡る議論の中で同法の存在が顧慮されなかった理由の一つではないかと推察される。また、二つ目の理由としては、平成23年民訴法改正が議論されていた当時は、わが国を取り巻く国際地域情勢が現在ほどには緊迫したものでなかったことが挙げられる。当時はまだわが国による尖閣諸島国有化（平成24年）以前であり、中華人民共和国公船によるわが国領海及び接続水域への侵入が現在のよう頻繁になされていなかった。また韓国では当時保守政党が政権を担当しており、徴用工問題や慰安婦問題に関して日本側からすれば受入れ難い判決を下すなど反日的な動きを本格化させる以前の段階であった。わが国を取り巻く極東の地域情勢が比較的平穏な時期に平成23年民訴法改正が議論されたこともあり、土地は一般の商品同様に私有財産の一つ

---

<sup>73</sup> 外国人土地法施行令（大正15年11月3日勅令第334号）。同施行令では、外国人土地法4条に基づき外国人及び外国法人が取得を禁止若しくは制限される地域として、①国境周辺に位置する島嶼地域（沖縄全域、北海道の海岸線沿いの地域・樺太、小笠原諸島、佐渡、壱岐等）、②軍事基地・工場所在地（佐世保、長崎、北九州、呉、舞鶴等）が指定されていた。外国人土地法施行令の詳細は大正15年11月3日付官報4259号81頁以下に掲載されているが、執筆者の目からすれば、想像していた以上に広範囲に亘る地域が指定されているとの印象を受けた。

<sup>74</sup> 司法省関係許可認可等戦時特例等廃止ノ件（昭和20年10月24日勅令第598号）。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

に過ぎず、わが国の専属管轄事項に含める必要はないといった長閑な議論が一定の説得力を以て罷り通っていたと言うことも出来るだろう。

#### (ハ) 領土主権の実効性確保に向けた取組みの必要性

外国人土地法が施行されている以上、この法律に基づいて政令が制定されていないことは行政府の怠慢である<sup>75</sup>。立法府によって法律が制定され、その中で行政府に対して必要な政令の制定が要求されているわけだから、その制定に向けた取組みを行うことは、立法府に対する行政府の責務である。もっとも、実際のところ、外国人土地法は今から一世紀

---

<sup>75</sup> 行政府がこうした姿勢を改め、政令制定に前向きな姿勢に転換しているとも思えない。例えば、第183回国会〔常会〕において河野正衆議院議員が「我が国の国土を保全するための土地取得の規制強化に関する質問主意書」（平成25年6月21日付・提出番号115号）を提出したが、安倍晋三内閣総理大臣は内閣答弁書（平成25年7月2日内閣衆質183第115号）において、現状を「お尋ねの『外国人の土地所有を規制する法令』としては、外国人土地法（大正14年法律第42号）が存在し、同法第1条が相互主義の観点から、同法第4条が『国防上必要ナル地区』について、それぞれ政令により外国人及び外国法人の土地取得等を制限することができる旨を定めているが、現在、同法に基づく政令は定められていない」としたうえで、「御指摘の『土地の使用や取得に関する現在の規制』としては、土地の投機的取引及び地価の高騰が国民生活に及ぼす弊害を除去し、かつ、適正かつ合理的な土地利用の確保を図るため、一定面積以上の土地取引の規制に関する措置を講じている国土利用計画法（昭和49年法律第92号）に基づく規制や、水源の涵養を始めとする森林の有する公益的機能の維持を図るため、保安林制度や民有林における開発行為に対する許可制度等を設けている森林法（昭和26年法律第249号）に基づく規制などがあり、これらの規制はそれぞれ一定の機能を果たしていると思われることから、現時点で直ちに『土地の使用や取得に関する…規制』を『強化』する特段の必要性があるとは考えていないが、御指摘の『水源地や水源を涵養する森林、国境の島嶼、防衛施設周辺の土地の取引』の規制の在り方については、水資源、国土の保全及び安全保障上の重要性に鑑み、関係府省庁の連携を図りつつ、制限の必要性や個人の財産権の保障、国際約束との整合性等の諸事情をも総合考慮した上で、検討してまいりたい」と回答している。同様の質問主意書はその他の議員からも寄せられているが、それらに関するいずれの内閣答弁書からも、わが国行政府が外国人土地法に基づく政令制定には総じて後向きであるとの印象を受けるばかりである。

近く前に制定されたものであり、戦後の国家体制及び戦後構築された法的枠組みとの整合性が十分確保されているとは言えず、同法を現行のまま利活用することには非現実的な側面も存在する。とりわけ同法1条では、相互主義に基づきわが国所在の土地について権利取得が認められない外国人及び外国法人の範囲を政令で規定することを求めているが、わが国の現行の法的枠組みを前提とする限り、世界貿易機関を設立するマラケシュ協定(平成6年条約15号)附属書1Bのサービスの貿易に関する一般協定(「GATS協定」という)17条<sup>76</sup>との関係で、同条に基づく政令を制定することは困難ではないかと思われる<sup>77</sup>。

---

<sup>76</sup> GATS17条は次のとおり(同条約の邦訳文は外務省ウェブサイトに掲載しているものを使用[同サイトのURLは[https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25\\_000440.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25_000440.html)]。以降も同様である)。

- 1項 加盟国は、その約束表に記載した分野において、かつ、当該約束表に定める条件及び制限に従い、サービスの提供に影響を及ぼすすべての措置に関し、他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し、自国の同種のサービス及びサービス提供者に与える待遇よりも不利でない待遇を与える。
- 2項 加盟国は、他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対し自国の同種のサービス及びサービス提供者に与える待遇と形式的に同一の待遇を与えるか形式的に異なる待遇を与えるかを問わず、1項の義務を履行することができる。
- 3項 加盟国が他の加盟国のサービス又はサービス提供者に対して与える形式的に同一の又は形式的に異なる待遇により競争条件が当該他の加盟国の同種のサービス又はサービス提供者と比較して当該加盟国のサービス又はサービス提供者にとって有利となる場合には、当該待遇は、当該加盟国のサービス又はサービス提供者に与える待遇よりも不利であると認める。

<sup>77</sup> 第185回国会[臨時会]において藤末健三参議院議員が「外国資本による土地取得に対する規制の必要性に関する質問主意書」(平成25年10月24日付・提出番号26号)を提出し、その中で「『WTO上、外国人に対して、外国人であるという、あるいは法人であるということによって制限は掛けることはできない』とする答弁の根拠は何か」と質したところ、安倍晋三内閣総理大臣は内閣答弁書(平成25年11月1日内閣参質185第26号)において、「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定(平成6年条約第15号)附属書1Bのサービスの貿易に関する

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

他方において、外国人土地法4条が規定する政令については、どうか。同条は大日本帝国憲法下における陸海軍による軍事作戦行動を前提としており、日本国憲法下における自衛行動にそぐわない文面ではあるが、その骨子・趣旨は現在のわが国においても通用するであろう。また、同法1条に基づく勅令とは異なり、GATS協定17条等に抵触する恐れも小さいと思われる。同協定14条は一般的例外を規定し、その(a)項では、本協定のいかなる規定も加盟国が公の秩序の維持に必要な措置を採用すること又は実施することを妨げるものと解してはならない旨が定められている<sup>78</sup>。加えて、同協定14条の2では安全保障上の例外措置を規定し

---

一般協定第17条が、他の加盟国のサービス及びサービス提供者に対する内国民待遇について規定していることに基づく旨の回答を行っている。WTO・GATS協定17条では、他の加盟国に対して内国民待遇を提供すべき義務が規定されているが、わが国は自国の約束表において、法律サービス、保険及び保険関連のサービス、並びに音声電話サービスに限って、内国民待遇の提供に制限を付しているに過ぎず、かつその制限も内国所在の土地取得に関するものではない。即ち、わが国はGATS協定第17条第1項の規定を根拠として、外国の民間主体が提供するサービスに関連する土地取得について内国民待遇義務を負っていることから、他のWTO加盟国に属する個人や法人がサービスの提供に当たりわが国の土地を取得する場合には、国籍を理由に特別の制限を課すことは出来ないように思われる。実際に、平成23年5月17日外交防衛委員会の席上、高橋千秋外務副大臣が「WTO協定におきまして、サービス貿易に関する一般協定、いわゆるGATSというものですが、において我が国は外国人等によるサービス提供に係る土地取得について内国民待遇義務を負っております。そのため、他のWTO加盟国の国民等がサービスの提供に際して我が国の土地を取得することについて、原則として国籍を理由とした差別的制限を課すことは認められない」との答弁を行っている（第177回国会参議院外交防衛委員会〔平成23年5月17日開催〕会議録第8号13頁）。

<sup>78</sup> GATS14条(a)項は次のとおり。

この協定のいかなる規定も、加盟国が次のいずれかの措置を採用すること又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの措置を、同様の条件の下にある国の間において恣意的若しくは不当な差別の手段となるような態様で又はサービスの貿易に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。

(a) 公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置

ており、加盟国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置を採ること等が許容されている<sup>79</sup>。これら例外措置に関する規定の趣旨を踏まえれば、わが国の安全保障上の要請との関係で必要な範囲において地域を指定し、当該地域内の土地について外国人等による権利取得に制約を加えることは、GATS協定との関係でも許容されていると考えるべきである。わが国には、国境周辺に位置する島嶼地域、自衛隊及び在留米軍の基地周辺、官公庁が集積する国家・自治体中枢地域等をはじめ、わが国の主権の実効性確保にとって枢要な地域が数多く存在する。こうした地域を中心として、外国人による土地の権利取得に対して合理的な範囲で制限を課すことが必要である。規定内容の修正をはじめ外国人土地法の現代化を図る必要はあるものの、同法をわが国の国際的強行法規として明確に位置付けたくえて、不動産の物権等権利に関する訴訟の法定専属管轄化を実現させることで、同法の確実な適用を図るべきではないかと考える次第である。

更にもう一步踏み込めば、外国人土地法という現行法制に拘泥するのではなく、享有主体の別に拘わらず、不動産を巡る私権(とりわけ所有権)

<sup>79</sup> GATS14条の2は次のとおり。

- 1 項 この協定のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。
- (a) 加盟国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該加盟国が認める情報の提供を要求すること。
  - (b) 加盟国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。
    - (i) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置
    - (ii) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置
    - (iii) 戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置
  - (c) 加盟国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。
- 2 項 サービスの貿易に関する理事会は、1 項の (b) 及び (c) の規定に基づいてとられる措置並びにその終了について最大限に可能な範囲で通報を受ける。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

一般のあり方を根本的に見直す時期が到来しているようにも思われる。私権の尊重が近代資本主義社会の根幹を支える柱であることは間違いないが、他方で、不動産を巡る過度な私権尊重が、空き家問題に代表されるような現代的な社会問題を生み出しており、再開発による都市再生の阻害要因になってきたことも事実である<sup>80</sup>。また、わが国領土に属する土地の権利取得の問題に立ち返って見ると、その取得制限対象者を外国人に限定することで、わが国の安全保障の確保という所期の目的を達成することが出来るかも、甚だ疑問である。こうした目的を達成するためには、むしろ権利取得者の国籍を問わず、わが国所在の土地の権利取得に対する制限一般の問題として検討を進める必要があると思われる。令和3年6月1日に重要施設周辺及び国境離島等における土地等の利用状況の調査及び規制等に関する法律（「重要土地利用規制法」という）<sup>81</sup>が

---

<sup>80</sup> 所有関係不明の土地について有効活用すべきとの要請は強まっており、立法府も遅まきながら、こうした要請に応じるべく法制度の整備を進めているのも事実である。平成30年6月6日には、所有者不明土地の円滑な公共利用を実現することを目的として、「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」が成立し、令和元年6月1日に全面施行された。加えて、令和3年4月21日に、所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直しとして、「民法等の一部を改正する法律」（令和3年法律第24号）及び「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律」（令和3年法律第25号）が成立した（同月28日公布）。このうち後段の民事基本法制の見直しは、所有者不明土地の増加等の社会経済情勢の変化に鑑み、所有者不明土地の発生の予防と利用の円滑化の両面から、総合的に民事領域における基本法制の見直しを行うものである（この見直しの概要については、村松秀樹ほか「『民法等の一部を改正する法律』および『相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律』の概要」金融法務事情2170号25頁以下（2021年）を参照）。こうした民事基本法制の見直しに対しては、社会的要請を踏まえた土地利用に関する制度整備として一定の評価を与えることは可能であるが、他方で、従前からの土地所有権観念を所与の前提としたうえで、所有者不明土地の利用促進を図るものに止まっているとも評価し得る。更に一步進めて私権に関するパラダイム転換を図るべく、土地所有権の内容自体にまで踏み込んで、土地の権利取得及び帰属に関する制限のあり方についても検討を行う時期が到来しているのではないかとと思われる。

<sup>81</sup> 第204回国会〔常会〕閣法62号。令和3年6月16日成立。同月23日公布。

成立したが、そこでは、島嶼地域、防衛基地周辺及び生活施設等の周辺に位置する土地及び建物の利用者を対象として、利用状況の調査、情報提供及び報告聴取を可能とするほか、必要があれば、利用制限の勧告や命令を発出することも可能としている。このように重要土地利用規制法は、土地等の権利取得自体についての規制ではなく、単に土地等の利用に関する規制に過ぎないが、外国人等に限らず、国籍を問わず土地等の利用者一般を規制対象としているのである。外国人土地法は対象を外国人及び外国法人に限ってわが国領土を構成する土地の権利取得を制限するものであるが、果たして外国人等に限り土地等の権利取得に制限を課せば、外国勢力からの不当な領土侵食を排除しわが国の安全保障を確保することが出来るのだろうか。例えば、日本人が外国勢力に加担し、そのダミーとして島嶼地域や防衛基地周辺等の土地等を取得し所有する事案も想定され得る。こうした事案に対処しわが国領土保全の実効性を高めるためにも、土地等の権利取得の規制対象を外国人及び外国法人に限定するのではなく、広く日本人や日本法人も含めた土地等の権利取得者総てに拡大することが妥当であるとする立場も十分に成り立つであろう。こうした議論を展開すれば、真っ先に私権の尊重という近代資本主義社会の基本理念との摩擦や衝突が生じるほか、延いては私権一般に対する従来への認識に修正や変容を迫ることは不可避である。行き過ぎた私権尊重について見直しを図るとともに、重要土地利用規制法の枠組みを参考にして、土地等の権利取得についても、わが国の領土保全及び国家安全保障の視点から、外国人等に対象を限ることなく、広く権利取得者一般を対象として制限を課す必要がないかを前向きに検討する必要があると考える。

### (3) 法制審議会国際裁判管轄法制部会における議論の検証

平成23年民訴法改正に当たっては、法制審議会国際裁判管轄法制部会が実質的な検討を行ったが、その過程で、不動産の物権及び物権的請求権に関する訴訟を専属管轄事項として法定することが見送られることとなった。既述(2.(2))のとおり、その根拠として列挙された事項は次の3点である。もっとも、これだけの記述からでは各々の根拠事項が言わんとする内容は判り辛い。当時の同部会の議事録を参考にしながら、

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

各々が指し示す実質的な意味内容を確認したうえで、これら根拠に関する執筆者の立場をお示ししたい。

- (イ) 当事者が不動産の引渡しを請求する場合、物権的請求権と債権的請求権のいずれの構成によるかにより、適用される国際裁判管轄の規律が異なるのは不合理であること（第一の根拠）。
- (ロ) 日本に住所を有する両当事者が外国の不動産の所有権の帰属について日本の裁判所の判断を求めることを一律に排除すべきではないこと（第二の根拠）。
- (ハ) 物権及び物権的請求権の範囲を明確に画するのは法制的にも困難であること（第三の根拠）。

#### (イ) 第一の根拠に関する検証

第一の根拠は、仮に不動産の物権及び物権的請求権に関する訴訟を法定専属管轄の対象とした場合を念頭に、「物権的請求権は専属管轄になるわけですが、例えば同じ引渡請求でも債権的請求権の場合には必ずしもそうではないということになると、その契約に基づいた明渡請求をするのと所有権に基づいた明渡請求をするの(と)で管轄が分裂してしまって、専属管轄になると併合もできないということになってしまう」(括弧内は執筆者による)といった、法制審議会国際裁判管轄法制部会における山本和彦幹事の発言<sup>82</sup>を踏まえたものと考えられる。例えば、外国人Aが日本人Bとの間で売買契約を締結し対馬所在の土地を購入したが、Bが引渡しに応じないために、AがBに対して引渡請求を行う事案を考えてみたい。この事例において、AとしてはBが契約上引渡債務を負っていることを理由にBに対して売買対象である土地の引渡請求をすること、あるいはAにその土地の所有権が帰属することを理由にBに対して引渡請求をすることが考えられる。同部会の議論は、このような場合に、後者の請求のみが法定専属管轄の対象となり、前者の請求は法定専属管轄から除外されることを前提としているのである<sup>83</sup>。

<sup>82</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議議事録17頁[山本和彦幹事]。

<sup>83</sup> なお、法制審議会国際裁判管轄法制部会における山本和彦幹事の上記発言のうち、「専属管轄になると併合もできないということになってしまう」とい

法制審議会国際裁判管轄法制部会における上記発言は、物権的請求権に基づく引渡請求と債権的請求権に基づくそれとの間で、法定専属管轄に関する判断を違えるのは適当でないという認識に基づいたものであるが、その認識自体は正当であり執筆者も共有できる。訴訟物は違えど、これら2つの請求権を行使することによって達成される実体的な法律関係は同一であり、根拠となる請求権の性格の違いを理由に、法定専属管轄の対象に含めるか否かの判断が異なるのは適当ではあるまい。しかしながら、だからといって、法制審議会国際裁判管轄法制部会における議論のように、これらを共に法定専属管轄の対象から除外することで管轄判断の分裂を防ごうとする見解には賛同できない。上記設例に沿って説明すれば、債権的請求権に基づく引渡請求であっても認容されれば、対馬の土地に係る所有がAに帰するという限りでは、物権的請求権に基づき引渡請求を行う場合と同じ結果を惹起することになる。わが国の領土を構成する不動産について国家安全保障上の要請から特定の勢力（外国人土地法の場合には、外国人及び外国法人を指す）による権利取得に制限を課す場合に、その係争の形態や根拠となる請求権の性格を問題にすることが果たして適当であろうか。回避すべきは、わが国所在の不動産が国家安全保障の観点から望ましくない勢力によって支配されることである。従って、このような勢力がわが国所在の不動産について自身の権利を主張する以上は、その根拠となる請求権が物権、債権のいずれに帰属するものであろうか、等しくわが国の法律（現行では、外国人土地

---

う箇所については、想定している事例が本文中のものとは異なると思われる。山本幹事がこの箇所想定しているのは、当事者が外国所在の土地の帰属を争い、一方当事者がわが国裁判所において、わが国に住所を有する他方当事者に対して契約上の債務に基づく引渡請求を行うような事案である。このような事案では、契約上の債務に基づく引渡請求はわが国裁判所の管轄を肯定しても構わないが、物権に基づく引渡請求についてはわが国裁判所の管轄が認められないと考えるのであろう。こうした見解は民訴法3条の10に基づく同法3条の5の双方化（あるいは同法3条の5の反射的效果）を前提としたものであり、その見解の妥当性は偏に「民訴法3条の5の双方化（同条の反射的效果）を肯定する見解が説得的であるか否か」に掛かっていると思われる。この点についての検討は、後掲（ロ）に譲ることにしたい。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

法を指す)が課す制限に服すべきである。法定専属管轄の意義を国家的・主権の利害の考慮やわが国の国際的強行法規の確実な適用に求めるとすれば、根拠となる請求権の法的性格に拘泥し法定専属管轄の対象範囲を不当に狭めるのが適当でないことは、本稿におけるこれまでの説明からも、もはや明らかである。

## (口) 第二の根拠に関する検証

第二の根拠に関する議論は、わが国所在の不動産の物権及び物権的請求権に関する訴訟をわが国の法定専属管轄の対象に含めた場合には、外国所在の不動産を巡る同様の訴訟についてわが国は裁判管轄権を行使し得ないことを前提としている。法制審議会国際裁判管轄法制部会の議事録を見る限り、こうした議論は、総ての法定専属管轄事項に共通するものとされており、不動産の物権等に関する訴えに特有のものとして展開されているわけではない<sup>84</sup>。また、こうした議論は何も平成23年民訴法改正を契機に新たに提唱されたものではなく、比較的古くから提唱されてきたものである。例えば、江川英文先生は「わが国に在る不動産に関する訴の一般管轄権はわが裁判所に専属し、わが国に存在しない不動産に関する訴の一般管轄権は仮令被告がわが国に普通裁判籍を有する場合においてもわが裁判所に属しないものと解すべきである」<sup>85</sup>としていたし、兼子一先生も、わが国所在の不動産の権利関係に関する訴訟についてわが国の専属管轄を肯定したうえで、「わが法から見た外国裁判権の限界も、これと逆にあてはめて決すべきである。したがって、外国にあ

---

<sup>84</sup> 但し、登記・登録に関する訴訟との関係では、次のとおり第二の根拠に関する議論がなされている。

「やはり登記制度というのは、一国が定める行政的な制度で、その中に一種司法的判断が組み込まれているという性格のものではないかという気がします。そういう専門技術的な側面を持ったものでありますので、それを外国の登記でこういう判決が必要だからこういう訴えが提起され、それを日本の裁判所が判断しなければいけないかという、私はその登記の部分は外国でやってくださいということになろうかと思えます」(法制審議会国際裁判管轄法制部会第7回会議議事録13頁 [山本和彦幹事])

<sup>85</sup> 江川・前掲注(5)380頁。

る不動産上の権利関係に関する請求（中略）は、わが裁判権に属しない<sup>86</sup>（括弧内は執筆者による）とする。

現在のわが国では民訴法3条の10を根拠として同法3条の5を双方化する形で同様の議論がなされており、欧州連合では法定専属管轄を規定するブリュッセル Ibis 規則24条の反射の効果の問題として取り上げられている。もっとも、わが国では、民訴法3条の5に照らして外国に専属管轄が認められる場合には、わが国の国際裁判管轄を否定する立場が支配的である<sup>87</sup>が、欧州では逆に、ブリュッセル Ibis 規則24条に照らして非構成国に専属管轄が認められる場合であっても、被告の住所が構成国に所在する場合には、当該構成国の国際裁判管轄を認める見解が多数を占めており<sup>88</sup>、日本と欧州連合では結論が異なる。自国の法定専属管

<sup>86</sup> 兼子・前掲注（5）67頁。

<sup>87</sup> 佐藤＝小林編著・前掲注（1）165～166頁、櫻田嘉章『国際私法〔第7版〕』（有斐閣、2020年）365頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第4版補訂〕』（有斐閣、2021年）283頁〔多田望〕、澤木＝道垣内・前掲注（1）293頁、中西ほか・前掲注（1）161頁、櫻田嘉章ほか編著『演習国際私法 Case30』（有斐閣、2016年）276～277頁〔長田真里〕、新堂幸司監修・高橋宏志＝加藤新太郎編『実務民事訴訟講座〔第3期〕第6巻』（日本評論社、2013年）321頁〔中西康〕。

<sup>88</sup> M. Teixeira de Sousa, Der Anwendungsbereich von Art. 22 Nr. 1 S. 2 EuGVVO, IPRax 2003, 320, 322f; T. Kruger, Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States (Oxford Univ. Pr., 2008), §5.26; R. Geimer/R. A. Schütze, aa.O. (Fn. 40), EuGVVO Art. 24 Rdn. 13 [Geimer]; A. R. Markus, Internationales Zivilprozessrecht (Stämpfli, 2014), Rdn. 1059; A. Dickinson/E. Lein (ed.), supra note (47), §8.04 [M. Lehmann]; P. F. Schlosser/B. Hess, EuZPR, 4. Aufl. (C. H. Beck, 2015), EuGVVO Art. 24 Rdn. 14 [Schlosser]; T. Rauscher (Hrsg.), aa.O. (Fn. 26), Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 9ff. [P. Mankowski]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, aa.O. (Fn. 40), Art. 24 Rdn. 10 [Paulus]; T. Hartley, Civil Jurisdiction and Judgments in Europe (Oxford Univ. Pr., 2017), §12.10; T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. (C. F. Müller, 2017), Rdn. 1903f.; P. G. Mayr (Hrsg.), Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts (Manz, 2017), Rdn. 3.548 [A. Wittwer]; A. Junker, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. (C. H. Beck, 2019), §14 Rdn. 4. なおドイツの裁判実務では、ZPO24条の反射的效果を否定する見解が採用されている (RGZ 32, 414; BGH NJW 1998, 1321)。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

轄規定の双方化あるいは反射的效果を肯定する見解は相互主義や国際的協調を促す意図を有するのかもしれないが、わが国の法定専属管轄の基準に照らして外国の専属管轄の有無を判断したとしても、それは真に外国に法定専属管轄が帰属することを確認したことにはならず、実際的な意義を何ら有しない。また自国の基準に照らして外国の国家的・主権的利害を推測し、それを当事者の利害に無条件に優先させるとすれば、それに伴い私人（原告）の裁判を受ける権利を毀損する恐れも生じるであろう。これらのことを考え合わせれば、自国の法定専属管轄規定の双方化あるいは反射的效果を否定する見解が適切である<sup>89</sup>から、そもそも第二の根拠の前提となる議論自体が成り立たないと言うべきである。

#### （ハ）第三の根拠に関する検証

法制審議会国際裁判管轄法制部会では、第三の根拠に関連して、境界確定訴訟を不動産の物権及び物権的請求権に関する訴訟に含めるべきか否かを議論している<sup>90</sup>。境界画定訴訟は公法上の土地の基礎単位である筆同士の境界（＝筆界）を画定するための訴訟であり、土地の所有権の境界を確定する所有権確認訴訟とは性質を異にすると考えられている<sup>91</sup>。そこで、これを不動産の物権等に関する訴えに含めるべきか否かが問題になったものと推察される。同部会では結局のところ、不動産の物権等に関する訴訟は法定専属管轄の対象から除外する一方で、境界画定訴訟については最終的な結論こそ出なかったものの、議論の過程において、登記・登録に関する訴え（民訴法3条の5第2項）として法定専属管轄の対象に含まれるとの見解が比較的有力に提唱されていたように思われる。しかしながら、外国人Aと隣地を所有する日本人Bとの間で土地を巡る紛争が生じた事案を想定してみたい。この事案において、

<sup>89</sup> 以上の議論の詳細については、嶋拓哉「わが国は『外国の登記・登録に関する訴訟』に裁判権を行使してはいけないのか？」北大法学論集71巻5号963頁以下（2021年）を参照。なお、この結論の先駆的な提唱者は横溝大先生である（横溝・前掲注（18）135～136頁を参照）。

<sup>90</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議議事録18～19頁。

<sup>91</sup> 境界確定訴訟の詳細については、野上誠一「境界確定訴訟」滝沢孝臣編『不動産関係訴訟〔最新裁判実務体系第4巻〕』（青林書院、2016年）583頁以下を参照。

Aが外国人土地法の規制対象地域に所在する土地について所有権確認訴訟を提起するか、それとも境界画定訴訟を提起するかで、わが国の法定専属管轄の判断が異なるとすれば、その結論は妥当であろうか。裁判実務では、所有権確認訴訟と併せて境界確定訴訟が提起される場合が少なくないこと<sup>92</sup>や、境界確定訴訟は所有権確認訴訟への交換的変更がなされ得ること等も考え合わせると、これら訴訟類型の別に応じて国際的な法定専属管轄に関する判断を違えるべきではない<sup>93</sup>。むしろ両訴訟は隣接する土地の境界地域の帰属を巡る紛争という点で実質的に共通している。例えば、紛争対象となっている土地が外国人土地法の規制対象地域に含まれている場合を考えてみれば、こうした結論は自ずと導出されるはずである。法定専属管轄の意義をわが国の国家的・主権的利害の考慮や自国の国際的強行法規の確実な適用に求めるのであれば、Aの主張がわが国の国家的・主権的利害に関わる限りは、訴訟形態の如何に拘らず、法定専属管轄の対象とするのが適当であると考えられる<sup>94</sup>。

法制審議会国際裁判管轄法制部会における当初原案では、仮にわが国所在の不動産に関する訴訟をわが国の法定専属管轄事項とするにしても、その範囲を「物権及び物権的請求権に係る訴え」に限るとする案が示されるに止まっていた。その後の同部会における審議の大枠もこの案に縛られた嫌いがある<sup>95</sup>。つまり、同部会における審議は概ね、事務局

<sup>92</sup> 伊藤大介「所有権確認請求の態様と当事者」滝沢孝臣編『不動産関係訴訟〔最新裁判実務体系第4巻〕』（青林書院、2016年）8頁。

<sup>93</sup> ちなみに、ZPO24条1項はドイツ所在の不動産の物権に関して同国の専属管轄を規定するが、同項においても、所有権、物上負担又はその免除を請求する訴え、共有物分割の訴え及び占有の訴えと並んで、境界確認の訴えが専属管轄事項として列挙されている（同項の規定内容は脚注28を参照）。比較法的に見ても本文で示した執筆者の見解に違和感はないと思われる。

<sup>94</sup> 土地境界紛争の事案に限ってみると、外国人土地法に基づく取得制限地域に所在する土地について外国人Aが時効による取得を主張する場合等も想定される。こうした場合も、Aがわが国の国家的・主権的利害に関わる形でわが国所在の土地に権利を主張していることに変わりないことから、法定専属管轄の対象に含めるのが当然である。

<sup>95</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議配付資料（9）「国際裁判管轄に関する検討事項（2）」5～6頁。ここでは、不動産に関する訴訟について、

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

が用意した当初原案の枠内での検討に止まっていたのである。しかしながら、法定専属管轄の対象を物権及び物権的請求権に限定する必然性はない。実際に同部会の審議過程でも、厳密な意味での物権等に限定する必要はなく、不動産賃貸借に関する訴えも法定専属管轄の対象に含めるか否かといった問題にも踏み込んで議論すべきであるとの正当な問題提起がなされていた<sup>96</sup>。不動産賃貸借は登記対象でもあるほか、未登記の賃借権であっても実質法上手厚い保護が図られていること<sup>97</sup>等を踏まえると、かかる問題提起は正鵠を射ていると思われる。またわが国の国際的強行法規である外国人土地法において禁止し又は制限を課しているのは、「土地ニ関スル権利ノ享有」（1条）、及び「土地ニ関スル権利ノ取得」

---

これを法定専属管轄の対象としないとする甲案と、物権及び物権的請求権に関する訴訟に限り法定専属管轄の対象とする乙案とが併記されていた。この乙案には、「不動産の属地的な性質を重視し、不動産に関する訴えのうち、不動産の物権自体や物権的請求権に係る訴え（所有権等の積極的又は消極の確認訴訟、所有権に基づく返還請求訴訟、地上権、永小作権等に基づく妨害排除請求訴訟等）について、不動産所在地の裁判所の専属管轄とする考え方である」という、更に細かな説明が付されていた。同部会での審議にはこうした乙案及びその詳細な説明によって籠がはめられ、不動産について法定専属管轄を認めるにしても精々物権及び物権的請求権に限るという大枠が事務局によって課せられていたかのような印象を拭い去ることは出来ない。

<sup>96</sup> 山本克己先生は、「民法上の賃借権の登記を前提にしますと、賃借権確認の訴えと賃借権登記請求をどう考えるかということを今の御議論ですと考えるを得なくなってきて、そこまで踏み込んで徹底的に洗い出してやるなら一つの見識かと思えますけれども、物権だけということに、あるいは賃借権は事実上物権だと言ってしまうのならそれもまた別なのでしょうけれども、やるのであればそこまで行かないと、やはり立法としては整合性を欠くのだろうという気がいたします」（法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議議事録19頁）と発言しているが、まさに正当な問題提起である。

<sup>97</sup> 近江幸治『民法講義Ⅱ〔第4版〕』（成文堂、2020年）267頁では、借地権の法律的性格について「基本的には『債権』であるが、実質的には、対抗力の具備、長期の存続期間、更新事由の法定など、限りなく『物権』に近づいた利用権であるということが出来る」との説明を加えている。わが国では、従前より「賃借権の物権化」という現象が見受けられ、現在に至るまで進展してきた経緯がある。

(4条)であって、規定文言からすると必ずしも規制対象を物権に限る趣旨であるとは限らない。外国資本が自衛隊の拠点の周辺地域に土地賃借権の設定を受けた場合と、同資本がその周辺の土地所有権を取得した場合とを比較すれば、前者の方が後者よりもわが国の国家安全保障上警戒すべき水準が低いという評価、即ち、わが国の国家的・主権的利害との関係でより緩やかな考慮で足りるという評価を下すことが、適切であるとも思えない。加えて、比較法的に見ても欧州連合及びドイツでは一部賃借権をも法定専属管轄の対象に含めており、実質法上債権として位置付けられる権利であっても、法定専属管轄を巡る議論の俎上から無条件に除外するのは適当でないように思われる。

#### (4) 不動産登記に関する法定専属管轄との関係

民訴法3条の5第2項では、登記・登録をすべき地がわが国内にあるときには、当該登記・登録に関する訴訟はわが国の法定専属管轄の対象となる旨を規定する。立法担当者及び通説は具体的に、義務者に対する登記・登録の手続をすべきこと意思表示を求める訴え、登記・登録義務の積極的・消極的確認を求める訴えを含むとする<sup>98</sup>。不動産関連訴訟では、物権の確認請求や不動産の引渡請求等不動産の権利帰属に関する問題と併せてその実体的法律関係を反映させるための登記移転請求等がなされることが多いが、民訴法3条の5に関するこれら見解によれば、わが国所在の不動産の権利帰属に関する訴訟はわが国の法定専属管轄に含めず、従って、外国での訴訟提起を許容し外国判決の内国効力を承認することを認めるが、外国裁判所がわが国所在の不動産の権利帰属に関する実体的判断を反映させるために、その登記移転請求等の訴えを審理することは認めないとの帰結に至るはずである。しかしながら、外国裁判所がその判決においてわが国所在の不動産の権利帰属に関する実体的判断を下し、その内国効力が承認されるのであれば(つまり外国判決の既判力がわが国国内に及ぶのであれば)、わが国裁判所においては、そ

<sup>98</sup> 佐藤=小林編著・前掲注(1)107～108頁、澤木=道垣内・前掲注(1)294頁、松岡博[高杉直補訂]・前掲注(1)297頁、奥田安弘『国際財産法』(明石書店、2019年)276頁、西谷祐子「判批」平成27年度重判解(ジュリスト1492号)297頁等。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

の外国裁判所の判決内容に忠実に従い必要な登記手続の履践を当事者に命じるだけのことである<sup>99</sup>。外国裁判所がわが国所在の不動産の権利関係について実体的な判断を下した時点で既に、当事者間の勝負は着いているのであるから、殊更にその登記移転請求等の訴えのみを取り立ててわが国の法定専属管轄の対象とする実益に乏しいように思われる。

このように考えてくると、不動産の権利帰属に関する訴訟を法定専属管轄の対象から除外しつつも、その登記移転請求等に関する訴訟を法定専属管轄の対象とするのは、如何にもアンバランスであり滑稽である<sup>100</sup>。むしろ、不動産に関する限りは、その権利帰属が領土主権や国家安全保障の実効性確保に直結する問題であることに鑑みると、法定専属管轄の対象に据えるべきは不動産の権利帰属に関する実体判断の方である。即ち、国家的・主権的利害の確保という観点から重要なのは、不動産の権利帰属に関する実体判断をわが国の裁判所に集中させることに他ならない。

---

<sup>99</sup> 登記移転・抹消請求訴訟を当事者に対して必要な意思表示を求める訴えとして位置付ける余地もある。その場合であっても、登記に関する判断の前提となる実体的な法律判断は外国裁判所により下されており、かつその外国裁判所の判断が内国効力を有するのであれば、事情は同じである。なお意思表示を求める訴えとして構成した場合には、わが国裁判所における判決確定と同時に、必要な意思表示がなされたものと擬制される（民執法177条）。

<sup>100</sup> 青山善充先生も法制審議会国際裁判管轄法制部会の席上、次のとおり、執筆者と同様の指摘を行っている（同部会第3回会議事録19頁）。青山先生により示された問題意識は、執筆者の視点からしてもまさに正当そのものである。「所有権の確認あるいは物権的引渡請求というのも、これは實際上登記の移転請求と一緒に提起されることが多いわけです。所有権の確認プラス登記の移転、あるいは登記移転請求に対する相手方の所有権の確認とか引渡しとか、そういうことが出てきます。そうすると、一方だけ日本の専属管轄で他方はそうでないということになると、最初に外国で所有権の確認あるいは引渡請求という判決が出されて、それが日本で承認されるということになると、日本で登記移転請求訴訟が起こされても、この既判力は当事者に及ぶということにならざるを得ないと思うのです。これは、一方だけを日本の管轄にし、他方はどこでも起こせるということにするのはどうも整合性を欠くのではないのでしょうか」

そのうえで、登記移転請求等に関する訴訟は不動産の権利帰属に関する実体判断を忠実に反映するに過ぎず、これを切り出して法定専属管轄の対象とすることに然程の実益はないように思われる。立法担当者及び通説によれば、登記移転請求等に関する訴訟は民訴法3条の5第2項が定める法定専属管轄の対象に含まれると解するが、わが国所在の不動産の権利帰属に関する訴訟が法定専属管轄の対象とされるのであれば、その登記移転請求等に関する訴訟を取って法定専属管轄の対象に止めることに実際的な意義があるとは思えない。不動産の権利帰属に関する請求とその登記移転請求等が通常は同一の訴訟において併せてなされること、及びわが国所在の不動産の登記移転請求等について外国裁判所で判決が下されても、わが国の登記所でその判決主文が受け付けられず登記移転等を実施できない可能性が存在すること<sup>101</sup>等をも踏まえると、不動産の権利帰属に関する訴訟が法定専属管轄の対象とされるのであれば、登記移転請求等に関する訴訟を法定専属管轄の対象から除外しても、実際的な支障は生じないように思われる。

なお、欧州連合のブリュッセル Ibis 規則24条では、1号で不動産の物権及び一部賃貸借に関する訴訟を法定専属管轄の対象とする一方で、同条3号で公簿への登記・登録の有効性 (die Gültigkeit von Eintragungen in öffentliche Register) を巡る訴訟を法定専属管轄の対象とするものの、登記・登録の移転・抹消請求訴訟はその対象に含まれていない<sup>102</sup>。欧州連合の法的枠組みを無条件に受け入れる必要はないが、不動産の権利帰属及びその登記に関する法定専属管轄の問題に限れば、欧州連合の法的枠組みの方が、わが国の現行の枠組みよりも余程合理的であると思われる。

## (5) その他若干の補足説明

法制審議会国際裁判管轄法制部会の審議経緯を見ると、不動産の物権

<sup>101</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議議事録22頁 [古田啓昌幹事]。

<sup>102</sup> T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 26), Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 162ff. [P. Mankowski]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, a.a.O. (Fn. 40), Art. 24 Rdn. 103ff [Paulus].

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

等に関する訴訟を法定専属管轄の対象から除外する理由の一つとして、わが国と外国の間で不動産概念の射程に齟齬があることを指摘する発言も見受けられた<sup>103</sup>。しかしながら、わが国の法定専属管轄の枠組みを確立するうえで、外国の概念との齟齬（同一性の欠如）を殊更に気にする必要はない。わが国は自らの国家的・主権的利害に基づいて、または自国の国際的強行法規の確実な適用を図るという観点から、堂々と自国の法定専属管轄の範囲を決定すれば良い。外国との間で齟齬が想定される一例としては建物を不動産に含めるか否かといった問題が考えられるが、仮令外国裁判所がわが国所在の建物の物権等に関して判決を下したとしても、わが国としては何ら怯むことなく、それがわが国の法定専属管轄事項に該当することを理由として当該外国裁判所の判決の承認執行を拒絶すれば良いだけの話ではないだろうか。翻って考えれば、わが国と外国の間で法概念に齟齬が生じるのは何も不動産概念に限った話ではないわけで、殊更に不動産概念の相違を理由として法定専属管轄の対象から不動産の物権等に関する訴訟を除外するとすれば、それは著しく妥当性に欠ける立論と言わざるを得まい<sup>104</sup>。

またわが国所在の建物の帰属を巡って紛争が生じるとすれば、その建物に付随する地上権又は土地借地権等も併せて争いの範囲に含まれるのが通常である<sup>105</sup>。そうであれば、百歩譲って不動産概念を土地に限定し

---

<sup>103</sup> 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議議事録18頁〔横山潤委員〕。

<sup>104</sup> この点に関して、法制審議会国際裁判管轄法制部会の席上、青山善充先生も「横山委員の言われた不動産概念をどうするかというのは、これは別の問題で、そのことから問題を避けるために乙案（不動産の物権及び物権的請求権に関する訴訟に限り法定専属管轄の対象とする案）を採らないというのではなくて、その問題をどうするかというのは別途対応すべき問題ではないかと思えますので、乙案というのはまだ考慮の余地があるのではないかと考えております」（同部会第3回会議議事録19頁。括弧内は執筆者による）と発言しているが、これも本文中の執筆者の見解とほぼ同じ趣旨であると思われる。

<sup>105</sup> 建物が譲渡されれば、それに付随する地上権または土地借地権も併せて譲渡される（山本敬三『民法講義Ⅳ－1〔契約〕』（有斐閣、2005年）460頁、川井健『民法概論4〔債権各論〕』（有斐閣、2006年）242～243頁、近江・前掲注（97）273頁等）。従って、仮令建物の物権等に関する訴訟を法定専属管轄の対象外と構成するにしても、訴訟のうち地上権または土地借地権に関する部分は土地の物権等に關

たとしても、わが国所在の建物の帰属を巡って紛争が生じれば、結局のところ、少なくともそれに付随する地上権又は土地賃借権等の帰属を巡る紛争については、わが国の法定専属管轄の対象範囲に含まれることになる。こうした観点からも、法定専属管轄の議論において、わざわざその対象を土地に限定し建物等を除外する実益に乏しいように思われる。

なお外国人土地法では、外国人による権利取得に対する制限は土地に係る権利のみに限定されているが、これについては立法論として見直しを要するだろう。同法の制定は大正期であるが、現在では、制定時に存在しなかった高層マンションや、官公庁を含む大規模複合施設等が多数出現している。わが国の国家安全保障上の懸念が生じるという点では、自衛隊の基地周辺の土地を取得する場合も、同基地周辺のマンション高層階の一戸を取得する場合も、同様である。

## 5. 結び

わが国は長らく、私権とりわけ不動産を巡る所有権に手厚い保護を付し、公共の福祉による制限には総じて抑制的な立場を採り続けてきた。しかしながら、現在のわが国では、経済成長の鈍化、地方の過疎化及び生活スタイルの変容等が折り重なって、局地的には不動産所有の担い手が大幅に減少しているのが実情である。国内問題としては所謂「空き家問題」が生じているが、強力な不動産所有権がこうした問題の解決を困難にしている一因であることは否めない。このような社会問題が出現しているにも関わらず、金科玉条の如く、殊更に私権を信奉し、公共の福祉による介入を頑なに拒む姿勢を採り続けることが、果たしてわが国社会にとって有益なことか否かを考え直す時期に差し掛かっているように

---

するものであるから、法定専属管轄の対象範囲に含まれると考えるべきである。また、マンション（建物区分所有権）の場合には、専有部分とその敷地利用権を分離して処分することが認められていない（建物の区分所有等に関する法律22条1項）。従って、専有部分の譲渡に伴いこの敷地利用権も併せて譲渡されることになるが、仮令専有部分の物権等に関する訴訟を法定専属管轄の対象外と構成するにしても、訴訟のうち敷地利用権に関する部分は同じく土地の物権等に関するものであるから、法定専属管轄の対象範囲に含めて考えるべきである。

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

思われる。

またわが国は、戦前における海外進出に対する反省から、外国勢力、特に近隣諸国に対して寛容な姿勢を示し続けてきた。しかしながら、近隣諸国とわが国の関係をみれば、現在、中華人民共和国、韓国、ロシア及び台湾とわが国の間で領土係争問題を抱えるほか、韓国が司法権の行使等を通じて歴史問題を再燃させるなどした結果、日韓基本条約を基礎とする両国関係が大きく揺らぎ、根本からこれを毀損しかねない不安定な状態にある。わが国を巡る国際地域情勢は剣呑としたものあり、地域統合に向かうベクトルを遙かに上回る形で地域分断が進んでいるように思われる。こうした中で、わが国としては、領土保全及び国家安全保障をはじめとする国家的・主権的利益の確保や国家としての存立維持を図るために必要な法的措置を講ずる必要性に迫られていると言える。

こうした大きく言えば2つの思考回路が合わされば、わが国所在の不動産との関係では、(1)わが国所在の不動産に係る権利取得を一定の範囲で制限すべきこと、(2)その制限の実効性を高めるべく、不動産の権利に関する訴訟を法定専属管轄の対象に含めるべきこと、という2つの方向性が齎されるはずである。

このうち(1)に関しては、現行の枠組みにおいて既に、外国人及び外国法人に対してわが国所在の土地の権利取得を規制する外国人土地法が存在する。もっとも、同法は大正期に制定された法律であり、現代化に向けた所要の改正措置を講じる必要がある。領土保全及び国家安全保障の確保という視点からみれば、①規制対象となる権利取得主体を外国人等に限定するのではなく、広く日本人及び日本法人も含めて、わが国特定地域の土地に権利を取得する者総てに拡張すること、②規制対象となる権利取得目的物を土地に限定せず建物等にも拡張すること、③規制対象となる権利を所有権に代表される物権に限ることなく、賃借権等債権的権利にも拡張することなど、同法の射程を拡張させる方向で見直しを図り、より一般的な形でわが国所在の不動産の権利取得に関する規制枠組みを構築することによって、領土保全及び国家安全保障の実効性を高めることが求められる。もちろん、上記①との関連においては、引き続き規制対象となる権利取得主体を外国人及び外国法人に限定することも考えられる。もっとも、その場合には、わが国が既に加盟している

GATS協定との整合性に留意する必要があることに加えて、外国人等の私権制限がわが国の国家安全保障という公益保護に資する範囲に限定されるべきことは当然であり、それを超えて外国人等の権利を不当に奪うことは許されないことを肝に銘じなければなるまい。本稿ではこれまで一括りに「外国人(等)」として論じてきたが、わが国には内国居住者である外国人も多数存在しており、純粋な日本人と同様の生活を営み、わが国において共通のコミュニティを形成していることにも然るべき考慮を払うべきである。いずれにしても、外国人土地法は現在も施行されているが、規定内容を見る限り、わが国の現在の実情や戦後わが国が築き上げてきた法制度の大枠との間に少なからず齟齬を来している。わが国の現状を直視する形で同法を改正し政令等を整備したうえで、同法による規制の実効性を確保する取組みが急務であることは言うまでもない。

また(2)に関しては、平成23年民訴法改正の議論では、不動産の権利に関する訴訟を法定専属管轄の対象とすることが否定された。元来、土地も単なる私的財産の一つとする伝統的見解が維持される中、当時は現在ほどにはわが国を取り巻く国際地域情勢が切迫した厳しいものではなかったことも、こうした判断の遠因として挙げられるように思われる。しかしながら、少なくともこの10年間で、わが国を取り巻く国際地域情勢が急速に悪化していることは事実として認めざるを得まい。わが国の領土が不当に浸食されたり、外国が物理的強制力を行使し現状変更を試みる動きがクローズアップされることが多いが、わが国の安全保障及び領土主権への挑戦は何も物理的強制力を用いたものに限られるわけではない。経済力を背景にわが国所在の不動産を購入するなど合法的な手段を用いて行われる場合もある。このことは、断片的な情報しかないが、北海道において水源地を含む森林が広範囲に亘り外国資本に購入されていることや、千歳や対馬に所在する自衛隊基地周辺の土地がやはり外国資本に取得されていること等からも十分裏付けられる動きである(このような動きは「静かなる領土侵略」とでも称すべき性格を有する)。わが国に所在する不動産は私権の対象としての側面を有するものの、同時にわが国領土の構成要素としての側面を併せ持っている。近年におけるわが国と近隣諸国との緊張増大と外国勢力による内国不動産の買占めと

「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？

いった事態を踏まえると、わが国に所在する不動産の権利関係を巡る判断をわが国裁判所に集中させるべく、不動産の権利に関する訴訟も法定専属管轄の対象に含めることを検討すべきであろう。そのうえで、主眼は、わが国の安全保障上望ましくない勢力によってわが国領土を構成する不動産が支配される事態を回避することに求められるわけだから、法定専属管轄の対象を不動産の物権及び物権の請求権に基づく訴訟に限るのは適当ではなく、不動産の賃貸借が争点となる訴訟や債権に基づく引渡請求訴訟等も含め、実質的に見てわが国所在の不動産の支配権が争点とされる訴訟総てを法定専属管轄の対象に据えるべきものと考ええる。

なお、以上のような議論は、多かれ少なかれ、現行の不動産を巡る私権のあり方について見直しを要求することに繋がるはずである。近代国家として誕生した明治期以降、わが国では私権の強化に向けた取組みが脈々と続いてきたが、ここに至り、空き家問題に代表される純粋な国内問題との関係に止まらず、渉外的な文脈でも、わが国実質法における私権のあり方を再検証し、必要なパラダイム転換を図ることが要請されていると思われる。近代資本主義社会の基本が私権の尊重にあることは執筆者も十分理解しているが、新たに生じている喫緊の社会的課題に対処すべく、実質法のレベルにおいて私権のあり方への見直しに向けた検討が求められるはずである。特に不動産に関する物権については、現状強力な法的保護が与えられているものの、公共の福祉との関係を今一度整理し、許容可能な制限の範囲について検討を進め、絶対視とでも評すべき法的保護の見直しに向けた議論が行われるべきではないかと考える<sup>106</sup>。

---

<sup>106</sup> 小柳春一郎先生は、「明治時代に種々の制度の積み重ねで生まれた自由な個人的土地所有権は、社会の基盤として重要な役割を果たしてきたものであり、明治の土地変革には重要な意義があった。こうした功績を認めるのと同時に、社会の要請に応じた土地所有権制限法理の展開も重要であろう。とりわけ、最近土地を巡る新たな問題が起こっている。(中略) 明治以来の自由な土地所有権のあり方を維持しつつ、現代的な諸問題を解決できるような土地所有権制限法理の展開に取り組む必要がある。」(「土地はだれのものか」研究会『土地はだれのものかー人口減少時代に問う』(白揚社、2019年)186～187頁)とする。小柳先生が当たり障りなく纏めるように、新たな土地所有権制限法理を展開しつつ、伝統的な土地所有権の自由性を維持することが可能かは果たして大いに

わが国を取り巻く足許の国際地域情勢を踏まえたうえで、法定専属管轄に関する民訴法規定や不動産の権利取得に関する規制枠組みを今一度見直し、渉外的な文脈の中で、不動産に係る権利のあり方及び不動産の権利に関する訴訟の取扱いについて再考を要する時期に差し掛かっているように思われる。

(追記) 本稿は、JSPS 科学研究費補助金 (17K03379、20K20415) 及び全国銀行学術研究振興財団・2020年度研究助成の研究成果の一部です。関係者の皆様に謝辞を申し上げます。

---

疑問であるが、少なくとも土地所有権を巡る現行のあり方について見直しの必要性を提唱する限りにおいて、執筆者も大いに共感するところである。

# 死体遺棄罪における保護法益の 実質とその成否判断

—— 死体の新たな遺棄の有無を題材に ——

松 尾 誠 紀

## I 問題の所在

刑法190条には死体遺棄罪（以下、「本罪」とする）が規定されており、例えば、死体を自宅の押入れに隠匿すれば、本罪が成立する。それでは、その後、再び死体を移転した場合、その移転行為について新たに本罪が成立するだろうか。ここでは、死体の新たな遺棄の有無が問題となる。

本罪の公訴時効期間は3年であるが（刑訴250条2項6号）、死体の新たな遺棄の有無は、判例では、公訴時効の完成・未完成の判断に伴い問題とされてきた。しかし、一度遺棄した死体を再度移転するなどした場合の本罪の成否は、必ずしも一様ではない。本稿では以下の四つの判例を題材とするが、それらの結論をまとめると、次のようになる。第一に、東京地裁平成8年10月25日判決<sup>1</sup>（以下、「東京地裁平成8年判決」とす

<sup>1</sup> 東京地裁平成8・10・25 D1-Law 28167606。事案は、㉗昭和53年から平成元年までの間に8名の子を出産、その都度、殺害し、死体を自宅の押入れの天袋等に隠匿、㉘平成3年2月に8体のうち2体を、勤務先の託児所に運搬、隠匿、㉙その後2名を出産、各殺害し、自宅内に隠匿（最後の出産・隠匿は平成4年2月）、㉚平成6年9月に自宅の8体のうち6体を託児所に運搬。託児所で合計8体となった死体を5個の紙袋に入れ直して隠匿、㉛平成7年10月に託児所の死体8体が発見されたもの。㉜の事実について公訴提起（全10体の死体遺棄だが、㉝の6体の死体遺棄のみ公訴提起）。被告人側は、㉙が最後の遺棄であり、

る)は、自宅に隠匿していた死体を託児所の押入れに移転した行為について、本罪の成立を肯定する。第二に、大阪地裁平成25年3月22日判決<sup>2</sup>(以下、「大阪地裁平成25年判決」とする)は、一度、交際相手宅で隠匿した死体を被告人宅に移転した行為には本罪の成立を肯定する一方、その後、自宅の引越しに伴い死体を移転した行為については本罪の成立を否定する。第三に、大阪地裁平成28年11月8日判決<sup>3</sup>(以下、「大阪地裁平成28年判決」とする)は、当初、ガレージ内で死体を隠匿した時点から継続的に成立する不作為による本罪の成立は認める一方、ガレージ内から自宅への死体の移転については本罪の成立を否定する。第四に、

---

その後の死体の移転(㊥)には本罪が成立しないとして、公訴時効の完成を主張。しかし同判決は、㊥(自宅→託児所)の事実について本罪の成立を肯定した。

<sup>2</sup> 大阪地判平成25・3・22判タ1413号386頁。事案は、㊦平成19年2月に交際相手宅で女兒を出産、殺害後、死体を同所で隠匿、㊧その2、3日後、死体を被告人宅に運搬、隠匿、㊨平成19年6月、平成21年2月に転居し、死体を移転、隠匿、㊩平成24年7月に死体が発見されたもの。公訴提起は平成24年8月。被告人側は、㊪平成21年2月の最後の移転が公訴時効の起算点であるから、本件では公訴時効が完成していると主張。検察官は、公訴事実について、平成19年2月から平成24年7月までの間の不作為による死体遺棄と釈明。しかし、同判決は、不作為形態と作為形態の複合形態の訴因と解した上で、作為による形態の死体遺棄行為により本件事象の違法性は評価し尽くされているため、不作為による形態の本罪は成立しないとの理解を示す。その前提で、同判決は、㊦と㊧の事実については本罪の成立を肯定したもの(包括一罪)、㊨の両移転行為については本罪の成立を否定した。㊧は平成19年、発見は平成24年であることから、公訴時効の完成を認めて免訴が言い渡された。

<sup>3</sup> 大阪地裁平成28・11・8 D1-Law 28244597。事案は、㊦平成24年5月に出産、死亡後の子(自宅外の)シャッター付ガレージの2階に隠匿、㊧平成26年1月の転居の際に、死体を転居先に運搬、隠匿、㊨平成26年10月、同年12月に転居し、転居先に運搬、隠匿、㊩平成28年5月に死体が発見されたもの。公訴提起は平成28年6月。公訴事実は、平成24年5月～平成28年5月までの不作為による死体遺棄と、㊧の移転(ガレージ→自宅)を作為による死体遺棄として、両者を包括一罪とするもの(㊨は公訴事実とされず)。被告人側は、㊦の事実で本罪が終了しているとして公訴時効の完成を主張。同判決は、不作為による本罪の成立を肯定し、公訴時効は未完成とする一方、㊧についての作為による本罪の成立を否定した。

秋田地裁平成5年1月27日判決<sup>4</sup>（以下、「秋田地裁平成5年判決」とする）は、すでに隠匿していた死体を自宅の引越しに伴い移転した行為については本罪の成立を否定する一方、死体を自宅に放置したまま東京へ出奔した行為については、不作為による死体の置き去りとして本罪の成立を肯定している。

このように、一度遺棄した死体を再度移転するなどした場合、必ずしも新たに本罪が成立するとは限らず、かといって常に否定されるわけでもない<sup>5</sup>。これらの判断において、本罪の新たな成立が否定される場合には、死体の保管状況に変化がないことが指摘される一方<sup>6</sup>、それが肯定さ

<sup>4</sup> 秋田地裁平成5・1・27公刊物未登載。同判決の判示内容については、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治（関西学院大学）68巻1号（2017年）98頁以下（以下、同論文は、「松尾・死体遺棄」と引用する）が詳しい。同判決の評釈として、園部典生「判批」研修541号（1993年）13頁がある。事案は、㊦昭和55年と昭和57年に出産・死亡した嬰兒の死体をその都度自宅で隠匿、㊧昭和58年8月、昭和61年12月、昭和63年9月、平成2年7月に転居し、死体を運搬、隠匿、㊨平成2年10月に転居し、運搬、隠匿、㊩平成3年11月に死体を自宅内に隠匿した状態まま東京に出奔、㊪平成4年3月に死体が発見されたもの。公訴提起は平成4年4月（園部・同14頁参照）。公訴事實は、㊫平成2年10月の運搬・隠匿（作為）と㊬平成3年11月の置き去り（不作為）の遺棄。被告人側は、㊫の事實は死体遺棄ではなく、㊬の事實については、被告人は立ち去っていないし、仮に立ち去りが死体遺棄であっても、作為による遺棄と別罪ではないとして、無罪を主張。同判決は、㊫の死体の運搬・隠匿について死体遺棄罪の成立を否定しつつ、㊬の置き去り（不作為）について本罪の成立を肯定した。

<sup>5</sup> 死体の新たな遺棄の有無をめぐる問題では、包括一罪か併合罪かではなく、本罪が成立するかしないかが問題である。死体の新たな遺棄の否定は、包括一罪になるとの評価ではなく、不成立を意味する。本罪の成立自体が否定されていることは、大阪地裁平成25年判決が、本罪の成立を否定した、後の行為の時点（前掲註（2）の㊭の時点）ではなく、その成立が認められた、前の行為の時点（前掲註（2）の㊮の時点）を公訴時効の起算点としていることから明らかである（松尾・死体遺棄（前掲註（4））97頁以下も参照）。そのため、例えば引越しに伴い死体を移転しても本罪が成立しないとする場合、なぜそこで法益侵害が否定されているのかが問われることとなる。

<sup>6</sup> 例えば、大阪地裁平成28年判決は、死体の再度の移転について本罪の成立を否定するに際し、「死体自体の状況としては土を詰めたプラスチック製ケース

れる場合には、死体の保管状況の変化に着目し、死体が管理されなくなることなどが指摘され、それゆえに保護法益が害される、として本罪の成立が認められる<sup>7</sup>。もっとも、本罪の保護法益は、死者に対する一般の敬虔感情とされるけれども<sup>8</sup>、判例で考慮された保管状況の変化と保護法益の内容とがどのような関係を有するのかは未だ明らかではない。さらに、判例では、行為者が死体を支配外の場所に置いた場合に本罪の成立が肯定される一方<sup>9</sup>、死体を支配下に移転した場合にも同様に肯定されている<sup>10</sup>。しかし、現在の保護法益理解が、この両極端の帰結をどのように包摂できるのかも明らかではない。本罪の保護法益に関する従前の議論は、死者に対する敬虔感情というものがいかなる意味で法益たりうるのか<sup>11</sup>、また、社会的法益とされる死者に対する一般の敬虔感情と、死

---

に埋められたままの状態であり、かつ、C〔被告人の夫〕による管理自体には実質的な変化がない」と指摘する（被告人の夫Cについても、別の裁判で本罪の成立が認められている〔大阪地判平成29・3・3 D1-law 28251727〕）。

<sup>7</sup> 例えば、東京地裁平成8年判決は、自宅から託児所への死体の移転について、「自己の管理の全く及ばない他人の住居内に移転すれば、遺体の管理はほとんど望むことができず、結局は遺体を腐敗の進行するがままにまかせることになるほか、遺体を置かれた住居の関係者によって、遺体がゴミなどと間違われ処分されるおそれが生じてくるのであって、このような事態を新たに招来させる本件行為が、新たに死体の尊厳を傷つけ、死者に対する社会の一般的宗教感情を害することは明らかである」と指摘する。また、大阪地裁平成25年判決は、交際相手宅から自宅への死体の移転について、「当時の交際相手の居宅から被告人方での隠匿という状況の変化があり、完全に被告人の支配下に死体が移動して放置されているところ、このような死体の保管状況の変化に応じて、葬祭されなくなる可能性が格段に高まり、新たに死者に対する社会習俗としての宗教感情を害するに至ったといえる」と指摘する。

<sup>8</sup> 山口厚『刑法各論』（第2版、2010年）522頁、西田典之ほか編『注釈刑法（2）各論（1）』（2016年）676頁〔嶋矢貴之〕（以下、同書は、「嶋矢・注釈」と引用する）参照。

<sup>9</sup> 例えば、東京地裁平成8年判決。

<sup>10</sup> 例えば、大阪地裁平成25年判決。

<sup>11</sup> 死者に対する敬虔感情保護規定を題材に感情法益を考察するものとして、内海朋子「感情の刑罰的保護について」長井圓先生古稀記念『刑事法学の未来』（2017年）351頁。また、感情法益一般を考察するものとして、高山佳奈子「『感情』法益の問題性」『山口厚先生献呈論文集』（2014年）1頁、亀田悠斗「感情侵害原

者の生前の意思ないし遺族の意思との関係をどのように捉えるのか<sup>12</sup>、といった一般的な議論が中心であった。しかし、死体の新たな遺棄の有無を判断するためには、死者に対する敬虔感情という保護法益理解の具体化ないし実質化が必要である。

なお、死体の新たな遺棄の有無は、埋葬義務違反に基づく不作為による本罪とは独立した問題である<sup>13</sup>。死体の新たな遺棄の有無は公訴時効の完成・未完成の判断に伴い問題とされてきた。ただ、近時は、埋葬義務違反に基づく不作為犯の継続的な成立を認める見解が有力となっております<sup>14</sup>、これに従えば、公訴時効の完成を否定するために、殊更死体の新

---

理 (Offense Principle) を巡る議論の展開 (1) (2・完) 阪大法学70巻5号 (2021年) 467頁、同70巻6号223頁。また、小林憲太郎『「法益」について』立教法学85号 (2012年) 472頁以下も参照。

<sup>12</sup> 伊藤渉ほか著『アクチュアル刑法各論』(2007年) 427頁以下〔島田聡一郎〕、嶋矢・注釈(前掲註(8)) 676頁、萩野貴史「死体遺棄罪における『遺棄』概念に関する覚書」名古屋学院大学論集社会科学篇53巻4号 (2017年) 192頁以下、浅田和茂ほか編『新基本法コンメンタール刑法』(第2版、2017年) 407頁以下〔嘉門優〕参照。

<sup>13</sup> 大判大正13・3・14刑集3巻285頁は、死体を移転し放棄する場合だけでなく、「法令又は慣習に依り葬祭を為すべき責務ある者若は死体を監護すべき責務ある者が擅に死体を放置し其の所在の場所より離去するが如きも亦死体遺棄罪を構成するものとす」(旧字・カタカナを改めた)として、不作為による死体遺棄罪もありうるとする。同判決に従い、死体遺棄罪における作為義務は、葬祭義務に基づく場合と死体監護義務に基づく場合があるとされる。葬祭義務違反に基づいて不作為による本罪が認められたものとして、東京高判昭和40・7・19高刑集18巻5号506頁、死体監護義務違反に基づいて不作為による本罪の成立が認められたものとして、福岡高宮崎支判平成14・12・19判タ1185号338頁。

なお、本稿では、死体を葬ることを意味して「埋葬」とし、判例等で「葬祭義務」と呼ばれるものを「埋葬義務」とする(大判大正13・3・4刑集3巻175頁は、死体の埋葬において、必ずしも葬儀を行う必要はないとする)。

<sup>14</sup> 橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」椎橋隆幸先生古稀記念『新時代の刑事法学(下)』(2016年) 264頁以下(以下、同論文は、「橋爪・死体遺棄」と引用する)、嶋矢・注釈(前掲註(8)) 680頁、山中友理「死体遺棄罪における遺棄行為の終了について」『日高義博先生古稀祝賀論文集(下)』(2018年) 291頁以下、松原芳博「犯罪の終了時期」同『行為主義と刑法理論』(2020年) 108頁以

たな遺棄を探し出す必要もないといえる。前述の四つの題材判例も、すべて埋葬義務者によるものである<sup>15</sup>。しかし、通行人を殺害後、死体を自宅内で隠匿する場合のように、埋葬義務も死体監護義務も持たない者によるときもあり、そうした事例では、やはり死体の新たな遺棄の有無の判断が必要となる。その意味で、死体の新たな遺棄の有無は、本罪の不作为犯をめぐる近時の議論とは別に検討を行う必要がある。

以下では、まず、本罪の保護法益理解に基づいて本罪の成否判断の基礎となる要素を抽出し（Ⅱ）、その上で、死体の再度の移転などの行為について、本罪の成否を検討することとする（Ⅲ）。

## Ⅱ 死体遺棄罪の成否判断要素

### 1 客体としての「死体」の特質

本罪の保護法益は、前述のとおり、死者に対する一般の敬虔感情とされ、それは、刑法190条の罪において共通である。ただし、190条の罪の客体のうち、「死体」は、他の客体にはない特質を持つ。

190条では、客体として、死体、遺骨、遺髪、納棺物が、行為として、損壊、遺棄、領得が規定されている。客体のうち、死体以外の客体は、物の特徴から死者を表すものにすぎないのに対し、死体はそれとは異なり、死者の肉体そのものであること<sup>16</sup>、また、それと同時に、死体はそのままでは腐敗が進行するため、何らかの処理が必要になるという特質

---

下参照。

<sup>15</sup> 逆にいえば、近時に至るまで、埋葬義務違反に基づく不作为犯の継続的成立を認めれば容易に公訴時効の完成を否定できる事案においても、それにはよらずに、作為による死体の新たな遺棄を探してそれを否定していたといえる。不作为による本罪の継続的成立を認めて公訴時効の完成を免れる方法は、比較的近時の傾向にすぎない（埋葬義務違反に基づく不作为犯の継続的成立により公訴時効の完成を否定する事案として、大阪地判平成30・7・2 LEX/DB 25449610もある〔同判決の評釈として、松尾誠紀「判批」新・判例解説 Watch24号（2019年）173頁〕）。

<sup>16</sup> 内堀基光「死にゆくものへの儀礼」青木保ほか『岩波講座文化人類学（9）儀礼とパフォーマンス』（1997年）86頁以下参照。

を持つ。そしてその特質ゆえに、埋葬という慣習が確立している<sup>17</sup>。以下で見るように、死体遺棄罪の成否判断には、まさに「死体」が持つ、このような特質への考慮が不可欠である。

## 2 死体の遺棄の有無の判断過程

### (1) 「遺棄」による形式的限定

本罪が成立するためには、まず形式的に、当該行為が「遺棄」といえる必要がある<sup>18</sup>。死体の「遺棄」とは、埋葬等の方法によらずに死体を放棄することとされる<sup>19</sup>。ただ、刑法190条にいう「遺棄」は、通説的理解に従えば、人に対する「遺棄」(刑217条、218条)よりも、その意味する範囲は広いといえる<sup>20</sup>。すなわち、人に対する「遺棄」では、218条に規定される「不保護」との関係で、場所的離隔が求められ、場所的離隔は、要扶助者の生命・身体に対する危険を生じさせるものとされる<sup>21</sup>。これに対して、死体の場合には、場所的離隔の有無が、死者に対する敬虔感情という法益の侵害の存否とは必ずしも連動せず<sup>22</sup>、場合によっては、

<sup>17</sup> 山田慎也『現代日本の死と葬儀』(2007年)7頁参照。

<sup>18</sup> 近時、死体を運搬した行為について死体の「遺棄」の該当性を否定した事例として、福岡地判令和3・1・21裁判所ウェブサイトがある(同判決の評釈として、高橋直哉「判批」法学教室489号(2021年)170頁、伊藤嘉亮「判批」刑事法ジャーナル69号(2021年)244頁)。

<sup>19</sup> 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(9)』(第3版、2013年)245頁〔岩村修二〕参照。

<sup>20</sup> 原田保「遺棄概念に関する若干の考察」法学研究(愛知学院大学)62巻1・2号(2021年)32頁参照。

<sup>21</sup> 橋爪・死体遺棄(前掲註(14))254頁以下、同「遺棄罪をめぐる問題について」法学教室444号(2017年)105頁以下参照。もっとも、近時は、人に対する遺棄罪において、「場所的離隔を生じさせる」という要素を取り除くべきとする見解も有力に主張されている(小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』(2021年)48頁以下参照。また、佐伯仁志「遺棄罪」法学教室359号(2010年)98頁以下は、移置の場合には場所的離隔の有無は関係しないとする)。

<sup>22</sup> 名古屋高金沢支判平成24・7・12公刊物未登載は、死亡した実母をベッドから移動させることなく自宅内に放置した事案について、「仮に場所的離隔を伴わなくても『遺棄』に該当する」との理解から、埋葬義務違反に基づく不作為に

場所的離隔なく、つまり死体を移置することなく、死体の上に土をかぶせて隠す場合にも「遺棄」に該当しうると考えられる<sup>23</sup>（置き去りについては後述）。

ただし、死体の「遺棄」という以上は、死体に対する客観的な作用は必要と思われる。それゆえ、第一に、単に埋葬権者が死体に近づくのを阻止しただけでは、「領得」にあたる場合は別として、「遺棄」には該当しないと思われる（行為者が埋葬義務者・死体監護義務者ではないことを前提とする。次の事例でも同じ）。第二に、アパートの居室で被害者を殺害後、死体を居室内に放置したまま玄関ドアの鍵を閉めて立ち去った場合にも、鍵を閉める行為に着目して「遺棄」を肯定すべきではない。この点、殺害後、居室内の押入れに死体を隠匿することも、死体を居室に放置して玄関ドアの鍵を閉めて立ち去ることも、ともに死体に対する支配を確立する点では同じともいえる。しかし、仮に玄関ドアの鍵を閉める行為が「遺棄」に該当するとした場合、行為者としては、その成立を避けるために、鍵を閉めないか、立ち去らないことが求められることになるが、それは行動の自由を過度に制約するものといえるため、その

---

よる本罪の成立を認めている（同判決の評釈として、濱克彦「判批」研修776号（2013年）21頁、松下裕子「判批」警察学論集66巻5号（2013年）169頁、仲戸川武人「判批」警察公論68巻6号（2013年）86頁）。死体遺棄罪において死体の場所的離隔（移置）は重要ではないとする見解として、山下裕樹「判批」法学論集（関西大学）66巻2号（2016年）117頁、橋爪・死体遺棄（前掲註（14））254頁以下参照。

<sup>23</sup> 穴を掘って土の中に死体を埋めて隠匿すること（移置あり）も、横たわる死体の上に土をかけて隠匿すること（移置なし）も、死者に対する敬虔感情侵害の点において変わりはないと思われる。これに対して、岡山地判令和3・2・10 LEX/DB 25569153は、死体にビニールシートをかぶせ、シートの上に木片を数本置いた事案について、「被告人は、葬祭義務がないところ、被害者を殺害した後、その死体を移動させることなく、死体の上にシートをかぶせて木を置いたにすぎないと認められるから、『遺棄』には『隠匿』を含むとの検察官の主張を踏まえても、被害者の死体を『遺棄』したとはいえない」として、同事案における死体の「遺棄」の該当性を否定している。しかしそれは、死体の移置がなければ死体の「遺棄」にならないとしたものではなく、同事案の場合、シートをかぶせてその上に木を置いたにすぎないため、「遺棄」を肯定しうるほどの隠匿といえるものではなかったから「遺棄」が否定されたとの見方もできる。

ような理解が妥当とは思われない。こうした理解に従えば、居室の鍵を開けて立ち去る行為は、殺害後の単なる死体の放置にすぎず、本罪は成立しないと解される。

## (2) 埋葬目的一元説の検討 —— 実質的な判断要素を求めて

死体に対する行為が、形式的には「遺棄」にあたるように見える場合でも、実質的に見て法益侵害が否定されるために「遺棄」に該当しないとされることがある。前述の四つの題材判例はまさにそのような判断によるものである。そこで、本罪の実質的な成否判断を対象に、そのような場合における判断要素について検討する。

まず、死体を埋葬しないこと、埋葬させないことが、本罪の成否の実質的な判断要素となりうるのかについて検討する。近時、「死体遺棄罪は、社会的習俗に従った埋葬がなされた状態の確保を保護するもので、埋葬しないという不作為に本質がある犯罪類型であって、作為はその現象形態の一つにすぎない」<sup>24</sup>として、死体を埋葬させることを本罪の目的として一元的に捉える見解が有力に主張されている<sup>25</sup>。この理解に従えば、死体遺棄罪の典型例は、第三者による死体の隠匿等（作為犯）ではなく、埋葬義務者による埋葬義務違反（埋葬しないという不作為犯）ということになる。第三者による死体の隠匿等（作為犯）は、埋葬義務者が死体を埋葬できるという前提状況を阻害するものとして、つまり、埋葬義務の履行阻害を惹き起こすことを根拠に処罰されるものとして、埋葬義務者による埋葬義務違反（不作為犯）との関係では、第二次的な犯罪類型に位置づけられることになる<sup>26</sup>。

<sup>24</sup> 安田拓人「判批」法学教室443号（2017年）140頁。

<sup>25</sup> 川端博「死体遺棄罪における遺棄」芦部信喜ほか編『宗教判例百選』（第2版、1991年）215頁、山下・前掲註（22）117頁以下、嶋矢・注釈（前掲註（8））678頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第5版、2019年）552頁、松原・前掲註（14）113頁、伊藤・前掲註（18）245頁以下参照。原田保「病児および病児死体に関するオカルト治療受託者の罪責」愛知学院大学宗教法制研究所紀要60号（2020年）61頁以下も参照。

<sup>26</sup> 川端・前掲註（25）215頁をはじめとして、作為による本罪を、埋葬義務の履行を阻害するものとして理解する見方は以前から示されていたが、近時、人

しかし、死体を埋葬させることを本罪の目的と解し、埋葬義務の履行阻害という要素が死体の隠匿などの作為による本罪の可罰性を基礎づけると解することが妥当とは思われない。第一に、刑法190条の罪の可罰的行為には死体の遺棄以外にも損壊があり、死体の損壊は埋葬の客体としての死体を損傷するものではあっても、必ずしも埋葬義務の履行自体を阻害するとは限らない<sup>27</sup>。だとすると、190条の罪のうち、なぜ死体の遺棄についてのみ、死体を埋葬させることが目的となるのか、不作為犯が第一次的な犯罪類型となるのかは未だ明確に示されていない。第二に、例えば死体を遺族の自宅の前に投棄した場合において、たとえ遺族による死体の発見が容易になっていたとしても本罪の成立が肯定されるのであれば、本事例での処罰根拠は埋葬義務の履行阻害ではないはずである<sup>28</sup>。だとすれば、死体の遺棄についてすら、埋葬義務の履行阻害が処罰根拠であるとはいえないこととなる。

このようにして、死体を埋葬させることを本罪の目的と解することは妥当ではないし、埋葬義務の履行阻害が本罪の成否に関する実質的な判断要素となるものでもない。埋葬は、死者に対する敬虔感情の表れの一つではあるのかもしれないが、そのすべてではない。さらにいえば、たとえ死体が埋葬されない状態が死者に対する敬虔感情を害するものであったとしても、通常、本罪の成否が問題となる事例が、いずれにせよ埋葬されることなく何らかの行為がなされる場合であることからすれ

---

に対する「遺棄」の捉え方において、「遺棄」も「不保護」も、本質的には不保護の危険に基づくものとして一元的に捉える見解が有力化しており（和田俊憲「遺棄罪における生命保護の理論的構造」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（2007年）51頁以下および58頁以下参照）、このような、人に対する「遺棄」の新しい捉え方が、死体遺棄罪における「遺棄」概念にも応用されているのだと思われる。

<sup>27</sup> 例えば、死体を薬剤などで溶かした場合には、確かに埋葬義務の履行阻害になることもあるかもしれないが、このような事案が死体損壊罪のすべてではない。

<sup>28</sup> 松尾・死体遺棄（前掲註（4））85頁参照。原田保「死体遺棄罪成立範囲の変遷」愛知学院大学宗教法制研究所紀要61号（2021年）86頁（以下、同論文は、「原田・成立範囲の変遷」と引用する）も参照。

ば、むしろその成否を判断するための実質的要素は、埋葬されていないこと以外の要素に見出される必要がある。

### (3) 実質的な判断要素の抽出

埋葬されていないこと以外の要素に本罪の実質的な判断要素を見出すためには、死者に対する敬虔感情の実質理解を深める必要がある。ただ、この際、埋葬という慣習が死者に対する敬虔感情から形作られているのだとすると、死者に対する敬虔感情の実質を探る上では、やはり埋葬が手掛かりとなる。

埋葬には、追慕と拒絶という人の感情の二面性が表れているとされる<sup>29</sup>。つまり、埋葬には、死者を大切に思う感情と、それを忌み嫌う感情が併存している。ここでは、この二面性を、死者の尊厳を守ろうとする側面と、死穢思想に基づく拒絶の側面として区別する。このように理解したとき、前者の側面からは、㉠死者を、少なくともその肉体としては、生きる人と同じように丁重に扱うべきとする慣習が導かれ(要素㉠)、また、後者の側面からは、㉡人が持つそうした負の感情ゆえに、死者が忌み嫌われることのないように扱うべきとする慣習(要素㉡)が導かれる。どちらの慣習も、死者に対する敬虔感情に基づくものといえるから、それらの慣習・感情を形作る要素㉠と要素㉡が、死者に対する敬虔感情の実質を表すものと解される<sup>30</sup>。

要素㉠と要素㉡の区別は、本罪の成否判断における要素としても重要な意味を持つ。なぜなら、死体に対する行為から生じる作用が、要素㉠と要素㉡との間で異なって現れるからである。すなわち、要素㉠と要素㉡が本罪の成否判断に取り入れられるとき、要素㉠は、死者を守る視点として機能するのに対し、要素㉡は、一般人をも守る視点として機能す

<sup>29</sup> 原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」法学研究(愛知学院大学)46巻2号(2005年)27頁参照。牧耕太郎「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集59巻3号(2016年)202頁以下も、この見方を支持する。また、勝田至編著『日本葬制史』(2012年)6頁以下も参照。

<sup>30</sup> 葬送と死者の尊厳については、田近肇「葬送の自由と死者の尊厳」法学セミナー788号(2020年)20頁以下参照。

る。というのも、行為を現象面で捉えたとき、要素①に対する侵害は、死者に対する攻撃として理解され、これにより、一般人は死者に対する保護者の立場に位置づけられる。これに対し、要素②に対する侵害は、その行為により死者が忌み嫌われる状況に置かれることで確かに死者に対する攻撃としての側面は有するが、しかしその一方でさらに、人が死者を拒絶する感情を持つがゆえに、それは一般人に対する攻撃としても理解されることとなり、その結果、一般人は被害者の立場に位置づけられることになる。要素①と要素②は、この意味で区別される。

以上の考察によれば、本罪の実質的な成否判断の過程は、次のように整理される。まず、死者に対する敬虔感情の実質が要素①と要素②に区別されることから、要素①に対する侵害事実と、要素②に対する侵害事実がそれぞれ想定される。そして、死体に対する行為において、要素①あるいは要素②に対する侵害事実が認められれば、死者に対する敬虔感情侵害が肯定されて、本罪が成立することとなる。

そこで、このような観点から、要素①および要素②に対する侵害事実の内容如何が問題となる。まず、要素①に対する侵害事実については、死者の尊厳を守るという観点から以下の二つの慣習・感情が形作られていることからすると、要素①に対する侵害事実も、それに対応して二つに分けられる。すなわち、死者の尊厳を守るという観点から、第一に、死体の腐敗の進行をとどめるために埋葬という慣習が確立していることからすると、第一の侵害事実として、①死体が埋葬されずに腐敗していくがままになる可能性を高める行為が挙げられる(侵害事実①)。第二に、同じく死者の尊厳を守るという観点から、死者の肉体である死体を、生きる人と同じように扱うべきと考えられているのだとすると、第二の侵害事実として、②死体を不敬に扱う行為が挙げられる(侵害事実②)。この侵害事実②にあたる行為には、死体をもてあそぶ行為、死体を物のように扱う行為、そして、自己の犯罪の隠ぺい等のために死体を利己的に利用する行為などが含まれる。

さらに、要素②、すなわち、人が持つ死者への拒絶の感情ゆえに、死者が忌み嫌われることのないように扱うべきとする慣習・感情に対する侵害事実として、③死醜が視認される状況に死体を置く行為が挙げられる(侵害事実③)<sup>31</sup>。

通常、死体を投棄した場合には、これらの複数の侵害事実を同時に満たすことが多いと思われるが、侵害事実を一つでも満たせば本罪は成立する。例えば、自宅内で被害者を殺害した後、犯罪隠ぺいのために死体を押入れに隠匿する行為には、死体が腐敗していくがままになる可能性を高めたこと、死体を物のように扱ったこと、自己の犯罪を隠ぺいするために死体を利己的に利用したことに基づいて、要素④に対する侵害事実①および②が認められるため、本罪が成立する（このようにして、埋葬義務の履行阻害に基づかなくても、死体を物のように扱ったり、死体を利己的に扱うこと自体を死者に対する敬虔感情を害するものとして捉え、本罪の成立を基礎づけることができる）。殺害が自宅内で行われたため、その時点ですでに死体が人に見られる状況にはなく、そのためさらに死体を押入れに隠匿したとしても、要素④に対する侵害事実③は認められない。しかし、侵害事実①および②が肯定されるため、本罪の成立は否定されない(要素④および要素⑤に対する侵害事実を整理すれば、【別表1】のとおり)<sup>32</sup>。

<sup>31</sup> 死醜視認の防止については、原田保「新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否」愛知学院大学宗教法制研究所紀要58号（2018年）64頁以下参照。

<sup>32</sup> 本稿では、保護法益の実質を要素④および要素⑤に基づいて二面的に捉え、その実質理解を基に、要素④および要素⑤に対する侵害事実を特定することで、本罪の成否判断の過程を明確にした。原田・成立範囲の変遷（前掲註（28））86頁以下は、埋葬義務の履行阻害とはいえない場合の死体遺棄罪の成立をいかに根拠づけるのか、死体の移置と法益侵害性がどのように関わるのかなどの問題を今後の検討課題として提起されている。保護法益の実質理解に基づく本稿の判断枠組みが、原田教授の問題提起に対する一つの応答となりうるのではないかと思われる。また、片桐直人「ミクロ憲法学の可能性1-3 原田コメントへの再応答」法律時報92巻10号（2020年）122頁以下は、憲法学の視点から刑法学の議論に対し、死体遺棄罪の構成要件該当行為の内容を、構成要件非該当行為を特定するかたち（適切な葬送行為であるか）で特定するのではなく、保護法益内容との関係で積極的に特定する必要性を主張される。保護法益の実質理解からその成立範囲の限界を画定しようとする本稿の取り組みが、片桐教授の主張に対する一つの応答となりえていることを願う。

- |   |
|---|
| <p>1) 要素①に対する侵害事実 (死者の尊厳を守ることに基づく慣習・感情に対する侵害事実)</p> <ul style="list-style-type: none"><li>①死体が埋葬されずに腐敗していくがままになる可能性を高める行為</li><li>②死体を不敬に扱う行為<br/>(死体をもてあそぶ行為、死体を物のように扱う行為、死体を利己的に利用する行為)</li></ul> <p>2) 要素②に対する侵害事実 (死者の拒絶の感情に基づく慣習・感情に対する侵害事実)</p> <ul style="list-style-type: none"><li>③死醜が視認される状況に死体を置く行為</li></ul> <p>➔ 要素①あるいは要素②に対する侵害事実 (①②③のうちのいずれか) が認められれば、死者に対する敬虔感情侵害が肯定されて、本罪が成立する。</p> |
|---|

**【別表1】要素①／要素②に対する侵害事実の整理**

### Ⅲ 死体を再度移転するなどした行為と死体遺棄罪の成否

#### 1 死体の新たな遺棄の存否判断

##### (1) 四つの基本的な行為類型

本罪の成否が問題となる行為では、死体が埋葬されることなく何らかの行為が行われるため、初回の行為には、問題なく本罪が成立することが多いと思われる。そのため、むしろ同じ死体に再度の行為を行ったときの判断においてこそ、本罪の法益侵害の実質が問われることとなる。そこで、以上の考察から抽出した実質的な判断要素に基づいて、死体を再度移転するなどした行為が、死体の新たな遺棄にあたるのか否かについて検討を行う。

本稿では、基本的な四つの行為類型を基に検討を行う。四つの行為類型とは、まず、行為を、㉗死体を支配領域外に置く場合、すなわち死体が顕在性を持つ場合(類型㉗)と、㉘死体を支配領域内に置く場合、つまり死体が隠密性を持つ場合(類型㉘)に区別する。このうち、類型㉗は、当初、支配外に遺棄されていた死体を、さらに別の支配外の場所に置く場合(【外→外】類型)と、この【外→外】類型の応用として、当初、支配内で遺棄された死体を支配外の場所に置く場合(【内→外】類型)に分けられる。さらに、類型㉘は、当初、支配内で遺棄していた死体を、支配内で移転などする場合(【内→内】類型)と、この【内→内】類型の応用として、当初、支配外で遺棄していた死体を支配内に置く場合(【外→内】類型)に分けられる。以下、この四つの行為類型について、死体の新たな遺棄の有無を検討する(基本的な四つの行為類型を整理すれば、【別表2】のとおり)。

**類型㉞：死体を支配領域外に置く場合**（死体が顕在性を持つ場合）

【外→外】類型：当初支配外に遺棄された死体を、別の支配外の場所に置く場合

【内→外】類型：当初支配内で遺棄された死体を、支配外の場所に置く場合

**類型㉟：死体を支配領域内に置く場合**（死体が隠密性を持つ場合）

【内→内】類型：当初支配内で遺棄された死体を、支配内で移転等する場合

【外→内】類型：当初支配外に遺棄された死体を支配内に置く場合

## 【別表2】四つの基本的行為類型の整理

### （2）四つの行為類型における死体の新たな遺棄の有無

第一に、類型㉞に属する【外→外】類型について検討する。死体が顕在性を持つ【外→外】類型では、行為は一般人に対する攻撃性を有し、一般人は被害者の立場に位置づけられる。つまり、要素㉞に対する侵害事実㉟として、死醜視認の可能性がある状態に死体を置くことが挙げられるところ、この類型では、一般人は、死穢思想ゆえに見たくもない死体を見せられる立場に置かれる。こうした事例での死体の新たな遺棄の判断では、一般人が被害者の立場に置かれるため、死体を見る可能性のある人の集団の変化が重要となる。すなわち、死体の移転による場所的な変化により、死体を見る可能性のある人の集団が異なることとなれば、その移転に死体の新たな遺棄が認められる<sup>33</sup>。これに対し、死体の移転によっても、死体を見る可能性のある人の集団が変わらなければ、新たに成立することはない。このようにして、【外→外】類型では、支配外の場所への再度の移転により、新たに侵害事実㉟が生じることで、死体の新たな遺棄が基礎づけられることとなる。

第二に、【外→外】類型の応用として、【内→外】類型を検討する。【内→外】類型では、それまで支配内にあった死体が、支配外に移転されることにより、侵害事実㉟、すなわち死醜視認の可能性が新たに生じることで、死体の新たな遺棄が肯定される。死体を自宅から託児所に移転した事案に関する東京地裁平成8年判決が、この【内→外】類型にあたる。同判決は、【内→外】類型に特有の事実として、死者の尊厳に関わる要素㉞に対する二つの侵害事実を指摘する。同判決の一つ目の指摘は、侵

<sup>33</sup> 園部・前掲註(4)17頁以下、牧・前掲註(29)201頁以下参照。

害事実①にあたる、死体の腐敗が進行するがままになることである<sup>34</sup>。同事案では、埋葬義務者が埋葬するつもりなく死体を託児所に隠匿し放棄するため、侵害事実①が認められる。ただし、侵害事実①は、当初の自宅内での死体の隠匿においてすでに認められる侵害事実であるともいえるため、死体の再度の移転により新たに生じた侵害事実といえるのかには疑問がある。同判決の二つ目の指摘は、死体を託児所に移転するまでには認められた死体に対する管理が、託児所への移転により失われたことで、死体が関係者によりゴミと間違われて処分される可能性である。前述のとおり、侵害事実②の一つとして、死体を物のように扱う行為が挙げられるが、死体が物のように扱われること自体が死者に対する敬虔感情を侵害する事態であるから、死体を物のように扱うのが誰であっても死者に対する敬虔感情侵害自体は認められる。その結果、行為者自身が死体を物のように扱う場合だけでなく、第三者が死体を物のように扱う可能性を生じさせる行為についても侵害事実②は認められる。それゆえ、同判決が侵害事実②にかかるこうした事情を指摘して、死体の新たな遺棄を認めるのは適切なことと思われる。

第三に、類型④に属する【内→内】類型を検討する。死体が隠密性を持つ【内→内】類型では、一般人が被害者的立場に置かれることがないため、死体を見る可能性のある人の集団が想定されず、場所的な変化がその成否に影響することがない。大阪地裁平成25年判決、大阪地裁平成28年判決、秋田地裁平成5年判決では、引越しに伴う死体の移転について、それぞれ死体の新たな遺棄が否定されている。当初の死体の遺棄において、死体が腐敗していくがままになる可能性を高めたこと、死体を物のように扱ったこと、自己の犯罪を隠ぺいするために死体を利己的に利用したことが認められることから、要素④に対する侵害事実①および②が肯定されるものの、再度の移転行為においてはそれらに関する新たな侵害事実はない。また、場所的な移転はあるものの、死体に隠密性があるために場所的な変化が影響を持たない。こうしてそれらの事例では、

<sup>34</sup> 東京地裁平成8判決は、「自己の管理の全く及ばない他人の住居内に移転すれば、遺体の管理はほとんど望むことができず、結局は遺体を腐敗の進行するがままにまかせることになる」と指摘する。

死体に対する再度の行為から新たな侵害事実が生じていないため、死体の新たな遺棄を否定するそれらの判決は適切と思われる。ただし、【内→内】類型でも、再度の行為から侵害事実②が新たに生じるような場合には、本罪が成立する<sup>35</sup>。

第四に、【内→内】類型の応用として、【外→内】類型を検討する。死体を交際相手宅から被告人の自宅に移転する行為について死体の新たな遺棄を認めた大阪地裁平成25年判決が、この【外→内】類型にあたる。同判決は、死体の新たな遺棄を肯定する際、死体が「葬祭されなくなる可能性」を指摘する。同事案では、埋葬義務者である被告人が死体を埋葬せず、隠匿する意図で当該移転行為を行ったため、そのような表現となるが、その行為の要点は、侵害事実①にあたる、死体が埋葬されずに腐敗していくがままになる可能性を高めたことにある。だとすると、埋葬義務者ではない第三者が【外→内】類型にあたる行為を行ったとしても、侵害事実①が認められるため、死体の新たな遺棄は肯定される。いづれにしても、【外→内】類型にあたる行為を行った被告人について、死体の新たな遺棄を認めた同判決は適切と思われる。

## 2 置き去りと死体の遺棄

最後に、秋田地裁平成5年判決が死体の新たな遺棄を認めた、死体の「置き去り」について検討する。同判決は、死体を置き去りにして東京へ出奔した行為により、収納場所の汚損や異臭の発生などの死体の保管状況の変化に即応して、死者の尊厳等を一層害する事態の発生を防止する措置を取り得ない状況へと変化が生じたとして、法益侵害の増大を認め、死体の新たな遺棄を肯定する<sup>36</sup>。しかし、同判決のいう汚損や異臭

<sup>35</sup> 例えば、押入れに隠匿していた死体を押入れから出して居間の壁に張り付けた場合では、死体をもてあそぶ行為に基づいて要素④に対する侵害事実②が認められて、死体の新たな遺棄が肯定される。

<sup>36</sup> 秋田地裁平成5年判決は、「新たな遺棄行為と認めるには、従前の遺棄によって生じた違法状態と対比して、更に死者を冒瀆し社会的宗教感情を害する状態が新たに作り出されることが必要」との理解を前提に、「死体を押入れに放置して東京方面に出奔した行為については、従前の状態との関係で状況変化が認められる」、すなわち、「これまで被告人の管理下に置かれていたものが、右行

の発生に対するケアができたとしても、それで法益侵害状態が解消されるわけでもないため、置き去りによってその意味での管理の可能性を失ったことが、死体の新たな遺棄を基礎づけるとは思えない<sup>37</sup>。仮に死体の新たな遺棄を肯定するとすれば、それは、前述の【内→外】類型で認められたような、侵害事実②にあたる、死体が物のように扱われる可能性のある状態にしたこと、あるいは、侵害事実③にあたる、死体を死醜視認の可能性のある状態にしたことに基づくと解するほかない。

しかし、結論においては、死体の置き去りについて死体の新たな遺棄を認めるのは妥当ではない。同判決は、被告人に埋葬義務を認めた上で、置き去りの可罰性を問題とする。これは、置き去りが不作為であるならば作為義務が必要であるとの理解に基づくものと思われる。ただし、同判決で処罰を根拠づけたとされた行為は、埋葬しなかったこと（埋葬義務違反）それ自体ではなく、死体を置き去りにしたことであり、だとすると、置き去りにより、侵害事実②および③が生じたことが処罰根拠と考えられる。もっとも、前述の【内→外】類型では、死体の移転という作為がその2つの侵害事実を発生させたが、本件では置き去りという不作為が行為の内容とされている。作為による死体の移転の場合には、行為者に死体を移転しないことを求めればよく、それにより法益侵害の発生は抑制される。しかし、置き去りの場合には、自宅から立ち去らないことだけを求めても意味がない。結局、ここで問題なのは、埋葬せずに立ち去ったことであり、だとすると埋葬義務者にのみその可罰性を肯定することができる<sup>38</sup>。そうすると、埋葬義務者ではない者が死体を置き

---

為によりその管理から離れることになり、葬祭義務者の平穏な管理下においていわば埋葬を期待する状況から、管理外へ放置される状況ないしは、死体の保管状況の変化（例えば収納場所の汚損や異臭の発生など）に即応して死者の尊厳若しくは社会的宗教感情を一層害する事態の発生を防止する措置を取り得ない状況へと変化しており、その法益侵害の程度は、従前のそれに比し著しく増大したことが明らかである」と指摘する。

<sup>37</sup> 松尾・死体遺棄（前掲註（4））101頁参照。

<sup>38</sup> 死体監護義務者が死体監護義務を果たさずに死体を置き去りにした場合にも、可罰性を肯定することはできる。しかし、埋葬義務者でも死体監護義務者でもない単なる第三者の場合には、死体を置き去りにしたとしても、それだけ

去りにする場合には、単なる不作為となつて、死体の新たな遺棄を認めることはできない。

したがって、死体の置き去りの可罰性については、埋葬義務者ではない者の場合には、死体の新たな遺棄を認めることはできない。他方、埋葬義務者の場合にも、埋葬義務違反について、本罪の不作為犯の継続的な成立を認める見解では<sup>39</sup>、置き去りの時点で改めて本罪の不作為犯が成立することはなく、反対に、継続的な成立を否定する見解でも<sup>40</sup>、置き去りにより別途、不作為による本罪が成立することはない。このような理解に従えば、死体の置き去りに死体の新たな遺棄を認めた同判決が妥当とは思われない。

#### IV おわりに

前述したように、本罪の成否が問題となる行為では、死体が埋葬されることなく何らかの行為が行われるため、初回の行為には、問題なく本罪が成立することが多く、むしろ同じ死体に再度の行為を行ったときの本罪の成否判断においてこそ、本罪の法益侵害の実質が問われる。本稿で取り上げた四つの題材判例において、法益侵害の実質への考慮が現れたのは、そのためである。本罪の保護法益は、死者に対する一般の敬虔感情とされるところ、題材判例では、死体の保管状況等に関わる事情が考慮されて法益侵害の有無が判断された。そこで、題材判例における考慮事情と法益侵害の有無との関係を明らかにするために、本罪の保護法益理解の具体化、実質化を試みた。検討の結果、保護法益の実質を要素①および要素②に基づいて二面的に捉え、その実質理解を基に、要素①および要素②に対する侵害事実を特定することで、本罪の成否判断の過程を明確にした。そしてその理解に基づいて、死体の新たな遺棄の有無をめぐる事例について本罪の成否を考察した。

---

で本罪が成立するものではない。

<sup>39</sup> 不作為による本罪の継続的成立を認める見解については、前掲註(14)参照。

<sup>40</sup> 不作為による本罪を状態犯と解する見解として、山下・前掲註(22)126頁以下、牧・前掲註(29)204頁以下、松尾・死体遺棄(前掲註(4))91頁以下参照。

本罪については、確かに近時議論の活性化が見られるものの、その活性化が、不作為による本罪と犯罪の継続性の問題を契機としていることもあって、本罪の不作為犯の検討に偏りが見られないではない。本稿の考察は、本罪について検討すべき領域がそれだけではないことを示すものである。また、近時は、本罪の目的が死体を埋葬させることにありとて一元的に理解し、埋葬義務違反をその典型例と捉える視点から、死体の隠匿をはじめとした作為による本罪を、埋葬義務の履行を阻害するものとして捉える見解が有力に主張されている。しかし、本稿は、そうした一元的理解に疑問を呈し、作為による本罪の処罰根拠は必ずしも埋葬義務の履行阻害にあるのではなく、死体を不敬に扱うこと、また、死醜が視認される状況に死体を置くことそれ自体にも、死者に対する敬虔感情の侵害を見出すことができることを示した。

本稿の考察が、死体遺棄罪のさらなる議論に資することになれば幸いである。

- ※1 本稿は、日本刑法学会第99回大会(2021年5月)でのワークショップ「死体遺棄罪」において、話題提供の一つとして報告をした際の報告原稿に、加筆・修正をしたものである。
- ※2 本研究は JSPS 科研費 JP20K01341 の助成を受けたものである。

# ドイツ「地方自治」保障に 関する一考察（1）

—— 国家権限画定のための「本旨」解釈に向けて ——

横 堀 あ き

## 目 次

序 問題の所在	
第1節 問い：関与に対する地方公共団体の出訴可能性	
第1款 問題意識	
第2款 論点	
第2節 日本における地方公共団体の出訴の概観	
第1款 制度	
第2款 判例	
第3款 学説	
第3節 本稿の視座と構成	
第1款 ドイツ法という視座	
第2款 構成	(以上、本号)

## 序 問題の所在

### 第1節 問い：関与に対する地方公共団体の出訴可能性

わが国公法学での地方自治論は、憲法上の規範的含意探究の不足と、憲法学・行政法学間に通底するドグマの不足が指摘されている。特に憲法学での研究の不足は解消されていない。以下では、わが国の地方自治

史・制度や行政法学の議論、地方自治が直面する課題を踏まえた憲法第8章の規範的内容を探究する。研究の端緒となるのは、国の関与に対する地方公共団体の出訴可能性の問題である。当該問題は団体自治と関連するにも関わらず、憲法学で検討される機会が極めて少なかった。本稿は第一次地方分権改革において制度化された係争処理制度を端緒に、憲法第8章の規範的意義を検討する。かような問題設定は、「地方自治の本旨」に対する侵害という視点の取り入れになり、裁判規範としての「本旨」解釈を前進させる端緒ともなり得よう。

## 第1款 問題意識

わが国公法学での地方自治論においては、近年、2つの問題点が存在するとされる。第一に、「比較法的言説の過剰」<sup>1</sup>とそれに伴う憲法第8章の「規範的含意」<sup>2</sup>の看過の問題である。わが国公法学は広く、地方自治を中央・地方の対抗関係として描き、法的には、地方公共団体の有する自治権をどのように保障するかという構図の議論を展開してきた。しかしながら、そもそも「地方自治の歴史や存在意義は国によって様々でありえ」<sup>3</sup>、各国の地方自治に関する歴史等を捨象した形での「自治権」保障の議論は説得的ではないのではないか。地方自治の歴史が浅く、またそれが国家統治メカニズムの一つとして位置づけられてきたわが国では、これらに鑑みた独自の解釈が必要であるにもかかわらず、公法学は、「ある意味普遍的な地方自治観に根差し」<sup>4</sup>た自治権論に陥っており、説得力を欠く上、「憲法典に明文化された条項に依拠し〔た〕解釈論」<sup>5</sup>が十

<sup>1</sup> 原島良成「地方政府の自律（下）」自研82巻3号（2006年）127頁。なお参照、芦部信喜「序——比較法の『過剰』と『過少』」法時51巻2号（1979年）8頁以下、手島孝ほか「日本憲法学の〴〵比較過剰、体質」手島孝『憲法学の開拓線』（三省堂、1985年）271頁以下。

<sup>2</sup> 原島・前掲注1）127頁。

<sup>3</sup> 原島良成「地方自治の保障について」阿部昌樹ほか編『自治制度の抜本的改革』（法律文化社、2017年）161頁。

<sup>4</sup> 原島・前掲注3）161頁。

<sup>5</sup> 原島・前掲注1）118頁。

分に展開されず、「国会の裁量を制約する憲法規範の究明」<sup>6</sup>がなされなかった。その結果、「地方自治の本旨」の内容充填が国会に委ねられ<sup>7</sup>、まさにこの点に、憲法第8章の解釈論の問題点が存在する、というのである。

以上の指摘からは、①わが国の地方自治研究における憲法解釈の不十分さ、②検討に際して歴史的経緯や地方自治制度導入の趣旨を踏まえる必要があることが判明しよう。後者の点については、少なくとも1999年の地方分権一括法により結実した第一次地方分権改革を踏まえた議論が要請されよう。憲法第8章の規範的内容の探求には、法律による憲法解釈の限定を避けつつ、制度等を踏まえた検討が必要である。

第二に、憲法学・行政法学の地方自治論には距離があり、共通して存在しているはずの議論が存在しないという問題も指摘されている。憲法学には英米法の影響が、行政法学にはドイツの議論が影響しており、「日本の公法学の状況からは行政法と憲法との懸隔が厳然と存在しており、地方自治体が国家組織上どのように位置付けられているのか、換言すれば、国と地方自治体との関係がいかなるものであるか、また、『自治権』をも視野に入れた上で、地方自治体がいかなる法的地位を有しているのか等の議論をなす上で、当然に存在していなければならないはずの憲法学及び行政法学に通底するドグマが欠損している」<sup>8</sup>。論者によれば、わが国では、地方自治体の位置づけや自治権の基礎に関する精確な法理論的考察が不十分な中で各論的な問題が検討されてきた。

以上の指摘からは、公法学に通底する基礎研究が不足していることが判明する。第一の指摘を踏まえてもなお、わが国の憲法解釈を充実させるための研究や両分野に存在している距離を埋めるための基盤を探究する目的での比較法的検討は、有用である。各国の制度的相違が存在するとしても、制度や解釈の表面的差異を超えた共通する語り方が存在し得るし<sup>9</sup>、ある解釈やそれが唱えられるようになった経緯については、わが

<sup>6</sup> 原島良成「地方政府の自律(上)」自研81巻8号(2005年)101頁。

<sup>7</sup> 参照、原島・前掲注1)118頁。

<sup>8</sup> 新村とわ「自治権に関する一考察(2)」法学68巻4号(2004年)126頁。

<sup>9</sup> 例えば制度的保障論は、内容の不明確性等から批判されるが、立法による侵

国においても批判的に摂取する余地がある。

以上のように、特に今日の憲法学における地方自治研究には、わが国の地方自治史・地方自治制度や行政法学の議論、更には地方自治が直面している課題<sup>10</sup>等を踏まえた憲法第8章の規範的内容の探究が求められていると言えよう。そのため、研究では、従来指摘されていた欠陥点を補いつつ地方自治に係る規定の規範的意義を解明すること及び地方自治を語る上で不可欠な論点を洗い出し、それらを探究することが要請される。憲法学の地方自治研究は字義通り全く停滞していた訳ではない。しかしながら検討の不足が解消されたとも評価し得ない<sup>11</sup>。本稿は以上の指摘を踏まえ、憲法学における地方自治研究を補う端緒を開こうとするものである。

## 第2款 論点

本稿では行政主体としての地方公共団体<sup>12</sup>と国との間の法的紛争解決、

---

害に対する保障というコンセプト自体が問題とされている訳ではない。例えば参照、白藤博行「裁判の保護に値する地方自治」室井力先生古稀記念『公共性の法構造』（勁草書房、2004年）414頁、杉原泰雄／糠塚康江・大津浩「〈インタビュー〉日本国憲法の地方自治論の基本視座・再考」憲法研究8号（2021年）23頁〔杉原発言〕。

<sup>10</sup> 例えば少子高齢化を踏まえた「圏域」の議論や地方公共団体の機関の成り手不足など、地方自治の基礎を脅かす課題は山積している。例えば参照、毛利透『縮小する社会』における民主政 公法82号（2020年）10-12頁、田村達久「地方公共団体の再編」同書171頁以下。

<sup>11</sup> 参照、杉原泰雄ほか・前掲注9）33-34頁〔杉原発言〕、大津浩「現代分権改革における自治体憲法理論の課題」・前掲注9）憲法研究35頁、北村喜宣「分権改革後の憲法第8章に関する行政法学からの質問」同書75-76頁。

<sup>12</sup> 講学上自治体、地方自治体、地方政府といった文言が用いられるが、本稿では憲法・法令用語である「地方公共団体」を用いる。当該文言の使用には批判がある（例えば参照、人見剛ほか編著『ホーンブック地方自治法（第3版）』（北樹出版、2015年）15頁、兼子仁『自治体法学』（学陽書房、1988年）3-19頁）。確かに、今日の地方公共団体は、戦前期のそれとは、位置づけや役割等が大きく異なり、新たな用語を用いることも考え得る。しかしながら、憲法・法令解釈として積極的なニュアンスを持った地方公共団体・地方自治を検討し、憲法・

特に、出訴可能性の問題——以下、関与に対する地方公共団体の出訴可能性の問題——を扱う<sup>13</sup>。これは国（・都道府県）の関与に対して不服のある地方公共団体が訴訟を提起することが許容されるかという問題である。従来、憲法学では国の関与が検討対象とされることが少なかった<sup>14</sup>。

---

法令用語たる地方公共団体にそれを読み込むという手法もあり得よう。以下ではそのような意味において、日本の文脈で地方自治を行う主体につき、地方公共団体という用語を用いる。なお、拙稿「地方自治体の出訴可能性」憲法理論研究会編『市民社会の現在と憲法』（敬文堂、2021年）183頁以下は地方自治体という名称を用いているが、紙幅の都合に依るものであり、以上の問題意識と異なるものではない。

<sup>13</sup> 関与の問題は、地方公共団体と国との間のみならず、都道府県と市区町村との関係でも生ずるが、本稿では前者のうち、特に市区町村と国との関係について検討する（都の特別区は平成10年法律第54号により、基礎的な地方公共団体であると定められた。参照、地方自治法281条、同法281条の2第2項。関与については、同法283条第1項参照）。関与を行う主体は事務区分や関与手段等により異なる。参照、人見剛「都道府県と市区町村の関係」同『分権改革と自治体法理』（敬文堂、2005年）123-125頁、木佐茂男「分権改革の法制度設計」同『国際比較の中の地方自治と法』（日本評論社、2015年）71-75頁。市区町村への関与の多くは都道府県が担うこととされており、改革前後はそのように想定されていた（例えば参照、木佐茂男「新地方自治法の課題」同書146頁、西尾勝『地方分権改革』（東京大学出版会、2007年）65頁）。しかしながら今日、周知の通り、国地方係争処理委員会における対立が話題となる例が多い。そのため、本稿では国と地方公共団体との間の事案について検討する。

<sup>14</sup> 関与の憲法上の根拠については、第一次地方分権改革が大詰めを迎えた後も法的な議論が整理されていなかった。参照、小早川光郎ほか「〈座談会〉分権改革の現段階」ジュリ1127号（1998年）28-31頁〔小早川・高橋和之・増島俊之・西尾勝発言〕。

なお、関与の文脈には限定されないものの、地方公共団体と国の紛争を裁判所において解決すべき旨の指摘は憲法学においてもなされていた。参照、全国憲法研究会「〈討論〉地方自治の危機」ジュリ416号（1969年）60頁〔奥平康弘発言〕、62頁〔和田英夫発言〕。

地方公共団体と国との間——実質的に極めて政治的或いは政策的な——紛争を法的なものとして扱うことの妥当性について疑問が呈される場合がある（参照、板垣勝彦「地方自治の本旨と国の関与」同『地方自治法の現代的課題』（第一法規、2019年）8-11頁）。しかし、仮にそのような紛争であっても、訴訟要

しかしながらこれは、地方公共団体の意思決定に対する国の干渉であり、国法秩序における地方公共団体の位置づけや団体自治に直結する<sup>15</sup>。したがって関与を巡る法的紛争解決、違法な関与に対する救済の問題は、憲法解釈との連関が十分に意識されなければならない<sup>16</sup>。実際、わが国地方自治法改正史において、戦前の監督制度からの脱却や逆コースにおける一定程度の揺り戻しが生じ<sup>17</sup>、戦前の制度として廃止された筈の後

---

件該当性が問題とされるべきではない——善かれ悪しかれ、裁判所は統治行為論を用い得る——と考えられる。また、裁判所による裁断によっても解決され得ない紛争があるとも指摘される（参照、茂木洋平「辺野古訴訟最高裁判決をめぐる法的問題」桐蔭法学25巻1号〔2018年〕129-130頁）。これらの点には留意した上で尚、本稿は法的紛争について可能な限り裁判所において解決し得べきであるとの立場に立脚する。しかしながらこれらの指摘は首肯できる部分も多く、法的紛争に馴染まない事案や本来的にあるべき解決方法を探究する必要はあろう。この点の検討は他日を記すほかない。

<sup>15</sup> 団体自治と関与の関係について、参照、白藤博行「地方分権改革と『自治体行政訴訟』」法時79巻9号（2007年）58頁、山本未来「行政主体間の争訟と地方自治」法経論集177号（2008年）2頁、阿部泰隆ほか編著『泉佐野市ふるさと納税訴訟』（信山社、2021年）420-426頁、452-453頁、469-472頁。憲法学においてこの点に触れる数少ない文献として、参照、小林武ほか『憲法と地方自治』（法律文化社、2007年）248-255頁、山元一「自治体に対する国の『関与』」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）312頁。また、関与に係る訴訟を「団体自治の争訟化」とする論考もある。参照、阿部昌樹『争訟化する地方自治』（勁草書房、2003年）12頁以下。

<sup>16</sup> 「裁判抜き代執行」について憲法に反するとされたことを指摘する近年の論考として参照、垣見隆植「地方分権改革の検証」日本地方自治学会編『自治体二層制と地方自治』（敬文堂、2006年）100頁。

<sup>17</sup> 例えば参照、塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同『国と地方公共団体』（有斐閣、1990年）54-70頁、宇賀田順三「行政的関与と地方自治」都市問題61巻2号（1970年）31-32頁、塩野宏「地方自治法制」同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）370-377頁、木佐・前掲注13）「分権改革の法制度設計」57-59頁。職務執行命令訴訟の改革について検討した論考として例えば参照、成田頼明「地方自治法改正の問題点」同『地方自治の法理と改革』（第一法規、1988年）153-159頁、杉原文史「職務執行命令訴訟制度論」早稲田法学74巻2号（1999年）117-121頁。

見の監督が問題とされる場面も存在した<sup>18</sup>。このように、制度改正が度々行われ、かつ団体自治とも関わる関与及びそれを巡る紛争解決に関しては、本来、憲法の規範的内容が検討されていなければならなかった<sup>19</sup>。

しかしながら憲法学においては、当該論点が看過されているように思われる<sup>20</sup>。関与不服訴訟制度創設は第一次地方分権改革の成果の一つとして位置づけられ、以下で検討するように、行政法学では、行政主体間の訴訟提起の問題の中で憲法上の地方自治保障との関連が意識されていた。しかしながら管見の限りでは、憲法学ではこの点につき十分に議論されておらず<sup>21</sup>、憲法学においては、「第一次分権改革で関与不服訴訟が

<sup>18</sup> 内閣総理大臣の措置要求を自治体に対する後見的監督と解する論考として参照、確井光明「起債の不許可処分を地方公共団体は裁判上争えるか」室井力ほか編『行政法を学ぶ2』（有斐閣、1978年）283頁。

<sup>19</sup> 第一次分権改革との関係で、小早川教授は「関与法定主義（法律の留保）が、一般に、または一定種類の関与について、憲法上当然に妥当すると解すべきかどうかは、これまで議論のあるところである」と指摘していた（小早川光郎「国地方関係の新たなルール」西尾勝編著『地方分権と地方自治』〔ぎょうせい、1998年〕106頁）。阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政訴訟法の意義（3）」自研77巻6号（2001年）26頁は、法解釈の紛争を解決するには裁判制度を用いるほかなく、国と地方公共団体の争いに裁判制度を導入することは憲法上の要請とする。この点については、例えば参照、宇賀田・前掲注17）29-30頁。非権力的な関与についても法律の根拠を要するとしていた論考として例えば参照、室井力「地方公共団体に対する国家関与」同『現代行政法の原理』（勁草書房、1973年）166-167頁。

<sup>20</sup> 第一次分権改革の成果について憲法学の側から比較的詳細に検討した小林ほか・前掲注15）255-258頁も、係争処理制度と憲法の関係についての言及はない。

<sup>21</sup> 憲法学は主に司法権の議論において検討を重ねてきた。例えば参照、石川健治「『法律上の争訟』と機関訴訟」法教376号（2012年）87頁（なお92-93頁では、「国家や憲法についての本格的な考察が、必要不可欠になる」と指摘される）。地方自治の観点から出訴について検討する例外的な論考として例えば参照、小林武「憲法訴訟における自治体の地位」立命館法学119・120号（1975年）1頁以下、小林武「自治体財政と行政訴訟」アカデミア経済経営学篇57号（1977年）143頁以下、小林武「憲法訴訟における自治体の原告適格」同『地方自治の憲法学』（晃洋書房、2001年）279頁以下、大津浩「国民主権と『対話』する地方自治」『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』（岩波書店、2007年）271-274頁、杉原泰雄『地

機関訴訟として立法的な手当を受けたこと」の法的意義が十分に検証されていないように思われる。

関与不服訴訟制度の新設については、当該制度が機関訴訟として制度化されたため、第一に、このような立法措置がなければ訴訟提起が認められないか、第二に、そのような立法措置が超えてはならない憲法上の要請の有無が問題となる。改革によって立法措置がなされた以上、実務上の問題は大きくないように思われるかもしれない。けれども、既に見たように、地方公共団体への関与は国が長年関心を示してきた論点であり、今後も改正の可能性がある<sup>22</sup>。この点について立法裁量を画定するような憲法上の要請はないのか。極端な事例を挙げるならば、制度化された係争処理制度の全廃は憲法上許容されるのか。関与に対する地方公共団体の出訴可能性の問題に関する憲法解釈が十分でないということは、違法な行政的関与という介入に対する団体自治の保障という憲法の

---

方自治の憲法論（補訂版）』（勁草書房、2008年）166-179頁、杉原泰雄ほか・前掲注9）22-31頁〔杉原発言〕。

このような状況に対して、行政法学からは、まさに地方自治の観点からの検討不足が問題であるとされてきた。例えば参照、人見剛＋川岸令和「行政法学からの問題提起と憲法学からの応答」法時81巻5号（2009年）67頁。また、憲法と関与不服訴訟の連関について検討が必要であると指摘する論考として、例えば参照、山本未来・前掲注15）31-37頁。行政主体間の争訟については、司法権や裁判を受ける権利等も関わる内容であり、憲法学における行政主体の位置づけ論、憲法上の権利享有主体の議論が欠かせない。行政主体と裁判を受ける権利の関係を指摘するものとして、参照、村上裕章「行政主体間の争訟と司法権」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）64-65頁。

<sup>22</sup> 実際にその後制度化された例として参照、地方自治法251条の7。これは国からは正の要求をするよう指示を受けた都道府県が、市町村に関与を行わなかった事案が発生したためである。参照、吉川基道ほか「杉並区訴訟の経過および主要争点」兼子仁ほか編『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社、2009年）24頁。国からの審査の申出及び訴訟の提起及び条例の違法確認審査は当該改革で省庁の反対により実現しなかった。参照、成田頼明『「分権型社会の創造」にむけた行政システムの変革と地方自治制度』同『分権改革の法システム（著作集）』（第一法規、2001年）72頁、77頁。この点の必要性を主張する論考として、例えば、参照、西尾・前掲注13）74-76頁。

規範的内容が欠けていることになろう。憲法学は第一次地方分権改革の検証ができていないとされるが<sup>23</sup>、関与不服訴訟に関しても同様である。

以上のように、本稿では、従来検討が不足していた憲法第8章の規範的意義を探るため、関与に対する地方公共団体の出訴可能性の問題について検討する。この点の検討は、また、「地方自治の本旨」に対する侵害の視点<sup>24</sup>を取り入れることになり、裁判規範として機能し得る「本旨」の内容の具体化を考える端緒ともなり得るように思われる<sup>25</sup>。今日、少数ながら訴訟の文脈において憲法92条へ言及する例が見られるようになってきているため<sup>26</sup>、今まで以上に裁判規範としての「地方自治の本旨」の

---

<sup>23</sup> 参照、北村・前掲注11) 91頁。第一次地方分権改革に際して、座談会の場において、地方分権推進委員会の専門委員だった論者により、「憲法学者は現実には起こっている事態に対して的確な対応能力を書いているのではないか」、「日本の憲法学が、これほどの統治構造の改革をやっているときに、どうしてこれほど発言力を失っているのか」ということは驚くべきことではないか」という感想が吐露されている（大津浩ほか「〈座談会〉地方分権改革の意義と課題」小早川光郎ほか編『あたらしい地方自治・地方分権』〔有斐閣、2000年〕20頁〔大森彌発言〕。同座談会では、地方自治の本旨が抽象的に語られてきた点が一因として指摘された（20頁〔大津発言〕、この点につきなお参照、白藤・前掲注9）411-412頁）。しかしながら憲法学における団体自治や行政組織にかかる論点、法人論の不足も一因となったのではなからうか（法人論の霧散につき参照、西貝小名都「二つの団体自治論」地方自治839号〔2017年〕15頁）。団体自治の改革を主要な成果とした当該改革において（参照、西尾・前掲注13）55頁）、問題となった領域の議論が手薄であった憲法学が発言できなかったのは、已むないところであったと考えられる。当該改革の検証が進んでいないのも、同様の事情であろう。

<sup>24</sup> 参照、須藤陽子「地方自治における『比例原則』、補完性原理」同『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）189頁。

<sup>25</sup> 成田頼明「地方分権一括法をどのように生かすべきか」同・前掲注22) 155頁は、「委員会の勧告や裁判所の判決の積み重ねが、いずれ『地方自治の本旨』の具体的内容を法的に確立させることになるものと期待される」と述べ、従来判例で明らかにされなかった「本旨」の中身（参照、成田頼明「法定受託事務の概念」同書178-179頁）の明確化を望む。

<sup>26</sup> 参照、福岡高裁那覇支部平成28年9月16日判決民集70巻9号2727頁（辺野古基地新設に関し、沖縄県知事が公有水面埋立承認取消を行なったところ、国が

内容の検討が求められている<sup>27</sup>。このような訴訟が裁判所において訴訟要件を満たさないとして却下される傾向にあることから、「本旨」の法的内容を学説において充実させることは、喫緊の課題である。

## 第2節 日本における地方公共団体の出訴の概観

以下では、地方自治法に規定されている制度及び地方公共団体の出訴可能性に係る判例・学説を検討する。先ず、第一次地方分権改革により

---

承認取消に対し是正の指示をし、知事がこれに従わなかったことにより国から違法確認訴訟が提起された事案)、最高裁令和2年6月30日判決民集74巻4号800頁(泉佐野市ふるさと納税不指定取消請求事件、但し最高裁はこの点について上告理由として取り上げなかった。参照、阿部泰隆ほか編著・前掲注15)469-472頁〔上告理由書〕)。

<sup>27</sup> 裁判規範として機能する「本旨」解釈の必要性について例えば参照、大津ほか・前掲注23)20頁〔大津発言〕。

なお、改革により、新たに憲法92条の内容として役割分担論を読み込むべきとの見解が展開された(例えば参照、小早川光郎「地方分権の現状と課題」ジュリ1413号〔2010年〕9頁)。「適切な役割分担」規定(地方自治法2条11項、同条12項)が「裁判規範として作用する可能性もある」との指摘もある(成田頼明「改正地方自治法の争点をめぐって」同・前掲注22)99-100頁)。これと類似の概念とされる補完性原理について、これを強力な裁判規範と解すべきとの主張もある(例えば参照、杉原泰雄ほか・前掲注9)25頁〔杉原発言〕)。補完性原理については、背景となる思想・歴史を解明する必要性(参照、斎藤誠「地方自治の手続的保障」同『現代地方自治の法的基層』〔有斐閣、2012年〕125-126頁)や具体的な内容の不明確性(例えば参照、関谷昇「補完性原理と地方自治についての一考察」公共研究4巻1号〔2007年〕81頁、全国知事会「地方自治の保障のグランドデザイン」〔2004年〕50-51頁)が指摘されている。特に後者については、わが国において、合併をも視野に入れた補完性原理——総合行政主体たる能力を有する地方公共団体の「自主的な」作出——が展開されているとして、危惧が示されている(参照、塩野宏『行政法Ⅲ(第5版)』〔有斐閣、2021年〕255-256頁)。省庁側の実務家が展開する地方統治構造改革論については参照、山崎重孝「地方統治構造の変遷とこれから」『地方自治法施行70周年記念自治論文集』925頁([https://www.soumu.go.jp/menu\\_seisaku/chiho/02gyosei01\\_04000320.html](https://www.soumu.go.jp/menu_seisaku/chiho/02gyosei01_04000320.html))〔2021年10月5日最終アクセス〕)。

結実した諸成果を概観し、関与不服訴訟制度に残されている課題を指摘する。当該訴訟は行政実務において機関訴訟と位置づけられているところ、国からの「関与」を一般的に認める規定は存在しないことが確認される。出訴が認められない関与が残されることにより、法律による行政の原理の観点及び改革の目標との整合性に係る問題が残されている（第1款）。続いて地方公共団体と国の紛争について妥当している判例法理を確認する。具体的には、このような紛争において広く引用される宝塚市パチンコ条例事件上告審判決を検討し、裁判実務においてもこのような訴訟が機関訴訟と位置づけられてきたことを指摘する（第2款）。学説においては、しかし、出訴に積極的な説が多い。しかしながらこれに消極的な説も存在し、出訴を認める際に検討することが避けられない原理的な問い——「自治権」はあるのか、あるとしてこれは抗告訴訟で救済されるべき権利なのか——が提示されている。何れの立場においても、主観的権利たる自治権を、抗告訴訟で救済すべきか否かという定式に基づく点は共通する（第3款）。

## 第1款 制度

地方公共団体と国の関係を語る上では、1999年に成立した「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（平成11年法律第87号）による第一次地方分権改革について検討しなければならない。周知の通り、当該改革は両者の関係を、上下・主従関係から「対等・協力」関係へと転換することを目指し<sup>28</sup>、その目玉の一つが、機関委任事務の廃止や関与に係るルールの条文化であった<sup>29</sup>。

<sup>28</sup> 地方分権推進委員会事務局編『地方分権推進委員会第1次勧告』（ぎょうせい、1997年）19頁。松本英昭『要説地方自治法（第10次改訂版）』（ぎょうせい、2018年）660頁は、両者の関係の転換につき、「要するに、地方公共団体の『自己決定と自己責任』ということを徹底することに他ならない」、「国との関係において、地方公共団体の『自己決定と自己責任』の原則を確立することと、国と地方公共団体との関係を『対等・協力の関係』とすることは、表と裏の関係にある」とする。

<sup>29</sup> 西尾勝「地方分権改革を目指す二つの路線」前掲注27）地方自治法施行70周年記念自治論文集3-5頁は、機関委任事務の廃止を改革の最大の成果として、

## 1. 機関委任事務の廃止及び事務再編成<sup>30</sup>

改革以前、地方公共団体は所謂団体事務（自治事務、地方自治法旧2条2項の各事務）及び機関委任事務<sup>31</sup>を行うこととされていた。前者は地方公共団体の事務とされ、原則として非権力的な関与のみ認められた（地方自治法旧245条）<sup>32</sup>。一方、後者は国等の事務を長等に委任するものであり（同法旧148条）、したがって以下の帰結を伴うものであると解された<sup>33</sup>。即ち、当該事務を遂行する際、本来国とは別の法人の代表たる長は、主務大臣の下級行政機関として位置づけられ<sup>34</sup>、通達を始めとする大臣の包括的な指揮監督に服するとされた（国家行政組織法旧15条1項、地方自治法旧150条）。のみならず、条例制定権や地方議会の100条調査権等が及ばないと解された<sup>35</sup>。国の事務を長へ委任する場面を例に

---

国地方係争処理制度の創設をもう一つの成果とし、特に関与不服訴訟について、国と自治体の解釈権限の対等性を保障するものと述べる。

<sup>30</sup> 以下の点について、参照、西尾・前掲注13）57-69頁。なお、平成3年改正までの機関委任事務の詳細については例えば参照、阿部照哉ほか編『地方自治大系 第2巻』（嵯峨野書院、1993年）161頁以下〔芝池義一執筆〕。

<sup>31</sup> 当該事務の問題点について、例えば参照、坂田期雄「機関委任事務をめぐる論点」東洋法学32巻2号（1989年）17頁以下、人見剛「機関委任事務制度」法教209号（1998年）10頁以下。

<sup>32</sup> 自治事務についても、昭和31年に新設された内閣総理大臣の是正措置請求等（地方自治法旧246条の2、旧246条の3）が存在した。当該請求は事実上のものに過ぎないとの見解が存在していたが（例えば参照、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」同『行政法執行システムの法理論』〔有斐閣、2011年〕230頁）、実務上は法律上の義務が認められていた（参照、長野士郎『逐条地方自治法（第12次改訂新版）』〔学陽書房、1995年〕938頁）。室井・前掲注19）169頁は、「形式的に非権力的手段であるとはいえ、実質的には地方自治を侵害するかなり強い手段となりうるであろう」と述べる。

<sup>33</sup> 但し、権限の委任と委任機関の下級機関化は必ずしも結びつかないことを指摘する論考として、参照、人見・前掲注31）10頁。

<sup>34</sup> 異論として参照、鳥飼顯「機関委任事務に関するいくつかの『通念』への疑問」都市問題88巻7号（1997年）52-56頁。

<sup>35</sup> 参照、成田・前掲注27）106-107頁、成田頼明「地方自治法の改正」同・前掲注22）129-130頁。人見・前掲注31）10頁は、「(ア)国の強い行政的関与を受ける、(イ)住民代表議会のコントロールを受けにくい」点に問題があったと述べる。

とると、当該事務は都道府県の事務の7、8割、市町村の事務の3、4割に及ぶとされ<sup>36</sup>、事務そのものが違憲であるとはされていないもの<sup>37</sup>、とりわけ(都道)府県の事務量の割合からは、最早違憲状態の疑いがあるとの指摘も存在していた<sup>38</sup>。

機関委任事務に対しては、更に市町村長の処分に対する知事の取消・停止権(地方自治法旧151条1項)や罷免を含めた主務大臣・内閣総理大臣の措置や職務執行命令訴訟等が認められていた。例えば昭和22年法律第169号による改正後の地方自治法146条7項、同条8項、平成3年法律第24号による改正前の国家行政組織法旧15条1項では、職務執行命令訴訟制度<sup>39</sup>が設けられ、裁判所の判断を経て主務大臣の代執行が認められ、内閣総理大臣には知事の罷免の権限が与えられた<sup>40</sup>。その後、上記平成3年の法改正により、職務執行命令訴訟は、罷免制度の廃止や主務大臣の勧告等の変更がなされた上で、改めて制度化された(地方自治法旧151条の2、国家行政組織法旧15条2項)。当該制度は「伝家の宝刀」<sup>41</sup>として機能していたとされ、砂川事件<sup>42</sup>及び沖繩代理署名事件<sup>43</sup>において用いられた<sup>44</sup>。

<sup>36</sup> 参照、地方分権推進委員会事務局編・前掲注28)22頁、成田・前掲注27)107-108頁、成田頼明「これからの地方行財政改革の課題」同・前掲注22)116頁。異論として参照、鳥飼・前掲注34)56-58頁。

<sup>37</sup> 参照、原田尚彦『(新版)地方自治の法としくみ(改訂版)』(学陽書房、2005年)61頁。

<sup>38</sup> 参照、坂田・前掲注31)22頁、稲葉馨「内閣・国家行政組織制度」公法59号(1997年)170頁、兼子仁『行政法学』(岩波書店、1997年)249頁。

<sup>39</sup> 参照、杉原丈史・前掲注17)115頁以下。

<sup>40</sup> 地方自治法制定当初(旧146条)では、内務大臣による知事の、知事による市町村長の弾劾裁判所への罷免の訴追が設けられていた。詳細は参照、小西敦『地方自治法改正史』(信山社、2014年)73-76頁。罷免が憲法に反すると指摘する論考として、参照、鈴木俊光「職務執行命令訴訟について」民事訴訟雑誌8号(1962年)240頁。

<sup>41</sup> 杉原丈史・前掲注17)116頁。

<sup>42</sup> 最高裁昭和35年6月17日判決民集14巻8号1420頁。

<sup>43</sup> 最高裁平成8年8月28日判決民集50巻7号1952頁。

<sup>44</sup> 参照、奥村文男「職務執行命令訴訟に関する一考察」憲法論叢5号(1998年)97頁以下。

改革では機関委任事務が廃止され、自治事務と法定受託事務へと事務区分が再編成された（地方自治法2条8項・同条9項）。両者は共に地方公共団体の事務とされ<sup>45</sup>、自治事務についての地方公共団体の法令解釈権の拡大及び法定受託事務への条例制定権等の拡大が認められた<sup>46</sup>。相違点は主に関与の手法である<sup>47</sup>。これは法定受託事務が、「国または都道府県にとってその適正な処理を確保する必要性が高いため」<sup>48</sup>である。事務の判断基準は地方分権推進計画において示されており、例えば「国家の統治の基本に密接な関連を有する事務」、「根幹的部分を国が直接執行している事務」のうち一定のもの（例えば公物の管理、治山・治水及び天然資源の適正管理等）、「全国単一の制度又は全国一律の基準により行う給付金の支給等に関する事務」のうち一定のもの（例えば「生存にかかわるナショナル・ミニマムを確保するため、全国一律に公平・平等に行う給付金の支給等」）等が挙げられている<sup>49</sup>。

## 2. 関与制度のルール化<sup>50 51</sup>

---

<sup>45</sup> したがって何れの事務も憲法65条の範囲外と考えられる。参照、「〈シンポジウム〉第二部会 地方分権 討論要旨」公法62号（2000年）244頁〔曾和俊文・小早川光郎発言〕。

<sup>46</sup> 西尾・前掲注13）67頁。

<sup>47</sup> 参照、山下淳「自治事務と法定受託事務」法教209号（1998年）12-13頁。

<sup>48</sup> 宇賀克也『地方自治法概説（第9版）』（有斐閣、2021年）138頁。

<sup>49</sup> 「地方分権推進計画本文」（<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/bunken-suishindoc980529bunken.pdf>）第2 3（1）イ〔2021年6月18日最終アクセス〕。

<sup>50</sup> 以下の点について参照、西尾・前掲注13）69-73頁。

<sup>51</sup> 関与は従来、所謂「固有の資格」の立場にある地方公共団体への処分であると定式化されてきた（例えば参照、西尾・前掲注13）70頁）。しかしながら当該概念の基準は不明確であり（例えば参照、木佐・前掲注13）「分権改革の法制度設計」94-95頁）、地方自治法と行政手続法・行政不服審査法で見られる「固有の資格」概念の関係も明確ではない（参照、田中孝男「地方自治法性における『固有の資格』概念の検討（上）」自治実務セミナー 2016年3月号58頁以下）ため、本稿は当該概念を可能な限り廃して議論を進める。「関与」と「固有の資格」が争われた例として、参照、大阪地裁中間判決令和3年4月22日 LEX/DB25571507（泉佐野市特別交付税額決定取消請求事件）。

更に、改革では地方公共団体に対して国等が関与する場合のルールが設けられた。「対等・協力」関係にある両者の間で関与が必要とされた理由は、「地方公共団体の行政といえども、国全体の行政活動の一部とすることができ、その統一性、一貫性、あるいは適法性を確保するため」<sup>52</sup>である。従来、関与が法定されておらず、不透明であったため、改革では、この点についての公正・透明<sup>53</sup>性の確保が必要であるとされた。これにより、両者は「対等・協力の関係に〔され〕る」<sup>54</sup>と考えられた<sup>55</sup>。

地方自治法は関与を、「普通地方公共団体の事務の処理に関し、国の行政機関……又は都道府県の機関が行う次に掲げる行為……をいう」とし(245条)、第1号所定の諸行為、協議、その他「一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別的に関わる行為」と定義づける。第1号では「助言又は勧告」、「資料の提出の要求」、「是正の要求」、「同意」、「許可、認可又は承認」、「指示」及び「代執行」が挙げられる(各類型の規定につき参照、245条の4-245条の8)。同法は関与の3つの原則を規定する<sup>56</sup>。第一に、関与について法律又は政令の根拠を要求する関与法定主義の原則である(245条の2)<sup>57</sup>。これにより非権力的な関与も法律等の根拠が求められる<sup>58</sup>。第二に、関与一般法主義

<sup>52</sup> 成田頼明監修・川崎政司編代『地方自治法改正のポイント』(第一法規、1999年)39頁。

<sup>53</sup> 参照、地方分権推進委員会事務局編・前掲注28)28頁。

<sup>54</sup> 宇賀・前掲注48)417頁。

<sup>55</sup> 地方公共団体と国が対等であるならば、紛争が生じない或いは生じた段階で検討すれば良いとの見解が省庁から述べられていた。参照、成田頼明「分権改革と第二次勧告の意義」同・前掲注22)40頁。対等性と行政訴訟提起可能性の問題につき参照、藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」同『行政法の基礎理論 下巻』(有斐閣、2005年)79頁注22、角松生史『『固有の資格』と『対等性』』法時87巻12号(2015年)45頁。

<sup>56</sup> 以下の点につき、参照、地方分権推進委員会事務局編・前掲注28)28頁、川崎・前掲注52)44頁。

<sup>57</sup> 法令による統制が増加する事態は当初から認識されていた。参照、成田・前掲注35)134-135頁。参照、白藤・前掲注9)407頁。

<sup>58</sup> したがって関与は私人に対する行政指導以上に法律の留保に服する。これは従前、非権力的な関与を採りつつ強力な干渉が行われたこと、そして国と地

の原則である（245条の3）。これは関与や関与に係る立法に対し以下の基本原則に則ることを要請する。まず関与は目的達成に必要な最小限度かつ普通地方公共団体の自主性・自立性に配慮しなければならない（同条第1項）。立法は、同条第2項から第6項の指針を遵守するよう要請される。更に地方自治法を根拠とし得る関与手法が定められる（245条の4-245条の8）。第三に、関与の公正・透明な手続原則（247条-250条の6）である。関与の際には、書面の交付、許認可基準の設定及び交付や標準処理期間の設定及び公表等が要請される。これらの原則は、行政手続法の目的である「行政運営における公正の確保と透明性の向上」を、関与についても妥当させるべく設けられた<sup>59</sup>。従来、法定受託事務については大臣による無制限の指揮監督権が認められていたことに鑑みるならば<sup>60</sup>、ルール化は特に法定受託事務への関与を大きく変更させたと考えられる。

以上、地方自治法所定の関与制度を概観したが、本稿の課題との関係で重要な点は、自治事務に対する関与と法定受託事務に対するそれとの相違である<sup>61</sup>。具体的には、自治事務には地方自治法245条の3第2項、同条第4項-同条第6項より、原則として代執行、同意、許可、認可又は承認、指示は認められず、助言又は勧告、資料の提出の要求等の非権力的な関与が原則とされる。法定受託事務については、許可、認可又は承認、指示、代執行等権力的な手法の関与も許容されている。また法定受託事務として行われた処分又は不作為に対しては、審査請求が可能である（地方自治法255条の2）<sup>62</sup>。

---

方公共団体を「対等・協力」関係にあるものと位置づけたことによるとされる。参照、人見ほか編著・前掲注12) 169頁、宇賀・前掲注48) 425頁。

<sup>59</sup> 参照、地方分権推進委員会事務局編『地方分権推進委員会第2次勧告』（ぎょうせい、1997年）47頁、西尾・前掲注13) 71-73頁、成田・前掲注22) 71頁、成田頼明「四次にわたる地方分権推進委員会勧告の総括」同・前掲注22) 59-60頁。機関委任事務廃止の意義からの考察として、参照、同論文66頁。

<sup>60</sup> 参照、成田・前掲注27) 106頁。

<sup>61</sup> 権力的関与が自治事務にも認められる結果、事務区分が相対化していると批判される。例えば参照、山下・前掲注47) 13頁、人見ほか編著・前掲注12) 167頁。

<sup>62</sup> その他に審決の申請も規定されている。参照、地方自治法255条の4。

### 3. 係争処理制度<sup>63</sup>

関与に係る紛争処理制度として、改革では係争処理制度が設けられた。これは国地方係争処理委員会への審査申出と裁判所への出訴（関与不服訴訟）に分けられる。

国地方係争処理委員会<sup>64</sup>は総務省に設置され、「普通地方公共団体に對する国又は都道府県の関与のうち国行政機関が行うもの……に関する審査申出」を処理する（地方自治法250条の7）。普通地方公共団体の執行機関が「国の関与のうち是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの……に不服がある」場合及び国の不作為や協議が整わない場合、当該委員会へ審査の申出を行うことができる（同法250条の13第2項・同条第3項）。国地方係争処理委員会は、自治事務への関与については関与の違法性の有無のみならず「普通地方公共団体の自主性及び自立性を尊重する観点から不当でない」か審査する（同法250条の14第1項）。違法性又は不当性が認められる場合、国の行政庁に理由を付し、期間を示して必要な措置を講ずべきことを勧告し、当該勧告の内容を普通地方公共団体の執行機関に通知し、公表しなければならない。また、法定受託事務については、関与の違法性のみを審査し、違法である場合には勧告等を行う（同条第2項）。委員会は、申出のあった日から90日以内に審査・勧告を行わなければならない（同条第5項）。また委員会が相当であると認める場合には、普通地方公共団体の執行機関と国の行政庁の間で調停を受諾するよう勧告を行うことも可能である（同法250条の19第1項）。

国地方係争処理委員会で行われる手続は準司法的手続であるとされ<sup>65</sup>、司法審査の前のスクリーニング機能を果たすとされる<sup>66</sup>。地方公共団体の執行機関は、以下の何れかに該当する場合、高等裁判所に対し、国の

<sup>63</sup> 以下の点について参照、西尾・前掲注13) 74-78頁。

<sup>64</sup> 例えば参照、山口道昭「国地方係争処理委員会の成立と運用」鈴木庸夫先生古稀記念『自治体政策法務の理論と課題別実践』（第一法規、2017年）389頁。

<sup>65</sup> 参照、稲葉一将「地方自治と国の関与」白藤博行ほか編著『地方自治法と住民』（法律文化社、2020年）126頁。

<sup>66</sup> 参照、宇賀・前掲注48) 456頁。小早川・前掲注19) 139頁は、国地方係争処理委員会への審査申出前置主義と述べる。

行政庁を被告として、違法な国の関与の取消し又は不作為の違法の確認の訴えを提起することができる（地方自治法251条の5第1項）。即ち、委員会の審査の結果や勧告に不服がある場合（同項第1号）、勧告の結果、国の行政庁が勧告に即した措置を講じることとなっている（同法250条の18第1項）が、当該措置に不服がある場合（同法251条の5第1項第2号）、委員会が申出をした日から90日を経過しても審査・勧告を行わない場合（同項第3号）、同法250条の18第1項の措置を国が講じない場合（同項第4号）である<sup>67</sup>。

改革では、当該訴訟の性質についての結論は留保された<sup>68</sup>。後に見るように、行政法学において、改革以前から国と地方公共団体の争訟が「法律上の争訟」（憲法76条、裁判所法3条）に該当するか争いがあり、地方公共団体は一般的に抗告訴訟等の提起が可能であるとする立場<sup>69</sup>と、このような法的紛争は凡そ法律上の争訟には該当せず、出訴を認める規定がない限り却下されるとの見解が存在した。前者の立場からは、上記規定は機関訴訟として地方公共団体と国との間に特別な紛争解決手続を創設したものと解される<sup>70</sup>。改革で設けられた訴訟は、条文上機関訴訟であるとされた（地方自治法251条の5第8項・同条第9項）<sup>71</sup>が、「この問題は憲法解釈にかかわり、今回の改正もこの点に決着をつける趣旨では

---

<sup>67</sup> 逆に、各大臣が是正の要求や是正の指示を行なったにもかかわらず、地方公共団体が措置を講じない場合、国地方係争処理委員会への審査の申出をせず措置も講じない場合或いは審査の申出をしたが訴えの提起をせず措置も講じない場合には、高等裁判所に対し地方公共団体の不作為に関する違法の確認を求めることができる。この点については、参照、前掲注22）。

<sup>68</sup> 小早川教授はその一因として「学界として十分蓄積がなかった」ことを挙げる（大津ほか・前掲注23）18-19頁）。

<sup>69</sup> 人見剛「251条の5」村上順ほか編『新基本法コンメンタール 地方自治法』（日本評論社、2011年）435頁。

<sup>70</sup> 例えば人見・前掲注69）435頁は、当該規定について「簡易迅速な係争処理制度を特別に設けた」ものと解する。

<sup>71</sup> 地方公共団体の不作為に関する国の違法確認の訴えも機関訴訟であるとされる。参照、地方自治法251条の7第4項。

ないと解され[た]」<sup>72</sup> <sup>73</sup>。

#### 4. 残された課題<sup>74</sup>

以上の紛争処理手続については一定の評価が与えられている<sup>75</sup>。しか

<sup>72</sup> 村上裕章「国地方係争処理と自治紛争処理」同・前掲注21)95-96頁。大津ほか・前掲注23)40頁〔小早川発言〕によれば、地方分権改革における「棚上げ」は、法律上の争訟該当性を否定する趣旨ではなかったとのことである。改革時に抗告訴訟とされなかったことに対する批判として参照、同書33頁〔人見剛発言〕。

<sup>73</sup> 村上裕章「客観訴訟と憲法」同『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂、2019年）54頁は、「客観訴訟については、その憲法上の許容性や限界をめぐって議論があり、この点が立法による客観訴訟の創設に否定的な影響を与えているのではないか」と指摘した上で、分析の結果、憲法上の限界の具体化が必要であると述べる（87頁）。

<sup>74</sup> 先行研究において、国の法律が地方公共団体に対して不利な内容を規定するため、関与及び関与不服訴訟の制度化が地方公共団体の実際上の抵抗を不可能にするのではないかと懸念が示されていた（参照、大津・前掲注21)270-272頁、大津ほか・前掲注23)19-20頁〔大津発言〕）。近年の事案、例えば辺野古基地新設の一連の推移や裁定的関与の用いられ方、泉佐野市への不指定決定等を想起するだけでも、立法・行政の「関与」手法を批判的に検討する必要性は明らかである。とはいえ、法律による行政それ自体は、国民・住民に対する公権力を行使する団体として地方公共団体にも要請される（参照、斎藤誠「地方分権・地方自治の10年」ジュリ1414号〔2011年〕28頁注9）。したがって本稿では、地方公共団体・国何れも合法性を維持する必要があることを前提とする。

地方自治に不利になり得る立法については、例えば法律の内容について事項に応じて地方側の意見を国のものに優先させること、「国と地方の協議の場」のような地方側の参加を増やすこと等、立法過程において地方側の意見をより反映させることが考えられる。その際、「地方」側にも様々な場面に依りて利害が対立する場面が存在するため、文脈に応じた参加主体を検討する等の方法がある。地方六団体の機能させる必要があると指摘する論考として参照、西尾勝「[[基調講演]地方分権改革とは何であったのか]」『都市問題』公開講座ブックレット37「分権」から「自治」へ（後藤・安田記念東京年研究所、2021年）17頁。本稿はこのような前提に立つが、無論、地方公共団体や地方自治に不利な内容の法律を追認する趣旨ではない。

<sup>75</sup> 村上・前掲注72)99頁は、「国地方関係の対等化、透明化に大きく寄与する可能性を秘めている」とする。

しながら以上で見たような制度には、今尚地方公共団体の出訴可能性が問題となる場面が残されている。改革により関与については種々ルールが設けられたものの<sup>76</sup>、係争処理制度において関与から除外された類型が存在する。行政実務上関与不服訴訟が機関訴訟として位置づけられる<sup>77</sup>ため、出訴できない類型の関与が存在するのである。このことは当該改革との整合性のみならず、法律による行政の原理の観点からも問題であるように思われる。

除外されたものは、第一に地方自治法上の関与に該当しないもの——①地方公共団体に対する「支出金の交付及び返還に係るもの」（同法245条本文括弧書き<sup>78</sup>）と②所謂裁定的関与（同条第3号括弧書き）——、第

---

<sup>76</sup> 以下扱う所謂行政的関与の他、法令による関与（立法的関与）も存在する。機関委任事務の自治事務化と、それに対する立法的関与の増大の虞は改革において「トロイの木馬」として想定されていた。参照、小早川光郎「地方分権改革」公法62号（2000年）173頁。また、柳瀬教授は早くから同様の問題点を指摘していた。参照、柳瀬良幹「地方自治と国の監督」同『憲法と地方自治』（有信堂、1954年）72頁。この点についての白藤教授の議論については参照、後掲注129）。当該改革においては条例の違法無効確認審査制度が検討されたが、制度化には至らなかった。参照、西尾・前掲注13）76頁。このような制度の必要性を指摘する論考として参照、塩野宏「国と地方公共団体の関係のあり方再論」同・前掲注17）439-444頁、斎藤誠「新たな地方分権・自治の法」同・前掲注27）98頁。

<sup>77</sup> 松本・前掲注28）1245頁。改革時、法務省においても国と自治体との係争問題は行政部内の話であると解されていた。参照、大津ほか・前掲注23）40頁〔大森発言〕。

<sup>78</sup> 当該条文の括弧書きは「普通地方公共団体がその固有の資格において当該行為の名あて人となるものに限り、国又は都道府県の普通地方公共団体に対する支出金の交付及び返還に係るものを除く。」と規定しており、前半（「固有の資格」部分）と後半（支出金の交付等）の関係の解釈については議論がある。両者を統一的に解釈するものとして参照、木佐・前掲注13）「新地方自治法の課題」142頁、田中孝男「地方自治法制における『固有の資格』概念の検討（下）」自治実務セミナー2016年4月号60頁。両者を分ける解釈として参照、地方自治制度研究会編『Q&A 改正地方自治法のポイント』（ぎょうせい、1999年）97-99頁、松本・前掲注28）1134-1135頁。本稿は、私人と同様の地位に基づく地方公共団体の活動については論述の対象外としており、何れの解釈を採用しても議論の本筋には影響がないと思われる。

二に、地方自治法上関与には該当するものの国地方係争処理委員会の審査対象とされない類型のものである。

①支出金<sup>79</sup>については、学説において、抗告訴訟の提起が認められるか否か議論が存在する。改革において、支出金は「相手が地方公共団体であるか私人であるかを問わず支出金の適正な執行を確保する必要があることから、地方自治法上の関与とは別途の考慮が必要と考えられ<sup>80</sup>、関与から除外された<sup>81</sup>。裁判例<sup>82</sup>・通説は例えば補助金交付について抗告訴訟の提起を認めるものの、そもそも支出金概念の範囲が明確でなく<sup>83</sup>、財政的な措置全般——例えば地方交付税——に係る出訴可能性は尚明らかではない<sup>84</sup>。

②裁定的関与とは、「普通地方公共団体の処分に対する私人の不服申立てを受けて国又は都道府県の機関が処分について審査し裁判等を行う」<sup>85</sup>関与を指す。当該制度は、「①法定受託事務についての事務の適正

<sup>79</sup> 田中・前掲注78)60頁は、支出金概念を地方財政法18条に由来したものとする。

<sup>80</sup> 地方自治制度研究会編・前掲注78)99頁。

<sup>81</sup> 参照、西尾・前掲注13)70-71頁。国庫補助負担金等についての出訴可能性は明らかではない。

<sup>82</sup> 国庫負担金に関する訴訟として参照、東京高裁昭和55年7月28日判決行集31巻7号1559頁(摂津訴訟)。

<sup>83</sup> 参照、木佐・前掲注13)「新地方自治法の課題」143頁。

<sup>84</sup> 参照、前掲注45)シンポジウム238頁[木佐茂男発言]、240頁[人見剛発言]。出訴を肯定する見解として参照、確井光明『要説 自治体財政・財務法(改訂版)』(学陽書房、1999年)94-98頁、稲葉馨「国・自治体間の紛争処理制度」都市問題91巻4号(2000年)39頁、人見・前掲注69)435頁。白藤博行「245条」同書372頁は、裁定的関与のみならず支出金についても取消訴訟等の提起が認められない可能性を指摘する。

地方交付税に係る出訴関して、行政解釈では機関訴訟であることを前提に、明文規定がないため出訴が認められないとされる(参照、石原信雄ほか『地方交付税法逐条解説』[ぎょうせい、1986年]201頁、兵谷芳康ほか『地方交付税』[ぎょうせい、1999年]387頁[小宮大一郎執筆])。なお参照、前掲注51)泉佐野市特別交付税額決定取消請求事件。

<sup>85</sup> 西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』(有斐閣、2017年)7頁。代表的な論考として参照、人見剛「地方自治体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」同・前掲注13)273頁以下。改革後の論考として参照、石森久広「法

処理の確保の必要性、②私人の権利利益の救済の重視、③従来の（機関委任事務についての）取り扱いとの継続性の確保」のため設けられる<sup>86</sup>。当初は自治事務に対しても見られたものの<sup>87</sup>、その後の見直し（平成26年法律第69号）により、原則として法定受託事務のみに限定された<sup>88</sup>。

以上とは異なり、法的には関与に該当するものの国地方係争処理委員会の審査対象ではないものが存在する。地方自治法250条の13は「公権力の行使に当たる」類型を審査対象とする<sup>89</sup>ため、違法な非権力的関与が問題となる。非権力的な関与には法的義務が認められないとされるが<sup>90</sup>、「助言等が執拗に行われる場合や、助言等に服従させるための措置

---

定受託事務に係る審査請求」小早川ほか編・前掲注23) 94頁以下、藺田真也「地方自治・地方分権の視点からみた裁定的関与の問題」北九州市立大学大学院紀要25号(2012年)56頁以下。行政不服審査法改正等を踏まえた論考として参照、高山慎「行政不服審査法の改正に伴う地方自治法の一部改正について」地方自治803号(2014年)19頁以下、下山憲治「行政不服審査法及びその関係法律整備法と行政手続法の改正について」自治総研436号(2015年)84頁以下、大江裕幸「裁定的関与と行政不服審査制度」都市問題107巻5号(2016年)62頁以下、小林博志「処分庁・行政主体の不服申立権と出訴権」西南学院大学法学論集48巻3号(2016年)1頁以下、山本未来「行政不服審査法改正後の裁定的関与の現状と課題」鈴木古稀・前掲注64) 404頁以下。

<sup>86</sup> 大江・前掲注85) 68頁。

<sup>87</sup> 自治事務に当該制度を置くことの違憲性を主張した論考として、参照、阿部泰隆「自治事務と不服審査前置制度（地方自治法256条）」同『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）108頁。

<sup>88</sup> 但し、個別法においては自治事務についても認められる。例えば参照、吉田利宏「行政法の改正と裁定的関与」法セミ56巻4号(2011年)161頁。

<sup>89</sup> 前掲注49) 地方分権推進計画本文第2 5(3)アは、「権力的な又は処分性のある関与」を対象とする。

<sup>90</sup> 技術的助言や勧告、資料の提出の要求に法的義務を認めないものとして参照、松本・前掲注28) 1147-1148頁、1207頁、山本隆司「第42条 訴えの提起」南博方ほか編『条解 行政事件訴訟法（第4版）』（弘文堂、2014年）892頁。これに対し、江口とし子「国と地方自治体との関係」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系 第25巻 行政争訟（改訂版）』（青林書院、2012年）102頁は、「ア助言、勧告、イ資料の提出の要求、ウ届出、エ要求（求め）、オ報告、カ通知、キ提出、ク指導、ケ調査」が対象とならないとする。但し、松本・前掲注28) 1206-1207

がとられる場合」、或いは軽微な関与に従わないことに基づく不利益取扱いがなされる虞があり、「助言等も、審査の申出や訴訟の対象になる場合があると思われる」と指摘されていた<sup>91</sup> <sup>92</sup>。後続の措置が事実上のものに留まる場合や、ある地方公共団体の全く別の措置で制裁がなされる等の場合には、事実上の不利益取扱いが存続する事態が生じ得る。

それでは、このような「関与」の存在は、何故問題となるのであろうか。便宜上、先ず、第一次分権改革の議論との整合性という点から検討する。裁定的関与については、第一に、このような制度が地方公共団体と国の「対等・協力」関係と平仄が合うのかという点に問題がある。確かに、私人の権利を迅速に保護するという観点からは、当該制度が認められる余地がある。しかしそうだとすると、法定受託事務一般に制度化する必然性はなく、必要性を個別に精査すべきであろう<sup>93</sup>。第二に、当該制度は地方公共団体と対等な国に強力な「関与」を認め、そこで生ずる法的紛争について、地方公共団体に争う手段を認めない点にも問題がある。これは改革で認められた地方公共団体の対等な法令解釈権と平仄が合わない。また、本節第2款で見るように、沖縄防衛局が私人として審査請求を行なう事案が生じた。裁定的関与の利用が広く認められるならば、改革において創設された係争処理制度を潜脱する事態も生じ得る<sup>94</sup>。制度の必要性・規定の仕方や出訴について、改めて検討する必要がある。

---

頁は、「ある関与が『処分その他公権力の行使に当たる』関与に該当するか否かは、個別の法令に照らして判断されるべきもの」とする。

<sup>91</sup> 山本隆司・前掲注90) 892頁。

<sup>92</sup> 前掲注26) 泉佐野市ふるさと納税不指定取消請求事件ではこの点が問題となったが、最高裁は、不利益な取扱いが法律上の根拠に基づいている場合は「直ちに地方自治法247条3項に違反するとまではいえない」とした。

<sup>93</sup> 参照、村上・前掲注21) 66-67頁。小早川・前掲注19) 118頁は裁定的関与について、「国地方関係の視点から見れば、強力な国の関与の一形態にほかならないのであって、それを必要とする合理的な理由がある場合のみ認められるべきものであろう」とする。山本未来・前掲注85) 410-414頁も、裁定的関与の現状分析を行なった上で、裁定的関与を存置する必要性を個別に検討し、「不服申立制度を維持する上で裁定的関与が不可欠な場合」(413頁)のみこれを認めるべき旨主張する。

<sup>94</sup> 参照、原島良成「判批」新・判解 Watch 27号(2020年) 269-270頁。

また、非権力的な関与については、改革前の状況——地方公共団体と国の事実上の上下関係——に鑑みて出訴を認めるべきとの指摘がある。当時は機関委任事務について地方公共団体と国は上下関係にあったものの、それ以外の局面では、本来は対等な関係とされていた。しかしながら実際は助言や指導、通達によって実質的な上下関係が構築された<sup>95</sup>。したがってこれら法的効果が生じない関与であっても、訴訟を認める余地があると指摘される<sup>96</sup>。

「関与」の存在は、法律による行政の原理の観点からも、問題があるように思われる。公権力の行使に該当する関与が係争処理制度の対象となるのであれば、一見するとこの点の問題はないようにも思われる。しかしながら①違法な関与が存続することとなること、②国が事実上地方公共団体に優位する関係にあるため、実際に存在する両当事者の力関係の差異<sup>97</sup>——地方公共団体への財政措置を講ずる国が優位に立つことが多いように思われる——に基づいて「解決」される虞があることに鑑みると、課題が残されていると評価せざるを得ない。①の問題は明らかであるように思われるので、②について詳述しよう。

地方公共団体と国を「対等・協力」関係に位置づけることが目指された改革ではあったが、地方公共団体に対する財政上の「関与」の問題が今後の改革課題として残され、支出金に係る出訴可能性も明らかではない<sup>98</sup>。そのため、地方自治の前提として、国は財政上の「関与」を用いることができ、両者のうち国が事実上優位する関係にある<sup>99</sup>。たしかに、

<sup>95</sup> 例えば参照、原田・前掲注37) 58-59頁。

<sup>96</sup> 参照、大貫裕之「国と地方公共団体との係争処理の仕組み」ジュリ1127号(1998年) 87頁。現在、技術的助言が通達と同様の機能を果たしていると指摘する論考として参照、人見剛「関与の見直しと国地方関係の変化」都市問題107巻5号(2016年) 45-46頁。

<sup>97</sup> 宇賀克也「地方分権の重要問題」法教209号(1998年) 6頁は、「両者の力関係から、従前、インフォーマルで不透明な国の関与が少なくなかった」と指摘する。

<sup>98</sup> 西尾・前掲注13) 83-93頁。

<sup>99</sup> 例えば参照、藤田宙靖『行政組織法』(有斐閣、2005年) 210-211頁。西尾・前掲注13) 84頁は、国庫補助負担金を「狭義の関与」ではなく「『誘導』する」というより広義の関与の側面がある」と指摘する。また、実務経験のある論者は、

地方公共団体からの国への「関与」も制度化されている<sup>100</sup>。しかしながら申出た意見等が実際に反映されるとは限らず、また仮に協議の結果が尊重されない場合であっても、法的にこれを実現させる手段はない<sup>101</sup>。そして地方公共団体が財政的に国に依存している現状においては、やはり国の優位性は明らかである。この意味において、地方公共団体は国と凡そ対等な関係にあるとは考えられない。したがって、関与の権力性の有無に関わらず、不利益取扱を恐れ地方公共団体がこれに従ってしまうことも無理はない<sup>102</sup>。つまり現状、改革で想定されていたように地方公共団体が振舞うことができるのか疑問が残る。地方公共団体からすれば、出訴が認められ難い事案について、種々の不利益の不安を負ってまで出訴することは考え難いではなかろうか。

国の事実上の優位性は、殆どの地方公共団体による非権力的な関与への服従や、係争処理制度を利用しないこと<sup>103</sup>からも指摘できるのではないだろうか。後者の原因を自治体職員の「気概」<sup>104</sup>とする向きも存在するが、それのみを要因と考えることは不十分なのではないだろうか。例えばふるさと納税制度の不指定決定については、泉佐野市以外の3団体が同様の処分を受け、特別交付税の減額処分を受けたが、何れの団体も

---

機関委任事務に係る論考において、当該事務の問題を指摘しつつも、「実際に地方を動かしているのは、機関委任事務という制度ではなく、補助金というカネの力である」と述べていた(参照、坂田・前掲注31) 24頁)。近年話題となっている財政的な「誘導」の例として例えば高レベル放射性廃棄物最終処分場文献調査の問題がある(<https://www.hokkaido-np.co.jp/kakunogomi> [2021年10月8日最終アクセス])。

<sup>100</sup> 例えば国が地方公共団体・地方自治に影響を与える立法については、全国的連合組織(地方6団体)の意見の申出等の手続が存在する(地方自治法263条の3、「国と地方の協議の場に関する法律」[平成23年法律第38号])。

<sup>101</sup> 参照、戸谷雅治『「国と地方の協議の場」の課題』年報公共政策学13号(2019年) 245-246頁。

<sup>102</sup> 改革以前の議論ではあるが参照、成田頼明『「地方の時代」における地方自治の法理と改革』同・前掲注17) 31頁。

<sup>103</sup> 成田・前掲注25) 地方分権一括法155頁は、係争処理制度の積極的な活用を「望ましい」としていた。

<sup>104</sup> 西尾・前掲注13) 78頁。

不指定について係争処理制度を利用しておらず、減額処分についても争っていない。——何れの団体も泉佐野市のフリーライダーである可能性も存在するが——種々の関与について積極的に対抗する姿勢を見せていないのは、他の場面で不利に扱われることを危惧しているとも考え得る。

以上のように、国が事実上強大な力を持ち、「関与」が認められる状況では、違法な関与が存続する可能性は低くない。これは、対等で「公正・透明」な紛争解決を目指したにも関わらず法的紛争を事実上の力関係の差により政治的に「解決」する点で、改革との整合性が問われるのみならず、違法な措置の存続<sup>105</sup>という点において法律による行政の原理の観点からも問題となるだろう。

## 第2款 判例

関与不服訴訟を含め、地方公共団体と国の間の行政権限を巡る法的紛争については、判例法理において却下される傾向にある。

裁定的関与に係る代表的な事案は、大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件上告審判決<sup>106</sup>である。これはX(大阪市)が訴外Aに対して行った国民健康保険事業の被保険者証不交付処分に対し、AがY(大阪府国民健康保険審査会)へ審査請求をしたところ、YがXの処分を取消す旨の裁決を行なったため、Xが出訴したという事案である。

最高裁は当該紛争を却下した。まず、国民健康保険の保険者たる市町村等は、行政庁であると同時に「保険事業を経営する権利義務の主体たる地位を有する」。後者の地位については、「保険給付等に関する処分が審査会の裁決によつて取り消されるときは、右の事業経営主体としての権利義務に影響を受けることとなるのを避けられない」。しかし「国民健康保険事業の運営に関する法の建前と審査会による審査の性質から考えれば、保険者のした保険給付等に関する処分の審査に関するかぎり、審査会と保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立ち、右処分の適否については審査会の裁

<sup>105</sup> この点につき行政主体への判決の執行力担保の措置がないことに起因する違法状態の放置があり得るが、この点につき本稿で検討することはできない。

<sup>106</sup> 最高裁昭和49年5月30日判決民集28巻4号594頁。

決に優越的効力が認められ、保険者はこれによつて拘束されるべきことが制度上予定されているものとみるべき」である。また、このような出訴を認めることは「審査会なる第三者機関を設けて処分の相手方の権利救済をより十分ならしめようとしたことが、かえつて通常の行政不服審査の場合よりも権利救済を遅延させる結果をもたらし、制度の目的が没却されることになりかねない」。以上の理由により、本件において X の出訴は認められないとされた。その後裁定的関与が争われた事案においても、同様の判断が示されている<sup>107 108</sup>。

それでは、私人の権利保護に直接関わらない、行政主体間の出訴についてはどのように判断されるか。周知の通り、このような争訟については、例えば那覇市情報公開決定取消事件上告審判決<sup>109</sup>において示唆された論理——訴訟目的による法律上の争訟該当性判断——が宝塚市パチンコ条例事件上告審判決<sup>110</sup>により定式化され<sup>111</sup>、後者の判例法理の引用により却下される傾向にある。

<sup>107</sup> 参照、和歌山地裁平成25年5月15日判決 LEX/DB25481779。但し当該判決は、私人の簡易迅速な権利救済のみならず、抗告訴訟の性質（私人の権利保護）及び平成28年改正前行政不服審査法43条1項も理由とする。

<sup>108</sup> 近年、沖縄防衛局が私人として X（沖縄県知事）が行なった処分（公有水面埋立事業承認取消）の審査請求を Y（国土交通大臣）に行ない、Y が当該処分を取消す（埋立承認取消の取消）旨の裁決を行なったため、X が地方自治法251条の5に基づき出訴したというものである。当該事案においては、沖縄防衛局が私人と同視し得る立場であるのかという点で、従来の裁定的関与として扱ひ得るかという問題が生ずる（行政法学者からの反対声明として、参照、<http://www.jilg.jp/topics/2018/10/27/1209> [2021年9月30日最終アクセス]。沖縄防衛局を含めた地方防衛局の前身である防衛施設庁に関する論考として参照、佐藤昌一郎「軍事行政の機構と経費」同『地方自治体と軍事基地』（新日本出版社、1981年）57頁以下、池子の森事件に係る防衛施設庁の実力による抵抗につき参照、原田尚彦「池子訴訟から（2）」法教134号〔1991年〕57-58頁）。しかしながら最高裁令和2年3月26日判決民集74巻3号471頁は、これを却下した原審の判断を維持した。参照、・前掲注94）。

<sup>109</sup> 最高裁平成13年7月13日判決訟月48巻8号2014頁。

<sup>110</sup> 最高裁平成14年7月9日判決民集56巻6号1134頁。

<sup>111</sup> 参照、福井章代「判解」最判解民事篇平成14年度下541-542頁、548頁注22。

宝塚市パチンコ条例事件では、地方公共団体が私人に対し、裁判を通じて行政上の義務履行確保を目指した。司法権の範囲につき、最高裁は「板まんだら」事件上告審判決<sup>112</sup>を引用し、以下の定式を示した。曰く、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということではできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される」、と。当該事案においては、義務履行確保に係る訴訟を許容する規定がないため、地方公共団体側の主張は認められなかった。

事案に即して考えるならば、上記定式を行政権の主体としての地方公共団体と国の間で生じた紛争において広く引用する必然性はない<sup>113</sup>。しかしながらその後、行政権限を巡る地方公共団体と国（・都道府県）との法的紛争の殆どで上記定式が引用され、このような出訴を否定する論理となっている<sup>114</sup>。上記定式で許容される財産権の主体としての訴訟は

---

<sup>112</sup> 最高裁昭和56年4月7日判決民集35巻3号443頁。

<sup>113</sup> 当該上告審判決に対する批判は枚挙に遑が無い。例えば参照、中川丈久「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか？」論ジュリ3号（2012年）56頁以下。なお参照、人見+川岸・前掲注21）67頁。地方自治の観点から批判する近年の論考として参照、稲葉一将・前掲注65）129-130頁。なお参照、茂木洋平「行政主体間の争訟の『法律上の争訟』該当性」桐蔭法学26巻1号（2019年）1頁以下、茂木洋平「国と地方公共団体の争訟」同書85頁以下。

<sup>114</sup> 行政権限を巡るほぼ全ての紛争、即ち池子の森事件控訴審判決（東京高裁平成19年2月15日判決行集53巻8号2385頁）、杉並区住基ネット事件第1審判決（東京地裁平成18年3月24日判決訟月53巻6号1769頁）及び同事件控訴審判決（東京高裁平成19年11月29日判決判自299号41頁、上告不受理〔最高裁平成20年7月8日決定LLI/DBL06310188〕）、普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等差止請求事件判決（那覇地裁平成30年3月13日判決判時2383号3頁）及び同日の仮処分命令決定（那覇地裁平成30年3月13日決定Westlaw Japan2018WLJPCA03136009）、同事案の公有水面埋立承認取消処分取消裁決

認められるものの<sup>115</sup>、専ら行政権の主体としての訴訟は、法的紛争であっても裁判所における紛争解決を望むことが難しい<sup>116</sup>。

当初、実務においてもこのような訴訟を却下するとの見解で一致していた訳ではなかった<sup>117</sup>。しかしながら上述の定式が示されて以降、専ら行政権の主体としての紛争は却下判断が裁判所の見解であるとされる。曰く、宝塚市パチンコ条例事件上告審判決により、最高裁は「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として提起する訴訟は、……法律に特別の規定がある場合に限り、提起することができる旨判示するに至」った。今や「行政主体の訴え提起〔について〕最高裁判所が消極説に立つことは明らかであり、少なくとも実務的には決着のついた問題といわざるを得ない。/この問題は、憲法上の司法権、裁判を受ける権利及び地方自治の本旨の意義や、国と地方公共団体の行政権の関係をどのように考えるかに関わるものであって、判例に反対する多数の学説の見解は、これらに関する新たな考え方に基づくものであり、その論拠には首肯し得る点も少なくない。しかし、判例の考え方は、これらの問題についての伝統的な考え方に基づくものであって……、これもまた筋の通ったものである。多数の学説が、判例の考え方を批判するのはやむを得ないとしても、そのことにより、立法的な解決がされないまま放置されることは不幸なことといわざるを得ない」<sup>118</sup>、と。このように、裁判実務でも、地方

---

の取消請求事件（那覇地裁令和2年11月27日判決 LEX/DB25571200）で、宝塚市パチンコ条例事件上告審判決の定式が引用され、訴えが却下された。

<sup>115</sup> 例えば参照、・前掲注114）杉並区住基ネット事件第1審判決・控訴審判決の国賠請求部分。

<sup>116</sup> 注目すべき事案が、前掲注51）泉佐野市特別交付税額決定取消請求事件である。国側は従来の判例法理を用い却下判断を求めていたが、大阪地裁は取消訴訟の法律上の争訟該当性を認めた。地方財政保障の面を含め、訴訟の行方が注目される。

<sup>117</sup> 例えば、那覇市情報公開決定取消事件において訟務検事の立場にあった江口裁判官は、国・地方公共団体が行政主体としての地位に基づいて対立し、それが争訟性を満たす場合に、法律上の争訟該当性を認めるべき旨主張していた。参照、江口とし子「国と地方自治体との関係」藤山雅行編『新・裁判実務大系 第25巻 行政争訟』（青林書院、2004年）90-92頁。

<sup>118</sup> 江口・前掲注90）110-111頁。

公共団体が専ら行政権の主体としての地位に基づいて国に対し出訴する場面については、法律上の争訟に該当しないものとして取扱われるに至った。

かような行政実務や裁判実務を踏まえると、関与不服訴訟の対象とされなかった類型については、訴訟提起が極めて困難な状況にある。また、裁定的関与に対する出訴に関しては、仮に先に見た当該制度固有の論理が妥当しないと考えられたとしても、行政主体間の争訟一般に関する法律上の争訟該当性判断により、結局のところ、訴訟が却下されるように思われる<sup>119</sup>。

### 第3款 学説

地方公共団体と国の間の行政権限を巡る法的紛争に係る判例法理に対しては、行政法学からの批判が強い。以下では、行政主体間の争訟の一場面たる地方公共団体の出訴の問題を、地方自治の文脈から理論的に検討した議論について検討する。近年、戦前の議論について検討する必要性が指摘されているが<sup>120</sup>、本稿が現在の地方公共団体に認められている関与不服訴訟を検討したものであること、また戦前とは裁判制度や地方制度、地方公共団体の位置づけが相違することから、戦後のもののみを扱う。

監督<sup>121</sup>・関与に対する出訴の議論には、積極説・消極説が存在する。積極説は権利としての自治権を前提に、行政事件訴訟法の概括主義や別個の公法人であること、憲法上の地方自治規定の存在や実効的な権利保障の必要性等から出訴を認める。特に塩野教授と白藤教授は、これを私権類似の権利と強調し、違法な関与に対して救済がなければならぬと

---

<sup>119</sup> 参照、山本隆司「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第4版）』（有斐閣、2013年）197頁。

<sup>120</sup> 例えば参照、塩野宏「地方公共団体の出訴資格」同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）361頁。

<sup>121</sup> 監督とは、昭和27年法律第306号改正前の地方自治法第10章で用いられた文言である。同改正によりこれは「関係」と規定された。塩野・前掲注17) 地方自治法制376頁は、監督にかかる改正を「戦後地方自治制度の見直し」と位置づける。以下では両概念を基本的に同一の概念として検討を進める。

いう議論を展開する。消極的な学説も、このような紛争解決を一義的に否定する訳ではない。しかし監督処分への出訴についての立法者の立場、「自治権」の存在への疑問やこの救済について行政作用法領域の制度等を認めることへの疑問、司法権と憲法32条の結合等から、自治権の救済を私権保護システムたる司法権の任務に含ませることはできないと解する傾向にある。何れの立場も、地方公共団体の出訴について、自治権を抗告訴訟で救済すべきか否かという定式に基づいている点は共通である。結論を分けるのは、①私権の性質と自治権のその関係及び②自治権救済を私権保護システムとしての司法権に委ねることの適否についてである。

## 1. 出訴に積極的な学説<sup>122</sup>

<sup>122</sup> 地方公共団体の出訴に積極的な議論を展開する論考として例えば参照、田村悦一「地域住民及び地域団体の法的地位とその保障」立命館法学119・120号(1975年)51-52頁、山村恒年「訴えの利益の諸問題」公法37号(1975年)137-138頁、碓井・前掲注18)287頁、寺田友子「行政組織の原告適格」民商83巻2号(1980年)83頁(但し裁定的関与への出訴は否定。同論文91-92頁)、木佐茂男「国と地方公共団体の関係」雄川一郎ほか編『現代行政法大系第8巻 地方自治』(有斐閣、1984年)411-415頁、曾和・前掲注32)226-238頁、原田尚彦「池子訴訟から(1)」法教133号(1991年)53頁以下、碓井・前掲注84)94頁、96-98頁、碓井光明「国庫支出金・地方交付税等に関する法律関係」自研76巻1号(2000年)3頁、阿部泰隆・前掲注19)26頁、原田・前掲注37)67頁、村上・前掲注21)64-68頁、人見剛「『まちづくり権』侵害を理由とする抗告訴訟における地方自治体の原告適格」同・前掲注13)47頁以下、白藤博行「国と普通地方公共団体との関係」室井力ほか編『新現代地方自治入門(第2版)』(2003年)317-318頁、斎藤・前掲注27)142頁、薄井一成「地方公共団体の原告適格」同『分権時代の地方自治』(有斐閣、2006年)212-214頁、白藤・前掲注15)58頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)84-88頁、白藤博行「国と自治体との関係論」白藤ほか『アクチュアル地方自治法』(法律文化社、2010年)245-252頁、寺洋平「国と普通地方公共団体との間における行政訴訟」早稲田法学85巻3号(2010年)846-848頁、大浜啓吉『行政法講義Ⅱ』(岩波書店、2011年)145-147頁、斎藤誠「行政主体間の紛争と行政訴訟」藤山ほか編・前掲注90)96-99頁、村上裕章「行政主体間の争訟と司法権・再論」同・前掲注73)10-15頁、秦博美「国・地方自治体間の争訟と『法律上の争訟』覚書」同『自治体の行政執行と法治主義』(共同文化社、

（1）田上穰治教授<sup>123</sup>

地方公共団体の出訴について言及した第一の論者は、田上穰治教授である。教授は、地方への事務の委譲の困難さと国の事実上の強大な発言権の容認の原因を、自治監督が認められていない点に求める。憲法は自治監督を認めており、地方自治は寧ろ監督により確立される。監督は司法権によることも可能であるが、司法権の限界から、行政権による監督が要請される。監督権には濫用の虞があるものの、監督自体は住民の権利保護要請や法治行政のため必要なものである。自治監督の違法な処分には、行政事件訴訟法により自治体からの提訴が認められるというのが、教授の議論である。

教授は、新憲法において新たに規定された地方自治を、一方で行政の民主化のために必要なものとし、国の監督を制限する必要性を指摘する。他方で地方自治の合法性の監督を要求する。後者は、住民を市町村の公権力から保護するために要求される。住民の保護は「司法権による救済では不十分である」(26頁)。以上の2点から、憲法は地方自治について「最小限度の自治監督を要請するもの」であり、「自治監督の限界が、憲法上の問題となる」(27頁)。わが国では従来、自治監督が原則として否認されてきたが、教授は「憲法上は自治監督を認むべきであ〔り〕」(33頁)、寧ろ監督により地方自治が確立されると述べる(34頁)。何故なら、これを認めることで事務再配分が可能となり、「地方財政その他につき、事実上国の強大な発言権を容認する」結果を免れるからである(33-34頁)。

自治監督は、「地方公共団体の権利を保護し、その義務の履行を保障するものであ〔り〕」、その中心は「自治体の違法な行政に対してその無効を宣言し又はこれを取消すこと」にある(28頁)。上述したような権利保護要請のみならず、監督は、内閣の法律の誠実な執行義務から導き出さ

---

2021年) 121-152頁、秦博美「国・地方自治体間の争訟と『法律上の争訟』覚書(4・完)」北海学園大学法学研究57巻1号(2021年) 105頁以下。

<sup>123</sup> 田上穰治「新憲法と自治監督」荻田保編『町村合併促進法施行一周年地方自治総合大展覧会記念地方自治論文集』(地方財務協会、1954年) 25頁以下。本項の括弧書き頁数は何れも同論文である。教授は戦前より地方自治を制度的保障と解したが、同論文26頁も同様である。参照、田上穰治「地方自治の意義」同『自由権・自治権及び自然法』(有斐閣、1946年) 105-107頁[初出：1939年]。

れる。これは関係者の権利保護のためのみならず、法治行政を可能とするために必要不可欠なものとされる(28-29頁)。監督には、「司法権による自治監督」、「司法監督」(30頁)と「行政権による矯正監督」(29頁)がある。前者は住民の提起する訴訟による自治体の合法性維持を指す。これは「原告の権利保護の要ある主観的訴訟を原則とし、客観的訴訟は……特別の規定がある場合に限〔られ〕る」ため、法治行政を維持するためには、行政監督が必要である(30頁)。このような監督には濫用の虞があるものの、教授は「行政事件訴訟法に概括主義が採用される現在では、自治監督による違法な処分に対して、自治体から常に提訴する途があ〔る〕」(29頁)と述べる。何れの監督も、憲法上保障される地方自治に対するものであるため、「地方自治のイニシアティブを尊重しなければならない」(30頁)。この点において、「自治監督は憲法上、機関監督……と区別される」(30頁)。具体的には、自治体が独立の法人であるため、監督には法律上の根拠が要求され、原則的に事後の監督であること、そして合法性の限度でのみ監督することが求められる。認可権留保は限定されるべきであるし、「許可権の留保のような事前の取締は、事後の取締により難い事情が明らかでなければ比例原則により違憲の虞があ〔る〕」(30頁)。このような自治監督の制限は、地方自治が憲法により保障されているが故のものである。司法による監督は、行政庁に対する強制執行が認められない一方、行政権による自治監督は実効性維持の観点より、これが認められる(31頁)。なお、教授によれば、委任事務につき、ドイツの議論から「機関監督が認められる筈である」と指摘しつつ、わが国では委任事務についても機関監督とすることは「地方自治の本旨に反する虞があるから、法律の特別な規定により通常自治監督を強化するに止めるべきもの」とする(33-34頁)。

## (2) 成田頼明教授<sup>124</sup>

成田頼明教授は、日本国憲法の地方自治保障を制度的保障説と解すべきとした論者として世に知られているが、当該論文では地方公共団体の

<sup>124</sup> 成田頼明「地方自治の保障」同『地方自治の保障《著作集》』(第一法規、2011年)3頁以下。本項の括弧書き頁数は何れも同論文である。

出訴に関しても言及していた。教授は、地方公共団体が国から独立した公法人であることから、国が公権力を発動する場面においては、地方公共団体が抗告訴訟を提起する余地を認める。そのような訴訟においては、地方公共団体の権利を侵害する法令及び国の処分の違憲性の主張が可能である点にも言及する。

教授は、国の監督に対する地方公共団体の出訴につき、広義の機関内部の関係に立つと考えられてきたことに異を唱える。何故なら、「地方公共団体が広い意味での国家の統治構造の一環をなすことはいうまでもないところであるが、地方公共団体は、国から独立して自己の目的と事務をもつ公法人であるから」である（131頁）。行政事件訴訟法6条によれば、機関訴訟は「機関相互」の紛争であると定義づけられている。そのため、「国と地方公共団体との間の紛争が直ちにこれに該当するとはいえない」（131頁、強調は原文）。機関訴訟に該当しないと解する余地のある事案は、次のようなものである。即ち、「国家官庁が固有の資格における地方公共団体を相手方として行う公共事務の範囲における公権力の発動たる行為、例えば起債の許可、補助金の交付決定、地方交付税額の決定・減額等は、行政不服審査法に定める不服申立ての対象となる処分ではないが、抗告訴訟の対象となる処分と解してもよいのではなかろうか」（131-132頁）<sup>125</sup>。

以上の国の行為を抗告訴訟の対象たる処分と解し得るのであれば、訴訟において、国の処分の違憲性のみならず法律の違憲性を主張することも認められる。曰く、「これらの処分に対する抗告訴訟を通じて憲法で保障されている権利を不当に害する根拠法条又は国の処分の違憲性を主張することができるようになる」（132頁）<sup>126</sup>。

---

<sup>125</sup> なお、雄川一郎「地方公共団体の行政争訟」同『行政争訟の理論』（有斐閣、1986年）430頁注1は、成田教授と塩野教授の議論を指し、行政不服審査法上の不服申立ての対象と出訴の対象の関係について、出訴に積極的な学説において整理がなされていないと指摘する。この点について、不服申立てについても積極的に解し得るとする論考として、参照、確井・前掲注18）286頁。

<sup>126</sup> なお、成田教授は、その後、起債の許可等による監督のみならず、条例の合法性や地方公共団体に大きな影響を与える計画や国家的プロジェクトについての国の決定についても、裁判所による判定がなされるべきではないかと指

(3) 塩野宏教授<sup>127</sup>

塩野教授の議論は地方公共団体の出訴を認める代表的な学説と位置づけられる。以下で見るように、教授は1960年代より出訴に積極的な見解を提示しているため、地方分権改革や判例の展開により、主張の内容に変遷が認められる部分もあるものの、裁定的関与を含めた権力的な行政的関与に対する出訴——現行法では抗告訴訟——を認める点で一貫している。その根拠は、地方自治の観点からは、①現行憲法が地方自治を保障していること、②権力的な関与による違法な自治権侵害を是正する手段がなければならぬことにある。第一次地方分権改革の文脈においては、更に、当該改革が関与について法治主義を妥当させる目的のものである点も挙げられ、②が補強される。その後の議論においても、自治体が憲法によって権利主体として認められており、現行憲法が実効的権利利益救済を目途としていること、違法な関与による自治権侵害に対しては憲法の地方自治保障から救済が認められるべきことが述べられ、出訴が認められる。教授の議論では、このような訴訟が私人による訴訟とは質的に異なることが意識されてはいるものの、実効的権利救済の要請により、このような差異を超え、救済が認められるということになる。

1960年代において展開された議論では、以下のように述べられていた。即ち、国家監督は行政需要の拡大等により行政が変化する状況において、「国と地方公共団体の協力関係の確保」(関与44頁)のための手段として必要である。行政的関与に限定しても、種々の行政手段が存在するとこ

---

摘した(参照、成田頼明「国と地方、県と市町村の新しい関係」同・前掲注17) 270-271頁)。

<sup>127</sup> 本項では、塩野教授の次の論考を検討する。塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同・前掲注17) 国と地方公共団体44頁以下〔初出：1966年〕、塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同書1頁以下〔初出：1981年〕、塩野宏「地方分権推進に関する諸問題について」同・前掲注17) 法治主義の諸相382頁以下〔初出：1995年〕、塩野宏「国と地方公共団体の関係のあり方」同書391頁以下〔初出：1995年〕、塩野宏「国と地方公共団体の関係のあり方再論」同書426頁以下〔初出：1997年〕、塩野宏「地方公共団体の出訴資格」同・前掲注120) 361頁以下〔初出：2009年〕、塩野・前掲注27) 『行政法Ⅲ(第5版)』。本項では、下線を引いた略称及び頁数を括弧書きに括る。

ろ、「行政手段において、伝統的行政法学一般理論〔例えば「公権力と私人の間、すなわち、一般権力関係を中心として構成された行政法一般理論」——引用者注〕がいかに妥当しているかを検討する」必要がある（同50頁）。教授は機関委任事務に対する監督を除き、考察の対象とする。

教授によれば、わが国の戦後の地方制度改革過程より、国と地方公共団体は「併立的協力関係」（関与104頁）に立つ。しかしながら、地方公共団体は例えば国による助言・勧告等、起債の許可等の許可権、許認可等に対する訴訟の提起が認められる。何故なら、第一に、「公権力の主体としての固有の資格において出訴が可能であることについては、わが国においても理由づけにおいて、西ドイツにおけるごとく二つに分れる可能性はあるにせよ〔＝公法人の基本権享有主体性の議論は残されているものの、どちらの見解を採るにせよ予定されている手続的基本原理により〕承認されると思われる」（同119頁）からである。第二に、地方公共団体には自治権という法律上の利益が認められるところ、「監督手段が、かかる自由な領域の侵害を意味するものである以上、当該地方公共団体は、その侵害行為を排除する法的利益の存することは、異論のないところと思われる」（同120頁）からである。第三に、監督は「特別の法律の根拠に基づく不对等関係の設定」であるため「かかる不对等関係における国の行為を公権力の行使として法的に評価することは十分可能である」（同120頁）からである。そして以下のように述べる。曰く、「行政事件訴訟法が、行政不服審査法のごとく、固有の資格における地方公共団体の出訴を排除する明確な構成をとっていないのであるから、監督手段に対しては、現段階においては行政事件訴訟法による救済手段が認められることになると思われる」（同120頁）、と。

また裁定的関与についても、地方公共団体による出訴が認められる。何故なら、地方公共団体（の機関）と国の機関が上下関係にないこと、そして両者は異なる権利主体であるからである。特に后者は、「一の権利主体の意思が他の権利主体の意思に優越することを常に意味せざるを得ないのであって、それは、地方公共団体に保障された自治権の侵害そのものである」（関与121頁）。

以上の理由から、教授は、裁定的関与を含め、権力的関与に対する出訴を認めた。上記議論は、私人の自由権と自治権を同視するものではな

い。例えば国家関与の法律の留保が妥当するか否かという点について、教授は「国と私人の一般的統治関係を前提とする侵害留保の原則は直接ここに適用されるものでないといわなければならない。厳格な具体的法律の根拠を有するものとして構成されてきたこと、またそのようなものとして妥当すべき同原理の安易な拡張的適用はこれを排除しなければならない」と指摘する（関与108頁）。飽く迄も法律により、「憲法上原則的に対等な公権力の主体としての地方公共団体に対して中央行政庁が法的に優越的地位にたち得る」（同108頁）場面では、「法律の留保の原則の果す機能が、地方公共団体の自治＝自由の保障である限りにおいて、それは侵害留保の原則と質的に近似する」（同109頁）としているに過ぎない。

その後の議論において、教授は行政的関与について、憲法原理として地方自治保障が掲げられていることから、国家関与には法律の留保が妥当すると指摘する。そしてそうであるならば、これを是正するために出訴が認められると述べる（地位論37頁）。裁定的関与についても、「裁定的関与それ自体、地方自治の観点からして疑問の多い制度であるが、……裁定的関与一般について、地方公共団体の出訴権が否定されることにはならないであろう」とする（同37頁）。

1990年代後半の論考では、第一次地方分権改革の文脈に則して議論が展開される。教授によれば、当該改革は地方公共団体や地域住民の自己決定を可能にするために国と地方公共団体の関係を新たに形成するものである（諸問題382-383頁）。その際、地方公共団体の自己決定を尊重するために、国と地方公共団体の関係を「より割り切れた簡明・透明なものとするのが要請される」。したがって両者の間の紛争は、裁判所における解決即ち外部化されねばならない（あり方405頁）。

教授は、改革で規定された関与法定主義の原則、一般法主義の原則、公正・透明の原則を「行政法一般理論」とパラレルに捉え、関与について、私人-公権力間と同様に（手続的）法治主義の原則が妥当することになったと解する（あり方再論428頁）。そうであるならば、法治主義の原則を担保する仕組みが必要となる。そのため、「国と地方公共団体の間においても、先の三原則を採用した以上、紛争が生じた場合、つまり、地方公共団体の方からみて、国の関与が上記の原則に由来する制定法（行政手続法的規律を含む）に違反するときに、その是正措置を図る制度を置

くことが当然必要とされる」（同428頁）。権力的な関与が違法に行われる場合、地方公共団体の法律により保護される利益の侵害が生じているのであり、「これに対する手当のないままにしておくことは、制度としての一貫性を欠く」点、紛争が解決できない場合に当事者の主張の法的正当性が判断されず、行政に要請される「透明性、公正さの要請」に反することとなる点等から、改革が国と地方公共団体を対等協力関係に置くことを目指すものであっても、私人と同じような行政救済法の制度を認めるべきであるとされる（同429頁）。

裁判過程における紛争処理については、「法律上の争訟に該当するものにつき出訴の道を閉ざすことは許されない」（あり方再論433頁）。またそうでなくとも、立法措置で出訴を認めることは望ましい。何故なら、わが国では裁判所が法的紛争の「最終的判断機関」であり、「判断機関の独立性、判断への信頼性」も満たすからである。「地方公共団体の側からの全面的出訴禁止については、違憲の問題も生〔じ〕」、出訴は第三者機関の設置とは関係なく認められるべきである（同433頁）。出訴の対象となるのは権力的関与に限られず、自治事務に対するものでも良い。制裁措置が存在する関与や、法律上の義務を課す措置がある場合に出訴が認められる（同434頁）。

その後、宝塚市パチンコ条例事件上告審判決の定式が展開され、行政権限を巡る行政主体間の法的紛争は法律上の争訟該当性が否定されるに至ったため、教授は、裁定的関与を含め権力的関与に対する出訴の議論を司法権の観点からも検討する（出訴資格379-380頁）。教授は、戦前、わが国では違法な監督に対する抗告訴訟提起が認められていたこと、司法権を憲法32条に限定する積極的理由がないこと、憲法制定権者が自治体の出訴を否定する意図を有していたとする実証的根拠がないことを指摘する（同376-377頁）。実務においてはこのような訴訟は機関訴訟であるとされるが、それは適切ではない。何故なら、「自治体はまさに、憲法上にも地方自治法上にも国との関係で権利主体としての地位を与えられていることにな〔り〕」、権利主体間の紛争であるにも関わらず、制定法上の概念としての機関訴訟概念をこれにも及ぼし裁判での救済から排除することは、「実効的権利利益の救済を目的とする現行憲法の下では、……格段の慎重さを必要とすると思われる」（同381頁）からである。

教授は裁定的関与を含め現在も違法な関与に対する出訴を認める。その根拠としては関与が自治権を侵害すること、そして日本国憲法の地方自治保障が挙げられる。教授は自治権を救済する訴訟類型として、「現行法では行政事件訴訟法の抗告訴訟に該当すると解される」（行政法Ⅲ 277頁）と述べる。当該記述からは、未だに私人による訴訟との質的相違の存在は意識されているが、実効的な救済・法治主義の原則を担保する手段の必要性から、訴訟提起が認められているように思われる。

#### （４）白藤博行教授<sup>128</sup>

出訴に積極的な議論として、最後に、白藤博行教授の議論を検討する。教授は、制度的保障説が立法裁量を統制できないことから、自治権にかかる憲法解釈を見直し、これを「憲法によって直接保障された権利（主観法的地位）」と解する。これは自治権を主観化するのみならず、自治権の実効的救済（裁判的救済）も強化しようとする議論である。わが国では、第一次地方分権改革で国と地方公共団体の関係が対等・協力関係に位置づけられ、地方自治法の諸規定で憲法の保障する地方自治の中身が充填され、地方公共団体の主観法的地位＝権利が具体化されたと解することで、当該アプローチは可能であり、関与に対する自治権の実効的保障システムが要請される<sup>129</sup>。この点において、教授の議論は従来の学

<sup>128</sup> 本項では、白藤教授の次の論考を検討する。白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法62号（2000年）200頁以下、白藤博行「『自治権』の実効的保護と国・自治体間の紛争処理のあり方」佐藤英善編『新地方自治の思想』（敬文堂、2002年）155頁以下、白藤博行「裁判の保護に値する地方自治」室井古稀・前掲注9）405頁以下、白藤博行「地方自治の本旨」高木光ほか編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）202頁以下。本項では、下線部を引いた略称及び頁数を括弧書きに括る。

<sup>129</sup> なお、教授は、行政的関与に続き、立法的関与による侵害も検討する。曰く、「今度は法令による『立法的関与』による地方自治権の侵害、とくに『行政立法的関与』による地方自治権の侵害といった新たな問題が際立つこととなった」（値する407頁）、と。教授は立法裁量統制についても、下記の「地方自治を主観法的地位の保障と解する」議論を参照し、①「地域的共同体の事項」は原則的にゲマインデに帰属させねばならないが、例外的な立法に際して、立法者に例外的事情を立証させること、②このような立証責任について裁判所により

説よりも憲法と地方公共団体の救済の議論の連関を意識したものである。また、教授が着想を得たドイツにおける新たなアプローチは、個人の自由領域とパラレルなものとして自治権を位置づける。この点で教授の議論は、先行学説と比べ、自治権をヨリ憲法上の権利に近いものと位置づけているように思われる<sup>130</sup>。

教授は、改革で創設された関与及び紛争処理の仕組み「を手がかりに、あらためて日本国憲法の地方自治保障の意味を吟味し、地方公共団体の自治権を保護する観点から、国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み、とくに違法な国の関与に対する地方公共団体の司法的救済のあり方を検討したい」（仕組み200頁）と述べる。検討の際には、特に国地方係争処理委員会の審査対象である「処分その他公権力の行使に当たるもの」の法的意味が問題となる（仕組み201頁、紛争処理163-164頁）。

教授も関与の必要性を認める。曰く、国と地方公共団体が「対等・並立・協力関係」になったとしても、行政的関与は「地方公共団体における行政の適法性の確保（とくに、法律で定められた地方公共団体の義務の履行の確保）、あるいは国家行政全体の一体性・統一性の確保」のためである、と（仕組み202頁）。問題はそこから生ずる紛争の処理である。このような紛争を巡る議論は、結局のところ「行政体間の紛争の解決を、そもそも裁判所の判断に委ねることが望ましいかどうかの問題」（同204頁）であり、わが国の文脈では、これは関与により生じた紛争の法律上の争訟該当性と、このような争訟に該当するとして、「それがさらに抗告訴訟の対象となるか」（同204頁）という形に定式化される。

教授はこの点を検討するに際し、ドイツの監督に対する出訴の議論を参照する。ドイツにおいては、自治事務に対する監督は外部効果が認められる一方、委任事務に対するそれは、通常はそうではない。とは言え、後者についても「監督行為が、立法者によって定められた範囲を逸脱し、

---

審査がなされること、③立法者による侵害への比例性原理の適用を主張する（参照、値する420頁以下）。

<sup>130</sup> したがって白藤教授の見解を内在的に理解するならば、地方公共団体以外の行政主体の出訴可能性も問題となり得るが、この点の検討は他日を期す他ない。

かつ、それによって自治権〔が〕侵害〕される場合には、外部効果を有し、「原則として、司法救済の道が開かれていなければならないとされる」（仕組み205頁、紛争処理175頁）。ドイツにおいては広く、「原則として、実体的に保障されるすべての権利には出訴可能性が保障されねばならないことが承認されている」（仕組み207頁、紛争処理174頁）ため、このような救済を否定する議論は「自治権の手続法的・訴訟法的権利救済の実効性に欠け、自治権を保障したことにならないということになろう」（仕組み207頁、紛争処理174頁）からである。そのような意味において、ドイツにおいては、自治権救済が行政裁判所で認められていることから、「事実上、すでに主観法的地位（権利）を与えられてきたといつてよい」（仕組み207頁、紛争処理174頁）。委任事務の出訴可能性の判断基準は「その基礎となっている実体法の規定のあり方による」（仕組み205頁）として、教授は、立法裁量を統制する方策について議論を進める。

教授は、立法裁量を統制するために、自治権を制度的保障ではなく、『憲法によって直接保護された主観法的地位（権利）』と解する」アプローチを採用する（仕組み206頁、紛争処理173頁）。これは「基本法の自治体憲法異議……を制度的保障の主観法化のよりどころとしつつ、行政裁判をはじめとする裁判的救済を一層拡充しようとする考え方である」（仕組み208頁）。このような立場に立つことで、憲法から立法裁量が統制されるだけでなく、裁判によるゲマインデの権利保護も図られる。立法裁量を統制するため、ドイツで展開されている議論が検討される。それによれば、憲法は個人の自由のみならず、権限領域についても立法者が尊重せねばならない法的地位について規定している。したがって基本権保護と同様に、立法者による「かかる法的地位に対する侵害」は違憲であると解されるというのである（仕組み206頁、紛争処理173頁）。

以上のような議論を踏まえ、教授は、とりわけ改革以降のわが国の地方自治解釈の再検討の必要性を指摘する。曰く、「改正地方自治法における国の関与法制が、国と地方公共団体との対等・並立・協力関係を前提とするものであることに鑑みれば、ドイツ以上に地方自治の制度的保障論の妥当性は疑われてよい。ドイツ流の制度的保障論を超える地方自治の憲法的保障論、地方公共団体の主観法的地位（権利）の保護体系としての権利救済システムの確立が喫緊の課題である」と（仕組み209頁、

紛争処理179頁）。

それでは、わが国でもこのような解釈はあり得るのか。改正地方自治法の関与の仕組みの創設と関与法定主義の条文化の結果、教授はこのような場面における国と地方公共団体の関係は外部関係化されたと解し得る（仕組み207頁、紛争処理178-179頁）。曰く、「新地方自治法規定を憲法の地方自治保障との関係で積極的に解釈しようとするれば、国と自治体との役割分担の明文化、『地方自治の本旨』に基づく『国の立法原則』の明文化、自治事務に限定されているとはいえ、自治体の事務処理に対する『特に配慮』義務の創設、そして法定受託事務および自治事務を『地方公共団体の事務』とする規定の存在など、憲法付属法たる地方自治法において、憲法が保障する地方自治の中身を充填する規定が新設されたと解することができる。たしかにドイツ基本法における自治体憲法異議のような明文規定は存在しないため、憲法に直接かつ明確ではないが、新地方自治法のこれらの諸規定をもって、憲法によって保障されている『自治権』の内容が一層明確化され、その自治体の主観法的地位（権利）性が具体化されたと解することは十分可能であると考えたい」（紛争処理178頁、仕組み208頁）。そして改正地方自治法では機関委任事務が廃止され法定受託事務についても「地方公共団体の事務」とされたことから、「『地方公共団体の事務』に対する関与は（とくに『公権力の行使』と明文で規定された『関与の基本類型』に属するものは）、地方公共団体との関係では、もちろん外部効果を有し、その法的性質は行政行為であると解釈できる」（仕組み208頁、紛争処理179頁）。このように解すると、「地方公共団体の主観法的地位（権利）の保護体系としての権利救済システムの確立が喫緊の課題である」ということになる（仕組み209頁、紛争処理179頁、本旨203頁）。教授によれば、したがって関与に対する抗告訴訟の提起が認められる。創設された関与不服訴訟は、国の行為の違法性に基づいた訴訟＝客観訴訟と解される（仕組み209頁、紛争処理179頁）。

## 2. 出訴に消極的な学説<sup>131</sup>

<sup>131</sup> 以下検討する学説とは別に、地方公共団体の出訴に消極的又は否定的な見解を述べる論考として、参照、横重博「内部法の法理」同『現代行政法の諸問題』

(1) 雄川一郎教授<sup>132</sup>

以上の議論とは反対に、地方公共団体による出訴に対して消極的な学説も存在する。まずこのような類型の訴訟提起可能性に疑問を提示したのは、雄川教授であった。教授は、機関・権限を法人格の有無ではなく実質的相対的に理解すべき旨主張し、具体的に生じた紛争において、機関が「固有の利益」を有する場合に広く抗告訴訟の提起を認めるべきであるとした。出訴の可否は、争いが生じている具体的制度に依り決定される。しかしながら原則として、わが国においては機関訴訟を立法的に手当てすることについては消極的に考えられているとする。教授は国の処分に対する地方公共団体の出訴に関し、①監督・関与の処分ではないものについては明文規定がなくともこれを認める。②監督・関与の処分については、若干の立法例を検討しこれを一般的に消極として、③裁定的関与については人民の権利利益保護及び審査請求の制度から消極的に解される。以下で検討するのは、②及び③である。教授の議論は一義的に出訴を否定するものではない<sup>133</sup>。しかしながら——関与の理解に関する時代的制約があることについて留意したとしても——少なくとも上述した議論と比較するならば、消極的或いは慎重なものであると考えられる。

先ず機関訴訟について、教授はドイツの *Insichprozess* (自己訴訟) の議論を参照し、「不適法とされるべき機関訴訟の『機関』や『権限』の観念は実質的かつ相対的に解すべきである」(法理465頁)とする。自己訴訟は本来、同一の法人内部の機関が提起する訴訟、「利益の対立の存しない訴訟」を指す(同439頁)。判例上、このような紛争は機関間のものであり、権限紛争であるため、一般的にはこれは機関であることとこのような争いは権限紛争であり、不適法とされる(同438頁)。学説におい

---

(有斐閣、1980年) 106頁、123頁、128頁、130頁、園部逸夫「地方分権と行政訴訟」自治省編『地方自治法施行50周年記念自治論文集』(ぎょうせい、1998年) 11頁以下。

<sup>132</sup> 本項では、雄川教授の次の論考を検討する。雄川一郎「地方公共団体の行政争訟」同・前掲注125) 415頁以下、雄川一郎「機関訴訟の法理」同書431頁以下。本項では、下線部を引いた略称及び頁数を括弧書きに括る。

<sup>133</sup> 参照、塩野・前掲注120) 377-378頁。

ては、例えば形式的理由として、訴訟は異なる法人の対立ということであること（同439頁）、そして実質的理由として、「同一行政主体の機関相互の紛争は、両者に共通する上級機関ないし監督官庁によって解決されることが可能であり、またその手続によって解決されるべきである」（同440頁）ことから許容されないとされる。重要な点は、学説の実質的理由である。法人格の同一性に関わりなく、これが存する場合には訴訟は許容されない場面があり得、逆に同一の法人であっても出訴が認められる余地が生じ、訴訟を認めるべき場面が指摘されているからである（同440頁）。これはドイツにおける伝統的な行政内部領域の議論——「法規」、権利・権限概念——とは対立する（同442頁）。しかしこの点については、「実質的にはいわゆる内部法領域において行政裁判がいかなる機能を営むか或いは営むべきかという角度からも考察されるべき」（同442-443頁）であり、外部法領域との関係では従来議論が維持されるとしても、内部法領域では「権利」を認める余地が生ずる（同443頁）。ドイツにおいては、例えば「或る行政行為をなすのに専門官庁の同意を要することになっている場合と、職務上の独立が認められている……委員会」（同446頁）に対し自己訴訟を認める等の議論が展開される。

以上の議論はわが国には直接接続し得るものではない。それは行政裁判制度と制度観の相違と、行政訴訟についての憲法的基礎の相違があるからである（法理463-464頁）。わが国では、美濃部博士が例外的に行政裁判につき行政の適法性保障を重視していたのであり、判例や多くの学説では、「行政裁判の第一の目的を一般的には行政権の行使に対する国民の権利保護に置く考え方が意識的・無意識的に支配的であった」（同460頁）。戦後においては、「このような制度観〔＝裁判所の権限の範囲内での権利保護の思想〕が、現行法たる司法審査性の上により強い形で受けつがれることとなる」（同461頁）<sup>134</sup>。

彼我の相違は憲法的な基礎の相違に依っても説明される。即ちわが国

---

<sup>134</sup> 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」同・前掲注120）259頁は、行政事件訴訟法制定の際の法制審議会行政訴訟部会・同委員会の構成メンバーから、「理論的整理は民事訴訟法の法理・法制度によることを基本としつつ、行政訴訟の特質に応じた特則を置くという基本的スタンスがとられた」と指摘する。

では「行政訴訟が憲法上の司法的権利保護の制度の上に成立していることから、裁判所の権能がこれ〔=『法律上の争訟』の観念〕によって規制されることにな〔り〕、……これを行政法の領域についてみれば、いわゆる行政外部法領域即ち行政対人民の関係において生ずる法的紛争」に限定される（法理464頁）。立法措置のない限り、「行政内部法領域に生ずる紛争は——それが法的紛争であっても——裁判所の権限が及ばず、行政的に解決するほかはないという原則に至ると思われる」（同464頁）。しかし「ドイツにおいては権利保護に関する憲法上の原則が必ずしもこの機関訴訟の問題を直接に左右しないと考えられる」（同463頁）。何故なら、基本法19条4項は行政裁判の権能の規定ではなく、当該規定の要請を充足するのであれば、法令による行政裁判所の権限の拡張等が許容され得るからである。また行政裁判所法42条や同法40条の概括主義の採用により、「その条項の中に基本法19条4項の要請以外の意味を読み込み得ることにもなる」（同463頁）。そのため、ドイツにおいては自己訴訟の議論が展開されるのではないかと教授は述べる（同464頁）。

教授はしかし、上記議論を参照し、機関訴訟を実質的に解することを主張する（法理465頁）。立法による法人格賦与の推定はあり得るものの、法人格の有無と裁判的保護を結合させることは合理的ではない（同465-466頁）。教授によれば、機関の間に生じている紛争が「機関に固有する利益を主張するような場合」（同466頁）に、裁判所による保護を認めるべきである。したがって、機関訴訟でありながら裁判所において解決されるべき紛争が生ずることとなるが、これは「具体的な制度の解釈問題となる」（同468頁）。このような訴訟が立法的に手当されるべきか否かという点については、教授は消極的な議論を展開する<sup>135</sup>。しかしながら複雑化する利益状況に鑑み、「相抗争する利益の中立公正な調整者として」の裁判所の意義を認め、「或る機関争議がこれを解決すべき適当な方法がなく、事柄が裁判所の判断に適するような場合には、機関訴訟を認めることに合理的理由がある」（同469頁）。

教授は更に、「地方公共団体の提起する訴訟特に国の処分に対する抗

<sup>135</sup> 法理469頁は、例えば地方自治法で立法措置として規定されている機関争議について「反省すべき問題があると思われる」と述べる。

告訴訟（争訟425頁）の許容性について検討する。法律上の争訟に該当する場合にはこの出訴権を否定することはできない（同425-426頁）。しかしながら地方公共団体については「憲法上の地方自治の保障の性質をどう解するにせよ、それはもともと国から全く独立している訳ではなく、何らかの範囲において国の下に立つ行政主体として、国の監督ないし関与を受けるべき地位にある」（同426頁）。憲法92条により監督ないし関与には一定の制限があるとしても、このような処分に対する出訴については、検討を要する（同426頁）。

地方公共団体と国の間の紛争について、第一に国・都道府県による「公行政の監督ないし関与の手段として行われる処分以外の処分について」は、明文の規定がない場合でも「出訴が認められることは、まず疑問はないと言ってよい」（争訟426頁）。第二に、監督・関与の処分については、「この『監督』ないし『関与』のもつ意味をどう観るかにかかる」（同426頁）。即ち、監督や関与の場面でも両者を別人格間の法律関係と把握するならば出訴は認められる（同426-427頁）。しかしそうではなく「国の行政と地方公共団体の行政とが一応分れ、地方自治の保障を認めつつも、両者の有機的な連関の保持を強調すれば、国の監督ないし関与……が地方自治の本旨に反し、地方自治の保障を破らない限り、地方公共団体はこれに服従すべき地位にあるという理論」（同427頁）もあり得る。わが国法が何れの立場であるかは一般的な断定ができないものの、地方税法8条や、補助金適正化法25条の例を検討した上で、「立法者は地方公共団体が地方公共団体として提起する抗告訴訟については、一般に消極的のように見える」（同428頁）とした<sup>136</sup>。第三に、裁定的関与については、①審査請求をした人民の権利利益保護の観点、②審査請求は審査庁が処分庁の上級にあるか第三者機関かという点に関わらず「処分庁に対し制度上法的に優越した効力を持つものとして」制度設計がなされていることから、「少なくとも一般論としてはなお消極的に考えている」と述べる（同428頁）。

<sup>136</sup> その後、教授は地方税法8条の訴訟については、機関訴訟とも解され得るのではないかとするに至った。参照、法理432-433頁。

(2) 藤田宙靖教授<sup>137</sup>

藤田教授は、国家と社会の二元論に由来する行政法理論を「1つの補助線」<sup>138</sup>とし、出訴に消極的或いは否定的な議論を展開する<sup>139</sup>。結論を分けるのは、内部関係と判断される場面と外部関係と判断される場面の区別である。教授の議論は、主として裁定的関与を対象とする。また、「固有の資格」理解についても、立法例よりも狭い理解が展開され、必ずしも訴訟提起全般を否定する訳ではない。しかしながら教授の挙げる諸点——特に抗告訴訟と憲法32条の結合、実体的権利としての自治権の存在の疑問視、当該「権利」の抗告訴訟提起許容性——は、裁定的関与以外  
の監督場面にも妥当し得るものであり、やはり出訴に対して消極的な議論と評価し得るであろう<sup>140</sup>。

先ず、教授は、「ヨーロッパ近代の政治思想・法思想の根底にある『国家と社会の分離ないし対立』という考え方」(組織法4頁、法関係59頁)から、「ヨーロッパ型近代法治国家思想の基本的な構造」であるところの「行政の`内、と`外、との区別」(総論17頁)が生ずると述べる。これに則った「伝統的行政法理論」によれば、第一に、行政法の主体として行政主体と私人とが区別される。即ち、「行政に関わる数々の法主体を、一方で国・地方公共団体等『行政を行う権能を与えられた法主体』であるところのいわゆる『行政主体』と、他方で私企業・私的個人等、これらの行政主体のグループの外にあり、行政主体と対立し、争い、或いはまた合意に達し、取引関係に立つところの『私的法主体』ないし『私人』

<sup>137</sup> 本項では、藤田教授の次の論考を検討する。藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」同・前掲注55) 58頁以下、藤田・前掲注99)『行政組織法』、藤田宙靖『新版 行政法総論(上)』(青林書院、2020年)。本項では、下線部を引いた略称及び頁数を括弧書きに括る。

<sup>138</sup> 西上・前掲注85) 112頁。

<sup>139</sup> 藤田教授の議論に対しては、伝統的な理論の妥当性の他に、村上裕章教授の指摘する疑問点——公法人である行政主体に基本的人権を保障されないとしても、「法律上の争訟」に該当する紛争については訴訟が肯定されるのではないかと——が生じよう。参照、村上・前掲注21) 64-65頁。

<sup>140</sup> 例えば参照、小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一ほか『岩波講座自治体の構想2 制度』(岩波書店、2002年) 64頁注12。

との二つのグループに分けて考える考え方」（組織法4頁）が導かれ、『行政主体と私人の区別（ないし二元）』という思考枠組み」（法関係59頁）が導出される。第二に、当該思考から、「行政をめぐる法関係は、行政の『内部関係』と『外部関係』とでも称すべき、二つの性質のことになった法関係に分かたれる」（組織法4頁、法関係59頁、総論16頁）。

内部関係と外部関係においては、それぞれ行政組織法と行政作用法が妥当するところ、これらの法は性格や内容を異にする（法関係59頁、組織法4頁、総論16-17頁）。例えば行政組織法での法・法律は「行政組織内部での（広い意味での）所掌ないし権限の配分」を規律し、『法規範』としての実効性の担保は、……基本的には、例えば組織内部での調整等、行政組織それ自体のメカニズムによって行われる」（組織法14頁）。外部関係での法・法律の規律は、「行政機関（行政主体）が、私人の権利ないし法的利益に、果して又どこまで介入し得るかを定めることを意味〔し〕」、裁判規範として作用するかどうかが重要である（同13頁）。以上のような峻別論に立脚するならば「行政主体相互間の法関係は、行政主体と私人の関係とは異なり、そこには、行政の『外部関係』を規律する『法律による行政の原理』を始めとした諸々の行政作用法理は、（少なくとも直ちには）適用されないこととなる」（同45頁、法関係61頁）。

行政主体は今日、種々の法的立場に立って活動を行うため、上記二元論がそのまま妥当する訳ではない（法関係61頁、組織法45-46頁）。行政主体相互間の関係については、「基本的には『行政内部関係』に属するのだ、ということを出発点としながら、しかし、個別的には、……私人相互間と同じ、或いは行政主体と私人との関係と同じ性質のものとなることもあるのだ、という考え方をすべきである」（法関係62-63頁）。問題となるのは、「固有の資格」概念が問題となるケースである（同65-66頁、組織法48-51頁）。当該概念は「一般私人が立ち得ないような立場にある状態」を指し、「少なくとも原則的には、法律が、その事業等の規制に当たり、私人であるか行政主体であるかを全く区別せず、同じ規制を行なっているかどうか、によって判断されてきている」（組織法49頁、法関係65-66頁）。行政主体と私人の間で①規制態様を異にする場合、②経済的行為について行政主体にのみ規制が認められる場合、③固有の資格に立つが行政主体に特別の法的保護が問題となり得る場合が、明確な判

断の難しいケースとされている（法関係67-75頁、組織法48-53頁）。

①事業主体としての地方公共団体に対する監督行為を抗告訴訟で争うことについて、教授は公権力の行使に対する不服の訴訟を憲法32条に基づくものとした上で、「固有の資格」としての地方公共団体はこのような基本的人権の享受が認められないとして出訴を認めない（法関係70-71頁）。②財産上の問題については、記載の許可や補助金等の交付決定について従来「固有の資格」が問題となると考えられてきたところ、「必ずしもそのように考える必要は無いのではないか」と述べる（同74頁）。即ち、私人と行政主体で異なる態様の規制がなされる場面であっても、行政主体と私人の対立と同様に利益の対立が問題となる場面については、内部関係か否かの議論とは関わりがないものと解し、「固有の資格」には当たらないと解すべきとする。何故なら、このような場面は私人相互間でもあり得るからである。規制態様の相違は、「基本的には、その財源が、住民の税金等を主とした公金である」ために設けられた枠であると解される（同75頁）。以上とは別に、行政内部での利益の調整が問題となっている場合——例えば「許認可長との協議等」——については、内部関係と解すべきとされる（同75頁）。

地方公共団体の出訴については、伝統的な二元論に加え、③特別の法的保護として、「地方自治の本旨」から認められる利益たる「自治権」の観点からも検討する必要がある（法関係75-78頁、組織法51-53頁）。この問題は、具体的には例えば、地方公共団体は、国からの監督行為に対して、行政事件訴訟法に基づき抗告訴訟を提起できるのか、という問題となって現れる」（法関係75-76頁）。このような出訴を許容するためには、第一に、「憲法解釈論として、そういった意味での実体的な権利としての『自治権』なるものが、憲法上保障されているか、という問題」及び「仮にそのような実体法上の権利があるとして、それは同時に手続法上も、抗告訴訟を提起する権利として認められているか」という点が問われなければならない（同77頁、組織法52頁）。第一の点につき、現在の憲法学はこの点を積極的に解している訳ではない（法関係77頁）。第二の点につき、そのような自治権があるとしても、これは抗告訴訟で救済されるべき「権利」ではない。そもそも「現行法上の抗告訴訟は、行政庁の公権力行使に対して私人の権利を護るための訴訟」であり、裁定的関与に対する出

訴を認めることは、行政による公権力の行使のために抗告訴訟が用いられることとなる（同77頁）。このことは「その実、抗告訴訟を客観訴訟化することを意味する」のではないかと考えられる（同78頁）。また『『地方自治の本旨』そして普通地方公共団体の『固有の自治権』が、……地域的な統治団体の『統治権』の一種として登場する限りにおいては、これが当然に主観法的な権利保護システムの下に置かれるとすることには、いささか困難が伴う」（組織法52頁、法関係79頁注22）。地方公共団体が国と対等であるならば、対等な当事者間の紛争について、必然的に私人と同一の争訟手段を認めることにはならない。「自治権」が存在するとしても、「一般国民の権利と同様『法律による行政の原理』を中心とする一連の行政作用法理によって保護されるものであるか否か」、そしてその裁判上の保護について憲法32条に基づく争訟手段により実現すべきかについては検討を要する（組織法52頁）。教授は、これに積極的な説は、「『日本国憲法は、国に対する地方公共団体の『自治権』を保障しており、そして、このような権利が実体法上保障されている限りは、（論理必然的に）それを手続的にも実現する、なんらかの訴訟手段が存在していなければならない、そしてそのような手続とは、現行法でいう限り、行政事件訴訟法の抗告訴訟でしかあり得ない』という憲法訴訟論を採用」（法関係77頁）する必要があるが、このようには解しがたいと述べる。

### （3）小早川光郎教授<sup>141</sup>

出訴に消極的な論者の最後に、小早川教授の議論を検討する。教授は第一次地方分権改革により自治体は独立な主体であると位置づけられたことから、地方公共団体には憲法から自治権が認められるとする一方で、運営等にかかる立法裁量を認める。そして裁判所の任務を法律上の争訟概念及び憲法32条に結合し、司法権を個人の権利保護と解する。自治権の保護は憲法92条により立法に委ねられる。したがって教授によれば、

---

<sup>141</sup> 本項では、小早川教授の次の論考を検討する。小早川光郎「国地方関係の新たなルール」西尾編著・前掲注19) 101頁以下、小早川・前掲注76)「地方分権改革」163頁以下、小早川光郎「司法型の政府間調整」松下ほか・前掲注140) 57頁以下。本項では、下線を引いた略称及び頁数を括弧書きに括る。

関与を含め地方公共団体の出訴については立法を待たねばならない。

教授は、地方分権委員会の勧告につき、国と地方公共団体について「それぞれ別個の行政主体としてできるだけ明確に区分けされた役割と責任を担い、かつ、できるだけ対等な立場で協力し合うものとするを旨とし[た]」(ルール102頁)のものであり、「行政主体関係の整序」(改革168頁)を目指したものと解する。それが事務再編と関与<sup>142</sup>の改革等であった。関与の改革としては、①関与の量的減少と法的枠付け(ルール104頁)、②法的枠付けを担保する仕組みとしての係争処理制度(同128頁)がなされたが、何れも法治主義から説明される。①関与の枠付けは、「地方公共団体に対する国の関与が過度にあるいは恣意的に行われることのないように一定の法的枠付けを与えようとするものであり、言いかえれば、国地方関係における法治主義の強化の方向を目指すものである」(同105頁)。②係争処理制度、「法治主義の観点からすれば、国の関与についての法のルールそのものを整えることとあわせて、それらのルールが実際に遵守されることを担保する仕組み、とりわけ、当事者間でルール違反が問題となった場合に第三者がそれを判断することによって係争を処理する仕組みが設けられていることが、きわめて重要である」(同128頁)。国地方係争処理委員会は、紛争が法の遵守のみならず政策目的・政策達成手段に関する紛争が生じうるため設けられたものと解される(同129頁)。

教授によれば、改革の結果「自治体の自主性・自立性の尊重」という可及的達成目標が掲げられ、更に、関与法定主義の原則が確立したため、最早、地方公共団体と国は分節化され(改革177頁)、内部関係にはない(司法型64頁)。関与は「憲法上および地方自治法上の原則として……制限されるべきであり」、関与を要する局面においても関与は「法律又はこれに基づく政令、の具体的な規定によらなければならない、すなわち法律の留保、に服するとの明確な原則が確立され」た(同64頁)。以上より、第一に、憲法規定から自治権が導出される。曰く、「憲法第8章による地方自治の保障は、地方自治の担い手である自治体に、他者からの干渉、

<sup>142</sup> 改革172頁は、関与の憲法上の根拠につき、法定受託事務を含め憲法65条ではなく、立法により国に特別に委ねられたことを挙げる。

とりわけ国ないし国の諸機関の干渉に対して自己の地方自治の権能を対抗しうべき法的地位としての「自治権」を認め、その尊重を国の諸機関に求めるものである」と述べ、憲法92条を特に国の行政機関との関係で、自治権保障を与える規定と解する（同63頁）。第二に、自治権の範囲や関与の設定は立法により規定される。曰く、「法律の内容が具体的に自治体の自治権をいかなる範囲まで認めるか、逆に言えば、自治体の組織・運営に関して法律自体でどこまで規定し、また、行政機関による関与をどれだけ設定しあるいはどこまで許容するか」（同63頁）が決められる。

関与不服訴訟は、「行政主体としての固有の資格、における両者〔＝国と自治体〕の——あるいはそのような国・自治体の機関相互間の——間に調整を要する問題が生じた場合」に問題となる（司法型64-65頁）。このような局面では「当事者以外の第三者がルールに即した判断を下すことにより争訟の解決を図る仕組みが整えられていることが、重要でありかつ望ましい」（同65頁）。関与法定主義・関与手続ルール・争訟処理の仕組みは「自治体の独立主体性にてらして要請されるものであると同時に、逆に自治体の独立主体性を制度的に裏付ける意味をもつものである」（同65頁）。

しかし当該訴訟は、改革での議論とは別の論理から、機関訴訟として位置づけられる。何故なら、教授の議論では、裁判所の権限の範囲は憲法32条と結合しているからである。現行憲法における司法権とは、「司法的権利保護、すなわち個人の権利を確保するための裁判所の介入〔の〕保障（憲法76条、32条）」（司法型67頁）を意味し、裁判所は「一般私人の権利利益をめぐっての争訟」を本来的な任務とする（同67頁）。したがって「自治体（ないしはその機関）が一般私人の立場とは基本的に異なる行政主体としての立場において国（ないしはその機関）との間で一定の問題をめぐって争っている場合にそれについて裁判することは、憲法76条・裁判所法3条にいう「司法権、および法律上の争訟」の範囲には含まれず、言いかえればこれらの条項が裁判所の本来的な任務・権限として予定しているものには当たらないと考えるべきであろう」（同67頁）。このような訴訟はまた、憲法92条からも法律事項と考えられる。曰く、「自治体の自治権に関しては、憲法は、裁判所による保護——それは、場合によっては個人の権利の確保と対立することにもなりうる——を憲

法自体で保障するのではなく、地方自治の本旨に即しつつ裁判所の介入をいかなる程度と態様において制度化すべきかの決定を法律に委ねていく（憲法92条）と解するのが妥当であろう」（同67頁）<sup>143</sup>。

### 3. 小括

学説においては地方公共団体の出訴について積極的・消極的何れの議論も存在するところ、初期に展開された田上教授・成田教授の議論は、行政事件訴訟法の概括主義の採用や同法6条の文言から、一定の場合における出訴を認めた。これに対し雄川教授は、実質的な機関訴訟概念を提示する。これは不適法とされる訴訟については紛争の場面毎に判断されるとの見解であるが、地方公共団体の出訴に係る規定の例から、立法者の消極的な見解が推し測られた。これに対し塩野教授は、憲法により地方自治が保障されていること、地方公共団体に認められる自治権という法的利益への侵害については、是正する手段が認められるべきであるからという論理から、現行法では抗告訴訟の提起を認める。このような論理は地方分権改革後も維持されている。藤田教授も、改革を挟んで見解を維持する。教授によれば、改革後においてもなお地方公共団体は国との関係で内部関係にある。憲法上の規定は存在するものの、憲法解釈として「自治権」の存在が論証されている訳ではない。更に、そのような権利の存在を仮に前提としても、抗告訴訟で救済されるべき権利であるとは言えないのではないかとする。

主に改革後に展開されたのは、白藤教授・小早川教授の議論である。白藤教授は、自治権について「憲法によって直接保護された主観法的地位（権利）」と解すべきとし、個人の自由と同様に——自治権も位置づけられるところの——このような法的地位を実効的に保障すべきであるとする。自治権は憲法上「直接保護された」ものであり、これに対する国家権力の制限とそれに対する実効的保障を要求する点で、基本権とパラレルな議論である。このような意味において、白藤教授の議論は、従来

<sup>143</sup> これに対し塩野・前掲注120) 376頁は「地方自治の制度的保障からすると、憲法は、裁判的保障の具体的あり方についてはともかく、保障制度の与奪まで立法権者に認めるものではないとの反論が成り立つ」と指摘する。

の積極的な見解よりも自治権保障を前進させるものであると言えよう。これに対して小早川教授は、改革により自治体は国家から分節化され、憲法上自治権が保障されることを前提とする。改革という文脈もあり、教授の議論は、国との「有機的な連関の保持」を指摘する雄川教授の議論や内部関係論から出発する藤田教授の議論よりも地方公共団体の独立性を認め、憲法規定から自治権を導出する点で、小早川教授の議論は、雄川教授・藤田教授の消極的な見解に比して、地方公共団体の出訴の議論に親和的であるように思われる。しかしながら教授は、司法権を憲法32条と結びつけ、自治権の救済には立法措置が必要であると述べる。

以上の議論は、地方公共団体の出訴を巡り、私権の性質と自治権のその関係及び自治権救済を私権保護システムとしての司法権に委ねることの適否を問うものであると定式化し得る。まず自治権という権利の存在を疑問視する論者として、藤田教授が挙げられよう。雄川教授の議論は、制度に基づき紛争が生ずる場面ごとに「権利」が存在するか否か実質的に検討されることになると考えられる。田上教授・成田教授・塩野教授・白藤教授・小早川教授は、藤田教授とは対照的に、(特に改革後)憲法規定より自治権が導かれることを前提とする。これら5名の見解は、議論が展開された当時既に地方公共団体に(私人の権利と全く同様ではないものの)実体的権利としての自治権及び国と地方公共団体の間の法治主義の妥当が認められる点で共通する。

出訴に積極的な論者と藤田教授・小早川教授の議論が異なるのは、このような「権利」を抗告訴訟で争うことを認めるか否かという点である。塩野教授・白藤教授はこのような「権利」に対する介入を救済すべき憲法上の要請が働くため、司法権の議論を(一定程度)超えた議論を展開するのに対し、藤田教授・小早川教授は、憲法32条と結合させた司法権概念を展開し、自治権は抗告訴訟の場で救済されるべきものではないと結論づける。

自治権の性質については、但し、積極的な立場においても私権と全く同様のものであるとは考えられていない。地方公共団体が国との関係の一場面において、法的利益として権利を有するとされている。塩野教授は自治権について、私人の権利と質的に近いものと述べ、或いは法治主義の原則が妥当するに至った両者の関係について、現行法上抗告訴訟が

認められると述べる。教授の議論からは、抗告訴訟とは異なる出訴の途が示唆されている。抗告訴訟とは質的に異なるものの、実効的な自治権救済が要請されるため、これを認めるといふ議論であろう。法治主義の妥当性についても、藤田教授はこれを否定し、これを認める塩野教授・小早川教授も、一定の留保を置く。このような議論を明確に超えているのは、白藤教授の見解のみである。

以上のように、地方公共団体の出訴を巡る議論は、権利としての自治権の存在及び自治権が権利であるとしても、それが抗告訴訟で争い得る法的利益なのかという点についての対立であると考えられる。このことは、従来の行政法学における議論——外部関係の議論——に則って、地方公共団体の出訴も議論されてきたということになる。即ち、抗告訴訟の提起可能性の議論は、基本的に、司法権を私権保護システムと解し、私権類似の「自治権」を救済するという構成を採用し得るかということが議論されてきた。この点で、積極説・消極説も共通している。

### 第3節 本稿の視座と構成

わが国の先行研究では、大陸法・英米法の議論が検討され、各国において地方公共団体の出訴が判例上認められることが指摘されてきた。本稿は、このうちドイツの議論に焦点を合わせる。ドイツ法の議論は既に多くの蓄積が存在するものの、従来、ドイツにおける出訴の論理は解明されてこなかった。国との上下関係に基づいて、戦前はわが国でもこのような出訴が認められていたとの議論を踏まえれば、ドイツにおいて出訴が認められる理由づけについて検討しなければ、日本の議論へ参照できるか否か検討することは困難であろう。本稿は、プロイセンにおいて制度が形成・確立された時期以降の議論に共通する構造＝思考様式に着目して、出訴の論理の解明を試みる。

#### 第1款 ドイツ法という視座

以上のように、わが国では関与に対する地方公共団体の出訴可能性について、憲法から導出される「自治権」の有無と、「自治権」侵害に対する抗告訴訟提起許容性の点に対する疑問が投げかけられており、学説の

多くがこれを肯定するにも関わらず、実務上このような出訴は否定されてきた。従来、学説からはドイツ、フランス、アメリカ等諸外国における状況が紹介されてきた。検討の結果、裁判制度や地方公共団体の位置づけが異なるにも関わらず、各国では判例上このような出訴が一定程度認められるとされる<sup>144</sup>。本稿では、この点に関するドイツ地方自治論における理論及び制度を探究することを課題とする。

それでは何故ドイツ法の議論を採るのか。それは端的に、ドイツ法における出訴の論理が十分に探究されたように思われないからである。わが国は過去、ドイツ特にプロイセンの地方制度を学んだとされるが、今日、両国には連邦国家構造、行政裁判制度、地方公共団体の位置づけ等、大きな断絶が存在する。

先行研究では、例えば制度的保障説が採用されてきたドイツにおいて出訴が認められることから、わが国においても出訴し得る可能性が残されている点が指摘されてきた<sup>145</sup>。しかしながら彼の国において出訴が認められる理由は何故なのであろうか。従来、ドイツにおける出訴の議論が参照されることはあっても、その淵源については解明されてこなかった<sup>146</sup>。

---

<sup>144</sup> スイスについては参照、小林武・前掲注21) 憲法訴訟における自治体の地位1頁以下、フランスについては例えば参照、広岡隆「地方公共団体の行政訴訟」法と政治28巻3・4号(1978年)362頁以下、亘理格「フランスにおける国、地方団体、住民(2)」自研59巻8号(1983年)86頁以下、橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス(上)」ジュリ1236号(2002年)89頁、飯島淳子「地方自治の法理論(2)」国家118巻7=8号(2005年)42頁以下。アメリカについては例えば参照、藤田泰弘「アメリカ合衆国における行政訴訟原告適格の法理」訟月19巻5号(1973年)147-148頁。イギリスについては例えば参照、榊原秀訓「行政訴訟に関する外国法制調査——イギリス(上)」ジュリ1244号(2003年)242頁。

<sup>145</sup> 例えば参照、塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同・前掲注17) 国と地方公共団体37頁、人見剛「大間原発行政訴訟における函館市の出訴資格及び原告適格」自治総研444号(2015年)33-39頁。

<sup>146</sup> その一因には、恐らく国家法人説に由来する統一的な国家理解——したがって抑圧される存在としての地方団体理解——が存在しよう。参照、杉原泰雄・前掲注21) 154-159頁、杉原泰雄ほか・前掲注9) 17-19頁[杉原発言]。同様に、

戦前のわが国で認められていた地方公共団体が出訴した事例を包括的に検討した垣見教授は、戦前、地方公共団体に「権力的」関与を行なったということ、したがって両者が「上下・主従関係」にあった点を挙げる<sup>147</sup>。当時は現在よりも行政訴訟の中で地方公共団体が出訴した事案の割合が高く<sup>148</sup>、訴訟においては一部の行政法上の一般原則が適用される等適法性審査が行われていたとされる<sup>149</sup>。垣見教授は、戦後このような出訴が認められていない要因として、「自治体の『気概』の欠如」等ではなく、地方公共団体の位置づけが変わった点からではないかと指摘する<sup>151</sup>。

ドイツにおいては、現在も、地方自治体（ゲマインデ、ゲマインデ連合）はラント行政の下に位置づけられ<sup>152</sup>、このことは例えば条例制定の際に

---

このような見解に立つが故、戦後の公法学において、戦前の地方制度に関する検討が僅少だったと考えられる。

<sup>147</sup> 教授によれば、織田萬・美濃部達吉の学説においては、地方公共団体の「権利毀損」に基づく出訴は、明治23年法律第106号ではなく個別法に限って認められるべきであると主張されたが、実務における柔軟な運用により、出訴は認められていた。参照、垣見隆禎「明治憲法下の自治体の行政訴訟」行政社会論集14巻2号（2001年）102頁以下、特に92-89頁及び57頁。

<sup>148</sup> 参照、垣見・前掲注16）99-100頁、垣見隆禎「団体自治と争訟」公法78号（2016年）178-179頁。

<sup>149</sup> 参照、垣見隆禎「『行政裁判所判決録』にみる戦前日本の国と自治体」行政社会論集15巻2号（2003年）47頁以下。

<sup>150</sup> 参照、垣見隆禎「戦前日本における市町村に対する監督処分と取消訴訟」行政社会論集24巻2号（2011年）35頁以下。

<sup>151</sup> 垣見・前掲注148）186頁。

<sup>152</sup> 周知の通り、連邦制を採用するドイツにおいて、国家は3層構造——連邦-ラント-地方自治体——に分けられる。わが国地方公共団体とラントをパラレルに捉える議論も存在する（例えば参照、笛木淳「ラントに対する連邦の指示権」阪大法学67巻6号〔2018年〕251頁以下）。しかしながら、わが国において地方公共団体が基本法の定めるラントと同様の立場にあるとは考え難い上、関与不服訴訟等本稿で扱う内容は、国家の中における地方公共団体の位置づけを含めた検討を要する。そのため、本稿では従来の議論通り、ドイツにおける地方自治体に係る思考様式の解明を目指す。

表出する<sup>153</sup>。そうであるとするならば、ドイツ法において監督及び立法に対して地方自治体が出訴可能であるという帰結は、この上下関係から生じている可能性もある。

わが国では戦後、従前の後見的な監督関係が廃止され、協力関係を形成するようになったとされる。仮に戦前のわが国のように、現在のドイツが国との上下関係に基づいて地方自治体が出訴が認められるのであれば、制度的保障論という議論自体は同じとしても、そのまま参照することが困難な議論であることにはならないだろうか。彼の国の議論を参照するのであれば、出訴の論理を検討し、制度的相違により結論が左右されるものであるかどうか検証しなければならないだろう。このような作業を経て初めて、ドイツ法の議論を参照した日本国憲法第8章の解釈論を構築し得るように思われる。

以上の理由から、本稿は、ドイツ法において地方自治や地方自治体の出訴はどのように論じられてきたのかという点を探究する。その際、本稿が着目するのは、この点にかかる議論を展開した論者に共通する議論構造＝思考様式である。以下では、ドイツにおける思考様式を検討し、日本国憲法の解釈に採り入れ得る法理の有無を探究する。

## 第2款 構成

以下では先ず、プロイセンにおいて地方制度が形成・確立された時期の理論を検討する。続いてワイマール期においてライヒレベルで地方自治保障が規定されたことに伴う学説の展開を検討する。その後で、戦後における議論を検討する。最後に、ドイツにおける議論がわが国において参照し得るものであるのかという点を検討する。

[附記] 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（令和2年9月25日授与）を大幅に加筆・修正したものである。なお、本稿の執筆にあたっては、JSPS 科研費21K13182の助成を受けた。

---

<sup>153</sup> ドイツにおける *Satzung* については参照、大橋洋一「条例論の基礎」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993年）341頁以下。

【補論】本稿脱稿後、公有水面埋め立て承認取消処分取消裁決の取消請求事件控訴審判決（福岡高等裁判所那覇支部令和3年12月15日、<https://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/20211215hanketsu.pdf> [2022年1月5日最終アクセス]) に接したが、当該判決の検討は他日に期したい。

# 規範的正犯概念と間接正犯に関する 日台比較法的考察（４）

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、72巻4号)
  - 第二節 歴年の実務的見解の状況
    - 第一項 実行行為概念
    - 第二項 正犯概念
  - 第三節 小括
- 第五章 台湾法における間接正犯概念
  - 第一節 実務的見解の概要
    - 第一項 判例と判決
    - 第二項 最高法院決議
    - 第三項 司法院院（解）字解釈
    - 第四項 参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足りる裁判 (以上、本号)
  - 第二節 分析
  - 第三節 2005年中華民国刑法における実務的見解に対する検討
  - 第四節 小括
- 第六章 結論

## 第二節 歴年の実務的見解の状況

上記の共犯規定の沿革から考察すれば、台湾法における正犯概念は、共同正犯と従犯の規定に関するものの他、更に「実施」と「実行」の意義の各時代の実務的見解の変遷に更なる問題があると思われる。そのため、以下では、実行行為概念をめぐって歴年の実務的見解を分析し、正犯概念を考察する。

### 第一項 実行行為概念

#### 第一款 実務的見解の概要

##### 一、1965年の司法院大法官會議釈字第109号解釈

本号解釈の解釈文では、1935年刑法時代の共謀共同正犯について、「自己の共同犯罪の意思を以って、構成要件以外の行為に関与して実施する、或いは自己の共同犯罪の意思を以って、事前に同謀し<sup>1</sup>、その中の一部の者により犯罪行為を実施させる者は、均としく共同正犯である…」(下線は筆者による)と解釈したが、その解釈理由書では「共同正犯は、共同して犯罪を実施する者が、共同意思の範囲内において、犯罪行為の一部を各自に分担し、他人の行為を相互に利用することにより、その犯罪目的を達成するから、その成立は全体が犯罪構成要件行為に関与して実施することを要件としない；犯罪構成要件行為に関与する者は共同正犯とすべきである；自己の共同犯罪の意思を以って、構成要件以外の行為に関与して実施する、或いは自己の共同犯罪の意思を以って、事前に同謀し、一部の者により犯罪行為を実行させる者も、共同正犯の全部の行為により発生した結果に、責任を負わせるのである…」(下線は筆者による)と示した。用語から見ると、「実施」と「実行」は同意語<sup>2</sup>、或いは「実

<sup>1</sup> 釈字第109号の解釈文と解釈理由書の原文は、「共謀」が「同謀」と称される。

<sup>2</sup> その点について、同号解釈の曾繁康、金世鼎、景佐綱大法官による不同意見書においても指摘する。

施」は「実行」の上位概念、という２つの読み方が可能であると思われる。しかし、釈字第109号解釈の解釈文と解釈理由書の文脈からすれば、「実行」と「実施」が共に使われていた一方で、共謀共同正犯の場合だけ「共謀」と「実行」が分かれて使われていたため、恐らく「実施」の概念を犯罪構成要件行為の「実行」として解釈した、すなわち両者は同意語として使われていたと推認できる。

## 二、最高法院判例と判決

最高法院（最高裁判所に相当）には「実行」を明確に定義した判決と判例はなかったが、数多くの地方法院（地方裁判所に相当）と高等法院（高等裁判所に相当）の判決は第28条の共同正犯の新旧法の適用問題において、「実行」とは「犯罪行為者が構成要件の行為を行うことである」と示したようである。以下、４つの事例で検討してみよう。

1928年旧刑法時代の判例では、例えば、最高法院民国19（1930）年上字第1699号判例<sup>3</sup>は、「詐欺取財罪の成立は、加害者が不法而して財物取得の意思を有したとし、詐欺行為を実施し、被害者が此の行為に因り表意の錯誤を有したことに致し、而して其の結果が財産上の処分をして損害を受けたことが必要である。もし其の取得した財物は、被害者の交付の決意によることではなかったら、本罪の完成を認めることができない。」として、構成要件行為としての詐欺行為が実施行為であると認めた。また最高法院民国20（1931）年上字第137号判例<sup>4</sup>は、「共同正犯は、必ず

---

<sup>3</sup> 法の見解の統一を求める台湾の大法院制度が施行された後、2018年12月7日法院組織法の改正・施行の前に最高法院が編選した判例について、参考にできる判決全文のない既存の判例は適用停止とされ（法院組織法第57条の1第1項）、適用停止されない判例は編選されなかった最高法院の裁判例と同じ拘束力を持つとされる（法院組織法第57条の1第2項）。そのため、本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により、適用停止とされた。なお、大法院と判例については、本稿第一章第二節第三項第二款一、（二）参照。

<sup>4</sup> 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

共同実施或いは分担実施の一部の者に限る。所謂実施とは、犯罪構成要素たる行為を実行し既に着手に達したことを言い、もし事前の計画に関与し、而して相当の助力を与えたに過ぎない者ならば、事前の幫助による従犯と論ずるべきである」として、「実施」の概念を構成要件行為の一部或いは全部に該当する行為と狭く解釈した。

1935年刑法時代の判例では、例えば、最高法院民国29(1940)年上字第2553号判例は、「甲が某日に乙を室内に私的監禁した後、改めて農場の屋敷に移し入れ、乙を順番で見張ることを他人に派遣し、某日までに監禁を終え、乙を解放したことは、その私的監禁の場所が別々であったと雖も、而して私的監禁の行為が間断なく、仍ほ包括的に一個の実行行為の継続であり、単統一罪と論ずるべきである」として、甲が私的監禁罪<sup>5</sup>の継続犯に該当するとした。よって、本件甲の行為の実行行為性は、乙を自己の実力的支配の下で移してその行動自由を奪ったこと、すなわち構成要件行為としての監禁行為を実行行為であると認めている。

そして2005年刑法の判例では、例えば、台湾士林地方法院民国94(2005)年度矚易字第1号判決において、母親Aと娘Bが共同して、財閥の支配人である被害者とその家族を恐喝し、養育費として財物を交付させたことにより恐喝取財罪(刑法第346条1項)<sup>6</sup>として起訴された事案に対して、士林地方法院は、恐喝取財罪における「不法所有の意図(不法領得の意思)」とは適法な権利を欠いているにもかかわらず財物を自己の実力支配に移転して使用、受益、処分するという意図であり、またこの意図は法律の命令または禁止に違反する以外にも、公の秩序又は善良の風俗に反し、そして一般人が容忍できる程度を越える場合も含まれていると示した。よって、BがAの話により自分が被害者の娘であると誤信し、財閥の支配人である被害者とその家族に恐喝して養育費を交付させたと

<sup>5</sup> 中華民國刑法第302条：「秘かに拘禁又は他の違法な方法を行って人の自由を剥奪した者は、5年以下の懲役、拘留又は3百元以下の罰金に処する。」

<sup>6</sup> 中華民國刑法第346条第1項：「自己又は第三者の不法な所有の意図により、本人または第三者を恐喝して財物を交付させた者は、6月以上5年以下の懲役及び千元以下の罰金に処する。」、第2項：「前項の方法を以て財産上不法の利益を得、又は第三者に得させた者は、亦同じ。」そのため、本条第1項の罪は「恐喝取財罪」、第2項の罪は「恐喝得利益」と呼ばれている。

しても、「不法所有の意図」を有するとは認められないと判示した。Bの行為が恐喝取財罪に該当しなくても、自分が被害者の非嫡出子であることを社会の一般大衆に広めようとし、被害者の名誉に対し害を加える旨を告知した行為に刑法第305条恐喝危安罪（脅迫罪に相当する）<sup>7</sup>を認めている。よってBの行為は恐喝取財罪の主観的な意図を欠いていても、恐喝罪の構成要件にも該当でき、その実行行為性及び定型性が備えたと認められるとしている<sup>8</sup>。

### 三、司法院民国32（1943）年院字第2404号解釈

本解釈は、1935年刑法の第28条共同正犯における「実施」という用語について、「刑法28条の所謂実施とは、教唆或いは幫助とは異なり、犯罪事実の結果が直接にその行為によって発生した場合を指し、実行の前に陰謀或いは予備行為をしても、共同実施の情があれば、同条に基づき処断すべきである。現行法における実行は専ら犯罪行為の段階に関し、且つ陰謀、予備、着手の各段階を区別するのに使用される専門用語である」として、「実施」が広く解釈されるようになった。

## 第二款 分析

### 一、刑法の文言

2005年刑法改正後、第4章共犯規定の用語は「実施」を「実行」に改め、第3章未遂犯規定<sup>9</sup>の用語と統一してきた。しかし1912年暫行新刑律に

---

<sup>7</sup> 中華民國刑法第305条：「生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える事を他人に脅迫して安全に危険を生じさせた者は、2年以下の懲役、拘留又は3百元以下の罰金に処する。」

<sup>8</sup> 本件の控訴審判決である台湾高等法院民国95（2006）年度矚上易字第4号判決は、AとBが共同の「不法所有の意図」及び行為の分担を有したため、Bが恐喝罪を成立した元判決を破棄し、改めて第28条共同正犯と第346条恐喝取財罪の規定によりAとBを共同正犯として自判した。

<sup>9</sup> 2005年刑法は、第25条「I既に犯罪行為の実行に着手したるも遂げなかつた

において、第6章共犯罪には「実施」という用語が使われていた一方、第3章未遂罪には「実施」と「実行」という文字は一切使われていなかった<sup>10</sup>。これに対し、1928年旧刑法及び1935年刑法において、共犯規定の用語は「実施」、未遂犯規定の用語は「実行」<sup>11</sup>が使われていたので、2005年刑法改正前までは、1912年暫行新刑律から1935年刑法までの法文に従うと、「実施」と「実行」は異なる概念として用いられたようであった<sup>12</sup>。

## 二、2005年刑法総則改正

---

者は、未遂犯とする。Ⅱ未遂犯の処罰は、特別の規定がある場合に限り、それを既遂犯の刑に依って減輕することができる。」、第27条：「Ⅰ既に犯罪行為の実行に着手したるも自己の意思に因りて中止又はその結果の発生を防止したる者は、その刑を減輕又は免除する。結果の不発生は、防止行為によらなかったが、行為者が防止行為に尽力した場合は、亦同じ。Ⅱ前項規定は、正犯又は共犯の中に一人又は数人は、自己の意思に因りて犯罪結果の発生を防止し、又は結果の不発生は、防止行為によらなかったが、行為者が防止行為に尽力した場合は、それを亦適用する」と規定する。

<sup>10</sup> 1912年暫行新刑律第17条第1項：「Ⅰ犯罪既に着手あるも意外の障礙に因りて遂げざる者は未遂犯と為す。其の犯罪の結果を生ずること能はざる時亦同じ。Ⅱ未遂犯の罪と為るは分別各条に於て之を定む。Ⅲ未遂罪の刑は既遂罪の刑の一等或いは二等を減輕することを得」、第18条：「既に犯罪の実行に着手したるも自己の意思に因りて中止したる者は準未遂犯を論ずる時本刑を減輕又は免除することを得。」

<sup>11</sup> 1935年刑法は、第25条「Ⅰ既に犯罪行為の実行に着手したるも遂げなかつた者は、未遂犯とする。Ⅱ未遂犯の処罰は、特別の規定がある場合に限る。」、第27条：「既に犯罪行為の実行に着手しても、自己の意思に因りて中止又はその結果の発生を防止したる者は、その刑を減輕又は免除する。」と規定した。また、1928年旧刑法は、第39条「Ⅰ既に犯罪の実行に着手したるも之を遂げざる者は未遂犯とす。其の犯罪の結果を発生すること不能なりし時亦同じ。Ⅱ未遂罪の処罰は特別の規定ある場合に限る。」、第41条「既に犯罪の実行に着手したるも自己の意思に因りて中止したる者は本刑を減輕又は免除す。」と規定した。

<sup>12</sup> 小野清一郎の1928年旧刑法の解説書『中華民國刑法總則』（中華民國法制研究會、1933年）174頁以下は、暫行新刑律の規定を考察した上で、原文の用語の「実施」を「実行」に翻訳する。

一方、2005年刑法改正において、第28条共同正犯の改正理由一、によれば、従来の「実施」は、陰謀、予備、着手、実行という概念を含め、直接的に犯罪事実を構成する行為に限られず、解釈上「陰謀共同正犯」と「予備共同正犯」を認められているが、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、犯罪は客観的犯罪行為の処罰を重視し、また行為の定型性を欠く陰謀犯・予備犯は思想の処罰となる恐れがある理由などを以て、「実施」という用語を「実行」に改め<sup>13</sup>、それで陰謀共同正犯と予備共同正犯の成立が排除されるようにした<sup>14</sup>。そうする

<sup>13</sup> この用語の改正について、林山田『二〇〇五年刑法修正総評』（元照、2007年）52-54頁は、①「実行」は、実行前の予備・陰謀と実行後の未遂・既遂を区切るものとして、主に着手実行を述べる行為階段の用語であり、構成要件行為の実行者、構成要件の以外の行為の実行者、他人の犯罪の実行を計画・指揮する者、あるいは謀議を関与し他人の実行を自己の実行に見なす者は、「共同実施」という概念の下で、共同行為者のうち一人が実行の階段に達すれば、共同正犯の犯罪共同体の本質に基づき、皆が共同正犯を成立できるが、条文の用語が改正された後、計画者または指揮者、あるいは謀議者は「共同実行」をするではないので、共同正犯を成立し難くなり、実務は前述した行為者を法改正前のように共同正犯として処罰できるために、「共同実行」を「共同実施」のように解しなければならぬので、この一文字の改正は全く実質的意味がないこと、②刑法は、陰謀犯や予備犯の処罰規定があり、如何に学説または実務の間接正犯の理論についても、二人以上の者の共同行為決意が前述の不法構成要件の実現を内容として、それを共同して実現すれば、共同正犯を成立すべきであるが、法改正後に、実行の階段に達しない予備または陰謀は「共同実行」に当て嵌めると、「陰謀の実行」または「予備の実行」という矛盾な概念になり、敢えて「共同実行」に当て嵌めないと、逆に法律の抜け道になること、③改正理由は、「実施」という用語が陰謀共同正犯・予備共同正犯を認めることになったため、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、それらを否定するとすべきであると述べたが、予備共同正犯は、個人責任原則及び法治国家の人権保障の思想に反するわけではないほか、予備共同正犯の成立は皆が実行の階段に達しなければ共同正犯を成立し得ないため、数人が共同犯罪の決意を有した後に予備の段階のみに達したが着手実行の段階に達しないものを予備共同正犯と解する学説が共同正犯の本質を誤解したものであること、を批判する。

<sup>14</sup> 改正理由一、については、本稿第四章第一節第四項第二款を参照。また、林山田・前掲注（13）55-59頁は、この改正理由に対して、①予備共同正犯と陰

と、「実施」は「実行」の上位概念、「実行」は「実施」における行為段階の一つということを推認できる。

### 三、「実施」概念の源流

1912年暫行新刑律第29条規定の立法趣旨の説明によれば、「実施」という用語を採用する理由は、「二人以上共同して犯罪行為を実施した者は皆正犯とする理由は、その行為が犯罪の要素を分担したところにある。例えば、甲と乙が丙を毒殺することを協議した場合は、陰謀毒殺の実施正犯である。甲と乙が共に毒薬を混ぜた場合は、予備毒殺の実施正犯である。甲が毒薬を食物に入れ、乙が毒入りの食物を丙に勧めた場合は、

---

謀共同正犯を否定するために、改正理由は行為の定型性の欠きや思想の処罰の恐れや学説の反対などを理由として挙げたが、刑事立法を通じて入罪化すれば、着手実行行為と予備行為と陰謀行為が法定の構成要件になったので、行為の定型性を欠くわけではないことであり、学説と実務は予備共同正犯と陰謀共同正犯に対する議論が少ないほか、陰謀共同正犯を思想犯に当て嵌めることも学説上の根拠が見当たらないものであり、陰謀犯と予備犯の処罰は犯罪共同体の本質を持つ共同正犯の問題に関わらず、それが立法政策の議題であること、②改正理由も予備犯・陰謀犯と中止犯の適用できない問題を理由として挙げたが、数人が陰謀の階段で互いに謀議行為をして、そのうち一人か数人が陰謀または着手実行の前に離脱し犯罪の結果に助力を与えなかった場合は、中止犯の問題に属するが、共同正犯の改正理由に要しない贅言であり、特に予備共同正犯と陰謀共同正犯を認めるとしても、前述の場合には必ず陰謀行為のみで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るという結論を得ず、この不正確の推論に基づき、中止犯の規定を適用できなければ平等の原則と一般の国民感情に反するという論述は、もし前述の場合に中止犯の規定も適用できれば、平等の原則と国民感情に反することではないため、これは近代刑法の基本原則と重大な繋がりがあって重複贅言するに値するものであると言えないこと、③犯罪を関与する行為者のうちは少なくとも一人が着手実行の行為の段階になれば、共同行為の実現で共同正犯の成立に足りると言えないが、陰謀・予備の行為の段階を犯罪化する不法構成要件に対して、二人以上の者が共同に実現すればその限りではないため、刑事立法はこの状況に対して除外規定をすれば、「実施」を「実行」に改めなくてもその目的が達成できること、という問題があると指摘する。

着手毒殺の実施正犯である。丙が毒を飲んで死亡した場合は、実行毒殺の実施正犯である』<sup>15</sup>として、「実施」は陰謀と予備と着手と実行を含める上位概念と示している。

一方、1912年暫行新刑律の実質的起草者である岡田朝太郎は、その暫行新刑律の解説書において「刑律及び他の法律の中には常に実施という動詞があるが、実施と云わくのは実行行為と混じり合えない。陰謀と予備と着手と実行と曰わくのは犯罪行為の中に一階級であり、その最高階級が実行、最低階級が陰謀である。実施となるとはそうではなく、その階級は何かにもかかわらず、その行為を実地現出するのは皆実施である。故に用語の正格を求めため、実行行為と予備行為と着手行為と実行行為の実施を称すべきであるが、実行行為と予備行為と着手行為と実行行為の実行を称しえない」として、「実行」は「実施」の下位概念であることを説明する<sup>16</sup>。

#### 四、実行行為＝犯罪構成要件たる行為

これまで見たように、1928年旧刑法から2005年刑法改正前まで、「実施」と「実行」という用語を両方とも使用していた。

ところで、1928年旧刑法時代の背景から観察すれば、19世紀末から20世紀の30年代まで形式的客観説がドイツ及び日本の共犯論の主流となり、当時の1928年旧刑法時代の学説の多数<sup>17</sup>及び実務家も形式的客観説

<sup>15</sup> 黄源盛編『晚清民國刑法史料輯注（上）』（元照、2010年）393-394頁参照。

<sup>16</sup> 岡田朝太郎『中華民國新刑律總則講義』（明治大学出版部、1917年）78頁。

<sup>17</sup> 例えば、王觀＝姚建龍勸校『中華刑法論（1929年五版）』（中國方正、2005年）151頁は「実行とは、犯罪行為ということである。すなわち刑法各論において規定する犯罪特別要件を構成する行為を行うことである」とする。趙琛『新刑法原理』（中華書局、1930年）259頁は「実行行為とは、刑法上の犯罪構成の特別な要素を具備する行為である」とする。郁朝俊『刑法原理』（商務印書館、1930年）133頁は「手段とは、行為の具体的な発動である」とする。陳瑾昆＝吳允鋒勸校『刑法總則講義（1934年）』（中國方正、2004年）97頁以下は「犯罪の実行とは、犯罪構成要件行為を行うことである」とする。陳文彬『中華新刑法總論』（商務印書館、1936年）158頁は、「実行行為とは、既に刑法各条の規定する

の影響を受け<sup>18</sup>、「実施」の概念を構成要件行為の一部或いは全部に該当する行為として狭く解釈した<sup>19</sup>。その後、1935年刑法時代の最高法院は依然としてそのような限定的な「実施」概念を用いており、構成要件行為の「実施」或いは構成要件行為の「実行」は、何れも裁判所の法適用の妨げにならなかったため、この考え方に従って実行行為概念を明確に定義した判例が現れなかったと思われる。一方、司法院院字第2404号解釈は、1928年旧刑法時代の形式的客観説の影響を受けておらず、1912年暫行新刑律第29条規定の立法趣旨に遡り、「実施」が広く用いられた。また、釈字第109号解釈の解釈文と解釈理由書は、共謀共同正犯の場合だけで「共謀」と「実行」が分かれて使われており、その文脈からは、「実施」と「実行」が同意語として使われていたと推認できる。

このような実務の見解の変遷及び2005年刑法第28条共同正犯の改正理由によれば、立法者は「実施」と「実行」について確実に異なる概念であることを表明し、「正犯＝直接的な実行行為者」及び「共犯＝実行行為の間接的な関与者」と考えている上<sup>20</sup>、行為の定型性を強調し、「実行行為」を「犯罪構成要件たる行為」と定義していると言える。

---

犯罪行為に入ったということであるとする。これらに対して、郭衛『現代刑法總論』（世界書局、1933年）76頁は「実行は意思が既に行為において表現した進展状態の用語である」とする。

<sup>18</sup> 黄源盛『晚清民國刑法春秋』（犁齋社、2018年）287頁は、1928年旧刑法時代の立法精神は日本刑法理論の影響をまだ受けていたが、その立法精神が段々主観主義へ移行しており、特に牧野英一が主張する主観主義と目的刑論に影響されていた。これに対して、最高法院は依然として客観主義を厳守しつつ、形式的客観説に基づき正犯の範囲を判断していたと指摘する。

<sup>19</sup> 黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（6・完）」法学協会雑誌134巻9号（2017年）1745-1746頁参照。

<sup>20</sup> 林山田・前掲注（13）51頁は、その改正理由によれば、「直接的」な実行行為者とする正犯の内に「間接」正犯が存在しているのは論理的な錯誤であると批判する。

## 第二項 正犯概念

### 第一款 実務的見解の概要

#### 一、1912年暫行新刑律時代

この時代の大理院は、基本的に1912年暫行新刑律に従って正犯たる者を判断していた。すなわち第29条第1項に依り正犯は「犯罪行為を実施した者」と示されるものである。一方、第29条第2項の場合では、どのような犯罪行為実施中の幫助が「準正犯」と言えるかという問題もある。

例えば、大理院民国3（1914）年上字第221号判例は、AはBらが被害者の店舗で強盗を行った時に外で見張りをしていたという事案において、「犯罪実行には積極的・消極的要件があり、積極的要件とは犯罪実行の積極的に進行する行為、消極的要件とは犯罪実行の阻害を防止する行為であり、両者いずれかは犯罪実行に必要な不可欠の要件である。故に犯人の行為はこの二つ要件の一に合った場合は、即共同実行正犯である。強盗罪の強取行為は積極的要件に属し、見張り行為は犯罪実行の阻害を防止するという消極的要件に合ったため、強取・見張りは均しく共同正犯として論ずるべきである。」（下線部は著者による）として、第29条第2項によりAを準正犯とした元判決を破棄し、改めて第29条第1項によりAを共同正犯として自判した。また、大理院民国4（1915）年上字第359号判例は、擄人勒贖（身代金目的略取に相当する）<sup>21</sup>の事案において、「擄人勒贖における擄人行為と勒贖行為は均しく犯罪行為の一部を実施することである。其が（指示に）<sup>22</sup>従い回贖を被害者と談合した場合は論なく勒贖を幫助したことであり、仍て犯罪行為を実施するに

<sup>21</sup> 1912年暫行新刑律においては擄人勒贖の規定がなかったが、懲治盜匪法（第4条第3項）とその後の懲治盜暫行条例（第1条第1項）において擄人勒贖の規定があった。なお、1928年旧刑法第371条及び1935年刑法第347条においては擄人勒贖が規定されている。

<sup>22</sup> 「（指示に）」の文言は、本稿が判例の文脈に依り理解した上で添付したものである。

際し正犯を幫助した者と言え、刑律第29条第2項に依り準正犯として論ずるべきである。」(下線部は著者による)として、明らかに擄人行為(略取行為)と勒贖行為(身代金を強請してこれを交付させる行為)の実施者を正犯として理解した一方、勒贖の幫助者はただ指示に従って回贖(身代金の交付)を談合したため、それを「準正犯」であるとした。

## 二、1928年旧刑法時代

この時代の最高法院は、正犯を「犯罪事実を構成する行為の実施者」として理解していた。例えば、最高法院民国19(1930)年上字第1984号判例<sup>23</sup>は「刑法上の幫助犯とは、正犯の行為に対してただ助力を与えて実施に関与しなかつたものというものであり、もし犯罪事実を構成する一部への実施に既に関与したら、即共同正犯に属し、刑法第42条に依つて処断すべきであり…。」(下線部は著者による)として、最高法院民国22(1933)年上字第1713号判例<sup>24</sup>は「刑法第42条の共同正犯は、客観主義を採っており、犯罪事実構成たる行為を共同実施することを成立要件とし、共犯の間に互いが一部の行為を分担するだけと雖も、苟も犯意の連絡があれば、仍て全部の犯罪事実責任を共同に負わなければならないであり、然し其のした一部の行為は、犯罪事実の内容を構成しなければ、分担実施とは言えないであり、殺人罪は被害者に殺害を実施するとして犯罪内容を構成する行為であり、もし殺人の際に、ただ現場にて見張り、便利を与え、殺害行為を直接に関与しなかつたら、この状況では、他人が犯罪を実施した時に直接の重要な幫助をしたとし、刑法第44条第3項の但書を適用し処すべきであり、殺人の一部工作を分担したことを認め而て共同正犯の例に依つて処断するではない。」(下線部は著者による)

<sup>23</sup> 本判例は裁判の全文が見当たらず参考するににならないものであるため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

<sup>24</sup> ただし、本判例は最高法院民国91(2002)年度第10次刑事廷会議決議により、釈字第109号解釈及び最高法院24(1935)年上字第2868号判例(適用停止)と最高法院25(1936)年上字第2253号判例(適用停止)の見解に抵触したため、既に援用されないと示した。なお、本判例も裁判の全文が見当たらず参考にならないものである。

とした。

### 三、1935年刑法時代

この時代の実務的見解は、正犯の判断について、行為者の主観的意思を重視する見解と行為者の主観的意思と客観的行為を重視する見解が存在していたが、いずれも最高法院が確立した判断基準、すなわち「主観客観択一標準説」の範囲から逸脱しなかったと思われる。

#### （一）いわゆる「主観客観択一標準説」

最高法院民国24（1935）年7月総会決議<sup>25</sup>は、「正犯と従犯の区別する

---

<sup>25</sup> 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）89頁以下は、この決議について、蘇俊雄『刑法總論Ⅱ』（國立台灣大學、1997年）412頁、蔡墩銘『刑法精義』（翰蘆、第2版、2005年）318頁、甘添貴＝謝庭晃『捷徑刑法總論』（瑞興、修訂2版、2006年）255頁、余振華『刑法總論』（三民、修訂3版、2017年）379頁、王皇玉『刑法總則』（新學林、修訂6版、2020年）424頁、黃士軒・前掲注（19）134頁など文献を参考し、「最高法院24（1935）年刑事庭総会決議」を称した。しかし、この決議は各時期の最高法院決議集において作成日が異なると示している。例えば最高法院編『最高法院民刑庭總會決議錄類編（民國十七年至六十年）』（最高法院書記廳、1972年）188頁と最高法院法律叢書編輯委員會編『最高法院民刑庭總會決議錄類編（民國十七年至七十一年）』（最高法院法律叢書編輯委員會編、1983年）335頁において、この決議は「24年7月総会決議」に作成したものを記載したが、同編輯委員會編『最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編（民國十七年至七十三年刑事部分）下冊』（最高法院法律叢書編輯委員會、1977年再版）44頁、同院編『最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編（民國十七年至九十二年刑事部分）下冊』（最高法院、2003年）27頁、同院編『最高法院決議彙編（民國十七年至九十五年）下冊』（最高法院、2007年）30頁、及び同院編『最高法院決議彙編（民國十七年至一〇四年）下冊』（最高法院、2015年）43頁において、この決議は「作成年月日不明」を記載する。本稿は、このような編集の経緯、文献の記載、及び説明のわかりやすさを考え、この決議を「最高法院民国24（1935）年7月総会決議」で修正する。なお、この決議が示す正犯と従犯の区別基準は、民国95（2006）年度第22次刑事廷會議決議により、参考し続くとする。

基準は下記の通りである。

(一) 自己の犯罪の意思を以て犯罪構成要件たるに関与した者は正犯である。

(二) 他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪構成要件に該当する行為に関与した者は正犯である。

(三) 他人の犯罪を幫助する意思を以て、犯罪構成要件行為以外の行為に関与した者は、従犯である。

(四) 自己の犯罪の意思を以て、犯罪構成要件たる行為以外の行為に関与した者は、正犯である」<sup>26</sup>。

また、最高法院民国25(1936)年上字第2253号判例<sup>27</sup>は、「正犯と従犯の区別について、本院が採っている見解は、行為者の主観的な犯意と客観的な犯行によって区別する。凡そ自ら犯罪の意思を以て犯罪に関与したものは、その関与が犯罪構成要件たる行為であるか否かにも関わらず、

---

<sup>26</sup> このような正犯と共犯の区別基準について、学説上の理解が異なっている。例えば、陳子平『刑法總論』(元照、4版、2017年)417頁は、1935年刑法時代の実務の見解は「主観客観択一標準説」を採っていたと称する。また、王皇玉・前掲注(25)424頁は、この決議を「主観と客観の総合的な判断基準」と解する。さらに、許澤天『刑法總則』(新學林、2020年)284頁は、伝統の実務の見解は「主観客観択一標準説」というより、むしろ主観理論の角度からその旨を理解すべきであると指摘する。一方、2005年刑法改正において、第28条共同正犯の改正理由は「二、『実施』を『実行』に修正することは、下記の理由に基づき、現行実務の『共謀共同正犯』を処罰する立場を妨げない。…(三)それに現行実務は共同正犯と従犯の区別基準に対し、それが『自ら共同犯罪の意思を以て、構成要件たる行為を実施する者は、正犯である；自ら共同犯罪の意思を以て、構成要件以外の行為を実施する者は、亦正犯である；他人の犯罪を幫助する意思を以て、構成要件たる行為を実施する者は、亦正犯である；他人の犯罪を幫助する意思を以て、構成要件以外の行為を実施する者は、従犯こそである』という立場(主観客観択一標準説)を採っているため、共謀共同正犯の存在を更に肯定する。」として、最高法院が示している正犯と共犯の区別基準を「共同正犯と従犯の区別基準」と書き直して「主観客観択一標準説」と称したが、その論旨が全く変わらないため、本稿は、2005年刑法改正理由に従って、それを「主観客観択一標準説」と称する。

<sup>27</sup> 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないものであるため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

皆正犯であり、他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪に関与したものは、その関与が、苟も犯罪構成要件たる行為であれば、亦正犯である。他人の犯罪を幫助する意思を以て犯罪に関与し、その関与が犯罪構成要件以外の行為でなければ、従犯でならない。」として、同じ意旨を示している<sup>28</sup>。

## （二）主観説

司法院民国29年（1940）院字第2030号解釈は「事前に同謀し<sup>29</sup>、事後に分け前をし、並に犯罪を実施した際に、外で見張り番を担当した者は、顯に自己の犯罪の意思を以て犯罪に関与したのであり、即共同正犯であることと認めるべきである。」（下線部は著者による）として、自己の犯罪意思の有無だけで正犯たる者を判断した。

## （三）主観客観混合説

最高法院民国48（1959）年台上字第1163号判例は「自己犯罪の意思を以て犯罪構成要件の行為に関与した者こそは、共同正犯である。刑法第223条の罪<sup>30</sup>は、16歳未満の女子に誘引して他人と姦淫することを其の犯罪構成要件の行為とし、もしこの行為がなければ、女子の母が女子を身売りしたために妓館の紹介を頼まれたことだけを以て、ただ他人の犯罪に助力を与え、幫助犯を成立すべきであり、共同正犯として論じ難いである。」（下線部は著者による）として、自己の犯罪意思の有無だけでなく、各罪の構成要件行為に該当するかどうかも正犯の判断基準とされた。

<sup>28</sup> 同じ「主観客観択一標準説」で正犯と共犯を区別する最高法院判例と判決として、最高法院27（1938）年上字第1333号判例、最高法院民国96（2007）年度台上字第7057号判決、最高法院民国99（2010）年度台上字第4353号判決、最高法院民国102（2013）年度台上字第1499号判決、最高法院民国106（2017）年度台上字第862号判決などがある。

<sup>29</sup> 同號解釈の原文は、「共謀」を「同謀」と称する。

<sup>30</sup> 中華民國刑法第233条：「16歳未満の男女を誘引して他人と猥褻行為又は姦淫をさせた者は、5年以下の懲役に処する。」

#### 四、行為支配説の影響

近年は、最高法院は行為支配説の影響を受け、「機能支配（機能的行為支配）」で共同正犯の構造を説明した。例えば、最高法院民国96（2007）年度台上字第6141号判決は「多数人が共同犯罪の意思により、互いに分担協力して犯罪行為を共同に実現し、互いに補充して犯罪を完成すること、即ち多数人が犯意の連絡と行為の分担に基づく場合は、共同正犯であり、これは学説上のいう『機能的行為支配』である。機能的行為支配の概念において、多数人がその役割に依り構成要件の実現を共同に協力して関与し、その中に部分行為者は構成要件行為の実現を関与しないとしても、その行った構成要件以外の行為が犯罪目的の実現に対して必要不可欠な地位を持っており、仍て共同正犯を成立することができる。また共同正犯の構成員が構成要件行為の実行を関与するのは、全ての犯罪事実を関与するのが必要であるとされなく、犯罪事実の一部のみを関与し、或いは共同行為の一段階のみを関与しても、共同正犯の成立には妨礙しない。」としている<sup>31</sup>。

また、下級審も行為支配説に基づき、正犯は「全ての犯罪過程に対して操縦性のある犯罪支配地位を持っている者であり、犯罪行為を進行するかどうか、どのようにして進行する、及び犯罪結果、犯罪目的の実現に対して決定性の役割と機能を持っており、常に自身の意思によって構成要件の実現を止めるまたは早めることができ、犯罪過程におけるキーマンに属することである」<sup>32</sup>、あるいは「行為者が正犯であるかどうかについて、行為者の主観的行為と客観的心理状態を兼ねて判断すべきである。原則的に全ての犯罪過程に対し、操縦性・主宰性の犯罪支配の地位を有する者は正犯である。故に犯罪類型において、自己の行為を通じること（単独犯）、または他人に対しての意思支配を通じること（単独

<sup>31</sup> 同じ「機能支配（機能的行為支配）」で共同正犯を判断する判決として、最高法院民国101（2012）年度台上字第5199号判決、最高法院民国103（2014）年度台上字第2443号判決、最高法院民国106（2017）年度台上字第2221号判決、最高法院民国106（2017）年度台上字第3352号判決など参照。

<sup>32</sup> 台湾高等法院台南分院民国105（2016）年度上易字第280号判決参照。

犯)、または多数人が互いに助け合って関与することによって犯罪の実現を完成する(共同正犯)としての支配犯は、共同正犯及び間接正犯の成立しか可能にしない<sup>33</sup>と定義している。

ここでは台湾台東地方法院民国98(2009)年度訴字第107号判決を見てみよう。

本件は、被告人A、B、C、D、E、Fが第二級毒品であるメタンフェタミン(毒品危害防制条例第2条第2項第2款)<sup>34</sup>を共同して製造したことにより第二級毒品製造罪(毒品危害防制条例第4条第2項)<sup>35</sup>の共同正犯として起訴されたという事案である。Cは犯罪過程において、資金と原材料と器具を提供したAとB及びメタンフェタミンを製造したDとEとFの間の連絡係しか務めなかったものであり、またDとEとFは原材料を使い切った時に直接AとBに連絡して提供させ、Bも自ら原材料と器具などをDとEとFに渡すことが可能であったので、Cの行為は必要不可欠ではなく、それは構成要件以外の行為とされた。そしてCは原材料と器具の運搬係であったが、最も重要な原材料と器具の数量と供給源といったことをコントロールすることができず、犯罪の促進の役割しか果たさなかったもので、幫助犯とされた。

## 第二款 分析

### 一、1912年暫行新刑律における正犯概念

1912年暫行新刑律の共犯規定によれば、正犯たる者は二人以上共同し

<sup>33</sup> 台湾高等法院台南分院民国92(2003)年度上易字第1050号判決参照。また、本判決の用語について「主観的行為と客観的心理状態」が用いられているが、恐らく「主観的心理状態と客観的行為」の誤記であると思われる。

<sup>34</sup> 台湾の薬物犯罪については、毒品危害防制条例第2条により、覚せい剤と麻薬など依存性・乱用性・社会危害性のある精神刺激薬と麻薬及びその製品を「毒品」と定義し、そしてその依存性・乱用性・社会危害性により、4つのレベルに分かれる。

<sup>35</sup> 毒品危害防制条例第4条第2項:「第二級毒品を製造し、運輸し、又は販賣した者、無期又は7年以下の懲役に処し、1千萬元以下の罰金を併科することができる。」

て犯罪行為を実施した者（第29条第1項）、及び犯罪行為を実施するに際し正犯を幫助した者（第29条第2項）である<sup>36</sup>。また、幫助犯たる者は犯罪行為を実施する前に正犯を幫助した者である（第30条第1項）。そうすると、当時の正犯概念は正犯と従犯の区別から理解できると思われる。まず犯罪行為実施の時期により、犯罪行為実施前に幫助した者は如何にも従犯とされ、犯罪行為実施中に幫助した者は正犯とされるという加功行為の時期前後による形式的基準が存在していた。一方、犯罪行為実施中に幫助した者について、「犯罪行為の実施中に、正犯を幫助した者を正犯に準ずる理由は、実施行為時における重要な助力を与えたことである。重要な助力は、犯罪要素の分担とは異なるが、犯罪の程度、行為の責任につき同等である。例えば、甲が屋内で窃盗を行い、乙が甲のために屋外で立番した場合は本条の例である。」<sup>37</sup>という第29条第2項立法理由の説明によれば、犯罪実施時の幫助が重要な助力であると評価し得る場合には、「準正犯」とされる。よって、正犯と共犯の区別は、加功行為の時期の前後による形式的基準及び犯罪実施時の加功行為の重要性という実質的基準により判断していた。

大理院は、正犯を「犯罪行為を実施した者」と理解したが、これを「準正犯」とした事例において、大理院民国4（1915）年上字第359号判例により回贖（身代金の交付）の談合行為を重要な助力と認めた理由については少々論理的に問題があると思われる。すなわち加功行為の時期からすれば、確かにこの談合行為は犯罪実施時において行われていたが、この行為は、犯罪の全体において、どのように擄人勒贖（身代金略取に相当する）を促成した重要性があったかということの説明として十分なものではない。一方、大理院民国3（1914）年上字第221号判例により見張り行為は、第29条第2項立法理由の説明と異なり、それを「犯罪実行の阻害を妨げる」という「消極的要件」を解し、第29条第1項において実施された犯罪を拡張的に解釈していた<sup>38</sup>。よって、大理院が「犯罪行為を

<sup>36</sup> 岡田・前掲注（16）106-108頁は、前者を「実施行為分担者」即ち「実施正犯」、後者を「実施行為幫助者」即ち「幫助正犯」と称する。

<sup>37</sup> 黄源盛・前掲注（15）392頁。

<sup>38</sup> 黄士軒・前掲注（19）1730頁。

実施した者」を正犯とした結論を得られても、「準正犯」の判断はまだ明確ではないと思われる。

## 二、1928年旧刑法と1935年刑法における正犯概念

1928年旧刑法時代の実務的見解は、正犯を「犯罪行為を実施した者」とした大理院の見解に従い、形式客観説の立場に基づき<sup>39</sup>、正犯は構成要件行為の実施を既に着手しなければならないものとし、且つ共同正犯の条文が客観主義に立脚することを明確に表明した<sup>40</sup>。

一方、1935年刑法時代の実務的見解は、基本的に最高法院が示した「主観客観択一標準説」に従っていた。すなわち、自己の犯罪の意思を以って犯罪構成要件たる行為に関与する者、自己の犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為に関与する者、他人の犯罪を幫助する意思を以って犯罪構成要件たる行為に関与する者は、正犯とされる。これに対して、自己の犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為に関与する者だけでは従犯とされる。すなわち犯罪構成要件の行為を行う者だけでなく、正犯の範囲を「自己の犯罪の意思を以て犯罪構成要件以外の行為に関与する者」まで拡張したのである。

また、釈字第109号解釈もこの観点から、事前に共謀にしか関与しなかった行為者すなわち共謀共同正犯の処罰を認めた<sup>41</sup>。しかし、前述し

---

<sup>39</sup> 黄源盛・前掲注(18) 280頁。

<sup>40</sup> 形式的客観説に従った旧刑法時代の判例は、最高法院民国20(1931)年非字第137号判例、最高法院民国21(1932)年上字第2022号判例、最高法院民国21(1932)年非字第2197号判例、最高法院民国22(1933)年上字第842号判例などがある。

<sup>41</sup> 同号解釈が日本の共同意思主体説を採用すると理解する見解は、周治平「共謀共同正犯引論(續)」軍法專刊12卷10号(1966年)10頁、楊大器「汎論共謀共同正犯」刑事法雜誌15卷3号(1971年)3頁、甘添貴「共謀共同正犯與共犯の區別—最高法院九八年度台上字第八七七號刑事判決評釋—」法令月刊61卷2号(2010年)60頁、張麗卿「刑法總則理論與運用」(五南、2015年第5版)355頁など参照。また、同号解釈の曾繁康、金世鼎、景佐綱大法官による不同意見書においてもこの点を指摘する。反対意見として、陳子平『共同正犯與共犯論』(五南、2000年)

たように、同号解釈によれば、「実施」と「実行」が同意語として使われていたようであり、「実施」は「犯罪構成要件たる行為を行う」ということを意味した。そうすると、用語の面から見ると、正犯は「犯罪構成要件たる行為を行う者＝実施行為者＝実行行為者」と理解できることであり、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行った多数の犯罪者が、共同正犯の規定を通じて正犯を拡張的に認められるという帰結に至った<sup>42</sup>。

### 三、2005年刑法における正犯概念

2005年刑法改正後、第4章の章名「正犯及び共犯」の改正理由によれば、直接正犯、間接正犯、共同正犯は直接的な実行行為者、教唆犯と幫助犯という狭義の共犯は間接的な実行行為の関与者として評価されるが、ここでの実行行為及び正犯概念はどのように解すべきかという問題がある。

この点について、第28条共同正犯の改正は、司法院院字第2404号解釈による「実施」概念及び最高法院の決議と判例による共謀共同正犯の処罰を認める立場を理由としている。すなわち過去の最高法院判例は、「実施」概念を「陰謀、予備、着手、実行」と広く解した院字第2404号解釈により、1935年刑法第28条を通じ、共謀共同正犯の処罰を認めていた。一方、思想犯の処罰の恐れ及び陰謀犯・予備犯の定型性の欠如など理由に基づき、2005年改正後第28条の文言は「実施」を「実行」に改められたが、その改正理由二、によれば、実質的客観説又は行為支配説という多数説の立場、「共同して犯罪を実行した」と規定する日本の立法例と「行為支配説」を採るドイツの通説、及び最高法院の決議と判例による「主観客観択一標準説」を理由として、実務において共謀共同正犯の処罰を

---

159頁は、同号解釈において超個人的な「主体」を構成するという文字の表現が使用されたので、必ずしも共同意思主体説の採用とは言えなかったと指摘する。

<sup>42</sup> 1935年刑法において、このような「共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う多数の犯罪者」について、最も問題となるのは共謀共同正犯である。共謀共同正犯に関する台湾の実務的見解と学説の紹介については、黃士軒・前掲注(19)1752頁以下参照。

妨げないのであり、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う多数の犯罪者も共同正犯とすることができることとなった<sup>43</sup>。そうすると、2005年刑法において、元々直接的な実行行為者としての共同正犯は、前述したように「犯罪構成要件たる行為」と定義された実行行為概念を通じ、共同して「直接に犯罪構成要件たる行為を行う」と解すべきということになる。しかし、共謀共同正犯の処罰を妨げないため、共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う者であっても、それが共同正犯として認められるため、「正犯＝実行行為者」ということが当然とは言えず、少なくとも共同正犯の場合はそうではないと思われる。

よって、新法において正犯たる者は、犯罪構成要件たる行為を行う者

---

<sup>43</sup> 林山田・前掲注(13) 57-59頁は、この改正理由二、について、①共謀共同正犯を処罰する実務の立場を妨げないために、改正理由は多数学説の支持や外国の立法例や実務の共同正犯と従犯の区別標準を理由として挙げたが、元々実務は改正前に共謀共同正犯を処罰する立場を採っており、刑事立法から見ると、実務の立場が間違っただけで刑事立法の方法で排除しなければならない限り、改正が必要であるため、このような改正が本末転倒であること、②改正理由は権威に訴える論証を違犯する論理的誤謬があるほか、実質的客観説にせよ形式的客観説にせよ行為支配説にせよ、共謀共同正犯を認めるかどうかについては、各説の論旨によって結論を得るべく、「共同実行」または「共同実施」という文字のみで決めるのではないこと、③日本刑法は共同正犯の成立要件を「共同して犯罪を実行した」と規定しても、各学説は共謀共同正犯に対する見解が統一となるわけではないので、日本の立法例も共謀共同正犯の概念を認めるという改正理由は共謀共同正犯を肯定する論証的価値を有しないほか、「行為支配説」を採っているドイツ学者も、共謀共同正犯の概念に対してまだ定論がついていないので、それは改正理由の著者が大胆に論断できることではないこと、④改正理由は実務の正犯と従犯を区別する判例要旨（最高法院民国25（1936）年上字第2253号判例）を「現行実務の共同正犯と従犯の区別標準」と書き直し、その実務的見解を「主観客観択一標準説」と命名し、そして現行の実務が「主観客観択一標準説」を採っている立場から「共謀共同正犯の存在をさらに肯定する」と述べたが、このような理由は用語の修正及び共謀共同正犯の処罰の妨害に関わると言えず、元用語の「実施」は、学説と実務的見解の解釈を通じ、既に共同正犯と共謀共同正犯の問題を解決したが、改正後の規定はむしろ共謀共同正犯を処罰する実務の立場を妨げることになったこと、という問題があると指摘する。

(直接正犯、間接正犯、実行共同正犯)、及び第28条の規定により共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う者(共謀共同正犯)、という帰結になる。

### 第三節 小括

上述したように、台湾刑法における正犯概念は、1912年暫行新刑律以来の「実施」概念、1928年旧刑法以来の「実施」と「実行」両概念を併用して「実行」概念をめぐる理論の変遷、及び2005年刑法改正後に用語の統一をして「実行」という用語しか残されない新法、これらを総合的に考察すれば、犯罪構成要件たる行為を行う者が正犯であるとしても、共同犯罪の意思を有している多数行為者の場合で、2005年刑法第28条共同正犯の規定を通じて構成要件以外の行為を行う者までも拡張されて正犯とされる。このような変遷は、1912年暫行新刑律と1928年旧刑法の客観主義から1935年刑法の主観主義傾向への立法精神<sup>44</sup>、及び岡田の独特な見解と日本刑法理論の影響などより窺われる。すなわち、判例などの実務的見解は、度々の法改正及び学説の変遷の影響を受け、正犯の成立は単に形式的客観説を重視する観点から行為者の主観的意思及び客観的行為を共に重視する観点へ変わってきた。このような理論の発展とともに、最高法院24(1935)年7月総会決議と最高法院民国25(1936)年上字第2253号判例などから確立した「主観客観択一標準説」は、2005年刑法改正後においても正犯の判断基準として使われており、共謀共同正犯にも処罰の根拠として認められていることが明らかである<sup>45</sup>。これも現行第28条の改正理由より推認できることが思われる。一方、ドイツ刑法理論の影響により、行為支配説は近年来の有力な学説になってきており、最

<sup>44</sup> 特に1935年刑法第29条第3項未遂の教唆の規定、及び第57条「犯人の生活状況」を量刑基準として増訂されたのは、主観主義刑法理論を導入した立法が窺われると思われる。詳しくは、黄源盛・前掲注(18)301頁以下参照。

<sup>45</sup> 更に明確に言うと、1912年暫行新刑律時代の大理院が既に共謀共同正犯の処罰を認めている。例えば、大理院民国2(1913)年上字第39号判例。詳しくは、黄士軒・前掲注(19)1728頁以下参照。

高法院も行為支配という概念を通じて幾つの判決を下したが、過去に「判例」として編選された判決が存在していないので、現在に至るまで行為支配説は通説の地位に立っているとは言えない。したがって、台湾刑法においては、共謀共同正犯を除き、原則的に犯罪構成要件たる行為を行う者、すなわち実行行為者が正犯であると解される。

## 第五章 台湾法における間接正犯概念

これまでの共犯規定の沿革及び実務的見解の変遷によれば、現行台湾の刑法における正犯概念は、犯罪構成要件たる行為を行う者（直接正犯、間接正犯、実行共同正犯）、及び第28条の規定により共同犯罪の意思を以って犯罪構成要件以外の行為を行う者（共謀共同正犯）に大別される。すなわち、正犯たる者は、共謀共同正犯を除き、犯罪構成要件を実行する実行行為者と言える。ところで、本稿の考察対象とする間接正犯は、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を示しており、現行台湾刑法において、背後者の利用行為が実行行為性を具備している一方、被利用者とその行為がどのように位置づけるかという問題がある。台湾の刑法における共犯規定及び実務的見解は、日本の刑法理論に深く影響されていたため、間接正犯概念に関する変遷と論争も同様に存在している。そこで、かつての極端従属形式から現在の制限従属形式までの間接正犯について、それを正犯として扱う根拠はどのように理解されるのかについて、4つ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、よって、間接正犯概念とその変遷を考察してみたい。

### 第一節 実務的見解の概要

#### 第一項 判例と判決

##### 第一款 中華民国大理院時代

大理院は、一般に故意なき者又は情を知らない者若しくは責任無能力

者を利用して犯罪を実施する者が間接正犯と定義され、教唆犯と間接正犯の区別は犯罪の決意の誘発と責任能力の有無にあると示していた。

## 一、故意なき者の利用と責任無能力者の利用

間接正犯に言及した最初の大理院判例は、大理院民国4（1915）年上字第606号判例であり、「凡そ責任能力者を教唆して犯罪の決心を為し、因りて犯罪を実施せしむる者は造意犯という。責任無能力者及び故意なき者を利用して、因りて犯罪を実施する者は間接正犯という。」（下線部は著者による）とした。その後、大理院民国5（1916）年上字第779号判例では「質として10歳の幼女を商店に預けて婢をされてから、其の幼女を使喚して店内の銀物を何度もなく窃取し、己に帰する、その責任無能力者を利用する行為は、間接正犯に属する。」（下線部は著者による）として、10歳の幼女<sup>46</sup>を利用した窃盗の事例、及び大理院民国11（1922）年上字第987号判例では「甲は乙が病んでいる機に、紅信<sup>47</sup>と白砂糖を購入し、それらを丙の宅に持ち入り、紅信を白砂糖に参入して丙に渡し、それが白砂糖であることを丁に騙すと丙に言い付け、丙は乙に送って食べさせることを丁に命じ、翌日乙は毒が効いて死亡した。丁は乙に渡す時に白砂糖に毒のあることが知らないのであれば、丙は間接正犯の地位に立っていた…。故意なき者を利用するのは、間接正犯であり、準正犯ではない。」（下線部は著者による）として、騙された他人を利用する毒殺の事例においても、大理院民国4（1915）年上字第606号判例の判旨のように、その利用者を間接正犯であるとした。

しかし、犯罪構成の事実に対する認識が欠ける場合、すなわち故意なき者の利用は、極端従属形式における責任無能力者の利用と同様に、責任要素の欠如による処罰の間隙を埋めるために利用者を間接正犯としたと理解されるべきかという問題がある。

<sup>46</sup> 1912年暫行新刑律第11条：「凡そ12歳未満の者の行為は罪と為らず。但し情状に因り感化教育を施すことを得。」

<sup>47</sup> 紅信とは、三酸化二ヒ素を含む有毒の鉱物である。

## 二、故意犯限定の間接正犯

大理院民国4（1915）年上字第475号判例は「被告人は郷民が群衆を引率し追逐していた際に、一時事態が緊迫しており、空に銃を撃つことを巡勇<sup>48</sup>に命じたのは、示威恐喝をしようとして群衆を怯えて退却させただけということであり、殺人の故意を有したとは言えず、他人が銃に撃たれた事実があったとしても、もし下手者が故意又は過失の行為を有したことを証明できれば、罪を其の者に属すべきであり、而て被告人にはその責任を負わないべきである。原判決は、空に銃を撃つことを命じたことでは不確定的故意があったと認め、間接正犯と為すと論じたことには、確実に合わない。」（下線部は著者による）として、間接正犯の成立について、下手者、すなわち被利用者は故意又は過失がないことでなければならず、且つ犯罪の責任をそれに帰属しない場合に限ると解される。また、本判例も、背後者は結果発生への認識、すなわち故意を有することが必要であると示唆した。すなわち大理院は、背後者が故意犯である場合にのみ間接正犯の成立を認めたと解される。

## 第二款 中華民國最高法院時代

この時代の最高法院の間接正犯に対する見解は、基本的にかつての大理院の見解に従って判示した。

### 一、責任年齢に達しなかった者の利用

最高法院民国28（1939）年上字第3744号判例は「上告人らは甲と不和であるため、12歳の女兒乙を共同に唆し甲が乙を強姦することを誣告させたのは、明らかに責任無能力者を共同に利用して誣告を実施し、間接正犯を成立すべきである。」（下線部は著者による）として、12歳<sup>49</sup>の乙

<sup>48</sup> 「巡勇」とは、警察の旧称である。

<sup>49</sup> 1928年旧刑法第30条第1項：「13歳未満の者の行為は、之を罰せず。但し情状に因り感化教育を施し又は其の監護人若は保佐人をして相当な保障金を納付

を責任無能力者として形式的に認定し、背後者らが責任無能力者であった乙を利用した行為を誣告罪の間接正犯とし、背後者らは共同して間接正犯の行為を行い、各間接正犯の間に共犯の関係が発生したため、多数人の共同実施と異ならず、故にそれらを共同正犯とした。

## 二、情を知らない者の利用

最高法院民国19(1930)年上字第1512号判例<sup>50</sup>は「情を知らない者を利用して偽造の銀行券を行使させたのは、明らかに間接正犯であるが、…」(下線部は著者による)として、また最高法院民国24(1935)年上字第387号判例<sup>51</sup>は「上告人は公安局員<sup>52</sup>を担当し、郷長が作成した納税拒否で騒乱挑発の者を逮捕訴追する請求名簿に対し、職務上管掌する公文書ではないと言えないのであり、某甲が名簿にない者を知るにも関わらず、書卷の当該名簿を抜き出し、郷役所の書記に渡して虚偽の書き添えをさせたのは、その管掌する公文書の内に、故意に不実の登載をし、そして犯意なき第三者を利用し、その通りに書き添えをさせ、即無形偽造の間接正犯に属する。」(下線部は著者による)として、そして最高法院民国31(1942)年上字第2189号判例は「本件は原判決の認めた事実によると、上告人は他人の順番を飛ばし壮丁<sup>53</sup>のAとBを徴集したが、各本人を直接に強制し兵役に服させることができず、遂に各家族CとDを強制しAとBを引き渡させようとし、事情を知らない区署を利用し先後で逮捕勾留した、それは連続私的監禁の間接正犯であるのが瞭然である」として、犯罪構成の事実に対する認識の欠如の事例が情を知らない者の利用として捉えられた。

また、最高法院民国28(1939)年上字第19号判例は「教唆犯は、其の

---

せしめ一年以上三年以下の期間内其の品行を監督せしむることを得。」

<sup>50</sup> 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

<sup>51</sup> 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

<sup>52</sup> 「公安局員」とは、当時の警察官に相当する者である。

<sup>53</sup> 「壮丁」とは、「徴兵適齢者」の青壮年の男子である。

教唆した犯罪が未遂犯の処罰規定のある以外、正犯が其の教唆により犯罪を実施すれば成立し得る。もし他人がその教唆した事柄が合法的行為であると信じて実施し、犯罪故意のない場合で、授意者は情を知らない者を利用して自己の犯罪行為を実施するのであり、教唆犯でなく間接正犯に属する。むしろ授意者は合法行為であると誤信し、他人の不法行為を介入したことにより犯罪を成立した場合で、授意者は故意の条件が欠如するので、教唆犯を成立する余地もない」(下線部は著者による)として、違法性認識の錯誤の事例も情を知らない者の利用として捉えられた。

なお、以上のような情を知らない者の利用の事例において、最高法院民国26(1937)年渝上字第1929号判例は「誣告の教唆は被教唆者がその申告が虚偽であることを知ることが必要であり、もし被害者の家族が己に被害状況を問い合わせた際にある人物が加害者であると偽称して誤信したことを利用し、公務員に請求して当該者を訴追させた場合では、明らかに責任条件なき者を利用して誣告させ、教唆犯でなく間接正犯とすべきである。」(下線部は著者による)として、犯罪構成の事実に対する認識の欠如、すなわち故意なき場合を責任条件の欠如であると解した上、責任条件なき者を利用して実行した者は、当然教唆犯ではなく間接正犯と扱われるべきであるとされた。なお、判決理由の用語が「責任条件」を使いつつ、判決要旨がそれを「責任意思」に書き換えたので、最高法院は故意・過失を主観的責任要素と扱う責任条件としたと思われる。

### 三、教唆犯との区別

最高法院民国26(1937)年渝上字第1929号判例が示した責任条件(責任意思)の有無により間接正犯と教唆犯を区別する判断基準と異なり、最高法院民国23(1934)年上字第3621号判例<sup>54</sup>は「犯罪意思なき者を教唆して犯罪を実施させる場合は、教唆犯であるが、若し他人に強引に犯罪をさせ、他人が威嚇に恐れをなすことによって意思の自由を失って犯罪を実施した場合には、実施者が故意なきに因り、犯罪を成立せずため、

<sup>54</sup> 本判例は裁判の全文が見当たらず参考にならないものであるため、法院組織法第57条の1第1項により適用停止とされた。

その造意者は教唆犯ではなく間接正犯とする」<sup>55</sup>（下線部は著者による）として、間接正犯か教唆犯は犯罪決心の誘発と責任能力の有無だけで形式的に判断されるのではなく、意思の自由を失ったかどうかによることを示したため、大理院の見解及び上述の判例の見解は一致しなくなった。

#### 四、被利用者の犯罪行為を先決条件とする間接正犯

最高法院民国27（1938）年渝上字第672号判例は、「刑法第210条私文書偽造罪<sup>56</sup>とは他人の文書を偽造するまたは変造することであり、自己の名義で作成した文書の場合には、文書の内容が虚偽であっても、私文書偽造罪を論じることができない。…間接正犯は刑事責任なき者を利用して自己の犯したい犯罪を実施することによって成立し、故に必ず被利用者の行為は犯罪行為であることを先決条件とし、もし被利用者の行為が犯罪として成立しなければ、利用者も犯罪であるとは言えない。…本件Aの書簡はA自身の名義で作成されたものであるので、他人の文書を作成したとはいえず、書簡の内容は虚偽であっても、文書自体には偽造の問題が生じず、Aに書簡を書かせたBには、私文書偽造罪を構成することが成立しない」（下線部は著者による）としたが、その「犯罪行為」を共犯従属形式及び間接正犯の構造においてどのように理解すべきのかという問題はある。

### 第三款 台湾最高法院時代

#### 一、刑事無責任者の利用と情を知らない者の利用

この時代の最高法院は、基本的に過去の判例の見解に従って間接正犯

<sup>55</sup> 類似の事例として、最高法院民国29（1940）年上字第2014号判例は、脅迫による自殺は自由意志に基づかない結果のため、教唆自殺ではなく殺人罪の間接正犯であると判示した。

<sup>56</sup> 中華民國刑法第210条：「私文書を偽造、変造し、以て公衆又は他人に損害を生じさせるに足りる時は、5年以下の懲役に処する。」

を判断していた。例えば、最高法院民国43（1954）年度台上字第295号判決は「刑事無責任者を利用して自己の犯したい罪を実施すれば、間接正犯を成立すべきである。すなわち情を知らない者を利用することを以て、自己の犯罪行為を実施したのは、間接正犯にも属する」（下線部は著者による）とした。また、最高法院民国69（1980）年台上字第696号判例は「AがBの判子を窃取して事情を知らないCに渡し、領収書としての『給料明細表』にあるBの領収欄に判を押させたことは、Bに損害を生じさせることに足り、私文書偽造罪の間接正犯を成立すべきである。」（下線部は著者による）とした<sup>57</sup>。そして、最高法院民国43（1954）年度台上字第295号判決からは、刑事無責任者の利用と情を知らない者の利用が同様に間接正犯の一つの類型とされたため、情を知らない者すなわち故意なき者は刑事無責任者と扱われたと思われる。

## 二、違法性欠如の事例

強制執行事件に関して、最高法院民国84（1995）年度台上字第5632号判決の事案概要は、債権者である被告人Aが持っていたAとBとの間の和解記録書には、「債務者である土地共所有者BがAに分筆された土地での建築物を取り壊し、土地をAに交付すべきである」と載っており、一般的には、Bがその建築物を所有するまたはその事実的処分権を取得したのであれば、AとBはこのような和解を作成することができると思われる。しかしAは、その建築物の真の所有者が第三者Cであることを知っていたにもかかわらず、和解の内容が不正確であることを利用し、Bがその建築物を所有すると称し、強制執行の執行者らを誤信させてCの建築物を取り壊したことになったというものである。これについて、最高法院は、「執行裁判所は訴訟上の成立した和解に基づき強制執行を行い、その確定した内容に依りそれを行わせなければならず、もし和解内容に基づき確定をしない事項は、執行中に争いが発生したら、別件で起訴により請求されて解決に求める以外、みだりに執行すること

<sup>57</sup> 最高法院民国50（1961）年台上字第148号判例、最高法院民国67（1978）年台上字第1422号判例、最高法院民国95（2006）年度台上字第3918号判決などは同旨。

ができない、というものは本院が著した49 (1960) 年台上字第137号判例がある。よって、もし債権者は和解の範囲内に属しない他人の建築物と知っていたにもかかわらず、和解の内容が明確ではない状況を利用し、態とそれを債務者が所有すると指し、執行者の違法性欠如の行為を通じ、その取り壊す目的に達するのであれば、仍て損壊罪<sup>58</sup>の間接正犯を解くことができない」(下線部は著者による)として、執行者の違法性が欠如している行為によって自身の犯罪目的を達成したので、Aには損壊罪の間接正犯が成立するとした。

### 三、行為支配説の影響

近年は、行為支配説の影響を受け、利用者が犯罪支配の地位に立っていた又は意思支配を有した場合には間接正犯の成立を認めるようになった。行為支配という概念を通じて法的判断を行った判例はないが、最高法院では「機能的行為支配」を理由として共同正犯の成立とその責任範囲を判断した幾つの判決がある<sup>59</sup>。間接正犯の成立についても「意思支配」という概念に論及している。例えば、最高法院民国93 (2004) 年度台上字第244号判決は、A、B、C、D、Eは1996年の年末から1998年8月まで、他人を欺いて郵政貯金を交付させたため、詐欺取財罪<sup>60</sup>の共同正犯として起訴されたが、Aは1998年8月18日に事情を知らないFに依頼してCと共に郵便局に行き虚偽文書で他人の郵政貯金を受け取らせたという事案について、「間接正犯とは、行為者が他人を利用して犯

<sup>58</sup> 中華民國刑法第353条第1項：「他人の建築物、坑道、艦船を毀棄、損壊又は使用に堪えない状態に至らせた者は、6月以上5年以下の懲役に処する。」

<sup>59</sup> 例えば、最高法院民国97 (2008) 年度台上字第732号判決、最高法院民国106 (2017) 年度台上字第2221号判決など参照。

<sup>60</sup> 中華民國刑法第339条第1項：「自己又は第三者の不法な所有の意図で、詐術を以て他人に本人又は第三者の物を交付させた者は、5年以下の懲役、拘留若しくは50万元以下の罰金に処し、又は併科する。」また第2項：「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は第三者にこれを得させた者も、同様とする。」よって、第1項の行為は「詐欺取財の行為」、第2項の行為は「詐欺得利の行為」と呼ばれる。

罪の道具として、直接正犯の犯意と犯行を実現することである；すなわち間接正犯は幕の後ろに隠れ、被利用者の意思と意思活動を操る・支配することによって、自ら構成要件を実行することに該当する意思支配をいう」（下線部は著者による）という理由に基づき、情を知らないFが詐欺取財の行為を実施しなかったとして、Aには詐欺取財罪の間接正犯は成立しないとされたため、原判決が破棄されて台湾高等法院花蓮分院に差戻された。その後、上告と差戻しを経たが、最高法院は上告審において、Aが間接正犯を成立したかどうかについて一切言及しなかった<sup>61</sup>。なお、本件の判示事項によれば、「意思支配」という概念は言及されただけで、それに通じて実際的に法的判断を行わなかった。

最近、最高法院民国108(2019)年度台上字第2657号判決は「間接正犯は、不罰される他人を犯罪実行の道具とする者であり、犯罪支配の観点から言えば、構成要件の実行者に意思支配し、心理的優勢に基づきその正犯性を創り、自らが犯罪を実行する行為支配である直接正犯に対し、間接正犯が他人を道具に利用して犯罪を実現するのは、ただの実施の方法の差にすぎないのである。本院が認める刑法において明文のない間接正犯は、当該犯罪行為者に道具として利用された者たちが、情を知らない者であるか、或いは責任無能力であるか、すべてそれに属するのである。」（下線部は著者による）として、「意思支配」で「情を知らない者の利用」と「責任無能力者の利用」を根拠づける。また、最高法院民国108(2019)年度台上字第3072号判決は「間接正犯は他人を犯罪の道具として、自己の犯罪を実現するものであるため、その成立は、他人を犯罪の道具に『利用』する支配関係の存在が前提である。…上告人が搶奪の犯意が萌発した後、BやCなどに対してどのような意思支配の挙動・措置があり、不法所得の意図なき者を利用してそのために搶奪の犯行を実現することが認められるのは、上告人の行為が搶奪罪<sup>62</sup>の間接正犯に該当するか

<sup>61</sup> 本件に関する歴年の最高法院判決については、最高法院民国95(2006)年度台上字第2019号判決、最高法院民国96(2007)年度台上字第5636号判決、最高法院民国97(2008)年度台上字第4001号判決、最高法院民国98(2009)年度台上字第5328号判決(確定)参照。

<sup>62</sup> 中華民國刑法第325条第1項：「自己又は第三者の不法な所有の意図で、他人

どうかに関わることであり、この部分の事情は明瞭に至らず、よって法適用の当否を判断できず、…。」(下線部は著者による)として、明確に「意思支配」で間接正犯の正犯性を根拠づけて判断した。しかし、これらはまだ数少ない裁判例である<sup>63</sup>。

#### 四、意思無能力者の利用

最高法院民国94(2005)年度台上字第6403号判決は、「間接正犯とは自己の犯罪の意思を以って、責任無能力者又は犯罪意思なき者又は違法性が欠く者を利用して、犯罪事実を実現するということである。その利用される者は意思能力を有すべきであるので、もし意思無能力者の挙動を支配することによって犯罪を遂行する場合は、それは間接正犯でなく、自らの犯罪となし単独正犯に属する。本件 A は、成年被後見人である B に借用証書の借主欄に署名押印させたことにより、B が借主である借用証書を偽造した事実について、B が被害者であり、A が意思無能力の B を支配して借用証書に署名押印させた時に、B は自身のした行為を理解しておらず、A は署押印文を盗用することによって借用証書を偽造するという私文書偽造罪の単独正犯である。」(下線部は著者による)として、意思能力と犯罪意思を区別し、意思無能力者をただの道具であると評価する。この点で、最高法院は本件の A の行動を刑法上の行為としないと思われる。

#### 五、意思抑圧された者の利用

最高法院民国98(2009)年度台上字第6938号判決は「上告人 A と B と姓名不明の男女の十人は、犯意の連絡に基づき、B に委ねて被害者 C

---

の動産を搶奪した者は、6 月以上 5 年以下の懲役に処する。」

<sup>63</sup> 本稿は、台湾司法院によるデータベース「司法院法學資料檢索系統 (<https://law.judicial.gov.tw/>)」で「意思支配」と「間接正犯」をキーワードとして検索し、脱稿時に「意思支配による間接正犯」を明確に採る最高法院判決がこの 2 つしか見当たらなかった。

を誘引して姿を現させ、当該男女がCの行動の自由を奪った後、上告人AがCを威迫して約束手形と預り証を署名させてそれを債権証明書とし、そして押送して為替手形を振り出せたので、上告人Aは責任無能力者Cの私文書偽造と有価証券偽造の犯行を利用する間接正犯であり…。」（下線部は著者による）として、Cは殴打や凌虐を受けた後にAの指示に従って行動し、明らかに抗拒不能で意思能力がなくなったと認める原判決が正当であると示し、意思抑圧された者Cは意思能力が失って責任無能力の状態に陥っているため、背後者Aは責任無能力者Cを利用する間接正犯と評価される。本判決は、意思抑圧された者の利用の点で、前述した間接正犯と教唆犯の区別に関する最高法院民国23（1934）年上字第3621号判例の見解に一致するが、意思能力が責任能力との繋がりを持っているという側面からみれば、おそらく意思能力は「自己の行為の性質や結果を判断・弁識することができる能力」と指し、弁識能力に相当するものであり、前述した意思無能力者の利用に関する最高法院民国94（2005）年度台上字第6403号判決の見解と異なる。

一方、本件の約束手形と預り証はC自身の名義で作成し、それらの内容は虚偽であっても、有価証券偽造又は私文書偽造という無形偽造の問題が生じず、Cが第201条有価証券偽造罪<sup>64</sup>と第210条私文書偽造罪の構成要件に該当しないため、Aはその行為を利用したら元々間接正犯を成立することができるが、この理解は私文書偽造罪に関して間接正犯が被利用者の犯罪行為を先決条件とする最高法院民国27（1938）年渝上字第672号判例に一致しない。しかし、この判例の判示事項によれば、当該被利用者は情を知らず利用されたものであり、情を知り意思抑圧された者を利用する場合とは異なるものであるため、本判決は意思抑圧された者の利用を中心に判断したと思われる。

なお、本判決は責任無能力者の利用に帰結したが、間接正犯の成立を、Cの意思が現実に抑圧されていたかどうか、又は意思能力の欠如かどうかなどの事情に基づき、実質的に判断したのである。

---

<sup>64</sup> 中華民國刑法第201条第1項：「行使の用に供する意図で、公債券、会社の株券その他の有価証券を偽造、変造した者は、一年以上五年以下の懲役に処し、九万円以下の罰金を併科することができる。」

## 六、共同正犯との区別

最高法院民国87(1998)年度台上字第2936号判決は「刑法上の間接正犯とは、犯罪行為者が自ら犯罪を実施せず、責任無能力者又は犯罪意思なき者を利用して犯罪を実施するものである。従って、責任能力且つ犯罪意思のある者は、責任無能力又は犯罪意思なき被利用者との間に、共同正犯を成立する余地はないのである」(下線部は著者による)として、共同正犯の成立要件を充足するには行為者らの犯意の連絡が必要であり、犯罪意思なき者の場合は言うまでもなく、責任無能力者とも共同正犯は成立し得ないと示した。この見解は、おそらく最高法院民国28(1939)年上字第3242号判例のいう「共同正犯の要件は、共同の行為を有するとするだけでなく、共同の犯意の連絡を有することも必要である。刑法が責任無能力者の行為に対して、処罰しないと定めるため、その他人の犯罪行為を加功したことも、その意思要件が欠如したとし、犯意の連絡がなかったと認め、而して共同正犯の人数に算入しないとされるべきである。」という旨を重ねて言明したものである<sup>65</sup>。すなわち最高法院は、責任無能力者を罰しないという法適用の一致性から、責任無能力者が意思要件すなわち犯罪の主観的構成要件を充足できないとし、犯意の連絡を主観的構成要件とする共同正犯の成立の余地がないと示している。

## 七、身分犯との関係

間接正犯と身分犯との関係について、非身分者が身分者を利用する事例において、非身分者の間接正犯の成立を否定する理由は、被利用者の行為が犯罪ではないためとする見解(最高法院民国55(1966)年度台非字第222号判決、最高法院民国86(1997)年度台非字第265号判決)、或いは身分犯の性質のためとする見解(最高法院民国86(1997)年度台上字第5125号判決)などに分かれている<sup>66</sup>。しかし、2005年刑法総則改正後、

<sup>65</sup> なお、最高法院民国28(1939)年7月11日決議(一):「責任なき者を利用して共同犯罪したものは、刑法第28条の規定を適用しない。」は同旨。

<sup>66</sup> なお、最高法院民国55(1966)年度台非字第222号判決は、「情を知らない者

共犯の立法体系として制限従属形式が明らかに採用されたため、間接正犯は改正前後の共犯体系においてどのように位置づけるのかという問題がある。

## 第二項 最高法院決議

児童及び少年に関連する法律において、成年者が18歳未満の者を利用することには加重処罰の規定が設けられている。最高法院民国66(1977)年度第7次刑廷推綜會議決議(二)は少年事件処理法第85条<sup>67</sup>に対して「成年者が18歳未満の者を教唆、幫助した者、若しくはそれと犯罪を共同に実施したというのは、当該18歳未満の者が満14歳で刑事責任能力がなければ、当該条例でその刑を加重できないということである。18歳未満の者を利用して犯罪する(間接正犯)となると、被利用者は刑事責任能力を具備するのが必要ではないので、満14歳の少年に限らない」(下線部は著者による)として、また最高法院民国92(2003)年度第1次刑事廷會議は児童福祉法第43条第1項前段<sup>68</sup>に対して「そのうち児

---

を利用して犯罪を実施し、被利用者の行為は犯罪を構成しなかった場合で、利用者自身も間接正犯たるものとは言えない」(下線部は著者による)として、山地の原住民族による自植林木の伐採と運送が許可条件を違反しても行政罰しかなかったため、情を知らない当該原住民を利用して許可条件を違反したことも当該森林法違反の罪の間接正犯が成立しないと判示した。この判示事項によれば、被利用者の行為は「刑罰」又は「行政刑罰」を構成した時に限り間接正犯が成立できると考えられる。また、「行政秩序罰」の場合に、刑罰と秩序罰は量的な差か質的な差かという両者の本質の問題にも関わるのであるが、本稿では割愛する。そして興味深いのは、間接正犯と身分犯をめぐる最高法院判例は概ねに文書偽造罪の事例に集中していたところである。

<sup>67</sup> 少年事件処理法第85条：「成年者が18歳未満の者を教唆、幫助又は利用して犯罪をした者、若しくはそれと犯罪を共同に実施した者は、その犯した罪に依り、刑を2分の1までに加重する。」また、同法第2条：「少年は12歳以上18歳未満の者を指す。」

<sup>68</sup> 現児童及び少年福祉と權益保障法第112条：「成年者が児童及び少年を教唆、幫助又は利用して犯罪をした者、或いはそれと犯罪を共同に実施した者、若しくは故意でそれに犯罪をした者は、その犯した罪に依り、刑を2分の1までに

童を利用し犯罪したのは間接正犯であり、…。」(下線部は著者による)と示した。そうすると、少年法の特別規定は刑法にどのような影響を与えるのか、という問題がある。

### 第三項 司法院(解) 字解釈

#### 第一款 責任無能力者の利用

司法院は、民国32(1943)年院字第2606号解釈「治療のために13歳の娘に阿片煙を吸食させたAは、阿片を所持した部分が犯罪状況により禁煙禁毒治罪暫行條例の条文を適用して論罪される以外、阿片煙吸食罪の間接正犯が成立しえない。」(下線部は著者による)という責任年齢に達しなかった者の利用の事例、及び民国33(1944)年院字第2669号解釈「責任能力に達しない者を徴兵忌避者の身代わりとして紹介する者は、徴兵忌避罪の間接正犯を成すべきである。」(下線部は著者による)という責任無能力者の利用の事例において、その間接正犯が成立できることを認めた。

また、上述した見解に従い、民国33(1944)年院字第2713号解釈は、「責任無能力者に阿片煙を吸食させて治療したのは、この目的が治療であるので、違法性があるとは認められないが、阿片を所持した部分について何罪が成立するかは、本院院字第2606号解釈参照。(すなわち阿片を所持した部分は犯罪状況により、禁煙禁毒治罪暫行條例の条文で論罪することである)。阿片煙を吸食した者については、責任無能力であったので、吸食させた者には教唆又は幫助の問題が発生しない。もし吸食者は責任年齢に達していなければ、吸食させた者は阿片煙吸食罪の間接正犯とする。然もなくば、状況により幫助又は教唆犯を論ずるとすべきである。」(下線部は著者による)として、直接行為者の責任能力の有無により間接正犯か狭義の共犯かが決まると示した。

---

加重する。但し各当該犯罪は児童及び少年に特別処罰規定を定めた場合、その規定に従う。」また、同法第2条「児童及び少年は18歳未満の者を指す。児童は12歳未満の者を指す。少年は12歳以上18歳未満の者を指す。」

## 第二款 身分犯との関係

一方、民国21（1932）年院字第785号解釈において、司法院は、「刑法上の間接正犯を認めるかどうかについて、学説は元々異にしている。間接正犯を認める場合で、刑法上の特定の身分のない者は、身分を持っている者を利用して特定の身分による犯罪を犯すについて、当該犯罪の間接正犯を成すことができるかどうかというは更なる問題である。一説は、無身分者が身分を欠如する原因は事実上の欠如であれば、事実的関係により補充することができる。例えば女子が責任無能力の男子を利用して他女子を強姦したのは強姦罪の間接正犯を成立することができる。法律上の欠如であれば、事実的関係により補充することができない。例えば常人は公務員を利用し、故意でなく職務において財物を取得させたのは、詐欺取財罪を成したが、収賄罪の間接正犯を成すことができない、ということについてどう主張すべきか、解釈を願う」という質問に対し、「主観主義において元から間接正犯を認められないのである。ただ現行刑法の解釈によれば、間接正犯に関する問題が発生する。其の問題に挙げられた両例について、いずれにも各当該罪（強姦罪と収賄罪）の間接正犯を論ずるべきである」（下線部は著者による）という解釈を作成し、身分犯と間接正犯との関係について、1928年旧刑法の立法体系及び解釈に基づき、真正身分犯の場合でも間接正犯が成立可能であることを示した。

## 第四項 参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足りる裁判<sup>69</sup>

### 第一款 最高法院参考の価値のある裁判

最高法院民国107（2018）年度台上字第4227号判決の偽証事件で、「偽証罪<sup>70</sup>は学説上にある『自手犯』に属し、『自手犯』の特徴は、正犯以外

<sup>69</sup> この類型の裁判例については、本稿第一章第二節第三項第二款一、（五）参照。

<sup>70</sup> 中華民國刑法第168条：「審判の職務を執行する公署における審判の際、又は檢察官の捜査の際、証人、鑑定人、通訳が、事案に重要な関係のある事項について、供述前又は供述後に宣誓して虚偽の供述をした時は、7年以下の懲役に

の者がそれに加功することにより当該犯罪の幫助犯また教唆犯を成立できるのであるが、当該犯罪の間接正犯または共同正犯を成すことができない、すなわち当該犯罪の正犯行為は、正犯が自らの手で実行し、他人がそれを関与できない、犯意の連絡があるとしても、共同正犯を論ずることができない。」(下線部は著者による)として、自手犯は自らの手で実行しなければならないという構成要件的な特殊性を有するため、間接正犯による自手犯は成立しないとしている<sup>71</sup>。

## 第二款 高等法院及び所属法院参考の価値のある裁判或いは討論に資するに足りる裁判

ここには、犯罪構成の事実に対する認識を欠く者の利用が間接正犯であると認める判決が多い。例えば、台湾高等法院民国103(2014)年度囑上易字第1号判決の公務員秘密漏洩事件において、「被告人は、それ自身が法令に依って新聞記事を發布する権限を有することを信じたにもかかわらずに情を知らない部下を利用し、その修正された新聞記事の内容に従って記者会見を召集したという秘密漏洩など行為は、間接正犯を論ずるべきである。」(下線部は著者による)と示した<sup>72</sup>。

[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・

処する。」

<sup>71</sup> 最高法院民国100(2011)年度台上字第2936号判決は同旨。

<sup>72</sup> 同様の見解を採る高等法院及び所属法院の同類型の裁判例として、台湾南投地方法院民国96年度易字第603号判決、台湾雲林地方法院民国101年度訴字第947号判決、台湾高等法院民国103(2014)年度上訴字第986号判決、台湾高等法院民国104(2015)年度金上訴字第30号判決、台湾高等法院花蓮分院民国104(2015)年度原上訴字第40号判決、台湾高雄地方法院民国103(2014)年度訴字第789号判決、台湾高雄地方法院民国104(2015)年度金重訴字第2号判決、台湾高等法院104(2015)年度金上訴字第30号判決、台湾高雄地方法院民国104(2015)年度訴字第135号判決、台湾高雄地方法院民国104(2015)年度訴字第270号判決、台湾高等法院民国105(2016)年度上易字第1217号判決などがある。

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。

# 債権譲渡制限特約の 効力に関する比較法的研究（6）

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2節 アメリカ法の考察 (以上、72巻4号)
- 第3節 国際ファクタリング条約の考察 199
  - 第1款 概観
  - 第2款 譲渡制限特約の効力
  - 第3款 債務者の抗弁と相殺権
  - 第4款 考察
- 第4節 国連国際債権譲渡条約の考察
  - 第1款 概観
  - 第2款 譲渡制限特約の効力
  - 第3款 債務者の抗弁と相殺権
  - 第4款 原因契約の変更
  - 第5款 考察
- 第5節 ヨーロッパ契約法原則の考察
  - 第1款 概観
  - 第2款 譲渡制限特約の効力
  - 第3款 債務者の抗弁と相殺権
  - 第4款 考察
- 第6節 ユニドロワ国際商事契約原則の考察
  - 第1款 概観
  - 第2款 譲渡制限特約の効力
  - 第3款 債務者の抗弁と相殺権
  - 第4款 考察
- 第7節 共通参照枠草案の考察
  - 第1款 概観
  - 第2款 譲渡制限特約の効力
  - 第3款 債務者の抗弁と相殺権
  - 第4款 考察
- 第8節 比較法的に見た日本改正法の位置付け
  - 第1款 国際的趨勢の析出
  - 第2款 日本改正法の位置付け (以上、72巻5号)
- 第6章 債権譲渡制限特約効力論の再構成
- 終章

### 第3節 国際ファクタリング条約の考察

#### 第1款 概観

国際ファクタリングが、国際貿易の発展に重要な役割を果たしているのに鑑み、国際私法統一研究所は、1976年3月から国際ファクタリングに関するルールの統一化をはかるために、草案作成作業を行っていた。10年以上にわたったこの作業は、1987年4月24日の政府専門家委員会では、草案が採択となり、翌年5月9日から開催されたオタワ会議に提出された。この草案を検討した後、オタワ会議は国際ファクタリング取引に関する条約を策定した。現時点では、19カ国は国際ファクタリング取引に関する条約を批准した<sup>147</sup>。そのうちフランス、ナイジェリア、イタリアは、同条約18条により譲渡制限特約の効力について留保しているのである。これによって、それらの国では譲渡制限特約に違反する債権譲渡は、債務者に対して効力を有しないことになる（6条2項）。

国際ファクタリング取引に関する条約には、前文と4つの章が含まれている。前文では、条約の目的などが示されている。第1章は、適用範囲と一般条項である（1-4条）。第2章は、当事者の権利と義務である（5-10条）。第3章は、連鎖譲渡である（11条及び12条）。第4章は、最終条項である（13-23条）。前文によると、この条約はファクタリング取引における関係当事者の利害を公平に調整することを前提にして、ファクタリング取引ルールの統一化を目指しているのである。まず、売買契約から発生する債権の譲渡について、資金調達を優先する立場を採用しており、譲渡制限特約に違反する債権譲渡であったとしても、譲受人の主観態様を問わず債権が完全に譲受人に移転する（6条1項）。また、これまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の利益は、その他の債務者保護規定（6条3項及び9条）により保護されている。

そこで、本節ではその他の債務者保護規定を検討する前に、譲渡制限特約の効力に関する規定の内容及び立法過程を確認する。最後に、若干の考察を行うことにする。

<sup>147</sup> <https://www.unidroit.org/status-1988-factoring>.

## 第2款 譲渡制限特約の効力

国際ファクタリング条約では、譲渡制限特約の効力について次のような2つのアプローチが採用されている。すなわち、第1のアプローチは、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は完全に有効であるとするのに対して（6条1項）、第2のアプローチは、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は債務者に対して無効であるとしている（6条2項）<sup>148</sup>。

第1のアプローチは、当初、事務当局から提案されたものである<sup>149</sup>。政府専門家委員会の第1回会議では、このアプローチに賛意を示した意見があった。例えば、①現在では大企業は、強い交渉力を利用して中小企業としての供給者に譲渡制限特約を含む標準契約を押し付けることがよくあるため、譲渡制限特約の存在は、中小企業の債権譲渡による資金調達の障害となること<sup>150</sup>、②ファクタリングは、数百にも及ぶかもしれない比較的小さな債権を処理するものであり、売買契約に債権の譲渡を制限する特約が記載されているかどうかを綿密に調査することは、ファクターにとっては大きな負担であるため、譲渡制限特約の存在は、国際ファクタリングの発展を妨げる可能性があること<sup>151</sup>、③強い交渉力を持

---

<sup>148</sup> 譲渡制限特約の効力に関しては、立法過程において対する利益のバランスをはかるために、次の4つの提案が示された。すなわち、第1は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は、債務者により譲渡通知を受領した後X日以内に譲渡制限特約の存在を主張する旨の書面による通知がファクターに与えられない限り、効力を有するとする提案である。第2は、売買契約に記載されている譲渡制限特約は、供給者により書面で明確に受け入れられた場合においてのみ、ファクターに対して有効であるとする提案である。第3は、供給者によるファクターへの債権譲渡は、標準書式契約に譲渡制限特約が記載されているにもかかわらず有効であるとする提案である。第4は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡を有効とする条文を維持しており、この条文を適用しないことを希望する国を許可する留保条項を設けるべきであるとする提案である。UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.20, p16. 国際ファクタリング条約6条1-2項は、第4の提案を参照にして作成されたものである。

<sup>149</sup> UNIDROIT 1979 Study LVIII-Doc.8, p2.

<sup>150</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.20, p15.

<sup>151</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.22, p8. UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.22, p9.

つ債務者は、供給者（債権者）からの支払いの保証の要求を拒むことができるため、譲渡制限特約をファクターに対抗することができる。すると、供給者は支払いの保証を取得できないだけでなく、債権をファクターに譲渡することによってリスクを軽減することもできないことになること<sup>152</sup>などの意見が示された。

譲渡制限特約の効力について第1アプローチを採用する場合には、これまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の利益はどのような形で保護されるべきかは問題となる。立法過程において、譲渡制限特約の目的としては、過誤弁済危険の回避と相殺利益の確保などが挙げられる<sup>153</sup>。前者については、譲渡通知を見逃すことに起因する過誤弁済危険は、譲渡通知に関する規律により低減されるとの見解があった<sup>154</sup>。後者については、債務者の抗弁及び相殺権に関する規律により保護されるとの見解があった<sup>155</sup>。すなわち、債務者は、売買契約に基づく抗弁をすべて譲受人に対抗することができ、又は譲渡通知を受領した時点までに譲渡人に対して取得する反対債権による相殺の抗弁を譲受人に主張することができる。しかし、ここで注意すべきは、この規律のもとでは債務者が譲受人に主張することができる相殺権を譲渡通知の時点で譲渡人に対して主張することができたものに限定するという点である。

上記の第1アプローチに対して、第2のアプローチは、1986年の条文案を基礎として採用されたものである。1986年の条文案のもとでは、「供給者と債務者との間で譲渡を禁止するいかなる合意があるにもかかわらず、供給者によるファクターへの金銭債権の譲渡は有効である。前項の規定は、債務者が本条約のX条によって宣言を行った締約国に営業所

<sup>152</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.22, p8.

<sup>153</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.22, pp7-8. 具体的には、債務者は、譲渡制限特約を付することにより譲渡の通知を見逃すリスク——もともとの債権者に弁済した後に譲受人に2回目の弁済を行わなければならないというリスク——を排除することができる。また、譲渡制限特約は、譲渡人に対して取得する反対債権による相殺の利益を確保することができるのである。

<sup>154</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.20, p15.

<sup>155</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.20, p15.

を有する場合には適用されない。」と定められている（4条）<sup>156</sup>。議論の中で、4条2項の解釈については対立する意見が現れた。同条2項の目的は、1項に規定する規律を置き換えることにあり、譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効力は、国際私法の規則により処理されるとする意見があった<sup>157</sup>。これに対して、同条2項の目的は、1項に規定する規律とは正反対の実体法の規則を定めることにあるという意見も見られた<sup>158</sup>。つまり、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効であるとされる。ただし、誰が債権譲渡の無効を主張できるかという問題は残された。

1987年の条文案では、委員会は、4条1項に規定する原則（譲渡制限特約に違反する債権譲渡を有効とする）を制限する方向で、債権譲渡の効力について譲渡当事者関係と対債務者関係をとを区別する。すなわち、「ただし、そのような譲渡は、債務者が本条約のX条によって宣言を行った締約国に営業所を有する場合には、債務者に対しては効力を生じない。」<sup>159</sup>。この条文案は、結局、そのまま国際ファクタリング条約6条2項となった。これによって、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は、債務者との関係では無効であるとされるため、債務者は供給者との売買契約に譲渡制限特約を記載することによって債権譲渡に伴う不利益から自らを保護することができる。例えば、譲渡通知を見逃してもととの債権者に弁済した場合には、その弁済は有効な弁済とされる。ちなみに、フランス政府などは、輸入者としての債務者の利益を保護するために、同条約18条によって宣言を行った上で条約を批准した<sup>160</sup>。しかし、これに対して、債務者以外の者との関係では、債権譲渡が有効であるとされ

---

<sup>156</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.24, p2.

<sup>157</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.32, p5.

<sup>158</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.32, p5.

<sup>159</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.32, p6. UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.33, p4.

<sup>160</sup> ドイツ政府が18条によって宣言を行わず、条約を批准した。その理由は、ドイツは債権譲渡に関する規則の間に更なる相違を引き起こさないことを望むことにある。Ulrich Brink, *New German Legislation Opens Door to Ratification of UNIDROIT Factoring Convention*, *Uniform Law Review*, Vol.3,771 (1998).

る<sup>161</sup>。譲渡された債権について供給者の破産管財人とファクターとの間で優先順位が争われた場合に、ファクターが優先する<sup>162</sup>。換言すれば、債務者は、供給者の破産管財人・ファクターの優劣を決定する権限を有しない。

### 第3款 債務者の抗弁と相殺権

債務者の抗弁について、譲渡された債権を発生させる契約から生じる抗弁（以下「内在抗弁」という）と、債務者・譲渡人間の他の取引から生じる抗弁とを区別することは、有益である。前者については、債務者は、譲渡された債権に内在する抗弁をすべて譲受人に主張することができる。そして、このことは、抗弁の事由は、譲渡通知の前に生じるか、後に生じるかを問わない。後者については、債務者は、譲渡通知を受領するまでに譲渡人に対して生じた事由のみを譲受人に対抗することができる。その典型例としては、債務者は、譲渡された債権に関係しないが、債務者・譲渡人間の他の契約から発生する債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗するという場合である。<sup>163</sup>

債務者の抗弁及び相殺権に関する本条約の規定は、次のとおりである。すなわち、「ファクターの債務者に対する物品の売買契約に基づいて発生する債権の支払いに関する請求について、債務者は、ファクターに対してこの契約から生じるすべての抗弁であって、譲渡人から請求されたときに主張し得るものを主張することができる。The debtor may also assert against the factor any right of set-off（債務者は、ファクターに対してすべての相殺の権利を主張することができる）in respect of claims existing against the supplier in whose favour the receivable arose and available to the debtor（債務者が行使することができる）at the time a notice in writing of assignment conforming to Article 8 (1) was given

<sup>161</sup> 譲渡当事者ないし対第三者関係では、債権譲渡が有効であるという点は、同条1項により導かれる帰結と同じである。

<sup>162</sup> Hein Kötz, Rights of third parties: third party beneficiaries and assignment, International encyclopedia of comparative law, 70 (1992).

<sup>163</sup> Hein Kötz, supra 162, at 89.

to the debtor.（8条1項に従う書面による譲渡の通知が債務者に与えられたときに。）」（9条）。公式注釈によれば、本条約9条は、債務者の抗弁について、譲渡された債権に牽連する抗弁と、譲渡された債権に牽連しない抗弁とを区別する。したがって、本条約において債務者は、譲渡人に対して生じた事由を譲受人に対抗することができるかどうかは、抗弁の種類による。

まず、9条1項を確認しておこう。9条1項は、譲渡された債権に牽連する抗弁を規定するものである<sup>164</sup>。これによって、売買契約から発生する債権がファクターに譲渡された場合には、ファクターからの請求を受けた債務者は、この契約に基づいて譲渡人に対して生じた事由をすべてファクターに主張することができる<sup>165</sup>。より具体的には、債務者は、譲渡人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た場合には、この債権を自働債権として、譲渡された債権と相殺することができる。債務者が譲渡通知を受領した後に譲渡人の債務不履行があった場合であっても、債務者による相殺の抗弁は認められる。この点においては、9条1項は譲渡された債権と同じ契約から発生する債権を自働債権とする相殺を可能にするための規定と位置づけることができる。

上記の9条1項に対して、9条2項は、譲渡された債権に牽連しない抗弁としての相殺の権利を規定するものである。公式注釈によれば、このような権利は、特定の条件を具備する場合においてのみ、ファクターに対して対抗することができる。すなわち、このような権利は、債務者が譲渡通知を受領した時点までに存在し、かつ債務者に利用可能でなければならない<sup>166</sup>。さもないと、譲渡通知を受領した債務者は、譲渡人と新しい契約を締結することによってファクターの法的地位を侵食する可能性がある。例えば、売買契約甲から発生する債権がファクターに譲渡され、その旨が債務者に通知された後に、債務者は譲渡人と売買契約乙を締結した場合において、債務者は売買契約乙に基づいて譲渡人に対し

<sup>164</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.33, p22.

<sup>165</sup> 譲渡人・債務者間の売買契約に記載されていた譲渡制限特約のみは、ファクターに対して主張することができない。

<sup>166</sup> UNIDROIT 1986 Study LVIII-Doc.25, p25.

て取得する債権を自働債権として譲渡された債権と相殺することができる。と認めておくと、ファクターの法的地位が侵害される可能性がある。結局、9条2項は、このような問題状況を念頭において設けられたものである。このような文脈では、9条2項は、譲渡通知は債務者の譲渡された債権に牽連しない相殺の抗弁を切断することを可能にするものであるとえいであろう<sup>167</sup>。

ところが、債務者は、上記のような事態を備えて売買契約甲に譲渡制限特約を付した場合はどうか。本条約6条1項では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は完全に有効であるとされるので、債務者に相殺の利益が認められない。しかし、同条2項が適用される場合においては、債務者の相殺の利益は確保されることになる。この点においては、同条2項は、債務者は譲渡制限特約を締結することにより相殺の利益を確保することを可能にするための規定であると位置づけることができる。

#### 第4款 考察

先に確認したように国際ファクタリング条約は、譲渡制限特約の効力については、譲渡制限特約が原則として第三者（ファクター）に対抗することができないものとするアプローチを採用している（6条1項）。このようなアプローチは、ファクターをより有利な立場に置いている。ファクターは、ファクタリング契約を締結する際に譲渡制限特約の存在を無視することができる<sup>168</sup>。つまり、売買契約の当事者間では債権の譲渡を制限する特約が付されているかどうかを判断するために、何百にも及ぶかもしれない売買契約を調査する必要性が生じない。

このようにして譲渡制限特約の第三者効を否定しておくと、債務者の利益保護が後退することになる。もっとも、これまで譲渡制限特約により確保されてきた債務者の利益は、他の債務者保護規定により引き続き保護されている（6条2-3項、9条）。まず、債務者の譲渡された債権

---

<sup>167</sup> ただし、譲渡通知は、債務者の譲渡された債権に牽連する相殺の抗弁を切断することができない（9条1項）。

<sup>168</sup> Dimitar Stoyanov, *Supranational attempts for harmonization of the anti-assignment clause, Current Issues in Law and Beyond On EU Level*, 4-7 (2017).

と同一の契約から発生する債権による相殺の抗弁は、9条1項により認められる。また、その他の相殺の抗弁は、9条2項により認められる。つまり、債務者は、譲渡通知を受領した時点までに譲渡人に対して取得する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。さらに、債務者は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡によって損害を被った場合には、債務不履行を理由として譲渡人に対して損害賠償を求めることができる。

他方、債務者の営業地が所在する国は、本条約を批准するときに18条に基づいて譲渡制限特約の効力につき留保した場合には、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は、債務者との関係では無効である（6条2項）。債務者以外の者との関係においては、債権譲渡は有効である。6条2項は、譲渡制限特約により保護されているものを債務者に限定する方向で設けられたものであり、債務者以外の者は、譲渡制限特約の存在を理由に債権譲渡を無効とする権限がない。このようにして債務者の利益に必要な範囲内で譲渡制限特約の第三者効を認めておくと、過誤弁済危険の防止ないし相殺利益の確保といった債務者の利益が保護されることになる。

なお、ファクタリング取引における対立する利益のバランスを維持しようとする国際ファクタリング条約は、その後の国際立法に大きな影響を与えている。例えば、ヨーロッパ契約法原則は、将来の金銭債権について譲渡制限特約に違反する債権譲渡を完全に有効とするのである（11:301条）。また、共通参照枠草案は、物品又は役務の提供に対する支払いを目的とする債権につい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（5:108条3項（c）号）。両者ともファクタリング取引を想定して作成されたものである。ただし、それ以外の債権の譲渡については、原則として譲渡制限特約の第三者効が認められている<sup>169</sup>。ここで

---

<sup>169</sup> ヨーロッパ契約法原則のもとでは、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は、債務者に対して効力を有しないとされる（11:301条1項）。この規定は、国際ファクタリング条約6条2項と軌を一にする。これに対して、共通参照枠草案は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡を完全に有効とする一方、債務者が譲渡人に対して弁済することによって債務関係から解放でき、譲渡人に対して取得する

は、国際ファクタリング条約の適用範囲が一定の種類商事契約に限定されるという点は看過されない。すなわち、この条約は、主に個人、家庭、または家族の使用のために締結された契約以外の物品の売買及びサービスの提供に関する契約から発生する債権に適用されない（1条2項1号）。これに対して、ヨーロッパ契約法原則と共通参照枠草案は、商事取引のみならず消費者取引を射程に含んでいる。

## 第4節 国連国際債権譲渡条約の考察

### 第1款 概観

債権譲渡に関するルールの統一化を目指した国際的立法の1つとして、国連国際債権譲渡条約 (United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade) が、2001年の第56会期国連総会では採択されたものである<sup>170</sup>。国連国際債権譲渡条約における譲渡制限特約ないし「債務者の抗弁及び相殺」の取り扱いが、今回の日本民法改正に及ぼす影響は看過できない。以下では、債務者保護規定の内容を概観する。

第1に、債務者の相殺の利益を保護することは必要である。国連国際債権譲渡条約において、債務者は譲渡人に対する反対債権による相殺をもって譲受人に対抗することができることの可否は、反対債権の属性次第である。つまり、債務者の譲渡人に対して有する債権が原因契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生したものである場合において、債務者は、常にこの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（18条1項）。また、債務者の譲渡人に対して有する債権は、譲渡された債権と密接に関係しないもの（独立の債権）である場合においては、債務者は、譲渡通知を受けた時に譲渡人に対して主張すること

---

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としている（5:108条2項）。

<sup>170</sup> 国連国際債権譲渡条約の翻訳として、池田真朗＝北澤安紀「注解・国連国際債権譲渡条約（2）」法学研究75巻8号等があり、参照した。

ができる相殺の抗弁を譲受人に対抗することができる（同条2項）<sup>171</sup>。

第2に、債務者は、譲渡通知を受けた後に従前の債権者との間で原因契約を変更する合意をした場合に、債務者の保護も必要となる。国連国際債権譲渡条約において、①譲受人が同意した場合、又は②当該債権の履行が完全に終了していない場合において、原因契約により変更することができるとき又は原因契約の内容に照らし合理的な譲受人であれば変更し合意するときは、原因契約の変更は譲受人にも効力を有すると扱われる（20条2項）<sup>172</sup>。

---

<sup>171</sup> 国連国際債権譲渡条約18条で確立されている規律は、そのまま担保取引に関する UNCITRAL モデル法64条になった。すなわち、「1. 第65条の規定に従った別段の合意がなされた場合を除くほか、担保権者が金銭債権の債務者に対してする、担保権の目的となっている金銭債権の支払請求において、金銭債権の債務者は、担保権者に対して、次の (a) 及び (b) で定める抗弁又は権利を主張することができる。(a) 契約から生じた金銭債権については、当該契約、又は、同一の取引の一部であるその他の契約から生じる全ての相殺の抗弁及び権利（これらについて、金銭債権の債務者は、担保権が設定されておらず、当該請求が設定者によってなされたものとして利用することができる）；及び (b) 金銭債権の債務者が、担保権の通知を受けた時に、主張することができたその他の相殺の権利。2. 第1項の規定に関わらず、金銭債権の債務者は、第13条第2項に定める合意の違反を援用して、設定者に対する相殺の抗弁又は権利を主張することはできない。」。曾野裕夫＝山中仁美訳「担保取引に関する UNCITRAL モデル法（2完）」第68巻第2号（2017年）104-105頁。

<sup>172</sup> 国連国際債権譲渡条約20条で確立されている規律は、そのまま担保取引に関する UNCITRAL モデル法66条になった。すなわち、「1. 契約から生じる金銭債権については、金銭債権を目的とする担保権の通知の前に、設定者と金銭債権の債務者との間で結ばれた、担保権者の権利に影響を与える合意は、担保権者に対抗することができ、担保権者はそれに応じた権利を取得する。2. 第1項に定める合意が、金銭債権を目的とする担保権の通知後にされた場合には、次のときでない限り、担保権者に対抗することができない。(a) 担保権者がそのことに同意したとき；又は (b) その金銭債権が履行によって完全に満たされておらず、かつ、その金銭債権を生じさせた契約において変更が定められ、又は、その契約がなされた状況に照らして、合理的な担保権者は変更し合意するであろうとき。3. 第1項及び第2項の規定は、設定者と担保権者との間の合意の違反によって生じる、設定者又は担保権者のいかなる権利にも影響しない。」。

第3に、国連国際債権譲渡条約は、その17条において債務者行為準則を置き、債権譲渡に伴う過誤払いの危険から債務者を保護している。①債務者は、譲渡通知を受けるまでの間、原因契約に従った支払により免責される(1項)。ただし、債務者は、譲渡通知を受領した後は、譲受人に対する支払によってのみ免責される(2項)。②債務者が同一譲渡人による同一債権の単一譲渡に関する二以上の支払指示を受け取った場合には、債務者は支払前に譲受人から受け取った最後の支払指示に従う支払により免責される(3項)。③債務者が同一譲渡人による同一債権の二以上の譲渡に関する通知を受け取った場合には、債務者は、最初に受け取った通知に従う支払により免責される(4項)。④債務者が一又は複数の後続譲渡の通知を受け取った場合には、債務者は、最後の後続譲渡についての通知に従う支払により免責される(5項)。⑤債務者が一又は複数の債権における部分又はその全体についての支配権に関する譲渡通知を受け取った場合には、その通知又は債務者が通知を受け取っていないものとするこの条に従った支払により免責される(6項)。⑥債務者が譲受人から譲渡通知を受けた場合には、債務者は第一譲渡人から第二譲受人への譲渡及び全ての中間の譲渡に関する適切な証拠を合理的な期間内に求めることができる(7項前段)。譲受人がこれを提出しないときは、債務者は、譲受人からの通知を受けなかったものとして原因契約に従った支払により免責される(同項後段)。⑦条約は、支払を受け取る権限のある者、管轄権を有する裁判所若しくはその他の機関又は公的な供託機関に対する支払により債務者が免責される他のいかなる事由にも影響を及ぼさない(7項)。

## 第2款 譲渡制限特約の効力

国連国際債権譲渡条約では、一定の種類の債権について、譲渡制限特約を第三者に対抗することができない旨の規定が設けられている(9条)<sup>173</sup>。つまり、「物品若しくは金融サービスを除くサービスの供給契約若しくは賃貸借契約、建築契約又は不動産の売買契約若しくは賃貸借契

曾野裕夫=山中仁美・前掲注171) 112-113頁。

<sup>173</sup> 池田真朗=北澤安紀・前掲注170) 18-19頁。

約である原因契約から生じる債権」(同条3項a)、「工業その他の知的所有権若しくは財産的情報の売買、賃貸借又は使用許諾を目的とする原因契約から生じる債権」(同項b)、「クレジットカード取引に基づく支払義務の立替払いによる債権」(同項c)、「三以上の者によるネットティング合意に従い、満期の支払のネット決済に基づく譲渡人の債権」(同項d)といった債権が譲渡された場合においては、譲渡制限特約が当事者間で効力を有するにとどまっておらず、債務者に債権の帰属の変更を妨げる権限が認められない。これによって、譲渡制限特約付債権が譲渡されたとしても、債権は譲受人に帰属することになる(1項)<sup>174</sup>。

公式注釈によると、9条は次のような仮定に基づくものである。すなわち、集合的な債権譲渡の場合において、譲受人は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どうかを調査するためにコストがかかり、また、将来債権譲渡の場合においては、譲渡制限特約の有無を調査することは、不可能であるため、譲受人は、個々の契約

---

<sup>174</sup> 国連国際債権譲渡条約9条で確立されている規律は、担保取引に関するUNCITRALモデル法13条になった。すなわち、「1. 金銭債権を目的とする担保権は、当初又は後続の設定者と当該金銭債権の債務者又は担保権者との間において、当該設定者の担保権設定の権利を制限する合意があったとしても、効果を有する。2. この条は、第1項に定める合意に違反したことによる設定者のあらゆる義務又は責任に影響しないが、その合意の相手方は、その合意違反のみを理由として金銭債権の発生原因となっている契約を解除すること、又は、第64条第2項に定めるとおり設定者のそのような違反によって設定者に対して生ずる権利を担保権者に対して主張することはできない。第1項に定める合意の当事者でない者は、その合意について知っていたことのみによって設定者の合意違反について責任を負うことはない。3. この条は、次の金銭債権のみに適用される。(a) 物品の供給若しくは賃貸又は金融サービス以外のサービスのための契約、建設契約、不動産の売買若しくは賃貸借の契約から生ずる金銭債権、(b) 工業所有権その他の知的財産権又は財産的情報(proprietary information)の売買、賃貸借、ライセンスの契約から生ずる金銭債権、(c) クレジットカード取引の支払義務を表す金銭債権；又は(d) 3以上の当事者間のネットティング合意に従った差額清算によって生じた金銭債権。」。曾野裕夫=山中仁美訳「担保取引に関するUNCITRALモデル法(1)」第68巻第1号(2017年)116-117頁。

を調査してはならないということである<sup>175</sup>。また、債権の自由譲渡性を認める立法において、債権譲渡自体は債務者に大きな利益をもたらすという点も考えられる<sup>176</sup>。具体的には、譲渡人は、債権を譲渡することにより低コストで資金調達ができ、コストの節約は、商品やサービスのコストの削減という形で債務者に還元される<sup>177</sup>。いずれにしても、弁済の相手方を譲渡人に固定したいという債務者の利益を保護するよりも、債権の譲渡を促進し、取引のコストを削減する方が、誰にとっても、有益である。

このような一定の種類の債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定する規律が、先に確認したアメリカ統一商事法典9-406条等にもある。ただし、アメリカ統一商事法典では、9-406条等の規定が適用された場合には、譲渡制限特約自体が無効になるため、譲渡制限特約に違反して債権の譲渡を行った譲渡人は、債務者から債務不履行の責任を追求される余地がない。これに対して、国連国際債権譲渡条約では、譲渡制限特約についての違反に対する譲渡人の義務又は責任に影響を及ぼさないとされるため、債務者は譲渡制限特約の違反を理由として譲渡人に対して損害賠償請求権を主張することができる(同条2項前段)。その結果、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が有効とする一方、譲渡制限特約自体も有効とするとの折衷的な構成を採用しているのである<sup>178</sup>。

国連国際債権譲渡条約9条3項の目的は、9条の適用範囲を取引債権の譲渡に限定することにある<sup>179</sup>。同条3項の各号に掲げる契約から発生した債権について、譲渡制限特約の第三者効を否定的に解したとしても、その論理は、その他の契約から発生した債権について同様に妥当させるべきかは疑問する余地がある。同条約は、その4条1項において「個人的、家族的又は日常的な目的のために個人に対してされる譲渡」、譲渡され

<sup>175</sup> A/CN.9/489,para.99 Chinese version p37.

<sup>176</sup> A/CN.9/489,para.99 Chinese version p37-38.

<sup>177</sup> A/CN.9/489,para.99 Chinese version p38.

<sup>178</sup> このような構成は国際ファクタリング条約6条にも見られる。実は、国連国際債権譲渡条約9条は国際ファクタリング条約6条を参考にして設けられたものである。A/CN.9/489,para.99 Chinese version p37.

<sup>179</sup> A/CN.9/491,para.37 Chinese version p12.

た債権が発生した営業の売買又は所有形態もしくは法的地位の変更の一部としてされる譲渡」を条約の適用範囲から除外する<sup>180</sup>。また、同条2項において、「規制された取引所における取引から生ずる債権」、「ネットティング合意に規律される金融契約から生ずる債権。ただし、すべての未決済の取引の終了により生ずる債権を除く」、「外国為替取引から生ずる債権」、「銀行間の支払いのシステム、銀行間の支払いの合意又は証券その他の金融資産若しくは金融証券に関する清算及び決済のシステムの下での債権」、「仲介者により保有される証券その他の金融資産若しくは金融証券における担保権の移転又はこれらの売買、貸借、保持若しくは買戻しの合意から生ずる債権」、「銀行預金債権」、「信用状又は独立信用保証の下での債権」を条約の適用範囲から除外する<sup>181</sup>。

なお、同条約9条の立法過程において、譲渡制限特約を第三者に対抗することができない旨の規定を設けることを前提にして、同規定は「ローン契約、預金口座、独立信用保証状、個人的、家族的又は日常的な目的のための契約及び政府調達契約から発生する債権」に適用されないとする条文案が提案された<sup>182</sup>。譲渡制限特約に違反してなされた債権譲渡の効力については、事務局により次のような説明がなされた。すなわち、当事者間で譲渡制限特約がある場合に、特約に違反してなされた譲渡は、譲渡人（及び譲渡人の債権者）と譲受人との関係では、有効であるが、債務者との関係において、譲渡は無効となる<sup>183</sup>。一定の種類債権に限って譲渡制限特約の効力につき相対的無効を採ると、①債権譲渡ないし譲渡の通知がなされたとしても、債務者は従前の債権に弁済することによってその債務を免除することができる<sup>184</sup>。②債務者の相殺権は譲渡通知がなされたことにより遮断されず<sup>185</sup>、債務者は譲渡通知後に取得した債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。③譲受人の同

<sup>180</sup> 池田真朗＝北澤安紀・前掲注170) 14-15頁。

<sup>181</sup> 池田真朗＝北澤安紀・前掲注170) 16頁。

<sup>182</sup> A/CN.9/456,para.105 Chinese version p18.

<sup>183</sup> A/CN.9/456,para.105 Chinese version p18.

<sup>184</sup> A/CN.9/456,para.108 Chinese version p18.A/CN/9/WG.II/WP.102,para.4 Chinese version p15.

<sup>185</sup> A/CN/9/WG.II/WP.102,para.4 Chinese version p15.

意なしに原因契約を変更する権利が制限されず<sup>186</sup>、債務者は譲渡通知後に原因契約を変更することができる。結局、このような条文案が採用されなかったが、債権の発生原因に応じて譲渡制限特約の効力を類型的に規律するアプローチは示唆に富む。

### 第3款 債務者の抗弁と相殺権

債権が譲渡された場合に、債務者は譲渡人に対して取得する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という問題について、国連国際債権譲渡条約においては、相殺に供される債権が譲渡された債権を発生させる原因契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するものであるか、譲渡された債権を発生させる原因契約を生んだ取引と異なる取引から発生するかによって、債権譲渡と相殺との優劣関係を決している<sup>187</sup>。

まず、前者の場合を取り上げよう。債務者の譲渡人に対して取得する反対債権が原因契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するものであれば、その発生時期は、債権譲渡の通知後であったとしても、債務者は、この債権を自働債権とし、譲渡された債権を受働債権として相殺することができる(18条1項)。つまり、相殺に供される債権は同一の取引から発生する場合に、反対債権の発生時期には時的制限が存在せず、債務者は常にこの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。

国連国際債権譲渡条約18条の立法過程においては、「債務者の法的地位は譲渡により不利益を受けてはならない」との原則は、当初から広く支持されていた。そこで、草案にも、債務者は原因契約から発生する債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができるとする条文案も早い段階で提案されていた<sup>188</sup>。この議論の過程で、原因契約と密接に関連する契約から発生する債権を、原因契約から発生する債権と同等に扱う

<sup>186</sup> A/CN.9/WG.II/WP.102,para.4 Chinese version p15.

<sup>187</sup> 国連国際債権譲渡18条の邦語訳としては、池田真朗＝北澤安紀「注解・国連国際債権譲渡条約(3)」法学研究75巻9号(2002年)13頁。

<sup>188</sup> A/CN.9/420,para.132 Chinese version p32.

べきかは、論点となった<sup>189</sup>。議論の結果としては、そのような債権が原因契約から発生する債権と同じ扱いを受けるべきであることが広く支持されていた<sup>190</sup>。また、どのような契約は「原因契約と密接に関連する契約」として認められるか、基準として不明確であるという批判が予想されるので、最終の条文案においては、「原因契約と密接に関連する契約」の意味を表現するにあたっては、過度に広い範囲の契約を含んでしまうような文言を防ぐために、「原因契約と同一の取引の一部である他の契約」という文言が採用されていた<sup>191</sup>。

しかし、それにもかかわらず、「原因契約と同一の取引の一部である他の契約」の意義及びそれが具体的にいかなる契約を意味しているかを明らかにして検討する必要もある。同条約18条の立法過程においては、次のよう契約が想定されていた。すなわち、「原因契約である販売契約を支えるメンテナンス又は他のサービスの合意」である<sup>192</sup>。具体的には、売買代金債権が譲渡され、その旨が債務者に通知された場合においても、債務者はメンテナンスの合意に基づく損害賠償請求権を自働債権とし、譲渡された売買代金債権を受働債権として相殺することができる。

次に、後者の場合を確認する。債務者の譲渡人に対して取得する反対債権が譲渡された債権を発生させる契約を生んだ取引と異なる取引から発生した場合には、譲渡通知の時点で反対債権が発生しないときは、債務者はこの反対債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができない（同条2項）。反対債権の発生原因としては、同条2項の立法過程において、「譲渡人・債務者間の別個の契約、法による規律（不法行為の規律）、又は司法その他の裁定」が想定されていた<sup>193</sup>。

この規定の根拠は、「債務者に通知をした勤勉な譲受人の権利は、いかなる時であっても、譲渡人・債務者間の別個の取引またはその他の事象から生じる相殺の権利であって、譲受人が認識することが合理的に期

<sup>189</sup> A/CN.9/466,para.134 Chinese version p24.

<sup>190</sup> A/CN.9/466,para.134 Chinese version p25.

<sup>191</sup> A/CN.9/466,para.134 Chinese version p25.

<sup>192</sup> A/CN.9/489/Add.1,para.17 Chinese version p10.

<sup>193</sup> A/CN.9/489/Add.1,para.117 Chinese version p10.

待できないものに制約されるべきではない」ことに求められる<sup>194</sup>。他方、譲渡の通知を受けた債務者は、たとえ将来譲渡人に対して取得する反対債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができなくとも、どうしても相殺の利益にこだわる場合には、反対債権を発生させる取引を避ける等の方法を取ることが可能であるから、債務者の利益は、債権譲渡によって不当に影響を受けることはないとも考えられる<sup>195</sup>。

しかし、譲渡された債権を発生させる契約を生んだ取引と異なる取引から発生する反対債権について、債務者の相殺の範囲を限定的に解したとしても、その根拠は、譲渡された債権を発生させる契約を生んだ取引について、同様に妥当されるわけではない。例えば、先に確認したようなケースにおいて、債務者（買主）と譲渡人（売主）の間では、1つの取引を実現するために、売買契約とメンテナンス契約という2つの契約が締結されたが、譲受人が売買契約に基づく代金債権を譲り受ける際に、売買契約と密接に関連するメンテナンス契約の存在を認識することも期待される。他方、譲渡の通知により売買代金債権が譲渡されたことを知った債務者は、取引を実現するために、メンテナンス契約の締結を避けることが期待されない。

#### 第4款 原因契約の変更

継続性のある契約において、経済状況等の変化により、契約内容を変更することが十分に予想される。具体例として、契約を締結する時の主な状況に重大な変化が生じることにより、譲渡人が約定通りに物品を引き渡すことが不公平になる場合、建設プロジェクトにおいて当初約定されたものとは異なる機器又は材料が必要になる場合、一般的な状況の変化により、当初の契約で約定された支払期限を延長する必要がある場合等が挙げられる<sup>196</sup>。

国連国際債権譲渡条約は、その20条において「原因契約の変更」に関

<sup>194</sup> A/CN.9/489/Add.1,para.117 Chinese version p10. 石田京子「債権譲渡と相殺——比較法からの示唆」NBL933（2010年）33頁。

<sup>195</sup> A/CN.9/489/Add.1,para.117 Chinese version p10. 石田・前掲注194）33頁。

<sup>196</sup> A/CN.9/WG.II/WP.106,para.61 Chinese version p15.

する規定を置き、当事者の原因契約を変更する機会を確保しているのである。すなわち、「1. 譲渡通知前の譲受人の権利に影響を与える譲渡人と債務者との間の合意は、譲受人に対して効力を有し、譲受人は、変更された権利を取得する。2. 譲受人の権利に影響を与える譲渡人と債務者との間の譲渡通知後に締結された合意は、次の場合を除き、譲受人に対して効力を有しない。(a) 譲受人が同意した場合、(b) 当該債権の履行が完全終了していない場合において、原因契約により変更することができる場合は又は原因契約の内容に照らして合理的な譲受人であれば変更し合意するとき。3. 前2項の規定は、譲渡人又は譲受人の合意の違反から生じる権利に影響を及ぼさない。」<sup>197</sup>。

この条文で紹介されている基本的なルールは、譲渡の事実が債務者に通知される前に、譲渡人と債務者は、自由に原因契約を変更することができるということである<sup>198</sup>。これは、「債務者は、譲渡通知を受けるまでの間、原因契約に従った支払により免責される」という規律に似ている。これに対して、譲渡通知後に行われた原因契約の変更は、次のような2つの場合においてのみ、譲受人に対して効力を有する。すなわち、①譲受人が実際に同意した場合と、②譲受人が同意したとみなす場合である。その根拠は、譲渡の事実が債務者に通知された後に、譲受人は三角関係における当事者の1つとなり、このような関係において譲受人の権利に影響を与える如何なる変更も、譲受人からの同意がない限り、譲受人に対して効力を有しないということに求められる<sup>199</sup>。

上記①については、債権が履行によって完全に満たされており、譲受人が実際に同意しない限り、原因契約の変更は譲受人に対して効力を有しない。というのは、譲受人は当初の債権額の支払いを受けることを合理的に期待しているからである。それでは、「債権が履行によって完全に満たされる」とは、どのようなことを意味しているのか。この問題については、同条約20条の公式注釈では、譲渡された債権を発生させる契約が部分的にしか履行されていない場合であっても、請求書が発行され

<sup>197</sup> 池田真朗＝北澤安紀・前掲注187) 15-16頁。

<sup>198</sup> A/CN.9/WG.II/WP.106,para.63 Chinese version p15.

<sup>199</sup> A/CN.9/WG.II/WP.106,para.63 Chinese version p15.

た時に、債権が完全に満たされたと見なされるとされる<sup>200</sup>。その結果、部分的に履行された契約を変更するには、譲受人の実際の同意が必要となる。

これに対して、上記②については、債権が履行によって完全に満たされていない場合において、契約に変更が定められ、又は合理的な譲受人が同意したときは、同意の擬制で十分である<sup>201</sup>。なぜなら、債権が履行によって完全に満たされていない場合においては、契約の効率的な履行に影響を与える可能性のある要求を当事者に提出する必要はないからである。公式注釈では、次のような長期契約の変更が想定されていた。すなわち、プロジェクト・ファイナンスと債務再構成の取り決めなどの長期契約においては、譲渡人は契約の小さな変更ごとに譲受人の同意を得る必要があるとすると、譲受人に歓迎されない負担をかける一方、業務を遅らせる可能性もある<sup>202</sup>。

## 第5款 考察

国連国際債権譲渡条約では、一定の種類の債権につき譲渡制限特約が当事者間で効力を有するに止まり、譲渡された債権を従前の債権者に固定する効力を有しない旨の規定が設けられている（9条）。これは、債務者にとっては、弁済先が変更することになるという意味である。譲渡制限特約の第三者効を認める法制度では、譲渡制限特約は債権者の交代に伴う不利益から債務者を保護しているのである。同条約は、一定の種類の債権につき譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、まず債務者の行為準則を整備し、債務者が弁済先の判断を誤るリスクを回避することができるようにして、債務者の利益の保護をはかっている。また、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の相殺の利益が引き続き保護されるように、相殺の抗弁を広く認めている。すなわち、債務者が譲渡人に対して取得する債権が譲渡された債権を発生させる契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するものであれば、その

<sup>200</sup> A/CN.9/470,para.157 Chinese version p46.

<sup>201</sup> A/CN.9/470,para.157 Chinese version p46.

<sup>202</sup> A/CN.9/470,para.157 Chinese version p46.

発生時期は譲渡通知後であったとしても、債務者はこの債権を自働債権とし、譲渡された債権を受働債権として相殺することができる。さらに、債務者の原因契約を変更する機会を保護するために、原因契約の変更の第三者効をも認めている。すなわち、譲受人が合理的にみて原因契約の変更に対処できない場合であれば、それが譲渡通知後に行われたものであったとしても、譲受人に対して効力を有する。

ところが、上記のような譲渡制限特約に違反する債権譲渡を有効とする規律は、主として取引債権（物品の供給契約又はリース若しくは金融サービス以外のサービスの提供契約から発生する債権等を含む）にのみ適用されており、保証金債権や貸付金債権（loan or insurance receivables）等の債権に適用される余地がない。この規律が適用されない債権の譲渡においては、譲渡制限特約の効力は同条約以外の法律により規律される。譲渡制限特約により保護されている債務者の利益は何かはなお問題となり得るが、債権の発生原因に応じて譲渡制限特約の効力を典型的に規律するアプローチは示唆に富む。

## 第5節 ヨーロッパ契約法原則の考察

### 第1款 概観

ヨーロッパ契約法委員会では、1982年からヨーロッパにおける私法及び取引法の統一化を図って、ヨーロッパ契約法原則の起草作業を続けてきた<sup>203</sup>。ヨーロッパ契約法原則Ⅰは、第1段階での成果として、履行、不履行、救済を扱っており、1995年にイングランドで刊行された。ヨーロッパ契約法原則Ⅱは、第2段階での成果として、契約の成立、有効性、解釈、内容などを扱っており、1999年にイングランドで刊行された。ヨーロッパ契約法原則Ⅲは、ヨーロッパ契約法委員会の最後の成果であり、複数当事者、債権譲渡、債務者の交替、契約譲渡、相殺、時効、違法性、条件などを扱っており、2002年に刊行された<sup>204</sup>。

<sup>203</sup> ヨーロッパ契約法原則の立法経緯は、オーレ・ラントーほか・前掲注51）5-9頁は、参照になる。

<sup>204</sup> ヨーロッパ契約法原則Ⅲの翻訳として、オーレ・ラントーほか・前掲注51）

ヨーロッパ契約法原則Ⅲにおいて、第11章では債権譲渡の一般原則、譲渡人と譲受人の間での譲渡の効果、譲受人と債務者の間での譲渡の効果、譲受人と競合債権の間での優先順位が扱われる<sup>205</sup>。債権譲渡がヨーロッパ諸国における取引・金融の世界では重要な役割を演じることに鑑み、債権（特に商事取引から発生する金銭債権）は、債務者の同意又は債務者への通知なしに有効に譲渡することができる<sup>206</sup>とされている。しかし、債務者にしてみれば債権の譲渡によってその法的地位が害される恐れがある。したがって、ヨーロッパ契約法原則Ⅲでは、債権者の交代に伴う不利益から債務者を保護する準則が必要となる。以下では、債務者保護規定の内容を概観しておこう。

第1に、債務者が債権者でない者に弁済する可能性がある<sup>206</sup>ので、債権譲渡に伴う過誤弁済危険から債務者を保護する必要性が生じる。まず、債務者は、債権譲渡を知らずに譲渡人に履行すれば、債務関係から解放される(11:303条)。また、債務者は、債権譲渡の通知に従って譲受人とされる者に履行した場合には、有効な履行とされる(11:304条本文)。ただし、債務者が、その者が履行を求める権利を有する者ではないことを知らずにいることなどありえなかつたときは、その者に履行しても免責されない(11:304条ただし書)。その結果として、善意で行動する債務者は、保護されることになる<sup>206</sup>。

第2に、債権譲渡によって弁済の費用が増加する可能性がある<sup>206</sup>ので、債務者を保護する必要がある。債権の一部譲渡によって債務者の費用が増加した場合には、債務者は、譲渡人に追加費用の償還を求めることができる(11:103条)。

第3に、債務者は、譲渡された債権に対する実体上又は手続上の抗弁で譲渡人に対して主張することができたものをすべて、譲受人に対して対抗することができる(11:307条1項)。そして、このことは、抗弁の基礎は、債務者が譲渡通知を受領した前に生じるか、後に生じるかを問わ

---

があり、参照した。

<sup>205</sup> 第11章はサー・ロイ・グット教授により起草されたものである。

<sup>206</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 82頁。

ない<sup>207</sup>。また、債務者は、譲渡通知を受領した時点で存在していた債権又は譲渡された債権と密接に関係する債権による相殺の抗弁を譲受人に対して主張することができる（11:307条2項）。このようにヨーロッパ契約法原則は、債務者の相殺の権利について「牽連性を有しない債権間の相殺」と「牽連性を有する債権間の相殺」とを区別している。前者と異なり、後者においては、債務者は譲渡通知を受領した時より後に譲渡人とその間の新たな取引に基づく債権を自働債権として、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<sup>208</sup>。

第4に、譲渡された債権について両立しない権利を主張する者の間では優先順位が争われる場合には、債務者は争いに巻き込まれる可能性があるので、債務者を保護する必要がある<sup>209</sup>。ヨーロッパ契約法原則においては、「債務者は、2つ以上の競合する履行請求の通知を受け取った場合には、履行場所における法に従って、責任を免れることができる。履行場所が異なるときは、債務者は、その債権に適用される法に従って、責任を免れることができる。」とされている（11:305条）。公式注釈によれば、各国法は、「金銭債権の総額を、裁判所その他の機関に供託する」又は「債務者が裁判所に紛争処理を申し出て、その裁判所の判決に従う」ことを可能にするための準則によって、このような問題を処理するのである<sup>210</sup>。なお、日本法においても、紛争に巻き込まれるリスクの回避という債務者の利益を保護するための準則が見られる。すなわち、譲渡制限特約付金銭債権が譲渡された場合には、債務者は常に金銭債権の総額を債務の履行地に供託することができる（日本改正法466条の2）。

第5に、債権がすでに譲渡された場合において、債務者と譲渡人は、原則として譲渡された債権を発生させる契約を自由に変更することができないとされるため、「この原則に厳格にこだわれば、商業上の著しい

<sup>207</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 86頁。

<sup>208</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 87-88頁。

<sup>209</sup> 公式注釈では、次のような3つの典型例が想定されている。すなわち、①譲渡人が債権譲渡の有効性を争った場合、②譲渡人が同一の債権を2人以上の譲受人に譲渡した場合、③債権の譲受人と譲渡人の差押債権者との間で争いが生じた場合である。オーレ・ラントーほか・前掲注51) 83頁。

<sup>210</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 83頁。

不便を生じてしまう」<sup>211</sup>。ヨーロッパ契約法原則においては、原則として「債権譲渡の通知が債務者に到達した後で、譲受人の同意なしに、譲渡人と債務者の間の合意によって行われた債権の変更は、譲受人の債務者に対する権利に影響を及ぼさない」とされ、例外的に「その変更が債権譲渡の合意において定められているとき、又はその変更が信義誠実に従って行われ、かつ譲受人が合理的にみてそれに反対できない性質のものであるときは、このかぎりではない。」とされている(11:308条、11:204条(b)号)。公式注釈によれば、これはアメリカ商法典9:405条を参照にして作成されたものである<sup>212</sup>。

第6に、上記のような保護では足りない債務者は、譲渡人との間で譲渡制限特約を締結することにより自らの利益を守ることができる。ヨーロッパ契約法原則は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が「債務者に対して効力を有しない」として、譲渡制限特約の第三者効を認めている(11:301条)。債務者にしてみれば、譲受人の新債権者としての地位を認める必要なく、譲渡通知を無視して譲渡人に履行することができる<sup>213</sup>。具体的に譲渡制限特約により確保されている債務者の利益とは何かは、別途検討する必要がある(第2款)。

## 第2款 譲渡制限特約の効力

### 第1項 譲渡制限特約による抗弁の具体的内容

ヨーロッパのほとんどの国においては、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が債務者に対して無効であるとされるが、譲渡人と譲受人との関係では有効であるか否かについて沈黙している<sup>214</sup>。ドイツの判例及び多数説は、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は、譲渡人と譲受人との関係においても無効であるとしている<sup>215</sup>。また、第6節で確認したユニドロワ国際商事契約原則は、譲渡制限特約に違反する金銭債権の譲渡が完全に

<sup>211</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 72頁。

<sup>212</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 89頁。

<sup>213</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 75頁。

<sup>214</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 69頁。

<sup>215</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 79頁。

有効であるとする一方、非金銭債権については債権譲渡を絶対的無効としている<sup>216</sup>。つまり、譲渡制限特約付非金銭債権が譲渡された場合には、誰も譲渡無効を主張することができる。

ヨーロッパ契約法原則は、ユニドロワ国際商事契約原則と異なり、譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効力について対債務者関係と譲渡当事者関係を区別している。すなわち、「債権の譲渡は、その債権の発生の基礎となる契約によって禁止されているが、禁止違反以外で契約に反する場合は、債務者に対して効力を有しない」とされる一方（11:301条1項本文）、債権譲渡は、11:301条1項本文に基づいて債務者に対して無効であったとしても、譲渡人と譲受人の間では有効であると定められている（11:203条）<sup>217</sup>。これは、債務者以外の第三者が譲渡制限特約の効力を主張することができないという方向で作成されたものである<sup>218</sup>。11:301条1項本文と同様の規定は、国際ファクタリング条約6条2項に

---

<sup>216</sup> Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, p184.

<sup>217</sup> このような規律は、ドイツ及びイギリスの学説を参考して作成されたものである。例えば、ドイツでは、債権譲渡の無効を、債務者と譲渡人の間に限定する学説がある。また、イギリス法では、「債務者は、自分が支払った金額を譲渡人に処分することを有効に禁止できなかったであろう」とする学説もある。オーレ・ラントーほか・前掲注51) 69頁。

<sup>218</sup> ヨーロッパ契約法原則Ⅲの第11章の起草者であるオーレ・ランドーは、1979年の論文において譲渡制限特約によって保護されているのは、譲受人又は譲渡人の破産管財人ではなく、債務者の利益であるということを前提として、債務者が譲渡制限特約を主張しようとしないう場合、又はそうすることに正当な利益がない場合には、譲受人又は譲渡人の破産管財人は、譲渡制限特約の存在を援用することができないと説く。譲渡制限特約の主張権者を限定しないと、次のような不都合が生じる。まず、債権が譲渡人から譲受人に売却された場合に、譲渡人が譲渡された債権を回収して、回収された金額を保持することを認めるのは、全く不公平である。また、債権を売却して代金の支払いを受けた譲渡人が破産した場合には、破産管財人が譲渡された債権を回収して、回収された金額を譲渡人の責任財産として保持することは、全く間違っており、譲受人が無担保債権者となる。Roy Goode, INALIENABLE RIGHTS?, 42MLR, 553-7 (1979).

見られる。譲渡制限特約の効果としては、「債務者は、譲受人の地位を認める必要がなく、債権譲渡の通知を無視して譲渡人に履行することができる」とされる<sup>219</sup>。これによって、債務者は、譲渡制限特約に違反する債権をなかつたものとして行動することができるので、特約の効力が制限されたとしても債務者の利益が引き続き保護されることになる。しかし、譲渡制限特約によって確認されている債務者の利益とは何かは別途検討する必要がある。

譲渡制限特約の合理性について、公式注釈では「債権の発生の基礎となる契約に、債権者がこの契約に基づく債権を譲渡することを禁じる条項が含まれている場合には、このような禁止は原則として尊重されなければならない」とされており、譲渡制限特約の目的について次のように述べる<sup>220</sup>。すなわち、①「債務者は、譲渡人よりも峻厳かもしれない見ず知らずの債権者と取引することを望まないこともある」。②債務者は、通知を見逃して譲渡人に支払いをしてしまう危険を避けたいと思うこともある。譲受人に重ねて支払いその他の履行をしなければならなくなる危険があるからである」。③「譲渡人と継続的な双方取引を行うことを期待している債務者は、相殺権を確保することを望んでいるが、〔債権譲渡が認められるとすれば〕債権譲渡の通知を受け取った後に生じる反対債権については、相殺権が行使できなくなってしまう」。④「譲受人が、法制や税制が取引にとって好ましくない地域で設立された会社であることや、そこに主たる営業所を有することもある」。このようにして過誤弁済危険の回避、相殺利益の確保といった債務者の利益がヨーロッパ契約法原則Ⅲのもとでも保護される。

ここでは各国でよく問題とされている相殺利益の確保という譲渡制限特約の目的を検討する。公式注釈のもとでは、このような譲渡制限特約の目的を述べる際にその典型例として想定していたのは「継続的な双方取引」である。ヨーロッパ契約法原則においては、譲渡通知を受け取っている債務者が譲渡人との間で新たな取引がなされたときは、債務者は、この取引に基づく債権による相殺の抗弁を譲受人に対して主張すること

<sup>219</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 69頁。

<sup>220</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 74-75頁。

ができなくなる可能性がある（11:307条2項（a）号）。債務者と譲渡人との間に「継続的な双方取引」がある場合において、譲渡制限特約が締結される例が多い。譲渡制限特約に違反する債権譲渡を債務者との関係においても有効としておくと、債権譲渡に伴って債務者と譲渡人との間の双方取引の有効性がある程度制限される<sup>221</sup>。ヨーロッパ契約法原則は、このような取引に基づいて発生する債権による相殺の抗弁を保護するために、譲渡制限特約の第三者効を認めているのである。これによって、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、債務者の譲渡人に対して取得する反対債権は債務者が譲渡通知を受け取った後に発生するものであっても、債務者は、この債権を自働債権として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ことになる。なお、デリバティブなどの取引においては、譲渡制限特約は利用されることが多い<sup>222</sup>。

## 第2項 譲渡制限特約を第三者に対抗できない場面

先に確認したように譲渡制限特約に違反する債権譲渡は債務者との関係で無効であるとされるが、次のような3つの場合に、債権譲渡は債務者に対して効力を有する。すなわち、①「債務者がそれに同意するとき」、②「譲受人が契約違反を知らずまた知るべきであったともいえないとき」、③「譲渡が将来の金銭債権についての譲渡契約によるものであるとき」である。

①は、譲渡制限特約が専ら債務者の利益を保護するための手段であるという観点から当然に導かれるものである。②は、譲受人が譲渡制限特約の存在を知らない場면을規律するものである。このような譲受人の主観態様を基準として譲渡制限特約の第三者効を判断するアプローチは、日本改正法466条3項にもある。ただし、譲渡制限特約について善意の譲受人に無過失のある譲受人が含まれるという点では、ヨーロッパ契約法原則の特色が見られる。無過失のある譲受人が保護されないとすると、債権を譲り受けようとする者に譲渡制限特約の有無に関する調査義務を

---

<sup>221</sup> Roy Goode, *supra* 218, at 553-7.

<sup>222</sup> Roy Goode, CONTRACTUAL PROHIBITIONS AGAINST ASSIGNMENT, L.M.C.L.Q., 2 (2009).

課する結果となる。そうだとすれば、債権を譲り受けようとする者が、譲渡された債権を発生させる契約の内容を調査して譲渡制限特約が存在すると知ることができる場合に、債権譲渡は債務者に対して効力を有しない<sup>223</sup>。公式評釈によれば、譲受人が保護されるのは、次のような場面である。すなわち、譲渡制限特約が、別の契約に含まれていて、譲受人がその契約の存在を知らない場合である<sup>224</sup>。

上記の①②と異なり、③は、一定の種類の債権について譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとするものである。その典型例として想定されていたのは、将来の契約に基づいて発生する金銭債権である。将来の金銭債権が譲渡された場合にも、債権譲渡は債務者に対して効力を有する。このように金銭債権の譲渡について資金調達必要性を優先する立場を採用した立法例として、国際ファクタリング条約6条1項、ユニドロワ国際商事契約原則9.1.9条1項など挙げられる。ただし、将来の金銭債権の譲渡についてのみ、譲渡制限特約の効力を制限した点が、ヨーロッパ契約法原則の特色である<sup>225</sup>。ちなみに、日本改正法では、将来債権の譲渡について譲渡制限特約が譲渡通知の前に締結されたか、後に締結されたかによって、譲渡制限特約の第三者効を決している。日本法と異なり、ヨーロッパ契約法原則のもとでは、譲渡制限特約が譲渡通知の前に締結されたとしても、債務者は譲渡制限特約を譲受人に対抗することができない。

③のような規律は、如何なる発想で作成されたものであるのか。これについて、公式評釈によれば、③が特に必要となるのは、「譲渡が継続的な一連の将来の金銭債権を対象とする場合、例えば、供給者からファクターにファクタリング契約に基づく債権譲渡」の場合である<sup>226</sup>。このような契約類型においては、譲受人との関係で譲渡制限特約の効力を認

<sup>223</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 75頁。

<sup>224</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 75頁。

<sup>225</sup> 国際ファクタリング条約は、売買契約から発生する金銭債権について譲渡制限特約の第三者効を否定するのに対して、ユニドロワ国際商事契約原則は、商取引から発生する金銭債権につい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。

<sup>226</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 75頁。

めておくと、次のような不都合が生じる<sup>227</sup>。まず、「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」。また、「契約が、通常そうであるように、そのような譲渡禁止条項を含まない標準書式条項による契約である場合であっても、そうした契約の1つを吟味した譲受人は、譲渡人がある段階で譲受人に通知することなく契約条項を変えることはないとは、確信できない」。要するに、③は供給者の取引先に対する債権（既発生債権と将来債権）を一括してファクターに譲渡する場面については、ファクターの主観態様を基準として譲渡制限特約の第三者効を判断するとのアプローチを採用するのは、適格的ではないという考え方に基づくものである。

ところで、③のように譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないものとする、債務者にしてみれば、その利益の保護が後退することになる。これに関して、公式評釈では、「譲渡禁止条項を要求する債務者は、ほとんど例外なく、強い交渉力を持つ地位にあり、したがって、本来的には保護が必要な者ではない」とされる。また、公式評釈では、比較法として、アメリカ商法典9:406条、国際ファクタリング条約6条1項、国連国際債権譲渡条約9条が挙げられている。これらの立法例のもとでは、債権譲渡による資金調達が必要に應えるために、商取引から発生する債権について譲渡制限特約の第三者効を否定的に定めている。ここで注意すべきは、国連国際債権譲渡条約は、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、債権譲渡における相殺の権利に関する規定を置き、債務者による相殺の抗弁を広く認めているという点である。すなわち、債務者の譲渡人に対して取得する反対債権は、譲渡された債権を発生させる契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するものであるのであれば、債務者は常にこの債権による相殺の抗弁を譲受人に對することができる（18条1項）。国連国際債権譲渡条約18条1項と同様の規定は、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:307条2項(b)号に見られる。このようにして牽連性を有した債権による相殺の抗弁が認められるから、譲渡制限特約が譲受人に対して主張することができないとしても、

<sup>227</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 75頁。

一応のバランスは取れるといえるだろう。

### 第3款 債務者の抗弁と相殺権

#### 第1項 債務者の抗弁

債務者が譲渡人に対して主張することができる抗弁のうち何を譲受人に対抗することができるかという点については、法体系により異なる。日本法、中国法においては、債務者が譲受人に対抗することができるのは、譲渡通知の時点で生じた事由である。ヨーロッパ契約法原則においては、「債務者は、譲渡された債権に対する実体上又は手続上の抗弁で譲渡人に対して主張することができたものをすべて、譲受人に対して対抗することができる」とされており、日本法、中国法のような時的制限が存在しない(11:307条1項)。これによって、ヨーロッパ契約法原則のもとでは、譲受人が取得する権利は、債務者が譲渡人に対して主張することができた抗弁すべてに服することになる。譲渡通知後に生じた抗弁であっても、債務者はこれをもって譲受人に対して対抗することができる。

公式評釈では、債務者の抗弁について、次のような2つの設例が挙げられている<sup>228</sup>。設例1は、「Sは、商品をBに売却して引き渡した後に、売主の権利をAに譲渡した。商品は、売買契約に適合していなかった。Bは、商品を返還して、Aに対する代金の支払いを拒絶することができる。これと選択的に、Bは、商品を手元に保持して、代金支払責任の減額を求める訴訟で、損害賠償を請求する反対債権を主張することができる。」としている。設例2は、「Sは、商品をBに売却することを約し、引渡しは、1カ月内に行うものとした。その後Sは、売主の権利をAに譲渡した。しかし、Sは、引渡しをしなかった。Bは、Aに対する代金の支払いを拒絶することができる。」としている。

上記の設例においては、債務者は譲渡された債権を発生させた売買契約についての債務不履行を理由として代金債務の履行を拒絶することができる。このような債務者の履行拒絶の権利は、譲渡された債権に内在する抗弁であるので、債権譲渡によって切断されてはならない。ヨーロッ

<sup>228</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 86頁。

パ契約法原則の参考資料となった国連国際債権譲渡条約は、債務者の抗弁について、債務者は、譲渡された債権を発生させる契約又は同一の取引の一部である他の契約に基づいて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としている（18条1項）。また、2016年改正されたフランス民法典においては、譲渡された債権に内在する抗弁について「債務者は、無効、同時履行の抗弁、解除又は牽連する負債間の相殺その他の負債に内在する抗弁を譲受人に対抗することができる」とされる一方、その他の抗弁について「債務者はまた、期限の付与、負債の免除又は牽連しない負債間の相殺その他の譲渡が対抗可能となる前に譲渡人との関係から生じた抗弁も対抗することができる」とされている。このようにして譲渡された債権に内在する抗弁である場合には、譲渡通知受領後に生じたものであっても、債務者はそれを譲受人に対抗することができる。

## 第2項 債務者の相殺権

債務者の譲渡人に対する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否かについて、ほとんどの法体系においては反対債権が譲渡された債権と密接に関係するものであるか、独立の債権であるかによって結論が変わる<sup>229</sup>。ヨーロッパ契約法原則11:307条2項は、このようなアプローチを参照して作成されたものである。すなわち、「債務者は、譲渡人に対する次に掲げる債権について第13章に基づいて譲渡人に対して行使することができた相殺権もすべて、譲受人に対して主張することができる。(a) 債権譲渡の通知が11:303条1項に従ったものであるかどうかにかかわらず、それが債務者に到達した時点で存在していた債権、(b) 譲渡された債権と密接に関係する債権」。11:307条2項(a)は、独立の債権による相殺を規律するのに対して、同条2項(b)号は、譲渡された債権と密接に関係する債権による相殺を規律するものである。

まず、11:307条2項(a)の規律をみてみよう。公式評釈では、次のような設例が挙げられている<sup>230</sup>。すなわち、「O に対して建設工事費用につ

<sup>229</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 88頁。

<sup>230</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 87頁。

き10万ユーロの債権を有していたCは、建設契約に基づく権利をAに譲渡し、Aが、Oに債権譲渡の通知をした。その後、Oは、消費賃借の合意に基づいて4ユーロをCに貸し付けた。この消費賃借の合意は、建設契約とは無関係であった。Oは、貸付金返還債権をAに対する債務と相殺することができない。」(以下「設例3」という)。この設例において、CのOに対する貸付金返還債権は、譲渡された債権を発生させた建設契約から発生するものではなく、消費賃借契約に基づくものである。そして、消費賃借契約は、建設契約と密接に関係していない。したがって、11:307条2項(b)が適用される余地がなく、債務者は、譲渡通知受領後に締結された契約に基づく債権を自動債権として譲渡された債権を受働債権として相殺することができない。

公式評釈によれば、11:307条2項(a)は、「債務者がすでに債権譲渡の通知を受け取っている場合には、債務者が、譲渡人との間の新たな取引に基づいて発生する独立の債権をもって相殺し、その結果、譲受人の利益が縮減又は消滅することを許すとすれば、不当であろう」との考え方に基づくものである<sup>231</sup>。換言すれば、譲渡通知により譲渡の事実(建設契約に基づく債権が譲渡されたこと)を知った債務者は、抗弁の切断を望まないのであれば、譲渡人との間で新たな契約(消費賃借契約)を締結しないとの方法を取ることが可能であり、相殺の抗弁が認められなくても、債務者にとって酷ではないといえよう<sup>232</sup>。他方、建設契約に基づく債権が譲渡されたことを知らない債務者は、譲渡人と消費賃借契約を締結し、この契約に基づいて譲渡人に対して貸付金返還債権を取得したときは、貸付金返還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。というのは、債権譲渡の事実を債務者に通知しなかった譲受人が、このようなりスクを受けるはずであるからである。

次に、11:307条2項(b)の規律をみてみよう。公式評釈では、次のよ

<sup>231</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 87頁。

<sup>232</sup> なお、建設契約に基づく債権が譲渡されたとしても、将来譲渡人との間で締結されるかもしれない消費賃借契約に基づく債権による相殺の利益を確保したいのであれば、建設契約に譲渡制限特約を記載して債権の譲渡を制限するという方法を取ることにも可能である。

うな設例が挙げられている<sup>233</sup>。すなわち、「Sは、機械類を100万ユーロでBに売却し、支払いは、20万ユーロずつ5年分割で行われるべきものとされた。別の契約で、Sは、5年間、その設備の保守点検を約した。Sは、これらの契約に基づくSの権利すべてをAに譲渡した。賦払金の支払いがないためその支払いを求めるAの請求において、Bは、Sの役務提供契約違反により生じた損失について損害賠償を請求する反対債権をもって相殺することができる。」（以下「設例4」という）。

相殺に供される債権は、同一の契約から発生するものではないという点では、設例3と設例4は一致している。ただし、設例4においては、損害賠償請求権の発生原因である役務提供契約は、譲渡された債権の発生原因である機械売買契約の存在を前提に締結されたものであるので、相殺に供される債権に牽連性があると認められる。役務提供契約が譲渡通知後に締結されたとしても、債務者は、この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を受働債権として相殺することができる。それでは、牽連性を有する債権間の相殺はなぜ認められるのか。この点について、公式評釈では、「これらの新たな債権が、譲渡された債権と密接に関係するときは、譲受人はそれらの債権〔による相殺〕に服すべきものとするのが、合理的である」と説明されている<sup>234</sup>。ヨーロッパ契約法原則の参考資料となった国連国際債権譲渡条約では、牽連性を有する債権間の相殺について、譲渡された債権を発生させる契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生する債権による相殺の抗弁は、常に譲受人に対抗することができる（18条1項）。また、2016年法改正によって新設されたフランス民法典1324条2項は、牽連性を有する債権間の相殺を譲渡された債権に内在する抗弁と同一視している<sup>235</sup>。これらの立法例は、債務者の相殺利益の要保護性を優先する立場を採用したものである。

他方、債権譲渡の取引の安全を図るという観点からは、牽連性を有する債権間の相殺を認めておくと、一定の範囲で譲受人の利益保護が後退

<sup>233</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 87頁。

<sup>234</sup> オーレ・ラントーほか・前掲注51) 88頁。

<sup>235</sup> ピェール・クロック・前掲注140) 9頁。

することになる。しかし、債権を譲り受けようとする者としては、このようにいわゆる譲渡された債権に内在する抗弁があることを考慮した上で取引に入ることが可能であるから、譲受人の利益が不当に害されることがないといえよう。

#### 第4款 考察

先に確認したようにヨーロッパ契約法原則は、譲渡制限特約の効力について、原則として譲渡制限特約に違反する債権譲渡が債務者に対して効力を有しないとのアプローチを採用している(11:301条)。このアプローチのもとでは、債務者は、譲渡通知を無視して譲渡人に履行することができる一方、譲渡人に対して反対債権を取得した場合には、この債権を自動債権として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。つまり、債務者と譲渡人との間に継続的な双方取引があった場合において、債務者は、譲渡制限特約を付することにより、譲渡通知受領後の取引に基づく債権による相殺の抗弁を確保することができる。このようにして譲渡制限特約によって追求されている債務者の利益(過誤弁済危険の回避、相殺利益の確保など)が保護される。ただし、譲受人が譲渡制限特約について善意又は無過失である場合には、債務者は、債権譲渡を無効とする権利を行使することができない。

他方、将来の金銭債権の譲渡については、譲渡制限特約に違反する債権譲渡を債務者に対しても有効であるとするアプローチを採用している(11:301条1項(c)号)。このアプローチを採用する際に、その典型例として想定されていたのは、供給者の取引先に対する債権を一括してファクターに譲渡するという場面である。ファクタリング取引においては、何百にも及ぶかもしれない契約債権を譲渡対象としており、ファクターが譲渡制限特約の存在を調査することが合理的に期待することができないため、ファクターを保護する必要性が生じる。

債務者の利益の保護という観点からは、このアプローチを採用することは、債務者にとって酷である。債務者が契約に譲渡制限特約を記載したとしても、過誤弁済危険の回避、相殺利益の確保などの利益が保護されないことになる。もっとも、11:301条1項(c)号によって規律される場面は、ファクタリング取引に限定されており、それ以外の場面(例えば、

金融取引から発生する債権が譲渡された場合）においては、11:301条1項(c)号を適用する余地がなく、債務者は譲渡制限特約を譲受人に対抗することができる。また、債務者の譲渡人に対して取得する債権は、譲渡された債権と密接に関係するものである場合には、譲渡制限特約が締結されなかったとしても、この債権による相殺の抗弁が11:307条2項(b)号によって保護される。このようにして牽連性を有する債権間の相殺が認められるから、譲渡制限特約がファクターに対抗することができないとしても、一応のバランスが取れるといえるだろう。

## 第6節 ユニドロワ国際商事契約原則の考察

### 第1款 概観

#### 第1項 債権譲渡のメカニズム

ユニドロワ国際商事契約原則においては、債権は債務者への通知又は同意を要することなく、譲渡当事者の合意のみによって譲渡することができる（9.1.7条）<sup>236</sup>。これは、契約などについて特定の方式要件を一般的に要求しない同原則1.2条の適用である<sup>237</sup>。不要な手続きを最小限にとどめることによって譲渡当事者ための効率性をはかっている。ただし、債務者は、譲渡の事実を知らずに旧債権者（＝譲渡人）に弁済することがあるため、債権者の交代に伴う過誤弁済の危険から債務者を保護するための規定が不可欠となる。

実際に同一の債権は多重に譲渡された事案があるが、競合する譲受人間の優先順位を決する規律は明文化されていない。というのは、債務者以外の第三者に対する譲渡の有効性については、国によっては異なるため、競合する譲受人間の優先順位につき一般に受け入れられる規則を定めることは難しいからである<sup>238</sup>。

<sup>236</sup> ユニドロワ国際商事契約原則の翻訳として、私法統一国際協会（内田貴ほか訳）『ユニドロワ国際商事契約原則2010』（商事法務、2013年）等が、参照した。

<sup>237</sup> 内田貴「ユニドロワ国際商事契約原則2004年——改訂版の解説（2）」NBL812号（2005年）71頁。

<sup>238</sup> Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles: What Next?*, 3 *Unif. L.*

## 第2項 債務者保護規定の内容

債権が譲渡当事者間の合意のみによって譲渡することができるので、債務者は、譲渡の過程に関与する機会が与えられていない。そこで、ユニドロワ国際商事契約原則は、次のような規定を設けて、債権者の交代に伴う不利益から債務者を保護している。

第1に、債権が譲渡された場合において、譲渡人ではなく譲受人に対して債務を履行しなければならなくなるため、債務者にしてみれば履行するための費用が増加することになる<sup>239</sup>。債務者は、譲渡によって生じた追加的費用に対して、譲渡人又は譲受人から受ける権利がある(9.1.8条)。類似の規律は、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:103条、共通参照草案5:107条3項にもある。ただし、債権譲渡のパターンを一部譲渡に限定しない点と、請求しうる相手方を譲渡人に限定しない点が、ユニドロワ国際商事契約原則の特色である<sup>240</sup>。債務者にしてみれば、反対債権との相殺の便宜などを考えると、譲受人に請求するほうが有利な場面がないわけではない<sup>241</sup>。

第2に、債権者ではない者に対して履行する可能性があるので、過誤弁済の危険から債務者を保護する必要性が生じる。譲渡人又は譲受人から譲渡の通知を受領するまでは、債務者は譲渡人に対して弁済することにより債務を免れる(9.1.10)。立法の過程では、債務者が譲渡を知っていたことを譲受人が証明することができる場合に、債務者が譲渡の通知を受領する前に譲渡人に履行しても免責されないとの条文案が提案された<sup>242</sup>。最終に、作業部会は、そのような事実を考慮しないことに決めた。譲渡人又は譲受人から通知が届かない限り、債務者が譲渡を知っていた

---

Rev. n.s. 275 (1998).

<sup>239</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 212頁。

<sup>240</sup> ユニドロワ国際商事契約原則9.1.8条は、当初一部譲渡を想定して作成されたものである。Wolfgang Wiegand, Corinne Zellweger-Gutknecht, Assignment, UNIDROIT principles: new developments and applications, 35 (2005).

<sup>241</sup> 内田・前掲注237) 72頁。

<sup>242</sup> UNIDROIT 1999, Study L-Doc.65, p7. 「譲渡の通知を受領するまでは、債務者は、譲渡人に対して弁済することにより債務を免責される。ただし、譲受人は債務者が譲渡を知っていたことを証明した場合は、この限りではない」という(1.7条)。

としても、譲渡人に対して弁済を行った場合に、その弁済は有効な弁済とされる。「このような画一的ルールは、国際取引で要請される法的安定を確保するために必要である」と考えられる<sup>243</sup>。なお、同一の債権が二重に譲渡された場合においては、債務者は譲渡の通知を受領した順序に応じて弁済することによって債務を免れる（9.1.11条）。そして、このことも債務者の主観的事情の如何を問わない。

第3に、債務者は、譲渡人から請求された場合に主張しえたすべての抗弁を譲受人に対して主張することができる（9.1.13条1項）。債務者が譲受人に対して主張することができる抗弁を、譲渡の通知を受領するまでに譲渡人に対して生じたものに限定する立法例があるが（日本改正法468条1項、中国契約法82条など）、ユニドロワ国際商事契約原則にはそのような時的制限が存在しない。したがって、譲渡人から請求された場合に主張しえた抗弁である限り、譲渡通知後に生じたものであったとしても、債務者はこれをもって譲受人に主張することができる。

第4に、債務者は、譲渡の通知を受領した時点までに譲渡人に対して行使しえた相殺の権利を譲受人に対して行使することができる（9.1.13条2項）。「譲渡の通知を受領した時点までに譲渡人に対して行使しえた」といえるためには、8.1条に規定する「相殺の要件」が満たさなければならない<sup>244</sup>。つまり、債務者が譲渡通知を受領する時点までに債務者が譲渡人に対して取得する反対債権の弁済期は到来しなければならない。換言すれば、債務者による相殺の抗弁が禁止されるのは、譲渡通知の受領の時点までに反対債権が発生が発生していなかった場面と、反対債権の弁済期がその時点で到来していなかった場面である。

なお、国際的に債務者の反対債権が譲渡された債権と密接に関連する場合においては、上記のような時的制限を捨象して債務者の相殺利益を広く保護しようとする立法例が見られるが（国連国際債権譲渡条約18条1項、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:307条2項（b）号、共通参照草案5:116条3項（b）号、フランス民法1324条2項、日本改正法469条2項）、ユニドロワ国際商事契約原則には、牽連関係を有する債権間の相殺を規律

<sup>243</sup> 内田・前掲注237) 75頁。

<sup>244</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 218頁。

するための規定が存在しない。

第5に、債権者の交代に伴う不利益から債務者を保護する伝統的な方法は、譲渡制限特約である<sup>245</sup>。譲渡制限特約の効力について、ユニドロワ国際商事契約原則は、金銭債権の譲渡の譲渡と、非金銭債権の譲渡とを区別している。すなわち、金銭債権が譲渡された場合において、特約に違反する債権譲渡が完全に有効とされる一方、特約に違反する非金銭債権の譲渡がその効力を生じないとしている(9.1.9条)<sup>246</sup>。詳しくは、第2款で検討することにする。

### 第3項 小括

先に確認したようにユニドロワ国際商事契約原則においては、債権譲渡の過程に関与することができない債務者を保護するために詳細な債務者保護規定が設けられている。譲渡制限特約は、そのような規定の1つである。譲渡制限特約に関しては、債権の種類に応じて典型的に特約の効力を規律するとのアプローチが採用されている。つまり、金銭債権一般について、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のに対して、非金銭債権については、特約に違反して行われた譲渡を無効としている。また、債務者の相殺の権利について、相殺の抗弁を主張できる要件を制限的に考える立場が採用されている。そこで、このような譲渡制限特約の効力を一定の種類の債権について認めないとしつつ、相殺の抗弁を制限する立法例において債務者の相殺利益がどのような形で保護されているかについて検討を要する。

### 第2款 譲渡制限特約の効力

譲渡制限特約の効力について、ユニドロワ国際商事契約原則は、金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡とを区別している。具体的に、9.1.9条1項は、「金銭の支払に対する権利の譲渡は、譲渡を制限し又は禁ずる譲

<sup>245</sup> Wolfgang Wiegand, Corinne Zellweger-Gutknecht, supra 240, at 35.

<sup>246</sup> ただし、譲受人が非金銭債権を譲り受けた時に特約の存在を知らず、かつ知っているべきでもなかった場合には、譲渡が有効となる(9.1.9条2項ただし書)。

渡人と債務者間の合意にかかわらず効力を有する。この場合において、譲渡人の債務者に対する契約違反の責任が生ずることは妨げられない。」と定めている<sup>247</sup>。これによって、譲渡制限特約は、当事者間で効力を有するにとどまり、譲受人に対して一切対抗することができなくなる。同様な規律は、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:301条1項(c)号にも見られる<sup>248</sup>。ただし、金銭債権一般について譲渡制限特約の第三者効を否定する点は、ユニドロワ国際商事契約原則の特色である。ここで注意すべきは、ユニドロワ国際商事契約原則の規律対象は、「国際」および「商事」契約に限定されるので、「消費者取引」は同原則の射程に入らないという点である<sup>249</sup>。これに対して、ヨーロッパ契約法原則は、純粋に国内的な取引や商人と消費者間の取引を含むあらゆる種類の契約に適用される<sup>250</sup>。つまり、ヨーロッパ契約法原則は、当事者が同じ交渉力を持たない消費者取引をも規律対象としている<sup>251</sup>。要するに譲渡制限特約の効力を考察する際に、譲渡制限特約の効力と債権の発生原因との相関関係が看過されない論点である。

同条2項は、非金銭債権の譲渡については、「金銭債権の支払以外の給付を求める権利の譲渡は、それが譲渡を制限し又は禁ずる譲渡人と債務者間の合意に反するときは、効力を生じない。ただし、譲渡の時ににおいて譲受人が合意を知らず、かつ知っているべきでもなかったときは、譲渡は有効である。この場合において、譲渡人の債務者に対する契約違反の責任が生ずることは妨げられない。」と定めている<sup>252</sup>。ここでは、譲

<sup>247</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 213頁。

<sup>248</sup> ヨーロッパ契約法原則は、原則として譲渡制限特約の第三者効を認めるが、将来の金銭債権について適用除外ルールを定めている(11:307条)。UNIDROIT 2002 Study L-Misc.24, para.173, p24.

<sup>249</sup> 「……本原則の規律対象からいわゆる『消費者取引』を除外する……」という。私法統一国際協会・前掲注236) 2頁。

<sup>250</sup> Michael Joachim Bonell, Roberta Peleggi, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table, 9 Unif. L. Rev. n.s, 322 (2004).

<sup>251</sup> Michael Joachim Bonell, Roberta Peleggi, supra 250, at 323.

<sup>252</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 213頁。

受人の主観態様を基準として譲渡制限特約の第三者への対抗の可否を決めている。すなわち、譲受人が善意又は無過失であれば、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は有効とされる。これに対して、譲受人が悪意又は過失であれば、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は無効とされる。ここでの問題は、「譲渡制限特約に違反する譲渡の無効」を誰が主張できるかにある。このような問題について、9.1.9条の立法過程において議論されていない。しかし、9.1.9条の立案担当者である Fontanel は、譲渡制限特約の目的について次のように述べた。すなわち、譲渡制限特約の目的は、債権者の交代を好まない債務者を保護することにある<sup>253</sup>。このように譲渡制限特約は債務者を保護するための手段であるとする、特約を主張できるのは債務者に限定してよいはずである。国際的に譲渡制限特約の効力について相対無効説の基本的な考え方を明文化する立法例としては、ヨーロッパ契約法原則は挙げられる。ヨーロッパ契約法原則Ⅲ 11:307条 1項は、債権の譲渡は、譲渡制限特約に違反する場合は、債務者に対して効力を有しないと定めている<sup>254</sup>。また、ドイツでは、「金銭債権では債権的効力説が、それ以外の債権では相対無効説が妥当である」とする学説もある<sup>255</sup>。ユニドロワ国際商事契約原則のもとでも、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定することは解釈論としてあり得るといえるだろう。

上述したようにユニドロワ国際商事契約原則は、譲渡制限特約の効力に関して債権の種類に応じて異なる考え方を採用している。しかし、当初、Fontanel による提案(1999年10月)において金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡は区別されていない。1999年の提案は、譲渡制限特約の効力につき次のように規定する。すなわち、「権利の譲渡は、譲渡を禁止し、又は制限する譲渡人と債務者間の合意にかかわらず効力を有する。この場合において、譲渡人の債務者に対する契約違反の責任が生ずることは

<sup>253</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.503, p60.

<sup>254</sup> ヨーロッパ契約法原則の第11章は、金銭債権のみならず非金銭債権の譲渡を規律対象とするので(11:101条 1項)、同原則11:307条は非金銭債権の譲渡にも適用される。

<sup>255</sup> 石田・前掲注18) 214頁。

妨げられない。』<sup>256</sup>。これは、譲渡制限特約は当事者間で効力を有するにとどまり、譲受人の主観態様を問わず譲受人に対して効力を有しないものとするを提案するものである<sup>257</sup>。1999年以降のFontanelによる提案は、金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡とを区別するアプローチを採用した<sup>258</sup>。すなわち、金銭債権の譲渡については、1999年の提案の基本的な考え方を採用するのに対して、非金銭債権の譲渡については、譲受人の主観態様を基準にして譲渡制限特約の第三者効を決める考え方を採用している。それでは、いかなる理由で典型的なアプローチは明文化されたのだろうか。

このような問題について、公式注釈は、「第1項は、金銭債権の譲渡について資金調達必要性を優先する立場を採用した……非金銭債権の譲渡については、金銭債権が有するような資金調達との関係がないので、第2項が定める別の解決策が正当である……」と説明している<sup>259</sup>。9.1.9条1項の背後に、債権譲渡による資金調達の円滑化を目指すとの立法政策がある。立法過程において譲渡制限特約の効力をめぐって展開された議論の背後にもこのよう立法政策がみられる。例えば、「資金調達的手段としての債権譲渡の重要性に対する認識が高まっており、このような特約の効力を制限する傾向がある。譲受人にしてみれば、譲渡を禁止する特約の存在を調査することは非常に困難である」との考え方があった<sup>260</sup>。また、「債務者と債権者との関係のみを考慮する考え方に懸念を示してマクロ経済的な視点も考慮に入れなければならないとし、この観点から提案された規定は、信用のコストを削減することできる。これは、

---

<sup>256</sup> UNIDROIT 1999 Study L-Doc.65, pp3-4.

<sup>257</sup> ここで注意すべきは、このような条文案が金銭債権の譲渡のみを想定していたということである。そして、「権利の譲渡」の定義に関する1.1条は、「権利の譲渡」の定義を金銭債権の譲渡に限定しているのである。UNIDROIT 1999 Study L-Doc.65, p2.

<sup>258</sup> UNIDROIT 2000 Study L-WP.3, p13. UNIDROIT 2001 Study L-Doc.69, p11. UNIDROIT 2001 Study L-Doc.69, p11. UNIDROIT 2000 Study L-WP.7, p8.

<sup>259</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 214頁。

<sup>260</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.503, p60.

債権者だけでなく債務者にも役立つ」との考え方もみられた<sup>261</sup>。債務者の利益の保護という観点からは、金銭債権について譲渡制限特約の第三者効を否定する立場を採用すると、債務者の利益保護が後退することになる。これまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の利益は保護されなくなる可能性がある。

公式注釈には、次のような設例が掲載されている。すなわち、「X社はA社に対して50万ユーロの債務を負っていたが、その弁済期には、その債務の一部を、X社がA社に対して有する20万ユーロの反対債権と相殺することができるはずであった。XA間の契約には譲渡禁止特約が存在していたが、それにもかかわらず、A社はXに対する債権をB社に譲渡してしまった。このとき、X社はA社から20万ユーロを回収するために別途の手続をとらなければならなくなったことによる追加費用の賠償を求めることができる。」<sup>262</sup>。この設例において、反対債権の弁済期が譲渡の通知を受領するまでに到来していなければ、債務者はこの債権による相殺をもって譲受人に対抗することができない(9.1.13条2項)。このような事態に備えた債務者は、「譲渡禁止特約に加えて、相殺適状を発生させるための特約もAとの契約に盛り込む」ことによって「結果的に相殺をBに対抗できる地位を得る」可能性がある<sup>263</sup>。しかし、これに対して債務者の反対債権が譲渡通知後に発生するものである場合には、このような特約が付されたとしても起動する可能性がないはずである。なぜならば、譲渡通知前にまだ発生していない反対債権と譲渡された債権が譲渡通知より前の時点で相殺適状になることは観念することができないからである。

他方、金銭債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定する立場を採用したとしても、その論理は非金銭債権につき同様に妥当されるわけではない。非金銭債権の譲渡について、公式注釈において次のような設例が掲載されている。すなわち、「X社は、ある技術プロセスに対してXが一定期間中に開発して加えるすべての改良をA社に知らせることを、

<sup>261</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.512, p62.

<sup>262</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 214頁。

<sup>263</sup> 内田・前掲注237) 74頁。

A社と合意した。その契約においては、X社に対するA社の権利は譲渡できない旨が定められていた。しかしA社は、もはやその技術が不要となったので、その権利をB社に譲渡した。しかし、そのような効力を有さず、X社がB社の債権者になることはない。この場合、B社はA社に対して第9.1.15条(b)に基づく請求をすることができる。<sup>264</sup> この設例において、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効とされるため、履行の相手方を譲渡人に固定したいという債務者の利益が保護されることになる。しかしながら、譲受人が譲渡制限特約につき善意・無過失であった場合には、結論が逆転する(9.1.9条2項ただし書)。実際的な見地から、債務者が譲渡人との契約で非金銭債権の譲渡を制限し又は禁止する旨の意思表示を行ったにもかかわらず債務者に新債権者に対して履行するように強要するのは正当化できないことを理由として、譲受人の主観態様を問わず譲渡制限特約の第三者効を貫徹すべきであるとの考え方がみられた<sup>265</sup>。

### 第3款 債務者の抗弁と相殺権

#### 第1項 債務者の抗弁

債権譲渡の場合に、債務者は譲渡人に対して主張することができる抗弁のうち何を譲受人に主張することができるのか。一部の法域では、譲渡の効力が債務者との関係で生ずる時点（譲渡通知の時点）までに譲渡人に生じた事由のみを譲受人に対抗することができる<sup>266</sup>とされる。このようなアプローチは、当初 Fontaine による提案（1999年10月）によって採用されたものである。すなわち、「債務者は、譲渡の通知を受領するまでに譲渡人に対して主張することができたすべての譲渡人との契約から生じる抗弁を、譲受人に対して主張することができる。」（1.8条1項）<sup>266</sup>。

作業部会では、上記のようなアプローチに対して否定的な見解が多数を占めた。まず、作業部会で検討の対象とされていた例を確認しておこう。すなわち、「建築請負契約の履行開始時にこの契約から発生する請

<sup>264</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 214-215頁。

<sup>265</sup> Wolfgang Wiegand, Corinne Zellweger-Gutknecht, *supra* 240, at 36.

<sup>266</sup> UNIDROIT 2000 Study L-WP.3, p20. UNIDROIT 1999 Study L-Doc.65, p8.

負報酬請求権が譲渡され、その後に工事の質に関する争いが絶えない」という事例である<sup>267</sup>。工事の質について債務者（注文者）と譲渡人（請負人）との間に争いを生じた場合にも、債務者に譲受人に対して弁済する義務を負わせることは受け入れられないだろう<sup>268</sup>。実務では、債務者はこのような争いを避けるために、請負契約に譲渡制限特約を記載することが多い。しかし、Fontaineによる提案のもとでは、譲渡制限特約が第三者との関係で効力を有しないので、債務者は特約をもって譲受人に主張することができない。このような状況の中で、作業部会では債務者の抗弁の範囲を拡張すべきであるとする考え方が生まれた。そして、比較法として国際ファクタリング条約20条1項、Goode草案12:304条1項が引用されている<sup>269</sup>。具体的に、前者は「ファクターの債務者に対する物品の売買契約から発生する債権の支払いに関する請求について、債務者は、この契約から生じるすべての抗弁であって、供給者から請求されたときに主張し得るものを主張することができる。」と定めるのに対して、後者は「債務者は、譲渡人に対して主張することができたすべての実体上又は手続上の抗弁を譲受人に対して主張することができる。」と定めている。作業部会には、債務者は譲渡人に対して主張し得る抗弁をすべて譲受人に主張することができるという見解が多数を占めた<sup>270</sup>。

1999年以降の提案<sup>271</sup>には、そのような時的制限が存在せず、結局、9.1.13

<sup>267</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.787, pp96.

<sup>268</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.787, pp96.

<sup>269</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.784, pp95-96.

<sup>270</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.792-800, pp97-98. それにもかかわらず、1999年の提案の基本的な立場に賛意を示す一方、譲渡通知の時点で抗弁事由の発生基礎が存在していれば債務者による抗弁の主張が認められるとする見解があった。「契約から発生する債権が譲渡された場合において、譲渡人の債務が譲渡通知の後に不能になったとしても、債務者は、契約を解除する権利が譲渡通知の時点で既に存在しているため、契約を解除することができる。」という。1999年の提案の意義は次のような点にある。すなわち、譲渡通知の後に債務者と譲渡人との間で債務を免除する旨の合意がされても、債務者はこれをもって譲受人に対して主張することができない。UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.794, p97.

<sup>271</sup> UNIDROIT 2000 Study L-WP.3, P19. UNIDROIT 2001 Study L-Doc.69, p17.

条1項では、債務者は譲渡人から請求された場合に主張しえたすべての抗弁を譲受人に対して主張することができる。債務者は、具体的にいかなる抗弁を譲受人に対抗することができるのか。公式注釈には、次のような設例が掲げられている。すなわち、「ソフトウェア会社Aは、顧客Xに対し、年末までに新しい会計ソフトをインストールする契約をし、Xはソフトの設定完了の1カ月後に代金を支払う旨約した。A社はこの代金債権を直ちにB銀行に譲渡した。弁済期において、B銀行がXに代金債権の弁済を求めたところ、Xは、A社がインストールした新しいソフトが正常に機能せず、経理部が混乱をきたしている旨説明した。Xは、この致命的状況が解消されるまで、支払を拒んだ。XのB銀行に対するこの抗弁の主張は正当であり、B銀行はA社に対して第9.1.15条(d)に基づく請求をすることができる。」<sup>272</sup>この設例において、債務者により主張された契約不適合を理由とする履行拒絶は、契約に内在する抗弁であり、譲受人がこの抗弁に服することになる。

ところで、債務者は、譲渡された債権を発生させる契約と密接に牽連する他の契約に基づいて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のか。Fontaineの説明では、9.1.13条1項の言葉遣いは、国際ファクタリング条約9条1項から実質的に取られたものである<sup>273</sup>。ただし、債務者が譲受人に対抗できる抗弁を譲渡された債権を発生させる契約に基づいて生じたものに限定しないという点は、ユニドロワ国際商事契約原則の特色である。立法過程において、国際ファクタリング条約9条1項を参照することを前提にして「契約」に関する言葉を削除すべきであるとする意見がされた<sup>274</sup>。この文脈では、譲渡された債権を発生させる契約と密接に牽連する他の契約に基づいて生じた抗弁であっても、債務者がこれをもって譲受人に対抗することができるという考え方があり得るだろう。ユニドロワ国際商事契約原則は、9.1.9条1項において譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、9.1.13条1項

---

UNIDROIT 2001 Study L-WP.7, P14. UNIDROIT 2003 Study L-Doc.92, p15.

<sup>272</sup> 私法統一国際協会・前掲注236) 218頁。

<sup>273</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.285, p34.

<sup>274</sup> UNIDROIT 2000 Study L-Misc.22, para.800, p98.

において債務者の抗弁を広く認めることによって債務者の利益を確保しているのである<sup>275</sup>。

## 第2項 債務者の相殺権

国際的に、債務者がその譲渡人対して取得する反対債権と譲渡された債権とを相殺することができるかを決するにあたっては、両債権が密接に牽連するかどうかは重要な意味を持っている。例えば、国連国際債権譲渡条約は、牽連性を有しない債権の相殺について、債務者が譲受人に主張することができる相殺権を譲渡通知の時点で譲渡人に対して主張することができたものに限定しており（18条1項）、牽連性を有する債権の相殺については、このような時的制限を加えていない（同条2項）。つまり、債務者の反対債権が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ものである場合には、債務者が常に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。同様な規律は、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:307条、共通参照枠草案5:116条、フランス民法1324条2項にも見られる。

ユニドロワ国際商事契約原則は、債務者の相殺権について国際債権譲渡18条2項を参考にして<sup>276</sup>、次のように規定する。すなわち、「債務者は、譲渡の通知を受領した時点までに譲渡人に対して行使することができた相殺権を譲受人に対して行使することができる。」（9.1.13条2項）<sup>277</sup>。債務者は、その譲渡人に対して取得する反対債権と譲渡された債権とを相殺

<sup>275</sup> UNIDROIT 2001 Study L-Doc.69, p19.

<sup>276</sup> UNIDROIT 2002 Study L-Misc.24, para.208-209, p28.

<sup>277</sup> ユニドロワ国際商事契約原則9.1.13条2項は、制限説に対応する。立法過程において、債務者の相殺の抗弁をさらに制限する条文案が提示された。すなわち、「債務者は、譲渡通知を受領した時点で債務者と譲渡人との間の通知によって既に行使された相殺の権利を譲受人に対して主張することができる」（1.13条2項）。UNIDROIT 2002 Study L-Doc.74, p15. 譲渡通知の時点までに債務者と譲渡人との間で相殺の通知がされていない場合に、債務者は譲受人に対して相殺の権利を行使することができない。作業部会では、この条文案に対して否定的な意見が多数を占めた。UNIDROIT 2002 Study L-Misc.24, para.192-209, pp26-28.

することができるかを判断するにあたっては、反対債権の弁済期が譲渡通知の時点までに到来するかどうかが決定的である。その時点で反対債権の弁済期が到来しない場合に、債務者はこの債権による相殺の抗弁をもって譲受人に対抗することができない。この規律は、国際債権譲渡18条2項と一致している。その論理としては、譲渡の事実を通知された債務者は、新しい状況を認識したため、相互性の要件を無視して債務者による相殺の抗弁を認める必要性が生じないということが挙げられる<sup>278</sup>。牽連性を有しない債権について相殺抗弁の範囲を制限的に解したとしても、その論理は、牽連性を有する債権について同様に妥当させるべきかが疑わしい。先に確認したように、国連国際債権譲渡条約のもとでは、債務者が譲渡人に対して取得する反対債権は、譲渡された債権を発生させる原因契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するものである場合には、譲受人は、それらの債権による相殺の抗弁に服することになる。ユニドロワ国際商事契約原則9.1.13条2項は、牽連性を有しない債権の相殺を想定して設けられたものであるが、牽連性を有する債権の相殺については何も言及していない。9.1.13条の立法過程において、「譲渡された債権と密接に牽連する債権」による相殺については規定を置く必要があるかどうかは論点として取り上げられた<sup>279</sup>。しかし、これに対して「譲渡された債権と密接に牽連する債権」が具体的にいかなる場合を意味するかは、不明確であるとの指摘がなされた<sup>280</sup>。このような指摘を受けて牽連性を有する債権の相殺が明文化されなかった。それでは、牽連性を有する債権の相殺がユニドロワ国際商事契約原則のもとでどのような形で保護されているのか。

債務者が上記のような相殺の利益を確保するために、予め譲渡人との契約に譲渡制限特約を記載すべきであるという考え方があり得るが、ユニドロワ国際商事契約原則は、金銭債権については、譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとしている。つまり、金銭債権の債務者

---

<sup>278</sup> Klaus Peter Berger, set-off, UNIDROIT principles: new developments and applications, 29 (2005).

<sup>279</sup> UNIDROIT 2003 Study L-Misc.25, para.211, p.23.

<sup>280</sup> UNIDROIT 2003 Study L-Misc.25, para.211, p.23.

は、譲渡制限特約によって相殺可能な領域を創出することができない。債権譲渡による資金調達の要請との関係で債務者の利益保護が後退すべきであるとしても、牽連性を有する債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができるように手当てしておく必要がある。Fontaineの説明によると、作業部会は債権譲渡に関する規定を設ける際に、「債務者の抗弁」(9.1.13条1項)と「譲渡制限特約」(9.1.9条1項)の調和を図っていた<sup>281</sup>。9.1.9条1項は、債務者の利益より資金調達の必要性を優先する立場を採用するのに対して、9.1.13条1項は、債務者の利益を保護するために抗弁の範囲を広く認めている。結局、ユニドロワ国際商事契約原則は、譲渡制限特約に違反する譲渡を完全に有効とする一方、債務者が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という方法により対立する利益のバランスを図っている。この文脈では、牽連性を有する債権による相殺の抗弁は、9.1.13条1項によって認められるといえるだろう。

#### 第4款 考察

ユニドロワ国際商事契約原則は、金銭債権については、第三者の主観態様を問わず譲渡制限特約の第三者効を否定する一方(9.1.9条1項)、非金銭債権については、第三者の主観態様を基準として譲渡制限特約の第三者への対抗の可否を分ける方法(同条2項)により、対立する利益のバランスを図っているのである。金銭債権に関しては、弁済の相手方を譲渡人に固定したいという債務者の利益より、債権譲渡による資金調達の必要性を優先する立場を採用した。債権譲渡による資金調達の要請との関係では債務者の保護が後退することになる。

このように金銭債権については譲渡制限特約を第三者に対抗できないとする規定は、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:301条1項(c)号、共通参照枠草案5:108条3項(c)号にもある。ただし、金銭債権全般については譲渡制限特約の第三者に対する効力を否定するのは、ユニドロワ国際商事契約原則の特色である。なお、ヨーロッパ契約法原則と共通参照枠草案はいずれも原則として譲渡制限特約の第三者に対する効力を認めてい

<sup>281</sup> UNIDROIT 2001 Study L-Doc.69, p19.

る。ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:301条1項では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は債務者との関係で無効とされるのに対して、共通参照草案5:108条2項では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡は常に有効であるが、債務者は、譲渡人に対して履行することにより、その債務を免れるとされるとともに、譲渡人に対して取得する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。ヨーロッパ契約法原則又は共通参照草案が、純粋に国内的な取引や商人と消費者間の取引を含むあらゆる種類の契約に適用されるということとを考慮すると、債権の流動化を確保するために商取引から発生する金銭債権について譲渡制限特約の第三者に対する効力を否定的に解したとしても、消費者取引から発生する金銭債権のように譲渡制限特約の第三者に対する効力を認める必要があるといえるだろう。

他方、金銭債権の譲渡による資金調達の要請との関係では債務者の保護が後退すべしであるとしても、これまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の相殺の利益が、引き続き保護されるように手当てしておく必要がある。ヨーロッパ契約法原則又は共通参照草案は、一定の類型の金銭債権について譲渡制限特約の第三者に対する効力を認めない代償として、牽連性を有する債権の相殺に関する規定を置き、債務者の相殺の利益を保護しているのである。ユニドロワ国際商事契約原則には、そのような規定が存在しないが、牽連性を有する債権の相殺の抗弁は、同原則9.1.13条1項（債務者の抗弁）により保護されているのである。つまり、債務者の牽連性を有する債権による相殺の抗弁は、譲渡された債権に内在する抗弁であるため、譲受人はこの抗弁に服する。

## 第7節 共通参照草案の考察

### 第1款 概観

#### 第1項 債権譲渡のメカニズム

共通参照草案では、債務者への通知又は債務者の承諾を必要とせず、債権が有効に譲渡することができる（5:104条4項、5:113条）<sup>282</sup>。債権が有

<sup>282</sup> 共通参照草案の翻訳として、クリスティアン・フォン・パールほか編（窪

効に譲渡された後に、譲渡人はもはや債権者ではないため、譲渡人と債務者との間で譲渡された債権につき債務の猶予、債務の免除などの合意がされたとしても、これを譲受人に対抗することができない。債務者への通知を債務者対抗要件とする日本法、又は債務者への通知を譲渡効力発生要件とする中国法に比べて、債権者の交代に伴う不利益から債務者を保護するための準則が不可欠となる。共通参照枠草案は、「債務者の保護」に関する規定を置き、債務者の利益を保護しているのである（詳しくは第2項参照）。

また、譲渡人が同一の債権につき二重に譲渡されたとしても、第二譲受人は譲渡によって何らかの権利を取得することができない<sup>283</sup>。ただし、譲渡人による二番目の譲渡は常に完全に無効であるというわけではなく、一定の場合に最初の譲渡よりも優先する場面がある。例えば、同一の債権が譲渡人によって多重に譲渡された場合において、第二譲受人が当該債権を譲り受けた時に、第一譲渡を知らないときは、最初に譲渡の事実を債務者に通知した第二譲受人が優先する（5:121条1項）。これは無権利の法理（*nemo dat principle*）という原則の例外であり、二重譲渡について *first-to-notify rule* を採用することを前提に設けられたものである。その理由としては、次の①②が挙げられる<sup>284</sup>。すなわち、①「誠実に譲渡を通知することは、誠実に所有物を取得することに最も近いことであり、これは、有体動産が譲渡された場合につき優先権を取得する方法として認められている。また、債権を譲り受けようとする譲受人は、債務者が先に譲渡の通知を受け取ったかどうかということについて債務者に照会することができる」。②「最初の譲受人が譲渡の通知を行わな

---

田充見ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則——共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013年）があり、参照した。

<sup>283</sup> 債権が債務の履行を担保するために譲渡された場合において、譲渡人にはさらに同一の債権を譲渡する権利を有するものの、最初の譲渡よりも優先されるような二番目の譲渡を行う権利がないという点で譲渡人の権利が制限されている。

<sup>284</sup> Christian Von Bar, Eric Clive edited, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. 3, 1075-6 (2009).

かった場合には、第二譲受人は、先に行われた譲渡が存在しないと仮定することができる。ただし、第二譲受人がその他の方法で先に行われた譲渡の存在を知り、又は知るべきであるときは、この限りではない（例えば、第一譲渡が登記された場合）」。

なお、債務者が最初に譲渡の通知を行った第二譲受人に弁済した場合には、有効な弁済とされる（5:121条2項）。債務者は、競合する譲渡の存在、又は最初に譲渡の通知を行った譲受人が、先に行われた譲渡の存在を知り若しくは知るべきであるということを認識した場合においても、最初に譲渡の通知を行った譲受人に弁済したときは、有効な弁済とされる。なぜならば、債務者が譲受人と称する者の誠実さを調査することは期待できないからである<sup>285</sup>。ただし、最初に譲渡の通知を行った者（第二譲受人）が、先に行われた譲渡の存在を知り、又は知るべきである場合には、第一譲受人は、不当利得に基づいて第二譲受人に対して返還を請求することができる。つまり、第一譲受人や第二譲受人の相互間では不当利得返還による清算処理は必要となる。

## 第2項 債務者保護規定の内容

第1に、債務者が債権者でない者に弁済するおそれがあるので、過誤弁済のリスクから債務者を保護する必要がある。まず、債務者は、譲渡人又は譲受人から譲渡の通知を受け取っておらず、かつ、譲渡人がもはや弁済を受領する権限を有しないことを知らずに、譲渡人に弁済した場合には、その弁済は有効とされる（5:119条1項）。ここで注意すべきは、「債務者は、債権が譲渡されたことを他の情報源から知っているという理由だけで、必ずしもこのような保護を失うわけではない」という点である<sup>286</sup>。というのは、「債権が譲渡されたことはまれではないが、譲渡人と譲受人の間で債権が譲渡されたことを債務者に通知せず、譲渡人が引き続き債務者による弁済を受領するとの合意がされる可能性がある」からである<sup>287</sup>。また、譲渡人が債権を譲渡したことを債務者に通知した場

---

<sup>285</sup> Id. at 1075.

<sup>286</sup> Id. at 1068.

<sup>287</sup> Id. at 1068.

合には、譲受人とされる者が債権者でなくても、債務者は、その者に対して善意で、かつ、過失なく弁済すれば、債務関係から解放される(5:119条2項)。さらに、譲受人と称する者から受け取った譲渡の通知において譲受人とされる者が債権者でない場合でも、譲渡人が、譲受人とされる者に債権が譲渡されたとの信頼を債務者に生じさせ、その信頼が合理的であり、かつ、債務者に過失がないときは、債務者は、その者に対して弁済すれば、その弁済は有効される(5:119条3項)。

第2に、債権の譲渡によって弁済の費用が増加する可能性があるので、債務者を保護する必要性も出てくる。まず、債権の一部が譲渡された場合には、債務者はこれ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(5:107条3項)。これと類似した規律は、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:103条にもある。しかし、このような規律があるだけで、債務者は適切に保護されない場面がある。例えば、「債権者が多数の一部譲渡を行い、その処理が、債務者の営業の混乱その他の耐えがたいほどの不便の原因となる場合がある」<sup>288</sup>。また、譲渡人が履行場所の変更により債務者に生じる増加費用についても、債務者に対して責任を負う(5:117条1項ただし書)。

第3に、債務者は、譲渡された債権に基づいて譲渡人に対して生じた実体上又は手続条の抗弁をすべて譲受人に主張することができる(5:116条)。これは、「譲受人が譲渡人以上の地位を取得することができない」という原則を採用することを前提に作成されたものである。つまり、譲受人が譲渡人から譲り受けた債権は、債務者が譲渡人に対して主張することができる抗弁に服する。仮に抗弁の基礎が譲渡通知後に生じたとしても、譲渡された債権に基づいて生じた抗弁である限り、債務者は、これをもって譲受人に主張することができる<sup>289</sup>。しかし、「債務者が、譲受人に対して、その抗弁が存在しないと信頼させた場合」、又は「その抗弁が、債権譲渡の禁止又は制限に対する譲渡人の違反を理由とするものである場合」には、債務者が、譲渡人に対して抗弁を主張することができない(5:116条2項)。前者は、信義誠実の原則(principle of good faith

---

<sup>288</sup> Id. at 1032.

<sup>289</sup> Id. at 1057.

and fair dealing) の適用であるのに対して、後者は、譲渡制限特約に関する規律が間接的に排除されることを防ぐために設けられたものである<sup>290</sup>。債務者による履行の拒絶又は原因契約の取消の理由は、譲渡人による譲渡制限特約の違反にすぎない場合であれば、債務者は、譲受人からの履行請求を拒絶し、又は根本違約 (fundamental non-performance) を理由として原因契約を取り消すことができない<sup>291</sup>。

第4に、債務者は、譲渡人に対する債権について譲渡人に対して行使することができた相殺権をもって譲受人に主張することができる。具体的にいえば、債務者の反対債権が、「譲渡された債権について譲渡人に対して履行したのでは責任を免れることができなくなる時に存在していた債権」、又は「譲渡された債権と密接に関係する債権」である場合には、債務者の相殺期待が認められる (5:116条2項)。前者は、牽連性を有しない債権による相殺の可否を規律するものであるのに対して、後者は、牽連性を有する債権による相殺を保護する趣旨の規律である。債務者の反対債権が「譲渡された債権と密接に関係する債権」である場合には、その発生時期が譲渡通知後であっても、債務者は、この債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。それでは、「譲渡された債権と密接に関係する債権」とは、具体的にどのようなものを意味しているのか。つまり、「譲渡された債権と密接に関係する債権」の範囲を明らかにして検討する必要がある (詳しくは第2款第2項)。

第5に、継続性のある契約において、経済状況等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ことが多いので、債務者の契約変更の機会を確保する必要がある。共通参照草案では、契約の変更が信義誠実に従って行われ、かつ譲受人が合理的にみてそれに反対できない性質のものであれば、譲渡通知後であったとしても、譲受人に対して効力を有するとされる (5:112条4項)。

第6に、債務者は、契約に債権の譲渡制限特約を付することにより、債権者を譲渡人に固定することができる。共通参照草案は、譲渡制限特約の効力について類型的なアプローチを採用しており、譲渡制限特約

---

<sup>290</sup> Id. at 1058.

<sup>291</sup> Id. at 1058.

は原則として譲受人に対抗することができるが、一定の種類の債権について譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとされている(5:108条2項)。このようなアプローチを採用する立法例では、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の利益がどのような形で保護されているのかを別途検討する必要がある。

### 第3項 小括

債権の譲渡について債務者への通知を必要しない通参照枠草案においては、債権が譲渡された途端に、譲受人は債務者に対しては譲渡を主張することができる。譲渡の事実を知らなかった債務者は債権者でない者に弁済する可能性があるので、過誤弁済のリスクから債務者を保護する必要性が出てくる。共通参照枠草案は、「債務者の保護」に関する規定(5:119条)を設けることによって債務者の利益保護をはかっているのである。債務者にとっては、債務者への通知が法的な意義を有しないかもしれないが、債権が二重に譲渡された場合においては、債務者への通知に競合する譲受人間の優劣関係を決めるという意義が与えられている。つまり、最初に譲渡の事実を債務者に通知した譲受人が勝つ。

他方、共通参照枠草案は、債務者の相殺の利益を保護するために相殺の範囲を広く認めている。ただ、具体的にいかなる場合に相殺の抗弁が認められるのかを明らかにして検討必要がある。また、相殺の利益との関係でいうならば、譲渡制限特約は法定相殺と重要な関係を有しており、法定相殺では保護されず譲渡制限特約を締結することによって初めて確保される債務者の利益とは、具体的に何かという問題について検討を要する。逆に、共通参照枠草案は、一定の種類の債権について譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとしており、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の相殺利益がどのような形で保護されているか、又は保護に値する利益とはいえるかも、検討を要する問題である。そこで次款でこれらの問題を検討するにしよう。

## 第2款 譲渡制限特約の効力

### 第1項 譲渡制限特約による抗弁の具体的内容

共通参照枠草案5:108条1項は、「契約による譲渡の禁止又は制限は、

債権の譲渡性に影響を及ぼさない。」と定めている。これによって、当事者間では譲渡制限特約が付されていたとしても、特約に違反する債権譲渡が有効となり、債権が完全に譲受人に移転することになる。

他方、同草案5:108条2項は、譲渡制限特約による抗弁の具体的内容について、「債務者は、譲渡人に対して履行することができ、これにより債務を免れることができる」ことを明らかにするとともに、「債務者は、その債権が譲渡されなかったとき同様に、譲渡人に対する相殺権を有する」ことを明らかにする。これは、譲渡制限特約が専ら債務者の利益を保護するためのものであるという考え方を貫徹して、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定する旨の規定を定めるものである。これによって譲渡制限特約付債権が譲渡された場合には、債務者は、譲渡人に対して弁済すれば有効な弁済とされる。また、債務者は、譲渡人に対して取得した債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる<sup>292</sup>。

ところが、共通参照草案は、その5:116条3項において債権譲渡における債務者の相殺権を認めており、5:108条2項と5:116条3項との役割分担は問題となる。つまり、5:116条3項により保護されず、譲渡制限特約を締結することにより初めて確保される債務者の相殺利益がどのような場面で問題とされるかについて検討を要する。5:108条2項の公式注釈では、「債務者は、譲渡制限条項を付することに商取引上の十分な理由があるかもしれない」とされる<sup>293</sup>。具体的にいえば、「債権者との相互取引を継続することを期待する債務者は相殺権を確保することを望んでいるが、譲渡通知後に発生した反対債権については、その相殺権は、遮断されてしまう」<sup>294</sup>。ここで想定されていた取引の類型は双方向の取引であり、譲渡制限特約は、双方向の取引から発生する債権債務について相殺を可能にする。つまり、債務者は、譲渡制限特約を付することにより、譲渡の通知を受け取った後に反対債権を取得したとしても、相殺の利益を確保することができる。この点については、譲渡制限特約は、債

---

<sup>292</sup> これに対して、債務者が譲渡人ではなく譲受人に弁済することを選択した場合には、5:116条に規定する相殺権をもって譲受人に対抗することができる。

<sup>293</sup> Christian Von Bar, Eric Clive edited, *supra* 284, at 1034.

<sup>294</sup> *Id.* at 1034.

務者が相殺可能な領域を創出することを可能にするためのものとみることができ。

譲渡制限特約の目的は、①相殺利益の確保に尽きるわけではなく、次のような目的も挙げられる<sup>295</sup>。すなわち、②自分が望まない第三者と取引関係を待つことを回避したいというこである。つまり、債務者は、譲渡人より峻厳かもしれない見ず知らずの債権者と取引することを望まないことがある。③過誤弁済の危険を防止したいということである。債務者は、譲渡の通知を見逃して旧債権者に弁済する可能性があるため、過誤弁済の危険から債務者を保護する必要性が出てくる。

## 第2項 譲渡制限特約を第三者に対抗できない場面

既に確認したように債務者は原則として譲渡制限特約による抗弁を譲受人に対して主張することができるが、次のような場合には、債務者の利益保護が後退することになる。すなわち、①「債務者が譲渡を承諾した場合」(5:108条2項(a)号)、②「債務者が、契約による禁止又は制限が存在しないとの合理的な理由による信頼を譲受人に生じさせた場合」(同項(b)号)、③「譲渡された債権が、物品又は役務の提供に対する支払を目的とする債権である場合」(同項(c)号)である。譲渡制限特約付債権が譲渡された場合でも、債務者は譲渡を承諾したときは、譲渡制限特約を譲受人に対抗することができなくなる。この規律は、譲渡制限特約が専ら債務者の利益を保護するための手段であるという観点から当然に導かれるものである。

上記①②の場合に対して、③は、取引債権 (trade receivables) について譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないとする。すなわち、物品又は役務の提供に対する支払を目的とする債権が譲渡された場合において、譲受人からの譲渡通知を受け取った債務者は、譲受人に弁済しなければならない。ここで想定されていたのは、ファクタリング契約に基づいて供給者から「継続的に発生する将来債権」がファクターに譲渡された場合である<sup>296</sup>。公式評釈によると、「このような譲渡の類型におい

<sup>295</sup> Id. at 1034.

<sup>296</sup> Id. at 903.

では、譲渡を制限する特約が存在しているかどうかを確認するために、何百にも及ぶかもしれない個々の契約を精査することは、とうてい期待できない<sup>297</sup>。また、「通常そうであるように、契約がそのような条項を具体化しない標準約款による契約である場合でも、そのような契約の1つを調査する譲受人は、譲渡人がある段階で通知なしに条項を変更しないことを確信できない」<sup>298</sup>。

なお、公式評釈では、比較法として、アメリカ統一商事法典9-406条、国際ファクタリング条約6条1項、国連国際債権譲渡条約9条が引用されている。国際的には、資金調達のために譲渡されることが想定される一定の種類の債権については、譲受人の主観態様を問わず譲渡制限特約の第三者効を認めないとする考え方が有力になっている。しかし、債務者の利益保護という観点からは、このような考え方を採用すると、債務者の保護が後退することになる。つまり、これまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の相殺の利益が保護されなくなってしまう。もっとも、債務者が同草案5:116条に規定する抗弁及び相殺権を譲受人に対して主張することができるから、その相殺の利益は一定の範囲で保護されているといえよう。ここでの問題は、どのような場合に債務者による相殺の抗弁が認められるかということにある。そこで次款で債権譲渡における債務者の抗弁及び相殺権に関する規律を検討することにしよう。

### 第3款 債務者の抗弁と相殺権

#### 第1項 債務者の抗弁

債務者の抗弁について、共通参照草案5:116条1項は、「債務者は、譲渡された債権に基づく請求に対する実体上又は手続上の抗弁であって、譲渡人に対し主張することができたすべてのものを、譲受人に対し主張することができる。」と定めている。

本項の公式解釈では、次のような設例が挙げられている。すなわち、「Sは商品をBに売却して引渡した後に、Aに売主の権利を譲渡した。

---

<sup>297</sup> Id. at 903.

<sup>298</sup> Id. at 903.

商品は売買契約に適合していなかった。AのBに対する請求について、Bは、Sから請求されたときに主張することができた抗弁をAに対して主張することができる。Bは根本違約 (fundamental non-performance) を理由として売買契約を終了させることができ、又はAに対する代金の支払いを拒絶することができる。また、Bは商品を保持して代金の減額を求めることができる。』<sup>299</sup>。日本改正法468条1項は、「債務者は、對抗要件具備時まで譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる」としているが、同草案5:116条1項はそのような時的限定がない。上記のケースに即してみれば、債務者の代金減額を求める権利は、売買契約自体の中に内在しているので、債務者の譲渡人に対して生じた抗弁の発生時期は、譲渡の通知を受け取った後であっても、債務者はこれをもって譲受人に主張することができる。

## 第2項 債務者の相殺権

債務者の相殺権については、共通参照枠草案は、債務者の譲渡人に対して有する債権の性質によって異なる規律を設けている。すなわち、同草案は、その5:116条3項において「債務者は、次に掲げる譲渡人に対する債権について譲渡人に対して行使することができた相殺権を、譲受人に対して主張することができる。(a) 譲渡された債権について譲渡人に対して履行したのでは責任を免れることができなくなる時に存在していた債権、(b) 譲渡された債権と密接に関係する債権。」と定めている。

債務者の譲渡人に対して有する債権が譲渡された債権と密接に関係しないものである場合には、この債権による相殺の可否については、時的限定 (反対債権の発生時期及び弁済期) が加えられている。まず、債務者の譲渡人に対する債権は、「譲渡された債権について譲渡人に対して履行したのでは責任を免れることができなくなる時」(例えば、債務者が譲渡の通知を受け取った時) に存在していたものでなければ、債務者はこの債権による相殺をもって譲受人に対抗することができない<sup>300</sup>。また、債務者の譲渡人に対して有する債権は、譲渡通知の時点で、弁済期

<sup>299</sup> Id. at 1057.

<sup>300</sup> Id. at 1059.

が到来することが要件ではないが、債務者は、譲渡された債権を履行するよう求められる時点までに、その債権の弁済期が到来していることが要件とされている<sup>301</sup>。

他方、債務者の譲渡人に対して有する債権が譲渡された債権と密接に関係するものである場合には、上記のような時的限定が緩和される。具体的にいえば、債務者の譲渡人に対して有する債権が譲渡通知後に発生したものであったとしても、債務者はこの債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。そして、このことは、債務者の譲渡人に対して有する債権の弁済期のいかに問わない。つまり、債務者は譲渡された債権を履行するよう求められる時点までに、その債権の弁済期が到来しなくても、債務者による相殺の抗弁に影響を及ぼさない。ここでの問題は、「譲渡された債権と密接に関係する債権」の意義とは何かにある。公式評釈のもとでは、次のような設例が挙げられている。すなわち、「Sは、機械類を100万ユーロでBに売却し、支払いは、20ユーロずつ5年分割で行われるべきものとされた。別の契約で、Sは、5年間、その設備の保守点検を約定した。Sは、これらの契約に基づくSの権利すべてをAに譲渡した。賦払金の支払いがないためその支払いを求めるAの請求において、Bは、Sの役務提供契約違反により生じた損失について損害賠償を請求する反対債権をもって相殺することができる。」<sup>302</sup>。日本改正法469条2項2号は、債務者は「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」による相殺をもって譲受人に対抗することができるとしているが、同草案5:116条3項にはそのような限定が見られない。譲渡された債権と債務者の譲渡人に対して有する債権の発生原因が異なる契約であったとしても、両者は密接に関係する場合には、相殺が認められる。

## 第4款 考察

### 第1項 手続的制限と譲渡制限特約の機能

共通参照草案における債権譲渡に関する規律の背後には、効率性の

---

<sup>301</sup> Id. at 1059.

<sup>302</sup> Id. at 1059.

原理が見られる<sup>303</sup>。債権譲渡の基本的な要件について、同草案は、「債務者に対する通知及び債務者の承諾」を必要としない(5:104条4項)。日本法は、「債務者に対する通知及び債務者の承諾」を債務者対抗要件としているが、同草案は、このような対抗要件制度を採用せず、方式要件を最小限にとどめようとしている。しかし、譲渡された債権の債務者は、自身のために方式要件を欲するのであれば、同草案5:108条によって契約に譲渡譲渡制限特約を記載すればよい<sup>304</sup>。このようにして、同草案においては「債務者に対する通知及び債務者の承諾」を条件に債権譲渡を有効とする譲渡制限特約は、対抗要件制度の欠如をカバーするための機能を有している<sup>305</sup>。

## 第2項 取引債権の特殊性と譲渡制限特約の効力

既に確認したように共通参照草案のもとでは、譲渡制限特約は、債権の譲渡性に影響を及ぼさいとされるようになった(5:108条1項)。同時に債務者は、譲受人に対して譲渡制限特約の効力に基づいて一定の制約を及ぼすことができる。すなわち、債務者は、譲渡人に弁済すれば債務関係から解放される(5:108条2項(a)号)。また、債務者は、譲渡人に対する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(同条2項b号)。同案5:108条1-2項は、日本改正法466条2-3項と同じ構造を持っている。ただし、日本改正法のもとで、債務者は譲渡制限特約を善意又は無重過失の譲受人に対抗することができないとされるのに対して、同草案は、譲受人の主観態様の如何を問わない。

他方、同草案5:108条3項(c)号は、物品又は役務の提供契約である原因契約から発生する債権(取引債権)について、譲渡制限特約の第三者効を否定するという立場を採用した。このような規律は、「物品その

<sup>303</sup> クリスティアン・フォン・パールほか・前掲注282) 6頁以下。

<sup>304</sup> 「取引の当事者が自身のために書面その他の方式要件を欲するのであれば、そのように取り決めればよい」という。クリスティアン・フォン・パールほか・前掲注282) 76頁。

<sup>305</sup> 「ドイツにおいては、債務者への通知・承諾に譲渡の効力を係らしめる譲渡制限特約が対抗要件制度の欠如をカバーする機能を果たしている」。石田・前掲注18) 216頁。

他の財産の自由な流通を支えることによって全体的な効率を促進」するために作成されたものである。その背後には、効率性の原理が見られる<sup>306</sup>。つまり、譲渡制限特約が付されている債権を譲渡することを可能にすることによって、債権の流動化を促し、経済的厚生を増大させる。

取引債権については、上記のような立場を採用すると、債務者の利益保護が後退することになる。これまで譲渡制限特約に確保されてきた債務者の利益（相殺の利益など）が失ってしまう。同草案は、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、債権譲渡における債務者の相殺権に関する規定を置き、相殺の利益を保護しているのである。このようなアプローチを採用する立法例としては、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:301条1項(c)号及び11:307条2項、国際債権譲渡9条及び18条が挙げられる。つまり、債務者の反対債権が「譲渡された債権と密接に係るもの」又は「原因契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するもの」であれば、その発生時期が譲渡通知後であっても、この債権による相殺の抗弁が認められる。共通参照草案は、一定の種類の債権について譲渡制限特約を譲受人に対抗できないとする一方、広く相殺の抗弁を認めるというアプローチにより弁済先を譲渡人に固定したいという債務者の利益と、債権譲渡による資金調達に対する譲渡人の利益の均衡を図っている。

### 第3項 法定相殺と譲渡制限特約の役割分担

先に確認したとおり、法定相殺において「譲渡された債権について譲渡人に対して履行したのでは責任を免れることができなくなる時」に、債務者が譲渡人に対して既発生の債権を有していたとき、又は債務者の譲渡に対する債権が譲渡された債権と密接に係る債権であるときには、債務者は、相殺の抗弁を譲受人に対抗することができる(5:116条3項)。譲渡制限特約を付することにより相殺の利益を確保する必要が生じるのは、同条項によってもカバーされない場面である。双方向の取引において、債務者は相殺の利益を確保したいのであれば、譲渡制限特約

<sup>306</sup> 「より広く公的な目的のための効率性」という。クリスティアン・フォン・バルほか・前掲注282) 80頁。

を締結する必要がある<sup>307</sup>。譲渡制限特約によって債権者を譲渡人に固定しておけば、反対債権が譲渡通知後に発生したものであっても、相殺の利益を確保し得ることになる。この文脈では、譲渡制限特約は、双方向の取引から発生する債権債務について相殺を可能にするためのものとみることができる。

## 第8節 比較法的に見た日本改正法の位置付け

### 第1款 国際的趨勢の析出

ここまで、譲渡制限特約に関する諸外国のルール及びそれと密接に関連する諸制度を確認してきたが、次のことが明らかになった。第1に、譲渡制限特約の効力について、一定の類型の金銭債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定するという考え方が国際的に有力になりつつある。例えば、譲受人との関係で譲渡制限特約の効力を認めない規定は、アメリカ統一商事法典、国際ファクタリング条約、ユニドロワ国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則、共通参照枠草案、国連国際債権譲渡条約、ドイツ商事法典、フランス商事法典、中国民法典（2020年）に見られる。

具体的には、①アメリカ統一商事法典は「口座、動産証書、支払受領権、および約束手形」(9-406条(d))、「リース保有権または賃貸人の残余権」(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」(9-408条(a))、「信用状の権利」(9-409条(a))について、②国際ファクタリング条約6条1項は国際取引から発生する売買代金債権について、③ユニドロワ国際商事契約原則9.1.9条1項は国際取引から発生する金銭債権について、④ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:301条1項(c)号は将来の契約から発生する金銭債権について、⑤共通参照枠草案5:108条3項(c)号は物品又は役務の提供契約から発生する金銭債権について、⑥国連国際債権譲渡条約9条3項は、a物品若しくは金融サービスを除くサービスの提供契約若しくは賃貸借契約、建築契約又は不動産の売買契約若しくは賃貸借契約である原因契約から発生する金銭債権、b工業その他の知的所有権若しくは財産的情報の売買・賃貸借又は使用許諾を

<sup>307</sup> Christian Von Bar, Eric Clive edited, supra 284, at 1034.

目的とする原因契約から発生する金銭債権、㉓クレジットカード取引に基づく支払義務の立替払いによる金銭債権、㉔三以上の者によるネット合意に従って満期の支払いのネット決済に基づく譲渡人の金銭債権について、㉗ドイツ商事法典395条(a)は金銭債権（その債権の発生原因であ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又は公法上の特別財産である場合）について、㉘フランス商事法典L.442-2IIは生産者、商人、工業者、または手工業者名簿に登録された者」が債務者である金銭債権について、弁済の相手方を譲渡人に固定するという債務者の利益より、金銭債権の譲渡による資金調達必要性を優先する立場を採用している<sup>308</sup>。なお、中国民法典545条は、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。

譲渡制限特約の第三者効を否定する考え方を採用する法域においては、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた債務者の利益は、どのような形で保護されているのか。各債権の類型において利益状況が異なるため、単純に譲渡制限特約の目的を論じられないが、実務で特に問題視されるのは、相殺利益の確保と、原因契約変更利益の確保である。相殺利益の確保については、債権が譲渡された場合に債務者が相殺の抗弁を譲受人に対抗することができる範囲が問題となる。債務者が譲渡制限特約によって確保している相殺の利益を保護するために、広く相殺の抗弁を認めることが譲渡制限特約の第三者効を否定する考え方を採用する法域に共通であるといえよう。例えば、アメリカ統一商事法典では、

---

<sup>308</sup> ヨーロッパ契約法原則又は共通参照枠草案は、一定の類型の金銭債権について譲受人との関係で譲渡制限特約の効力を否定するが、原則として譲渡制限特約の第三者効が認められている。例えば、ヨーロッパ契約法原則III11:301条では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が債務者との関係では無効であるとされるのに対して、共通参照枠草案5:108条2項では、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が債務者との関係でも有効であるが、債務者が譲渡人に対して弁済又は相殺を行うことによって債務を免れることができるとされている。なお、フランス法は、その改正民法1321条において原則的に譲渡制限特約の第三者効を認めている。フランス法の動向を紹介するものとして、白石・前掲注128) 529頁以下参照。

債務者が譲渡人に対して取得する反対債権が譲渡された債権を発生させる契約を生んだ取引に基づくものであれば、その取得が譲渡通知後であっても、債務者はこの反対債権を自働債権とし、譲渡された債権を受働債権として相殺することができる（9-404条）。また、国連国際債権譲渡条約では、相殺に供される自働債権と受働債権が原因契約又は同一の取引の一部である他の契約から発生するものであれば、自働債権の発生時期を問わず相殺が認められる（18条）。ヨーロッパ契約法原則又は共通参照枠草案では、債務者は、譲渡人に対して取得する「譲渡された債権と密接に関連する債権」につき譲渡人に対して行使することができた相殺権を譲受人に対抗できるとされる（ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:307条又は共通参照枠草案5:116条）。フランス民法では、債務者は、牽連性を有する債務間の相殺を譲受人に対抗できるとされる（1324条2項）。これらの立法例においては、相殺することが許される自働債権と受働債権が同一の契約に発生する債権に限定されておらず、両債権に密接な関連性が存在している場合には、相殺が認められる。中国民法典に目を転じると、同草案では、金銭債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定する方向で同一の契約から発生する債権間の相殺を認める旨の規定が設けられている（549条）。これによって、相殺に供される自働債権と受働債権が同一の契約に基づくものであるならば、自働債権の取得が譲渡通知後であったとしても、債務者は相殺の抗弁を譲受人に主張することができることになる。ただし、同一の契約の意義及びそれが具体的に如何なるものを意味しているのかという論点は、立法過程において検討されておらず、すべて解釈に委ねられている。

国際ファクタリング条約、ユニドロワ国際商事契約原則、ドイツ商事法典においては、牽連性を有する債務間の相殺に関する規定が設けられず、牽連性を有する債務間の相殺がどのような形で保護されているのか。国際ファクタリング条約では、確かに国際取引から発生する売買代金債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定する考え方が採用されているが、条約加盟国は、留保を宣言することにより、その加盟国に営業地を有する債務者との関係では、譲渡制限特約に違反して行われた債権の譲渡が無効であるとされる（6条2項）。また、ドイツ商事法典では、債務者の利益を保護するために、債務者は譲渡人に弁済すれば免責される

旨の規定が設けられている(354条 a)。譲渡制限特約の効力については、特約違反の譲渡が債務者に対して効力を有しないとしている考え方を採ろうと、特約違反の譲渡が完全に有効であるとする一方、債務者が譲渡人に弁済することができるとしている考え方を採ろうと、債務者が弁済先を譲渡人固定することができるということは、変りはないといえよう。このようにして、牽連性を有する債務間の相殺に関する規定を設けるまでもなく、債務者には相殺の利益を確保することができる道が存在しているのである。

次に、原因契約変更機会の確保を確認しておこう。コモンローでは、譲渡制限特約は、原因契約を変更する機会を確保するための手段として利用されていた。アメリカ統一商事法典は、一定の類型の金銭債権につき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」に関する規定を置き、これまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の利益を保護しているのである。すなわち、原因契約の変更が信義誠実に従って行われた場合には、譲渡通知後であったとしても、譲受人に対して効力を有する(9-405条)。この規律と似ているものは、国連国際債権譲渡条約にもみられる。国連国際債権譲渡条約では、原因契約の内容に照らして合理的な譲受人であれば、原因契約の変更に同意したである場合には、原因契約の変更は譲受人に対して効力を有する。ヨーロッパの法域に目を転じると、債務者が譲渡の通知を受けた後で、譲受人の同意なしに、譲渡人と債務者の間で行われた原因契約の変更は、譲受人の債務者に対する権利に影響を及ぼさないという一般的な準則は、ヨーロッパの法域すべて共通であるとの指摘がある<sup>309</sup>。しかし、一定の類型の金銭債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定する考え方を採用するヨーロッパ原則ないし共通参照枠草案においては、アメリカ統一商事法典を参照して「原因契約の変更」に関する規定が設けられており、原因契約を変更する機会を確保したいという債務者の利益が保護されている。すなわち、原因契約の変更が信義誠実に従って行われ、かつ譲受人が合理的にみてそれに反対することができない性質を有するものである場合には、債務者は原因契約の変更を譲受人に主張することができる

<sup>309</sup> オーレ・ランドーほか・前掲注51) 89頁以下。

(ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:308条及び共通参照枠草案5:112条4項)。なお、中国民法典においても、債務者が譲渡の通知を受けた後で、正当な理由なしに、債務者と譲渡人との合意によって行われた原因契約の変更等は、譲受人の債務者に対する債権に影響を及ぼさない旨の規定が設けられている(同草案765条)。これによって、原因契約の変更等が正当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ことになる。このようにして、譲渡制限特約の第三者効を否定する法域においては、特約の第三者効を認めない代償として、「原因契約の変更」に関する規定を設けることによってこれまで譲渡制限特約によって確保されてきた債務者の利益を保護しているのである。

国際ファクタリング条約やドイツ商事法典には「原因契約の変更」に関する規定が存在していないが、債務者は譲渡制限特約によって弁済の相手方を譲渡人に固定することができるから、原因契約の変更により譲渡された債権の金額に増減が生じた場合には、債務者は変更契約後の金額を譲渡人又は譲受人に弁済すれば免責される。これらの法域においては、譲渡制限特約は、原因契約を変更する機会を確保するための機能を果たしており、債務者は原因契約を変更する機会を確保したいのであれば、譲渡人との間で譲渡制限特約を締結する必要がある。要するに、債務者には原因契約を変更する機会を確保することができる道が存在しているのである。

第2に、譲渡制限特約の第三者効を認めている法域においては、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定することを前提にして、債務者保護に必要な範囲内で譲渡制限特約の効力を認める考え方が国際的な趨勢である。例えば、国際ファクタリング条約においては、加盟国は、留保を宣言することによってその加盟国に営業所を有する債務者に対して譲渡制限特約に違反して行われた債権譲渡が効力を有しないとすることができる(6条2項)。また、ヨーロッパ契約法原則では、譲受人が譲渡制限特約の存在を知らずまた知るべきであった場合において特約違反の債権譲渡は債務者に対して効力を有しないとされる(11:301条)。両者とも、譲渡制限特約の効力につき相対的無効説の立場を採用しており、単に善意又は無過失のある譲受人を保護すべきか、という点では違いを見せて

いる。国際ファクタリング条約やヨーロッパ契約法原則と異なり、共通参照草案においては、譲渡制限特約の効力につき相対的無効説の立場が採用されておらず、特約違反の債権譲渡が債務者との関係では有効とされる一方、債務者が譲渡人に弁済ないし相殺すれば免責されるとされている（5:108条）。

上記のような「特約違反の債権譲渡が債務者に対して効力を有しない」とする規定（以下「規定①」という）と、「特約違反の債権譲渡が有効で、債務者は譲渡人に弁済ないし相殺することができる」とする規定（以下「規定②」という）は、いずれも債務者の利益を保護するために設けられたものである。これらの規定によって、債務者は譲渡制限特約を付すことにより弁済の相手方を譲渡人に固定することができることになる。具体的に、債務者が譲渡人に対して反対債権を取得した場合においては、譲受人からの履行請求を拒むことができ、かつ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。しかし、「特約違反の債権譲渡が債務者に対して効力を有しない」という意味での譲渡無効は、弁済の相手方を譲渡人に固定したいという債務者の利益を保護するために導かれた譲渡制限特約の効果であるとするならば、譲渡制限特約の効力につき規定②のようなものを設けておけば債務者の利益が保護されるため、債務者との関係においても特約違反の債権譲渡を無効とする必要がないと思われる。いったい、どのような場面において規定①と規定②とで違いが出てくるのであろうか。確かに、規定①を設ける場合には債務者との関係では特約違反の譲渡が無効であるため、債務者は譲渡の有無ないし譲渡の過程を管理する必要がないのに対して、規定②を設ける場合には特約違反の譲渡が債務者との関係でも有効であるため、債務者は譲渡の有無ないし譲渡の過程を管理する必要が出てくるかもしれないが、それが具体的にいかなる場面を意味しているのかを明らかにして検討する必要がある。

## 第2款 日本改正法の位置付け

先に確認したように、ほとんどの法体系においては、債権の種類に応じて譲渡制限特約の第三者効を規律している。このようなアプローチは日本改正法にもみられる。例えば、預貯金債権については、特約違反の

譲渡を無効とする旨の規定が設けられている(466条の5)。これに対して、預貯金債権以外の債権については、特約違反の譲渡を有効とするが、債務者は悪意又は重過失のある譲受人からの履行請求を拒むことができ、かつ譲渡人に弁済ないし相殺することができる(466条1-3項)。

改正法では、一定の種類の債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定する規定が存在しなかったが、466条の改正過程において「一定の種類の債権については、譲渡制限特約を譲受人に対抗することができない旨の規定を設けるものとする」案が提案された<sup>310</sup>。ここでは、債権の具体的な類型が問題となる。この問題については、「金銭債権一般について、譲渡制限特約の第三者に対抗できないとすることが考えられる」という考え方があった<sup>311</sup>。また、譲渡制限特約に関する実態調査結果報告では、「債権の種類(金銭消費貸借契約・売買契約・請負契約等)を特定して、原則として、譲渡禁止特約の効力を認めないこととすべきである」とい考え方と、「売掛債権を資金調達目的で譲渡する等の一定の場合には、譲受人の善意・悪意にかかわらず、譲渡禁止特約の第三者及び債務者に対する効力を認めないとする」考え方も示された<sup>312</sup>。

しかし、上記のような提案を採用する場合には、「これまで譲渡制限特約によって保護されてきたと言われる債務者の利益について、別途保護する規定を設けることの要否を検討することが必要となる」との指摘があった<sup>313</sup>。この指摘を踏まえ、債務者が譲渡制限特約を第三者に対抗することが一切できないというルールを採用することを前提にして、債務者の相殺の抗弁を広く認める案も提案された。すなわち、「譲渡された債権と関連して一体的に決済されることが予定された取引があり、取得した反対債権がその取引から生ずるものであった場合」には、抗弁切断基準時に反対債権の発生原因が存在していなかったとしても、債務者は反対債権を自動債権とし、譲渡された債権を受働債権として相殺する

---

<sup>310</sup> 部会資料37・1頁。

<sup>311</sup> 部会資料37・4頁。

<sup>312</sup> 部会参考資料5-2・9-10頁。

<sup>313</sup> 部会資料37・5頁。

ことができる<sup>314</sup>。これは国際的趨勢に沿うものであり、これまで債務者が譲渡制限特約を付すことにより有している相殺の期待は、この提案によって保護されるのであれば、譲渡制限特約の第三者効を認めなくてもよいと思われる。しかし、「債権譲渡と相殺」については、改正法はこの提案を採用せず、相殺することが許される債権は同一の契約から発生する債権に限定されている。そして、譲渡制限特約の効力については、改正法はこの提案の前提ルールをも採用していないので、債務者は原則として譲渡制限特約を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができる。譲渡制限特約の第三者効を否定する法体系では、譲渡された債権と密接に関連する債権による相殺の抗弁として論じられている債務者の相殺利益が、改正法では譲渡制限特約を付すことにより確保されている。

改正法では、債務者は譲渡制限特約を付することにより弁済の相手方を譲渡人に固定することができるが、特約違反の譲渡が債務者との関係でも有効である。この点において、改正法は「債権譲渡の促進に親和的な内容だ」と評価することできる<sup>315</sup>。債権譲渡による資金調達の促進という改正法の狙いが十分に実現されないようであれば、アメリカ統一商事法典やフランス商事法典の規律を参照して、適用対象を絞りつつ、より債権譲渡促進的な特則を設けるべきであるとする見解があった<sup>316</sup>。すなわち、一定の類型の金銭債権につき譲渡制限特約を無効とする旨の特則を特別法に設ける。しかし、これらの法体系においては、譲渡制限特約の第三者効を認めない代償として、「牽連性を有する債務間の相殺」ないし「原因契約の変更」に関する規定を置き、相殺利益の確保ないし原因契約変更機会の確保といった債務者の利益を保護しているのである。このような規定に対応する規律は、改正法には存在しない。あえて特別法に譲渡制限特約の効力につき特則を設けるのであれば、債務者の利益が保護されるように「牽連性を有する債務間の相殺」ないし「原因契約の変更」に関する規定を設けることが必要になる。

---

<sup>314</sup> 部会資料37・50-51頁。

<sup>315</sup> 白石大「譲渡制限特約に関する改正法の比較法的位置づけ」事業再生研究機構編『債権譲渡法制に関する民法改正と事業再生』（商事法務、2017年）162頁。

<sup>316</sup> 白石・前掲注315）162頁。

ところで、譲渡制限特約の第三者効を認める諸外国の間にも、譲受人に対して特約の効力に基づき如何なる制約を及ぼすべきかに関しては、理論構成において違いがある。ファクタリング条約ないしヨーロッパ契約法原則の「特約違反の譲渡が債務者に対して無効である」とする理論構成、及び共通参照枠草案の「特約違反の譲渡が債務者との関係でも有効であるが、債務者が譲渡人に弁済ないし相殺することができる」とする理論構成が代表的である。両者は、いずれも譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定することを前提にして構成されたものである。改正法において、預貯金債権につき特約違反の譲渡を無効とする旨の規定(466条の5)が設けられているので、誰が無効を主張できるかは問題となっているが、解釈上は、比較法的趨勢に沿って譲渡無効の主張権者が債務者に限定されることを期待したい。なお、預貯金債権以外の債権については、特約違反の譲渡が有効であっても、債務者は譲渡人に弁済ないし相殺することができる(466条2-3)という点では、改正法は共通参照枠草案に近いと評価することができる。

上記ヨーロッパ契約法原則の理論構成と共通参照枠草案の理論構成とで違いがあるのかということとは、先に確認したように明らかではない状況にある。これに対して、改正法においては、預貯金債権につき共通参照枠草案の理論構成を採ると、債務者である銀行の利益が十分に保護されない場合がある。例えば、預貯金者が受領を拒んでいる場合において、銀行は、結局、譲受人に弁済しなければならなくなる(466条4項)。また、銀行が供託を行うには、譲受人が誰であるかを把握する必要がある(466条の2第2項)。ヨーロッパ契約法原則のような理論構成を採用するのであれば、特約違反の譲渡が債務者との関係では無効であるから、466条4項又は466条の2第2項等の規定が預貯金債権に適用される余地がないし、銀行としては譲渡の有無ないし譲渡の過程を管理する必要があることにならない。その結果として、改正法においては、「特約違反の譲渡が債務者に対して無効である」とする理論構成と、「特約違反の譲渡が債務者との関係でも有効であるが、債務者が譲渡人に弁済ないし相殺することができる」とする理論構成とでは違いが出てくる。したがって、この点からは債権の種類に応じて債務者の利益を保護する目的の達成に必要な範囲内において譲渡制限特約の効力を認める改正法は、世界

的に見ても優れた立法であると評することができるだろう。

## レイモン・アロンの民主主義思想（2）

—— 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出会う場
  - （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、第72巻4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」

（以上、本号）

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

## 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

1933年1月30日、ヒンデンブルク大統領は、ヒトラーを首相に任命する。しかし、この歴史上の大事件は、決して必然ではなかった。その直前の政治状況を簡単に振り返ると、前年11月に行われた国会選挙で、ナチ党は200万余りの票を失っていた。議席数で見ても、第一党ではありながらも単独過半数には及ばず、国会の三分の一弱（584議席中196議席）を占めていたにすぎない。翌33年1月15日に行われたリッペ州議会選挙では、ナチ党は38%の票を得ることで第一党の座は確保したものの、これは、1932年7月の国会選挙の際にナチ党が同州でたたき出した41%という得票率を下回るものだった。

こうした得票率の低下に加えて、ナチ党内部では、ヒトラーと党組織局長グレゴール・シュトラッサーの競合が囁かれており、シュライヒャーはそれを利用してナチ党を分裂させようと画策していた。さらに当時のナチ党は、財政状

況の逼迫にも苦しめられていた。

それにも関わらず、ヒンデンブルクは、首相の座をヒトラーへと明け渡してしまった。パーペンら保守派の領袖たちは、ヒトラーを政権に招き入れることで、ナチ党の背後にある大衆的支持を味方につけようとしつつ、ヒトラーのまわりを身内で固めておけば、政治的実権は担保しようと高を括っていた。現に、成立したヒトラー内閣はナチ党の単独政権ではなく、伝統的保守政党たるドイツ国家人民党との連立政権だったのであり、主要閣僚ポストは非ナチ派が握っていた。さらに、前三代の政権と同様、ヒトラー内閣もまた国会に多数派を持たない大統領内閣であり、いざとなれば大統領大権を使うことによって、ヒトラーを失脚させる道が残っていると思われた。

しかし実際の歴史は、こうした予想を裏切るかたちで急速に進行していった。ヒトラー政権の発足からわずか半年のうちに、国家人民党を含むすべての政党は禁止・解散となり、ナチ党の一党独裁が確立される。議会制民主主義は崩れ去り、「授権法 Ermächtigungsgesetz」によって立法権を奪われることで、国会は形骸化していった。労働組合などの職能団体も解体の憂き目にあい、そののちに政府主導の組織へと組み入れられた（「ドイツ労働戦線」）。言論・集会・結社などの基本的人権もやはり、段階的に制限・剥奪されていく。

こうした権力集中の過程は、とくに1933年2月27日夜に起こった国会議事堂炎上事件を契機として一挙に進められたものであり、「画一化 Gleichschaltung」と呼ばれている。それを通じてヒトラーとナチ党はナチズムの体制化を進め、1933年7月には、「国民革命」の終結を宣言するにいたった。アロンが1933年9月の『ヨーロッパ』にナチ体制に関する最初の分析を書いたとき、その論説は「ドイツにおける国民革命」と題されていたが、これは明らかに、この革命終結宣言を受けて書かれたものであった<sup>1</sup>。

アロンの見るところでは、ブリューニング内閣の崩壊以降、「ナショナリズムの流れ」はすでに避けがたいものとなっていたが、そこにはまだ、ナショナリストらとヒトラー主義者らとのあいだでの選択の余地が残されていた（第2章第2節(2)も参照<sup>2</sup>）。前者は大統領の権威とドイツ国防軍を我がものとし、

<sup>1</sup> Raymond Aron, "La révolution nationale en Allemagne"[1933], in *Croire en la démocratie: 1933-1944* (Paris: Pluriel, 2017), pp. 44-66.

<sup>2</sup> See also, Raymond Aron, "Lettre d'Allemagne. Réflexion de politique réaliste.

資本家からの支持を確実視していたのに対して、後者は大衆の熱情と信仰を背景とするものであった。

スポーツ競技場とヴィルヘルム街には、対立する二つの人々がいた。一方は、荒れ狂う大衆であり、他方は、旧秩序の代表者たちだった。決定的な出来事は、スポーツ競技場にいた演説家が、ヴィルヘルム街へと呼び出されたときに起こった。1月31日の夜、喜びに沸くヒトラー主義者らは、彼らの指導者の前を、動かぬ過去の幻影——彼らはいつ最近まで古きドイツを体現してきた人々であり、今しがた未来のドイツへと道を明け渡したのだった——の前を行進した<sup>3</sup>。

すでに見たように、1933年初めの段階では、ヒトラーによる政権掌握は必然ではなかった。それが起こりえたのは、「旧秩序の代表者たち」が、自ら権力の座をヒトラーに明け渡したからにはほかならない。とくにアロンは、パーベンが演じた役割を重く見ており、彼がドイツの歴史を決定的に方向づけたとしている。念頭に置かれているのは、ヒトラーの合意を取りつけ、自作の閣僚名簿をヒンデンブルクに手渡して1月30日への地ならしをした点だろう。

パーベンがみずからの行動によってもたらされる歴史的帰結を見通していたとは考えにくい、それこそがまさに、歴史の悲劇性を示している。アロンによれば、「歴史的な行為とは、優れた精神や偉大な将軍の特権などではなく、時宜を得た有利な場所に置かれた個人の特権なのである。そうであるがゆえに、一国民の先行きに新たな方向性を与えるには、愚か者や野心家の行為で十分なのだ<sup>4</sup>」。

ヒトラーが権力へと到達した経緯について上記のように述べたうえで、アロンは次に、1933年2月の国会議事堂炎上事件を契機として起こった「国民革命」によって何が達成されたのかを要約していく<sup>5</sup>。国民革命とは、端的には「独裁

---

Berlin”, *Libres Propos* (avril 1932), pp. 86-9.

<sup>3</sup> Aron, “La révolution nationale en Allemagne”, p. 44.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 46-48.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 48-52.

の組織化」にほかならず<sup>6</sup>、そこで生じた画一化は、のちの『回想録』においてアロンが述べているように、「全体主義の確立」と同義であった<sup>7</sup>。

第一の成果としてあげられるのは、行政官吏の粛清が迅速かつ徹底的なたちで行われたという点である。すなわち、旧体制側の人々を行政機構から排斥し、その空いたポストは職なしのナチ党員らに分配された。これは具体的には、「職業官吏再建法」（4月7日制定）などを通じた官僚人事への介入を指すと考えられよう。第二に、ドイツの政治的統一が達成された。二つの「全国画一化法」（3月31日と4月7日に制定）によって連邦制は掘り崩され、ヒトラーが指名する地方総督らが各州において中央権力を代表することになる。第三に、この政治的統一はドイツ国民の精神的統一によって活気づけられ、支えられている。第四に、ソ連共産党やイタリアのファシスト党と同様、いまやナチ党も独裁的な権力を手にしている。公職に就こうとする人々にとっては、ナチ党の党員証は欠かせないものとなっており、ナチ党員の急増はそれによって説明しうる。ここでは、ヒトラー政権の発足時には85万人ほどであった党員数が、わずか3カ月のうちに250万人を超え、殺到する入党申請に事務処理が追いつかなかったため、一時入党手続きが中止されるほどであったことなどを想起すればよいだろう。

その一方で、第五に、あらゆる反対政党は姿を消し、国民社会主義を除けば、政治集団を組織しようとする試みはすべて犯罪となった。「政党新設禁止法」（7月14日制定）は、ナチ党は唯一の政党と規定しており、ここに一党独裁が制度化されたといえるだろう。また第六に、政府は教皇との間に「政教条約 concordat」（7月20日）を結んで、「文化闘争以来ドイツにおいてカトリック教会が果たしてきた政治的役割を終わらせ」、プロテスタント教会を統一した<sup>8</sup>。第七に、大学では教員たちが、彼らの個人的地位を守るのと引き換えに同僚の社会主義者や自由主義者、ユダヤ人らの解雇を黙認し、大学の自治は失われた。

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>7</sup> Raymond Aron, *Mémoires: 50 ans de réflexion politique* (Paris : Julliard, 1983), p.64. (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)、66頁) 前号でも註記した通り、外国語文献からの引用にあたっては、既存の訳書を参考にしたが、訳文は適宜変えている。〔 〕内は訳注である。以下同様。

<sup>8</sup> Aron, “La révolution nationale en Allemagne”, p. 50.

ここでもやはり、「いずれは党员証が学問的資質にもまして不可欠なものになるだろう」と、アロンは予想している。さらに進んで、学問と政治の関係をめぐっては、「文化というものの威信が失われている」ということを、アロンは指摘している。革命を実行した若者は、もはや学問を尊重してなどおらず、知性を信用してもいない。「第三帝国の指導者たちも、その公式イデオロギーも、大衆も、知的価値を最優先にすることはない<sup>9</sup>」。第八に、以上のようなかたちで、画一化は政治・行政・芸術・スポーツなどのあらゆる領域へと広がっている。ここではとくに、上述のような権力の一元化が、真理の一元化を帰結したという点に注目しておく必要がある（第4章第1節（3）も参照）。

無数にある団体も、ドイツ国民もみな、（幼児学級の頃から）一つの教義しか知らないものであり、その教義とはヒトラーのそれなのである。「ドイツ的芸術」や「ドイツ的美徳」、「ドイツ的女性」といったものの追求が情け容赦なく跋扈する。慣習からの解放、誠実たらんとする努力、人間の感情のあいまいな部分、戦後ドイツを特徴づけていたすべてのものに対する暴力的反動が今日爆発しているのである<sup>10</sup>。

以上が「国民革命」の成果であるが、ここで問われるべきは、この革命がいかなる特質を持った革命なのかという点である。それは19世紀的な革命と同質のものとして解釈しうるのか。あるいは、それとは異なる解釈を要する新たな革命なのか。この論考において、アロンがそのような問いを直接に提起しているわけではないが、いくつかの記述をもとに、彼の考えを推し量ることなら可能である。

ドイツの「国民革命」は、その過程で暴力を用いた。そのこと自体は過去の多くの革命と同様であろう。しかしアロンは、「残虐でない革命などなかった」という議論には限定的な価値しかない」と述べて、この革命を過去の革命と同質のものを見なすような議論には慎重な姿勢を示している。それは、この革命が政治体制の変更や支配階級の交代、公式イデオロギーの転換などを帰結する「真の革命」でなかったからではなく（後述のように、アロンがこれを「真の革命」

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 51-52. [強調は引用者による]

と見なしていたことは明らかである)、「1月31日以降、首相であるヒトラーが無制約の権力 *puissance sans limites* を手にした」からなのである。ヒトラーはこの権力を「わずかな抵抗にも直面することなく行使するであろう」<sup>11</sup>。

このような権力の無制約性こそが、アロンがのちに「暴政」と呼ぶことになる全体主義体制の中心の特徴の一つであり、解放をもたらす代わりに、そのような暴政を樹立するという点こそが、20世紀的革命現象の特質なのである。アロンはこの段階ではまだ暴政の概念を用いてはいないものの、すでに全体主義の革命が暴政と呼びうる体制を帰結するという洞察へとたどり着いていたということが、ここからは確認できるだろう。

## 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？

ヒトラーを最終的に権力の座につけたのがドイツの保守的支配層であったとしても、この人物をそこまで押し上げたのはナチ党を支持する大衆であった。この意味において、ナチズムには大衆的基盤が存在したとすることができる。それは、大衆によって支持された「右派の人民革命 *révolution populaire de droite*」だったのである<sup>12</sup>。

ところが、この現象を理解する妨げとなる二つの先入観があるとアロンは指摘する。それは第一には、プロレタリアと人民の混同である。ここでアロンがいわんとしているのは、仮にプロレタリアなるものが工場労働者のことを指すとすれば、それはヨーロッパのどの国においても少数派を占めるにすぎず、それを人民そのものと同一視することはできないということである。この少数派としてのプロレタリアは、たしかに他の階級に比べて凝集性が高く、活動的ではあるかもしれないが、それでもやはり、人民の名において何ごとかを語るような資格は彼らにはない。その歴史的使命ゆえにプロレタリアこそが人民を代表するのだと主張するマルクス主義のイデオロギーに依拠しない限りは、かかる同一化を正当化することはできないのである。

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 52-53. [強調は引用者による]

<sup>12</sup> Raymond Aron, “Une révolution antiprolétarienne: Idéologie et réalités du national-socialisme” [1934/36], in *Machiavel et les tyrannies modernes* (Paris: Editions de Fallois, 1993), pp. 286-306, p. 287.

もう一つの先入観とは、一言でいえば、弱者はみな左派に傾くはずだという考えであり、とくにフランスにおいて見られるものだという。しかし、こうした観念は、ナポレオン三世やプーランジェの例が示すように、フランスにおいてすら歴史的反例が見られるばかりか、ドイツに関しては、なおのこと当てはまらない。なぜなら、ドイツにおける右派イデオロギーは、「フランスの多くの社会階層において左派的なイデオロギーがそうであるのと同じくらい自然で根深い」ものだからである。

このようなかたちで弱者と左派とを結びつける議論は、ときに統計的なデータを根拠として主張されることもあった。アロンはここで、1931年から32年にかけて流行した反資本主義的な言説を例にあげる。これによると、すでにドイツ国民の85%はプロレタリア化しており、社会主義・共産主義・国民社会主義の諸勢力を合計すれば、社会主義の必然的勝利が証明されるのだという。しかし、アロンの見るところ、この議論は、マルクス主義と共産主義、ヒトラー主義のあいだの決定的差異を捨象するものであるがゆえに無効である<sup>13</sup>。

以上の二つの先入観を退けたうえで、アロンは「右派の人民革命」の実像に迫ろうとする。そこでまず焦点となるのは、ナチズムを支えた社会階級に関する分析である。アロンは、前節であつかった1933年9月の論考において早くもこの分析を行っており、ナチズムの主要支持層として、「プロレタリア化したプチ・ブルジョワ」をあげていた。このプチ・ブルジョワたちは、没落していたにも関わらず、プロレタリアと団結するという方向へは向かわずに、ナチ党へと結集した。この意味では、「国民革命は、マルクス主義の観点から見ても歴史的な意義を持つ」という<sup>14</sup>。

なぜそのようなことが起こりえたのか。アロンはここで、プチ・ブルジョワの階級意識へと目を向ける。すなわち、彼らはあくまでも「ブルジョワ」であることをやめず、軽蔑の対象たるプロレタリアと一緒にされることには承服しない。ゆえに彼らは、共産主義に賛同することなく、ファシズム政党が提示するイデオロギーへと引き寄せられていくのだという。そして、これこそがファシズム政党に固有の存在意義を与える。「ファシズム政党とは、プチ・ブルジョワのための、あるいはより一般的に言えば、共産主義に賛同することなくみず

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 287-288.

<sup>14</sup> Aron, "La révolution nationale en Allemagne", p. 63.

からの置かれた境遇に対して反旗を翻すすべての人のための組織なのである<sup>15</sup>。したがって、「プチ・ブルジョワの革命」たるナチズムは、反プロレタリアの色彩を帯びることになる。1934年にアロンが高等師範の社会資料センターで行ったナチズムに関する講演は「反プロレタリア革命——国民社会主義のイデオロギーと現実」と題されていたが、それは、ナチズムのこのような性格を捉えたものであった<sup>16</sup>。

この講演のなかでアロンは、上述の分析をさらに発展させ、ナチ党を背後から支えた社会階級を浮き彫りにしている。具体的には、プロレタリアとは異なる生活様式や階級意識を持つホワイト・カラーや頭脳労働者などの給与生活者、零細企業の労働者や職人、農業労働者、利子の撤廃を望む農民などから構成される「非プロレタリア的な人民大衆 *masses populaire non prolétariennes*」の存在が指摘される。「資本家的なブルジョワとプロレタリアのあいだには、広範な人々の階層が余白として残されて」おり、そこにナチ党が政治的アピールをすることで、彼らを「反プロレタリア革命」へと動員することができたのである<sup>17</sup>。

他方でナチズムの革命には、「年長者らに対する若者の革命」という意味合いもあった。つまりその背景には、現状に対する若者たち（戦後世代）の悲観があったということである。敗戦の苦痛や絶望や貧困しか知らなかった若者たちは、新たな時代を切り拓こうとして、ヒトラーとナチ党に望みを託した。彼らにしてみれば、「抑圧された人民の反乱から生じ、熱狂と理想主義を糧とする第三帝国は、（その実際上の功績が何であれ）それだけで誇りに満ち、自国とその将来への自信を持ったドイツを象徴する」ものであった<sup>18</sup>。ドイツの若者らは新たな共同体を欲しており、1930年から33年の間に絶え間なく叫ばれていた「何かがなされなければならない」というスローガンは、若者らが抱いていた現状刷新への願望を示していた。そして、この刷新を実現する共同体として選ばれたのは、敗戦を経験し、屈辱を受けたドイツの若者にとってはあまりに抽象的で実現可能性の低い「国際」という方向ではなく、より現実的で身近

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.63.

<sup>16</sup> Aron, “Une révolution antiprolétarienne”.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 288-291. [強調は引用者による]

<sup>18</sup> Aron, “La révolution nationale en Allemagne”, pp. 63-64.

な「ドイツ国民」だったのである<sup>19</sup>。

ナチズムの大衆の基盤に関するアロンの説明は、概ね以上のように要約することができるが、実際にはこれらの大衆は、その出自にせよ、願望にせよ、細かく見れば実に多様であり、せいぜい憎しみや拒否の態度を全体として共有していたにすぎない。つまり、こうした大衆の存在は、それだけではナチ党の勝利を説明するものとはいえ、真にそれを説明するには、彼らに結集軸を提供したメカニズムに目を向けなければならない。

そこでアロンは、「怨恨 des ressentiments」・「希望 des espérances」・「イデオロギー une idéologie」という三つの要素に着目する<sup>20</sup>。第一に、不幸に見舞われたドイツの人々は、彼らの不幸の元凶となった人々に対する憎しみを抱いていた。そこで憎悪の対象とされたのは、フランスであり、ユダヤ人であり、資本主義であった。ルール占領に象徴されるような第一次大戦後のフランスの振る舞いは、執念深さと狭量さの象徴として受けとられた。ただし、こうしたフランスの政策がヒトラー主義をもたらしたのかといえば、決してそうではない。フランスの政策がドイツにおける国民主義の伸長を促したという面は否定できないとしても、1928年から30年にかけてのナチ党の党勢拡大をフランスの政策変更によって説明することはできない。ドイツ国民がヒトラーのプロパガンダを受け入れるようになる素地をつくったのは、やはり経済危機であったとアロンは結論している<sup>21</sup>。

次に憎悪の対象としてあげられるのは、ユダヤ人である。「没落したプチ・ブルジョワや借金を背負いこんだ農民、半給士官、職にありつけない学生は、自分たちの身の上に我慢がならず、元凶を探していた」。そこにおいてユダヤ人は、「その政治的役割や社会的地位ゆえに、こうした虚しい憎悪——根無し草となった人々や不幸な人々、敗者らの憎悪——にとつての「恰好の」対象」とされた<sup>22</sup>。ここでいう政治的役割とは、社会民主党の指導者のなかにユダヤ人がいたことなどから、「11月革命」の責任がユダヤ人にあるとされ、その「背後からの一突き」のせいで、ドイツは一次大戦に敗北したのだと見なされたこ

<sup>19</sup> Aron, “Une révolution antiprolétarienne”, pp. 288-289.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>22</sup> Aron, “La révolution nationale en Allemagne”, p. 54.

などを指す。一方、社会的地位とは、大規模商店のほとんどを所有し、複数の大銀行を支配する立場にあったユダヤ人が、ドイツを苦しめる「責めを負うべき金融資本主義」ないし「国際金融」と同一視され、非難を浴びたことを意味していた<sup>23</sup>。

このようなかたちで、ユダヤ人はドイツを敗北と隷属と苦しみへと陥れた存在と見なされ、そこにドイツに特有の人種概念の問題も加わって、「ユダヤ人は、根本的に同化不能で、秩序の安定性と意識の純粋性にとって危険な非ドイツ的分子だ」とされたというのが、反ユダヤ主義に関するアロンの説明である<sup>24</sup>。なお、アロンがユダヤ人としての出自をはじめてフランスの公的な場で明らかにしたのは、先述の1934年の「反プロレタリア革命」の講演においてであったという<sup>25</sup>。

しかし、怨恨だけで大衆を一つのブロックへとまとめあげることはできない。そこで必要となったのは、希望である。ヒトラーやナチ党は、非プロレタリア的な大衆や若者らに対して、各々が将来に期待していたものを約束した。資本家や土地所有者らに配慮しながらも、労働者に対しては、「真の社会主義」や「ドイツ民族の共同体」の到来を告げ、若者に対しては、新たな価値を提示した。ヒトラーの訴えに呼応した若者たちは、宗教的ともいえる熱狂のなかで、連帯感や、ともに戦うということの感覚、指導者への献身、英雄主義的な意志、ブルジョワ的生活に対する軽蔑、共同体への直接参加といった感情を養うことができた<sup>26</sup>。

最後に、以上で見たような大衆の願望を固定しつつ正当化し、その感情を明確化し、プロパガンダを培っていく際、不可欠な役割を果たしたのは、国民社会主義のイデオロギーであった。そのイデオロギーは、一方ではリベラリズムと、他方ではマルクス主義と対立する。このことは、ナチ党の支持基盤が、これら二つのイデオロギーによって挟撃される関係に置かれた「非プロレタリア的な人民大衆」であったという事実と無縁ではないだろう。

まずリベラリズムとの対立について見ると、国民社会主義は、①平等の観念

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.55; Aron, “Une révolution antiproletarienne”, p. 294.

<sup>24</sup> Aron, “La révolution nationale en Allemagne”, pp. 55-56.

<sup>25</sup> Aron, *Mémoires*, p. 84. (邦訳89頁)

<sup>26</sup> Aron, “Une révolution antiproletarienne”, pp. 294-295.

を否定し、②理性的市民たる諸個人の集合体として国民を捉える見方を退ける。③社会の調和は競争や議論からは生じえず、自由の体制は、党派的に分断され、金にまみれる最悪の暴政を帰結するものだと批判する。④関連して、普通選挙は人民意志の勝利を保証するものではなく、代議士は人民を適切に代表していないと見なされる。⑤さらに、リベラリズムは、人種や土地や国民に結びついた具体的存在を、非人格的な原子論的個人によって置き換えるという抽象思考ゆえに国際主義へと向かうが、これはナショナルな単位における政治という根底的な条件を無視するものだという論難がなされる<sup>27</sup>。

次にマルクス主義に対しては、国民社会主義は、その社会主義理解の誤り、階級闘争の観念、唯物論を批判する。すなわち、マルクス主義的な社会主義とは、①平等主義と国際主義というリベラリズムの過誤を押し進めるものにすぎず、②ナショナルな現実を無視し、それを階級へと従属させてしまう。③さらに、その唯物論は、あらゆる英雄主義的な意志や文化に向けられてきた伝統的な敬意に対立するものである<sup>28</sup>。

逆に、国民社会主義のイデオロギーを理解するには、以上の批判を、次のような積極的な言葉へと置き換えてみればよい。すなわち、政治においては、土地や歴史や人種に根ざす国民が重視されるのであり、哲学においては、理性に対する意志の優位、要素に対する全体の優位が主張される。そして、自由には権威の原理が、平等には連帯と友愛の原理が、それぞれ対置されるということになる。

まとめると、「右派の人民革命」は、「非プロレタリア的な人民大衆」の存在を前提とし、そこにファシズム政党たるナチ党が介在することによって可能となった。ナチ党は、大衆の怨恨につけ入り、彼らに希望を示し、彼らを挾撃するリベラリズムとマルクス主義への対抗イデオロギーを提示することで、これらの大衆を統合し、「反プロレタリア革命」へと動員することができたのである。

### 第3節 全体主義 vs. 民主主義

これまでの考察から得られた結果を要約すると、革命としてのナチズムとは、次の三つの性格を持つものであったとすることができる。第一に、ヒトラーが

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 295-296.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 296.

最終的に権力へと到達できたのは、彼が文字通りの暴力革命によって政権を奪い取ったからではない。それは、保守派のエリートらが、彼に政権を明け渡すことによって生じたのである。第二に、こうして権力を掌握したヒトラーは、国会議事堂炎上事件を契機として一挙に進められた画一化によって、革命を上から遂行することができた。その結果、体制としてのナチズムは、暴政と呼びうるものへと帰着した。しかし第三に、運動としてのナチズムは、若者やプッチブルジョワといった大衆的な支持基盤を有していた。

それゆえに、次のことが問われなければならない。大衆から期待され、支持された運動は、その意味では「民主的」といえる。しかし、これが民主主義の反対物ともいうべき暴政へと行き着く場合には、そのような運動は果たして「民主主義」の名に値するものなのか。先に言及した1934年の報告において、アロンはこの問題を提起していた。ナチズムがその政治上のプログラムを概ね達成したと述べたうえで、アロンは次のようにいう。

議会主義は消え去り、国民社会主義はその原理に沿った権威主義的な政体を得たように見える。ヒトラーの体制に民主主義の語をあてがうということについて、フランス人に異論がなければ、それを「権威主義的民主主義ないし国民投票的民主主義」と称することもできよう。すべては語の定義しだいである。人々には、承認するかしないかの権利しかなく、まるごと信任を与えて指導者を受け入れるのであって、政策を選択することはない。それでもなお、その体制は大衆の同意を前提としており、国家と権力とのあいだには政党が介在する（かつてはとくにそうだった）。指導者らの権力は何らの統制にも制限にも服さないものであるから、それを暴政と呼ぼうと思えば、暴政と呼ぶこともできる。ただし、それは、民衆運動に由来し、つねに群衆の熱狂との接触を維持し、何よりも彼らの熱狂を保ち続けなければならない、そういう暴政なのである<sup>29</sup>。

この1934年報告におけるアロンの力点は、ナチズムが大衆の支持を背景とする運動であることの論証に置かれている。そのこともあって、上の引用に見られるように、暴政としてのナチ体制が、定義によっては「民主主義」とも呼ば

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 297-298.

れうるということを否定していない。

### （1）全体主義エリートのシニシズム——「大衆への軽蔑」

こうしたトーンに変化があらわれるのは、第二次大戦前夜の1939年6月17日にフランス哲学会で行われた報告「民主主義国家と全体主義国家」においてである。それというのも、全体主義体制の内外政を分析し、それと民主主義体制との関係について考察したこの報告のなかでは、全体主義が大衆的な支持に依拠した運動であるという側面は、否定されはしないものの相対化されており、代わって「大衆への軽蔑」を孕んだ全体主義エリートのシニシズム（＝マキアヴェリズム）が主題化されているからである。アロンが全体主義の概念をはっきりとイタリアやドイツの体制に適用したのも、この報告が最初であった。

背景には、イタリアの社会学者ヴィルフред・パレート（1848-1923年）のエリート論への着目がある。パレートによれば、革命において決定的なのは、経済制度の変更ではなく、新たなエリートが権力を獲得するという点にある。このエリートらの性格こそが政治体制の性質を決めるのであり、したがって、革命によって確立された全体主義体制の性質を見定めようと思うのなら、それをもたらしたエリートについての分析を行わなければならない。

では、全体主義エリートの特徴とは何か。このエリートたちは、「生半可な知識人や冒険主義者からなり、シニカルかつ有能で、本能からマキアヴェリ主義的な暴力的エリート」であり、「暴力、あるいは暴力にまで駆り立てられた権威を愛好し、人間に対する働きかけの技術を有している<sup>30</sup>」。

ここで重要なのは、アロンが、全体主義エリートのなかに、特有のシニシズムを見てとっているという点である。敷衍しよう。歴史の根本にエリートと大衆の闘争を見出したことで知られるパレートは、「あらゆる体制は大衆に依拠するが、それと同時に大衆への軽蔑にも依拠するものである」と主張したが、アロンはこれを全体主義体制の分析へと適用する。すなわち、全体主義エリートは、一方では大衆の支持によって権力へと担ぎあげられた存在であるが、他方ではこの大衆を軽蔑する。それゆえ、「全体主義体制を相手にする際には、大衆に向けられるイデオロギー——国内で用いられるだけでなく対外的にも利

---

<sup>30</sup> Raymond Aron, "États démocratiques et États totalitaires"[1939], in *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, (1946), pp. 41, 45.

用される——と、指導者たちのシニシズム——それは別の価値体系を示唆する——を区別して考えるべきなのである<sup>31</sup>」。

こうした認識を前提とするときには、全体主義を単に大衆的な運動としてのみ見なすような単純な理解は成り立ちようがない。全体主義エリートが大衆に基盤を求めるとしても、それが大衆に恩恵をもたらすことにつながるとはいえない。結局のところ、エリートの目的は彼ら自身の権力意志にあり、大衆はその手段として利用されるにすぎないのである。

制度や外交はこれらのエリートたちの権力意志へと奉仕する。それは、国内に対しては暴政的権威として、国外に対しては際限なき拡張となってあらわれる。ファシズムや国民社会主義は、経済を政治へと従属させ、外政の優位 *primat de la politique extérieure* を主張する<sup>32</sup>。

アロンが全体主義エリートのなかに見出したマキアヴェリ主義的なシニシズムとは、このようなものである。エリートの権力追求は、まず国内における権力構造の強化へと向かい（「暴政的権威」）、最終的には国際政治上の権力関係へと投射される（「外政の優位」）。そこには逆のメカニズムもある。こうして国外へと向けられる権力行動が成功をおさめると、今度はそれによってエリートたちの対内支配が強化されることにつながるというのである。

新たなエリートが優位に立つ理由は一つだけである。彼らは、自分たちが望む政策、すなわち帝国主義政策を先導しうる限りは優位を得る。この政策は、国内においては経済的・社会的な大混乱を予想させる。しかし他方で、国外において全体主義体制が奪いとってくる成功は、彼らの権力にとって是最良の正当化材料である<sup>33</sup>。

だが問題は、このようにしてエリートによって追求される権力が、突き詰めればその外部には何の目的も持たない虚無的なものにすぎないという点にあ

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 45-46.

る。ここに至って、大衆をその手段として消費するエリートの権力意志は、シニシズムを通り越してニヒリズムへと陥る。これこそが全体主義エリートの理論的支柱たるマキアヴェリズムの本質であり、アロンは1938年から40年にかけて、この問題に取り組むことになる。しかし、それに関する考察は第4章第3節で行うこととし、ここでは、1934年報告においては強調されていた全体主義の大衆的運動としての側面が1939年報告においては後景化していることの背後に、全体主義エリートのマキアヴェリズムに内包される「大衆への軽蔑」への着目があるということを理解しておくだけでよいだろう。

## （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」

では、上述のような性格を持つエリートらによって統治される全体主義体制とはいかなるものになるのか。あるいは、それと対置されるところの民主主義体制の特徴とは何か。アロンはここで、「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」と述べて、この二つの体制の規定を行っている<sup>34</sup>。この一見すると奇妙な命題によって、アロンは何をいわんとしていたのか。

まずは、「全体主義体制は真に革命的である」ということの意味を考えてみよう。すでに言及した通り、1933年9月の「ドイツにおける国民革命」という論説においてアロンは、政治体制の変更、支配階級の交代、公式イデオロギーの転換の三つをもって「真の革命」の標識としていた<sup>35</sup>。さらに、1939年6月の「民主主義国家と全体主義国家」報告について述懐した『回想録』の記述では、価値や制度の革命をともなうものが「真の革命」であると書いている<sup>36</sup>。これらの記述から判断すると、アロンにとって真の革命とは、①支配階級の交代、②体制の変更、③価値やイデオロギーの転換という、三層にまたがる革命としてイメージされていると考えることができよう。

このうち、①支配階級の交代とは、パレートの革命理論に準拠する1939年のアロンにとっては支配エリートの交代と同義である。すなわち、上で見たよう

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>35</sup> Aron, “La révolution nationale en Allemagne”, pp. 52-3.

<sup>36</sup> Aron, *Mémoires*, p. 155. (邦訳166頁)

な性格を持つエリートが、イタリアやドイツを治めていた旧来的なエリートにとって代わり、それらに対する優位を確立したという事実がそれにあたる<sup>37</sup>。

この支配エリートの交代現象にもなつてドイツで生じた変化は、全体主義体制の革命性を例証するものであり、ゆえにアロンはこれについて詳細な説明を加えている。なお、アロンがこの報告において「全体主義体制」という場合、そこにはイタリア・ファシズムとドイツ・ナチズムとが含まれている（ソ連はこの時点では含まれていない）のだが、第2章で見たような個人的経験もあつて、記述の比重はやはりドイツに傾いている。つまり、ここで展開される全体主義論は、主としてドイツ政治の観察から導き出されたものであり、ドイツについてもっともよくあてはまるものと見るべきであろう。

その点に留意しながらアロンの説明を見ると、まず政治の領域においては、次のような変化が指摘されている。正統な権威といった感覚や旧貴族への尊敬は消失し、人間関係は変容を遂げた（「それはすべて革命に相当するものである」）。もちろん、あらゆる権威が消えたというわけではない。ある意味では、「ドイツは極限にまで押し進められた権威へと従属している」からである。しかし、その権威はかつてのそれとは異なる。この権威とは、「文字通り魔術的な原理である総統 Führer の天性」をその源泉とするような「不合理な権威 *autorité irrationnelle*」なのである<sup>38</sup>。全体主義の革命が暴政を帰結するという点についてはすでに見たが、その暴政の体制の頂点には、こうした不合理な権威が君臨するのである。

経済においても革命現象は顕著であるという。資本主義的な企業は、一応は維持されたものの、そのイニシアティヴはほとんど失われており、選択や決定の余地は彼らにはない。道徳の領域では、伝統的形態の家族生活や大学・知識人の生活が一変した。思想領域でも、「伝統的な美德——人間の尊重、すなわち精神や人間の自律性に対する尊重——はすべて、新たな体制によって意図的に退けられる。全体主義体制が培う美德とは、本質的に軍事的な美德であり、行動や禁欲や献身の美德なのである<sup>39</sup>」。以上のような変化が、②体制の変更、および、③価値やイデオロギーの転換に対応すると見てよいだろう。

<sup>37</sup> Aron, "États démocratiques et États totalitaires", p. 45.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 46-7.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 47.

こうした革命理解は、ことによると一般にイメージされるところの革命の意味とは異なって見えるかもしれない。実際、この点に関しては参加者のヴィクトル・バッシュから次のような問題提起がなされていた。すなわち、アロンの革命概念は、フランス革命や七月革命、二月革命といった革命のことを度外視している。これらが政権の転覆をもたらしたのはたしかだが、革命の性質を決めるのはその原因と目的であり、その観点からいえば、これらの革命は、まさにアロンが擁護しようとする民主主義の樹立を目指していたのではなかったかとバッシュは問うのである<sup>40</sup>。

我々にとって重要なのは、バッシュのこの発言に対するアロンの返答である。

あなたが19世紀の革命を革命の典型とするのであれば、全体主義体制は確かにそれとはまったく異なるものです。しかし、私が考えているのは20世紀の革命なのです。つまり私は、存在するものを破壊し、我々が生きる世界や、我々が引証するところの価値を破壊し、別のものをおく体制を「革命的な体制」と呼んでいるのです<sup>41</sup>。

ここに示されている通り、アロンが全体主義体制を「革命的」と形容するとき、そこには一種の革命観の転換が含意されていたのである。同様のことは、次の記述にもはっきりと見て取ることができよう。

おそらく我々は、19世紀の革命をただ一つのモデルとすることによって、革命についての誤った観念をつくりあげてしまっている。理論的には、革命は解放として定義されるように思われる。ところが、20世紀の革命は、隷属の革命であるとはいわないまでも、少なくとも権威の革命であるように見える。それは、革命以前に存在していた権力よりも、さらに広範かつ苛烈な権力を打ち立てる。それは、専門家組織、すなわち官僚制を拡大するのである<sup>42</sup>。

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 65-6.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 45.

アロンに革命観の転換を促したのは、20世紀の革命の現実を見れば、それを自由と解放の側に位置づけることはできないという認識にはかならなかった。全体主義は「権威の革命」であり、無制約的な権力や不合理な権威の支配する暴政を帰結する。それは、エリートの交代や体制の変更、価値やイデオロギーの転換をもたらすという意味での「真の革命」である。ゆえにこの革命は、民主主義が依拠してきた伝統的価値をも破壊し、それに代えて新たな価値や生のあり方をうち立てようとする。これらに対し、民主主義を体現し、保障するうえで不可欠な規範や政治制度、およびそれらの基盤をなす価値を擁護しようとするのであれば、民主主義体制は保守的なものにならざるをえない。「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」という命題がアクチュアリティを持つのは、このような歴史的状況においてなのである。

民主主義は本質的に保守的であると私は思います。それは、民主主義が、我々の文明が依拠している伝統的価値を保持しようとする、という意味においてそうなのです。まったく新しい生、つまり永続的動員に基づく軍事的な生をうち立てようとする人々に対して、我々は保守的であるということです。

経済を完全に支配し、プロパガンダにまでも技術を導入しようとする人々——すなわち、あらゆる人間をプロパガンダの対象物として利用しようとする人々——に対しては、我々はさらに保守的になります。それというのも、我々はリベラルであり、人間の尊厳や自律性といったものを守りたいと思うからなのです<sup>43</sup>。

全体主義体制と民主主義体制の対立の詳しい内容については後段に譲るとして、ここで確認すべきは、民主主義体制の保守的性格はあくまでも、上記のような性格を持った全体主義体制に対して保守的である、というかたちで規定されている点である。言い換えると、それは民主主義体制と全体主義体制のあいだの対立を前提として主張されているのである。「全体主義体制は、第一義的には民主主義に対立するのであって、共産主義に対立するのではない<sup>44</sup>」。

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 41.

そして、この全体主義体制と民主主義体制の対立は内政の次元のみにとどまるものではない。「全体主義的になる国は、国外に対しても革命的になる自然な傾向を有する」のであり、これに対して、「国内領域におけるのと同様、外交の領域においても、民主主義は保守的な国々なのである<sup>45</sup>」。外政における革命性とは、国際秩序の現状に対して変更を迫るという意味で用いられている。つまり、全体主義体制を統べる独裁者らは外政を優位させ、帝国主義的な政策を追求する。この「新たな帝国主義」に直面するとき、「持てる国々」としての民主主義諸国は保守的にならざるをえず、それらに対抗しなければならない<sup>46</sup>。

ここで重要なのは、民主主義国家と全体主義国家の外交上の対立はイデオロギー対立に由来するものではなく、あくまでも権力政治上の対立として理解されなければならないという立場が表明されている点である。またこの対立は、経済的方策によって解決されるような性質のものでもない（「現在の外交紛争に対する経済的な解決策はない」）。

そうであるからこそ、その解決はあくまでも政治的な手段に求められる。全体主義諸国が追及する帝国主義政策に対しては、民主主義諸国はその政策の不可能性を彼らに悟らせなければならない。そのためには、「民主主義はあまりに臆病であるがゆえに戦うことなどできないのだと信じ込んでいる全体主義国家の支配エリートに対して、民主主義諸国は、「もしあなた方が我々にそれを迫るのならば、我々は戦おう」と答えなければならない。しかし同時に、彼らが平和的であるときには、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」といわなければならないのである<sup>47</sup>。

### （3）民主主義は生き残ることができるか？

ところが、ここで問題が生じる。全体主義体制に対して民主主義体制を保守し、いざとなればそのために全体主義諸国と戦わなければならないとすれば、それはいったい何のためなのか。この問いが決定的に重要であるのは、仮にこうした行動が何らの価値的方向づけも持たないのならば、民主主義も全体主義と同様のニヒリズムへと陥ることは避けられないと思われるからである。それ

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 48, pp. 50-1.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 51.

を回避しようと思えば、民主主義が保守に値する体制である理由が示されなければならない。アロンが、「民主主義のなかで——少なくともフランスで——生きる人々が、民主主義体制の価値をもはやほとんど信じていない」ということに示されるような「民主主義の崩壊」を憂いたとき、その前提にあった問題意識とは上述のようなものではなかったか<sup>48</sup>。

また、アロンが民主主義体制の保守を説いた際、それは同時に既存の民主主義体制の革新を志向するものでもあったということを見過ごすわけにはいかない。つまり、アロンにとっての保守とは、いまあるものをまったく変えずに維持することではなかった。問題は「変革や改良による保守をどこまで望むか」という点にあり、それゆえに、アロンが民主主義体制の側にいかなる変革を期待したのかが問われなければならない<sup>49</sup>。

以下では、この「変革された民主主義 *démocratie renouvelée*」へ向けた自己改革の方策としてアロンが何を提起していたのかを確認し、そののちにあらためて民主主義体制の価値の問題へと立ち戻ることしよう。

アロンの提言は、大きくいって二つに集約することができる。第一に、全体主義体制の側から民主主義体制へと向けられる軽蔑に対しては、民主主義諸国の側は、自分たちもまた全体主義体制と同様の徳 *mêmes vertus* を持ちうるということを示さなければならない。

力がただ一つの道理であると明言し、自分たちは英雄的であり、民主主義諸国は臆病であると主張する体制に対して、いつまでも平和主義を説くのは馬鹿げたものだと私には思われるし、それは、民主主義はたしかに退廃しているというファシズム指導者たちの見方をいっそう強めることになる。

平和を軽蔑すると公言する人々に語り掛ける際には、平和を愛するとしても、それは臆病さによるものではないといわなければならない。労働に基づく体制に、余暇に基づく体制を対抗させるのは愚かである。大砲に対してバナーで、努力に対して休息で太刀打ちできると信じるのはグロテスクである。

全体主義体制が民主主義体制を脅かしているときには、民主主義体制は、

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 64.

自分たちは全体主義体制と同じように英雄的であり勤勉でありうるのだと答えなければならないのであって、これこそが同様の徳を持ちうるということの意味である<sup>50</sup>。

第二に、政策的な次元では、全体主義体制がとった施策のうち、有効性が認められたものについては民主主義諸国もそれを採用すべきであるとする。かかる施策として具体的に想定されていたのは、失業対策や人口政策などの経済・社会政策であった<sup>51</sup>。

しかしながら、民主主義が全体主義に対抗し、自らを守るために、全体主義と同様の手段に頼るとき、それは悪と戦おうとして悪に陥るという過ちを犯してはいないか。そうした疑問が生じて然るべきである。事実、「民主主義国家と全体主義国家」報告の質疑の際、ジャック・マリタンはこの問題を指摘して、「もし我々が全体主義の技術と徳とを借用するとすれば、我々は全体主義に抵抗しようとして全体主義と化すことになる」と述べていた。

だが、アロンはこれに対して次のように反論する。まず徳に関していえば、英雄性や勤勉性が主張されるとしても、民主主義の場合にはこうした徳が人々によってあくまでも自発的に受容されなければならないことに加え、全体主義のそれとは異なる目的へと向けられていなければならない<sup>52</sup>。

また、全体主義の施策から有効なものを借用すべきであるとの主張に関しては、すでにそれ以前の議論において次のことが主張されていた。すなわち、体制の相違ゆえに、民主主義が受容しうる政策には自ずと限界がある。「当然のことながら、国家による介入と強制には限界がある。自由の体制に固有の社会的・経済的条件というものがあるからである。政治的自由の体制を維持しようと思うのなら、一定の経済的自由も維持しなければならない<sup>53</sup>」。

しかし、こうした原理的な限界を前提としたうえで、アロンはマリタンの問題提起に対しては次のように応じている。

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 51-2.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 53-4.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 54.

歴史においては、生き残りたいと思うのであれば有効な手段に同意を与えなければならないのであり、武器に対しては武器をもって対抗するほかないのです。[...] 生きたいと欲する人はみな、最低限の権力意志を持たなければならないはず、暴力に同意しなければならないのです<sup>54</sup>。

以上の応酬では、アロンはマリタンの議論に対して一応は答えを示しているものの、問題の核心には触れていないように思われる。というのも、徳にせよ、有効な政策にせよ、そうした手段の次元においては、民主主義と全体主義のあいだの質的な違いは見出しがたいからである。とすれば、両者の原理的な差異は、これらの手段がいかなる体制に奉仕するものであるのかという目的の次元にのみ、求めることができるはずである。

したがって考察は、民主主義体制の本質と、それが体现する価値の問題へと進められなければならない。それを経ることによってはじめて、民主主義が未来へと生き残るために必要な手段を適切な目的によって方向づけ、民主主義にとって受容可能な手段とそうでない手段とを見極めるための基準を獲得することができる。これらの問いは、民主主義が全体主義と同様のニヒリズムへと陥るのを避けながら、同時に「最低限の信仰と共通の意志を民主主義の体制のなかに蘇らせる」ためには不可欠のものである<sup>55</sup>。

「民主主義の理念のなかで副次的なものと本質的なものとを区別する必要がある」とアロンはいう。人民主権 *souveraineté populaire* の観念は、それが自由をもたらすのと同じくらい容易く専制政治 *despotisme* へも導くものであるから、民主主義にとって本質的とはいえない。アロンによれば、民主主義の本質をなすのは、第一には「合法性 *légalité*」であり、それは「法が存在し、権力が恣意的でなく、無制限でもない体制」を意味する。つまり、ここでいう合法性とは、単に形式的に法が存在するという事実以上のものを要求している。法が権力者に何事をもなしうるような権限を付与する場合にも、権力の発する命令に合わせて法が書き換えられるような場合にも、権力に対する法の拘束は有名無実化しており、そこにほんとうの意味での合法性は認められない。現に存在している法が、権力がなしうるものの範囲に実質的な制約を課す限りにおい

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 62. [強調は引用者による]

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 54.

でのみ、アロンのいう合法性は認められるのだろう<sup>56</sup>。それは端的に言えば法の支配であり、その対立物は暴政である。第二に、「民主主義体制とは、人間に対する最低限の尊重があり、個々人を単に生産の手段やプロパガンダの対象物としてのみ見なすことのない体制である」。これは、西洋の伝統における至高の価値としての「人間や精神に対する尊重」を意識的に拒絶し、「人間を軽蔑することによって人間を理解する」全体主義とは鋭く対立するといえるだろう<sup>57</sup>。そして第三に、「民主主義体制は、代表制 *système de représentation* を通じて治者の権威を制御する体制でもある<sup>58</sup>」。

これらを踏まえたうえで、アロンの民主主義理解について定式化すれば、次のようになる。すなわち、①民主主義体制とは、暴政の対立物であり、そこには法や代表制を通じた権威・権力への制約が存在する。②それはまた、人間に対する最低限の尊重を含意する体制でもある。この民主主義理解から二つの問題を引き出すことによって、本稿の後半部分へと議論を発展させたい。まず問題となるのは、ここで民主主義体制に対置されている暴政とはいかなる体制であるのか、という点である。現代の暴政としての全体主義の実践とそれを支える理論が分析されなければならない。次に、民主主義体制が「人間に対する最低限の尊重」を可能にする体制であるということの意味が、「人間を軽蔑する」全体主義との対比において明らかにされなければならない。続く二つの章で検討されるのは、これらの課題である。

---

<sup>56</sup> 獲得した権力を無制約なところまで拡大し、暴政へと化した全体主義体制のもとでは、この実質的な意味での合法性概念は消え去る。一方、これに先立つ全体主義政党の権力獲得過程は、合法的なものでありうる。本稿第2章第2節（2）で見たように、権力を掌握するまでナチ党が「合法性の約束」を破ることはないとアロンが述べていたのも、この意味においてであった。ただし、のちにアロンは、仮に全体主義政党による権力の掌握が形式上は合法的な範囲にとどまっていたとしても、それはやはり法が想定している正規の手続きからは逸脱した方法（「体制破壊の技術」）をも駆使していたということを指摘するようになる（第4章第4節を参照）。

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 41, p. 45.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 55.

## 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

前章においては、「革命 *révolution*」の概念を軸としながら、アロンの全体主義論の発展を跡づけたが、この第4章では、もう一つの鍵概念である「暴政 *tyrannie*」に照準を定めることで、それとは少し異なる角度から、アロンの全体主義論の構造を浮き彫りにしていく。

その際に重要な参照点となるのは、エリー・アレヴィ (1870-1937年) の『暴政の時代 *L'ère des tyrannies*』である。このアレヴィとは、プラトン研究からその学問的キャリアをスタートさせ、1898年以降、自由政治学院 (のちのパリ政治学院) で教鞭をとり、功利主義やイギリス史の研究によってその名を知られるようになった人物である。

アロンとアレヴィのあいだには、高等師範学校在学中にすでに接触はあったようだが、彼らが親交を深めたのは、アロンがドイツ留学から帰国してからのことであった。アロンが『回想録』のなかで、このアレヴィとの出会いが「不幸にしていささか遅すぎた」と述懐しているのは、それから間もない1937年にアレヴィがこの世を去ってしまうからである<sup>59</sup>。アレヴィの死後、彼と親交のあった人々によって、残された著作や講義ノート類の編纂が行われ、世に送り出された。アレヴィの『暴政の時代』は、こうした道のりを経て成立した書物の一つである。

『暴政の時代』という書名は、1936年11月28日にアレヴィがフランス哲学会で行い、同書にも収められた「暴政の時代」という報告の題にちなんでいる。ここでアレヴィは、第一次世界大戦を境として暴政の時代が幕を開けたという主張を展開していた。

暴政の時代の起点は1914年8月にあるのだが、それはつまり、交戦中の国々が次のようなかたちで定義される体制を採用したときに始まったということである。

(a) 経済的な観点からいえば、それは生産・分配・交換のためのあらゆる手段の極端なほど広範な国有化を意味する。しかし他方では、政府か

<sup>59</sup> Aron, *Mémoires*, p. 153. (邦訳164頁)

ら労働者組織の指導者らに対する国有化事業支援の要請があった。ゆえにそれは、国家主義 *étatisme* であると同時に、サンディカリズムであり、コーポラティズムでもあった。

（b）知的な観点からいえば、それは思想の国有化であり、この国有化はそれ自体二つの形態をとる。一方は、国益に不都合と判断された意見の表明をすべて抑圧するがゆえに消極的である。他方は、我々が熱狂の組織化と呼ぶものゆえに積極的である<sup>60</sup>。

アロンはこの1936年報告に聴衆の一人として参加していただけでなく、1938年にガリマール社から『暴政の時代』が出版された際には書評を行い、それを翌年4月の『形而上学・倫理学誌』に掲載している。ここで彼は、アレヴィの『暴政の時代』から、①社会主義の矛盾、②新たな暴政の歴史的起源、③ファシズムと共産主義の共通性に関するテーゼを抽出し、それぞれに対して批判的な検討を加えている。以下では、この議論を順に分析し、アレヴィとの対話を経て、アロンがいかなる暴政理解をとるに至ったのかを明らかにしよう。

### （1）社会主義の矛盾

第一のテーゼとは、「社会主義は矛盾している。その教義の内部において、組織や階層性や権威の理念と、解放の理念とが和解することは難しい」というものであり、アレヴィはまず、社会主義そのものの教義内部に矛盾を見出しているのである<sup>61</sup>。だが、アロンによれば、こうした矛盾ならば他の教義にも存在する。例えば、自由と平等を和解させようとし、人民主権によって個人の自由を基礎づけようとする民主主義のなかにも、同様の矛盾は見出しうるはずである<sup>62</sup>。

またアレヴィは、社会主義の理念と現実のあいだにも矛盾を見てとる。アレヴィは、本来の理論としての社会主義は肯定的に評価する傾向があり、「マル

---

<sup>60</sup> Elie Halévy, “L’ère des tyrannies, Séance du 28 novembre”, *Revue de métaphysique et de morale* (octobre-décembre 1936), pp. 181-233, p. 182.

<sup>61</sup> Raymond Aron, “L’ère des tyrannies d’Elie Halévy”, *Revue de métaphysique et de morale* (avril 1939), pp. 283-307, pp. 283-284.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 284-285.

クスを国際主義と自由の側に位置づけていた」。つまり、アレヴィにとっての問題とは、本来は解放を志向していたはずの社会主義が、その教義の内部に相反する主張を生み、さらには現実において暴政を帰結してしまったのはなぜか、という点にある。

ところが、これに関してアロンは、アレヴィとはまったく異なる評価を下している。アロンによれば、(自由主義者が用いる意味での)自由がマルクスにとっての至高の目的であったことはなく、マルクスはリベラリズムに対しては一貫して反対し続けた。

すでに『ヘーゲル法哲学批判序説』や『経済学・哲学草稿』のころから、マルクスは、現実の人間から切り離された超越的国家の構成員としての抽象的な市民の理念に反対しており、労働そのものにおいて解放され、政治の世界ではなく、日常生活のなかで普遍へと統合されるような具体的で全体的な人間の理念を掲げていた。[...]マルクス主義における人間の理論は、初期のころから共同体的であって個人主義的ではなかったのであり、いまでもそうなのである。人間はその本質を「公的」活動において実現しなければならないのであり、存在に関する真理を純粹な意識や孤立した人格のなかで探し求めるのではない<sup>63</sup>。

さらにマルクスには、将来の社会を準備するための暫定的な段階としての「プロレタリア独裁」の観念があったのであり、革命的すなわち権威主義的な移行を経ずして資本主義から社会主義へと到達しようというナイーブな信頼をマルクスに帰するわけにはいかない。

それゆえ、アロンにとっては、「社会主義は、ほとんど当然にそれに先行するリベラリズムと対立する」ものである。社会主義者が人類の最終的な解放を目標としているのは事実であるにしても、その解放のためには生産手段の私有や自由経済といったものは否定されなければならない。そうである以上、社会主義は不可避的に「反資本主義的かつ反自由主義的」な性格を帯びる。つまりアロンの見るところ、社会主義は本質的にリベラリズムには反する方向性を内包した運動なのであった。

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.285.

そして社会主義にとっては、「抑圧を行うのは自由であり、解放をもたらすのは法である」とされるがゆえに、そこには次のような危険が潜んでいる。すなわち、「直接的には官僚制の拡大と支配、将来的にはポスト資本主義社会における行政の匿名的暴政——それ自体は独裁者の人格的暴政に従属する——の一般化と強大化」が待ち受けている可能性がある<sup>64</sup>。

## （2）現代の暴政の歴史的起源

アレヴィの第二のテーゼは次の通りである。「社会主義はいたるところで失敗した。社会主義政党は、議会や市町村での合法的な活動を通じた労働者の境遇改善には寄与した。彼らは戦争を防ぐことはできず、その戦争は、社会主義的な熱情よりもナショナルな熱情のほうが強力であるということを明らかにした。戦争と武装した集団の行動から、無力な社会民主主義に反抗するかたちで、暴政が生まれたのであった<sup>65</sup>」。

アレヴィによれば、共産主義であれ、ファシズムであれ、現代の暴政はすべて第一次世界大戦という共通の起源を有している。では、この大戦はいかなる原因により生じたのかといえ、それは経済的対立や資本主義の矛盾によって引き起こされたのではなく、オーストリア＝ハンガリー二重帝国の解体という政治問題を背景としていた。かくしてアレヴィは、「戦争は東から西へと伝播したのであり、戦争を西洋に課したのは近東であった」との解釈をとる。バルカン半島で生じた戦争は、当時の国際政治システムにおいてはヨーロッパの覇権を賭した争いにならざるをえず、関係する国々を巻き込んで世界規模の戦争へと拡大していった<sup>66</sup>。

こうしたアレヴィの解釈に対しては、マルクス主義の側からの反論が容易に予想される。第一次大戦を政治的原因のみによって説明しようとするのは誤りであり、資本主義が要請する植民地の拡張こそが列強間に対立を生みだしたのだという見方がそれである<sup>67</sup>。

アロン自身は、こうした第一次大戦の原因をめぐる論争に決着をつけるのは

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 286-287.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 288-90.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 290.

容易ではないとしたうえで、次の二点を主張している。第一に、戦争の契機は政治的なものであり、資本家層の大部分は戦争を意識的に欲してはいなかった。しかし第二に、紛争が起こったときのヨーロッパの状況は、資本主義列強間での市場競争を本質的な与件の一つとしていた。それゆえに、マルクス主義の側には常に経済的説明によって歴史解釈を行う余地が残されるが、同様の自由はアレヴィのような政治的説明の方にも残る。そして、第一次大戦の原因に関する限りでは、後者の方が歴史的事実に近いということをアロンは指摘するのである<sup>68</sup>。

このようにアロンは、第一次大戦の起源をめぐる論争においてはアレヴィの解釈に比較的近い見方をとっていたのだが、第一次大戦期の戦時経済こそが現代の暴政の起源であるというアレヴィのテーゼに対しては明確なかたちで異を唱えている。戦時中に経済生活に対する国家介入が拡大したことはたしかだが、かかる介入はすでに戦前から始まっていたのであって、戦争はこの流れを加速させたにすぎない。また戦後になると、「労働者と事業主との関係、生産手段の私有、価格メカニズム」などの点で、ソ連を除くヨーロッパの資本主義は、戦前とさほど変わらぬ状態へと回帰していった。これらをもとに、アロンはアレヴィのテーゼを批判しているのである<sup>69</sup>。

さらにアロンは、現在の知的領域での全体主義もやはり、戦時中の検閲や熱狂の組織化から直接に生じたものではないとする。つまり、今日のイタリアやドイツにおいて見られるプロパガンダは、戦時中のそれとは異質なものだといえるのである。そしてまた、「これらの知的体制はみずからの永遠性を主張するのであり、それらの独自性と意義はまさにそこにある。問題はもはや、切迫した一時的な要請によって個人の権利に対する各種の制限を正当化することにあるのではない<sup>70</sup>」。

アレヴィは現代の暴政の原因を、戦時経済のみならず、武装集団の行動にも求めている。つまりアレヴィは、こうした武装集団が実力によって権力を奪い取り、自らが国家となったことを宣言することによって暴政が到来したのだと説明する。

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 290-1.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 291-2.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 292-3.

しかし、武装組織が演じた役割は国によって異なる。そして、アロンの見るところ、アレヴィの説明が妥当するのはせいぜいソ連に限られる。イタリアのファシストに関していえば、それは労働者の組織を破壊するのに用いられただけであり、軍や警察と戦闘を交えたのではなかった。ドイツの突撃隊 Sturmabteilung (SA) の場合には、ファシストに匹敵するような労働組合や協同組合との戦闘へと乗り出すことすらなかったという。「ヒトラーは権力を奪取したのではなく、それを受け取った。それはムッソリーニについても同様である」。これは要するに、彼らは暴力的な政権転覆によってではなく、少なくとも形式的には「合法的な」手段によって、政権を掌握したということの意味している（第4章第4節も参照）。しかし、そうであるとすれば、人民の熱情はいかにして反逆者たちの政党のまわりへと結晶化されていったのか。それを可能にした状況が分析されなければならないだろう<sup>71</sup>。

アレヴィのテーゼを批判するアロンも、戦争と暴政とのあいだに一切の関係を認めないわけではない。しかし、戦争への敗北が直接的な与件であったソ連共産主義を別とすれば、ドイツとイタリアの「二つの反動的暴政 *deux tyrannies réactionnaires*」としてのファシズムに対して戦争が及ぼした影響はあくまでも間接的なものととどまる。イタリアの場合、帰還兵の社会復帰の問題や潜在的不安、講和条約への不満があり、そこを経済危機が襲った。ドイツでも、敗戦によって課された条約への反発はあったが、直接の前件というべきはやはり、1929年の世界恐慌がもたらした経済危機であった。ゆえにアロンは、「暴政が戦争から生じたといえるのは、単にファシズムが生起することのできた気運をもたらした社会的・経済的危機の原因が戦争にあったという限りにおいてである」と結論する<sup>72</sup>。

この過程を側面から助長したのは社会主義勢力であり、その意味において、現代の暴政には、「社会主義がある種の反革命 *contre-révolution* を招来した」という側面があることをアロンはここで指摘する。かくして、「労働者らに対抗するファシズム政党は、有産階級の大部分からの支持を獲得しながら、非労働者大衆 *masses non ouvrières* を動員」することができたのである<sup>73</sup>（第3章第

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 293. [強調は引用者による]

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp. 294-5.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 295.

1～2節も参照)。ドイツでは社会主義者らがブルジョワ政府と妥協し、そのもとで統治を行っていたがゆえに、資本主義の危機の責任を帰せられて敗北したが、逆にイタリアの社会主義者らは、頑強な非妥協的態度を貫くことによって挫折した。だが、こうした違いにも関わらず、両者を待ち受けていたのは、暴政という「同一の運命」であった<sup>74</sup>。

### (3) 二種の暴政——共産主義とファシズム

アレヴィの第三のテーゼは、「ソヴィエト暴政 tyrannie soviétique」とイタリアやドイツの「反動的暴政 tyrannies réactionnaires」とを同一視するものであり、当時としてはかなり論争的なものであったと考えられる。このテーゼの内容についてアロンは、「ファシズムや共産主義は、その明らかな相違にも関わらず、同様の起源を有し、収斂的な発展をする。すなわち、一方は昂進したナショナリズムから社会主義へと向かい、他方は反乱から出て、権威主義的統治と愛国主義的高揚の体制と至る」と要約している<sup>75</sup>。

このテーゼに関してアロンは、ある意味ではそれは「議論の余地のないものである」と認めたくえで、ファシズムと共産主義の両方をそのなかに含む「暴政」という政体カテゴリーの特徴について以下のように述べている。

二つの事例〔＝独伊のファシズムとソ連の共産主義〕のいずれも暴政である。国家権力は絶対であり、いかなる法的ないし実際的な制限も存在しない。単独政党が、人民 *peuple* を代表するというよりも、国家 *État* を国じゅうで代表する。暴君 *un tyran* は全能の権力を我が身に集中させ、一つのイデオロギー、すなわち公式の真理 *vérité officielle* が独断的に教え込まれる<sup>76</sup>。

第3章で見た「革命」の概念が全体主義の歴史的運動としての側面を捉えたものであったのに対し、「暴政」という概念によって記述されるのは政治体制の特徴である。上の引用に示されている通り、暴政とは、①国家権力の絶対性

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 299.

とそれに対する無制約性を特徴とする体制であり、②そこでは暴君への権力集中が起り、彼の政党のみが国家権力を代表するようになる。③この権力の一元化は、いうなれば真理の一元化をもともなうのであり、ただ一つのイデオロギーが公式の真理としての地位を得る。

だが、このように共通性を認めたのちに、アロンはこれら「二種の暴政 deux sortes de tyrannies」の相違を指摘しており、議論の力点はむしろこちらに置かれているとよい。まずあげられるのは、両体制において計画経済が持つ意味の違いである。例えば、共産主義のソ連経済に比べれば、資本主義的な企業や私有財産制を温存するドイツに計画経済を導入する場合には、事態はより複雑にならざるをえない<sup>77</sup>。

この点はまた、1936年当時の「暴政の時代」報告の質疑の際にアロンが提起した議論に従えば、計画経済がいかなる目的を目指すものなのかという問題にも関係している。すなわち、ソ連の計画経済は「生活水準の向上」という「共通の利益」へと向けられうるのに対し、ファシズムのそれは経済的変革を第一義的に志向するものではなく、基本的には「戦争の経済 économie de guerre」であるという。イタリアが計画経済を本格的に採用したのはエチオピア戦争が起こってからであり、ドイツは「戦争の経済を再生産し、国内経済全体をヨーロッパ戦争の準備のために動員する」。かくして、ファシズム暴政 les tyrannies fascistes は、「国内のあらゆる組織を外政の優位 primat de la politique étrangère へと従属させる」のである（第3章第3節（1）も参照）。

このファシズム暴政は、資源の必要性や対外権力の強化を説くイデオロギーに導かれて帝国主義へと向かうが、それとは対照的に、計画経済にとって十分な資源に恵まれたソ連は、外政においては平和的な保守主義をとるであろうとアロンは論じている<sup>78</sup>。1939年の「民主主義国家と全体主義国家」報告のなかで、革命的な全体主義に対し、民主主義は内政的にも外政的にも保守的であると論じられていたことを想起するならば、ここでアロンがソ連の対外政治における基調を「保守的」と区分したことは少なからぬ意味を持つだろう。

ソヴィエト暴政とファシズム暴政とのあいだには、エリートの構成における

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 300-1

<sup>78</sup> Halévy, "L'ère des tyrannies", p. 227; Aron, "L'ère des tyrannies d'Elie Halévy", pp. 300-2.

相違も見出すことができる。生産手段の社会化のために「旧支配階級を破壊」しなければならなかったソ連とは異なり、ドイツやイタリアでは既存の社会構造を温存したうえでエリートの交代がなされたために、知識や経験を有する旧支配エリートを利用することができた<sup>79</sup>。

最後に、共産主義とファシズムのイデオロギー上の相違として、「共産主義は救済宗教 religion de salut の置き換えであり、戯画であるが、ファシズムは人間性を知らない」ということが述べられる。つまりアロンは、すでに見たように共産主義イデオロギーがリベラリズムとは対立するものであることは指摘していたが、それが人間の救済を志向するという意味で積極的意義を有している点は認めており、人間性を知らないファシズムに対する「ソヴィエト体制の優越性」をも指摘していたのである<sup>80</sup>。

戦後に反共知識人として知られるようになるアロンを知る者からすると、上の指摘は意外なものに思われるだろう。実際アロンは、『回想録』のなかで、『暴政の時代』についての論考は、1945年以降に私が行った全体主義体制の分析に近いものがあるが、何よりもソ連に対する寛容さが分析を歪めている」と認める<sup>81</sup>。その理由としては、戦前のアロンがまだ完全には左翼的傾向性を脱していなかったという事情も指摘しうるが、それと同じかそれ以上に重要であるのは、『暴政の時代』の書評が発表された1939年4月前後の国際環境であろう。そのことを理解するためにも、次節では時計の針を少し巻き戻し、1933年の夏にアロンがフランスに帰国してから第二次世界大戦が勃発するまでの政治過程について、簡単に振り返っておきたい。

## 第2節 大戦前夜の政治状況——「欺かれた者たちの時代」

アロンがドイツ留学から帰国し、ル・アーブルに新居を構えた1933年10月に、ドイツは国際連盟からの脱退を通告していた。翌1934年になるとヒトラーは、突撃隊指導者レームやシュトラッサーらを殺害し、加えてシュライヒャーやユングなどの保守派をも殺害することで、党内外の潜在的敵対分子を一掃し（「レーム事件」）、8月のヒンデンブルク死去とともに「総統」の座に着いた。

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 299, pp. 303-4.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 304-5. [強調は引用者による]

<sup>81</sup> Aron, *Mémoires*, p. 153. (邦訳164頁)

こうした国内権力基盤の強化と並行して、対外政策においてはヴェルサイユ体制の破壊が進められていく。1934年7月のドルフス暗殺事件では国際的孤立を招くものの、35年1月に行われたザール地方の帰属をめぐる住民投票では同地のドイツ復帰が決まり、ヴェルサイユ条約による失地の回復を実現する。そして同年3月には、徴兵制の再導入や空軍創設、平時兵力36師団の設置などを発表して再軍備を宣言するに至っている。

同じ1935年の10月にはイタリアのエチオピア侵攻が起これ、連盟はイタリアを侵略国と認定して規約第16条に基づく制裁を決定する。しかし、この混乱に乗じて今度はドイツがロカルノ条約破棄を宣言し、ラインラントへの進駐を行った（1936年3月）。そして、1936年5月にイタリアはアディス＝アベバを陥落させ、エチオピアの併合を宣言する。制裁は思うような効果をあげず、連盟の威信は損なわれたが、制裁に加わらなかったドイツとイタリアの距離は近づき、10月にはベルリン＝ローマ枢軸が形成される。

不安定化する国際情勢をいっそう流動的なものとした要因の一つにソ連の存在があるだろう。1920年代以降、コミンテルンは、社会民主主義をファシズムと一分派として敵視する「社会ファシズム論」をとってきた（この考えは、1924年のコミンテルン第5回大会で登場し、28年の第6回大会で明確化された）。しかし、ドイツでのナチ体制成立を目撃したのち、コミンテルンは1935年の第7回大会でこの方針を転換し、「人民戦線戦術」を採用するようになる。フランスでは、1934年に右翼団体が起こした騒擾事件（「二月六日事件」）が左翼勢力の結集を促したこともあって、統一戦線を目指す運動が盛り上がりを見せ、1936年春の総選挙で人民戦線派が勝利する。6月にレオン・ブルムを首班とする人民戦線内閣が成立し、共産党はこれに閣外から協力するというかたちをとった。

類似の運動はスペインでも起これ、1936年2月の総選挙で勝利をおさめた人民戦線派が内閣を組織した。しかしここでは、人民戦線政府打倒を目指すフランコら右翼諸勢力の反乱が生じ、衝突は内戦（1936年7月～1939年3月）へと発展していく。イギリスやフランスはこれに不干渉の立場をとるが、イタリアやドイツはフランコ側を支援し、政府側にはソ連が援助を与えたほか、欧米の社会主義者や知識人ら義勇軍も参戦したことで、この内戦は国際化の様相を呈した。

1936年11月には、日本とドイツとのあいだで防共協定が調印され、それは翌

37年11月にはイタリアを加えた三国防共協定となった。1938年3月、ドイツはついにオーストリアの併合を実現し、さらに9月にはチェコスロヴァキアに対してズデーテン地方の割譲を要求。それを受けて英仏独伊間で開かれたミュンヘン会談は同地方のドイツへの割譲を決定した。

ところが、ドイツの領土要求はそれではおさまらず、1939年3月にチェコスロヴァキアの解体を断行したかと思うと、リトアニアにはメーメル地方の返還要求を、ポーランドにはダンツィヒとポーランド回廊の返還要求をそれぞれ突きつけた（4月にはイタリアによるアルバニアの占領も起こっていた）。ここに至って、英仏も宥和政策の限界を認めざるをえなくなり、イギリスがポーランドに対する援助を声明し、ルーマニアやギリシャへの保障を約束すると、フランスもそれに続いた。

このときまでに大戦前夜のヨーロッパ国際政治における対立と結合の構図はほぼ確定しつつあったが、ソ連がいずれの陣営につくかはいまだ不確定であった。こうした状況下で、1939年の春以降、英仏ソ三国間の交渉が本格化していた。しかし交渉は難航し、5月にはソ連外相リトヴィノフが辞職し、ドイツとの関係改善に意欲的であったモロトフがその後釜に座った。ポーランドやルーマニアがソ連に敵対的であったことも、交渉成立を困難にした一因であった。そして、交渉の過程で英仏側への不信と疑惑とを募らせたソ連は水面下でドイツとの接触も試みていた。

アロンが『暴政の時代』の書評を発表する1939年4月前後の国際環境とは、以上のようなものであった。そして、この状況を踏まえるならば、アロンがこの書評において、暴政の概念の下にソヴィエト体制とファシズム体制との共通性を指摘するアレヴィの議論をある程度までは認めつつも、同時に両者の差異を強調し、さらにはファシズムに対する共産主義イデオロギーの相対的優位性にまで言及したとしてもおかしくはない。同年6月の「民主主義国家と全体主義国家」報告についても同様である。この報告でアロンはドイツとイタリアのみを全体主義国家としており、ソ連はそこからは除外されていた。

だが、これらをもって戦前のアロンは反共的ではなかったと断言することはできない。第2章の議論からも窺えるように、アロンがかなり早い段階から共産主義に対して批判の眼差しを向けていたということは明らかだからである。また『暴政の時代』の書評においても、共産主義イデオロギーがリベラリズムと対立するものであり、ソヴィエト体制が暴政であるということは認めていた。

しかし、上述のような政治状況にあつて、戦略的考慮ゆえにアロンがソ連への批判をある程度まで抑制したという可能性は考えられよう。

逆にいえば、1939年8月に独ソ間に不可侵条約が結ばれたとき、かかる抑制要因は取り払われることになる。アロンはすでに「民主主義国家と全体主義国家」報告のなかで独ソ提携の可能性に言及していたものの、それでもこの条約締結が発表されるまでは民主主義諸国とソ連の協力という道を捨ててはいなかったのであろう<sup>82</sup>。『回想録』ではそのあたりの事情を次のように説明している。

ヒトラー＝スターリン条約は反ファシズム運動をソ連とともに進めてきた左翼と共産主義者を動転させた。個人的には、私は自分の考えや立場を根本的に見直す必要はなかったが、友人関係のために、また第三帝国に対抗するにはソ連の支援が必要だったためになかば押し殺してきた反共主義が爆発した。スターリンと独ソ不可侵条約を告発しない者たちが我慢ならなくなった。[...] たしかに、各種の事件によって西側民主主義諸国とソ連の同盟は復活し、1939年から41年までの幕間は忘れ去られた。私は決してそれを忘れなかった。[...] それを最後に、私はみずからの思考の論理を、躊躇なく徹底的に追求できるようになった<sup>83</sup>。

この引用から読みとれるのは、独ソ不可侵条約がその後のアロンのソ連評価を相当程度規定したということである。それから約一週間後、ドイツのポーランド侵攻（9月1日）を契機として英仏がドイツに宣戦布告し、第二次世界大戦がはじまる。9月17日には、ソ連もポーランドに兵を進め、東部を占領下に置いた。ソ連はさらに、エストニア、ラトヴィア、リトアニアのバルト三国に相互援助条約の署名を迫り、翌40年7月にはこれらの国々を編入した。一方、西部戦線では1940年の春まで陸上での戦闘は見られず、「奇妙な戦争 la drôle de guerre」と呼ばれる睨み合いの状態が続いていた。

アロンはというと、1939年9月に召集を受け、ベルギー国境近くの気象観測所 OM1へと配属されたが、「[1940年] 5月10日までは暇だった」という。実は

<sup>82</sup> Aron, “États démocratiques et États totalitaires”, p. 48.

<sup>83</sup> Aron, *Mémoires*, p. 158. (邦訳169頁)

アロンは、1937～38年頃から「様々な事件に触発されてマキアヴェリとマキアヴェリズムに関心を抱いていた」ようであり、派遣されたベルギー国境でも「マキアヴェリズムの研究を続けた<sup>84</sup>」。アロンは、1938年から40年5月にかけて書かれたこれらの草稿（以下、「マキアヴェリズム草稿」と総称）を著作にまとめる構想を持っていたらしいが、それは結局、1940年5月以降の敗走に伴う混乱のなかで潰えていった。

したがって、この草稿は未完のままとなったが、それらを紐解くことによって、1939年9月以降にアロンのなかに生じた、微かではあるが重大な変化を見ることができる。第一に、「民主主義国家と全体主義国家」報告の時点では、シニカルなマキアヴェリズムは基本的にはドイツやイタリアの全体主義エリートの特質とされていたのに対し、これらのマキアヴェリズム草稿になると、それがソ連にも関連づけられている<sup>85</sup>。それは、アロンがこの草稿においてマキアヴェリズムを主題化するに至った背景を説明している箇所にも最も鮮明に表れている。すなわち、歴史を振り返ると、マキアヴェリズムをめぐる論争は、カエサルのような支配者が出現し、嘘や虐殺が統治の手法として用いられるたびに繰り返されてきたが、アロン自身は、「ヒトラーやスターリンやムッソリーニの同時代人として、『君主論』や『ディスコルシ』を再読したのであり、マキアヴェリズムの秘密を探し求めた」のだという<sup>86</sup>。

これにも関連して第二に、マキアヴェリズム草稿のなかには、緩やかなかたちではあるものの、全体主義の範疇内にドイツやイタリアと並んでソ連をも分類していると解しうる記述が散見される。例えばアロンは、マキアヴェリズムの理論を検討したのちに、その理論がもたらした歴史的帰結を「全体主義体制

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 152, p. 162. (邦訳163頁、174頁)

<sup>85</sup> ただし、アロンは先に言及した『暴政の時代』の書評においてすでに、「共産主義はファシズムと同様の現実主義的シニシズムへとつながりうる」と指摘していた。とはいえ、そこでは同時に「〔共産主義は〕ファシズムほどにはそのことを誇りとするのではない」とも論じており、その点では、現実主義的シニシズムと同義のマキアヴェリズムとソ連を結びつけるマキアヴェリズム草稿との間にはやはり少なからぬ差異がある (Aron, “L'ère des tyrannies d'Elie Halévy”, p. 304)。

<sup>86</sup> Raymond Aron, “Le machiavélisme de Machiavel”, in *Machiavel et les tyrannies modernes* (Paris: Editions de Fallois, 1993), pp. 59-83, p. 59.

の行動」のなかに読みとろうとするのだが、ここで事例分析の対象となるのはソ連・ドイツ・イタリアの三国である<sup>87</sup>。

さらに第三に、マキアヴェリズム草稿では、「全体主義国家とは何よりもまず一つの政党によって支配される国家のことである」との規定がなされており、一党独裁制が全体主義体制のメルクマールになっている<sup>88</sup>。この理解に従えば、全体主義概念の適用範囲をドイツ・イタリアのみならずソ連へも拡張することは可能であろう。上記の規定はまた、全体主義の本質を「独占的政党体制 *régime de parti monopolistique*」と表現した戦後アロンの全体主義論の萌芽を示すものでもある<sup>89</sup>。

以上のように、独ソ不可侵条約の衝撃はアロンの全体主義論にいくつかの点で重要な変化をもたらすこととなった。では、当時のアロンはその出来事を同時代人としてどのように解釈したのか。そこで鍵となるのが、「欺かれた者たちの時代 *Ère des dupes*」という概念である<sup>90</sup>。マキアヴェリズム草稿の冒頭、アロンは独ソ不可侵条約に触れたうえでこの概念を提示している。

通俗的に用いられている意味でこの語 [=マキアヴェリズムという語] を使うとすれば、我々の時代以上にマキアヴェリ主義的な時代はめったになかった。アルバニアが、教皇の暮らすヨーロッパで最もカトリック的である国 [=イタリア] からの攻撃を受けたのは、聖金曜日 [1939年4月7日] のことである。同じ頃、ソ連はドイツとも西欧民主主義諸国とも交渉を行っていたのだが、それは [みずからの] 協力ないし中立をできるだけ高値で売りさばくためであり、「資本主義列強」のあいだの和解を一切妨げるためであった。こうして、共産主義の宿敵 [ヒトラーのドイツのこと] は、ポーランド (ドイツはこの国と不可侵条約を結んでいた) への侵攻を可能にするという目的のために、ソ連と結んだ。欺かれた者たちの時代である<sup>91</sup>。

---

<sup>87</sup> Raymond Aron, "Machiavélisme et tyrannies", pp. 119-154, esp. pp. 121-122.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>89</sup> Raymond Aron, *Démocratie et totalitarisme* (Paris: Editions Gallimard, 1965).

<sup>90</sup> Aron, "Le machiavélisme de Machiavel", p. 61. [強調は原文]

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 59.

そしてアロンは、「欺かれた者たち」を列挙していく。それはたとえば、「ヒトラーの収容所のなかにいる共産主義者」や「赤いペスト [= 共産主義] からヨーロッパを救うためにスペイン内戦で死んでいったドイツ人」、「集団安全保障と野蛮なファシズムへの抵抗を支持したフランスの共産主義者」などである。共産主義とファシズムがいとも簡単に和解しうるのだとすれば、彼らの払った犠牲とはいったい何のためのものであったのか。「欺かれた者たち」の時代という言葉に込められていたのは、そういう歴史の悲劇性のニュアンスであろう。

歴史が個々の人間を犠牲としながら発展するということが自体は一般的な事実である。これについてアロンは、1938年の『歴史哲学序説』のなかで次のように書いている。

個々の人間は、その人自身にとって、数人の他者にとって、そしてときには人類全体にとって、独自で代替不可能な存在である。それにも関わらず、歴史はぞっとするようなかたちでこれらの個人を消費する。暴力が社会変革に必要とされる限り、この消費を避ける術は見当たらない。人間は歴史の目的のための手段として犠牲にされる<sup>92</sup>。

しかし、マキアヴェリズムに特異であるのは、こうした目的による手段の正当化を極限まで押し進める一方で、やがてそれが一種のニヒリズムへと陥ってしまう点である。すなわちこの教義は、政治的目的のための手段として力の重要性を強調するが、この手段はいつの間にか高次の目的による方向づけを失い、力自体が自己目的化するに至る。その結果、国家権力が至上目的と化し、そのために支配エリートは大衆を手段として利用する。この意味において、マキアヴェリズムは「大衆への軽蔑」を内包した教義なのである。

アロンは全体主義体制のなかにこのようなマキアヴェリズムを見てとった。それはあくまでも通俗化されたマキアヴェリズムであって、マキアヴェリ本人の思想とは切り離して考えなければならない<sup>93</sup>。それでも、すでに後者のなか

<sup>92</sup> Raymond Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire: Essai sur les limites de l'objectivité histoire* (Galimard, [1938] 1986), p. 425. (アロン [霧生和夫訳] 『歴史哲学入門』(荒地出版社、1971年)、407頁)

<sup>93</sup> ここでいう通俗化されたマキアヴェリズムとは、マキアヴェリの思想のなか

に前者を誘発する種が胚胎されていた可能性は指摘できよう。そしてその可能性を発展させてマキアヴェリズムを全体主義理論にまで高めた人物がパレートであり、アロンはこの二人の思想を通じて、マキアヴェリズムを分析しようとしたのであった。

---

に、権力を獲得・維持・拡大する政治的技術（すなわち暴政の技術）や権謀術数以上のものを見ず、共和政や自由を評価・希求したマキアヴェリという側面を無視ないし過小評価する、単純な権力政治観のことを指している（詳しくは、第4章第3節を参照）。

# 黎明期日本社会党の地方組織（1）

——「日本社会党北海道支部連合会期間報告」（1948-1951）の紹介——

前 田 亮 介

[注記]

- ・本稿は北海道大学附属図書館北方資料室所蔵の「日本社会党支部連合会期間報告 昭和23年↔25年」を全文翻刻し、紹介するものである。
- ・今号掲載の（1）では1948～49年末の「期間報告」の翻刻が、次々号に掲載予定の（2・完）では残りの期間（昭和25年とあるが、実際には1951年1月まで存在する）の翻刻および解説が載せられる。
- ・本「期間報告」は、日本社会党北海道支部連合会（当時）が作成したもので、1965年10月に「複製」が本学図書館に寄贈されたようである。原資料の行方は不明であるが、青焼きコピーを元としているため劣化が（おそらく複製前の時点から）著しく、かすれて判読が困難な箇所も散見される。その箇所については■、物理的な困難はないが翻刻者が解説できなかった箇所については□で、それぞれ表現した。
- ・本「期間報告」はおおむね時系列に沿って、また期間ごとに区切って日録体で記される反面、時系列の逆行や同日付の重複も少なくない。以下では基本的に再整理はせず原文の配置のまま翻刻したが、冒頭の1949年（48年でなく）1月14～21日の「期間報告」だけは明らかに誤った場所に挿まれたものであるため、当該時期に移した。
- ・原文は縦書きだが、横書きとした。読みやすさを考慮して、漢数字は年月日に関してのみアラビア数字にあらためた。また適宜、行替えや句読点の加削をおこなった。
- ・資料中の〔 〕は翻刻者の補注であり、（ ）は作成者の原注である。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年1月14日■■■1月27日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と呼称）の行動を左の如く報告す。

記

一、〔1948年〕1月16日〔金〕日本社会党全国最高会議を東京都千代田区神田三崎町・日本大学講堂に於いて開催。

開催第一日目〔1月16日（金）〕は

（1）開会の辞 加藤瞭造

社会党としては本大会こそその運命を決定する重大なる意味を有することを強調す。

（2）議長選挙に松岡駒吉、副議長に松本治一郎、小泉秀吉、辻井民之助、大矢省三。

（3）議事

先づ政策の根本的前提を占むる四党協定に就き紛争化したる為、翌日に繰越さる。

第二日目〔1月17日（土）〕

財政金融、国民生活、農林、中小商工、労働生産増強、政治政策、運動方針、及大会運営、規約改正、役員選、資格審査の各小委員会が別室に於いて開催さる。

第三日目〔1月18日（日）〕

四党協定破棄と修正案に就き賛否夫々の演説が有りたる後、各連合会代議員の投票ありて原案（協定破棄が通過）成立す。

第四日目〔〔1月〕19日（月）〕

役員選挙に全代議員投票に依る選挙実施。

委員長 片山哲 書記長 浅沼稻次郎 会計 中崎敏と決定。

次いで各小委員会報告ありたる後、大会宣言朗読して閉会す。午後七時。

本最高会議には、道連より喜多〔幸章〕書記長、西村〔武夫〕書記次長、高橋〔恒夫〕書記出席し、地方選出代議員として三笠支部小鴨〔義雄〕、北見支部武沢〔??〕の二名同行す。

二、日高種馬牧場及新冠御料牧場解放の為、現地代表者二名、道連より喜多〔幸章〕書記長、渡辺〔國於〕書記上京。

1月21日〔水〕

■■■■■■■■■■〔原文1行ほど判読不能〕的賛同を得。

1月22日〔木〕

農林省畜産局長〔遠藤三郎、1949年1月衆議院選挙に民主自由党から立候補・当選（連続9期）、自民党では岸派に所属〕と面会す。当方の主張である、日高、新冠両牧場が民主化された今日、未だ特権的存在を続け不合理極まる経営と地方民搾取の歴史を主張し、更に数字を挙げて無能力性を断定したるも、局長は未だにその官僚性の中で物を考へ該牧場の実体を不知らざる現情にある。其他社会党選出代議士木下源吾、山中日露史、永井勝次郎を通して解放に尽力して貰うことにした。調査資料不備の為退京に決す。

（以上）

#### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年3月1日より3月13日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と呼称）の行動を左の如く報告す。

#### 記

一、札幌労働者大会を北労会議主催にて午後一時より大通七丁目広場にて開催、社会党道連より西村〔武夫〕書記次長出席。  
「労働法改悪に対する政府の責任を追求しその企図する改悪案即ちクローズドシヨップ制の禁止、非現業官庁の争議禁止、労働委員会の司法化、労組代表の官選化、其他既得権の剥奪を指摘して全面的に反対運動する旨を述べた」。

二、3月7日〔日〕 常任執行委員会、統制委員会、道会議員会を午後二〔カ〕時より道会議員室にて開催。出席者 鈴木〔源重〕委員長、水島〔宣〕副委員長、喜多〔幸章〕書記長、道会議員十六名参集。

- （1）労働法改悪に就いてこれが積極的に反対運動を展開することに決議す。尚共產党とは連繋しない事を申合はせた。
- （2）電気税課税の方針を大衆課税としないで産業資本金家負担とするべく道議会の空気を見てから提案することに決定。  
尚、電産首脳部の経過概要の報告あり。

- (3) 道会議員会改選に対する報告として議員会が成立当時一本立でなかつた為、道連から一方的に決定されたものである為、これが民主的運営を計ることに決議した。役員改選についての諒解成立後、会長に斉藤正志〔石狩支庁選挙区〕が任命された。これで社会党道議員会は田中道政を強力に推進させ、資本家陣営及共産党活動からの攻勢を防ぎ得る具体的態勢に入った。
- (4) 道会議員会（社会党）の幹事として在任していた田中三治道議〔上川支庁選挙区、除名後は民主自由党所属〕が議員会の重要事項協議等其他情報を他党へ漏洩するので、党活動の積極化のため除名を決議す。
- (5) 教員組合争議に就いて横路〔節雄〕道議〔札幌市選挙区、この年12月辞任〕より経過報告あり。即ちストライキは可能な限り避ける方針で妥結点を見出すことに努力している事を強調して教員組合争議解■■■■■■〔総字数不明〕。

常任執行委員会としてはこれから急速解決を決議し、斎藤〔正志〕、西村〔武夫〕両氏を委員に、時田〔政次郎・後志支庁選挙区道議〕、平野〔晁〕常任〔執行委員〕を協力せしめて具体的に行動すべく申合はせた。

<sup>〔ママ〕</sup>  
四、3月11日〔火〕 琴似町懇談会を琴似支部主催にて同町役場にて午後六時三十分より開催。喜多〔幸章〕書記長出席して中央政治情勢として芦田〔均〕内閣成立に関する報告について憲法の首相指名に関する事項説明、社会党の今後の方向として、党大会の決議に基き民主革命を更に検討の上、片山〔哲〕委員長の云う中道政治に進むべき事を強調す。

(以上)

#### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年3月14日より3月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と呼称）の行動を左の如く報告す。

#### 記

##### 一、3月14日〔日〕

引揚者促進道民大会が午後一時西創成小学校にて開催されたので、道連より喜

多〔幸章〕書記長出席し、社会党として

「積極的に連合軍に懇請し、昭和二十三年度中に全部帰還出来る様に協力して総運動を展開したい。そして特にこれ等未帰還の留守家族に対してその生活を十分に援助して行かなければならない」と挨拶す。

二、〔3月〕15日〔月〕

開拓者連盟総会が午前十時より北海道大学農学部講堂にて開催。社会党道連より竹花〔猛〕書記出席し

「開拓の急務は縮小された国土の充分な利用に依る食糧自給への一環としての使命と、失業の潜在が次第に表面に現出して来ている今日、これが失業者の帰農者との組み合わせによる解決も当然期待される。」と述べる。

三、〔3月〕16日〔火〕

三井美唄〔炭鉱〕職場支部懇親会を午後四時より開催。道連より喜多〔幸章〕書記長出席し

「職場支部が地域支部と同等の地位が与へられた事に就いて、今後の職場支部が従来組織運動にどうしても名目だけの地域支部に制約されて来たから、今後は自由且強力に運動出来ると説明。更に、共産党のフラクション活動には断乎として斗はねばならぬ故、支部の強力な運動を展開して欲しい」と結ぶ。

四、3月21日〔日〕より五日間

道連組織部高橋〔恒夫〕常任は滝川地区に出張す。党支部を歴訪して、党地方協議会強化の為の具体的方針確立と不活潑な青年部を強化するために青年部の協議会を設定することに就いてその準備を要請した。これ等地方青年の動きを道連政策に積極的に取上げたいと云う方針を確立した。

五、3月26日〔金〕

滝川化学社会党支部の活動資金カンパを兼ねて、文化運動として演芸会開催す。喜多〔幸章〕書記長出席し

「党活動の為の資金は文化運動を通して行はれることは誠に望ましい事で、實際文化運動を通じる以外に方法がないと挨拶し、更に党の方針として中央情勢をよく観察した上で積極的にかゝる催しをして戴きたい」と述べた。

六、〔3月〕27日〔土〕

国鉄岩見沢主催の各党立会演説会を開催され、道連より西村〔武夫〕書記次長出席し

「社会党の立場から労働組合運動は従来の如く或る特定のイデオロギーを有す

る指導者によつて引きづられて来た。党は労組の民主化の為に敢て立止り真の労働者の自覚に於いて動かされる様に労組運動に積極的に協力応援して行く覚悟である」と論ず。

（以上）

#### 日本社会党北海道連合会期間報告

昭和23年4月1日より4月13日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

#### 記

##### 一、4月6日〔火〕

札幌支部青年部及道連青年書記は、中央より帰道した岡田春夫代議士を迎へて、午後四時より道連事ム所にて「中央情勢と青年部の在り方」・「青年オルグ講習会」の二件で懇談会開催。

「中央情勢は今の所著しい動きはないが、社会党左派と云はれる吾々としては、あくまで党が大衆を基盤として立つている以上その線を強化して青年の情熱と純粋性に俟つて社会党それ自体を強化確立しなければならない。」

次に平田〔勝美〕青年部長

「青年オルグ講習会を開催するに就いて、共産党の活動に対しては先づ青年党員幹部の基本的理論の確立を計り、青年部が各組織を通じてその主導性を確立しなければならない。過去の有名無実の教育を刷新して新たな方法論に立脚したものでなければならない。」

（詳細は添付パンフレット）

##### 二、4月9日〔金〕

日本農民組合・北海道支部大会を旭川市民館にて開催。道連より喜多〔幸章〕書記長及竹花〔猛〕書記出席す。

日本における農民運動、特に本道に於いてはその特殊な封建性の故に最も早く農村に喰込んだる共産党勢力が考へられるが、本日農〔日本農民組合〕大会参集の各代議員は主として共産党員であるため、社会党農村部としては、中央に於ける日本農民組合民主化同盟の線に沿ひ、傍觀的態度を持するのみであった。

##### 三、4月10日〔土〕

苫小牧市制祝賀会に道連より鈴木〔源重〕委員長及び岡田〔春夫〕代議士出席し

「党の立場より中央集権より地方自治の強化に向っている現在、本市が新たに市制をしかれることは甚だ慶賀に堪へない」。

#### 四、4月12日〔月〕

全石炭懇談会を全炭会議室にて開催。道連より太平〔大平郁二〕常任出席。主として、ストライキの宣伝戦、他団体との共同斗争、戦線整理か斗争継続か、に大別して懇談す。

「共産党の矢野〔? ?〕以下三名は、労働法改訂、物価改訂後の斗争は益々追ひつめられた形になるから、あくまで斗争は続行しなければならぬと主張するに對し、太平〔郁二〕常任は国鉄電産も一応計□を打切□□□たる段階に入った以上、現在の様に生産を戦術の三〇□□□□□□□□も上廻っている時、安定恐慌により生産の縮少と失業者を大量に生ぜしめる、これで経済を崩壊せしめる危険があるから、生産増大の唯一の道たる組織労働者の強化によつてその創意と決意に基く生産斗争でなければならぬ〔い〕と、共〔産党〕のスト戦術を理論的に一蹴した」。

#### 五、4月13日〔火〕

コール北海〔社〕主催・各党立会演説会を鉱業連盟にて開催。道連より太平〔郁二〕常任出席。

「炭鉱労働者が賃上斗争をするのは、自己の賃金のみならずむしろ家族の生活必需物資の要求から出発したものである。故に経営者は資本家から一応分離したものである以上、所謂経営者主義と云つたものを確立しなければならない。即ち経営者はむしろ労務者と共に一体となりて経営の主体性を確立したときには、当然労務者とも一体となるものでなければならない」。

又「篠田〔弘作〕（自由党）の米英両国との比較については日本特に本道の原始的採炭法を指摘、柄沢〔とし子〕（共産党）のスト戦術へのアヂテーションに就いてその粗雑な労働者の生活改善方式を粉砕した」。

#### 六、4月13日〔火〕

メーデー対策準備委員会を公民館にて開催す。道連より塚本〔肇〕常任出席。〔4月〕30日は青年夫人総蹶起会による炬火行進によりて始まる。5月1日は映画・演劇・音楽会を開催する。予算は十万円とし、五万四千五百円は全道から残は札幌負担と決定した。スローガンは、（1）■■■賃金制の確立、（2）

世界労連への参加、（3）〔以下ほぼ1行判読不能〕改悪反対、（5）大衆課税  
反対

（以上）

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年4月14日より4月26日までに至る日本社会党北海道支部連合会（以下、  
道連と称す）の行動を左の如く報告します。

記

4月14日〔水〕

都市計画地区農地指定の現地調査の為、委員会の小作層代表である道連書記長  
喜多幸章は留萌市に出張、調査後、社会党留萌支部幹部と懇談を行った。

4月15日〔木〕

鈴木〔源重〕道連委員長、釧路地方大会出席の為出張の途中、白糠支部、並に  
尺別、庶路の両炭砦を15、16〔日〕の二日間遊説す。なほこの時、尺別炭砦労  
組委員長本田力蔵氏、党に入党することを確約せり。

4月15日〔木〕

喜多〔幸章〕書記長留萌よりの帰途、浅野、沼沢両支部にて懇談会を幹部と開  
催。国際情勢、議会情況、並に党最近の状勢に関し意見の交換を行った。

4月14日〔水〕

道連高橋〔恒夫〕常任書記は14日より2日間、北空知地方の党支部の状況調査、  
並に岡田〔春夫〕代議士の遊説連絡、及び青年部オルグ教育計画実施の件につ  
き、豊沼、砂川、上砂川、歌志内、赤平、豊里、茂尻、瀧川の各支部を巡廻す。

4月15日〔木〕

小樽漁民組合代表の一行が鯨不漁による加配米の配給停止に関し〔田中敏文〕  
知事に対してその配給を陳情に来たので、道連□□〔にてヵ〕時田〔政次郎〕  
道会議員がこれを紹介あっせん〔斡旋〕す。

4月17日〔土〕

全石炭道支部臨時大会に岡田〔春夫〕代議士も大要左の如き発言をなした。  
「全石炭のこれ迄の斗争は非常に戦動的に勇ましいかぎりではあったが、その  
中に何か割切れぬ物がある。然も粗雑な感じはまく〔ぬ〕かれなかったが、

敗戦以来既に三年、その労働運動にも斗争戦術にも唯多数で压せば良い、大衆の圧力でかくとく〔獲得〕しようと云ふごとき幼稚な域より早くだつ〔脱〕して、敵が策をろう〔弄〕すればするほどかえつて冷静にどう〜たる態度で斗ふ様にしてもらいたい。

又現在炭砒労組の戦線が四つにも分裂して居る事は、資本家陣営が完全な起〔立〕直りを見せた今日、実に労働階級によつて残念な事であり、我々の力がその統一の為にいささかでも役に立つならば、如何なる労苦もおしむものではない。今迄の色々ないささかは一切水に流して統一の為の斗争を新に展開せられん事を望む。さもなくば、折角一歩前進と考へられた炭砒□□□□価値もと□□□労働者の総力の結集がなければ半減する□〔でカ〕あらう」

4月18日〔日〕

春採支部結成大会に鈴木〔源重〕委員長、太田〔益夫・釧路市選挙区〕、本間〔武三・釧路国支庁選挙区〕各道議出席、党员約百名出席して運動方針の決定、役員選挙を行った。同日、釧路支部の第二回大会が行はれ、同じく委員長、両道議出席し新たな態勢を確立した。

4月18日〔日〕より

岡田春夫代議士が空知地方の各炭砒並に党支部を視察、国会報告並に内外状勢及び炭砒国管問題に関する講演会、座談会を開催す。

4月22日〔木〕

北海道議会招集さる。電気消費税徴集に関する再審議を行ったが、来る〔4月〕30日再び招集されて審議する事になり、その間各党より代表が上京して実情調査する事を決定。社会党としては上京中の西村武夫道議を調査代表と決定す。なほ、党道会議員会としては態度未決定なるも、原案讚成に大勢は向つてゐる。

4月22日〔木〕

室蘭登別に於いて開かれた道国鉄合同大会には道連より炭砒部長大平郁二が出席、大要左の如き発言をなした。

「少数の考へるイデオロギーによつて正しき労働運動を左右してはならない。我々は特に官公労組が一般の輿論を軽し〔視〕して我が国内外の諸情勢を考へもせず、一方的に政府攻撃をやる事に対して疑ぎ〔義〕を持つ。願はくば命□の労働運動に□かず、自らの官僚セクショナリズムを□ぜ□□ると同時に健全な、しかも御用化されざる斗争を展開されん事を切望す。」

4月21日〔水〕

## 黎明期日本社会党の地方組織（1）

本日より三日間都市計画地区農地委員会が日本赤十字支社会議室にて行はれ、喜多〔幸章〕書記長出席す。

### 4月25日〔日〕

高橋〔恒夫〕常任書記、稚内に出張。中野〔了応？〕組織部副部長と組織整備問題にて懇談す。

### 4月28日〔水〕

北海道新聞第一労組の結成式が公民館にて行はれ、喜多〔幸章〕書記長出席す。

### 4月28日〔水〕

衆議院鉱工業常任委員長伊藤卯四郎代議士、北海道の炭砒視察の為に来道、28日は党本部にて在札の道連幹部（鈴木〔源重〕委員長、喜多〔幸章〕書記長、西村〔武夫〕書記次長、本間〔武三〕組織部長、斉藤〔正志〕、佐藤〔吉次郎（夕張市選挙区）〕各道議、佐藤〔昭三？〕会計監査、進藤〔浪治（正雄）〕総同盟組織部長、塚本〔肇〕同□□部長、□□〔渋谷カ〕同青年対策部長、高橋〔恒夫〕党青年部常任）と意見の交換を行った。なほ、午後一時よりの□〔全カ〕労協力会議には道連より□〔西カ〕村、佐藤〔吉次郎〕道議が出席す。

以上

## 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年4月29日より5月13日までに至る日本社会党北海道支部連合会（以下、道連と称す）の行動を左の如く報告します。

## 記

### 4月30日〔金〕

岡田春夫代議士、上砂川の党支部準備会並に上砂川労組の要望にもとづき再度上砂川に演説会を開催す。

### 5月1日〔土〕

札幌メーデー大会に道連より喜多〔幸章〕書記長祝辞を、国会労農議員団を代表して岡田〔春夫〕代議士も祝辞をのべた。なほデモ行進には党として二十五名参加す。午後五時より青年部幹部教育の為に全道オルグ講習会の発会式が行はれてこの日より一週間合宿教育が行はれた。

### 5月2日〔日〕

札幌支部の再建の為の強化□新懇談会の結成式が公民館にて開催されたが、道連より喜多〔幸章〕書記長が出席。札幌支部の行動はたゞちに本道の各支部にえいきよう〔影響〕する故組織上に於いて党中党を作る様な事なく、労働階級を中心とする協同戦線党である事を明記してしんちょう〔慎重〕にしかも勇敢に<sup>〔ママ〕</sup>斗ひ組織強化を完成される様」との希望をのべた。

### 5月3日〔月〕

午後六時より札幌市主催の立会演説会「日本ははたして民主化されたか？」に道連より喜多〔幸章〕書記長出席、大要左の如き演説を行ふ。

「各党共に衷心□□□□□□して日本の民主化を歓迎してゐるが、政策や時局の批判にいたってはおよそその逆を行く反動的社会観政治論であつて、私はこれら□□□□憲法祝福は欺瞞であり、面従腹背であると断ぜざるを得ない。また真に民主憲法を祝福し、これの確立に協力するものは、旧憲法に立てこもつて暴威を振つた支配階級から解放せられる勤労大衆でなければならぬ。」

と民主化の階級性を指摘す。

### 5月3日〔月〕

岡田〔春夫〕代議士夕張にて午後六時より演説会並座談会を開催、参集者約百五拾名。中央政治情勢並に炭砒国管について炭砒人と交流す。

### 5月4日〔火〕

岡田〔春夫〕代議士登川にて午後一時より座談会を開催、参会者約三〇名（論旨同上）。午後六時より真谷地にて座談会、出席者百名。

### 5月5日〔水〕

岡田〔春夫〕代議士夕張鋳業所にて□一〇時より労□拡大執行委員会開催し□□臨時会を行□□、出席者は三百五拾名。午後一時より新夕張にて開くも連絡能さる分の総出席者百名。夜六時より平□館にて演説会、出席者一五〇名。

### 5月7日〔金〕

联合会青年部拡大執行委員会を午後一時より公民館に於いて開催、道連青年部の再建強化運動を強力に展開する事を決議。なほ動議として平野晁青年部長の辞意の表明があり、会議にはかった結果辞任をみとめ、後任として次期大会迄平田勝美副部長が部長代理をする事に決定す。

### 5月8日〔土〕

岡田〔春夫〕代議士西芦別にて午後六時より演説会、座談会を開催。出席者

二〇〇名。

**5月9日〔日〕**

岩見澤にて大平郁二道連炭砒部長招集による炭砒党員会議を開催。岡田〔春夫〕代議士、高橋〔恒夫〕道連書記も出席して炭砒連絡協議会を作る事を決定。炭砒に強化する党組織を作って統一ある運動を展開、党勢拡大と資本、極左の両攻勢より炭砒労働者を守り抜いて増産運動の推進力ならしめんとするものである。

**5月10日〔月〕**

午后三時半頃、道連事務所屋根裏より火を発生し火災となるも早期発見の為事なきを得た。現因を調査の結果、附近煙突よりの飛火とはん〔判〕明す。

**5月12日〔水〕**

午后一時より北労会館に於いて労農救援会の世話人会が開催され、道連より高橋〔恒夫〕常任書記出席、社会党が労農救援会に参加することを決めてきた。但し、□□団体は北労会議の□□団体と□□せる社会党のみで、中立、総同盟、農民団体の参加はみられなかった。

(以上)

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年5月14日より5月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

記

(一) **5月17日〔月〕**

道連常任執行委員会を午後一時より道連会議室に於いて開催。鈴木〔源重〕委員長以下十名参集。

道連事務所買収に関して百万円募集の方法について論議し、〔5月〕27日開催予定の執行委員会に諮るべき原案として国会議員五〇万円、道会議員三〇万円、地方支部二〇万円と基本的負担額を決定した。

(二) **5月20日〔木〕**

各党立会演説会を岩三沢地方美流渡炭砒にて開催（美流渡会館）。道連より西村〔武夫〕書記次長出席し

「労働組合運動の方向が重大岐路に立っている。勿論主として共産党のフラクション活動を排除して行かなければならないが、外資問題と相俟って全体主義的動きが顕著である。正に労働組合の主体性を確立すべきのときである。」と。

### (三) 5月21日〔金〕

札幌公民館に於いてセントラル、モーシヨン、ピクチャ、エクステンヂ〔セントラル映画社〕主催・各党立会演説（題名 民主選挙は如何に在るべきか）開催。道連より喜多〔幸章〕書記長出席す。

「協同民主党、民主党、民主自由党は夫々イデオロギー及政策によつて分れる。従つてイデオロギー政策は国民生活の基盤から出ると云うことになる。社会党は勤労大衆の結合体の民主的政党で、政策の執行は選挙を対象とするもので、しかも政治的目的の一部であつて手段ではない。故に選挙は最も公正妥当なものでなければならぬ。買収響応は最も悪質な非民主的なものである。法律は違反者に対しては罰が軽すぎると考へる。選挙法は現在進行中の臨時選挙法を支持するものである。」と。

### (四) 5月22日〔土〕

余市支部大会に境〔一雄〕代議士、時田〔政次郎〕道会議員等出席し、演説会開催。境代議士は中央情勢を次の如く報告した。即ち

「外資導入を契機として、中央でもその受入態勢は如何に在るべきかと論議されている。社会党としては当然速かに日本経済再建を目標にして、共産党の如き全体主義的態度は断乎排撃するものであり、少くとも民主主義の擁護を断行せんとするときは、独自なる方針即ち主体性の確立がその前提条件である。」と。

### (五) 5月27日〔木〕

第四回執行委員会を道庁会議室において開催。ニセコ支部四八名の参集。主として、道連事務所買収に干する件で白熱の論議が交されたが、結極党活動のためには事ム所を不安定にして居いてはならないと結論した。募集に抛身することを申合はせた。

又、西村〔武夫〕書記次長□□〔よりカ〕提案されたる芦田〔均〕内閣のタフト・ハートレイ法の導入せんとする意図は、トルーマン大統領、大西洋憲章其他、世界民主主義の護持者の等しく反対するところのものである。吾々は芦田内閣のかゝる悪法に対し少しでも動くならば、当然猛反対運動を起すべし」と。

各支部員は充分研究の上、対処すべきことを決定した。

（以上）

### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年6月（5月29日）1日より6月13日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

### 記

#### 5月29日〔土〕

夕張郡角田村字栗山町にて栗山新聞主催政党討論会。「如何にすれば大衆の生活は楽になるか」。道連より喜多〔幸章〕書記長出席、

「新しき民主主義下の国民は、社会進化の方向即ち社会民主主義の線に沿って政治的に目覚めることが最も基本的なる要素である」

討論会終つてから、聴集に対し政党支持輿論調査を為す。社会党三六五、共産党一七二、自由党一七二、国協党一三六、民主党四四。

#### 6月3日〔木〕

深川町社会党深川支部後援、郷友会（青年団）主催の社会党演説会“政治研究の夕”を開催す。道連より喜多〔幸章〕書記長出席。

「社会党の性格が社会民主主義の原則に立脚して、民主革命の現段階に於いては、極左及極右の反動攻勢と斗はなければならない。」

#### 6月3日〔木〕

北見紋別町古屋正気追悼演説会開催。道連より荒〔哲夫〕、佐藤〔吉次郎？〕、平野〔晁〕、磯村〔匡〕各常任執行委員出席。各常任委員は夫々の立場より「<sup>マ</sup>古屋氏の生前に於ける活躍を追想して後、祖国の再建は社会民主主義を原則としたる平和革命以外にないことを数々引用して多数の参集者を魅了した。

#### 6月9日〔水〕

全通北海道大会が小樽で開催され、道連より西村〔武夫〕書記次長出席。

「現日本の労働運動特に官業労働者の最前衛にある全通労働組合がその労働組合の正しき在り方、即ち民主主義の徹底は更に大きな苦難の後にこそ達成されなければならない。」

#### 6月10日〔木〕

道労働委員選任問題につき知事〔田中敏文〕と北労会議の紛争依然たるものがある。道連では、北労、中立、総同盟の三団体に懇談申入れを為すも、結極空廻りに終り結論を得ず散会。事態拾収には益々見通しがつかなくなつたが、更にこれが問題に対して努力することを協議しなければならぬ。

(以上)

### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年7月1日より7月13日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

### 記

#### 7月10日〔土〕

午前十時より札幌公民館に於いて道連第二回地方委員会開催したが、出席人員不良のため（午前中）各支部よりの一般党運動、特に共産党フラクション活動に対する斗争を中心とした運動について報告ありたる後、自由討論に入る。主として、今回の予算反対投票の社会党青票の除名が是か非かについて論争す。反対票是とする方は、統制問題から党規に反することは理由の何たるを問はず分派行動であるから除名されて然る可き』と云う論拠で、一方除名が非であるとの理由は「社会党が、勤労大衆の政党である限り、社会党大会で決定された基本的性格、即ち勤労大衆擁護のため忠実に行動すべきであるから除名は全く非である」と云う。

#### 7月11日〔日〕

昨日に引続き地方委員会開催。地方委員は二十九支部、六十一名出席し、更に千葉〔信〕参議院議員、永井〔勝次郎〕衆議院議員出席す。千葉、永井両議員の夫々の立場より、中央政治情勢の報告ありたり。大要は次の如き報告す。

千葉「社会党が今日勤労大衆の信を失っているのは、西尾〔末広〕等の、党を全く汚濁せしめる行為があるからで、更に社会党立党の精神、党大会の決定を次々破棄して行くからである。吾々は、最初から新党とか、脱党とかは考へていなかった。しかし、今回の青票を投じたことは、附随的なことで、その本質は、粛党にあった」と説明す。

永井「予算問題と党の態度について云へば、時間的に又技術的に云って社会党

としては全くインフレ促進以外何ものでもない。〔昭和〕23年度予算には修正案で臨んだが、結果は不成功だった。しかし一応予算をのんで社・民両党の提携が限界に達した今日、今後活潑に斗つて行く覚悟である」と述べた。続いて「第三号議案 本部及通達事ム所建築資金公募に関する件」を審議す。これは全道支部が文化的、経済的、凡ゆる方法で、建築費二十万円、活動費九万円、負債十二万円余、計六十万円のカンパを展開することに一決した。

「第四号議案 道連第四回大会召集に干する件」

代議員は党員二十五名に付き一名、支部代表一名、青年部十名、婦人部五名、選出する。大会開催は臨時国会と見合はせて8月下旬か9月上旬札幌市に決定す。

「第五号議案 党統一強化対策に関する件」

各支部より意見、要求、申入れ等続出したが、結極、原案である「除名及脱党反対、議員及個人の分派的活動の禁止、肅党の徹底、党内デモクラシーの確立、中央委員会開催要求を可決した」。

残余の議案である、「労働対策に関する件、燃料対策に関する件、九支庁制に関する件、全道遊説計画に関する件、支部代表者会議に関する件」は常任執行委員会へ一任し、「道政調査会長選任に関する件」は、古屋〔正気〕前道議死去によつて空席となつているので急速に決定すべく、道会議員会へ一任して閉会した。

(以上)

#### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年6月14日より6月27日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

#### 記

##### 6月14日〔月〕

午前九時より「道労働委員選出」問題で、労働総同盟、中立組合、北労会議三者代表と、道庁会議室にて労働委員依嘱に関する紛糾について懇談したが、北労会議の自説固持のため妥協不成立に終つた。

##### 〔6月〕18日〔金〕

札幌市連合青年団主催「外資導入は如何に在るべきか」のテーマにて、五大政  
党立会演説会を五時半より中央公民館に開催。

道連より太平〔郁二〕 常任出席し、

「米国の対日政策が日本の非武装化と云う段階から、経済的自立の促進及共産  
主義の防壁としての日本の確立と云う進展が基本条件になった今日、外資導  
入はマーシャルプランに対蹠すべきアジア復興計画、即ち世界全体の復興と  
調和のとれたものにならねばならぬ。それには、基礎産業の生産設備に対し  
て行はれなければならない、個人に対する直結した外資には反対である。」と  
の概要を論舌した。

〔6月〕23日〔水〕

小樽市配炭公団従業員組合大会に道連より太平〔郁二〕 常任出席。

共産党広谷〔俊二〕氏の現下日本の労働組合が民主化同盟とか御用組合として  
多く資本家陣営に利用されていると極言したのに対し、

「確かに資本陣営の反動攻勢は激化しているが、民主化同盟其他労働組合の民  
主化運動は一にかゝつて共産党の悪辣なるフラクシオン活動による、日本民  
主化の阻碍にある。少くとも共産党が人民大衆の党と自称するからには、自  
己反省の度合不足も甚だしい。」

とこれを一蹴した。

全日 午後五時半より公民館に於いて党本部派遣の加藤宣幸（青年部副部長）、  
野沢慎之助（事ム局長）を中心に、道連青年部平田〔勝美〕 副部長外委員出席  
し、7月15日より中央にて開催される青年部全国大会について、道連青年部提  
出議案「戦術戦略」についての見当、派遣代議員割当に対する連絡事項の協議、  
其他西尾〔末広〕 献金に発する肅党問題を急速に運動化し、全国青年部の大同  
団結を強化すべき事を申合せた。

(以上)

#### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年7月14日より7月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下  
道連と略称）の行動を左の如く報告す。

記

### 7月14日〔水〕

高橋〔恒夫〕常任書記、豊沼支部へ出張。午後八時より岡〔? ?〕書記長宅にて「党統一強化対策に対する懇談会を開催。地方委員会の決定の線<sup>ア</sup>を再確認するも、岡田〔春夫〕氏等除名脱党組に対する同情強し。

### 7月15日〔木〕

喜多〔幸章〕書記長、高橋〔恒夫〕書記、夕張に出張。午後七時より夕張市市民会館にて佐藤〔吉次郎〕支部長以下三十名支部幹部出席、今次の除名脱党問題に関して地方委員会の決定の線並に道連の今後方向を発表。

座談会に於る結論として、党の主体制確立の為に徹底的な粛党は必要であるが、それは党にとゞまつていて可能なのであつて、脱党してしまへば不可能であり、今度の事件は共産党フラクの戦術に乗ぜられたものである、日本の民主革命は社会党が主体となる以外に成功しないとの判断を得て散会した。

### 7月17、18日〔土、日〕

社会党青年部全国大会 東京、神田、明治大学講堂に於いて開催、北海道代議員割当三十五名なるも旅費その他の関係にて平田勝美道連青年部長代理を団長として十二名出席す。代議員団出発前に全道青年部委員会を開催、左記の件に関して基本的態度を決定させた。

一、本部より提出された青年部運動方針規約改正については、道連にて考へて居た方針に大体一致する故承認、具体的問題は代議員団に一任。

二、西尾〔末広〕問題に関して

社会党が土建業者より政治資金をもらつた事に対して非難ごうべと起り、たとへ結党以来、党の最高主脳部の一人として社会党に対する功績は認めるとしても、社会党を真の大衆政党とする為には西尾を除名すべしとの意見に一致。北海道としての態度を決定す。

三、除名脱党問題に関する件

(イ) 基本的には地方委員会の決定、即ち

- (A) 除名及び脱党反対
- (B) 議員及び個人の分派的行動の禁圧
- (C) 粛党の徹底
- (D) 党内デモクラシーの確立

の四項目の線にそ〔沿〕う事とするも、青年部の特殊性に鑑みて具体性をしめす事をも含めた。

(ロ) 岡田春夫に対する青年部の<sup>ア</sup>対度

岡田氏は今度の問題の中心人物であり、中央執行委員会にて除名されては居るが、青年部長であり、然も北海道選出である故、我々はあくまでも岡田氏を大会に出席させて岡田氏をようご〔擁護〕する事に意見の一致を見た。

右の如き基本線を代議員団に確認させ、全国の同志と連絡をとつて、党の反動化を防衛する様に要望したのであるが、大会は当初より左右対立して抗争し、西尾問題は一応除名要求決議したるも、青票組の脱党問題に関して票決に入つたが、過半数に満たざるも議長決定せる為、青票組賛成派二百数名退場、北海道もこれと同一行動をす。残留派は会議を続行、役員を選出したが、退場派は認めず、純化同盟を組織す。この間、北海道代議員は退場したものの、冷静な立場に立つて両派の感情的な争こく〔相克〕の中に理性を呼びおこし、青年部が団結して、党の反動化をふせぐ<sup>ア</sup>為に斗ふ事を約束させ、各県連に帰へつて組織の中よりこの運動を起し、<sup>ア</sup>新<sup>ア</sup>た<sup>ア</sup>めて臨時大会を開く事をも申合せて来た。

## 7月17日〔土〕

岩見澤にて三笠、美唄、ミルト〔美流渡〕、岩見沢各党支部の合同座談会を開催。道連より木下〔源吾〕参議〔院議員〕、和田〔敏明〕衆議〔院議員〕出席、党統一強化に関して道連の決定をさらに中央情勢にもとづいて妥当である事を話した。

## 7月17日〔土〕

夜、栗山にて栗山、長沼、由仁、幌向各支部の合同座談会を開催。道連より、木下〔源吾〕参議、和田〔敏明〕衆議並に河崎〔なつ〕参議出席。今次の青票組の行動について説明、批判を行ひ、党幹部の反動化を防ぐ<sup>ア</sup>為には党内にて肅党運動を行ふ以外に不可能である事を話す。

## 7月18日〔日〕

美唄にて美唄支部再建の準備会を開き西村〔武夫〕書記次長出席。会合は岡田〔春夫〕氏の出身地なる故、除名問題が中心となり、結論として岡田氏の帰道後よく事情を聞いた上、再建運動を起す事に決定した。

## 7月19日〔月〕

道連緊急常任執行委員会、午後一時より水島〔宣〕副委員長宅にて開催。出席者 鈴木〔源重〕委員長、水島副委員長、喜多〔幸章〕書記長、三澤〔正男〕・平野〔晁〕・荒〔哲夫〕・佐藤〔吉次郎〕・磯村〔匡〕・寺島〔親藏〕・時田〔政次郎〕各常任及び正木〔清〕衆議、千葉〔信〕参議。

去る〔7月〕11日の地方委員会に於ける常任部に附たくされたる議題を中心としたるも、肅党問題にのみ論議が集中し、西尾問題は肅党より切はなして除名決議をすべしといふ強い発言もあつたが、肅党と云ふわくの中で問題を処理する事にした。更に小樽選出の境〔一雄〕氏の問題について、委員長より境氏は小樽支部の決定にまかすとの意志表示のあつた事を報告、道連としてはこの際岡田〔春夫〕氏並に全通、国鉄に關係のある千葉、館〔俊三〕をのぞき、境と山中〔日露史〕両氏には脱党かん告を行ふ事を決議。境氏には齊藤〔正志〕道議会長他二名、山中氏には三澤道議他二名の派遣を決定、更に千葉、館両氏には委員長が個別的に心境を聞く事に決定した。

#### 7月20日〔火〕

喜多〔幸章〕書記長尺別に出張。尺別支部結成に關して連絡に來たため、炭硯職場支部の重要性にか〔ん〕ゞみて特に新しい組織確立の為に社会党をはつきりはあく〔把握〕させるべく、座談会を開催、出席者百名。

#### 7月21日〔水〕

喜多〔幸章〕書記長、雄別に出張。尺別によつたので、最近結成を見た雄別炭硯職場支部の実体調査を行ふ。

#### 7月22日〔木〕

喜多〔幸章〕書記長釧路に出張。釧路支部春採職場支部に立より懇談す。

#### 7月22日〔木〕

紋別支部大会、道連より永井〔勝次郎〕代議士、荒〔哲夫〕道議、磯村〔匡〕常任出席、古屋〔正氣〕支部長死亡後、支部長が空席になって居たが、この年次大会によって吉澤孝作氏が支部長に就任す。大会後、時局批判、ならびに党内問題に關して演説会、座談会を開いた。

#### 7月22日〔木〕

三井美唄に於ける立会演説会。午後五時半より三井美唄労働学校に於いて「労働法改正をすべきか」について立合演説会が開催され、道連より寺島〔親蔵〕組織部長出席、

「原則として労働法は改正すべきものではないが、日本の労働運動の現情をみる時に労働者はこれに対する義ム觀念の無い事が痛感される。若しもこのような運動が一方的に行はれて行くなれば、国民全体の為にゆるされるものではなく、日本人の民主化に応じた法規に改正される可能性が生じる。問題は労働組合が完全に民主化され組合員大衆が自覚して労働法の改正されざる様

守るべきである。但しこの機乗じて反動分子のさくどう〔策動〕する行為に対しては、断固斗ふべきである」との発表をす。

**7月23日〔金〕**

荒〔哲夫〕、磯村〔匡〕常任、網走支部に出張。網走支部幹部と党内問題及び支庁移転問題に関して意見の交換をす。

**7月23日〔金〕**

書記長〔喜多幸章〕、三井美唄に出張。三井美唄支部より連絡あって三井美唄が最近非常に反動化しつつあるとの事により、書記長、実情を調査におもむく。

**7月25日〔日〕**

書記長〔喜多幸章〕、三笠支部に出張。「党統一強化に関する」座談会を開催、道連の態度を報告すると共に、三笠支部の情勢を聞く。

**7月25日〔日〕**

佐藤〔? ?〕秘書（正木〔清〕商工次官）、高橋〔恒夫〕常任書記琴似に出張、座談会を開催。肅党は党内にとまてやるべしとの意見一致を見た。

**7月27日〔火〕**

札幌市自治講習所にて本部主催北海道地方ブロック会議、並に道連主催支部代表者会議、道連執行委員会を開催。

出席者

本部 加藤〔瞭造〕組織部長、正木〔清〕、井上〔? ?〕両執行委員

道連 鈴木〔源重〕委員長以下各常任、執行委員、地方委員、支部代表約百五十名。特に岡田〔春夫〕氏をも出席せしめる。

午前十時より午後七時半迄会議を続行、左の如き結論を得て、分裂か否かを注目されて居た道連は完全に分裂を回避す。

一、青票組六名の除名については本部の処置を一応承認するが、道連としては別個に除名取消しを中央委員会で要求する。

二、脱党者には反対、肅党問題は西尾〔末広〕問題をも含めて組織の末端より運動を起し、上層部に及ぼす。

との地方委員会の決定を再確認した。

**7月28日〔水〕**

琴似にて時局批判、農業問題演説会を開催、道連より正木〔清〕、喜多〔幸章〕、荒〔哲夫〕三氏出席。参集者約二百五十名。

以上

日本社会党支部連合会期間報告

日本社会党北海道支部連合会が昭和23年8月1日より8月31日に至る行動を左の如く報告す。

記

8月9日〔月〕

午前九時より札幌市薬師会館にて道連支部代表者会議開催、木下〔源吾〕参議〔院議員〕出席のもとに、片山〔哲・社会党〕委員長遊説対策、道連第四回大会準備に関して討議さる。片山委員長遊説は既定の方針にて日程承認を求め、異議なく決定。第四回大会準備は第二回地方委員会決定通り進行させる事にして急速に各支部の対策を夫々樹立することにした。

8月17日〔火〕

日高国静内町公会堂に於いて社会党静内支部結成会開催、道連より喜多〔幸章〕書記長、渡辺〔國於〕・竹花〔猛〕書記出席す。党员五十四名。

「片山委員長遊説報告」

8月13日〔金〕

札幌公民館にて午後七時より演説会開催。片山〔哲〕委員長は社会党が民主革命の主体的勢力としての社会党が、政治的には民主主義、経済的には社会主義、国際的には平和主義を前提として、新日本の再建に邁進すべきだと結ぶ。勝間田清一、島清、笹口晃の三名も夫々、中小商工業対策としてのインフレ収束は社会党の基本政策の断行に在ると決論し、又予算問題は客観状勢の逼迫で国民生活の安定がこれを社会党案では如何とも出来得なかつた点を解明した。時局批判も民主党内閣の政策の限界が国民生活の安定より破壊する方向にのみ馳<sup>マ</sup>っていることを理論的にも現実的にも明確な判定を下し、三千の聴集<sup>マ</sup>をして完全に納得させた。

8月15日〔日〕

岩見沢市役所にて午後一時より演説会開催、聴集約一千名、鈴木〔源重〕道連委員長、島〔清〕、笹口〔晃〕、片山〔哲〕と札幌に於けると同様の要旨にて熱弁を振う。

○砂川町豊沼の東洋高压厚生会館に午後五時より演説会、聴集約一千八百名。

弁士は島、笹口、片山（論旨は札幌に全じ）

○滝川町劇場にて二十時より演説会。聴集約二千名、鈴木道連委員長、島参議、  
笹口、勝間田代議士、片山。

#### 8月16日〔月〕

○帯広市十勝会館にて午後七時より開催。聴集三千名、鈴木〔源重〕道連委員  
長、笹口〔晃〕、勝間田〔清一〕、森三樹二代議士、片山〔哲〕。

#### 8月17日〔火〕

○釧路市春採太平洋炭砒にて十四時より開催、坑夫其他一千二百名参集、森〔三  
樹二〕、勝間田〔清一〕、片山〔哲〕。

○釧路市国民劇場にて十七時より聴集二千のもとに永井〔勝次郎〕、森、島〔清〕、  
勝間田各代議士、片山。

#### 8月18日〔水〕

○釧路国弟子屈にて（弟子屈劇場）十四時より演説会開催。永井〔勝次郎〕、  
島〔清〕代議士、片山〔哲〕。聴集七〇〇余名。

#### 8月19日〔木〕

○北見市遊楽館十七時より森〔清〕、永井〔勝次郎〕、島〔清〕、笹口〔晃〕、片  
山〔哲〕。市民約一千五百名。

○網走市午後一時より演藝館にて永井、笹口代議士、片山哲。聴集約一千八百  
名。

#### 8月20日〔金〕

○遠軽劇場にて九時より永井〔勝次郎〕、島〔清〕、笹口〔晃〕代議士、片山哲。  
聴集一千六百名。

#### 8月21日〔土〕

○士別劇場九時より和田〔敏明〕、笹口〔晃〕代議士、片山哲。聴集二千名。

○旭川市駅前広場に十七時半より街頭演説会開催、聴集約八千名、木下源吾、  
島〔清〕、勝間田〔清一〕各代議士、片山哲。

#### 8月22日〔日〕

○角田村栗山小学校にて十時より喜多〔幸章〕道連書記長、島〔清〕、笹口〔晃〕、  
片山哲。聴集一千五百余。

○新夕張演藝場にて十七時より、喜多、島、笹口、片山哲。聴集二千五百名。

#### 8月23日〔月〕

○余市町昭和座にて十五時より開催。聴集一千三百名、時田〔政次郎〕道議、  
喜多〔幸章〕、片山哲。

○小樽市市会議堂にて十七時より。木下〔源吾〕、島〔清〕、勝間田〔清一〕、横道〔横路節雄〕道議、片山哲。聴集約二千名。

**8月24日〔火〕**

○苫小牧市喜楽座にて十二時より開催。喜多〔幸章〕、木下〔源吾〕、笹口〔晃〕、片山哲。聴集一千名余。

**8月25日〔水〕**

○伊達紋別町共楽座にて九時より開催。聴集一千八百名。喜多〔幸章〕、木下〔源吾〕、島〔清〕、笹口〔晃〕、片山哲。

○室蘭市共楽座にて十九時より演説会。木下、島、笹口、片山哲。約一千八百名参集。

**8月26日〔木〕**

○長万部劇場にて喜多〔幸章〕、木下〔源吾〕、島〔清〕、片山哲の順序にて開催（九時より）、聴集約八百名。

○八雲町八雲劇場にて十五時より演説会。木下、笹口〔晃〕、島、片山哲。聴集一千六百名余。

○森町小学校にて十三時より喜多、島、片山委員長夫々演説す。聴集約二千一百名。

○函館市新川小学校にて十九時より最後の演説会開催す。木下、笹口、島、勝間田〔清一〕、片山哲。聴集約二千五百名。

**8月27日〔金〕**

片山哲一行退道。

**8月29日〔日〕**

十勝国清水町社会党支部結成式を○旅館にて開催。道連より森〔三樹二〕代議士、荒〔哲夫〕道会議員、喜多〔幸章〕書記長出席す。党员五十五名。全日十九時より消防会館にて演説会開催す。

喜多は、社会党の性格について勤労大衆の結合体としてその各々の階級の共通点を具現する目的を有する政党であると。荒道議は、農村問題を解決するには国民全階層の協力とその上に立った政党の政治的な議会斗争がなければならぬと決論す。

又森代議士は議会報告として、〔昭和〕23年度予算が国民生活に重大な影響を有するものであるが、社会党としては、最小限度の妥協線に立脚して時間的な危機を乗切つたものであると。又公務員法改正に就いては、マ〔ッカーサー〕

元帥の書簡が命令でない以上、政令が苛酷に過ぎることは有り得る。しかしこれも法令として出る迄は出来るだけ勤労大衆の線に沿って斗ひたい。一部の者の動きには同調すべきでないと結論す。

以上

### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年9月1日より9月13日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

### 記

#### 9月3日〔金〕

浅野炭山立会演説会を沼田村浅野炭山労組にて開催す。「立会演説議題は公務員法改正について」。道連より西村〔武夫〕書記次長出席し大要左の如き演説を行う。

「マッカーサー元帥の書簡が対日理事会のシーボルト議長より明確に命令でなく勧告であると発表された現在、占領下に在る国家の再建が如何様に進まねばならぬかと云うことは、卑怯なる屈辱ではない。唯芦田〔均〕内閣が書簡を必要以上利用して人間の基本的人権を再び破壊する方向に歩むことには断乎斗はねばならぬが、吾々はあくまで国家の生産力を高めるための斗争でなければならぬ」。

#### 9月4日〔土〕

夕張炭山平和鉦各党立会演説会。道連より喜多〔幸章〕書記長出席す。国家公務員法改正問題及び今回の政令に対する国鉄職場離剥に就いて

「国家公務員法が民主党と云う産業資本の代弁者である今日、マッカーサー書簡を悪用することは考へられる。がしかし、今回の職場放棄が社会党各地方支部の組織からの報告に依り、明らかに共産党の指導並に強力なるオルグ団の派遣に依るものであることは確実であるから、今後の議会内に於ける斗争に我党としては正しい公務員法制定のために闘う覚悟である」。

#### 9月5日〔日〕

夕張市夕張製作所労組座談会開催、道連より喜多〔幸章〕書記長出席し

「民主的労働組合の在り方に就いて決論的に、暴力革命を排し社会民主主義に

依る平和革命の歴史的使命を確認して、労組内に於ける共産党のフラクション、会議的策謀が、単なる労組内に及ぼす党勢の拡大と云うより、労組を暴力革命へか〔駆〕る手段であることを知るべきである。〕

### 9月8日〔水〕

緊急常任執行委員会を道連会議室にて十時より開催。教育委員選挙に就いて最後の案を決定した。即ち「水島宣を唯一人推薦する。そしてあくまでも当選を期すため全組織を動員する。」

### 9月10日〔金〕

午后二時より栗沢村、寺にて各党立会演説会を開催す。道連より喜多〔幸章〕書記長出席、「農村問題は如何に在るべきか」に就いて、特に北海道に於いて最近勢力を殖えた農民同盟の共産党との提携方針に対して、社会党が、党の精神を中心に、農業と云へども国会勢力のない政党は到底その基本的農民解放の条件は満足されない。更に現実的に云つて、本道の農地改革について、地主の土地取上、牧野買収についての森林関係業者の反対運動、サラブレッド種の馬産に対する農林当局の欺<sup>マ</sup>漫<sup>マ</sup>的行動等について具体的に論述して、多大の感銘を与へた<sup>マ</sup>」。

### 9月12日〔日〕

幌内鉦立会演説会を六時より三楽会館にて開催。道連より喜多〔幸章〕書記長出席。

「国家公務員法改正についてその基本的性格として占領下に在る日本労組運動の方針と、政令反対として職場放棄したる共産党の活動の結合を左づ考慮して始めなければならぬ。次に芦田〔均〕内閣の反動性が、マ〔ッカーサー〕書簡を如何に利用するかである。社会党は第三国会又は臨時国会でこの問題には全力を傾<sup>マ</sup>到して階級政党の立場を明確にしたい。」

以上

## 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年9月14日より9月28日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

記

**9月14日〔火〕**

新夕張砦にて政党立会演説会開催。道連より喜多〔幸章〕書記長出席、「インフレを如何にして克服するか」に就いて、即ち

「現下インフレを唯機械的に前大戦に於けるドイツのインフレと比較するだけでなく、今次大戦後に行った、欧州諸国、又中国等のインフレも、各々世界経済の連関性の上に乗って観察するとき、吾が社会党が屢々発表している様に、今や日本インフレは最終的段階に立至り、恐慌の様相を呈している。唯単なる生産増強の掛声ばかりでなく、同時に通貨処理の必要も発生して来た。又、絶対的貧困経済の下では、外資導入に依る回生の措置は待望するが、凡ゆる対策が並行して行はれる所に何等かの打開点が発見されるであらう。全て最善をその面に盡さねばならぬ。」

**9月18日〔土〕**

札幌支部青年部大会を公民館にて十三時より開催。道連より渡辺〔國於〕書記出席。

「党の前衛的性格を担当する青年部が何故もって実践的面の貧困を来たしたかの反省に出発し、岡田〔春夫〕代議士除名問題に対しては、近き中央委員会の決定に従うこととし、更に国鉄、殊に苗工労組内の共産党フラクションに対抗するための社会党青年部の積極的な理論の確立、行動性への熱情等を、更に来る青年部大会で検討する事を申合せた。」

**9月21日〔火〕**

全道支部代表者会議を午後一時より公民館にて開催。各支部三十五名出席。議題として、

「教育委員選挙対策に干し、社会党が水島宣を推薦せる理由及その対策として棄権防止と啓蒙宣伝を中心に積極的に全道組織を動員することに決定す。岡田〔春夫〕代議士問題は三笠支部より、その分派行動と共産党との提携的行動は容認出来ぬと声明文発表す。党は地方委員会の決議に依る脱党、除名反対の態度で中央委員会に臨むが、観測は是認と云う方向へ決定するだらうと思う」

**9月22日〔水〕**

札幌支部主催、教育委員水島〔宣〕候補の街頭演説会開催。場所、二条市場前、狸小路四丁目。弁士水島宣、喜多幸章、寺島親蔵、本間敏雄。教育委員会法の徹底していない今日、演説は全て人の集っている所へ押かけて行ってやること

に決す。

**9月23日〔木〕**

水島〔宣〕候補地方遊説に出発。渡辺〔國於〕書記随行す。①三笠町幌内砦第二配給所前、②奔別鉦労組事ム所前、③弥生砦労組事ム所前、④幾春別駅前、⑤三笠駅前、⑥岩見沢東宝劇場前、⑦岩見沢駅前

**9月24日〔金〕**

①栗山駅前（聴衆は数名のみ。）②新夕張市街福元前、山中〔日露史〕代議加はる。③新夕張放送塔（聴七〇名余）

**9月25日〔土〕**

①室蘭母恋駅前（聴集六〇名余）②室蘭駅通（二〇名余）

（以上）

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和23年9月29日より10月28日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

記

**10月5日〔火〕**

社会党中央委員会出席のため中央委員、鈴木源重、喜多幸章、横路節雄、三沢正男の四氏上京す。

**10月6日〔水〕**

教育委員の選挙が行はれたが社会党推薦候補水島宜氏は第十位となる。

**10月7日〔木〕**

社会党中央委員会は中央大学講堂にて行はれ

**〔10月〕8日〔金〕**

北海道より前記四氏の他、道選出衆、参両議員参加す。左記の決議・決定をなす。

- 一、政局に関しては完全野党
- 一、不正事件に関して西尾〔末広〕氏除名決定
- 一、中央執行委員会の不信任を行ひ年内大会を開催する事に決議す
- 一、先の除名脱党問題による北海道選出の堺一雄、山中日露史の復党を承認

す

10月14日〔木〕

第四回道議会開催。道議互選の教育委員について社会党は農民党、国協党〔国民協同党〕と連繋による農民党の武田治作氏を推して決選投票を行ったが、三票の差で民主自由党、民主党、公正クラブの推す山口常一氏に敗れた。

10月14日〔木〕

委員長〔鈴木源重〕・書記長〔喜多幸章〕、東京より帰道す。

10月19日〔火〕

小樽支部年次大会を開催。連合会より喜多〔幸章〕書記長、高橋〔恒夫〕書記出席す。

10月21日〔木〕

角田支部役員会開催。喜多〔幸章〕書記長出席す。

以上

#### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

11月14日より11月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

#### 一、党内情勢

##### （一）11月17日〔水〕

午後十二時半より道議会社会党控室に於いて第二回常任執行委員会開催。

出席者 水島〔宣〕副委員長、古屋〔正気は死去しているので誤り〕道政調査会長、喜多〔幸章〕書記長、寺島親蔵、三沢正男、服部清治、太平郁二、平野晁、正木ミツ、本間武三、横路節雄、荒哲夫

議事

一般党務報告

イ 東北北海道合同地方協議会報告

平野〔晁〕常任

ロ 道議組織活動状況報告

喜多〔幸章〕書記長

各部報告

イ 機関紙部

部長代理 喜多書記長

1 12月1日付で北海道社会新聞第一号を発刊

- 2 財政は全く独立とする事
- 3 商品的価値あるものとし支局制をとる
- 4 主筆は権威者を求める

ロ 財政部 三沢〔正男〕部長

百万円カンパは先づ地元八雲支部で六万円を作った。今後道内を巡回し所期の目的を達したい故、協力を御願ひする。

ハ 教育文化部 部長 服部清治

教育文化活動は横路氏と協議の上で具体的に進めたい。

ニ 炭礦部 部長 太平郁二

組織確立の具体的な増産協力態勢を推進する。

ホ 組織宣伝部 寺島〔親蔵〕部長

書記長と打合の上に組織的な活動を展開したい。

ヘ 漁村部 部長代理 喜多書記長

日本漁民組合組織部長二村健一氏が約一ヶ月の予定で来道、本道漁民組織応援の為各地で座談会又は講演会を計画す。

## 議案

### （一）道政調査会確立に関する件

道会議員会幹事団と正副委員長、喜多書記長、服部〔清治・教育〕文化〔部長〕、平野〔晁〕青年〔部長〕、の小委員会を設けて〔11月〕22日頃迄に具体的な案を確立すること

### （二）機関紙発行の件

機関紙部の計画通り発刊すること。

但し、計画に対して充分検討を加へて完璧を期すること。

### （三）財政確立に関する件

三沢〔正男〕財務部長の立案を基礎に財務部会で検討し百万円カンパの実現を期すること。

各支部は積極的に財政確立の計画を立案し、これに協力すること。

### （四）各部会確立に関する件

副部長は部長が直接又は書記局と打合の上に至急選任し、部員は原則として各部支部の部長を以って充てること

決定済の副部長

機関紙部

藤井清（小樽）

炭礦部

浅野良治（赤平）

(二) 出版物

青年部報第三号

## 二、 行動報告

**11月15日〔月〕**

北大中央講堂（北農、農技連、農民同盟主催）にて十時より北海道農業復興會議結成大会に喜多〔幸章〕書記長出席、祝詞を述ぶ。

**11月16日〔火〕**

午後三時より琴似町農民組合連合会総会開催され喜多〔幸章〕書記長出席、農民組合が新日本農業の推進力となって健全なる民主的方向へ発展することを衷心より願うと挨拶す。

社会党赤平支部大会（午後三時半）、道連より平野〔晁〕常任出席し、社会党の北海道地方情勢と東京に於ける中央情勢を説明した後、道連及各支部は如何なる方法で活動を展開して行くかに就いて座談に入る。

**11月18日〔木〕**

美唄町農地改革促進会役員会開催されし為、喜多〔幸章〕書記長出席し、農地改革が大体順調に進捗しているが農地法の徹底が未だ不充分である〔以下欠〕

**11月23日〔火〕**

午後一時から滝川化学職場支部大会举行され、道連から鈴木〔源重〕執行委員長、喜多〔幸章〕書記長出席す。鈴木委員長からは道会を中心とする政治の民主化運動に就いて、又喜多書記長からは社会党の性格を現情勢に則して詳細に夫々講演をす。

**11月22日〔月〕**

本道漁民組織後援会（座談会）が23日根室、24日釧路、25日白糠と開催予定にて、道連より渡辺〔國於〕書記出張するも、講師二村健一氏の都合で延期となる。

以上

昭和24年1月1日より1月13日迄に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

## 記

〔1949年〕1月1日〔土〕

社会党道連書記局は北海道選挙対策本部に切換へ、選挙対策委員長木下源吾、全副委員長川人源一〔市〕、全荒哲夫は直ちに社会党立党の精神に即して現下民主革命の主体的勢力たるべく各常任書記を激励した。

1月2日〔日〕

選挙対策本部書記局会議開催。木下〔源吾〕委員長外全員出席、

「今次選挙対策として基本的には社会民主主義の日本現下の危機的現実に於いて極左の共産勢力と極右反動的ファツシヨ勢力に対し占領下に於ける自主的民主勢力の健全なる発展を期すため全力をあげて闘うときである。従つて具体的選挙斗争に於いては大衆の啓蒙を兼ねる様に、即ち封建性の温存に対しては特に社会党の真に民主主義勢力は吾々今日の選挙戦を通じて斗ひ取る」と決論す。

1月4日〔火〕

党本部より最近アカハタ壁新聞等を利用して共産党が社共同を悪宣伝しているのに対して社会党の断乎たる声明を発表・送附して来たので、直ちに各組織に徹底させることに書記局会議で一決した。

## 声明書

「最近共産党は、社会党の下部組織が各地に於いて大挙共産党に合流して、社共同が下から行はれつゝあると宣伝しているが、これは真実ではない。いわゆる社共同は、今回の選挙に当って社会党よりの一部脱落分子の立候補を条件にして勧誘入党せしめ、もって社会党を動揺混乱せしめ、政治的ゼネスト等の破壊手段により社会的混乱の中に暴力革命を意図せんとする共産党の目的と運動方法は、敗戦日本の混乱を克服して一步〜経済の復興と民主主義の建設に邁進する吾が党の建設的方策とは全く相容れざるものである。吾党はかゝる見地より共産党との共同戦線を否定して来た。まして前衛党としての共産党と階級的大衆政党たる吾党との合同の如き全然不可能なことにして、我等の断乎反対するものである。

我等は労働者、農民、中小商工業者の結合体として立党の精神たる民主々義

革命の徹底、社会主義の断行、勤労階級の生活擁護のために独往邁進せんことを声明す。」

**1月7日〔金〕**

木下〔源吾〕委員長は函館党支部主催の選挙対策会議に出席、「第三区は保守勢力の地盤であるが、三沢〔正男（渡島支庁選挙区）〕道議の積極的活動により、〔北〕教組、全通、引揚者協会等も党支持に決定した」旨の報告があった。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和24年1月14日より全年1月21日に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動其他を左の如く報告す。

**1月11日〔火〕**

道連〔衆議院議員〕選挙対策本部では事務上の各種処理一段落したので、高橋〔恒夫〕書記を、八雲米沢〔勇〕候補、及四区喜多〔幸章〕、太田〔信吉〕候補の選挙対策事務所へオルグとして派遣。

**1月12日〔水〕**

渡辺國於書記を第五区岡林〔歆喜〕、永井〔勝次郎〕、佐野〔法幸〕、第二区和田〔敏明〕候補に対するオルグとして派遣。

**1月13日〔木〕**

幌内労組各党大会演説会開催。道連執行委員山内栄二〔栄治〕出席。

各党労働対策に就いて、社会党としては

「党は如何なる情勢が来るとも、あくまで社会民主主義の上に立脚し、極右極左を排して、真にヒューマンズに目覚めた民主的労働組合の発展を期するものである。従って党としては、当面の破壊的共産主義勢力とは絶対同調出来ず、本来の民主主義政党として資本攻勢に対する積極的対策を樹立すべきである。」

**1月17日〔月〕**

電産労組各党立会演説会開催。道連より西村〔武夫〕道議出席し、各党選挙対策に就いて

「社会党は客観情勢劣悪のため当選第一主義と併行して組織運動経験者発見、選挙斗争を通じて党組織運動を強行しなければならない」

### 1月18日〔火〕

郵便局主催各党立会演説会開催。道連より平野〔晁〕常任出席し、

「社会党の立場として、公務員法改正に就いては、敗戦後労働運動が主として極左的組合主義に依って禍され、共産党がその戦術的行動によって一方的な非民主主義の方向に導いたのである。社会党は、反動的保守勢力がそのため着々地盤を築き上げて来たのであるから、むしろ公務〔員〕法そのものより労組運動指導を中心に、出来得る限り労働者の地位と生活の安定を計りたい」  
「賃金問題については党の基本的政策に立脚し、最低賃金制、スライド制の確立を斗ひとりたい。全て民主的、平和的方針によりて実現したい。」と結論した。

### 1月24日〔月〕

三週間余に渉る総選挙〔23日実施の第24回衆院選〕は惨々たる敗北を喫した。社会党は立党以来の反動分子をここに整算し、真に勤労大衆政党として日常斗争に専念するの絶好の機会である。日本国民性の欠点として、極右か極左かの選択は当然であり、今後益々国際情勢からして激化するであろうが、社会民主主義政党としての社会党の前途は多難である。今にして敢然として極右、極左と斗ひ乍ら、人間性の自由と平和的民主主義の確立を計るべきである。』と云う党の結論に至った。

(以上)

### 日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和24年1月29日より全年2月13日に至る日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動報告を左の如く報告します。

### 記

### 1月28日〔金〕

十三時より札幌三越五階ホールに於て民主戦線統一懇談会が開催され、社会党より横路節雄常任委員、荒哲夫書記長代理出席す。

社会党、労働者農民党、共産党、労働組合総同盟、各単産労組よりそれぞれ参加し、第二次吉田〔茂〕内閣の行政整理、労働法規改悪等、部分的な問題を取りあげ、これら保守反動政策を打破するため共同闘争を行ふことにつき懇談す。

**1月29日〔土〕**

十時より三越五階ホールにて引続き民主戦線統一懇談会開催さる。道連より渡辺國於書記出席す。各政党より世話人を送り以て民主協議会を結成、共同闘争に関する一切の事務を運営することを決定す。

**1月31日〔月〕**

十時より道会副議長室に於て常任委員会及び選挙対策委員会が開催さる。荒〔哲夫〕書記長代理他十七名出席す。2月23日に行はれる道会議員補欠選挙に際し、札幌地区より塚本肇氏を、室蘭地区より長谷川正治氏を、旭川地区より中野了應氏を公認する事に決定す。

**2月2日〔水〕**

午前十時より角田町栗山に於て南空知地方協議会開催され、道連より高橋〔恒夫〕書記出席す。今回の総選挙に対する批判及び今後の活動方針につき討議する。

**2月6日〔日〕**

十時より赤平町敷島宅に於て北空知地方協議会開催さる。道連より荒哲夫書記長代理出席す。〔1月23日の衆議院議員〕総選挙に対する批判及び今後の活動方針につき討議す。

**2月7日〔月〕**

㊤〔丸井今井札幌本店カ〕五階ホールにて青年共産同盟主催の青年戦線統一懇談会開催され、道連より葦沢〔堅次〕書記、渡辺國於書記出席す。

**2月9日〔水〕**

十六時より金属労働組合青年部主催の懇談会が大興機械会議室にて開催され、道連より渡辺國於書記出席し社会党に対する批判及び労〔以下欠〕討論す。

**2月10日〔木〕**

十時より苫小牧□〔以下欠〕小牧市娯楽館に於て開催され〔以下欠〕出席す。今後の労働組合のあり方について労組の自主化徹底と家族の労働者的教育について講演す。

以上。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和24年2月15日より2月28日迄に至る日本社会党北海道支部連合会の行動を

左の如く報告す。

記

**2月16日〔水〕**

民主協議会主催、北海道勤労者総蹶起大会を午後五時より中央公民館にて開催。

2月1日行はれた民主協議会決定の左の十四ヶ条を討議す。

- (1) 号俸切下反対
- (2) 職階制の民主的改正
- (3) 寒冷地給の早急制度化
- (4) 労働法規改悪悪用絶対反対
- (5) 行政整理、企業整備による首切反対
- (6) 緊急停電絶対反対
- (7) 労働協約の御用化絶対反対
- (8) 義務教育費の御用化絶対反対 国庫負担
- (9) 失業救済事業の緊急促進
- (10) 生産を阻害する米価、供出、税金反対
- (11) 店と工場をつぶす重税反対
- (12) 大衆課税、物価値上絶対反対
- (13) 打倒吉田反動内閣
- (14) 凡ゆる民主勢力の統一結集

之等について社会党は個々の面については賛成し難いと云う基本的態度を闡明した。

**2月19日〔土〕**

民主協議会第三回総会を全石炭会議室にて十時より開催。道連より横路〔節雄〕

常任出席。議長に北労・山田長吉氏推され

- (1) 〔2月〕16日行はれた勤労者総蹶起大会の決議事項に就いて経過報告あり。
- (2) 労働法改悪反対の対策協議として、直ちに法制を研究して全労働に呼かけるべく準備する。

**2月20日〔日〕**

社会党北空知地方協議会結成式を砂川支部にて開催。道連より荒〔哲夫〕書記長代議出席。〔2月〕26、7日両日の道連大会の対策として、あくまで党再建

の方針を堅持して出席することに決議す。協議会長に松重博、書記長に金子一男を選任す。

#### 2月24日〔木〕

全石炭会議室にて午後一時より「全石炭、炭労、炭硯協三社の労働法改悪反対合同大会」開催され、横路〔節雄〕常任、渡辺〔國於〕書記出席し、メツセーヂを贈る。<sup>マツ</sup>「全勤労階級の生活権擁護のため、再建社会党は全勢力を挙げて援助する旨の挨拶を行う。

#### 2月26日〔土〕

第四回道連全道大会を午後一時より中央公民館にて開催。第一日目には、道連経過報告、会計報告、中央報告を行う。中央報告は正木〔清〕前代議士が「党の議会主義偏向と総選挙の惨敗を自己批判し、あくまで今後日常斗争を通じて国民大衆のため闘うと、中央執行委員として報告す」

#### 2月27日〔日〕

午前十時より運動方針に入り、「この度の社会党の惨敗から立上るため、先づ社会民主主義理論の確立が中心に活潑な論争が行はれ、今後の党員再教育のため、新しい執行部の努力に俟つと決議す」

又、「民主協議会もあくまで共産党とは一線を画し、政治戦線の統一は行はず、唯具体的な問題で共同斗争出来るものだけやることに決議す」

役員選衡は、委員長 荒哲夫、書記長 横路節雄、統制委員 西村〔武夫〕、喜多〔喜重〕、永井〔勝次郎〕、山中〔日露史〕、三沢〔正男〕、中央委員 堺〔一雄〕、山中、三沢、永井、和田〔敏明〕と決定す。

全日直ちに第一回執行委員会開催。3月下旬の党全国大会への代議員としては中央委員、地区代表と決定。

民主協議会事務局設置に関し共産党と協議会内で闘うため、絶対社会党から選任する様頑張ることを決議す。

(以上)

北海道民主協議会が一致して闘う一般政策に対する社会党の態度について。別紙の如き一般政策案が民主協議会より提出されたが、これに対しては別に正式討議することとし、現在は○印の項につき考慮中である。

○印の項については、その細部につき反対、修正の意見あり。

共社合同については全面的反対する。

共、社共同斗争については、全面的共斗はあり得ない。たゞ党の主体制が確立された場合は極部的に共同斗争をすることもある。

以上

北海道民主協議会記録  
日本社会党北海道支部連合会

1月28日〔金〕〔午〕后一時 三越五階ホール

社会党・労働者農民党・共産党・北労・総同盟其他労働団体・民主団体の代表的約六〇名が参集し民主勢力結集についてそれぞれ意見を交換した。記録すべき決定事項なし。社会党より荒〔哲夫〕書記長代理、横路〔節雄〕中央委員出席す。

1月29日〔土〕 正后十二時 三越五階ホール

前日に引つゞき懇談し民主協議会を作ることに決定し準備会を持つことに決定。出席者前日に同じ。

2月1日〔火〕 正十二時 三越五階ホール

『共同斗争を如何に進めるか』上記の記事につき討議する。民主的な組織を作るため、労農党と特に懇談する。各団体より協議すべき問題を提出。

2月6日〔日〕 午前十時 中央公民館

2月1日の会合に提示された問題を討議し左の各項を当面の斗争目標として決定する。

- 一、 号俸切下反対
- 二、 職階制の民主的改正
- 三、 寒冷地給の早急制度化
- 四、 労働法規改悪悪用絶対反対
- 五、 行政整理、企業整備に依る首切り反対
- 六、 緊急停電絶対反対
- 七、 労働協約の御用化絶対反対
- 八、 義務教育費の全額国庫負担
- 九、 失業救済事業の緊急促進
- 十、 生産を阻害する米価・供出・税金反対
- 十一、 店と工場をつぶす重税反対
- 十二、 大衆課税、物価値上げ絶対反対

十三、打倒・吉田反動内閣

十四、あらゆる民主勢力の統一結集

之等の決定に対して社会党は個々の面に於て賛成しがたい。抽象的な表現としてのスローガンは賛成するも、一步前進し具体的なものとなつては、意見を異にする。(二)、(四)、(五)、(八)、(十四)の各項の個々についての問題は具体的に異なる。

2月8日〔火〕 午前十時 北教組二階

■〔民〕主協議会幹事会(暫定幹事)、〔2月〕16日の蹶起大会■■■いて。

2月15日〔火〕〔午〕后一時 全通札幌地協

16日の蹶起大会について。

2月16日〔水〕〔午〕后五時 中央公民館

全北海道勤労者総蹶起大会。

右は民主協議会の第一回行事であり、議題として〔2月〕6日の十四箇条の問題を討議する。立会演説会ありて散会する。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

昭和24年3月1日より3月31日迄の日本社会党北海道支部連合会の行動を左の如く報告す。

記

3月1日〔火〕

大韓国民留民団・革命三十週年記念を十時より公民館にて開催。横路〔節雄〕書記長出席し、「東洋の搾取し圧迫されて来た人民大衆が、今日の反動攻勢下に一致団結して人間の生存権を守らなければならぬ」と祝辞、激励を述べた。

3月5日〔土〕

社会党主催労組有志懇談会を一時より全石炭三階で開催、三十五名出席して、「再建社会党が今後労組を中心として今日の民主革命の主導性を確保しなければ、再び左翼共産主義の巧餌となつて、勤労者の決定的不幸が来るから、各労組内黨員の積極的活動を期す」事に一致する。

3月6日〔日〕

千才〔歳〕支部大会を一時より千才劇場で開く。横路〔節雄〕書記長出席、「党

の再建は下部に於ける支部の再建にまつから、是非とも決意を新たにして精神的に斗争を展開されたい」旨の挨拶す。

各党青年部懇談会を一時より配電クラブにて開催。当面に於ける反動攻勢下の青年戦線統一促進について論議す。社会党としては、「あくまで共産党の主張する政治戦線統一の手段としての青年戦線云々は反対で、民主協議会的運営なり、出来るだけ協力する旨を述べる」（青年部員近藤敏、渡辺國於出席）

### 3月7日〔月〕

北教組大会が十時から東本願寺にて開催。横路〔節雄〕書記長出席し、「労働戦線統一について北労の暮々たる批判の中で今や新たな統一母体が生れる機会である。社会党は今再建の道を歩み出したが、充分御期待に副へる様努力したい」旨の祝辞を述ぶ。

### 3月7日〔月〕

全石炭大会を十時より公民館で開催す。荒〔哲夫〕委員長出席し、「労働戦線統一は労働戦線統一によつてその口火を切つて欲しい。首切、賃金不払、労働法改悪等、全労働者の団結は、今日をおいてない。社会党の再建は今後大きな役割を果たすであらう」旨のメッセージを贈る。

### 3月10日〔木〕

民協総会を一時より全石炭にて開催す。葦沢〔堅次〕書記出席す。労働法規改悪反対共同委員会よりの申入れによりて、民協としても全面的に労働戦線の母体としても共同斗争を行うことに決定す。

### 3月10日〔木〕

服部春生告別式が一時より観音堂にて開催。荒〔哲夫〕執行委員長出席して甲辞を述ぶ。「人民解放の戦士として力盡き倒れた同志の残された事業を吾々が継承するであらう」と。

### 3月15日〔火〕

社会党が依頼されている民協専ム局長を、岸孝一に決定す。

### 3月16日〔水〕

労働総同盟大会が九時より公民館で開催されたので、横路〔節雄〕書記長出席して、「総同盟は、極左共産勢力の圧倒的強かつた北海道に於いて充分反省して、真に人民的民主的労働組合育成に努力して欲しい」とメッセージを述ぶ。

### 3月19日〔土〕

道連第二回執行委員会を十時よりニューグランドにて開催。

全道大会で確認された基本線に則して、運動方針は民協を通じて闘うも、あくまで共産党とは妥協することなく、党のイデオロギーに忠実且勇敢に闘う事、社会民主主義理論徹底のため、パンフレット作製。

4月中旬の党全国大会出席のため準備会を開くこと。政治局員として、塚本〔肇〕、葦沢堅次、笠島保が決定。

### 3月24日〔木〕

民協主催労組委員長会議が公民館にて十時より開催さる。横路〔節雄〕書記長、渡辺〔國於〕書記出席。

結論として、①中小企業融資困難、②国内産業の外資による経営困難、③工場閉鎖、④首切りの具体化、⑤大学法案、⑥賃金不払、⑦低賃金現象の具体化、⑧農村の窮乏、⑨赤字企業の増大

右の問題について、全労働者一体となり労働戦線を急速に統一し、学生、一般市民、農民も含めた一大戦線を構成すべきであると。」

オール道庁大会が十時より北大工学部で開催されたので、葦沢〔堅次〕政治局員出席して「今や吉田反動内閣の首切りが具体的に現はれているとき、官業労働者への圧迫は日毎に強まっている。全道庁労働者の勇敢な斗争も、あくまで自己の責任と義務の上に立つて闘つて欲しい」旨のメッセージを贈る。

### 3月26日〔土〕

札幌支部臨時大会を十時より興正寺にて開催す。終始激論が斗はせられ、腐敗せる市会議員錦戸〔善一郎〕、長沢〔信広〕、林下〔松下忠三〕、武田〔忠幸〕の四名を除名、桂〔猛〕、斉藤〔喜太郎〕、松宮〔利一〕の三名をケンセキ〔譴責〕処分と決議した。

横路〔節雄〕書記長は最後まで一党員として、民主的なしかも純情に燃える若き党員と亦正木〔清〕前代議士も同調してこの決議をなした。

### 3月27日〔日〕

幌内砦青年婦人蹶起大会に近藤敏青年部員出席。

「青年戦線統一は急務ではあるが、社会党としてあくまで政治戦線統一を排し、具体的問題について共闘する覚悟である」と決意を述べた。

### 3月30日〔水〕

民協主催メーデー対策準備会を一時より北労で開催。

ポスター、メーデー芸術祭を提案され、スローガンは共産党的なものを排してやる。芸術祭は賛成だが、社会党として財政的負担は出来兼ねる旨を述べる。

（塚本〔肇〕政治局員出席）

**3月30日〔水〕**

小樽市十七部消防番屋にて、鯨漁業対策漁民大会開催されたので、葦澤〔堅次〕政治局員出席す。「社会党としては例年鯨が道民の重大な栄養源であることから、これを確保するため、特別配給米を支給して横流しを防ぎ、米との物交等を防ぎたい」と挨拶す。

以上

〔欄外：㊦〕

日本社会党北海道支部連合会月間報告

昭和24年4月1日より4月30日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

記

**4月1日〔金〕**

政治局会議。出席者 横路〔節雄〕書記長、葦澤〔堅次〕、塚本〔肇〕、笠島〔保〕各政治局員。

事務長 高橋〔恒夫〕、平野〔晁〕、原〔??〕各オルグ

- 一、報告 滝川□□気象台の人員整理について
- 二、議題 全石炭解体に対して党の対策
  - ① 基本方針として炭連に加入させず中立で炭労に参加させる
  - ② 北労会議には絶対参加させぬ様全力を挙げる
  - ③ 炭硯関係の党主脳は労組幹部を勇退させて各硯別に職場党支部の確立を急速に行はせる
  - ④ 右の方針に基いて地区別にオルグを派遣する

**4月4日〔月〕**

民主協議会幹事会。出席者 葦澤〔堅次〕政治局員。

議題 鮮人問題、党としては第三国人間の争ひに介入せざる方針を決定。

**4月5日〔火〕**

農業団体労組統一大会（北農にて）。

案内状が来て居たが、荒〔哲夫〕委員長は、共産党のでつちあげた労組大会に

は出席する必要ないとの事で出席せず。

#### 4月6日〔水〕

民協主催・メーデー対策委員会。渡辺〔國於〕書記出席。

議題 メーデーに対する基本スローガンの決定

七項目中、左の二項は反対を主張したが、多数決で否決さる。

- ① 民主人民政府の樹立
- ② 戦争に導く太平洋同盟参加反対

#### 4月7日〔木〕

民協主催・メーデー対策行事委員会。菲澤〔堅次〕政治局員出席。

歌唱指導、タイムツ行進、演劇コーラス、ポスター展等の計画を決定す。

#### 4月8日〔金〕

帝セン労組との懇談会。横路〔節雄〕書記長、塚本〔肇〕局員。

内容 社会党の職場支部の結成について懇談す。

#### 4月9日〔土〕

砂川支部大会。出席者 笠島〔保〕局員。

道連第四回大会の方針にもとづいて砂川、東洋高压支部の臨時大会が開かれ、笠島局員出席して、党の再建には職場支部の拡大強化の重要性を強調、更に化学労組の統一（現在共産党が指導）に対しても積極的に乗出して北労のふくらましを策している共産党のインボオ〔陰謀〕を粉砕せよ、と激励す。

#### 4月9日〔土〕

滝川化学労組大会。出席者 菲澤〔堅次〕局員。

しつよう〔執拗〕なる交渉戦によつて組合側の企業再建案を理解させよと斗争に□□て□□滝川化学大会で強調す。

#### 4月10日〔日〕

全石炭解散大会。出席者 荒〔哲夫〕委員長。

「殆んどすべての労組の会議、大会に於いて口を開けば常に労働戦線の統一を叫びながら、ます〜分裂化せんとして居る現在、輝やかしい全石炭の二年の斗争の歴史を乗り越えて炭鉱労働戦線の統一の為に心よく無条件にて解散、合同する事は、実に日本の労働運動に新たな前進をあたえるものとして他産業別労組のはん〔範〕とすべきであろう。然し、今後の発展が速に重大である。願はくば真の労働戦線の統一民主的労働組合の在り方を事実をもつてしめす様にしていきたい。」

大要、右の如き挨拶をのぶ。

**4月10日〔日〕**

全国党大会出席の為、横路〔節雄〕書記長上京。

**4月11日〔月〕**

北海道一般□建労組大会。出席者 佐藤〔吉次郎〕道会議員。

「国内情勢の急迫にともない、失業者の増大は火を見るよりあきらかである。

しかも吉田反動内閣は之に対する何らの対策をももつて居ないのだ。諸君達

は今こそ団結して具体的な失業対策を労働者の総意で作りに上げるようにせよ」

大要右の如きメッセージを送る。

**4月1日〔金〕**

農民同盟大会。出席者 荒〔哲夫〕委員長。

**4月11日〔月〕**

全石炭解散懇談会。荒〔哲夫〕委員長出席。

**4月12日〔火〕**

党全国大会出席の為、塚本〔肇〕、笠島〔保〕政治局員上京。

**4月12日〔火〕**

党中央委員会。横路〔節雄〕書記長出席。

**4月13日〔水〕**

13日より四日間、田中〔敏文〕知事のイブリ〔胆振〕地方しさつ〔視察〕にさいして齊藤〔正志〕道議同行する。

**4月14日〔木〕**

14日より三日間、中央大学講堂にて党全国大会開催。横路節雄、塚本肇、笠島保、古田朝一、佐藤半〔吉〕次郎、井野正揮、菅原英三郎、中野了応、西村武夫、大澤滝雄、渡辺国雄〔於〕、和田敏明、山中日露史、永井勝次郎

以上十四名、北海道割当代議員として出席。

役員改選（北海道関係）

会計監査 木下源吾、森三樹二

中央委員 荒哲夫、横路節雄、境一雄、山中日露史、三澤正男

**4月17日〔日〕**

夕張地区大会 出席者 荒哲夫

真谷地、大夕張、平和、夕張各砒事〔毎〕に支部結成が出来たので、夕張地区大会を開催す。

4月17日〔日〕

北空知協議会。茂尻 出席 葦澤〔堅次〕 局員。

北空知協議会大会の準備を行ふ。

4月14日〔木〕

荒〔哲夫〕 委員長、瀬棚へ出張す。

4月21日〔木〕

笠島〔保〕、塚本〔肇〕 政治局員、東京より帰札。

4月25日〔月〕

横路〔節雄〕 書記長東京より帰札。

4月27日〔水〕

全通、進駐軍労組、金属会議等より、メーデーに於ける基本スローガン（民協決定）を社会党は認めたのかどうかの質問に来る。

書記長〔横路節雄〕、社会党は反対したが、多数決で否決されたのである。民協の出発は、最□□的に行ふものであつて、決して多数決で決定するものでもないで、この点は此の次のキ□□〔キカイ〔機会〕カ〕に嚴重に警告するつもりで居る」と話して了解を得た。

4月30日〔土〕

日鉄労組大会に祝電を打つ。

#### 吉田内閣打倒・平和擁護人民大会

国際的独占資本につながつた吉田売国内閣はいまや売弁独占資本の利益を守るために一切の生産を集中し、飢餓的な不等価貿易、企業整備に、重税等によつて広汎な人民大衆を急速に没落窮亡のどん底に突き落とし、さらに民族産業までも破滅に導こうとしています。すでに4月14日のブル新聞で見るとく政府の行政整理による首切りは道庁三割、各市二割にもおよび、さらにこれにつながる民間企業の大量首切りを合せば、本道のみで実に二十五万にもおよぶ莫大な失業者を新に追加せんとしてゐるのであります。

農漁民はもちろん市民も又昨〔昭和〕23年度の二倍にのぼる莫大なる所得税が衆議院を通過された。さらに追加する地方税等一連の売国政策のもとにいまや全くわが国産業、全人民は崩壊の危機に瀕しているのであります。このため労働者、農民、市民、中小企業はもちろん民族産業資本までも含めての広汎な人民的反撃は吉田内閣打倒、民族の完全独立と人民生活の安定を目標として猛然

黎明期日本社会党の地方組織（1）

と燃え上りさらに第三次世界戦争を宣伝し露骨なファツシヨ化をねらう国際的独占資本にたいしても全世界的民主主義諸勢力は世界平和を守れの合言葉のもとにさらに4月20日には遠くパリで平和ヨーゴ〔擁護〕世界文化人大会が開かれ、これに呼応して我国でも吉田内閣打倒、平和を守れの全人民大会、東京大阪をはじめ全国各地でホウハイ〔澎湃〕として起きています。

この時にあたりわが北海道に於いてもかゝる全人民的□□連を急速に組織し、平和ヨーゴと吉田内閣打倒の人民大会を左記により開催致しますので、是非御参加されるよう御願ひ致します。

日時 4月25日 十七時三十分

場所 大通り西三丁目道新〔北海道新聞〕前

式順

- 一、開会の辞
- 一、座長選出
- 一、一般情勢報告
- 一、提唱（社会党、共産党）
- 一、産業別状況報告
  - 全官公、中小企業、商業、電気産業、農業、漁業、化学、文化、教育、石炭、婦人、センイ〔繊維〕、其他
- 一、討議
- 一、決議 宣言発表
- 一、結語（労働者農民党）
- 一、閉会

主催 北海道民主協議会

後援 社会党、労農党、共産党、北労、総同盟、その他

日本社会党北海道支部連合会月間報告

昭和24年5月1日より5月31日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の如く報告す。

記

5月1日〔日〕

メーデー〔一〕大会。午前十時より札幌市大通西七丁目。

社会党より横路〔節雄〕書記長、「吉田反動内閣打倒」についての提安説明を行ふ。大要左の如し。

「敗戦以来、われわれは四度目のメーデーをこゝに迎へることゝなつた。われわれを取巻く内外情勢は、決して、この春の様に暖かくはない。資本家階級は経済九原則と、いわゆるドッジ・プランをかれらの利益のために悪用し、〜労働階級の犠牲において、資本家的な経済の再建に躍起となつている。これに対する我々の陣容はどうなつて居るか。北海道のメーデーをのぞいて、何処に統一メーデーが行はれて居る所があるか。茲に民主協議会主催の下に民主戦線統一メーデーが運営されて居る事は、当大会のもっとも大きな意味である。先程から、多くの提案が万場一致採たくされて来たが、これらの一切の反動攻勢の元凶はいうまでもなく、われわれの当面の最大の敵、吉田反動内閣である。労働階級を始め、民主的諸団体は今迄の一切の行がかりをすて、一切の斗争を吉田反動内閣打倒の為の全人民的斗争を巻きおこせ、社、共、労三党も又、信義と友愛の上になつて相共に労働階級解放の一大巨歩を踏み出ださん」

更に道連本部前にて、書記長以下政治局員書記総員デモ行進を出迎へて激励、特に社会党支持の労組は共、労に社会党の再建を激励して行つた。

### 5月3日〔火〕

札幌市主催「憲法記念演説会」。午後一時、西創成校。

議題 わが党の政策に表れた人権の尊重について

道連より横路〔節雄〕書記長出席。当初予定せる演説内容も、演説会の模様が変化して居るため、吉田〔茂〕内閣の公約無視を追及してこの様な政党〔民主自由党〕に人権の尊重などは考へられない事を強調す。

### 5月4日〔水〕

当麻支部より村会議員を同行、道路改修についての陳情に来訪、書記長〔横路節雄〕あつせん〔幹旋〕す。

### 5月6日〔金〕

道選挙管理委員会主催「選挙法改正問題公聴会」に葦沢〔堅次〕政治局員出席。

### 5月7日〔土〕

岩見沢支部大会に塚本〔肇〕政治局員出席。

### 5月8日〔日〕

大会出席代議員打合せ、於道連本部。

出席者 横路〔節雄〕書記長、山中日露史、永井勝次郎、長谷川正治、笠島保、  
佐藤半〔吉〕次郎、正木清

議題 全国大会報告についての各専門委員の報告内容の検討

5月9日〔月〕

第三回道連執行委員会、午前十時於道議会協議会室。

内容 別紙同封書類にて。

5月10日〔火〕

国鉄札幌支部より「地方施設部廃止問題」について陳情あり。荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長面接、反対斗争の為に協力する事を約す。

5月18日〔水〕

横路〔節雄〕書記長、日本教職員組合全国大会に共産党との決戦の為、福島へ出席。

5月19日〔木〕

電産労組年次大会（於公民館）に荒〔哲夫〕委員長メッセージを送る。大要左の如し。

「電気産業労組組合は日本に於けるもつとも理性的な、しかも<sup>マ</sup>戦<sup>マ</sup>斗<sup>マ</sup>争<sup>マ</sup>な組織体として労働階級の前途の為に輝やかな数々の業績を打樹てきた。しかしながら、その運動の過程の中には、又、日本の現状を無シせる、観念的な運動の誤りをおかして来たことも素直に認めよ。諸君達こそが真に近代的プロレタリアートの先達として多くの遅れた日本の労働階級に斗ふ理論と実践の正しい有り方とをしめしながら団結を堅く日本の民主化をは<sup>マ</sup>ぐ<sup>マ</sup>む反動勢力打倒の為に斗ふ使命を有して居るのだ。然るに北海道の労働戦線の現情はどうか、諸君達が痛感して居る問題であると考へる。今や全国の電産の中に真に民主的な労組の確立の為に新しい運動が巻き起つて居る事を真剣に今日より始まる大会討論の中で解決して行って欲しい。反動勢力打倒の為に全労働階級がなつとく〔納得〕することが先なのだ」

5月20日〔金〕

全通大会、於帯広市、商工奨励館<sup>マ</sup>にて。）

塚本〔肇〕政治局員出張、メッセージを送る。大要左の如し。

「去る5月初旬、ラヂオ放送にて全通労組の中に再建同盟の結成が報ぜられ、組合の政党支配排除並に民主化の為に斗争を展開する事になつたと云ふ事を耳

にして此処に二句、今日の大会は明らかに共産派と再建同盟派との決戦である事は否定出来ない事実であらう。これをきめるのは代議員諸君だ。両派の論争を正しく分析して結論を下せ。その主体制の上にたつてこそ広汎なる対支配階級に対する斗争もなし得るのだ。然し大会を分裂させてわならない。日通の大会が良い前例だ。諸君達は国鉄全国大会のあの態度をまなぶべきだ。」

#### 5月21日〔土〕

苫小牧支部再建大会。午後七時。道連より葦沢〔堅次〕政治局員出席。

#### 5月21日〔土〕

赤間支部臨時大会、午後六時。道連より菅原〔英三郎〕執行委員、山田〔勲?〕オルグ出席。

#### 5月24日〔火〕

共産党提唱・産業防衛会議、於公民館。社会党に案内状来るも参加せず。

#### 5月27日〔金〕

古屋正気氏一周忌 於西本願寺。道連より荒〔哲夫〕委員長以下全員出席。古屋氏〔の〕党並に北海道水産業界に於ける功績をしのぶと共に、故人のめいふく〔冥福〕を祈る。

#### 5月28日〔土〕

道連第一回統制委員会開催、於道会党控室。

札幌支部より具申せる市議四名（長沢信広、武田忠幸、錦戸善一郎、松下忠三）、けんせき〔譴責〕三名（松宮利一、桂猛、斉藤喜太郎）の件について支部より事情調取、結論は次会に持越す。

#### 5月28日〔土〕

金属会議大会 於炭労事ム所会議室。道連より葦沢〔堅次〕政治局員出席。

「北海道の労働戦線統一の為の推進力としての金属会議の使命は重大である。更に中小企業ほうかい〔崩壊〕にひんして居る今日、今こそ諸君達は結束してこの打解の為全力をあげて斗はれん事を望む」

#### 5月29日〔日〕

上砂川支部準備〔備〕、一般会議、於上砂川町公民館。道連より高橋〔恒夫〕事務長出席。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年6月1日より6月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の通り報告す。

記

**6月4日〔土〕**

滝川化学争議情況聴取のため、道連より荒〔哲夫〕委員長、葦沢〔堅次〕政治局員が出張し、労組側より

「火力発電の設置について現下の産業復興に寄与するには電力不足の冬季間の自家発電であるが、石炭事情が未だ決定的に見通しのついてない今日、多少困難ではあるが、漸次上昇して来た石炭生産率を考へるとき、是非とも自家発電装置を設置したい」と説明あり。

「これがやがて生産の増強と勤労者の生活を増産と平行して擁護するものである」と決論を聴取した。

**6月10日〔金〕**

主要政党支部団体主幹者打合会を道庁地方課主催で道議会第一議員控室で開催。道連より高橋〔恒夫〕、遠藤〔一？〕書記出席す。

主として「法務庁特別審査局の団体等規正令団体等規正令施行規則」に就いての説明あり。

道連より質問として「機関紙の限界」。

これに対して、①団体自身が発行するもの、②間接的に関与しているもの、③政策その他の影響を与えているもの、④対内、対外問はず、定期、不定期を問はず発行しているもの、⑤壁新聞

以上の質問、解答を得た。

**6月10日〔金〕**

旭川総合木工場より工場運営についての陳情があったので、葦沢〔堅次〕政治局員同道して道庁民政〔生〕部長と面接、「中小企業の危機を乗切するためには、経営自体の中に労資と云う観念を止揚して積極的な金融・税金の面から再建を計るべきだ」と懇談陳情する。

**6月13日〔月〕**

炭労臨時大会第二日目が東本願寺にて開催されたので、道連から丁度帰省中の参議院議員木下源吾を派遣し祝辞を述べた。大要左の如し。

「旧全石炭の炭労合同によつて本道石炭産業労組は一本に統一されたが、労働戦線の統一は現在急を要している。しかし今や全道労働戦線の統一は金属、進駐軍、帝鉄其他中立と云はれる組合の大同団結による一大労働戦線を構成し、吉田反動勢力と対抗し、同時に労組の民主化は直ちに民主主義革命の前提であることを考へ、特定のイデオロギーに支配されることなく、輝かしい社会民主主義の下に全炭労働者諸君の団結を願ひたい」。

### 6月17日〔金〕

労働教育課主催の旭川労働学校に横路〔節雄〕書記長出席、「日本労働運動史」を講義す。骨子として、

「労働運動は共産党が宣伝・誇張する様なマルクスレーニン主義が理論的指導を為したとは云へず、当初はマルキズムの影響が決定的であつたが、次第に世界情勢、特に第一次大戦を契機として、実証的歴史的立場と云うものがマルクス・レーニズムを根本的に〔再〕検討を必要とするに至つた。現下の日本労働運動の方向が、依然として公式主義に引きづられているのは遺憾である。労働運動は先づ自ら民主化の徹底を計り、同時に責任と権利は正しく保持されなければならない」

○農民同盟青年部主催懇談会を北農連第三別館で三時一五時開催。道連より農地委員の明地道治を出席せしめる。

「〔社会〕党は、不徹底な第二次農地改革で、封建日本の農村は再び旧体制に復元することを憂慮している。速かに第三次農地改革を断行し、アジアの特殊な日本農業の酪農協同化を中心として新しい農業形態を作り上げるべきだ」との堂々たる見解発表に対し、

共産党山根〔修?〕は、「田中〔敏文〕知事の攻撃、社会党の悪口、温床障子紙問題攻撃」等で彼等一流のデマゴグな発言に終始したのみである。

### 6月18日〔土〕

上砂川集団入党式のため横路〔節雄〕書記長及荒〔哲夫〕委員長出席、

「今日、社会民主主義こそ日本民主革命の基礎理論であり、マルクス・レーニン主義は形を変へた全体主義、独裁主義とも云へる。即ち右翼反動勢力と共に日本革命の敵である。本道労働戦線の統一は眼前に迫っているが、これを邪魔する極左翼勢力に対して明確な一線を引いて勤労階級の弾圧を企図する独占金融資本勢力と闘う時期に際会している」と激励し、三十数名の入党式を行った。

## 6月19日〔日〕

幾春別炭砒労組・立会演説会開催。「労働法規は何故改正されるか」に就いて、道連派遣の西村〔武夫〕道議は、

「日本労働運動で極左勢力に支配され破壊戦術に嫌気をさした大衆が、反動的に右翼吉田内閣を成立させた。即ち今日勤労大衆を困難な立場に追いつめている反動勢力の復興は、共産党の暴力戦術が原因である。随つて極右勢力としては、この共産勢力に対して当然法的に即ち労働法規に制限を加へて解釈に於いては民主的、実質に於いては適当な圧迫を加へることの出来る様な可能性を加味したのである」、「社会党は民主的平和革命の主導勢力として、極左、極右に対して、真に民主的な労働法規制定のため国会を通じて闘う決意である」と述べた。

## 6月21日〔火〕

民主協議会幹事会 十三時北労会館。

- ① 公安条例反対斗争。但し社会党は共産党と共同斗争はしない、別個の立場で展開する
- ② 〔北海道〕開発公社板谷〔順助・衆議院議員（民主自由党）〕案反対。最も共産党と共同斗争は見合せ、社会党独自の開発案を作成する  
しかし民協案作制するならば、社会党として資料を提出してよい
- ③ 民主主義擁護同盟の代表派遣は、社会党は保留とする

## 6月22日〔水〕

琴似支部大会を六時より役場会議室で開催。横路〔節雄〕書記長出席、「琴似は地理的位置から云つて、札幌と同じである。社会党道連の強力なる運動の展開は特に石狩支庁内支部の勢力に関係する。吉田内閣、共産主義勢力の抗争愈々熾烈なる今日、社会民主主義の使命は重大である。諸君の奮起を願う」とメッセージを送る。

## 6月23日〔木〕

道連執行委員会、十時道議会控室。

- ① 開拓〔開発〕公社板谷〔順助〕試案反対斗争展開のため、早急に社会党案の作製をする。
- ② 開拓〔開発〕審議会の構成運営は民主的に知事を通じて改正する。
- ③ 留萌道議補欠選挙は候補一名を出す故、積極的に闘う。候補は未定。
- ④ 農業対策として、農民組織は日農〔日本農民組合〕の共産フラク化と〔北

海道] 農民同盟の農村ボス性を衝き、次回までに決定的な方針を打出したい。

○労働教育課主催労働学校に横路〔節雄〕書記長出席、「単位労組の構成と運営」について講義。

#### 6月24日〔金〕

夕張争議に対して道連より山中日露史を派遣し、労働法の解釈について弁護士  
の立場から法的に説明す。

#### 6月25日〔土〕

民主協議会主催・食糧公団立会演説会に横路〔節雄〕書記長出席。

「行政整理について」の題に対して、「社会党は原則的には反対である。しかし国家予算による整理は絶対反対であるが、地方予算による行政整理は配置転換等で対策を立てるべきである。特に今日失業対策が放置されているのは政府の責任全く重大である」との論旨で演説す。

#### 6月25日〔土〕

若木勝蔵参議院議員の国会報告演説会を、六時より公民会で開催す。

「教育予算について吉田内閣の政策は全く独善的で、教育の振興以外に日本民主化の根源的な方途はないのである。しかるに国会勢力の過半数をよいことにして、全く勤労階級の一方的犠牲に於いて六・三制を徹底的に行はないのは、教育をなしがしろにしたと云うべきである。速かに民主主義革命の徹底を為すため、教育予算を確立し再びかゝる反動勢力を胎頭させざる様、全日本勤労大衆が立上るときである」

#### 6月27日〔月〕

上砂川支部結成大会を六時公会堂にて開催するので、道連より葦沢〔堅次〕、笠島〔保〕両政治局員出席す。先に三十数名の集団入党後、同地方は共産フラクを追放して社会党結成に邁進したものである。

「労働運動の二大潮流は、今や社民主義か、マルクスレーニズムかの情勢に在る。二者一を選択するには、真実に対する勇気を必要とする。吾々は高きヒューマニズムと世界平和のため、そして日本の長く苦しみ通して来た勤労階級のために皆さんと今日から同志として斗つて行くことは喜びを感じる。どうか上砂川の諸君は、茨の多いこれからの社会党を育成することは即ち世界平和と人類の幸福に繋がると自覚されて欲しい」と葦沢局員代表して祝辞を述べた。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年6月29日より同年7月30日に至る間の、日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の通り報告いたします。

記

**6月29日〔水〕**

労農犠牲者記念碑竣工記念式。道連より遠藤一出席す。発言なし。

**7月2日〔土〕**

民主協議会主催・北海道綜合開発公社案（板谷〔順助〕私案）反対演説会が十一時より北海道新聞社との広場に於いて開催さる。

道連より横路〔節雄〕書記長出席、北海道を殖民地化せしめると解釈される板谷私案に対し、絶対反対の意志を表明した。

**7月3日〔日〕**

日本社会党東瀬棚支部大会開催され、塚越〔武雄〕支部長を中心に道連の運動方針について討議された。

**7月5日〔火〕**

道庁労働部主催の労働学校が北見市に於いて開催され、横路〔節雄〕書記長が講師として出席。労働組合の在り方について講義をした。

**7月8日〔金〕**

新幌内労組主催の立会演説会が新幌内昭和会館に於いて開催され、道連より西村武夫道議出席、「労働法規改正に伴ふ今後の民主的労働組合の在り方に就いて」演説を行つた。

**7月9日〔土〕**

札幌市役所職組主催の立会討論会に道連より横路〔節雄〕書記長出席し、国鉄の首切りと日本社会党の対度について、共産党の破壊的地域人民斗争に絶対反対の意志を表明した。

**7月10日〔日〕**

帯廣支部大会開催され、丸野〔幸一〕書記長を中心に運動方針の討議を行つた。夕張地方協議会開催され、道連より横路〔節雄〕書記長出席し行政整理に対す

る党の基本的態度として、統一された中央の団体交渉再開を以て斗ひ、共産党の破壊的地域分散ストは絶対排撃する旨を強調した。

#### 7月10日〔日〕

札幌市自治制五十週年<sup>マ</sup>記念式に、道連政治局より葦沢〔堅次〕政治局員出席し祝意を表明した。

#### 7月12日〔火〕

北教組中央執行委員会に横路〔節雄〕書記長出席しメツセージを送つた。

#### 7月14日〔木〕

第五回拡大執行委員会を開催、荒〔哲夫〕委員長はじめ二十五名参集す。委員長挨拶の後、書記長〔横路節雄〕より当面の情勢、特に定員法からくる国鉄行政整理の現状、並びに地方労働教育諮問委員の選出、党再建情報その他の報告あり。以上に基いて当面の行政整理反対斗争の基本的方針を次の如く決定した。

- ① 今回の不当行政整理に対しては、先づ統一された中央の団体交渉再開をもつて斗ふ。
- ② 分散スト地域ストは絶対排撃する。従つて斗争指令権は中斗が持ちすべてを集約斗争へ盛り上げる。
- ③ 臨時国会を速やかに開き、ドツヂラインを大中に修正し予算の組替をさせ実質的に定員法を徹させよ。
- ④ 臨時国会開催中に強力なる団体交渉を院内斗争と併せて行ひ、それにもかゝらず尚成功しない場合は、院外に於ける凡ゆる民主的団体と協力して大衆運動を展開する。
- ⑤ 労組の組織を確保するためにも党は積極的に行政整理反対斗争の指導権を握る。

#### 7月15日〔金〕

池田支部大会開催され、沼田〔? ?〕支部長を中心に道連の運動方針について討議した。

#### 7月19日〔火〕

民主協議会幹事会が公民館に於いて開催され、横路〔節雄〕書記長出席し、〔7月〕27日に民協総会開催を決定す。

#### 7月20日〔水〕

労働文庫開設記念会、葦沢〔堅次〕政治局員列席す。

#### 7月25日〔月〕

幾春別に於いて民主々義防衛町民大会開催され、横路〔節雄〕書記長出席しメッセージを送った。

**7月27日〔水〕**

民主協議会総会、労働会館に於いて開催さる。横路〔節雄〕書記長出席し、対道会対策について討議す。

**7月29日〔金〕**

民協幹事会開催さる、於労働会館。第三回定例道会開催期間中、道議会内に民協事務局を出張せしめ、院外各民主的団体の陳情及各議員との連結を取り扱ふことを決定した。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年7月31日より8月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の通り報告いたします。

記

**8月3日〔水〕**

十七時半より労働会館に於いて第一回道連政策樹立懇談会を開催する。現在反動的な民自党〔民主自由党〕政策と破壊的な共産党政策と闘つて日本社会党による社会主義の実現のために、党の主体性確立をなさんとするものであり、社会党道連の基本的問題や活動方針を樹立せんとするものである。別に拘束や規約があるわけではなく党を愛するものの同志的な研究会であり、懇談会である。炭労、日通、金属、全市連、全日木材、全通、国鉄、国鉄商工、私鉄総連、全道庁、総同盟等結集し、道連より横路〔節雄〕書記長、葦沢〔堅次〕政治局員、笠島〔保〕政治局員出席し、各組合の現状報告に基き情勢分析を行つた。

**8月5日〔金〕**

弥生炭硯労組主催・立会演説会に社会党より横路〔節雄〕書記長出席し、民自〔民主自由党〕、共産両党の批判と吾党の活動方針につき、一時間半にわたつて演説した。

**8月5日〔金〕**

民主協議会幹事会が道庁無所属道議控室に於いて開催され、横路〔節雄〕書記

長出席す。北海道庁外広告物取締条例に関してこれが第三回定例道議会に提出された場合、民協ではこれに反対するということを決めた。

**8月10日〔水〕**

千歳支部組織確立大会が開催され、道連より葦沢〔堅次〕 政治局員、正木〔清〕 前代議士出席し、吾党の失業対策他数項について討議す。

この日、千歳進駐軍要員による職場支部が結成され、田中菊太郎が支部長に選任さる。

**8月10日〔水〕**

農民同盟主催全道農民大会が開催され、道連より喜多幸章が出席する。

**8月13日〔土〕**

第二回政策樹立懇談会を十七時半より労働会館に於いて開催。金属、炭労、日通、全道庁他二十四名参集。道連より横路〔節雄〕書記長、葦沢〔堅次〕・笠島〔保〕政治局員、渡辺〔國於〕・竹花〔猛〕・遠藤〔一？〕書記出席し、労働戦線統一問題をとりあげ、研究討論を行ふ。

**8月19日〔金〕**

午前十時より中央公民館に於いて第六回執行委員会を開催、荒〔哲夫〕委員長他二十九名参集した。決定事項として、

- ① 〔社会党〕本部書記長鈴木茂三郎氏来道に関して全道的に行ふ遊説の具体的計画を決定した。
- ② 書記長来道を機に8月30日支部代表者会議を召集することを決定した。

**8月20日〔土〕**

第三回政策樹立懇談会を労働会館に於いて十七時半より開催。

炭労、全市連、全道庁、全日本材等参集し、道連より照井〔？？〕書記出席。組合の現状報告の後、情勢分析を行ふ。

**8月21日〔日〕**

留萌支部大会開催され、道連より笠島〔保〕政治局員出席し道連の運動方針につき討議す。なほ留萌支部に於いては左記のとほり役員の変更を行った。

- (一) 支部長 武藤周三郎
- (二) 書記長 後藤秀雄

**8月25日〔木〕**

中央公民館に於いて日通労組大会が開催され、道連より横路〔節雄〕書記長が出席し、メッセージを送った。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年8月29日より同年9月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称す）の行動を左の通り報告いたします。

記

**8月29日〔月〕**

日本社会党本部書記長鈴木茂三郎氏、機関紙局長稲村順三氏、組織局長浅沼稲次郎氏、婦人対策部長山崎道子氏等一行が北海道遊説のため来道す。鈴木氏稲村氏は札幌に於いて一〇時より四〇分間新聞記者との共同会見を行ひ、十一時より十二時まで中小企業対策懇談会に出席。一三時三〇分より十六時まで労組懇談会に出席。一八時より二〇時まで琴似町に於ける演説会に出席す。浅沼稲次郎氏山崎道子氏は十一時より一六時まで余市町の演説会に出席す。

**8月30日〔火〕**

社会党北海道支部代表者会議を札幌公民館に於いて開催す。

本部より鈴木〔茂三郎〕、浅沼〔稲次郎〕、稲村〔順三〕、山崎〔道子〕の四氏が出席し、本部報告として鈴木書記長は北海道に於ける社会党再建の重大性、日本に於ける北海道の占むる役割の重大性を説き、臨時国会の即時開会要求運動は、吉田内閣の現政策の矛盾を指摘、増大する社会不安を一掃する斗争であると強調し、党の主体制確立を待ち、速やかに倒閣運動を行ふと結んだ。

次いで浅沼組織局長は日常斗争を活潑にすることは即党組織の再建と党勢拡張を意味するものである。そしてそれは又必然的に共産党の戦略戦術を打破するものであると説明した。稲村氏は党機関紙の重要性と運動方針起草委員会経過報告をなし、山崎婦人対策部長は、婦人部確立は先づ党員の主婦の入党から！と説いた。

次いで横路〔節雄〕道連書記長より道連経過報告があり、終つて各支部代表者と本部書記長との間に質疑応答あり、最後に北海道総合開発問題につき、永井勝次郎氏（道連、道政対策委員、統制委員）より草案の説明があつて、午後五時四十分閉会した。

次いで公民館一号室に於いて一八時より社会党大演説会が開催され、横路節雄、

山崎道子、浅沼稻次郎、鈴木茂三郎の諸氏がそれぞれ熱弁を振つた。なほこの日、稲村順三氏は正木清氏（札幌支部所属）と共に千歳町に於ける演説会に出席した。

#### 8月31日〔水〕

鈴木〔茂三郎〕本部書記長、稲村〔順三〕氏、和田敏明氏（旭川支部所属）は旭川市に於ける労組代表懇談会及演説会に出席した。浅沼〔稻次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、小樽支部堺一雄氏は、小樽で開催の演説会に出席す。

#### 9月1日〔木〕

鈴木〔茂三郎〕本部書記長、稲村〔順三〕氏、横路〔節雄〕道連書記長は、砂川町及び上砂川町にて開催された演説会に出席す。

浅沼〔稻次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、荒〔哲夫〕道連委員長及森三樹二氏は、帯広に於ける党员懇談会及演説会に出席す。

#### 9月2日〔金〕

鈴木〔茂三郎〕書記長、稲村〔順三〕氏、横路〔節雄〕道連書記長は、岩見沢及び幾春別にて開催の演説会に出席す。

浅沼〔稻次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、荒〔哲夫〕道連委員長は釧路及春採に於いて開催の党员懇談会及演説会に出席す。

#### 9月3日〔土〕

鈴木〔茂三郎〕書記長、稲村順三氏、横路〔節雄〕道連書記長及山中日露史氏は室蘭支部大会及室蘭に於て開催の演説会に出席す。浅沼〔稻次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、荒〔哲夫〕道連委員長、木下源吾参議院議員は弟子屈に於ける演説会に出席す。

#### 9月4日〔日〕

鈴木〔茂三郎〕書記長、稲村〔順三〕氏、横路〔節雄〕道連書記長及山中日露史氏は伊達紋別町にて開催の演説会に出席す。浅沼〔稻次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、木下〔源吾〕氏、荒〔哲夫〕道連委員長は、網走にて開催の党员懇談会及演説会に出席す。

#### 9月5日〔月〕

鈴木〔茂三郎〕書記長、道連横路〔節雄〕書記長は森町及函館市にて開催の演説会に出席し、稲村〔順三〕氏及び三澤正男氏（八雲支部所属）は八雲町に於ける演説会に出席す。

浅沼〔稻次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、木下〔源吾〕氏、荒〔哲夫〕氏及び永井

勝次郎氏は北見市にて開催の党員懇談会及演説会に出席す。

**9月6日〔火〕**

鈴木〔茂三郎〕本部書記長、稲村順三氏は本道に於ける日程を終へ退道す。浅沼〔稲次郎〕氏、山崎〔道子〕氏、荒〔哲夫〕氏、和田敏明氏は留萌市にて開催の演説会に出席す。

**9月7日〔水〕**

浅沼〔稲次郎〕氏、山崎〔道子〕氏は芦別町に於ける演説会及び赤平町に於ける党員懇談会と演説会に出席す。

**9月8日〔木〕**

浅沼〔稲次郎〕氏は札幌に於いて労組代表者と懇談会を持ち、山崎〔道子〕氏は札幌市白川に国立第二療養所を訪問、看護婦と懇談会を持った。

**9月9日〔金〕**

浅沼〔稲次郎〕氏、山崎〔道子〕氏及道連横路〔節雄〕書記長は上磯町にて開催の演説会に出席し、これを以て本道に於ける日程を終了、退道した。

**9月10日〔土〕**

芦別労組主催の立会演説会に社会党より和田敏明氏出席し、「これからの吾々の生活は楽になるか」といふ演題にて演説した。

**9月11日〔日〕**

富良野支部結成大会開催され道連より和田敏明氏、竹花〔猛〕書記出席、激励す。支部役員次の通り決定す。

支部長 伊藤芳二      書記長 大川浪雄

**9月14日〔水〕**

炭労会議室に於て民主協議会幹事会が開催され、道連より横路〔節雄〕書記長出席す。民協より朝鮮人連盟解散に対する不当弾圧反対共同斗争申入れあり、社会党としては明15日回答する旨約す。

**9月15日〔木〕**

さきの民協からの朝連解散に対する不当弾圧共同斗争申入れについて、社会党道連では党本部の指示をうけ、社会党独自の行動をとり共同斗争は行はずとの対応をとり、民主協議会に対し次の如く回答した。

朝連解散に対する不当弾圧共同斗争についての回答。

表記の件に関しては昨9月14日の民協幹事会に於いて約束した通り、本日午

前十一時三〇分社会党本部に対し電話連絡により正式に中央執行委員会の指示を得た所、党本部としては本件に関して調査特別委員会を設置し、党独自の立場に於いて行動を行つているので、各地に於ける他団体との本件に関しての共同斗争については行つてならない旨指示あり、従つて道連合会としては本部指示通り行動することに決定しました。右の通り回答いたします。

民協御中

日本社会党北海道支部連合会

**9月18日〔日〕**

幌内砒労組主催の立会演説会が開催され、社会党より三笠支部書記長小嶋義雄氏出席す。

**9月17日〔土〕**

9月17日より21日まで稚内、北見、紋別、名寄に於いて開催の道庁労働部主催の労働学校講師として、横路〔節雄〕書記長出席のため出張す。

**9月20日〔火〕**

衆議院議員河崎なつ氏来道したので、20日上砂川町に於て21日幾春別及奔別に於いて婦人懇談会を党支部主催で開催し、道連より渡辺和歌子書記出席す。

**9月23日〔金〕**

輪西日鉄の溶砒炉休止問題につき道連横路〔節雄〕書記長は照井〔??〕書記を帯同、支援のため23日より25日まで出張す。日鉄輪西の二基の溶砒炉が休止するとこれに関連する中小鉄工場をはじめ、他生産業に甚大なる影響をあたへ、又石炭需要の面からも道内炭使用のこの溶砒炉休止は全道十一万の炭砒労働者の生活に直接影響をあたへるので、社会党は組織をあげて本道産業崩壊の阻止のために支援するものである。

**9月26日〔月〕**

横路〔節雄〕書記長は雄別支部の党員懇談会に出席す。

**9月27日〔火〕**

釧路に於いて開催された釧路支部党員懇談会に出席し、鳥取町との合併に伴つておこる市会選挙の対策につき懇談す。

以上

㊦

1949年9月29日より同年10月24日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称す）の行動を左の通り報告いたします。

## 記

### 10月1日〔月〕

総同盟道連第四回定期大会が労働会館に於いて開催され、道連より横路〔節雄〕書記長が出席しメツセージを送つた。

### 10月3日〔水〕

常呂支部大会が開催され道連より横路〔節雄〕書記長が出席し、当面の支部の活動方針について活潑な討論を行った。

### 10月6日〔土〕

函館に於いて開催された全通大会に道連より横路〔節雄〕書記長が出席し、メツセージを送つた。

### 10月9日〔火〕

石狩町高岡に於いて帝国石油労組石狩支部主催の共産党との立会討論会が開催され、道連より横路〔節雄〕書記長が出席す。主として世界労連、自由世界労連に就いての討論が行はれ、横路書記長は、自由世界労連に志向する線を強く出した。（なほ帝国石油労組は産別を脱退し現在はどこにも属していない）

### 10月12日〔金〕

第七回執行委員会が開催され、荒〔哲夫〕委員長他二十六名が出席した。議案及決定事項は次の通りである。

（一）釧路市長並に市会議員選挙対策について。

- イ 市長については党として現市長佐熊〔宏平〕氏を推す事に決定。
- ロ 市会議員は釧路支部推薦の太田益夫他九名を道連として正式に公認する事に決定。
- ハ 尚、共産党荒井英二氏より正式文書にて、市長、市会議員選挙に共同斗争の申入れがあつたが、社会党としてはこれを拒否する事に決定した。

（二）衣料登録に関する件

荒〔哲夫〕委員長より経過報告があり質疑に入つた。最後に荒氏より□四、五日中に解決を見るであらうと結ばれた。

（三）北海道民主協議会（以下民協と呼称）対策と、四党共同斗争について

現在報導機関に於いて党内の一部の人（足立〔梅市〕氏鈴木〔清一〕氏他）が〔第二次〕吉田〔茂〕内閣打倒共同斗争（共産党、社会党、労農党、農民党とも）を強調して党内で問題になつていと報導しているが、北海道としては和田敏明氏が出席しているやうに報じているが、この際経過を明らかにするように和田敏明氏に発言を求め、和田氏よりも基本的には民主的政策とは共同斗争すべきだと考へているが、今回問題になつている四党共同斗争に対する足立氏等の考へ方とは必ずしも同じではない。私〔荒カ〕はこの問題では同一行動はとつていない。結論として私としては党の決定に全く服するつもりであるとの発言を行つた。

尚、本日、労農党岡田〔春夫〕代議士、鈴木〔清一〕参議〔院議〕員より民協を通じて四党共同斗争について正式申入れがあつたが、この事についても討論が行はれ、結論として次の如く決定した。

即ち労農党から申入れのあつた四党共同斗争については来る〔10月〕25日の拡大執行委員会に於いて決論を出す。現在は民協の招へいには応じる。このことは、本道の民主的労組、又は民主的団体と共同斗争をする事であつて、四党とは共斗するものではない。

#### （四）全道庁職首に関する件。

横路〔節雄〕書記長より経過報告あり、質疑、批判が交された。田中〔敏文〕道政を社会党的道政にもつてゆくよう強い要望があつた。

#### （五）参議院選挙対策に関する件

明年行はれる参議院議員候補者決定につき種々意見の交換、各支部の対策の具申があつたが、結論が出ず、来る〔10月〕25日の執行委員会に持ち越す事と決定した。

### 10月12日〔金〕

民主協議会幹事会が開催され、荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長共に出席不可能にて、道連書記林〔? ?〕、松本〔? ?〕、書面を持つて出席す。即ち本日の議題について、

（一）岸〔孝一・民協〕事務局長の件は辞任を承認する、後任は総会に於て決定された。

（二）労農党申入れの件については、来る〔10月〕25日の道連第八回執行委員会で決定したい。

（三）民協総会の件は25日□□□□され度い。との書面を民協に提出した。

**10月20日〔土〕**

民協幹事会開催され、道連より横路〔節雄〕書記長、葦沢〔堅次〕政治局員出席す。大衆団体の幹事団を交へた民協参加政党の懇談会といふ形で行はれ、懇談経過の中にて内閣打倒共同斗争に言及したが、社会党としては中央の決定を重視し、基本方針としては四党共斗には応ぜられないといふ線を出した。なほ労農党よりもつと会合を持つことの要請あり、次期を〔10月〕24日に待つことに決定した。

**10月23日〔火〕**

三笠支部大会。横路〔節雄〕書記長出席す。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年10月25日より同年11月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称す）の行動を左の通り報告いたします。

記

**10月25日〔木〕**

第八回拡大執行委員会を開催す。荒〔哲夫〕委員長をはじめ三十二名参集した。議案及決定事項左記の通りである。

- ① 参議院議員選挙対策について、若木勝蔵氏、木下源吾氏の現議員を道地区の公認として〔社会党〕本部に申請する。最後の決定は来年の定期大会に於いて決める。
- ② 道連事務所確立について。
- ③ 労農党よりの共斗申入れについて。去る第七回執行委員会より持ち越して来た労農党よりの四党共同斗争の申入れについて種々討議が交されたが結論として共斗を行はぬことに決定した。民主協議会は現在のまゝ存続しこの中で柔軟な斗争を行ふことに決定した。

**10月26日〔金〕**

民主協議会幹事会が開催され横路〔節雄〕書記長、葦沢〔堅次〕政治局員が出席す。議題及び決定事項左記の通りである。

- ① 岸〔孝一〕事務局長の辞任を認め、後任は事務局に交渉を任せる。

- ② 民協今後の運営について、社会党は労農党提唱の四党共闘は行はないが、民協を通じて従来どほりの斗争を行ふことを表明した。
- ③ 農民新党は党内事情により民協を脱党した。

11月1日〔火〕

道連役員正木清は釧路市〔議〕会選挙応援のため釧路に出張す。

11月8日・9日・10日〔火・水・木〕

道連統制委員永井勝次郎が釧路市〔議〕会選挙応援のため釧路に出張す。

11月9日・10日〔水・木〕

道連横路〔節雄〕書記長は釧路市〔議〕会選挙応援のため出張す。

11月11日〔金〕

釧路市〔議〕会選挙行はる。社会党所属党员阿部〔利夫〕、三輪〔正三〕の両氏が釧路市会議員に当選した（立候補者十名中）

11月18日〔金〕

第九回執行委員会開催。執行委員十二名参集す。議案及決定事項左の通りである。

- ① 道連臨時大会について。12月3日、4日に行ふ。
- ② 道連機構改革について。種々研究と討議を行ふ。

11月19日〔土〕

幌内炭硯立会演説会。道連より西村武夫道議が出席し、「炭硯労働者の生活はどうしたら楽になるか」といふ議題で演説を行った。

11月19日〔土〕

函館に於いて開催の労働学校に横路〔節雄〕書記長出席し、「現下の労働情勢について」講議を行った。

11月20日〔日〕

札幌支部大会開催され、役員の改選を行った。新役員左の通り。

支部長 日吉良一 副支部長 塚本肇 書記長 笠島保

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年11月29日より同年12月28日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の通り報告いたします。

記

12月3日・4日〔土・日〕

道連第一回臨時大会を札幌市民館に於いて開催す。

出席代議員 琴似支部竹花猛他五十六名、委任状二十五名にて大会成立す。議案及び決定事項左記の通りである。

一、党綱領に関する件

審議の結果小委員会附記と決定す。

一、農業綱領に関する件

執行委員黒川留雄〔岩見沢市〕提案説明し、審議の結果小委員会附記と決定す。

一、機構改革に関する件

葦沢〔堅次〕政治局員提案説明し、大会これを承認す。

一、当面の活動方針に関する件

塚本〔肇〕政治局員提案説明し、一部字句の修正ありて大会これを承認す。

一、講和綱領に関する件

和田敏明提案説明し、審議の結果小委員会附記と決定す。

一、北海道総合開発に関する件

永井勝次郎提案説明し、審議の結果従来の■〔小カ〕委員会に於いて早急に北海道総合開発■■■案を□成すべしと決定す。

一、吉田内閣打倒に関する件

荒〔哲夫〕委員長提案説明、満場一致で可決す。

次いで各支部提案の緊急動議を審議採決し、道連費値下げに関する件を除く他は全部提案となり可決された。各支部提案の緊急動議左記の通り。

- 一、北洋漁業再開促進について（函館支部提出）
- 二、統制問題に関する件（札幌支部）
- 三、中央委員の委員会出席について（ク）
- 四、農業協同組合対策特別委員会設置の件（栗山支部）
- 五、道連費月額二十円に値下げする件（網走支部）
- 六、社会新聞に北海道版設置する件（琴似支部）
- 七、釧産税の道移管に反対の件（三笠支部）
- 八、炭砒労組内党員連絡協議会の運営促進について（ク）

次いで大会宣言、委員長挨拶ありて閉会す。



葦沢〔堅次〕政治局員、帰札する。

**12月12日〔月〕**

豊里より帰札した横路〔節雄〕書記長は直ちに寿都にむかひ六時半よりひらかれた演説会に出席す。道会議員時田政次郎氏の道政報告あり、次いで横路書記長は時局打倒として、

- 1、国際状勢の分析よりする極左共産党の戦術上の誤びゅう〔謬〕について
- 2、国内状勢の分析よりする極右民自党内閣の失政による労働不安、社会不安について
- 3、社会党の基本方針として、
  - イ 民主戦線の統一
  - ロ 農民戦線の統一
  - ハ デフレ政策を変更してデイスインフレにせよ

概要右の如き演説をなす。

**12月13日〔火〕**

歌棄村に於いて内容同様の演説会を行ふ。

**12月14日〔水〕**

□□〔磯谷カ〕村に於いて同様演説会を行ふ。

**12月15日〔木〕**

蘭越村に於いて農民代表者に対して内容同様の演説会を行ふ。

**12月18日〔日〕**

余市支部再建大会開催さる。横路〔節雄〕書記長出席し、一般情勢報告をなす。

以上

〔次々号に続く〕

## 訂正

58巻5号につき、次のような誤表記がありましたので訂正いたします。

「現代中国における刑罰政策の発展と変革」および「中国の刑事政策システムにおける民間社会の役割の変化——ガバナンス理輪を導きに」について、「目次」(2ヶ所)、「執筆者紹介」および101頁の著者名の「盧建平」を「盧建平」に訂正する。

「訳者まえがき」101頁の見出しから1行目の「盧建平」を「盧建平」に、同5行目(2ヶ所)、102頁下から6行目、103頁7行目の「盧教授」を「盧教授」に訂正する。

「現代中国における刑罰政策の発展と変革」110頁最終行の「盧建平」を「拙稿」に訂正する。

60巻6号につき、次のような誤表記がありましたので訂正いたします。

「少年犯罪に対する刑事政策の総体的整備」について、「目次」、「執筆者紹介」および217頁の著者名ならびに同頁の小見出しから2行目の「蘆建平」を「盧建平」に訂正する。

## 執筆者紹介（掲載順）

嶋	拓哉	北海道大学大学院法学研究科教授
松	尾誠紀	北海道大学大学院法学研究科教授
横	堀あき	北海道大学大学院法学研究科助教
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
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
前	田亮介	北海道大学大学院法学研究科准教授

令和4年1月28日 印刷  
令和4年1月31日 発行

編集人 松尾誠紀  
発行人 北海道大学大学院法学研究科長  
小名木明宏  
印刷 北海道大学生協同組合  
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    January 2022    No. 5

---

## CONTENTS

### ARTICLES

- Should Japan have international jurisdiction clauses in proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property, shouldn't it? — They are supposed to absolutely contribute to the enhancement of Japan's territorial integrity ..... Takuya SHIMA    1
- Rechtsgut und Strafbarkeit im Hinblick auf die Aussetzung einer Leiche im Sinne des § 190 japanischen StGB  
..... Motonori MATSUO    49
- Eine Studie über den deutschen "Rechtsschutz" im Verhältnis zwischen Kommune und Staat (1) ..... Aki YOKOBORI    69
- A comparative study of the theory of normative perpetrator and indirect perpetrator in Japan and Taiwan (4) ..... Chuan-Ting KAO    129
- Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (6)  
..... Ruihe YANG    169

### NOTE

- La Pensée démocratique de Raymond Aron. Le Croisement entre l'antitotalitarisme et la philosophie de l'histoire, 1930-40 (2)  
..... Koichi IKEZAKI    241

### MATERIAL

- Local Party Organizations in Postwar Japan (1): The Case of the Federation of Hokkaido Social Democratic Party Branches (1948-1951)  
..... Ryosuke MAEDA    281

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

---

Published by  
Hokkaido University, School of Law  
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan