HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第73巻 第1号 全1冊
Citation	北大法学論集, 73(1)
Issue Date	2022-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/85632
Type	journal
File Information	lawreview_73_1_all.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 73 巻　　第 1 号

論　　説

Online Service Providerを巡る国際的な法規律
——抵触法の視点からの考察——
…… 嶋　　拓　哉　　1

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (1) …… Ruben E. Rodriguez Samudio　　33

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（8・完）
…… 楊　　瑞　賀　　109

公権の現代化（2）
——EU環境法における「個人の権利」とそのドイツ行政法に対する影響を手がかりとして—— …… 谷　　遼　大　　246[　1]

資　　料

黎明期日本社会党の地方組織（2・完）
——「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　　175

雑　　報

北海道大学法学会記事 …… 215

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

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷將（政治史）＊
上田信太郎（刑事訴訟法）
宇野二朗（行政学）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
川村力（商法）
○岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
○齊藤正彰（憲法）
齋藤由起（民法）
佐々木雅寿（憲法）
佐藤陽子（刑法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中村督（ヨーロッパ政治史）
中山一郎（知的財産法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
林誠司（民法）
○眞壁仁（日本政治思想史）
○松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
三宅新（商法）
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）
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）
横山和可子（刑事実務）
吉田邦彦（民法）

准教授

池田悠（労働法）
○伊藤隼（民事訴訟法）
郭薇（法哲学・法社会学）
川久保寛（社会保障法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
徐行（比較法）
鈴木敦（憲法）
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）
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）
鈴木繁元（憲法）
谷遼大（行政法）
内藤陽（憲法）
盛永悠太（憲法）
横堀あき（憲法）
郎晴（比較法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　　説

Online Service Provider を巡る国際的な法規律

―― 抵触法の視点からの考察 ――

嶋　　拓哉

1．問題意識

所謂「GAFAM」に代表される Online Service Provider が世界規模で事業を展開しているが、こうしたオンラインによる事業活動に関しては、欧米諸国のみならず中華人民共和国なども個人データの保護、あるいは国家によるデータの囲込みを企図し、国家的利害の観点から強い関心を寄せている。こうした世界規模での関心の高まりと並行して、わが国でも、Online Service Provider による活動に対処すること等を目的として、個人情報の保護に関する法律（「個人情報保護法」という）の規定内容が2015年（2017年施行）と2020年の改正で大幅に見直され、2022年４月より現行法が施行されている。個人情報保護法は公法的な性格を有する法律であるが、Online Service Provider を巡る法規律は何も公法的性格を有するものばかりではなく、民事法としての性格を有するものも当然に存在する。個人情報保護の領域に限った話ではないが、幾つかの法領域では、監督機関によるエンフォースメントと併せて、私人による民事訴訟等を通じたエンフォースメントがなされることにより、複合的な形で法規律の実効性を担保するための枠組みが構築されている[1]。また、海外

[1] 典型的には、金融商品取引法、不正競争防止法、独占禁止法といった法領域でも、公法的規制と並んで私法的規制が重視され、複合的な形で法のエンフォー

に眼を転じれば、欧州連合の一般データ保護規則[2]（「GDPR」という）でも、同様に公法・私法を複合させる形で、個人データの保護という同規則の目的を達成するための枠組みが整備されている。

こうした複合的な法のエンフォースメントは、国際的な法適用の局面においても同じく、重要な視点である。GDPR はまさにそうした視点を前面に押し出し、国際的な文脈においても公法・私法両面からデータ保護の実効性向上を図ろうとしている[3]。またわが国の個人情報保護法の改正では、これまでの属地主義の原則を転換し、外国の事業者による個人情報の取扱いについて同法を域外的に適用することを可能とする規定を新設することになった[4]。こうした国際的な文脈における規制強化の動きは、オンライン上の事業活動が容易に国境を跨いで行われることを考え

スメントが企図されている。

[2] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 4.5.2016, 1-88.

[3] GDPR79条１項では、データ主体（data subject）は監督機関への苦情申立て等の行政救済（非司法救済）とは別に、GDPR を遵守せずにデータ処理が行われた結果、自身の権利が侵害された場合には、司法救済の権利を有することが規定されている。なお、GDPR ４条１号では、データ主体（data subject）を「識別された、または識別可能な自然人」と定義しており、大まかに言えば、「データ主体（data subject）＝自然人」と捉えておけば良いだろう。

[4] 企業活動等がグローバル化し、またオンライン上での商取引活動が展開されている現在、外国の事業者がわが国に向けて事業活動を展開し、それに伴い内国居住者から個人情報を取得するのはもはや珍しいことではない。こうした環境において内国居住者の個人情報を保護するためには、外国の事業者に対しても、個人情報の適切な取扱いを求める必要があると考えられる。また、外国の事業者であっても、わが国に向けて事業展開を行う以上は日本法の適用について予見可能性があると考えるのが通常である。こうした視点から、2015年の個人情報保護法改正では75条以下の規定を設けて、同法の域外適用等に関する定めを置いた（瓜生和生編著『一問一答・平成27年改正個人情報保護法』（商事法務、2015年）142頁）。加えて、後述（４.（１））のとおり、2020年改正では個人情報保護法75条の事項的適用範囲を拡張させている。

れば当然の措置である。そこで本稿では、Online Service Provider に対する国際的な法適用の局面を想定したうえで、網羅的ではないが、執筆者が着眼した論点について、主として抵触法の視点から考察を加える。

２．法規範の一応の類型化：公法的規制と私法的規制[5]

（１）公法的規制

公法的規制の適用に当たっては、個々の規定毎に地理的適用範囲を検討し、問題となる事案がその地理的適用範囲に含まれるか否かを検証することになる。GDPR にも公法的規制として性格付けることが可能な規定が数多く存在する。GDPR は欧州連合域内から域外への個人データの移動に重点を置いた規制枠組みを整備しているが、国際的な法規律という観点からすれば、こうした公法的規制の地理的適用範囲の問題に焦点が当てられる。わが国の公法的規制では、後述（４.（１））の如く改正個人情報保護法等の例外はあるものの、地理的適用範囲を示す明文の規定が存在しないものが殆どである。こうした場合には、各公法的規制の立法目的に照らして、個別にその地理的適用範囲を探求するほかない[6]。各国が各自の政策目的を達成するために必要な範囲でこれら公法的規制を及ぼし、そのエンフォースメントも各国当局が罰則等を通じて行うのが通常である。

（２）私法的規制

民事訴訟を通じた法のエンフォースメントでは、原告となる私人のイ

[5] 以下の説明は、中西康ほか『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2022年）14頁以下を参考としている。同書では法律問題へのアプローチ方法として、①法規からのアプローチ、②法律関係からのアプローチの２つを挙げるが、公法的規制については前者（①）が、私法的規制については後者（②）が、各々概ね妥当する。但し、こうした対応関係は飽くまで大凡の目安として捉える必要がある。私法的規制であっても、国際的強行法規に代表されるように、前者（①）のアプローチ方法を採る法規範が存在することは、本文（２.（２））に記述するとおりである。

[6] 嶋拓哉「国際取引」松本恒雄ほか編『電子商取引法』（勁草書房、2013年）200頁以下［特に218 ～ 222頁］。

ニシャティブによることが大前提である。Online Service Provider の民事上の責任を追求するためには、訴えを提起する国に国際裁判管轄が認められる必要がある。例えば、Online Service Provider をわが国で訴えるためには、わが国の国際民事訴訟法（典型的には民事訴訟法［「民訴法」という］３条の２以下）に照らして、わが国の国際裁判管轄が肯定されることを要する。Online Service Provider が民事上有責であるか、有責であるとして具体的に如何なる内容の責任を負うかといった問題は、各国の民事実体法毎に判断が異なる。よって法廷地では、その国際私法に基づいて準拠法を決定する必要がある。わが国が法廷地となる場合には、法の適用に関する通則法（「通則法」という）等に基づいて準拠法が決定される。

なお、私法的規制であっても、法廷地の強い国家的利害や公的関心を体現する法規（「国際的強行法規」[7]という）は、事案と法廷地の間に強い関連性が認められる場合には、準拠法の如何に拘らず、属地的かつ強制的に事案への適用が行われることになる。

３．Online Service Provider の民事責任を巡る法の適用関係

（１）前提となる法規範の整理

日本、欧州連合いずれも、抵触法領域において、オンラインとオフラインの間で法体系の二重性（duality）は存在しない[8]。つまり、オンラインに特化した規則が存在するわけではなく、オンライン上の活動を巡る法的紛争であっても、オフラインを前提とした一般規定によって国際裁判管轄と準拠法が決定される。なお、欧州連合の GDPR には、データの管理者又は処理者の民事責任に関連して、特別な国際裁判管轄規定が

[7] 国際的強行法規の詳細については、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（2012年）122頁以下。なお、国際的強行法規には介入規範、絶対的強行法規、強行的適用法規等の別称がある。

[8] Pedro de Miguel Asensio, Conflict of Laws and the Internet (Edward Elgar, 2020), para. 6.30.

設けられている[9]が、同規定はオンラインに特化したものではなく、オフラインであっても同じく適用が予定されるものである。また、GDPRでは準拠法に関する特別な定めは設けられておらず、一般の抵触規則によって準拠法が決定される。

（2）消費者概念の重要性

抵触法体系を概観する限りは、オンラインとオフラインの区別よりも、B2B（事業者同士の取引）、B2C（事業者と消費者間の取引）等の取引類型に応じた区別の方が、重要性が高い。取引弱者である消費者について抵触法上の保護を要求する特別の法規定[10]が存在するからである。こうした抵触法上の消費者保護はB2C取引にのみ付与されるが、プラットフォーム・ビジネスは大量のP2P（peer to peer）[11]取引を加速度的に創出している。そのため、新しい類型に属するアカウント保有者（例えば、ネットオークションに大量出品し生計の足しにしている個人等）が日々生み出されることになるが、既述のとおり国際的な文脈においては、法の適用に当たって、問題とされるP2P取引がB2Cに該当するのか、それともその他の類型（C2C［消費者同士の取引］、B2B）に属するのかを判断することが非常に重要である。

もっとも、個々のアカウント保有者をみると、消費者、事業者のいず

---

[9] GDPR79条２項では、「データの管理者又は処理者を相手方とする訴訟手続は、管理者又は処理者が拠点（establishment）を有する構成国の裁判所において提起される。その管理者又は処理者が公権力の行使として行動する構成国の公的機関である場合を除いて、データ主体（data subject）が常居所（habitual residence）を有する構成国の裁判所でも、同様の訴訟手続を提起できる」旨を規定する。この規定はBrussels I Recastとの関係で特別規定として位置付けられる。

[10] 民訴法３条の４、同法３条の７第５項、同条第６項、通則法11条、12条。Brussels I Recast 17条以下、Rome I Regulations ６条。

[11] P2Pとは、ネットワーク上、機能に違いのない端末同士が対等な関係で直に接続し、互いの持つデータや機能を相互に利用する方式を指す。各端末がデータを保持し、他の端末に対して対等にデータの提供及び要求・アクセスを行う自律分散型のネットワークモデルである。

れに分類されるのか不明確なケースが存在する。このため、実際にSNS やプラットフォーム・エコノミーでは、消費者（consumer）と事業者（business professional）の区別が曖昧になる傾向がある[12]。欧州連合では、消費者と事業者を区別するための判断要素（メルクマール）として、サービス・物品提供の頻度、利潤追求の動機、利益水準を挙げている[13]が、こうした判断要素（メルクマール）は絶対的、排他的なものとは考えられていない。欧州司法裁判所は Kamenova Case[14]において、事業者を意味する「business professional」を機能的かつ相対的な概念として位置付けており、飽くまで個別具体的な契約関係の中で業務として、弱者である消費者に対して商品やサービスを提供していたと言えるかという点を判断基準に据えるべきであるとの見解を示している。またアカウントの二重目的使用（dual purpose use）も消費者と事業者の区別が難しい事案の一つである。Schrems Case[15]では、個人が元々は私的な利用のためにSNS アカウントを開設したが、後に同アカウントを通じて有料で動画を提供したり、出版資金の提供を求める等の行為を行っていたことから、その個人について消費者としての資格の有無が争われた。欧州司法裁判所はこの事案の中で、一般論ではあるが、Brussels I Recast 17条との関係において、当初は私用目的でアカウントを開設したとしても、その後、当該アカウントの使用と事業者としての活動との関係が軽微で最低限度の繋がりを有するに止まるものでないと評価し得るときには、アカウント保有者に対して抵触法上の消費者保護を付与しない可能性に言及する[16]。即ち、SNS アカウントを長期に亘って利用している場合には、開設後に生じた利用態様の変更をも考慮したうえで、アカウント保有者が Brussels I Recast17条に規定する消費者概念に包摂されるか否

[12] Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 6.46.

[13] European Commission, A European Agenda for the Collaborative Economy (Communication), COM (2016) 356, final, 9-10.

[14] Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova [Kamenova Case], Case C-105/17, EU:C:2018:808.

[15] Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited [Schrems Case], Case C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

[16] Schrems Case, para. 25ff［特に para. 29-32］.

かを判断すべきである旨を示唆するのである[17]。

（3）Online Service Provider の活動の多面性

Online Service Provider の活動は多面的であり、仲介者（intermediary）として取引の場を提供するに止まる場合もあれば、アカウントを保有する個人との間で売買契約の直接の当事者（contractual partner）になっている場合もある。後者の場合[18]は兎も角、前者のケースにおいてアカウント保有者である個人が Online Service Provider に対して売買契約責任を問う場合に、準拠法を如何に決定すべきかが問題となり得る。この点に関連して、取引当事者（例えば、同一の Online Service Provider にアカウントを保有する法人と個人）間の売買契約とは別に、Online Service Provider とアカウントを保有する個人との間にプラットフォーム・サービス利用契約が存在する。アカウントを保有する個人が Online

[17] Schrems Case, para. 37. もっとも、この判示内容は特段新規性に富むものとは言い難い。消費者か否かの判断基準時は訴訟提起時であると考えられていることから、アカウントの開設時には個人の私的利用を主目的としていても、その後事業目的での使用が支配的になっている事案であれば、アカウント保有者に対して、抵触法上消費者としての保護を及ぼす必要はないとの帰結に至るだろう。むしろ認定が難しいのは、如何なる条件の下であれば、アカウント保有者が消費者としての資格を喪失するかという点である。欧州司法裁判所はこの点に関して、硬直的ではなく柔軟な判断の必要性を強調する。こうした欧州司法裁判所の姿勢は、事案における個別の諸事情を総合的に考慮することを示唆するものである。なお、欧州司法裁判所はこの点に関連して、オンラインサービスの使用により中心に据えている社会活動領域において、アカウント保有者が専門的な情報や知見を有していたり、あるいはこうした活動に確信を持って関与しているからといって、その一事を以て直ちに消費者としての資格を喪失することはないとしている（Schrems Case, para. 39）。

[18] Online Service Provider がアカウントを保有する個人との間で売買契約の直接の当事者（contractual partner）になっている場合には、当該売買契約の準拠法に基づいて、契約責任が決定される。但し、前者（Online Service Provider）が事業者として認定されることは間違いないので、後者（当該売買契約のもう一方の当事者である個人）には、抵触法上の消費者保護（通則法11条、Rome Ⅰ Regulations 6 条）が付与される。

Service Provider に対して仲介者（intermediary）としての責任を追及する場合には、プラットフォーム・サービス利用契約の準拠法によるが、当該個人がアカウントを保有する法人ではなく Online Service Provider に対して売主責任を問う場合には、売主責任が問題となっている当該売買契約の準拠法によるべきと考えられる。もっとも、いずれの契約準拠法が適用されたとしても、アカウントを保有する個人が消費者として位置付けられる限りは、通則法11条等による弱者保護が付与される。

個人がアカウントの開設に当たり Online Service Provider に提供した個人データを当該 Provider 又は第三者が利用・加工することについて、当該個人がプラットフォーム・サービス利用契約に基づいて同意を与える場合がある。こうした場合にも、その個人には抵触法上の消費者保護が付与される[19]が、併せて公法的規制（個人情報保護法等）の適用が予定されることは既述（１.）のとおりである。

また、プラットフォーム・サービスを通じて名誉毀損等の不法行為が行われた場合に、被害者は通常、①当該サービスを提供する Online Service Provider に対して発信者を特定するための情報の開示を求めたうえで、②発信者に対して不法行為責任を追及する（２段階の訴訟）。このうち、①の段階に関連して、各国が Online Service Provider に対して発信者の特定に必要な情報開示を義務付ける法規を制定していることがあるが、こうした法規の適用は如何なる準則に基づいてなされるべきかが問題となる。わが国では、これに該当するものとして、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（「プロバイダ責任制限法」という）４条１項が制定されている。裁判例の多くは、適用根拠について言及することなく、わが国のプロバイダ責任制限法４条１項の適用を肯定する[20]が、通則法19条に基づいて日本

[19] Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 6.51.

[20] 知財高判令和3･5･31令和２年（ネ）10010号・10011号［原告＝内国居住者、被告＝米国法人ツイッター社］、東京地判令和3･3･12令和元年（ワ）17640号［原告＝内国居住者、被告＝米国法人フェイスブック社］、最判令和2･7･21民集74巻４号1407頁［原告＝内国居住者、被告＝米国法人ツイッター社］、東京地判平成28･4･21平成27年（ワ）23482号［原告＝内国学校法人、被告＝米国法人ツイッター社］、東京地判平成28･1･25平成27年（ワ）18599号［原告＝米国法人、被告

法を準拠法としたうえで、プロバイダ責任制限法４条１項を適用した事案も存在する[21]。この点に関して、学説には、①発信者情報の開示は侵害者に対する請求を行うための前段階の請求に過ぎず、損害賠償や差止め等の一般的な民事請求と性格を異にすること、②通則法19条によるとすれば、わが国国内で侵害情報が流通していても被害者が外国に常居所を有する場合には、わが国のプロバイダ責任制限法に基づく発信者情報開示請求が認められないが、こうした結論は同法の趣旨に反すること、③プロバイダ責任制限法に基づく発信者情報の開示に当たっては、発信者のプライバシー、表現の自由、通信の秘密等との関係が考慮されるなど、わが国の情報通信政策と密接に関連していること等の理由を挙げたうえで、プロバイダ責任制限法４条１項を民事責任に関する国際的強行法規として位置付け、その属地的適用を提唱する見解がある[22]。この見解を支持したい。

なお、欧州連合電子商取引指令[23] ３条は本源国（本拠地国）主義を採用しているが、欧州司法裁判所はこれを抵触規則とは位置付けていない[24]。むしろ同条を、Online Service Provider が本源国以外の構成国によって本源国よりも厳しい規制を課せられないという実体法上のセーフガード条項として位置付けていると解されている[25]。仮に同条を抵触規

＝日本法人（プロバイダ）］等。

[21] 東京地決平成29･8･30平成29年（ヨ）1552号［原告＝内国医療法人、被告＝米国法人グーグル社］、東京地決平成30･6･12平成30年（ヨ）1076号［原告＝内国医療法人、被告＝米国法人グーグル社］。なお立案担当者も同様の見解を示す（総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『プロバイダ責任制限法〔改訂増補版〕』（第一法規、2014年）116頁）。

[22] 羽賀由利子「判批」ジュリスト1532号（2019年）115頁以下［特に117頁］。

[23] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.7.2000, 1-16.

[24] 一般的にこの点を指摘するものとして、長田真里「EU 法における『本源国法原則』とその国際私法上の意義」阪大法学55巻３＝４号（2005年）871頁以下［特に881頁］。なお、横溝大「レギュレーションと抵触法――EU 抵触法の質的変化を中心に」国際私法年報17号（2015年）113頁以下も併せて参照。

[25] eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez

則として位置付けるにしても、欧州連合域内において適用されるものでしかなく、同質性の高い欧州連合構成国間に限定した管轄権限の割振りという側面を有するものと捉えるべきである[26]。世界規模において本源国主義を一般的な抵触規則として位置付けるとすれば、Online Service Provider は規制水準のより低い国に本拠地を移すはずであるが、これが国家間で規制水準の引下げ競争（race to the bottom）を惹起する惧れがあるため、不適当であることは明らかである。

（4）オンライン取引を意識した国際裁判管轄規定

既述（3.（1））のとおり、抵触規則にはオンラインとオフラインの間で法体系の二重性（duality）は存在しない。もっとも、国際裁判管轄規定の中には、専らオンライン上の活動に適用されるものではないものの、オンライン上の活動を強く意識したものがある。民訴法３条の３第５号がその典型である[27]。同号によれば、日本において業務を行う者に対する訴えについては、当該訴えがその者の日本における業務に関するものであるときには、日本の国際裁判管轄が肯定される。

この業務関連性の要件を巡っては、議論がある。即ち、顧客が海外の Online Service Provider による日本での業務活動に関わり、実際に日本国内で取引を行っていることを要求するか、それとも、取引時点において Provider が日本国内にも同等の業務を展開しているのであれば、顧客は日本以外の場所で取引を行っていても構わないと考えるか、という問題である。前者の見解では、顧客が実際に日本における Provider の業務に関連して取引を行うことを要求する（「具体的業務関連性説」という）のに対して、後者の見解では、顧客は必ずしも実際に Provider の日本における業務に関連して取引を行う必要はなく、顧客が取引を行っ

---

v MGN Limited [eData Case], Joint Cases C-509/09 and C-161/10, [2011] ECR I-10269.

[26] ちなみに、欧州連合では元来、規制法領域において、セーフガード条項としての本源国主義が採用される場合が多い。代表例は銀行規制、預金保護等の金融規制分野である。

[27] 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』（商事法務、2012年）56 ～ 58頁。

た地に拘わらず、Provider によってそれと同種の取引を行い得る状態が日本国内でも提供されていれば良いとする（「抽象的業務関連性説」という）[28]。

この点、抽象的業務関連性説が妥当と考える[29]。理由は、①民訴法３条の３第５号の規定文言上、日本における業務に起因して取引が行われるという具体的関連の存在を要件としていないこと、② Provider からすれば、日本で同種のサービスを提供していれば、日本で同種の法的紛争が発生することは予見可能であり、Provider に日本での応訴を強いたとしても不合理とまでは言い難いこと、③ Provider に対して日本での応訴負担を強いるのが酷な個別事情等があるのであれば、最終的に民訴法３条の９に基づいて例外的に日本の国際裁判管轄を否定すれば足りること、の３点である[30]。

また欧州連合 Brussels Ⅰ Recast 17条１項 c号では、消費者契約の管轄事由の一つとして、「契約の相手方が、消費者の住所が所在する構成国において職業上若しくは営業上の活動を行い、又はその構成国若しくはその構成国を含む複数の国に向けてあらゆる手段により同種の活動を行っており、かつ契約がその活動の範囲に含まれること」を規定する。日本の民訴法３条の３第５号は消費者契約に限った管轄事項ではなく、加えて両者の文言や管轄を巡る法体系全般も必ずしも一致しているわけではないが、それでも両者の規定内容は概ね近似しており、民訴法３条の３第５号の解釈に当たり、Brussels Ⅰ Recast 17条１項 c号は参照に値するであろう。欧州司法裁判所は、同条項に基づいて管轄を肯定するに当たって、消費者の住所所在地国に向けて行われた事業者による職業上

---

[28] こうした見解の対立を整理したものとして、櫻田嘉章＝佐野寛＝神前禎編著『演習国際私法 CASE30』（有斐閣、2016年）265頁［長田真里］。

[29] 但し、立案担当者は具体的業務関連性説に立脚していると考えられる（民訴法３条の３第４号について、佐藤達文＝小林康彦編著・前掲注（27）52頁）。また、学説でもこうした立案担当者の見解を支持するものがある（櫻田嘉章『国際私法〔第７版〕』（有斐閣、2020年）360 ～ 361頁、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）334頁等）。

[30] 嶋拓哉＝高杉直編『国際民事手続法』（勁草書房、2022年）48 ～ 49頁、52頁［種村佑介］。

若しくは営業上の活動と、消費者と事業者の間における契約締結等との間に、具体的関連が存在することまで要求していない[31]。こうした比較法的視点も抽象的業務関連性説を支持する根拠の一つである。

なお、民訴法３条の３第５号と GDPR79条２項前段の拠点所在地管轄との比較について付言しておきたい。GDPR79条２項前段の拠点所在地管轄は、物理的な営業所等の存在を要求するものではなく、「拠点（establishment）」は機能的で柔軟性に富む概念として捉えられている[32]。インターネットを通じた活動であっても、「構成国の領域内で安定的な仕組みを通じて現実にかつ実効的に活動を展開している」と評価できるときには、当該構成国に拠点所在地管轄を認めて良いと理解されており[33]、この拠点所在地管轄は、わが国民訴法３条の３第４号（訴訟提起地に被告の事務所・営業所等が所在する場合）と同条第５号（訴訟提起地に被告の業務が展開されている場合）をともに包摂するような広範な射程を持つものと捉えられる。他方で、これら２つの管轄規則の間には相違点もある。わが国民訴法３条の３第５号はわが国における業務に関連する事項に限ってわが国での訴訟を認めるのに対して、GDPR79条２項前段の拠点所在地管轄では訴訟の事項的範囲に関する制限は一切設けられていない。従って、GDPR79条２項前段によれば、ある欧州連合の構成国（A 国）に Online Service Provider の拠点が所在することが認められるのであれば、その Provider を A 国で訴える場合には、同国における当該 Provider の業務に関連する請求に止まらず、その他の構成国（B 国、C 国、D 国・・・）における当該 Provider の業務に関連する請求を行うことも可能である。

---

[31] Daniela Mühlleitner v Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi [Mühlleitner Case], Case C-190/11, EU:C:2012:542, para.45, Lokman Emrek v Vlado Sabranovic [Emrek Case] Case C-218/12, EU:C:2013:666, para.26, Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller [Pammer Case] Joint Case C-585/08 and C-144/09, para. 76ff.

[32] Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 3.81ff.

[33] Weltimmo s.r.o. v Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság [Weltimmo Case], Case C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, para. 30.

（5）Smart Contracts への対応

オンラインを活用した新規事業分野の中でも、Smart Contracts（分散型台帳技術［Distributed Ledger Technology，DLT］やブロックチェーンにおける自律執行型のコンピュータプロトコルを利用した契約形態）の拡大は目まぐるしいものがある。その特徴は、①DLT へのアクセスが非仲介型（disintermediated）、自律的（autonomous）であること、②記帳、それに必要な機器、参加者の物理的存在が不明あるいは不明確であること、③システムの運行に必要な調整は当事者間の同意に基づき、P2P ネットワークに依拠していること等である[34]。

参加者間の合意の基礎となる約款が DLT あるいはブロックチェーンにコード化された形で存在し、取引自由の原則に則り円滑な処理が図られる限りは、実際的な問題は生じないように思われる。もっとも、これは飽くまで実体法領域における議論であって、抵触法領域ではこれら契約の準拠法を決定するに当たって、地理的連結点を如何に確定させるかが理論上大きな問題となり得る。Smart Contracts のコード化された約款において債務の履行に関する問題がどのように規定されているかが決定的に重要であるし、多くの場合には、そこで明確化されているルールに基づいて債務履行が円滑になされるはずである。しかしながら、仮に債務履行を巡って紛争が生じた場合に、コード化された約款の中に、債務履行地に関する取決めや準拠法の主観的選択に関する定めがなかったとすれば、どうなるであろうか。一般に契約で履行地が定められておらず、かつ準拠法の主観的選択もなされていない場合には、債務履行地管轄（民訴法３条の３第１号）は機能しない[35]が、Smart Contracts の場合であっても同様に、コード化された約款にこれらに関する定めが盛り込まれないとすれば、債務履行地管轄の機能不全が生じる可能性が高いと思われる。

---

[34] Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 6.63ff.

[35] 嶋拓哉＝高杉直編・前掲注(30)32 ～ 34頁［種村佑介］、中西康ほか・前掲注（５）160 ～ 161頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第８版〕』（有斐閣、2018年）274頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第４版補訂〕』（有斐閣、2021年）267 ～ 268頁［多田望］等。

また、自律執行型の契約に関する準拠法決定の問題は、DLT を利用した取引システムの具体的形態によって結論が大きく左右される可能性がある。こうした取引システムに関しては、自由参加型か許可型か、あるいは中央管理者が存在するか否かといった点を基準として類型化が図られることがあるが、その類型如何によっては、取引システムで締結される契約について準拠法が一意に定まらない惧れが有り得るように思われる。既存の抵触規則を前提とする限り、DLT を利用することで成立する取引契約の準拠法は通則法７条以下で定まり、特に主観的法選択がない場合には客観的連結によることになる。通則法８条１項によれば、客観的連結では契約の最密接関係地を探求する必要があるが、取引システムの類型如何ではこれを一意に特定することが困難な場合が想定され得るのである。取引システムが中央管理者による許可型である場合には、仮に中央管理者が参加者に提示する約款に準拠法に関する定めが含まれていなかったとしても、中央管理者の所在地が地理的連結点の最たる候補と位置付けられる[36]ことから、通常は客観的連結によって準拠法が一意に定まるだろう。しかしながら、中央管理者が存在せずかつ自由参加型を採用している DLT システム、即ち DLT を利用した完全な自律執行型のシステムを想定した場合には、コード化された約款に準拠法の主観的選択に関する定めが含まれていれば別段、そうでなければ準拠法の決定を客観的連結に委ねるほかないが、こうした取引システムでは地理的連結点の候補がほぼ皆無であることから、最密接関係地を特定するのが不可能なケースが生じるように思われる。飽くまで例示ではあるが、中央銀行が暗号通貨を発行する場合には、これが現在の法定通貨の機能を果たすだろうから、こうした暗号通貨が出現したとしても、抵触法の議論に大きな変容をもたらさないように思われる。割り切って言い切ってしまえば、現在紙ベースで中央銀行により一元的に発行されている法定通貨が DLT という新たな技術により発行されるに止まるだけであり、仮令主観的法選択がなくても、中央管理者である中央銀行の所在地に客観的に連結するとの結論に帰着するはずである。これに対して、発

[36] 嶋拓哉「抵触法の観点からみたペーパーレス証券決済」千葉恵美子編『キャッシュレス決済と法規整』（民事法研究会、2019年）414頁以下［特に429頁以下］。

行主体を持たず、DLT の使用を必然とする純粋な分散型・自律執行型の暗号通貨又は暗号資産については、中央銀行発行の暗号通貨のような中央管理者所在型・許可型のそれとは全くの別物として考える必要がある。こうした純粋な分散型・自律執行型の暗号通貨等の場合であって、取引時に提示されるコード化された約款に準拠法の主観的選択に関する情報が含まれないときには、取引システムに発行主体兼中央管理者が所在せず、その他の地理的要素も極めて乏しいことから、既存の抵触規則では準拠法を決定するのが容易でない事例が出現するように思われる[37]。

こうした問題は、自律的にサイバースペース（cyberspace）での活動を展開する新たな活動類型と、地理的な連結点に重きを置く抵触規則との間で乖離が進んでいることに起因すると考えられる。サイバースペース（cyberspace）における新たな活動類型の特徴は、①国境からの自立・解放（independence from state borders）と②私的秩序の構築（private ordering）にある[38]が、これは伝統的な抵触法体系に対する挑戦でもある。その最たるものが Smart Contracts であり、DLT と言えるだろう。純粋な分散型・自律執行型の新たな契約形態との関係において、抵触法の著しい機能低下が指摘されているのも首肯できるように思われる。

こうした問題意識を踏まえて、近時ではサヴィニー型の抵触法体系に異議を唱え修正を求める見解も提唱されている。抵触法は価値中立主義（neutralism）を標榜するが、最密接関係地の決定にも多分に法政策的・政治的な要素が影響しているのではないかという批判は従前より存在してきたし、抵触法と雖も法廷地法である以上、そうした余地が存在する

[37] 既存の抵触規則で十分な対応が出来ない事例は、純粋な分散型・自律執行型の DLT に止まらない。二当事者間における複数の債権債務関係の相殺事案や多数当事者間での相殺事案も、その一例である。相殺の準拠法については、自働債権、受働債権双方の準拠法を累積適用する見解（伝統的通説、裁判例［東京地判平成22･3･15平成19年（ワ）2303号･平成19年（ワ）28348号］）、自働債権、受働債権に各々の準拠法を配分適用する見解、専ら受働債権準拠法によるとする見解等があるが、いずれの見解に依拠したとしても、これらの事例では有効な解が得られないであろう。

[38] T. Lutzi, Private International Law Online (Oxford, 2020), para. 2.30ff.

ことは否定できない[39]。特定の実体法上の帰結を齎すために抵触法を操作すべきとする立場（米国抵触法革命時の極論）を是とするつもりはないが、まったく価値中立的で政治的考慮から自由であるとするサヴィニー型の理想が実現しているとも言い難いであろう。そこで、サヴィニー型の価値中立的な枠組みを支持しつつも、新たな現代的課題に対応するためにその修正や補完を行おうとする立場が台頭しているわけである。これには、大きく言えば２つの潮流があるように思われる。一つは、国際私法と国際公法の連続性に着目して、国際私法のグローバル・ガバナンス機能を重視する見解である（代表的には、M. Watt[40]、A. Mills[41]）。国際私法は私権を対象とするが、これまでこの点を協調する余り、国際私法が国家間における規律権限の配分機能を有しているという側面が過小評価されてきたことを指摘する。そのうえで、非国家、超国家、私的秩序の構築、法多元性に関する事象を捕捉すべく、国際私法の意義を広く捉えることを提唱するのである[42]。もう一つは、法と経済学、社会理論といった他の学問領域から得られた知見を活用して、国際私法による

[39] T. Lutzi, supra note 38, para. 3.21ff.

[40] H. M. Watt, The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate, in H. M. Watt/D. P. F. Arroyo (eds), Private International Law and Global Governance (Oxford Univ. Pr., 2014),1ff; H. M. Watt, Private International Law beyond the Schism, 2 Transnational Legal Theory 347 (2011); H. M. Watt, Private International Law and Public Law, Vol.1 (Edward Elgar, 2015), xiii-xix.

[41] A. Mills, Variable Geometry, Peer Governance and Public International Perspective on Private International Law, in H. M. Watt/D. P. F. Arroyo (eds), Private International Law and Global Governance (Oxford Univ. Pr., 2014), 245ff; A. Mills, Rethinking Jurisdiction in International Law, 84 British Yearbook of International Law 187 (2004); A. Mills, The Confluence of Public and Private International Law (Cambridge Univ. Pr., 2009); A. Mills, Rediscovering the Public Dimension of Private International Law, 24 Hague yearbook of International Law 11 (2011).

[42] R. Michaels, The Re-state-ment of Non-State-Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Legal Pluralism, 51 Wayne Law Review 1209 (2005) 等も同様の立場と位置付けてよいだろう。

解決手法を補完することを目指す動きである（代表的には、G. Rühl[43]、P. S. Berman[44]）。これらの２つの潮流はいずれも、従前の国際私法理論の基本的な立場を完全に放棄するものではなく、他の学問領域の視点を持ち込むことによってこれを進化させ、新たな事象をより有効に捕捉することを目指すものであるが、特定の状況における特定の結論の導出ではなく、メタ・レギュレーション（meta regulation）の潜在能力に重点を置いている。これらの新たな潮流では、抵触法による裁判・規範を巡る管轄権限の配分に影響するメタレベルの考慮を拡張する方向に検討が進むのではないかと思料される[45]。

４．Online Service Provider を巡る公法的規制と国家管轄権理論

（１）立法・裁判管轄権

GDPR は欧州連合の域内から域外への個人データの移動を規律するものであるが、その地理的適用範囲は広範である[46]。GDPR ３条１項で

---

[43] G. Rühl, Statut and Effizienz (Mohr Siebeck, 2011), 80-177.

[44] P. S. Berman, The Globalization of Jurisdiction, 151 University of Pennsylvania Law Review 311 (2002); P. S. Berman, From International Law to Law and Globalization, 45 Columbia Journal of Transnational Law 485 (2005).

[45] こうした新たな検討枠組みは魅力的に聞こえるが、他方で、抽象的・観念的な議論に止まっており、具体的事案における解決がどうなるのかという点については、不透明感が強い。従って、当事者の予見可能性の確保が難しく、また実際の裁判規範として十分機能し得ない等の難点がある。殊に DLT を利用した取引システムを巡る法規律の構築に当たっては、非国家レベルでのルールメイキングや業界における私的秩序の構築などが鍵を握ると考えられるものの、いまだ業界画定、利用技術や取引態様の標準化等が図られていない。抵触法を含めた法規律の枠組みを検討するに先立ち、まずはビジネスモデルや取引システムの実態をある程度収斂させる必要があるように思われる。

[46] 宮下紘『EU 一般データ保護規則』（勁草書房、2018年）26 ～ 29頁。もっとも、地理的適用範囲が領域内に限られる法規制であっても、それが業界標準として認識される結果、事実上の効果が域外に及ぶケースも存在する。欧州連合による LoHS 指令規制、欧米による「旅客の権利」規制（APR 規制）等はその

は地理的適用範囲として、同規則が欧州連合域内における管理者又は処理者の拠点の活動過程での個人データの処理（the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union）に適用される旨を規定するが、ここに言う「管理者又は処理者の拠点の活動」とは、単に域内に物理的拠点を有する場合に止まらず、域内に物理的拠点がなくとも安定的取決めを通じて域内での活動が効果的かつ真に存在している場合も含むとされている[47]。加えて、GDPR ３条２項では、域内に管理者又は処理者の拠

典型例である。また、こうした現象はハードローに止まらず、ソフトローの領域でも顕著である。国際認証制度等は後者の代表格と言え、農業生産物における GAP 認証や木材における FSC（Forest Stewardship Council）認証、PEFC（Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes）認証等が具体例として挙げられる。総じて欧米は、自身の規範意識・価値観を体現するルールと自身のプレゼンスを用いて世界規模で業界標準の構築を図ることに長けている（嶋拓哉「道内のインバウンドを巡る法的問題について（上）」開発こうほう672号（2019年）６頁以下［特に９～10頁］、同「『日本企業と社会的正義の関係』を国際的な文脈の中で考える――和仁＝児玉論文の問題意識を踏まえて」金融法務事情に近々掲載予定、落合研一「先住民族の尊重を重視する国際森林認証制度のインバウンド化と課題」開発こうほう663号（2018年）32頁以下）。

[47] GDPR 前文22条を参照。単にある構成国において管理者又は処理者のウェブサイトにアクセスが可能というだけで、その構成国の管轄を認めるわけではないが、その領域内に営業所、支店、子会社を有していないからといって、直ちに構成国の管轄を否定するわけではない（Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl [Verein für Konsumenteninformation Case], C-191/15, EU:C:2016:612, para. 76）。また、唯一ひとりの代表者がある構成国の領域内に所在している場合であっても、その代表者が当該構成国において十分に安定的に活動を展開していると評価されるときには、管轄が肯定される（Weltimmo Case [supra note 33], para. 30）。「拠点（establishment）」の解釈は形式的なものではなく、むしろ機能的な形でなされるものと理解すべきであろう。管理者又は処理者がある構成国に物理的拠点を有することなく、専らインターネット経由で事業を展開している場合であっても、「その構成国の領域内で安定的な仕組みを通じて現実にかつ実効的に活動を展開している」と評価できるのであれば、その構成国の管轄を肯定する可能性が高い。例えば、インターネットを通じて広告スペースを販売する目的で構成国領域内において安定的な仕組みを

点（establishment）が存在しないと評価される場合であっても、個人データ保護の観点から、次の２つの場合には地理的適用範囲を拡張することを認めている。即ち、（a）データ主体（data subject）による支払の有無にかかわらず、域内のデータ主体（data subject）に商品又はサービスの提供を行う場合と、（b）データ主体（data subject）の行動が域内で生じる限りにおいて、その行動監視を行う場合がそれである。GDPR ３条１・２項の適用範囲に含まれる場合において、GDPR に規定する義務違反が生じれば、各加盟国の監督機関によって制裁金が科されるほか、各加盟国によって罰則が適用される[48]。

他方で、わが国では、立法・裁判管轄権との関係で、国内法の地理的適用範囲が不明確な場合が多い。それは、①立法・裁判管轄権に対する一般国際法上の制約が理論的にも実際的にも判然としないこと、②わが国が長らく属地主義に拘泥してきた結果、国内法の適用拡張に対して依然として抑制的な姿勢を崩していないこと、の２点に起因するように思われる。もっとも、個人情報保護法では、2015年改正において75条を域外適用規定として新設した。同条は標的規準（targeting criteria）を基礎とする[49]が、その根拠は、外国の個人情報取扱事業者であっても、内国居住者を標的として個人情報を取扱う以上は、当該事業者とわが国との関連性が認められることから、その事業者による個人情報取扱いの適正を確保し、個人の権利利益を侵害しないように防止する必要がある点に求められる[50]。

もっとも、2015年改正法75条を仔細にみると、問題がないわけではなかった。報告徴求・立入調査（40条）、命令（42条２・３項）が同条の対象から除外されていたのである。40条違反には85条１号及び87条１項２

展開するような事業形態（例えば Facebook）については、当該構成国の管轄権が肯定されることになるだろう（Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 3.84）。

[48] 制裁金は GDPR83条で、罰則は同84条で、各々規定されている。

[49] 西村あさひ法律事務所編『個人情報保護法制大全』（商事法務、2020年）205頁［石川智也］、板倉陽一郎「個人情報保護法制の国際的調和」自由と正義66巻９号（2015年９月号）31頁以下［34頁］等。

[50] 日置巴美＝板倉陽一郎『個人情報保護法のしくみ』（商事法務、2017年）145頁。

号で、42条２・３項違反には83条及び87条１項１号で、それぞれ罰則が科されていることから、これら規定を外国の個人情報取扱事業者に適用すると、外国の主権侵害の惧れが生じるとする指摘があった[51]が、40条及び42条２・３項が域外適用の対象外とされた背景には、こうした外国の主権への配慮が働いていたと推察される[52]。しかしながら、私見によれば、罰則付の命令発出は執行管轄権の行使ではなく、立法管轄権の行使として位置付けられるが、立法管轄権に対する国際法上の制約は相対的にみれば緩やかであり、外国の事業者に対してこれを及ぼしたとしても直ちに当該外国の主権侵害に当たるとは思えない[53]。既に見たように、

---

[51] 田中誠一「個人情報保護法の域外適用」柏木昇ほか編『国際取引の現代的課題と法』（信山社、2018年）40頁，西村あさひ法律事務所編・前掲注（49）208頁［石川智也］。

[52] なお、2015年改正の個人情報保護法では、40条及び42条２・３項を75条による域外適用の対象外とする代わりに、外国執行当局への情報提供（78条１項）、外国刑事事件の捜査・審判等において提供情報が使用される場合のわが国の事前同意（78条２・３項）を規定していた。こうした規定は、2020年改正において40条及び42条２・３項を域外適用の対象に含めた後も、引続き存置されている。78条の規定は外国執行当局との連携の下で、個人情報保護法による規制の実効性を高めることを目的としたものと考えられるが、実際にこうした外国執行当局との連携に関する枠組みが有効に機能するかは、全くの未知数である。

[53] これに対して、執行管轄権、立法管轄権及び裁判管轄権の区別を国内における権力分立の延長線上で捉える立場を採れば、行政機関による命令発出は立法管轄権の問題ではなく、執行管轄権の問題として位置付けられることになる。国内公法学は、立法という一般的な行為と相手方を特定し個別に権利義務を設定するという個別行為との峻別を重視するが、行政機関による命令発出を執行管轄権の問題として捉える見解は、国家管轄権理論の理解においても、一般的行為としての立法と個別行為としての行政機関による命令の峻別という視点を堅持することを企図するのである（典型的には、「プラットフォームビジネス規制の制度設計（下）」法律時報93巻11号（2021年）91頁以下［特に92頁、96～97頁の原田大樹先生発言部分］）。しかしながら、国家管轄権理論は個々の国家行為の国際法上の評価に直結するものであり、国内公法学の理解を前提としてそれを捉えることには、問題があるように思われる。例えば、同様の命令であったとしても、各国国内の権限配分によって、その発出主体が異なることはあり得るだろう。行政機関が発出すれば執行管轄権の問題であるが、裁判所が発出

GDPR では義務違反に対して制裁金や罰則が科せられるが、GDPR ３条の地理的適用範囲に含まれる限りは、こうした義務違反が域外の事業者にも生じることが当然の前提である。また、米国などは、罰則付の命令を国外所在者に発出することを従前より繰り返しており、そこには外国の主権への配慮と言った要素は微塵も感じられない[54]。幸いにも、2020年の個人情報保護法改正では、75条の規定を見直し、40条及び42条２・３項も同条の事項的適用範囲に含まれることになった[55]が、わが国において、外国の主権侵害の惧れが生じるというだけで罰則付の命令発出を控えるといった抑制的なスタンスがいまだに残存しているとすれば、外国の主権を侵害するとのそうした懸念は全くの杞憂であり、今後積極的に見直しを図る必要があるように思われる[56]。

すれば裁判管轄権の問題といった切分けを認めるとすれば、それは国家管轄権理論が各国国内における権限配分のあり方に大きく左右されることを認めるに等しい。国家管轄権理論が国際法上の評価に直結するものであることを踏まえると、同理論のあり方を検討するに当たって国内公法学や国内における権限配分を前提とすることには、賛同し得ない。

[54] 例えば、米国の裁判所は、裁判所侮辱罪の適用を前提としたうえで、国外の訴訟当事者に対して文書提出命令を発出する。また米国行政機関（司法省や連邦取引委員会等）が課徴金の徴収を前提としたうえで、外国の事業者に対して独占禁止法上の排除措置命令等を発出する。こうした事例は枚挙に暇がない。

[55] 佐脇紀代志編著『一問一答・令和２年改正個人情報保護法』（商事法務、2020年）94 ～ 95頁。なお、個人情報保護法75条の改正に関する理論的整理については、宇賀克也『新・個人情報保護法の逐条解説』（有斐閣、2021年）840 ～ 841頁に明快かつ詳細な説明がある。

[56] もっとも、国際的適用範囲を広く捉え自国法を拡張的に適用することに一切問題がないとも思わない。外国による立法・裁判管轄権の過度な拡張に対しては、わが国の利害や国際的に共通する価値の保護等を目的として、一定の歯止めをかける措置を講じる必要があると考えるが、どうか。GDPR もわが国国内の観光業者等に同規則の遵守のために多大なコストを強いており、これら国内業者の業務、延いてはその経営を圧迫しているとの指摘がある。さらに中華人民共和国が近年制定した法律との関係では、人権保護や安全保障の面において、看過しがたいより重大な問題が生じている。香港国家安全維持法（2020年）は香港の治安維持のために刑事罰の適用を可能とするが、その適用は世界の全人類に及び国際的適用範囲に制限はないと考えられている。また、国防動員法

（2）執行管轄権

わが国では、主権の行使に当たり国家管轄権との関係を総じて慎重に判断し抑制的な態度で臨んでいるが、特に執行管轄権の問題については、よりデリケートな問題として厳格に取扱ってきたと評価できるのではないだろうか。国外に所在する Online Service Provider との関係でも、わが国の執行管轄権行使のあり方が問われる局面が存在する。

（イ）送達

例えば、送達の局面である。わが国で Online Service Provider を被告とする民事訴訟が提起されれば、当該 Provider への訴訟送達を要する。わが国と Provider 所在地国との間に送達条約、民訴条約等の多国間条約、二国間条約等があればそれによるが、そうでない場合には民訴法108条の手続による。同条では、外国所在の被告への送達は①外国の管轄官庁や②その外国駐在の日本大使等に嘱託してなされる旨を規定する。即ち、外国の国家機関等に送達を依頼する方法を採用しており、執行管轄権を巡る国際法上の制約に十分配慮した規定内容と言えるだろう。また、個人情報保護委員会が外国所在の Online Service Provider に対して個人情報保護法に基づく命令、報告徴求、指導・助言、勧告などを行うことも考えられる。このような行政処分に伴う送達の実施に当たっても、同様の問題が生じるが、2020年改正の個人情報保護法58条の３は民訴法108条を準用し、訴訟送達に準じる手続を定めている[57]。

（2010年）は、海外居住の中華人民共和国国籍者に対して、有事の際に大使館の指揮下に入りその統率の下で活動することを義務付けているとの指摘がある（「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日付山谷えり子提出・第177回国会［常会］提出番号44号）。中華人民共和国によるこうした一連の立法は、わが国国内における自由な政治活動や意思表明を妨げるなど人権保障の観点で重大な問題を孕むほか、わが国の安全保障上の脅威になり得るものである。香港に対する貿易上、外交上の優遇措置の停止や、国防動員法の義務遵守を表明した中華人民共和国国籍者の国外退去など、わが国の安全保障や人権保護の観点から対抗立法を講ずる必要があると考える。

[57] 外国法人への行政処分における送達実務に関しては、渡部友一郎＝染谷隆明「域外適用：外国法人への行政処分の送達の現在と実務的展望――デジタル・グローバル時代における行政法の送達制度の基礎」公正取引845号（2021年）47

このように、わが国では、送達に当たって執行管轄権の問題をより慎重に取扱っているように感じるが、外国所在の Online Service Provider に対して直接郵送により送達を実施してはいけないのだろうか。送達条約10条では、「この条約は、名あて国が拒否を宣言しない限り、次の権能の行使を妨げるものではない」としたうえで、その a号において当該権能の一つとして、「外国にいる者に対して直接に裁判上の文書を郵送する権能」を掲げるが、わが国は2018年末に送達条約10条 a号について拒否宣言を行っている。即ち、わが国としては、直接郵便送達を送達条約上有効な送達方式として認めないことを宣言したわけである[58]。また、わが国所在の被告に対する外国からの直接郵便送達は民訴法118条２号の要件を充足しないとする見解が、裁判実務の一貫した立場である[59]。

しかしながら、これらのことは、直接郵便送達が国家管轄権理論との関係において主権侵害を構成することを、直ちに意味するわけではない。そのうえで、さらにもう一歩踏み込んで、送達は執行管轄権違反と評価し得る程度に公権性を有しないとして、国家管轄権理論との関係において外国への直接郵便送達は主権侵害に当たらない（＝国際法上の違法性すら否定する）とする立場[60]も十分に成り立ち得るのではないか。単に一通の文書が国境を無断で越えたことを、例えば、外国にわが国の執行

頁以下に詳細な説明がある。なお、個人情報保護法以外の行政法規も民訴法108条を準用している（例えば、独占禁止法70条の７、金融商品取引法185条の10、景品表示法22条、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律20条等）。

[58] 嶋拓哉＝高杉直編・前掲注 (30) 203頁［多田望］。

[59] 東京地判昭和51･12･21下民集27巻９＝12号801頁、東京地判昭和63･11･11判時1315号96頁、東京地判平成2･3･26金商857号39頁、東京地八王子支判平成9･12･8判タ976号235頁。なお、学説は、こうした裁判実務の立場を支持するもの、個別具体的な事情に即して民訴法118条２号要件の充足を肯定する余地を認めるもの等多岐に分かれる。学説の詳細は、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔第２版〕』（有斐閣、2012年）220頁以下［長田真里］を参照。

[60] 石黒一憲『国際私法（上）』（東京大学出版会、1986年）222 ～ 224頁、F.A.Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, 111 Recueil des cours, 1964-I, 127ff。なお、H. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. (C. H. Beck, 2021), Rdn. 716ff も同旨。

官が出向き同国内で被告に対して送達文書を直接交付するといった形で執行力を行使するのと国際法上同等に取扱い、執行管轄権違反として捉えるという伝統的な立論自体を疑ってかかる余地はあるように思われる。近時では、訴訟の IT 化を展望して、外国所在の被告に対する電子メール等による送達（システム送達）の可否が議論の対象となっているが、その中でも、同様の見解が提示されている[61]。また、IT 化に伴う国際送達及び国際証拠調べ検討会（法務省主催）は、その意見の取りまとめに当たって、両論併記の形ではあるが、「システム送達は、裁判所書記官が送達すべき電子書類をシステム上にアップロードし、送達を受けるべき者の電子メールアドレス等にその旨を通知する方法で行われ、送達場所における物理的な行為を要しない。そして、執行管轄権とは、物理的な手段によって国内法を執行する権能を指すものであるという理解を前提に、システム送達による国際送達は、相手国の領域内における物理的行為を何ら伴うものではないため、外国における執行管轄権の行使

[61] 近時、外国所在の被告に対する電子メール等による送達について本稿と同様の問題意識を提示するものとして、古田啓昌「送達事務の IT 化（公示送達・国際送達を含む）」法とコンピュータ39号（2021年）15頁以下［20 ～ 21頁］、山本和彦編『民事裁判手続と IT 化の重要論点――法制審中間試案の争点』（有斐閣、2021年）44頁［佐瀬裕史］、多田望「民事訴訟における域外送達に関する現代的考察」国際法外交雑誌120巻３号（2021年）421頁以下［440 ～ 442頁］等がある。また、ビデオリンクを利用して外国所在の証人等に対して証言を求めることがあり得るが、こうした域外的な証拠収集が証人等所在地国の執行管轄権を侵害するのではないかといった問題提起がなされている。この問題についても、ビデオリンクを用いた証拠収集では証人等の現実の所在地が重要な意義を有するわけではなく、法廷地の国家機関が観念的にそこで活動していると捉える必要はないとして、執行管轄権違反と評価すべきでないとする見解が示されている（竹下啓介「域外証拠収集に関する現代的考察――ビデオリンクの利用と国家管轄権」国際法外交雑誌118巻１号（2019年）25頁以下［特に40 ～ 44頁］）。もっとも他方において、外国所在の機器に対してわが国の国家機関がインターネットを通じて国家行為を行うことは、当該外国の同意がない限り、国際法上違法な執行管轄権の行使に当たり許されないとする見解も根強く提唱されている（例えば、中谷和弘ほか『サイバー攻撃の国際法――タリン・マニュアル2.0の解説』（信山社、2018年）14 ～ 15頁［河野桂子］）。

には当たらないと考えるものである。このような考え方からは、システム送達による国際送達を相手国の同意なく行った場合であっても、相手国の執行管轄権との抵触・衝突の問題は生じず、国際法上の問題は生じない」[62]として、外国所在の被告に対する電子的な送達が執行管轄権違反に該当しないとする見解にも言及している。執行管轄権の属地性を認めその域外行使を否定する理由は、国家領域内で当該国による執行管轄権の行使を確実なものとすること、特に国家領域内で当該国とその他の国の間で法執行活動の衝突が生じるのを回避することに求められる[63]が、電子的な送達の場合と同じく、一通の文書による送達であっても、国家管轄権理論との関係において懸念されるような法執行の衝突が発生するとは考えられない。執行管轄権との関係において直接郵便送達を論じるに当たっても、電子的な送達を巡る議論の骨子や根底にある基本的な考え方が参考になるのではないかと思われる[64]。

なお、上記の私見に関連して、次のことを明示的に補足説明しておきたい。即ち、執筆者は、外国からわが国に向けて直接郵便送達や電子的な送達が行われたとしても、それがわが国の主権侵害（執行管轄権違反）に当たらないと解する余地は充分にあると考えるが、そのことと、かかる送達に基づいて下された外国判決が民訴法118条２号要件を充足することとは、必ずしも連動しないと捉えるべきである。前者は飽くまで国

---

[62]「IT 化に伴う国際送達及び国際証拠調べ検討会に関する取りまとめ」（2021年４月）７頁。

[63] 竹下啓介・前掲注（61）41頁。F. A. Mann, Further Studies in International Law (Clarendon Pr., 1990), 30-32も参照。

[64]「IT 化に伴う国際送達及び国際証拠調べ検討会に関する取りまとめ」では、外国への直接郵便送達についても、外国における執行管轄権の行使に当たり、その外国の同意がない限り主権侵害の問題が生じるとする見解と、外国における執行管轄権の行使には当たらず、主権侵害の問題は生じないとする見解の双方が示されている。但し、「裁判上の文書が受送達者に電磁的に伝達されるシステム送達と物理的に伝達される直接郵便送達とを同じように考えることはできず、両者の性質の異なりに留意すべきであるとの指摘もあった」旨の言及がなされていることにも留意せねばなるまい（以上のことについては、前掲注（62）５～６頁を参照）。なお、私見と同じ立場を表明するものとして、多田望・前掲注（61）442頁がある。

際公法上の違法性の問題であり、国家間における主権侵害の有無という視点から検討されるのに対して、後者は私人である被告の国際民事手続法上の利益保護の問題であり、渉外的な私法生活を営む被告に対してわが国の手続保障の根幹を揺るがしかねないような権利侵害があったか否かという視点から検討されるべき問題である。つまり、私見ではこれら２つの問題は各々、検討の視点を異にするものとして捉えているが、その結果、外国からの直接郵便送達や電子的な送達がわが国との関係で主権侵害を構成しないものの、わが国に所在する被告の国際民事手続法上の利益を侵害していると評価される事案が生じ得ることに留意すべきである（なお私見では逆に、これら送達がわが国との関係で主権侵害を構成するものの、被告の国際民事手続法上の利益の保護に悖らないと評価される事案が生じることも同じく想定される）[65]。

（ロ）刑事事件における証拠収集

Online Service Provider が外国にサーバを設置している事例も多いが、わが国の刑事事件における証拠収集に当たって、外国に無断でそのサーバにアクセスすることが当該外国の主権侵害（執行管轄権違反）に当たるか否かが問題となり得る。わが国では、こうした態様の証拠収集が主権侵害に当たるとの見解が根強い[66]。伝統的な見解と位置付けられるだろう。

大阪高判平成30年９月11日（刑集75巻２号220頁。「平成30年大阪高判」という）も、こうした伝統的な見解に依拠していると解される。同高判の判旨では、「我が国の捜査機関が、国際捜査共助の枠組み等により相

[65] この点に関連する執筆者の基本的な考え方については、嶋拓哉「ディスカヴァリに基づく米国判決の承認･執行」ジュリスト1235号（2002年）64頁以下［特に69 ～ 70頁］、および同「ディスカヴァリに基づく米国判決の承認問題について（再考）－ドイツにおける議論を中心に〔下〕」国際商事法務45巻7号（2017年）1013頁以下［1018頁］を参照。

[66] 第177回衆議院法務委員会会議録14号・平成23年５月27日開催［江田五月法相答弁］、横浜地判平成28･3･17判時2367号115頁（控訴審・東京高判平成28･12･7高刑集69巻２号５頁も同旨）、大阪高判平成30･9･11刑集75巻２号220頁、最決令和3･2･1刑集75巻２号123頁三浦守裁判官補足意見。この点については、古田啓昌・前掲注（61）21 ～ 22頁を参照。

手国の同意ないし承認を得ることなく、海外リモートアクセス等の処分を行った場合には、強制捜査であれ、任意捜査であれ、その対象となった記録媒体が所在する相手国の主権を侵害するという国際法上の違法を発生させると解する余地がある。そして、相手国の主権を侵害しており、国際法上の違法があるといえる場合には、この違法が当該捜査手続に刑訴法上も違法の瑕疵を帯びさせることになる」としたうえで、「原決定（京都地判平成29年３月24日平成27年（わ）920号）は、サイバー犯罪条約32条を参照した上、現代社会においては、国際的なコンピュータネットワークが発達したことにより、国外のサーバに蔵置された電磁的記録を利用する権限のある者が、国境を越えて自由にアクセスして利用できることが当然の前提になっていることからすれば、その正当な権限のある者の合法的かつ任意の承諾が得られる場合において、その承諾に基づいて我が国の警察官が国外に設置されたサーバにリモートアクセスするなどしても、サーバ設置国の主権を侵害するものとはいえないし、必ずしもサーバ設置国の捜査共助を要請しなければならないものともいえない、と説示している。サイバー犯罪条約32条ｂの文言及びこれに関する上記注釈書の内容と、原決定が挙げる論拠を併せて考えると、同条約32条ｂの趣旨については、捜査機関は、被処分者の適法かつ任意の同意がある場合、相手国との捜査共助によらなくとも、適法な海外リモートアクセスを実施することができるというものであるとみる余地が十分にあるというべきである」（丸括弧内は執筆者が補記）と判示する。

もっとも、平成30年大阪高判の上告審（最決令和３年２月１日刑集75巻２号123頁。「令和３年最決」という）をみると、そこには微妙な変化も看取し得る。平成30年大阪高判は、国際法上の違法と国内刑事手続法上の違法とを連動させる見解を採用している[67]が、そのうち、前者の問

[67] 本稿の本筋の議論からは離れるが、国際法上の違法と国内刑事手続法上の違法を連動させる必然性はなく、これらを切り離して考えれば良いと考えるが、どうか。国内刑事手続法上の違法は飽くまで捜査における適正手続（due process）の保障という観点から判断されるべきものであって、それは国際法上の違法の基礎となる国家公権の侵害があったか否かという問題とは必ずしも連動しないはずである。概ね同様の指摘を行うものとして、星周一郎「判批」刑事法ジャーナル69号（2021年）264頁以下［特に270頁］がある。

題については、海外サーバ等へのリモートアクセスが国際法上違法を発生させると解する余地があることを指摘しつつも、正当な権限のある者の合法的かつ任意の承諾が得られれば、結果として国際法上の違法が生じないといった論旨を展開しているようにも読める。しかしながら、私人に国家管轄権を処分する権限が帰属しない以上、仮令正当な権限を有する私人の同意を得ていたとしても、所在地国の同意なくして、当該国所在のサーバにアクセスすれば、依然として主権侵害（執行管轄権違反）の問題が生じるはずである[68]。この点、平成30年大阪高判の論旨には綻びがあるように思われる。平成30年大阪高判の論旨にこうした綻びがあることを懸念してのことか否かは判然としないが、令和３年最決の法廷意見は、原審の結論を支持しつつも、海外サーバへのリモートアクセスが国際法上の違法に該当するか否かという問題について一切言及していない[69]。サイバースペース（cyberspace）を通じて私人の渉外的生活が拡

[68] なお、電子的な送達でも同様の問題が生じ得る。渡部友一郎＝染谷隆明・前掲注（57）56頁は、民事訴訟の被告である外国法人が同意のうえ電子的な送達を受領した場合を想定したうえで、そうした場合であっても、被告である外国法人が執行管轄権の処分権限を有しないことを理由として、執行管轄権違反の問題が引続き生じ得ると指摘する。

[69] 令和３年最決の三浦守裁判官補足意見は「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得るが、法廷意見が説示するとおり、その記録媒体がサイバー犯罪に関する条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許されると解される。本件においては、･･･ 各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものであって、同条約の締約国に所在するか否かが明らかではないが、このような場合、その手続により収集した証拠の証拠能力については、上記の説示をも踏まえ、権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して、これを判断すべきものと解される」というものである。三浦守裁判官補足意見は、海外所在サーバへのリモートアクセスが国際法上の違法を惹起し得るとする伝統的な見解に依拠しつつも、国際法上の違法とわが国刑事手続法上の違法を直ちに連動させることなく、前者（国際法上の違法）が認定されたとしても、その他の事情も併せて考慮したうえで、後者（わ

大する中で、海外リモートアクセスによる証拠収集が国内刑事手続法上違法か否かという点については、具体的な事案に照らして穏当な結論が導出されているようには思われるが、他方で、海外リモートアクセスが国際法上の違法（主権侵害）を構成するかという問題は、令和３年最決によっても、依然未解決（open question）のままであり、その決着をみていないと考えるのが妥当である[70]。

そのうえで、さらにもう一歩踏み込んで、海外所在のサーバ等へのリモートアクセスが所在地国の主権侵害に当たらないと考えることも可能ではないだろうか[71]。アクセス対象であるサーバ等の所在地を基準とし

が国刑事手続法上の違法）についての判断を総合的に行うとの立場に拠っているものと解される。平成30年大阪高判と異なりその論旨に綻びは見受けられないが、外国所在のサーバへのリモートアクセスが国際法上の違法を惹起し得るとする点において、私見とは異なる。

[70] これに対して、三浦守裁判官補足意見が「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得る」と論じていることを根拠に、法廷意見も一般論として海外へのリモートアクセスにより主権侵害が生じる可能性自体を認めているとする見解も見受けられる（吉戒純一「判解」ジュリスト1562号（2021年）98頁以下［102 ～ 103頁］、斎藤司「最高裁判所令和３年２月１日決定の論理と越境捜索――刑訴法学の観点から」Law & Technology 93号（2021年）42頁以下［45頁］、川出敏裕「リモートアクセスの許容性」論究ジュリスト37号（2021年）121頁以下［126頁］等）。しかしながら、法廷意見において、海外へのリモートアクセスが主権侵害に該当し得る旨の言及が一切なされていないことは本文で指摘したとおりであって、補足意見の記述を以て法廷意見もそれと同じ立場に依拠していると断定することには、大いに疑問がある。

[71] 同様の問題意識は刑事法の研究者からも提起されている。その代表格は、東京都立大学の星周一郎先生である。星先生は、①人や物の越境とは異なり、サイバースペース（cyberspace）では国家による判断を伴うことなく、私人の意思のみによって越境が可能であること、②サーバ等機器の所在地が意識されることなく、サイバースペース（cyberspace）が利用されるのが通常であること等を根拠として、「国外に所在するサーバへの越境リモートアクセスが、主権侵害を生じさせるものであるかにも疑問が生じる」とする（星周一郎・前掲注（67）270頁。同「サイバー犯罪捜査と『国境』」警察学論集73巻４号（2020年）

て主権侵害の有無を判断するという見解には、国境からの自立・解放（independence from state borders）と私的秩序の構築（private ordering）を特徴とするサイバースペース（cyberspace）を取扱うに当たって、いわばその外側にある物理的機器の存在に依然として着目・固執するという点において、違和感を持たざるを得ない。サーバ等機器の存在を基準に主権侵害の有無を判断するという見解を延長して考えれば、外国所在の捜査対象者がデータの格納記憶のためにクラウドを使用している場合には、わが国捜査機関がこれにアクセスしても主権侵害にはならないが、わが国所在の捜査対象者が外国所在のサーバに自身のデータを格納記憶している場合には、わが国捜査機関がこれにアクセスすれば主権侵害に該当するという結論に至るようにも思われる。しかしながら、こうした結論がある種のアンバランスな要素（執筆者のような浅学若輩者が使うのは烏滸がましいが、「一種の座りの悪さ」と言い換えても差支えないような割り切れないもの）を孕んでいることは明白であろう。加えて、サイバースペース（cyberspace）の利用に当たってはサーバ等の物理的機器が何処に所在しているのかが意識されることは殆どなく、また、Online Service Provider が複数のサーバを設置している場合や、複数の Online Service Provider が連携している場合には、どの情報を（どの Provider の）どのサーバに格納記憶するかは極めて偶然的かつシステマティックな理由で決定されることも多い。このようにリモートアクセスにより取得すべき情報とその情報が格納されているサーバ等機器との関係性が希薄でかつ偶然的なものに止まるにも拘らず、捜査機関によるデータの取得行為が主権侵害に該当するか否かを判断するに当たり、当該データを格納しているサーバ等機器の所在を基準とすることには賛同し得ない。

54頁以下も参照）。その他にも、海外リモートアクセスが主権侵害に当たらないとの結論を採るものとして、四方光「判批」刑事法ジャーナル58号（2018年）143頁以下［148 ～ 149頁］、山内由光「国外における捜査活動」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅰ〔捜査〕』（青林書院、2012年）５頁以下［６頁］等がある。なお、民事訴訟におけるビデオリンク等を利用した域外的な証拠収集について、同様の視点からその主権侵害性を疑問視するものとして、竹下啓介・前掲注（61）25頁以下がある。

５．結語

Online Service Provider にはグローバルに活動する企業が多数存在することを踏まえると、その国際的な法規律のあり方を検討することは実務上も重要である。しかしながら、デジタル・トランスフォーメーション（Digital Transformation, DX）の進展は急激であり、立法府及び行政府の対応、司法府の判断、それに研究者による調査研究のいずれもがそのテンポに追い付いていない。執筆者も研究者の末席を汚す者として、その責任を応分に感じている。せめてもの罪滅ぼしに本稿を執筆したわけであるが、Online Service Provider を巡る国際的な法規律について、執筆者が抵触法の視点から考え付く論点を五月雨式に採り上げ検討したものの、恥ずかしながら、その内容は網羅的でもなくまた精緻な分析とも言い難い。本稿で採り上げた論点以外にも、例えば、GDPR における国際裁判管轄の特則、集団的な司法救済制度の導入、個人情報保護法における DLT の位置付け等様々な法律上の論点を挙げることが可能であろう。本稿の内容が網羅性に欠けまた不十分な検討に止まっていることには執筆者自身忸怩たる思いがあるが、兎も角も検討の第一歩として本稿を取りまとめ、公表することとした次第である。読者の皆様のご批判やご意見を踏まえて、執筆者自身、Online Service Provider を巡る国際的な法規律の問題について、さらなる検討を積み重ねていきたいと考えている。

（追記）

本稿は JSPS 科学研究費補助金（17K03379、20K20415、22K01170）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ある。また、令和４年１月29日開催のデジタル・プラットフォームビジネス研究会（19H00569、代表者：千葉恵美子先生［大阪大学招聘教授・名古屋大学名誉教授］）において報告の機会を頂戴したが、本稿はその報告及び質疑応答の内容を踏まえたものである。もとより、あり得べき内容上の誤りや誤植の責任が執筆者に帰すことはいうまでもない。関係者の皆様に謹んで謝辞を申し上げる。

論　　説

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (1)

Ruben E. Rodriguez Samudio

CHAPTER 1: INTRODUCTION

Ⅰ. INTRODUCTION

This article explores non-economic interests and losses under Japanese law through analysis of traditional Japanese scholarship regarding the concepts of harm and loss and their emphasis on the monetary value, and comparison to the approach of countries with similar civil liability systems, such as France and Latin America. By first examining the drafting process of delictual liability provisions within the Japanese Civil Code, this paper questions the view that Japanese law, at least in the area of delictual liability, was influenced by German law. It also addresses how, in cases of non-economic losses, Japanese scholarship has focused on the issue of calculating damages rather than developing a general concept for these types of losses, such as the French *dommage moral*. This has led to a system that, while working as a whole, sometimes reveals unclear rules or where the path taken to reach a conclusion does not necessarily follow the traditional rules set by the delictual liability system.

This paper contains six chapters. Chapters 2 focuses on Article 709 of the Japanese Civil Code, which regulates delictual or tort

liability. Chapter 3 introduce the concepts of harm and loss, both economic and non-economic losses, under Japanese law by examining Articles 710 and 711 of the Japanese Civil Code. Both chapters especially consider the ideas of the drafters and the case law development. Following this model, Chapters 4 and 5 address the same issues, but from a Comparative Law perspective by emphasizing how various jurisdictions approach the differences between harm and loss and how they developed the concept of non-economic losses. Chapter 6 analyzes the ideas and theories presented in Chapters 2 and 3 under the doctrines introduced in Chapters 4 and 5.

Civil liability, especially that which deals with torts and delicts, is based on the fact that victims have suffered a legal loss that grants them the right to seek redress. In most civil law countries, the other elements of civil liability, such as negligence and causal link, are dependent on the existence of a loss. Though the term "non-economic losses" is comparatively new, rules regarding defamation can be found even within ancient legal systems. Madden has noted that "*several ancient cultures evidently considered defamation or false witness to have such a corrosive effect on the public peace and order as to require the most severe punishments.*" [1]

---

[1] M. Stuart Madden, *The Cultural Evolution of Tort Law*, 37 Ariz. St. L. J. 831, 851 (2005).

Similar laws have existed throughout history in various civilizations and legal systems. Examples in Jewish law are the prohibition against false witness under Exodus1:16 and the rule that if a man entices a maid and sleeps with her, he must make her his wife, and in the case that the father does not allow the marriage, the father must pay the same dowry as for a virgin, which is under Exodus 22:16-17. The Talmud also recognizes offenses against honor as valid claims.

The Greeks also recognized that some misdeeds originated in non-economic offenses. Gagarin has illustrated this with a passage from Iliad in which Menelaus considered himself wronged by Antilochus, who maneuvered his

In modern times, non-economic losses are an area of law subject to debate regardless of the system. Issues range from whether certain losses should be granted legal protection to the amount victims receive as compensation, and there is no one way to adequately measure all the elements encompassed under the category of loss in a non-economic sense. However, in today's capitalist society, the idea of harms that cannot be quantified is certainly less preposterous than it was centuries ago. Furthermore, in contrast to economic losses, such as lost wages, non-economic losses usually illustrate the significance of individual rights under a particular legal system. Property rights are necessary for the economic and legal development of a society and serve as an incentive for individuals to produce more goods and services under the assurance that they will not be taken from them indiscriminately. These are "legal rights" in the sense that most individuals understand them today. They are also addressed differently in court. If a victim has suffered an economic loss, the question can be approached by using either the concepts of causal link or foreseeability. There are no elements of the loss that cannot be neatly applied to a mathematical formula. Non-economic losses, however, tend to focus on those elements of the human psyche that everyone possesses yet are challenging to pinpoint.

---

horses during a race in such a way as to cut Menelaus' path and win the race. Menelaus suffered no injury – he was bested in the competition – yet he believed he was the victim of an offense. If he indeed suffered from an offense, it could be called a non-economic or moral offense. Michael Gagarin, *Writing Greek Law* 22 (2008) (Though Gagarin has cited this example in order to illustrate ancient legal procedure).

According to Vinogradoff, Athenian plaintiffs had a free choice of remedies. They were not obliged to bring a criminal accusation in order to claim damages. It seems they preferred a simple action that could bring them a substantial compensation. PAUL VINOGRADOFF, *Outlines of Historical Jurisprudence, Volume Two the Jurisprudence of the Greek City* 192-195(1922).

In addition, the advancement of communication technologies influences how some non-economic interests such as privacy and data protection are regulated and the remedies available in the event of an infringement. While information or data obtained via infringement of privacy or data protection regulations might have an economic value, to the victim, harm and loss usually comes in the form of a non-economic loss, and a data breach might grant victims both a claim for quantifiable economic damages and non-economic losses depending on the situation. Recent advances in ICT technologies, the implementation of Big Data and Cloud Computing, and public policies aimed at the design, development, and administration of smart societies such as the Japanese government's Society 5.0 have brought privacy issues to the forefront of national and international discussions.

The basis for the legal protection of economic rights is the effort that the right holder has expended to obtain such a right. However, individuals possess liberty, feelings, or the right to pursue happiness from birth. Thus, there is no sense of effort with these rights because these entitlements arise from the fact that the individual is a human being. Since these "moral rights" [2] are not based on an individual's effort to obtain them but rather are a product of human nature itself, they can be breached more easily than other economic legal rights. Although traditionally linked to the idea of natural law, the societal changes that began in the 19th century allowed for these interests to be granted a broader scope of protection.

While Japan has protected these types of interests since the enactment of the Civil Code, it did not follow the same path as other Western countries in their development. For one, the enactment of the

[2] The term "moral right" has different meanings depending on jurisdiction and the area of the law in which it is used. In this paper, it is used as a placeholder for the protected rights or interests that, if infringed upon, are considered non-economic harm.

Civil Code was the result of the historical necessity to advance Japan to the same level of social development as Western countries. This essentially meant that the goal of the Code was not to unify Japanese law, but rather to signal the development of the country. Therefore, the background of European scholars in both *ius commune* and canon law was not part of the education of most Japanese scholars during the period wherein the drafting took place. The ideas and concepts within the Code were adopted after researching the result, not the origins.

As this paper addresses later, there are discussions of whether the Japanese law of delictual liability is more akin to the French model of a general clause or the German model. General delictual liability is established in Article 709 of the Civil Code, which requires an infringement of a legal right or interest as the consequence of an intentional or negligent act, and that the victim suffers a loss as a result. Article 710 regulates non-economic losses, a departure from the custom of civil codes that followed the French model at the time the draft was written, which included non-economic losses under the general concept of *dommage*.

Article 711 grants the next of kin a claim for non-economic losses, and Articles 712 and 713 concern the legal capacity for delictual liability. Next, the Code introduces some specific types of liability, such as the liability of guardians (Article 714), employers (Article 715), persons commissioned for a work (Article 716), the owner of a building structure (Article 717), and the owner of animals (Article 718), as well as cases of joint liability (Article 719). The Code also establishes a defense in cases of self-defense and to avoid imminent danger (Article720) and grants an unborn child a claim for damages (Article 721). Moreover, the Code regulates the matter of comparative negligence (Article 722) and grants a special remedy in cases of defamation to the victim, under which an apology can be requested in addition to or in lieu of damages (Article 723). The last provision

(Article 724) sets a three-year statute of limitations in cases of delictual liability, counted from the date of the loss and when the victim became aware of the perpetrator's identity. It also sets an absolute limit of 20 years from the moment the delictual act occurred.

The main question of this paper is how Japanese courts and scholarship view the concepts of harm and loss, especially in the realm of non-economic losses. Notably, it discusses how these concepts evolved and how foreign legal ideas potentially influenced their development. In addition, it seeks to address how the concept of non-economic losses has been affected by the development of a theory of loss centered on economic losses, as is the case in Japan. Finally, it inquires the characteristics of the Japanese approach compared to those of other countries when viewed from a Comparative Law perspective, and specifically how the concepts of harm and loss, both economic and non-economic, relate to more traditional views on the subject.

In the case of non-economic losses, an individual is granted a certain level of protection, either via a general clause, a list of protected interests, or the prohibition of specific acts. However, the level of protection does vary depending on the path taken. In Japan, for example, the general clause of Article 709 of the Civil Code is complemented by Article 710 of the same Code, which governs non-economic losses. Nevertheless, a review of the literature reveals that discussions surrounding Article 710 are of a more general matter, *i.e.*, they are discussions that address questions that could be considered part of the general discourse on the law of delict, its function, and its nature.

Another valid question is whether the concept of *songai* under Article 710 is the same as that of Article 709. To answer these questions, it is necessary first to understand the factors that have influenced Article 709 and the civil liability system. Japan is, after all, a Civil Law country. The influence of French law is undeniable, and the

general clause structure of Article 709 is one result. Yet, a robust German influence has been present in the text of the Japanese Civil Code and among Japanese scholars, many of whom have studied in Germany. It is common to find academic articles regarding German law in any Japanese law journal, with French and American law being the other two popular systems to study. However, suppose one is to study the French legal family. In that case, the law of Latin America could provide a much richer environment, as it illustrates how countries that share a common legal root have developed their legal institutions to address the challenges of their respective societies. On the other hand, Japan cannot be thought of as having the same legal traditions as France or Germany, nor can its legal culture be clearly defined within the framework of other Asian countries.

evertheless, it is undeniable that Japan was influenced by countries other than France and Germany when its Code was first written. Therefore, limiting a comparative analysis to these two countries is counterintuitive, both under the general prism of Comparative Law and to the extent that this paper intends to identify a general theory of non-economic harm, if one exists, and the position of Japan within it.

A. NON-ECONOMIC INTERESTS AND LOSSES IN JAPANESE LAW

Studying Japanese law from a comparative law perspective is not an easy endeavor. Colombo has indicated that it is highly uncommon for a researcher to have even an average knowledge of Japanese law.[3] Since issues can arise from language barriers and the lack of scholarship in English, a comparative scholar may be hard-pressed to learn about Japanese law, except from the most well-known sources. As a result, deep and comprehensive knowledge of the

[3] Giorgio Fabio Colombo, *Japan as a Victim of Comparative Law*, 22 Michigan State International Law Review 731, 733 (2014).

Japanese system is usually reserved for a select few.[4] In the matter of non-economic losses, this situation is exacerbated. It is not rare for the specific chapter referring to delictual liability to address the topic just by referring to some cases after introducing the relevant article of the Civil Code.[5]

Japan is also a particular case regarding non-economic losses. It is one of the few civil law countries in which the Civil Code has a provision (Article 710) that deals with non-economic losses in a detailed manner. Additionally, Article 711 addresses the issue of non-economic losses of a close relative of a victim in the case of the victim's death. A cursory reading of Japanese literature regarding the topic reveals that Japanese scholars are usually more interested in discussing the function of the monetary award or *isharyo*. However, that is not to say that there are no discussions about legal doctrine, as the concept of personality rights has been part of the legal discussion since soon after the enactment of the Code.

This leads to a second issue: even within Japan, the concepts of harm and loss are not often subjects of study. Indeed, scholarship regarding loss in Japan has been notably poor.[6] This resulted from an influx of German ideas that began during the early 20th century, which led to harm and loss being treated under the amount-difference theory or *sagakusetsu* theory, based on the German *Differenztheorie*. However, Zimmerman has argued that the *Differenztheorie* works only because "*as a rule, only material damages are recoverable, this involves a comparison of the hypothetical value, established on the assumption that*

---

[4] *Id.* at 734.

[5] See: CURTIS MILHAUPT, J. RAMSEYER & MARK WEST, The Japanese Legal System (University Casebook Series) (2nd. Ed., 2012).
J. MARK RAMSEYER & MINORU NAKAZATO, *Japanese Law: An Economic Approach* (2001).

[6] YOSHIO HIRAI, *Saiken Kakuron II Fuhokoi* 75 (2010) (Japan).

the event had not occurred." [7] Thus, this theory is not suitable to address non-economic losses. In addition, other approaches that attempt to explain the concept of harm within the Japanese system strongly emphasize the "quantification" of the loss, meaning they do not entirely address the problems of the *Differenztheorie* in the case of non-economic losses. This was not the drafters' intention, at least regarding non-economic losses.

Western and Japanese scholars consider that the Japanese Civil Code was influenced by the first draft of the German *Bürgerliches Gesetzbuch* or BGB. While it is true that the drafters had access to this document, it is also true that their education was mainly in French or English common law. Kitagawa explains that the historical development of Japanese Civil Law can be divided into three stages: the "commentaries era" which focused with comments of the Civil Code under the influence of German and French law; during the "theory reception era" which extends from the end of the Meiji era to the end of World War I, Japanese Civil Law was construed based on the German Civil Law jurisprudence; lastly, during the "Comparative Law era" scholars slowly distanced from German theories and began using other foreign laws for reference.[8]

While it is true that the German legal system and theories influenced Japanese Civil Law, an examination of the discussion regarding Article 709, which governs delictual liability, and Articles 710 and 711, which establish claims for non-economic losses, reveals that the drafter used only French and English ideas when discussing harm and loss. The fact that the German drafter and scholarship of the

---

[7] Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition 824 (1996).

[8] Zentaro Kitagawa, *Introduction: The Identity of Japanese and German Civil Law* in The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives 3, 5-6 Zentaro Kitagawa & Karl Riesenhuber eds., 2007).

time were opposed to the idea of granting remedy for non-economic losses casts further doubt on a German influence, at least regarding delictual liability and non-economic losses. However, the fact remains that support for German ideas among Japanese scholars increased after the death of one of the drafters, Kenchiro Ume, who was a strong supporter of the French school of legal thought.

This also influenced how scholars and the courts addressed the concept of loss. The amount-difference theory was founded on the premise that loss is a monetary issue, and therefore its quantification was central to the discussion. This stance is incompatible with the concept of non-economic losses. Other theories, such as the loss-as-fact theory or *songai jujitsu setsu*, have somewhat departed from the issue of monetary quantification. However, regardless of the approach, scholarship seems unable to separate losses and damages. Thus, for non-economic losses, any discussion of the topic is typically from an economic perspective.

In contrast, Japan approaches the issue via a causal link. Loss lies at the end of the causal chain.[9] Therefore, theories concerning the nature of the causal link, such as whether it should be sufficient or should include all the actual consequences of the act, are one of the pillars for establishing the concept of loss under Japanese law. In countries following the French model, the issue of causality is an element of loss. Conversely, under Japanese law, loss is subservient to causality to the extent that an abstract concept of loss has consistently been of secondary importance.

An example of this is Hirai's theory that legal losses are those that fall within the area of protection or *hogo han'i*. However, this concept of "area of protection" is established mainly by following an idea of actual causality. In addition, since these non-economic losses

[9] Masayuki Kato, *Kihanteki Songai Gainen heno Tenbo*, 61 Journal of Law and Political Studies 195, 196 (2004) (Japan).

were usually based on a sense of natural right, a positivistic approach tends to be restrictive. However, Chapter 5 discusses an Italian example, which demonstrates that courts and scholars can find a way to expand the list of legal interests.

Article 710 lists three legal interests that are granted protection: body, liberty, and reputation. The courts have never interpreted this list as being *numerus clausus*. Instead, new interests have been given legal protection thorough the years. However, there is a clear divide between the study of these interests under the umbrella of personality rights and their importance as monetary compensation, or *isharyo*, with the latter being far more prevalent. This affects not only scholarship but also practical matters during the trial process. Saito[10] has asserted:

> *[B]ecause judges can freely determine the amount, lawyers do not know if their request is going to be granted even if they advocate for it, and even if their request is granted, the amount is usually low and the burden on the lawyer is very heavy, therefore, they do not press for the emotional pains of the victim too strongly, and because of that their understanding of this type of pain diminishes, as a result the amount in non-economic damages cases has stayed low. Furthermore, because the amount is low it has become a vicious circle.*

B. NON-ECONOMIC INTERESTS AND LOSSES IN COMPARATIVE LAW

Since these non-economic interests and losses are highly dependent on the level of development of individual liberties, and since they are further affected by an array of socio-cultural factors, studying them requires a more profound knowledge than just the letter of the law. Nevertheless, most modern legal systems grant legal protection to

[10] Osamu Saito, *Isharyo no Santei no Riron*, 164 Ho no Shihai 5, 11 (2012) (Japan).

these moral rights, although the manner in which they do so is not necessarily the same. At a doctrinal level, non-economic losses have traditionally been defined in relation to economic losses in what Dominguez[11] calls a "negative approach." Under this view, the first step is to define economic losses, after which any losses that do not fit that category are defined as non-economic.[12]

However, non-economic losses have also been defined positively, *i.e.*, regardless of their relation to economic losses. Under this approach, non-economic losses are ascribed a specific meaning, such as *pretium doloris*, or as an infringement on an individual's personality rights. The latter approach has resulted in the creation of the terms *patrimonio moral* or *patrimoine moral* within Civil Law countries, which refer to all the cultural, social, and spiritual interests of an individual[13] and have produced a new interpretation of the term *patrimoine* that forgoes its Latin origins. Thus, non-economic interests can also be considered as part of the *patrimoine*. To further complicate matters, the concept is not clear under Common Law either. In Common Law countries, the issue instead concerns the nature of the claim and the name applied to the remedy, *i.e.*, punitive damages, nominal damages, etc. Kritzer *et al.* has offered a list of the legal interests covered under non-economic damages. These include disability, disfigurement, emotional distress, loss of consortium, loss of normal life, loss of society, pain, and suffering.[14]

---

[11] 1 Carmen Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral* 33 (2000) (Chile).

[12] De Cupis also proposed this approach when he said that non-economic losses can only be defined in contrast to economic losses, as any loss that cannot be considered pecuniary. Adriano De Cupis, *El Daño* 124 (Angel Martínez Sarrión trans. Bosch 1975) (Spain trans. It. original).

[13] In Mexico, Article 7 of the Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal uses this term.

[14] Herbert M. Kritzer, Guangya Liu, Neil Vidmar, *An Exploration of*

Ⅱ. METHODOLOGY

This paper first addresses some areas that the literature has failed to engage with deeply and comprehensively to answer the questions presented above. For example, by closely examining the drafting process on Articles 709, 710, and 711 of the Civil Code. It must also analyze the influence of German legal thought throughout the years and how this has affected the development of the concepts of harm and loss. This paper argues that, in fact, an overreliance on German scholarship has cultivated a special relationship between economic and non-economic losses, which focuses on monetary awards over any abstract considerations. This has consequently led to some cases, such as non-economic awards for foreigners, which focus on the monetary award rather than the implications of the ruling *per se*.

At first glance, Comparative Law might not seem helpful when discussing non-economic losses. After all, among the various types of legal losses, those arising from the infringement of non-economic interests can be considered strongly affiliated with a society's culture and ethos. However, as Wagner has noted, *"the law of delict or torts is particularly amenable to comparatist endeavor as the patterns of cases are almost identical across different societies, provided that they are at the same level of economic and technological development."* [15] In addition, systems from the same legal family, but which have clearly distinct economic and technological development levels, are excellent for comparing differences. Cultural differences are even more marked than those of an economic nature. Thus, the result should be different, even if they are based on the same principles.

The functional approach and its search for similitude that

"Noneconomic" Damages in Civil Jury Awards, 55 Wm. & Mary L. Rev. 971, 993 (2014).

[15] Gerhard Wagner, *Comparative Tort Law*, *in* The Oxford Handbook of Comparative Law 1004 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmerman eds., 2006).

significantly impacted the study of comparative law was slowly replaced after the mid-20th century by a critical approach, which focuses on differences between the systems.[16] As far as this paper is concerned, it uses the functional approach to help explain how the current state of affairs came to being, especially within the context of the Japanese system; then, it analyzes several cases through a critical approach to determine the results of these differences or similarities.

Comparative law is useful when the objective is not an integral reform of a system, but rather a search for answers to challenges that are not being addressed through the traditional means. Curran has asserted:

> *Just as an understanding of foreign legal cultures can enrich our grasp both of the significance and of the contingent nature of our own legal culture, so too increased comparative work within our own legal culture elucidate previously unobserved connections which allow for new understandings.*[17]

Furthermore, Curran has argued:

> *[T]he comparatist will fail to grasp a foreign legal culture from within… the benefits lie in illuminating the observed legal culture in ways that are new for those within it, and in providing valuable insights for the comparatist as well, both about the target legal culture and the culture of origin.*[18]

Nevertheless, this might be an arduous endeavor depending on

---

[16] For a summary see: Gerhard Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, in* The Oxford Handbook of Comparative Law 384*ff.* (Mathias Reimann & Reinhard Zimmerman eds., 2006).

[17] Vivian Grosswald Currian, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law,* 46 The American Journal of Comparative Law 43 (1998).

[18] *Id.* at 58.

the intended public and the societal and cultural contexts. The role of comparative law is not to convince a lawyer of a particular country that their system is the best or the worst, nor is it to apply the same tools used within national discourse to address the challenges that manifest from the interpretation of the law. If a comparative lawyer requested these goals, it would defeat the purpose of the comparative aspect.

By definition, a comparative lawyer must be aware of aspects of the law that are unaddressed in usual literature. Legal customs, obscure backgrounds, mistranslations that lead to the development of certain legal rules, and even interpretations of certain theories transplanted to a specific system are all elements that a comparative lawyer considers when generating a hypothesis. Yet, to a scholar accustomed to engaging with more particular problems within a system, such knowledge could seem interesting at best, and unworthy of research at worst. If the response to a new idea is "this is not the way it is done in our country," then it is safe to assume that the reader is not the intended audience for that publication. Such reactions halt discourse in its tracks, as there is no way to thoroughly address them. Nevertheless, comparative law is a discipline that repeatedly encounters such challenges, and when writing a paper or giving a presentation, comparative lawyers do not only address the specific legal question at hand but also make a case for the necessity of comparative law as a discipline.

A. SCHOLARSHIP AND CASE LAW

As mentioned above, the approach to non-economic interests and losses in Japan can be divided into a general study under the term of personality rights, and the more specific study of each claim under the concept of *isharyo*. However, the latter issue, *i.e.*, how to calculate damages, is beyond the scope of the present work, and thus it will be discussed briefly. Instead, special attention has been given to any

literature that pertains to the concepts of harm, loss, unlawfulness, and non-economic losses. In the case of Japan, literature that exclusively concerns the theory of harm and loss has been prioritized over that which delves into questions of how to calculate damages or the importance of the casual link.

Concerning case law, there are a significant number of different claims on the matter, but the analysis is limited to three in particular: claims from the relatives of a victim, especially theories on determining who can become a plaintiff; claims from foreigners; and claims for loss of chance, or the closest Japanese equivalent for the infringement of the substantial probability, or *soto teido no kanosei*. These cases were selected because these claims appear in almost every country that served as a basis for this research, and yet the results vary somewhat when comparing Japan to other jurisdictions. Although rulings from the Japanese Supreme Court have been prioritized, most of the legal developments have been initiated or decided by the lower courts. Regarding foreign case law, case selection was based on two criteria: either they reach the same conclusion as to their Japanese counterparts, but in a divergent manner, or the court adopted a different stance altogether, with emphasis on how the courts viewed the victim's loss.

B. TERMINOLOGY

Terminology presents a challenge for any comparative law scholar, mainly when writing about the laws of countries with different languages. In the specific case of civil liability, a writer's home jurisdiction exerts much influence on language. The language used in legal research is, by nature, significantly complicated in the context of national law. However, when it is extrapolated to address how various systems approach a problem, it can become truly staggering, especially when the languages involved do not share a common origin. In the past, this has not been an obstacle for comparative lawyers. Curran

has noted:

> *The generation of comparatists immediately following the Second World War was steeped in many languages, products of classical educations strong in the tradition of multilinguism, including Greek and Latin… Post-war comparative law thus was conducted by those who were well equipped to understand the nature of translation, the challenges to conveying meaning from one community to another, the disguises of the seemingly similar, and the depth and nature of differences.*[19]

The law of obligations is a prime example. Civil law countries that follow the French model classify interactions between two parties that produce a legal obligation under the title of the "law of obligations." Japan, however, categorizes them under the term "saiken ho," or the law of credit.

It is tempting to think that such a minuscule difference is irrelevant. After all, the existence of credit requires that someone maintains responsibility for it. However, these two words have different nuances. Obligation expresses a legal position: what must be done and by whom; when, where, and how the obligation is fulfilled; what types of obligations exist, and so on. It is a word with a passive quality, implying that debtors are at the mercy of their creditors and yet must be able to know their exact obligations. Many codes begin their chapters on obligation by clearly stating that an obligation consists of handing an object to the creditor, doing, or refraining from doing a certain act. On the other hand, the law of credit refers to the active aspect of a legal obligation. The content of the obligation, its

[19] Vivian Grosswald Currian, *Comparative Law and Language, in* THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 675, 686 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmerman eds., 2006).

type, and how it is performed is not as crucial to a creditor, who might decide that a debtor's performance is satisfactory even if the obligation has not been fulfilled to the letter of a contract. The term conveys a right, and as such, its study is centered on how to enforce such rights rather than on the specific conduct of a debtor. Upon opening a Japanese civil law book, a reader finds that the study of the law of credit begins by comparing it to property rights, and that the basic rule is that credit is the right to require the performance of a specific conduct from an individual.

However, the entry of other languages into the discussion, such as English, complicates the matter. Martin Weitenberg[20] has asserted when referring to the terminology of EC Tort Law, and to damages in particular:

> *The notion of damages seems to be susceptible of two different meanings. Usually, it describes the fact of compensation or reparation of a loss or injury which a person may claim for. In this case the English term "damages" corresponds to the French "Dommages-intérêts" and the German "Schadensersatz"… However, "damages" is also used as a "normal" plural of the notion "damage", i.e., without the special meaning of remedying damage. It then corresponds to the French "Dommages" and the German "Schaden."*

This, in turn, means that a simple "s" can completely change the meaning of a legal provision. In addition to expressing the concept of a remedy or a loss, these terms also carry a cultural and historical meaning that is usually impossible to express correctly. Japanese is not an exception, as the word for "damages," the legal remedy, and the terms for harm and loss – the detriment suffered by the victim – *are*

[20] Martin Weitenberg, *Terminology*, in Tort Law of The European Community 312-313 (Helmut Koziol & Reiner Schulze eds., 2008).

different, as is the case in French.

Some authors have utilized the term "torts" in a general sense to refer to civil liability under both common and civil law. However, while they might address similar issues, torts and delicts are essentially two distinct approaches. Ward has illustrated their differences by specifying that tort liability under common law is determined based on *a posteriori* arguments, while civil law relies on *a priori* logic.[21] Similarly, Zimmerman has explained that the continental civil law of delict is based on general principles and abstract concepts.[22]

Following the above, this paper uses the term delictual liability refers to civil liability systems under continental civil law, including Japan's, and tort to reference those under common law. However, a matter more urgent than the term used to refer to the legal systems is harm and loss. The *a priori* civil law approach is why harm and loss are such an important focus of civil liability. The abstract concept of harm is the most crucial element in establishing liability under the law of delicts. Therefore, scholars and judges must first grapple with abstract ideas before applying them to specific cases. In doing so, the elements of redressable harm or redressable losses naturally become the main point of inquiry. On the other hand, since the law of torts emphasizes *a posteriori* arguments over abstract concepts, this may preclude concepts, such as loss and harm, from developing as they do under the logical rules of civil law.

Aside from the comparative law aspect of legal interpretation and translation, the terms harm (*dommage, danno, daño*) and loss (*perjuicio, prejudice*) have been traditionally used as synonyms in civil law literature. However, as Mazeud has revealed, this was not the case in Roman law. The Roman *dannum* referred to the integrity of an object, which yielded a sanction, regardless of any loss suffered by the

---

[21] Peter Ward, *Tort Cause of Action*, 42 Cornell L. Rev. 28, 30 (1956) .

[22] ZIMMERMANN *supra* note 7 at 907.

owner.[23] This was a result of the form and function of Roman law, which in most cases emphasized the sanction of an aggressor rather than the loss suffered by the victim. Therefore, *dannum* suggested that the aggressor had indeed affected a certain object. However, the mere fact that an object has been negatively affected is no longer sufficient to offer its owner a claim against an aggressor. Now, it must result in an actual loss. Once the victim's situation is evaluated, separating the loss from the acts of the aggressor, it is evident that harm and loss are two concepts that are deeply related but distinct.

However, harm and loss share a commonality. To be taken into account by a judge, neither the harm nor the loss needs to be expressed in monetary terms. In other words, the harm has its basis in reality, while the loss is an abstract concept of being disadvantaged in a specific manner. A judge approaches the issue of quantifying damages only after the plaintiff has successfully demonstrated these two elements. Therefore, monetary quantification of the loss cannot be a requirement for defining loss and harm to establish liability.

It follows that harm and loss are terms that express two unique concepts. The former signifies a legal event based on physical phenomena that may or may not result in a loss. The distinction is not new,[24] and French scholars who have been debating it for many years are divided into two clear camps. Those who recognize the distinction have argued that it allows for a more accurate understanding of these two concepts. In contrast, other scholars have asserted that this distinction has no basis in statute or case law and only seeks to

---

[23] Henri Mazeud, Leon Mazeud & Andre Tunc, 1 *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle* 261 note 208 (6 ed., 1965) (France).

[24] ([dommage] la lésion d´intérets patrimoniaux ou extrapatimoniaux… [préjudice] conséquences qui résultent de cette lésion) Manuella Bourassin, *Droit des Obligations - La Responsabilité Civile Extracontractuelle-* 67 -68 (2nd ed., 2014) (France).

address an unanswerable question.[25] In addition, if the difference between harm and loss is accepted, then it is not adequate to qualify harm as either economic or non-economic. Since harm comprises a change of circumstances, regardless of legal rules, any harm yields possibility for an individual to suffer both economic and non-economic losses.

The Italian Civil Code offers an example of the confusion caused by the use of these terms. Article 2043 reads "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*"; the word *danno* is used twice within the same provision. According to Franzoni,[26] this is a result of the poverty of the Italian language. These two instances of *danno* have been construed as having different meanings. The first *danno* is the actual, factual situation caused by the aggressor, *i.e.*, *an unlawful infringement of the victim's rights*. In contrast, the second *danno* refers to the result of the first one, the actual loss for which the aggressor must compensate.[27] These two instances of the word *danno* help illustrate the importance of terminology and why using different terms for harm and loss results enables much clearer understanding of legal rules. Moreover, the second *danno* had a precise meaning within the Italian law of delicts. It referred only to patrimonial loss, as the

---

[25] Geneviève Viney & Patrice Jourdain, *Les Conditions de la Responsabilité* 4 (3rd ed., 2006) (France).

[26] Massimo Franzoni, *Danno Ingiusto e Danno Risarcible nella Responsabilitá Civile* (2002) (It.).
http://www.aci.it/fileadmin/documenti/studi_e_ricerche/monografie_ricerche/franzoni.pdf.
Massimo Franzoni, *Trattato della Responsabilitá Civile - Il Danno Risarcibile 3* (2010) (It.).

[27] Paolo Cendon, Commentario al codice civile. Artt. 2043-2053 187 (2008) (It.).
Francesco Caringella, Responsabilità Civile e Assicurazioni. Normativa e Giurisprudenza Ragionata 88 (2008) (It.).

Italian Civil Code does not grant general protection to all types of non-economic losses. From a methodological standpoint, harm and loss are two distinct elements, and both are required to establish delictual liability under a civil law system of general clause. Therefore, harm refers to the physical phenomena, and loss refers to the consequences of that phenomenon, provided they produce a legally relevant effect.

Nevertheless, some sections of this paper use the term presented in the original language – in particular, the Japanese term *songai*. Since Japanese scholarship does not differentiate between harm and loss in the same manner as with *dommage* and *prejudice*, it is thus difficult to ascertain whether a particular writer is referring to an event or its result. Therefore, for the sake of clarity and precaution, the term *songai* is used unless the context is sufficiently clear to convey the meaning of the term.

Ⅲ. REVIEW OF THE LITERATURE

Two challenges emerge in navigating the topic of non-economic losses in Japan under comparative law. The first is the number of comparative law papers on Japanese law in general. Several books engage with the matter in an introductory manner. Oda´s *Japanese Law*[28] introduces the reader to the Japanese legal system, though this introductory approach sacrifices the potential for an in-depth examination. The second challenge arises from the Japanese sources themselves.

On the one hand, literature regarding harm and loss usually relates to either damages or theories regarding the causal link. Indeed, papers and books regarding damages, or *songaibaisho,* far outnumber those related to the theory of loss, or *songairon*. This extends to sources dealing with non-economic losses. On the other hand, except for sources that address personality rights, literature has focused on

[28] Hiroshi Oda, *Japanese Law* (3rd ed., 2011).

both the nature and function of *isharyo* or a case law analysis of the standards for calculating damages, rather than a doctrine of non-economic losses.

A. COMPARATIVE LAW AND JAPAN

The first hurdle for a comparative scholar when studying Japanese law is the limited availability of sources. Undoubtedly, a mastery of the language is a crucial step for the comprehensive study of any given legal system. However, since the English language is a key source of comparative scholarship, the first step is to browse the literature. However, as Colombo has noted, the number of texts on the subject available to the general public has long been limited.[29] Amongst Japanese scholars who have written in Western languages, Kawashima,[30] Noda,[31] and Oda[32] deserve a special mention. As the few Japanese scholars who have written in English, they were thought to be objective. As a result, they have exerted a significant deal influence and impact on general scholarship.[33] Colombo has illustrated this challenge by stating that the number of law articles analyzing Japanese law in a comparative law perspective is relatively low. For example, in continuing the work of Frank Upham,[34] Colombo has perused 16 years (1997-2013) worth of publications in the American Journal of Comparative Law and discovered that there had been only

---

[29] Colombo *supra* note 3 at 746.

[30] Takeyoshi Kawashima, *Dispute Resolution in Contemporary Japan in* Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society 41 (Arthur Taylor von Mehren ed., 1963).

[31] Yoshiuki Noda, *Introduction to Japanese Law* (Anthony h. Engelo ed., trans. 1976) (1966).

[32] *Supra* note 27.

[33] Colombo *supra* note 3 at 746.

[34] Frank Upham, The Place of Japanese Legal Studies in American Comparative Law, 1997 Utah L. Rev. 639 (1997).

15 articles on Japanese law, 8 of which were included in a special issue, "Law in Japan."[35] Repeating this exercise for the UK-based International Law Quarterly in the period from 1952 to 2013 yielded only 10 articles on Japan,[36] even fewer than on the People's Republic of China, to which 18 papers were dedicated. To further complicate matters, most articles tend to study socio-cultural aspects of Japanese law, such as the low litigation rate, or conduct an overview of the system in general.[37] However, that is not to say these articles deal exclusively with general issues. A glance at the Journal of Japanese Law of the University of Sydney or the Social Science Research Network database shows that corporate governance, business law, and copyright law are also prime research subjects. Of particular importance is the Journal of Japanese Law, published by the Max Planck Institute of Comparative and International Law, which deals almost exclusively with legal issues from a practical and theoretical standpoint.

However, papers on non-economic losses are even rarer, especially those on the three main axes that serve as the basis of the arguments presented here. The first axis is an analysis of the drafting

---

[35] COLOMBO *supra* note 3 at 737.

[36] COLOMBO *supra* note 3 at 738.

[37] See: Donald L. Uchtmann, Richard P. Blessen, Vince Maloney, *The Developing Japanese Legal System: Growth and Change In The Modern Era*, 23 Gonzaga Law Review 349 (1987), Tom Ginsburg & Glenn Hoetker, *The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*, 35 J. Legal Stud. 31 (2006).

Luke Nottage, Stephen Green, *Who Defends Japan?: Government Lawyers and Judicial System Reform in Japan*, 13 Asian-Pacific Law & Policy Journal 129 (2011),

Feldman, Eric A., *Law, Culture, and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan*. U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 07-16. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=980326.

process that preceded the enactment of the Civil Code, particularly regarding Articles 709, 710, and 711. Soon after the promulgation of the Japanese Civil Code, Kazuo Hatoyama wrote a series of papers for the Yale Law Journal in which he compared the new code with the French Code.[38] Although Hatoyama briefly addressed the drafting process, the nature of the papers precluded any analysis beyond an overview. Another important source is a book written by one of the drafters, Nobushige Hozumi, titled Lectures On The New Japanese Civil Code As Material For The Study Of Comparative Jurisprudence.[39] Unfortunately, Hozumi did not engage with the subject of delictual liability in this work. Shusei Ono authored another series of papers for the Hitotsubashi Journal of Law and Politics that analyzes various aspects of the Civil Code. The first two issues introduce a meticulous recounting of the background and composition of the drafting committee,[40] while the third and fourth issues concern delictual liability.[41] However, sections regarding the drafting process

[38] Kazuo Hatoyama, The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code, 11-6 The Yale Law Journal 296 (1902)
Kazuo Hatoyama, The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code, 11-7 The Yale Law Journal 354 (1902)
Kazuo Hatoyama, The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code, 11-8 The Yale Law Journal 403 (1902).

[39] NOBUSHIGE HOZUMI, Lectures On The New Japanese Civil Code As Material For The Study Of Comparative Jurisprudence (2nd ed.,1912) (Japan).

[40] Shusei Ono, *Comparative Law and the Civil Code of Japan (I)*, 24 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 24 (1996) (Japan).
Shusei Ono, *Comparative law and the Civil Code of Japan (II)*, 25 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 25(1997) (Japan).

[41] Shusei Ono, The Law of Torts and the Japanese Civil Law (I): Comparative Law and the Civil Code of Japan (III), 26 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 24 (1998) (Japan)
Shusei Ono, The Law of Torts and the Japanese Civil Law (II): Comparative law and the Civil Code of Japan (IV), 27 Hitotsubashi Journal of Law and

are short.

There are some limited sources on case law. One is the translation available at the Supreme Court website,[42] and another is the casebook edited by Milhaupt, Ramseyer, and West.[43] However, the former is usually limited to notable Supreme Court rulings, while the latter incorporates other cases besides delictual liability. Given this situation, there is no current English source that focuses solely on the drafting process of the section regarding delictual liability and non-economic losses[44] in the Japanese Civil Code or the specific legal doctrines that developed from it, or that more closely examines the law of non-economic losses.

B. HARM AND LOSS IN JAPANESE SCHOLARSHIP

Although sources in Western languages are helpful in disseminating information and research, only sources in the original language can provide sufficient information to explore and address any perceived issue, which is true for any endeavor in comparative law. Concerning the specific subject of this work, Japanese sources can be divided into three groups. The first is sources that engage with the drafting process. Among these, committee records[45] are the main primary source. Written in old Japanese, these records involve the introduction of each specific provision, discussions between drafters and other committee members, and a background explanation of the

---

Politics 25(1999) (Japan).

[42] http://www.courts.go.jp/english/.

[43] CURTIS MILHAUPT, J. RAMSEYER & MARK WEST, *The Japanese Legal System (University Casebook Series)* (2nd. Ed., 2012).

[44] However, there are some articles that address specific developments. See: Hsiao, Philip, *Power Harassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan* (September 28, 2014). 32 UCLA Pacific Basin L.J. 181 (2015).

[45] Available in digital form at the National Diet Library Collections: http://dl.ndl.go.jp/.

Civil Code. Secondary sources are mostly limited to articles written for the specific purpose of discussing the drafting process. Though not rare, referencing the ideas of drafters or the legislative story is not typical in the writing of Japanese scholars. The *Minpoten no Hyakunen,*[46] a four-volume treatise written for the 100th anniversary of the Civil Code, is of particular interest. While data regarding case law and doctrines has not been updated, it provides a solid background to analyze the historical process.[47] Some papers have approached the topic of the influence of foreign codes, the legal education of the drafters, or the meanings that drafters ascribed to various terms, such as fault, right infringement, or delictual liability.[48] However, except for two papers written by Ippei Osawa,[49] no papers present an in-depth

---

[46] Volumes I and III are of particular interest to the subject at hand.
I Minpoten no Hyakunen Senpanteki Kansatsu (Toshio Hironaka, Eichi Hoshino eds., 1998) (Japan).
III Minpoten no Hyakunen Kobetsuteki Kanstatsu (2) Saiken Hen (Toshio Hironaka, Eichi Hoshino eds., 1998) (Japan).

[47] However, in some cases the information must be read while considering the influence of the authors.

[48] See: Teru Okubo, *Minpo Kisosha no Kangaekata no Chigai ni tsuite*, 26 Chuo-Gakuin University review of Faculty of Law 113 (2013) (Japan), Takashi Oka, *Meiji Minpo Kiso Katei ni okeru Gaikoku Ho no Eikyo*, 4 Journal of International Philosophy 16 (2014) (Japan), Yoichi Sakaguchi, *Minpoten Kiso no Hoko: Hozumi to Ume ni okeru Doitsu Minpo Keiju no Ronri*, 22 Area and Culture Studies 107 (1972) (Japan), Tomoya Sano, *Minpo Kisoji ni okeru Sansho Gaikokuho Bunseki Kiban no Kochiku*, 263 Journal of Law and Politics 37 (2015) (Japan)、Zhang Zhihui, *Meiji Minpo no Seiritsu to Kinmochi Saionji – Minpo Chosakai no Giron wo Chushin ni-*, 93 Ritsumeikan Daigaku Jinbungaku Kenkyusho Kiyo 207 (2009) (Japan), Akihito Kushihi, *Meiji Minpo [Fuhokoi] ni okeru Kisosha Ishi no Tankyu: Meiji Minpo 709 Jo no Shisoteki Haikei* , 66 Journal of Law and Political Studies 289 (2005) (Japan).

[49] Ippei Osawa, *Minpo 711 ni okeru Hoeki Hogo no Kozo II Fuhokoi Sekinin no Seisakuteki Kaju ni kansuru Ikkosatsu*, 128 (2) Journal of the Jurisprudence Association the University of Tokyo 453 (2011) (Japan).

examination of the legislative process of Articles 710 or 711. Another important historical document is the commentaries of the drafter Kenchiro Ume, as he was the only drafter to record a complete commentary on the Civil Code.[50]

The second type of source is those that approach the issue of delictual liability, particularly the concepts of harm and loss. In traditional scholarship, textbooks are not usually granted the same weight as peer-reviewed journals. However, any comparative scholar studying Japanese civil law immediately discovers that this is not necessarily the case in Japan. Japanese scholars who write textbooks tend to include discussions of law-related issues. Sakae Wagatsuma[51] and Ichiro Kato[52] are two classic legal scholars who have influenced generations of legal professionals in Japan. Yoshio Hirai has also published a prominent book regarding the theory of compensation.[53] The variation of the German *Differenztheorie*, was introduced to Japan by Otoshiro Ishizaka[54] and Tamakichi Nakajima[55]. This theory requires losses to be expressed as money has influenced scholarship to the point that harm and loss as independent legal concepts have ceded center stage to the law of damages.

An example of this is a symposium titled "Theory and Reality of The Law of Damages (*Songai Baishoho no Riron to Genjitsu).*" [56] The

---

[50] Kenshiro Ume, *Minpo Yogi Maki sono San Saiken Hen* (reprint 1984) (Japan).

[51] Sakae Wagatsuma, *Jimu Kanri Futo Ritoku Fuhokoi* (1988) (Japan).

[52] Ichiro Kato, *Jimu Kanri・Futo Ritoku・Fuhokoi* 148 (1957) (Japan).

[53] Yoshio Hirai, *Songai Baishoho no Riron* (photo. reprint 2011) (Japan), Yoshio Hirai, *Saiken Kakuron II Fuhokoi* (2010) (Japan), Yoshio Hirai, *[Songai] Gainen no Saikosei*, 90 Journal of the Jurisprudence Association The University of Tokyo 1515 (1973) (Japan).

[54] Otoshiro Ishizaka, *Nihon Minpo Saiken Soron Jokan* (1911).

[55] Tamakichi Nakajima, *Minpo Shakugi Maki Sono III Saiken Soron Jo* (1911) (Japan).

[56] S*ongai Baishoho no Riron to Genjitsu*, 55 Shiho 3 (Masamichi Okuda,

second presentation of the symposium, titled "Theory of Loss (*Songairon),"* was only six pages long and began by discussing the procedural aspects of claims in the case of wrongful death, the monetary awards for non-economic losses, and transferability via *mortis causa*, before moving to the realities of damages calculations. In a symposium concerning the law of damages, in a topic titled "Theory of Loss," there was no conversation about the criteria for a loss to be considered legally protected and no normative discussion on the importance of the formal or material aspects of the concept. Another example is the article "*Songai to sono Shuhen"* by Mina Wakabayashi,[57] which briefly engages with some theories regarding harm and loss before focusing on the concept of causal link.

That is not to say that discussions regarding loss in an abstract manner are unknown. Rather, most researchers in Japan connect the concept of loss to either the casual link or the monetary award. Nevertheless, some papers have addressed the matter of loss and harm abstractly without approaching it from a financial perspective.[58] Of particular importance is Makoto Takahashi's *Songai Gainenron Josetsu,*[59] which tackles the multiple theories used to address the idea of loss and harm in Japanese law. It is also notable that harm and loss are studied under the concept of unlawfulness or *ihosei*.

Finally, the third type of source is those that regard non-

Takehisa Awaji eds., 1993) (Japan).

[57] Mina Wakabayashi, *[Songai] to sono Shuhen*, 29 Kyoto Gakuen Law Review 243 (1999) (Japan).

[58] Masayuki Kato, *Kihanteki Songai Gainen heno Tenbo*, 61 Journal of Law and Political Studies 195 (2004) (Japan).

Masayuki Kato, *Songai* Yoken Saitei (1): Fransuho ni okeru Baisho Genri to *Songai* Gainen no Kankei, 38 The Law and Politics Review 949 (2009) (Japan), Joji Namba, *Songai no Chushousei to Gutaisei: Songai no Kaidan Koso ni kansuru Oboegaki*, 1 Rikkyo Homukenkyu St. Paul's Law Review 105 (2008) (Japan).

[59] Makoto Takahashi, *Songai Gainenron Josetsu* (2005) (Japan).

economic losses. The challenge in gathering these sources is that most of the literature focuses on either the method for calculating damages or the monetary award's nature, function, or other aspects.[60] Two prime examples are Osamu Saito's *Isharyo no Santei no Riron*[61] and the *Isharyo Santei no Jitsumu*, which was published by the Lawyers' Association of Chiba (*Chiba ken Bengoshi Kai)*.[62] Empirical research on this topic is almost nonexistent, except articles published by Professor Momioka regarding non-economic damages in the case of medical malpractice[63] and defamation cases.[64] Daisuke Shimoda has published a paper[65] in three[66] parts[67] that studies the development of the claim for infliction of emotional distress in the US. While these papers are

---

[60] Hiroshi Uebayashi, *Isharyo no Santei no Riron* (1962), Munehiko Mishima, *Isharyo no Honshitsu,* 5 (1) Kanazawa Law Review 1 (1959) (Japan).
Hirofumi Itou, *Isharyo no Seishitsu wo Meguru Giron ni Tsuite,*7 Bulleting of Toyohashi Sozo College 141 (2003) (Japan), Isamu Goto, *Saikin ni Okeru Isharyo no Shomondai*, 145 Ho no Shihai 31 (2007) (Japan), Michikata Kaino, *Fuhokoi ni okeru Mukei Songai no Baisho Seikyuken 1,* 50(2) Hogaku Kyoukai Zasshi, 18 (1932) (Japan), Michikata Kaino, *Fuhokoi ni okeru Mukei Songai no Baisho Seikyuken 2 Kan*, 50 (3) Hogaku Kyoukai Zasshi 116 (1932) (Japan), SAITO *supra* note 9.

[61] *Isharyo Santei no Riron* (Osamu Saito ed., 4ed., 2013) (Japan).

[62] *Isharyo* Santei no Jitsumu, Chiba ken Bengoshi Kai (ed.) 1 (2013) (Japan).

[63] Horinari Momioka, *Iryo Kago Sosho ni Okeru Isharyo no Kino ni Kansuru Jisshoteki Kenkyu*, 63 Journal of Hokkaido University of Education 83 (2013) (Japan).

[64] Horinari Momioka, Meiyo Kison Sosho ni Okeru Isharyo no Seisaiteki Yokushiteki Kino –Hodo Kikan ga Hikoku to Natta Jirei no Tokeiteki Bunseki, 119 The Chuo Law Review 583(2013) (Japan).

[65] Daisuke Shimoda, *Amerika ni Okeru Seishinteki Kutsu Baisho no Hatten (1)*, 19 The Okayama-Shoka Law Review 136 (2011) (Japan).

[66] Daisuke Shimoda, *Amerika ni Okeru Seishinteki Kutsu Baisho no Hatten (2)*, 20 The Okayama-Shoka Law Review 116 (2012) (Japan).

[67] Daisuke Shimoda, *Amerika ni Okeru Seishinteki Kutsu Baisho no Hatten (3)*, 21 The Okayama-Shoka Law Review 21 (2013) (Japan).

intriguing, they exhibit the same problems as other research – that is, a focus on the nature and function of the claim. Because of this, they can be perceived as basically the same research with an empirical basis, but they neglect to address the relationship between economic and non-economic damages and favor finding answers to more theoretical questions. A key source is Kato Ichiro's *Chushaku Minpo*, which has highly detailed, extensive sections about non-economic damages written in 1965 by Hiroshi Uebayashi.[68] An updated version was published in 2017, edited by Atsumi Kubota contains comprehensive explanations on Articles 709, 710 and 711.[69] However, the section concerning non-economic losses explains *isharyo*, or the monetary quantification of the loss suffered by the victim and continues referring to *isharyo* during its analysis; hence, it follows the same monetary approach as other sources.

Next, there is the issue of the influence of foreign scholarship, mainly German scholarship, on legal thinking in Japan. One of the first lessons for comparative scholars learn when studying Japanese law is that German law has exerted a great deal of influence over civil law scholarship. Indeed, it is common knowledge that the German code influenced the drafters. This paper tries to dispel this idea – at least regarding the law of delicts, particularly non-economic losses. The importance of German influence must be discussed in two fronts. The first is whether German law influenced the drafters regarding loss and harm under delictual liability. While it is true that the drafters had access to the first draft of the BGB, it is also true that they consulted the civil codes from France, Spain, Belgium, the Netherlands, Italy,

[68] Hiroshi Uebayashi, *Seishinteki Songa*i ni taisuru Isharyo in Chushaku Minpo (19) Saiken (20) Fuhokoi 193, 203-211 (Ichiro Kato ed., 1965) (Japan).

[69] Atsumi Kubota, *Zaisan igai no Shingai no Baisho in* Shin Chushaku Minpo (15) Saiken (8) 861, 862 (Atsumi Kubota ed. 2017) (Japan).

Portugal, Montenegro, and Austria.[70]

However, above all, during the discussion of the requirement of delictual liability, rights infringement, and loss, the drafters were clear that these two concepts represented English common law and the French Code, respectively. Nevertheless, most scholars have attempted to identify links between Article 709 and the BGB. An excellent example is the *Minpoten no Hyakunen* mentioned above, which discusses the legislative history of Article 709 with the corresponding articles of the BGB, apparently ignoring the fact that the BGB was promulgated years after the Japanese Civil Code and the very words used by the drafters.[71] Later in the same section, the author quotes Hozumi and Tomii to posit that the requirement of right infringement is not based on German law. However, the author again seems to ignore Hozumi comments on the matter:

> *At first sight, it may appear that the new Code was very closely modeled upon the new German Civil Code; and I have very often read statements to that effect. It is true that the first and second draft of the German Code furnished, very valuable material to the drafting committee and had a great influence upon the deliberations of the Committee. But, on close examination of the principles and rules adopted in the Code, it will appear that they gathered materials from all parts of the civilized world, and freely adopted rules or principles from the laws of any country, whenever they saw the advantage of doing so. In some parts, rules were adopted from the French Civil Code; in others, the*

[70] http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/arthis/1896/table3.html#id900.

[71] Nobuhige Segawa, *Minpo 709 Jo (Fuhokoi no Ippanteki Seiritsu Yoken) in* III MINPOTEN NO HYAKUNEN KOBETSUTEKI KANSTATSU (2) SAIKEN HEN 559, 560ff. (Toshio Hironaka, Eichi Hoshino eds.,1993) (Japan).

> *principles of English common law were followed; in others again, such laws as the Swiss Federal Code of Obligations of 1881, the new Spanish Civil Code of 1889, the Property Code of Montenegro, Indian Succession and Contract Acts or the Civil Codes of Louisiana, Lower Canada or the South American Republics or the draft Civil Code of New York and the like have given materials for the framers of the Code. In January 1896, the report of the Committee on Book I, "General Provisions," Book II, "Rights in rem" and Book III, "Rights in personam" was submitted to the Imperial Diet and was adopted with only a few unimportant modifications.*[72]

To be fair, the author was following a tradition that began in the early 20th century. The German influence is not a result of the drafters' intent but rather changes in the balance of power within the law school of the Tokyo Imperial University, now Tokyo University. In addition, the death of Ume in 1910 further shifted this balance towards favoring the introduction of German ideas. In other words, the influence of German law in later generations is accurate, although the drafters did not intend such consequence.

Therefore, this paper approaches the issue of non-economic losses without relying on the traditional tools used by Japanese law, such as German ideas or an approach based on economic valuation. Instead, it analyzes the development of the law, starting with the drafting process and continuing through many of the doctrinal and practical discussions that arose from it. By arguing that the German influence is merely the result of historical circumstances, rather than a deliberate attempt to modernize the law, this paper presents a new perspective of the realm of civil liability under Japanese code,

[72] HOZUMI *supra* note 38 at 22-23.

particularly regarding the issue of non-economic losses under a more general scope than past research has done, either in Japanese or English literature.

CHAPTER 2: ARTICLE 709 JAPANESE OF THE JAPANESE CIVIL CODE

Ⅰ. HARM AS AN ELEMENT OF DELICTUAL LIABILITY UNDER ARTICLE 709 OF THE JAPANESE CIVIL CODE.

This chapter explores the concepts of harm and loss as they appear in Article 709 of the Japanese Civil Code and their role as requirements for delictual liability under Japanese civil law. For context, Article 709 of the Japanese Civil Code reads:

> *"A person who has intentionally or negligently infringed any right of others,or legally protected interest of others, shall be liable to compensate any damages resulting in consequence."* [73] [74]

While the language appears straightforward enough, it belittles that the concept of loss, as understood by Japanese scholars, does not carry the same weight as it does in other civil law countries. On the

---

[73] Translation from: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/.
The original text of the Civil Code, as it was promulgated in 1896, did. not include the phrase "*or legally protected interest of others,"* which in turn led to a prolonged discussion, both in scholarship and case law, regarding the concept of unlawfulness under Article 709. This phrase was added to the Japanese Civil Code in the 2004 reforms, which were aimed at modernizing the language in the text and complementing the provisions with precedents set by the Supreme Court. In the case of delictual liability, the phrase was added to align the code with the general view that rights should not be construed in a limited manner.

[74] For the purposes of this chapter, the term "loss" refers to damages, as it appears in the above translation.

one hand, a review of the literature reveals that scholarship has been focused on the concepts of damages, referring to the monetary amount a victim receives.[75]

Moreover, there are discussions about whether Article 709 of the Japanese Civil Code reflects the French model or the German model of civil liability.[76] Supporters of the German model[77] have noted that an early draft of the Civil Code that only required negligence or carelessness (*kashitsu matawa taiman*) as a single element of delictual liability was replaced by a two-step system, *i.e.*, intent or negligence and the infringement of a legal right. Those who follow the German school of thought have argued that this change bears a clear resemblance to Article 823 of the BGB.[78] On the other hand, advocates for the French model[79] have asserted that both Article 709 of the Japanese Civil Code and Article 1382 of the French *Code Civil* present a uniform system of delictual liability. In addition, they have highlighted that the infringement of a legal right requirement is broader than the list of rights established under Article 823 of the BGB. Finally, during discussions regarding delictual liability prior to the enactment of the code (the *Hoten Chousakai*), there were no

---

[75] Indeed, a fixation on *monetary quantification* is found in almost any discussion regarding losses, even those related to non-economic losses.

[76] Ippei Osawa, *Minpo 711 ni okeru Hoeki Hogo no Kozo I Fuhokoi Sekinin no Seisakuteki Kaju ni kansuru Ikkosatsu*, 128(1) Journal of the Jurisprudence Association the University of Tokyo 157,169 (2011) (Japan).

[77] See: Seishi Nishigori, *Ihosei to Kashitsu*, in Minpo Kosa 6 134, 139 (Eichi Hoshino ed., 1985) (Japan)

Masunobu Kato, *Shin Minpo Taikei V Jimu Kanri・Futo Ritoku・Fuhokoi* (2ed., 2005) (Japan)

Tatsuaki Maeda, *Minpo VI (Fuhokoiho) 3* (1982) (Japan).

[78] Osawa *supra* note 4 at 169.

[79] See: Yoshio Hirai, *Songai Baishoho no Riron* 361 (photo. reprint 2011) (Japan). Eichi Hoshino, *Minpo Ronshu 6* 317 (1986) (Japan).

references to German law.[80] The influence of German scholarship in Japanese law is evident; however, to the degree that the original draft and the Civil Code as it was enacted is concerned, historical evidence lends more support to the French model.

Kato has assessed that under Japanese law, the concept of loss is understood as that which lies at the end of the causal link. Many theories divide the issue of the causal link and the field of compensation. Approaching the issue of loss under the causal link is a *but-for-cause* type of approach, which does not include normative considerations.[81] In contrast, in the French *Code*, the issues of the causal link and the extent of compensation are not independent but rather interrelated. Furthermore, under the principle of *reparation intégrale,* the loss, as a requirement for delictual liability, is not limited by external factors but rather wholly compensated. Hence, under the French system, the issue centers on identifying these losses[82].While there are no doubts that the existence of a loss is required under Article 709, Kato has noted that discussions of the concepts of harm and loss tend to be limited to the amount of the compensation rather than the legal requirement of loss.[83] In this regard, the main issues are the relation between the first half of Article 709, *i.e.*, the infringement of a legal right, and the second half, *i.e.*, that the victim suffers a loss due to said infringement.

The discussion of the infringement of rights that resulted from the construction of first half of Article 709 allowed for an expansion of both the concept of rights and the idea of unlawfulness. This also meant that the concepts of harm and loss were relegated to a

---

[80] OSAWA *supra* note 4 at 169.

[81] Masayuki Kato, *Kihanteki Songai Gainen heno Tenbo*, 61 Journal of Law and Political Studies195, 196 (2004) (Japan).

[82] *Id.* at 197.

[83] KATO ***supra*** note 9 at 950.

secondary role, regardless of their actual importance. Thus, the loss as a requirement and the concept of loss as the final step in the causal link were not considered connected. Instead, scholarship has advanced them as two separate issues. Furthermore, the relation between these two requirements has been a controversial issue since the draft's inception. Perhaps one of the most salient issues is the introduction of German scholarship, regardless of its degree of influence on the delictual liability system under Articles 709, 710, and 711. This has led to the adoption of a concept of loss that is linked to the idea of monetary valuation, following the German *Differenztheorie*.

However, as is discussed later, the *Differenztheorie* was never intended as anything more than a means to quantify the loss suffered by a victim and is not a tool for granting the concept of loss any legal meaning. In this context, Namba has attempted to explain the concept of *songai* as a spectrum that ranges from "abstract harm" to "specific harm." This spectrum is divided into three stages: the first involves the concept of harm itself, the second concerns the types of losses (*e.g.*, economic or non-economic), and the third regards the specific loss, which is the economic valuation of such losses.[84] Namba has further argued that while specific losses should be held as the principle, understanding loss as an abstract concept is necessary to a certain degree. Although, regardless of which end of the spectrum is chosen, only those items that can be specified can be considered as loss.

Nevertheless, a close analysis of Namba's argument reveals that the proposition includes more than a simple distinction between abstract and concrete concepts. Namba has advocated for a division of the term *songai*, which refers to both harm and loss within the Japanese Civil Code, case law, and scholarship. In a rather roundabout

[84] Joji Namba, *Songai no Chushousei to Gutaisei: Songai no Kaidan Koso ni kansuru Oboegaki,* 1 Rikkyo Homukenkyu St. Paul's Law Review 105, 107 (2008) (Japan).

manner, Namba recognized loss as an abstract idea that refers to an event that occurs in the world and is detrimental to a victim's favorable situation, is not the same concept as harm as damages. In a sense, Namba has referred to the distinction between harm and loss that is common among the scholarship of civil law countries under the French model. However, the fact that he is bound by the word *songai* means that, in a way, he cannot correctly define the phenomena he has correctly observed.

Arguably, Namba – and Japanese scholarship in general – has encountered two significant challenges when studying harm and loss in a legal context. The first is language. The Japanese language has several terms to describe harm and loss. The original draft by Boissonade utilized the terms *dommage, prejudice,* and *perte* in various articles, and did so in a remarkably distinct manner. However, the translation applied the terms *songai* and *sonshitsu* and referred to their French counterparts without any explicit rules. Thus, Japanese scholars are chained to the term *songai* in a way that is not commonly observed in comparative law. In a sense, the main issue can be presented in mathematical terms: scholarship attempts to assign multiple meanings to a single variable, resulting in confusion and misunderstanding the topic.

There is no doubt that under the Japanese Civil Code, a loss is an integral element of delictual liability. However, as Kato[85] has stated, "discussions regarding the concept of harm tend to be about the content and extent of the damages." Thus, the topic has not been researched as much as an element of delictual liability. The relation between the infringement of a legal right or interest and the existence of harm under Article 709 is ambiguous. Since a breach of a right naturally leads to the emergence of harm, discussions inevitably shift

[85] KATO *supra* note 9 at 950.

to the content of harm instead. Wagatsuma[86] had asserted that an act that infringes on a third party's right is not necessarily an unlawful one – nor can it be said that every unlawful act causes a loss to a third party. In the same sense, Ichiro Kato[87] has admitted that even if an unlawful culpable act took place, a victim cannot claim damages in the absence of harm.

However, Japanese literature has tied the concept of harm to the concept of unlawfulness and the content of harm, expressed in a monetary sum, is more important than its definition or characteristics. Moreover, the Japanese Civil Code does not provide a statutory definition of harm or loss. In this regard, Japan is reflective of most civil law countries. However, Japan is arguably an exception within the countries that follow the French legal tradition. It does not follow the traditional "characteristics of loss" approach. In turn, several theories seek to situate harm and loss within the context of the Japanese system.

Japanese literature has tended to denounce a concept of loss like that presented under the French system, *i.e.*, the decrease in a favorable situation of the victim as empty and of no use.[88] However, this stance disregards the fact that such a definition is accompanied by discussions regarding the nature of harm and loss and requirements for a loss to be legally protected. This attitude towards such a definition seems to stem from an overreliance on the German model even though the Japanese law of delict is clearly modeled after the French *Code*. The concept of infringement and unlawfulness are thoroughly rooted in the mentality of Japanese lawyers.

---

[86] SAKAE WAGATSUMA, *Jimu Kanri Futo Ritoku Fuhokoi* 152-153 (1988) (Japan).

[87] ICHIRO KATO, *Jimu Kanri・Futo Ritoku・Fuhokoi* 148 (1957) (Japan).

[88] MAKOTO TAKAHASHI, *Songai Gainenron Josetsu* 199 (2005) (Japan).
HIRAI *supra* note 18 at 75.

Hirai[89] has highlighted that legal techniques for defining harm in Japan are poor, and that failing to define the concept of harm is not solely a Japanese idiosyncrasy, but rather one that can also be observed in American common law and the French *Code*. Indeed, few codes provide a statutory definition of loss.[90] However, in the example he provides, Hirai does not consider two key elements regarding harm and loss. First, American common law, especially the law of torts, ascribes more importance to the conduct and duties of the tortfeasor than to the loss of the victim, at least at an abstract level. Loss and harm are elements involved in determining the amount granted as damages, and as such, they cannot be abstract concepts but must be assigned a precise value. Therefore, abstractly defining harm or loss could prove incompatible with *a posteriori* rules of tort law. Second, while it is true that there is not statutory definition of harm or loss in the French *Code*, Hirai seems to have neglected the fact that the concepts of harm and loss occupy center stage in discussions of the law of delicts – not only in French scholarship, but also in countries that have received its influence.

The second common theme in Japanese literature and theories regarding harm is a fixation on monetary quantification. This derives from the fact that Japanese civil liability adheres to a theory called *kinsen baisho gensoku*,[91] or the principle of monetary compensation, under which compensation for civil liability must be provided in the

---

[89] HIRAI *supra* note 18 at 75.

[90] Exceptions are found within the Argentinean and Paraguayan Civil Codes. Article 1835 of the Paraguayan Civil Code defines harm as any loss regarding the person, rights, faculties, or property of an individual. Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.

[91] Specifically, Article 417 of the Japanese Civil Code states "Unless other intention is manifested, the amount of the damages shall be determined with reference to monetary value".

form of monetary damages. The influence of this principle in Japanese legal thinking is apparent in the presentation of the various theories regarding harm later in this paper. Under such circumstances, the study of the concept of loss and harm under Japanese law must be approached via the drafting process in the late 19th century to better understand its relation to the idea of non-economic losses, which is addressed in the next chapter.

Ⅱ. THE DRAFT OF THE CIVIL CODE

A. THE BOISSONADE DRAFT

As a result of the rapid changes that the Meiji era (1868-1912) incited in Japan, the Japanese government under Emperor Meiji urged for a complete reform of the legal system to align it more closely with those of Western countries.[92] In 1873, the French jurist Gustave Émile Boissonade de Fontarabie, under the invitation of the Japanese government, arrived in Japan to participate in the drafting of the first

[92] For a more complete study: Teru Okubo, *Minpo Kisosha no Kangaekata no Chigai ni tsuite*, 26 Chuo-Gakuin University review of Faculty of Law 113 (2013) (Japan), Takashi Oka, *Meiji Minpo Kiso Katei ni okeru Gaikoku Ho no Eikyo,* 4 Journal of International Philosophy 16 (2014) (Japan), Yoichi Sakaguchi, *Minpoten Kiso no Hoko: Hozumi to Ume ni okeru Doitsu Minpo Keiju no Ronri*, 22 Area and Culture Studies 107 (1972) (Japan), Tomoya Sano, *Minpo Kisoji ni okeru Sansho Gaikokuho Bunseki Kiban no Kochiku*, 263 Journal of Law and Politics 37 (2015) (Japan)、
In English: Nobushige Hozumi, Lectures on the New Japanese Civil Code as Materials for the Study of Comparative Jurisprudence (1912) (Japan),
Shusei Ono, *Comparative Law and the Civil Code of Japan (I)*, 24 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 24 (1996) (henceforth Ono I) (Japan),
Shusei Ono, *Comparative law and the Civil Code of Japan (II),* 25 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 25(1997) (henceforth Ono II) (Japan),
Kazuo Hatoyama, *The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code*, 11 The Yale Law Journal 296,303 (1902) (Japan),

Japanese Civil Code.[93] [94] Many members of the First Drafting Committee were judges educated under the Ministry of Justice. Hence, they were influenced by French law, and as a result, the committee rarely questioned the principles set forth by the Boissonade code or French law.[95]

Under the Boissonade draft, delictual liability was designated as *dommages injuste*. However, Boissonade did not address the issue of unlawfulness or infringement of legal rights.[96] Delictual liability, Boissonade argued, was based on the ideas of natural law.[97] Moreover, Boissonade limited the concept of *dommage* to material losses and explicitly rejected the idea of non-economic losses as a subject of the law of delicts.[98] For example, in cases of personal injury, it applied only to medical expenses and losses resulting from an inability to work and a pension to the family of the victim in cases where the victim died.[99] Boissonade based his rejection of non-economic losses on two points. The first was the idea that any type of monetary award is insufficient

[93] A Drafting Committee of the Civil Code Codification was founded in April 1880 and Abolished in March 1886.

[94] Boissonade was not an official member of the commission, but the draft produced by the commission was, for all intents and purposes, the same as the one proposed by Boissonade. He was invited to Japan because Rinsho Mitsukuri, the translator of many Western codes, was not sure his translations were true to the original material. Thus, he asked the Minister of Justice for permission to go abroad in order to study law and become familiar with the Western systems. The Minister rejected his request, deeming Mitsukuri too important to the codification process, and Boisonnade was invited to help answer any questions Mitsukuri might have had. See: Ono I *supra* note 21 at 28, Ono II *supra* note 21 at 41.

[95] Ono II *supra* note 21 at 40-41.

[96] Osawa *supra* note 4 at 170.

[97] Osawa supra note 4 at 171.

[98] Osawa supra note 4 at 173.

[99] Osawa supra note 4 at 171.

to compensate the victim for these types of losses, rather than the difficulty of a monetary valuation.[100] Second, Boissonade described the delictual liability as a two-step process, making a distinction between harms, such as personal injuries or defamation, and any economic losses that result from them.[101]

Throughout the draft, Boissonade used the terms *dommage* and *prejudice* as synonyms. There is no evidence that he would have ascribed these terms two different meanings, at least not within the statute. Boissonade did use the term *dommage* far more frequently than the term *prejudice*; however, both seem to refer to the infringement of a legal interest of the victim and the actual loss suffered. However, in the Japanese version of the draft, these terms are translated as songai and sonshitsu, and their use is inconsistent. In some instances, *prejudice* is translated as *songai*, only to be later translated as *sonshitsu*.[102] In addition, the term *perte*, used by Boissonade to refer to a loss, was also translated as *sonshitsu*, further compounding the confusion. It is possible that while Boissonade did not intend for *dommage* and *prejudice* to be construed as two different concepts, he did not consider *perte* to be their synonym. It is unlikely that it could be a simple error, as Boissonade was a professor of law and would be fully aware of the consequences of such a mistake.

The Japanese Civil Code was enacted in 1890 and was expected to take effect in 1893. However, there was some controversy regarding certain parts of the code, particularly those related to family law. This *hoten ronso,* or controversy on the Civil Code Codification, resulted in

---

[100] Osawa supra note 4 at 173.

[101] Osawa supra note 4 at 173.

[102] In the current Civil Code, the preferred term for ham is "*songai.*" A quick search of the Civil Code reveals that the term is used more than 100 times. In contrast, the word "*sonshitsu,*" or loss, is only used 9 times within the actual Japanese Code.

postponing enforcement of the Civil Code in 1892, and finally to its abolishment in 1898, before it was even enforced.[103]

B. THE JAPANESE DRAFT

The Second Drafting Committee was established in 1893 to address criticism directed at the first committee. It consisted of 33 members and was presided over by Ito Horobumi, who was so supportive of the German style that, under his insistence, the new draft was written in the *pandekten system*.[104] [105] Many members were either judges or high-ranking government officials, and the time that had passed since the composition of the first draft had allowed Japanese scholars, judges, and officials to improve their knowledge of comparative law.[106]

However, the task of writing the actual draft was delegated to three scholars: Kenshiro Ume, Nobushige Hozumi, and Masaakira Tomii.[107] Each had strong comparative law roots, having studied in

---

[103] ONO I *supra* note 21 at 29.

[104] While Ito supported a German model of codification, the leaders of the government were only interested in a code without any particular leanings towards the origins of the rules within. This allowed for the inclusion of institutions from various sources. See: Ono II *supra* note 21 at 45.

[105] The German ideas of government and state in general were very influential during the restoration. For one, Germany was considered in its Golden Age of development, an underdeveloped society that caught up with other Western powers, which was the same thing that Japan was trying to achieve at the time. On the other hand, German ideas were of a conservative nature, which was very attractive to the political leaders of Japan. ONO I *supra* note 21 at 31,

[106] ONO II *supra* note 21 at 41.

[107] Kenshiro Ume obtained his Ph.D. at the University of Lyon after studying for three years in 1889, after which he moved to Germany. There, he was able to attend lectures at the University of Berlin until 1890, returning to Japan in 1891. Ume was also the only drafter who had supported the original draft as presented by the First Committee, as well as the only drafter to write a

France, Germany, or England. Surprisingly, the drafter who referenced German law and ideas the most was neither Ume nor Hozumi, who briefly studied German law in Germany, but Tomii, who only had experience in French law. Nevertheless, Ume did consider that since the German BGB was the product of new legal principles, it was necessary for the legal future of Japan.[108]

In contrast with the Boissonade draft, which was based on the concept of natural law, the drafters and the commission, in general, rejected the idea of rights having a basis in the natural world. Instead, laws were a manmade construct, and rights and duties were established by law. Therefore, natural rights could not be legally enforced or classified as rights under the Japanese code at the time of the draft.[109] The drafters also opposed the belief that the code should

---

complete commentary on the Civil Code, *Minpo Yogi*, which consisted of more than 300 pages and spanned five volumes.

Nobushige Hozumi studied at the University of London and graduated in 1879. After obtaining his barrister license, he moved to Germany to attend the Berlin University before returning to Japan in 1881. Together with his brother, Yatsuka Hozumi, he was very critical of the first code, raising the issue of national pride, but not rejecting foreign influences completely.

Finally, Masaakira Tomii also attended the University of Lyons, where he obtained his Ph.D. degree in 1883, and returned to Japan in 1885. In contrast with Nobushige and Kenshiro, he did not move to Germany or study German law. In 1892, he gave speeches advocating for the repeal of the first Civil Code. For more see: OKA *supra* note 21 at 16, Okubo *supra* note 21 at 116 *ff*, ONO I *supra* note 21 at 32-36.

[108] OKUBO *supra* note 21 at 119,

Ume, on the other hand, placed a great deal of importance on French law. In contrast to Ume, Tomii never had the opportunity to study German law directly, and his comparative law works did not deal with German law, most of them being written in French. However, he was very critical of French law and supported the idea that German law was the best representative of European Law. See: Ono I *supra* note 21 at 35-36, Ono II *supra* note 21 at 33.

[109] HATOYAMA *supra* note 21 at 303.

be redacted in a straightforward manner, except for the inclusion of definitions that were part of Boissonade's draft, permitting opportunities for future development of legal theory via interpretation.[110]

This discussion regarding the codification process in Japan, especially the influence of foreign codes and legal theories, is imperative to understand the situation after the promulgation of the code. Although two of the drafters studied in Germany, the short duration of their stays and the period in which they took place made it unlikely that they were influenced to such an extent as to negate their formal education. This is evidenced by the discussion of delictual liability and the fact that the drafters included a remedy for non-economic losses, which was rejected by the legal thinking that led to the creation of the BGB.[111] The drafters opted to adopt the French model of delictual liability and chose not to follow a *numerus clausus*

---

[110] ONO II *supra* note 21 at 46.

[111] The theories presented by Frederich Von Mommsen in his work *zur lehre von dem Interesse* were the starting point for what later came to be the *differenztheorie*. For Mommsen, the scope of the infringed interests is an issue that should be solved under the rules of causality. However, Mommsen's theory was not applied to non-economic losses, as the general public in Germany at the time was opposed to granting remedy in those cases.
See: Yumiko Kashimi, *Doitsu ni okeru Songai Gainen no Rekishiteki Hatten: Doitsu Minpoten Seiritsu Maeshi*, 38 (1-2) Kanazawa Law Review 211,222-223 (1996) (Japan),
Mina Wakabayashi, Hotekina Gainen toshite「*Songai*」no Imi - Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (1), 248 Ritsumeikan Law Review 108 (1996) (Japan),
Mina Wakabayashi, Hotekina Gainen toshite「*Songai*」no Imi - Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (2), 251 Ritsumeikan Law Review 105 (1997) (Japan),
Mina Wakabayashi, Hotekina Gainen toshite「*Songai*」no Imi - Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (3), 252 Ritsumeikan Law Review 63 (1997) (Japan).

like that adopted by the BGB years later. Article 709 does not limit or categorize harm or loss in any way, unlike the BGB. One of the changes the drafters made compared to the Boissonade draft was the term for delictual liability. Originally, Boissonade had used the term *dommage injustes*. Instead, the drafters decided to use the term "unjust conducts" (*fusho shoi),* and finally, "unlawful acts" (*fuhokoi*).

However, drafters were divided on the requirement of delictual liability. Ume explained that the term *shoi* in the expression *fusho shoi* represented the French *faite*. On the other hand, the term *koi* from the expression *fuhokoi* referenced the French word *acte*.[112] Moreover, this spurred a discussion among the drafters on the meaning of the term *koi*, since it signified actions to which the law granted a specific effect. Therefore, there was a question as to whether negligence was included within the meaning of *koi*.[113] Tomii argued that if the inclusion of the term *koi* would generate such an issue with its interpretation, they must either clearly add negligence to the language of Article 709, or if the draft rejected the infringement of rights requirement, change the title to "unjust losses," or "*fusei no songai.*"[114]

Furthermore, Hozumi described the term *fuho* as failing to perform an act that should have been done, such as paying a reward. He reasoned that such actions contradicted morality and affected the balance of public interests.[115] Tomii supported the idea that when public order was established by law, it prevented any interference by moral considerations.[116] Ume maintained a more nuanced approach, promoting the separation of ethical considerations and public order

---

[112] Osawa *supra* note 4 at 179.

[113] *Ibid*.

[114] *Ibid*.

[115] Hoten Chosakai Minpo Giji Sokkiroku Dai 3 at 91 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367529 (at 95-96).

[116] Hoten Chosakai Minpo Chusa Kaigi Sokkiroku Dai 6 at 138 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367598 (at 141 *ff*).

considerations. Morality, he argued, was within the internal sphere of the individual, while the law was positioned in the external sphere. Hence, they could not prevent society from punishing certain immoral conducts, but they should prevent the law from doing so. He agreed with Tomii that once the law had regulated a conduct, it ceased to fall within the realm of morality and was absorbed into public order.[117]

However, this discussion was not about the correct title for the section. Rather, it reflected one of the main issues the drafters faced: the role of harm and loss within delictual liability in the new Japanese Civil Code. As Tomii[118] [119] noted, there were two opposing views regarding the role of loss in delictual liability during the drafting process. One view, which adhered to the British common law model, approached the issue of delictual liability through the concept of legal rights, specifically their infringement. Under this view, the breach of a legal right would suffice to grant a victim a claim for damages, regardless of any actual loss suffered by the victim. Therefore, this approach was labeled the right-violation principle (*kenri shinpan shugi)* and was supported by Hozumi. The other view, the actual loss principle (*jisson shugi*), which followed the French model and supported by Ume, , only required that the victim had suffered a loss, regardless of any legal rights infringements.

The discussion regarding the requirements under Article 709 is the result of the influence of comparative law had on the drafters, especially concerning the concepts of loss and rights. Hozumi[120]

---

[117] Hoten Chosakai Minpo Chusa Kaigi Sokkiroku Dai 6 at 144 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367598 (at 148 *ff*).

[118] Hoten Chosakai Minpo Soukai Giji Sokkiroku Dai 1 at 120 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367523 (at 124 *ff*).

[119] Akihito Kushihi, *Meiji Minpo [Fuhokoi] ni okeru Kisosha Ishi no Tankyu: Meiji Minpo 709 Jo no Shisoteki Haikei*, 66 Journal of Law and Political Studies 289,293 (2005) (Japan), Osawa *supra* note 4 at 180.

[120] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 72 ura available at:

addressed the issue by identifying two approaches to the concept of *songai*. The first assumes that *songai* refers to *jishitsujo no songai,* or real losses, while the second concludes that a *songai* exists if a legally protected right has been infringed upon, regardless of any actual loss suffered by the victim. Hozumi supported the first approach, *i.e.*, *songai* refers to any actual loss suffered by the victim. However, from Hozumi's viewpoint, actual loss was limited only to economic losses.[121] In contrast, Ume argued for a broader view of *songai* as not limited to economic losses but including material and non-economic losses as well.[122] Nevertheless, in explaining the last sentence of Article 709, Hozumi demonstrated that the draft had adopted the position that *songai* included both economic and non-economic losses.[123]

Ume and Hozumi's opinions on defamation illustrate the difference in their approaches. Hozumi argued that defamation by itself did not immediately amount to an actual loss and that victims' emotional discomfort did not amount to *songai*.[124] While he did not assert that these types of losses should not be recognized, he did believe that they were outside the purview of the concept of *songai*. Therefore, under the actual loss principle, there would be cases in which defamation would not grant the victim a claim for damages since no actual loss had occurred. To prevent this, defamation under the violation principle would be considered an infringement of a legal right, therefore granting the victim a claim for compensation of any

---

http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at *75 ff*).

[121] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 57 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at *61 ff*).

[122] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 66 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 70 *ff*).

[123] Hoten Chosakai Minpo Giji Sokkiroku Dai 40 maki at 88 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367567 (at *91 ff*).

[124] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 64 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 67 *ff*).

actual losses.[125] Conversely, Ume argued that in defamation cases, the victim does not always suffer a monetary loss. In those cases, he highlighted, the victim could still request an apology as a means of reparation, even if no economic remedy was available.[126] Therefore, from Ume's perspective, defamation was a type of *songai,* which in turn meant that the victim had a claim against the wrongdoer. The reason, he argued, was that defamation would inevitably produce an actual loss, though not necessarily an economic one.[127]

Kushihi argues that both views do not necessarily oppose each other, as Hozumi's view on *songai* was limited to monetary losses, while Ume's view included material and non-economic losses. Therefore, at least in defamation cases, the result is the same, though the approach might differ.[128] On the other hand, in the case of property rights infringement, the approach would indeed change the outcome. Hozumi argued that when property rights were infringed upon, the existence or absence of *songai*, *i.e.*, a monetary loss, would be irrelevant, as the infringement itself would be sufficient to grant the victim a claim for damages.[129] In contrast, Ume supported the view that not every case of infringement warranted compensation. He argued that victims should only be granted a legal remedy in cases where they suffered discomfort (*fukeikan)* as a type of non-economic loss.[130]

---

[125] KUSHIHI *supra* note 48 at 295.

[126] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 60 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at *63 ff*).

[127] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 63 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at *67 ff*).

[128] KUSHIHI *supra* note 48 at 296.

[129] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 60 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 64 *ff*).

[130] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 62 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 66 *ff*).

Hozumi opposed the actual loss principle, arguing that it contradicted principles contained within the draft.[131] He specifically argued that monetary losses might not result in cases of contractual liability. In those cases, under the right-violation principle, the affected party could request performance because their rights were infringed upon. In contrast, under the actual loss principle, the affected party would have no remedy if no loss had occurred, which Hozumi believed contradicted principles of the draft that permitted remedy for non-performance.[132] Ume defended his position by citing that parties enter a contract because it is mutually beneficial. Therefore, non-performance of the contract is a violation of a legally protected interest, which Ume reasoned amounted to loss.[133] [134]

The issue of which principle should rule the law of delictual liability also illustrates that the drafters did not share the same views regarding the nature and function of delictual liability. Hozumi opined that the value of a right derives from the fact that it has been granted protection under the law. Therefore, the adoption of loss as the basis for liability would obscure the standard of conduct for individuals.[135] Hence, for Hozumi, the rights violation principle was not only a matter of delictual liability, but also a means to protect the legal order.[136] In contrast, Ume upheld the view that the goal of delictual liability was

---

[131] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 64 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at *67 ff*).

[132] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 56 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 60 *ff*).

[133] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 66 ura http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 70 *ff*).

[134] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 68 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 71 *ff*).

[135] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 64 hyo available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 67 *ff*).

[136] KUSHIHI *supra* note 48 at 301.

not punishment but rather compensation for the suffered loss. Therefore, liability should be the result of an actual loss rather than the infringement of a legal right. Furthermore, under his approach, the infringement of a legal right was not included within the meaning of *songai*.[137] [138]

Ultimately, the final version of Article 709 was a compromise between these two views. The infringement of a legal right is the basis of liability, but only so far as a it causes a loss. The courts and scholars then had the task of determining what constitutes a legal right and in which cases the acts of an individual would amount to an infringement.

Ⅲ. THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF SONGAI

As a result of Western influence brought by the Meiji Restoration, two schools of legal thought appeared in Japan regarding legal education.[139] The University of Tokyo taught English law, beginning in 1874. Meanwhile, Boissonade and other native professors taught the principle of French law at the school of law under the Ministry of Justice. However, in 1887, the law school attached to the Ministry of Justice was transferred to the only national university at the time. In the same period, the German law section was founded, and by the 1890s, it had surpassed the other two in terms of influence. The reason for this was that the government had sent students abroad to study various teaching methods and had determined that the German model was superior. Nevertheless, Japanese universities diverged from the German model, which identified research as the primary goal, and instead focused on teaching existing knowledge and importing new

[137] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 75 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 79).

[138] Hoten Chosakai Minpo Chusakai Giji Sokkiroku Dai 2 at 59 ura available at: http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367594 (at 63 *ff*).

[139] Ono II *supra* note 21 at 47-48.

ideas from the West. Thus, the issue was not how to develop new theories but from where to import them.

Ume's commentary on the Civil Code after its enactment in 1898 triggered a short period when French law was highly influential for legal thought regarding civil law. For example, in 1902, Kazuo Hatoyama authored three papers for *Yale Law Journal* in which he compared the Japanese and French civil codes, only briefly mentioning German influences.[140] However, after the death of Ume in 1910, and coupled with the fact that the school under the Ministry of Justice had lost much of its influence, reliance on French law drastically diminished[141] and was replaced by the German school of legal thought.

This shift resulted in both courts and scholars applying German theories to the code in general, regardless of whether the specific rule was of French or English origin.[142] The law of delicts was also subject to this treatment. In the case of harm and loss, Japanese scholarship followed the German *Differenztheorie* and renamed it amount-difference theory. Consequently, discussions regarding loss were focused through a prism of monetary valuation, which is the basis for the *Differenztheorie*, and a general approach to the concepts of harm and loss were excluded from the discussion, as is the case in countries that adhere to the French model.

A. THE SAGAKUSETSU OR AMOUNT-DIFFERENCE THEORY

Scholars who wrote on harm and loss in the years following the

---

[140] Kazuo Hatoyama, *The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code*, 11-6 The Yale Law Journal 296 (1902) (Japan),
Kazuo Hatoyama, *The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code*, 11-7 The Yale Law Journal 354 (1902) (Japan),
Kazuo Hatoyama, *The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code*, 11-8 The Yale Law Journal 403 (1902) (Japan).

[141] Ono II *supra* note 21 at 47.

[142] Ono I *supra* note 21 at 31.

promulgation of the Japanese Civil Code had perhaps more room to argue, in the sense that they were not limited by any previous ideas or case law regarding the code. As mentioned, Ume supported the adoption of French principles in interpreting the new Civil Code. Nevertheless, Ume limited his commentary on Article 709 to little more than one page. There, he explained that the two approaches – the infringement of a legal right and the existence of a loss – had their geneses in English and French law. He further specified that the Japanese Civil Code required both, without any references to German law.[143]

Early case law seems to reflect the ideas of Ume regarding the importance of loss. For example, the courts ruled that the mere infraction of a patent and production of counterfeit goods based on that patent was not solely enough to grant the right holder a remedy without proof of an actual loss.[144] Conversely, in defamation cases, the courts were more lenient on this requirement. For example, acts that affected credit and reputation were innately infringements on a victim's rights, without necessarily mentioning the existence of a loss.[145] Cases regarding comments were also examined under a similar standard.[146] However, there were cases in which victims' rights were determined to be infringed upon when their position in society was impacted. Thus, the concept of loss was abstract.[147] Furthermore, the Great

---

[143] KENSHIRO UME, *Minpo Yogi Maki sono San Saiken Hen* 884 (reprint 1984) (Japan).

[144] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Aug. 16, 1904 Mei 37 (re) no.1525 Keiroku 10-1616 (Japan) The Japanese Supreme Court was known as the Supreme Court of Judicature (Daishin' in) before World War II.

[145] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Feb. 19, 1906 Mei 38 (o) no.296 Minroku 12-226 (Japan).

[146] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Nov. 2, 1910 Mei 42 (o) no. 172 Minroku 16-745 (Japan).

[147] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Dec. 8, 1905 Mei 38 (o) no.298 Minroku 11-

Court of Judicature had ruled that monetary loss was not a requirement in defamation cases.[148]

Regardless of the lack of references to German law during the drafting process and the courts' position, after Ume's death in 1910 – and due to the decreased influence of the French school because of its assimilation – German theories began to expand to the realm of delictual liability. Two early examples of scholars who engaged with these theories are Otoshiro Ishizaka[149] and Tamakichi Nakajima.[150] Both Nakajima and Ishizaka discussed various German legal theories regarding harm and loss, emphasizing the *Differenztheorie* and the *Theorie der Konkretenschaden*, which defined loss as the specific loss suffered by the victims to their person or property resulting from a delictual act. Nevertheless, as Takahashi noted, there were some differences between their approaches. First, Ishizaka considered the amount-difference theory adequate for determining economic losses but did not approve of its use for dealing when non-economic losses.[151] Second, Nakajima approached the issue by presenting two different theories: the amount-difference theory and the specific loss theory or *gutaiteki sonshitsu setsu*. Under the latter theory, Nakajima distinguished between harm and loss,[152] with loss referring to the actual effect on either the property or the body which the victim

---

1665 (Japan).

[148] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Apr. 13, 1911 Mei 44 (re) no. 463 Keiroku 17-557 (Japan) The Court did recognize that an individual' s reputation and economic interest were deeply related to each other.

[149] Otoshiro Ishizaka, *Nihon Minpo Saiken Soron Jokan* 282*ff.* (1911) (Japan) available at http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/p*Id./*791647.

[150] Tamakichi Nakajima, *Minpo Shakugi Maki Sono III Saiken Soron Jo* (1911) (Japan).

[151] Takahashi *supra* note 17 at 136.

[152] Nakajima uses the word *songai* twice, as the term to be defined and, later within that definition, as the actual detriment suffered by the victim.

suffers because of the harmful event itself, *i.e.*, harm is the event itself, and not an abstract number.[153] However, while following the *Theorie der Konkretenschaden*, Nakajima favored the *Differenztheorie* because of the monetary compensation system of Japanese law.

The most meaningful difference in the two scholars' approaches lies in their understandings of the *Differenztheorie*. To Ishizaka, the victim's situation was to be taken as a whole compared to the position resulting from the harmful action. Nakajima, however, argued that each individual item in the victim's estate must be considered. This focus on valuation eventually permeated the courts. For example, in a case where the plaintiff was unable to purchase goods due to the defendant's act, the court ruled that the standard in cases where the future price of the goods can be determined should be the standard under which damages are calculated.[154] In another case, the court recognized that the claim that the legal defense of a minor had against the minor's parents for the legal expenses incurred under their contractual obligation could be construed as a loss under the rules of delictual liability.[155] Under the traditional amount-difference theory, losses arising from personal injury are classified into *danum emergens, lucrum cessans,* and emotional losses. Yoshimura[156] has posited that compensation was traditionally aimed at losses, such as medical and funerary expenses. However, this resulted in a system in which losses, such as pain, suffering, and emotional distress, were treated as equivalent to material and economic losses.[157]

In 1964, the Supreme Court addressed the meaning of *songai*. In

---

[153] NAKAJIMA *supra* note 79 at 501.

[154] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Jan. 22, 1916 Tai 4 (o) no. 950 Minroku 22-113 (Japan).

[155] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Sep. 30, 1941 Sho 16 (o) no. 625 Taiminshu 20-1261 (Japan).

[156] RYOICHI YOSHIMURA, *Jinshin Songai Baisho no Kenkyu* 71 (1990) (Japan).

[157] *Id.* at 73-74.

that case, the court ruled that for the effects of civil delictual liability, loss can be defined as harm under the formula a – b = x, where "a" is the situation, the victim would have been in without the aggression, "b" is the actual situation of the victim that resulted from the aggression, and "x" is the monetary quantification that is ascribed to such a loss. Under this premise, loss is the monetary value of damages.[158] In addition, the Supreme Court ruled on the issue of earning potential in 1967. In that case, the court concluded that even if an individual's earning potential is affected by a traffic accident, the goal of civil liability is to compensate the victim for the *actual losses* suffered. Therefore, it was evident that victims who suffer a decrease in their earning potential have no claim for damages if no actual losses were incurred.[159]

Although the concepts established under the amount-difference theory and the definition adopted by the Supreme Court might imply that discussions surrounding the concept of loss under the amount-difference theory are clear cut, the matter is more nuanced and complicated. Namba[160] asserts that, in practice, the theory is applied as a compilation of various losses. Therefore, the modern amount-difference theory is consistent with the views of Nakajima, especially in cases of personal injury.

The theory has also been the target of many critics, firstly because differences in legal backgrounds between Japan and Germany pose a challenge to applying the *Differenztheorie* under the Japanese Civil Code. Hirai has explained that the *Differenztheorie* is based on the German concept of complete compensation, a principle to which Japan

---

[158] Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Jan. 28, 1964, Sho 34 (o) no. 901 Minshu 18-1-136 (Japan).

[159] Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Nov. 10, 1967 Sho 41 (o) no. 600 Minshu 21-9-2352 (Japan).

[160] NAMBA *supra* note 12 at 106.

does not adhere. He has argued that since Article 416 of the Japanese Civil Code states that the goal of a claim for damages is the compensation of ordinary losses, Japanese law is distinctly different from German law, which demands a complete compensation of the victim.[161] Secondly, the amount difference theory does not address non-economic losses, as the monetary approach to defining harm precludes any possibility of including non-economic losses. This is another issue that suggests a somewhat forceful introduction of German concepts, as the Japanese code never had to address the availability of claims for non-economic losses. The application of amount-difference theory fostered a situation in which scholars who supported it were fixated on legal theories from a system that was not as developed as their own, at least in the area of non-economic losses.

Scholars have developed theories that aim to address the main critiques of the amount-difference theory. One example is Nishihara's death and injury as a loss theory, or *shisho songaisetsu*.[162] In the 1960s, Nishihara argued that there are two approaches available for cases where the victim has died. The first maintains that life itself cannot be ascribed monetary value, while the other conceptualizes life's value as infinite.[163] Nishihara opposed the traditional role of the causal link theory[164] in cases of wrongful death. Specifically, he countered the

[161] HIRAI *supra* note 7 at 195.

[162] Michio Nishihara, *Seimei Shingai Shogai ni okeru Songai Baishogaku*, 27 Journal of Private Law 107 (1965) (Japan).

[163] *Id.* at 109.

[164] Under the Japanese law of obligations, both for contractual and delictual liability, the concept of casual link is of the utmost importance. Discussions regarding it tend to overshadow other aspects of the law. Especially in the case of discussions regarding the concepts of harm and loss, it is not rare for the discussion to gravitate towards the standard under which the causal link is determined, sometimes in more depth that the concepts of harm or loss themselves.

complete compensation dogma, as it is known in Japan, which declares that a victim must be compensated for all losses, as the defendant can't foresee the specific situation of the plaintiff. The main point of Nishihara's theory is establishing a set standard for damages.[165] Known as the fixed-amount theory, or *teigakusetsu*, it states that non-economic losses resulting from death should not be divided into categories, such as emotional distress or pain and suffering, but rather considered as a whole. Moreover, it proposes that in cases of wrongful death, both economic and non-economic losses should also be considered holistically, including setting lower and upper limits and a mechanism for calculating the amount the victim should receive as damages. This would prevent any issues that would arise from an aggressor's lack of foreseeability of the victim's personal situation.

The fixed amount theory did not receive much support. Kusumoto[166] explained that Nishihara's criticism of the complete compensation dogma is unacceptable as long as civil liability aims to restore a victim's situation to its original state as much as possible – a goal he has called all-compensation rule. Perhaps Kusumoto's most significant critique of Nishihara's theory is that it contradicts the very concept of individuality. By having a system in which all losses that arise from death are addressed through a standard approach, such as the one Nishimura proposed, harm and loss are reduced and contained to a simple mathematical problem, ignoring other aspects of the law of compensation.

In the late 1970s, the loss of work capacity theory, or *rodo noryoku soshitsu setsu*, was developed in response to Nishihara's theory.[167] It posited that individual intent and ability to work and earn

---

[165] NISHIHARA *supra* note 91 at 114-115.

[166] YASUO KUSUMOTO, *Jinshin Songai Baishoron* 28 (1984) (Japan).

[167] Miki Chiho, *Inochi no Nedan: Seimei Shingai ni yoru Songai to Byodo Genri*, 6 Junior Research Journal 67, 71 (1999) (Japan).

an income (*i.e.*, the earning capacity) should be ascribed a monetary value, just as with any machine. Therefore, when this potential decreases as the result of a delictual act, that in and of itself should be considered a loss for which the victim can claim damages, regardless of any actual loss of income.[168] This approach is especially useful in cases where a victim is unemployed or has no income that could serve as a basis for calculating damages. Furthermore, in the case of minors who do not yet possess the necessary skills to earn a living, this theory allows for a standard under which the victim and next of kin can pursue damages, though the nature of these damages was subject to discussion. Scholarship regarding this point has been divided.[169] On the one hand, there were those who believed that in cases of infant and minors, damages should not be granted for the amount that they could have earned in the future, but rather for being unable to participate in labor activities and support themselves and that such loss should be considered non-economic for the effects of liquidation.[170] On the other hand, others argued that in cases of minors, the probability of earning an income should be recognized and liquidation should be done under the rules of lost income by referencing adequate proof of such potential.[171]

In 1964, the Supreme Court[172] ruled on the issue and adopted the latter view. On that occasion, the Court said that while it was true that calculating damages in cases in which a case a minor died as the result of a delict is a difficult endeavor, this in itself was not enough to deny the claim. If the claim were to be denied, the only remedy

---

[168] Kasuo Kato, *Koisho ni yoru Ishitsurieki no Santei, in* GENDAI SONGAI BAISHOHO KOZA 7 194 (1974) (Japan).

[169] CHIHO *supra* note 96 at 71.

[170] SHINJI SOMIYA, *Fuhokoi* 395 (1935) (Japan).

[171] BUNJIRO ISHIDA, *Saiken Kakuron Kougi 290ff* (1937) (Japan).

[172] Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Jun. 24, 1964 Sho 36 (o) no. 413 Minshu 18-5-874 (Japan).

remaining for the victim and next of kin would be a claim for emotional distress, in which case the judge would determine the calculation after considering all the circumstances of the case. However, if the amount were too low, then it would fail to be considered a remedy, while if it were too high, it would be too harsh to the aggressor.

Therefore, the court concluded that in cases where a minor had died – regardless of the inaccuracy that it might entail – the judge should base the assessment of damages on the evidence presented, and in the event such evidence is not completely convincing, additional remedies can be granted under the figure of non-economic damages.

B. THE LOSS-AS-FACT THEORY OR SONGAI JIJITSUSETSU

Regardless of the continuing influence of German scholarship on Japanese scholarship, the amount-difference theory could not correctly address all the aspects of delictual liability under Article 709. Particularly, Hirai assumed an intensely critical stance against the amount-difference theory. He was especially critical of how the concepts of harm and loss were studied under traditional scholarship in Japanese law and questioned whether the method that defined these concepts under the amount-difference theory and further concentrated their categories had any value as a legal tool under Japanese legal analysis.

He argued that the German *Differenztheorie* results from the complete compensation principle, which Japan does not follow. Hence, there is no reason to apply that theory under Japanese law.[173] However, his most important argument and contribution was his distinction between harm and damages, which further divided harm into protectable harms that he called harms within the sphere of protection and non-protectable harms called harms outside the sphere

[173] HIRAI *supra* note 7 at 139.

of protection.[174] The causal link is the standard for judging whether specific harms should be considered protectable or not.[175] Under Hirai's interpretation, harm is based on reality – the event that is the cause and the loss itself – and he made no distinction between these two terms. However, Hirai seemed to return to a more traditional approach. He noted that since a claim is nothing more than a plaintiff's request for a certain amount of money, harm can be construed as a request for such an amount that is the result of the monetary compensation principle of the Japanese Civil Code,[176] effectively linking the concept of harm to the concept of damages, at least to a certain degree.

Nevertheless, because the loss-as-fact theory differentiates between harm and damages, it addresses the issue of non-economic losses, which was not possible under the amount-difference theory. It also allows for an interpretation of the first half of Article 709 that is more in tune with the abstract requirements of civil liability. However, the most significant contribution of this theory is that it permits remedies even in cases where the victim does not suffer a quantifiable economic loss, such as in the event of post-traumatic stress disorder (PTSD), bodily injuries, or the aftermath of such injuries.

Case law also appears to have adopted this stance, and in 1981, the Supreme Court[177] acknowledged the subject. The court had to decide whether the aftermath of an injury could be grounds for civil liability. It ultimately sided with the defendant under the argument

---

[174] HIRAI *supra* note 7 at 140.

[175] *Ibid*.

However, Hirai is a proponent of abandoning the adequate causality, or *soto inga kankei*, in favor of the real causality, or *jijitsuteki ingakankei*, as a causal link standard.

[176] HIRAI *supra* note 7 at 141.

[177] Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Dec. 22,1981 Sho 54 (o) no. 354 Minshu 35-9-1350 (Japan).

that, barring special circumstances, and even if the aftermath itself could be grounds for damages, it could not justify granting damages for *lucrum cessans* if it did not affect the earning capacity of the plaintiff. Even though the court did not grant the plaintiff request for *lucrum cessans*, commentators have highlighted that this represents a transition in the court's stance from the amount-difference theory to the loss-as-fact theory.[178]

Uchida has critiqued this theory under the argument that strictly speaking, the harmful event (*i.e.*, death, injury, destruction of property, etc.), is already included under the infringement requirement of Article 709. Therefore, there is no reason to distinguish between the infringement requirement and the existence of loss requirement.[179] However, he has also admitted that there are situations in which an infringement of rights does not result in a loss. Differentiating between the harmful event and the monetary compensation eliminates the necessity of rhetoric like the amount-difference theory.[180]

Furthermore, the loss-as-fact theory led to the development of legal theories that part with the traditional understanding of the concept of harm, which treat the harmful event and its quantification as completely different and unrelated matters. At the practical level, the 1981 Supreme Court case served as the basis for lower courts to develop a theory under which a victim could recover a loss of earning potential.

Ⅳ. UNLAWFULNESS IN JAPANESE LAW

The role of unlawfulness under Japanese law is by no means clear when viewed under the general rule of delictual liability. As mentioned before, the concept of infringement of rights as a

[178] Takashi Uchida, *Minpo II Saiken Kakuron* 384 (3rd ed., 2011) (Japan).
[179] *Id.* at 385.
[180] *Ibid.*

requirement for delictual liability resulted from the influence of common law during the drafting process. The main issue with unlawfulness under Japanese delictual liability stems from the language of Article 709. Initially, Article 709 required an infringement of a right for a victim to claim damages. However, in contrast to the BGB, which requires an unlawful injury, or the Italian Civil Code, which explicitly refers to the unlawful loss suffered by the victim, the language of the statute in the Japanese Civil Code does not require unlawfulness.

The original draft by Bossonaide did not utilize the term unlawful either. The inclusion of the legal right infringement requirement was due to the discussion between Ume and Hozumi.[181] Ume proposed a more realistic approach to the concept of delictual liability in which the deciding factor was the existence of a loss, regardless of whether an actual infringement on the rights of an individual had occurred. Hozumi, on the other hand, argued that the infringement of a legal right would be adequate to earn the victim a claim for damages, independent of the existence of any losses. In the end, Ume's approach prevailed. However, the concept of infringement referred to the event that caused the loss.[182] Furthermore, the drafters' concept of a right was not restricted to property rights but also included the victim's credit, life, body, honor, etc.[183] To the drafters, this requirement served as an objective assessment of the defendant's conduct in contrast to negligence and intent, which were subjective assessments of said conduct.[184]

---

[181] YOSHIMURA *supra* note 85 at 570.
See the discussion on the draft process above.

[182] HIRAI *supra* note 18 at 20.

[183] HIROYUKI HIRANO, *Minpo Sogo 6 Fuhokoi* 29 (3rd., ed 2013) (Japan).

[184] Akihito Kushihi, *Meiji Minpo 709 Jo no [Kashitsu] to [Kenri Shingai] — Meiji Minpo Kisokatei kara no Shiten*, 71 Journal of Law and Political Studies 87, 107 (2006) (Japan).

Regardless of the drafters' intent, the courts initially construed legal rights as those which must be established via a law to be understood as such. The most famous example is the 1914 case of Kumoemon Tokuchen.[185] Kumoemon, a popular artist of a traditional genre of music called *Rokyoku,*[186] produced a piece for which he obtained copyright and which he proceeded to transfer to a third party. The melody was included on an LP, which was sold without the right holder's permission.

The case addressed two main issues. The first was whether *Rokyoku* could be copyrighted under the provision of Japanese copyright law.[187] The second was whether, in the event that the court declared *Rokyoku* not subject to copyright, its reproduction would constitute copyright infringement. Both the trial and appeals courts determined that *Rokyoku* qualified for a copyright and that, as such, any reproduction without the permission of the right holder would constitute copyright infringement.

The Supreme Court, however, adopted a different view. While admitting that music was included within the term "fine arts," it expressly denied that the *Rokyoku* performed by Kumoemon was copyrightable, arguing that since it was improvised, it did not have a musical score, nor was it famous enough that a large number of people could remember it. Therefore, it could not be protected as music. As a result, any reproduction of the melody would not constitute copyright infringement. After this, the courts adopted an approach to the requirement for an infringement of a legal right that limited it to one

---

[185] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Jul.4, 1914 Tai 3 (re) no. 233 Keirokiu 20-1360 (Japan).

[186] A type of narrative singing.

[187] Article 1 of the Copyright law at the time, while including the term fine arts, did not expressly mention music as a type of copyrightable creation. It did, however, protect musical scores.

that had to be explicitly established in the law, with the right holder needing to fully meet all the law's criteria to receive legal protection.

This precedent was overturned 11 years later in the Daigaku Yu case.[188] The defendant owned a famous public bath who had leased the facilities and sold the name "Daigaku Yu" to the plaintiff. The parties then decided to rescind the lease contract voluntarily. The defendant then proceeded to allow a new lessee to use the name Daigaku Yu in the operation of the public bath. The trial court ruled in favor of the defendant, arguing that the prestige and reputation[189] of the name Daigaku Yu was not a legal right protected under Article 709 of the Civil Code. The Supreme Court reversed this decision, and in doing so, it declared that the concept of a right was not limited to a formal, literal right established by law, but rather should be construed broadly.

The Daigaku Yu case set a precedent that enabled the introduction of a concept of unlawfulness independent from the idea of infringement, at least under a narrow reading of Article 709. However, the Daigaku Yu case did not eliminate the requirement of infringement when it introduced that of unlawfulness. Instead, it expanded the concept of infringement to include rights and "other interests" as well.[190] This in turn led to the issue of interpreting the language of Article 709 with the new ideas, or as it is known, the change from infringement to unlawfulness. Hiroshi Suekawa argued that the infringement requirement should be read as an expression of unlawfulness, especially regarding conduct, since the law could not approve an unlawful conduct and it was therefore against the legal

[188] Daishin' in [Great Ct. of Jud.] Nov. 28, 1925 Tai 14 (o) no. 625 Minshu 4-670 (Japan).

[189] The term is "*shinise*," which roughly translates as a long-established store.

[190] HIRANO *supra* note 112 at 32.

order.[191] The language present in the BGB influenced Suekawa's approach.[192] By defining infringement as a sub-class of unlawfulness, he proposed a change in the interpretation of the first half of Article 709. Wagatsuma further advocated for this approach and suggested a standard method for measuring unlawfulness. Wagatsuma's theory, *sokan-kankei setsu,* posited that unlawfulness should be judged as a function of the relation between the type of legal interest protected and the nature of the infringing act.[193]

After World War II, Ichiro Kato expanded upon Wagatsuma's theory, arguing that replacing infringement with unlawfulness resulted from two factors. The first was the legal sentiment of Japanese scholars. The second was that unlawfulness formally represented a general expression of infringement, which was one of the situations in which the BGB admitted civil liability. It signified an expression of the German BGB.[194] Additionally, to Kato, a right was a rather rigid concept that could be definitively explained, whereas unlawfulness was more flexible and determined by the relation between the protected interest and the defendant's conduct.[195] An otherwise innocuous act could infringe on some interests, such as property.

This theory was highly influential to the point that Article 1 of the State Redress Act of 1947 clearly establishes unlawfulness as a requirement for claims against the state. The courts also adopted this theory under the general provision of Article 709. In cases of nuisance in particular, the courts have ruled that the defendant's act must breach the "limit of tolerance," or *junin gendo*, which in turn is

---

[191] HIROSHI SUEKAWA, *Kenri Shingairon: Fuhokoi ni kansuru Kenkyu no Ichibu toshite* 30 (1930) (Japan).

[192] UCHIDA *supra* note 107 at 359.

[193] SAKAE WAGATSUMA, *Jimu Kanri・Futo Ritoku・Fuhokoi* 125-126 (1937) (Japan).

[194] KATO *supra* note 16 at 36.

[195] *Id.* at 40.

determined by taking into account the situation under which the defendant's act took place, such as while exercising a right, and the legal interest or right of the plaintiff from the standard of an ordinary individual.[196] The main critique of Wagatsuma's theory is that it does not address the relationship between intent, negligence, and unlawfulness. Under Wagatsuma's approach, the defendant's conduct was an important factor, but intent or negligence were irrelevant to determining unlawfulness. It was not addressed whether the defendant acted with intent, such as in cases of some criminal acts, or was simply negligent.

As mentioned, the infringement requirement was established to define objective criteria for determining liability. By introducing a concept of unlawfulness that incorporates both conduct and legal interest, the *sokan-kankei setsu* effectively eliminates the distinction between them. Instead, these concepts overlap, which in turn questions the necessity of the unlawfulness requirement. Furthermore, suppose the infringement requirement is broadly construed, as the drafters and Supreme Court intended. In that case, the necessity of unlawfulness as a requirement ceases to exist, as such a concept is not present in the Japanese Civil Code.[197] In the 1970s, the discussion returned to the idea of infringement. If infringement could be construed in a manner that included legal rights and any interests worthy of legal recognition, then unlawfulness would no longer be required.[198]

Hirai also opposed requiring unlawfulness for civil liability, instead arguing that the discussion should be reduced to include only infringement and negligence/intent. Hirai has noted that in many cases, the courts invoked the term unlawfulness to refer to a

---

[196] HIRANO *supra* note 112 at 148.

[197] UCHIDA *supra* note 107 at 360.

[198] Takehiko Sone, *Fuhokoi Ho ni okeru Ihosei Gainen*, 85 Waseda Law Review 21, 39 (2009) (Japan).

defendant's negligence or intent, and in cases where they were used as individual terms, the standards for judging them were identical.[199] He has further argued that the concept of unlawfulness under Japanese law varies from that of German law, primarily because the BGB establishes unlawfulness as an independent requirement for civil liability.[200] He then concluded that the main function of unlawfulness under Japanese law was to expand the infringement requirement, a function that is entirely different from the unlawfulness requirement present in the BGB. Once the courts and scholarship accepted and therefore construed the infringement requirement in a broader manner, the goal of unlawfulness under Japanese law was achieved.[201]

Ⅴ. SUMMARY

The Japanese Civil Code was the product of a careful study of many legal systems. Particularly, in delictual liability, both common law and continental law struck a balance. However, the notion that German law influenced the drafters – at least regarding delictual liability – does not seem to have any documentary support in reality. On the one hand, the formal education of the three principal drafters belies a profound influence of German legal theory. On the other hand, no policy elements demanded the implementation of one school of thought over another. From a governmental perspective, the committee's goal was to present a civil code, regardless of its source of inspiration. Generally, committee members supported German ideas, but only so far as they embodied an ideal that Japan should have striven to achieve, and not because of any inherent superiority over their common law or French counterparts.

Furthermore, while the drafters and committee did have access

---

[199] HIRAI *supra* note 7 at 378.

[200] *Id.* at 379.

[201] *Id.* at 383-384.

to a draft of the BGB, there is no evidence that it served as a model for Article 709. If anything, experience with implementing the German legal education system in Japan bolsters the idea that German ideals were applied in form rather than in substance. Therefore, the issue becomes whether Article 709 of the Japanese Civil Code aligns with common law or the French model. While the discussion between Hozumi and Ume may suggest that it is a mix between the two, in reality, the loss element has more weight than the infringement of a legal right. Furthermore, since the violation of a legal right is not a concept that is limited to specific claims, as common law was, Article 709 should be considered a variation of the general clause model introduced by the French *Code*.

However, scholarship seeking to address the importance of loss as an element of delictual liability from a German legal perspective has overshadowed the issue itself. The flaw of this approach, which exists to this day, is that the abstract concept of loss as it is present in the *Code* and other civil codes that have received its influence is a decisive factor of delictual liability. Consequently, loss is not a concept subject to delimitation, at least at the stage of assessing the defendant's liability.

Japan differs in this aspect from other countries that follow the French tradition. Countries that incorporate French tradition address the issue of loss by establishing criteria that the loss must meet to qualify for redress. Meanwhile, Japan approaches this issue through the unlawfulness of the act, the amount-difference theory, the causal link, and other elements. A later will discuss the element of unlawfulness under comparative law, as the development of this concept warrants its own section. Nevertheless, it is notable that the unlawfulness of an act does not define the concept of loss. Japanese scholarship derides such abstract approaches to the issues of harm and loss, considering them to be empty and lacking legal merit, perhaps as a remnant of opposition to the school of natural law. This prompted

the confusion over the concept of loss as a requirement of delictual liability, and loss as the specific amount for compensation.

To a certain extent, Article 709 of the Japanese Civil Code suffers from the same issues as Article 2043 of the Italian Civil Code.[202] Like other civil law countries, Japan insists upon the presence of harm and loss for civil liability to arise. However, Article 709 requires the infringement of a right or legally protected interest. This might initially seem like a mere difference in wording, but it does allow the argument that the amount-difference theory addresses two distinct issues. First, suppose an interpretation of the amount-difference theory only engages with the latter half of Article 709 concerning compensation of any resulting losses. In that case, it is a matter regarding procedural law rather than substantive law. Second, the amount-difference theory does not seek to define loss as a requirement of delictual liability, but rather it is a method for quantifying the

[202] Article 2043 of the Italian Civil Code reads "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*," the word *danno* being used twice within the same article. According to Franzoni, this is a result of the poverty of the Italian language. These two instances of *danno* have been construed as having different meanings. The first *danno* is the actual factual situation caused by the aggressor, i.e., an unlawful infringement of the victim's rights, while the second *danno* refers to the result of the first one, the actual loss that must be compensated for by the aggressor. See: Massimo Franzoni, Danno Ingiusto e Danno Risarcible nella Responsabilitá Civile (2002) (It.), http://www.aci.it/fileadmin/documenti/studi_e_ricerche/monografie_ricerche/franzoni.pdf,
Massimo Franzoni, *Trattato della Responsabilitá Civile - Il Danno Risarcibile 3* (2010) (It.),
Paolo Cendon, *Commentario al codice civile. Artt. 2043-2053* 187 (2008) (It.),
Francesco Caringella, *Responsabilità Civile e Assicurazioni. Normativa e Giurisprudenza Ragionata* 88 (2008) (It.).

remedy. Oho[203] has noted that under the monetary compensation system of the Japanese Civil Code, the amount-difference theory is the only method approved for economic losses.

Hirai[204] has argued that since Article 416 of the Japanese Civil Code states that the goal of a claim for damages is the compensation of ordinary losses, Japanese law is distinctly different from German law, which commands complete compensation of the victim. This, therefore, prevents complete assimilation of the German *Differenztheorie*. Moreover, as commentators have mentioned, this liquidation method is inadequate for non-economic losses. Nevertheless, there is no obstacle for Japan to adopt two unique standards: one for economic losses and one for non-economic losses. Countries like Italy and Argentina have done so with minimal issues. Furthermore, under this interpretation, the argument that the legal development of Germany and Japan would present an insurmountable barrier to the application of the amount-difference theory is unconvincing.

The issue of legal transplants cannot be minimized to a simple difference in legal traditions, as it has been by laws such as the company law of Delaware, which has been used as model for civil law jurisdictions, or in Panama, where it was directly copied. The same is true for legal principles, such as estoppel and duties of care. However, an issue arises if the amount-difference theory is not applied as a method of quantification, but rather as a method of qualification, *i.e.*, to define the concept of redressable losses. If the amount difference theory serves as a basis for interpreting the first part of Article 709, which concerns the infringement of rights or legally protected interests, it cannot provide the quantifiable answer that many Japanese scholars seek. At most, it could only offer an abstract concept of being somehow disadvantaged, which has been considered empty and thus

[203] FUJIO OHO, *Saiken Soron Shinban* 135-136 (1972) (Japan).

[204] HIRAI SUPRA note 7 at 195.

rejected.[205] As a qualifying method, the amount-difference theory simply does not possess the tools necessary for scholars, judges, lawyers, or laymen to define harm or loss under statutory language.

The early influence the German *Differenztheorie* permeates scholarship even today, as theories that attempt to separate both elements tend to lead irremediably to the issue of quantification of losses as an element of harm theory. However, this seems to derive from a sense of admiration for German scholarship in the early 20th century, rather than from a meticulous study of the statutory text or spirit of the law. As Shiomi has indicated, the traditional amount-difference theory does not urge a discussion of the relationship between the concept of loss (*songai)* and the method of quantification of damages.[206] In addition, the fact that the Japanese Civil Code has explicitly allowed for the recovery of non-economic losses since its inception suggests a rejection of German legal influence in the matter, as this the BGB draft rejected these damages. Meanwhile, non-economic losses had been part of French legal tradition for decades, and the drafters would have known and been influenced by this.

However, perhaps the most convincing argument to discredit the amount-difference theory as a qualifying method is that the drafters themselves did not consider it as such. Tomii defined harm as any loss suffered by the victim regargind a legally protected interest,[207] and within those legally protected interests, he included both economic and non-economic losses. Tomii did not utilize the amount-difference theory in his composing his definition of harm. Rather, his definition is

---

[205] Takahashi *supra* note 17 at 199.
Hirai *supra* note 18 at 74.

[206] Yoshio Shiomi, *Zaisanteki Songai Gainen ni tsuite no Ikousatsu – Sagakusetsuteki Songaikan no Saikento*, 687 Hanrei Times 4, 6 (1989) (Japan).

[207] Masaakira Tomii, *Minpo Genron Dai 3 Maki Saiken Soron Jo* 202 (1929) (Japan)

arguably more aligned with the French model than with a German one. The rejection of the amount-difference theory as a qualifying method is grounded in the fact that this was never its intended purpose, at least not in a *numerus apertus* system. Simply noting that the historical legal development of Japanese law was different from that of Germany is like saying that the soils of these two countries are different. While that might be true, it is no obstacle for apple trees to grow from both.

Indeed, a close observation reveals that the amount-difference theory, as traditionally interpreted, fulfills two roles in Japan: defining harm and quantifying loss. However, the amount-difference theory cannot fulfill the first role since Japan does not uphold a delictual liability system like the German one. The material and formal elements of harm under Japanese law do not converge into the actions of an aggressor, regardless of how much scholars argue about unlawfulness or infringement of rights. As previously stated, a judge or jury cannot enter the issue of quantification of damage into consideration if the existence of a harm or loss has not first been established. In systems like that of Germany or the common law of torts, where the act of the defendant is, in most cases, sufficient for establishing liability, this is not a problem. However, the abstract rules of the French system prevent this approach. To link the concept of loss to a monetary value is to deny the goal of the general clause system.

Nishihara's theory exemplifies how the economic valuation idea is deeply rooted within the mind of Japanese scholars and how the monetary compensation principle affects the concepts of harm and loss within the Japanese system. First, Nishihara had proposed this theory to prevent what he considered the extreme form of complete compensation in cases where a victim has died. However, his argument is solely based on a monetary approach, which triggers a similar problem as that which arises from the amount-difference theory.

The traditional approach of countries that require an element of

unlawfulness within their delictual liability system is to use unlawfulness as a means by which the law limits the number of legal interests that, if infringed upon, grant the victim a remedy. Nevertheless, the Japanese experience used the concept of unlawfulness in the opposite manner as a way to add to the number of legal interests that grant a victim a claim. The process of modernizing the Civil Code that concluded in 2005 added the phrase "legally protected interests," which effectively ended the debate and brought the Japanese Civil Code's general clause to the same level as the one present in the French *Code*. This established a system in which the formal elements act as a limit to the material elements and, consequently, boosting the importance of the relationship between these two elements. If this view is accepted, then the concept of loss can no longer be relegated to a secondary plane. Since this eliminates any formal limit beyond the legally protected interests of the victims, there must be a method to determine the scope of these interests.

論　　説

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（８・完）

楊　　瑞賀

目　次

序　章
　第１節　問題の所在
　第２節　本稿の課題
　第３節　本稿の視角と構成
第１章　日本における議論の現状と問題点
　第１節　伝統的な枠組み
　第２節　近時における議論の展開　（以上、71巻６号）
第２章　日本における民法改正の経緯と議論（その１）
　第１節　改正法466条２-３項の趣旨と改正過程
　第２節　改正法466条４項・466条の３の趣旨と改正過程
　（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
第４節　国連国際債権譲渡条約の考察
第５節　ヨーロッパ契約法原則の考察
第６節　ユニドロワ国際商事契約原則の考察
第７節　共通参照枠草案の考察
第８節　比較法的に見た日本改正法の位置付け　（以上、72巻５号）
第６章　債権譲渡制限特約効力論の再構成
第１節　請負代金債権に関する裁判例の紹介と検討
第２節　保証金（敷金）返還請求権に関する裁判例の紹介と検討
第３節　売買代金債権に関する裁判例の紹介と検討
第１款　裁判例の紹介　（以上、72巻６号）
第２款　裁判例の検討
第４節　預貯金債権に関する裁判例の紹介と検討
第１款　裁判例の紹介
第２款　裁判例の検討
第５節　民法改正と実務上の課題
第１款　相殺範囲の拡張と譲渡制限特約の存在意義
第２款　譲渡制限特約付債権の譲渡と譲渡人の債務不履行
第３款　預貯金債権の譲渡無効と譲渡制限特約の主張権者
第４款　預貯金債権の特殊性と譲渡制限特約の効力
第５款　クレジット取引と譲渡制限特約の効力
第６款　将来債権の譲渡と譲渡制限特約の効力
第７款　原因契約の変更と譲渡制限特約の効力
終　章
第１節　本稿の結論
第２節　今後の課題　（以上、73巻１号）

第２款　裁判例の検討

第１項　全体的傾向

１　裁判例の時代的推移

譲渡制限特約に関する裁判例を調査すると、裁判例の数の時代的推移には、顕著な特徴が看取される。昭和時代には、売買代金債権について譲渡制限特約の効力をめぐる法的紛争はほとんど表明化していなかっ

た[34]。平成時代に入ると、売買代金債権に纏わる事件が現れだした。平成10年代には４件、20年代には５件、30年代には２件徐々に増加する。

２　紛争類型の特徴

継続的売買契約において、売買代金債権に譲渡制限特約が付されているのが典型である（11件）。これに対して、単発の売買契約から発生する売買代金債権に関して、どの程度譲渡制限特約が付されているのかは必ずしも明らかではない。売買の目的物には、金型（【1】【2】【3】）、製御装置の中枢コンピューター等（【4】）、日用品（【6】【7】【8】）、文房具・事務用品（【9】）の三種類があるが、その相違により譲渡制限特約の第三者効が変化することはないようである。

３　紛争形態の特徴

第１節又は第２節で確認したように、請負代金債権又は保証金返還請求権については、譲渡制限特約の効力が争われる場面は、「債務者以外の者（差押債権者、破産管財人、第二譲受人）は、譲渡制限特約を持ち

---

[34] なぜ売買契約において譲渡制限特約が慣行化していないのかという問題について、田邊光政教授は、その理由を「企業（債権者）の金融取得の必要性が、実際取引の関係者の間でよく認識されていることを意味する」ということに求める。具体的にいうなら、「売掛債権の譲渡を禁ずるどころか、裸の売掛債権よりもっと流通性に富む手形を振出・交付することによって、商品売主の金融を助けている……しかし、以上のような債権者の金融の必要が十分企業間で認識されているかといえば、決してそうではない。手形債権は譲渡されるのが当然であるが、単なる売掛債権は譲渡すべきではないものという意識が取引界に存在することは疑いない。債権者の側には、証券化されていない売掛債権を譲渡することは、取引先（債務者）や一般の取引界から財政危機と受けとられはしないか、競争企業との関係等で商機を逸したり事実上不利益が生じないかを懸念する法意識があるようである……売掛債権の譲渡は異常時に行なわれることであって、正常な企業活動を継続している間は、裸の売掛債権は譲渡すべきでないという債権者の法意識と、譲渡しないであろうとの債務者の見込み、それに加えて、債権の発生の有無または支払期日の不確定なもの（もし売れたら、あるいは売れた分だけ支払うという条件での納品等の場合）を含む売掛債権は金融機関からも敬遠されがちで、実際上流通しないという事情から、明示の『特約』がなされない場合も考えられる。」。田邊光政『ファクタリング取引の法理論』（金融財政事情研究会、1979年）198-199頁。

出して譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効であると主張した」場面（第１の検討場面）と、「譲受人からの請求を受けた債務者は、譲渡制限特約の存在を理由に支払を拒絶した」場面（第２の検討場面）とに大別される。これに対して、売買代金債権については、紛争形態が単純で、債務者以外の第三者は譲渡制限特約に違反する債権譲渡の効力を争ったものである。他方、第２の検討場面が表面化していないが、隠れたものである。

４　請求の認容率

認容率についていえば、債務者以外の第三者が債権譲渡の効力を争った事案において、一部の裁判例は、差押債権者との関係においても譲渡制限特約に違反する債権譲渡が有効であるとの立場を採用したが[35]、それ以外の裁判例は、差押債権者や破産管財人が譲渡制限特約を援用できるということを前提しており、認容例のほうが多い。

第２項　譲渡制限特約の目的及び合理性

１　第１の検討場面

同一の債権が多重に譲渡された場合の競合する譲受人が譲渡された債権についての優先順位を確保するために譲渡制限特約を持ち出した事例が存在しないが、譲渡人の差押債権者や破産管財人が「譲渡された債権を譲渡人の責任財産にとどめておく利益」を確保するために債権譲渡の効力を争うのが典型である。

差押債権者又は破産管財人による譲渡無効の主張について、譲受人は次のような２つの抗弁を持ち出した事案が多い。①譲渡制限特約は、債務者を保護するために存在するのであって、債務者が譲渡の無効を主張する意思がない以上、債務者以外の第三者が譲渡無効を主張することはできない[36]。②破産管財人が譲渡された債権を有することになると、譲渡人の破産債権者は譲渡による利益を受けるだけでなく、債権譲渡の無効による利益まで取得して二重に利益を受け得ることになり、相当では

[35] 東京地裁平成元年12月25日（民集51巻2073頁）。

[36] 東京地裁平成９年５月６日（公刊物未登載）。

ない[37]。

上記の①のような抗弁について、裁判所は、【2】において「右譲受人は、右譲渡の時から承諾時までの間に、右債権につき譲渡を受け又は差押える等をし、かつ、第三者に対する対抗要件を具備するに至った利害関係人に対しては、対抗することができない」とし、また【3】において「譲渡制限の特約のある指名債権について、譲受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時に遡って有効となるが、民法116条の法意に照らして、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当である」とし、差押債権者等の第三者は譲渡制限特約の存在を理由に譲渡無効を主張できることを当然の前提にしているのである。さらに、裁判所は、【4】において「債権譲渡制限特約の存在による債権譲渡の無効は、債務者のみならず債権の帰属を争う第三者も主張することができる」としているのである。

上記の②のような抗弁については、裁判所は、【11】において「確かに、債権譲渡が無効とされれば還付請求権が復帰するので、その分財団増加することになるが、他方、同債権譲渡が無効となった場合には、譲受人が上記債権を担保として貸し付けた貸金債権も、譲渡担保権の実行（売掛債権の回収）による充当を受けることなく全額が破産債権となるから、破産債権もその分増加する関係にある。したがって、上記により生ずる相違は、譲受人の担保権取得の有無であって、財団が二重に利得することとなるものではない」とし、譲受人の抗弁を否認した。

以上のように、実際の紛争は、債務者が債権者不確知を理由として供託して紛争から離れ、差押債権者又は破産管財人との間で生じている。このような紛争において、裁判所は、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定しない傾向が強く見られる。しかし、そもそも譲渡制限特約は債務者の利益を保護するための手段であり、譲渡制限特約の主張権者は債務者に限定してよいはずである。確かに、譲渡人の債権者の利益を保護する必要があるが、それは詐害行為取消権又は否認権その他の法的手段

[37] 大阪地裁平成28年９月26日（判時2350号95頁）。

により図られるべきであり、譲渡制限特約の文脈において検討されるべきものではない[38]。

２　第２の検討場面

先に紹介したように、継続的商品売買契約において、売買代金債権に譲渡制限特約に付されているのが一般的である。確かに、譲渡制限特約により追求されている債務者の利益とは何かは表面に出ないが、隠された問題である。債務者の利益としては、㋐相殺利益の確保、㋑事務手続煩雑化の回避、㋒過誤弁済危険の防止、㋓紛争に巻き込まれるリスクの回避といった点が挙げられる。

上記㋐の相殺利益の確保については、売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された場合に相殺の抗弁を譲受人に対抗できる範囲が問題となる。具体的には、ⓐ譲渡人が商品を債務者に引渡したところ、売買契約に適合しない瑕疵があり、債務者は譲渡人に対して損害賠償請求権を取得した場合、ⓑ債務者は、売買契約上の代金債務等を担保するため、取引保証金を譲渡人に差し入れ、譲渡人に対して取引保証金返還請求権を取得した場合、ⓒ債務者と譲渡人との間で販売協力契約が締結され、債務者はこの契約に基づいて譲渡人に対して割戻金請求権を取得した場合、ⓓ双方向の売買取引において、債務者は譲渡人に対して売買代金債権を取得した場合である。

これら場合においては、債務者と譲渡人との間に継続的取引関係があって、譲渡された債権と反対債権がともに継続的取引関係の中で生じたものであれば、相互に債権債務を負担しており、債務者の相殺の期待が保護されるべきであろう[39]。しかし、改正前法のもとでは、債務者は、債務者対抗要件が具備された後に生じた反対債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗することができない（改正前法468条２項）。相殺の利益を確保したいのであれば、債務者は譲渡人との間で譲渡制限特約を締結すべきである。換言すれば、譲渡制限特約は、債務者対抗要件が具備された後に生じた反対債権による相殺の抗弁を譲受人に対抗するために付されるものである。仮に譲渡制限特約の第三者効を認めなければ、債務者は

[38] 部会資料71-4・105頁、部会資料37・10頁。

[39] 部会資料71-4・129頁。

継続的取引において譲渡人に対して反対債権を取得したとしても、相殺の抗弁を譲受人に対抗することができないとの立場を採ると、譲渡制限特約の存在意義が著しく減殺される。いずれにせよ、債務者にしてみれば、上記のような反対債権の保全の範囲では、譲渡制限特約により譲渡された債権を譲渡人に固定する利益がある。

上記㋑の事務手続煩雑化の回避については、債務者は、譲渡人との売買契約に基づき継続的に取引を行った場合に、譲渡人との間の取引の支払処理は、週単位で数百ないし数千に及ぶかもしれず、支払処理を円滑に行うためには、譲渡制限特約が必要不可欠な存在である[40]。取引実務では、取引先（売主）から、代表者の印鑑を捺印の上、代表印の印鑑証明書及び資格証明書を添えた口座指定書を提出いただき、当該指定口座にシステム的に支払いを行うことにより、大量の売買代金につき、効率よくし弁済期通りに支払を行っている[41]。譲渡制限特約はこの簡便・迅速な支払システムを背後から支えるものであるから、仮に債務者が譲渡制限特約により弁済の相手方を譲渡人に固定できるとの立場を採用しなければ、譲受人からの請求を受けた債務者は、いちいち支払の都度譲渡の有無等を確認する必要が生じる一方、譲受人が真の債権者であると確認された場合であっても、弁済先を変更するために個別対応を行う必要も生じる。そのため、事務処理のコストが著しく増大する。この点において、事務手続煩雑化を回避することが継続的取引において売買売代金債権に譲渡制限特約を付す動機になり得る。

上記の㋒過誤弁済危険の防止については、売買代金債権がすでに第三者に譲渡されているのに、債務者側の事務手続のミスなどにより、譲渡人に弁済してしまう可能性があり、真の債権者である譲受人から二重に請求を受けるリスクがある。具体的には、債権譲渡という債務者がコントロールできない事情により、弁済先が増加すれば、人的なミスが発生するリスクが高くなり、過誤弁済を強いられるなどの危険がある。このような危険を回避するために、継続的に大量の商品の売買取引において譲渡制限特約により売買代金債権の譲渡を制限するべきである。

---

[40] 部会資料33-3・19-20頁。

[41] 部会資料7-2・２-３頁、部会資料33-3・19-20頁。

上記㋓の紛争に巻き込まれるリスクの回避については、実務では譲渡人の差押債権者又は破産管財人等の第三者は、債権譲渡の効力を争った場合には、債務者が譲渡の有効性に関する紛争に巻き込まれるリスクがあるため、このような紛争を回避することは、譲渡制限特約を付す動機になり得る[42]。譲受人の譲渡制限特約の存在に対する主観態様は、債務者にとっては知り得ない事項であるため、譲渡された債権につき債権者不確知といえる[43]。したがって、債務者は、これを理由として供託することができる（改正前法494条）。実際、債務者は、差押債権者又は破産管財人に弁済せず供託したのは、譲受人が善意又は無重過失の第三者として保護される可能性があることを考慮したからである[44]。

第３項　基本契約の締結と譲渡制限特約の効力

商品の継続的売買取引において、基本契約に基づく取引方法が採用されるのが一般的である。すなわち、買主は売主との間で取引の基本的な事項につき基本契約を締結した上で、基本契約に基づいて注文書等を作成し、売主に商品を発注することにより個別契約が締結されるのである。なお、基本契約には売買代金債権についての譲渡制限特約が付されることが決して稀ではない。例えば、【4】において、基本契約には「甲及び乙は、文書による相手方の承諾を得ない限り、個別契約により生じる権利の全部もしくは一部を第三者に譲渡し、または担保に供してはならない」旨の特約が記載されている。

売買当事者間で譲渡制限特約が付された基本契約が締結された後に、売主の買主に対して取得する既存債権又は将来債権が譲渡された場合には、譲受人からの請求を受けた債務者は、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒むことができるのか。この問題に関しては、裁判所は【4】において「Ｘが Ａ と Ｂ との間の債権譲渡制限特約の存在を知っていたと認めることは必ずしもできないが、前記認定のように、本件取引基本契約には債権譲渡制限の特約が定められていること、本件取引基本契約には、

[42] 部会資料7-2・３頁。
[43] 部会資料7-2・２頁。
[44] 大阪高裁平成29年３月３日（判時2350号92頁）。

Aが用いる定型の契約書用紙が使用されていること、XとAとの間の取引が、BとAとの間の取引と同様形態の継続的商品売買契約であること、本件取引基本契約の契約書（乙二）はAからX本社へ送付され、Xの代表社印が押捺された上でA営業所に送り返されたこと、本件債権の譲渡が本件取引基本契約後1か月半程度経過してからなされていることなどからすると、Xは、BとAとの間においても本件取引基本契約と同内容の契約が締結されており、BとA間に債権譲渡制限特約が存在していたということは十分予測することができたと認められる」とし、「Xにおいて、本件取引基本契約の契約書（乙二）の精査やBに対する問合せ・確認等をすれば、本件債権に譲渡制限特約が付されていたことを容易に知ることができたと認められるから、本件債権に付された譲渡制限特約の存在を知らないことについて重大な過失があったものというべきである」と判示した。

また、【6】において、裁判所は「……小売業における売掛債権について譲渡制限特約が付されることも決して少なくないことが認められる。また、本件の破産会社とBとの取引のように継続的に大量の商品の売買取引がされる場合、取引当事者間で包括的な取引基本契約を締結することも決して珍しくないというべきであって、現に本件においても、甲野は、破産会社に対し再三にわたり取引基本契約の有無を質しており、丁田司法書士からも譲渡制限特約の存否を確認するため取引基本契約書の有無を確認するよう求められている。そして、このような取引基本契約書があれば、これに売掛債権についての譲渡制限特約が付されることが稀でないことは、丁田司法書士の甲野に対する前示認定の注意の内容から容易に窺い知ることができる……Xは、銀行としての高度な専門的知識経験及び調査能力に照らして要求される最低限度の注意を払い、譲渡制限特約の有無という債権譲渡担保を行う際の基本的かつ初歩的な事項について正しく理解をすれば、これを確認調査することが容易であるのに、上記事項について正しい理解を欠いたため、必要な確認調査を怠り、本件債権譲渡を受けたものである。したがって、原告は、本件債権譲渡の際、譲渡制限特約の存在を知らなかったことについて重大な過失があるものというべきである」とした。

上記２つの判決に対しては、裁判所は【9】において「本件債権譲渡に

当たって、春田は、Ｙらに対し、Ｂとの間に譲渡制限特約や取引基本契約書は存在しない旨の説明を口頭及び書面でしている。そして、当時、破産会社Ａには、過去10年以上にわたって支払の遅滞がなく、経営状況が決算書上特に悪化していたわけでもなかったのであるから、Ｙらにおいて、春田があえて事実と異なる説明をするとは考え難い状況にあり、春田の説明を信用したからといって、Ｙらに落ち度があるとはいい難いし、そもそも、春田自身、当時はこれらは存在しないものと思っていたのであるから、Ｙらにおいて、春田の言動から不審な点を見出すことは不可能であったといってよい……春田がその存在を一切告げていない以上、Ｙらが、春田に対し、インターネット取引に関する契約書（前記「受発注システムに関する契約書」）の提示を求めなかったことに、大きな落ち度があったともいえない……Ｙらにおいて、春田の意向に反して、Ｂに対し、譲渡制限特約や取引基本契約書の有無を照会することは、事実上不可能であったといえるし、中小企業の経営支援という本件制度の趣旨などに反することにもなりかねず、これをすべきであったということはできない」とした。

債権譲渡の時点で基本契約が締結され、そのなかに譲渡制限特約が記載されている場合には、裁判例は、改正前法466条２項の基本的な枠組みにおいて、譲渡制限特約の効力を規律する傾向が見られる。譲渡された債権である売買代金債権は個別契約に基づいて発生するものであるが、基本契約に記載されている譲渡制限特約は、正に個別契約に基づいて発生する債権を対象とし、その譲渡を譲渡制限特約をもって制限した趣旨と解するべきである。なお、将来債権が譲渡された場合であっても、譲渡の時点で基本契約が締結されている限り、第三者は基本契約によって債務者が債権譲渡を制限したことについて認識が可能となる。しかし、これに対して、基本契約が締結されていない場合に、将来債権譲渡の時点で認識対象たる譲渡制限特約が存在しないときは、第三者の主観態様を観念できず、改正前法466条２項ただし書を適用する余地がないから、債務者は常に譲渡制限特約を第三者に対抗することができる。

第４節　預貯金債権に関する裁判例の紹介と検討

第１款　裁判例の紹介

預貯金債権に関する裁判例は、次の通りである。

【1】東京地裁昭和29年11月12日（判時53号17頁）。Aは、昭和29年５月21日Yから100万円を弁済期同年６月19日の約で借り受け、その履行を担保するために、Xに対して有していた預金債権500万円をYに譲渡した。しかし、預金債権については、AとBとの間に、Bの承諾がなければ預金債権を他に譲渡することができない旨の特約が付されている。Aの債権者であるXは、Yにおいてこの特約の存在することを知りながら、預金債権を譲り受ける旨の合意をなすに至ったものであるから、その譲渡は、効力を生じえないと主張するのに対して、Yはこれを争っている。

裁判所は、「債務者は前示特約違背の点は、債権者において主張しうる限りでないというけれども、債権譲渡制限の特約が物権的効力を有することは、民法第466条第２項の解釈上明らかであり、その特約の存することを知らず、かつ知らざるにつき、過失なき第三者のみが、除外せられ保護されるべきものなること、前示の通りであるから、右主張の失当なること明らかである」として、Xの主張を認容した。

【2】東京地裁昭和30年10月27日（判タ57号50頁）。Xは昭和29年６月25日Bに対して取引限度額金50万円とし石炭を売渡す旨の契約を締結した。その際に、Aは右売買代金を担保するため、AがYに対して有していた定期預金債権に質権を設定し、同日定期預金証書及びY組合支店長の右債権に対する昭和29年６月25日付質権設定承認書の交付を受けた。なお、質権設定承認書の記載内容によれば、単に前記定期預金債権について他に質権設定をすることを承認するというのみであって、果たして何人に対する質権の設定を承認するのが必ずしも明らかではない。Xからの請求を受けたYは、右質権設定への承認を否認し、これを拒絶した。

裁判所は、「本件預金債権を証する前記定期貯金証書（甲第一号証）にはその裏面に『この貯金は、組合長の承認がなければ他人に譲渡又は質入することはできません』と印刷明記されており、これはY組合とA

との預金に関する契約の一部として本件預金債権についても効力のあるものとみられるところ……その組合長の承諾の方式については更らに特定の文書の形式等の定はないが、通常は組合長名による書面上の承諾が考えられ……本件定期預金債権質入承認の権限及び方式を特定した趣旨から推論すれば、右特定による制限を解除し、一般の債権と同様の譲渡質入性を附与することも右特定された権限と方式に基くことを要するのは自明であるから、右に基かない前記質権設定承認書（甲第二号証）の記載内容によつて、本件債権の質入が一般に可能となつたものとし、これについて対抗要件の具備状況を検討する必要もない」として、Xの請求を棄却した。

【3】東京高裁昭和31年９月29日（金法120号５頁）。これは、【2】の控訴審判決である。裁判所は、「支店長は被控訴Ｙ組合または組合長等からこれ等に代わり右質権設定を承諾する権限を与えられていなかったことが認められるからＡに対し右質権設定承認書表示以上の代理権限を有するものとは解するをえない。従て右質権設定承認書によってはＡがＹから右質権設定の承諾をえたものとは認めえないし、他にこの事実を認めしめるに足りる証拠はない」として、Xの控訴を棄却した。

【4】東京地裁昭和38年２月26日（判タ146号75頁）。Ａは Ｙに対し定期預金契約に基く金12万1470円の債権を有していた。Xは、昭和34年８月27日定期預金債権につき債権差押転付命令を得、同命令は同月31日第三債務者たるＹに送達された。Xからの請求を受けたＹは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒絶したところ、裁判所は、「財貨そのものとも言うべき金銭債権については斯る当事者間の特約をもつてしては転付債権者の善意悪意を問わず対抗できないものと解するのが相当である」として、Yの抗弁を否認した。

【5】東京地裁昭和38年10月25日（金法360号５頁）。Ａは、Ｙ信用金庫に対し別紙目録第一の（１）ないし（四）記載の定期預金債権合計50万円及び別紙目録第二の（１）、（二）記載の定期積金債権合計18.1800万円右総計68.1800万円を有していた。Ａは、昭和37年５月24日預金債権全額をXに譲渡し、その旨が同月28日Ｙに通知された。他方、昭和36年10月頃、ＹとＡとの取引契約において預金債権にはＡのＹに対する手形割引による債務の履行を担保するため、質権が設定されていた。

預金債権が譲渡された昭和37年５月24日当時、ＹはＡに対し４枚の手形（額面50万円手形２枚、額面22.5227万円手形１枚、額面25万円手形１枚）を割引いたことによる金147.5227万円の債権を有しており、右金員は全額、預金債権につき設定した質権の被担保債権であった。上記被担保債権の内100万円（額面50万円手形２枚）が決済されている。残りの手形２枚については、昭和37年７月９日ＹがＡの申出に応じ、手形金合計47.5227万円を、預金債権中より対等額で相殺することとして控除し、残余金と２枚の手形をＡに交付した。Ｘからの請求を受けたＹは、譲渡制限特約の存在等を理由にこれを拒絶した。

裁判所は、「Ａは本件預金債権譲渡に承諾（但し後記質権付のまま）を与えたこと」を認めた上で、「預金債権は、それ以前に原告会社に譲渡されたこと判示の如くであるから、右相殺は原告会社に対し何等の効力も生じないものというべきである」として、Ｙの抗弁を否認した。

【6】東京高裁昭和40年12月24日（金法431号11頁）。これは、【5】の控訴審判決である。裁判所は、「Ａと控訴人Ｙ間には昭和36年10月頃締結された与信契約および根質権設定契約にもとづきＡは控訴人Ｙに対し手形割引にもとづく147万5227円の債務があり、控訴人Ｙは現に譲渡承諾を求められているＡのＹ金庫に対する預金債権が右根質権の目的物となつており、また右預金債権はＡと控訴人Ｙとの間で譲渡禁止の特約がなされていたので、支店長は右の旨を告げ、かつ、Ａの当時の営業状況等を考えて、譲渡承諾を拒み」として、Ｙの債権譲渡への承諾を否認した。

また、「譲渡制限の記載のある本件定期積金の証書が当時Ａの手中にあった事実によれば被控訴人ＸはＡから債権譲受の際右譲渡制限の特約の存在を知っていたものと認められる……右のとおり譲渡制限の特約があり、かつ被控訴Ｘがこれを知つていた以上結局Ａから被控訴人Ｘへの債権譲渡はその効力を生じないものというべきである」として、Ｙの控訴を認めた。

【7】東京高裁昭和39年10月12日（判タ170号228頁）。この判決の事実が不明であるが、裁判所は、「債権の譲渡制限の特約は譲渡制限といつても、実は広く債権の移転制限の特約に外ならないものであつて、民法第466条第２項の規定はかような特約の効力を認めたものと解するを相当

というべく従つて苟くも第三者にして悪意である以上譲渡制限の特約ある債権について譲渡行為によつて之を取得することが出来ないと同時に転付命令によつても之を取得することが出来ないものと謂うべきである」とした。

【8】東京地裁昭和昭和39年12月24日（公刊物未登載）。Xは、AがYに対して有していた当座預金３万円、普通預金４万6326円、定期預金債権４口合計165万円､出資金50万円についての債権差押命令の申請をし、裁判所の右債権に対する差押命令は、昭和35年７月28日第三債務者であるYに送達され、続いてXは右債権に対する転付命令の申請をなし、裁判所の転付命令は同年８月９日同じくYに送達された。そこで、原告はYに対して、右転付債権の一部である金360万7336円の支払を求めたところ、裁判所は、Xの請求を棄却した。

【9】東京高裁昭和42年９月29日（公刊物未登載）。これは、【8】の控訴審判決である。裁判所は、「一般に、銀行、相互銀行又は信用金庫等の銀行は普通預金、定期預金及び定期積金等の債権についてその預金者との間の預金契約において銀行の承諾がなければ預金者はこれを譲渡できない旨の譲渡禁止の特約をしているのが普通であつて、本件各預金債権についても同様の特約があることが認められ、右認定を左右する証拠はない。おもうに、債権についてその当事者間に右に認定したごとき譲渡禁止の特約がなされている場合と雖も、その債権者に対し債権を有する者のためにこれを差押、かつ、転付命令を発することはなんらの支障がないけれども、転付命令による債権の移転についても民法第466条第２項の規定が準用されるものと解するを相当とするから、転付命令を受けた債権者が当時右特約の存在につき悪意である場合には転付命令によってその債権を取得しえないものといわなければならない」として、Xの控訴を棄却した。

【10】最高裁第二小法廷昭45年４月10日（民集24巻４号240頁）。これは、【9】の上告審判決である。裁判所は、「譲渡制限の特約のある債権であつても、差押債権者の善意・悪意を問わず、これを差し押え、かつ、転付命令によつて移転することができるものであつて、これにつき、同法466条２項の適用ないし類推適用をなすべきではないと解するのが相当である」として、原判決を破棄した。

【11】福島地裁昭和39年12月26日（公刊物未登載）。X・A は、Y 銀行に対して定期預金債権を有していた。A は、X の同意を得て定期預金債権を参加人 B に贈与する契約を締結したところ、Y に対して定期預金債権の支払を請求した。裁判所は、「本件定期預金債権は参加人 B が有するものであることが認められるので、Y に対し右債権が参加人 B に属することの確認を求める同人の請求は理由がある」として、X の請求を棄却した。

【12】仙台高裁昭和41年７月６日（金法453号10頁）。これは、【11】の控訴審判決である。X は、「右贈与は、前記定期預金につき控訴人 X と、被控訴 Y 銀行との間になされている譲渡制限の特約に違反するものである……から、無効である」と主張したところ、裁判所は、「右贈与後、被控訴 Y 銀行は被控訴人 B からの前記定期預金の満期毎の書替えや、利息支払いの請求に応じていたことが認められる。以上の事実によると、被控訴 Y 銀行は、控訴人 X らが被控訴人 B に対してなした前認定の贈与につき、右特約に基く承諾を与えたことを窺うに十分である」として、X の主張を否認した。

【13】最高裁第一小法廷昭和42年３月23日（金商68号17頁）。これは、【12】の上告審判決である。裁判所は、「被上告 Y 銀行が、判示債権譲渡の行われた後被上告人 B からの本件定期預金債権の満期毎の書替えや利息支払いに応じて来た事実を認定し、右事実により、被上告 Y 銀行が判示定期預金債権が上告人 X および A より被上告人 B に譲渡されたことを承諾した事実を認定したものであって、右判断は肯認できるから、原判決に所論の違法はない」として、X の上告を棄却した。

【14】東京地裁昭和41年１月27日（金法436号10頁）。Y は、A に対して有していた無記名定期預金債権を X に譲渡した。裁判所は、「本件各定期預金の譲渡が制限せられているからといっても、Y としては預金証書と印鑑を持参すれば、原則としてその者に支払っているというのであるから、右の制限条項は、XY 間の譲渡行為の効力に何等消長を及ぼすものとは解せられないからである」として、債権譲渡の効力を認めた。

【15】東京地裁昭和41年９月19日（金法456号８頁）。A が Y 銀行に対して昭和36年１月31日（１）定期預金497万9700円、（２）定期積金32万1000円、（３）当座預金１万5507円、（４）普通預金２万4827円の各債権

を有していた。Ｙは、Ａとの間で現在及び将来にわたりＡが負担する債務の担保のため、上記（１）、（２）の定期預金、定期積金債権につき根質権の設定を受け、公証人の昭和36年２月４日付の公印ある契約書が作成された。Ｙは、Ａに対して（１）手形貸付による債権として（イ）昭和35年７月28日貸付、返済期日昭和36年１月31日の約定の金1000万円、（ロ）昭和35年10月11日貸付、返済期日（イ）と同じ約定の金15万円、（二）手形割引による債権として合計金1204万6600円の各債権を有していた。

Ａは、昭和36年２月２日上記預金債権をＸに譲渡し、同月９日付内容証明郵便によって、Ｙに対し債権譲渡が通知された。なお、Ｘは昭和43年３月８日同債権を参加人Ｃに譲渡し、同月９日その旨がＹに通知された。Ｙは、Ｘから譲渡の通知を受けた後、同月16日までの間に上記（１）、（二）の債権と上記（１）ないし（４）の預金債権とを対等額で相殺した。また、ＡのＹに対する貸付金債権の担保又は手形割引によりＡから取得した約束手形を債権譲渡の通知後にＡに返還した。Ｘは、Ｙが約束手形の返還先を誤ったことにより損害を受けたことを理由にＹに対して損害金の支払いを請求するのに対して、Ｙは、①譲渡制限特約の存在、又は②質権の実行を理由にこれを拒絶した。

裁判所は、まず「Ｘら債権者は右特約の存在を知らず、かつこれを知らなかったことにつき過失はなかったことが認めるのが相当である」として、上記①の主張を否認した。また、上記②の主張について、「ＡのＸに対する前記債権譲渡が有効であり、その通知がＹに到達した以上その譲渡債権を受働債権とする相殺の意思表示は、原告に対してしなければ効力がないのであり……これがＡとの間でなされれば足りるものとし前記清算をしたことを認めることができるから、Ｙのした前記清算（相殺）は、無効のものというほかない」として、Ｘの請求を認めた。

【16】東京高裁昭和46年９月30日（判タ271号328頁）。これは。【15】の控訴審判決である。裁判所は、「脱退被控訴人Ｘはすでに有効に質権の設定ある本件預金債権を取得した者（債権譲渡は質権設定以前であるが譲渡通知をしたのは質権設定以後であるから結果的には質権が先行する）であるから、右質権の被担保債権たる本件手形割引債権等について民法第500条にいわゆる弁済をするにつき正当の利益を有する者というべきである。しかるに脱退被控訴人Ｘは本件預金債権中前記部分の質

権実行を受けることにより、これを犠牲に供して本件手形割引債権の対当額を満足させて消滅せしめたものであり、これひつきよう自己の出捐によつて控訴人の債権を満足せしめたものというべく、結局右法条にいう弁済をした者と同視するのが相当である。従つて脱退被控訴人Xは当然これによつて債権者たる控訴人Yに代位するものというべきである」として、Xの法定代位主張を認容した。

また、「はたしてしからば脱退被控訴人Xはその代位の効果として自己がAに対して求償しうべき範囲内すなわち本件預金債権中前記部分の範囲内で、債権者たる控訴人Yがその債権の効力及び担保として有した一切の権利を行使しうる地位にあるものというべきである……本件手形は本件手形割引債権に対しては一種の担保たるものというべきである」ことを理由に、「代位権ある者が自己の出捐によつて本件手形割引債権を満足せしめた以上、本件手形は右代位権者すなわち脱退被控訴人に返還すべきものといわなければならない」とした。

さらに、「右損害は控訴人Yが本件手形の返還先きをあやまつたことによるものというべきところ、これについては控訴人Yが銀行としてその尽すべき注意義務を尽さず、本件預金債権が譲渡されたことを重視せず、たやすく通常の決済と同視して、結局その措置をあやまつたものであり、少くとも過失の責は免れない」として、Yの控訴を棄却した。

【17】最高裁第一小法廷昭和48年７月19日（民集27巻７号823頁）。これは、【16】の上告審判決である。裁判所は、「民法466条２項は債権の譲渡を制限する特約は善意の第三者に対抗することができない旨規定し、その文言上は第三者の過失の有無を問わないかのようであるが、重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、譲渡制限の特約の存在を知らずに債権を譲り受けた場合であつても、これにつき譲受人に重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様、譲渡によつてその債権を取得しえないものと解するのを相当とする。そして、銀行を債務者とする各種の預金債権については一般に譲渡制限の特約が付されて預金証書等にその旨が記載されており、また預金の種類によつては、明示の特約がなくとも、その性質上黙示の特約があるものと解されていることは、ひろく知られているところであつて、このことは少なくとも銀行取引につき経験のある者にとつては周知の事柄に属するというべきであるとし

て、原判決を破棄した。

【18】東京高裁昭和50年５月７日（判時786号42頁）。参加人Ｂは、ＹはＢに対して損害金の支払いを請求したところ、裁判所は、「一般に、銀行預金についてはその証書類に譲渡や質入を禁ずる旨の約款が明記されている等いわゆる譲渡制限の約定が存すること（特に定期預金について然り）は世間に広く知られている事実というべきところ、更には本件の如き商人の銀行預金については、質権設定の外、通常相殺予約等の約定が為され、これらが譲渡制限特約と相俟ち、銀行の有する債権の担保の役割を果していることは、少くとも商取引経験のある者ならば周知の事柄というべきであるから、商人たる第三者が、他の商人からその銀行預金債権を譲受けるような場合には、特にかかる特約の有無等を充分調査したうえこれを取得すべき取引上の注意義務があるものというべく、これを著しく怠り、軽々に特約の不存在等を信頼した者については、前示法条による保護は与えられないものと解するのが相当である」とし、譲渡制限特約に違反する預金債権の譲渡が有効であることを前提とする参加人の請求を棄却した。

【19】東京高裁昭和42年４月17日（金法479号28頁）。ＡはＹ銀行に対して定期預金債権を有していたが、定期預金債権につきＹ銀行の承諾なくして譲渡、質入ができない旨の特約が付されている。Ｘは、Ａから定期預金債権の贈与を受け、その旨がＹに通知された。Ｘからの請求を受けたＹは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒絶した。

裁判所は、「控訴人ＸはＡから書替前の本件預金の贈与を受けた際右預金証書の保管場所の指示を受け、以後Ａと控訴人Ｘがこれを共同占有していたと認めることができるから、反証のない本件では控訴人Ｘは右譲渡制限の条項を了知していたものと推認すべく、仮に控訴人Ｘが預金債権を有効に譲り受けたと信じたとしても、控訴人Ｘにはかように信ずるにつき過失があつたというほかはない。従つて被控訴人は右特約をもつて控訴人に対抗し得べきことは明らかである」として、Ｘの請求を棄却した。

【20】東京地裁昭和42年７月11日（判タ210号206頁）。Ａは、昭和32年６月17日Ｙ銀行に対して無記名定期預金債権を有していたが、この債権につき譲渡制限特約が付されている。しかし、それにもかかわらず、

Aは、昭和39年10月17日定期預金債権をXに譲渡し、その旨が同月19日Yに通知された。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒絶した。

裁判所は、「銀行取引上普通預金、通常の定期預金の場合と同じように無記名定期預金には例外なく債権譲渡禁止の特約があり、右特約は預金証書に明記されていることは銀行取引上顕著な事実である。したがつて、銀行取引に経験のある者は右特約を知つていることを推認することができるのであるが、右経験のない一般人であつてもいやしくも無記名定期預金債権の譲渡を受ける者は，預金証書が存在することを知つているものと推認するのが相当である」として、Xの請求を棄却した。

【21】大阪地裁昭和47年９月20日（判タ288号332頁）。Bは、Aに対し昭和42年10月31日現在取引上の債権金2000万円を有していたところ、同日Aは、Bに対し、右債権の内金400万円の支払いのために、AがY銀行に対し有していた預金債権を譲渡し、Yに対し、同年11月６日Yに到達の書面をもって、右債権譲渡の通知をした。次いで、同年12月22日、Bは、Xに対し、譲受預金債権を譲渡し、Yに対し、同年同月29日Yに到達の書面をもって、債権譲渡の通知をした。Xからの請求を受けたYは、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒絶した。

裁判所は、「B及びXは、いずれも右各譲受当時、右譲渡制限の特約があったことを知らなかったことが認められ、右認定を覆すに足る証拠はないので、Yは、右譲渡制限の特約を善意者のB及びXに対抗できないといわなければならない」として、Yの抗弁を否認した。

【22】大阪高裁昭和48年11月26日（判タ307号190頁）。Xは、Y銀行に対して定期預金債権を有していたが、預金証書にはYの承諾がなければ譲渡又は質入することができない旨の特約が記載されている。Xの妻であるAは、借金を担保するために、Xに無断で定期預金証書を参加人Bに差し入れた。Xからの請求を受けたYは、Xにおいて預金証書を所持しておらず、預金の権利者を確知できないとして、Xに対し預金の支払いを拒んだ。

裁判所は、「被控訴人Y銀行としては、本件定期預金証書には、前記のとおり譲渡質入制限の特約が明記され、自らその譲渡質入を承諾したことはない（この承諾をしたことを認める証拠はない）のであるから、

前記事実により、補助参加人Ｂが、預金債権につき権利を取得する理由がなく、本件定期預金の権利者は控訴人であること」を認めた上で、Ｙ銀行はＸに対して支払う義務があったと判示した。

【23】東京地裁昭和52年６月17日（訴月23巻６号1067頁）。Y_1は、Ａ信用組合に対し、昭和49年７月31日現在、当座預金、普通預金、定期預金、定期積金と借入金等との債務との相殺後の別段預金２口合計金64万1966円、普通預金4367円総計金64万6333円の預金債権（本件預金債権）を有していた。Y_1は、本件預金債権をY_2に譲渡し、その旨が同月６日にＡに通知された。

他方、Ｘは、租税債権を徴収するため、昭和49年７月31日、本件預金債権を差押え、同年８月８日債権差押通知書がＡに送達された。Ａは、昭和50年６月９日、債権者を確知できないとして供託した。そこで、Ｘは、Ｙらに対し、ＸとＹらの間で租税債権の差押にもとづき、供託金の還付請求権をＸが有することを確認する、との判決を求める。

裁判所は、「銀行等を債務者とする各種の預金債権については一般に譲渡制限の特約が付されて預金証書等にその旨が記載されていることはひろく知られているところであつて、このことは少なくとも銀行取引につき経験のある者にとっては周知の事柄に属するものというべきであるから、商人たる第三者が他の商人からその銀行預金債権を譲受けるにあたつては、特にかかる特約の有無、銀行等の銀行の側で預金債権の譲渡を承諾するかどうか等について銀行等の銀行に照会する取引上の注意義務が存すると解するのを相当とする」として、Y_2が譲渡制限特約につき重大な過失があったと認定し、Ｘの請求を認めた。

【24】東京地裁平成８年10月７日（公刊物未登載）。Ａは、生前、Ｙ銀行との間で預金等の取引を行い、Ｙに対して預金債権を有していた。Ａは、平成６年７月17日死亡した。Ｘは、平成３年10月９日Ａとの間で、Ａが有する全財産をＸに死因贈与する旨の契約を締結したと主張し、預金債権がＸに帰属することを確認したところ、裁判所は、贈与契約の成立を否認し、Ｘの請求を棄却した。

【25】東京高裁平成９年10月30日（金法1535号68頁）。これは、【24】の控訴審判決である。控訴審では、裁判所は、まず死因贈与契約の成立を認め、「控訴人Ｘは、Ａの死亡（平成６年７月17日）により、本件契約

に基づき本件預金債権を譲り受けたことが認められる」とした。

また、譲渡制限特約の効力については、裁判所は、「控訴人Xと Aの相続人全員との間において、本件預金債権が控訴人に帰属することに争いがなく、その趣旨の確定判決もあって、Aの相続人全員から被控訴人Y(債務者)に対して本件預金債権につき譲渡の通知がされており、本件預金債権の帰属主体が控訴人であることは明白であるということができる。そして、被控訴人Y銀行は、本件預金の受寄者であって、本件預金債権の帰属主体が誰であるかが明白かどうかについては利害関係を有するものの、本件預金債権の帰属主体が誰であるかそのものについては被控訴Y銀行が固有の利害関係を有するものではないことも明らかである」とし、「このように本件預金債権の帰属主体が控訴人があることが明白であり、その帰属主体が誰であるかについては利害関係がないのに、受託銀行である被控訴人銀行において、本件預金債権につき譲渡を禁止する特約があることを理由に控訴人が本件契約に基づき本件預金債権を譲り受けたことを否認することは、信義則上許されないものと解するのが相当である」と判示した。

第２款　裁判例の検討

第１項　全体的傾向

１　裁判例の時代的推移

譲渡制限特約に関する裁判例を調査すると、裁判例の数の時代的推移には、顕著な特徴が看取される。裁判例は、昭和20年代（２件)、30年代（７件)、40年代(13件)、50年代（１件）に集中し、平成時代に入ると減少する（平成10年代２件)。原因ははっきりしないが、譲渡制限特約付預金債権の譲渡性に関する最高裁の態度（最判昭和48年７月19日）が確立したため、訴訟が一定程度減少した可能性がある。

２　紛争類型の特徴

銀行を債務者とする各種の預金債権については、一般に譲渡制限特約が付されて預金証書等にその旨が記載されているが、実務では主に定期預金、定期貯金、定期積金債権の譲渡性が争われ、普通預金債権の譲渡性が問題とされた事案が少ない。原因ははっきりしないが、普通預金債権では、預金者がいつでも全額を引き出しうるから、普通預金債権の流

動性を高める需要が乏しい。これに対して、定期預金債権等では、期限前に預金者は払戻を請求する権利を有しないから、定期預金債権等を第三者に譲渡して金融を取得する必要が生じてくることになる[45]。

３　紛争形態の特徴

紛争形態の面では請負代金債権、売買代金債権、保証金返還請求権と同様に、譲渡制限特約の効力が争われる場面は、「債務者以外の者は、譲渡制限特約を持ち出して譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効であると主張した」場面（第１の検討場面）と、「譲受人からの請求を受けた債務者は、譲渡制限特約の存在を理由に支払を拒絶した」場面（第２の検討場面）とに大別される。しかし、第１の検討場面と比べてみると、第２の検討場面において債務者は譲渡制限特約を援用する事件が圧倒的に多い（全体の92％を占める）。

４　請求の認容率

認容率についていえば、第１の検討場面において、裁判例は、債務者以外の第三者との関係でも、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効であるとの立場を採用しており、差押債権者の無効主張を否定する裁判例が存在しない。また、第２の検討場面において、譲渡制限特約の合理性を問題視することによって債務者の譲渡制限特約による抗弁を否認する裁判例が存在しない。

第２項　譲渡制限特約の目的及び合理性

１　第１の検討場面

譲渡人の差押債権者等が「譲渡された債権を譲渡人の責任財産にとどめておく利益」を確保するために債権譲渡の効力を争うのが典型である（２件）。

【1】において、譲渡人の差押債権者が譲渡制限特約に違反する譲渡は、効力を生じえないと主張するのに対して、債務者はこれを争ったところ、裁判例は、「債務者は前示特約違背の点は、債権者において主張し得る限りというけれども、債権譲渡制限の特約が物権的効力を有することは、民法第466条第２項の解釈上明らかであり、その特約の存することを知

[45] 米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（学陽書房、1976年）139-140頁。

らず、かつ知らざるにつき、過失なき第三者のみが、除外せられ保護されるべきものなること、前示の通りであるから、右主張の失当なること明らかである」として、譲渡人の債権者の無効主張を認めた。

【23】において、預金債権の譲受人は、債権譲渡制限の特約は専らないし主として債務者である訴外信用組合の利益を追求するためのものであり、このような特約は悪意の譲受人にも対抗し得ないと主張したところ、裁判所は、「右の主張は、立法論としてはとも角、民法の解釈として独自の見解に立つものであり、採用の限りではない」として、差押債権者の無効主張を認めた。

２　第２の検討場面

譲受人からの請求を受けた債務者は、譲渡制限特約の存在を理由にこれを拒絶する事件が多い。譲渡制限特約によって確保されている銀行の利益としては、㋐相殺利益の確保、㋑事務手続煩雑化の回避、㋒過誤弁済危険の防止、㋓紛争に巻き込まれるリスクの回避といった点が挙げられる。

上記㋐相殺利益の確保については、譲渡制限特約によって確保されてきた相殺の利益とは、譲渡された債権につき債務者対抗要件具備時より後に譲渡人に対して取得する債権を自働債権とする相殺を確保することである[46]。具体的には、ⓐ銀行と預金者との間で手形割引又は手形貸付による手形取引契約が締結され、銀行はこの契約に基づいて預金者に対して貸金債権又は買戻請求権等を取得した場合、ⓑ銀行と預金者との間でコミットメントライン契約が締結され、銀行はこの契約に基づいて個別貸付を行うことにより預金者に対して貸付債権を取得した場合である。

取引実務では、譲渡制限特約によりこれら場合の相殺の利益を確保することによって与信実務が行われている。譲渡制限特約は、この与信実務を背後から支えるものであり、なくてはならないものである。仮に譲渡制限特約を第三者に対抗できないものとすると、預金者は銀行にとっての受働債権（預金債権）を自由に譲渡することができるので、与信判断につき現状対比厳しくみる必要性に迫られる可能性が生じる[47]。これ

[46] 金融法委員会有志「『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対する意見」（2013年６月17日）16頁。

[47] 全国銀行協会「銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書」（2007年４月）

は、預金者にとって決して望ましい結果ではない。いずれにせよ、預金者は預金債権を担保として銀行から金融を取得するのであれば、預金債権の流動性を高める需要が乏しい。

上記㋑事務手続煩雑化の回避については、事務手続を円滑に行うためには、譲渡制限特約の存在が必要不可欠である。銀行は、大量の預金者に対して多数の営業拠点において預金取引を行っているが、これは、預金債権者が預金名義人であることを前提にした事務手続で成り立っている[48]。仮に譲渡制限特約がなければ、銀行は、預金の支払等の依頼に応じる度に、預金債権につき譲渡の有無ないし譲渡の過程を確認する必要が生じる。また、譲渡通知が銀行のどの支店に対して送達されても債務者対抗要件として有効なので、銀行は全拠点においてを調査する必要が生じる一方[49]、譲渡の事実が確認された場合であってもそれを全拠点で共有する必要が生じ、銀行の管理コストが著しく増大する[50]。

銀行の預金管理については、この管理を銀行内部情報ネットワークにより対応できるとの反論がありえよう。確かに銀行は預金管理システムを構築することができる。しかし、譲渡通知は銀行のどの支店に到達した時点でその効力が生じるので、譲渡通知の送達を受けてから担当者がその情報を端末に入力するまでに時間を要することに鑑み、実際に預金払戻等の依頼があった場合に、この時間の経過を待ってから応じる実務対応を迫られることが予想される[51]。これは、預金者にとって望ましい状態になる。いずれにせよ、銀行にしてみれば、多数の預金債務を処理にする場合において譲渡制限特約を締結することによって預金債権を預金者に固定することは、弁済先を明確にする上で適切かつ有効というべきである[52]。

上記㋒過誤弁済危険の防止については、銀行は預金債権の管理に手落

32頁。

[48] 全国銀行協会・前掲注47）31頁。

[49] 全国銀行協会・前掲注47）31頁。

[50] 部会資料71-3・110-111頁。

[51] 全国銀行協会・前掲注47）31頁。

[52] 東京地裁昭和30年10月27日（判タ57号50頁）。

ちがあれば（譲渡通知が送達されたこと自体を失念しているケースがあり得る）[53]、預金債権の債権者でない者に弁済する可能性があるので、過誤弁済の危険から銀行を保護する必要がある。過誤弁済の危険を避けるために、預金債権に譲渡制限特約を付する動機になり得る。

上記㊦紛争に巻き込まれるリスクの回避については、銀行以外の第三者は債権譲渡の効力を争う事件が少ないが、銀行は譲渡の有効性に関する紛争に巻き込まれるリスクがないわけではない。例えば、【23】において、仮差押命令、債権差押通知書、債権譲渡通知書を受領した銀行は、債権者を確知できないとして預金につき供託した。譲渡制限特約は、銀行が譲渡人の債権者・譲受人間のトラブルに巻き込まれることを嫌って、締結されたものである。

第３項　手形取引と譲渡制限特約の効力

検討の対象となるケースを確認しておこう。ＡとＹ銀行との間で手形取引契約が締結され、Ｙはこの契約に基づきＡから手形を取得し、これを割引きＡに対して手形割引債権を取得した。Ｙは、手形割引債権その他将来発生する債権を担保するため、ＡのＹに対する預金債権の上に根質権を設定し、公正証書による質権設定契約書を作成した。しかし、それにもかかわらず、Ａは、同債権をＸに譲渡し、その旨が内容証明郵便でＹに通知された。なお、譲渡された債権としての預金債権にはＹの承諾がなければ譲渡し得ない旨の特約が記載されている。その後、Ａの倒産によりＹは割引手形の買戻を請求し、Ａが買戻に応じないので、根質権の実行として預金債権を手形割引債権の弁済に充当し、その手中にあった割引手形をＡに返還した（【15】）。

上記のケースにおいて、譲渡制限特約に違反する預金債権の譲渡を有効とする立場を採用する場合に、Ｘは債権譲渡によってすでに質権の設定ある預金債権を取得した者であるから、質権の被担保債権たる手形割引債権について改正前法500条にいわゆる弁済をすることに正当の利益を有する者というべきである。Ｘは上記質権の実行を受けることにより、預金債権を犠牲に供して手形割引債権の対等額を満足させて消滅せ

[53] 部会資料33-3・43-44頁〔全銀協〕。

しめたものであり、これ畢竟自己の出捐によってＹの債権を満足せしめたものというべき、結局改正前法500条にいう弁済を行った者と同視するのが相当である。したがって、Ｙはこれによって債権者たるＹに代位するものというべきである。具体的には、Ｘはその代位の効果として自己がＡに対して求償し得る範囲内で、債権者たるＹがその債権の効力及び担保として有していた一切の権利を行使し得る地位にある。

割引手形はＹにおいて割引のため取得していたものであり、本来その割引による手形割引債権は、その手形債務者が満期に支払をすることにより決済せられるべきものとして取得しているのであるから、それは手形割引債権に対しては一種の担保たるものというべきである。したがって、Ｘが自己の出捐によって手形割引債権を満足せしめた以上、割引手形はＸに返還すべきものである。結局、割引手形につき適切な返還をするためには、預金債権が譲渡された場合に備えて譲渡の有無ないし譲渡の過程を管理する必要が生じる。これらの管理に手落ちがあれば、不利益を受けるおそれがある。例えば、Ｙが割引手形の返還先を誤ったことにより、Ｘは割引手形を取得行使してＡに対する求償権の満足を受けることができず、損害を蒙ったときは、Ｘからの損害賠償請求を受けることがあり得る。

他方、譲渡制限特約に違反する預金債権の譲渡を無効とする立場を採用する場合に、Ｘは債権譲渡によって預金債権を取得することができないので、質権の実行により代位することがあり得ない。手形割引債権が質権の実行によって満足した後に、Ｙは割引手形を割引依頼人であるＡに返還すれば、返還債務から解放されるが、Ａに返還すべき義務がない。要するに、割引手形の返還につき銀行は譲渡の有無ないし譲渡の過程を管理する必要が生じない。いずれにせよ、事務手続煩雑化の回避という銀行の利益を保護するためには、少なくとも銀行との関係においては譲渡制限特約に違反する預金債権の譲渡を無効とする必要がある。

第５節　民法改正と実務上の課題

第１款　相殺範囲の拡張と譲渡制限特約の存在意義

先に述べたように請負契約、売買契約、賃貸借契約、預金取引におい

ては、債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された場合であっても、債務者が譲渡人に対して反対債権を取得することは十分に予想される。しかし、改正前法は468条２項で債務者が譲受人に主張できる相殺の抗弁を債務者対抗要件具備時前に譲渡人に主張できたものに限っているため、債務者は債務者対抗要件具備より後に取得した譲渡人に対する反対債権による相殺をもって譲受人に対抗することができない。現在は、債務者はこのような場合に備えて譲渡制限特約を付することによって相殺の利益を確保する実務が定着している。

改正法は、無制限説を明文化したうえで、次のような２つの方向から相殺の範囲を拡張している。１つは469条２項１号の「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」であり、もう１つは同条２項２号の「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」である。469条により債務者の相殺範囲が広汎に認められるにいたった。すると、譲渡制限特約を通じて相殺の利益を確保する必要が生じるのは、同条によってもカバーされない場面であることになる。しかし、それが具体的に如何なる場面であるのかを明らかにして検討する必要がある。以下では、請負代金債権、売買代金債権、預貯金債権といった債権の譲渡を念頭において譲渡制限特約の存在意義を検討する。

第１に、請負代金債権の譲渡と譲渡制限特約による相殺利益の確保である。まず、実務上、同一当事者間で連続して複数の請負契約が締結されることが多い。例えば、請負契約甲に基づく請負代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、請負契約甲と異なる請負契約乙が締結され、注文者は、この契約に基づいて譲渡人に対して損害賠償請求権を取得した場合である。このような場合において、注文者は、請負契約乙に基づく損害賠償請求権と自動債権とし、請負契約甲に基づく請負代金債権を受働債権として相殺することができるかは問題となる。

この問題については、両契約は同一の工事を完成させるために締結されたものであり、密接な関連性を有する場合と、両契約はそれぞれ工事内容を異にする別個独立のものであり、密接な関連性を有しない場合がある。前者については、例えば、実務では請負契約甲上の工事（都市計画道路整地工事等）と請負契約乙上の工事（交通広場暫定整備工事）は、注文者が請負人に発注した同じ地区の公共工事として関連性を有してい

るとされる[54]。しかし、改正法469条２項２号により相殺することが認められる反対債権と譲渡された債権は、同一の契約から発生したものでなければならない。そうすると、債務者において、請負契約甲に基づく請負代金債権との間で、請負契約乙に基づく損害賠償請求権を自動債権とする相殺に対して期待があったとしても、それが法的要件を満たさないとして否定されるおそれがある[55]。

また、請負取引において、元請負人が倒産状態等にあった場合に、請負代金債権が譲渡されたり、差押さえられたりして、下請負人への支払いが滞ることが予想される。請負代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後でも、注文者が当該工事の進行の必要等から、請負人に代わって下請業者に対して賃金などの立替払いをしたときは、立替払債権と自働債権とし、請負代金債権を受働債権として相殺することができるかは問題となる。注文者と請負人との間で締結された請負契約に「賃金などの立替払」に関する規定があれば、立替払債権が改正法469条２項１号の「前の原因に基づいて生じた債権」に該当するから、立替払債権と請負代金債権との相殺が可能である。しかし、これに対して、請負契約に「賃金などの立替払」に関する規定がなければ、注文者は、立替払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。

上記のような場合において、注文者は、請負人との間で連続して請負契約を締結し、又は元請負人に代わって下請負人に対して下請負代金等の支払いを行うのは、先行契約に基づく請負代金債権をもって、後行契約に基づく損害賠償請求権又は立替払債権の引当てとしているからである。相殺の抗弁が改正法469条２項１－２号により十分保護されないから、

---

[54] 東京地裁平成28年６月２日（金法2054号60頁）。

[55] 異なる請負契約間の違約金債権と請負代金債権の相殺の可否が問題となった事案においては、平成30年９月21日（公刊物未登載）は、「本件請負契約ア、本件請負契約イ及び本件請負契約エは、それぞれ工事内容を異にする別個独立の契約関係にあり、他の請負契約によって生じる債権債務とは対価牽連関係にないところ、このような対価牽連関係にない法律関係において、ある特定の請負契約に係る違約金債権を自働債権として、これと別個の請負契約に係る報酬債権との間で相殺することを期待することは直ちには合理的なものということができない」とした。

注文者としては、請負人との間で譲渡制限特約を締結することになる。つまり、譲渡制限特約は、請負代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、注文者が譲渡人に対して反対債権を取得したとしても相殺の利益が法定相殺に関する規定により認められない場合に備えて締結されたものである。

第２に、売買代金債権の譲渡と譲渡制限特約による相殺利益の確保である。まず、商品の継続的売買取引において、同一当事者間で取引の基本的な事項につき基本契約を締結した上で、基本契約に基づいて注文書等を作成し、売主に商品を発注することにより個別契約締結されるのが一般的である。基本契約に基づいて締結された売買契約甲に基づく売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、買主は売主との間で基本契約に基づいて売買契約甲と異なる売買契約乙を締結し、この契約の債務不履行として売主に対して損害賠償請求権を取得することが予想される。この場合において、売買契約乙に係る損害賠償請求権を自働債権として、これと別個の売買契約甲に係る売買代金債権との間で相殺することができるかは問題となる。なお、売買契約甲に係る代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、譲渡人であるブランド品メーカーが倒産し、その販売先の売卸業者がブランド価値毀損などで返品をして反対債権を取得した場合に、反対債権と売買代金債権との相殺の可否も問題である[56]。

また、商品の継続的売買取引において、売主が一定額以上の売上実績があった相手先に対して、売上代金の減額又は返金を行うこともある。具体的には、将来の売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、将来債権の発生原因となる売買契約及び販売協力契約がそれぞれ締結され、買主は販売協力契約に基づいて売主に対して割戻金請求権を取得した場合である[57]。この場合において、買主が販売協力契約に係る割戻金請求権を自働債権として、これと別個の売買契約に係る代金債権を受働債権として相殺することができるかは問題となる。

---

[56] 株式会社三菱総合研究所「ABL の現状、普及促進に向けた課題及び債権法改正法等を踏まえた産業金融における実務対応の調査検討」(2016年２月)32頁。

[57] 部会資料71-4･129頁〔国際取引法フォーラム有志･日本チェーンストア協会〕。

さらに、双方向の継続的売買取引において、ある特定の売買契約に係る代金債権の債務者である買主は、これと別個の売買契約に係る代金債権の債権者であることがある。具体例としては、有償支給の資材の加工委託が挙げられる。将来の原材料の売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、原材料及び製品の売買契約がそれぞれ締結され、債務者は、譲渡人に対して製品の売買代金債権を取得した場合に、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かは問題である。

上記のような場合において、自働債権の発生原因となる契約及び受働債権の発生原因となる契約は、同一当事者間で締結されたものとはいえ、それぞれ目的物を異にする別個独立のものである。改正法469条２項１－２号により相殺が許される受働債権は、債務者対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権又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限られるから、債務者は譲渡人との間で各契約を締結した当時、これら相殺により決済されることを予定していたとしても、それは法的要件を満たさないとして否定されるおそれがある。

第３に、賃料債権の譲渡と譲渡制限特約による相殺利益の確保である。不動産賃貸借において、賃借人は、賃貸人に対して賃料債務を負担する一方、敷金返還請求権や建設協力金返還請求権を有していることが多い。具体例としては、賃料債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、賃借人は賃貸人に対してそれぞれ敷金及び建設協力金を差し入れた場合が挙げられる。これらの場合において、賃借人は敷金返還請求権又は建設協力金返還請求権を自働債権として、賃料債権を受働債権として相殺することができるのか。

建設協力金は、賃貸人が賃借物の建設代金又は既に調達した建設資金の返済に充てることを目的としてその賃借人から借用した金銭であって、建設協力金の差入れに関する契約は、賃貸借契約とは別個の金銭消費貸借契約にほかならない。このような性質を異にする２つの契約が、一個の不可分の契約関係をなすものと解することが困難であろう。改正法469条２項２号により相殺することが許される両債権は、同一の契約から発生するものでなければならない。そうすると、賃借人は金銭消費賃借契約に係る建設協力金返還請求権を自働債権として、これと別個の賃貸借契約に係る賃料債権との間で相殺することができない。しかし、

賃借人が賃貸人に対して建設協力金を差入れたのは、賃料債権から回収できるという期待があったからであり、そのような期待は正当なものといえる。賃料債権の譲渡によって、本来保護される相殺の利益が保護されなくなるとすると、賃借人にしてみれば、予想外の不利益を被ることになる。そのため、賃借人は、賃料債権が譲渡された場合に備えて、建築協力金返還請求権を回収するための対策を講じておく必要がある。すなわち、賃借人は、賃料債権について譲渡制限特約を付しておけば、賃料債権が譲渡された場合でも、建設協力金返還請求権を自働債権とし、賃料債権を受働債権として相殺することにより建設協力金返還を回収することができる。

上記の建設協力金と異なり、敷金の差入れは、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務を担保する趣旨で行われることである。敷金の差入れに関する契約は、賃貸借契約とは別個の敷金契約であるが、敷金契約は、賃貸借契約を離れて、独立にその存在意義を有しないので、両契約の間に密接な関係性がある。敷金返還請求権と賃料債権の相殺の可否について、敷金契約と賃貸借契約とを一個の不可分の契約関係のもとで統合して、改正法469条２項２号により相殺を認めようとする見解があり得る。このような見解が妥当だとすると、賃借人は、資金返還請求権と賃料債権を相殺することによって債権を回収していくことが可能となるため、賃料債権につき譲渡制限特約を付する必要性が生じない。しかし、このような見解は、469条２項２号の解釈の域を超えるものとして、許されないところと言わないわけではない。敷金返還請求権と賃料債権の相殺を469条２項２号の枠内に収めるのは無理であれば、譲渡制限特約は独自の存在意義を有することになる。

第４に、預貯金債権の譲渡と譲渡制限特約による相殺利益の確保である。金融取引において、銀行は、預貯金者に対して預貯金債務を負担する一方、貸付債権や手形割引債権等を有することが多い。具体例としては、預貯金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、銀行は預貯金者の請求に応じて定期預貯金を担保に預貯金者に対して貸付を行った場合、又は預貯金者から約束手形等を取得し、これを割り引き、手形割引債権を有していた場合が挙げられる。

銀行は、預貯金者に対して貸付等を行ったのは、預貯金債権から貸金債権等を回収できるとの期待があったからであり、その期待は正当なものである。しかし、改正法469条２項２号により相殺が許される受働債権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限られる。そうすると、貸付に関する契約は、預金契約とは別個の金銭消費貸借契約であるから、預金債権と貸金債権との間で相殺することは許されない。債務者対抗要件の具備により譲渡の事実を知った銀行は、相殺できないことを望まないのであれば、譲渡人に対して貸付等を行わないという方法を採ることが可能であるが、現在は銀行で定期預貯金を預けておけば、誰でも定期預貯金担保貸付を利用できるから、銀行は預貯金者の請求に応じて一定額を融資しなければならない。銀行としては、譲渡制限特約により預貯金債権を譲渡人に固定しておくことになる。いずれにせよ、譲渡制限特約は、定期預貯金担保貸付を背後から支えるものであり、銀行にとってはなくてはならないものである。

また、銀行は預貯金者に対して預貯金債務を負担する一方、保証契約上の債権を有することもある[58]。具体例としては、預貯金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、銀行は、第三者に対して貸付を行い、預貯金者はその連帯保証人となっていたが、弁済期に貸金の弁済がなかったので、銀行は預貯金者に対して保証契約上の債権を取得した場合が挙げられる。このような場合において、銀行は、保証契約に係る債権を自働債権として、これと別個の預貯金契約に係る預貯金債権との間で相殺をすることを期待していたとしても、それが改正法469条２項２号により保護されない。相殺により保証契約上の債権を回収したいのであれば、預貯金債権につき譲渡制限特約を付しておくこと重要である。

これまで、相殺利益の確保に関して譲渡制限特約の存在意義を確認してきた。請負取引、売買取引、銀行取引及び不動産賃貸借において、債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された場合であっても、債務者は譲渡人に対して反対債権を取得することは十分に予想される。しかし、改正法のもとでは、相殺が許される受働債権は、「前の原因に基づいて生じた債権」又は「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づい

[58] 東京地裁昭和30年10月27日（下民６巻10号2251頁）。

て生じた債権」に限られるから、債務者の相殺利益は改正法469条２項により十分に保護されない場面がある[59]。すなわち、債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、受働債権の発生原因となる契約が締結され、この契約及び自働債権の発生原因となる契約は、それぞれ性質を異にする契約関係にあるとの場面である。債務者は相殺の利益を確保したいのであれば、譲渡制限特約を締結することになる。確かに第１の個別契約と第２の個別契約があったとして、第２の個別契約が第１の個別契約の引当財産とすべき合理性は必ずしもないが、両当事者がそれを欲しているなら、それを認めてよい。ただし、譲受人との関係では、譲受人がそのことを知っているにも拘らず、あえて譲り受けた場合にのみ、譲受人にそのことを主張することができる。要するに、改正法469条により相殺範囲が広汎に認められ、その結果、相殺との関係では譲渡制限特約の存在意義がなくなるように見えても、同条によってもカバーされない場面はやはり残っており、譲渡制限特約は、そのような場面において､引き続き相殺の利益を確保するためのものとして機能するのである。

第２款　譲渡制限特約付債権の譲渡と譲渡人の債務不履行

改正前法のもとでは、譲渡制限特約は、弁済の相手方を譲渡人に固定する以外の目的で利用されることがあった。すなわち、前述のとおり、建設工事請負契約では、譲渡制限特約は工事を最後まで適正に完成させることなどを担保するためのものとして機能していた。そして、改正法でも466条２－３項において弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で譲渡制限特約の効力を認められているが、このような――弁済の相手方を譲渡人に固定する利益――以外の利益はどのような形で保護されるのであ

[59] 継続的契約でないものにしてみれば、債務者の相殺利益保護は基本的に改正法469条で処理するのが合理的である。つまり、１つの契約の内部で処理すべき問題であるなら（優先的な決済を認めるなら）、譲受人の善意悪意によって解決方法が変わるのはおかしいし、差押えとの関係でも注文者の相殺を認めてよいはずである。もっとも、譲渡制限特約を結んでおけば、例えば請負代金の支払期の延期等、相殺では解決できない問題に対しても対応可能となるというメリットがある。ただし、この問題についても、将来的には別の法理論を発展させて対応すべきかもしれない。

ろうか。譲渡人が譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した場合に、債務者はこれを理由として取引の打ち切りや解除を行うことができるのであろうか[60]。

譲渡制限特約に違反した場合の契約解除に関して、国道交通省は、改正法の内容を踏まえて建設工事標準請負契約約款の見直しを検討している。まず、約款改正の経緯を確認しておこう。建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第２回会議において、次のような２つの論点が取り上げられた[61]。１つは、「債権譲渡によってその利益が害される場合は債務不履行に該当し、損害賠償や契約解除の対象となるか」である。もう１つは、「譲渡制限特約が付された工事代金債権を譲渡することは、債務不履行にはあたらない、またこれを理由とした契約解除等が権利の濫用にあたることとされた場合に、約款上どのように対応するか」である。前者の論点については、「債務不履行を理由として契約解除や損害賠償請求を行うのは、発注者側としては、建設工事を適正に施工し、最後まで完成させてほしいという目的を達成するためであって、少なくとも請負者における資金調達の円滑化等を妨げたい等の加害目的や害意性はないものと考える」との考え方が示された[62]。後者の論点については、発注者の解除権として、「前払金債権を譲渡した場合」、「代金債権を譲渡した場合」及び「代金債権のうち下請への支払い部分を譲渡した場合」等を約款に規定する必要があるとする考え方が示された[63]。

第３回会議において、公共工事標準請負契約約款では、次のような２つの案が提案された[64]。１つは、請負人が請負代金債権を譲渡した場合

---

[60] 山野目章夫ほか「債権法改正と実務上の課題――債権譲渡制限特約」ジュリスト1522号（2018年）62-75頁は債務者の債務不履行責任に言及しており、譲渡制限特約の目的が看過された。

[61] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第２回（2019年８月１日）資料４・２頁。

[62] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第２回（2019年８月１日）資料４・23頁。

[63] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第２回（2019年８月１日）資料４・25頁。

[64] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第３

に、注文者が直ちに請負契約を解除できる旨の提案（案１）である。もう１つは、請負代金債権を譲渡した請負人が工事の目的物の完成に支障がないことを速やかに証明できない場合に、注文者が直ちに請負契約を解除できる旨の提案（案２）である。一方、民間工事標準請負契約約款（甲・乙）、建設工事標準下請契約約款では、案１若しくは案２又は「受注者が工事を実施するための資金調達を目的に請負代金債権を譲渡した場合において、当該譲渡により受けた金銭を工事実施のために使用したことを証明できない」場合に注文者が直ちに請負契約を解除できる旨の案が提案されている[65]。

第４回会議において、公共工事標準請負契約約款では発注者の催告解除事由として、「第５条第１項の規定に違反して、請負代金債権を譲渡したとき」（第47条１号）及び「第５条第４項の規定に違反して、この建設工事の目的物に係る工事以外に請負代金債権の譲渡により受けた資金を使用したとき、又は同項の規定による書類を提出せず若しくは虚偽の記載をしてこれを提出したとき」（第47条第２号）が挙げられた[66]。一方、民間工事標準請負契約約款（甲・乙）、建設工事標準下請契約約款では発注者の催告解除事由としては、「第Ｘ条第１項の規定に違反して、請負代金債権を譲渡したとき」（民間工事標準請負契約約款甲第32条第２項第１号、民間工事標準請負契約約款乙第23条第２項第１号、建設工事標準請負契約約款第37条１号）及び「第Ｙ条第○項の規定に違反して、譲渡により得た資金を当該工事の施工以外に使用したとき、又は同条第○項の報告を拒否したとき若しくは虚偽の報告したとき」（民間工事標準請負契約約款甲第32条第２項第２号、民間工事標準請負契約約款乙第23条第２項第２号、建設工事標準請負契約約款第37条２号）が挙げられた[67]。

回（2019年10月３日）資料２・４頁。

[65] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第３回（2019年10月３日）資料２・５頁。

[66] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第４回（2019年10月24日）資料４・23頁。

[67] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第４回（2019年10月24日）資料４・23頁。

第５回会議において、公共工事標準請負契約約款では、発注者の催告による解除の事由として、「第５条第４項の規定に違反して、この契約の目的物に係る工事の施工以外に請負代金債権の譲渡により受けた資金を使用したとき、又は同項の規定による書類を提出せず若しくは虚偽の記載をしてこれを提出したとき」が挙げられるのに対して、発注者の催告によらない解除の事由として、「第５条第１項の規定に違反して、請負代金債権を譲渡したとき」（第48条第１号）及び「この契約の目的物を完成させることができないことが明らかであるとき」（同条第２号）が挙げられた[68]。一方、民間工事標準請負契約約款甲では発注者の催告による解除の事由として、「第６条第３項の規定に違反して譲渡により得た資金を当該工事の施工以外に使用したとき、又は同条第４項の報告を拒否したとき若しくは虚偽の報告をしたとき」が挙げられるのに対して、発注者の催告によらない解除の事由として、「第６条第１項の規定に違反して、請負代金債権を譲渡したとき」（第34条第１号）及び「この契約の目的物を完成させることができないことが明らかであるとき」（同条第２号）が挙げられる[69]。同様な規定は、民間工事標準請負契約約款乙及び建設工事標準請負契約約款の改正案に見られる[70]。

ここまで約款改正の経緯を確認してきたが、譲渡制限特約が建設工事を最後まで適正に完成させることなどを担保するという目的で利用された場合に、譲渡自体は、譲渡制限特約の趣旨に違反することがあり得る。例えば、請負代金債権の譲渡を発端として工事の目的物の完成に支障が生じたときは、注文者が上記のような提案によって請負契約を解除することができる。つまり、譲渡制限特約に違反した場合の約定解除権を措置した注文者は、当該権利を行使することにより、請負代金債権の移転を遮断することができる。これまで譲渡制限特約によって保護されてき

[68] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第５回（2019年11月11日）資料１・39-40頁。

[69] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第５回（2019年11月11日）資料２・22頁。

[70] 中央建設業審議会建設工事標準請負契約約款改正ワーキンググループ第５回（2019年11月11日）資料３・16頁、資料４・20頁。

た弁済の相手方を譲渡人に固定する以外の債務者の利益は、このような方法によって、改正法のもとでも確保されることになる。

第３款　預貯金債権の譲渡無効と譲渡制限特約の主張権者

改正前法のもとでは、債務者以外の第三者に譲渡制限特約の効力を主張する利益が認められていた。これに対して、改正法466条２－３項は、債務者以外の第三者が譲渡制限特約の効力を主張できない方向で設けられたものである（３項は「債務者は……第三者に対抗することができる」としている）。そのため、改正前法の判例理論は、改正法466条２－３項が適用される場面で、その意義を失うことになる一方、譲渡人の一般債権者が譲渡制限特約付債権を差し押さえた場合に譲受人との間では対抗問題となり、その差押え又は譲受人による第三者対抗要件の具備の先後によって優劣関係が決まることになる。他方、先に確認したように改正前法の枠組みが、預貯金債権については維持されている。すなわち、譲渡制限特約に違反する預貯金債権の譲渡は、悪意又は重過失の譲受人との関係では、無効である（改正法466条の５）とされているのである。すると、ここでの問題は、誰がこの無効を主張できるかである。

民法改正の過程では、第93回会議において誰が無効を主張できるかについて明示的な文言は見当たらないが[71]、第96回会議において譲渡無効の主張権者を「債務者」とするとの文言が追加された[72]。しかし、それ以降の会議においては、この「債務者」という文言は削除された。「債務者」という文言が追加された際も、削除された際も、その理由は述べられていない。したがって、無効の主張権者が誰であるかについては改正法のもとでも、解釈の余地がある。改正法466条２－３項と同じように、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定する立場を採用する場合に、預貯金債権についても、改正前法の判例理論はその意義を失うことになる[73]。

---

[71] 部会資料81-3・２頁。

[72] 部会資料83-1・31頁、部会資料84-1・32-33頁。

[73] 改正前法のもとで譲渡無効を主張していたのは、実は債務者よりも、差押債権者等の第三者であることのほうが多かった。詳しくは、本稿第６章第４節を参照する。

なお、預貯金債権の譲渡につき第三者対抗要件が具備された時点で、譲渡人の一般債権者等は、譲渡の事実を認識することができるから、預貯金債権が差し押さえられた場合､又は譲渡人が破産した場合であっても、譲渡された預貯金債権が譲渡人の責任財産に含まれるという期待を持ち得なくなる[74]。一般債権者は、このような期待を持ち得ない以上、預貯金債権の譲渡無効を主張することができない。仮に一般債権者の利益を重要視して、譲渡の無効主張を一般債権者に認めると、債権回収を確実にするための一手段として預貯金債権を譲り受ける努力をした譲受人との対比において公平ではなく（つまり、遅い者勝ちはおかしい）、既に存在していた譲渡当事者の法律関係の安定を害する[75]。

譲渡人の一般債権者の利益を保護する必要がないわけではないが、それは詐害行為取消権又は否認権その他の法的手段により図られるべきであり、譲渡制限特約の文脈において検討されるべきものではない[76]。例えば、譲渡人の一般債権者は、譲渡人に対し詐害行為取消権があることを前提とし、預金債権の譲受人に対し預金債権が譲受人に属せず、譲渡人に属することの確認を求める訴訟において、裁判所は、権利保全のためなされた債権者の仮処分申請を認めた[77]。

第４款　預貯金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、改正法はその466条の５において「預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権」という。）について当事者がした譲渡制限の意思表示は、第466条第２項の規定にかかわらず、その譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対抗することができる。」として、預貯金債権を別扱いにしている。これによって、譲渡制限特約に違反する預貯金債権の譲渡は、悪意又は重過失の譲受人との関

[74] 東京地裁平成27年４月28日（判時2275号97頁）。
[75] 大阪地裁平成25年８月６日（訴月60巻３号688頁）。
[76] 部会資料71-4・105頁、部会資料37・10頁。
[77] 東京地裁昭和29年11月12日（判時53号17頁）。

係においては無効となる[78]。

銀行との関係では、銀行は466条３項によって保護されるはずなのに、預貯金債権の譲渡を無効としないと、保護されない利益とは何か。民法改正の過程で、譲渡制限特約の効力については466条２−３項のような規律を採用する場合に、預貯金債権の管理に著しい支障が生ずるとの指摘がされた[79]。それでは、466条２−３項では保護されず、466条の５によって初めて保護される銀行の利益とは何であろうか。預貯金債権の管理に著しい支障が生ずるという以上、466条の５が目指しているのは事務手続煩雑化の回避であろうが、具体的にそれが何であるかを特定する、つまり、具体的な状況を明らかにする必要がある。以下では、ⓐ預貯金者が払戻を拒絶している場合と、ⓑ銀行が預貯金者に弁済しても、弁済としての効力が認められない場合と、ⓒ預貯金者に弁済を受領し、かつ、それが有効な弁済であったとしても、銀行が債権譲渡の事実を把握しておかなければならない場合に分けて検討する。

まず、上記ⓐの場合をみることにしよう。この場合、銀行としては、預貯金債権を供託したい。しかし、494条を根拠として供託することができない。なぜなら、預貯金者は、466条２項により、もう債権者ではなくなっているから、494条１項を根拠とする供託できない。また、譲受人が預貯金債権の債権者であることは、明確であるから、494条２項を根拠する供託もできない。銀行は供託をしなければ、債務を履行したことにならないから、譲受人は銀行に預貯金者への払戻を催告した上で、譲受人への支払いを請求することができる（466条４項）。結局、銀行は、譲受人への支払いを余儀なくされるから、譲渡の有無ないし譲渡の過程を記録しておく必要がある。しかし、これに対して、466条の５があれば、銀行は、494条１項に基づいて預金者のために供託することができるので、譲渡の有無ないし譲渡の過程を記録する必要、すなわち、預貯金債権の譲渡を管理する必要はない。

もっとも、これには、上記ⓐの場合、銀行としては、494条ではなく、466条の２に基づいて供託することができるはずであるから、銀行に不

[78] 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）415頁。

[79] 部会資料81-3・２-３頁。

利益は発生しないのではないか、との反論もありえよう。改正法のもとでは、銀行は、確かに供託することができる（466条の２第１項）。しかし、この場合、銀行は、預貯金者だけでなく、譲受人にも通知しなければならない（466条の２第２項）。つまり、銀行は、譲受人がいるかどうか、もしいるとして、それが誰であるかを知っておく必要がある。そのため、ここでも譲渡の有無ないし譲渡の過程を記録しておく必要があり、コストが発生する。しかし、466条の５があれば、上記のとおり、銀行は494条１項に基づいて預貯金者を債権者とする供託が可能であるから、預貯金債権の譲渡を管理する必要はない。このような文脈では、466条の５は、銀行による譲受人への連絡を不要とする供託を可能とするための規定と位置付けることができる。

次に、上記ⓑの場合に移ろう。預貯金者について破産手続開始の決定があった場合、銀行が預金者に払い戻しても、それに弁済としての効力は認められない。そうだとすれば、銀行としては供託をしたいが、上記ⓐの場合と同じの理由から、494条に基づく供託はできないように思われる。しかも、この場合、譲受人は銀行に供託するように請求することができる（466条の３）。そうだとすれば、銀行としては、供託するように請求してきた者が本当に譲受人かどうかを確認しなければならない。つまり、結局、銀行としては、譲渡の有無ないし譲渡の過程を記録しておく必要があり、コストが発生する。しかし、これに対して、466条の５があれば、銀行としては、譲受人からの供託請求に応じる必要はなく、その結果、預貯金債権の譲渡について管理してなくてよい。

最後に、上記ⓒの場合を見てみよう。預貯金者と銀行との間で手形取引契約が締結され、銀行はこの契約に基づいて預貯金者から約束手形等を取得したが、預貯金者の倒産等により銀行は約束手形等の買戻を請求し、預貯金者が買戻に応じないので手形割引債権を自働債権とし、預貯金債権を受働債権として相殺した場合において、いずれに割引手形を交付すべきかは問題となる。

改正法466条２項によると、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合には、譲受人の主観態様を問わず、債権は譲受人に移転するから、譲受人は手形割引債権について改正法500条にいわゆる弁済するについて正当な利益を有する者である。また、譲受人は、弁済による代位の効果とし

て自己が預貯金者に対して求償をすることができる範囲すなわち相殺により消滅した預貯金債権の範囲内で、手形割引債権の債権者たる銀行がその債権の効力及び担保として有していた一切の権利を行使することができる。具体的には、銀行は、手形割引債権を担保するための割引手形を譲受人に交付しなければならない。つまり、銀行は、適式な割引手形の交付を行うためには、預貯金債権の譲渡を管理する必要性が生じる。預貯金債権の譲渡の管理に手落ちがあれば、割引手形を譲渡人に交付したとしても、譲受人の譲渡人に対する求償権を確保するための対象となるべきもののない事案では、譲受人の求償権の行使を害するため、譲受人に対して損害賠償義務を負担する[80]。

しかし、改正法455条の５があれば、上記のとおり、譲渡制限特約に違反する債権譲渡が無効であるから、銀行としては、500条にいわゆる弁済による代位が生じないし、預貯金債権の譲渡を管理する必要が生じない。これによって、銀行は、預貯金口座の名義人が債権者であることを前提に割引手形を預貯金口座の名義人に交付すればよいことになる。このような文脈では、466条の５は、銀行は手形取引において割引手形の交付先を預貯金口座の名義人に固定することを可能とするための規定と位置づけることができる。なお、現在は、預貯金債権が譲渡された場合には譲渡制限特約が付されていることを根拠に、預貯金口座の名義人に割引手形を交付する実務が定着している[81]。このような実務は、改正法のもとでも維持される。

改正前法のもとでは、事務手続煩雑化の回避を理由として譲渡制限特約を正当化することはできないとする考え方があった。例えば、米倉明教授は、「預金を他に貸付けて利益を収めておりながら、右に挙げた費

[80] 債権者たる銀行が代位弁済を受けるに際し、担保物としての割引手形を代位者に交付しなかった事案において、銀行は譲渡制限特約に違反する債権譲渡がその効力を生じない旨を主張せず、代位弁済者の求償権を害したことによる損害賠償義務が認められた。最高裁昭和48年４月10日（金法685号20頁）参照。この事案において、銀行は譲渡制限特約を主張していたとしたら、この判決の結論が変わることになる。秦光昭「質権の設定された預金債権の譲受人と民法500条の法定代位」手形研究188号（1972年）26頁。

[81] 最高裁昭和48年７月19日（民集27巻７号823頁）。

用支出〔債権が譲渡されることによる弁済費用又は誤払防止のための調査費用の増加〕をしたくないので、自分は預金者に融資することをしないまま、預金者が他から融資を受けようとするのを妨げることはよろしくあるまい。」と説く[82]。預貯金債権に対する譲渡制限特約が合理的か否かは、（預貯金担保）貸付が円滑に行われているか否かによる。貸付が円滑に行われているなら、譲渡制限特約は銀行の事務費用を減らし、また預貯金担保貸付という方法は手続費用やモニタリングコストも安い。要するに、預貯金債権に関する譲渡制限特約の合理性は、それ自体では決まらず、貸付の実態に依存している。現在は、銀行で定期預貯金を預けておけば、誰でも定期預貯金担保貸付を利用することができるから、銀行は預貯金者の請求に応じて一定額を融資しなければならない。銀行は預貯金者に融資するのであれば、事務手続煩雑化の回避を理由として譲渡制限特約を正当化することはできるといえるだろう。

第５款　クレジット取引と譲渡制限特約の効力

クレジット取引において、クレジット会社は、加盟店の間で、加盟店のクレジット会社に対する立替払請求権又は債権譲渡代金請求権につき譲渡制限特約を締結することがある。例えば、三井住友カード加盟店規約に「加盟店は、売上債権及び立替払い請求をすることにより発生する加盟店の当社に対する債権を第三者に譲渡し、もしくは立替えて支払わせることはできない」旨の特約が記載されている。譲渡制限特約によって確保されているクレジット会社の利益としては、㋐相殺利益の確保、㋑事務手続煩雑化の回避、㋒過誤弁済危険の防止といった点が挙げられる。

上記㋐の相殺利益の確保については、「加盟店と顧客の取引がキャンセルされた場合のクレジット会社の加盟店に対する立替払金返還請求権又は債権譲渡代金返還請求権及びクレジット会社の加盟店に対する手数料請求権が加盟店のクレジット会社に対する立替払金請求権又は債権譲渡代金請求権との相殺により決済されるため、かかる相殺が債権譲渡に

[82] 米倉明「債権譲渡禁止特約に関する再検討」法学研究（愛知大学）47巻第２号（2006年）59-60頁。

よって排除されることを防止すること等にある」との指摘がある[83]。

上記㋑の事務手続煩雑化の回避については、「（ア）クレジット会社が極めて多数の加盟店に対して多額の立替払金又は債権譲渡代金を支払うため、自動的かつ画一的な処理を行うシステムを導入していること、（イ）多数の加盟店に対する小口かつ多頻度の支払を銀行に対する口座振替の指図等によって行っていること等から、加盟店のクレジット会社に対する立替払請求権又は債権譲渡代金請求権が譲渡された場合に支払先を変更することが困難であること」との指摘がある[84]。

上記㋒の過誤弁済危険の防止については、「支払先変更がシステム上不可能なタイミングでクレジット会社が立替払金請求権又は債権譲渡代金請求権の譲渡通知を受領した場合には、クレジット会社は、当該債権譲渡の譲受人に対して支払義務を負うにもかかわらず加盟店に対して支払を行うことになり、二重払いの危険を負うこと」との指摘がある[85]。

改正法は、債務者の利益を保護するために、466条３項において「前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる。」として、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で譲渡制限特約の効力を認めている。これによって、466条３項が立替払請求権又は債権譲渡代金請求権に適用される限り、これまで譲渡制限特約により保護されてきた債務者の利益のうち、㋐相殺利益の確保、㋑過誤弁済危険の防止、㋒事務手続煩雑化の回避は、改正法のもとでも引き続き保護されることになる。しかし、466条４項及び466条の３の規律が発動された場合に債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗することができなくなるため、債務者の利益保護は後退する。もっとも、改正法は、469条３項を設けて相殺の抗弁を対抗できるように手当てしており、その範囲で相殺

[83] 社団法人日本クレジット協会＝債権法改正に係る研究会「債権法改正に係る意見（中間論点整理）」（平成22年５月18日）18頁。

[84] 社団法人日本クレジット協会＝債権法改正に係る研究会・前掲注83）18頁。

[85] 社団法人日本クレジット協会＝債権法改正に係る研究会・前掲注83）18頁。

利益が確保されている。いずれにせよ、466条４項及び466条の３にいわゆる事由が生じた場合に㋑過誤弁済危険の防止、㋒事務手続煩雑化の回避といった債務者の利益は十分に保護されない。

民法改正の過程において、銀行を債務者とする預貯金債権及び立替払請求権等に対しては、特則として譲渡制限特約付債権の譲渡は改正前法どおりに無効とする旨の規律とする意見があった[86]。この意見と異なり、改正法466条の５は、改正前法の考え方を維持する債権類型を預貯金債権に限っており、立替払請求権が挙げられていない。466条の５により保護されているのは、上記㋒の事務手続煩雑化の回避という銀行の利益である。具体的には、466条４項及び466条の３のような規律が発動されると、銀行は譲渡制限特約をもって譲受人に対抗できなくなるため、債権の譲渡を管理する必要が生じる。預貯金債権と同様に、立替払請求権の債務者である銀行は、極めて多数の取引先を有するものであり、466条４項及び466条の３のような規律が発動され、譲渡制限特約の第三者が否定される場合があれば、銀行にしてみれば「その意に反する加盟店による債権譲渡によって、支払先変更に係る多大な事務負担を負い、二重払の危険にさらされる」という不利益を受けることになる[87]。改正法は466条の５において預貯金債権に限って改正前法の考え方を維持したが、466条の５を銀行を債務者とする立替払請求権に適用する余地がないわけではない（466条の５の類推適用）。

第６款　将来債権の譲渡と譲渡制限特約の効力

将来債権の譲渡と譲渡制限特約の効力という論点に関しては、①将来債権譲渡契約が締結された時点で譲渡制限特約が付された場合――基本契約が締結されており、その中に譲渡制限特約が記載された場合――と、②将来債権譲渡契約が締結された後に個別契約が締結されてその中に譲渡制限特約が記載された場合とに分けて検討する。

上記①の場合において、将来債権譲渡契約が締結された時点で基本契約の中に譲渡制限特約が記載されており、裁判所は、改正前法466条２

[86] 部会資料33-3・６頁、部会資料71-4・93頁。

[87] 部会資料33-3・13頁。

項の基本的な枠組みにおいて、譲渡制限特約の効力を規律する傾向が見られる[88]。つまり、債務者は、譲渡制限特約を悪意又は重過失のある譲受人に対抗することができる（同項ただし書）。これに対して、上記②の場合において、将来債権譲渡契約締結された時点で譲渡制限特約が存在せず、裁判所は、改正前法466条２項ただし書を適用する余地がないとして、債務者は常に譲渡制限特約を譲受人に対抗することができるとしている[89]。

改正法は、466条の６において「前項に規定する場合において、譲渡人が次条の規定による通知をし、又は債務者が同条の規定による承諾をした時（以下「対抗要件具備時」という。）までに譲渡制限の意思表示がされたときは、譲受人その他の第三者がそのことを知っていたものとみなして、第466条第３項（譲渡制限特約の意思表示がされた債権が預貯金債権の場合にあたっては、前条第１項）の規定を適用する。」として、将来債権の譲渡後に付された譲渡制限特約の効力を明文化している。これによって、債務者対抗要件の具備時までに譲渡制限特約が付された場合（以下「②－ａ」の場合」という」）には、債務者は譲受人に対して特約を対抗することができることになる。その反面、債務者対抗要件の具備後に譲渡制限特約が付された場合（以下「②－ｂ」の場合」という」）には、債務者は特約を譲受人に対抗することができないことになる。

先に確認したように、改正前法のもとでは、上記②の場合において債務者は常に譲渡制限特約を譲受人に対抗することができるとされている。債務者の利益の保護という観点からは、改正法のもとでは、上記の②－ｂの場合において債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できないものとすると、その範囲で債務者の保護が後退する。ドイツ法においては、判例は譲渡制限特約の効力を先行する債権譲渡の譲受人との関係でも貫徹させており、「通謀や害意がなく、債務者が既に譲受人に権利が移転したことを知っていただけでは、譲渡禁止特約を結ぶことに対する債務

[88] 大阪地裁平成15年５年15日（金法1700号103頁）、大阪地裁平成17年11月30日（金法1795号62頁）。

[89] 東京地裁平成24年10月４日（判タ1387号216頁）、東京地裁平成27年４月28日（判時2275号97頁）、東京地裁平成28年４月22日（訴月63巻３号1132頁）。

者の利益はなお法的保護に値すると考えられているのである」[90]。日本法に目を転じると、債務者対抗要件の具備により譲受人に譲渡制限特約を対抗できなくなった後においても、債務者の相殺の抗弁を保護するための手当てしておく必要がある。そこで、改正法は、②－ｂの場合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、将来債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に締結された契約から発生する債権による相殺の抗弁を認め、債務者の相殺の利益を確保しているのである（469条２項２号）。

なお、改正法466条の６第３項は、上記②の場合を想定して設けられたものであるから、①の場合については、同項は適用する余地がなくて、466条２項以下の条項や466条の５第１項が適用されることになる[91]。

第７款　原因契約の変更と譲渡制限特約の効力

継続性のある契約において、経済状況等の変化により当該契約の内容を変更してしまうケースがある。例えば、建設工事請負契約においては、通常、債権の発生時期と支払時期との間の時間が長いため、この間に設計図書変更等による請負代金債権の変更、解除による請負代金債権の一部又は全部の消滅等が生じることが多いとの指摘があった[92]。また、請負代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された場合であっても、注文者が譲渡人である請負人の資金調達上の都合により、譲渡人に弁済することも予想される[93]。請負代金債権が譲渡された後も、注文者と請負人との間で請負契約の内容を変更することは、契約自由の原則から差し支えないが、契約の変更は、譲受人に対して効力を有するのかが問題となる。これについては、債務者対抗要件具備時を基準として、契約の変更がそれ以前に行われた場合と、その後に行われた場合とがある。

まず、前者の場合を取り上げる。債権が譲渡されていたことを知らない債務者は、契約の変更が制限されると考える理由はない。改正前法の

---

[90] 石田・前掲注13）282-286頁。

[91] 中田・前掲注13）225-226頁。

[92] 東京地裁平成15年12月１日（公刊物未登載）。

[93] 大阪地裁昭和49年２月15日（金法729号33頁）。

もとでは、債務者は、債務者対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるとされる（468条２項）。したがって、譲渡通知前に契約の変更が行われた場合には、譲受人に対してそれを対抗することができる。このようにして、債務者には、譲渡制限特約により債権の譲渡を制限するまでもなく、契約変更の機会を確保しうる道が存在するのである。

次に、後者の場合を検討してみよう。先に確認したように、改正前法は、その468条２項において、債務者は譲受人に対抗できる抗弁を債務者対抗要件具備までに生じたものに限っているから、債務者対抗要件の具備により譲渡の事実を知った債務者は、経済状況等の変化により契約を変更する必要があったとしても、その契約変更の機会が確保されないおそれがある。もちろん、当該契約に内容変更に関する条項が記載されていた場合には、債務者は、最判昭和42年10月27日民集21巻８号2161頁の論理を援用して、契約の変更を譲受人に対抗することができるかもしれない[94]。しかし、その条項が当該契約に存在しなければ、債務者と譲渡人は契約を変更したとしても、それを譲受人に対抗することができず、契約変更の機会を確保したいという債務者の利益はもはや確保されない[95]。しかし、これについては、海外に目を向けると、アメリカ統一商事法典9:405条、国連国際債権譲渡条約20条、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:308条、共通参照枠草案5:112条４項では、契約の変更が信義誠実に従って行われた場合であれば、譲渡後であったとしても、それは譲受人に対抗することができるという[96]。これらの法体系において、「契約の変更」

---

[94] 池田清治「民法理論の構造と展開に関する実証的研究――パラダイム転換論の異議・役割・限界」（科研報告書、2003年）23頁。

[95] 池田（清）・前掲注94）23頁。

[96] ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:204条の公式注釈には、次のような設例が掲載されている。「建設業者Ｃは、銀行Ｄとの間で、Ｄの顧客の証券その他の貴重品の保管倉庫を建設することを合意した。その後すぐに、Ｄは、銀行事業をＥに譲渡し、建設契約に基づく権利もＥに譲渡した。建設途上で、その保管倉庫の敷地に関するいずれの図面にも示されていない水脈が、倉庫の床の直下に流れており、浸水を防ぐには、排水用に相当額の追加費用で地下ポンプを設置することが必要である、と判明した。このことは、契約の変更条項には含まれ

に関する規定により契約変更の機会が制度的に確保されている点が、日本法と異なる。それでは、日本法において契約変更の機会を確保したいという債務者の利益がどのような形で保護されていたであろうか。

実務では、建築請負契約に請負代金債権の譲渡を制限する条項がよく見られる。譲渡制限特約の趣旨については、「このよう定めが設けられた趣旨は……〈２〉工事請負契約については、通常、債権の発生時期（契約成立時）と支払時期（前払時、部分払時、工事完成時）との間の期間が長いため、この間に設計図書変更等による請負代金債権の変更、解除による請負代金債権の一部又は全部の消滅等が生じることが多いなど、工事請負代金債権の金額について不確定な要素が多いことから、公共工事の請負代金債権について譲渡禁止特約を設け、発注者があらかじめ承諾をした場合のみ譲渡することができるとしているものである」とした判決がある。つまり、契約内容の変更に備えて、契約に譲渡制限特約が記載されることがあり得る。検討の対象となる事例を確認しておこう[97]。請負人Ａと注文者Ｂとの間で譲渡制限特約付請負契約が締結されたが、ＡがＢに対して取得する代金債権をＣに譲渡し、その旨がＢに通知された。その後、Ａが財務状況の悪化で工事の継続が困難になり、Ｂが一部代金をＡに支払って工事の継続をさせた。この事例において、ＢはＡの財産状況により契約の支払条項を変更して一部代金をＡに支払ったが、それをもってＣに対抗することができる。ここでは、Ｂの利益保護が相殺によって対応することができるかという問題があり得る。つまり、Ｂの反対債権（譲渡通知後に行われた一部代金の支払いによってＢがＡに対して取得した債権）と譲渡された請負代金債権とが同一の契

ないが、それでも、建築技師は、保管倉庫が使用不能にならないようにするためにはポンプの設置が不可避であると考え、ポンプと労働の費用が認約上の代金に追加されることを示して、建設業者に必要な指示をした。この変更は、Ｆの同意なく行われたとしても、Ｅを拘束する。」オーレ・ランドーほか編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008年）72-73頁。同じ設例が共通参照枠草案5:112条の公式注釈にもある。この設例において、ＤからＥに譲渡された権利は、金銭債権ではなく、Ｄの建設契約に基づいてＣに対して取得する目的物の引渡請求権である。

[97] 樋口範雄『アメリカ契約法（第２版）』（弘文堂、2008年）337頁。

約に基づいて発生したものでなくても、牽連性を有するものとして相殺が認められるという考え方があり得る。相殺によって債務の利益が保護されるのであれば、譲渡制限特約を締結する必要がない。しかし、相殺によって対応することができない事例がある。例えば、請負契約において、工事が進んでいるが、工事が遅れているから、請負代金の支払期が延期された。このような事例において、譲渡制限特約を締結しておけば、請負代金の支払期の延期等、相殺では解決できない問題に対しても対応可能というメリットがある。他方、公共工事に係る工事請負代金債権の譲渡については、譲渡人からの債権譲渡承諾依頼書を受けた債務者は、契約変更により請負代金債権の額に増減が生じた場合には請負代金債権の額は変更後のものとすることについて異議を留めて承諾することもある。債務者の事後承諾により、債権譲渡は譲渡の時に遡って有効となるが、債務者が契約内容の変更につき異議を留めた場合には、それは譲受人に対しても効力を有する。このようにして、日本法においては、譲渡制限特約は、「契約の変更」に関する規定の欠如をカバーする機能を果たしているのである。そして、改正法でも466条２－３項において弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で譲渡制限特約の第三者効を認められているから、債務者は譲渡制限特約を締結することにより契約変更の機会を確保することができる。しかし、ここで注意すべきなのは、弁済や相殺と異なり、「原因契約」の変更については、「取引上の合理性」が要求されるという点である。つまり、弁済や相殺はそれ自体として「合理的」であるが、それ以外の「変更」については、常に「合理的」とは言い切れず（理由もなく履行期が延期された場合、合理性を欠いている）、そのため、「合理性」が要求されることになる。

終　章

第１節　本稿の結論

第１款　総論

第１項　譲渡制限特約の機能的分析

改正前法のもとでは、譲渡制限特約の機能を検討する際に、その典型例として想定されていたのは、預貯金債権である。例えば、米倉明教授は、『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（1976年）という論文において、預貯金債権の譲渡を重点に置き、譲渡制限特約の機能として次のようなことが析出された[1]。すなわち、①相殺利益の確保、②過誤弁済危険の防止及び③事務手続煩雑化の回避等である。これらの利益を確保するために締結された譲渡制限特約の第三者効については、債務者である銀行の利益が譲受人の利益を圧倒するほどの重要性を有しないという理由で否定的である（特約の効力制限論）[2]。この見解は、立法論としてとも角、改正前法466条２項の解釈論として実務では採用されなかった[3]。しかも、預貯金債権だけでなく、譲渡制限特約付請負代金債権・売買代金債権・保証金（敷金）返還請求権等が譲渡された場合において、裁判所は譲渡制限特約に第三者効を認める傾向が見られた[4]。その後、債権の種類ごとに譲渡制限特約を研究する論文としては、石田剛教授の『債権譲渡禁止特約の研究』（2013年）が挙げられる[5]。同論文では、譲渡制限特約につき譲受人の無重過失の意義及び判断構造が検討されたが、譲渡制限特約の

---

[1] 米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（学陽書房、1976年）70-80頁。その後、米倉明教授は、「債権譲渡禁止特約に関する再検討」（2006年）という論文において、自身の特約効力禁止論を諦め、物権的効力説を採るという前提のもとで、その代案として改めて類型化を試みた。同「債権譲渡禁止特約に関する再検討」法学研究（愛知大学）47巻第２号（2006年）54-62頁。

[2] 米倉・前掲注１）224頁。

[3] 東京地裁昭和52年６月17日（訴月23巻６号1067頁）等。

[4] 本稿第５章第１節第２款第２項、同章第２節第２款第２項、同章第３節第２款第２項、同章第４節第２款第２項。

[5] 石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、2013年）50-82頁。

機能的分析が捨象された。

本稿は、実務では譲渡制限特約がどのような場面にいかなる理由から利用されているかという視点から譲渡制限特約の効力を研究するのである。日本では、金銭債権のうち請負代金債権、売買代金債権、保証金（敷金）返還請求権、預貯金債権に譲渡制限特約が付されていることが典型である。それ以外に、非金銭債権に関してはどの程度譲渡制限特約が利用されているのかは、必ずしも明らかでない状況にある。先に紹介したように、従来の研究では譲渡制限特約の機能として検討されてきたのは、①相殺利益の確保、②過誤弁済危険の防止及び③事務手続煩雑化の回避である。本稿からは、それ以外にも、譲渡制限特約は、④「紛争に巻き込まれるリスクを回避すること」又は⑤「譲渡された債権を発生させる契約を変更する機会を確保すること」を可能にする機能、及び⑥「建設工事の適正な施工、最後まで工事を完成させること」を確保する機能を有する、ということが明らかになった。④に関して、実務では同一債権につき二重の譲渡通知が到達したり、裁判所からの仮差押命令が到達した場合が多く、債務者が紛争に巻き込まれるリスクは、改正前法にも内在しているから、このようなリスクを回避することが譲渡制限特約を付す動機になり得る。そして、債務者は争いの結果を待たず、譲渡された債権について債権者不確知を原因として供託する傾向が強く見られる。また、⑤及び⑥は法的問題として争われたのは、主として建設工事請負代金債権が譲渡された場面である。これは、建設工事請負契約において、請負代金債権が譲渡された後に、請負人が建設工事を完成させる債務を履行し続けることができるかどうか注文者に不安を抱かせること、また設計図書変更等により請負代金債権の変更等が生じることが多いなど、建設工事請負代金債権の金額について不確定な要素が多いからである[6]。

第２項　譲渡制限特約の比較法的考察

近時、譲渡制限特約の効力については比較法的検討がなされていたが、一般的動向の紹介にとどまっており、機能的分析や関連制度との接合関係はあまり意識されていなかった。譲渡制限特約の効力に関する国際的

[6] 東京地裁平成15年12月１日（公刊物未登載）等参照。

趨勢について、池田真朗教授は、アメリカ統一商事法典と国連国際債権譲渡条約を比較対象とし、国際取引世界において譲渡制限特約の第三者効を否定するという趨勢を析出した[7]。しかし、国際ファクタリング条約６条２項、ヨーロッパ契約法原則Ⅲ11:301条、共通参照枠草案5:108条ないしフランス民法典1324条４項においては、譲渡制限特約を第三者に対抗することができるものとする旨の規律が存在している。

譲渡制限特約の効力の国際的趨勢を析出するには、複数の国の立法例を取り上げるのが適当と考え、本稿では外国法としては中国契約法、中国民法典、アメリカ統一商事法典、国際ファクタリング条約、国連国際債権譲渡条約、ヨーロッパ契約法原則、ユニドロワ国際商事契約原則、共通参照枠草案等を考察対象とした。確かにアメリカ統一商事法典をはじめ多くの法律においては、一定の類型の金銭債権について譲渡制限特約の第三者効を否定していたが、これまで譲渡制限特約により確保されてきた「相殺利益の確保」及び「契約変更機会の確保」といった債務者の利益が他の法的手段により保護されている。例えば、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（国連国際債権譲渡条約18条等）。また、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ろう場合には、原因契約の変更は譲受人に対して効力を有するとされる（国連国際債権譲渡条約20条等）。

上記諸外国のルールと異なり、日本改正前法では「牽連性を有する債権間の相殺」又は「原因契約の変更」に関する規定が存在しない。しかしこのことから、債務者の利益が日本法では十分に保護されないかというと、必ずしもそうではない。日本の取引社会では、譲渡制限特約が広く利用されており、それは債務者の利益を保護するための機能を果たしている。結局、日本法では「譲渡制限特約の第三者への対抗の可否」として論じられていることが、上記諸外国では「牽連性を有する債権による相殺の可否」又は「原因契約変更の第三者への対抗の可否」として捉えられていることは明らかになった。それぞれの国において、譲渡制限

[7] 池田真朗『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、2011年）309-314頁。

特約の利用実態が異なるから、アメリカをはじめ多くの国は、譲渡制限特約の第三者効を否定したとしても、日本法では譲渡制限特約が合理性を有するのであれば、譲渡制限特約の第三者効を認めるべきであろう。

第３項　譲渡制限特約の沿革的考察

改正法においては、債権譲渡につきいつくかの注目すべき改正がされた。とりわけ、譲渡制限特約の効力については、根本的な見直しがされている。まず、改正法では、譲渡制限特約に違反して行われた債権譲渡が有効であるが、債務者は悪意又は重過失のある譲受人に対して、その債務の履行を拒むことができ、かつ譲渡人に弁済ないし相殺することができるとされている（466条２-３項）。ただし、預貯金債権については、譲渡制限特約に違反して行われた債権譲渡を無効とする旨の規定が設けられている。また、債権譲渡と相殺については、改正法は、無制限説を明文化したうえで、次のような２つの方向から相殺の範囲を拡張している。１つは469条２項１号の「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」であり、もう１つは同条２項２号の「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」である。そして、将来債権が譲渡された後に締結された譲渡制限特約の効力については、債務者対抗要件の具備後に譲渡制限特約が付された場合には、債務者は特約を譲受人に対抗することができない旨の規定が設けられている。これらの規律及び規律相互の関係を正しく理解するためには、沿革的考察を行う必要がある[8]。

---

[8] 千葉恵美子「債権譲渡制限特約と民法改正――債権の流動化・担保化はどこまで可能になったのか」大塚龍児先生古稀記念『民商法の課題と展望』（信山社、2018年）437頁以下は、改正の過程を紹介しなかったが、次のような課題を提示した。すなわち、「もちろん、立法作業の中で、どのような議論を経て改正法に到達したのか、あるいは、どのような議論を経て、改正に至らなかったのかという検証作業が必要となるであろうが、今後の法の運用に当たっては、むしろ、改正条文相互の関係、改正条文と改正されなかった条文との関係に考察を加え、改正法によって、どのような法規範が形成されることになるのか、また、これまでに形成されてきた判例理論や学説が、改正条文の解釈にあたって今後も意味があるのかが、とりわけ重要な検討課題となる。」。

本稿においては、466条２-３項（第２章第１節）、466条４項及び466条の３（同章第２節）、466条の２（同章第３節）、466条の６（同章第４節）、469条（同章第５節）、466条の５（第３章）の改正過程[9]を確認してきたが、主として次のようなことが明らかになった。第１に、466条２-３項と466条の５は、いずれも債務者の利益を保護するために設けられているものであり、後者において譲渡制限特約の主張権者が債務者に限定されていないが、解釈論しては、譲渡無効の主張権者を債務者に限定すべきであるとする考え方もあり得る。第２に、469条により債務者の相殺範囲は広汎に認められるにいたったとしても、同条によってカバーされない場面においては、債務者は相殺の利益を確保したいのであれば、譲渡制限特約を締結する必要がある。第３に、債務者の利益を保護するために、466条２-３項が設けられているが、同規定が預貯金債権に適用されると、債務者である銀行の利益が十分に保護されない場面がある。預貯金債権を別扱いにする意義は、466条４項、466条の２、466条の３のような規定を預貯金債権に適用しないことにあるのである。第４に、改正前法のもとでは譲渡制限特約により保護されていきた紛争に巻き込まれるリスクの回避という債務者の利益が、改正法のもとでも466条の２により保護される。第５に、将来債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後において、譲渡制限特約が締結されたとしても、債務者は譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができないが、これまで譲渡制限特約により保護されてきた相殺利益の確保という債務者の利益が、改正法のもとでも469条２項２号により保護される。

第２款　分論

第１項　譲渡制限特約と法定相殺との役割分担

請負契約、売買契約、賃貸借契約、預金取引においては、請負代金債権等の債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された場合であっても、債務者は譲渡人に対して反対債権を取得する事案が多い。改正前法のもと

[9] 白石大「債権譲渡制限特約に関する法改正の日仏比較」瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題（上巻）』（成文堂、2018年）529頁以下は、466条の改正過程に触れている。

では、債務者は、譲渡人に対して反対債権を取得したとしても、その債権が債務者対抗要件具備後に発生した場合に、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のが原則である（改正前法468条２項の解釈）。もちろん、改正前法468条２項を解釈によって拡大する可能性は残されていたが[10]、債務者はこのような場合に備えて譲渡制限特約を付することによって相殺の利益を確保する実務が定着している。その結果、改正前法は、468条２項で債務者が譲受人に主張できる相殺の抗弁を債務者対抗要件具備前に譲渡人に主張できるものに限っているが、債務者は譲渡制限特約により相殺可能な領域を創出することができる仕組みになっている。

改正法のもとでは、債務者の譲渡人に対して取得する反対債権が、債務者対抗要件具備時より前に生じた債権（469条１項）、債務者対抗要件の具備時より前の原因に基づいて生じた債権（同条２項１号）、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（同条２項２号）である場合に、債務者は当該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相殺利益の一部が、改正法においては「債権譲渡と相殺」に関する規定により保護される。ただ、債務者の譲渡人に対して取得する反対債権が改正法469条に規定されている債権に該当しない場合において、改正前法の仕組みは、改正法のもとでも維持されている。

本稿は、改正法469条により保護されず譲渡制限特約を付すことによって初めて保護される相殺の利益とは具体的に何であるか、という問題意識から、請負代金債権、売買代金債権、預貯金債権といった債権の譲渡を念頭において譲渡制限特約の存在意義を確認した[11]。第１に、請負契約においては、①請負契約甲に基づく請負代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、請負契約甲と異なる請負契約乙が締結され、

---

[10] 深谷格「相殺の構造と機能――フランス法を中心として（４）」名古屋大学法政論集137号（1991年）416頁以下、深川裕佳『相殺の担保的機能』（信山社、2008年）255-282頁、山田八千子「イギリス法における衡平法上の相殺の構造――牽連性要件を中心として（１）」東洋法学44巻２号（2001年）15-36頁。

[11] 本稿第５章第５節第１款。

注文者は、この契約に基づいて譲渡人に対して損害賠償請求権を取得した場合、②請負代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後でも、注文者は当該工事の進行の必要等から、請負人に代わって下請業者に対して賃金などの立替払いを行い、請負人に対して立替払債権を取得した場合がある。第２に、売買契約においては、③基本契約に基づいて締結された売買契約甲に基づく売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、買主は売主との間で基本契約に基づいて売買契約甲と異なる売買契約乙を締結し、この契約の債務不履行として売主に対して損害賠償請求権を取得した場合、④売買契約甲に係る代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、譲渡人であるブランド品メーカーが倒産し、その販売先の売卸業者がブランド価値毀損などで返品をして反対債権を取得した場合、⑤将来の売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、将来債権の発生となる売買契約及び販売協力契約がそれぞれ締結され、買主は販売協力契約に基づいて売主に対して割戻金請求権を取得した場合、⑥将来の原材料の売買代金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、原材料及び製品の売買契約がそれぞれ締結され、債務者は、譲渡人に対して製品の売買代金債権を取得した場合がある。第３に、⑥不動産賃貸借においては、賃料債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、賃借人は賃貸人に対してそれぞれ敷金及び建設協力金を差し入れ、敷金返還請求権又は建設協力金返還請求権を取得した場合がある。第４に、銀行取引においては、⑦預貯金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、銀行は預貯金者の請求に応じて定期預貯金を担保に預貯金者に対して貸付を行い、貸付金債権を取得した場合、⑧預貯金者から約束手形等を取得し、これを割り引き、手形割引債権を有していた場合、⑨預貯金債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、銀行は、第三者に対して貸付を行い、預貯金者はその連帯保証人となっていたが、弁済期に貸金の弁済がなかったので、銀行は預貯金者に対して保証契約上の債権を取得した場合がある。これら場合においては、債務者が譲渡人に対して取得した債権は、改正法469条に規定されている債権に該当しないから、同条によっては相殺の利益は保護されない。そこで、債務者は相殺の利益を確保したいのであれば、譲渡制限特約を締結することになる[12]。

第２項　契約変更規定の存否と譲渡制限特約の機能

債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後において債務者が譲渡された債権を発生させる契約の内容を変更したときは、譲受人の同意が必要とされる（改正前法468条２項の解釈）。この場合において、譲受人は、契約の変更が譲受人の債務者に対する権利に影響を与えることを理由として契約の変更に同意しない、という事態が生じ得る。日本では、「原因契約の変更」に関する規定がなく、また契約変更の譲受人への対抗可否に言及する論稿も多くない[13]。これに対して、比較法に目を転じると、現在ではアメリカ統一商事法典、ヨーロッパ契約法原則、共通参照枠草案、中国民法典をはじめ多くの法律が「原因契約の変更」に関する規定を有しており、この規定は債権譲渡法上不可欠な準則となっている[14]。

本稿は、上記諸外国では「原因契約の変更」に関する規定により保護された債務者の契約変更の機会が日本法ではどのような形で保護されているのか、という問題意識から日本の裁判例を確認してきたが、主として次のことが明らかになった。建設工事請負契約においては、譲渡制限特約が広く用いられており、債務者は譲渡制限特約を付すことによって契約の内容を変更する機会を確保しようとするのである[15]。換言すれば、譲渡制限特約は、債務者が契約の内容を変更する機会を確保することを可能にする法的手段であり、債務者にとっては実益を有する。そして、譲渡制限特約の効力をめぐる裁判例において、裁判所は譲渡制限特約の合理性に積極的評価を加えて譲渡制限特約の第三者効を認める傾向が見

---

[12] 改正法469条２項２号にいう「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」を、フランスの議論を参考して広く解釈しようとする論文は、岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理――フランス法における同時履行の抗弁を中心として（10完）」法学協会雑誌135巻12号（2018年）2887-2889頁等が挙げられる。

[13] 改正前法の議論としては、池田清治「民法理論の構造と展開に関する実証的研究――パラダイム転換論の異議・役割・限界」（科研報告書、2003年）23頁、同「債権の流動化と譲渡禁止特約の効力」北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センター年次報告書２号（2002年）77-78頁がある。

[14] 本稿第４章第８節第１款。

[15] 東京地裁平成15年12月１日（公刊物未登載）等参照。

られる。債務者が契約の内容を変更する機会を確保するために譲渡制限特約を付したのに、譲渡制限特約の第三者効を認めないとするならば、譲渡制限特約を締結する意味がなくなってしまうから、裁判所の法的判断に合理性があると評することができる。

改正法では、譲渡制限特約の効力が弁済先を譲渡人に固定するという債務者の利益を保護する範囲で限定されたとしても、債務者は悪意又は重過失の譲受人からの履行請求を拒むことができ、かつ譲渡人に弁済することができる（466条２-３項）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。譲渡制限特約を付すことにより契約の内容を変更する機会を確保する実務は、改正法でも維持されている。このようにして、日本法においては、譲渡制限特約は、「原因契約の変更」に関する規定の欠如をカバーする機能を果たしているのである。「原因契約の変更」に関する規定を有する上記諸外国では、譲受人の主観態様を問わず、契約の内容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るが、日本法においては、譲渡制限特約につき善意又は重過失のある譲受人との関係では譲渡制限特約の第三者効が認められないから、債務者の利益が十分に保護されないとの懸念があるかもしれないが、建設工事請負契約等に譲渡制限特約が付されることが一般的であり、譲渡制限特約につき善意又は重過失のある譲受人が多くないので、上記諸外国との差異はそれほど大きくないと思われる。

第３項　預貯金債権の譲渡と譲渡制限特約の主張権者

改正前法のもとでは、譲渡制限特約の主張権者をめぐって学説は対立しているが[16]、裁判例の態度の骨格はほぼ固まっており、債務者のほか、譲渡人以外の者に譲渡制限特約の効力を主張する利益が認められている。つまり、債務者以外の者は、譲渡制限特約によって「譲渡された債権を譲渡人の責任財産にとどめておく利益」、又は譲渡された債権につ

[16] 池田清治「民法学における『意図せざる結果』」民事研修517号（2000年）12頁以下、中田裕康『債権総論（第３版）』（岩波書店、2013年）528頁、石田・前掲注５）77-79頁等参照。

いての優先順位を確保することができる[17]。譲渡制限特約は、そもそも債務者の利益を保護するためのものであるが、実務ではこれと異なる目的で利用されている。これに対して、改正法466条２−３項は、債務者以外の第三者が譲渡制限特約の効力を主張できない方向で設けられたものである（３項は「債務者は……第三者に対抗することができる」としている）。そのため、改正前法の判例理論は、改正法466条２−３項が適用される場面で、その意義を失うことになる。他方、改正前法の枠組みが、預貯金債権については維持されている。すなわち、譲渡制限特約に違反する預貯金債権の譲渡は、悪意又は重過失の譲受人との関係では、無効である（改正法466条の５）とされているのである。すると、ここでの問題は、誰がこの無効を主張できるかである。

本稿は、債務者以外の第三者に譲渡制限特約の効力を主張する利益が認められるべきかという問題意識から、譲渡制限特約の比較法的考察ないし沿革的考察を行ったが、主として次のことが明らかになった。第１に、債務者のほか、譲渡人以外の第三者も、譲渡制限特約の存在を援用することができるとする考え方は、比較法の観点から異例である。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。第２に、改正法466条の５の趣旨は、預貯金債権者の交代に伴う不利益から債務者である銀行を保護することにある。また、民法改正の過程では、第93回会議において誰が無効を主張できるかについて明示的な文言は見当たらないが[18]、第96回会議において譲渡無効の主張権者を「債務者」とするとの文言が追加された[19]。しかし、それ以降の会議においては、この「債務者」という文言は削除された。「債務者」という文言が追加された際も、削除された際も、その理由は述べられていない。したがって、無効の主張権者が誰であるかについては改正法のもとでも、解釈の余地がある。

---

[17] 本稿第５章第１節第２款第２項、同章第２節第２款第２項、同章第３節第２款第２項、同章第４節第２款第２項。

[18] 部会資料81-3・２頁。

[19] 部会資料83-1・31頁、部会資料84-1・32-33頁。

第３に、譲渡制限特約に違反して行われた譲渡が無効であるという意味の無効[20]は、債務者である銀行の利益を保護するために認められてきた譲渡制限特約の効果であるとするならば、譲渡制限特約の主張権者を限定すべきであるとする考え方は、改正法においても検討に値しよう。改正法466条２−３項と同じように、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定する立場を採用する場合に、預貯金債権についても、改正前法の判例理論はその意義を失うことになる。

第４項　債権の発生原因と譲渡制限特約の効力との相関関係

譲渡制限特約の効力に関しては、諸外国の間にも理論構成において大きな違いがある。ヨーロッパ契約法原則の「譲渡制限特約違反の譲渡が債務者との関係では無効である」構成、共通参照枠草案の「譲渡制限特約違反の譲渡が債務者との関係でも有効であるが、債務者が譲渡人に対して弁済ないし相殺できる」構成が代表的である。このうち、改正法466条２−３項に近いのは、共通参照枠草案の理論構成である。改正法466条の５は、ヨーロッパ契約法原則の理論構成に近い。ヨーロッパ契約法原則の理論構成では、譲渡制限特約違反の譲渡が債務者に対して効力を有しないから、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し、債権の譲渡をなかったものとして行動すればよいのに対して、ヨーロッパ契約法原則の理論構成では、弁済の相手方を譲渡人に固定するという債務者の利益が保護されるが、譲渡制限特約違反の譲渡が債務者に対して効力を有するから、債務者は譲渡の有無ないし譲渡の過程を管理することが必要になる場面が出てくるかもしれない。それが具体的にいかなる場面を意味しているかというと、ヨーロッパにおいては必ずしも明らかではない[21]。

本稿は、改正法466条２−３項と466条の５はいずれも債務者の利益を保護するための規定であることを前提にして、466条２−３項では保護されず、466条の５によって初めて保護される債務者である銀行の利益とは、具体的に何であるか、という問題意識から、466条２−３項、466条

[20] 石田・前掲注５）220頁。

[21] 本稿第４章第８節第１款及び第２款。

の５の改正過程等を確認し、主として次のような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は466条２−３項のような規律を採用する場合に、預貯金債権の管理に著しい支障が生ずる。第２に、預貯金債権の管理に著しい支障が生ずるという以上、466条の５が目指しているのは事務手続煩雑化の回避である。第３に、それが具体的に何であるかを特定する、つまり、具体的な状況を明らかにする必要がある。本稿では、①預貯金者が払戻を拒絶している場合と、②銀行が預貯金者に弁済しても、弁済としての効力が認められない場合と、③預貯金者に弁済を受領し、かつ、それが有効な弁済であったとしても、銀行が債権譲渡の事実を把握しておかなければならない場合に分けて、具体的な状況を明らかにした[22]。これらの場合において、銀行としては、譲渡の有無ないし譲渡の過程を記録しておく必要があり、事務処理上のコストが発生する。改正法466条の５があれば、譲渡制限特約違反の譲渡が債務者との関係では無効であるので、銀行としては、預貯金債権の譲渡を管理する必要が生じない。

債権の種類によって譲渡制限特約に込められている意味が異なっており、譲渡制限特約の効力を語る際には、その債権の発生原因との相関関係を考慮に入れて立論するのは、適切である。請負代金債権、売買代金債権、保証金（敷金）返還請求権について、「譲渡制限特約違反の譲渡が債務者との関係でも有効であるが、債務者が譲渡人に対して弁済ないし相殺できる」構成を採用しても、当該構成が預貯金債権について同様に適用されるのはおかしいことになる。また、請負代金債権又は売買代金債権と、保証金（敷金）返還請求権とでは、譲渡制限特約のあり方や効力が異なっている。請負契約又は売買契約において、譲渡制限特約は、債務者の相殺利益を確保することを可能にするものであり、債務者にとっては実益を有する。不動産賃貸借において、保証金は、賃貸人の賃貸借契約に基づいて賃借人に対して取得する反対債権につき担保的機能を果たしている――保証金自体で賃貸人の反対債権が担保される――のであるので、賃貸人は、あえて保証金返還請求権に譲渡制限特約を付し

[22] 本稿第５章第５節第４款。

て同債権を賃借人に固定する必要がない[23]。

なお、保証債権については、日本ではほとんど議論がされておらず、中国では保証債権に譲渡制限特約が付される事案が見られる。保証契約に譲渡制限特約が付された場合に、主たる債権が譲渡されても、保証人は保証債権の移転をなかったものとして行動することができる。しかも、保証人は、譲渡人に対しても保証責任を負う必要がない。中国法では、譲渡制限特約は、保証人の保証責任を免除することを可能にするものであり、保証人にとっては実益がないわけではない。保証債権の移転をめぐる裁判例は少ないが、譲渡制限特約の第三者効が認められている[24]。いずれにせよ、請負契約、売買契約、不動産賃貸借、銀行取引における利益状況とは異なる状況にあり、債権の種類によって譲渡制限特約に込められている意味は異なっているのである。

第２節　今後の課題

第１款　非金銭債権と譲渡制限特約の効力

日本では、譲渡制限特約の効力は、従来主として金銭債権のうち預貯金債権、請負代金債権、売買代金債権、保証金（敷金）返還請求権等との関係で議論されることが多いが、非金銭債権との関係ではほとんど議論されていない。非金銭債権に関しては、譲渡制限特約の効力をめぐる法的紛争が表面化していない[25]ので、譲渡制限特約の効力を検討する必要がないということなのかもしれない[26]。請負契約、売買契約、不動産賃貸借、銀行取引においては、金銭債権につき譲渡制限特約があまねく普及しているが、なぜ建物建設、物品運送及び役務提供等の非金銭債権につき譲渡制限特約が慣行化していないのだろうか。

---

[23] 本稿第５章第２節第２款第２項。

[24] 本稿第４章第２節第４款第２項。

[25] 石田・前掲注５）223頁。

[26] 石田・前掲注５）223頁は、ドイツ法の学説を参考にして「非金銭債権に関して相対的無効説の考え方を取り入れることも、もっと検討されてよいだろう」と説く。

これに対して、比較法に目を転じると、現在ではユニドロワ国際商事契約原則、中国民法典をはじめとする立法例は、非金銭債権につき譲渡制限特約を第三者に対抗することができるとする旨の規定を有している。例えば、ユニドロワ国際商事契約原則9.1.9条２項においては、「（２）金銭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また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[27]。つまり、非金銭債権に関しては、譲渡制限特約は悪意又は過失のある譲受人に対しても効力を有し、特約違反の債権譲渡が効力を有しないというルールが採用されている。ここでは、誰が譲渡無効を主張することができるかという問題がある。また、中国民法典545条２項前段においては、「当事者間で非金銭債権が譲渡できないと約定された場合において、当該約定は善意の第三者に対抗することができない。」と定めている。この条項に関しては、次のような２つの問題がある。第１の問題は、譲渡制限特約に違反して行われた債権譲渡の効力である。債務者は譲渡制限特約を悪意の譲受人に対抗することができるが、悪意の譲受人に対して譲渡制限特約に基づいて如何なる制約を及ぼすべきかは明らかではない状況にある。第２は、同草案545条２項前段にいう「善意」は無過失又は無重過失を必要とするかという問題である。

上記各立法例において、様々な解釈の問題が残されているが、金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡とを区別して、後者につき譲渡制限特約を第三者に対抗することができるルールを採用することが示唆される。つまり、金銭債権と非金銭債権とでは、譲渡制限特約の効力やあり方が異なっており、資金調達を目的とする債権譲渡を促進するために金銭債権につき譲渡制限特約の第三者効を否定したとしても、その論理が非金銭債権につき同様に妥当させるべきかは検討される余地がある。また、非金銭債権に関しては、譲渡制限特約の効力を語る際には、譲渡制限特約

[27] 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）213頁。

により追及されている利益に着目して立論するのは適切である[28]。同じ非金銭債権であっても、債権の種類によって譲渡制限特約が目指している利益が異なっているかどうか､が検討されなければならないのである。従来、日本では譲渡制限特約の効力が非金銭債権との関係で十分に議論さされていないのであり、「非金銭債権と譲渡制限特約の効力」は今後の重要な課題であるというべきである。

第２款　金融取引と譲渡制限特約の効力

国連国際債権譲渡条約をはじめとする立法例は、「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生じる債権」といった取引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ルールを採用しているが、当該ルールは金融取引から発生する債権に適用される余地がない。すなわち、「規制された取引所における取引から生ずる債権」、「ネッティング合意に規律される金融契約から生ずる債権」、「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書に関する清算及び決済のシステムの下の債権」、「仲介者により保有さ

[28] ユニドロワ国際商事契約原則9.1.9条２項の公式注釈では、次のような具体例が掲載している。すなわち、「X 社は、ある技術プロセスに対して X 社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、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、そのような譲渡は効力を有せず、X 社か B 社の債務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。」。しかし、このケースにおいては、譲渡制限特約により確保されている利益は、明らかではない状況にある。私法統一国際協会・前掲注27）214-215頁。ドイツ法においては、非金銭債権に関しては、譲渡制限特約も利用されている。例えば、「新車販売の普通取引約款において、販売条件を保証するための同意留保が業界で慣用されている」。譲渡制限特約により確保されている利益とは、「販売システムをアウトサイダー的商業人の侵入から守るための閉鎖性維持という特殊な利益」である。石田・前掲注５）128頁。

れる証券その他の金融資産若しくは金融証書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の債権」等である。このようにして、同じ金銭債権であっても、取引債権と金融取引から発生する債権とでは、やはり譲渡制限特約のあり方や効力が異なっている。

従来、金融取引において譲渡制限特約は一定の役割を果たしているとの指摘があった[29]。いったい、どのような利益を目指して譲渡制限特約が利用されているのだろうか。同条約は、一定の類型の債権につき譲渡制限特約の第三者効を認めないルールを採用したが、これまで譲渡制限特約により確保されてきた「相殺利益の確保」又は「原因契約変更機会の確保」といった債務者の利益を保護するために、「債権譲渡と相殺」又は「原因契約の変更」に関する規定(18条又20条)が設けられているから、金融取引においても譲渡制限特約を締結する必要はないのではないだろうか。金融取引においては、これらの法的手段では保護されず、譲渡制限特約を締結することによって初めて保護される債務者の利益は、具体的に何であろうか。

国連国際債権譲渡条約の立法過程では、金融取引から発生する債権の債務者に関する特則として、次の条文案が提案された。すなわち、「……条（取引債権でない債権の債務者に関する特則）（１）本条は、取引債権でない債権のみに適用し、かつ、10条１項及び11条２項により規定されている譲渡に対する制限のみに適用する。（２）17条、18条、19条があるにかかわらず、債権の譲渡、債務者への譲渡通知、支払指示は、債務者の権利及び義務に対してその効力を有しない。債務者は承諾したときは、この限りではない。（３）20条２項の規定があるにかかわらず、この条約は、債務者が譲受人に対して有するすべての相殺権及び抗弁権を制限せず、債務者が譲渡通知を受け取った後にこのような抗弁権又は相殺権を取得しても構わない。（４）22条の規定があるにかかわらず、この条約は、譲渡人と債務者との間で原因契約を変更するために締結された合意が譲受人に対して有する効力を制限しない。（５）10条２項及び

[29] 池田真朗「UNCITRAL 国連国際債権譲渡条約草案」NBL772号（2001年）31頁参照。

11条３項があるにかかわらず、債権を譲渡する譲渡人は、譲渡制限の違反により債務者に対して責任を負わず､その違反は効力を生じない。」[30]。債務者の利益を保護するために「債権譲渡と相殺」又は「原因契約の変更」に関する規定等が設けられたとしても、債務者の利益が十分に保護されない場面があるということが分かった。本稿においては、譲渡制限特約により目指される利益に着目して預貯金債権との関係で譲渡制限特約の存在意義を解明したが、他の金融取引から発生する債権について、よりいっそう細かい議論が行われるべきであろう。

[30] A/CN.9/466,para.71 Chinese version p15.

資　　料

黎明期日本社会党の地方組織（２・完）

――「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（２・完）では、1950年１月から51年１月までの「期間報告」を翻刻している。1948年から49年の「期間報告」については、本誌前々号（第72巻第５号）に掲載された（１）を参照。
・冒頭の３つの報告は、時系列に沿って実際の配置から整序しなおしている。この他の凡例は、（１）と同様である。
・当初は本稿末尾に「解説」を付す予定だったが、分量が長大になったため、いったん翻刻部分だけで連載は完結させ、本誌次号（第73巻第２号）以降に別途、論文「社会党道連における政党建設1945-1952――「日本社会党北海道支部連合会期間報告」によせて」として連載する予定である。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1949年12月29日より1950年１月28日に至る期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致します。

記

〔1950年〕１月２日〔月〕

横路〔節雄〕書記長は赤平町豊里礦業所の争議円満解決斡旋のため赤平町に出

張す。
八時より党員会議を開催し、□〔各ヵ〕地労委裁定案をめぐる組合大会に対する党の態度として次の如く協議決定する。
㈠　地労委の裁定案を呑んで争議を打切れ。
㈡　会社が裁定案を呑むと同時に争議を打切る。
組合大会は２日〔午前〕一〇時より開催される予定の所、流会となり、３日にあらためて行はれる事となつた。

１月３日〔火〕

〔午後〕一時より組合大会が開催され、横路〔節雄〕書記長は大要左の如きメッセージを送る。
「今回の争議の根本的原因は吉田〔茂〕第三次内閣の成立に伴ひ、補給金の削減、メリット制の採用、配炭公団の廃止に依り炭礦に対する金づまりが起つたのが遠因である。地労委裁定案について今後の労働協約には人事権の項について相当考慮の要あり、この考慮如何によつて争議の早期解〔決〕があるのではないか」と強調した。

１月８日〔日〕

第十回執行委員会を開催す。三笠支部　菅原英三郎他十八執行委員、傍聴者三名参集す。協議及び決定事項は左記の通りである。
（一）第五回党大会出席代議員決定の件
本部より割当てられた代議員は八名で左の如く決定す。
荒〔哲夫〕委員長。横路〔節雄〕書記長。境一雄。和田敏明。櫻井義郎。黒川留雄。小鴨義雄。永井勝次郎。オブサーバ〔ー〕として韮沢堅次。
（二）党綱領審議委員会報告の件　――境一雄。
（三）農業綱領審議委員会報告　――喜多幸章。
（四）第五回党大会提出道連動議について
㈠　労農党との合同について　――韮沢政治局員
㈡　警察條例設置について　――山内〔栄治〕執行委員

１月14日〔土〕

荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長、党大会出席のため出発す。

１月16日〔月〕

社会党第五回大会開催さる。
出席者　荒〔哲夫〕、横路〔節雄〕、境〔一雄〕、和田〔義明〕、櫻井〔義郎〕、黒

川〔留雄〕、小鴨〔義雄〕、森〔三樹二〕（永井勝次郎事故にて出席不可能、森が出席す）
大会運営委員として　櫻井義郎
資格審査委員　小鴨義雄
運動方針審議委員　境一雄
議案審議委員　和田敏明
規約改正委員　黒川留雄　以上決定す。
当日の議事として議長、副議長を選出す。

1月17日〔火〕

大会第二日
　片山〔哲〕委員長挨拶
　鈴木〔茂三郎〕書記長　経過報告
　佐々木〔更三〕組織部長　組織報告
　中崎〔敏〕会計　会計報告
　三宅〔正一〕、赤松〔勇〕　国会共斗報告
以上に対して質問として北海道より和田敏明氏行ふ。
「講和会議に対する全面講和永生〔ママ〕中立についての党の態度に就いて」

1月18日〔水〕

大会第三日。各議題についての提案説明あり、それ〳〵委員会附托となる。

1月19日〔木〕

大会第四日。各委員会より経過報告あり、大会これを承認す。午後六時、片山〔哲〕委員長声明についての釈明あり〔ヵ〕後、一部退場する者あり。北海道はそのまゝ残留。鈴木〔茂三郎〕書記長、和田〔敏明〕会計についての信任投票を行ふ。木下源吾（道選出参議院議員）を中央執行委員に選出。荒哲夫、横路節雄、境一雄を中央委員に選出す。

1月20日〔金〕

新中央委員会開催さる。

1月22日〔日〕

衆議院議員会館にて荒〔哲夫〕、横路〔節雄〕、木下〔源吾〕、若木〔勝蔵〕、正木〔清〕、森〔三樹二〕、斎藤〔正志〕（道会議員）、佐藤〔吉次郎〕（道会議員）、韮沢〔堅次〕政治局員等出席して懇談会をひらき、北海道は一本でゆくことを確認する。

１月21日〔土〕

オール道庁組合大会が北大講堂にて開催され、道連より永井勝次郎氏、メッセージを送る。

―以上―

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年１月29日より同年２月13日に至る間の日本社会党北海道支部連合会（以下道連と略称）の行動を左の通り報告いたします。

記

１月29日〔日〕

第十一回拡大執行委員会を開催す。

執行部　横路〔節雄〕書記長、政治局員、役員他十四名
執行委員　網走支部前田貞治他十一名
大会代議員　小鴨義雄他七名
支部代表者　釧路支部堀井利勝他三十名

以上参集し種々討議を交す。協議事項及び決定事項左記の通りである。

（一）第五回大会報告の件　横路書記長

第五回大会情勢報告の後質疑応答あり。左記の如き論議過程を辿り声明書を発し、更に党内結束を固くす。

一、吾々は第四回大会の決定が正しかった事を承認し、その過程の中から党を再建して来た事を率直に認める。
二、第五回大会で決定した綱領及運動方針を、今後の斗争方針として確認する。
三、従つて最後まで大会を守った代議員の行動を満場一致で承認した。
四、今回の分裂は派閥抗争の延長であると認め、その結果が分裂に導いたものであると認定する。
五、よつて今後について、吾々は日常斗争を通じて党が速やかに統一され一本化するものと信じ一日も早く勤労大衆の政治安定勢力を確立しなければならないと考へ、これに努力する。

右五項目の基本的方針による声明書を内外に発表した。なほ、党の一本化につ

いての道連の具体的方針については次期執行委員会に持ちこされることになつた。

（二）民主協議会脱退について。

笠島〔保〕政治局員提案説明。民主協議会運営その他について経過を考へると、勤労大衆を守り得る組織であるとは考へられなくなつた。今日の段階として、北海道に於ける共産党の影響を排除した民主的な労働戦線統一の胎動が見られている。民協脱退を即時行ひ、全努力を以て道に於ける日常斗争を行ふ事が肝要であるとして、こゝに異議なく民主協議会脱退を決定す。

（三）道連定期大会期日決定の件。

準備の点等あり大体３月10日前後にやる事に決定す。

１月31日〔火〕

道連庶務発第四三号を以て、北海道民主協議会事務局長・山田長吉氏宛「民主協議会脱退通告書」を発す。

２月12日〔日〕

第十二回執行委員会を開催す。

執行部　　荒〔哲夫〕委員長　横路〔節雄〕書記長他政治局員及役員

執行委員　　当麻支部　恵本利也他十二名　傍聴者七名　計三十名参集す。

協議及決定事項は左記の通りである。

（一）党統一促進についての道連の具体的態度について

イ、第五回大会成立を承認し、北海道連は大会を守った本部に関連を持つことを確認した。

ロ、党費の納入については大会を守った本部に納入することを確認した。

ハ、道連が主体となり全国県連代表者会議開催を提唱することを諮り決定す。

二、社会党再建全国準備会について。

和田敏明氏の配布せる「社会党再建全国準備会より社会党の良心的なる同志諸君に訴ふ」といふ文書につき和田氏の説明を求め、質疑応答あり。社会党道連は〔１月〕29日の執行委員会で決定した基本方針に基き行動するものにして、かゝる「社会党再建全国準備会」なるものは分派行動であり、和田氏の反省を促し、和田氏一身上については二、三日中に態度を表明することとなる。

（二）選挙対策委員会設置について

横路書記長より参議院選挙について道内の情報説明あり。道連内に選挙対策委

員会■■■■■■■■■異議なく決定し、委員の選任については政治局で人選し来る執行委員会にて承認を得ることと決定す。

（三）室蘭輪西労組の争議について

第十二回執行委員会の名によつて激励電報を打つことを提案。異議なく決定す。

以上

日本社会党北海道支部連合会

参議院議員候補者について報告の件

日本社会党北海道支部連合会に於いては、1949年10月25日に開催された第八回拡大執行委員会に於いて若木勝蔵氏、木下源吾氏の両名を参議院議員候補者として推選〔ママ〕することに決定した。10月30日道連庶務発第三四号を以て本部に公認申請を行つた。若木、木下両氏は北海道選出の参議院議員である以外に、道連に於ける特別の地位は無い。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年２月15日より同年２月26日に至る期間の日本社会党北海道支部連合会の（以下道連と略称）行動を左の通り報告致します。

記

２月18日〔土〕

長沼支部主催の演説会及び座談会に横路〔節雄〕書記長出席し、共産党批判ならびにこれに伴ふ国内情勢分析及び社会党の中央情勢につき、約一時間演説す。終つて党員の座談会にのぞみ約四十名の同志と隔意なき意見の交換をなす。

2月19日〔日〕

岩見澤市に於いては道連でかねてから立案中の炭礦支部協議会の結成が行はれ、道連より韮沢〔堅次〕政治局員他、境〔一雄〕中央委員、喜多〔幸章〕統制委員等の役員もふくめて六名、各炭礦支部より代表者約二十五名、が参集し、機構の確立、運営の方針等につき討議した。役員は左記の通りである。

協議会議長　　佐藤嘉雄（上砂川支部）　　副議長　湯田倉治（弥生支部）

事ム局　高橋恒夫（道連）

２月18日〔土〕より21日〔火〕まで

境〔一雄〕中央委員及小鴨〔義雄〕三笠支部書記長は、三笠、幾春別、新幌内、弥生等を巡回し、懇親会、座談会をかねつゝオルグ活動をなす。

２月21日〔火〕

琴似支部にて拡大執行委員会が開催され横路〔節雄〕書記長出席す。

２月23日〔木〕

大夕張支部が結成され道連より札幌支部所属の吉田清をオルグとして派遣す。役員は左記の通りである。

支部長　　阿部竹松　　書記長　　佐藤義衛

２月26日〔日〕

〔午前〕一〇時より道議会･社会党控室に於いて第十三回執行委員会を開催す。

道議側　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長、韮沢〔堅次〕政治局員

執行委員　八雲支部三澤正男他二二名参集し、協議決定事項は左記の通りである。

一、党統一促進について

北海道連が岩手県連、青森県連に呼びかけ、三者共同提唱で３月10日前後に東北北海道ブロツク会議を開催することと決定す。場所については今後研究のこととす。

一、参議院選挙対策について

さきに本部に公認申請中の現議員二名〔若木勝蔵、木下源吾〕を一名にしぼるかどうかについて議論が集中したが結論が出ず、本執行委員会の討論の過程をプリントし本部に流〔ヵ〕して、最後的決定は来たる３月大会に行ふ事と決定す。

一、道連大会開催について

さきに３月10日前後とほぼ決つていた大会の日取りについて、東北北海道ブロツク会議の件もあり、３月19、20、21日の三日間に行ふ事と変更し、代議員の基準は党員十五名に一名と決定す。

一、さきに態度を注目されていた和田敏明氏に就き、第十二回執行委員会の決定に従はず、社会党再建全国準備会の運動を続けるといふ意志表示があつたので、和田氏一身上については統制委員会に附した上、次回の執行委員会に於いて決定することを承認した。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年２月27日より同年３月14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）の行動を左のとほり報告いたします。

記

３月５日〔日〕

上砂川支部拡大執行委員会が開催され、道連より高橋〔恒夫〕書記出席し、党の中央情勢の報告を行ふ。

３月８日〔水〕

赤間支部の定期大会が開催され、道連より境一雄氏出席、祝辞を贈る。

３月７日〔火〕

東京にて開催の社会党拡大中央委員会が開催され、韮沢〔堅次〕政治局員出席す。

３月11日〔土〕

東京にて開催の全国府県連代表者会議が開催され、塚本〔肇〕政治局員、櫻井〔義郎〕執行委員出席す。

（尚、〔３月〕７日の拡大中央委員会及11日の全国代表者会議に於ける決定事項及党の中央情勢については、韮沢〔堅次〕、塚本、櫻井三氏帰道の上、あらためて報告いたします）

３月12日〔日〕

進駐軍労組総蹶起大会が労働会館に於いて開催され、道連より荒〔哲夫〕委員長出席し激励のメツセージを贈る。

―以上―

社会党の各対策についての報告

日本社会党北海道支部連合会

一、労働対策

民主的労働組合の結成を目指し、全北海道労働組合協議会準備会の促進を図る。春季労働攻勢に積極的指導を行ふ。失業対策については道政に力を発揮し、道の失業対策を労働者の実権向上を目標にして確立する。

一、農村対策

農地改革の徹底、農村機械化及び電化、農業協同組合の強化、寒地農業技術

の促進等の基本方針に基き、既存の組織内に活溌な民主化運動を展開する。

一、中小企業対策

大資本に隷属して来た中小企業階級に啓蒙活動を展開し企業協同組合へ結集すべきである。金融措置としては信用保証協会、国民金融金庫〔公庫〕の活用、又、中小企業に対し税率引下運動を展開する。

一、漁業対策

新漁業法の徹底及漁業協同組合の民主化、内地漁業資本化の排除による共同経営の促進訓練、沖合漁業の振興と水産加工の一貫加工等について斗ふ。

一、婦人対策

婦人の立場向上のための諸問題、即ち㈠性別による差別反対、㈡就職の機会均等、㈢婦人労働者の待遇改善と社会施設の完備（母子寮、保育所等）について活発に運動を展開する。

一、文教対策

平和主義を基調とする民主々義教育の推進（例へば、学校に於ける平和教育の徹底及社会に平和思想を普及する）、及び六・三制の完全実施特に教育予算については議会に活動を行い、又、六・三予算の全額国家負担要求運動を起す。

一、道政対策

田中〔敏文〕道政を推進し、吉田〔茂〕内閣悪政の防波堤たらしめる。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年３月15日より同年４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

３月18日〔土〕。

第十五回執行委員会を道議会社会党控室に於いて開催し、道連側　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長、執行委員側　室蘭支部長谷川正治他十八名、参集す。道連第五回大会について提出議案の検討及び議事運営等につき打合せを行ふ。

３月19日〔日〕20日〔月〕21日〔火〕

道連第五回大会を札幌市民館に於いて開催す。大会第一日目出席者は、党本部より勝間田清一代議士、執行部　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長、三沢〔正男〕統制委員他十六名。代議員　日鉄支部尾崎光太郎他四九名。
当日の議事は左の通りである。

一、荒委員長挨拶
一、勝間田代議士挨拶及び中央情勢報告
一、木下〔源吾〕参議〔院議〕員挨拶
一、若木〔勝蔵〕参議員挨拶
一、横路書記長一般経過報告あり。質疑応答の後大会この報告を承認す。

３月20日〔月〕

大会第二日目。
出席者　　執行部　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長他十九名。代議員　琴似支部竹花猛他四九名。
議事及決定事項左の通りである。

一、1950年度運動方針　　韮沢〔堅次〕政治局員提案説明をし、質疑応答あり。大会之を承認す。
◦一、労働対策　　山内〔栄治〕政治局員提案説明、質疑応答の結果、本案は不備であるとし、本大会の討論の意見をとり入れて新執行部に附託と決定。
◦一、農村対策　　黒川〔留雄〕政治局員提案説明、質疑応答の結果、本案は情勢分析等不充分であるとし新執行部へ附託と決定。
◦一、中小企業対策　　境一雄氏提案説明、質疑応答あり、原案通り承認可決。
◦一、漁業対策　　阿部〔賢治ヵ〕執行委員提案説明、質疑応答の後、原案通り承認可決。
◦一、婦人対策及文教対策　　塚本〔肇〕政治局員提案説明、大会之を承認可決。
◦一、道政対策　　横路書記長提案説明あり、質疑応答の後新執行部に附記〔託〕と決定。

尚、支部提出議案として提出又は採択されたもの次の通り。

一、和田敏明氏除名の件　　日鉄支部
本議案は保留と決定。
一、税金対策に関する件　　札幌支部

本案は採択と決定。

一、ドツク争議支援に関する件　　函館支部

本案採択と決定。

3月21日〔火〕

大会第三日目。

出席者　　執行部　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長他十九名。代議員札幌支部日吉良一他四十三名。

当日の議案及決定事項左の通りである。

一、〔昭和〕25年度道連予算について横路書記長提案説明し、大会之を原案通り可決。

一、参議院選挙対策について横路書記長提案説明し、討論の結果、現議員二名のうち一名をしぼり木下源吾氏を公認候補として公認申請をすることと決定す。

次いで木下源吾氏より挨拶あり。

次に役員選挙を行ひ、新役員を左の如く決定す。

委員長　荒哲夫　　書記長　横路節雄

統制委員　喜多幸章、三沢正男、正木清、永井勝次郎、西村武夫

次いで大会宣言起草委員会によつて成つた宣言を境一雄氏境〔ママ〕一雄氏堂々と宣言し、荒委員長の挨拶あり。

三日間にわたつた大会を終了す。

2月24日〔ママ〕〔3月24日〔金〕ヵ〕

十二時半及び〔午後〕二時。全商工石炭局分会及全商工通産局分会に於いて資金ベース改訂総蹶起大会が開催され、横路〔節雄〕書記長激励のメツセージを送る。

2月25日〔ママ〕〔3月25日（土）ヵ〕

砂川町東洋高圧労組に於いて各政党立会演説会が開催され、境一雄氏出席す。

同日〔**3月25日（土）ヵ**〕

三菱美唄労組賃金ベース改訂総蹶起大会開催され、笠島〔保〕政治局員出席す。聴衆約一，五〇〇名。

吾党は国会共斗の立場で斗つて来たが、今後も密接に連絡しつゝ要求を貫徹せねばならぬ旨強調した。

同日〔**3月25日（土）ヵ**〕

幾春別労組総蹶起大会開催され、正木〔清〕統制委員出席す。聴衆約八〇〇。労働者の生活を団結と斗争を以て守れと強調す。

３月27日〔月〕

北教組年次大会が札幌市民〔会〕館に於いて開催され、横路〔節雄〕書記長メッセージを送る。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年３月29日より同年４月14日に至る期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致します。

記

３月29日〔水〕

道議会社会党控室に於いて第一回道連選挙対策委員会を開催し、責任者を左の如く決定す。

道連選挙対策委員長　荒哲夫。参院選挙対策委員長　境一雄。同事務長　平野晃。第一区関係対策委員　阿部賢治。第二区関係対策委員　若月弥一。第三区関係〃〃　櫻井義朗。第四区関係〃〃　原野米作。第五区関係〔対策委員〕永井勝次郎。

同日〔**３月29日（水）**〕

道炭協会議室に於いてメーデーに対する懇談会が開催され、高橋〔恒夫〕書記が出席す。提唱団体は、電産、全鉱北連、北労会議、北教組その他である。統一メーデーを目標とし実行方法について論議されたが結論が出なかつた。

４月３日〔月〕４日〔火〕

社会党統一臨時大会が東京に於いて開催され、横路〔節雄〕書記長他七名が道連代議員として出席す。決定せる役員は左記の通りである。

委員長空席。書記長　浅沼稲次郎。会計　下條恭平。

なほ道連関係の役員は次の通りである。

中央執行委員　木下源吾。統制委員　正木清。会計監査　森三樹二。

４月５日〔水〕

道炭協会議室に於いてメーデー実行委員会が開催され、道連よりオブサーバ〔ー〕として林〔？？〕書記が出席す。

出席団体は道炭協、北労、電産、北教組、私鉄その他。
「平和と独立のメーデー万才！」その他七本のスローガンを決定す。

4月9日〔日〕

道議会社会党控室に於いて第一回支部代表者会議を開催す。
　道連側　　荒〔哲夫〕委員長　横路〔節雄〕書記長　他政治局員三名。
　執行委員　　留萌支部　後藤秀雄他七名。
　支部代表者　滝川化学　松井光男他十四名出席す。
横路書記長より臨時大会についての報告あり。本会議は道連代議員の大会に於ける態度を承認す。
次いで和田敏明氏に関する統制問題について経過報告をなし、種々討議が行はれたが、和田敏明氏の出頭を求めた上、統制委員会を開催し決定することを承認す。なほ、4月20日に統制委員会を開催と決定す。
参院選挙対策については横路書記長より道内情勢の報告あり。選挙対策委員会の構成について説明の後、資金の問題その他について討議す。具体的活動は選挙対策委員会に委せる事と決定す。

4月10日〔月〕

三笠町幾春別砿組合大会に道連より渡辺和歌子書記出席し、男子組合員並に活動する婦人組合員を激励し、全力をあげて大衆の敵と斗ふことを強調してメツセージとなす。

以上。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年4月15日より同年4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

4月15日〔土〕

〔午〕后二時より日通会館に於いて炭労協提唱の参議院選挙対策についての懇談会が開催され、道連より韮沢〔堅次〕政治局員出席す。
道内情勢の分析として、自〔由党〕一名～二名、農協〔農民協同党〕一名、民主〔党〕一名、民主戦線側一名～二名が当選確定、との見通しの上に立ち、現在

民主戦線側五名の立候補者が予定されているが、濫立を防止して、当選を確実にするため､五名の候補を二名に圧縮する事について討議を行ふ。結論は出ず、次回の懇談会に持ちこす事とす。

４月18日〔火〕

全鉱北連婦人青年部代表者会議が市民会館に於いて開催され､道連より韮沢〔堅次〕政治局員出席してメッセージを送る。

４月19日〔水〕

第二回の炭労協提携の参院選挙対策についての懇談会が開催され、道連より横路〔節雄〕書記長が出席する。

民主戦線側の五名の候補者をいかにして二名に圧縮するかについて、各候補者の推選〔ママ〕母胎たる団体、政党より意志表示を行い、種々討議を重ねたがまとまらず、社、共、労、北炭職組、北教組に□□〔横路ヵ〕が時間の余裕を与へ、次回の懇談会に於いて発表する事と決定した。

４月23日〔日〕

道連第二回支部代表者会議を道議会社会党控室で開催す。

道連側　　横路〔節雄〕書記長、境〔一雄〕組織局長他九名。

出席支部　十九支部二十九名。合計三八名参集す。

参院選挙対策を議題に活溌な討論が行はれたが、決定事項は左記のとほりである。

一、道連は３月の大会で今次参議院選挙に木下源吾氏を公認申請した。しかるに本日、東京本部より木下・若木〔勝蔵〕二名を公認したといふ電報が入つた。しかし道連はあくまで３月の大会の決定どほり木下源吾一本でゆく。このために道連は強力な統制と組織の力で斗いを進める。

二、本部の若木氏公認は道連の決定を無視したものであり、下部組織の意向と離反している。道連はかゝる本部の決定に対して厳重な抗議を申入れると同時に公認取消を要求する。

三、このために､〔４月〕28日に東京に於いて開催される中央委員会に出席する荒〔哲夫〕委員長、境中央委員をして、本部に対し強力な申入れを行はしめ、本支部代表者会議の名に於いて決議文を手交する。

四、その後の対策については、中央委員（荒、境両氏）の帰札を待ち、緊急に執行委員会と選挙対策委員会を開催して態度と対策を決定する。

４月24日〔月〕

道労働会館に於いて社、共、労の代表者の参院選挙対策についての懇談会を開催する。
労農党は塚田〔庄平〕氏を入党せしめ山田〔長吉〕氏の立候補をとり下げる事につき意志表示あり。共産党との間に激論あり。結末を〔翌〕25日の炭労提唱の懇談会に持ちこむ事とする。

4月25日〔火〕

〔午〕后二時より、炭労協主催の選挙対策懇談会に笠島〔保〕政治局員出席する。前回の三党会議の結果もまとまらず、二名に圧縮することは困難になつた。このまゝの体制で選挙にのぞむは遺憾とし、炭労協の代表者が各政党を廻り、更にもう一度の会合をもつべく努力する事となり散会する。

―以上―

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年４月29日より同年５月21日に至る期間の、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

５月１日〔月〕

札幌市に於ける第二十一回メーデー大会に、道連より木下源吾中央執行委員メッセージを贈る。道連横路〔節雄〕書記長以下政治局員、書記局員、一同メーデーのデモ行進に参加す。
尚、夕張地区に於けるメーデー大会に大平郁二氏を派遣し、上砂川地区に於けるメーデー大会には喜多〔幸章〕統制委員を派遣し、それぞれ道連よりのメッセージを送つた。各支部所在の地区に於いてはそれ〴〵支部長、書記長が参加した。

５月３日〔水〕

三井美唄支部再建準備会が持たれ、道連より大平郁二氏をオルグとして派遣、社会党の運動方針その他について活溌な討論を行つた。

同日〔**５月３日（水）**〕

社会党岩見沢支部に於いて炭礦職場支部協議会が開催され、道連より韮沢〔堅次〕政治局員参加す。参院選挙戦を目前に控えて、炭礦職場支部相互の連絡強

化、宣伝活動の増大、その他具体的方針について討議研究をなす。

５月４日〔木〕

木下〔源吾〕選挙事務所を札幌□〔市ヵ〕南二条西五丁目に開設す。責任者を境一雄、事務長を平野晃とし、選挙活動に入る。木下候補は、選挙対策委員会決定による日程に従ひ全道遊説に入る。

５月８日〔月〕

北海道炭礦労組協議会の大会が開催され、道連より横路〔節雄〕書記長出席しメツセージを送る。道炭協に於いては今回の参議院の候補として、塚田庄平、木下源吾、杉ノ原舜一を推選と決定した。

５月12日〔金〕

前労働大臣加藤勘十氏来道す。小樽、旭川等に於いて街頭演説をなす。札幌にて参院全国区候補塩谷信雄氏と合流、街頭演説を二ヶ所行ふ。夜七時より西創成学校に於いて開催の演説会に、道連横路〔節雄〕書記長、加藤勘十氏、塩谷信雄氏、それ〴〵自由党の失政を衝いて今回の参院選挙の意義を強調し、市民の協力を求めた。

５月13日〔土〕

加藤勘十氏、塩谷信雄氏は、夕張に於いて数ヶ所街頭演説を行い、木下源吾氏の推選と社会党に対する夕張市民の支持を熱望した。

５月14日〔日〕

加藤〔勘十〕、塩谷〔信雄〕氏一行は上砂川町に入り、上砂川支部の主催で開催された演説会に臨み、木下〔源吾〕候補に対する町民の支援及び国会に勤労者の代表を送らねばならぬ意義を強調した。

５月15日〔月〕

函館発、加藤勘十氏のみ退道した。

５月17日〔水〕

参議院議員党本部機関紙局長　金子洋文氏来道す。18日函館支部主催の演説会、19日室蘭支部主催の演説会、20日苫小牧の街頭、21日夕張地方協議会の街頭及演説会に出席し、木下源吾氏推選及び社会党に対する勤労大衆の支持を要望した。

５月19日〔金〕

砂川町豊沼の東洋高圧支部の大会が開催され、山内〔栄治〕政治局員が道連より激励のメツセージを送つた。

５月21日〔日〕
三井美唄支部の再建大会が行はれ、道連より西村〔武夫〕統制委員を派遣し組織方針等指導を行ひ、又選挙対策についての具体斗争方針等協議す。
５月21日〔日〕
幌内炭礦労組主催の立会演説会に、道連より横路〔節雄〕書記長出席す。
５月21日〔日〕
札幌支部主催演説会を苗穂工機部前に於いて開催し、横路〔節雄〕書記長出席し、木下源吾推選の演説をなす。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年５月22日より同年６月14日に至る期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します。

記

荒〔哲夫〕委員長は選挙も終盤戦に入ろうとするに当つて党の組織強化及び党支部との各種打合せのため左の日程により出張した。
５月22日〔月〕
旭川に於いて演説会及党支部との打合せをなす。
〃 **23日〔火〕**
遠軽に於いて支部党員との懇談会を持つ。
〃 **24日〔水〕**
北見に於いて演説会及び党支部との打合せをなす。
〃 **24日〔水〕**
同日夜網走に於いて党支部役員会を開催す。
〃 **25日〔木〕**
午前中網走に於いて演説会を開催し、夜釧路に於いて党員と懇談会を持つ。
〃 **25日〔木〕**
午前中釧路の各労組を訪問挨拶をなし、夜は帯広にて演説会ならびに支部との懇談会を持つ。
〃 **27日〔土〕**
午前中帯廣の各労組を訪問挨拶をし帰札す。

田中〔敏文〕知事は道政報告のため左の日程により全道各地を遊説した。

５月24日〔水〕

午前中岩見沢に於いて、午後は夕張に於いて街頭演説会を開催す。

〃 **25日〔木〕**

室蘭、輪西、幌別に於いて街頭演説を行ふ。

〃 **26日〔金〕**

伊達、長萬部、函館に於いて街頭演説を行ふ。

〃 **27日〔土〕**

旭川に於いて街頭演説会を開催す。

〃 **28日〔日〕**

午前中北見及び遠軽に於いて、夜は根室に於いて街頭演説会を行ふ。

〃 **29日〔月〕**

駅の停車中の時間を利用し斜里に於いて演説をなす。夜釧路にて街頭演説会開催す。

〃 **30日〔火〕**

帯廣市内二ヶ所にて街頭演説を行ふ。

５月31日〔水〕

札幌市内四ヶ所にて街頭演説会を開催す。

６月２日〔金〕

小樽市内五ヶ所にて街頭演説会を行ひ、夜余市にて街頭演説を行ふ。又琴似町にても街頭演説をなす。

６月３日〔土〕〔カ〕

江別にて街頭演説を行ふ。

以上の日程による各演説会は各地共盛況を極め、三大政策、即ち電源開発、農村施策、社会政策の推進に対する道民の理解と関心を深め、北海道開発庁に対する知事〔田中敏文〕の抱負を批〔披〕瀝し、この多忙な日程の間にも道政に対する下部の意見が~~道民~~知事に浸透し、その効果は実に大なるものがあつた。

横路〔節雄〕書記長は選挙の最後の勝利を得るため、党支部激励及組織強化のため、左の日程により道内各地に出張した。

５月25日〔木〕

室蘭、伊達に於いて田中〔敏文〕知事と同行、演説会に出席す。

〃 **26日**〔**金**〕

長萬部、函館を田中〔敏文〕知事と行動を共にす。

〃 **27日**〔**土**〕

森〔町〕に於いて街頭演説、及八雲にて街頭演説会を行ふ。統制委員三沢正男氏も演説会に出席す。夜支部党員と懇談会を持つ。

〃 **28日**〔**日**〕

余市及小樽にて演説会及支部懇談会を行ふ。

〃 **29日**〔**月**〕

帰札。

〃 **31日**〔**水**〕

田中〔敏文〕知事と行動を共にし、札幌市内四ヶ所にて道政批判演説をなす。

6月2日〔**金**〕

田中〔敏文〕知事と同道、余市、琴似、小樽にて演説をなす。

6月3日〔**土**〕

田中〔敏文〕知事と同道、江別にて道政批判演説をなす。

6月4日〔**日**〕

参議院議員選挙投票日、道連にては零時を以て一切の選挙斗争を終結した。

6月5日〔**月**〕

社会党公認地方区参議院議員に、木下源吾氏は一八一，五五四票を以て第一位に当選した。又、社会党公認として北教組を基盤に独自の選挙運動を展開してゐた若木勝蔵氏は一七二，五六三票を以て第三位にて当選した。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年６月15日より同年６月28日に至る期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します。

記

6月18日〔**日**〕

道連第三回支部代表者会議を道会第一議員室にて開催する。

出席者は、道連側　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長他七名、支部代表者　北見支部関田伸男、他三十四支部五六名集合する。

報告事項及び協議事項は左の通りである。

一、参議院議員選挙経過報告　　横路〔節雄〕書記長

北教組と調停を□□〔とりヵ〕つゝ最後まで斗つたが、木下〔源吾〕氏一位、若木〔勝蔵〕氏三位といふ勝利に終ったのは、金属、全鉱連、炭協等、職場組織の協力の結果であることを確認した。

一、会計報告　　平野晃氏

選挙に関する収入支出について報告した。

一、荒委員長挨拶

一、境〔一雄〕選挙事務長挨拶

次いで日本共産党首脳部追放問題について討論を行ふ。

但しこ〔ヵ〕の問題については本部より正式文書がないため、新聞の発表を参考資料として討論し、結論は出さなかつた。

６月28日〔水〕

国鉄第八回定期大会出席のため、浅沼〔稲次郎〕本部書記長が来道す。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年６月29日より同年７月14日に至る期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します。

記

６月29日〔木〕

登別温泉町にて開催中の国鉄労組第八回定期大会に浅沼〔稲次郎〕本部書記長、横路〔節雄〕道連書記長が出席しメツセージを贈る。

６月30日〔金〕

道連第三回拡大執行委員会を午前十時半より北海道議会第一委員室にて開催す。出席者。

本部側　　浅沼〔稲次郎〕書記長、田中〔稔男〕組織部長、岡田〔宗司〕参議院議員。

道連側　　荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長、他七名。
執行委員及道連役員　太田益夫氏他□名。
支部代表者　赤間支部　中野利夫他二十二支部二十四名。

本部報告事項として

一、浅沼書記長本部報告

参院選挙の報告と批判、ならびに講和問題に対する社会党の基本的態度について、全面講和の促進、戦争防止、世界平和の確立といふ方針を強調した。

一、田中組織部長　対共産党問題について。

共産党は暴力政党にて、日本共産党でなくして国際的従属性を明らかにした所に今回の追放がある。しかし政府にも立憲的でない所あり、例へば国鉄裁定の否定等。これに対し共産党も憲法否定で対抗するといふ考に、社会党は反対するものである。

憲法を無視し、権力を以て結社禁止、非合法化するといふこと、及び共産党弾圧の名の下に民主的労組をも圧迫する傾向に対しては反対である。大衆を共産党に走らせることなき経済政策の樹立、失業反対運動の展開こそ吾党の任務である。

一、岡田宗司氏、農村問題情勢報告。

農村栃〔ママ〕格の下落や金融の問題にからんで農村経済の深刻化に対し自由党及現政府の農村政策の守るへきものないことを批判し、日本農業は一本立の経営困難な点を指摘し、社会党の農村政策である所の国家の手による社会主義的農業政策を以て対処すべきことを強調した。

次いで議案として、

一、政治局員任命の件

横路書記長提案説明。政治局員が空席の所、平野晁氏、宮島敏雄氏、笠島保氏、韮沢堅次氏の四氏の任命を決定した。

以上を以て拡大執行委員会を終了す。同日五時半より□□□〔駅ヵ〕前広場にて浅沼書記長の時局批判演説会を開催し、聴衆千名。盛会であつた。

7月1日〔土〕

午前十時より道議会内社会党控室に於いて労組内の有志と浅沼〔稲次郎〕書記長との懇談会を持つ。講和問題に対する党の対応及共産党幹部追放問題等について懇談を交はす。

同日后〔ママ〕後一時より、農協党幹部・東隆氏、工藤平悟〔ヵ〕氏、塩尻〔ヵ〕五郎氏等と浅沼、岡田〔宗司〕、荒〔哲夫〕、横路〔節雄〕氏等との懇談会をもつ。

7月2日〔日〕

北教組中央委員会が札幌市民〔会〕館にて開催され、道連より荒〔哲夫〕委員長

がメッセージを贈る。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年７月15日より同年７月28日に至る期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

7月13日〔木〕

三笠支部の定期大会が開催され、道連より境〔一雄〕統制局長が出席し当面の運動方針につき討論を□□。

７月23日〔日〕

帯廣にて社会党十勝青年部連合会の結成大会が開催され、道連より横路〔節雄〕書記長及び林〔？？〕書記出席す。

池田支部、遠別支部、新得支部、十勝清水支部の各青年党員約二十名参加す。役員決定は左の通りである。

委員長　高橋博信（帯広支部）　　副委員長　吉田□（池田支部）

７月24日〔月〕

北見紋別支部再建大会が開催され、道連より平野〔晁〕政治局員が出席し支部再建の具体的方針につき協議する。役員改選の結果は左の通りである。

支部長　吉沢孝作　　書記長　佐野法幸

７月25日〔火〕

東幌内炭砿の争議の指導のため韮沢〔堅次〕政治局員、石井〔？？〕書記、美流渡支部に出張す。

７月27日〔木〕

農民同盟なる□□〔農ヵ〕協主催の釧路農民大会に、横路〔節雄〕書記長出席し祝辞を述べる。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年７月29日より同年８月28日に至る期間の、日本社会党北海道支部連合会の（以下道連と略称）行動を左の通り報告いたします。

記

8月6日〔日〕

道連第四回執行委員会を開催する。

出席者

道連側	横路〔節雄〕書記長。平野〔晃〕、宮島〔敏雄〕、笠島〔保〕、韮沢〔堅次〕各政治局員。渡辺〔和歌子 or 國於〕、石井〔？？〕各書記。
役員	三沢〔正男〕統制委員他二名。
執行委員	櫻井〔義郎〕函館支部選出執行委員他六名。
支部代表者	阿部賢治（小樽支部）他十三支部二十四名。

提出議案及決定事項は左の通りである。

（1）平和運動推進について　　韮沢政治局員提案説明。

吾党の基本方針として、①如何なる理由の戦争にも反対する、②非武装国家日本は講和後に於いて国際的協約によつて不可侵の保障をなさる〔ママ〕べきである。軍事基地は要求さるべきでなく拒否すべきである。③平和を守る運動は観念的な理論の問題のみでなく、あくまでも当面の経済危機突破斗争の実践の中より展開すべきである。

以上の方針を承認可決した。

（2）経済危機突破斗争について　　平野政治局員総括提案。

（イ）労働組合対策について　　笠島政治局員提案説明

（ロ）中小企業対策について　　宮島政治局員提案説明

（ハ）漁村対策について　　韮沢政治局員提案説明。

吉田〔茂〕内閣の経済政策の失政による国内の経済危機を打開するためには、社会主義政策を強力に推進しなければならない。それ〴〵の部内に於ける具体的対策を提出決議通り一括可決す。

（3）青年部再建に関する件　　韮沢政治局員提案説明

一時中絶していた青年部も参院選挙後活溌化して来たので、再び道連内に青年部を設置する事と決定す。

（4）本部遊説隊来道の件　　横路書記長提案説明

片山哲、加藤勘十、三宅正一氏等を中心とする本部の遊説隊について、道連では道内各地に演説会を開催し、活溌な宣伝啓蒙運動を展開する事とす。

（５）選挙対策に関する件　　平野政治局員

選挙に関する道連の基本方針を提案通り承認可決す。

８月13日〔日〕

札幌支部第五回定期大会を市民会館に於いて開催す。出席者三十八名にて大会成立す。役員改選の結果は左の通りである。

支部長　正木清　　副支部長　平野晃、斎藤喜太郎

書記長　笠島保　　会計　渡辺和歌子

８月14日〔月〕

美流渡支部大会開催され、韮沢〔堅次〕政治局員出席し祝詞を述ぶ。

８月27日〔日〕

手稲支部が結成され、道連より横路〔節雄〕書記長出席す。役員決定は左の通りである。

支部長　高橋良。　　書記長　中村〔？？〕。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年８月29日より同年９月25日に至る期間の、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致します。

記

社会党前執行委員長　片山哲氏、国会対策委員長　三宅正一氏、組織局長　加藤勘十氏、参議院議員　赤松常子女史、衆議院議員　門司亮氏等本部遊説隊は大挙来道し、三班に分れて左記の日程により道内各地に演説会を開催した。

〔加藤・赤松班〕

８月28日〔月〕

加藤〔勘十〕組織局長、赤松常子女史等は一班として函館着。函館支部主催の労組懇談会にのぞむ。

８月29日〔火〕

加藤〔勘十〕赤松〔常子〕班留萌着。留萌支部主催の演説会にのぞむ。

８月30日〔水〕

加藤赤松班、深川、滝川を経て赤平着。赤間支部主催の演説会に出席す。又、

支部党員懇談会にのぞむ。同日夜芦別着。芦別支部主催の演説会に出席す。

８月31日〔木〕

加藤赤松班、上砂川着。支部主催の演説会に出席す。

９月１日〔金〕

加藤赤松班、美唄着。三井美唄支部主催の演説会に出席す。同日、岩見澤を経て美流渡に入り、支部主催の演説会に出席す。加藤氏のみ三笠に入り、弥生支部主催の演説会に出席す。赤松常子氏は札幌に直行す。

９月２日〔土〕

岩見沢、栗山を経て夕張着。夕張支部主催の演説会に出席す。加藤氏の他、境〔一雄〕道連組織局長も出席す。

９月３日〔日〕

加藤氏札幌着。道連青年部再建大会が札幌市民会館にて開催され、加藤組織局長出席す。同日､赤松常子参議は札幌支部有志婦人党員との懇談会を持つ。又、帝国繊維の寄宿舎を訪問、女子工員と懇談会を持つ。

９月４日〔月〕

赤松女史、加藤組織局長帰京す。以上を以て加藤班の遊説終了す。

〔片山・門司班〕

９月２日〔土〕

片山〔哲〕前委員長、門司亮代議士は第二班として来道、函館支部主催の演説会にのぞむ。

９月３日〔日〕

片山門司班は森〔町〕に於ける演説会に出席し夜八雲着、八雲支部主催の演説会に出席す。

９月４日〔月〕

片山門司班は札幌着。札幌支部主催の党員懇談会に出席し、夜は演説会にのぞむ。道連書記長横路節雄氏、支部長正木清氏も演説を行ふ。

９月５日〔火〕

片山門司班は江別支部準備会主催の演説会に出席し、夜小樽着。小樽支部主催の演説会に出席す。

９月６日〔水〕

片山門司班は倶知安に於ける演説会及び伊達に於ける演説会に出席す。

９月７日〔木〕
片山門司班は室蘭に於ける演説会に出席す。
９月８日〔金〕
片山門司班は登別に於ける演説会及党員懇談会に出席す。
９月９日〔土〕
片山門司班は上磯町に於ける演説会に出席す。
９月10日〔日〕
片山門司班、帰京す。以上を以て片山門司班の遊説を終了す。

〔三宅班〕
９月２日〔土〕
三宅正一氏来道し道連役員永井勝次郎氏を加えて第三班とし、函館にて党員と会談す。
９月３日〔日〕
三宅班、十勝清水着。農民同盟との懇談会に出席す。同日十勝清水支部主催の演説会に三宅氏及永井〔勝次郎〕氏が出席す。夜帯広着、帯広に於ける演説会に出席す。
９月４日〔月〕
三宅班は釧路に於ける演説会に出席す。
９月５日〔火〕
三宅班は標茶に於ける農民同盟との懇談会にのぞみ、次いで網走着。網走支部主催の演説会に出席す。
９月６日〔水〕
三宅班は北見に於ける党支部主催の演説会に出席す。
９月７日〔木〕
三宅班札幌着。道連役員との懇談会にのぞみ夜帰京す。以上にて三宅班の遊説を終了す。
９月11日〔月〕
道連統制委員会を市民会館に於いて開催す。
議案（１）和田敏明氏の件について。
過般来の決定に従い除名処分にし、この旨道連委員長に報告する。
（２）幾春別支部より具申の件について。

過日の加藤〔勘十〕赤松〔常子〕班の遊説にからんで美流渡支部が日程を破つたため、幾春別に於ける演説会が流会した事について、統制委員会の処置として、幾春別支部に対し道連遊説責任者及美流渡支部責任者より陳謝の意を表する事と決定し、その具体的方法については対外的な問題もあり、慎重に行ふ事とす。

9月21日〔木〕

社会党青年部全国執行委員会が東京都衆議院会館に於いて開催され、道連より韮沢〔堅次〕政治局員が青年部執行委員代理として出席す。

9月22日〔金〕

札幌支部執行委員会を開催し、今回行はれる教育委員選挙について、札幌支部顧問水島宜〔水島ヒサの夫〕氏を候補として道連に推選する事を決定す。次いで、各専門部の部長、副部長を選任す。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年9月25日より同年10月13日に至る期間の、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します。

記

9月26日〔火〕

札幌市民会館にて〔道連〕統制委員会を開催。さきに具申された幾春別支部の件につき協議し、左の通り結論を出し具体的事務手続を完了す。

（1）幾春別支部に対し、遊説責任者境一雄氏の陳謝文を郵送す。

（2）同様、美流渡支部長及岩見澤支部書記長も陳謝文を郵送するよう指示を出す。

9月28日〔木〕

緊急選挙対策委員会を札幌に開催す。太田〔益夫〕、永井〔勝次郎〕、阿部〔賢治〕、櫻井〔義郎〕各選挙対策委員、三沢〔正男〕議員会長、荒〔哲夫〕委員長、横路〔節雄〕書記長、平野〔晃〕政治局員、韮沢〔堅次〕政治局員等参集し、教育委員選挙対策につき協議す。

諸般の情勢に依り、水島久子〔水島ヒサ〕氏を入党せしめて公認候補とする事

と決定す。

10月１日〔日〕

第五回拡大執行委員会を札幌に於いて開催す。

道連側　荒〔哲夫〕委員長他五名、党役員正木清他四名、支部代表者　美流渡支部尾形孝一他、十七支部二十名参集す。協議及決定事項は左記の通りである。

（１）教育委員選挙対策に関する件。

水島久子氏を教育委員候補に公認する事を決定した。尚、選挙事務長に永井勝次郎氏、出納責任者に平野晃氏と決定し、具体的選挙斗争は選挙対策委員会に一任す。

（２）地方協議会確立について。

支部組織強化のために全道を十二に分け、これを地方協議会とし、支部相互の連絡協議機関とする。道連は10月15日より、二班に分れて各地区にオルグ活動を展開する事とすることを決定する。

10月10日〔火〕

緊急選挙対策委員会を札幌にて開催す。教育委員選挙について具体的斗争方針につき種々協議す。

10月11日〔水〕

選挙告示行はれる。水島久子選挙事務所を札幌市南一条西四丁目一誠堂内に開設す。四丁目十字街に於いて選挙の第一声をあげ、いよ〳〵選挙斗争に入る。尚今回北海道では初の婦人候補である。選挙スローガンの一、二を記してをく。

・教育予算を増して父兄の負担を軽減せよ

・教育委員会に婦人の発言権を獲得しよう。

・男女共学の民主教育は婦人の教育委員から！

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年10月14日より同年10月28日に至る期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します。

記

〔10月〕10〔11〕日告示により火ブタを切つた教育委員選挙は社会党道連として水島ヒサを公認と決定し、道連一本になつて選挙斗争に入つた。

10月14日〔土〕

札幌より全道選挙遊説に廻った水島本隊（水島〔ヒサ〕候補、渡辺〔和歌子〕道連書記、境〔一雄〕組織局長の三名）は前日函館に於いて一泊し、14日函館市内各労組婦人団体を訪問、立候補挨拶を行い、十六時五分にて長万部に向い、当日は長万部泊り。

10月15日〔日〕は

長万部発〔午前〕六時五〇分にて伊達に向い直ちに室蘭へ。市内各労組、婦人団体を訪問。当日は室蘭泊り。

10月16日〔月〕

室蘭発〔午前〕八時五五分にて旭川へ向う。旭川に於いても各労組、婦人団体を訪問。当日は旭川泊り。

10月17日〔火〕

旭川を早朝立って網走へ。直ちに市内労組を訪問、立候補の挨拶を行い、網走泊り。

10月18日〔水〕

網走を〔午前〕五時五分発って釧路着十一時二二分、市内を一巡して池田に向う。池田着二一時〇七分、池田泊り。

10月19日〔木〕

池田発〔午前〕十一時五〇分にて帯広へ。帯広着十二時三十分、市内各団体に立候補挨拶を行い、二十三時三十分にて札幌に向う。

10月20日〔金〕

札幌着〔午前〕八時三十四分、一息ついてトラツクにて琴似、銭函を通り小樽に。小樽市内をトラツクにて一巡し、二十一時頃札幌に帰へる。当日は札幌泊り。本日をもって、境〔一雄〕組織局長と道連横路〔節雄〕書記長を交代する。

10月21日〔土〕は

トラツクにて札幌市内及び道庁通産局等に挨拶廻りして札幌泊り。

10月22日〔日〕

選挙もいよ〳〵中盤戦に突入したので、いよ〳〵水島本隊も選挙演説を始める。一般の観心〔ママ〕が極めて薄いので、選挙啓蒙に重点をおく。午后五時半より選挙事ム所に於いて党員労組代表会議を開催せしが、集合人員が三名の為流会す。

10月23日〔月〕

本日より境〔一雄〕組織局長、小鴨〔義雄〕三笠支部書記長をもつて編成する別

動隊が出発す。札幌発〔午前〕七時三十二分にて夕張に向い、各炭礦に於いて演説又は懇談会を行う。
水島本隊は幾春別、彌生、新幌内、三笠、美流渡をトラツクにて廻り、岩見沢市の立会演説会に出席して岩見沢泊り。
参議〔院議〕員木下源吾応援の為来道、直ちに本道〔本隊〕に随行す。

10月24日〔火〕

水島本隊は岩見沢発〔午前〕八時五〇分にて留萌に向う。留萌着十五時二十分、街頭演説を行い十八時よりの立会演説会に出席して留萌泊り。
別動隊は若菜辺発〔午前〕七時三五分にて大夕張へ。大夕張着十六時四十三分、街頭演説を行い大夕張泊り。

10月25日〔水〕

水島本隊は留萌発〔午前〕十時二十五分にて旭川へ。市中トラツクにて一巡し、十八時よりの立会演説会に出席して当日は旭川泊り。
別動隊は大夕張発〔午前〕六時四十分にて美流渡へ。当日は美流渡に一泊す。

10月26日〔木〕

水島本隊は旭川及びその近郊、士別、当麻をトラツクにてまわり、十八時よりの立会演説会に出席して旭川泊り。
別動隊は美流渡発〔午前〕六時二十八分にて三笠より幌内へ。当日幌内泊り。尚、前法務総裁鈴木義雄〔男〕が来道せし為、直ちに別動隊に編入す。尚、参議員木下源吾は本日より別動隊につく。
本隊については、25日より道連横路〔節雄〕書記長と道連政調会長永井勝次郎と交替する。亦参議員河崎ナツ応援の為来道、直ちに本隊に編入す。

10月27日〔金〕

水島本隊は旭川発〔午前〕六時五五分にて遠軽へ。遠軽より北見市トラツクにて廻り、十八時よりの立会演説会に出席して北見泊り。
別動隊は幌内発〔午前〕九時十八分にて三笠より、三笠（ママ）よりバスにて幾春別へ。当日は幾春別泊り。
道南一帯が手薄の為、韮沢〔堅次〕、宮嶋〔敏雄〕政治局員二名にてメガホン隊となり、国縫、今金、瀬棚、東瀬棚と廻り、当日は東瀬棚泊り。

10月28日〔土〕

本日をもつて函館、室蘭、網走の各選挙事ム所を閉鎖して小樽、岩見沢、釧路と交替する。

水島本隊は北見より網走にトラツクにて廻り、十八時よりの立会演説会に出席して網走泊り。
別動隊は幾春別発〔午前〕六時二十分にて美唄へ。三菱・三井美唄を廻り、当日は三井美唄泊り。
メガホン隊は東瀬棚、八雲、森、軍川をかけあしでまわる。
22日流会となつた党員労組代表会議は、本日午後一時より選挙事ム所に於いて炭労、金属、全道庁の代表六名出席のもとに開かれ、選挙斗争を勝ち抜く為、特に各労組に於いても情報宣伝に乗り出し､水島〔ヒサ〕候補をすいせん〔推薦〕とする様ようせい〔要請〕した。
全道労協の結成に関しては、速やかに結成大会の運びとなる様党に於いても側面より援助する等、種々発言あった。
全般を通してみるに、未だ教育委員選挙は低調であるので、今后も啓蒙に重点を置かねばならないと痛感す。

以上

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年10月29日より同年11月28日に至る期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します。

記

10月29日〔日〕

教育委員候補者水島ヒサは、応援の為来道した参議院議員河崎ナツ、道連書記渡辺和歌子と同道、網走発釧路着。釧路は春採炭砿をトラツクにて廻り、夜は立会演説会に出席して釧路泊り。

10月30日〔月〕

水島本隊（水島〔ヒサ〕、河崎〔ナツ〕、渡辺〔和歌子〕）は釧路を早朝発、池田に途中下車し池田町〔ママ〕を街頭演説を行ひ、正后帯広着。市内をトラツクで廻り、夜は立会演説会に出席し深夜帯広発。参議員河崎ナツ氏のみ札幌に直行し、本隊は水島、渡辺のみとなる。

10月31日〔火〕

朝砂川着の水島本隊は、砂川、上砂川、美唄をトラツクにて街頭演説をしつゝ

廻り、美唄に於ける立会演説会に出席し美唄泊。
河崎ナツ氏は札幌着。結核予防婦人会その他民主的婦人団体の有志と共に札幌の街頭に進□〔出ヵ〕し、北海道唯一人の婦人候補水島ヒサ氏のために応援を行ふ。

11月１日〔水〕

水島本隊は早朝美唄発夕張に至り、若菜、鹿島、大夕張をトラツクにて街頭演説しつゝ廻り、この間夕張市に於ける二ヶ所の立会演説会に出席し、尚婦人（家庭の主婦）との懇談会にも出席す。大夕張泊。

11月２日〔木〕

大夕張発、苫小牧に至り、苫小牧、勇払をトラツクにて廻り、苫小牧に於ける立会演説会に出席し、苫小牧に泊る。

11月３日〔金〕

水島本隊は苫小牧発、室蘭に至り、山中日露史前代議士等と共に市中及幌別、中島等をトラツクにて街頭演説をしつゝ廻り、室蘭に於ける立会演説会に出席し、室蘭泊。

11月４日〔土〕

水島本隊は室蘭発札幌着。札幌市内をトラツクにて街頭演説をしつゝ廻り□、この間立会演説会に出席す。
道連では、10月27日の道議会に於いて自由党の吉田〔豊吉（札幌市選出）〕議員によつてとりあげられたナンバープレートに関する問題について下部組織の動揺を防ぐため、道新〔北海道新聞〕をのぞく道内各新聞紙上に大要左の如き声明書を発表した。

一、今回のプレート問題については道連合会は一切これに関与しない。
一、党に関して金銭の授受が行はれた事実は無い。
一、この問題は、今回行はれている教育委員選挙を防害〔ママ〕するための自由党の陰謀である。

11月５日〔日〕

水島本隊は札幌市中をトラツクにて廻り、各所に街頭演説を行ふ。又、立会演説会に出席す。

11月６日〔月〕

水島本隊は琴似、軽川、小樽をトラツクにて廻り街頭演説をなす。小樽に於ける立会演説会に出席する。小樽泊。

11月７日〔火〕

水島本隊は函館着。道連書記長横路節雄同道す。函館市内をトラツクで廻り、函館に於ける立会演説会に出席し、夜函館を発。

11月８日〔水〕

水島本隊は朝、江別着。街頭演説をなし〔午前〕十時に札幌着。市内をトラツクにて廻り街頭演説を行ふ。

11月９日〔木〕

水島〔ヒサ〕候補及〔社会党〕道連合会はあげて総力を盡くし、札幌市内及全道各地に水島応援の運動を展開す。深夜十二時を以て一切の選挙運動を終了した。

11月10日〔金〕

教育委員選挙投票日。

11月11日〔土〕

投票の結果が発表され、道連選挙対策委員会の一ヶ月の斗争は、水島〔ヒサ〕候補の四二四，一一五票といふ最高得点となつてあらはれた。

第一位当選を祝ひ各支部より感激の祝電集るが、わけても札幌市に於ける□〔一ヵ〕二二，八三六票といふ数字は、昭和５〔1930〕年普選実施以来、札幌で進歩派が保守派に勝つた最初の記録として、特に有意義である。

11月12日〔日〕

道連支部代表者会議を札幌市民会館にて開催す。

道連　荒〔哲夫〕委員長他執行部八名、支部代表者　余市支部時田政次郎他二十六支部三十一名参集す。議題及報告事項その他、左の通りである。

一、追放解除となつた渡辺惣蔵前道連書記長の挨拶。

一、水島ヒサ教育委員の当選挨拶。

一、報告事項。

　教育委員選挙に関する報告。

一、ナンバープレートに関する諸般の問題について。

　道議会内に於ける考査委員会の委員として直接この問題にタッチしている森川〔清（室蘭市選出）〕道議より報告あり。質疑と討論が行はれたが、結論としては、議会内の考査委員会の調査が終り結論が出て後、道連としては統制委員会を発動するなり何なりの態度を決定することとなつた。

11月15日〔水〕

道連事務所を移転した。新旧事■〔務〕所左の通りである。

旧事務所　　札幌市南二(カ)条西一丁目　青木方
新事務所　　札幌市北大通西四丁目　三□〔嘉ヵ〕ビル内

11月16日〔木〕

浅野雨竜に支部結成され、道連より荒〔哲夫〕委員長、高橋〔恒夫〕書記が出席する。役員決定は左の通りである。
支部長　佐藤平作　　書記長　薮内正二

同日〔11月16日（木）〕

釧路市にて釧路地区協議会が開催され、春採、釧路、雄別、庶路等の支部の代表者が集り、地区協議会確立について討議す。議長を三輪正三と決定す。

11月17日〔金〕

本部青年部長森永栄悦氏来道し、春採支部主催の青年党員懇談会に出席す。道連より韮沢〔堅次〕、小鴨〔義雄〕両氏出席す。

11月■■日〔？〕

庶路支部主催の青年党員懇談会に、森永〔栄悦〕青年部長及び小鴨〔義雄〕、韮沢〔堅次〕両氏出席す。

11月26日〔日〕

豊里に於いて北空知地方協議会が開催され､道連より小鴨〔義雄〕書記出席した。参加支部は、赤平、豊里、奈井江、砂川、滝川、滝川化学の各支部である。議長を石坂幸(カ)次氏と決定し、今後の地区協議会確立について種々活動方針を討議した。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年11月29日より同年12月20日に至る期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致します。

記

12月５日〔火〕

地方公務員法制定反対労働者総蹶起大会が、道全官公共斗委員会の主催にて開催され、社会党より札幌支部所属渡辺惣藏氏が出席して、激励のメッセージを贈る。参加者総数三百余名は、地方公務員の団交権の復活、政治活動の自由、労働三法の適用等を要求する決議文を携え、上京する代表者五名を送り、札幌

駅頭までデモ行進を行った。

12月５日〔火〕

奈井江支部結成大会が開催され、道連より荒〔哲夫〕委員長、竹花〔猛〕書記が出席し祝辞を述べた。役員は、支部長及書記長　十二村（トニムラ）吉辰氏と決定した。

12月９日〔土〕

労働組合内党員代表者会議を道連にて開催し、当面の諸問題について意見の交換をなす。炭労、金属、東圧その他民主的労働組合内の党員約四十名が参集した。

なほこの会議の結果、道連選挙基本方針中の一部「現議員は原則として優先して公認する」と言ふ項を削除する件について、道連の執行委員会に申入れを行ふ事となつた。

12月10日〔日〕

道連第六回執行委員会を開催す。三笠支部菅原英三郎氏他二十八名参集した。当日の決定事項は左の通りである。

一、道知事選挙対策に関する件

　現知事田中敏文氏を社会党公認として再び立候補せしめる事を決定した。

一、選挙基本方針一部削除について

　労代会議より申入れあり、討議の結果、この申入れを妥当とし、「現議員は原則的に優先して公認する」うんぬんの項は之を削除と決定した。

一、選挙対策委員会拡充強化について

　従来の選挙対策委員会は地区より選出し総数七名であつたが、来年〔1951年〕の各種選挙にそなえてこれを強化するため、地区より十二名、労農各団体より十一名選出し、党の選挙対策の推進を行ふ事と決定した。

一、〔昭和〕26〔1951〕年度道議会議員公認数決定の件

　〔昭和〕26年に施行される北海道議会議員選挙の立候補者公認数について、各市、各支庁の枠を決定した。（但しこの決定は本〔1950〕年10月１日施行の国勢調査に基いたものであつて、仄聞する所の総司令部の地方議会議員数が過剰だとする意向が具体化した場合は、再度執行委員会を開催して変更する事がある。）

一、党本部大会代議員出席代議員の決定について

　明〔1951〕年１月19、20、21日の三日間開催される社会党全国大会に出席する代議員を各地区に割当て決定した。

一、北海社会新聞複〔ママ〕刊に関する件

宣伝教育活動強化のため、休刊中の北海社会新聞の複刊を決定した。

12月13日〔水〕

士別支部主催社会党演説会が上川郡士別町にて開催され、折から道北地方視察中の田中〔敏文〕知事は、一党員として道政に関する演説を行い、一千余の聴衆に感銘を与えた。

12月16日〔土〕

全道労組共斗委員会準備会主催の労働者総蹶起大会が札幌市大通西七丁目広場にて開催され、道連より横路〔節雄〕書記長が出席しメッセージを贈った。

全道労協傘下の北教組他全金属等、その他道〔ママ〕道庁など十数組合、約二千名の労働者が集り、賃銀引上げ、年末手当獲得、官公庁の九，七〇〇円ベース即時実施等を満場一致で可決し、道庁前までデモ行進を行ひ、「全道二十万の民主的労組の力を結集して、吉田〔茂〕内閣打倒と要求貫徹のためあくまで斗ふ」といふ内容の決議文を、知事〔田中敏文〕及道議に手交した。

12月20日〔水〕

12月18日より開催中の道炭労大会に横路〔節雄〕書記長が出席し祝辞を述べた。

日本社会党北海道支部連合会期間報告

1950年12月21日より1951年１月28日に至る期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24日〔日〕

石狩地方協議会を札幌に於いて開催し、石狩支庁管内の支部が集り議題として次の事を協議決定した。

（１） 支部組織の整備について、党員の登録、党費の納入を完遂する。

（２） 道会議員選挙に関しては石狩支庁管内より二名の候補者を出して斗ふこと。人名については次回に決定する。

〔1951年〕１月６日〔土〕

選挙対策に関する釧路地方協議会を釧路市に於いて開催し、釧路支部他支庁管内の五支部が参集し、道連からは平野〔晃〕政治局員が出席した。協議決定事

項は左の通りである。

（1）　釧路市区の道会議員候補者に太田〔益夫〕現道議を推選する。

（2）　釧路郡部については、本間〔武三〕、岡林〔歓喜〕、岩渕〔？？〕三氏の名が出て、地協としては一応本間現道議を推選決定したが、最後的決定は道連に一任する。

1月7日〔日〕

選挙対策に関する北空知地方協議会を砂川町に於いて開催し、砂川支部他北空知の各支部が参集し、道連から韮沢〔堅次〕政治局員が出席した。協議決定事項は左の通りである。

（1）　道会議員候補者について荒哲夫、榊原啓量の二氏を推選決定し、奈井江支部より推選の十二村吉辰氏については未決定であった。

1月8日〔月〕

上興部村に支部が結成される。役員決定は左の通りである。

支部長　伊藤芳二。　　書記長　日沼末吉。

1月11日〔木〕

夕張地区協議会が開催され、道連より高橋〔恒夫〕書記出席す。協議決定事項としては、夕張市選出の道会議員候補者が夕張市に二名あり、最終〔ヵ〕的決定は道連に一任する。

1月12日〔金〕

札幌支部執行委員会が開催され、選挙対策について協議したが、決定事項としては、

（1）　札幌市の道議候補としては高田治郎氏を推選し、他一名は保留。

（2）　市長については二、三の名も出たが最後的決定なし

（3）　市議会議員についてはなほ詮考中である。

同日、石狩地方協議会を札幌市に於いて開催し、石狩郡部の道議候補として斎藤正志氏を推選し、尚あと一名は情勢を見た上で決定する事となつた。

1月13日〔土〕

道連第二回選挙対策委員会を札幌に於て開催し、各地区選出の選対委員(カ)が出席す。決定事項として、

（1）　道議会議員の候補者を左の如く第一次公認した。

支庁名	公認者氏名
石狩	斎藤正志　他一名保留

後志　時田政次郎　外一名保留
渡島　三沢正男　他一名保留
桧山　保留
空知　荒哲夫、榊原啓量、中野定敏、他保留
上川　全員保留
宗谷　保留
留萌　保留
網走　本宮幸太郎、青木武、佐藤忠三
胆振　保留
日高　保留
十勝　保留
札幌市　高田治郎、他一名保留
小樽市　鈴木源重、他一名保留
函館市　発表を保留
室蘭市　森川清
帯廣〔市〕　保留
夕張市　保留
北見市　保留
岩見沢市　保留
網走市　保留
苫小牧市　佐瀬貞一
稚内市　保留
留萌市　武藤周三郎
釧路市　太田益夫
美唄市　保留

１月14日〔日〕

第七回執行委員会を道議会社会党控室にて開催す。協議決定事項は左の通りである。

（１）　道議候補公認決定について

選挙対策委員会の報告に基き討議の結果、函館支部より推選の橋本清次郎、坂本政雄の二名、及び美唄支部推選の西村武夫の三名を加えて、十八名の人物を公認と承認決定した。

（2）　第七回全国大会出席者決定について

第七回党大会に出席代議員を左の通り決定した。

横路節雄、笠島保、渡辺惣藏、大場近信、三沢正男、黒川留雄、永井勝次郎、高橋博信。

1月16日〔火〕

全国大会出席のため横路〔節雄〕書記長他出発す。

1月27日〔土〕

大会を了へ、書記長〔横路節雄〕他一同帰札す。

〔裏表紙の裏面〕

寄贈

昭和四十年十月復(ママ)製

社会党道連

雑　　報

北海道大学法学会記事

○2021年12月16日午後４時30分より
「紛争解決制度としての ADR の選択について―調整型手続を中心に―」

報告者　横　路　俊　一
出席者　43名

一　はじめに

裁判外紛争解決手続（ADR）については、民事紛争解決につき種々のメリットがあるといわれる。もっとも、その利用件数は伸び悩んでおり、その理由及び打開策についてはこれまで種々の事柄が論じられてきた。

今般、仲裁法等の改正が議論されており、そのなかで民間型 ADR において成立した和解合意への執行力付与が検討されている。また、Online Dispute Resolution（ODR）の推進について、法務省において検討が進められている。

そこで、本報告では、ADR の利用向上に関するこれまでの議論等を踏まえ、民間型 ADR の和解合意への執行力付与及び ODR の推進の検討状況を確認し、紛争解決制度としての ADR の選択について、若干の検討を行った（なお、紙幅上、本記事の内容は実際の報告のうち、その一部に関して要約をしたものである）。

二　民間型 ADR の利用向上に関するこれまでの議論及び法改正等への契機

民間型 ADR の利用向上に関しては、広報による周知、簡易・廉価・迅速性の追求（ODR の推進等）及び法制度の整備（民間 ADR の和解合意への執行力の付与等）等の種々の側面において議論がなされてきた。

今般、2018年の国連総会におけるシンガポール調停条約の採択により、国際的な商事調停により成立した和解合意について、執行力を付与するなどの共通の法的枠組みが定められたことを受けて、わが国における法制化が課題となっ

た。その結果、法制審議会に仲裁法制部会が設けられ、仲裁法等の改正において、国際的な ADR に加えて、国内の民間型 ADR における和解合意への執行力付与が検討されることとなった。また、2019年６月の成長戦略フォローアップ（閣議決定）において、紛争の多様化に対応したわが国のビジネス環境整備の一環として ODR が掲げられたことを受けて、法務省に ODR 活性化検討会が設けられ、さらに2020年10月には ODR 推進検討会が設置されて、ODR の推進に関する基本方針のとりまとめが進められることとなった。

三　民間 ADR において成立した和解合意への執行力付与

これまで、民間型 ADR において成立した和解合意への執行力付与については、その要否及び付与のあり方等につき種々の議論・見解が存在していたが、本原稿執筆時点では、法制審議会仲裁法制部会において、「調停による和解合意に執行力を付与し得る制度の創設等に関する要綱案のたたき台」に基づく検討がなされ、以下のような規律が検討の対象とされている。

すなわち、まず、法制度のあり方としては、国際性を有する和解合意（国際和解合意・仮称）については、シンガポール条約の締結に向けその国内担保法としての性格をもつ新法を制定し、これに基づき執行力を付与し得ることとするものとされ、また、国内の民間型 ADR については、認証紛争解決手続において成立した和解合意（特定和解・仮称）につき、ADR 法を改正し、これに基づき執行力を付与し得るものとされている。ただし、前者につき、当事者の全部または一部が消費者である民事上の契約または取引に関する紛争、個別労働関係紛争、及び人事に関する紛争その他家庭に関する紛争について、後者につき、消費者と事業者の間の契約に関する紛争、個別労働関係紛争、及び人事に関する紛争その他家庭に関する紛争（ただし、扶養義務にかかるものを除く。）について、適用除外とされている。したがって、わが国の民間型 ADR についていえば、ADR 法に基づく認証紛争解決事業者がその手続において行った和解合意に限って、一定の類型の紛争を除いて執行力が付与され得るとされていることになる。

また、国際和解合意及び特定和解のいずれについても、これらに基づいて民事執行をしようとする場合には、裁判所の執行決定を得なければならないものとされている。

四　ODR の推進

ODR の推進については、ODR 推進検討会において種々の検討がなされ、

2021年12月に「ODR の推進に関する基本方針（案）～ ODR を国民に身近なものとするためのアクション・プラン～」につき、パブリックコメントに付された。この中においては、短期目標として、民間事業者の ODR への参入支援、国民への ODR の周知等が、また、中期目標として、機能、デザイン等の面で世界最高品質の ODR の社会実装等が掲げられ、これらに対する推進策がそれぞれ提示されている。

五　若干の検討等

まず、民間型 ADR において成立した和解合意への執行力の付与については、必ずしもこれのみによって利用増に直結するとは限らないが、これを採用しないことの理由が勝るとは思われず、民事調停との比較を考えると、制度化すべきであると考えられる。また、ODR の推進は、これと相まって ADR の周知が進むことが期待される。もっとも、ADR には種々の事件類型に応じて様々な手続が用意されているのであり、執行力の付与にせよ、ODR の推進にせよ、その事件類型・手続ごとにその有用性や活用方法が検討されなければならないものと考えられる。

なお、本稿の初校段階において、「三」の記載内容につき、法制審議会仲裁法制部会において同箇所記載の内容による要綱案が取りまとめられ、法制審議会において原案どおり採択され、直ちに法務大臣に答申することとされた、との報に接した。

論　説

公権の現代化（二）

――EU環境法における「個人の権利」と そのドイツ行政法に対する影響を手がかりとして――

谷　遼大

目　次

序章
第一節：問題意識
第二節：本稿の手法と構成

（以上、七二巻六号）

第一章：ＥＵ環境法における個人の権利の生成
　第一節：個人の権利の基層
　　第一款：ＥＵ法の直接効果――一九六三年 van Gend & Loos 事件
　　第二款：指令の直接効果――一九七四年 van Duyn 事件
　　第三款：構成国の国家責任――一九九一年 Francovich 事件
　　第四款：検討――個人の権利の機能化
　第二節：一九九〇年代の判例における個人の権利
　　第一款：一九九一年地下水判決
　　第二款：一九九一年大気質判決Ⅰ――TA Luft 判決
　　第三款：一九九一年大気質判決Ⅱ
　　第四款：一九九一年表層水判決
　　第五款：一九九六年貝類水域判決
　　第六款：検討
　第三節：一九九〇年代の法務官意見における個人の権利
　　第一款：法務官 van Gerven――地下水判決
　　第二款：法務官 Mischo――二つの大気質判決
　　第三款：法務官 Jacobs――表層水判決と貝類水域判決
　第四節：小括
第二章：ＥＵ環境法における個人の権利の展開
第三章：公権のヨーロッパ化
第四章：行政裁判権の機能と限界――行政裁判権の正統化と団体訴訟をめぐる考察
第五章：公権の現代化
終章

（以上、本号）

第一章：ＥＵ環境法における個人の権利の生成

ＥＵ法[1]における「個人の権利[2]」が、日本やドイツとは異なった思考様式の下で発展していること、そして日本法における「法律上の利益」やドイツ法における「公権」よりも広く認められていることは、想像に難くない。しかしながら、ＥＵ法上の個人の権利の構想については、ドイツ法（保護規範説）との類似性が語られることもあれば、フランス法との類似性が語られることもあり、その意味では評価が難しい一面を有しているようにも思われる。また、我が国の公法学の成果を見渡してみても、ＥＵ法上の個人の権利それ自体に関する研究は、必ずしも十分に行われてこなかったように思われる[3]。

本論文の前半を占める第一章と第二章の課題は、ＥＵ法上の個人の権利の概念について、ヨーロッパ司法裁判所の判例やドイツにおける学説の整理・評価を手がかりとしながら、その輪郭を描き出すことにある。この第一章では、一九九〇年代の個人の権利をめぐるヨーロッパ司法裁判所の判決（第二節）、それに関する法務官の意見書（第三節）を順次取り扱う。そして、まずはこれらの作業に先立って、ＥＵ法の構想の一端を示すいくつかの重要判例を確認する（第一節）。

なお、連合法上の個人の権利を分析するにあたっては、多様な参照領域が考えられるところではある[4]。ただ、本稿ではＥＵ法において極めて重要な位置を占め、長年に渡って示唆に富む判例を多く蓄積してきた環境法に的を絞って議論を展開することとしたい。本章においては、特にＥＵ環境法において個人の権利に関するリーディング・ケースが形成された一九九〇年代の判例について、一九九一年の地下水判決から一九九六年の淡水判決までの五つの判例を中心に取り上げる。

最後に、本章は、「個人の権利」について、純粋にEU法上の問題としてのみ取り扱う。つまり、連合法上の個人の権利がドイツにおいてどのようにして実現されているのか、そしてドイツの法秩序や権利論に対していかなる影響を及ぼしているのかといった国内法上の問題には、原則としてここでは立ち入らない。これについては、第三章以降で論じられることになる。

第一節：個人の権利の基層

まず初めに、EU法の一般原則に関するヨーロッパ司法裁判所の重要な判例をいくつか紹介しておきたい。というのは、これらの基礎的な判例は、まさに連合法における「市民」や「個人の権利」の役割や位置づけについて一定の示唆をもたらしうるものであり、後に個人の権利に関する具体的な判例を検討・分析していく上で有益な基盤を提供すると思われるからである。こうした観点から取り上げる価値のある判例はいくつか存在するが、ここでは、van Gend & Loos事件（一九六三年）、van Duyn事件（一九七四年）、Francovich事件（一九九一年）という三つの判例を特に取り上げることにする。

第一款：EU法の直接効果――一九六三年van Gend & Loos事件（Rs. C-26/62）

ヨーロッパ司法裁判所が、連合法上の個人の権利について、その構想の端緒を示したのが、一九六三年のvan Gend & Loos事件[5]である。本事件は、次のようなものである。

オランダの商社 van Gend & Loos は、ヨーロッパ経済共同体（ＥＥＣ）が設立された一九五八年時点の関税が三％であったにもかかわらず、オランダの関税局が一九六〇年実施の関税協定に従って八％の関税を課したことを不服とし、不服申立を行った。その際、van Gend & Loos は、ＥＥＣ条約一二条は条約が発効した一九五七年以降に構成国間の輸出入に関する関税を引き上げることを禁止しているため、八％の課税処分はこれに違反し無効であると主張した。この不服申立が棄却されたため、van Gend & Loos は当該課税処分の取消しを求め、オランダ税務審判所に取消訴訟を提起した。この取消訴訟にあたって、税務審判所がヨーロッパ司法裁判所に先決裁定[6]を求めたのが、本事件である。

先決裁定において、ヨーロッパ司法裁判所は、ＥＥＣ条約一二条の直接効果[7]の問題、つまり、van Gend & Loos がＥＥＣ条約一二条の規定を直接に国内裁判の場で援用しうるのかという問題に、肯定的な回答を与えた。司法裁判所によると、「構成国の立法から独立した共同体法は、個人に義務を課すのと同様に権利も付与する」ものであり、「このような権利は、条約がこのことを明文で規定している場合のみならず、条約が個人、構成国、そして共同体の機関に課す明確な義務からも生じる」[8]。そして、ＥＥＣ条約一二条の文言は「明確かつ無条件の（klar und uneingeschränkt）禁止」を内容としており、当該義務に対して構成国によって何らかの留保が付される余地はなく、また、実施にあたって公権力による別途の介入を必要としない。ゆえに、「一二条の禁止は、その性質上、構成国とその法に服する個人との法関係において直接効果を生じさせるのに、特に適している」というのである[9]。また、ヨーロッパ司法裁判所は、個人との関係について、次のようにも述べている。「仮に構成国による一二条違反に対する担保が〔ＥＥＣ条約――訳者註〕一六九条及び一七〇条で予定された手続のみに限定されるとすれば、個人の個別的権利の直接の裁判による保護は、すべて排除されることになる。また、これらの規定の適用が、条約の規定に違反して下された決定の執行後に行われるのであれば、それは効果的ではない。自らの権利を維持することに関心のある市民の注意深さは、一六九条及び一七〇条

によるヨーロッパ委員会と構成国を通じて行われる統制を補完する、有効な統制なのである」[10]。以上を踏まえ、ヨーロッパ司法裁判所は、「条約の精神、体系性及び文言によれば、一二条は直接効果を生じさせ、国の裁判所が尊重する個別的権利を根拠付けるものとして解釈されなければならない」と結論付けた[11]。

この最初期に下されたヨーロッパ司法裁判所の判決を要約すれば、次のようになろう。すなわち、EU法上の義務が「明確かつ無条件」に規定されており、その実施のために公権力による介入を必要としない場合には、当該条項は、構成国と個人との法関係において直接効果を生じさせる。ここから導き出される連合法上の権利が、個人によって国内の裁判所で援用され、そしてまた保護されることによって、EU法の実効性はより高められることになる、と。本決定は、EU法上の規定（ここではEEC条約）の直接効果を初めて認めたものであるという点はもちろんながら、国内裁判所での個人による権利の援用にEU法の実効性を高める役割を期待し、直接効果の判断にあたってこれを考慮に入れているという点も、EU法の構想の一端を示すものとして注目すべきである。

第二款：指令の直接効果――一九七四年 van Duyn 事件（Rs. C-41/74）

一九六三年の van Gend & Loos 事件は、EEC条約、つまりEUの一次法の規定の直接効果が問題となった事案であった。それに対して、一九七四年の van Duyn 事件[12]は、二次法である「指令（Richtlinie）」の規定の直接効果が問題となった事案である[13]。本事件は、次のようなものである。

一九六八年、イギリスの保健大臣はサイエントロジーが社会的に有害であるというイギリス政府の見解を発表し、サイエントロジーの関連施設に勤務する外国人に対しては労働許可証と雇用証明書を発行しないこととした。一九七三年、

オランダ人のvan Duynは、イギリスのサイエントロジー教会の秘書として雇用されるためにイギリスへの入国を試みたが、入国審査官の尋問の末、入国を拒否されることとなった。van Duynは、この入国拒否が違法であるとしてイギリス内務省を相手取ってイギリスの裁判所に提訴し、それが先決裁定手続によりヨーロッパ司法裁判所に付託されたのが本事件である。van Duynは、公共秩序、公序良俗及び公衆衛生を理由に公布された外国人の移動及び居住に関する特別措置に関する指令[14]の三条一項は「公共秩序または公共の安全のための措置は、当該個人の個人的行為にのみ基づく」と定めており、この規定が直接効果を有すると主張していた。

ヨーロッパ司法裁判所によると、「指令によって課された義務を利害関係のある個人が援用する可能性を原則的に排除することは、〔EEC条約――訳者註〕一八九条によって指令に認められた拘束的効果と相容れない。とりわけ、例えば共同体の行政庁が構成国に対して指令を通じて一定の行動を義務付けた場合に、個人が裁判所でこれを援用したり、国の裁判所がそれを共同体法の構成要素として考慮に入れたりすることができないとすれば、このような措置の有益な効果（「実効性（effet utile）」）は弱まることになる[15]」。また、この指令の三条一項は、公共の安全のために行われる措置が当該個人の個人的行為に基づいてのみ行われると定めることによって、外国人の出入国に責任を持つ行政庁に国の法律が一般に与えている裁量権を制限することを目的とするものである。この規定は、例外や条件に左右されることがなく、その性質上、共同体の機関または構成国のいずれかによる介入も必要としない義務を定めているものとされる[16]。これらを踏まえつつ、ヨーロッパ司法裁判所は、当該指令の規定について直接効果を認めた。

第三款：構成国の国家責任――一九九一年Francovich事件（Rs. C-6/90 und C-9/90）

一九九一年のFrancovich事件[17]は、指令を適切に実施しなかった構成国に対して個人が損害賠償を請求しうるのか、つまり構成国のEU法上の国家責任が問題となった事案である。本事件は、次のようなものである。

EUは、企業倒産時の被雇用者の保護に関する指令を一九八〇年に採択し、一九八三年を構成国における国内実施の期限として定めていた。しかしイタリアは、期限までにこの指令の内容を国内法化しなかったために、ヨーロッパ委員会から義務違反であるとしてヨーロッパ司法裁判所に訴訟を提起され、一九八九年に敗訴していた。他方、私人であるFrancovichは、イタリアの企業に勤務していたが、同社が倒産してしまい、賃金の未払いが発生することとなった。しかしながら、イタリアは先述の通り当該指令の国内法化を怠っており、さらにヨーロッパ司法裁判所によって敗訴判決が出された後にも、別途の国内法化措置を講じることなく違反状態を実質的に放置していた。これにより、イタリアには未払い賃金の支払いを保証する国内法が存在しないこととなり、Francovichは指令の内容が適切に実施されていれば受けることのできた同賃金の支払いを受けることができなかった。これについて、Francovichは、指令を適切に実施していないイタリアにはEU法上の賠償責任が存在すると主張して、イタリア政府に損害賠償を求めて国内裁判所に提訴した。これについて、イタリアの国内裁判所がヨーロッパ司法裁判所に先決裁定を求めたのが、本事件である。

ヨーロッパ司法裁判所は、結論において、EU法に関する構成国の国家責任を認めた。まず司法裁判所は、EU法秩序の対象には構成国のみならず個人も含まれること、構成国や共同体の機関と同様に個人にも課された義務から権利が生じうること、そして、国内裁判所は共同体法の規定の完全なる効果を確保し、共同体法によって個人に与えられた権利を保護する義務を負っていることを順次指摘する[18]。その上で、「もし構成国に帰責されるべき共同体法違反によって自らの権利が侵害された場合について個人が補償を得る機会がないとすれば、共同体法の規定の完全なる有効性は侵害されることになり、それによって根拠付けられた権利の保護は減じられることになる」という[19]。そして、「特に、本

件のように共同体法の規定の完全なる有効性が国の行動に左右され、したがって国が行動しないことで個人が共同体法によって認められた権利を国内裁判所で行使できない場合には、構成国による補償の可能性は不可欠である[20]」として、共同体法上の原則としての国家責任を認めた。なお、その国家責任を認めるための具体的な条件としては、第一に、指令の目標が個人に対する権利の付与を内容に含むものであること、第二に、これらの権利の内容を指令に基づいて確定しうること、第三に、国家に課された義務の違反と個人の被った損害との間に因果関係があることの三点が指摘されている[21]。

第四款：検討——個人の権利の機能化

以上では、EU法上の規定に基づいて国内の裁判所で個人が権利主張を行うことができるかという問題について、三つの判決を確認した。これらの判決から共通かつ明白に読み取られることとして、まず、ヨーロッパ司法裁判所が連合法上の個人の権利を連合法の有効性ないし実効性の観点と密接に結びつけているということを指摘することができる。そしてFrancovich事件によれば、個人に対する構成国のEU法上の国家責任もまた、個人の権利保護を通じた連合法の実効性の確保という観点から、いわば目的的に根拠付けられている[22]。つまり、少なくともヨーロッパ司法裁判所が展開する連合法の構想は、個人の権利を機能化することによって[23]、連合法を貫徹するための道具として個人を法秩序に動員することを志向しているようにみえる[24]。

日本法やドイツ法との違いを明らかにするために、こうしたEU法の構想をドイツの伝統的な権利論と比較すると、以下のような整理が可能であろう。まず、ドイツにおける伝統的な意味での公権は、公権力による権利侵害からの救済

を定めるドイツ基本法一九条四項[25]を具現化するものであり、そして個人の基本権上で保護される自由の領域を国家の違法な侵害から保護するものとして理解される。このことは、ドイツの行政法に特徴的な、国家と社会、そして公私の区別にも対応している[26]。他方で、連合法上の個人の権利は、必ずしもこのように個人の利益にのみ資するわけではない。それはEU構成国における行政の裁判的統制を改善し、連合法の執行不全の緩和をもたらすという点で連合法の実効性の向上にも資するべきなのであり、そして、このために（も）作り出されているのである。したがって、連合法上の権利は、この意味において、二重の機能を有していると指摘することが可能であろう[27]。また、このように機能的に個人の権利を理解することは、ドイツ法的な構想に根差している公私の区別を曖昧なものとし、その境界をぼやけさせるという帰結をもたらしうるのであって[28]、この点においても、個人の権利についてドイツ法と共同体法の間にある違いが際立つことになろう。

第二節：一九九〇年代の判例における個人の権利

一九九〇年代には、EU環境法の領域において、ヨーロッパ司法裁判所による個人の権利についての具体的な判断が積み重ねられてきた。ここでは、一九九一年の地下水判決から一九九六年の貝類水域判決に至るまでの、非常に有名な五つの判決を取り上げ、検討することを通じて、どのような基準に基づいて連合法上の個人の権利が認められているのか、その一端を明らかにしたい。

第一款：一九九一年地下水判決（Rs. C-131/88）

環境法の領域において、個人の権利の認定基準を検討するにあたって最初に挙げられるべきヨーロッパ司法裁判所の判決は、一九九一年二月二八日の地下水判決[29]であろう。本事件は、ヨーロッパ委員会が地下水指令[30]のドイツにおける国内法化が不十分であるとして、ヨーロッパ司法裁判所に条約違反手続[31]を提起したものであった。ここでは、地下水指令の規定が個人に訴訟上で貫徹可能な権利を付与しているかどうかという点が問題となっている。なお、この地下水指令は、個人に権利を付与することについて明示的な規定を含んでおらず、単に構成国に対して指令の附属書（Anhang）に挙げられた特定の物質の排出を防止または制限するために必要となる措置を講じるよう義務付けるにすぎないものであった。

ヨーロッパ司法裁判所によると、地下水指令の規定は、特定の物質の排出を防止または制限するために、禁止や許可、監督手続などといった必要な措置に関する規定を公布するよう構成国に義務付けており、これらの義務を通じて「地下水の有効な保護」という地下水指令の目標を保障しているという[32]。したがって、指令には地下水の有効な保護を保障するために個人の権利及び義務を根拠付けることのできる明確かつ詳細な規定が含まれているとされ、地下水指令の規定は個人の権利を認めるに十分なものであることが示された[33]。

第二款：一九九一年大気質判決Ⅰ――TA Luft 判決（Rs. C-361/88）

その後、ヨーロッパ司法裁判所は、一九九一年五月三〇日のいわゆるTA Luft 判決[34]において、指令の目標と個人との関係性をさらに展開している。ヨーロッパ委員会は、ドイツによる二酸化硫黄と浮遊粒子の大気質の限界値及び指標値に関する指令[35]の国内法化が不十分であることを問題視し、ヨーロッパ司法裁判所に条約違反手続を提起した。ここで

問題となった二酸化硫黄と浮遊粒子の大気質の限界値及び指標値に関する指令は、構成国に対して、大気中の二酸化硫黄と浮遊粒子の限界値を事前に定めるとともに、その限界値の超過を防ぐために必要な措置を講じるよう義務付けるという内容のものであった。

ヨーロッパ司法裁判所は、この問題について、まず指令の二条と指令の制定理由を手がかりとして、この指令の目標が「環境保護」と「人間の健康の保護」にあることを認定した[36]。つまり、この「環境保護」と「人間の健康の保護」を保障するために、二酸化硫黄と浮遊粒子に関する限界値を設定することが構成国に義務付けられているというわけである。そして、このことを前提に、「限界値の超過により人間の健康が危険に晒されうる状況のすべてにおいて、利害関係者は、自らの権利を主張するために強行規定を援用できなければならない[37]」という結論に達している。ここでは、地下水判決では言及されることのなかった「人間の健康の保護」が指令の目標として明示的に認定されていることが注目に値する。

第三款：一九九一年大気質判決Ⅱ（Rs. C-59/89）

また、ヨーロッパ司法裁判所は、上記の大気質に関するTA Luft判決と同日に、ドイツによる鉛含有量の限界値に関する大気質指令[38]の国内法化が不十分であることが問題となったケース[39]においても、同様の判断を下している。この大気質指令もまた、構成国に対して大気中の鉛に関する限界値を事前に設定するよう義務付けるものであった。

ヨーロッパ司法裁判所は、ここにおいても、指令の目標は鉛による環境汚染により個人に危険が及ぶことを防ぐことにあると指摘した上で、「限界値の超過により人間の健康が危険に晒されうる状況のすべてにおいて、利害関係者は、

自らの権利を主張するために強行規定を援用できなければならない[40]」と繰り返し、個人の権利について同様の判断を下している。

第四款：一九九一年表層水判決（Rs. C-58/89）

その後、ヨーロッパ司法裁判所は、一九九一年一〇月一七日に、ドイツによる飲料水指令[41]の国内法化が不十分であったことに端を発する条約違反手続[42]において、再び個人の権利の認定の問題に取り組んでいる。飲料水指令は、構成国に対して、飲料水を産出する表層水の水質に関する限界値やその測定方法について定めるよう義務付けていた。

ここにおいてもまた、ヨーロッパ司法裁判所は、指令の目標が「人間の健康の保護」にあることを認定した上[43]で、「この指令によって定められた措置の遵守が不十分であることによって人間の健康が危険に晒されうる場合には常に、利害関係者は、自らの権利を主張するために強行規定を援用する機会を有していなければならない[44]」と判断した。

第五款：一九九六年貝類水域判決（Rs. C-298/95）

そして、ここで最後に取り上げる一九九六年一二月一二日の貝類水域判決[45]もまた、ドイツの条約違反が問題となったケースであり、これまでの判決の流れを汲むものである。本事件で問題となった淡水指令[46]と貝類水域指令[47]は、淡水と貝類の生息水域において一定の水質を保障するために、構成国に対して、水質に関する限界値を設定し、水汚染を防止するためのプログラムを作成するよう義務付けていた。

ヨーロッパ司法裁判所は、これらの指令の目標が「〔…〕人間の消費に適した魚、ならびに〔…〕人間によって直接に消費されうる貝類やエスカルゴの生活が営まれる、または営まれうる地下水の質を監督することによって、人間の健康を保護する」[48]ことにあると認定した上で、これまでの判決と同様に、「この指令によって定められた措置の遵守が不十分であることによって人間の健康が危険に晒されうる状況のすべてにおいて、利害関係者は、自らの権利を主張するために強行規定を援用する機会を有していなければならない」[49]と判断した。なお、この二つの指令は、環境保護の必要性については述べていたものの、構成国の義務が人間の健康を保護するためのものであると明示的には示していなかった。

第六款：検討

以上の通り、一九九〇年代のヨーロッパ司法裁判所の五つの判決を概観的に確認した。いずれの判決も、理由についてあまり詳細には言及していないものの、いくつかの示唆を得ることができる。

一　指令の保護目的

まず、ヨーロッパ司法裁判所は、これらの判決において、指令の保護目的を出発点として必ず確認しているという点が注目に値する。そして、最初の地下水判決こそ、水汚染の防止、つまり環境の保護を指令の目標として認定するにとどまっていたものの、その後の大気質判決以降の四判決は、いずれの場合も環境保護に加えて、「人間の健康の保護」についても指令の保護目的として明示的に認めている。このことは、指令がその一条（目的規定）や制定理由において

人間の健康の保護について言及していない場合であっても、同様であった。そしてヨーロッパ司法裁判所は、全体として、指令の目標が人間の健康の保護にあることをもって、特段に詳しい理由付けを行うことなく、個人に権利を認める傾向にある。ただし、これらのケースにおいて問題となっているのは、いずれも環境媒介物（Umweltmedien）、すなわち水や大気など、その汚染によって人間の健康に実際上で危険な影響が及びうるという性質をもった「環境」の保護であったという点には留意すべきである。したがって、ヨーロッパ司法裁判所は、少なくともこの意味での環境の保護を指令の目標として認めている場合には、人間の健康の保護という目標をも同時に導き出しており[50]、それを個人の権利の認定に結びつけていると理解することができる。

こうした訴権の認定という観点から、EU法とドイツ法の違いが顕著となるのは、利益の性質についてである。人間の健康という指令の保護する利益は、確かに、個人との関わりのある利益である。しかしながら、ヨーロッパ司法裁判所は、ドイツ法にみられるような、利益の厳格な個別化までは要求していないようにみえる。すなわち、指令の規定が個別化可能な個々人に排他的に帰属する利益を保護しているのではなく、いわば一般的利益を保護しているにすぎない場合であっても、それが生命や健康のような個人に（間接的に）関係しうる利益でさえあれば、共同体法上の個人の権利を認めるには十分であると判断しているように思われる。結果としてドイツと比べて大幅に広い範囲の人々に権利が認められる可能性が生じているといえ、その結果として、連合法上の個人の権利の問題に関しては、指令の保護目的はドイツの保護規範説に内在する「訴権制限的効果」を有していないといった評価が下されている[51]。

ただし、これまでのヨーロッパ司法裁判所で取り上げられた事案の特徴からすると、個人との関わりのない（ようにみえる）利益の場合については、注意が必要である。つまり、環境保護をめぐる利益であっても、種の保全を求める利益のように、人間の健康との関係性を指摘する余地が乏しいケースにまで一連の判例の理解が当てはまるのかどうかは、

現段階においては、定かではない。この点については、後続の判例をさらに検討する必要がある。

二　利害関係者の範囲

次に、権利が認められる個人の範囲が問題になる。まずは、学説に共通の理解として、ヨーロッパ司法裁判所は民衆訴訟を前提とはしていないという点が確認されるべきである[52]。したがって、こうした権利を認められるべき「利害関係者[53]」の範囲をいかなる基準によって境界付けていくのかという問題が生じることになる。

先に確認した判決によると、ヨーロッパ司法裁判所は、指令が遵守されないことで「人間の健康が危険に晒されうる場合には常に[54]」利害関係者に権利を主張する機会が認められるべきであるとしており、指令の不遵守によって健康に影響が及びうる者を利害関係者として想定している。他方で、それ以上の基準が示されることはなく、根拠となる規範の文言を手がかりとしてその範囲を限定しようとすることもしていない。この点についていえば、ヨーロッパ司法裁判所は、利害関係者の範囲を「事実上の利害関係」の基準、すなわち、実際上で健康に悪影響が及びうるかどうかという基準に従って切り出そうとしたと理解するのが、妥当であろう[55]。つまり、指令の目標から保護されるべき利益を認定する局面においては規範的な観点が維持される一方で、その利益に関わる利害関係者の範囲を判断する局面においては事実的な観点が採用されていると、一応の整理をすることができる[56]。

また、ヨーロッパ司法裁判所の判断からすると、人間の健康に及ぼす影響について、具体的な危険であることまでは要求されておらず、潜在的な危険で十分であると一般に理解されている[57]。したがって、利害関係者の範囲という点では、いずれにせよ高い水準の要求がなされているわけではなく、やはりそれなりに広い範囲の個人に権利が認められる可能性がある。

第三節：一九九〇年代の法務官意見における個人の権利

前節においては、ヨーロッパ司法裁判所の判決文を題材に、裁判所による個人の権利の理解を概観した。本節は、これらの一九九〇年代の判決にあたって法務官が提示した意見書の内容を確認することを目的とする。ただし、ヨーロッパ司法裁判所には、判決にあたって法務官の意見書に――理由においても結論においても――従う義務はない[58]。しかしながら、司法裁判所は多くのケースにおいて法務官の意見書と同様の結論に至っていること、そしてまた、意見書は判決文よりも詳細な理由付けを行った上で立場を明らかにしていることが多いこと[59]などを踏まえると、意見書の内容に目を通しておくことには一定の意義があると考えられる。

第一款：法務官 van Gerven――地下水判決

まず最初に、地下水判決（Rs. C-131/88）を担当した法務官 van Gerven の意見書を確認する。彼は、その意見書において、まず指令の保護目的が水汚染の防止にあることを認定する[60]。その上で、構成国は水の汚染を防止するために環境用益者とその監督庁との間に権利・義務関係を作り出す国内法化の措置を行わなければならないとし、規制を課す者と課される者という二面関係を出発点に考察を進める。そして、この二面関係を規律するために地下水指令を明確な形で国内法化することは、「行政庁またはその他の者に対して指令に含まれる禁止や制限を貫徹することを望む個々の第三者（例えば、環境保護団体または近隣住民）にとっても重要たりうる[61]」という。つまり、権利・義務関係の当事者ではない「第三者」にまで視野が拡大され、第三者にも権利が認められる余地があるというのである。最終的に van

Gerven は、ヨーロッパ委員会による主張に依拠しつつ、環境用益者が指令の規定を遵守することについて経済的なインセンティブが不足していること、そしてまた、地下水の汚染をもたらす可能性のある行為を統制することの困難さをも加味した上で[62]、環境保護に資するべく訴権を個人に認めるべきだと結論付けた。こうした van Gerven の意見は、認定した指令の保護目的の達成を担保することへと強く方向づけられており、市民を動員することによって分散的な執行統制を実現するという考え方が色濃く反映されたものと評価することができる[63]。

非常に簡潔な理由付けにとどまっていたヨーロッパ司法裁判所による地下水判決における判断は、権利が認められるべき個人の範囲をどのような基準によって確定するかという点については明らかではないものの、結論の根拠という面では、上記の法務官 van Gerven の意見を踏まえ、おおよそ同様の見解に立っていると考えられる。

第二款：法務官 Mischo――二つの大気質判決

地下水判決に続く二つの大気質指令に関する判決（Rs. C-361/88と Rs. C-59/89）をまとめて担当したのが、法務官 Mischo であった。Mischo は、法務官 van Gerven による地下水判決の意見を参照しながら、指令から生じる権利及び義務について、同じく環境用益者と行政庁の関係性の考察を出発点としている。曰く、行政庁は、環境に負荷をかける活動を制限するにあたって、国内の規範を通じて限界値を定めなければならない。そして、この限界値を設定することは、少なくとも間接的には個人――自然人と法人も含む――に対しても制約を課しうるといえるから、指令によって制約が課されうることになる個人には、その義務の対として権利が認められるべきだというのである[64]。そしてまた、指令の制定理由などに鑑みて、大気質に関するこれらの指令の目標は「環境保護」と「人間の健康の保護」にあると認定し、呼

吸によって大気を吸い込むことになる一般市民(einfache Bürger)にも、限界値に関する構成国の義務の「論理的な帰結」として、大気質が限界値に適合することを求める個人の権利が認められるべきだというのである[65]。Mischo 曰く、「最終的に、自らの活動によって潜在的な汚染源となり、問題となっている二つの指令により制約が課される自然人または法人と並んで、自らが吸い込む大気が定められた質に関する規範に適合するよう求める権利を指令から導き出す個人、一般市民がいることは、確かである[66]」。以上のように、Mischo は、van Gerven と同様に、指令の保護目的に焦点を当てつつ、構成国による指令の規定を国内実施する義務から個人の権利を認めるべきだという結論を導き出している。地下水判決との相違点として、ヨーロッパ司法裁判所は、この二つの判決において、環境のみならず人間の健康もまた指令の保護目的であると認定し、構成国における大気質に対する規制はそのために義務付けられることを指摘していた。この判断は、上記の Mischo の意見に依拠するところが大きいといえるだろう。

また、権利が認められるべき個人の範囲についても言及しておきたい。先の法務官 van Gerven は、地下水判決の意見書の中で環境保護団体を例示しており、かなり広い範囲の個人に対して権利が認められる可能性があると想定していたと理解できる。他方で、この二つの大気質判決に関する意見書に照らしてみると、Mischo が想定している権利が認められるべき個人の範囲は、必ずしも明白ではない。彼の意見書は、一方では、この利害関係者の範囲を限定するための基準が見受けられないために、かなり広範な一般市民を想定して、個人の権利を認める方向性を示していると読む余地がある[67]。しかしながら、「個人」や「一般市民」という文言を用い、「大気の吸入」と述べて明らかに自然人を想定しているように思われることからすれば、法人である環境保護団体まで想定していた van Gerven よりは狭いという指摘もまた、正当であろう[68]。

一　表層水判決

続いて、表層水判決（Rs. C-58/89）と貝類水域判決（Rs. C-298/95）を担当した法務官 Jacobs の意見を確認する。表層水判決に関する彼の意見書をみると、これまでの判決の流れとは必ずしも整合的に捉えることができない、しかし興味深い考え方がみられている。

彼によると、指令の国内法化に対する要求としては、①拘束力のある国内規範を定立すること[69]、②講じられた措置を適切に公表すること、そして、③訴訟上で主張しうる権利を根拠付けることの三つの要件が区別されるべきであり[70]、訴権の認定はその一つにすぎない。ただし、あらゆる指令について、これらの三つの要件の全てが満たされなければならないと考えるべきではないとも指摘している[71]。

そして、先の判決において問題となった地下水指令や大気質指令は、直接的または間接的に環境に有害物質を排出することにつながる活動を行う全ての者、つまり潜在的には無制限の範囲の人々に影響を与えうる統制のシステムを国内に構築することを求めている。それゆえ、これらの人々は、自らの活動に制約を課されることになるのであるから、「第三者」ではないのだとされている[72]。他方、今回の表層水判決において問題となった飲料水指令についてみると、表層水の取水が問題となるところ、指令は限定的な範囲の人々に対してしか権利・義務関係を作り出していないとされているのである[73]。その上で、Jacobs は、「確かに、生態学者や環境利益団体のようなより大きな公的領域は、水質や共同体法の遵守に対しても一般的利益を有している。しかしながら、そこから自動的に、彼らに国内裁判所での訴権が付与されるわけではない[74]」ことを指摘する。このようにして、Jacobs は訴権が認められるべき個人の範囲を限定しようと試み

たのである。[75] この点、これまでのヨーロッパ司法裁判所の判例からすると、基本的に個人の権利を広く認めようとする方向は一致しているといえるが、どの程度の範囲の個人にまで権利が認められるかは、明らかではなかった。権利義務関係を手がかりとして訴権の範囲を限定的に捉えようとする Jacobs の説明は、訴権の範囲を検討する上では興味深く、しかしまた他方で、これまでのヨーロッパ司法裁判所の方向性からすると若干の距離をも感じさせるものであった。

二　貝類水域判決

他方で、法務官 Jacobs は、表層水判決の五年後に出された貝類水域判決に関する意見書においては、ドイツに対して条約違反手続を提起したヨーロッパ委員会の主張を再現するにとどまっている。すなわち、問題となっている二つの指令は人間の健康の保護という目的をも有しており、司法裁判所はこのようなケースにおいて、国内実施が強行規定を通じて行われなければならないと判断してきたとし、[76] これまでの判決の理解を確認するにとどまっている。このように、Jacobs は、この意見書においては直接には個人の権利の問題について自らの立場を明らかにしていないようにみえるが、結果としてこうしたヨーロッパ委員会の主張を支持することで、貝類水域判決をこれまでの一連の判例の中に位置づけることにつながっている。

第四節：小括

本章では、以上のように、主に一九九〇年代の判例を中心に、ＥＵ法上の個人の権利に関するヨーロッパ司法裁判所の判決文及び法務官意見の動向を確認してきた。最後に、本章で明らかになったことを整理するとともに、次章とのつ

ながりを指摘しておきたい。

第一に、ヨーロッパ司法裁判所は個人の権利を認めるにあたって、本章で取り扱った全ての判例において、指令の目標を出発点としている点である。一九九〇年代の判決においては、「環境保護」と並んで「人間の健康の保護」という目標が際立っていた。ただし、ここで問題となる利益の性質についてみると、少なくとも健康に対する利益のような（ドイツの基準でいうところの）私益または個別的利益がこれに該当することは判例から明らかであるものの、自然保護のような純粋な公益までこれに該当するのかは、現時点では明らかとはいいがたい。この点は、次章の課題となる。

また、第二に、ドイツの保護規範説との類似性について述べておきたい。EU法は、いわゆるフランス法の利害関係者訴訟的な構想、つまり原告適格を基礎付けるのに事実上の利害関係のみで十分であるとする発想を、明らかに採用していない(77)。個人の権利を認めるにあたっては、必ず共同体法上の規範的な基礎が必要であるとされているのであって、この意味において保護規範説との類似性を指摘することができる(78)。ただし、実際に権利が認められる個人の範囲に目を向けると、EU法は明らかにドイツ法よりも広い範囲を想定しているようにみえ、その点ではドイツ法とは距離があるといわざるを得ない。この意味においては、フランス法の構想に近いという指摘も妥当するといってよいだろう。

第三に、利害関係者の範囲の認定の問題が挙げられなければならない。ヨーロッパ司法裁判所は、その利害関係者の範囲を判断するにあたって、根拠条文の規定を手がかりとするのではなく、事実上の影響という観点に着目しているようである(79)。他方で、検討した判決文の多くは抽象的な基準を立てるにとどまっていたため、最終的にどのようにして利害関係者を境界付けるのかという問題には決着がついていないように思われる。この点についても、次章において近年の新しい判例にも目を通すことを通じて、さらなる視座を得られるように努めたい。

このようにみると、ヨーロッパ司法裁判所の判決文や法務官意見からは十分に読み取れない点も多く存在している。

しかし、いずれにせよ、一九九〇年代の著名なヨーロッパ司法裁判所の判決を概観した限りでは、EU法上の個人の権利は、日本の「法律上の利益」やドイツの「公権」よりも相当に緩やかに認められうることが、実際の判例とともに明らかになった。次章では、二〇〇〇年代以降のヨーロッパ司法裁判所の判例を取り扱うことによって、本章の検討においては明らかにすることのできなかった点を補足するとともに、近年におけるさらなる発展の動向を追跡することにしたい。

（1）なお、本論文ではEC法とEU法については特段区別せず、EC時代のものであってもすべてEU法という表記を用いることにする。また、本論文ではヨーロッパ司法裁判所の判決及び法務官意見書をしばしば引用・参照している。その際には、原則としてドイツ語の出典に依拠することにしたが、訳出にあたっては英語の出典も参考とした。

（2）本稿でいう連合法上の「個人の権利」については、判例及び学説は「主観的権利（subjektive Rechte）」や「公権（subjektiv-öffentliches Recht）」というドイツ的な専門用語ではなく、「個人の権利（Rechte Einzelner）」「個別的権利（individuelle Rechte）」「援用権（Berufungsrecht）」といった類似の表現を用いる場合が多いようである。この点については、Martin Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 68f.; André Niesler, Individualrechtsschutz im Verwaltungsprozessrecht, 2012, S. 177.

（3）その数少ない研究として、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇年）四二三頁以下を挙げておく。

（4）この問題に関する環境法以外の主要な参照領域としては、例えば、委託発注法（Vergaberecht）などの経済法の領域を挙げることができる。しかしながら、本稿では、EU法において特に重要であり、研究成果が豊富であり、さらには日独との思考様式の違いが明白な環境法の領域を集中的に取り扱うこととした。

（5）EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos). 邦語文献として、須網隆夫・中村民雄「EEC条約規定の直接効果」中村民雄・須網隆夫編『EU法基本判例集〔第三版〕』（日本評論社、二〇一九年）三頁以下も参照。

（6）先決裁定手続とは、国内の裁判所が、係属中の事件を取り扱う中でEU法の解釈や有効性に関する疑義が生じたとき、その問題についてヨーロッパ司法裁判所に質問し回答を得るための手続のことである。先決裁定手続については、中西優美子『EU司法裁判所概説』（信山社、二〇一二年）六九頁以下を参照。

（7）なお、EU法をめぐる学説では、「直接適用」と「直接効果」は区別されているという。すなわち、直接適用は共同体法の規定が構成国における国内法化措置を必要とせずに適用されることを意味するのに対し、直接効果は共同体法の規定が個人に対して構成国の裁判所で実現可能な権利を付与することを意味する。例えば、指令についてみると、その内容を構成国において実現するためには別途の国内法化措置が必要であることから、問題となるのは直接効果ということになる。ただし、少なくとも初期のヨーロッパ司法裁判所の判例においては、直接適用と直接効果という用語はほとんど区別されずに用いられていたことが指摘されている。この直接適用と直接効果の区別については、須網隆夫「直接効果理論の発展に見る欧州統合の現段階」日本EC学会年報一四号（一九九四年）一四六頁以下、同「EC法における国際条約の直接効果」早稲田法学（早稲田大学）七八巻三号（二〇〇一年）五六頁以下を参照。

（8）EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos), Rn. 12.

（9）EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos), Rn. 14ff. なお、ヨーロッパ司法裁判所は、本決定において禁止という消極的義務について直接効果を認めたが、後の判例において積極的義務についても直接効果を認めている。この点については、須網・前掲註（7）「直接効果理論の発展に見る欧州統合の現段階」一四四頁を参照。

（10）EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos), Rn. 18. なお、EEC条約一六九条及び一七〇条は現在のEU機能条約二五八条及び二五九条に相当し、ある構成国が条約に基づく義務に違反している疑いがある場合、ヨーロッパ委員会及び他の構成国に対して、一定の手続を経た後に当該構成国の違反についてヨーロッパ司法裁判所に提訴することを認める条文である。

（11）EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos), Rn. 19.

（12）EuGH, Rs. C-41/74, Slg. 1974, 1337 (van Duyn).

（13）EUの一次法（Primärrecht）と二次法（Sekundärrecht）の区別については、前者が「条約」（例えば、EEC条約やEU機能条約など）を指し、二次法は一次法に基づきEUの機関によって制定される「規則」、「指令」、「決定」などを指す。

（14）Richtlinie 1964/221/EWG.
（15）EuGH, Rs. C-41/74, Slg. 1974, 1337 (van Duyn), Rn. 12.
（16）EuGH, Rs. C-41/74, Slg. 1974, 1337 (van Duyn), Rn. 13f.
（17）EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich). 邦語文献として、中西優美子『EU法』（新世社、二〇一二年）一六五頁以下、須網・前掲註（7）「直接効果理論の発展に見る欧州統合の現段階」一五三頁以下も参照。
（18）EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich), Rn. 31f. ケンドは、EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos) などのヨーロッパ司法裁判所の先例が引用されている。
（19）EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich), Rn. 33.
（20）EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich), Rn. 34.
（21）EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich), Rn. 40.
（22）Vgl. GA Thesauro, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Rn. 17. ヨーロッパ司法裁判所の法務官 Thesauro は、国家責任に関する後続判例 Brasserie du Pêcheur 事件の意見書の中で、EU法上の国家責任について、「最終的に、立法の不作為によって生じた損害額についての個人に対する国家の金銭的な責任は、司法裁判所によって、個人の保護と、そしてそれを通じた共同体法の適切な実施を保障するための手段として作り出された」と整理する。
（23）Astrid Epiney/Stefan Reitemeyer, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, in: GfU (Hrsg.), Dokumentation zur 37. Wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2014, Rn. 110 は「個人の機能化」という表現を用いる。
（24）こうした連合法の構想については、とりわけ一九九六年から一九九八年にかけてドイツにおいて公刊された三つの有名なディセルタツィオンにおいても集中的に論じられている（Matthias Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996; Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997; Bernhard Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998）。
（25）ドイツ基本法一九条四項一文目は「公権力により自らの権利を侵害された場合、その者には出訴の途（Rechtsweg）が

開かれる」と規定する。

(26) Wolfgang Kahl/Lutz Ohlendorf, Die Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, JA 2011, 41 (42).
(27) Vgl. Kahl/Ohlendorf, JA 2011, 41 (42); Ebers, a.a.O. (Fn. 2), S. 124.
(28) Kahl/Ohlendorf, JA 2011, 41 (42).
(29) EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Grundwasser).
(30) Richtlinie 1980/68/EWG (Grundwasserrichtlinie).
(31) 条約違反手続については、中西・前掲註（6）七六頁以下を参照。
(32) EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Grundwasser), Rn. 7.
(33) EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Grundwasser), Rn. 7, 61.
(34) EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (TA Luft).
(35) Richtlinie 1980/779/EWG (Luftqualitätsrichtlinie Schwefeldioxid und Schwebestaub).
(36) EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (TA Luft), Rn. 2f., 16.
(37) EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (TA Luft), Rn. 16.
(38) Richtlinie 1982/884/EWG (Luftqualitätsrichtlinie Blei).
(39) EuGH, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (Blei).
(40) EuGH, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (Blei), Rn. 19.
(41) Richtlinie 1975/44/EWG und 1979/869/EWG (Trinkwasserrichtlinie), なお、Richtlinie 1979/869/EWG は、Richtlinie 1975/44/EWG を補足する位置づけの指令であった。
(42) EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser).
(43) EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 14.
(44) EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 14.
(45) EuGH, Rs. C-298/95, Slg. 1996, I-6747 (Muschelgewässer).
(46) Richtlinie 1978/659/EWG (Süßwasserrichtlinie).

（47）Richtlinie 1979/923/EWG (Muschelgewässerrichtlinie).
（48）EuGH, Rs. C-298/95, Slg. 1996, I-6747 (Muschelgewässer), Rn. 15.
（49）EuGH, Rs. C-298/95, Slg. 1996, I-6747 (Muschelgewässer), Rn. 16.
（50）最初のケースである地下水判決も、確かに指令の保護目的として直接に人間の健康保護に言及することはなかったが、水汚染の防止を保護目的として認定していたのであって、これらの一連の判決と整合的に理解しうる。
（51）Angela Schwerdtfeger, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 157.
（52）Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 161f. は、もし民衆訴訟を認めようとするのであれば、環境情報指令が環境情報請求権について規定しているのと同様に、それに対応するEU法上の根拠条文が必要であろうと指摘する。
（53）なお、ヨーロッパ司法裁判所の判決の中でこの「利害関係者（Betroffene）」という表現が用いられているのは大気質判決以降であり、最初の地下水判決においては「受益者(Begünstigte)」という表現が用いられていた(vgl. Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 159)。
（54）EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (TA Luft), Rn. 16; C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (Blei), Rn. 19; C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 14; C-298/95, Slg. 1996, I-6747 (Muschelgewässer), Rn. 16.
（55）Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 159f.
（56）Astrid Epiney は、こうしたヨーロッパ司法裁判所の構想を、「規範的利害関係者訴訟（normative Interessentenklage）」の構想と表現した（Astrid Epiney, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 362 (396ff.); dies., Rechte Einzelner im EU-Umweltrecht, EurUP 2017, 223 (225ff.))。なお、一般にドイツの学説においては、ドイツの構想は「被害者訴訟（Verletztenklage）」、フランスの構想は「利害関係者訴訟（Interessentenklage）」と呼ばれており、この規範的利害関係者訴訟という表現は、必ずしもドイツとフランスのどちらにも与しない（あるいは、どちらにも通ずる点のある）両者の狭間にある構想であることを暗示している。
（57）Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 162f.
（58）ヨーロッパ司法裁判所における法務官（Generalanwalt）の地位及びその意見の位置づけについては、中西・前掲註（6）

二二頁以下を参照。

(59) 中西・前掲註（6）二三頁。

(60) GA van Gerven, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Grundwasser), Rn. 7.

(61) GA van Gerven, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Grundwasser), Rn. 7.

(62) GA van Gerven, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Grundwasser), Rn. 9.

(63) Vgl. Ulrike Giera, Individualrechte im europäischen Umweltrecht, 2015, S. 80f.; Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 170f.

(64) GA Mischo, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (TA Luft) und C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (Blei), Rn. 18.

(65) GA Mischo, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (TA Luft) und C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (Blei), Rn. 23. このほかにも Mischo は、二酸化硫黄と浮遊粒子に関する大気質指令の前文から、有害物質を排出する企業間に共通市場での平等な競争環境を作り出すという指令のさらなる目標を読み取ることで、個人の権利及び義務を根拠付けるべきだという説明を裏付ける（Rn. 21）。

(66) GA Mischo, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567（TA Luft）und C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (Blei), Rn. 23.

(67) Vgl. Giera, a.a.O. (Fn. 63), S. 83f.

(68) Vgl. Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 167.

(69) つまり、多くの条約違反手続においてドイツが主張していたような、規範を定立することのない単に行政実務を通じた国内実施では、指令の要求を満たすのには十分でないものと理解される。

(70) GA Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 29.

(71) GA Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 29.

(72) GA Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 33.

(73) GA Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 34.

(74) GA Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (Oberflächenwasser), Rn. 34.

(75) Giera, a.a.O. (Fn. 63), S. 86f.
(76) GA Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-298/95, Slg. 1996, I-6747 (Muschelgewässer), Rn. 12.
(77) Vgl. Friedrich Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, §50 Rn. 153.
(78) Schoch, a.a.O. (Fn. 77), Rn. 153.
(79) Schwerdtfeger, a.a.O. (Fn. 51), S. 160.

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
Ruben E. Rodriguez Samudio	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協力研究員
楊　　瑞　賀	山東大学法学院講師
谷　　遼　大	北海道大学大学院法学研究科助教
前　田　亮　介	北海道大学大学院法学研究科准教授
横　路　俊　一	北海道大学大学院法学研究科准教授

令和４年５月23日　　印　刷
令和４年５月30日　　発　行

編 集 人　　岸　本　太　樹

発 行 人　　北海道大学大学院法学研究科長
小名木　明　宏

印　　刷　　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発 行 所　　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 73 May 2022 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Legal Framework for Online Service Providers' Cross-border Activities — Analyses from the Standpoint of Conflict of Laws ····· Takuya SHIMA 1

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (1) ····· Ruben E. Rodriguez Samudio 33

Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (8) ····· Ruihe YANG 109

Die Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts (2) : Rechte Einzelner im EU-Umweltrecht und ihre Auswirkungen auf das deutsche Verwaltungsrecht ····· Ryota TANI 246[1]

MATERIAL

Local Party Organizations in Postwar Japan (2) : The Case of the Federation of Hokkaido Social Democratic Party Branches (1948-1951) ····· Ryosuke MAEDA 175

[ ]···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