

龍谷法學

第55巻 第1号

| | | |
|-------|--|----------------------------|
| 論 説 | 判例内縁法の現代的課題 (1) ～平成時代以降の裁判例を中心として～ | 岡本 詔治 |
| | 死刑制度をめぐる試論：死に向かう者の尊厳は保障されているか | 古川原明子 |
| | なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか (1) | 松尾 秀哉 |
| | 福島原発事故損害賠償訴訟における慰謝料論の現在と課題 ——2022年3月最高裁決定を受けて—— | 若林 三奈 |
| | イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開 (1) ——行政裁判例・判例の展開と裁判所の役割を中心に—— | 真田 章午 |
| | 「法社会学論争」の教訓 (二十) ——市民法学 (ないし市民法論) の<戦前>と<戦後>・ひとつの素描—— ——昭和初期：末川博の民法学 (『権利侵害論』) —— | 川角 由和 |
| | 外国人のヒューマンライツ (その3) ——ヒューマンライツと人権は同じなのか? | 戸塚 悦朗 |
| | 幸徳秋水大逆事件 (1911年) の研究 (10) ～大逆事件における供述分析：本件判決を根拠づける被告人らの供述とその形成過程 (3・完)～ | 浜田寿美男／山田 早紀 |
| | 商事法研究者の情報発信力の変化 ——会社法施行前からの約20年の変遷を踏まえて—— | 神吉 正三 |
| | ホームレスの人と人権 (その2) | 石井 幸三 |
| 研究ノート | 幸徳秋水大逆事件 (1911年) の研究 (11) ～判決の脆弱性 (5・完)～ | 金子 武嗣 |
| | 国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所刊『非市民の権利』 | 戸塚 悦朗 |
| | イェーリング『ローマ私法における帰責要素』(5) —— R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867— ルドルフ・フォン・イェーリング (著) / 川角 由和 (翻訳) | |
| 翻 訳 | ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (16) (Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015) | 金 尚均・玄 守道 (監訳) / 山本紘之 (翻訳) |
| | 名古屋地方裁判所2021年3月30日建築工事差止等請求事件判決 ——子どもの権利条約の幼稚園児への適用事例—— | 丹羽 徹 / 清田 雄治 |
| 資 料 | | |

目 次

論 説

- 判例内縁法の現代的課題 (1)
～平成時代以降の裁判例を中心として～……………岡本 詔治… 1 (1)
- 死刑制度をめぐる試論：死に向かう者の尊厳は保障されているか
……………古川原明子… 33 (33)
- なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか (1)
……………松尾 秀哉… 87 (87)
- 福島原発事故損害賠償訴訟における慰謝料論の現在と課題
——2022年3月最高裁決定を受けて——……………若林 三奈…123 (123)
- イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開 (1)
——行政法裁判例・判例の展開と裁判所の役割を中心に——……………眞田 章午…161 (161)
- 「法社会学論争」の教訓 (二十)
——市民法学 (ないし市民法論) の<戦前>と<戦後>・ひとつの素描——
——昭和初期：末川博の民法学 (「権利侵害論」) ——……………川角 由和…197 (197)
- 外国人のヒューマンライツ (その3)
——ヒューマンライツと人権は同じなのか? ………………戸塚 悦朗…237 (237)
- 幸徳秋水大逆事件 (1911年) の研究 (10)
～大逆事件における供述分析：本件判決を根拠づける被告人らの供述とその形成過程 (3・完)～
……………浜田寿美男／山田 早紀…279 (279)

研究ノート

- 商事法研究者の情報発信力の変化
——会社法施行前からの約20年の変遷を踏まえて——……………神吉 正三…311 (311)
- ホームレスの人と人権 (その2) ………………石井 幸三…353 (353)
- 幸徳秋水大逆事件 (1911年) の研究 (11)
～判決の脆弱性 (5・完)～……………金子 武嗣…383 (383)

翻 訳

- 国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所刊『非市民の権利』
……………戸塚 悦朗…425 (425)
- イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(5)
——R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867—
……………ルドルフ・フォン・イエーリング (著)／川角 由和 (翻訳)…451 (451)
- ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (16)
(Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015)
……………金 尚均・玄 守道 (監訳)／山本絃之 (翻訳)…477 (477)
- 名古屋地方裁判所2021年3月30日建築工事差止等請求事件判決
——子どもの権利条約の幼稚園児への適用事例——……………丹羽 徹／清田 雄治…497 (497)
- 法学会消息……………545 (545)
- 法学会2021年度決算報告書……………553 (553)
- 法学会会則……………558 (558)

判例内縁法の現代的課題（1）

～平成時代以降の裁判例を中心として～

岡 本 詔 治

- 一 問題の所在と課題の限定
- 二 通常内縁の裁判例
 - I 平成16年までの内縁関連事例
 - 1 内縁の成立事情 (以上、本稿)
 - 2 内縁の法的保護
 - 3 内縁関連事例
 - 4 社会的婚姻としての内縁
 - II 平成16年最高裁判決
 - III その後の内縁関連事例
 - IV 小括
- 三 重婚的内縁
- 四 まとめに代えて

一 問題の所在と課題の限定

(1) 従来の内縁裁判例の実情

戦前（明治期～昭和前期）から昭和後期までの内縁関連裁判例の特質については、すでに別稿で検討したが⁽¹⁾、その判例史の概要については、下記のように纏めることができるであろう。周知のように、大審院は、婚姻予約無効論から有効論（大連判大正4・1・26民録21輯49頁）に大転換したが、大審院のいう婚姻予約とは「婚姻を目的とする契約」であって、婚約（大判大正5・6・23民録22輯1161頁）のみならず、いわゆる内縁も含まれており、大審院は、婚約から挙式後に同棲して婚姻の届出に至るという当時の婚姻習俗を前提としたうえで、婚姻までの男女関係を「事実上ノ婚姻」という

用語で表現していた。いわば、日本の婚姻習俗に近代法的な契約法的装置という衣を着せたということとなろう。それゆえ、いうところの婚姻予約とは、内縁の当事者双方が負担する「婚姻の届出を誠実に履行する義務」（以下「届出義務」略する）を軸とし、実際上も、正当な理由なくして、この種の義務に違反する事例が少なくなかった。ただし、当時の判例は、不法行為の保護法益を条文（709条）に即して権利に限定していたので、内縁の不当破棄につき不法行為的救済を否定していた。

おそらく、大審院は、婚姻が家族（戸主や両親）の意向に強く左右されるという当時の家族制度のもとで、婚姻予約構成ひいては届出義務によって婚姻の届出が励行されることを期待していたものと思われる（婚姻予約論の政策的意図）。これによって実際上は多数の内縁の妻が保護されたが、論理的には特に女性救済を目的とする法的構造をもつものではなく、あくまでも中性的な救済手段であり、現に上記大正5年の例では予約を破棄された男性が救済されている。

こうした判例の立場は、敗戦後も堅持されていたが、昭和33年の最高裁判決（最二判昭和36・4・11民集12巻5号789頁。以下「準婚判決」と略する）は、内縁を「婚姻に準ずる関係」として、婚費分担規定（民760条）の類推適用を認めるとともに、「婚姻予約」構成のみならず不法行為構成も可能とした。内縁夫婦間における生活費については、夫婦共同生活が「夫婦双方の共同利益」のために営まれるという基本観念のもとで、相互に分担する（ひいては資力ある者が負担する）という考え方は、すでに大審院時代に採用されており、新民法に導入された婚費分担規定の類推適用には、特に問題はなかったであろう。むしろ、そうした戦前の内縁準則は、この種の男女平等論を先取りしていたともいえよう。一方、この当時では、すでに不法行為法一般の保護法益が拡張されていたので（権利侵害から違法性へ）、内縁当事者の生活利益もそれ自体として法的保護に値すると考えられたのは、いわば時代の趨勢でもあった。

むしろ、この不法行為的構成には、特別な意味があったように思われ、つぎのような推論が可能である。実は、敗戦後もいまだ根強く家族制度的な因習が残存しており、挙式同棲しても内縁の妻は夫の家族の意向やしきたりに同化しない限りは、夫のみならず家族の理不尽な仕打ちによって家から半ば強制的な退去を余儀なくされることも珍しくはなかったことから、婚姻の届出は決して容易ではなかった。そうした事例は枚挙にいとまがないが、「準婚判決」前の下級審裁判例は、夫の婚姻予約不履行責任と家族の不法行為責任との調整に苦慮し、共同不法行為としたり、単に連帯責任としたりするなどして、その論拠が不透明なまま、かなり混迷した状況にあった。「準婚判決」によって、家族も含めて「共同不法行為責任」を問うことが可能となり、実際この種の裁判例が多数見られるところ、このことによって資力のある家族から慰謝料をとることも可能となり、真の意味で女性救済がはかられたといえよう⁽²⁾。

いずれにせよ、婚姻予約構成にも不法行為構成にも、家族制度的な風習のもとで、内縁夫婦の自由意思による婚姻の届出を可能な限り容易にするという政策的な意図が、その裡に潜在していたといえるのではなからうか。

ところで、当時、「準婚判決」によって判例は予約構成を捨てたという著名な学者（中川善之助）の論評もあり、これは中川準婚理論が予約構成と準婚理論とは論理的に矛盾すると解釈していたからであるが、最高裁は準婚判決後も婚姻予約論を堅持しているので、中川の評価は勇み足であった。⁽³⁾ところが、学説は一般に「準婚判決」を「中川判決」と称する傾向があり⁽⁴⁾、これ以降の多くの下級審裁判例も学説準婚理論の強い影響下で基本的には予約構成から離れる傾向が顕著となった⁽⁵⁾。加えてしかも、中川理論が主導した内縁学説によれば、「婚姻目的の内縁」もそうでない内縁も区別することなくして、内縁夫婦と婚姻夫婦との相違はただ届出未了にあるに過ぎないと解釈されていたので、下級審裁判例もそうした方向に傾斜したように思われる。ただし、婚姻目的を強く意識する下級審

裁判例も散見され、大審院時代からの予約論もお生きながらえていた⁽⁶⁾。

一方、港間では、正式の結婚とは届出婚とする傾向が顕著となり、こうした婚姻習俗は今日でも堅持されているので、届出前の内縁関係でも届出を志向する傾向があるが、上記のような数少ない下級審裁判例は、そうした社会的事実と照応していたこととなろう⁽⁷⁾。他方で、昭和40年代から同50年代にかけて、あえて届出を回避するような男女関係（「現代的内縁」や「意識的内縁」と称する）が社会の実態では徐々に拡がりをみせるようになっていた。昭和期の裁判例では、そのような男女関係に関する紛争例は、いまだ存在しなかったが、後述のように、平成時代以降の裁判例では、そうした意識的内縁のほか、今日的な試婚的同棲や、今世紀に入ってからインターネット時代を背景にした特殊の男女関係も登場している。加えて、ごく最近では「同性婚」裁判が世間の耳目を集めている。

なお、「重婚的内縁」ケースについては、古くから、その関係の違法性をめぐって問題となっていたところ、ことに昭和後期になるとますます紛争例の増大する傾向が顕著となり、その保護の可否が内縁学説の焦眉の課題となっていることは、周知の事実である。

(2) 本稿の視角と課題

(ア) 婚姻予約・準婚法理と内縁の二面性 私見は、別稿で明らかにしたように、内縁関係についての判例の立場は「婚姻予約をベイスとする準婚関係」論であると評価したうえで、内縁の原則的形態は「婚姻目的の内縁」であると解釈しているので、そうした視点をつねに念頭におきながら、興味のある具体例を取り上げている。加えて、内縁の二面性、つまり社会的にみて独自の意味がある内縁と婚姻法的保護の付与される「身分関係としての内縁」とは区別する必要があると考えているので、そうした立場から従来の裁判例を分析してきたが⁽⁸⁾、ここでも、かかる視点から裁判例を類型化している。

（イ）通常内縁と重婚的内縁 「通常内縁」については、準婚的保護を中心として、すでに前代までに問題点は出尽くしているように思われるところ、何か新しい論点が生じているか、また、有力学説の説くように、そもそも従来 of 伝統的な内縁関係はきわめて稀となったのかという点のほか、現代的な内縁事例の問題にも視野を拡げることとした。

一方、「重婚的内縁」については、その保護の条件として、昭和期までは、内縁配偶者（とくに内縁の妻）が法律婚夫婦の破綻に決定的な役割を演じたという、その有責性を問題視する裁判例が少なくなかったが、平成時代では、そうした主体的責任よりも法律婚夫婦の破綻という客観的事情が重視されるような傾向が見られるのかという点に焦点を絞り込んで分析することとした。

（ウ）新たな男女関係の登場 先述のように、平成時代以降では、現代的な内縁の裁判例も見られるようになってきているが、ことに注目すべきは、生計・住居を別にしたうえで意識的に婚姻を拒否しているものの、パートナーとして相互に合意を基調とする夫婦類似の協力関係を長期間継続していた男女関係を男性が一方的に解消したという事案で、最高裁が保護に値する男女関係ではないと断じたことであろう（最判平成16・11・18裁判集民215号639頁〈慰藉料請求事件〉）。非公式判例であるが、この貴重・重要な最高裁判決については、独立の節をもうけて検討するとともに、その前後の裁判例を区別して分析することとした。あくまでも便宜上の区別であるので、その後の下級審裁判例への影響如何の問題については、予断を許すところではないが、とにかく、そうした問題も念頭におきながら、あわせて類似の新規の男女関係や「同性パートナー」などに関する紛争例も登場するようになってきているので、社会の実態において男女関係に何らかの変化がみられるのかという点も含めて、裁判例の傾向や特質を析出することとした⁽⁹⁾。

ところで、遺族年金等の社会保障給付の受給資格については、基本的に

は重婚的内縁ケースで問題となっているところ、遺家族の生活保障という特殊の政策的側面が強いので、具体的な受給資格にかかる行政指針もあるなどして、民法上の問題点と同レベルで論じることには躊躇を覚えることのほか、裁判例の数も少なくないので、別稿で検討することとした。ただし、民法レベルの問題にとって特に参考となると思われるような事例については、本稿で取り上げている。

なお、本稿は裁判例の分析を課題としているので、学説の論及は必要最小限にしている。

二 通常内縁の裁判例

I 平成16年代までの内縁関連事例

1 内縁の成立事情

本稿は、内縁の成立事情を重視している。内縁の効果については、内縁配偶者死亡後における財産分与規定の類推適用の可否は別にして、すでに昭和期において学説でも裁判例でもほぼ問題点は確定しているが、内縁の成立事情については、時代の変化とともに、港間では「男女関係の多様性」が社会的にもいっそうの拡がりをみせるようになっているので、裁判例では、そうした社会的事情が反映しているのかは、内縁問題を解決する上でも無視できないからである。そこで、まず、この分野の裁判例から、内縁の成否について、いくつかの問題類型に区別して検討することとした。

(一) 内縁肯定例

(1) 退職手当金請求事件との関連（「別居夫婦」の内縁性）

下記の例は、亡夫（国家公務員）の退職手当金等の受給資格について、内縁の妻と相続人（亡夫の実母ら）とが争った事例であるが、「通常内縁」

ケースであり、また、夫婦が別々の住居で生活していたにもかかわらず、内縁の成立が認められていることから、内縁関係の成立経緯にも興味深いものがあり、これに注目する有力学説もあるので、ここで検討することとした。

[1] 大阪地判平成3・8・29家月44巻12号95頁（供託金還付請求権確認本訴請求、同反訴請求事件）

【事実】国家公務員A男が死亡し、共済組合はAの内縁の妻Y女に退職金の受給資格があるとしたが、Aの相続人である亡き実母の子Xら相続人がこれを争ったので、共済組合はこれを供託した。AとYとの関係は、大略、つぎようになる。A（昭和10年5月生）とY（昭和16年4月生）は、昭和47年2月にYの勤務先の某組合理事長の仲人で見合いをして交際を始め、同年8月にAが県外に転勤したころから二人は肉体関係をもつにいたり、その後も、Aは赴任先との関係で転居しているが、二人の交際は続いていた。昭和49年4月、Aは新たな赴任先の住居に住み、一方、YはAに請われるまま、同年12月に転職して近隣の賃貸アパートに居住して、双方の住まいに行き来する交際を続けていたが（電車で30分程度）、昭和51年春にAは持病の喘息が悪化したので、計9ヵ月間入院し、その間YはAの看護に務めた。Aの退院後、Yは親や兄弟から婚姻届をしないAとの交際を諦めるように言われ、悩んだ末に暫く交際をやめていたが、昭和54年10月、Yが購入・転居したマンションにAが祝い品をもって訪れてから交際が再び始まり、以前よりも親密度が増して、AがY方に泊まることが多くなり、夫婦として宿泊旅行等をしたりするようになった。その後、Aは転勤・転居したが、双方の住まいに行き来する生活を続け、夫婦としてツアー旅行に出掛けたりしていた。ところが、昭和63年11月にY方に泊まっていたAの容体が悪くなり、YはAを方々の病院に連れて行って、看病にあたったが、医師から危険な状態にあるといわれたので、同月20日にYはAの実家に連絡した。駆けつけたAの兄にAはYを紹介したが、その時までAの家族はYの存在を知らなかった。同月22日Aは死亡した。

【判旨】「YはAといずれ正式に婚姻届出がなされることを前提として、夫婦と同様の認識をもってAとの関係を継続していたものであり、両者の関係が右のとおり長期にわたって継続してきたことは、AがYの認識と全く異なる認識で交際を継続してきたことを窺わせるに足りる的確な証拠もないので、AもYと同様の認識で関係を持っていたものと認めるのが相当である。そして、AとYとは互いに

別々の住まいを持っていたとはいえ、前記認定のとおり、互いに相手方のマンションに行き来して、特にAはYのマンションに頻繁に宿泊まりして生活し、夫婦としての宿泊旅行もしており、また、前記認定の事実からすれば、身体的に虚弱なAはYを精神的にも日常生活の上でも頼りにし、Yもこれに応じて生活していたものであり、AとYとの間には、精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していたものと認められるので、AとYとは事実上夫婦と認めるのが相当である」。

本件は、いわゆる「別居夫婦」であるにもかかわらず、内縁の成立が認められたので、注目されている。ただし、おそらく高額な退職金をAの実母らに帰属させるよりも、Yを保護すべきであるという実質的な判断が先行していたものであろう。交際当時Aは36歳でYは30歳、A死亡当時Aは53歳でYは47歳であり、その重要な壮年時代から中年にいたるまでのほぼすべての期間を二人で夫婦としての「協同生活」をしてきたのであるから、どうしてYの保護を否定できようか。当然の帰結でもある。

「二宮周平」は、本判決が「精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していたものと認められる」としたことを根拠として、XとYとの関係を「事実上の夫婦と認定し」と評価するとともに、そうした事情を成立要件とすべきであるとするが⁽¹⁰⁾、本判決は、「婚姻届出」を前提とした男女関係である旨を指摘しているので、その一部分のみを取り上げて、そのように評価するのは問題を残している。また、「棚村政行」は、本件男女関係を意識的に婚姻を避けているような選択的事実婚の例とするが、疑問である⁽¹¹⁾。従来でも、互いの住居を行き来して同棲はしていなかったが、婚姻約束のある男女関係を婚姻予約として保護した例（たとえば長野地判昭和29・6・14下民集5巻6号884頁）もあり、本判決は、むしろ婚姻予約法理からいっても、適切な判断をしたといえよう。

(2) 財産分与申請事件との関連

つぎの例では、財産分与が認められているが、複雑な男女関係が形成さ
(龍法 '22) 55-1, 8 (8)

れ、内縁夫婦はもと婚姻夫婦であった。

[2] 名古屋家審平成10・6・26判タ1009号241頁（財産分与申立事件）

【事実・審判要旨】 X女とY男は、昭和45年に婚姻をして、長男（昭和49年）と長女（昭和52年）を儲けた。Yは、昭和47年に運搬業を始め、その後、土木建築業を営むようになり、昭和53年にはこれを会社組織にした。しかし、両者は昭和60年11月に二人の子の親権者をXと定めて協議離婚した。離婚後、Yは、Y所有の甲建物を出て、A女と同棲を始め、Xは、二人の子と共に甲建物に残った。Yは、昭和61年3月にAと婚姻し、同年4月にはXが二人の子を残して甲建物を出たためこれを引き取った。ところが、Yは、その後Aと不和になり、同年7月には同女と別居して、二人の子を連れて甲建物に戻った。Xは、昭和61年7月末ころ、Yと二人の子が居住する甲建物に戻り、後にYと性交渉も持つようになった。一方、YとAは、昭和62年11月に裁判により離婚した。ところが、XとYは、その後再び不仲になり、平成4年2月Xが子らを置いて甲建物を出たため、別居状態となった。平成6年12月にXの財産分与の申請は家裁で却下されたが、高裁では内縁期間中の財産分与の申立てを却下した部分が取り消され、本件はその差戻審の決定である。家裁は、Xが別訴で慰藉料を請求しているので、慰藉料的財産分与はそれによるとするほか、Xが現在は別の男性と同居生活をして、パートで月7万円、同居男性が会社員として月約30万円の収入があることから、扶養的財産分与は認めず、清算的財産分与についてのみ、上記の内縁期間中の預金の増加額から同期間中の負債額を控除した額を実質的共有財産として、Yに金1千万円の支払いを命じた。

(3) 事故死による損害賠償請求事件との関連

(ア) 下級審裁判例の実情

(a) つぎの判決は、夫の事故死による内縁の妻の慰藉料請求を認めたが、内縁の成立事情が興味深い。

[3] 大阪地判平成9・4・22交通事故民集30巻2号568頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】 道路を歩行中であったA男が、Yが運転する普通貨物自動車に衝突され死亡したので、その内縁の妻Xが慰藉料を請求した。Xは、昭和35、6年ごろ、

当時大阪市のアパートの二階に居住していた従妹宅を訪ねているうちに、その東隣の部屋に居住していたAの妻Bと知り合った。Xは、夫に先立たれ、その間に生まれた二子と暮らしていたが、Bと親しくなったこともあって、昭和41年7月ごろ、Aらの部屋の東隣の部屋に転居し、当時、Bが病気で寝込んでいたため、Xは、Aの食事の世話等をするようになり、やがてAとも親しくなった。Bは昭和41年8月に死亡したが、同年末ないし昭和42年初めころ、Xは、Aから一緒になろうと言われ、BがXに対しあとを夫をよろしく頼むと言い残したことや、Aの勤務先の人から勧められたこともあって、以後、Xは、AとXの部屋で暮らすようになった。Aは、昭和44年8月、死亡保険金受取人をXとし、XのAとの間柄を内縁の妻としたうえ、生命保険契約を締結した。Xは、自らが喪主となってAの葬儀や四九日の法要を行うなどした。Xは、本件事故後、警察署から、Aの内縁の妻として事情聴取を受け、また、検察官に対しては、Aの内縁の妻として、Yの寛大な処分を望む旨の意見を述べた。判旨は、「Xは、遅くとも昭和42年の初めころから本件事故の発生までの間Aと同居し、Aとの間で実質的には夫婦の実態を備えた生活をしていたばかりか、対外的にも内縁の夫婦として振る舞っていたことが認められ(る)」とし、民法711条により慰謝料請求を認容した(慰藉料金500万円)。

(b)つぎの例では、内縁の夫の事故死による慰謝料のほかに扶養利益相当額の損害賠償が認容されているが、内縁の妻が夫の家族とも同居したうえで夫婦が結婚披露宴をしている。

[4] 東京地判平成12・9・13交通事故民集33巻5号1488頁(損害賠償請求事件)
【事実・判旨】内縁の夫Aが交通事故により死亡したので、その加害者に内縁の妻Xが扶養利益喪失の損害賠償と慰謝料を請求した。Aは、昭和60年1月ごろにXと知り合い、都内のXの自宅において、Xの長男家族とともに共同生活をするようになり、同年7月30日に結婚披露宴をした。その後、本件事故当時まで共同生活を続け、Xの長男の借入において、その父として連帯保証人になるなど、Xとは事実上夫婦として生活し内縁関係にあった。判旨は、Xの扶養請求権侵害による損害のほか、「Xの亡Aとの内縁関係は本件事故当時すでに10年以上にわたって継続していたこと、Xは亡Aの扶養を受けていたことなどの事情を総合すると、X固有の慰謝料としては、500万円とするのが相当である。」

(c)つぎは、内縁の妻が交通事故で死亡したので、その養女が加害者に損害賠償を請求した事例であるが、内縁の夫との関係につき、本稿からみても、重要な指摘がある。いわゆる「相続回避型」の内縁タイプと思われる。

〔5〕東京地判平成12・7・28交通事故民集33巻4号1278頁（損害賠償請求事件）
【事実・判旨】Xは交通事故により死亡した被害者A女（68歳・職業不明）の養女であるが、判旨は、Aの逸失利益の損害を認めるとともに、慰謝料額（1400万円）の認定に際して、つぎのように説示する。「Aの年齢や家族構成のほか、後述するとおり、X固有の慰謝料を認めたこと、本件訴訟前にXはAと内縁生活を営んでいたB男に対し、Yらから受領する損害賠償示談金のうち固有の慰謝料名目で350万円の提供を申し出ている経緯や、AがBと婚姻せずに夫婦生活を送っていたこと（Aが内縁の妻であり続けたことは、B及びAが日常生活上は実質的な夫婦ではありつつも、死亡に伴って発生する法律関係を互いには及ぼしたくないとの意思の顕れと解され、Aの死亡に伴って発生する損害賠償についても、それに伴う損害賠償請求の主体は専らXとするのが故人の意思にかなうものと解するのが合理的である。したがって、BがYらに対して固有の慰謝料として損害賠償請求をすとしても、右金額を超える慰謝料を認容すべき事情を認定するのは困難である。）を勘案し、右金額をもって相当と認める」。

上記の本判決の後半部分の説示からして、本件の内縁夫婦は相続問題を回避しようとしていたという趣旨が読み取れるので、おそらく中高年段階で内縁関係に入ったものと思われるが、そうした事情が内縁配偶者の事故死による損害賠償請求の趣旨にも影響を与えている点が興味深い。

(d)つぎの判決は、事故死した内縁の夫の相続人が受領した示談金に対して、内縁の妻が扶養利益相当分と慰藉料相当額の返還を請求したという事案で、これを認めている。とくに理論的には新味がないが、内縁の成立事情が興味深いので、紹介しておこう。

〔6〕大阪地判平成9・3・10交通事故民集30巻2号403頁（不当利得金返還請求事件）
【事実・判旨】A男（昭和5年生、平成6年9月死亡）とB女（大正8年生、平成7年2月死亡）とは、いずれも婚姻・離婚歴があるが、Bが中華料理店で働いていた昭和42年ごろ知り合い、昭和45年ごろ、当時Bが借りていたアパートにAが

転がり込み、両名は事実上の夫婦としての生活を開始し、昭和48年5月ごろ、Bは大衆食堂の権利を取得する一方で、アパートを借りて二人の住居とした。当初はAが協力していたものの、飲酒癖のAは、商売に身が入らなくなり、またBに対し暴行を加えたりすることが日常的となっていたが、他方で、経営が苦しくなると、平成5年ごろには開店休業状態となり、A・Bは、Bの厚生年金及び国民年金の受給分によって、かろうじて生計を維持している状況であった。Bは平成元年ごろから次第に足腰が悪くなり平成4年ごろからは店の外にも出られない状態になったものの、とにかく平成6年にAが交通事故により死亡するまで約24年間にわたって内縁の夫婦として生活をしてきたが、両名の間に子はいない。Aの相続人Yらが受領した示談金につき、Bの相続人Xがその返還を請求した。判旨はつぎのように説示した。Bは、Aが本件事故で死亡するまで「24年間Aと準婚関係にあった」ので、Aの死亡当時、Bは満75歳の高齢で、身体が相当弱っており、内縁の妻として、11歳年下のAから扶助を受ける権利を有し、現に扶助を要する状態にあったので、Yらの請求し得るAの逸失利益の範囲は、その部分を控除した残額の部分に限られる。また、「内縁の妻であるBも、民法711条の類推適用により固有の慰謝料請求権が認められる」ところ、本件事情のもとではその4割に相当する。それゆえYらには、それぞれ不当に利得した金員を返還すべき義務がある。

(イ) 最高裁の新判例

(a)自賠法72条1項所定の「被害者」概念と「扶養利益相当額」の控除

下記の最高裁判決は、死亡被害者の内縁配偶者は、政府保障事業による自動車損害賠償保障法72条1項にいう「被害者」に該当するとしたうえで、事故死による損害賠償から「扶養利益相当額」を控除すべき旨を初めて明確にした。本稿では、それもさることながら、当該内縁関係の成立事情(媒酌結婚など)に興味を惹かれるので、その点を中心として紹介しておく。

[7] 最三判平成5・4・6民集47巻6号4505頁(損害賠償請求事件)

【事実・判旨】A男には妻子がなく、B女は、婚姻して長男をもうけたが、昭和36年4月夫の死亡により婚姻関係は終了し、その後、AとBは、昭和36年11月ごろ、

媒酌により、Bの家自宅で結婚式を挙げたうえ、Bの借家で同居生活を営み、Aが本件事故により死亡するまでの約18年間、同人らは、婚姻の届出をしていないだけで、世間的にも夫婦として処遇され、事実上の婚姻関係にあった。Aは、建設会社の作業員として勤務し、年額280万円の収入があったため、Aら夫婦の生計は専らAの収入によって維持され、また、Bは、本件事故のAの治療費及び葬儀に要した費用を負担しており、厚生年金についてもAの遺族として年金の給付を受けている。一方、Aの妹Xらは、その間、Aとほぼ音信不通の関係にあり、AがBと結婚して同居生活を送っていることなどは全く知らなかった。A（死亡時62歳）は交通事故で死亡したが、加害車の保有者不明のため、Bは、自賠法72条所定の政府保障事業により扶養利益の喪失に相当する額の損害のてん補うけた。Aの相続人である妹らXは、Aの逸失利益等の損害賠償を請求したが、その逸失利益からBの扶養利益を控除すべき否か等が論点となった。原審（東京高判昭和61・9・29）は、内縁配偶者も同条に云う「被害者」に該当し、「Bは加害車の保有者に対し扶養請求権（婚姻費用分担請求権ないし協力扶助請求権）の侵害による損害賠償請求権を有している」などのことから、死者の得べかりし純収益からまず扶養権利者の扶養に充てられ、その残余が相続の対象になりうるにすぎないので、Xらの損害額からBに填補された額は控除されるなどとした（XAの実際状況は疎遠であったので、Xら固有の慰藉料は排斥した）。最高裁も、同趣旨の一般論を述べたうえで、原判決を是認した。

(b) 「任意保険約款」所定の配偶者概念　つぎの判決は、周知のように、自動車事故の「任意保険約款」につき、自家用自動車保険普通保険約款には、被保険者が被保険自動車の使用等に起因してその配偶者の生命又は身体を害する交通事故を発生させて損害賠償責任を負担した場合においても、保険会社は、被保険者がその配偶者に対してその責任を負担したことに基づく保険金の支払義務を免れる旨が定められているところ、その配偶者には内縁の配偶者も含まれるとした最初の最高裁判決であるが、事実審での「内縁関係」の成立事情については、結婚式や披露宴など社会的に公示することはなかったことのほか、近く婚姻届出を出す意思があったことなど、興味深い事実認定もなされているので、その点に焦点をあわせて紹介して

おこう。

[8] 最二判平成7・11・10民集49巻9号2918頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】 A女は、本件事故当時26才（昭和38年1月生）の健康な女性で、Y男の経営するサロンでホステスとして稼働し収入を得ていたところ、Aはサロンへの通勤に毎日朝晩Yの運転するY車に乗車していたが、事故当日も両名が自宅へ帰宅する途中でYの過失で助手席に同乗していたAが事故により死亡した。被告保険会社との間で、YAの男女関係の内縁性や自動車事故の任意約款における免責条項所定の「配偶者」に内縁配偶者も含まれるかが論点となった。事実審は、つぎのように説示する。本件事故の約5年前から二人だけで同棲生活を送り、同人らの生活は、同人らが前記勤務先から得る収入全体で維持されていた。未だ婚姻届をしていなかったが、「近々右届をする意思を持っていた」し、Yは、Aを自分の妻と認識しており、右事故時管轄警察署での取調べにおいても、Aのことを内縁の妻と称しているほか、Yは、Aの父母X₁とも行き来があった。したがって、YとAとは、本件事故当時、「社会的事実としての夫婦生活共同体を形成していた、即ち、内縁関係を結んでいたと認めるに十分である」。ただし（以下は控訴審の付加部分）、両名の同棲生活はAの実子X₂を受け入れておらず、「結婚式、披露宴によって社会に示されておらず、同一世帯として住民票に登録されていない」し、「両名が同一の姓名を用いたことがなかったこと」のほか、Aの葬儀の喪主、葬儀費用の負担者がAの実父X₁であったが、このような事情も上記認定を覆えすに足りるものではない。また、内縁配偶者も同約款にいう配偶者に含まれるので、被告保険会社に対する損害賠償請求は認められない。最高裁も、同趣旨を説示して、原判決を是認した。

(4) 居住利益保護との関連

下記の判決では、内縁の亡夫と同居していた内縁の妻に対する相続人の建物明渡請求が、権利濫用とされている。それ自体は特に新味のある例ではないが、内縁夫婦の成立事情や存続中の関係が興味深いので、その点的を絞って紹介しておこう。

[9] 東京地判平成9・10・3判タ980号176頁（建物明渡請求事件）

【事実】 Y女は、父の旧来の友人であったA男と昭和49年ごろ親密な関係になり、昭和50年ごろAの紹介で就職していたが、同年8月にAの妻Bが死亡したため、A・

B共有の本件建物に一人で住まなければならない、昭和52年の初めごろ、身の回りの世話をしたいとのAの強い要請により、本件建物に同居し、夫婦同様の生活をするようになった。Aは、他人には、Yのことを姪と説明していたが、夫婦同様の関係であることを知っている者も多く、昭和54年末には、数組の知り合いの夫婦とハワイに旅行したり、結婚式披露宴に主賓として共に招待されたりしたこともあった。Yは、昭和60年にAの子供を懐胎したが、Aから懇願されて出産を断念しようとしているうちに、流産した。Yは、昭和57年に職を辞し、以後、主婦業に専念しており、Aは平成元年に胃の一部を切除するほか、手術を二回するなど、入院を繰り返していたが、その都度Yが付き添って看護していたところ、平成7年11月に死亡した。Aとともに本件建物を共有していた実子Xが、Aの死亡により本件建物の完全な所有者となり、Yは単なるお手伝いさんと主張するなどして、Yに対し所有権に基づく明渡しを求めた。

【判旨】「AとYとは、昭和52年に本件建物で同居を始めて以降Aが死亡するまでの約18年間、事実上夫婦と同様の関係すなわち内縁関係にあったものと認めることができる」。Xは、YがAの身の回りの世話をしていたことや他の夫婦と一緒にハワイへ旅行にも行ったことなどを知っており、また、宛名にAとYとを併記した年賀状を出すなどして親しく交際をしていたことが認められるので、AYが内縁関係にあったことを認識していたものというべきである。AがYに感謝し、自分の死後のYの身の振り方を心配していたことが窺われるが、これについては、本件建物への居住、代替家屋の提供等も含め、Xに任せていたと考えられ、確定的に、本件建物について、Yのために、使用貸借関係を設定したと見ることはできない。しかし、Yは、現在本件建物に居住しているが、本件建物以外に居住すべき住居を有していないのに対して、Xは貸家、貸アパートの経営、駐車場の経営等を業とする会社を経営しており、Aから、本件建物の持分のほか、本件マンション、数筆の土地、預金・株式などを相続している。Aは、Yを正式に戸籍上の妻とすることなく、約18年間にわたって内縁関係を継続してきたものであり、そのことについて、Yに感謝するとともに、謝罪をしたい、償いをしたいとの気持ちでいたことが窺われるのであり、自分の死後のYの身の振り方について、遺言を作成するなどの特段の措置を講じてはいないものの、Xに任せてしかるべく配慮されることを期待していたものと考えられ、Aが、自分の死後に、代替住居の提供等もされずに本件建物からYが退去しなければならない事態の生じることを想定していたとは、到底考えられない。したがって、Xの明渡請求は権利濫用になる。

本件の内縁夫婦は、かなり年齢差があるものと推測され、妻をなくした夫がやや強引に関係を迫ったものと思われる。夫が入籍もせず遺言も残さなかったのは、Xとの関係があったからであり、Aが「すまないことをした」という心情を吐露したのも、Yの将来を奪ったが、死後の相続問題を回避しようとした身勝手な振る舞いの自省ということなのかも知れない。もっとも、Xを信じていたような事情もあるように思われる。

むろんYもそうした関係をみずからの意思で選択したといわれてもやむを得ないので、本訴訟のような事態に立ちいたったのもみずからの軽率な行為に起因するといえようが、権利濫用というのは、事態の解決にとって、最も好ましくない解決手法である。これでは、Yの使用料相当額の不法行為による損害金支払義務が残り、当事者間の紛争が再燃しかねないので、Yに居住の必要性がある限りは（通常は生涯にわたり）、無償の利用権を付与すべきであったように思われる。使用貸借の成立を否定した推論も形式に過ぎよう。親族間の使用貸借とは、あいまいな関係のなかで成立するものなのである。

(5) 贈与税課税処分との関連

内縁の妻が夫から譲り受けたマンションにつき贈与税を課されたので、それが財産分与にあたるとして、当局の処分を争った事例であるが、その内縁の成立事情が興味深い。

[10] 東京地判平成9・10・28税務訴訟資料229号398頁（更正処分の棄却決定取消）

【事実】 X₁女（昭和33年生）は、昭和52年6月、甲株式会社に就職し、当時、同社の代表取締役であったA男（昭和9年生）と交際するようになりX₂（昭和57年生）及びX₃（昭和58年生）をもうけた。Aは、B女（昭和16年生）と結婚し、その間に長男、長女をもうけたが、平成3年7月にBと協議離婚し、平成6年4月にX₂及びX₃を認知した。なお、Aは、C女（昭和36年生）との間にも、二子（昭和62年生・平成2年生）をもうけており、平成7年4月、いずれも認知している。Aは、昭和63年3月、本件マン

ションをA名義で購入し、以後、本件マンションにXらを居住させ、Xらに対して生活費として月額100万円程度を渡していたが、その後、本件マンションにつき、Xらの共有とする旨を合意して平成3年6月に贈与を原因とする移転登記が経由された。Xらは、平成3年分の贈与税の申告、納付をしたが、Y税務署長に対して、右譲受けは準婚関係の解消に伴う財産分与、養育費、慰謝料等の支払であったなどとして、右贈与税につき、課税価格及び税額の更正の請求をしたところ、Yは、更正すべき理由がない旨の通知処分をした。

【判旨】X₁は、当初から、本件マンションをXらのために買ってくれたものという認識を持っていた。その後、Aは、税理士に相談した上、贈与という形式によることとして本件登記を経由した。X₁がAとの準婚関係を解消するに当たり、財産分与や慰謝料、養育料の額等について、両者の間で、具体的な話し合いがされたことはない。また、X₁は、Aとの準婚関係の解消に当たり、他に愛人を作って自分を裏切ったAに対する極めて強い不信感を抱き、月額100万円程度の生活費を受領していたAとの準婚関係を解消しようとして考え、それを実行したと供述し、本件においても、Aに対する慰謝料請求権の存在を強調しているが、そうだとすれば、Aが本件マンションを取得した当初から、本件マンションはAがXらの名義としようとしていたこと、すなわち、Xらに贈与する意思であることを知っており、そのようなものとしてAが購入したとの認識を持っていたX₁にとっては、Aとの準婚関係解消に当たり、本件マンションをXらの名義とすることは、いわば、本件マンション購入当時の予定を実行するものにすぎないことから、本件贈与のみをもって、Aの背信に起因する財産分与、慰謝料および将来の養育費にあてることは不自然である（X敗訴）。

(6) その他の関連事件

以下の諸事例は、事件類型は異なるが、内縁関係の成立事情については、それぞれ興味深いものがあるので、簡単ではあるが、その点に焦点をあせて取り上げることとした。

(a)つぎの例は、「婚姻無効確認請求事件」であり、男女が結婚式を挙げた上、約40年以上にわたって夫婦同然の関係を継続し、その間に男性が知らないままに男性の父が婚姻届出を済ましていたので、その有効性が論点

となっているところ、無効論もさることながら、男女関係の成立事情が特に興味深いので、紹介に値するであろう。

[11] 最二判平成8・3・8裁判集民178号787頁（婚姻無効確認請求事件）

【事実】 X男とY女は、大韓民国の国籍を有し、昭和21年1月にYの実家で韓国式の結婚式を行い、同国の風習に従って、同日とその翌日をYの実家で過ごし、その後三日間程度をXの実家で過ごした。Xは、当時親元を離れて政治運動に熱中しており、Yとの面識もなかったが、結婚式の前日に別の口実で呼び出されて双方の親が結婚を決めたことを初めて知らされ、抗議したものの、両親の懇請に負けて不本意ながら挙式には応じた。Xは、風習による儀式終了後直ちに政治運動のため他市に赴き、その後は生活の本拠を東京に置くようになり、一方、Yは、Xの実家で生活することになった。XとYは、XがYの実家を訪れることはあったものの、継続的に同居したことはないが、三子をもうけている（一人は死亡）。Yは昭和43年にXの両親と別居したが、Xはその後も、Y宅を訪れたり、生活費や養育費を送金したり、Yとの間の子の結婚式に父親として参列したりした。Xの父は、一人目の子が生まれたことから、Yと相談の上、昭和23年9月2日に本件届出をした。本件届出はXの意思に基づかないものであったが、Yは、Xの父がXの意向を受けて本件届出をしたものと思っていた。この時点において本件届出に基づく婚姻は韓国当局に届け出られなかったため、平成元年までの間、韓国の戸籍にはその婚姻の事実は記載されておらず、Xも本件届出がされたことを知らなかった。Xは、昭和56年1月に韓国の国籍を有するA女との婚姻を韓国当局に届け出た。Aとの間には二人の子がいる。Yは、平成元年2月23日、Xに無断で本件届出に基づくXとの婚姻を韓国当局に届け出た。これにより韓国の戸籍にXとYの婚姻の事実が記載されたため、Xは、戸籍上重婚状態となった。Xは、平成元年3月に韓国の戸籍謄本を見て本件届出がされたことを初めて知り、同年6月に本件訴訟を提起した。韓国国民の法意識としては成婚儀式の挙行によって婚姻の成立を認める事実婚の観念が根強く、XもYもこのような法意識の影響を受けている。

原審（名古屋高判平成4・1・29）は、法例（平成元年改正前）13条により婚姻の方式については婚姻挙行地である日本国の法律が適用され、本件届出はXの届出意思を欠くので婚姻が有効に成立したとはいえない難いが、次の事情を考慮するとXが届出意思の不存在を主張することは信義則に反し許されないとした。Xと

YはXの都合で別居生活を常態としていたものの「実質的婚姻関係が継続していた上」、正式の妻であるとの信頼の下に40年間過ごしてきたもので、その落ち度は認め難い。韓国の事実婚重視の法意識の影響下にあり、韓国の風習に従って結婚式等を行っているから、方式の不備による婚姻無効という結果は、我が国における法意識を前提とする以上に、Yにとって苛酷である。Xは、Yとの実質的婚姻意思を有し、婚姻生活を継続していたから、その態度には婚姻の届出をすることをYに対して許容したとみられても仕方がないものがあった。これに対してXは、原判決は信義則違反という言葉を用いるものの、意思にもとづかない届出も婚姻の実体があれば婚姻の効力を付与することに帰し、先例に反する、などと主張して上告した。

【判旨】（破棄自判）「婚姻の無効確認請求訴訟につき言い渡された判決は第三者に対しても効力を有することがあるから、婚姻の無効確認請求が信義則に照らして許されないかどうかは、婚姻の効力の有無が当該当事者以外の利害関係人の身分上の地位に及ぼす影響等をも考慮して判断しなければならない」。本件では、原審の適法に確定した事実関係によれば、本件婚姻が無効でないと言われた場合には、XとAの婚姻が重婚に該当するとして取り消される等、利害関係人に重大な影響を及ぼすおそれがあることをも考慮すると、婚姻の無効確認請求をすることが信義則に反するという事はできない。

(b)つぎは、内縁夫婦間の子につき一定額の養育費の支給を認容した裁判例であるが、内縁関係の成立と破綻の事情が明らかになっている。挙式後きわめて短期間で破綻しているのも、そうした事情についてのみ紹介しておこう。

[12] 東京高決平成15・8・15家月56巻5号113頁（子の監護に関する処分審判に対する即時抗告事件）

【事実・判旨】X女（昭和49年3月生）は、平成9年10月（23歳時）から会社受付係を勤めるうちY男（昭和40年11月生）と知り合い、Yは大阪に転勤・転居したが、Xとは結婚前提の親密な交際が続いていたところ、平成11年4月にXの妊娠（約6週）が判明したので、Xは、同年6月に退職してYと挙式し、同年7月には大阪から東京の新居に転居して、新居でYと同居し始めたものの、夫婦仲は悪く喧嘩口論が繰り返され、Yへの不信任から婚姻届出は躊躇し、平成11年8月29日以

降は両親宅で暮らし始め、9月末には新居から荷物を引きあげて完全に別居してしまい、さらに弁護士名で同年10月8日付け書簡をYに送り、婚姻予約、実質的婚姻関係の解消等の件につき話し合いを求めるなどと通知した。一方、Yは、弁護士名の同年12月27日付け書簡により、X本人の真意を知りたいなどと通知し、平成12年3月には新居を引き払って福岡市に転居した。Yは、高卒後に宝石鑑定士の資格を取得して主として宝飾品輸入販売等の会社業務に従事してきたが、リストラ対象者になり、平成11年11月10日に退職し、平成13年8月以降は契約社員として勤務していたが、平成15年3月31日限り契約期間の終了により退職し、現在は無職である。なお、Xは平成11年12月に東京の病院で子Aを出産したが、その出産や安否、性別や命名、発育状態、父子対面の機会などについて、相互間で速やかな連絡が図られたことはなく、その後も不和が高じたまま互いに非難しあってきた。その後、平成12年11月の確定判決でAがYの子であることが認知され、Xは平成13年6月本件申立てに及んだ。XYはそれぞれ内縁の不当破棄による損害賠償請求を提起し、Xの請求は一部認容され、相手方の請求は棄却されたが、なおも係争中である。

(c)つぎの例では、原告らの長女が、その同棲相手であった被告から暴行を受けた挙げ句の果て、同居していた被告のマンションから落下して死亡したことから、被告の不法行為責任が認められたが、被告と原告の長女との同棲は、内縁といえるであろう。

[13] 熊本地判平成16・2・5平成14年(ワ)第1518号損害賠償請求事件D1-Law.com判例体系

【事実・判旨】 Y男は、平成14年3月10日ごろ、客として行ったスナックでアルバイトをしていたA女と知り合って交際するようになり、同月25日ごろからは、結婚を前提として、当時Yが居住していた本件マンションの部屋で同棲するようになった。Aは、同年4月ごろには、両親であるXらに対し、Yと結婚したい旨を告げ、同年5月26日には、近々結婚するという理由で退職した。同棲生活の開始後しばらくの間は、YとAの関係は円満であったが、Yは、女性に対する独占欲や支配欲が異常に強く、同年5月中旬ごろから、Aの過去の異性関係等を事細かに問い詰めるなどし、その内容が、自分が一方的にAに対して抱いていた清純な女性という印象に反するものであったとして、そのことを理由にAを責め、暴行

を加えるようになった。YのAに対する暴行は、同年5月17日ごろから始まったが、その態様は、数時間にわたって、無抵抗のAの全身を、手拳や携帯電話で多数回殴るなどという凄惨なものであり、そのような暴行が、同年6月11日にAが自殺する直前まで、断続的に続いた。判旨は、自殺と暴行との相当因果関係を認めて、Xらの損害賠償請求（Aの逸失利益・慰籍料のほか、Xら固有の慰籍料など）を認容した。

(d)下記の例は、特別縁故者としての地位を相続により承継したと主張する者が被相続人の相続財産の分与を求めた事件であるが、特別縁故者に該当したであろう本人が審判前に死亡したので、その一身専属性から、家裁でも高裁でも申立てが排斥されたものの、その抗告理由のなかで、申立人・相続人が主張する内縁関係の成立事情には興味深いものがあり、内縁性は認められる可能性があると思われるので、その主張事実的に絞って、ここで取りあげておこう。

[14] 東京高決平成16・3・1家月56巻12号110頁（特別縁故者に対する相続財産分与申立却下審判に対する即時抗告事件）

【事実・判旨】被相続人A女とB男は、昭和24年頃に知り合って結婚し、その後にAが平成11年2月に死亡するまで50年余りの歳月を夫婦として生活を共にしてきた。Aの一族ではAしかおらず、A姓を残したいという事情から入籍をしなかったただけのことであり、通常の夫婦と全く変わりがなかった。Bは、印刷会社に勤務し、Aは家事に従事していたが、A名義の預貯金、有価証券など本件でAの相続財産とされているものの全てが実質的にはBの所有に属するものということもできるのであるが、BがAの内縁の夫として、特別縁故者と認定され相続財産の分与を受けることができることは確実且つ容易と思料されるため、Bは、分与申立てをなすべく、その前提手続きとして本件相続財産管理人選任の申立てをなし、相続財産を整理して相続財産管理人に引渡す手続きを進めたうえで、分与の申立てをすることとしたものである、と。

（二）内縁否定例

（1）不当破棄事件との関連

つぎの高裁判決は、男女が同居・同棲していたことなどから、事実上の

配偶者というに近い立場で共同の生活関係を送っていたものと評価したが、婚約や内縁関係は成立していないとした。ただし、婚約者がいながら、それを秘して男性が他女と関係を継続していたことから、人格侵害による損害賠償責任を認めている。

[15] 東京高判平成13・11・28平成13年(ネ)3005号損害賠償請求事件 D1-Law.com
判例体系

【事実】 Y男(昭和33年生・被控訴人)は婚姻していたが、平成8年11月調停により離婚し、離婚後数ヵ月して、現在の妻であるA女と結婚を前提とした付き合いを始めていた。他方で、X女(昭和43年生・控訴人)とYは、平成4年7月末ころホテルのバーで知り合い、すぐに意気投合して男女関係をもち、最初の頃は2週間に1回程度、そのうち週に数回ホテルで会うようになった。その後、Xは、妊娠して、平成7年5月に中絶手術を受けたが、しばらくしてYから8万円の手術費を受け取った後、Yと別れ、連絡を取ることもなかった。Xは、平成9年2月ごろ、料理店でYと再会したが、しばらくは連絡を取り合うこともなかったところ、同年9月ごろから再び男女関係が復活した。その際、Yはその時点でAと結婚を前提に付き合っていることをXに告げず、少なくとも平成10年末までXは、AとYとの関係を知らなかった。Xは、Yが実質的オーナーである会社の料理店で働くよう誘われ、平成9年12月から平成10年12月までそこで働きながら、その間、Y宅から出勤して深夜や夜遅くY宅に帰宅して、家事もまかなっていた。Xは、平成10年1月中旬ごろ、Yと結婚するつもりで、引っ越しの手配も整えていたが、Yから引っ越ししてくることを拒絶されたことがある。なお、Xの住民登録上の住所は、一貫して従来のマンションであった。Xは、平成11年1月初め実家に帰省し、同月23日帰京してY宅に赴いたが、それからしばらくして、AにXとYの関係が発覚し、XとAとの間で諍いもあった。Aは、Yに対して手を切るよう強く求め、Yも、これに応じて、Xに対し、Y宅に今後出入りしないこと、上記店で働くことを止めることを申し渡した。Xは、事ここに至って、Yと別れることを決め、同年2月1日、Y宅を最終的に出た。

Xは、Yとは内縁関係にあり、あるいは婚約をしていたと主張して、その不当破棄による損害賠償を請求した。これに対して、Yは、Xが一時Y方に泊まることはあっても同居の事実はなく、その関係は成人同士の男女関係にすぎないと反論した。原審ではXが敗訴した。

【判旨】 Xがプロポーズされたという時期から双方が婚姻の手続を採ることなく過ごし、双方の両親や親族その他の関係者に婚姻を前提としてお互いを紹介したこともないし、YがXの結婚の申し込みを否定するような書面があることなどの諸事実から判断して、婚約は成立していないし、「一定期間同棲していたこと」が認められることを考慮しても、婚約や内縁関係が成立したことを認めるには足りないというべきである。しかし、XとYが男女関係を継続していたことは明らかであり（Xもこの点を明らかには争っていない。）、Yが週末や休日のほとんどをAとともにホテルで過ごして、自宅で週末等を過ごすことがなかったのはYの自宅にXが同居していたからではないかとも思われる。結局、Xは遅くとも平成10年6月にはYとY方で同居するに至ったことを認めることができる。Yは、Aと結婚を前提とした付き合いをしていたのにこれをXに告げることなく平成9年9月ごろからXとの男女関係を伴う交際を復活してこれを継続し、遅くとも平成10年6月には同居するにまで至り、この間XはY方で家事をまかなうとともに、Yが実質経営するレストランで長時間働くなどしてYと共同で生活を維持するため力を尽くしていたことが認められる。もっとも、この間Yは週末あるいは休日自宅以外でAと過ごすなどしていることも認められるが、XにとってYとの関係は、特にYがAとの関係を秘匿し同棲していたことなどの事情も考慮すると「通常の男女の交際の範囲を超えたものであったというべきであり、XとYとの同居は内縁関係とまでは評価できないにしても、互いに事実上の配偶者というに近い立場で共同の生活関係を送っていたものと評価することが可能である」。そして、Xは「婚姻の実現に向けての期待」さえ抱いていたことが認められるので、Xがこのような期待を抱いたことが一方的で不自然な思い入れであるということとはできない。Yは、Aとの関係を告げずにXと男女関係に入り少なくとも半年以上は同居をしてXに婚姻の実現に向けての期待さえ抱かせながら、「婚約者の存在を理由として一方的にその関係を絶った行為」は、「不当にXの人格を傷つけるものである」（慰養料金80万円）

ところで、Xは内縁ないし婚約の不当破棄を主張していたに過ぎなかったが、本判決は、XとYとの関係の形成や清算の過程で違法な行為があったとする主張を含むものと解することができる、とした。事案にもよるが、本件では適切な判断をしたといえよう。

（2） 事故死による損害賠償との関連

つぎの例では、男女が同棲していた当時、ともに配偶者があり、両者の離婚後は男性の愛人も含めて三者で同棲していたことなどから、実質的な婚姻関係にはない、とされている。乱倫関係も甚だしい男女関係の特異性を示す例として紹介しておこう。

[16] 大阪地判平成1・11・30判タ725号65頁（損害賠償請求事件）

【判旨・事実】逮捕された被疑者のA男が搬送先の病院で死亡し（昭和55年10月4日）、警察職員にも病院側にも過失があるとされ、Aの子ら（相続人）の損害賠償が認められたが、Aと同居していたX女は内縁の配偶者にはならないとされた。妻子のあるA（昭和19年生）は、昭和51年ごろホステスをしていたXと知り合い、間もなく妻子を捨ててXと同棲するようになり、昭和52年に離婚した。離婚後はしばらくXと市内のアパートで同棲していたが、Xが昭和54年9月から結核で入院していた間に年若いB女と知り合い、同女とXの借りたアパートで同棲するようになり、昭和55年8月末にXが退院した後は実質的に三者で同棲していた。そのため昭和55年10月ごろにはAとBとの間ではいさかいが絶えず、他方、Aは、当時トラックの運転手をしてしたが、サラ金に数百万円の借金があったので、Xの収入で暮しており、ほとんど毎日多量に飲酒するなど生活は乱れていた。判旨は、AとXとが同居した当時はAはまだ離婚しておらず、またX自身にも配偶者があったことが認められるので、同居開始当時は両者の関係は実質的に婚姻関係と同視し得るとはいえない、としたうえで、その後AもXも離婚して昭和54年9月まで同棲しているが、AはBと同棲し始め、昭和55年8月末からは三者で同居していたので、このような事情や同棲期間がさほど長くないことからすると、AとXの関係が事後においても実質的な婚姻関係にまで発展したもとは認められない、とした（X敗訴）。

(3) 社会保障給付との関連

つぎは、社会保障給付に関連する事例であるが、判旨は、男女が長期間同棲していたにもかかわらず、種々の消極的な事情をいちいち指摘して、両者には夫婦として共同生活を営む意思がなかったことから、少なくとも夫死亡当時では内縁配偶者とは認められない、とした。いわゆる「通常内縁」ケースの例であり、民法上の男女関係を考える上でも大変参考となることから、やや詳しく紹介しておこう。

[17] 東京高判平成3・9・12労働判例597号6頁（退職金請求事件）

【事実・判旨】某大学教授として在職中の昭和56年6月に死亡したA男の退職手当につき、X女が国家公務員退職手当法にいう「届出をしないが事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」にあたるかが論点となった。XとAとの男女関係は複雑であるが、大略、つぎのように認定されている。X（控訴人）は、昭和20年ごろ理研でAと知り合い、昭和23年ごろには、「毎日あなたの事を考へては心の中で泣いてゐます」との書面を受け取ったことが認められるから、AがXに対し特別な感情を持っていたことが窺えないではないが、これをもってAに結婚の意思があつたとは即断し難い。また、Xは、昭和24年11月に書面をもって婚約したものであるとするが、その記載内容は、「次の事を約束する。心の底から愛する女性に会へば必ず結婚する真に幸福な家庭をつくる」というものであって、婚姻を約束したとするには余りに一般的な表現にすぎるといふべきであり、婚約したものと認められず、また、同書面二枚目の「誠実、信任、良識、愛人の運命に対する思ひやり、良心」等の記載も結婚を前提としていない若い男女間でもこのような話題を交わすのは通常のことと考えられる。また、Xは、昭和24年12月にX宅で、Aとの仮祝言を挙げ、AとX宅で同居生活を開始した旨主張する。しかし、その仮祝言にA側の親族等の関係者は誰一人出席していないのはもちろん、事前にAの両親にこれを知らせてもいないし、両親に紹介することもしていないことのほか、Aは当時24歳の大学院生であつて両親からの仕送りで生活していたものであり、一家を構えることができる収入を得ていたものでも、その見通しがあつたわけでもなく、当時Aが結婚を急がねばならない特段の事情もなかつた。Aは同日以後も別に下宿先を確保していたことが認められ、これらの事実と、Aが母親のBとの間に波風を立てるのを嫌う性格であつたため、その反対を押し切ってまで結婚届をすることができなかつたとするなら、Aが仕送りをしてくれていた両親に無断でXと祝言を挙げることなど考え難い。したがって、少なくともAに関しては、それによって夫婦としての共同生活を開始する意思があつたものと推認することはできない。その後、Aは、昭和43年1月ごろ、生命保険金の受取人Xを「妻」とする契約をしているものの、昭和43年4月にクレジット会社からXを連帯保証人として借入れるに際し、融資申込者票には家族としてBのみを記載し、一方X名義の連帯保証人票には、Aとの関係を友人と記載して同社に提出している。また、同じころ、Aは、某商会から、家族はBのみであるとして、Bを連帯保証人として金員を借り受けている。前記生命保険の保険料は第1回分を除きXにおいて支

払ったものであること、Aは、昭和43年ごろ以降も自らを被保険者とする何件かの生命保険に加入し、その保険料を自ら支払ってきたが、その中にはXを受取人とするものはなかった。さらに、Xの友人やXから家庭教師として教えを受けていた者の家族などは、X Aが夫婦であると認識していた者がいることは認められるものの、いずれも、Xからの説明や伝聞でそのように信じたものであって、A本人から直接にXと夫婦であるとの発言を聞いたものではない。かえって、Aの同僚、友人等には、XがAの配偶者であると認識していた者がいたことは認められず、むしろ、Aの友人、勤務先での教職員らは、Aの生前中に配偶者のいることを聞いたことがなく、Aは独身であると認識していたことが認められる。また、昭和50年5月ごろ、Aは、友人から結婚の紹介をうけた際に昔知合った女性がいるが今は全く結婚する気はないこと、しかし、同女が目が悪くしたので、昔の付き合いに責任を感じているから定期的に少しずつ補助している旨を述べているし、昭和51年4、5月ごろ結婚を希望している女性との仲介を友人に依頼したことなどもある。さらに、Aは昭和37年4月に某大学助教授に任ぜられて以来、共済組合に対して一度もXをその被扶養者として届け出たことがないところ、X主張のようにXが昭和50年4月以降無職無収入でかつ病弱の身であって、Aの送金によって生計を維持してきたというのであれば、しかも、Xを配偶者として処遇しその身を案じていたのであれば、Xを被扶養者として届け出て、各種の恩典に浴する必要性が大きかったものと考えられるから、そうした事実は、Aが、少なくとも昭和50年4月以降はXを配偶者と認識していなかったことを示しているのと解するのが相当である。加えて、Aは昭和43年以降、甲府市に転居し、転居後もしばしば上京し、X方で宿泊し、昭和46年ころまでは給料袋や共済組合からの借入金を袋に入れたまま持参することが多かったが、やがて年ごとに上京回数が減少し、昭和52年12月に尿毒症で倒れてからは一度もない。上京も共同生活をするためというよりも他の所要のためと解する余地もありうる。

一審も控訴審も、X・A相互の生活関係を詳細に逐一検討したうえで、共済組合法所定の「配偶者」とはいえず、生計同一要件も満たしていない、と判示している。もっとも、法所定の要件は、Aの死亡当時の関係であるので、それ以前の関係については、死亡当時の関係を判断する前提とされているにすぎないものの、この関係でも内縁の成立につき消極的であることは婚約の成立すら否定したことからも、明らかである。

たしかに、関係当初は互いに学生ないし研究生の身分であり、家計を維持できるほどの収入はなかったこと、また親族の知らない間に二人だけで仮祝言を挙げたこと、その後就職した段階でも、周りの者は二人が結婚した事実を知らなかったことなどについては、判旨が指摘するように消極的事情となろう。この段階では、従来の判例の傾向からいえば、二人の関係は、とくに公然性に欠けることから、たとえ同棲していても恋愛関係にとどまり、婚約ともいえないであろう。

ただし、少なくとも32年間も曲がりなりにも継続してきた関係であり、その間に、A自身のサラ金の多額の借金の返済をXも協力してきた事実からいっても、そうした協力関係は、およそ他人間では考えられないことであろう。当時のサラ金問題が社会問題となり、この問題に二人で真剣に向き合ったということだけでも、夫婦の絆なくしては、到底なしえなかったのではないか。また、Aは、昭和50年12月から昭和55年10月まで、預金口座に不定額の金銭を振込んでいたが、その預金通帳及び印鑑はXが所持し、預金を引出していた。BもA名義で3回送金している。こうした事実は、内縁性の積極的要素となろう。

判旨は、Aの意思を重視しているが、そのことが要因となって、結論を先に出していたのではないかとの疑念もなくはない。当事者相互の客観的な人間関係も考慮しなければならないのであって、判旨のような見方に合理性があるとしても、Xがみずからの青春時代をAのためについやし、Aがそれを利用してきたという事実は否定し得ない。また、判旨は、夫婦共同生活ないし生計の同一性の判断にあたり、しきりに金銭問題に起因する男女関係のように説示するが、裁判所は、行政機関ではないので、生計同一要件の形式的な基準は無視しえないとしても、それのみに依拠する必要性は必ずしもない。

百歩譲って結論はやむを得ないとするならば、内縁関係は成立していたが、A死亡時にはすでに解消していたと判断する方が事態適合的ではな

かったか。

(4) 「同性婚」ケース

下記の例では、婚姻の相手方が男性であったことが判明したという事案で、判旨は婚姻意思が欠けるとしているが、婚姻が男女両性を大前提とすることを明らかにした具体例でもあり、家裁レベルではあるものの刮目に値する。

[18] 佐賀家審平成11・1・7家月51巻6号71頁（戸籍訂正許可申立事件）

【事実・審判要旨】X男は、平成7年ごろ、フィリピンパブで働いていたフィリピン国籍のAと知り合い、まもなく、親密に交際するようになり、性行為類似の関係ももつようになった。平成8年1月フィリピン国内でAの両親の立ち会いのもと、フィリピン国の方式で婚姻したうえで、同月12日に町役場に婚姻の報告的届出をし、その結果、本籍地に新戸籍が編成された。ところが、Aが偽造旅券を使用して日本に入国し、真正の旅券では男性になっていることが判明して、Aも男性であることを認めた。Xは、町役場からAとの婚姻届出が不法である旨の戸籍法24条1項による通知がなされたので、本件戸籍訂正の申立てをした。家裁は、つぎのように説示した。婚姻の実質的成立要件は、(旧)法例13条1項により各当事者の本国法によるところ、「日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚姻の共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なものと解すべきである(る)」。Aの本国法であるフィリピン家族法によれば婚姻の合意を欠き無効になるものと解される。Xの戸籍中、前記婚姻事項は、偽造旅券に基づいて作成されたフィリピン国の婚姻証書の提出により記載されたものであるので、前記の報告的婚姻届出により、戸籍に錯誤ないし法律上許されない戸籍記載がなされたことが明らかである。

(三) 試婚的な同棲

下記の例では、短期間の同棲の後に男性が一方的に関係を解消したので、婚姻予約・婚約破棄を理由に賠償責任が認められているが、社会的事実としては「試験結婚」的な関係も認められる男女関係でもあるので、ここでは、この側面にも注視しながら、新たな男女関係として特に紹介しておこ

う。

〔19〕東京地判平成6・1・28判タ873号180頁（損害賠償請求事件）

【事実】X女とY男は平成4年4月に近い将来結婚する約束のもとに御殿場市のアパートで同棲した。XとYとの母親もこのことを了承し、XYは御殿場行きにあたって友人から祝いを貰い、またYは勤務先にXを婚約者として届け出た。その後、約一年間はほぼ平穏に同居生活を続けていたが、Yが都合で勤務先を辞め、ガンリン・スタンドで働くようになってから、同僚のA女と親しくなり、互いに好意を寄せ合うようになった。Yは同5年4月24日に勤務終了後、A女と横浜にドライブし、当日夜遅く帰宅したが、Xがこれを問いただしたところ、YはAとの関係に言及し、Xとは「やり直しができない」旨を応えた。Xは直ちに母Bにこのことを相談したところ、BはYの職場に行き、従業員の面前で「責任を取れ」といって平手でYの顔を殴打するなどして、Xとともに帰京した。翌日、XはYの父の会社を訪問し、東京での新しい住居のための経費・引越費用として86万円を受け取った。その後、XはYとの仲直りを申し出たため、Yは母とともにX宅に詫びに行ったが、Bら親族はYを激しく非難するばかりで、結局のところ、仲直りのきっかけをつかむことはできなかった。現在は、YはAと同居している。XがYに対して慰謝料300万円等を請求した。

【判旨】婚約の成否について、つぎのように説示したうえで、破棄に正当理由がないとした。「XとYとが同棲するにあたって、親族や友人が二人の同棲及び将来の結婚を祝福し、XYも周囲の人に婚約者として紹介していた事実や「XとYとは一年近く夫婦同然の生活をしてきた事実」に照らし、XとYの間には、遅くとも二人が平成4年4月御殿場に行くまでには婚約が成立していたと認められる」。

本件は、現代的な男女関係を反映する裁判例ともいえるが、単に双方の合意のみで婚約の成立を認定していない。同棲の事実についても、親族・友人等に対して公然の事実とした事情やその後の夫婦同然の共同生活を考慮している。今日における男女関係の多様性を念頭におきながらも、なお伝統的な婚姻意思論に依拠しているといわねばならないであろう。ただし、慰藉料（100万円）の認定の考慮事情として、判旨は「原告と被告とは高校時代に既に男女の関係に入っていたという経緯、二人の年齢等から元々婚約が現に結婚まで至るについては不安定な要素もはらんでいたこと」を

わざわざ指摘しているが、このことから推論して、将来の婚姻の可否を判断するための同棲であったように思われる⁽¹¹⁾。

- (1) 判例婚姻予約法の生成前後およびその昭和期までの展開については、岡本 詔治「判例内縁法序説(1)」龍谷法学48巻2号(2015年)91頁、「同(2)」同4号(2016年)185頁、「同(3)」49巻1号(同年)57頁、「同(4・完)」同3号(2017年)1頁(明治期)、および同「判例内縁法の展開(1)」龍谷法学50巻4号(2018年)39頁、「同(2)」51巻1号(同年)173頁、「同(3)」同3号(2019年)251頁、「同(4・完)」4号(同年)185頁(大正・昭和前期)、さらに「判例内縁法の新展開(1)-昭和後期の裁判例を中心として」龍谷法学52巻4号(2020年)1頁、「同(2)」53巻1号159頁、「同(3)」同2号85頁、「同(4)」同3号43頁、「同(5)」同4号235頁(2021年)、「同(6)」同54巻1号27頁、「同(7)」同2号51頁、「同(8)」同3号31頁、「同(9・完)」同4号35頁(2022年)を参照のこと。
- (2) 「準婚判決」の前後における下級審裁判例の状況については、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の新展開(1)」23頁以下、「同(5)」240頁以下を参照のこと。
- (3) この種の最高裁判決や下級審裁判例については、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の新展開(5)」236頁以下を参照のこと。
- (4) この当時の内縁学説については、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の新展開(3)」100頁以下を参照のこと。
- (5) ただし、裁判所は基本的には請求原因に拘束されるので、当事者が不法行為のみを主張した場合には、予約構成をとることは難しいことから、裁判例の傾向というよりも、むしろ紛争当事者の意向という面が強い。結局のところ、当事者ひいては訴訟代理人が学説の傾向に左右される実情があるので、準婚学説の傾向が裁判例に反映しているといえるのではなかろうか。
- (6) 戦後における「準婚判決」前とそれ以降の昭和期の裁判例については、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の新展開(1)~(9・完)」を参照のこと。ことに重婚の内縁ケースでは、婚姻届出に対する執着(特に内縁の妻)が相当程度に強いものがあり、ここでは判例の婚姻予約・準婚法理の実際の意義が鮮明となっているように思われる。
- (7) ちなみに、後述するが、ごく最近では内縁当事者の届出への意思をかなり重視する裁判例も登場している。
- (8) 昭和33年最高裁判決以降の下級審裁判例については、岡本・前掲注(1)「判例内縁法の新展開(4)~(7)」を参照のこと。数は多くはないが、保護に値する内縁とは婚姻を目的・前提とする内縁であると解する裁判例が存在し、私見はとくにそうした事例に注目した。
- (9) 二宮周平『事実婚の判例総合解説』(信山社、2006年)25-6頁。

- (10) 棚村政行「事実婚・同性婚の法的保護」『21世紀の家族と法—小野幸二教授古希記念論集』（法学書院、2007年）309頁・312頁（注3）。
- (11) 二宮・前掲注（9）『事実婚の判例総合解説』115-6頁は、持論に引きつけて、「同棲」の破棄の例とするが、判旨は明確に婚約破棄としているので、婚姻意思を大前提とする判旨の論理からいえば、二宮の解釈には疑問がある。ただし、「社会的事実」としては、試婚的な面もあるので、「事実」という限りでは同棲の破棄ともいえないであろう。

（未完）

死刑制度をめぐる試論： 死に向かう者の尊厳は保障されているか

古川原明子

1. はじめに
2. アメリカ各州の執行方法の変遷
 - (1) 絞首刑の廃止
 - (2) 絞首刑廃止後の執行方法
 - (3) 死刑存置州の執行方法
3. 死刑確定者による執行方法の選択
 - (1) アラバマ州
 - (2) アリゾナ州
 - (3) フロリダ州
 - (4) ケンタッキー州
 - (5) サウスカロライナ州
 - (6) テネシー州
 - (7) ユタ州
 - (8) その他：サウスダコタ州
4. 死刑確定者への執行方法の説明
 - (1) 死刑確定者による執行方法選択が可能な州
 - (2) 致死薬投与のみを執行方法とする州
 - (3) 小括
5. 死刑確定者の尊厳
 - (1) 死刑確定者と末期患者
 - (2) 直前告知
 - (3) 絞首刑
 - (4) 小括
6. おわりに

1. はじめに

2020年以降、日本の死刑制度に関する重要な訴訟が立て続けに提起されている。まず、2020年12月25日、再審請求中の死刑執行により弁護権が侵害されたとして、3名の死刑再審弁護人が国に対して損害賠償を求める訴訟を提起した。次いで、2021年11月4日には、死刑確定者2名が原告となり、執行日を告知した当日に執行される死刑を受忍する義務がないことの確認等を求めて訴訟を提起した。

このうち告知のあり方については、末期患者との比較を別稿で行った¹。この比較を、執行方法も含めた死刑制度全体を対象に行うことは可能であろうか。執行までの拘置は、死刑に付随するものであって刑罰ではない²。そのためか、これまで死刑についての議論は、執行そのものと、執行までの死刑確定者の取り扱いを別個に扱う傾向があった。たとえば、日本の憲法36条を根拠に刑罰の残虐性を問うことは、絞首刑という執行方法そのものの残虐性を問うことであった。しかし、死刑制度の合理性は、執行方法だけではなく、その前段階の拘置を含めて検討すべきものと思われる。

本稿の目的は、告知や絞首刑にとどまらず、死刑制度全体を射程とした上で、日本の死刑確定者には死を迎える機会が保障されていないこと、それによって死刑確定者の尊厳が侵害されていることを明らかにすることにある。この点で、アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」という。）の死刑存置州の執行方法と執行手続との比較が有用である。なぜなら、日本とアメリカは死刑制度を存置している先進国という共通性を有するにも関わらず、執行方法および執行手続に以下のような相違が認められるためである。

まず、アメリカにおいては、およそ1ヶ月前の執行予定日の告知のもと

1 古川原明子「死刑と直前告知」石塚伸一ほか編著『土井政和先生・福島至先生古稀記念論文集』（現代人文社、2022年11月刊行予定）

2 最決昭和60年7月19日民集145号271頁

で、いくつかの選択肢を死刑確定者に与えている。このことが結果として、死刑確定者に自己の死と向き合う機会を提供している。

次に、アメリカでは死刑確定者に生じる苦痛の観点から、執行方法が繰り返し見直されている。死刑確定者が執行方法を選択できる州もあり、そこではより苦痛の少ない死の選択が当事者に委ねられている。さらに、死刑確定者は執行の詳細についての情報を得ることができる。

こうした運用によって、アメリカの死刑確定者は、日本の死刑確定者とは比べものにならないほどに、自己の死までの時間を主体的に過ごしている。そこで本稿では、第一に、アメリカにおいて死刑の執行方法がどのように変遷してきたのかについて、特に絞首刑の廃止をめぐる動向を確認する。次に、現在の死刑存置州がどのような執行方法を採用しているかを整理し、死刑確定者が執行方法を選択できる州における執行手続きを概観する。こうして明らかになったアメリカと日本の死刑制度運用の違いを、一般社会の末期患者の死とも比較することで、日本の死刑確定者の尊厳が損なわれていることを示すことを試みる。

2. アメリカ各州の執行方法の変遷³

(1) 絞首刑の廃止

日本では、明治6年太政官布告65号に基づく絞首がおよそ150年に渡って唯一の執行方法である⁴。この点で、アメリカとの間には大きな違いが

3 Death Penalty Information Center (ワシントンD.C.を拠点に米国の死刑を研究する非営利団体)の情報をもとに、アメリカの死刑執行研究の第一人者であるDeborah W. Denno教授の論稿を適宜参照した。Deborah W. Denno, "Execution Methods in a Nutshell", in Bohm & Lee (ed.), *Routledge Handbook on Capital Punishment*, Routledge, 2018, p.427.

4 これが法律の手続きによらない刑の執行であるとの訴えに対し、明治6年太政官布告第65号絞罪器械図式は法律と同一の効力を有するとしたものとして最判昭和36年7月19日刑集15巻7号1106頁。

ある。

19世紀から20世紀初頭にかけては、アメリカでも絞首刑 (hanging) は最も一般的な執行方法であり、公開処刑も行われていた。しかしその後、絞首による執行は残虐性を理由に電気椅子 (electrocution) や致死性ガス (lethal gas) による執行に取って代わられた。やがて、致死薬投与 (lethal injection) による執行が主流となり、現在に至っている。

アメリカで絞首刑廃止の波が生じたのは19世紀後半であった。1888年にニューヨーク州死刑委員会報告書が絞首刑の問題点を詳細に示した上で電気椅子の導入を提案して以降、ドミノ倒しのように絞首刑の廃止が各州でもたらされた⁵。その数はわずか50年で30州に達している。以下の表は、ニューヨーク州での廃止以降、各州が絞首刑を廃止した時期を一覧にし、年代順に並べたものである⁶。

| 州 | 絞首刑が廃止された年 |
|----------|------------|
| ニューヨーク | 1888 |
| オハイオ | 1896 |
| マサチューセッツ | 1900 |
| ニュージャージー | 1906 |
| バージニア | 1908 |
| ノースカロライナ | 1909 |
| ケンタッキー | 1910 |
| サウスカロライナ | 1912 |
| アーカンソー | 1913 |
| インディアナ | 1913 |
| ネブラスカ | 1913 |
| オクラホマ | 1913 |
| ペンシルベニア | 1913 |
| テネシー | 1913 |

5 永田憲史ほか「〔翻訳〕ニューヨーク州死刑委員会報告書 (抄訳)」関西大学法学論集65巻3号 (2015) 909頁以下に詳しい。

6 アメリカ全州のうち、連邦に加えられて州となった以降に死刑制度を有したことのないアラスカ州、ハワイ州は表には含めていない。また、死刑を廃止することで結果的に絞首刑が廃止された州、すなわち絞首刑からの切り替えが起きる前に死刑を廃止したウィスコンシン州 (1853年)、メイン州 (1887年)、ミネソタ州 (1911年)、アイオワ州 (1965年)、ノースダコタ州 (1973年) も表から除外した。

| | |
|------------|------|
| バーモント | 1913 |
| ネバダ | 1921 |
| フロリダ | 1923 |
| テキサス | 1923 |
| ジョージア | 1924 |
| アラバマ | 1927 |
| イリノイ | 1927 |
| ニューメキシコ | 1929 |
| コロラド | 1933 |
| アリゾナ | 1934 |
| コネティカット | 1935 |
| ワイオミング | 1935 |
| カリフォルニア | 1937 |
| ミズーリー | 1937 |
| オレゴン | 1937 |
| サウスダコタ | 1939 |
| ルイジアナ | 1940 |
| ミシシッピ | 1940 |
| ウェスト・バージニア | 1949 |
| メリーランド | 1955 |
| ミシガン | 1963 |
| ロード・アイランド | 1973 |
| アイダホ | 1978 |
| ユタ | 1983 |
| カンザス | 1994 |
| モンタナ | 1995 |

ニューヨーク州の絞首刑見直しの動きは、公開の絞首刑においてむごたらしい死が何度か起きたことに由来するが、いくつかの州では絞首刑の失敗が直接に死刑制度の廃止を招いている。たとえば、メイン州、ウィスコンシン州、ミネソタ州である。この3州は、絞首刑から他の執行方法に変更することなく死刑を廃止したが、いずれも絞首刑の失敗がそこに大きく影響した。メイン州は1885年の絞首刑の失敗後の1887年、ウィスコンシン州は1851年の絞首刑の失敗後の1853年、ミネソタ州は1906年の絞首刑の失敗後の1911年にそれぞれ死刑廃止に至った⁷。

7 絞首刑の公開は1800年台半ばに廃止された。また、同時期に絞首方法の見直しが行われ、アップライト・ジャーカーと呼ばれる滑車を利用したものから、最終的にロングドロップという長距離の落下によって死刑確定者の首に大きく

(2) 絞首刑廃止後の執行方法

| 州 | 年 | 絞首刑からの変更内容 |
|-----------|------|--|
| アラバマ | 1927 | 絞首から電気に変更。 |
| アリゾナ | 1934 | 絞首を致死性ガスに変更。 |
| アーカンソー | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| カリフォルニア | 1937 | 絞首を致死性ガスに変更。 |
| コロラド | 1933 | 絞首を致死性ガスに変更。 |
| コネティカット | 1935 | 絞首を電気に変更。 |
| デラウェア | 1986 | 絞首を致死薬投与に変更。ただし、それまでに絞首刑での死刑執行が確定していた者は例外。 |
| フロリダ | 1923 | 絞首を電気に変更。 |
| ジョージア | 1924 | 絞首を電気に変更。絞首刑は1931年まで断続的に実施。 |
| ハワイ | | 州としての地位を認められた1959年より前に死刑廃止。 |
| アイダホ | 1978 | 絞首を致死薬に変更（銃殺も併用）。 |
| イリノイ | 1927 | 絞首を電気に変更。 |
| インディアナ | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| アイオワ | 1965 | 死刑廃止 |
| カンザス | 1994 | 1972年に死刑廃止、1994年に復活した際に致死薬による執行のみが採用された。 |
| ケンタッキー | 1910 | 絞首を電気に変更。 |
| ルイジアナ | 1940 | 絞首を電気に変更。 |
| メイン | 1887 | 死刑廃止 |
| メリーランド | 1955 | 絞首を致死性ガスに変更。 |
| マサチューセッツ | 1900 | 絞首を電気に変更。 |
| ミシガン | 1963 | 死刑廃止 |
| ミネソタ | 1911 | 死刑廃止 |
| ミシシッピ | 1940 | 絞首を電気に変更。 |
| ミズーリー | 1937 | 絞首を致死性ガスに変更。 |
| モンタナ | 1995 | 絞首を致死薬に変更。 |
| ネブラスカ | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| ネバダ | 1921 | 絞首を致死性ガスに変更（併用）。 |
| ニューハンプシャー | 1986 | 絞首を致死薬に変更。ただし、絞首の可能性は残る。 |
| ニュージャージー | 1906 | 絞首を電気に変更。 |
| ニューメキシコ | 1929 | 絞首を電気に変更。 |
| ニューヨーク | 1888 | 絞首を電気に変更。 |
| ノースカロライナ | 1909 | 絞首を電気に変更。 |
| ノースダコタ | 1973 | 死刑廃止 |
| オハイオ | 1896 | 絞首を電気に変更。 |
| オクラホマ | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| オレゴン | 1937 | 絞首を致死性ガスに変更。 |

ゝな力をかけるものへと変更された。絞首刑の失敗は、執行人が必ずしも執行に慣れたものではなかったことや、私刑としての要素があったことにも原因がある。Sarat, Austin. *Gruesome Spectacles* (pp.39-59). Stanford University Press. Kindle版。

| | | |
|------------|------|--|
| ペンシルベニア | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| ロード・アイランド | 1973 | 絞首を致死性ガスに変更 |
| サウスカロライナ | 1912 | 絞首を電気に変更。 |
| サウス・ダコタ | 1939 | 絞首を電気に変更。 |
| テネシー | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| テキサス | 1923 | 絞首を電気に変更。 |
| ユタ | 1983 | 銃殺と絞首の選択から銃殺と致死注射薬との選択に変更 (1980-1982は銃殺のみ)。 |
| バーモント | 1913 | 絞首を電気に変更。 |
| バージニア | 1908 | 絞首を電気に変更。 |
| ワシントン | 1981 | 絞首を致死薬に変更。 |
| ウェスト・バージニア | 1949 | 絞首を電気に変更。 |
| ウィスコンシン | 1853 | 死刑廃止 |
| ワイオミング | 1935 | 絞首を致死性ガスに変更。 |

その後、絞首刑に取って代わった電気椅子による執行もやはり残虐であるとして廃れ、1970年代後半からは致死薬投与による執行が徐々に主流となった。その中で、執行方法として最近まで絞首刑を維持した州として、ニューハンプシャー州、デラウェア州、ワシントン州の3州がある⁸。ただし、この3州は全て現在までに死刑を廃止している⁹。したがって、今後アメリカで絞首による死刑執行が行われる見込みは基本的にはないと行ってよいだろう¹⁰。

執行方法が絞首刑から電気、致死性ガス、致死薬に移り変わってきたことを視覚化したグラフ¹¹を見ると、1900年台初頭にピークを迎えた絞首に

8 ワシントン州では1993年と1994年、デラウェア州では1996年に絞首刑が執行された。デラウェア州の執行は、死刑確定者が致死薬による執行を拒否して、絞首刑を選択した結果であった。

9 デラウェア州は2016年、ワシントン州は2018年、ニューハンプシャー州は2019年に死刑を廃止した。

10 ニューハンプシャー州の死刑廃止には遑及効が認められない可能性があり、その上で、致死薬投与による執行が違憲と判断されるなどして実現不可能となった場合に、絞首刑による執行がなされる可能性がごくわずかに残っているという。https://www.tennessean.com/story/news/crime/2018/10/09/methods-execution-state-electric-chair-firing-squad-hanging-gas-chamber/1576763002/

11 前掲・注5、910頁参照。

よる執行が、1950年頃までには電気による執行にほぼ変わったこと、連邦最高裁のファーマン判決¹²（1972年）を受けての死刑廃止・停止期間を挟んで、グレッグ判決¹³（1976年）後の死刑復活・再開においては致死薬投与による執行が主流となったことが一目瞭然である¹⁴。結果として、1977年から2009年の間に、全ての死刑存置州が完全に、あるいは選択肢として致死薬投与という執行方法を採用するに至った。

アメリカにおけるこのような執行方法の変遷は、各州が「より」あるいは「最も」人道的な死刑執行方法を模索してきたことの表れである¹⁵。その結果、絞首刑は、アメリカではおよそ70年前にはすでに廃れた執行方法となった。実際に1976年以降のアメリカにおける絞首刑執行はわずか3件のみで、直近の絞首による死刑執行は1996年である。したがって、2022年現在、絞首刑はアメリカではもはや過去の執行方法だと言えよう。仮に現在、アメリカで絞首による執行が行われたならば、同じレベルの社会において数十年に渡って採用されていないという意味で、異常な刑罰（unusual punishment）にさえあたりうる。

（3）死刑存置州の執行方法

以下は、2021年1月現在、死刑を存置しており、かつ執行を停止していない州の執行方法をまとめたものである。全ての州が致死薬投与を執行方法としているが、致死薬投与以外の執行方法を併せて採用している州が少なからず存在する。

12 Furman v. Georgia, 408 U.S. 238

13 Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153

14 前掲・注3、Denno429-430頁は、致死薬投与が主流となった背景として以下の3点を指摘する。（1）各州が従来の執行方法、特に電気や致死性ガスによる執行の失敗を大きく取り上げてきたこと、（2）執行がテレビ放映される可能性があったために、人々が受け入れやすい人道的に見える方法が必要であったこと、（3）電気椅子やガス室の改修よりも致死薬投与が安価であったこと。

15 前掲・注3、Denno440頁参照。

| 州 | 現在の執行方法 | 州法条文 |
|----------|------------------------------------|---|
| アラバマ | 致死薬、電気、窒素低酸素 (nitrogen hypoxia) | Code of Ala. § 15-18-82 |
| アリゾナ | 致死薬、致死性ガス | Ariz. Rev. Stat. § 13-757 |
| アーカンソー | 致死薬、電気 | Ark. Code. Ann. § 5-4-617 |
| フロリダ | 致死薬、電気 | Fla. Stat. § 922.105 |
| ジョージア | 致死薬 | Ga. Code Ann.17-10-38 |
| アイダホ | 致死薬 | Idaho Code Ann. § 19-2716 |
| インディアナ | 致死薬 | Ind. Code Ann. § 35-38-6-1 |
| カンザス | 致死薬 | Kan. Stat. Ann. § 22-4001 |
| ケンタッキー | 致死薬、電気 | Ky. Rev. Stat. Ann. § 431.220 |
| ルイジアナ | 致死薬 | La. Stat. Ann. § 15:569 |
| ミシシッピ | 致死薬、致死性ガス、電気、銃殺 | Miss. Code Ann. § 99-19-51 |
| ミズーリー | 致死薬、致死性ガス | Mo. Ann. Stat. § 546.720 |
| モンタナ | 致死薬 | Mont. Code Ann. § 46-19-103 |
| ネブラスカ | 致死薬 | Neb. Rev. Stat. Ann. § 83-964 |
| ネバダ | 致死薬 | Nev. Rev. Stat. Ann. § 176.355 |
| ノースカロライナ | 致死薬 | N.C. Gen. Stat. Ann. § 15-188 |
| オハイオ | 致死薬 | Ohio Rev. Code. Ann. § 2949.22 |
| オクラホマ | 致死薬、致死性ガス、電気、銃殺 | Okla. Stat. Ann. tit. 22 § 1014 |
| オレゴン | 致死薬 | Or. Rev. Stat. Ann. § 137.473 |
| サウスカロライナ | 致死薬、電気、銃殺 | S.C. Code Ann. § 24-3-530 |
| サウスダコタ | 致死薬 | S.D. Codified Laws § 23A-27A-32.1 |
| テネシー | 致死薬、電気 | Tenn. Code Ann. § 40-23-114 |
| テキサス | 致死薬 | Tex. Code Crim. Proc. Art. 43.14 |
| ユタ | 致死薬、銃殺 | Utah Code Ann. § 77-18-5.5 § 77-18-113 (1) |
| ワイオミング | 致死薬、致死性ガス | Wyo. Stat. Ann. § 7-13-904 |

3. 死刑確定者による執行方法の選択

前述の通り、州によっては複数の死刑執行方法を採用している。これは、大手製薬会社が薬剤の提供を取りやめたことや、執行の失敗をめぐる訴訟が増加したことなどにより、致死薬投与による執行が困難となったためである¹⁶。そこで、いくつかの州は、電気や致死性ガスによる執行や銃殺刑

16 致死薬投与という執行方法の残虐性を争ったケースの紹介として、小早川義則「致死薬物注射をめぐる新しい動き」名城法学66巻1 = 2号 (2016) 151頁以下がある。なお、イギリスでは致死薬投与が迅速で無痛の死をもたらすことはできないとする見解が、1965年の死刑廃止に影響を与えた。前掲・注3、Denno429頁参照。

を復活させるに至った。たとえば、致死薬投与による執行が違憲とされたり、必要な薬剤が入手できなかつたりした場合に、電気や致死性ガスによる執行、あるいは銃殺に切り替えることを認めるのである。

さらに、複数の死刑執行方法を用意した上で、死刑確定者に選択の機会を与えている州も存在する。このことが条文から確認できるのは、アラバマ州、アリゾナ州、フロリダ州、ケンタッキー州、サウスカロライナ州、テネシー州、ユタ州の7州である。なお、執行停止の州のうち、カリフォルニア州では、致死薬とガスのいずれかを死刑確定者が選択することを認めている。また、執行方法は致死薬投与のみであるが、薬剤の種類を選択できる州として、サウスダコタ州がある。ただし、これまでに選択肢として絞首刑を復活させた州は存在しない。いかに致死薬投与による執行が困難となろうとも、絞首刑の復活はおよそあり得ないということだろう。

以下は、死刑確定者が執行方法選択の機会を有する州について、その根拠条文を日本語訳したものである¹⁷。全ての死刑確定者が執行方法を選択できるとする州と、ある時点より前に判決を受けた者などに対象を限定している州がある。

(1) アラバマ州

Code of Ala.

§ 15-18-82

(a) 死刑の判決が言い渡された者には、宣告日から30日以上100日以下の期間で定められた日のいずれかの時刻に、法律で定めるところにより電気又は窒素低酸素による執行を、当該死刑判決を受けた者が選択する場合を除き、致死薬投与によって死刑が執行される。電気又は窒素低酸素法が違憲とされた場合は、執行方法は、致死薬投与によらなければならない。致

17 各条文は州サイトまたはLexisサイトから入手した。

死薬投与による執行が違憲とされた場合、またはその他の理由で利用できなくなった場合、その執行方法は窒素低酸素による。

§ 15-18-82.1.

(a) 死刑判決は、死刑判決を受けた者が電気または窒素低酸素による執行を積極的に選択しない限り、致死薬投与によって執行されるものとする。
(略)

(b) 死刑宣告を受けた者は全て、電気または窒素低酸素による死刑執行を選択する機会を一度与えられる。

(1) 電気による執行の選択は、当該死刑確定者本人が、アラバマ州最高裁判所の決定に基づく判決が確定してから30日以内に、施設長に書面でしなければ放棄される。2002年7月1日以前に判決が確定した場合は、そこから30日以内に選択がなされ施設長に伝えなければならない。執行令状が2002年7月1日に係属中である場合、または執行令状が2002年7月1日から30日以内に発せられた場合、令状に記載されている死刑確定者は、新たな死刑執行日が設定されてから48時間以内に署名した書面で施設長に選択を提出しない限り、電気による執行の選択を放棄したものとする。

(2) 窒素低酸素による執行の選択は、当該死刑確定者本人が、アラバマ州最高裁判所の決定に基づく判決が確定してから30日以内に、施設長に書面でしなければ放棄される。2018年6月1日以前に判決が確定した場合は、そこから30日以内に選択がなされ施設長に伝えなければならない。執行令状が2018年6月1日に係属中である場合、または執行令状が2018年6月1日から30日以内に発せられた場合、令状に記載されている死刑確定者は、新たな死刑執行日が設定されてから48時間以内に署名した書面で施設長に選択を提出しない限り、窒素低酸素による執行の選択を放棄したものとする。

(以下略)

(2) アリゾナ州

Ariz. Rev. Stat.

§ 13-757

A. 死刑は、矯正局監督下において、死をもたらすのに十分な量の薬剤または複数の薬剤を静脈注射することにより執行する。

B. 1992年11月23日以前に犯した犯罪に対して死刑を宣告された者は、死刑執行日の遅くとも20日前に、致死薬投与または致死性ガスのいずれかを選択しなければならない。その者が、致死薬投与または致死性ガスのいずれかをも選択しない場合は、死刑は致死薬投与によって執行される。

(以下略)

(3) フロリダ州

Fla. Stat.

§ 922.105

(1) 死刑判決は、死刑を宣告された者が電気による執行を積極的に選択しない限り、致死薬投与によって執行される。死刑判決は、矯正局長またはその者が指名した者の指揮下に執行される。

(2) 死刑を宣告された者は、電気による執行を選択する機会を一度与えられる。電気による執行の選択は、フロリダ州最高裁判所による死刑判決に基づく命令書が発布されてから30日以内に、または本法施行日前に命令書が発布された場合には本法施行後30日以内に、当該死刑確定者が自ら書面により矯正施設の長に届けなければ、放棄される。本法律の施行日に執行令状が係属中である場合、または本法律の施行日後30日以内に令状が発せられた場合、その令状の対象である死刑確定者は、922.06条に基づき知事により新たな執行日が定められてから48時間以内に署名した書面によって矯正施設の長に選択を提出しなければ、執行方法として電気の選択を放棄したものとされる。

(以下略)

(4) ケンタッキー州

Ky. Rev. Stat. Ann.

§ 431.220

(1)

(a) (b) に規定する場合を除き、すべての死刑判決は、死をもたらすのに十分な薬剤または複数の薬剤の組み合わせを連続的に静脈注射することにより執行される。致死薬投与は、死刑確定者が死亡するまで継続する。

(b) 1998年3月31日以前に死刑判決を受けた者は、(a) に規定する執行方法又は感電死として知られる執行方法を選択する。感電死は、できるだけ迅速に死をもたらすのに十分な強さの電流を死刑確定者の身体に流すことによる。電流は、その者が死亡するまで継続する。死刑執行予定日の遅くとも20日前までに死刑確定者が選択を拒否した場合、執行は致死薬投与による。

(以下略)

(5) サウスカロライナ州

S.C. Code Ann.

§ 24-3-530

(A) 死刑確定者は電気による執行、または選択時に可能であれば、当該確定者の選択により銃殺刑もしくは致死薬投与による執行を矯正局長の指揮のもとに受ける。電気、銃殺、または致死薬投与による執行の選択は、その執行日の14日前に書面で行わなければ放棄される。死刑確定者が執行停止を受けた場合、または何らかの理由で執行日が過ぎた場合、その選択は失効し、新たな執行日の14日前に書面で更新しなければならない。死刑確定者が選択の権利を放棄した場合、刑は電気により執行される。

(B) (略)

(C) 本節の施行日前に電気による死刑を宣告された者は、選択時に可能である時に銃殺または致死薬投与による死刑を死刑執行日の14日前に書面により選択しない限り、電気により執行される。

(D) 本節に基づく致死薬投与による執行が、(B)に基づき矯正局長によって不可能とされた場合、または管轄の上訴裁判所により違憲とされた場合、死刑執行方法は、死刑確定者が銃殺を選択しない限り、電気による。

(E) 矯正局は、本節に基づく選択の権利および選択しうる執行方法について、死刑確定者に書面で通知しなければならない。

(F) 矯正局は、本節に基づく死刑執行のためのプロトコルおよび手続きを定めなければならない。

(6) テネシー州

Tenn. Code Ann.

§ 40-23-114

(a) 死刑確定者の刑の執行は、致死薬投与による。

(b) 1999年1月1日以前に犯した犯罪により死刑を宣告された者は、致死薬投与によって執行される権利を放棄する文書に署名することにより、電気による執行を選択することができる。

(以下略)

(7) ユタ州

Utah Code Ann.

§ 77-18-113

(1)

(a) 被告人が死刑にあたる重罪で有罪判決を受け、死刑判決が下された場合、致死性静脈注射が執行方法となる。

(b) (1) (a) は、(2) (3) (4) の場合を除き、2004年5月3日以降に死刑判決を受けた者に適用される。

(2)

(a) 裁判所が、被告人が銃殺による執行を受ける権利を有すると判断した場合、その者の執行は、銃殺によらねばならない。

(b) 本項は、その判決により銃殺による執行を受ける権利が保障される全ての被告人に適用される。

(以下略)

(8) その他：サウスダコタ州

S.D. Codified Laws

§ 23A-27A-32.1

2007年7月1日以前に死刑判決を受けた者は、§ 23A-27A-32に定める方法（筆者注：致死薬投与）または判決時のサウスダコタ州法に定める方法による執行を選択できる。死刑確定者は、執行が予定されている週の7日前までに、執行方法を書面で施設長に示すことにより選択をなす。死刑確定者が本条に定める期間内に選択しなかった場合または選択を拒否した場合は、§ 23A-27A-32に定める方法により執行される。

4. 死刑確定者への執行方法の説明

死刑を存置している州では、州法とは別に、死刑の執行手続きを定めている。致死薬投与による執行の合憲性をめぐる訴訟を契機として、ほとんどの州がこの執行手続きを公開しており、州政府サイトもしくは死刑情報センターサイトから入手することができる。

ここで注目すべきは、広範かつ詳細な情報が公開されている点である。たとえば、多くの執行手続きには、執行を行う施設長をはじめとした職員

の責務、執行チームの選出方法、薬剤の調達や調合の方法、死刑確定者の静脈路確認を含めたりハーサルのタイミングが記載されている。死刑確定者や弁護人が最後まで死刑の妥当性を争う結果、執行の直前に執行停止(stay)が命じられることもあるため、執行エリアに設置された電話が通話可能であるかの確認は、どの手続きも求めている。薬剤をどれだけ投与するかを分刻みで定めるほどの手続きの詳細さと、それが公開されているという事実には驚くばかりである。また、執行予定日時の設定後に、死刑確定者に面会や立会人についての要望を出すよう求める手続きを多くの州が用意している。さらに、死刑確定者が執行までの期間に収容される特別室や、執行室を含めた死刑執行エリアの図面を確認できる州さえ存在する。

日本で死刑がどのように執行されるかが全く明らかになっていないことと比べると、両国の差は著しい。このことから、日本の死刑制度は、アメリカで約70年前に放棄された絞首刑をいまだに維持しているだけでなく、透明性の点でも大きく立ち遅れていると言えるだろう。

以下では、執行方法を選択できる州を含めたいくつかの州の執行手続のうち、死刑執行方法の選択に関する記載と、執行方法についての記載を紹介する。以下、【 】内は筆者による。

(1) 死刑確定者による執行方法選択が可能な州

(ア) アラバマ州¹⁸

アラバマ州では、電気または窒素低酸素による執行を選択する機会が死刑確定者に与えられ、ここで死刑確定者が選択をしない場合には、致死薬投与により執行がなされる。

執行手続は数カ所黒塗りとなっているものの、致死薬投与に用いる薬剤の種類や量、執行当日の流れを把握することができる。

18 <https://files.deathpenaltyinfo.org/documents/AL-Execution-Protocol-April-2019.pdf>

執行予定日の1週間前から、致死薬投与の場合は器具や薬剤の調達、死刑確定者の静脈の確認をする。電気椅子については、作動確認を3回行う（執行手続Ⅵ）。執行当日の流れは以下の通りである（執行手続Ⅸ-H以下）。

- H. 確定者は執行チームにより執行室に入れられ、担架に固定される。
1. 致死薬により執行がなされる場合は、静脈注射チームは執行室に案内される。心臓モニターのラインが、確定者に装着される。静脈の状態が投与に適さない場合、■が静脈アクセスのための中心ラインの措置を行う。
 2. 電気により執行がなされる場合は、確定者は執行室に入れられ、およそ■に椅子に座らされる。確定者は、左足と頭に電極をつけて固定される。
- J. 立会人【略】
- K. 確定者が執行の準備が整ったことを施設長に知らせる。致死薬により執行がなされる場合、静脈注射チームがそのタスクを終え、■。この時、施設長は執行エリアに報告する。静脈注射チームは施設長に■について状況報告をする。立会室のカーテンが開かれる。
- L. 施設長は執行室に入り■。マイクロフォンのスイッチを入れ、施設長は確定者に令状を読み上げる。
- M. 確定者は最後の言葉を述べることを許される。これは、約2分間にとどめねばならない。
- N. 施設長と■は、執行室から■に向かう。執行チームのうち2名は、施設長に告げられるまで執行室に留まる。

執行停止命令が出ていないことを確認したのち、電気椅子による執行であれば、2名の職員が拘束ストラップ（restraining straps）の最終確認

を行い、死刑確定者にヘッドギアを被せ、その顔を覆う（執行手続IX-O-2）。その後、施設長はボタンを押し、死刑確定者の体を2200ボルトの電流が20秒間流れる。電流を220ボルトに下げ、さらに100秒間流す（執行手続IX-P-3）。

他方、致死薬投与の場合には、所定の量の薬剤が以下の手順で注射される（執行手続IX-P-1, 2）。

1. 致死薬投与の場合、施設長が確定者に致死薬液の投与を開始する。致死薬液は以下のもので構成される。
 - a. 100mlの塩酸ミダゾラム－50mlシリンジ2本
 - b. 20mlの生理食塩水
 - c. 60mlの臭化ロクロニウム
 - d. 20mlの生理食塩水
 - e. 120mlの塩化カリウム－60mlシリンジ2本
2. 致死薬投与の場合、施設長が塩酸ミダゾラム100mlと生理食塩水20mlを投与した後、2剤目と3剤目を投与する前に、執行室に残ったチームメンバー1名が、以下のように段階的に刺激を与えて確定者の意識を確認する。チームメンバーが、まず確定者の名前を呼ぶ。答えがない場合、チームメンバーは確定者のまつ毛を軽く撫でる。反応がない場合、チームメンバーは確定者の腕をつねる。

確定者に意識があるという稀な場合、施設長は、予備のシリンジにある100mlの塩酸ミダゾラムを投与する。全ての塩酸ミダゾラム100mlと生理食塩水20mlが投与された後、執行室に残ったチームメンバーが上記の段階的的刺激を繰り返す。

塩酸ミダゾラムのために2つ目の静脈注射ラインが使われた場合、残りの薬品投与のためにそのラインが用いられる。

確定者が無意識であることを確認した後、それが記録され、施設長は2剤目と3剤目の投与を続ける。

(イ) アリゾナ州¹⁹

死刑確定者は、致死薬投与に代えて、致死性ガスによる執行を選択できる²⁰。施設長は、1992年11月23日以前に犯された犯罪の場合、致死薬投与か致死性ガスのいずれかを死刑執行予定日の21日前までに書面で選択すべきことを、死刑確定者に伝えなければならない（執行手続2.1.2.2）。ただし、致死薬は2種類あり、どちらを使うかは施設長が決定する。ペントバルビタールが確保できればそれを使い、できない場合はペントタールナトリウムとなるようである（添付資料D、710）。決定は、死刑確定者の選択の前に、本人と弁護人に書面で通知される。執行の数時間前に、死刑確定者への鎮静剤提供が認められうる点が注目される。

2.1.2.2 1992年11月23日以前に犯された犯罪の場合、被収容者は、死刑執行の21日前までに、「死刑執行方法」様式710-1（the Method of Execution, Form 710-1）を用いて、致死薬か致死性ガスのいずれかを書面で選択しなければならないことを通知される。被収容者が致死薬または致死性ガスのいずれも選択しなかった場合、死刑は致死薬投与に

19 https://documents.deathpenaltyinfo.org/ArizonaProtocol_03.10.2021.pdf

20 2022年5月4日、約1ヶ月後の執行について、死刑確定者が致死薬と青酸ガスのどちらで執行されるかを2週間以内に選択することになっているとの報道があった。弁護団は銃殺刑を提案している。なお、5月11日に執行予定の確定者は、執行方法の選択を拒否したために致死薬による執行が行われる予定だという。Ed Pilkington, Death row inmate's dreadful dilemma: lethal drugs or cyanide used by Nazis, The Guardian, 4 May 2022, <https://www.theguardian.com/us-news/2022/may/04/arizona-death-row-execution-cyanide-gas-frank-atwood>

より執行される (A.R.S. 13-757 (B))。

7.1.2 被収容者に対し、今後35日間の監禁条件の変更方法について概説し、執行手続の関連事項を簡潔に説明する。

13.2.5 遅くとも死刑執行の4時間前までに、被収容者に軽い鎮静剤を提供することができる。

(ウ) フロリダ州²¹

電気による執行を選択しない限り、致死薬投与により執行される。フロリダ州の執行手続は、死刑確定者に致死薬投与の準備手順を説明すべきことが明記されている点が特徴的である (執行手続 (9) (i))。

執行30分前からの流れは、以下の通りである (執行手続 (10) (c) 以下)。

- (c) 執行チーム長が、被収容者に令状を読み上げる。被収容者は、令状を読み上げられる権利を放棄できる。
- (d) 執行チームの指定された者が、被収容者の手首を拘束し、房から執行室へ連れて行く。
- (e) 執行チームの指定された者が被収容者を支え、もし必要であれば、担架に乗せて執行室へと連れて行く。
- (f) 執行チームの指定された者が、拘束用のストラップを固定する。
- (g) 1人もしくは2人の執行チームの指定された者が、2台の心臓モニターのリード線を被収容者の胸に付け、胸の拘束具の前後

21 <https://files.deathpenaltyinfo.org/legacy/files/pdf/ExecutionProtocols/FloridaProtocol01.04.17.pdf>

でモニターが作動するかを確認する。

- (h) チーム長が事前に中心静脈ラインによる静脈アクセスを決定していない限り、執行チームの指定された者が、被収容者の両腕の前腕骨窩（the medical aspect of the antecubital fossa）に静脈ラインを挿入し、生理食塩水が自由に流れることを確認する。チームメンバーは、一方の静脈ラインを主ラインと指定し「1」の数字で明確に識別する。片腕、または両腕に静脈アクセスができない場合、片方を一次注入部位、もう片方を二次注入部位と定め、2箇所に分けて経皮静脈アクセスができるように、他の適切な部位にアクセスを確保する。
- (i) 末梢静脈へのアクセスができない場合、執行チームの指定された者が、静脈カットダウン（外科的に静脈を露出させ、カニューレを挿入する）を伴うかどうかにかかわらず、その者が適切と考える1つ以上の部位に中心静脈ラインをつける。2つの部位にアクセスする場合、各ラインは、一次ラインと二次ラインの別に応じて、「1」または「2」で識別される。
- (j) 執行チームの1人または数人が、担架に取り付けられたボールから2つの生理食塩水バッグを1つずつ取り出し、「1」「2」と書かれたラインに取り付けられた延長セットとともに狭い開口部から執行室へと通し、執行チームの指定された者がバッグを室内の別々のフックに掛ける。執行チームの指定された者は、静脈注射の挿入口からバッグまでのチューブが破損していないこと、生理食塩水の点滴が自由に流れていることを確認する。執行チームの者は、執行前および執行中の点滴ラインの実行性（viability）を継続的に監視する責任を負う。

(11) 執行15分前

【立会室の確認など】

(12) 執行の管理

- (b) …執行チーム長が、被収容者に発言することを認める。この発言は、PAシステム（public address system）を通じて立会場（witness gallery）に流れる。発言が終わる、もしくは被収容者が発言を拒否すると、チーム長は執行の開始を宣言する。執行チームの指定された者がPAシステムのスイッチを切る。

(エ) ケンタッキー州²²

1998年3月31日以前に死刑判決を受けた受刑者は、電気による執行を選択できる。執行手続からは、致死薬の種類と分量、注射の手順の詳細を確認できる。死刑確定者が執行室に入れられた後の手続きは以下の通りである（執行手続501 KAR 16:330. セクション2（9）以下）。

- (9) 施設長は、執行室に連れてこられた死刑確定者を、執行室内において、担架に固定するよう命じる。
- (10) 静脈注射チームは、死刑確定者に静脈注射（点滴）を行う位置を決め、以下を挿入する。
- (a) 1本の主静脈カテーテル。(b) 予備用点滴カテーテル1本。
- (11) 静脈カテーテルの位置
- (a) 死刑確定者の身体における静脈カテーテルの位置は静脈注射チームのメンバーによって決定される。優先的に挿入する部位

22 ケンタッキー州行政規則 KAR Chapter 16に規定されている。

<https://casetext.com/regulation/kentucky-administrative-regulations/title-501-justice-and-public-safety-cabinet-department-of-corrections/chapter-16-capital-punishment>

は、次の順序とする。1. 腕。2. 手。3. 足首、または4. 足。

- (b) 首は、静脈カテーテルに使用してはならない。
- (12) カテーテルが静脈に正しく挿入されていることを最大限確実にするため、静脈注射チームメンバーは、カテーテルのハブの中に血液があるかどうかを確認する。
- (13) 静脈注射チームが、2時間を超えない適切な時間内に2本の静脈注射カテーテルを確保できない場合、Commissionerは、新たな執行命令を受けるまで執行を停止したことを知事室に通知する。
- (14) チームは、静脈注射チューブでカテーテルを確立する際に、生理食塩水の流入を開始する。執行チームのメンバーは静脈注射を観察し、流れが中断されないようにする。
- (15) 執行チームは、次のことを行う。
 - (a) 心臓モニターの電極を死刑確定者にしっかりと接続する。
 - (b) 装置が機能していることを確認する。
- (16) Cabinetが指定する弁護人及び司法長官が指定する弁護人は、刑の執行停止、命令、恩赦又は減刑があったかを確認する。
- (17) カーテンを開ける。
- (18) 施設長は、立会人に執行の告知をする。
- (19) 施設長は、死刑確定者に対し、最後に発言するかどうかを尋ね、少なくとも2分間を与える。施設長は、発言の内容及び長さについて合理的な制限をすることができる。また、施設長は、立会人に対して意図的に不快感を与えるものであると判断した場合には、その発言を終了させることができる。立会人は、死刑確定者の発言を聞くことができる。
- (20) 施設長は、死刑執行の続行を命ずる。

Section 3. プロトコル

(1) 一般名、商品名、ブランド名、その他名称の如何を問わず、以下の薬剤のうち1つを使用することができる。

(a) ペントバルビタール；又は

(b) チオペンタールナトリウム

(2) 執行に使用する薬剤等については、主点滴、予備点滴ともに以下の注射器を準備する。

(a) ペントバルビタールの場合。

1. ペントバルビタールの場合：1. 合計5gのペントバルビタールに対して十分なシリンジを準備する。

2. 5gの注射器は、2.5gのペントバルビタール（合計5g/100mlの溶液）を調製した注射器2本で構成することができる。

3. ラインを洗浄するために生理食塩水を別のシリンジで準備する。

(b) チオペンタールナトリウムの場合。

1. チオペンタールナトリウムの場合：1. 合計5gのチオペンタールナトリウムのために十分なシリンジを準備する。

2. 5グラムは、1.25g/50mlのシリンジ4本で構成することができる。

3. ラインを洗浄するための生理食塩水を別のシリンジで準備する。

(3) 使用する点滴への生理食塩水を止める。

(4) 選択された薬剤 5 g及び生理食塩水を投与する。

(5) 最後のシリンジの注入後、ストップウォッチを開始する。

(6) 注入中、施設長及び副施設長は、主点滴が失敗したり漏れたり、カテーテルが静脈から外れたり、その他の重大な問題が生じないかを観察する。それらが生じた場合、執行チームは予備の点滴に切り替えるよう指示される。

(7) 指名された執行チームのメンバーは、以下を行う。

(a) 心臓モニターを観察する。

- (b) 心臓の電氣的活動が停止し、心臓モニターの線が平坦になったら、検視官及び医師に通知する。
- (8) カーテンは、以下を行う前に引かなければならない。
 - (a) 死を宣告するために監察医が入室する。
 - (b) 医師が死因を確認するために執行室に入る。
- (9) 主点滴をすべて行ってから 20 分経過した後も心臓モニターで心臓の電氣的活動の停止が確認されない場合、施設長は本節に従い、予備のシリンジに含まれる薬剤および生理食塩水の投与を命ずる。
- (10) 予備点滴をすべて行っても十分な時間内に死亡しないときは、Commissionerは、新たな執行命令を受けるまで執行が停止されたことを知事室に通知する。現場の医療スタッフは、本行政規則第5条第1項に掲げる設備及び人員により、死刑確定者を安静にするようつとめる。

また、電気による執行手順も詳細に確認できる（執行手続501 KAR 16:340）。

Section 1. 前段階

- (1) 刑場には、執行当日、裁判所及び弁護人と連絡を取るために、同時に使用可能な電話を最低3台用意しなければならない。施設長は、執行前に必要な電話が使用可能であるかどうかを判断する。
- (2) 装置は、設計された電圧で死刑確定者の体格に応じて約5～10アンペアを供給できるように設計する。
- (3) 装置は、感電死による死刑の執行予定時刻に先んじて48時間以内に、501 KAR 16:320, Section 3 (3) に従って点検及び試験

- を行わなければならない。
- (4) 塩化ナトリウム溶液は、感電死の執行予定時刻の5時間前までに、執行チームのメンバーが次の方法で作製する。
 - (a) 室温の水、約5ガロンを容器に入れる。
 - (b) 最大128オンスのヨウ素添加食卓塩を、水が目に見えて塩を吸収しなくなるまで連続的に混ぜながらゆっくりと水に加える。塩が水に溶けず、容器の底に目に見える形で溜まっていれば、限界まで溶けたといえる。
 - (5) 頭部電極及び脚部電極に用いる天然海綿は、塩化ナトリウム溶液に飽和するまで浸して準備する。
 - (6) 執行開始予定時刻に刑務所に電力がないときは、執行棟の発電機を始動させる。
 - (7) 死刑執行日に、死刑確定者の頭及び脚の1本は、剃毛しなければならない。
 - (8) 施設長は、死刑確定者を執行室に護送し、椅子に拘束することを命ずる。
 - (9) 施設長は、カーテンの開放を命ずる。
 - (10) 施設長は、執行を立会人に告げなければならない。
 - (11) 施設長は、死刑確定者に対し、最後に発言するかどうかを尋ね、少なくとも2分間を与える。立会人は、死刑確定者の発言を聞くことができる。
 - (12) 施設長は、立会人に対し、死刑執行のその時点での準備状況を告げなければならない。
 - (13) カーテンを閉じる。
 - (14) 執行チームのメンバーは、以下のことを行う。
 - (a) あご紐を死刑確定者に装着する。(b) ヘッドギアを死刑確定者に装着する。(c) 死刑確定者に脚絆を装着する。(d) パツ

クボードを調整する。(e) 装置からのケーブルを頭部電極と脚部電極に取り付ける。ナットは十分に締め付け、しっかりと接続する。(f) 死刑確定者の頭と脚のスポンジから出た塩水を拭き取る。(g) 死刑確定者に革製のフェイスカバーを固定する。

- (15) 施設長は、接続部及びストラップの目視点検を行う。
- (16) 執行チームは、執行室から退出する。
- (17) カーテンを開ける。
- (18) 施設長は、次のことを行う。
 - (a) 死刑確定者の執行を立会人に告げる。(b) 死刑確定者の顔にフェイスカバーをかける。
- (19) 死刑執行人以外の者は、執行室から退出する。
- (20) cabinetが指定する弁護士及び司法長官が指定する弁護人は、刑の執行停止、命令、恩赦又は減刑があったかを確認する。

Section 2. 刑の執行

- (1) 施設長は、死刑執行の進行を命ずる。
- (2) 装置は、2分間の周期で作動させる。その周期は、次のとおりとする。(a) 約2,400ボルトを15秒間。(b) 残りの2分間の周期は約240ボルト。
- (3) 施設長は、誤作動の兆候を発見したときは、装置の停止ボタンを使用し、サイクルを終了させる。
- (4) 2分のサイクルが終了したとき。
 - (a) カーテンを閉じる。(b) 施設長は、死刑確定者の生命反応(少なくとも、脈拍と呼吸を含む)を5分間観察する。
- (5) 5分間の観察期間中に施設長が生命反応をみた場合
 - (a) カーテンを開ける。(b) 施設長は、本節(2)の執行サイク

ルの再履行を命じる。

(6) 施設長が再び生命反応を認めたときは、執行を停止する。

Commissionerは、知事室に連絡し、執行の停止を要請する。

(7) 施設長が生命反応を認めない場合。

(a) 検視官は、死刑確定者を確認して（脈拍と瞳孔を含む）死亡を宣告する。

(b) 医師は、死因を確認する。

(オ) サウスカロライナ州

サウスカロライナ州の執行手続は、非公開となっており、確認ができない。

(カ) テネシー州²³

1999年1月1日より前に犯罪を犯し、死刑を宣告された者は、致死薬投与によって執行される権利を放棄する文書に署名することで、電気による執行を選択しうる²⁴。実際に電気による執行を選択した者が、2021年2月末までの16ヶ月で5名に達した²⁵。使用される薬剤の種類によっては、致死薬投与による死は大きな苦痛を伴うため、より苦痛の少ない方法を求めて電気による執行を選択したもの言われている。

23 Lethal Injection Execution Manual, Execution Procedures for Lethal Injection (Rev. July 5, 2018)

<https://files.deathpenaltyinfo.org/legacy/files/pdf/TN%20LI%20Protocol%207-5-18.pdf>

24 Tenn. Code Ann. § 40-23-114 (b) より。なお、執行手続きでは「1999年1月1日以前に死刑判決を言い渡された死刑確定者」となっており、定義に違いがあるため、死刑情報センターに問い合わせたものの、2022年5月末現在で返信はない。ただし、この齟齬は、本稿の内容を左右するものではない。

25 <https://apnews.com/article/7121e608498fe4c24359035853801ff3>

手続きは、対象となる死刑確定者に対して、執行方法の選択が可能である旨を執行予定日の30日前に伝えることを求めている。致死薬投与により執行される権利を放棄する死刑確定者は、以下のような宣誓供述書にサインをする²⁶。一度放棄したとしても、執行日の14日前までに施設長に伝えて新たな宣誓供述書にその旨を署名すれば、これを撤回することができる。

執行方法についての宣誓供述書

Affidavit Concerning Method of Execution

テネシー州法に基づき、あなたには致死薬投与による執行を受ける権利があります。また、あなたはこの権利を放棄し、執行方法として電気による執行を選択することもできます。この宣誓供述書の目的は、致死薬による執行を受ける権利を放棄するか、または権利の放棄を拒否する機会をあなたに与えることにあります。このフォームに記入しない場合、執行は致死薬投与により行われます。致死薬投与による執行を受ける権利を放棄できるのは、この機会のみです。あなたが致死薬投与による執行を受ける権利を放棄しても、執行日の14日前までに施設長に伝えて新たな宣誓供述書にその旨を署名すれば、放棄を撤回することができます。

私、（名前）、TDOC番号 （番号） は、（年月日） に
行われる予定の執行方法に関して以下の選択をします。

（チェック欄） 私は、致死薬投与により執行される権利を放棄し、電気による執行を選択します。

署名

(チェック欄) 私は、致死薬投与による執行を受ける権利を放棄する機会を与えられた上で、その権利を放棄します。

署名

本宣誓供述書を受刑者 (名前) TDOC番号 (番号) に確かに提示し、

(チェック欄) 受刑者は署名を拒否した。

(チェック欄) 受刑者が本宣誓供述書に署名したことを証明する。

施設長署名

執行当日の流れは、以下のように分刻みで述べられている。

夕方5時 死刑確定者は着替えをさせられる（綿のズボン、シャツ、靴下、室内履き）。

6時半から45分 立会人らが部屋に入る。

7時 死刑確定者に手錠をつけ、担架に乗せる。執行室へ入れる。

7時10分 死刑確定者に最後の言葉を述べることを認める。

- らないように注意する。
- C. 施設長が、死刑確定者の心臓の上に照準器または標的を置くように指示する。
 - D. 施設長は、標的を置いた者に上記Cが完了したら執行室を出るよう命じる。
 - E. 標的が置かれ全ての立会人の安全が確保されたら、施設長は観察室のカーテンを開けるよう命じる。
 - F. 全ての準備が整い、死刑確定者の最後の言葉が終わったら（2分を過ぎたり、汚い言葉遣いをしたりしてはならない）、確定者の頭にフードを被せる。
 - G. DIO Director以下、全ての者が執行室から出る。
 - H. 施設長が執行者室に入りドアを確認し、執行の停止も猶予も出されていない場合、Executive Directorもしくは指名された者は、銃殺隊が発砲するための構えをとるよう銃殺隊長に直ちに命じる。
 - I. 指名された執行チームのメンバーが、最初の発砲が始まったと同時にストップウォッチを開始する。
 - J. 死刑確定者が意識を失っているように見える場合、Executive Directorの命令によって、施設長とDIO Directorは最初の発砲の後に執行室に再度入る。
 - 1. 施設長は最初の発砲後、最長3分間待ち、死刑確定者の生命兆候をチェックするために医師を呼ぶ。【略】
 - 2. 最初の発砲から10分間が経過したのち、死刑確定者が意識はないが生存している場合、施設長は医師に生命兆候の最終チェックを命じる。
 - a. 最終チェックでも生命兆候が確認された場合、施設長は医師に執行室から出るよう命じる。
 - b. 施設長らは執行室に再度入室する。

【cは欠番】

- d. Executive Directorもしくは指名された者は、銃殺隊長に発砲準備をするよう命じる。
- e. Executive Directorもしくは指名された者は、銃殺隊が第二射を発砲するための構えをとるよう銃殺隊長に直ちに命じる。
- f. もしも全ての発砲が終了後にも、死刑確定者に明らかに意識があったならば、Executive Directorもしくは指名された者は、再度銃器の準備をするよう銃殺隊長に伝える。

【空砲を含む銃を支給し、その後は上記の繰り返し】

(ク) サウスダコタ州

サウスダコタ州の執行手続きは簡略なもので、死刑確定者に対する執行前の手続きの詳細を読み取ることができない。ただし、2007年7月1日以前の行為により死刑判決が確定している場合には、薬物の選択が可能であり、この選択は執行予定日の7日前までに施設長に伝えられねばならない²⁸。

(2) 致死薬投与のみを執行方法とする州

(ア) アイダホ州²⁹

アイダホ州の執行手続きは州サイトから入手可能である。他州に見られない点がいくつかある。たとえば、冒頭にある手続の目的において、「市民が適法にデモを行う機会を提供する。」という一文がある。また、執行

28 Execution of an inmate (2020), IV-1-A-5, <https://documents.deathpenaltyin-fo.org/South-Dakota-Execution-Protocol-7-23-2020.pdf>

29 <http://forms.idoc.idaho.gov/WebLink/0/edoc/283090/Execution%20Procedures.pdf>

に際して必要があれば、連邦航空局（FAA）に24時間の一時的な飛行制限を設けるよう当局に要請するとある。

以下は、死刑確定者への執行に関する情報提供と、執行に先立って死刑確定者に与えられるケアに関する箇所を抜粋したものである。連絡役が任命されて死刑確定者と毎日やり取りをする点や、アリゾナ州と同様に、執行前日に死刑確定者に鎮静剤を処方できる点が特徴的である。

執行予定日の30日前から段階的に手続きが進むため、およそ1ヶ月前には死刑確定者へ執行日の告知がなされることが前提であると推測される³⁰。

14 収容条件

…

ヘルスケア

…施設の医療サービス管理者は、死刑確定者に対し、州の治療範囲に関する指示書（POST）に記入する機会を提供する。医療サービススタッフは、死刑執行前に死刑確定者の健康を維持するために必要な措置を講じ、自殺未遂を含む健康管理の問題や緊急事態に適切に対応し、死刑確定者が「蘇生禁止」（“do not resuscitate”）の指示書や治療範囲に関する指示書を提出していない場合に限り、危険な状態にある死刑確定者を蘇生するために適切な措置を、執行までは常時取れるようにする。医療サービススタッフは、毎日死刑確定者を監視し、その健康状態や精神状態に著しい変化がないかを確認する…

15 執行30日前から22日前までの手続き

…

施設長

30 Execution Procedures (2021), 12, 15, <https://documents.deathpenaltyinfo.org/IdahoProtocol-3-30-2021.pdf>

…死刑確定者がPOSTに記入する機会を与えられた事を確認する。
…今後30日間に収容条件がどのように変更されるか、また、執行の流れについて簡潔に説明する…手続の概要 (Summary of Procedures) の写しを提供する。

施設長と死刑確定者との連絡係 (Liaison)

少なくとも1日一回は死刑確定者に面会し、その質問や懸念は全て施設長にそのまま伝える。

16 執行21日前から1週間前までの手続

…

施設長

必要に応じて、死刑確定者とコミュニケーションを取る。

施設長と死刑確定者との連絡係

死刑確定者と毎日連絡を取る。

死刑確定者の家族と連絡を取り合う。

問題、要望、質問などがあれば施設長に報告する。

17 執行1週間前から2日前まで

…

施設長

必要に応じて、死刑確定者とコミュニケーションを取る。

…

施設長と死刑確定者との連絡係

死刑確定者と毎日連絡を取る。…

20 執行12時間前

…

死刑確定者の動き (activities)

…死刑執行前日の夜23時まで、施設の医療サービススタッフが死刑確定者に軽い鎮静剤 (mild sedative) を提供する。

執行の4時間前までに、施設の医療サービススタッフが死刑確定者に別の軽い鎮静剤を提供する。

上記14にあるPOSTとは、一般にPOLSTの名でよく知られており、慢性疾患や末期疾患を有する患者を対象とした、治療に関する事前指示書を指す³¹。呼吸や心臓が停止した際に蘇生措置を受けるか、人工的な栄養水分の補給を拒否するか、リビング・ウィルを作成したか等について患者が記入し、医師が署名をすることで有効となる。たとえば、患者が蘇生しないで欲しいという項目にチェックをしていた場合、AEDの使用は認められない。患者はPOSTを作成することで、州内の医療機関であれば自己の希望を尊重される。死刑確定者にも、このPOSTの記入を求める趣旨は何か。執行までに病気や自殺によって心停止等に至るといった稀なケースを想定した上での手続きであろうが、死刑確定者に対しても、執行までは治療拒否を含む広範な選択の自由を認めているのであれば、注目に値する。

次に、致死薬投与の手順については、8頁に渡る詳細な記載がある。また、上記15に基づいて死刑確定者に提供される手続きの概要には、執行について以下のような記載がある³²。

31 PLOSTと呼ばれることもある。http://www.polst.org/wp-content/uploads/2013/01/POST-Rev-Aug-2012-SAMPLE.pdf

32 執行手続の別表 (Appendix) となっている。前掲・注29で入手した執行手続からは手続の最後に綴られている別表等にはアクセスできないが、アイダホ州の執行手続に基づいた執行について、修正8条違反などを訴えた訴訟の記録から確認ができる。なお、本件で死刑確定者の訴えは無効とされた。https://

アイダホ州矯正局

手続の概要

…

17 死刑執行のおよそ12時間前とおよそ4時間前に、軽い鎮静剤が提供されます。

18 あなたは、担架で死刑執行室まで運ばれます。事前に承認された宗教的な物品を1つ持参することができます。

19 生理食塩水で点滴をします。あなたは、執行の間、目を覆う機会を与えられます。あなたには、最後の言葉のために数分が与えられます。

20. あなたは、致死薬の投与によって死刑執行されます。

執行手続の詳細さに比して、死刑確定者に渡されるこの用紙はかなり簡潔であるが、死刑確定者は毎日会う連絡係を通じて施設長に質問をすることができる。

(イ) ノースカロライナ州

ノースカロライナ州では、致死薬による執行が事実上不可能となったために、2006年以降は死刑執行がない³³。州政府のサイトで、ペントバルビタールによる死刑執行手続が公開されている³⁴。

手続は、目的（Ⅰ）、対象（Ⅱ）、執行手続の総則（Ⅲ）と続き、XⅢま

↘ cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2011/11/15/11-35940_EOR_VOL_4.pdf

33 North Carolina Department of Public Safety, *Executions 1984 - present*, <https://www.ncdps.gov/Adult-Corrections/Prisons/Death-Penalty/List-of-persons-executed/Executions-1984-2006>

34 <https://files.nc.gov/ncdps/documents/files/Protocol.pdf>

である。致死薬投与の流れは以下のように定められている。

Ⅶ B

長官が執行日を命じた後、免許を持つ医療従事者が死刑確定者の体を診察し、最も成功確率の高い静脈アクセス部位を特定する。この診察には、死刑確定者のカルテの確認と身体検査が含まれるが、これらに限定されない。

Ⅸ 執行直前【概要】

A 執行2時間前 薬剤の混合、点滴台の準備、担架や心臓モニター の設置など

シリンジはペントバルビタールを1.25gずつ含むシリンジを4本、生理食塩水の入ったものなど。

B 死刑確定者を担架に乗せる

死刑執行予定時刻の遅くとも1時間前までに、死刑確定者は、下着と靴下を除くすべての衣服を脱いで執行の準備をするよう指示される。この準備後、死刑確定者は、矯正職員により準備室に案内され、そこで、サイドレールと点滴ポールを備えた担架に乗せられる。

C. 死刑確定者を担架に乗せた後、執行チームの医療従事者は以下の ことを行う。

1. 担架の頭を適切な位置（約45度）まで持ち上げ、失禁用ブリーフをはかせる。
2. 死刑確定者の両腕と両脚を革製の手錠で担架に固定する。キャンバス地のストラップと接着剤を死刑確定者の胴体に貼り、拘束する。

3. 死刑確定者の両手にガーゼを巻き、両手をテープで閉じて、死刑確定者が手を動かしたり、挿入または装着された器具を取り外したりできないようにする。
 4. 死刑確定者の胸部に心臓モニタリング用電極5個を取り付け、心臓ケーブルに接続する。
 5. 死刑確定者の胸にチューブの付いた聴診器のヘッドを貼り付ける。
 6. 死刑確定者の体の特定の静脈に2本の静脈カテーテルを挿入し、すでに組み立てられている静脈ラインに接続する。
 7. 死刑確定者に接続されていない3本目の静脈注射ラインを、担架に取り付けられた回収バッグに接続する。
 8. 生理食塩水の点滴を静脈開放維持速度で開始する。
 9. 死刑確定者の上にシートを敷き、死刑確定者の頭部と腕だけが露出するように固定する。
- D. 施設長は、死刑確定者に対し、発言、コメント、最後の言葉などを希望するかどうかを尋ねる。死刑確定者に、発言は録音され、書き起こし後に公開されることを伝える。予定されている執行が完了した後、施設長または指名された者が、書き起こされた発言を確認し、メディアへの公開のために広報担当者に転送する。
- E. 施設長または指名された者が、死刑確定者に下した裁判所の判決を読み上げる。
- F. 聖職者は準備室に入り、死刑確定者を執行室（death chamber）へ移動させる命令が出るまで、死刑確定者に付き添う。
- G. 施設長の命令により、執行チームの2名は以下のことを行う。
1. 死刑確定者が観察室に面し、左腕がプライバシーカーテンの開口部に隣接するように、担架を執行室に移動させる。
 2. 担架を所定の位置に固定し、プライバシーカーテンを引いて、立

会人からは死刑確定者だけが見えるようにする。

3. 心臓ケーブル、聴診器、チューブ、点滴チューブをプライバシーカーテンの開口部から入れる。

H. 施設長の命令により、執行チームの医療資格を有するメンバーは以下のことを行う。

1. 心臓ケーブルを観察室の心臓モニターにつながるケーブルに取り付ける。

2. 観察室の心臓モニターをオンにし、リード線がIIであることを確認する。

3. 聴診器用チューブを聴診器用イヤピースに取り付ける。

4. 致死薬の入った注射器を取り付けるための点滴チューブと三方活栓を準備する。

I. 施設長の命令により、その指名する執行チームメンバーが執行室に入り、プライバシーカーテン後方で待機する。

施設長または指名された者は、予定されている執行がまもなく開始されることを公の立会人に告げる。施設長または指名された者は、死刑執行室に戻り、執行スケジュールの変更、進捗、またはその他の指示を確認するために長官に最後の電話をかける。施設長は、予定されている死刑執行の開始を命ずる。

X 執行

A. 致死薬注射

致死薬注射は、ベントバルビタールなどの短時間作用型バルビツール酸塩を致死量投与することで死に至らしめる。この薬物は、死刑確定者の静脈に規定量注入される。

致死薬注射プロトコルでは、通常、致死性の薬品と非致死性の生理食塩水を2本の点滴ラインから死刑確定者の体内に3セットずつ連続し

てゆっくりと静脈内投与する。第一段階の致死薬注射プロトコルは、以下の手順による。

1. グループAからの最初の注射は、ペントバルビタール合計2.5gと生理食塩水1.25gの短時間作用型のバルビツールで構成される。この注射で、死刑確定者はすぐに意識を失うことが見込まれる。
2. グループAからの2セット目の注射は、同じ短時間作用型バルビツール酸塩からなる。ペントバルビタールと生理食塩水の合計1.25gを投与する。
3. グループAの3セット目の注射は、合計60mlの生理食塩水からなる。このセットの注射は、注射の際に使用する機器を洗浄するために使用される。
4. グループAの最後の注射が終了した後

死刑確定者の心拍数の監視を担当する医療スタッフは、死刑確定者の心臓の電気的活動がいつ停止するかを判断するため、心電図を監視する。資格医が死刑確定者の主要な身体機能を監視し、死刑確定者の死亡を宣告するために立ち会う。

最初の注射で致死効果が得られない場合、執行チームに配属された医療スタッフは、その状況を施設長に通知する。【以下、予備の注射による執行手順】

B 【抜粋】

施設長は、死刑確定者を深刻な危害、痛み、苦痛にさらすことなく、また憲法の要件に従って死刑判決を確実に執行するために、医療関係者が推奨する器具、機器、供給品、材料を入手する責任を負う。

XI 執行後の手続き

- A. 死刑確定者が生命の兆候を示す、または示さない状態が5分間続

いた後、施設長は資格医に死刑確定者の診察と死亡宣告を依頼する。

- B. 死刑確定者が医師によって死亡宣告された後、公の立会人は施設長の会議室に案内され、登録簿に署名する。メディアの立会人は、署名する必要はなく、ビジターセンターに案内され、そこで他のメディア代表者に説明を行う。死刑確定者により認められた立会人は、ビジターセンターに案内される。その他の者は、装置の取り外しと遺体の搬出を行う者を除き、執行室エリアから退去する。
- C. 立会室が空になった後、すべての機器の接続が解除され、遺体は執行室から搬出され、チャペルヒルの主任検死官事務所に搬送されるためにレシーピングエリアに運ばれる。

なお、2004年に日本弁護士連合会がノースカロライナ中央刑務所を視察した。視察団は、死刑確定者が執行予定日を告知された後に収容される監視付きの単独房、すなわちデス・ウォッチも視察しており、図面の提供を受けている³⁵。

(3) 小括

アメリカの死刑存置州では執行方法の詳細が明らかにされている。これらが死刑確定者にどこまで伝えられるのかについても、いくつかの州の手続から読み取ることがきる。致死薬投与に向けて担架で死刑執行室まで運ばれること、生理食塩水で点滴すること、処刑中は目を覆うことができることなどが書面で死刑確定者に伝えられた上で、死刑確定者のための連絡係が任命され、毎日面会することにより死刑確定者の要望や質問に対応す

35 日本弁護士連合会・死刑制度問題に関する提言実行委員会・第47回人権擁護大会シンポジウム第3分科会実行委員会「アメリカ死刑問題調査報告書」(2004) 54頁以下参照。

る体制を整える州や、施設長が執行について当該確定者が有するいかなる質問にも答えるよう努めるべきことを執行手続に明記している州もある。何より、現にこうして日本から執行手続を確認できることに鑑みて、死刑確定者が知りたいと思えば、少なくとも執行手続を入手することは困難ではないと思われる³⁶。このことは、執行方法を選択できる州に限られない。致死薬投与のみを執行方法としている州であっても、死刑確定者はどのような薬をどれくらい投与されるのか、その際に自身の身体がどのように拘束されているのかを知る機会がある。

5. 死刑確定者の尊厳

以上のように、アメリカの死刑制度と日本の死刑制度の間には様々な違いがあるが、ここで死刑確定者を死にゆく者として捉え、死刑の直前告知についての検討で行ったのと同様に、一般社会の末期患者との比較を試みたい。

まず、末期患者と死刑確定者を比較することの合理性を考えねばならない。両者の共通点は、逃れられない死が迫っているという一点のみである。そのため、死期が近いということだけを理由に死刑確定者と末期患者を同列に置くことには強い批判があろう。両者は、死の方法、場所、状況に著しい違いがある。何より死刑確定者は、死刑に値するほどに重大な犯罪を犯したと認められた存在であり、そのことを理由として死がもたらされる点で、その死には特有の意味が付与されている。しかし同時に、重大な犯罪を犯した者であってもなお人間としてその尊厳を認めるべきことは、成熟した社会においては否定しえない。死刑確定者も一人の人間として死の

36 弁護士を通じて銃殺刑の詳細が文書で死刑確定者に伝えられたことについて、以下のウィキペディアを参照した。Ronnie Lee Gardner, https://en.wikipedia.org/wiki/Ronnie_Lee_Gardner#cite_note-GMA-20100618-executed-55

瞬間までは自律的主体として尊重され、自己実現をなす機会を与えられる必要がある。また、死刑の本質は生命を奪うことであり、その直前までの拘置は刑罰ではないため、拘置に必然的に付随するもの以外の権利制約は合理的な範囲にとどめねばならない。

このように考えた時、死期の迫った者がどのように自己の死と向き合うかという観点から、あえて死刑確定者と末期患者を比較することも許されるのではないか。その際には、死刑の執行だけではなく、そこまでの期間を含めて、死刑という制度全体を検討の対象とせねばならない³⁷。たとえば、執行日が迫って以降の期間に、死刑確定者がどう過ごすのか、そこで自己の死と向き合う機会はあるのか、自己の死についてどのような選択が可能なのかを評価する必要がある。社会の人々が人生の最後に期待する選択や自由を死刑確定者に保障しないことは、その尊厳の侵害にあたるのではないか。ここに、制度としての死刑の合憲性を問う余地がある。

死刑の合憲性については、昭和23年最高裁大法廷判決が、「死刑制度は憲法36条で禁止された『残虐な刑罰』には該当せず、合憲である」と述べて以降、これが否定されたことはない³⁸。また、絞首という執行方法が残虐な刑罰を禁止する憲法36条に違反するとの訴えに対しても、判例は一貫して絞首刑の合憲性を認めてきた³⁹。近年になってからも、詳細な鑑定資料をもとになされた絞首刑の残虐性についての主張が退けられた⁴⁰。ただし、これまでに問われた残虐性の評価対象は、絞首そのものが惹起する肉体的な苦痛を中心としていた。すなわち、絞首により生じる人体の損傷や

37 死刑の宣告から執行までを対象に残虐性を評価することの重要性を示唆するものとして、奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993）378頁がある。

38 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁

39 最判昭和28年11月19日刑集7巻11号2226頁、最大判昭和30年4月6日刑集9巻4号663頁

40 大阪地判平成23年10月31日判タ1397号104頁、大阪高判平成25年7月31日判タ1397号104頁、最判平成28年2月23日集刑319号1頁。後藤真人「日本の絞首刑を考える」619頁以下参照。

意識喪失までの時間を取り上げ、死刑確定者が執行の瞬間に感じる肉体的苦痛を数値化ないし客観化したものであった。

他方、死刑確定者を余命わずかな者として捉え直し、かつ執行の前段階にまで射程を広げて死刑制度の合理性を考える枠組みは、死刑が憲法36条の禁止する残虐な刑罰にあたりうることを一要素として、死刑制度が憲法13条の保障する個人の尊厳を侵害しているか否かの検討を可能とする⁴¹。

このような検討は、国際人権規約の要請とも矛盾しない。市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）第7条は、「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない（cruel, inhuman or degrading treatment or punishment）」と言う。残虐性だけでなく、非人道的であること、また品位を傷つけることが刑罰禁止の理由となる点、さらに刑罰だけでなく取扱い（treatment）をも含んでいる点が重要である。これに加えて、生命権をうたう6条に関し、死刑執行の際には「肉体的及び精神的苦痛（physical and mental suffering）を可能な限り少なくする方法で執行されなければならない」とした自由権規約委員会の一般的意見がある。すると、自由権規約が禁ずるのは、肉体的な苦痛が著しいという意味での残虐な刑罰のみならず、およそ人間の尊厳を損なうような取り扱い全般である。したがって死刑制度の合理性を考える際に、死刑確定者が尊厳ある死を迎えているか否かを評価することは不当ではなく、その際に社会の末期患者との比較は有用であろう。

結論から言えば、日本の死刑確定者と末期患者を比較したとき、そこで認められる利益には大きな違いがあり、両者の死までの過程には類似性を見出すことができない。自己の余命を知り、時間をかけて死を受容することは、緩和医療の現場ではいわゆる「良き死」の条件とされているが、日本の死刑確定者は執行のタイミングも詳細も知らされないため、自己の死

41 憲法13条による死刑の分析を示したものとして、山内敏弘「生命権と死刑制度」一橋法学1巻1号（2002）21頁以下がある。

と向き合うに足る情報も、機会も与えられていない。つまり、末期患者が求めるような「良き死」を実現しうる境遇に置かれていない。

他方、アメリカの死刑確定者は、自己の死期を知った上で、死に向けて準備をする機会を与えられている。この意味で、アメリカの死刑確定者の執行までの過程と、一般社会の末期患者の過ごし方との間には、いくつかの類似性を認めることができる。同じ先進国の死刑確定者でありながら、アメリカと日本の確定者の状況にここまでの乖離が生じる原因は、執行予定日の告知、執行方法の検証と変更、そして執行手続の公開における違いにある。ここまで見てきたアメリカの状況も踏まえて、日本の直前告知の運用と絞首刑について整理する。

(1) 直前告知

日本の死刑には、執行予定日を執行直前まで伝えないという、直前告知の運用がある。日本政府は、これが死刑確定者の心情の安定のためであるという⁴²。執行日を伝えることで当該死刑確定者が大きく動揺すること、その動揺により執行の円滑さが妨げられうること、時に自死が試みられることを想定し、そうした事態を防ぐ必要があるとの趣旨であろう。確かに、死期が迫った者が強い不安に襲われることは一般によく知られている。そこで、執行予定日をあらかじめ死刑確定者に告知することに対して国が抱く懸念には、一定の合理性を認めることができそうである。しかし、これを末期患者の状況と対比させると、どうであろうか。たちまち、日本の直前告知の運用に妥当性がないことが明らかとなる。なぜなら、日本の医療慣行においては、たとえ痛のような極めて予後の悪い病気であっても、病名と余命を患者本人に伝えるのが一般的となっているからである⁴³。患者

42 直前告知の運用の変化については、前掲・注1「死刑と事前告知」で簡単に紹介した。

43 同上。

の権利論が社会に浸透する中で、病名告知の慣行は確立して久しい。今日では、伝えるか伝えないかではなく、どのように伝えるか、そして伝えた後にどのような支援を提供するかが重要とされている。この医療慣行を、執行される死刑確定者にも及ぼすべきである。執行予定日を伝えることで損なわれうる死刑確定者の心情の安定には、執行直前まで執行予定日を秘匿することによってではなく、執行日のある程度の猶予をもって伝えた上で、精神的な支援等を充実させることによって対応すべきである⁴⁴。

この点について、アメリカの状況を見てみよう。アメリカでは、およそ1ヶ月前までには執行予定日を死刑確定者に伝えている⁴⁵。これはなにも、アメリカの死刑確定者が日本の死刑確定者に比べて強靱な精神を有しているためではない。死期の迫った死刑確定者が精神的に不安定になることを認めるがゆえに、24時間体制の監視下に置き、精神的な支援を提供するなどの対応をとっている。たとえば、心理士による訪問や、担当官による毎日の訪問を義務付ける州がある。さらに、死刑確定者が求めれば、執行前日に抗不安薬などの鎮静剤を処方する州もある。

執行日の1ヶ月上前告知は、死刑確定者が近親者等に最後の別れを告げることも可能としている。同様に、自己の執行に立会う者を選び、私物の処分や遺体の取り扱いを考える機会も与えられる。執行前日の最後の食事について希望を出すことさえ、ほとんどの存置州で認められている。したがって、アメリカの死刑確定者は、自己の死期を告げられた上で、それに向き合いながら執行までの時間を過ごす機会を有している。執行の数日前の告知により利益を得るのは、死刑確定者だけではない。その家族や親しい者、被害者遺族は執行に立ち会うための調整をすることができる。また、執行されることを隠しながら死刑確定者と接する苦しみから解放される刑務官もいるかもしれない。

44 同上。

45 同上。

加えて、アメリカの死刑確定者は、執行手続の詳細を知ることができる。例えば、薬剤の種類、分量、投与の順番、致死薬が静脈を通じて投与されること、その時点で自己の体が担架にベルトで固定されていることなどである。他方、日本の死刑確定者は、絞首刑であることは知っているものの、実際に自己の身体に何が起きるのかを伝えられる機会をもたないため、執行に関する知識においては一般国民と大差がない。知っているのは、執行の際に大きな肉体的苦痛があること、また遺体が損傷することのみであろう。

(2) 絞首刑

日本の死刑制度の特異性を基礎付ける第二の要因は、時代錯誤ともいべき執行方法への固執である。日本の死刑執行方法は、およそ150年に渡って変更されていない。「その時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬ」と判示した最高裁昭和23年大法院判決から70年余、見直しがなされていない。同時期のアメリカにおいて絞首刑が残虐性を理由に放棄されたことと比べると、大いなる停滞と言わざるをえない。アメリカでは、執行方法が残虐で異常な刑罰にあたらぬかの検証が絶え間なく続いており、現在主流となっている致死薬投与でさえ、死刑確定者に無用の苦しみを与えるとしてその合憲性が問われている。

さらに、アメリカでは執行方法の選択を死刑確定者に認めている州もある。その場合、死刑確定者は各執行方法の詳細と自己の身体状況を踏まえて、より残虐ではない執行方法を選ぶようである。何が自己にとって最も肉体的苦痛や精神的苦痛が少なく、尊厳ある死であるかの決定を、本人に委ねているとも評価しうる。死刑確定者の選択が常に叶うわけではないが、一切の選択を許されない日本の死刑確定者の状況との間には大きな隔たりが存在する。

日本の死刑執行を致死薬投与に切り替えるべきか、あるいは致死薬投与による執行は残虐なのかという検討は、本稿の検討の対象外であるが、いくつかの点を指摘しておきたい⁴⁶。まず、致死薬投与が最も適切な執行方法であるかについては議論の蓄積がある。しかし、現時点において、より適切な方法を見出すことは難しいと思われる。以下、理由を二点挙げる。

まず、アメリカでは、末期患者に対して医師が致死薬を処方することをオレゴン州が合法化して以降、同様の法を制定する州は緩やかではあるが着実に増えている。また、アメリカ以外の国でも、同様の行為を合法化する流れが見られる。その際、尊厳を保ったまま安らかに死を迎えたいと願う末期患者の求めに応じて提供が認められている合法的手段は、致死薬のみである。

次に、動物の権利や愛護についての関心の高まりを受け、動物の愛護及び管理に関する法律をもとに、動物の生命をいたずらに奪う行為は重く処罰されるようになった。ただし、動物の利益が人間のそれを上回ることはない。故意の生命侵害について、客体が人間と動物の場合で著しく法定刑が異なること一つをとっても、現行法における人間の優位性は明らかである。ところが、死刑の執行と動物の殺処分（安楽死）を比較したとき、驚くべき逆転現象が存在する。日本の死刑は絞首により執行されるが、動物の殺処分では絞首が認められることはなく、主流の殺処分方法は炭酸ガスもしくは致死性薬物の投与である⁴⁷。また、処分の際には、動物の肉体的苦痛のみならず、恐怖などの精神的苦痛にも十分に配慮すべきことが、環境省告示により求められている⁴⁸。そこで、致死薬投与の前に動物に麻酔を

46 致死薬投与による執行について、医薬化学の観点も入れて検討したものとして、緒方・奥田・横尾「わが国の絞首による死刑と残虐性に関する一試論」中京ロイヤル32巻（2020）1頁以下がある。

47 「犬ねこの引取りや殺処分等」環境省動物の愛護管理のあり方検討会第5回資料3

48 「動物の殺処分に関する指針」平成19年11月12日環境省告示第105号

投与するのが一般的である。

死刑と動物の殺処分との比較は、アメリカではかねてより行われていた。連邦最高裁のファーマン判決（1972年）からグレッグ判決（1976年）に至り死刑の復活や再開が求められた時期、動物の殺処分方法を参考にしながら、致死薬投与による執行の採用が検討された⁴⁹。たとえばカリフォルニア州やテキサス州では、動物の人道的扱いに照らしながら、死刑執行方法として致死薬投与に切り替えることの妥当性が主張された。近年になっても、致死薬投与による執行を批判する際に、動物の殺処分との比較がなされている。たとえば、アメリカ獣医師会（AVMA）による動物の殺処分のためのマニュアル⁵⁰と、致死薬投与のプロトコルを比べてみると、動物の殺処分マニュアルの方が、各州の致死薬投与プロトコルよりも詳細で配慮に富むとの皮肉な状況が生じているとの指摘がある。また、動物の殺処分におけるガイドラインは定期的に見直されて精緻化と厳格化が進んだため、致死薬投与による死刑執行がそのガイドラインを満たすことはないという主張もある。なお、連邦最高裁においても、動物の殺処分方法を死刑の執行方法と比較したケースがある⁵¹。

以上のことから、いくつかの問題がありながらも、致死薬による執行が現時点では最も苦痛の少ない方法の一つであるとは言えよう。また、末期患者に対する合法的な自殺補助はもちろん、動物の殺処分においてさえ、

49 前掲・注3、Denno 433頁以下参照。

50 「…動物の命を奪う場合は、最高の敬意を払い、できる限り苦痛のない死を迎えることに重点を置いて行うことが私たちの責任である。安楽死を選択する場合、採用する技術は、急速な意識喪失に続いて心停止または呼吸停止を引き起こし、最終的には脳機能の喪失を引き起こすものでなければならない。さらに、動物の取り扱いと安楽死の技術は、意識を失う前に動物が経験する苦痛を最小にする必要がある。」 American Veterinary Medical Association, AVMA Guidelines for the Euthanasia of Animals:2020 Edition, <https://www.avma.org/sites/default/files/2020-02/Guidelines-on-Euthanasia-2020.pdf>

51 *Beardslee v. Woodford*, 395 F.3d 1064, 1075.

絞首が選択されることは日本でもアメリカでもおよそ考え難い。このような状況を踏まえてもなお、日本の死刑制度は絞首刑を維持しうるのだろうか。

(3) 小括

日本の死刑確定者は、直前告知の運用によって、自己の死と向き合う機会を剥奪されている。執行の前段階は死刑という刑罰そのものではないから、直前告知は刑罰の残虐性を直接に基礎付けるわけではない。しかし、自己の死を受け止め、それと向き合う機会を得ないままに執行される刑は、執行時の死刑確定者の精神的苦痛を倍加し、そのことにより肉体的苦痛の増幅がもたらされうる⁵²。

次に、絞首による刑の執行が、短時間であっても激しい肉体的苦痛と、遺体の著しい損傷を招くことがこれまでの裁判で明らかになっている。このことが、直前告知と執行手続の秘匿のもとでは、死刑確定者に別個の精神的苦痛を惹き起こす。いかなる執行方法であれ、人は恐怖や不安を抱くであろうが、日本の死刑確定者は、執行がとてもしんどいであろうこと、そして自己の身体が執行により無惨な状態になることだけを知っている。これは絞首刑に特有の苦しみである。遺体の損傷は、本人にとっても遺族にとっても大きな問題である。たとえば、良い死や安楽な死の象徴として、穏やかな死に顔がある。また、死期が近づくにつれて顔貌が変化することを厭う気持ちは、緩和ケアの分野ではよく知られている。首から上が損傷し、体液が流出するような死に様を人に見せたくないという気持ちは、軽視できるものではない。

したがって、日本の死刑確定者は、現行の死刑制度の下では、執行時期

52 癌患者などが末期に感じる複雑な苦痛は全人的苦痛（トータルペイン）として捉えられており、精神的苦痛と身体的苦痛が相互に絡み合うものとして捉えられている。厚労省「がんの緩和ケアに係る部会」資料参照。

を知らされないことにより自己の死と向き合えないという苦痛を味わい、また、絞首刑の残虐性を想像しつつ詳細を知らされないことでも苦痛を味わっている。大阪地裁平成23年判決は、「死刑に処せられる者は、それに値する罪を犯した者である。執行に伴う多少の精神的・肉体的苦痛は当然甘受すべきである」と述べた。しかし上記の苦痛全てが、甘受すべき性質のものだろうか。これらの苦痛をもたらす過程は死刑という刑罰に包含されるものではないから、憲法36条の禁ずる残虐な刑罰としては捕捉しえない。むしろ、個人の尊厳を侵害する点で憲法13条に抵触し、また、自由権規約7条が禁止する非人道的で品位を傷つける取扱いに妥当する。

このような制度が必然ではないことは、アメリカの死刑制度との比較により明らかである。アメリカでは連邦においても州においても、死刑確定者に約1ヶ月前に執行予定日を伝えることが法律や執行手続によって定められおり、死刑確定者はその期間にいくつかの重要な選択を行うことができる。そして、執行手続の公開がある。致死薬投与による執行の妥当性が争われることで広く公開されるに至った執行手続は、詳細を極めている。執行予定日のみならず、執行の詳細を知ることがあって初めて、死刑確定者は自己の死と向き合うにたる情報を得たといえる。すなわち、自己の余命を知り、会いたい人との別れを交わし、私物を整理し、遺体の取り扱いを指示する。また、どのような身体的侵襲を受けるかを可能であれば選び、その際には侵襲の性質と効果を知らされる。死に際して恐怖や不安に襲われる場合には、カウンセリングを受け、時に鎮静剤の処方を受ける。こうした運用のもとでも、死刑制度は瓦解せず、保たれているのである。日本で死刑をただちに廃止することが現実的ではないとしても、より死刑確定者の尊厳を損なわないものへと制度を見直すことは必要であろう。

日本の死刑確定者とアメリカの死刑確定者、そして末期患者の三者を試みに比較した表が以下である。日本の死刑確定者のおかれた状況は、他二者と大きく異なっていると言える。

死刑制度をめぐる試論：死に向かう者の尊厳は保障されているか

| | 一般社会の末期患者 | アメリカの死刑確定者 | 日本の死刑確定者 |
|-------------|--|---|---------------------------------|
| 死期(余命) | 一定の診断はあるが、不確実 | 日時が確定 | 日時が確定 |
| 余命の告知 | 行われる | 多くの場合、約1ヶ月前に通知 | 執行1、2時間前 |
| 死に至る機序と苦痛 | 多様な疾病に応じ、様々な苦痛がある。 | 致死薬投与の場合、まれに肉体的苦痛が生じる。 | 肉体的苦痛が数秒間続く。頭部、首、顔面等に激しい損傷が生じる。 |
| 死に至る機序の選択 | 病気は選択できないが、治療の選択・拒否が可能(生命が短縮するような選択も可能)。 | 致死薬投与が多いが、電気や銃殺を選択できる州が複数ある。 | 選択できない(絞首刑のみ)。 |
| 肉体的苦痛に対するケア | 緩和ケアが発達。 | 執行前日から鎮静剤、執行でも鎮静剤等投与。 | なし |
| 精神的苦痛に対するケア | 同上。カウンセリング等の機会あり。 | 専門家カウンセリング等あり(州による)。 | なし(宗教教誨あり) |
| 説明 | 病気の性質、治療の種類、副作用、代替治療、予後等について説明を受ける権利がある。 | 執行方法の詳細が一般に公開されている。州によるが、簡単な説明、施設長に確定者からの質問に答えるよう課す、選択に際して弁護士が執行方法の詳細を確定者に伝えるなどが可能。 | なし |
| 面会 | 可能 | 面会リストに従い可能。ただしマキシマムプリズンでの長期隔離は問題。 | 制限が大きい |
| 親族等への余命の告知 | 本人の希望があれば知らされる。 | 家族、被害者等への連絡体制が整っている。 | 家族、被害者等への事前告知なし。 |
| 看取り | 可能 | 執行立会制度あり | できない |
| 最後の食事 | 治療の範囲内で自由。 | 選択できる(金額の上限あり)。 | 選択できない。 |
| 遺体の取扱い | 臓器等の提供、献体の意思は尊重される。 | 臓器等の提供は不可能。宗派、葬祭、引取人等については本人に希望を聞く。 | 不明(臓器提供はできないようである)。 |
| メディア | 特に制限なし | 執行予定日の公開、インタビューや立会可能。執行の様子の報道。最後の言葉も公開される。 | 執行後に公表。執行時の様子などは秘匿。 |
| (参考)行為者 | 変更や転院が可能。 | 執行チームから外れる機会が職員に与えられる。 | 職員が拒否できるのかは不明。 |

6. おわりに

死刑による苦痛の存否は、死刑執行の瞬間だけではなく、その前段階に必然的に付随する拘置期間を含めて評価せねばならない。そのためには、死刑確定者の状況や心情を検証することが欠かせないものの、日本の死刑

制度における密行主義が高い壁となっている。冒頭で挙げた裁判が、死刑の実態に関する情報の公開に繋がることを期待する。

本稿は、執行の迫る死刑確定者を「死が切迫した者」として捉えて末期患者と比較することで、現行の死刑制度がその尊厳を損なっているとの主張を試みたが、いまだ不十分な点が多い。まず、アメリカの存置州において、死刑確定者が得る選択の機会と内容は様々であり、これを一括して論じることに對する批判が予想される。また、アメリカの執行手続がどこまで実務において遵守されているか、アメリカの死刑確定者が享受している利益をどう位置付けるか、そして死と向き合う権利をどう理論化するかについての検討がなされなければならない。その上で、死刑を生命の剥奪に純化した場合に、いかなる死刑制度の運用が求められるのかを論じる必要があろう。

*脚注にあるインターネット上の情報の最終閲覧日は特に記載のない限り、2022年5月26日である。

なぜブリュッセルは 「テロの温床」と化したのか（1）

松 尾 秀 哉

はじめに

2016年3月22日、ヨーロッパの小国ベルギーの首都であり、欧州連合（EU）や北大西洋条約機構（NATO）の本部事務局が置かれているブリュッセルで、イスラーム国（IS）の一派による連続自爆テロ事件が起き、300名以上が負傷し、30名以上が亡くなった。その半年前の2015年11月13日には、隣国フランスの首都パリで、やはりISによる同時多発テロが生じ、死者130名を出す大惨事となった。その後パリのテロの首謀者らがブリュッセルを拠点としていることが明らかになり、ベルギーは「テロの温床」と呼ばれ、当時の政府はテロリストを放置しているとして国際的な非難を浴びた。そして半年の捜査のうえ、翌年の2016年3月18日には主犯のサラ・アブデスラムが逮捕され、一時ベルギー首相シャルル・ミシエルの国内支持率はうなぎのぼりとなった。そのわずか4日後に生じたのが先の「ブリュッセル連続自爆テロ」であった。なぜブリュッセルは、イスラーム過激派の拠点となり、さらにその拠点で自爆テロが生じたのだろうか。

後述するように、2015年から2016年にかけて西欧ではISと関わりがあると考えられるテロ事件が多発した。テロ自体が国家の根幹を揺るがす大きな事件であることは当然だが、同時期、ヨーロッパにはシリアから難民が多く到来し、「難民危機」と呼ばれる事態が生じた。それとテロが多発し

た時機が重なり、一層大きくヨーロッパは揺れた。これらがイギリスのEU離脱の遠因となったり、EUによる難民の受け入れ割り当て指示に対するポーランドやハンガリーの反発を買ったりするなど、EUの内的なぜい弱性を露見させることにつながった。つまり、EU本部機能のあるブリュッセルがEUを揺るがす震源地になっていたといってもいいだろう。

ベルギーは多言語を公用語とし、ある意味「多文化共存」を体現してきた国である。小国だが経済力は高く、古くから北アフリカや中東からの労働移民を多く受け入れてきた。しかし2015年以来、テロを通じて、その「多文化共存」というベルギーの矜持が批判されるようになった。

その後、テロはおさまっているように映るが、移民や難民の受け入れについてベルギーの国内世論は分かれており、2018年にはそれを一因として当時の政権が辞意を表明するなど、その後のベルギー政治に対する影響も看過できない¹。

本稿の目的は、ベルギーがなぜ「テロの温床」となったのかを明らかにすることである。特に作業上、二つの問いを検討する。第一に、なぜベルギーがテロリストの拠点になったのか、第二に、なぜその拠点であるブリュッセルで大規模な連続自爆テロが起きたのか、である。この点について補足すれば、後述するように、自らの拠点地で爆破テロを起こすことは、テロリスト・グループ自身を危険にさらすことになるとも考えられ、従来それは避けられる傾向にあったとされる。換言すれば、なぜリスクを伴うはずの自らの足下でテロを決行したのかが、第二の作業上の問いである。特に本稿では、テロが生じる要因を検討しながら、主にベルギーの治安政策の歴史的変遷に注目することになる。そして2000年代の自由党政権下で行われた新自由主義的な国家制度改革の負の影響に注目することになるだろう。

以下、まずベルギー政治史の概要を整理しつつ、ブリュッセルがテロの拠点と化すことや、そのブリュッセルでテロが生じたことが、ベルギー政

なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか（1）

治史の文脈においてもつイムパクトを明らかにし、本稿の問いの意義を明らかにする。次いで、ベルギーに限らず「テロ研究」が抱える問題点を整理しておきたい。それによって本稿の視点を定めるためである。

1. 問題の所在

（1）2015年以降多発したテロ

前述の通り、特に2015年から2016年にかけて、西欧ではISに関わると考えられるテロが多発した（図表1）。

図表1 2015年以降ヨーロッパにおけるテロの発生状況（～2016年7月）

| 件数 | 発生国 | テロの発生時期と概要 |
|----|------|---|
| 8件 | フランス | 2016/7/26 ノルマンディー：刃物を持った男2人が教会に押し入り。死亡1人、負傷1人。 2016/7/14 ニース：トラックがフランス革命記念日の花火見物の群衆に突入。死亡84人、負傷202人。 2016/6/13 パリ西部：男が警察幹部と同居の警察女性職員を殺害。 2016/1/11 マルセイユ：トルコ出身の高校生が男性教師を刃物で襲撃し軽傷を負わせる。 2016/1/7 パリ北部：同署の入口にいた警察官を襲撃。犯人者は警察官に射殺。 2015/11/13 パリ：レストラン、劇場、競技場での同時多発テロ。死亡130人、負傷約350人。 2015/7/15 テロ計画のイスラーム過激派とされる4人を拘束。 2015/6/26 リヨン郊外：ガス工場に男が車で乗り付け爆発。実行犯勤務の運送会社社長が遺体で発見。 |
| 4件 | イギリス | 2017/6/3 ロンドン：観光名所「ロンドン橋」で3人の犯人が車で歩行者を次々とはね、その後、飲食店にいた人をナイフで襲撃。8人が死亡、50名近くが負傷 2017/5/22 マンチェスター：マンチェスターでアリアナ・グランデのコンサートツアーの観客を狙った爆弾テロが発生。22人が死亡 2017/3/22 ロンドン：観光名所ウエストミンスター橋でテロ犯が車を暴走させ人ごみに突入。その後、逃亡し警察官を刺殺。被害者5名 2015/12/5 ロンドン：地下鉄駅で男がナイフを振り回し負傷2人。 |

| | | |
|----|--------|--|
| 3件 | ドイツ | 2016/12/19 ベルリン中心部：クリスマスマーケットに大型トラックが突入。死亡12人、負傷48人。 2016/7/24 バイエルン州アンズバッハ：野外音楽祭でシリア人難民とされる男が自爆。15人が負傷。 2016/7/18 ビュルツブルク：走行中列車で、難民申請中のアフガニスタン人とされる男が刃物で乗客を襲撃。負傷5人。 |
| 3件 | ベルギー | 2017/6/20 ブリュッセル：ブリュッセル中央駅で爆発物が爆破。容疑者は射殺。一般人への被害なし。 2016/8/6 シャルルロワ：アルジェリア人が警察官刃物で襲撃。警察官2人が負傷。 2016/3/22 ブリュッセル：国際空港出発ロビーと地下鉄マルベーク駅で爆発。死亡28人、負傷約340人。 |
| 2件 | スウェーデン | 2017/4/7 スtockホルム：中央駅近くの繁華街でテロ容疑者の運転するトラックがデパートに突入。多くの歩行者が巻き込まれ、4名死亡。 2016/2/17 スtockホルム：トルコ文化関連施設で爆発が発生。負傷者数は不明。 |
| 1件 | デンマーク | 2016/8/31 コペンハーゲン：麻薬捜査中の警察官を男が銃撃。警察官2人と市民1人負傷。 |
| 1件 | オランダ | 2015/8/21 アムステルダム発パリ行き的高速列車がベルギー国内を走行中に発砲。負傷3人。 |

出典：ユアトリップ「ヨーロッパ テロ発生リスト」より筆者作成、
(https://urtrip.jp/europe_terro/) 2022年3月24日²。

既発表論文や治安当局の報告に従えば、この実行犯の多くがシリアやその周辺国の過激派との関係を持つ。かつてFBIのエージェントであったアリ・ソファンらは、「シリア内戦とイラクにおいて暴力的な過激派集団が台頭して、無秩序な状態を作り出した。それらの集団に加わろうとして渡航する外国人戦闘員の大きなウェーブが生まれた。……内戦に外国人戦闘員が加わることは特に新しい現象ではない。しかしいわゆるISやアル・カイダ系のジャブハット・アル・ヌラのような大規模で、効率よくルートしていく例は前例にない³」という。2015年9月のアメリカの諜報機関の発表に従えば、シリア内戦の5年間で30,000人以上の外国人戦闘員がシリアとイラクへ渡り、そのほとんどがISに加わった。2016年3月にア

なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか（1）

アメリカ政府は、その数を38,000人と修正している⁴。おそらく正確な数は把握できまい。

この外国人戦闘員のほとんどは中東、北アフリカからだが、西欧からも5,000人以上がリクルートされこのなかに加わっており、ベルギーは対人口比で見た外国人戦闘員の数が西欧諸国で最も高い。2016年の時点で（テロに限らないが）国際指名手配されていたベルギー人の数は160名にも及んだ⁵。そしてこれらの戦闘員たちが帰国し、ヨーロッパのいたるところでテロを引き起こした。その拠点となり、「テロの温床」と名指しされたのが、ブリュッセルの移民街であるモレンバーク地区である。

なぜブリュッセル、ベルギーなのか。そしてモレンバークとはどのような場所で、なぜ、どのような経緯を経て、「テロの温床」と化したのか。さらに、前述のように2016年3月22日には、そのブリュッセル国際空港、地下鉄マルバーク駅で連続自爆テロが生じた。なぜテロリストたちは、本来自らの拠点でのテロは避ける傾向にあるとされていたのに、自らの生まれ故郷で自爆のスイッチを押してしまったのだろうか。テロリストを擁護する意図は毛頭ないが、問題は、なぜベルギーが拠点となり、なぜそこで自爆テロが生じたのか、である。以下、ベルギーの概要と歴史について触れておきたい。

（2）ベルギーとは⁶

①ベルギーの概要と「言語問題」

ベルギーは、北はオランダ、東はドイツ、ルクセンブルク、南をフランスと国境を接し、西は北海に面している。面積は約30,000km²で、日本の四国の約1.5倍にあたる。ライン川、マース川、スヘルデ川の河口に位置するデルタ地帯であり、とくに河口域には、広大で平坦な農地が広がっている。南に進むと、国の中心部に位置する首都ブリュッセルは小高い丘に位置しており、古くから軍事、交易、布教の起点として栄えた。さらに南下

すると、「アルデンヌの森」と呼ばれる山岳地帯に入り、中世以来の石城が点在している。

人口は1,100万人程度であり、その1割が首都ブリュッセルに集中している。第二位の都市が港町として繁栄したアントウェルペンで、近世から近代にかけて欧州随一の貿易港として発展した。『フランダースの犬』の舞台として知られる。

都市部の人口密度はEU加盟国中2番目に高い。総人口の約60%弱がゲルマン系のフランデレン人、40%弱がラテン系のワロン人である。それぞれオランダ語、フランス語を話し、国の北部フランデレン地方はオランダ語が公用語となり、南部ワロニー地方はフランス語が公用語となっている。両地区の境界が「言語境界線」と呼ばれてきた。

また、第一次世界大戦後の講和会議で賠償としてドイツから割譲された、ドイツとの国境域に住む人口の0.5から0.7%にあたる人たちがドイツ語を話す（ドイツ語圏）。首都ブリュッセルは、地理的にフランデレン地域に位置しているが、オランダ語とフランス語をともに公用語とする「両語圏」とされている。実際にはブリュッセル住民の7割以上がフランス語を話す。

多言語社会を維持してきたベルギーだが、1830年にオランダから独立した当時は、炭鉱業で発展する南部ワロニーで話されるフランス語を唯一の公用語とした国民国家形成が目指された。しかし19世紀末に普通選挙制が導入される時期に、人口で勝るフランデレンの人びとによるオランダ語の公用化を目指す「フランデレン運動」が活発化し、徐々にオランダ語の使用が公的に認められるようになった。

戦間期には北部フランデレン地方でオランダ語を、南部ワロニー地方でフランス語を公用語とする「地域言語制」（地理的にフランデレン地方に位置するが、人口の大半がフランス語を話す首都ブリュッセルでは例外的に両言語の利用が認められた）が導入された。このフランス語とオランダ

語の政治的、経済的利益をめぐる対立が「言語問題」と呼ばれるようになり、特に第二次世界大戦後のベルギー政治に大きく影響した。

②連邦制の導入

ベルギーは二度の世界大戦でドイツに侵略されながらも解放後西側陣営に加わり、戦後、欧州統合に積極的にかかわるなど国際的な地位を高めてきた。また、第二次世界大戦後になると、それまでベルギー経済を支えてきた石炭の市場が縮小し、ワロニーの炭鉱の閉鎖が相次いだ。当時の政府は、北部フランデレンの海岸線に沿った緩やかな平地に外資を誘致する政策を進めた。その結果、フランデレンの経済が発展し、逆にワロニーの経済が衰退することで、両者の経済的地位が逆転することになった。

既に戦間期に、フランデレンではオランダ語、ワロニーではフランス語を公用語とする「地域言語制」が導入されていた。しかし実際の経済、社会でフランス語を話すエリートはそれを変えることはなく、事実上のフランス語の優位は変わっていなかったため、徐々にワロニー経済の衰退が明らかになってくると、両言語は対立するようになった。すなわち現状に見合ったオランダ語の経済、社会、政治的地位を求めるフランデレン運動に対抗して、既得権益に固執するワロニーの人のびとによる「ワロン運動」が台頭し両者が対立するようになり、「言語問題」は1960年のベルギーで大きな問題となった。

この時期「言語境界線」の見直し、両言語圏としてのブリュッセルの領域をめぐるベルギー政治は大いに揺れた。さらに1968年以降、ベルギーで最も伝統あるルーヴェン・カトリック大学が言語の別でオランダ語系ルーヴェン大学（従来のルーヴェン大学）と、フランス語系ルーヴァン大学（ルーヴァン・ラ・ヌーヴ）とに分裂することになり、その処理に失敗した政権が倒れると、地域主義政党が台頭するとともに、主要政党が次々と両地域政党へと分裂するに至った。現在のベルギーではすべての主要政党

が地域政党である。こうしてベルギーは何らかの国家改革を避けることができなくなった。そしておよそ四半世紀の時間と1970年、80年、88年の憲法改正を経て、93年には公式に「連邦制」を導入した（図表2）。

図表2 ベルギーの連邦制



出典：KeyNoters Inc. 「ベルギー基本情報」、2015年8月1日、<https://keynoters.co.jp/belgium/>（2022年4月17日）

1993年に採用されたベルギーの連邦制度は、以上のような複雑な経緯を経たもので、複雑である。連邦構成体は三種類定められている。第一に、中央政府にあたるベルギー連邦政府が存在する。その権限は、1993年時点では、防衛、外交など対外的な政策決定、および社会保障が中心である。第二に「地域（Gewest/Région）」（フランデレン地域、ワロン地域、ブリュッセル地域）という地方行政単位がある。これは公共事業をはじめとする域内の経済政策の権限をもつ。さらにベルギーの連邦制度を複雑にしているものが、「言語共同体（Gemeenschap/Communauté）」と呼ばれる、言語という人の属性によって区分された行政単位（オランダ語共同体、フ

（龍法 '22）55-1, 94（94）

ランス語共同体、ドイツ語共同体。図表2では「オランダ語圏」など「圏」で示されている)である。

この共同体政府は、教育政策、言語政策の決定権を有する。つまり現在のベルギーは「連邦政府」の他に、地理的区分であるフランデレン地域、ワロニー地域、そしてブリュッセル地域という3つの「地域政府」、およびオランダ語、フランス語、ドイツ語という言語の相違にもとづく3つの「言語共同体政府」が存在している(ただし、オランダ語共同体とフランデレン地域は地理的に重なるため、現在、オランダ語共同体政府がフランデレン地域政府を吸収している)。3つの構成体政府の間に明確な上下関係はなく、統括する政策分野が異なるだけである。これらはそれぞれに議会と政府を有し、つまり各政府が独自の選挙によって構成され、それぞれの政策を決定している。

さらに連邦レベルでは、大臣の数についてフランデレン出身大臣とワロニー出身大臣との数が同じになるよう憲法上明記され、また一方的に多数派が有利にならないように、重要な問題について少数者による一定の「拒否権」が認められている。こうした制度は複雑ではあるが、異なる言語・民族それぞれが分権化され、独自の決定権をもつがゆえに、成立当初多民族国家の模範的統治制度として考えられていた。

③分裂危機と現在

しかし連邦制が導入されてからもフランデレンとワロニーは対立し続けている。大きな論点は、フランデレンとワロニーの経済格差である。連邦制が導入されたのちも、ワロニーの経済は芳しくなく、その失業者をフランデレンの税収で支えるという財政・福祉構造が出来上がっていた。それが争点化され、富めるフランデレンでは「ワロニー不要論」や「フランデレン独立論」が主張されるようになった。特に2007年の選挙以降、「フランデレンの自治を高め、ベルギーを国家連合へ」という国家改革を訴える

ナショナリスト政党（新フランデレン同盟、以下N-VA）が支持されるようになった。

他方でその主張に反発するワロン諸政党との選挙後の合意形成は困難で、時間を要し、2007年選挙後には約半年、2010年選挙後には約1年半の間新政権が成立しない「分裂危機」と呼ばれる時期があった。その後の国家改革で徐々に「地域」の財政的自律、税収権限の拡大が進められ緊張感は一時緩んだものの、2015年5月の選挙ではN-VAが圧勝し、約5カ月の交渉の上、N-VAを含む4党連立によるシャルル・ミシェル（ワロン自由党、以下MR）政権が10月に成立した。ミシェル政権は、ユーロ危機の影響で悪化した財政再建に取り組み緊縮政策を進めた。パリ同時多発テロはこの新自由主義政権の成立直後に、ブリュッセル連続自爆テロはさらにその半年後に起きたのである。

政党政治の観点では、特に第二次世界大戦後、ベルギーの戦後復興を支えてきたのは、ワロニーを地盤としたフランス語社会党（PS）とフランデレンを地盤としたオランダ語のキリスト教人民党（CVP）の連立であった。しかし同一政党の長期政権は政治腐敗を生み、1999年には自由党が台頭し歴史的政権交代が生じた。その後ベルギーでは、いわゆる小さな政府を目指す新自由主義的改革が進められた。ミシェル政権はその系譜にあることに留意しておきたい。

簡単にその後のことを記しておく、テロを防ぎきれなかったミシェル政権は批判にさらされた。特に2018年末には、国連総会決議で支持された「難民に関するグローバル・コンパクト」に署名しようとしたミシェル政権内で、最大与党N-VAが反対した。それでもミシェルが署名を強行したことで、反発したN-VAは政権を離脱し、ミシェル政権は少数政権となった。暫定政権として任期をまっとうしたものの、その後2019年5月の選挙では、極右政党（VB）や共産党（PDTB）が議席数を伸ばすことで、主要政党の連立交渉が再び長引いた。

なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか（1）

特にN-VA党首バルト・デ・ウェーヴェルと、PSの党首ポール・マニエットは、言語をめぐる国家改革や国家財政改革をめぐる意見が合致せず、暫定政権を担っていたミシエルの後任であるソフィー・ウィルメスの暫定政権期間（2019年10月27日から2020年9月30日）も含めれば、16カ月を要して、ようやく新首相アレクサンダー・ドゥ＝クローによる政権が成立（2020年10月1日）した。現在はドゥ＝クロー政権が続いている（2024年5月までの予定）。コロナ対応で国家改革などの争点は下火であるが、それゆえこの言語をめぐる問題も片付いてはいない。

以下の検討では、いわば「言語対立を抱えた、複雑な連邦国家」で起きたテロであったということを入れておかねばならないだろう。以下、テロの要因をめぐる先行研究を検討するが、その前に総論的にテロ研究が抱える論点を整理しながら、主要な概念について本稿の定義、考え方も整理しておきたい。

2. 「テロの要因」をめぐる問題

以下では、テロの要因を分析する際の問題を挙げ、本稿の立ち位置を記す。そのうえで具体的な先行研究の検討に入る。

（1）「テロ」の定義

第一の問題は、テロとは何かという問題である。ロンダ・キャロウェイらによれば、「第一に、[テロの] 定義自体に合意がほとんどない。たとえばテロは、政治的に動機づけられた小集団による暴力、政治的目的のための集団による隠れた暴力、『恐怖の風潮』を含む政治的暴力、政治的目的のために恐怖の雰囲気を作り出そうとして、罪のない犠牲者を生み出しながら永続する戦争と惨劇の全体、などと定義されてきた。多くの定義が類似の要素（暴力、政治的動機、罪のない犠牲者）を含んでいるが、正確な、

ないし測定可能なテロの定義は欠けている」と述べる⁷。また、フランスの政治学者ディディエ・ビゴは、「テロリズムは存在しない。正確に言えば、社会科学で使える概念ではない」という⁸。

その結果、テーレ・ベエルゲとアンドリュウ・シルケの指摘に従うと、「正当と考えられる事例研究が、別のテロの例においては関連がないということが起こりうる。研究の結果、異なる結論に達することが起こることも驚くことではない」⁹という。また、テロ研究で著名なマーサ・クレンショーも、かつて「最終的な定義は、条件に対する個人の判断に負うので、条件にもとづいた総括的な定義は不可能」と述べていた¹⁰。非民主的で独裁的な政権に対する義勇兵による非組織的攻撃は、規範的に「テロ」と定義できるだろうか¹¹。執筆時点（2022年3月31日）において、たとえばロシアを攻撃しようとするウクライナの義勇兵の攻撃をテロと定義していいか。こうした観察者自身の主観的判断に負わざるをえないため、「個人の判断」を越えた定義を一義的に定めることは非常に困難である。

こうして、テロの定義の研究で著名なアスタ・マスクアリウネイテは、定義自体を類型化し、たとえばリストアップ型（目的などに囚われず、テロリストの行動をリストアップするタイプ）、歴史的アプローチ（言葉の使用法をホップズやフランス革命などにさかのぼって歴史的に定義するもの）、分析的アプローチ（テロ現象の構成要素を位置づけ、例えば反乱や暗殺などの他の現象と区別する）、規範的アプローチ（暴力が合法か非合法か。罪のない犠牲者か否かを基準に判断する）と分類しようとする。しかし誰がその用語を用いようとするか、暴力の形態、政府とのコミュニケーションプロセスの描写、「恐怖（terror）」であること、犠牲者はメインターゲットではなく、テロリストがメッセージを伝えようとしていること、実行者が個人か集団か、その動機が政治的であることなどが記述されねばならないとも記しており、まだテロの包括的定義は道半ばの感も強い¹²。

しかし、テロの包括的定義が困難であるということは、本研究に一定の方向付けを与えてもくれる。それは、本研究がベルギー一国を対象とした地域研究の域にとどまるべきという視点である。もちろんその要因を考える際には他国の事例を考慮しなければならないが、あくまで本稿は、ベルギーにおける2016年のテロを検討の対象とするということである。ベルギー政府は、以下のようにテロを定義している。すなわちテロとは、「イデオロギー、政治、エスニックないし宗教上の目的のために、秘密裏に組織された行為ないし脅威を与える行動。個々ないし集団で行われる、個人の生命に対する挑戦。公的なインパクトを与えるか、不安の兆候を作り出すか、当局に対して通常機能しているサービスや業務を妨害するために部分的ないし包括的に有形無形の財産の経済価値を破壊する」として、基本的に「暴力」を強調する¹³。これを本稿のテロとする。若干冗長なので、本研究では、当面よく知られたブルース・ブエノ・デ・メスキータの定義（政府の政策や行動を変えようとする目的で、実際には政策を変える政治的権威を有していない人びとをターゲットにして企てられたあらゆる暴力行為）¹⁴を採用しておきたい。

（2）テロの「根源的な要因」？

テロの要因は、過去多様に論じられてきた。詳しくは後述するが、特に様々なテロに共通する「根源的な要因」として、テロリストが育った環境の経済状況、信教の自由を含む人権の抑圧状況、また拠点となる国家の地理的特性や人口規模などが挙げられてきた。もちろんこれらの要因を無視はできないものの、「根源的な要因」を絞り込む作業には批判もある。

先のベエルゲらは、「テロの『要因』ないし『根源的な原因』を明らかにすること、そしてテロの惨劇を減じるために、それらの要因を除去し、減少させることは、多くの政治家や研究者の間でよく知られた考えである。政治家や研究者のなかには、社会や政治の変化と方法だけによって、暴力

を唯一の変化をもたらす方法とみなしてテロを生じさせる基本的条件を排除したり減じたりすることができる」と議論する人があるかもしれない。確かに、どのように、またなぜテロが始まるかを理解することは、将来テロが噴出する新しい時代に至るのを防ぐ重要な第一歩である。また、第一に何が暴力を引き起こすのかを理解することは、現在の紛争に対する効果的な解決を明らかにするのに有益な可能性がある¹⁵と述べて、「根源的な原因」を探る意義を強調する。

他方で、現実には大きな問題があるともベエルゲたちは述べる。すなわち、「テロ行為を分析して [現実の反テロ対策に] 実際に用いるようにするには、『根源的な原因』 [と結果] があまりにかけ離れているとの批判が主張されている。たとえば何百万の人がテロを引き起こすと主張されている条件に当てはまっているが、実際にテロに関与する人はほんのわずかである。そうなると、『根源的な原因』の説明上の価値は何だろうか。それ以上に、『テロの根源的な原因』について語ることで、テロを正当化する理由をいくつか主張することで、その余地を与えようと主張する批判者もいる¹⁶」のである。

さらに方法論的にも、「原因は社会から個人まで多様なレベルで作用する。しかしいくつかの成果はこれらを一括して扱い、また別の成果は目立った要因をいくつかつまみ食いしている。構造的な背景となっている要因もあれば、より近接した、直接的な要因もありうる。労を惜しまずこれらを区別することが重要である¹⁷」と従来の成果を批判する。2人の主張を整理すれば、第一に「貧困」や「宗教的な使命感」などがしばしば「根源的な要因」として挙げられるが、たとえそれが要因の一部となっていたとしても、それをテロの根源的な要因とすると、たとえば多くの貧困のなかにいる人たちのなかで、テロ行為に走る者はわずかであり、「大部分の対象者がテロに関与しない」という事実を説明できなくなる。また、多くの（イスラームに限ったとしても）多くの信仰者、宗教的使命感を抱く者

はいるが、そのなかで過激化しテロを起こす者はひとにぎりである。結局何がその決定的な「原因」でであるか、峻別は難しい。ベエルゲらは、先の定義の問題とあわせて、「テロ」や「原因」が何を指すか明確に共有することが今なお重要な問題だと述べる¹⁸。

第二に、もし「根源的な要因」に「貧困」を挙げるならば、テロリストは貧困、つまり経済状況や国家の社会保障政策の犠牲者でもあろう。つまり、「根源的な要因」を探ることは、「テロ行為は正しい。仕方がないことだ」と主張することにつながるか。そうであれば、テロ研究の意味はあるのかという研究意義自体に対する問いかけである。さらに、そもそも「根源的な要因」とは何かという問題がある。テロリストに爆破スイッチを押すと決意させる要因を追いかけようとすれば、それは、おそらく人それぞれということになるだろう。個人の域を超えた共通の要因を探ろうとすれば、ベエルゲらによれば、目を向けるべきは、むしろ「根源的な要因」を永続化する国家の条件である¹⁹。すなわちテロ研究にとって注目すべきは、テロを起こす実行犯の側ではなく、国家の側ではないだろうか。この点は、以下の先行研究の検討の際のひとつの指針としたい。

テロの要因を研究する際の最後の留意点は、やはりベエルゲらの指摘に従いたい。それは、「多くの鍵となる問題について、データが限定されるという共通の問題」²⁰ から免れ得ないという点である。たとえば、一般の研究者にとって、テロリストないしそれと思われる人や集団に近づき、そこから真の情報を得ることは難しいということだ。しかし、それでも「原因を理解しようとする努力を全面的に放棄してしまうことは、単に非科学的というだけでなく、社会的にあまりに無責任である。テロはあまりに多くの命にかかわる、あまりに重要な主題である」²¹。この点では、専門機関や専門家による調査、二次文献にも本研究は多くを負うことも予め押さえておかねばなるまい。

すなわち、本稿では、テロの原因を分析するに際し、「人」ないしアク

ターへの留意を無視はしないが、その多様性や、情報の制限性を考慮して、主に「国家」の問題として明らかにしていくことを重視する。この点は以下の2016年にベルギーで生じたテロに関する先行研究の検討においても、方法論の検討においても、繰り返し言及することになる。以上の点を考慮して、ベルギーで生じたテロの研究の検討を進めたい。

3. 先行研究の検討

以下では、なぜブリュッセルが「テロの温床」となったか、そして、2016年3月22日に、なぜそのブリュッセルで連続自爆テロが生じたかという二つの関連する問いを検討する。先にテロ研究一般にわたる課題を整理したので、特に本稿では、2016年にベルギーで生じた連続自爆テロの要因を念頭に置きつつ、テロの原因についての理論的、包括的な先行研究も検討し、本稿の課題を設定したい。まずベルギーがテロリストを「輸出」している状況を相対的に確認し、その後まず「アクター」に注目して原因を探る諸研究の課題を検討する。

(1) なぜベルギーがテロリストの輸出国になったか

① 「輸出」の状況

まず、ベルギーが「テロの温床」「テロリストの輸出国」と呼ばれていた状況を確認しておく。2016年3月22日の連続自爆テロは、ブリュッセル国際空港ではイブラヒム・バクラウィ、ナジム・アシュラウィの2人（モハメド・アブリニは未遂）、地下鉄マルベーク駅ではハリド・バクラウィ（オサマ・クライエムは未遂）らISに関係するイスラーム過激派の犯行とされているが、いずれの実行犯もブリュッセルのモレンベーク地区と関係があるとされる。また、前年のパリ同時多発テロ、さらに2004年のマ
(龍法 '22) 55-1, 102 (102)

なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか（1）

ドリッドにおける列車爆破テロ（後述）も、ブリュッセルのモレンバーク地区との関連が既に指摘されている²²。ではブリュッセルはいったいどれほどの規模の「テロの温床」なのだろうか。

2015年のデイリー・テレグラフ紙の報告によれば、人口100万人当たりの戦闘員の数は、ベルギー（33.9）、イギリス（31.0）、スウェーデン（30.6）、デンマーク（26.3）、ドイツ（22.3）、フランス（18.1）と、ベルギーは西欧において最も高い。ヨーロッパ全体を見ても、ベルギーよりも多いのは、バルカン半島にある2つのイスラムの多い国であり、かつさらに近年まで内戦状態にあったボスニア・ヘルツェゴヴィナ（87.2）、コソヴォ（157.9）であり²³、非紛争地域を除けば、ベルギーは最も規模の大きな「テロリストの輸出国」であった。つまり、「非紛争地域であるはずのベルギーに、戦闘員を生み出す特別な要因」があることがうかがえる。

より具体的な数字は、調査機関によりばらつきがあるが、ベルギー政府の報告によれば、シリア・イラク紛争に関係したベルギー人の戦闘員数は、2015年5月時点で380名に及ぶ²⁴。さらに歴史家ピーター・ヴァン・オスタエイエンの独自調査では、その数は482名にもなる²⁵。2016年2月には渡航した戦闘員の数が562人にまで及んだとの別報告もある。うち個人情報が把握できる者の大半がブリュッセルからであり、モレンバーク地区で長く育ったとされる²⁶。

2013年の夏以前、多くのベルギー人戦闘員はムジャーヒディーン諮問評議会（Majlis Shura Al-Mujahiden）に加わっていたが、その後、この組織がISに加わると、多くがアル・カイダのシリアにおける分派であるアル・ヌスラ戦線（Jabhat al-Nusra）に加わったのち、徐々にISに戻っていったという²⁷。では、なぜ紛争地域でもないこの国のこの地区が、ヨーロッパ随一の外国人戦闘員を生み出す地となったのであろうか。

②地政学的要因

アリ・ソファンらは、ベルギーが「テロの温床」となった理由として、ベルギーがおかれた地理的状况、人口上の問題、社会的多様性を重視する²⁸。確かにベルギーは、フランスとドイツに挟まれ、北海を渡ればイギリスにも近く、地理のうえで「西欧の十字路」と呼ばれる。交易などにおいて地理的な「ハブ」となるため、拠点化しやすいと考えられるだろう。

また、19世紀末から植民地をアフリカ大陸に有し、アフリカからベルギーに來た「開化民」も多く、戦後の高度経済成長期には多くのムスリム移民が労働移民として到来した。

2017年の公安調査庁の調査によれば、欧州人口の4.9% (2500万人) がムスリムで、特にその割合が高いのがフランス (8.8%)、ベルギー (7.6%)、英国 (6.3%) である²⁹。また、この国が独立以來抱える「言語問題」は、この国が生來から多様性を保ってきた国であることを意味する。こうした特性がテロリストを潜伏することを容易にしたと考えられる。

以上の点について、ジャーナリストのヒー・ヴァン・フリールデンは、9・11アメリカ同時多発テロの2日前に生じた、反タリバン派のアフマド・シャー・マスードの暗殺事件、さらにベルギー国境付近の町マーサイクを拠点にした、モロッコ・イスラーム戦闘集団 (Le Groupe islamique combattant marocain) の一分派が2004年3月11日に起こしたスペインのマドリッドでの列車爆破テロ、翌2005年11月9日、ベルギー生まれの (パートナーの導きでイスラームに改宗し) その後中東で自爆死したミュリエル・ドゴークなど、ベルギー人の戦闘員の系譜を示しつつ、「おそらくこの背景には、ベルギーが地政学的に見て理想的なロジスティック上のハブの一つに当たることがある。さらに、数多く、多様なムスリムの存在によって、計画者および実行者が隠れやすく、リクルートしやすいという事実がある。実際にしばしばベルギーにおいて、組織上の拠点だから、イスラームは大規模な攻撃を避けるとする考察もあった」³⁰と述べている。

また、地理的な特性だけではなく、人口規模に注目し、一国の人口が大 (龍法 '22) 55-1, 104 (104)

きくなればなるほど、テロリストを含め一人ひとりの行動を国家が追いかけることが難しくなること、さらに単純な数学的問題と捉えて、人口が増えれば潜在的なテロリストの数も増えるとして、人口を問題にする主張もある³¹。実際に、ベルギーは人口密度が相対的に高く（2013年のデータで、世界第27位。EU加盟国では第3位³²）、また先に見た通り、人口に占めるムスリムの割合も高い。「人口規模モデル」に従えば、確かにテロリストが潜伏することは容易だろう。

しかしソファンらは、他方で「同様の人口統計上の特徴を有するが、過激化することのない地域はほかにもある」³³とも述べ、静的な人口統計からの原因説明に懐疑的である。ムスリム移民が多い多様な社会ゆえにテロリストが生れるのであれば、今や世界中のほとんどの国が「温床」となっていてもおかしくはない。実際に、確かにベルギーは人口密度やムスリムの人口比率でヨーロッパの上位を占めるが、いずれも最大ではない。より大きな他の国もまた「温床」となってしかるべきである。

さらにこうした静態的な原因の分析は、ヴァン・フリールデンの「実際にしばしばベルギーにおいて、組織上の拠点だから、イスラームは大規模な攻撃を避けるとする考察もあった」³⁴という指摘に反論できない。つまりムスリムが多い国で拠点化しているならば、本来その地でのテロは避けられてもよい。換言すれば、テロリストにとって重要な拠点である「テロの温床」であれば、2016年3月22日にベルギー、ブリュッセルで連続自爆テロは起きなかったはずである。しかし、それでもテロが生じたところにベルギーの大きな問題がある。

すなわち、この人口統計に基づくだけでは、なぜこの地が「テロの温床」になったか、そして特に「なぜ自爆テロが起きたのか」という問いに答えることができない。問題はより動的に探られなければならないのである。以下、まず本稿では、アクターに注目するものを取り上げたい。

③アクターに注目するもの

テロリストはいつテロリストになったか？

特に2015年から2016年にヨーロッパでテロが頻発した後は、テロの実行犯や、逮捕されたネットワークの中心的人物のライフ・ヒストリーを明らかにすることで「温床」となった要因や、テロが起きた要因を示そうとする研究が散見された。たとえば日本語で読めるものとしても、丁寧な取材や新聞、文献の読み込みによる成果として、国末憲人（2019）、遠藤乾（2016）が挙がる。こうした実行犯のプロファイリングは、それぞれの人生のターニング・ポイントを描き、ある程度の共通点を見出すことにより、どうして「温床」となったか、またどうして自爆のスイッチを押したのかというブラックボックスを開けるために必要な情報を提供してくれる³⁵。

ただし、こうした実行犯個人のライフ・ヒストリーに焦点を当てるものは、必然的にテロリストと化した要因を、さまざまな出自、経歴にもとづいて、多様に説明することになる。その結果、「テロの原因」は「さまざまである」、「テロリストそれぞれである」となる可能性が高い。そのため、もしそこから画一的にならざるをえない国家のテロ対策を導き出すのであれば、求められることは、どのようにして「カラフルで多様な社会のストーリーを描けるかどうか」³⁶、すなわちテロリストと化した人びとの人生におけるターニング・ポイントの多様性を認め、それを包摂した社会を設計することが肝要となる。しかし、それで十分だろうか。多様性を認めることは当然であり、そのうえでテロを防ぐために何が必要か、すなわちそれぞれのテロリストをテロリストにした一定の「背景」を見出すことができなければ、私たちの社会は、いつまでもテロとのいたちごっこを続けなければならないのではないだろうか。

すなわち、そもそも考慮しなければならないのは、すべてのテロリストが生まれながらにしてテロリストであったとは考えにくいということである。なぜ、そしていつ、テロリストはテロリストとなったのだろうか。そ

の背景には何があるのだろうか。

イスラームは不寛容な宗教？

テロの原因を「個人」に帰したとき、しばしば語られるのが「イスラーム」という宗教である。すなわちイスラームの信者ゆえテロリストとなるという、あまりに単純なロジックである。政治学者のディパーク・グプタによれば、アメリカでは、狂信的なイスラームの若者が無差別に罪のない人を殺害するという誤ったイメージが浸透しているという。特に少し前には、前アメリカ大統領であったドナルド・トランプが、具体的な根拠を示すことなく、南のメキシコとの国境線を越えてイスラームのテロリストが侵入すると主張していた³⁷。それは当時、アメリカ国内で一定の支持を得ていたように映る。では、イスラームはテロを生む宗教なのだろうか。

宗教と政治の関係を取り上げる場合、その作法は様々であるが、ここではイスラームという宗教に対する信仰が、個々のアクターを過激化し、自爆テロを起こさせるに十分な要因となりうるかという視点で考察したい。

宗教とテロの関係を政策学等の視点から研究する、アメリカ陸軍戦略大学のヘザー・グレッグによれば、テロを起こす宗教はイスラームだけではない。ミャンマーでは仏教の僧侶アシン・ウィラトゥウがムスリムを攻撃したし、アメリカ、カナダ、ヨーロッパのキリスト教信者のなかにキリスト教信仰をアイデンティティとして「人種的な聖戦」(RAHOWA)を謳う白人至上主義者がいる。つまり、少なくとも「イスラームだからテロリスト」ということではない³⁸。そのうえでグレッグは、「本来平和と愛、倫理的行為を訴える以上のもの」³⁹であるはずの世界中の宗教が、「どのように暴力をふるい、罪もない人びとをテロ行為によって殺しうるのか」⁴⁰という問いを考察する。

グレッグは、他方で、宗教を「一定の条件の下では、テロ行為を正当化し、動機付け、実行へと促す、社会的かつ物質的資源を伴った、聖典、ス

トリー、教義、そして法の入り組んだシステム」⁴¹とも考えている。すなわち宗教には人をテロ行為へ促すだけのリソースが最初から備わっているという。しかし、リソースがあるからといって、アクターがテロという暴力を選択することにはならない。そこに影響を及ぼすのは信仰体系であり、さらに宗教を取り巻く環境である。この環境が当該宗教の信仰をどう解釈するかが重要なのである。グレッグによれば、宗教テロ行為は聖典や宗教的習慣、信仰の内から派生する信念から生まれない。むしろ宗教テロは、信仰の外側の政治や社会、そして安全保障や経済的な要素と環境の結合の結果で、こうした外的環境次第で、個人や集団が自ら自身そして自らの信仰、そして目標を実現するために採るべき方法に対する見方は左右され、形成されるのである⁴²。

ここで、グレッグによれば、テロを正当化する道具となる宗教的リソースは主に3つである。第一に原理主義が挙がる。原理主義という語自体が多義的で、一方では「過激主義」と同義に扱われる場合もあれば、(否定的なニュアンスを伴うことが多いが)「宗教的復古主義」として扱われる場合もある。ただし厳密に考えて、原理主義とは宗教的な純潔を求める運動や考え方であるとすれば、それ自体が暴力と必然的に直結するわけではない。グレッグによれば、「原理主義者は、より広い社会から……物理的、社会的に、自らと他者を区別する学校、病院、店舗などパラレルな制度を創り出し、他とはっきりと視覚的に区別できる形のドレスを創り出すことで、孤立することを選びがち」であるが、必ずしもこれはテロに転化しない。こうした原理主義者の活動が政治的に活発になるのは、その信仰生活が失われるような脅威に直面した場合であるという⁴³。

第二に、1979年のイラン革命のような例で、ホメイニ師のカリスマ性の下で信仰、慣例、リソースを用いたイデオロギーで、大多数の国民が統一され、革命に至る場合が挙がる。アメリカの宗教社会学者、マーク・ユルゲンスマイヤーによれば、宗教が国家の政治に再介入していく理由は、第(龍法 '22) 55-1, 108 (108)

一に、宗教を政治と社会から切り離そうとする世俗的なナショナリズムやイデオロギーが、宗教にとっての脅威となっていること、さらに世俗的なナショナリズムが経済的繁栄や安定、さらに指導者を選ぶ自由など、いくつかの（宗教的ナショナリズムにとってはあまりに「世俗的」であり、対抗すべきと映る）見込みを重視していたことがある。ユルゲンスマイヤーは、これらの見込みが、世俗的なナショナリズムが広がる国や宗教においては、まだ完成されていない場合が多くあり、それに対抗しようと「宗教的ナショナリズム」が形成されるとする。そして「宗教的ナショナリズムと世俗的ナショナリズムの思考の粹組みは、ともに一貫した、わかりやすい方法で世界を創造する」⁴⁴ ゆえにぶつかり合う。

指導者たちは、宗教的なナショナリズムこそが真正なるイデオロギーであると主張し、他方で世俗的なナショナリズムは外国生まれのもので、植民的、帝国主義敵対国によって植え付けられたものとみなす。それは多くの場合キリスト教のイデオロギーであり、西洋起源のものであるとして、非キリスト教圏での存在を認めない⁴⁵。こうした複雑な状況下で、宗教的ナショナリズムは世俗的なナショナリズムに対抗するものとして台頭する⁴⁶。宗教的ナショナリズムは、原理主義と「宗教を公的生活のなかで維持していこう」とする点で類似しているが、国家を掌握することを目的としてトップダウン型の指揮系統を採る。さらに宗教への帰属を国民形成の基礎として、民族、階級、市民権など他のアイデンティティよりも上位に置く⁴⁷。

この場合テロは目的を達成するための重要な手段となる。第一に、従う人びとに対して暴力が用いられ、大義に加わること、少なくとも従うことを強要する。グレッグによれば、ISはこの例である⁴⁸。つまり宗教が世俗的な国家の掌握を目的とした場合、宗教的ナショナリズムが台頭、対抗し、テロが生じうる。ただし、その台頭は、宗教的ナショナリズムそのものに備わった性質で決まるわけではなく、世俗的ナショナリズムの側にも多く

を負うといえるだろう。

第三の例が「終末を早める」場合である。多くの宗教が終末観を持つ。キリスト教には黙示録があり、最後の審判とともに現世が終わり平和と調和がもたらされるとする。こうした終末観が「壊滅的メシア待望論」といふべき、現世の終わりのみならず、その時が近づいており、それを待望し、その後の平和と調和を早めるための闘いへと人を導くとする⁴⁹。

グレッグによれば、ここで重要な役割を果たすのが指導者である。カリスマ的指導者こそが終末願望を聖戦への参加という活発な活動へと促す。指導者たちは現実世界の出来事を示して、それを終末への期待と結びつけ、支持者に暴力やテロなど、救済のために採るべき行動を教示する。グレッグは、この例としてオウム真理教による1995年のテロを挙げている⁵⁰。

ただしグレッグは、終末を待ち望むすべての集団が暴力的なわけではないことにも注意しておかねばならないという。たとえばユダヤ教のカバラ主義者は「長い間、千年王国を待ち望むように教えられてきたが、終末は準備して到来するものではなく、人間の行為の結果ではない」とも教えられてきた。信者のなすべきことは信仰深くあること、そして注意を怠らないことである⁵¹。少なくとも終末を待ち望む信仰がすべてテロに結びつくわけではなく、信仰から導かれる行為によって終末に向かう態度が異なることを指摘しておきたい。

以上のように、宗教全般ないし特定の宗教自体がテロと結びつけられるという考え方は、経験的にも、また理論的にも否定されねばならない。むしろ重要なのは、宗教を囲む環境であり、国家の（対抗的）政策である。

ならば、2015年から2016年にかけて、ヨーロッパで多く発生した一連の自爆テロがISと関連しており、イスラームと結びつけられていたことをどう理解すべきだろうか。ここでは「殉職」をキーワードとして検討しておきたい。

宗教学の観点からテロを研究するセイド・アマール・ナクジャヴァニに
(龍法 '22) 55-1, 110 (110)

よれば、確かにコーランやイスラームの伝統において「殉職」は高く称賛されてきた。ただしそれはイスラームに限られない。遠藤周作の著名な小説『沈黙』で描かれる通り、キリスト教であっても殉教は悲しみや苦しみを伴うが、ある種称賛される行為として気高いものとして描かれた⁵²。ムスリムに限らず、クリスチャン、ユダヤ教信者、他の宗教やイデオロギーを問わず、殉職は最も高位に位置付けられる行為である。しかしテロ集団による「殉教」の奨励によってその含意は徐々に、特に西洋において否定的に受け止められるようになった。

ナクジャヴァニによれば、その契機がISならびにその後継にあり、ISが「殉教者」の定義を、ムハンマド自身が定めたもの（洞察、忍耐、そして真実などの道徳的原則を求め、支持する者）から大きく変えてしまった。ISはこの語をゆがんだ目的のために再構成し、利用している⁵³。シカゴ大学のロバート・パプによれば、この目的は一義的にナショナリストイックかつ政治的なもので、しばしば対外的占領へと結びついている⁵⁴。

以上のように、ISのようにゆがんだ場合を除けば、本来イスラームをテロと直結させることは誤りだが、それ以前に、そもそも宗教的信仰によってのみ人はテロへと導かれるのかという点も考えておかねばなるまい。ソファンらによれば、ヨーロッパからシリアやイラクへ渡る人びとの動機について、その地におけるスンニ派ムスリムの苦しみ、バッシュール・アル＝アサドの残虐行為が一部の人たちには十分な動機となることは確かだが、シリアやイラクへ渡る戦闘員の大半、特にISに加わる戦闘員は、はるかに個人的な理由のためにそうするように映るといふ。自らのアイデンティティ、生きる目的、自らの帰属を探すこと、そして冒険心が、神学的動機よりも多くの戦闘員を渡航させる傾向がある⁵⁵という。換言すれば、そもそも人は宗教を通じてテロ行為を動機づけられたとしても、それだけでは実際にテロを行うまでに至らないということである。

結局のところイスラームという宗教がテロに果たす影響はまだ十分に解

明されていない。理論化されていないというべきだろうか。(ISによって曲げられた) 信仰の力を無視はできないが、ザラ・タイヒが述べるように、そもそも「信仰(体系)が必ず行為を予測できるわけではない」⁵⁶。少なくともイスラームという宗教の特性だけでテロが生じることを説明することは難しい。

ここまでの議論を小括すると、なぜテロが生じたのかという点を考えるとき、実行犯のライフ・ヒストリーや信仰といった個々の内面に注目することだけでは、理論化は困難である。ただし、アクターに注目しつつ、その理論化を試みる潮流もある。以下ではそれらを検討しよう。

「過激化」モデルの検討

ここまで個々の犯人のライフ・ヒストリーに注目したものや、信仰体系に注目したものをみたが、こうした個人に注目する研究は、「バラバラで分裂した情報をただ結びつけるだけで、テロリスト集団の活動や潜在的計画について総体的な情報が得られる保障はない」との指摘がある⁵⁷。すなわち、そこに理論がないため、テロという行為が生じた原因を演繹的に説明することは難しい。常に「テロを実際に起こした実行犯は、……という人生を送ってきた。それゆえ……こそが原因である」という「結果ありき」の説明となりかねない。

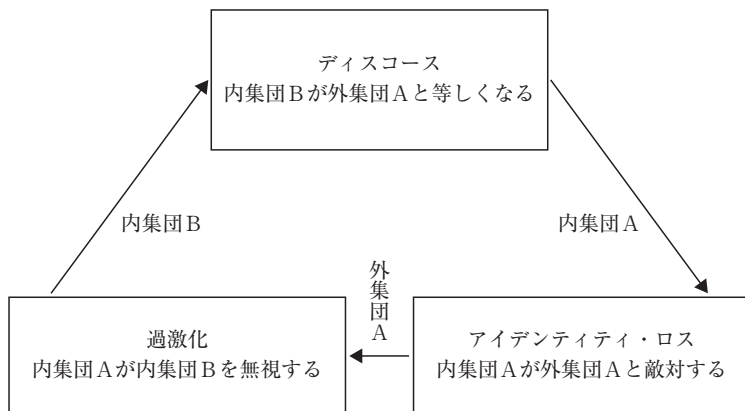
それに対して個人の「過激化」プロセスに注目する、理論志向の強い研究もある。先のグレッグによれば、「宗教的テロを引き起こす広範な原因のうち、心理学や社会心理学、人類学のような学術分野のなかには、個人が過激化する条件や、過激化したことがどのように暴力、特にテロと結びついていくかを検討するものがある」⁵⁸。

こうした研究は、普通の個人が過激化していくプロセスを説明しようとする。その結果、しばしば「信念の過激化」と「行動の過激化」を区別する。たとえば南フロリダ大学のテロ研究者、ランディ・ポーラムは、「過

激なイデオロギーと信仰を発展させるプロセスである『過激化』は、テロや暴力的過激主義に従事するプロセスである『行動経路』と区別しなければならない⁵⁹と述べる。また、ピーター・ニューマンは、過激な信念を採る「認知的過激化」と、暴力的行為である「行動的過激化」を区別する⁶⁰。たとえ過激な思想や信条、ないし信仰を信じたとしても、そのすべての人が実際のテロ行為に走らない以上、こうした峻別は必要となる。先の宗教的テロに対する考察においても、信仰において内的にテロを動機づけられたとしても、実際にその行動を採れる場合は多くないと論じていた。

また、個人の過激化を理論化しようとする近年の成果として、カロリン・ゲルツイヒとハーリド・アル＝ハシミは、イギリス、オランダ、ドイツ、フランスを事例にして、ヨーロッパのムスリムの第2世代以降が親世代よりも過激化していること、ヨーロッパにおいて30-40年以上前と比べて「ホーム・グロウン・テロ」が増加していること、さらにヨーロッパの国でもムスリムがより過激化している国もあれば、そうでない国もあること、の3点を疑問視してフィールドワークを試みた。そして、公的なディスコース（言説）が、イスラームを敵視することにより、若い世代がアイデンティティ・ロスに陥り、プライベートな世界へ閉じこもりがちとなり、そこで過激化し、政治的行動へ関与する、（それがさらに批判的な公的ディスコースを生む）と主張している⁶¹。

図表3 過激化のサイクル



出典：Goerzig and Al-Hashimi, *op.cit.*, p.145. Figure 8.4より松尾作成。

図表3によれば、当初イスラームの伝統と文化にもとづいて家族という私的領域内で生きてきた内集団（内集団B）が、西洋的価値観に統合された（学校など）公的内集団（外集団A）に参加し、問題なく過ごしていたと仮定する。そこへ、たとえば「文明の衝突」などを訴える公的な「ディスコース」が「イスラームは民主主義など西洋的価値観の敵である」と描き出すと、本来西洋的価値観を教育されて育ったムスリム2、3世（内集団B）は、公的な場から追い出され、身近なイスラームのなかに閉じ込められる。その結果、イスラームというアイデンティティが強くなる（ディスコース）。

次に、こうして、かつては西洋の公的生活にも統合されていた西洋的価値観を有するイスラームも、徐々にイスラーム・アイデンティティを強くしつつ、政治的社会的アイデンティティを獲得するようになる（アイデンティティ・ロス）。イスラームのアイデンティティは、イスラーム的価値と西洋的価値観の間で揺れ動き、やがて「心休まる」イスラームを選択す

る。

最終的に、イスラーム・アイデンティティを有する身近な政治的集団が、イラクやイランに対する「イスラームに対する戦争」などの公的ディスコースによって周囲から無視され、政治的なアイデンティティを獲得し、過激な行動へ動き出す（過激化）。これが、翻って、一層イスラームに対して厳しい公的ディスコースを生み出し、サイクル化する⁶²。

すなわちイスラームの暴力的形態への過度の傾倒が過激主義を生み出すわけではない。重要なのは公的なディスコースによるアイデンティティのロスであり、それは個の喪失と、他の集団への過度の傾倒とを生み出し、結びつけるのである⁶³。

また、たとえばクルト・ドゥーフは、テロ・グループに加わるまでの人生で経験した挫折や喪失感に注目する「心理学的アプローチ」を採り、人が生きていくなかで挫折すると、しばしば「古きよき時代の栄光」に「アンカリング」して「心のよりどころ」としていくことがあるとする。この挫折が敗戦や民族対立など「国」や「民族」の共通体験である場合、挫折は「集合的トラウマ」となり、その民族や国民全体が過去の栄光である「トライバル（政治的部族）」によりどころを求め、過激化していくと論じ、第二次世界大戦前のドイツ、イタリアなどを説明しようと試みる。そしてさらにサイド・クッツプなどの指導者たちがイスラーム過激派を率いたことを説明しようとする⁶⁴。

しかし、問題も見られる。重要な点は「テロ」同様に「過激化」に合意された定義がないという点である。そもそも各国政府の「過激化」の定義も異なり、たとえばデンマークでは、「特定の政治的、イデオロギー的目的を達成するために、ある人がかなりの程度非民主的ないしテロなどの暴力的手段を受けるプロセス」、オランダでは、「民主的な法秩序の継続的存続に対する脅威になりうる、非民主的な手段の利用を含む、社会における大規模な支持ないし追求する行為」であり、カナダでは、「通常若い個人

が明白なイデオロギー的メッセージと、穏健で中心的な信条から極端な見方への転換を促す信条体系プロセス」、とする。デンマークでは「非民主的、暴力的」、オランダでは「大規模な社会変化」、そしてカナダの場合「極端なイデオロギー」という強調点の相違がみられる⁶⁵。特にザラ・タイヒによれば、「過激化の行きつく先」に対する見解に相違がみられる⁶⁶。繰り返すことになるが、個人のプロセスゆえに「過激化したら、すべてがテロを起こすわけではない」⁶⁷。先のゲルツィヒにしても、特にディスコースの結果、政治的過激化までのプロセスが必然的とはいえないだろう。またクルトのアプローチにしても、人生の挫折を味わった人がすべてテロリストになるのであれば、今頃世界は破滅しているだろう。つまり、たとえ「個人」が挫折しアイデンティティを見失ったとしても、それが過激化し、さらに「集会的」になる過程が自明ではない。よって、ある個人がテロに関与するかどうか、そして過激な集会的組織が登場する背景を明らかにすることは難しい⁶⁸。

こうした「個人」に注目し、理論化を試みる議論には、ほかにもたとえば、クラーク・マコーリーとソフィア・モスカレンコによる社会学的な「過激化」のピラミッド・モデルが挙げられよう。それによれば、比較的テロの穏健な「支持者」が、「信奉者」となり、そして「テロリスト」と化す過激化のプロセスは、「支持者」の数は多いのに対して、実際の「テロリスト」は数が少ないので、数的にテロリストを頂点とする「ピラミッド・モデル」となる。

そして、暴力を用いるようになる経路は以下のように説明される。まず「個人」の迫害に対する不満や政治的不満があり、それをきっかけに過激な「集団」へ参加する。次に、その集団において似た志をもつ者との出会いによる一層の過激化、孤独と脅威の下での結集、リクルートメントないし支援を得るための集団内の競争、国家との対立、集団内の競争と分裂が生じ、これらがテロを引き起こす。つまり、「集団」に加わるのが、テ

口を起こすかどうかの重要な分岐点であるとされる。すなわちマコーリーたちによれば、不平をもった個人であっても、過激な集団に加わらないなら過激化しない、のである⁶⁹。

ただし、以上のような「個人の過激化」に注目する諸研究は、そのプロセスを明らかにしようと試みる点で、たとえばテロの要因を考える際に「前提」と「突発性」の二つの種類の原因を区別し、さらに1) マクロレベル（国家や社会、国際関係などのレベルの体系的な条件。内戦、経済不況、国家のあらゆるレベルにはびこる腐敗、急激な近代化など）、2) メソレベル（社会運動、制度、組織、集団の状況。テロ集団の活動、大衆が従うカリスマ的リーダーの存在）、3) ミクロレベル（個人や小集団の関係。友人の批判）に区別⁷⁰する必要が生じるなど、観察が非常に大きな範囲にわたり、煩雑なものになりやすく、データ入手が困難になりがちなテロ研究では不向きなものも多い。また、マコーリーたちの議論でいえば、「支持者」と「信奉者」の区別、先のニューマン議論の場合であれば、「内面の過激化」と「行動の過激化」の区別と橋渡しは、十分に客観的になされているとはいいがたい。より単純な分枠組が必要とされる。

ここまでの整理で明らかなのは、「個人」の内面だけでは十分にテロの要因を説明できないということである。そしてたとえ「個人」に注目する場合であっても、そのときの状況要因を無視しえないという点である。そこで次号では、より構造的な要因に注目したものを検討しよう。ここでいう「構造」とは、個人の選択や利用可能な機会に影響したり制限したりする、繰り返される配置のパターンのこととする⁷¹。具体的には、経済や人権抑圧（保護）の制度や慣例である。

本稿は、科学研究費補助金 基盤（C）「なぜブリュッセルはテロの巣窟と化したか——もうひとつの「連邦制の逆説」？」（研究課題番号：18K01441）（研究代表者・松尾秀哉）の成果の一部である。

(以下、なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか(2)へ)。

注

- 1 この点について詳しくは、松尾秀哉(2018)「正念場の2019年? : 溶解するベルギーの柱状化社会」、龍谷大学社会科学研究所『社会科学研究年報』49号、223-231頁を参照のこと。
- 2 この表は、松尾秀哉(2017)「吹き荒れるポピュリズムの行くえ 仏大統領選後もせめぎあう合理と非合理」、現代の理論DIGITAL編集委員会『季刊現代の理論DIGITAL』第13号、<http://gendainoriron.jp/vol.13/feature/f06.php>(2022年3月24日)でも用いている。
- 3 Soufan, Ali and Daniel Schoenfeld (2016)“Regional Hotbeds as Drivers of Radicalization,” Varvalli, Arturo Rapporto, *Jihadist Hotbeds. Understanding Local Radicalization Process*, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale HP, p.15, 15 luglio 2016, <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/jihadist-hotbeds-understanding-local-radicalization-processes-15418> (2021年11月25日)。
- 4 *ibid.*
- 5 Teich, Sarah (2016)“Islamic Radicalization in Belgium,” *International Institute for Counter-Terrorism*, <https://www.ict.org.il/UserFiles/ICT-IRI-Belgium-Teich-Feb-16.pdf> (2022年2月11日), pp.42-44.
- 6 以下は主に拙著(2015)『連邦国家ベルギー 繰り返される分裂危機』、吉田書店による。
- 7 Callaway, Rhonda and Julie Harrelson-Stephens (2006), “Toward a Theory of Terrorism: Human Security as a Determinant of Terrorism,” *Studies in Conflict & Terrorism*, 29 (7), p. 680.
- 8 Cited in Teich (2016), *op.cit.*, p.30.
- 9 Bjørge, Tore and Andrew Silke (2018)“Root Causes of Terrorism,” https://www.researchgate.net/publication/328688148_Root_causes_of_terrorism (2021年5月31日) (originally published in Andrew Silke ed. *Routledge Handbook of Terrorism and Counterterrorism*, Oxon: Routledge: pp. 57-65), p.2.
- 10 Crenshaw, Martha (1995), *Terrorism in Context*. University Park: Pennsylvania University Press, p.5.
- 11 たとえばテロの要因として、「人権の抑圧」が挙げられることがある。特にアイルランドのテロ研究において力説されることが多いのは、国家が抑圧的

- になるほど、テロは起こりやすくなるという指摘である（Callaway and Harrelson-Stephens (2006), *op.cit.*, 29 (7), pp. 679-702)。「抑圧的」とは多様な測定方法があるが、市民的自由の欠如、表現の自由の制限、人権迫害の増加などで構成されよう。ジェイムス・ピアッツァによれば、経済関連指標よりも、はるかに強いテロとの相関関係が見いだされている(Piazza, James A. (2006) “Rooted in Poverty? Terrorism, Poor Economic Development, and Social Cleavages,” *Terrorism and Political Violence*, 18 (1), pp. 159-171)。特に人身の安全 (human security) に対する脅威が強い場合 (Callaway and Harrelson-Stephens (2006), *op. cit.*, p.698)、民主政治が厳しく制限されている国家、すなわち政治的代表的欠如は内的なテロを生み出しやすい という研究がなされている (Bjørge and Silke (2018), *op.cit.*, p.9)。しかし、こうした民主主義のための闘いを、こんにちヨーロッパで生じているテロと同じに考えてよいかどうかはかなりの程度観察者の主観に負うのではないだろうか。
- 12 Maskaliūnaitė, Asta (2018) “Defining terrorism,” Daniela Pisoiu and Sandra Hain, *Theories of Terrorism, An Introduction*, London and New York: Routledge, pp.30-32.
 - 13 Cited in Teich, *op.cit.* , p.32.
 - 14 Bueno de Mesquita, Bruce (2000) *Principals of International Politics: People’s Power Preferences, and Perceptions*, Washington, DC: CQ Press, p. 339.
 - 15 Bjørge and Silke, *op.cit.*, p.1.
 - 16 *Ibid.*
 - 17 Bjørge and Silke (2018), *op.cit.*, p.2.
 - 18 Bjørge and Silke (2018), *op.cit.*, p.12.
 - 19 Bjørge and Silke (2018), *op.cit.*, p., p.2.
 - 20 *Ibid.*
 - 21 *Ibid.*
 - 22 遠藤乾 (2016) 『欧州複合危機 苦悶するEU、揺れる世界』、中公新書、77-78ページ。
 - 23 Van Vlierden, Guy (2015) “How Belgium Became a Top Exporter of Jihad,” *Terrorism Monitor*, 13 (11). <https://jamestown.org/program/how-belgium-became-a-top-exporter-of-jihad/> (2021年5月31日)。
 - 24 *Ibid.*
 - 25 Van Ostaeyen, Pieter (2016) “Belgian Radical Networks and the Road to the Brussels Attacks,” CTC SENTINEL, The Combating Terrorism Center, U.S. Military Academy, New York, June 2016, Vol.19, Issue 6, p.7, <https://ctc.usma.edu/belgian-radical-networks-and-the-road-to-the-brussels-attacks/> (2022年1月31日)
 - 26 Soufan and Schoenfeld (2016), *op.cit.*, p.27.
 - 27 Van Vlierden (2015), *op.cit.*

- 28 Soufan and Schoenfeld (2016), *op.cit.*, p.18.
- 29 公安調査庁「欧州でイスラム過激思想に感化されたテロが多発する要因」、
https://www.moj.go.jp/psia/ITH/topic/column_07.html (2022年4月24日)。
- 30 Van Vlierden (2015), *op.cit.*
- 31 Bjørgo and Silke (2018), *op.cit.*, p.8.
- 32 世界ランキング・国際統計格付センター「世界・人口密度ランキング」、
<http://top10.sakura.ne.jp/IBRD-EN-POP-DNST.html#areaBEL> (2022年4月24日)。
- 33 Soufan and Schoenfeld (2016), *op.cit.*, p.18.
- 34 Van Vlierden (2015), *op.cit.*
- 35 国末憲人 (2019) 『テロリストの誕生 イスラム過激派テロの虚像と実像』、草思社；遠藤乾 (2016) 『欧州複合危機』、中公新書。
- 36 国末、前掲書、491ページ。
- 37 Gupta, Dipak, K. (2012) *Understanding Terrorism and political Violence, The Life Cycle of Birth, Growth, Transformation*, New York: Routledge, pp.3-4.
- 38 Gregg, Heather S. (2020), *Religious Terrorism*, Cambridge: Cambridge University Press, p.1. グレグは同様の「宗教的テロリズム」の一例としてオウム真理教を含めており、これを「宗教」の範疇に含めていいかどうかは議論の余地があるだろう。グレグ自身は宗教の定義を「核となる信仰に沿った、イデオロギー的、社会的、物質的リソースを含む複雑な信仰体系」(Gregg (2020), *op.cit.*, p.18) とするが、やや抽象的かもしれない。
- 39 Gregg (2020), *op.cit.*, p.18.
- 40 Gregg (2020), *op.cit.*, p.2.
- 41 Gregg (2020), *op.cit.*, p.18.
- 42 Gregg (2020), *op.cit.*, p.19.
- 43 Gregg (2020), *op.cit.*, pp.19-22.
- 44 Juergensmeyer, Mark (1993), *The New Cold War? Religious Nationalism Confronts the Secular States*, Berkeley: University of California Press, p.31.
- 45 Juergensmeyer (1993), *op.cit.* pp.16-31.
- 46 Gregg (2020), *op.cit.*, p.23.
- 47 Juergensmeyer (1993), *op.cit.*, p.30.
- 48 Gregg (2020), *op.cit.*, p.23.
- 49 Sprinzak, Ehud (1992), “Violence and Catastrophe in the Theology of Rabbi Meir Kahane: The Idealization of Mimetic Desire,” Mark Juergensmeyer ed., *Violence and the Sacred in the Modern World*, London: Frank Class, p.48.
- 50 Gregg (2020), *op.cit.*, pp.24-25.
- 51 Gregg, Heather S. (2016), “Three Theories of Religious Activism and Violence: Social Movements, Fundamentalists and Apocalyptic War,” *Terrorism*

- and Political Violence*, 28 (2), p.349.
- 52 遠藤周作（1981）『沈黙』、新潮文庫。踏み絵を踏まず死を選ぶ信者の姿が多く描かれる。その死は他の信者や主人公にとって苦しく、悲しいことであったが、信仰を貫こうとする気高い姿でもあったのではないか。他方で、主人公を含み、踏み絵を踏んで生き延びる者が信仰的弱者として描かれるが、その者も最後にはイエス・キリストにより赦されている。この理解は人により異なるかもしれないが、「殉教の死」を超えたところに神が存在することを示す。なお、この不信仰に対する「赦し」は、ISの暴力的行為を考える時のキーワードになるかもしれない。別で検討してみたい。
- 53 Nakhjavani, Seyed Ammar (2017)“The Psychology of Terrorism,” Chris Stout ed. *Terrorism, Political Violence, and Extremism: New Psychology to Understand, Face, and Defuse the Threat*, p. 7.
- 54 Pape, Robert (2005), *Dying to Win: The Strategic Logic of Suicide Terrorism*, New York: random House.
- 55 Soufan and Schoenfeld (2016), *op.cit.*, p.18.
- 56 Teich (2016), *op.cit.*, p.32.
- 57 Siers, Rhea (2017)“The challenge of Intelligence Analysis for terrorism: A Simulation,” Mastors, Elena and Rhea Siers eds., *The Theory and Practice of Terrorism, Alternative Paths of Inquiry*, New York: Nova Science Publisher, p.114.
- 58 Gregg (2020), *op.cit.*, pp.26.
- 59 Borum, Randy (2011), “Radicalization into Violent Extremism: I. A Review of Social Science Theories,” *Journal of Strategic Security*, 4 (4), p.30.
- 60 Neumann, Peter R. (2013), “The Trouble with Radicalization,” *International Affairs*, 89 (4), pp.873-893.
- 61 Goerzig, Carolin and Khaled Al-Hashimi (2015), *Radicalization in Western Europe, Integration, public discourse, and loss of identity among Muslim communities*, London: Routledge.
- 62 Goerzig and Al-Hashimi (2015), *op.cit.*, p.144-145.
- 63 Goerzig and Al-Hashimi (2015), *op.cit.*, p.151.
- 64 クルト・ドゥブーフ著、白井陽一郎監訳（2020）『トライバル化する世界 集会的トラウマがもたらす戦争の危機』、明石書店。
- 65 Teich (2016), *op.cit.*, pp.30-33.
- 66 Teich (2016), *op.cit.*, p.31.
- 67 Gregg (2020), *op.cit.*, p.26.
- 68 この点について筆者はクルトに直接インタビューした。クルトは当初イスラームの宗教的特性を挙げていたが、クルト自身はムスリムの友人も多く、やはり本人も「そこまでは説明できない」という答えであった。インタビューは、ベルギー、ブリュッセルの欧州本部近くのカフェにて2019年8月23日午

後2時（現地時間）より行った。コンプライアンスのため、臼井陽一郎（新潟国際情報大学）、小松崎利明（天理大学）の両先生にご同席いただいた。感謝する。

69 McCauley, Clark and Sophia Moskalenko (2008), "Mechanisms of Political Radicalization: Pathways Toward Terrorism," *Terrorism and Political Violence*, 20, p.417.

70 Bjørge and Silke (2018), *op.cit.*, pp.3-6.

71 Bjørge and Silke (2018), *op.cit.*, p.11.

福島原発事故損害賠償訴訟における 慰謝料論の現在と課題

——2022年3月最高裁決定を受けて——

若 林 三 奈

I. 本稿の目的

2011年3月に起きた福島第一原発事故による損害賠償請求をめぐっては、この間の報道によると、全国各地で提訴された集団訴訟は33件、原告総数は12300人を超えるとされる。このうち、以下の各控訴審判決が、最高裁に上告されていたところ、2022年3月に、国の責任に関する点を除いて以下の上告不受理決定が出され、東電の責任と各控訴審における損害賠償額が確定した（下記③④⑥につき、最高裁令和4年3月2日決定〔第3小法廷〕、①②⑤につき、最高裁令和4年3月7日決定〔第2小法廷〕、⑦につき、最高裁令和4年3月30日決定〔第3小法廷〕¹）。

①いわき避難者訴訟〔仙台高判令和2・3・12〕避難指示区域²からの避難者訴訟

1 これについて、吉村良一「福島原発事故賠償訴訟最高裁小法廷決定の見方」法時94巻6号（2022年）4頁以下がある。

2 本稿でいう「避難指示区域」には、①帰還困難区域、②居住制限区域、③避難指示解除準備区域の「強制避難区域」の他、政府や自治体によって一時的に避難等の指示を受け、または避難が推奨された後解除された④特定避難勧奨地点、⑤緊急時避難準備区域、⑥一時避難要請区域（南相馬市鹿島区）、⑦屋内退避区域（いわき市の一部）も原則として含んでおり、④から⑦の地域をとくに「中間地域」と呼ぶことがある。中間地域では、東電の自主賠償基準により、月額10万円の日常生活阻害慰謝料が区域ごとの避難指示期間に応じて、避難のメ

- ②小高に生きる訴訟〔東京高判令和2・3・17〕避難指示区域からの避難者訴訟
- ③生業訴訟〔仙台高判令和2・9・30〕住民約3800人（滞In者7割）損害賠償と原状回復請求
- ④群馬訴訟〔東京高判令和3・1・21〕区域内18世帯＋区域外20世帯の避難者訴訟
- ⑤中通り訴訟〔仙台高判令和3・1・26〕滞In者（自主的避難対象区域）型訴訟
- ⑥千葉訴訟〔東京高判令和3・2・19〕区域内17〔内中間2〕世帯＋区域外1世帯の避難者訴訟
- ⑦愛媛訴訟〔高松高判令和3・9・29〕区域内1世帯＋区域外5世帯の避難者訴訟

以上の7件の訴訟は、原告の属性も様々であり（避難指示区域〔強制避難区域や中間地域〕からの避難者、区域外からの避難者、滞In者）、慰謝料に限定したとしても、その請求額および認容額ともには様ではない。しかし、いずれの訴訟においても、事故後、原子力損害賠償審査会（原賠審）によって策定された中間指針（各追補を含む）および東電の自主賠償指針の水準を上回る内容で、一定の属性・類型に応じた一律の増額が確定した点は重要である（①いわき、②小高、③生業は³、個別立証を経っていない区域ごとの一律請求である）。

原賠審による中間指針は、本件事故の被害者を迅速、公平かつ適正に救済することを目的として、事故の早期において、「当事者による自主的な解決に資する一般指針」（原子力損害賠償法18条2項2号）として、賠償すべき損害について一定の類型化が可能な損害項目やその範囲を示したものであり、現に、多くの裁判外での紛争解決において利用され、本件被害

、有無を問わず認められている。

3 これらの判決は、損害認定にあたって、中間指針が前提とした被害事実よりも、実際の被害は、より広範かつ多様であって、深刻であることを明確にした上で、全体として、その底上げを図った意義がある。大塚直「判批」環境法研究14号（2022年）168頁は、とくに③生業判決は、原告数が多く、「他の判決とは違う意義がある」と指摘する。

の救済に一定の道筋をつけてきた。しかし、中間指針は、その後、改訂が進まず、この間、中間指針が前提とした被害事実と現実の被害実態との間にズレが生じていた⁴。そこで、中間指針に対しては「本件原発事故が引き起こした新たな被害に対する損害論については、抜け落ちているか（放射線汚染の曝露による健康被害に対する深刻な危惧感、故郷の喪失による地域生活利益の喪失、環境被害など）、あるいは不完全・不十分にしか示されていない」ことは、これまでも繰り返し指摘されてきた⁵。

たしかに、中間指針においても、指針において示されなかったものが直ちに賠償の対象から外れるわけではないこと、また、個別具体的な事情に応じて相当因果関係のある損害と認められるものは、指針で示されていないものも賠償の対象となることは、繰り返し述べられており、その意義とともに限界も指摘されていた。いずれにせよ、中間指針は、事故直後に想定された被害に基づく和解の指針に過ぎず、この点は、今後、仮に中間指針が改訂されたとしても変わりはない（裁判規範とはならない）。

これに対して、民事裁判での損害評価は、訴訟活動の中で、原告らが主張・立証した被害実態を踏まえ、口頭弁論終結時までに明らかとなった諸事情を斟酌した上で、不法行為（原発事故）と「相当因果関係のある損害」が認定され、算定されることになるのが原則である。そこで本稿では、

4 この点につき、潮見佳男「原子力損害賠償の現状と課題」環境と公害49巻3号（2020年）5頁は、「中間指針の基礎にある、実体法上の損害に対して加えられた損害の圧縮という視点」、「中間指針策定時の将来予測と現実のズレ」を指摘する。

5 淡路剛久『『包括的生活利益』の侵害と損害』淡路剛久＝吉村良一＝除本理史編『福島原発事故賠償の研究』（日本評論社・2015年）17頁。また、事故後の実態調査等から、原発事故の避難者が被った精神的苦痛には、少なくとも、①放射線被ばくへの健康影響に対する不安、②避難生活に伴う精神的苦痛、③将来の見通しに対する不安、④「故郷を失った」という喪失感の4つがあること、中間指針は、上記の②、③には対応するものの、①と④は見落とされていることを指摘するものに、除本理史「原子力損害賠償紛争審査会の指針で取り残された被害は何か」経営研究65巻1号（2014年）1頁がある。

上記7件の高裁判決における損害論およびその前提となる法益論の内実を確認する作業を通して、この間、裁判の中で明らかになった損害事実——事故の早期収束・早期解決が遠のいたことから生じた中間指針等が前提とした損害事実と現実の被害実態とのズレ——を改めて整理し、後続訴訟を見据えた今後の課題について展望したい。

Ⅱ. 原発事故被害者の精神的損害に関する現在の到達点と課題

1. 中間指針等を超える人的範囲・損害項目・損害額の類型的承認

福島第一原発事故の被害者のうち「避難等対象者」については、中間指針等により、「自宅以外での生活を長期間余儀なくされ」、あるいは（屋内退避等により）「行動の自由の制限等を余儀なくされ」たことにより、「正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害」されたこと（①日常生活阻害）、および事故発生後6ヶ月以降は「いつ自宅に戻れるか分からないという不安」（②将来の見通し不安）が増大したとして、それに対する「精神的損害」の賠償（月額10万円〔避難所避難は2万円加算〕）が、避難指示期間に応じて支払われる⁶。原子力損害賠償紛争解決センター(ADR)は、これを「日常生活阻害慰謝料」と整理し、その総括基準(2012年2月14日決定)において、「精神的損害の増額事由等」に該当する

6 当初、中間指針では、事故から6ヶ月経過後は、「平穏な日常生活の喪失」や「避難生活の不便さ」が緩和されるとして慰謝料は減減すると考え、月額5万円とされていたところ、「避難生活の長期化が広く認識されるに至った」こと、「必要な除染が完了する見込み時期が明らかになっていない」ことなどから、「今後の生活の見通しが立たない不安が増大している」（ADR総括基準による）として、東電が自主的に6ヶ月経過後も月額10万円（避難所避難は12万円）の支払額を維持する方針を決め、第二次追補にて賠償方針の変更に至った。その他、詳細は、除本理史「福島原発事故における『賠償政策』」経営研究71巻1号（2020年）1頁以下。

個別事情を例示的に列挙している⁷。その後、第4次追補により、帰還困難区域の旧居住者に限り、以上に加えて、避難の長期化に伴う「帰還困難・生活断念」に対する精神的損害として、名目上1000万円、実質的には(2014年3月以降の既払慰謝料を控除し)700万円が支払われることとなった(帰還不能・生活断念加算。①判決は、これを「避難長期化慰謝料」という)。

他方で、避難指示区域外に居住していた被害者に対しては、「自主的避難等対象区域」に限定して、放射線被ばくの恐怖や不安を考慮し、避難の有無を問わず、(避難先または居住地での)行動の自由の制限等による「正常な日常生活の維持・継続が相当程度阻害されたために生じた精神的苦痛」および生活費の増加費用等に対し、各8万円(18歳以下の者と妊婦には40万円+追加賠償・慰謝料8万円)が賠償されるにとどまり、その後、指針は改訂されていない。ADRの総括基準によれば、自主的避難等対象者が自己又は家族の自主的避難の実行に伴い支出した実費が中間指針追補記載の金額を上回る場合には、避難を実行したグループに子供又は妊婦が含まれていたか、避難を実行・継続した時期、各時期における放射線量に関する情報の有無・内容等を考慮し、1) 避難費用及び帰宅費用、2) 一時帰宅費用、分離家族の相互訪問費用、3) 営業損害、就労損害、4) 財物価値の喪失、減少、5) その他自主的避難の実行と相当因果関係のある支出等の損害が「賠償の対象となる実費等の損害」となる。

以上の中間指針等が定める損害(額)は、事故当時各区域に居住していたすべての住民(被害者)に原則として妥当し、いわゆる控えめな算定によって抽象的に算定された「最小限の損害」と理解しうる⁸。

7 具体的には、要介護状態、身体または精神の障害、重度または中程度の持病、これらの者の介護や乳幼児の世話を恒常的に行ったこと、懐妊中、家族の別離、二重生活等が生じたこと、避難所の移動回数が多かったこと等である。なお、ADRでは高齢を理由に増額を認めたものもある。

8 同様に、潮見佳男「損害算定の考え方」淡路剛久監修『原発事故被害回復メ

2. 包括的平穩生活権・包括的生活利益という被侵害法益の承認

この間、各地の原発避難者訴訟においては、原告等が主張してきた「包括的生活利益としての平穩生活権（包括的平穩生活権）」の理解が深化し^{*9}、「包括的平穩生活権」あるいは「包括的生活利益」という新たな法益の確立を見ている^{*10}。

この被侵害法益及び損害について、東京高裁は、④群馬訴訟控訴審判決において、「何人も、自己の選択した居住地及びその立地する周辺環境において、自己の選択した仕事に従事しながら、放射線被ばくの恐怖や不安を感じることなく平穩な日常生活を送り、地域や職場のコミュニティの中で周りの人々との各種交流等を通じて、自己の人格を形成、発展させるという人格的利益を有する」と理解した上で、「避難を余儀なくされた者は、平穩な日常生活を侵害され住み慣れた生活の本拠からの移転を余儀なくされ、それに伴って職を失ったり、変更したりせざるを得なくなるとともに、将来の見通しの立たないことによる不安を感じながら慣れない土地での不便な避難生活を強いられることになる」こと、また、「避難指示等によらないで生活の本拠から退去した者についても、一般人の感覚に照らして、

ㄨ の法と政策』（日本評論社・2018年）49頁。加えて、中間指針等の金額は、東電の非難性を捨象した金額でもある。事故の発生・被害の拡大にかかる有責性の程度、また、近時の賠償対応や応訴態度等が、慰謝料額を引き上げる事情となることはあり得る。

9 この考え方を提唱した淡路教授は、「本件原子力事故によって侵害された法益は、地域において平穩な日常生活をおくることができる生活利益そのものであることから、生存権、身体的・精神的人格権——そこには身体権に接続した平穩生活権も含まれる——および財産権を包摂した『包括的生活利益としての平穩生活権』が侵害されたケースとして考えることしたい」と説明し、当該法益の侵害結果たる不利益は、被害者住民が、放射能汚染に曝露したことによる深刻な健康影響の不安（危惧感）によっても生じることが指摘されている（淡路・前掲〔注5〕23頁）。

10 この点を明確に指摘するものとして、長野史寛「福島原発事故と損害論（責任内容論）——平穩生活権侵害による損害賠償に限定して」法時93巻3号（2021年）17頁がある。

その避難に合理性が認められ、避難と本件事故との間に相当因果関係が認められる場合には同様である」ことを指摘し、併せて、この利益には、「原告らが『ふるさと喪失』と主張する避難前に有していた地域やそこで暮らす人々とのつながりの喪失も含まれる」という。

以上の判示は、原発事故により避難を余儀なくされた者が侵害された法益（包括的な平穏生活権）は、避難に合理性があるかぎり、避難指示の有無によって異なることはないこと¹¹、また、これには原告等が主張する「ふるさと喪失」も含まれることを示すものであって、この点は、学説上の多数の理解とも概ね一致している¹²。加えて、平穏な生活には「放射線被ばくの恐怖や不安」がないことを前提とすることを示した点は滞在者の被侵害法益を考える上でも重要となろう。

3. 「故郷喪失・変容損害（慰謝料）」の確立

以上の法益侵害によって生じる精神的損害について、前掲④判決は、

11 避難指示の有無により、被侵害法益を区別する見解として、大塚直「平穏生活権概念の展開——福島原発事故訴訟諸判決を題材として」環境法研究 8号（2018年）1頁以下がある。

12 なお、潮見佳男「福島原発賠償に関する中間指針等を踏まえた損害賠償法理の構築」淡路他編・前掲書〔注5〕107頁は、福島原発事故の特質を踏まえたとき、従前の損害把握の枠組みとは本質的に異なる、「包括的生活利益としての損害の把握」こそが、基礎に据えられるべきであって、このことは「生活の総体や事業活動の総体の差を考慮した個々の損害項目の評価」にあたって、①「個々の客体の価値のみに捕らわれた損害把握をしてはならない」こと、②「被害者が生活・事業の面で個々の客体を用いてどのような人格の展開をし、その結果を享受することができたであろうかという点」を考慮して評価しなければならない、と指摘する。また「中間指針等は、ここでの精神的損害の賠償を、日常生活において個々の被害者の行動の自由が制約されることによる精神的苦痛」と捉えるが、行動の自由のみを意味するものではなく、「日常生活における人格の自由な展開とそこにより得られる利益の享受をも権利の内容」とし、これには「被害者が属していた地域社会（コミュニティ）で行動し、そこでの生活から得られる利益を享受する」ことも含まれることを指摘する（同109頁）。

「ふるさと喪失」の事実も含むとしつつ、この点の損害（慰謝料）をとくに区別することは行わず、包括的に一つの慰謝料として評価している（帰還困難区域につき1500万円〔50万円増額〕、居住制限・避難指示解除準備区域に各1100万円〔250万円増額〕、緊急時避難準備区域に260万円〔80万円増額〕、自主的避難等対象区域に30～70万円等）。

これに対して、近時は、包括的平穏生活権侵害に対応する慰謝料について、いくつかの損害事実（評価指標）に応じて慰謝料を項目化する傾向にある。なかでも、本件原発事故被害を象徴するものとして、「ふるさと喪失・変容（剥奪）」損害を避難慰謝料とは別の、独立の慰謝料項目として認める裁判例が定着している。

たとえば、⑥千葉訴訟の一審判決は、集団訴訟において、はじめて中間指針をベースに算定した①「避難生活に伴う精神的損害に対する賠償」（いわゆる避難慰謝料）とは別に、②「避難生活に伴う精神的損害以外の精神的損害に対する賠償」を認めた。この②の慰謝料は、原告等が主張する「ふるさと喪失・変容損害」を実質的に認めたものと評価されている。控訴審判決でも、同様の枠組みによって、原告らがふるさと喪失損害として主張する「生活環境に関する法的利益の保護は必要かつ十分に実現することができる」とした上で、「居住地からの避難を余儀なくされた者」に、「居住地周辺の多くの住民が相当長期にわたって避難すること等により、生活物資の調達から、周辺住民との交流、伝統文化等の享受に至るまでの様々な生活上の活動を支える経済的、社会的、文化的環境の生活環境がその基盤から失われた場合や、居住地周辺がある程度の復興を遂げたとしても、生活環境がその基盤から大きく変容した場合には、それまで慣れ親しんだ生活環境を享受することができなくなり、それによる精神的損害を被ったといえることができる」として、上記②の賠償を認めた。

併せて、本判決は、避難者等は、避難慰謝料には終期があること、そして避難生活による慰謝料の発生の終期までには、「暫定的な生活の本拠に

における生活を継続するか、帰還を断念するか¹³の意思決定をすること」が可能となるとしても、「このような意思決定をしなければならない状況に置かれること自体や、暫定的な生活の本拠における生活を将来にわたって継続すること又は帰還を断念することによる精神的損害を観念することもできる」のであって、これは避難慰謝料の対象となっているものではないとして、上記②の慰謝料の対象とする。このことは、たとえ避難指示が終了しても、直ちに帰還できるわけではない、という避難者の実態（葛藤）を適切に捕捉するものとして重要である。避難実行者は、帰還するか、それとも帰還を断念し移住するか、あるいは、なお避難生活を継続するのかという、いずれにせよ、困難な選択の決定を迫られるからである（しかも、しばしば家族や世帯間で対立が生じる）¹³。たとえ帰還したとしても、避難の長期化に伴い、避難生活中に避難先で再形成した生活基盤を——それが暫定的なものであれ——再度失う「二重の喪失」という事態も生じ得る。これらの隠れた（しかし避難行動に付随する）不利益に光を当てた点で重要である。

ところで、本判決は、一審判決と同様、緊急時避難準備区域からの避難者についても、個別事情を踏まえて、②の慰謝料を認容している。ただし僅か50万円である（帰還困難区域につき原則1000万円、居住制限・避難指示解除準備区域に50～400万円）。たしかに当該区域では、居住者全員に強制的な避難指示があったわけではなく、解除も早かった（2011年9月末）。しかし、「現実には多くの世帯が避難を選択し、その結果として地域の経済や社会サービスは崩壊し、居住継続は困難となり、実質的には強制避難と

13 このような望まない意思決定を強いられることによる精神的苦痛は、区域外避難者が避難を決意するときにも見られる。この点は、次の「避難を余儀なくされた慰謝料／自主避難慰謝料」において考慮されるべきであろう。なお、区域外避難者は、避難指示がないがために、常に、避難をいつまで継続するのか、帰還か移住かという判断・意思決定を迫られることになる。

同様の事態が発生」したとされ¹⁴、事故後3年経っても、多くの住民が避難を継続していた¹⁵。解除後も、居住地域（私有財産、土壌・水等の生活環境）の汚染、社会インフラの毀損、世帯分離による世帯人員数の減少・高齢化、集落の離散・分散等による地域コミュニティの著しい変容（社会関係資本の毀損）が見られた。被害実態を直視し、強制避難区域との賠償格差が是正されることが必要である。

②小高控訴審判決も——原審とは異なり——、避難慰謝料とは別に「生活基盤損害」を認定した。本判決は、「地域の住民が従前属していた自らの生活の本拠である住居地を中心とする衣食住、家庭生活、学業・職業・地域活動等の生活全般の基盤及びそれを軸とする各人の属するコミュニティ等における人間関係において継続的かつ安定的に生活する利益（生活基盤に関する利益）は、人間としての生活や健全な人格形成等の基礎となるものであり、それが法的保護に値する利益であることは明らかであって、憲法13条に根拠を有する人格的利益である」と述べた上で、「著しい生活基盤の変容に基づく損害は、人の現実の生活や営みということを考えると、避難指示により従前の生活の本拠における生活基盤から切り離されたこと自体に基づく精神的損害とは別個の損害というべきであり、避難慰謝料とは賠償対象を異にすると判断している。

もっとも、本判決は、本件生活基盤損害を理解するにあたって、原告らの請求が一律請求であることに照らし、「原告ら全員に共通する損害として精神的苦痛をもたらす生活基盤の喪失・変容があることが必要」とした

14 関西学院大学災害復興制度研究所他『原発避難白書』（2015年・人文書院）86頁、57頁。

15 原子力被災者生活支援チーム報告書（2015年1月28日付）によれば、2014年11月末時点の「帰還人口」の割合は、田村市の旧緊急時避難準備区域で61%、旧避難指示解除準備区域（2014年4月1日解除）で39%、隣接する川内村はそれぞれ57%と2割弱程度とある。FoEJAPANによれば、2021年1月の時点での居住率（＝居住人口／登録人口）は田村市90%、川内村81%とあるが、人口は、いずれも事故以前の7割程度である。

上で、その考慮対象について、生活インフラ等の変容と復興状況を重視した。その結果、住民同士の親密な人間関係やコミュニティ、文化の継承等の事由は「個別事情に基づく慰謝料の増額事由として考慮するかどうかは格別」、原告全員に共通する損害としての生活基盤の変容を判断する考慮要素とはならないとして、その損害額を一審判決における300万円から100万円に減額している。

この点については、すでに学説から、「ふるさと喪失・変容」損害の実態を的確に把握しておらず、また一律請求の意義について理解が十分でない等の批判がなされている¹⁶。これまでも、「ふるさと喪失・変容」損害の核心は、「包括的生活利益としての平穩生活権（包括的平穩生活権）」の一部を構成する「地域生活を享受する権利（地域生活享受権）」の侵害によって生じる「地域コミュニティ喪失による損害」にあるとされ¹⁷、本判決も、本件の被侵害利益は、「地域の住民が従前属していた自らの生活の本拠である住居地を中心とする…生活全般の基盤及びそれを軸とする各人の属するコミュニティ等における人間関係において継続的かつ安定的に生活する利益（生活基盤に関する利益）」と理解するにもかかわらず、被侵害利益の価値を生活インフラ等の生活基盤に矮小化して共通損害を認定した点は、見直されるべきものであった。もとより法益侵害の結果が各個人においてどのように具体化するのか、その可能性は様々ではあって、司法上は、事故によって毀損された法益それ自体の（法的かつ社会的）価値の重大性に鑑みて、その慰謝料額を算定すべきではなからうか。このことは

16 淡路剛久「事故から10年」環境と公害51巻1号（2021年）11頁。また吉村良一「福島原発事故賠償訴訟のいま——事故から10年を経過して」法時93巻3号（2021年）7頁も、「伝統行事や伝統文化を含めて様々なものが全体として当該地域におけるコミュニティを形成し住民らの『包括生活基盤』となり、それが侵害された（ないし変容した）ととらえるべきではないのか」と批判する。

17 淡路・前掲〔注5〕（2015）24頁以下、吉田邦彦「判批」リマークス57号（2018年）51頁、窪田充見「判批」環境法判例百選〔3版〕209頁等。

生命侵害や身体侵害（死亡慰謝料や後遺障害慰謝料）の例と比較せずとも明らかである（たとえば片眼を喪失したことにより各個人に現れる具体的な不利益事実は、被害者の生活様式や生活環境等に応じて様々ではあるが、当該法益に内在する価値に応じて当該不利益が将来において様々に具体化する可能性も含めてその価値の喪失を評価することになる。このことは、所有物が侵害された場合には、それが個人のもつてどのような形で利用されているか〔していないか〕にかかわらず、客観的価値が最小損害として認められることと同じである）¹⁸。「個別事情」として排斥された多様な価値実現が各個人において顕在的であれ、潜在的であれ、それを含めた包括的な金銭評価を最低限行う必要があることは、改めて指摘しておきたい。

なお、南相馬市小高区は、事故後5年を経過した2016年7月に、居住制限・避難指示解除準備区域につき避難指示が解除された。たしかに最低限の生活インフラ等の再整備は行われたものの、他方で、長期にわたる避難生活で多世帯（世代）住宅の世帯分離なども進み、居住者数は事故前と比較すると3割であって¹⁹、高齢化が進んだ。解体空地や空き家（それによる害獣被害）も点在し、地域コミュニティは著しく毀損されたままの状況にある。何より被害当事者にとってみれば、避難指示が解除されたとしても、帰還の条件が整わない以上、この著しく毀損された（変容を受けた）避難元での包括的生活利益ですら断念せざるを得ない。このような実態に照らして、控訴審での減額評価には疑問が残る。

① いわき訴訟では、「故郷喪失・変容による慰謝料」として、「故郷が喪

18 たとえば、事故により後遺障害を負った被害者がたとえ口頭弁論前に死亡したとしても、後遺障害損害について減額されることはない（価値賠償についてはいわゆる継統説を採用する最判平成8年4月25日民集50巻5号1221頁）。

19 事故前に12,842人だった小高区の人口は、解除後3年近く経ち、仮設住宅と借り上げ住宅の供与が終了した2019年3月末の時点でも、住民登録者数は7785人、居住者数は3497人に留まり、以降、ほぼ横ばいとなっている（2022年4月末現在で3829人。数字はいずれも南相馬市の資料による）。

失又は変容してしまった結果として地域社会における共同生活の利益を失ったことによる有形、無形の損害ないし精神的苦痛」を考慮し、帰還困難区域につき600万円、居住制限・避難指示解除準備区域に100万円、緊急時避難準備区域に50万円を認めている。

③生業判決によれば、「ふるさと喪失」損害とは、〔1〕「生存と人格形成の基盤」の破壊・毀損（生存と人格形成の基盤の法益が破壊ないし損傷を受けたこと）による損害である。本判決によれば、原告らには、総じて〔2〕「日常的な幸福追求による自己実現」の阻害（幸福追求・価値を選択しながら普通の日常生活を営む法益が破壊ないし損傷を受けたこと）による損害が生じており、これが避難継続慰謝料の填補対象となる。本判決によれば、「全体として人が生存と人格形成をする基盤であると共に、日常的な幸福追求をする上で欠かせない日常生活そのもの」を構成する諸要素は²⁰、いずれも財産的な価値だけでなく、その破壊・毀損は、上記〔1〕〔2〕の精神的損害を受けたと評価すべき側面もあり、両者の要素は共通する。すなわち、原発事故により避難生活を余儀なくされたことにより、原告等は「日常的な幸福追求による自己実現」が阻害され、避難生活が長期化することによって、それら各要素が破壊・毀損（＝喪失・変容）され、原告らには（日常的な幸福追求による自己実現阻害に留まらない）「生存と人格形成の基盤の破壊・毀損」が生じていると理解する。

もっとも、④判決では、「生存と人格形成の基盤」の破壊・毀損による損害は、帰還困難区域（600万円）、旧居住制限区域（100万円）、旧避難指

20 この6つの要素について、本判決は、具体的には、〔ア〕基本的な社会インフラ、〔イ〕生活の糧を取得する手段、〔ウ〕家庭・地域コミュニティを育む物理的・社会的諸要素、〔エ〕周囲の環境・自然、〔オ〕帰るべき地・心の拠り所となる地・思い出の地等としての「ふるさと」を挙げた上で、これにその他として、〔カ〕「避難・移住・生活再建等のために支出した諸々の経済的な負担」「被曝者・被災者としてのレッテル・いじめ等」「被曝により将来的に健康被害が生じるのではないかという恐怖ないし不安」を挙げる。

示解除準備区域（50万円）の原告等に限定して認められた。これは、本訴訟では、当該区域以外の原告らが、そもそも「ふるさと喪失」損害を請求していないことによる。

なお、①判決や③判決では、以上の故郷喪失・変容慰謝料とは別に、「避難継続慰謝料」と「避難を余儀なくされた慰謝料」とが区域ごとに加算されている。後者の慰謝料は、控訴審段階において、裁判所側から新たに提示された慰謝料項目（評価指標）であり、注目しうる。

4. 「避難を余儀なくされた慰謝料」の登場とその意義

この間、仙台高裁・高松高裁において、①避難（継続）慰謝料、②故郷喪失・変容慰謝料に加え、第3の慰謝料項目（評価指標）として、③避難を余儀なくされた慰謝料が認められている²¹。

その先駆けとなったのが、①判決である。本判決は、「包括的平穏生活権」侵害から生じる精神的損害を、以上の3つの観点から捉え、中間指針による避難慰謝料では「評価し尽くせない損害」として、上記の②と③の慰謝料を挙げる。

③の慰謝料について、①判決は次のように述べる。「原告らは、居住地の近くで設置運営されていた福島第一原発における全く予期しない突然の水素爆発により、大量の放射性物質が拡散する重大な事故に見舞われ、深刻な放射線被害の具体的な危機に直面した。その結果、原告らは、放射線による生命・身体への被害の危険から、事故直後からの避難指示を受けて、とるものもとあえずあわただしく避難し、あるいは緊急時避難準備区域においても、屋内退避を指示され…」、「このような突然の避難により、原

21 このことは、学説でも概ね肯定的に受け止められている。長野・前掲〔注10〕19頁〔脚注16〕は、③の慰謝料は、生命・身体への具体的危機については避難継続慰謝料とは質的に異なる上、その点を除いても、「当初時点での一回的不利益」として避難慰謝料と区別することが被害実態として合理的であると説く。

告らは、地域の人間関係を断たれ、場合によっては、職業生活を失い、学業の継続性や家族の一体性すらも阻害された。このように避難を余儀なくされた原告らは、その置かれた状況は様々であるとしても、それぞれの境遇において極めて大きな精神的苦痛を被ったものと認められる」(強制避難区域に各150万円、緊急時避難準備区域は120万円)。

以上の説示は、原告等が避難元での包括的生活利益を喪失する契機となった「避難を余儀なくされた」ことの根本原因は、大量の放射性物質の拡散を招いた本件原発事故にあって、それにより原告らの生命・身体が深刻な放射線被害の具体的な危機にさらされたことにあることを明確に指摘する点において重要である²²。すなわち、本件事故によって第一義的に生じる法益侵害は、生命・身体の危殆化であって——原告等が主張する「包括的平穩生活権」に当初より包摂されてきた——身体権に直結・接続する平穩生活権への侵害にあることを示すものである²³。それゆえ、これは、

22 神戸秀彦『福島第一原発事故後の民事訴訟——原発の再稼働差止めと原発被害の賠償・原状回復』（法律文化社・2021年）125頁は、これを「危険直面慰謝料」と表現する。

23 なお、淡路・前掲〔注16〕10頁は、それゆえ、「滞在被害者にも適用できる可能性がある」ことを正当に指摘する。なお、地裁判決の中には、たとえば「事故による恐怖」（京都判決）や「被ばくによる健康不安」（札幌判決等）を避難慰謝料と一体的に判断するもの他、避難慰謝料とは別に考慮するものもある（飯館村訴訟〔東京地判平成31・3・27〕）。とくにみやぎ訴訟〔仙台地判令和2・8・11〕は「健康不安慰謝料」として70万円から120万円を加算）。学説では、避難慰謝料とは別の損害項目として賠償を認めるべきとの見解が有力である（淡路剛久「福島原発事故の損害賠償法の法理をどう考えるか」環境と公害43巻2号（2013年）2頁以下、4頁以下、吉村良一「総論」法時86巻2号（2014）55頁以下、59頁、若林三奈「慰謝料算定における課題」淡路監修・前掲書〔注8〕85頁、長野・前掲〔注10〕18頁）。なお、恐怖や不安を平穩生活権の一部として理解するのではなく、近時の判例・学説の展開を踏まえ、むしろ、端的に生命・身体・健康への危殆化による損害として（別の慰謝料項目とすること以上に、別の被害利益への侵害として）構成すべきとする学説として、長野史寛「福島原発事故と不法行為責任内容論（損害論）——10年間の成果と今後の展望」法学論叢188巻4 = 5 = 6号（2021年）439頁。

避難慰謝料や故郷喪失慰謝料とは評価対象や視点を異にするものである。むしろ、本稿冒頭にて「中間指針に欠落していたもの」として示した「放射線汚染の曝露による健康被害に対する深刻な危惧感」や「放射線被ばくの健康影響に対する不安」と連続性をもつものと言えよう（後述）。

仙台高裁は、続く、③生業訴訟においても、本件事故により「包括的生活利益としての人格権」が侵害されたこと、その被害は、(ア)居住・移転の自由の制限、(イ)旧居住地の汚染、(ウ)日常生活の阻害、(エ)長期間の設定による今後の生活の見通しに対する不安、帰還困難による不安、(オ)生活費の増加、(カ)ふるさと喪失、以上の6点に整理できるとして、やはり区域内避難者については、3つの慰謝料を認めている²⁴。

これに対して、区域外の住民については、まず、自主的避難等対象区域の原告らについて、「実質的に避難を余儀なくされたとまでいうことはできない」としつつも、避難の有無を問わず、①「子供・妊婦は自主的に避難するのも無理はない状況に追い込まれた点」につき15万円、それ以外の者は「自主的に避難することが合理的といえる程度の恐怖・不安を覚えた点」につき5万円を認めた（別途、②避難生活継続慰謝料を、子供・妊婦に月額3万×12ヶ月、その他の者に月額1万円×12ヶ月間）²⁵。県南地域及び宮城県丸森町旧居住者についても、同様の理由から、子供・妊婦は、①10万円+②月額2万円×12ヶ月（合計34万円）、その他の者に①3万円+②月額1万円×10ヶ月（合計13万円）を認めた²⁶。加えて、子供・妊婦（2012年2月19日までの期間に18歳以下の期間や妊娠期間があった者）に

24 ①「強制的に転居させられた点／避難を余儀なくされた点」を強制避難区域に各150万円、緊急時避難準備区域100万円、特定避難勧奨地点50万円、一時避難要請区域20万円、②「避難生活の継続を余儀なくされたこと」として月額10万円×避難指示期間、③「ふるさと喪失」慰謝料である。

25 よって、自主的避難等対象区域の居住者には、避難の有無を問わず、子供・妊婦に総額51万円（中間指針では最大48万円）、その他の者に17万円（同8万円）を認めた。

26 中間指針等では、県南地域は、子供・妊婦に限り、4万円／20万円／24万円。

限定してではあるが、いわゆる賠償区域外とされてきた会津地域（①5万円＋②1万円）や栃木県那須町の旧居住者（①5万円＋②6万円）についても少額ながら認めた²⁷。

以上の「避難を余儀なくされた慰謝料」は、続く、⑧愛媛訴訟でも見られる。避難指示解除準備区域の住民に対し、①同慰謝料200万円（＋②避難継続慰謝料を月額12万円×85ヶ月分と③故郷喪失慰謝料100万円で、合計1320万円）、緊急時避難準備区域について①「実質的に強制的に転居させられた慰謝料」150万円、また自主的避難等対象区域について①「自主避難慰謝料」（子供・妊婦20万円、それ以外の者10万円）を認めている。以上、避難を余儀なくされた慰謝料は、避難を強制された場合に限定されるものではない。その本質は、「生命・身体の危殆化／身体権に直結・接続する平穏生活権侵害」による（単なる不安ではない）「危険直面慰謝料」として理解するのが適切であろう。区域外の住民にあっても、適切な避難計画や十分な情報がないなかであって、自己または家族の生命・身体を守るために、自らが情報を収集し、リスクを評価し、避難につき困難な決定を強いられた（＝避難を余儀なくされた）といえる。このような状況に追い込まれるほどの危険に直面したこと自体を慰謝料の対象とすることは、避難者らの実感にも合致するものであろう。

併せて前述の通り、以上の深刻な体験を出発点として、避難後も放射線被ばくによる具体的かつ深刻な健康不安（健康リスク）を抱えている被害者は少なくない。このことは、とくに迅速かつ適切に、避難指示（あるいは大気・水・土壌等の汚染情報）が出されなかったにより、無用な（回避し得た）初期被曝体験をもつ被害者（とくに若年者や基礎疾患をもつ者）、さらには放射線被ばくに脆弱な子供を被曝させてしまったことを悔やむ保

27 なお、茨城県日立市・水戸市の旧居住者の損害は否定されたが、「子供・妊婦であれば格別」との判示から、該当する原告がいた場合には認容されていた可能性が高い。

護者らの精神的負担（将来への不安、子への罪悪感）は深刻である²⁸。該当する被害者には、このような意味での「現実の被ばくによる健康不安」も、加算的に、あるいは（一部の地裁で見られるような「健康不安慰謝料」等）さらなる独立の項目として、十分に考慮される必要があろう。

5. 避難継続慰謝料において考慮すべき事実の深化

たとえば、⑥千葉控訴審判決は、避難慰謝料は、「避難指示等があったことなどにより避難生活を余儀なくされた者」について、①「慣れ親しんだ生活の本拠を離れて不慣れな場所での生活」による不便・困難、②「生活の場所が暫定的であるため、本来の生活の本拠での生活に戻れるのか、戻れるとしてもいつになるのかが不透明であることによる不安感や焦燥感」といった精神的苦痛に対して、月額10万円を認めつつ、避難所生活（快適性の欠如、プライバシー確保の困難）等の過酷避難の期間については月額2万円を増額する。これらはいずれも中間指針等にしがった内容である。また、ADRの総括基準と同様に、疾病等による被介護者および介護者にも、月額あたり一定程度の増額を認めている。

注目すべきは、⑥判決では、自主的避難等対象区域からも外れる県南地域の家族（夫婦と子2名。H26年3月帰還）についても、子らにつき「放射線感受性が高い可能性があるといわれる年齢であって、不安は大きかったものと推察される」等として、避難慰謝料を認容した点である（子ら50

28 前田正治「原発災害が与えたメンタルヘルスの長期的影響」学術の動向26巻3号（2021年）47頁は、2011年3月11日から同年8月を第一期避難・離散期とし、この時期の疫学データのないこと、しかし、後の調査から、この時期の体験が強いトラウマ症状を生んでおり、とくに「状況がよくわからない中で彷徨した恐怖はもちろんのこと、避難の際の強い罪責感情は非常に特徴的であり、「母親をはじめとして何らかの人を守られねばならない責務を負う人は、避難当時について強い悔悟の念を持つことは少なくなかったし、そのことが非常に強いトラウマ心性を生んでいた」こと等を指摘する。これらのことは他の調査でも見られる。脚注36も参照のこと。

万円〔既払金控除後各30万円〕、大人30万円)。

また、前掲の⑧高松高裁は、中間指針にはない新たな慰謝料項目(①③)を立てつつ、避難継続慰謝料の評価にあたっては、一律に金額を上乗せしている(避難指示区域につき月額12万円)。このような判断の背景には、避難が長期化する中で、原告らの主張立証を通してこの間に明らかとなった、避難者らの次のような実態(避難生活の長期化が及ぼす心身への深刻な影響)が加味されたものと考えられる。

「UNSCLEAR2013年報告書では、精神的な健康の問題と平穏な生活が破壊されたことが、本件事故後に観察された主要な健康影響を引き起こしており、これは、本件地震、本件津波、本件事故の多大な影響、及び放射線被ばくに対する恐怖や屈辱感への当然の反応の結果であったこと、公衆においては、うつ症状や心的外傷後ストレス障害に伴う症状などの心理的な影響が観察されており、今後健康に深刻な影響を及ぼす可能性があることが指摘されており、医学的な証明は困難であるとしても、こうした点も慰謝料の算定においては安易に捨象できないというべきである」。

以上の判示は、避難の長期化に伴う避難者の被害実態、その深刻化を示すものとして重要である。実際、これまでの裁判やADRにおける原告の主張・立証の他、一連の調査研究等から、多くの避難者は、ADR総括基準で具体的に列挙された事項に限らず、避難先において、原発被害者へのスティグマ(偏見や差別)²⁹、いじめ等によって「平穏な日常生活の喪失」という視点では賄いきれない多大な精神的苦痛を(付加的に)受けていることが指摘されている。また、原発事故の避難者等はPTSDの発症や

29 前田・前掲〔注28〕49頁は、「発災当初、このような長期的なメンタルヘルス影響を予想した専門家はほとんどいなかったし、そもそも阪神・淡路大震災以来、自然災害を前提として発展した災害精神医学の知見では理解の及ばない事態であり、原発事故被災者が経験した「偏見や差別といった受け入れ先住民の様々な形でのネガティブな反応は、自然災害ではまずみられない」という。同様に、竹沢・後掲書〔注36〕261頁。

そのリスクが高く、実際、福島県でのみ、発災後から次第に震災関連死・震災関連自殺が増加しているとのデータもある上³⁰、避難に伴う精神的な負荷によって自死した被害者遺族による裁判例も知られている³¹。

他方で、区域外避難者についても、避難の相当性が肯定されるかぎり、避難継続損害の内容に大差はないと思われるものの³²、本判決では、原則月額5万円を12ヶ月間（＝60万円）、子供・妊婦については月額7万円を18ヶ月間³³（＝126万）とするにとどめた。その際、本判決は、避難継続

-
- 30 辻内琢也＝増田和高編著『フクシマの医療人類学』（遠見書房・2019年）230頁以下。また、震災関連死・震災関連自殺の増加については、同215頁以下等。なお、本書は、原発事故避難者の高いPTSDの可能性に対するリスク要因には、各種の心理的・社会的・経済的要因が影響を与えているとして、本件事故被害を「構造的暴力によるPTSD」「構造的暴力による社会的虐待」と表現する（同233頁以下〔辻内琢也〕）。
- 31 福島地判平26・8・26判時2237号78頁等。本件につき、吉村良一「総論——福島原発事故賠償の課題」法時89巻8号（2017年）54頁以下も参照のこと。
- 32 元原賠審委員の大塚直教授も、区域外避難者にあっても「包摂的生活利益侵害」が問題となり、その意味で、両者の損害額に差があることは当然ではないと指摘する（大塚・前掲〔注11〕44頁）。なお、『「ふるさと喪失慰謝料」がいかなる場合に認められるべきかはともかく』、「包摂的生活利益侵害に基づく損害は『ふるさと喪失慰謝料』とも、同様の内容を含」むことも指摘する（同39頁〔脚注37〕）。なお、2015年初頭に実施された避難者のストレス調査によると、「帰還の見通しが立たないグループ」が最も高く、次が「いわゆる自主避難者」であった。後者に「PTSDの可能性が有るほどの強いストレスに影響を与えている要因として統計学的に有意であったもの」として、①原発事故発生当初1週間の体験として死の恐怖を感じたこと、②福島県の地元（ふるさと）を失ってつらいと感じていること、③避難者であることによって嫌な経験をしたことがあること、④相談できる人がいないこと、⑤家族関係の困難、⑥生活費の心配があること、がある。リスク要因は、心理的要因（①②③）、社会的要因（④⑤）、経済的要因（⑥）と複合的であるが、この中で最もリスクを高めているのは経済的要因であるとされる（辻内琢也「大規模調査からみる自主避難者の特徴」戸田典樹編著『福島原発事故・漂流する自主避難者たち』（明石書店・2016年）30頁以下）。
- 33 東電の自主賠償基準により、自主的避難等対象区域の妊婦・子供に対しては、避難の有無を問わず、2012（平成24）年1月から8月までの日常生活阻害による精神的損害を含む定額賠償（8万円）として、追加賠償が実施されている。

の相当性については、「実効線量年間 1 mSvの基準は公衆被ばくに関する線量限度であり…本件事故後のように、緊急時被ばく状況ないし現存被ばく状況への適用を前提としたものではない」等と述べ、結論的に、「本件事故当時の居住地に帰還することに支障があるとまではいけない」として、避難の相当性を短期間に限定した。しかし、ここで問題とすべきは、帰還が可能かどうかではない。むしろ、原告らにも（一般の日本国民と同様に）、国内の放射線防護法制による公衆被ばくの線量限度（年間追加被ばく線量 1 mSv）に照らして³⁴、被ばくから安全な環境を求めて避難を継続する、という当然の権利を保障するならば（憲法14条）、避難を継続するか、移住するか、帰還するかは、もとより原告らの自由である³⁵。避難区域では、避難の継続・移住・帰還にかかわりなく、避難指示に応じて避難継続損害を定型的に認定する裁判例が大半ではあるとはいえ、このような中間指針の枠組みを前提として、避難指示のない区域外避難者の「避難の相当性」を判断することは——避難生活にかかる精神的損害について何らかの終期を設けるにせよ——、限界があるように思われる。

併せて、⑧判決は、子供・妊婦のみに対し高額かつ期間設定が延長され、また前述の⑥判決においても、子供・妊婦のみに加算される等、区域内避難者と異なる取扱いがなされている。たしかに区域外避難の場合には、

、ことを踏まえた判断となっている。なお、⑧判決では、2012年12月の避難開始も個別事情のもと避難の相当性を認容した点は重要である。

34 併せて、国際人権法（「健康に対する権利」社会権規約12条）および国連勧告を踏まえた国際標準の理解が進むことが期待されている。詳細は、原発賠償京都訴訟原告団『国際社会から見た福島第一原発事故－国際人権法・国連勧告をめぐって私たちにできること』（耕文社・2021年）。

35 政府の基本方針によりその意義は大きく減殺されたとはいえ、2012年6月に制定された子ども被災者支援法には、被災者が自らの意思によって、避難元での居住継続、避難継続、帰還を選択できることが保障されており、被災者の「避難の権利」が定められている。司法判断にあたっては、本件事故の本質（原発事故による深刻な放射能被害）を直視し、この立法趣旨に立ち返った判断が期待される。

「避難行動に至るまでの被ばく不安や被ばくによる健康不安」に差が生じると評価することはあり得るが、これは、近時の損害論の展開を踏まえれば、むしろ生命・身体の危殆化による精神的損害（避難を余儀なくされた慰謝料）において考慮されるべきではなかろうか。すなわち、この点は、本質的に避難継続慰謝料が対象とする損害事実とは異なり、避難継続慰謝料は、原則として大人と子供は同額となるのではなかろうか³⁶。

加えて、期間についても、同居家族内に子供・妊婦がいるからこそ、家族・保護者として、避難の開始・継続を共に余儀なくされることを考慮すれば、子供・妊婦の同居家族には、特段の事情のないかぎり同じ金額および期間で、慰謝料を認めるべきではなかろうか³⁷。以上のような放射線感受性の高い子供・妊婦（胎児）への加算は、むしろ「被ばくりスク／不安」による日常生活阻害の問題が直接に問題となる、次の滞在者の損害においてこそ考慮されるべき点ではなかろうか（もっとも、滞在者の場合であっても、幼い子をもつ親、さらには、現在および将来、妊娠を希望・予定する者の精神的苦痛等についても相当に大きい可能性はあり、丁寧な検討が必要であろう）。

36 京都訴訟の原告ら全員（171名）を対象に2019年秋に実施されたアンケート調査によると（回収率92.4%）、PTSDハイリスク者の割合は成人原告で55.9%、事故当時7-18歳の就学年齢にあった未成年者で52.5%であり（原発事故当時7歳未満は15.6%）、「これまで大震災後にされた同種の調査と比較しても例外的なほど高い」ことが指摘されている（竹沢尚一郎『原発事故避難者はどう生きてきたか・被傷性的人类学』（東信堂・2022年）261頁）。この調査では、成人原告の場合、「避難生活の中で経験した経済的困難、身体的異変、人間関係上の困難、社会的孤立」（253頁）、就学年齢の未成年原告では「身体的異変に基づく将来不安と母親の精神状態」（252頁）が明確なリスク要因である他、後者については「甲状腺検査の結果と学校生活上の困難についてもリスク要因である可能性が高いことが確認され」ている（245頁）。

37 この点、横浜地判平成31・2・20は、子の同伴者についても加算している。ただし、子供・妊婦100万円に対し、子の同伴者60万円にとどまっている（それ以外の者30万円）。

6. 滞在者慰謝料

⑤中通り滞在者訴訟では、「自主的避難等対象区域」に位置する中通り（福島市、国見町、郡山市、伊達市、田村市又は二本松市）に居住する原告らに対して、個々の原告の慰謝料額を算定する際の目安として30万円（生活費増加分を含む）という基準が出されている（中間指針等では8万円）。本判決によれば、「本件事故により自主的避難等対象区域に居住していた原告らが放射線被曝に対する強い恐怖や不安という精神的苦痛を受けたことは、実際に自主避難をしたか否か、あるいは原告らの生活状況等の個別の事情の如何にかかわらず、基本的に原告らが自主的避難等対象区域に居住していること自体によって、そもそも深刻な損害を被ったものといえる」。その上で、「放射能への恐怖や不安、更には、これにより行動の自由が制限され、正常な日常生活の維持・継続が阻害されるという原告らに生じた精神的損害の根幹部分は共通するもの」として、2011年3月11日から同年12月31日まで（妊婦及び子供については2012年8月頃まで。ただし、原告に該当者はいない）の期間に被った精神的苦痛による慰謝料として、上記期間中の生活費の増加費用が生じたことを斟酌した上で、原則1人30万円とされた（個別立証による加算あり）。

これに先立ち出された③生業訴訟の原告は、7割が滞在者である（9割が福島県内）。本判決では、「自主的避難等対象区域」「県南地域」の他、宮城県丸森町、さらには、子供・妊婦については、会津地域、栃木県那須町（+茨城県日立市・水戸市）についても、①自主的に避難するのも無理はない状況に追い込まれたこと、あるいは自主的に避難することが合理的といえる程度の恐怖・不安を覚えたこと、および②避難生活の継続を余儀なくされたことについて慰謝料を認めている³⁸。

38 自主的避難等対象区域につき①5万円+②月1万円×12ヶ月=合計17万円
[子供・妊婦は、①15万+3万×12=計51万円]、県南地域・宮城県丸森町につ
き①3万+②月2万×12=計13万円 [子供・妊婦は①10万+2万×12=計34万

7. 弁済の抗弁

ここ数年、東電は、各地の訴訟において、直接請求やADRにおいて、財産的損害に過払いがあることを前提に、それら既払金を訴訟において算定される慰謝料の支払に充当すべきこと（費日間融通）、また、それら既払金を、同一世帯の他の構成員に対する支払額からも控除すべきこと（世帯内融通）を主張している。⑥判決では、一部、過誤払いがあったことが認められ、このような主張の一部が認められたものの、むしろ、その他の判決は、本件の精算合意（和解）の趣旨に照らし、明確に否定しており、これが確定した点は重要である（③④⑦）³⁹。

Ⅲ. 原発事故訴訟における慰謝料論の課題

1. 法益論の確立と損害評価（慰謝料の評価視点・項目化）の課題

以上のように、原発事故被害者らの被侵害法益は、生命・身体への危殆化（身体権に直結・接続する平穏生活権）を含む包括的平穏生活権にある。当該法益侵害の結果生じる精神的損害の内容は、この間の到達点を踏まえれば、少なくとも、次の3つの評価指標（慰謝料項目）から把握することができる。

第1に、生命・身体への現実の危殆化損害である。避難者であれ、滞在者であれ、被ばくを避けるために「避難生活を余儀なくされたこと」の原因事実であり、本件事故による法益侵害の起点である。第2に、生命・身

〳万円]、さらに賠償対象外であった会津の子供・妊婦に、①5万+②1万=計6万円、栃木県那須町の子供・妊婦にも、①5万+②1×5ヶ月=計6万円を認容した。いずれも避難の有無は問わない。

39 吉村・前掲[注1] 5頁も指摘するように、なかでも、⑦愛媛判決の判示が明快である。なお、弁済の抗弁をめぐる問題の詳細については、若林三奈「福島原発事故控訴審判決における損害論の展開と課題」環境と公害51巻1号(2021年) 23頁以下。

体の危殆化により実行された避難指示あるいは〔合理的な〕避難行動により、避難生活が継続したことによる日常的な幸福追求による自己実現阻害（人格発達権侵害）である。もっとも、避難先での避難生活には、それにとどまらない多様かつ深刻な人格権侵害や生存権侵害が明らかになっており、PTSDリスクも高い。第3に、避難生活の長期化・固定化による生存と人格形成の基盤の喪失・毀損であり、当該地域固有の地域生活利益、とくに地域コミュニティ利益（社会関係資本）および自然環境利益（自然資本）の喪失・毀損が問題となる（いわゆる故郷の喪失・変容損害）。

ただし、以上の3つの慰謝料項目を立てる控訴審判決は、いずれも原則として、中間指針の枠組み（避難指示＝損害）を起点として損害論を組み立てたため、中間指針がもたらした区域内賠償格差（とくに中間地域との格差）や区域内外賠償格差を残すこととなった。また、そのような枠組みに固執するゆえか、原告等が主張・立証した損害事実が、なお適切にその金銭評価に反映されていない。最高裁の決定を受け、7つの集団訴訟の損害論については決着をみたものの、なお多くの集団訴訟が各地の裁判所で係争中であり、今後も、損害論は、原則として、各事実審における原告等の主張・立証が重要な役割を果たすことが考えられる。そこで、以下では、今後の課題を展望しつつ、若干の検討を加えておきたい。

2. 避難元での包括的生活利益の喪失—個人の生存・人格形成の基盤の破壊・毀損

事故の早期収束が遠のき、避難生活が予想以上に長期化するなか、中間指針の損害評価において欠落する視点として、比較的早い段階から指摘されてきたのが、「故郷を失ったことによる損害」であった。これは、単に「故郷から離れて寂しい（ノスタルジー）」といった精神的苦痛にとどまるものではない。むしろ、被災実態に関する調査・研究分析に照らして見れば、ここでの核心は、「包括的生活利益としての平穏生活権（包括的平穏

生活権)」の一部を構成する「地域生活を享受する権利（地域生活享受権）」の侵害によって生じる「地域コミュニティ喪失による損害」にある。併せて、ここでの「ふるさと」とは、「避難元の地域にあった生産・生活の諸条件」（日常生活と生業を営むために必要なあらゆる諸条件）であって、このうち、地域レベルの原状回復措置（除染、景観の維持・管理、コミュニティの維持・再建等）によっても回復が困難であり、なおかつ、個別被害者に対する救済措置によっても——現行の補償・賠償における個別損害項目では——取りこぼされる「有形・無形の残余の部分」が、包括的に「ふるさと喪失損害」として主張されてきた⁴⁰。

以上を前提に、「故郷喪失・変容（剥奪）損害」の算定（慰謝料額の評価）にあたっては、以下のことが十分に考慮されねばならない。第1に、避難元において多層的に形成される地域コミュニティ（＝社会関係資本）や自然環境（＝自然資本）には、対価の発生が想定しにくいものの（＝非貨幣的性質）、当事者にとっては経済的価値を有する利益（財や労働力等の調達機能）が含まれること⁴¹、第2に、本件のように深刻な原発事故を起点として、長期にわたる避難指示が出され地域社会が解体され、自然環境に深刻な影響を残す場合には、たとえ避難指示が終了し、住民らが、——平穏な日常生活を再建するべく転居する場合はもちろん——元の居住地に戻ったとしても、個々人の自己決定権の行使（選択の積み重ね）の結

40 除本理史「原発事故による『ふるさとの喪失』」植田和弘編『被害・費用の包括的把握』（東洋経済・2016年）67頁以下。その他、詳細は、若林三奈「ふるさと喪失損害の意義」和田真一他編『現代市民社会における法の役割』（日本評論社・2020年）49頁以下。

41 地域コミュニティから得られる機能として、淡路教授は具体的に「生活費代替機能」「相互扶助・共助・福祉機能」「行政代行・補完機能」「人格発達機能」「環境保全・維持機能」を挙げる。このような分析は、避難元の地域社会においては、近隣住民との交流、日用品・食料品等の融通、相互扶助（世帯内にとどまらない子育て）などの慣習が存在し、住民らは精神的な利益にとどまらない経済的利益を地域社会から得ていた（「自給自足的な生活に優位な生活圏のなかで暮らし…生活に必要な資源を得た」という、社会学の見解とも一致する。

果として蓄積・形成され、長い歳月をかけて築きあげられてきた地域コミュニティの価値——これには、当該地域の生活環境、社会的インフラ等だけではなく、各種の多種・多様な人間関係等のつながり、さらには、その中で継承・保護されてきた文化伝統習俗等、多層的に形成される生活環境も含まれる——を、事故以前と同等に回復することは困難であること、第3に、そのような経済的・精神的価値（＝社会的なつながり・支え、生業を含む生きがいや精神的支柱、生活環境）の喪失により、当事者には深刻なストレスが生じ、健康を悪化させている場合が少なくないことである。とりわけ、その土地・地域文化に根ざして生きる選択をしてきた個人においては⁴²、当該土地・生活環境の改良や保全、文化伝統習俗の継承等のために、当該地域やコミュニティにおいて、長い歳月をかけて（場合によっては世代を超えて）時間と労力を投入して築きあげてきたものが——さらには、それが将来世代へと継承されるものと信じてきたものが——無に帰することの重み（絶望・悲嘆）は十分に受け止められねばならない（価値の固有性・非代替性）⁴³。

以上の慰謝料額は、ある程度、避難指示解除の有無、指示継続期間に応じて評価されるのはやむを得ないとしても、指示期間にのみに左右されな

42 詳細は、関礼子「土地に根ざして生きる権利——津島原発訴訟と『ふるさと喪失／剥奪』被害」環境と公害48巻3号（2019年）45頁以下。

43 たとえば、群馬訴訟一審判決（前橋地判平成29年3月17日判時2339号3頁）は、原告らの被害を「自己実現に向けた自己決定権の集大成ともいべき人生」の破壊と表現したように、本件の法益侵害・損害には、自らの生活のあり方に関する自己決定の要素を含む（潮見・前掲〔注4〕3頁以下）。もっとも「それに尽きるものではなく、そのような自己決定によって定めた生活の本拠とそこにおける生活の諸条件から諸々の生活上の利益を享受できるという点にその核心がある」（長野・前掲〔注10〕17頁）。これを損害論で適切にきみ上げることが、とくに区域外避難者の損害を考える上で必要となろう（なお、この点の不適切な理解が賠償額の低額化を帰結することの問題については、吉村良一「福島原発事故賠償集団訴訟群馬判決の検討」環境と公害46巻4号（2017年）63頁）。

い、地域の被害実態や個別事情に応じた適正な評価——それによる区域間格差の是正——を実現することは、残された課題の一つであろう。

ところで、以上の「故郷喪失・変容（剥奪）損害慰謝料」は、区域外避難の場合には認める余地がないのであろうか。しかし、この場合にも「故郷喪失・変容（剥奪）損害」の中核にある「地域コミュニティ喪失」（地域で形成された多層のかつ多元的な他者とのつながりの喪失）は生じ、また区域内避難者と同様に、避難が長期化すれば、喪失が固定化し、「個人の生存と人格形成の基盤の破壊・毀損」（避難元の地域コミュニティからの離脱による社会関係資本等の喪失）に至る。地域全体の生活インフラが大きく損なわれずとも、避難元の地域コミュニティからの離脱を余儀なくされ、その状態が固定化することにより、当該地域コミュニティが当該避難者にとって固有かつ非代替的な価値を有する場合には、避難先で「一応の生活再建」を果たしたとしても、各避難者にはなお損害が残ることとなる。この点、「故郷喪失・変容」という表現が、避難指示区域における地域全体の壊滅的な被害を想起させるものの、しかし、区域外避難者にあっても、合理的な避難が一定期間継続することによって「地域コミュニティ利益侵害」あるいは「地域生活の破壊」が生じ得ると言えることから、以下検討する⁴⁴。

3. 地域コミュニティ利益の意義

包括的生活利益は、（ア）生命・身体の安全を確保するため、居住地を離れた者（避難者、移住者のいずれもあり得る）は——それが避難指示によるのか否かにかかわらず——、旧居住地において享受していた生活利益

44 このような議論の前提としても、放射能被害を直視すること、予防原則に基づく避難・転居の自由（権利）は重要となる。これらの点については、吉田邦彦『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（後編）』（信山社・2019年）125頁以下等。

を定型的に——その意味で包括的かつ同時的に——喪失する⁴⁵。(イ) 避難生活の長期化により、それが継続する場合はもちろん、避難行動を終了し帰還した場合にあっても、その価値の固有性・非代替性ゆえに完全に回復することができない場合がある。

上記(ア)と中間指針との関係では、長野教授が、「中間指針による月額10万円の賠償が、仮にそこで想定されている①(日常生活の阻害と)②(将来の見通し不安)の損害についてのものとしては十分だとしても、⑤(包括的生活利益の喪失)との関係ではなお十分ではないと考えられることを意味」と適切に指摘している(括弧内は筆者補充)⁴⁶。しかしながら、このような視点から、月額10万円の避難継続慰謝料について上乗せした控訴審はない。むしろ、①③判決は、たとえば帰還困難区域については、「避難を余儀なくされた慰謝料」150万円分(⑦判決は200万円)を中間指針に上乗せする一方、既払金1450万円については、「避難継続慰謝料」にその他の強制避難区域と横並びの金額(850万円)を割り当て、残額を「故郷喪失損害」とすることにより、この部分を圧縮した(一審1000

45 同旨、長野・前掲[注10]18頁。かながわ訴訟(横浜地判平成31・2・20LEX/DB25571003)は、平穩生活の要素として、「自己の設定した居住地において(ア)家族とともに暮らし、(イ)職場や学校等における活動を通じて自己の人格を發展させ、(ウ)友人、親戚等当該地域の住民との人的つながりを通じて相互に助け合いまたは自己の人格を發展させ、(エ)その他地域の自然環境や生活資源の恩恵を受けながら精神的に満ち足りた生活を送るもの」であるとして、以上の平穩生活4要素が、同時的かつ包括的に喪失された場合に「ふるさと喪失損害」を認める点で同様である。ただし、同判決は、これを「当該地域コミュニティの存立を不可能ならしめるような社会的事情があったか否かという観点から判断する」ため、避難指示ないし避難要請が出された地域(およびこれに隣接する地点に居住し、避難指示等が出された地域のコミュニティに含まれていることが証明された場合)に対象を限定する。しかし、ここでは、平穩生活4要素に含まれる社会関係資本や地域環境から得られる利益について、個人に直接に帰属する法益の価値・利益を問題とすべきである。

46 長野・前掲[注10]19頁。

万円を600万円へ減額)⁴⁷。その他の避難指示区域については、避難指示期間に応じて段階化された故郷喪失・変容慰謝料額（150万円／100万円／50万円）に、避難を余儀なくされた慰謝料を加えた金額を、中間指針に欠落していた部分として、既払金（避難慰謝料）に上乗せした（結果、中間地域等での早期避難解除による賠償格差はさらに拡大した）。

避難継続慰謝料と故郷喪失慰謝料との関係については、筆者はすでに別稿にて⁴⁸、入通院慰謝料と後遺障害慰謝料との関係に類比させて考え得ることを示した（避難生活が継続する場合に、一定の規範的な時点をもって、そこに包摂しえない包括的生活利益の喪失・毀損を固定化したものとして故郷喪失慰謝料において包括的に評価する）。その際、故郷喪失損害（有無と程度）を認めるにあたって重要となるのは、本件被侵害法益の性質に鑑みて、「故郷喪失・変容損害の発生を法的に認めうる時点（避難慰謝料の終期とも言える）」において、避難者が、避難（転居）先や移住先あるいは帰還後避難元において、（原発事故がなければ享受していたであろう）平穏な生活・包括的生活利益を回復しているのか、という視点である。

中間指針（避難指示区域）によれば、避難慰謝料の終期は「避難指示解除後、帰還準備のための一定期間（通常1年）が経過した時点」とされ、多くの裁判例もそれに従う。避難指示がなお解除されていない帰還困難区域については、帰還不能生活断念慰謝料として1000万円の支払が決定された経緯に照らせば、それを2014年2月（事故後3年間）と理解することもできるが（生業一審はこれを前提にしつつ「故郷喪失の確定が避難者に認識できた時点」は同年4月として2ヶ月分の避難慰謝料を加算した）、**①**
③判決は、居住制限区域等と同じとした。その上で、この時点で仮に帰還

47 生業1審判決では、帰還困難区域については、既払金1450万円のうち、ふるさと喪失1000万円（日常生活阻害360万円〔2014年2月まで〕+生活費増加分90万円）と理解した上で、日常生活阻害慰謝料を2ヶ月分を追加していた。

48 若林・前掲〔注40〕59頁以下。

したとしても、なお回復しえない包括的生活利益をいわゆる故郷喪失損害として算定した。したがって、避難指示区域では、実際には避難を継続していたかは問題とならない。避難指示に伴う精神的損害を避難継続損害と構成するか、あるいは各区域における抽象的な包括的生活利益の喪失・毀損（地域力の低下）として故郷喪失損害（の一部）と構成するか、その項目分けは便宜的なものとなっている。

これに対して、区域外避難者についても、同様に避難慰謝料からアプローチする場合、区域内避難者に準じた基準（＝避難指示）を欠くことから、どのように「避難慰謝料の終期」を設定するのかが問題となる⁴⁹。もっとも、このように問題を立てた場合には、多くの裁判例において極めて短い期間しか認められていないのが現状である（⑦判決等）。

これまでの判決の中で、最も長く認めたのが、京都地裁判決（京都地判平成30・3・15判時2375=2376号14頁）である。本判決は、区域外避難者については「避難先における生活が安定する時期」までを避難損害の対象とした⁵⁰。この場合であっても、このような避難先での一応の生活の安定

49 実際、区域内避難者にあっても避難指示終了後に帰還しているわけではなく、解除後は、「自主避難者」となる被災者は少なくない。区域外避難であっても、いったん避難の合理性を認めた場合には、その避難継続に相当因果関係を欠くとの判断は、予防原則に照らして慎重に行うべきである。避難指示区域外の住民は、避難指示がなかったがために、避難の要否につき、自らが情報収集し、リスク判断することを強いられた。当該避難が、予防原則に基づく回避行動として「合理性がない」と言えない以上、これによって生じた新たな法益侵害による損害（居住地における包括的生活利益の喪失・毀損）は、本件事故における特別の危険として（判例における避難の相当性）、原因者に帰責させるべきではないか。一般生活リスクとして、被災者にコスト負担させることは合理性を欠くであろう。それゆえ、避難行動の法的合理性を被告の側で否定できない以上、現になお回復困難な包括的生活利益（生活基盤損害）の価値を評価し、併せて、避難を余儀なくされた慰謝料や避難にかかる慰謝料について包括的な評価を行うことが検討されるべきであろう。

50 京都訴訟一審判決は、区域外避難者の避難の相当性にかかる判断要素として、7点を明示し、原則2012年4月1日までに避難したこと、避難損害の終期を

とみなしうる時点までを避難慰謝料の問題と捉えつつ、そこに包摂しえない（なお回復できない）包括的生活利益の喪失・毀損を「故郷喪失損害／地域コミュニティ利益の喪失」と評価することが考えられる。もっとも、本判決は、避難指示の有無にかかわらず、そもそも故郷喪失損害に対応する地域コミュニティ損害を否定している。しかし、被災者らは、仮に避難先において一応の生活の安定を得ているとしても（それが避難継続であれ、移住であれ）、そこでの生活を引き続き余儀なくされる（＝避難継続と事故との相当因果関係を否定できない）以上⁵¹、それにより避難元での包括的生活利益——とりわけ、地域コミュニティにおける社会関係資本等、当該地域に固有かつ代替性のない包括的生活利益——を喪失することになりはない（移住する場合はもちろん、仮に、将来、帰還できたとしても、長期にわたる喪失によって、価値喪失が固定化し、著しく毀損あるいは無価値化する）。その限りで、原発事故がなかったならばあったであろう利益状態（現実の生活再建による平穏な生活）の回復が阻害されており損害があると言えるのではないか（避難生活の継続により、避難先で「一応の生活の安定」が得られた場合にあっては、避難元の包括的生活利益は、その固有性・非代替性ゆえに「完全には回復しえない」からである）。

あるいは、横浜地裁判決（横浜地判平成31・2・20）のように、事故から10年を過ぎた現在にあっては、口頭弁論終結時において、喪失・毀損された避難元での包括的生活利益（当該判決の言う同時的かつ包括的に喪失した平穏生活4要素）の価値を、故郷喪失損害／地域コミュニティ利益の喪失として包括評価することも考えられてよいであろう。もっとも、当該判決にあっては、故郷喪失損害が認められるのは、「当該地域コミュニ

↘ 避難時から2年とする。

51 窪田・前掲 [注17] 209頁は、本件のような原発事故においては、情報が錯綜し、危険性の評価等について判断が確立しているわけではないことから、原告らに避難の合理性についての立証責任を課するのは不当であることを指摘する。

ティの存立を不可能ならしめるような社会的事情があった」場合に限定され、区域外避難者のそれは否定している。しかし、すでに述べたように、区域外避難者にあっても、合理的な避難行動を介して、避難元での包括的生活利益を同時的かつ包括的に喪失し、それが長期にわたることによって固有の損害が生じ得る。とりわけ既存の地域コミュニティから切り離されることにより、当該個人に帰属しうる避難元固有の社会関係資本等を喪失している。避難が一定の長期にわたれば、その価値喪失は固定化し、それは「個人の生存・人格形成の基盤の破壊・毀損」という損害と評価しうる場合があることは否定できない。たしかに、避難指示等により社会インフラを含め地域コミュニティの存立そのものが深刻な破壊を受けた地域とは、損害の程度は異なるであろうが、その事情をもって直ちに損害を否定することにはならないであろう（避難者が避難先または避難元で当該生活利益を含めた真の価値回復・生活再建を果たしたと評価しうる場合に初めて損害はないと言いうる）。

なお、故郷喪失損害／生活破壊損害という観点から、本件事故を捉え直す場合にあって、避難生活中の日常生活阻害や見通し不安等、いわゆる避難継続慰謝料の評価対象事実（避難中的人格発達権侵害や生存権侵害等による損害）は、故郷喪失損害とは別に填補されるべきことは当然である⁵²。このことは、生命・身体への危殆化に伴った生じる様々な精神的損害（危険直面による恐怖や事故後の被ばく不安等）についても同様であろう。

以上のように、区域外避難の場合であって、たとえ避難元の社会的インフラ（地域としての生活基盤）に大きな変容がないとしても（あるいは一定の回復をみているとしても）、当該避難者個人にとってみれば、避難元

52 この点に関する横浜地裁判決の問題については、若林三奈「かながわ・千葉・愛媛3判決の損害論」判例時報2423号（2019年）118頁以下。

で形成・享受してきた生活基盤、とりわけ避難元で多層的・多元的に形成された固有の地域コミュニティ利益や人的つながり等から切り離されるのであって⁵³、たとえ避難先で一定の生活の安定を得たとしても、各個人が避難元で形成・享受してきた包括的生活利益の喪失あるいは著しい毀損が固定化されることにより、避難者らには、個人の生活基盤の破壊が生じ得ることは改めて強調しておきたい。移住せざるを得ない場合はもちろんのこと、いずれ帰還が実現したとしても、避難が長期化すれば、避難元コミュニティとの関係性は変容する。しかも帰還する場合には、避難先で形成・安定しつつあった地域コミュニティ利益を再び喪失することにもなる。

ここでは、これら地域で多層的・多元的に形成された共同体（社会関係資本）や自然資本から無償で調達してきた（貨幣的評価が困難ではあるが）経済的価値ある財・労働力を慰謝料の補完的機能によって、また、それによる精神的安定や健康・福祉機能の喪失等の非財産的価値の喪失に対する精神的損害について、その固有性・非代替性にも照らした評価が求められているのではなかろうか。

53 この地域コミュニティには、家族・世帯も含まれる。とりわけ区域外避難では、母子避難等が多く見られ、母子世帯・父子世帯への世帯分離、また被災地で多く見られた多世代同居・隣居・同居の解体による経済的・身体的・精神的負担の増大等も見られる。仮設住宅の供与終了に伴う避難者の実態調査でも、なお多くの区域外避難者が経済的な困難を抱えながら避難生活を継続していること、母子避難世帯が多いことが指摘されている（矢吹怜太＝川崎興太「仮設住宅の無償提供の終了後における自主避難者の生活実態と意向」都市計画報告集17号（2018年）1頁以下）他、広域避難者は、避難先でも、また元の居住地ともつながりを持っていない人が多く、このような人的ネットワークの有無が避難者の精神状態に大きな影響を与えていること、特に母子避難者は孤立化しやすいとの調査もある（斉藤容子「福島原発事故による広域避難者の実態に関する考察「災害復興研究」13号（2019年）1頁）。母親の精神状態が子のそれにも影響することについては注36参照。

IV. まとめにかえて

中間指針や東電の自主賠償基準では、「避難指示＝権利侵害」を出発点とし、指定された避難指示区域（避難指示の有無とその期間）に応じて精神的損害の金額が決定された。そのため「避難指示区域による線引き（事故時の居住地）」によって被災者間に著しい賠償格差と分断をもたらした。この間の裁判を通して、原発事故被害における法益論・慰謝料論には、いくつもの進展は見られる。しかし、判決の多くは、いずれも中間指針は裁判規範ではないとしつつも、その枠組みを基礎に置くため、区域間に生じた著しい賠償格差を大きく改善するには至っていない。このような賠償格差の問題は、区域内はもちろん、区域内外においても深刻である。区域外から避難を実行した者、あるいは経済的・社会的支援がなかったがゆえに望まない滞在（あるいは帰還）を余儀なくされた住民の損害を直視していくことも、依然として大きな課題である。

避難指示区域において避難指示期間に応じて支払われた慰謝料は、一般的に避難慰謝料として理解されてはいるものの、避難指示区域の住民については、避難か移住か、また解除後は、なお避難を継続するのか、帰還か移住先への定住かについて、どのような選択をするかを問うことなく、一律に補償されるものである。その意味で、当該慰謝料は、本件事故（包括的平穏生活権が包摂する多様な利益の束への侵害）によって生じる多様な精神的損害に対する定額賠償として機能している。しかしながら、少なくとも、中間指針等策定の段階では、事故による「生命・身体への危殆化（身体権に直結・接続する平穏生活権侵害損害）」および「生存と人格形成の基盤損害」という観点が欠落していたか、不十分であったこと、また「避難損害」の内実も当初想定された以上に深刻であることが、この間の一連の確定判決においても明らかになったことは重要である。

今後は、以上のような成果を、本質的には、同様の法益侵害を受けてい

る区域外の避難者や滞在者の損害にどのように応用していくのが課題となる。区域外の被災者においても、程度の差はあれ、「生命・身体の危殆化」や「人格形成と生存の基盤」を喪失あるいは毀損されており、併せて、それぞれの避難行動の中で、深刻な人格発達権等の侵害が生じているからである。

区域外の避難者については、中間指針追補において「自主的避難等対象区域」の住民に限っては、避難行動をとることの合理性は認めたものの、当該区域にあっても「自主的避難者と滞在者の損害額については同額」とされたまま、改訂されることなく現在に至っている。公平な賠償と早期救済という観点から、事故後比較的早い時期に策定された中間指針等によるこの暫定的な出発点が、裁判では大きな壁となり、実態に即した適正な損害論の構築と評価を阻害している。その中において、裁判では個別事情をも考慮し、より広範囲の住民の避難の正当性が認められ、また滞在者の損害が認められた点は重要である。

最後に、本稿では、慰謝料論を中心に検討を行ったが、本来、包括的平穏生活権／包括的生活利益侵害の賠償にあたっては、被害者の生活を再建し（包括的生活利益の回復）、また生命・身体の危殆化による被ばく不安を払拭するという観点から、適切に経済的な損失に対する賠償が組み立てられ、また被災者を支援する仕組みが必要である。とはいえ、生活費の増加費用が慰謝料に組みこまれたために、特段の資産や生業をもたない被災者（高齢者等）にあっては、慰謝料が打ち切られることで生活に窮する者も少なくない。これらの問題についても、損害評価において適切に配慮されることが期待される⁵⁴。

54 参考までに、個人レベルの社会関係資本（地域で形成される多種多様なコミュニティもその一つである）の測定にあたっては、個人がそれを利用したかではなく、アクセス可能か、という視点が重要とされる（イチロー・カワチ他編＝藤澤由和監訳『ソーシャル・キャピタルと健康』（2008年・日本評論社）59頁以下）。これは、社会関係資本を実際に利用するかどうかは、個人の裕福さ

【付記】脱稿後、吉村良一「福島原発事故における被侵害権利・法益－「滞在者」の被害を中心に」立命2022年1号（401号）324頁以下に接した。

↘ や手助けの必要性（高齢や疾患があるほど高い）等に左右されるためである。
適切な損害評価がないままに、事故により被害者が経済的に困窮することはあってはならない。

イギリス行政法における「正当な期待」の 法理の展開（1）

—行政法裁判例・判例の展開と裁判所の役割を中心に—

眞 田 章 午

【目次】

はじめに一問題の所在

第1章「正当な期待」の法理の前史

第1節 公正な手続の保障

第1款 自然的正義の法理

（1）法理の適用範囲：機能的二分論

（2）*Ridge* [1963] 事件

（3）まとめ

第2款 公正性の法理

（1）*HK* [1967] 事件

（2）まとめ

第3款 従前の法理による保障の限界

第2節 禁反言の法理

第1款 適用の制約

（1）制約の内容

（2）2つの制約の整理

第2款 適用の範囲

（1）*Robertson* [1948] 事件

（2）*Lever (Finance)* [1970] 事件

第3款 まとめ

第3節 裁量拘束禁止の法理とWednesbury原則

第1款 裁量拘束禁止の法理

第2款 Wednesbury原則

第4節 小括

（以上、本号）

はじめに一問題の所在

本稿は、イギリス行政法において半世紀以上にわたり研究されている、「正当な期待 (legitimate expectation)」という法理¹の歴史的展開を裁判例・判例の検討、分析を通して探究するものである。

「正当な期待」の法理とは、(裁量権を有する) 公的主体 (public body) ないし公の権限ある機関 (public authority) が (特定の) 国民にその通りになるであろうという「期待」を生じさせるような確約又は policy といった行政上の表示 (administrative representation)² をし、その後、

1 本稿で使用した「正当な期待」の法理の概説書や当該法理の展開を網羅的に整理した文献は、以下の通りである。See S. H. Bailey, 'Ground for Judicial Review: Due Process, Natural Justice and Fairness' in David Feldman, Peter Birks (eds), *English Public Law* (2004 Oxford University Press) 791-794; Paul Craig, 'Ground for Judicial Review: Substantive Control Over Discretion' in David Feldman, Peter Birks (eds) *ibid* 831-866 [hereinafter Paul Craig Ground]; Richard Moules, *Actions Against Public Officials: Legitimate Expectations, Misstatements and Misconduct* (Sweet & Maxwell 2009) 43-134; Jonathan Auburn, Junathan Moffett, Andrew Sharland, *Judicial Review Principles and Procedure* (Oxford University Press 2013) 422-450; Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare, *De Smith's Judicial Review* (7th edn, Sweet & Maxwell 2013) 661-708; William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law* (11th edn, Oxford University Press 2014) 450-462; Paul Craig, *Administrative Law* (9th edn, Sweet & Maxwell 2021) 683-723 [hereinafter Paul Craig Administrative]; Mark Elliott & Jason N. E. Varuhas, *Administrative Law Text and Materials* (5th edn, Oxford University Press 2017) 187-234.

2 まず、行政上の表示とは、公的主体が (特定の) 国民に対して示したものの総称であるが、これは、講学上の用語であるため、裁判官や研究者の中には、単に表示 (representation) と称する者や、そもそもこの用語を使わない者もいる。本稿では、統一した説明が必要なところで行政上の表示という用語を使用する。

次に、行政上の表示は、確約と policy に大別できる。確約とは、公的主体と国民との間で交わされたもののものであり、これに該当するものとして、確約 (undertaking/commitment)、約束 (promise)、言質 (assurance) などがある。一方で、policy とは、公的主体が定立する方針、裁量基準、政策のものである。

これを破棄又は（逸脱ないし）変更をした場合に、当該主体ないし当該機関は従前の当該表示を遵守して、当該表示から発生した「期待」を法的に保護しなければならないというものである。「正当な期待」の法理には、「手続上の正当な期待（procedural legitimate expectation）」と「実体上の正当な期待（substantive legitimate expectation）」があり、Craigによると、「手続上の正当な期待」は、「期待を生み出す公的主体による約束又は行動の結果として、申請者が持っている」と主張する何らかのプロセス権（process right）の存在を示すものであり、「実体上の正当な期待」は、「公的主体によってなされた何らかの約束、行動又は表示の結果として、申請者が福祉給付、若しくは免許などの特定の利益又は財（commodity）を求める状況をとらえる」ものだとされる³。

ところで、日本のイギリス行政法研究者も、同国の行政法の現状を紹介する際に、「正当な期待」の法理を取り上げるものがみられる。

まず、日本において「正当な期待」の法理に関する研究を先駆けて行ったのが榊原秀訓教授⁴と大田直史教授⁵であった。

榊原教授は、イギリスにおける手続的保障の法理として、自然的正義（natural justice）の法理および公正性（fairness）⁶の法理の歴史的展開を

ゝり、これに該当するものとして、指針（course）、書簡（letter）、声明（statement）、通達（circular）、通知（notice）などがある。

このように、行政上の表示には、多種多様な形態が存在する。本稿では、確約とpolicyという用語も行政上の表示という用語と同様に、統一的な説明が必要なところで使用する。また、policyについては、そのpolicyがどういったものなのか（例えば、裁量基準に該当するものなど）を「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例を検討、分析するところで適宜、示すことにする。

3 Paul Craig Administrative (n 1) 683.

4 榊原秀訓「イギリスにおける自然的正義の原則および公正性の原則の展開(一)」名古屋大学法政論集115号(1987)1頁～41頁、34頁～39頁を参照。

5 大田直史「イギリス行政法における『正当な期待』の保護(一)、同(二)・完」京都学園法学2号(1990)1頁～38頁、同3号・4号(1991)1頁～40頁を参照。

6 イギリス行政法（公法）の概説書、論文、研究資料や裁判例・判例では、公ノ

検証する中で、裁判所は、禁反言（estoppel）の法理が対象とする、公的主体自らが発した行政上の表示は尊重しなければならないという点に「正当な期待」の法理を結びつけることで、国民の手続的保障を確保し、イギリスにおける手続的保障の法理の適用範囲を拡大させてきた旨を述べる⁷。他方で、榊原教授は、このような一連の論理の展開は不明確な基礎に基づいていること、行政上の表示によって公的主体に課される拘束が、純粋な手続きの場合以外では「裁量は拘束されてはならないという公益を保護するため」の法理と対立する可能性があることを指摘する⁸。榊原教授は、「正当な期待」の法理が国民の手続的保障の拡大に寄与することを示す一方で、公的主体による裁量権の行使に対する拘束という点から、（当該教授は明示していないものの、）当該法理の射程の問題（すなわち、「実体上の正当な期待」との関係で問題が生じること）をとらえていた。

榊原教授が発表した論文の数年後に、大田教授は、「正当な期待」の法理の初出（1960年代末頃）の裁判例から1980年代末頃までの裁判例・判例を時代に沿って丹念に検証した。そこでは、大田教授は、「正当な期待」の法理は行政裁量の行使に対する裁判所による手続的実体的統制として作用していること、原告適格を認める根拠となっていること、特に、「実体上の正当な期待」を認める場合は、例えば、公的主体によるpolicyの変更それ自体が違法となるので、この点、裁量拘束禁止（non-fettering discretion）の法理との関係で問題になることなどを呈示する⁹。

↘ 正原則ないし公正性の法理（principles of fairness / rules of fairness）と表記するものはほとんどみられず、公正性（fairness）ないし手続的公正性（procedural fairness）と表記するものの他、公正に行為する義務（duty to act fairly）、公正な取扱い（fairly treatment）と示すものもある。本稿では、参照した文献や裁判例・判例によってこれらの用語を使い分ける場合もあるが、原則、公正性の法理と表記し、また、前述したいずれの用語も同じ意味として解する。

7 榊原前掲注4 34頁～35頁を参照。

8 榊原同上 38頁を参照。

9 大田(一)前掲注5 2頁、24頁、大田(二)・完 同39頁～40頁を参照。

大田教授は、榊原教授が指摘した、公的主体が行政上の表示に拘束される場合を具体的に例証し、これは、「実体上の正当な期待」を認めることで生じ、裁量拘束禁止の法理と衝突することを示した。

続けて、21世紀に入り、「正当な期待」の法理の内容を紹介したのが、児玉誠教授¹⁰と伊藤行紀教授¹¹であった。

まず、児玉教授は、「正当な期待」の法理の初出の裁判例から1990年代の裁判例・判例の内容を紹介した上で、当該法理は、依然として、全体的に不明確なところがあり、その内容は整理の途上であること、当該法理は公平性の問題に関わるものであることを述べる¹²。また、児玉教授は、とりわけ、「正当な期待」の法理をヨーロッパ行政法における比例原則の適用との関係で整理し、ヨーロッパでは、比例原則の導入および適用によって、当該法理の問題点を克服しようとしている旨を示して、当該法理を裁判所の審査手法の観点からみている¹³。

次に、伊藤教授は、1990年代から2000年代前半における「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例の内容やイギリス行政法研究者の見解を整理し、従来、議論されている司法審査論の観点に留まらず、同国の行政法に

10 児玉誠「イギリス行政法における『正当な期待』の原理(1)、同(2)」明星大学経済学研究紀要37巻2号（2006）25頁～34頁、同38巻2号（2007）31頁～40頁を参照。

11 伊藤行紀「英国行政法における正当な期待の保護」駿河台法学18巻2号（2005）（1）頁～（134）頁（以下、伊藤 英国行政法）、伊藤行紀「英国における司法審査基準の変容」比較法文化16号（2008）121頁～199頁（以下、伊藤 司法審査基準）、伊藤行紀「正当な期待の保護…Coughlan判決以後の展開」駿河台大学比較法研究所紀要18号（2009）73頁～102頁（以下、伊藤 正当な期待）を参照。

12 児玉（2）前掲注10 36頁～38頁を参照。

13 児玉同上 39頁～40頁を参照。但し、児玉教授は、イギリス行政法とヨーロッパ行政法との間は、それぞれの成り立ちを踏まえると、「本質的・根本的な差異が存在する」ので、「正当な期待」の法理を比例原則に適合させていくには、「その法的手段と理論」が重要な課題になると述べる。児玉同上 40頁を参照。

おける法概念の観点から権限踰越の行政上の表示との関係に至るまで当該法理の内容を広く検討し、当該法理の位置付けを把握しようと試みた。伊藤教授は、「正当な期待」の法理を「公的処分の相手方の信頼保護の原則」および「公的機関に対しては処分の公正さを義務付ける原則」だと称し¹⁴、その上で、とりわけ、当該法理は原告適格の範囲を拡大させたこと、「正当な期待」が認められるのはイギリス国民に限られないこと、「正当な期待」が認められるのは手続上のみか実体上も含むのかという点について一致した裁判例・判例はないことを指摘するとともに、ヨーロッパの裁判所で認められている法適合性の原則と法的安定性の原則から「正当な期待」の保護を評価すべきというCraigの主張に注目している¹⁵。

他方で、これらとは別に、日本の行政法の議論に新たな示唆を得られるものとして、行政の裁量統制の観点から「正当な期待」の法理の内容を分析したのが深澤龍一郎教授であった¹⁶。

深澤教授は、イギリスにおける政策（policy）の法的性質を分析する中で「正当な期待」の法理を取り上げ、とりわけ、「実体上の正当な期待」が現れたとされる1980年代半ばから1990年代の裁判例・判例を政策の離脱と政策の変更という独自の区別に基づいて検討し、「正当な期待」の法理と裁量拘束禁止の法理との関係や、それを活用して同国の司法審査の原理（Wednesbury原則および比例原則）を解明する¹⁷。そして、深澤教授は、行政の政策の一律適用および拘束性の問題を整理し、「正当な期待」の法理は裁判例・判例において行政の政策に拘束性を認めるものだと解した上で、イギリスの裁判所が試みてきた、当該法理のような行政の政策に拘束性を認めるものと裁量拘束禁止の法理との間の調和のあり方は、日本の

14 伊藤 英国行政法前掲注11（3）頁を参照。

15 伊藤同上（128）頁～（134）頁を参照。

16 深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開——イギリス裁量統制論——』（信山社 2013）82頁～118頁を参照。

17 深澤同上 93頁～115頁を参照。

「裁量基準の拘束性の問題」を検討する際の参考になる旨を示した¹⁸。そして、深澤教授は、実際に日本における裁量基準の法的性質に関する議論に結び付け、行政決定における行政裁量は柔軟に行使されるべきという立場から、日本も裁量権の逸脱又は濫用の判断基準として、イギリスのような裁量拘束禁止の法理の必要性を説く¹⁹。

このように、「正当な期待」の法理は、(1)従来、自然的正義の法理や公正性の法理では保護されなかったもの、すなわち、法的に保護されるものとして理解されていなかった「期待」を法的に保護し、それは、手続的保障の拡大に寄与するものだと解されて当該法理の研究が本格化し、(2)その後、当該法理による法的保護の場面が増えていくと、裁量統制および司法審査の観点から探究され、特に、裁量拘束禁止の法理との関係から議論されるようになり、(3)さらに研究が進むと、法概念上の位置付け、EU（EC）行政法（とりわけ、その中でも比例原則）との関係などが言及されるようになった。そして、「正当な期待」の法理に関する研究は、(2)が中心となって行われ、そこでは、「実体上の正当な期待」を認めることで生じる裁量拘束禁止の法理との対立関係の問題の検討、「正当な期待」の法理による実体的権利益の侵害に対する救済を確保、拡充するための裁判所の判断基準や審査手法の分析がされている。

しかして、「正当な期待」の法理に関する研究には、一定の成果がある。しかし、筆者は、先行研究では依然として、明らかにされていないことや、残された課題があると考ええる。

第一に、「正当な期待」の法理の内容についてである。

「正当な期待」の法理の展開に関する研究は、主に、イギリスにおける裁量統制や司法審査との関係から行われており、そこでは、当該法理は行政裁量を統制する法理として機能しているもの、裁判所の判断基準や審査

18 深澤同上 117頁を参照。

19 深澤同上 138頁を参照。

手法の構築に関係しているものだと解されている。しかし、「正当な期待」の法理は、あるときには、従来、自然的正義の法理および公正性の法理では法的に保護されない「期待」を法的に保護するものだとされ、また、あるときには、信頼保護の観点から「期待」を法的に保護するものだと説かれている。つまり、これは、「正当な期待」の法理の内容が時代を経るごとに変化している、或いはその内容が明確ではないことを表わしているのではないか。よって、このような状況で、「正当な期待」の法理は裁量統制に関係するものなどと位置付けると、かえって当該法理への理解を狭めてしまうように思われる。そこで、「正当な期待」の法理そのものに対する究明を主眼とした研究が必要であり、当該法理の内容を的確に捉えるためには、その趨勢を丹念に分析していく必要があると考える。

第二に、「正当な期待」の法理の比較研究についてである。

「正当な期待」の法理は、公的主体は行政上の表示にそって行動するであろうという「期待」を法的に保護するものだとされており、当該「期待」が生じる背景には、公的主体が発した行政上の表示に対する国民の信頼の発生が関係している。先に触れた伊藤教授の見解の他、EU (EC) 行政法の研究者の中にも、イギリス行政法における「正当な期待」の法理を信義誠実の法理 (principle of good faith) と称する者がいる²⁰。そこで、この観点に着目すると、深澤教授が試みた、日本とイギリスにおける行政の裁量統制の比較研究以外に、特に、日本の行政法上の信義誠実の原則 (信義則) との関係で新たな比較研究が可能ではないだろうか。

日本の行政法において、信義則とは、「様々な行政の活動を信頼して国

20 例えば、Boymans & Eliantonioは、「正当な期待」は「政府機関が市民に正当とされた期待を抱かせるような行動をしてきたとき、その政府機関はその約束を遂行しなければならないという信義誠実の法理」だと説く。Philippe Boymans & Mariolina Eliantonio, 'Europeanization of Legal Principles? The Influence of the CJEU'S Case Law on the Principle of Legitimate Expectations in the Netherlands and the United Kingdom' (2013) 19 EPL 715, 718.

民が行動した場合に、この信頼に基づいて形成された国民の権利利益を保護する」ものだと説明されている²¹。また、その内容は、国民と行政との間の接触関係の有無で区別することができることとされ、このうち、接触関係がある場合においては、行政によって示された表示に対する国民の信頼保護（禁反言の原則）がその内容だとされる²²。

このように、「正当な期待」の法理は、日本の行政法上の信義則に類するものと位置付けることができるならば、信頼保護の観点から日本の行政法の議論に新たな示唆を与えられるように思われる。

第三に、第一および第二の点に関わることだが、先行研究では、次のような観点からの整理がみられなかった。すなわち、それは、①「正当な期待」の法理の深化（イギリスの裁判所が、なぜ、自然的正義の法理を始めとする既存の法理で対応するのではなく、「正当な期待」という新たな法理を生成したのか、また、なぜ、当該法理を積極的に活用しているのか）、②当該法理の規範構造（内容）（裁判所が「正当な期待」をどのような法理として解き、どのような規範を定めたのか、また、どのようにして原告の「正当な期待」の認否を判断しているのか）、③当該法理の本質（つまるところ、「正当な期待」とは何か）である。このような観点から整理することで、「正当な期待」の法理の全体像を明らかにすることができよう。

第四に、「正当な期待」の法理に関する研究の方法についてである。

先行研究では、古い年代の「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例から執筆当時の最新の裁判例・判例を挙げて、当該法理の動向を示していた。しかし、本稿では、先行研究が扱った時期の「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例を、当該裁判例・判例に関する当時の文献などに照ら

21 市橋克哉・榊原秀訓・本多滝夫・稲葉一将・山田健吾・平田和一『アクチュアル行政法 第3版』（法律文化社 2020）39頁（市橋克哉執筆）を参照。

22 渡井理佳子「行政活動と信義誠実の原則」公法研究81号（2019）190頁～202頁、191頁～192頁を参照。

して再評価し（例えば、当時の裁判官が指摘したことが現代にどのような影響を与えたのか、どのような意味を持つことになったのかなど）、また、その時期区分も新たに作る。とりわけ、*Coughlan* [2000] 事件²³（第3章を参照）が「正当な期待」の法理に関する類型を提示し、当該法理の確立をもたらしたのだと評価されているため、当該事件を軸に、それ以前（第2章を参照）と当該事件およびそれ以降（第3章を参照）とを明確に区別して、各章で裁判例・判例を検討、分析する。このようにして、各年代で展開された「正当な期待」の法理の内容を正確に掴むとともに、当該法理の位置付けを見直す。

以上、本稿では、これらの点を踏まえて、「正当な期待」の法理の歴史的展開を明らかにし、一定の示唆を得ることを目的としたい。

第1章「正当な期待」の法理の前史

本章では、「正当な期待」の法理が出現した背景を探る。すなわち、裁判所は、「手続上の正当な期待」との関係では公的主体に公正な手続を要請する、自然的正義の法理および公正性の法理を活用し²⁴、他方で、「実体上の正当な期待」との関係では（1名の裁判官のみだが）行政上の表示の破棄又は変更それ自体を戒める法理として私法上の禁反言の法理を使ってきた²⁵。そのため、裁判所は、本来ならばこれらの法理に基づいて国民の権利利益の救済を確保することが可能なはずである。しかし、現在の裁判所は、「正当な期待」の法理を広く活用して、行政法に関する事件に対処している。そこで、イギリスにおける伝統的な法理と目される自然的正

23 *R v North and East Devon Health Authority ex parte Coughlan* [2000] 3 All ER 850 (CA).

24 S. H. Bailey (n 1) 776-777.

25 William Wade & Christopher Forsyth (n 1) 196.

義の法理、公正性の法理、禁反言の法理、それぞれの適用の有無に関する主要な裁判例・判例を検討、分析し、その射程と適用の限界を明らかにすることは、「正当な期待」の法理が展開されるまでの背景を把握する上で重要だと言える²⁶。

第1節 公正な手続の保障

第1款 自然的正義の法理

（1）法理の適用範囲：機能的二分論

自然的正義の法理は、(一)「何人も自己の訴訟の裁判官たり得ない (Nemo iudex in causa sua)」、(二)「相手方当事者の主張を聴け (Audi alteram partem)」という2つの原則から成立する、公正な手続を保障する古典的な法理であり、前者は偏見ある裁判の存在を否定する法理として、後者は公正な聴聞を受ける権利の法理として、それぞれ理解されている²⁷。以下、本稿の内容との関係で、「相手方当事者の主張を聴け」という原則の観点からみていく。

自然的正義の法理に関する論点は多岐にわたるが、その中でも、裁判所が当該法理の適用の有無を判断する糸口として注目したのが、公的主体による権限の行使が行政的機能 (administrative function) 又は司法的機能 (judicial function) のいずれに該当するのかという点であった (機能的二分論)²⁸。例えば、手続規定の中に裁判所の手続に類似したものが存在す

26 本章で扱う法理の前史は、あくまでも「正当な期待」の法理の展開との関係に限定したものであることを予めご海容いただきたい。

27 S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd edn, Stevens & Sons Limited London 1973) 134; William Wade and Christopher Forsyth (n 1) 374; Paul Craig *Administrative Law* (n 1) 349. また、この点について、岡本博志『イギリス行政訴訟法の研究』(九州大学出版会 1992) 173頁～193頁、173頁、木村実「イギリス行政法の現況(三)——わが国との比較研究序説——」判例時報 962号 (1980) 20頁～26頁、20頁も参照。

28 「機能」と称する文献として、以下のものがある。See Mark Elliott & Jason

る場合などは司法的機能、他方で、公的主体の有する権限それ自体が政策的、裁量的なものである場合は行政的機能などとされ²⁹、当該法理の裁判例・判例の集積を通してその適用範囲と内容が整理された。そして、こうした中、公的主体の権限の行使の性質に着目し、司法的機能を柔軟に解して自然的正義の法理の適用範囲を拡大させたのが、*Ridge* [1963] 事件である。

(2) *Ridge* [1963] 事件

Ridge [1963] 事件³⁰は、1882年の都市団体法 (Municipal Corporations Act) 191条4項に基づき公安委員会 (Watch Committee) によって免職の決定を受けた警察署長 (Chief Constable) (原告、上诉人) が、当該決定を受けるにあたって聴聞の機会を与えられなかったことや免職の詳細な理由が提示されなかったことなどを主張して給与支払いと損害賠償請求を求めたものである。

Reid LJは、結論として、決定権のある主体は当該決定で影響を及ぼす者に意見表明する適切な機会を与えるまで適法な決定を下すことができないこと³¹などを述べ、原告による上訴を認めて原告の解雇処分を無効と宣言し、さらなる審理を求めて下級裁判所へ差戻した。このとき、Reid LJは、その推論の中で、自然的正義の法理の適用範囲について、意見を発した。

まず、Reid LJは、裁判所が自然的正義の法理を適用しようとする各種

↘ N. E. Varuhas (n 1) 371. この他、例えば、Craigは、「決定 (decision)」と称する。See Paul Craig (n 1) 352. なお、岡本博志教授は「行為」、木村実教授は「作用」とそれぞれ称する。岡本同上 177頁、木村同上 20頁～21頁を参照。

29 榊原前掲注4 9頁を参照。

30 *Ridge v Baldwin* [1963] 2 All ER 66 (HL). *Ridge* [1963] 事件について、岡本前掲注27 173頁～183頁、榊原同上 14頁～15頁を参照。

31 *Ridge* [1963] *ibid* 81.

事案の間の大きな違いに十分な注意を払わなかったことが、当該法理の判例の混乱をもたらしている旨を示しつつ³²、本件のような雇用（解雇）関係の先例では、いずれも原告の聴聞の機会など手続的保障を認めていると述べた³³。その上で、Reid LJは、イギリスでは、「相当最近まで行政法の発達した仕組み（system）を必要としなかった」ため、その仕組みを有しておらず、裁判所は、新しいタイプの事案に対処するとき、「その解決策を模索しなければならなかった」こと、特に裁判所は、「古い権限・規則（rules）か手続きが定立されていなかった又は〔それらを〕扱うことを意図していなかった事案」に対して、自然的正義の法理は、適用できないものと理解していたこと、しかし、「我々の古い手法が古いタイプの事案に〔当該法理を〕適用可能であったのと同様に、今日において、新しいタイプの事案にも当該法理を「適用可能だ」という考えは正当化されること」を指摘した（〔 〕内は引用者注）³⁴。

Reid LJは、従来の自然的正義の法理の適用範囲を見直し、その拡大を認めた。このようなReid LJの意見について、例えば、裁判官Denningは、他の行政法に関する事件³⁵の中で、*Ridge* [1963] 事件を、従来、自然的正義の法理は司法上の手続きにのみ適用され、行政上の手続きには適用されなかったという点を修正したものと解する³⁶。

そこで、*Ridge* [1963] 事件は、自然的正義の法理が展開されてきた中で転換期の又は象徴的な判例としてみられている³⁷。

32 Ibid 71.

33 Ibid 73-75.

34 Ibid 76.

35 *R v Gaming Board for Great Britain ex p. Benaim* [1970] 2 All ER 528.

36 Ibid 533.

37 See Sir William Wade & Christopher Forsyth (n 1) 375; Paul Craig *Administrative Law* (n 1) 354-355; S. H. Bailey (n 1) 784-786. また、日本における自然的正義の法理に関する研究でも、同様に解したものとして、岡本前掲注27 174頁、榊原前掲注4 13頁を参照。このうち、岡本教授は、「この判決は公正な行政メ

(3) まとめ

自然的正義の法理は、裁判所による審理手続の公正を求めるものとして役割を果たし、裁判所は、争点となった公的主体の権限の行使が司法的機能に該当するか否かで当該法理の適用の有無を判断してきた。しかし、*Ridge* [1963] 事件が、この点を修正して、従来、行政的機能に該当するとされてきた事案にも、自然的正義の法理の適用を肯定し、その射程を拡げた。

第2款 公正性の法理

自然的正義の法理が適用されるのは、あくまでも司法的機能に該当する場合であるため、裁判所は、公的主体のあらゆる決定に対する国民の手続的保障を確保するために当該法理を適用させることはできなかった。そこで、*Ridge* [1963] 事件以降、公的主体の手続違反に関する事件では、裁判所は、新たに公正性の法理の適用問題として扱うようになる³⁸。この背景には、自然的正義の法理は、従来、禁止命令 (prohibition) や移送命令 (certiorari) といった大権的救済 (prerogative remedy)³⁹ という限られた救済手段でしか適用できないことがあった。また、裁判所が自然的正義の法理の適用の有無よりも、公的主体による公正な手続とは何かを問題として捉え始めたことによる、裁判所の問題意識の変化も関係しているとされる⁴⁰。そして、公正性の法理を初めて明示し、当該法理に基づいて公的主体の手続違反の有無を審理したのが、*HK* [1967] 事件である。

「手続を確立した判例理論の画期をなすものとして評価されている」と述べる。岡本同上。

38 例えば、Craigは、*Ridge* [1963] 事件以降の裁判例、判例では自然的正義の法理よりも公正性の法理ないし公正に行為する義務という用語の言及が多くみられるようになったと指摘する。Paul Craig *Administrative Law* (n 1) 355.

39 大権的救済の内容を説明した文献として、以下のものがある。See H. W. R. Wade *Administrative Law* (6th 1988 Clarendon Press Oxford) 583-664.

40 岡本前掲注27 184頁～185頁を参照。

（1）HK [1967] 事件

HK [1967] 事件⁴¹ は、HK氏（子息）をイギリスに入国させようとした原告（父親）が彼の年齢を詐称したため、入国管理官が1962年のコモンウェルス入国管理法（Commonwealth Immigrant Act）（1962年法）2条1項に基づいて彼のイギリスへの入国を拒否する決定をしたものの、1962年法2条2項では16歳未満の子供に対して入国拒否をしてはならないとも定められていたため、原告はHK氏が16歳未満であることを理由に入国を拒否した決定を破棄するよう移送命令を求めたものである。

Lord Parker CJは、結論として、原告およびHK氏は、入国の拒否決定をした入国管理官を納得させなければならないことを十分に理解し、そのための十分な機会も与えられていたこと、HK氏の在学証明書の存在が入国管理官によってより詳細に審問されるべきであったとしても、それは職務執行命令（mandamus）の問題であり、移送命令の問題には成り得ないことなどと指摘して移送命令を拒否し⁴²、原告の請求を棄却した。しかし、Lord Parker CJは、入国管理官の立場に関する文脈で、「たとえ、入国管理官が司法的又は準司法的な立場になかったとしても、彼はいずれにせよ、その条項の意味を納得させる機会を移民に与えなければならないし、移民が彼[の考え]を正すことができるように、自身の直接の心象（immediate impression）が何であるのかを移民に知らせなければならない」⁴³、「これは、司法的に行為する（to act judicially）又は司法的に行為するよう要求される問題ではなく、公正に行為する（to act fairly）よう要求される問題」と指摘した（[]内は引用者注）⁴³。

Lord Parker CJは、入国管理官が司法的行為をする立場でなくとも、公正に行為する義務が課される場合がある（本件はこの義務に該当する）

41 *Re K (H) (an Infant)* [1967] 1 All ER 226 (QBD).

42 *Ibid* 231-232.

43 *Ibid* 231.

旨を示し、自然的正義の法理に代わる新たな法理を發した。

そして、Lord Parker CJの意見は、その後の裁判例・判例で明確に支持、採用されるとともに、本判決以降の裁判所は、公的主体による決定で影響を受けた者が、当該決定が（暗黙のうちに）なされるにあたって聴聞の機会を与えられていたかどうかを審査する根拠として、公正性の法理を見出した⁴⁴。

（2）まとめ

公正性の法理は、大権的救済以外が求められた場合に、国民の手続的権利利益を保護するために裁判所が新たに生成したものであり、制定法上の手続違反があった場合には、公的主体に対して公正な手続をするよう要請する根拠となった。これは、従来、司法的機能と行政的機能という区分で国民の権利利益の法的救済の有無が事実上、決定されてきたことからの脱却を意味しよう。

第3款 従前の法理による保障の限界

自然的正義の法理と公正性の法理には、次のような限界がみられた。

自然的正義の法理は、その適用の有無が公的主体の権限の性質が司法的機能に該当するか否かに左右され、また、大権的救済を求める場合を除いて活用することができなかった。そこで、裁判所は、自然的正義の法理で対処できなかった行政法に関する事件を公正性の法理に基づいて審理した。

しかし、1960年代～70年代において、公正性の法理に関する事件の中には、依然として、行政的機能と司法的機能という機能的二分論を前提に当

44 *HK* [1967] 事件直後に出された裁判例・判例として、以下のものがある。Eg *Benaim* [1970] (n 35) ; *Breen v Amalgamated Engineering Union* [1971] 1 All ER 1148 (CA). (*Breen* [1971] 事件は第2章を参照。)

該法理の適用の有無を決定したものがみられた⁴⁵。そこでは、司法的機能の場合は自然的正義の法理が、行政的機能の場合は公正性の法理が、それぞれ適用されている。

また、公正性の法理の射程は基本的に手続上であり⁴⁶、公的主体の決定で生じた結果から影響を受けた者（すなわち、公正な結果を得られなかった者）を保護する実体的保障は困難であった。

さらに、公正性の法理の射程が手続上であっても、法的救済の対象となる手続きが限定されていた。すなわち、公正性の法理に基づく手続上の保護は、既得権のはく奪の場合にのみ及ぶものであった。

こうして、自然的正義の法理と公正性の法理に関する裁判例・判例が集積される中で、これらの法理による国民の権利利益の救済の限界がみえてきたことから、裁判所は、これらの限界に対処するために、また、とりわけ、行政上の表示違反との関係で公的主体の権限の行使で生じた結果それ自体の不公正さに対応することが求められた。そこで、裁判所は、手続き面の課題を「正当な期待」の法理に基づいて、実体面の課題を当初、禁反言の法理に基づいて、それぞれ解決しようとした。

第2節 禁反言の法理

イギリス行政法において、禁反言の法理とは、ある者が誤表示（misrep-

45 Eg *Pearlberg v Varty (Inspector of Taxes)* [1972] 2All ER 6 (HL) (Pearson LJ); *Batcs v Lord Hailsham of St Maryleborne* [1972] 3 All ER 1019 (ChD) (Megarry J). これらの裁判例・判例の内容は、榊原前掲注4 22頁～29頁も参照。

46 例えば、Knaflerは、「制定法上の権限は公正に行使しなければならないという厳格な前提があり、それは、「その過程が公正になされなければならない」というものだと述べつつ、「もちろん、これは、その結果が公正になされなければならないということを意味しない」と指摘して、手続きと実体とを区別し、公正性の法理の射程が前者であることを示唆する。Stephen Knafler QC, 'Fairness in Public Law' (2013) JR 167, 169.

resentation) に依拠していた場合に、それが真実だと信じ込ませた者はその事実を否定するのを禁じられ、その者の主張が誤りであったとしても、その者は主張したことを否定することができないというものとされている⁴⁷。

禁反言の法理には多様な種類があるところ⁴⁸、ここでは、「正当な期待」の法理との関係で衡平法上の (equitable) ないし約束上の (promissory) 禁反言の法理をみる⁴⁹。この意味における禁反言の法理は、公的主体がある行政上の表示をし、それを信頼した者がいるにもかかわらず、その後、当該主体がこの表示を反故にした場合に、当該主体にこの表示を遵守するよう求める (行政上の表示の破棄又は変更の自由を制約をかける) ことができるというものである。

ところで、裁判所が禁反言の法理の適用の有無を判断する上で争点となった行政上の表示を審理する点は、「第一に、公的主体の代表者が表示をなす事実上又は明白な権限を有していたかどうか」、「第二に、公的主体又はその代表者がなした表示に起因する決定が権限内か権限踰越かどうか」だとされる⁵⁰。また、「たとえ、決定自体が権限内であるとしても、代表者自身が表示をなす事実上の又は明白な権限を有さない場合には、表示は拘束力を持たない」、「公務員が権限を有するのが明白であるときはい

47 H. W. R. Wade, *Administrative Law* (2nd edn, Clarendon Press Oxford 1967) 62.

48 畑雅弘教授によると、この他に記録による禁反言 (estoppel by record) や捺印証書による禁反言 (estoppel by deed) があるとされる。畑雅弘「行政機関(職員)の表明と相手方の信頼保護(一)——イギリス行政法におけるエストッペルを参考として」関西大学法学論集37巻4号(1987)85頁~122頁、89頁~91頁を参照。

49 Wadeは、この意味における禁反言の法理について、行政上の表示との関係で「指針 (statement) 又は事実に関する表示により、それに依拠した者に損害を与える者は、たとえ、それが誤りであったとしても、それを後に否定することは許されないと説く。H. W. R. Wade (n 39) 261.

50 Paul Craig, 'Representations by Public Bodies' (1977) 93 LQR 398, 399.

つでも、決定自体は権限内であり、そうでない場合には、彼は権限を有さない」とされている⁵¹。つまり、裁判所は、行政上の表示が法規範という形式で出されたものかどうかは問わず、当該表示をする公的主体の権限の性格と当該表示に基づいてなされた決定が当該主体の権限の範囲内でなされたものであるかどうかを審理し、禁反言の法理の適用の有無を判断するのである。

しかし、本節第1款でみていくように、裁判所は、行政法に関する事件で禁反言の法理の適用を制約してきた。

第1款 適用の制約

（1）制約の内容

禁反言の法理の適用には、主に2つの制約がある。

第一に、禁反言の法理は、「権限踰越である行為を正当化することはできない」というものだとされる⁵²。そして、この点を明示した裁判例として、土地所有に関する農業・水産大臣の権限の行使の踰越の有無などが争点になった、*Matthews* [1949] 事件⁵³がある。

Lord Rolls MRは、同じく禁反言の法理の裁判例である、*Hulkin* [1948] 事件⁵⁴（判例誌に未搭載）のLord Greene MRの意見を引用⁵⁵し、「制定法

51 Ibid.

52 H. W. R. Wade (n 39) 262.

53 *Ministry of Agriculture and Fisheries v Matthews* [1949] 2 All ER 724 (KBD).

54 *Minister of Agriculture and Fisheries v Hulkin* [1948] (unrep).

55 Craigは、次のように*Hulkin* [1948] 事件のLord Greene MRが意見した内容を紹介する。（この内容は、畑(一)前掲注48 95頁も参照。）

「禁反言は、君主に対して又は公的主体に対して適用するのを認められ得ない。なぜならば、そうすることは権限踰越の法理の全体を破壊するからである。すなわち、[それは、] 公的主体に制定法上の又はコモン・ローの範囲外の表示をなすことで権限を拡大させるのを認めることになり、そして、そ

に基づいて権限ある機関に対して与えられた権限は与えられた権限の全領域に限られる」ので、「制定法上の権限を付与された者が禁反言を援用することで彼の権限を拡大することが可能であるならば、権限踰越の法理全体を完全に破壊することになるだろう⁵⁶」と述べて、当該法理が権限踰越の法理に優越しない旨を示した⁵⁷。

第二に、禁反言の法理は、「行政上のpolicy (government policy)」に適用されないものとされる⁵⁸。そして、この点を明確にした裁判例の1つに、*Hodgson (Wickford)* [1961] 事件⁵⁹がある。

Hodgson (Wickford) [1961] 事件は、原告が購入した土地の利用形態に問題があるとし、市（被告、上訴人）が当該土地の利用の中止を求める是正通知を送達したところ、原告が1947年都市農村計画法23条4項に基づいて通知の破棄を求めたものである。

Lord Parker CJは、結論として、「禁反言は、公衆の、若しくは公衆の一部の利益のために履行される又は行使されることを意図されている制定法上の義務、若しくは制定法上の裁量の行使を妨げる又は妨害するために適用できない」と述べた上で、「許可なしに実施された開発に関して、23条に基づく是正通知を送達するための地方の計画当局の裁量は、公共性の

ㄨ の場合には、禁反言の手段をとおして彼らを拘束させるだろう。」（〔 〕内は引用者注。）

Paul Craig (n 50) 398.

56 *Matthews* [1949] (n 53) 729.

57 Ganzによると、手続規則が裁判所によって義務的なものとみなされるとき、公的主体がそれを遵守せずに決定した場合は権限踰越だとされる。Gabriele Ganz, 'Estoppel and Res Judicate in Administrative Law' (1965) PL 237-255, 244.

58 H. W. R. Wade (n 39) 263.

59 *Southend-on-Sea Corporation v Hodgson (Wickford) Ltd* [1961] 2 All ER 46 (QBD). *Hodgson (Wickford)* [1961] 事件について、畑(一)前掲注48 99頁～100頁を参照。

ある制定法上の裁量であり、「少なくとも、この内容で禁反言が明確な制定法上の義務の行使を妨げる又は妨害するために働かないというその命題が正しいのは明白と述べて⁶⁰、原告の請求を破棄した。このとき、Lord Parker CJは、その推論の中で、「裁量に関する判例では、制定法のもとで自由、かつ、妨害されない裁量（unhindered discretion）を行使する義務があり」、「公の権限ある機関は契約によって裁量行使を拘束され得ないという判例の系統がある」ので「同様に、禁反言は裁量行使を妨げる又は妨害するために取り上げることはできない」と指摘した⁶¹。

Lord Parker CJは、先例を踏まえて公的主体による公益の追及や保護を目的とした制定法上の裁量の行使は禁反言の法理によって妨げられないと指摘して、禁反言の法理の適用が制約される場合を示した。

こうして、禁反言の法理の適用は、権限踰越の法理と行政上のpolicyとの関係で制約されていた。

（2）2つの制約の整理

禁反言の法理の適用に関する2つの制約は、その後、*Western Fish Products* [1981] 事件⁶²で整理された。

Western Fish Products [1981] 事件は、カウンシル（被告）の会議が、原告が提出した廃工場も含む産業用地の購入に際して関連する申請全てを拒否したことだけでなく、原告が提出した当該用地の利用権に関する証明を記した書簡（letter）（被告の計画担当官は了承済みのもの）に基づいて当該用地で進行中であった建設作業に対しても是正通知を出して作業を停止させたことに対して、被告が是正通知を強行しないようにする職務執行

60 *Hodgson (Wickford) Ltd* [1961] ibid 48.

61 Ibid 48-49.

62 *Western Fish Products v Penwith District Council* [1981] 2 All ER 204 (CA). *Western Fish Products* [1981] 事件について、畑前掲注48 115頁～119頁を参照。

命令、被告に是正通知を撤回するよう要求する命令などを求めたものである。

Megaw LJは、結論として、「第一に、彼らは約束上の禁反言と呼ばれるようになった衡平法上の権利 (equitable right) を有していなかったから、また、第二に、法律において、被告は1971年法に基づいて制定法上の義務を行使することを禁じられていなかったから⁶³」と述べて、原告の請求を棄却した。しかし、Megaw LJは、その推論の中で、まず、計画当局は、「特定の問題を決定する権限を担当者に委ねた場合には、彼らがなしたいかなる決定も取り消すことはできない」と述べた⁶⁴。次に、Megaw LJは、「計画当局が制定法上の権限を行使するためになされた申請に係る手続上の要件を適用しない (waives) ならば、計画当局は形式要件 (formality) がないことに依拠することを禁じられる場合がある」が、「その多くは、手続のあり方を定めた制定法上の規定の解釈に依る」と指摘して⁶⁵、禁反言の法理の適用が認められる2つの例外を示した。

Megaw LJは、形式要件の不備は禁反言とされる場合があり、公的主体の権限が特定の問題を決定するために補助職員に委任される場合には、当該決定は取り消されないこと、また、裁判所は、当該決定が取り消されない限り、かつ、当該決定が取り消されるまで、当該決定の適法性を示すために関連する制定法を解釈する余地があることを示したと評価される⁶⁶。そして、本判決は、禁反言の法理の適用の拡張を阻止するものだとされている⁶⁷。

63 *Western Fish Products* [1981] *ibid* 217.

64 *Ibid* 219.

65 *Ibid* 221.

66 *Paul Craig Ground* (n 1) 864.

67 *Wade*は、「控訴院は現在、公法の中で禁反言の法理を自由に働かせることの危険さをかなり適切に認識してきた」ので、当該法理の「拡張が2つの例外事項を超えて正当とさせ得ないと言及した」のだと指摘する。H. W. R. *Wade* (n 39) 386.

第2款 適用の範囲

極めて少数ではあるが、禁反言の法理の適用を認めた事案も存在する。そして、これらの事案に関わったのが、「正当な期待」という概念を初めて発した、裁判官Denningであった。以下、2つの事案をみる。

（1）*Robertson* [1948] 事件

Robertson [1948] 事件⁶⁸は、原告が戦争省（War Office）からの書簡で示された、年金大臣の協議なしに原告の身体障がい兵役に起因し得るとして認められる旨の言質（assurance）を受けたものの、その後、1939年の年金権限移譲命令（Pensions Transfer of Power Order）に基づいて、兵役に関する身体障がい請求の全体を管理する年金大臣によって身体障がいの起因は兵役ではない旨を決定されたため、原告が当該決定の取消しを求めたものである。

Denning Jは、結論として、戦争省の書簡は年金大臣を拘束すると述べて⁶⁹、原告の請求を認めつつ、その推論の中で、次のように論及して禁反言の法理を適用した。

まず、Denning Jは、戦争省が示した言質について、これは、「権限ある機関の決定を拘束することを意図し [、言質に基づいて] 行動することを意図した」ものであり、「これが臣民（subjects）間の問題であるならば、戦争省の書簡に含まれた言質を与えた者は、それが誤りの影響下でなされた又は誤った表示（misrepresentation）などによって誘発されたということを証明しない限り、それに拘束されたままであろう」と指摘しつつ、「本件では、[そのような事情は] 一切、見受けられない」と述べた（[]

68 *Robertson v Minister of Pensions* [1948] 2 All ER 767 (KBD). *Robertson* [1948] 事件について、畑(一)前掲注48 104頁～106頁を参照。

69 *Robertson* [1948] *ibid* 771.

内は引用者注)⁷⁰。

次に、年金大臣などの行政機関は国王の代理人として位置付けられていたため、Denning Jは、その言質が国王（Crown）までも拘束するかどうかについて、「国王は、禁反言の法理が以前から激増してきたという理由で禁反言が国王を拘束しないと行って逃れることはでき」ず、「また、国王は、執行必要性（executive necessity）の原理、すなわち、国王は将来の執行行為（executive action）に拘束されることについて自らを拘束することができないという法理」によっても逃げられないと指摘した⁷¹。

そして、Denning Jは、年金大臣は戦争省の書簡に拘束されるかどうかについて、「政府機関が、ある主体との取引において彼が関心をもっている事項について、自ら権限をもっている場合」、当該主体はそれを信頼し、また、そもそも、当該主体はその権限の範囲を知らない又は知ることは期待できないので、「当該機関自体が拘束されるのは明らかであり、それは、実際のところ、国王の代理人だけでなく、国王もまた拘束され、国王が拘束されるので、他の機関も、すなわち、国王の代理人である彼らも拘束され、よって、「戦争省の書簡は、国王を拘束し、国王を通じて年金大臣を拘束する」と指摘し、その上で、「年金大臣の職務（function）は国王が発した国王令状を執行することであり、彼はそれを執行しなければならないので、国王によって又は国王を代表して付与される言質全てを遵守しなければならない」と述べた⁷²。

Denning Jは、禁反言の法理を適用して、公的主体が発した行政上の表示を信頼した者がいる場合に、当該主体はその表示に拘束される場合があるだけでなく、当該主体とは別の主体もその表示に拘束される場合があることを示した。そこで、これは、まさに、衡平法上の禁反言の法理を適用

70 Ibid 769.

71 Ibid 770.

72 Ibid 770-771.

して判断したものとされる⁷³。つまり、Denning Jは、戦争省という別の公的主体による行政上の表示であったとしても、行政の一体性という観点から国王も当該表示に拘束されるのを認めたのであった。

（2）*Lever (Finance)* [1970] 事件

Lever (Finance) [1970] 事件⁷⁴は、地方計画当局（被告）の職員より開発計画の重大な変更に該当しないため新たな計画許可は必要ない旨の確約を受けて住宅開発に着手した原告らが、その後、当該当局が周辺の居住者の意見表明を踏まえてその変更の計画許可を申請すべき旨を示したため、当該当局の職員の助言に基づいて申請書を提出したものの、当該当局がその申請を拒否し、その開発で建てられる住宅を取り壊す是正通知（enforcement notice）が出されるべき旨を決定したことに対して、当該当局に当該開発地で住宅を完成させる地位を与えられたという宣言的判決と当該当局が是正通知を出すことを禁止する職務執行命令を求めたものである。（下級審の判断を不服として、被告が上訴した。以下は、控訴院の判断である。）

Lord Denning MRは、結論として、原告が地方計画当局のなした表示を信頼して住宅を建設したので、是正通知を出すべきではなかったなどと述べ⁷⁵、被告の上訴を棄却した。しかし、Lord Denning MRは、その推論の中で、まず、*Hodgson (Wickford) Ltd* [1961] 事件を参照し、公の権限ある機関は、多くの事項を職員らに委任することができるので、「職員

73 Gabriele Ganz (n 57) 237.

74 *Lever (Finance) Ltd v Westminster Corporation* [1970] 3 All ER 496 (CA).
Lever (Finance) [1970] 事件について、畑前掲注48 112頁～115頁、畑雅弘「行政機関（職員）の表明と相手方の信頼保護（二・完）－イギリス行政法におけるエストoppelを参考として」関西大学法学論集38巻4号（1988）74頁～94頁、80頁～81頁を参照。

75 *Lever (Finance)* [1970] *ibid* 501.

らが表見的権限 (ostensible authority) の範囲内で行為することに関する表示をなし、受領者がその表示に基づき行為するならば、公の権限ある機関は、まさに私的關係 (a private concern) と同様に表示に拘束される場合がある」と指摘した⁷⁶。その上で、Lord Denning MRは、地方計画当局が開発の変更の重大性を判断することは、「当該当局の慣行であり、職員らは、変更が重大であるのか否かを申請者に伝えることを認められて」おり、そして、「当該慣行は当局の職員の表見的権限の範囲内の事項であり、また、[彼らは] それに基づいて行為してきたので当局を拘束する」([] 内は引用者注) と述べて⁷⁷、禁反言の法理の適用が認められる場合を明示した。

本件は、地方計画当局による権限の行使ではなく、当該当局から委任された補助職員によって権限が行使されたことが問題となったものであり、Lord Denning MRは、当該当局の権限が補助職員に多くの事項を委任されているという権限の性格を「表見的権限」と称して説明し、当該当局は、「まさに私的關係と同様に」当該補助職員の表示に当該当局も拘束される場合があると指摘した⁷⁸。

このように、Lord Denning MRの意見は、*Robertson* [1948] 事件と同様に、禁反言の法理を活用して行政の一体性という観点から生来的に権限を有する公的主体はその権限を委任した補助職員の表示に拘束されることを認めたものであり、これは、無権限者（本件に即すると、権限を委任された職員）による行政上の表示であったとしても、公的主体はそれに拘束される場合がある旨を示したものだと言えよう。

76 Ibid 500.

77 Ibid 501.

78 また、Lord Denning MRは、地方計画当局の担当者の行政上の表示が当該当局の行為を拘束する根拠として「表見的権限」という考えだけでなく、会社法における「内部的業務執行 (indoor management)」と称される原則も取り入れて検討した。Ibid.

第3款 まとめ

本節では、禁反言の法理の適用の有無についてみてきた。結局のところ、禁反言の法理の適用は、裁判官Denningが中心となって行われ、当該裁判官は、一見して権限踰越の法理に抵触するおそれがある事件であっても、一定の場合に禁反言の法理を活用して公的主体が自ら示した行政上の表示に拘束させ、当該表示に依拠した者の実体的権利利益を保護しようとした。

もっとも、禁反言の法理の適用は、実のところ、権限踰越の法理に抵触するおそれがあり、また、裁判官Denningの考え方に基づくと、当該法理に抵触する行政上の表示までも有効なものとして認めることに繋がりがねなかった⁷⁹。例えば、*Robertson* [1948] 事件は、戦争によって身体に障がいを受けたことの証明に関する制定法上の権限は年金大臣が戦争省に委任していないので、本来、戦争省の行為は権限踰越にあたり、年金大臣は戦争省が原告に発した書簡に拘束されず、また、当該大臣は与えられた制定法上の権限の範囲で兵役による身体障がいの当否の決定をしており、禁反言の法理の適用はないように思われる。よって、裁判官Denningの考え方は、非常に特異なものだと言わざるを得ない。現に、裁判官Denningの考え方を採り入れた裁判例・判例はみられず、むしろ、それを否定する他の裁判官の意見がみられる⁸⁰。

こうして、行政法に関する事件では、禁反言の法理を適用は極めて限定

79 この点を指摘した文献として、以下のものがある。See Paul Craig, *Administrative Law* (London Sweet & Maxwell 1983) 564.

80 例えば、*Robertson* [1948] 事件のDenning Jの意見を採用することを明確に否定した判例として、*Howell* [1951] 事件がある。*Howell v Falmouth Boat Construction co Ltd* [1951] 2 All ER 278 (HL). Lord Simondsは、「私は、我々の法 [イギリス行政法] でそのような [禁反言の] 原則に関して知らないし、それを引用したいかなる判例もな」く、「行為の違法性は、行為者が上級職員又は下級職員にかかわらず、政府職員側の権限を引き受けることで誤った方向に導かれたか否かでは同様 [の結論] である」と述べた ([] 内は引用者注)。*Howell* [1951] 280.

化され、その実践も裁判官Denningのみであった。

第3節 裁量拘束禁止の法理とWednesbury原則

「正当な期待」の法理が登場し、裁判所が当該法理の射程を実体上にも広げようと試みる中で、まず、行政の裁量は拘束されてはならないという裁判例・判例が集積した結果、出現したのが裁量拘束禁止の法理である。次に、「正当な期待」の法理が存在することでその意義が見出されたものが裁判所の審査手法であるWednesbury原則である。以下、「正当な期待」の法理に関係する範囲で、それぞれの内容を概説する。

第1款 裁量拘束禁止の法理

裁判所が公的主体への裁量統制の可否を審理することは、元来、行われてきたが、その中でも裁量拘束禁止の法理は、Galliganの著書⁸¹で示されたものである。「正当な期待」の法理に関する本件では、裁判所は、特に、従前のpolicyに対する原告の「期待」の保護を審理する際に、裁量の拘束性に注目して判断している⁸²。

ところで、裁判所は、公的主体の裁量統制に関する様々な規範を生成してきた。その規範は、例えば、裁量権は与えられた権限ある機関のみで行使されなければならない、裁量権の行使と称して禁止されていることをし

81 See D. J. Galligan, *Discretionary Powers; Legal Study of Official Discretion* (Clarendon Press 1986) 266-290.

82 裁量拘束禁止の法理を説明するGalliganの著書以外の文献として、以下のものがある。See Peter Cane, *Administrative Law* (5th edn, Oxford University Press 2011) 144-166; Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 516-519; Paul Craig *Administrative Law* (n 1) 585-587; Chris Hilson, 'Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion' (2002) PL 111-129. また、日本でイギリス行政法におけるpolicyの法的性格や裁量統制を検討、分析したものと、深澤前掲注16、榊原秀訓「イギリスにおける行政裁量基準」名古屋大学法学論集 118号 (1988) 43頁～76頁がある。

てはならないし、権限を与えていないこととしてはならないなどといったものである⁸³。つまり、これらは、公的主体の裁量の行使における司法審査の範囲や権限踰越、権限の濫用、裁量権の濫用を指す。

Galliganが提示した裁量拘束禁止の法理の内容を整理すると、それは、第一に、裁量権を行使する権限ある機関は当該決定の根拠となり得る一連の基準を採用又は定立することができること、第二に、それらの基準は機械的に適用される準則として扱われてはならず、各事案の実状（merits）を考慮しなければならないこと、第三に、各事案の実状を考慮することとは、権限ある機関が自らその事案に注視して当該基準が適用されるべきかどうか、当該基準が修正されるべきかどうか又はその状況下で当該基準の例外を認めるべきかどうかであることだとされる⁸⁴。

そして、「正当な期待」の法理との関係では、裁量拘束禁止の法理は、主に、公的主体が従前のpolicyを変更して新たなpolicyを定立する場合に従前のpolicyに拘束されず、「期待」を破棄する根拠として使われてきた（第2章を参照）。「正当な期待」の法理との関係で裁量拘束禁止の法理は、「policyが適法、かつ、合理的であるとしても、policyが厳格に適用されるのを許さない」などと説かれている⁸⁵。

このように、裁量拘束禁止の法理は、公的主体が制定法に基づいて裁量行使する際に裁量の余地がなければならず、policyによって公的主体の裁量行使を妨げてはならないというものである。

第2款 Wednesbury原則

行政法に関する事件では、イギリスの裁判所は、一般に公的主体の決定

83 S. A. de Smith (n 27) 252-253.

84 D. J. Galligan (n 81) 281-282.

85 Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 516.

の適法性のみを審査し、また、決定それ自体の実質的な実状よりもむしろ当該決定に至る手続に関心があったとされ、このような裁判所の自製の背景には、憲法的要請（議会と行政との関係）、裁判官の専門的知識の欠如、民主的要請（主に選挙との関係）という要素が関係しているとされる⁸⁶。そこで、裁判所は、不合理性（unreasonableness）ないし非理性（irrationality）という審査基準に基づいて判断してきた。そして、これを初めて明示したのが *Wednesbury* [1947] 事件⁸⁷（後述）であったため、その基準は、*Wednesbury*原則ないし基準と称されている。

そして、以下でみていくように、*Wednesbury*原則の内容は、*Wednesbury* [1947] 事件と「正当な期待」の法理に関する重要な判例の1つである *GCHQ* [1984] 事件⁸⁸のDiplock LJによって具現化された。

まず、*Wednesbury* [1947] 事件は、市内で映画館を運営していた原告が市に（被告）対して日曜日に映画上映をするために興業の許可を申請し、市は1932年の日曜日興業法（Sunday Entertainments Act）1条1項に基づいて「15歳未満の児童は成人の付き添いがあるかどうかにかかわらず、いかなる興業にも入場させてはならない」という条件付きの許可を与えたため、興業の許可に条件を附すことは権限踰越だと主張して、宣言的判決を求めたものである。

86 Irvine of Lairg, *Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review* in Irvine of Lairg (ed), *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System Selected Essays* (Oxford and Portland Oregon 2003) 135, 136-137.

87 *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1947] 2All ER 680 (CA). *Wednesbury* [1947] 事件や*Wednesbury*原則の内容を検討した文献として、以下のものがある。See Mark Elliott & Jason N. E. Varuhas (n 1) 263-264; Paul Craig Ground (n 1) 832-835. また、日本において、*Wednesbury* [1947] 事件を検討、分析したものとして、伊藤 司法審査基準 前掲注11 157頁～159頁を参照。

88 *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] 3 All ER 935 (HL).

Lord Greene MRは、「適格な根拠に基づく決定があまりにも不合理なので、合理的な権限ある機関が当該決定を下すことができない場合は、裁判所がそれに干渉できるのはもっともであり、「私は、それは全くもって当然だと考えるが、その種の事案を証明するためには、反論できない証拠が必要であり、本件では、その種に近い事実はない」などと述べて⁸⁹、原告の請求を棄却した。しかし、Lord Greene MRは、その推論の中で、公的主体の裁量の行使に対する司法審査の手法として、不合理性、すなわち、「裁量は合理的に（reasonably）行使されなければならない」に着目し、この用語の意味について、「例えば、裁量を委ねられた者は、いわば法によって自身を適正に監督しなければならない」、「彼は、考慮することを義務付けられている内容に彼自ら注視しなければならない」、「彼は、考慮しなければならないことと無関係な内容を彼の考慮事項から除外しなければならない」と説明し、「彼がこれらの準則（rules）を守らないならば、彼は本当に『不合理に』行為しているであろうと言われる場合がある」と述べた⁹⁰。

Lord Greene MRの意見より、Wednesbury原則の内容は、考慮すべき事項を考慮していない又は考慮してはならない事項を考慮している（他事考慮）かどうか、或いは不適正な目的を考慮しているかどうかというものであった。もっとも、Lord Greene MRの関心は、裁判所が自らの考えを決定権者による当否の代わりにすることではないのを強調することであったとされる⁹¹。そして、この点をはっきりさせたのがGCHQ [1984] 事件のDiplock LJの意見であり、当該裁判官は、Wednesbury原則を非理性性と表現しつつ、「それは、論理や一般に認められている道義的基準に反したあまりにも法外な決定であるので、決定されるべき問題に心を向けてき

89 *Wednesbury* [1947] (n 87) 683.

90 *Ibid* 682-683.

91 Mark Elliott & Jason N. E. Varuhas (n 1) 264.

た分別ある者ならば、誰もそれに到達することができなかつたであろう決定に適用される」こと、「ある決定がその範疇に入るかどうかは、裁判官らが自らの鍛錬と経験によって十分に答えられるようにしなければならない問題である」こと、「今では、『非理路性』は、ある決定が司法審査によって攻撃される場合があるのを容認する根拠として、自立し得ること」を指摘した⁹²。

Diplock LJは、公的主体が権限の範囲内でした決定について、当該決定があまりにも道義的基準に反する場合には、裁判所は当該決定を審査できる旨を示した。そこで、*Wednesbury* [1947] 事件では、制定法上の裁量に関する審査手法（不合理性審査）が示されたのに対して、本判決のDiplock LJは公的主体の決定が制定法で規定されているものとは別の実体上の法理（道義的基準）に反するので、裁判所は当該決定を取消す場合があることを認めたと説かれている⁹³。Diplock LJが示した非理路性という基準は、*Wednesbury* [1947] 事件のLord Greene MRが発した不合理性という基準と同様に不正確なものだが、裁判所は、(Diplock LJのように)不合理性と非理路性を互換的に使用しているとされる⁹⁴。

こうして、*Wednesbury*原則は、*Wednesbury* [1947] 事件および*GCHQ* [1984] 事件によって定式化され、そこでは判断代置審査を明確に否定し、裁判所は、この定式にしたがって行政判断に介入できる範囲を公的主体の権限の不合理性又は非理路性に求め、実体的な審査手法として活用してきた。

しかし、*Wednesbury*原則は、行政判断に対する介入を極力控える審査

92 Ibid 951.

93 Lord Lester & Jeffrey Jowell, 'Beyond *Wednesbury*: Substantive Principles of Administrative Law' (1987) PL 368, 369-370.

94 Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 587. もっとも、Diplock LJが、Lord Greene MRの意見をどの程度、正確に理解して当該用語を呈示したのかは定かではない。

手法であるため、裁判所による行政判断への介入のハードルは高く、裁判所が、公的主体による裁量権の行使によって影響を受けた者の実体的な権利利益に影響を及ぼすと認識したとしても、Wednesbury原則では非常に限定的な形での審査にせざるを得ないため、実体的な審査手法たり得ないと批評されている⁹⁵。

他方で、Wednesbury原則に基づいて判断した裁判例・判例の集積により、裁判官の間では、当該原則の審査密度のあり方が注視されるとともに、EU（EC）の裁判所の審査手法（比例原則）にも目を向け始めた（第2章を参照）。

第4節 小括

本章では、「正当な期待」の法理の前史として、当該法理が登場する以前に展開されてきた自然正義の法理、公正性の法理、禁反言の法理、それぞれの規範内容や射程、適用の限界を主たる裁判例・判例の検討、分析を通して整理してきた。本章で明らかにしたことを小括すると、以下の通りである。

裁判所は、従来、訴訟の対象となった公的主体の権限の性格が行政的機能又は司法的機能のいずれに該当するかを審理し、後者に該当する場合のみ自然的正義の法理が適用されるとしてきた。しかし、*Ridge* [1963] 事件のReid LJが司法的機能の範囲を拡げて機能的二分論を修正し、自然的正義の法理の適用範囲を拡大させた。

他方で、自然的正義の法理の適用が認められるのは、あくまでも公的主体の権限の行使が司法的機能に該当した場合であり、また、大権的救済を求める場合にのみ当該法理を活用し得るという点で、国民の権利利益の救

95 Lord Lester & Jeffrey Jowell (n 93) 371-372. なお、Lester & Jowellの批判は、*Wednesbury* [1947] 事件および*GCHQ* [1984] 事件で示されたWednesbury原則は同一のものという前提で展開されていることに留意する必要がある。

済としてその実効性に限界がみられた。そこで、裁判所は、自然的正義の法理の適用の範囲外とされた事案に対処するために、公正性の法理を生成した。

公正性の法理は、*HK* [1967] 事件以降、公的主体が国民に対して公正な手続を行っているかどうかの指針となるものとして位置付けられた。すなわち、裁判所は、従来の司法的機能と行政的機能という分類に拘泥せず、ある者が手続上の権利利益侵害を受けた場合には、当該法理を適用して公的主体に公正な手続を要請し、その者に手続的保障を与えた。

しかし、公正性の法理に関する事件の中には、依然として、行政的機能と司法的機能という機能的二分論を前提に当該法理の適用の有無を判断したものがみられた。また、公正性の法理は、公的主体の権限の行使で生じた結果の公正さは射程外であったため、当該法理を根拠に国民の実体的権利利益を保護するのは困難であった。さらに、公正性の法理の射程が手続上であったとしても、既得権のはく奪以外の場合は手続上の保護が及ばなかった。こうして、公正性の法理の射程にも限界がみられた。

他方で、実体上の行政上の表示に関する事件では、衡平法上又は約束上の禁反言の法理の適用の有無が争われてきたものの、裁判所は、行政法に関する事件に禁反言の法理を適用することは、原則、権限踰越の法理 (*Matthews* [1949] 事件) や *policy* との関係 (*Hodgson (Wickford)* [1961] 事件) で認めなかった。

しかし、このような状況の中で、唯一、積極的に禁反言の法理を適用して侵害された国民の実体的権利利益の救済を試みたのが、裁判官 *Denning* であった。裁判官 *Denning* は、禁反言の法理を適用して、公的主体がある権限を行使した場合に別の公的主体もそれに拘束されること (*Robertson* [1948] 事件)、また、当該主体の権限が委任された補助職員による権限の行使であり、たとえ、その権限が表見的なものであった場合でも、当該主体は補助職員の権限の行使に拘束されること (*Lever (Finance)* [1970])

事件）を認めた。

その後、*Western Fish Products* [1981] 事件が、禁反言の法理は制定法上の義務を履行することや公的主体が制定法上の裁量を行使するのを妨げることはできないと示しつつ、当該法理が適用できる例外として、公的主体が権限を補助職員に正式に委任している場合や、形式的な要件があるにもかかわらず、当該主体がその要件をとらない場合（ただし、この場合は最終的に制定法上の解釈に依拠）を挙げた。

もっとも、裁判官Denningの考え方は、権限踰越の法理に抵触するおそれがあり、他の裁判官には受け入れられず、当該裁判官の意見は特異なものであった。

以上、小括してきたが、こうした結果、裁判所は、自然的正義の法理、公正性の法理、禁反言の法理、それぞれの限界に対する新たな対応とこれらの法理ではカバーできない国民の権利利益を救済するための、特に、行政上の表示に関係する行政法に関する事件で当該表示によって影響を受けた者の権利利益を保護するための新たな概念、法理を生成する必要性を認識するようになった。

「法社会学論争」の教訓（二十）

——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・
ひとつの素描——
——昭和初期：末川博の民法学（「権利侵害論」）——

川 角 由 和

〈目 次〉

- 一 はじめに——本稿の目的とその限界
- 二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）
 1. 明治期自由民権運動
 - (1) 自由民権運動前史
 - (2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉
 2. 明治期日本民法典の成立
 - (1) その時期の一般的動向
 - (2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期
 - (3) いわゆる「民法典論争」
 - (4) 明治日本民法典の成立

（以上、龍谷法学49巻4号）

- 3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期
 - (1) 大正デモクラシーの時期
 - ① その時期の一般的動向
 - 〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向
 - ② その時期の民法学の状況
 - 〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学
 - 〔イ〕 岡松参太郎
 - 〔ロ〕 鳩山秀夫

- [ハ] 牧野英一
(以上、龍谷法学50巻1号)
- [ニ] 末川博
[ホ] 我妻栄
(以上、龍谷法学50巻2号)
- [ヘ] 穂積重遠
(以上、龍谷法学50巻3号)
- [ト] 中島玉吉
(以上、龍谷法学50巻4号)
- ③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)
- [イ] 岡村司
(以上、龍谷法学51巻1号)
- [ロ] 末弘厳太郎
- (a) 末弘厳太郎の略譜と末弘民法学の特徴
(b) 若き末弘厳太郎の民法学
(以上、龍谷法学51巻2号)
- (c) 末弘民法学の<転換>と「法社会学」そして「市民法学」
(以上、龍谷法学51巻3号)
- [補論] 末弘厳太郎の「入會權」論に関する一つの考察
(以上、龍谷法学51巻4号)
- <iv> 『農村法律問題』の意義
(以上、龍谷法学52巻2号)
- <v> 『労働法研究』の内容と影響
- <vi> 末弘法学に関する中間的な整理
(以上、龍谷法学52巻3号)
- [補論] 末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係
(以上、龍谷法学53巻1号、2号)
- [ハ] [大正デモクラシー期民法学の補論] 平野義太郎
(以上、龍谷法学53巻3号、4号)
- (2) 昭和初期
- ① その当時の一般的動向
- ② その当時の民法学の状況
- [イ] 我妻栄
- (a) 「資本主義生産組織における所有權の作用——資本主義と私法の研究への一寄與としてのカルネルの所論」
(以上、龍谷法学54巻1号)

- (b) 「近代法における債権の優越的地位」
- (c) 若干の覚書

(以上、龍谷法学54巻2号)

[口] 牧野英一

- (a) 序論
- (b) 「自由法」論と「条理」論
- (c) 「法解釈方法論・判例論」
- (d) 「契約法論・信義則論」
- (e) 「所有権論・権利論」

(以上、龍谷法学54巻3号)

- (f) 「法律の社会化」 = 「市民法から社会法へ」
- (g) 若干の整理

(以上、龍谷法学54巻4号)

③ 「市民法学」の継続とその変容

[イ] 末川博

- (1) 序論
- (2) 権利侵害論の概要
 - (a) 権利侵害論の歴史的考察——ローマ法からドイツ普通法へ
 - (b) 権利侵害論の比較法的考察
 - (c) 不法行為における違法性——「公序良俗」概念への傾斜
 - (d) 権利と法律との相関
 - (e) 不法行為における違法性と権利侵害との関係
- (3) 若干の考察——我妻「相関関係的違法論」との関係を中心に
([まとめ]に代えて)——「公序良俗」概念の「適用」

(以上、本号)

[ロ] 橋本文雄

- (1) 序論
- (2) 橋本文雄の法源論について——社会法的法源論の一つの帰結

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

[イ] 平野義太郎

[ロ] 加古祐二郎

4. 昭和の天皇制ファシズム期

- (1) その時期の一般的動向
- (2) 「日本法理研究会」の発足
- (3) 「市民法学」の崩壊と再生の胎動

5. 小括

三 「法社会学論争」について

1. 歴史的背景
2. 論争の端緒
3. 論争の内容
4. 論争の特異性
5. 論争の「教訓」
6. 小括

四 「戦後」の市民法学（ないし市民法論）

1. 「法社会学論争」を受けて（とくに山中「市民法論」への批判の在り方）
2. 「法解釈学の方法」に関する論争
3. 「判例研究の方法」に関する論争
4. 「市民法学」（ないし市民法論）の現在的到達点
5. 小括

五 結語——残された課題等を中心に

(2) 昭和初期（続き）

③ 「市民法学」の継続とその変容

[イ] 末川博

(f) 「法律の社会化」 = 「市民法から社会法へ」

(1) 序論

末川博（1892-1977年）については、5年ほど前、本稿前編（龍谷法学50巻2号〔2017年〕108頁以下）で、彼の大正デモクラシー期の作品を軸に一定の考察を試みた。そこで得られた結論を要約するならば、大要次のようにいえることができよう。すなわち、まず末川博は、京都帝大の民法学者・岡村司（1867-1922年）から人としての学問のあり方を学び、そして東京帝大から京都帝大に赴任した岡松参太郎（1871-1921年）から学問そのものへの態度につき大きな刺激を受けつつ¹、より直接的には中島玉吉（1875-1960年）

1 末川博に対する岡村司や岡松参太郎の影響については、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（二）」龍谷法学50巻2号（2017年）109-110頁注4及び注6を参照。ちなみに、岡松は、京都帝大赴任後、主に台湾や満州に向向いて現地へ

を指導教授としてその民法研究を開始した²。そして末川は、持ち前のリベラリズム³と法実証主義的な態度⁴とを結合させる観点から幅広い著作活動を行った。権利論・占有論・雇用契約論・不法行為論・権利濫用論・家族法論などがそれである。同時に末川は、牧野英一（1878-1970年）や末弘厳太郎（1888-1951年）の法学からも大きな影響を受けながらその学問生活を前進させ⁵、よって東の我妻栄（1897-1973年）とならぶ西の代表的民法学者としての地位を築くための前提を形づくったのである。

本稿は、その地位を確固なものとした末川博の代表作『権利侵害論——

-
- の慣行調査等に従事したことから、末川に対する影響はそれほど継続的なものではなかったとされる。
- 2 中島による末川への指導は、もっぱら自由放任であったとされている。龍谷法学50巻2号（前注1）109-110頁。
 - 3 兼清正徳『末川博——学問と人生』（雄渾社、1997年）132頁は、末川の「リベラリズム」を、彼の先輩であり義兄にもあたる河上肇（1879-1946年）の「マルキシズム」と対比する（河上の妻は末川の妻の実姉であった。兼清・前掲書58頁）。この点、拙稿・川角「「法社会学論争」の教訓（二）」龍谷法学50巻2号（前注1）111頁注11も参照。
 - 4 ここでは、末川における「法実証主義」的な態度を指摘するに際して、本稿では「法実証主義」（Rechtspositivismus）と「法律実証主義」（Gesetzespositivismus）とを一応区別している。末川においては後者も重視されていること確かであるところ、ことにローマ法以来の歴史的考察方法と比較法的な考察方法の結合、あるいは法の基礎にある社会的ファクターを常に顧慮するという点に照らし、どちらかと言えば「法実証主義」的という性格をあてがってよいと思われる。もっともそのような「結合」の仕方、あるいは「社会的ファクター」の捉え方については議論の余地を残すであろう。ちなみに川島武宜（1909-1992年）は、末川の学風を指して、当時有力化していた「自由法論的解釈」を正当化する論理を「安易に」採用することをせず、それでいてなお「法への社会学的アプローチの途を採り」、もって「法と権利」との「根元的な関わり方についての基礎的な理論」、つまりは「general theory」を構築することに成功したという趣旨のことを述べる。川島武宜・谷口知平「末川博博士を偲ぶ〈対談〉・2 完」法律時報49巻9号（1977年）61頁（傍点は川島によるもの）。にもかかわらず、末川の権利＝「許容的法規説」、ないし「公序良俗論」的違法論が「法律実証主義」に近い側面をもつのも事実である。この点、のちほど検証する。
 - 5 末川の公序良俗論や権利濫用論における牧野・末弘の影響はかなり大きい。この点、龍谷法学50巻2号（前注1）138頁以下、185頁以下を参照。

不法行為に関する研究の一部として』(弘文堂、1930年〔昭和5年〕)を中心に、昭和初期の末川民法学の骨格を描き出すことにする⁶。これを通じ本稿は、わが国における権利論及び違法論の一つの到達点を探る。それは、おそらく市民法的な権利論・違法論、さらには広い意味での法源論のあり方につき一定の具体的な問題を投げかけるものとなろう(本稿は、「権利論」・「違法論」が、そのものとして「法源論」のうちに組み入れられるべきものとして捉えている。要するに本稿は、民法典ないしその法規の存在を支える基礎的法カテゴリーをも「法源」の一部とみようとするのである。)。——これらは、「法社会学論争」と一見無関係であるようにみえるテーマでありつつも、市民法の基礎理論に属する問題(「権利論」・「違法論」)の考察を介し、やや異なった考察視点から終戦直後の「法社会学論争」の課題設定にかかる問題性を確認しうるものである、と考える。この点については、のちほど本稿の末尾でやや具体的に論じることにする。まずは、末川博による権利侵害論の概要を辿ることから始めたい。

(2) 権利侵害論の概要

末川は、ローマ法以来の権利侵害論の歴史的研究を試みた上でドイツ法及びフランス法を中心に比較法的な考察に及び、さらに違法論と権利侵害論の関係に軸足を移しつつ、権利侵害論の基礎理論的考察及び各論的ないし解釈論的考察を展開する。その際、末川の考察視点が——権利侵害そのもののより客観的な側面の考察に及ぶのではなく、つまりは物権的請求権(特に妨害排除請求権)を含めた民事違法の一般理論の探求ということに重点を置くのではなく⁷——あくまで民法709条の不法行為規定における

6 末川の権利侵害論は、戦前1930年に弘文堂から出版されたのち、1944年に日本評論社から法学叢書11として刊行された。戦後それは、その他の関連する論稿と併せ、1970年に『権利侵害と権利濫用』という題名で一書に収められた(岩波書店)。本稿では、後者の1970年版から、末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』として引用する。

7 このことは、原島重義「わが国における権利論の推移」(1976年)同『市民ノ

「権利侵害」に「局限」されていたことに注目しておく必要がある。その上で、彼の考察観点が常に「権利行使の態様」、つまりは「権利濫用」との関係を意識して展開されたことを、まずは確かめておく必要がある⁸。そして、そのような末川の態度こそが、1937年の我妻『事務管理・不当利得・不法行為』による相関関係的違法論を直接的に導き出し、かつまた受忍限度論＝違法段階説の前提を提供したことと、密接に関連するわけである⁹。とまれ末川は、古代法における復讐から贖（罪）金への展開をへて、

↘法の理論』（創文社、2011年）445頁以下、特に476頁が明確に指摘するところである（末川「権利論・違法論」の「最大の弱点」という位置づけが与えられている）。さらに、石田喜久夫・乾昭三・甲斐道太郎・中川淳・西原道雄・原島重義<座談会>「末川先生の民法学」法律時報49巻6号（1977年）18頁以下、特に24頁及び25頁の原島発言において同旨。

8 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）263-264頁。なお、「局限」という用語は末川自身のものであり、264頁に出てくる。ともあれ、そのように権利侵害論につき不法行為法への視点の固定化が図られたことにより、末川の見解は、独特な問題を提起することになる。その多くは、のちほど確認する予定である。さしあたり、末川がイエーリングによる客観的不法（das objective Unrecht）の具体的発現としての物権的請求権における「物的状態の不適法性」（Unrechtsmäßigkeit eines sachlichen Zustandes）ないし「客観的に不適法な物的状態の廃棄」（Aufhebung des objectiv unrechtsmäßigen sachlichen Zustandes）と、主観的不法（das subjective Unrecht）の具体的発現としての不法行為における違法性（Rechtswidrigkeit.あるいはそれと別個独自の帰責＝Schuld）との対比について、然るべく注目しないままであったことのみ指摘しておきたい。たとえば、末川「イエーリングの権利論」同『権利侵害と権利濫用』35頁以下を読めば、彼が上記の観点を明かにしたイエーリングの「ローマ私法における帰責要素」（Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, Giessen, 1867）をほぼ等閑視していたことが分かる。イエーリングの権利保護論につき、拙訳・イエーリング「ローマ私法における帰責要素（1）」龍谷法学53巻4号（2021年）577頁以下、特に588-592頁を参照。

9 周知のように、末川と我妻の違法論を結合せしめながら、それがわが国の通説を形成したと捉える見解が一般的である。たとえば、末川における「権利侵害から違法性へ」の傾向のうちでやや権利概念の分析に力点が置かれていた側面を、我妻がその相関関係的違法論によって修正の上、「展開」させ、わが国通説を築いたとするものとして、錦織成史「違法性と過失」星野英一（編）『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）133頁以下、特にノ

権利感情の保護が見出される段階へと考察視点を移し、そのような諸段階をへて、さらに今日的な損害賠償制度の基礎が築かれたプロセスを概観する¹⁰。それとの密接な関連のもとでローマ法以来の「権利侵害」に関する不法行為法の発展が検討される。以下では、その歴史的考察の骨格を確認しておこう。

(a) 権利侵害論の歴史的考察——ローマ法からドイツ普通法へ

ここでは、末川の論述に即して、ローマ法における権利侵害のあり方を

↘ 164頁以下、特に166頁及び173頁を参照。これは、末川がイエーリングの権利論（前注8）で強調された客観的な権利侵害の場合の物的追求効・排除効のもとでの「不適法性」=「客観的不法」と、不法行為責任における主観的帰責性=「主観的不法」との区別（Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (Fn. 8) S. 47）を自覚的に論じていなかったことの反映である。ちなみ、末川は主にイエーリングの『ローマ法の精神』を参照しているところ、それは単に権利の実体的要素と形式的要素の区別を論ずるにとどまり（末川「イエーリングの権利論」〔前注8〕41頁以下）、イエーリングが強調していたところの、物権的妨害排除請求権の原型たる *actio negatoria* の効果=現在の不適法状態の排除と不法行為の効果（損害賠償、原状回復）との厳格な区別（Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3, 1865, 10. Unveränderte Auflage, Scientia Verlag Aalen, 1993, S. 27.）には全く目を向けることをしなかった。ちなみにイエーリングは、*actio negatoria* の効果を損害賠償や原状回復まで拡張しようとするプフタを上記頁で批判する。このようなプフタの路線こそその後ヴィントシャイトが展開したものであり、わが国川島「責任説」〔後注18〕を導出せしめたものである。こうしてわが国民事違法論における不法行為違法への一元化=我妻説がその別動隊=川島説によっても補完・強化されようとした事実こそ、肝心な事実であった。それを末川の「違法侵害論」が助長したのではないか。

10 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）264頁以下。すでに平野義太郎（1897-1980年）が、復讐から贖金による制裁をへて損害賠償に至る不法行為責任の歴史的展開を考察していた。平野「損害賠償の本質」同『民法におけるローマ思想とゲルマン思想〔増補新版〕』（有斐閣、1970年）177頁以下、特に179頁以下（なお同書の初版は1924年である。）。末川は、前掲書269頁注2で、穂積重遠『法理学大綱』（岩波書店、1917年）と並べて平野の上記著作の参照を指示している（平野の1924年初版272頁以下に「損害賠償の本質」が収められており、末川269頁注2の参照指示とも合致するので、末川は平野の1924年初版を読んだものと思われる。）。

概観しておく。末川は、ミッタイスの『ローマ私法』という著作を主な素材として論を進める¹¹。そして、古代ローマにおける権利概念それ自体、訴権法の拘束下にあったのであり、しかもそれは家長（Hausvater）の家族構成員に対する権利（妻とか子に対する身分的支配権）から派生したものであることを指摘する¹²。そこからやがて、対物訴権（actio in rem）と対人訴権（actio in personam）との分化を通じ、その後の物権・債権生成の基盤が付与された¹³。すなわち、ローマ法における訴権（actio）を介した権利保護という特質こそは、「権利」の実体的存在を潜在化せしめ、「権利」を常に「訴権の形式の背後」にとどめ置いたのである¹⁴。

-
- 11 Heinrich Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletianus*, Bd. I.1908, Erstes Buch Grundbegriffe, Zweites Kapitel, Die subjektive Rechtsphäre, § 5 Das subjektive Recht., S. 73 ff. 末川『権利侵害と権利濫用』（前注6）284頁注1。なお筆者は、M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, Zweite, neubearbeitete Auflage, 1971, S. 609 ff.; Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (Fn. 8) を参照した。特にイエーリングの見解については、のちほどやや立ち入って論ずる予定である。
- 12 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）279頁。その箇所では末川は、vindictioに言及するが、それは家父権に基づく身分上の支配権のシンボリックな儀式と一体化したものであり、それがrei vindictioにおける裁判上の主張形式=intentioへと導いた旨、説かれている。そのようにして末川は、ローマ法における不法行為訴権と物的訴権たるrei vindictioの関係を対比するというよりも、むしろvindictioが具有する形式性にその考察が「局限」されていたことも指摘するに値しよう。
- 13 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）281頁は、物権と債権とが区別されて独立の概念として取り扱われるようになったのは、「中世注釈派の為した所であろう」とする。なお、物権と債権との「峻別論」の観点から、その成立の条件を論ずるものとして、赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺』（成文堂、1989年）3-5頁を参照。
- 14 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）283-284頁。ところで、訴権的法思考は19世紀に至るまで継続した。1804年のフランス民法ではより直截な形で訴権法的思考の残滓がみられるところ、ドイツにおける訴権から請求権への展開を導いたのは、ヴィントシャイトであった（Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856. ↗

このようなローマ法における訴権法的な制約は、不法行為法の訴権形式による散発的な権利保護を許容したにとどまる、ということの意味した。こうして、ローマ法においては「不法行為に関する統一的な法系が形成されるに至らなかった」¹⁵。そのような観点から、末川はローマ法における個別的な不法行為訴権として、アクィーリア法に基づく訴権 (actio legis Aquiliae) = 加害訴権、及び悪意訴権 (actio doli)、あるいは人格侵害訴権 (actio iniuriarum) について考察する。ただし、ここでその内容に立ち入ることは控える¹⁶。いずれにせよ、ローマ法では特に要保護性が認定

ㄨ ヴィントシャイトの見解につき、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』〔創文社、1979年〕3頁以下、特に17頁以下)。にもかかわらず、同時にヴィントシャイトは請求権の束として物権を理解し、物権的請求権を忍容請求権的にのみ理解しようとしたことも教訓的なことであった。この点、拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ民法へ』(日本評論社、2019年)149頁以下、特に166頁以下を参照。

15 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)288頁。その後、ユスティニアヌス帝法のもとで「不法行為 (delictum) より生ずる債務関係」が整序されたかのような外観を呈するに至ったが、とはいえ、それもなお個別の「不法の行為」(delictum, maleficiffum) を寄せ集めたものに過ぎなかった。ちなみに末川は、ローマ法における不法行為訴権のうちに刑罰的要素が残存し、混交していた事実に着目している。筆者のみるところ、ローマ法的不法行為訴権のこの側面に着目した代表的著作は、前注5で紹介したイエーリング『ローマ私法における帰責要素』である。イエーリングは、契約訴権の原初的形態も不法行為の罰的な要素によって拘束されていたことを委任訴権や寄託訴権、組合訴権などを素材に具体的に説明している。Vgl. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (Fn. 8), S. 30 ff. 拙訳・イエーリング『ローマ私法における帰責要素 (2) (3)』龍谷法学54巻2号241頁以下、龍谷法学54巻3号249頁以下 (いずれも2021年)。ちなみにヴォルフガング・クンケルもイエーリングの上記モノグラフィーを典拠としつつ、ローマ法及びドイツ普通法上の帰責要件につき考察する。W. Kunkel, Diligentia, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 45, 1964, S. 266 ff. bes. S. 266 Fn. 1.

16 actio legis Aquiliaeは、他人の物(奴隷や家畜など)に対する加害行為に基づき損害発生と行為者の過失等を要件に成立した。その後、それは一定範囲において拡張をみたが個別訴権たる制約を免れるものではなかった。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)292頁以下。またactio doliは、行

された法益につき個別の不法行為訴権を通じて、いわば散発的に権利侵害に対する保護が与えられたに過ぎない。こうして、ローマ法においては、一般的な——いわゆる実体法的（materiellesrechtlich）な——権利概念もなかったし、それゆえにこそ権利侵害概念もなかった、ということを確認しておくことができよう¹⁷。そして、末川の権利侵害論の視点も、もっぱら不法行為訴権の対象たる個別の権利侵害に限定されており、物的訴権、なかでも *rei vindicatio* 及び *actio negatoria* との具体的な対比に及んでいないことを重ねて指摘しておく必要がある¹⁸。

ㄨ 為者の害意あるいは詐欺の意思、それに基づく損害を要件に認められた。末川・前掲書306頁以下。さらに、*actio iniuriarum*は主に自由人の身体を侵害することによって成立し、故意を要することなく承認された（もとより帰責要素としての過失を要した。）。末川・前掲書297頁以下。いずれにおいても罰（*poena*）の要素を兼ね備えるものであった（ことに*actio iniuriarum*の場合、その管轄裁判所は刑事裁判所であった。末川・前掲書299頁）。末川は、いわゆる「ローマ法の継受」をへて、上記のなかでも特に*actio legis Aquiliae*及び*actio doli*が拡張適用されるプロセスを通じ、ドイツ普通法において統一的な不法行為制度が形づくられたとする。それは、結果的に、個別的な*actio*に基づく訴権的な権利侵害保護の狭い枠組みを脱却して、実体法的な「損害賠償請求権」への権利保護の統一化傾向の促進を意味した。末川・前掲書338-339頁。とはいえ末川において、そのような統一的な損害賠償請求権の要件として「権利侵害」要件不要論への傾向も帯びていたこと、のちほど示す通りである。

17 とはいえ、ローマ法において物的訴権（*actio in rem*）と対人訴権（*actio in personam*）の区別が確立したことは、その後の物権と債権の分化に大きな影響を与えたこと、疑いの余地をみない。このような区別なしに、不法行為の一步手前で、それと法的に異質な差止請求権ないし妨害排除請求権が承認される余地は出てこないであろう。この点、拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』（前注14）の全体及び「あとがき」を参照。

18 ちなみに末川は、*interdictum quod vi aut clam*（暴力ないし隠秘による損害に関する特示命令）を、「ローマ法に特有である損害賠償請求権」ないしその亜種としての原状回復訴権として把握している。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）317頁。これは、それ自体として正当な理解である。損害賠償請求権である限り、対人訴権（*actio in personam*）に属するのであり、これが物的訴権（*actio in rem*）と区別されること当然であるわけだが、末川はその点については特に言及をしない。ちなみに末川の「権利侵害論」の7年後、川島武宜（1909-1992年）は、ローマ訴権法に特有な*actio in rem*への*actio in*

(b) 権利侵害論の比較法的考察

(1) プロイセン一般ラント法、オーストリア民法、フランス民法における不法行為規定について

〔 α 〕次に、末川は比較法的な考察に進む。まず彼は、18世紀末及び19世紀初頭に制定されたプロイセン一般ラント法（1794年）、オーストリア民法（1812年）、そしてフランス民法（1804年）における不法行為法の特徴を解明する。その上でドイツ民法（1900年）における不法行為法の意義が論じられる。前二者はドイツ普通法の影響を直接的に受けた点で共通することから、連続して取り上げられている。本稿では、前二者の検討の「整理」から始める。

〔 β 〕プロイセン一般ラント法とオーストリア民法の不法行為規定で注目すべきことは、いずれも他人の財産・権利・生命・身体・自由・名誉等への「損害」概念を掲げた上で、別途、その損害の惹起者（「加害者」）に「過失」があることを要件に損害賠償責任を課す旨、規定していることである¹⁹。また、プロイセン一般ラント法は、特に「権利なくして（ohne

↘ personamの「包蔵」に注目して、interdictum quod vi aut clamなどの対人的な「責任原理」がrei vindicatioやactio negatoriaと常に結合されていたとの観点から、独自の「責任説」を導こうとした。川島「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（一）」法学協会雑誌55巻6号（1937年）25頁以下、特に38-40頁。これは、のちほど言及する我妻栄（1897-1973年）の、不法行為における相関関係的違法論の形成と併せて、わが国民民事違法論の特徴＝「民事違法一元論」の展開を刻印したものである。その我妻違法論も川島「責任説」と同じ1937年の著作で展開された。我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）125頁以下。

19 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）343-344頁及び349頁。プロイセン一般ラント法第1編第6章1条の「損害」規定と10条以下及び16条・17条の「過失責任」規定の対応関係は、オーストリア民法1293条の「損害」規定と同法1295条の「過失責任」規定の対応関係と基本的に同一である。ただし、プロイセン一般ラント法では故意又は重過失があった場合と単なる過失（＝軽過失）の場合とで損害賠償の範囲を異にすることが明記されているのに対して、オーストリア民法では、悪意ないし故意による「有意的な加害」と、「責に帰す

Recht) 他人に損害を加える者は他人を害するものである。」という規定を置く（同法第1編第6章の8条）²⁰。末川は、この「権利なくして」という文言によって、いわゆる「違法に」（widerrechtlich）他人の権利等を侵害したことが要件化されたものと解している²¹。なお彼は、プロイセン一般ラント法では「加害行為自体については違法というほかに他人の権利を侵害するという要素はいらぬ」とされたり、あるいは「損害と権利侵害」とが「同一視」され、その結果、権利侵害要件の損害要件への融合が企図されていった、という点を重視する²²。他方、オーストリア民法は、さらに進んで「違法」要件の明文での取り込みを図った、とする。すなわち、その1294条で「他人の違法な作為もしくは不作為」、あるいは「違法な加害」による権利侵害等に基づく損害の賠償という構成を採用した。要するに、一応この段階で、わが国現行民法709条の「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」（日民709条）という規定の比較法的なく基礎が築かれたものとみることができる。そのことを確認しつつ、末川は、オーストリア法における20世紀以降の法改正による二つの追加規定に注目する。

、すべき不知もしくは相当の注意の欠缺」による加害とを一括して「広義」における「過失」が構成されている。

20 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）344頁。本稿における条文の訳については、末川の訳をそのまま引用して示す。この点、以下同様。なお、必要に応じて原文を脚注で紹介することがある。

21 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）344頁。

22 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）344頁。このように末川が、権利侵害要件の意義を一通り踏まえつつも、不法行為法オンリーの観点から「権利侵害」の損害要件への流し込みを重視したことに注意すべきである。そのことは、のちほど本稿で確かめるように、末川がフランス民法ないしスイス債務法における不法行為規定とドイツ民法における不法行為規定とを区別して、もっぱら前二者の柔軟性・融通性を高く評価するに至ることと無関係ではない。

それは第一に、1916年の民法改正によって、「善良の風俗に反する方法で故意に損害を加えた者もまた責に任ずる。しかし損害が権利の行使によって生じた場合においては権利の行使が明白に他人を害する目的を有していたときのみそうである。」という規定（1295条2項として追加）が置かれたことであり、第二に1923年のオーストリア競業法（Wettbewerbsgesetz）における「營業的取引において競業の目的をもって善良の風俗に反する行為を為した者に対してはその行為の停止と損害賠償とを請求することができる。」という規定（同法1条）が新設されたことである²³（傍点は引用者）。このようなプロイセン一般ラント法から、オーストリア民法ないし競業法にかけての不法行為規定の進展は、後者の法改正を含めて考察する限り、明らかに社会経済構造の変化を反映したものであることがわかる。ことに、オーストリア競業法1条は、独占資本主義段階における競争秩序保全のための市民法適合的な所産であった、と言えよう²⁴。にもかかわらず末川は、「行為の停止」には目を向けず、もっぱら不法行為要件としての「違法」要件の「法規違反」性と「所謂善良の風俗に反する」とい

23 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）352頁。

24 もっとも1923年のオーストリア競業法1条は、いわゆる「占有訴権」において占有侵害行為の「停止」と「損害賠償」とが包括的に認められていること（たとえば日民200条1項）とパラレルな問題性を抱えていること、言うまでもない。これはまた、わが国現行の独占禁止法24条が不公正な取引方法等による競争制限の差止請求の要件として「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」を掲げていることとの関連でも問題にされてよいことである。なるほど同法25条は別途「損害賠償」に関する規定を置くが、24条の要件的構成の仕方は、我妻的な相関関係論的違法の帰結としての「違法段階説」（一定の違法性のもとで金銭賠償が認められることがあるとしても、それ以上の高い違法性を具備しない限り差止めは認められないとする発想）のそれと同じものである。この点、我妻・前掲書（前注18末尾）129頁注7で大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁（熊本発電用水路事件）を素材に「違法段階説」を論ずる姿勢を参照されたい。要するに我妻は、電力会社が他人の所有地を無断で掘削し、勝手に発電用水路を設置した事案について、当該水路の除去は認められないが金銭賠償なら請求しえられた大審院判決の理由を「極めて正当」だとしている。

う要素への還元とその視野を限局しようとする²⁵。

(γ) さらに末川は、フランス民法における不法行為規定の特徴を示す²⁶。フランス民法では、1382条（現行1240条）が不法行為の基本条文として位置づけられているところ、それによれば、「およそ他人に損害を生ぜしめた人の行為（fait）は、その何たるかを問わず、自己の過失（faute）によって損害（dommage）を生ぜしめた者をして、損害を賠償すべき責に任せしめる。」と規定される²⁷。なかでも末川は、一般に「過失」と訳されるfauteに注目する。彼の目に映る当時の学説によれば、fauteは、ドイツ語のfallenが意味する「或ることに反する又は欠ける」と語源上共通にするものであって、広く「義務違反」ないし「法規違反」の行為を意味し、あるいはその内部において「権利侵害」²⁸を含みもつところの行為違法を把握する要件概念であるとされる²⁹。ここには、ローマ法で個別訴権

25 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）352-353頁。

26 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）358頁以下。

27 末川は、フランス民法1382条を不法行為の一般規定として紹介しているが、これは2016年の改正によりフランス民法1240条として配置されることになった。条文自体の内容に変化はない。以下、念のため原文を示しておく。Art. 1240 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquell ill et arrivé à le réparer. Code Civil, Dalloz, 2017, S. 1494.

28 末川において、fauteの内部で把握される「権利侵害」そのものが、「社会の秩序が保護する社会的利益を害する」という形で受容されようとしている点にも注意すべきであろう。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）361頁。また、同書362頁には「権利侵害」をいわゆる「信頼責任」（「一定の行為を為すべきことについて相互に有する適法なる期待（信頼）を裏切ること」に基づく責任）に転化せしめようとする見解（Lévyの所説）が紹介されている。なおfauteの意味あいについて、フランス民法典成立時から19世紀末、さらに戦後にかけて見解の変遷を辿る論稿として、野田良之「フランス民法におけるfauteの概念」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究 上』（有斐閣、1957年）109頁以下がある。さらにフランス民法におけるfauteやイギリス法上のnegligenceが「違法性と過失とを含む概念となった」と位置づけつつ、いわゆる「過失一元論」の根拠の一つを見出そうとするのは、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）424頁以下である。

29 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）359-361頁。

による保護の対象とされ、さらにあとで確かめるドイツ民法でより明瞭に刻印される「権利侵害」(による「損害」発生)という基本的な要件が消えて去っている。しかるに、末川によれば、「ドイツ普通法において権利侵害を要件としないと考えられていた *actio doli* に該る損害賠償請求権や不正競争による損害の賠償請求権などが夙にフランスにおいて認められているのは当然のことであるといわねばならぬ」³⁰とされ、続いて「この意味においてすれば *faute* という語は変通自在 (*un protée*) の重宝な語であるともいえ、またこの語と損害という語とだけで不法行為の成立要件を片付けた民法編纂者の立法上の卓越した技倆も称讃に値するといえるであろう。」³¹とする。このような「権利侵害」要件の独立化に消極的な末川の姿勢は、「違法」と「善良の風俗」を基軸に不法行為の「白地規定」(*Blankettnorm*)を置くスイス債務法(41条)への高い評価を帰結するものでもあった³²。

(2) ドイツ民法における不法行為規定について

比較法的考察のまとめとして、末川によるドイツ不法行為規定の評価を概観しておこう。末川は、1870年代後半以降の第一草案、1890年以降の第二草案をへて、現行の不法行為規定(ド民823条1項と2項、826条)の成立過程を比較的詳しく辿っている³³。ド民823条1項は、故意または過失による「他人の生命、身体、健康、自由」への侵害のほか、所有権への侵害

30 すでに確認したように *actio doli* は悪意ないし詐欺による(狡猾な)他人の財産の取得行為を主な対象としていたのであり、その類型が表面上「権利侵害」を問題にしなかったことにもそれなりの根拠があった。Kaser, *Das Römische Privatrecht* (Fn. 10), S. 627-628及び前注15の簡単な記述を参照。

31 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)362頁。

32 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)375-377頁。このような末川の不徹底で妥協的な態度を指し、「末川教授の立法論にあっては「権利侵害」標識は捨てられ、「違法性」に置き換えられている。」と批判するものとして、原島「わが国における権利論の推移」同・前掲書(前注7)476-477頁を参照(傍点・原著)。

33 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)365-372頁。

を筆頭に「その他の権利の違法侵害」の場合に不法行為の成立を認め、同条2項は故意又は過失により保護法規（Schutzgesetz）に違反する行為につきまた同じとする。その上で、826条は、良俗違反の方法で（in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise）、故意に（Vorsätzlich）、他人に損害を与えた場合にも、その行為者に不法行為に基づく損害賠償義務を課している。その三つの不法行為規定相互間の理解の仕方については確かに議論がありえる³⁴。とはいえ、第一次的に「生命、身体、健康、自由」が権利の土台としてあって、その延長線上で権利の保護が法的に実現されるという観点を踏まえる限り³⁵、823条1項が第一次的な存在理由をもちうるのであって、823条2項及び826条はそれぞれ自立しつつも823条1項に付属し、それを補完するものとみることも可能になろう³⁶。そのよ

34 ドイツ不法行為規定の配置と論点の所在については、Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II・Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, S. 349 ff. を参照。なかでも823条1項と2項の関係を巡る議論につき、Eduard Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015が詳しい。その翻訳として、ピッカー（川角・訳）「権利割当てと権利保護の体系におけるドイツ民法823条1項と2項の関係」龍谷法学51巻1号（2018年）827頁以下がある。

35 この観点を初めて体系的に解明したものがサヴィニー（1779-1861）であった。F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, S. 332 ff. bes. S. 336-337. これにつき、原島重義「権利論の存立と変質・放棄」（原題「権利論とその限界（一）」、1975年）同『市民法の理論』（前注7）415頁以下、特に420-422頁にかけての注6も参照。その注で原島論文が末川「権利侵害論」をサヴィニーの見解と並べて引用していることが物語るように、末川が、たとえば生命・身体・自由を「各種の物権や債権と同じような意味で生命権、身体権、自由権という如き権利を認めることはできぬ…否、生命、身体、自由、名誉の如きは、いわば権利以上の存在であって…寧ろ権利の発する根源でありまた権利の帰する幹流である…。」（末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）501頁）とする場合には、原島論文は積極的に末川「権利侵害論」を評価することを惜しまないのである。

36 とはいえ、823条1項と2項の「同価値性」を承認することまで排除されるわけではないであろう。むしろ、そのように解することによって、いずれも等々

うな観点からすれば、末川の態度にはド民823条1項の切り下げ路線を歩もうとしたものではないかという危惧を誘発せしめるに十分なものがあつた、といえよう³⁷。この点については、のちほど改めて本稿で立ち入ることにする。ともあれ、われわれは、末川「権利侵害論」における「違法性」理解に関する独自のな問題を別途確認しておく必要がある。

(c) 不法行為における違法性——「公序良俗」概念への傾斜

末川はまず、ドイツにおける主観的違法と客観的違法の対立を確認する。その際に彼は、アドルフ・メルケル（1836-1896）とルドルフ・フォン・イエーリング（1818-1892）、さらにアウグスト・トーン（1839-1912）の見解を、それぞれ順に「主観的違法説」、「折衷説」、「客観的違法説」として規定する。メルケルの「主観的違法説」とは、彼が法律を命令と禁止との総合と捉えた上で、人間の精神的な営為に基づくことなしに法律に違反する状態、すなわち「違法」が把握されることはなく、よって違法を常に「過責」（Schuld）と結合させて考察するがゆえであった³⁸。またイエーリ

く、権利不適合（いわゆる「権利侵害」）の客観的・現在の状態の「不適法性」（Unrechtsmäßigkeit）、及び「保護法規」違反にかかる客観的・現在の状態の「不適法性」を根拠に、まずは第一次的な妨害排除請求権が導出され、併せて同時に823条1項と2項の固有な要件を充足する場合に第二次的な不法行為損害賠償請求権が発動されることになろう。この点、ピッカー（川角・訳）「権利割当てと権利保護の体系におけるドイツ民法823条1項と2項の関係」（前注33）869頁以下の観点を参照。ちなみに、この場合「保護法規」は刑法上の法規ないし行政法規・警察法規などを含みもつところ、これらの「保護法規」の市民法的適合性という判断基準も重要性を増すであろう。

37 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）373頁は、「権利侵害」を「主要な不法行為の成立要件」であるとしつつ、しかも「権利侵害は保護法規違反及び反良俗と相並んで加害行為の違法性を決する一の標準たるにとどまっていると解しなければならぬ。」と述べる。これは、フランス民法やスイス債務法における不法行為規定の評価の仕方とは明らかに異なる。

38 A. Merkel, Kriminologische Abhandlungen, Bd. 1, Zur Lehre von den Grundleistungen des Unrechts und seiner rechtlichen Folgen, 1867, S. 42 ff. 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）386-387頁。なお、メルケルの違法論につき、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌80巻5号ノ

ングについて、末川は引用文のなかでイエーリング説の核心にあたる物的侵害の「不適法性」に言及する³⁹。しかしながら末川は、その引用でイエーリングの見解を示しはするものの、イエーリングの「不適法性論」＝「客観的違法説」に立ち入ることはしない。末川の引用箇所ではイエーリングは、特に他人物の善意占有者に対する *rei vindicatio* を念頭において、占有者の「善意」にかかわらず、権利状態の「不適法性」を根拠に物的訴権が認められることを指摘する。それゆえ物的訴権、すなわち近代法的に言い換えれば物権的請求権は、「客観的に不適法な物的状態の排除」(Aufhebung des objective unrechtmäßigen sachlichen Zustandes)⁴⁰ を、その固有の内容とするのである。イエーリングが上記の意味での「客観的違法説」のなかで明らかに「過責」ないし「帰責」の要素を排除しながら「意思」モメントに言及するのは、*rei vindicatio* に関してはもっぱら「善意占有者」の、権利者による「返還（請求）の拒絶」が要件となるという、意思的側面に留意するからに過ぎない。それを捉えて末川が、イエーリングの所説に「折衷説」というネーミングを与えることからして、末川の理解の仕方の根本的な問題性が現れている⁴¹。ともあれ、そのような末川の

↘ (1963年) 39頁以下、特に58頁、86頁以下も参照。

39 Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (Fn. 8), S. 5 ff. 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）387頁。その箇所ではイエーリングは、特に他人物の善意占有者に対する *rei vindicatio* を念頭において、占有者の「善意」にかかわらず、権利状態の「不適法性」を根拠に物的訴権が適法に行使されうること、それは「損害賠償」(Schadensersatz) と質的に全く異なることを論証している。

40 Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (Fn. 8), S. 7.

41 ちなみにドイツでもイエーリングの違法論は「折衷説」とか「中間説」と規定されているようである。小暮・前掲論文（前注38）87頁。この点、ドイツの刑法学者が、民法学者イエーリングの著作をろくに読もしないで貼ったレッテルであると言えるのではないか。小暮論文ではそれに関する典拠は示されていない。もっとも、小暮論文そのものは、刑法に関する違法論及び法益論を対象として手堅く構成されたものである。そして末川の「権利侵害論」についても特に言及がある。小暮・前掲論文93頁。

スタンスからすれば、命令説（Imperativentheorie）の立場から客観的違法を説いたトーンこそ、むしろ純然たる「客観的違法説」の論者として位置づけられることになる⁴²。のちほど末川は、いわゆる「許容的法規説」を支持する観点から「客観的違法説」に与する立場を表明することになるのだが、トーンの「命令説」こそは「許容的法規説」の対極に位置するものであり、両者は相容れ難い存在のように思われる⁴³。このあたりの無頓着さは、もしかすると末川の学問的・人間的なおおらかさ、ないし寛容さ、もしくはやや茫漠とした社会性重視の姿勢と、常に背中合わせのものであったのかも知れない⁴⁴。

ともあれ末川は、次のように主観的違法に対する客観的違法の優位を確認する。すなわち、「違法」とは「全然客観的に為される評価」であって、「たとえ人の容態を対象とするときでも、その容態には主観的な意識過程を加えて観る必要はない」、すなわち「主観的違法という概念は斥けらるべきである。」、そしてこのことは「故意過失というような過責（Schuld）と違法とが截然区別さるべきことを意味しているのである。」⁴⁵。——この

42 A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, 1878, S.1 ff., S. 8. 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）388-389頁。

43 もっとも末川は、別の箇所「命令説」を批判し、「許容的法規説」を採用するのだという。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）411頁。とはいえ、そこではトーンの見解に対する評価は棚上げされている。

44 たとえば原島重義は、末川「権利侵害論」が権利侵害違法とそれ以外の違法の二本立てであることを高く評価しつつ、なにゆえ権利侵害即違法の観点により第一的な妨害排除請求とリンクしなかったのか、また、なにゆえストレートに「公序良俗」に基づく違法重視の路線に至ったのかをラディカルに問題提起する。座談会（前注7）22-25頁にかけての原島発言を参照。そして原島は、次のように述べる。「私はやはり（末川）先生があれほど社会的にも自分の意思に従って終始され、社会的な影響力を持たれた方なので、そういう先生のお考えと先生の民法学はどうつながるのか、やはり気になります。」（括弧内・引用者）。座談会34頁（原島発言）

45 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）398頁。末川はそ

客観的違法の観点こそ、末川「権利侵害論」の一つの長所ないし特徴点をなすものである。そして、その上で彼はいわゆる「許容的法規説」を唱導する。すなわち「権利」とは、法規の枠内で法規が権利者の自由を「許容」するがゆえに「権利」たりうるのである。だから末川は法規による「権利を附与する形式」（傍点・引用者）を問う⁴⁶。そのような許容された法規こそ「適法違法というような評価の基準」たりうるのである⁴⁷。

ところが末川によれば、このような「許容的法規」＝「権利」のみによって「統一体としての法律秩序」における違法基準が充足されるとみるべきではない。権利侵害以外に違法となる類型がありうる。これは、いかにも説得力に充ちた見解である。現行709条における「他人の権利」の侵害、又は「他人の法律上保護される利益」の侵害という二元的な定式（2004年民法現代語化によって初めて明文化された定式）を1930年の時点ですでに先取りしていたわけである⁴⁸。しかしながら、結果的に権利侵害を違法性要件の一部として違法の内部に組み入れ、かつ権利侵害を「違法」の一つの「徴表」とする末川は⁴⁹、後者の権利侵害以外の違法性判断標識をもっぱら「公序良俗」に求めようとするに至る。その際に彼は、法律秩序における全生活関係を包括しうる「白地規定」としての「公序良俗」（民法90条）を、「法律行為」の領域を越えた高次の一般的な違法規範として

のように客観的違法の立場を採用することから、いわゆる「形式的違法」と「実質的違法」の区別は不要とする。末川・前掲書401頁。彼は自己の立場を客観的違法の「一元説」と規定するわけだが、これがあくまで不法行為違法の枠内に限定されていたことを忘れるわけにはいくまい。

46 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）411頁。

47 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）411頁。

48 大塚直「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判例タイムズ1186号（2005年）16頁以下、特に20-21頁は「差止め」を含めた709条解釈論の可能性と選択肢、及び残された課題について考察する。

49 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）466頁以下、特に474頁。この点、のちほど再論することになる。

承認しようとするのである⁵⁰（この箇所では末川が「公序良俗」につき「国家的に承認された文化規範」〔die staatliche anerkannte Kulturnorm〕としての資格を付与する。このような態度こそは、いかにも牧野英一好みのスタンス⁵¹と言えよう⁵²）。

(d) 権利と法律との相関

それでは「許容的法規」＝「権利」と「法律」との関係については、どう考えたらよいだらうか。末川は、一応「権利侵害」があればより高次の「公序良俗」をもち出す必要はないとするわけだが、そもそも「権利侵害」が「法律」との関係でいかなる意義をもつのか。末川は、サヴィニーの意思説的権利論やイエーリングの利益説的権利論を踏まえつつも、どちらかと言えば、より高次の法律秩序適合的な権利論を主張するトーン（1839-1912）やケルゼン（1881-1973）の見解をより積極的に評価しようとする⁵³。その上で末川は、権利を「部分的法律秩序」として捉える⁵⁴。それゆえにこそ、彼のいう「権利」とは「許容的法規」でなくてはならな

50 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）413-415頁。

51 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）414頁。とはいえ末川が直接に牧野の名を持ち出すわけではない。にもかかわらず、末川に対する牧野の影響は、末川「公序良俗の概念——民法第90条について」（1922年）同『権利侵害と権利濫用』582頁以下、特に594頁をみれば一目瞭然である（牧野が道徳を通じて「公序良俗」を考察しようとする傾向をもつ点のみ、末川の批判があるに過ぎない）。この点、すでに拙稿（前注1）138頁以下でも詳しく考察したところである。

52 このように末川は、国家的な規範性を重視し、その高次の発現として「公序良俗」規範（民法90条）を位置づけ、さらに権利をも「許容的法規」とすることからすると、たとえ彼が制定法以外に「慣習法」をもその視野に取り込んでいる（末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）412頁）としても、なお制定法実証主義的な側面を併せもっていたと言うべきであろう。この点、前注4も参照。

53 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）422-439頁（ただし、トーンやケルゼンにあっても意思説や利益説の痕跡が残っていると批判する。437頁及び439頁）。

54 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）443頁以下。

かったわけである⁵⁵。また、それゆえにこそ、結局末川の「許容的法規説」は、ピーアリング (1841-1919)、ケルゼン (1881-1973)、トゥール (1864-1925) らの見解に依拠するしかなかったように思われる⁵⁶。そのようにして「許容的法規」としての「権利」は、もっぱら「実質的には手段たるに

- 55 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）443-445頁では、「部分的法律秩序」としての権利を「適用された法律」（angewandtes objectives Recht）と言い換えている。その際、末川はValentin Puntschart, Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel, Leipzig, 1893, S. 1. とCarl Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Eine civilistische Ausführungen, Kiel, 1866, Bd. 1, S.10. の記述を根拠とする。ところが、少なくとも後者ノイナーのモノグラフィーでは、該当頁に記されているのは主にサヴィニーの権利論の紹介である（脚注でイエーリングのGeistも出てくる。もとよりイエーリングのローマ法的権利＝訴権に関する記述内容は別途検討される必要があろう。）。——要するに、サヴィニーは、ある者に帰属する意思支配領域が常に第三者の同様な支配領域と接触する点に主観的権利の存在意義を認めたのである。これは、ノイナーが、Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1 (Fn. 35), S. 333を引用していることから明瞭な事実というべきことがらである。それゆえ、末川の引用の仕方には一定の注意を要すると言うべきであろう（もとよりサヴィニーにあっても主観的権利は「法制度」を媒介に「法秩序」の内部にとどめ置かれるのだが、にもかかわらずその自立性はきわめて明白である。）。
- 56 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）446-449頁、452頁注6ないし注12。ちなみにピーアリングは刑法学者であって、主観的違法論者メルケルの影響を受け、ことにその法実証主義的承認論ないし法的妥当理論（Anerkennungstheorie oder Rechtsgeltungslehre）の提唱で著名である。さらに、ピーアリングとケルゼン（もしくはジョン・オースティン〔1790-1859〕）の法実証主義との親密な関係も指摘されている。Kleinheyer=Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Auflage, 2017, S. 34 und S. 499. なお、矢崎光圀「ケルゼン」木村亀二（編）『近代法思想史の人々』（日本評論社、1968年）98頁以下、特に105頁は、ケルゼン理論がナチズムのプロパガンダ（「法律はあくまで法律である！」）に資する側面をもちえた旨、指摘する。これは末川の主観的意図（許容的法規説を個人の「自由」と関連づけること。末川・前掲書447頁）とは別に、きちんと確認されて然るべきことだと思われる。ついでながら、トゥールの権利論がヴァイントシャイト（1817-1892）の消極的な権利論（諸権限の束ないしその集合体とみる立場）と共通性をもつという点については、拙稿・川角「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（一）——その序論的考察」九大法学50号（1985年）61頁以下、特に89頁、96頁を参照。

とどまっている」と規定されるべきことになる⁵⁷。そのような意味において「許容的法規」は、同時に全体的法律秩序の内部に位置するところの「部分的法律秩序」にはほかならないのであった⁵⁸。

(e) 不法行為における違法性と権利侵害との関係

それでは、「違法性」と「権利侵害」との関係についてはどうか。末川は、「権利侵害」を違法性の一つの権限形態＝「徴表」⁵⁹とし、それ以外の違法性を「公序良俗」に対する違反性という観点から承認する。その際、「権利侵害」それ自体は、部分的法律秩序としての「許容的法規」の侵害を意味するのだから「違法」たることは、末川にとって、その限りで自明のことであった。むしろ注目すべきは、「許容的法規」を論ずる際に末弘

57 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）450頁。

58 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）452頁。このような末川のやや直接的な国家制定法秩序重視の姿勢が、戦中の統制経済法体制を決定視することに繋がったと言えるのかも知れない。もっとも、その場合であっても彼の姿勢には彼なりの両面性がつきまとうように思われる。たとえば右へ倣えの一例として、末川博（編）〔末川博・実方正雄・原龍之介・谷口知平 共著〕『国防経済法体制——国家総動員法を中心として』（有斐閣、1942年）における末川の「序」及び末川担当の第一章48-49頁を参照。他方、それと異なる方向性を示唆するものとして、末川「権利構成への一省察」（1944年）同『権利侵害と権利濫用』3頁以下。後者について、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）499-500頁の積極的な位置づけを参照。もっとも末川は、後者の論文末尾で、次のように述べて前者（『国防経済法体制』）との架橋を試みている。――「いはゆる全体主義的法律秩序の内にあつて権利といふ概念がいかに取扱はるべきことになるかを考へるに当つては、法規の構成についての深い省察を要するのであり、これを統制経済法といふ如き観点からすれば、これまでの許容的法規に対する諸制約を一応改めて考察しなければならぬのだから、どうしても法規との関聯において権利を観ることを強調しなければならぬ理由がある。」末川「権利構成への一省察」・前掲書21頁。ここには、それほど明確ではないとしても、「許容的法規」としての個人的権利が当時の最高法規ともいえる「国家総動員法」適合的に変質されても法規上やむなしという姿勢が見え隠れすると言えよう。

59 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）466頁の第三節見出しを参照。

が権利を単なる「義務の影像」とみる立場に抗して、それを「積極的な独立のものとして観なければならぬ」とし、そのゆえをもって「違法」だとしていることである⁶⁰。それゆえ、末川が、なにゆえに「権利侵害」を一個の違法の「徴表」にとどまる、という消極的な定式を与えたのか、問題となる。末川は、その言うところの「法律秩序」を単に「運動」(Bewegung)においてみるのではなく、一定の安定的な性質、すなわち「状態」(Zustand)乃至連続(Dauer)」とみる⁶¹。権利侵害はかかる「法律秩序」の「部分」たる「許容的法規」への侵害を意味するがゆえに直ちに「違法」なのである⁶²。

ところが末川のいう全体的な「法律秩序」は、究極的には、それ自体として「公序良俗」というより高次の観念によって支配されていく。「公序良俗」こそ、少なくとも権利侵害のない局面では、表面に躍り出て本領を發揮すべきものであった⁶³。また、それゆえにこそ次のような文章、すなわち「違法性の徴表として、権利侵害という形態が標識とされているのに過ぎない。だから民法第七百九条は権利侵害自体を本質的な要件としているのではなくて、寧ろそれを通じて認識されるところの行為の違法性を本質的な要件としているのであると解しなければならぬ。」⁶⁴ という文章が顔を出すのである(傍点・引用者)。

ここで末川は、いわば権利侵害の標識をも「公序良俗」観念でオーバー

60 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)460頁。その延長線上で「権利の侵害はそれ自体違法である」という文章が出てくる。末川・前掲書465頁。

61 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)461頁。

62 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)466頁では、「許容的法規が部分的な法律秩序を権利として顕示して評価的機能を果たすものであることを観て、権利の侵害が一般に違法であることを説いて置けば足りる。」と記されている。

63 この点、末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)471頁に明らかである。

64 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)474頁。

ラップすることまで積極的に主張するわけではないように思われるけれども、それをあえて排除するわけでもない。いずれにせよ、末川にとって「権利侵害」は「違法性」の「徴表」であるに過ぎず、権利侵害があったとしても正当防衛や緊急避難等の「違法性阻却事由」によって「違法」認定が遮断されるわけであるから⁶⁵、「違法性」そのものが不法行為要件として「権利侵害」よりも高次のもの・より本質的なものであり、「権利侵害」は「その背後に存する」ところの「違法性」によって包括され、吸収されるべきである、という趣旨のことを述べる⁶⁶。

65 とはいえ、「権利侵害でない場合」であっても等しく違法性阻却事由が適用されること言うまでもない。それゆえ、「違法性」を決定視し、権利侵害の場合とそれ以外の場合にそれを推し及ぼす場合であっても、当然に違法性阻却事由の適用がありうるのである。だから、末川のように「権利侵害」を違法性の一つの「徴表」と消極的に捉える必然性はなく、むしろ「権利侵害」を違法性標識の「典型」として積極的に位置づけることも十分可能であるように思われる。この点、後注97で取り上げる吉村「不法行為法における権利侵害要件の「再生」」186頁以下と、そこで引用される諸文献を参照。さらに、ドイツの場合、いわゆる所有権等の主観的権利 (subjektives Recht) を越えた広がりをもち、かつ一定の固有な割当て規範領域をもつ「利益」(それが「保護法規」を通じて確保されるものを含む)の三重の保護機能(第一次的な妨害排除請求権機能、第二次的にその亜種としての不当利得請求権機能、第三次的にそれらと異質で主観的有責性を前提とする不法行為損害賠償請求権機能)が展開されようとしている事実にも目を向ける必要があろう。その場合、人の生命・身体・自由・名誉等の「人格」的要素(ないし人格的利益)が——違法性阻却事由の適用がある場合を除いて——無条件に要保護性を承認されること、当然であった。Eduard Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz (Fn. 34). その翻訳として、ピッカー(川角・訳)「権利割当てと権利保護の体系におけるドイツ民法823条1項と2項の関係」龍谷法学51巻1号(2018年)838-839頁、864頁以下を参照。

66 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)474頁。この点、あくまでも末川は生命侵害・名誉侵害・自由侵害等のケースで「権利侵害」がなくても、あるいは被侵害利益が「権利」であるかどうかいちいち穿鑿することなしに、「違法性」を認定し、不法行為法上の救済を広げようという観点から、本文のように述べたことは否定できない。にもかかわらず、わが国「不法行為規定」(709条)の解釈にあたって、彼が立法上の指導モデルを挙げるとき、違法な (widerrechtlich) 「権利侵害」、「保護法益侵害」、「良俗違反の故意侵害」

ちなみに、彼が「行為の違法性」という場合、いわゆる「行為違法」(Handlungsrechtswidrigkeit)を指すのか、それとも「結果違法」(Erfolgsrechtswidrigkeit)を指すのか、それほど明瞭ではない。前者（「行為違法」）であるのなら、一定の行為に関する「不文の注意義務」が「一般条項」(末川いうところの「白地規定」)として機能し、権利論抜きの「目的的行为論」(die Lehre von der finalen Handlung)へと転化する⁶⁷。これに対し、後者（「結果違法」）であれば行為の客観的な「結果」の違法性に重点が置かれるのであるから、それは物権的請求権（特に妨害排除請求権）で問題となるところの結果発生前の客観的な不適法状態の排除責任のルール性と論理的に整合する⁶⁸。ところが末川の立論スタイルによれば、そのいずれなのか判然とはしないのである。なるほど「権利の侵害はそれ自体違法である」(前注60)というからには、彼は一応は「結果違法」を志向するのであろう。にもかかわらず、権利侵害以外の場合に行為の「公序良俗」違反性をもち出す以上⁶⁹、「行為違法」ないし「行為責任」を志

ゝの三類型を具備するドイツ民法の立場よりも、「違法」ないし「faute」によって包括的で「弾力性」に富んだ規定をもつ「フランス民法やスイス債務法」の「立場を採る方がよろしい」と書いていることからすれば(末川・前掲書480-481頁)、かかる末川のスタンスはあとで確認する我妻のスタンスと限りなく接近してこざるをえないのである。

67 「目的的行为論」については、原島重義「ドイツにおける権利論の変質」(1976年。ドイツのAcP176, S. 289 ff.に掲載)同『市民法の理論』(前注7)389頁以下、特に392-393頁を参照。Vgl. Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, S. 145 ff.

68 Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 25 ff. bes. S. 69, S. 130は、従来の学説が物的妨害排除責任の根拠を、結局のところ人の意思的行為に還元してきたことを的確に指摘し批判した上で、イェーリングがローマ法の研究の成果として客観的で現在の「不適法性」に基づく状態責任の基礎を築いたこと、今日の妨害排除責任もまた「状態責任」として統一的に捉えられるべきことを主張する。

69 末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)499-541頁では、権利侵害以外の局面で広義の「公序良俗」(より高次の法概念標識としてのそれ)を切り口とした数多くの判例・裁判例の分析が行われている。それは、財産メ

向するのだと言うべきことになろう。そしてそのような観点は確かに「権利濫用論」につき応用の効く態度を帰結するのもかも知れない⁷⁰。しかしながら、同じ709条の「違法性」について、片や「結果不法」、片や「行為不法」で果たしておさまりがつくのであろうか（これは、すでに指摘したように〔前注66〕、末川が、立法論としてドイツ民法型の不法行為の規定方式よりも、フランスやスイスの違法一元論的な立法方式〔容易に faute要件とも融合しうるもの〕を選び取ろうとすることも考慮に入れて評価する必要のある問題である。）。

ともあれ、あくまで「不法行為」の問題として「行為の違法性」を捉える末川の目には、「行為違法」であれ、あるいは「結果違法」であれ、いずれであってもそれほど困らないとでもいうような一種のおおらかさが見て取れる⁷¹。しかるに、そのような「おおらかさ」が彼の理論にそのまま

、法一般を包括しつつ、いわゆる家族法の領域を含めて「違法性」及び「公序良俗」の観点から考察するものである。その場合、末川にとって「公序良俗」という規範こそ「法律の全体系を貫流する根本理想の一顕現」とされるところ（末川「公序良俗の概念」同・前掲書594頁）、たとえば刑法上の保護法益（生命、身体、自由、名誉、財産etc）への侵害の場合には、刑法という「顕現的法規」が「命令的法規」として機能するわけだから「公序良俗」に依拠する必要はなく、刑法上の構成要件該当性によって民法上も違法かどうかが決まる。これに対して、そのような「顕現的法規の欠けているとき」には、「個々の具体的な場合について公の秩序善良の風俗という形式的な基準に経験的な内容を盛って」、よって「違法」かどうかを「認識することができる」とする。末川・前掲書499頁。

70 末川は、「権利濫用」を「権利行使」との関係で捉え、「権利行使」が「法律上是認されることを得ない程度」に達して「違法と評価される」場合には（すなわち「権利濫用」という判断を帰結する場合には）、被害者側の権利侵害の有無にかかわらず、損害発生が認定される限り当該行為は不法行為になるとする。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）527頁以下、特に530頁。しかるに「権利行使」が「法律上是認されることを得ない程度」に達する場合に「違法」というのは、それ自体一種の同義反復（トートロジー）であって、これを具体的な判断指標とするには一定の留保を要しよう。要するに末川にあっては、「法律上是認されることを得ない程度」とは、常に「白地規定」＝「一般条項」としての「公序良俗違反」と一体化していたように思われる。

71 原島が、「私は末川先生の権利論ないし権利濫用論の全体像をまだ十分につかみかねているのです。」と言うのも、そのゆえであらう。前注7の座談会22頁ノ

反映するとき、われわれは末川博の人間性が備えもつ魅力⁷²を越え出て、現在の民事違法論（物権の請求権ないし差止めを含む広義の違法論）に及ぼうところの、末川理論の負の側面をも痛感せざるをえないのである。とはいえ、紙数の限られた本稿でその問題を全面的に展開することはできない。以下では、「違法論」における末川説と我妻説との関係を素描し、それをもって本稿・末川「権利侵害論」の「まとめ」とするほかない。

（3）若干の考察——我妻「相関関係的違法論」との関係（「まとめ」に代えて）——「公序良俗」概念の「適用」

まず我妻栄の違法論を整理したのち、末川と我妻の関係を探ることにする。そして、両者の「違法論」が今日どのような影響を与えているか確かめることにする。

① 1930年の末川「権利侵害論」の7年後、我妻栄の『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）が出た。周知のように我妻の助手論文は「ダントツの「裁判官の解釈的作用」」（1923年）⁷³であるが、それが出された前の年、1922年に彼は「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」⁷⁴を公にし、もってヘーデマン（J. W. Hedemann）⁷⁵の『十九世紀における私法の発達』（Die Fortschritt des Zivilrechts im X IX Jahrhundert）における「損害賠償理論の近代化」（Die Modernisierung der Lehre vom Schadens-

を参照。

72 それは、前注4の川島武宜・谷口知平の「対談」のみならず、たとえば『追想 末川博』（有斐閣、1979年）に収録された多数の論稿に集中的に示されるところである。

73 我妻『民法研究Ⅰ・私法一般』（有斐閣、1966年）51頁以下。

74 我妻「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」同『民法研究Ⅵ・債権各論』（有斐閣、1969年）193頁以下。

75 ヘーデマンについては、その全体について、広渡清吾『法律からの自由と逃避・ヴァイマル共和制下の私法学』（日本評論社、1986年）が詳細な考察を試みている。

ersatz) の内容を紹介した⁷⁶。そこで我妻が注目するのは、ヘーデマンにおける「損害賠償理論の近代化」と「公の秩序善良の風俗なる觀念の發達」との相互關係重視のスタンスであった⁷⁷。そのような観点から我妻は、ヘーデマンの⁷⁸「過失主義の醇化」(Die Verfeinerung des Verschuldensprinzips)が「具体的衡平主義」ないし「具体的衡平の原則」(Prinzip der konkreten Billigkeit)と「接触」する方向性を評価するのである。こうして結局、我妻は、彼に特有な私法学發展の段階的的把握のもと、「過失主義を破壊して衡平主義を樹つる」ことこそ、「意思表示万能の原理を破壊し、所有權不可侵の法理を覆した十九世紀後半の法律学の後を承けて、二十世紀の法律学が当になすべき大使命である」と高唱するに至る⁷⁹。それを支えた思想的基盤こそ、「個人絶対」から「連帯主義」へという牧野英一的な思考形態にはかならなかった⁸⁰。その延長線上に我妻の『事務

76 我妻「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」同『民法研究VI』（前注74）196頁以下。

77 我妻「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」同『民法研究VI』（前注74）198頁。

78 我妻「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」同『民法研究VI』（前注74）216頁。

79 我妻「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」同『民法研究VI』（前注74）239頁。

80 我妻「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」同『民法研究VI』（前注74）239-240頁。もとより我妻が、単に「衡平」だけを独り歩きさせようとするのではなく、「法律の確實性と並んでその妥当性を強調し、文化現代の發達においては社会と裁判官の協力によって具体的場合の妥当性を發揮せねばならぬ」とし、そのような評価観点は「公序良俗」をはじめ、いわゆる「一般条項」に課された共通の課題であるとする姿勢が示されていたことは、一応ここで確認しておくべきであろう。我妻『民法研究VI』240頁。にもかかわらず、我妻が当時の現実の「社会」にそのままのっかかり、いわば現狀追認的な形で「一般条項」を捉え、その上で一定の類型化を志したに過ぎないとみるのは、あまりに酷な評価ということになるのであろうか。この論点は、我妻の「私法の方法論」一般に関する問題と深く関連する。さしあたり、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（十七）——昭和初期：我妻栄の民法学（その二・完）龍谷法学54巻2号（2021年）81頁以下、特に106-115頁を参照されたい。

管理・不当利得・不法行為』における「違法論」が登場する。

② 我妻の「違法論」を整理するならば、それは次のように言えるだろう。まず我妻は、当時の一元的な「権利侵害」要件の意義を論じていう。——「民法は不法行為の要件に「権利侵害」を加へる。これは個人主義民法の理想を示すに極めて適切である。蓋し、自由なる活動が他人に損害を加へるも、他人の権利を侵害せざる限り賠償責任なしとすることは、不法行為制度をもつて個人の自由活動の最少限度の制限とすることに文字通りに適合する。法律は各個人に権利を認めた。それは各人の個人的自由活動の基礎であり本拠である。各人は相互にこの本拠を侵すべからざる義務を負ふ。蓋し、その以外に於ては、法律の許容放任する分野として各人は互に損害を加へ合つて競争するも何等妨ぐる所なし。これが民法の思想である。」⁸¹。ところが19世紀前半型の自由主義・個人主義から19世紀後半・特に20世紀における「社会本位・団体主義・連帯主義」を強調する我妻の段階論的観点によれば、上記の原則論からの直接的な変質が当然視されていく。彼は次のようにいう。——「然し、右の如き思想の下に於ては、権利と認められるものが狭少なる為め、加害行為が道義に反し、社会的秩序を紊すにも拘らず、権利侵害なしといふ理由の下に不法行為の成立が否認せられることになる。かくては社会の向上発展を阻止する。個人の権利を侵害せずとも、社会の規範を逸脱する加害行為はなほ不法行為となると謂はねばなるまい。しかも、単に社会の法律的規範に違反する場合のみならず、公序良俗に違反する場合にもなほ不法行為の成立を認めねばなるまい。〔中略〕権利侵害より違法性への推移は近時の学説の強調する所であり、

81 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）100頁。このような原則的な観点を示しえたところに、我妻説が戦後わが国通説を確固なものとした理由が示されているように思われる。この点、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）446頁が「古典的権利論」とならべて、我妻の見解を摘示するゆえんでもあった。

判例も亦この線に沿つて目覚しき進展を見せて居る。私は、その違法性の具体的決定に当つては、被侵害利益の種類と侵害行為の態容とから相関的にこれを決定すべしと考へる…。⁸²——ここで、すでに我妻は實質上「権利侵害」要件を換骨奪胎せしめ、それを「違法性」によって置き換え、その「違法性」を被侵害利益の種類と侵害行為の態様（「態容」）との相関関係において把握しようとする。

③ このようなスタンスのもと、我妻は以下のようにその「違法論」を

82 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）100-101頁。この引用箇所〔中略〕の箇所では、権利侵害以外の違法性を充足する一例として「不正競争防止法」を取り上げる。そのこと自体は我妻の優れた着眼点の賜物というべきことである。たとえば、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）478頁も特にその点に留意している。とはいえ、自由競争の弊害を指摘したかったのであろうか、我妻が前注79に対応する引用文で「各人は互に損害を加へ合つて競争する」ことを許容するのが近代法の立場であるとするのはやや行き過ぎであろう（すでに原島・前掲論文479頁が同旨）。たとえば、サヴィニーによれば、互いに「損害」を加え合うこと自体論外であり、むしろその手前で相互の接触作用を阻止することに力点が置かれ、それゆえにこそ彼が不法行為責任の一手手前で「差止め」の法理の基礎を提示しえたことに留意すべきであろう。たとえばサヴィニーは、次のようにいう。「あらゆる権利は、所有権という形態において端的で完全な姿態をまとうのであり、つまりはそこにおいてこそ人の物に対する無制約で排他的な支配が立ち現れるのである。とはいえ、所有権の本質をわれわれの前に明らかにするためには、われわれは次のような普遍的意義をもつ考察から出発しなければならない。すなわち、人は誰でもその自由の埒外にある自然を支配するべき使命を帯びている。しかもその使命とは、各人が、他の人もまた同様の使命をもつのだということ（相互に）承認すべきことを要求する。そして、諸個人の空間的な接触がある場合には、上記のような相互承認から（aus dieser gegenseitigen Anerkennung）——さしあたりは各人の充足のため不特定なものとして立ち現れるとはいえ——もっぱらその（個人的な）充足の一定の限界づけのうちに見出されるところの、（法的な）調整の必要性（ein Bedürfnis der Ausgleichung）が生ずるのである。」。Savigny (Fn. 35), S. 367-368. ここでは、少なくともサヴィニーが不法行為責任としての損害賠償（Schadensersatz）を念頭に置いて立論しているのではないことが明らかになるのではないだろうか。

展開していく。すなわち、まず第一に「権利侵害」なる要件は「違法なる加害行為」の意味で理解すべきである⁸³。それでは「違法なる加害行為」とは何を指すのか。この点、我妻は末川と同様に「公序良俗」に反する行為のことだという⁸⁴。このように「権利侵害」要件が事実上形骸化せられ

83 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）120頁。ちなみに「加害行為」を所与の前提にする考え方は、すでに末川の見解（特に「権利侵害のない場合」の違法判断）においても、はっきり示されるところである。たとえば、末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）499頁（「権利侵害を伴わない加害行為の違法性」）、509頁（「加害行為が違法でさえあれば不法行為の成立が認められる」）、510頁（「加害行為の違法性さえ認められるならば権利侵害はなくても不法行為は成立する」）などの文章を参照。もとより、「権利侵害のない場合」の「違法性」につき、末川や我妻がいちいち「権利」であるかどうか詮索する必要はないとしたことは、それ自体「一般論」としては正当である。ところがこの場合、いずれも結局は、「公序良俗」への違反性如何という総合的利益衡量・相関的総合判断に委ねようとする。その場合、末川や我妻は、基本的に客観的な法規違反があればまずは「違法」であって、加えて故意又は過失要件を充足し、かつまた損害発生が認定される場合に不法行為責任を認めるド民823条2項の方式が忘れ去られてしまう。あるいは、ドイツ民法が823条1項で権利侵害違法を確認しつつ、同条2項で「保護法規」違反の違法類型をすくい上げた上で、actio doliの系譜をひくド民826条による補完（良俗違反の仕方では他人に損害を加えた場合の不法行為責任）を構想したことも視野の外に置かれる。この点、原島が、権利侵害がなくとも、生命・身体・自由・名誉等の人格利益侵害を当然「原則違法」とし（例外的に「違法性阻却事由」があれば別）、加えて「環境保全秩序違反」ないし「競争保全秩序違反」のケースでの客観的な「秩序違反」に基づく違法類型を析出したことは、上記末川＝我妻に対する理論的アンティテーゼの具体化として重要な意味をもつだろう。原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）517-520頁を参照。

84 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）125頁。これは著名な「大学湯事件」（大判大正14年11月28日民集4巻670頁）を素材に、我妻が独自に抽出したテーゼである。すなわち彼は、それに先行する「雲右衛門浪曲レコード事件」（大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁〔付帯私訴事件〕）で狭隘な権利理解が示されたことを受けて、「正義」ないし「公序良俗」をこそ活用すべしとする。すなわち、「大学湯事件」で大審院が「不法行為」とは「法規違反の行為より生じたる悪結果を除去する為被害者に損害賠償請求権を与ふることが吾人の法律観念に照して必要なりと思惟せらるる場合を云ふ」と判断したことを受けて、我妻はここで言われる「法規違反の行為」の意義を「公序良俗」違反の行為として読み込み、それゆえこれを「真に画期的なり」と評価するのであ

ていくことが最大の注目点となる。これに対して、末川は「違法性の徴表」というやや漠然とした定式のもとではあれ、あくまでも「権利侵害」要件をそれ以外の「違法」の諸ケースと共に維持したのである。ただ、上記の「漠然さ」が「公序良俗」とか「許容的法規」などのそれ自体議論の余地を残すタームによって粉飾されていたことが、独特な形で末川理論の問題性を生み出すことになった、と言えよう。

④ とまれ、次に我妻は、「違法性」要件のさらなる肉づけを図る。以下のようにいう。——「私も亦権利侵害なる要件は加害行為の違法性あることを意味すると解する説に従ふ。然し、違法性の有無は超法規的価値判断の問題であるから、一方その内容の硬化せざることを努むべきであるが、同時に、その判断の擅恣となることを厳にいましむべきである。かかる目的の下に、我々は違法性決定について一応の準繩を定める必要がある。そして、私は、これを被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相関々係に於て考察するを至当なりと思ふのである。」⁸⁵ すなわち、「当該加害行為の被侵害利益に於ける違法性の強弱と加害行為の態容に於ける違法性の強弱とを相関的・総合的に考察して最後の判断に到着すべきである。例へば既存の法律体系に於て絶対的な権利と認められるものを法規違反の行為によつて侵害するときは違法性は最も強くなる。又新たなる社会関係の裡に生成しつつある権利を権利の行使によつて侵害するときはその違法性は最も弱くなる。従つて、権利としての対世的効力弱きか又はその内容の漠然たるものについてはその侵害行為の態度が特に考慮せられねばならないことになる。」⁸⁶。

ゝる。そのような我妻の姿勢によれば、かかる「公序良俗」依存型の法思考こそは、結局のところ牧野英一に還元されるところものにはかならない。我妻・前掲書 125頁注5を参照。それは末川博が辿った思考の軌跡とも見事に合致している。

85 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）125頁。

86 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）126頁。

このように柔軟なる総合的利益衡量的判断論 = 「相関関係的違法論」こそ、我妻説のもち味であり、その点で末川説の到達点をさらに一步具体化しようとしたこと、疑う余地はないであろう⁸⁷。しかしながら我妻説は、翻って逆にさらなる問題性を醸し出すことにもなった。論点は少なからず存在するが、ここでは、以下の二点だけに考察を絞ろう。(i) 我妻が違法性の判断基準を「超法規的価値判断」であるとしたことをどう考えるか。(ii) 我妻が違法の対象を「加害行為」とした上で——したがってすでに損害発生要件を含み入れた上で——当該「加害行為」の備えもつ「被侵害利益に於ける違法性の強弱と加害行為の態容に於ける違法性の強弱とを相関的・総合的に考察して最後の判断に到達すべきである」としたことをどのようにみるか。

87 たとえば、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論と判例理論の展開に関する覚書」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣、2007年）445頁以下、特に459頁は、「末川の違法性論が、侵害行為に着目するものであったのに対し、これをさらに発展させ、侵害行為のみならず被侵害利益にも着目したのが我妻栄であった。」とする。これは、一応正当な指摘であるが、末川においても「被侵害利益」そのものに着眼する観点は大きいにあったこと忘れるわけにはいくまい。末川は、「権利侵害」にあたる場合として、所有権侵害等の物権（各種用益物権・担保物権を含む）及び債権、鉱業権、漁業権等の特別法上の権利、流水使用権等の慣習上の権利、さらに親族法上の諸権利、形成権、抗弁権などを取り上げており、その間の区別も行っている。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）486-498頁。その上で、彼は「権利侵害のない場合」につき、生命・身体・自由・名誉等への人格侵害の諸ケース、刑法上の犯罪構成要件に該当する諸ケース、イミッシオンを含めた末川いところの「権利濫用」の諸ケース、婚約破棄や村八分などを列挙する。末川・前掲書499-541頁。要するに、末川と我妻の違いは、①末川が「権利侵害」要件をまがりなりにも独立の違法要件として定式化したこと、そしてそれと関係することだが、②末川が必ずしも我妻のように初めから被侵害利益の種類と侵害行為の態様を突き比べて相関的総合判断で「違法」要件の一元化を図ろうとしたわけでないこと、のうちに明確に理解されるべきであろう。それゆえ、末川において、そのような我妻的相関的違法判断の余地を残すのは、彼が「権利侵害以外の場合」の違法性の有無をもっぱら「公序良俗」違反の観点から決すべしとする場合（たとえば末川・前掲書499頁）に限られる、と言えよう。

(i) については、すでに我妻の「助言」のもと公にされた木村清司「不法行為法に於けるultima ratio legis としての反公序良俗性」⁸⁸が末川「権利侵害論」の2年前、1928年に出ていることに注目しておきたい。我妻の「超法規的価値判断」というタームは、それ自体唐突に出てきた印象を与えるものであるが、木村が注目する「ultima ratio legis」(法律上の最後の手段)とほぼ同義であるように考えられる。もっとも、木村は、一応は「権利侵害」要件を維持するわけであり、だからこそ「法律上の最後の手段」としての「公序良俗」への違反性(=「反公序良俗性」)を問おうとするのである⁸⁹。とはいえ、その「問い方」はあくまで我妻流であって、不法行為におけるultima ratio legisとしての「反公序良俗性」と「権利の性質」との「相関性」が肝心であると主張している⁹⁰。ともあれ、我妻のいう「超法規的価値判断」とは、結局のところ「公序良俗」概念に還元されること疑う余地はない。そのような右にも左にも容易におれる規準こそ、「その判断の擅恣となること」といいうる、のではないだろうか⁹¹。

88 木村清司「不法行為法に於けるultima ratio legis としての反公序良俗性」法学協会雑誌46巻9号(1928年)2頁以下。すでに末川は、その「権利侵害論」においてこの木村論文に注目していた。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)479頁注4。その注で、末川もまた、彼の依拠する「公序良俗」概念に基づく違法判断を「法律上の最後の手段としての規準」であるとし、木村の主張と同じことを言おうとしている、と述べる。

89 木村「不法行為法に於けるultima ratio legis としての反公序良俗性」法学協会雑誌46巻9号(前注88)28-29頁。その箇所では、特にド民823条2項の「保護法規」(Schutzgesetz)に反した場合を「法規違反の行為」として、所有権などの「権利侵害」と一応の区別を図る。

90 木村「不法行為法に於けるultima ratio legis としての反公序良俗性」法学協会雑誌46巻9号(前注88)38頁以下。

91 この点に鑑み、戦後の「板付基地事件最高裁判決」(最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁。賃貸借契約期間満了を理由とする原告の土地明渡請求を私権の社会性・公共性を理由に棄却したもの)に関する我妻の態度を知りたいところだが、管見の限りでは我妻の意見を知りえなかった。とはいえ、我妻の孫弟子ともいえる大村敦志が「板付基地事件最高裁判決」を「宇奈月温泉事件判決」(大判大正10年10月5日民集14巻1965頁)の延長線上でほぼ無批判的に捉えて、

それでは（ii）についてはどうか。このような我妻的な「相関関係の違法論」こそ、わが国判例・通説をなしたと言うまでもない⁹²。問題であるのは「加害行為」の存在を所与の要件としていることである。我妻は賢明にも基本的に「過失責任主義」を維持し、それと「違法性」を区別する。しかしながら彼が「公平の理想に基く過失の推定」という場合、すでに行為の違法な結果を惹起した者（たとえば「他人の樹木を伐採した者」・「保管して居る他人の財産を消費した者」など）については広く公平の観点から「過失」を「推定」しようとするのだから⁹³、我妻的な「違法性」が「公序良俗」によって内容空疎なものとなされたことを踏まえる限り、彼の目指す方向性は実質上いわゆる「過失一元説」ないし「新受忍限度論」に接近する⁹⁴。この点、我妻が「相関関係の違法論」の展開として、受忍限度論的な「違法段階説」（たとえば、まずは一定程度の違法性充足によって損害賠償請求権は認められることがあっても、それ以上の高度な違法性が認定されない限り差止請求権までは認められないとする見解）を提唱していたことも参考にされてよ

ゝいることが参考となるかも知れない。大村『不法行為判例に学ぶ——社会と法の接点』（有斐閣、2011年）63-64頁を参照。このような態度との対抗軸の一例として、原島重義「軍事基地用地の「賃貸借」と民法規範——とくに最高裁「板付」判決を中心として」同『市民法の理論』（前注7）298頁以下、同「所有権の濫用——最高裁板付基地事件判決再論」原島・前掲書339頁以下がある。

92 この点、すでに示したことでもあるが、こに加藤一郎（1922-2008年）による我妻説の受容のあり方についても詳しいものとして、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から」法学論叢154巻4・5・6合併号（2004年）292頁以下、特に309頁以下を参照。

93 我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）114頁。

94 さしあたり「過失一元論」につき、前田（陽）・前掲論文（前注87）468頁、山本（敬）・前掲論文（前注92）316頁以下。なお、新受忍限度論とは709条の「故意又は過失」及び「権利侵害（違法性）」という要件モメントを「被害が受忍限度を超える」という要件に吸収し、一元化しようとするものである。この点、それに対する批判を含め、吉村良一『不法行為法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）86-87頁を参照。

いであろう⁹⁵。

⑤ 上記の我妻説に照らし、末川の「権利侵害論」が「権利侵害」の場合と「権利侵害でない場合」との二元論的な違法論を提示しえたこと、また、それゆえ「権利侵害即違法」の原則論を維持しえたこと、そしてその限りで我妻的な「相関関係的違法論」及びその展開としての「違法段階説」には直ちに乗り移らなかつたことを確認することができよう⁹⁶。にもかかわらず、末川による、より高次の——「法律上の最後の手段」としての——「公序良俗」規範への収斂が強調されたこと（前注88を参照）を踏まえるならば、彼の「権利侵害論」はたちまち曖昧模糊たる両義性を帯びざるをえない⁹⁷。そのような彼の両義性、言い換えれば「法規違反の行為」

95 このことをわが国で正面から問題提起したのが、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）450頁以下であった。原島は主に加藤一郎や野村好弘の見解を批判するが、その直接的な根源は我妻説にあったわけである。この点に照らし、改めて我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）129-130頁注7の記述内容が参照されてよいだろう。なお、我妻「相関関係的違法論」と「受忍限度論」の異同につき、原島・前掲論文480-481頁をみよ。

96 このような観点に即して、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）474-476頁の、末川説への高い評価が根拠づけられる。とはいえ、同論文476-477頁の「留保」も参照されるべきことである。本稿では、この「留保」をより具体化することに力点が置かれているとも言えよう。

97 その「漠然たる両義性」の一つとして、末川のイミッション論を挙げることができよう。末川は、イミッション（煤や煤煙、音響や振動、汚水等の隣地への侵入）を指して、これをもっぱら公序良俗的な「権利濫用」の観点から考察し、いわば「受忍限度論」的なイミッション論を展開する。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（前注6）529頁以下。要するにイミッションを他者に放散せしめるのは「権利の行使」にはかならず、それが違法かどうかは、「法律上是認されることを得ない程度」に達したかどうかで決まるとする（末川・前掲書530頁）。この点、我妻の場合はより徹底している。すなわち、「注意すべきは、所有権と雖もその内容は法律の理想によつて決せられるものであるから、社会共同生活に於て所有者の認容すべき範囲と認められる侵害は所有権の侵害としての違法性を帯びざることである。社会生活に普通な瓦斯・臭気・煤煙・熱・音響・震動等を隣地に侵入せしむることはこの意味に於て一般に

を「公序良俗」違反の行為に容易に還元してしまう態度、あるいは、民事違法の原則論のうちに裸の「社会性」をもち込むのにやぶさかではない態度にこそ、我妻説との強固な接点があった⁹⁸。しかも、それゆえにこそ末川と我妻の見解がわが国における判例・通説を形成しえたという事実は、まさしくわが国における権利論・民事違法二元論（不法行為論ともども、それとは別個に差止めの法的根拠論をも提供しうる違法論⁹⁹）の歪み、そしてそれ

ㄨ 違法性を帯びない。」我妻『事務管理・不当利得・不法行為』（前注18末尾）127頁。少なくとも末川には、独自のイミッシオン研究があったのに対し（同「イェーリングを中心とした土地所有権の限界に関する研究」〔1925年〕同『続民法研究』（評論社、1962年）64頁以下、特に90頁以下）、我妻は、「社会共同生活」及び「法律の理想」を挙げるのみである。この点、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）515頁以下は、わが国においてイミッシオンについては「法律の欠缺がある」とした上で、ドイツ法における原則違法・例外適法の「重層構造」を具体的に摘示する。さらにドイツ立法者による「原則越境違法」の観点につき、拙稿・川角『物権の妨害排除請求権の史的展開と到達点』（前注14）138頁以下。なお、ド民906条1項は、当該イミッシオンが「妨害」を与えないか、与えたとしてもそれが「単に非本質的」（nur unwesentlich）なものである限り（insoweit alsの構文）、イミッシオンの妨害排除をなしえない、とする。文理上イミッシオン原則違法ないし不適法の立場が示されている。

98 本稿は、末川説を基軸にそれと我妻説との関係（さらに断片的に加藤〔一〕説、平井説）につき考察・紹介しえたに過ぎない。関連する教科書・コンメンタールについては一切引用を省かざるをえなかった。なお、我妻説ないし平井説以降の判例及び学説の動向につき、前田（陽）・前掲論文（前注87）472頁以下、山本（敬）・前掲論文（前注92）320頁以下、さらに瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅲ・個別観察（2）債権編』（有斐閣、1998年）559頁以下、特に585頁以下、598頁以下、吉村良一「不法行為における権利侵害要件の「再生」（2009年）同『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社、2016年）181頁以下、特に192頁以下、同「保護法益の多様化と不法行為法の基本要件」（2012年）同・前掲書216頁以下などを参照。

99 そのような「民事違法二元論」の理論的方向性をわが国で最初に指し示したのは、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』（前注7）450-451頁、511頁であった（後者の頁では不法行為責任オンリーの「民事違法論」の「単線方式」が批判されている）。その方向性は、すでにイェーリングが「ローメ

以降の学説の「混迷」¹⁰⁰の原因を雄弁に物語るであろう。そのような末川及び我妻の「違法論」をより根本的に乗り越えること。これは、わが国「市民法論」の今日的な課題であり、同時に「法社会学論争」が積み残した理論的な検討課題である、と言えよう¹⁰¹。

(未完)

「マ私法における帰責要素」(前注8)で展開したように、そして現在エドゥアルド・ピッカー説(前注66)でそれが受け継がれているように、客体への客観的であつ現在の「不適法状態」(der unrechtmäßige Zustand)という要件を、不法行為責任の要件と厳格に切り離して、独自の——差止め違法を導くところの——違法論(上記「不適法状態」が人の「行為」によって現実化している場合の「違法論」として具体的に把握すべきことになろう。この点、拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』(前注14)299頁以下の「著者あとがき」も参照されたい。

- 100 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー1979年10月号72頁以下。ちなみに沢井論文90頁は、「違法性は、単純に「客観的要件」すなわち「結果違法」と考えるべきである。」とする。要するに、不法行為要件としての客観的違法=結果違法と有責性(主観的要件)との新たな「二元説」を展望する。この点、より多元的な判断可能性を織り込みつつも基本的に同旨として、吉村『不法行為法〔第5版〕』(前注94)93-94頁がある。
- 101 末川においても社会的利益衡量が排除されていたわけではない。それは彼の権利濫用論において顕著である。末川「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(前注6)527-528頁。さらにこの点、我妻『事務管理・不当利得・不法行為』(前注18末尾)94-95頁は、明らかに、「不法行為制度」における「私法理論の推移」を「社会協同生活の全体的向上」のうちに把握する(しかも、末川「権利侵害論」の翌年1931年・満州事変をへて盧溝橋事件を発端に日中間の全面戦争に突入した1937年当時のわが国「社会」を我妻が所与の前提にしていることも、忘れてはなるまい)。だとすれば、そこで掲げられる「社会」像に関する根本的な批判を避けて済ませることは到底できないのではないか。この点については、原島「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』(前注7)478-479頁以下にすでに総論的な指摘があり、またやや異なる観点からであるが、山本(敬)・前掲論文(前注92)308頁によっても取り上げられているところである。

外国人のヒューマンライツ（その3）

——ヒューマンライツと人権は同じなのか？

戸 塚 悦 朗

(54-3 目次)

「外国人のヒューマンライツ（その1）

——憲法以下の国内法は外国人に対してどのように向き合ってきたのか？」

(はじめに)

第1. 憲法以下の国内法は外国人に対してどのように向き合ってきたのか

1. 外国人が抱える具体的な問題
2. 日本の教育行政の欠陥
3. 国内法が定める権利主体の規定ぶり
4. マクリーン最高裁判所判決の憲法解釈
5. マクリーン最高裁判決の影響と評価
6. マクリーン最高裁判決を乗り越える出口はないのか

(まとめ)

(54-4 目次)

「外国人のヒューマンライツ（その2）

——ヒューマンライツを保障する国際法の視点」

(はじめに)

第2. 日本の社会と人々は、人間（human）に対してどう向き合っていくべきなのか？

1. 日本がヒューマンライツを保障する国際法を不完全受容
2. 不完全受容を生んだ原因はどこにあったのか？
3. 筆者による選択議定書批准運動とその挫折
4. ヒューマンライツを保障する国際法実現に向けた広範な運動の発展
5. 国際ヒューマンライツ規約締結と外国人
6. マクリーン最高裁判決の弊害をどう克服するか？

(まとめ)

(はじめに)

日本国憲法のもとで「人権」は、原則として日本「国民」に対して保障される国内法上の権利である。その憲法以下の国内法が外国人に対してどのように向き合ってきたかについて、(その1)で報告した。そのうえで、(その2)では、マクリーン最高裁判決(1978年)の直後である1979年に日本と国際社会のかかわり方についてこれまで体験したことがなかった大きな変化が起き、国際法によるヒューマンライツの保障の時代が日本にも到来したことを報告した。

それでは、この国内法の「人権」と国際法によって保障される「ヒューマンライツ」が同じなのか?という難問に、答えようと思う。そのためには、筆者の長い間の試行錯誤と揺れ動いた思索のプロセスを率直に紹介することから始めたい¹。

第3. ヒューマンライツと「人権」は同じなのか?

1. 難問との出会い

① 1988年神戸人権擁護大会で出会った難問

1988年神戸人権擁護大会²の実現は、広く多数の弁護士にヒューマンライツを保障する国際法の重要性を知らせるという成果をあげた。そのことは、(その2)で述べた。この神戸人権擁護大会開催の経過にふれておきたい。

国連ヒューマンライツ・センターの久保田洋人権専門官が来日し、世界ヒューマンライツ宣言40周年の記念行事を開催できないかとの提案を受け

1 (その2)の内容と重複する部分があることをご容赦いただきたい。

2 日弁連「神戸人権宣言」1988年11月5日参照。

https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1988/1988_1.html 2021年10月5日閲覧。

た。そこで、筆者は、久保田洋氏と共に北山六郎日弁連会長を訪問し、直接協議してもらったのである。筆者は、その際二弁人権擁護委員会が開催した「国際人権セミナー」の情報を参考資料として北山会長に提供した。北山会長は、この国連の提案に大変乗り気で、「神戸には六甲アイランドに同時通訳設備を備えた国際会議場がある。そこで、人権擁護大会を開催するように提案してみたい」と即決したのである。だから、この人権擁護大会の準備には、国連の久保田洋氏と共に筆者もかなり関わった。

幸い人権擁護大会はこれまでにないほど多数の参加者を得て熱気にあふれていた。人権擁護大会の当日は、筆者は、主催者側の関係者の一人として会場を動き回っていたところ、会場内の通路で参加者のある弁護士から呼び止められた。これまで会ったことがなかった方だったから、二弁の会員ではなかったはずである。筆者よりもずっと先輩に見えた。「これまでどうしても分からなくて困ってたんですよ。これで分かりました。「人権」と「ヒューマンライツ」は同じなんですね!？」という質問をぶつけられたのである。「そうですか～？」というようなあいまいな応答をして、その場は終わった。

このような質問は受けたこともなく、考えたこともなかったから、とっさのことで、どう応答してよいのかわからなかったのである。いったい何を困っていたのかさえ想像がつかなかった。その後、この「難問」は、繰り返し、繰り返し筆者の脳裏に反芻されるようになった。しかし、満足な回答がなかった。最近になって、これは本質的な疑問だったと思うようになった。今は、「人権」と「ヒューマンライツ」は同じではないのです！」そのように回答すべきだったと反省している。

この人権擁護大会の際に、「そうですか～？」などとあいまいな応答をした筆者は、間違ったメッセージを発してしまったのである。この会員の方にお会いして謝罪する必要があると思う。なぜ、十分な応答ができなかったのか？率直に告白する必要がある。実は、「人権」を保障する憲法

以下の国内法と“human rights”を保障する国際法の関係についてその違いをよく理解できていなかったのである。

その後、筆者は、「“human rights”と人権はちがうのではないか？」という疑問を持ち、さらにその訳語についてかなり深刻に考えこむようになった。そして、近年、違いをはっきり認識できるように、“human rights”の日本語訳として「ヒューマンライツ」とカタカナ表記する必要があると判断するに至ったのである。その経緯を読者に理解していただくためには、筆者と法学との関わり全体について、その理解のしかたの変遷のプロセス³を振り返ってみる必要があると思う。

② 海図なしで航海する船

この1988年当時の筆者の状況は、たとえてみれば、混沌とした世界を海図なしで航海する船のようなものだった。

経験が通用しない事件にぶつかって混沌とした状況に出会った場合、弁護士の習性としては、適切な専門家を探して教を請うのが普通ではないだろうか。日本の法廷を想定してみてもよい。筆者が体験した困難な事件としては、薬害スモン訴訟があった。科学訴訟だったから、事実関係については徹底的な調査研究が必要だった。その調査のために、医学専門家の助けを借りつつ医学専門図書館に通った。それでも解決しないので、日本のみならず世界中の学界の権威者を訪ね歩いた。

しかし、適用される法については、日本法であり、日本の裁判所が知っているはずであるとされている。当事者を代理する弁護士の主張は、基本書の通説と最高裁の判例を研究し、それが分かれている場合は、最先端の研究者・権威者の学説を探す必要がある。法についても最後は、法学専門家の意見を求める必要が出てくることもある。むつかしいのは、比較法の

3 恥を忍んで率直に言うなら、長い「迷走」の過程と言った方が良いのかもしれないと思う。

研究が必要になる場合である。外国法だから日本の裁判所は、ふつうは知らない分野である。最先端の法律問題を論議するときには、比較法の方法が参考になる。明治維新以降の日本の法学は、欧米の法学を受容して発展してきた。受容過程の初期は、多数の外国人である最先端の学者が日本の大学で教授した。

さて、国際法の場合は、どうであろうか？国際法の研究は外国法の研究と混同する向きもあるかも知れない。このような誤解が生まれるのは、基本的な情報の多くが、英語など外国語で書かれているからではないか？しかし、国際法は、国家間の法であり、国内法とは違う。だが、憲法98条2項を通じて日本の裁判所でも適用されるとされている。

しかし、日本国憲法が定める国内法上の「人権」と国際法が定める“human rights”は同じなのか？質問者は、筆者よりもはるかに鋭く、ことの本質をとらえていたのであろう。だからこそ悩んでいたのではないか。そして、専門家の教えを請おうとしても、日本では適当な専門家が見当たらなかった。常に専門家の助言を求めるという方法が通用しない分野があったのである。それを示す象徴的な、そしてやむを得ない事情もあった。

権威者の学説を求めようと宮崎繁樹教授に会った記憶がある。お茶の水の山の上ホテルで食事をしながら教えていただいたときのことを記憶している。「国の賠償責任を証明するためには、日本が締結済みの条約を探し、その条約の規定に違反することを証明することが必要だ」ということだった。そこで、その研究を依頼したところ、「手助けをしてくれる若手の研究者を見つけて、時間をかけて研究する必要がある。しかし、今はむつかしいので、あなたが自分で研究するのが最善ではないか」と言う助言だった。

この分野の最先端の専門家でも、具体的な事件については、その場で回答が得られるわけではないことを知って驚いた。如何に最先端の専門家でも、無理なことを依頼していたのだった。今思えば余りにも当然のこと

だったのだが、そのときの筆者にはその当然のことがわかっていなかったのである。

1984年に精神障がい者のヒューマンライツの問題で、国連ヒューマンライツ委員会の小委員会に参加した時以来、何かと頼りにして、いつも助言を求めている専門家があった。国連ヒューマンライツ専門官だった久保田洋氏の存在は、重要だった。筆者にとってはかけがえのない助言者になった。1988年神戸人権擁護大会は、久保田氏の助言なしには企画さえ立てることができなかった。ところが、国連ナミビア独立指導支援担当官となった直後の1989年6月28日ナミビアで急逝した⁴。国連手続きを活用するときには、いつも頼りにしていた専門家を失って、途方に暮れた。

先輩弁護士からは、法廷では、「ポーカークフェースを保て」と教えられた。だから、相手方にも、裁判所にも自分の弱みをさらけ出すことは控えなければならぬという習性も身についていた。だが、ここではそれをやめる必要がある。筆者も、むやみに走り回る前に悩んで、海図にあたる基本的な情報を入手し、自らの位置を定めてから航海を始めた方がよかったのではなかったかとも思う。しかし、目の前にあって解決を迫ってくる問題は待ってくれない。筆者の事情を理解していただくためには、初めから振り返る必要がある。そのためには、訳も分からずに右往左往してネズミのように走り回ったプロセスを率直に告白するしかない。

そのプロセスの前段は、筆者が法学を学びだした初めから始まった。

2. 無知の時代を回顧する

① 1967年法学部学士編入

筆者は、立教大学の理学部物理学科を卒業後、同大学の文学研究科修士課程で心理学を学んだものの、修士課程を修了しないままに中途退学した。

4 久保田洋『入門国際人権法』信山社、1990年の「筆者あとがき」が、絶筆になった。

モラトリアム世代の一人だった。法学部出身だった父親の勧めもあって、弁護士になろうと同大学の法学部法律学科に学士編入した。

1967年4月に編入後の1年間は、勉学に励み、とても充実していた。卒業に必要な専門科目の単位のほとんどは、この年に取得した記憶である。最初に履修した専門科目の一つが憲法学だった。むつかしい問題を平易に解きほぐして解説してくれた宮沢俊義教授の名講義は今でも忘れられない。「横からの革命」によって成立した戦後新憲法の柱の一つとして、基本的「人権」の重要性を説くものだった。宮沢教授の『憲法』（有斐閣）が教科書に、岩波文庫の『人権宣言集』（高木八尺＝末延三次＝宮沢俊義編）が教材として指定された。司法試験受験を目指していた学生の多くは、宮沢教授の有斐閣法律学全集『憲法Ⅱ』（基本的人権）も司法試験に合格するための「必読書」だと噂していた。同教授は、当時の憲法学の「最高権威」と高く評価されていたこともあり、授業には必ず出席した。その後の司法試験受験の過程では、これらの基本書を何度も繰り返し読むことになった。筆者の勉学姿勢は、これらの基本書をバイブルのように学んでいたのである。批判的な視点を持つような学問的基盤も皆無だったから、これらの書物に後述するような問題点が含まれているとはつゆほども思わなかった。

1968年4月からの編入後2年目は、激動の1年だった。国際法はわずか2、3回の講義（山本草二教授）に出席しただけだった。教科書に何が指定されていたのかさえ記憶がない。安保条約について言及されていたことは記憶に残っているが、「人権」についても「ヒューマンライツ」についてもなにも記憶に残っていない。

1年間のほとんどの期間は、ストライキで授業はなく、学年末に試験を受けただけで終わった。百家争鳴の時代だった。筆者は、司法試験受験を目指していたのだが、時代に流され、右往左往してほとんどまともな勉強もできないままに落ち着かない1年が過ぎていった。ストライキ（大学管

理法案に反対した)で授業がなくなったのである。しかし、その間に一般のノンポリ学生の一人としてだが、それなりに発言も議論への参加もたくさんした。この時代の中で、既存の権威を疑い、大学の改革について真剣に考えたことは無駄ではなかったと思う。自分で考え、無い知恵を絞っていろいろな論議をした。そのこと自体はすべてが間違いだったとは思わない。

もしかすると、この時の経験が、その後権威を疑う研究の姿勢や視点の基礎を準備したのかもしれないと思う。そういう肯定的な側面もあったのではないだろうか。学問も研究も自ら選択して自由に進めるべきだという理由から、国家、大学、その他の権威が学生を枠にはめこむように強いることに反対した。だが、その原則をどのような場合にも適用しようとして主張したことは間違いだったと思う。現実の問題をほとんど知らず、その解決のためにどのような学問研究が必要になるのかについても思いが至っていなかった。そのことは深く反省している。

「我ながら愚かなことを考えたものだ」と反省していることがあるので、告白しておきたい。「英語を必修科目とするのはやめ、必要とする学生のみが選択科目として学べばよい」と主張したのである。今思うと問題が多い。この主張をぶつけて教員と議論したときのことだが、ある教員から「語学は、いつ必要になるかわからない。いざ必要になったときにつけ焼き刃では学べない。だから必修にして誰でも英語を習得できるようにしなければならない」という反論を受けた。

このことをよく記憶しているし、何度も思い出しては何度も反省せざるを得なかった。国際法について調べようと思えば、最低限度英語の資料を読まなければならなくなる。しかし、愚かなことに、自らがその後ぶつかる重大な問題の解決のために、国家間の法を研究する必要が出てくるとは夢にも考えなかったのである。いまでは、筆者は、この点で自分の主張が根本的に間違っていたと反省している⁵。

このころ世界はどう動いていたのだろうか？

1966年に国際ヒューマンライツ規約が国連総会によって採択された。これは、筆者が法学部に編入する前年であり、この事実を知る由もなかった。

しかし、日本の最先端に位置する法学者にはこの情報は入っていた。たとえば、後に最高裁判事になった伊藤正己は、当時東大教授（英米法・憲法専攻）だったが、このことについて次のように書いている。

「国際人権規約が1966年国連総会で採択されたとき、私はその詳細な人権の内容に眼をみはるとともに、それは法的拘束力のない世界人権宣言と異なり、法的効力をもつ条約として国をしばるものであるから、日本がこれに署名批准をした場合の我が国の法体系に与える大きな衝撃を思わざるをえなかった。その各規定は日本国憲法に比して細かな点にわたっており、違憲の主張についてこれを却けうるときでも、その合憲の論拠をもってしては規約違反の主張に対応できないことが少なくないと考えられた。」⁶

筆者が法学部に編入した翌年1968年には、日弁連長崎人権擁護大会で、「世界人権宣言を具体化した二国際規約の批准に関する件（第一決議）」⁷が以下の通り採択された。

われわれは、「国際人権年」であるこの年にあたり、人権の尊重を基本原則とする日本国憲法の精神にかんがみ、世界人権宣言を具体化した「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（同附属選択議定書を含む）および「経済的、社会的及び文化的権利に関する国

5 戸塚悦朗『日本の教育はまちがっている』アジェンダ・プロジェクト、2013年。

6 ①伊藤正己「国際人権法と裁判所」『国際人権』1号、1990年、7-11頁。②編集代表芹田健太郎・棟居快行・薬師寺公夫・坂元茂樹『国際人権法と憲法』信山社、2006年、5-15頁は、①の転載。

7 「世界人権宣言を具体化した二国際規約の批准に関する件（第一決議）」

https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1968/1968_2.html 2021年11月22日閲覧。

際規約」につき、政府及び国会が速やかに批准の措置をとり、以て人権の分野において国内的にも国際的にも一段の進歩発展に寄与されるよう要望する。

右決議する。

(昭和43年10月16日、於長崎市、第10回人権擁護大会)

この決議案の提案者は、第二東京弁護士会の会員である森川金寿弁護士⁸であった。同弁護士は、世界の最先端で活躍していたからこそこの情報を早くから入手することができたのであろう。この決議を通じて日弁連会員にその重要性を知らせ、さらに政府と国会にこの重要な条約の締結を求めたかったのであろう。日弁連は、この決議を内閣総理大臣、外務大臣、衆・参両院議長に送ってその速やかな批准を要望した。今思えば、この決議は、日弁連の早期の決議であり、画期的だった。「市民的及び政治的権利に関する国際規約」のみならず、「同附属選択議定書を含む」批准要望にも言及していることに注目したい。

このころ筆者が何をしていたのかを振り返ってみると、法学部学士編入後2年目で、授業で指定された教科書と参考書以外には、司法試験の準備に必要な基本書しか読んでいなかった。学生だった筆者には、日弁連の決議を知るすべもなかった。

幸い1970年に司法試験に合格し、1971年司法研修所に入所し、2年間の司法修習を終えた。この間にヒューマンライツを保障する国際法について

8 「森川金寿として 父として」2015-11-28 19: 26: 41 御苑のベンゴシ森川文人のブログ <https://ameblo.jp/mfb1991/entry-12100561820.html>

2021年11月22日閲覧。このブログでは、「1991年に弁護士となり、20年以上を弁護士として様々な職務・活動をしてきました。」と自己紹介しているほか、父森川金寿の人となりについても詳しく執筆している。森川金寿弁護士は、自由人権協会の代表を務め、ベトナム戦争に反対した「ラッセル法廷」に加わるなど国際的に活躍し、世界の最先端の動向に通じた稀有の弁護士だった。

学んだ記憶は皆無である。これについてなにも知らなかったのは、その当時の大学教育や司法修習の欠陥だったと思う。しかし、大学でも司法研修所でも教授しないなら、自ら研究しようとする努力をしなかったところに、より根本的な問題がある。だが、筆者には自ら研究する余裕がなかったばかりか、研究しようという契機もなかったのである。

② 日本はなぜ情報不足に陥ったのか

ヒューマンライツを保障する国際法がなぜ日本の大学で広く教授されてこなかったのか？その謎を解くひとつのヒントがある。

前記した久保田洋博士は、生前「国際人権法」を大学で積極的に教えるべきだと主張し続けていた。それもあって、筆者は、ある私立大学で国際法を教えていた新進気鋭の若手教授に会った際に、「国際人権法の講義を開講していただけないでしょうか」と尋ねたことがあった。「むつかしいですね」と言うのでその理由を尋ねたところ、「怖いからです」という意外な答えが返ってきた。

日本で「人権」というと部落解放運動を連想する人たちも少なくなかった。与野党を通じて、「人権問題は、部落解放問題だ」という政治家が多かった。日本の状況を見ると、それは間違っていなかったと思う。就職や結婚に関連して部落民差別被害が日本社会のいたるところに広範にあったことは事実だ。そのことは、筆者自身も直接知っていた。部落民差別事件が起きると、「確認糾弾」という集団闘争によって差別解消を被害者たちが加害者に要求するという運動方針もあった。だから「人権は怖い」と感じるのだろうか？そう尋ねてみたが、「そうではない」という返事である。理解ができなくなって、「では何が怖いのですか？」と尋ねた。すると、「伝統的な国際法が壊れる恐れがあるからです」と言うのである。その若手教授は、東大出身だったが、学生時代の指導教授だった国際法の権威者がそのように言っていたと告白するのだった。

その当時の、国際法を専門とする日本の学界のなかには、ヒューマンライツを保障する国際法を恐れ、忌避する雰囲気があったことを初めて知った貴重な体験だった。今振り返ってみると、指導教授が恐怖し、その恐怖がこの若手教授に伝染していたのには、それなりの理由があったのかも知れない。

当時、国連を中心とする国際社会の中で、ヒューマンライツという全く新しい分野が急成長し始めていた。もともと国際法は、「国家」間の法だった。ところが、国連憲章の採択以来、“human”「ヒューマン」が登場し、戦前から日本に伝えられていた伝統的な法体系の思考と研究の方法だけでは理解を越える現象が起きはじめていた。敗戦後、国際社会から切り離された日本の官界も、政界も、学界も、法曹界もこの変化を学ぶことが困難だったという事情があった。

その間に、現実にはヒューマンライツ分野が爆発的に成長しはじめて、国連自身に対応できなくなってくる程の変化を遂げてきた。国連機構内でヒューマンライツを保障する国際法の実務を担う国連事務局も急成長して、「ヒューマンライツ部」は、「ヒューマンライツ・センター」になった。それは、さらに、1993年ウィーン世界ヒューマンライツ会議を契機として、「ヒューマンライツ高等弁務官事務所」(OHCHR)へと急成長した⁹。

日本人の国連職員は少なく、外務省など官界も国会も大学も裁判所も弁護士会も報道機関も、ヒューマンライツを保障する国際法の発展についての情報が乏しかった。よく知らない分野は、「恐ろしい」と感じるのも無理はなかったのかも知れない。「恐ろしい」と関与を避けていると、悪循環が起きて、ますます情報が少なくなる。そうすると、この分野全体がモンスターのように見えてきて、日本は、ヒューマンライツを保障する国際法を敬遠し、これに対して敵対的な態度をとるようになってしまったので

9 Rosalyn Higgins, Philippa Webb, Dapo Akande, Sandesh Sivakumaran, and James Sloan, *Oppenheim's International Law: United Nations*, pp. 791-811.

はないだろうか。

そのような日本の態度を筆者は、「精神的な鎖国」と名付けてきた。

③ 筆者の初期の弁護士活動

筆者は、1973年第二東京弁護士会及び日本弁護士連合会入会し、「柏木博法律事務所」に籍を置いて弁護士になった¹⁰。それからは、日常の弁護士業務だけでなく、原告被害者代理人として薬害スモン訴訟に専念することになった。

スモン訴訟については前記したが、被告の一つが国際企業で、法廷では英語がとびかう科学訴訟だった。「外国人証人反対」と唱える弁護団もあったが、外国人専門家が証人として採用されることを阻止できなかった。否応なく対応を迫られた筆者らの弁護団（スモン訴訟東京第二グループ弁護団）は、積極的に対抗するために欧米を訪問調査した。だが、それは科学的な問題についてだけだった。幸い原告側が勝訴し、多数の原告団と弁護団がかかわった複雑な訴訟を第1審段階で全国的に早期解決することができた。それは原告被害者、弁護士、支援者の多大の努力もあったが、被告国・製薬会社、なによりいわゆる「仲裁和解」による解決方式を確立した東京地裁（可部恒雄裁判長）など多数の地方裁判所の努力によるものだった。そして、幸運にも感謝しなければならないと思う。ただ、適用法規も手続き法規も、日本の国内法で対応できた。だから、ヒューマンライツを保障する国際法について研究する必要もなかった。

このころのことだが、日弁連は、1979年「国際人権規約の発効に伴う国内法の整備等に関する決議」¹¹を採択した。筆者は、スモン訴訟に専念し

10 2000年3月公務就任のため弁護士会を退会したが、2018年弁護士再登録した。

11 「国際人権規約の発効に伴う国内法の整備等に関する決議」

「日本弁護士連合会は、かねてより国際人権規約の重要性を認識し、その早期批准を強く要望し、国民各層と協力してその運動を推進して来た。今回、日本政府が国際人権規約を批准し、昭和54年9月21日国内においても効力を生ずる

ていたときだったので、昼夜を通じて超多忙で、弁護士会の情報にはほとんど目を通すこともなかった。だから、この決議にも注目しなかったし、ヒューマンライツを保障する国際法には関心を持たなかった。

ところが、ヒューマンライツを保障する国際法に関心を持たざるを得なくなった契機が、次のような偶然から訪れることになったのである。その前段になる経過に少し触れてみたい。

法務省が計画していた刑法全面「改正」に反対する運動が必要になり、1974年日弁連は、「刑法「改正」阻止実行委員会」を設置した。1976年に、柏木博弁護士が日弁連会長になってすぐのことだったが、会長からの指名によって、同実行委員会の委員に任命されてしまった。スモン訴訟で超多忙だった筆者は、同実行委員会にはほとんど欠席せざるを得なかった。しかし、長らく欠席していたうちに、大変な問題が起きていることがわかった。

二つ問題があった。第一は、筆者ら委員には知らせないままに、同実行委員会の主要メンバーと日弁連執行部が法務省と秘密協議を始めたことがわかったのである。筆者は秘密交渉に反対した。結局、法務省と日弁連の間で「刑法問題意見交換会」が開かれるようになったが、「意見交換会会議録」が公開された。

第二の問題は、「保安処分」導入の可否の問題だった。これはより複雑

ゝるに至ったことに対しては、心から歓迎の意を表するものである。今後は、国際人権規約の趣旨に従って、国内法の整備、行政運営の改善および国際的な基準に沿った人権擁護体制の確立を求めて、特に次の事項を提言する。立法的措置としてあらゆる分野における男女平等の徹底、社会保障・雇用等における内外人差別の解消、被拘禁者を人間的に処遇するための監獄法改正、人権を侵害するおそれのあるあらゆる立法の阻止。恣意的な入管行政の抜本的改善、人権と平和の教育を徹底させるための教育行政の改善。人権規約の諸規定を、裁判規範として機能させ、司法の人権保障機能を強化させること。右決議する。」

1979年（昭和54年）11月17日 第22回於福岡市

https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1979/1979_4.html 2021年11月22日閲覧。

な問題で、日弁連は「精神医療の改善」を代案にして「改正」を阻止しようとした。筆者は、ヨーロッパで保安処分が成功しているとの主張を支えに法務省が提案していた「改正」案にも反対だったが、他方、この日弁連方針にも懐疑的だった。それは、ヨーロッパの保安処分の実態も、日本の精神医療の実態も良くわからなかったからだった。

3. 国際法との出会い

① ヨーロッパの保安処分実態調査から

スモン訴訟が一段落して時間的な余裕ができていたこともあり、筆者ら弁護士、国会議員、医師の有志グループは、ヨーロッパの保安処分の実態調査をした。その成果は、『諸外国の保安処分制度』¹²として出版された。この調査の一環として、筆者は、1981年6月英国を2週間訪問するなどして、英国の保安処分施設の実態、精神保健法などの法制を調査した。法務省は、諸外国で精神障がい者の保安処分がうまく運用されているから、精神病者の再犯防止のために有効な制度だと主張していた。だが、その主張はこの実態調査で崩れてしまった。実際は、諸外国のどこでも問題だらけで、法務省の主張は誤りだったことがわかってきた。

この調査で明らかになったのは、保安処分の導入が必要なのではなく、精神医療とヒューマンライツの問題にこそ焦点をあてて対応する必要があることだった。パラダイムシフトが起きたのだ。

② 「日本の恣意的拘禁は、自由権規約違反」という主張の公論化

筆者は、英国と日本を比較し、拘禁を乱用してすでに保安処分施設化していた日本の精神病院群の実態こそが問題であり、ヒューマンライツ擁護のために精神衛生法を改正する必要があるという主張を第二東京弁護士会

12 泉博編『諸外国の保安処分制度』日本評論社、1983年。筆者の分担執筆部分は、戸塚悦朗「イギリスの保安処分」同書、229-293頁。

刑法改正特別委員会の中でとなえた。それを広く社会的にも訴えはじめた¹³。

この声にこたえて、第二東京弁護士会人権擁護委員会に新設された精神医療人権部会は、宇都宮病院事件などによる恣意的拘禁による人権侵害事例を調査し、精神衛生法改正の必要性を国会関係者やメディアに訴えた¹⁴。その主張の法的根拠として依拠したのは、日本の精神衛生法が国際人権（自由権）規約9条4項に違反するという第二東京弁護士会刑法改正特別委員会と人権擁護委員会による研究成果だったのである¹⁵。

第二東京弁護士会の二つの委員会が自由権規約9条4項にたどり着いたのには、かなり複雑な経緯がある。筆者がヒューマンライツを保障する国際法に出会ったのはこのときであり、重要なプロセスなので、少し詳しく振り返ってみたい。

前記のとおり、精神障がい者への保安処分に対する疑問から始まって、1981年6月に英国訪問調査をしたことが契機になった。このときに精神障がい者のヒューマンライツ活動で世界的にも著名な英国MIND（精神保健協会）の法律部長L.ゴスティン弁護士に会うことができた。同弁護士は、当時欧州ヒューマンライツ裁判所で係争中だったX対英国事件（犯罪を犯した精神障害者の権利に関する事件）や国連の精神障がい者権利宣言審議状況などに関する情報を教えてくれた。英国の保安処分制度を研究するう

13 戸塚悦朗「精神障害者の人権確立を——保安処分以前に違法拘禁なくせ」朝日新聞論壇、1982年3月5日。当時筆者は、第二東京弁護士会刑法改正特別委員会委員だった。

14 第二東京弁護士会人権擁護委員会のこの調査結果は、戸塚=広田編『精神医療と人権（1）「収容所列島日本」』亜紀書房、1984年；戸塚=広田編『精神医療と人権（2）「人権後進国日本」』亜紀書房、1985年；戸塚=広田編『精神医療と人権（3）「人間性回復への道」』亜紀書房、1985年として公表されている。

15 戸塚悦朗、光石忠敬、喜田村洋一著「ヨーロッパ人権裁判所判決と精神障害者の人権——改革を迫られる日本の精神衛生法制」『ジュリスト』779号（1982年12月）。

えできわめて重要と思われ、これらについても研究を迫られた。その年11月、X対英国事件でゴスティン弁護士が完勝し、その判決文が送られてきた。

この判決は、衝撃だった。今思うと、二つの点で画期性があった。

一つは、英国の国内訴訟で敗訴した事件で、被害者個人が超国家的な国際裁判所に訴えて、逆転勝訴できたことだった。日本では夢にも見ることができないことである。筆者は、それまでにも国際司法裁判所の存在は知っていた。だが、それは国家間の紛争を解決する国際司法機関である。国家が当事者になるのであって、個人は当事者にはなれない。それにもかかわらず、個人の訴えを受けることができる欧州ヒューマンライツ裁判所が現実存在するという事実を知ったのは、衝撃そのものだった。筆者は、ゴスティン弁護士に教えてもらうまでその存在を全く知らなかった。

第二の驚きは、判決の中身だった。英国には、精神保健審査会（MHRT）のような独立の準司法機関があって、被拘禁精神障がい者は釈放決定を求める法的不服申し立て権を持ち、これを審査する聴聞手続きが確立されていた。ただ、その精神保健審査会も、裁判所から制限命令（これが保安処分制度なのである）が付された者については、国内法上釈放決定をすることができない。ところが、欧州ヒューマンライツ裁判所は、この制限命令を欧州ヒューマンライツ条約（5条4項）¹⁶ 違反と判断し、Xの釈放を命じたのである。

筆者は、早速この衝撃的判決を第二東京弁護士会（刑法対策特別委員会ほか理事者など）に知らせた。精神障がい者を原則的に拘禁せずに開放処遇している英国にくらべ、日本では、30万名を超える精神病院入院者を原

16 人権及び基本的自由の保護のための条約（欧州人権条約）5条4項：逮捕または抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを迅速に決定するようおよびその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずるよう、手続をとる権利を有する。広部=杉原編集代表『解説条約集』（2006年）三省堂、217頁。

則的に閉鎖病棟に収容していた。そればかりか、無期限に拘禁されている精神障がい者に対して、法律上の不服申し立て権も聴聞手続きも、何ら保障していないのだ。日本が欧州ヒューマンライツ条約の加盟国ではないことを嘆き、ヨーロッパを羨望するばかりだった。筆者は、第二東京弁護士会の委員会だけでなく、知り合いに会うたびにこの話ばかりした。多くの人たちは、このような実態を全く知らず、ただ絶句するばかりだった。

このころのある日のことだった。1981年のヨーロッパ調査にも加わった第二東京弁護士会会員の永野貫太郎弁護士（当時）が、わざわざ筆者の出身まで追いかけて電話をしてきた。「あった。あった！」と興奮していた。「欧州ヒューマンライツ条約（5条4項）そっくりの条文が六法に載っている。市民的及び政治的権利に関する国際規約9条4項¹⁷がそっくり同じだ」と知らせてくれたのである。自由権規約は社会権規約と共に、1979年に批准され、1980年からは六法全書に掲載されるようになっていた。にもかかわらず、それまでは筆者はこれを読んだことがなかったことを反省し、早速確認して見て、両者の条文が余りにも似ているので驚いたのである。

第二東京弁護士会理事者は、この問題は、もはや刑法「改正」対策の問題ではなく、精神障がい者の人権の問題だとして、人権擁護委員会で取り扱うべきだと判断した。人権擁護委員会の副委員長に選任された筆者は、「精神医療と人権部会」の部会長（1982年5月から）として、このX対英国判決の先例となった1979年ウィンターウェルプ判決も委員会で翻訳し、研究を重ねた。これらは、委員会の研究成果の公表出版物に含められた¹⁸。

その研究の柱になったのは、前掲注の『ジュリスト』（779号）に掲載された論文「ヨーロッパ人権裁判所判決と精神障害者の人権——改革を迫ら

17 逮捕又は抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続をとる権利を有する。

18 第二東京弁護士会人権擁護委員会編『精神医療人権白書』悠久書房、1987年。

れる日本の精神衛生法制」（戸塚悦朗、光石忠敬、喜田村洋一3名の連名）だった。筆者は、それまで法律雑誌に論文を発表した経験はなかった。弁護士として法廷で法律論は主張したことはあっても、研究者ではなかったので、学問的な批判に耐える法解釈論を展開できているのかどうかについてテストを受ける必要があった。そのためには、前掲の朝日新聞「論壇」のエッセイだけでは不足だということは自覚していた。

そこで、思い出したのが大学時代の田宮裕教授だった。米国流ロースクールを思わせる刑事訴訟法の授業では、ケースブックを教科書にして、学生に質問をしながら講義を進める方法なので予習が欠かせず、いつも緊張を強いられた。最後の講義は、「10年間はアフターサービスをするから、質問があれば訪ねてきてもよい」との約束で締めくくられた。そのことをよく覚えていた。田宮教授は、刑事訴訟法学会では先進的な研究者として知られていた。保安処分制度は、刑事訴訟法の問題でもある。授業での約束を頼りに、第二東京弁護士会のために執筆した論文を田宮教授に送って、意見を尋ねた。ありがたいことに、田宮教授から「自宅に来るように」との連絡があった。論文について懇切な助言をもらうことができた。まるで面接試験を受けているような気分だったが、修正の指導があったのは2点¹⁹だけで、論旨についてはそのままパスした。田宮教授が、「この論文は重要だとおもうので、修正が済んだら出版できるようにジュリストに紹介しよう。」と約束してくれた。田宮教授の支援がなければ、ジュリスト論文は出版されなかっただろう。この「アフターサービス」には、今でも深く感謝している。

このジュリスト論文の出版は、筆者にとっては、第二東京弁護士会人権

19 田宮教授の第1の助言は、「欧州人権裁判所と言っても、日本では知っている人はほとんどいない。ある程度詳しい説明が必要だから加筆が必要だろう。」ということだった。第二点は、「弁護士特有の断定的な表現は、かえって説得力を減らすから、注意するようになった方がよい。」という表現上の問題だった。

擁護委員会の研究成果が学問的なテストに合格した証拠という意味を持っていた。

それ以後は、30万名にもものぼる国際法に違反する違法拘禁問題を解決するためにはどうするのか？それが筆者の課題になった。しかし、そのためにはどのような方法が実効的なのであろうか？

最大の問題は、そのための実効的な法的手続きがなかったことだった。

国内訴訟での見通しは暗かった。日本の裁判所が批准したての自由権規約違反の主張を認めるとは全く予想できなかった。日本での先例もないのだ。最高裁で敗訴したら、そのあとは何ができるのか？個人通報権を行使できるかという問題になると、自由権規約選択議定書が未批准であることが障害になって、自由権規約委員会への通報ができない。実体法があっても、訴訟手続法がないのである。

自由権規約の政府報告書審査を待つて自由権規約委員会に政府報告書に対するカウンターレポートを提出することはできるだろう。しかし、自由権規約委員会の勧告が出ても、日本政府は「勧告には法的拘束力がない」と無視すると予想できた。

国内で立法運動を進めるしかないと思われた。前記したヨーロッパの保安処分制度調査に参加した榎野泰二衆議院議員（弁護士・第二東京弁護士会会員）を通じて精神病院の実態調査を進めていた社会党の政策審議会から情報提供を受けることができた。それが契機となり、社会党社労部会の国会議員と情報交換ができるようになったことから、国会審議を通じた精神衛生法改正運動を進めるという現実的な展望が開けてきた。

第二東京弁護士会人権擁護委員会でも精神病院の実態調査をすすめ、かなりの数の虐待死事件を含め、精神病院（宇都宮病院を含む）への大量違法拘禁の実態、精神衛生法の自由権規約違反の欠陥などがあきらかになった。宇都宮病院事件については、1984年3月15日の参議院予算委員会審議を忘れることができない。社会党国会議員（高杉勉忠参議院議員）による

質問の前日である3月14日にその予告記事が主要メディア（朝日、毎日、読売3大紙各朝刊）によって暴露された²⁰。

それでも力不足だった。厚生省当局（精神衛生課長を含む二人の課長）が筆者に協議を求めてきた。筆者は、法改正を求めたが、厚生省側の答えは、「厚生省限りでは法改正は実現できない。法改正案は次官会議と閣議を通す必要があり、全員一致の原則があるので、一つでもどこかの省が異議をとなえらるとつぶれてしまう。」と言うのである。保安処分がらみで、法務省が異議を唱える恐れがあった。厚生省は三局長通知にとどまらず、「省令制定による対応までは約束できる」と言っていた。担当課長らの誠意は疑わなかった。だが、省令では厚生大臣が交代すれば変えられてしまうおそれがあった。

これでは法改正は実現しない。

③ 日弁連は法改正に消極的

端的に言えば、二弁と日弁連とは精神医療政策に対する認識が対立していて、主張の違いを克服できていなかったことも問題だった。

日弁連は、法務省や裁判所よりも、精神医療に携わる人々に信頼を寄せて保安処分問題を解決しようとしていた。これに対し、二弁は、保安処分導入をとなえる法務省に対して批判的であったことは日弁連と同じだったものの、すでに保安処分的に運用されていた精神医療の実態について調査し、その担い手に対して批判的になっていた。拘禁と行動制限の権力を法によって与えられていた精神医療（とりわけ私立の精神病院群）は、法律によってコントロールする必要があると考えるようになっていたのである。二弁の主張は、ヒューマンライツを保障する国際法（自由権規約9条4項と欧州ヒューマンライツ裁判所判決）を根拠にしていた。

20 戸塚悦朗「序 宇都宮病院事件をめぐる」前掲『精神医療と人権』（1）、3-20頁。

二弁は、この問題で、三年越しで日弁連人権擁護大会の決議案を提案していた。その努力が実って、日弁連人権擁護大会は、以下のとおり1984年10月20日「精神病院における人権保障に関する決議」²¹を採択した。

精神障害を理由として精神病院に収容される者の人権を保障することは、適正な精神医療の確立にとって欠くことのできない土台である。

この観点から、国と地方自治体及び医師をはじめとする精神医療関係者が、緊急に次の措置をとるよう要望する。

1. 精神病院における入院患者に対し、検閲なく通信を行い、かつ、通信を受ける自由及び立会人なしに面会をする自由を具体的に保障する措置をとること。
2. 入院を強制される者が、何時でも弁護士による援助を受けることができるように、そのための制度的な方策を検討すること。
3. 入院中の行動制限は、医療上、真に必要な範囲に限られるべきであり、決して濫用されてはならないこと。
4. 公正で自立性をもった第三者的審査機関の設置をはかり、患者、家族の第三者的審査機関に対する不服・救済の申立権を保障すること。

右宣言する。

昭和59年10月20日

日本弁護士連合会

21 日弁連人権擁護大会1984年10月20日「精神病院における人権保障に関する決議」

https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1984/1984_5.html 2021年12月28日閲覧。

この決議の内容は重要である。「2. 入院を強制される者が、何時でも弁護士による援助を受けることができるように、そのための制度的な方策を検討すること」と、40年近くたった今でも未だに実現していない重要な課題をあげている。今これを読む人々は、当時の日弁連と二弁の間で繰り広げられた激しい論争と葛藤を想像できないであろう。人権擁護大会の舞台裏の交渉のプロセスを今でもよく記憶している筆者は、この妥協の結果に「涙をのむ」思いをした。しかし、40年近くも後の今、それを知る人もほとんどいないと思う。

しかし、決議の理由の行間を読まない限りこの決議の隠された問題点も理解できないと思う。ここに書き込まれていないことが何か、と言う視点が必要である。

④ 日弁連決議の問題点は、3点ある。

- ① 二弁が提言した「精神衛生法改正」はおろか、「法改正」という言葉は一切書かれていない。理由の最後に出てくるのは、「日本における諸制度・慣行についても、これらの基準・事例を参考として検討し直すことが不可欠である」と言うもってまわった表現である。日弁連としては、「昭和57年2月20日当連合会全体理事会が採択した「精神医療の改善方策について」の意見書」の内容をこの決議の柱としていた。「精神医療の改善」をもって刑法「改正」による保安処分導入の代案とすることを推進した日弁連としては、医療に任せることによって解決するという方針だった。だから、司法の介入を招くおそれがあるとして、「司法審査」を求めることも、「法改正」と言う言葉を入れることにも強く反対した。
- ② 二弁が主張の柱とした、「裁判所において解放決定を受ける権利」への言及も避けた。二弁が理論的な根拠とした欧州ヒューマンライツ裁判所判決の記載もない。自由権規約9条4項の条文も入らなかった。

その代わりに、「第3者的審査機関の設置」という妥協案が書き込まれた。

- ③ 妥協的に書きこまれたのは、「6. 国連第30回総会が採択した障害者の権利宣言（1975年）、国際人権B規約（日本では1979年発効）、第7回世界精神医学会ウィーン総会が採択したハワイ宣言（1983年）、国連人権委員会・少数者の差別防止保護小委員会で検討中のダエス報告書（1983年）などは、これらの通信・面会の権利や弁護人依頼権、イギリスの精神衛生審査会のような公正で自立性をもった第三者的審査機関の審査を受ける権利など、精神障害を理由に拘禁される人々の基本的権利について規定しており、日本における諸制度・慣行についても、これらの基準・事例を参考として検討し直すことが不可欠である。」という表現でしかなかった。

ここでは、法的拘束力がある批准済みの自由権規約（国際人権B規約）も各種国連宣言も国連報告書も区別なく列挙されている。英国法の精神衛生審査会のような比較法の視点も並列に書きこまれていることにも注目すべきだろう。日弁連関係者からは、国連によって制定されてきたヒューマンライツを保障する国際法も比較法の対象である外国法の一つと誤解されていた可能性もある。

残念だったのは、「裁判所において解放決定を受ける権利」への言及も欧州ヒューマンライツ裁判所判決の記載もなかったことだった。何よりも、自由権規約「9条4項」の条文が決議にもその理由にも入らなかったことは大問題だった。これは、法的な拘束力がある法である。だから、これに違反した精神病院への拘禁はすべて違法の拘禁が継続していることになる。二弁は、そう指摘していたのだが、この最も重要な二弁の主張が決議にもその理由にも書かれなかった。違法だから、単に、「参考として検討する」のでは対応ができない。日本国が締結した条約は、拘束力がある法である。国は、憲法98条2項が定めるようにこれに従わなければならない。

法律より優位にある法規なのである。比較法のように参考にすることで足りる問題とは、全く異質の違法状態が大量に起きていることをこの決議は無視していた。

ヒューマンライツを保障する国際法をめぐる日弁連と二弁の厳しい葛藤はどのようなものだったのであろうか。実は、人権擁護大会決議に至るまでには、すでにその伏線となるいくつかの象徴的な事件が起きていた。筆者が今でも忘れることができないほどの衝撃を受けた以下の二つのエピソードを紹介しておきたい。

それまでの日弁連の会内討議の過程で、筆者は、関連する国際法上の主張を支える根拠として、二弁の研究成果を日弁連側に提供しようとして、かなり努力した。ところが、突然、二弁の国際法関係の研究成果に関する資料の配布が禁止されてしまい、事前配布済みの資料がすべて回収され、廃棄されてしまうという事件が起きた。資料なしでは、複雑な研究成果を短時間で報告することは極めて困難だった。

もう一つは出版に関わる事件だった。1984年から85年にかけて亜紀書房から出版された『精神医療と人権』3巻（前掲注参照）は、二弁人権擁護委員会の研究成果を広く公表した出版物である。この3巻の本は、元々二弁人権擁護委員会編集で出版されるという企画のもとで、1984年度の二弁会長（坂本健之助弁護士）が契約書に調印していた。ところが、その出版が突如挫折したのである。坂本会長が「私は、日弁連の副会長でもあり、日弁連には従うしかないので、この出版を断念せざるを得ない」と委員会側の出版企画担当者だった筆者（当時人権擁護委員会副委員長で「精神医療と人権部会」部会長）に二弁としての出版を断念するようにと通告してきたのである。日弁連の反対が理由だった。

それまで全力を挙げて研究を重ねてきた筆者ら二弁人権擁護委員会の委員にとっては、まさに晴天の霹靂ともいえるべきという大事件だった。討議の経過は省略するが、結局、委員会は、「名よりも実を取る」ことで一致

した。広く研究成果を公表することを重視すべきだと決めたのである。精神科医として協力者だった広田伊蘇夫医師と筆者の個人共同編集という形で出版することにした。坂本会長が出してきた妥協案を受け入れたのである。出版社の社長は、泣く泣く了承はしてくれたが、その落胆ぶりに、ただ謝罪するばかりだった。筆者にしても、「断腸の思い」だった。

今、冷静になって思い返してみると、外務省、法務省、厚生省などの担当者のみならず、日弁連を含む日本の法曹界全体がヒューマンライツを保障する国際法の突然の登場を前に、立ちすくんでいたように感じる。そのような状態は、裁判官、検察官のみならず、大部分の弁護士にも共通していたのではないだろうか。筆者自身を例にあげて詳しく説明したように、ほとんどの弁護士にもそれまで全く何の教育もなく、情報もないままの状態で、突然降ってわいたように新しい法が登場したのだ。だから、私たちの認識も混乱し、受け入れもできず、適切な対応もできなかったのではないか。日本の法曹界にとっては、幕末に到来した「黒船」にも似た存在だったのではないだろうか。拒否的、消極的な対応をした日弁連も、ヒューマンライツを保障する国際法について長い間十分な認識を欠いていた日本の法曹界の一部だったから、例外的存在ではなかった²²。

4. 国連手続との格闘

筆者は、学者ではなく、一介の弁護士に過ぎなかった。しかし、筆者が立てた学説は、二弁の人権擁護委員会には支持された。刑事訴訟法の権威

22 伊藤和夫弁護士は、1968年の前記長崎人権擁護大会の日弁連の国際人権規約批准促進の決議の際のエピソードとして、「…最初、日弁連の首脳部は人権規約についての認識がなかったため、最初上程されるはずであったのが途中で消えてしまった。そこで当時の人権協会の中心的メンバーであった森川金寿先生、柳沼八郎先生などが非常に努力されて、修正提案というかたちで提案をして、さきほど言った人権規約批准促進決議が採択された、といういきさつがあるようです…」と回顧している。伊藤和夫ほか「座談会＝人権・日本の内と外を結ぶ視点」法律時報60巻12号、1988年、20-35頁。

者である田宮教授のテストには合格し、法学誌であるジュリストには掲載された。しかし、日弁連決議のときには、理由中にも記載されなかった。このような状況では、日本国内では、国会でも、裁判所でも、行政省庁でも多くは半信半疑になるはずだ。相手にもされないかもしれない。これでは、精神衛生法改正はとて実現できないと思われた。

① 筆者の学説の国際的テスト

この当時、筆者は、巨象に踏みつぶされる悪夢を見た。巨象は何だったのだろうか？膨大な数の精神障がい者を呑み込みつつ成長を続ける精神病院群だったのかもしれない。それを守り育て、被拘禁者のヒューマンライツを無視し続ける国家だったのだろうか。それともそういう構造全体だったのだろうか。まだ実態がよく見えない巨象は、「まともに立ち向かって踏みつぶされてはとてまかなわない」という状況を筆者に知らせ警告してくれたのだろう。少し距離を置く方が賢明だ。そこで、苦し紛れに考えついたのが、「国際的な支援を得られないか？」という運動方針だった²³。

スモン訴訟の過程で得た貴重な経験だったが、国際的な科学者や国際消費者連盟など国際的な団体と交流し、その支援を得たことが大きな助けになった。そのことが思い出され、日本から外に出て国際活動をしてみようと考えようになった。保安処分への対応も国際活動から道が開けてきた。スモン訴訟当時と保安処分の調査の時に交流ができた海外の医学者などにいくつも手紙を書いて、朝日新聞の論壇の翻訳や英字新聞の報道などを送った。膨大な精神病院への被拘禁精神障がい者がいるにもかかわらず、自由権規約9条4項に違反して裁判所で解放決定を受ける権利を奪われているという主張が柱だった。

その手紙を元に、英国の友人のA. ヘルクスハイマー医師が医学誌ラン

23 戸塚悦朗「国際社会における人権活動」、宮崎繁樹編『現代国際人権の課題』三省堂、1988年、112-158頁。

セットの編集者に手紙を書いてくれた²⁴。

筆者の主張が多数の国際的な専門家のテストに合格するかどうかを確かめるために、ハイファで開催された国際学会に参加して報告した。英語での発表は生まれて初めてだったが、幸運にもこれはイスラエルで報道され、二弁の法律論が国際的にも通用する手ごたえを得た。筆者の発表がこの学会の成果物として出版された専門書に掲載された²⁵。

そのような試行錯誤を繰り返しているうちに、国際法律家委員会(ICJ)のマクダモット事務総長から国連に対するダエス(中間)報告書²⁶が送られてきた。この中に筆者の手紙の内容が「極東のある国」について「不穏な手紙を受け取った」としてそのまま引用されていた。これは、国連の精神障がい者の権利宣言の原案を提案する報告書で、ヒューマンライツ小委員会に提出されたものだった。筆者の手紙を受け取っただれかが、国際法律家委員会に転送してくれたのだ。

これを契機にして国際法律家委員会のN. マクダモット事務総長に会うことができた。国際法律家委員会が出版している定期報告書に日本の精神医療によるヒューマンライツ侵害の詳しい記事²⁷が掲載された。

国内では日弁連によっても認められなかった筆者のヒューマンライツを保障する国際法に関する学説も、日本を一步出れば、国際的には評価されることを知って勇気づけられた。

さらに国連審議を通じて支持を得ることによって、もう一步大きな説得力を得たいと考えるようになった。筆者の手紙の内容は、すでにダエス

24 Herxheimer, A., Japan Human Rights for Mentally ill offender, *The Lancet*, March 20, 1982, p. 673.

25 Totsuka, E., "Mental Health and Human Rights: Illegal Detention in Japan", In Carmi, A et al. (ed.), *Psychiatry Law and Ethics*, Springer-Verlag, Berlin, 1986.

26 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/16.

27 MacDermot, N. (ed.), *The Mentally Ill in Japan*. In *The Review*, No. 32, June 1984, p. 15, International Commission of Jurists.

（中間）報告書によって引用されていた。国連が日本の状況も参考にしながら、精神障がい者の権利宣言原案を起草していて、そのための審議が国連ヒューマンライツ小委員会²⁸で進行中であることもわかった。これは大きな成果だった。この国連審議に参加する方法がないのか？と模索することになった。もし可能になれば、国連審議の場で筆者の学説をテストすることができる。

② 1984年国連憲章上の手続きの活用

この当時の筆者の行動は、巨象に追い回されて窮地に陥ったネズミの行動に似ていた。困り果てて走り回って壁にぶつかり、さらに走り回る。右往左往していた。幸運なことに、その先に国連があったのである。

国連に行けば何かがわかるかもしれないと考えてジュネーブの国連欧州本部を訪ねてみた²⁹。前述したが、国際法律家委員会のN.マクダモット事務総長を訪ねてジュネーブを訪問したときのことである。国連欧州本部の見学は、観光客にも許されている。パスポートを持参すれば、誰でも訪問はできる。しかし、建物を訪問しても、国連会議には参加できないから、それだけでは具体的にどのように国連行動をとることができるかについては、全く見当もつかなかった。マクダモット事務総長からは、DPIやILHRなどの国連NGOの協力を得ることが良いだろうとの示唆を得ることができた。

国際法違反があるならば、ヒューマンライツを保障する国際法手続を活用して実施を実現することが可能なはずである。しかし、国際法の分野で

28 国連ヒューマンライツ委員会の下部機関で専門家からなる小委員会（差別防止少数者保護小委員会）。

29 その前に、ジュネーブを訪問したことがあった。スモン訴訟の際に、被告製薬会社が危険とわかったキノホルム製剤の販売をやめないのが、スイス（バーゼル）にある本社へ抗議行動に行ったことがあったからだった。しかし、その時にはジュネーブ国連欧州本部のことは、その存在さえも念頭になかった。

は、国家が手続きを独占している。国連審議に参加する手続法が全くわからないことが大問題だった。個人が国連NGO代表として国連ヒューマンライツ小委員会に参加する手続きがあって、それが国連憲章上の手続きだということは後でわかってきたことだった。

久保田洋氏の『入門国際人権法』³⁰が出版されたのは、その後のことだったので、筆者には国連NGO資格の活用方法も全くわからなかった。そのようなときに原後山治弁護士による1983年8月の国連での活躍を『人権新聞』³¹で知った。筆者は二弁で弁護修習を受けたが、たまたま原後弁護士はその当時弁護修習担当の副会長だった。その縁で何度か会ったことがあったことから、直接国連NGO活動の貴重なノウハウを懇切に指導いただくことができた。国連NGO資格を持った国際人権連盟（ILHR）の支援を要請することができることも学んだ。筆者が会員になっていた自由人権協会（JCLU）が国際人権連盟に加盟しているので、支援要請が容易だったことも幸いだった。「国連欧州本部に行ったら、人権専門官である久保田洋氏の援助を求めるとよい」と言って、連絡先まで教えてもらうことができた。これで国連行動の可能性がにわかに現実的なものとなった。

その後、1984年8月以降、精神衛生法改正が実現した1987年9月まで、ほぼ毎年8月には、国連ヒューマンライツ小委員会に参加して法改正を求める国連活動が続けることになった。そのプロセスの詳細は、語りつくせないほどの思いがある。すでにかなり報告したので、それらの文献資料³²に譲りたい。紙数に限りがあるので、ここでは、要点だけ述べるにとどめる。

30 久保田洋『入門国際人権法』信山社、1990年。

31 原後山治「国連人権小委員会での『サハリン残留朝鮮人問題』発言始末記（1）」人権新聞238号4頁から、「同（5）」同242号まで連載。

32 ①戸塚悦朗「国際社会における人権活動」宮崎繁樹編『現代国際人権の課題』三省堂、1988年、112-158頁。②戸塚悦朗＝広田伊蘇夫共編『精神医療と人権』（2）、（3）、亜紀書房、1985年。

③ 1984年国連NGO活動の成功

それは、まず報道が予想以上だったことにあらわれた。

国連「差別防止少数者保護小委員会」（筆者は今では「ヒューマンライツ小委員会」と言うことにしている）での国際ヒューマンライツ連盟のアクションは、「科学技術とヒューマンライツ」の議題の下で、1984年8月14日午後ニナ・シェア代表が口頭発言を行う予定だった。議事が大幅に遅れ、実際の発言は8月17日になった。発言予定原稿を事前に日本の報道関係者のみならず、グローバルに活躍している通信社にも配布していた。

そのため、第一報は、AP通信によって打電された。これに基づいてインターナショナル。ヘラルド・トリビューン（チューリッヒ）が8月16日付で「世界短信」欄で報道した。ロイター、UPI、AFP、共同など主要な世界的通信社により、グローバルに打電された。そのため、筆者にも国際的な取材が継続的になされた。ジュネーブ宿泊中のホテルにも、カナダのCBCテレビから電話取材があった。アメリカのCCNテレビ、フランス国营テレビ、オーストラリアの有力紙「エージ」等々、とうてい全体を把握することができないほどだった。日本の精神病院による虐待と国内法制の欠陥が国際法違反であることが、国連のみならず主要な諸外国政府にも知られることになった。このような広汎な報道は、日本の精神医療と人権の問題が、世界的なヒューマンライツ侵害として国際関心事になったことを象徴していた。

日本でも反響は大きかった。8月16日付夕刊各紙は、「日本の精神衛生行政、人権規約に違反、宇都宮病院を事例に」（朝日、一面トップ）、「国際人権連盟、日本政府を告発、『精神障がい者の扱い不当』（毎日）、「日本の精神病院“告発”、国際人権連盟、『強制入院が異常な高率』（読売）などと各紙はジュネーブ特派員電を大見出しで報道した。日本政府にも衝撃を与えたことは、容易に想像できる。

④ 国連NGO活動の成果

○1985年国連NGOによる実情調査団

1984年の国連NGO活動が契機になって、国連NGOによる実情調査団が日本に派遣されることになった。「世界的に権威のある非政府機関(NGO)二団体が今春、相次いで日本に異例の調査団を派遣し、精神病院や精神衛生行政の実情調査を行うことが、21日明らかになった」と1985年2月22日付の読売新聞夕刊は、一面トップで報道した。異例のことだったから大きな報道になったのだが、国連審議に重ねて日本政府と社会に大きな衝撃を与えた。二つのNGOとは、ICJ(国際法律家委員会)とDPI(障がい者インターナショナル)だということだった。

国際法律家委員会が国際保健専門職委員会と合同で調査団を実際に派遣したのは、同年5月3日から18日までだった。その結論と勧告³³が公表されたのは、同年7月であり、調査報告書の全文が公表されたのは、翌1986年9月になった。実は、結論と勧告は、政府には5月中に内々に送付され、これが中曽根政権に法改正を決断させる大きな契機になった可能性がある。その後1987年に実際に法改正がなされたが、その後も国際法律家委員会は、フォローアップのために5年ごとの法改正に合わせて二度も調査団を派遣した³⁴。

DPIのほかには、世界精神保健連盟(WFMH)の実情調査が実現したことも忘れてはならない。

○1985年日本政府が法改正を約束

1985年8月筆者は、国連ヒューマンライツ小委員会で日本の精神衛生法

33 戸塚悦朗「ICJ/ICHP合同調査団「日本における精神障害者の人権及び治療」に関する「結論及び勧告」について」『法律時報』57巻10号、1985年9月、126～127頁。

34 国際法律家委員会編：広田伊蘇夫＝永野貫太郎監訳『精神障がい者の人権——国際法律家委員会レポート』明石書店、1996年。

制下のヒューマンライツ侵害について批判を継続した。国際人権連盟のニナ・シェア代表が2年目の発言をした。この年の国連審議で参加者の注目を集めたのは、国際法律家委員会のマクダモット事務総長が自ら発言し、この年5月に日本に派遣した実情調査団の「結論及び勧告」を国連で発表したことだった。国連審議に画期的な進展があったのは、これらに応える形で、日本政府代表³⁵が「厚生省は、精神病入院患者の人権擁護をさらに推進する観点から、精神衛生法の改正に着手することを最近決定しました」と断言したことだった。

○1985年国会議員の国連活動が実現。

注目すべきことは、この審議に合わせて、日本社会党が1985年8月、国連ヒューマンライツ小委員会の開かれているジュネーブに、5名の国会議員からなる人権調査団を派遣したことだった。それは、ヒューマンライツ小委員会の委員やNGO代表者に日本の現状を知らせ、論点を明らかにするためだったと、本岡昭次参議院議員らが書いている³⁶。

この人権調査団活動とそれに参加した社会党社労部会の国会議員団の引き続き国会活動は、1987年9月精神衛生法の改正に大きな貢献をした。その活動はそこで止まらず、1990年11月13日本岡昭次参議院議員による社会党議員を中心として市民活動家をメンバーとする国際人権研究会³⁷の創設につながった。同研究会による自由権規約委員会へのカウンターレポート提出などの活動は、その後日本の多くの市民団体が同様の行動をとるモデルの一つとなった。本岡昭次参議院議員による自由権規約選択議定書批准を求める継続的な国会活動も、この1985年国連への人権調査団参加の経験

35 1985年8月21日小林秀資厚生省精神保健課長が自ら発言した。

36 本岡昭次＝中大路為弘編著『世界がみつめる日本の人権——これからは人権の時代です』新泉社、1991年、34-46頁。

37 前掲『世界がみつめる日本の人権』、251-263頁。

を抜きにしてはあり得なかった。

また同研究会の活動が産婆役となって、1991年9月26日超党派の議員連盟である国連人権活動協力議員連盟³⁸の創立に連なったことは記憶されてよいであろう³⁹。同議連は、国連人権センターのデジタル化など、国連のヒューマンライツ活動を支援するためはかなり貢献した。

○精神保健国連宣言の成立

このような国連NGO活動は、ダエス報告書が提案した国連精神障がい者の権利宣言の原案をめぐる審議の一環として行われた。ソ連における精神医療の政治的乱用への批判的な対応として西側諸国と有力な国連NGOがその推進に力を入れていた。だから、ソ連による抵抗も強く、1977年から始まったこの問題の審議は難航していた。マクダモットICJ事務総長は、「宣言は100年しても出来上がらないかもしれない」と悲観的な見通しを述べていた。ところが、米ソの対立の雪解けを反映して、1988年以降はソ連の抵抗がなくなり、迅速に審議が進むようになった。国連ヒューマンライツ委員会の精神病患者のヒューマンライツに関する作業部会が、1990年1月と10月に合計4週間開かれた。その際には筆者も参加して意見を述べる機会があったが、以前のような米ソ対立は嘘のように消え去っていた⁴⁰。

1991年12月17日、国連総会は、「精神病患者保護及び精神保健ケアのための国連原則」を採択した。この国連原則の成立には、筆者らの国連NGO活動が相応の貢献をしたのである。日本政府は、精神医療と精神保健制度をこの国連原則に適合するように改革する必要がある⁴¹。

38 役員は、会長が羽田孜（自）、副会長が戸塚進也（自）、川崎寛治（社）、冬柴鉄三（公）、幹事長が江田五月（社民連）、事務局長は本岡昭次（社）であった。

前掲『世界がみつめる日本の人権』、243頁。

39 前掲『世界がみつめる日本の人権』、240-250頁。

40 戸塚悦朗『国際人権法入門——NGOの実践から』明石書店、2003年、53-54頁。

41 前掲戸塚『国際人権法入門』、64-88頁。

○ネットワークと知識・経験

一連の国連NGO活動は、筆者にとって貴重な資産を残した。最大の成果は、ヒューマンライツNGOにも国連関係者にも知り合いが飛躍的に増えたことだった。原後弁護士から紹介された国連ヒューマンライツ専門官だった久保田洋博士を知り、その助言を受けることができたこともその一つだった。国際法律家委員会とアムネスティ・インターナショナルなど相当数の国連NGOの関係者と知り合いになったことで、その後の国連NGO活動が容易になった。国連活動に必要な知識・経験も豊富になった。後述のように1989年6月久保田洋博士が殉職してから後には、その程度の知識・経験では不十分だったことを悟ることになった。結局、1989年9月からロンドン大学大学院（LSE）で勉学することになったのである。

この間に、1986年日弁連人権擁護大会は、自由権規約選択議定書批准促進等要望決議⁴²を採択した。「国際人権規約が発効して満10年を経過した今日、国内における人権保障の実現のためにも、当連合会の右要望に応じた行動を政府に求めることはきわめて重要であり、かつ、時宜に適するものと考え本決議を提案する次第である。」としている。この決議には、前記のように1985年にジュネーブ国連欧州本部を訪問した本岡昭次参議院議

42 自由権規約選択議定書批准促進等要望決議本文

わが国は、1979年6月、国際人権規約（経済的・社会的及び文化的権利に関する国際規約〔社会権規約〕等、市民的及び政治的権利に関する国際規約〔自由権規約〕）を批准したが、自由権規約の選択議定書は未だ批准していない。この議定書は、個人が国際機関である人権委員会に対し、人権侵害について通報する手続を定めたもので、人権を国際的に保障するための重要な条約である。よって、政府が、早急にこの選択議定書の批准の手続をとることを要望する。また、政府が、社会権規約の批准をするに当たってなした公の休日についての報酬、ストライキ権の保障、中高等教育の無償化の3点の留保と、消防職員についての解釈宣言を撤回することを併せて要望する。

右決議する。昭和61年10月18日 日本弁護士連合会

https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1986/1986_2.html 2021年11月25日閲覧

員の自由権規約選択議定書批准を求める国会活動が色濃く反映している。しかし、それでも批准は、実現しなかった。ヒューマンライツを保障する国際法への構造的な抵抗は、想像以上に厳しいことを示していた。

⑤ 1987年法改正が実現

1987年9月26日精神衛生法を改正し、精神保健法と改称する法案が中曽根康弘内閣の提案どおり成立した。法改正を求めた二弁の運動だけでは実現できなかったものだが、三つの国連NGOが実情調査団を日本に送り、政府に法改正を提言したことが大きな影響力を発揮した。中曽根首相が国際関係を重視したこともあったが、後藤田官房長官の存在が大きかったのではなかっただろうか。トップダウンで厚生省の政策が変わったのである。

外務省は、当初から法改正に同情的だった。なかでも、緒方貞子国連大使の貢献を忘れることができない。筆者は、同大使から招かれて、外務省の多数の職員に講演したことがある⁴³。その際、同大使は、「この問題は、ソ連の問題と思いついていましたが、日本にもあったのですね」と言っていたことをよく記憶している⁴⁴。

しかし、法改正は限定的で、とりわけ解放決定を可能にする司法的手続

43 前掲『精神医療と人権』（1）が出版されたときだったので、講演参加者に資料として配布した。

44 緒方大使が筆者を外務省に招いたのがなぜだったかは、今でもよくわからない。筆者が外務省の職員に講演したのは、このときだけで、きわめて異例だった。今思えば、そのようなことが起きたのは、米国政府から日本政府に対して法改正を求める助言があったのではないかと想像できる。国連での精神障がい者の権利宣言の審議には、ILHRが深くかかわっていたが、ILHRと米国民主党政権は友好的協力関係にあったことを示すいくつかの証拠がある。ICJも英国の政府やエスタブリッシュメントと友好的な協力関係にあった。背後には、西側自由世界諸国の対ソ戦略があった可能性がある。日本の精神病院問題は、ソ連の精神病院の政治利用とは性質が異なる。だが、これを放置すれば、ヒューマンライツを保障する国際法を外交に活用する西側諸国の世界戦略を阻害する可能性があっただろう。

きの導入に失敗したことは、法改正の欠陥を象徴するものだった。そのことは、注記したとおり、日本語でジュリスト及び法律時報に、英語でICJ Reviewに報告した⁴⁵。その際、ICJのマクダモット事務総長から教えられたことがある。「ヒューマンライツ問題には常に楽観的なヴィジョンが必要だ。そうしていないと精神的につぶれてしまう」ということだった。だから、英語での報告は若干楽観的に書き直した。それ以後、ことあるごとにこの教えを思い出し、物事の認識の仕方にはいつも両面があるということをかみしめるようになった。コップに水が「半分も入っている」と見るか、それとも、「半分しか残っていない」と見るかの違いがある⁴⁶。楽観的な認識の仕方ができる、うつ病になることを避けることができる。

解放決定を可能にする自由権規約9条4項の司法的手続きの導入になぜ失敗したのだろうか？被拘禁者に憲法34条が保障する弁護人依頼権を保障することさえ実現しなかった。そのような法改正の限界を生んだ要因をいくつかあげてみたい。

第一に、宇都宮病院が今日まで存続していることは驚きだが、1987年法改正では、私立精神病院中心の隔離収容政策⁴⁷の清算ができなかったから当然の結果とも言える。法改正で精神病院への入院者の激増は止まったが、現状維持につながった。のちに、精神保健法から精神保健福祉法と法律の名称は変わったにもかかわらず、長期入院者の社会復帰は遅々として進まなかった。今振り返ると司法手続きの導入に失敗したという問題点が残ったことが大きかったのではなかったか。

45 ①戸塚悦朗「精神衛生法改正の評価と問題点」『ジュリスト』883号、1987年5月1日、14～21頁。②戸塚悦朗「精神衛生法改正の経緯と問題点」『法律時報』59巻6号、1987年5月、100～107頁。③Etsuro Totsuka, “The Changing Face of Mental Health - Legislation in Japan”, *ICJ Review*, No.42 (1989), pp.67-81.

46 心理学の入門で学んだが、認知の仕方を象徴的に示す「ルビンの壺」が参考になる。

47 広田伊蘇夫『精神病院 その思想と実践』1981年、岩崎学術出版社。

第二に、そのような結果を生んだのは、日本社会の分断の結果だったことを想起する必要がある。日弁連は法改正には消極的で、精神医療を信頼して保安処分の方案の役割を期待しつつ、第三者機関設置を主張した。二弁は、ICJ調査団の勧告を信頼し、自由権規約9条4項を実現しようと、家庭裁判所による司法手続き導入を推進した。

厚生省の提案の基本は、行政（医師が担っていた）による審査制度だった。厚生省の助言者だった平野龍一教授は刑事訴訟法の権威者だったが、刑事司法には絶望していて、むしろ行政機関を信頼していた。1987年立法で導入された精神保健審査会制度は、医師主導で運用される行政機関だった。当初の制度設計では、判事と検事だけが法律家としてこれに関与することになっていたが、筆者は最終段階で弁護士の参加を求め、それが実現したことは最小限度の成果だった。

1987年立法から35年経ったが、関係者の善意にもかかわらず、改革は不徹底だった。だから、今も日弁連の決議⁴⁸が必要になっている。今後は、立法100年史⁴⁹を振り返り、障害法⁵⁰への道を進むことが望ましいと思われる。本論文を執筆中の2021年10月15日、岡山で日弁連人権擁護大会が開催され、「精神障害のある人の尊厳の確立を求める決議」⁵¹が採択された。同決議は、以下のように述べている。

当連合会は、1971年10月23日の第14回人権擁護大会において、
「医療にともなう人権侵犯の絶滅を期する」と宣言し、その後も精

48 後掲2021年日弁連人権擁護大会決議が必要になった。

49 広田伊蘇夫『立法百年史 精神保健・医療・福祉関連法規の立法史』2004年、批評社。

50 池原毅和『精神障害法』2011年、三省堂。

51 日弁連人権擁護大会2021年10月15日「精神障害のある人の尊厳の確立を求める決議」https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/2021/2021.html 2021年12月5日閲覧。

神障害のある人に対する度重なる人権侵害に懸念を表明してきた。

しかし、精神障害のある人に対する人権侵害は重ねられており、当連合会は、精神障害のある人の尊厳を守るための法制度改革も、被害回復も、法的援助も、十分には果たせなかった。

日本は2014年に障害者の権利に関する条約（以下「障害者権利条約」という。）を批准した。同条約は障害者の人権や基本的自由の享有を確保し、固有の尊厳を尊重するため、第14条第1項で「いかなる場合においても自由の剥奪が障害の存在によって正当化されない」と規定している。

当連合会は、今一度、精神障害のある人に対する障害を理由とした人権侵害の根絶を達成するために、現行法制度の抜本的な改革を行い、精神障害のある人だけを対象とした強制入院制度を廃止して、これまでの人権侵害による被害回復を図り、精神障害のある全ての人の尊厳を保障すべく、以下のとおり、国に対して法制度の創設及び改正を、国及び地方自治体に対して多様な施策を実施するよう求めるものである。

同決議は、「現行法制度の抜本的な改革を行い、精神障害のある人だけを対象とした強制入院制度を廃止」という先進的な課題を掲げている。

日本の司法が精神科の身体拘束の現状に批判的になっていることを歓迎したい。にもかかわらず、私立精神病院が構成する日本精神病院協会は、被害者側を勝訴させた最高裁による確定判決に強く抗議している⁵²。国家的な政策にかかわる日弁連が掲げた課題の実現のためには、今後長期間の

52 「会見での山崎學會長（2021年11月26日、弁護士ドットコム）」精神科の身体拘束で死亡、賠償判決に「裁判官は現場を知らない」日精協が強い抗議 11/26（金）15：49配信

<https://news.yahoo.co.jp/articles/e44dafb39682cf6659c23422728f2552a0986ef5>
2021年12月5日閲覧

困難なプロセスを踏む必要があることが予想される。

⑥ 1987年「国際人権セミナー」

今思えば、自由権規約9条4項は、ヒューマンライツを保障する国際法のほんのごく一部に過ぎなかった。それなのに、筆者は、この全体像をほとんど全く知らないままに、この1条項を掲げて、国連活動を始めた。これでは、十分な成功を収めることはできないのは想像がつきそうなものだった。それなのに、公論化をはじめたのだ。象に踏みつぶされるような悪夢から逃れるためには、何か確固たる支えが必要だったからやむを得なかったのではあるが、この国際法の分野がまるで分っていなかったのである。これでは、しっかりした立法を獲得することはできない。当然の結果だったという反省もあった。

そこで、この分野の先進的な研究者、実務家、国会議員、政府職員、NGO代表などに一堂に会していただき、忌憚のない意見を交換することから始め、基礎から学ぶ必要があると考えた。国連活動を通じて知り合い、貴重な指導を受けた久保田洋国連人権専門官の助言を仰いで、「国際人権セミナー」の企画を立案した。そのうえで、二弁人権擁護委員会で検討の上、二弁理事者に二日間にわたって24名の発表者を招くというこの企画案を提案した。

坂本健之助二弁会長は、多数の権威者を一度に招こうというこの前代未聞の企画に驚き、「実現可能性がない」と率直に危惧を吐露した。会長は、次のような二つの疑問をあげた。第1は、「このように多数の専門家が実際に、参加してくれるのか？」と言う現実的な問題だった。第2の問題は、それまでの会務の先例から見て常識外れだという。「権威者である大学教授クラスの学者を招くときには、それなりの謝礼を準備する必要がある。とてもこんなに多数の学者を招くような多額の予算はない」と言うのである。いずれも当然のことだった。

しかし、筆者は、「とにかく招待状を出してみましょう。大学の教授である学者の先生方も、私たち実務家である弁護士も、同学の研究者です。新しい分野の学問のために意見交換の場をもうけて自由に議論するという研究会の案です。それなら、双方に利益がありますから、謝礼は必要がないと思います。交通費だけ予算をとっていただけませんか？」と答えた。国連活動によって精神衛生法の改正と言う画期的な成果を獲得した直後だったので、タイミングは良かった。招待状を送った方々には、ほとんどすべて参加を快諾していただいた。参加者の皆さまには、今でも深く感謝している。田畑茂一郎京都大学名誉教授からだけは、「残念ながら先約があって出席できない」という丁重なはがきをいただいた。

1987年11月20日（金）から21日（土）にかけて二弁旧会館で開催されたこのセミナーでは多くを学んだ。

なかでも芹田健太郎神戸大学教授から厳しい指摘を受けたことは今でも忘れることができない。「国際人権」セミナーという企画のタイトルについて以下のような強烈な批判を受けたのである。「昨日今日のなかでも「国際人権」と言う言葉が出てまいりました。国際人権と言うのはあるのかないのか。単純に言えば国際人権と言うのではないと私は思っております。…」と発表⁵³の冒頭からこのような指摘があり、衝撃を受けた。このセミナーを企画した筆者の国際法についての理解不足が露呈したのである。この批判は、本論文の主題にもかかわる重要な問題を提起している⁵⁴。その後長い間考え続けざるを得なくなった課題である。

また、宮崎繁樹教授による講演も強く記憶している。日本政府が自由権規約について提出した1982年10月24日付の報告書に関連して、自由権規約

53 芹田健太郎「ヨーロッパにおける国際人権保障」第二東京弁護士会人権擁護委員会編『国際人権と日本』、1988年、135-139頁。

54 今思えば、このセミナーのタイトルは、「ヒューマンライツと日本」とすべきだった。

委員会のオブサール委員からの質問に答えて日本政府が回答した内容について発表⁵⁵した。国内法が国際規約に「抵触する場合に、「国際人権規約の方が優位する」ということを政府がはっきり言っておるのであります。国際人権規約を直接裁判規範として援用できるということも明らかにしているのであります。」と言う宮崎教授の明快な言葉は、今でもよく記憶している。この発表には非常に勇気づけられた。以後の筆者の国連活動の支えになった。

テープ起こしの予算はとってあったので、このセミナーの記録は活字化されて二弁事務局に残されていた。次年度（1988年度）に西田公一会長が「まえがき」を執筆し、この記録を『国際人権と日本』というタイトルで第二東京弁護士会から出版した。

筆者は意図していなかったが、この二弁の活動が1988年の国際人権法学会の設立に強い刺激を与えたとのことだった。

⑦ 1988年神戸日弁連人権擁護大会

それまでは、日弁連会内の十分な理解は得られなかった。だが、1988年精神保健法が実施されて、保安処分論争から自由になってからは、やっと日弁連としてヒューマンライツを保障する国際法の研究に入れることができる環境が整った。その画期が、1988年神戸日弁連人権擁護大会だった。

そのときに、筆者は、本論文（その3）の冒頭にあげた「難問」に出会ったのである。

55 宮崎繁樹「国際人権法と実体法・国際人権B規約をめぐる諸問題」前掲『国際人権と日本』、16-21頁。

幸徳秋水大逆事件（1911年）の研究（10）

～大逆事件における供述分析：本件判決を根拠づける被告人らの供述とその形成過程（3・完）～

浜 田 寿美男

山 田 早 紀

目 次

3. 本件の核となる東京グループの供述形成過程
 - (2) 爆裂弾の製作を調査し、材料等を準備した経緯
 - 3) 爆裂弾の製作（材料・容器の調達と製作）、その実験
 - (3) 犯行計画遂行のためのその後の展開と本件の発覚
 - 1) 明治43年1月1日における鐘の投擲場面
 - 2) 同年1月23日における忠雄、管野、古河の三人の話し合いの場面
 - 3) 同年4月の爆裂弾再実験の計画の場面
 - 4) 忠雄、管野、古河の三人が、宮下を含む四人で大逆実行の役割分担を議論したという場面
 - (4) 結論

3. 本件の核となる東京グループの供述形成過程

(2) 爆裂弾の製作を調査し、材料等を準備した経緯

※ 1)、2)は龍谷法学第54巻4号に掲載している。

3) 爆裂弾の製作（材料・容器の調達と製作）、その実験

宮下は爆裂弾の製法を自ら調べ、その製法に従って自ら材料と用具を調達し、自ら爆裂弾の製作を行い、誰からの指示にもよらず実際に製作した爆裂弾を実験し、そのうえで実験の成功を幸徳らに知らせた。判決は、この宮下の行為の流れを事実として認定しながら、他方で、これまで見てき

たように、忠雄を媒介に幸徳が奥宮に爆裂弾の製法を聞き、これを宮下に伝えたとの話がそこに入り込むかのような筋書を認定した。しかし、この筋書そのものが、上で詳述してきたように、逆行的構成であった可能性が高い。そこで次に検討しなければならないのは、宮下が実際に爆裂弾を製作し、これを実験し、その結果を幸徳らに伝えたというその過程である。

(1) 宮下による爆裂弾の製作

判決はその〈第一段階〉の認定で、宮下が塩酸加里と鶏冠石の入手した経緯について次のように認定している。

(宮下は) 同年七月事を以て甲府市に往き、同市柳町三丁目百瀬康吉より爆裂薬の原料として塩酸加里二磅を買入れ、尋て愛知県碧海郡高濱町吉濱内藤與一郎に依頼して鶏冠石二斤を購求し、又書を新宮町大石誠之助方に寄寓したる忠雄に寄せて、其逆謀に同意せんことを求め、且塩酸加里の送付を乞ふ。越へて八月一日更に書を發して之を促し、遂に其月十日忠雄より送致したる塩酸加里壹磅を受領したり。

判決の〈第二段階〉では、この点をさらに具体的に次のように認定している。

同年七月五日甲府市薬種商百瀬康吉より染物用なりと詐はりて塩酸加里二磅を買入れ、同月十日及二十四日の両度、三河國碧海郡高濱町内藤與一郎に対し地金を鋼鐵に為す方法を發明したるに付其試験用に供する為なりと詐はり鶏冠石の買入方を依頼したるに、同月三十一日與一郎より鶏冠石二斤を送付し来りたり、同年七月十九日紀州新宮の大石誠之助方に滞在せる新村忠雄に対し、大逆罪の敢行に付其同意を求め、且爆裂弾製造の材料たる塩酸加里の送付を依頼し、尚お同年八月一日その送付を督促したるに同月十日に至り塩酸加里一磅の送付を受たり。

つまり、塩酸加里は7月5日に百瀬より二磅を買い入れ、さらに8月10

日に新宮にいた忠雄を介して一磅を入手して、鶏冠石は7月31日に内藤から一斤を買い入れたと言う。先に見たように、後に幸徳が奥宮から爆裂弾の製法情報を得たとする話はせいぜい「10月下旬」となることから見て、爆裂弾の材料である塩酸加里と鶏冠石の調達はそれ以前のところで宮下が単独で進めていたことが明らかである。

また、薬研を入手して鶏冠石を磨砕する作業と、薬剤を詰める罐の製作についても、判決はその〈第一段階〉で次のように認定している。

是より先被告忠雄は太吉と相別れ長野県系を去るに臨み、同県系埴科郡埴生村西村八重治に薬研借入を乞ひたれとも、会々他に貸与しありて其望を達すること能はさりしを以て、其兄新村善兵衛に託す。善兵衛は八重治に依頼して之を借入れ、太吉に送付す。太吉は十月十二日之を受領し、其寓居に置くことを憚りて、之を新田融に預け、同月二十日に至り明科百七十六番地融の寓所に於て、其薬研を以て前日買入れたる鶏冠石を磨砕し、又同月末太吉は東川手村潮の白田鍋吉に依頼して金属製の小罐五個を製造せしめたり。此の如くして爆裂弾の装薬容器既に成る。

宮下が塩酸加里と鶏冠石を入手した時点は、奥宮から爆裂弾の製法情報を得て宮下に伝えたとされる「10月下旬」の2カ月以上前のことであり、薬研の入手についても、上記の判決の認定では10月12日、これを用いて鶏冠石を磨砕したのが10月20日とされている。宮下が忠雄を介して、幸徳が奥宮から聞いたという製法情報を入手したのが「10月下旬」だとすれば、これもまたそれよりは前だということになる。

宮下はこうした流れをたどって爆裂弾の材料を入手し、製作のための道具を調達して、鶏冠石を「(新田)融の寓所に於て其薬研を以て…磨砕し」た。そのことは、宮下が身柄を押さえられて犯行を自白し、明治43年5月29日に検事聴取書を取られた時点で、すでに宮下が語っていたことである。そして、同年6月4日の宮下予審がはじまり、その第1回予審調書

で宮下は次のように供述している。

問 新田融とはどういう関係か。

答 新田は私と同じ明科の製材所の職工であります。私が明科に行ってから、同人に社会主義の話をすると同感してくれ、警察で私を注意人物にしておりますから、秘密出版物などを同人に預けましたところ、これを読んで非常に熱心になりました。それで爆裂弾をつくって天皇を斃すことを相談しましたが、同人はよろこんで賛成してくれ、爆薬を入れる罐罐を二十七個つくってくれました。また鶏冠石を粉末にするときも新田が自宅を貸してくれ、自分も手伝ってくれました。

薬研を使って鶏冠石を粉末にした日時がここでは言及されていないが、その後、先に見たように、これが10月20日だったとされる。なお、ここで「爆薬を入れる罐罐を二十七個つくってくれました」とあるのは、爆裂弾を実験した後の12月のことであって、実験に用いた罐のことではない。

このように見てくれば、宮下が爆裂弾を製作するにあたって、奥宮から入手したとされる製法情報を参照しえたとすればせいぜい薬剤を詰める小罐の製作だけである。これについて判決の認定では「東川手村潮の臼田鍋吉に依頼して金属性の小罐五個を製造せしめたり」というだけで、それ以上の情報はなく、これが奥宮情報の入手より後だったとの保証もない。また罐についての奥宮の情報は曖昧で、かつその奥宮の情報は後に押収された小罐とも異なる。そして、その実験時に作らせたと宮下が言う小罐5個のうち、実験で使わなかった4個を宮下は廃棄したというのだから、実際がどのようなものだったかも不明のままである。そのことから考えて、宮下が臼田に製造させたというこの小罐が奥宮情報による可能性はまずないと見てよい。

(2) 宮下による爆裂弾の実験

宮下は、臼田に作らせた小罐に、新田宅において薬研で磨砕した鶏冠石

と塩酸加里を4：6の比で混ぜて入れ、爆裂弾を作ったうえで、これを実際に試したのが11月3日ということになっている。判決は〈第一段階〉で次のように認定している。

此の如くして爆裂弾の装薬容器既に成る。是に於て被告太吉は前に忠雄の通告したる製造法に依り、即ち塩酸加里六分難冠石四分の割合に小豆大の礫約に十頼を混して一鐘に装填し、同年十一月三日明科附近の山中に到り試に之を投擲したるに爆穫の効力甚大なり

つまり、「忠雄の通告した製造法」に基づき作成したところ、効力が甚大だったという。しかし、ここで「忠雄の通告したる製造法」と言うのが、宮下がそれ以前に独自に入手した情報と何ら変わるものではなく、しかも宮下は「忠雄の通告」以前にその独自入手の情報によって薬剤や薬研を調達していたのである。そして、これまで繰り返し見てきた通り、奥宮から得た製造情報は宮下が実際に行った製造法とは明らかに異なる。

宮下がここで行った爆裂弾の実験も、誰かに依頼や命令を受けたのではなく、宮下自らの発想でやったものだと、宮下自身は供述しているし、これを否定するような供述は誰からも出ていない。この宮下の供述は当初より一貫しているし、じつは判決もこれを否定していない。もともと宮下が、明治43年5月29日長野地方裁判所検事局に於て自白した「聴取書」では、次のように記載されている。

火薬も愈々出来た后昨年十月の武力（ブリキ）や油差しと共に鐘鐘五個を注文し、爆裂弾の効力を試験するため、其中の一個に爆薬を入れ中に小石数個を混ぜ大足の山で十一月三日夜岩に投げ付けて見ました所が、非常の音がし、五六間離れて居つた私も空気の圧迫で倒れようと思いました位で、其日松本でも花火を打ち上げましたが、村の人は私の爆裂弾の音を聞いて松本の花火の音だと申して居つたそうであります。

そして、明治43年6月4日の宮下の第1回予審調書で、この聴取書の内容を宮下は次のように追認している。

問 爆裂弾の試験をしたことがあるか。

答 昨年十一月三日にやりました。そのことは検事局にて詳しく述べた通りです。

さらに宮下の明治43年6月8日の第5回予審調書内では、

問 新田はそのように熱心であったのなら、なぜ試験のとき同道しなかったか。

答 たしかその日、新田は松本へ見物に行って不在だったと思います。

問 しかし前もって打合せておけば、松本へゆかなかったであろう。

答 私は試験のことは十一月三日になって急に思いついたので、前からきめていたのではありませんから、新田に通じてなかったのです。それに工場が天長節に休みになるということも、前日までわからなかったのです。この日松本で花火をあげるようになっていて、五里位隔っていてその音がきこえるというので、その日の昼過ぎになって今日がよいと決心したのです。

ここでの宮下の供述によれば、爆裂弾の実験は「十一月三日になって急に思いついたので、前からきめていたのではありません」と言う。もちろん、幸徳らから指示や命令があったとの話はまったく出てない。そもそも宮下と幸徳とのあいだに、指示命令なされるような関係はなかった。少なくともそのような関係があったことを示す証拠は存在しない。

(3) 宮下による実験結果の報告と幸徳らの反応

さて、宮下の上記の供述によれば、爆裂弾の実験は大成功だったということになる。そして、判決の〈第一段階〉の認定では、そのことが以下の

ように、宮下から忠雄に報告されたという。

乃ち太吉は其旨を忠雄に通報し、忠雄は之を傳次郎及スガに傳告し、傳次郎は更に之を健之に報告したり。

この結果報告も、実験して結果を通知するように依頼があったから報告したのではなく、ただ宮下が自ら実験の結果を忠雄に報告したというのに過ぎない。そして、判決の認定した「大逆罪」の流れからすれば驚くべきことだが、この結果報告を聞いた忠雄、幸徳、管野の反応は淡々として、まったく熱を帯びていない。そのことを判決の〈第二段階〉の認定から確認しておきたい。

まず、幸徳については判決に次のように記されている。

同年十一月五六日頃、宮下より忠雄に対し爆裂弾の試発を為したるにその成績良好なりし旨を通知し来りたることは聞及ひたるも、その旨を奥宮に通知したるや否やは記憶に存せず。

次に管野については判決に次のように記されている。

同年十一月五六日頃、宮下より忠雄に対し爆裂弾試発の結果を通知し来りたることは忠雄よりも聞及ひまた宮下から被告（管野）にも通知し来りたる様に記憶す。

さらに宮下自身については、判決の認定に次のようにある。

同年十一月五六日頃、右試発の結果を忠雄及管野に通知し、残余の鐘四個は試発の音響高かりしを以て、之が為に事の発覚せんことを恐れ、製材所の釜口に投入したり。

そして忠雄については、判決の認定で次のようになっている。

同年十一月五六日頃、宮下より爆裂弾の試発を為したるにその成績良好なりし旨の通知ありたるを以て、その旨を幸徳及管野に報告したり。

いずれも、宮下からの報告があったというだけで、それでもって大逆の計画が一步前進した、そこから計画をさらに具体的に進めていこうという

ような勢いは、幸徳にも、管野にも、忠雄にも、そして宮下自身にも感じられない。じっさい、この四人について判決の〈第一段階〉の認定が次の動きとして認めたのは次のような話だけで、大逆の計画について何らの進展もなく、何らの議論も、何らの通信も交わされていない。

同月（十一月）中、被告太吉は自ら鐵小鐘一個を造り、又同年十二月被告融に依頼して鐵葉小鐘二個を造らしめ、其中鐵製鐘及び鐵葉製鐘一個と前掲塩酸加里及び鶏冠石とを携帯して傳次郎等と面議せんか為に三十一日上京したり。

判決の〈第二段階〉の認定でもこの点は同じで、爆裂弾の実験結果が報告されてからほとんど2カ月近く、この四人について何らの動きもなく、次に問題になるのは、宮下が大晦日に上京して、翌元旦に幸徳方を訪れたときの場面である。

（3）犯行計画遂行のためのその後の展開と本件の発覚

こうして年が明けて、明治43年、本件が大逆事件として摘発され、予審が進められ、裁判が行われる年がはじまる。信州明科で宮下が拘束されるのが、その年の5月25日である。それまでの5カ月弱のあいだに、東京グループの「大逆」の計画はどこまで進展したのか、あるいは進展しなかったのか。最後にこの過程を検討しなければならない。

明治42年11月3日に宮下が行ったという爆裂弾の実験が、宮下によれば大成功だったというのに、その報告を聞いた幸徳らにほとんど2カ月間何らの動きも認められていない。それ自体、もし幸徳らが明治42年9月上旬に大逆決行の決意を固めていたのだとすれば、まったく不整合な流れなのだが、さらに明治42年12月31日に宮下が上京して翌元旦に幸徳を訪れてからも、決意を固めたはずの大逆計画がじつに曖昧なかたちでしか展開していかない。ここではその経緯を判決の認定によって確認し、そこにもまた逆行的構成の跡がないかどうかを検討しなければならない。以下、1) 明

治43年1月1日における鐘の投擲場面、2）同年1月23日における忠雄、管野、古河の三人の話し合いの場面、3）同年4月の爆裂弾再実験の計画の場面、そして4）忠雄、管野、古河の三人が、宮下を含む四人で大逆実行の役割分担を議論した場面に分けて検討する。

1）明治43年1月1日における鐘の投擲場面

爆裂弾の実験が成功したとされる2カ月後、宮下は薬品と小鐘を携え、幸徳、管野、忠雄のいる幸徳宅を訪れた。この点について判決の〈第一段階〉は、次のように認定している。

明治四十三年一月一日被告伝次郎スガ太吉忠雄の四人伝次郎宅に会合して太吉携へし所の小鐘及び薬品の批評を為し且交互其小鐘を擲ちて實用に適するや否を試み、翌日力作は伝次郎を訪問して伝次郎スガ忠雄より前日の形況を聴き、……

つまり、幸徳、管野、宮下、忠雄の四人がせっかく一同に会したにもかかわらず、小鐘と薬品について批評し、小鐘を投げてみたというだけで、計画について何らの相談もなされていない。これまで直接顔を合わせる事がなかった四人が集合したにもかかわらず、計画について語られることはなかったというのである。このことは判決の〈第二段階〉の認定でもおおよそ、その通りに確認される。

まず幸徳については、

同年十二月三十一日宮下は爆薬を装填すへき鉄鐘及鉄葉一鐘各一個と鶏冠石及塩酸加里を携へ出京したるを以て本年一月一日平民社の座敷に於て管野宮下忠雄と共に一鐘を投擲し其破壊力如何に付多少の批評を試みたり、

管野については、

同年十二月三十一日宮下は爆裂弾の鐘二個と塩酸加里及鶏冠石を携へ出京したるを以て本年一月一日宮下、幸徳、忠雄及被告の四

人にて一鐘を投付け實用に適するや否を批評し

忠雄については、

同年十二月三十一日宮下は爆裂弾の一鐘及薬品を携帯し平民社に
来り一泊したるを以て其翌日即ち本年一月一日幸徳管野宮下及
告の四名にて交々其鐘を擲ち實用に適するや否やの批評を為し
というふうに、いずれについても宮下の持ってきた鐘を投げて實用に適
するかどうかを話したというのだが、まるで戯言のような様子で、そこには
およそ大逆への緊迫感をうかがうことはできない。宮下についてもこの点
についてさしたる違いはなく、判決は以下のように認定している。

同年十二月三十一日右鉄鐘鉄葉鐘各一個と塩酸加里及鶏冠石を携
帯し平民社に到り一泊し、本年一月一日右二個の鐘及薬品を幸徳
管野及新村に示し且交々其鐘を投して實用に適するや否の批評を
為したるか幸徳は鉄片を混入せは其効力多大ならんと申したり。

ここで唯一「幸徳が鐘に鉄片を入れれば効力が多大になるだろうと発言
した」という点が他のとは異なっていて、この文言を読む限り、幸徳はい
かにも爆弾の効力を高めるべく積極的な提案を行っているかのように見え
るのだが、この文言をもととの予審調書で確認することができない。

この場面についての予審調書を見てみれば、忠雄に対する明治43年6月
9日の第4回予審調書が最初で、そこには次のように供述されている。

問 宮下はその後出京したことはないか。

答 四十二年十二月三十一日出京して平民社にまいりました。そ
の夜は平民社に泊り、私と二時頃まで話しました。

問 宮下は何のために出京したのか。

答 爆裂弾用の空鐘二個を持って出京しました。そして翌一月一
日平民社の座敷で幸徳、管野、宮下、私の四人でそれを投げ
てみました。

問 そのとき薬品は持ってこなかったのか。

答 宮下は、塩酸加里と鶏冠石の粉末を別々の紙に包んで持ってきました。しかし危険ですから調査はしなかったのです。

問 宮下はいつ信州へ帰ったか。

答 一月一日の午後出発して帰りました。私は汽車で中野まで見送りました。

問 その日古河はこなかったか。

答 その日古河もくる約束でしたが、来ませんでした。そして翌二日平民社にきましたから、一日に鐘を投げる練習をしたことを話しました。古河は同夜平民社に泊りました。

菅野も明治43年6月10日の第5回予審調書内で同様の供述をしている。

問 同年十二月三十一日、宮下が出京して平民社に泊ったか。

答 さようです。

問 そのとき宮下は爆裂弾の空鐘二個と、薬品をもってきたか。

答 さようです。

問 本年一月一日平民社の座敷で、幸徳、宮下、新村、其方の四人で、爆裂弾の空鐘を投げて試験したであろう。

答 試験というほどのことではありませんが、めいめいで投げてみました。

問 そのとき、鐘は多少改良の余地があるという話があったか。

答 宮下はブリキ製と鉄製をもってきましたが、私は鉄製の方が爆発がつよいからよいと申しました。

問 角の多い鐘をこしらえたらどうかという話はなかったか。

答 そんな話もあったように思います。ロシアにある金米糖形のものがよいという話もありました。

問 実行の方法などについても協議したのであろう。

答 そのときは古河もこず、また幸徳もあまり熱心でないように見えましたから、何もまとまった相談はしませんでした。

ここで注目すべきは「幸徳もあまり熱心でないように見えましたから、何もまとまった相談はしませんでした」と述べられている点である。明治43年10月17日の第13回予審調書で管野は以下のように、このころから幸徳が離脱しつつあったことを語っている。

問 その頃幸徳は革命に冷淡になっていたというのは事実か。

答 そのように思います。しかし人に向っては弱いことも言えないので、過激なことを申しておりました。本年一月一日鐘を投げてみたときなどは、甚だ冷淡に見えました。

問 昨年十二月三十一日、宮下が爆裂弾用の空鐘二個と薬品の紙包みをもって、平民社にきて一泊したことは相違ないか。

答 相違ありません。

問 その鐘はこれか。

答 さようです。鉄製のもの一個とブリキ製のもの一個です。

問 翌一月一日平民社で幸徳、宮下、忠雄、其方の四人でその鐘を投げてみたのか。

答 さようです。

この点について言えば、明治43年6月10日第6回予審調書での宮下の供述にも次のような話が出ている。

問 昨年十二月三十一日に被告は東京へ来ているであろう。

答 はい、まいりました。そのときは平民社が巢鴨から千駄ヶ谷へ移っておりましたから、その方へまいりました。

問 その日の何時に行ったか。

答 なんでも夜十一時頃だったように思います。

問 そのとき何を携帯したか。

答 別に何も持ってまいりません。

問 そんなはずはない。其方は鶏冠石と塩酸加里を別女の紙に包み、空鐘二個を持参して幸徳の座敷でその鐘を投げて稽古を

したというではないか。

答 私の身はどうなってもよいのですが、他人の身に拘わることでですから申しませんでした、そのようにわかっていれば致し方ありませんから申し上げます。私は只今お申聞けのような品物を持って上京し、今年一月一日幸徳、新村、管野と私の四人でかわるがわる一間半か二間離れたところで投げる稽古をいたしました。その鐘は最初に新田がつくってくれたものです。

問 その鐘の中に砂でも入れて、以前被告が試験した通りの重量にしたのか。

答 いや空鐘でやりました。それで四人とも空鐘では調子がわるいと申しておりました。

問 壁へ投げつけたのか。

答 畳に投げたのです。

問 鐘を横にもってか、豎（たて）にもってか。

答 横にもってやりました、そのとき鐘の蓋か底が目的物に当たればたしかに爆発するなど話し合いました。

問 そのとき鐘の工合がわるいから、も少し改良したいというような話はなかったか。

答 そういうことは記憶がありません。

問 その日古河はこなかったか。

答 来るという約束でしたが、まいりませんでした。

問 それでは、そのときのことを古河に伝えるということにしたのか。

答 そうです。

問 その一月一日に、幸徳は母親や友人に迷惑がかかるからと言わなかったか。

答 よく覚えておりません。

問 しかし被告は、幸徳が母親や友人の身の上を思うと言ったとき、不満の色をみせたというではないか。

答 そのようなことは覚えがありません。

問 それで被告は、いつ明科に帰ったか。

答 いよいよ爆裂弾をもって革命を起すということがきまりましたから、私は二個の鐘と薬品を鞆に入れ、一日の午後新宿から汽車に乗って甲府にゆき、山本久七方に二泊して、三日の夜の六時三十分明科に帰りました。

この宮下供述では持ってきた「投げる稽古をいたしました」などとなっているが、「四人とも空鐘では調子がわるいと申ししておりました」とあるようにおよそ現実味のないものであったことが分かる。それ以上にここで注目すべきは、予審判事はこのとき「幸徳は母親や友人に迷惑がかかるからと言わなかったか」と問い「被告（宮下）は、幸徳が母親や友人の身の上を思うと言ったとき、不満の色をみせたというではないか」と問うている点である。つまり、予審判事はこの問いにあるような情報をその場の誰かから聞いていて、それを宮下に向けてぶつけているのである。上記の管野の予審調書での供述にあるように、このとき幸徳は「鐘を投げてみたときなどは、甚だ冷淡に見え」、宮下や管野、忠雄らの動きに距離を取ろうとしていたことがうかがわれる。

幸徳はこの日のことについて明治43年6月11日の第2回予審調書で供述している。

問 本年一月一日其方宅の座敷で、其方と管野、宮下、新村の四人でその鐘を投げてみたのか。

答 さようです。

問 其方も投げてみたか。

答 さようです。

問 そのときの鐘はブリキ製と鉄製であったか。

答 よく覚えていません。

問 爆裂弾用の鶏冠石と塩酸加里をみたか。

答 みたように思います。

問 そのとき爆裂弾運動の実行方法について、何か話し合ったであろう。

答 別に相談はなかったと思います。

問 古河はその日はこなかったか。

答 こなかったように思います。

以上のように、四人の予審調書を見ると大筋で「明治43年1月1日に幸徳宅で、小鐘を投げてみた」という内容のものでしかなく、そこには大逆罪を実行しようとする人間の切迫感はほとんど感じられない。宮下についての<第二段階>の認定に「幸徳が小鐘に鉄片を入れると効力が大きくなるだろうと発言した」という点は、ほかの幸徳、菅野、忠雄の予審調書にあらわれないだけでなく、宮下自身の予審調書にもあらわれてこない。いかにも幸徳がこの計画に積極的に関与したかのように見せるこの発言がいったいどこに起源を有するものが不明なのである。この時点の幸徳は菅野の上記予審調書にもあるように、むしろ「幸徳もあまり熱心でないように見えましたから、何もまとまった相談はしませんでした」というのが真実だったと考えられる。しかしこの点は、判決の<第一段階>の認定にまったく反映されていない。

宮下が明治42年11月3日に爆裂弾の実験に成功したとの報告を幸徳らに向けて発信していたにもかかわらず、明治43年1月1日までの2カ月間、宮下と幸徳らとのあいだに何らの協議も連絡なく、漠然と時は過ぎて、1月1日にはせっかく幸徳、菅野、忠雄、宮下が集まったというのにもかかわらず、宮下の持ってきた鐘を空のまま投げてみただけで、幸徳は「あまり熱心でない」うえに、四人で何らの具体的な話し合いは行っていないの

である。

2) 同年1月23日における忠雄、管野、古河の三人の話し合いの場面

明治43年1月1日に幸徳、管野、忠雄、宮下の四人で集い、その日宮下が平民社を辞した翌日、古河が平民社にやって来たが、そこで古河は前日の様子の報告を受けただけで、それ以上の話はなく、さらに3週間後の1月23日になって、古河が管野、忠雄がいる幸徳宅を訪れ、幸徳が寝ている隣の部屋で決行の時期を秋季と決めたという話が出てくる。

判決の〈第一段階〉の認定は次のようになっている。

尋て同月二十三日力作か伝次郎宅に往きたる際、スガ忠雄力作の三人は伝次郎の寝臥したる隣室に於て秋季逆謀の実行に関する協議を為し、忠雄は再び長野県系の郷里に帰省し、太吉と来往相課る所ありたり

この点について判決の〈第二段階〉の認定は、幸徳について以下のよう

に述べている。

同月二十三日大逆罪の実行方法に付謀議したるや否記憶せざるも、管野宮下古河及忠雄の四名にて実行の任に当るとは其以前より聞及び居りたり、

幸徳は、隣室にいたため、「謀議については記憶していない」としつつ、「管野、宮下、古河、忠雄の四名で実行するということは以前から聞いていた」というのである。そして、これ以降、幸徳はこの計画に関する相談に加わった形跡は存在しない。

管野についての判決の〈第二段階〉の認定では、

同月二十三日忠雄力作及被告の三名会談の上宮下、古河、忠雄及被告の四人にて大逆を実行し幸徳を除外することに決定したり、として、実行者から幸徳を除外することに決まると述べている。

また、古河についての判決〈第二段階〉の認定でもまた、

同月二十三日平民社に行きたる処幸徳は病臥し居たるか忠雄は被

告（古河）を別室に伴ひ幸徳は兎角躊躇の色あるに付秋季の計画は管野宮下及吾々の四人にて実行しては知何と申すに付被告も之を賛成し且諫め実行の場所を踏査し置くべきことを約したり、という。古河は、幸徳を除外して秋季に実行することを確認し、それまでに古河が実行場所を調査することになったというのである。

さらに、忠雄についての判決〈第二段階〉の認定では、

同月二十三日管野古河及被告（忠雄）の三名平民社に会合し秋季の貫行方法に関して謀議を遂げ、

管野は女子古河は体額最小にして共に警察官の注意を惹くこと少かる可きに付古河に於て場所の踏査を為し管野は実行の場合に於ける合図役と為り管野古河宮下及被告の四人にて爆裂弾を投付け大逆を整行す可きことを約したり、

という。忠雄は、幸徳のことには触れず、四人それぞれの役割を具体的に決めたのだという。このように、この段階では幸徳が他の四人から離れ、四人が独自に話を進めていたことが認定されているのだが、この点が〈第一段階〉の認定には反映されていない。

では、もととなる予審調書ではどうなっているのか。この時期のことについて最初に供述するのは、明治43年6月5日の忠雄の第2回予審調書、同日の管野の第2回予審調書、古河の第2回予審調書である。

忠雄はそこで以下の通り供述している。

問 古河に本件の計画を話した顛末を申述べよ。

答 古河はときどき平民社へ来ましたので、昨年秋頃からその話をいたしました。本年一月五日から幸徳は病気で寝ておりました。そして一月二十三日に古河が平民社にきましたので、別室で、宮下が爆裂弾をつくったから、いよいよ管野、古河、宮下、私と四人で実行しようときめました。その役割は、古河はからだ小さく警察の注意をひくことが少ないから、天

子通行の道筋を調べて四人の位置をきめること、管野は合図役ということにし、四人が各自に爆裂弾をもって適宜に馬車に投げつけ、目的を達しようと相談しました。

また、管野は以下の通り供述している。

問 本年一月二十二、三日頃新村、古河が平民社にきたとき、計画実行の手筈（てはず）をくわしく相談したのか。

答 さようです。

問 その計画は被告と新村、宮下、古河の四人だけで実行するときめたのか。

答 さようです。

問 陛下の御馬車に接近して決行するときの役割も、四人だけできめたのか。

答 さようです。実行は四人だけで堅く秘密を守ろうということにきめました。

さらに、古河は以下の通り供述している。

問 本年一月二十二、三日頃、平民社で管野、新村と被告の三人が今回の計画について具体的な手筈をきめたであろう。

答 まだ時期が早いのですから別に具体的な相談もなかったのですが、爆裂弾の試験をもう一回新村が立ち会ってやることと、元首通行の道筋を私が調査して人の配置をきめることなど相談しました。

問 管野が合図役になるという相談もあったか。

答 私はさようなことはききません。

問 それでは、その後にそのような話をきいたことがあるか。

答 いつだったか忘れましたが、合図役が必要だという話がありましたが、管野が合図役になるということはきいていません。

問 なおそのとき、実行者は四人限りときめたのか。

答 さようです。四人限りというのは今回の計画についてはほかの誰にも話さないという意味です。管野は私に新村、宮下以外のものに断じて話してはならぬと申しました。

このように1月23日に行われた忠雄、管野、古河の話合いについては、三者おおむね供述が一致していて、これが先の判決〈第二段階〉の認定にそのまま採用されている。ここで計画の実行に関わるのは宮下と忠雄、管野、古河の4人であって、そこに幸徳は加わっていない。

3) 同年4月の爆裂弾再実験の計画の場面

1月23日以後、宮下と忠雄、管野、古河の4人のあいだで大逆の計画が話し合われるのは、記録上、さらに2カ月以上後の同年4月のことである。判決の〈第一段階〉は、次のように認定している。

同年四月被告スガは湯河原より遙に書を長野県系に在る忠雄に寄せて爆裂弾の再試験を勧告す。是に於て忠雄は太吉と相会して地勢を視察したれとも、適當の地を發見せず、且前回試験の際に於ける爆撃頗る世人の嫌疑を招きたる形蹟あるを以て、時機を待ちて之を行ふことと為し遂に中止したり

つまり、管野の依頼によって宮下と忠雄は再試験をするため、実験場所を視察したが、適当な場所が見当たらず、前回の試験の時に世間から疑いをもたれた可能性があるので、時機を待って再試験することにした、という。この再実験の計画は管野からの勧告によって促されたもので、宮下主導ではない。ただ、この管野からの勧告は、管野についての判決の〈第二段階〉の認定で触れられていない。

一方、宮下については〈第二段階〉で以下の通りに認定されている。

同年四月中管野より忠雄に宛て爆裂弾の再試験を為し置くへき旨を申越したるに付

同月二十六日忠雄と共に娯捨停車場附近を視察したるも適當の場所なかりしを以て五月一日を期し屋代の北東に当る山中に於て試

発すへきことを約したり、然るに其頃は警察官の注意嚴重にして遂に目的を果す能はず、

この点は判決の〈第一段階〉の認定に沿うもので、明治43年4月に管野の依頼で、宮下と忠雄が4月26日に再試験の場所を探そうとしたが適当な所がなく、さらに5月1日にやろうとしたが、警察官の注意が嚴重であったため再試験ができなかったという。

この点、忠雄についての判決の〈第二段階〉の認定を見れば、以下のようになっている。

同年二月初旬帰郷し同月六日宮下を訪問し一月二十三日に於ける謀議の顛末を報告し且爆裂弾の再試験を為すへきことを依頼したり

然るに宮下は第一回の試験に因り既に其効力の確實なることを信するのみならず其際音響高くして世人に怪まれ居るに付再び試験を為さば事露頭の恐ありと云ひ加ふるに降雪中なりしを以て遂に再試験を見合せたり、

其際被告は宮下に対し幸徳は兎角躊躇の色あるを以て同人を除外し他の四人にて大逆を実行せん若又管野古河も躊躇するに於ては吾々二人にでも敢行せんと約し置き

ここでも「幸徳は兎角躊躇の色あるを以て同人を除外し」、本件実行は4人で行う予定だったことが明記されて、再試験については43年2月初旬に忠雄自身が依頼したとされている。ところが、宮下からは「第一回目の試験で効力は確實である、その時の爆発音が大きかったので再度試験をすると世間の人に怪まれる」と言われ、雪が降っていたこともあり、再試験を見合わせたというのである。これによるかぎり、爆裂弾を再試験することについて、管野や忠雄と違って、宮下は消極的であったことがうかがわれる。

この点について予審調書でどうなっているかを見れば、忠雄の明治43年(龍法 '22) 55-1, 298 (298)

6月5日の第2回予審調書には次のように記されている。

問 帰郷後はどうしたか。

答 それから宮下方に行き、一月二十三日平民社で管野、古河らと協議したことを宮下に話し、もう一度爆裂弾の試験をしようと申しましたが、雪が降りだしてついに試験することができず、宮下方に二泊して帰宅いたしました。

さらに忠雄は明治43年6月10日の第5回予審調書で以下の通り供述している。

問 その後、其方はいつ頃信州に帰ったか。

答 二月五日信州に帰りました。そして一月二十三日の会合のとき、爆裂弾の再試験をやる必要があるという意見でしたから、そのことを宮下に申しましたが、同人は第一回の試験で大丈夫だといひ、それに当日は雪が降ったので中止にしました。そのとき私は宮下に、幸徳はぐずぐずしていて駄目だから同人を除き、他の四人で決行しよう。管野、古河は決心が固いようだが、もし彼らも躊躇するようなら、われわれ二人で決行しようと申しましたところ、宮下も同意し、それでは日時、場所などを調べてくれと申しました。そして元首の通行は秋が多いからやはり秋にしようということになったのです。

問 其方が本年三月出京して、幸徳が湯ガ原にゆくまでの間に革命運動のことを相談したか。

答 私と管野との間ではいろいろ話しました。そして幸徳の態度がはっきりしないから、同人を除外するか、あるいはすすめて決心させるかについて話しておりました。

この運動について「幸徳の態度がはっきりしない」ことが述べられていて、場合によっては忠雄と宮下だけでもやろうという話がなされたという。一方、宮下は、明治43年6月28日の第15回予審調書で以下の供述を行って

いる。

問 この証拠物はどうか。(四十三年第一号一、二、七を示す。)

答 この一はみな新田融のつくったもので、二十四個の口です。二十四個の口は蓋も底も少し凹みがあって、最初の二個はそれがありません。三はブリキ鐘と鉄鐘とどちらが爆発力が強いかわかりませんが、忠雄と二人でもう一度試験してみようと相談し、今年四月二十六日姥捨(うばすて)の駐車場で二人落ち合って、忠雄の所へゆく途中、亀々山の模様などを見ましたが、昼間試験するには適当な場所がなく中止しましたが、秋までにはまだ余裕があるから、いずれそのうち場所を選定して試験することにして、鉄鐘はそのままにしておきました。この鉄鐘は私がつくったものに相違ありません。

判決の<第一段階>の認定にあった「四月の管野から再試験をすすめる手紙」については、予審調書には該当する部分が見当たらないのだが、忠雄の予審調書でも確認できるように、明治43年1月23日に忠雄と管野、古河が相談した際に再試験をしたほうが良いということになったことは確かで、しかし一方、宮下は忠雄らの言うこの再試験には消極的で、上記の予審調書では、忠雄とのあいだで鐘の素材による威力を確かめるために再試験するという事を忠雄と相談したと供述している。このように爆裂弾の再試験をどのように計画し、その再試験をどうしてやらなかったのか理由も、忠雄と宮下とのあいだで一致していない。こうした矛盾した供述をそのままにして、判決はその<第二段階>の認定を行い、そこに「四月の管野から再試験をすすめる手紙」を付け加えて<第一段階>の認定を行っている。

宮下の製作した爆裂弾が成功したというのは、ただ宮下がそのように報告したというだけであって、それがどこまで本件計画にふさわしいだけのものではなかったかは確認されていない。その点で宮下の爆裂弾の威力に不安

をもってしかるべきであったし、再試験をしようとの話が出てくるのはごく自然な成り行きであった。にもかかわらず、その再試験が真剣に試みられることなく時が過ぎ、本件の摘発に至った事実は、当の計画がまだまだ漠然としたものでしかなかったことを物語っていると言ってよい。

4) 忠雄、管野、古河の三人が、宮下を含む四人で大逆実行の役割分担を議論したという場面

爆裂弾の威力が十分に確認されていなかったということに加えて、問題になるのは大逆実行についてどこまで計画が具体化していたかである。そうして見たとき、唯一計画の具体化が話し合われたのは、宮下、忠雄、管野、古河の四人のあいだの役割分担なのだが、これがまたまったく漠然としたものでしかない。この点について判決の〈第一段階〉の認定は次のようになっている。

五月一日被告スガは帰京して千駄ヶ谷町増田謹三郎方に寓す十七日忠雄も亦帰京し其夜スガ、忠雄、力作の三人スガの寓所に相会して大逆罪実行の部署を議し一旦抽籤一してスガ力作の兩人先発者となり忠雄太吉の兩人は後発者と定まりしか忠雄は之を遺憾と為し翌日力作に対して之を變更せんことを求め遂に機を見て再び部署を議定すべきことを相約せり

つまり、「入獄前の管野が増田宅に宿泊し、そこへ忠雄と古河がやって来て、実行の際の役割分担をした。抽選で管野と古河が先発、忠雄と宮下は後発と決まった。翌日、忠雄は古河に抽選のやり直しを求め、古河は再度議論することに同意した」というのである。計画と言ってもまったく外形的なものでしかない。

この点について判決の〈第二段階〉の認定は、まず管野について5月17日のこととして、以下のように述べている。

同年五月一日湯河原より帰京し同月十七日千駄ヶ谷町増田謹一郎方に於て忠雄力作の兩名に会合し人物の経済上二人にて実行の

任に当り二人は残りて再拳を図ることを評決し抽籤を以て其実行者を定めたるに第一カ力作第二カ被告に当り忠雄と宮下は落籤したる

また、忠雄についても以下の通りに認定している。

同年五月十七日に出京したり、同日管野の仮寓せる千駄ヶ谷村増田謹三郎方に於て管野古河及被告の三名一て談合の末大逆罪の実行に付四人同時に斃るるは人物経済上不利益なるを以て抽籤に依り実行者に名を定め残るに名は他目を期して再拳し図ることを約〇〇〇〇〇に抽籤を行ひたるに第一は管野第二は古河に当り被告と宮下とは落載したり然れども被告は其落載を遺憾と為し

翌十八日管野を東京監獄に送りたる後古河を夜に入て訪問し前日の抽籤を取消したき旨を申出て古河の承諾を得たる

古河については以下の通りに認定している。

同年五月十七日夜管野の仮寓せる千駄ヶ谷村増田謹三郎方に於て管野及忠雄の兩名と会合し

四人同時に実行に干与するは人物経済上不利益なるを以て先づ二人にて実行し残る二人は他日再拳を企るに若かすと評決し、即座に抽籤を行ひたるに第一は管野第二は被告に首り忠雄と宮下とは落籤したるも

忠雄は翌十八日夜被告方に来りて前夜の抽籤を取消し度旨申出たるを以て被告は之を承諾したり、

こうして見れば、三人についての<第二段階>の認定に矛盾はない。ただ、そのうえでここでの話はせいぜい四人のうち、最初にやる二人を抽選で決めたという程度のものでしかなく、役割分担と言えるほど具体的なものではない。

では、そのもととなる予審調書はどのようになっているか。この点につ

いて最初に供述されるのは、忠雄に対する明治43年6月3日の第1回予審調書である。

問 管野スガに今回の計画を話したことはないか。

答 本年三月に上京したとき、管野に計画を話して同意を求めましたととろ、管野ははっきり反対もいたしませんでしたが、幸徳が新聞を出したいと言っているからそれを手伝いたいし、また小説も書いてみたいと言ひ、不得要領な返事をしておりました。その後五月十八日管野が入監することになりましたので、それを見送るために十七日出京して管野方にゆき、また計画のことを話しましたが、やはり管野はあいまいな返事をいたしました。

問 管野に話したのは其方の一存か。

答 そうではありません。宮下がこの計画には女が一人必要であるから、ぜひ管野を説いて同意をさせてくれ、そして同人を実行のとき合図役にしたいと言いました。それで私が管野に話したのです。

問 其方が管野に話してから、管野と宮下との間で直接に連絡ができたのではないか。

答 それはいっこうに存じません。

問 幸徳にはその計画を話さなかったか。

答 幸徳には話しませんでした。管野に話したときには幸徳はおりませんでした。

問 この書面に爆裂弾云々とあるのはどういうことか。

答 私は五月十七日出京して翌日管野の入監を見送り、それから西大久保の著述家田岡嶺雲のところにゆき、前に平民社で使っていた謄写版が預けてありましたので、それを受取って古河方に行って一泊し、翌十九日に管野の宿所であった千駄

ガ谷の増田方で一泊し、翌日前橋の方面に行って二泊して帰郷しました。ところが私は、そのとき宮下のところに行って、それから出京しましたので、警察では私が爆裂弾を持って姿をくらましたというので大騒ぎしました。そのことを幸徳が冷笑して手紙に書いたのであります。

ここでは何らかの幸徳の書いた「手紙」ないし「書面」を前に取調べをしていることがうかがわれるが、これがいかなる「手紙」ないし「書面」であるかは不明である。いずれにせよ、管野が入獄する直前の5月17日に忠雄が管野、古河と出会って話し合ったことがうかがわれる。

先の判決の認定通りの供述が出るのは、古河に対する明治43年6月5日の第2回予審調書である。

問 被告は五月十七日、管野が労役のために入監する前日に、千駄ガ谷の増田方にある管野を訪ねたとき、忠雄もきていて今回の計画実行についての役割を抽籤できめたというのは事実か。

答 さようです。相違ありません。

問 そのとき管野方へ行ったのは何時頃か。

答 夜八時過ぎでした。

問 管野から呼ばれて行ったのか。

答 管野が入監するについて、私はただ暇乞いのつもりでゆきました。

問 新村忠雄はどうして来合せていたのか。

答 どういう都合できたのか知りませんが、管野方へ新村がくるという電報がきていたので、ついでだから同人に会おうと思って、くるのを待っていました。新村は夜九時頃きたと思います。

問 新村がきてどういう話をしたか。

- 答 新村は爆裂弾の二回目の試験をするはずであったが、それができなかったと言いました。それから役割をきめておこうと言って、抽籤をしたのです。
- 問 役割をきめるというのは誰の発意か。
- 答 誰の発意ということもなく、三人で言いあってきめたのです。
- 問 抽籤の結果はどうであったか。
- 答 管野が一、私が二、新村が三、宮下が四にあたりました。
- 問 籤は何でつくったのか。
- 答 管野が紙に一、二、三、四と書き、その上に棒をひいて、字の方をかくしておいて、めいめい抽（ひ）いたと思います。
- 問 誰が最初に抽いたか。
- 答 新村が自分と宮下の分を抜き、次に私が抜き、管野が残りの籤をとりました。それで一は投弾者、二はその助手ときめ、三と四は今回はやらずに後日に残るということにしました。
- 問 なぜ四人のうち二人だけ実行者になったのか。
- 答 二人で十分だと思ったからです。しかし私はあとで二人では足りないと思い、もっと仲間があるほうがよいという手紙を新村に出しましたが、抽籤のときは二人ということに賛成したのです。
- 問 籤を抽いたのはどんな場所か。
- 答 増田蟠の、入って左手の管野の借りていた部屋です。
- 問 籤してから新村は、自分も実行に加わりたと言ったか。
- 答 その翌日、新村は抽籤は取消したいと言って私方へきましたから、私はきまった以上それはいけないと申しました。
- 問 その夜被告はひきつづき管野らと話したのか。
- 答 いえ、私は新村を残して先に帰りました。
- 問 それでは当選した二人は、天長節に元首の御馬車に投弾する

予定であったのか。

答 秋頃ということ、元首を目的とすることは事実ですが、天長節ときめたわけではありません。天長節は警戒が嚴重だからよくないと思っていました。

問 なぜ被告は、前回の陳述で、ことさら元首ということを行わなかったのか。

答 それはほかの被告が申立てぬうちは、私はいかに責められても言わないつもりでした。しかしほかの被告が元首を目的にしたと申したそうですから、いまさらかくす必要がありません。

問 管野は元首ばかりでなく、できればなお同志を集めて大仕掛な革命をやりたいと言っているが、被告の考もそうなのか。

答 私はそのような考はもっておりません。そんなことは到底できなと思います。

問 管野から、もっと大仕掛けにやるという話はきかなかったか。

答 さような話はききません。

問 しかし被告は抽籤をやった後に、新村に、もっと多くの同志がほしいという手紙を出しているではないか。それはつまり、もっと大きくやろうという希望だったのではないか。

答 そうではありません。管野は病身で労役にゆくのですから、万一のことがあれば私と新村だけになるから、それでは不足だと思って、ほかに同志がほしいと書いたのです。

問 しかし第四の宮下がいるではないか。

答 新村の話では、宮下は決心が少しにぶったようだと、抽籤の日かその翌日私のところにきたとき言いましたから、それでほかに同志がほしいという手紙をやったのです。

問 宮下の決心が少しにぶくなったというのは、何か事実があっ

たのか。

答 それは知りませんが、新村がそのように言ったのです。

四人が行うつもりだったという大逆の計画が、この時点でこの程度の曖昧なものでしかなかったことを、ここであらためて確認しておく必要がある。管野も明治43年10月17日第13回予審調書で以下のように供述している。

問 五月十七日の夜千駄ガ谷の増田方で古河、忠雄の両人と会合し、人物経済上二人で実行するというにされたのか。

答 さようです。それで実行者を抽籤できめました。

問 その抽籤の結果其方が第一、古河が第二にあたり、其方と古河とで実行することになったのか。

答 さようです。

このように5月17日に東京で、宮下不在のまま忠雄、管野、古河のあいだで実行者を抽籤し、翌18日には忠雄がその結果に不満をもらしたという。宮下が長野で逮捕されたのは、その日から1週間後の5月25日である。大逆計画なるものがその時点でどれほど漠然としたものであったのかは、上記の忠雄、古河、管野の予審調書からも明らかである。それはおよそ現実的な計画からは程遠く、判決がその<第一段階>で「大逆罪実行の部署を議し」などというのは明らかに過剰な認定と言うべきであろう。本件の本命と言うべき東京グループの中軸四人の計画が、本件摘発の直前においてこの程度のものでしかなかったことは、ここであらためて確認しておかなければならない。

（4）結論

大山鳴動して、その中心となるべき東京グループの根を探ってみれば、そこに現れたのはまさに鼠一匹の感を免れない。以下、ここまでの分析を簡単に振り返っておきたい。

まず、皇室危害を目論む「大逆」の着想がどのようにはじまり、東京グ

ループに広がっていったのかを見れば、最初の皇室危害の発想は宮下が明治41年11月に独自に発想したことであり、その後の爆裂弾製作もまた幸徳等の指示によるものではなく、宮下が単独で発想したものでしかなかった。その準備にも計画にも実験にも幸徳の直接的なかわりではなく、宮下が明治42年2月に平民社を訪れてから、その宮下の動きに忠雄、管野が連動し、その後そこに古河が加わるようになったことは確かであるが、幸徳はせいぜいこの四人の動きを間接的に知りうる立場にいた程度のことだったと見るべきである。

次いで、宮下が爆裂弾の製法を調査し、その材料等を準備し、実際にこれを製作して実験した経緯についても、宮下はその初期供述の段階から、製法について自らが情報収集し、それに基づいて材料や道具と調達して、誰の指示も受けずに爆裂弾を製作し実験するところまで単独で進めてきたと供述していた。つまり、これは言わば「宮下事件」として独立のものとして見ることができる。

ところが、宮下が明治42年5月に爆裂弾の製法が分かったと知らせてきて、さらに6月には信州明科に転居する際に平民社を再度訪れてからは、判決上、宮下の動きに幸徳もまた賛同してそこに加わっていくかのような認定がなされていく。とりわけ、明治42年9月上旬には、幸徳が「先太吉の計画を遂行せしめんと欲する決意を為すに至れり」という認定が、判決の〈第一段階〉でなされている。ところが、この認定を根拠づける供述は、予審調書上どこにも見出されない。つまり、本件計画に幸徳が関係していないはずがないという想定があって、そこから「宮下事件」のなかにこの認定が逆行的に差し込まれた危険性が高いと言わざるを得ない。

そればかりではない、判決の〈第一段階〉の認定では、幸徳が直接に宮下の爆裂弾製作に関与したかのような話が組み込まれている。つまり、宮下の依頼の下、爆裂弾の製法について「実験ある人士の説」を聞くべく、幸徳が旧知の奥宮から情報を聞き出し、忠雄を介してその情報を宮下に伝

えたというのである。ところが、幸徳、奥宮、宮下、忠雄の予審調書の供述を照らし合わせてみれば、そもそも奥宮の知っていたという爆裂弾製法の内容が実際に宮下の行った製法と異なっている。それだけでなく、奥宮からの情報を幸徳が忠雄を通して宮下に伝えたとされる「10月下旬」の時点には、宮下はすでに爆裂弾の材料はすべて入手済みであり、薬剤の摩砕作業も行っていた。さらに、幸徳と奥宮の予審調書を見れば、幸徳が奥宮から製法を聞いたというのは単なる座談のなかでのことであり、奥宮は一貫して大逆の計画は知らなかったと供述しているばかりか、そうした運動のあり方自体を奥宮は否定していた。また幸徳にしても、もし本気で爆裂弾を製造させようとしたのであれば、確実な情報を取得し、具体的な指示を行って、爆裂弾の製造を成功させようとするはずで、このような杜撰な調査ですませることはおよそ考えられない。

そもそも判決がその〈第一段階〉の認定で認めているように、大逆の発想そのものが宮下にはじまるものであり、そのための爆裂弾製作の情報収集も材料調達も製作準備もすべて宮下が単独で進めていたことであって、そこに奥宮を通して爆裂弾製法の情報を得て宮下に伝えたかのような話が持ち込まれたのは、幸徳が本件計画に積極的に関与したかのように見せかけるための逆行的な構成だったと見る以外にない。

さらに、宮下が明治42年11月3日に製作した爆裂弾の実験を行ったというのも、幸徳等の指示の下に行われたものではなく、たまたま宮下の思いつきでその日に行ったというにすぎず、しかも、この実験が成功したことを幸徳らに知らせたにもかかわらず、その年の大晦日から翌元旦にかけて宮下が平民社を訪れるまでの2カ月間、宮下と忠雄、菅野、幸徳のあいだには何らの話し合いも何らの動きも認められない。そして、明治43年1月1日には、宮下が持参した空罐を畳の上で投げしてみたというだけで、そこに大逆事件へと向かうような何らの緊迫感もない。

さらにそこから5月25日の宮下逮捕に至るまでの動きについても、幸徳

を除外して管野、忠雄、古河、宮下がこの5カ月間に2～3回集まったというだけで、そこで行われたのは爆裂弾の再試験をすべきではないかとの話が出たものの、結局はこれが何らなされず、実行者は四人中二人でよいからということで、誰からやるかを抽選で決めるとか、おまけに決めた結果を翌日には覆すとか、大逆計画の決行に向かう動きとして、どこをどう見てもおよそ緊張感を欠いたものでしかない。しかも、その四人全員が集まることは一度もなかったというし、この間、幸徳は完全に輪の外に置かれていた。そして、表面上は四人のあいだで犯行計画が話し合われたかのように認定されていても、その内実を見れば、その計画はたがいに共有していたとは思われず、さらにはそこに文字通りの意味での「計画」があったとも言い難いのである。

はてさて、幸徳を中心に据えたこの東京グループにおいてすらその大逆計画はまことに曖昧で具体性を欠いたものであった。その上で東京グループを含めて、計26名が大逆罪の疑いで訴追され、予審判事の調べを経て、大審院の裁きを受け、うち24名が明治43年1月18日に大逆罪で死刑の判決を下され、そのうち12名が恩赦、幸徳ら12名は明治43年1月24日、25日にその刑を執行された。これは歴史上の厳然たる事実である。この事実をどのように見ればよいのか。少なくとも12名の刑死を招いた本件の「事実の認定」に深刻な過ちがいくつも潜んでいたことは明らかである。そのことを確認したうえで、これがいったい何を意味しているのか、あらためて考えなければなるまい。

※「幸徳秋水大逆事件（1911年）の研究～大逆事件における供述分析：本件判決を根拠づける被告人らの供述とその形成過程」の掲載は本号で終了する。

[追記]

本稿は、「龍谷大学大逆事件研究会」（代表・石塚伸一）の研究成果の一部である。

商事法研究者の情報発信力の変化 —会社法施行前からの約20年の変遷を踏まえて—

神 吉 正 三

はじめに

平成18（2006）年5月1日に会社法が施行されてから、早くも15年以上の歳月が流れた。筆者は、平成25（2013）年に「会社法の施行と商事法研究者の情報発信力の変化—「旬刊商事法務」誌の分析をとおして」龍谷法学46巻1号335頁～353頁（以下、「前稿」として引用する）を公表した。前稿は、会社法施行前の1999年～2001年（以下、「前期」という。各年とも1月から12月までの暦年ベース）と、その約10年後で会社法の施行から数年の時間が経過した2009年～2011年（以下、「中期」という）の各3年を1つの期として、それぞれの期に刊行された旬刊商事法務（以下、「商事法務」という）に掲載された論文等（以下、本稿で集計の対象とした商事法務掲載の文献を原則として「論文等」と表記する）を対象として、各号ごとに、執筆者の属性に基づいてその数を集計してその結果を示し、それに対する筆者の考えを述べたものである。

前稿を執筆する動機となったのは、会社法の施行の前後で、商事法務に掲載される商事法研究者の論文等の数が減少したと感じたことと、それを客観的な数字で具体的に検証したいと考えたことによる。商事法務に掲載される商事法研究者の論文等が減少していることをもって、商事法研究者の情報発信力の変化と捉えて分析に当たった。また、前稿で調査の対象と

した前期と中期は、その間にちょうど会社法の施行を挟むため、会社法施行前と施行後の状況を対比するには、適した期間設定であったと考えている。

前稿による調査結果を簡潔に説明すると、商事法務に掲載された論文等を見る限り、相対的に商事法研究者の情報発信力が低下しているということが確認できた。前稿の調査対象期間である前期と中期について、商事法研究者の論文等の数は、前期が102件⁽¹⁾、中期が101件とほぼ変化がなかった。そして、その論文等の全体に占める構成比も、前期の18.6%から中期の17.6%へと1ポイント低下しているものの、ほぼ横ばいと見ることができる。ところが、弁護士による論文等の数は、前期の75件から中期の175件に急増し、弁護士による論文等の数の全体に占める構成比が前期の13.7%から中期の30.4%へと大幅に上昇している。前稿を執筆する際の商事法務における商事法研究者の情報発信力が低下しているのではないかという筆者の直感は、正しかったことになる。

前稿を公表した後、会社法は平成26（2014）年、さらに令和元（2019）年と、2回の改正が行われた。令和元（2019）年改正の影響が落ち着くことを考えれば、今回の調査は、数年先に調査期間を設定すべきであったかもしれない。しかし、前稿で調査した10年刻みでの調査期間の設定を今回も踏襲し、本稿では、暦年ベースで2019年～2021年（以下、「後期」という）を調査期間として、前稿と同じ方法で調査を実施することとした。

本稿は、前稿と合わせて、1999（平成11）年から2021（令和3）年を対象として、その中から各3年を一つの区切りとして3つの期間を設定して調査を実施することにより、商事法務に掲載された執筆者の属性に基づく

(1) 1. で説明するように、この件数は、商事法務に掲載された論文等について、各号ごとに執筆者の分類を行った結果を集計したものである。複数の号にわたって分割して掲載された論文等については重複して集計しているところから、論文等の実件数は、これより少なくなる。

論文等の執筆者の数に関する調査結果を示すことと、この調査結果を踏まえて、前稿と同様、商事法研究者の今後の研究に対する姿勢に関する私見を示すことを目的としている。ここで調査結果を先取りして付言しておく、後期においては、前期と中期との間で見られた変化とは全く異なる大きな変化が観察できた。

1. 調査の実施方法

(1) 調査の対象期間

本稿では、上述のとおり、新たな調査対象期間を2019（平成31・令和元）年から2021（令和3）年（暦年ベース）としている。前稿から10年を経過した期間を対象として、その変化を確認することがこのように期間を設定した理由である。また、単年を対象期間とせず3年を一括りとしたのは、単年を対象とした場合に生じる可能性のある特殊要因に基づく増減を排除するためであることも、前稿における期間の設定に関する考え方と同じである。

また、前稿と同様、今回も、単年ごとの調査結果をも示しているところから、単年での傾向を確認することもできる。

(2) 調査対象の論文等と調査の実施方法

調査の対象とした論文等は、前稿と同じであるものの、あらためて説明しておく。

調査対象期間中に刊行された商事法務の各号の目次頁において、執筆者（参加者）名が明記された論文・座談会（パネルディスカッション・対談を含む）および資料・通達を調査対象としている⁽²⁾。前稿と同様、複数

(2) なお、一部の論文等について、目次に執筆者名の記載のないものを含めている。ただし、このような論文等も、掲載頁の冒頭には、執筆者名が記載

の号にわたって分割して掲載されている論文・座談会等についても、掲載された号ごとにカウントしている。各号ごとにカウントしたのは、読み手からみた場合の執筆者に関する印象が各号ごとに形成されると考えたことによる。したがって、カウントした論文等の実数は、本稿で示した数よりも少なくなる。なお、論文等の実数調査は行っていない。

以下に説明する3つについて調査対象外としたことも、前稿と同様である。第一に、1月5日・15日合併号の巻頭に掲載される法務省民事局長名による「新春随想」である。これは、あくまでも「随想」であって論文ではないと判断したことによる。第二に、京都大学商法研究会の「商事法判例研究」、第三に、神戸大学商事法研究会による「米国会社・証券取引判例研究」である。これらは、固定的に掲載枠が割り当てられているところから、商事法務に掲載される論文等の執筆者の変化の動向を探るという本稿における調査の目的からは、対象外とすべきと考えたことによる。編集者のその時々編集方針とかかわりなく継続的に掲載されているところから、このように判断した。なお、これらは、1年に各12件、合計24件が掲載されている。そして、執筆者はすべて商事法研究者であって、弁護士等の実務家は含まれていない。

次に、前稿と同様、「新商事判例便覧」「トピック」「ニュース」「スクランプル」等は調査の対象外としている。

調査は、前稿と同様、調査対象期間中に刊行された商事法務各号の目次頁のコピーを用意し、各号ごとに調査対象となる論文等に通し番号を付したうえで、個々の論文等ごとに執筆者の属性を1つに決定し、その結果を集計するという方法によって行った。

(3) 執筆者の属性を決定する基準

ㄨ されている。

本稿では、前稿の調査結果との連続性を維持するため、基本的には前稿における執筆者の区分とその区分の基準を踏襲している。

具体的には、執筆者の属性を大学教員、弁護士、公認会計士、公的機関・準公的機関、裁判所（裁判官）、金融庁・法務省・経済産業省・公正取引委員会などの行政機関の職員、企業の法務担当者に区分している。そして、行政機関の細分化を行うとともに、商事法務編集部、資料、座談会の区分を加えている。これにより、前稿では計18の区分に執筆者の分類を行ったものの、今回は、新たに「司法書士」の区分を追加し、計19の区分に執筆者を分類した。「司法書士」を追加したのは、2020（令和2）年に初めて、司法書士による単著論文が掲載されたことによる。大学教員と司法書士による連名の論文等（2200号第一論文）も1件掲載されているものの、これは、「共同研究」に分類している。なお、「座談会」には、パネルディスカッションと参加者が2名の対談を含めている。

次に、執筆者が複数の肩書を示している論文については、あくまでも最初に示された肩書に基づいて、属性を1つに決定している。これも、前稿と同様である。なお、執筆者の肩書の冒頭に「前」「元」との表記がある場合も、従前に所属した組織・団体あるいは肩書によるものとして区分している。これに関連して、調査した実感としては、企業内弁護士による論文が散見されるようになったことを挙げることができる。ただし、所属する企業名が先に表示されている限り、「企業の法務担当者」に分類している。したがって、企業内弁護士を「弁護士」に分類するか、新たに「企業内弁護士」の区分を設けて分類すれば、弁護士による論文等の件数はさらに多くなる。

「大学教員」については、特任教授、客員教授、名誉教授といった肩書が使われている場合であっても「大学教員」としたことも前稿と同様である。「大学教員」を「研究者」としなかったことも、前稿と同じ理由による。大学教員には、多様なバックボーンを有する者が所属するところから、「研

究者」の分類を立てる場合、どのような経歴を有する者を研究者とするのかについて、その基準を明確にする必要があるところ、それが困難であることによる⁽³⁾。

なお、今回の調査対象期間では、中期に続いて「通達」が1件もみられなかった。これは、行政手続の透明化が求められる中、通達に基づく行政運営が見られなくなったことを反映したものであると考えられる。ただし、調査の連続性を維持するため、本稿では、「通達」の区分を維持している。

(4) その他の補足説明

大学教員、弁護士、行政機関の職員の論文には、共著のものが存在する。同一の属性に分類される者による共著については、共著としての独立した分類は行っていない。なお、大学教員と弁護士には、それぞれ外国の大学教員、外国の弁護士を含んでいる。ただし、大学教員の共著については、せいぜいその構成員が2名程度であるものの、行政機関職員による論文等は、特定の新たな政策や立法に関する解説論文が多いことと、当該の政策・立法を立案・推進した特定部局の職員の連名によることが多いからか、場合によっては、共著者が5名を超える場合が見られる。弁護士の共著論文についても、共著者の数の多いものが見られる。

「研究会」は、大学名を冠した研究会をこれに分類している。前期と中期にはこれが見られたものの、今回の調査では全く見られなかった。

「共同研究」に分類したものは、執筆者が異なる属性にまたがる複数の者によるものである。実際に研究会が開催されたか否かにかかわらず、このように分類している。本稿の調査対象期間では、大学教員と司法書士、大学教員と企業の法務担当者、弁護士と企業の法務担当者の組み合わせによるものがある。

(3) 筆者も、23年弱の銀行勤務の後、勤務の傍ら通学した社会人大学院での学位修得を契機として大学教員に転じた経歴を有する。

「公的機関・準公的機関」に分類したものには、①企業会計基準委員会、②経営法友会、③全国株懇連合会、④東京証券取引所、⑤日本経済団体連合会、⑥日本証券業協会、⑦日本取引所グループ、⑧東京証券代行、⑨商事法務研究会、⑩グラス・ルイス、⑪ISSがある。⑩⑪の議決権行使助言会社をこれに含めることには、強い異論があろう。その存在が経済社会に与える影響の大きさを無視できないところから、「公的機関・準公的機関」に分類した。なお、前稿では、「公的機関・準公的機関」に分類した企業・団体等が21あったものの、後期では、その数が約半数に激減している。前稿で「公的機関・準公的機関」に分類したものの、今回の調査で論文等が見られなかった団体として、大阪証券取引所、証券保管振替機構、日本証券クリアリング機構、日本監査役協会、東京株式懇話会、大阪株式懇話会、都銀懇話会、IASC理事会、企業財務制度研究会、財務会計基準機構、規制改革委員会、日本インベスター・リレーションズ協議会、日本コーポレート・ガバナンスフォーラム、TOKYO AIM取引所がある。

次に、「企業の法務担当者」に分類したもののの中に、とくにこの後期で、多様な著者を含むことが観察できた。前期と中期では、「〇〇株式会社法務部長」といった肩書による論文等が典型的なものであった。後期では、このような肩書による論文等が見られることのほか、前期・中期には全く見られなかった2つの大きな特徴が見られた。

まず、「機関投資家に聞く」と題するインタビューが掲載されている。2227号～2236号と2243号～2268号までの30回と、番外編2278号・2279号・2281号の3回、合計33回が掲載されている。インタビュアーは全て弁護士である。次に、企業に対してさまざまな助言・指導を行うことを目的とする企業・団体による論文が多数見られたことである。このような2つの属性については、本来は、別の分類項目を設けて整理すべきかもしれない。しかし、調査の連続性を維持する観点から、「企業の法務担当者」に分類した。

なお、毎年12月25日掲載される「〇〇年商事法務ハイライト」は、商事法務編集部に区分していることも前稿と同様である。

最後に、2213号および2214号には別冊が付されている。別冊に掲載された論文等については、同一の号の雑誌が別に製本されているに過ぎないものと判断し、上記（3）の執筆者の属性を決定する基準に従って執筆者の区分を行った。

2. 調査の結果

調査の結果は、【表1】のとおりである。観察される事実について、前期・中期と対比しつつ、変化が大きいものから、順に何点か指摘する。

第一に、前期・中期と同じ3年間に掲載された論文等を調査対象としているにもかかわらず、掲載された論文等の数が、急増している点である。後期は計711件で、前期と対比すると164件、中期と対比すると136件増加している。これは、かなりの数の増加であると言える。特集号の発行の有無によって若干の変動があるものの、後期では毎年31号が発行されている。前期・中期と対比すると、毎号平均して1.5件程度、掲載論文等の数が増えていることになる。商事法務は、定期購入者による購読が大半であると思われることを考えると、出版コストとの関係においては、価格を引き上げない限り、掲載論文の数が増加することは発行コストの増加につながる⁽⁴⁾。発行コストの増加を厭わず、掲載される論文等の数が多くなっているということは、商事法に関して、適時・適切に情報発信を行う必要性の観点から、取り上げるべきテーマが多いと編集者が認識した結果を反映したものであると考えられる。

(4) なお、あらためて確認したところ、商事法務の定期購読料は、少なくとも前稿で調査対象の開始時期とした1999年以降、現在に至るまで、本体価格の引上げは行われていない。

第二に、「企業の法務担当者」に分類した論文等の数が140件と、急増している点である。中期との対比では約100件増加し、全体に占める構成比も、中期の7.5%から20.0%と、12.5ポイント増加している。その結果、「企業の法務担当者」に分類した論文等の件数は、「大学教員」に分類したものの件数と構成比を上回るとともに、「弁護士」に次ぐ件数と構成比を占めるに至っている。また、「弁護士」による論文等の件数と構成比の上昇幅を上回っている点も注目される。

この要因は、1. (4)で説明したように、「機関投資家に聞く」のシリーズが番外編の3回を含めて計33回掲載されていること、企業に対してさまざまな助言・指導を行うことを目的とする企業・団体による論文等が多数掲載されていることによる。企業への助言・指導を行う企業・団体として、筆者が認識しているものは、【表2】のとおりであり、計44件⁽⁵⁾が掲載されている。これらを足し合わせると77件となる。「企業の法務担当者」に分類した論文等で、中期と対比して増加した約100件のうち、その増加分の4分の3ほどを占めていることが分かる。このような企業・団体の状況については、3. (1) (b) で説明する。

第三に、「弁護士」による論文等の件数が引き続き増加していることである。後期には240件が掲載されており、中期の175件から65件増加し、構成比では30.4%から33.8%へと3.4ポイント増加している。中期に引き続き、「弁護士」による論文等が増加しているといえる。この内訳をさらに見ると、後期においては、弁護士による「実務問答金商法」と「実務問答会社法」（「実務問答会社法特別編」計4回（2253・2254・2255・2257号）を含む）の連載による増加が主因であると分析できる。「実務問答金商法」は、後期に計28件が掲載されており、後期では2268号が最後の掲載であるもの

(5) うち2件は、他の「企業の法務担当者」を筆頭とする共著論文であるため、企業への助言・指導を行う企業・団体名で執筆された論文等は、42件と捉えることもできるものの、ここでは、このように捉えている。

【表1】 商事法務掲載論文の執筆者の所属先別論文数

| | 1999年 | 2000年 | 2001年 | 合計 | 構成比% |
|-------------|-------|-------|-------|-----|-------|
| | | | | | |
| 大学教員 | 28 | 39 | 35 | 102 | 18.6 |
| 弁護士 | 30 | 31 | 14 | 75 | 13.7 |
| 共同研究 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0.2 |
| 研究会 | 2 | 0 | 5 | 7 | 1.3 |
| 公認会計士 | 3 | 4 | 1 | 8 | 1.5 |
| 司法書士 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 |
| 公的機関・準公的機関 | 23 | 16 | 20 | 59 | 10.8 |
| 企業の法務担当者 | 19 | 37 | 15 | 71 | 13.0 |
| 裁判所（裁判官） | 0 | 2 | 2 | 4 | 0.7 |
| 法務省 | 36 | 13 | 14 | 63 | 11.5 |
| 金融庁（大蔵省を含む） | 15 | 8 | 5 | 28 | 5.1 |
| 財務省 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0.2 |
| 公正取引委員会 | 3 | 4 | 6 | 13 | 2.4 |
| 経済産業省 | 4 | 3 | 1 | 8 | 1.5 |
| その他行政機関 | 0 | 1 | 1 | 2 | 0.4 |
| 商事法務編集部 | 7 | 5 | 10 | 22 | 4.0 |
| 資料（法案等） | 20 | 28 | 24 | 72 | 13.2 |
| 通達 | 1 | 0 | 1 | 2 | 0.4 |
| 座談会 | 4 | 2 | 3 | 9 | 1.6 |
| 合計 | 195 | 193 | 159 | 547 | 100.0 |

(注) ①連載される論文等も各号ごとにカウントしている。また、集計の対象外としたものがある（本文1.(2)参照）。

②2001年の「大学教員」には、大学院生による共著論文1件を含む。

の、掲載完了との記載がないところから、今後も掲載が継続されると思われる。「実務問答会社法」は2019年以前から連載が開始されていたもので、「実務問答会社法特別編」を含めて、後期の期間中に計41件が掲載されている。両方で計69件であるところから、中期と後期を対比した「弁護士」による論文等の件数の増加は、主に「実務問答金商法」と「実務問答会社

| 2009年 | 2010年 | 2011年 | 合計 | | 2019年 | 2020年 | 2021年 | 合計 | |
|-------|-------|-------|------|-------|-------|-------|-------|-----|-------|
| | | | 構成比% | 構成比% | | | | | |
| 35 | 28 | 38 | 101 | 17.6 | 52 | 36 | 29 | 117 | 16.5 |
| 62 | 68 | 45 | 175 | 30.4 | 69 | 83 | 88 | 240 | 33.8 |
| 0 | 6 | 0 | 6 | 1.0 | 4 | 2 | 5 | 11 | 1.5 |
| 6 | 2 | 2 | 10 | 1.7 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 |
| 1 | 2 | 1 | 4 | 0.7 | 2 | 1 | 1 | 4 | 0.6 |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 | 0 | 3 | 1 | 4 | 0.6 |
| 11 | 17 | 13 | 41 | 7.1 | 10 | 14 | 15 | 39 | 5.5 |
| 10 | 15 | 18 | 43 | 7.5 | 35 | 46 | 59 | 140 | 19.7 |
| 2 | 0 | 4 | 6 | 1.0 | 2 | 0 | 3 | 5 | 0.7 |
| 11 | 6 | 9 | 26 | 4.5 | 5 | 19 | 12 | 36 | 5.1 |
| 20 | 23 | 26 | 69 | 12.0 | 9 | 8 | 6 | 23 | 3.2 |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 |
| 3 | 1 | 2 | 6 | 1.0 | 3 | 3 | 2 | 8 | 1.1 |
| 1 | 3 | 2 | 6 | 1.0 | 8 | 8 | 7 | 23 | 3.2 |
| 0 | 3 | 1 | 4 | 0.7 | 3 | 3 | 0 | 6 | 0.8 |
| 11 | 2 | 2 | 15 | 2.6 | 4 | 9 | 5 | 18 | 2.5 |
| 18 | 7 | 12 | 37 | 6.4 | 3 | 5 | 0 | 8 | 1.1 |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0.0 |
| 10 | 9 | 7 | 26 | 4.5 | 6 | 9 | 14 | 29 | 4.1 |
| 201 | 192 | 182 | 575 | 100.0 | 215 | 249 | 247 | 711 | 100.0 |

③「座談会」には、シンポジウム・パネルディスカッション・対談を含む。

④網かけは、変化が大きく注目すべき箇所を示す。

法」の掲載によるものと考えられる。

なお、民間企業に所属する企業内弁護士による論文等について、本稿では「企業の法務担当者」に区分したことは、上述のとおりである。企業内弁護士による論文等を「弁護士」に区分すれば、「弁護士」による論文等の数は、さらに増加することとなる。企業の法務担当者との共著を含む企

【表2】企業に対する助言・指導を目的とする団体・企業（「企業の法務担当者」に分類）

| | 企業・団体名 | 業務内容 | 掲載号 | 合計件数 |
|-----|--------------------------------|---|--|------|
| 1 | ガバナンス・スチュワードシップ・アドバイザーズ | (インターネット上に会社・団体に関する情報なし) ¹⁾ | 2244 | 1 |
| 2 | ガバナンス・フォー・オーナーズ・ジャパン株式会社 | 「日本に適した」スチュワードシップサービスの提供 | 2269 | 1 |
| 3 | 企業統治推進機構→株式会社ポアドバドバイザーズ | 社外取締役招聘・社長後継者計画・経営人材評価等のコンサルティング | 2214・2215・2217・2249・2250・2270 | 6 |
| 4 | 株式会社KPMG FAS | 経営戦略の立案、M&A/PMI、事業再生支援 | 2272 | 1 |
| 5 | コーポレート・ブラクティス・パートナーズ株式会社 | コーポレート・ガバナンス体制およびの運用に係るアドバイザリー | 2188～2197 (計10件) | 10 |
| 6 | ジェイ・ユウラス・アイアール株式会社 | グローバルなIRとコーポレートガバナンスのコンサルティング | 2205*・2214・2262・2267・2268 (2件)・2270・2273 | 8 |
| 7 | 特定非営利活動法人日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク | コーポレート・ガバナンスの実践支援・独立社外取締役導入支援 | 2195・2233・2270 | 3 |
| 8 | 一般社団法人日本コンプライアンス&ガバナンス研究所 | コンプライアンス&ガバナンスに関する国内外の情報収集・調査・研究・コンサルティング・普及・啓発 | 2223 | 1 |
| 9 | 日本シェアホルダーサービス株式会社 | SR・IRコンサルティング業務 | 2213・2245・2278 | 3 |
| 10 | ペイ・ガバナンス日本株式会社 | 経営者報酬コンサルティング | 2214・2273 | 2 |
| 11 | HRガバナンス・リダーズ株式会社 | サステナビリティガバナンスコンサルティング、戦略・リスク・監査ガバナンスコンサルティング | 2235*・2237・2247・2249・2271・2275・2282 | 7 |
| 12 | 株式会社ラザード フレール | ファイナンシャルアドバイザー業務 | 2255 | 1 |
| 合 計 | | | | 44 |

(注1) 業務内容を確認できないものの、企業・団体の名称から、ここに掲載した。

(注) *印の2件の論文は、他の企業の法務担当者を筆頭とする共同執筆論文である。

業内弁護士による論文等の掲載号を示すと、2019年が6件（2190号・2195号・2198号（共著）・2205号（共著）・2211号・2214号）、2020年が5件（2222号・2223号・2224号・2244号・2248号）、2021年が7件（2255号第2論文（共著）・2255号第3論文・2262号第3論文・2262号第6論文・2275号（共著）・2276号・2277号（共著））の計18件である。なお、他に、社外取締役・弁護士としての論文等が1件（2220号第2論文）あるものの、これは、弁護士としてではなく、社外取締役としての肩書によるものと判断した。このように、後期においては、企業内弁護士の活躍ぶりが窺える。なお、企業内弁護士を含む共著論文については、同一の所属先の執筆者との共著によるものであるとともに、企業内弁護士が筆頭の執筆者である論文等はない。したがって、本稿における執筆者の所属先区分の基準に従えば、「企業内弁護士」の区分を新設したとしても、その件数は13件となる。

また、前稿では、「弁護士」について、2009（平成21）年を対象として実名調査を行った。その結果、特定の弁護士の論文等が繰り返し掲載される傾向が顕著に見られたことを指摘した⁽⁶⁾。今回も2019（平成31・令和元）年について同様の調査を行った。2019年には、「弁護士」に分類した論文等は、計69件が掲載されている。共著論文の執筆者も別々にカウントしたところ、執筆者は計57名であった。前稿と違って、特定の弁護士に執筆者が集中する傾向は見られなくなった。最も掲載件数の多い弁護士でも6件であり、5件掲載されている弁護士が2名であった。ところが、上記の企業内弁護士による論文等について執筆者を確認すると、特定の企業内弁護士による論文等が共著を含めて8件あり、企業内弁護士による論文等18件のうち、約半数が同一の執筆者を含むものである。

第四に、比率においては低いものの、経済産業省の職員による論文等が中期の6件から23件へと17件増加し、その比率も1.0%から3.2%に上昇し

(6) 前稿・343頁。

ている点である。近年の会社法の改正においては、経済産業省が会社法の特別法の立法を提案し、そこで会社法の例外的な試行を試み、それが奏功した場合、その特別法の規定を会社法に取り込むという立法の過程がとられることが多くみられる⁽⁷⁾。その例として、平成10（1998）年制定の新事業創出促進法と、平成11（1999）年制定の産業活力再生特別措置法がある。平成14（2002）年の新事業創出促進法の改正による株式会社と有限会社の最低資本金の撤廃と、平成15（2003）年の産業活力再生特別措置法の改正による合併対価の柔軟化の導入について、平成17（2005）年の会社法制定に際して、会社法に取り入れられたことがそのわかりやすい例である。また、令和3（2021）年には、産業競争力強化法の改正によって、いわゆるバーチャルオンリー株主総会の開催を可能とする制度が創設されている（同法66条参照）⁽⁸⁾。経済産業省が主導するこのような特別法が、会社法改正に向けた諸制度の孵卵器（インキュベーター）としての機能を果たすとともに、会社法でそれらの制度を導入する前の事前の実験場になっているといえる。このように、経済産業省が企業のニーズを吸収・把握してそれを特別立法の形で実現し、後追いで法務省が会社法改正で取り込むという流れが定着する傾向にある。このような立法のあり方に対する賛否はあるものの、今後とも、経済産業省が主導する企業関連法制に関する立法の動向には、目を離すことができなくなっているといえよう。

また、後期において、ソフト・ローと位置付けられる①「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針」（2019年6月28日公表）、②「公正

(7) このような立法ルートの変化については、神田秀樹「会社法制の潮流」法曹時報73巻3号（2021年）447頁～448頁、本稿3.（1）（e）を参照。

(8) 安藤元太「産業組織関連法制の課題と検討の方向性」商事法務2283号（2022年）69頁～70頁参照。

デジタル社会の推進と実現を進める政府の方針、コロナウィルス感染症への対応の必要性といった要因を背景とするものの、会社法学の中で積み重ねられてきた株主総会のあり方を抜本的に変革する試みが、法務省ではなく経済産業省主導の下で進められたことの意味はあまりにも大きい。

なM&Aの在り方に関する指針 — 企業価値の向上と株主利益の確保に向けて」(2019年6月28日公表)、③「社外取締役の在り方に関する実務指針」(2020年7月31日公表)、④「事業再編実務指針 — 事業ポートフォリオと組織の変革に向けて」(2020年7月31日公表)の4つの指針が経済産業省によって取りまとめられ、公表されている。これら4つの指針に関する経済産業省担当者による解説論文が掲載されたことも、経済産業省職員による論文等の数を増加させる要因である。①に関する解説論文が2204号～2206号に計3件、②について2205号・2206号に計2件、③について2239号、④について2238号に各1件、合計7件の解説論文が掲載されている。

第五に、「大学教員」による論文等の件数は、前期・中期の約100件から減少しておらず、むしろ後期には117件に増加しているものの、各期における論文等の総件数が増加した結果、構成比で見た場合、前期の18.6%、中期の17.6%から後期の16.4%へと、漸減している点である。さらに細かく見ると、後期には、神戸大学準教授板持研吾氏による「デラウェア会社判例理解のための手続法的基礎」の連載が2209号から2223号まで、計14回にわたって掲載されていることをどのように評価するかということがある。これは、比較法研究に関する商事法研究者としての本領を発揮する大きな成果であるといえる。ただし、この連載を除けば、「大学教員」による論文等の件数は、ほぼ横ばいと見ることもできる。むしろ、「大学教員」の全体におけるその位置付けは、論文等の総件数が大きく増加している点を合わせると、むしろ低下しているともいえよう。さらに、後期を各年別に見ると、2021年は29件と、後期の3年間で減少傾向をたどり、前期・中期を通じて、最少レベルとなっている点も指摘できる。

第六に、「資料（法案等）」に分類したものが前期の72件、中期の37件から後期の8件に大きく減少している点である。これを受けて、構成比も前期の13.2%から後期の1.1%に大きく低下している。これは、法令の改正時期との関係から、結果的にこのようになったものと考えられる。商事法務

は、商事法に関する法令の改正に際して、改正法案の紹介が迅速に行われることが大きな特徴である。

3. 考察

(1) 変化の要因分析

以上の調査結果を踏まえて、以下ではこのような変化が生じた要因を分析する。

前稿では、「弁護士」による論文等が増加し、「大学教員」の論文等が減少したと感じられたことの要因を分析することを主な目的として調査と分析を行った。そして、確かにそのような分析結果が得られた。ところが、この後期には、以下に述べるとおり、それだけにとどまらない大きな変化が観察できた。そこからは、商事法をめぐる法律実務の環境が激変していることが窺える。

(a) 会社法の制定と改正 — 企業を取り巻く法務環境の大きな変化

平成17（2005）年の会社法の制定と、平成18（2006）年5月1日の会社法の施行後、会社法は平成26（2014）年と令和元（2019）年に改正された。

平成26（2014）年改正では、監査等委員会設置会社制度の創設、有価証券報告書提出会社が社外取締役を置いていない場合の株主総会での理由の説明、社外取締役・社外監査役の資格要件の厳格化、多重代表訴訟制度の創設など、会社法全般にわたる改正が行われた。そして、令和元（2019）年改正では、株主総会に関する規律の見直し（株主総会参考書類等の電子提供、株主提案権の行使における提案議案数の制限）、有価証券報告書提出会社に対する社外取締役の設置の義務付け、社外取締役への業務執行の委託、取締役の報酬等の規律の見直し、役員等と株式会社との間で締結する補償契約に関する規律と役員等賠償責任保険契約に関する規律の制定、

社債管理補助者制度の創設、株式交付制度の創設など、多くの改正が行われた。

会社法を厳格に遵守する必要がある上場会社にとって、会社法の制定とその後の2回にわたる大幅な改正に対する対応は、かなり大きな作業負担を伴うものであったと考えられる。自社がどのように対応すべきかについて、会社法の制定とその改正が実務に与える影響を見極めたうえで、自社がとるべき選択肢を慎重に検討し、経営陣による経営判断によって対応を決定する必要があるからである。会社法は、会社法による事前規制を後退させ、定款自治の考え方を採用し、定款で定めることによって会社による自由な経営を可能としている⁽⁹⁾。経営の自由度が増したことと反対に、定款で定めることが認められる事項について、そのような定めを設けるのか否か、設けるとした場合にどのような規定振りの定めを設けるのかについては、会社自身が主体的に判断を行う必要がある。会社法制定前商法の時代には、商法の規定を遵守するという、いわば受け身的な態度で済んだ。ところが、会社法は、会社法に向き合う会社の自由度を高めた結果、会社法に向き合う態度を会社自ら決定することが求められるようになったことにより、会社が会社法に向き合う態度が抜本的に変化したと考えられる。

会社法に関する対応方針の決定について、自社の法務部門が充実していれば、社内での検討結果を踏まえて経営陣が必要な経営判断を行えばよい。ただし、このような作業を自社内で実行できるのは、相当高度な法務知識を備えた多様な人材を抱える法務部門を擁している会社に限られる⁽¹⁰⁾。

(9) わが国の株式会社のうち、そのほとんど全てを占める非大会社かつ非公開会社の機関設計の選択肢が、会計参与の設置と監査役の権限を会計監査に限定する場合を別にカウントして、計23通り存在することがその典型例である。

(10) 公益社団法人商事法務研究会会員企業と証券取引所上場企業等5171社に対する「法務部門の現況」に関するアンケートの結果（調査期間は2020年8月3日～11月20日で、回答数は1233社）によれば、法務部門の担当者数の平均値は8.4名である。また、法務部門の経営トップからの階層については、1階層目（社長直属の1部門）が無回答を除く回答企業1144社のうち10.0%、2ノ

自社の法務部門だけでこのような対応ができる株式会社は、たとえ上場会社であっても、ごく少数であると思われる。その要因は、法務部門の活動自体が自社の売上と利益に直接貢献することがないことにあると考える。また、総合商社やメーカーの法務部門では、取引先と多様な契約を締結する必要のあることや、知的財産権の保全・確保といった観点から、契約法務と知的財産権に関して、これらを所管する法務部門は充実していると考えられる。しかし、そのような会社であっても、会社法に関する専門的な対応が十分に行える法務部門を擁する会社となると、かなり限定的であろう⁽¹¹⁾。たとえば、組織再編行為や敵対的企業買収への対応を自社の法務部門だけで進めることができる企業は、皆無であろう⁽¹²⁾。社内の法務部門で対応できないこのような問題については、商事法を専門とする限られた数の弁護士⁽¹³⁾や、企業に対して必要な助言・指導を行う企業・団体と

ㄨ 階層目（担当取締役の直下の1部門）が42.8%、3階層目（2階層目の直下の1部門）が39.7%、4階層目以下が7.5%である。以上、米田憲市編『会社法務部〔第12次〕実態調査の分析報告』（商事法務、2022年）10頁・20頁参照。

現状の法務部門は、経営層に対して直接意見具申できるような組織上の位置付けがなされていないというのが、筆者の受止めである。

(11) 会社法をめぐる上場会社の法務対応として、株主総会の運営をめぐる問題、取締役会・監査役会の運営をめぐる問題、募集株式・社債の発行などの資金調達に関する問題といったものが古くから存在する。

これらは、社内での所管部署が異なっているため、会社法をめぐる法務問題を組織横断的に検討し、統制する部署があったのか、果たしてそれはどの部署なのかという問題がある。さらに、それらの業務運営を直接担う所管部署の上位に法務部門を位置付け、法務部門の指揮命令のもと、各部署の所管業務に関する法務運営を行うという組織運営をすることにも、各業務の所管部署と法務部門との権限が不明確になることも考えられるところから、多くの問題があると考えられる。これは、結局のところ、組織内における法務部門の固有の権限をどのように明確化し、法務部門を組織内でどのように位置付けるのか、という問題に帰着する。

(12) 米田編・前掲注(10)325頁によれば、そもそもM&A・企業再編・各種提携関係に分類される事務に関しては、法務部門の関与が低いC判定との結果が示されている。

(13) 近年、企業に所属する弁護士が増加している。 ↗

いった外部の専門家に頼る以外に方法はない。

このように、会社法の制定とその後の改正は、各企業の会社法に関する対応の自由度を高めた。しかし、これは、自社の対応方針の策定と決定に苦慮する結果を招来するとともに、とくに上場会社においては、社内における法務部門の権限とその組織内における位置付けをめぐる問題を顕在化させ、会社法に対する自社の対応方針の決定について、外部の専門家に依存する割合を高める結果になったと考えられる⁽¹⁴⁾。商事法務は、商事に関する法律実務を扱う雑誌であるから、想定される読者からの会社法への対応に関するニーズに応える必要がある。このような要因により、後期における商事法務の執筆者の構成に大きな変化が起こったと考えられる。

ただし、たとえ弁護士資格を有していても、商事法に関する専門的な知識を有する弁護士の数は限定的であり、商事法に関する実務経験が乏しい場合は、対応が困難となる。その例として、たとえ社内に弁護士の有資格者を擁していても、当該企業が組織再編行為の当事者となった場合に、社内弁護士だけで十分に対応できるかという問題がある。逆に、社内に弁護士資格を有する者が在籍することをもって、M&A・企業再編といった高度な専門知識と経験を要する業務について、もっぱら社内弁護士に全面的に委ねることは、極めて危険である。取締役は、弁護士資格を有する者であっても、対応できる法務に関して、その対応能力は千差万別であることを認識しておくべきである。さらに言えば、そのような問題への対応能力を有する弁護士資格を有する者は、確実に、もっと早い段階で、弁護士事務所に移籍するか独立開業の途を歩むであろう。

- (14) 米田編・前掲注(10)60頁～61頁によれば、「法務部門の役割として重視するもの」との問いに対して、法務部門があると回答した1151社の回答状況を見ると、①「法律相談・契約書審査等を通したリスクの予防」が全体の91.7%、②「重要案件（重要な企画・事業計画等のプロジェクトおよびM&A・協業等の重要な契約）への対応」が49.1%、③「紛争・訴訟への対応」が41.7%、④「コーポレート・ガバナンスや内部統制への関与」が31.5%、⑤「社内教育や社内への情報発信」が31.1%と続く。

ここからは、現状の法務部門は、契約書のチェックを主な業務としている傾向が窺える。また、②は、当該企業として経常的に発生しない事態への対応であるため、法務部門としては異例の対応であると考えられる。以上を踏まえると、法務部門は、①③④⑤が日常の主な業務になっていると考えられる。

(b) コーポレートガバナンス・コードの制定とこれへの対応

「コーポレートガバナンス・コード」は、金融庁と東京証券取引所を事務局として2015（平成27）年6月に策定された。このコードは強制力を伴う法律ではなく、あくまでも東京証券取引所による自主規範として運用されている。いわゆるソフト・ローの代表例の一つである。このコードは、いわゆる「コンプライ・オア・エクスプレイン原則」をとっており、コードが定める原則を実施しないこととする場合、その理由を説明する必要がある、理由を説明しない場合に、上場規則違反になるという規制の構造をとっている。コードで定められた原則を無批判に全面的に実施する必要はないものの、定められたコードの原則を実施しないことの理由を合理的に説明することは、なかなか容易ではないから、上場会社にとって「法律」による規制と実質的に同程度の強制力を伴う。

コーポレートガバナンス・コードは、上場会社にとって、会社法の範囲をはるかに超えて、経営全般にわたって上場会社が自社の状況について詳細な現状分析と必要な対応策を立案する必要のある多様な内容を含んでいる。ここでは、すべての点について検討できないので、いくつかの原則を取り上げて、その原則が上場会社の経営に与える影響について考察する。

「原則4-11」は、その後段で、「取締役会は、取締役会全体としての実効性に関する分析・評価を行うことなどにより、その機能の向上を図るべきである。」と規定している。これは、取締役会が取締役会としての活動状況を自己分析するとともに、その評価を行うことを求めるものである。

従来、わが国上場会社は、社長あるいは会長をトップとして、末端の従業員に至るまで、経営陣と従業員との間で切れ目のない完全な階層構造で組織が編成されていた。取締役会もまた、社長・会長を筆頭に、副社長、専務取締役、常務取締役、取締役からなる階層構造をとっていた。平成26（2014）年の会社法改正前までは、この階層構造に組み込まれることのない社外取締役を置くことが義務付けられていたのは、現行の指名委員会等

設置会社と特別取締役による取締役会決議の制度を採用した指名委員会等設置会社を除く取締役会設置会社（会社法373条。以下、法律名を個別に記載しない限り、「会社法」の条数を指す）だけであった。多くの上場会社の取締役は、そのほとんどが従業員からの内部昇進者であったことは、周知の事実である。このような階層構造をとる組織においては、階層の下位に位置する者が上位に位置する者に対して、上位者の意見と対立する意見を具申することは、会社を去る覚悟がないかぎり、およそ期待できない。

ましてや、しばらく前までのわが国には、人材の流動化を実現するための市場も未整備の状態であったから、たとえ高いスキルを有する従業員も、会社内で自由に発言することは期待できないという状態であった。また、さまざまな会社で会社経営を行うこと自体を職業とする専門的な経営者も、そして、そのような者を供給するための市場もわが国には存在しなかったから、たとえ取締役であっても、当該企業からの報酬に経済的に依存する状態であれば、失職につながるような行動を避ける必要があったと考えられる⁽¹⁵⁾。

ただし、そもそも会社法は、取締役会が上述のような階層構造をとることを想定していない。会社法上、取締役会の構成員は、代表取締役と取締役の別があるだけである。むしろ、362条2項2号が規定する取締役会による取締役の職務執行の監督権限を踏まえると、会社法は、監督にあたる平取締役を代表取締役よりも上位に位置付けていると考えられる⁽¹⁶⁾。ただし、とくに平成26（2014）年の会社法改正により、327条の2が新設されたことと、コーポレートガバナンス・コードの原則4-8が上場会社に2

(15) 取締役が内部昇進者で占められていた時代には、従業員は当該の企業内でのみ通用する、いわゆる「企業内特殊熟練」を高度化させることこそが強く求められてきた。今後、ジョブ型雇用と呼ばれる雇用形態が一般化すれば、労働市場の流動化も高まると予想される。

(16) このような点は、拙稿「わが国の取締役会は監督機能を果たしてきたか」龍谷法学47巻1号（2014年）1頁～24頁で詳細に検討した。

名以上の独立社外取締役の選任を求めたこともあって、取締役会の構成が社外取締役を3分の1以上、あるいは過半数となるような変化が急速に進んでいる。従来の平取締役を社外取締役に置き換えることによってこそ、会社法上の取締役会の監督機能を果たすことができる、ということなのかもしれない。

社外取締役の選任が進む前までの取締役会内部の上述のような階層構造を踏まえれば、取締役会が取締役会としての活動状況を自己分析するとともにその評価を行うことは、その実施方法を含めて、上場会社においてはおよそ想定されていないことであるとともに、上場会社にとっては全く未経験の経営上の重要課題になったと考えられる。原則4-11に真剣に対応するためには、まずは取締役会を構成する構成員の抜本的な意識改革を徹底して進め、取締役会の階層構造を打破するとともに、評価の方法論を確立する必要がある。

しかし、およそこれまでに経験したことのない、このような評価活動に上場会社が独自に十分に対応できるかについては、強い疑問符が付く。会社内部で対応を進めるには、取締役自らが独自に対応方法を立案するか、対応を進める組織を社内に編成し、従業員に対応方法の検討とその実施方法の企画を指示するとともに、その成果に対して、取締役会が「従う」必要がある。後者の方法による場合、取締役会という経営組織内部の最上位に位置付けられてきた組織が、従業員からなる下位の組織に位置付けられる組織が立案した事項に従うという、従来のわが国取締役会としては、到底受け入れがたいことを行わなければならないこととなる⁽¹⁷⁾。

(17) 当該の部署の長に取締役を当てたととしても、内部昇進の取締役であれば、取締役会内部の階層構造の下位に位置付けられる取締役が所管する部署の提言を取締役会として受け入れるのか、ということとなる。また、令和元(2019)年改正によって会社法348条の2が新設され、社外取締役に対して業務を委託できる場合が明定されたものの、ここで示した業務は、同条には該当しない業務である。

取締役会として、従業員からの提言・提案に従うという進め方をとることに合意が形成されれば問題はない。しかし、長年形成されてきた会社全体の階層構造を前提とすると、このような進め方をするより、外部の専門家を活用し、その提言を会社内部で検討し、それを実行に移すという方法をとれば、経営者が従業員の指示に直接従ったという外形を避けることができる。

企業に対してさまざまな助言・指導を行うことを目的とする企業・団体による論文等が多数掲載されるようになったのは、このような背景によるものと推測される。さらには、(a) で述べたように、このような企業にとって、未経験かつ専門的な問題について検討を行える高度な専門知識を有する人材が、企業内に決定的に不足しているという問題もある。

取締役会の活動の評価に関する問題の他に、「原則1-5」が規定する企業防衛策のあり方をめぐる問題、「原則2-3」が規定するサステナビリティをめぐる問題、「原則2-4」が規定する女性の活躍促進を含む多様性の確保をめぐる問題、「補充原則4-2①」が規定する役員報酬のあり方をめぐる問題（令和元年改正による361条1項3号～5号の追加に対する対応を含む）、「原則4-8」が規定する独立社外取締役の候補者の人選をめぐる問題といった点についても、社内で独自に対応策を検討することには、限界があると考えられる。

このように、上場会社が対応を迫られる問題は、多方面にわたるとともに急増している。そして、これらの問題は、どのような対応をとることが最良の「解」なのかということが明確に導けない問題である。たとえ最善を尽くした場合であっても、経営判断の失敗は、経営責任につながる可能性がある。自社の対応方針は、自社の経営資源を踏まえ、かつ自社の経営体力の範囲内で決定すべき問題となる。理想的な対応策を講じることの必要性は認識できても、それに要するコストは極めて大きいかもしれない。社内の間接部門の要員のさらなる増強の必要性といった問題もあるから、

これは結局、362条4項6号が規定する内部統制システムの構築のあり方と同様、明解な解を見出しがたい難問である。

このような諸課題に十分に対応できる高度な専門知識を有する多様な人材を独自に抱えている上場会社はむしろ稀であろうから、そうでない場合は結局、商事法に関する高度の専門知識を有する弁護士や、このような問題に関して知見を有する経営コンサルタントの活用を進めることになる。とくに後期においては、企業のニーズに応える形で、商事法務がこのような事柄に関する専門家の知見を披歴する場にもなったものと考えられる。

【表2】の企業への助言・指導を行う企業・団体によって執筆された論文等のテーマについて、その主なものを件数の多い順に指摘すると、①株主提案の動向を含む株主総会の運営実務に関するものが計13件（2188号～2197号までの計10回にわたるテーマ別の連載論文、2213号、2245号、2278号）、②取締役会の活動評価・取締役会事務局のあり方を含む取締役会に関するものが計11件（2195号・2205号・2214号・2233号・2249号・2250号・2262号・2267号・2268号・2270号（2件））、③役員報酬に関するものが計4件（2214号・2249号・2273号・2282号）、④投資家・機関投資家との対話に関するものが計3件（2244号・2269号・2268号）、⑤後継者計画に関するものが計3件（2214号・2217号・2271号）である。

(c) スチュワードシップ・コードの制定

スチュワードシップ・コードは、2014（平成26）年2月に金融庁が「『責任ある機関投資家』の諸原則：日本版スチュワードシップ・コード」として公表したもので、2017（平成29）年5月と2020（令和2）年3月の2回の改訂を経て、機関投資家がとるべき8つの行動基準を定めるに至っている。このコードも、コーポレートガバナンス・コードと同様、「コンプライ・オア・エクスプレイン」原則をとっているから、必ずしも全ての原則を実施する必要はない。このコードは、機関投資家による経営者の「監

視」や経営者に対する「要求」ではなく、機関投資家と経営者との対話を重視しているとされている⁽¹⁸⁾。

このコードの「原則5」を受けた指針5-2、5-3は、機関投資家に対して、議決権行使についての明確な方針の策定とその公表、そして、議案を主な種類ごとに整理・集計したうえでの議決権行使結果の公表を求めている⁽¹⁹⁾。また、2020（令和2）年3月の改訂においては、①投資家と企業の対話の質の向上、②議決権行使助言会社や年金運用コンサルタントなどによる機関投資家への助言やサポートの重要性を指摘した上で、そのような観点からの改訂が行われたことが示されている⁽²⁰⁾。

スチュワードシップ・コードを踏まえれば、企業と機関投資家の双方にとって、対話の重要性が増すとともに、機関投資家の側では議決権行使助言会社の議決権行使方針を参照することの重要性が増すことになる。【表2】の企業への助言・指導を行う企業・団体によって執筆された論文等が後期に見られるようになったのは、このような点も要因と考えられる。

また、番外編3回を含めて計30回分が連載された「機関投資家に聞く」のシリーズは、機関投資家の議決権行使に関して企業側に気づきを与えるとともに、経営改善に向けた取組みを促すことも企図されているものと考

(18) 江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣、2021年）312頁。このコードでは、随所に「建設的な『目的を持った対話』（エンゲージメント）」との表現で、機関投資家と投資先企業との対話を重視する姿勢を示している。

(19) 2021年に関西スーパーマーケットが行ったエイチ・ツー・オーリテイリングの子会社との経営統合に向けた提案を受けて、首都圏が地盤のオーケーがTOBによる対抗買収提案を行った件について、会社側提案に対して賛否が拮抗し、会社側提案の有効性が最高裁まで争われたことが記憶に新しい。その際の株主総会における機関投資家の議決権行使の結果について、11社が会社側提案に反対していたことが各社の開示を受けて報じられている。2022年3月4日日本経済新聞朝刊20面。

(20) スチュワードシップ・コードに関する有識者検討会「スチュワードシップ・コードの再改訂に当たって」の「一 経緯」の2. (fsa.go.jp/news/r1/singi/20200324/01.pdf) 参照。

えられる。

(d) 「会社が使う会社法」から「会社が創造する会社法」への変化
— 会社法の質的变化

前稿において、前期と中期との間で変化が生じた要因として、「会社が使う会社法」との見出しの下で考察を行った⁽²¹⁾。現在の会社法は、商法の時代と違って、商事法研究者が考える理念型として存在するのではなく、会社法の規制を受ける当事者たる会社がどのように会社法を使うのか、使いこなすのか、使い勝手のよい会社法とは何かという観点に立って分析・検討されるべき対象に変化していると考えられる。

これは、(a) で述べたこととも関連する点である。会社法施行後は、判例を含む裁判実務も含めて、実務上の観点が極めて重要になっている。会社法を純粹に学問研究の対象として見ること、商事法研究者の多様な解釈論を期待するのではなく、紛争発生時に裁判所の評価に耐える実務運営に関する明確な指針となるべき解釈論がより強く求められていると考えられる。

平成26（2014）年の会社法改正によって濫用的会社分割への対応（759条4項～7項、761条4項～7項、764条4項～7項、766条4項～7項）、詐害事業譲渡への対応（23条の2）が行われたのは、会社法の規制の穴を逆手にとった債務逃れの事象に関する裁判例の急増を受けたものである。逆に言えば、会社法を使う目的の是非は別として、会社法がこれを使う当事者のそれぞれの目的を、より直接的に実現するために実際に使われていることを物語る証拠であるといえる。

(e) 立法ルートの変化

(21) 前稿・344頁～346頁。

会社法に関する立法のルートについて、法制審議会での審議結果を基に法務省が法案を作成し、内閣法制局でのチェック作業を経て、それを閣議決定して国会に提出する典型的な「閣法」ルートに加えて、平成12（2000）年以降、議員立法がこれに加わり、さらに、近年は、経済産業省による特別立法によるルートが加わった。そして、経済産業省による立法ルートの重要性が高まっていることは、2. でも述べた。企業のニーズを踏まえた時代を先取りする形での実質的な会社法の改正は、議員立法、あるいは経済産業省の特別立法によるルートがすでに確立しているといえる。経済産業省のルートは、主に企業サイドに立った、企業が使いやすい会社法を実現することを直接的に目的とする改正であるとともに、会社法に関する規制緩和や、会社法にはない新たな制度の創設を目的とするものである。

会社法を使う企業の側には、日本経済団体連合会をはじめとする経済団体が複数存在する。そして、それらの団体は、企業側のニーズや意見を取りまとめたうえで、法務省や経済産業省に対してロビー活動を展開することが十分に可能である。なお、経済産業省は、経済および産業の発展を図ることを目的の一つとして設置されている⁽²²⁾。経済団体が実務上のニーズをとりまとめて経済産業省に特別法の立法やその改正を働きかければ、会社法の改正を実現することに伴う困難さよりも、それを実現できる可能性は、はるかに高いと考えられる⁽²³⁾。令和元（2019）年会社法改正で創設された株式交付制度は、部分的な株式交換として、その実務上の必要性が認められて制度の創設に至ったものである。

商事法研究者が会社法のあるべき理想型を提示しても、それを實現するルートである法制審議会を経由するルートによる改正には、まずは法務省

(22) 経済産業省設置法3条。

(23) 自社株を対価とする株式取得によるM&Aについては、「産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法」で定められ、その後、「産業競争力強化法」の2018（平成30）年改正によって利用範囲の拡大が行われた。前田修志「株式交付」法学教室485号（2021年）37頁の注4）参照。

の担当者の説得と法制審議会における企業関係の委員の説得が不可欠である。しかし、商事法研究者の中にも多様な考えが存在するところから、商事法研究者が足並みを揃えた行動を起こすことは考えにくい。

また、そもそも法務省ルートによる立法の場合、法制審議会の答申を経ることが前提であって、さらにその答申は、法務大臣からの諮問を受けて行われる。この答申を受けて法務省で法案が作成され、パブリックコメントの手続を経て最終的な法案がとりまとめられる。そして、それが閣議決定されて国会に提出されるという流れとなる。法務大臣の諮問が改正を実現するための前提条件となるから、そのハードルは相当に、かつ想像以上に高いと考えられるとともに、改正に要する時間も、経済産業省の特別法によるルートと対比すると、格段に長いと考えられる。

このような点が、近年、経済産業法による特別立法が会社法の重要な特例を規定する形で、企業ニーズを迅速に法律として実現することができている背景であると考えられる。

以上のような近年の立法ルートの変化を踏まえれば、商事法関係の新規立法と会社法の改正における経済産業省が果たす役割の重要性が確実に高まっていると考えられる。むしろ、経済産業省が所管する産業競争力強化法を踏まえない限り、会社法の全体像を理解できない状態に至っているともいえる。これを踏まえれば、経済産業省の職員によって執筆され、毎年、1月5日・15日合併号に掲載される「産業組織関連法制の課題と検討の方向性」⁽²⁴⁾の内容は、将来の会社法改正の動向を把握する上で、その重要性を増していると考えられる⁽²⁵⁾。

(24) ただし、2019年1月5・15日合併号(2187号)のタイトルは「産業組織関連法制の課題」である。2020年から本文のように、タイトルが変更された。これには、経済産業省として、会社法を含む関連法制に関する将来への布石を打つ意向が窺える。

(25) 会社法を所管するのは、間違いなく法務省である。ただし、近年の会社法の重要な改正、そして、企業経営と会社法に密接に関連する重要な実務指

(2) 求められる対応

このような商事法をめぐる大きな環境の変化を踏まえて、商事法研究者が今後、どのように研究に向かうべきかについて私見を述べる。これほど大きな環境変化が生じているからには、商事法研究者が旧態依然とした研究態度を継続することは、今後さらに、商事法研究者の社会的な位置づけなど、根本的な地位の変動を招くことも考えられる。

(a) 商事法研究者の意識改革と社会に対する情報発信の強化

前稿では、日本学術会議が平成24（2012）年11月30日に公表した「大学教育の分野別質保証のための教育課程編成上の参照基準 法学分野」での指摘を踏まえ、わが国における法学が、体系的・理論的研究を重視し、精緻な法理論の構築が目指され、実定法の研究も、制定された条文の構造理解とその解釈に関する法理論や技術の研究が進められてきたことを指摘した⁽²⁶⁾。わが国における実定法に関する研究においては、実定法を所与のものとして、かつ特定条文の解釈が示される判例を必要に応じて題材とし、徹底して精緻な解釈論を展開するという学問の進め方がとられてきたということである。これは、既存の法律を理念的かつ高踏的に、かつ、あくまでも学問研究の対象として捉えるという態度である。どのように法律を使うか、当該の法律がどのような機能を果たしているか、果たすべきかという実践的かつ実務的な研究の進め方とは大きく異なる。また、制定法を所与のものとして精緻な解釈論を展開するため、制定法としてのあるべき姿に関する考察は、必然的に後退する。

このような学問研究に対する態度が法学の分野で形成されてきた背景は、

- ㄨ 針が経済産業省によって取りまとめられている点とその経緯を踏まえると、会社法の所管が法務省と経済産業省のどちらにあるのかという点、さらには、経済産業省が所管する会社法の特例を定める法律の規定の内容と、会社法に通底する理念との関係について、議論されるべきであると考えられる。

(26) 前稿・347頁～348頁。

次のように考えられる。

わが国では、明治10（1877）年に東京大学が創設され、それ以降、東京大学が高級官僚を養成するためのエリート養成機関と位置づけられ、その機能を実際に果たしてきた。中央省庁のエリート官僚こそは、わが国国家を担う中核的な人材であって、わが国社会の頂点に立つ存在である⁽²⁷⁾。そのエリート官僚を養成する機関である東京大学法学部の教員は、社会的には、エリート官僚のさらにその上の社会の最上位に存在するものと意識されてきたと考えられる⁽²⁸⁾。そして、東京大学を頂点とする旧帝国大学の法学部教員こそは、社会的に見ても雲の上の存在であり、また、そのような存在であるべきであると、社会的にも、当該の教員においても意識されてきたと考えられる⁽²⁹⁾。

(27) 東京大学法学部が明治時代にわが国のエリート養成機関として創設され、そのような機能を果たしてきたことは、橋本俊詔『東京大学 エリート養成機関の盛衰』（岩波書店、2009年）、とくに1頁～56頁の第1章に詳しい。明治19（1886）年の帝国大学制度の発足と、明治20（1887）年に試験による官僚登用制度が創設されてから、高等文官試験制度が本格的に運用される明治26（1893）年までの間、帝国大学出身者の無試験での官僚への登用制度がとられるとともに、国家公務員の給与水準が、当時の社会の一般水準と比較すると、相当高かったことが説明されている。また、帝国大学出身者の出世のスピードが速かったこと、高等文官試験の合格者数も東京大学出身者が圧倒に多かったことも説明されている。

なお、東京大学では、その組織上、学部の中では、法学部が最上位に位置付けられている（https://www.u-tokyo.ac.jp/ja/about/overview/b02_01.html）。

(28) 検察官・裁判官・弁護士という法曹三者を生むために必要となる司法試験受験のために必要となる教育を担ってきたのも、主には旧帝国大学法学部の教員である。なお、慶応義塾大学、早稲田大学、中央大学といった一部の有力私学が、司法試験の受験に向けた教育において、旧帝国大学優位のあり方に対峙しつつ、顕著な実績を挙げてきたこともまた事実である。

(29) 社会から隔絶された存在である点で、法学部の教員は裁判官と同様であると見ることができる。裁判官が自動車事故を加害者として起こせば、確実に新聞報道の対象となる。裁判官が自動車を日常、運転されているのかについて、筆者はその実態を知らない。同様に、とくに旧帝国大学法学部の教員も

そのような旧帝国大学法学部教員の意識は、自らの権威を高めるためにも、ますます精緻な法理論の構築と高度な法解釈論の展開へと向かったものと思われる。ただし、このようなことは、次のような弊害を生じさせる。

第一に、とくに旧帝国大学法学部に所属する教員と実社会、一般国民との距離が、あらゆる意味で決定的に乖離・隔絶したことである。第二に、その結果、法律をその実際の使い手である国民に分かりやすく説明・解説するといった作業は、弁護士をはじめとする実務家が担うべきものと意識され、そのような作業をこれらの教員が担うことがなくなったということである。第三に、法律の解釈における問題は、実務から生じてくるにもかかわらず、これらの教員の中に、実務を低く見る態度が形成されてきたように思われることである。

これを実証するように、新聞を含めたマスコミ報道に、民事法研究者の名前が挙がることは、ほとんどない⁽³⁰⁾。社会の耳目を集める商事法に関係する訴訟の判決が示されても、そのコメントを行うのは、ほとんどの場合、弁護士である。たとえば、第二次世界大戦後の商事法研究者を代表する重鎮の一人であって、1989年に文化勲章を受章された鈴木竹雄教授について、日本経済新聞の記事検索をしたところ、同教授が日経新聞のインタビューに応じた報道や、同教授名によるコラム等は一切存在しない⁽³¹⁾。

も、いわば、裁判官と同様、現在も雲の上の仙人のような存在であるように筆者は受け止めている。

(30) 刑事法については、少し状況が違うようである。刑事事件に関する重要判例に関して新聞報道がなされると、とくに法科大学院所属の教員がコメントをすることが散見される。ただし、そのような教員は、弁護士・裁判官から大学教員に転じた方が多いのではないかと観察できる。

(31) 法制審議会商法部会長を務めた鈴木教授は、公職にある点を意識し、このような態度をとられたのかもしれない。報道の大半は、法制審議会商法部会長の部会長名を括弧書きで報じたものである。また、鈴木教授は、マスコミ各社の報道のスタンスに対して、猜疑心を抱いておられたのかもしれない。

ただし、鈴木竹雄教授の系譜に連なる神田秀樹教授（東京大学名誉教授、現学習院大学教授）については、2000年4月4日日本経済新聞の「経済教

私学を含む各大学の法学部と法学部に所属する教員は、東京大学と京都大学の法学部を最高峰の理想型とし、それに近づくことをひたすら追求してきたと考えられる。法学研究者の最終目標は、東京大学・京都大学の法学部教員に就任すること、あるいは、全国の各大学で序列付けがなされた階段を両大学法学部に向かって昇っていくことである。そして、東京大学と京都大学の法学部の教員が社会と隔絶した関係を形成してきたところから、各大学法学部に所属する教員は、最終目標である東京大学法学部所属の教員と同じ態度をとることが理想とされてきたのではないかと思われる。偉大な先人がマスコミに対して上述のような対応をとったところから、現代に続くその後の世代の研究者は、このような泰斗の態度を踏襲することになったと考えられる。ただし、時代は確実に大きく変化している。商事法をめぐる環境が激変する中、法学部教員が実社会と大きな距離をとった態度をこのまま維持できるのか、それを維持してよいのかについては、大きな疑問がある。

ただし、近年、金融商品取引法をめぐる判決に関するコメントについては、この限りでないことと、会社法の領域においても、商事法研究者が徐々にではあるものの、マスコミ取材に応じる者が現われるようになっていくことは事実である。20年ほど前までのわが国では、あえて言えば、とくに民事法研究者の名前がマスコミに挙がることは、唾棄すべき売名行為の結果であって、そのようなことは二流・三流学者のすることだといった

-
- ㄨ 室」に「電子商取引への課税、公平・中立の基本を貫け」と題する小論文が掲載されて以降、2021年9月6日の「企業統治に求められる視点(上)——持続可能性、成長と並び重視」と題するシリーズでの連載の1回目の小論文の掲載に至るまで、10回もの多数にわたって小論文が掲載されていることが確認できる。同じく東京大学法学部に在籍された江頭憲治郎教授については、日本経済新聞の経済教室での小論文の掲載は皆無であるから、東京大学に在籍する、あるいは在籍された商事法研究者においても、マスコミとの関係と距離のとり方は、さまざまであると観察できる。

見方がされてきたのではないかと筆者は考えている⁽³²⁾。要するに、法学研究者は、マスコミと距離を置くことが一流学者としての作法であるとされてきたのではないかと筆者は考えている。このようなエリート意識こそ、現時点では、破棄すべきであると筆者は考える。

経済のグローバル化の進展、バブル経済の崩壊による経済活動の長きにわたる混迷、経済活動の活性化と業績向上に向けた企業のあらゆる取組みの進展、そして、企業活動の自由度を高めた会社法の施行もあって、商事法の解釈とその運用を担うのは、もはや商事法研究者ではなくなった。むしろ、会社法を使う企業自らが、自らにとって使い勝手のよい会社法を模索し、それを具体的に提案する時代が到来している。さらには、上述のように、会社法を使う企業に対して、会社法に関する内容や、その使い方を分かりやすく説明・解説することの必要性は、これまでになく高くなっている。このような作業について、弁護士が担うものであって商事法研究者が担うべきではないとすることが、これからも維持できるかとなると、それは不可能であるというのが筆者の見立てである。

このように、今後は、まずは商事法研究者の意識改革を進め、あらゆる機会を捉えて、社会に対して積極的に商事法研究者が情報発信を行っていく必要がある。社会に対する情報発信とは、法学の専門雑誌に論文を掲載することではない。多くの国民が接する新聞を含めたマスコミ媒体やインターネットなどの媒体を通して、情報発信を積極的に行うことである⁽³³⁾。

(32) 筆者は、40年以上、日本経済新聞を講読している。そこに掲載される「経済教室」を執筆した商事法研究者は、綿密に調査したわけではないものの、これまでに20人を超えることはないかと観察している。なお、同紙の「経済教室」は、「経済」と銘打つものの、法制度のあり様が経済活動のあり様を規制するところから、法学者による小論文がもっと掲載されてよいと筆者は考える。

(33) 法学研究者がマスコミから隔絶された存在であるべきとの思想は、場合によっては、マスコミ側が、インタビュー記事を報道目的に沿って報道側に都合よく部分的に切り取って報道すること、あるいは、発言者の真意と異なる

そして、そのような情報発信の重要性が今後ますます高まると考える。

さらに、もはや大学は、大学進学率の上昇によって、わが国全体としてみるならば、確実に大衆教育の場となっていることを指摘できる。大学は、もはやエリート養成機関ではない⁽³⁴⁾。大学は偏差値で輪切りにされた序列付けが行われているとはいえ、法学部の教員の役割は、エリート教育ではなく、大衆教育の一端を担うものへと確実に変化していることも、法学部の教員は明確に意識する必要がある⁽³⁵⁾。

(b) 法政策論・立法提案への取組みの強化

(a) で述べたように、現行法を所与のものとする解釈論を中心とする法学への取組みは、商事法の条文を実務にどのように反映させ、どのように

ゝ 趣旨の部分的発言を切り取って報じることが毛嫌いされたのかもしれない。これについては、記事の内容を事前に校閲することを条件にインタビューや投稿に応じればよいのではないかと考える。

(34) 数十年前まで、法学部の学生は、『六法』を持って歩くことが大学生としての一つのステイタスであり、かつ、誇りであると意識されていたように思う。ところが今や『六法』は、法学部の学生には、やっかいなお荷物としか受け止められていないように思う。インターネットで条文の検索が可能であるから、なおさらである。

(35) 2022年4月16日付け日本経済新聞朝刊4面によれば、2022年度の国家公務員総合職試験の申込者数が15,330人と、6年ぶりに前年度の21年度より7.1%増えたものの、過去2番目に少なくなり、12年度の3分の2となったことが報じられている。また、あわせて、20代の国家公務員総合職の自己都合退職者が13年度の21人から19年度の86人へと4倍になったことと、東京大学の学部卒業生の進路として、「情報通信業」「サービス業」が「公務」に代わって伸びていることが、それぞれ報じられている。

現時点では、若手の国家公務員総合職は、国会対応等による超長時間かつ過酷な深夜労働を余儀なくされる極めて劣悪な環境での労働を強いられる仕事であって、成長産業である「情報通信業」等と比較すると、低賃金の下に置かれた仕事であるとの評価が社会に確実に広がっているように思われる。

以上の点から、東京大学法学部が国家公務員総合職を養成する機関としての明治時代以来の位置付けは、国家公務員の働き方改革が進まない限り、今後、さらに大きく変化すると予想される。

対応すべきかといった観点から検討を加え、現行法制における問題点を明確にし、その改善のための検討を行うといったことが行われにくくなる。これは、立法に関与した側に属する者が、その立法に対して批判をすることが難しいことが背景である⁽³⁶⁾。判例で示された特定の条文の解釈と運用に対する結論に対して反対の立場をとるなら、裁判所が示す結論に代わる望ましい法のあり方をあわせて具体的に提案するという態度が商事法研究者には求められると考える。商事法研究者は、いつまでも手袋が白いままの評論家であってはならないと考える。

これまでのところ、商事法研究者が立法提案を積極的に行うというケースは珍しい。商事法研究者は、解釈論を中心とする研究活動の下、法務省が示した法案に対するパブリックコメントを通じて意見表明を行うということが立法にかかわる主な手段である。商事法研究者の発案による商事法の改正を実現するためには、その前提として、法務大臣の法制審議会に対する諮問を引き出す必要がある。そのためにも、積極的な立法提案を行う必要があるものの、そのハードルが極めて高いことは前述のとおりである。

なお、平成26（2014）年会社法改正で創設された監査等委員会設置会社制度は、武井一浩弁護士の「監査委員会設置会社」制度に関する提案⁽³⁷⁾を受けて、それが平成26年会社法改正における法務省民事局参事官室による「監査・監督委員会」制度の創設の是非に関する提案を経て、新たな制度として結実したと考えられる⁽³⁸⁾。これは、平成26（2014）年改正前の

(36) 法制審議会商法部会の部会長に商事法の重鎮とされる研究者が就任していれば、商事法研究者が会社法の改正案に対して明確かつ強硬な反論を唱えることは、いわば学会秩序に反旗を翻すことになることから、憚られる結果になるのであろう。筆者は、その典型が会社法の制定過程にあったのではないかと考える。

(37) 武井一浩「『監査委員会設置会社』の解禁」商事法務1900号（2010年）13頁～23頁。

(38) 太田洋「委員会設置会社の機関設計柔軟化と『監査・監督委員会』設置会社」商事法務1914号（2010年）19頁参照。

公開会社かつ大会社の機関設計の選択における問題を踏まえ、それを改善するための具体的な提案が行われたことによるものである。次に会社法の大きな改正がいつ行われるかは分からないものの、商事法研究者には、現行法上の運用における問題を把握し、具体的な立法提案を行うとともに、それを社会に積極的に発信することに務めることが強く求められると考える。

(c) 実務動向の把握に向けた実務家との連携の強化

立法提案を積極的に行う場合、現行法にどのような問題や欠缺があり、実務上、それがどのような弊害を生んでいるかについて、把握する必要がある。商事法研究者による解釈論を中心とした取り組みでは、それは困難である。せいぜい、判例の動向を踏まえて、現行法制上の問題を把握できるにすぎないものの、そのような作業が結実するには、提訴から判決に至るまでにかなりの時間を必要とする。これを克服・改善するには、弁護士、企業の法務担当者との連携を強化し、実務動向と企業側のニーズを把握する以外に方法はない。

ここで、(b) でも述べた平成26（2014）年改正で創設された監査等委員会設置会社制度の創設の経緯をさらに見る。

同年改正に際して、上場会社に社外取締役の選任を義務付けるか否かをめぐる議論の結果、選任の義務付けは見送られたものの、社外取締役を選任しない場合、「社外取締役を置くことが相当でない理由」を取締役が定時株主総会で説明しなければならないこととされた（令和元（2019）年改正前会社法327条の2）。指名委員会等設置会社を選択する会社の数は、人事権が指名委員会に移る点が忌避された結果、100社に満たなかった。監査役会設置会社の形態を選択する上場会社の場合、社外の人材として、社外監査役と社外取締役を揃える必要に迫られた。このような実務上の問題を踏まえて、場合によっては社外監査役を社外取締役に横滑りさせること

によって、監査等委員会設置会社に移行する方法をとることで会社法とコーポレートガバナンス・コードへの対応が完結するという点に注目が集まった。監査等委員会設置会社制度の創設は、このような実務上の対応の必要性を背景にするとも考えられる。監査等委員会設置会社制度の創設が、実務に精通した弁護士の提案を発端とすることについて、商事法研究者は謙虚に受け止めるべきである。

制度の運用に関する問題を把握するには、実務に精通する必要がある。立法論、立法提案を行うためには、実務を詳細に把握する必要があるから、商事法研究者には、実務家との連携を強化することが求められる。

(d) 外国法に関する調査と研究の推進

第二次世界大戦後、昭和25（1950）年の商法改正でアメリカ法の諸制度が導入されて以降、わが国の会社法学における比較法研究は、主にアメリカ法を中心として進められてきたといえる。

ただし、わが国の企業経営をめぐる歴史と背景は、アメリカにおけるそれとは大きく異なる。その典型例が、株式会社を運営するための大原則とされる「株主利益最大化原則」とその前提としての「株式会社は株主のものである」との命題をめぐる問題である。わが国では、社会的責任論を背景として、株主の利益よりも、従業員・取引先など、ステークホルダーの利益に配慮した経営が長年行われてきたことは周知の事実である。これは、不況時にも雇用維持を重視する経営が行われてきたことに典型的に見られる。しかし、近年のわが国では、アメリカ型の企業経営が強く指向され、それに合わせて株主利益最大化を徹底して指向する経営が求められるようになってきている。収益拡大のための従業員の非正規雇用への徹底した置き換え、業容の維持・拡大あるいは業務内容の大幅な変更のために希望退職を募る行為、採算改善のための系列取引の解消といった行為が、盛んに行われるようになった。反対に、上場企業では役員報酬の高額化が顕著に進行

している⁽³⁹⁾。これは、役員と従業員が一体となって企業の発展に奮闘するという、わが国に広く見られた企業活動モデルからの抜本的な変化を生じさせるとともに、役員と従業員との決定的な分断が進行することを同時に意味する⁽⁴⁰⁾。また、近年のM&Aの活発化によって、買収側と被買収側企業との利害の対立が先鋭化し、従業員や取引先関係などのステークホルダーを置き去りにしたマネーゲームともいえる状況が頻繁に見られるようになっている⁽⁴¹⁾。

ところが、株主第一主義を徹底して追求してきたアメリカでは、2019（令和元）年8月に、同国の主要企業の経営者団体であるビジネス・ラウンドテーブルがこれを見直す宣言を公表している。この動きは、その後、2020（令和2）年1月開催の世界経済フォーラム第50回年次総会（ダボス会議）にも引き継がれた。法律上の株主利益最大化原則と、実際の企業経

(39) 給与所得者の平均給与との対比を踏まえた役員報酬の現状については、拙稿「取締役会の監督機能と社外取締役の果たすべき役割(1)」龍谷法学54巻2号（2021年）12頁～15頁参照。

(40) 上場会社では、ここ数年の間に、取締役会の構成員に占める社外取締役の構成比を3分の1以上、さらには過半数以上とする傾向が顕著に進んでいる。これは、従業員と経営者との決定的な分断を生じさせる。正規雇用と非正規雇用との間での賃金格差は、随所で指摘されている。これに加えて、従業員と経営者の分断が新たに生じることと、そのような分断を生じさせる要因が、果たして「自己責任」であるのかについても、今後、わが国社会で問われることになるように思われる。このように、社会の分断と格差の拡大が進行することは、社会全体で分断と格差が広がっているアメリカ社会と同様の事象であると考えられる。

(41) 上場会社について、ほんの一瞬であっても多くの株式を保有した者や、株式の保有を純粹に利潤の対象である「投資」としてしか見ていない投資家によって支配された株式会社や、そのような株主によって、従業員や取引先、さらには社会を無視して切り刻まれる事態となることは、この数年前から進行している。わが国を代表する総合電機メーカーである東芝の例を見れば明らかである。ここでは、一連の経緯に関する報道において、本稿脱稿時に確認できる最後の報道として、同社が株式の非公開化を含めた企業再編に関する提案を公募すると発表した日本経済新聞2022年4月22日朝刊15面のみを挙げておく。

営における株主第一主義との間に違いはあるものの、株主利益最大化原則を巡る環境にも、確実に変化の兆しが見られる。

わが国には、長い歴史と文化の伝統がある。企業活動においても、これらの歴史と文化の伝統の上に立ったわが国独自の企業経営に関する思想や理念があってしかるべきではないだろうか。アメリカ法、アメリカ型の企業経営に追随することを止めて、今後は、わが国と同様に長い歴史と文化の伝統を有する大陸法系諸国の企業経営のモデルを追求すべきである。そして、ヨーロッパ諸国に関する比較法研究を積極的に進めることが、今後の比較法研究において、重要性を増すと考える。

(e) 学術専門雑誌の創刊

商事法研究者が研究成果を恒常的に公表する媒体としては、各大学の紀要に加えて、著名な大学教員の還暦記念・古稀記念論文集といった記念論文集のほか、学会誌、商業雑誌が中心である。学会誌については、前稿で指摘したように、民事法に関するわが国最大の学会である日本私法学会の機関誌「私法」は、年に1回刊行されるにすぎず、なんといっても、この雑誌に新たな研究業績が掲載されることはないところから⁽⁴²⁾、最新の研究成果を公表するための媒体とはなりえない。大学の紀要は、市販されていないものが大半であり、公共図書館に備えられるとしても、ごく一部の著名大学法学部の紀要に限られる。したがって、社会で広く読まれる可能性があるのは、主に商業雑誌である。

商業雑誌は、営利企業が出版しているから、販売部数を意識した編集方針がとられるのは当然である。法学の領域では、最新判例の掲載、そして、

(42) 前稿・351頁参照。日本私法学会での個別報告は、既に公表された研究業績を前提として行われる。シンポジウムで報告の対象となる論文も、学会前に他の雑誌に公表されている。新たな記録としては、シンポジウムにおける質疑応答とワークショップ・拡大ワークショップに関する記録である。

それらの判例を解説する判例評釈・判例解説といった原稿は、実務界で確実な需要が存在するところから、恒常的に掲載される⁽⁴³⁾。研究論文も掲載されるものの、それぞれの雑誌の講読層の問題関心を意識したテーマが選ばれるとともに、一定の文字数制限のもとで執筆した原稿が掲載されることもまた当然である。かつ、それらの執筆者は、編集者が販売部数を意識すれば、学界内で一定の評価を確立した者が中心となることも当然である。また、これら商業雑誌に掲載される論文・判例研究等の原稿は、編集者からの執筆依頼に基づいて執筆されるのが基本であって、執筆者の側から編集者に掲載に関する打診を行うことは稀であろう。すでに見たように、このような「売込み」に類する行為は、研究者として、恥ずべき行為であると考えられているかもしれない。要するに、商業雑誌は、著名な研究者と、そのような者の推薦を受けた限られた者だけが研究成果を発表するための場であって、自由に研究成果を公表する媒体ではないということである。

査読付きの自由投稿制の学術雑誌が存在すれば、学会内の重鎮との接点を有しない若手研究者も自由に研究成果を発信することができる。しかし、現在、私の知る限り、民事法に関する自由投稿制をとる学術雑誌は存在しない。また、このような雑誌を経済的に成り立たせることは、なかなか容易ではない。紙媒体によることなく、インターネット上での情報発信を行う雑誌として創刊すれば、経費を低く抑えることは可能であるものの、編集者や査読委員をどのように構成するか、投稿料をどのように設定するかという問題もある。

(43) そもそも、民間の判例掲載雑誌において、判決文を掲載する前にその解説記事を掲載するのは、民間の判例登載雑誌として、読者に分かりやすく当該判例を解説するという付加価値を付けるためであろう。このような解説は、「民集」を典型とする公的な判例集にはみられない。ただし、民集登載判例については、法曹時報に、事後的に、いわゆる「調査官解説」が掲載されることは、周知の事実である。

たとえば、経済学の領域では、さまざまなジャーナルが創刊されており、とくに海外の有力なジャーナルに論文が掲載されることが研究者としてのステイタスと位置付けられている。私の知る限り、国内に存在しない法学の領域における自由投稿制かつ査読付きの学術雑誌も、創刊されてもよいのではないかと考える。

おわりに

本稿では、2019（平成31・令和元）年～2021（令和3）年の3年間を後期として、この間に刊行された商事法務を対象として、執筆者の属性に関する分析を行うとともに、1999（平成11）年～2001（平成13）年、2009（平成21）年～2011（平成23）年の各3年間の調査・分析結果とを対比して示した。その結果、とくに、今回調査の対象とした後期においては、前稿における調査・分析結果と大きく異なる変化が見られたことを確認するとともに、その変化の要因について考察した。そして、商事法研究者が現在の研究に対する取組姿勢を継続することは、商事法研究者の社会に対する情報発信力がますます低下することにつながるとの問題意識の下で、考えられる対応について私見を述べた。

ただし、筆者は商事法を専門とする大学教員ではあるものの、学会の末席に名を連ねる者に過ぎない。したがって、3.(2)で示した各種の対応については、私が直接実現できる見込みのないものばかりである。また、商事法務だけが商事法研究者の研究成果を発表する場でもないし、現状でも、研究成果を公表する場は多様であるともいえるから、現状で何の不都合もないと考える商事法研究者が大半かもしれない。

本稿で筆者が示した調査・分析結果について、今後、さまざまな意見が形成されることを願って止まない。

ホームレスの人と人権（その2）

石井幸三

- I はじめに
- II ホームレスの人の法的定義 (本誌54巻4号)
- III ホームレスの人の出現の過程 (ロンドンを素材にして)
 - III-1 IIIの目的
 - III-2 近代の家
 - III-3 貧困層の動向
 - III-4 救貧法と路上生活者
 - III-5 アメリカ合州国 (本号)
- IV ホームレスの人の人権
- V 結びに代えて

III ホームレスの人の出現の過程 (ロンドンを素材にして)

III-1 IIIの目的

私は、前稿で日本のホームレス自立支援特措法におけるホームレスの(人の)定義が初発的であると指摘した。本稿は、これを示すためにⅢの題で掲げた試みをなす。「ホームレス(家がない)」ということは、現象的にはどの時代にもあると考えられるが、本稿で問題にしているホームレス事態は、歴史貫通的ではないということを本稿Ⅲで明確にする。そうしなければ、ホームレス事態やホームレスの人の理解も正しくならないだろうし、更には法の立場からのホームレスの人の位置づけも不明確になるだろう。私は、この法的位置づけが、ホームレスの人の権利問題を考えるのに

必須であると考える。

前稿Ⅱでイギリスのホームレスの人に関する法的定義を訳した時、私はそれに関する法律（Homelessness Act 2002）が、その前法の住宅法（Housing Act）から独立したことを指摘した。そのことを示すのが、両法律の間に制定されたHousing（Homeless Persons）Act 1977である⁽¹⁾。イギリスの場合、ホームレスの人とホームレス問題は、住宅問題と関連して存在していた。私は、近代資本主義経済を支える都市形成とそこに住む人々、特に貧困階層の人々の住宅との係わりを探索することによって、ホームレスの人の出現過程を明らかできるのではないかと考える。素材としてロンドンを取り上げるのは、ロンドンの都市の発達がホームレスの人の出現の過程の典型例とは言えないにしても、彼らの出現の過程と彼らの（法的）特徴を示していると私は考えるからである。そうとは言っても、ロンドンの都市形成やそこから生じる社会問題に関しては、私は全くの素人なので、幾冊かの本を頼りにし、そこから更にホームレスの人の出現を論じているので、シ論の色が強くなっている。

Ⅲ-2 近代の家

近代への革命を経たイギリスのロンドンは、その首都として、西欧の商業、金融、娯楽の中心地として栄える。そして、1666年9月2日のロンドン大火（Great Fire of London）を機に⁽²⁾、旧市内（いわゆるシティ）やその周辺の改造が始まり、終着点がないままにその改造は続く⁽³⁾。都市改造に関連する道路の拡張、舗装、下水道、住宅、19世紀後半には鉄道建設、に関連する仕事が、労働者をロンドンに呼び寄せる。いわゆる産業革命の影響を受けて、ロンドンでは、伝統的な絹織物産業は停滞したが、消費物資の産業や造船業が堅調に発達した⁽⁴⁾。これらが、労働者を一層ロンドンに引きつける。1800年には、およそ100万人といわれたロンドンの人口は、1881年には450万人に、1911年までに700万人に達した⁽⁵⁾。

ロンドンの繁栄は、富める者と貧しい者の両者を作り出していく。本稿の課題からも、富める者の家の問題に少し目を向ける。

○近代の意味における家（house）

原著の題名が *What Jane Austin Ate and Charles Dickens Knew* (1993) である書物は、ブリーク・ハウス（『荒涼館』1853～1853年）やネザーフィールド・ハウス（『自負と偏見（高慢と偏見）』1813年）といった小説のハウスについて興味深い指摘をしている。「この「ハウス」という言葉が使われるようになったという事実は、人々が住まいの快適さについて関心を持つようになったことを反映するものである。」⁽⁶⁾ 同じ著者も指摘し、そして幾つかの英和辞典でも記載されているように、houseが労務所（workhouse）の口語的な呼び方であったことも我々は覚えておこう。前者の意味では、イギリスの産業資本主義の発展により、個人やその家族が住む建物の一般的名称となっていく。すなわち、夫婦を核にした家族がその私生活を享受する基盤としての家（house）の成立である。生活様式を含めた意味での家に関して、ゾンバルト（Sombart. 1863-1941）の指摘も教わる所がある。「中世の奢侈のほとんど多くは公共的であったが、それがしだいに個人的になっていった。しかも個人的でも、往時の奢侈はほとんど家の中よりも戸外でくりひろげられていた。ところが、[1200年から1800年へと] 時代がすすむとともに奢侈はだんだんと家の中に、家庭的なものに置き換えられていった。」⁽⁷⁾ もちろん、このような家の生活を享受できる人の層は限られる。

イギリスでは、産業資本主義の進展と同時に、次のような家の建設が進む。19世紀初め頃から、小規模な家屋の連続住宅（terrace house）や独立住宅（detached house）、準独立住宅（semi-detached house）が、周辺の新しい郊外に拡大していく⁽⁸⁾。これを可能にしたのは、ロンドンのある場所を起点駅にした、1829年に開設された乗合馬車（omnibus）、1836年に開設された鉄道という交通手段の発達である⁽⁹⁾。鉄道の建設によっ

て、「事務員や書記、熟練職人や官吏、学校教師や簿記係らは、新しい住宅地へのますます勢いを増す移住に加わったが、これらの住宅地は、……無計画で統制のない開発方式によって、投機的建築業者たちが建設を進めていたものである。郊外の新しい鉄道駅の周辺には、……まもなく独自の生活……をもつ小さな町が発達した。外観の点では、これらの新しい郊外住宅地の大部分は、ひどく落胆を誘うものであった。住宅は規格化され、安普請で、形状と色調の点での単調さは気が滅入るほどであり、連続住宅^{テラス}で建てられるか、または整然と釣り合いのとれた狭苦しい二戸建準独立住宅^{セミ・ディタツチト}であった。」⁽¹⁰⁾ 社会主義者エンゲルス (Engels, 1820-1895) は、購買者達をおおむね「小ブルジョア」と看做している⁽¹¹⁾。

○住宅と憲法

これが、主に中流といわれる階級に見られる家の変化である。家の重要性は法に反映されているだろうか。残念ながら、不文法のイングランド法では判例を読むまでは何も言えないし、私にはそれがなしえない。安直に18世紀後半のイングランド法の権威ブラックストンの『英法釈義 (Commentaries on the Laws of England)』を開くと「そしてイングランド法は非常に際だって用心深い配慮を人の家の不可侵性 (immunity) に払っている……。」⁽¹²⁾ と書いており、その淵源として17世紀の裁判官Coke (1552-1634. クック、コーク、コックと日本語では書かれる) やさらにはローマ法まで引いている。しかし、この文とその引用された法からは、ブラックストンが近代的な家 (夫婦を核にした家族が住む家) の観念で書いたかどうか明らかでない。そこで、やや強引ではあるがイングランド法から離れて、他国の憲法を見てみると興味あることがわかる。

近代憲法は、フランス、1789年「人および市民の諸権利宣言」第2条に規定されているように「あらゆる政治的団結の目的は、人の消滅することのない自然権を保全することである。これらの権利は、自由・所有権・安全および圧制への抵抗である。」⁽¹³⁾ として私的 (個人的) 所有権を保障す

る。個人が何らかの法的形態で持っている家もこの所有権の対象に含まれる。ところが、日本国憲法は、第35条で住居の不可侵を特段に規定している。この条文は、それが置かれている前後の条文から刑事法に関連していることがわかるが、その意味は後述するように重要である。いまこの第35条の淵源を辿ると1791年アメリカ合州国憲法修正10カ条の（修正）第4条「何人も、その身体、住居（houses）、書類および所持品について、不当なる搜索および逮捕押収をうけることのない権利は、侵されない。令状はすべて、宣誓または確約によって支持される、正当な理由にもとづいてのみ発せられること、かつ搜索する場所および逮捕押収する人または物を明示することを必要とする。」⁽¹⁴⁾に求められる。ヨーロッパでは、「一九世紀前半につくられたものとしては、かなり進歩的な内容をもち、……多くの外国で、理想とされ、手本にされた」⁽¹⁵⁾ 1831年制定のベルギー国憲法第10条が「住居は、これを侵すことはできない。住居の搜索は、あらかじめ法律の定めた場合に、法律の定める形式によるのでなければ、これを行うことができない。」と定める⁽¹⁶⁾。この後、1848年、フランス2月革命により成立したフランス共和国憲法第2節第3条が「フランスの領土内に居住するすべての者の住居（La demeure）は、不可侵である……。」⁽¹⁷⁾と規定する。ドイツ憲法では、発効に至らなかった1849年4月公布のいわゆるフランクフルト憲法第140条が「（一）住居（Wohnung）は不可侵である。〔原文改行〕（二）家宅搜索（Haussuchung）は、次述のところによってのみ許される。〔原文改行〕（1）裁判官の理由をそなえた命令にもとづき。この命令は、ただちに、またはこれにつづく二四時間以内に当事者に交付されるべきである。（2）現行犯で追跡された場合において、法律上権限ある官吏により。（3）〔略〕〔原文改行〕（三）家宅搜索は、可能な場合には、家族の立会いのもとになされなければならない。（四）〔略〕」⁽¹⁸⁾と規定し、1850年のいわゆるプロイセン憲法第6条が「（一）住居は不可侵である。住居への侵入および家宅搜索、並びに信書および文書の押収は、

法律で定められた場合および方式においてのみ、許される。』⁽¹⁹⁾と規定した。そして、プロイセン憲法のこの条文が1889（明治22）年大日本帝国憲法の第25条「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラル、コトナシ」に継受される。これらの条文が発効した時にどの程度実効性を持っていたかどうかは、今不問にして、私の考えでは、明らかに、18世紀終り頃より、住居（houses, demeure, Wohnung）が、国家によって保障されるべき私的所有権の対象の一つとしてだけでなく、個人の生活のいわば聖域として憲法上認識された。憲法による住居の言及は、近代社会において形成された個人（私）生活の場としての住居の重要性に対応している。憲法典のないイングランド法については、19世紀後半に『憲法序説（*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*）』を書いたダイシー（Dicey）が「免責法（*An Act of Indemnity*）」に関連して、このように述べている。「大臣の命令で逮捕がなされ、その結果、個人の住居家屋（*a private dwelling-house*）、個人の財産、または同様の物への違法な侵害を含む状況になったと仮定せよ。……逮捕を命令した国務大臣と彼の命令を遂行した公機関は法を破った。彼らは、自らの行為は秩序の維持のために規定された必要性によって正当化されるという善意（*bona fide*）の信念の下で行為したかもしれない。しかし、このことはそれ自体、人身保護法が停止されていようがないかにかかわらず、逮捕を遂行した人々を刑事的そして民事的な責任から免除しないだろう。』⁽²⁰⁾彼は、ベルギー憲法についてこう語っている。「確かに、ベルギー憲法は、イギリス憲法の成文化された複製にほとんど近い……。』⁽²¹⁾イングランドでもダイシーという学者を通じてであるが、1880年後半には憲法的観点からも住居の重要性が認識されてきている。

Ⅲ-3 貧困層の動向

○階層（階級）区分

（龍法 '22）55-1, 358（358）

本稿の課題に関連する貧民はどのような住の変化を受けるのか。この課題に掛かる前に、先ほど唐突に中流階級という言葉やその具体的職業を記したが、この時期になって、イングランドの社会構成の認識に変化が出てきたことを示しておく。（当時の理解は、現代の理解と差がある。）中世の共同体から解放された個人から成る近代という新しい社会は、当時の識者によってどのように把握されていたのかの。これは、以下のことを述べる前提となる。

「政治学に属する基本用語の様々な使用を説明する」目的で1832年に出版されたGeorge Lewis 著の*Remarks on the use and abuse of some Political terms*（ジョージ・ルイス著『幾つかの政治用語の使用と誤用に関する所見』）という書物は、「富裕者と貧困者（Rich and Poor）」をその一つの章に割り当てている。その章の中で、著者は次のように書いている。富裕階層と貧困階層は、歴史的にも国の発展に依拠する相対的な言葉である。イングランドでは、中間階層という言葉が導入される。貧困者（poor）は、厳密に貧困者と呼ばれる者と困窮者（paupers）すなわち物乞い人（beggars）に分類される。「この〔厳密な〕意味での貧困者は、富裕階層と中間階層に比べて、個々にはより少ない量の生活の必需品と必需品を享受しているが、全体的には継続的な労働と質素な生活様式によって、十分快適な存在を維持することができる。奴隷制が存在しない国では、手工業、採掘業、農・畜産業についての肉体労働（manual labour）に従事している人の大部分が、この階層に属している。他方、継続的に欠乏と戦い、飢餓の危険に晒され、あるいは衣服や住居（habitation）の不十分さから天候に晒されている人は、困窮者すなわち物乞い人と呼ばれる。」⁽²²⁾

ルイスは、当時の他の人の見解も紹介している。〔Robert John〕Wilmot Horton, 'Inquiry into the Causes and Remedies of Pauperism' [1830年頃発行] ホートンは、貧困者を1、労働者（Labours）、2、頼るべきすべのない貧困者（Helpless Poor）3、困窮者（Paupers）、4、物乞い

人 (Beggars) に分類している⁽²³⁾。〔Henry〕 Fielding, 'The Causes of the late Increase of Robbers' [1751年発行] フィールドディングは、貧困階層を、1、働くことのできない貧困者、2、働くことができ働こうとする貧困者、3、働くことができるがそうしない貧困者に、分類した⁽²⁴⁾。

注意すべきなのは、彼らの意見では、労働者階層と貧困階層は分かれているのではなく、むしろ貧困階層の部分に労働者階層が含まれていることである。

○労働者・貧困層の住

貧困階層の一員である労働者の多くは、労働条件に縛られて、職場の近くに安息の場を求めざるをえない⁽²⁵⁾。ロンドンでの鉄道の敷設や新しい道路の建設は、労働者に仕事をもたらすが同時に、仕事場の辺りにあった彼らの住む場を奪う⁽²⁶⁾。彼ら労働者の多くは、労働者街でもあるスラム街に住んでいたのであり、そこを追われた人は、新たなスラム街に場所を求める。「……ロンドンの貧民の大部分は、……古革色の天井、割れた部分に紙を詰め込んだ窓、修繕できないほど壊れた家具、絨毯代わりにするために、おそらく三、四枚のマットを繋ぎ合わせて敷いた腐りかけた床板の部屋に詰め込まれて、一つのベットまたは綿屑を詰めたマットレス（南京虫がうようよしている）で五人が寝た。何千人おそらく何万人の人びとが、ドッグ近辺、ドルアリー・レイン [Drury Lane]、セント・ジャイルジズ、ホワイトチャペルのラトクリフ大通り [今日では The Highway (E1) と名前が変えられている。石井注]、ローズマリー・レーン [現在のロイヤルミント街・訳者横山注]、スロールド街界隈の安い簡易宿泊所で寝た。』⁽²⁷⁾ 低賃金の労働者は、プライベートのないうちで、見知らぬ人との詰め込み生活をしてきた。

産業の発展が、貧富の差を拡大させた。貧富の拡大からの社会問題を政治や経済の仕組みに原因を求めて、それらを改革しようとする運動や行動があった。にもかかわらず、ポーターはこう指摘している。「概して、ロ
(龍法 '22) 55-1, 360 (360)

ンドンでは公共秩序に対する脅威は、顕著に小さいものに留まった。革命が多くヨーロッパの首都を揺るがした1830年と1848年でさえ、ロンドンはかなり平穏だった。大きなチャーティストの示威行進も穏やかであった。どのようにしてこの静穏を我々は説明するのか。〔原文改行〕労働者階級は、急速に政治的に孤立化された。シティの関係者とブルジョアジーは、最早、急進的な感情を路上の騒乱者とわかちもたなかった。ヴィクトリア期ロンドンの圧倒的な大きさと労働者階級の内的な区分化が各の役割を演じた。ロンドンは、扇動するには余りにも大きくなりすぎた。働く人たちは、ほとんど結束も同質性も持たない、局所化され断片化された多くの小『島』を構成すると言われた。』⁽²⁸⁾

以上を前提にして、貧困階層の住宅問題に移る。貧困階層を構成する労働者層にも分化が生じ、住宅を安定的に借りたり購入することができる労働者が出てきた。私は、ポーターのすぐ前の文に、第7代シャフツベリー伯アントニー・アシュリー＝クーパー（The 7th Earl of Shaftesbury, 1801-85）が1860年代に言った言葉を重ねる。「もし労働者が自己の家をもつならば、私は革命に対する不安はない。」⁽²⁹⁾ 彼は、アルバート殿下（Albert, Prince Consort）を後援者にして、関心ある時の有力者の支持を得て、労働者に住宅を提供し彼らに有利な形で資金提供する「労働者階級の状態を改善する協会（Society improving the Conditions of Labouring Class）」を1844年5月に設立した。この協会は、1846年に最初の労働者住宅をロンドンのペントンヴィル（Pentonville）に建設した⁽³⁰⁾。第7代シャフツベリーの協会は、今日的に言えば公的裏付けをえた非政府組織と言えよう。第7代シャフツベリーは、労働者階層の政治的過激化を、彼らに住宅つまり中間階層に似た私的生活をもたせることで阻止しようとした。イングランドのこの期の貧困階層の住宅問題は、政治問題と絡んでいた。この場合の政治問題は、労使の直接的な階級対立の意味もあるが、都市問題に対する労働者の不満に対応するという意味を含ませて私は使う。

シャフツベリーの試みに該当する労働者よりもより収入の低い労働者や困窮者に対してジョン・ラスキン (John Ruskin. 1819-1900) の援助を受けて1885年に住宅を提供するように取り組んだ人にオクタヴィア・ヒル (Octavia Hill. 1838-1912) がいる⁽³¹⁾。その後、アメリカ合州国出身の実業家ジョージ・ピーボディ (George Peabody. 1795-1869) が設立した慈善団体Peabody Donation Fund や1888年に法律によって設立されたロンドン市議会 (London County Council) 等が、労働者や貧困者に住宅を提供する事業を展開する⁽³²⁾。

チャーチスト運動に代表されるような労働者運動の過激化を防ぎ、社会的安定をもたらすのは、彼らに住宅を持たせるのが良いとするのが、一部であるが有力な社会改良家や博愛主義者の考えであり、彼らはその考えを実行に移した。彼らの先行的な運動をうけて、政府も少し遅れて住宅に関連するいわば「住宅法 (Housing Act)」と称される立法の制定に係わり始めた。1851年に、地方機関に労働者住宅を建設するための資金を募ることを認めたいわゆるシャフツベリー法がその皮切りとなる⁽³³⁾。イギリスで住居 (residence) に関して強行的な法が制定されたのは、1866年の衛生法 (Sanitary Act 1866) であり、以後この法の不備を補ったり拡張するために法律が制定されていく。有名な住宅法としては以下がある⁽³⁴⁾。制定に尽力した議員の名を冠したトレンス法 (Torrens Act 1868)。正式名、Artisans' Dwellings Act「職人居住法」、この法律によって地方当局 (Local Authority) は不適切な住宅の閉鎖を命じる権限が付与され、地方当局は不衛生な居住 (dwelling) に対して取り壊すか修繕の責任をその所有者に課した。クロス法 (Cross Act 1875)。正式名、Artisans' and Labourers' Dwellings Improvement Act「職人と労働者の居住改良法」、この法律によって地方評議会 (Local Council) はいわゆるスラム街を再開発する権限が付与された。この法律は補償条項を設けていたが、補償を得たのは地主だけだった。クロス法とその前法のトレンス法は、スラム街 (龍法 '22) 55-1, 362 (362)

の一掃とその跡地に労働者階級の住宅を建てることを目的としていた。これらの法律は、有名なので挙げたが、実際は、これらの法律も常に議論され時に応じて改正されていくが、結局は死文と化す⁽³⁵⁾。1890年のHousing of Working Class Act（労働者階級住宅法）によって、自治体公営住宅制度が確立される。

ロンドンでは産業資本主義制度の矛盾は都市問題として現われた。そして多くの労働者層を含む貧民階層に対して、公衆衛生、治安対策、社会政策、慈善事業といった観点から、彼らに住居を提供するという取り組みがなされた。これは、資本対労働という階級対立の激化を避けると同時に、貧困階級＝労働者階級を更に分割する機能を果たした。それにもかかわらず、資本主義経済の発達とそれに付随する都市開発によって、住宅を獲得できないどころか屋根の下で暮らせないという人が排出された。

Ⅲ-4 救貧法と路上生活者

○救貧法

生活を維持するには十分でない労働者、雇用条件が合わなかったり、身体や精神が労働に耐えなかったりする人は、どうなるのか。「イングランドには国法として救貧法があった。（これは異色であった。ほとんどのカトリック教国では、救済は教会による慈善寄金の分配に委されていたのである。……）」⁽³⁶⁾ イングランドには、エリザベス一世統治時代（1558-1603）の1601年に制定された（旧）救貧法があり（正式名称：An Act for the relief of the poor）⁽³⁷⁾ それは、貧民の救済の名目で、その後も幾度か改正され続けた。

（旧）救貧法は、教区というヨーロッパ中世社会の基礎単位を基に制定されており、共同体のキリスト教精神を頼りに実施されていた⁽³⁸⁾。（旧）救貧法は新しい社会状況に対応できないとして新救貧法（「改正救貧法」 Poor Law Amendment Act of 1834）に取り替えられた。「新しい救貧法は、

労役所の排他的な支配を打ち立てた。労役所以外の救済はなかった。』⁽³⁹⁾
この立法の作成を主導したのは、ロンドンの公衆衛生に尽力した、功利主義者ベンタム（Bentham, Jeremy. 1748-1832）の仕事を補助した経験のあるチャドウィック（Chadwick, Edwin. 1800-1890）であった。仕事も住所もない者には、新救貧法によって仕事と宿を与えるということになっていたが、この救貧法は評判も悪くまともに実施されなかった⁽⁴⁰⁾。

新救貧法で救済されない、あるいは救済を逃れようとした最貧民はどうなるのか。私は、アメリカ合州国のジャック・ロンドン（Jack London. 1876-1916）が1902年にロンドンの最貧地区と言われるイースト・エンドに潜入し、活写した『どん底の人びと（*The People of the Abyss*）』の次の一節に注目する。「新しい人種、すなわち街頭人種〔a street people〕が現れたのである。彼らは生涯を仕事と街頭で過ごす。穴ぐらや巣〔dens and lairs〕はあるが、そこへは眠るためにもぐりこむだけだ。そうした穴ぐらや巣を『家〔homes〕』と呼ぶことによって言葉を茶化したり（traversity）はできない。』⁽⁴¹⁾ この文で私が気がつくのは二つである。一つは、a street people（街頭人種、路上生活者）という集団が、言葉としてこの20世紀前後に登場してきたことである。もう一つは、homesという言葉である。私は、ここでのhomeという言葉の含意を十分理解できないが、私は、これを、著者は、彼らの穴ぐらや巣さえも、彼らにとって、houseではなくhomeであることを愛情ある皮肉で表現していると理解する⁽⁴²⁾。homeは、一軒家のhouseだけでなく、アパートメントや一室といった住む所も包含する意味を持っているが、それと同時に、故郷や本拠地といった精神的な何かを意味しているので、homelessというのは日本語では「宿がない」「家がない」という意味以上の「寄方（よるべ）なき」を包含しているのだろう。前稿で示した英米法系の「ホームレスの人」の定義を読むと、日本の定義と比べその感がする。

産業化が進み都市に人口が集中して生じる今日のホームレスの人に近い
(龍法 '22) 55-1, 364 (364)

人が、a street peopleという語で表わされている。本稿が多く頼っている Porter, *London: A Social History* が、Charles Booth, *Life and Labour of the People in London* (9vols, 1892-1897) におけるロンドンの社会階層の分析を紹介している。ポーターが、プースの最下位の階層に関する文を引用しているので、その部分を少し私は訳しておく。「最下位階層は、共同使用の下宿屋 (common lodging houses) の同室人そして町内の最も下位の人びとと共に、何らかの時折雇われる労働者、街頭販売者、怠け者、半ば犯罪者から成る。夜に見つけだせる避難場所を見つけるだろう家無き宿無し人 (the homeless outcasts) は、彼らと同様にみなされるべきである。」そして、プースは、この層の人口を、貧民が多いイースト・ロンドン地区人口の1%にすぎないと見積もっている⁽⁴³⁾。プースの記述で目に留まるのは、the homeless outcastsである。彼の記述も、1890年前後の彼自身のロンドンの観察に依っている。イギリス経済史の知識によれば、1873年から1896年までのイギリスは大不況の時代であり⁽⁴⁴⁾、ジャック・ロンドンやプースの描いた最貧の人は、この不況の影響を受けていると推測できるだろう。

the homeless outcastsであれa street peopleであれ、彼らは路上で安心して過ごせる訳ではなかった。1829年には、ピール首相によって首都警察が創設され、1850年をすぎる頃には一定の秩序がロンドンに確保された⁽⁴⁵⁾。このことは、路上という人々が行き交うという意味での公的領域が、公機関あるいは公法によって管理されるという意味での公的領域への色合いを濃くすることを意味する。(後者の意味での「公」は、以下では「官」という語で明示する場合がある。) 1824年には、イングランドでは Vagrancy Act (浮浪者取締法)、正式名「怠惰で秩序を乱す人、ならず者、放浪者をイングランドと呼ばれる大ブリタインの地域で処罰する法律」(An Act for the Punishment of idle and disorderly Persons, and Rogues and Vagabonds, in that Part of Great Britain called England) が制定さ

れた。その第3条は、働ける体であるが働く意思が無く自分や家族を養えない人〔1〕、無免許の行商人〔2〕、公道やその他の場所を徘徊する売春婦〔2〕、物乞いをしたり、子供にそうするように促したりするために公道や戸外で徘徊する人〔3〕を、怠惰で秩序を乱す人とみなし、一ヶ月以内の矯正院（House of Correction）での重労働に科すと規定した⁽⁴⁶⁾。もちろん、この法律が厳格に執行されていたかどうかは分からないが、ジャック・ロンドンは、主な通りと公園は夜間警察官が巡回していたと報告している⁽⁴⁷⁾。

ブースとジャック・ロンドンの2人から推論する危険を知りつつ、彼らが描いた人びとは、ホームレスの人を生み出した社会の経済構造からみれば、今日のホームレスの人の源流としてみなせるだろう。

○ホームレスの人の位置づけ

私は、2、3冊の本を頼りにしながら、主に1800年代のロンドンの都市と住民の家を巡る主題を散漫であるが記してきた。この大雑把な叙述から、更に説得性に乏しいという非難を受けることを覚悟の上で、私は、ホームレスの人の出現とある視点から見た彼らの位置づけを試みる。

非定住者は、人類が定住する頃から、定住者の対局者として存在する。その意味では、非定住者は歴史貫通的である。しかし、非定住者の社会的位置づけは、社会の経済構造に規定されながらその社会を支配する者によってなされるので、非定住者の具体的な特徴付けや位置づけは、歴史的刻印を帯びる。今日多くの人によって論じられているホームレスの人や彼らに対する法的扱いも歴史的刻印を帯びる。その刻印は、時代の共通性と個々の国や地域の特徴との合力で印される。私がイングランド、特にロンドンを取り上げたのは、イングランドは、ロンドンの独自性を認めたとしても、ホームレス事態の歴史的道筋を明確にしていると考えたからである。

私が最初注目したのはプールのハウスに関する指摘であった。この近代的な家（物理的な意味でのhouse）の観念は、主に中産階級から始まる⁽⁴⁸⁾。

余り言及されないが、1800年前後に導入された住居番号制度と郵便番号制度が、土地や家の所有の確定をもたらし、所有者に明確な所有意識を与える⁽⁴⁹⁾。近代的な家の特徴は、職住分離の形をとることで、生活領域を私的な領域とすることである⁽⁵⁰⁾。私的な家族的な生活の場が、個人的にあるいは家族に使用される商品に満たされた生活になると、家は、近代的な家庭（home）の場になろう。市民的な・世俗的（civil）な近代的家（homeとhouse）の観念は、私的所有権を基礎に成長する。

現実の資本主義生産機構の社会は、全ての労働者に住む所をあてがえなかった。ロンドンに集められた資本は、労働者を引き寄せはするが、彼ら全員の生活の向上をもたらすことまではできなかった。それどころか、労働者の置かれた環境は、労働力の搾取によって悪化した。労働者（貧困者）の一部は、政治的に急進的なり、体制を脅かそうとしたが、上述したよう労働者階級の分断によって下火になる⁽⁵¹⁾。人口の集中したロンドンの階級や階層を問わず、19世紀中頃の多くの人びとを脅かしたのは、健康問題であった⁽⁵²⁾。実際、ロンドンは、飲料水の含まれた細菌によって引き起こされる、1849年に被害の少ない、1854年に甚大な被害をもたらす、コレラに汚染される⁽⁵³⁾。また、ヒトジラミによって媒介されるチフスは、不潔な環境で発生し蔓延する⁽⁵⁴⁾。

一定の労働者階級（貧困階層）にそれ相応の家を購買であれ貸借であれ持たすというこの期のロンドンにおける住宅問題の解決法は、公衆衛生と体制の維持のためにも必要だったのである。先述した第7代シャフツベリー伯の言葉は的確である。この住宅保持政策は、住宅を持った者＝一部の労働者や貧困者に、質と内容は異なるが、富者や中流階層と同じ、私的領域を与えることになる。一部の労働者や貧困者に私的領域を持たせ、近代的な家庭像の一端を担わせると同時に彼らを労働者の共同的領域から引き離すという機能をもつ。このように、イギリスの場合、貧困者や労働者に対する住宅問題は、社会政策という形で生じており、それが以後社会立

法＝住宅法として法律化されていく。本稿が問題にしているホームレスの人に対する政策が20世紀中頃まで無いのは、ホームレス問題の理解が進まなかったのと、その問題よりもこの住宅問題が公衆衛生と階級対策の点で優先されたからである。約一世紀後に、ホームレスの人の問題が政治の俎上に置かれた時、その結実が住宅法の修正という形となったのは、この背景があったからである。

ホームレスの人は、上述したように19世紀の第4四半期から20世紀の前半にかけてあらわれている。第7代シャフツベリー、ヒルや慈善事業会社の努力にもかかわらず、ブースの言葉を借りれば 'homeless outcasts' (家無き宿無し人) が生じたのである。このブースの分類に対して、ポーターは「彼自身の偏見を見失わないよう」⁽⁵⁵⁾ と警告して書いている。私が紹介したブースの文章にも「半ば犯罪者」という言葉が使われている。先ず、このような偏見は、どこから来たのかもホームレス問題を考える際には考慮しておく必要がある。何故ならば、本稿(その1)で言及したような実質的にホームレスの人を取り締まる、いわゆる反ホームレス法 (Anti-homelessness legislation) を制定可能にする一因としてホームレスの人に対する過去からの偏見があるからである。この偏見はイングランドにおいてはこのように現れている。手がかりは、旧救貧法に関連した、ブラックストンの著作にある次の文である。「これら貧困者は、原則的に2つの種類である。〔彼らは〕病気で無力であるので働くことができない。〔あるいは、彼らは〕怠惰で頑強であり、何らかの誠実な生業をなすことができるがする意思がない。」⁽⁵⁶⁾「……我々自身の〔イングランドの〕法において、我々の古来の制定法が、『昼寝で夜起きており、行きつけの飲み屋と酒屋 (taverns and ale-houses) と夜のたまり場に出没しており、なおかつ誰も彼らがどこから来てどこへ行くのかも知らないような人々』として叙述している全ての怠け者 (idle person) ないし放浪者 (vagabonds)、あるいはジョージ2世治世17年法律第5号が非常に詳細に叙述している、怠惰で乱

(龍法 '22) 55-1, 368 (368)

暴な人 (*idle and disorderly persons*)、ならず者で放浪者 (*rogues and vagabonds*)、矯正できないならず者 (*incorrigible rogues*) と三つに分類したそのような者、すべてこれらの人々は、いかなる王国であれその良き秩序に対する違反者 (*offenders*) であり、その統治体の傷である。それ故、彼らは、今挙げた制定法によってすべて処罰される。……。」⁽⁵⁷⁾ ブラックストーンは、これらに分類された人を、国家の治安政策の立場から犯罪者と位置づけている。ブラックストーンが挙げた法律に書かれている人は、必ずしも構成員が均一ではない共同体を基礎にした中世の社会から何らかの理由ではみ出た非定住者である。従って、非定住者に対する中世の法の考えは、ブラックストンの描くところえ方になるだろう。

時代つまり社会構造が変わった。しかし、偏見は残存する。近代のホームレスの人を特徴付けるのは、中世の社会観に基づく共同体と個人の関係ではなく、近代社会によって成立する公的領域と私的領域の在り方と個人の関係である。近代になると公的領域と私的領域との区別が色濃くなり、そして公＝人々の意味に「官」の色が混じり始める。私的領域は、近代的私的所有権の考えを基礎に、その領域とその領域で合法的に活動できる人を確定する。住宅に関して言えば、職住分離の住宅は、その家に住む人や家族の私的領域を確保する。職住分離された店や仕事場は、仕事での人びとの交流はあっても、それ以上の機能は求められない。私的領域は、許可されない第三者にとっては結界となる。他方、街路や交通網の整備、公衆衛生と環境の推進といった名目で作られた道や公園は、元来はpublicな（公衆の、人びとの）ものであり、ミル (Mill, Jhon Stuart. 1806-1873) の表現に従えば、他人の権利や自由を侵害しない限り、自由に利用できるだろう。しかし、ジャック・ロンドンが書いている。「彼ら〔権力者〕は、夜通し家のない者たちを歩きまわらせる。戸口や通路からも追いだし、公園からも締めだす。」歩道で立ち止まることは、禁止され、大きな公園は夜間閉鎖される。警察官は絶えず巡回して、貧乏人に注意する⁽⁵⁸⁾。Pub-

lic は、「人びとの」という意味から、管理さらには監視を通じて「官」の意味を強くする。労働者街と言われる住民にとっては公私の曖昧な場所が取り払われ、住む所をなくした（ホームレスの）人は、公的領域にその場を求めるが、「公的」領域が官に管理、監視された公へと色濃くなると、その領域からも排除される。ホームレスの人の困難は、自らの場を公私という両領域にも見いだせなくなることである。そして、彼らは上述の法律によって犯罪者とみなされること、そしてその犯罪名に昔からの名称が使われることで従来の偏見が彼らにのしかかる。

現代のホームレスの人に近い人は、イギリスの18世紀頃からの生産構造の変化がもたらした都市問題から出現した。当時は、貧困者（労働者）の居住環境が悪いため、ホームレス（路上生活者）の問題よりも貧困者（労働者）の住宅問題が、労働者階級対策と公衆衛生対策という2つの観点から優先された。その住宅問題は社会政策として出され、法的には社会立法の形態をとった。法的形態としてこうなったのは、イングランドの法の在り方がいわゆる不文法主義であることも関係しているだろう。

ポーターによれば、今日のホームレス現象に近い状態は、ヴィクトリア時代（1837-1901）末期に「公衆衛生の改良、普通教育（mass education）、広範な慈善活動、徐々に拡大する公機関の福祉サービス、利用しやすい雇用制度、特に最低食料価格制度の結合で」終息した⁽⁵⁹⁾。

ホームレス問題がイングランドに再び問題になるのは、サッチャー（Thatcher）政権（1979-90）の頃よりとされている⁽⁶⁰⁾。その詳しい過程は、私の問題関心から外れる。その解決のための立法が、ホームレスの人は家のないことに注目して、再度、住宅法の一環として制定された。したがって、ホームレスに関する立法は、住宅法と同様、社会立法に属する。しかし、公的であれ（慈善事業を含む）私的であれ住宅それ自体の獲得は、法の形式では契約になる。給付事業を含まざるをえないホームレスの人に
関する事業は、住宅のこの法的な獲得形式と異なる。その事業は、困窮者
(龍法 '22) 55-1, 370 (370)

に対する行政としての社会福祉（給付行政）に含まれる事柄である。イギリス場合、ホームレスの人の関連法が、住宅法から出発し、それから独立したことは、ホームレスの人の上述の特質から考えて当然といえる。

以上の論述から私の主張したいことは、ホームレスの人の社会的なそして法的な位置づけが、ホームレスの人の初発的形態を探索することで、そこからそれらの位置づけが鮮明になるということである。私は、これを基に、私が日本のホームレス自立支援特措法におけるホームレスの人の定義を初発的定義と指摘したのである。初発的形態のホームレスの人は、産業資本主義の社会構造から生み出された労働者層を含む貧民階級であり、住宅を持ち得なかった人と言えよう。この説明で重要なことは直ぐ上で述べたことである。資本主義社会あるいは近代社会がもたらした、法による私的領域と公的領域の区別の厳格化、そして公的領域が官（公機関）の管理する領域になることによって、いわゆるホームレスの人たちは、その境界の狭間で自己の拠り所（home）を見つけざるをえなくなった。彼らは狭間にいる限り、私生活の主体から私生活の妨害者（例えば、良い住宅環境での徘徊者）として私的領域から排除され⁽⁶¹⁾、行き場を求めた公的領域からも、その管理者に成った公機関によって、公共施設の不当な使用者（例えば、公園で寝泊まりしている人）として排除される⁽⁶²⁾。彼らの多くは不定で不定期的な職業に就いているので、例えば日用品の売買契約はあったとしても、確乎たる私法上の主体として登場しにくいし、成年男性普通選挙権と成年女性に対する条件付き選挙権を認めた1918年の選挙法でも投票権の要件である住所を所持していないので⁽⁶³⁾ 公法上の主体にもならない。

寄方のないホームレスの人は、近代社会では、共同体からではなく、私的化された領域と公的化された領域という区分化された社会領域から周辺に追いやられている。私的領域と公的領域の周辺に追いやられていることは、ホームレスの人は、法主体としては、私法的領域からも公法的領域か

らも常に法主体として認められにくい立場なるか⁽⁶⁴⁾、法的に排除される客体や犯罪予備軍とみなされやすくなる。両社会領域での周辺化が、ホームレスの人への疎外、社会的偏見や汚名の下支えをなし、彼らの法的主体の曖昧さが、彼らへの法的偏見と汚名の下支えをなし、場合によれば反ホームレス法の対象者にされるのである。彼らは、社会的領域でも法的領域でも狭間に置かれているがゆえに、疎外や刑罰の対象になり易くなる。

Ⅲ-5 アメリカ合州国

英米法圏として括られるアメリカ合州国の法であるが、ホームレス法に関する限り、歴史的背景も異なるので、両者のあり方は、相違を看過してよいほど同じではない⁽⁶⁵⁾。

アメリカ合州国でホームレスの人がどのように出現してきたかを調べるには、大都市を一つ一つ調べ上げていく方法が確実かもしれない。しかし、私はアメリカ合州国の歴史に昏いのでなしえない。「usa, homeless, history」の用語でコンピュータで検索すると、アメリカ合州国では、仕事を求めて転々と移動する、1870年代の‘tramps’、1880年代西部アメリカ‘hobo’と呼ばれる人がいたことと⁽⁶⁶⁾、南北戦争後の経済衰退期の1870年代にホームレス問題が国家的な議論になったことを教えてくれる。そして、彼らが刑罰の対象になっていた。しかし、現代的な意味でのホームレス現象は、1970年代か1980年代初期であると言われている⁽⁶⁷⁾。アメリカ合州国の場合、一般的にホームレスの人の出現は、現代的な現象とみられている。その理由を知るには、より深くアメリカの歴史を知らねばならないだろうが、私の能力を超える。

Ⅲでは、ロンドンの近代史的を絞ることで、私は、ホームレス事態、ホームレスの人々の出現とその特徴を提示した。再度繰り返すと、ホームレス事態は、主に個人の責に帰する問題ではなく、次の言葉は一般的には
(龍法 '22) 55-1, 372 (372)

使われていないが社会的災害、社会機構的災害から生じていると言えよう。私の次の課題は、ホームレスの人の状態を人権の立場からどう解決するかである。

※本稿での諸記号の使用法

本稿で利用したウェブ・サイトからの文献については、その文献のあるサイトを記している場合と、文字数の節約から検索語の下部分に波線（XXXX）を付ける又は論文の場合（PDF版）と付記している場合がある。イギリスの法律については、イギリス政府提供のサイト<https://www.legislation.gov.uk/>を使用している。これらのネット上の資料の掲載は、2021年10月1日まで私が確認している。

字体や記号に関して。

斜体字は、原文イタリック体である。

丸括弧（ ）は、英文のものであり、亀甲括弧〔 〕は石井が使用している。括弧（「 」または『 』）内の二文字分の……は、原文を略した場合用いられる。

引用した縦書き日本語に傍点が付されている場合は、傍点に代えて黒点を付けた。

イギリスは、イングランド、ウェールズ、北アイルランドを指す時に用い、イングランドと意図的に使い分けている。

アメリカ合衆国については、本稿では州が言及されるので、本多勝一氏によって広められた The United States of America を字義通り訳した「アメリカ合州国」という表記が用いられる。

（1）前稿注（19）。

- (2) Roy Porter, *London: A Social History* (1994), pp.105-109. p.107に延焼箇所
の地図がある。Ⅲの部分の私の叙述は、Porter のこの本の基礎にし、2、3
の文献を私の論の補強に用いている。クリストファー・ヒバート、横山徳爾
訳『ロンドン ある都市の伝記』(原著1977年、訳書1997年)、第6章参照。
ヒバートは、大火発生日を9月1日と書いているが、間違いである。なお、
本稿でロンドンと言う場合、ダニエル・プール著、片岡信訳『19世紀のロン
ドンはどんな匂いがしたのだろうか』(1997年)、32-37ページにおけるロンドン
の説明が参考になる。
- (3) ヒバート、前掲書、11章。Porter, *op. cit.*, chp.9. が、1820-1890年間のロン
ドンの改造に詳しい。改造事業は、火災直後に国王の勅命委員(3名)とロ
ンドン市(いわゆるザ・シティ)からの委員(3名)による委員会を中心に
再建案が作成され、そしてロンドン再建法(Rebuilding of London Act
1670)に基づいて、一部は再建されたが、他の部分は計画性を欠いたままな
されていった。ロンドンには、当時ロンドンと言われる区域を統一的に管理
する政治的機関がなかったからである。1888年になってようやくロンドン市
議会(London County Council)が議会法によって設置された(Porter, *op.*
cit., ch.10. & p.226.)。ロンドンの都市改造に関しては、1855年首都管理法
(Metropolitan Management Act)によって設置された首都建設局(The
Metropolitan Board of Works)の役割が大きい(*Ibid.*, pp.319-324.)。
- ロンドンの改造は、孫引きになるが、1839年にサウスウッド・スミス(後
注31参照)が述べた言葉が重要である。「富裕な階級の住む地域では、道路を
拡張したり……排水溝や下水を延長し改良する……体系的な努力が大規模に
進められてきたが、貧民の住む地域の状態を改良するためには何もなされて
いない。」エドワード・P・トムスン、市橋秀夫、芳賀健一訳『イングランド
労働者階級の形成』(2003年)、383ページ。ゴミ、下水、墓、便所、等のヴィ
クトリア朝のロンドンの都市衛生問題に焦点を当てた日本語訳書物としては、
ジャクソン、寺西のぶ子訳『不潔都市ロンドン』(2016年)参照。
- (4) A・ブリッグス、大内秀明監修、小林健人訳『(マルクス イン ロンド
ン』(1983年)、17-18ページ。
- (5) Porter, *op. cit.*, p.249. ポーターによれば、マンチェスター、リヴァプール、
バーミンガム、リーズ、グラスゴーといった産業都市も1800年代には百万都
市にはなっていない。*Ibid.*, p.226は、1800年には唯一ロンドンが人口100万都
市であり、1850年迄にパリとニューヨークがそれに加わる。
- (6) プール、前掲書、281ページ。
- (7) ゾンバルト、金森誠也訳『恋愛と贅沢と資本主義』(2000年、講談社学術文
庫)、196-197ページ。著者は、この傾向に果たした女性の役割を強調してい
る。
- (8) ヒバート、前掲書、204ページ。
- (9) Porter, *op. cit.*, pp.271-281. Porterは、これをthe commuter revolution (交

通往来革命」と記している。ヒバート、前掲書、278ページの訳では、「運輸革命」と記されている（原文は、石井には不明）。ブリッグズ、前掲書、19ページ。湯沢威「第2章 産業革命の時代」（湯沢編『イギリス経済史』（1996年）、19-20ページは、産業革命時期のイギリス全土の「交通革命」で、1751～72年の「ターンパイク・マニア」、1792～93年の「運河マニア」を挙げており、蒸気鉄道の登場を産業革命の終了の頃と記している。なお、宅地開発に関する法的手続きについては、ポロック、平松紘監訳『イギリス土地法』（訳1980年）、158-160ページ参照。

- (10) ヒバート、前掲書、284ページ。
- (11) エンゲルス、マルクス＝エンゲルス 8 巻選集翻訳委員会訳『住宅問題』（1872年執筆）（エンゲルス、マルクス＝エンゲルス 8 巻選集、第5巻所収）、115、116ページ参照。なお、ブリッグズ、前掲書、77-84ページによれば、マルクス（Marx.1818-83）は、彼の配偶者イエニー（Jenny）が遺産相続で得たお金を基に、1844年開業のミッドランド鉄道の駅Kentish Town近くの小さな家を借りて（1856年）、ソーホー地区の2部屋しかない貸部屋から脱出（エクソダス・exodus）した。
- (12) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol.IV (1769) (Facsimile edition), p.223.
- (13) 高木、末延、宮沢編『人権宣言集』（岩波文庫）、131ページ。当該訳は、山本桂一。
- (14) 同書、「アメリカ」、121ページ。当該訳は、斎藤真。原文を石井が付加
- (15) 同書、「ベルギー」、清宮四郎解説、249ページ。
- (16) 同書、清宮訳、251ページ。
- (17) 同書、山本桂一訳、162ページ。原文を石井が付加。
- (18) 同書、山田晟訳、173-74ページ。原文を石井が付加。
- (19) 同書、山田晟訳、189ページ。
- (20) Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ch.5 The Right to personal Freedom. この文は、1889年の第3版をデジタル化している<https://archive.org/details/introductiontos04dicegoog/mode/2up>では、238ページ、入手しやすいWade edition（いわゆる第9版）では、233ページ、1915年の第8版（ダイシー自身の手になる最終版）PDF版では、143ページにある。初版は1885年に出版されているが、初版にもこの文が入っているかどうか確認できなかった。
- (21) Dicey, *op. cit.*, (Wade ed.) p.90; (8th ed.)p.38; (3rd ed.) p.85.
- (22) George Lewis, *Remarks on the use and abuse of some Political terms* (1832), p.151. この部分の著者の認識の背景には、次の事実がある。G・ステッドマン・ジョーンズ、長谷川貴彦訳『階級という言語』（2010年）、193ページ、「一七九〇年から一八四〇年にかけて、ロンドンの中産階級と下層民のあいだの距離が劇的に拡大する。」本稿で利用しているジョーンズの文章は「第

4章 ロンドンにおける労働者階級の文化と政治、一八七〇～一九〇〇年」からである。なお、本稿でClassを階層や階級と訳しているが、両者に区別を付けている訳ではない。

- (23) George Lewis, *op. cit.*, p.154.
- (24) *Ibid.*, p.155.
- (25) Porter, *op. cit.*, p.280. *Ibid.*, p.276は、「労働者階級の多くは、列車に乗った (travelled) ことがない」という1873年の *Workman's Magazine* の記事を紹介している。
- (26) ブリッグズ、前掲書、27ページは、退去 (立退き) させられた人は、1853～1900年の間では12万人以上としている。Porter, *op. cit.*, pp.278-279は、1850～1900年の間に鉄道建設による立ち退き者の数を約10万人としている。「鉄道会社は、新たな住宅を提供する如何なる責務もなかった。」(*ibid.*, p.279)
- (27) ヒバート、前掲書、329ページ。Porter, *op. cit.*, pp.325-327、ジャクソン、前掲書 (注3)、282-283ページも見よ。1850年前後の同時代人の報告としては、エンゲルス、杉本俊郎訳「イギリスにおける労働者階級の状態」(マルクス・エンゲルス全集第2巻所収)、254-259ページ、及び、その日暮らしの人が利用する安宿については、ヘンリー・メイヒュー著 (キャニング編、植松靖夫訳『ロンドン路地裏の生活誌 (上)』(1992年)、159-171ページ。なお、プール、前掲書、501ページによれば、本文でスラム街と書いた語は、19世紀のイギリスの小説では、rookery (貧民窟) と書かれている場合がある。引用の「セント・ジャイルジズ」は、Porter, *op. cit.*, p.323 'the east end of Shaftesbury Avenue hacked through the notorious St.Giles rookery' と関連あると考えれば、私は、現在の St.Giles High St. とNew Oxford St. に挟まれた地区回りと推定しておく。
- (28) Porter, *op. cit.*, pp.307-8.
- (29) Porter, *op. cit.*, p.329からの引用。シャフツベリー伯のような運動を、ジョーンズ、前掲書 (注22)、199ページは、博愛主義を通じての貧民や労働者階級の道徳改良とみなしている。
- (30) ヒバート、前掲書、285-286ページ。https://en.wikipedia.org/wiki/Labourer's_Friend_Societyも参照。なお、シャフツベリー伯は、1841年に「首都労働者階級住宅改善協会 (The Metropolitan Association for Improving the Dwellings of the Industrial Classes)」を結成しており、後者も1848年に住宅を建設している。ジャクソン、前掲書、283-287ページ。
- (31) https://en.wikipedia.org/wiki/Octavia_Hill#Housing_for_the_poor. ジャクソン、前掲書、298-300ページ、出島有紀子「オクタヴィア・ヒルの住居管理とヴィクトリア時代の住宅問題」『桜美林論考 人文研究』第6号 (2015年) (PDF版) 参照。ジョーンズ、前掲書、200ページは、「オクタヴィア・ヒルの実験は、博愛主義と利潤性が両立することを示そう」としたと評している。蛇足を書くと、彼女オクタヴィア・ヒルの祖父は、ベンタム (Bentham.1748-1832)

- の最期を看取り彼の要望で彼の死体を解剖した、後にイギリスの公衆衛生の改革者となったトマス・サウスウッド・スミス (Thomas Southwood Smith, 1788-1861) である。
- (32) ジャクソン、前掲書、297-298 (Peabody Donation Fund)、308 (LCC) ページ。
- (33) 正確に言えば、シャフツベリー法と言われる法は、1851年に制定された Labouring Class Lodging House Act と Common Lodging House Act がある。
- (34) Porter, *op. cit.*, p.326. Martin Stilwell, *Housing the Workers in London - Housing Legislation* (2015), http://www.socialhousinghistory.uk/wp/wp-content/uploads/2015/11/London_Housing_Early_Legislation.pdf#zoom=100
- (35) この期の住宅法の歴史は、簡潔に、前注のStilwellを参照。Porter, *op. cit.*, p.327は、ジョセフ・チェンバレイン (Joseph Chamberlain, 1834-1914) の次の意見を引用している。「トレンス法とクロス法は、議会在聖なる所有の諸権利を扱う場合に見られる、その染みついた治癒しがたい臆病によって汚され不随にされている。」これらの法に関して、エンゲルス、『住宅問題』、119ページはこう評す。「じっさい、社会改良にかんする法律などは、せっぱつまらなければ提案せず、また既存の法律も、なんとか施行せざるにすまば施行しないというのが、イギリスにおけるすべての自由党政府の原則なのである。」
- (36) ロイ・ポーター、目羅公和訳『イングランド18世紀の社会』(原書1990年、訳書1996年)、184ページ。
- (37) 厳密に言えば、1597年にAn Act for the relief of the poor として一度制定され、1601年同じ法律名で改正された。
- (38) (旧) 救貧法 (The 1601 Poor Relief Act (full text), <http://www.work-houses.org.uk/poorlaws/1601act.shtml>) とその解説をしている Marjie Bloy, The 1601 Elizabethan Poor Law, <https://victorianweb.org/history/poorlaw/elizpl.html>を参考。この法律を要約すればこうなる。教区において強制的な救貧税が課せられ、その資金を元に救済事業が行われる。教区内の貧しい家族や個人に施しや金を与えて救済する (救貧法第1条)。その際、働ける能力のある人 (子供も含む) は、働かせる (同第1条、5条)。自分自身働く意思のない者は矯正院 (the House of Correction) または一般刑務所 (common Geal) に入れる (同第4条)。Bloyの解説によれば、「その立法は執行基準を定めていなかったため、教区は自らが好むままにそれを自由に解釈した。」ちなみに、ポーター、前掲書、184、185ページは、1662年段階での救貧法をこう特徴づけている。「一六六二年に居住及び移住法が裁可され、貧民救済の責任が地方行政の最小単位すなわち教区に預けられた。何よりも監督を旨として考えられた一六六二年の救貧法は一人ひとりの貧困者に対する責任を定めていた。……救済を受けている貧困者は衣服にP [pauper ポーパー (貧困者) の頭文字] という記章を付けることになっていた。しかし、指定居住地に住む権利があるということは、移住する資格があるということでもあった。役

人には、浮浪者や、指定居住地がなく地方税の負担になりそうな者共を、元の教区に追い返す権限があった。」〔 〕は訳者目羅の注。

- (39) Porter, *op. cit.*, p.300. 同ページによれば、「〔新救貧法の〕概要は余りにも厳格であったので、『(救貧の) 院外救済』はロンドンで(他地域と同様)なお残っていた。」なお、トマス・ペイン、西川正身訳『人間の権利』(岩波文庫)、339ページは、救貧法を廃止して、「自力で生計を立てていくのがむずかしく、他から扶助してもらうことを、それも恩恵とか慈善としてではなく、自分の当然の権利として」扶助してもらう制度を自然法論者の立場から提唱している。引用した文は、訳者西川によれば、1792年出版の当該書の第2部からである。
- (40) プール、前掲書、533ページ。なお、エンゲルスはこう報告している。「これでもなお世間の人たちは、貧民がこのような条件でのもとの、公共の救済をうけるのをいまでも拒否していることを、不思議におもうであろうか？ また貧民が、これらのバステューユに入るよりも餓死するほうを好むことを不思議におもうであろうか？」エンゲルス、杉本俊郎訳「イギリスにおける労働者階級の状態」マルクス・エンゲルス全集第2巻所収、527ページ、あるいは浜林正夫訳、同名書(下)(2000年)、151ページ。杉本訳、520ページ以下、浜林訳、144ページ以下に、1834年の救貧法のエンゲルスによる分析がなされている。ここで、バステューユが出てくるのは、workhouseが、人々によって救貧法バステューユと呼ばれていたからである(杉本訳、522ページ、浜林訳、144ページ)。杉本訳では、workhouseが、「労役所」と、浜林訳では、「作業所」と訳されている。杉本訳は、522ページの救貧法の通過を1843年としているが、1834年の間違いである。
- (41) ジャック・ロンドン、辻井栄滋訳『どん底の人びと』(原著1903年、訳書1985年)204ページ〔原文は<https://www.gutenberg.org/files/1688/1688-h/1688-h.htm#chap19>より石井が追加〕。ジャック・ロンドンは、引用した文の章(19章)の名前にghettoという言葉を使っている。それは日本語では「スラム街」と訳されている。彼は、ghettoを次のように説明している。「かつてヨーロッパの国々は、好ましくないユダヤ人を都市の孤立した特殊地域〔ghetto〕に閉じ込めた。ところが今日では、経済を支配している階級が以前ほど独断的でないにしても、なおおきびしいやり方で、好ましくはないがやはり必要な労働者を驚くほどみすばらしく広大なスラム街に閉じ込めている。」(辻井訳、189ページ。)ジャック・ロンドンは、主にサンフランシスコ辺りを拠点に仕事をしていた。
- (42) ジャック・ロンドン、行方昭夫訳『どん底の人びと ロンドン1902』(岩波文庫)、248ページは、辻井が「そうした穴ぐらや巣を『家〔homes〕』と呼ぶことによって言葉を茶化したり(traversity)はできない。」と訳した箇所を、「こういう小屋を『家』などと呼ぶのは、『家』という語を冒瀆することになる。」と訳している。なお、行方は'street people'を「大通り族」と訳している。

- (43) Porter, *op. cit.*, pp.336, 337.
- (44) ジョーンズ、前掲書、198ページは、「この時期〔1883年から1888年〕は、利潤率の低下、高い失業率、切迫した人口過密、コレラの脅威の再来、イースト・エンドへのユダヤ人移民の大量流入で知られている」と書いているので、経済的不況の時期とみなして良い。湯沢威「第3章「世界の工場と大不況」」（湯沢編、前掲書）、44-45ページ。
- (45) Porter, *op. cit.*, pp.301-302. プール、前掲書、189-191ページ。
- (46) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo4/5/83/section/III/enacted> 亀甲括弧での数字は石井が付加した。なお、〔1〕は1948年のNational Assistance Act、〔2〕は1989年のStatute Law (Repeals) Act、によって廃止され、罰則規定も刑事処罰の変更に伴い変化してきている。従って、〔3〕の人が、その多くの人National Assistance Actの対象になると考えられるが、現在でも、法律上処罰対象者になっている。
- (47) ロンドン、辻井訳、「10 旗をかつぐ」。
- (48) 先行形態としては、注（7）の文献を参照。
- (49) Porter, *op. cit.*, pp.153-154は、1760年頃のロンドンの整備された新しい地区では住居番号制度が普通になっていくと書いているが、いつから始まったのかは触れていない。<https://postalheritage.wordpress.com/2011/08/16/house-numbering-in-the-uk/>を見ると、こう書かれている。（石井による要約）郵便番号制度は、1708年に始まり、1800年までにはかなり確立された。ロンドンに関しては、首都建設局にロンドンの家屋番号、道路の名前と道路番号を付ける権限が与えられ、そこが1857年より作業を開始した。
- ヴァルター・ベンヤミン、野村修訳「ボードレールにおける第二帝政期のパリ」（ベンヤミン著『ボードレール 他五編』（岩波文庫）所収）189ページは、1805年にナポレオンが家屋番号制度をパリにおいて義務化した時、市民生活に対する管理の強化として抵抗が見られた、と記している。同ページで、小説家バルザック（1799-1850）は、フランス革命後の公権力による管理を批判している。なお、ベンヤミンが論じているボードレール（1821-1867）は、パリで遊民生活者のように、転々と住居を変えていたので、住人と家屋番号を結びつける制度の被害者であると理解されている。逆に、家屋番号制度や郵便番号制度は、家の借り主や所持者にとっては、自己の所有意識の強化になるだろう。
- (50) ジョーンズ、前掲書、225ページ、「一九世紀の後半に、この労働を中心とした文化は、家族と家庭を指向する文化に席を譲ることになる。……家庭と労働の場との地理的分離の拡大である。……一八七〇年代以降、熟練労働者階級の郊外への移住は、大衆的な現象となる。」
- (51) See Porter, *op. cit.*, pp.302-309.
- (52) ヒパート、前掲書、285-292ページ。プール、前掲書、357-362ページ参照。
- (53) Porter, *op. cit.*, p.318. プール、前掲書、358ページには次のような記述があ

る。「[コレラの] 襲われ方のもっともひどかったのが、貧しい地域だったので、これは彼らを駆除する体制側の陰謀ではないかと考える者もいたほどである。」

- (54) プール、前掲書、361ページ (Typhus)。ロンドンのチフスの発生については、ジャクソン、前掲書、270-278ページ参照。
- (55) Porter, *op. cit.*, p.335.
- (56) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol.I (1765) (Facsimile edition), p.348.
- (57) Blackstone, *op. cit.*, vol.IV (1769) (Facsimile edition), chp.13, p.170. なお、ジョージ2世治世17年法律第5号とは、1743年制定された、An Act to amend and make more effectual the Laws relating to Rogues, Vagabonds and other idle and disorderly Persons, and to Houses of Correction という名称をもつ法律である。更に、ブラックストンの(旧)救貧法に基づく諸法の評価は、*ibid.*, p.425にあり、彼は、その法は実行されなくなりさらに有害なものになったとしている。
- (58) ジャック・ロンドン、前掲書(辻井訳)、112、110、113ページ。
- (59) Porter, *op. cit.*, p.337. ロンドンに限って言えば、*ibid.*, p.327が示すように、ロンドン市議会の設立と1890年制定のHousing of Working Class Act (労働者階級住宅法)が、ホームレス問題の終息に果たした役割が大きいであろう。そして、イングランドあるいはイギリスについてより大局的に言えば、20世紀前後の帝国主義的繁栄が見逃されるべきではないだろう。
- (60) Porter, *op. cit.*, p.456.
- (61) Jeremy Waldron, Homelessness and the issue of freedom, in *Liberal Rights* (1993), p.313 「ホームレスの個人の窮状に関するより正確な法の技術的な叙述は、私的財産の規則が支配している所では、その人が選ぶ時にはいつでも居ることができるような場所がない、すなわち、私的財産の規則が支配している所では、他人がそこから排除すると言う結果が、その人がいつでも排除されないような場所がないということである。」なお、この論文は、サイトでも公開されている。]
- (62) 日本において、ホームレスの人が公園に起居している事実から生じた裁判の判決については、本稿の続きで取り上げる予定である。
- (63) いわゆる‘The Representaion of the People Act, 1918’でも「必要な住居条件 (the requisite residence qualification) が課されている。これは、選挙権に対する隠れたる所得制限になる。
- (64) Waldron, *op. cit.*は、近代私法の原理と近代公法の原理の貫徹が、ホームレスの人のびとを窮地に追い込むと論証する。この考えは、私の考えと通じていると私は考える。更に、公私の厳格な区別の弊害は、今日の日本では、人の移動が激しくなりまた少子化の結果相続人がいなくなる、空き屋、空き地問題として私法の領域では顕在化している。

- (65) なおアメリカ合州国のホームレス法に関して、National Law Center on Homelessness & Poverty, *From Wrongs to Rights: The Case for Homeless Bill of Rights Legislation*. (2014) : https://nlchp.org/wp-content/uploads/2018/10/Wrongs_to_Rights_HBOR.pdfが役立つ。
- (66) 上述のジャック・ロンドンは「一八九四年、十八歳の時に、『ホーボー』〔hobo〕の仲間入り」している。行方、前掲訳書、343ページ、解説。従って、ロンドンの上記の文章は、アメリカ合州国での自己の経験を踏まえて書かれている。
- (67) <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK519584/>。 <https://nationalhomeless.org/tag/history/>は、「'homeless' 'homelessness' という用語が、1970年代そして1980年代に辞書に入る」としている。

前稿（その1）の訂正

プエルト・リコの法律に関して

1988年に制定されたのはPara crear la comision para la implantacion de la politica publica relativa a las personas deambulantes (To create the commission for the implementation of public policy regarding homeless people : google による英語訳) という名の法律であり、2007年の法律はこれを大改正した。1988年法は、ホームレスの人の権利について、権利という言葉を使わず、その暗示に留まる。この点は、前稿は、本稿注(65)の*From Wrongs to Rights*, p.10の「……プエルト・リコが、1988年に法律250号を制定しプエルト・リコのホームレスの人の権利を宣言した時、歴史的地平を突破した。」に依拠しすぎた。この法律250号は、2007年法と条文を対照していけば、後者のようなホームレスの人の権利宣言の条文がない。

従って、次の2つの文に訂正が施される。

327ページ、下から3行。1988年→(正) 2007年

334ページ註(17)の「私はスペイン語を解しないが、本法律は2007年9月27日改正され、(d)の部分は、<https://www.lexjuris.com/LEXLEX/Leyes2007/lexl2007130.htm>ではこうなっている。(d) en alguna habitación, incluyendo la sala, de una residencia privada, con carácter temporero en forma de albergue y como un acto de caridad, condicionado al uso de corto plazo y que puede terminar en cualquier momento, con o sin aviso previo. 但し、この部分に関して改正前のスペイン語文を確認できなかった。」も訂正される。「本法律は2007年9月27日改正され、」と「但し、この部分に関して改正前のスペイン語文を確認できなかった。」は削除される。

幸徳秋水大逆事件（1911年）の研究（11）

～判決の脆弱性（5・完）～

金子武嗣

【連載◆】判決の脆弱性（5）

5.判決の認定と皇室危害罪

- (14) 明治43年1月1日の幸徳宅での謀議について
- (15) 明治43年1月23日謀議について
- (16) 明治43年5月17日増田方での抽籤
- (17) 事実認定の誤りと判決の事実認定の脆弱さ

【連載◆】判決の脆弱性（5・完）

金子武嗣

5.判決の認定と皇室危害罪

(14) 明治43年1月1日の幸徳宅での謀議について

明治42年10月に宮下が試験体を製造し、同年11月3日に実験をして、「大きな音」を立てたことを実験成功として、宮下がその年の年末に上京し、明治43年1月1日の幸徳宅で謀議がなされたとされる重要な会議であった。

1) 判決の事実認定

同月中被告太吉は自ら鉄葉鐘一個を造り、また同年十二月被告融に依頼して鉄葉小鐘二個を造らしめ、その中铁製鐘一個と前掲塩酸加里及び鶏冠石とを携帯して、伝次郎等と面議せんがために三十一日上京したり。

明治四十三年一月一日被告伝次郎、スガ、太吉、忠雄四人伝次郎宅に会合して太吉の携えし小鐘及び薬品の批評をし、且つ交互その小鐘を擲ちて実用に適するや否やを試み、

2) 事実認定の証拠の表示

【幸徳秋水の予審調書】

「同年十二月三十一日、宮下は爆薬を装填すべき鉄鐘及び鉄葉鐘各一個と鶏冠石及び塩酸加里を携え出京したるを以て、本年一月一日平民社の座敷に於て管野、宮下、忠雄と共に鐘を投擲し、その破壊力如何に付、多少の批評を試みたり。その鐘は押第一号の一の一、一の二、及び押第一号の一四四の内なる鉄鐘及び鉄葉鐘各一個に相違なし。」

【管野スガの予審調書】

「同年十二月三十一日宮下は爆裂弾の鐘二個と塩酸加里及び鶏冠石を携え、出京したるを以て、本年一月一日、宮下、幸徳、忠雄及び被告の四人にて、鐘を投付け、実用に適するや否を批評し、

【新村忠雄の予審調書】

同年十二月三十一日宮下は爆裂弾の一鐘及薬品を携帯し平民社に來り一泊したるを以て其翌日即ち本年一月一日幸徳管野宮下及被告の四名にて交々其鐘を擲ち貫用に適するや否やの批評を為し

【宮下太吉の予審調書】

「押第一号の二の鉄鐘一個は被告自ら製作したるものにて、押第一号

一四四の一及二の鉄葉鏢二個は新田融に依頼して作成せしめたるものなり。同年十二月三十一日、右鉄鏢鉄葉鏢各一個と塩酸加里及鶏冠石を携帯し、平民社に至り一泊し、本年一月一日右に個の鏢及薬品を幸徳、管野及新村に示し、且交々其鏢を投して実用に適するや否の批評を為したるが、幸徳は鉄片を混入せば其効力甚大ならんと申したり。」

3) 証拠とされる予審調書

幸徳秋水の【43/6/11予審第2回】

管野スガの【43/6/10予審第5回】，【43/6/13予審第6回】，【43/10/17予審第13回】

古河力作の【43/6/10予審第6回】，【43/7/9予審第19回】，【43/10/20予審第21回】

新村忠雄の【43/6/9予審第4回】，【43/6/10予審第5回】，【43/7/5予審第11回】

【43/10/17予審15】

4) 証拠から検討すべき問題点

明治43年1月1日に幸徳宅で何があったのか。宮下が爆裂弾の罐を持参したのに、まじめに計画をたてたのか。この時点で計画性、具体性があったのか

5) 各予審調書の詳細と変遷

(1) 幸徳秋水予審調書

【43/6/11予審第2回】

問 本年一月一日其方宅の座敷で、其方と管野、宮下、新村の四人でその鏢を投げてみたのか。

答 さようです。

問 其方も投げてみたか。

答 さようです。

問 そのときの鏢はブリキ製と鉄製であったか。

研究ノート

答 よく覚えていません。

問 爆裂弾用の鶏冠石と塩酸加里をみたか。

答 みたように思います。

問 そのとき爆裂弾運動の実行方法について、何か話し合ったであろう。

答 別に相談はなかったと思います。

問 古河はその日はこなかったか。

答 こなかったように思います。

(2) 管野スガ予審調書

【43/6/10予審第5回】

問 同年十二月三十一日、宮下が東京して平民社に泊ったか。

答 さようです。

問 そのとき宮下は爆裂弾の空罐二個と、薬品をもってきたか。

答 さようです。

問 本年一月一日平民社の座敷で、幸徳、宮下、新村、其方の四人で、爆裂弾の空罐を投げて試験したであろう。

答 試験というほどのことではありませんが、めいめいで投げってみました。

問 そのとき、罐は多少改良の余地があるという話があったか。

答 宮下はブリキ製と鉄製をもってきましたが、私は鉄製の方が爆発がつよいからよいと申しました。

問 角の多い罐をこしらえたらどうかという話はなかったか。

答 そんな話もあったように思います。ロシアにある金米糖形のものがよいという話もありました。

問 実行の方法などについても協議したのであろう。

答 そのときは古河もこず、また幸徳もあまり熱心でないように見えましたから、何もまとまった相談はしませんでした。

問 幸徳はその頃革命運動に熱心でなかったのか。

答 四十二年九月私が出獄してから、前に申立てましたように幸徳らと革命運動の計画をしまして、徐々に進行していたのですが、その頃幸徳は、人間として生をこの世にうけながら、自ら求めて死ぬるのはどうであろうか。しばらく平和の生活をした方がよくはないか。われわれの主義は必ずしも直接行動だけではなく、書物をあらかし新聞を出して人民を教育するのもやはり主義のためにつくす一方法であると申しておりました。しかしそれで幸徳が革命運動に不熱心になったものと思えなかったのですが、一月一日の会合のとき、幸徳は革命運動に不熱心になったように感じました。

問 幸徳は、母親があるから革命運動をやることはできないと申してはいなかったか。

答 非常に恩をうけた母があるから、到底実行に加われないと申しておりました。

【43/6/13予審第6回】

問 一体幸徳が要領を得ないような態度になったのは、いつ頃からか。

答 本年一月一日頃からのことです。

問 其方らが申し合せて、幸徳をあとに残そうと考えたのではないか。

答 今回の計画で私たちが斃れても、幸徳が残っていれば外国の同主義者へも知らせることができます。もし幸徳も一緒に斃れしまえばそれもできず、自然日本の無政府辻共産主義の発展のためにも不利益だと思いましたので、ほかのものも幸徳があとに残ることを希望しておりました。

問 其方は湯ガ原にゆくときは、普通の細君になるという約束だったのか。

答 小泉が、しばらく普通の細君になって家事をやり、また幸徳の著述も手伝ってやれと申しましたから、私もそのときはそれを承諾したのですが、湯ガ原にいて二人で生活してみるとどうも幸徳と気が合わず、自由を束縛されるように思っ別れることにしたのです。

問 幸徳は断然、自分は今回の計画には加わらないと言ったわけではないのか。

答 湯ガ原にいるとき私は幸徳に実行に加わるように言ったのですが、幸徳はそん

なにあせらなくてもよい、信州の連中も果してこの秋実行するかどうかもわからぬと言ひ、とかく態度があいまいでしたから、私は到底実行の意思がないのだと思いました。それで私は、自分は計画を実行するつもりだから、夫婦という関係になっていればあなたに迷惑のかかることもあろう。だからはっきり別れることにして、そのことを世間へも吹聴してもらいたいと申したのです。それで幸徳は友人などに、私を離別したと言っていたらうと思います。なお幸徳は、私によこした手紙などはすべて火中にしてくれと申しました。

問 それでは幸徳は、其方らの計画が発覚したときに嫌疑のかかることを恐れて、書面などを火中にしてくれといったのか。

答 さようです。それで私は幸徳からの手紙はみな火中に投じました。

問 幸徳が実行から身をひこうとしたのは、自分があとに残った方が、主義の發展上利益だと考えたからではないか。

答 幸徳の意中はよくわかりませんが、私はそのように考え、湯ガ原で幸徳にも申したことがあります。

問 幸徳は無政府共産主義を捨てたのではないのか。

答 主義を捨てたではありません。

【43/10/17予審第13回】

問 その頃幸徳は革命に冷淡になっていたというのは事実か。

答 そのように思います。しかし人に向つては弱いことも言えないので、過激なことを申しておりました。本年一月一日罐を投げてみたときなどは、甚だ冷淡に見えました。

問 昨年十二月三十一日、宮下が爆裂弾用の空罐二個と薬品の紙包みをもって、平民社にきて一泊したことは相違ないか。

答 相違ありません。

問 その罐はこれか。

答 さようです。鉄製のもの一個とブリキ製のもの一個です。

問 翌一月一日平民社で幸徳、宮下、忠雄、其方の四人でその罐を投げてみたのか。

答 さようです。

問 翌一月二日古河が平民社にきたので、前日の模様を話したか。

答 さようです。

（3）宮下太吉予審調書

【43/6/10予審第6回】

問 昨年十二月三十一日に被告は東京へ来ているであろう。

答 はい、まいりました。そのときは平民社が巢鴨から千駄ヶ谷へ移っておりまして、その方へまいりました。

問 その日の何時に行ったか。

答 なんでも夜十一時頃だったように思います。

問 そのとき何を携帯したか。

答 別に何も持ってまいりません。

問 そんなはずはない。其方は鶏冠石と塩酸加里を別女の紙に包み、空罐二個を持参して幸徳の座敷でその罐を投げて稽古をしたというではないか。

答 私の身はどうなってもよいのですが、他人の身に拘わることですから申しませんでしたが、そのようにわかっていたら致し方ありませんから申し上げます。私は只今お申聞けのような品物を持って上京し、今年一月一日幸徳、新村、管野と私の四人でかわるがわる一間半か二間離れたところで投げる稽古をいたしました。その罐は最初に新田がつくってくれたものです。

問 その罐の中に砂でも入れて、以前被告が試験した通りの重量にしたのか。

答 いや空罐でやりました。それで四人とも空罐では調子がわるいと申しておりました。

問 壁へ投げつけたのか。

答 畳に投げたのです。

問 罐を横にもってか、豎（たて）にもってか。

研究ノート

答 横にもってやりました、そのとき罐の蓋か底が目的物に当たればたしかに爆発するなどと話し合いました。

問 そのとき罐の工合がわるいから、もう少し改良したいというような話はなかったか。

答 そういうことは記憶がありません。

問 その日古河はこなかったか。

答 来るという約束でしたが、まいりませんでした。

問 それでは、そのときのことを古河に伝えるということにしたのか。

答 そうです。

問 その一月一日に、幸徳は母親や友人に迷惑がかかるからと言わなかったか。

答 よく覚えておりません。

問 しかし被告は、幸徳が母親や友人の身の上を思うと言ったとき、不満の色をみせたというではないか。

答 そのようなことは覚えがありません。

問 それで被告は、いつ明科に帰ったか。

答 いよいよ爆裂弾をもって革命を起すということがまきましたから、私は二個の罐と薬品を鞆に入れ、一日の午後新宿から汽車に乗って甲府にゆき、山本久七方に二泊して、三日の夜の六時三十分明科に帰りました。

問 今年五月管野が湯ガ原から帰京したことは知っているであろう。

答 それは知っております。

問 その後爆裂弾計画に幸徳は除外するということを、管野、新村等から通知してきたことはないか。

答 管野からでしたか新村からでしたか忘れましたが、幸徳は今後我党のために著述する人だから除外することにして、管野、新村、古河と私の四人だけであることをしたと言ってきました。

問 いまの罐では調子がわるいので、金米糖のように、針の出ている罐の方が効力

があるという話はなかったか。

答 あったように思いますが、よく覚えておりません。

問 もう一度念のためにきいておろが、昨年十二月三十一日に最初に新田がつくった二個の罐をもってきたとすると、それをつくった時期がこれまでの申立と違うではないか。

答 これまで最初の二個は今年二月新田がつくったように申しましたが、これは間違いで、昨年十一月下旬か十二月月上旬につくらせたものに相違ありません。

【43/7/9 予審第19回】

問 昨年十二月三十一日、被告が罐をもつて上京し、幸徳方で投げる練習をしたとき、幸徳か管野から奥宮について何か話が出なかったか。

答 別に奥宮についての話はありませんでした。

問 幸徳は天皇に危害を加える計画について、奥宮の意見をきいたと言っている。このことは同人の取調べではっきりしているのだから、被告も知っていることを安心して申立てよ。

答 私は今日に至つては何事も包まず申立てますが、奥宮のことは、幸徳からも管野からもきいたことは全くありません。

問 被告は奥宮という人物を知っているか。

答 知りません。しかし昨年七月中大井、池田、奥宮などが甲府で国民議会の演説をしたとき、私は傍聴に行つて奥宮という人を見ましたが、いま会つてもよくわからないと思います。むろん先方では私のことは知らないでしょう。

【43/10/20 予審第21回】

問 本年一月一日、平民社の座敷で幸徳、管野、新村らに罐と薬品を示し、その罐を投げる練習をしたことは相違ないか。

答 相違ありません。

(4) 新村忠雄予審調書

【43/6/9 予審第4回】

問 宮下はその後出京したことはないか。

答 十二年十二月三十一日出京して平民社にまいりました。その夜は平民社に泊り、私と二時頃まで話しました。

問 宮下は何のために出京したのか。

答 爆裂弾用の空罐二個を持って出京しました。そして翌一月一日平民社の座敷で幸徳、管野、宮下、私の四人でそれを投げてみました。

問 そのとき薬品は持ってこなかったのか。

答 宮下は、塩酸加里と鶏冠石の粉末を別々の紙に包んで持ってきました。しかし危険ですから調査はしなかったのです。

問 宮下はいつ信州へ帰ったか。

答 一月一日の午後出発して帰りました。私は汽車で中野まで見送りました。

問 その日古河はこなかったか。

答 その日古河もくる約束でしたが、来ませんでした。そして翌二日平民社にきましたから、一日に罐を投げる練習をしたことを話しました。古河は同夜平民社に泊りました。

問 一月二十三日にも平民社で会合したのではないか。

答 さようです。幸徳、管野、古河、私の四人で会合し、今回の計画の実行方法について相談しました。幸徳はその前から、自分には母があるとか、世話になった友人に迷惑をかけるとか言って、臆病風をふかして話がまとまりませんので、管野と古河と私と三人で別室に行って相談し、いよいよ秋に実行するということにきめました。

問 幸徳はいつ頃からそのように臆病になったのか。

答 四十二年十一月末頃からです。母があるとか、友人がどうとか言っているもぐずぐずしており、一月一日の会合のときもやはりはっきりせず、それで宮下は

不満の様子で帰りました。

問 それでは幸徳は、革命運動の仲間から逃げたのか。

答 そうではないのですが、ただぐずぐずしていて、相談しても話がきまらないのです。それで管野と私は、幸徳も病身で永くは生きられないのだから、この際われわれと一緒にやって共に死ぬほうが同人のためであろう。だから管野から幸徳にすすめて決心させようとしたのですが、やはり幸徳の返事が要領を得ないので。三月湯ガ原へ行ったときも、私は管野に湯ガ原に滞在中幸徳を決心させるように申し、管野もそのつもりであったのですが、五月に管野が東京に帰り、幸徳はやはりはっきりしないから、もう同人は除外しなくてはならぬと申しました。

問 幸徳は最初、其方らの計画実行に同意したことは間違いないか。

答 さようです。しかし最初からもっとも熱心だったのは管野と私でありました。

問 宮下が爆裂弾をつくり、その試験をしたことは、当時幸徳も知っていたのであろう。

答 それは幸徳も知っていたのです。

問 幸徳がだんだん臆病になったといっても、其方らの計画に反対するというのではなかったのか。

答 反対したわけではありません。

【43/6/10予審第5回】

問 本年一月一日平民社で協議した顛末を申立てよ。

答 宮下は実行の方法、日時、場所などを決定するために出京したのですが、ちょうど元日でみな屠蘇に酔っておりまして、いっこうに話がまとまりませんでした。それで宮下の持ってきた罐を投げてみて、鉄のほうがいとか、角の多い罐がよくはないかというような話がありました。宮下はまとまった相談ができなかったので、多少不満な様子で帰りました。

問 古河が一月二日平民社にきたとき、前日の模様を話したのか。

研究ノート

答 さようです。

【43/7/5 予審第11回】

問 宮下は同十二月三十一日に罐と薬品を持って平民社にきたのか。

答 さようです。

問 そのときの罐はこれか。

答 そのブリキ罐の分一つと、鉄の分一つを持ってきたように思います。

問 本年一月一日平民社で幸徳、管野、宮下と其方四人で右の罐を投げてみたのか。

答 さようです。各自が投げてみました。

【43/10/17予審15】

問 同年十二月三十一日、宮下が罐と薬品をもって平民社にきて一泊したことは相違ないか。

答 相違ありません。

問 その罐はこれか。

同号一ノ一、一ノ二、二ノ一四四を示す。

答 その鉄罐とブリキ罐各一個です。

問 本年一月一日平民社で幸徳、管野、宮下らとその罐を投げて批評したことは相違ないか。

答 相違ありません。

問 そのとき爆裂弾運動の実行を協議したのか。

答 さようです。しかし酒など飲んでまとまった話はいたしませんでした。

問 一月二日の夜古河が平民社にきたか。

答 さようです。そして古河に前日の模様を話しました。

(5) 古河力作予審調書

【43/6/10予審第4回】

(龍法 '22) 55-1, 394 (394)

- 問 昨年十二月大晦日に、宮下が爆薬を入れる罐をもって千駄ガ谷の幸徳方に来たことは知っているか。
- 答 私は存じません。
- 問 被告もその空罐を投げて、具合をみたのではなかったか。
- 答 そんなことはありませんが、宮下がきたということは後にききました。
- 問 いつ誰からきいたか。
- 答 昨年一月元日か二日に平民社にいったとき、宮下がきて私にも会いたいと言っていたが、急ぐために今朝出立したということでしたから、私はそれは残念だったと言いました。
- 問 そのとき幸徳も在宅したか。
- 答 さようです。
- 問 宮下がきたということは、幸徳も知っていたであろう。
- 答 それは知っていたと思います。
- 問 宮下が被告にも会いたいと言って待っていたということは、誰からきいたか。
- 答 新村だったか、あるいは幸徳だったかにききました。
- 問 それでは、この事件のことは万事幸徳に秘密にしたというわけではないではないか。
- 答 この事件の実行から幸徳を除くということは、はじめからきめてありましたが、宮下のきたことは幸徳も知っていたらと思います。
- 問 幸徳を除くというのは、実行のとき幸徳がその場所へ出ないということなのか。
- 答 そればかりでなく、実行の時期や方法についても幸徳には話すまいということです。
- 問 幸徳はかねてから暴力革命を鼓吹していたのだから、実行についての相談にも、同人を除くというのはおかしいことではないか。
- 答 新村が言うには、幸徳は国元にいる母のことを思い、そのことを詩にも作っている。また幸徳を残して計画実行後のことを外国に通信するという役目もあるから、実行はわれわれ四人限りにする。だから幸徳には何も相談しないように

ということでした。それで私は幸徳には何も言わなかったのです。

問 しかし爆裂弾を発明したという宮下が昨年の大晦日にきたのは、幸徳も知っているのだから、あえて秘密にすることもないではないか。

答 ですから、幸徳は計画のことを知っていたかも知れませんが、われわれのほうで同人を除外することにしたのです。

問 被告が宮下がきたということをきいたのは、元日であったか、または二日であったか、よく考えてみよ。

答 たしか二日だと思います。

問 何時頃幸徳方へ行ったか。

答 午後六時か七時頃でした。

問 宮下が空罐をもってきたということはきいたか。

答 さようです。宮下が大晦日に空罐をもってきて、私にも会いたいと言っていたが、今朝帰ったということでした。

問 空罐をもってきて、何か試験をしたということであったか。

答 さようです。座敷で投げしてみたとか言って、互いに笑話をしていました。

問 そのとき幸徳は何とか言っていたか。

答 幸徳も管野もその席にいましたが、ただいまの話は新村が私にしてくれました。幸徳はただ笑っておりました。

問 罐の調子がよいとか悪いとか、言っていなかったか。

答 そのようなことはききません。

問 被告のいうようだとすれば、幸徳に秘密にしたというのは事実と反するではないか。

答 そうかも知れませんが、私は新村から幸徳には話さぬことにしようと、たしかにきいていたのです。

問 それでは、はじめにそのようにきめてあったが、それが実行できなかったということになるのか。

答 そうかも知れませんが、私の申すのは事実です。

【43/10/19予審第9回】

問 そのとき宮下が上京したことをきいたか。

答 宮下は十二月三十一日に上京し、一月一日平民社で空罐を投げてみたということをしきました。

問 一月二日に平民社に行ったとき、幸徳と爆裂弾運動について話しあったのではないか。

答 幸徳に会いましたが、運動上の話は何もしませんでした。

6) 証拠からわかること

宮下が、鶏冠石と塩酸加里を別女の紙に包み、空罐二個を持参して幸徳宅を訪問したことは事実である。

しかし、このような重要な会議でも幸徳、管野、新村忠雄だけで、有力構成員とされた古河は来ていない。「ちょうど元日でみな屠蘇に酔っておりまして、いっこうに話がまとまりませんでした。それで宮下の持ってきた罐を投げてみて、鉄のほうがいよとか、角の多い罐がよくはないかというような話がありました。宮下はまとまった相談ができなかったので、多少不満な様子で帰りました。」（新村予審調書）という不真面目なもので、座敷でその罐を投げて稽古をしたというが、空罐を投げてみても、何の役にも立たないもので、酔った「座興」にすぎない。また実行計画も「酒など飲んでまとまった話はいたしませんでした。」という状況であった。

幸徳自体が明治42年11月頃から宮下の計画を進めることに熱意を失い非協力的になってきて、それが他の者にわかる程であった。明治43年1月1日の幸徳宅の酒に酔った態度からも明らかになっていた。そのため、宮下も不満をもって帰るぐらいであった。そのため、爆裂弾によるテロは、幸徳が除外され、宮下、管野、新村忠雄、古河により進められることになった。

判決の「明治四十三年一月一日被告伝次郎、スガ、太吉、忠雄四人伝次

研究ノート

郎宅に会合して太吉の携えし小鐘及び薬品の批評をし、且つ交互その小鐘を擲ちて実用に適するや否やを試み、」との認定は、以上の事実を除外した重大な誤認がある。

（15）明治43年1月23日謀議について

1) 判決の事実認定

第一 次で同月二十三日力作が伝次郎宅に往きたる際、スガ、忠雄、力作の三人は伝次郎の寝臥したる隣室に於て秋季逆謀の実行に関する協議をなし、忠雄は再び長野縣の郷里に帰省し、太吉と来往相謀る所ありたり。

2) 事実認定の証拠表示

【幸徳秋水の予審調書】

「同月二十三日、大逆罪の実行方法に付、謀議したるや否や記憶せざるも、管野、宮下、古河及び忠雄の四名にて実行の任に当ることはその以前より聞及び居りたり。」

【管野スガの予審調書】

「同月二十三日、忠雄、力作、及び被告の三名会談の上、宮下、古河、忠雄及び被告の四人にて大逆を実行し、幸徳を除外することに決定したり。」

【新村忠雄の予審調書】

同月二十三日管野古河及被告の三名平民社に会合し秋季の貫行方法に関して謀議を遂げ

管野は女子古河は体額最小にして共に警察官の注意を惹くこと少かる可きに付古河に於て場所の踏査を為し管野は実行の場合に於げる合図役と為り管野古河宮下及被告の四人にて爆裂弾を投付け大逆を整行す可きことを約したり、同年二月初旬帰郷し同月六日宮下を訪問し一月二十三日に於る謀議の顛末を報告し且爆裂弾の再試験を為すへきことを依頼したり、然るに宮下は第一回の試験に因り既に其効力の確実なることを信するのみならず其際音響高くして世人に怪まれ居るに付再び試験を為さは事露頭の恐あ

りと云ひ加ふるに降雪中なりしを以て遂に再試験を見合せたり、其際被告は宮下に対し幸徳は兎角躊躇の色あるを以て同人を除外し他の四人にて大逆を実行せん若又管野古河も躊躇するに於ては吾々二人にでも敢行せんと約し置き同年五月十七日に出京したり、

【古河力作の予審調書】

同月二十三日平民社に行きたる処幸徳は病臥し居たるか忠雄は被告を別室に伴ひ幸徳は兎角躊躇の色あるに付秋季の計画は管野宮下及吾々の四人にて実行しては知何と申すに付被告も之を賛成し且諫め実行の場所を踏査し置くへきことを約したり、

【宮下太吉の予審調書】

同年二月七日忠雄は明科に來り去る一月二十三日管野、古河及忠雄の三名、平民社に會合し、大逆罪の実行方法に付、相談を為したる末、管野、古河、忠雄及被告の四名にて各爆裂弾を所持し、道路の両側に二人、別れ先づ、車駕前方に居る者より投付け、若し車駕が後ろに引返さば、後方一居る者が投付るといふ手筈を定めたる旨の報告を為したり。

3) 証拠とされる予審調書

幸徳秋水の【43/6/11予審第2回】

管野スガの【43/6/5予審第2回】【43/6/5聴取書3】【43/6/10予審第5回】

【43/10/17予審第13回】【43/10/27予審第14回】

宮下太吉の【43/6/10予審第6回】

新村忠雄の【43/6/5予審第2回】【43/6/9予審第4回】【43/6/10予審第5回】

【43/7/30予審第13回】【43/10/17予審第15回】【43/10/27予審第16回】

古河力作の【43/5/30聴取書2】【43/5/31聴取書3】【43/6/4聴取書4】

【43/6/4予審第1回】【43/6/5予審第2回】【43/6/10予審第4回】

【43/6/20予審第7回】【43/10/19予審第9回】

4) 証拠から検討すべき問題点

管野、宮下、新村、古河の明治43年1月23日の謀議がどれだけ具体性があったのか

幸徳がどの程度知っていたか

5) 各予審調書の詳細と変遷

(1) 幸徳秋水予審調書

【43/6/11予審第2回】

問 同一月二十三日、其方宅で、其方と管野・古河・新村らが実行方法について相談したであろう。

答 相談はあったように思いますが、よく覚えていません。

問 至尊通御の際、管野、古河、宮下、新村の四人が爆裂弾を投げつけるという話にきまったのではないか。

答 よく記憶がありません。

問 当時其方は病気で寝ていたか。

答 さようです。

問 其方は、自身で爆裂弾を投げつけると言ったのでないか。

答 いろいろ話があったのですが、誰が実行の任にあたるというようなことはきめなかったと思います。

(2) 管野スガ予審調書

【43/6/5予審第2回】

問 本年一月二十二、三日頃新村、古河が平民社にきたとき、計画実行の手筈（てはず）をくわしく相談したのか。

答 さようです。

研究ノート

問 その計画は被告と新村、宮下、古河の四人だけで実行するときめたのか。

答 さようです。

問 陛下の御馬車に接近して決行するときの役割も、四人だけできめたのか。

答 さようです。実行は四人だけで堅く秘密を守ろうということに決めました。

【43/6/10予審第5回】

問 本年一月二十三日平民社で幸徳、古河、新村、其方の四人で相談したことがあるであろう。

答 さようなこともあったと思います。しかし幸徳はすでに革命熱が冷めておりましたから、幸徳を除外して忠雄の部屋で話したと思います。

問 そのとき忠雄は、ノートへ鉛筆で実行のときの順序を書いて示したのか。

答 さようなことがあったように思います。

問 その後、其方と忠雄で、幸徳にすすめて実行に加えようと相談したか。

答 忠雄とそのように相談しましたが、幸徳は結局駄目だと思って話しませんでした。

問 幸徳が結局駄目だと思ったのはいつ頃か。

答 本年二月頃からです。私がときどき革命の話をして、幸徳はそのようなことは到底成功するものではないとか、あるいは自分が書物を著述するからそれを手伝えとか申しておりました。

問 しかし幸徳は昨年九月頃には、革命運動をやる決心であったのではないか。

答 幸徳もはじめはその決心があったようにみえましたが、その本心はどうであったかわかりません。あるいは自分が革命運動を鼓吹していましたから、あとにひくこともできず、一応は相談にあずかっていたのかも知れません。

【43/10/17予審第13回】

問 一月二十三日平民社で幸徳、古河、忠雄、其方の四人で実行の方法などについて協議したのか。

答 さようです。しかし幸徳は病気でしだし、それに実行の意思もなくなっているようでしたから、三人が別の部屋に行って相談しました。

問 そのとき古河は至尊通行の道筋を調査して実行のときの位置をきめ、其方は合図役となり、宮下、忠雄らと四人で爆裂弾を投げるという相談をしたのか。

答 さようです。

問 その四人で実行するという事は、前からきまっていたのか。

答 一月二日古河がきたとき、幸徳の態度が甚だあいまいでしたから、幸徳を除外してやろうということにしました。それ以後私共は幸徳を加えるという考えはなかったのです。

【43/10/27予審第14回】

問 四十三年一月二十三日平民社で会合したとき、其方は銭湯に行っていて不在だったと古河が申しているが、どうか。

答 私は中途からその席に出たのですが、たしかに相談に加わりました。

問 同年五月十七日の夜増田方の会合のときに、革命の方はやめて至尊に危害を加えるだけということになったのか。

答 革命の方はやれるかどうかわかりませんから、まず元首一人を目的にするということになり、人物経済上二人で実行するということになったのです。しかし私が出獄してから、さらに大仕掛の革命ができるようならやろうということになったのです。

問 古河は革命のことはきかないと言っているが、どうか。

答 古河には革命のことを話し、古河も承諾しておりました。

（3）宮下太吉予審調書

【43/6/10予審第6回】

問 一月二十三日に管野、新村、古河の三人が爆裂弾の実行について相談したことを、其方に知らせてはこなかったか。

研究ノート

答 あったように思います。

問 そのときの手紙に図面を添えて、実行方法のことが書いてあったか。

答 書面のなかに図面もあったようですが、その書面は焼き捨ててしまいました。

問 爆裂弾は四人で投げることにして、各々の部署がきめてあったというではないか。

答 御通行の際に、乙と丙とは道の右側に、甲と丁とは左側に立って、甲は御馬車の前面から、乙は御馬車の後方から投げ、もしそれでも御馬車が進行したときは乙が前面に投げ、御馬車が後方に引返したときは丁が投げつけるというように書いてあったと思います。

(4) 新村忠雄・予審調書

【43/6/5 予審第2回】

問 古河に本件の計画を話した顛末を申述べよ。

答 古河はときどき平民社へ来ましたので、昨年秋頃からその話をいたしました。本年一月五日から幸徳は病気で寝ておりました。そして一月二十三日に古河が平民社にきましたので、別室で、宮下が爆裂弾をつくったから、いよいよ管野、古河、宮下、私と四人で実行しようときめました。その役割は、古河はからだが小さく警察の注意をひくことが少ないから、天子通行の道筋を調べて四人の位置をきめること、管野は合図役ということにし、四人が各自に爆裂弾をもって適宜に馬車に投げつけ、目的を達しようと相談しました。

【43/6/9 予審第4回】

問 一月二十三日にも平民社で会合したのではないか。

答 さようです。幸徳、管野、古河、私の四人で会合し、今回の計画の実行方法について相談しました。幸徳はその前から、自分には母があるとか、世話になった友人に迷惑をかけるとか言っていて、臆病風をふかして話がまとまりませんので、管野と古河と私と三人で別室に行って相談し、いよいよ秋に実行するというこ

とにきめました。

問 幸徳はいつ頃からそのように臆病になったのか。

答 四十二年十一月末頃からです。母があるとか、友人がどうか言っていていつもぐずぐずしており、一月一日の会合のときもやはりはっきりせず、それで宮下は不満の様子で帰りました。

問 それでは幸徳は、革命運動の仲間から逃げたのか。

答 そうではないのですが、ただぐずぐずして、相談しても話がきまらないのです。それで管野と私は、幸徳も病身で永くは生きられないのだから、この際われわれと一緒にやって共に死ぬほうが同人のためであろう。だから管野から幸徳にすすめて決心させようとしたのですが、やはり幸徳の返事が要領を得ないのです。三月湯ガ原へ行ったときも、私は管野に湯ガ原に滞在中幸徳を決心させるように申し、管野もそのつもりであったのですが、五月に管野が東京に帰り、幸徳はやはりはっきりしないから、もう同人は除外しなくてはならぬと申しました。

問 幸徳は最初、其方らの計画実行に同意したことは間違いないか。

答 さようです。しかし最初からもっとも熱心だったのは管野と私でありました。

問 宮下が爆裂弾をつくり、その試験をしたことは、当時幸徳も知っていたのであろう。

答 それは幸徳も知っていたのです。

問 幸徳がだんだん臆病になったといっても、其方らの計画に反対するというのではなかったのか。

答 反対したわけではありません。

【43/6/10予審第5回】

問 一月二十三日の会合のことをいま一度申してみよ。

答 その日は、幸徳が病気で八畳の座敷に寝ておりましたので、その部屋へ私と管野、古河の三人がゆき、実行の方法などについて相談したのですが、幸徳はや

はりぐずぐずして、要領を得ませんでした。それで私共三人は、私の居間になっていた四畳の部屋にいて相談したのです。そのとき私は自分のノートに実行のときの順序などを書いて三人に示しました。〔このとき被告人のいうところをきき、位置などを認め本調書に添付す。※図あり〕

問 それからどうしたか。

答 右のように各人の立つ位置をきめ、誰かが合図をしてまず甲が投げ、つづいて乙が投げ、それでも馬車が進行すれば丙が投げ、馬車が後方に退くときは丁が投げるといふ順序にしてはどうかと申しましたところ、管野も古河もこれに同意しましたが、兩人とも甲の位置に立って第一番に投げたいと言い、その順序について相談がまとまりませんので、後日抽籤をしてきめようということにいたしました。なお場所の選定は管野や私では警察の注意をひくから、古河が調査するということになりました。

問 その後、其方はいつ頃信州に帰ったか。

答 二月五日信州に帰りました。そして一月二十三日の会合のとき、爆裂弾の再試験をやる必要があるという意見でしたから、そのことを宮下に申しましたが、同人は第一回の試験で大丈夫だといひ、それに当日は雪が降ったので中止にしました。そのとき私は宮下に、幸徳はぐずぐずしていて駄目だから同人を除き、他の四人で決行しよう。管野、古河は決心が固いようだが、もし彼らも躊躇するようなら、われわれ二人で決行しようと思しましたところ、宮下も同意し、それでは日時、場所などを調べてくれと申しました。そして元首の通行は秋が多いから、やはり秋にしようということになったのです。

問 其方が本年三月出京して、幸徳が湯ガ原にゆくまでの間に革命運動のことを相談したか。

答 私と管野との間ではいろいろ話しました。そして幸徳の態度がはっきりしないから、同人を除外するか、あるいはすすめて決心させるかについて話しておりました。

【43/7/5 予審第11回】

問 同一月二十三日平民社で幸徳、管野、古河、其方の四人で、今回の計画について相談したことは間違いはないか。

答 間違いありません。しかし幸徳はぐずぐずして要領を得ませんから、私共三人が別室にいて相談しました。

問 其方は本年一月中大石に、宮下と爆裂弾運動をやるから新宮にゆけないと申し立てやったのは事実か。

答 さようです。実は私は大石に言って、今回の計画について後援をたのもうと思っていたのですが、大石に迷惑がかかるかもしれぬと思って中止したのです。

問 大石にやった手紙に、爆裂弾ができたということを知らせてやったか。

答 さようです。手紙のついでに書いてやりました。

問 幸徳が本件の計画に躊躇の態度を示しはじめたのはいつ頃からか。

答 昨年十一月末頃からです。

問 しかし本年三月中幸徳は、其方に激励するようなことを言っているではないか。

答 幸徳の態度があいまいでしたから、本年三月別れるとき、あなたは今回の計画に加わることをやめるのかとききますと、はっきりやめるとは申しませんでした。そして今回の計画が成功するかどうかは断言できないが、十年後には必ず効果があらわれると言い、私を激励するような言葉でした。しかし幸徳の態度はあいまいでした。

【43/7/30 予審第13回】

問 それでは紀州の同志はみな駄目になったのか。

答 そのように考えましたので、誰にも通知しませんでした。

問 紀州の同志が駄目になったので、暴力の革命はやらないことになったのか。

答 紀州の同志が駄目になり、資金もありませんから大仕掛けのことはできなくなりましたので、本年一月二十三日の会合で、最初の計画の通り元首を斃すということにきめたのです。しかし資金ができて、暴力革命ができるようになれば

研究ノート

やろうという考えは、私は継続してもっておりました。

【43/10/17予審第15回】

問 一月二十三日、平民社に会合して実行方法を相談したことは相違ないか。

答 さようです。

問 同二月六日宮下方にゆき、七日まで滞在したか。

答 さようです。

問 そのとき、一月二十三日平民社で協議したことを報告したのか。

答 報告しました。そして爆裂弾の再試験をやってみようと言いましたが、宮下は第一回の試験でその効力を確信していると言い、それに雪が降りましたので中止しました。

【43/10/27予審第16回】

問 本年一月二十三日の会合のとき、管野は銭湯に行って不在であったと古河が申しているが、事実か。

答 実は管野は銭湯に行っていて、中途から出席したのです。

問 古河には革命のことも相談したか。

答 古河には元首を斃すということを話したので、革命のことはよく話してはないと思います。

(5) 古河力作予審調書

【43/6/4予審第1回】

問 本年一月中、千駄ガ谷の平民社で新村忠雄と面会したとき、爆裂弾運動について話があったか。

答 さようです。別室で新村は、宮下が爆裂弾をつくって試験をしたところ、非常に大きな音がして十分効力があった。それで今年秋爆裂弾をもって主義の伝道に妨害になる迫害者、掠奪者に投げつけて斃す計画をしていると申しましたか

ら、私もそれに加わろうと同意したのです。

問 その決行を今年秋としたのは、どういうわけか。

答 別に深い意味はありません。

問 新村とその話をしたとき、幸徳、管野などはいなかったか。

答 両人は奥座敷にいたので、私共の話したところにはいません。

問 其方は管野から、爆裂弾の計画についてきいたことがあるか。

答 本年一、二月頃と思いますが、平民社へゆきましたとき、管野が、宮下というものが爆裂弾をつくり、迫害者を倒す計画をしているという話をいたしました。しかし管野がその計画に加わっているかどうか、私はききませんでした。

問 宮下は、どういう方法で爆裂弾をつくったのか。

答 新村からきいたのですが、塩酸加里と鶏冠石とでつくったということでした。しかし私は、そのくらいのことで爆裂弾ができるものかと疑っておりました。

問 幸徳から宮下の計画について何かきいたことはないか。

答 いっこうきいたことはありません。

【43/6/5 予審第2回】

問 本年一月二十二、三日頃、平民社で管野、新村と被告の三人が今回の計画について具体的な手筈をきめたであろう。

答 まだ時期が早いのですから別に具体的な相談もなかったのですが、爆裂弾の試験をもう一回新村が立ち会ってやることと、元首通行の道筋を私が調査して人の配置をきめることなど相談しました。

問 管野が合図役になるという相談もあったか。

答 私はさようなことはききません。

問 それでは、その後にそのような話をきいたことがあるか。

答 いつだったか忘れましたが、合図役が必要だという話がありましたが、管野が合図役になるということはきいていません。

問 なおそのとき、実行者は四人限りときめたのか。

研究ノート

答 さようです。四人限りというのは今回の計画についてはほかの誰にも話さないという意味です。管野は私に新村、宮下以外のものに断じて話してはならぬと申しました。

【43/6/10予審第4回】

答 本年一月二十三日頃平民社に行ったとき、新村から幸徳を除くという話があったのでした。その日私は偶然昼過ぎから幸徳方へゆきましたら、新村が四畳半の部屋へ私を呼んで、先刻申立てました通り幸徳は母のことを思う詩を作っているし、また事件の後に外国へ通信する役目もあるから除外すると言ひ、そして元首通行の道筋を私が調査して実行の場所をきめるということになったのです。

問 そのとき管野とも相談したのか。

答 管野はおりましたが、入浴に出かけた後、新村が私を別室に呼んでいまの話をしたのです。それから管野が帰ってきましたが、それからは別に事件の話はせず、雑談をして私は帰りました。

問 幸徳は病身だから、むしろ実行に加わって皆と一緒に死ぬほうがよいという話
はなかったか。

答 さようなことはきいたことはありません。しかし幸徳は平生から「俺は牢屋に入れば死ぬだろう」と言っていました。これは社会主義者として、いつ牢屋に入るかも知れぬという覚悟から出た言葉か、また人を励ますために言ったかわかりませんが、雑談のなかでよくそんなことを言いました。

【43/6/20予審第7回】

答 本年一月二十三日平民社で、幸徳はあとに残したほうがよからうと忠雄が申しましたから、私もそれがよいと言ったのです。

問 其方や新村などは、幸徳が実行に加わってともに死ぬよりは、あとに残って伝道したほうが主義のために利益であるという意見だったのか。

答 さようです。

問 幸徳も其方らと同じ意見だったのか。

答 私は幸徳とは話しませんから、幸徳の意中でははっきり申されません。

問 幸徳は著述を終り次第上京して活動すると申しているが、それはどういう活動を
をするというのか。

答 その意味は私にはわかりません。

問 今回の爆裂弾運動に加わって活動するという意味ではないのか。

答 その辺のことは私にはわかりませんが、何か主義のための活動だろうと思いま
す。

【43/10/19予審第9回】

問 一月二十三日平民社に行って、今回の計画について相談したのか。

答 さようです。私が平民社にゆきましたとき、幸徳は病気で寝ておりましたが、
管野は銭湯にゆくと言って出かけました。そのあとで忠雄が私を別室に連れて
行って、幸徳は母のことなどで実行を躊躇しているようだから、同人を除外し
てわれわれ四人だけで秋に実行しようと申しましたから、私もそれに同意しま
した。

問 そのとき管野も同席したであろう。

答 管野は入浴に行って不在でした。

問 忠雄がノートに実行のときの位置を書いて、其方に見せたであろう。

答 何か書いてみせましたが、私はそのようなことはその場で臨機にきめる方がよ
いと申しました。そして私がまず実行の場所を調査することになりました。

問 なぜ其方が場所の調査をすることになったのか。

答 私は東京にながくいるので地理にくわしいからです。

問 管野が合図役になるという話はなかったか

答 そういうことはききませんでした。

問 管野は、一月二十三日の相談のことをくわしく知っているようだが、たしかに

不在だったのか。

答 それは私が平民社にゆく前か、あるいは立去ったあとに忠雄からきいたものと思います。

問 管野が湯ガ原から其方によこした手紙に「暴動、革命、私は自分の力の足りないのがはがゆくて堪りません。少しく体力を養い、警戒の怠るを待って献身という文字に少しく色彩ある意義ある活動をして終りたい云力」とあるが、これはもっと広範囲の革命を計画していたのではないか。

答 それは長沙の暴動のことを書いたのではないかと思います。私は革命などの相談をうけたことはありません。

6) 証拠からわかること

管野、新村忠雄、古河の3名が、幸徳を除くことを決め、実行計画を協議した。しかし、肝心の宮下もあらず、場所も日時も何も決まっていない。協議は名ばかりで、幸徳は除外することがだけを決めただけで、合図役も決まっていないし、誰がどのようにするかも決まっていない。

この会合において、具体的なことは決まっておらず、現実性がない。

事実認定での「秋期逆謀への実行に関する協議をなし」といっても具体性が全くないものであった。

（16）明治43年5月17日増田方での抽籤

明治43年3月幸徳は、管野とともに、神奈川県湯河原に静養することにした。

テロを計画した4名からの離脱である。しかし、管野は計画をあきらめきれず、5月17日の会合に臨む。これが最後の会合となる。

1) 判決の事実認定

五月一日被告スガは帰京して千駄ヶ谷町増田謹三郎方に寓す。十七日忠雄もまた帰京し、その夜、スガ、忠雄、力作の三人スガの寓居に相会して大逆罪実行の部署を議し、一旦抽籤してスガ、力作の二人先発者となり、忠雄、太吉の二人は後発者と定まりしが、忠雄はこれを遺憾となし、翌日力作に対してこれを變更せんことを求め、遂に機を見て再び部署を議定せんことを相約せり。

2) 事実認定の証拠の表示

【管野スガの予審調書】

「同年五月一日湯河原より帰郷し、同月十七日千駄ヶ谷町増田謹三郎方に於て、忠雄、力作の兩名に会合し、人物の経済上、二人にて実行の任に当り、二人は残りて再拳を図ることを評決し、抽籤を以てその実行者を定めたるに、第一が力作、第二が被告に当り、忠雄と宮下は落籤したる」

【新村忠雄の予審調書】

「同年五月十七日に出京したり、

同日管野の仮寓せる千駄ヶ谷村増田謹三郎方に於て管野古河及被告の三名一て談合の末大逆罪の実行に付四人同時に斃るるは人物経済上不利益なるを以て抽籤に依り実行者に名を定め残るに名は他目を期して再拳し図る

ことを約○○○○○に抽籤を行ひたるに第一は管野第二は古河に当り被告と宮下とは落載したり然れとも被告は其落載を遺憾と為し

翌十八日管野を東京監獄に送りたる後古河を夜に入て訪問し前日の抽籤を取消したき旨を申出て古河の承諾を得たる」

【古河力作の予審調書】

「同年五月十七日夜管野の仮寓せる千駄ヶ谷村増田謹三郎方に於て管野及忠雄の兩名と会合し、四人同時に実行に干与するは人物經濟上不利益なるを以て先づ二人にて実行し残る二人は他日再拳を企るに若かずと評決し、即座に抽籤を行ひたるに第一は管野第二は被告に首り忠雄と宮下とは落籤したるも忠雄は翌十八日夜被告方に来りて前夜の抽籤を取消し度旨申出たるを以て被告は之を承諾したり」

3) 証拠とされる予審調書

管野スガの 【43/10/17予審第13回】

新村忠雄の 【43/6/3予審第1回】 , 【43//6/10予審第5回】 , 【43/7/20予審第12回】

古河力作の 【43/6/4予審第1回】 , 【43/6/5予審第2回】 , 【43/6/10予審第4回】

【43/10/19予審第9回】

4) 証拠から検討すべき問題点

明治43年5月17日段階での管野・新村忠雄・古河の計画が具体性・現実性をもっていたか

5) 各予審調書の詳細

(1) 管野スガ予審調書

【43/10/17予審第13回】

問 五月十七日の夜千駄ヶ谷の増田方で古河、忠雄の兩人と会合し、人物經濟上二

人で実行するというにされたのか。

答 さようです。それで実行者を抽籤できめました。

問 その抽籤の結果其方が第一、古河が第二にあたり、其方と古河とで実行することになったのか。

答 さようです。

（2）新村忠雄予審調書

【43/6/3予審第1回】

問 古河力作もその計画に同意していたか。

答 私は本年一月申中千駄ガ谷の幸徳宅で古河に会い、宮下が爆裂弾をつくって元首を斃そうと計画していると話しましたところ、古河はおれも一緒にやってもよいと申ししておりました。その当時私の考えはまだきまっていませんでしたから、それ以上古河とは話さなかったのです。その後五月十八日の夜、古河の宅に行ったとき、宮下が本年秋に爆裂弾をもって元首を発すと言っているから、自分もその計画に賛成していると申しましたところ、古河もそれでは自分もそれに加担すると言ひ、いよいよ三人で実行することに話がきまったのです。

問 菅野スガに今回の計画を話したことはないか。

答 本年三月に上京したとき、菅野に計画を話して同意を求めましたところ、菅野ははっきり反対もいたしませんでしたが、幸徳が新聞を出したいと言っているからそれを手伝いたいし、また小説も書いてみたいと言ひ、不得要領な返事をしておりました。その後五月十八日菅野が入監することになりましたので、それを見送るために十七日出京して菅野方にゆき、また計画のことを話しましたが、やはり菅野はあいまいな返事をいたしました。

問 菅野に話したのは其方の一存か。

答 そうではありません。宮下がこの計画には女が一人必要であるから、ぜひ菅野を説いて同意をさせてくれ、そして同人を実行のとき合図役にしたいと言いま

した。それで私が管野に話したのです。

問 其方が管野に話してから、管野と宮下との間で直接に連絡ができたのではないか。

答 それはいっこうに存じません。

問 幸徳にはその計画を話さなかったか。

答 幸徳には話しませんでした。管野に話したときには幸徳はおりませんでした。

問 この書面に爆裂弾云々とあるのはどういうことか。

答 私は五月十七日出京して翌日管野の入監を見送り、それから西大久保の著述家田岡嶺雲のところにゆき、前に平民社で使っていた謄写版が預けてありましたので、それを受取って古河方に行って一泊し、翌十九日に管野の宿所であった干駄ガ谷の増田方で一泊し、翌日前橋の方面に行って二泊して帰郷しました。ところが私は、そのとき宮下のところに行って、それから出京しましたので、警察では私が爆裂弾を持って姿をくらましたというので大騒ぎしました。そのことを幸徳が冷笑して手紙に書いたのであります。

【43/6/10予審第5回】

問 それからどうしたか。

答 右のように各人の立つ位置をきめ、誰かが合図をしてみず甲が投げ、つづいて乙が投げ、それでも馬車が進行すれば丙が投げ、馬車が後方に退くときは丁が投げるといふ順序にしてはどうかと申しましたところ、管野も古河もこれに同意しましたが、兩人とも甲の位置に立って第一番に投げたいと言ひ、その順序について相談がまとまりませんので、後日抽籤をしてきめようということにいたしました。なお場所の選定は管野や私では警察の注意をひくから、古河が調査するということになりました。

問 その後、其方はいつ頃信州に帰ったか。

答 二月五日信州に帰りました。そして一月二十三日の会合のとき、爆裂弾の再試験をやる必要があるという意見でしたから、そのことを宮下に申しましたが、

同人は第一回の試験で大丈夫だといひ、それに当日は雪が降ったので中止にしました。そのとき私は宮下に、幸徳はぐずぐずしていて駄目だから同人を除き、他の四人で決行しよう。管野、古河は決心が固いようだが、もし彼らも躊躇するようなら、われわれ二人で決行しようと申しましたところ、宮下も同意し、それでは日時、場所などを調べてくれと申しました。そして元首の通行は秋が多いから。やはり秋にしようということになったのです。

問 其方が本年三月出京して、幸徳が湯が原にゆくまでの間に革命運動のことを相談したか。

答 私と管野との間ではいろいろ話しました。そして幸徳の態度がはっきりしないから、同人を除外するか、あるいはすすめて決心させるかについて話しておりました。

問 五月十七日の夜、増田方で其方と管野、古河の三人が会合し、実行のときの抽籤をやったことは間違いないか。

答 それに相違ありません。

【43/7/5 予審第11回】

問 本年五月十七日、管野が入獄する前夜に増田方で管野、古河、其方の三人が会合して、本年秋に計画を実行することにきめたのは間違いないか。

答 間違いありません。なお申立てますが、私が前に当廷であったか、検事廷であったかよく記憶しませんが、クロボトキンの発行している雑誌『フリーダム』を購読していたように申しましたが、それは幸徳が購読していたのを私が借りて見たのです。

【43/7/20 予審第12回】

問 本年五月十七日の夜、増田方で管野、古河らと今回の計画実行について相談したことも大石に通知したか。

答 それもすぐに知らせました。

(3) 古河力作予審調書

【43/6/4 予審第1回】

問 本年五月十八日の夜新村が其方のところへ行ったか。

答 まいりました。

問 そのとき新村から爆裂弾の話があったか。

答 新村は管野スガの入監を送るために出京したのですが、旅費が足りないから貸してくれと申しましたので二円貸しました。そのとき爆裂弾の試験の結果を報告するつもりであったが、宮下がこなかったから報告ができないと言い、この秋にはぜひ決行しようと言いました。

【43/6/5 予審第2回】

問 被告は五月十七日、管野が労役のために入監する前日に、干駄ガ谷の増田方にいる管野を訪ねたとき、忠雄もきていて今回の計画実行についての役割を抽籤できめたというのは事実か。

答 さようです。相違ありません。

問 そのとき管野方へ行ったのは何時頃か。

答 夜八時過ぎでした。

問 管野から呼ばれて行ったのか。

答 管野が入監するについて、私はただ暇乞いのつもりでゆきました。

問 新村忠雄はどうして来させていたのか。

答 どういう都合できたのかわかりませんが、管野方へ新村がくるという電報がきていたので、ついでだから同人に会おうと思って、くるのを待っていました。新村は夜九時頃きたと思います。

問 新村がきてどういう話をしたか。

答 新村は爆裂弾の二回目の試験をするはずであったが、それができなかったと言いました。それから役割をきめておこうと言って、抽籤をしたのです。

問 役割をきめるというのは誰の発意か。

答 誰の発意ということもなく、三人で言いあってきめたのです。

問 抽籤の結果はどうであったか。

答 管野が一、私が二、新村が三、宮下が四にあたりました。

問 籤は何でつくったのか。

答 管野が紙に一、二、三、四と書き、その上に棒をひいて、字の方をかくしておいて、めいめい抽（ひ）いたと思います。

問 誰が最初に抽いたか。

答 新村が自分と宮下の分を抜き、次に私が抜き、管野が残りの籤を取りました。それで一は投弾者、二はその助手ときめ、三と四は今回はやらずに後日に残るということにしました。

問 なぜ四人のうち二人だけ実行者になったのか。

答 二人で十分だと思ったからです。しかし私はあとで二人では足りないと思い、もっと仲間があるほうがよいという手紙を新村に出しましたが、抽籤のときは二人ということに賛成したのです。

問 籤を抽いたのはどんな場所か。

答 増田蟻の、入って左手の管野の借りていた部屋です。

問 籤してから新村は、自分も実行に加わりたと言ったか。

答 その翌日、新村は抽籤は取消したいと言って私方へきましたから、私はきまつた以上それはいけないと申しました。

問 その夜被告はひきつづき管野らと話したのか。

答 いえ、私は新村を残して先に帰りました。

問 それでは当選した二人は、天長節に元首の御馬車に投弾する予定であったのか。

答 秋頃ということと、元首を目的とすることは事実ですが、天長節ときめたのはありません。天長節は警戒が厳重だからよくないと思っていました。

問 なぜ被告は、前回の陳述で、ことさら元首ということを行わなかったのか。

答 それはほかの被告が申立てぬうちは、私はいかに責められても言わないつもりでした。しかしほかの被告が元首を目的にしたと申したそうですから、いまさ

らかくす必要がありません。

問 管野は元首ばかりでなく、できればなお同志を集めて大仕掛な革命をやりたいと言っているが、被告の考もそうなのか。

答 私はそのような考はもっておりません。そんなことは到底できないと思います。

問 管野から、もっと大仕掛けにやるという話はきかなかったか。

答 さような話はききません。

問 しかし被告は抽籤をやった後に、新村に、もっと多くの同志がほしいという手紙を出しているではないか。それはつまり、もっと大きくやろうという希望だったのではないか。

答 そうではありません。管野は病身で労役にゆくのですから、万一のことがあれば私と新村だけになるから、それでは不足だと思って、ほかに同志がほしいと書いたのです。

問 しかし第四の宮下がいるではないか。

答 新村の話では、宮下は決心が少しにぶったようだと、抽籤の日かその翌日私のところにきたとき言いましたから、それでほかに同志がほしいという手紙をやったのです。

問 宮下の決心が少しにぶくなったというのは、何か事実があったのか。

答 それは知りませんが、新村がそのように言ったのです。

【43/6/10予審第4回】

問 管野が帰京してから、被告は何回同人を訪問したか。

答 五月十七日の晩と、同月上旬との二回です。

問 そのとき幸徳の消息をきいたか。

答 幸徳のことは少しもききませんでした。一月二十三日に計画から同人を除外するというを新村からきいていましたから、私はそのつもりでおりました。

問 同月上旬管野を訪ねたとき、計画について何か話があったか。

答 計画のことについては別に話しません。ただ湯ガ原では金持がぜいたくをして

いるから癒にさわると管野が言っていました。なお管野は、自分が入獄する前に新村もくるだろうから、そのとき相談しようと言いました。

【43/10/19予審第9回】

問 五月十七日の夜其方は千駄ガ谷の増田方で管野、新村の三人で会合したか。

答 さようです。

問 その会合で何を相談したか。

答 四人同時に実行に加わるのは人物経済上不利益だから、今回は二人で実行し、他の二人はあとに残ってさらに同志を集め、つぎの計画をするということでした。

問 その実行者は抽籤できめたのか。

答 さようです。そして一が管野、二が私となって、宮下と新村は籤にもれました。

問 翌十八日の夜、忠雄が其方のところに行って、前夜の籤は取消すと言ったか。

答 さようです。籤にもれて残念だからあれは取消してくれと言いましたから、私もそれを承諾したのです。

6) 証拠からわかること

宮下がきておらず、管野・新村忠雄・古河がたまたま集まった管野が入獄する前の日に、計画を話したようであるが、相変わらず計画が具体化していない。

場所・時期も明らかでなく、爆裂弾も宮下以外誰もみておらず再実験すらできていない。参加者、投擲者すら決まっていない。

「大逆罪実行の部署を議し、一旦抽籤してスガ、力作の兩人先発者となり、忠雄、太吉の兩人は後発者と定まりし」と爆裂弾の投擲の順番を決めても宮下抜きの話で現実性がない。しかも、翌日には「忠雄はこれを遺憾となし翌日力作に対してこれを變更せんことを求め、遂に機を見て再び部署を議定せんことを相約せり」

研究ノート

と新村忠雄と古河で再協議を約している。この程度のものであり現実性のないものであった。

（17）事実認定の誤りと判決の事実認定の脆弱さ

以上、（1）から（16）で述べたとおり、判決は証拠から認定できない強引な事実認定をしている。

しかも、それだけでなく、第2から第4で述べたように、誤った事実認定といっても、これを皇室危害罪（刑法73条）の「陰謀」に該当するとしている。

事実認定でも法令適用でも誤っていて、判決の脆弱性は明らかである。

[追記]

本稿は、「龍谷大学大逆事件研究会」（代表・石塚伸一）の研究成果の一部である。

国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所刊 『非市民の権利』

戸 塚 悦 朗

(解説)

本翻訳『非市民の権利』は、国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所によって出版されたProf. David Weissbrodt著“*The Rights of Non-citizens*”¹の全訳である。

1. 翻訳に至った経過

訳者は、現在「外国人のヒューマンライツ」シリーズ論文を龍谷法学に執筆中である。(その1)(54巻3号)では、憲法以下の国内法に焦点をあて、(その2)(54巻4号)では、ヒューマンライツを保障する国際法の視点に注目した。そこでぶつかったのは、外国人のヒューマンライツを保障する国際法の全体像の解明にどう取り組むか?という課題である。あまりにも膨大な研究を必要とするので、筆者の力量を越えている。

そこで考えついたのは、この分野の世界的な権威者を日本に招いて講義してもらってはどうかという方法だった。筆者は、1984年以降国連ヒュー

1 The Rights of Non-citizens, published by Office of the UN High Commissioner for Human Rights, UN Doc. HR/PUB/06/11.

https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/noncitizensen.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1, Visited on 11 March 2022.

マンライツ委員会などでNGO活動を続けていたし、大学で学生に国連欧州本部の現場を体験できる特別授業（2010年まで）も実施していた。その経験から知り得たことを想起してみても、この分野の権威者と言えば、米国ミネソタ大学で国際ヒューマンライツ法を教えていたデイヴィッド・ワイスプロット教授をおいてほかに思い付かなかった。教授が、国連ヒューマンライツ小委員会で「非市民の権利」についての特別報告者として継続的に研究しておられた当時ジュネーブでお会いしたこともあった。

早速、連絡先を調べてみようとして、ミネソタ大学ロースクールのウェブサイト²の教員プロフィールを検索してみた。驚いたことに、昨年（2021年11月11日）、77歳で逝去されたことがわかったのである。筆者がそのことを知ったのは、そのわずか1カ月後の12月9日のことだった。筆者よりも若かったし、まだまだ活躍していただけるはずだったのに、大変残念なことであった。今となっては、日本にお招きすることもできないと、落胆した。

プロフィールの記事は、教授の膨大な業績目録を掲載していた。目録を調べているうちに、本書の存在が目にとまった。ところが、検索してみてもその日本語訳がみつからない。そこで、同教授の本書を翻訳して外国人のヒューマンライツを保障する国際法の全体像を学ぶとともに、その成果を日本の読者に紹介することは有意義なことではないかと考えるに至ったのである。

2. 著者デイヴィッド・ワイスプロット教授について

デイヴィッド・ワイスプロット教授は、2018年に、40年勤務したミネソ

2 Weissbrodt, David | University of Minnesota Law School (umn.edu)
<https://law.umn.edu/profiles/david-weissbrodt>, visited on Dec. 9, 2021

タ大学のロースクールを退職した。その時の同大学の広報資料³によれば、教授は、ヒューマンライツを保障する国際法の分野で「伝說的」と言われるほど多方面の重要な業績を残したことを知ることができる。

教授は、1944年米国ワシントンDCで、アメリカン・インディアンのために働く弁護士だった父親とジョージタウン大学の経済学教授も務めた母親の間に生まれた。教授は、コロンビア大学とLSEで経済学を学んだ。

その後、カリフォルニア大学（バークレー校）ロースクールで法学を学んだ。ここで、ヒューマンライツを保障する国際法の専門家として著名なフランク・C・ニューマン教授に出会ったことがその後のワイスブロット教授の方向を決めた。カリフォルニア州最高裁判事のクラークとなり、弁護士業務にも携わった。

1975年ミネソタ大学ロースクールに勤めることになった同教授は、教育者として多数の学生を育て、研究者として顕著な業績を残した。同ロースクールに、ヒューマンライツを保障する国際法についての膨大な情報を蓄積し、国連にさきがけてインターネットを通じて公開した。

教授は、研究と実務を架橋するNGO実践活動にも大活躍した。特筆すべきなのは、拷問の被害者の救援活動とアムネスティ・インターナショナル（AI）への貢献であろう。ワイスブロット教授の功績への「賛辞」（Tribute）がMINNESOTA JOURNAL OF INT'L LAW [Vol. 25: 2 2016] A CELEBRATION OF DAVID WEISSBRODT⁴に掲載されているが、その中で長年AIの法律顧問を務めたナイジェル・ロドリゲスがそれ

3 Legendary Human Rights Advocate David S. Weissbrodt Retires After 40 Years | University of Minnesota Law School (umn.edu)

<https://law.umn.edu/news/2018-12-01-legendary-human-rights-advocate-david-s-weissbrodt-retires-after-40-years>, visited on March 16, 2022.

4 Microsoft Word - 1-Weissbrodt macro FINAL (minnjil.org)

<https://minnjil.org/wp-content/uploads/2016/05/1-Weissbrodt-macro-FINAL-2.pdf>.

Visited on March 18, 2022.

を詳しく紹介している。

ワイスプロット教授は、国連のヒューマンライツ活動にも貢献した。1996年から2003年まで国連差別防止少数者保護小委員会の委員を、2001年から2002年まではその議長をつとめた。2000年から2003年の間に非市民の権利に関する特別報告者として研究に従事した。教授は、2006年その研究成果をまとめた冊子を国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所から出版した。それが本書である。

3. 本書の概要について

本書のタイトルは、「外国人の権利」ではなく、『非市民の権利』とされている。それはなぜなのだろうか。外国人を研究の対象とすると、当該国の国籍を持たないだけでなく、その他の国の国籍も持たない無国籍者を研究の対象から外すことになる。非市民概念には、外国人だけでなく、無国籍者も含むことになり、範囲が広い。

本書は、2006年出版であり、少し時間がたっている。最新の先例については、追加研究が必要だろう。しかし、外国人のヒューマンライツを保障する国際法の全体像にどう取り組むか？という課題への応答にはなるであろう。

マクリーン判決が言う日本国憲法上の外国人の権利は、中身が茫漠として明確でない。ところがワイスプロット教授が国連の特別報告者として研究した成果を詳述している『非市民の権利』は、国際法によって保障されているヒューマンライツであって、その全体像は明確である。法源が国際法であって、日本国憲法とは異なる。実施手続きも国際的な機関と手続であって、これも国内法手続きとは異なることが明らかである。

これまでの日本の裁判所の実務と比較すると、例外と原則が逆転している。市民に保障されているヒューマンライツは、原則としてすべて非市民

にも保障されている。本書が叙述するところを熟読すれば、「非市民」に保障されていない例外は、国際法の明文で除外されているごく狭い範囲に限られていることが良く理解できるであろう。

これまでNGOも、ヒューマンライツを保障する個別の条約を活用して、グループ別の権利に取り組んできた。だが、本書を読めば、そのアプローチだけでは、不十分だったことがわかるようになるはずである。

外国人のヒューマンライツの全体像が見えてくると、憲法上の「人権」と国際法上の「ヒューマンライツ」との違いが良く理解できるようになるだろう。こうして見ると、訳者が、国内法の平面上の「人権」という概念とは別に、国際法の平面上の「ヒューマンライツ」という概念に注目すべきだと主張する理由を読者に理解していただけるであろう。

注目いただきたいのは、出版のときが2006年であることである。当然のことながら、それ以後の国際法の発展についてはカバーできていない。たとえば、EU資格指令「第三国国民又は無国籍者の国際的保護の受益者としての資格、難民又は補助的保護を受ける資格のある者の統一した地位、および付与される保護内容についての基準に関する2011年12月13日付の欧州議会・欧州理事会指令2011/95/EU（改）」が出され、EUは、「国際又は国内武力紛争の状況における無差別暴力による文民の生命又は身体に対する重大かつ個別の脅威」を国際保護の資格要件として認めたこと⁵など、2006年以降の研究を別途参照されたい。

本翻訳の日本語出版を快諾された国連（広報）担当者の御協力に感謝します。

5 安藤由香里「国際人権条約における補完的保護——日本における「補完的保護」の乖離——」法学新報第138巻第10号、2022年3月30日、55-82頁。

翻 訳

国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所

非市民の権利

国際連合

ニューヨーク及びジュネーブ、2006年

国際連合文書の記号は、結合された大文字と数字で構成される。そのような記号に言及することは、国際連合文書への言及を示す。

本出版物において採用された資料の言及及び提示は、いかなる国、領土、都市または区域、またはその当局の法的地位に関する、またはその国境又は境界の限界に関する、国際連合事務局のいかなる意見の表明も意味しない。

The Rights of Non-citizens

[https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/
Publications/noncitizensen.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1](https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/noncitizensen.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1)

Published by Office of the UN High Commissioner for Human Rights

Visited on 11 March 2022

HR/PUB/06/11

国際連合刊行物

販売番号 E .07.XIV .2

ISBN-13:978-92-1-154175-5

翻訳者 戸塚悦朗

弁護士・博士・元龍谷大学法科大学院教授

2022年3月11日

目次

はじめに

I. 非市民のための平等一般原則

- A. 市民的及び政治的権利に関する国際規約
- B. あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約
- C. 経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約
- D. 地域機構
- E. 国内憲法

II. 非市民の特定の権利

- A. 基本的な権利及び自由
- B. 市民的及び政治的権利
- C. 経済的、社会的及び文化的権利

III. 非市民グループ別の権利

- A. 無国籍者
- B. 難民及び庇護希望者
- C. 非市民労働者及びその家族
- D. 人身売買の被害者
- E. 非市民である子ども

結論と提言

付属文書

人種差別撤廃委員会非市民への差別に関する一般的勧告30（2004年）

はじめに¹

すべての人は、その本質的な人間性のゆえに、すべてのヒューマンライ

1 この出版物は、非市民の権利に関する特別報告者David Weissbrodt教授によって作成された。同教授は、2003年8月に最終報告書（E/CN .4/ Sub.2/2003/23 and Add. 1-3）をヒューマンライツの促進と保護に関する小委員会に提出した。著者は、特にこのプロジェクトに対するthe John and Catherine T. MacArthur Foundationから受けた支援に、またShervon Cassim, Marta Baró I Vilà, Chantal Bostock, Christopher Chinn, Clay Collins, Noriko Kurotsu, Sasha Mackin, Rosalyn Park, Nandana Perera, Virginie Roux, Mary Rumsey, Bret Thiele, Mark Thieroff, Erik Williamsen and Zemeney Wondesenから受けた研究支援に感謝している。

ツを享受すべきである。例外的な区別は、例えば市民と非市民の間では、正当な国家の目的を達成するためであって、その目的を達成するために比例している場合にのみ可能である。

市民とは、国とその者との間に実効的な結びつきがあると国によって認められてきた者をいう²。国際法は、原則として、誰が市民としての資格があるかを決定する権限を各国に与えている。市民権は、通常はその国での出生 (*jus soli*または出生地主義として知られている)、その国の市民である親からの出生 (*jus sanguinis*または血統主義として知られている)、帰化、またはこれらの組み合わせによって取得できる。

非市民とは、自分が現在いる国へのこれらの実効的な結びつきが認められていない者をいう。非市民には、永住者、移住者、難民、庇護希望者、人身売買の被害者、留学生、短期滞在者、その他の種類の非移住者及び無国籍者を含み、さまざまなグループがある。これらの各グループには異なる法的な制度に基づく権利を認められ得るが、すべてではないにしても、ほとんどの非市民が直面している問題は非常に似通っている。これらの共通の関心事は、世界人口の3%に相当する約1億7500万人に影響を及ぼす³。

非市民は、恣意的な殺害、非人道的な扱い、奴隷制、恣意的逮捕、不公正な裁判、プライバシーの侵害、ルフールマン（迫害に直面する国への送還）、強制労働、児童労働、人道法違反から自由であるべきである。彼らにはまた、結婚、未成年者の保護、平和的集会及び団結、平等、信教及び信条の自由、社会的文化的及び経済的権利、労働権（例えば、団体交渉、

2 Nottebohm事件（リヒテンシュタイン対グアテマラ）に関する1955年4月6日の国際司法裁判所の判決を参照。

3 「世界の人口動向:事務総長報告」(E/CN.9/2003/5、パラグラフ53)。この1億7500万という数字は、彼らが生まれた国以外の国に現在居住している個人の数を示す。これは、新たに帰化した者を含み得るが、出身国によって新国籍が認められていない個人を含んでいないかもしれない。

労働者への補償、健康で安全な労働条件)、領事による保護などの権利がある。すべての人間は、尊厳と権利において平等の権利を与えられているが、一方で、国家は、市民に対して明示的に保障された政治的権利及び移動の自由に関して市民と非市民の間にわずかな区別を設けることができる。

それにもかかわらず、非市民にとって、国際ヒューマンライツ法が彼らに保障している権利と彼らが直面している現実との間には大きな隔たりがある。多くの国では、非市民の人たちは、構造的で広汎な問題に直面している。非市民のほぼすべての種類の人々は、公式及び非公式の差別にさらされている。いくつかの国では、平等な扱いの法的保障と経済的繁栄を達成する上での非市民の重要性に対する認識があるかもしれないが、他方、非市民は敵対的な社会的及び実際的な現実と直面している。彼らは、外国人嫌悪、人種差別、性差別；言葉の壁や慣れない慣習；政治的代表者の欠如；彼らの経済的社会的文化的権利——特に労働への権利、教育への権利及び医療への権利を実現する困難；身分証明書を入手する困難；そして彼らのヒューマンライツ侵害に効果的に異議を申し立てたり、その是正を求めたりする手段の欠如などを経験している。非市民の中には恣意的な、またしばしば無期限の拘禁を受ける者もいる。彼らは、出身国では迫害や虐待の経験によって心に傷を負った可能性があるが、しばしば過密で非衛生的で危険な刑務所に犯罪者とともに収容される。さらに、拘禁されている非市民は、家族との接触、法的支援や拘禁に異議を申し立てる機会を否定されることもあり得る。公式の敵意——しばしば国の法律で表現される——は、戦争、人種憎悪と高い失業率の際には特にあからさまになってきた。例えば、2001年9月11日以降、状況は悪化しており、一部の政府がテロの恐怖への対応として非市民を拘禁してきた。国際ヒューマンライツ法で認められている無差別原則の例外は狭いものであって、このような非市民の権利の侵害の蔓延を正当化するものではない。

この出版物の主な目的は、非市民の権利を保護する国際法の多様な法源
(龍法 '22) 55-1, 434 (434)

と新たな国際基準を以下のとおりすべて明らかにすることである。すなわち：

- あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約および他のヒューマンライツ条約の関連規定；
- 人種差別撤廃委員会及びその他の条約機関の一般的意見、国別所見及び見解；
- 移住者のヒューマンライツと人種差別に関するテーマ別手続きに関する国連ヒューマンライツ委員会の報告書；
- 国際労働機関及び国際連合難民高等弁務官事務所のような他の国際機関の関連業務；および
- 人種差別と不寛容に対する欧州委員会などの地域機関の報告

第Ⅰ章は、非市民のための平等の一般原則を検討する。第Ⅱ章では、各種の非市民の権利の法源と範囲を、普遍的権利及び自由、市民的及び政治的権利、そして経済的社会的及び文化的権利を含め、より詳細に説明している。第Ⅲ章では、これらの権利の無国籍者、難民と庇護希望者、非市民労働者、子どもなどの特定の非市民グループへの適用について論じる。

第Ⅰ章 非市民のための平等の一般原則

国際ヒューマンライツ法は、すべての人は、その本質的な人間性のゆえに、差別されることなくすべてのヒューマンライツを享受すべきであるという前提のうえに築かれている⁴が、例外的な区別——例えば市民と非市

4 1948年世界ヒューマンライツ宣言は、その第2条1項でこの原則を認めている。「すべて人は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、門地その他の地位又はこれに類するいかなる

民との間では——は、正当な国家の目的⁵を達成するためであって、その目的を達成するために比例している場合にのみ可能である⁶。非市民に対する差別と闘うためのいかなる道も、次の点を考慮に入れるべきである。

「る事由による差別をも受けることなく、この宣言に掲げるすべての権利と自由とを享有することができる。」(強調あり)。この規定は「すべて人」に適用されるため、非市民を含む。「これに類する」という言葉の使用は、このリストが網羅的ではないことを示し、「いかなる事由による差別をも受けることなく」というのが主要な表現である(強調あり)。このリストは国籍を省略しているが、Lillich教授によれば、「このリストは明らかに例示的であり、包括的ではないことが意図されているので、この省略は致命的ではない…」とされている。彼はまた、「国籍は、「いかなる事由による差別」のカテゴリーに入ると思われる」と述べている。Richard B. Lillich, *The Human rights of Aliens in Contemporary International Law* (Manchester University Press, 1984) p. 43. 同様の非市民に関する無差別原則は、国際連合憲章、経済的社会的及び文化的権利に関する国際規約、市民的及び政治的権利に関する国際規約、子どもの権利に関する条約、すべての移住労働者とその家族の権利の保護に関する条約、アフリカヒューマンライツ憲章、アメリカヒューマンライツ条約、ヒューマンライツ及び基本的自由の保護に関する欧州条約、社会的少数者保護のための欧州枠組み条約、その他の多くの文書及びそれらの文書の権威ある解釈に見られる。

5 人種差別撤廃委員会の条約第1条1項についての一般勧告14(1993)参照。「委員会は、次のことを確認する。このような差別化のための基準が条約の趣旨及び目的に照らして判断され、合法的であるか、第1条4項の規定(特別措置に関して)の射程の範囲内のものである場合は、かかる差別化の取り扱いが差別を構成しないものとする。採用された可能性のある基準を検討する際には、委員会は、特定の行動が様々な目的を持つ可能性があることを認める。ある行為が条約に反する効果を有するか否かを決定しようとする際には、当該行為が人種、肌の色、血統、または国籍や民族によって区別される集団への、正当化できない異なる影響を有するか否かを検討する」。ヒューマンライツ委員会は、無差別に関する一般意見第18(1989)で、同様に、「そのような差別化の基準が合理的であり、かつ客観的である場合であって、かつまた、本規約の下での正当な目的を達成するという目的で行われた場合」には、取扱いの相違が規約の下で許容される場合があることを認めている。

6 See Joan Fitzpatrick, "The human rights of migrants", Conference on International Legal Norms and Migration (Geneva, 23-25 May 2002). See, e.g., European Court of Human Rights, *Berrehab v. the Netherlands*, No. 10730/84, judgement of 21 June 1988.

- (a) 特定の権利における国家の利益（例えば、政治的権利、教育、社会保障への権利、その他の経済的権利）；
- (b) 異なる非市民及び当該国との関係（例えば、永住民、移住労働者、庇護希望者、一時滞在者、観光客、非正規労働者）；及び
- (c) 国家の利益又は非市民と市民の間を又は非市民間を区別する理由（例えば、相互主義、開発の促進）に正当性があり、比例性があるか否か。

「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する」

【市民的及び政治的権利に関する国際規約第26条】

A. 市民的及び政治的権利に関する国際規約

市民的及び政治的権利に関する国際規約は、国際ヒューマンライツ法の根底にある非市民に関する平等の一般原則及びその原則に対する例外の範囲の狭さを示す事例を提供している。

その第2条1項によれば、各締約国は：

「その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」

さらに第26条は、以下のように定めている：

「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、…国民的若しくは社会的出身、…又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する」

規約ヒューマンライツ委員会は、以下のとおり説明している：

「規約で定められた権利は、相互性とかかわりなく、かつ、その国籍又は無国籍にかかわりなく、すべての者に適用される。従って、一般規則は、規約の各々の権利が市民と外国人との間で差別されることなく保障されなければならない、ということである」⁷

規約ヒューマンライツ委員会：

「一般規則は、規約の各々の権利が市民と外国人との間で差別されることなく保障されなければならない、ということである」

規約ヒューマンライツ委員会は、また、非市民の権利への制限は、市民的及び政治的権利に関する国際規約によって合法的に課される制限によってのみ許されるとしている。具体的には、規約は、市民に明示的に保障された政治的権利と移動の自由のふたつの範疇に関して締約国が市民と非市民との間で区別を設けることを認めている。政治的権利に関しては、第25条は、「すべての市民」は、政治に参加し、選挙で投票し又議員となり、

7 規約の下での外国人の地位に関する規約ヒューマンライツ委員会一般的意見第15 (1986) 参照。

そして公務に携わる権利を有すると定めている⁸。

移動の自由に関しては、第12条第1項は、「合法的にいずれかの国の領域内にいる」者に対してだけ——つまり、非正規移住者への規制を明らかに認めている——、「移動の自由及び居住の自由についての権利」を与えている。

B. あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約

人種差別撤廃条約はまた、平等の一般原則に対する例外の狭い性質を示している。同条約は、国家が市民と非市民を区別することができることを示している。しかし、市民的及び政治的権利に関する国際規約とは異なり、同条約はすべての非市民を同様に扱うべきことを要求している。第1条1項で人種差別を以下のとおり定義している：

「人種差別」とは、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するものをいう」

8 しかしながら、国による移住者に対する「ゲストワーカー」政策の活用は、非市民が自らを組織化し共通の利益を守る能力に影響を及ぼし、移住者の経歴を持つ社会的、知的、経済的エリートの出現に影響を与えることに注目すべきである。European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Austria (CRI (2001) 3, paras. 16-21) を参照。国家は、長期的な非市民居住者に地方レベルでの選挙の投票権を付与することを含め、公的生活に参加する権利を付与することを検討すべきである。European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Austria (paras. 16-21), Second report on Belgium (CRI (2000) 2, paras. 11-15) and Second report on France (CRI (2000) 31, paras. 15-19) を参照。

しかしながら、条約第1条の2項及び3項は、一見すると、非市民への差別に関してその適用を限定しているように見える。第1条2項は、「この条約は、締約国が市民と市民でない者との間に設ける区別、排除、制限又は優先については、適用しない」と定めている。第1条3項は、次のように述べることにより、第1条2項を洗練している。「この条約のいかなる規定も、国籍、市民権又は帰化に関する締約国の法規に何ら影響を及ぼすものと解してはならない。ただし、これらに関する法規は、いかなる特定の民族に対しても差別を設けていないことを条件とする」（強調あり）。

しかし、人種差別撤廃委員会は、その一般勧告11において、これらの規定はヒューマンライツ法全体に照らして解釈される必要があると以下のとおり述べている：

「第1条2項は、他の文書、特に世界ヒューマンライツ宣言、経済的社会的及び文化的権利に関する国際規約、市民的及び政治的権利に関する国際規約において認められ宣言された権利と自由を損なうものと解釈されてはならない」⁹

締約国の報告書に対する最終所見及び個人通報に対する見解において、委員会は、さらに以下の必要性を強調した。締約国は、

9 General recommendation XI (1993) of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination on non-citizens. この一般見解は、general recommendation XXX (2004) によって置き換えられたが、パラグラフ2は、以下のとおり本質的に同じ原則を述べている：「第1条2項は、差別の基本的禁止を損なうことを避けるように解釈されなければならない。したがって、特に世界ヒューマンライツ宣言、経済的社会的及び文化的権利に関する国際規約、市民的及び政治的権利に関する国際規約において認められ宣言された権利と自由を損なうものと解釈されてはならない」。

- 特定の人種的、種族的、民族的又は宗教的集団に属する人¹⁰ に対する不寛容又は憎悪の行為を公に非難し、且つ非差別の原則及び非市民の状況のより良い理解を促進すること。
- 非市民の人々が法の下で平等な保護と承認を受けられるようにすること¹¹。
- 非市民が経済的社会的及び文化的権利に関して直面している問題、特に住宅、教育及び雇用に焦点を当てること。
- 市民と非市民双方のために十分な住居に対する権利の平等な享有を保障するとともに¹²、非市民が最低限の生活水準を確保する社会サービスへの平等なアクセスを保障すること¹³。
- 労働条件および言語要件に関して非市民に対する差別をなくす措置を取るとともに¹⁴、事実上差別的な効果を生じ得る規則及び雇用慣行をもなくす措置をとること¹⁵。

10 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 13th and 14th periodic reports of Canada (A/57/18, para. 338) .

11 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee (para. 1) .

12 See general comment No. 4 (1991) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the right to adequate housing. このような保護の必要性は、以下のフランスの状況からも明らかである。人種差別撤廃委員会は、「締約国のこの分野における相当の努力にもかかわらず、…住宅…雇用、教育分野における移住者や移住者出身の集団が直面する好ましくない状況…」に懸念を表明している。(A/60/18, paras. 106-117) .

13 See Committee on Economic, Social and Cultural Rights, concluding observations on the third periodic report of Ukraine (E/1996/22, para. 266)

14 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 16th periodic report of Costa Rica (A/57/18, paras. 64-86) and on the fifth periodic report of Estonia (ibid., paras. 344-366) . 例えば、委員会は、オランダに住むトルコ人女性から彼女が妊娠していたために解雇されたとの通報を受けた。see opinion concerning communication No. 1/1984, Yilmaz-Dogan v. the Netherlands, 10 August 1988 (A/43/18, annex IV) .

15 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding

- 庇護希望者の国籍にかかわらず難民に関する国際的及び地域的な基準を平等に適用し¹⁶、且つ、難民と避難民の状況、特に彼らの教育、住宅及び雇用へのアクセスに対処するため、国際協力を含む利用可能なすべての手段を利用すること¹⁷。

2004年8月、委員会は、非市民に対する差別に関する一般勧告30を採択した。その主要な原則のいくつかを以下に要約し、その一般勧告全文を末尾に添付する。

- 締約国は、市民的、政治的、経済的、社会的及び文化的権利の享有について国際法の下で認められている範囲内で、特に世界ヒューマンライツ宣言、経済的社会的及び文化的権利に関する国際規約及び市民的及び政治的権利に関する国際規約で表明されている市民及び非市民の間の平等を保障する義務を負っている。
- 市民権や移住者資格に基づいた異なる取り扱いは、区別のための基準が正当な目的に従っており且つその目的の達成のために比例するように適用されない場合は、差別を構成する。
- 締約国は、市民の女性非市民配偶者と市民の男性非市民配偶者のような異なる範疇の非市民に異なる取り扱い基準を適用すること

\ observations on the eighth and ninth periodic reports of China (A/56/18, para. 248) .

16 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 9th, 10th and 11th periodic reports of the Sudan (A/56/18, para. 215) . そのような国籍に基づく差別の一例は、米国が組織的にグアテマラ人とエルサルバドル人からの亡命申請をその他の申請者と同等に考慮することを拒否したときに発生した。See *American Baptist Church v. Thornburgh*, 760 F. Supp. 796 (N.D. Cal. 1991) .

17 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second periodic reports of Azerbaijan (A/54/18, para. 497) .

を控えるべきである。

- テロリズムとの闘いにおいてとられた移住者政策及びいかなる措置も、目的または効果において、人種、肌の色、世系、または民族的または種族的出身を理由に差別してはならない。
- 締約国は、非市民を外国人排斥の態度や行動から保護する義務がある。
- 締約国は、特定の非市民グループが市民権または帰化へのアクセスに関して差別されることがないように、そして、すべての外国人が司法の運営において平等な待遇を享受することを確保する義務がある。
- 追放その他の退去強制手続においては、非市民の間で人種または民族的出身に基づく差別をしてはならず、且つ、家庭生活の権利に対する過度の干渉の結果をもたらしてはならない。
- 非市民は、深刻なヒューマンライツ侵害の危険にさらされる恐れのある国または領域に送還または移動させられてはならない。
- 特に教育、住宅、雇用及び保健において、経済的、社会的及び文化的権利を享受する上での、非市民に対する障害は取り除かれなければならない。

人種差別撤廃委員会：

「締約国は、**【市民的、政治的、経済的、社会的及び文化的権利】**の享有について…市民及び非市民の間の平等を保障する義務を負っている」

一般勧告30は、非市民に対するこれまでのすべての保護と人種差別撤廃委員会ばかりでなく、規約ヒューマンライツ委員会及びその他のヒューマンライツ機関による解釈の上に築かれている。従って、一般勧告30は、す

すべての国、特に条約を批准した締約国に対して非市民のヒューマンライツの包括的な精緻化に関する指針となっている。本勧告の各パラグラフの詳細な含意については後述の第Ⅱ章で論じる。

人種差別撤廃委員会は、市民と非市民の間に区別を設けることができるのは、非市民がその他の文書で保障されている権利を享受することを制限する効果を持たないときにのみ可能であると指摘している。例えば、*A (FC) and Others v. Secretary of State for the Home Department*事件では、拘禁された9人のテロ容疑者が首尾よく勝訴し、英国が欧州ヒューマンライツ条約第5条（身体の自由と安全に対する権利）に違反したとされた¹⁸。国籍又は移住者の地位に基づく異なる取扱いは、そのような区別のための基準が人種差別撤廃条約の趣旨及び目的と矛盾し、このような趣旨及び目的の達成のために比例せず、特別措置に関する規定である条約第1条4項の範囲に含まれない場合は、禁止された差別を構成する¹⁹。たとえば、デンマークの市民と結婚したチュニジア人の永住者は、彼がデンマーク国民でなかったため、デンマークの銀行から融資を拒否された。委員会は、チュニジア人は、「デンマーク国籍ではないという唯一の理由で融資が拒否され、国籍要件は、ローンの返済を確実にする必要性があったことから設けられたと言われた。しかしながら、委員会の見解では、ローンを返済する人の意志又は能力を調査するとき、国籍は最も適切な必要条件ではない。この点では、融資申し込み者の永住居所、雇用の場所、財産または家族とのつながりの方が、より関連性があるとみなされるかもしれない。市

18 *A. (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, [2005] 2 W.L.R. 87. 上院（最高裁判所）は、無期限の拘禁は、また第15条の下で欧州ヒューマンライツ条約第5条の身体の自由及び安全への権利からの不均衡な逸脱を構成するとした。

19 第1条4項によれば、特別措置は、「人権及び基本的自由の平等な享有又は行使を確保するため、保護を必要としている特定の人種若しくは種族の集団又は個人の適切な進歩を確保することのみを目的として、必要に応じてとられる」。規約ヒューマンライツ委員会の一般見解第18も参照。

民であっても、外国に移住し、またはすべての財産を他の国に持つこともできるのであって、このようにして、返済要求を強制しようとするすべての試みを回避するかもしれないのである²⁰。したがって、委員会は、チュニジア人が差別を受けたと認めたのである。

C. 経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約

市民的及び政治的権利に関する国際規約第2条1項と同様に、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約の第2条2項は、締約国は、この規約に規定する権利を「人種、皮膚の色、性、…国民的若しくは社会的出身、…又は他の地位によるいかなる差別もなしに」保障することを約束すると宣言している。しかし、第2条3項は、「開発途上にある国は、人権及び自国の経済の双方に十分な考慮を払い、この規約において認められる経済的権利をどの程度まで外国人に保障するかを決定することができる」として、途上国のためにこの平等の原則の例外を設けている。平等原則の例外であるから、第2条3項は、厳密に解釈しなければならない、開発途上国のみによって、また経済的権利に関してのみ適用され得る²¹。締約国は、社会的権利及び文化的権利に関しては市民と非市民を区別してはならない。

D. 地域機構

地域ヒューマンライツ法による保護規定は、世界的な基準によるものと

20 Decision on communication No. 10/1997, Ziad Ben Ahmed Habassi v. Denmark, 17 March 1999 (A/54/18, annex III) .

21 国が自国の市民及び経済を非市民から保護するためにとる措置は、ヒューマンライツの享受を犠牲にして適用されるべきではない。African Commission on Human and Peoples' Rights, Union Inter Africaine des Droits de l'Homme and others v. Angola, communication No. 159/96, para. 16 (11 November 1997) ; see Carmen Tiburcio, The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law, International Studies in Human Rights, vol. 65 (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001) , pp. 145-147.

おおむね一致しているが、これらの基準についていくつか重要な精緻な定めを設けているし、平等の一般原則に対する特別な例外も設けている。例えば、ヒューマンライツ及び基本的自由の保護に関する条約（欧州ヒューマンライツ条約）の第5条1項は、身体の自由及び安全への権利に関する世界的基準を繰り返してはいるが、ある特定の例外的な場合であって、「法律で定める手続きによらない限り」、「何人も、その自由を奪われない」と、詳細を定めている。第5条1項の掲げる身体の自由の権利への例外のリストは、網羅的であり、且つこれらの例外については、個人を恣意的な拘禁から保護するという第5条の目的に照らし狭い解釈しか適合しない²²。

欧州ヒューマンライツ裁判所は、退去強制に関して、欧州「市民」と非欧州国籍の個人との間の区別を許容できるとした。C対ベルギー事件では、ベルギーに37年間住んでいたモロッコ市民は、麻薬の所持と共謀の犯罪行為に対する有罪判決の結果、強制送還が命じられた。彼は、「彼の退去強制は、欧州連合加盟国の国民としてベルギーにおいてかかる犯罪をおかした者に与えられた待遇よりも不利な扱いであり」、人種と国籍を理由にし

22 2 European Court of Human Rights, *Conka v. Belgium*, No. 51564/99, judgement of 5 May 2002. Article 5 of the European Convention on Human Rights provides: 「欧州ヒューマンライツ条約5条の定めによれば、「何人も、以下の場合において、かつ、法律で定める手続によらない限り、その自由を奪われない。(a) 権限ある裁判所の有罪判決後の合法的な抑留；(b) 裁判所の合法的な命令の不遵守のため、または法律で定めるいずれかの義務の履行を確保するための合法的な逮捕または抑留；(c) 犯罪を行ったとする相当の嫌疑があるとき、または犯罪の実行もしくは犯罪実行後の逃亡を防止するために必要があると合理的と考えられるときに、権限ある司法機関に連行する目的で行う合法的な逮捕または抑留；(d) 教育的監督の目的のための合法的な命令による未成年者の抑留、または権限ある司法機関に連行する目的で行う未成年者の合法的な抑留；(e) 伝染病の蔓延の防止、精神障がい者、アルコールの中毒者もしくは麻薬中毒者または浮浪者の合法的な抑留；(f) 不正規に入国するのを防ぐための、または退去強制もしくは犯罪人の引き渡しの手続きがなされている人の合法的な逮捕または抑留」。

た欧州ヒューマンライツ条約第14条に違反する差別であると主張した。裁判所は、このような優遇措置は、「欧州連合加盟国は、独自の市民権を確立し特別な法的秩序を形成したことから考えて、客観的かつ合理的な正当性に基づく」ものであるとして、欧州条約第14条の違反を認めなかった²³。この区別は、規約ヒューマンライツ委員会の宣言に似ている。締約国の国民に有利な扱いを認める国際協定は、「異なる取り扱いに客観的かつ合理的な根拠を構成する可能性があるが、そこから一般的な規則を導き出すことはできない…。」²⁴、「そのような合意自体が自由権規約第26条の十分な要件を構成するという旨の」²⁵。すべての事例は、それぞれの事情に応じて判断されなければならない。

欧州ヒューマンライツ裁判所と同様のアプローチを採用し²⁶、米州ヒューマンライツ裁判所は、他の中央アメリカの国々の国民、スペイン人、イベロ・アメリカ人に対する特惠帰化規則の制定に関するコスタリカ憲法の帰化条項の修正提案を差別ではないと判断したが、その理由は、「コスタリカの人々とより密接な歴史的、文化的、精神的な絆を共有している」から、これらの人々は、「より容易に又より迅速に、国家共同体の中に同化される」だろうからというものだった。裁判所は、「待遇の差が正当な

23 European Court of Human Rights, *C. v. Belgium*, No. 21794/93, judgement of 7 August 1996, paras. 37-38.

24 See, e.g., Human Rights Committee, views on communication No. 965/2000, *Karakurt v. Austria*, 4 April 2002 (A/57/40 (vol. II) , annex IX, sect. II, para. 8.4) .

25 *Ibid.*, citing Human Rights Committee, decision on communication No. 658/1995, *van Oord v. the Netherlands*. しかし、「異なる国籍についてのみの労働評議会の選挙に立候補する能力に関して外国人の間に区別を設けるのは合理的ではない」。締約国は、かかる差別にさらされてきた非市民には、規約2条3項a)に基づく効果的な救済を与える義務がある。(*Ibid.*, paras. 8.4 and 10.)

26 European Court of Human Rights, Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (Belgian Linguistic Case) , Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, judgement of 23 July 1968.

目的を持ち、且つ、それが正義、理性、又は物事の性質に反する状況をもたらさないのであれば、いかなる差別も存在しない」と説示した²⁷。

E. 国内憲法

いくつかの憲法では「市民」に対して権利を保障しているが、他方国際ヒューマンライツ法は、——政治参加及び移動の権利又開発途上国においては経済的権利を除いて——すべての人に権利を与えている²⁸。例えば、ベトナムの憲法は、市民に対してのみ人権を保障している。ナイジェリア憲法のような他の憲法は、出生によって市民権を得た人とその他の市民との間で与えられた権利に区別を設けている²⁹。対照的に、アゼルバイジャン憲法は、人種差別撤廃条約で言及されている権利の大部分を差別なく享受することを保障しているが、しかし、委員会は、職業、住居や教育を求める際に、民族集団、特にアルメニア人、ロシア人及びグルド人の少数民族に属する人々がこれら権利を効果的に享受することについて、懸念を表明している³⁰。さらに、憲法の中で非差別の一般原則に言及するだけでは、ヒューマンライツ法の必要条件を満たしたことはない³¹。締約国は、あらゆる形態の差別に対抗するための効果的な法律を整備し、且つそのよ

27 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-4/84 on the proposed amendments to the naturalization provision of the Constitution of Costa Rica, 19 January 1984.

28 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial report and the special report of Croatia (A/48/18, paras. 474-508) .

29 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 10th, 11th and 12th periodic reports of Nigeria (ibid, paras. 306-329) .

30 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second reports of Azerbaijan (ibid, para. 491) .

31 See, e.g., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 9th, 10th, 11th and 12th periodic reports of Qatar (A/57/18, para. 191) .

うな法律への違反に対する補償を得るための実効的な救済を与える義務がある³²。

32 Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Opinion on Germany, 1 March 2002, paras. 18 and 37.

イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(5)

—R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867—

ルドルフ・フォン・イエーリング(著)

川 角 由 和(翻訳)

〔目次〕

序 論

第1節 ローマ私法における帰責要素・概説

(以上、龍谷法学53巻4号)

第2節 その展開(1)——より古いローマ法における帰責要素

(以上、龍谷法学54巻1号)

第3節 その展開(2)——より新しいローマ法における帰責観念の支配領域
と現実化の形態

- (a) その後のローマ法の「帰責の観念」と倫理的要素
- (b) 「帰責の観念」と主観的不法・客観的不法との関係
- (c) 「帰責の観念」における用語の変遷
- (e) ローマ法文の分析に基づく主観的不法と客観的不法との対立
- (f) 客観的不法から主観的不法への移行のパターンとその特質
- (g) 寄託訴権・委任訴権・信託訴権・後見訴権のもとでの「悪意」
(dolus)

(龍谷法学54巻2号)

- (h) 寄託訴権のもとでの法務官告示における二つの訴権方式(不法行為訴権と物追求効的な訴権)
- (i) 「組合員のためにする訴権」における同様な思考方法
- (j) 「委任」の場合について
- (k) 「後見」と「信託」について
- (l) 小括
- (m) 要約

第4節 帰責要素の内的形成と發展的形成——帰責がなければ行為について
いかなる答責性もないこと、すなわちいかなる損害賠償の義務も負わ

ないこと

1. 不法行為訴権

(以上、龍谷法学54巻3号)

2. 契約訴権

(1) 遅滞 (Mora) のケース

(2) 追奪担保の給付 (Evictionsleistung) のケース

(3) 第三者の行為に対する責任 (Haftung für Handlungen dritter Personen) のケース

3. 対物訴権

第5節 帰責の基準

第6節 過責と報いとの間のバランス

(以上、本号)

第7節 罰の消滅

第4節 帰責要素の内面的形成と発展的形成——帰責がなければ 行為についていかなる答責性もないこと、すなわちいかなる 損害賠償の義務も負わないこと (続き)

*注——「所有物返還訴権」の原語表記は、イエーリングの原文通り、reivindicatio で引用する。これに対し、訳者の判断でこのラテン語を引用表記する場合には、通常の表記に従い rei vindicatio とする。この翻訳では後者の表記が頻出する。

2. 契約訴権 (Die Contractsklagen)

私の見解によれば、ローマの法学者たちは (契約訴権についてもまた)、上記の原則 (不法行為訴権について、帰責をその責任発生要件とするという原則——訳者) によって強い影響を受けた。すなわち、利益の給付に関する義務づけ (つまりは、不履行とか履行遅滞、あるいは瑕疵ある履行に基づく損害賠償給付の義務づけ (*die Verpflichtung zur Lesitung des Interesses* [d. h. des Schadensersatzes für unterbliebene, verzögerte oder mangelhafte Erfüllung])) についても、ローマの法学者のもとで、一般的に、やはり帰責の観点によつて (龍法 '22) 55-1, 452 (452)

て条件づけられていたのである。

この私の主張をその全体的な広がり即して証明するためには、今日の（学術的な）論稿の範囲においては妥当しないであろうような幾つかの詳細な解釈学的研究を必要とするように思われる。ここで私が、あえて試みようとする以下の幾つかの示唆づけ（*Andeutungen*）が上記の主張について確かな顧慮と検討を付与するのに十分であるかどうかという問題は、ここで私がそれをみずから決めるべきことではないだろう。

ところで、上記の主張が直面するに違いないと思われるところの、一つの反論がありうる。それは、ローマ法が、実際には帰責が想定されないケースにおいて、たとえば（やむを得ない）遅滞（*Mora*）とか、追奪担保（*Eviktion*）のケース、及び第三者の行為に対する責任（*die Haftung für Handlungen dritter Personen*）などのケースにおいて、（債務者による債権者のための）利益給付義務を肯定していたということのうちに示されるところの反論である。

それゆえ、以下のことが論じられておく必要がある。

（1）遅滞（*Mora*）のケース

まず、遅滞に関して言えば、債務者があらゆる努力を払ったにもかかわらず（目的物を期限通りに）調達することができなかったというケースがありうるのであり、そのようなケースにおいて、それでもなお債務者が債権者の利益について責任を負うという場合には、一見したところ確かに債務者の過失（*Culpa*）はなんら存在していないようにも思われるかも知れない。

これについては、以下のように答えるべきことになる。すなわち、その債務者が誰であれ、自分が（期限通りに）処理しえないような給付を⁸⁵もそも引き受けるべきではなかったのだ（*Niemand soll eine Leistung übernehmen, der er nicht gewachsen ist.*）、と⁸⁵。それゆえ、誰であれ、自分が契約を締結

85 たとえば、1. 7 pr. Dep. (16. 3) は、次のようにいう。「(試訳)…それゆえ、

する場合、あらかじめ、自分に契約上の給付に関する能力が十分に備わっているのを知っておくべきであり、そのことに関して見積りを誤った者（なかでも、目的物をより高く見積ること〔*Ueberschätzung*〕を仕でかした者）には、一個の過失（*ein Versehen*）があったというべきことになる。したがって、そのことがもたらす不利益な結果については、彼の契約の相手方ではなく、債務者自身がその結果を引き受けるべきこと当然と言わなければならない⁸⁶。この場合、債務者の契約の相手方は、別の第三者と契約を締結することで、その不利益な結果を回避することができたはずだ、ともいうことができよう。いずれにせよ、この場合、すでに契約締結の時点から、債務者につき、過失（*culpa*）が、遡及的に認定されることになる。

もっとも、「遅滞」について、それを、過失の観点に還元すること（*die Zurückführung der Mora auf den Gesichtspunkt der culpa*）は、少なくとも今日の学説状況に照らせば、より詳細な正当化を必要とすることも確かであろう⁸⁷。

（2）追奪担保の給付（*Evictionsleistung*）のケース

ㄨ その者は、（結果的に債権者の期待を）覆すに至るような事柄を引き受けることはできなかつたというべきである。」（…*cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*）また、1. 8 §. 1 *ad leg. Aq.* (9. 1) は、こう言っている。（試訳）「（試訳）…したがって、誰でも、他人に危険を及ぼしたり、他人を弱らせたりする結果に至ることを推測できたり、あるいは推測すべきである場合に、あえてそのことを欲するべきではなかつたであろう。」（…*cum affectare quisque non debeat in quo vel intelligit vel intelligere debeat infirmitatem alii periculosam futuram.*）加えて、1. 9 §. 5 *Loc.* (19. 2) には、「（試訳）その者が（みずから）わきまえぬことをあえてすることは、過失を意味する。」（*Quod imperitia peccavit, culpam esse.*）とある。

86 たとえば、1. 137 §. 4 *de V. O.* (45. 1) は、「（試訳）…不利益に関する困難が生じた場合には、そのことのゆえをもって、その不利益は約束者たる債務者に帰するものである。」（…*causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet.*）とする。

87 これに関する文献は多いが、さしあたり、Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* §. 588 *Anm.* 1.を参照。

物売る者は、その物が彼に帰属するものであるかどうか、知っておく必要がある⁸⁸。それを彼が誤解していれば、そのことは、上記において確認したのと同じ法的非難、すなわち過失ある契約締結という非難 (*Vorwurf des culposen Abschlusses des Contracts*) を根拠づけるのであり、それゆえにこそ、その昔が相手方の利益に関して賠償義務を負担すべきことが認定されることを根拠づけるのである。それとは逆に、そのような法的非難が妥当しない場合には、当該の利益賠償義務も根拠を失う。そして、それに代わって、縮減せられた給付が義務づけられることになる。つまりは、相手方において、その者のために生じた利益の賠償義務に代わって、ただ単に(売主が受領した)代金の返還だけが行われるに過ぎない。たとえば、「判決に基づく差押え質」(*pignus ex causa iudicate captum*) についての、その売買目的物が(他人の物であるという理由で)買主から追奪された場合には⁸⁹、差押えを受けた者自身についてはいかなる帰責も問題とならないがゆえに、その(裁判上の)差押えを受けた物の売買については、それは、当事者の意思的関与なしに行われたものにほかならないというべ

88 同様にまた、売主は、売買の目的物が約定の性質 (*die versprochenen Eigenschaften*) を有するかどうかについても知っておくべきである。この点、たとえば *l. 1 §. 2 de aed. ed. (21. 1)* によれば、次のように判断される。「(試訳) しかしながら、按察官たちが差し出すべく命じたところの物について売主が知らなかったとしても、(その物の性質が約定のものとは異なっている場合には) なお、彼に義務づけを命ずることが要求される。なぜなら、もし売主が然るべき注意を払うことができたならば、このような(売買目的物に関する約定の性質について) 不都合などなかったはずであるから。すなわち、また同様に、売主の不知が、あるいはそれが彼の世故にたけたがゆえの帰結であったとしても、その目的物が無駄になろうとしているがゆえに、それが買主の利益を損なうことも明白だからである。」(„*venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*”) なお、前注73で示したところの、私がみずから定立した *culpa in contrahendo* の理論もまた、同様の観点に依拠するものである。

89 たとえば、*l. 74 §. 1 de evict. (21. 2)* をみよ。

きことになる。このような決定は、私が主張したところの過責と利益との間の関係につき (für das von mir behauptete Verhältniss zwischen Verschuldung und Interesse)、きわめて大きな特徴をなすものである。その決定の証明力は、次のような判断によって支持されうるのではないか。すなわち、その判断とは、なるほど追奪担保そのもののケースには関わらないとしても、しかしなお債務者が——彼自身、それを調達しえないところの他人の物を任意に目的物とするがゆえに——彼がそもそも給付を行うことができない場合には、追奪担保と全く類似するケースと関わりをもつのである。よって、彼が任意にその義務を引き受けた場合には、そのゆえをもって彼は責めを負うのであり、その場合、端的にその物の価値 (Sachwerth) について、彼の意思なしにその利益にかかる賠償義務が彼に課されるのである⁹⁰。

ところで、(賠償義務の内容に関する) 上記と同様な区別は、債務者が同一の物を複数の者に給付すべき義務を負う場合、たとえば、売主が同一の物を二重に売却した場合に妥当するのであり、その場合、二重売買の売主は買主の一方にその物を給付しなければならず、また他方の買主にはその物の利益につき給付しなければならないのである。同様に、ある物を二重に遺贈した者の相続人は、受遺者の地位に立つ者にその物を給付しなければならず、またもう一人の者にはその物の価値を給付しなければならない⁹¹。

90 他人物の引渡し約束について、l. 137 §. 4 de V. O. (45. 1) i. f. を参照。「(試訳) その他人の奴隷について、その所有者が売ろうとしない場合、(にもかかわらず) それを渡すという約束をした者は、その奴隷を渡すことができないという弁明を開始することは認められない。」(…ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.)。また、他人の物が遺贈されたが、その所有者がそもそも売る意思をもっていなかった場合、あるいは売る意思はもっていたが不釣り合いな高価の支払いを要求したような場合について論じている法文 (l. 71 §. 3 de leg. I. (30)) を参照。

91 たとえば、l. 33 de leg. I. (30). を参照。

(3) 第三者の行為に対する責任 (Haftung für Handlungen dritter Personen) のケース

なんらかの業務のため、ただ単に他人を選任する義務だけを負う者は、端的に、首尾一貫して、その選任にあたってなされた自己の懈怠について責任を負う(「選任上の過失」culpa in eligendo)。これに対し、(あらかじめ)給付をみずから調達すべき立場にある者が、その給付(の履行)を他人にさせる場合には、その他人自身に過失があった場合について責めを負う⁹²。このような責任は、(債務者本人の)固有な過責(eigene Verschuldung)の観点のうちに包括されうるであろうか。それは、按察官告示に基づく責任(前注88を参照)と同様に取り扱うことになる。すなわち、ひとが売主にその売買目的物の瑕疵に関する不知の責めを帰すその同じ法によって、ひとは売主に対してその売主が引き寄せた人格に関する瑕疵の不知の責めをも問うことができるであろう。したがって、ある限度までは(aliquatenus)、I. 5 §. 6 de O. et A. (44. 7) がもとより別のケースについていうように、culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur(「試訳: 危険な人の住む建物が利用されていることは、[それ自体として] 被告が負うべき過失を意味する。」)と指摘されたりもする!⁹³(エクスクラメーションは、イエー

92 この立場については、私はその年報(イエーリング年報——引用者)の第4巻84-85頁で定立したところであるが、その見解をここでも援用したい。

93 これについては、I. 61 §. 5 de furt. (47. 2)をみよ。その法文では次のようにいわれる。「(試訳)すなわち、このような(非行癖のある)奴隷を買うようにみずから委任した場合には、その委任者について過失があるものとされるのは当然のことである。同様に、(ある奴隷を)預けた者が(その奴隷を)警戒すべきことについてより注意深い姿勢を(預かる者に対して)示さなかった場合に、そのような奴隷を預けたことについても妥当する。」(Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.) さらに同旨として、「このような輩を関与させた者にはその過失(が認定される。)(…culpa suae, qui tales adhibuit.)とする、I. 7 §. 4 Nautae (4. 9)も参照せよ。

リングによるもの)。

私は、以上において試みられたように、(第三者の行為に対する債務者の)責任を過責に還元することは、幾分わざとらしいこと (etwas Gezwungenes) であることを否定しようとは思わない。通常、帰責に関する問題は、個別のケースごとに、(行為者の主観に立ち入って確認されるべき) 一個の問題として (具体的に) 問われる。それに対して、この場合にあっては (すなわち、第三者の行為に関する責任のケースでは)、その帰責に関する問題は、抽象的に確認されるべき事柄である (die Feststellung in abstracto) という法命題の対象として立ち現れる。このことが是認されるべきか否かという問題については、私はそれが肝心であるとは考えない。むしろ、ただ単に、事実そのものを確かめることだけが肝心であろう。そして、その目的にかなうように一つの例を挙げることだけが私に許されているように思われる。その例とは、帰責概念 (Schuld begriff) の個別具体的な処理と抽象的な処理との対比がそのもとで最も明瞭に示される、そのような例のことである。たとえば債務者が、彼自身の行為によって物を給付することを不能にせしめたものと認められうる場合には、確かにそのことは彼の単なる過失そのものとはみなされない。I. 1 §. 32, 47 Dep. (16. 3) が、そのことを承認している。なぜなら、その法文は、寄託された物を不法行為者に引き渡した受寄者、あるいは寄託された物であることを知らないでその物を売却したところの (受寄者の) 相続人につき、その者たちが上記の行為をしたときに帰責性があった (dabei in Schuld waren) という要件のもとでのみ賠償義務を課すに過ぎないからである。これに対し、I. 91 §. 1, 2 de V. O. (45. 1) は、端的に物の給付に向けられた債務だけが問題となっているケースについて、まったく異なった判断を下したのである。すなわち、その法文によれば、債務者は、ただ債務者であるということだけでもって、彼が債務の履行を不能にせしめたあらゆる行為に対して賠償義務ありと判断したのである。それは、その債務者が、「奴隷を殺害したが、そのこと (龍法 '22) 55-1, 458 (458)

によって債務を負うことを知らなかった」（„nesciens se debere, servum occiderit”）としても、あるいはその債務者が「遺言補足書の請願内容として、その奴隷の返還のためにその奴隷を解放する意思を有していたということを経験してなくても」（„cum nescieret a se petitum codicillis, ut restitueret, eum manumiserit”）、なおその通りの効果を生じたのである。こうして、これらの責任は、ローマの法学者たちによって過失（culpa）の観点のもとに包括されるに至ったのであった（要するに、「過失はこのような態様において（も）肯定される」„culpa in hunc modum dijudicatur”）。この場合（過失は抽象的に捉えられているのだから——訳者）、現実の過失、すなわち具体的な過失については、いかなる痕跡も発見されえない。それどころか逆に、帰責のないことすら自明のことであった。

このようにローマの法学者たちを突き動かし、帰責という観念をほぼ「認識していなかったこと」（Unkenntlichkeit）に至るまで変質されたやり方で適用せしめた原因は一体何であったろうか。私が見出しうる根拠は、ただ一つ、ローマの法学者たちのもとで私が想定していること、すなわち給付が調達されえなかった場合にその全責任のための要件となるものこそ過責（Verschuldung）にほかならないという観念であった。したがって、このような過責という想定があらゆる手がかりのもとで打ち破られる場合、つまりは債務者自身の行為あるいは（その責任が）債務者によって引き受けられるべき第三者の行為によってその給付が不能にされたのではない場合には、全面的な免責要件が備わっていない限り、別のものの給付だけが問題となるのである⁹⁴。とはいえこの場合、債務者は損害賠償の給付や利

94 目的物の価値の給付（Leistung des Sachwerthes）が問題となることについては、前注90、91を参照。なお、物に基づく利益（lucrum ex re）につき、たとえば、l. 1 §. 47; l. 2 Dep. (16. 3) ; l. 13 §. 17 de act. emt. (19. 1) ; l. 15 §. 1 de R. V. (6. 1) をみよ。また、双方向的な契約のもとで、反対給付ないしは取得されたものの返還が全部もしくは一部物理的に滅失不能に帰した場合に関し、特に売買のケースにつきl. 33 Loc. (19. 2) を、賃貸のケースにつきl. 15ノ

益の給付についてまで義務づけられることは決してなかったのである (nie aber zur Leistung des Schadensersatzes oder des Interesses [verpflichtet ist])。

上記でこれまでに考察した三つの抽象的な帰責設定のケースを別とするなら、あくまでローマの法学者たちは、帰責にかかる問題 (die Schuldfrage) を、常に純粋な形で具体的に、かつ個別的に論じてきたのである。それゆえ、作為または不作為そのものによって、債務者は、債権者のもとでそれから生ずる損害の賠償を義務づけられることはなかったのである。そうではなくてむしろ、ただ肝心なことは、(債務者の) 作為または不作為が債務者に負担を設定しうるのは、当該の契約関係につき (個別具体的に) 妥当する過失の程度 (Grad der culpa) に関する諸原則が示す基準にほかならないということであった。盗難による物の喪失の場合であってすら、それだけでは直ちに債務者の責めを問うことにはならなかったのである。すなわち、このような場合に確かに一見して根拠づけられるかにみえる債務者の帰責は反証 (Gegenbeweis) によって覆されることによって、債務者の免責をもたらすからである⁹⁵。同様に、その (物の) 喪失が、考えられる限りにおいて全く特別の予防措置 (Vorsichtsmassregeln) によってのみ回避されたであろうような事態も帰責不能を意味するのである。なぜなら、誰も思いつかないような予防措置 (Vorsichtsmaassregeln, an die Niemand denkt) というものは、その措置が生じうる危険と決してバランスをとりうるものではなく、そのために費用を投下したしたところでその甲斐もないことになるのであるから、債務者がそれを講じる必要もないと

↘ §. 7, 9; l. 19 §. 1; l. 33 *ibid.*を参照。このうち後者の法文では、賃料報酬の請求可能性 („frui licere”) について有責な不履行と無責な不履行との間の対比がきわめて明瞭に示されている。すなわち (有責な不履行の場合には)、借主との関係で貸主は目的物の利益を (借主に) 給付することになるのであり、自分自身について言えば、貸主は賃料の請求権を失うのである。

95 Johann Cristian Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts*, 1815, Kap. 10.

いう判断を導くからである⁹⁶。要するに、いままで述べたことすべてについて言えば、債務者に課された注意の懈怠によって彼の帰責が問われうるケースと異なるのであるから、それらはすべて、偶発的出来事（casus）に属することであり、しかもかかる偶発的な出来事のリスクは債権者が負担することであって、債務者が負担するものではない。その場合、かかる偶発的出来事の作用として、（双務契約の場合に）債権者が彼の反対給付を債務者に履行することから免れるということだけは指摘しておいてよいだろう⁹⁷。

3. 対物訴権（Die in rem actiones）

一般に対物訴権（die in rem actiones）についていえば、「帰責がない限り損害賠償の義務を生じない」（„ohne Schuld kein Schadensersatz”）というわれわれの原則は、もはや立証の余地なく明白なことである。周知のことに属するが、善意占有者（der bonae fidei possessor）が物権的返還訴権（rei vindicatio）のもとで責めを負うのは、彼が（他人の）物を占有するか、あるいは彼がさらにその物の果実を占有する場合に限定されている。善意占有者が、その物を売却したり、消費したり、滅失したり、毀損した場合に、確かにそれによってその物の所有者に損害が生じることがあるであろう。しかしながら、その場合、その物が原告の権利に属することを知らなかった善意占有者を被告とする場合、その被告にいかなる帰責があるというのだろうか。その被告の損害賠償にかかる責任が発生するのは、原告が彼に対して自己の権利を主張したとき、まさにそのときから始まるに過ぎない。そして、その時点以降、その責任はほかならぬ被告の帰

96 ローマの法学者による一つの著名な例は、監視されることが常態ではない奴隷の逃亡（die Flucht der servi custodiri non soliti）のケース、あるいは逆に監視されるのが常である奴隷の逃亡のケースである。たとえば、l. 18 pr. Commod (13. 6) ; l. 23 de R. J. (50. 17) をみよ。

97 例えば、l. 19 §. 1; l. 23 Loc. (19. 2) を参照。

責に基づくものとなるのであって、したがって（もはや被告の占有が排除されるべきことを所与の前提とするのであるから——訳者）偶発的出来事（casus）のもたらすリスクについて被告は、それから免責されるべきことになる⁹⁸（所有者がそのリスクを負担する——訳者）。これに対し、悪意占有者（der malae fidei possessor）の場合には、彼はすでに原告の権利を知っていたわけであるから、まさしくそのことについて帰責があるのであり、よって彼が悪意占有を始めた時点から最後の時点まで、彼はそのあらゆる行為の結果につき責めを負う。すなわち、この場合、rei vindicatioは一個の罰訴権（eine Pönalklage）としての機能を担う。これと全く同様の原則は、相続財産回復訴権（hereditatis petitio）についても妥当する。またそれは、より広くrei vindicatioに準じた法形象をもつ訴権についても妥当する。たとえば、対物プーブリキウス訴権（actio Publiciana——権限のある一定の占有者にrei vindicatioと同等の保護を与えるための法務官法上の訴権〔訳者〕）とか、抵当に関する訴権（actio hypothecaria）とか、永小作人及び地上権者のもつ物的訴権の準訴権（die in rem actio utilis des Emphyteuta und Superficiars）などが、そうである。

もっとも、「認諾訴権」（actio confessoria）と「否認訴権」（actio negatoria）に限っていえば、逆のことも主張されている。というのは、それらの訴権がそれにかかる占有について、有責者に対して行使されているのか、あるいは無責者に対して行使されているのか、はたまた（直接的な）行為者に対して行使されているのか、それともその権利継承者に対して行使されているのかどうか区別することなしに、ただそのままいずれの訴権についても損害賠償（Schadensersatz）の機能をあてがおうとする傾向が存在するからである。これに対する態度表明については、すでに私はこのモノグラフィーの26頁でみずからの見解を示したところである（この点、

98 l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) ; l. 27 §.1, 4; l. 36 §. 1; l. 58 de R. V. (6. 1).

拙訳「イエーリング『ローマ私法における帰責要素』（3）」龍谷法学54巻2号〔2021年〕252頁以下を参照。——引用者）。もとより、これら訴権の帰結が（善意の）被告にとってきわめて多大な感覚上の不利益（höchst empfindliche Nachteile）を引き起こしうるものであることは明らかであるが、しかしその点に即していえばrei vindicatioの場合も同じことである。要するに、actio confessoriaもactio negatoriaも、その法効果は——rei vindicatioの場合と同様に——原告にとって適合的な（客観的）状態の修復（Herstellung des dem klägerischen entsprechenden Zustandes）に限定されているのである。これに対して、このような法効果が、ローマ法的な民事訴訟の仕組みに照らし、上記訴権のもとで特に金銭賠償判決の原則（Prinzip der Geldcondemnation）を本質的には緩和していないと言えるのかどうか、あるいは一定のケースで権利者に対して課される異議の即時提起への直接的強制（たとえば「建築工事差止告知」operis novi nuntiatio）が本質的に緩和されていないのかどうかという問題については、ここで立ち入る必要がないであろう。

第5節 帰責の基準（Der Massstab der Schuld）

ローマの法学者たちによる過責に関する理論の最高の到達点（Culminationspunkt）は、要するに悪意と過失に関する学説（die Lehre von dem dolus und der culpa）にあった。これに対し、懈怠及び不誠実（die mora und mala fides）という要素は全く後景に退いてしまった。それはなぜだろうか。そのわけは、懈怠とか不誠実などという要素が（ローマの法実務において）手際よく操作されてこなかったからというようなことではなく、むしろそれらの要素が内容的にそれほど実り豊かなものではなかったから（weniger ausgiebig waren）、であった。それゆえ、一方で懈怠や不誠実という要素は、主観的不法のある特定の方向でのみ適用されたに過ぎず、

しかもその内部で分類されたり段階づけられたりすることはほとんどなかったのに対して、契約上の過責の一般的な概念（die allgemeine Begriff der contractlichen Verschuldung）こそは、かの（dolusやculpaという）二つの概念のうちにそれら二つのモメントをその主要な分枝として体现しつつ、あらゆる包括的な適用可能性を具備するものであった。つまり、それら（dolus及びculpaという）概念は同時に、それ自体として内面的に十分に分類されており、かつまたその自主的な形成可能性を十分に備えもつものであったのである。

そのうちのある一つの分枝が、契約上の拘束を故意に侵害するという意味でのdolusである。その場合、（契約上の拘束に反するというを）知っているということ（das Wissen）についてはそのいかなる程度（Grade）も問題とならず、それゆえdolusについてもその程度を問わないのである。たとえ錯誤が関与していて、その錯誤が許容しがたいもの（ein unverzeihlicher）であったとしても、やはり「知」（das Wissen）が欠ける場合には、dolusも排除されるのである⁹⁹。とはいえ、ローマの法学者たちは、道徳的な観点を純粹に顧慮することによって、たとえばdolusが他人に不名誉を与える意図でなされたような事情のもとで、人間味のある気高い感情や（他人の行為を）無理もないとする寛大な感情が義務者をして当該義務違反へと原因づけたような場合には、dolusを承認することに反対の姿勢を示す。そのような態度決定は、（dolusが）端的に不名誉（Infamie）という観点によって引き起こされたものにとどまり、しかも財産法上の責任としてはいかなる損害も与えないという場合に示されるものであり、それは、

99 1. 2 §. 20 Vi bon. (47. 8) ; l. 25 §. 6 de H. P. (5. 3) ; l. 36 §. 1; l. 47 pr. de usuc. (41. 3), §. 2 I. Vi bon. (4. 2). その命題は、一見して想定できるほど自明なものではない。たとえば、法に関する錯誤（Rechtsirrtum）についてその準則を厳格に適用する場合、逆の帰結が導き出されることもありえたであろう。これに対し、前掲法文l. 25 §. 6 de H. P. (5. 3)を参照。

契約外の *dolus* の場合にも繰り返し示される態度決定なのであった¹⁰⁰。

ところで、義務違反 (*Pflichtverletzung*) の可能性というものは、義務それ自身と比べて、それ以上に及ぶものではない。いずれにせよ、一方の関係における義務の範囲は他方の関係におけるよりも（相対的に）より広い射程範囲をもつことがあるのだから、それゆえ、ある関係では全く許容される行為が他の関係では悪意のあるもの (*eine dolose*) として立ち現れることが結果的に生ずるのである。たとえば、取引行為の締結にあたって買主と売主が直接的にかれら自身の利益によって左右されるということは、たとえ彼らとその契約が相手方に不利益であるということを知っていたとしても、なお全く通常のことに属する¹⁰¹。彼らのうちいずれであれ、相手方の後見人 (*Vormund*) を務める必要などないのであり、この場合には買主・売主がそれぞれ自分のことを配慮すればよい。そしてそのことは、（常に）その相手方からも（相互的に）所与の前提とされていることだといつてよいのである。もとより受任者や後見人、要するにそれらと同じことをする（他者のための契約上の）事務執行者は、（もし彼らとその契約を引き受けた相手方への配慮を尽くさない場合には——訳者）その関係の自然なあり方

100 このような動機に属する第一のものは「憐れみ」(*Mitleiden*) である。たとえば、或る者が同情して拷問の刑を言い渡された奴隷を免責する場合がそうであり、それに関する法文として、*l. 7 pr. Dep. (16. 3)* を挙げることができる。なお、契約外の *dolus* の場合には、不名誉に関する *actio de dolo* の代わりに、一個の事実訴権 (*eine actio in factum*) が付与されることになる。この点、*l. 7 §. 7 de dolo (4. 3)*, *siehe auch l. 14 §. 2 de cust. reor.* あるいは、或る者がみずから逃亡せしめた奴隷について秘匿していた場合につき、*l. 5 pr. de serv. corr. (11. 3)*。次のその動機の第二の例としては、緊密な関係にある人物を顧慮することがありうる。たとえば、*l. 11 §. 3 quod falso tut. (27. 6)*。さらに、その動機の第三の例として、不安 (*Angst*) を挙げることができる。たとえば、*l. 16 §. 1 de lib. causa (40. 12)* がある。

101 *l. 16 §. 4 de minor (4. 4)*。「(試訳) 価格について、契約締結行為に基づきみずから危険を引き受けることは、本来的に買主及び売主の自由になしうるところである。」(*In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*) *l. 22 §. 13 Loc. (19. 2)* もみよ。

に反して不正を行うことになる。なぜなら、その関係のもつ目的からすれば、まさしく彼らが契約上の事務本人 (Geschäftsherrn) の利益を保持すべきことにこそ (当該契約への適合性が存するからである——訳者)。それゆえ、彼らはその義務に違反すれば、「悪意」*dolus*でもって事務を執行したことになる¹⁰²。

「悪意」*dolus*に基づく責任は、絶対的な責任を意味する。すなわち、いかなる事情もその責任を排除したり、無力化することをなしえない。たとえ従前の契約が無効であっても¹⁰³、さらにその相手方に不注意があっても¹⁰⁴、その者が愚か者であったとしても、悪意で不正を働いた者たちの餌食 (Beute) になってよいわけがないのである。悪意の不正ということに着目する限り、その「免責の特許状」(Freibrief) など存在するわけではない。

上記のローマ法学によって把握され、その後も貫徹した「悪意」*dolus*のもつ本質は、厳格に絶対的で、なにものにも屈しない性質がそのうちに強調されていること (die Betonung seiner streng absoluten, unbeugsamen Natur) に依拠するものである。それに対し、「過失」*culpa*のもつ本質は、それが、さまざまな諸関係につき順応可能性をもつと解されている

102 このような契約上の (他人の事務の) 執行者たちは、(その契約内容に反することをする場合に——訳者)「悪意の占有者」(praedones) とみなされる。I. §. De neg. gest. (3. 5) ; I. 3 §. 15 de susp. tut. (26. 10). なお、上記本文で述べたことの詳細については、私がArchiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. B. V. S. 24で論じたことを参照されたい。

103 I. 33 de R. J. (50. 17) では、「(試訳) 悪意が証明されないように相手方から利用された場合には、そのことは効力をもたない。」(…non valere, si cnvenenit, ne dolus praestetur.) とあり、I. 1 §. 7 Dep. (16. 3) では、「(試訳) すなわち、このように悪用された取り決めは、善意誠実に反することだし、善良なる慣習にも反することである。」(…nam haec convention contra bonam fidem contraque bonos mores est.) とされている。

104 とはいえ、このことが必ずしも常に顧慮された命題であったわけではないという証明については、前注102で示した私の論文54頁以下を参照。

その相対的な性質（ihre Relativität）、ないしその柔軟性（die Elastizität）に基づいている。そして、そのような相対性・柔軟性によって、culpaは、その内部での系統的な分類と微妙な差異化（Gliederung und Nüancierung）を必然的に確保するのである。ここで、さらに立ち入って、周知の——ローマの法学者の必需品に属するものであったところの——作為による過失（culpa in faciendo）と不作為による過失（culpa in non faciendo）との区別とか、culpaの抽象的な基準と具体的な基準の区別、あるいは「重過失」（culpa in lata）と「軽過失」（culpa in levis）との区別を説明するのは、余計なことであろう。しかし、おそらくローマの法学者といえども、culpaの三つの主要な標識、つまりは重過失・軽過失及び自己の事務におけるのと同じの注意（die culpa lata, levis und diligentia quam in suis）という三つの標識を、個別の契約関係の独自性に即していかほど洗練された理解に基づき適用したらよいのか、弁明しえる者はいなかったのではないだろうか。私の目からすれば、ローマの法学者たちが契約当事者にとっての契約利益（das Interesse des Vertrages für den Contrahirenden）をその指導的な観点へと高めた場合、それこそ、ローマの法学者たちによる最も卓抜な観念の一つを見る思いがするのである。そして私は、少なくない法学者たちが、（当事者にとっての契約利益から出発することなしに——訳者）軽過失（culpa levis）による履行の原理なるものをその出発点（Ausgangspunkt）として選択する場合、それは本末転倒のことではないかと思われてならない。結局、あたかも人がローマの法学者たちの出発点を選び取ったかのように、その出発点によって付加される修正であっても（私の見解と）同じ結論に至ったかどうかは、実際上にな一つ有益な効果を生じるものではない。しかもそのことによって（上記の「修正」を顧慮することによって——訳者）、学問上、ローマの法理論を正しく理解した上で私が確信するに至ったことを捨て去ることになってしまう。なぜなら、私の結論と同じものはローマ法の理論がそれ自体としてそこから出発

した立脚点そのものから獲得されるものにほかならないからである。しかるに、このような立脚点こそ、それ（契約関係のもとでは「契約利益」——訳者）を獲得する者、あるいはそれを獲得しようとする者がしっかりとそのことに注意を集中すべきである、という観念をも裏づけるのである。たとえば、実業家のもつ用心深さ（die Achtsamkeit des Geschäftsmannes）をみても、そのような用心深さこそ取引行為の基礎を生み出すと言ってよいだろう（いわゆる「注意深い家長」 „diligens paterfamilias” の観念）。したがって、（当事者双方にとって）負担をもたらず契約の場合には、すべて、両当事者がその軽過失（culpa levis）について責めを負う。そして、組合（Societät）とか嫁資（Dos）の場合のように、一定の人的に親密で近い関係が根拠となり、またその前提となる当事者間においてだけ、上記「軽過失」が「自己の物におけるのと同じの注意」（diligentia quam in suis rebus）へと軽減されるに過ぎない。

これに対して、（無償の）好意に基づく諸関係（Gefälligkeitsverhältnissen）の場合には、好意を受け、したがってその利益を得る者は「軽過失」によって責任を負担し、他方、好意を示し、それゆえ一定の利益につき犠牲を被る者は単に「重過失」（culpa lata）があった場合にのみ責めを負うということは、いずれも等しく自然なことである。しかも、ローマの法学者たちがこのような準則を例外なしに首尾一貫させるのではなく、むしろ彼らがその準則を別の事情を考慮しつつ修正する場合、そして、それ自体相互に交錯し、かつ制約しあっている準則の枠組みの総体（Gesamttfachwerk）がやや複雑な印象を生み出す場合には、このような（ローマの法学者たちの）応用の効く態度こそ、まさしく、いかにローマの法学者たちがかれらの課題を高い次元で把握したか、そしていかに彼らが唯一の干からびた定式によって（mit einer einzigen kahlen Formel）その（好意にかかる）諸関係の多様性を正当に充足しうるなどと考えることがなかったか、ということのための証明に資するものである。そして、ローマの法学（龍法 '22）55-1, 468（468）

者たちがこの（好意関係に関する）学理に付与する具体的な形態を通じ、その学理は、それ以外の様々な諸関係に緊密に接合する。すなわち、あらゆる諸関係は、その学理のうちにその関係のもつ本来的な目的と特徴が完全な形で考慮されるのを見るのである。とはいえ、（ローマ法学の）全体との関係で言えば、そのような影響を受けて原理適合的な形成と組み入れが損なわれたためしはないのであるが…。

第6節 過責と報いとの間のバランス（Das Gleichgewicht zwischen Verschuldung und Vergeltung）

古い市民法と訴訟法によって一旦は導入された諸々の罰（Strafen）に関して、古典期のローマ法学は、その罰の観点から依然として大きな制約を受けていた。これに対し、古典期のローマ法学がいかなる点で（罰という側面から）自由な領域を獲得したのか。それを決定づけたのは、「利益」（Interesse）という観点であった。なぜなら、「ある物と引き換えに何かを与えるべき場合であれ、あるいは何かを為すべき場合であれ、そのことが（訴権の行使によって）どれほどの価値をもつこととなるか（が基準となる）。」等々（quidquid ob eam rem dare facere oportet, quanti ea res est. u. s. w.）という定式の表現では、あまりにも不明確であったからであり、それゆえにそのような定式は法学の側からのより一層詳細な説明と確定（die nähere Erläuterung und Feststellung）を必要としたのであり、むしろそのような説明と確定を抑止的（hinderlich）に捉えてよいはずはなかったからである。こうして、「利益」に関する学理において、われわれがその従来の方法に即して蓄積してきた数多くの内容豊富で、かつ困難でもある素材に加え、新たに、おそらくはあらゆる事柄のうちで最も困難な素材が集約されることになる。そのような新たに困難な素材のうちならんかのものが加われば、ローマ古典期の法律学の時代においてさらに流動的な様相が示される。その古典期のローマ法学こそは、いわばローマ法学発

展期の啓蒙的な段階 (Stadium der Bildung) にあるものであり、そこでは、その指導的な観念が、われわれがすぐさま忘れ去るであろうような教説のもとで示されるところの、いまだ単純で固定的な準則の、より自覚化された形態を纏ってはいないのである。そうではなくて、古典期のローマ法学のもとでは、ただ、決定的なもの観方として、(かの指導的観念が) 個別の諸ケースの判決のなかでわずかに知覚されえたと過ぎない。古典期のローマ法学がこれらの自覚化された形態から抽象化して得られたプロセスは、そのまま現代の法学にあてはまることである。したがって私の観点からすれば、そのようなプロセスが担いもつ課題がすでに解決済みであるなどということは疑わしいわけである。そうであるとするなら、ローマ法学に生気を与えた基本観念の一つ、しかもいまだそれほど展開されきっていない基本観念の一つこそ、「帰責と損害賠償との間のバランス」(*das Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadensersatz*) であった。以下で私は、そのことにつき、手短かに示唆をえることにしたい。

まず、帰責と損害が立証された場合には、おのずと完全な損害賠償義務 (die Verpflichtung zum vollen Schadensersatz) が生ずるものと解する場合、つまり言い換えれば、損害賠償については単なる因果関係 (Causalnexus) があれば十分であると解する場合、それはきわめてもっともらしい考えではある。しかしながら、その考えは誤謬 (Trugschluss) にほかならない。しかも危険極まりない誤謬というべきものである。たとえば、受任者 (der Mandatar) が、ある書状の交付義務を負うとしよう。そして、差出人 (委任者) にとって適時にその書状を (相手方に) 手渡すことが、(報酬として) 1000ターレルの銀貨が彼に支払われる条件となっているとき、受任者がその書状を送達することを怠った場合、彼はどのような責任を負うべきことになるだろうか。この場合、おそらくはその因果関係は、きわめて膨大な証拠によって (初めて) 根拠づけられるであろう。しかしなが

(龍法 '22) 55-1, 470 (470)

ら、これから契約を締結しようとする者が、もし彼の小さな失念を理由に彼の全財産を支払うことをもって償わなければならないとしたら、果たして彼はそのような契約締結に踏み切るであろうか。

われわれは、この問題に関するローマの法学者たちの見解を聴くことにしよう。たとえば、追奪担保の対象となる（他人物の）給付があった場合、その給付に基づく売主に対する買主の請求権は、ことに買主によってなされたその他人物に関する費用の支出についても——買主が追奪者に対して賠償を請求することを得なかった限りで——その賠償が及ぶ。通常は、そのような費用支出は低額の範囲内におさまるわけだが、しかしなお、例外的にそれがその範囲をかなり超過することも考えられるところである。たとえば、売買価格の十倍に達することもありえよう¹⁰⁵。このような場合に、売主は全損害額の賠償給付義務を負うべきであろうか。この点、パウルスは、l. 43 de act. emt.（前注105を参照）で、この者（奴隷）に関して（買主が）このような多額に及ぶ出費をすることまで（売主のもとで）考慮されていなかった場合には、売主にそのような多額の賠償義務を課することは不当であると考えられる（*iniquum videtur, obligari venditorem, cum non sit cogitatum ab eo de tanta summa*）、と言っている。加えてアフリカーヌスは、そのl. 44で、それゆえおそらく（売主には）その資力に応じたよりふさわしい責任が課されるに過ぎないのであり、したがって、その（取得代金の）二倍額を越える危険まで彼が引き受けたものとされるべきではないであろう（*cum forte mediocrium facultatum sit et non ultra duplum periculum subire eum oportet.*）、と述べている。もとより、売主が事情を知って（*wissentlich*）他人の物を売却した場合に限って言えば、彼はそ

105 たとえば、（子供の奴隷に関するものであるが）l. 43 i. f. de act. emt.（19. 1）は、その奴隷をきわめて安価な代金で購入したところ、買主がその奴隷を芸術家に仕立てあげるために多大な費用の支出をしたケースを取り扱っている。

の全額について賠償責任を負うべきことになろう¹⁰⁶。なぜなら、この場合、その売主はまさしく悪意で (in dolo) 振舞う者であった、と言えるからである¹⁰⁷。さらに、次のような問いも発せられるかも知れない。すなわち、或る者が損害の全体について責めを負わねばならないことがあるとする場合、「未発生の損害の担保」(cautio damini infecti) に基づき明示的にそのような全損害の賠償を申し出た者もそうであるかと。しかしそうではない。ローマの法学者たちは別の見解をもっていた！ たとえば、私の隣人の壁に描かれた高価なフレスコ画があり、私が設置したものの結果として、あるいは私が(ある保全措置を)講じなかった結果として、そのフレスコ画が倒壊しつつあるとしよう。この場合、私は、通常の外壁の化粧張り (gewöhnliche Wandbekleidung) のもつ通常程度の価格を超えない価額についてだけ責めを負うに過ぎない¹⁰⁸。この場合に、たとえ間接的損害ではなく、直接的損害 (ein unmittelbarer Schaden) が(隣人のもと

106 l. 45 §. 1 I. f. ibid. 「(試訳) しかしながら、もしその者が他人の物であることを知ってその物を売った場合には、(当該損害の発生が) 彼にとっては全く不慮の事柄であったとしても、なお彼はその全額の賠償義務を尽くさねばならないであろう。」(In omnibus tamen his casibus si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.)

107 l. 13 pr. §. 1 ibid. には「知っていたならば」(si sciens) とあり、また l. 22 de. V. O. (45. 1) には、「そして(売主が) 買主を欺いたからだ」(et emptorem decepti) とある。

108 すでにプロクールの及びカピトーが、l. 13 §. de S. P. U. (8. 2) で述べたことが示す通りである。「(試訳) 普通の漆喰師によって査定 (= 評価) されるはずの額よりも多額の損害には及ばない。」(non pluris quam vulgaria tectoria aestimari debent.) これと同様のことは、ウルピアーヌスが、同一の事案について、l. 40 pr. Dam. Inf. (39. 2) で述べているところである。すなわち、「(試訳) 無限大の、あるいは際限のない評価額が下されるのは適切ではない。…(むしろ逆に) 適正な査定 (= 評価) が行われるべきである。なぜなら、品位ある評価態度こそ順守されるべきであって、無制限な評価や恣意な評価がされてはならないからである。」(non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri…moderate aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderate cujusque luxuria subsequenda.)

で) 肝心な意味をもっていたとしてもそうである。

したがって、単に帰責と損害だけで足りるというわけではないのであり、損害の程度 (Mass des Schadens) というものも問題となる (「一定限度における評価が下されるべきであり、つまりは〔賠償の〕程度に注意が払われるべきである。」 „moderatam aestimationem faciendam——*modus servandus*”)。しかし、それもただ単にそうであるわけではない。それゆえ、意図して、わざと相手方に損害をもたらした者も損害全体の賠償給付 (die Leistung des vollen Schadensersatz) から免れるうることがあるのである。たとえば、彼が何をしたのかを彼が意識しており、かつまた意欲していたからというよりも、帰責の程度こそ彼の責任の度合いを決定づけるのである。とはいえ、「悪意」*dolus*そのものはやはり完全な損害賠償を義務づける。これに対し、「過失」*culpa*は一定の限界内で (innerhalb *gewisser Grenzen*) 損害賠償を義務づけるに過ぎない¹⁰⁹。

このような限界づけを精密に決定するためには、一個の解釈学的な論文を必要とするであろう。そのような限界づけのための理念——まさしくその理念を通じて、ローマの法学者たちは、われわれの学説のもとでも決定的な影響を与えているわけであるが——を指摘することだけに重点が置かれている本稿の目的からすれば、そのような理念の一つとして「帰責と罰との間のバランス」 (*Gleichgewicht zwischen Schuld und Strafe*) という

109 ユスティニアヌスは、彼の編纂した l. un. Cod. de sent. quae pro eo (7. 47) において、過失に関する二倍額の損害賠償 (das duplum) を規定している (l. 44 de act. emt. cit. もみよ)。数多くの論者がそうしているように、このような限界づけが「悪意」*dolus*についても妥当すべきであることを承認するためには、このような (ユスティニアヌスが与えた) 規定の甚だしい恣意性や不自然さについては全く沈黙することが許されるとしても、西暦531年に、かの制定法を發布したところの、まさしくそのユスティニアヌスが、わずかに数年後に *dolus* と *culpa* との区別をきわめて決定的に強調するローマの法学者たちの言明を (制定法のうちに) 採録させたことがきちんと考慮に入れられるべきである (前注106、107、後注110を参照)。

理念を利益論 (die Lehre vom Interesse) の決定的な観点として確認することで十分と言えよう。要するに私が言いうことは次のことである。すなわち、このような(「帰責と罰との間のバランス」という)理念こそ、かの因果関係 (Causalnexum) という観念だけで事柄を処理しようと信じ込んでいる粗野な見解 (rohe Ansicht) とは異なり、いかに光輝に充ちた高い次元にわれわれを導くか、ということがそれである。もとより、そのような理念をすでにローマの法学者の何某が上記のような自覚的な態度をもって言明していたというわけではない。とりわけ、(ローマ法を継受して成立したはずの——訳者) われわれの学説の現状が不備だらけであることに照らせば、そのように思わざるをえないのである。とはいえ、ローマ法に関する重要な原典資料を注意深く点検しようとする者なら、かの(「帰責と罰との間のバランス」という)観念こそ、ローマの法学が常により厳格な枠内でその形象を作り出した不可視の中心点をなすのだという確信を抱くことであろう。すなわち、(他人の物であることや有害なものであるということ)を知ってそれを売却したり、有害な物を賃貸したり、担保に供したり、無償で貸し与えたりした者は、それと知らずにそうした者とは別の責任を負う。すなわち、(悪意のケースと善意のケースの)いずれであれ、たとえその因果関係は全く同一であったとしても、(悪意のケースでは特に)そのような行為から生じた損害(の全体)について責任が生ずるのである¹¹⁰。なお、「訴訟物に対する宣誓」(juramentum in litem)は、相手方に「悪意」dolusがあったり、相手方に「出廷拒否」contumaciaの責めが課される場合にだけ機能した。これに対して、相手方に単なる「過失」culpaがあるに過ぎない場合には(「訴訟物に対する宣誓」は)問題とはならなかつ

110 1. 61 §. 1, 3-6 de furt. (47. 2) ; 1. 17 §. 3 i. f.; 1. 18 §. 3, 1. 22 Com. (13. 6) ; 1. 19 §. 1 Loc. (19. 2) ; 1. 13 pr. §. 1, 2 de act. emt. (19. 1) ; 1. 21 §. 2 Rer. am. (25. 2).

た¹¹¹。また、物返還訴権（*rei vindicatio*）の場合には、被告が善意占有者か、それとも悪意占有者かの区別にかかわらず、その被告は、その物に関する（不可抗力的な）災難（*casus*）について、その危険を引き受けたのである。さらに、たとえばプロクールスは、被告が善意占有者であることを理由にその命題の不公平さを非難することがないように教えている¹¹²。これに対し、すでに彼の同時代の学者は、占有者は——見たところ善意占有者も悪意占有者もどちらも含めて取り扱われているようなのだが——ただ彼に「悪意」*dolus*があるか、あるいは「過失」*culpa*がある場合にだけ（*rei vindicatio*における災難のリスクに関する）責任を引き受けるに過ぎないという異議を申し立てており、それ以降の支配的見解はその異議に従ったのである。なかでもウルピアヌスは、その問題の別の側面に照らし、改めて疑わしい逸脱があるとみている。要するに彼は、（悪意占有者ないし有過失の占有者についてのみ）その（災難 *casus*に関する）責任の制限を図ることで対処すべきであると確信したのである¹¹³。そしてついには、パウルスに至って、彼が（占有の初めから）悪意であった占有者についてはその後の災難（*casus*）の責めをもその者に負わせ、（占有の初めから）善意であった占有者については、その後の彼の「悪意」*dolus*と「過失」*culpa*の場合の責めだけを負わせることによって、正当な解決を与えたのである¹¹⁴。

上記と同様な異議は、遅滞 *mora*があれば直ちに債務者に災難 *casus* のリスクも転化されるという古くからの厳格な準則に対しても提起された。

111 一方で、l. 1 §. 2 de in lit. jur. (12. 3) には、「悪意もしくは出廷拒否」(*dolus aut contumacia*)とあり、他方、l. 4 §. 4 *ibid.* には、「しかしながら、過失による場合には、(訴訟物に関する) 誓約が発せられる必要はない。」(*ex culpa autem non esse iusjurandum deferendum.*)とある。

112 l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) には、「(物返還訴権における善意占有者の取り扱いについて) プロクールスはそれが「正当である」との考えに賛意を表している。」(*…justum esse Proculo placet.*)と書かれている。

113 l. 15 §. 3 de R. V. (6. 1).

114 l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) ; l. 16 de R. V. (6. 1).

しかしながら、その準則は、遅滞がなければ目的物が滅失することはなかったというケースについては正当なものといえるとしても、他方、適時の給付がなされた場合もなお債権者が（災難 casusによる）損害を被ったであろう場合については、不当なものであるように思われた¹¹⁵。人がこのような特別な配慮を、不法行為によって遅滞に陥った債務者に対しても妥当せしめるべきであるのかどうかという問題については、すでに見たように、より厳格な見解もあれば、より中間的な見解も存在した¹¹⁶。そして、その（遅滞による損害の）評価の時的基準については、契約に基づく債務者（Contractsschuldner）と比べて不法行為に基づく債務者の方が不利に取り扱われたのであった¹¹⁷。

（未完）

115 これに対し、債権者が（その災難によって滅失した物を）売却したであろうとか、売却しえたはずであるとかいう異議によって、いかにこのような修正が制限されたのかという問題は、ここではどうでもよいことである。

116 たとえば、ユリアヌスガl. 1 §. 34 de vi (43. 16) で示した見解と、ウルピアヌスガl. 14 §. 11 i. f. quod metus (4. 2) で表明した見解とが対比されてよいだろう。

117 F. Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 210.

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (16)
(*Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015*)

金 尚均 (監訳)

玄 守道 (監訳)

山本紘之 (翻訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪—刑法—刑法学—社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定—実質的内容—構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理 (以上、49巻4号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動 (いわゆる故意結果犯)

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素 (事態無価値) (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素 (人的無価値) (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化

I. 承諾の表明 (以上、50巻4号)

II. 正当防衛 (刑32条) とその他の防御権 (民229条、同859条1項及び2項)
(以上、51巻1号)

III. 正当化緊急避難 (刑34条、民228、904条)

IV. 正当化される義務の衝突

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務権限と強制権限による正当化

VI. 軍事上の命令と職務上の命令 (指示)

- Ⅶ. 教育権
- Ⅷ. 許された危険
- Ⅸ. 社会的相当性は正当化事由となるか？
- Ⅹ. 各正当化事情の競合
- C. 復習のために (以上、51巻3号)
- §6 有責性と責任—責任阻却事由—免責事由
- §7 特別な法効果の条件と障害 (以上、51巻4号)
- 第3部 可罰的行為のさらなる現象形式
- §8 特別な行為結果による加重 (結果的加重犯) (以上、52巻2号)
- §9 未遂と中止犯—可罰的予備行為—行為による悔悟
- A. 犯罪行為の実現段階としての未遂 (以上、52巻4号)
- B. 中止犯 (刑24条) (以上、53巻1号)
- C. 可罰的予備行為／関与の未遂
- D. 復習のために (以上、53巻4号)
- §10 関与 (未翻訳)
- §11 不作為 (未翻訳)
- §12 過失
- A. 過失犯の無価値—過失致死罪 (刑222条) を例として (以上、54巻4号)
- B. 違法性 (以上、本号)
- C. 有責性
- D. 概観：過失犯の構造
- E. 復習のために
- 第4部 錯誤論
- §13 錯誤
- 第5部 競合論と刑法上の制裁
- §14 法条単一 (Gesetzeinheit) —所為の単一性 (Tateinheit) (§52) —所為の複数性 (Tatmehrheit) (§§53-55)
- §15 刑法上の制裁

細目次

- §12 過失
- B. 違法性
- I. 過失の無価値と過失の不法—「開かれた」刑罰規定としての過失規定？
- II. 正当化事由
- 1. 正当化状況を知らずになされる、構成要件的要素の非故意的の実現—正当防衛を例として

2. 正当化事由を知覚した上でなされる態度による、意欲的でない作用
 - a) 正当防衛 § 32
 - b) 正当化的緊急避難 § 34
 - c) 非故意的に行われる犯罪行為への推定的同意と同意
 - d) 許された危険
- C. 有責性
 - I. 故意行為と同じ点
 - II. 特殊な点
 1. 責任形式としての過失
 2. 過失犯における（超法規的）免責事由としての合義務的態度／危険を増加させないことの期待可能性？
- D. 概観：過失犯の構造
- E. 復習のために

B. 違法性

I. 過失の無価値と過失の不法—

「開かれた」刑罰規定としての過失規定？

[158] 故意犯にあつては、刑罰法規が刑法上重要な無価値を実現する事実を画定している。この無価値の実現が不法をも意味するのかどうかは、正当化事由が存在するかどうかにかゝる。

[159] 上記のような無価値と不法の関連を過失犯でも認めることができるかについては、疑問が投げかけられている。とりわけ、過失による態度を禁止する刑罰法規が無価値を本当に十分に画定できるのか、という点についての疑念がこれにあたる。むしろ、注意義務の具体化または刑法上重要な危険の画定によってはじめて完成する、開かれた規定なのではないか、と言うのである。正当化事由を問う余地を残す犯罪類型を形成することは

困難だとされている。

[160] しかしながら、外界変更と関連する故意犯のところで述べたように、関連する過失犯の類型は、以下の要素によって定型的に確定できる。

- ・ (法的に保護された利益を顧慮しないことの顕れとしての) 行為
- ・ 高められた危険の作出
- ・ 外界変更
- ・ 因果関係
- ・ 客観的帰属可能性
- ・ 個別的予見可能性と回避可能性

[161] 無価値の実現が行為者に、とりわけ客観的に帰属されえないということが、過失犯の閉じられた無価値を変更することはない。

II. 正当化事由

[162] 過失犯における正当化事由の扱いについては、以下の二つの基本条件を区別すべきである。すなわち、正当化状況を認識せずに、故意なく構成要件要素を実現した場合 (1) と、行為の際に正当化状況を認識しつつ、意欲せずに実現した場合 (2) である。

1. 正当化状況を知らずになされる、構成要件の要素の非故意的実現—正当防衛を例として

[163]

事例 12.21

林務官Fは、役宅の前に座り、銃の掃除をしていた。Fは規則に反して、掃除の際に安全措置を採っていなかった。Fが引き金を磨いてい

るとき、弾丸が発射され、Aに命中して同人を死亡させた。そのAが茂みに隠れており、Fへの嫉妬から同人を殺害するところであったことを、Fは認識していなかった。

〔164〕 Fが、AがFを殺害するところであったことを知らずに、Aを認識して意思的にAを殺害したとすれば、正当化事由の事実的前提を認識しないという錯誤である（§ 5〔49〕以下および後述§ 13〔180〕以下を参照）。

〔165〕 一通説が故意犯においてそうしているように一過失犯においても具体的な正当化の意思が必要だと考えるのであれば、Fは過失致死によって処罰されなければならないだろう。これに対して、故意犯における少数説と同様、客観的に正当化状況があれば主観的正当化要素は不要だとするのであれば（§ 5〔55〕以下参照）、過失の場合も同じことが言え、Fは正当化されなければならないだろう。

〔166〕 これに対して、一故意犯における多数説のように一人的無価値と事態無価値の共同作用を考えるのであれば、正当化される外界変更を故意によらずに惹起する行為の不可罰性は、ロクシンが取り上げた議論によって基礎づけられる。すなわち、正当防衛状況という事実に関する要件が存在するのであれば、事態無価値は存在しないというものがこれにあたる。残るのは、法律によって保護される価値—ここでは第三者の生命—を顧慮しないという、外からは認識できない態度という形態における人的不法である。

〔167〕 しかし、外界変更と関連する過失犯にあって典型的なものは、人的および事態無価値の存在が可罰性の要件だということである。事態無価

値が存在しなければ、刑法222条による可罰性のために必要な要件が揃っていない。人的無価値は残されているが、可罰的ではない。その理由は、過失犯の未遂が承認されていないからではなく、行為者は外部に対して、あらゆる観点において合法的に行動しているからである。

[168] 通説のように、故意犯において主観的正当化要素が欠ける場合に未遂犯を認める見解（これについては、§ 13 [184] 参照）を貫いたとしても、正当防衛状況を知らずに構成要件に該当する外界変更を故意によらずに惹起することが不可罰であることに変わりはない。

2. 正当化事由を知覚した上でなされる態度による、意欲的でない作用

[169] ここで取り上げられる事例群においては、行為者は、正当化状況に置かれていることを知った上で行為している。しかしながら、正当化事由を認知して、意欲せずに実現させたことが問題になっているのである。以下では、特に重要な正当化事由を手がかりに記述を進めたい。

a) 正当防衛（刑32）

事例 12.22

[170] 威嚇射撃事件 BGH 1 StR 48/01 NStZ 2001, 591 : VがさらにPに対して傷害行為を行うことを防ぐために、被告人Aは2メートル以下の距離からVの顔に向けて拳銃を連射した。Aは、Vが驚いてPから離れることを期待していた。

[171] Aは誤って、拳銃は装弾されていないと思っていた。その場面においてAは、数年前にその拳銃に装弾したことを認識していな

かった。引き金を何度も引いたことによって弾丸が発射され、それはVの鼻に命中し、間もなくVは死亡した。

〔172〕 BGHは、過失致死罪を理由とするLGの有罪判決を破棄した。所与の特殊状況においては、AはVに狙いを定め、死に至りうる発砲も許される状況であったとすれば、過失によってなされた、威嚇のための発砲による死亡結果の惹起はAの防衛の意思に基づくものであって、刑法32条によって正当化されうる、とされた。そうであれば、死の惹起は、防衛者によって欲されておらず、防衛者に可能な注意が払われていれば回避しえたとしても、正当化される、と。

〔173〕 通説によれば、上記のような事例群においては、いずれにしても一般的な防衛の意思があれば足りる。認識ある過失にあっては、原則としてそれを出発点としてよい。もっとも、同じことが認識なき過失にあってとも言える。というのは、認識がないのは意欲されていない結果についてだけであって、正当化事情についてではないからである。一般的な防衛の意思だけでなく、意欲されずに惹起された結果が必要性の枠内に収まっていなければならないということも、要件である。

b) 正当化緊急避難(刑34)

事例 12.23

〔174〕 重病患者の生命を救うため、唯一活動可能な医師が飲酒運転を行い、その最中に他者に傷害を負わせてしまった。

〔175〕 この場合、保全された法益（患者の生命）が侵害法益（他者の危殆化）を大幅に上回っているのであれば、故意犯の場合と同様、

刑法34条に基づいて正当化がなされる。医師の酩酊がきわめて重大とは言えなければ、そのように考えるべきであろう。

c) 非故意的に行われる犯罪行為への推定的同意と同意

[176] ここで特に注意すべきは、何が同意の対象なのかという問題である。被害者が、外界変更についてではなく、利益の危殆化についてしか同意していないという多くの事例があるからである。これらの場合、過失により惹起される害に関する正当化事由としての同意を問題にすることはできない。

d) 許された危険

[177] もし多数説のように過失を注意義務違反と定義づけるのであれば、許された危険に取まる行為は含まれないこととなろう。というのは、行為者は注意義務に反していないと同時に、許された危険によって正当化されるからである。許された危険の保持は、注意義務違反を排除することとなろう。それゆえ多数説は、—その観点からは当然に一過失犯における正当化事由としての許された危険を拒絶するのである。

[178] 過失を、個人的に予見でき回避できたにもかかわらず、故意によらずに、高められた危険を作出したことによる犯罪行為の帰属可能な実現と定義すると、許された危険という正当化事由を承認することになろう。

[179] しかしながら、許された危険を単に、不確実な状況における一連の正当化事由の上位概念とする潮流も顧慮に値する (§ 5 [366] 以下を参照)。許された危険は関連する正当化事由を分類するにすぎないのであって、正当化事由を補うものではないから、過失犯の正当化事由の枠組みにおいても、許された危険それ自体は独自の正当化事由として承認されない。

C. 有責性

I. 故意行為と同じ点

〔180〕 故意犯と同様、過失犯にあっても、承認されている責任阻却および免責事由は適用可能である。責任無能力と限定責任能力（刑20、21）、禁止の錯誤（刑17）、免責的緊急避難（刑37）および過剰防衛（刑33）がこれにあたる。

II. 特殊な点

1. 責任形式としての過失

〔181〕 多数説は予見可能性と回避可能性をもっぱら過失犯の構成要件該当性の客観的要素として判断しているので、過失行為の有責性の枠組みにおいて、それが行為者に非難可能かを検討することとなる。その発生が行為者に予見も回避もできないのであれば、そうした非難がなされない。

〔182〕 その例としては、自動車学校の生徒が交通法規に違反した場合や、高齢のためつい先ほどのことを失念した場合などが挙げられる。

〔183〕 その限界は、引き受け責任または行為者の性格の瑕疵にある。特別知識は行為者の責任を加重する。

〔185〕 構成要件該当性の主観的要素としての予見可能性と回避可能性を個別的なものとして理解するという本書の立場は、有責性の枠組みにおいて個別的な予見可能性の評価を扱うことに変更を加えない。過失犯における個別的予見可能性は、行為の構成要件該当性および有責性の要素として理解されるべきである。

2. 過失犯における（超法規的）免責事由としての合義務的態度 ／危険を増加させないことの期待可能性？

〔185〕 暴れ馬事件 RGSt 30, 25：被告人は1895年から、御者として馬車の所有者に仕えていた。「彼はその間、二頭立ての馬車を御していた。馬の一頭はいわゆる『暴れ馬』、すなわちときおり尾で手綱を叩いたり、尾を下げたり、体に押し付けるといった習性を持った馬であった。そうした欠点は、被告人も雇用者も知っていた。

〔186〕 1986年7月19日、被告人がその馬車で街道をPからGに向かって走行中、尾で手綱を叩かれた。被告人は手綱を引こうとしたが徒勞に終わり、馬は暴れた。被告人は完全に制御できなくなり、馬が疾走して街道を歩いていた鍛冶屋Bを倒し、Bは馬車の下敷きとなり脚を骨折した。

〔187〕 帝国裁判所は、鍛冶屋が負傷することは被告人にとって完全に予見可能であるとした。しかしながら過失という概念が完成したというためには、さらに要件があるとしたのである。すなわち、それを用いることが行為者に要求されうるだけの程度の、公衆への注意と配慮を欠いていたという点である。これに照らせば、被告人に命じられた馬車で走行によって他者の身体を傷害する危険を意識的に冒すことを避け、雇用者の命令に背いて自己の身分を失うことを甘受することが被告人に義務として期待可能かが検討されるべきであるとされた。帝国裁判所は、雇用者の命令を果たす義務が勝るとして無罪を言い渡したグライヴィッツ地方裁判所の判決を是認した。

〔188〕 多数説は、上記のような事案においては期待可能性がないという

理由から責任非難を否定する、あるいは、刑法35条の類推を認める。多数説は、そうした場合においても保全された利益（仕事の保全）という形で不法の減少があり、行為者は心理的負担の下で行為していたことを理由としている。類似のことは、被告人の責任が不法の減少によってではなく、衝撃や狼狽状況における行為者の心理的理由によって減少する事例にも言える。

〔189〕 もっとも、免責事情が問題となっているのか、そうではなくて不法と関連する問題に重点があるのか、危険増加はどこまで社会的に是認されるのか、あるいは最小限の過失による責任はそもそも刑法が取り上げるべきではないのかということは問題たりうる。

D. 概観：過失犯の構造

〔190〕 過失犯の構造は、以下の通りである。

D／1 過失犯の構造（多数説）

I. 構成要件該当性

- a. 行為
- b. 故意によらない構成要件的事実の実現
- c. 因果関係：条件公式
- d. 「過失により」（信頼の原則による限界づけ）
 - 注意義務違反
 - 事象の客観的予見可能性（もっとも、特別知識による義務づけがある）
 - 注意義務履行による事象の客観的回避可能性（＝義務違反連関）
（もっとも、特別能力による義務づけがある）
- e. 客観的に帰属可能であること

- 規範の保護領域内での義務違反
- 自己答責的な自己危殆化でないこと（答責原理）
- 法的に重大な危険の作出

II. 違法性

正当化事由：「一般的な防衛の意思」で十分である

III. 有責性

1. 有責な行為の要素

- 行為者の責任能力
- 行為者の不法の意識
- 有責な行為の特別の要素
- 免責事由の不存在

- 事象が個別的に予見可能であったのに行為したこと
- 注意義務違反が個別的に回避可能であったのに行為したこと

2. 義務に合致した態度の期待可能性

D / 2 過失犯の構造（危険増加 / 個別的過失概念）

I. 構成要件該当性

1. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値）

- a. 行為
- b. 故意によらない、構成要件に該当する事態無価値の実現
- c. 因果関係：条件公式
- d. 高められた危険の作出（信頼の原則による限界づけ）

—構成要件に該当する事象が危険増加に基づいていること（＝危険増加連関）

e. 客観的に帰属可能であること

—規範の保護領域内での義務違反

—自己答責的な自己危殆化でないこと（答責原理）

—法的に重大な危険の作出

2. 構成要件該当性の主観的要素（人的無価値）

a. 事象の個別的予見可能性

b. 危険増加の個別的回避可能性

II. 違法性

正当化事由：客観的な正当化状況で十分である

III. 有責性

1. 有責な行為の要素

—行為者の責任能力

—行為者の不法の意識

—有責な行為の特別の要素

—免責事由の不存在

2. 有責形式としての過失

—事象が個別的に予見可能であったのに行為したこと

—注意義務違反が個別的に回避可能であったのに行為したこと

3. 危険増加の回避の期待可能性

基本事例の解決（答案形式）

基本事例12.1

〔191〕 自動車運転手（L）は、自転車乗りRに対する過失致死罪（刑222）によって可罰的である。

1. 重大でないとは言えない危険増加と個別的過失概念を基礎とした記述

a) 構成要件該当性

〔192〕 Lは、Rの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。重大でないとは言えない危険増加は、Lが道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかった点に見出される。しかしながら同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回避する点に意義があると言わなければならない（規範の保護目的）。

〔193〕 前記規定は、歩行者と自転車の保護にも資するものである。側面間隔に乏しかったためにRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔194〕 最後に、現実の因果経過は、Lにとっても予見可能であり、外界変更は危険を増加させないことによって回避可能であったと言わなければならない（危険増加連関）。Lは自転車乗り自体は認識しえ、自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追い越した場合に自動車に巻き込まれる可能性があることは認識していたのであるから、個別的な予見可能性は認められる。Lは必要な側面間隔を空けることも可能であった。それによって、確実に境を接する蓋然性をもって事故を回避することができた。個別的な回避可能

性はそれゆえに認められる。

b) 違法性と有責性

〔195〕 Lに適用できる正当化事由が存在しないことは明白である。免責事由または責任阻却事由も存在しない。非難可能性に関しては、そこから生じる結果が予見可能であり、必要な側面距離を維持することによって回避しえたにもかかわらず、LがRとの側面間隔をわずしか空けずに通過したことを考慮する必要がある。

結論：Lは過失致死罪（刑222条）によって可罰的である。

2. 注意義務違反を基礎とした記述（多数説）

a) 構成要件該当性

〔196〕 Lは、Rの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。注意義務違反は、道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかった点に見出される。しかしながら同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回避する点に意義があるといわなければならない。（規範の保護目的）。

〔197〕 前記規定は、歩行者と自転車乗りの保護に資するものである。側面間隔に乏しかったためにRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔198〕 最後に、現実の因果経過は客観的に予見可能なものであり、外界変更は注意義務違反に基づいているのであって、注意深く行為し

ていれば回避可能であったと言わなければならない（義務違反連関）。自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追いついた場合に自動車に巻き込まれるということは、一般的な生活経験に照らして、予見可能である。必要な間隔を空けていれば、害は回避しえたのであるから、義務違反連関は認められる。

b) 違法性と有責性

[199] Lに適用できる正当化事由が存在しないことは明白である。有責性を肯定するためには、事故を予見し回避することが可能であったことが必要である。Lにとって自転車乗りは予見可能であった。Lは安全な間隔を空けることによって、死亡事故を回避することが可能であったと思われる。

結論：Lは過失致死罪（刑222条）によって可罰的である。

基本事例12.2

[200]トラック運転手（L）は、自転車乗りRに対する過失致死罪（刑222条）によって可罰的である。

1. 重大でないとは言えない危険増加と個別的過失概念を基礎とした記述

構成要件該当性

[201] LはRの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。重大でないとは言えない危険増加は、Lが道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかったことに見出される。しかしながら、同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回

避する点に意義があるといわなければならない。（規範の保護目的）。

〔202〕 同規定は、まさに歩行者と自転車乗りの保護にも資するものである。側面間隔に乏しかったためRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

〔203〕 最後に、生じた因果経過はLにとっても予見可能であり、Rの死は危険増加をなさないことによって回避が可能であったと言わなければならない（危険増加連関）。

〔204〕 自転車乗り自体は認識しえたし、自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追い越した場合に自動車に巻き込まれる可能性があることは認識していたのであるから、個別的な予見可能性は存在する。しかし問題となるのは、Lが行為をやめることによって死亡を回避しえたかどうかである。それに関しては、自転車乗りが飲酒していたという事実関係から、重大な疑義がある。この点を明らかにすることができない以上、必要な側面距離を空けていたとしてもRは巻き込まれていたであろうというように、Lに有利な事実を前提とすべきである。そのため、過失犯の無価値を基礎づける危険増加連関が欠ける。

結論：Lは不可罰である。

2. 注意義務違反を基礎とした記述（多数説）

構成要件該当性

〔205〕 LはRの死を「過失によって惹起した」と言わなければならない。Rのすぐ横を追い越すという行為を取り去ると、Rの死という

外界変更は脱落するから、Lの行為はRの死について因果関係がある。注意義務違反は、道路交通規則5条4項2号に基づいて要求される「十分な」側面間隔を空けなかったことに見出される。しかしながら同規定は、二輪車運転手の危殆化と傷害を回避する点に意義があるといわなければならない。(規範の保護目的)。

[206] 同規定は、まさに歩行者と自転車乗りの保護にも資するものである。側面間隔に乏しかったためRは不安定になり、それによって運転を誤った。これは、同規定の間隔保持義務が防止しようとする危険が実現したものである。

[207] 最後に、生じた因果経過が客観的に予見可能であり、死が注意義務違反に基づいている、すなわち、注意深い行為を行っていれば回避可能でなければならない(義務違反連関)。

[208] 自転車乗りが不安定に走行しており、十分な側面間隔を空けずに追いついた場合に自動車に巻き込まれるということは、一般的な生活経験に照らして、予見可能である。しかし、その外界変更が、注意深い行為、すなわち、さらに必要な距離を空けることによって回避しえたかどうかは問題である。それに関しては、自転車乗りが飲酒していたという事実関係から、重大な疑義がある。この点を明らかにすることができない以上、必要な側面距離を空けていたとしてもRは巻き込まれていたであろうというように、Lに有利な事実を前提とすべきである。そのため、過失犯の無価値を基礎づける義務違反連関が欠ける。

結論：Lは不可罰である。

E. 復習のために

確認問題

1. 多数説の挙げる過失の無価値を基礎づける三つの要素を述べなさい（〔20〕以下）。
2. 認識ある過失と認識なき過失は何によって区別されるか（〔23〕以下）。
3. 軽率さとは何か（〔26〕）。
4. 注意義務の三つの類型を挙げなさい（〔29〕以下）。
5. 過失犯の無価値を注意義務違反にも見出そうとする多数説の考え方にはどのような批判があるか（〔117〕以下）。
6. 過失犯における正当化事由との関連では、二つの基本状況があるが、それはどのように区別されているか（〔162〕）。

〔山本 紘之〕

名古屋地方裁判所2021年3月30日
建築工事差止等請求事件判決

—子どもの権利条約の幼稚園児への適用事例—

丹羽 徹
清田 雄治

名古屋地方裁判所2021年3月30日判決は、子どもの権利条約を幼稚園児に適用した、おそらく初めての判決であり、その意味で画期的と評されてよい¹。しかも、「子どもの最善の利益」について児童福祉法に留まらず、「幼稚園教育要領」の内容にも踏み込んで園児の権利・利益について解釈を施した。わが国における子どもの権利条約をめぐる関心が小学校以上の学校教育に軸足がおかれていたことに鑑みれば²、本判決はその射程を開いたものと見ることができる。子どもの権利条約における核心的なコンセプトの一つである、3条1項の「子どもの最善の利益」概念に関する先例としても注目に値する³。

1 山梨学院大学の荒牧重人教授は、「判断の実質的根拠の条約をうたった判決は知る限りはじめて。児童の最善の利益との理念に照らして実態を見据え、結論を導いた画期的判決」とコメントされている（2021年4月28日付『中日新聞』21面）。

2 学校教育に関して重点が置かれてきたとはいえ、幼稚園児はじめ、乳幼児たちと子どもの権利条約との関係について、特集「子どもの権利条約から考える」が『げんき』No.177、2020年に掲載されており、荒牧重人教授と汐見稔幸教授の論稿が掲載されている。

3 差し当たり、注2で掲記した荒牧教授の論稿、佐々木幸寿「『子どもの最善の利益』の概念」『東京学芸大学紀要 総合教育科学系』No.71、2020年、1頁以下）参照。「子どもの最善の利益」概念については、原告側は憲法13条及び25条に言及していたが、憲法上の根拠規定としてどの条項に依拠して子ども達を位置メ

一方、本判決は国際人権条約の一つである子どもの権利条約を国内裁判所が適用した事案として、子どもの権利条約実現のあり方に一石を投じたものと見てよいであろう。かつて、津田玄児弁護士は子どもの権利条約の国内裁判所による適用可能性について、次のような危惧を示されていた。「子どもの権利条約の条文は、条文の権利を締約国が実現させる形をとることが多く、この理解によると、自力執行性〔ここでの「自力執行性」はself-exectingの訳と思われ、国際人権条約の「間接適用」をも含めた趣旨であると思われる⁴⁾〕がないとされる恐れも大きい。その克服が求められている⁵⁾と。子どもの権利条約3条1項は、津田弁護士が摘示する締約国による権利実現を義務づけたスタイルの典型であり、津田氏の指摘される「自力執行性」が懸念されうる条項である。本判決は権利条約3条1項の国内裁判所による広義の適用可能性を前提に同項を具体的事案に解釈適用したもので、津田弁護士の危惧を払拭しうる可能性を示した判決と見ることができるだろう。判決は、子どもの権利条約3条1項を直接引用して、「子どもの最善の利益」の内容を説き起こし、児童福祉法以下の国内法令の解釈基準として子どもの権利条約を稼働させた。原告の主張を一部認容した推論過程において、判決は子どもの権利条約3条1項を明示的に引い

づけるか、また「子どもの最善の利益」概念を理論構成するか、本判決における解釈、処理も含めてなお検討の余地があると思われる。

4 津田氏の「自力執行性」というタームは、寺谷広司教授の指摘されるような「国内法規が言及されずに、国際法だけが根拠条文となる場合」（寺谷広司『「間接適用」論再考』坂元茂樹編『国際立法の最前線』有信堂高文社、2009年、171頁）に限定されているわけではなく、国内法規も媒介にした国際人権条約の、形式的には「間接適用」による実現をも含んでいると解される。その意味で、ここでの「自力執行性」は条約が何の国内法上の措置や媒介なく国内裁判所によって直接適用され、事案解決に導く場合のみに限定されているわけではないと考えられる。なお、解題本文でも触れたように、「直接適用」・「間接適用」の本判決に関わる解釈については、差し当たり、注（6）の文献参照。

5 津田玄児「子どもの権利条約など権利条約の実務における活用法」（日本弁護士連合会編『子どもの権利条約・日弁連レポート 問われる 子どもの人権』駒草出版、2011年）196頁。

た上で、国内法令によって「子どもの最善の利益」を内容充填し、それをキー概念として駆使した。解題執筆者の一人は、判決の手法を国際人権条約単独で一部認容の結論を導いたわけではなく、国際人権条約の形式的には「直接適用」ではなく、「間接適用」の方法を採用したが、子どもの権利条約を実質的には「直接適用」した類型という定式化を試みた⁶。すなわち、本判決は子どもの権利条約という国際人権条約の国内裁判所による適用事例、形式的には「間接適用」の事例、実質的には「直接適用」のそれとして、現時点での権利条約適用可能性の到達点を示したと評することができるだろう。解題執筆者によるこの判決評価の是非はともかく、少なくとも、国際人権条約、とりわけ子どもの権利条約の国内裁判所による適用の手法に関しても検討に値する事案であることは明らかである。

本判決は契約が必要な電子媒体⁷以外には掲載されていないと思われるので、上記のような意義に照らし資料として公表し、研究・実践の用に供したい。

*本稿脱稿後、『法律時報』2022年4月号特集「グローバル法 vs 国際法」の諸論稿が公表されたが、解題で触れることはできなかった。他日を期したい。

名古屋地方裁判所

平成30年（ワ）第3029号

令和03年03月30日（確定）

主文

1 被告プレサンスは、原告教会に対し、259万2000円及びこれに対する平成30年9

6 清田雄治「幼稚園児への『子どもの権利条約』の適用可能性」（鈴鹿大学教職教育センター『教職教育センター紀要』N0.3、2022年）27頁以下参照。

7 D1-Law.com判例体系：判例番号〔28291807〕。

資 料

月13日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

- 2 原告らのその余の請求をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用はこれを12分し、その1を被告プレサンスの負担とし、その余を原告らの負担とする。
- 4 この判決は、第1項に限り、仮に執行することができる。

事実および理由

事実及び理由

第1 請求

1 被告プレサンスは、別紙物件目録記載1(2)の建物の5階から15階部分を取り壊せ。

2 被告らは、原告園児ら及び原告園長らに対し、連帯して、それぞれ110万円及びこれに対する平成30年9月13日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

3 被告らは、原告教会に対し、連帯して259万2000円及びこれに対する平成30年9月13日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

1 本件は、(1)原告教会、原告教会が運営するC幼稚園(以下「本件幼稚園」という。)の園児らであった原告園児らのうち9名(原告園児らのうち、原告X1、同X2、同X3、同X4、同X5を除く9名)及び同幼稚園の教諭らである原告園長らが、本件幼稚園の園庭の南隣に別紙物件目録記載1(2)の建物(以下「本件マンション」という。)が建築されたことによって、日照障害、風害、圧迫感等によって人格権(子どもの権利)侵害が生じているとして、人格権に基づく妨害排除請求(原告教会は、選択的主張として、所有権に基づく妨害排除請求)として、被告プレサンスに対し、同建物の5階ないし15階の取り壊しを求め、(2)原告園児ら及び原告園長らが、本件マンション建築工事に先立つ旧建物の解体工事の間、代替施設への引越しを余儀なくされ、本件マンションの建築期間中、タワークレーンの倒壊の危険、(龍法'22)55-1, 500(500)

騒音等にさらされ、本件マンション完成後は上記日照阻害等によって人格権を侵害されていると主張し、不法行為に基づき、被告らに対し、連帯して、それぞれに慰謝料及び弁護士費用として110万円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成30年9月13日から支払済みまで、平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求め、(3)原告教会が、本件マンションの建築によって生じた日照阻害を緩和するために園庭の南側部分に建てられていた牧師館を解体・撤去しなければならず、解体・撤去に要した費用が損害として生じたと主張し、不法行為に基づき、被告らに対し、連帯して、損害金259万2000円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成30年9月13日から支払済みまで、平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

2 前提事実（争いのない事実、証拠及び弁論の全趣旨から容易に認められる事実。以下、書証について枝番号があるものは、特に注記しない限り、枝番号を含む。）

(1) 当事者

ア 原告ら

(ア) 原告教会は、昭和27年8月20日に成立した、キリスト教の布教及びそのために必要な業務及び公益事業を行うことを目的とする宗教法人である。

原告教会は、本件マンションの北側に隣接する本件幼稚園を経営している。本件幼稚園は、幼稚園だけでなく、預かり保育と学童保育も行っている。幼稚園は平日の午前9時から午後2まで、預かり保育は午前8時15分から午後6時まで、学童保育は午後1時から午後7時35分まで、それぞれの時間帯で保育等が行われている。

(イ) 原告X6及び同X7（以下「令和2年卒園児」という。）は、本件マンションの建築工事中に本件幼稚園に通園しており、令和2年3月に本件幼稚園を卒園した。

(ウ) 原告X8、同X9、同X10、同X11及び同X12（以下「平成31年卒園児」という。）は、本件マンションの建築工事中に本件幼稚園に通園しており、平成31年3月15日に本件幼稚園を卒園した。

(エ) 原告X1、同X2、同X3、同X4及び同X5（以下「平成30年卒園児」

資 料

という。)は、本件マンションの建築工事中に本件幼稚園に通園しており、平成30年3月16日に本件幼稚園を卒園した。

(オ) 原告X14及び同X15(以下「学童保育園児」という。)は、平成30年7月当時、本件幼稚園の学童保育を利用していた小学生であり、原告X15は令和元年9月末に退所したが、原告X14は現在も学童保育に通所している。

(カ) 原告X16は、本件幼稚園の園長であり、原告X17、同X18及び同X19は、本件幼稚園の教諭である。(以上につき、甲2ないし4、30、32、35、弁論の全趣旨)

イ 被告ら

(ア) 被告プレサンスは、不動産の売買及びデベロッパー業務を目的とする株式会社であり、別紙物件目録記載1(1)の土地(以下「本件土地」という。)を所有し、同土地上に施主として被告大鉄工業に依頼して本件マンションを建築し、本件マンションを所有している会社である。(甲5、6、41)

(イ) 被告大鉄工業は、建築工事の請負を目的とする株式会社であり、被告プレサンスから本件マンションの建築工事を請け負った会社である。(甲7)

(2) 原告教会は、昭和41年3月、別紙物件目録記載2(1)の土地を取得した。同土地は、南北に短冊形の土地であり、同土地の北側3分の1程度の範囲に地上4階建ての教会の建物があり、同土地の南側3分の2程度の範囲が本件幼稚園の敷地となっている。本件幼稚園の敷地の西側部分に別紙物件目録記載2(2)の2階建ての園舎があり、東側部分が本件幼稚園の園庭として利用されている。また、園庭の南側部分には、平成29年9月まで、地上2階建ての牧師館が建っていた。(甲35、弁論の全趣旨)

(3) 本件幼稚園は、N市N区(以下略)に所在している。同地域は、都市計画法上の用途地域は商業地域であり、建築基準法上の日影規制がない地域である。

本件幼稚園周辺の建物の位置関係は別紙写真に撮影された状況のとおりであり、複数のビルが立ち並んでいる。本件マンション建築前には、本件幼稚園の南側に高さ17.7mの地上4階建てのビル(以下「旧建物」という。)が存在していた。(以上につき、甲8、乙1)

(4) 被告プレサンスは、平成28年5月、本件土地を取得し、同年10月から11月にかけて旧建物を解体した。

被告プレサンスから本件マンション建築工事を請け負った被告大鉄工業は、平成29年7月に建築工事に着工し、平成31年2月7日に完成させた。

本件マンションは、地上15階建て、高さ43.95mである。(以上につき、甲8、31、41)

(5) 原告教会は、平成29年8月、牧師館を解体・撤去した。(甲31)

(6) 原告らは、名古屋地方裁判所に、本件マンションの建築工事続行禁止の仮処分命令の申立てを行った。同裁判所は、平成30年9月26日、本件マンションの建築が、原告らに対して受忍限度を超える侵害を生じさせるものではないとして、原告らの申立てを却下する旨の決定をした。

原告らは、同決定について即時抗告をせず、同決定は確定した。(以上につき、乙1)

3 争点

(1) 本件マンション建築(旧建物の解体、建築工事を含む。)によって、原告園児らの権利が侵害されたか(権利侵害の有無)。

(2) 本件マンションの一部取り壊し請求の可否

(3) 原告園児らの損害賠償請求の可否

(4) 原告園長らの損害賠償請求の可否

(5) 原告教会の損害賠償請求の可否

4 争点(1)(権利侵害の有無)についての当事者の主張

(1) 原告らの主張

ア 園児らの権利

(ア) 子どもの権利条約は、我が国でも批准されているため、法的拘束力を持つところ、同条約3条1項には「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されている。同条約によれば、子どもの「最善の利益」に反する行為は、原則

として違法とすべきである。日照障害等が問題となる場合、受忍限度を超えるかどうかを、日照障害の程度、地域性、交渉経過などの要素を考慮しながら、マンション建築業者の経済的利益との利益衡量によって判断されるのが一般であるが、子どもの権利との関係では、マンション建築業者の経済的利益と子どもの権利を対等なものとして利益衡量するのではなく、子どもの発達権や遊ぶ権利などを侵害するのは、原則違法とし、マンション建築業者の経済的利益などは、やむを得ない事情として違法性阻却事由があるか否かという点で検討すべきである。

(イ) 子どもの権利の中心は、人間的に成長・発達する権利、すなわち発達権である。発達権は、憲法13条及び25条によって保障されている。

子どもの遊び(あそび)は、子どもの生活の本質をなし、子どもが健全に発達していくために不可欠な営みであることから、子どもには遊ぶ権利も保障される。

そして、子どもの発達権や遊ぶ権利の保障のためには、適切な保育環境を享受することが必要であることから、子どもには適切な保育環境を享受する権利も保障される。

子どもの発達権や遊ぶ権利、適切な保育環境を享受する権利を保障するに当たり、園庭の役割は大きく、その重要性は高い。遊びの本質は「面白い」「楽しい」と心が動くことであり、子どもの成長、発達を促す。子どもの成長のためには、子ども自身が作り出す主体的な「あそび」(幼稚園教諭らから教わり、言われたとおりにする「遊び」とは、異なるもの)が必要であり、四季折々、時々刻々変化する自然がある園庭はそのような「あそび」を発見、創造する場として不可欠である。そのため、園庭の環境を守ることが何より大切である。

イ 園庭の環境が害されたことによる権利侵害

(ア) 日照障害

a 日照障害の程度

本件マンションの建築により、園庭は秋分から春分にかけて、午後のほとんどの時間帯が日影になった。下記(a)から(d)のとおり、冬至においては、本件マンション建築前後で余り違いがないものの、少なくとも9月22日から11月22日までと、1

月22日から2月22日までの間は、旧建物が建っていたときと比較して、本件マンション建築後は午後の日影の時間が増えている。なお、午前中の日照については牧師館の解体・撤去によって改善されているが、午前中の日照が改善しているから、本件マンション建築によって午後に日影が生じても被害は大きくないとするは認められない。被害を及ぼされた側の犠牲によって被害が減少すればそれでよしとされるのは、明らかに不公平である。

(a) 12月22日

本件マンション建築前も、建築後も、12時の時点で園庭の北東側の一部に日照が当たるとのみであり、12時30分以降は園庭全体が日影となっている。

(b) 1月22日(11月22日)

12時の時点においては、本件マンション建築前も、建築後も、園庭の一部に日照が当たっている。本件マンション建築前は、13時30分までは園庭の北側の一部に日照が当たっていたが、本件マンション建築後は、13時以降、園庭全体が日影となっている。

(c) 2月22日(10月22日)

12時の時点においては、本件マンション建築前も、建築後も、園庭の半分以上に日照が当たっている。本件マンション建築前は、14時30分頃までは園庭の北東側の一部に日照が当たっていたが、本件マンション建築後は、13時以降、園庭全体が日影となっている。

(d) 3月22日(9月22日)

12時の時点においては、本件マンション建築前も、建築後も、園庭の多くに日照が当たっている。本件マンション建築前は、それ以降も園庭の多くに日照が当たっていたが、本件マンション建築後は、12時30分以降14時30分まで、園庭全体が日影となっている。

b 日照阻害の保育に対する影響

C 幼稚園の1日のスケジュールは、別紙Cの一日記載のとおりである。

牧師館の撤去により、午前中の日当りは多少良くなったものの、午前中は、子

ども達が一番集中できる時間帯であることから、机に向かって折り紙をするなど、集中力を必要とする室内作業に充てなければならないことも多い。午後には外遊びを設定する必要性は高い。ところが、本件マンション建築後、午後すぐに園庭が日影になるため、子ども達は外遊びをしたがらなくなった。特に、秋から冬、冬から春にかけての時期は、日影になったことにより、園庭がより一層寒く、暗くなり、ビル風による風が強くなったこととも相まって、子ども達は外遊びをしたがらなくなった。日照障害により、外遊びに支障が生じることで、在園児らの心身への影響は甚大である。

(イ) 風害

a 建物建築による風害とは、周囲の建物より目立って高い建物や大きい建物が建設されることにより、建物周囲に局地的に強い風や乱れた風が発生する「ビル風」と呼ばれる現象である。

b 風害の程度

本件マンションがほぼ完成した平成31年1月以降、園庭において、風による障害が発生するようになった。園庭の東側ビル付近から風が吹くようになり、園庭に突風が吹いて、土が舞い上がったり、ブランコの安全柵が風に煽られて移動することもあった。強風の影響で外遊びを中断した日は、平成31年1月から3月までの間で16日（保育日数の28%に相当）に上り、4日に1度は、強風を理由に外遊びを中止せざるを得ない状況であった。

c 風害の保育に対する影響

本件マンション建築後、園庭において、強風による障害が頻繁に発生するようになり、風の強い日には子ども達の目に砂が入り、眼球が傷つく危険や、風に煽られて転んでしまうなど怪我の危険もあるため、子ども達に外遊びをさせないようにしている。また、子ども達自身、風が強い日には園庭で遊びたがらないことも多い。風害によって外遊びに支障が生じているが、本件幼稚園の園舎は狭いため、園庭で伸び伸び遊ぶことがとても重要であり、風害によって外遊びができなくなったことが保育にもたらす弊害は甚大である。

(ウ) 圧迫感

a 圧迫感とは、中高層建築物と対峙した時に、その建築物の外壁面から受ける視覚的な圧迫感をいう。

b 圧迫感の具体的な定量化の方法については、T大学のT名誉教授の研究によると、圧迫感の大きさの程度を計測する一つの基準として、「形態率」という当該建物全体が示す天空遮蔽率（当該建物の外形の水平立体角投射率）を用い、当該建物までの距離及び当該建物の物理的な量を測定する方法が示されている。同教授によれば、圧迫感を計量心理学の一つの方法であるマグニチュード推定法により数量化し、統計を取った結果、形態率が8%以上になると、ほとんどの人が圧迫感を強く感じ、耐え難いとの統計が得られたとのことである。子どもに関しては、形態率が4%以上になると圧迫感を強く感じるようになるといわれており、これが、圧迫感の受忍限度であるとの見解も示されている。

園庭の中央地点における本件マンションの形態率は11%から13%であり、子どもにおける圧迫感の受忍限度とされる形態率4%を大きく超えている。

c 本件マンション建築によって、子ども達から見える空が小さくなった。本件マンション建築前は、ブランコを漕ぐと空しか見えなかったものが、本件マンション建築後は、かなり高くブランコを漕いでも本件マンションが視界に入り、見上げる空が小さくなった。子ども達は大自然を疑似体験することが出来なくなっており、成育を阻害されている。

(エ) その他

a 本件マンション建築後、外で走っている救急車やパトカーの音などが本件マンションの壁に反響して大きく聞こえるようになった。子ども達が外まで見に行っても救急車やパトカーは見えないため、やがて子ども達は音が聞こえても探さないようになってしまっている。

b 本件マンション完成後、多数の住民らが入居し、その結果、一定の配慮が必要となり、運動会の練習の際、ボリュームを絞って音楽をかけなければならなくなるなど、子ども達の活動も自粛せざるを得なくなっている。

(オ) 小結

本件マンション建築によって、園庭の環境が害され、子ども達の保育に様々な弊害をもたらしており、これらは子どもの「最善の利益」に反するものであり、子ども達の発達権、遊ぶ権利、適切な保育環境を享受する権利を侵害し、原則として違法である。

ウ 旧建物解体工事による権利侵害

本件マンション建築工事に先立つ旧建物の解体工事が行われた平成28年10月12日から同年11月30日までの間、本件幼稚園は、園児らの騒音・振動・粉じんによる健康被害を回避するため、N駅近くに位置するE保育園の旧園舎を借りて、園全体で引越しを行った。

原告園児らは、毎朝決められた時間に集合し、バスでE保育園に移動するなど、慣れないバス通園で生活のリズムが狂ってしまった。また、E保育園には園庭がなく、外遊びのためには近くの公園まで行かなければならず、子ども達の外遊びは制限され、旧園舎の部屋数も少なかったため、行事も縮小せざるを得なかった。

被告プレサンスは、引越費用を出したから問題ないという主張をしているが、それらはバス代等の実費に消え、子ども達が十分な保育を受けられなかったことに対する補償は何ら行われていない。

エ 本件マンション建築工事による権利侵害

(ア) 本件マンション建築工事が行われている期間中、原告ら園児のうち年長組であった平成30年卒園児は、年長組の保育室が園舎の2階南端にあり、工事現場のすぐ隣であったことから、万一クレーンが倒れたり、吊るした部材が落下する危険性があるため、クレーンが活発に動くときには、教会の礼拝堂に移動して保育を受けた。礼拝堂は保育室と異なり、ガランとした大きな空間で、床はコンクリートであったため、子ども達がリラックスして伸び伸びと過ごすことはできなかった。

(イ) 本件マンション建築工事において、タワークレーンが動いているときや、多数の重機が入り出しているときなどは、万一のことを考えて、子ども達は園庭で遊ぶことができなかった。

(ウ) 本件マンション建築工事の間、子ども達は騒音・振動の被害を受けた。「バンバン！」という大きな音とともに園舎が揺れ、子ども達の積み上げていた積み木が倒れることも複数回あった。子ども達は、突然の騒音や振動により、集中して遊ぶことができなかった。

オ プライバシー権の侵害

本件マンションの住民が、階段や窓から本件幼稚園の園児の様子を見ることが可能であり、園児がプールに入る様子をのぞいたり、特定の園児に目を付けて、声を掛けたり、性的いたづらを行ったりする可能性も否定できず、本件マンションの建築によって、園児のプライバシー権が侵害されている状態にある。

カ 本件マンション建設にやむを得ない事情があるといえるか

(ア) 地域性

本件土地はN市N区にあり、その用途地域は商業地域であるが、都心回帰の現象が起り、N区にも子育て世代が多く住んでいる。N区ではほとんどの幼稚園・保育園がN区役所より南側に位置し、同区役所より北側に位置しているのは本件幼稚園の他1園のみである。本件幼稚園がこの地域にある必要性は高い。

また、N市中高層建築物の建築に係る紛争の予防及び調整等に関する条例（以下、「中高層建築物紛争予防条例」という。）は第7条において、中高層建築物の建築主等は、幼稚園等の教育施設や児童福祉施設に日影となる部分を生じさせる場合には、日影の影響について特に配慮し、当該中高層建築物の建築の計画について、当該施設の設置者と協議しなければならないと規定しており、たとえ商業地域であっても同条の適用を受ける。

本件幼稚園の周辺地域が商業地域であることは、日照阻害によって子どもの発達権、遊ぶ権利、適切な保育を享受する権利を侵害してよい理由にはならない。

(イ) 交渉経過

a 被告プレサンスは、本件土地の北隣に本件幼稚園があることについて、社内的に何らの検討をすることなく、本件土地を購入している。被告プレサンスは、本件マンションを投資用の賃貸マンションとして計画したものであり、駅近という利

資 料

便性から、本件土地を選んだと思われるが、本件土地でなければならないという必然性はない。

b 原告らは、平成28年3月16日、株式会社生和コーポレーション（以下「生和コーポレーション」という。）から、本件土地に14階建てのマンションを建築するとの申入れを受けて、本件土地のマンション建設計画撤回を求める運動を開始した。原告らは、ピラ配りや署名運動を展開し、本件幼稚園周辺に幟や小旗を立てる等して、反対の意思であることを明確にした。原告らの活動を受けて、同社は、同年5月6日に、マンション建築を断念する旨を正式に表明した。

被告プレサンスは、同月30日、本件土地を購入しているが、通常、土地の購入前には事前調査を行っているはずであり、上記原告らの活動状況を認識した上で、本件土地を購入したものと認められる。

c 原告らは、被告プレサンスが本件土地を購入した当初から、本件幼稚園に対する日照阻害等を最小限に抑えるよう配慮して欲しいと繰り返し主張してきたが、被告プレサンスは、原告らの要望を聞き入れることなく、強引に建築工事を進めた。

1度開催された説明会や、2度の協議の場では、被告プレサンスの説明会社の担当者は、本件マンションを建築することは既に決まっており、あとは工事方法等について話し合うだけだとの発言をし、本件幼稚園に及ぼす日影の影響について特に配慮し、建築計画の変更を含めて協議しようという姿勢が欠如していた。また、園庭に及ぼす日影被害を分かりやすく説明するための資料を用意せず、具体的な説明をしないなど、不誠実な態度をとり続けた。被告プレサンスが、N市に提出した協議完了報告書において、保護者らが終始計画反対の意見を感情的に訴え続け、建設的な協議に至らなかった等と事実と異なることを数多く報告した。

（ウ） 加害回避の可能性及び被害回避の可能性

被告プレサンスは、本件マンションを本件土地の西側に寄せる設計変更をしたことにより、日影被害を減少させるように配慮したとする。確かに、この設計変更によって午前中の園庭における日照が一定確保されたことは事実である。しかし、自由な「あそび」を保障するためには、午後の日照こそが重要である。設計変更による日影の
(龍法 '22) 55-1, 510 (510)

回避は極めて限定的な効果しか有しなかった。また、被告プレサンスは、設計変更が採算にどの程度影響を及ぼしたか明らかにしていないが、設計変更によって本件マンションの採算が悪化したことを窺わせる事情は存在しない。したがって、階数を削減するなど加害の回避は、企業活動の計算上も十分可能であった。

一方、原告教会は、布教の根幹をなす牧師館を解体・撤去するという重大な犠牲をはらって午前中の園庭の日照を確保している。また、本件幼稚園における日課は、幼児の生活のリズムにのっとり組まれたものであるから、午前中の園庭の日照が改善されたからといって、被害回避策として日課の変更を考慮することは不適切である。

(エ) 被害建物の用途、加害建物の用途及び加害建物と被害建物の先後関係

本件幼稚園は、1949年から長きにわたり、地域の保護者らの子育てを支援してきており、園児らの心身の健康及び発達に寄与する存在であるから、保護されるべき必要性の高い建築物といえる。本件幼稚園は、ダウン症のうえ生まれつき肺機能が弱い原告X3のような障害がある子も積極的に受け入れており、障害のある子どもを持つ保護者にとっては、なくてはならない存在である。

他方、本件マンションは、賃貸に出したうえで、それを区分所有にし、一般客に年金商品として販売する営利目的で建築されたマンションであり、本件土地に建築されなければならない必然性はない。

(オ) 小結

以上より、本件マンションを建築するについて、やむを得ない事情はない

(2) 被告プレサンスの主張

ア 本件マンション建築が原告らの権利を侵害するかについては、判例の基本的な立場である受忍限度論に依拠して判断されるべきであり、不法行為における主張立証責任においても、故意過失、損害、因果関係は、いずれも原告が負うべきである。

イ 被告プレサンスは、本件マンション建築により、原告園児らに受忍限度を超える損害を与えていない。人格権侵害が生じているとの主張は争い、また、原告の主張する子どもの遊ぶ権利については、その権利性の存在についても争う。

(ア) 日照阻害について

資 料

本件に先立つ仮処分決定は、本件幼稚園は、従前から既存建物の日影の影響を受けていたこと、本件マンション建築後、午後の日照が阻害される時期があるが、午前中は牧師館を解体したことによって園庭の日照が改善されたと認定し、日照阻害の程度は大きいと評価できないとした上、本件マンションは地域性に整合する建物であり、被告プレサンスは、本件マンションの容積率・建蔽率を建築基準法の上限より抑え、かつできる限り建物を西側に配置する内容の計画を採用して、日照阻害を軽減する配慮をしていることから、本件幼稚園の園児らが被る日照阻害は社会的に受忍すべき限度を超えるものとは認められないと判断している。極めて正当な結論というべきである。被告プレサンスは、園庭において受忍限度を超える日照阻害は生じさせていない。

(イ) 風害について

原告らが主張する強風の発生については、風力計等を用いた客観的なデータに裏打ちされたものではなく、客観的な根拠に欠ける主張である。また、冬季における園庭における外遊びの機会の減少主張についても、本件マンションの完成前後のデータの比較検証が行われていない。

また、園庭において風の流れに変化が生じているとしても、園庭の南側にあった2階建ての牧師館が撤去されており、本件マンションの建築による影響だけでなく、牧師館の解体・撤去も影響を与えていると考えられる。仮に、原告ら主張のように風が吹く回数が増加したとしても、その原因を本件マンションの出現のみに帰着させるのは合理的な根拠のない主張である。

(ウ) 圧迫感について

圧迫感について原告らは形態率を根拠としているが、形態率に関する見解は一つの学説であり、法的判断の基準として妥当するか疑問である。

本件マンションは、近隣に存在する高層建物と比較して、違和感や不快感を生じさせる極端な高層建物ではなく、本件マンション以外にも本件幼稚園の近隣には、高層建物が存在し、高架の高速道路も存在する。このような環境下で生活することで視覚的に慣れ、既視感による圧迫感の軽減も図られる。また、被告プレサンスは、本
(龍法 '22) 55-1, 512 (512)

件マンションを本件幼稚園の園庭の南側にせり出さない範囲にとどまるように建築しており、圧迫感の軽減に最大限努力している。

(エ) プライバシー権について

本件幼稚園における園児らの活動は、園児らの私生活上の問題ではない。プライバシー権の問題は生じない。

(オ) 地域性について

本件マンションの建築地域は、商業地域であり、日影規制の対象になっておらず、被告プレサンスは、用途地域指定の理念に従って本件マンションを建築したにすぎない。

(カ) 交渉経過について

被告プレサンスは、3回の説明会を実施し、原告ら及び本件幼稚園の関係者に対し、開示可能な日影図等の資料を提示しつつ、十分な協議を実施してきた。原告は、被告プレサンスが誠意をもって協議に応じなかったと主張しているが、被告プレサンスは上記3回の説明会に臨む以前から本件マンションを東側敷地境界線から約10mの間隔を空け、園庭の南側部分を閉塞しないこととしており、説明会の時点で譲歩しなかったことを非難されても筋違いである。加えて、被告プレサンスは、N市建築指導課に対して虚偽の報告を行ったこともない。

(キ) 加害回避の可能性及び被害回避の可能性について

被告プレサンスは、園庭の日影を減少させるために、本件マンションを建築基準法で容認された容積率、建蔽率の上限より抑えた建物とし、かつ、建築基準法上は東側境界から4m確保すれば足りるところ、10m離れた場所に本件マンションを建築し、できる限り建物を敷地の西側に寄せて建築することで園庭の南側部分を建物で塞ぐような状態となることを回避している。被告プレサンスは営利企業であり、憲法上保障された営業の自由により合法的な利益を追求する存在である。被告プレサンスは、企業として可能な限り譲歩をしており、経済的な利益を無視したような譲歩を強いられるいわれはない。

また、被告プレサンスは、旧建物の解体工事に際し、本件幼稚園の移転費用とし

て356万円を負担している。

(3) 被告大鉄工業の主張

ア 本件マンションによる日照阻害等によって原告園児らの権利侵害をしているとの原告の主張については、被告プレサンスの主張を援用する。

仮に、本件マンションによる日照阻害等が受忍限度を超えているとしても、被告大鉄工業は、被告プレサンスとの請負契約に基づき、自らの義務の履行として本件マンション建築の施工を行ったものであり、かつ、被告大鉄工業の施工した本件マンションは建築基準法の規定を遵守して設計されたものであるから、被告大鉄工業に不法行為は成立しない。

イ 被告大鉄工業は、本件マンション建築工事による騒音・振動・粉じんによって原告らの権利侵害を発生させていない。

建物の建築工事に伴い、一定程度の騒音等は必然的に発生するものであり、建築工事による騒音等が不法行為となるかどうかは、被害が一般社会生活上受忍すべき程度を超えるものかどうかによって決すべきであり、その判断に際しては、発生していた騒音・振動の程度、その発生期間の長さや頻度・時間帯、施工者が講じていた防止措置の内容、近隣住民からの要望に対する施工者の対応状況、法令への適合状況等の具体的事情が考慮される。受忍限度を超えることを基礎付けるに足りる具体的事情の主張立証責任は原告にあるところ、本件マンション建築工事による騒音等の具体的な発生状況に関する証拠は原告らの供述以外にはない。原告らの供述によっても、どの程度の騒音又は振動がどの程度の期間にわたって継続して生じたのか明らかではない。粉じんの発生については、原告らから何ら具体的な主張立証がされていない。

被告大鉄工業は、本件マンションの建築工事を騒音規制法及びN市が定める市民の健康と安全を確保する環境の保全に関する条例に基づく規制に適合した建築工事を実施した。被告大鉄工業は、本件マンションの建築現場において、躯体建設の工事入ってから足場の撤去までの間、防音シートを設置し、加えて本件幼稚園の園舎に面する箇所には防音性能を備えた仮囲いを設置するなど、騒音等の発生による
(龍法 '22) 55-1, 514 (514)

被害を防止するため、最大限の措置を講じていた。加えて、被告大鉄工業は、原告らとの交渉過程において、原告らに対する説明を尽くし、原告らの要望に可能な限り対応した。原告らから騒音及び振動の大きい時期が分かるようにして欲しいとの要望があったため、騒音の程度や時期を示した工事工程表を作成して原告らに交付し、また、入園式等の行事のある時は騒音、振動作業を行わないで欲しいという要望を受け、当初予定していた工程を変更する対応もした。

上記から、本件マンションの建築工事に伴う騒音等が受忍限度を超えるものであったことは原告らによって立証されておらず、実際にも受忍限度を超える騒音等は生じていなかった。

ウ 被告大鉄工業は、本件マンション建築工事において本件幼稚園の園児らの生命・身体を危険にさらしたことはない。

原告らは、タワークレーンが倒れる危険や、部材が落下する危険があったと主張するが、被告大鉄工業は、作業員への教育・注意喚起を行い、吊り荷が本件幼稚園の敷地の上部を通過することのないようにクレーンを稼働させていた。実際に、工事期間中、吊り荷の落下等の事象は生じていない。

被告大鉄工業は、安全確保のための措置を最大限に講じており、原告らの主張は主観的な危惧感を述べるにとどまっている。

5 争点（2）（本件マンションの一部取り壊し請求の可否）についての当事者の主張

（1）原告らの主張

ア 本件マンションの取り壊し請求については、原告園児らは、既に卒園しているため、訴えの利益がないと思われる。

イ 原告園長らの主張

原告園長らは、キリスト教の精神に基づき、健全な環境の下で、子どもたちを育み、導き、健やかな成長をもたらすために日々努力しているが、本件マンションの建築により、争点（1）において主張したように園児らの権利が侵害される状況が発生しており、原告園長らはキリスト教の保育の理念に基づいた保育者としての使命を

資 料

果たすことができなくなり、保育者としての人格権を著しく侵害されている。

よって、原告園長らは、人格権に基づく妨害排除請求として、本件マンションの一部取り壊しを請求することが認められる。

ウ 原告教会は、本件マンションの建築によって争点（１）において主張したように園児らの権利が侵害される状況が発生したことにより、子どもを大切にその健やかな成長を支えるという、教会の存在価値及びその主張・活動を著しく阻害された。このことは、原告教会の人格権を大きく侵害するものと言わなければならない。よって、原告教会も、人格権に基づく妨害排除請求として、本件マンションの一部取り壊しを請求することが認められる。

また、本件幼稚園の敷地内において、十分な日照を確保し、風害や圧迫感等のない生活環境の確保は、原告教会の所有権の一部となるというべきであるから、それを侵害されている以上、所有権に基づく妨害排除請求権として、本件マンションの一部取り壊し請求をすることが認められる。

（２） 被告プレサンスの主張

本件マンションの建築によって原告園児らに受忍限度を超える権利侵害は発生していない。

原告園長らは、本件幼稚園の運営に関与するスタッフであって、幼稚園の運営自体に独自の利益を有しない。また、本件教会は、本件幼稚園の運営主体であり、本件幼稚園の活動に関して原告教会の人格権が問題となる余地はない。したがって、原告園長ら及び原告教会による人格権に基づく取壊し請求は認められない。

また、原告教会に所有権侵害が生じているとの主張は争う。

（３） 被告大鉄工業の主張

原告園児ら、原告園長ら及び原告教会に人格権侵害が生じているとの主張並びに原告教会に所有権侵害が生じているとの主張は、いずれも争う。

６ 争点（３）（原告園児らによる損害賠償請求の可否）について

（１） 原告園児らの主張

ア 原告園児らは、本件マンション建築により、子どもの発達権や遊ぶ権利、適
(龍法 '22) 55-1, 516 (516)

切な保育環境を享受する権利を侵害されたことから、不法行為が成立し、被告らに対する慰謝料請求が認められる。

イ 原告園児らのうち、平成30年卒園児は、旧建物解体工事による権利侵害及び本件マンションの建築工事による権利侵害の被害を被っている。

平成31年卒園児は、旧建物解体工事による権利侵害、本件マンションの建築工事による権利侵害及び本件マンション建築後の日照阻害等による権利侵害の被害を被っている。

令和2年卒園児は、本件マンションの建築工事による権利侵害及び本件マンション建築後の日照阻害等による権利侵害の被害を被っている。

学童保育園児は、旧建物解体工事による権利侵害の被害、本件マンションの建築工事による権利侵害及び本件マンションの建築後の日照阻害等による権利侵害の被害を被っている。

ウ よって、原告園児らそれぞれは、被告らに対し、不法行為責任に基づき、適切な保育環境が侵害されたことなどによって被った精神的苦痛に対する慰謝料100万円及び弁護士費用10万円の合計110万円並びにこれに対する訴状送達の日翌日である平成30年9月13日から支払済みまで、平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の連帯支払を求める。

(2) 被告プレサンスの主張

原告園児らに受忍限度を超える権利侵害は発生していないから、原告園児らによる損害賠償請求には理由がない。

(3) 被告大鉄工業の主張

本件マンションの建築工事によって原告園児らに受忍限度を超える権利侵害は発生していない。原告園児らが主張するその余の権利侵害と被告大鉄工業の行為との間に因果関係はない。

7 争点(4)(原告園長らの損害賠償請求の可否)についての当事者の主張

(1) 原告園長らの主張

原告園長らは、本件マンションの建築工事により、日照侵害や、風害、騒音・振

資 料

動等の被害が生じ、子どもの生育環境が著しく悪化したため、子どもの健やかな成長を支えることができなくなり、自らの理想とする基督教保育の理念に基づいた保育者としての使命を果たすことができなくなり、精神的苦痛を被った。

よって、原告園長らそれぞれは、被告らに対し、不法行為に基づき、被った精神的苦痛に対する慰謝料100万円及び弁護士費用10万円の合計110万円並びにこれに対する訴状送達の日の日曜日である平成30年9月13日から支払済みまで、平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の連帯支払を求める。

(2) 被告プレサンスの主張

原告園長らに受忍限度を超える権利侵害は発生していないから、原告園長らによる損害賠償請求には理由がない。

(3) 被告大鉄工業の主張

本件マンションの建築工事によって原告園長らに受忍限度を超える権利侵害は発生していない。原告園長らが主張するその余の権利侵害と被告大鉄工業の行為との間に因果関係はない。

8 争点(5) (原告教会の損害賠償請求の可否) についての当事者の主張

(1) 原告教会の主張

原告教会は、本件マンション建築によって、本件幼稚園の園庭の日照を確保するために、その宗教活動の中核である牧会活動の拠点としての牧師館の解体・撤去の決断をせざるを得ず、解体・撤去費用として259万2000円の損害を被った。被告らには、原告教会に損害を発生させたことについて少なくとも過失がある。

よって、原告教会は、被告らに対し、連帯して、259万2000円及びこれに対する訴状送達の日の日曜日である平成30年9月13日から支払済みまで、平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める。

(2) 被告プレサンスの主張

原告教会が牧師館を撤去したことは認めるが、被告プレサンスに責任があるとの原告教会の主張は争う。

(3) 被告大鉄工業の主張

原告教会が牧師館を撤去したことは認めるが、被告大鉄工業に責任があるとの原告教会の主張は争う。

当裁判所の判断

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

前記前提事実に加え、末尾に掲げた証拠（特に明記しない限り枝番号を含む。）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

(1) 本件幼稚園の活動状況

ア 本件幼稚園の在園児数は、本件訴訟提起時（平成30年7月）は、39名であり、その内訳は年少クラス（3歳ないし4歳）が11名、年中クラス（4歳ないし5歳）が11名、年長クラス（5歳ないし6歳）が17名であった。令和2年12月現在の在園児数は、44名であり、年少クラス（3歳ないし4歳）が14名、年中クラス（4歳ないし5歳）が15名、年長クラス（5歳ないし6歳）が15名である。

本件幼稚園は、預かり保育及び学童保育も実施している。預かり保育は、保護者の就労や家庭の都合に応じて、上記在園時間の前後も園児を預かるというものであり、学童保育は、保護者の就労や家庭の都合に応じて、小学校の授業が終わった後の時間帯に小学生を預かるというものである。

本件幼稚園の1日のスケジュールは、概ね別紙Cの一日記載のとおりである。幼稚園としての園児の受入時間は、平日の8時30分から14時までであり、預かり保育の時間は、8時15分から登園時刻の8時30分までと、降園時刻の14時から18時までである。学童保育は13時から19時35分まで実施している。（以上につき、甲2ないし4）

イ 本件幼稚園における保育は、9時から10時までの「自由あそび」、10時から10時20分までの「礼拝」、10時20分から11時50分までの午前の「クラス活動」、13時から13時45分までの午後の「クラス活動」の4つのカリキュラムによって構成されている。自由あそびは、園庭あるいは保育室で実施され、園庭においては季節に応じ

資 料

て虫探しや、落ち葉拾いなどを行い、午前の「クラス活動」においては、雨の降らない限り、園庭を使用して、園庭ピクニック、プール、どろんこ遊びなどを行い、午後の「クラス活動」においては、園庭においての遊びに充てることが一番多く、その他には、絵本、紙芝居などが行われている。

午後2時に園児が降園して預かり保育に入った後も、午後3時までは園庭において外遊びを行い、午後3時以降は、各自好きな遊びをしている。

学童保育のスケジュールは、ほとんどが「自由遊び」であり、屋外での遊びの時間も存在している。(以上につき、甲2ないし4)

(2) 本件幼稚園の周辺の状況

本件幼稚園の所在するN市N区(省略)地区には、8階建て以上の建物が約40棟、10階建て以上の建物が約50棟存在し、これらの大半が、マンション又は事務所ビルである。

本件幼稚園は、その東側には幹線道路であるO通、その北側にはS通、S通の頭上には高架のN高速都心環状線が存在する利便性の高い場所に位置している。本件幼稚園の園庭の北側には4階建ての教会の建物、東側には6階建てのOビル、南側は4階建ての旧建物、西側には2階建ての園舎が建っていた。旧建物の南隣には5階建てのSが建っていた。本件マンションが建築されるまでは、園庭の周辺ではOビルないしはSが一番高い建物であり、10階を超える高層ビルはなかった。

本件マンションは15階建ての高層マンションであり、Oビル及びSよりもかなり高い建物である。(以上につき、甲2、8、9、35、41、71、84、乙9)

(3) 本件マンション建築に至る経過

ア 生和コーポレーションは、平成28年3月、本件幼稚園に対し、本件マンションの敷地に地上14階建てマンションを建築することを通知した。

これを受けて、本件幼稚園では、緊急保護者集会が開催され、「C幼稚園 M会」が立ち上げられた。本件幼稚園に通う園児の保護者や、本件幼稚園の園長らは、生和コーポレーションのマンション建設に反対の意思を示すため、ピラ配りや署名活動を行った。生和コーポレーションは、同年5月上旬、上記14階建マンションの建

築計画を断念し、本件幼稚園にその旨を通知した。(以上につき、甲31、32)

イ 被告プレサンスは、平成28年5月30日、本件土地を購入した。

原告らは、被告プレサンスが本件土地を購入したことを知り、同年6月22日、被告プレサンスに対して、同土地の活用方法を照会する旨の文書を送付した。被告プレサンスは、同月25日付け「回答書」で、同土地に対する具体的な計画については、現在精査中であると回答した。

その後、被告プレサンスは、原告らに対し、旧建物は朽廃しており、地域の安全や環境に害が生じるおそれがあるため、解体すると説明をした。

原告教会は、解体工事中の騒音、振動、粉じんにより、在園児の健康に被害が生じるおそれがあり、解体工事現場の隣で保育を行うことはできないと判断し、解体工事期間の同年10月13日から同年11月30日まで、N駅近くのE保育園の旧園舎を借り、同所において園児らに対する保育を行った。E保育園の旧園舎へは本件幼稚園からバスで移動した。旧園舎には園庭はなく、部屋数も本件幼稚園の園舎よりも少なかった。

学童保育については、本件幼稚園の近くのテナントビルの一室を借り、同室で、学童保育を行っていたが、園庭等がなく、外遊びのできる環境ではなかった。

被告プレサンスは、本件幼稚園の上記一時移転に伴って本件幼稚園に発生した費用356万円を負担した。(以上につき、甲6、31、32、38、39、乙12)

ウ 被告プレサンスは、平成28年12月、本件幼稚園に対し、本件マンションの建築計画を通知した。(甲8、31)

エ 原告らは、被告プレサンスに対し、平成28年12月29日付け、平成29年1月23日付け、同年2月24日付けの各文書を送付し、〈1〉園児たちの健康に及ぼす影響として懸念される日照障害、風害、圧迫感、建築工事に伴う騒音・振動・粉じんの問題などについて、現時点で考えている対策の説明を求め、〈2〉現に環境の変化を心配して入園を断念される保護者が現れるなど、本件幼稚園は存立の危機に立たされており、本件幼稚園が存続できなくなった場合の対応について説明を求めた。

これに対し、被告プレサンスは、原告らに対し、平成29年1月吉日付け、同年2

資 料

月1日付け、同年3月7日付けの各回答文書を送付し、〈1〉日照問題については、本件マンションの建築による日照の減少は受忍限度内であると考えていること、風害については、本件マンション建築に起因して強風等が発生し、それによって家屋等に損傷を及ぼしたことが証明された場合には、必要な措置を実施する考えであること、圧迫感については、本件土地の東側に法定以上の離隔をとることで本件幼稚園の環境に配慮しており、受忍限度内であると考えていること、建築工事に伴う騒音等については、最良の工法・技術によって施工出来る業者を選定し、施工業者が決まり次第施工方法等について説明すること、〈2〉本件幼稚園の存続については、本件マンションの計画が、建築基準法の許容限度より縮小変更した内容のものであり、可能な限り本件幼稚園の環境に配慮したものであって、事業上許されるぎりぎりの調整を行っている旨の回答をした。(以上につき、甲17ないし22)

オ 被告プレサンスは、本件幼稚園の関係者に対する本件マンション建築に関する説明会を、平成29年3月22日、同月30日及び同年5月10日の3回開催した。説明会においては、本件幼稚園の関係者と被告プレサンスとの間で、以下のやり取りがされ、被告プレサンスは、本件幼稚園側からの本件マンションの建築の中止や、計画の変更の要望については、応じられないとの態度に終始した。(甲23ないし25、乙8の各枝番)

(ア) 日照阻害について

被告プレサンスは、本件マンションの建築後の春分、夏至、秋分及び冬至の各日に本件幼稚園に生じる日影の一日の移り変わりを表した日影図を示し、その内容を説明するとともに、当初は、本件マンションの戸数を98戸(ワンルーム)とする建築計画を立てていたが、日影の影響を減らすため、戸数を70戸(うちワンルームは、20戸)に削り、マンションの配置を敷地内の西側に寄せて、本件マンションの日影が現状の複合日影の中に入り込むように配慮したこと、本件マンションの建蔽率及び容積率は、いずれも法定の範囲内であり、むしろかなり余裕をもった計画となっていることなどを説明した。

本件幼稚園側は、1年を通じて何時から何時まで日影が生じるのか分かる資料や(龍法'22)55-1, 522(522)

コンピュータによるシミュレーションなど子どもにも理解できる資料の作成を要望したが、被告プレサンスは、これには応じない旨を回答した。

(イ) 風害について

本件幼稚園側は、風害についての数値化や、風害の実例の有無についての調査を求めたが、被告プレサンスは、風害の数値化は困難であるとして、これに応じない旨の回答をした。

(ウ) 圧迫感について

本件幼稚園側は、圧迫感の数値化を求めたが、被告プレサンスは、圧迫感の有無は、個人の感覚であって数値化になじまず、仮に圧迫感の数値が大きくなったとしても、本件マンションの高さや配置の変更は困難であるとして、圧迫感の数値化には応じない旨を回答した。

カ 被告プレサンスは、上記オの3回の説明会の状況をN市に報告した。その後、被告プレサンスは、本件マンションの建築確認を申請し、平成29年6月19日、建築確認を受けた。(甲34、乙2)

キ 原告教会は、本件マンションが建築された場合、日照障害等が生じることを考えて牧師館の解体・撤去を検討した。牧師館は、昭和58年から本件幼稚園の園庭の南側に建築されていた原告教会の基本財産であり、牧師家族の住居であって、牧師と信徒とが触れ合う場として、宣教と牧会のために用いられてきていた。原告教会は、本件マンションによる日照被害や閉塞感など、子どもに与える影響を少しでも緩和するため、やむなく、平成29年4月の宗教法人責任役員会及び教会総会で牧師館の解体を決議し、同年8月9日から同月17日にかけて、これを解体・撤去した。本件教会は、牧師館の解体・撤去費用として259万2000円を負担した。原告教会において、牧師館を解体・撤去するに際し、牧師館の代替施設を設置する見通しは立っておらず、現時点でもその見通しは立っていない。(以上につき、甲31、37、77、78、原告教会代表者〔3、4頁〕)

ク 被告大鉄工業は、被告プレサンスから本件マンションの建築を請け負い、平成29年7月に建築工事に着工し、平成31年2月7日に本件建物を完成させた。

資 料

被告大鉄工業は、躯体建設の工事入ってから足場の撤去までの間、防音シートを設置し、加えて本件幼稚園の園舎に面する箇所には防音性能を備えた仮囲いを設置するなど騒音の軽減に配慮した。また、被告大鉄工業は、本件マンションの建築工事に関して、本件幼稚園の関係者との打合せを、工事期間中、月1回から2回の頻度で実施し、本件幼稚園の行事予定に合わせて工事日程を調整するなどの対応をした。

本件幼稚園は、本件マンションの工事中、年長組の保育室が園舎の2階南端にあり、工事現場のすぐ隣であったため、万一の事故の発生を考慮し、工事現場においてクレーンが活発に動くときには、年長組を保育室から教会の礼拝堂に移動して保育を実施した。また、工事期間中には、工事に伴う振動によって園児らが遊んでいた積み木が崩れたりすることなどもあった。(甲9、原告X17 [12ないし16頁]、丙1ないし7)

(4) 本件幼稚園の園庭に生じる日影の状況

ア 園庭の周りには、本件マンション建築前にもOビル等の建物が存在し、園庭にはこれらの周辺建物による複合日影が生じていた。本件マンションは、本件土地の西側に寄せて建築され、園庭の南側にかかっていないため、本件マンションによって生じる日影は、午後の時間帯に園庭の日照に影響を与えている。また、牧師館が撤去されたため、園庭の午前中の日照は本件マンション建築前よりも改善されている。

イ 冬至における日影の状況

冬至における園庭の日影の状況は、本件マンションの建築前は、9時30分頃に園庭北西側の一部に日が当たり始め、次第に園庭の北側に日照の範囲が広がり、11時頃には園庭の約半分である北側一帯に日が当たるようになるが、11時30分を過ぎると再び日影が広がるようになり、12時30分には、ほぼ園庭全体が日影となっていた。

本件マンションの建築後は、9時30分には、園庭西側の広い範囲に日が当たり始め、10時から11時までは園庭の広い範囲に日が当たっているが、12時頃には園庭の北東部を除いて日影に覆われるようになり、12時30分頃には園庭全体が完全に日影となっている。

ウ 1月22日（11月22日）における日影の状況

1月22日（11月22日）における園庭の日影の状況は、本件マンション建築前は、10時頃に園庭西側の一部に日が当たり始め、次第に園庭の北側に日照の範囲が広がり、11時30分から12時30分までは園庭の約半分である北側一帯（全体の約2分の1の範囲）に日が当たっているが、12時30分を過ぎると次第に北西側から日影に覆われ、13時には園庭の北東部分（全体の約3分の1の範囲）に日照が残るだけとなり、14時にはほぼ全面が日影となっていた。

本件マンション建築後は、9時30分には園庭西側に日が当たり始め、次第に日照の範囲が広がり、10時から11時30分までは、園庭ほぼ全面が日照を受けるが、12時には西側から日影が生じ始め、13時には完全に日影となっている。

エ 2月22日（10月22日）における日影の状況

2月22日（10月22日）における園庭の日影の状況については、本件マンション建築前は、10時頃に園庭の北西側の一部に日が当たり始め、次第に園庭の北側に日照の範囲が広がり、11時30分から13時にかけては園庭北側の広い範囲（全体の約4分の3の範囲）に日が当たっており、その後西側から日影に覆われ始め、14時には園庭の北東部分（全体の約4分の1の範囲）に日照が残り、15時には園庭の北東部に一部（全体の約8分の1）に日照が残る状態になっていた。

本件マンション建築後は、9時には、園庭の西側の一部に日が当たり始め、次第に園庭の北側に日照の範囲が広がり、10時には園庭の南側を中心に広い範囲（全体の約5分の3の範囲）が日照を受けるようになり、11時30分頃には、園庭全体に日照を受けるに至るが、次第に西側から日影が生じ始め、13時には完全に日影となり、午後3時頃に園庭の北東部に再びわずかに日照が生じる状態となっている。

オ 春分の日（秋分の日）における日影の状況

春分の日（秋分の日）における園庭の日影の状況については、本件マンション建築前は、9時30分には園庭の西側の一部に日が当たり始め、次第に園庭の東側に日照の範囲が広がり、11時30分から13時までは園庭ほぼ全体が日照を受けるようになり、13時30分頃から西側から日影が生じ始め、日照を受ける範囲は、14時には園庭

資 料

の北東側一帯（全体の約3分の2の範囲）となり、15時頃には園庭の北東側（全体の約3分の1の範囲）となっていた。

本件マンション建築後は、9時には、既に園庭の南西部に日が当たっており、次第に園庭の北東側に日照の範囲が広がり、11時30分頃には、園庭のほぼ全体に日照を受けるに至るが、次第に西側から日影が生じ始め、12時には日照を受けているのは東側一帯（全体の約3分の2の範囲）となり、13時頃にはほぼ全体が日影となり、午後2時頃から園庭の北東部に再び日照が生じ、午後3時頃には、本件マンション建築前とほぼ同様の日照の状態となっている。

カ 夏至における日影の状況

夏至における園庭の日影の状況については、本件マンション建築前も、建築後も、園庭南側の限定的な範囲に日影が生じるのみであり、複合日影の状況にほとんど差はない。

キ 本件マンションの建築後、秋分の日から春分の日までの間は、午後のクラス活動の時間帯には園庭全体が日影となってしまっているため、園庭は暗く、寒い場所になってしまい、園児らが外で遊ぶ時間が減っている。本件マンションの建築前は園児らが行っていたお店屋さんごっこなど静かな遊びがしにくくなり、日なた側がお店屋さん、日影側のお客さんという日なたと日影、両方を使った遊びができなくなっている。(以上につき、甲10ないし15、45、60、乙1、原告X17 [3ないし5頁])

(5) 本件幼稚園の園庭における風の影響

本件マンションが建築された後の冬季には、園庭において西から南へ強風が吹くことが増え、園舎の園庭側（東側）の窓サッシのレールに舞上がった園庭の砂が溜まるようになり、園庭に置かれていた木製の安全策が約数十センチ風で移動することもあった。また、風によって舞上がった砂が目に入って泣く子が増えている。(甲56、原告X17 [6、7頁]、原告X16 [17頁])

2 争点(1) (権利侵害の有無)について

(1) ア 日照阻害等によって原告園児らの権利(法的利益を含む。以下、同じ。)が侵害されたか否かの判断に当たっては、その侵害される程度が社会通念上受忍す(龍法 '22) 55-1, 526 (526))

べき程度を超えているか否かによって決せられ、その受忍限度を超えているか否かの判断については、侵害される権利の性質、被害の内容・程度、地域性、交渉経過、加害・被害の回避可能性等を総合的に考慮して決するのが相当であると解する。

イ この点について、原告らは、子どもらの権利は重要であって、被告らの経済的利益と対等なものとして利益衡量するのではなく、原告園児らの「最善の利益」を害する行為は違法であることが推認され、被告らが本件マンションを建築するについてやむを得ない事情があったこと（違法性阻却事由）の存在を立証しない限り、違法な権利侵害の存在が認定されると主張する。

子どもは次世代を担う存在であり、その育成については保護者らだけでなく、社会全体が一定の役割を担うべきであり、公的關係にとどまらず、私人間においても、子どもの権利に十分配慮することが求められると解される。しかし、だからといって、原告らの上記主張を採用することはできない。原告らは子どもの「最善の利益」が一義的な基準であると解していると考えられるが、子どもらにとって理想的な状況になれば「最善の利益」を害するというは現実的ではなく、様々な制約が存在する中においても出来る限り子どもらの利益を優先させて考えることになるのであるから、「最善の利益」を害するか否かについても、侵害される権利の性質、被害の内容・程度、侵害を伴う行為の必要性等総合的な事情を考慮することが必要とならざるを得ない。したがって、子どもらの権利については十分な配慮を行うことが必要であることを考慮しつつ、上記受忍限度論の枠組みの中で権利侵害の有無を判断するのが相当であって、原告らの主張は採用することはできない。

（2）原告園児らの被侵害利益等

児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）は、子どもの基本的な人権を国際的に保障するために定められた条約であり、既に発効済みの条約であって、我が国も批准している。同条約3条1項には「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されており、同趣旨に基づき、我が国も児童の最善の利益を考慮した

施策を実施する責務を負っているといえる。

そして、児童福祉法には「全て国民は、児童が・・・社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。」(2条)、「前2条に規定するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあたって、常に尊重されなければならない」(3条)と規定されており、児童には最善の利益が保障されなければならないとの趣旨は、本件において、日照障害等が受忍限度を超えるか否かを判断するに際しても考慮すべきものであると解される。

また、幼稚園は、幼児を保育し、幼児の健やかな成長のために適当な環境を与えて、その心身の発達を助長することを目的とする施設であり(学校教育法22条)、学校教育法施行規則38条の規定を受けて定められた幼稚園教育要領(平成29年文部科学省告示第62号)には、幼児教育における注意事項として、心と体の健康は、相互に密接な関連があるものであることを踏まえ、十分に体を動かす気持ちよさを体験し、自ら体を動かそうとする意欲が育つようにすること、様々な遊びの中で、体を動かす楽しさを味わい、自分の体を大切にしようとする気持ちが育つようにすること、自然の中で伸び伸びと体を動かして遊ぶことにより、体の諸機能の発達が促されることに留意し、昨今、屋内での遊びの環境が充実化し、戸外で遊ぶ機会が減少していることを受けて、幼児の興味や関心が戸外にも向くようにすることなどが明記されている(同要領第2章参照)。子どもらが戸外での十分な活動を行うことがその心身の健全な発育にとって重要であることは広く一般に認められているところであり、園児らが戸外である園庭において遊びを行うことも、上記幼稚園教育要領に適合するものである。そして、充実した戸外での遊びの環境を実現するには、戸外における適切な環境、園庭における適切な環境が整備・確保されることが必要不可欠である。この意味で、園児らは、第三者がみだりに侵害することは許されない法的利益として、適切な保育環境が整備された状況下での保育を享受する利益を有しているといえる。本件における園庭の日照障害等が受忍限度を超えるか否かを判断するに際しても、原(龍法'22)55-1, 528(528)

告園児らが上記利益を有することを考慮すべきものである。

(3) 日照障害

ア 園庭における日照の状況

本件幼稚園の園庭における、本件マンションの建築前後の日影の状況は、認定事実(4)のとおりである。

本件マンションの建築前は園庭の南側に2階建ての牧師館があり、本件マンション建築前には、午前中の時間帯、牧師館による日影が園庭にかかり、園庭の日照が障害されていたものが、本件マンションの建築中に牧師館が解体・撤去されたことから、本件マンションの建築後は、午前中の日照はかなり改善されていると認められる。一方、午後の時間帯については、本件マンションが本件土地の西側に寄せて建築されており、本件マンションの東端は、おおよそ園庭の西端の延長先上に位置していることから、本件マンションによる園庭への日影の影響は12時前後から現れてきていると認められる。

そこで、午後における園庭の日影の状況、特に本件幼稚園のカリキュラムである午後の「クラス活動」が行われる13時から13時45分頃の状況について検討すると、冬至(12月22日)における日影の状況は、本件マンションの建築前も建築後も12時30分には園庭全体が日影となっており、本件マンション建築による日照障害は発生しているとは認められない。

1月22日(11月22日)における午後の園庭の日影の状況は、12時には園庭の北側一帯(全体の約2分の1の範囲)に日が当たっているが、次第に北西側から日影に覆われ、13時には園庭の北東部分(全体の約3分の1の範囲)に日照が残り、14時頃にはほぼ全面が日影となっていたところ、本件マンション建築後は、13時には園庭全体が日影となっている。

2月22日(11月22日)には、本件マンションの建築前は、13時には園庭北側の広い範囲(全体の約4分の3の範囲)に日が当たっており、その後西側から日影に覆われ始め、14時には園庭の北東部分(全体の約4分の1の範囲)に日照が残っていたものが、本件マンション建築後は、13時から14時の間は園庭全体が日影となって

資 料

いる。

春分の日（秋分の日）には、本件マンション建築前は、13時には園庭ほぼ全体が日照を受けており、14時においても園庭の北東側一帯（全体の約3分の2の範囲）が日照を受けていたところ、本件マンション建築後は、13時から14時の間はほぼ園庭全体が日影となっている。

夏至における園庭の日影の状況については、本件マンション建築前も、建築後も、園庭南側の限定的な範囲に日影が生じるのみであり、複合日影の状況にほとんど差はない。

上記検討からすれば、午後の「クラス活動」の時間帯における日照の状況は、本件マンション建築前には、冬至の前後のしばらくの期間は園庭全体が日影の状態となっており、1月22日（11月22日）には14時には園庭全体が日影となっていたが、13時の時点では園庭の3分の1程度には日照がある状態となっており、2月22日（10月22日）には、13時には園庭の約4分の3の範囲が日照を受けており、14時においても園庭の4分の1が日照を受ける状態になっており、春分の日（秋分の日）には13時から14時にかけてはほぼ園庭全体が日照を受けている。これに対して、本件マンション建築後は、少なくとも秋分の日から春分の日までの半年間は、13時から14時にかけては園庭全体が日影となっている。午後の「クラス活動」は、その保育の内容としては、園庭での外遊びに充てられることが最も多かった（認定事実（1）イ）ところ、本件マンション建築前は、冬至前後のしばらくの期間を除けば、秋分の日から春分の日までの期間中も「クラス活動」が開始される13時には園庭に日照がある状態を始められていたのに対し、本件マンションの建築後は、13時の時点では園庭全体が日影となっており、秋分の日から春分の日までの約半年間は、日差しを受けながら園庭において午後の「クラス活動」を実施することができない状態となっている。午後の「クラス活動」に関しては、本件マンションが建築されたことによって、日差しのもとで保育を実施することに関して、かなりの制約が生じていると評価せざるを得ない。

イ 本件幼稚園の保育への影響

（龍法 '22）55-1, 530（530）

本件幼稚園における保育のカリキュラムは、礼拝を除けば、「自由遊び」、午前の「クラス活動」、午後の「クラス活動」の3つであり、そのうちの1つである午後の「クラス活動」が本件幼稚園の保育の実施において占める比重は小さくはない。そして、先に指摘したように午後の「クラス活動」においては園庭における遊びが一番多く設定されていたのであるから、本件マンション建築前には冬至の前後を除けば日差しがある状態で園庭における活動を行うことができていたものが、少なくとも約半年間は日差しのない園庭で活動せざるを得ない状態になったことは、日差しの下、伸び伸びと遊ぶことの重要性などからすれば、適切な保育環境とは言い難く、子どもらの健全な育成にとって環境がかなり悪化したと評価せざるを得ない。

しかし、日照障害が受忍限度を超えるか否かを判断するには、午後の「クラス活動」のカリキュラムに対する影響だけで評価すべきではなく、本件幼稚園の1日における保育全体を通じての影響を考慮する必要があるところ、先に認定したように、園庭の午前中の日照に関しては、本件教会が牧師館を解体・撤去するという対応をしたことにより、本件マンション建築前と比較して、本件マンション建築後の方がかなり改善されている。本件幼稚園において午前中に行われる「自由あそび」、午前中の「クラス活動」においても、園庭において保育を実施することが予定されており（認定事実（1）イ）、また、「自由あそび」が60分、午前の「クラス活動」が90分、午後の「クラス活動」が45分の時間で設定されており、午前中の2つのカリキュラムの方が午後の「クラス活動」よりも長い時間設定となっていることなどからすれば、本件幼稚園における1日の保育活動を通じてみれば、本件幼稚園における園児らは、本件マンション建築後においても、日差しのある中で園庭における保育を受ける機会が一応確保されていると評価することができる。したがって、本件マンションの建築によって午後の日照は障害されているものの、1日を通じてみれば、本件マンション建築後においても、本件幼稚園の園児らが受ける日照障害の程度が著しいとまではいえない。

また、学童保育園児については、利用時間が14時30分以降の利用であって、午前中の園庭の日照が改善された利益を受けるものではないが、学童保育の利用前には

資 料

小学校において授業等を受けるなどしており、それらの活動中に日照を享受する機会を持つことが可能であるから、本件マンションが建築されて園庭の日影が阻害されることによって被る不利益は、本件幼稚園の園児らと比較して限定的なものにとどまっていたといえる。したがって、学童保育園児についても、本件マンションが建築されたことによる日照阻害の程度が著しいとまでは認められない。

ウ 地域性

認定事実（２）によれば、本件土地は、用途地域が商業地域と指定された区域内にあり、本件土地が存在するN市N区（以下略）には10階建て前後の建物が約90棟存在していることも認められ、15階建ての本件マンションは公的規制に反するものではなく、N市N区（以下略）という地域でみた場合には、地域性に整合した建物であるといえる。

しかし、本件幼稚園の園庭の日照に影響を与える建物としては、本件マンションが建築されるまでは、5階建てのLないしは6階建てのOビルが最も高い建物であった、10階建てを超える高層ビルは存在しておらず、本件幼稚園はいわゆるビルの谷間に存在する幼稚園といった状況にはなく、午前、午後を通じて、日差しがある園庭で保育を実施することができる環境にあったことからすれば、15階建ての本件マンションを本件幼稚園に隣接して建築するについては、本件土地が商業地域と指定された地域内にあるとしても、本件幼稚園の園庭の日照に与える影響について十分な配慮が必要であったと指摘できる。

エ 交渉経過

（ア）認定事実（３）によれば、被告プレサンスは、本件幼稚園の関係者に対する説明会（協議会）を3回開催し、本件マンションの建築後の春分、夏至、秋分及び冬至の日影図を示して、本件幼稚園の一日の日影の移り変わりについての説明を行うなどしたが、園庭への日照阻害の緩和策については、本件マンションを本件土地の西側に寄せて建築するなど、被告プレサンス内で検討した計画案以上の対応を検討することを拒否したため、原告らと被告プレサンスとの協議は平行線に終わったことが認められる。

(イ) 中高層建築物紛争予防条例は、良好な近隣関係を保持し、健全な居住環境の保全及び形成に資することを目的として制定されており、同条例7条が、中高層建築物を建築することによって教育施設等の日照に影響を与える場合に、事業者が教育施設等の設置者との「協議」が必要としているのは、教育施設等を生活の場とする幼児、児童等の心身の育成にとって日照が重要であり、教育施設等周辺での建築については紛争になりやすいことから、建築基準法をクリアーするだけでなく、できる限りの配慮を事業者に求めるものであって、「協議」は単なる説明にとどまらず、当該施設の設置者らとの協議、話し合いを行うことを必要とする規定であると解される。したがって、事業者は、建築業者目線で考えた日照阻害緩和策を単に説明するのではなく、子どもらに対する日照の確保の重要性に鑑み、高層建築物による児童らへの影響について、最も児童らの立場に立ってその影響を検討することができる教育施設の設置者らと話し合いをすることによって、より実効性のある対応策を「協議」することが求められているものである。

(ウ) 被告プレサンスは、本件幼稚園の関係者との協議について、本件マンションの建築によって、本件幼稚園の園児らにどのような影響が生じ得るのか、その対応としてどのような配慮が必要かなどについて、本件幼稚園の関係者から実情を聴き取り、それを踏まえて真摯な対応策を検討するのではなく、事前に自社内で検討した日照阻害の緩和策で本件幼稚園の日照への配慮としては十分であり、それ以上の配慮は必要がないと考え、本件幼稚園の関係者との協議によって本件マンションの建築計画をさらに見直すことは最初から念頭になかったものと認められる。このような被告プレサンスの姿勢は、上記条例の趣旨に沿ったものであったとはいえない。

その結果、被告プレサンスが社内で検討した、建築基準法上の上限値である容積率より抑え、本件土地の西側に寄せて本件マンションを建築して園庭の南側を建物によって塞いでしまうことを避けるという日照阻害の緩和策は、園庭における日照阻害を緩和する一定の効果がある対応策であったとは認められるものの、本件幼稚園における保育の具体的なカリキュラムの実施状況等を踏まえた対応策にはなっておらず、本件幼稚園が午後の「クラス活動」を園庭における遊びに充てており、そ

の時間帯に園庭に日照があることが重要であることについて、十分に配慮した建築計画にはならなかったということにつながったものと認められる。

オ 加害回避の可能性及び被害回避の可能性

先に指摘したように、被告プレサンスが建築基準法上の上限値である容積率ではなく、若干の余裕を持たせ、本件土地の西側に寄せて建築して園庭に本件マンションの構造物がかからないよう建築するなど、日照障害を緩和するための措置を講じていたといえる。しかし、被告プレサンスにとって上記の配慮が収益上、どの程度まで切りつめた譲歩であったのか、それ以上の緩和措置を講じることが可能であったか否かについては、本件証拠上は明確ではない。また、被告プレサンスは、本件土地を以前から所有していたのではなく、平成28年5月にマンション建設目的で購入したものであって、企業活動の維持のために本件土地を購入し、本件マンションを建築しなければならないといった事情があったことを窺わせる事情はなく、被告プレサンスが本件土地にマンションを建設しなければならない必然性はなかったといえる。

これに対して、本件幼稚園は、長年、現在の場所で園児らの保育を実施しており、本件幼稚園が長年継続されてきていることが、当該場所に本件幼稚園があることについて社会的必要性があることの一つの現れであるといえる。また、本件幼稚園の日照条件が悪化したからといって幼稚園を移転することは容易ではない。原告教会は、教会活動にとって重要な施設である牧師館を解体することにより、園庭における午前中の日照を改善することによって、1日を通じての園庭の日照を確保しようと最大限の対応をしたことが認められる。

これらの事情からすれば、被告プレサンスは、本件幼稚園の園庭に与える日照障害を緩和する方策が、社内検討した計画で足りているのか、更に一步踏み込んだ検討を行うことが相当であったと指摘することができる。

カ 被害建物の用途、加害建物の用途及び加害建物と被害建物の先後関係

本件マンションは、長年当該場所において保育を実践してきている本件幼稚園に隣接して建築された建物である。被告プレサンスは、本件マンションを賃貸ないし

販売目的で建築したものであるから、被告プレサンスは、本件マンションを建築するに際し、本件幼稚園の日照に与える影響について十分に検討すべき立場にあったといえる。

キ 上記検討からすれば、被告プレサンスの本件幼稚園の関係者との協議は、中高層建築物紛争予防条例の趣旨に沿わないものであったことなどから、被告プレサンスが社内検討した日照阻害の緩和策は、一定の効果がある案ではあったものの、本件幼稚園における保育のカリキュラムの実施状況等に即した検討が十分にされておらず、本件幼稚園における午後の「クラス活動」について、本件マンション建築前は、冬至の前後のしばらくの期間を除き、園庭に日照がある環境で外遊びを中心に保育を行うことができていたものを、少なくとも半年程度、園庭全体が日影の状況で保育を実施せざるを得ない状態とし、園児らが園庭において伸び伸びと遊べる環境を著しく阻害しており、本件教会による牧師館の解体・撤去による午前中の日照の改善がなかったとすれば、受忍限度を超える侵害を生じさせていたと評価し得るが、本件幼稚園における午前中のカリキュラムである「自由あそび」及び午前の「クラス活動」においても、園庭において保育を実施することが予定されており、園庭の南側にあった牧師館を原告教会が解体・撤去したことによって、園庭が広がり、午前中の日照時間がかなり確保されたことからすれば、園児らが本件幼稚園において過ごす1日を通じてみれば、園児らが園庭において日差しの下で保育を受ける環境が何とか確保されていると評価することができる。したがって、本件マンションの建築によって本件幼稚園の園庭に一定の日照阻害が生じており、園児らの保育環境にとって好ましくない制約ではあるものの、受忍限度を超えるものであるとまでは評価することができない。

(4) 風害

原告らは、本件マンションの建築により、本件幼稚園の園庭に強風が吹き、風害が生じていると主張する。

認定事実(5)によれば、本件マンション建築後、園庭に強風が吹くことが増え、舞い上がった砂が目に入って泣く園児が増えるなどの風による影響とみられる事象

が発生していることは認められる。

しかし、本件マンションの建築前後を比較した風力、風向きの実測データによる比較資料は提出されておらず、本件マンション建築後に発生するようになった強風の程度や頻度は必ずしも明らかになっていない。また、本件幼稚園の園庭における風の状況が変わったとしても、本件マンションの建築だけでなく、園庭の南側にあった牧師館が解体撤去されたことによる影響も否定できない。

上記検討からすれば、本件マンション建築により、園児らの本件幼稚園での生活環境に受忍限度を超える程度の風害が生じていることまでは認められない。

(5) 圧迫感について

原告らは、本件マンションが園庭の隣接地に建築されたことから、園児らが受忍限度を超える圧迫感を感じさせられていると主張する。

確かに、それまで園庭周辺には高い建物でも5階ないし6階建ての建物しかなかったにもかかわらず、15階建ての高層マンションが園庭の直ぐ脇に建設されたのであるから、園児らが園庭で屋外活動を行う際、本件マンションを見上げて圧迫感を感じさせられている可能性もある。

しかし、本件マンションは、本件土地の西側に寄せて建築され、園庭の南側を見た際、本件マンションによってその視野が塞がれてしまうという状況には至っておらず、圧迫感から園児らに何かしらの具体的な悪影響が発生していることを窺わせる証拠もない。また、原告らは、圧迫感の大きさの程度を計測する一つの手法である「形態率」を根拠としているが、「形態率」については、圧迫感を把握する基準として広く用いられているとまでは認められず（弁論の全趣旨）、未だ、受忍限度を画する基準として裁判上確立した基準であるとは認め難い。

したがって、本件マンションの建築により園児らが受けた圧迫感が社会的に受忍すべき限度を超えるものであるとまでは認められない。

(6) 本件マンションが建築されたことによるその他の弊害

原告らは、本件マンションが建築されたことによって、同マンションの壁に音が反響するようになったことや、同マンションの住民との関係で本件幼稚園における（龍法 '22）55-1, 536（536）

活動を一定制限する必要が発生していると主張する。

原告らが主張する音の反響や、本件マンションの住民への配慮が必要となったことなどが認められるとしても、それによって本件マンションの建築が園児らに受忍限度を超える権利侵害を発生させているとは認められない。

(7) 幼稚園の一時移転による権利侵害

先に認定したように、旧建物の解体工事中、平成28年10月13日から同年11月30日まで、本件幼稚園は、一時的に移転し、制約された状況下で保育が行われ、また、学童保育については、本件幼稚園の近くのテナントビルの一室を借りて行われたことが認められる（認定事実（3）イ）。バス移動や、移転先の旧園舎が本件幼稚園の園舎よりも狭かったことなどから、幼稚園の一時移転によって、園児らが一定の精神的ストレスを感じたであろうとは考えられる。

しかし、移転期間は1か月半程度であり、短期間ではないが、長期間に及んだわけではなく、一時移転に伴うストレスによって園児らに対応に苦慮するほどの問題行動が見られるようになった等の問題が発生したことを窺わせる証拠はない。

旧建物の解体工事に伴う本件幼稚園の一時的な移転によって、原告園児らに社会的に受忍すべき限度を超えるストレスを被らせたとまでは認められない。

(8) 本件マンション建設工事による権利侵害

原告らは、本件マンションの建築工事によって、原告園児らは良好な環境下で保育を受ける権利を侵害されたと主張している。

確かに、本件幼稚園において、万一の事故の発生に備えて、保育室を工事現場に近い部屋から礼拝堂に変更するなどの対応が執られ、工事に伴う騒音が発生し、積み木が崩れたりすることが発生しており（認定事実（3）ク）、工事による影響が一定あったものとは認められる。

しかし、本件マンション工事期間中の騒音の実測データは提出されておらず、本件工事期間中の騒音の程度、頻度等は明確になっていない。被告大鉄工業は、本件マンションの建築工事に関して、本件幼稚園関係者との打合せを、工事期間中、月1回から2回の頻度で実施し、本件幼稚園の行事予定に合わせて工事日程を調整す

資 料

るなどの対応をしたことが認められる（認定事実（3）ク）。また、本件マンションの建築工事期間中の騒音等によって、園児らに対応に苦慮するほどの問題行動が現れたことを窺わせる証拠はない。

上記検討からすれば、本件マンションの建築工事の騒音等が原告園児らにとって社会的に受忍すべき限度を超えるものであったとまでは認められない。

（9） プライバシー権の侵害

原告らは、本件マンションの住民から本件幼稚園の園児らの様子をのぞき見される等と主張している。

本件マンションの高層階からは本件幼稚園の様子を見下ろすことが可能であり、原告らが主張するような危険性がないとは言えないが、実際にはそのような被害が発生していることを窺わせる証拠はなく、園児らのプライバシー権が侵害されているとは認められない。

（10） 以上から、原告らが本件マンションの建築に伴って原告園児らの権利が侵害されたと主張する点については、いずれも受忍限度を超える権利侵害が発生したとまでは認めることはできない。

3 争点（2）（本件マンションの一部取り壊し請求の可否）について

（1） 原告園児ら9名（原告園児らのうち、原告X1、同X2、同X3、同X4、同X5を除く。）は、本件マンションの建築によって受忍限度を超える権利侵害を受けていることを前提に、人格権に基づき本件マンションの一部取り壊し請求をしている。

しかし、争点（1）についての判断で検討したように、原告園児ら9名が主張する権利侵害について、いずれも受忍限度を超えるものであるとまでは認められないから、原告園児ら9名の本件マンションの一部取り壊し請求には理由がない。また、学童保育を利用している原告X14を除く原告園児ら8名は、本件幼稚園を卒園するなどして、現在は、本件幼稚園を利用しておらず、その意味においても、原告園児ら8名の請求には理由がない。

（2） また、原告園長ら及び原告教会も本件マンションの一部撤去請求をしてい（龍法 '22）55-1, 538（538）

るが、その主張も、園児らが受忍限度を超える権利侵害を受けていることあるいは園庭に園児らに対する受忍限度を超える権利侵害になる日照阻害等が発生していることを前提とするものであるから、園児らに対して受忍限度を超える権利侵害が発生しているとは認められない以上、その余の点について検討するまでもなく、原告園長ら及び原告教会による本件マンションの一部取り壊し請求には理由がない。

4 争点（3）（原告園児らの損害賠償請求の可否）について

原告園児らの損害賠償請求については、原告園児らが受忍限度を超える権利侵害を被っているとは認められない以上、その余の点について検討するまでもなく、理由がない。

5 争点（4）（原告園長らの損害賠償請求の可否）について

原告園長らの損害賠償請求は、園児らが受忍限度を超える損害を被っていることを前提として、十分な保育を実施できないことによる賠償請求であるから、園児らが受忍限度を超える権利侵害を被っているとは認められない以上、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。

6 争点（5）（原告教会の損害賠償請求の可否）について

（1）原告教会は、本件マンションが建築されたことによって、牧師館を解体・撤去せざるを得なくなったとして、被告らに対し、牧師館の解体・撤去に要した費用の損害賠償請求をしている。

先に認定したように、被告プレサンスは、本件マンションを建築にするに際し、本件マンションによって発生する日影が本件幼稚園における保育にどのような影響を与えるか十分に配慮した上でマンション建築をすべきであったところ、本件幼稚園への日照について一定の配慮をした社内検討案で、本件幼稚園の日照への配慮としては十分であると判断し、日照阻害が園児らに与える影響を園児らの立場に立って最も考えることのできる原告園長らの意見を聴くなどして、本件幼稚園における保育のカリキュラムに与える影響度合いなどの検討を十分にすることなく、本件マンションを建築することを決め、そのため、午後の「クラス活動」は、半年以上園庭に日差しがない状況で実施せざるを得なくなり、何らの対応策も講じなければ園児

資 料

らに受忍限度を超える保育環境の悪化が発生することが予測される事態となったため、原告教会は、本件幼稚園における日照を確保するための対応策として基本財産である牧師館を撤去・解体することを行わざるを得なかったことが認められる。被告プレサンスは、本件マンションを建築した場合には、本件幼稚園の園庭の日照が阻害されることは自ら作成した日影図等によって把握しており、その結果、園庭の外遊びを中心に実施されていた本件幼稚園における午後の「クラス活動」に支障が生じることも把握可能であった。そのような状況で本件マンションを建築することにすれば、園児らの最善の利益を重視する原告教会が午前中の日照を改善して1日を通じての日照環境を確保するため牧師館の解体・撤去の決断をせざるを得なくなるということについても認識可能であったといえる。

したがって、被告プレサンスは、本件幼稚園の日照について配慮すべき義務を十分に尽くすことを怠ったため、原告教会に牧師館の解体・撤去の費用を負担させるという損害を被らせたものであるから、原告教会は、被告プレサンスに対し、不法行為に基づき、牧師館を解体・撤去するために要した費用259万2000円及びこれに対する不法行為の後（訴状送達の日翌日）である平成30年9月13日から支払済みまで平成29年法律第44号による改正前の民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めることができる。

（2）原告は、被告大鉄工業に対しても、損害賠償請求をしている。しかし、被告大鉄工業は、被告プレサンスが設計した本件マンションの建築を請け負っただけであり、本件マンションの設計や、本件マンションの建築に関する本件幼稚園との協議には関与していない。したがって、被告大鉄工業には、本件マンションを建築することによって、原告教会が牧師館を解体・撤去せざるを得なくなることを予見することはできなかったと認められるから、原告教会が牧師館を撤去・解体することによって被った損害を賠償する責任は負わない。

第4 結論

よって、原告教会が被告プレサンスに対して牧師館の解体・撤去費用259万2000円の賠償を求める請求には理由があるので、これを認容し、その余の原告らの請求に（龍法 '22）55-1, 540（540）

はいずれも理由がないので、これらを棄却することとして、主文のとおり判決する。

民事第5部

(裁判長裁判官 唐木浩之 裁判官 片山健 裁判官 高橋祐二)

(別紙)

当事者目録

原告(省略)

原告ら訴訟代理人弁護士 内河恵一

同 岩月浩二

同 川口創

同 中谷雄二

同 塚田聡子

(住所略)

被告 株式会社プレサンスコーポレーション(以下「被告プレサンス」という。)

同代表者代表取締役 A

同訴訟代理人弁護士 奥野信悟

同 小野宙

(住所略)

被告 大鉄工業株式会社(以下「被告大鉄工業」という。)

同代表者代表取締役 B

同訴訟代理人弁護士 西出智幸

同 坂井俊介

同訴訟復代理人弁護士 吉岡沙映

資 料

(別紙)

物件目録

1 (1) 所在 N市N区 (以下略)

地番 422番

地目 宅地

地積 465.57m²

(2) 所在 N市N区 (省略) 422番地

家屋番号 (省略)

種類 共同住宅

構造 鉄筋コンクリート造陸屋根15階建

床面積 1階 175.82m²

2階 209.14m²

3階 209.14m²

4階 209.14m²

5階 209.14m²

6階 209.14m²

7階 209.14m²

8階 209.14m²

9階 209.14m²

10階 209.14m²

11階 209.14m²

12階 209.14m²

13階 209.14m²

14階 209.14m²

15階 209.14m²

2 (1) 所在 N市N区 (以下略)

地番 402番

地目 境内地

地積 961m²

(2) 所在 N市N区(省略)402番地

家屋番号(省略)

種類 幼稚園舎

構造 鉄骨造スレート葺2階建

床面積 1階 214.97m²

2階 214.97m²

法学会消息

〈学会・研究会報告〉

- 今川 嘉文
- ・神戸大学商事法研究会「SECによる利得の吐出措置における衡平法上の条件（Liu v. SEC, 140 S.Ct. 1936（2020）」のタイトルで報告（2022年2月）神戸大学
 - ・大阪司法書士会 会社法研究会「商事法における『有価証券』概念の再考」のタイトルで研究報告（2021年12月）大阪司法書士会会館
 - ・神戸専門家フォーラム「民事信託の活用による財産管理と承継～高齢化社会における多様な対応策の検討～」のタイトルで講演（2021年12月）神戸市立総合福祉センター
 - ・大阪司法書士会 会社法研究会「法人役員の責任に関する考察～株式会社・学校法人の比較に見る取締役・理事の利益相反取引、補償契約およびD&O保険契約～」のタイトルで研究報告（2021年4月）大阪司法書士会会館
 - ・大阪司法書士会 会社法研究会チューターとして、「会社法の主要論点」に関する検討（2021年4月～2022年3月）毎月1回の報告 大阪司法書士会会館
- 牛尾 洋也
- ・牛尾洋也『『新しい農村政策』と『国土の管理構想』——国土・土地利用計画との関係で——』シンポジウム「新『食料・農業・農村基本計画』と農村政策」2021年11月13日・日本農業法学会・オンライン開催
 - ・牛尾洋也・「里山の開発と法・政策」2022年3月5日・京都大学防災研究所特定研究集会・「宅地の未災学」の確立に向けて 京都大学宇治キャンパスきはだホール

落合雄彦 落合雄彦「英領ケープ植民地（南アフリカ）の5つの公立精神病アサイラム：1846-1910年」、2021年11月6日、第24回日本精神医学史学会、日本医療大学。

落合雄彦「1950年代のナイジェリアにおける精神科施設」、2021年5月22日、日本アフリカ学会第58回学術大会、広島市立大学。

川角由和 ・「法解釈学方法論に関する一考察——原島重義『法的判断とは何か』（創文社、2002年）を読む」、2021年10月23日・民主主義科学者協会法律部会「第6回・法理論研究会」（オンライン研究会）

神吉正三 ・社員2名の合同会社において1名の社員の除名の請求が認められなかった事例——東京地判令和元年7月3日判例タイムズ1475号210頁、金融・商事判例1577号29頁・2021年5月15日・東京商事法研究会・早稲田大学（オンライン開催）
・取締役会の監督機能と社外取締役の果たすべき役割・2021年10月23日・東京商事法研究会・早稲田大学（オンライン開催）

・預金の払戻請求における銀行の注意義務——東京地判令和2・6・9金判1605号52頁——・2022年1月22日・東京商事法研究会・早稲田大学（オンライン開催）

中田邦博 「デジタル時代におけるプラットフォーム取引と消費者保護——デジタルオンライン・プラットフォーム運営事業者の責任」・2021年5月21日（金）・金沢大学法学類・ズーム開催
「成年年齢引き下げに伴う消費者問題のまとめ」・2021年11月13日（土）・日本消費者法学会・ズーム開催

畠山 亮 中世後期における紛争と法をめぐって 2021年11月6日 法制史学会 第72回総会 同志社大学（ハイブリッド開催）

若林三奈 「福島原発事故控訴審判決における損害論の展開と課題——
生業・群馬・千葉訴訟から弁済の抗弁を中心に」 2021年8月
9日、日本環境会議「公害と環境」編集委員会主催「環境と
公害セミナー「原発事故賠償訴訟の現在」、Zoom開催

〈著書・共著・論文・翻訳〉

- 今川 嘉文 (論文) 「暗号資産に関する法規制と判例動向」(先物取引被害全国研究会・2021年10月) 先物・証券取引被害研究50号37頁～46頁
(書評・学会回顧、その他) ・NHKニュース7 「SMBC日興証券事件」の解説 (2022年3月)
- 牛尾 洋也 (著書) 『判例プラクティス・民法1 総則・物権』(信山社2022年) 松本恒雄・潮見佳男・下村信江編 (共著) 「権利能力なき社団の取引上の債務と社団構成員の責任」(52頁)、「社団所有不動産の登記方法」(53頁)、「退会の自由」(56頁)、「権利能力なき社団(1)」(57頁)、「権利能力なき社団(2)」(58頁)
(論文) ・牛尾洋也 (2021) 「強行法規違反と不法行為——旧労働契約法20条をめぐる」 龍谷法学53巻第4号37-73頁 (2021.03)
・牛尾洋也 (2022) 「『山論』の現代的意義をめぐる——御池岳所有権・境界確定訴訟の検討——」 『里山学研究センター2021年度年報』117-129頁 (2022.03)
・牛尾洋也 (2022) 「『新しい農村政策』と『国土の管理構想』——国土・土地利用計画との関係で——」 『農業法研究』57巻7-21頁 (2022.06)
(判例研究・判例紹介) ・牛尾洋也 (2021) 「判例評論・高塚山開発工事差し止め等請求事件(神戸地裁尼崎支部判令元・12・17) 『判例時報』2484号193-199頁 (2021.08)
- 落合 雄彦 (論文) Ochiai, Takehiko “Pentecostal-Charismatic Christianity and the State in Africa,” *Asian Journal of African Studies* (龍法 '22) 55-1, 548 (548)

dies, Vol. 52, 2022, pp. 175-201.

(書評・学会回顧、その他) 落合雄彦「龍谷大学におけるアフリカ研究のいま・ここ」(末原達郎と共著)、『アフリカ』第61巻第4号、2021年、24-27頁。

- 川角由和 (著書)・『末弘巖太郎の法学理論——形成・展開・展望』、日本評論社、2022年2月28日、総頁数596頁
- (論文)・「『法社会学論争』の教訓(十六)——昭和初期：我妻栄の民法学(その一)」龍谷法学54巻1号、2021年8月31日(59-92頁)
- ・「『法社会学論争』の教訓(十七)——昭和初期：我妻栄の民法学(その二・完)」龍谷法学54巻2号、2021年9月30日(81-115頁)
 - ・「『法社会学論争』の教訓(十八)——昭和初期：牧野英一の民法学(その一)」龍谷法学54巻3号、2021年12月17日(61-101頁)
 - ・「『法社会学論争』の教訓(十九)——昭和初期：牧野英一の民法学(その二・完)」龍谷法学54巻4号、2022年3月15日(69-107頁)
 - ・「法解釈学方法論をめぐる一つの序論的考察——原島重義『法的判断とは何か』(創文社、2002年)を読む」2022年3月15日、龍谷法学54巻4号(337-376頁)
- (翻訳)・「イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(2)」龍谷法学54巻1号、2021年8月31日(411-430頁)
- ・「イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(3)」龍谷法学54巻2号、2021年9月30日(241-266頁)
 - ・「イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(4)」龍谷法学54巻3号、2021年12月17日(249-272頁)

神吉正三（論文）・取締役会の監督機能と社外取締役の果たすべき役割（1）（2）（3・完）・龍谷法学54巻2号1頁～27頁、同54巻3号103頁～133頁、同54巻4号109頁～128頁・2021年9月、同年12月、2022年3月

（判例研究・判例紹介）・社員2名の合同会社において1名の社員の除名の請求が認められなかった事例——東京地判令和元年7月3日判例タイムズ1475号210頁、金融・商事判例1577号29頁・龍谷法学54巻1号353頁～370頁・2021年8月

・預金の払戻請求における銀行の注意義務——東京地判令和2・6・9金判1605号52頁・龍谷法学54巻4号501頁～522頁・2022年3月

中田邦博（著書）共編・『新・コンメンタール民法〈家族法〉〈第2版〉』・日本評論社・2021

（論文）消費者契約法と特定商取引法——制度発展の交錯を踏まえて・ジュリスト1558号・2021 28-33

「第13回大会シンポジウム」特集「デジタルプラットフォームと消費者の保護——消費者法における新たな法形成の課題——」ディスカッション発言・消費者法13号2021・57-68

〔報告3〕消費者視点からみたデジタルプラットフォーム事業者の法的責任・消費者法13号・2021・14-19

共著・ドイツ不正競争防止法の意義と条文訳（2020年改正版）・社会科学研究年報51号・2021・185-194

Der Handel ueber Digitale Plattformen und der Schutz des Verbrauchers・同志社法学424号・2021・497-516

「デジタル・プラットフォーム取引の法的構造と消費者保護——デジタル・プラットフォーム事業者の法的責任をめぐって」・消費者法研究10号・2021・41-83

- (翻訳) 共訳・ドイツ不正競争防止法の意義と条文訳 (2020年改正版)・社会科学研究年報51号・2021・185-194
- (判例研究・判例紹介) 高額な開運商品を繰り返し購入させた販売店店長等の販売行為と不法行為責任の成否・私法判例リマックス63号・2021・46-49
- 丹羽 徹 (著書) (共編著) 日本教育法学会編・コンメンタール教育基本法・学陽書房・2021年 (分担執筆「第18条」)
- (論文) 高等教育無償化と日本国憲法・高等教育における経済的負担軽減及び修学支援に係る法・制度・行財政の日韓比較研究 (神戸大学学術成果リポジトリ)・2021年12月28日
- 私立大学の管理運営と学校法人・日本の科学者・2022年2月1日
- (書評・学会回顧、その他) 日本国憲法と地方自治・燎原・2021年11月15日
- 畠山 亮 (論文) 戦国大名武田氏における暴力の規制について (9・完) 龍谷法学 第54巻 第4号 2022年3月15日
- 山田卓平 (著書) 『国際法 (有斐閣ストゥディア) [第2版]』 (有斐閣、2022年3月) (共著)
- (論文) ・「経済制裁の法的規律——対ロシア制裁の検討—— (1) (2・完)」 龍谷法学 53巻4号129-157頁、同54巻1号167-201頁 (2021年)
- ・「慣習国際法の意義」 法学教室491号10-14頁 (2021年8月)
- (判例研究・判例紹介) 「米仏航空業務協定事件」 『国際法判例百選 [第3版]』 (有斐閣、2021年9月) 174-175頁
- 若林三奈 (著書) 【共著】 窪田充見, 大塚直, 手嶋豊編著 『事件類型別不法行為法』 弘文堂、2021年8月

【共著】根本尚徳、林誠司、若林三奈『事務管理・不当利得・不法行為』日本評論社、2021年6月

(論文) 【単著】Die gegenwärtige Situation der Schadensersatzhaftung bei Atomunfällen in Japan, Zeitschrift für japanisches Recht 26 (51) 137-169, 2021年6月

【単著】福島原発事故控訴審判決における損害論の展開と課題——生業・群馬・千葉訴訟から弁済の抗弁を中心に、環境と公害 51巻1号 21-26 2021年7月

(判例研究・判例紹介) [判批] 後遺障害逸失利益についての定期金賠償の可否と終期 (最判令和2・7・9民集74巻4号1204頁)、民商法雑誌 157巻4号 768-783、2021年10月

[判批] 素因減額を行う前に障害年金を控除した事例 (いわゆる相対説により算定した事例) 京都地判平成31・1・29交通民集52巻1号106頁、交通事故民事裁判例集 52 (索引・解説号) 2021年12月

(書評・学会回顧、その他) ——自分も他人も大切に生きる、法学セミナー799号 1-1 2021年7月

2 2021年度龍谷大学法学会決算報告 ＜一般会計＞

収入の部

2021/4/1～2022/3/31

単位：円

| 項 目 | 2021年度決算 | 2021年度予算 | 増減 |
|-----------------------|-------------------|-------------------|-----------------|
| 前年度繰越金 | 8,204,279 | 8,204,279 | 0 |
| 当 年 度 取 入 | | | |
| 新入生会員費 | 2,724,000 | 2,724,000 | 0 |
| 編転入生会員費 * 1 | | | |
| 大学院会員費 | | | |
| 在学生会員費 * 2 | 5,362,000 | 5,264,000 | 98,000 |
| 教職員会員費 * 3 | 608,000 | 608,000 | 0 |
| 賛助会員費(投稿料含む) | 12,000 | 0 | 12,000 |
| 雑収入(含む定期預金利息補填分) | 4,000 | 0 | 4,000 |
| 一般会計へ振替(収入) * 4 | 172 | 172 | 0 |
| 当年度収入額 計 | 8,710,172 | 8,596,172 | 114,000 |
| 前期末前受金 * 5 | -2,724,000 | -2,724,000 | 0 |
| 前受金 * 6 | 2,002,000 | 2,724,000 | -722,000 |
| 合 計 | 16,192,451 | 16,800,451 | -608,000 |

* 1: 当年度入学生の入会金・会費

* 2: 前年度以前入学生の会費

* 3: 2018/2019/2020年度未収金含む

* 4: 2020年度収入漏れに対する計上

* 5: 資金残高を期末現預金に合わせるための資金調整勘定

* 6: 次年度入学生の入会金・会費(当年度末に入金される)

一般会計 残高 9,340,185 円

特別会計 残高 17,333,818 円

合計 26,674,003 円 2022年3月31日現在

＜特別会計＞

60周年積立金 * 6 2,500,000 円

別途積立金 14,833,544 円

雑収入 * 7 274 円

合計 17,333,818 円

* 6: 2017～2026年度(10年間)に60周年積立金として毎年度50万円を積立予定。

* 7: 2021年度定期預金により発生した利息

支出の部

単位:円

| 項 目 | | 2021年度決算 | 2021年度予算 | 増 減 |
|------------------|------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| 事業費 | 研究活動費(研究会) | 155,706 | 1,000,000 | -844,294 |
| | 学会誌発行費 | 4,501,366 | 4,810,000 | -308,634 |
| | 1) 印刷製本費 | 1) 3,077,800 | 1) 3,000,000 | 1) 77,800 |
| | 2) 原稿料 | 2) 1,243,000 | 2) 1,700,000 | 2) -457,000 |
| | 3) 発送費 | 3) 180,566 | 3) 110,000 | 3) 70,566 |
| | 4) その他 | 4) 0 | 4) 0 | 4) 0 |
| | 法律相談補助費 | 0 | 500,000 | -500,000 |
| | 学術活動費 | 0 | 400,000 | -400,000 |
| | 学習活動費 | 715,659 | 1,000,000 | -284,341 |
| | 法学論集刊行費 | 791,310 | 800,000 | -8,690 |
| 演習論集刊行費 | 688,225 | 800,000 | -111,775 | |
| その他 | 0 | 100,000 | -100,000 | |
| | 計 | 6,852,266 | 9,410,000 | -2,557,734 |
| 事務費 | 会議費 | 0 | 20,000 | -20,000 |
| | 印刷費 | 0 | 0 | 0 |
| | 通信費 | 0 | 20,000 | -20,000 |
| | 用品費 | 0 | 0 | 0 |
| | 消耗費 | 0 | 70,000 | -70,000 |
| | 人件費 | 0 | 0 | 0 |
| | 計 | 0 | 110,000 | -110,000 |
| 当年度支出額 計 | | 6,852,266 | 9,520,000 | -2,667,734 |
| 次年度繰越金(普通預金期末残高) | | 9,340,185 | 7,280,451 | 2,059,734 |
| 予備費 | | 0 | 0 | 0 |
| 合 計 | | 16,192,451 | 16,800,451 | -608,000 |

2021年度 法学会支出明細

| 研究活動費 | | | 1,000,000 |
|---------------|-----------|---------------------|------------------|
| (講師代等) | 17 12月17日 | 法学会研究会、講師謝礼、交通費、宿泊費 | 72,473 |
| | 20 12月17日 | 法学会研究会、講師謝礼、交通費、宿泊費 | 83,233 |
| | | 計 | 155,706 |
| (研究会費) | | | |
| | | 計 | 0 |
| 研究活動費計 | | | 155,706 |

| 学会誌発行費 | | | 4,810,000 |
|----------------|-----------|-------------------------|------------------|
| (印刷製本費) | 6 9月13日 | 『龍谷法学』第54巻第1号 並製本400部 | 835,120 |
| | 10 10月6日 | 『龍谷法学』第54巻第2号 並製本400部 | 543,840 |
| | 19 12月22日 | 『龍谷法学』第54巻第3号 並製本400部 | 557,920 |
| | 30 3月10日 | 『龍谷法学』第54巻第4号 並製本400部 | 1,140,920 |
| | | 計 | 3,077,800 |
| (原稿料) | 5 9月13日 | 『龍谷法学』第54巻第1号執筆者への原稿料支出 | 351,000 |
| | 9 10月6日 | 『龍谷法学』第54巻第2号執筆者への原稿料支出 | 228,000 |
| | 18 12月22日 | 『龍谷法学』第54巻第3号執筆者への原稿料支出 | 236,000 |
| | 29 3月10日 | 『龍谷法学』第54巻第4号執筆者への原稿料支出 | 428,000 |
| | | 計 | 1,243,000 |
| (送料) | 3 7月20日 | 法学会発送用切手 | 35,000 |
| | 22 2月14日 | 法学論集・学生論集 発送・返信用切手 | 11,176 |
| | 24 2月25日 | 龍谷法学発送用レターバック | 134,390 |
| | | 計 | 180,566 |
| 学会誌発行費計 | | | 4,501,366 |

| 法律相談活動補助費 | | | 500,000 |
|-------------------|--|--|----------------|
| 法律相談活動補助費計 | | | 0 |

| | |
|---------------|----------------|
| 学術活動費 | 400,000 |
| 学術活動費計 | 0 |

| | |
|--|------------------|
| 学習活動費 | 1,000,000 |
| 1 6月18日 特定非営利活動法人 法律専門秘書教育協会 2021年度会費 | 100,000 |
| 2 7月19日 龍谷大学・立命館大学日本法制史ゼミ合同発表会への助成 | 44,000 |
| 4 8月26日 司法試験合格祝金 3万円×1名 | 30,000 |
| 7 10月5日 大阪府人権擁護課との共同研究報告会への助成 | 26,000 |
| 8 10月5日 プレインターカレッジ民法討論会への参加助成 | 62,000 |
| 11 10月7日 司法試験合格祝金 3万円×1名 | 30,000 |
| 12 11月30日 法学研究会(ゼミ企画)映画上映費 | 79,720 |
| 13 11月30日 法学研究会(ゼミ企画)チラシ印刷費他 | 8,926 |
| 14 11月30日 法学研究会(ゼミ企画)講師謝礼・交通費・宿泊代 | 77,013 |
| 15 12月1日 大阪府との共同研究発表会への参加助成 | 28,000 |
| 16 12月13日 龍谷大学・立命館大学日本法制史ゼミ合同卒論構想発表会への参加助成 | 62,000 |
| 21 12月24日 インターカレッジ民法討論会への参加助成 | 108,000 |
| 32 3月11日 法学部卒業生内成績優秀者への表彰助成 | 60,000 |
| 学習活動費計 | 715,659 |

| | |
|---|----------------|
| 法学論集刊行費 | 800,000 |
| 23 2月25日 『法学論集-学生論集-』第51巻執筆者への図書カード購入代金 | 140,000 |
| 31 3月10日 『法学論集-学生論集-』第51巻 印刷900部 | 651,310 |
| 法学論集刊行費計 | 791,310 |

| | |
|-----------------|----------------|
| 演習論集刊行費 | 800,000 |
| 25 3月1日 牛尾ゼミ | 51,700 |
| 26 3月1日 浜井ゼミ | 62,937 |
| 27 3月7日 松尾ゼミ | 79,640 |
| 28 3月10日 渡辺ゼミ | 67,100 |
| 33 3月16日 今川ゼミ | 184,800 |
| 34 3月17日 石塚ゼミ | 136,000 |
| 35 3月17日 若林ゼミ | 14,127 |
| 36 3月18日 畠山ゼミ | 62,776 |
| 37 3月22日 斎藤ゼミ | 29,145 |
| 演習論集刊行費計 | 688,225 |

| | |
|-------------|----------------|
| 事務費 | 110,000 |
| (会議費) | |
| | 計 |
| | 0 |
| (印刷費) | |
| | 計 |
| | 0 |
| (通信費) | |
| | 計 |
| | 0 |
| (用品費) | |
| | 計 |
| | 0 |
| (消耗品費) | |
| | 計 |
| | 0 |
| (人件費) | |
| | 計 |
| | 0 |
| 事務費計 | 0 |

| | |
|-----------|------------|
| その他 | 100,000 |
| その他計 | 0 |
| 特別会計への補填 | 0 |
| 特別会計への補填計 | 0 |
| 予算額計 | 9,520,000 |
| 執行額計 | 6,852,266 |
| 次年度繰越金 | 9,340,185 |
| 予備費 | 0 |
| 総計 | 16,192,451 |

龍谷大学法学会会則

| | | |
|------|--------------|--------|
| 制 定 | 1968年（昭和43年） | 4月 1日 |
| 一部改正 | 1972年（昭和47年） | 4月 1日 |
| | 1973年（昭和48年） | 4月 1日 |
| | 1975年（昭和50年） | 6月18日 |
| | 1995年（平成7年） | 5月10日 |
| | 2004年（平成16年） | 12月 1日 |
| | 2007年（平成19年） | 4月 1日 |
| | 2017年（平成29年） | 4月 1日 |
| | 2021年（令和3年） | 9月22日 |

第1条（名称） 本会は、龍谷大学法学会と称する。

第2条（事務所） 本会の事務所は、龍谷大学法学部内に置く。

第3条（目的） 本会は、法学・政治学を中心とする研究及びその促進をはかることを目的とする。

第4条（事業） 前条の目的を達成するため、本会は次の事業を行う。

- (1) 定期的研究会及び学術講演会の開催
- (2) 機関誌その他出版物の編集及び発行
- (3) その他本会が必要と認めた事業

第5条（会員） 本会は、普通会員、名誉会員及び賛助会員をもって組織する。

2 次の者を普通会員とする。

- (1) 本学法学部の教授、准教授、専任講師及び助教
- (2) 本学大学院法学研究科の学生
- (3) 本学法学部の学生
- (4) その他評議員会の承認した者

3 評議員会の承認した者を名誉会員とすることができる。

4 本会の目的に賛同し、その事業を援助する者で、評議員会の承認した者を賛助会員とする。

第6条（評議員会） 本会に評議員会を置く。

2 評議員会は、第4条所定の事業遂行に必要な事項を協議決定する。

3 評議員会は、法学部の教授、准教授、専任講師及び助教をもって構成する。

第7条（役員） 本会に次の役員を置く。

- (1) 会 長 1名
- (2) 副 会 長 1名
- (3) 編 集 委 員 3名
- (4) 庶 務 委 員 2名
- (5) 会 計 委 員 1名
- (6) 会計監査委員 1名

2 役員は、評議員会において互選する。

第8条（業務） 役員は、次の業務を行う。

- (1) 会長は、本会を代表し、業務を統括する。
- (2) 副会長は、会長を補佐し、会長事故あるときは会長の業務を代行する。
- (3) 編集委員は、機関誌その他出版物の編集を行う。
- (4) 庶務委員は、本会の庶務を行う。
- (5) 会計委員は、本会の会計をつかさどる。ただし、会計事務は、本学経理課長に委嘱する。
- (6) 会計監査委員は、本会の会計監査を行う。

第9条（任期） 役員の任期は、1カ年とする。ただし、重任を妨げない。

第10条（経費） 本会の経費は、入会金、会費、寄附金及び本学からの助成金、その他雑収入をもってこれにあてる。

第11条（会費） 普通会員は、入会金及び会費を納入しなければならない。入会金及び会費の納入については、評議員会においてこれを定める。

第12条（会計年度） 本会の会計年度は、毎年4月1日に始まり翌3月31日に終わる。

第13条（会則の変更） 会則の変更は、評議員全員の3分の2以上の出席を要し、その3分の2以上の同意がなければならない。

付 則

この会則は、昭和43年4月1日よりこれを施行する。

付 則（昭和47年4月1日）

この会則は、昭和47年4月1日から施行する。

付 則（昭和48年4月1日）

この会則は、昭和48年4月1日から施行する。

付 則（昭和50年6月18日第5条改正）

この会則は、昭和50年6月18日から施行する。

付 則（平成7年5月10日第3条及び第5条改正）

この会則は、平成7年5月10日から施行する。

付 則（平成16年12月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成17年4月1日から施行する。

付 則（平成19年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成19年4月1日から施行する。

付 則（平成29年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成29年4月1日から施行する。

付 則（令和3年9月22日第5条及び第11条改正）

この会則は、令和3年10月1日から施行し、令和3年9月1日に遡って適用する。

執筆者紹介(掲載順)

| | |
|--------|------------------------|
| 岡本 詔治 | 本学 名誉教授 |
| 古川原 明子 | 本学法学部 教授 |
| 松尾 秀哉 | 本学法学部 教授 |
| 若林 三奈 | 本学法学部 教授 |
| 眞田 章午 | 本学法学部 非常勤講師 |
| 川角 由和 | 本学法学部 教授 |
| 戸塚 悦朗 | 元本学法科大学院 教授 |
| 浜田 寿美男 | 奈良女子大学 名誉教授 |
| 山田 早紀 | 本学犯罪学研究センター リサーチアシスタント |
| 神吉 正三 | 本学法学部 教授 |
| 石井 幸三 | 元本学法学部 教授 |
| 金子 武嗣 | 大阪弁護士会 |
| 金 尚均 | 本学法学部 教授 |
| 玄 守道 | 本学法学部 教授 |
| 山本 紘之 | 大東文化大学法学部 教授 |
| 丹羽 徹 | 本学法学部 教授 |
| 清田 雄治 | 鈴鹿大学短期大学部 教授 |

2022年度 龍谷大学法学会役員および評議員

| | | | | |
|------|--|-------|-------|--------|
| 会長 | | 落合雄彦 | 橋本祐子 | 若林三奈 |
| 丹羽徹 | | 川角由和 | 畠山亮 | 庶務委員 |
| 副会長 | | 河村尚志 | 浜井浩一 | 武井寛 |
| 橋口豊 | | 神吉正三 | 濱中新吾 | 濱口晶子 |
| 評議員 | | 金尚均 | 玄守道 | 会計委員 |
| 赤池一将 | | 越山和広 | 本多滝夫 | 堀清史 |
| 石埼学 | | 嶋田佳広 | 山田卓平 | 会計監査委員 |
| 石塚伸一 | | 鈴木龍也 | 吉岡祥充 | 渡辺博明 |
| 石塚武志 | | 瀬畑源 | 編集委員 | |
| 今川嘉文 | | 寺川史朗 | 古川原明子 | |
| 牛尾洋也 | | 中田邦博 | 斎藤司 | |
| 大森健 | | 野々上敬介 | 松尾秀哉 | |

龍谷法学 第55巻 第1号

2022年7月22日 印刷

2022年7月29日 発行

編集兼
発行人
発行所

龍谷大学法学会会長 丹羽 徹

龍谷大学法学会
京都市伏見区深草塚本町67
電話 (075) 645-7922

印刷所

サンメッセ株式会社
京都市下京区西洞院通七条下る東塩小路町607-10
電話 (075) 366-0124

RYUKOKU HOGAKU

Ryukoku Law Review

Vol. 55, No. 1

July 2022

Articles

- Li problemi contemporanei sulla convivenza *more uxorio* in giurisprudenza(1)
Relativa alle casista in dai tempo Heisei periodo.
..... Shoji OKAMOTO (1)
- An Inquiry on Capital Punishment in Japan: Is the Dignity of Death Row
Inmates Guaranteed?
..... Akiko KOGAWARA (33)
- Why Brussels Became a Terrorism Hotbed?(1)
..... Hideya MATSUO (87)
- Trends and Problems of Non-Property Damages in Fukushima Nuclear Accident Compensation lawsuits
Following the Supreme Court Decisions in March 2022
..... Mina WAKABAYASHI (123)
- The Evolution of the Doctrine of Legitimate Expectation in United Kingdom Administrative Law(1)
- Focusing on the Role of Judges in the Development of Court Cases and Precedents -
..... Shogo SANADA (161)
- Eine kritische Analyse über „die Kontroverse von der Rechtssoziologie“ in Japan(20)
„Vor“ und „Nach“ des zweiten Weltkrieges von der japanischen Zivilrechtstheorie
- Die frühere Showa-Zeit : Hiroshi Suekawa („Die Lehre von der Rechtsverletzung“)
..... Yoshikazu KAWASUMI (197)
- Human Rights of Foreigners (Part 3)
Is 'Human Rights' same as 'Jinken'?
..... Etsuro TOTSUKA (237)
- Statement Analysis on the Statements of the Accused in the case of Kōtoku Shūsui 3
(A Study on Treason against Emperor in the case of Kōtoku Shūsui (1911) Part10)
..... Sumio HAMADA / Saki YAMADA (279)

Notes

- The Change of Commercial Law Scholars' Sending Power of Informations
..... Shozo KANKI (311)
- Homeless Persons and their Human Rights (2)
..... Kozo ISHII (353)
- A Study on Treason against Emperor in the case of Kōtoku Shūsui (1911) Part11
..... Takeshi KANEKO (383)

Translations

- The Rights of Non-citizens*, published by Office of the UN High
Commissioner for Human Rights.(First Part)
Explanation and Translation (First Part)
..... Etsuro TOTSUKA (425)
- R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (5)
..... Yoshikazu KAWASUMI (451)
- Walter Gropf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015
... Sangyun KIM / Sudo HYUN / Hiroyuki YAMAMOTO (477)

Material

- The judgment pronounced on March 30, 2021 by Nagoya District Court upon a cause
which has been sought an injunction against construction work and the others
A case which declared an application to the kindergartener of the Convention on the Rights of the Child
..... Toru NIWA / Yuji KIYOTA (497)

Published by

**The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan**