

龍谷法学

第55巻 第2号

-
- 論 説 銀行と倉庫業の関係
—明治・大正時代を中心として—
神吉 正三
- 判例内縁法の現代的課題(2)
～平成時代以降の裁判例を中心として～
岡本 詔治
- 「法社会学論争」の教訓(二十一)
—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:橋本文雄の社会法的法源論と
平野義太郎のマルクス主義法学—
川角 由和
- 外国人のヒューマンライツ(その4)
—海図を求める旅そしてヒューマンライツの歴史
戸塚 悦朗
- なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか(2)
松尾 秀哉
- イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開(2)
—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
- 翻 訳 イェーリング『ローマ私法における帰責要素』(6・完)
—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)
- 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』(後半)
戸塚 悦朗
-

目 次

論 説

銀行と倉庫業の関係

—明治・大正時代を中心として— ……神吉 正三… 1（563）

判例内縁法の現代的課題（2）

～平成時代以降の裁判例を中心として～ ……岡本 詔治… 35（597）

「法社会学論争」の教訓（二十一）

——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：橋本文雄の社会法的法源論と

平野義太郎のマルクス主義法学——

……………川角 由和… 67（629）

外国人のヒューマンライツ（その4）

——海図を求める旅そしてヒューマンライツの歴史

……………戸塚 悦朗…105（667）

なぜブリュッセルは「テロの温床」と化したのか（2）

……………松尾 秀哉…161（723）

イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開（2）

—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…189（751）

翻 訳

イエーリング『ローマ私法における帰責要素』（6・完）

—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）…225（787）

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』（後半）

……………戸塚 悦朗…247（809）

銀行と倉庫業の関係

—明治・大正時代を中心として—

神 吉 正 三

序章

銀行法12条は、銀行が銀行法10条および11条の規定によって営む業務および担保付社債信託法その他の法律によって営む業務のほか、他の業務を営むことができないと規定している。銀行の「他業禁止」を規定したものである。銀行が他業を営むことを禁止されたのは、昭和2年（以下、本稿では、第二次世界大戦以前の年を和暦のみで表記する）に制定された旧銀行法（昭和2年法律第21号）5条に遡る。同条は、「銀行ハ担保付社債信託法ニ依リ担保付社債ニ関スル信託業ヲ営ミ又ハ保護預リ其ノ他ノ銀行業ニ附随スル業務ヲ営ムノ外他ノ業務ヲ営ムコトヲ得ズ」と規定していた。

さらに銀行の他業禁止の歴史を遡ると、わが国初の普通銀行を規律する法律であって、明治23年8月23日法律第72号をもって公布された銀行条例には、そもそも銀行が他業を営むことを禁止する規定は存在しなかった。その後、銀行条例は、旧銀行法が制定されるまでの間に明治28年、32年、33年、大正5年、9年、10年の6回にわたって改正された⁽¹⁾。そして、大正5年の4回目の改正では、大蔵大臣の監督権限を強化することを主な目的とする改正が行われ、銀行が他業を兼営することに対して認可制が採

(1) 小山嘉昭『銀行法精義』（金融財政事情研究会、2018年）18頁。

用された⁽²⁾。これについて規定する改正後の銀行条例 2 条は、以下のとおりである。

第二条 銀行ノ事業ヲ営ムトスル者ハ商号、資本金額及本店ノ所在地ヲ定メ地方長官ヲ經由シテ大蔵大臣ノ認可ヲ受クヘシ

銀行カ他ノ事業ヲ兼営シ又ハ支店ヲ設置セムトスルトキ亦前項ニ同シ
そして、第52回帝国議会に提出された旧銀行法案が帝国議会で審議された際の資料によれば、他業を兼営していた普通銀行には、【表 1】のように、昭和元年12月末時点で計27行があった。大正 5 年の銀行条例の改正を踏まえば、これら27行は大蔵大臣の認可を受けて他業を営んでいたことになる。また、これら27行は、定款の「目的」に銀行業以外の他業に関する規定を置いている銀行である。他業の内訳を見ると、倉庫業が21行と最も多い。そして、倉庫業に次ぐ運送業の 4 行との差は大きい。旧銀行法によって兼業を禁止されて久しい現在の銀行を前提とすると、これだけの数の銀行が倉庫業を兼営していたことには、強い違和感を覚える。

【表 1】普通銀行の他業兼営調（昭和元年12月末現在）

地方別	商 号	資本総額	銀行業資本金	他業資本金	他業科目
北海道	株式会社壽都銀行	100,000	80,000	20,000	倉庫業
東 京	株式会社早川ビル・ブローカー銀行	2,500,000	2,000,000	500,000	代弁業
東 京	株式会社柳田ビル・ブローカー銀行	500,000	400,000	100,000	金融仲介業
大 阪	株式会社藤本ビル・ブローカー銀行	3,000,000	2,000,000	1,000,000	代弁業
兵 庫	株式会社廣銀行	500,000	480,000	20,000	倉庫業
兵 庫	株式会社姫路倉庫銀行	507,500	407,500	100,000	倉庫業

- (2) 同年の改正では、他に支店の設置・変更を大蔵大臣の認可事項とするとともに、銀行の合併に、大蔵大臣の認可が効力要件とされた（同年改正後の銀行条例 2 条および 2 条ノ 2）。また、大蔵大臣が事業の停止命令を含む必要な命令の発出、営業認可の取消しといった監督権限を有する旨の規定が新設された（同 8 条ノ 2）。

新 潟	株式会社北越倉庫銀行	175,000	125,000	50,000	倉庫業
新 潟	株式会社北越商業銀行	600,000	580,000	20,000	倉庫業
新 潟	株式会社新井銀行	650,000	570,000	80,000	倉庫業及貨物運送業
千 葉	株式会社東葛銀行	1,000,000	800,000	200,000	倉庫業及委託販売業
栃 木	株式会社栃木倉庫銀行	500,000	450,000	50,000	倉庫業
愛 知	株式会社日光川倉庫銀行	125,000	75,000	50,000	倉庫業委託販売業
愛 知	岡崎倉庫株式会社	200,000	160,000	40,000	倉庫業、諸貨物委託販売業及運送業
静 岡	静岡米穀肥料委託株式会社	150,000	130,000	20,000	倉庫業、委託販売業及運送業
静 岡	駿豆肥料株式会社	200,000	150,000	50,000	倉庫業、米穀、肥料蚕糸委託販売業
静 岡	株式会社三十五銀行	5,800,000	5,600,000	200,000	倉庫業
滋 賀	株式会社蒲生銀行	1,000,000	980,000	20,000	倉庫業及運送業
岐 阜	株式会社吉田倉庫銀行	1,000,000	990,000	10,000	貨物保管業
長 野	株式会社庚子銀行	500,000	450,000	50,000	倉庫業
長 野	株式会社東北銀行	500,000	450,000	50,000	倉庫業
宮 城	株式会社青葉銀行	500,000	450,000	50,000	倉庫業
鳥 根	株式会社松江銀行	*5,000,000	4,950,000	50,000	倉庫業
岡 山	株式会社山陽商業銀行	1,000,000	800,000	200,000	倉庫業
和歌山	株式会社和歌山倉庫銀行	5,000,000	400,000	100,000	倉庫業
徳 島	株式会社二本銀行	1,000,000	700,000	300,000	有価証券売買及代弁業
佐 賀	地所株式会社	1,000,000	150,000	850,000	肥料雑穀、地所売買業
佐 賀	株式会社八坂銀行	150,000	120,000	30,000	倉庫業
合 計	27行	28,157,500	24,447,500	4,210,000	

(資料) 小川郷太郎『新銀行法理由』(日本評論社、昭和5年) 170頁～171頁。

(注1) 原資料では「500,000」と表記されているが、ケタ違いが明らかであるため、修正して表記している。

(注2) 引用に際して、旧字体を新字体に改めた。

(注3) 他業科目の合計行数は、倉庫業21行、運送業4行、委託販売業と代弁業が各3行である。

(注4) 「代弁業」は、他人の代理をすることを目的とする業を指す。

そこで本稿は、銀行がなぜ倉庫業を兼営していたのか、銀行業が倉庫業を兼営する必要性は一体どこにあったのかについて、明治・大正時代を対象として明らかにすることを目的とする。ただし、なぜ銀行に他業を営むことを禁止する必要があるのかという、旧銀行法5条の制度趣旨については、別稿で詳細に検討する予定である。

上記の問題意識の下、まず第1章で、明治・大正時代に銀行を含む金融業者が、倉庫業を営むことを必要とした背景と理由を検討する。次に、第2章では、わが国初の普通銀行である三井銀行を含む4つの銀行を取り上げて、これらの銀行と倉庫業との関わりについて、各行の銀行史を基に説明する。そして、第3章では、明治時代以降、昭和10年にわが国で初めて倉庫業に関する業法である旧倉庫業法が成立するまで、わが国でどのような過程を経て倉庫業が生成・発展してきたのかを確認する。第4章では、第3章までの検討を踏まえて、銀行と倉庫業の関係について考察を行い、終章で全体のまとめを行う。

第1章 金融業における倉庫業の必要性

第1節 明治時代における普通銀行制度創設の過程

明治時代には、明治23年に銀行条例が制定されるまで、明確な法的根拠に基づいて設立された普通銀行は、当然ながら存在しなかった。そこで、本章のタイトルも「銀行業」とせず、「金融業」としている。ただし、実質的には、普通銀行を対象として考察している。明治維新後のわが国の普通銀行制度の整備、そしてその後の昭和2年の旧銀行法の制定に至るまでの過程とその変遷については、大きく3つの段階を経ている⁽³⁾。

まず、明治2年に「為替会社」の制度が創設され、わが国での銀行の嚆矢となった。為替会社は、三井、小野、島田といった江戸時代からの大手両替商や各地の富豪等によって次々に設立された。しかし、急速な業務の拡大による多額の貸倒れを招くとともに、政府の方針変更の影響もあって、明治4年には経営難に陥って廃業や転換に至り、結局、明治5年には為替会社の制度は失敗に帰した。

(3) 本節の記述に際しては、個別に引用しないものの、小山・前掲注(1)1頁～16頁に多くを負っている。

為替会社の制度に代わって、明治5年11月に国立銀行条例が公布され、明治6年以降は発券機能を持つ「国立銀行」の制度が創設された。国立銀行の資本金総額は4千万円と定められており、明治12年⁽⁴⁾に京都の第百五十三銀行が開業し、制限資本金総額に達したため、以後、その設立は認められなくなった⁽⁵⁾。そして、明治16年の国立銀行条例の改正により、営業満期後は国立銀行として営業を継続することができなくなったため⁽⁶⁾、明治32年2月までに122行が普通銀行に転換した⁽⁷⁾。

次に、発券機能を持たない「普通銀行」としての私立銀行の設立の経緯を見ると、それは、明治9年7月に開業した三井銀行に始まる。明治9年に国立銀行条例が改正され、国立銀行に限っていた「銀行」という名称の使用制限に関する第22条第3節の規定が削除されたことにより、いわゆる銀行類似会社⁽⁸⁾も「銀行」の名称を使用できることとなって、従来の名称を銀行に改称するものが各地に輩出した⁽⁹⁾。三井銀行はその初の事例であり⁽¹⁰⁾、三井銀行は、銀行条例が制定されるかなり前の時期に、東京府に対する請願と東京府から明治政府に対する「伺」が認められて開業に至った⁽¹¹⁾。

(4) 小山・前掲注(1)12頁には、「21年」と記述されている。これについては、明治財政史編纂会編『明治財政史第12巻』（明治財政史発行所、昭和2年）493頁の記述から、「明治12年」が正しいと判断できる。なお、同書は以下では『明治財政史第12巻』として引用する。

(5) 大蔵省編『明治大正財政史第14巻』（財政経済学会、昭和12年）10頁・13頁。以下、『明治大正財政史第14巻』として引用する。

(6) 『明治大正財政史第14巻』2頁。

(7) 他の国立銀行の状況は、官命による鎖店6行、平穏な鎖店1行、満期解散8行、合併16行である。『明治大正財政史第14巻』35頁～36頁。

(8) 明治15年9月に大蔵省は、「銀行類似会社ト称スル者ハ貸付金預り金及為替、荷為替、割引等凡ソ銀行事業ノ全部又ハ其幾部ヲ専業トスル者ニ限り候」とする令達を発した。『明治財政史第12巻』683頁。

(9) 『明治財政史第12巻』493頁。

(10) 『明治財政史第12巻』525頁。

(11) 『明治財政史第12巻』524頁。

銀行条例は、前述のとおり、明治23年8月23日法律第72号をもって公布され、翌明治24年1月1日から施行される予定であったものの、旧商法⁽¹²⁾の施行が明治26年7月1日に延期されたため、これと平仄をあわせて、明治26年7月1日から施行されることとなった。その後は、銀行条例に基づく普通銀行の設立が相次ぐこととなる。明治26年時点の普通銀行の総数は628行で、その後、その数は急増し、明治29年には1,054行とわずか3年で千行を超えるに至り、さらに明治34年には1,890行と、ピークに達した⁽¹³⁾。

第2節 金融業と倉庫業の関わり

銀行と倉庫業の関わりに関しては、明治6年に開業した第一国立銀行に関するものがある。第一国立銀行は、明治15年頃、貨主の倉庫の在庫米を担保にとって貸付をする「居倉取引」⁽¹⁴⁾（昔の「手錠前」）を行ったところ、

ㄨ なお、明治9年の三井銀行の開業後、明治26年に銀行条例が施行されるまでの間、法的根拠を持つ普通銀行は存在しない。また、明治26年に旧商法が施行されるまで、わが国では、会社制度自体が未整備の状態であった。

そして、銀行類似会社は、明治15年5月大蔵省達第10号により、銀行類似会社の創立には各地方庁に定款規則書等を添えて大蔵省に稟議のうえ承認することとされた。これにより、銀行類似会社請願許可の権限は大蔵省にあることが明確にされた。明治15年までの銀行類似会社の状況は、その取扱いに統一を欠いたため、地方庁の承認を得たもの、地方庁から主務省に申立て承認を受けたものなど、まちまちであるとともに、政府が銀行類似会社の経営状況を把握できる状態になってもいなかった。『明治大正財政史第14巻』29頁参照。

(12) 旧商法は、ヘルマン・レースラーの起草によるもので、明治23年4月に公布され、翌明治24年1月1日からの施行を予定されていたものの、本文に記述したように、明治26年7月1日に施行が延期された。その後、明治32年3月に現行の商法（明治32年法律第48号）が制定され、同年6月16日に施行されている。旧商法は、わずか6年ほどでその歴史を終えたことになる。

(13) 『明治大正財政史第14巻』33頁～34頁の図表参照。

(14) 貨主の倉庫の鍵を預かったうえで倉庫の貨物を担保にとって貸付けを行う取引を指す。日本倉庫協会『日本倉庫業史〔改定版〕』（日本倉庫協会、1970年）194頁。以下、『日本倉庫業史』として引用する。

担保品を不正に処分されたので、このような業務が警戒されるとともに、銀行の附属倉庫の必要を痛感したとされている⁽¹⁵⁾。その後、明治10年前後から各地に物品の保管兼金融、取引の補助機関として倉庫業が起こった。その主な受寄物は米、雑穀、肥料等であった。当時、倉庫と金融との関係は密接で、倉庫業を営む上では姉妹金融機関が存在することが要件となっていた。

明治10年頃から、商業組織の合理的編成替えの一環として、倉庫業という職業の分化傾向が現われ、形式上独立企業となったものの、倉庫業は金融機関または取引機関に実質的に依存していた。当時の倉庫業としては、米商会所と称された取引機関の受渡しの補助として経営されるものや、横浜・神戸等での外国貿易の勃興に伴う倉庫業が見られるようになった⁽¹⁷⁾。

銀行と倉庫業との関係について、次のように記述する文献がある。

「明治に入って新経済組織に適應して興つた倉庫業も、未だ全く金融機関との不可離の依存関係を断ちえなかつたのであつて、明治十三年四月十七日に東京市深川の小松町及富吉町の二蔵所で倉敷業を開始した三菱為替店の事業を首めとして、明治二十年頃迄に起こつた倉庫会社は殆んど金融機関在つての組織であつた。」⁽¹⁸⁾

「現今我国ニ於テ金融機関トシテ普通倉庫ガ活動ヲ為セル状態ハ我

(15) 『日本倉庫業史』193頁。第3章第1節で述べるように、明治10年頃までは、営業として他人のために物品を保管し、倉庫証券を発行する現代的な倉庫業は認められなかった。同書197頁。また、第2章第3節で述べるように、三菱銀行が東京倉庫の全株式を取得する契機となったのは、同様に、明治31年7月に起こった兵庫倉庫事件の発生である。

倉庫証券が発行されない状態、仮に発行されたとしても証券に対する信頼性が低い状態であれば、物品担保貸付けを実行するには、倉庫内の物品の保管状態を確認したうえで、倉庫の鍵を預かるということになろう。

(16) 『日本倉庫業史』198頁。

(17) 以上、『日本倉庫業史』198頁。

(18) 向井梅次＝中島時雄『倉庫業法論』（叢文閣、昭和13年）5頁～6頁。

商法ノ規定セル倉庫証券⁽¹⁹⁾即チ預証券及質入証券ノ発行ニ因ル場合ハ勿論ナルカ尚ホ此方法ト相對峙シテ流通ヲ目的トセサル証券ニ因リテ金融機関ノ働ヲナス場合頗ル多シ…／横浜正金銀行ハ一般ニ倉庫証券ヨリモ保管証書ニ基キテ金融ヲナスヲ好ムノ風アリ又東京倉庫ト三菱銀行トノ間及ヒ三井倉庫ト三井銀行トノ間ノ如キ大銀行ニ於テモ主トシテ此保管証書ヲ以テ金融ノ目的ニ供シ…」⁽²⁰⁾

「倉庫營業者ニ商品ヲ寄託スルモノハ大抵金融ヲ得ント欲スルモノニシテ、貨物ヲ倉庫ニ入ル、ト共ニ預証券質入証券ノ発行ヲ請求シ、直ニ債務ノ担保トノ銀行ニ差入レ若クハ倉庫營業者ニ金融ノ周旋ヲ依頼スルヲ常トス。サレハ倉庫業ト銀行業トハ唇齒輔車ノ關係ヲ有スト云フモ敢テ過言ニアラズ。」⁽²¹⁾

銀行が融資を行う場合、信用貸し以外は、担保または保証、あるいはその両方を融資先に求める。明治時代、とくにその初期のわが国は、未だ農業を中心とする経済社会であったため、融資を行う場合の担保としては、生産物である米をはじめとする一次産品が確実かつ換金が容易な担保物件となる。当時の物品担保貸付における一次産品は、銀行が融資に応じる際に担保とすることに適した対象物であったと考えられる。

そして、明治の初期には、第3章で検討するように、貨物を預かって信頼できる倉庫証券⁽²²⁾を発行する独立した倉庫業者は、いまだ見られな

(19) 引用者注。倉庫証券は、引用文にあるとおり、預け証券と質入証券の2枚の証券を発行する複券を前提とする名称で、これらを1枚にしたもの(単券)は、倉荷証券と呼ばれる。後掲注(75)も参照。

(20) 花岡敏夫『我法律上ヨリ観タル倉庫ト金融』(有斐閣書房、明治40年)3頁・4頁。後半の引用部分は、当時の商法が採用した倉庫証券における複券制が実務上一般的に用いられなかったことを説明する目的で記述されているものの、銀行と倉庫業との密接な関係を示す文献であるところから、引用している。

(21) 川上賢三「倉庫業ト他ノ商業機関トノ關係」国民経済雑誌2巻5号(明治40年)87頁。

(22) 本来は、複券を前提とする倉庫証券と、単券を前提とする倉荷証券を厳

かった。物品担保貸付において、信頼できる倉庫証券を発行する倉庫業者が成立していなければ、銀行自らが倉庫業を兼営し、自らの倉庫に貨物を預かって、寄託者の要求があれば、保管貨物に見合う物品担保貸付を行うということになる。これに加えて、明治初期には、現在の農業協同組合のような農業者に対する金融の提供を含む各種のサービスの提供を専門とする金融機関が未だ創設されるには至っていなかったことも、銀行が農業者に対して物品担保貸付を行った要因であると考えられる⁽²³⁾。

第2章では、銀行自らが倉庫業を兼営する必要があったことを確認するため、三井銀行、住友銀行、三菱銀行、百十四銀行の4行を取り上げて、各銀行の銀行史を手掛かりとして、これらの銀行と倉庫業との関わりを確認する。

第2章 主要銀行と倉庫業との関わり

第1節 三井銀行

三井銀行（現三井住友銀行）は、発券機能を持つ国立銀行ではないわが国初の私立銀行として、明治9年7月に私盟会社三井銀行として開業した銀行である⁽²⁴⁾。

-
- ㄨ 密に使い分けるべきである。単券制は、明治44年の商法改正によって導入された。従って、論述する時期によって、「倉庫証券」と「倉庫証券または倉荷証券」とを使い分けるべきところ、本稿では、厳密に使い分けていない。倉庫証券に倉荷証券を含む場合がある。

- (23) 農業協同組合法（昭和22年法律第132号）は、明治33年に成立した産業組合法（明治33年法律第34号）を淵源とする法律の一つである。産業組合法は、中小企業等協同組合法、信用金庫法、労働金庫法といった現在の協同組織金融機関の設立を根拠付ける法律の母法と位置付けられる法律である。鹿野嘉昭『日本の金融制度〔第3版〕』（東洋経済新報社、2013年）411頁の図表参照。
- (24) 三井住友銀行のウェブサイト（<https://www.smbc.co.jp/aboutus/profile/history.html>）参照。本節の記述においては、個別に引用しない場合も、三井銀行『三井銀行五十年史』（三井銀行、大正15年）、三井銀行八十年史編纂ノ

三井銀行の前身である三井組は、慶應三年、京都御所内の金穀出納所から出納所御用を仰せつけられ、これが維新後の御為替方三井組の発端となった。明治元年二月、三井組は小野・島田両組とともに、当時の財政機関たる会計事務局の出納事務を担当することを建議し、即日これが認められた。そして、「会計局御為替方」と唱え、公金取扱いの端緒となった⁽²⁵⁾。

その後、三井組は、第1章第1節で述べたように、明治8年7月に東京府に対して私立銀行の創立願を提出し、それが認可され、明治9年7月に私盟会社三井銀行として開業した。三井銀行の開業時の営業店は、全国に31か所に達していた。開業後、各出張所では、農家の納税資金に対して、米穀引当ての貸金を行ったとされている⁽²⁶⁾。物品担保貸付である。明治9年から租税を金納する制度に改められたところから、納税資金を捻出するための資金需要が発生したのである。三井銀行の物品担保貸付は、両替屋時代から、「質物貸し」「並合貸し」と呼ばれて行われていた。これらが江戸時代末期には盛んに行われたことは、三井両替店が江戸と大阪に相当数の質蔵を持っていたことからわかる。ほかに、貨主の倉庫の鍵を預かって貸し付ける出保管も行われ、これは、「手錠前」「居倉取引」と呼ばれた⁽²⁷⁾。

三井銀行が本格的に倉庫業に進出したのは、明治25年12月である。抵当流れとして所有した深川仲川町と日本橋箱崎町の倉庫を利用して物品担保貸付と倉庫業を始めた。明治26年7月の商法の施行を受けて、三井銀行は合名会社三井銀行に改組された⁽²⁸⁾。そして、明治32年には、合名会社三

ㄨ 委員会編『三井銀行八十年史』（三井銀行、1957年）に多くを負っている。以下、それぞれ『三井銀行五十年史』、『三井銀行八十年史』として引用する。

私盟会社は、株式会社の制度によるものの、株主の責任が無限責任となるものであると説明されている。『三井銀行五十年史』32頁。

(25) 『三井銀行五十年史』15頁・17頁。

(26) 『三井銀行五十年史』38頁。

(27) 『三井銀行八十年史』178頁～179頁。

(28) 三井銀行が当初、合資会社化を指向していたことを含めて、『三井銀行ノ

井銀行の目的条項に「銀行業務ノ外、当会社ハ倉庫業務ニ従事ス」の一項を追加した⁽²⁹⁾。

ところがその後、明治30年代の終わり頃に、三井銀行で重要な経営方針となりつつあった引受業務と倉庫業との関係が問題となった。明治38年3月に制定された担保附社債信託法6条の「信託会社ハ銀行事業ヲ除クノ外他ノ事業ヲ兼ヌルコトヲ得ス」との規定との抵触がそれである。大蔵省は、三井銀行のような有力銀行が信託業務に進出することを望ましいと考えていたものの、倉庫業を兼営している限り、許可できないとの方針を示した⁽³⁰⁾。三井銀行では慎重審議のうえ、信託業務への進出を優先し、倉庫業を分離することとした。

そして、明治42年10月に、株式会社三井銀行が創立され、合名会社三井銀行から銀行業務を譲り受けて11月に開業するとともに、箱崎倉庫・小野浜倉庫および門司支店倉庫部を分離独立させた東神倉庫株式会社が創立された。その後、東神倉庫株式会社は、昭和17年3月に三井倉庫株式会社に改称した⁽³¹⁾。

銀行が物品担保貸付を行う際に、十分な社会的信用を有する倉庫業者が存在しなければ、銀行自らが倉庫業を兼営して物品を預かり、それを担保として融資を行う必要があったことがわかる。

第2節 住友銀行

住友銀行（現三井住友銀行）は、明治28年11月に住友吉左衛門が経営する住友本店の銀行部として創業発足した⁽³²⁾。

ㄨ 八十年史』125頁～128頁参照。

(29) 以上、『三井銀行八十年史』179頁～180頁。

(30) 『三井銀行八十年史』180頁～181頁。

(31) 『三井銀行八十年史』182頁～183頁。

(32) 本節の記述においては、個別に引用しない場合も、住友銀行史編纂委員『住友銀行史』（住友銀行史編纂委員、1955年）に多くを負っている。以下、『住友

住友家は別子銅山の経営を祖業とし、銅山経営から各種の事業が生成分化して現在に至っている⁽³³⁾。住友家は、明治5年に大阪、伊予間に就航させるため、汽船を購入して店務の便をはかるとともに、貨客の輸送を行った。その発着事務を担ったのが大阪富島町の店舗であり、同店に付属倉庫があった。倉庫に近傍の穀物問屋から商品の寄託を受けるようになり、その後、寄託商品を担保とする金融が始められた⁽³⁴⁾。江戸時代の大阪では、商事上の慣用語として抵当のことを「並合^{なみあい}」というとともに、抵当による貸借のことも並合と称されていた。住友家の並合業は、明治8年に雑穀担保の貸付から始まった⁽³⁵⁾。「並合業」は、自己資金による物品担保の金融事業を指す。当時の並合業は質屋営業の扱いを受けていたため、住友家も質屋営業の許可を受けていた。

そして、明治16年には、中之島出張所において並合業付属の倉庫業を開始した。その後、並合業は、神戸支店、尾道支店でも始められ、次第に地域的に拡張していった。

本支店には、顧客の商品担保⁽³⁶⁾借入の便のため、付属倉庫を設けていたものの、明治32年には、貨物の集散の著増を背景として、倉庫営業を別に行う必要が生じ、倉庫営業が分離され、住友吉左衛門が無限責任を負う

ㄨ 友銀行史』として引用する。

(33) 『住友銀行史』1頁。

(34) 『住友銀行史』12頁。

(35) 『住友銀行史』12頁。

(36) 本稿では、「物品担保」と「商品担保」とを厳密に使い分けていない。一次産品の生産者にとっては、生産物は仕入れた商品ではないから、「物品担保」と表現する方が適切と考えられるものの、生産物を販売する局面では「商品担保」といえるものもない。これに対して、卸売業者を典型とする商人の場合、仕入れた商品を担保化する場合は「商品担保」と表現することが適切と考えられるものの、商品も物品であることに違いはないから、「物品担保」といえるものもない。参照した原資料の表記を尊重しつつ、おおむね、上記のような点を意識しつつ表記している。

住友倉庫という独立の営業部となった⁽³⁷⁾。

以上のように、住友銀行は、住友家の別子銅山の経営を淵源とする。物資運搬のために海運業に進出すると、港には、陸揚げされた物資を保管するための倉庫が必要となる。倉庫に貨物を預かると、そこには、貨物を流動化するための金融のニーズが発生するという流れになることが住友銀行の歴史から読み取れる⁽³⁸⁾。倉庫業を銀行業の一部とするのか、独立させて倉庫業としての拡大を図るのかは、各銀行の個別事情によると判断できる。

第3節 三菱銀行

三菱銀行（現三菱UFJ銀行）は、明治28年7月に三菱合資会社の一部門として創設された三菱合資会社銀行部に端を発する。三菱銀行は、大正6年以来、三菱合資会社の各事業部を分離独立させる方針の下、大正8年8月、株式会社三菱銀行として創立された⁽³⁹⁾。

三菱合資会社の歴史は、明治3年に創業者岩崎彌太郎が創設した「土佐開成商社」から始まる。土佐開成商社は、海運業を営む岩崎の経営による事業であり、その後、数度の商号変更を経て、明治8年に「郵便汽船三菱会社」に改称された⁽⁴⁰⁾。

郵便汽船三菱会社は明治9年6月に為替局を設置し、回漕貨物を担保と

(37) 『住友銀行史』35頁。

(38) 次節で述べる三菱銀行のケースを含めて、銀行業以外の他業を営む事業者にとって、本業である他業を推進するうえで、物流業とそれに関連する金融業に進出することが有益であることがわかる。これは、現在のわが国で、他業から銀行業への参入が盛んに見られることと同じ理由に基づくと考えられる。

(39) 三菱銀行史編纂委員会『三菱銀行史』（三菱銀行史編纂委員会、1954年）1頁・145頁～147頁。以下、『三菱銀行史』として引用する。本節の記述には、個別に引用しない場合も、同書に多くを負っている。

(40) 『三菱銀行史』2頁～4頁・8頁。

して荷主に為替金を融通することによって、積載貨物の誘引に努めた⁽⁴¹⁾。さらに、明治13年4月には「三菱為換店」を創設し、郵便汽船三菱会社の附帯事業であった為替業務を本格的に営むこととした。その業務範囲は、為替、荷為替業務のほか、預金、貸付並びに倉庫業務であった。これが、三菱が銀行業務を営む萌芽となった⁽⁴²⁾。

三菱為換店が営む倉庫業は、①預り証書を発行して荷物を預かり、保管料を収納するもの、②倉庫を貸し渡すものの2つの業務に分かれていた。そして、①に関連して、荷物預り証書を担保として荷主に貸出を行っていた⁽⁴³⁾。三菱為換店を設けた趣旨は、海運事業の助長にあり、主として運輸交通の不便な奥羽あるいは北海道地方の米、海産物等を中央市場に回漕するに際して、積荷を担保として資金を供給し、もって載貨の増加を図ることにあった⁽⁴⁴⁾。物品担保貸付のために倉庫を経営するという以上に、「蔵敷業」と称して、保管兼倉庫賃貸業を行った⁽⁴⁵⁾。

その後、荷為替貸付によって載貨の増加を図ることが危険であることが認識されたことによって、明治17年11月に三菱為換店の廃止が決定され、残務は郵便汽船三菱会社が継承した⁽⁴⁶⁾。そして、郵便汽船三菱会社は明治18年2月の岩崎彌太郎の逝去をうけて、海運事業を新設の日本郵船会社に譲渡するとともに、翌明治19年3月には、郵便汽船三菱会社は「三菱社」に改称し、鉱山、造船、不動産の買収経営を中心として事業を展開することとなった⁽⁴⁷⁾。

三菱社は、明治26年7月に施行された商法に基づいて、それまでの岩崎

(41) 『三菱銀行史』9頁。前掲注(38)の記述も参照。

(42) 『三菱銀行史』19頁。

(43) 『三菱銀行史』24頁。

(44) 『三菱銀行史』31頁。

(45) 『日本倉庫業史』194頁。

(46) 『三菱銀行史』38頁～39頁。

(47) 『三菱銀行史』69頁～70頁。

の個人事業をあらため、同年12月に合資会社に組織変更を行った⁽⁴⁸⁾。そして、銀行業務に進出することとなり、明治28年7月に、三菱合資会社の営業目的に銀行業務を追加し、三菱合資会社銀行部が創設された。三菱合資会社銀行部創設の背景として、明治5年の国立銀行条例の制定を受けて、明治11年に第百十九国立銀行が創立され、その後、明治18年5月に郵便汽船三菱会社が第百十九銀行の業務を引き継いだことが挙げられる⁽⁴⁹⁾。

三菱合資会社銀行部の業務については、明治30年前後の業況として、日清戦争後の景気の反動を受けて、確実な取引先に対して商品担保での貸出、日本銀行に再割引を依頼して米穀商の資金需要に応えること、その後はさらに、商品担保に対しても警戒の態度を厳にし、東京倉庫以外の預り証券に対する貸出を謝絶して回収を図る運営が行われている⁽⁵⁰⁾。そして、明治31年7月に起こった兵庫倉庫事件（金融ひっ迫に起因して、荷主数名が兵庫倉庫保管貨物を無断で引き出し、自己の窮境打開に充てた事件）を契機として、銀行と倉庫会社との相互信頼に基づく一体化の必要性が強く認識され、明治32年下期に、銀行部は親密な関係にあった東京倉庫の全株式を取得した⁽⁵¹⁾。

以上の経緯を経て、三菱合資会社は大正6年以降、各事業を分離独立させる方針を決定した。これにより、三菱造船株式会社、三菱製鉄株式会社、三菱鉱業株式会社、三菱商事株式会社が分離独立し、三菱合資会社は、持株会社への転向を開始した。そして、この方針の下、大正8年8月の銀行部の独立によって、株式会社三菱銀行が創設された。

三菱銀行の場合、海運業が祖業であり、運送品を担保として資金を供給することによって載貨の増加を図るという目的のために、倉庫業および金

(48) 『三菱銀行史』64頁。

(49) 『三菱銀行史』77頁。

(50) 『三菱銀行史』90頁。

(51) 『三菱銀行史』92頁～93頁。

融業への進出が行われたことがわかる。また、物品担保貸付を円滑に推進するためには、信頼できる倉庫業者が不可欠であることもわかる。

第4節 百十四銀行

百十四銀行は、明治11年に第百十四国立銀行として創業し、その後、明治31年に私立銀行に転換し、株式会社高松百十四銀行に改組され、高松銀行との合併を経て、1948年に株式会社百十四銀行に商号を変更して現在に至る銀行である⁽⁵²⁾。

百十四銀行は、明治40年以降の金融の緩慢、金利低下による収入減を補充するための投資手段として、明治42年3月に倉庫部を開設した。「適当な場所に倉庫を建築して倉庫業を営み且つ穀物雑貨等を担保として、安全な放資の途を開かんとした。」と説明されている⁽⁵³⁾。その後、明治45年1月に丸亀支店に倉庫を建築し、同年2月には、草壁支店に倉庫用地の買入れが実現し、商品の保管並びに商品担保貸付がますます盛んになった。担保品は米・麦・製紙原料・砂糖・雑貨等で、とくに米が主であったとされている⁽⁵⁴⁾。

このように、百十四銀行の場合、倉庫業への進出は上述の3行と対比すると遅いものの、銀行業を安全確実に行うために物品担保貸付を行い、そのために必要となる倉庫業への進出を図ったことがわかる。

第5節 考察

現在のわが国を代表する銀行を含む4つの銀行の例を踏まえると、とくに明治時代に銀行が倉庫業を兼営することは、何ら異例なことではなかつ

(52) 百十四銀行のウェブサイト (https://www.l14bank.co.jp/company/about_l14bank/) 参照。

(53) 百十四銀行八十年誌編纂室『百十四銀行八十年誌』（百十四銀行、1959年）376頁。

(54) 『百十四銀行八十年誌』・前掲注(53) 376頁。

たことがわかる。その要因は、倉庫業が十分に整備されていなかったことと、その状態で物品担保貸付を行うためには、銀行自らが倉庫業を兼営する必要があったという点に尽きる。

とくに、明治時代の初期は、未だ第一次産業を中心とした経済社会であって、米を中心とする一次産品の保管、輸送といった物流活動と金融とが密接に結びついていたことがわかる。明治9年に、租税制度が大きく変更され、金納となったことも、生産物を担保とする金融に対する需要を発生させた。

銀行の成り立ちは、江戸時代から続く両替商から始まる場合のほか、国立銀行から普通銀行に転換した場合のように、金融業を淵源とする銀行があるほか、銅山経営、海運業といった他業を淵源とする銀行がある。他業を淵源とする銀行においては、銀行業自体が他業の一部門として経営されているから、銀行業から見た場合、当然ながら他業を兼営している状態となる。

そして、明治時代の金融業者にとっては、一次産品を担保とする物品担保貸付が確実な融資方法であったと考えられる。一定品質かつ一定量の一次産品を担保とすれば、換金性も高く、担保評価も比較的容易であったと考えられる。そして、独立した倉庫業が確立されていない状況の下では、銀行自ら倉庫業を兼営し、担保品を自らの管理下において融資を行うということが、より安全かつ確実な融資方法であったと考えられる。

また、海運業の場合、海上輸送の前後の過程で、運送品の保管を行う必要が必然的に生じる。独立した倉庫業者が確立されていない状態であれば、海運業者は船舶が発着する港ごとに倉庫を自ら設ける必要が生じる。そして、貨物を輸送するために倉庫で預かって到着地への運送を完了し、さらにはその貨物を到着地の倉庫に預かって荷受人に引き渡すまでの間に、運送品を流動化（資金化）する必要が生じる。海運による運送には、現在以上に多くの時間を要したことは、言うまでもない。

序章で述べたように、大正5年の銀行条例の改正において、銀行が他の事業を兼営することに対して認可制が採用された。改正法案の帝国議会における審議の過程で、次のような質疑と答弁が行われている。

齋藤安雄委員の質疑

「地方に完全なる倉庫業をどうか起るやうに誘導致して、そうして倉庫業の完全なる者に依て適当なる金融を中央からも受けることになる方法を取る、是がまあ地方中央との金融の疎通を宜く致す唯一の方法であると言ふことに帰着する訳であります」⁽⁵⁵⁾「地方の金融を疎通して、根本として此普通銀行、貯蓄銀行、倉庫業の兼営を許すと言ふ方針を執って戴きたいと思ひます」⁽⁵⁶⁾

森俊六郎政府委員の答弁

「日本銀行に於きましても、大分地方の金融のことに付て心配致して居ります、嘗て新潟或は松本等に支店を設置致しましたのも全くそう言ふ趣旨から出て居ります、さうして成るべく此商品を担保として融通を与えたいと言ふ方針を取って居ります、又倉荷証券等の融通をしたいと言ふ方針を取って居るのであります、長野福島県等に指定倉庫を段々殖やして居ります、成るべく商品担保貸付と言ふことを奨励したいと言ふ方針を取って居ります」⁽⁵⁷⁾「従来貯蓄銀行に付きましては、兼営を許さぬと言ふことの方針を取って居ります」⁽⁵⁸⁾、倉庫業に

(55) 第37回帝国議会衆議院 銀行条例中改正法律案外一件委員会議録（速記）第三回（大正5年2月7日開議）13頁〔日本銀行調査局編『日本金融史資料明治大正編 第13巻』（大蔵省印刷局、1959年）1093頁〕。引用に際しては、旧字体を新字体に改めるとともに、読みやすさを優先して片仮名を平仮名に置き換えた。以下の森俊六郎政府委員の答弁まで、同様である。

(56) 銀行条例中改正法律案外一件委員会議録（速記）第三回・前掲注(55)13頁〔『日本金融史資料明治大正編 第13巻』1095頁〕。

(57) 銀行条例中改正法律案外一件委員会議録（速記）第三回・前掲注(55)14頁〔『日本金融史資料明治大正編 第13巻』1095頁～1096頁〕。

(58) 引用者注。貯蓄銀行条例5条は次のように規定して、実質的に貯蓄銀行ノ

限った訳ではありませぬ、外国の例その他今日までの経験に依りまして、貯蓄銀行と言ふものは兼営を許さぬ、専門的のものでなかなばならぬと言ふ見解を取って居ります、貯蓄に倉庫を許すと言ふことは余程考へものだらうと考へて居ります、普通銀行の側では既に倉庫業を兼営して居る者は少くない、是は其の銀行の状態、其倉庫業の経営者の如何に依りましては、絶対に之を止めると言ふ考えは持って居りませぬ、大蔵大臣の認可を受けまして相当のものでありますれば全然禁止すると言ふ考を持って居りませぬ」⁽⁵⁹⁾

この質疑応答からは、明治から大正時代にかけて、とくに地方の銀行が物品担保貸付を行っており、それを円滑に行うために銀行が倉庫業を兼営する必要があったことがわかる。銀行が倉庫業を兼営する必要性があるのは、倉庫業の発達程度と一体の関係にあることもわかる。

また、倉庫証券の発行に代えて保管証券のみを発行し、保管証券の寄託者の名義を当初から銀行とする場合があったことを示す文献が存在する。次のとおりである。

「横浜正金銀行、三菱銀行、三井銀行等に於ける金融の場合に付き此等保管証券には銀行を以て直接に寄託者名義となすの形式を採れり之れ別に特約証券により貨物を銀行に予め根抵当に差入れたる後に銀行を寄託者として倉庫より保管証券を発行するものにして荷主は証券面上に全く現はれざるなり」⁽⁶⁰⁾

ㄨ が他業を営むことを禁止していた。引用に際しては、旧字体を新字体に改めている。

第五条 貯蓄銀行ハ左ニ掲クル事項ノ外其資金ヲ運転スルコトヲ得ス

第一 貸付

第二 証券ノ割引

第三 国際証券及地方債証券ノ買入

(59) 銀行条例中改正法律案外一件委員会議録（速記）第三回・前掲注(55)14頁
『日本金融史資料明治大正編 第13巻』1096頁。

(60) 花岡・前掲注(20) 5 頁。

銀行から物品担保貸付を受けた後、借入を完済した場合、借入人にとっては担保品が確実に開放されることが重要である。保管証書の寄託者の名義人が銀行であれば、借入人が借入を完済したとしても、担保品が借入人に返還される法的な保証はない。それにもかかわらず、このような方法がとられていたことは、銀行に対する社会的な信用が高かったことを裏付けるものである。

次に、参考までに、明治・大正時代の普通銀行、国立銀行、貯蓄銀行の貸出金の担保別残高を示しておく。

【表2】普通銀行貸出金抵当別調

〔単位：円、％〕

年 次	明治26年末		明治36年末		明治44年末		大正3年末	
		構成比		構成比		構成比		構成比
国債証券	2,016,455	4.12	11,748,226	3.08	28,330,602	4.72	30,645,817	4.16
地方債証券			824,985	0.22	1,392,934	0.23	2,333,311	0.32
株券	12,566,788	25.63	83,949,178	22.04	132,438,154	22.11	167,947,469	22.8
社債券および諸証券			6,764,969	1.78	10,455,187	1.75	22,328,630	3.03
地所家屋・各財団	16,593,926	33.84	136,652,704	35.88	212,572,773	35.49	279,175,085	37.91
雑品船舶・漁業権	7,980,503	16.26	40,499,806	10.63	53,278,470	8.9	43,738,517	5.93
信用	9,925,800	20.15	100,433,504	26.37	160,520,349	26.8	190,395,637	25.85
計	49,083,472	100.00	380,873,372	100.00	598,988,469	100.00	736,564,466	100.00

（資料）大蔵省理財局『金融事項参考書（内国之部）（大正五年四月調）』（大蔵省印刷局、大正5年）250頁～253頁。

（注）明治26年末から大正3年末まで連続して示された数値のうち、4年分を抜粋した。

【表3】国立銀行貸出金抵当別調

〔単位：円、％〕

年 次	明治26年末		明治30年末	
		構成比		構成比
国債証券	8,935,194	12.76	3,952,518	13.74
株券	23,718,713	33.88	9,729,687	33.83
地所家屋	12,542,332	17.91	6,496,512	22.59
穀物	2,692,403	3.85	723,185	2.51
雑品	8,381,726	11.97	3,298,919	11.47

信用	13,743,284	19.63	4,563,348	15.86
計	70,013,652	100.00	28,764,169	100.00

(資料) 大蔵省理財局『金融事項参考書 (内国之物) (大正五年四月調)』(大蔵省印刷局、大正5年) 242頁～243頁。

(注1) 明治26年末から明治30年末まで連続して示された数値のうち、2年分を抜粋した。

(注2) 国立銀行は、本文で述べたように、明治32年までに122行が普通銀行に転換したため、数値の公表が明治30年末までにされたと考えられる。

【表4】貯蓄銀行貸出金抵当別調

〔単位: 円、%〕

年次	明治26年末		明治36年末		明治44年末		大正3年末	
		構成比		構成比		構成比		構成比
国債証券	357,062	33.49	1,237,112	2.27	3,731,102	2.91	3,930,004	2.05
地方債証券			51,109	0.09	141,747	0.11	189,354	0.10
株券	610,976	57.3	11,979,535	21.96	24,629,372	19.22	35,995,511	18.75
社債券および諸証券			756,989	1.39	2,468,525	1.92	9,705,719	5.06
地所家屋・各財団	94,954	8.90	21,891,706	40.13	52,081,327	40.65	77,366,510	40.30
雑品船舶・漁業権	3,091	0.29	2,826,988	5.18	7,977,857	6.23	11,296,924	5.88
信用	247	0.02	15,811,863	28.98	37,124,936	28.96	53,481,925	27.86
計	1,066,330	100.00	54,555,302	100.00	128,154,866	100.00	191,965,947	100.00

(資料) 大蔵省理財局『金融事項参考書 (内国之物) (大正五年四月調)』(大蔵省印刷局、大正5年) 260頁～263頁。

(注) 明治26年末から大正3年末まで連続して示された数値のうち、4年分を抜粋した。

これらの資料からは、それぞれの種別の銀行で、物品担保貸付がどの程度行われていたのかを正確に把握することはできない。普通銀行、貯蓄銀行と国立銀行とで担保の分類が異なることと、倉庫証券を担保とした場合、普通銀行と貯蓄銀行では、「社債券および諸証券」に計上されている可能性があるからである。国立銀行については、「社債券および諸証券」の分類がなく、「穀物」と「雑品」の分類があるから、穀物や肥料、生糸、砂糖といった物品を担保とする融資は、ここに計上されていると考えられる。国立銀行の数値を基にすると、物品担保貸付は、「穀物」と「雑品」を合計し、最大で融資全体の15%程度を占めていると考えられる。

次に、銀行が倉庫業を兼営しない場合、倉庫業者が発行する倉庫証券の信頼性が問題となる。当時、倉庫証券を発行できる倉庫業者を規制する現在のような倉庫業法は存在しなかったから、倉庫証券に対する信頼性は、もっぱら倉庫業者の社会的な信用度に基づいて判断されたと考えられる。そこで、第3章では、わが国における倉庫業の生成・発展と規制の歴史を確認する。

第3章 倉庫業の生成・発展と倉庫業法の制定過程

第1節 明治初期から明治10年代の状況

わが国では、明治10年頃まで、営業として他人のために物品を倉庫に保管し倉庫証券を発行するという現代の倉庫業は、ほとんど認められなかったとされている⁽⁶¹⁾。

前述のとおり、明治9年に納税制度が金納に改められたことによって、大量の貨物が市場に流出し、商人が大量の貨物を処理する必要が生じ、そのための貯蔵、保管並びに金融に関する適当な機関が要望されるようになった。明治10年には、銀行同盟「択善会」が「貸倉場」と称する発券倉庫制の創設を政府に建議した⁽⁶²⁾。この建議文の立案は、第一国立銀行頭取渋沢栄一に託され、同年11月5日に第5回会合で建議文案の質疑が行われた。それによると、本稿の関心においては、倉庫業について銀行の営業として一科目を増やすこと、単独または数行共同してもよいという趣旨であるとの説明が行われた点が注目される。倉庫業は、銀行が兼営することを前提とする建議であったことになる。「貸倉場創設願」は明治10年12月

(61) 『日本倉庫業史』197頁。本章の記述においては、個別に引用しない場合も、同書に多くを負っている。

(62) 以上、『日本倉庫業史』197頁～198頁。択善会による貸倉場をめぐる構想の詳細に関しては、金城亜紀「渋沢栄一と近代倉庫金融の嚆矢——択善会録事にみる明治初期の銀行と倉庫業」法と経営研究5号(2022年)31頁～54頁参照。

に政府に提出されたものの、西南戦争直後であったことと、銀行業者にだけこのような倉庫を経営させるという点でも、政府には受け入れられることはなかった⁽⁶³⁾。

明治10年前後から、物品の保管兼金融または取引の補助機関としての倉庫業が興った。主な受寄物は、米を主とし、雑穀、肥料等がこれに次いだ。当時、倉庫と金融との関係は上述のとおり非常に密接で、倉庫業を営むには、ほとんど姉妹金融機関の存在することが要件となっていた。さらに、外国貿易の勃興に伴う倉庫業も、上述のように、横浜、神戸等に現れた⁽⁶⁴⁾。

明治10年代における倉庫業は、単に場所の提供であって、保管責任はほとんど意識されていなかったとされている⁽⁶⁵⁾。明治10年代の倉庫業者は、実質的に金融機関または貨物の売却機関と共同経営の形で運営され、独立した「業」としては認識されない状態であった。

第2節 明治20年以降の倉庫業

明治20年頃から、独立の倉庫業としての面目を有する相当規模の倉庫業者が現われるようになり、明治20年に東京倉庫と京都倉庫が開業した。とくに、明治23年に商法草案が発表されたことを契機として、倉庫の賃貸と貨物の保管の観念の区分が認識されるようになった⁽⁶⁶⁾。同年に成立した旧商法（明治23年法律第32号）では、倉庫営業に関する独立した規定は置かれておらず、607条～624条の「寄託」の中に、平成30年改正後商法596条の場屋営業者の責任などとともに、混然と規定が置かれていた⁽⁶⁷⁾。

(63) 『日本倉庫業史』205頁。「貸倉場創設願」については、『日本倉庫業史』201頁～202頁参照。

(64) 以上、『日本倉庫業史』198頁。

(65) 『日本倉庫業史』199頁。

(66) 以上、『日本倉庫業史』259頁。

(67) 明治23年制定の旧商法621条では、寄託者の名前による記名式、指図式、ノ

明治20年には三菱社の首脳が有限責任東京倉庫会社設立の儀を東京府に出願し、これを認める指令を受けた。同社は、従来の倉庫業者と違って、金融機関や取引機関と相互依存関係によって経営されたものではなく、ほぼ独立の倉庫業者としての面目を整えていた。これを証するように、東京倉庫の発行する預り証券は、いかなる銀行においても担保品として扱われたとされている⁽⁶⁸⁾。

このようにして、明治30年頃には、倉庫業者は、取引所関係のもの、金融機関関係のものという特徴はなくなり⁽⁶⁹⁾、次第に独立性を高めることとなった。

第3節 明治30年代から第一次世界大戦勃発時までの倉庫業

明治32年6月の現行商法の施行により、倉庫業の性質が法的に確立されるとともに、日清戦争後の好況により、倉庫業の著しい進展がみられるようになった⁽⁷⁰⁾。

第2章で述べたように、この時期に、三井銀行と住友銀行は、銀行から倉庫事業を独立させている。三井銀行による明治42年10月の東神倉庫株式会社、住友銀行による明治32年7月の住友倉庫（別個の会社組織としたのはさらに後年）がそれである⁽⁷¹⁾。

そして、明治33年には、日本倉庫業聯合会が創立された。この創立に先立って、神戸、大阪、東京の銀行集会所は、倉庫証券に単券の併用を主張することで一致した。銀行業界の態度が確定したことを受け、倉庫業者の

ㄨ 無記名式のいずれの方式であっても、受取証書を発行できることが規定されていた。

(68) 以上、『日本倉庫業史』260頁～261頁。

(69) 『日本倉庫業史』262頁。

(70) 『日本倉庫業史』308頁。

(71) 『日本倉庫業史』309頁。

側での意見集約の必要性が生じて聯合会の創立に至ったのである⁽⁷²⁾。なお、日本倉庫業聯合会は、昭和7年に「日本倉庫協会」に改組された⁽⁷³⁾。

日本倉庫業聯合会の統計によれば、明治41年から大正2年頃の倉庫保管貨物個数を見ると、東京、横浜、名古屋、大阪、神戸、関門の六大都市合計の貨物残高は、個数、金額ともに、全国の9割以上を占めている。また主要受寄物は、明治41年頃には、金額残高では、砂糖を最高として、綿花、織物類、米穀、肥料がこれに次いでいた⁽⁷⁴⁾。

明治32年6月に施行された現行商法は、第9章「寄託」の第2節に「倉庫営業」を規定していた。商法上の倉庫証券は、文言証券、処分証券、引渡証券、引換証券であることを規定するとともに、いわゆる複券制⁽⁷⁵⁾を採用していた（平成30年改正前商法598条参照）。ただし、商法施行前のわが国では、実務上、もっぱら単券制が採用されてきたこと、債権債務関係を暴露することが好まれなかったなどの理由によって、倉庫業者がせつか

(72) 『日本倉庫業史』364頁～365頁。

(73) 日本倉庫協会のウェブサイト (<https://www.nissokyo.or.jp/society/>) 参照。

(74) 『日本倉庫業史』314頁。この時期にも、倉庫の主要受寄物が一次産品やその加工品、繊維製品であったことは、踏み込んで説明しないものの、当時の日本社会の諸産業の発展状況を知る手がかりとなる。

(75) 複券制は、預証券と質入証券の2種の証券を発行する制度で、受寄物の譲渡には預証券を用い、質入には質入証券を用いる。単券制は、単一の証券の発行のみを認める制度で、受寄物の譲渡と質入れとも、当該の証券を用いて行う。そのため、受寄物を質入れのために証券を交付すると、その後の受寄物の譲渡に困難をきたす結果となる。

わが国では、明治44年の商法改正で、複券制と単券制の併用主義が採用されたものの、実務上、単券のみが利用されていたため、平成30年の商法改正では、複券制が廃止され、単券の倉荷証券のみが認められることとなった。平成30年改正後、商法600条参照。

以上のように、明治44年の商法改正前まで、わが国に倉荷証券は法制上存在しえないこととなる。ただし、引用・参照した文献において、このような区別がどの程度、意識されていたのかは、個別に慎重に検討を必要とする。本稿では、倉庫証券と倉荷証券の使い分けについて、そこまで徹底した検証を行っていない。前掲注(22)も参照。

く複券を発行してもほとんど分離流通することがなく、有名無実化していたとされている⁽⁷⁶⁾。

明治44年5月に商法が改正され、単券の併用⁽⁷⁷⁾が認められるまでに最も普及した方法は、銀行が債務者に約束手形を振り出させ、その担保として質入証券および預証券の双方に譲渡裏書をさせて取得し、さらに、担保品差入証を差し入れさせて明確に流質契約をするという方法であった⁽⁷⁸⁾。

第4節 倉庫業法制定の経緯

倉庫業に対する行政的な指導・監督は、長らく等閑視されてきた。商法が施行されるまで、倉庫業者が発行する倉庫証券には法的な裏付けがなく、それが発行されたとしても、当該証券の信用度は、倉庫業者の社会的信用に依存する状態であった。明治17年に、倉庫業に対して行政的並びに商事的规定を盛り込んだフランス式の法律の発布に向けた動きがあったものの、実現には至らなかった⁽⁷⁹⁾。

ただし、倉庫業に関連する取引所業、保険業、銀行業、信託業等の各業については、適切な業法が制定されるに至っていたものの⁽⁸⁰⁾、倉庫業については、昭和に入ってもこれを規制する業法は未だ存在しなかった。倉庫業を規制する業法が存在しない状態で、自由に倉庫業が営めることに伴って、どのような社会的問題が発生したのかについては、次のように記述する文献が参考になる。

「自由営業の間隙に濫設された所謂不良倉庫に付て、為政者の立場から遺憾な点として、先づ設備上、地震、火災、水害等の天災に対す

(76) 『日本倉庫業史』332頁。

(77) 平成30年改正前商法627条1項は「倉庫営業者ハ寄託者ノ請求アルトキハ預証券及ヒ質入証券ニ代ヘテ倉荷証券ヲ交付スルコトヲ要ス」と規定していた。

(78) 『日本倉庫業史』340頁。

(79) 『日本倉庫業史』520頁。

(80) 『日本倉庫業史』521頁。

る耐持力が嘆ぜられ、経営上も空券の発行、証券と引換に非ざる貨物仮渡、証券面の虚偽の記載、証券発行後に於ける不正なる貨物入換容認、在庫数量の虚偽報告に依る市場攪乱等が憂慮されること、成った。」⁽⁸¹⁾

寄託物を安全に保管するという倉庫業者の中心的な業務遂行の観点からも、そして、倉庫業者が発行する倉庫証券の信頼性の観点からも、およそ倉庫業者が責任をもって業務を遂行していると判断できない多くの弱小倉庫業者が存在したことがわかる。

日本倉庫業聯合会では、昭和6年4月の総会で「倉庫業の法制的統制に関し調査の件」が議題となって可決された。その後、改組後の日本倉庫協会で鋭意研究を進め、昭和9年9月に法案要綱を決定し、これを基に必要な改訂を加えた上で、昭和10年の第67回帝国議会上院に政府案として倉庫業法の法案が提出された。法案は衆議院、貴族院を通過し、昭和10年4月6日に法律第40号として公布され、10月1日から施行された⁽⁸²⁾。

昭和10年2月23日開催の第67回帝国議会上院本会議における町田忠治内務大臣による倉庫業法案の提出理由の説明は、以下のとおりである。

「倉庫営業は、…保険業、銀行業等と同じく、社会公衆に対して重大なる利害関係を有するものであります、殊に倉庫証券を発行する場合に於きまして、商品売買並びに商品担保金融上、重大なる機能を営むものでありまして、其経営の良否、設備の完否等は、国民経済の発展に重大なる関係を有することは、私より申上げるまでもありませぬ、然るに従来我国に於きましては、倉庫営業を監督取締する法規は完備致して居りませぬが為に、保管設備又は経営方法に付きまして、遺憾の点が少なくないのでありまして、其結果倉庫営業並に倉庫証券の信用を薄弱ならしめまして、商品の売買、商品担保金融の円滑を期し

(81) 向井＝中島・前掲注(18)10頁。

(82) 以上、『日本倉庫業史』521頁～522頁。

て、倉庫営業の機能を完全に発揮せしむるが上に於ては、相当大きな支障があったのであります、仍て茲に倉庫営業の監督取締の法規を制定致し、資力信用の薄弱、又は設備の不完全なる倉庫営業者の倉庫証券の発行を取締ると共に、其事業経営に付きまして適当なる監督を行ひ、由て以て倉庫営業の健全なる発達を助長するの趣旨を以て、此法案を提出致しました次第であります」⁽⁸³⁾

倉庫営業の取締法規が存在しないため、倉庫営業と倉庫証券に対する社会的な信用が薄弱なものとなり、これが商品の売買と商品担保貸付を円滑に遂行する上での阻害要因となっているとの説明である⁽⁸⁴⁾。

商法上、倉庫業を営む者は倉庫証券または倉荷証券を発行することができるものの、倉庫業法の制定により、主務大臣の許可を得なければ、これらの証券を発行することができないこととなった⁽⁸⁵⁾。これにより、倉庫証券・倉荷証券に対する社会的な信用度が著しく向上することとなった。成立した倉庫業法1条の条文は、次のとおりである。

倉庫業法（昭和10年法律第40号）

第一条 倉庫営業者ハ主務大臣ノ許可ヲ受クルニ非ザレバ預証券及質入証券又ハ倉荷証券ヲ発行スルコトヲ得ズ但シ勅令ヲ以テ指定シタル倉庫営業者ハ此ノ限ニ在ラズ

他方で、現行の商法は、明治32年法律第48号として公布され、同年6月施行された。倉庫営業に関する平成30（2018）年改正前の商法の規定は、

(83) 第67回帝国議会議院本会議 議事速記録第18号（昭和10年2月23日開議）323頁。帝国議会議録検索システム（<https://teikokugikai.indl.go.jp/#/>）による。引用に際して、旧字体を新字体に改めるとともに、読みやすさを優先して片仮名を平仮名に置き換えた。

(84) 日本倉庫協会は、倉庫業をもって「倉庫業は生産と消費を結ぶ産業として国民生活の基盤を支える極めて公共性の高い産業です。」としている。日本倉庫協会のウェブサイト（<https://www.nissokyo.or.jp/outline/>）参照。

(85) 『日本倉庫業史』523頁。本文の下に引用する倉庫業法1条の条文から、単券である倉荷証券を発行できる倉庫営業者も、主務大臣の許可制である。

501条から始まる第2編商行為の中の第9章寄託の第2節に「倉庫営業」として置かれている。倉庫営業の定義（597条）、倉庫証券の発行（598条）、倉庫証券の記載事項（599条）の条文を確認しておく⁽⁸⁶⁾。598条の規定から、倉庫証券に複券制がとられていたことと、商法上、倉庫営業者に資格要件はなく、また、倉庫証券を発行する場合にも、特別な資格要件がないこともわかる。

第五九七条 倉庫営業者トハ他人ノ為メニ物品ヲ倉庫ニ保管スルヲ業トスル者ヲ謂フ

第五九八条 倉庫営業者ハ寄託者ノ請求ニ因リ寄託物ノ預証券及ヒ質入証券ヲ交付スルコトヲ要ス

第五九九条 預証券及ヒ質入証券ニハ左ノ事項及ヒ番号ヲ記載シ倉庫営業者之ニ署名スルコトヲ要ス

- 一 受寄物ノ種類、品質、数量及ヒ其荷造ノ種類、個数並ニ記号
- 二 寄託者ノ氏名又ハ商号
- 三 保管ノ場所
- 四 保管料
- 五 保管ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間
- 六 受寄物ヲ保険ニ付シタルトキハ保険金額、保険期間及ヒ保険者ノ氏名又ハ商号
- 七 証券ノ作成地及ヒ其作成ノ年月日

昭和10年に倉庫業法が制定されるまで、倉庫業と倉庫証券・倉荷証券を規制する法律は、商法以外に存在しなかった。商法による規制の下では、誰でも自由に倉庫業を開業し、倉庫証券・倉荷証券を発行することができた。商法を前提とすると、これらの証券に対する社会的な信用は、もっぱ

(86) 当時の法律の条文は、漢字片仮名交じりの清音、かつ句読点のない表記方法がとられていた。また、条数は、正式には五百九十七条などと、「千百十」も表記されているが、以下では、この表記を省略している。

ら倉庫業者の社会的な信用によって決まってくることになる。

倉庫業法の成立過程を見ると、倉庫業界の側で、商法による規制に加えて、業法による規制を業界自らが望んだことがわかる。倉庫証券の発行に関する政府による許可制の創設が、当該の業界にとどまらず、社会的にも希求されたことがわかる。

その後、倉庫業法は昭和31（1956）年に全面改正され、現在の倉庫業法（昭和31年法律第121号）が制定され、施行された。現行の倉庫業法は、倉庫業をもって登録制としている（倉庫業法3条）。さらに、倉庫業者が倉荷証券⁽⁸⁷⁾を発行するには、国土交通大臣の許可を受けなければならないとすることによって、倉荷証券の発行に対して、二段構えの規制を敷いている（同13条）。また、国土交通大臣の監督権限に関して、事業改善命令の発出（同15条）、倉庫業者に対する営業の停止命令および登録の取消し（同21条）、倉荷証券の発行停止命令および倉荷証券発行許可の取消し（同22条）について、規定を置いている。

第4章 銀行と倉庫業の関係に関する考察

ここまでの検討を踏まえると、次のような点が明らかになる。

第一に、明治時代、とくにその初期には、近代産業が未だ十分に発展しておらず、農業を中心とする経済社会であったこともあって、金融事業を営むうえでは、物品担保貸付に対する需要に応じる必要があったことがわかる。物品担保貸付は、特に米を担保とする融資を典型として、安全で確実な担保手段であったと考えられる。明治9年から開始された租税金納が、物品担保貸付に対する需要をさらに高めたとも考えられる。

第二に、銀行を含む金融業者が物品担保貸付を行ったというところから、

(87) 平成30年の商法改正によって、単券制に変更されたことを受けて、倉庫業法上も、倉庫業者が発行するのは、単券の倉荷証券である。

わが国の銀行業は、質屋営業に似た業態を含みながら、近代産業の勃興とともに、次第に近代的な銀行業としての様相を整えたと考えられる点である。物品担保貸付が「並合業」と呼ばれ、それが質屋営業として扱われていたことは、第2章第2節で見たところである。換金性の高い現物である担保物の評価額の範囲内で融資に応じるのが質屋営業の特徴であり、質屋営業は原始的な金融業であるとともに、質権設定者にとっては、自己の所有物を一時的に流動化（資金化）するための有効かつ健全な資金調達手段である。

ただし、物品担保貸付を安全かつ健全に行うためには、動産である担保物の適正な評価を行う技能・能力を必要とする。通常、担保物件の価値は常時変動するとともに、その品質によっても価値は変動する。質屋営業では、流質となった場合、質物の換価代金から貸付金を回収するから、担保物の評価を的確に行うことが貸付金を確実に回収するためには極めて重要である。同様に、物品担保貸付の場合、米を主とする一次産品の品質をどのように評価し、担保物件の価値に反映させるかという点が重要である。これを裏付けるように、第2章第3節で述べたとおり、三菱銀行では、倉庫で荷物を預かる場合、物品の「鑑定方」が物品の良否を審査して預かったとされている⁽⁸⁸⁾。これは、倉庫証券を担保とする場合も同様であって、数量のみに着目して、保管品が標準的な品質を有するものと評価することにはリスクを伴うことを意味する⁽⁸⁹⁾。

第三に、物品担保貸付に応じるためには、銀行が担保品を直接預からな

(88) 『三菱銀行史』24頁。

(89) 倉庫証券の記載事項について規定した制定時の商法599条1号、そして、平成30年改正後の倉庫証券の記載事項について規定した現行の商法601条1号は、寄託物の種類、数量だけでなく、品質についても、倉庫営業者が記載すべきことを規定している。したがって、倉庫営業者と同業者が発行する倉庫証券・倉荷証券に対する信頼性が高ければ、これら証券に記載された寄託物の時価に着目することによって、担保評価を行うことが可能になる。

いかぎり、信頼できる倉庫業者が必要となるものの、わが国で独立した倉庫業者が現われるのは、明治20年代の到来を待つ必要があったことである。信頼できる倉庫業者が存在しない状況下では、銀行自らが倉庫業を兼営して物品担保貸付に応じるというのが手っ取り早い方法である。独立した倉庫業が十分に生成していない状況下では、物品担保貸付に応じる銀行は、自ら倉庫業を兼営するか、自らが信頼できる倉庫業者を育成する以外に方法がないこととなる。

第四に、銀行制度の創設は、倉庫業が独立した業として成立するよりもかなり前にその必要性が生じたことである。詳細は別稿に譲るものの、早くも明治3年～4年の段階で、銀行および銀行類似会社の設立の請願が相次いだとされている⁽⁹⁰⁾。普通銀行たる私立銀行は、明治9年7月に開業した三井銀行を嚆矢とし、普通銀行が準拠すべき一般法たる銀行条例は、明治23年8月に公布され、商法の施行時期にあわせて、明治26年7月1日から施行された。これに対して、倉庫業法の制定はかなり遅れて、昭和10年を待たねばならなかった。銀行制度の整備がわが国の近代化のためには、不可欠であったということである。ただし、普通銀行制度の創設が希求されたにもかかわらず、銀行条例は、会社法制に関する一般法規を含む商法の制定・施行と歩調をあわせて施行されたため、制度の整備に非常に時間を要する結果となったことも事実である。

第五に、生産者等が銀行に生産物を預けて物品担保貸付を受けたところから、社会全体としてみれば、銀行に対する信頼・信用が高かったと考えられる点である。銀行が担保品を勝手に処分するといった行為をする懸念があれば、生産者は生産物を銀行には預けないと考えられるからである。第1章第1節で述べたように、明治26年の銀行条例の施行以後、普通銀行の設立が急増し、明治34年には普通銀行の行数が1,890行に達し、その後

(90) 『明治財政史第12巻』499頁。

は銀行合同の時代を迎えた。これに関連して、当時の銀行に対して、社会からの信用・信頼が厚かったことを示す、次のような記述を伴う文献が参考になる。

「我国に於ては銀行業が他の商工業に比し一般に危険少くして利益多く、且其の業務を以て高尚なりとする観念強きが為め、比較的に保守的な資本家の設立に係る銀行多く、殊に地方の多数小銀行は、該地方の旧家富豪等にして其の重役たるの地位に在るもの少からず、概して社会の信望を受けるものなるを以て、合同に依りて其の地位を失ふが如きは、却てその名声を傷くる所以なりと思惟するの風潮あり。」⁽⁹¹⁾

終章

本稿では、旧銀行法によって他業を営むことが禁止されるまでの明治・大正時代のわが国の銀行で、倉庫業を兼営するケースが多く見られたことを確認するとともに、銀行が倉庫業を兼営する必要性がどこにあったのかについて、明らかにした。とくに明治時代初期の金融業は、江戸時代からの大手両替商や各地の富豪によって営まれるほか、海運業や鉱山業といった一般の業を営む業者が、事業遂行の必要性から倉庫業、さらには金融業に進出したことがわかった。

当時の金融業者を含む銀行が融資を行う場合、主に一次産品を担保として融資を行う物品担保貸付がその一つの手段であった。物品担保貸付を安全かつ健全に行うためには、独立した倉庫業が生成していなければならぬ。しかし、わが国で独立した倉庫業者が現れるのは、明治20年代以降のことである。この点にこそ、金融業者を含む銀行が倉庫業を兼営する必然

(91) 『明治大正財政史第14巻』4頁。下線は引用者によるとともに、旧字体を新字体に改めた。

性があった。銀行自らが倉庫業を兼営して自ら物品を倉庫に保管し、寄託者の求めに応じて物品担保貸付を実行するというスキームがとられた。また、海運業や鉱山業などの他業を本業とする事業者がその事業のさらなる発展を期す場合、倉庫業と金融業に進出することが非常に有効な手段であったこともわかった。

なお、倉庫業者が発行する倉庫証券・倉荷証券に法律上の根拠が生じたのは、明治32年の現行商法の制定と施行を待たねばならなかった。さらに、倉庫営業者が主務大臣の許可を得なければ倉庫証券・倉荷証券を発行することができないこととされて、これらの証券に対する社会的な信用が法律によって担保されるようになったのは、昭和10年の旧倉庫業法の制定を待たなければならなかったことも、銀行が倉庫業を営む必要性の根拠となる。

昭和2年に制定された旧銀行法が銀行に他業を営むことを禁止することができたのは、明治30年代以降、独立した倉庫業の生成と発展が進んだことと、昭和10年の旧倉庫業法の制定前の段階で、社会的な信頼を獲得した倉庫業者が生まれていたことを示すと考えられる。序章で述べたように、旧銀行法が銀行に他業を営むことを禁止した理由・背景に関する考察は、別稿に譲る。

（後記）本研究はJSPS科研費 JP22H00860 の助成を受けたものである。

判例内縁法の現代的課題（２）

～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年代までの内縁関連事例
 - 1 内縁の成立事情 (以上、本誌54巻1号)
 - 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 (以上、本誌)
 - 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 重婚的内縁事例
- 四 まとめに代えて

二 通常内縁の裁判例

I 平成16年代までの内縁関連事例（続）

- 1 内縁の成立事情（以上、前号）
- 2 内縁の法的保護
 - (1) 婚姻規定の類推適用
 - (ア) 夫死亡後における財産分与の申立て
 - (a) 下記判決は、夫死亡後でも「財産分与請求」が認められるとしたが、死亡後2年の除斥期間を経過しているため、その申立てを却下した。

[20]大阪家審平成1・7・31家月42巻7号45頁（財産分与申立事件）

【事実・審判要旨】X女は、昭和35年の初め頃にA男と知り合い、昭和36年2月頃からアパートでAと同居を始め、婚姻の届出はしなかったが、昭和51年10月3日Aが死亡するまで、約15年間にわたり「事実上の夫婦として同居し、内縁の関係にあった」。Xは、Yら相続人（弟姉妹）に対して、民法768条の類推適用により、2分の1に相当する財産分与を申し立てた。家裁は、「離婚により夫婦共同体が解体した場合に、夫婦の一方から他方に対する財産分与の請求を認め、婚姻中に夫婦が相協力して形成した実質的夫婦共有財産の精算を図ろうとする民法768条1項の趣旨を考慮すれば、内縁の夫婦共同体がその一方の死亡によって解消した場合においても、同様に実質的夫婦共有財産の精算がなされるのが相当であるから、同条項を類推適用し、内縁夫婦の生存者は死者の相続人を相手に財産分与の請求をすることができる」ので、家事審判を求めることができるとしたが、同条2項但書の除斥期間にかかること、本件では申立てがA死亡後2年の経過後であるので、不適法である、とした。

この種の難題については、従来から下級審裁判例では意見が分かれていたが、本審判は、積極論の立場にある。

(b)しかし、最高裁は、下記のように消極論を述べて、この問題に決着をつけた。本稿では、本決定を前提とせざるを得ないので、学説の論争には深入りしないこととする

[21] 最一決平成12・3・10民集54巻3号1040頁（財産分与審判に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件）

【事実・決定要旨】本件は重婚の内縁ケースであるが（事実関係の詳細については後述参照）、内縁継続中に正妻が死亡したので適法となったとされたうえで、原審は、完全な同棲ではなかったものの、亡夫の療養生活における献身的な貢献などから、内縁の妻は愛人でも家政婦でもなく、夫婦共同生活が認められる、とした。しかし、相続人に対する財産分与の申請については、夫がすでに死亡しているので、財産分与の規定を類推適用することはできない、とした。最高裁も原審の判断を是認して、つぎのように説示する。「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法七六八条の規定を類推適用することはできないと解するのが相当である。民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚に

よる解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところである。また、死亡した内縁配偶者の扶養義務が遺産の負担となってその相続人に承継されると解する余地もない。したがって、生存内縁配偶者が死亡内縁配偶者の相続人に対して清算の要素及び扶養の要素を含む財産分与請求権を有するものと解することはできないといわざるを得ない。」

学説準婚理論では、内縁関係は単なる社会的婚姻であるので、そうした事実関係は一方が死亡すれば、理論的にいえば当然に解消するので、当事者双方にはいかなる権利義務も承継されないということとなろう。一方、判例のように、内縁とは「婚姻を目的とする夫婦類似の共同生活」であり、婚姻予約・準婚関係が合意を基盤とする規範的な身分関係であるとしても、婚姻関係とは異なり、あくまでも当事者間相互の特殊・固有な一身専属的な関係であるので、亡夫の生前に分与の審判を申請していたような場合は別として（この種の裁判例については、後に検討する）、一方の死亡によって、それ自体としては解消せざるをえないであろう⁽¹²⁾。

（イ）夫婦契約取消権　つぎの判決は、重婚的内縁夫婦間の紛争であるが、一般論として内縁夫婦には婚姻法の夫婦契約取消権の規定は類推適用されない、としているので、ここで紹介しておこう。

〔22〕 高松高判平成6・4・19判タ854号261頁（土地及び建物所有権移転登記手続等請求事件）

【事実】X女（被控訴人）は妻子のあるY男（控訴人）と昭和37年6月ごろから内縁関係に入り、昭和43年6月には飲食店の共同経営を開始したが、Yは、その収益金のほとんどをY名義で購入した本件不動産取得のための銀行借入金の返済及びYの妻子への仕送金に充てるとともに、自己の相続土地の一部を売却して、妻子の居住家屋新築代金の一部に充てた。そこで、身分関係の不安定な内縁関係で

あるにもかかわらず、X名義の財産が全くないことから、Xが、将来に不安を感じて、本件不動産の所有権をXに移転するように懇請し、これを受け容れたYが、昭和56年12月、「四国に有るY名義の動産不動産はすべてXの所有であり、その名義変更につき異議を言わない。」との書面を差し入れて贈与契約が行われた。昭和60年10月にXがYに対し、本件贈与契約に基づき所有権移転登記手続を求めたところ、Yがこれを拒否して口論となり、Yが大皿でXを殴打して入院する事態となったことから、Xは、同月20日、合計金額1500万円のY名義の預金通帳等を持ちだして別居したが、その後、昭和61年2月から再び同居した。しかしながら、Yが依然として本件移転登記手続を履行しないため、Xは、昭和61年に本件不動産につき処分禁止の仮処分を申請したうえで平成3年3月本訴を提起した。その後、当事者間に種々の紛争があったのちに、Yは、預金通帳からXが払戻を受けることに同意するかわりに、本訴を取り下げるよう要求したものの、Xがこれを承諾せず、結局のところ、XからYの預金通帳と銀行印の返還を受けることで、その同意の手続をして金額1500万円の払い戻しをうけて領収書をYに発行した。その後も、Yは本訴を取り下げるよう要求し続けたものの、Xはこれを承諾しなかった。Yは本件贈与を取消したとするとともに、預金通帳からの払い戻しによって和解契約が成立したなどと反論した。

【判旨】「Yは、内縁関係にも民法754条を類推適用すべきであると主張するが、そもそも、民法754条は、夫婦間に紛争がないときはその必要性がなく、夫婦間に紛争が存在すれば、かえって不当な結果を招くことが多い規定であって、その存在意義が乏しいうえ、内縁の妻には相続権がない等、内縁関係は婚姻関係に比べて内縁の妻の財産的保護に薄いので、仮に内縁関係に民法754条を類推適用すると、贈与を受けた内縁の妻の法的地位が不安定なものとなり、ますます内縁の妻の保護に欠けることとなって、不当な結果を招来するので、同条は内縁関係に類推適用されるべきではないと解するのが相当である」。また、和解契約についても、上記事実関係と本件不動産の評価額（宅地等3筆を別として、建物＜5階建共同住宅＞の取得価格だけでも4千万円に達している）から判断しても、Xが本件不動産に対する権利を放棄することは、均衡を失っていて、このような和解をするとは考え難い。

（ウ）日常家事債務の連帯責任　内縁の妻の借入契約につき、日常家事連帯債務の規定を類推適用した事例もある。このケースは基本的には第三者保護規定の問題であるが、便宜上ここで取り扱うことにした。なお、こ

こでの内縁概念も、社会的婚姻としての意味にすぎないことに注意が必要である。

下記の例では、夫婦は離婚後に復縁して共同生活をしている間に、妻が保険会社から貸付けをうけた契約につき、夫の責任の有無が論点となっている。

〔23〕福岡簡判平成12・12・7生命保険判例集12巻630頁（債務不存在確認請求事件）

【事実】X男はY保険会社と特定疾病保障終身保険契約を締結していたが、X名義で同契約の特約により平成10年5月12日に19万円余の契約者貸付けがなされた。Xは、同居のA女が無断でした借入契約であるとして、その無効を主張して提訴したが、以下の事情により棄却された。XとAは、昭和51年10月に婚姻し、3人の子をもうけたが、昭和61年8月に、長女及び二男の親権者をB、長男の親権者をXと定めて協議離婚して別居した。離婚して1年位の後、Xがコンビニエンスストアを開店するにあたり、XとAは、3人の子とともに同居し、Aは家事をするとともに、コンビニエンスストアでレジ係の業務を担当していた。平成8年1月1日にXは、本件保険契約を締結した際、被保険者との続柄欄にAを「妻」と記載した。Y会社担当者B女は、X方に定期的に訪問するとともに、個人的にX経営のコンビニエンスストアで買物をすることがあり、そのような付き合いを通じ、XとAが、夫婦のように振る舞い、3人の子とともにコンビニエンスストアの2階を住居として一緒に生活していたことのほか、Y会社が開催したボーリング大会に子供連れで参加したこともあったことから、Bは、XとAが夫婦であると信じていた。平成10年5月初めころ、BがXのコンビニエンスストアで買物をしているときに、Aから、交通事故で入院した長男の治療費の支払のためとして、本件借入契約の申込みを受けた。BはXの署名押印のある各関連用紙を確認し、同月12日に、Y会社は、Xに対し19万3千円の貸付を実施した。Aは、Xとの不和が原因で、平成10年11月16日にX方から出て行き、以後、XとAは別居している。

【判旨】民法761条は、夫婦が相互に日常の家事に関する法律行為につき、他方を代理する権限を有することを規定しており、同条は第三者の保護を図る趣旨であり、内縁の夫婦にも適用があると解される。XとAは離婚したため、法律上婚姻関係はなかったものの、Xがコンビニエンスストアを開始すると同時にAらと店舗の2階を住居として共同生活を始め、双方とも夫婦として振る舞って、日常生活を送っていた状況が認められ、「右同居を始めたときから内縁の夫婦の関係が生

じ、それはAがX方から出て行った平成10年11月16日まで続いていたと認められる」。したがって、Aは、民法761条により、Xとの共同生活に関する日常の家事については、Xを代理する権限があったものと解すべきである。本件の借入行為は、保険契約による低利の貸付制度を利用したものであり、このような方法により、家計の一時的な不足を補ったり不測の出費に対処することは、夫婦共同生活において通常取られる手段であり、金額が19万3千円とそれほど多額でもなく、借入金の使途について、交通事故で入院した長男の医療費に当てるとの説明を受けて、貸付が実行されていることから、本件借入行為は日常家事に関する法律行為といふべきであり、Xはその債務の負担を免れることはできない。

(2) 事故死による損害賠償請求権

(a)つぎの判決は、亡夫の逸失利益相当額の半額が内縁の妻の扶養利益になるとしている。

【24】神戸地判平成14・8・29交通事故民集35巻4号1189頁（損害賠償請求事件）
【事実・判旨】X女（昭和15年2月生）はA男の内縁の妻としてAと昭和60年ごろから同居し、Aに扶養されていた（平成12年8月時点では、通院中で無職無収入である）と認められる。このような場合、Xは、A（死亡当時61歳）が交通事故により死亡した（平成12年5月3日）ことで扶養利益が侵害されたといふべきであるから、加害者であるYに請求しうるのは失われた扶養利益であり、Aの逸失利益の総額とはいえないとしたうえで、その半額を扶養利益とし、Xの固有の慰謝料としては1千万円とする。なお、Aは昭和58年に前妻と離婚し、その子二人が本件訴訟の参加人となり、自賠責から支払われた保険金については、被害者の子だけではなく、被害者の内縁の妻との関係でも損害がてん補された扱いとして損益相殺が認められている。

(b)飛行機墜落事故による損害賠償請求訴訟で、被害者の内縁の妻につき、民法711条の類推適用により慰謝料を認めた事例もある。

【25】名古屋地判平成15・12・26判時1854号63頁（損害賠償請求事件）
【事実・判旨】X女は、昭和49年6月から本件事故時まで約20年間もの間、被害者と内縁関係にあり、本件事故当時、被害者及びその父と同居していたことが認められ、このような事情を考慮すると、Xは、被害者との間に民法711条所定の者と

実質的に同視し得べき身分関係が存し、長年連れ添った内縁の夫である被害者が本件事故によって死亡したことにより甚大な精神的苦痛を受けたと認められる（X固有の慰謝料は1千万円）。

（c）内縁の妻が亡夫の損害賠償請求権を相続人全員から譲り受けて損害賠償を請求した事例がある。相続人も内縁関係を認めていたからであろう。

〔26〕 神戸地判平成10・2・19交通事故民集31巻1号237頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】内縁の夫A（84歳）が交通事故で傷害をうけ死亡して、受傷と死亡との間に相当因果関係があるとされたが、内縁の妻Xが、夫の相続人8人全員からその相続分を譲り受ける旨の調停を経由して、民法709等に基づいて本訴を提訴した。判旨は、「XがAの内縁の妻で、Aの相続人全員からXの交通事故による死亡に伴う損害賠償請求権の譲渡を受けたこと」から、Xは、その損害金をすべて取得したことになる、とした。

（3）居住利益の保護

（ア）権利乱用による救済

死亡した内縁配偶者の相続人が、その所有建物に同居していた生存配偶者に対して明渡しを請求した場合には、居住利用の必要性などの諸般の事情から権利乱用になるとされる傾向がある。前述した〔9〕（東京地判平成9・10・3）のほかに、つぎの例も同趣旨を説示している。重婚的内縁事例であるが、内縁の夫は84歳であり、正妻と別居して30年以上になり、事実上妻子の下へ帰ることはいまさら不可能な状態にあるというので、通常内縁と同視して、ここで取り上げることにした。

〔27〕 東京地判平2・3・27判時1370号71頁（建物明渡請求事件）

【事実・判旨】Y男とA女と同棲生活は30年近くになり、Aがしばしば入院したような場合にもともに協力しあって生活してきた。その間、画家であるXは、A所有建物を増改築したりアトリエ部分を作ったりして、現にここで美術教室を開いて、その収入を生活費の一部としている。これに対して、XらはAの兄弟姉妹であり、別に居住建物を所有するほか、他にAの土地や遺産を相続している。本件建物は、Xの創作活動に不可欠ものとなっており、Aが存命していたならば、Yは生涯本件建物に居住し続けたことは十分考えられるし、Xらもそのように考え

ていたことは十分うかがわれることなどから、Yの居住の利益は十分に保護されるべきものである、と判断した。

ただし、先述の[9]判決についても批判したように、権利濫用構成は、事態の解決にとって、必ずしも好ましい解決手法ではないので、居住の必要性がある限りは、相当の期間は（本件のように高齢者の場合は生涯にわたり）無償の利用権を付与すべきであったように思われる。

（イ）無償使用の合意の認定

下記の最高裁判決の例では、内縁夫婦が居住かつ共同事業に供用していた「共有不動産」につき、夫死亡後に内縁の妻が単独で使用しているので、夫の相続人が持分を超える使用収益相当分の不当利得金を請求したが、判旨は、「単独で無償使用することができる旨の合意」がなされていた、と解釈した。画期的な判決であるので、やや詳しく紹介しておこう。

[28] 最一判平成10・2・26民集52巻1号255頁（不当利得返還請求事件）

【事実】A男とY女は本件居宅で共同生活を営むとともに本件事業所で共同して事業を営んできた。本件では、別訴で夫婦が二分の一の持ち分を有することが確定していたが、Aの相続人XがYが持分を超えて全面的に使用しているので、その持分を超える部分に相当する使用料につき、損害賠償金ないし不当利得金を請求したところ、原審がこれを認容した。最高裁は、つぎのように説示したうえで、破棄して差し戻した。

【判旨】共有者は単独で共有物を使用することはできないが、その旨の合意があれば、共有物を単独で使用するができ、右使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わない。そして、「内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。けだし、右のような両者の関係及び共有不動産の使用状況からすると、一方が死亡した場合に残された内縁の配偶者に共有不動産の全面的な使用権を与えて従前と同一の目的、態様の不動産の無償使用を継続させることが両者の通常の意味に合致するといえるからである」。

夫婦間での共有物の使用利益について、両者間に「無償の合意」があったとした点は、画期的な判断である。ただし、無償合意が生前になされていたと解釈するするのか、そうした合意が共有関係のなかでの合意に過ぎないのか、それとも共有関係とは別の契約関係と解するのか等々、未解決の問題が残される。いずれにしても、共有関係である限りは、究極的な解決は、共有物の分割裁判に関する判例法（全面的価格賠償など）によって、なされることとなろう。なお、単独所有不動産についても、同趣旨の判例が期待される。

3 内縁関連事例

(1) 所得税法所定の「配偶者」とは

〔29〕 最三判平成9・9・9 訟務月報44巻6号1009頁（所得税更正処分取消等請求事件）

【事実・判旨】 所得税法83条、同法83条の2にいう「配偶者」は、納税義務者と法律上の婚姻関係にある者に限られるとしたうえで、事実上の婚姻関係にある者を控除対象配偶者に該当しないとした更正処分の取消請求が退けられた。

(2) 生命保険金の受給資格

内縁関係が夫婦として社会生活上さまざまな意義をもつ場合が少なくないが、近時の裁判例では、内縁の夫が生命保険契約の受取人を内縁の妻に指定・変更したことに起因して、夫の相続人など関係者相互間での紛争例が目立つようになった。内縁の成立・存続中の事情を垣間見ることのできるケースでもあるので、ここで、この種の裁判例を検討しておこう。

なお、この種の受益は、内縁が婚姻夫婦と同視されることから享受しうる法的保護ではなく、社会的婚姻としての評価に基因する事実上の利益であり、夫の意思による一種の財産処分であって、贈与や遺贈と基本的には変わらないことに注意すべきであろう。

（ア）積極例 まず、内縁の妻の受給資格を認めた裁判例を紹介してお

こう。

(a)下記の例では、生命保険金の受取人が内縁の妻に変更されたことから、相続人がその有効性を争っている。

[30] 名古屋地判平成10・8・6生命保険判例集10巻306頁（不当利得返還等請求事件）

【事実・判旨】 A男がY₂会社と締結した2件の保険契約の受取人がX₁女とX₄男であったところ、それがAの内縁の妻Y₁に変更されて、Y₁が受領したことから、Xらがその有効性を争って、不当利得金等の返還を求めた。あわせて、A名義の預金債権についても、Aの子・相続人であるX₂ないしX₄の三子が争った。判旨は、保険金受取人の変更請求はAの意思に基づくものであると認められ、Y₁がAの意思を仮装して手続きしたと認めるに足る証拠はないとし、預金債権については、AがY₁に贈与したものと判示した（X敗訴）。なお、X₁は、X₃・X₄両名法定代理人親権者母とされているので、Aと関係があったことは推知しうるが、どのような男女関係であったか（内縁か否か等）は、不明である。

(b)つぎの例では、内縁関係にあった外国の女性を受取人に指定していたことから、それは架空の人物であるかが争点となっている。

[31] 大阪地判平成12・12・28生命保険判例集12巻664頁（保険金請求事件）

【事実・判旨】 A男は、Y生命保険会社との間で保険金受取人を「B女」とする生命保険契約を締結した。Aの相続人Xらは、Bは架空の人物であるので生命保険契約は、保険契約者であるA自身を保険金受取人とする趣旨であったと解すべきであるとして、それぞれの法定相続分割合による死亡保険金の支払を請求した。判旨は、Aがあえて実在しない架空人を保険金受取人に指定すべき理由があったというような事情は一切窺われないばかりか、Aは、本件保険契約を締結した平成4年当時、「フィリピン国籍の女性と内縁関係にあった」こと、その後、当該女性はフィリピンに帰国したことなどから、Aが保険金受取人として指定した「B」は、当時Aと内縁関係にあったフィリピン国籍の女性であって、実在した人物であると認めるのが相当である、とした。

(イ) 消極例

(a)つぎは、内縁の妻には受給資格がないとする外交員の誤回答により亡

夫の実母名義にしたことに起因する紛争例である。

[32] 名古屋地判平成8・1・19生命保険判例集8巻329頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】 X女と亡A男は昭和60年1月半ばごろから同居し、いわゆる内縁関係となり、この関係はAが平成4年5月交通事故で死亡する時まで続いた。Aは、Y保険会社との生命保険契約の受取人をXに変更する意思を表示したが、Yの従業員Bが、内部規則の解釈を誤って一律に内縁の妻は保険金受取人になりえない旨の回答をしたので、XはAの実母Cと合意して、受取人をCとし、保険金の振込先はC名義の預金口座としたうえで、Xがその通帳と届出印を管理した。Aの死亡保険金4000万円はCの通帳に振り込まれたが、A死亡後にXはAの姉らの要請に応じて当該通帳等を引き渡し、姉らは保険金の交付を拒絶しているため、事実上は保険金を受領できなくなった。そこで、Xは、Yの規則では、内縁関係の者でも、一時的若しくは扶養関係がない場合以外であれば受取人になることが禁じられていなかったにもかかわらず、Bは、誤回答をしてXへの受取人変更手続をしなかったことなどを根拠として、Yに対して民法715条等による損害賠償を請求した。判旨は、Xが保険金を受領できなくなったのは、みずから任意に通帳を姉らに渡したことによるもので、Bの誤回答とは因果関係はないとした。

(b)つぎは、保険会社側の説明に起因して「法定相続人」としていたが、受取人を内縁の妻とするつもりであったので、妻が保険会社に対して損害賠償を請求している。内縁夫婦の委細は不明であるが、届出をする意思があった間に夫が死亡している。

[33] 東京地判平成8・3・1金融・商事判例1008号34頁（保険金請求事件）

【事実・判旨】 X女とA男とは内縁関係にあったところ、Aが保険会社Yと生命保険契約を締結して、その受取人を「法定相続人」とした。Xは、生命保険募集人の誤った説明により保険契約者が法定相続人という指定をした結果、内縁の妻が保険金受取人となれなかったとして、民法715条又は保険募集の取締に関する法律11条に基づいてYに対し損害賠償を請求した。判旨は、AがXに本件保険契約の保険金を受領させるつもりであったことは認められるが、「XがAと婚姻届出すれば、Xは直ちにAの法定相続人となるのであり、しかも、本件保険契約締結当時、Xと前夫との離婚が成立し次第、XとAは婚姻届出する意思を有していたこと、

右当時、XもAも、Aはまだ長く生存するものと考えていたことに照らせば（X本人）、Aが本件保険契約の保険金をXに受領させるつもりであったことから、直ちにAは『法定相続人』という文言をもってXを表示したと認めることはでき（ない）」と判示。

上記(a)(b)いずれも、やや論旨に不透明な点が残され、きわめて形式的な推論をしているので、たとい形式が重視される取引行為であるとしても、問題が残される。

(c)つぎの例では、内縁の妻が夫の締結した生命保険契約の受取人にはなれないと担当係から告知されたので夫の実母名義にしたところ、実母が多額の生命保険金を受領したことから、その返還を請求したが、判旨は、形式論に徹して、受取人は実母である旨を強調している。

[34] 松江地裁益田支判平成8・9・10生命保険判例集8巻641頁（保険金等請求事件）

【事実・判旨】X女とA男は、平成4年6月ごろから内縁関係にあり、平成5年5月22日挙式したものであるところ、Aが土木作業に従事しており車の運転もしていたため、挙式を契機として、Aに事故等があった場合に備えてAを被保険者とするY₁会社の生命保険に加入することを決め、本件保険契約を締結した。本件契約の内容はXとAの希望により決定され、毎月の保険料はXとAの家計費から支出されていた。これらの事実によれば、本件保険契約はAに事故等があった場合におけるX及びA（Aが死亡したときはX）の生活保障のために締結されたものであり、したがって、XもAも、死亡保険金の受取人についてはこれをXとすることを望んでいたものと認められる。しかしながら、Y₁会社の外交員Bは、内規により事実上の配偶者にすぎないXを保険金受取人にすることができなかったため、Aの実母であるY₂を受取人にしておき、婚姻届出をした後、Aに受取人の変更手续をしてもらうつもりであったところ、そのことはXとAにも説明して納得してもらっており、Y₂の名義を借りるという話は出なかった旨供述する。同外交員は、本件保険契約締結前にそのことを会社に確認した上、X及びAにその旨を伝えて、受取人欄にAの意思に基づいて同人の実母であるY₂の氏名が記載されたこと、Bは本件保険契約締結後、Xらに対して保険金受取人をXに変更することを勧めており、これに対しXも受取人を変更する必要があることは認識していたが、Aとの婚姻届出に先に延ばさざるを得ない事情があったため、その手続を見

合わせる旨答えたこと、本件保険契約締結前に作成されたY₁の内部文書にも、受取人につき変更予定がある旨の記載が残されていること、Xは、Aが交通事故で死亡した後Y₁に対して保険金の請求手続を取っておらず、むしろ、Xの意を受けたその実母が平成5年12月29日、Y₂のもとを訪れ、保険金の分配に関する要請をしていることがそれぞれ認められ、これらの事実には照らせば、Xやその実母は、Xが死亡保険金を受領するためには受取人の変更手続を経なければならないことをBから聞いて認識していたとみるのが自然である。そうすると、Bの前記供述は信用するに足りるというべきである。よって、本件保険契約締結に際し、X及びAとBとの間で、実質上の保険金受取人はXであってY₂は名義上の受取人にすぎないとのやりとりがあった事実は認めるに足りない。したがって、本件保険契約にかかる死亡保険金の受取人は、生命保険契約申込書及び保険証券に記載されたとおりY₂であると認められる。

(d)つぎの例では、生命保険金の受取人を内縁の妻名義にすると問題が生ずるとの説明をうけたので、内縁の妻は夫の実母名義にしたが、受取人は自分であるとして提訴したところ、これを本判決は認めなかった。

〔35〕熊本地判平成6・11・16生命保険判例集7巻440頁（保険金請求等事件）

【事実・判旨】X女は、内縁関係にあるA男の代理人として、平成4年11月、Y保険会社と保険金受取人名義をAの母B名義として、定期保険特約付終身保険生命保険契約を締結した。Xが本件契約の申し込みの際、保険金受取人をXにしたいとの意向を述べたが、Yの従業員は、XがAと未だ内縁関係にあり平成5年2月に入籍予定であると聞かれたことから、受取人を内縁の妻にするとY会社の調査が入って、入院給付金1万円がつかなくなるおそれがあるので、当面は受取人をAの母親とし、入籍後に受取人の変更手続をするよう勧めた。その理由は、Aが運転手であり、運転手の場合、入院給付金が日額5千円しか認められないため、AをXが営む喫茶店経営者として申込手続をしようと考えていたことから、会社の調査が実施されることになると、Aの職業が運転手であることが露見することを懸念したためであった。Xは、このことを納得して受取人をAの母Bとし、婚姻届出後に変更する手続をとることで了解した。Aが死亡するまでの間に、Xから契約内容の変更の申出がなされたことはなかった。判旨は、保険金の受取人はBであってXではないし、Yに不法行為責任もないとした。

保険実務上は、内縁関係という曖昧な関係は好まれない事情は理解でき

なくはないが、本件では、さらにXがAの職業を偽装したことも、X敗訴の要因となっているのであろう。しかし、いずれにせよ内縁の夫の契約意思にそわない結果となっていることは、間違いのない事実であらう。保険金は自分の死後の親族の生活保障を目的とするものであり、いったい誰が死後に自分の妻を差し置いて実母に保険金の給付資格をあたえるような配慮までするだろうか。定型的契約の定型的な解釈論ではなく、真の契約意思をもとめる解釈論の形成が期待される分野である。

(e)つぎの判決は、内縁の妻の保険金請求権が時効で消滅した、としているが、形式論に徹した問題のある判決である。

[36] 大阪地判平成11・3・2生命保険判例集11巻147頁（保険金請求事件）

【事実・判旨】 X女は、A男と内縁関係にあったところ、Aは、昭和61年6月1日、Y会社との間で生命保険契約を締結し、その保険金受取人をXとした。Aが海岸で釣り中に転落・溺死したので、Xが保険金を請求したところ、Yが消滅時効を援用したので、権利濫用になると反論したが、認められなかった。

(ウ) その他の関連事例

(a)下記の例では、内縁の妻の保険金請求に対して、保険会社が夫に対する貸付債権で相殺している。

[37] 横浜地判平成12・12・8生命保険判例集12巻633頁（生命保険金請求事件）

【事実・判旨】 A男は昭和52年11月にY生命保険会社と、Aを被保険者、普通死亡時受取金額を2500万円、および保険金受取人をA男と内縁関係にあったX女とする生命保険契約を締結したところ、Aは平成10年12月29日に死亡したので、Xが保険金を請求したが、Aへの貸付金相当額が相殺されていたので、これを争ったが、Yが勝訴した。

[38] 東京高判平成13・5・16生命保険判例集13巻454頁（生命保険金請求事件）

【事実・判旨】 本件は、被保険者A男とY保険会社（被控訴人）との生命保険契約でAと内縁関係にあったX女（控訴人）が保険金受取人とされていたところ、Aの死亡の原因として発生した2500万円の死亡保険金等の支払請求権に基づき、Yが支払を拒絶している1050万8724円の支払を求める事案であるが、Xの請求金額

は、AがYから貸付られた金額に相当するので、その部分の保険金の支払いを拒絶したYが勝訴している。

(b)内縁の妻を被保険者とする生命保険金の受取人が娘から内縁の夫に変更されていたが、その当時、妻には意思能力が不充分であったとされた事例もある。おそらく夫が妻名義で自己を受取人に変更したものであろう。

〔39〕大阪地判平成13・3・21判タ1087号195頁（保険金請求事件）

【事実・判旨】Xは、その母親Aを被保険者とする生命保険契約の死亡保険金の支払をY生命保険会社に請求したところ、Yは保険金受取人がXからB男に変更されていることを理由としてこれを拒否した。Aが脳梗塞中に変更の意思表示をしたので無効であるかが争点となったところ、Y会社の担当者は「AとBが内縁関係にあり、Aが保険金受取人をBに変更したいと希望する理由があると思った」が、判旨は、Aは書類に自署することができず、通常の状態での会話もできない状態にあったので、担当者はAの担当医師に問い合わせるなどしてAの意思能力を十分に確認すべき注意義務があった（X勝訴）。

(c)内縁の妻は生命保険契約の受取人を内縁の夫にしていたが、夫が先に死亡したため、受取人を娘に変更した事例である。

〔40〕東京地判平成10・2・23生命保険判例集10巻81頁（保険金請求事件）

【事実・判旨】A女は、昭和52年10月26日、Y保険会社との間で死亡保険金1000万円、満期日平成9年10月26日、満期時の受取人をA、死亡時の受取人をC男とするとともに、保険金受取人を変更できる権利を留保した生命保険契約を締結した。Aは韓国籍を有し、夫Cとの間にXを含めて4人の子供がいたが、夫は北朝鮮で再婚しており他の子も北朝鮮に居住している。Aは、Cが死亡してまもなく、Aの子であるXに対し、本件保険金の死亡時の受取人をXに変更する旨申し述べていたところ、平成8年1月に死亡したので、Xは、Aが受取人をXに変更する旨の意思表示をしていたとして、本訴を提起した。判旨は、自分の子供であるXを受取人とするAの気持ちは自然な感情であり、合理的なものとして首肯できるなどとして、Xの請求を認容した。

(2) 贈与・遺贈事例

(a)つぎの例では、韓国人の内縁の夫から「内縁の妻」が、生前に贈与・遺贈を受けていたので、子ら相続人と間で紛争が生じている。

[41] 浦和地判平成3・3・13判タ769号205頁（遺留分減殺請求事件）

【事実・判旨】昭和55年4月に日本で死亡した韓国人（被相続人）の日本所在の遺産について、子ら相続人が被相続人から遺贈や贈与を受けた「内縁の妻」に対して遺留分減殺請求を行使した。韓国法が適用されているが、韓国では近年、遺留分制度が新設・公表され、その施行は昭和54年1月1日であったので、それ以前の贈与の取り扱いや遺留分の算定などにつき複雑な問題が生じているが、この点は割愛する。

(b)つぎの例では、夫が死後における内縁の妻の将来を案じて貸付信託契約をしたことから、その死因贈与が認められている。

[42] 東京地判平成3・11・8金融・商事判例908号19頁（預金返還請求事件）

【事実・判旨】X女とA男とは昭和57年11月27日以降内縁の夫婦関係にあった。Aは昭和62年10月26日同人の長男の嫁とともにY信託銀行に赴き、現金500万円を預託してX名義で自動継続貸付信託契約を締結した。Aは、昭和63年5月に死亡した。Xは、平成元年7月下旬、Y支店に通帳と届出印を持参して、貸付信託契約の解約を申し入れたが、Yから払戻しを拒否された。Xは、本件貸付信託契約の預託者はXである、しからずとしても、AとXとの間に死因贈与契約が成立していると主張して、本訴を提起した。判旨は、AがXの名義を借りて契約したもので、実質上の預託者はAであると認めるのが相当であるとしたが、死因贈与については、つぎのよう説示して、これを認めた。AはXに対し、かねてから自己の死後のXの将来を案じて、Xのための預金をする旨約束しており、本件貸付信託契約をした当日も、帰宅後Xに対し、本件通帳を渡し大事にするようにと言ったことが認められるので、Xとの間には、昭和62年10月26日にAの死亡を条件として本件預託金をXに贈与する旨の死因贈与契約が成立したと認めることができる。なお、死因贈与に物権的効力が認められないとしても、X名義の貸付信託契約をすることをYが認容した本件においては、YはAがXに対し本件預託金債権を譲渡することをあらかじめ承諾していたと認めることができるので、その後あらためて債権譲渡の通知又は承諾がなくても、当該譲渡を対抗できるものと解する。

(c)つぎの高裁判決は内縁の妻への贈与が詐害行為に当たるとしたが、その内縁関係が興味深い。なお、債権の消滅時効の援用権者につき、本判決は大審院判決に従って詐害行為の受益者は含まれないとしたものの、本件

の上告審（最二小判平成10・6・22民集52巻4号1195頁）は受益者も直接利益を受ける者と解して大審院判例を変更したうえで、本判決を破棄差戻しているが、この種の問題は割愛する。

〔43〕東京高判平成5・11・30（所有権移転登記抹消登記手続請求事件）民集52巻4号1217頁所収

【事実・判旨】Xは、金融業を営むA男が代表取締役である甲会社（昭和49年設立）に多額の融資をして、Aがその連帯保証をした。Y女は昭和35年頃から、Aと内縁関係にあり、昭和40年に一女をもうけたが、同女の教育を目的として、昭和49年子供と共に渡米し、米国で、Aからの仕送りを受けて生活していた。Aは、昭和58年末頃には、資金不足により経営不振となり、Yに対する仕送金の額も次第に減少し、昭和59年以降打切られていた。その上、Aは、喉頭癌に罹患し、病気と会社経営の不振を理由に、Yの帰国を要請し、昭和60年2月頃、Yは、右要請に応じて帰国した。Aは昭和61年11月に死亡したが、それ以前の同年2月1日の贈与を原因として、同年4月18日、本件土地、建物につき、Y所有名義の移転登記がなされた。判旨は、本件土地、建物贈与契約が債権者を害するものであることは明らかであり、また、A・Y両名共に、そのことは知悉していたものと認めべきであるとし、Yの債権の時効消滅の援用についても、Yは贈与契約の受益者にすぎず、各債務につき消滅時効を援用し得る立場にはないものとした。

（3）内縁子をめぐる諸問題

（ア）所得税法の「扶養親族」 下記判決は、同法の扶養親族とは民法にいう親族概念を前提としているので、事実上の婚姻夫婦間の未認知の子やその者の連れ子はこれに含まれないとしたが、婚姻外の男女関係に対する裁判所の基本的な立場を窺知しうる例でもある。

〔44〕東京高判平成1・9・19税務訴訟資料（1～249号）173号744頁（所得税更正処分取消請求事件）

【事実・判旨】原告・納税者が、内縁関係にある妻との間の未認知の子および妻の連れ子が所得税法上の扶養控除の対象となる扶養親族に当たらないことにつき、国税庁等の相談係の回答を通して承知しながら、所得税を過少に申告して、過少申告税の処分を受けた。そこで、現実には扶養していれば、同法84条にいう扶養親族

に該当するなど主張して、処分の適法性を争った。判旨は、所得税法上の『扶養親族』については、特別の定めがないので、民法上の親族概念に即して解釈すべきであり、民法は身分法の基本法であり、親族について基本概念としての明確な定義規定を置いているとしたうえで、同条は「扶養を受ける者のうち扶養控除の対象となる者の範囲を『扶養親族』に限定する趣旨を含むものであると解される」ことから、事実上婚姻関係と同様の事情にある者との間の未認知の子又はその者の連れ子は、同条所定の親族には該当しない、とした。最高裁（最一判平成3・10・17裁判集民163号381頁）も原判決を是認している。

本件の原告が、憲法や条約違反のほか、児童手当、生活保護法、保育料の行政実務の処遇などさまざまな根拠をあげて、処分の違法性を強調している点は、参考に値する。これに対して、事実審の応接にも注目すべき点が多々あるが、本稿との関連では、「事実上の婚姻」に関する説示が見逃せないなので、この問題に限定して、以下、紹介しよう。

「身分法分野においては、事実上の婚姻を、法律上の婚姻に準じて取り扱うこととするのが、現在の裁判例や学説の見解であり、また、これに伴い、事実上の子についても、これを法律上の子（民法上の実子及び養子のほか、法律上の婚姻に係る配偶者の連れ子も含む。以下同じ。）に準じて取り扱うこととするのが、基本的には、現在の裁判例や学説の方向といつて差支えないものと解される。しかし、右の裁判例や学説においても、事実上の婚姻について、民法732条ないし736条に定める婚姻障害の規定の適用はないとし、事実上の婚姻又は事実上の子について、相続権はないとしたりする…など、事実上の婚姻又は事実上の子を、すべての法律関係において、法律上の婚姻又は法律上の子と全く同様に取り扱うことまでも認めているわけではない」（一審・東京地判昭和62・12・16）。

加えて、「控訴審」は、つぎのように補論している。認知前でも、生理的父子関係が推認されるような場合には、父に扶養義務を課した審判例等もみられることから、控訴人も実親子関係のあることを争っていない子に（龍法 '22）55-2, 52（614）

については、家庭裁判所において、扶養義務を負担させられる可能性はある。また、居住用建物の賃借権の相続同様の承継を認めた借家法7条の2や民法958条の3の相続財産付与の規定も、他に相続人のいないことが前提とされている。「さらに、事実上の親族関係について各種の権利保障がすすみ、民法上の親族概念そのものが問題とされ、また、所得税法上の『親族』の定義規定が制定されてから、かなりの年月を経過し、前記あるいは後記のように事実上の関係についての各法律上（あるいは法解釈上）の保護も次第に拡大され、特に諸外国においては、婚姻関係、親子関係の変化が著しく、事実上の子の数が増大しているとして、様々な手当が立法されているとしても、そのことから直ちに、現段階において、所得税法上の親族に事実上の子が含まれると解釈することも相当でない」と。いずれも、原告の反論に応接したものであるが、そうした説示から、現在の下級審判決の基本的立場を推知しうる手掛かりを得ることができであろう⁽¹³⁾。

（イ）内縁中の懐胎子の認知　つぎの例では、認知請求の制限期間が経過していたが、父母の内縁関係中に懐胎されていたので、その例外的措置を求めたところ、否定されている。重婚的内縁中の出生子であるが、その関係の違法性は問題となっていないので、便宜上ここで紹介しておこう。

〔45〕東京地判平成4・9・25家月45巻5号90頁（認知請求事件）

【事実・判旨】Xは、韓国人A男と日本人B女との内縁中に懐胎された。昭和59年1月8日にA男が死亡してから、Xが平成元年9月6日に本件認知の訴えを提起した。当時の法例では、死後認知は、韓国法でも日本法でも、可能であったが、いずれでも、死後認知は期間制限に服し、すでにその1年の期限を経過していた。Xは、AとBと内縁関係にある間に懐胎して出産した子であるので出訴期間の制限はないとか、日本国民法772条の類推適用を受ける子であるとかの主張をしたが、判旨は、そうした主張を排斥して、すでに制限期間を経過しているとして、訴えは不適法却下された。

おそらくA・Bが内縁のままに推移したのは、韓国に住んでいる韓国籍のAの妻Z（本訴の補助参加人）がいたからと思われるが、Xの主張によ

れば、A・Bの家族はつぎのようになっている。Aは大韓民国の国籍を有する者であるが、昭和10年ごろ来日し、税理士及び公認会計士の資格を取得して稼働していた。Aは、昭和27年7月ごろから、Bと夫婦同様の生活を営み、その結果、BはXを懐胎・出産した（昭和31年）。Bは、Aと内縁関係にある間、同様に、Cら三子（昭和28年生、昭和33年生、昭和35年）を出産した。Aは、Bと婚姻届を出さないまま、Xら子どもやBとともに同居を続け、Xらの父親としてふるまっていた、という。

本件認知訴訟は、Aの遺産をめぐる前哨戦の意味をもつものと思われ、現にBの子C（某会社代表取締役）はAの死後に認知遺言書の作成を弁護士に依頼・懇請して、いったんは認知した旨の戸籍の記載がなされているし（無効判決が確定）、Zら相続人は遺産分割等の裁判を提起している。A・B夫婦とその間のXとCら子は、婚姻家族そのものであり、その反面、A・Zの婚姻関係は実体のない外縁だけであったようにも推測されるので、Aの資産形成の維持増大にBやX・Cら家族が寄与していたと思われることから、Xが父母の内縁関係を強調して、死後認知の可能性等を求めたことは十分に理解できるが、判旨は、形式論に徹したといえよう。

（ウ）内縁子の養育費

〔46〕 宇都宮家審平成8・9・30家月49巻3号87頁（子の監護に関する処分＜養育費＞申立事件）

【事実・審判要旨】 申立人（母）は相手方（父）と「かつて内縁関係にあり」、昭和52年7月に事件本人を出産し、相手方は事件本人を認知した。相手方からは現在まで何の援助もなく、申立人も要求しなかったが、事件本人が進学を希望しており、経済的に困窮しているので、短大に進学した子の養育費の負担を求めた。家裁は、相手方が調査に一切応じなかったことから、申立人の陳述によって相手方の職業を認定し、賃金センサスからその収入を推算して、養育費の支払を命じた。調停申立時からの養育費の合計額（62万円余）と平成8年10月から事件本人が成年に達する月まで、毎月末日限り、金4万8千円ずつを支払え、とした。

（4）その他の関連事例

(a)つぎの例では、内縁夫婦がともに旧法時代の戸主であったため、婚姻することができなかったところ、内妻所有の祭具や墳墓等を夫から子を経由して孫が事実上管理していることから、所有者祖母の事実上の孫にあたる申立人が祭司の承継者と指定されている。

[47] 高松家審平成4・7・15家月45巻8号51頁（祭祀承継者指定申立事件）

【事実・審判要旨】申立人の祖父A（明治9年生、昭和20年死亡）と祖母B（明治13年生、昭和17年死亡）とは、事実上の夫婦として生活をともにし、三子をもうけたが、ともに戸主であったので婚姻の届出をすることなく、生涯内縁関係を続けた。Bは、明治15年11月にC夫婦と養子縁組をし、同家の家督を相続して戸主となったところ、昭和17年に死亡したが、相続人がなかったため、昭和18年裁判所の許可を得て絶家となった。AはB死亡後、同人所有の祭具、墳墓及び墓地を事実上管理し、同家の供養を行ってきたが、Aも昭和20年に死亡したので、同人が事実上管理し、供養を行ってきたB所有の上記祭具、墳墓及び墓地を養子のD（明治36年生）が事実上承継し、同人が昭和61年に死亡したので、同人の長男である申立人が上記の管理及び供養を事実上承継し、これを継続している。ところが、某会社が本件墓地を含むその周辺一帯の地上に工場を建設しようとして申立人に代替地を提供のうえ墓地の移転と墓地譲渡の申入れをしてきたが、申立人は法律上のBの祭祀承継者ではないので、同社と契約を締結し、Bの祭祀を継続するため、申立人をBの祭祀承継者とする旨の指定を申請した。家裁は、申立人が今後も事実上の祖母にあたるB所有の祭祀財産の管理とその供養の継続を誓っていることが認められるので、その承継者を申立人と指定し、申立人に上記会社との交渉にあたらせ、墳墓及び墓地を確保させて祭祀を継続させるのが相当である、とした。

(b)他車運転危険担保特約付の自動車損害賠償保険契約で、記名被保険者の「配偶者」の所有自動車については保険保護が及ばない旨が定められている場合、その配偶者には内縁関係にある者は含まれないとした。

[48] 名古屋高判平成2・11・28判時1379号85頁（保険金反訴請求事件）

【事実・判旨】A女がX男所有の乗用車を運転中に自損事故を起こし、同乗のXらが入院・通院の必要な損傷をうけた。Aは、自己を記名被保険者とする他車運転危険担保特約付の自動車損害賠償保険をY保険会社と締結していたところ、この

特約により保険保護を受けうる「他の自動車」とは、記名被保険者、その配偶者または記名被保険者の同居の親族が所有する自動車以外の自動車とされていた。Yは、AとXとは内縁関係にあり、内縁配偶者も特約にいう配偶者にあたるので保険金支払義務は免れると反論し、具体的には、当該自動車の所有者が被保険者の内縁配偶者か婚姻配偶者かによってその利用の度合に実質的な相違はないので、婚姻配偶者か否かによって本件特約の保護範囲を異にすることが必ずしも合理的ではない、と主張した。しかし、一審（名古屋地判平成2・2・28判時1379号88頁）では、Xが勝訴し、本判旨も、つぎのように説示して、Yの反論を排斥した。「配偶者」とは、婚姻に基づく夫婦の一方をいう民法上の概念であって、特約はこの民法上の概念に立脚して規定されたものと推定することができるうえ、一般に保険契約の解釈にあたっては、免責の要件又は責任引受の例外を定めた規定を拡張するべきではないから、内縁関係にある者を含めるのは当を得ない。また、社会通念上もすべての法律関係において一義的に内縁関係にある者が配偶者として取り扱われているわけではない。

(c)つぎの例は離婚夫婦の子の監護をめぐる紛争であるが、親権者の父親が他女と「内縁関係」にあることが一つの問題となっている。子らの福祉を考えると、内縁の妻との人間関係が懸念されるからであろう。

〔49〕高松高決平成1・7・25家月41巻12号117頁（子の監護に関する処分申立却下審判に対する即時抗告申立事件）

【事実・決定要旨】X男とY女は、長女ら3名をもうけたが、昭和59年1月に協議離婚の届出をし、長女、事件本人らの親権者をXと定めて離婚した。X・Y間には子の引渡しをめぐり調停が繰り返されたが、1年ほど前から、事件本人等はYのもとで安定した生活をしている。Xは他女と内縁関係にあり、トラック運転手をして安定した収入があるが、家裁（松山家宇和島支審平成1・5・17家月41巻12号124頁）は、子らの意思のほか、現状の維持などから、Xの引渡しの申立てを排斥した。しかし、抗告審は、「Yが現状どおり事件本人らを監護するのがその福祉に合致する場合は、事件本人らの各親権者をYに変更すると同時に、抗告人からの本件事件本人らの引渡申立を却下すべきものである。原審判は、その方法を

とらなかったためYには法的に現在及び将来共に事件本人らの監護権が存在せずその引渡を拒む権限がないのに、その引渡請求を却下した結果となり、相当ではなく、本件抗告は理由がある。」としたうえで、「なお付言すれば、前記認定の各事情によると、親権者を相手方とするのが事件本人の福祉に合致すると一応考えられるが、更に抗告人と同居する内縁の妻の事情（例えば、抗告人との婚姻届出及び事件本人らとの養子縁組の意思の有無、監護ないし監護補助に関する準備状況など）をも審理の上、その事情をも加えて比較考慮し判断すべきものである」（原審への差戻し）。

高裁が、内縁関係につき、わざわざ付言しているのは、Yが長距離トラックの運転手で毎週末に帰宅する程度でその他の日は「内縁の妻」が事件本人らの監護補助をしていたが、Yが帰宅すると、事件本人らに暴力を振るうなどの厳しい折檻をして、内縁の妻も激怒して事件本人らに対し出て行けということもあった、という事実を認定していたからである。港間では、「内縁の夫」が内縁の妻の連れ子に虐待する例をテレビや新聞等の報道でしばしば公表されているが、いずれにせよ子の福祉にとって当該家庭の状況は軽々に扱えないほど重要な問題であろう。

(d)つぎの高裁判決は、男女3名の同棲生活中の立替生活費の返還を請求したという事案で、婚姻や内縁に関する基本的姿勢を明らかにしているので、やや詳しく紹介しておこう。

〔50〕東京高判平成12・11・30判タ1107号232頁（立替金請求事件）

【事実・判旨】X₁男・X₂女およびY女の3名が共同生活を始め、生活費の負担について取り決めたが、この取決めに基づいてYが負担すべき分をXらがそれぞれ立て替えているとして、その立替分の支払を求め、その他に、Xらは、勤務先を解雇されたことによる損害の賠償と、嫌がらせや名誉毀損による慰謝料の支払や殴打されたことによる治療費、生活費の支払等を請求した。1審は請求を棄却し、本判旨も控訴を棄却した。つぎのように説示する。「婚姻や内縁といった男女間の共同生活は、本来、相互の愛情と信頼に基づき、相手の人格を尊重することにより形成されるべきものであり、それ故にこそ、その共同生活が人間社会を形づく

る基礎的単位として尊重されるのである。法は、このような社会的評価に基づいて、この男女間の共同生活を尊重し擁護している。そして、このような人間相互の愛情と信頼及び人格の尊重は、その本質からして、複数の異性との間に同時に成立しうることはありえないものである」。本件での同棲生活は、仮に各人が同意していたとしても、それは単に好奇心と性愛の赴くままに任せた場当たりの、利他的、享乐的な生活であり、健全な性道德に悖り、善良の風俗に反する反社会的な行為といわざるを得ず、社会的にも法的にも到底容認されるものではない。それが本来の愛情と信頼に基づくものでないからこそ、生活費の分担を含めた前記のような取決めが必要となり、その取決めによって各人の自由を制限し、その収入を管理してまでも、異常な共同生活の維持継続を図り、かつ共同生活からの離脱を阻もうとすることとなるのである⁽¹⁴⁾。

4 社会的婚姻としての内縁

(1) 内縁関係の社会的評価

学説には、今日の社会生活では内縁という男女関係はほとんど存在しないという評価もみられる。すでに昭和40年代でも配偶者総数のうちで従来型の内縁は2%程度だと推定されていたが⁽¹⁵⁾、今日では、これよりもっと少ないとする学説もある⁽¹⁶⁾。しかしながら、すでに検討した裁判例からも明らかなように、裁判例では内縁という用語がしばしば見られ、それが現代的内縁とは断定できないので、従来型内縁の総実数の問題はしばらく措くとしても、管見の限りであるが、民事事件を中心として、そうした関連事例につき、簡略化していくつかを掲記しておこう。このことによって、内縁が、今日でも広範囲にわたって社会生活上独自の意義を有することも判明するであろう。

ところで、本稿は、先述したように、いわゆる内縁と称される関係であっても、それが婚姻法的規定の類推適用の直接の根拠となっている場合と単に社会的事実としての意味をもつにとどまる場合とに区別しなければならないとする基本的立場に立っている⁽¹⁷⁾。すでに検討したように、夫婦連帯責任、居住利益、生命保険金の受給資格などのケースでは、後者の

内縁が問題となっているが、ほかにもこの種の内縁関係が前提となって種々の生活関係が形成されることに加えて、なかには一定の法的意義が問題となることもある。ここでは、そのような具体例を掲記することとした。

（ア）内縁関係と民法478条の類推適用　民法の一般の規定が適用されるケースもあり、そうした規定として、とくに問題となっているのは、民法478条の規定であり、この種の裁判例を以下に列举しておく。

（a）下記の高裁判決は、AとBが内縁関係にあったという具体的な事情には立ち入っていないが、内縁関係なるものが一定の社会的価値をもっていることを示すものといえよう。

[51] 東京高判平成12・1・27判タ1054号204頁（預金返還請求事件）

【事実・判旨】複雑な事件であるが、簡略にすれば、つぎようになる。X男とA女は婚姻しているが、Aが同郷のB男が起業して代表取締役となった甲会社の取締役に就き、甲会社の経理を担当していたところ、Y銀行からの借入金の担保として本件定期預金を差し入れた。本件預金や担保契約はAによってなされたが、預金はX名義となっていたところ、Bが死亡し甲会社が倒産したので、Yが相殺手続を実施したことから、Xがその預金契約を解約して返還を請求した。判旨は、「担保差入れ当時、Y担当者は、AがBと同居して内縁関係にあるものと判断していたところ、この判断が誤っていると認め得る証拠はないこと」など諸般の事情から、民法478条の類推適用によって、本件預金がAに帰属するものとYが誤信しても過失がなかったとして、Xの請求を棄却した。

（b）つぎの判決も内縁の妻が夫名義により保険会社と締結した貸付契約を有効としている。

[52] 大阪地判平成12・6・29生命保険判例集12巻349頁（債務不存在確認請求事件）

【事実・判旨】本件では、Y保険会社の生命保険契約上の保険契約者に対する貸付制度を利用してなされた金銭の借入について、保険契約者であるXが、当該借入は「内縁の妻」AがX（内縁の夫）に無断で行ったもので無効であると主張した。本件貸付は、Xの意思に基づくものといえるかどうか、本件貸付に債権の準占有者に対する弁済の規定が類推適用されるか、が論点となった。判旨は、「A女は長

年Xと共同生活をしてきた内妻であること」、Aは、Xに署名押印してもらったとして、X名義で作成された関係書類を担当者に交付したことなどの事情により、本件貸付は、XがAを通じて（法的には使者）本件貸付を申し込んだと信じさせるような外観を備えていたということができるとともに、貸付をするYの担当者は相当な注意義務を尽くしたものであるというべきである、とした。

(c)つぎの判決でも、内縁の夫名義の生命保険契約にもとづき、内縁の妻になされた貸付の有効性が論点となっているところ、離婚後に復縁した内縁夫婦であるが、その内縁関係の成立事情を前提としたうえで、民法478条の類推適用が認められている。

[53] 福岡地判平成13・11・29生命保険判例集13巻866頁（債務不存在確認請求控訴事件）

【事実・判旨】 X男とA女は、昭和51年10月に婚姻し、昭和61年8月に離婚して、離婚後別居したが、その1年余り後、Xがコンビニエンスストアを開設するにあたり、両名の子3人と共に再び同居を開始し、Aは、そのレジの業務に就いていた。コンビニエンスストアの建物は、1階部分が店舗で、2階部分が住居となっていた。Xは、平成8年1月1日付けで、Y保険会社との間で生命保険契約を締結したが、申込書には、死亡保険金受取人欄に「X女」、同欄のXとの続柄欄に「妻」と記載され、また、指定代理請求人欄にも同様の記載がなされていた。コンビニエンスストアの状況、XとAの同居状態、Bの業務態様等は、いずれも本件貸付契約当時においても従前と同様であった。XとAは、Yが開催していたボーリング大会に夫婦として子ども連れで参加したこともあった。Aは、平成10年5月初めころ、Yの外交員Cに対し、子どもが交通事故に遭いその入院費用の支払いのため借入れをしたい旨申し入れ、Cは関連書類を作成したが、X自身の借り入れの意思を確認はしていない。Xは借入の事実を争ったが、判旨は、諸般の事情から、民法478条の類推適用によりAを受領権限のあるものと誤信したことに過失はない、とした。なお、原判決[23]も参照のこと。

(d)つぎ例では、死亡した内縁の夫名義の多額の郵便貯金につき、内縁の妻に即時全額の払い戻しをしたことには過失があるとされている。

[54] 東京地判平成15・12・19判タ1198号282頁（貯金返還等請求事件）

【事実・判旨】郵便局の窓口職員らは、本件各払渡しの際、内縁の妻が、本件貯金に係る、貯金証書、通帳、届出印等が、払戻金受領証等に押された印影と通帳ないし貯金証書の印鑑と相違がないと判断して払い戻したことについては、窓口職員は内縁の妻を正当な権利者と信じていたものと一応いうことができる。内縁の夫は、妻と共に当該郵便局を訪れることがあり、また、妻が夫名義の定額貯金の預入れの手続を行うこともあった。しかしながら、妻が男性を伴って多額の即日払戻手続きがなされたので、妻に対し、請求金額が多額であるので、二、三回に分けて下ろしてくれるように依頼したところ、以降3日間連続で払い戻しがなされたことや窓口職員が某男性が亡夫ではないことを認識していたことなどから、取扱規則上も調査を要する案件であったが、それを怠った窓口職員は、本件各払渡しの際、妻が正当な権利者であると信じたことについて過失があったものといえる。

（イ）社会的婚姻の実情　　これまで検討した裁判例のほか、内縁が社会的には夫婦同然と考えられている実情を示していると思われる例について、以下、管見の限りではあるが、いくつかを列举しよう。ただし、多くはその内縁の実態は不分明である。

（a）離婚後、元夫の死亡後に元妻・母が子の親権者変更の申立てをしたが、母には内縁の夫がいるという事件である。

[55] 福島家審平成2・1・25家月42巻8号74頁（親権者変更申立事件）

【事実・審判要旨】申立人X女とA男とは、昭和63年9月事件本人兩名Zの親権者を父Aと定めて協議離婚し、ZはAのもとで監護養育されてきたが、Aが平成元年11日に死亡したため、Xは親権者をXとする旨を申立てた。家裁は、X及びその内縁の夫との人間関係も悪くはないことなどの諸事情を考慮して、Zの福祉のためには、親権者をいずれも母親であるXと定めるのが相当である、とした。

（b）内縁の妻が締結した自動車保険契約には搭乗者傷害保険特約があり、内縁の夫が特約に基づいて保険会社に保険金の支払を求めた事例である。

[56] 広島地判平成2・4・23交通民集23巻2号506頁損害賠償請求事件

（c）下記の二例では、内縁配偶者の一方が、他方の人身事故による示談交

渉をしている。

[57] 東京地判平成 2・8・21判時1362号34頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】自動車事故による損害賠償につき、加害者が示談で被害者に一定額の金銭を支払ったが、被害者には傷害が生じなかったとして、その返還を請求したところ、請求を棄却された事件であるが、その示談の交渉にあたったのが、被害者の内縁の夫であった。

[58] 宮崎地延岡支判平成 3・3・15交通事故民集24巻 2号334頁（損害賠償、慰謝料請求事件）

【事実・判旨】交通事故の被害者側が加害者女性との示談交渉にあたり、暴力団関係者に交渉を依頼したため、心臓疾患があり身体障害者でもある加害者が精神的苦痛を受けたという事案で、慰謝料が認められたが、実際に交渉に当たっていたのが、被害者男性の「内縁の妻」とされている。

(d)外国人が登録上の居住地とは異なる場所で内縁の妻と同居していた。

[59] 東京地判平成 3・9・25税務訴訟資料（1～249号）186号584頁（不当利得等請求事件）

【事実・判旨】確定申告に錯誤があるので納付した国税が過誤金になるとして提訴したが、その申告書の記載内容に明白かつ重大な錯誤があるということではできない、とされた事例である。その事実認定のなかで、原告は、台湾籍の外国人で、鍼灸師をしており、昭和56年9月当時、建物を借り受けて所在地を外国人登録上の居住地としていたが、実際は、別の所在地の借家で「内縁の妻であるA女」とともに居住していた、とされている。

(e)内縁配偶者が他方の名義を使用して種々の行為をする例は珍しくはない。

(i) つぎは、預金口座の名義人を内縁の妻としていた例。

[60] 那覇地判平成 3・12・25税務訴訟資料187号761頁（法人税更正処分取消等請求事件）

【事実・判旨】金融業を営む会社の代表者等の名義の預金口座は、個人で営む金融業のためのものであるという納税者の主張を排斥し、すべてが会社に属するものと認定した事例であるが、その「預金口座の名義人が内縁の妻」であることの事

実認定がなされている。

（ii） つぎは、建築確認の申請を内縁の妻名義でした例である。

〔61〕 大阪高判平成５・３・25判時1469号87頁（建物使用目的制限等請求事件）

【事実・判旨】「暴力団組長の元妻で現在内縁関係にある者」の所有する建物（５階建てビル）につき、本件建物が暴力団組事務所ないし常時暴力団構成員が出入りする連絡場所として使用される可能性は高いものと認められるので、周辺住民が人格権に基づいて予防的にその使用禁止等の請求をしたところ、そのおそれがあるとしてが請求が認められた事例である。本件建物の「建築確認は内縁の妻名義で申請」されており、施工中に違法建築として工事差止命令がなされているものの、隣地を買い取るなどして、結局は建物を完成させている。

（iii） 内縁の妻名義で土地を購入した例もある。

〔62〕 東京地判平成５・１・28判タ839号246頁（土地所有権移転登記抹消登記手続請求事件）

【事実・判旨】原告会社の取締役Aが代表取締役の承諾を得ないで、本件不動産を売却し、転々売買されて被告に移転登記が經由されたことから、その被告らに対し抹消登記を求めた事案であるが、取締役のした土地売却については、有限会社法32条の準用する商法（平成17年法律87号改正前）262条（会社法354条）の類推適用により会社は売買契約による責任を免れないとされた。ここで、Aが売却した相手方Bにつき、「かねてからの知人であるBに対して、本件土地を買ってくれるよう申し込み、Bが内縁の妻被告名義で買い受けることを了承した」とされている。

（iv） 下記の事例では、宅建免許を内縁の夫が内縁の妻（後に婚姻）の名義で取得した事実が認定されている（裁判官奥野久之の反対意見中）。

〔63〕 最二小判平成11・１・24民集43巻10号1169頁（損害賠償請求事件）

（f）内縁配偶者が他方の債務につき連帯保証契約をした例。

〔64〕 東京地判平成６・４・26判時1526号150頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】内縁の夫が妻の名義でした連帯保証契約につき、その契約書に使用された印影は妻の印章を無断で使用したものであるとの主張に対して、判旨は、両者の「内縁関係にある事実」も考慮して、妻の承諾のもとでなされた、と判示

している。

(g)夫婦の一方の運転ミスで他方が事故死した場合、加害者側の過失相殺との関連で、「被害者側」の過失とされることは、周知の事実であるが、下記は内縁での一例である。

〔65〕大阪地判平成6・5・17交通事故民集27巻3号608頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】内縁の夫の運転する車両に同乗していた内縁の妻（死亡当時51歳の専業主婦）の損害賠償額の算定につき、内縁の夫には少なくとも七割の過失があるとされ、「両者が本件事故当時内縁関係にあったことは当事者間に争いがないから」、加害者らとの関係において、「被害者側として身分上・生活関係上一体の関係にあるというべきであり、後記本件事故により生じた損害から同割合を減額すべきである」とした。

(h)つぎの判決は、内縁の夫が妻の事業を手伝っていても、給料を得ていないと、逸失利益とはならない、とする。

〔66〕東京地判平成9・9・8交通事故民集30巻5号1357頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】原告・内縁の夫が交通事故で受傷したところ、原告は内縁の妻の経営する麻雀店を手伝っていたので逸失利益相当額を主張したが、内縁の妻からは給料をもらっていなかったで、労働の対価として金額を得ていたとはいうことはできない、とされた。

(i)生活苦にある内縁の夫の賃金仮払いの保全の必要性が認められた事例もある。

〔67〕神戸地判平成8・6・11労働判例697号33頁（地位保全等仮処分申立事件）

【事実・判旨】Y会社の廃業を理由とする解雇が無効とされ、社会保険の資格を継続するためにX社員の労働契約上の地位保全の必要性が認められた事例。Xが、阪神大震災の後、仮設住宅で「内縁の妻と供に生活していること」、その家計における収入の中心は、Yから支給を受けていた給与であったこと、Xは離婚前の配偶者との間の約束により、二人の娘の学費の一部を負担していることなどの事情から、Xが陥るであろう生活苦を救済するために、賃金の仮払いの申立を認めるべき保全の必要性を肯定できる、とされた。

(j)亡夫の預金債権の帰属をめぐって、内縁の妻と相続人が争った事例で

ある。

〔68〕最三判平成11・6・15金融法務1566号56頁（預金返還等請求及び当事者参加事件）

【事実・判旨】死亡したA名義の貯金債権について、Aの内妻XとAの相続人Z（参加人）との間でその帰属をめぐる争われ、Xが贈与・死因贈与を主張したが認められず、Zの権利帰属が認められている。ただし、金融機関Yが、その弁済期到来後にされたXの払戻請求を拒絶し、その後、真の債権者であるZらの払戻請求に対しても弁済供託を怠っていた等の事情のあるときは、Yは、過失なくいずれの者が真の債権者であるかを確知することができなかったとしても、Zらの払戻請求の翌日から弁済供託をするまでの間、履行遅滞の責任を免れないとされ、その履行遅滞責任を否定した原判決が破棄されている。

- (12) 判例・学説の状況については、差しあたり孝橋宏「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に民法768条の規定を類推適用することの可否」『最高裁判所判例解説・民事篇平成12年度（上）』（2003年）270頁のほかに、二宮周平「内縁解消後、財産分与の審判手続中に分与義務者が死亡した場合と分与義務の相続性（積極）（平成23.11.15大阪高決）」『私法判例リマックス（47）』（2013年）62頁や古川環子「内縁解消における財産の清算——大阪高決平成23年11月15日家月65巻4号40頁を契機に」岡山大学法学会雑誌66巻2号（2016年）280頁以下などを参照のこと。
- (13) なお、憲法違反問題については、最高裁（最大判昭和60年3月2民集39巻2号247頁）は、「未認知の子等を扶養控除の対象から除外している所得税法84条、2条1項34号の規定が憲法14条1項に違反するものでない」とする。
- (14) 本件については、常岡史子「男女三人の同棲による生活費の分担合意と良俗違反」私法判例リマックス（28）6頁（2004年）が、婚姻外の男女関係における契約の公序良俗性など種々の問題点を広範囲にわたって検討したうえで、本判決の立場を位置づけているが、その分析手法には学ぶべき点が少なくない。
- (15) 太田武男編著『婚姻の届出一届出婚主義の現状と内縁問題』（有斐閣、1971年）272頁（田中泰子発言）。
- (16) 大村敦志『家族法3版』（有斐閣、2010年）233頁。
- (17) 詳しくは、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（1）」46頁、62頁のなどのほか、とくに「判例内縁法の新展開（8）」54頁以下（「3内縁の二面性」）を参照のこと。

（未完）

「法社会学論争」の教訓（二十一）

——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：橋本文雄の社会法的法源論と
平野義太郎のマルクス主義法学——

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>『勞働法研究』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)

[ロ] 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
- (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）

(以上、龍谷法学55巻1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
 - 〔a〕前提論——橋本『社会法と市民法』の概要
 - 〔b〕橋本の「論文」（「慣習法の法源性」）について

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

[イ] 平野義太郎

- (1) 序論
- (2) 「法律における階級闘争」
 - 〔a〕「法律における階級闘争」の背景
 - 〔b〕「法律における階級闘争」の意義と問題点
- (3) 「史観と法律史の方法」
 - 〔a〕「史観と法律史の方法」の特徴
 - 〔b〕「史観と法律史の方法」におけるマルクス主義理解の問題点
 - 〔c〕「史観と法律史の方法」における牧野英一批判

〔d〕平野義太郎の「近代市民革命」への態度

(以上、本号)

〔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

二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

(2) 昭和初期

③ 「市民法学」の継続とその変容（続き）

〔ロ〕 橋本文雄

(1) 序論

すでに指摘したように、昭和初期において（なかでも金融恐慌に端を発した「昭和恐慌」〔1927年〕ののち）、わが国資本主義の「自由競争」段階¹から

1 もとより、ひとくちに「わが国資本主義の「自由競争」段階」といっても、

「金融資本主義」ないし「国家独占資本主義」の段階への急速な展開をみた²。同時に、昭和初期は、1931年（昭和6年）満州事変から1937年（昭和12年）日中戦争（日本による中国大陸への侵略の本格化）に至る政治反動によっても深く刻印されている³。そのような時期に、我妻栄（1897-1973年）

ㄨ かつて末弘厳太郎が明治期の「自由主義」について語ったような意味での、純然たる「自由主義」の段階を事実として承認することは難しいように思われる（末弘の見解については、同「改造問題と明治時代の省察」〔1923年〕末弘著作集Ⅳ『嘘の効用・第2版〕〔日本評論社、1980年〕41頁以下、特に69頁以下）。なぜなら、そのような形式主義的な「自由主義」観においては（このような観点は、牧野英一にも、我妻栄にも共有されていたところのものであるが）、ことに明治初期の、わが国資本主義形成への国家的哺育性（それは、いわゆる「政商」ないし「財閥」への国家的支援を包括するものであり、かつまた安価な労働力の供給源としてのわが国農民・農村の存立と不可分一体の国家的な寄生地主制を含む）のもつ社会的・経済的・政治的契機が正しく視野に取り込まれないことになりうるからである。この点につき、福島正夫「日本資本主義と法制度」（1978年）同『福島正夫著作集第一巻・日本近代法史』（勁草書房、1993年）220頁以下、特に226頁以下を参照。

2 そのような段階的な資本主義の発展を形式的・図式的にそのまま肯定するのか、それとも「金融資本主義」ないし「独占資本主義」・「国家独占資本主義」（それに接続する形で登場するのが、対外的な「帝国主義」である）を、資本主義の自由競争そのものの内的矛盾の必然的所産として具体的に把握するのか。これは、我妻栄の「近代法における債権の優越的地位」（1929-1931年）同『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）1頁以下をわが国民法学説史の展開においてどのように位置づけ、いかに評価するのか、という問題に関わる基本的な論点である。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）84頁以下を参照。

3 そのような昭和初期の政治動向に関する歴史的概観について、拙稿・川角「「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）62頁以下を参照。昭和初期の政治反動は、とりわけ反戦・平和・人権・民主主義、思想言論等の自由に向けた国民的運動（それは労働運動、農民運動、婦人運動、学生運動、文化芸術運動などという諸形態を通じた運動であった）への弾圧強化のため、1928年（昭和3年）6月29日に治安維持法改悪に向けた緊急勅令が出され、その四日後同年7月3日に特高警察の全国的な設置が実施されたことを、その端緒形態としてもつ。しかも当時の政治権力は、その政治反動の実効化を確保するため、治安維持法改悪の前に、巧妙にもあらかじめ政治弾圧による反対勢力の根こそぎの排除を実行していたことも記憶メ

の「近代法における債権の優越的地位」(前注2)が出た。その際に本稿は、その我妻的な段階論的法学構想を牧野英一(1878-1970年)の一般条項的「自由法論」が支えたという関係を確認した⁴。さらにこの時期、末弘厳太郎(1888-1951年)の社会的実用法学論及び法社会学論が我妻の「反面教師」として展開を遂げる⁵。本稿で考察する橋本文雄(1902-1934年)の社会法的法源論も、そのような時期に書かれたものである⁶。以下では橋本の見解を整理し、若干のコメントを付すことにする。

(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

〔a〕前提論——橋本『社会法と市民法』の概要

ここで主に考察の対象とする橋本の論文(前注6)は1934年に出されたものである。ちなみに、それと同じ年に彼の代表作『社会法と市民法』

ゝにとどめられてよいだろう。著名な1928年3月15日の共産党員一斉検挙(いわゆる3・15事件)がその一例である。弾圧の実態と治安維持法・特高警察などとの関係につき、関連文献の紹介を含め額田厚『戦争と弾圧——三・一五事件と特高課長・額田弥三の軌跡』(新日本出版社、2020年)97頁以下が詳しい。

4 拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓〔二十一〕——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〕69頁以下、特に106頁を参照。

5 我妻栄・牧野英一・末弘厳太郎三者の相互的な位置関係は別に一書を要するほどに錯綜している。そのうち末弘の法学については、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論——形成・展開・展望』(日本評論社、2022年)を参照されたい(昭和初期の末弘の代表的作品として、解釈論につき「法律解釈に於ける理論と政策」〔1931年〕、「解釈法学に於ける法源論について」〔1933年〕のみ挙げておく)。その拙著のなかでは、ある程度我妻や牧野との関係にも触れている。末弘を基軸として約言すれば、末弘がエールリッヒ的な法学理論の、わが国社会及び裁判(「判例」)の現実に即した応用形態を構築しようとしたのに対し、我妻は、むしろ牧野の一般条項的「自由法論」の解釈論的な精緻化を図ることによって末弘の批判に対抗しうる相関関係的・総合的利益衡量の路線を押し抜けていったのである。本稿で問題とする橋本文雄もまた牧野=我妻の途を選択したように思われる。

6 橋本「慣習法の法源性」(1934年)同『社会法の研究』(岩波書店、1935年)239頁以下。以下では、これを橋本「論文」ないし単に「論文」と表記する。

（岩波書店）が出ている。橋本は、その「論文」の注で、みずからの『社会法と市民法』の参照を指示していることから窺えるように、この「論文」は『社会法と市民法』の成果を前提としたものであり、かつまた両者は相互に密接な関係を維持しつつ一種の姉妹的作品となっている。すでに筆者は、牧野英一を批判的に考察する前編（龍谷法学54巻4号〔前注4〕77頁以下）で、橋本の『社会法と市民法』の内容を整理して示す機会を得た。その橋本の見解を要約するなら、こう言えよう。

i) まず彼は、次のような基本的認識を示す。すなわち、ラードブルッフに従って19世紀の「個人主義的法理の時代」にあって、「全私法の開拓者の任務」がむしろ「商法」に求められるべきであるとともに、20世紀の「社会法の時代」にあっては「労働法」こそ、その指導原理としての役割を担うべきものと解される必要がある、と言う⁷。

ii) こうして、従来民法の特別法として位置づけられてきた商法もその位置を逆転すべきことになる。すなわち、「資本主義の高度化」に伴って「債権の優越的地位」が承認される段階に至れば、民法の物権に優越しそれを支配するところの「債権」そのものが重視されるべきことになり、おのずと「民法債権法の商法への吸収」及び「民法の商化」が必然化する、と言う⁸。またその場合、「企業自体の観念Idee des Unternehmens

7 橋本『社会法と市民法』（岩波書店、1934年）14-15頁。龍谷法学54巻4号で揭示した脚注の内容を必要な限りで本号でも援用しておく。なお、橋本が引用するラードブルッフの文献は、G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage, 1929, S. 91である。橋本『社会法と市民法』巻末参考文献3頁を参照。ちなみに、19世紀型個人主義的私法の内部で民法の上に商法が位置づけられ、20世紀型社会法の時代に民法の上に労働法が指導原理として立つという発想は、牧野英一が大いに共感したところであった。牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（有斐閣、1934年）323-324頁。

8 橋本『社会法と市民法』（前注7）55-56頁。言うまでもなく、橋本が「債権の優越的地位」を語る場合、我妻栄の「近代法における債権の優越的地位」（1927-1929年）を所与の前提としている。橋本『社会法と市民法』巻末参照ノ

selbst」にも留意すべきである、とする⁹。

iii) なるほど橋本は、「近代市民法」が「その合理的イデオロギー」を通じ、「市民社会関係そのものの普遍化に貢献した」ところの、「その促進的機能」を看過すべきではない、という¹⁰。この点の認識は手堅いものを感じさせる¹¹。しかしながら、我妻栄と同様に「資本主義」の段階的発展に対応する私法の変遷¹²を展望する橋本は、次のように述べて「近代市民法の転向」なるものを、およそ無媒介的かつ肯定的に描き出す。いわく。「資本主義のその後における異常なる展開または高度化は、必然的に初期資本主義的精神の法理的表現としての近代市民法の転向をうながし、法律生活における顕著なる転向を将来（ママ）せしめずには措かなかつた。それは民法についていへば物権法から債権法への重点の変移、または十九世紀民法から二十世紀民法への転向であり、市民法の体系においては、その指導的地位の、民法から商法への推移を示し、やがて労働法および経済

ゝ 文献 8 頁を参照。なお、我妻の「債権の優越的地位」については、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十七）」龍谷法学54巻2号（2021年）所収において若干の考察を試みた。

9 橋本『社会法と市民法』（前注7）57頁。

10 橋本『社会法と市民法』（前注7）93頁及び103頁。

11 橋本文雄は、もともと経済学専攻であったが、その大学院生としての時期に「法と経済との関係」をテーマにしたことから、恒藤恭（1888-1967年）に深く師事することになった（この点、橋本逝去後に刊行された『社会法の研究』（前注6）の恒藤による「編輯者序」を参照）。思うに、橋本に残された「手堅さ」は、恒藤から型的思考ないし型態的思考を学んだことによるものと推測することができる。たとえば、橋本『社会法と市民法』（前注6）24頁及び巻末参考文献4頁注1を参照。とはいえ「近代法においては、法的文化の成熟せる型態をとほして、法の本質が特に明瞭な、しかし複雑多様な形相において顕現してゐる点に顧みて、近代法の本質の検討に特別の関心をそそぐことを要するものと言はねばならぬ。」という恒藤の言葉がどれほど橋本の血肉になったかは、なお一考を要する課題となろう。恒藤「法の普遍の本質と型態の本質」（1935年もしくは1936年に書かれたもの）同『法の本質』（岩波書店、1968年）153頁以下、特に156頁。

12 我妻『近代法における債権の優越的地位』（前注2）の「序」2頁を参照。

法・または社会法の型成を誘発するにいたりしものである。』¹³——本稿の観点からすれば、ここに橋本の基本認識が凝縮されている¹⁴。

iv) そのような観点から、橋本は、「近代市民法の転向」のもつ今一つ別の内面的な傾向として、「所有権絶対の原則より制限的所有権の法理、契約自由の原則より契約拘束（強制）の法理への転向」をみてとる¹⁵（括弧内・引用者）。加えて、その「転向」を可能にした根拠について、彼は、「公序良俗法理、権利濫用の法理の強調」にあった、とする¹⁶。このような橋本の態度表明こそは、その後、戒能通孝（1908-1975年）が牧野英一的な「社会法」の立場と同一であるとして、厳しく批判したところであった¹⁷。

v) ともあれ、橋本によれば、1848年以降、第一次世界大戦までの社会政策的立法の時代（社会法の「生育期」）をへて、1919年ワイマール憲法の時代ののち、社会法が全面的な「成定期」に至るものとして展望される¹⁸。そこで彼は、「労働法」及び「経済法」の展開に着目しつつ、以下

13 橋本『社会法と市民法』（前注7）131頁。なお、同書137頁以下も同旨。

14 この点は、改めて牧野が多大な共感を示したところのものである。牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注7）332-333頁を参照。

15 橋本『社会法と市民法』（前注7）157頁。

16 橋本『社会法と市民法』（前注7）157頁。

17 戒能「市民法と社会法」（1958年）同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）153頁。その箇所では戒能は、「『社会法』こそは国民生活の福祉を図る祝福された観念であるというような、宣撫的呼称が出現しないともかぎらないのである。」とした箇所に注を打ち、その注で「この種の立場をとるものに橋本文雄『社会法と市民法』がある。橋本氏のいう『社会法』は牧野博士の『信義誠実』と内容的には同じでありながら、しかも『社会法』という名をつけることによって『社会的』な外観を附加している。私は同氏のいう『市民法』にも『社会法』にも同感できるところが甚だ乏しいことを、残念ながら告白しなければならない。」と述べる。それゆえ、逆に牧野は、公序良俗的・信義誠実的な橋本の「社会法論」（市民法からの転向論）を高く評価するのである。牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注7）334-335頁。

18 橋本『社会法と市民法』（前注7）184頁。

のように述べる。——「その法理的構造の厳密性とその規模の広大なる」点において、「市民法」が「社会法」に対し「強靱なる抵抗」を示すことは容易に予見しうるところであり、よって「社会法」が「全法律生活」において「基本的・主導的な地位を確立するにいたること」は、なお「比較的永き期間の後のことであらう」、とはいえ市民法からの転向の帰結として展望される「社会法」の確立を促す「社会的規範意識」は、すでに「全面的に法律生活において、実定法的な形態をとつて、市民法理批判の戦を開始し、その発展的転向として、みづからの新法理を確保し、その体系的な地位を獲得するにいたつたのは、まことに（第一次）世界大戦後、わけても最近時のことに属する。」¹⁹。——ここには、歴史認識としても、法理論的認識としても、絶えず揺れ動く橋本文雄の姿が二重写しとなって浮かび上がる。果たして、資本主義の発達に即応的な私法の変遷を直ちに「市民法から社会法へ」の傾向の中に読み取っていいのか。市民法は、市民のための市民国家の法（生ける法としての市民社会の法を前提とする国家法）であるとする限り²⁰、市民法はそれ自体として社会的諸立法（労働法、経済法、社会保障法など）の基礎法として機能するのであり、その地盤の上に初めて「社会法」を語ることができるし、また、そのような「社会法」の展開によって改めて「市民法」が一般法として「その内容を豊かにする」という関係性をこそ見出すべきではないだろうか²¹。

vi) にもかかわらず橋本は、あくまで「市民法から社会法へ」の確固

19 橋本『社会法と市民法』（前注7）235頁。

20 この点、前注17に掲げた戒能の見解を参照。むしろ、このことは、われわれが市民法の基礎に経済的下部構造の規定的な拘束力が存することを承認することと矛盾するものではない。この点につき参考になるものとして、戒能通孝「法律社会学」（1948年）同『著作集Ⅶ・法社会学』（前注17）6頁の指摘が重要である。

21 たとえば、原島重義「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」（1997年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）187頁以下、特に201頁及び222-223頁を参照。

たる信奉者であった²²。同時にまた、我妻的な「債権の優越的地位」というテーゼ²³も、一貫して彼の厚く信ずるところであった²⁴。こうして、彼は、現代的に発展した資本主義に即応するものとして「社会法」が登場したのであり、つまりは「近代社会の法が市民の法」であったのに対し、「現代社会の法」こそは「現代社会人の法」＝「現代社会法」として対比されることになるという²⁵。その際、橋本によれば、両者の相違は、「人間」の「型」の相違として把握されるべきであり、階級論的に捉えるべきではないとされることにも留意しておきたい²⁶。

vii) 結局のところ、橋本の社会法論の究極的目的は、ある種牧野的な「連帯性」にたどり着く。すなわち言う。「(社会法の見地は) 個々人を団体の、経営の、究極においては全経済および社会態の組成員たるものとして

22 橋本『社会法と市民法』（前注7）263頁以下。なお、橋本は「身分法」における「社会的国家的な団体思想への転移」として、「親権」に対する「国家的制約」や、「養子法」のもとでの「養子のための社会的保護」、あるいは「家族的親族的扶養制度から社会国家的救護制度へ」の転換を提唱している。橋本・前掲書274頁。このことについては——その「社会国家的な団体思想」の問題性を別とする限りで——基本的に支持されてよいことであるように思われる。

23 この点に関連し、我妻の「債権の優越的地位」の帰結としての「所有権の睡眠論」に対応する言葉として、橋本は「物権法の弛緩」という表現を採用している。橋本『社会法と市民法』（前注7）347頁。ちなみに、我妻の「所有権の睡眠論」については、同『近代法における債権の優越的地位』（前注2）298頁を参照（我妻は、その219頁で「所有権観念の分解」に言及してもいる。）。

24 橋本『社会法と市民法』（前注7）265頁。

25 橋本『社会法と市民法』（前注7）327頁。ちなみにその際、橋本が、ゾンバルトに従って「近代資本主義」と「現代資本主義」を、その際立った対照のうちに捉えることにも注意しておきたい。橋本・前掲書329頁以下。彼は、W. Sombart, Die Wandlungen des Kapitalismus——Vortrag, gehalten auf der Tagung des Vereins für Sozialpolitik zu Zürich am 13. September 1928を参照している。

26 橋本『社会法と市民法』（前注7）335-336頁。橋本は階級論的な観点を全面的に否定するわけではない。師・恒藤恭にならって「型的思考」を相対的に重視するようである。ちなみに恒藤の「型的思考」については、「型による認識」（1928年）同『型による認識』（勁草書房、1950年）3頁以下がある。

観察し、且つ有らゆる社会的心意、すくなくとも吾吾（ママ）が連帶性Solidaritätと名づけるより拡充された利害関係を考量するのである。」²⁷（傍点・原著。括弧内・引用者）。こうして橋本は、結局のところ我妻栄や牧野英一的な「法律の社会化」の路線を歩み、法思想的な意味での「社会連帯」・「団体主義」のスローガンを掲げるのである。これから紹介する彼の「論文」もこのような枠組みのもとで書き上げられたものである。

〔b〕橋本の「論文」（「慣習法の法源性」）について

橋本の「論文」の構成は、以下の通りである²⁸。すなわち、その一として論文の「課題」が提示され、その二として「法源の概念」が整理される。その三として「ローマの慣習法」が、またその四として「ゲルマンの慣習法」が、さらにその五として「近代・現代と慣習法」が検討される。加えて、その六として「慣習法と制定法」の関係が、その七として「慣習法の担い手」が、その八として「慣習法と法の本質」が考察される。以上を受けて、その九として「終語」が置かれる。その構成は見るからに堂々としたものである。その姉妹的作品『社会法と市民法』を同時並行的に書き上げた橋本のエネルギーには感服するほかない。そして、いわばその「無理」が、橋本の早逝を余儀なくせしめたとも言うのであろう。

とはいえ、その「論文」の内容評価はあくまで別問題である。紙数の限られた本稿でその逐次的な紹介をする手法は避けねばならない。また橋本自身、「特に裁判規範としての慣習法の法源性の問題にとつて重要な判例法との関係の問題、慣習法と最も関連することの深い社会自主法との関連

27 橋本『社会法と市民法』（前注7）344頁。なお橋本は、その347頁で「法の体系性」そのものの「動的特性と弛緩性」を語るが、これも牧野英一好みの観点であった。たとえば、牧野「法律学における動的思考」同『法律学の課題としての神』（有斐閣、1938年）188頁以下を参照。

28 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）241-242頁の「目次」を参照。

の問題、および道徳・条理もしくは自然法と慣習法の問題、国際法と慣習法の諸問題のごときは大体においてこれに論及することを避けた。」とも述べる²⁹。この点を踏まえるなら、本稿ではその核心部分のみ指摘することで済ませることもできよう。以下、筆者にとって重要と思われることのみを整理して示す。

① まず、「ローマの慣習法」と「ゲルマンの慣習法」についてみよう（「法源の概念」³⁰については、ほぼ当時の教科書的な説明に終始しているので、これを省略する。）。慣習法に関する「ローマ法とゲルマン法」の対比という観点は、橋本の論文を太く貫くものであるが、そのようなテーマに関する先行著作として、すでに1924年平野義太郎のものがある³¹。ところが、橋本は一切平野を引用することはない³²。また、1913年に出たエールリッヒの著作³³を参照した跡もない。エールリッヒは、ローマ法における慣習法の基本的性格を、その「非国家的な法源性」において捉え、それが裁判手続

29 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）246頁。

30 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）246-251頁。

31 平野『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（有斐閣、1929年第三版。初版は1924年〔大正13年〕）31頁以下。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）22頁以下。もっとも平野の記述では、ギールケによるドイツ民法第一草案への批判とわが国民法92条の解釈論に、その重点が限局されている。

32 橋本は、ローマ法上の慣習法につき恒藤恭「羅馬法に於ける慣習法の歴史及理論」（1924年）に依拠しており、ゲルマン法上の慣習法については、Brunner, Gierke, Stobbeなどの原書、及びSiegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht—Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, 1899に依拠している。

33 Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, S. 352 ff. エールリッヒの慣習法論につき、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注5）382頁以下を参照。ちなみに橋本がエールリッヒに接する機会がなかったかと言えば、そうとも言えない。なぜなら、橋本はStanislaus Dnistrianskyi, *Das Problem des Volksrechts*, AcP 132, 1930, S. 257 ff.を参照しており（橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）316-317頁、361頁注103）、そのDnistrianskyi, a.a. O., S. 266 ff.にエールリッヒのGrundlegungがはっきり引用されているからである。

きで問題となる場合に「法曹法」(Juristenrecht)となり、それは同時にローマの「市民法」(ius civile)であったし、かつまた「学問法」でもありえたのであり、さらに「制定法」もまた「慣習法」に根ざしたものであったと規定する³⁴。ところが、それにほとんど意を用いることをしないためであろうか、橋本は以下のように述べる。——「要するにローマにおいては慣習法は、それが比較的古代においては重要な意義を保有したものの、特にその古典時代においては、それは制定法の下に圧迫せられ制限的な意味でしかその存立を認められなかつた。且つ、その慣習法も概して国民全体の法的確信と慣行により成立せる固有の意味におけるものたるよりは、反つて比較的重要性を有せしものは、すべて何らかの神官団体、政務官、裁判官等の国家的機関自体の慣習によつて成立せるものに関し、すなわち慣習法は民衆法たるよりは法曹法的性格を多分に有してゐた。」³⁵(傍点・原著)。このように「民衆法」と「法曹法」とがかなり形式的に対置される³⁶。それに対し、「民衆法」を直接的に体现したものこそ「ゲルマンの

34 さしあたりエルリッヒの引用箇所を含め、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』(前注5)382-383頁。

35 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』(前注6)258-259頁。本文で引用した文章に続けて、古典期以降、慣習法が制定法に「従立」してその効力を認められ、よつて「制定法中にすでに一定の規定をみ」、また「学説もある程度の発達を示していた」という説明が付される。

36 それに対して、たとえば原島重義『法的判断とは何か』(創文社、2002年)214-215頁は、古典期ローマ法において「立法者が法を作ったから法であると言うわけにはいかない」のであり、むしろ「法を発見し確認し展開していくのは法律家」であり、「この段階では、慣習法は法律家によって確認される」のであるから、「ここでの法は法曹法Juristenrechtであると言ってもいい」。そして、さらに「実務法律家の他に学者が出てくる」に至ると、「法曹法が学問法になっていく。」、こうして「慣習法・法曹法・学問法は全部、法源として重なっている。」とする。このことを、原島はサヴィニーの见解でもあると述べる(Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 34 ff, S. 45 ff)。ローマ法におけるleges(制定法)とmores(習俗)ないしconsuetudo(慣習〔法〕)との関係につき、Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 7

慣習法」にほかならない。それゆえ橋本は、主にギールケに依りつつ「ドイツの慣習法が法曹法または法曹階級の法たるよりも、民族法むしろ民衆法的性格を有するものであつた」³⁷と位置づけるに至るのである（傍点・原著）³⁸。こうして結局、「制定法」と「慣習法」とが形式的に対比されることをも意味した³⁹。

② そのような「ローマ的な慣習法」と「ゲルマン的な慣習法」との相克において、いわゆる近世ヨーロッパ（ことにドイツ語圏）における「ローマ法の継受」（die Rezeption des römischen Rechts）⁴⁰以降、なかでも18世紀末のプロイセン一般ラント法（ALR, 1794）や19世紀初頭のオーストリア一般民法典（ABGB, 1811）及びドイツの各ラント法で制定法優位の

↘ Zweite, neuarbeitete Auflage, 1971, S. 196. なお、キケロ（Cicero）において、いわゆる不文法と慣習法とが同一視されていたこと（そのような形で慣習法が成文法＝制定法と並立していたこと）、さらに法学者の「学説」も「年代ヲ経テソノ効力ヲ確認」せられることにより「真正ノ法規トナル」と解されていたという点については、恒藤恭「羅馬法ニ於ケル慣習法ノ理論（一）」法学論叢1巻2号（1919年）58頁以下、特に82頁を参照（橋本はこの点につき特に恒藤論文を引用していない。）

37 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）266頁。

38 このような橋本の、「ローマ的慣習法」と「ゲルマン的慣習法」の図式的な捉え方は、すでに平野義太郎が先行業績（前注31）のなかで示していたものとはほぼ同じである。

39 この点につき橋本は、「多少強調した理念型的な対照を示すならば、ローマにおいては制定法の支配のかたはらに慣習法がその妥当性を保持したのに対し、ゲルマンでは慣習法の支配のかたはらに制定法が点綴したといふやうな事態がみられた。」と結論づけている。橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）270頁。

40 Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Neubearbeitete Auflage, 1967, S. 97 ff. ヴィーアッカー（鈴木禄弥・訳）『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』（創文社、1961年）121頁以下。この鈴木・訳は、ヴィーアッカーの1952年初版を翻訳したものである。ちなみに、ヨーロッパにおける「ローマ法の継受」は、ほぼ14世紀から17世紀頃にかけて行われた。

観点から慣習法への消極的な態度が生み出された⁴¹。1870年代から開始されたドイツ帝国での統一的民法典編纂にあたっても、基本的にそうであった。これをギールケが批判し、「慣習法の効力に関する問題を学説と裁判的实践にゆづり、制定法のうちに慣習を導入する可能性のために最初の道を拓いた。」⁴²。このような動向は、橋本によれば「市民法的性格を帯有せる制定法」が民衆法たる「慣習法」によって「転向」せしめられたとして把握される。それゆえ、そのような「転向」こそ、『市民法から社会法へ』の転向が「法源論」として「反映」されたものにほかならない、というべきことになる⁴³。このように、「慣習法」の制定法を通じた承認というルート設定は、いわば制定法をも慣習法の法的投影物として関連づけ、さらに慣習法を法源論レベルで法曹法・学問法と連結せしめたローマ法（前注35）の「再生」とも言える側面をもつところ、橋本にかかる「市民法から社会法へ」の「転向」を象徴するものと変容せられてゆく。これは、「初期資本主義時代の自由競争原理は、やうやく独占によつて代はられ資本主義は新たな相貌をもつて現前するにいたつた」がゆえに、商法体系や労働法体系＝「社会法」への「民法法理の転換」を必然のものとしたとする彼の立場の言い換えであった⁴⁴。

③ ところで、「慣習法」の「制定法」を通じた承認は、わが国では、かつての「法例二条」（現行「法の適用に関する通則法」3条）及び民法92条で確保されてきた。その両者の関係については、見解が分かれるが⁴⁵、通説は、「法例二条」の慣習法を「社会の法的確信」によって支持されたもの

41 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）272-273頁。

42 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）276頁。

43 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）276頁及び281頁。

44 橋本『社会法と市民法』（前注7）137頁。

45 「法例二条」（「法の適用に関する通則法」3条）と「民法92条」に関する諸説を理論的に整理するものとして、児玉寛「慣習論」内田貴＝大村敦志（編）新法律学争点シリーズ1・民法の争点（有斐閣、2007年）63-64頁を参照。

とし（ただし、「法律行為」以外の局面で任意法規の存する場合には任意法規が優先する）、対するに民法92条の慣習を「法律行為」に関する任意法規と異なる慣習がある場合にその任意法規に優先する「慣習」のことだとする⁴⁶。それを受けて橋本は、民法92条のいう「法律行為ノ当事者カ之ニ依ル意思ヲ有スルトキハ」の要件を、「特に当事者が其慣習に依らないと云ふ反対の意思表示を為さない限り」という解釈を越えて、「当事者が慣習の存在を知る必要もないと解すべきである」とする見解⁴⁷を「より妥当」なものだと評価する（傍点・原著）⁴⁸。橋本によれば、そのようなわが国通説的な見解は、「畢竟解釈法学的な見地を純正に貫く見地よりは、多少立法論的・法律社会学的または法律政策学的見地に立てる立論である」⁴⁹とされ——それは橋本自身の思い描く慣習法論の方向性を示すものであるが——

46 我妻栄『民法総則』（岩波書店、1933年）283頁。我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）252頁。ちなみに我妻は、「近時の法思想は、さらに一層慣習法の地位を重要視し、補充的効力から一步を進めて、対等の効力を認めようとしている」とした上で、それゆえ「この思想から見れば、法例第二条は、もはや時勢に適さないものといわなければならない。」と記す。

47 我妻『民法総則』（前注46）284頁。我妻は——両当事者の一方にすら知られていない慣習をも法律行為の解釈基準とするわけであるから——民法92条の事実たる慣習を「実際上は慣習法に近き効力を有（する）」がゆえに「法律行為の解釈に関する限り慣習によつて任意法規が改廃せらるる結果となる。」と解するに至る（我妻・前掲同頁。括弧内・引用者）。このような我妻説を正面切って批判するのが、末弘厳太郎である（末弘「事実たる慣習」〔1943年〕同・末弘著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）・第2版』（日本評論社、1980年）54頁以下、特に59-60頁、65頁）。末弘は、本来92条の慣習が、「当事者ガ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキトキ」において、文字通り「事実たる慣習」として法律行為解釈の「資料」となるに過ぎないわけであるから、我妻のように解してしまうと、それは「理屈一点張りの飛躍」にほかならず、「自縄自縛」の事態を招く、と批判する（末弘・前掲65頁）。ちなみに、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（前注46）253頁は、上記末弘の批判をものともせず、「事実たる慣習は、實際上、慣習法に近い効力を有し、法律行為の解釈に関する限り、慣習によって任意規定が改廃される結果となる。」と繰り返している。

48 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）298頁。

49 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）303頁。

そのことを通じ「通説の要求するやうな志向」が「より十分に達成せらるゝのではないか」と展望する（傍点・原著）⁵⁰。

④ 要するに、橋本の「法源論」に関する基本姿勢は、以下の二つの引用文で示されることになる。——「概していへば法が社会的現実の動的性を静止せしめんとする志向が、制定法において比較的強烈であり、慣習法においてはそれが社会的現実の動的性に順応しつゝ、その特有の弾力的固定性により制約するがため、その志向が比較的緩和せられた仕方において現はれ、従つて社会の現実的段階への適応性が、それに特有なる不明劃性と合して慣習法により多く期待され得ると概言し能ふであろう。」⁵¹。すなわち制定法と慣習法の「両法源」は、たとえば制定法の「政策性、技術性、権力機構との緊密性」などの「諸特徴」と、慣習法の「具体的妥当性、自然性、流動性、伝統性」などの「諸特徴」とを「あたかもその要求せらるゝやうな生活部面と生活関係とにおいて十分に発揮しえさせるやうな仕方において両法源を余他の諸法源と協働せしめながら、それらの全体的な具体的統態性を成り立たしむべきである、と謂ひえらるゝであらう。」⁵²。

このような、いわば何でもありの曖昧模糊たる橋本の「法源論」は、彼に独特な「市民法から社会法へ」のスローガンのもと、およそ伸縮自在ともいいうる牧野英一の自由法論⁵³と同じ「法源論」を志向するもので

50 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）345-346頁。

51 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）334頁。

52 橋本「慣習法の法源性」同『社会法の研究』（前注6）349頁。

53 牧野の自由法論を「伸縮自在」と規定したのは、末弘巖太郎である。すなわち言う。「『自由法運動』が単なる——ゴムのごとくに——『伸縮する尺度』を求めているかぎり、それはただ「過去」を破壊する効果があるにすぎません。」末弘「嘘の効用」（1922年）同・末弘著作集Ⅳ『嘘の効用・第2版』（前注1）3頁以下、特に35頁を参照。これは直接牧野を名指しした批判ではないが、にもかかわらず敏感に反応した牧野の論文として、「擬制の歴史的性質と理論的性質——末弘博士の「嘘の効用」」同『法律における価値の論理』（有斐閣、1930年）109頁以下がある。これにつき、拙稿・川角「『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）64頁

あった⁵⁴。ここでは、橋本の見解につき以上のことを確認することができれば足りよう。次に平野義太郎による「マルクス主義的法学」の形成過程とその基本的特質を探ることにする。それは、彼の『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』の延長線上で形づくられたものであり、さらにわが国戦前の社会的・政治的な民主主義的変革構想（その前提のもとでの社会主義への発展構想）と密接な関係を形成するものである。

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

〔イ〕平野義太郎

（１）序論

1924年に公刊された平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』は、牧野英一的なギールケ理解と、それに基づくゲルマン法的・社会法的「民法論」を展開した点⁵⁵で、上記でみた橋本文雄の先行者であった⁵⁶。そして平野は、ほぼ同時期に、その社会法的な民法論の延長線上に

↘ 頁以下、特に71-72頁を参照。

54 牧野と橋本との一般条項的「自由法論」における共通性については、前注17の戒能通孝の見解のほか、戒能による橋本『社会法の研究』そのものへの書評という形においても示されたところである。戒能「橋本文雄『社会法の研究』（昭和10年）」国家学会雑誌49巻9号（1936年）137頁以下、特に143頁を参照。その箇所では戒能は、「著者（橋本）は牧野博士を引用せられること殆どないのであるが、それは必しも共通点なき故ではないのであつて、むしろ余りにも多くの共通点の存在するが故ではないか」（括弧内・引用者）とした上で、「此意味に於て私は本書を独自の主張を持つ著書としてではなく、『自由法』の一支柱として観察することにより、一層多くの興味を感じるのである。」と述べている。

55 平野のこの著作に関するものとして、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十四）・（十五）——大正デモクラシー期の平野義太郎（その1）・（その2・完）」龍谷法学53巻3号（2020年）76頁以下、龍谷法学53巻4号（2021年）270頁以下を参照されたい。

56 ゲルマン法的傾向への傾斜度はともかく、その社会法的傾向に関していえば、平野は我妻との関係でも実質上の先行者であった。拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十五）」（前注55）299-300頁注99及び100をそれに対応する本文ともども参照。そして両者の接点こそ——橋本文雄の場合もそうであるが——やは

において階級闘争的な「マルクス主義法学」の確立へと突き進んでいったのである。そのきっかけを与えたのが、平野による「入会」の研究であった。すでに彼は『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』でギールケの総有論を深く考察していた⁵⁷。それがマルクスのゲルマン法的慣習論⁵⁸と結合した。平野いわく。「この点は、私もマルクスも共に入会山から発端してきている。」⁵⁹。また、平野は1927年から2年ほどドイツ留学を経験したのだが、フランクフルト大学・社会研究所でヘンリク・グロスマンやマックス・ベアなどのマルクス主義者から多くのことを学んだ⁶⁰。このことも彼のマルクス主義法学への動機を与えたに違いない。かてて加えて、留学から帰国後「産業労働調査所」で野呂栄太郎と接する機会をもった⁶¹。こうした経験が彼のマルクス主義法学者としての道を＜準備＞したと言えよう。同時に、当時のわが国資本主義の興隆に伴う諸矛盾の噴出（それら諸矛盾の具体的反映としての労働運動、農民運動、「米騒動」など婦人を中心とした社会運動の展開）とそれを抑え込むための弾圧法規の整備（治安警察法や治安維持法、及び治安維持法を改悪するための緊急勅令⁶²）、さらに上記弾圧法規の直

ゝり牧野英一の一般条項的自由法論及びそれに規定された民法学であった。

57 平野『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（前注31）165頁以下。同『民法におけるローマ思想とゲルマン思想〔増補新版〕』（前注31）108頁以下。

58 マルクス「木材窃盗取締法にかんする討論」（1842年）マルクス・エンゲルス全集1巻（大月書店、1959年）126頁以下、135-136頁。Marx, Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz, 1842, Marx/Engels, Werke Bd.1, Diez Verlag, 1972, S. 109 ff. bes. S.117.

59 平野義太郎『晩年の回想といくつかの提起』（発行者：平野義政、印刷所：はづき企画、1980年。浜林正夫との対談記録）6頁。

60 平野「ワイマル期のマルクス主義者たち」季刊社会思想1巻1号（1971年）48頁以下。

61 平野『晩年の回想といくつかの提起』（前注59）9頁。

62 この時期、マルクス主義法学の立場からの治安維持法批判として、風早八十二「治安維持法の批判」（1930年）長谷川正安・藤田勇（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（日本評論社、1972年）145頁以下がある。治安維持法は、その後、対米開戦の年1941年春にさらに改悪され、当事者の思想内面ノ

接的な実行部隊としての特高警察の全国的配置（この点、本稿ですでに言及した）、さらに中国大陸への侵略体制の本格化（満州事変から日中戦争への展開、これについても本稿で触れた）などの諸要因が、平野をしてそのマルクス主義の準備段階から本舞台へと一気に駆け上がることを可能ならしめた、と言えよう⁶³。その「一気に」のなかには、平野の渾身の努力を通じた先見性と、それに支えられた理論的な成果がある反面、当時マルクス主義法学の「負の側面」⁶⁴をも体现するものであったように思われる。その様相

ゝに介入するために「…犯スノ虞」要件を取り込んだ「予防拘禁」制度まで導入されるに至る。この点、奥平康弘「治安維持法における予防拘禁——その成立についての準備的考察」東京大学社会科学研究所（編）『ファシズム期の国家と社会4・戦時日本の法体制』（東京大学出版会、1979年）165頁以下を参照。ちなみに奥平は、同論文213頁以下で、予防拘禁制度問題の延長線上における滝川幸辰・牧野英一間の「確信犯」論争にも触れている。

63 この点につき、森英樹「日本マルクス主義法学の遺産とその継承——理論史的総括の試み」季刊科学と思想3号（1972年）129頁以下、特に131-132頁。同「日本マルクス法学の前提」天野和夫・片岡昇・長谷川正安・藤田勇・渡辺洋三（編）『マルクス主義法学講座Ⅰ・マルクス主義法学の成立と発展〔日本〕』（日本評論社、1976年）63頁以下も参照。森は平野の内面における新カント学派の克服も、要因の一つに含めている。これにつき、平野自身、「マルキシズムでもってカントの考え方というものを、どういうふうに克服していけるかということで大いに苦勞する時代が大正の一四年くらいまでつづく。それは骨をけずる苦勞です。」と語っている。鶴飼信成・川島武宜・福島正夫・辻清明（編）『講座・日本近代法発達史——資本主義と法の発展（3）』（勁草書房、1958年）323頁以下の付録月報（3）「第一次大戦後における日本社会の変化と法の展開——平野義太郎氏を囲んで」、特に340頁（平野発言）がある。

64 森「日本マルクス主義法学の遺産とその継承」季刊科学と思想3号（前注63）145頁によれば、当時のわが国マルクス主義法学が抱え込んでいた弱点として、「ブルジョア的なものへの批判・克服の弱さ、法学からする国家論の相対的軽視、法現象を総体として把握することの欠落、法解釈（論）の不在」などが指摘される。同時に森は、「戦後のわれわれが戦前マルクス主義法学を語る時、（「戦前の権力による不断の抑圧」がもたらす）言語に絶する研究の困難さという歴史的重みを一度くぐらせることなしに語れば、無意味な評論でしかなくなってしまう。」と述べる（括弧内・引用者。括弧内のカギ括弧の文章は森によるもの）。——加えて森は、現在の時点からするわれわれの戦前マルクス主義法学への批判的な考察視点、及びより一層肝心の「現実の諸問題」への理論的な切

を以下で検証したい。

(2) 「法律における階級闘争」

〔a〕「法律における階級闘争」の背景

平野にとって「階級闘争」こそは、法それ自体の産出根拠であり、同時に現在の法への批判的視点の理論的根拠であった⁶⁵。そのために彼は、『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』を公刊した翌年、1925年に『法律における階級闘争』を上梓したのである（前注64を参照）。ついであるが平野は、上記『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』と同じ年に「ベンタムにおける個人主義・功利主義の法律原理」⁶⁶を書いている。それを通じて平野は、ベンタムが「法の本質」を「強制」へと措定し、そして「法の目的」を「市民社会の財産の安固」に求め、あるいは「資本主義的

ゝり込みが、「はたして戦前ほどのきびしさでコミットしえているのか」という「鋭い問いかけ」を必然的に要求する、と述べている（森・前掲同頁）。

65 「法律を社会学的・歴史的対象として考察するとき、法律は常に階級闘争によつてのみ成立し、階級闘争の進行過程のうちに、その進化を重ねてゆくものである。」とは、平野義太郎『法律における階級闘争』（改造社、1925年）の「はしがき」冒頭に出てくる文章である（本稿では、平野の「法律における階級闘争」につき、この著作から引用する。）。いわゆる唯物史観からすれば自明のことといえる階級的法観の意義を、幾つかの思考的ベクトルを重ね合わせて位置づけ直してみたいというのが本稿の目的の一つとしてある。とはいえ、本稿でその全面展開をなしうるわけではない。思考上の出発点を見出したいということにとどまる。

66 平野「ベンタムにおける個人主義・功利主義の法律原理」（1924年）長谷川・藤田（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（前注62）93頁以下。その論文冒頭で、平野が河上肇のベンタム論（河上『資本主義経済学の史的発展』（弘文堂、1924年）、その18版付録「個人主義と社会主義」）を参照してみずからのベンタム論を書いたことは、平野の思想が、その留学前の段階ですでに河上肇を通じ社会主義への道を模索し始めたことを意味しよう。そして1927年からのヨーロッパ留学、なかでも2年間にわたるドイツ・フランクフルト大学でのマルクス体験が、平野に確固たる思想基盤を与えたと考えてよいであろう。このうち後者の点につき、前注60で掲げた平野の論文を参照。

秩序の現状維持」とその「安全」を至上命題としつつ「当時の環境を改革し、よって第一九世紀法律成熟時代の原理を樹てた」とした上で、その到達点を指し示し、それを「まことに没すべからざる功績である」と称える⁶⁷。にもかかわらず、当時の平野は「法の^レ本質は強制力ではなくて人類共同生活の行為的規律であり、法の目的は動的に秩序を保ちながら新たな社会的生存を創造してゆくもの」であるがゆえに、「ベンタムの法律原理は第一九世紀の発展期における資本主義的法の原理としてのみ正当性を主張することができるものに過ぎない。」とする⁶⁸（傍点・引用者）。このような幾分素朴な形で平野の社会的視点（なかでも「法の^レ本質」を「人類共同生活の行為的規律」に求める態度）が、1925年の『法律における階級闘争』によって、かなりの先鋭化を遂げる。しかもその「先鋭化」は、マルクス主義と牧野英一的な「自由法論」とが微妙に入り混じっているという意味で

67 平野「ベンタムにおける個人主義・功利主義の法律原理」（前注66）105頁。

68 平野「ベンタムにおける個人主義・功利主義の法律原理」（前注66）106頁。

このような平野のベンタム評価をみる限り、この時期すでにマルクス『資本論』（第一部「資本の生産過程」第四章「貨幣の資本への転化」第三節「労働力の売買」におけるマルクスによる「ベンタム」への言及）を読んで、それを「念頭においたもの」とする森・前掲「日本マルクス主義法学の遺産とその継承」季刊科学と思想3号（前注63）141頁の見解には一定の留保を要するであろう（筆者は、大月書店版・全集23巻a 230-231頁でマルクスのベンタム論を確認した。）。ちなみに平野は、ベンタム論を書いた1924年の3年後、1927年以降フランクフルト大学でヘンリク・グロスマンによる『資本論』講義を聴講したようである。平野「ワイマル期のマルクス主義者たち」（前注60）50頁。しかも、平野の弟子・守屋典郎（1907-1996年）によれば、「平野がマルクス主義学者として大きく登場してくるようになったのは」、留学から帰国後の1930年5月に「共産党への資金カンパの理由で逮捕されて、大学を去った」のち、ことに1932年以降、野呂栄太郎や大塚金之助、山田盛太郎とともに『日本資本主義発達史講座』の編集者となって以来のことであるとされる。守屋『日本資本主義分析の巨匠たち』（白石書店、1982年）31頁。その1932年といえは、平野の『マルクス・エンゲルスにおける史的唯物論と法律』（大畑書店）が刊行された年でもあった（筆者が参照しえたのは、その著作の戦後重版『マルクス・エンゲルスにおける史的唯物論と法律』（暁明社、1951年）である。）。

特殊平野的なものであった。

〔b〕「法律における階級闘争」の内容と意義及び問題点

「すべて過去の歴史は階級闘争の歴史である。」——この印象的な文章から平野の著作は、その幕を開ける⁶⁹。同時に平野は、「過去の歴史」において「階級闘争」のなかった時代（いわゆる「原始共産制」の社会）の存在を承認する⁷⁰。それゆえ、その後初めて成立をみた「階級闘争」は、「血縁を紐帯とする氏族が、漸く人口増殖」の一つの帰結として「沃地」に定住し「農耕」を営むほかないという宿命にある限り、さらなる「沃地」を求め他の部族と衝突せざるをえない境遇に置かれたことに、その発生史的な根拠が求められることになる⁷¹。すなわち、一旦「沃地」に定住した氏族ないし部族は、その「沃地」の豊饒さが低下し、あるいはその「豊饒さ」では人口増殖に対応できなくなるときの、その集団は、他部族の領域たる「沃地」へと分け入ること（平野は「遷徙」という語をあてている⁷²。）を余儀

69 平野『法律における階級闘争』（前注65）1頁。

70 平野『法律における階級闘争』（前注65）2-4頁。

71 平野『法律における階級闘争』（前注65）5頁。

72 平野は、この部族の「遷徙」について、ヴィルヘルム・ヴント（1832-1920）及びフランツ・オッペンハイマー（1864-1943）の文献に依拠している（平野『法律における階級闘争』（前注65）6頁注11）。このように、平野の「階級闘争」論がヴントの「民族心理学」や、オッペンハイマーの「社会学」の影響を受けていることも、その特徴の一つと考えてよいであろう。この点につき、藤田勇「平野義太郎のマルクス主義法学への道をめぐって」法律時報52巻4号（1980年）84頁以下、特に86頁中段に批判的なコメントが記されている。ところで平野は、同時に、河上肇『唯物史観研究』（1924年）にも注目している。平野・前掲書11頁注5、13頁。ところで河上肇（1879-1946年）の『唯物史観研究』は、彼の自叙伝に詳しい古川光（1925-2007年）によれば、河上が「間違ひだらけであつた」と自己批判した段階の作品であり、彼はその後のマルクス研究でその「間違ひ」（「自らの唯心論的な「人道主義」の哲学」）から「脱皮」し、非転向のマルクス主義者として、その生を全うしたのである。古田光『河上肇』（東京大学出版会、新装版2007年）119-120頁。この河上の姿勢は、平野の終戦間際の「転向」と明瞭に対比することができるのではないかと。

なくされる⁷³。そこに部族間戦闘が発生する。強い部族による弱い部族の制圧と殺戮が始まる。その後、それが「殺戮」から「保存」に代わる段階で、戦争による「奴隷」(servus)が生み出され、同時に「生産機関殊に土地の『所有』といふ観念」も「著しく明確にせられる」⁷⁴。こうして、「生産機関（土地とその上で労働する奴隷）を独占することによつて、他の社会階級を圧制せんとする支配階級と、生産機関を所有しないため、圧制せられる被支配階級とは明かに分離し区別される。」⁷⁵（括弧内・引用者）。

ところで、すでにその冒頭の言葉（「すべて過去の歴史は階級闘争の歴史である。」）が示唆するように、どちらかと言えば、平野はいわゆる「階級闘争」的な歴史観に立つ。それは、なるほどマルクスの「唯物史観」に合致する側面をもった。この点に関連し、マルクスは人類発展の歴史的・地域的諸段階を指して——「大づかみにいって」と留保しながらであるが——「アジア的、古代的、封建的および近代ブルジョア的生産様式が経済的社会構成体のあいつぐ諸時期として表示されうる。」と規定する⁷⁶。その限りで、平野の「階級闘争」的な歴史観はマルクスの忠実な反映物であったろう。ところがマルクスは、その著名な定式の前後において次のよ

73 平野『法律における階級闘争』（前注65）6頁。

74 平野『法律における階級闘争』（前注65）7頁。平野はservus（「奴隷」）の動詞形たるservoのなかに「保存する」という意味が込められていることに注目している。ちなみに、Langenscheidts Taschenwörterbuch, Latein, von Prof. Hermann Menge, 1963, S. 480には、servoのドイツ語訳として、unversehrt erhalten（「無傷のまま保存する」）とあり、田中秀央（編）『羅和辞典・増訂新版』（研究社、1966年）573頁には、servoにつき「安全に保護する」という意味が訳出されている。要するに「奴隷制度」も、世界史的にみれば一個の発展的契機を内在していたのであり、しかもそれは人を物として生産手段に転化しめるという意味での根本的な「矛盾」を抱えたものであった。そのようなdialektischな観点は比較的平野には弱かったようである。とはいえ当時、「奴隷」という言葉に「保存の意」を汲み取った平野の才能は秀逸なものであったというほかはないであろう。

75 平野『法律における階級闘争』（前注65）7頁。

76 マルクス『『経済学批判』序言』（1859年）全集13巻7頁。

うに述べている。すなわち、「新しい、さらに高度の生産諸関係は、その物質的な存在条件が古い社会自体の胎内で孵化されてしまうまでは、けっして古いものにとって代わることはない。それだから、人間はつねに、自分が解決しうる課題だけを自分に提起する。」「ブルジョア的生産関係は、社会的生産過程の最後の敵対的形態である。敵対的というのは、…諸個人の社会的生産諸条件から生じてくる敵対という意味である。しかしブルジョア社会の胎内で発展しつつある生産諸力は、同時にこの敵対の解決のための物質的諸条件をもつくりだす。したがってこの社会構成でもって人間社会の前史は終わる。」⁷⁷。この引用文の趣旨は、マルクスが、将来の「競争と土地の共同占有と労働そのものによって生産される生産手段の共同占有」を「基礎」に新たな「個人的所有」が作り出されるという場合、あくまで「資本主義時代の成果を基礎とする個人的所有」(das individuelle Eigentum auf Grundlage der Errungenschaft der kapitalistischen Ära)という一文を挿入していること⁷⁸との関連で理解されるべきことである⁷⁹。

なぜなら、上記引用箇所の前でマルクスがいう「人間社会の前史」とは、社会的な規模での「敵対関係」の存在(それを言い換えれば「階

77 マルクス『『経済学批判』序言』(前注76) 7頁。

78 Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Erster Band, 1867, Diez Verlag, 1980, S. 791. マルクス『資本論1a』全集23巻995頁。

79 平野はその後の文脈でマルクス『資本論』、なかんずくその24章「いわゆる本源的蓄積」の箇所を原文で引用するのだが(平野『法律における階級闘争』[前注65] 74頁注19、84頁注6、105-106頁注18、19、20など)、どういうわけか前注78に掲げた箇所を引用することはない。ちなみに平野がローマ社会における階級闘争(「スパルタクスの反乱」を頂点とする奴隷反乱)を描いた部分(平野・前掲書39頁以下)は、今でも一読する価値があるように思われる。ちなみに、ローマ人たちがその「真剣勝負」を見て楽しんだ「剣奴」(剣闘士奴隷)の逃亡・反乱を発端とする「スパルタクスの反乱」の背景・意義につき、土井正興「ローマ帝国と人民闘争」日本科学者会議(編)・講座=現代人の科学3『歴史における民衆運動』(大月書店、1975年)9頁以下、特に33頁以下、弓削達『世界の歴史5・ローマ帝国とキリスト教』(河出書房新社、1993年第5版)118頁以下を参照。

級闘争」の存在ということであろう）を所与の必然的な社会構成要素とせざるをえないところ⁸⁰（その「前史」は基本的に「資本主義時代」でもって終わりを告げるはずであるのだが）、それを克服して生み出される新たな共同社会⁸¹（マルクスはその社会において、土地を含めた生産手段の社会的所有とか国家的所有という契機をことさら強調するわけではない）もまた——ことに上記の意味での「個人的所有」の「再生的」な創出のためには——「資本主義時代の成果を基礎」としつつ、その社会経済的な基盤を確保する必要に迫られるからである。そのためには、「矛盾」の根源である資本主義生産関係が「資本主義時代」に固有必然的に要求せざるをえない「私的所有」

80 その場合の「敵対関係」とは、「社会の根本的法制が依然として旧来の階級制度を固守して新に勃興する生産力の発展を妨害する桎梏」となるという帰結を導くものである。平野『法律における階級闘争』（前注65）15頁。要するに、みずからは労働することなく相続や国家の実力等ですでに手に入れた土地・工場などの生産手段を擁する資本家階級と、その土地や工場で自己の労働力を売って働かないことには生きていけぬ階級（労働者階級）との間の「敵対関係」＝「階級闘争」を指す。この点、平野・前掲書2頁の記述も参照。

81 前注78に掲示した箇所に対応する本文で、マルクスが、「前史」ののちに登場する新たな共同社会において、土地を含めた生産手段の社会的所有とか国家的所有という契機をことさら強調するわけではないこと、むしろ「競業と土地の共同占有と労働そのものによって生産される生産手段の共同占有」という規定を与えていることからすれば、彼が、その段階では「国家」ないし「行政府」的なものを、市民的・国民的な「共同所有」のための単なる「管理者」・「調整役」というように位置づけようとしたのではないかと思われる。それゆえマルクスにおいては、いわゆる「過渡期」を含めた上記の「共同占有」の時代＝高度の「共產主義」の時代への移行段階をかなり広く設定していたのではないかという推測は許されよう。したがって、「過渡期」はいうまでもなく、その後の「移行段階」においても、内外に及ぶ各種の「敵対関係」は残存せざるをえない。それがもたらす「矛盾」を平和的に、理を尽くして、話し合いで解決すること。また、必要に応じて司法権＝裁判機関の裁定に委ねること（国際的紛争の場合には「国際司法裁判所」的なものによる解決に依拠すること）こそ、マルクスの構想に合致するものであったと言ってよいであろう。とはいえいずれにせよ、そのより高次の「共同占有」の時代にあっても、「個人的所有」は、あくまで「資本主義時代の成果」として獲得されたものを、その「基礎」とせざるをえない。これこそマルクスの言いたかったことではないだろうか。

もまた——それ自体、その前段階たる封建制社会からその「胎内」に産み落とされてきたものであり、その産声（うぶごえ）を聴くと同時に「市民革命」が世界史的に開花する一大エポックを招き寄せたものだが——その「資本主義時代」の内部における「矛盾」の全面的でかつ一般的な存在「肯定」の契機の中に、特殊に——「矛盾」の固有内在的發展という意味での自由競争段階から独占段階（さらに国独資ないし「帝国主義」）への展開を通じ——その「私的所有」の歴史的衰退と時代からの離反というプロセスをへて自己脱皮し、上記「過渡期」や「移行段階」に特殊で新たな諸矛盾（市民的自由に関する問題や国家権力の強制的契機にかかる問題、翻って市民の「基本的人権」に関する問題、あるいは土地をはじめとした生産手段の社会的所有・国家的所有をめぐる問題など）を自己のうちに纏いつつ、マルクスのいう意味での新たな「個人的所有」へと内発的に自己を高めるようとする⁸²。

82 資本主義生産関係のうちに内在する「矛盾」の自己内衝動による「資本主義時代」の克服という場合、どの時代の変革についても同じことが言えるのであるが、オートマテックに変革が生じるわけではないこと、当然である。なかでも、「資本主義時代」には、形式的ながら「法の下での平等」・「自由」（所有権の自由、契約の自由など）・「個人の尊重」・「議会主義」・「普通選挙制」・諸々の「基本的人権」・「平和主義」等が開花したがゆえに、まずはそのために闘う「市民」の神聖さの確保が当然に要求されざるをえないであろう。それを直視する場合に、権力にたじろぐことなく、同時に他人への友情と連帯を失わない崇高な、自律的で主体的な「市民」の姿が要請されてくる。この点、たとえば戒能通孝「市民法と社会法」（1958年）同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）138頁以下を参照。そこに描き出されてくるのは、常に闘う市民（「市民は、それ自体として闘争観念であり、かつ闘争のなかで自己をきたえあげた人々が、「市民」であることに誇りをもち、それに榮譽を附与したのである。」戒能141頁）であり、しかも単なる自己完結的な「市民社会」の担い手としての市民ではなく、常に法をみずからのために創出する方向へと市民社会を高め「市民国家」へと展開せしめていく勇氣と責任感の備わった「市民」であった（戒能144頁の＊のついた箇所をみよ。）。それゆえに戒能は、上記の意味での「市民国家」を「エリートの国家である」と規定するのである（戒能149頁）。その場合、エリートたる市民は、それぞれ各人が「エリート」でなければならないこと当然であり、さらにその個性を通じて議論し合い、またエリートへの過程を歩もうとする子供たちへのお手本となり教師となる必要があったろう。また、エ

これは、文字通り人類史・世界史における *dialektisch* な歴史過程の一コマであり、その把握観点の方法的な典型の一つである。にもかかわらず、当時28歳ころの平野義太郎は、どうやらその *dialektisch* な考察観点にはそれほどなじんでこなかったように思われる。むしろ、平野は、そのために必要なヘーゲル読解というプロセスを抜きに⁸³、かつまたそのヘーゲルを批判的に継承し自己の『経済学批判』を確立したマルクスの『資本論』も中

ゝリートになろうとしつつも、身体障がいや精神障がいなどのためにその手前でとどまっている人々が、その人らしく生き、それを通じて社会に貢献できるように経済的支援を含めた友情の手を差し伸べる精神的寛容を備えた者こそが「市民」であつたろう。そして、それらの市民が手を携えて権力に立ち向かい、市民社会とともに市民国家を自主的に形成していく主体として高まること。これが、戒能の描く動態論的で自覚的な使命感を帯びた「市民」像であつたように思われる。このような観点は、平野義太郎には決定的に弱かった。それゆえにこそ、ややのっぺりした平野の協同体的な村落概念——平野は中国の村落を指して「自然的生活協同態」と規定する——を戒能は実証的な手法で批判したのであった（戒能は平野のスタンス＝「自然村落論」が、「高持本百姓意識の存在」する「支那農村と日本もしくはマウラー・ギールケの力説するドイツ村落の間にある大きな差異を抹殺する危険がある」という。）。旗田巍『中国村落と共同体理論』（岩波書店、1973年）35頁以下、特に39頁。なお平野の見解は、中国農村慣行調査刊行会（編）『中国農村慣行調査・第一巻』（岩波書店、1981年。平野の論文初出は1941年）に出ている。これに対し、戒能は「支那土地法慣行序説——北支農村に於ける土地所有権と其の具体的性格」（1942年）同『戒能通孝著作集Ⅳ・所有権』（日本評論社、1977年）149頁以下、特に191頁で、平野を特に名指しすることなく平野の見解を批判したのであった（旗田38頁は「猛烈な反対論」が戒能によって提起されたという。）。

83 この点に関連して——本稿前編（龍谷法学53巻4号〔2021年〕296頁注90）ですでにある程度指摘したことだが——沼田稲次郎（1914-1997年）は、以下のように述べている。——「マルクス主義は現実存在＝歴史的社会的発展法則＝弁証法的必然性が同時に現実存在の自覚＝自己認識（弁証法的）であり、価値の創出であること、しかもヘーゲルのように——平野は本書（『法律における階級闘争』を指す）でヘーゲルをみていない——発出論的でない把え方、それには社会的全体の実践と理論との相互媒介的関係を考えねばならないのであろう。だが果してかかる哲学が今日の少くとも日本のマルクス主義者——法学者を含めて——によって本当につかまれているのだろうか。」沼田『「法律における階級闘争」について』平野文庫（編）『平野義太郎著作についての書評集』（白石書店、1991年）26頁以下、特に33頁（引用文中の括弧内・引用者）。

途半端な参照にとどめざるをえなかったのである。その上で、さらに彼は、牧野英一的な観点を自己の「階級闘争」論のうちに無矛盾的に導入する。すなわち、平野は「階級闘争による価値の実現」⁸⁴という論文のなかで、自由法論の牧野的な言い換えである「法律の無限的解釈」⁸⁵の立場を援用する。その際、牧野が依拠するのは立法＝成文法ないし慣習法＝不文法のみならず、「条理」をも法律解釈のなかに全面的に導入するという態度であった⁸⁶。このことを通じ、結局のところ平野は、その「階級闘争」論において、本来マルクスに固有に具備されていた「闘争」の精神をも衰弱させてしまったのである⁸⁷。ともあれ、その後東大を追放された平野義太郎

84 平野「階級闘争による価値の実現」同『法律における階級闘争』（前注65）145頁の五及び同頁注5を参照。

85 牧野「法律の解釈は無限に非ざるか」同『民法の基本問題』（有斐閣、1924年）64頁以下。

86 牧野「法律の解釈は無限に非ざるか」（前注85）87-88頁。したがって、当然のことながら牧野は「条理」を「法源」に含める（牧野「条理及び学説」、同「法源としての条理の価値」牧野・前掲書、順に187頁以下、224頁以下）。これに対し、たとえば明らかに末弘巖太郎は、「条理」の「法源化」を批判する。末弘「法源としての条理」（1942年）同・末弘著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）・第2版』（日本評論社、1980年）41頁以下（末弘は、「客観的に定立されている法規体系」のなかに「条理」を組み入れることには断固反対の立場である。それゆえ、1875年〔明治8年〕の「太政官布告」が「条理による」とはいわずに、ただ「条理ヲ推考シテ」とするにとどめていることを高く評価している。末弘・前掲論文46頁。言い換えれば、たとえば「法規の欠缺」の場合、末弘によれば「具体的社会関係」ないし『社会定型的事実』（二重括弧内は川角によるもの）に即して法規の具体的な創造が行われるべきところ、当該具体的事件事実に則り「裁判官」が「みずから条理に照らして法規範を創成した以上、それを規準として裁判すべきである。」（末弘・前掲論文47頁）という法的論理が創出されることになる。これを大雑把に牧野の態度と同じだと考えてはなるまい。

87 ちなみに、前注83で取り上げた沼田稲次郎の見解によれば、平野がこの『法律における階級闘争』を刊行した当時（1925年）、「なお平野は新カント派の影響下にあったといえないこともない。」として、ことにシュタムラーの思想による平野への拘束関係を語っている。沼田『『法律における階級闘争』について』平野文庫（編）『平野義太郎著作についての書評集』（前注83）32頁。これは、藤田勇「平野義太郎のマルクス主義法学への道をめぐって」（前注72）86頁下ノ

は、1932年以降『日本資本主義発達講座』の編集者かつ論客として活躍する⁸⁸。そのこと（それ自体としてはすでに周知のことに属する⁸⁹）を踏まえつつ、

ㄨ 段が、平野における「階級闘争」とそれが必然的にもたらす「進化的法則」について語る場合にも妥当する。すなわち平野は、「それ（＝「進化的法則」）を遵奉することが理由ある行動であることを意識するが故に」、「自律的に規範として（「進化的法則」を）構成し、それを合理化することにわれわれの「自由」の存する」と述べる（平野『法律における階級闘争』〔前注65〕143頁）。なるほど同じ頁で、平野は、「法は人間が自由自在に勝手に作ってゆくものではない。」と断っている。だから平野は、裸の自由法学などとは無縁であったろう。しかしながら彼は、牧野英一と同様に「法律解釈の無限性」を肯定したのであり、そのためにこそ慣習法とか判例法とか条理などを通じて幅広く伸縮自在な牧野的「自由法論」を信奉するに至ったのである。それゆえにこそ、藤田・前掲論文同頁は、平野の本書における「その論述にはいまだ観念論的要素がつきまとい、結論の導出は必要な媒介的思考を欠いて行われている。」と述べるのであった（この点、沼田・前掲論文33頁も参照）。——筆者に言わせるなら、平野の論旨における「媒介項」こそ、牧野英一的な条理的・自由法論的な法源論であったように思われる。この点につき、平野『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（有斐閣、1924年）で「法律学の性質」ないし「法律適用の本質」に関して牧野の著作が数多く列举されていること（そのなかには前注85で揭示した牧野の『民法の基本問題』も含まれている）、また同『民法におけるローマ思想とゲルマン思想〔増補新版〕』（前注31）331-332頁では、「条理」を「慣習法」及び「慣行・信義則・公序良俗」とならべて「いずれも社会規範」としてまずあって、その上でそもそも「法と道徳・条理との間に区別はな（い）」のであるから、容易に「条理」も「法規範」へと転化するのだという趣旨のことが記述されている（この記述は、平野が牧野の還暦記念論文集『法律における思想と論理』（有斐閣、1938年）のなかで「損害賠償理論の発展——とくに危殆責任について」と題して書いた論文を、1970年の〔増補新版〕に収録したものの一節である。）。この時期、平野義太郎に与えた牧野英一の感化力がいかようであったか。よく分かるのではないか。要するに牧野の影響力は、平野義太郎に及び、次いで橋本文雄にも及んだといえよう（末弘の学生時代にもほぼ同様の傾向が見て取れる。拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』〔前注5〕20頁以下、33頁以下を参照）。

88 それは、主に平野『日本資本主義社会の機構——史的過程よりの究明』（岩波書店、1967年改版。初出は1934年）、同『日本資本主義社会と法律』（理論社、1955年）に収録された多くの論稿に集約されている。これに関する書評が、平野文庫（編）『平野義太郎著作についての書評集』（前注82）134頁以下に複数収められているところである（守屋典郎、井上完二、松島栄一らの論文）。なお、守屋典郎『日本資本主義分析の巨匠たち』（前注67）31頁以下、特に36頁以下ノ

次に平野の「史観と法律史の方法」(1933年)を概観する⁹⁰。

(3)「史観と法律史の方法」

〔a〕「史観と法律史の方法」の特徴

も参照。この点、平野が、いわゆる講座派の立場から歴史上著名な「三二年テーゼ」創出の立役者の一人となったことは周知のことに属する。この「三二年テーゼ」が、当時のコミンテルンとの関係でいかに自主独立の立場を貫くことができた末の所産であるのか。論すべきことは多いが、本稿ではこれ以上立ち入らないことにする。さしあたり、藤田勇「平野義太郎のマルクス主義法学への道をめぐって」(前注72) 87頁下段から89頁中段にかけての分析的考察を参照(とはいえ、藤田が具体的にコミンテルンとの関係を論じているわけではない。コミンテルンとの関係に簡潔に触れるものとして、森英樹「マルクス主義法学の成立と展開」・前掲『マルクス主義法学講座Ⅰ』〔前注63〕73頁以下、特に79頁がある。それを受けた87頁注1では「コミンテルンとの理論水準」を反映して、①「世界恐慌やファシズムの抬頭を単純に革命的危機の成熟とみなす主観主義的情勢判断」、②「セクト主義的「社会ファシズム論」」などを問題点として摘示する。)

89 森「マルクス主義法学の成立と展開」(前注88) 87頁は、「『資本主義論争』における平野の政治学・経済学・歴史学諸領域の見解にはいくつかの批判的見解がないわけではない」としつつ、この時期の平野の「日本資本主義社会」に関する「業績」のゆえに「賛辞こそあれ、あれこれの批判すらだされていない」のもやむなしという立場を示す。ちなみに森論文の4年後、藤田「平野義太郎のマルクス主義法学への道をめぐって」(前注72) 89頁中段は、「日本資本主義社会」論で示された「平野法学の特質」として、次のように述べる。——「ブルジョア法自体の論理構造の解明もしくはその体系的批判の方法・視角が、そしてまた特殊的には、帝国主義段階における政治的・法制的上部構造の分析の方法・視角がそこでは十分に成熟していなかった…。このことはおそらくは変革の課題意識のあり方(社会主義への移行視点の比重)にもよるものと思われる。戦後民主主義法学の出発点との関連においても、こうした限界を含む平野法学の特質が吟味されなければならないであろう。」。——この藤田の指摘のうち、最後の箇所、「戦後民主主義法学」の「出発点」というタームで含意されているのが、1949年頃から開始された「法社会学論争」であることは明瞭であるように思われる。

90 前者の「史観と法律史の方法」は、最初「法の研究」(1925年〔大正14年〕)という雑誌に掲載されたのであるが、1933年に書き直しをしたようである。この点、後注91も参照。

この「史観と法律史の方法」は、もっぱら既存の支配的法学（平野によれば「ブルジョア法学」）を「観念論法学」として位置づけ、その根底的な批判を試みようとした平野の最初の論稿である⁹¹。目を引くのは、平野による牧野英一批判である。1927年から始まる留学前の平野は、いわばべつたりと牧野の敷いた路線を歩んでいた。それがここに至って逆転するのである。それはおそらく、平野の師・末弘厳太郎がすでに1922年の「嘘の効用」で（直接名指しこそしないものの）牧野の「自由法論」の立場を批判したことを平野なりに受けとめつつ⁹²、さらに独自に平野なりのマルクス主義法学的見地からその批判の穂先をより先鋭化せしめたもの、とすることができる。

91 戦後、平野は、「史観と法律史の方法」を主要内容とする著作『観念論法学の批判——マルキシズム法学への途』（法律文化社、1949年）を刊行した。これは、さらに平野『法の変革の理論』（法律文化社、1962年）146頁以下に収録されている。なお、前者の『観念論法学の批判』16頁の記述、及び長谷川・藤田（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（前注62）44頁の出典表記によれば、平野は1925年の「法の研究」創刊号に「史観と法律史の方法」の原型をなす論文を掲載したところ、「当時検閲のため伏字となっていた部分を填め」つつ、「加筆」したものを1933年に（おそらく小冊子という形態で）上梓したようである。本稿では、長谷川・藤田（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（前注62）17頁以下に収録されているものから引用する。

92 とはいえ、そのこと（末弘による牧野「自由法論」批判）を、平野が「史観と法律史の方法」で明示しているわけではない。なお、末弘による牧野的な「自由法論」批判については、末弘「嘘の効用」（1922年）同・末弘著作集Ⅳ『嘘の効用・第2版』（前注1）3頁以下、特に33頁（「むなしき「理想」を説き「公の秩序、善良の風俗」を云為する者は、結局、裁判官の専制を許容するものでなければなりません。」）、さらに35頁（「自由法運動」が単なる——ゴムのごとくに——「伸縮する尺度」を求めている限り、それはただ「過去」を破壊する効果があるにすぎません。」）を参照。ここで末弘が、牧野的な「自由法論」をして「単に「過去」を破壊する効果があるにすぎません。」と規定するのは、いわば牧野の「概念法学」批判が、そのまま直接的に「概念法学」の進歩的性格の全面否定につながり、それに代えて「一般条項法学」を対置したことを指すと考えてよいであろう。それを裏書きする文章として、末弘「嘘の効用」32-33頁を参照。

〔b〕「史観と法律史の方法」におけるマルクス主義理解の問題点

ところで、すでに平野は、「史観と法律史の方法」の加筆補充版を仕上げた1933年の時点で、いわば確固たる「マルクス主義法学者」であった。当時の「マルクス主義法学」といえば「階級闘争」本位の史的唯物論重視型のものであった。それゆえ、平野が「史的唯物論」をして、「弁証法的唯物論」を「社会、および、歴史の過程の認識に適用するものである」という場合も⁹³、その前提となる「弁証法的唯物論」の「弁証法」の何たるかが問題となるところ、平野によってそれが具体的に語られているわけではない⁹⁴。

93 平野義太郎「史観と法律史の方法」（前注91）40頁。

94 それゆえにこそ、まさしく平野法学においては、ほんらい「弁証法」的思考が応用されるべき「法の上部構造論」それ自体の内在的分析に欠けるところがあったのではないかと批判されるのである。長谷川・藤田（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（前注62）の編者による「文献解題」417頁を参照。そこでは、「平野に欠けていたのは、法を上部構造の一要素としてとらえる論理的・分析的研究である。」と記されている。この「文献解題」の趣旨に関しては、そこで「法の上部構造論」の「論理的・分析的研究」の不可欠性が指摘されていること明瞭であるところ、まず「論理的研究」それ自体が「弁証法」の重要な適用対象たること当然であると言わなければならない（たとえばヘーゲルの代表的著作のうちに『大論理学』と『小論理学』の蓄積があるのはなぜかを問えば一目瞭然であり、かつまた、なにゆえレーニンがマルクスの『資本論』を指し、それによってマルクスが「論理学を残した」という趣旨の文章を綴ったのか。これについては、レーニン『哲学ノート・下巻』（岩波書店、1975年改訂版）131-132頁を想起するだけで十分であろう。）。他方、「分析的研究」は一見したところ、単なる形式論理学の対象であり、いわば「悟性」的考察の対象であるように見える。しかしながら、そもそも「弁証法的論理学」それ自体が「形式論理学」及び「悟性」的考察を内在的に包括するものであったということも、ここで指摘しておきたい。たとえば、ヘーゲルはその『大論理学』の、著名な「普遍」・「特殊」・「個別」のトリアードのなかで、「だから普通に見られるように、悟性と理性とを分離することは、如何なる見地からみても排斥されるべきである。」（Es ist daher in jeder Rücksicht zu verwerfen, Verstand und Vernunft so, wie gewöhnlich geschieht, zu trennen.）と述べ、それゆえ、もっぱら「悟性」の専属的な対象であるように見える「有限者」（das Endliche）も、かの「普遍性」（die Allgemeinheit）のなかで「自分に関係することにより」、すなわち「（「有

〔c〕「史観と法律史の方法」における牧野英一批判

さて、話を平野による牧野批判に戻そう。末弘と同様に⁹⁵、平野もまた、牧野的な「自由法論」が「概念法学の形式論理的方法を批判した」と述べ、その積極的な側面を一応承認する⁹⁶。ところが、以下の諸点にわたって、平野は牧野法学を批判する⁹⁷。

① 牧野法学における「実証的研究」は、「毫も社会的＝経済的構成態

ゝ限者」それ自体が内在的にそれと関わるころの）普遍性によって自分の中に点火されることになって（in sich entzündet）、自分を弁証法的に措定する（sich als dialektisch gesetzt ist）」に至り、「それによって」（悟性の対象たる「有限者」もまた）、「理性の現象の始元そのものとなる。」（hiermit〔das Endliche〕der Anfang selbst der Erscheinung der Vernunft ist.）のである（傍点・原著。ヘーゲルの原書ではイタリック）。ヘーゲル（武市健人・訳）『改訳大論理学・下巻』（岩波書店、1961年）54-55頁（なお、翻訳の「理性と悟性」の箇所は原書の順に合わせて訳出した。）。Hegel, Wissenschaft der Logik II Werke 6, Suhrkamp, 1986, S. 287-288. 果たして平野の「弁証法的唯物論」に上記の意味でのヘーゲル理解が伴っていたかどうか。さらには、長谷川正安と藤田勇の「文献解題」において、それがどうであったか。今後の課題とせざるをえない。

95 末弘「嘘の効用」（前注1）31頁では、「われわれの結局進むべき路は「公平」を要求しつつ、しかも「杓子定規」をきらい人間をして真に満足せしめるに足るべき「法」を創造することでなければなりません。」という論旨につなげて、フランスのジェニー Gény（1861-1959）による「自由法運動」の意義を積極的に評価する文章が出てくる。

96 平野「史観と法律史の方法」（前注91）24頁上段から下段にかけての文章を参照。

97 平野「史観と法律史の方法」（前注91）24頁下段に一連の批判が出てくる。なお、平野の同論文40頁以下では、「史的唯物論の具体的適用としての法律史の方法・歴史理論」について考察されている。とはいえ、それはやや公式的なものにとどまっていると言わざるを得ない。すなわち、それは「法律史の認識、社会の基礎構造の全体的認識より具体化するもの」であり、「一般的法則・理論を、法律発展の特殊的個別的法則・理論によって代位せしめ、あるいは、法的過程の具体的分析を、唯物史観の一般法則に解消せしめることは、共に、方法上、ゆるされない。」（平野・前掲論文41頁）。この指摘は、一般論としてはその通りであろう（この「一般論」を1933年の時点で論じた平野の能力はそれ自体として高く評価される必要がある。）。ところが、その先の内部構造がどうも見えてこないのである。

の全構造にむかって、研究を進展」せしめることをしない。それゆえ牧野は、「法律の歴史を、ただ、法律のみに限局せる狭隘な法律家的見地に」立つわけだから、「この歴史が、社会のいかなる構造的矛盾によって発展をなし、いかなる階級によって推進せられたかの考察を拒否する」。その結果、単なる「法律の文化現象たる規範性に収斂する。」。

② 同時に牧野の「実証的研究」は、「ただ超法律的（メタユリティシュ）の「実生活」「社会現象」を抽象的に想定するにおわり（括弧内・原著）、その実生活、社会現象が資本主義社会のいかなる物質的階級的諸関係によって構造づけられているものであるかを分析」することもない。

③ したがって、なるほど牧野は「法律の歴史的発展を経験の所与」としては理解しながらも、しかしその考察視点は究極的には「神性Gottheit」というようなものに帰着する」という方向で収斂していくほかなかった。このような態度こそは、一つの「形而上学的宗教史観」へと墮落する傾向すらもつのではないか。

そればかりではない。＜法解釈学＞という局面で牧野的な「自由法論」は、もっぱら「解釈の無限性」を説くに至る⁹⁸。これは、端的に「現秩序の是認」⁹⁹にほかならないのであり、それに対する批判的観点はおおよそ骨抜きになる。加えて、次のように平野が牧野を批判する観点は、なかでも大切なものであったように思われる。——「この（牧野的な）自由法論によつては、封建制の桎梏を破った推進的ブルジョアジーの1688年のイギリス革命、1789年のフランス革命の必然性さえ否定せられ、イギリス、フランスの革命事実にもかかわらず、法律解釈による改良主義が推奨されるという、歴史錯誤の「思想善導」が説法せられる。」¹⁰⁰。

98 平野「史観と法律史の方法」（前注91）24頁下段から25頁上段。なお、牧野における「解釈の無限性」については、前注85、86とそれに対応する本文を参照。

99 平野「史観と法律史の方法」（前注91）25頁上段。

100 平野「史観と法律史の方法」（前注91）25頁上段。なお、牧野のフランス革命への否定的態度は、その師・穂積陳重（1855-1926年）のフランス革命＝「社

〔d〕平野義太郎の「近代市民革命」への態度

このように平野は、牧野を批判するにあたって「近代市民革命」の積極的な意義に留意している。にもかかわらず、彼は、「近代市民革命」が具体的に生み出した「市民社会」及び「市民国家」、その規範的所産としての「市民法」に関して、平野自身によるさらなる具体的な切り込み（マルクスの言い換えれば「解剖学」的分析）は、ほとんど行われていない（前注96も参照）。それがなにゆえなのかという問題に触れて、本稿をまとめることにしたい。なるほど、平野は「史的唯物論の具体的適用」としての「法律史の方法」に関する今後の課題として、「1789年、フランス革命を跨る法律史」を挙げる¹⁰¹。しかしながら、それを受けたと思われる平野の別の論稿では、たとえば「1789年のフランス革命」のもたらした「人権宣言」に基づく「所有権の不可侵」が、結局のところ「市民社会の成員たるブルジョアジーの利己的「利益」を安固にする領域」の問題として、きわめて表面的かつ一元的に把握される¹⁰²。この点に照らし、改めて「平野に欠けていたのは、法を上部構造の一要素としてとらえる論理的・分析的研究である。」という指摘（前注89も参照）のもつ重みが噛みしめられるべきであろう¹⁰³。

ㄨ 会主義革命」論の思想と共通する。この点、白羽祐三『刑法学者 牧野英一の民法論』（中央大学出版部、2003年）21-22頁、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注5）528頁以下などを参照。

101 平野「史観と法律史の方法」（前注91）44頁上段。

102 平野「議会および法制史」長谷川・藤田（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（前注62）45頁以下、特に47頁上段を参照。

103 この問題は、再び前注94で示した平野による「法的上部構造論」への姿勢の問題、さらには平野自身の「弁証法」理解と密接な問題性を喚起する。おそらく、平野の内面ではローマ法対ゲルマン法という「二項対立図式」は克服されていたのかも知れないが、その成果が具体的に反映することなく終わったように思われる。むしろ平野は、戦中・戦間期、ことに敗戦間際には「大アジア主義」に基づく侵略戦争肯定路線を歩んでしまったのである。平野『大アジア主義の歴史的基礎』（河出書房、1945年6月）「序」7頁の記述などは目も覆うばかり

ともあれ、本稿は、その続編として加古祐二郎のマルクス主義的な法哲学ないし法理論の意義に立ち入る。そのことによって、平野義太郎のマルクス主義法学のもつ意義と問題性を再び批判的に検証することができるであらう。これが次の課題となる。

(未完)

ゝりの惨状を呈する（たとえば、平野のいう「根本において、われわれは明治天皇がお遣し遊ばされた東洋渾一の大きな軌道を有する。」の「東洋渾一」とは、大東亜共栄圏を日本が戦争で支配することへの賛辞にほかならなかった。この点、「アジアにおける植民地態勢打破の先駆者はわが日本であり、アングロサクソンの世界旧秩序打開の創始者も亦わが日本であつた。〔中略〕大東亜戦争による大東亜建設は、この歴史的な運動に外ならぬ。」平野・前掲書「緒言」3頁も痛々しい。）。数ある「転向」者には、なるほど末弘厳太郎なども含まれようが、こうまで極端な例は珍しい。ちなみに、この「暗い谷間」の時期の「マルクス主義法学者」の言動については、長谷川・藤田（編）『文献研究マルクス主義法学＜戦前＞』（前注62）の編者「文献解題」422-425頁を参照。

外国人のヒューマンライツ（その4） ——海図を求める旅そしてヒューマンライツの歴史

戸 塚 悦 朗

(543 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）

(544 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行くべきなのか？

- 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)

(55-1 目次)

「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？」

(はじめに)

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
2. 無知の時代を回顧する
3. 国際法との出会い
4. 国連手続との格闘

第4. 海図を求める旅

難問に答えるためにはヒューマンライツを保障する国際法に関する筆者の理解はあまりにも不十分だった。1988年から筆者は、その全体像を求める旅を始めることになった。そう言うと、当初からそのように意図していたように思われるかもしれない。しかし、現実はそうではなかった。「なぜ、弁護士事務所をたたんで留学したのか？」と、質問を受けることもある。ここで、率直に説明したい。

●潜在的な夢を実現

精神医療と人権の活動が相当厳しかったので、もう心身ともに限界だった。精神衛生法改正が終わった1987年末頃は、「バーニングアウト」の瀬戸際になっていた。「ドクターストップがかかった」と言ってもよい。この活動は、続ければ続けるほど出費がかさみ、収入はない。だから法律事務所を閉めた方が経済的にも合理的だった。坂本二弁会長からは、「精神保健法の施行までは日本にいて欲しい」と頼まれたこともあって、それを見届けてから英国に留学した。ブリティッシュ・カウンシルの支援を頂き、

ガン教授の招きを受けて、1988年3月からIoP（ロンドン大学大学院精神医学院）の客員研究員（無給）になることでビザを取得した。滞在費は、ブリティッシュ・カウンシルの支援のほかは、主として自費だった。スモン訴訟の報酬、遺産のほか、事務所だったマンション¹を売却した。日弁連の仕事もあったこと、二弁からの支援をいただけたことも支えになった。

大学生時代から留学して学びたいという夢があったのに、英語能力が不足だったことから実現しなかった。大学院時代夜学で英語を学んだが、結局法学を志すようになった。弁護士になってからは、日常の多忙さに追われ、それを達成することができていなかった。若者の留学とは違うが、潜在的な夢を実現するよい機会でもあった。

●国際人権法学会の創設

筆者は、学会を創設しようとは意図していなかった。しかし、（その3）論文で述べた1987年に二弁が開催した「国際人権セミナー」が1988年に創設された国際人権法学会の設立の動きに強い刺激を与えたという。のちのことだったが、創立時の発起人からそのような逸話を聞いた。

筆者は、この学会創設の動きを知らなかったし、実際に何の貢献もしていなかった。（その2）論文で述べた通り、世界ヒューマンライツ宣言40周年の転機だった1988年にこの学会が創設されたことは、画期的なできごとなので、ここに特記しておきたい。同学会は、顕著な研究成果を着実に積み重ねてきたこと²に深い敬意の念を表するにとどめ、ここでは詳細に

1 遺産とローンで購入したが、値上がりがあり、ローン返済後にもおつりが来たのは幸いだった。

2 筆者は、2000年4月に神戸大学大学院国際協力研究科（助教授）に就職し久しぶりに日本に帰国した際、同研究科の創設に貢献し、国際人権法学会の創設にも活躍した芹田健太郎教授から同学会に入会するよう強く薦められたことをよく記憶している。その際、同教授は、筆者が日本を不在していた10年以上の間に日本の「国際人権法」分野の研究が急成長したことを強調していた。

立ち入らない。

1. 1988年英国に留学して

ロンドンでは、当初英国の精神医療と精神保健法の研究に専念した。日本の精神医療とヒューマンライツの発展のために比較法の視点から研究し、本を書こうと考えていた。長期の研究を志したが、毎年ビザを更新する必要があった。のちに執筆業ということで長期（5年間）の在留ビザがとれるようになった。

① ロンドン大学（LSE）大学院に入学

そのような工夫ができなかったときだったので、学生ビザを活用しようと、1989年9月からロンドン大学大学院（LSEのLLMコース）の学生になった。精神保健法とのかかわりでヒューマンライツを保障する国際法を研究しようと計画したのである。その過程で、英国精神保健法の研究に限界を感じるようになり、比較法研究を断念した。

しかし、国連活動の実践と研究は続けた。ヒューマンライツを保障する国際法を日本に導入する研究こそが重要だと思うようになったのである。研究すればするほど、個人通報権条約の批准こそが核心だと考えるようになった。ちょうど冷戦終結の時期にあたっていたため、この分野がより重要になってくることも予想できた。

LSEに入学する直前だったが、予期しない悲劇に見舞われた。1989年6月28日久保田洋博士が、国連の職務に従事中のナミビアで殉職したのである³。親しい友人を失った喪失感には厳しいものがあった。それまでは、国連活動について常に助言を受け、頼りきりにしていたこともあったから、実的な面でも打撃は小さくなかった。国連からの情報、特に国連手続き

3 久保田洋『入門国際人権法』信山社、1990年の「筆者あとがき」が絶筆となった。

のノウハウについては、久保田洋博士の助言に負うところが多かった。それも入手できなくなった。自分で経験しながら研究するしかほかに方法がなくなったのである。

1989年9月LSEに入学した理由の一つには、LSEが久保田洋博士など国連職員を輩出していたこともあった。自由権規約委員会の英国出身委員を当時勤めていたLSEのロザリン・ヒギンス教授へのロビーイングが可能になることも魅力的だった。

LSEに入学した筆者は、徹夜してもとうてい読み切れないほどの課題に取り組むことになった⁴。語学力の不足を嘆いている暇もないほど忙しかった。だが、苦勞が報われ、いくつもの「発見」を経験することになったことは大きな成果だった。国際法の研究者にとっては当然のことかもしれないなかったが、筆者にとっては、すべてが新鮮だった。図書館のほこりのにおいさえ心地よく感じるようになった。それまで抱えていたたくさんの疑問が毎日のように解け、文字通り目からうろこがとれるような体験を積み重ねた。その中には、多くの小さな驚きから、後々まで取り組まなければならないようになった大きな「発見」まであった。

② 国際法の平面？！

LSE入学直後にヒギンス教授の法学部での国際法の講義を聴講（正式に履修してはいなかった）してみたときだった。今でも忘れられない発見があった。

4 米国からの留学生は英語のネイティブだから予習はそれほど大変ではないのではないかと考え、同じクラスの院生に尋ねてみた。週1回のセミナーの準備のために課題資料を読むために費やす時間は8時間ということだった。英語力が十分ではない筆者にとっては、とても読み切れなかったのは当然だった。週3科目のセミナーと週約1回の修士論文指導を受けるための準備時間は、相当膨大なもので、睡眠時間を削ることになった。LSEのLLMコースは、司法試験の受験よりも多忙だった。

ヒギンス教授は、「国際法の平面」と「国内法の平面」があって、それらが全く別物だと言うのである。英国の国内裁判所は国内法の平面にあるので、国際法を適用することができない。それが英国の不文の憲法制度だという説明を聞いて、すっかり驚いてしまった。だから、批准済みの欧州ヒューマンライツ条約であっても、議会が国内法化する立法をしない限り、英国の国内法の平面に編入されない。国内法の平面にある国内裁判所はこの条約を適用することができないことになる。英国では、日本での国際法の理解の仕方と全く違うことに衝撃を受けた。つまり、国際法と国内法の関係は、各国の憲法制度ごとにみな違うことになるのである。

法の世界に二つの異なる平面があるというこの「発見」は、今思えば当たり前のことなのだが、想像以上に重要なことだったのではないか。少なくとも筆者にとっては、きわめて新鮮な発見だった。少し大げさかもしれないが、ヒギンス教授の講義によって、筆者の世界認識は革命的な変化を遂げたと思う。だからこそ、本シリーズの（その1）論文が国内法の平面について考察し、（その2）論文が国際法の平面について論じているのである。そのように二つの平面を書き分けた理由を理解していただけるのではないだろうか。

日本国憲法98条2項がその二つの平面をつなぎ、国際法を日本の国内法に編入する原理を定めていることに注目する必要がある。このかなめについての日本国憲法の研究が未だに十分でないように見える。それは、一つには、二つの平面についての認識が発展途上にあることを象徴しているのだと思う。

前記したように、筆者は、大学時代もその後も、英米法も国際法も深く学んだことがなかった。そのことを後悔したが、「後悔先に立たず」である。日本にいた当時の筆者のぼんやりした理解では、国際法も法学の一分野であって、憲法以下の国内法も同じ「法」なのだから、それらは混然一体のものだと思いこんでいた。それは、どこの国でも同じようなものだろう

うと、根拠もなく思い込んでいたのである。ところが、英国ではそうではないということを知って、衝撃を受けてしまったのである。日本の中に閉じこもって法学を学んだつもりになっていた。だが、その法学は日本でしか通用しなかったのである。その後は、大学院LLMコースのセミナーの予習のために課される事前準備が非常に忙しくなった。それもあって、法学部の授業をそれ以上継続して聴講することができなかった。今でもそれが、残念でならない。

このような基本的なことから、より複雑なことまで、一つひとつ学ぶ必要があった。

③ ヒギンス教授のセミナーのタイトルは？

（その2）論文で、英国留学の「最大の成果は、1989年からLSEの大学院（LLMコース）に入学し、「ヒューマンライツの国際的保障」セミナー⁵で学ぶことができたことだった。」と書いた。

筆者が目にしたのは、このセミナーのタイトルだった。芹田教授から批判された「国際人権」でもないし、「国際人権法」でもなく、「ヒューマンライツの国際的保障」だったのである。講義の内容は、「急速に発展中のヒューマンライツについての普遍的及び地域的な国際法への入門コース」⁶だった。ヒギンス教授のセミナーで教えを受け、筆者はすっかりこのセミナーのタイトルが示す考え方に染まってしまった。だから、2003年に出版した『国際人権法入門』⁷では、国際人権法の定義について以下のように書いた（序文参照）。

5 ロザリン・ヒギンス教授担当。International Protection of Human Rights. Core Syllabus: Introduction to the rapidly developing international law of human rights, both at a universal and regional level.

6 *The London School of Economics and Political Science Calendar 1989-90*, LL6052, p. 641.

7 戸塚悦朗『国際人権法入門—NGOの実践から』明石書店、2003年、3頁。

「国際人権法の定義は、論者によって様々であろう。筆者は、人権を保障するために活用できる国際法を念頭に置いている。人権を保障する諸規程（実体法）を含む国際条約がその代表的なものである。だが、国際人権法を起草・制定し、実施する権限を持つ国際機関に関する国際的な定めと慣行、及びこれらを活用して実効的に人権を実現しようとするための過程に関する国際的な定めと慣行（手続法）も、これに含まれる。」

この定義の前半は、ヒギンス教授のセミナーのタイトルからきている。その後半については、国連NGO活動を経験し、実践する過程で体験的に学んだ国連手続の重要性を強調しようとして考案し、付け加えたものだった。その具体的な詳細の多くは、国連の現場で、久保田洋博士を含め国連スタッフから学んだ。当時は、国連機構がどのように働くかについての国際法、その慣行を含めた手続法が体系化されて教育されていなかった。だから、筆者たち実務家には、国連手続の活用は、手探りで進む困難そのものの道のりだった。今後は、手続き問題も研究し、教育すべき課題となると考え、その視点を強調したかったのである。

神戸大大学院国際協力研究科で同僚となった芹田教授からは、「神戸大にいううちに本を出して欲しい」という課題をもらっていた。前記した『国際人権法入門』は、それに応えるために神戸大を退職する日を出版日とした。筆者としては、1987年の二弁「国際人権セミナー」の際に芹田教授から受けた厳しい批判に応えるためにも、この本の出版が必要と考えていた。同書を神戸大の同僚全員に献呈したが、芹田教授からは、「あの本は、わかりやすく書かれている」との感想を直接聞くことができた。これで、1987年以来16年ぶりに、「国際人権」存否問題に区切りがついたと感じた。

④ 『週刊法律新聞』への連載を始める

1987年10月20日から週刊法律新聞紙上に連載された久保田洋博士による「国際人権セミナー」欄は、75回続いた。しかし、1989年6月久保田博士のナミビア赴任によって完結した。この連載は、ヒューマンライツを保障する国際法についての情報を実務法曹の間に普及することが必要だという筆者の要請もあって掲載されるようになった。

そのような経緯があったことから、法律新聞社からそれを引き継ぐための連載を執筆するよう要請された。日本社会、とりわけ実務法曹に向けて国連NGO活動について発信する必要性はますます大きくなってきていた⁸。久保田博士は、日ごろ発信の重要性を強調していた。その連載は、LSE時代のノートを下敷きにしていたということだった。そこで、LSEでの新しい学びと日々の驚きを出発点にして、自ら研究しながら執筆するのであれば、後続の連載としてふさわしいとも思われた。それが、連載『戸塚悦朗の国際人権レポート』の執筆を引き受けることになった経緯である。英国滞在のビザは、執筆業ということで、長期（5年間）になった。この連載は、1990年1月26日号以降2010年12月まで20年間以上も毎週掲載され、思いのほか長く続いた。

その1か月分をまとめて、『法学セミナー』の連載『日本が知らない戦争責任』が始まった。これは、1994年1月号～99年5月号まで計64回で完

8 国連憲章上の手続きに着目した研究やマニュアルは、今では相当数入手可能であろう。例えば、①があることは最近知った。①David Weissbrodt, *United Nations Charter-based Procedures for Addressing Human Rights Violations: Historical Practice, Reform, and Future Implications*, in *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley* 13 (Geoff Gilbert, Françoise Hampson & Clara Sandoval, eds., Routledge, 2011); ②David Weissbrodt, *The U.N. Commission on Human Rights, Its Sub-commission, and Related Procedures: An Orientation Manual* (Minnesota Advocates for Human Rights; International Service for Human Rights, 1993) (in English and French versions) (with Penny Parker); ③Hurst Hannum, ed., *Guide to International Human Rights Practice*, Macmillan Press, 1984.

結した。その後は、『法学セミナー』の連載『これからの国際人権法』（1999年6月号～2002年2月号計32回で完結）に続いた。

研究者としては未熟だったが、学びながら実践するだけでなく、それについて発信する場を与えられたことは幸いだった。しかし、この当時は、“international human rights law”を、何のためらいもなく「国際人権法」と翻訳して執筆していた。そのことは、筆者のこの分野の理解が十分に深まっていなかったことを示している。

2. 国連NGO活動の実践を継続

国連憲章上のヒューマンライツ手続き⁹を活用して、日本に関わる重大なヒューマンライツ侵害問題を提起するNGO活動を続けた。

① 日本軍「慰安婦」は性奴隷と発言

その一環として、1992年2月には、国連ヒューマンライツ委員会で国際教育開発（IED）を代表して発言した。第二次世界大戦中に韓半島から連行された日本軍「慰安婦」は、軍によって「性奴隷」とされた被害者であるから被害女性に補償する必要があるとし、国連に日本政府と被害者の間の調停を求めたのである。

その反響が大きかったため、筆者のNGO活動の動機について誤解し、「反日」行動だと非難する保守派の人たちもいる。他方、韓国の女性団体の代表からは、筆者の国連活動は、日本をよくしようとする「ナショナリスト」の行動と解釈されたこともある。

筆者によるこの国連行動は、「日本をよりよくしたい」という動機からのアクションだった。このころは、毎年日本にかかわる重大なヒューマンライツ侵害の問題を国連の憲章上の手続きを活用して国連ヒューマンライ

9 前掲Weissbrodt, United Nations Charter-based Procedures for Addressing Human Rights Violations. 参照。

ッ委員会に提起することを筆者の課題としていた。それは、他に有効な国連手続¹⁰が選択できなかったからであった。しかし、この方法は、大きな政治的機関で実践されるため、多数の政府代表や国際機関の代表ばかりか、世界中の多数の国連NGOが参加している。世界のメデイが常時注目しているヒューマンライツをめぐる主要な国際的フォーラムである。ことによっては、日本政府にとっては、政治的なダメージが大きい可能性がある。そのことを日本政府に対して警告したかったのである。

そうだとするなら、日本政府にとっては、専門家が構成するヒューマンライツ条約機関によって準司法的手続きに基づいて静かにヒューマンライツ侵害問題について法的且つ合理的な解決の道を拓く方が政治的にはより得策であり、合理的である。日本政府は、そのことを体験的に理解することができるだろうと考えたのである。筆者は、日本政府に対して、もしヒューマンライツ条約上の個人通報手続きを可能にする自由権規約選択議定書を批准すれば、国連ヒューマンライツ活動をやめるとさえ約束していた。ところが、残念ながら、日本政府は筆者の勧めに耳を貸そうとしなかった。

その詳細については、筆者の著書等¹¹ および最近出版された木村幹教授の論文¹²に譲ることにし、これ以上深入りしない。

10 国連憲章上のヒューマンライツ手続き以外には、ヒューマンライツ条約上の手続きがある。これらの手続きは、以下の国連機関の区別に応じている。国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所のウェブサイトには、ヒューマンライツ機関のなかに、①憲章上の機関（Charter-based bodies）と②条約上の機関（Treaty-based bodies）があるとされている。<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> 2022年1月3日閲覧。

11 ①戸塚悦朗『普及版 日本が知らない戦争責任日本軍「慰安婦」問題の真の解決へ向けて』現代人文社、2008年。②前記『週刊法律新聞』連載。及び③『法学セミナー』連載。

12 木村幹「慰安婦問題の国際化の一側面：戸塚悦朗の回顧を中心に」国際協力論集29（1）、2021年、111-147頁。

http://www.lib.kobe-u.ac.jp/infolib/meta_pub/G0000003kernel_81012895ノ

国連NGO活動のためには、国連が国際法の平面上に存在していることを意識して国際法上の論拠を明確にする必要がある。そのことは、LSEでのヒギンス教授の教えによって、気付くようになっていた。国連では国内法違反について論議しても通用しない。だから、「性奴隷」と発言して、奴隷を禁止している慣習国際法に違反したことを焦点化したのである。

ところが、第二次大戦前に奴隷禁止が慣習国際法として確立していたかどうかについては、世界中の国の政府が認めても、日本政府だけは最後まで争う可能性があった。日本が1926年の奴隷条約を締結していなかったからである。被害者に対する国の補償責任を求めるためには、まず国際法違反の存在を研究することからはじめることが重要であることは、宮崎繁樹教授から助言を受けていた。

そこで、誰も争う余地のない明文の国際法に違反することを証明する必要があった。

② ILO29号強制労働条約違反の発見

奴隷条約は、国際連盟が起草した重要な条約だった。常任理事国だった日本は、1926年の奴隷条約を締結すると約束していたのに結局批准しなかった。その経過について筆者は著書¹³で以下のように書いた。

「大日本帝国は、米英仏伊とともに5大国のひとつとして国際連盟創設に参加し、創設後は4常任理事国¹⁴のひとつとして、上記の女性児童売買禁止取締りを含む任務についても重責を担った。日本政府は、戦前からすでに奴隷取引禁止のための国際条約を締結してい

↘ 2021年12月9日閲覧。

13 戸塚悦朗『国連人権理事会--その創造と展開』日本評論社、2009年、38頁。

14 米国は上院の反対で国際連盟自体に参加できなかったため、常任理事国は日英仏伊4カ国となった。

た（鷺見1995：26）。日本政府は、奴隷禁止の世界的な潮流に対して異議を唱えてもいなかった。国際連盟主催の国際会議が1926年9月25日奴隷条約を採択したが、大日本帝国政府は、この国際会議に参加したばかりか、国際連盟に対しその批准を約束していたのである（日本政府パリ代表部書簡1930）¹⁵。奴隷売買・奴隷禁止に関する慣習国際法がこのときまでに成立していたとする見方が一般的であり、且つ合理性がある。この約束にもかかわらず、日本は同条約の批准を怠った。

戦後になって、国連機関が日本軍性奴隷問題で慣習国際法としての奴隷禁止違反を理由に日本政府を批判すると、国際社会の一般的理解に逆らってその法規範性を否定するようになった。このような行為¹⁶をどう評価すべきだろうか。戦前の約束を無視し、手のひらを返すような不誠実な態度をとることは、信義にもとるだけでなく、エストoppel（禁反言）の原則に違反する行為と批判されてもやむを得ない。」

国際連合は、国際連盟が持っていた奴隷問題に関する権限を1953年奴隷条約議定書により継承した¹⁷。国連は、憲章上の機関としてヒューマンライツ委員会を設置、1948年世界ヒューマンライツ宣言を採択し、その後こ

15 筆者は、2008年ジュネーブの国際連盟アーカイブで、日本政府が批准を約束した国として記録され、また、これを裏付けるように、批准に向けて検討中であることを日本政府パリ代表部がジュネーブの国際連盟本部事務総長あてに報告した1930年1月4日付手紙の存在を確認し、写真撮影した。国際連盟アーカイブ所蔵番号6B/16844/6682。

16 筆者が知る限り、日本政府は、軍性奴隷問題の国連審議が始まって以来一貫して奴隷禁止が戦前から慣習国際法であったことを認めてこなかった唯一の政府である。

17 奴隷条約議定書。Protocol amending the Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926.

れを実施するための多数のヒューマンライツ条約を起草して多数の多国間ヒューマンライツ機構を創設したが、奴隷問題への対応は、その根幹の一つとなった¹⁸。こうして、国際連盟の奴隷問題に関する権限は国連に引き継がれたから、国連創設前の日本軍「慰安婦」問題が奴隷禁止に違反する問題についても、国連は審議する権限を持っているのである。

問題は、奴隷条約には、その実施のための手続も、監督機関もないことだった。国連は、憲章の下で、経済社会理事会に設置されたヒューマンライツ委員会を中心にして奴隷問題をヒューマンライツ問題として扱ってきた。ヒューマンライツ委員会のもとに設けられた差別防止少数者保護小委員会（ヒューマンライツ小委員会）は、現代的奴隷制作業部会¹⁹を設けて現代的な奴隷問題に対応してきたのである。

筆者は、この作業部会に参加する予定で研究を続け、ILO29号強制労働条約（1930年）が女性の強制労働を一切禁止していたことを発見できた²⁰。日本は、この条約を1932年に批准していた。この発見で、慣習国際法の奴隷禁止のみを法的主張の根拠としなくても良くなった。幸運に恵まれたとしか言いようがなかった。

日本政府が国際的な約束に反して1926年の奴隷条約を批准しなかったのはなぜか？なぜ1930年のILO29号強制労働条約を1932年に批准したのか？その理由は未だにわからない。研究課題として残っている。

18 世界ヒューマンライツ宣言第5条。自由権規約第8条。女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約第6条。子どもの権利条約第11条。

19 現代的奴隷制作業部会については、UNOHCHR, *Fact Sheet No.14, Contemporary Forms of Slavery*, June 1991. https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/FactSheet14en.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1 Visited on 12 12 2021.

20 戸塚悦朗『ILOとジェンダー——性差別のない社会へ』日本評論社、2006年、121-132頁。

③ 1992年5月国連現代奴隷制作業部会の勧告

筆者は、この年5月の現代奴隷制作業部会で国際教育開発（IED）を代表してILO29号強制労働条約（1930年）が女性の強制労働を一切禁止していたことを含め、日本軍「慰安婦」問題についての提起を継続した。これらの情報は、同部会の勧告で取り上げられ²¹、その年8月のヒューマンライツ小委員会勧告²²に含まれ、重大なヒューマンライツ侵害の被害者に対する補償等の問題を研究していたテオ・ファンボーベン特別報告者に送られ、その研究を促進したのである²³。

それでは、なぜ、現代奴隷制作業部会がこの勧告をしたのだろうか？今思えば、以下のようないくつかの要因が重なった結果だったのではないかと思う。

○対女性暴力（VAW）運動の世界的な流れ

国連では、筆者の1992年2月の前記発言がその口火を切ったことになった。しかし、この国連行動の前に、1991年8月14日に金学順さんが日本軍「慰安婦」として名乗り出たことをはじめ²⁴、すでに世界的な対女性暴力への告発（いわゆる「ミートゥー」）運動が始まっていた。これらは、以下のような歴史的な流れの中でとらえる必要がある。

女性の権利を推進する運動の第1の波は、19世紀から欧米中心に始まっ

21 現代的奴隷制作業部会の報告書は、UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/34.

22 1992年8月13日提出されたContemporary Forms of Slavery決議案UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/L.3.は、1992年8月14日ヒューマンライツ小委員会によって採択された。

23 前掲『普及版』、2-3頁。

24 戸塚悦朗【コラム】「金学順さんの名乗り出から30年を記念して——残された課題——」

<https://japanese.korea.net/NewsFocus/Opinion/view?articleId=202335&pageIndex=1> 2021年12月31日閲覧。

ていたが、それは参政権を求めるものだった²⁵。

1945年国連憲章は、条約としては初めて性による差別なくヒューマンライツを保障すると男女平等の原則を明文で定めた²⁶。国連は、1975年メキシコシティー、1980年コペンハーゲン、1985年ナイロビとすでに3回の世界女性会議を開催していた。国連憲章に定められた性による差別なくヒューマンライツを保障しようと、第2の波となる世界的な運動が進んでいた。

第3の波となった対女性暴力（VAW）への対応の動きは、最も新しい流れだった。だが、1992年までには、すでにこの運動は世界的に相当高まってきていた。たとえば、韓国では、1984年に開設された女性ホットラインが、女性に対する暴力問題を社会的に解決すべき問題として取り組み始めた最初的女性団体としての活動を始めていた²⁷。1990年には、ラテンアメリカ及びカリビアン諸国21か国が女性に対する暴力に対応するための地域機構を設置することを決定していた²⁸。

○議長は女性専門家

現代奴隷制作業部会には、ヒューマンライツ小委員会の26名の独立の専門家の中から2名の女性を含む5名の委員が選任されていた。その作業部会のクセンティニー議長（Mrs. Fatma Zohra Ksentini）は、アルジェリ

25 前掲『ILOとジェンダー』、37-45頁。

26 国連憲章1条3項 経済的、社会的、文化的又は人道的性質を有する国際問題を解決することについて、並びに人種、性、言語又は宗教による差別なくすべての者のために人権及び基本的自由を尊重するように助長奨励することについて、国際協力を達成すること。

27 韓国女性ホットライン連合編；山下英愛訳『韓国女性人権運動史』（世界人権問題叢書、51）明石書店、2004年、41-44頁。

28 Susana T Fried, VIOLENCE AGAINST WOMEN, HEALTH AND HUMAN RIGHTS, Vol. 6 No. 2, 2003 by the President and Fellows of Harvard College.

<https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/125/2014/04/6-Fried.pdf> Visited on 13 Dec. 2021.

ア出身の女性だった。

国際連盟時代は、職員に女性を積極的に採用していたものの、政府代表は男性だったし、要職には男性だけが就任していた。ところが、国際連合が創設されてからは、女性も政府代表に任命され、国連職員のみならず、専門家委員にも多数の女性が任命されるようになっていた。クセンティーニ議長²⁹もそのような女性専門家の一人だった。

しかも、クセンティーニ議長がアルジェリア出身だったことも作業部会勧告と無関係ではなかったのではないだろうか。クセンティーニ議長は、フランスによる植民地支配を受けた被支配民族としての歴史認識を基礎として、同じような植民地支配下で起きた女性の被害をよく理解できる感受性を持っていたと思われる。

○進行中だった重大なヒューマンライツ侵害研究

この年1992年8月には、すでにヒューマンライツ小委員会で進行中だった、重大なヒューマンライツ侵害の被害者に対する補償等に関するテオ・ファンボーベン特別報告者による研究成果が審議される予定だった。この研究を始めることをヒューマンライツ小委員会が審議したのは1988年だった。そのための決議案（E/CN.4/Sub.2/1988/L.27）³⁰を提出したときには、クセンティーニ委員も共同提案者に加わっていた。

この決議案の背景には、植民地支配下の重大なヒューマンライツ侵害の被害について国連がどう対応すべきかの問題があった。日本軍「慰安婦」

29 「クセンティーニ報告書」で著名である。UNDoc. E_CN.4_Sub.2_1994_9-EN, Human rights and the environment: final report / prepared by Fatma Zohra Ksentini, Special Rapporteur.

30 UNDoc. E/CN.4/Sub.2/1988/L.27 Compensation for victims of gross violations of human rights : draft resolution / submitted by Mrs. Bautista, Mr. van Boven, Mrs. Daes, Mr. Eide, Mr. Khalifa, Mrs. Ksentini and Mr. Treat. Geneva : UN, 24 Aug. 1988.

<https://digitallibrary.un.org/record/44743?ln=en> Visited on 12 12 2021.

問題に関する情報は、まさにその研究に必要な情報だった。現代奴隷制部に筆者らが提供した情報がこの研究のために有益であることは明らかだった。だから、クセンティーニ議長ほか4名の作業部会委員は、この情報の重要性を直ちに理解し、事務総長を介してファンボーベン特別報告者に情報を送付しようとしたのは自然の流れだったのである。

○国連NGOの支援

国連NGOの支援があったことも忘れてはならない。筆者の発言に続いて、女性が代表する国連NGOが韓国の挺身隊問題対策協議会の要請書を読み上げた。挺対協の要請は、共同代表（当時）だった李効再教授と尹貞玉教授によって世界中の女性団体に送られていたのである。

国際法律家委員会（ICJ）の事務局員ディルバー・パラーク弁護士（女性）も熱心に傍聴していた。あとで分かったことだが、韓国女性として初めて弁護士資格を得た李兌榮（イ・テヨン）弁護士が国際法律家委員会のメンバーに入っていて、副会長を勤めていた。同弁護士は、国際法律家委員会の会議で日本軍「慰安婦」問題を取り上げるべきだという意見をすでに述べていたというのである。2月のヒューマンライツ委員会での筆者の発言直後にパラーク弁護士が、「この問題は重要なので、現代奴隷制作業部会などでフォローアップすべきだ」と助言してくれたのには、そのような事情があったからだったのであろう。国際法律家委員会は、1993年日本などに日本軍「慰安婦」問題に関する実情調査団を派遣した³¹が、それもこのような背景があったからなのだった。

○政府代表の発言

この年の作業部会の審議は、活発だった。政府代表の発言があったこと

31 前掲『普及版』、55-77頁。

もその一因であった。筆者らNGOの発言を支持して、朝鮮民主主義人民共和国（共和国）政府代表が発言した。2月のヒューマンライツ委員会で筆者が発言したときには、大韓民国（韓国）政府代表が感謝の念を表明し、支持発言をした。だが、そのときには共和国政府代表は沈黙していた。

このようなことが起こるようになったのは、冷戦が終結したからだった。南北は、前年である1991年9月17日、国連に同時加盟した。当時、共和国は160カ国目、韓国は161カ国目の加盟国となった。韓国と共和国による南北同時国連加盟が実現していたことは、日本軍「慰安婦」問題の国連審議を活発にした大きな要因の一つだった。

○国際労働機関（ILO）代表の発言

国際労働機関（ILO）代表の発言があったことには驚いた。筆者のILO29号強制労働条約違反についての発言に注目したILO代表は、この問題はILOが関係しているので、「ILOに提起してほしい」と述べたのである。そこで、筆者は、この作業部会審議の後にILOの強制労働条約担当者を訪問して関連資料を参考資料として提供した。しかし、ILOに公式に問題を提起するためには、国連NGOの資格では不足で、労働組合であることが必要であることがわかった。

○日本政府の反論

日本政府は、2月のヒューマンライツ委員会の際とは打って変わって、筆者に対して本格的に反論した。その時の政府の反論は、第一に、国連創設前の問題に関する管轄権の不存在をあげ、第二に、その後の反論の原型となった条約の抗弁を主張した。現代奴隷制作業部会は、これらの反論にもかかわらず、勧告を出すことを決めたことが重要である。

国連が戦前の問題に関する管轄権を持つか否かに関する反論は、すぐに対応が必要だった。もし管轄がないということになれば、戦前の問題の国

連審議はできなくなり、NGOの発言さえ許されなくなるだろう。この問題を優先的に研究したところ、前述のとおり、国際連合は、国際連盟が持っていた奴隷問題に関する権限を1953年奴隷条約議定書により継承したことを発見できた。機会をとらえてこの再反論を行ったことから、以後日本政府はこの反論を蒸し返すことはなくなった。

条約の抗弁については、日本政府は国連手続内では、それ以後一貫して主張し続けた。筆者ら国連NGOは、これに対して詳細な再反論を加えた³²。これに対して、国連機関は審議を継続したことに注目すべきだろう。

○日本の報道は低調。

この現代奴隷制作業部会の勧告は、筆者の知る限り、国連機関が公開の場で日本の重大なヒューマンライツ侵害問題について積極的にアクションをとった最初の事例だった。その後の国連手続の発展を基礎づけた歴史的勧告である。この作業部会勧告がなければ、その後の国連での日本軍「慰安婦」問題の論議の発展はなかったと言える。だから、きわめて重要且つ画期的な成果だった。

ところが、そのような画期的な国連によるアクションには似つかわしくないほど、日本での報道は極めて低調だった³³。それがなぜなのかは、かなり重要な問題なのだが、後に詳述することにした。

④ 次々と続く国連審議・決議・勧告

日本軍「慰安婦」問題については、世界的な女性運動による広範な支持が燎原の火のように燃え広がった。

32 ①前掲『普及版』、10-54頁、208-302頁、357-381頁。②戸塚悦朗資料：「元日本軍「慰安婦」被害者申立にかかる事件に関し大韓民国憲法裁判所へ提出された意見書——いわゆる「条約の抗弁」について——」龍谷法学42巻1号、2009年、193-222頁。

33 毎日新聞（伊藤芳明ジュネーブ支局長）は報道したが、例外だった。

前述のとおり、この現代奴隷制作業部会勧告は、1992年8月のヒューマンライツ小委員会決議によって支持された。筆者は、1993年からは、国際友和会（IFOR）代表として国連活動を継続するようになった。日本政府の主張に対する再反論のために継続的に研究を進めた。毎年のようにヒューマンライツ委員会、現代奴隷制作業部会、ヒューマンライツ小委員会のたびに日本軍「慰安婦」問題についての審議には多数の国連NGOが加わるようになった。会議のたびに新たな決議・勧告が続いた。

国連総会レベルの国際会議でも日本軍「慰安婦」問題の審議がなされた。1993年ウィーン世界ヒューマンライツ会議では、日弁連代表団も加わり、激しい審議が行われ、最終文書原案の修正という成果まで獲得した。日本軍「慰安婦」問題は、対女性暴力の問題の象徴のように扱われるようになった。1995年北京世界女性会議にも日弁連代表団が参加し、理事会で採択された日本軍「慰安婦」問題についての提言を提出した。

この間に、1993年国連総会は、女性に対する暴力の撤廃に関する宣言を採択し、ヒューマンライツ小委員会は、戦時性奴隷等の特別報告者を設置して研究を開始していた。1994年ヒューマンライツ委員会は、女性に対する暴力の特別報告者を設置した。これらの特別報告者は、日本などを訪問・調査して、報告書を国連に提出した。

これらの動きは、ついには国際刑事裁判所ローマ規定の採択（1998年）にまでもつながった。また、2005年国連総会は、「国際人権法の重大な違反および国際人道法の深刻な違反の被害者に対する救済および賠償の権利に関する基本原則とガイドライン」（国連原則）を採択し、日本軍「慰安婦」のようなヒューマンライツの重大侵害の被害者を救済すべきことを明らかにした。

これとは別に、ILOでの成果もあった。ILOの監督機関である専門家委員会が1996年に日本軍「慰安婦」問題について強制労働条約違反を指摘する勧告を公表した。

ヒューマンライツ条約機関も日本政府に対する勧告を出すようになった。

これらについては、筆者は、前記したとおり、継続して、『週刊法律新聞』、『法学セミナー』の連載に報告を掲載したのみならず、『日本が知らない戦争責任』（現代人文社）³⁴、前掲『ILOとジェンダー』（日本評論社）などを出版して公表に努めた。

⑤ 大韓帝国の植民地支配は不法だったのか？

○日本が国連勧告を尊重しないという問題

多くの国連決議・勧告にもかかわらず、日本政府は、日本軍「慰安婦」問題に関する国連勧告を尊重してこなかった。これをどう考えるかは、それ自体が大きな問題である。

最近筆者は、これは、日本政府も社会も過去の植民地支配の問題に関する歴史認識を深めることができていないからではないか？と考えるようになった。この問題を解く鍵について考察し、3冊の著書³⁵を出版した。これらの著書は、1905年11月17日付の「日韓協約」とされている条約（1910年韓国併合条約の基礎となっている）は実際には「存在しない」という発見に基いている。しかし、この発見に至るまでには、長い間の研究が必要だった。

○ILC1963年報告書を発見

その研究の基礎には、1905年11月17日付の「日韓協約」は、大韓帝国の国家代表個人への脅迫のゆえに絶対的無効な条約だったとする国連国際法

34 戸塚悦朗『日本が知らない戦争責任：国連の人権活動と日本軍「慰安婦」問題』現代人文社、1999年。及び前掲『普及版』。

35 ①戸塚悦朗『「徴用工問題」とは何か？——韓国大法院判決が問うもの』明石書店、2019年。②同『歴史認識と日韓の「和解」への道』日本評論社、2019年。

③同『日韓関係の危機をどう乗り越えるか？——植民地支配責任のとりかた』アジェンダ・プロジェクト、2021年。

委員会（ILC）の1963年総会宛て報告書の発見があった。これを見つけたのは、1991年にLSEのLLMコースを終えたのち、その客員研究員となって研究を続けていた当時だった。1992年秋ロンドンの高等法学院（IALS）図書館でILCの年次報告書を調べていて、偶然発見するという幸運に恵まれた。ただ、日本では日韓旧条約の効力研究がタブーになっていたため、日本語の学術論文³⁶として公表するまでには長い時間がかかった。

3. 「ジェンダー視点の欠如」を批判される！

このような国連活動を継続しながら、その時々新たな情勢についての講演に招かれ報告する機会もかなりあった。1997年3月から4月にかけて国連ヒューマンライツ委員会に参加した直後のことだった。日本で講演を依頼されて、当時の国連情勢を背景に日本軍「慰安婦」問題の立法解決のための国会運動についての講演をした。当時の手帳で確かめたところ、1997年4月22日に日本キリスト教団主催で開かれた講演会（会場は柏木教会）の記載があった。

相当多数の参加者があったことを記憶している。筆者の講演が一応終わった後、質疑応答の時間になったときのことである。日本の女性団体の一人から、衝撃的な指摘を受けた。「戸塚さんの国連活動には、ジェンダーの視点がないと思う。どうか？」というのである。

この批判は全く当たっていて、筆者自身が自覚していた大きな弱点だった。筆者は日本の普通の男性で、家父長的な「常識」にどっぷりついていた。困ったことに、実際問題として、ジェンダーの研究も全くしたことなかった。それなのに、日本軍「慰安婦」問題について国連NGO活動が続けてきたのだ。筆者の国連活動の動機は、前述したとおり、ジェンダー問題への対応が焦点ではなかった。一回切りのつもりで始めた国連で

36 戸塚悦朗「統監府設置100年と乙巳保護条約の不法性——1963年国連国際法委員会報告書をめぐって——」『龍谷法学』39巻1号、2006年6月、15-42頁。

の発言に予想外の大きな反応があったために、いわば行きがかりのように継続してきた活動だった。だから、内心相当居心地が悪かった。この質問には弁解もできず、反論の余地も全くなかった。アキレス腱が切れたような思いだった。とても乗り越えられそうにない厳しい批判を受けて、進退きわまってしまったのである。

その場で、「これ以上国連NGO活動を継続することはできない」と判断せざるを得なかった。そして、その批判的な質問に応え、事実を認め反省し、今後日本軍「慰安婦」問題についての国連NGO活動をやめると約束したのである³⁷。そのうえで、1997年いっぱいかけて、関係の市民活動家や労組に新たな団体を立ち上げるよう要請し、国連NGO活動とILO活動を引き継いでもらった。そうした準備をしたうえで、1998年からは、国連に行くことをやめた。このような経緯のため、1997年8月の国連ヒューマンライツ小委員会に参加したのを最後に、この問題での国連NGO活動の第一線からは身を引くことになった。

重大な決断だった³⁸。これは、人生の上で何度もない大きな転換点になり、生涯忘れがたい体験となった。

① ジェンダーの視点とは？

それではどうするのか？それが問題だった。「ジェンダーとは何か？という根本を知らないではないか！」という問いかけが大問題として提起されたのである。筆者には、それは「告発」と感じられ、心に残った。そこ

37 正確に言えば、「その通りで、弁解の余地もなく反省している。大変居心地が悪かった。男性の弁護士が日本軍「慰安婦」問題に取り組み続けているので、「金もうけのためだろう」と言う誤解を受けて困っていた。「早く辞めたい」とかねがね希望していた。国連活動を女性団体の方たちにはできるだけ早く引き継いでほしい。」と答えた記憶である。

38 前掲『普及版』、280-283頁でこのときの状況を含めいくつかの要因を報告したが、決断に至った最も大きな問題は、ジェンダー視点の欠如への批判への対応だった。

でこの問題に取り組むことができるように、1998年から米国シアトルにあるワシントン大学の客員研究員になって研究者生活を始めることにした。

2000年からは、神戸大学大学院国際協力研究科の教員になって、研究と教育に取り組むことになった。「告発」を受けてから8年もかかったが、この間の研究成果を前記した『ILOとジェンダー』という本にまとめることができた。これを立命館大学大学院に提出して2007年に博士号（国際関係学）を授与され、研究者として認められることができた。衝撃的な「告発」という大波を受け大転換を迫られたのだが、結果的にみると再起することは可能だった。今思うと、質問者の問いかけに直面し、率直に応答したことが、大波を乗り越えることを可能にしたのだと思っている。「災い転じて福となす」という体験だった。

この大転換が、以下に述べる重要な「発見」につながるようになったのである。

② ワシントン大学でのジェンダー研究

1998年3月からワシントン大学の客員研究員として研究を始めたが、「ジェンダーの視点とは何か？」と考えてみても、容易にわからない。とりあえず、女性差別の問題の研究から始めることにした。疑問はいくつも出てきた。ジェンダーの視点を意識して研究を始めると、これまで見えなかったことが見えるようになるという体験を何度もした。次々と「発見」があったのは、とても不思議なことだった。

日本軍「慰安婦」問題について、1996年ILO専門家委員会が強制労働条約違反を指摘する勧告をしていた³⁹。だが、それをフォローアップするはずのILO総会討議が実現していなかった。それがなぜなのかはよくわからなかった。ILOの総会討議とはどのようなものなのか？それもわからな

39 前掲『普及版』、240-244頁、292-295頁。

かった。

ILOの創設の歴史から研究する必要があると考えるようになった。これまでは、国連やILOに対する次のアクションをどうするか？というようなその時々³⁹の短期的考慮から必要に迫られた研究がほとんどだった。だから、歴史研究などの悠長な基礎的研究には取り組む余裕がなかった。しかし、研究者になって疑問に感じた課題に取り組んでみると、問題をどこまでも深く掘り下げる必要があることがわかってきた。

○ILOに関する発見

ジェンダーの視点から研究を続けた結果分かったことがある。日本とILOの関係について三つの重要な発見があった。

第一の発見は、すでにILO総会による日本問題の審議があったことだった。この場で日本政府はジェンダーの視点からの厳しい国際批判を浴びていたことがわかった⁴⁰。女性の賃金差別問題（ILO100号条約の男女同一価値労働同一賃金原則違反）で、1993年のILO総会で討議がなされたのである。1992年日本軍「慰安婦」問題の国連提起の翌年に起こったことに注目すべきである。これは一回では終わらず、1994年にもILO総会は2回目の討議をした。

第二には、日本の男女賃金差別の実態は、欧米先進国と比較すると驚くほど大きいことが確認できた⁴¹。けた外れの女性差別だからILO総会で批判されたのは当然のことだった。

ところが、このような重大なILO総会討議による批判が日本ではほとんど知られていなかったことがわかった⁴²。これが第三の発見だった。

第三の発見は重要かつ深刻である。報道がなければ、ILO総会審議は日

40 前掲『ILOとジェンダー』、218-220頁、229-250頁。

41 前掲『ILOとジェンダー』、209-218頁。

42 前掲『ILOとジェンダー』、221-229頁。

本にほとんど影響を与えない。国際機関の存在意義さえ無にしてしまう。全国紙による一面トップ記事によって報道されるべき大ニュースだった。それにもかかわらず、まともな報道がなかったのだ。そのために、この事実を筆者が知らなかっただけではないのである。調べてみると、女性の権利のために献身的に活動していた日本の女性の研究者も、国会議員も、日弁連関係者もだれもこの重要なILOの貢献に気付いていなかったことがわかった。

○なぜ報道がなかったのか？

1993年ILO総会討議について、まともな報道がなかったのはなぜなのか？を検討する必要があると痛感した。筆者は、ILO総会に出席した日本の政労使の代表が男性中心の思想に支配されていて、報道関係者への説明の仕方に問題があったのではないかと批判した⁴³。

しかし、それだけでは真相を究明したことにならない。政労使代表の説明を鵜呑みにした報道関係者の問題もあるからである。日本の主要報道機関からは、ジュネーブの国連欧州本部には約7名の特派員が派遣されていて、ジュネーブにある多数の国際機関の活動などを取材していた。ILO総会は、例年国連欧州本部とすぐ近くのILO本部で開催される。だから、日本の報道機関の特派員は自ら独自の判断で取材することは容易だった。

問題は、日本からのジュネーブ特派員は、男性ばかりだったことだ。筆者がそうであったように、日本人の男性記者たちもジェンダーの視点が乏しかった可能性が高い。だから、ILO総会が日本に関するジェンダーの問題について重要なアクションをとっても、その重要性が見えなかったのではないか。

それだけではない。1992年5月の国連現代奴隷制作業部会の勧告につい

43 前掲『ILOとジェンダー』、243-244頁。

ての日本の報道機関の動きが極めて消極的だったことは、前述した。それは、当時の日本の報道機関のジュネーブ支局には男性記者しかいなかったことを考えれば、当然のことだったとも言えよう。しかし、筆者には、そのような日本の報道機関の弱点が見えていなかった。ジェンダーの視点を欠いていたことを反省して、改めて問題を事後的に見直してから初めてこの問題点が見えてきたのである。

日本軍「慰安婦」問題が国際的に大きな問題になったのは、朝日新聞の報道の責任だとする保守派の攻撃があって、日本社会を激しくゆり動かしした。しかし、筆者から見ると、それは全くのフェイクニュースだとしか言いようがない。日本軍「慰安婦」問題が世界的な関心事になったのは、吉田清治についての朝日新聞の誤報によるとする保守派の主張は正鵠を得ていない。そのことについては、2015年の論文⁴⁴で詳述した。

その時には書かなかったエピソードを紹介しておきたい。

1992年2月この問題を初めて国連ヒューマンライツ委員会に提起した時のことである。それまでの国連行動の際の慣例にしたがって、ジュネーブ駐在の主要報道関係者への事前説明をしようとした。朝日新聞の特派員にも、今回は日本軍「慰安婦」問題について発言する予定であることを電話で説明し、必要があれば直接より詳しい情報提供もできる旨を申し出たのである。いつも事前の情報提供には感謝されていたからだった。

ところが、このときの朝日新聞特派員からの反応は、全く予期に反するひどいものだった。「こんなに古い、終わった問題を持ってくるなんて。あなたはそれでも法律家ですか！」と筆者を非難し、特派員の方が取材を拒否するという異例の事態が起きたのである。国連発言の際も、事後にも、一切何の取材もなかった。だから、朝日新聞は、筆者の日本軍「慰安婦」問題に関する国連初発言について一行の報道もしなかったのである。

44 戸塚悦朗、「軍事的性奴隷制と国連人権委員会」季刊戦争責任研究84号（2015年夏季号）、12-29頁。

その他の報道機関（毎日新聞を除く）も似たような反応だったが、朝日新聞特派員からの反発は最も強烈だった。筆者は、ロンドンで留学生生活を送ってはいたが、弁護士登録を取り消してはいなかった。れっきとした法律家の資格を維持していたし、法律家としての自負もあった。それなのに、法律家としての資質とアイデンティティーを否定するような侮辱的な言葉を浴びせられたのだ。ひどく腹がたったのは、聖人ではない筆者には自然なことだったと思う。ジャーナリストからこのような侮辱的な扱いを受けて悔しい思いをしたことは、それ以前も以後もなかった。

筆者は、2月アクションをとる前には、ヒューマンライツ委員会に一回だけ問題提起をすればそれでよいと考えていた。日本政府（瀬崎大使）の国連答弁は常識的なものだったから、日本政府への反発心もわかなかった。

しかし、朝日新聞特派員の侮辱的反応に傷つけられ、いささか感情的になっていた。気持ちが収まらず、「なんとしても、実務法律家らしい国連活動をして、結果を出さなければ名誉回復できない」と思い詰めてしまったのである。そのようなことがあったので、ICJのディルバー・パラーク氏の勧めに従って、その直後から他のことをおいて、現代奴隷制作業部会に参加するための研究に励むことを決意したのである。

そして、この腹立ちまぎれの研究が効果をあげて、ILO29号条約違反を「発見」できた。その結果、前述した1992年5月の現代奴隷制部会の勧告を獲得することができたのである。当然のように、朝日新聞特派員は、このときも何の取材もしなかった。だから、朝日新聞は、このときも現代奴隷制部会の決議について、一行の報道もしなかった。このことからわかるように、朝日新聞は、日本軍「慰安婦」問題に関する国連の画期的アクションについて全く報道せず、国際社会に対して何の影響もあたえなかったのである。

今思うと、このような朝日新聞特派員のひどい対応がなければ、筆者はこの問題で国連活動を継続しなかった可能性がある。そうだとすると、国

連での日本軍「慰安婦」問題の審議の発展は、朝日新聞特派員の言葉に対するリベンジ的な感情的な対応から始まったとも言える。意図せずに筆者を「激励」してしまったという皮肉な結果ではあったが、それは、朝日新聞特派員が意図したことではなかった。逆に、彼はむしろ報道しないことによって、日本軍「慰安婦」問題の沈静化を意図していたのに違いなかった。

このように見てみると、朝日新聞は、日本軍「慰安婦」問題に対する世界的な批判の広がりには責任があるという保守派の批判は、（少なくとも初期の国連報道に関連しては）フェークニュースに過ぎないと言えるのである。

このようなジュネーブ駐在の日本人記者の反応は、「日本人男性」故に持つ日本軍「慰安婦」問題に対する激しい嫌悪感から出たのではなかったかと推測できる。そうだとすると、彼らがこの問題の報道に消極的だったのは、ジェンダーの視点からすれば十分な理由があったと思われる。

日本の報道機関が女性賃金差別問題のILO総会審議にも、日本軍「慰安婦」問題についても極めて消極的な報道姿勢をとっていたことについては、ジェンダーの視点から分析する必要があると思われる。しかし、当初の筆者には、そのような日本の報道機関の弱点が見えていなかった。ジェンダーの視点を欠いていた自らの弱点を反省して、改めて問題を見直してから、ようやくこの問題点が見えてきたのである。

③ 女性の権利の歴史研究からいくつもの発見！

前記したILO100号条約、その柱となっている男女同一価値労働同一賃金原則はどのような経緯で定められたのだろうか？それを定めたILOとその監督機関が創設されたのはなぜなのか？これらの問いに、ジェンダーの視点から研究する必要があると思われた。

世界の歴史のなかでILO創設の研究に取り組みだすと、次々と重要な新
(龍法 '22) 55-2, 134 (696)

たな発見があった。そのなかでも、特に重要な点を挙げておきたい。

○T. ショトウェル教授の著書との出会い

T. ショトウェル教授は、1919年パリ講和会議に参加した米国政府代表団の顧問で、ILOを創設したヴェルサイユ平和条約の労働編の起草過程に早くから参加した歴史学者であった⁴⁵。同教授が編集し、出版した詳細な資料集⁴⁶を入手できたことから、筆者の研究は可能になった。その意味で、重要な恩人のひとりである。実は、のちにヒューマンライツの成長にも早期の段階で大きな貢献をしたことは、後に知ることになったが、ここではこれ以上述べない。

○『人権宣言集』は誤訳だらけだったのか？

（その3）論文で筆者の宮沢憲法学との出会いから始まり、本論文でもその後の「海図を求める旅」までの長い物語を書いてきた。それを説明したのは、以下の「発見」が持つ意味を明確に示すためにどうしても必要だと思われたのである。

ILO創設までの歴史を研究するためには、ヴェルサイユ条約まえの女性の権利運動の歴史を研究する必要がある。世界史すべてを通じて女性の権利運動の歴史を研究することは筆者の手に余る。そこで、当時の主要国、パリ平和会議を主導した第1次世界大戦の戦勝五大国とヴェルサイユ条約に署名した敗戦国ドイツに限定して研究することにした。後にそれを『ILOとジェンダー』の第1章にまとめた。

その過程で、フランスについて研究してみると、とても奇妙なことに気付いたのである。

45 前掲『ILOとジェンダー』、65頁。

46 Shotwell, James T. ed., *THE ORIGINS OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION Vol. 1*, COLONBIA UNIVERSITY PRESS, 1934.

いわゆるフランス「人権宣言」は、1789年8月26日憲法制定会議により採択され、そのまま1791年の憲法に取り入れられた。正式名“Declaration des droits de l'homme et du citoyen”は、「人および市民の権利宣言」と訳され、その第1条は、「人は、自由かつ権利において平等なものとして出生し、かつ生存する。社会的差別は、共同の利益の上にのみ設けることができる」と訳されている⁴⁷。

この日本語訳では、権利主体は、「人」である。「人」が日本語の言葉として持つ通常の意味としては、男性も女性も含むはずである。「市民」にも男女が等しく含まれるように読める。したがって、女性に対する差別は、原則として許されないことになるはずだ⁴⁸。このような宣言を持つ国家にあっては、女性にも当然に選挙権が保障されるであろう。そればかりか、その他の法的な差別も原則として禁止されているはずである。そこでは、男女平等賃金原則が実施されていても不思議はない。

しかし、「人および市民の権利宣言」と翻訳されたフランス語原文⁴⁹を見ると、「人」と翻訳されたのは、“homme”であって、文字通りならば本来「男」と翻訳されるべき男性名詞なのである。また、「市民」と訳された、“citoyen”も男性名詞である。1793年ジロンド憲法草案に含まれたとされる「人々の市民的および政治的自然権の宣言の草案」と訳されたフランス語原文⁵⁰にも、上記したのと同じ問題がある。“hommes”の文字通りの意味は、「男」であるが、「人々」と男女を含む日本語に訳されているのである⁵¹。文字通りの通常の意味は、「男の…自然権の宣言」であるはずなのである。

47 『人権宣言集』（高木・末延・宮沢編、岩波文庫、1957年、128～133頁〔山本桂一氏担当部分〕。

48 特に「共同の利益」に基づく社会的差別の例外をのぞく。

49 Declaration des droits de l'homme et du citoyen.

50 Projet de Declaration des droits naturels, civiles et politiques des hommes.

51 前掲岩波文庫、134～140頁〔山本桂一氏担当部分〕。

勿論、一般的な翻訳問題としていえば、これまでの通説のように、“homme”が「人」全体を指すとするのも、あながち間違いとは言いきれない。しかし、その場合は、そのような意識が適当とされる社会的事実、すなわち、現実の法の適用として、男女が平等に扱われていたことを示す事実の存在が、意識の裏づけとして必要なのではないだろうか。

しかし、この宣言が採択されたフランス革命期の歴史的な諸事実を見ると、全く逆であった。男性・市民の権利が伸張したのに対して、女性は差別され、その権利は徹底的に侵害されたことを示しているのである⁵²。

フランスの「人および市民の権利宣言」のモデルとなった米国のいわゆる人権宣言などについても、原文と日本語訳を対比してみると同じ問題があることがわかった。原文では“men”（内容的には白人男性を示す）とされているのに、「男」ではなく「人」と翻訳されているのである。英語でもフランス語でも、「男」にしか権利を認めないことを、アメリカ人もフランス人もしっかりと明文で書いている。それなのに、それらを日本語に翻訳する段階で、日本の研究者は、「人」と翻訳してしまったのである。宮沢教授の時代にもそれを維持していた。

（その3）論文で述べた通り、宮沢教授が教材として筆者ら学生に参照するようにと指導した『人権宣言集』（岩波文庫、1967年第12刷）を見ると、内容的にも言語的にも「男権」とされるべきものが「人権」と翻訳されている。もし厳格に言うなら、これらは誤訳と言わざるを得ない。この本に収載されている権利宣言のうちで、本当の意味での「人権宣言」は「世界人権宣言」だけなのである。だから、書物のタイトルとしては、『男権宣言集』とするか、『権利宣言集』とするのが正確ではないだろうか。筆者にはそう思われた。

ところが、“human rights”という言葉を含んだ1945年のポツダム宣言が

52 前掲『ILOとジェンダー』、31-36頁。

日本政府に向けて発布されたときに、日本政府は、これを「人権」と翻訳した⁵³。これでは、それまでの権利との違いが判らなくなってしまう。注意すべきなのは、これは米英華三国首脳から日本政府に対して発せられた、国際法の平面上の要求であるということである。これは、内容的にはこれまでの“men”=「男」の権利ではなく、“human”=「人」の権利を意味する。

この「発見」は、ジェンダーの視点を意識して研究し始めた筆者にとってはかなり衝撃的な大きな問題と思われた。だが、この問題にどのように対応すべきか？を考えても答えはなく、よくわからなかった。この問題は後に再度議論することにしたい。

4. 2002年参議院憲法調査会にて「人権の国際化」？

① 2000年神戸大学の教官になる

2000年からは、前述したとおり、神戸大学大学院国際協力研究科の教員（助教授）になって、研究と教育に取り組むことになった。教育面では、国連NGO活動体験授業に力を入れた⁵⁴。研究面では、ILOとジェンダーの問題について研究を継続して論文⁵⁵として公表するほか、日本軍「慰安婦」問題と犯罪の関係について1932年長崎地裁判決を発掘⁵⁶するなど、かなりの成果を上げることができたのはこの時代だった。

神戸大学時代に遭遇した困難な研究テーマは、2002年参議院憲法調査会

53 歴史的には、“human rights”という言葉は、1942年1月1日づけの国際文書（連合国宣言）によってはじめて使用されたが、これは日本に向けられたものではなかった。

54 前掲戸塚『入門』、第3章。

55 ①戸塚悦朗「ILO創設と男女平等賃金原則の成立（1）」『国際協力論集』8巻2号、2000年11月、1-25頁。②同「ILO創設と男女平等賃金原則の成立（2）」『国際協力論集』9巻1号、2001年6月、1-17頁。③同「ILO創設と男女平等賃金原則の成立（3）」『国際協力論集』9巻2号、2001年10月、157-172頁。

56 前掲『普及版』314-356頁。

から招かれた際の課題だった。筆者は、「人権の国際化」についての意見を述べるように求められた。

どのように応答するのかを考え始めたときに、最も難しかったのは、この課題を正確にとらえることだった。参議院憲法調査会の議員の間では、「人権はもともと国内的にしか保障されなかったが、最近は国際的に保障されるようになってきた」という理解が大方の共通理解だったのだと考えられた。

○「人権の国際化」と「人権の国内化」

ところが、筆者がワシントン大学時代の研究で「発見」したところによると、この理解には問題があることになる。“human rights”は、米国やフランスでは、もともと国内法では保障されていなかったからである。この言葉が法的な概念として文書化されたのは、条約であれば1945年国連憲章が初めてであり、国際宣言を入れれば1942年連合国宣言が初めてだった。

そうすると、筆者が論じなければならないことは、国際的に保障された“human rights”をどうやって国内化するか？という課題（つまり「ヒューマンライツの国内化」の問題だということになる。

このころは、前述した「誤訳」問題は、筆者の独自の見解の段階に過ぎず、まだ十分に熟していなかった。だから、かなり新しい問題提起をすることにならざるを得ない。短い口頭発言では意を尽くすことができないと考え、論文の形の文書「人権の国際化」と「人権の国内化」——参議院憲法調査会への提言」⁵⁷を執筆し、提出することになった。

○2003年『国際人権法入門』の出版

57 戸塚悦朗「人権の国際化」と「人権の国内化」——参議院憲法調査会への提言」国際協力論集10巻3号、2003年2月、71-93頁。これは、前掲戸塚『入門』、第1章に転載。

芹田教授の求めに応じて、神戸大学在職中に本を出版する必要があったので、2003年に前記した『国際人権法入門』を出版した。この中では、前述したとおり、国際人権法の定義についてかなり考えさせられた。参議院憲法調査会への提言論文（第1章）のほか、筆者の国連NGO実務経験（第2章）のほか神戸大学での教育の試み（第3章）を掲載した。内容が難解になったので、「入門」というタイトルが不適当だったかもしれない。

○2006年『ILOとジェンダー』の出版

前述したとおり、筆者がジェンダーの視点を欠いていたことを反省し、ワシントン大学でジェンダーについて研究をはじめたのは、1998年のことだった。その研究の過程で、「男権宣言」が「人権宣言」と誤訳され続けてきたことを発見することができた。2000年から神戸大学の教員になってその研究を継続したことは前記した。2003年に龍谷大学に移ってからこの研究を続けた。2006年になってやっと前記した『ILOとジェンダー——性差別のない社会へ』を日本評論社から出版することができた。8年越しの研究成果だった。

○2009年『国連人権理事会』出版

筆者が活用してきた国連憲章上の手続きについてまとめて発表する機会がなかった。2006年3月15日の国連総会決議によって機構改革が断行されることになったことから、ヒューマンライツ委員会は、ヒューマンライツ理事会に生まれ変わることになった。この激動の時期をとらえて、2009年前記した『国連人権理事会——その創造と展開』を日本評論社から出版した。そのなかで国連憲章上の手続きを紹介することができた。

その中で、それまでのヒューマンライツ委員会とヒューマンライツ小委員会が築き上げてきたテーマ別手続がほとんどそのままヒューマンライツ

理事会に引き継がれることになったことを報告した。ヒューマンライツ小委員会は、諮問委員会に組織替えされて弱体化したことは残念だったが、それ以外の国連憲章上の手続きには大きな変化はなかった。新たにUPR普遍的定期的審査手続きが生まれたことも報告した。

② 海図を求める旅の終わり

こうして、筆者の海図を求める旅は、終わった。筆者なりに画いた海図は、相当数の論文といくつかの出版物の形で公表したので、参照していただけでも幸いである。

この旅で筆者が発見できたのは、1988年神戸人権擁護大会で筆者に問いかけられた難問への回答だった。今だからようやく言えることだが、「「ヒューマンライツ」を保障する国際法は、憲法上の「人権」を保障する国内法とはちがう！」のである。

注目すべきは、若い世代の多数の弁護士たちが、より精密な海図を描こうと新たな旅⁵⁸を始めていることである。完成のあかつきには、弁護士会全体だけでなく、政府、裁判所、国会、支援団体や社会全体、多くの人々の航海のために、よき水先案内となるであろう。

5. ヒューマンライツと「人権」は違う！

「ヒューマンライツと「人権」は違う」という回答には、どのような意味があるのだろうか？「ヒューマンライツ」と「人権」の区別を明確にすることで、法とりわけ国際法の平面に関する正確な認識が可能になる。そのうえで、ヒューマンライツの歴史を概観することによって、ヒューマンライツの全貌にせまることができるようになる。それは単なる「言葉遊

58 大川秀史弁護士が中心となって、150名の弁護士による『国連個人通報150選』（現代人文社から2022年中に出版予定）というヒューマンライツ条約機関先例集を編纂中とのことである。

び」でもないし、観念的な議論でもない。今後私たちがどのような世界認識にもとづいて、どのような政策を立てるのかを考えるうえで、不可欠の法認識を確立することにつながると思う。

① 思い切って訳語を創出してみよう！

○“human rights”を「ヒューマンライツ」と翻訳しては？

読者がポツダム宣言を受け取ったと仮定してみよう。その際は、“human rights”という言葉が、将来これほど多数の国際文書に現れてくるとは想像もしなかっただろう。単純に英語の翻訳として「人権」と翻訳したことを誤りとすることはできない。しかし、もしこの英語の言葉がこれまで国際文書に登場していなかったという知識があったとすれば、どうであろうか？それまでの権利宣言が実際には「男権宣言」だったのに「人権宣言」とされていたということを知っていればどうであろうか？迷いに迷って、カタカナの日本語に翻訳することは考えられなかったであろうか？

ポツダム宣言の段階では無理だったとしても、「人権」が「男権宣言」の翻訳の段階で既に使われてしまっていることに気が付けばどうだろうか？“human rights”を「人権」と翻訳すれば、それまでの“rights of men”＝「男権」⁵⁹の翻訳としての「人権」という日本語との間で、概念の区別

59 前掲「ヴァージニアの権利宣言（1776年）」（『人権宣言集』、108-112頁）の第1条は、「すべての人は、…」と訳されている。英文原文は率直に“That all men …”とする。

VIRGINIA DECLARATION OF RIGHTS (1776)

A Declaration of Rights made by the Representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free Convention; which Rights do pertain to them and their posterity, as the Basis and Foundation of Government.

1. That all men are created equally free & independent, & have certain inherent natural Rights, of which they cannot, by any Compact, deprive or divest their posterity; among which are the Enjoyment of Life & Liberty, with the Means of acquiring & possessing property, & pursuing ↗

がつかなくなることに思いをいたすことができなかったであろうか？

○2015年AI講演会

やっと私なりの答えができた。2015年にアムネスティ・インターナショナル（AI）から人権の尊重が日本で進まない理由について講演を依頼された。この際の講演録は、ブックレット⁶⁰として出版されている。このときには、副題として「「慰安婦」問題とヒューマンライツ」をつけるところまでは考えがまとまっていた。翻訳の問題を意識していたのである。しかし、残念ながら、ブックレットのメインタイトルに「人権」が残っていた。筆者の考察がまだ不徹底だったと反省している。

○「ヒューマンライツの日本語訳は？」

2021年10月のことだが、講演でこの問題を話した。ところが、「ヒューマンライツの日本語訳は何というのですか？」という質問を受けることになった。「カタカナだから日本語なのです！」と答えた。

カタカナになった外来語としての日本語は、数限りないほどたくさんある。だから、その一つと考えればよいのではないだろうか。

② 芦部教授に尋ねて見たかった

この論文の執筆中に気付いたのだが、芦部信喜教授が「ヒューマンライ

↘ & obtaining Happiness & Safety.
<https://www.americanrevolution2019.com/wp-content/uploads/2018/08/PDF-Virginia-Declaration-of-Rights-Full-Lesson.pdf#:~:text=The%20Virginia%20Declaration%20of%20Rights%20was%20written%20by,of%20Independence%20and%20the%20U.S.%20Bill%20of%20Rights>. 2021年12月22日閲覧。

60 戸塚悦朗〔述〕『人権の尊重が日本で進まないワケ：「慰安婦」問題とヒューマンライツ：講演録』アムネスティ・インターナショナル日本関西連絡会、2016年。

ツとしての「人権」という項⁶¹を設けて「人権と自然権」について論じていることを知った。芦部教授がなぜここで「ヒューマンライツ」というカタカナの翻訳語を使ったのかについて、尋ねて見たかった。だが、残念ながら1999年に他界されていて、今はそれもかなわない。

(まとめ)

海図を求める旅で何が見つかったのだろうか？新しい問が見つかったのである。1945年にヒューマンライツを保障する国際法による「革命」が起きたのではないのだろうか？その革命は、どのように起き、どのように発展したのだろうか？国際法の平面で起きた革命であるヒューマンライツの歴史について研究する必要がある。

第5、ヒューマンライツの歴史⁶²

1. 1942年ヒューマンライツの誕生

米英に対する1941年宣戦布告後は、連合国宣言（1942年）に始まり、国連憲章の制定（1945年）と世界ヒューマンライツ宣言（1948年）の採択を基礎として、ヒューマンライツを保障するための国際法が着実に発達してきた⁶³。にもかかわらず、連合国と敵対していた日本にはそれが十分及んでこなかったことに注目する必要がある。

その過程を簡潔に振り返ってみたい。

61 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣、1994年、47-48頁。

62 戸塚悦朗「漸進的無償化」留保撤回10年を迎えるにあたって——国際人権法の立場から』『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』2021年。http://www.lib.kobe-u.ac.jp/handle_kernel/81012876 の一部を許可を得て第5に転載させていただきました。

63 戸塚悦朗「外国籍の子どもの教育への権利と教育法制——国際人権法の視点から教育基本法「改正」問題を振り返る——（その4）」龍谷法学43巻4号、2011年3月197-231頁。

① 真珠湾奇襲攻撃が生んだ「ヒューマンライツ」理念

朝鮮の植民地化に始まった日本の国際法秩序の破壊行動は、中国への侵略、対米英宣戦布告によって頂点に達し、日独伊の枢軸国と米英の連合国による第2次世界大戦の開戦に至った。1941年12月7日（現地時間）の大日本帝国海軍による真珠湾奇襲攻撃の直後のことである。大英帝国のチャーチル首相は、急遽訪米してワシントンD.C.のホワイトハウスに長期滞在し、F.D. ルーズベルト大統領と連日の協議を続け、日独伊などの枢軸国に対する戦争の勝利に向けた世界戦略を練った。

連合国（United Nations）の結成をつのるためには、なぜ枢軸国と世界戦争を遂行するのかを明確に示す理念を打ち出す必要があった。F.D. ルーズベルト大統領がすでに掲げていた理念であった4つの自由が基礎になった。それだけでは不十分と考えられたことから、これまでに国際文書によってうち出されることがなかった新しい理念である“human rights”という言葉が宣言の起草最終段階で追加された。この言葉を草案に加筆したのは、F.D. ルーズベルト大統領自身だったと推定できる。F.D. ルーズベルトはまずこの世界戦争に全面勝利することを目標とした。そして、勝利のあかつきには、人間であれば誰でも（男でも女でも）人として幸福に暮らすことができる権利を、枢軸国を含む世界中すべての地に保障することを夢見たのである。そのような夢を“human rights”という新しい言葉に込めたのではないか。未だかつてなかった全く新しい世界を創造する夢である。

米英2大巨頭の協議は、連合国宣言（The Declaration by United Nations）という成果につながった。米英ソ華を筆頭として、26か国によってワシントンD.C.で署名された1942年1月1日付連合国宣言は、その後21か国の署名を得て、1945年6月の連合国（日本外務省は「国際連合」と和訳した）憲章制定の基礎となった⁶⁴。

64 「外国籍の子どもの教育への権利と教育法制——国際人権法の視点から教育ノ

宣言の前文は、「生命、自由、独立および宗教の自由を擁護すること並びに自国の領土およびその他の国の領土においてヒューマンライツ (human rights) および正義を保全すること」をも連合国の戦争目的として掲げた。「ヒューマンライツ」 (human rights) 概念を、初めて国際文書によって認知した重要な宣言であり、後の国連憲章 (1945年) と世界ヒューマンライツ宣言 (1948年) の源泉となったと評価できる。この宣言の実現が、連合国の戦争目的となったことを想起しなければならない。

総力戦だった第2次大戦において、連合国が最終的勝利を収めたのは、軍事的・政治的・社会的・経済的・文化的な複合的な総合力で枢軸国を凌駕したからであることは言うまでもない。しかし、筆者は、連合国宣言が戦争目的として掲げたこの崇高な理念が枢軸国側の戦争目的 (人種の優越性の神話を基礎とするファシズムと全体主義による世界制覇) を克服する原動力になったのではないかと考えている。

② 実定法になった「ヒューマンライツ」

ドイツの降伏⁶⁵を目前にした1945年4月25日から6月26日まで、50カ国が参加してサンフランシスコで開催された国際機構に関する連合国会議は、最終日 (1945年6月26日) に国際連合憲章を採択し、国際連合設立を決めた⁶⁶。憲章は、法的拘束力を持つ条約であり、戦後の世界秩序をささえる

ゝ基本法「改正」問題を振り返る——(その4)」龍谷法学43巻4号、2011年3月197-231頁論文で、筆者は、1942年1月1日に連合国の国際会議が開催されたと書いたが、F.D. ルーズベルト図書館で当時の記録を調査したところ、実際には会議は開催されていず、1月1日に実際にホワイトハウスに集まって署名したのは、米英ソ華の4か国代表だったことが確認できた。他の22か国代表は、後日多分1月2日に署名したものと思われる。

65 1945年4月30日にヒトラーは自殺し、5月7日ドイツ大統領は無条件降伏を受諾した。

66 The United Nations Conference on International Organization (UNCIO) was a convention of delegates from 50 Allied nations that took place from 25 April 1945 to 26 June 1945 in San Francisco, United States. <http://en.>

基本的国際法の制定となったと評価できる。

憲章がその目的などの主要条文中でヒューマンライツ（human rights）を規定したことにより、前記1942年連合国宣言のヒューマンライツ理念は、法的拘束力を持つものとして実定法化した。憲章前文のみならず、第1条（国連の目的）、第13条（総会の任務）、第55条（経済的社会的国際協力）、第62条（経済社会理事会の任務）、第68条（ヒューマンライツの伸長のための委員会の設置）、第76条（信託統治制度の目的）など憲章の各所にヒューマンライツが規定された。このときに、F.D. ルーズベルトの夢は、現実の実定法として形を成した。人類世界のすべての人々にヒューマンライツを国際法によって保障するという壮大な国際運動が始まったのである。

連合国諸国がヒューマンライツを世界に実現することを目的の一つとして、2ヶ月もかけてこの憲章の制定のための審議を継続していたことである。大日本帝国政府と軍は、ヒューマンライツという理想の実現を戦争目的にかかげた連合国諸国を敵国として、多数の沖縄住民の生命を犠牲にしつつ激戦を継続していた。ヒューマンライツの実定国際法誕生のまさにその時に、連合国と日本の間にはこのような巨大な隔たりが存在していたことを想起する必要がある⁶⁷。

2. 1945年「ヒューマンライツ」と遭遇した日本

① ポツダム宣言の受諾

憲章の採択からちょうど1か月後であった1945年7月26日、米英華首脳は、ポツダム宣言により日本軍の無条件降伏を要求した。この宣言は、憲

↘ wikipedia.org/wiki/United_Nations_Conference_on_International_Organization visited on 25 September 2010.

67 日本政府・帝国軍は、4月2日から6月23日の間、多数の沖縄住民の生命を犠牲にしつつ無謀な沖縄戦を遂行していたのである。

章が定めたヒューマンライツという新しいことばを含んでいた。迅速な「聖断」がなされず、優柔不断の日本政府は同宣言を「黙殺」と公表した。結局、広島、長崎への原爆の投下、ソ連の参戦、朝鮮の分断という事態を招いた。8月10日になってやっとなされた「聖断」により、日本政府は、「ポツダム宣言を「国体護持」を条件として受諾することを決定し、結局8月14日【国内的公表は8月15日・降伏文書署名は9月2日】に、無条件降伏を受諾した。ポツダム宣言【カイロ宣言を含む】の受諾は、連合国による一切の戦争犯罪人の処罰を受け入れること及び日本政府が「基本的ヒューマンライツの尊重」を確立する責務を負う約束を含んでいた⁶⁸。

歴史的にみると、このときに日本は初めて連合国からヒューマンライツの尊重を国際的に要求された。ところが、それ以後の対応から見ると、日本政府は、この新しい法的概念との遭遇に特に注目していなかったと思われる。このときの日本の外務省は、基本的「ヒューマンライツ」を基本的「人権」と和訳していたのであって、ポツダム宣言の意義を十分には理解していなかったことがうかがえる。「ヒューマンライツ」は、法的概念として新たなものであって、それまですでに日本語化されていた「人権」とは内容が異なっている。しかし、この段階では、その違いは、それほど大きなものではなかったため、その違いの重要性に気づく日本の外交官も研究者もいなかったと思われる。その違いが問題化するにはかなりの時間が必要だった⁶⁹。

68 ポツダム宣言「十 吾等ハ日本人ヲ民族トシテ奴隷化セントシ又ハ国民トシテ滅亡セシメントスルノ意図ヲ有スルモノニ非ザルモ吾等ノ俘虏ヲ虐待セル者ヲ含ム一切ノ戦争犯罪人ニ対シテハ嚴重ナル処罰ヲ加ヘラルベシ日本国政府ハ日本国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去スベシ言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重ハ確立セラルベシ」

69 筆者が、この違いに気づいたのは、最近のことだった。筆者の思考も、従来の学説に影響され、ながらく混乱していたのである。前掲『ILOとジェンダー』、31-34頁。

② 新憲法の意義とその限界

敗戦直後から日本政府による憲法改正の検討がなされたが、政府は大日本帝国憲法の枠組みにとらわれていたため、根本的変革のための新憲法草案を起草できなかった。当初の政府案（松本草案）には、「人権」という言葉さえなかった。これでは、ポツダム宣言の要求に応えることができなかった。政府は、連合国総司令官から示されたマッカーサー草案を基にして起草し直した⁷⁰。こうして出来上がった政府案に基づいて国会審議がなされ、1946年11月3日に日本国憲法が公布され、翌年5月3日に施行された。

国民主権（象徴天皇制）、平和主義（9条に戦争放棄と戦力の不保持）、国際協調主義（98条2項に国際法遵守規定）及び基本的人権の尊重を基本とする新憲法は戦前との断絶を象徴するものとも評価され得る。

しかし、新憲法にも限界があった。人権規定が定められたものの、権利主体は、原則として「国民」とされたのであって、すべての人に保障されるべきヒューマンライツではなかったのである。「国民」のみならず外国人を含む「すべて」の人を権利主体とする“Universal Declaration of Human Rights”（UDHR、世界ヒューマンライツ宣言と翻訳すべきであろう）を国連総会が採択したのは、日本国憲法公布（1946年11月3日）の2年後（1948年12月10日）だった。憲法起草当時には、世界ヒューマンライツ宣言がまだ存在していなかったため、日本はこれを憲法に取り入れることを考慮できなかった。

この状況を要約するなら、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（国内法の平面上にある）である。これに対して、国連憲章が定めるヒューマンライツ（Human Rights）は、国際法（国際法の平面上にある）で保障される、人

70 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』有斐閣（1992年）、147-171頁。

間ならだれでも持っている権利を言うのである。両者が保障する権利の理念も内容も同じではないし、その保障手続も違う。だから和訳に際しては、「人権」をあてることは不適当だったと思われる。そこで本論文では、筆者は国連憲章の“human rights”に「ヒューマンライツ」というカタカナの和訳をあてることにした。

ところが、日本では長い間これらの違いが理解されてこなかった。日本は、国連加盟（1956年）が許されるまでは、ヒューマンライツの具体化の過程に関わることがなかった。その内容及び手続的保障のために国連加盟国が憲章採択（1945年）以降営々としてとりくんできたヒューマンライツを保障する活動に関与できなかったのである。また、国連加盟後の日本政府は、長い間国連のヒューマンライツ委員会に参加せず、ヒューマンライツに関心を示さなかった。そのため、日本ではヒューマンライツの理解が進まず、その尊重が遅々として進まなかったのである⁷¹。

国際法は、憲法98条2項⁷²により国内法に編入され、裁判上の法規範となる。これに違反する法律は無効となる⁷³。理論的にはそうなのであるが、日本の国家機関は、司法府も立法府も行政府も憲法のこの規定をほとんど無視してきた。憲法制定過程で、マッカーサー草案になかった98条2項の規定を提案したのは、外務省だった。当時は、国際法を無視して亡国への道をたどった戦前の日本の誤りを反省したからこそ制定された規定だったと思われる。この憲法の定めが実効的に適用されることがないことが新憲法の限界を象徴していると言えよう。

3. 「ヒューマンライツ」を保障する国際法の基準設定

71 戸塚悦朗『人権の尊重が日本で進まないワケ——「慰安婦」問題とヒューマンライツ 講演録』アムネスティ・インターナショナル日本関西連絡会、2016年。

72 憲法第98条第2項 日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。

73 戸塚悦朗『国際人権法入門——NGOの実践から』明石書店、2003年、19頁。

① 「ヒューマンライツ」から取り残された日本

世界ヒューマンライツ宣言の審議当時には、日本は国連のメンバーでさえなかった。だから、この当時の日本の政府も市民も、宣言との接点を持つことが全くなかったのである。

世界ヒューマンライツ宣言の起草と採択のプロセスは、他の国際ヒューマンライツ文書に比較すると短期間であった。しかし、討議は、ヒューマンライツ委員会、経済社会理事会、総会第3委員会、総会の各段階で、それぞれ激しい議論を経る必要があった。その各段階での議論は、容易ではなかったが、たとえば、各条文の文言一つひとつについての議論に決着をつけ、条文を確定することも困難を極め、総会第3委員会だけでも千回にものぼる投票をしたという⁷⁴。各国政府の国連代表団ばかりか、本国政府も、投票に関する態度決定のために頻繁な国内的検討を重ねた。この間、各国政府もその顧問である学者もNGOも、ヒューマンライツについて集中した深い議論を重ねたことが推測できる。ところが、日本では、政府も、学者も、市民もこれらの過程に関与していなかったため、ヒューマンライツ問題について議論さえしなかった。おそらく国連の審議状況についての知識さえほとんどなかったのではないだろうか。

その後も、日本関係者は、最先端の研究者、NGOでさえも、幾多のヒューマンライツ文書の起草過程には無関心であり続けた。筆者が知る限り、それが通例であった。筆者を含む日本の法律実務家の場合でも、条約などヒューマンライツ文書が制定されてから必要に応じてそれらを学ぶことがやつのことであり、ほとんどの場合ヒューマンライツ文書の制定過程に関わる必要性さえも感じてこなかった。

国際法研究者はどうだったであろうか。日本にも世界ヒューマンライツ

74 Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, 2002.

宣言採択直後からこれに注目した国際法研究者もいたが⁷⁵、例外的な存在だった。ヒューマンライツ擁護のための市民運動では世界の最先端を走ってきたアムネスティ・インターナショナル（日本支部）の努力によって岩波ブックレット『世界人権宣言』⁷⁶が出版されたのは、先進的な啓発の試みだった。だが、それでさえ宣言採択から38年も後（1982年）のことだった。日本の憲法学説では、ヒューマンライツを保障する国際法は憲法より下位であるとする学説が通説とされている⁷⁷。日本の最高裁判所は、世界ヒューマンライツ宣言とヒューマンライツ条約のヒューマンライツ規定の内容は憲法の人権規定と実質的に同じものと評価していて、前者の存在意義を軽視している⁷⁸。ヒューマンライツを保障する国際法違反は国際法の遵守を定める憲法98条2項違反を構成するはずだが、その研究も、未だに判例変更を迫るほど十分な進展を見せていない。だから、日本では、ヒューマンライツを保障する国際法が憲法を越えた実益と重要性を持つことが十分には理解されてこなかった。

75 ①田畑茂二郎『世界人権宣言』弘文堂、1951年は、その12頁で、前述したJ.T. ショットウェルが委員長として1943年2月に発表した報告書で「人権問題を取扱い」として、重要な歴史に触れているなど、戦時中の米国内の事情にも詳しく触れている。しかし、記載についての典拠を示していないことが残念である。

②田畑茂二郎『人権と国際法』日本評論新社、1952年。③法学セミナー臨時増刊『国際人権規約』日本評論社、1979年。④国際連合編／芹田健太郎編訳『国際人権規約草案註解』有信堂高文社、1981年。⑤2010年現在では、日本語による国際人権法関係文献は：http://www.ipc.hokusei.ac.jp/~z00199/I_Reference.html北星学園大学ウェブ頁（Saito, Masaki）「国際人権法参考文献表」2010年10月6日閲覧。

76 ①イーデス・ハンソン・武者小路公秀『世界人権宣言』岩波ブックレットNo.13、1982年。②アムネスティ・インターナショナル編『私の訳 世界人権宣言——ドキュメント世界人権宣言翻訳コンテスト』明石書店、1993年。

77 ①憲法学者としては、前掲芦部『憲法学』、93頁。②国際法学者としては、芹田健太郎『憲法と国際環境（改訂版）』有信堂（1994補訂版第2刷）、318頁。

78 前掲戸塚悦朗『国際人権法入門』、20-22頁。

② 1966年「ヒューマンライツ」条約の登場

国連ヒューマンライツ委員会は、1948年世界ヒューマンライツ宣言の採択以後、その世界的な実施を進めるために、法的拘束力を持つヒューマンライツ条約を起草する努力を継続していた。ヒューマンライツ委員会の長年の努力が実って、1966年12月16日総会は、自由権と社会権に関する二つの国際ヒューマンライツ規約⁷⁹と自由権規約選択議定書⁸⁰を採択した⁸¹。国連は、世界ヒューマンライツ宣言とこれらの国際ヒューマンライツ規約をあわせて国際ヒューマンライツ章典と呼んでいる。諸国の批准が進む過程に10年かかったが、社会権規約⁸²は1976年1月3日、自由権規約⁸³及び同選択議定書⁸⁴は1976年3月23日、それぞれ発効した。1948年世界ヒューマンライツ宣言の採択から数え、実に28年後のことであった。

79 市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）と経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）。

80 「市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書」。自由権規約に違反した場合に、被害者個人が条約機関である自由権規約委員会に通報できる手続。アルフレッド・デザイアス、ヤコブ・モラー、トーケル・オブサール（第2東京弁護士会訳）『国際人権「自由権」規約入門——「市民的及び政治的権利に関する国際規約」の選択議定書の下における適用』明石書店、1994年。

81 「規約草案は、第9回総会（1954年）から第21回総会（1966年）にかけて第3委員会において逐条ごとに審議され、種々の修正を経た後、1966年12月16日、総会において全会一致で採択されました。また、これらの両規約のほかに、B規約の実施に関連して同規約に掲げる権利の侵害について締約国の個人が行った通報をこの規約によって設けられた人権委員会が審議する制度について規定した「市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書」（以下「選択議定書」と略称）が賛成66、反対2、棄権38で採択されました。」外務省HP「国際人権規約の作成及び採択の経緯」から 2010年9月26日閲覧。http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2a_001.html

82 第27条第1項 この規約は、三十五番目の批准書又は加入書が国際連合事務総長に寄託された日の後三箇月で効力を生ずる。

83 第49条第1項 この規約は、三十五番目の批准書又は加入書が国際連合事務総長に寄託された日の後三箇月で効力を生ずる。

84 第9条第1項 規約の効力発生を条件として、この議定書は、10番目の批准書又は加入書が国際連合事務総長に寄託された日の後三箇月で効力を生ずる。

後述のとおり、自由権と社会権の両国際ヒューマンライツ規約の日本による批准は、1979年と、採択から13年も遅れた。

ところが、日本政府は国連のヒューマンライツ活動には無関心で、1981年まで国連憲章上のヒューマンライツ機関であったヒューマンライツ委員会（Commission on Human Rights）のメンバーになるための努力さえしなかった⁸⁵。以下の状況から推定すると、日本政府は、それまでヒューマンライツ条約の起草過程にもまったく無関心だったから立候補しなかったのだと思われる。

何が日本政府の政策を変更させたのであろうか？

この直前に、在日韓国・朝鮮人のヒューマンライツ問題は重大なヒューマンライツ侵害であるとしてヒューマンライツ委員会の秘密手続（1503）による審議の対象となり、日本政府が秘密会議に呼び出されたことがあるという⁸⁶。結果的に見ると、日本政府は、経済社会理事会のなかでヒューマンライツ委員会に立候補すれば、最高点で当選できるだけの政治力を持っていたのに、それまでは立候補しなかった。ところが、ヒューマンライツ委員会のメンバーでなかったために、事前に情報がとれず、この問題で早期に防衛できなかった。そのために、日本政府は、ヒューマンライツ委員会の秘密会でヒューマンライツ侵害国として審議対象になってしまった。だから、日本政府は、批判を受けるような事態を招かないように防衛するために必要な事前情報がなかったことを「反省」したのではないのだろうか。立候補の動機は、将来ヒューマンライツ侵害問題の故にヒューマ

85 日本は、1981年5月8日国連人権委員会にアジア・グループから立候補、最高点（48票）で当選した。外務省HPから「日本編1981年」。2010年9月26日閲覧。
<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/bluebook/1982/s57-nenpyou-2.htm>

86 戸塚悦朗「これからの日本と国際人権法（8）条約によらない国連人権手続〔4〕日本ではどのように活用されたか（ケーススタディー）」法学セミナー 45（1）、82-85、2000-01。このとき、在日朝鮮・韓国人の権利は大きな前進を遂げたが、その理由は広く知られることがなかった。

ンライツ委員会で批判されないように防衛するためだったのではなかったか。

当初はともかく、後々の日本政府の国連での行動を見ると、そう疑わざるを得ない。本来なら、ヒューマンライツ侵害をこそ反省し、日本国内でも、世界でも世界ヒューマンライツ宣言の実効的な実施を進めるためにこそ立候補すべきだったのである。

③ 教育への権利に関する憲法と国際法

教育への権利については、憲法26条第1項は、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」とし、第2項は、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする」としている。第1項は、国民である子どもを教育への権利の主体としているのであって、教育への義務の客体と捉えていない。憲法26条の定めは、外国人差別を生む。外国人には教育を受ける権利が認められず、文部科学省の解釈によると、「就学義務の範囲」として、「憲法第26条は、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。」と定めており、小・中学校への就学義務を負うのは日本国民であり、外国人は就学義務を負わないと解されています」と述べている⁸⁷。だから、未就学の外国人の子どもたちについては放置されてきた。

ところが、世界ヒューマンライツ宣言26条⁸⁸ 1項は、「すべて人は、教

87 就学事務研究会編『改訂版就学事務ハンドブック』（第1法規、1993年）。編集代表は野崎弘氏（文部省初等中等教育局長）、井上孝美氏（文部省教育助成局長）であり、編集委員は、関係課長等文部省の主要担当官が名前を連ねている。

88 世界ヒューマンライツ宣言第26条 すべて人は、教育を受ける権利を有する。教育は、少なくとも初等の及び基礎的の段階においては、無償でなければならない。初等教育は、義務的でなければならない。技術教育及び職業教育は、ノ

育を受ける権利を有する。教育は、少なくとも初等の及び基礎的の段階においては、無償でなければならない。初等教育は、義務的でなければならない。技術教育及び職業教育は、一般に利用できるものでなければならず、また、高等教育は、能力に応じ、すべての者にひとしく開放されていなければならない。」と定めている。外国人を含めすべての人に対して教育を受ける権利を認めている。ただし、「無償」教育を保障しているのは、「初等の及び基礎的の段階」のみであり、それ以外については定めがない。

この宣言の規定を具体化しているヒューマンライツを保障する条約では、外国人を含め「すべての者」にヒューマンライツとして教育を受ける権利を保障している。冒頭にあげた社会権規約13条1項が「この規約の締約国は、教育についてのすべての者の権利を認める」と定めていることから明らかであろう。

（その1）で述べたように、マククリーン判決が憲法の「人権」保障規定が原則として外国人にも及ぶとしているのに、現実の教育行政には、この判断は及んでいない。結局、日本の憲法以下の国内法は、国際法に違反していると言わざるを得ないが、是正のための国内立法もない。

4. 「ヒューマンライツ」を保障する国際法への日本の抵抗

① 1979年国際ヒューマンライツ規約の不完全批准

ヒューマンライツに関する日本の条約加盟では、自由権と社会権の両国際ヒューマンライツ規約（1966年国連総会採択）の批准は、1979年と採択

ゝ一般に利用できるものでなければならず、また、高等教育は、能力に応じ、すべての者にひとしく開放されていなければならない。

教育は、人格の完全な発展並びに人権及び基本的自由の尊重の強化を目的としなければならない。教育は、すべての国又は人種若しくは宗教的集団の相互間の理解、寛容及び友好関係を増進し、かつ、平和の維持のため、国際連合の活動を促進するものでなければならない。

親は、子に与える教育の種類を選択する優先的権利を有する。

から16年も遅れたことも日本による抵抗の現れだった。難民条約への加入（1981年）がそれに続いた⁸⁹。こうして、遅まきながら、日本国内に世界ヒューマンライツ宣言の定めが条約の形で導入される可能性が出てきた。

問題は、日本の国際ヒューマンライツ規約の批准は、不完全なものだったことである。

○留保問題

第1の問題は、社会権規約13条2項(b) & (c)などに関する留保を付した点である。中等教育および高等教育の漸進的無償化規定を留保してしまったので、この部分については、拘束力がなくなり、条約を締結しなかったのと同じことになる。その後、大学の学費は天井知らずの急進的高騰を続け、OECD諸国内では最悪の高等教育への権利の侵害国となった。

○個人通報権の拒絶

第2の問題は、（その2）で述べた通り、個人通報権手続を保障する自由権規約選択議定書の批准を見合わせたことである。日本の最高裁判所は、憲法の人権規定と国際ヒューマンライツ（自由権）規約の規定は同じ内容であると受け止めているので、国内裁判所ではヒューマンライツを保障する国際法は実効的に適用されない可能性が大きい。最高裁で敗訴した場合は、被害者が個人通報権を行使して、自由権規約委員会に通報し、最高裁判所の判断が条約に適合するかしらないかについて国際的な判断を得る必要がある。ところが、日本の政府も司法機関も、そのような国際的な手続を、「4審制になる」などといって嫌ってきた。結局、日本は今日に至るも個人通報権を認めず、前述した国際連盟時代から一貫して、「国際的な勧告には従わない」という頑なな国際勧告拒否の外交姿勢をとり続けているの

89 1982年1月1日「難民の地位に関する条約」及び「難民の地位に関する議定書」が日本について効力を生じた。

である⁹⁰。

② 国際法の平面にあるヒューマンライツ

国際法によるヒューマンライツの保障の重要性に筆者が気づいたのは、40年も前の1980年代のことだった。それ以降、その研究と日本への導入運動を並行して進めてきたが、その過程で、上記に述べた日本がヒューマンライツを保障する国際法を実効的に受容できないという問題状況に気づいてきた。その問題状況を打開する第一歩としては、私たちが直面している状況を明確に把握する必要がある。これまで「人権」としてひとくくりにしてきた法的な概念について、国際法の平面の“human rights”という概念の和訳語に「ヒューマンライツ」をあてることによって、私たちの法認識を明確にすることができるであろう。ヒューマンライツを、国内法の平面の「人権」とは明確に区別し、異なる概念であることを理解することから始める必要があると考えるようになった。

まとめ

本シリーズでは外国人のヒューマンライツに焦点を当てた。その実現のためには、英国とは異なり、日本の司法機関は憲法98条2項により与えられた権能を行使し、国際法⁹¹を適用できることを再確認したい。しかし、

90 2021年6月15日の日弁連主催のウェビナーによるシンポジウム「書籍『国際水準の人権保障システムを日本に——個人通報制度と国内人権機関の実現を目指して』の発刊を記念して、これからのアクションプランを考える」を参照。このウェビナーで、泉徳治元最高裁判事が素晴らしい基調報告をしたことに注目したい。

91 そのためには、国連の広報機関が公開している以下の情報を参照することができる。

OHCHR - The Rights of Non-citizens, prepared by the Special Rapporteur on the rights of non-citizens, Professor David Weissbrodt, who submitted his final report to the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights in August 2003 (E/CN.4/Sub.2/2003/23 and Add.1-3).

司法機関が十分な機能を果たさないのであれば、国内立法が必要となる。外国人のヒューマンライツを保障するためにも国際法を遵守するための適切な立法が必要である。そのことを改めてのべ、本稿をまとめることにしたい。

↘ <https://ohchr.org/Documents/Publications/noncitizensen.pdf> Visited on 24 Dec. 2021.

なぜブリュッセルは 「テロの温床」と化したのか（2）

松 尾 秀 哉

本稿では、2016年3月22日にベルギーの首都ブリュッセルで起きた連続自爆テロの要因を検討する。前稿では、その要因を「アクター」（主に実行犯）の心理ないし信仰に求めて「過激化」を説明しようとする成果を検討したが、本稿では主として「構造」や国家の「制度」に求めるものを検討し、その後分析枠組みを考えたい。

③構造的要因がすべてか？

テロや政治的暴力が論じられるさい、構造的要因として挙げられるものを、ダーシー・ノリックスは図表4のような一覧にしている¹。ノリックスによれば、テロの要因は許容因子（前提条件）と突発的な要素に分類される。ノリックスはこの境界線の曖昧さがテロの「根源的要因」を分析するさいの課題だと指摘しているが、前者は「長期的にテロのステージを準備する、より伝統的な要因」²のことを指し、「テロの機会が創られる文脈を確立するよう働く」³。

他方で突発的な要因は、「特に暴力的行動への行動変化の触媒となったり、トリガーを引いたりする出来事や事件」⁴である。ノリックスによれば、後者も（前者に分類される）不平不満や悲しみを助長する可能性はあるが、前者は社会の「病巣」とみなされうののに対し、後者はより問題のシンボルとされるという⁵。本稿ではエドワード・ニューマンらの指摘を

参考に、前者を「構造的要因」と呼ぶ⁶。

ノリックスに従えば、こうした構造的要因として考えられるのは、政治的機会の欠如、体制の非正統性の感知、経済的不平等、近代化のプロセスから生まれる社会的 불안定、そして暴力を文化的に受け入れるかどうかなどの文化的、イデオロギー的要素⁷である。

図表 4 構造的要因の例

要因	構成要素
グローバル・システム要因	グローバル化の影響など
国家の構造的要因	体制の非正統性の感知
	抑圧
	民主主義
	近代化
	経済
社会的・文化的要因	教育
	人間の安全保障
	不平不満や不安
	動員可能な構造や社会的つながり
	イデオロギー、宗教、文化

出典：Noricks, Darcy M.E. (2009) , p.15, Table 2.1を中心に松尾作成。

いくつかの曖昧さが残ることは承知のうえで、本稿では、このうち特にベルギーを論じる文脈で挙げられるものを取り上げ、以下でこれらの説明力について検討する。

なお、ここで挙げられている「グローバル・システム要因」について、ノリックスは、デヴィッド・ラボポートによる、歴史的な4つのテロの波（反帝国主義的テロ、反植民地主義的テロ、反西洋主義的テロ、そしてイラン革命とソ連によるアフガン侵攻の失敗をきっかけとする宗教テロ）を引用しつつ⁸、それぞれの「波」における伝染効果やデモンストレーション効果を指摘している⁹。

(龍法 '22) 55-2, 162 (724)

さらにノリックスは、オードリー・クローニンの「テロリズムは、国際的な——政治的、経済的、軍事的、イデオロギー上、そして文化的なあらゆる形態の——権力の分配における、より広範な歴史的なシフトの副産物」¹⁰という指摘を用いて、「テロリズムは、個人がグローバル化した環境を制御しようとする方法」として、グローバル化の影響を説明する¹¹。このままではやや抽象度が高く実証研究には使いにくいと、以下の先行研究分析においては「伝染」効果を取り上げ、それ以外については、諸要因を強めるもしくは弱める「背景」としていったん検討の範囲から外し、検証の後に関連を考えることとしたい¹²。

問題は経済か？

ベルギーが「テロの温床」となったことを論じるさい、最も多く語られるのは、「貧困」、すなわちムスリム移民の生活が経済的に苦しいという点である。特に「温床」と名指しされたのは、ブリュッセルの移民街、モレンバーク地区である。この地区は、ベルギー建国後しばらく水路運搬の拠点および旅客鉄道の出発点として栄え多くの外国人労働者が暮らしていたが、オイルショック以降衰退した。多くの企業が撤退し、職を失ったムスリムが残り、スラム化した¹³。その後も、このムスリム・コミュニティに暮らす若者の就業率は低く、ベルギー全国平均の2倍の失業率であるという¹⁴。多くの成果や論説がこの点がベルギーを「テロの温床」とした重要な要因だと指摘している。

かねてから、たとえばディパーク・グプタによれば、2000年以上も前から、アリストテレスの「貧困は革命と犯罪を生む」という格言が示した道理は現在も通用している。人を焼身自殺などの衝動的な行動に導くのは、貧困と経済的な機会の欠如だと多くの人が考えている。また、かつての韓国の大統領、金大中はノーベル平和賞受賞スピーチで、「テロの根底には貧困がある」と述べていたし、アメリカのクリントン政権の経済諮問委員

長であったローラ・タイソンは、貧困国に対する長期的援助を、長期的なテロと政治的暴力への取り組みと呼んだ¹⁵。おそらくテロの要因を考えると、学術的にも、また現実の政策立案のうえでも、関与する者自身や、その者が暮らす社会やコミュニティの経済貧困は最も重視されてきた¹⁶。

しかし、様々な事例の調査を見ていくと、テロに対して経済的ファクターが果たす役割は複雑である。テロと貧困との強い関連を見いだす研究¹⁷もある一方で、それを否定するもの、またせいぜい曖昧な関連しか指摘できないもの¹⁸も多い。グプタ自身も統計分析を示しながら、「[しかし] 貧困とテロを関連づけることの問題は、データがその二つの変数の間の明確な相関関係を示していないことである」¹⁹と述べている。さらにグプタは「私たちの時代の最も名の知れたテロリストであるオーサマ・ビンラディーンは世界で最も豊かな人びとの御曹司であることが知られている。また飛行機を爆破させようとしたファルーク・アブドゥルムタッラブの父は、アフリカで最も裕福な人として知られていた。実際に9・11アメリカ同時多発テロのテロリストのなかに貧者は誰もおらず、貧困層出身の人は誰もいなかった」²⁰と反論している。

同様の指摘は、アンヘル・ラバサとチェリル・ベルナルドによってもなされている。それによれば、ヨーロッパのムスリムのうち最も強く過激化したのは、十分に教育を受け、ヨーロッパの現地語を話し、ヨーロッパのテレビを観て、働き、お金を稼いでいる者だという。つまり貧困がテロを招いているわけではない²¹。ラバサらは、問題が「(移民の社会) 統合」にあり、さらにこれらの実行犯が、いわゆる西洋のコミュニティにも、既に定着しているムスリム・コミュニティにも、どちらにも社会統合されないところに問題があると指摘している²²。この点は、むしろEUやベルギーの統合政策、すなわち、国家、政治の重要性を示唆している²³。

より具体的にベルギーの貧困問題に関して、ヒー・ファン・フリールデンの調査に従えば、ベルギー人の戦闘員の80%弱はモロッコ出身であるが、

さらに詳細に検討すると、「モロッコルーツ」と「低所得コミュニティ」の間に強い相関は見られるものの、ベルギーにおけるテロリスト集団拠点化の要因が「モロッコ」にあるのか、それとも「貧しさ」にあるのかははっきりしないという²⁴。個々に見ても、パリ同時多発テロのテロリスト、アブデルハミド・アバウドは炭鉱労働者の孫だが、父は洋服店で成功している。アバウドの長男はエリート大学へ進学した社会的成功者であり、またベルギーの過激派組織シャリアー4ベルギー（後述）のサイード・エル・モラービはシリアに旅立つ前、保険会社の執行部で務めていた。やはりアデルソフィアナのメズロイ兄弟は、父がモロッコからの家具貿易で成功した、屋内プール付き2500m²の豪邸に暮らしていたことが明らかにされている²⁵。

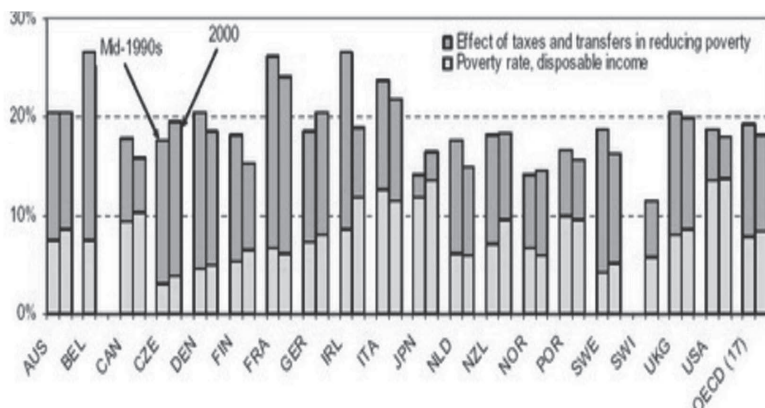
こうして、貧困とテロの因果性について学術的に合意されているのは、トーレ・ベエルゲとアンドリュウ・シルケによれば、実際に貧困国でテロが多く生じているわけではないし、テロリストの多くがそれぞれのコミュニティにおける中上階層の出身であることが多いという、むしろ逆にも映る因果である²⁶。せいぜい貧困は「テロを引き起こす役割を果たしているが、その程度は期待されているよりはるかに弱く、実際に他のファクターがより重要な役割を果たしている」²⁷でしかない。貧困をテロの温床の構造的要因として無視することは難しかろうが、単にマクロな統計のみに頼ったり、また逆にミクロな視点で数名のテロリストの人生を回顧したりするといった手法以外の方法で、非紛争地域におけるテロの巣窟化、そこでのテロの発生の要因を検討しなければならないだろう。

また、以上の「貧困」は、現代の先進諸国においては、少なからず国家の福祉政策と結びついていることも理解しておく必要がある。かつて湯浅誠は、以下の図表5から、OECDにおいて税と社会保障による相対的貧困率削減効果が日本（左から11番目）で極めて小さいと指摘していた²⁸。多少古いデータではあるが、ベルギーは日本とは逆に税と社会保障による削

減効果が相対的に高い国（左から2番目）といえる。そのベルギーで生じるテロやテロの「巣窟化」について「貧困」を重視するのであれば、貧困そのものではなく、国の社会保障制度を視野に入れなければならないということにもなる。

実際に、筆者はかつてベルギー人で、EU関連機関で働く人物（匿名を希望された）と接し、貧困とテロの関係について問うたことがあるが、そのとき「貧困は問題かもしれないが、最低の生活保障制度をベルギーは備えている。だから貧困をテロと安易に結びつけるべきではない」と回答された²⁹。すなわち、もしベルギーでのテロの巣窟化に経済的貧困がなんらかの影響を及ぼすのであれば、実際には、福祉政策を検討しなければならないということであり、対象はむしろ「国家」（ないし行政）ということになるのではなかろうか。

図表5 税と社会保障移転による相対的貧困率削減効果



出典：Förster, Michael, Marco Mira d'Ercole (2005), *Income Distribution and Poverty in OECD Countries in the Second Half of the 1990s*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 22, p.22, table 6, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/882106484586.pdf?expires=165>

3597313&id=id&accname=guest&checksum=C33B0D3ED228A21B103950C2FDBEA9DD, (最終閲覧日 2022年5月26日) 日本語のものとして湯浅、32ページ。

市民的自由と人権

先の貧困と分かちがたく結びついているのが、人権の問題である。さらにムスリムの人権について考える場合、経済だけでなく、前稿で取り上げた宗教の問題も少なからず結びついていると考えられる。アイルランドの例から宗教と人権、テロの関係を見ておこう。

アイルランドは、北アイルランドとの対立を抱え続けてきたことで知られている。その対立の背景にはキリスト教のカトリックとプロテスタントの相違があるといわれるが、ロンダ・キャロウェイらは、アイルランドでテロが生じる原因の検討を進めた結果、3つのカテゴリーの人権（政治的権利、個人的人身の安全、生活保障）の侵害が対外的な要因と複雑に絡み合ってテロが生じると説明する³⁰。キャロウェイらに従えば、特に人身の安全に対する脅威は重要な要因である³¹。

またジェームス・ピアッツァは、国家が抑圧的になるほど、テロは起こりやすくなると指摘している。「抑圧的」の評価方法は多様であるが、市民的自由の欠如、表現の自由の制限、人権迫害の数的増加などで構成されることが多い。ピアッツァは経済的貧困よりもむしろ人権抑圧の程度とテロに強い相関を見出しているし³²、ベエルゲとシルケも、経済関連指標よりもはるかに強い予測力を持つと指摘している³³。

人権抑圧が、テロの重要な原因になっていることは直感的に理解できる。ベエルゲとシルケは、民主政治に対する制限、換言すれば「政治的代表性の欠如」がテロを引き起こすと指摘している³⁴し、先のピアッツァは、政党数とテロの関連が強いという³⁵。ベルギーのような民主的国家と見られる国において、以上のような指摘は直接関係がないようにも思われるが、

たとえばマイノリティの参政権について何らかの制限が起りうると考えたとき、問題はやはり国の対マイノリティ政策に注目する必要があるということになる。すなわち、ベルギー政府ないし当局がどのような政策を宗教的マイノリティや移民に行ってきたかが問われなければならないし、また、人身の安全に絡んで、どのような治安対策が進められてきたかが検討されなければならないということである。

グローバル化（メディアの効果と「伝染」）

特に近年SNSの発達が見られ、またISがそれを通じて犯行声明を公にすることが増えてきた。メディアがテロに及ぼす効果を見逃すことができない。実際に、一国でのテロの発生は近隣諸国におけるテロの危険性を高めるということは2000年代になってよく指摘されてきたし³⁶、複数のテロリスト集団が直接にコンタクトをとっていても、隣国の例が他の集団を刺激して新たなテロを誘発するという伝染効果ははっきりと見られ、テロの「戦略」が将来的にコピーされていくという指摘もある。他方で、「伝染」におけるメディアの影響力は必ずしも明示的ではないとの指摘もある³⁷。むしろ近年では、24時間チャンネル、インターネット、ソーシャル・メディアのインパクトが強いことが示されている。しかもその関係は、テロが増えれば、ソーシャル・メディアの投稿などが増え、さらにテロも増えるといった、相互的な関係にあるとされる³⁸。

メディアの影響力を無視したとしても、一国でのテロの発生が近隣諸国におけるテロの危険性を高めるとの指摘がしばしばなされる。ただし、あくまでこれは「戦術の伝染」について言われることであり、ベルギーで「自爆テロ」という戦略が採られたことにかかわる。この点は後述するように本研究の分析枠組みに大いに関係があると考えられ、別途熟慮したい。すなわちこれだけでベルギーでテロが起きたことのすべてを説明することは困難だが、分析枠組みの検討及び実証部分でテロの戦略の選択を考察す

るさいテロリストの「巣窟化」の過程で、「伝染」の効果があるかどうかという点を見ることとする。さらに以下では、第二次世界大戦後の都市化がもたらした問題を重視する研究を検討する。

近代化（都市化ならびにヨーロッパ化）

ノリックスが指摘する「近代化」は、急速な中央集権化等により、混乱や社会不安のようなものを引き起こし、国家の正統性を失わせるものであり、経済が発展するにつれ、伝統的な家族を破壊してしまう社会的、政治的変化のプロセスとも考えられている³⁹が、そのなかで、一連の構造的要因を構成する要素⁴⁰として「都市化」が挙げられている⁴¹。本稿では、ブリュッセルという都市の特性を考慮して、近代化の具体例として「都市化」を取り上げたい。

すなわち、特にベルギーのテロに注目するとき、「巣窟」と呼ばれたブリュッセルという「都市」がEUやNATOの本部を抱える国際都市であることに注目することは重要であろう。ブリュッセルはベルギーの人口の1割を抱える首都であり、以上のような国際都市でもあるが、地理的にフランデレン地域に位置しながらも、住民の大半はフランス語を話す、ベルギーの言語問題を象徴する都市である。1960年代に言語問題は、ブリュッセルをフランス語圏とするのか、それとも〔フランデレン地域の公用語である〕オランダ語圏とするのかをめぐる政治化した。またベルギーが連邦制を導入していく過程で最後までめめたのがブリュッセルの法的位置づけであった。さらに近年の分裂危機の発端も、両語圏とされるブリュッセルの（本来オランダ語圏である）周辺域に暮らすフランス語住民に対する特例的な政治参加をめぐる生じた争いを契機とする⁴²。

また、たとえばヒー・バーテンは、「[ベルギーが独立し、産業化が進展してから] 150年間にわたる継続的かつ冷酷なブリュッセルの建築環境の破壊は、かなりの程度ベルギーのエリート層の欲望——ナショナルな次元か

らヨーロッパ、ないしグローバルな規模へ都市を変え、そこから経済的利益を搾取しようとする欲望——によって突き動かされていった」⁴³ 結果、「それゆえもはや固定化したヒエラルヒーに基づく、伝統的な都市の分類スキームには適さない、偏狭なエリートによる国際化」⁴⁴ が進んだとして、ブリュッセルの特殊な格差の構造を指摘する。ブリュッセル人口の28%が非ベルギー人で占められ、EUフロアが増設され、絶え間なく拡大し、経済（建設業、不動産、ホテル・観光、運輸、メディア）を刺激しているが、他方でインナーシティの住人は退去を余儀なくされている⁴⁵。すなわち、「ブリュッセルは、かつては植民地の首都であったが、今はヨーロッパの首都であり、なお最も経済的に裕福なヨーロッパの一国の首都でもある。同時に手の届かないくらいの政治的な亀裂、分権化と偏狭化が進んでいる」⁴⁶。

こうした分断の一端を示すものとして、EUとEU関連業の就業人口が増加している（図表6）。

図表6 EU関連の就業者数の推移

年	就業人口		
	1994	1998	2005
EU（委員会等）	16,364	20,052	26,045
EU（常勤）	9,198	10,330	15,702
EU関連機関	28,050	25,577	42,012
他の国際公的機関	1,483	4,345	
計	55,095	62,304	83,758

出典：Baeten（2001）,123, T.1.（それぞれのデータは、Baeten（2001）, Iris Consulting（1998）, Mens en Ruimte（1994）によるBeatenの試算）

EUをはじめとする国際的エリートの増加は右肩上がりで進み、おそらく現状のヨーロッパの混乱を見ても、様々な会合が増えることで、スタッフ数も増えることはあっても減ることはなかろう。行政の側もこれらの人（龍法 '22）55-2, 170（732）

びとを受け入れ、地主や古い地方エリートもEU地区の拡大によって利益を得ているはずだ。こうしてEUエリート（およびその恩恵を得る人）とそうでない人の格差の拡大が進んでいる。高給を得る高学歴エリートと、ホテルなどで雇われる低スキルの人びとの共存という、複雑な包摂と排除のプロセスが首都に出現している⁴⁷。

この結果、エスニック・マイノリティの暴動、ベルギー人・移民・EUエリートとの間の格差、無制限なEUの受け入れに対する反発、都市計画を要求する極右政党と環境政党などラディカルズムが台頭することになる⁴⁸。すなわちヨーロッパ化ないし都市化は、ブリュッセル内部の格差を拡大し、先の「貧困」要因を強化する要因としてよい。また、ムスリム移民の集住地区を作り上げることに伴い、過激主義を集積して拠点とすることをたやすくする可能性がある。

ただし、「貧困」要因がそうであったように、これだけでブリュッセルが「テロの温床」と化したことは説明できないであろう。都市内部の経済的格差、社会的格差の拡大は、しばしば都市内部に「治安の悪化」した地域を作り出し、それが過激派集団の拠点と結びつきやすいとも考えられるが、理論的にはそれとテロがそこで生じたことの間に因果性を見出しえない。本稿では、いったん先の「貧困」要因を強めるものとして二義的としておきたい。

④小括

こうして、ベルギーが「テロの温床」と化した要因、そしてそこで連続テロが起きた要因を論じる成果を見てきた。一方で個々のアクターに注目し、その過激化を論じるものは、多くがイスラームの特性や心理に注目することでそれを説明してきたが、第一に、バラバラなライフヒストリーの寄せ集め以上のものにはなりえず、説明力には限りがある。第二に、理論化を試みたとしても、多くの同様の背景をもつ者のすべてが過激化すると

は限らない。また、社会構造に着目することの問題は、「根源的な問題」を論じたところで論じたように、大勢の似たような体験（独立変数）をする人びとから、暴力的過激主義（従属変数）に関わる少数人者を区別することはできないことにある。さらに、多くの要因が複雑に絡み合っていることも見て取れた。

つまり問題は、「構造かアクターか」どちらかひとつではない。おそらくそれらは相互に複雑に影響する。必要なことはその「絡み合い」を読み解くことにある。以下、その方法論を検討するが、注目すべきは、たとえば宗教について「信仰生活」が失われるような「脅威」が存在する場合に過激化する、「公的ディスコース」が人を過激なコミュニティへと促す、といった、「公」、すなわち「国家」の果たす役割である。

国家に限らず、テロリストに対する何らかの「脅威」が政治的暴力を誘発するとした心理学的アプローチ（「抑圧モデル」）が古くから存在する⁴⁹。ジェフ・ヴィクトロフは「特にナショナリスト的な分離主義者や民族主義的セクトのテロの場合、アクターはしばしばアイデンティティ、洞察、安全、そして自由を奪う政府による処遇に不正があることをテロリスト集団に加わった動機として引き合いに出す」⁵⁰と述べているが、他方でこれらの成果に対して、「しかしながら、実際のところ、こうした成果のすべてが単一の集団に共通した経験〔だけ〕を取り上げており……どれも心理学的な抑圧概念による、ある集団の他の集団に対する、生命と自由を脅かす支配を評価していない。……結果的に、抑圧やそれを感じるものがテロ行為の動機となるというよく用いられる仮説を支持する、説得力ある実証的なエヴィデンスはない」として批判している⁵¹。

確かに、個々のアクター（テロリスト）に対する事例研究では、一般化にほど遠いという点は、本稿でも他の部分で述べてきたところである。そこで本稿ではむしろ抑圧する側、すなわち国家の側に注目することとする。ちなみに「国家」といっても、すでに多くの研究が「国家による抑圧」を

原因とするテロについて述べてきている。たとえばアレックス・シュミットは、やはり概念的に「根源的な原因」を探ろうとする論文において、社会状況に従って国家アクターが非国家アクターに与える影響を類型化している（図表7）⁵²。

図表7 政治行動のスペクトラム

国家アクター	平和の 状態	非国家的アクター
日常的な政治		
法の支配（伝統、慣習、憲法に則った手続きによって正統化されたルーティン化したルール）		対抗的な政治（権力ホルダーによるロビーイング、対抗的メディアと野党の形成等）
非日常的政治		
抑圧（競合的な選挙過程における操作、検閲、監視、ハラスメントや差別、潜入、緊急事態条項の濫用）		非暴力的行動（統治者と大衆の説得のための社会的抵抗運動、市民的支持を示すためのデモ等）
暴力的政治		
国家権力のコントロールのための暴力的抑圧		国家権力に対抗するための暴力の利用
1. 政治犯 2. 暗殺 3. 国家によるテロ行為 4. 虐殺 5. 内戦 6. ジェノサイド		1. 物質的な破壊 2. 暗殺（個人の政治的殺人） 3. テロ（非個人による政治的殺人） 4. 虐殺 5. ゲリラ戦 6. 内乱、革命
戦争状態		

出典：Schmid（2005）, *op.cit.*, p.131, table 1.

ただし、こうした国家に対する暴力的抵抗は、シュミットが「暴力的国家」というべき状況において発生し、先述のノリックスによれば、その多くが「非正統性的な体制」の国家である⁵³。その点で今回のベルギーの事例とは状況が異なる。つまりベルギーの事例はかなり「異質」なものである。

確かにテロが生じるのは、必ずしも非民主的な、いわゆる権威主義体制

の国家に限られない。たとえばドナテラ・デラ・ポルタは1970年代の西ドイツやイタリアを事例にして、国家による抑圧を検討している⁵⁴。しかし、民主的国家における「国家による抑圧ないし脅威」は、シュミットのように一義的に変数化されるものではない。デラ・ポルタが扱ったようなテロリストに対する治安政策もそうであるし、たとえば生活保護など福祉政策、移民の受け入れ、教育など様々な分野、要素にわたる。つまり「国家」を対象とするとき、その政策を通じて、先の「構造的要因」の影響を、かなりの程度検討しうるだろう。また「国家」の形態によっても左右されるだろう。特にベルギーのような連邦国家の場合、政策主体は一様でないため、「脅威」となる政策を一概に定められるものではない。

実際には、国家とテロの発生との因果関係を実証することは難しい。その点を考慮したうえでも、いわば構造的要因とアクターレベルの要因を媒介する要因としての国家（の政策）が重要な役割を果たす可能性があるという指摘を、ここまでの検討の小括としておきたい。以下では、方法論の検討に入りたい。

4. 分析枠組みの検討

テロ研究の最大の課題が「何がテロを引き起こすか」を明らかにすることであることは言うまでもない。これはリチャード・ジャクソンらが指摘するように、テロ研究において最も重要で熱く議論されるトピックである⁵⁵。ただし「テロがなぜ起きるのか」をひとつの事例に限って検討しようとしても、ここまでの検討で示してきた通り、視点は単純ではなく、多様な要因が複雑に絡み合っていると考えたほうが良い。

ダニエラ・ピソーらはテロが生じる要因を分析する枠組みについて、以下のように論じている。すなわちテロ研究においては、エージェンシー（アクター）、すなわち独立して行動する個人の能力そして独自で選択する（龍法 '22） 55-2, 174（736）

能力と、構造、つまり個人の行為に影響するシステムの要因（の一般的総称）の関係について、3つのアプローチがある⁵⁶。第一に、構造的要因による「決定論的アプローチ」が挙がる。これによれば、1つか2つの条件が揃えばテロが生じる。そこに選択肢はない。第二が「意思論的アプローチ」で、逆に個人や集団が採る選択次第でテロが起こるかどうか決まるとする。

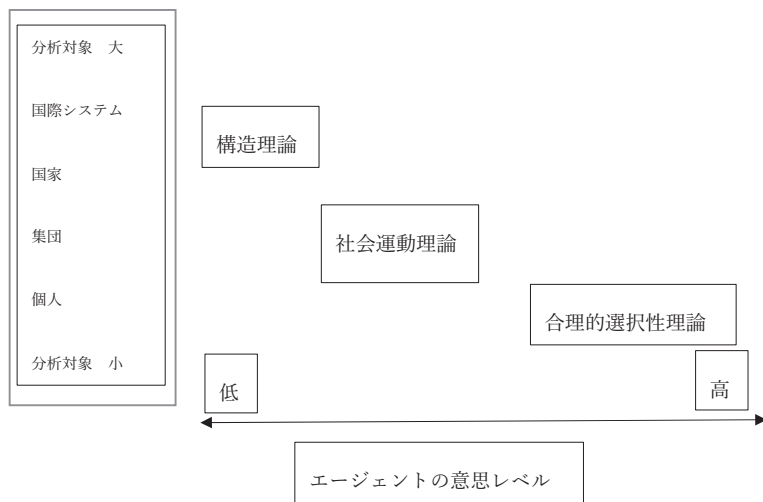
しかし、「決定論的アプローチ」はあまりに単純であり、大勢の似たような体験をする人から、暴力的過激主義へとたもとを分かつ人を区別することはできない。他方で「意思論的アプローチ」は、「……テロが起きるかどうかという議論は、……個人の過激化の結果として理解されている」⁵⁷ため、ここまで繰り返し述べてきたように、バラバラした情報の寄せ集めにとどまりかねない⁵⁸。

そこでピソーらが提唱しているのが「関係論的アプローチ」であり、これは「個人の行為は、いくつかの外的要因の結果ではなく、むしろ目的を有しているとする意図を認めたうえで、しかしその選択は形作られるものであり、……様々なコンテキストによって制限される」とするものである⁵⁹。いわば新制度論的アプローチに近いものといえるだろう。本稿では、これを中範囲理論と位置付ける。

こうしてテロの要因に対する、いわば中範囲理論の構築が求められる。この点で既に多くの実績があるものは、社会運動理論の援用である。以下では、その概要と援用を検討しよう。

①社会運動モデルとテロ

図表 8 社会運動理論の位置付け



出典：Samarov, Michael V. (2008) ”, p.4, Figure 1.

アメリカ海軍学校のマイケル・サマロフによれば、社会運動理論は「闘いの政治」を分析し、記述するための二つの社会学理論（合理的選択性理論と構造論）の折衷として登場した⁶⁰。「折衷」とは、第一に、政治紛争における個人の役割の重要性を認識しつつ、第二に、政治、経済、社会そして文化の構造が個人の選択を規定し制限する、という前提に立つ。さらに社会運動理論はいくつかの小分野からなり、サマロフによれば、（１）政治的機会構造の変化、（２）利用可能な、ないし形成されたネットワーク、組織、動員構造の性格、（３）社会運動が用いるフレームとフレーミングによって構成される⁶¹。「政治的機会構造」とは、社会運動を取り巻く政治的な制度、環境のようなもので、モハメド・ハフェズとクインテン・ウィクトロウィクスは政治的機会構造を「味方の利用可能性、国家による抑圧の性格、エリート連合の不安程度と国家の制度的強度」を含む（龍法 '22） 55-2, 176 (738)

くつかの要素の結合と考えるとする⁶²。また、ネットワーク、組織、動員構造の性格は、いわば社会運動が用いた資源（リソース）に注目するもので、実際にベルギーにおいても、当時3つの（重複した）ネットワークの存在が明らかになっている⁶³。

さらに社会運動が生成、台頭するときに用いる言説に注目するものが「フレーミング論」であり、「世界の状況の定義づけ方」に留意するものである。換言すれば、社会運動の側が、大衆の不满を政治的イスラーム主義のもとへとフレーミングしていく言説に注目する。

サマロフによれば、こうして社会運動は以下の場合に発生する。

- 1) 複数の構成員が、その社会を変革することで、ないし望まない変化を妨げることで、正したいと考えている「不满」を共有しており、
- 2) その人びとが（成功の見込みがあると）「希望」を抱いており、
- 3) 必ずしもそうではないが、しばしば事態が悪化して不满が抑圧され、人びとが立ち上がる時がきたと確信し、
- 4) 個人が個人のネットワークを通じてリクルートされるだけでなく、社会運動のネットワーク自体によって人びとがリクルートされる。社会運動はしばしばネットワークそのものの内部から発生する。いったん運動が動き始めると、時に公的な組織を構成するネットワーク全体が一度に加勢する。

また、社会運動が「成功」するためには、

- 1) 人びとと資源が効果的に動員されねばならない。すなわち効果的なリーダーシップを有し、信奉者を惹きつけ、構成員を訓練し、必要な資金と便宜を確保する能力の程度に応じて、社会運動は成功しやすくなる。これらは社会運動に影響する「内的な」要素である。
- 2) 「外的な」反対者を打ち負かさないし抵抗しなければならない。
- 3) 社会運動の運命は、また他の主要な集団や社会における「外的な支援」に依存する。

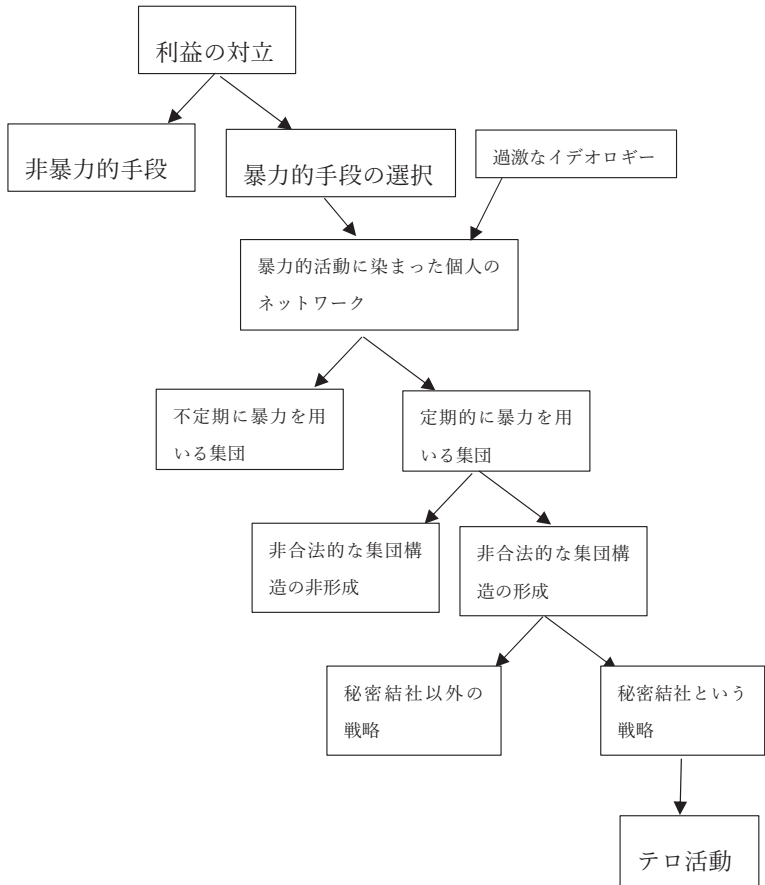
- 4) 広く共有された不満に対して社会運動が起き、そして十分な資源が利用可能なとき、それらの運動は「独立した組織」として統合されることになる。これらの社会運動組織は協力するときもあるが、ときにむしろ激しく競合する⁶⁴。

以上の社会運動モデルは、ミクロな個人とよりマクロな構造レベルのギャップを埋めるための中範囲的なモデルといえる。ただしサマロフは以下のように指摘して、社会運動モデルを批判する。すなわち、これらの一連の社会運動研究は、西洋の社会、文化、組織を主な対象とするだけでなく、非西洋社会にも適用しようとしているが、これは正しくない。たとえば、ある社会で運動は暴力化するが、他はしないことは説明できない⁶⁵。確かに社会運動は洋の東西を問わず起こるが、それらをすべて西欧発のモデルで説明できるとは限らない。むしろ逆であろう。そこで本稿では、以下でデラ・ポルタによる政治的機会構造の検討を出発点に、そこからイスラーム過激派によるテロを検討する道具に修正しようと試みたサマロフの議論を取り上げたい⁶⁶。

②デラ・ポルタ・モデル

デラ・ポルタは、テロを「特殊な形態の政治組織。非合法的な活動の継続的かつ排他的な利用によって、国家制度を深く変容させることを通じて、その政治目標を達成しようとする秘密結社の活動」⁶⁷と定義し、テロ組織が誕生する理由を追跡し、組織的ネットワークのリソースと暴力の手段と動因を分析している。

図表9 デラ・ポルタに基づく秘密結社とテロ活動の生成モデル



出典：Cited in Samarov (2008) ,12, Figure 2.

以上のモデルは、政治的暴力の契機は集団間や個人間の利益の対立にあるとし、それが不可能な場合に、政治的な暴力が発生する見込みが高まると前提する。しかし、そこで何らかの過激なイデオロギーが注入されたとしても、それだけでテロが発生するわけではない。そのときの組織形態や

活動は、社会運動の戦略の選択の結果として説明される。つまりデラ・ポルタの帰結を単純化すれば、テロは非合理的な暴力的な人びとの帰結ではない。政治的機会構造の変化として「政府の超法規的手段」が用いられるとき、運動側の暴力の論理が正当化され、暴力的な手段が選択される⁶⁸。デラ・ポルタ・モデルの重要な点は、「テロは簡単に起こらない」という道筋を示したことにある。ただし以下のような問題点も抱えている。

③ サマロフ・モデル

デラ・ポルタのモデルを批判的に検討したサマロフによれば、デラ・ポルタのモデルは、社会運動に対する政府の関係を「強制力」、すなわちより強制的か、そうでないかという一次元的にしかとらえておらず、現実を十分に説明できない。そのため、政府対応の3つの特徴を考慮すべきだという。すなわち、第一に政府対応のターゲットが無差別的か、それとも特定のアクターに向くかという点での「正確さ」、第二に対応の「タイミング」、第三に対応の「合法性」を考慮すべきである。つまり「強制力」を加えた4つの政府対応の性質によって、政治的暴力が発生するタイミング、程度、性質、持続性が左右されるとする⁶⁹。サマロフのモデルが有益な点は、テロの発生要因としての国家対応を重視している点である。この点は、本稿のここまでの先行研究分析の結果と趣旨を一致する。本稿においても、まず「国家対応」の4つの性質に注目することで、ネットワーク形成と過激化、そしてテロ発生のプロセスを追うことにしたい。

ただし、分析枠組みの構成にあたって考慮しなければならない点は、ネットワーク形成から実際のテロに至る経緯を、社会運動論の諸モデルで捕捉していいのかという根本的な問題である。すなわち社会運動モデルは、なぜ「自爆テロ」という手段が用いられたかという問題を明らかにしない可能性がある。というのも、クリス・スタウトによれば、社会運動は本質的に、自分たちが「生き続ける」ことを前提としている。換言すれば、世

界を変え、そのよりよい世界でよりよく生き、暮らすことを目的として動員がなされる。しかし特に自爆テロを手段として用いるテロ集団の場合、「死」を手段としている。スタウトはこのため心理学を用いるが、このある種の「よりよく生きるために死を選択する」という「本末転倒」は、ネットワーク形成の段階で検証していくよう試みたい⁷⁰。このネットワーク形成の過程において、ソファンらによれば、「シリアやイラク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定の人たちには十分な動機となるが、シリアやイラクへ渡る戦闘員の大半、特にイスラーム国に加わる戦闘員は、はるかに個人的な理由のためにそうするように映る。アイデンティティ、生きる目的、帰属意識を探すこと、そして冒険心が、神学的動機よりも多くのイスラーム国戦闘員を渡航させる傾向がある」と述べる⁷¹。すなわちネットワーク形成時に、「よく生きるために自らスイッチを押す」という逆説が生じている可能性がある。

特にベルギーの場合、テロリストの拠点の指導者たちは現実に幻滅した若者や犯罪者をターゲットにして、「仲間意識」を通じて若者の不満に訴え、効果的にアピールしてきた⁷²。このプロセスにおける国家対応に注目することで、ベルギーが「本末転倒」な「テロの温床」となった要因を明らかにしてみたい。

④漸進的な不満の蓄積と閾値

本稿では以上のように「国家対応」に主に目を向けるが、その際のテロリスト集団の不満やテロ行動との関係に一定の枠組みを定めておかねば、状況を恣意的に把握していることにもなりかねない。そこで本稿では、国家とテロリストの関係を以下のように仮定する。

政治学者のポール・ピアソンによれば、敷居値効果（threshold effects）モデルを用いれば、漸進的な人びとの「不満」の累積が一定のレベルに達するまでは何も起こらないが、それが一定のレベルに達したとき

に大きな帰結をもたらすと仮定できる。しかし、第一に「分析者は、漸進的な圧力の累積を強調し、[変化の] トリガー自体や、累積に引き続く極限状態の説明を軽視する」(Pierson 2003: 184)と注意を促す。この点についてピアソンはさらに「漸進的な圧力の蓄積の実証性ととともに、[別の] 短期的過程によって沸騰点を作り出される可能性を考慮する」ことが必要であると指摘している(Pierson 2003: 185)。これは、最終的な政治的帰結を引き起こすトリガーを説明する必要があるということを意味する。

第二に、この社会的プロセスをあたかも水が沸騰するが如く、単線的に説明する場合があるが、トリガーが近づくにつれて変数(不満の状況)には揺らぎが生じうる。この揺らぎ(の要因)をいかに組み込むか(Pierson 2003: 186)⁷³。

以上のピアソンの指摘は本稿にとって示唆的である。長期的、漸進的に不満が蓄積される間には、その直接的影響であるか否かを問わず、政権交代や政策の変化が生じる。それによって自爆テロを起こす「閾値」が変化し、また「不満」やその表出のしかたも変わりうると仮定できる。以上の「不満」と「政府対応」の漸進的関係を念頭に、以下ではベルギーが「テロの巣窟」と化した要因、そしてそれにもかかわらず自爆テロが起きた要因を歴史的に検討することにする。

⑤小括

以下、本稿では、ベルギーでテロリストのネットワークが形成され、定着してきた過程について、主に(1)国家(ないし行政)対応(主に治安政策、移民政策や福祉政策)に注目しながら検討する。その過程では(2)対抗的なテロリスト・ネットワークの性質を明らかにしつつ、(3)自爆テロが2016年3月22日に起きた、すなわち不満が閾値を超えた要因を検討する。さらに、問いを「なぜベルギーが、テロリストをして、テロを起こさせる国となったのか」という視点に移して「トリガー」を引くもの

が何であったかを考察し、（4）ベルギーの国家改革の歴史に注目し、テロの要因を明らかにしたい。

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（3）へ）

注

- 1 Noricks, Darcy M.E. (2009), "The Root Causes of Terrorism," Paul K. Davis, Kim Cragin, eds., *Social Science for Counterterrorism*, Santa Monica: the RAND, National Defense Research Institute, p.15.
- 2 Noricks, *op.cit.*, p.13.
- 3 *Ibid.*
- 4 *Ibid.*
- 5 *Ibid.*
- 6 Newman, Edward (2006), "Exploring the 'Root Causes' of Terrorism," *Studies in Conflict & Terrorism*, 29, p.750.
- 7 Noricks, *op.cit.*, p.13.
- 8 Rapport, David C. (2001), "the Fourth Wave: September 11 in the History of Terrorism," *Current History*, 100, pp.420-421.
- 9 Noricks, *op.cit.*, p.14.
- 10 Cronin, Audrey K. (2003), "Behind the Curve: Globalization and International Terrorism," *International Security*, 27 (3), p.53.
- 11 Noricks, *op.cit.*, p.15.
- 12 本稿では「グローバル化」が「テロの巣窟化」に影響していないとするわけではない。むしろここでは、分析に曖昧さが残るという先行研究に対する批判を論じていることに留意されたい。後の実証研究では、「グローバル化」要因を、どう組み入れるかという点が大きな課題でもある。
- 13 松尾秀哉 (2016) 「ヨーロッパの華やかな小国・ベルギーがなぜ「テロの温床」になったのか 自治と共存の伝統はいったいどこに…」、『現代ビジネス』、2016年4月9日、<https://gendai.ismedia.jp/articles/-/48352> (2022年4月5日)。

- 14 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), p.38.
- 15 Gupta, Dipak, K. (2012), *Understanding Terrorism and political Violence, The Life Cycle of Birth, Growth, Transformation*, New York: Routledge, pp.2-3.
- 16 *Ibid.*
- 17 たとえばLai, Brian (2007), "Draining the Swamp: A empirical investigation of the production of international terrorism," *Conflict Management and Peace Science*, 24 (4), Special Issue: *The Relationship Between State Policies and Characteristics and Terrorism*, pp. 297-310 ; Azam, Jaen-Paul and Thelen Vemonique (2008) "The Roles of Foreign Aid and Education in the War on Terror," *Public Choice* 135 (3), pp.375-397.
- 18 たとえば Alan B. Krueger and Jitka Maleckova (2002), "The Economics and the Education of Suicide Bombers," *New Republic* 24, pp.27-34; Freytag, Andreas, Jens Krüger, Daniel Meierrieiks and Friedrich Schneider (2011) "The Origins of Terrorism: Cross-Country Estimates of Socio-Economic Determinants of Terrorism," *European Journal of Political Economy*, 27, Supplement 1, pp. S5-S16.
- 19 Gupta, *op.cit.* p.3.
- 20 *Ibid.*
- 21 Rabasa, Angel and Cheryl Benard (2015), *Eurojihad, Patterns of Islamist Radicalization and Terrorism in Europe*, Cambridge: Cambridge U.P., p.2.
- 22 Rabasa and Benard, *op.cit.*, p.6.
- 23 「構造」と国家の「政策」ないし「制度」の区別は一定していない。たとえばアメリカ行動論政治学の系譜を説明する高橋直樹は「構造と制度という用語が、……ある程度まで互換的に使用されていてもそれほど違和感をおぼえる必要はない」と述べる一方で、「あくまで大雑把で相対的な区別」として、「主体にとって変更不可能にも思える所与のものを『構造』とし、所与ではあっても変更できるかもしれないものを『制度』と呼んでいるように私には思えた」と述べている。ここでも構造的な要因と、国家ないし制度的要因の区別は、あくまで構成上の便宜的なものである（高橋直樹「序文」、高橋直樹・岡部恭宜編（2010）『構造と主体——比較政治学からの考察——』、東京大学社会科学研究所研究シリーズ No.35, p.2）。
- 24 Van Vliedden, Guy (2016), "Molenbeek and Beyond. The Brussels-Antwerp Axis as Hotbed of Belgian Jihad," Varvalli, Arturo Rapporto, *"Jihadist Hotbeds. Understanding Local Radicalization Process,"* Istituto per gli Studi di Politica Internazionale HP, 15 luglio 2016, p.56, <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/jihadist-hotbeds-understanding-local-radicalization-process->

es-15418（2021年11月25日）。

25 *Ibid.*

26 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), pp.3-6.

27 Bjørge and Silke, *op.cit.*, p.8.

28 湯浅誠（2008）『反貧困——「すべり台社会」からの脱出』、岩波新書、32ページ。

29 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、白井陽一郎（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。

30 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), pp.679-702.

31 Callaway and Harrelson-Stephens, *op.cit.*, p. 698.

32 Piazza, James A. (2006) “Rooted in Poverty? Terrorism, Poor Economic Development, and Social Cleavages,” *Terrorism and Political Violence*, 18 (1), pp.159-171.

33 Bjørge and Silke, *op.cit.*, p.9.

34 *Ibid.*

35 Piazza, *op.cit.*

36 たとえばLai, *op.cit.*やBlomberg, S. Brock and Gregory D. Hess (2008), “The Lexus and the Olive Branch: Globalization, Democratization and Terrorism,” Philip Keefer and Norman Loayza eds. *Terrorism, Economic Development, and Political Openness*, Cambridge: Cambridge University Press, pp.116-147.

37 Picard, Robert G. (1986) “News Coverage as the Contagion of Terrorism: Dangerous Charges Backed by Dubious Science,” Paper presented at the Annual Meeting of the Association for Education in Journalism and Mass Communication, Norman (69th, Norman, OK, August 3-6, 1986).

38 Bjørge and Silke, *op.cit.*, p.10.

39 Noricks, *op.cit.*, p.26.

40 *Ibid.*

41 Massy, Douglas D. (1996), “The Age of Extremes: Concentrated Affluence and Poverty in the Twenty-First Century,” *Demography*, 33 (\$), pp. 395-412.

42 この点については、拙稿（2010）「ベルギー分裂危機とブリュッセル周辺域

- の民族問題——『国家政治の縮図』から『都市政治の復権』へ——』、『日本比較政治学会年報 都市と政治的イノベーション』第12号、pp.111-131.
- 43 Baeten, Guy (2001) "The Europeanization of Brussels and the Urbanization of 'Europe,' hybridizing The City. Empowerment in the EU District," *European Urban and regional Studies*, 8 (2), London: Sage, p. 117.
- 44 Baeten, *op.cit.*, p.118.
- 45 *Ibid.*
- 46 *Ibid.*
- 47 Baeten, *op.cit.*, pp.123-124.
- 48 Baeten, *op.cit.*, p.126.
- 49 たとえばFanon, Frantz, translated by Constance Farrington (1965), *The wretched of the Earth*. New York: Pelican: Reprint version of *Les damnés de la terre*, Paris: F.Maspero, 1961; Whitaker, Ben (1972), *The Fourth World: Victims of Group Oppression. Eight Reports from the Field Work of the Minority Rights Group*, New York: Schocken; Schmid, Peter A. (1983), *Political Terrorism: A Research Guide to the Concepts, Theory, Databases and Literature*, Amsterdam: North-Holland.
- 50 Victoroff, Jeff (2005), "The Mind of the Terrorist. A Review and Critique of Psychological Approaches," *Journal of Conflict Resolution*, 49 (1), p.20.
- 51 Victoroff, *op.cit.*, pp.20-21.
- 52 Schmid, Alex P. (2005), "Root Causes of Terrorism: Some Conceptual Notes, a Set of Indicators, and a Model," *Democracy and Security*, Vol.1, p.131.
- 53 Noricks, *op.cit.*, pp.21-22.
- 54 Della Porta, Donatella (1995), *Social Movements, Political Violence, & the State*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 55 Jacksons, Richard, Lee Jarvis, Jeroen Gunning, Marie Breen-Smyth (2011) *Terrorism: A Critical Introduction*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, p.198.
- 56 Pisoiu, Daniela and Sandra Hain (2018) *Theories of Terrorism, An Introduction*, London and New York: Routledge, p.3.
- 57 Bjørge and Silke (2018) *op.cit.*, pp. 57-65), p.11.
- 58 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.
- 59 Pisoiu and Hain (2018), *op.cit.*, p.4.
- 60 Samarov, Michael V. (2008) "A Social Movement Theory Analysis of Islamist Totalitarianism," submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of operational studies, United States Marine Corps, Command and Staff Collage, School of Advanced Warfighting, Marine Corps

- University, 2008, <https://www.hsdl.org/?view&did=697892> (2022年3月9日), p.2.
- 61 Samarov, *op.cit.*, p.5.
- 62 Hafez, Mohammed M. and Quintan Wiktorowicz (2004) "Violence as contention in the Egyptian Islamic Movement," Quintan Wiktorowicz ed. *Islamic Activism: A Social Movement Theory Approach*, Bloomington: Indiana University Press, p.65.
- 63 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)
- 64 Samarov, *op.cit.*, p.7.
- 65 Samarov, *op.cit.*, pp.7-8.
- 66 Samarov, *op.cit.*, p.8.
- 67 Della Porta, *op.cit.*, p.107.
- 68 Samarov, *op.cit.*, p.9.
- 69 Samarov, *op.cit.*, pp.13-14.
- 70 Stout, Chris E. (2017), *Terrorism, political Violence, and Extremism. New Psychology to Understand, Face, and Defuse the Threat*, Santa Barbara: Praeger.
- 71 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.18, 15 luglio 2016, <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/jihadist-hotbeds-understanding-local-radicalization-processes-15418> (2021年11月25日).
- 72 Soufan and Schoenfeld, *op.cit.*, p.19.
- 73 Pierson, Paul (2003), "Big, Slow-Moving, and ... Invisible. Macrosocial Processes in the Study of Comparative Politics," James Mahoney and Dietrich Rueschemeyer, eds., *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*, Cambridge: Cambridge U.P., pp.184-186.

イギリス行政法における「正当な期待」の 法理の展開（２）

—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—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：機能的二元論

（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、龍谷法学55巻1号）

第２章「正当な期待」の法理の展開—*Coughlan* [2000] 事件以前

第1節 揺籃期（1960年代～1970年代）

- （1）*Schmidt* [1969] 事件
- （2）*Liverpool* [1972] 事件
- （3）揺籃の意味

第2節 生成期（1980年代）

第1款「手続上の正当な期待」の生成

- （1）*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件
- （2）*GCHQ* [1984] 事件

第2款「実体上の正当な期待」の生成

- （1）*Khan* [1985] 事件
- （2）*Findlay* [1984] 事件
- （3）*Ruddock* [1987] 事件

第3節 進展期（1990年代）

第1款「手続上の正当な期待」の進展

- （1）協議に関する法理
 - （2）*Baker* [1995] 事件
- （以上、本号）

第2章「正当な期待」の法理の展開—*Coughlan*[2000] 事件以前

本章では、揺籃期（第1節）、生成期（第2節）、進展期（第3節）に区分し、各期における「正当な期待」の法理に関する重要な裁判例・判例を検討、分析し、*Coughlan* [2000] 事件以前の当該法理の展開を明らかにする。

第1節 揺籃期（1960年代～1970年代）

「正当な期待」という概念は、裁判官Denningが*Schmidt* [1969] 事件⁹⁶の傍論（obiter）で言及したことが端緒だとされている。本節では、「正当な期待」の法理の揺籃期における裁判例として、裁判官Denningが担当した*Schmidt* [1969] 事件および*Liverpool* [1972] 事件を中心にみていく。

96 *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* [1969] 1 All ER 904 (CA).

（龍法 '22）55-2, 190 (752)

（1）*Schmidt* [1969] 事件

「正当な期待」という用語は、*Schmidt* [1969] 事件⁹⁷で初めて出現した。

本件は、アメリカ人留学生のSchmidt氏（原告）が、1953年の外国人命令（Aliens Order）30条に基づいて、外国人の入国管理に関する指針（policy）を定立する権限を有する内務大臣に当該国に在留延長する旨の許可を求めたものの、当該大臣は政府が指針の変更でサイエントロジー（Scientology）の研究を継続する者には在留延長を許可しないと、原告の在留延長を拒否したため、原告が在留延長に関する聴聞の機会が与えられていないことは自然的正義の法理に反するなど述べて、宣言的判決を求めたものである。

Lord Denning MRは、結論として、原告は許可された在留期間以上に長く在留する権利を有しておらず、在留期間満了前に原告の在留期間が取り消されたわけでもないので、原告は「理由を示されることなく、また、聴聞を受けることなく、入国を拒否され得る」立場であり、よって原告は、「彼の在留期間が経過した時点で退去しなければならない」と指摘して⁹⁸、原告の請求を棄却した。

しかし、このとき、Lord Denning MRは、その推論の中で、*Ridge* [1963] 事件を参照し、当該事件は「行政上の主体が適切な場合には決定によって影響を受ける者に対して意見表明の機会を与えなければならない場合があるということを示し」たものであり、「それは、すべて、彼が一定の権利、若しくは利益又は私がこれに付け加えるところの一定の正当な期待を有しているかどうか次第であり、それらのものが彼の陳述すべきことの聴聞なしに彼から奪われるのは公正さを欠くことになるだろう」と述

97 *Schmidt* [1969] 事件について、大田(一)前掲注5 4頁～11頁、児玉(一)前掲注10 26頁、伊藤 英国行政法前掲注11 (42) 頁～(46) 頁、深澤前掲注16 84頁～85頁を参照。

98 *Schmidt* [1969] (n 96) 909.

べ、その上で、原告は許可された期間中に在留することを許されるという「正当な期待」を有するので、在留期間満了前に原告の在留許可が取り消される場合には、彼は意見表明をする機会を与えられなければならないと指摘して⁹⁹、原告の手続的保障の根拠として「正当な期待」という概念を挙げた。

この意見は、2通りの理解がされている。

第一に、Lord Denning MRは、自然的正義の法理では手続上の権利が認められなかった外国人にも「正当な期待」という概念に基づいて一定の場合（本件に即すると、在留許可の期間中にその取消しが行われる場合）には手続的保障が与えられる旨を示し、当該法理の射程を拡げたという理解である。本判決が本格的に検討、分析され始めた1980年代の文献の中で、例えば、Forsythは、「本判決は、自然的正義の法理との関係で正当な期待という概念を導入し、これが判決の中で最も有力な要素であることを証明した」と述べた¹⁰⁰。また、2000年代以降の文献として、例えば、Elliott & Varuhasは、「正当な期待」の法理が自然的正義の法理の適用範囲、特に、自然的正義の法理は司法的機能のみに適用されるという考えを否定することに影響を与えたと指摘する¹⁰¹。この理解は、本判決を「正当な期待」の法理に関する裁判例としてみている。

第二に、Lord Denning MRは、あくまでも外国人の在留許可によって得た在留上の利益を保護するために「正当な期待」という概念を持ち出したに過ぎないという理解である。例えば、Thomasは、本判決における「正当な期待」とは原告の在留許可がその期間の満了前に取消されるならば、原告らにさらなる手続的保護を与えることを意図したものであるが、

99 Ibid 908-909.

100 C. F. Forsyth, 'The Provenance and Protection of Legitimate Expectations' (1988) 47 CLJ 238, 240.

101 Mark Elliott & Jason N. E. Varuhas (n 1) 206.

本件ではその許可が取り消されるときには原告らは聴聞を受ける権利を与えられるであろうという「正当な期待」を誘発させるような行政的行為はなかったと解しつつ、本件は保護に値する利益（protectable interest）の存在から発生する聴聞を受ける権利と「正当な期待」から生じる聴聞を受ける権利との間を明確に区別していないことが問題であり、本件における聴聞を受ける権利は「保護に値する利益の剥奪に基づくものであったというのが正確」だと述べる¹⁰²。この理解は、本判決を「正当な期待」の法理に関する裁判例としてみていない。

では、実際のところ、裁判官Denning は、「正当な期待」という概念をどのように捉えているのだろうか。そこで、本判決以降で裁判官Denning が関わった、*Breen* [1971] 事件¹⁰³ および *Hook* [1976] 事件¹⁰⁴ をみていくことにする。

まず、*Breen* [1971] 事件¹⁰⁵ は、労働組合の職場代表者に民主的手続によって選出されたBreen氏（原告）に対して、地区委員会が原告には過去に別の職場代表者の報酬を着服した疑惑がある（ただし、この疑惑は既に決着済み）として任命を拒否したため、原告は、聴聞を受ける機会なしに任命を拒否することは自然的正義の法理に反するとして、損害賠償などを求めたものである。

Edmund Davies LJは、たとえ、地区委員会の決定に誤りがあったとしても、誠実な結論を下す可能性があり、当該委員会が決定するにあたって、不適切な方法がとられていなかったならば、決定それ自体を非難すること

102 Robert Thomas, *Legitimate expectations and Proportionality in Administrative Law* (Oxford-Portland Oregon 2000) 48. See also Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 663.

103 *Breen v Amalgamated Engineering Union* [1971] 1 All ER 1148 (CA).

104 *R v Barnsley Metropolitan Borough Council ex p. Hook* [1976] 3 All ER 452 (CA).

105 *Breen* [1971] 事件について、大田(一)前掲注5 11頁～13頁を参照。

はできない¹⁰⁶などと述べて、原告の請求を棄却した。

他方で、Lord Denning MRは、少数意見として、*Schmidt* [1969] 事件を踏まえて、「彼〔原告〕が何らかの権利又は利益、或いは正当な期待有している者ならば、それが聴聞されることなく又は理由を付記されることなく剥奪されるのは公正ではなく、それらは、場合によって彼に与えられるべき¹⁰⁷」であり、「彼〔原告〕が民主的手続でその役職に選出されたことを踏まえれば、彼にとって不利になる正当な理由がない限り、地区委員会の承認を受けられるであろうという正当な期待を有して」おり、当該委員会は彼の任命を拒否する事由がある場合にはそれを事前に伝え、また、そのことに関する応答の機会（chance of answering）を与えるべきと指摘した（〔 〕内は引用者注）¹⁰⁸。

本件は、*Schmidt* [1969] 事件で問題となった利益とは異なる性質の利益だが、Lord Denning MRは、任命に関する原告の利益を「正当な期待」という概念に基づいて理由付記や原告の聴聞を受ける機会といった手続的保障を確保しようとしており、この点、類似しているように思われる。もっとも、*Schmidt* [1969] 事件と同様に本件もLord Denning MRが「正当な期待」という用語に触れたのみで、当該概念をどういう意味として理解したのかは依然として不明であった。

次に、*Hook* [1976] 事件¹⁰⁹は、露店業者（原告）が、市場の営業終了後に当該市場付近で排泄行為をし、後日、その報告を受けた市場長が原告の免許を撤回する旨を書面で通知したため、原告が複数の行政委員会に不服申し立てをし、それぞれで聴聞の機会を得たものの、当該市場長がいずれの委員会にも参加して、当該委員会の議論や決定に立ち会っていたため、

106 *Breen* [1971] (n 103) 1158.

107 *Ibid* 1154.

108 *Ibid* 1155.

109 *Hook* [1976] 事件について、大田(一)前掲注5 13頁～15頁を参照。

原告が自然的正義の法理の第１原則に反すると主張して、移送命令を求めたものである。

本判決は、結論として、原告の請求を認めつつも、その推論は、次のように、裁判官によって異なっていた。

Scarman LJは、免許更新の拒絶という事例を「正当な期待」という用語で概説した、de Smithの著書¹¹⁰の内容（免許更新の拒否との関係で「正当な期待」という概念に触れたもの）を本件（営業免許の撤回）にあてはめ、当該概念に基づいて営業利益（既得権）の保護を説き、原告は聴聞を受ける機会なしに免許更新を拒絶されないという「正当な期待」を有し、自然的正義の法理に反すると述べた¹¹¹。他方で、Lord Denning MRは、「正当な期待」という概念を使うことなく、原告の免許を撤回した市場長が委員会に出席して議論や決定に立ち会っていたことが問題であり、市場長の一連の行為は自然的正義の法理に反し、当該委員会の手続きには瑕疵があると指摘した¹¹²。

Scarman LJは、「正当な期待」という概念に基づいて免許更新に関する利益保護を示した一方で、Lord Denning MRは、本件は露店業の免許撤

110 S. A. de Smith (n 27) 197. また、Scarman LJが引用した箇所は、以下の通りである。

「まず、既存の免許を更新しないことは、大抵、その免許を与えるのを拒否すること以上に重大なことである。彼が免許を与えられたとき既に、更新が当然のように期待されないことを理解させられたのでない限り、更新をしないことは、彼の計画を非常に狂わせ、経済的損失を生じさせ、そして、おそらく、彼に汚名を着せるかもしれない。それ故に、更新に対する正当な期待が存在する場合は、たとえ、その免許を付与する又は拒否する当初の決定を行う際に聴聞の機会を与える義務が条件ではなかったとしても、更新をしないことを決定するにあたっては、そのような義務を条件とすることが正当な場合がある。」*Hook* [1976] (n 104) 457.

111 *Hook* [1976] *ibid* 458-459.

112 *Ibid* 456-457.

回にもなう営業利益の侵害の有無が争点となったものであるため、単に自然的正義の法理の適用で原告の営業利益の保護は可能と判断した。つまり、Lord Denning MRは、「正当な期待」という概念を将来の継続性に関する利益の保護として捉えていないのである。なお、Scarman LJの意見は、一見すると「正当な期待」の法理のプロトタイプを明示したようにもみえるかもしれないが、免許更新の拒否と営業免許の撤回は、全く異なる行為である以上、これをもって、本件を「正当な期待」の法理の典型的な事件とみることはできないだろう。現に、本判決は、自然的正義の法理や移送命令に関する裁判例として認識されている¹¹³。

以上を踏まえて、*Schmidt* [1969] 事件の裁判官Denning は、一旦、外国人の在留許可が認められた場合は、その期間中に当該許可の取消しはされないであろうという「期待」があり、また、在留期間中に取り消された場合は、原告には聴聞を受ける機会が与えられ、それらは法的に保護されるとし、自然的正義の法理の適用外である外国人の在留許可に関する利益を「正当な期待」という新たな概念で保護し、当該概念をこの意味で捉えていた。つまり、*Schmidt* [1969] 事件は、外国人の在留許可に関する利益が「正当な期待」という概念で保護されるというものであり、「正当な期待」の法理のプロトタイプを明示した裁判例ではなく、用語として「正当な期待」が言及されたに過ぎないものであった。そして、このような見立ては、*Liverpool* [1972] 事件¹¹⁴ でより一層、正当なものであることが理解されよう。

(2) *Liverpool* [1972] 事件

Liverpool [1972] 事件¹¹⁵ は、「正当な期待」の法理の対象となり得るも

113 Paul Craig Administrative (n 1) 424, 809.

114 *Re Liverpool Taxi Owners' Association* [1972] 2 All ER 589 (CA).

115 *Liverpool* [1972] 事件について、大田(一)前掲注 5 25頁～33頁、児玉(1)前掲

のにもかかわらず、裁判官Denningが*Schmidt* [1969] 事件とは対照的に当該法理に触れることなく、自身が担当した禁反言の法理に関する裁判例を踏まえて判断されたものである。

1847年の都市警察条項法（Town Police Clauses Act）に基づく免許に関する権限を有するリバプール市参事会（Liverpool corporation）は、無免許タクシーの増加に対処するためにタクシー運転手の免許取得者を増やす決定（resolution）を可決した。既存のタクシー所有者で構成されている協会（原告）は当該決定について、市書記官に確認したところ、当該書記官は原告に免許数に関するいかなる決定もされていないことを伝え、当該決定が実施されるにあたっては利害関係者と十分に協議を行う旨を記載した書面を送付し、また、後日、意見表明を希望する場合は、適時、その機会を与える旨の書面も送付した。さらに、参事会の小委員会の長は、無免許タクシーを統制する法律が制定・施行されるまで、300以上の免許を発給しない旨を確約（undertaking）していた。しかし、参事会の小委員会は、最終的に原告に通知することなく、決定事項として、徐々にタクシー数を増加させ、最終的に、1973年1月以降は無制限にする旨の勧告をし、市は当該委員会の勧告を採択した。そこで、原告は、禁止命令、職務執行命令、移送命令を求めた。

Denning LJは、結論として、*Robertson* [1948] 事件および*Lever (Finance)* [1970] 事件で示された原理を適用して、参事会が原告に意見表明の機会を与えることなく決定したことや、十分な理由又は弁明なしにその確約を破棄したことが不公正だと述べて¹¹⁶、原告の請求を認め、禁止命令を与えた。

このとき、Denning LJは、その推論の中で、まず、「参事会が1847年の

↘ 注10 26頁、伊藤 英国行政法前掲注11 (55) 頁～(56) 頁、深澤前掲注16 85頁～86頁を参照。

116 *Liverpool* [1972] (n 114) 594.

都市警察条項法に基づいて免許の申請を検討するとき、参事会は公正に行う義務に拘束される¹¹⁷」と述べつつ、「公的主体が立法府によって公の目的のために明示又は黙示に特定の権限や職務（duties）を委ねられている場合、公的主体は、それらの権限や義務を放棄することはできない」という法原則によって、当該「主体は、権限の適正な行使又は職務の履行と両立し得ない契約を締結し又は行為をすることができない」旨を示した *Southport* [1926] 事件¹¹⁸ を引用し、本件における確約を履行することは公的義務と両立し得るので、参事会は当該確約を尊重しなければならないと指摘した¹¹⁹。続けて、Denning LJは、「参事会は、最も真剣な考慮と他の当事者がどうしても言いたいことを聴聞した後に、しかも優越的公益（overriding public interest）が確約からの逸脱を要求すると認められる場合を除いて、確約から逸脱すべきではない」、また、「確約を破棄することよりも尊重することが公益により良く適う場合があり、本件はこれに該当する事例だと解しつつ、「*Robertson*事件や*Lever (Finance)* 事件と本件とは、まさに、同様のもの」だと述べた¹²⁰。

Denning LJの意見は、「正当な期待」の法理に関する事件を担当した裁判官によって当該法理による手続的保障の主たる裁判例として解されるだけでなく、研究者の間でも、当該法理が手続上の保護を与え得ることを明示した裁判例¹²¹、行政上の表示との関係で「手続上の正当な期待」が認められることを示した裁判例¹²² などと評価されている。さらに、本件の行政上の表示の内容が実体的なものであることに注目し、本判決は原告の

117 Ibid.

118 *Birkdale District Electric Supply Co Ltd v Southport Corporation* [1926] AC 355, 364 (HL) ; *Liverpool* *ibid.*

119 *Liverpool* [1972] *ibid.*

120 Ibid.

121 Melanie Roberts, 'Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations' (2001) 64 MLR 112, 112.

122 Paul Craig *Administrative Law* (n 1) 361; S. H. Bailey (n 1) 791-792.

「正当な期待」の実体上の保護を図ったものとも言われている¹²³。

しかし、本件のDenning LJは、自身が担当したSchmidt [1969] 事件に触れることなく、また、禁反言の法理や「正当な期待」という用語も一切、言及することなく対応した。このような状況を踏まえると、本件を「正当な期待」の法理の萌芽を示す重要な裁判例として評価することが適切なのかという疑問が生じる。

まず、当時の複数の文献をみると、そこでは、本件を「正当な期待」の法理に関する裁判例として説いておらず、主に、公正性の法理や禁反言の法理の観点から評釈されている¹²⁴。その中でも、例えば、Evansは、本判決を公正に行為する義務にかかわるものとして捉え、Denning LJは、当該義務により求められる場合には公的主体が不利益な影響を受ける者に公正な聴聞を付与した後に初めて、以前に通知した行政上の表示から逸脱する新たな表示を実施することが可能と判断したと述べる¹²⁵。

次に、本判決が注目され始めた1980年代の文献では、例えば、Ganzは、Denning LJは裁量拘束禁止の法理との関係で問題となるのを認識しつつ、確約それ自体に拘束力のないと判断することで当該法理との直接の対立を避けた一方で、公の権限ある機関は最も真剣な考慮と他の当事者がどうしても言いたいことを聴聞した後、また、優越的公益（overriding public interest）が存在すると考えた場合のみ当該確約を破棄することができる¹²⁶と判断することで自身が担当した禁反言の法理に関する先例と同様の結果に達したと分析し、さらに、本件で課された拘束力は純粋に手続的なものであったので、裁量拘束禁止の法理との調和が可能であったと解する¹²⁶。

123 C. F. Forsyth (n 100) 255; Mark Elliott, 'Legitimate Expectation: The Substantive Dimension' (2000) 59 CLJ 421, 423.

124 J. M. Evans, 'The Duty to Act Fairly' (1973) 36 MLR, 93-99; Allan D Jerge-
sen, 'The Legal Requirement of Consultation' (1978) PL290, 294-295.

125 J. M. Evans *ibid* 96.

126 Gabriele Ganz, 'Legitimate Expectation' in Carol Harlow (ed), *Public Law* 7

そして、本判決を公正性の法理の観点から捉える見解は、2000年代以降の文献では一般的となり、それらはいずれも「正当な期待」の法理と関連付けて説明している¹²⁷。

このように、本判決の評価は、当時のものと1980年代以降のものとは異なっている。本判決は、Denning LJが過去に禁反言の法理を適用して判断した裁判例を参照する形で論じられたものであったが、1980年代以降の裁判官や研究者によって、「正当な期待」の法理に基づいて判断されたものだと説かれた。本判決の事案の実質が「正当な期待」の法理に関する事件と同じであったので、裁判官Denningの意見を依拠する形で先例との連続性を維持することができたということであろう。

(3) 揺籃の意味

Liverpool [1972] 事件の内容を第1章第2節で検討、分析した裁判官Denningの禁反言の法理に対する理解も踏まえて整理すると、以下の通りである。

①裁判官Denningは、本件で問題となっているのは実体的な確約であるため、公的主体を当該確約に拘束することは裁量拘束禁止の法理に抵触するおそれがあり、違法とは解せないことを認識し、その代替策として、公的主体が当該確約を個別に考慮することなく一方的に破棄したことに着目して聴聞の機会といった手続的要件から違法性を問えるのではないかと考えていたこと、②しかし、禁反言の法理は実体的保障に関する法理であり、手続的保障は対象外であるため、当該法理を直接、適用して判断することはできなかったこと、③そこで、裁判官Denningは禁反言の法理の先例を

↘ *And Politics* (London Sweet & Maxwell 1986) 145, 159-160.

127 Søren J. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (Oxford University Press 2000) 39; Robert Thomas (n 102) 49; Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Ponnely, Ivan Hare (n 1) 664.

挙げる形でこの問題に対処し、公的主体の手続違反を指摘して原告を救済したこと、④その後、「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例の集積や研究の進展により、その内容が精査されていく中で、本件は当該法理に関する典型的な事件に該当するものと位置付けられ、他の裁判官や行政法の研究者が、裁判官Denningが禁反言の法理に言及しない理由をくみ取って当該法理に関するプロトタイプを示したものとして位置づけたことである。

このように、1960年代～1970年代は、「正当な期待」が概念として発展する最初の段階であり、そのような意味で揺籃期だと言える。そして、*Liverpool* [1972] 事件は、後代の裁判官や研究者によって、公的主体に対する公正な手続を「正当な期待」の法理に基づいて要請する際の橋渡し役として位置付けられていた。

第2節 生成期（1980年代）

「正当な期待」という概念は1980年代に入ると急速に生成されるのだが、その背景には、1980年代前半に貴族院が「正当な期待」という概念を審理し、公的主体の意思決定過程において聴聞を受ける機会などを与えられなかった者の手続的保障を確保するものとして明示したことが関係している（*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件¹²⁸ 及び *GCHQ* [1984] 事件）。

続けて、1980年代半ばより、裁判所は、「正当な期待」の法理に基づいて手続的保障に留まらず、実体的保障も確保しようとした（*Khan* [1985] 事件¹²⁹、*Ruddock* [1987] 事件¹³⁰）。他方で、公的主体が定立するpolicyの拘束性の問題、すなわち、裁量拘束禁止の法理との間で緊張関係

128 *Attorney General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 All ER 346 (PC).

129 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Asif Mahmood Khan* [1985] 1 All ER 40 (CA).

130 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock* [1987] 2 All ER 518 (QBD).

が生じることを理由に「実体上の正当な期待」を認めず、「正当な期待」の法理の射程はあくまでも手続上に限定するものも現れた（*Findlay* [1984] 事件¹³¹）。

以下、本節では、第1款で「手続上の正当な期待」、第2款で「実体上の正当な期待」、とそれぞれを区別して先に挙げた裁判例・判例を検討、分析する。

第1款「手続上の正当な期待」の生成

（1）*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件

Ng Yuen Shiu [1983] 事件¹³²は、「手続上の正当な期待」に関する一定の基準を示したものである。

香港政府は、入国管理規則（Immigration Ordinance）で定める違法入国者であっても市街区域に到達すれば送還しないとする指針（reached-based policy）を採用していた。しかし、違法入国者の増加により、政府は、1980年10月にテレビ報道で中国からの違法入国者全てが送還されることを説明し、指針を変更する旨を発表して、退去強制を認める指針へと変更した。そのため、違法入国者の集団が香港総督府に対してこの件に関する請願を提出し、その際、上級入国管理官は彼らから挙げた質問に対する回答を示し、また、その一部には、「マカオからの違法入国者は、中国以外からの違法入国者についての手続きにしたがって取り扱われる」こと、「彼らは、順次、面接を受ける」こと、「その後、彼らが退去させられないという保証（guarantee）を与えられない」こと、「各事案は実状（merits）に基づいて処理される」ことが記されていた¹³³。この回答を知った

131 *Findlay v Secretary of State for the Home Department* [1984] 3 All ER 801 (CA), 824 (HL).

132 *Ng Yuen shiu* [1983] 事件について、大田(二)・完前掲注5 2頁～4頁、伊藤英国行政法前掲注11 (52) 頁、(56) 頁～(57) 頁を参照。

133 *Ng Yuen Shiu* [1983] (n 128) 349.

原告は、入国管理長官が発する退去命令を発せられた際に入国管理審判所に上訴したものの、意見表明する機会を得られることなく上訴は斥けられた。そこで、原告は、退去命令の取消しを求め、また、入国管理審判所の決定の取消しを求める移送命令などを求めた。

Lord Fraser of Tullybeltonは、結論として、「確約が公の権限である機関の義務に抵触しない限り、当該機関がとる手続きに関する確約によって拘束されるであろうという法理は、香港政府が10月28日に政府庁舎外での発表で他のマカオからの違法入国者とともに申立人〔原告〕に「面接を受ける機会」を与え、各事案はその当否に基づいて検討されるだろうという確約にも妥当する」（〔 〕内は引用者注）と述べて¹³⁴、条件付きの禁止命令によって原告に対する退去命令を取り消す移送命令が妥当であるとする救済策を勧告し¹³⁵、上訴を斥けた。

このとき、Lord Fraser of Tullybeltonは、その推論の中で、*Liverpool* [1972] 事件を引き合いに、決定する公の権限ある機関が、担当者を通じて、「彼がそのような審問を否定されるのを不公正とするような又は良き行政（good administration）に反するような方法で行為したならば、期待は、権限ある機関による陳述又は確約に基づいて生じる場合がある」と指摘し、当該事件を先例に、香港政府が、違法入国者が送還されるにあたって面接を受ける機会を与える旨を記していた回答（確約）に注目して、「正当な期待」という概念に基づいて香港政府に当該回答通りに行為することが制定法上の義務に反しない限り、当該回答通りに原告に面接を受ける機会を与えるよう要請した¹³⁶。

Lord Fraser of Tullybeltonの意見は、研究者の間で原告に対する行政上の表示（回答）が「正当な期待」を生じさせる場合がある旨を示したも

134 Ibid 351.

135 Ibid 352.

136 Ibid.

のとして認識され¹³⁷、特に、行政上の表示が手続的権利の基盤を提供する場合があることを提示したものとしてみられている¹³⁸。また、このようなLord Fraser of Tullybeltonの論理の展開は、「正当な期待」という概念の法理化をもたすとともに、*Liverpool* [1972] 事件が当該法理のプロトタイプを示したものだとして認識される契機となった。例えば、当時の裁判例・判例の分析をしたGanzは、「*Liverpool*事件から推定して、正当な期待という概念がルールそれ自体の継続性に適用されるようになった」と述べて、その判例として本件を挙げる¹³⁹。

こうして、本判決は、「手続上の正当な期待」の一例として説かれている¹⁴⁰。

ところで、良き行政の法理に言及したところも本判決の特徴である。

「正当な期待」という概念に関する事件において、良き行政は、*Breen* [1971] 事件のLord Denning MRが理由付記 (giving of reasons) との関係で指摘された¹⁴¹。そして、裁判所が「正当な期待」の法理に関する事件の中で、良き行政の法理に注目して判断する傾向は、現在も続いている

137 *Coughlan* [2000] 事件以前の本判決に対する見解を示した文献として、以下のものがある。See Yoav Dotan, 'Why Administrators Should be Bound by their Policies' (1997) 17 OJLS 41, 38. また、*Coughlan* [2000] 事件以後の本判決に対する見解を示した文献として、以下のものがある。See Farrah Ahmed and Adam Perry, 'The Coherence of the Dctrine of Legitimate Expectations' (2014) 73 CLJ 61, 83.

138 Paul Craig, 'Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis' (1992) 108 LQR 79, 83. See also Patrick Elias, 'Legitimate Expectation and Judicial Review' in J. L. Jowell and D. Oliver (ed), *New Directions in Judicial Review Current Legal Problems* (London Stevens & Sons 1988) 37, 41; Robert Thomas (n 102) 54.

139 Gabriele Ganz (n 126) 160.

140 例えば、Elliott & Varuhasは、本判決は「正当な期待」が手続上の保護を強化できる方法を説明したと述べる。Mark Elliott & Jason N. E. Varuhas (n 1) 190, 210.

141 Lord Denning MRは、「理由付記は、良き行政の原理 (fundamentals) の1つ」と述べて、公的主体による公正な手続を確保するものだと説いた。*Breen* [1971] (n 103) 1154.

（第3章を参照）。

良き行政の法理は、端緒的にはあるが、「正当な期待」の法理の規範性の根拠となる法理の1つとして認識されるとともに、当該法理を突き詰めることで、「実体上の正当な期待」をも導き出せるものである。

このように、本判決は、公的主体に対して適正な行政運営の確保を要請する根拠として良き行政の法理に依拠しつつ、公的主体の行政上の表示に注目し、その上で、*Liverpool* [1972] 事件を先例に、「正当な期待」という概念に公正性の法理および良き行政の法理を組み合わせ、香港政府が原告に対して面接の機会を適正に実施せずに退去命令をするならば、それは正当な権限行使ではなく、その際、原告に政府から適正な行政運営を受けるという「正当な期待」が生じることを明示したものだと言えよう。

ところで、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件の判断がされる前に、「正当な期待」という概念に基づいて、イギリス行政法における原告適格（locus standi）の認否を導き、また、公法上の権利利益は当該概念を活用して保護される旨を明示した判例として、*O'Reilly* [1982] 事件¹⁴²がある。

O'Reilly [1982] 事件は、Hull刑務所の受刑者であるO'Reilly氏ら（原告ら）が、1976年に当該刑務所内の暴動に関与したとして当該刑務所の監査委員会によって監獄規則違反を理由に刑の減刑を受ける地位を剥奪する懲罰刑を科されたことに対して、原告らが意見表明する公正な機会が与えられなかったなどと主張し、当該委員会の決定は1964年に定められた刑務所規則（Prison Rule）と自然的正義の法理に反し、1976年に原告らに科した懲罰刑は無効であるという宣言的判決を求めたものである。

Lord Diplockは、制定法上の権利利益として構成できないものを「正当な期待」という概念で説明し、本件のような原告の「正当な期待」は、私法では保護の対象とならない一方で公法では保護の対象となり、制定法上、

142 *O'Reilly v Mackman* [1982] 3 All ER 1124 (HL). *O'Reilly* [1982] 事件について、大田(一)前掲注5 17頁～18頁、岡本前掲注27 45頁～48頁を参照。

原告の利益が明確なものでなかったとしても当該概念に基づいて法的に保護することができるとし、原告適格の要件である「十分な利益」を当該概念から導き出せる旨を示した¹⁴³。Lord Diplockは、*Schmidt* [1969] 事件、*Breen* [1971] 事件、*Hook* [1976] 事件における裁判官Denningの意見と同様に、「正当な期待」という概念を従来、法的に保護されなかったものを法的保護に値する利益に昇華させるものという意味で捉えていた。

（2）GCHQ [1984] 事件

GCHQ [1984] 事件¹⁴⁴ は、*Schmidt* [1969] 事件から*Findlay* [1984] 事件（後述）までの「正当な期待」という概念に関する裁判例・判例を整理し、当該概念を手続的保障の法理として位置付けたものである。

政府通信本部（Government Communications Headquarters）（GCHQ）において、職員の勤務条件に関する重大な変更をする場合には、事前にGCHQの管理者と労働組合とが協議するという慣行があった。その後、1984年に外務およびコモンウェルス担当大臣は、公務員担当大臣の権限を委任されたGCHQの長官が1982年枢密院命令（Order in Council）4条のもとで、承認した省の職員団体への加入のみを認めるという指令の内容を庶民院で通告した。しかし、GCHQは、この内容に関する事前協議を労働組合との間で実施してなかった。そこで、原告は、公務員担当大臣は権限を行使するにあたって原告を含む組合関係者と協議するという公正に行うとする手続上の義務があるにもかかわらず、これを実施しない上で発した指令は無効であり、原告に事前協議が実施されるであろうという「正当な期待」がある主張して、職務執行命令と宣言的判決を求めた。

143 *O'Reilly* [1982] *ibid* 1126-1127.

144 *GCHQ* [1984] 事件について、大田(二)・完前掲注5 19頁～26頁、児玉(一)前掲注10 27頁～28頁、伊藤 英国行政法前掲注11 (54) 頁～(55) 頁、(63) 頁～(64) 頁を参照。

本判決は、結論として、国家安全保障上の利益を理由に¹⁴⁵原告の上訴を棄却したのだが、その推論の中で、2名の裁判官が「正当な期待」という概念の要件を明示した。

まず、Lord Fraser of Tullybeltonは、何らかの利益又は特権を請求する者が私法上、救済されなかったとしても、それらを受け取ることに對する「正当な期待」を有する場合には、「裁判所は、公法上の問題として、彼の期待を司法審査により保護する」と指摘し¹⁴⁶、その上で、それは、「公の権限ある機関の代表として与えられた明示の約束（express promise）又は原告が継続性を合理的に期待し得る通例（regular practice）の存在のどちらからでも発生し得る」と述べて、本件の場合は、後者に該当する旨を示した¹⁴⁷。

次に、Diplok LJは、最高裁判所規則53号によって規律される司法審査の対象となる事項との関係で「正当な期待」が生じる場合として、それは以下のような仕方決定権者の相手方に影響を及ぼすものでなければならない旨を示した。要するに、それは、（a）私法上、法的拘束力がある（enforceable）、相手方の権利又は義務を変更する場合、（b）次の（i）又は（ii）のいずれかの利益（benefit）又は恩恵（advantage）を奪う場合、すなわち、（i）決定権者によって過去から継続して享受することを認められ、かつ、それを撤回するため（withdrawing）の何らかの理路のある理由（rational grounds）が示され、相手方に意見表明する機会が与えられるまで、「享受し続けることを認められると正当に期待することができる」とき、（ii）相手方にあらかじめ、「それらが撤回されるべきではないと主張する理由を提示する機会」が与えられない限り、それらを撤回

145 *GCHQ* [1984] (n 88) 945.

146 *Ibid* 943-944.

147 *Ibid* 944. なお、Lord Fraser of Tullybeltonは、「合理的」という表現を用いているが、「合理的な期待」と「正当な期待」は同様の意味として捉えられている。

しないという言質 (assurance) を決定権者から受けているとき、である¹⁴⁸。

このように、両裁判官は、「正当な期待」を手続的保障に関する法理と位置付けてその要件を定め、公法上の効果をもたらす法理であり、また、手続的保障を確保する法理だと説き、その基準を明示した¹⁴⁹。そこで、本判決は、後代の研究者によって一般に手続的領域における「正当な期待」の包括的な定義を試みたものとして¹⁵⁰、また、手続的領域における「正当な期待」の重要な役割を明白に示したものとして¹⁵¹理解されている。

こうして、「正当な期待」という概念は、*Ng Yuen shiu* [1983] 事件と *GCHQ* [1984] 事件を経て、公的主体が手続上の行政上の表示を破棄したことで影響を受けた者の手続的利益を保護する「手続上の正当な期待」として位置づけられ、法理化された。

第2款「実体上の正当な期待」の生成

(1) *Khan* [1985] 事件

Khan [1985] 事件¹⁵² は、養子（子ども）の入国許可における2つの異

148 Ibid 949.

149 まず、Lord Fraser of Tullybelton の意見を当時、評釈した文献として、以下のものがある。See Gabriele Ganz (n 126) 156-157; Robert Baldwin & David Horne, 'Expectations in a Joyless Landscape' (1986) 49 MLR 685, 699; Patrick Elias (n 138) 39-40. また、*Coughlan* [2000] 事件以降に評釈した文献として、以下のものがある。See Farrah Ahmed and Adam Perry (n 137) 65.

次に、Diplok LJ の意見を当時、評釈した文献として、以下のものがある。See Patrick Elias *ibid* 42-43. また、*Coughlan* [2000] 事件以降に評釈した文献として、以下のものがある。See Robert Thomas (n 102) 50.

150 Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 664-665.

151 Jason NE Varuhas, 'Mapping the Law of Legitimate Expectation' in Matthew Groves and Greg Weeks (eds), *Legitimate Expectations in the Common Law World* (Hart Publishing 2017) 17, 36-38.

152 *Khan* [1985] 事件について、大田(二)・完前掲注5 4頁～8頁、児玉(一)前掲(龍法 '22) 55-2, 208 (770)

なる基準が問題になったものである。

Khan氏（原告）は、養子を迎え入れるにあたって、1981年に養子縁組の手續に関する助言を受けるために市民相談所へ行き、そこで内務省（Home Office）が発行した養子縁組制度を説明する回答書簡（handed a letter）を渡された。回答書簡には、別途、入国許可に関する4つの基準¹⁵³が示されており、内務省は当該基準にしたがって調査手續を行うことになっていた。しかし、入国許可担当官は、入国管理規則に基づいて申請者の入国許可の可否を判断し、養子が書簡で記載された要件を満たすかどうか（要するに、養子がイギリスに入国した際に生活が送れるかどうか）を調査するための手續を怠っていた。その結果、原告は、内務大臣に対して入国許可を申請したものの入国許可担当官によって拒否された。そこで、原告は入国許可申請の拒否処分を取り消す移送命令を求めた。

Parker LJは、結論として、内務省の回答書簡はNg Yuen Shiu [1983] 事件で争点となった回答（確約）と同類のものであること、当該書簡に記載されている手続き遵守され、実施され、そこに記された4つの内容について、所管の国務大臣が確信したならば、暫定的な入国許可が与えられ、子どもの最終的な運命はイギリスの養子縁組裁判所によって決定されるであろうという期待が生じている¹⁵⁴などと指摘し、その上で生みの親（natural parents）が子どもを養育する能力がない場合を除いて、入国を

↘ 掲注10 29頁、伊藤 英国行政法前掲注11 (58) 頁～(60) 頁、(105) 頁、深澤前掲注16 86頁を参照。

153 回答書簡に記載された基準は、「イギリスの法のもとで養子縁組する意思（intention）が真正であり、単なる入国許可を得るための手段だけでないこと」、「イギリスにおいて、子どもの福祉が保証されること」、「イギリスの裁判所が養子縁組命令（adoption order）を認める見込みがあること」、「養子縁組者になろうとする者のいずれか1名がイギリスに定住していることもまた必要である」の4点である。Khan [1985] (n 129) 42.

154 Ibid 48.

拒否する基準は新たな基準に該当する¹⁵⁵と述べて、原告の請求を認めた。

このとき、Parker LJは、その推論の中で、*Liverpool* [1972] 事件を参照して、当該「事件において、参事会は公正な聴聞を与えることなしに確約を逸脱してpolicyを変更する権限を有しないと判断されたのと全く同様に、私の判断では、原則として所管の国务大臣は一定の条件が満たされるとき、彼が入国するのを許す約束をしているならば、利害関係者に聴聞を与えることなしにその確約を逸脱することは許されるべきではな」く、「もし、許されるならば、それは、優越的公益が確約から逸脱するのを要求する場合に限る」と述べた¹⁵⁶。

Parker LJは、内務大臣は原告からの照会に応答して決定基準を通知した後にその基準とは異なる基準で入国許可の可否を判断する場合には、異なる基準で判断されることで影響を受ける者に十分な聴聞の機会を与えなければならず、また、当該大臣が異なる基準で決定するためには優越的公益¹⁵⁷が必要である旨を示した。そこで、Parker LJの意見は、当初、*Liverpool* [1972] 事件を踏まえて原告の「期待」を保護したものだとして評価される¹⁵⁸。

しかし、その後、Parker LJの意見は、公的主体が裁量の基準 (policy) を定立した後に、公的主体がそれと異なる基準を適用し、原告が従前の基準に依拠していたならば、「正当な期待」が生じる場合があること

155 Ibid.

156 Ibid 46.

157 優越的公益の存在の有無は、その後の「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例でも審理上の重要な関連考慮事項だとされている。例えば、Elliottは、優越的公益の存在を原告の「実体上の正当な期待」を適法に破棄する必要条件だと述べる。Mark Elliott, 'From Heresy to Orthodoxy : Substantive Legitimate Expectations in United Kingdom' in Mathew Groves and Creg Weeks (eds), *Legitimate Expectations in the Common Law World* (Hart Publishing 2017) 217, 220.

158 Gabriele Ganz (n 126) 153. See also Patrick Elias (n 138) 48; C. F. Forsyth (n 100) 256.

を示したものと説かれる¹⁵⁹。また、回答書簡の文言に注目して、Parker LJの意見は、ある者に特定の結果又は実体的性格の利益を与える場合があることを先駆けて示したものであり、「実体上の正当な期待」を明確に認めた一例とも言われている¹⁶⁰。例えば、Craigは、「表示が特定の者に対してなされていた場合又は一定の領域で基準（policy）の適用条件が公表され、そして、特定の者に信頼されていた場合は、公的主体は表示又は公表した基準を遵守する義務が当然にあり、「これは公的主体が将来において一般のpolicyを変更するのを妨げないが、優越的公益が当該表示又は従前のpolicyから逸脱するのを要求し、かつ、聴聞を受けた後でない限り、公的主体は信頼してきた個人に関する表示又は従前のpolicyから逸脱することを当然に認められない」ことを明らかにしたと述べる¹⁶¹。

こうして、Parker LJは、原告からの照会に応じて書簡に記載した基準を通知した後、原告の聴聞の機会が与えられるのを保障する「手続上の正当な期待」に留まらず、公的主体が自ら定立した基準通りにやるべきところを異なる基準（入国管理規則）によって対応する場合は、優越的公益がない限り自ら定立した基準を遵守しなければならず、それに依拠した原告の「実体上の正当な期待」が認められる場合がある旨を示したと言えよう。

ところで、本判決では、他の裁判官からも異なる意見が附された。

まず、Watkins LJは、結論も含めてParker LJの意見に反対した¹⁶²。Watkins LJは、そもそも内務省の示したのは単なる書簡に過ぎないと述べた上で、本件の回答書簡と*Liverpool* [1972] 事件、*O'Reilly* [1982] 事

159 Paul Craig (n 138) 84. See also Paul Craig Administrative (n 1) 362, 690; Paul Craig Ground (n 1) 847.

160 Søren J. Schønberg (n 127) 50, 111. See also Stere Foster, 'Legitimate Expectations and Prisoners' Rights: The Right to Get What You are Given' (1997) MLR 60 727, 730-732.

161 Paul Craig (n 138) 90.

162 Watkins LJの意見を整理した文献として、以下のものがある。See Gabriele Ganz (n 126) 154.

件、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件における行政上の表示との差異に注目し、これらの裁判例・判例のように本件の当事者間では同様のことがなされているとは言えない旨を指摘した¹⁶³。続けて、*Watkins LJ*は、書簡に記載された基準に基づいて内務大臣が裁量を行使するという確約は、そもそもその基準が満たされたとしても、当該大臣が養子の入国を認めると直ちに解することはできず、また、当該大臣がその基準に基づいて裁量を行使する場合でもその方法は説明されておらず、さらに、その基準では当該大臣が配慮すべき事項を示していないと述べた¹⁶⁴。つまり、*Watkins LJ*は、他の判例・裁判例で争点となった行政上の表示と比較して、回答書簡には法的拘束力がなく、また、それは内務大臣の裁量の行使に関する具体的な方法が示されていないことから、その扱いは当該大臣の自由である旨を指摘したのであった。

次に、*Dunn LJ*は、結論には賛成するものの、*Parker LJ*とは異なる論理を展開した¹⁶⁵。*Dunn LJ*は、内務大臣が自ら定立した基準（回答書簡に記載した基準）の内容に関連考慮事項として一切、考慮していないことを問題とし、*Wednesbury* [1947] 事件を引用し、当該大臣の行為は不合理だと判断した¹⁶⁶。*Dunn LJ*は、内務大臣が自ら定立した基準を一切考慮することなく異なる基準で判断する場合には、「正当な期待」の法理によらずとも、当該大臣による裁量の行使の違法性の観点、すなわち、考慮すべき事項を考慮しないのが不合理かどうかという *Wednesbury* 原則から判断できる旨を明示したのであった。

以上を踏まえると、本判決は、「正当な期待」の法理に関する研究が進む中で、当該法理を実体上のものへと広げる契機となった裁判例の1つと

163 *Khan* [1985] (n 129) 51.

164 *Ibid.*

165 *Dunn LJ*の意見を整理した文献として、以下のものがある。See Gabriele Ganz (n 126) 154; Patrick Elias (n 138) 48.

166 *Khan* [1985] (n 129) 52.

して位置付けられるかもしれない。しかし、このような理解は、正しいのだろうか。

そこで、本判決を改めて振り返ると、Parker LJは、回答書簡の性格を言及する際に「手続上の正当な期待」に関する先例である、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件を参照した上で、当該書簡にある裁量基準と当該事件における上級入国管理官の回答と同じものだと言及していた¹⁶⁷。そうであるならば、公的主体が聴聞の機会という手続きを取らない場合は、公表されたpolicy（回答書簡）とは異なるpolicy（入国管理規則）を適用できないとも解釈することが可能ではないだろうか。現に、本判決を純粋な「実体上の正当な期待」に関する裁判例とは異なるものとして捉えている研究者もあり¹⁶⁸、その中でも、Thomasは、裁判所は内務省が事前に言及した基準のもとでKhan氏の事情を考慮し、当該省が新たな基準を適用したいと思うならば、それを彼に伝え、その上で彼に陳述する機会を与えるべきという判決を下したと指摘する¹⁶⁹。つまり、本判決は、原告に新たなpolicyが適用されない旨を主張する機会が与えられていないにもかかわらず、新たなpolicyを適用することは違法であるという（すなわち、手続上の違法を理由とした新しいpolicyの適用を問題とする）「手続上の正当な期待」の事件と「実体上の正当な期待」の事件の中間に位置するものではないか。いずれにせよ、この点は、「正当な期待」の法理の射程に関わる問題であるので、本判決以降で関連する判例・裁判例の中で適宜、触れていくことにする。

167 Ibid 48.

168 例えば、Baileyは、「正当な期待」の法理と公正な聴聞を受ける権利に関する裁判例の1つとして、また、Craigも、手続上の保護に関する裁判例の1つとして、それぞれ本判決を挙げる。See *Paul Craig Administrative* (n 1) 362, *S. H. Bailey* (n 1) 792-793.

169 *Robert Thomas* (n 102) 65.

(2) *Findlay* [1984] 事件

Findlay [1984] 事件¹⁷⁰ は、仮釈放の指針の変更が問題になったものである。

イギリスにおける仮釈放 (parole) に関する指針 (policy) では、1967年の刑事裁判法 (Criminal Justice Act) に基づき、内務大臣に裁量を与えられていた。1983年に内務大臣は、暴力的な犯罪の増加について公衆がその制度に懸念を持ち始め、また、各事件で判決を言い渡された刑期の長さを実際に服役する刑期の長さには差があることから、指針を変更する決定を発表した¹⁷¹。その結果、従来の指針よりも仮釈放が認められる基準が厳格になったことで、この指針により終身刑又は (長期の) 定期刑に服する受刑者は、仮釈放の資格を有することが従来よりも困難となった。そこで、終身刑及び定期刑に処された4名の受刑者 (原告ら) は、指針の変更によって近い将来、釈放されるであろうという「正当な期待」を破られたことや内務大臣による指針の変更の違法性を主張し、宣言的判決などを求めた。

Scarman LJは、結論として、新たな指針は囚人の個々の事情を考慮することを否定するものではないので、当該指針は違法ではない¹⁷² などと述べて、原告の請求を棄却した。

このとき、Scarman LJは、その推論の中で、まず、「正当な期待の法理は、司法審査を発展させる法の中で重要なもの」であり、それは、「実体的権利の存在を示すことができない者に対して司法審査を申し立てるため

170 *Findlay* [1984] 事件について、大田(二)・完前掲注5 12頁～15頁、伊藤 英国行政法前掲注11 (96) 頁～(97) 頁、深澤前掲注16 86頁～88頁を参照。

171 指針の変更の内容は、暴力犯罪及び薬物売買の犯罪で5年上の刑期に服する受刑者について、例外的事情を除き、刑期満了前の数か月間の保護観察下の仮釈放 (release under supervision) は公衆に対して長期にわたる危険を減少させる見込みのある場合においてのみ認められるというものであった。*Findlay* [1984] (n 131) 801.

172 *Ibid* 828.

に裁判所の許可を獲得する可能性を与えるという十分な利益を提供できる」と解した¹⁷³。続けて、Scarman LJは、原告らの「正当な期待」とは何であったのかを検討し、「仮釈放を規律する立法上の規定の内容や目的を考慮するならば、有罪判決を受けた受刑者が正当に期待し得ることと言えば、いかなる指針を採用しようとも、所管の国务大臣が適切だと考え、採用される指針に照らして、その指針が制定法によって彼に与えられた適法な裁量権の行使であるということを常に前提として、自らの主張を個別に審査してもらうということであり、「もし、これとは別の見解がある」とすれば、制定法によって所管の国务大臣に与えられた無拘束な裁量（unfettered discretion）が、ある事案では制約され、指針の変更を妨げる又は抑止することさえあるという結果を必然的にともない、「所管の国务大臣が考慮しなければならない問題の複雑さと仮釈放の執行における公益の重要性を踏まえると、裁量がこのように制約されることを議会が意図（intention）していたと考えることはできない」と指摘した¹⁷⁴。

先例では、手続きであれ、実体であれ、「正当な期待」が認められないとされる理由に優越的公益の存在を挙げていた。しかし、Scarman LJは、「正当な期待」の法理の射程を司法審査における原告適格を基礎づけるものに限定した上で、内務大臣によって仮釈放に関する指針の変更が適法になされた以上は新たな指針が適用されるべきであり、当該大臣が従前の指針に拘束することは裁量拘束禁止の法理により許されないことを明言した。そこで、Scarman LJは、当初より従前の指針にしたがって原告の「正当な期待」の主張を考慮することを制限し、当該法理の射程を非常に狭く解したと説かれる¹⁷⁵。

173 Ibid 830.

174 Ibid.

175 Gabriele Ganz (n 126) 155-156. また、Eliasも、Scarman LJの意思を司法審査手続きにおける原告適格の基礎を築いたものであり、公的主体に行政上の表示にしたがってのみ行動するよう要請できないことを裁量調査禁止の法理な

では、なぜ、Scarman LJはこのような判断をしたのか。その背景には、公的主体による指針の変更に「正当な期待」の法理がもたらす影響があったとされる。Varuhasによると、本判決は、指針を採用すること自体が法的拘束力のある「期待」に基づいて決定されるならば、「期待」が公益のために指針を変更するのを妨げるので、公的主体がある指針を採用することが将来において行政の手を縛ることになると考えた場合には、行政のあらゆる指針の定立を思いとどまることになろうという問題を示したとされる¹⁷⁶。

つまり、Scarman LJは、公的主体は本来、制定法上の状況を踏まえて自由にpolicyの変更をすることが可能であるものの、あるpolicyに対する個人の「期待」を前提にすると、制定法上、変更が許されているにもかかわらず、自由にpolicyの変更をすることができなくなり、将来、「期待」が存在しているだけでpolicyを変更できないという拘束を受け、その結果、公的主体によるpolicyの定立それ自体の萎縮に繋がるということを意識していたのではないだろうか。

以上を踏まえると、裁量拘束禁止の法理と「正当な期待」の法理は、対立関係にあり、裁判所は、公的主体の裁量行使を拘束することによる公益（新たなpolicyから生じる公益）への影響を中心に「正当な期待」の認否を判断することが求められているように思われる。

（３）Ruddock [1987] 事件

ㄨ どの点から説明した判例としてみている。Patrick Elias (n 138) 46-47.

176 Jason NE Varuhas (n 151) 21. また、Woolf, Jowell, Le Sueur, Donnelly, Hareは、公的「主体が自らの権限を超えて行為する約束に拘束させることは、事実上、その違法行為を是認することになる」ので、ここから発生した「期待」が正当化され得るかどうかは、疑わざるを得ない」と解する。Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 692.

Ruddock [1987] 事件¹⁷⁷ は、公表された基準とは異なる未公表の基準に基づいて行政活動がされてきたことに関するものである。

核軍縮運動（Campaign for Nuclear Disarmament）を展開する市民団体の一員である原告は、1983年ごろから内務大臣が署名した命令書（warrant）に基づいて電話の通話が傍受されていることを元諜報員がテレビ番組でした告白で知った。その告白とは、内務大臣がこれまでに公表された基準¹⁷⁸に違反して原告に対する通話傍受の命令書に署名したというものであった。そこで、原告は、その傍受は公表された基準に適合しておらず、かつ、政党の政治的目的で情報を得るために実施されているので違法であること、また、内務大臣が原告の通話が傍受されるべきかどうかを決定するとき、当該大臣が公表された基準に従うであろうという「正当な期待」を有していることを主張して、損害賠償を求めた。

Taylor Jは、結論として、内務大臣が原告を通話傍受の対象にしたのは不合理ではなく、基準を逸脱しておらず、遵守されていた¹⁷⁹などと述べて原告の請求を棄却した。

このとき、Taylor Jは、その推論の中で、「正当な期待」の法理に関する先例を踏まえると、当該法理は「本質的に公正に行為する義務を課すものである」こと、多くの先例が聴聞を受ける権利に関するものだが、当該

177 *Ruddock* [1987] 事件について、大田(二)・完前掲注5 26頁～29頁、兎玉(一)前掲注10 30頁～31頁、伊藤 英国行政法前掲注11 (73) 頁～(74) 頁、(104) 頁～(106) 頁、深澤前掲注16 92頁～94頁を参照。

178 この基準は、「傍受の命令書は、破壊活動が既に実行され、かつ、国益を損なう可能性が高いと信ずるに足りる合理的な理由がある場合のみ出される」、「傍受によって合理的に得られる可能性が高い資料は、破壊活動についての最新の情報を取り入れ続けることを含む保安局の職務の中で彼らに直接、役立つものでなければならない」、「傍受は、保安局の限られた職務に必要なことに厳密に限定されなければならない、かつ、政党の政治的目的または共同体の特定のグループの目的のために使用されてはならない」というものだとされる。*Ruddock* [1987] (n 130) 522.

179 Ibid 535.

法理はそれに限定されていないこと、「それどころか聴聞を受ける権利が存在しない仮定の事案であるならば、いかにして彼が処理するのかについての所管の国務大臣が示した約束又は確約が遵守されるべきであることは、公正な取扱いにとってより重要である」ことを指摘し、その上で、「そのような約束又は確約は、彼の制定法上の義務や本件のような大権的権限の行使における彼の義務に抵触してはならない」し、「内務大臣は、基準（policy）を宣言することによって、その基準を変更する必要性が生じ得ることを排除する」つもりもないが、「その場合であっても現行の基準を公表することが慣行であったとするならば、彼の義務に抵触しない限りにおいて新たな基準を公表することは、公正に取り扱いにおける所管の国務大臣の義務となるだろう」と述べた¹⁸⁰。

Taylor Jは、「正当な期待」の法理の本質には公正性の法理があることや、当該法理は公的主体を意思決定過程における協議などの手続に遵守させるという手続上の保障だけでなく、当該主体を従前のpolicyに遵守させるという実体上の保障も認められる場合があることを暗示した。Taylor Jは、公表された基準（policy）とは異なる基準で判断した場合や、公表された基準が変更された場合はその旨を公表すべきであることを挙げ、それが未公表の場合は新たな基準ではなく従前の基準が適用されるという趣旨の原告の「正当な期待」が保護されること、そして、この場合には当該主体が従前の基準を遵守することが制定法上の義務や、大権的権限におけるその主体の義務に抵触してはならない旨を示し、「正当な期待」の法理の射程を手続上に限定しなかった。そこで、Taylor Jは、当時より原告の「正当な期待」は公正に行爲する義務のもとで保護される旨を示した¹⁸¹、「実体上の正当な期待」を支持ないし明示した¹⁸²と説かれている。

180 Ibid 531.

181 C. F. Forsyth (n 100) 250.

182 Ibid 248. See also Søren J. Schönberg (n 127) 111; Paul Craig (n 138) 95-96.

もっとも、Taylor Jの意見は、公的主体が公表という手続きをしない場合には新たなpolicyを適用できないことを示しているので、本件は原告に新たなpolicyが適用されない旨を主張する機会が与えられていないにもかかわらず、新たなpolicyを適用することは違法であるという（すなわち、手続上の違法を理由とした新しいpolicyの適用を問題とする）「手続上の正当な期待」の事件と「実体上の正当な期待」の事件の中間に位置付けられる事件のように思われる¹⁸³。本件も*Khan* [1985] 事件と同様に、純粋な「実体上の正当な期待」に関する事件としてみるのには早計だろう。本判決は、少なくとも、公的主体がpolicyを定立し、その後、policyを逸脱するとしても、「正当な期待」の法理を活用して当該主体に従前のpolicyに従わなければならない場合があることを肯定したものだと言える。

第3節 進展期（1990年代）

1990年代になると、「正当な期待」の法理は、裁判所によって手続上も実体上もさらなる進展を迎える。

まず、「手続上の正当な期待」では、新たに協議（consultation）に関する法理（公的主体の協議義務）との関係で言及され、コモン・ロー上の協議を導く裁判例（*Baker* [1995] 事件¹⁸⁴）が現れる。

次に、「実体上の正当な期待」では、主に3つの方向で展開される。

第一に、1980年代と同様に「実体上の正当な期待」それ自体の認否を明示した裁判例（*Richmond* [1994] 事件¹⁸⁵、*Hamble* [1995] 事件¹⁸⁶）が

183 例えば、Woolf, Jowell, Le Sueur, Donnelly, Hareは、通話傍受に関する既存の手続きに注目して、原告の「実体上の正当な期待」の保護を支持した一例としてみている。Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) 666. See also Mark Elliott (n 157) 219.

184 *R v Devon County Council, ex parte Baker and R v Durham Country Council, ex parte Curtis* [1995] 1 All ER 73 (CA).

185 *R v Secretary of State for Transport, ex parte Richmond-upon-Thames LBC* [1994] 1 All ER 577 (QBD).

出てくる。

第二に、「実体上の正当な期待」に関する推論の中で、司法審査の手法（Wednesbury原則と比例原則（proportionality））が提示され、これに基づいて審査する裁判例（*Hamble* [1995] 事件（比例原則）、*Hargreaves* [1997] 事件¹⁸⁷（Wednesbury原則））がみられる。

第三に、租税法の分野で内国歳入庁（Inland Revenue）の権限の濫用（abuse of power）の有無を判断するにあたって、「正当な期待」の法理に着目した裁判例・判例（*MFK* [1990] 事件¹⁸⁸を中心に*Matrix Securities* [1994] 事件¹⁸⁹、*Uniliver* [1996] 事件¹⁹⁰）が登場する。

さらに、「手続上の正当な期待」と「実体上の正当な期待」の双方が関係する展開として、裁判所は、公的主体が発した行政上の表示（確約又は policy）の明白さに着目し、原告の「正当な期待」の発生の有無を判断する際の基準の1つとして位置づけ始める（*MFK* [1990] 事件、*Baker* [1995] 事件）。

以上を踏まえて、本節では、第1款で「手続上の正当な期待」の展開を、第2款および第3款で「実体上の正当な期待」の展開を、それぞれ区別して検討、分析し、1990年代における「正当な期待」の法理の展開を把握する。なお、協議に関する法理、権限の濫用の法理、比例原則それぞれの生成過程の概説は、関連する項目で適宜、摘示する。

186 *R v Ministry for Agriculture, Fisheries and Foods, ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Limited* [1995] 2 All ER 714 (QBD).

187 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Hargreaves* [1997] 1 All ER 397 (CA).

188 *R v Board of Inland Revenue, ex p MFK Underwriting Agencies Ltd* [1990] 1 All ER 91.

189 *R v Inland Revenue Commissioners ex parte Matrix Securities* [1994] UKHL TC 66 587.

190 *R v Inland Revenue Commissioners ex parte Uniliver plc* [1996] Civ 68 TC 205.

第１款「手続上の正当な期待」の進展

（１）協議に関する法理

協議に関する法理は、公的主体に対して協議手続を適正に履行するよう求めるものであり、制定法上の協議とコモン・ロー上の協議があるとされる¹⁹¹。まず、制定法上の協議は、協議が制定法によって定められていた場合でも、これが義務的（mandatory）要件なのか又は訓示的（directory）要件に過ぎないものなのかどうかでさらに区別され、制定法が協議を実施する「ものとする（shall）」と定める場合は、協議義務があるとされている¹⁹²。コモン・ロー上の協議は、制定法がない場合に実施可能な協議の根拠であり、それは、一般に「正当な期待」の法理から生じると説かれている¹⁹³。

公的主体に要求する適正な協議の内容は、*Gunning* [1985] 事件¹⁹⁴の原告訴訟代理人のStephen Sedlay QCの主張が標準的なものを示したとき

191 まず、協議に関する法理の内容を概説した文献として、以下のものがある。

See Paul Craig Administrative (n 1) 377-380; Mark Elliott & Jason N. E. Varuhas (n 1) 404-413.

次に、協議に関する法理を検討、分析した文献として、以下のものがある。See J. F. Garner (n 124) 105-124; Allan D Jergesen, 'The Legal Requirement of Consultation' (1978) PL 290-315; Kate Olley, 'The Principle of Proper Consultation' (2001) JR 99-103; Clive Sheldon, 'Consultation: Revisiting the Basic Principles' (2012) JR 152-160; Alistair Mills, 'An Update on Consultation' (2015) JR 160-170.

さらに、日本において、協議に関する法理の内容を検討、分析したものとして、以下のものがある。大田直史「行政立法・政策決定手続における行政的正義——協議手続の法理」榊原秀訓編『行政法システムの構造転換——イギリスにおける「行政的正義」』（日本評論社 2014）134頁～150頁、八木保夫「イギリスにおける従位的立法の統制手段について——行政手続としてのConsultationを中心に——」比較法研究47号（1985）159頁～167頁。

192 Paul Craig Administrative (n 1) 377.

193 Ibid 363.

194 *R v The London Borough of Brent, ex parte Gunning* [1985] 84 LGR 168 (QBD).

れる。Stephen Sedlay QCは、「第一に、協議は提案が依然として形成段階であるときになされなければならない」、「第二に、提案では理性的な検討と回答を可能とするに足りる十分な理由を示さなければならない」、「第三に、検討と回答をするために十分な時間が与えられなければならない」、「第四に、最終決定が取られるとき、協議の結果は誠実に考慮されなければならない」と指摘した¹⁹⁵。なお、Stephen Sedlay QCが主張した内容は、*Coughlan* [2000] 事件のLord Woolf MRが引き継ぐ形で整理している。

(2) *Baker* [1995] 事件

Baker [1995] 事件¹⁹⁶ は、裁判所が「正当な期待」の法理に基づいてコモン・ロー上の協議を導く旨を示したものである。本件では、ダラム(Durham) カウンティ・カウンスル(被告)が、老人ホームの閉鎖を決定するにあたって、老人ホームの恒久的な居住者(原告ら)に対して閉鎖決定に関する協議を公正に行う義務があるかどうかが問われた。原告らは、協議に関する書簡や明示の約束がなく、また、被告からも協議進行が提供されていなかった。そこで、原告らは、被告による閉鎖決定は原告らが被告から享受することを許されていた利益や恩恵を奪い、被告は、原告らが意見表明をする機会を与えられていたという利益を取り消すための合理的な理由を原告らに伝えるまで、若しくは伝えない限り、その利益は継続することを理由に挙げて、そのような「正当な期待」の発生を主張した。

Dillon LJは、被告は原告らに意見表明をする機会を与えるなどを示した書簡を送付したと主張するものの、当該書簡の目的はそのようなものではなく、閉鎖決定をするにあたって手続的不公正があった¹⁹⁷などと述べ

195 Ibid 189.

196 *Baker* [1995] 事件を注目した文献として、以下のものがある。See Richard Moules (n 1) 46-51.

197 *Baker* [1995] (n 184) 86.

て、原告の請求を認めた。

しかし、このとき、Simon Brown LJは、別途、協議に関する項目の中で、(1)「正当な期待」という「用語は、時折、実体的権利を意味するために使用される」(*Khan* [1985] 事件、*Ruddock* [1987] 事件、*MFK* [1990] 事件)¹⁹⁸、(2)「正当な期待」の法理は、一般的に「原告が主張したい（又は主張し獲得したいであろう）いくつかの重大な利益に含まれる原告の利益に触れるために使用され」、「その期待は、原告がある受益に対する特定の権利を主張しているからではなく、むしろ、それに含まれる彼の利益は法が保護するものの1つであり、手続的公正性の要件で保護されるから発生する」(*Schmidt* [1969] 事件、*O'Reilly* [1982] 事件)¹⁹⁹、(3)当該法理は、「公正な手続それ自体に依拠するために使用される」²⁰⁰、(4)当該法理は、「ある利益の保護における法律上のものではない特定の手続きは必然的にいくつかの特定の約束又は慣行に従わなければならないとされる場合を含むものであり、公正性の法理によって、「公の権限ある機関はそれに従わなければならないことを要求」され、「明示的に約束として与えたのであれ、確立した慣行として暗に示したのであれ、権限ある機関は言質に拘束される」(*Liverpool* [1972] 事件、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件、*GCHQ* [1984] 事件)²⁰¹と述べて、「正当な期待」の法理を4つに整理し、本件は(2)に該当すると説いた²⁰²。

Simon Brown LJは、これまでの「正当な期待」の法理に関する先例を踏まえて、従来、法的に保護されなかったものを法的保護に値する利益と解する「正当な期待」((2))と、制定法上の権利、利益として構成できないものを「正当な期待」とし、原告に対して発せられた行政上の表示（約

198 Ibid 88.

199 Ibid 88-89.

200 Ibid 89.

201 Ibid.

202 Ibid 89-91.

束やpolicy) に対する信頼を法的に保護するためにそれを（変更することなく）遵守するよう、公的主体に対して公正な手続をとるよう要請する「正当な期待」(1)（実体）及び(4)（手続き）を区別し、本章第1節で明らかにした「正当な期待」の2つの理解をはっきりとさせた。

もっとも、Simon Brown LJは、協議に関する法理、手続的公正性、「正当な期待」の法理の関係性を明示しておらず、その規範性も定かではなく、また、当該裁判官が説いた「正当な期待」の法理の4つの整理も、特に、(1)と(4)は、「手続上の正当な期待」に関する裁判例と思われるものを「実体上の正当な期待」に関する裁判例として解し、また、「実体上の正当な期待」に関する事件で争点となる確約とpolicyとを区別せずに混在させている。

さらに、本判決のDillon LJは、「正当な期待」の法理に基づくことがかえって公的主体に要請する公正な手続の範囲を狭めるのではないかという意見を附した。すなわち、それは、手続的公正性を確保しなければならない義務が生じる事情を手頃に説明するものとして「正当な期待」の法理に基づく、原告に「正当な期待」がなければ手続的公正性を無視してもよいのかという誤った印象を与えかねないというものであった²⁰³。

203 Ibid 85-86.

(龍法 '22) 55-2, 224 (786)

イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(6・完)

—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觀念の支配領域
と現実化の形態

- (a) その後のローマ法の「帰責の觀念」と倫理的要素
- (b) 「帰責の觀念」と主觀的不法・客觀的不法との関係
- (c) 「帰責の觀念」における用語の変遷
- (e) ローマ法文の分析に基づく主觀的不法と客觀的不法との対立
- (f) 客觀的不法から主觀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 帰責要素の内面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

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、龍谷法学55巻1号)

第7節 罰の消滅

(以上、本号)

第7節 罰の消滅 (Das Absterben der Strafen)

*この訳の中で「物返還訴権」の原語として出てくるreivindicatioの表記は、そのママとした(訳者)。

われわれは、ここで改めて(紀元前のローマ古典期から)数世紀を飛び越え、(紀元6世紀の)ユスティニアヌスの時代に身を置くことにしよう。今一度、(その両者を)比較をするに労を尽くすだけの価値があると思われるからである。もとより、本書の最後の箇所で行組んだ問題(「帰責と報いとの間のバランス」)については、それほど比較を行う意味はないのかも知れない。ことに、(東ローマの)その後の皇帝の法思想的に貧困な時代にあっては、ローマ法学の諸理念に何一つ付け加えるべきものをもたない。にもかかわらず、それとは別の方向性において、あらゆる注目を集中すべき変化が生じたのである。

たとえば、ユスティニアヌスの時代の訴訟を古典期ローマ法の時代の訴訟と注意深く比較する者は、訴訟上の罰(die Processstrafen)が後者・古典期ローマ法の時代には大きな役割を担ったものの、それが前者・ユスティニアヌスの時代に至るとほぼ全面的に姿を消したという事実注目せ(龍法 '22) 55-2, 226 (788)

ざるをえない。すでに本書でも確認したことだが、以下の諸々の罰が消え去った。すなわち、「罰金的な誓約」(sponsio poenaris)、特示命令のもとでの「再問答契約」(restipulatio bei den Interdicten)、「(訴訟上の)収益物の競売」(fructus licitatio)、確定物に関する不当利得訴権や金銭弁済約束に関する訴権のもとでの「三分の一の誓約」や「二分の一の誓約」(sponsio tertiae und dimidiae partis bei der conditio certi und action de pecuniae constituta)、「反対の訴訟(への罰)」(judicium contrarium)、「濫用的な訴訟(への罰)」(judicium calumnie)など、いずれも消滅した。さらに、全く消え去ったというわけではないが、「過多請求」の罰(die Strafe der plus petitio)もまた、かなりの程度において本質的に軽減された。ここでわれわれが、個別化された諸現象とばらばらな形で関わりをもつべきではなく、むしろ、それらの諸現象を貫いて生み出される一つの同一の観念と関わりをもつ必要があるのだと感じない者が果たしているであろうか。

しかしながら、われわれがある(罰に関する)観念について語る場合、おそらくわれわれは、むしろ、古い方式書訴訟の崩壊(der Zusammensturz des alten Formularprocesses)もまた、かの(訴訟上の罰という)仕組みをその瓦礫の下に葬ったという点にその根拠を認めなければならないとまでいうのは、たぶん言い過ぎであろう。とはいえ、人がその罰を(消滅させるのではなく)なお適切なものとみなした場合、その罰を、変化した形態で新たな訴訟制度のうちに持ち越すべきものが何かあったであろうか。しかるに、かの罰はすでに時代遅れなものとなったのであり、そして罰の消滅がやはり実際に方式書訴訟の消滅と結合していたに違いないとされる場合であっても——それについてわれわれは何一つ確実なことを知っているわけではないのだが——このことは、(罰の消滅に関する)原因の単なる一環に過ぎず、その消滅の根拠であったわけではなかった。要するに、方式書訴訟の消滅は、(罰の消滅にとって)単に熟した果物を揺り落

とす外的な震動にほかならなかったのであり、その場合、その果物はなお生命力をもっていたわけであり、何一つ毀損されたわけではなかったのである。たとえば、ユスティニアヌスは、「濫訴への罰」(poena temere litigantium) に関するインスティトゥティオ(「法学提要」)の第4巻16の第1節で、長年の不使用によって消滅したもの(desuetudinem abii)に関して、「十分の一の価額について訴えを提起する原告を罰する濫訴の訴権」(actio calumnie, quae in partem decimam litis actors multabat)や「われわれが今しがた実行したところのものを(直ちに再び)訴えるところの濫訴の訴権」(actio calumnie, quod nunquam factum esse invenimus)について語っている。すなわち、その「濫訴の訴権」は、立法という外的な行為によって排除されたわけではなく、むしろその訴権に固有な生命力の欠如(Lebensunfähigkeit)こそ、その消滅の根拠となったのであり、いわばその訴権は「時代の下した判決」(Urtheil der Zeit)の前に膝を屈したわけである。

ところで、その「時代」は、かの罰のどこに異議を見出したのであろうか。かの罰の大部分は、有責者のみならず無責者もまた等しく過酷な罰の対象としたのであり、そのような罰が長く存続することについては、一般に、その存在理由よりも、その最終的な除去を図ることこそ正当であるように思われたのである。たとえば、あの「盗品が発見された場所に住む者に対する訴権」(actio furti concepti)を排除したところの法の観方の急変(本書ですでに指摘した箇所を参照)も、そのような「時代」の要請と同じものである。すなわち、窃盗については、「知って」その泥棒をかくまった者は誰でも泥棒と同じ罰を受けるという原則(das Princip, quod omnes qui *scientes* …celaverint, obnoxii sunt.)が妥当したのである。そして、そのようにかくまった者についても、(その者が無責の場合には)上記と同様に有利な取り扱いが図られるべきことになったと言えよう。さらにわれわれは、ゼノーがl. 1 Cod. de plus pet. (3. 10)において「過多(龍法 '22) 55-2, 228 (790)

請求の訴え」にかかる罰（die Strafen der plus petitio）につき、次のように言明していることに耳を傾けてみよう。すなわち言う。「しかしやがて、その者と一緒に暮らしている者が明らかに貪欲のゆえに責めを負う場合には、過当なものを請求する者までもが有責判決を受けるであろう。」（tunc vero is qui plus petit damnificetur, quando manifeste convictus fuerit per avaritiam delinquere）このような観念が自覚的に高唱された時代、そして別の時代であればそれに抵抗することもほぼなかったであろう、ある制度のもとで、その考えを具体化せしめた一つの時代があった。とはいえその時代は、将来にわたって、その考えを普通の適用において実用化するという形では、その考えを存続せしめることを不可能なものとしたのである。それゆえ、そのようにして、かの（もろもろの罰にともなう）過酷で無慈悲な諸制度が支配した古い時代から、今や新しい時代へと身に移したものは、すべて、その時代の要請に圧倒された。そしてローマの法学者たちがローマの訴訟形式のもつ頑なな性格や鉄のような固さによって守り抜こうとしてそのまま放置されざるをえないように見えたものもまた、時代精神（der Zeitgeist）の抗しがたい威力に屈したのである。こうして、ローマ法の歴史は、ローマ法それ自体の、常に最も輝かしい功績の一つとしてその第一次的な表現を与えられ、かつまた広く応用可能な具体性を付与されているかの観念、すなわち「帰責なきところに罰なし」（*keine Strafe ohne Schuld*）という観念の勝利にみちた貫徹（die siegreiche Durchführung）とともにその終わりを迎えるのである。

とはいえ、このような観念だけが、罰がその後の法においてそれに身を屈したものであるというわけではない。たとえば、「濫訴の訴権」（*actio calumniae*）に関する罰は、その前提として「帰責」（*Schuld*）を要求したのだが、にもかかわらず、それもまた消滅したのである。その訴権が論難され消滅に至ったのは、一体何故であったろうか。

その問いに答えを見出そうとする試みは、われわれの課題の一つの新た

な側面をあらわにする。それこそ、一個のローマ法学の発展史 (ein Stück Entwicklungsgeschichte des römischen Recht) を意味するのであり、それは、一方で古典期のローマ法学の時代へとわれわれを連れ戻し、他方で、われわれをユスティニアヌスの法を経由して現代の時代へと (in die moderne Zeit) 導き入れる。このような時間的に広範に及ぶローマ私法の歴史を振り返れば、その時間的経過のもとで、「罰」Strafeの観念が一貫して継続的に除去されていったありさまが浮き彫りになる。それでは、なにゆえ今日なお、ローマ人によって作り出された「私罰」(Privatstrafe) がわれわれのもとにとどめ置かれているのであろうか。なるほど、今もその私罰は、あたかも「市民法大全」(corpus juris) においてそれがそのまま存在しているが如く、何一つ変化が生じなかったかのように、諸々の教科書のなかでその役割を果たしている。たとえば、窃盗や横領のもとでの二倍額・四倍額の罰や、強盗の場合の三倍額の罰、あるいは(理由なき)否認の場合の二倍額の罰、寄託訴権及び組合訴権等々に関する不名誉の罰、その他これまで取り上げてきた諸々の罰がそうであろう。しかしながら、それは生命の行き交う通路や生活の生きた営みとあえて縁を断ち切りとうとするような「教科書的実在」(Lehrbücherexistenzen) にほかならないのであり、あらゆる時代の法が「罰」を体現しなければならないかのような「みせかけの実在」(Scheinexistenzen) にほかならない。そして、そのことについては、ユスティニアヌスが彼の時代の傾向、つまりは「古市民法上の所有権」(das dominium ex jure quiritium) の位置づけ方について述べたことが妥当する¹¹⁸。すなわち、「決して(その所有権が万人に

118 l. un. Cod. de nudo jure Quir. (7. 25). —訳者注：dominium ex jure quiritium「古市民法上の所有権」とは、「ローマ市民の古い名称」であるQuiritesが示すように、ローマ市民法の比較的古い段階(前古典期および古典期)の所有権を意味するものであった。それは、「ローマ市民に(のみ)留保され」、かつ「動産およびイタリアの土地」だけを対象に認められるに過ぎなかった(傍点・原著——法的には「動産」のうちに「奴隷」が含まれていたことにも留意し

等しく与えられているとは）みなされていないし、（あらゆる）事物について（所有権が）等しく認められているわけでもない。しかるに、言葉とは（あくまでそれ自体として）空漠なものであり、移ろいやすいものでもある。そして、そのゆえをもって若者の感覚を鼓舞することもある。こうして彼らは、卓越した制定法（の文言）にその注意を払うようになる。彼らは、それら卓越した制定法に心を奪われて、その制定法の根源としてあったものをもはや役に立たないものとして古びた戸棚にしまい込むのである。」（*nec umquam videtur nec parin rebus apert, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt.*）

ともあれ、なにゆえそれらの「私罰」は、もはやその生命力を誇示しえないようになったのか。そうこうするうちに、それら「私罰」の居場所が、いわば公的な罰（近代的な刑事罰——訳者）によって塞がれたからであろうか。とはいえ、このことは、もろもろの「私罰」のうち若干のものについて妥当したに過ぎない。そして、その後のローマ法が辿った経緯を踏まえると、二つの要素（私罰と公的な罰＝刑事罰）が相互に程よく調和した時期があったことを知るのである。それでは一体、「私罰」がもはや維持されないようになってしまったのは何故であったか。上記で与えた説明には、今一度それ自体の説明を要するであろう。そのことについて、われわれがその（「私罰」が消滅するに至ったという）事実を手短な言葉で表現する場合、同時にその真の根拠（*der wahre Grund*）をもすでに述べ尽くしたということになるであろう。すなわち、民事法（*Civilrecht*）の領域では「罰というイデーが損害賠償というイデーによって駆逐された」（*die*

ゝておくべきであろう。）。マックス・カーザー（柴田光蔵・訳）『ローマ私法概説』（創文社、1979年）70頁・132頁以下を181-182頁ともども参照。

Idee der Strafe der des Schadensersatzes erlegen ist) という事実が、まさしくそれであった。このような単純な事実こそ、数世紀にわたる（ローマ私法の）発展の帰結をわれわれの前に明らかに示すのである。すでに指摘したように、「罰」とは搔き立てられたる法感情の表現（der Ausdruck des gereizten Rechtsgefühls）である。すなわち、不法（Unrecht）そのものの単なる埋め合わせでは満足されない場合に、「罰」が悪を悪でもって報復せしめること（Uebles mit Ueblem zu vergelten）を目的化する。要するに、「罰」は、法の理念（Idee des Rechts）よりもはるかに主体の復讐心（Rachsucht des Subjects）に資するものである。それゆえ、「罰」は、市民法的不法の一つの不完全な病理現象的形態（eine unvollkommene pathologische Form des civilrechtlichen Unrechts）を意味するのである。しかるに、法における激情（Affect im Recht）が支配的であった時代には「罰」が当然視されていたとはいえ、人の激しい感情とは無関係に法を取り扱う傾向が普及するにつれて、それと歩調を合わせる形で「罰」は、その正当性（Berechtigung）と生命力（Lebensfähigkeit）とを失うに至ったのである。言い換えれば、このような（報復感情とは無関係に法が形成され運用されるという）理念が完全な形で現実化したかゆえに、「罰」は「損害賠償」（Schadensersatz）という形態へと全き移行を遂げたのであった。なぜなら、「損害賠償」という形態において初めて、民事司法実務（Civiljustiz）は、「罰」の場合になおつきものの偶然（das Zufällige）から免れ、そして恣意（das Willkührliche）を消し去ることができるからである。こうして、おのずから「罰」は、主観的不法の単なる否定、より正確に言えばその（純然たる）財産法上の効果へと自己を高める（von sich und erhebt sich zur einfachen Negation des subjectiven Unrechts oder richtiger seiner vermögensrechtlichen Folgen）。こうして私法（Privatrecht）は、次第に完全な形で実定的（positiv）なものとなる。というのも、私法はその存在基準をそれ自身のうちに具有するので（龍法 '22） 55-2, 232 (794)

はなく、むしろ、変動する歴史的な事実からその基準を受け取っているからである。たとえば、法感情の移ろいやすい繊細さ、あるいは侵害された財貨の見積もりの不安定さなどから（近代的な）「損害賠償」への発展という事実をみるだけで十分であろう。そして、不法の単なる否定としての「損害賠償」こそは、その（歴史的に裏付けられた）事実のうちに、その根拠を見出すとともに、その存在基準と目的をも見出すのである。少なくとも私法は、「損害賠償」のうちにその最大の領域（Maximalgränze）を見出すであろう。そして「損害賠償」は、その私法領域の全体にまで達することはないとはいえ、その領域の内部では十分な役割を果たしているのである。そしてまさしく、「損害賠償」が、一見したところ「罰」を想起させるあらゆる人的な要素を削り落とし、純粹に財産法的な目的に（rein auf den vermögensrechtlichen Zweck）自己を制限するという点においてこそ、しかも普通の物追求的訴権としての性質（をもつ訴権の存在）を（自己と両立・並存するものとして）承認するという点においてこそ、「損害賠償」の法的に正当な存立根拠が存在する。それゆえにこそ、物追求的訴権がその相続人に移転するのと同様に、「損害賠償」請求権者の）相続人にそれが移転する点においても（物追求的訴権と）同列に並べられることを正当化するのである。このような要請が充足されて初めて、損害賠償の理念（Idee des Schadensersatzes）がその十全な真実性において把握され、かつまた現実化されるのだと言えよう。

そして今や、われわれが上記の（私法存立のための）基準を歴史（Geschichte）と関連づける場合、なによりまず今日のローマ法（das heutige römische Recht）がその課題を完璧に現実化していることが如実に示されるに至る。もっとも、優先的に関心事とされるべきことは、単に（歴史的展開の）最終的な結果ではない。そうではなく、それがどのように獲得されたかというその仕方こそ注目される必要がある。すなわち、この二世紀にわたって継続した（学問的な）運動と展開が一個の同一の目標を向いて

進んだということ、つまり一個の同一の思想が徐々に、そして確実にその目標の最終の到達点に達するまで、その思想自身の途を歩み続けせしめた粘り強さ（Beharrlichkeit）がそこにあったということにこそ、目を向けるべきであろう。われわれは、このような私法存立のための基準が辿った道筋に即して、その展開を追跡してみよう。しかも、さしあたり、如何に損害賠償の原理が次第に罰の原理を圧倒するようになったかを確信するに必要な範囲で、その追跡を試みよう。

ローマ法の新たな展開のもつ内的衝動こそは、罰からの離反を決定的なものとした。そのための数多くの証拠とともに、それと異なる個別の痕跡をも指摘しようとする場合、私は、以下のように言いたいのである。すなわち、たとえば「神皇マルクスの裁決」（das Decretum Divi Marci）がそうであったように、罰の原理への逆戻りを示す諸ケースが存在する。この場合、このような散発的な（例外的）現象があるからといって、それが上記の事実（すなわち損害賠償の原理が罰の原理を凌駕したという事実——訳者）を覆すような根拠にはなりえないこと当然である。それは（近代私法が辿った歴史的経過の総体に規定されたものであり…訳者）、あたかも満潮（die Fluth）というものが個々の波の動き次第で決まるのではなく、海洋全体のその一大規模での運動によって（nach dem Vorrücken der See im Ganzen und Grossen）決定づけられるのと同様である。

すでにアクイリア法（lex Aquilia）が、上記の主張を裏づけるために証言している。それは最も早い段階での証言であるように思われる。ともあれ、私の知りえた限りでは、古いローマ法は、「損害賠償」それ自体に向けられた不法行為訴権なるものを知らなかったのであり、不法行為訴権はことごとく「罰」へと向けられていたのである。しかも少なくとも二倍額の罰に向けられていた。それゆえ、アクイリア法が「違法に加えられた損害」（damnum injuria datum）に対する埋め合わせとして端的に直近一年間ないし一ヶ月間の物の価値（Sachwerth des letzten Jahres oder Mo-
（龍法 '22）55-2, 234（796）

nats)のみを対象とした場合、それは一つの前進を意味したのである。アクイリア法は、事情によっては、より多くの賠償を課することがあったかも知れないが、通常は純然たる損害賠償（Schadensersatz）のみを認めたのである。このような後者＝損害賠償へと厳格に方向づけられることにより、法務官（der Prätor）も、たいていは彼によって独自に導入された特別な法務官的な罰を限定的に運用したのである。すなわち、そのような法務官的な罰とは、その後のより新しい時代においてこのような（純然たる「損害賠償」を意味する）請求権を（例外的に不当とするような）不都合が生じうる場合に、そのような請求権がより古い市民法上の罰訴権——それは永久的な（perpetuae）ものであった——と異なり一年で消滅したという点に即して、その不都合をも感じ取って制度化されたものである。たとえば、際立たせる形で例示するなら、「悪意訴権」（actio de dolo）¹¹⁹とか、「不動産占有回復の特示命令」（interdictum unde vi）とか、「暴力もしくはは隠秘になされたことに基づく特示命令」（interdictum quod vi aut clam）などがそうである。「強迫を原因とする訴権」（actio quod metus causa）もまた、本来は単に一倍額の罰から出発したものであり、ただ被告の法廷への欠席（contumacia）を要件として初めて四倍額の罰へとせり上がったのである。同様に法務官は、窃盗が現行犯として行われた場合（furtum manifestum）の（被害者のもとでの）自由の喪失と引き換えに、その盗まれた物の四倍額の罰を命じたのであり、強盗を働いた者には三倍額の罰で調整を図ったのである。また、身体への侵害の場合の同害報復（Talion bei Körperverletzungen）は、裁判官によって査定された金銭的贖罪（Geldbusse）で処理された。「拘束行為」（Nexum）の場合であれば二倍額の罰が加えられたが、被告は、消費貸借のもとでは、二倍額の罰に

119 これに関しては、たとえば（債権者への詐害意思が要件となっている）パウルス訴権（actio Pauliana）や、すでに本書が示した特殊な悪意訴権についても同様のことが妥当する。

代わって、その（貸金元本の）三分の一相当額を付加して支払うだけでよかった。こうして古いローマ法の人的執行（die alte Personalexecution）は、本質的な緩和を遂げたのである¹²⁰。そのようにして人的執行は、事情次第では回避されもしたのであった（たとえば「債務奴隷を含む人的執行に代えての」「財産の（自主的な）譲渡」〔cessio bonorum〕とか、「債務者の支払い能力の限度での有責判決」〔condemnatio in id quod facere potest〕がそうである。）。

他方、あらゆる物追求的訴権（alle reipersecutorischen Klagen）のもとで、被告の義務は、（目的物が滅失した場合）その物のもつ利益の一倍額の給付に制限された。このことは、今日、われわれにとってもはや自明のことであり、内面的に言えば必然的なことであるようにも思われる。たとえそれが直ちに同意を得ることが難しいとしても、なお、私の信念が（具体的に）証明される場合には、それを指摘する値打ちがあるのだと言ってよいだろう。上記の物追求的訴権の場合に関する命題もまた、その命題に抵抗してやまない古いローマ法の見解と批判的に対峙し、それと切り結んでようやく勝ち取られるべきものである。すでに本書で述べたことであるが、二倍額の責任の諸ケースと、それを然るべく一倍額の責任に振り向けた諸ケースに関する新しい法の位置関係とを対比してみよう。たとえば、「追奪担保の訴権」（actio auctoritatis）と「買主訴権」（actio empti）や「弁済されたものの返還訴権」（actio depensi）ないし「委任訴権」（actio mandati）と比較してみよう。あるいは、「後見人計算訴権」（actio rationibus distrahendibus）と「後見訴権」（actio tutelae）と比較してみよう。さらには、物返還訴権（reivindicatio）の場合の、古いローマ法に基づく占有者の果実に関する二倍額への責任とより新たなローマ法のもとでの果実に関する一倍額の責任と対比してみよう。さらに、これも

120 von Bethmann Hollweg, Der römische Civilprocess II. §. 113. を参照。

すでに述べたように、十二表法に基づく受寄者の責任と法務官法告示に基づく「寄託訴権」（*actio depositi*）と比べてみよう。また、係争物を贈与した場合の罰とその物に関するそれ以外の譲渡の場合とを比べてみよう。ことに、物追求の訴権が問題となる事実関係のもとでの純然たる利益そのものへの責任が自然なものであり、必然的なものでもあるということに対して誰が異議を唱えようと欲するであろうか。それは、たとえば、春になれば緑に覆われ始めるのと同様に自然なことであり、必然的なことではないだろうか。しかるに冬になれば人はただいたずらに（緑への）期待を裏切られることになる。言い換えれば、かの思想もまた、それを生み出す時代が成熟して初めて可能なものとなるのであり、いわば古いローマ法のすさんだ空気の中だけではその思想の出現は考えもつかなかったわけである。要するに、そのような（新たな）思想を登場させるためには、あたかも（春の緑に恵まれるまで）気温がより温暖なものになるのを待たなければならなかったことと同様に（その思想を育む環境が歴史的に成熟することを待たなければならなかったのである——訳者。）。

私は、如何にローマ法学がこれら今日の思想を根本的にやり遂げてきたかについて、やや詳しく示したいという誘惑に駆られるのだが、不本意ながらそれは押さえておくことにしよう。ともあれ、およそ、被侵害者の利益給付請求権が純然たる形でその利益に限定されるのであり、それを超える超過的な罰（*poena ausarte*）、すなわち被侵害者が相手方の違法な行為がなければみずから保持しえたであろうよりも多額な罰金を（相手方から）受け取ることをしないということこそ、（新たな）ローマ法学の関心事であった。他方、それとは逆の試みもないわけではない。それを幾つか例示してみよう。たとえば「遅滞」*mora*は、災難（*casus*）のリスクを債務者に転嫁する。しかしながら、仮にその災難が債務者によって期限通り給付がなされたとしてもなお生じたであろう場合には、そのことによってその災難のリスクは債権者が負担することにはならなかったであろうか。

なるほど、古い時代の裁判官はそのことをなんら考慮しなかったが、すでに本書でも示したように最近の法曹（die neuern Juristen）はこのようなケースでは債務者を免責する。なぜなら、この場合には、損害賠償が一個の罰へ（in eine poena）と移行することになると言えるからである（イエーリングは、ここで特に債権者に降りかかる災難のリスク負担を poena と言い換えているようである——訳者。）。さらに、悪意占有者が「物返還訴権」（reivindicatio）の提起前に係争目的物を悪意で譲渡した場合には、その悪意占有者に対する訴えは目的物をすでに譲渡したからといって排斥されるわけではない。すなわち、このような場合には、一個の「罰訴権」（eine Pönalklage）としての機能が付与されるからである。とはいえ、この場合、原告がなんらかの方法ですでにその物を取得していた場合はどうであろうか。その場合、その物は訴訟上原告に譲渡されたことになる¹²¹。また、被侵害者が一個の同一の違法行為を理由に複数の全く独自の損害賠償訴権をもつことも容易に生じうる。この場合、彼が一つの損害賠償訴権を提起してその利益を取得した場合、さらに彼は第二の損害賠償訴権を提起することがありうる。単なる形式主義的な法の立場からすれば、そのような原告に対して何一つ異議が差し挟まれないことになろう。しかしながら、（新たな）法律家の理論によれば、原告のそのような主張は阻止される（「競合による訴権の消滅」〔Untergang der Klage durch Concurrenz.〕）。同様のことは、原告が第二の訴えを別の（しかし第一の被告と）同じ程度に厄介な人物に対して提起しようとする場合に妥当する。原告がすでに提起した物追求的訴権とともに、その物追求的訴権と同じ事実関係からさらに特有な、損害賠償そのものよりも別の多くの効果へと拡張された罰的訴権を有することが、おそらくはありえよう。その場合に、

121 1. 95 §. 9 de solute. (46. 3) で出てくる „quia nihil petitoris interest”（「なぜなら、（原告が目的物をすでに取得しているのであるから）もはや原告の訴えにかかる利益はなんら存しないからである。」）という一文を参照。

たとえば物的訴権の行使者（Vindicant）は、アクイリア法に基づく訴権（「対物的加害訴権」 *actio legis Aquiliae*）をもちえたし、寄託者（Depo-
nent）は盗訴権（*actio furti*）をもちえた。しかしながら、それよりも厳
しい（対人的な効果をその内容とする）有責判決を得るために、原告は上
記のこと（物追求的訴権を根拠づける事実関係の成立）をその根拠とする
ことができたであろうか。その答えはノーである¹²²。もしそのような有
責判決まで物追求的訴権の効果として承認することになれば、そのことは、
かの（物追求的な）訴権の本来の性質（Natur）に反することになるであ
ろうことは誰も異議を挟まないであろう。にもかかわらず、訴訟変更のた
めになされた譲渡に基づく損害賠償そのものに向けられた事実訴権（*die*
auf blossen Schadensersatz gerichtete actio in factum ob alienationem
judicii mutanda causa factum）を物返還訴権（*reivindicatio*）のうちに引
き入れ、そしてそのことによって物返還訴権に第二次的な罰的機能を承認
することについては、いかなるためらいも示されてはこなかったのである。
それゆえ、なぜ人が本来の罰に向けられた訴権との関連においてそうし
なかったのかという根拠は、ただ、人が物的訴権そのものの本来の機能か
ら目を背けてきたからだという点にこれを見出すことができよう。

他方、訴訟物に関する宣誓（*juramentum in litem*）は、有責加害者を
被害者の手に委ねるという効果をもった。その目的に照らせば、それ
（「訴訟物に関する宣誓」）は、裁判上の証拠手段というよりもむしろ、罰
的手段（*Strafmittel*）であった¹²³。より新しい法律家たちは、その宣誓な
いし罰的手段の度外れさ（*Masslosigkeit*）と闘ったのであり、彼らは

122 たとえば、I. 13, I. 27 §. 2 de R. V. (6. 1) をみよ。

123 I. 73 de fidej. (46. 1) における「彼を罰するために」（*propter suam po-
enam*）という文言、I. 60 §. 1 ad. Leg. Falc. (35. 2) における「罰のゆえに
（その責任の内容が）増大した」（*poenae causa adcrevit*）という文言、さらに
I. 8 de in lit. (12. 3) における「（裁判への）出廷拒否は（その報いとして）罰を
生ずるであろう」（*contumacia punienda*）という文言などを参照。

裁判官に抑制（Moderation）のための権限を承認するに前向きな態度をとった。たとえ、そのことが、このような（訴訟物に関する）宣誓の伝統的な性質と決定的な点で食い違いがあろうとも、彼らはそれに怯むことはなかったのである¹²⁴。

すでに本書でもそれについて必要なことを述べたのであるが、ことに訴訟上の罰（Processstrafen）に関しては、私罰（Privatstrafen）に対する異論が提起されてきた¹²⁵。言い換えれば、より新しいローマ法のもとで、その再度の興隆のとき、私法上の罰原理に対する闘争の新たな局面が切り拓かれたのである。私は、その帰結に関して先ほど本書で述べたところである。そのうちの若干のケースを度外視するなら、ローマ人たちによって形成された私罰は、単に金銭罰のみならず、不名誉訴権（actiones famosae）のもとで定立された名誉罰もまた、事実上、われわれのもとではその通用力を失ったのである。そのことは、人によっては是認され、あるいは残念に思われるかも知れない。いずれにせよ、人は歴史がそれを通じてわれわれに与えた学説に対して目を塞ぐわけにはいくまい。すなわち、私法における罰原理は、低い文明時代の思想を体現したものであり、その思想は、権利意識及び法の展開がもたらす前進の前に必然的に屈服したのであった。だからこそ、その罰思想に代わって損害賠償原理（Schadensersatzprinzip）が登場したのである。なるほど、この損害賠償原理が、このような（新たな歴史の要請に応えるにふさわしい）役割を十分に果たしている状態にあるか、すなわち、それが（社会経済的な）交流関係に、かつて罰原理がその交流関係にとって疑いの余地なく一定の確実性をもたらしたのと同様な確実性を提供する状態にあるか。それはなお一個の問題である。

124 1.4 §. 2, 3; 1.5 §. 1, 2 de in lit. (12. 3).

125 すでに述べたことに付け加えることが必要であるとすれば、それはせいぜい、嫁資（Dos）のケースで（離婚に際しての）「習俗上の不行跡を理由とする（相手方の）留保」（retentio propter mores）がユスティニアヌスによって廃止されたということくらいであろう。I. un. §. 5 Cod. de rei ux. (5. 13).

そしてその問題は、本質上、損害賠償請求権のもとでの手続きの正当な訴訟上の形成に依拠するのである（von der richtigen processualischen Gestaltung des Verfahrens bei Schadensersatzansprüchen abhängt）。この点で、われわれの今日の一般的な訴訟、そしてわれわれの今日の判例が、最も正当な要求だけでも充足しているのかと問えば、それに関する判断力をもつ者なら、誰も敢えてそうだと主張する者などいないであろう¹²⁶。

周知のように、ローマの私罰は（加害者の）相続人に移転することはなかった。このことは、受けたる損害の物的調整よりも（被害者の）個人的な満足と復讐にその目的を有していた私罰の本来の趣旨から十分に動機づけられたものである。ところが、そのことは、ローマの法に関する見解によれば等しく罰の観点に服属するところの、契約関係外の局面での不法行為に基づく損害賠償請求権に関しては不適當であり、不公正なものであった。なぜなら（このような損害賠償請求権についても）被害者の権利はその相手方（＝加害者）が生きていれば充足されるが、死んでしまえば充足されないという偶発的なものにとどまったからである。にもかかわらず、ローマ人たちは、長期間にわたってこの（私罰という）命題に拘束されてきたのであり、ただ、現存する債務関係のもとでの違法行為についてだけそれとは逆の（加害者の相続人にも賠償義務を認めるという）決定をしてきたのである。そのような（加害者の生存と死亡がもたらすところの）相違点こそは、それについて人が歴史的な、もしくは形式上法律的な存在理由を挙げるのにふさわしいものであったかも知れないが、しかし立法的・政策的にみれば、あるいは倫理的にみれば、その理由を挙げるのに困難をきたすものであったわけである。とはいえ、ローマ人たちは、かなり多くの契約関係のもとで独自に、徐々にではあるが、相続性原理（Vererblich-

126 そのことにつき私は、関連するあらゆる文献に代えて、レーマンの著作（G. Lehmann, Der Nothstand des Schadensprocesses, Leipzig 1865）だけを挙げておこう。

keitsprincip) の採用を初めて前面に押し出すようになってきた。すなわち、(そのような契約関係も) そもそもは特殊な不法行為訴権によってだけ保護されていたわけであるが、そのようなケースであっても、たとえば寄託・委任・信託及び後見を特に考慮して、すでに早い時期の法文のもとで(相続性原理が)立証されてきた事実を例示することができよう。そのようにしてまた、相続性原理は教会法(das kanonische Recht)のもとでも存続し、しかも、契約関係外の権利侵害についても相続人の責任を承認する方向で展開したのである。そして、そのことによって、ローマ人たちのもとでなお罰原理と混在化せられてきた損害賠償原理を一步前に前進させ、承認へとたらし、妥当性を付与する段階をもたらししたのである。とはいえ、当時の市民法は、教会法が宗教的・道徳的な観点を優位に置いたという点で修正を行ったことを、上記で示したような相続性原理の肯定と同様に感謝の念をもって承認するという機会をもつことなどほとんどなかったのである。

ともあれわれわれは、ようやく目的地に達した。言い換えるならば、われわれの辿ってきた道がわれわれを過去から現在へと導く個別の諸現象に注目する場合、われわれが一つ一つその諸現象から具体的に察知すべく要請してやまない諸々の(内面的に形成された)印象を一個の統一的な印象(ein Totaleindruck)のうちに包括し、その(われわれの辿ってきた)道の何が利益であったのかをわれわれが問い直すためにこそ、われわれは(本書で)獲得された立場を利用するのである。そこから引き出される答えとして、私は、以下のように述べるのが許されるのではないかと考える。すなわち、われわれが辿ってきた道のもたらす利益とは、まずは、法の領域でのより高次の一般的な思想の力が支配しているという確信がそれである。つまりは、静かな、面倒な騒ぎのない理念の仕事が行き渡っていることへの観察力がそれであり、おそらくその理念の仕事は、知らず知らずのうちに思想の構築物それ自体が無意識的にその構成資材を積み上げ、

その建築物が完成に至るまで何百年何千年の長きを経過せしめたものであった。そのようなプロセスをへて、法は新たに形成され、若返りつつ現に存立するのである（das Recht neugestaltet und verjüngt dasteht.）。さらに私の試みた研究の第二の所産として、私は、次の命題を指し示すことができるように思う。すなわち、法の領域では、人類（die Menschheit）がその道の先頭を歩んだのと同じ規模で帰責要素（Schuldmoment）のための彼らの理解が進歩したのであり、逆に言えば彼らの罰への誘惑と欲求は低下していったという命題を提示することができよう。さらに言い換えればこうである。——「法の理念が成長していくにつれ、罰は消滅する。法秩序が完成され、諸々の民族が成熟するにつれて、罰という手段を用いることは、それと逆の関係に置き換わる。」（wenn die Idee des Rechts wächst, sterben die Strafen ab, der Aufwand von Strafmitteln steht im umgekehrten Verhältniss zu der Vollkommenheit der Rechtsordnung und der Reife der Völker.）。

上記の命題につき、私がつまらそれについてだけその正当性を確認すべき私法の限界を超えて、さらに広範な真実性がその命題に付与されないのかどうか。これは一個の問題である。そして、この問題は、堅実で博識な刑法学者こそ——その人に私は本書を献呈したわけだが——私などより、よりよくその回答を与えうる立場にあるのだというべき問題にほかならない。

（完）

〔訳者あとがき〕

ようやく、イエーリング『ローマ私法における帰責要素』（以下ではこれを「本書」とも呼ぶ）を訳し終えることができた。この拙訳の最後の文章でも示されているように、イエーリングは、『ローマ私法における帰責要

素』と銘打って、もっぱら私法学の観点から「帰責要素」(das Schuldmoment)の歴史的¹⁾位置づけとその固有の役割を解明しようとしながら、なお同時に、当時の刑法学のあり方(本書5頁に出てくるアドルフ・メルケルの見解＝「行為不法論」。龍谷法学53巻4号〔2021年〕589-590頁)を厳しく批判しようとした。少なくとも、19世紀中ごろにおけるそのような近代刑法学の「行為不法」への傾向を問題視しようとした(刑法上の「違法論」については、さしあたり小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌80巻5号〔1963年〕39頁以下を参照)。そのために彼は、刑法で直接問題とされることのない物権的請求権(さしあたりは物権的返還請求権)を取り上げ、その善意の占有者(たとえば、Aの所有物甲を盗んだBからそれを買った善意のC)が負うべき物的責任としての物権的返還請求権(わが民法193条にモディファイされているというべきもの)の根拠を、その行為の違法性ではなくして、端的に現在の物的状態の客観的な「不適法性」(Unrechtsmäßigkeit)に求めた(イエーリングの翻訳・前掲龍谷法学53巻4号588頁、591頁)。

ここには、文字通り不法行為が成立する前の段階で物権的請求権が独自に成立しうること、言い換えれば不法行為の効果とはまったく別個に差止請求権が成立しうることははっきりと示されている。わが国の民事違法論が不法行為法のみに限局される形で展開し、いわゆる我妻的な相関関係的違法論をへて、今や過失論(ないし受忍限度論)をも取り込んでその混迷の度合いを深めてきた様相は、すでに原島重義「わが国における権利論の推移」(1976年)同『市民法の理論』(創文社、2011年)445頁以下に示された通りである。原島教授は、その論文のなかでドイツにおける「目的的行为論」(Die finale Handlungslehre)が「民事法にも導入」されていこうとしている事実を問題にする。そして、「目的的行为論」による「行為不法の判断」が「利益衡量」と分かちがたく結合され、もって「権利侵害を中心とする結果不法(Erfolgsunrecht)」が「取引上要求される一般的注意義務(eine allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfaltspflicht)の違反、(龍法'22) 55-2, 244 (806)

という行為不法に置き換えられる。」と指摘する（要するに「過失」と「違法性」とが融合し、よって独自の新たな「行為不法」が目的的行为論導入の帰結として承認されることになる。原島・前掲書454頁）。このようなドイツ的な目的的行为論と接合しようとするわが国「利益衡量」的行为不法論は、我妻の相關關係的違法論を固有に内在せしめ、それと融合可能なものである。それゆえに、いわゆる侵害行為の態様としての大企業・公営企業等による権利侵害・法益侵害が「許された危険」として法的に合理化され、せいぜい一定の要件のもとで「適法行為による不法行為」＝「無過失損害賠償責任」を認めうることがあるに過ぎない、ということをもさらに合理化せしめる。そこでは、差止違法の根拠は、不法行為違法の単なる付け足し＝「補足物」（das Pendant）として、その延長線上でしか登場しえない。それがゆえに差止めのためには、金銭賠償のための受忍限度よりも一層高いレベルでの受忍限度を超えた違法性が要求されざるをえないという一種の倒錯現象、あるいは負のスパイラルに直面することになる（原島・前掲書449-452頁。なお、最近の差止請求権にかかる「立法構想」につき、拙稿・川角「物権的妨害排除請求権再論（9・完）」龍谷法学52巻4号〔2020年〕119頁以下を参照）。

このように、原則を忘れ去る形で屈折し切ったわが国の行為不法的民事違法論に対して、イエーリングによって発せられた警告は、より大きな意味をもたざるをえないであろう。もとより、イエーリングの学説は、19世紀中ごろのドイツの法状況を反映したものであり、その契約責任論の評価を含め検討されるべき課題を少なからず抱え込んでいること確かであるかも知れない。にもかかわらず、契約責任における原初的な不法行為訴権的救済＝私罰機能から、固有の（客観的な）契約責任への進化を描くイエーリングの姿には、なお深く学ぶべきものがあると考え（とはいえイエーリングによれば、契約責任としての損害賠償請求権の根拠が、なお債務者の「帰責」の有無に求められることに変わりはない。）。

いずれにせよ、イエーリングは、少なくとも権利侵害（所有権を典型とす

る、いわゆる主観的権利〔das subjektive Recht〕への客観的な侵害）を、まずはその現在の物的状態の客観的な「不適法性」の有無によって判断し、その「不適法性」が認定されれば物権的請求権ないし差止請求権を許容しつつ（ちなみに、その「不適法性」が人の「行為」によって維持されている場合にその「行為」の客観的な「違法性」が認定されることになろう。）、他方、それとは全く別個に故意または過失の存在、および権利侵害・法益侵害にかかる違法性の充足、さらに損害の発生を要件に不法行為請求権（損害賠償請求権）が認められるという二元論的な方向性を明示したのである。これこそ、民事違法の二元論の先駆けというべきものであろう。

ちなみに、上記で述べたことの基本線（Grundlinie）は、1972年エドゥアルド・ピッカー教授のモノグラフィー（Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Herausgegeben von Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn, Bd. 92.）で展開されたことであり、それは、今日のドイツでかなり有力化しつつある見解である（この点につき、詳しくは拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』〔日本評論社、2019年〕231頁以下を参照）。

そして、さらに注目すべきことは——むしろ、それは当然のことと言すべきことなのであるが——そのピッカー著作でも、イエーリングの見解が法史的（rechtsgeschichtlich）かつ法解釈学的（rechtsdogmatisch）に精確に踏まえられている、ということである（Picker, a. a. O., S. 69 und S. 72 Fn. 113 sowie S. 73.）。このことのみ最後に指摘し、もって1年有余に及ぶイエーリング『ローマ私法における帰責要素』の拙い訳業を、ひとまず終えることにする。

（2022年6月12日 川角由和）

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』(後半)

戸 塚 悦 朗

(55-1目次)

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』(前半)

(解説)

1. 翻訳に至った経過
2. 著者デイヴィッド・ワイズプロット教授について
3. 本書の概要について

『非市民の権利』目次 (前半)

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

1. 生命、身体の自由及び安全に対する権利

恣意的拘禁からの保護；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からの自由；拘禁されている非市民の領事に接触する権利

非市民は、生命に対する固有の権利を有し、法律によって保護され、且つ、恣意的に生命を奪われない¹。彼らはまた、身体的自由及び安全への権利を有する。非市民を含むすべての個人は、恣意的な拘禁から保護されなければならない²。もし、非市民が合法的に自由を奪われた場合、彼らは、人間的に扱われ、且つ、人としての固有の尊厳を尊重されなければならない。彼らは拷問又は残虐な、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てはならず、また奴隷又は隷属状態に置かれてはならない。拘禁されている非市民は、領事に接触する権利があり、接受国は非市民にこの権利を告知しなければならない³。

締約国は、当該国の領域内にあるかどうかにかかわらず、法律上の保護も含め、被拘禁者のヒューマンライツを尊重する義務がある⁴。人々があ

1 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

2 Conka v. Belgium, op. cit.

3 Vienna Convention on Consular Relations, art. 36. この手続きは、たとえ死刑事事件の場合でも、また、国際司法裁判所が暫定的な救済を与えた後でさえも常に実施されるわけではない。See the orders of the International Court of Justice of 9 April 1998 in the Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) and of 3 March 1999 in the LaGrand Case The Rights of Non-citizens 39 (Germany v. United States of America), the decisions of the United States Supreme Court of 17 April 1998 in Breard v. Greene and of 3 March 1999 in Federal Republic of Germany v. United States of America, and Advisory Opinion OC-16/99 of the Inter-American Court of Human Rights on the right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law of 1 October 1999.

4 Decision of the Inter-American Commission on Human Rights of 12 March 2002 on the request for precautionary measures (Detainees at Guantanamo Bay, Cuba).

る国の権限及び管理の下にあり、且つ武力紛争の状況が起こり得る場合は、彼らの基本的権利は、部分的には国際人道法と国際ヒューマンライツ法の参照によって決定されることがある。締約国は、国際人道法、特に捕虜の待遇に関するジュネーブ条約の第5条に従って各被拘禁者の法的地位の決定を権限ある裁判所に委ねなければならない。しかし、国際人道法による保護が適用されないと考えられる場合であっても、かかる人々は、国際ヒューマンライツ法の下で少なくとも効力を停止することを許されない保護規定の対象になる。

要するに、国家の権限と管理の下にある者からは、その者の状況如何を問わず、基本的なそして効力を停止することが許されないヒューマンライツを奪うことはできない。被拘禁者の法的地位が明らかにされない場合には、国際的に又は国内的に法の下で認められている権利及び保護について、国家による実効的な法的保護の対象とされているということとはできない。非市民を拘禁するために国家によって管理され、そして、そのような非市民が法的または社会的援助を拒否される、いわゆる国際ゾーンは、法的な作り話であって、国家は、そのような地域が治外法権的な地位を持っていると主張することによって国際的ヒューマンライツ責任を回避することはできない⁵。

諸国及び国際機関は、また、テロとの戦いのための措置をとるにあたって、目的又は効果において人種又は国民的又は民族的起源を理由に差別しないことを確保しなければならない⁶。

5 European Court of Human Rights, *Amuur v. France*, No. 19776/92, judgement of 25 June 1996, para. 43.

6 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism (A/57/18, para. 514); Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 14th, 15th and 16th periodic reports of Morocco (A/58/18, para. 147).

それにもかかわらず、諸国は、強制送還または引き渡しのために取られる行動の対象となっている非市民を、非市民が罪を犯したり逃亡したりするのを防ぐためにかかる拘禁が必要であると合理的に考えられるかどうかにかかわりなく、逮捕又は拘禁することができる⁷。

2. ルフルマンからの保護

外国人は、ルフルマン、すなわち迫害や虐待を受ける可能性のある国への強制送還から保護される権利を享受する。このノン・ルフルマンの原則は、若干異なる定めで多くの国際文書に存在する⁸。非市民の追放は、目的地の国における生命や身体への危険を考慮せずに行われてはならない⁹。

ノン・ルフルマン原則については、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約の第3条に次のような定めがある。

「1. 締約国は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足る実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し又は引き渡してはならない。

7 Conka v. Belgium; European Court of Human Rights, Chahal v. the United Kingdom, No. 22414/93, judgement of 15 November 1996, para. 112.

8 例えば以下を参照。難民の地位に関する条約；難民の地位に関する議定書；拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約；市民的及び政治的権利に関する国際規約；欧州ヒューマンライツ条約。See also United Nations, Digest of Jurisprudence of the United Nations and Regional Organizations on the Protection of Human Rights while Countering Terrorism (HR/PUB/03/1).

9 Human Rights Committee, concluding observations on the third periodic report of Yemen (A/57/40 (vol. I), para. 83 (18)); see European Court of Human Rights, Ahmed v. Austria, No. 25964/94, judgement of 17 December 1996.

2. 権限のある当局は、1の根拠の有無を決定するに当たり、すべての関連する事情（該当する場合には、関係する国における一貫した形態の重大な、明らかな又は大規模な人権侵害の存在を含む。）を考慮する」

退去命令が第3条に違反しているか否かを検討する際には、その当該個人が送還先の国で拷問を受けるという現実的かつ個人的なリスクにさらされるかどうかを判断しなければならない¹⁰。第3条2項にしたがって、一貫した形態の重大な、明らかな又は大規模な人権侵害の存在を含め、関連するすべての事項を考慮する必要があるが、このような形態が存在しないことは、その者の特殊な状況において、彼又は彼女が拷問を受けないということの意味しない¹¹。拷問のリスクは、単なる理論的な、又は疑惑以上の根拠に基づいて評価されねばならない。しかし、高度の蓋然性があるというテストを満たすものである必要はない。追放命令を受けた者は、彼又は彼女が拷問される危険があると信じるについて上記のような実質的な根拠があり、且つかかるリスクが個人的に現実のものであることを証明する必要がある。網羅的なものではないが、退去命令が条約第3条に違反しているか否かの判断のためには、以下のような情報も適切であろう。

- (a) 当該国は、一貫した形態の重大な、明らかな又は大規模な人権侵害の証拠がある国であるか（第3条2項参照）？
- (b) 第3条の違反を主張する者が、公務員又は過去において公的権限を持って行動していたその他の者によって、又はその者

10 See Committee against Torture, decision on communication No. 144/1999, A.M. v. Switzerland, 14 November 2000 (A/56/44, annex VII) and decision on communication No. 180/2001, F.F.Z. v. Denmark, 30 April 2002 (A/57/44, annex VII).

11 See A.M. v. Switzerland.

の扇動により、又はその者の同意又は黙認のもとで、拷問又は虐待を受けたか？もしそうなら、それは最近のことか？

(c) 過去に拷問や虐待を受けた人の主張を裏付ける医学的またはその他の独立した証拠があるか？拷問は、後遺症を残しているか？

(d) 上記 (a) の状況に変化はないか。ヒューマンライツに関する国内状況は変化したか？

(e) その者が、当該国に追放され送還され又は引き渡された場合には、拷問の危険に特にさらされやすいと思われるような政治的又はその他の活動に当該国の内外で従事していたか？

(f) その者の信用性についての何らかの証拠はあるか？¹²

この分析は、欧州ヒューマンライツ裁判所がChahal対英国事件で、インド国籍のシーク教徒指導者がもし彼が英国からインドへ強制送還されれば、虐待の危険があるかどうかについて判断する際に採用されたものである¹³。

拷問等禁止条約第3条1項の文言は、難民の地位に関する条約第33条1項の規定と似ているが、完全には一致しない。前者は、拷問の被害者となるおそれのある者に限って、ルフールマンからの保護を提供するが、後者は、様々な迫害の犠牲になる危険性のある人のためにルフールマンからの保護を提供する。

拷問の被害者には、極端なトラウマの出来事に関する完全に首尾一貫した事実を思い出すことは期待できないが、そのような主張を支持するよう

12 See general comment No. 1 (1997) of the Committee against Torture on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22.

13 Chahal v. the United Kingdom.

な証拠を提出する準備をしておかなければならない¹⁴。

3. 移動の自由及び自国に戻る権利

人は、その国の市民ではない場合には、入国し又は居住する権利を有しない¹⁵。ただし、合法的に締約国の領域内にいる非市民は、移動の自由及び自由に居住地を選ぶ権利を有する¹⁶。非市民が国内で定住できる場所に関する規制及びその他の割り当て——特に強制的な要素を含む可能性のあるこれらの制限や割り当ては、移動の自由への権利の侵害となり得る¹⁷。締約国は、自国の領域内における非市民の地理的分布が衡平の原則に従って定められ、且つ人種差別撤廃条約の下で認められた彼らの権利の侵害につながらないように確保することを奨励される¹⁸。庇護希望者には、可能な限り移動の自由が保障されるべきである¹⁹。すべての非市民は、締約国から自由に離れることができる²⁰。

14 6 Committee against Torture, decision on communication No. 146/1999, E.T.B. v. Denmark, 30 April 2002 (A/57/44, annex VII).

15 European Court of Human Rights, Boultif v. Switzerland, No. 54273/00, judgement of 2 November 2001.

16 前掲第1章Bを参照。地域ヒューマンライツ文書は、非市民に対して同様の区別をしている。米州ヒューマンライツ条約は、移動と居住の自由を拡大し（第22条1項）、さらに退去強制手続における手続上の保護を与えている（第22条6項）。欧州ヒューマンライツ条約第4議定書は、「合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者」に移動の自由への権利と居住地を選択する自由を保障している（第2条1項）。欧州ヒューマンライツ条約第7議定書は、締約国の領域内に「合法的に居住する」外国人に追放手続きにおける手続き上の保護措置を拡大している（第1条1項）。

17 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Denmark (CRI (2001)4, paras. 18-25).

18 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 14th periodic report of Denmark (A/55/183, para. 63).

19 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Malta (CRI (2002)22, para. 19) and chap. III, sect. B 2, below.

20 General comment No. 15 of the Human Rights Committee.

市民的及び政治的権利に関する国際規約の第12条4項は、「何人も、自国に戻る権利を恣意的に奪われない」と定めている。規約ヒューマンライツ委員会は、この規定を広く解釈し、特定の国に居住する無国籍者及び当該国と長期的な関係を有する者であるが、その国の市民でない者に権利を与えている²¹。締約国は、長期在留者である非市民の在留許可は、例外的で明確に定義された状況下でのみ撤回され、かつ、かかる決定に対しては不服申し立てのための十分な審査が利用可能となるよう確保することを求められる²²。合法的に永住する居住者がその国に再入国するために帰国ビザを取得することを必要とすることは、第12条4項に適合し得ない。このような規定を有するいかなる締約国も、第12条4項への適合性を確保するよう法改正を検討すべきである²³。

4. 恣意的な追放からの保護

非市民は、その者を受け入れることに同意する国に対してのみ追放することができ、その国に向けて出発することが許される²⁴。

法的拘束力を持たない文書である居住国の国籍を有しない個人のヒューマンライツに関する国連宣言及び欧州ヒューマンライツ条約第4議定書は、非市民の集団的な追放を禁止している。集団内の個々の非市民の特定の事例に関する合理的かつ客観的な調査に基づいてかかる措置が講じられる場合を除き、非市民を集団として追放しようと強制するあらゆる措置は、禁止されている²⁵。換言すれば、非市民の集団を追放するための手続きは、

21 See Human Rights Committee, concluding observations on the fourth periodic report of New Zealand (A/57/40 (vol. I), para. 81 (12)).

22 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Switzerland (CRI (2000)6, paras. 35-39).

23 Human Rights Committee, concluding observations on the fourth periodic report of New Zealand.

24 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee (para. 9).

25 Conka v. Belgium. 国籍、宗教、民族、人種その他の考慮事項を理由とするノ

その集団の非市民のそれぞれの個人的な状況が、純粹に**個別的に**十分考慮されることが明らかに保障されるようなものである必要がある²⁶。そのため、たとえば、ある集団の一員である非市民が、出身国で安全である故に難民の地位を認められないと判断されたからと言って、一人ずつが同様に個別的に難民の地位を認められないと判断されない限り、その集団の他の成員に強制送還を命じることはできない²⁷。

締約国は、彼らを追放する計画された作戦計画のために、口実を使って彼らに当局への出頭を促すことで、意識的に非市民の拘禁を容易にすることをしてはならない²⁸。Conka対ベルギー事件では、両親と2人の子ども——スロバキア国籍でロマ系の4人家族が関わった。父親がスロバキアでスキンヘッドによる暴力的な攻撃の犠牲者となって入院したのち、一家は、スロバキアからベルギーに逃れ、亡命を申請した。しかし、彼らの申請は、彼らが難民の地位に関する条約が目的とするほどにまでにスロバキアで彼らの生命が危険にさらされていることを示す十分な証拠を提出しなかったという理由で拒絶された。家族にベルギーに残る許可を拒否する決定は、彼らが領土に入る許可を拒否する決定を伴い、それ自体がその領土を5日以内に離れる命令で裏書された。家族は、1999年9月末に書面による通知を受け取り、「彼らの亡命申請に関するファイルを完成するために」、10月1日にベルギーのヘント警察署に出頭するよう要請された。彼らが警察署

ㄨ 集団的追放は、ヒューマンライツ侵害を構成する。See African Commission on Human and Peoples' Rights, *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme and others v. Angola*.

26 *Conka v. Belgium*; European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Finland (CRI (2002)20, paras. 46-57).

27 See European Court of Human Rights, *Andric v. Sweden*, No. 45917/99, decision of 23 February 1999; see also African Commission on Human and Peoples' Rights, *World Organization against Torture and others v. Rwanda*, communications Nos. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93 (October 1996).

28 *Conka v. Belgium*.

に到着すると、家族は、1999年9月29日付の退去命令とともに、彼らのスロバキアへの移送とその目的での逮捕の決定を交付された。彼らは、その後拘束され、数時間後にSteenokkerzeel（ベルギー）にある閉鎖された移送センターに連行された。

欧州ヒューマンライツ裁判所は、法執行官は、例えば、犯罪活動に対してより実効的に対応するためには戦略を使うことができるが、当局が事実上、逮捕とその後の国外退去を視野に入れて、非市民——特に庇護希望者——の信頼を得ようとする行為は、欧州ヒューマンライツ条約において定められている一般原則または暗黙の原則に違反すると判断される場合があり得ると判示した。判決は、続けて、ビザが期限を徒過している人たちの場合でさえも、当局の意識的な決定が、通知の目的を誤解させて自由を奪いやすくしようとすることは、すべての人に身体的自由と安全への権利を保障している条約第5条と適合しないが、しかし、「不法入国を防止しようとしている場合、あるいは追放又は送還しようと考えて行動を取りつつある場合には、人を合法的に逮捕または拘留すること」は許されていると判示した。したがって、庇護希望者——その国に合法的にいるかどうかということに関係なく——に送られた通信は、誤解を招いたり、だましたりするようなものであってはならない。

それにもかかわらず、締約国が在留期間限定の許可で認められた期間を超えて国内に留まる者のように非正規に滞在する人々の出国を求める移住者政策を実施する余地は大きい²⁹。しかし、その裁量は無制限ではなく、恣意的に行使することはできない。例えば、ウィナタ及びラン・リー対オーストラリア事件は、インドネシアの国籍は失っており長年オーストラリアに居住していた無国籍である既婚者に関するものであった。彼らのビザが切れて在留期間を徒過したのち、夫婦は追放に直面し、二人と彼らの

29 Human Rights Committee, views on communication No. 930/2000, Winata v. Australia, 26 July 2001 (A/56/40 (vol. II), annex X, sect. T, para. 7.3).

13歳のオーストラリア国籍の息子のために個人通報がなされた。規約ヒューマンライツ委員会は、その夫婦の国外追放は、市民的及び政治的権利に関する国際規約第17条³⁰と第23条³¹を併せて侵害し、また息子の権利については第24条1項³²を侵害すると判示した。非市民の両親が市民である子供を持つという事実それ自体だけで直ちに提起された両親の追放を恣意的とするものではないが、本件では、子供が生まれたときから13年間オーストラリアで育ち、「普通の子どもと同じようにオーストラリアの学校に通ってそれによって固有の社会関係を築いてきた」のだから、締約国は、恣意性の特徴づけを避けるためには移住者法を単純に施行することを越えて、両親の追放を正当化する追加的な要因を示す責任があった。

非市民——たとえテロリズムの疑いがある非市民であっても——は、彼らの追放に異議を申し立てる法的機会を与えずに追放されてはならない³³。しかし、市民的及び政治的権利に関する国際規約は、「合法的にこの規約の締約国の領域内にいる」非市民にのみ国外退去手続における一定の手続上の保護（第13条）を受ける権利を規定している³⁴。

30 第17条1項は、「何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」と定めている。

31 第23条1項は、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」と定めている。

32 第24条1項は、「すべての児童は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、国民的若しくは社会的出身、財産又は出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であって家族、社会及び国による措置について権利を有する。」と定めている。

33 Human Rights Committee, concluding observations on the third periodic report of Yemen. 実際、締約国は、非市民を追放する前に、効果的な保護制度と救済を与えるべきである。Human Rights Committee, concluding observations on the second periodic report of the Syrian Arab Republic (A/56/40 (vol. I), para. 81 (22)).

34 長期在留非市民の在留許可の取消は、また、明確に定義された例外的状況下でのみ、且つそのような決定に対して不服申立てを行うための十分な手段が

5. 思想及び良心の自由

意見の保持及び表現の権利；平和的集会への権利；結社の自由

非市民は、思想及び良心の自由並びに意見の保持及び表現の権利を持つ³⁵。彼らには平和的な集会への権利及び結社の自由もある。例えば、政党への参加は、非市民に開かれているべきである³⁶。

6. 私生活、家族、住居または通信への恣意的な干渉からの保護

非市民は、私生活、家族、住居又は通信に対する恣意的又は不法な干渉をされない³⁷。例えば、欧州ヒューマンライツ条約第8条は、次のように定めている。

「1. すべての者は、その私生活、家族生活、住居および通信の尊重を受ける権利を有する。」

「2. この権利の行使に対しては、法律に基づき、且つ、国の安全、公共の安全、もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由のため民主的社会において必要なものを除きいかなる公の機関による干渉もあってはならない。」

ゝ与えられた場合にのみに限られるべきである。European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Switzerland (para. 39). 非正規滞在の少年非市民は、子どもの権利条約の下でより大きな保護を受けることができる。その第2条は、締約国の管轄権内にあるすべての子どもに保障を与えている。

35 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

36 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the fifth periodic report of Estonia (para. 359), and Human Rights Committee, concluding observations on the second periodic report of Estonia (A/58/40 (vol. I), para. 79 (17)).

37 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

非市民が締約国の領域内に現実的な家族の絆を持つ場合であって、その国からの追放を命じられる場合は、追放はそれらの人々の絆を危険にさらすことになるのであって、それが求められている正当な目的と比例的である場合にのみ、第8条に関して追放が正当化される。言い換えれば、家庭生活への干渉が保護されるべき公益に比べて過度ではない場合にのみ追放が正当化される³⁸。家庭生活を尊重する権利としばしばはかりにかけられる公共の利益は、公の秩序の維持における締約国の利益である。それは、犯罪で有罪判決を受けた非市民の文脈の中で生じる。移住者である非市民が重大な罪を犯した後、特定の国に入国し、あるいはそこに留まる権利はない。しかし、家族である近親者が住んでいる国から人を追放することは、特に当該個人が公共の秩序または安全に危害を及ぼすおそれがほとんどない者である場合は、条約第8条1項で保障されている家族生活の尊重を受ける権利を侵害することになり得る³⁹。

ベルハブ対オランダ事件は、刑事上の有罪判決がなかった事例である。ベルハブ氏は、モロッコ市民で、オランダ市民との結婚に基づいてオランダに在留していた。彼と彼の妻は、1979年離婚した。ベルハブ氏は、結婚によって得た娘の補助後見人に任命され、娘との頻繁で定期的な訪問を許された。1983年にベルハブ氏の在留許可は離婚のため更新されず、その後逮捕され、追放を命じられた。欧州ヒューマンライツ裁判所は、上記のバランステストを適用し、強制送還がベルハブ氏の条約第8条に基づく権利を侵害したと判示した。

場合によっては、国外追放は、非市民が刑事上の罪で有罪とされた場合でさえ、その家庭生活への干渉からの自由を侵害する可能性がある。例え

38 Berrehab v. the Netherlands; see also European Court of Human Rights, Beldjoudi v. France, No. 12083/86, judgement of 26 March 1992, Mehemi v. France, No. 25017/94, judgement of 26 September 1997 and El Boujaïdi v. France, No. 25613/94, judgement of 26 September 1997.

39 Boultif v. Switzerland, para. 55.

ば、ベルジュディ対フランス事件⁴⁰では、ベルジュディ氏はアルジェリア市民とみなされ、フランスにおける多数の刑事上の罪——暴行、窃盗、加重窃盗、無免許運転及び無許可の武器所持で有罪判決を受け、追放を命じられた。しかし、ベルジュディ氏はフランスで生まれたが、未成年者であった当時、両親が1962年3月19日のエビアン合意とその後に制定された法律に基づいてフランス国籍の確認を怠ったというだけの理由でフランス国籍を失った。成人すると、彼は、フランス国籍を再確立しようとし、フランス軍人になり、フランス国民と結婚し、彼の近親者は、フランスに数十年間暮らしていた。これらの要因を考慮し、欧州ヒューマンライツ裁判所は、追放命令は、条約の第8条によって求められた正当な目的と比例していず、そのためにベルジュディ氏とその配偶者の権利を侵害したと判示した。

B. 市民的及び政治的権利

1. 法律の前の承認と平等な保護への権利

裁判所の前の平等；公正な公開審理を受ける権利；刑罰法規の遡及的適用からの自由

非市民は、法律の前に平等な保護と承認を受ける権利がある。彼らは、裁判所の前において平等であり、且つ、その刑事上の罪の決定又は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、権限のある、独立の、かつ、公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利を有する。非市民は、遡及的な刑罰法規によって処罰されてはならず、且つ、契約上の義務を履行しなかったために拘禁されてはならない⁴¹。

40 Beldjoudi v. France.

41 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

2. 市民権の取得、維持及び伝達への権利

締約国は、すべての非市民が差別を受けることなく、市民権を取得する権利を享有することを確保するために効果的な措置を取らなければならない⁴²。したがって、締約国は、帰化または出生登録⁴³に関して人種又は民族的又は国民的出身に基づいて、特定の非市民グループを差別してはならず、且つ、国籍の取得と伝達⁴⁴に関する男女間のすべての差別をその立法から廃絶しなければならない⁴⁵。女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約第9条は、以下のように定めている：

「1. 締約国は、国籍の取得、変更及び保持に関し、女子に対して男子と平等の権利を与える。締約国は、特に、外国人との婚姻又は婚姻中の夫の国籍の変更が、自動的に妻の国籍を変更し、妻を無国籍にし又は夫の国籍を妻に強制することとならないことを確保する。」

「2. 締約国は、子の国籍に関し、女子に対して男子と平等の権利

42 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 11th, 12th, 13th and 14th periodic reports of Yemen (A/57/18, para. 464).

43 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, concluding observations on the second periodic report of the Dominican Republic (E/1997/22, para. 225); Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 11th, 12th, 13th and 14th periodic reports of Yemen.

44 Human Rights Committee, concluding observations on the third periodic report of Yemen (para. 83 (11)); Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on its twenty-seventh session, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 38 (A/57/38, Part II, para. 254).

45 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. 5 (d) (iii). See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second reports of Saudi Arabia (A/58/18, para. 214).

を与える。」

しかし、多くの締約国は、女性が自分の国籍を子どもに伝える権能に関して差別を続けており⁴⁶、数か国は、同条約第9条について留保している⁴⁷。そのような締約国は、彼女らが結婚していないか、彼女らの夫が無国籍である場合にのみ、その女性の国籍を子供に伝えることを認めている。

両親は、性別にも、もう一方の親と結婚しているかどうかにもかかわらず、子どもに国籍を伝えることができないなければならない⁴⁸。同時に、出生地主義（出生地に基づく市民権の原則）が、非市民から生まれた、特にそうでなければ無国籍の両親から生まれた子どもの国籍を定める国際基準となってきた⁴⁹。法的地位がまだ決定されていない非市民の子どもたちは、市民権獲得のいかなる困難からも保護されなければならない⁵⁰。締約国は、子ども及び障がい者の帰化手続きを容易にするよう奨励されよう。

諸政府は、特定の国民的又は民族的出身の者に対する差別的な効果を持つ移住者政策にもっと注意を払うべきであるし⁵¹、又、申請手続き及び市民権を申請する動機の欠如の双方の観点から帰化に対するあらゆる障壁を

46 United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Division for the Advancement of Women, *Women 2000 and beyond: Women, nationality and citizenship* (June 2003); see also sect. 3 and chap. III, sect. E below.

47 批准及び留保の最新情報は、以下を参照。see <http://untreaty.un.org> (“access to databases”).

48 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second reports of Saudi Arabia; Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CRC/C/15/Add.188, para. 23 (d)).

49 See chap. III, sect. E below.

50 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the fifth periodic report of Estonia (para. 353).

51 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 13th and 14th periodic reports of Canada (para. 336).

調査するよう奨励される⁵²。

締約国は、また、現在管轄内に居住している前身国家の元市民の地位を正規化すべきである⁵³。締約国は、これらの者に、住民登録を与え、市民権の権利及び利益を享受するよう確保することを奨励される。締約国は、また、当局がこれらの人々に対して国外に再定住することを強制しないよう確保することを奨励される。さらに、締約国は、前身国家の元市民が市民権を取得するための特定の法的要件を満たすために、行政上の困難を経験しないようにすること、又市民権法が差別なく適用されることを確保すべきである⁵⁴。無国籍者及び前身国の元市民であって、承継国への移行期間中に他の国の市民権を得た者は、承継国の市民権を取得することができなければならない⁵⁵。例えば、エストニアではエストニアに配属されていた旧ソ連軍関係者は、エストニアの市民権を否定されてきた⁵⁶。前身国の軍要員による承継国の市民権申請については、事例ごとに検討されるべきである。市民権と国家承継に関しては、締約国は、国家承継における自然人の国籍の扱いに関する（国連総会決議）の条文に従うことが求められる⁵⁷。それらの条項によれば、例えば、前身国のすべての国民は、少なくとも一の承継国の国籍を有する権利を有し、国家は、「国の承継の日以前

52 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the fifth periodic report of Estonia.

53 Ibid.; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 15th, 16th and 17th periodic reports of the Russian Federation (A/58/18, paras. 169-200).

54 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the fifth periodic report of Slovenia (ibid., para. 240).

55 Human Rights Committee, concluding observations on the second periodic report of Estonia (para. 79 (14)) and General Assembly resolution 55/153 of 12 December 2000 on the nationality of natural persons in relation to the succession of States, annex.

56 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the fifth periodic report of Estonia (para. 354).

57 General Assembly resolution 55/153.

身国の国籍を有していた者が、そのような承継の結果、無国籍になることを防止するために、あらゆる適切な措置を講じる」ものとしてされている。

国家承継の文脈において、欧州評議会基準は、民族性を考慮することが社会への統合能力を確認するのに役立つ限り、言語要件及び民族的出身による区別を許すように見える⁵⁸。このアプローチは、欧州および米州ヒューマンライツ裁判所の判決と整合性がある⁵⁹。元市民の市民権の喪失に国家自身が責任を負う場合は、締約国が財産返還の前提条件として元市民が市民権を取得することを要求することは、市民的及び政治的権利に関する規約に適合しないであろう⁶⁰。

市民権の取得も喪失も欧州ヒューマンライツ条約で直接規制されていないが、国籍を与えたり、はく奪したりする決定は、条約の実体的要件と手続き的要件の両方に関わる。例えば、市民権の恣意的な剥奪は、第3条の規定により禁止される非人間的な若しくは品位を傷つける取扱いのレベルにまで達するかもしれないし、又は、第8条の下で保障されている私生活及び家族生活の尊重への権利を侵害するかもしれない⁶¹。締約国による市民権の否認が追放命令と結合した場合は、否認の目的は、第4議定書第3条で禁止されている市民の追放を実現することにあると推定されるかもし

58 See Report of the experts of the Council of Europe on the citizenship laws of the Czech Republic and Slovakia and their implementation, and replies of the Governments of the Czech Republic and Slovakia, 2 April 1996 (DIR/JUR (96) 4, para. 164); see also European Framework Convention for the Protection of National Minorities.

59 See chap. I, sect. D.

60 See Human Rights Committee, decision on communication No. 586/1994, Josef Frank Adam v. the Czech Republic, 16 March 1995 (A/51/40 (vol. II), annex VIII, sect. V, para. 12.6).

61 See Report of the experts of the Council of Europe on the citizenship laws ..., para. 164.

れない⁶²。

3. 性別による差別からの保護

締約国は、国籍の取得と伝達に関して男性と女性の間のすべての差別を法律から撤廃しなければならない⁶³。

いくつかの締約国の国籍法と移住者法は、非市民配偶者と結婚して生活する能力について、男性市民と女性市民の間で差別を設けている。例えば、モーリシャスは、もしモーリシャスの女性が他の国の男性と結婚した場合は、夫はモーリシャスの在留を申請しなければならず、その許可は拒絶されるかもしれないが、しかし、もしモーリシャスの男性が外国の女性と結婚した場合は、その女性は自動的に在留資格を与えられるという移住者法を採択した。規約ヒューマンライツ委員会は、モーリシャスは、十分に正当化されない男性と女性の間の差別をし、且つ、家族がともに暮らす権利を尊重しないことによって、市民的及び政治的権利に関する国際規約に違反したと判示した⁶⁴。市民の非市民配偶者は、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約第5条（d）（iii）の規定に従い、性の違いに関わらず同じ形で市民権を取得できなければならない⁶⁵。

62 See P. van Dijk and G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention*, 3rd ed. (The Hague, Kluwer, 1998), p. 674.

63 Human Rights Committee, concluding observations on the third periodic report of Yemen; Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

64 Human Rights Committee, views on communication No. R.9/35, Shirin Aumeeruddy-Cziffra and others v. Mauritius, 9 April 1981 (A/36/40, annex XIII). ドメスティックバイオレンスを経験した非市民女性の在留資格要件の変更及び一時滞在許可取消しは、これらの女性への影響を完全に評価することなく実施されてはならない。See Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (para. 348). 女性差別撤廃条約第2条（b）は、立法及び庇護希望者の受け入れを含むその他の措置についても男女平等を促進している。

65 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding

C. 経済的、社会的及び文化的権利

1. 少数民族の成員としての非市民の権利

自らの文化を享受し、自らの宗教を信仰し且つ実践し、自らの言語を使用する権利

非市民は、市民とは異なる国民的又は人種的身分であることが多いので、締約国は、非市民を少数民族に属するものとみなすよう奨励され⁶⁶、且つ、そのような地位から生じる権利を享受することを確保するよう奨励される。

非市民が少数民族の一員として享受する権利の事例は、いくつかの法的文書とそれらのモニタリング機関の先例に見られる。例えば、規約ヒューマンライツ委員会は、次のように述べている。「外国人は、市民的及び政治的権利に関する〔国際〕規約の第27条の意味における少数民族を構成するので、彼らのグループの他のメンバーと共にそのコミュニティの中で、自身の文化を享受し、自身の宗教を信仰し且つ実践し、又自身の言語を使用する権利を否定されてはならない⁶⁷。したがって、そのような権利を享受する国民的・人種的少数民族の権利は、市民のみに制限され得ない。

加えてさらに、「国民的又は民族的、宗教的及び言語的少数民族に所属

↘ observations on the initial and second periodic reports of Saudi Arabia.

66 See, e.g., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial, second, third and fourth periodic reports of Estonia (A/55/18, para. 79).

67 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee (para. 7). しかし、地域及び少数民族の言語のための欧州憲章は、「地域又は少数民族の言語」の定義において「少数民族」と「非市民」を明確に区別している。その第1条は、「『地域的又は少数民族の言語』には、…移住者の言語は含まれていない。」としている。にもかかわらず、欧州評議会は、「地域社会関係」は、「移住者又は移住者を起源とする民族集団と受け入れ社会との間の関係のすべての側面」を含むと考えている。See Council of Europe, Tackling Racism and Xenophobia: Practical Action at the Local Level (Strasbourg, Council of Europe Press, 1995), pp. 17-18.

する者の権利に関する国際連合宣言」は、法的拘束力があるものではないが、国民的及び民族的の少数民族の権利について詳述しており、これは移住者コミュニティを含むと解釈されている⁶⁸。

国際刑事裁判所（ICC）に関するローマ規程の下では、ICCは、明らかに非市民の国民集団を壊滅する意図で実行された迫害及び虐待から、彼らを擁護する管轄権を持つ。ローマ規程第5条は、裁判所の管轄権の範囲内にある4つの罪、すなわち、集団殺害罪、人道に対する罪、戦争犯罪、侵略の罪を列挙している。第6条は、集団殺害（ジェノサイド）とは、「国民的、民族的、人種的又は宗教的な集団の全部又は一部をそれ自体として破壊する意図を持って行われる」一定の行為であると定義している。したがって、これらの行為は、裁判所の管轄権内の犯罪である。さらに、第7条の条項に基づいて、「政治的、人種的、国民的、民族的、文化的、宗教的、性的…又は国際法上許されないと普遍的に認められるその他の理由に基づく、特定の集団又は団体に対する迫害」も又人道に対する罪と見なされる。

さらに、欧州国内少数民族保護のための枠組み条約の実施を監督する任務を持つ機関である諮問委員会及び閣僚委員会も、ともにこの条約が非市民にも適用されることを指摘している⁶⁹。

一方、ロマ（ジプシー）は、それ自体が非市民ではないにもかかわらず、その市民権はしばしば認められていない。ロマは、教育、労働、社会福祉及び土地へのアクセスについて差別に直面している。彼らは、一部の国では少数民族の一員としての地位を享受していない⁷⁰。彼らの権利を取り巻

68 Minority Rights Group International, *Public Participation and Minorities* (London, 2001), p. 10.

69 See, e.g., Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Opinion on Estonia* (ACFC/INF/OP/I (2002)005, para. 17).

70 See, e.g., Committee on the Rights of the Child, concluding observations

く問題をさらに複雑にするのは、「国内少数者」——それは市民権を意味する——としてのロマの概念である。しかし、国際社会は、ロマに対し特別な関心を真剣によせるようになった。たとえば、1991年以降、欧州評議会の欧州地方及び地域当局議会は、ヨーロッパにおけるロマの状況に対応するための公聴会を開いてきた。さらに、人種差別撤廃委員会は次のように勧告した。締約国に対し、「市民権と帰化に関する法律がロマ共同体の成員を差別することがないよう確保すること」を勧告した⁷¹。

非市民は、宗教の自由への権利を享受する⁷²。さらに、締約国は、例えば、非市民が帰化するために名前の変更を要件とするなど、文化的及び民族的アイデンティティを否定する慣行を防ぐために必要な措置を取るよう求められる⁷³。経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約の第15条は、締約国に対し、市民権の有無にかかわらず、誰もが文化的生活に参加する権利を享受することを確保するための措置をとることを義務付けている。非市民は、適齢期には婚姻への権利がある⁷⁴。

2. 健康、教育、住居、最低基準の生活及び社会保障への権利

締約国は、経済的、社会的及び文化的権利の不平等な享有につながるかもしれない市民と非市民に関する待遇について異なる基準を設けてはならない⁷⁵。政府は、社会保障；相当な食糧、衣類及び住居を含む相当な生活

↘ on the initial report of Austria (CRC/C/15/Add.98, para. 30).

71 See general recommendation XXVII (2000) of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination on discrimination against Roma.

72 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

73 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second periodic reports of Japan (A/56/18, para. 176).

74 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

75 See, e.g., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second periodic reports of Japan (para. 173).

条件の不断の改善；到達可能な最高水準の身体及び精神の健康の享受；及び教育へのすべての者——市民権の有無を問わず——の権利を保障するために利用可能な資源の範囲内で漸進的な措置をとらなければならない。

締約国は、住宅関連機関と民間住宅の家主が差別的行為をしないように実効的な措置をとらなければならない。たとえば、F.A対ノルウェー事件⁷⁶で、人種差別撤廃委員会は、ノルウェーにおける「外国人お断り」、「白人のみ」、あるいは「永続的な職業を持つノルウェー人」のような差別的な住宅広告があることを知らされた。これを受けて、委員会はノルウェーに対し、住宅事業者が差別的行為を行わないことを確保するための実効的な措置を取るとともに、「(あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際)条約第5条(e)(iii)に基づく義務を完全に履行することを勧告した」。国家は、市民と非市民の両方に対して相当の住居への権利を保障しなければならない⁷⁷。

締約国は、社会福祉制度が非市民のために最低限の生活水準を提供することを確保しなければならない⁷⁸。国民健康保険への非市民の加入に関する取組は歓迎された⁷⁹。

締約国の管轄内にある教育機関は、すべての者に差別なくアクセス可能でなければならない。この「無差別原則は、国民でない者を含み、その法的地位を問わず、締約国の領域内に居住する学齢期にあるすべての者に適

76 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, decision on communication No. 18/2000, F.A. v. Norway, 21 March 2001 (A/56/18, annex III).

77 See general comment No. 4 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 2 (2).

78 See Committee on Economic, Social and Cultural Rights, concluding observations on the third periodic report of Ukraine.

79 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second periodic reports of Saudi Arabia (para. 206).

用される」。さらに、「(経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約) 第2条第2項に定められた差別に対する禁止は、漸進の実現又は資源の利用可能性のどちらにもかかわらず、それは完全に且つ即座に教育のすべての側面に適用され、且つ、国際的に禁止されているすべての差別根拠を含む」⁸⁰。

前の国の元市民であった承継国に居住する非市民は、年金、住居、医療及びその他の権利を奪われてはならない⁸¹。

Ⅲ. 非市民グループ別の権利

無国籍者、難民及び庇護希望者、非正規の経済移住者、売買春のために人身売買された女性、及び子どものような異なる種類の正規滞在資格のない非市民は、彼らの特別の状況にそれぞれ適した方法で扱われなければならない⁸²。

A. 無国籍者

非市民の中には無国籍者もいる。彼らは生まれた国の市民権を取得しなかったか、または市民権を失ったが、他の国の市民権への請求権を持たない⁸³。これらの者には、当該者が居住する国の出身者で、特定の期間に市

80 See general comment No. 13 (1999) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the right to education (paras. 6 (b), 34 and 31).

81 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the fifth periodic report of Slovenia (para. 241); see also Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II (Part Two), Draft articles on nationality of natural persons in relation to the succession of States (art. 6, commentary 4).

82 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Croatia (CRI (2001) 34, The Rights of Non-citizens 43 para. 31).

83 See, e.g., Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, "The international legal framework concerning statelessness and access for

民権の登録をせず、それ以来国籍の取得を拒否されている者⁸⁴；及び血統主義（*jus sanguinis*）の原則しか持たない国で、出生地主義（*jus soli*）の原則しか認めない国の非市民の親から生まれた子どもを含む⁸⁵。無国籍者の権利は、無国籍者の地位に関する条約及び無国籍の削減に関する条約を含む多くの国際文書において表明されている。

無国籍者の権利は、無国籍者の地位に関する条約及び無国籍の削減に関する条約を含む多くの国際文書において表明されている。

無国籍者——特に在留許可又は市民権の申請から除外された無国籍者——の地位は、例えば、在留許可の申請手続を簡素化し、且つ、無国籍者が当局に自ら身分を明らかにするときには、追放される危険がないことを明確にするキャンペーンを通じて、正規化されるべきである⁸⁶。締約国は、子どもを優先して、とりわけ両親に対して子どもに代わって市民権を申請することを奨励することによって、無国籍者の数を減少させるよう努める

“stateless persons”, Contribution by Carol A. Batchelor to the European Union Seminar on the content and scope of international protection organized by the Ministry of Internal Affairs of Spain (Madrid, 8-9 January 2002).

84 See, e.g., Human Rights Watch, *The Bedoons of Kuwait: Citizens Without Citizenship* (1995); *Beldjoudi v. France*.

85 See, e.g., Committee on the Elimination of Discrimination against Women, concluding observations on the initial, second and third periodic reports of Guinea (A/56/38, paras. 97-144); European Convention on Nationality, art. 6, para. 2: 「締約国は、国籍について定める国内法において、その領土で生まれた子供が生まれたときに別の国籍を取得しない場合には、出生地の国籍を取得するように定めなければならない。…」市民権への一般的なアプローチは、*jus soli*、すなわち出生地主義であるが、いくつかの締約国は*jus sanguinis*、すなわち、子供の両親の国籍に基づく血統主義をとっている。いくつかの締約国は、両方のアプローチを適用している。

86 European Commission against Racism and Intolerance, *Second report on Estonia* (CRI (2002) 1, paras. 38-42).

べきである⁸⁷。無国籍者は、その意に反して祖先の出身国に強制送還されるべきではない⁸⁸。出身国以外の国の市民権を取得した者は、出身国の市民権を得ることができなければならない⁸⁹。

無国籍者は、市民的及び政治的権利に関する国際規約の第12条4項に基づき、彼らが居住する国又は長期的な関係を有する国に入国する権利を恣意的に奪われてはならない。

B. 難民及び庇護希望者

以下の5つの国連文書が国際ヒューマンライツ法における難民の権利の基礎を形成している⁹⁰：難民の地位に関する条約（1951年）とその議定書（1967年）；難民高等弁務官事務所規程；領域内庇護に関する宣言；難民の地位の認定の基準及び手続に関するハンドブック。

難民及び庇護希望者に関する国際基準は、庇護希望者または難民の国籍にかかわらず、平等に適用されるべきである⁹¹。難民シュルターの状況及び正規滞在資格のない非市民及び庇護希望者が直面する拘禁の状況は、国際基準を満たすものでなければならない⁹²。締約国は、庇護希望者が不法

87 See Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the initial report of Lithuania (CRC/C/15/Add.146, para. 24); Human Rights Committee, concluding observations on the second periodic report of Estonia.

88 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the seventh, eighth and ninth periodic reports of Sri Lanka (A/56/18, paras. 321-342).

89 Human Rights Committee, concluding observations on the second periodic report of Estonia. See also chap. II, sect. B 2 above.

90 Ralph G. Steinhardt, "The United Nations and refugees: 1945-1988," Human Rights, the United Nations and Amnesty International (New York, Amnesty International, 1988).

91 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 9th, 10th and 11th periodic reports of the Sudan.

92 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 14th, 15th, 16th and 17th periodic reports of Hungary ↗

な状況の下で国内にあって、且つ、その者の主張が当局によって認められなかった場合のように、非合法の状況の下で拘束された個人が犯罪者として取り扱われないことを確保しなければならない⁹³。

移住者のヒューマンライツに関する特別報告者の2003年報告書⁹⁴は、特に移住者の拘禁及び拘禁の状況に焦点を当てた。懸念事項には、庇護希望者の拘禁、長期に及ぶ拘禁期間、拘禁決定の恣意的な性質、テロ又は国家安全保障に関連する不特定の疑惑に基づく拘禁、人身売買被害者の拘禁、移住者の子どもたちの拘禁、法的支援及び司法審査手続の欠如、一般犯罪者との混合拘禁、独居監禁、身体の健全性を脅かす拘束の方法⁹⁵、不適切な施設での拘禁、過密及び劣悪な衛生状態、医療の欠如、若年被拘禁者への教育の欠如及びその他の諸問題が含まれている。

1. 難民

難民の地位に関する条約（1951年）とその議定書（1967年）は、難民は、宗教（4条）；知的財産権の保護（第14条）；裁判所へのアクセスと法的支援（第16条）；配給措置（第20条）；初等教育（第22条（1））；公的扶助（第23条）；労働法制及び社会保障（第24条）；公租公課（第29条）に関して、少なくとも自国民に与えられるものと同等の待遇を受ける権利があると規定する。条約とその議定書は、締約国が立法上の相互主義の免除（第7条（1））；財産の取得（第13条）；非政治的且つ非営利的団体及び労働組合（第15条）；賃金が支払われる職業（第17条）；自営業（第18条）；自由業（第19条）；住居（第21条）；初等教育修了後の教育（第22条（2））；

↘ (A/57/18, para. 380).

93 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Croatia (para. 31) and Second report on Belgium (paras. 11-15).

94 Specific groups and individuals: migrant workers (E/CN.4/2003/85).

95 See, e.g., Human Rights Committee, concluding observations on the second periodic report of Switzerland (A/57/40 (vol. I), para. 76 (13)).

及び移動の自由（第26条）に関して、一般に非市民に与えられる待遇と同一の待遇を難民に与えることを要求している。雇用・住宅及び社会支援は、特にその民族性を理由に、認定された難民に対して否定されてはならない⁹⁶。

締約国は、特に地方レベルで、難民の統合を促進することを目的としている措置の適用について、より厳格な監督を確保しなければならない⁹⁷。

いくつかの締約国は、新たに到着する人々のために包括的な統合計画を創設し、且つ、締約国の社会で成功するために必要なツールを提供するための肯定的な努力を行ってきた⁹⁸。

2. 庇護希望者

特定の権利は、特に庇護希望者に適用される。庇護を求める資格は、申請者の人種や国籍によって異ってはならない⁹⁹。庇護希望者は、劣悪な状況が偏見、固定観念及び庇護申請者に対する敵意を強化しかねないことから、彼らが庇護希望への審査を待つ間に窮乏した状態に置かれてはならない¹⁰⁰。庇護資格の審査手続きは緩慢なものであってはならず、締約国は、申請者に十分な法的支援へのアクセスを与えることを保障すべきである¹⁰¹。締約国は、申請者に対して無料の法的助言を提供するよう奨励さ

96 See, e.g., European Commission against Racism and Intolerance, Second report on the Czech Republic (CRI (2000)4, para. 14).

97 Ibid.

98 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Denmark (paras. 18-25).

99 See, e.g., African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 12; Convention relating to the Status of Refugees, art. 3.

100 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Austria (paras. 16-21).

101 See, e.g., Human Rights Committee, views on communication No. 560/1993, A v. Australia, 4 April 1995 (A/52/40 (vol. II), annex VI).

れるべきである¹⁰²。庇護資格申請の登録期限は、国際法の下で権利を与えられている保護を奪うほど短くてはならない¹⁰³。国際ヒューマンライツ法は、庇護希望者のための相当な受け入れ基準を定義する文脈においても適切である¹⁰⁴。庇護希望者は、労働への権利を与えられなければならない¹⁰⁵。庇護希望者のヒューマンライツは、又、アフリカ¹⁰⁶、欧州¹⁰⁷及び米州¹⁰⁸においては、庇護国における彼らの法的地位にかかわらず、それぞれの締約国の管轄権内に居住する全ての個人に適用される地域ヒューマンライツ文書によっても保護されている。

庇護希望者を拘禁することは、特に家族と共に到着する者の場合には、可能な範囲で最大限避けるべきである¹⁰⁹。拘禁がなされた場合には、それは無期限であってはならず¹¹⁰、且つ、拘禁されている庇護希望者の家族——特に子どもたち——のための施設及び設備には慎重な注意を払わな

102 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Bulgaria (CRI (2000)3, para. 20).

103 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Turkey (CRI (2001)37, para. 44).

104 See, e.g., Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Executive Committee conclusion No. 82 (XLVIII) on safeguarding asylum (17 October 1997).

105 See, e.g., European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Turkey (para. 45).

106 African Charter on Human and Peoples' Rights and African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

107 European Convention on Human Rights; Protocols Nos. 1, 2, 3, 4 and 5; and European Social Charter.

108 American Convention on Human Rights; Convention on Territorial Asylum and Convention on Diplomatic Asylum of the Organization of American States; General Assembly resolution 2312 (XXII) of 14 December 1967 on the Declaration on Territorial Asylum.

109 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Malta (para. 19).

110 See, e.g., European Commission against Racism and Intolerance, Second report on the United Kingdom (CRI (2001)6, para. 63).

なければならない¹¹¹。庇護希望者及び難民は、有罪判決を受けた犯罪者とともに拘禁されてはならず¹¹²、且つ、身分証明書の欠如又は受入国への移動経路に関する不確実性のために拘禁されてはならない¹¹³。可能な場合には、庇護希望者には、移動の自由が保障されなければならない¹¹⁴。

C. 非市民労働者とその家族

何人も、市民権にかかわらず、労働への権利を持ち、諸政府は、この権利を守るために漸進的な措置を取る義務がある¹¹⁵。締約国内に合法的に在留している非市民は、雇用と労働の領域で市民が享有するものと同等の取扱いを受ける権利がある¹¹⁶。何人も、非市民を含め、公正かつ良好な労働条件を享受する権利を有し¹¹⁷、且つ、安全、健康、労働時間、報酬などの分野における取扱い及び労働条件を保護するための国際的な基準は、市民権または地位のいかんにかかわらずすべての労働者に適用される。締約国は、何人も労働組合を設立し、且つ、加入する権利を持つことを確保しなければならない。また、非市民労働者が組合事務所を持つことを禁止

111 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Finland (paras. 21, 46-57).

112 See, e.g., European Commission against Racism and Intolerance, Second report on the United Kingdom (para. 63).

113 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Finland (paras. 21, 46-57).

114 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Malta (para. 19). See chap. II, sect. A 3 above.

115 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 6.

116 See International Labour Office, “The key role of international labour standards in defending rights of non-nationals”, statement by Patrick A. Taran to the Expert Meeting on clarifying and expanding the rights of non-nationals organized by the Open Society Justice Initiative (New York, 9-10 November 2003).

117 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 7.

すべきではなく、且つ、ストライキ権を制限されるべきではない¹¹⁸。

1. 国際労働機関（ILO）

国際労働機関（ILO）の条約および勧告（例えば、団体交渉、差別、労働者の報酬、社会保障、労働条件及び環境、強制労働及び児童労働の廃止）は、一般に、市民権に関わりなく、すべての労働者の権利を保護している。8つのILO基本条約¹¹⁹及びそれらに付随する勧告は、市民権に関係なくすべての労働者に適用される。いくつかのILO文書は、特に移住労働者とその家族を保護している。最も重要なものは、移住者労働者に関する97号条約；移住労働者の労働条件と平等取り扱いに関する143号条約；及び社会保障における待遇の均等に関する118号条約である。多くの場合、例えば、条約は、移住者の領域内の在留の合法性にかかわらず、非市民に対して一定の権利、例えば、過去の雇用に関する同一報酬及び最低賃金及び社会保障の支払い¹²⁰を保障する。その他の権利、例えば、機会均等と職業訓練の権利などは、合法的に領域内に在留する者にのみ与えられる¹²¹。

ILO第143号条約は、非正規移住労働者及び不法に雇用された移住者の取扱いに関する特定の指針を規定している。そのような者に適用される最低限の規範として、例えば、第1条は、締約国は、移住者の地位や法的

118 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, concluding observations on the initial report of Senegal (E/1994/23).

119 Forced Labour Convention (No. 29), Freedom of Association and Right to Organize Convention (No. 87), Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), Equal Remuneration Convention (No. 100), Abolition of Forced Labour Convention (No. 105), Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111), Convention on Minimum Age (No. 138) and Elimination of Worst Forms of Child Labour Convention (No. 182).

120 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (No. 143), art. 9.

121 Migrant Workers Recommendation (No. 151), para. 2 (b).

状況にかかわらず、「すべての移住労働者の基礎的なヒューマンライツを尊重しなければならない」¹²²と定めている。これらの権利について、条約及び勧告の適用についての専門家委員会は、国際ヒューマンライツ章典、すべての移住労働者とその家族の保護に関する条約及び労働における基本的原則及び権利に関するILO宣言に謳われている基本的ヒューマンライツを意味すると解釈してきた¹²³。

2. すべての移住労働者及びその家族の権利の保護に関する条約

ILO 97号及び143号条約がその基盤を形成した、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は、すべての移住労働者とその家族を保護しているが、一般的に国際機関の職員、海外開発職員、難民、無国籍者、学生及び研修生（第1条及び第3条）を含まない。

同条約は、次の事項を規定している。

無差別（第7条）；

移住者がいずれの国をも離れ、又出身国に入国する自由（第8条）；

生命への権利（第9条）；

拷問及び虐待からの自由（第10条）；

奴隷又は強制労働からの自由（第11条）

思想、良心及び宗教の自由（第12条）；

意見及び表現の自由（第13条）；

私生活、家族、住居又は文書もしくはその他の通信に対して恣意的

122 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (No. 143).

123 Taran, op. cit. 1998年の労働における基本的原則及び権利に関するILO宣言によれば、すべてのILO加盟国は、その加盟国がILOに加盟しているという事実そのものから、たとえ批准していなくても、基本的な8協定に定められている「基本的権利に関する原則を尊重し、促進し、且つ実現する」義務を負っている。

又は不法な干渉を受けない自由（第14条）；

財産権（第15条）；

身体の自由と安全（第16条）；

自由を奪われた移住者の人道的に扱われる権利（第17条）；

権限のある、独立の、且つ公平な裁判所による公正な公開審理（第18条）；

刑事法の遡及適用の禁止（第19条）；

契約上の不履行を理由とする拘禁の禁止（第20条）；

旅行証明書または身分証明書の破棄の禁止（第21条）；

集団的又は公正な手続によらない追放の禁止（第22条）；

領事又は外交上の援助を受ける権利（第23条）；

法律の前に人として認められる権利（第24条）；

労働に関する国民と移住労働者の間の待遇の平等の条件及び報酬（第25条）；

労働組合に加入する権利（第26条）；

社会保障への平等なアクセス（第27条）；

救急医療を受ける権利（第28条）；

子の氏名、出生登録及び国籍に対する権利（第29条）；および
公教育への機会均等（第30条）

加えて、締約国は、移住者の文化的独自性（第31条）；所得、貯蓄及び所持品（第32条）を移送する権利；および条約に基づく権利に関する情報（第33条）への尊重を確保しなければならない。

3. 米州ヒューマンライツ裁判所

米州ヒューマンライツ裁判所は、非市民、特に非正規の非市民に対して国際労働基準の適用可能性を肯定した。2003年9月に出された意見におい

て、同裁判所は、無差別と平等への権利は、移住者の地位に関わらず、すべての居住者に適用されるユスコーゲンス (*jus cogens* 強行法規) であると判示した。したがって、諸政府は、非正規労働者の社会保障への権利などの雇用又は労働権を制限する正当化事由として、移住者の資格を利用することはできない。同裁判所は、政府には、個人を国外退去させ、雇用書類を持っていない者に仕事を提供することを拒否する権利があるが、しかし、一旦雇用関係が開始された場合は、非正規の労働者は、正規労働者が利用できるすべての雇用と労働の権利を持つようになる」と判示した¹²⁴。同裁判所は、以下のとおり判示した：

「…人の移住に関する地位は、労働関係の権利を含め、ヒューマンライツの享受と行使を奪うための正当化事由にはなりえない。雇用関係がある場合は、その地位が正規か非正規に関わらず、移住者は、雇用されている国において被雇用者である故に承認され確保されるべき権利を獲得する。これらの権利は、雇用関係の結果である¹²⁵。」

米州ヒューマンライツ裁判所：「無差別と平等への権利は、移住者の地位に関わらず、すべての居住者に適用されるユスコーゲンス (*jus cogens* 強行法規) である」

4. 人種差別撤廃委員会

人種差別撤廃委員会は、家事労働者として働く非市民が、債務による束縛、その他の違法な雇用慣行、旅券の剥奪、違法監禁、強かん、身体的暴

124 Taran, op. cit.

125 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 on the juridical condition and rights of undocumented migrants, 17 September 2003.

行の被害を受けていることへの懸念を頻繁に表明してきた¹²⁶。締約国は、雇用者が外国人従業員、特に家事労働者の旅券を取り上げる慣行に終止符を打つよう求められている¹²⁷。

D. 人身売買の被害者

非市民は、しばしば人身売買の標的になる。密輸・密売ネットワークなどの非正規の経路を経由して移住する人々は、コンテナで窒息するとか又は過積載の船が沈んで溺れてしまうというような危険な目に合う¹²⁸。公的保護、援助及び教育を含む適切な支援及び支持が人身売買の被害者に対して提供されるべきである¹²⁹。

E. 非市民である子ども

子どもの権利に関する条約第2条は、「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、…いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する。」と定めている。子どもの権利委員会は、締約国に対して、関連するすべての法律に、第2条に明記されている無差別の権利を統合するための努力を継続し又強化すること、且つ、本権利がすべての政治的、司法的及び行政的な決定並びに非市民である子ども及び少数民族に属する子どもを含むすべての子どもに影響を与えるプロジェクト、プログラム及

126 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 10th, 11th and 12th periodic reports of Kuwait (A/48/18, paras. 359-381).

127 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second periodic reports of Saudi Arabia.

128 Prevention of discrimination: examples of practices in regard to non-citizens (E/CN.4/Sub.2/2002/25/ Add.3).

129 European Commission against Racism and Intolerance, Second report on Turkey (para. 52); see Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking (E/2002/68/Add.1).

びサービスにおいて実効的に適用されることを確保するよう奨励している¹³⁰。委員会は、締約国が発展途上にある移住現象に対処するために、寛容性を促進するための広報キャンペーンを含めて、包括的かつ調整された政策を策定し；人種主義的な動機に基づく行動を監視し又データを収集し；且つ、特に学校制度における非市民である子どもの状況及び彼らの統合を促進するためにとられた措置の有効性を研究するべきであると勧告している¹³¹。締約国は、また、とりわけ非市民である子どもに対する差別的態度や偏見に対処するために実効的な措置を取り、既に採用されている差別を防止するための法律を完全且つ実効的に実施し、且つ、それらの法律が子どもの権利に関する条約第2条に完全に適合することを確保しなければならない¹³²。

出生地に基づく市民権は、特に子どもが無国籍となる場合を含め、非市民の両親から生まれた子どもの国籍を規定する支配的な国際規範となってきた。

非市民である子どもは、氏名への権利及び国籍を取得する権利を持つ。子どもの権利に関する条約第7条の下で、子どもは「出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有するものとし、…締約国は、特に児童が無国籍となる場合を含めて、…1の権利の実現を確保する。」。この条約がほぼ普遍的に批准されているこ

130 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of the Czech Republic (CRC/C/15/Add.201, para. 29).

131 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of Iceland (CRC/C/15/Add.203, para. 23).

132 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of Romania (CRC/C/15/Add.199, para. 26).

とにかんがみると、*jus soli*（出生地に基づく市民権）の原則は、特に子供が無国籍になる場合を含め、非市民の両親から生まれた子どもの国籍を規定する支配的な国際規範となってきた¹³³。両親が子どもに市民権を伝える権利は、親の性別に関する差別なく実施されねばならない¹³⁴。条約第7条も又父親又は母親から彼又は彼女の養子への市民権の伝達を必要としている¹³⁵。条約第7条は、第8条（国籍、氏名及び親族関係を含めた同一性の保持）、第9条（父母からの分離の回避）、第10条（家族の再統合）及び第20条（家庭環境を奪われた子どもの養育の継続）と併せて読まれねばならない¹³⁶。子どもの権利委員会が勧告する解釈に関する全体論的ア

133 See Asbjørn Eide, “Citizenship and international law with specific reference to human rights law: status, evolution and challenges” (2001); Working paper on citizenship and the minority rights of non-citizens (E/CN.4/Sub.2/AC.5/1999/WP.3); see also Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the initial report of Latvia (CRC/C/15/Add.142, para. 26) and on the initial report of Lithuania (paras. 23-24). 国籍法における結婚の内外の子どもの差別を撤廃するための各国の努力を奨励すべきである。Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (para. 22); see chap. II, sect. B 2 above.

134 See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the 13th, 14th, 15th and 16th periodic reports of Egypt (A/56/18, paras. 278-297); Committee on the Elimination of Discrimination against Women, concluding observations on the initial and second periodic reports of Singapore (A/56/38, paras. 54-96) and on the initial, second and third periodic reports of Guinea; Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the initial report of Monaco (CRC/C/15/Add.158, para. 21) and on the second periodic report of Lebanon (CRC/C/15/Add.169, para. 32).

135 See, e.g., Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the initial report of Palau (CRC/C/15/Add.149, para. 40): 国際養子縁組では、養子を取る両親が養子に国籍を譲ることを認められ、その養子は、土地を所有し又相続し、且つ、保健、教育及び社会サービス補助金の恩恵を受けることを認められなければならない。

136 See Rachel Hodgkin and Peter Newell, Implementation Handbook for the

プローチの下で、上記の諸条項は、第2条（無差別への権利）、第3条（子どもの最善の利益の原則）、第6条（生命及び発達への権利）、及び第12条（子どもに影響を及ぼすすべての事項について子どもの意見を尊重される権利及び子どもに影響を及ぼす司法上又は行政上の手続において聴聞を受ける機会）に反映されている条約の一般的な諸原則にしたがって解釈されねばならない。

非市民である子どもは、未成年者としての地位によって必要とされる保護措置を受ける権利を有する¹³⁷。非正規の非市民である子どもは、学校から除外されてはならず¹³⁸、且つ、非市民である子供を受け入れる学校は、出身国で設計されたプログラムで教育することが奨励される¹³⁹。

特に子どもである庇護希望者については、子どもの権利条約は、「最善の利益」の原則の下で受け入れ政策の設計と実施のための重要な指針を提供している。締約国は、子どもの特別のニーズに関して、子どもである庇護希望者に対する特別な保護を与えること；18歳未満の庇護希望者に対する拘禁を回避すること；子どもたちが法的・心理的援助を受けられることを、そのような支援を提供している非政府組織との接触を含めて、保障しなければならない¹⁴⁰。子どもである庇護希望者及び難民は、彼らが必要

↘ Convention on the Rights of the Child (fully revised edition) (United Nations Children's Fund, New York, 2002) Sales No. E.02.XX.6.

137 See general comment No. 15 of the Human Rights Committee.

138 子どもの権利条約は、締約国に対し、「子どもの権利を認め、この権利を漸進的に、且つ、機会の平等を基礎として達成するために、(a)初等教育を義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする。…」(第28条)よう求めている。それは、さらに、「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、児童又はその父母若しくは法定保護者の…地位にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する。」(第2条1項)。この地位は、非正規の地位をも含む。See also Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the initial report of Latvia (para. 23).

139 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, concluding observations on the initial and second periodic reports of Saudi Arabia.

140 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the 7

とする特別なケアを提供する設備がない施設に収容されてはならない¹⁴¹。そのような子供たちは、教育、医療及び社会サービスへのアクセスなどの経済的、社会的及び文化的な権利の享有において差別の対象となってはならない¹⁴²。締約国は、拘禁されているすべての非市民である子どもたちに差別することなく、経済的、社会的及び文化的権利——特に教育への権利を完全に保障しなければならない¹⁴³。

結論と提言

非市民のためのほとんどすべての権利擁護は、例えば、庇護希望者、難民、無国籍者、人身売買された人々など個別の集団の権利に焦点を当ててきた。しかし、残念なことに、様々な非市民グループの救済のために共通の窮状、ニーズ及びアプローチを特定するための取り組みはほとんどなされてこなかった。実際、多様な非市民グループは——似たような目標及び共通の状況を持っているにもかかわらず、それぞれの権利擁護団体及び利益団体は、伝統的に彼ら自身は別々で、彼らの問題は独特であると見てきたのである。加えて、国際法および非市民に関わる機関は、最近まで非市民のサブグループに焦点を当てながら、非市民全体のためのより広範な保

↘ second periodic report of the Czech Republic (para. 57) and on the second periodic report of the Netherlands (CRC/C/15/Add.227, paras. 30-31 and 53-54). As a minimum, children of asylum-seekers should not be separated from their 46 The Rights of Non-citizens parents during detention. Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of Lebanon (para. 52).

141 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of the Czech Republic (para. 56).

142 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the initial report of Israel (CRC/C/15/Add.195, para. 26) and on the second periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

143 Committee on the Rights of the Child, concluding observations on the second periodic report of Italy (CRC/C/15/Add.198, para. 21).

護を無視してきた。例えば、様々な国連機関が人身売買、移住者、先住民、難民並びに人種差別及び外国人嫌悪などのテーマで特別報告者を任命している。同様に、いくつかの条約は、人身売買された人々、移住労働者、先住民及び部族の人々、難民、及び無国籍者を保護するために企図されてきた。これらの対策はすべて不可欠であるし、不必要と思われるほどには重複しないが、それにもかかわらず、非市民の保護のために統一した努力が必要である。

非市民の権利を保護するための国際的な努力の主な目的は、この出版物に示されているように、非市民の権利に通底する明確で包括的な諸基準、国家によるそれらの実施および遵守のためのより実効的な監視が存在しなければ、関連国際ヒューマンライツ文書に違反する非市民に対する差別的取扱いが今後も存続するであろうことを実証することから始まる。

さらに、主要な7つのヒューマンライツ条約は、非市民が直面する問題の多くに関わるので、諸国は、これらの条約、特にすべての移住労働者及びその家族の権利の保護に関する条約の普遍的な批准及び実施を追求すべきである。諸国は、適当な場合には、難民の地位に関する議定書；97号、118号、143号などのILO条約、無国籍者の削減及び無国籍者の地位に関する条約；領事関係に関するウィーン条約及びその選択議定書；欧州ヒューマンライツ条約の第4及び第7議定書；国内少数民族保護のための欧州枠組み条約などのような他の関連条約を批准し、且つ、実施すべきである。諸国は、居住国の国籍を有しない個人のヒューマンライツに関する宣言を遵守するよう奨励されるべきである。

非市民の取扱いに関する問題は、7つの主要なヒューマンライツ条約それぞれの下で発生するので、条約機関は、彼らの活動をより効果的に調整することが望ましい。一つの方法は、非市民の権利を保護するための一貫した構造化された方法を確認するための条約機関による共同の一般的意見/勧告を作成することが望ましいであろう。少なくとも、特定の基準を採

用している条約機関は、更新することを考慮すべきであるし、又、まだ非市民に関して解釈指針を出していない条約機関は、そうすべきである¹⁴⁴。加えて、条約機関は、非市民が付与された権利、彼らが直面している実際の状況について、それぞれの関心領域内において締約国との対話を強化するべきである。

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）（省略）¹⁴⁵

144 人種差別撤廃委員会は、すでにこの勧告に従った。下記の付属文書を参照されたい。

145 （訳注）なお、「人種差別撤廃委員会一般的勧告30（2004）市民でない者に対する差別2004年8月5日第65会期採択A/59/18 pp. 93-97」の日本語訳は、以下に掲載されている。（（訳：村上正直／大阪大学大学院教授）『アジア・太平洋人権レビュー2005』より転載／ヒューライツ大阪ウェブページから）URLは以下のとおり。<https://www.hurights.or.jp/archives/opinion/2004/03/post-4.html> 2022年3月11日閲覧。

執筆者紹介（掲載順）

神 吉 正 三	本学法学部 教授
岡 本 詔 治	本学 名誉教授
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
松 尾 秀 哉	本学法学部 教授
眞 田 章 午	本学法学部 非常勤講師

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2号

2022年 9 月15日 印刷

2022年 9 月22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. 2

September 2022

Articles

The Relationship of Banks and Warehouse Business

On mainly Meiji and Taisho Eras

..... Shozo KANKI (1)

Li problemi contempronei sulla convienza *more uxorio* in giurisprudenza(2)

Relativa alle casista in dai tempo Heisei periodo.

..... Shoji OKAMOTO (35)

Eine kritische Analyse über „die Kontroverse von der
Rechtssoziologie“ in Japan (21)

„Vor“ und „Nach“ des zweiten Weltkrieges von
der japanischen Zivilrechtstheorie

Die frühere Showa-Zeit : Die soziologische Rechtsquellenlehre von

Fumio Hashimoto und die marxistische Rechtstheorie von Yoshitaro Hiranno

..... Yoshikazu KAWASUMI (67)

Human Rights of Foreigners (Part 4)

Search for the map and History of Human Rights

..... Etsuro TOTSUKA (105)

Why Brussels Became a Terrorism Hotbed? (2)

..... Hideya MATSUO (161)

The Evolution of the Doctrine of Legitimate Expectation in United
Kingdom Administrative Law (2)

–Focusing on the Role of Judges in the Development of Court Cases
and Precedents –

..... Shogo SANADA (189)

Translation

R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867

..... Yoshikazu KAWASUMI (225)

The Rights of Non-citizens, published by Office of the UN High
Commissioner for Human Rights (Second Part)

Translation (Second part)

..... Etsuro TOTSUKA (247)

Published by

**The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan**