

# 龍谷法学

第 56 卷 第 1 号

---

論 説 韓半島植民地支配の不法性(その1)  
2018年韓国大法院判決と2023年日韓首脳会談

戸塚 悦朗

判例内縁法の現代的課題(5)  
～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(二十三)  
——市民法学(ないし市民法論)の<戦前>と<戦後>・  
ひとつの素描——  
——昭和の天皇制ファシズム期——

川角 由和

イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開(5・完)  
—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

研究ノート The Removal of 'Lunatics' from the Gambia to Sierra  
Leone in the 1930s

Takehiko Ochiai

ホームレスの人と人権(その5・完)

石井 幸三

翻 訳 フェリックス オリヴィエ＝マルタン  
『ローマ法における賃約の分割』(3・完)  
—Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936—  
フェリックス オリヴィエ＝マルタン(著)／椋山 尚子(翻訳)

---

## 目 次

### 論 説

#### 韓半島植民地支配の不法性（その1）

2018年韓国大法院判決と2023年日韓首脳会談

…………… 戸塚 悦朗…… 1（1）

#### 判例内縁法の現代的課題（5）

～平成時代以降の裁判例を中心として～ …………… 岡本 詔治…… 57（57）

#### 「法社会学論争」の教訓（二十三）

——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・

ひとつの素描——

——昭和の天皇制ファシズム期——

…………… 川角 由和…… 87（87）

#### イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開（5・完）

—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……127（127）

### 研究ノート

#### The Removal of ‘Lunatics’ from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s

…………… Takehiko Ochiai……173（173）

#### ホームレスの人と人権（その5・完）

…………… 石井 幸三……191（191）

### 翻 訳

#### フェリックス オリヴィエ＝マルタン

#### 『ローマ法における賃約の分割』（3・完）

—Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936—

…… フェリックス オリヴィエ＝マルタン（著）／桃山 尚子（翻訳）……229（229）

法学会消息……………267（267）

法学会2022年度決算報告書……………276（276）

法学会会則……………282（282）

## 韓半島植民地支配の不法性（その1）

——2018年韓国大法院判決と2023年日韓首脳会談

戸 塚 悦 朗

### はじめに

尹錫悦大統領政権が戦時強制動員被害者による強制執行を避けるため韓国内の財団による肩代わり政策を「解決策」として提案したことから、2023年3月16日岸田尹日韓首脳会談が開催されることになった。

それでは、日韓の間の懸案、とりわけ、日本による韓半島植民地支配の不法性の問題は解決したのであろうか。残念ながら、韓国内で尹大統領の政策は被害者全体が受け入れる成果を生まなかった。政権は、厳しい批判にさらされていて、解決には程遠い。私たちは、今後この問題にどのような取り組みことができるのだろうか。

### 第1．なぜ、2023年日韓首脳会談は、強制動員問題を解決できなかったのか？

#### 1．2018年10月韓国大法院判決は日韓和解の好機だった

韓国大法院は、2018年10月30日日本による植民支配の不法性を理由にして戦時強制動員被害者を勝訴させる画期的な判決を言い渡した。これは、日韓和解の好機だった。しかし、安倍政権はこの判決を1965年日韓請求協定に違反すると非難し、逆に日韓関係を悪化させてしまった。大法院判決による確定判決の加害企業に対する強制執行は韓国内政問題である。しかし、それを阻止するために韓国に対して経済制裁まで加え、日韓関係を

極限まで悪化させた。日本による隣国への内政干渉は、明治時代に李朝鮮・大韓帝国の内政問題を理由に、軍事力を背景にして度重なる「改革」要求を繰り返し、ついには保護国化・併合するに至った過程を髣髴とさせた。

筆者は、日本がこの判決を受け容れて、植民地支配の不法性の問題に直面したなら、日韓の間に根深く居座り続けてきた植民地支配責任の問題を解決し、日韓の和解への道を拓く好機ではないかと考え、著書によって日本社会に訴えた<sup>1</sup>。しかし、植民地支配の不法性についてのタブーを破ろうとするこの試みは成功しなかった。日本政府も、世論も、この問題については、沈黙を続けたのである。

日韓の和解の機会を遠ざけてきた安倍政権の対応に対して、2020年1月6日「強制動員問題の正しい解決を望む韓日関係者一同」は、「強制動員問題の真の解決に向けた協議を呼びかけます」という呼びかけ<sup>2</sup>（資料1）を発表して、解決のための対話を提案した。

しかし、残念ながら、日本政府も関係企業もこの呼びかけにも応えなかった。

このような状況の下で、韓国で大統領選挙（2022年3月9日）が実施され、対日関係の改善を公約した尹錫悦大統領が当選した。このような経過から、尹政権は、日本政府の要求をまる呑みして、冒頭でのべた「解決策」の提案に至ったのである。

## 2. 2023年3月16日韓首脳は、何を合意したのか

尹政権の解決案は、2023年3月6日公表され、NHKは、「韓国政府「徴

---

1 戸塚悦朗『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。

2 「強制動員問題の真の解決に向けた協議を呼びかけます」<http://justice.skr.jp/appeal.pdf> 2023年5月14日閲覧。

用」問題の解決策を発表 韓国の財団が支払いへ」と速報<sup>3</sup>した（資料2）。大法院で確定した事件の被害者に対して加害企業に代わって韓国の政府系財団が肩代わりして債務を支払うことによって解決するというのである。

これを受けて、日本の外務大臣は、同日付で、これを肯定的に評価し、以下のようなコメントを公表した<sup>4</sup>。

「この機会に、日本政府は、1998年10月に発表された「日韓共同宣言」を含め、歴史認識に関する歴代内閣の立場を全体として引き継いでいることを確認する。日本政府として、1965年の国交正常化以来築いてきた友好協力関係の基盤に基づき、日韓関係を健全な形で更に発展させていくために韓国側と引き続き緊密に協力していく。

今回の発表を契機とし、措置の実施と共に、日韓の政治・経済・文化等の分野における交流が力強く拡大していくことを期待する。」

次いで、外務省は、3月9日以下のように、日韓首脳会談が日本で行われると予告した。「3月16日から17日まで、韓国の尹錫悦（ユン・ソンニョル）大統領及び同令夫人が我が国を実務訪問賓客として訪日する予定です。滞在中、岸田文雄内閣総理大臣は尹大統領と会談し、夕食会を実施する予定です。韓国は、国際社会における様々な課題への対応に協力していくべき重要な隣国です。今回の訪日を通じて、国交正常化以来の友好協力関係に基づき、日韓関係が更に発展することを期待いたします」<sup>5</sup>。

外務省のHPによれば、予定通り、3月16日午後日韓首脳会談が行われ、

---

3 NHK「韓国政府「徴用」問題の解決策を発表 韓国の財団が支払いへ」2023年3月6日 18時47分 <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20230306/k10013999491000.html> 2023年5月14日閲覧。

4 外務省HP 旧朝鮮半島出身労働者問題に関する韓国政府の発表を受けた林外務大臣によるコメント 令和5年3月6日 [https://www.mofa.go.jp/mofaj/a\\_o/na/kr/page1\\_001524.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page1_001524.html) 2023年5月14日閲覧。

5 外務省「尹錫悦（ユン・ソンニョル）韓国大統領夫妻の訪日について」令和5年3月9日 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/korea/index.html> 2023年5月14日閲覧。

その概要は以下のとおりである<sup>6</sup>（資料4）。

「3月16日午後4時50分から計約1時間25分間、岸田文雄内閣総理大臣は、訪日中の尹錫悦（ユン・ソンニョル）韓国大統領と日韓首脳会談を行ったところ、概要は以下のとおりです（少人数会合：午後4時50分から約25分間、全体会合：午後5時15分から約60分間）<sup>7</sup>。

冒頭、岸田総理大臣から、今般の尹大統領の訪日を心から歓迎する、本日、将来に向けて日韓関係の新たな章を共に開く機会が訪れたことを嬉しく思うと述べました。両首脳は、現下の戦略環境の中で日韓関係の強化は急務であり、国交正常化以来の友好協力関係の基盤に基づき、関係を更に発展させていくことで一致しました。

両首脳は、両国の首脳が形式にとらわれず頻繁に訪問する「シャトル外交」の再開で一致しました。

日朝鮮半島出身労働者問題に関し、率直な意見交換を行い、岸田総理大臣から、6日に日本政府が発表した立場に沿って発言しました。

両首脳は、日韓両国が共に裨益するような協力を進めるべく、政治・経済・文化など多岐にわたる分野で政府間の意思疎通を活性化していくこととし、具体的には、まずは日韓安全保障対話及び日韓次官戦略対話を早期に再開すること、またハイレベルの日韓中プロセスを早期に再起動する重要性について一致しました。また、両首脳は、サプライチェーンの強靱化や機微技術流出対策など、日韓両国が共に直面する課題を解決するため、日韓間で経済安全保障に関する協議を立ち上げることで一致しました。さらに、輸出管理分野においても進展があったことを歓迎しました。…」

しかし、日本政府による戦時強制労働についての事実の承認もなく、被

---

6 日韓首脳会談外務省 [https://www.mofa.go.jp/mofaj/a\\_o/na/kr/page1\\_001529.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page1_001529.html) 2023年5月14日閲覧。

7 日韓首脳会談外務省 [https://www.mofa.go.jp/mofaj/a\\_o/na/kr/page1\\_001529.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page1_001529.html) 2023年5月14日閲覧。

害者に対する謝罪の言葉も一切なかった。

### 3. 2023年3月16日の日韓首脳会談をどう評価するか

#### 厳しい韓国側の評価

被害者（代位弁済を明確に拒否する被害者が無くても問題は残る）とその支援者だけではなく、大韓弁護士協会、最大野党をはじめ多くのメディアが韓国政府による解決策（韓国政府系の財団が日本企業の債務を肩代わりして代位弁済するというもの）を厳しく批判している。この強硬な尹政権批判は、韓国を分断し、次の大統領選まで続くと危惧される。

中でも最も注目すべきなのは、2023年3月7日韓国の国家ヒューマンライツ委員会宋斗煥委員長が「日本による強制動員被害者への賠償に関する政府発表に対する国家ヒューマンライツ委員会委員長の声明——ヒューマンライツ侵害行為に対する認定と謝罪を含む賠償責任を果たすべき」という声明<sup>8</sup>（資料5）を発表していることである。前日に公表された政府の「解決策」を厳しく批判しているこの声明の説得力ある論理がどのようなものかについて、詳しく検討してみよう。

#### ① 国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、冒頭で、

日帝強占期の日本企業の強制動員による被害を賠償する問題に関する政府の発表に深い憂慮を表します。また、韓日両政府及び責任のある日本企業に対し、必要な措置をとるよう要請し、以下のように声明を発表します。

---

8 일본 강제동원 피해자 배상 관련 정부 발표에 대한 국가인권위원회 위원장 성명

담당부서 : 홍보협력과 등록일 : 2023-03-07

<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=7608888&menuLevel=3&menuNo=91> visited on 6/5/2023.

と政府発表に「深い憂慮」を表している。また、「日本企業の強制労働による被害」について、「日帝強占期」という修飾語をかぶせていることに注目すべきである。これは、日本による「強占」、すなわち「不法な植民支配」という2018年大法院判決による判断を踏まえていることを示している。そして、結論として、「韓日両政府及び責任のある日本企業に対し、必要な措置をとるよう要請し」ている。

② 次いで、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

外交部は2023年3月6日、強制動員被害者たちに対する日本企業の賠償責任について、日帝強制動員被害者支援財団が、国内企業16社の出捐資金を活用して被害者たちに賠償する（「第三者弁済」）を行う計画を発表しました。政府の発表後、強制動員被害者と遺族の中には、加害者の謝罪や賠償への参加なしに第三者による弁済は屈辱的であるとして抗議しています。

と述べ、政府の「第三者弁済」計画に対して、強制動員被害者と遺族の中には、「加害者の謝罪や賠償への参加なしに第三者による弁済は屈辱的であるとして抗議してい」る人たちがいることを指摘している。

③ 次いで、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

大法院は2018年、強制動員被害者たちの慰謝料請求権が1965年の韓日請求権協定の対象外であり、責任ある日本企業は慰謝料を賠償すべきとの判決を下しました。しかし、日本政府は、強制動員被害者への賠償問題が韓日請求権協定によって解決されたと繰り返し主張しており、当該の日本企業も賠償金支払いを拒否しています。

と述べ、2018年大法院が、「強制動員被害者たちの慰謝料請求権が1965年（龍法 '23）56-1, 6（6）



の韓日請求権協定の対象外である」と判決し、その判断が確定したことによって、「責任ある日本企業は慰謝料を賠償すべき」であることが法的に定まったことを強調している<sup>9</sup>。にもかかわらず、「日本政府は、強制動員被害者への賠償問題が韓日請求権協定によって解決されたと繰り返し主張しており」、また「当該の日本企業も賠償金支払いを拒否して」いることを確認している。

④ 次ので、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

強制動員被害の賠償問題は、単に金銭的な債権・債務の問題ではありません。それは、ヒューマンライツ侵害事実の認定と謝罪を通じて、被害者の尊厳を回復することに関する問題です。日本企業と日本政府が、日帝強占期の強制動員などの違法行為を認め、被害者とその家族に謝罪することは、被害回復と和解、韓日両国の未来志向的協力関係の確立のために不可欠です。

と、「強制動員被害の賠償問題」は、「単に金銭的な債権・債務の問題」ではないことを確認していることは極めて重要である。これが、この声明の核心部分である。つまり、代位弁済で金銭が支払われただけでは賠償は終わらないのである。

では何が必要なのか？それについて、「ヒューマンライツ侵害事実の認定と謝罪を通じて、被害者の尊厳を回復することに関する問題」だとしている。つまり、「ヒューマンライツ侵害の事実の認定」及び「謝罪」がなされなければならないのである。これは、加害者が行わなければならない、

---

9 金昌禄『韓国大法院強制動員判決、核心は「不法強占」である』参照。著者が2022年8月に韓国の知識産業社を通じて出版した「大法院の強制動員判決、核心は『不法強占』である」を日本語に翻訳し、「法律事務所の資料棚アーカイブ」に掲載したものである。

<http://justice.skr.jp/documents/nocciolo.pdf> 2023年5月14日閲覧。

韓国政府系の財団によって、「代位認定」もできなければ、「代位謝罪」もできないのである。そうでなければ、「被害者の尊厳を回復することに關する問題」は解決しないのである。あまりにも当然のことだが、「日本企業と日本政府が、日帝強占期の強制動員などの違法行為を認め、被害者とその家族に謝罪することは、被害回復と和解、韓日両国の未来志向的協力関係の確立のために不可欠」であることが明確にされている。

⑤ 次いで、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

しかし、残念ながらここ数年間、日本政府と企業のこの問題に関する発言や行動は、人権侵害行為の深刻さを認識して責任を取る態度としてふさわしくありませんでした。韓日両国間の財政的債権及び債務関係を政治的合意により解決するために締結された日韓請求権協定によって、被害者個人に対する賠償問題が解決されたと主張することは極めて不適切です。

⑥ この核心的判断の法的根拠について、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

国連総会が2005年に採択した「国際ヒューマンライツ法の重大な違反行為と国際人道法の重大な違反行為の被害者救済に対する権利に関する基本原則と指針」によれば、賠償には“事実の認定と責任の承認を含む正式な謝罪”、“被害者の記念及び追悼”、“あらゆるレベルの教育で違反行為に対する正確な説明”が含まれなければなりません。国連拷問等禁止委員会も2012年の上記ガイドラインに基づき、一般意見第3号で被害者が救済過程に参加することが、被害者の尊厳を回復するために重要であるとし、“被害者中心のアプローチ”を強調しました。

と、国際ヒューマンライツ法上の根拠について説明している。その一つは、「国連総会が2005年に採択した「国際ヒューマンライツ法の重大な違反行為と国際人道法の重大な違反行為の被害者救済に対する権利に関する基本原則と指針」」であり、この基本原則と指針は、「賠償には“事実の認定と責任の承認を含む正式な謝罪”、“被害者の記念及び追悼”、“あらゆるレベルの教育で違反行為に対する正確な説明”が含まれなければ」ならないと定めていることである。

もうひとつは、「国連拷問等禁止委員会も2012年の上記ガイドラインに基づき、一般意見第3号で被害者が救済過程に参加することが、被害者の尊厳を回復するために重要であるとし、“被害者中心のアプローチ”を強調し」たことである。

⑦ 次いで、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

我が国政府がこの問題の解決のために関心を持って努力することは望ましいが、ヒューマンライツ侵害行為に対する加害者からの承認と謝罪なしに、さらには第三者への弁済を通じて、賠償問題が解決されたと評価することは非常に憂慮されることです。強制動員の被害者が同意しない方法での賠償は、国際ヒューマンライツ基準が強調する被害者中心のアプローチに反することでもあります。

と述べ、韓国政府が、「ヒューマンライツ侵害行為に対する加害者からの承認と謝罪なしに、さらには第三者への弁済を通じて」、「賠償問題が解決されたと評価すること」は「非常に憂慮される」ことであって、解決とはみなしがたいとし、加えて、「強制動員の被害者が同意しない方法での賠償は、国際ヒューマンライツ基準が強調する被害者中心のアプローチに反する」ともしている。

- ⑧ そして、結論として、国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、

強制動員の被害者に対する賠償問題は、人間の尊厳を回復するための重要な問題であり、すべての対策は、被害者が被った情緒的・心理的被害を考慮しなければなりません。韓日両国政府及び責任ある日本企業が、被害者中心に賠償問題を解決するよう要請し、韓国政府は強制動員の被害者が責任ある日本企業及び日本政府から当然のこととして受けるべき認定と謝罪を受けられるよう引き続き努力することを要請します。

と述べた。結論としての原則的な判断としては、「強制動員の被害者に対する賠償問題は、人間の尊厳を回復するための重要な問題であり、すべての対策は、被害者が被った情緒的・心理的被害を考慮しなければならぬ」ということである。

したがって、韓国と日本の両政府と加害企業に対しては、「韓日両国政府及び責任ある日本企業が、被害者中心に賠償問題を解決するよう要請し」、且つ、韓国政府に対しては、「韓国政府は強制動員の被害者が責任ある日本企業及び日本政府から当然のこととして受けるべき認定と謝罪を受けられるよう引き続き努力することを要請」するとされているのである。

### 筆者の評価

筆者は、コリアンワールド紙（2023年5月号）の要請で評価<sup>10</sup>を送った

---

10 尹＝岸田首脳会談で日韓関係が改善された。シャトル外交が復活するし、多方面の協力も交流も盛んになることが期待できる。大変喜ばしい。

ただ、手放しでは歓迎できない。

今回の首脳会談は、尹大統領の政治決断で、日本政府の要求をほぼ丸呑みして実現した。外交は双方が譲歩しなければ成果が上がらない。課題だった強制労働被害者問題は日本側の協力がなく、被害者側全体が受け入れる解決策が、

ので、注記しておく。この評価は、前記韓国国家ヒューマンライツ委員会委員長声明を読む前に執筆されたが、くしくも、委員長声明と軌を一にしている。憲法が保障する人権と国際法が保障するヒューマンライツが違う概念だという命題が理解できないと、国家ヒューマンライツ委員会委員長声明（後者に全面的に依拠している）を理解することは困難ではないだろうか。

### 「植民地主義継続の表れ」を指摘した日本の市民社会による声明

日本の市民社会からもいくつかの意見が述べられたが、その代表的なものとして、筆者も声明発出者（24名）の一人として参加した2023年3月30日付声明「韓国政府『解決策』と日韓首脳会談に関する声明」（資料6）

---

ゝ出されなかった。2018年の韓国大法院判決が植民支配の不法性を認め、65年請求権協定で未解決の慰謝料の支払いを日本の企業に対して命じた判決が確定した。韓国側でこの日本企業の債務を肩代わりする財団を準備するが、日本の加害企業も政府も財団に貢献しない。日本政府の過去の認識や謝罪を継承すると言っても、何を承継したのか、岸田首相自身の認識も謝罪もはっきりしない。

被害者が起こした訴訟で、韓国の最終審による判決が確定しているのだから、被告企業は支払いをしなければならない。被害者のヒューマンライツ侵害に対する慰謝料だから加害企業が支払わなければ意味がない。財団が肩代わりできる債務ではない。被害者が肩代わりを拒否して強制執行を進めれば、それを日本が邪魔する筋合いではない。

日本側では日韓の間で何が障害になっているのかよく理解できていない。それが混乱の原因ではないか。問題の核心には、憲法が保障する人権と国際法が保障するヒューマンライツが違う概念だということにある。『外国人のヒューマンライツ』（日本評論社、2023年3月）でこの違いを論じた。韓国は民主化の激流のなかでヒューマンライツを受け容れたが、日本は、未だにヒューマンライツを受け容れることができていない。その結果、日韓にはヒューマンライツ格差が原因となって、紛争が常に吹き上ってくる。

その解消のためには、日本側が人権とヒューマンライツの違いをまず認識し直す必要がある。そのうえで、日韓の間でヒューマンライツをめぐる紛争を解決する「日韓ヒューマンライツ裁判所」（龍谷法学54巻2号拙著論文を参照されたい）を設置することができれば、この格差問題を解決することができるだろう。

をあげておきたい。4月14日（2時）に発表されたこの声明には、当日までに301団体・個人（うち団体14）の賛同が集まったことが賛同者氏名を含めて後記「共同行動」HPに掲載された<sup>11</sup>。植民地支配をした日本の市民社会からの発信であることを考えると、その内容は今の日本の人々にとって極めて重要だと思われる。

当日は、声明発出者の代表が衆議院第2議員会館内の会議室で記者会見を行った。矢野秀喜氏（強制動員問題解決と過去清算のための共同行動）の司会で、足立修一氏（弁護士）、宇都宮健児氏（元日弁連会長）、高橋哲哉氏（東京大学名誉教授）、中沢けい氏（小説家）、張界満氏（弁護士）、高橋信氏（名古屋三菱朝鮮女子勤労挺身隊訴訟を支援する会・共同代表）がそれぞれの立場から発言した。この記者会見の内容は、声明の意味するところを理解するために有益なので、特筆しておきたい。

●冒頭、声明の原案を起草した足立修一氏（弁護士）が説明したが、声明の全文を（資料5）に掲げたので、読者にはそれを熟読して頂けるよう要請したい。

●宇都宮健児氏（元日弁連会長）は、2010年12月11日に大韓弁護士協会金平祐会長との間で、「日本弁護士連合会と大韓弁護士協会の共同宣言」<sup>12</sup>を締結したこと、この共同宣言が日弁連のHPに掲載されている

---

11 強制動員問題解決と過去清算のための共同行動HP <https://181030.jimdofree.com/%E5%A3%B0%E6%98%8E/> 2023年5月4日閲覧。

12 「日本弁護士連合会と大韓弁護士協会の共同宣言」日弁連HP <https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/101211.pdf> 2023年5月4日閲覧。「日本弁護士連合会（日弁連）と大韓弁護士協会（大韓弁協）は、2010年6月21日にソウルで開催された共同シンポジウムにおいて、日本国による植民地支配下での韓国民に対する人権侵害、特にアジア太平洋戦争時の人権侵害による被害が、日韓両国政府によって十分に回復されないまま放置されていることに対し、両弁護士会が協働してその被害回復に取り組むことの重要性を確

ことを紹介した。日弁連は、この共同宣言に基づいて、大韓弁協とともに強制動員による被害を含む諸課題について、法的問題と解決策を検討してきたことを指摘し、日弁連のHPに共同宣言が掲載されていることを強調した。

筆者が注目したのは、この共同宣言第1条が、「われわれは、韓国併合条約締結から100年を経たにもかかわらず、日韓両国及び両国民が、韓国併合の過程や韓国併合条約の効力についての認識を共有していない状況の下で、過去の歴史的事実の認識の共有に向けた努力を通じて、日韓両国及び両国民の相互理解と相互信頼が深まることが、未来に向けて良好な日韓関係を築くための礎であることを確認する。」と定めていることである。

- ① 「日韓両国及び両国民が、韓国併合の過程や韓国併合条約の効力についての認識を共有していない状況」こそが良好な日韓関係を阻害していること、
- ② 「過去の歴史的事実の認識の共有に向けた努力を通じて、日韓両国及び両国民の相互理解と相互信頼が深まること」、
- ③ この2点が、「未来に向けて良好な日韓関係を築くための礎であること」を日韓の弁護士会が確認したのである。

---

ゝ認した。

日弁連と大韓弁協は、現実的課題として、先ず日本軍「慰安婦」問題に対する立法化とその実現に向けた取組が必要であるとの認識を共有化するとともに、1965年日韓請求権協定において未解決とされている強制動員による被害を含む諸課題について、法的問題と解決策を検討することとした。

日弁連と大韓弁協は、上記のシンポジウムとその後の検討及び本日東京で開催された共同シンポジウムの成果を踏まえ、アジア太平洋戦争時の韓国民に対する人権侵害による被害の回復を求めて、以下のとおり宣言する。

1 われわれは、韓国併合条約締結から100年を経たにもかかわらず、日韓両国及び両国民が、韓国併合の過程や韓国併合条約の効力についての認識を共有していない状況の下で、過去の歴史的事実の認識の共有に向けた努力を通じて、日韓両国及び両国民の相互理解と相互信頼が深まることが、未来に向けて良好な日韓関係を築くための礎であることを確認する。……」

このような認識を日韓の弁護士会を越えて、日韓の社会が共有することが望まれる。

●高橋哲哉氏（東京大学名誉教授）は、哲学者の立場から、「今回の日韓首脳会談では、岸田首相は自らの言葉で謝罪していない。謝罪は必要条件である。何度でも繰り返さなければならない。」と述べ、「終わりにき歴史責任——欧州の現在と日本（下）」という論文<sup>13</sup>を配布して、その内容を紹介した。

この論文は、きわめて重要な視点を提示しているので、その要点を紹介しておきたい。

保守政治家の間には、植民地支配について謝罪しているのは日本だけであって、他国は日本のような「謝罪外交」などしていないと主張する人たちがいる。しかし、高橋氏は、このような主張を批判して、「1990年代以降、植民地支配を正当化することはますます難しくなっており、旧宗主国の「謝罪」の例も一つ二つにとどまらない」と事実をもって反論している。

その背景にある国際社会の動向として高橋氏が挙げているのは、第1に、2001年に国連によって開催された「人種主義。人種差別・外国人排斥および関連する不寛容に関する世界会議」が採択した「ダーバン宣言」である。第2に、欧州議会は、2019年3月26日「欧州におけるアフリカ系市民の基本的権利に関する決議」を採択している。

次いで、高橋氏は、欧州諸国による植民地支配及び植民地支配下での残虐行為などに関する「謝罪外交」の典型的な事例をあげている。オランダ、ベルギー、イタリア、イギリス、ドイツ、フランスの謝罪の事例は、具体的に説得力がある。

---

13 高橋哲哉「終わりにき歴史責任——欧州の現在と日本（下）」『世界』2022年11月、120-131頁。



●中沢けい氏は、以下のようないくつかの重要な指摘をした。

大法院判決のような外国の司法に口をはさんでよいのかという問題がある。また、韓国では解決策を受け容れない被害者がいる。

日本は誠意ある応答をしているのだろうか。日本にはそれを妨害する勢力がある。1965年日韓基本条約締結のときには、植民地支配については謝罪していない。

植民地支配下の強制労働の存在を認めて欲しい。ところが、逆に、「記念碑の説明を削除しろ」とか、「記念碑を撤去しろ」というような要求が出されている。京都のウトロ記念館のような事例もある。それを知れば、日本にとって有益であることが分かるだろう。中国人強制労働被害者の場合は、慰霊碑が設置されている。なぜ韓国人の場合はできないのか。

●張界満氏は、在日韓国人である弁護士立場から、謝罪にはどのような意義があるのかについて述べた。

公的な側面からみると、金銭賠償が肩代わりで支払われた場合、加害者を許せるだろうか。それでは、被害者の気持ちを慰藉するものにはならない。被害者に受け入れられるものでなくてはならない。世界がどう考えるだろうかも考えるべきである。

張氏は、民団に代表される在日韓国人社会としては、どのような事情があろうと日韓の間の紛争はできる限り早く収束して欲しいと希望せざるを得ないという困難な状況にあるという点にも言及した。

●高橋信氏は、名古屋三菱朝鮮女子勤労挺身隊訴訟を支援する会・共同代表として三菱との間で長年交渉してきた立場から発言した。

被害者たちは閣議決定に基づいて労務動員された。ある中学生は、「働きながら勉強できる。2年で卒業できるから親孝行になる」などとだまされて動員された。日本が敗戦後帰国した被害者たちは、給料をもらってい

なかったが、「帰ったら給料を送ってやる」と言われていたので、ずっと郵便を待っていたと言う。

財団の資金であるコップの水は半分しか入っていない。「日本政府と三菱が半分の水を入れるべき」だ。などと日本側の貢献を求めた。

●声明発出人の一人である外村大氏（東京大学大学院総合文化研究科教授）は、当日出席しなかったが、その見解「日本政府は強制動員の歴史的事実を認めるべきだ」が配布された。外村氏のこの見解は、「『徴用工』問題を考えるために——混乱したギロンを片付けたい！」というウェブサイト<sup>14</sup>内の「リレーコラム」<sup>15</sup>に2023年4月5日掲載された。

このウェブサイト全体も、混乱した議論を整理し、歴史認識を深めるために役立つが、外村氏の見解は、現段階の問題点をわかりやすく提示している。読者には全文を精読することを薦めたい。

日本の植民地支配を受けていた戦時の朝鮮半島で、強制動員があったのかなかったのかについて保守派による議論が混乱を起こしている。都合の悪い史料や情報には触れない日本政府の言辞によって、混乱はさらに深まっている。このような状況下で、外村氏は、「強制労働はあったし、それは日本帝国政府の政策として行われていたという、歴史研究者や法律家であれば誰も否定しない事実を日本政府が明言すればいいだけである。」と薦める。

外村氏は、「そもそも、自らの政策によって酷い人権侵害が起きたことに対して謝罪しない政府を持つ国民、つまり日本人こそ不幸である。つい

---

14 「『徴用工』問題を考えるために——混乱したギロンを片付けたい！」のHP <https://katazuketai.jp/index.html> 2023年5月5日閲覧。

15 外村大氏（東京大学大学院総合文化研究科教授）著「日本政府は強制動員の歴史的事実を認めるべきだ」 <https://note.com/soundofwaves/n/n9179d366412a> 2023年5月5日閲覧。

で言えば、自国政府が、自らが行って来たことについて場当たりに支離滅裂な説明に終始し、何が史実か分からない状態を作り出す、都合の悪い行政文書は触れない、説明しない、という態度をそのままにしておいた場合、いいことは一つもない。

そうした自国政府の態度を改めさせることは、日本国民にとって損ではなく利益につながる。日本国民は、自分たちの置かれた不幸な状態から脱却するために、日本政府に対して、強制労働の史実、それについての日本帝国政府の責任認定、そのうえでの謝罪を、強く求めていくべきだろう。」と言う。

筆者は、上記した声明及び発出人の発言・見解を強く支持したい。この声明の最も重要なポイントは、日本政府の姿勢を「植民地主義継続の表れ」と指摘した点だと考える。これは、これまで日本の市民社会からあまり指摘されてこなかった。なぜ「植民地主義継続の表れ」と言えるのだろうか。

大法院判決による確定判決の加害企業に対する強制執行は韓国の司法と言う内政問題である。その司法作用に干渉して、強制執行を阻止するために経済制裁まで加えた。隣国の内政干渉によって尹政権に対して、財団による肩代わり政策という「解決策」を強いたことになる。明治時代に李朝鮮・大韓帝国を独立国として尊重せず、その内政問題に対してほしきままに干渉した。現在の日本政府の行為は、かつて軍勢力を背景にして度重なる「改革」要求を繰り返して内政干渉し、ついには保護国化し、併合するに至った歴史を髣髴とさせる。

以下に掲げた声明の後半の植民地支配問題に関する部分を熟読すれば、その問題性をより明確に理解できるであろう。

ところが日中間の問題では当事者間の解決を妨げなかった日本政

府が、韓国の被害者との問題では企業が自発的な解決をすることに介入し、妨害しています。これは、日本政府の韓国に対する植民地主義継続の表れと言うほかありません。

国連総会は 1960年12月14日、「植民地と人民に独立を付与する宣言」を採択しました（決議 1514（XV））。同宣言は、「外国による人民の征服、支配および搾取は基本的人権を否認するもので、国連憲章に違反し、世界平和と協力の促進にとっての障害である」と述べました。2001年のダーバン宣言は、「植民地主義によって苦痛がもたらされ、植民地主義が起きたところはどこであれ、いつであれ、非難され、その再発は防止されねばならない」ことを確認しました。

今日の国際社会では、植民地主義は誤ったものであり、克服されなければならないものと認識されているのです。ところが今回、日本政府の取っている対応は、朝鮮半島を植民地支配したことを現時点でも正当なものであったことを前提とするものであり、韓国国民の尊厳をも損なっています。強制連行・強制労働の被害者、そして植民地支配の被害者である韓国国民、彼らの尊厳を損なうような「解決」はあり得ません。「被害者不在では解決にならない」のです。

日本が韓国との関係を改善していくためには、過去の植民地支配が正当であったとの歴史認識を改め、韓国人の被害者の尊厳を損なわない解決を目指すべきです。

独立国である隣国に対して植民地のように接することはやめなければならないのである。

### 金泳鍋名誉教授インタビュー

韓国の識者の評価として金泳鍋（キム・ヨンホ）名誉教授<sup>16</sup>の評価をあ

---

16 後述の『タンポポ』のプロフィールによれば、金泳鍋理事長は慶北大教授、ノ  
(龍法 '23) 56-1, 18 (18)

げてみたい。金名誉教授は、金大中政権時代の2000年には、産業資源省長官を務め、韓国の民主化後の政治に深く貢献した元老的な経済学者である。その後も柳韓大学総長、韓国学中央研究所研究員と成均館大学碩座教授を務めたほか、東北アジア平和センター理事長、韓国社会責任投資フォーラム理事長などを務め、最先端の国際的な共同研究も推進してきた。筆者は、金名誉教授に招かれて、2016年10月にコロンビア大学で開催された「サンフランシスコ・システムを越えて」と言う国際学術会議<sup>17</sup>に参加して以来、東北アジア平和センターの主催する国際共同研究に参加してきた。

2022年11月18日ソウルでの筆者の講演会の際に同名誉教授との間でごく簡単な意見交換の機会があったが、「尹政権下で日韓関係が、1998年共同宣言まで後退してしまうのではないか。その後の成果が無になってしまう」とひどく心配しておられた。同名誉教授は、市民メディアである『タンポポ』編集者とのインタビュー<sup>18</sup>（3月9日）で2023年3月6日に尹政

---

ㄴ 東京大学教授などを歴任した元老経済学者だ。金大中政権時代の2000年には、産業資源省長官を務め韓国の産業・経済の新しいパラダイムを提示した。その後、柳韓大学総長、韓国学中央研究所研究員と成均館大学碩座教授を務めて、東北アジア平和センター理事長、韓国社会責任投資フォーラム理事長などを務めている。「市民連帯によるシビルアジア（Civil Asia）」を粘り強く模索している。

17 “Beyond the “San Francisco System”: Seeking a Peace Regime in East Asia.”, Academic Conference on Friday, October 28, 2016, The 15th floor of the International Affairs Building, Department of History, Columbia University, U.S.A.. その後の一連の国際会議にも招かれて参加したが、国際共同研究の成果は、2022年韓国で샌프란시스코 체제를 넘어서동아시아 냉전과 식민지・전쟁범죄의 청산 (김영호 외 지음 1 메디치미디어)として出版され、ハンギョレ新聞の今年の本10冊に入った。[2022년 한겨레 ‘올해의 책’] <https://www.hani.co.kr/arti/culture/book/1072853.html> 2023年5月19日閲覧。

18 同名誉教授のインタビューの日本語翻訳を入手することができた。〈仮訳〉韓国市民メディア「ミンドゥルレ（たんぽぽ）」2023年3月13日 ☆金泳鎬（キム・ヨンホ）東北アジア平和センター理事長インタビュー ☆「強制動員解決法、過去から抜け出ようとして、逆にもっと閉じ込められた」〔入力2023.03.11 09:00／修正2023.03.13 09:05〕訳 李洋秀、小田川興。同インタビューの韓国メ

権が発表した強制動員被害者への賠償問題「解決策」に対する考えについての評価を詳しく述べている。岸田尹日韓首脳会談の突破口になった「解決策」について大変鋭い分析であり、ここで紹介しておきたい。インタビューの要旨は以下のとおりである。

3.1運動と上海臨時政府が主張して韓国憲法に反映された日帝による植民地統治の不法論が、韓日知識人共同宣言―菅直人談話―大法院の強制動員被害者賠償判決で結実した「功績の塔」、それが今回政府の措置でガラガラ崩れる格好になった。今回の外交措置は司法府に対するクーデターであり、日本の安倍反動史観に対する歴史的屈従で、韓日間の1965年体制を克服しようとする、これまで半世紀の民主的な努力に冷や水を浴びせるもので、韓国憲法の精神は地に墜ちた。

「今回の外交措置は司法府に対するクーデターであり、…韓国憲法の精神は地に墜ちた。」と金泳鍋名誉教授は、尹政権の「解決策」を厳しく批判し、それが「韓日知識人共同宣言―菅直人談話―大法院の強制動員被害者賠償判決で結実した「功績の塔」」を崩してしまったと落胆している。これは具体的にはどのようなことを言っているのだろうか。少し長くなるが、インタビューをフォローしてみよう。

「韓国大法院の強制動員被害者に対する賠償確定判決文を、昨晚もう一度読んでみたが、本当によく書いたと思った。…」

「今回の強制動員賠償問題の核心は、強制動員被害者の請求権問題というより強制動員被害者の人権問題で、さらには日本の植民地

---

ゝ 語原文URLは、以下の通りである。<https://www.mindlenews.com/news/articleView.html?idxno=2082> 2023年5月15日閲覧。

統治の違法性の問題だ」

「2010年に韓日知識人1000人が参加した共同声明を発表したが、韓国で600人余り、日本でも500~600人が署名した。その作業をする時、1998年の金大中・小渕共同宣言に沿って、韓日共同の歴史教科書作りのプロジェクトが進められたが、互いに意図が合わず、結局うまく進められなかった。その時、一番意見が合わなかった部分で、韓国併合条約の違法性に関してだった。韓国側は不法だと言い、日本側は当時としては合法だったと主張した。金大中・小渕宣言の時も、日本は植民地統治の合法・有効性を強固に維持し、…だが、われわれが2010年に発表した共同声明の作業をする時、日本の主流の歴史学者の大多数が、韓国併合が不法だったということに同意して署名した。驚くべき事だった」

「大法院判決を見ると、その共同声明の精神がよく盛り込まれている。その前に、慰安婦と強制動員被害者の提訴が続いたが、通常、日本の裁判所側は既判力〔確定判決による不再理の効力〕を盾にそれらを斥けてきた。ある調査研究によれば、韓日知識人の共同声明が大きい反響を呼び起こした後に勝訴判決が出て、2018年の大法院の強制動員被害者裁判もその一つであったと言う。もちろん、裁判所の独自の判断が何より重要だった」…

「日本の弁護士も160人余りが、大法院判例に支持声明を出した。だから1965年体制に対する不満が起きてから、ほぼ半世紀近い闘いの末、金大中・小渕韓日パートナーシップ宣言が出され、その宣言に対する不満から10余年に及ぶ闘いが続いた末に歴史が再び進んで、韓日知識人共同声明（2010年）―菅直人談話（2010年）―憲法裁判所の慰安婦判例（2011年）―大法院の強制動員賠償判例（2012、2018年）の憲法精神の具現という新しい民主主義戦線が形成された。ところが、その戦線が今回崩れた」

金名誉教授が提示した「今回の強制動員賠償問題の核心は、強制動員被害者の請求権問題というより強制動員被害者の人権問題で、さらには日本の植民地統治の違法性の問題だ」という視点は、核心的な分析である。大法院判決（2012年及び2018年）は、「強制動員賠償問題」が「被害者のヒューマンライツ」（国際法上の権利）であることを基礎にしたが、基本的には、大法院は、1965年日韓請求権協定で解決していない植民地支配責任に基づく賠償責任（慰謝料請求権）に着目した。そこから、賠償責任が「日本の植民地統治の違法性」という歴史と法が交錯する点を基礎にして法的論理が組み立てられることになった。

ところが、日本政府は、この核心的な問題である「日本の植民地統治の違法性」という賠償責任を命じた判決の基礎については、一言も触れてこなかったのである。この「沈黙」にこそ今回の事態の本質があることに注目すべきなのである。

ここで最大の論点となるのは、植民地支配の不法性の問題である。この点についての日韓の間の協議について、金名誉教授は以下のように振り返っている。1998年の金大中・小渕共同宣言のときにも、「日本は植民地統治の合法・有効性を強固に維持し」た。同宣言に沿って、韓日共同の歴史教科書作りのプロジェクトを進めたが、「その時、一番意見が合わなかった部分が、韓国併合条約の違法性に関してだった。韓国側は不法だと言い、日本側は当時としては合法だったと主張した。」と言うのである。

このような状況に大きな変化が見られたのが、併合100年の年＝2010年だった。この年に発表された1000人を超える日韓の知識人による共同声明の成功だった。金名誉教授は、「われわれが2010年に発表した共同声明の作業をする時、日本の主流の歴史学者の大多数が、韓国併合が不法だったということに同意して署名した。驚くべき事だった」と言っている。「日本の主流の歴史学者の大多数」が共同声明に同意して署名したことの画期性についての強い印象を吐露していることに注目すべきである。



この2010年の知識人共同声明に続いて、菅直人談話（2010年）<sup>19</sup>が出て日本政府の歴史認識が大きく進んだ。このようにして、「憲法裁判所の慰安婦判例（2011年）—大法院の強制動員賠償判例（2012、2018年）の憲法精神の具現という新しい民主主義戦線が形成された。」のに、今回の尹政権の「解決策」によって、「その戦線が今回崩れた」と、金名誉教授は、評価する。

この結果を「敗北」と言う金名誉教授の評価については、韓国の識者の立場からすると、そうなのかもしれないと思う。日韓の和解へのプロセスについて検討する際に、韓国側から見ると未だに植民地支配の宗主国による支配が継続しているかのような闘いの過程にあるとも思われる。そのような視点からすると、「敗北」と評価せざるを得ないと理解すべきなのであろう。そうだとすれば、韓国の人々と共に、日本の脱植民地化のプロセスを歩んでいる日本人研究者の一人としても、その評価を文字通り「敗北」と受け止めることにしたい。

一旦は、「敗北」と受け止めるとしても、そうであればこそ、その「敗因」についての分析を冷静に進める必要があると思われる。その分析は、今後の運動と研究の方向性を定めるためにも不可欠であると考ええる。まず、この「敗因」の検討について、日韓の研究者による共同研究の機会をもつことが必要ではないだろうか。

筆者から見ると、韓国の識者からの植民地支配の不法性に関する研究と運動の呼びかけ、より端的に言うなら、2010年の日韓知識人共同声明の署名運動の呼びかけに対して、主として日本の研究者（筆者を含め）がどのように応答したのかを検討する必要があると思う。その応答の内実に不十分な点があったのではないかということを反省する必要があると思うのである。

19 戸塚悦朗『歴史認識と日韓の「和解」への道——徴用工問題と韓国大法院判決を理解するために』日本評論社、2019年、16頁、25-26頁。

## 2010年の日韓知識人による署名運動の評価

日韓ともに500名を超える知識人が署名し、併合百年の年に日韓基本条約の植民地支配に関する解釈の不一致を解消し、韓国側の解釈に統一することに合意したこの署名運動は、1965年以来の日韓の間の最大の対立点を解消しようとする努力だった。それまでにないことだったから、金名誉教授も驚くほどの画期的な成果だったと評価できる<sup>20</sup>。その運動が実現した一つの成果としては、2010年8月10日の前記菅直人首相談話がある。そのような流れの中で、2018年大法院判決が生まれたという金名誉教授の評価は、筆者もよく理解できる。

しかし、筆者も参加したこの共同声明の署名運動には、今後対応すべきいくつかの問題点が潜在していた。その内実には、いくつかの重要な限界があったと思われるのである。ここでは、二つの限界をあげておきたい。

その第1は、共同声明の表現自体に潜む問題である。

結論の表現は「不義不当」とされていて<sup>21</sup>、併合条約の「不法」あるいは「無効」という法的表現ではなかった。

それまでの日韓関係に関する日本における歴史学研究は相当充実していたものの、法学的検討はまだ不十分だったと言わざるを得ない。そのことから来た限界ではなかっただろうか。歴史学者にとっては、この表現の違いはあまり大きくはないと感じられる可能性はある。しかし、法律家にとっては、この違いには、大きな隔たりがある。

韓国側は、1910年併合当時から一貫して、日韓の旧条約はすべて原初的

20 「歴史的正義と和解の認識——「韓国併合」100年日韓知識人共同声明」、笹川紀勝監修＝邊英浩・都時煥編著『国際共同研究韓国強制併合一〇〇年：歴史と課題』明石書店2013年、441-487頁。

21 2010年知識人共同声明の結論的命題は、「かくして韓国併合にいたる過程が不義不当であると同様に、韓国併合条約も不義不当である。」という一文に要約されている。前掲「歴史的正義と和解の認識」、447頁。

に不法であり、併合条約は無効だったと主張してきたのであって、決して併合が「不義不当」であったと言うにとどまっていた。だから、日本側としては、この主張に応答するためには、この法的な主張に正面から応答する法学的な研究を避けることはできなかったのである。にもかかわらず、植民地支配の不法性に関する日本側の法律家による研究は未だ不十分な段階だった。日本で最大の法律家の組織である日本弁護士連合会も弁護士個人もこの研究には取り組んでいなかった。少なくとも、筆者は弁護士であった1992年当時、留学先のロンドン大学で研究を始めてはいたものの、筆者の研究は、2010年の段階ではまだ不十分で、完成した段階に達していたとは言えなかった。

植民地支配の不法性についての研究については、日韓ともに歴史学者主導で進められてきたのであって、歴史学者の研究に日本の法学者<sup>22</sup>が加わった国際共同研究は、始められて間もなく、まだ発展途上にあったという限界があった。

限界の第2は、署名運動の担い手が歴史学者中心だったことにあった。

これは、植民地支配問題が歴史に関する問題だから、当然の流れだったとも思われる。運動の中心の一人だった金名誉教授自身が「日本の主流の歴史学者の大多数が、韓国併合が不法だったということに同意して署名した。驚くべき事だった」と言う通り、まずは、主として歴史学者の関心事

---

22 2010年までの段階では、法学者としては、坂元茂樹教授と笹川紀勝教授は、国際共同研究に深く関与していた。しかし、大変残念なことではあるが、批准不要説（保護条約などの合法説）を主張してきた坂元教授は、途中から国際共同研究から抜けてしまい、論文を撤回してしまった。だから、笹川紀勝＝李泰鎮（共編著）『国際共同研究・韓国併合と現代——歴史と国際法からの再検討』明石書店、2008年には、坂元教授の論文が掲載されていないし、それ以後の2冊の共同研究にも掲載されていない。その経緯については、前掲書『韓国併合と現代』序文（9-34頁）に笹川教授が報告している。坂元教授と入れ替わるように、筆者は2009年ごろから遅れて国際共同研究に招かれるようになった。

としてこの署名運動が認知され、推進された。それゆえこの事実は、「日本の主流の歴史学者の大多数が」参加した点で、肯定的な成果だったとも評価され得る。しかし、この事実は、裏側から観ると、歴史学者以外の分野の知識人（例えば、法律家や文学者など）が運動に主体的に関わっていなかったことをも意味するのである。

この署名運動に応答した知識人の名簿を見る限りでは、日本側にも韓国側にも法律家があまりにも少なかった。筆者は、国際共同研究の国際会議に参加していた縁があったことから、署名運動の最終段階で和田春樹名誉教授の呼びかけに応じて参加したのであって、主体的にかかわったとは到底言えない。のちに日本側の署名者の名簿を見て、弁護士も国際法学者もほとんど参加していなかったことに驚いた記憶がある。

植民地支配の「不法性」の問題には、法的判断が関わる。だから、歴史認識に関わるとは言っても、歴史学者まかせにせず、法学者が自ら主体的に研究すべき分野である。それなのに、日本側では、署名運動に発起人として参加した法律家はいなかった。法律家の署名者も極めて少ない。戦後補償裁判に取り組んだ弁護士の署名者も数えるほどであった。国際法学者も発起人としては参加していなかったし、署名者も皆無に近いほど少数だった。今から思えば、植民地支配の「不法性」という法的問題にかかわる共同声明の署名運動としては、最大の弱点だったのではないだろうか。

それまでは、歴史学と法学の学際的国際共同研究が極めて不十分だったという限界が露呈したとみるべきではないだろうか。筆者は、今は反省しているが、署名運動が進行していた当時は、自らが関与すべき問題だという意識がなかった。歴史学者が関わる分野であって、法律家がかかわるべき問題と受け止めていなかったことを率直に告白しなければならない。日本の法律家として筆者が深刻に反省すべき問題点と思われる。

日本側の文学者には著名人<sup>23</sup>が参加しているものの、発起人がいなかった

23 「作家・芸術家・映画監督」の分類のもとに、大江健三郎氏などが署名して（龍法 '23）56-1, 26（26）

た。

韓国側の傾向も同様で、歴史学者中心の運動だったように見える。

韓国側で興味深いのは、法曹界関係者の署名はあるものの、弁護士協会の会長クラスのみにとどまっていて、個人としての弁護士の署名はみあたらない。法律家は発起人として参加しているが、参加者が多くないのである。最近、戦後補償裁判で韓国の弁護士が活躍しているにもかかわらず、植民地支配の不法性の研究者が少ないのであろうか。

韓国側の「文学界（詩人、小説家、評論家）」分野では、高銀氏、金芝河氏という著名文学者が発起人となっていたことに注目すべきであろう。署名者の中には、金薫作家<sup>24</sup>が署名していたことに最近気づいて、目を開かれた。

今後、日韓の文学者の関心がより高まることが期待できよう。植民地支配の不法性を示す歴史的な事実をテーマにした相当数の文学作品が出版され、それらがメディアを通じて広範な社会的波及効果を生む可能性がある。

## 2018年大法院判決の衝撃

法律家が植民地支配の不法性の問題を研究するようになった契機は、2010年共同声明のあとから起きた。2018年韓国大法院判決は、日本の法律家にとっても衝撃的であり、研究を促進する強い刺激となった。

しかし、問題は、大法院判決の植民支配の不法性判断が韓国の「憲法判断」だったことである。国内法上の判断としては十分であるが、日本との間の国際問題に関わる以上、大法院判決を支えるためには、国際法上の問題についても研究しておくことが必要である。筆者は、そう考えて、三冊

---

ゝいる。

24 金薫作家は、2022年8月に『ハルビン』（安重根義軍参謀中將が1909年10月26日伊藤博文公爵を射殺したのはハルビン駅構内であったが、その歴史的な事実を小説化したもの）。を発表した。同書が韓国でベストセラー（小説部門で年間2位）になっていることに注目すべきである。

の著書を出版した<sup>25</sup>。ところが、最も詳細な筆者の前掲『歴史認識』（国際法的研究の完結版）がまだ韓国語で出版されていない<sup>26</sup>。

日本では、2018年大法院判決を契機として、植民地支配の不法性についての研究が始まった。しかし、研究と議論は、やっと始まったところであって、例えば日本弁護士連合会も会内研究の成果を公表できる段階にいたっていない。だから、研究成果を日本社会内で広く共有することが困難である。残念ながら、植民地支配の不法性の問題は、日本では未だに「タブー」として、はれ物に触るように扱われている。そのため、広く議論することが困難なのである。

このような段階であるので、2010年前後からやっと始まった歴史家と法律家による学際的な研究も日本では不十分な状況にとどまっている。未だ研究も論議も十分な広がりを持って日本社会に共有されているとは言えない。

このような日本の状況を直視するなら、日韓の間でさらなる交流と共同研究が必要であると思われる。筆者は、安重根義軍参謀中将の名誉回復を目指して、安重根義軍参謀中将裁判の研究について、日韓の研究者が交流し、研究を共有することが望ましいと思う。それが、1905年11月17日付「日韓協約」不存在の研究をすすめ、併合条約の不法性の研究をも促進すると考える<sup>27</sup>。

25 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10月、1-209頁。前掲『歴史認識』。戸塚悦朗『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。金昌禄教授の翻訳によって2022年7月知識産業社から同書の韓国語版が出版された。

26 2023年5月時点ですでに翻訳は終わっているが、出版は2024年になるのではないかと予想される。

27 例えば、2022年11月17日及び18日にはソウルにおいて、筆者による二つの講演会が開催された。①戸塚悦朗講演「安重根義軍参謀中将裁判の不法性——1905年11月17日付日韓協約は不存在——」主催者（社）安重根義士崇慕会・安重根義士纪念馆、『2022年安重根学術講演会』、日時2022年11月17日午前7時、ノ

しかし、この点で、日本では、広範かつ十分な検討は未だに始まっているとは言えないことを付言しておく必要がある。

## 第2．植民地支配の歴史的事実に光をあてる方法はあるか？

日本で、日本語環境で暮らす筆者たちは、植民地支配の歴史的事実を正確に認識できていないという問題がある。だから韓半島の植民地支配についても、その不法性についても、日本の多くの人々は、日本政府がつくり上げてきた神話に類する歴史認識にからめとられてしまっている。このような構造的な問題が日本社会の根底にあることに注目する必要がある。簡単に言えば、筆者も含めて日本に暮らす人々は、強固なタブーに支配され続けてきたのである。そのタブーの実態はまだ解明途上にあって、筆者にもよくわかっていない。しかし、植民地支配の歴史的事実に光を当てることが、そのようなタブーによる制約と造られた神話から自由になる第一歩であることは間違いないであろう。

まず、勇敢にも、タブーを破った歴史ノンフィクション・ノベル片野次雄著『李朝滅亡』<sup>28</sup>を読むことから始める方法が良いのではないだろうか<sup>29</sup>。

---

ㄨ 会場ホテルPJベラルーム。②戸塚悦朗講演「日韓共同研究の在り方——韓国語版出版を記念して」、主催・会場韓国歴史研究院（李泰鎮院長）、日時2022年11月8日、司会金昌祿教授。

28 片野次雄『李朝滅亡』新潮社、1994年6月。文庫版は、以下のとおり3年後に出版されている。片野次雄『李朝滅亡』（新潮文庫）新潮社、1997年7月。

29 筆者は、タブーを破ったこの歴史ノンフィクション・ノベル『李朝滅亡』を高く評価している在日の識者から勧められ、同書を知った。最近、タブーを破る勇気をもっていなかった自分自身を反省しつつ、同書を推薦する以下のエッセイを執筆した。戸塚悦朗「タブーを破った歴史ノンフィクション・ノベル推薦します——筆者と韓国史のものがたり——」2023年4月10日【1919年上海に大韓民国臨時政府が樹立されてから105年目の日に】。本論文にはその内容を転載している。



筆者は、以下述べるようにタブーを破る勇気をもっていなかった。そのような筆者の情けない研究歴と比較すると、タブーを破ったこの歴史ノンフィクション・ノベルがいかに貴重かを理解していただけたと思う。

もちろん、筆者や多くの日本人の不十分な歴史認識を作り出した日本の政府の言辞、その支配下にある公教育、メディアそしてタブーを抱え込んできた日本社会の構造的な問題が深く研究されるべきではあろう。しかし、筆者にはそのように深く研究する力量が不足している。また、他を批判する資格があろうとも思われない。しかし、自分自身の不甲斐なさを反省しつつ、韓国史を学ばなかった筆者の物語を紹介することはできるので、それをネガティブな一つのケーススタディーとして以下に書き残しておきたいと考えた次第である。自らの恥をさらすようで、躊躇するところもあるが、それを乗り越えることは自らの決断次第で可能だからである。

### 韓国史を学ばなかった筆者

筆者は、歴史家ではない。中高でも韓国の歴史を勉強した記憶がない。物理学、心理学、法学を大学や大学院で学んだが、韓国史について学んだことはなかったのである。だから、筆者は、新聞やテレビが報道していること以外には全く何も知らなかった。普通の日本人男性の一人だったのである。

しかし、およそ歴史について何も学ばなかったということではなかった。高校時代には、西洋の中世について詳しく学んだ記憶がある。大学では理学部（物理学科）に入ったが、教養の歴史学ではナチスが政権につくまでの過程を詳しく学ぶことができた。内緒話のたぐいだが、理学部時代の教授たちの多くが戦時中に軍の極秘命令で原爆開発にたずさわっていたことを知って衝撃を受けたことはよく記憶している。1973年に弁護士になってからは、大規模な被害事件の被害者の弁護活動に携わった。また、1980年代初頭からは、精神医療による重大なヒューマンライツ侵害の問題にぶつ



かり、調査したことがある。だから、科学者や医学者たちがなぜヒューマンライツの侵害に手を染めて行ったのか？という問題に強い関心を持った。1988年から英国ロンドン大学の精神医学院（IOP）の客員研究員になってからは、日本の精神医療の歴史を研究したこともあった。ドイツでは、ナチスによるユダヤ人抹殺政策の前に、障がい者とりわけ精神障がい者の抹殺政策があったことも知った。古代に天皇が精神を患った時に初めて外国から医師が招かれたのだが、中国からではなく韓半島からだったという歴史も知った。

しかし、なぜか韓国史も韓国に関わる日本史もすっぽりと抜け落ちていたのに、そのことに気づくこともなかったのである<sup>30</sup>。

これまでの人生を振り返ってみると、韓国史の研究に取り組む必要性を感じたチャンスは何度かあった。最初の機会は、弁護士になったばかりの1973年8月に韓国の民主化運動の指導的政治家だった金大中氏が東京でKCIAに拉致されるという大事件が起きたときだった。報道でこれを知っ

---

30 しかし、司馬遼太郎著の小説はいくつか読んだことがある。そこから所謂「司馬史観」を自然に且つ無批判に吸収していた可能性は十分にあるのではないだろうか。だから、明治維新は、封建制を打破し、身分制を廃止し、自由と平等を保障した改革として無批判且つ単純に美化する考え方に染まっていたことは間違いない。そして、日清戦争や日露戦争の日本の勝利は、世界の一等国に成長した「栄光の歴史」として受け止めていたのではないか。朝鮮については、ひどく後進的安社会だったので、日本が教育制度を導入したという偏見に凝り固まっていた。そのために韓国は発展したと信じこんでいたのである。「天は人の上に人をつくらず。人の下に人をつくらず」という福沢諭吉の言葉は、少年期の筆者の耳にタコができるほど聞いた記憶がある。NHKラジオ放送が繰り返していたのだと思う。しかし、1万円札の福沢の写真に対するアジアからの視線にも、彼の「脱亜入欧」論と植民地支配の関係にも全く思いが至らなかった。日本の戦国時代の小説を読み、歴史ドラマをテレビで観たこともある。だから、筆者も太閤豊臣秀吉を英雄視していた。徳川家康は「タヌキおやじ」というフレーズはどこから記憶したのだろうか。こうしてみると、様々な歴史的な事象についてのイメージが、固定観念として無意識に植え付けられていたのだと思う。筆者も、マスメディアと小説などによる刷り込みから、日本に広く存在する「常識」から決して軽視することができない影響を受けていたと思われる。

て衝撃を受けたことはよく覚えている。筆者が関心を持っていたヒューマンライツ侵害問題に直結する重大事件だったにもかかわらず、この事件に取り組もうとも、韓国史を学ぼうとしなかった。日々の仕事に追われる超多忙な日常を送っていたから、全く余裕がなかったのである。

それなのに、そんな筆者が1992年2月に「慰安婦」問題を国連のヒューマンライツ委員会（ジュネーブ国連欧州本部で開催された）に提起したのである。それにはそれなりの理由があったのだが、長くなるので、ここでは説明を省略する<sup>31</sup>。この時には、「日本軍「慰安婦」は「性奴隷」だった」と国連NGO代表として発言したのである。だが、韓国史についての研究は全くしていなかった。一回だけの発言で完了するアドホックの活動しか予定していなかったからだった。恥ずかしいことに、全くの準備不足であった。

これに対して、二つの反応があった。

一つは、否定的なもので、ジュネーブ駐在の日本人男性特派員たちの反応だった。毎日新聞を除いて、その他の大新聞の特派員から敵対的な態度で強い拒否反応を受けた筆者は、それまでに経験したことがなかったほどひどい侮辱的な発言を受けて腹を立ててしまったのである。普段はおとなしい性格だと自認している筆者だが、激しい怒りがこみあげてくると自分でも制御がむづかしくなるほど極端な反応をしてしまうことがある。このときは、相当腹の虫の居所が悪かったのだろう。今思うと、この個人的な激しい怒りの感情がなければ、その後の国連活動への取り組みはなかっただろうと思う。

もう一つは、全く逆に肯定的な反応もあった。国連に加入したてだった

---

31 筆者がなぜ「慰安婦」問題を国連ヒューマンライツ委員会に提起したのかの動機は、自由権規約第1選択議定書への加入を促進するためであった。その詳細については、（論文）木村幹「慰安婦問題の国際化の側面：戸塚悦朗の回顧を中心に」国際協力研究29巻1号（2021.7）111-147頁参照。

韓国政府の大使から筆者の発言に「感謝する」という公式の発言があった。また、国際法律家委員会（ICJ）という有力NGOの代表から、「とても重要な問題なので、継続してこの問題に取り組み続けた方が良いと思う」という、貴重な助言があった。これら肯定的・否定的な反応の為に、その後も日本軍「慰安婦」問題の国連活動を続けることになったのである。全く想定外のことだった。

### 法律家の筆者がなぜ韓国史研究を始めることになったのか

国連活動の継続の結果が問題だった。韓半島から「慰安婦」女性を動員するための法的根拠があったのかどうかについて、日本政府との間で法的論争になってしまったのである。

ところが、当時の日本法をいくら調査しても、その法的根拠が見つからなかった。法外の秘密制度だったのである。そこで、なぜ日本政府が韓半島の被害女性たちを支配し、動員できたのかについての基本的な法的根拠を調べなければならなくなった。

それを調べているうちに、1905年11月17日付の「韓国保護条約」は無効と書いてある国連報告書（1963年国際法委員会ILCによる国連総会あての報告書）を発見したのである。1992年秋のことだった。当時筆者は、ロンドン大学（LSE）で客員研究員をしていた。同大学の高等法学研究院（IALS）の図書館でのことだった。

この発見は、その後の筆者の人生を変えてしまった。

この英語で書かれた国連文書の存在は、日本では（実は韓国でも）一般には知られていなかったのである。その内容は、それまでの日本政府の立場（韓国の植民地支配は「合法」とするもの）をひっくり返してしまうかも知れないほどとても重要なものだった。法学研究者になりたての初心者ではあったが、「取り組みに値する「発見」だ」ということだけは理解できた。早速この発見が何を意味するのかについて、「しっかり研究して、

論文を書こう」と決意したのである。

### 韓国近現代史は、まるで「ブラックホール」

「三度目の正直」と言うが、このときに初めてかなり真剣に韓国近現代史の研究に取り組むことになったのである。素人ながら、韓国近現代史や1905年当時の日韓関係について研究する必要性を痛感することになった。それがわからないと、この1963年ILC報告書の意義をよく理解できないからだった。

韓国語を学んだことがなく、韓国語文献を読むことができなかったのが残念だった。ロンドン大学（SOAS）の図書館で入手可能な英語と日本語の文献を調査することになった。相当数の文献にあたる必要があったが、わかりやすい日本語の文献が見つからないため、苦勞したことをよく覚えている。1905年11月17日に何があったのか？主としてその一日の研究に集中した。独立国であった大韓帝国の独立（外交権＝主権）を奪うために伊藤博文公爵が何をしたのか？それを究明しようとしたのである。頼りになる日本語の文献がなく、英語の文献をたよりにせざるをえなかった。

日本語で韓国近現代史を調べようとすると、まるで「ブラックホール」をのぞくような体験をする。宇宙でみつかったブラックホールは、光さえも呑み込んでしまう暗闇の星なのだが、実は中身はとても重くてぎっしりと物質が詰まっているという。日本語で調べようとすると、ブラックホールに呑み込まれてしまったように、真相が見えなくなるのが韓国近現代史なのである。そんな体験をした。

果たして、その中身はぎっしりとつまっていたのである。

### 『李朝滅亡』はまだ出版されていなかった

今思うと、片野次雄氏著『李朝滅亡』（新潮社）がまだ出版されていなかったのである。

この本が世に出たのは、それから2年後の1994年6月のことだった。もし、この本1冊を最初に読むことができたなら、短期間で詳しい歴史的な事実を把握することができたはずだった。今思えば、1905年11月17日の事件だけでなく、大日本帝国によって李朝朝鮮（大韓帝国の時代を含めて）が滅ぼされるまでの、1875年から100年間の韓国近現代史を詳しく、正確に知ることができたはずだったのである。

もし、そのときに『李朝滅亡』を読むことができていれば、この1905年11月17日が韓国史のなかでどのように位置づけられるのか？という問題の理解も無理なくできたはずであった。勿論、歴史研究者であれば、それだけでは不十分である。しかし、筆者のような素人が、近現代の韓国史の見取り図を把握しようと考えた場合は、短期間で全体を把握できる同書は大きな助けになったはずだった。片野氏の歴史小説は、とても分かりやすく、しかも正確に書かれているので、歴史には素人の筆者にも理解が可能である。

山岳カメラマンでもある片野氏は、30年以上にわたって民俗学的な見地からみた僻村の取材を行うかたわら、李氏朝鮮を中心とした朝鮮文化の研究を続けた朝鮮史研究家である。『李朝滅亡』を出版する前に、日本と韓国・朝鮮に関わる歴史を五部作に書き分けて出版している。片野氏が扱った歴史は、白村江のたたかいから始まり、朝鮮通信使を題材とする李朝後期時代に至るまで千二百年にわたる長大な物語なのである。そんなに長い間の日韓両国の歴史的な関係を平易にノンフィクション歴史小説として、五冊も執筆・出版したのである。

韓国は、日本から見ると最も近い隣国である。

それなのに、なぜ近現代の韓国の歴史の全貌をわかりやすく書いた日本語の本がほとんどなかったのだろうか。考えてみるとこれは謎である。まるで「ブラックホール」のように暗闇に包まれて、中がよく見えなかった。その理由は、筆者にはあとからわかってきた。この時代の日韓関係史をあ

りのままに書くと、日本社会に根深く存在する厳しい「タブー」に触れるからなのではないかと思いついた。

### タブーを破る勇気がなかった筆者

1992年秋に一気書きあげた論文の原案を本岡昭次参議院議員（当時社会党、兵庫県選出）にファックスで送って、意見を聞いた。なぜそうしたのかには少し説明が必要である。

研究者としては、すぐに学術誌に公表すべきだったのかも知れなかった。筆者が学んだロンドン大学大学院（LSE）では、研究には「オリジナリティ」を求めている。優れた研究の基準としては、例えば、博士論文は、先行研究がない重要な発見を提示するか、一般に認められている定説を説得的に覆すことが必要とされていた。筆者の発見は、このような基準を満たす研究となる可能性を秘めていた。書きあげた論文は、研究者の視点からは公表に値する重要なものになる可能性が十分にあったのである。

ところが、日本の状況を考慮すると、すぐに公表することにはためらいがあった。日本では、これまで一般には知られていなかった衝撃的な情報だったから、政治的にも社会的にも特に保守層からの強い反発を招く可能性があった。そこで以前から交流があった本岡昭次参議院議員（当時）の事務所に論文の原稿を送って、助言を求めることにしたのである。

「実名入りで公表すれば、テロリストに狙われる。公表しない方が賢明だ」という返事が返ってきた。「殺されるかもしれない」という強い警告を受けたのには、困惑してしまった。それでは日本には学問の自由がなくなってしまう。念のために、定年退職した元ジャーナリストの友人にも尋ねてみたが、同じ意見だった。

しばらく英国で研究生活を送っていたので、日本社会の状況に疎くなっていたのかもしれない。植民地支配の正当性への疑問を提起する研究が日本社会の厳しいタブーに触れることに思い至っていなかったのである。

1905年条約が無効であれば、それを前提として締結されたことになっている1910年の韓国併合条約は砂上の楼閣と評価せざるを得なくなる。そうすると、「韓国併合」が「不法だった」との結論を導くことになってしまう。日本による植民地支配を正当化したいと考える人々にとっては、是が非でも封印しておきたい法律問題だった。この「タブー」に触れることがわかって、せっかく書き上げた論文であったが、日本語で学術誌に公表することは断念せざるを得なかった。

しかし、極めて重要な発見だったから、公益的な観点からは、公表しないで済ませるという選択肢はあり得なかった。そこで、公表の方法に工夫が必要となったのである。結局、その要約を英語で、1993年国連ヒューマンライツ委員会に提出してNGO国連文書として公表することにした。テロの被害を避けるために、執筆者である筆者の名字が表に出ない形をとった。友人である国際友和会（IFOR）のジュネーブ代表のレネ・ワドロー氏に要請して、国連にNGO（IFOR）文書として提出してもらったのである。このIFOR文書の国連提出のニュースは、毎日新聞とジャパントゥデイに報道され、日本社会にも、日本語と英語で知られることになった。

この報道は、日本の政界に強い衝撃を与えた。本岡昭次参議院議員は、韓国での調査を踏まえ、この報道を取り上げて、国会（参議院予算委員会1993年3月23日）で質問し、ILC報告書（1963年）が国会で審議され、政治問題化することになった。

しかし、筆者は、日本でタブーを破る勇気がなかった。2006年になって、この日本語論文を学術雑誌（龍谷法学）に公表するまでに、なんと16年もかかってしまった<sup>32</sup>。

### タブーを破った片野次雄氏

32 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。

片野氏は、『李朝滅亡』の「あとがき」で、「朝鮮側の李朝末期、日本側の明治維新後の両国の関係は、いわゆる近現代史と分類され、日本人が触れることがタブー視されていた」と書いている。同書を出版することは、「国が口を閉ざしていることを、わたしが勝手にぶちまけてしまう結果になるかも知れない」と片野氏は恐れていた。そのため、「調査には、慎重なうえにも慎重を期した」と言うことである。

このように見てみると、片野氏によって「歴史ノンフィクション・ノベルの手法」で書かれた「小説 李朝滅亡」（「はじめに」参照）で紹介された「歴史的事実」は、歴史研究書に準じて、韓国近現代史の座標軸として広く読まれてしかるべきものと思うのである。

1994年に片野氏が勇敢に「タブー」を破ってこの良書を出版してくださったことに感謝したい。そのおかげで、誰でも韓国近現代史の「歴史的事実」の全貌を俯瞰することができるようになった。近現代史の「ブラックホール」が可視化されたのである。だから、韓国と日本に関心を持つ方には、まずはこの歴史小説を通読することをお勧めしたいと思う。

### 『李朝滅亡』の活用方法

しかし、忙しくて通読する時間がない方には別の活用方法がある。

最近のことだが、在日韓国人のある活動家の方から、「明成皇后が三浦梧楼日本公使に殺害された歴史はとても重要だと思うが、その真相を究明するにはどうしたらよいだろうか？」という質問を受けた。

「とりあえず、『李朝滅亡』を読んでください」とお答えしたい。通読する必要はない。一部を読むだけでも十分理解できるはずである。目次の「閔妃暗殺」のところだけを読めばよいのである。

それ以上深く知りたいと思うようになった場合は、同書末尾の「主要参考文献」のなかから情報収集できる。[『閔妃暗殺』角田房子著新潮社刊]を探し出すことができる。この本を読めば、全体像をもっと詳しく把握で



きる。

それよりももっと深く研究したくなった場合は、片野氏の著書発行（1994年）後の新しい研究書を探すことになる。今では、インターネットによる検索が容易になってきた。そうすると、例えば金文子氏著の『朝鮮王妃殺害と日本人——誰が仕組んで、誰が実行したのか』（高文研、2009年）を探しだすことが可能である。

### 最近の韓国近現代史研究の発展：歴史と法学の学際的研究

ここで『李朝滅亡』出版後の研究の発展にも触れておきたい。とりわけ歴史学と法学の学際的な研究が発展したことに注目していただければ幸いである。

注意深く「歴史的事実」の叙述に専念した片野氏の『李朝滅亡』には、このような法的評価については書かれていない。しかし、筆者たち法律家は、「事実」に法を適用するのだから、まず「事実」が明らかにされていなければ、判断ができない。だから、片野氏の業績=歴史的事実をふまえて、その上でさらに法学者としての学際的な考察を進める。だからと言って、片野氏の業績の価値はいささかも減じるものではない。

安重根義軍参謀中將による伊藤博文公爵射殺100年の年であった2009年、韓国併合条約100年の年であった2010年、サムイル（3.1）独立万歳運動100年の年であった1919年を契機にして、韓国近現代史の国際共同研究の成果が日本語でも出版された。これらの歴史専門書を参照していただきたい。手前みそになるが、筆者も、安重根義軍参謀中將裁判の不法性と1905年11月17日付「日韓協約」の不存在などの研究を発表している。

これらの国際共同研究が重ねられることで、さらにタブーが破れ、ますます歴史の真実が明るみに出てゆくことになることを期待している。

## おわりに

それにしても、なぜ植民地支配の不法性の研究にこんなに長い時間がかかってしまったのであろうか。

一般論とすれば、植民地支配の歴史的事実を解明するのは歴史家の専門分野に入る。しかし、その歴史的事実に法を適用してその不法性を論じる作業には、法律家が責任を持たなければならない。だから、植民地支配の不法性を解明する作業は、日本の法律家の専門分野に入るのである。そうであれば、日本の法律家の一人として、筆者にも責任がある問題であることは間違いない。

弁護士になってすぐに金大中事件を知ったのは1973年だったから、50年前のことだった。そのときすぐに韓国史の勉強を始めることはできたはずなのに、そうしなかった。忙しさにかまけて、勉強の努力を怠った怠け心のためだった。1963年ILCの国連総会あて報告書を発見したのは、1992年で、31年前のことだった。そのときすぐに実名で日本語の論文を学術誌に公表することもできたはずだったが、そうしなかった。テロの被害を受けることを恐れて、自主規制してしまった。勇気がなかったのである。1905年11月17日付の「韓国保護条約」には皇帝の批准がなかった。「時際法」原則によれば皇帝の批准が必要だったのに、そのことに気が付いたのは、なんとつい最近の2018年の事だった。こんなに長い間この論点に思いが至らなかったのは、法律家としての研究力が不足していたためだった。

筆者が日本の法律家として至らなかった点を振り返り、改めて反省している。研究の遅れのために、この問題に強い関心を持ってこられた日韓の心ある方々にご迷惑をおかけした。怠け心、勇気の乏しさ、研究力の不足をお詫び申し上げる次第である。

（資料1）

**強制動員問題の真の解決に向けた協議を呼びかけます。**

1 現在、強制動員問題に関して、韓国国会議長が提案した法案などさまざまな解決構想が報じられています。日韓請求権協定によっても個人賠償請求権は消滅しておらず、未解決とされている強制動員問題の解決構想が検討されることは望ましいことです。しかし、報じられている解決構想の多くが真の解決になり得るのか疑問です。

2 まず確認しておきたいことは、強制動員問題には、労務強制動員問題（いわゆる徴用工問題）の他に、軍人・軍属として強制動員された被害者の権利救済の問題（軍人・軍属問題）も含まれるということです。

強制動員問題全体を最終的に解決するためには、軍人・軍属問題も含めて解決構想が検討されなければなりません。したがって、総合的な問題解決案とともに現実的な条件を考慮した段階的解決策を検討すべきです。

3 労務強制動員問題の解決についてですが、労務強制動員問題の本質は、被害者個人の人権問題です。したがって、いかなる国家間合意も、被害者が受け入れられるものでなければなりません。また、国際社会の人権保障水準に即したものでなければ真の解決とはいえません（被害者中心アプローチ）。

被害者が受け入れられるようにするためには、労務強制動員問題の解決構想の検討過程に被害者の代理人などが主体のひとつとして参加するなど、被害者の意向が反映できる機会が保障されなければなりません。

また、強制連行・強制労働は重大な人権侵害として違法であり、その被害者に対しては、原状回復や賠償など効果的な救済がなされなければならないと国際社会は求めています。

4 それでは何をもって労務強制動員問題の真の解決といえるのでしょうか。

(1) 真の解決といえるためには、①加害者が事実を認めて謝罪すること、②謝罪の証として賠償すること、③事実と教訓が次の世代に継承されるということが充たされなければなりません。

(2) このような事項は、日本と韓国における長年にわたる訴訟活動などを通じて被害者及び支援者らが求めてきたものです。ドイツにおける強制連行・強制労働問題を解決した「記憶・責任・未来」基金や、中国人強制連行・強制労働問題の解決例である花岡基金、西松基金及び三菱マテリアル基金においても、基本的に踏まえられているものです。

特に、労務強制動員問題の本質が人権問題である以上、問題解決の出発点に置かれるべきは、人権侵害事実の認定です。人権侵害の事実が認められることで、初めて被害者の救済の必要性が導かれるからです。

(3) この点、注目すべきは、韓国大法院判決の原告らが韓国での裁判の前に日本で提訴した裁判における日本の裁判所の判断とそれに対する評価です。日本の裁判所は結論としては原告を敗訴させましたが、原告らの被害が強制連行や強制労働に該当し違法であると認めています。

この日韓両国の裁判所がともに認定した人権侵害の事実を、日本政府や日本企業が認めて謝罪をすることが、この問題解決の出発点に位置づけられなければなりません。

5 真の解決を実現するために、誰が、何をすべきなのでしょう。

(1) 労務強制動員被害者らは、国家総動員体制の下、日本政府が政策として企画した労務動員計画（1939年～1945年）に基づき動員され、日本の加害企業が連行に関与し、炭鉱や工場などで働かされました。したがって、労務強制動員問題に対して第一次的法的責任を負うのは日本国及び日本の加害企業であるといえます。

労務強制動員問題の解決の出発点は、人権侵害の事実を認めることですが、それは日本政府及び日本企業しかできないことであり、そのことが日本国及び日本の加害企業の果たすべき重要な役割といえます。

さらに、今日、国際連合は、「ビジネスと人権に関する国連指導原則」や「グローバル・コンパクト」という取り組みを通じて、人権分野においても企業が責任あるリーダーシップを発揮することを期待しています。韓国大法院確定判決の被告企業である日本製鉄や三菱重工にもその役割を果たす責任があるといえます。これらの加害企業が現在及び将来において人権分野で責任あるリーダーシップを発揮するためには、過去自ら行った人権侵害の事実と誠実に向き合い、その問題を解決することは不可欠であるといえます。

（2）韓国政府は、日韓請求権協定において強制動員問題をまともに解決できず、その後も被害者の権利救済をなおざりにしてきた道義的責任があります。強制動員被害者問題を全体的に解決するためには、韓国政府も自らの責任と役割を果たすべきです。

（3）韓国の企業の中には、日韓請求権協定第1条に基づく「経済協力」により企業の基盤が形成されその後発展してきた企業（受惠企業）があります。受惠企業が過去の歴史に誠実に向き合い、歴史的責任を自覚し、自発的にこの問題の解決に関与することは解決のための正しい態度であるといえます。

（4）以上のとおり、労務強制動員問題を始めとする強制動員問題について日韓両国政府、日本の加害企業及び韓国の受惠企業は、この問題解決のために果たすべき責任と役割があります。

## 6 真の解決を実現することは可能でしょうか。

解決の可能性を検討するにあたり参考になるのは、中国人強制連行・強制労働問題の解決例である花岡基金、西松基金及び三菱マテリアル基金による解決についてです。

ここでは、被害者と加害企業との「和解」により、加害企業が自らの加害と被害の事実と責任を認め、その証として資金を拠出して基金を創設しました。そして、その基金事業として、被害者への補償と慰霊碑の建立、慰

霊行事通じて記憶・追悼事業を行い、また行おうとしています。

この事業に日本政府や中国政府は直接には関与していません。加害事実を認めたのも、残念ながら日本の加害企業のみであり、日本政府は認めてはいません。それは今後の課題として残されています。しかし、このような「和解」を通じて日中両国の被害者、支援者、日本企業などの間で相互理解と信頼が育まれてきています。

日本の最高裁判所は、中国人強制連行・強制労働事件に関する判決の付言の中で被害者を救済すべき必要性を指摘しました。また、日中共同声明により裁判上訴求する権能は失われたが、個人賠償請求権は消滅していないとの解釈を示すことで、加害企業が被害者に任意かつ自発的に補償金を支払うことが法的に許されることを示しました。

韓国人労務強制動員問題についても、日本の裁判所も人権侵害の事実を認めており、救済の必要性が認められるといえます。そして、日韓請求権協定第 2 条において「請求権の問題」が「完全かつ最終的に解決した」ということの意味については、国家の外交的保護権を解決したのであり、個人賠償請求権は消滅していないというのが日本政府や日本の最高裁判所の判断です。加害企業は任意かつ自発的に補償金を支払うなどの責任ある行動をすべきですし、日本の政府や裁判所の見解に照らしても、日韓請求権協定は、労務強制動員問題を解決するにあたり法的障害にはならないといえます。

したがって、少なくとも日本政府が事実に真摯に向き合い、日本の司法府の判断を尊重して問題解決に努力する姿勢を示し、日本の加害企業が解決しようとすることを日本政府が妨害しなければ、解決することは十分に可能といえます。

7 筆者たちは、労務強制動員問題の真の解決のためには、これまで述べてきたことを踏まえて、関係者間での協議が行われることが望ましいと考えています。

そのために、日韓両国間で、強制動員問題全体の解決構想を検討するための共同の協議体を創設することを提案します。

この協議体は、強制動員被害者の代理人弁護士や支援者、日韓両国の弁護士・学者・経済界関係者・政界関係者などから構成され、強制動員問題全体の解決構想を一定の期間内に提案することを目的とします。日韓両国政府は、この協議体の活動を支援し協議案を尊重しなければなりません。

筆者たちは、このような努力が日韓間の厳しい対立を解消するためのひとつの方法であり強制動員問題の解決に向けた途であると考え、日韓共同の協議体の創設を強く強く呼びかけます。

2020年1月6日

強制動員問題の正しい解決を望む韓日関係者一同

<http://justice.skr.jp/appeal.pdf>

## （資料２）

NHKHP

<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20230306/k10013999491000.html>

「韓国政府「徴用」問題の解決策を発表 韓国の財団が支払いへ」

2023年3月6日 18時47分

太平洋戦争中の「徴用」をめぐる問題で、韓国政府は、裁判で賠償を命じられた日本企業に代わって、韓国政府の傘下にある財団が原告への支払いを行うとする解決策を発表しました。

ユン・ソンニョル（尹錫悦）大統領は「未来志向的な韓日関係に進むための決断だ」と意義を強調しましたが、原告側の一部から反発の声も上がっています。

「韓国のパク・チン外相が記者会見で発表」

韓国のパク・チン（朴振）外相が6日午前発表した、「徴用」をめぐる問題の解決策では、2018年の韓国最高裁判所の判決で賠償を命じられた日本企業に代わって、韓国政府の傘下にある既存の財団が原告への支払いを行うとしていて、財源は韓国企業などの寄付で賄う見通しです。

パク外相は「冷え込んだ韓日関係は事実上放置されてきた。今後は、韓日関係を未来志向的により高いレベルに発展させていきたい」と強調しました。

また、韓国外務省の高官は、財団が原告に支払った相当額の返還を日本企業に求める「求償権」について「いまのところ求償権の行使は想定していない」としています。

「ユン・ソンニョル大統領「未来志向的な関係に進むための決断」

ユン・ソンニョル大統領は、午後の会議で「さまざまな困難の中でも解決策を発表したのは、未来志向的な韓日関係に進むための決断だ」と述べ、意義を強調しました。

さらに、ユン政権を支える与党「国民の力」も「解決に向けた勇気ある第一歩だ。この問題が新たな政争の具になってはならない」とする論評を出しました。

一方、原告側の一部の支援団体は、記者会見を開き「判決を事実上無力化し、日本企業の責任を問わずに原告の人権と尊厳を踏みにじるものだ」と主張するなど、反発の声も上がっています。

### （資料3）

外務省HP大韓民国

[https://www.mofa.go.jp/mofaj/a\\_o/na/kr/page1\\_001524.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page1_001524.html)



旧朝鮮半島出身労働者問題に関する韓国政府の発表を受けた林外務大臣によるコメント

令和5年3月6日

本日、韓国政府は旧朝鮮半島出身労働者問題に関する政府の立場を発表した。

日本政府は、1965年の国交正常化以来築いてきた日韓の友好協力関係の基盤に基づき日韓関係を発展させていく必要があり、そのためにも旧朝鮮半島出身労働者問題の解決が必要であるとの考えの下、尹錫悦（ユン・ソンニョル）政権の発足以降、韓国政府と緊密に協議してきた。日本政府としては、本日韓国政府により発表された措置を、2018年の大法院判決により非常に厳しい状態にあった日韓関係を健全な関係に戻すためのものとして評価する。

日韓は、国際社会における様々な課題への対応に協力していくべき重要な隣国同士であり、尹政権の発足以降、日韓間では、首脳間を含め、緊密な意思疎通が行われてきている。日本政府として、現下の戦略環境に鑑み、安全保障面を含め、日韓・日韓米の戦略的連携を強化していく。また、自由で開かれたインド太平洋の実現に向け、韓国と連携して取り組む。

この機会に、日本政府は、1998年10月に発表された「日韓共同宣言」を含め、歴史認識に関する歴代内閣の立場を全体として引き継いでいることを確認する。日本政府として、1965年の国交正常化以来築いてきた友好協力関係の基盤に基づき、日韓関係を健全な形で更に発展させていくために韓国側と引き続き緊密に協力していく。

今回の発表を契機とし、措置の実施と共に、日韓の政治・経済・文化等の分野における交流が力強く拡大していくことを期待する。

(資料4)

日韓首脳会談

外務省HP

[https://www.mofa.go.jp/mofaj/a\\_o/na/kr/page1\\_001529.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page1_001529.html)

3月16日午後4時50分から計約1時間25分間、岸田文雄内閣総理大臣は、訪日中の尹錫悦（ユン・ソンニョル）韓国大統領と日韓首脳会談を行ったところ、概要は以下のとおりです（少人数会合：午後4時50分から約25分間、全体会合：午後5時15分から約60分間）。

冒頭、岸田総理大臣から、今般の尹大統領の訪日を心から歓迎する、本日、将来に向けて日韓関係の新たな章を共に開く機会が訪れたことを嬉しく思うと述べました。両首脳は、現下の戦略環境の中で日韓関係の強化は急務であり、国交正常化以来の友好協力関係の基盤に基づき、関係を更に発展させていくことで一致しました。

両首脳は、両国の首脳が形式にとらわれず頻繁に訪問する「シャトル外交」の再開で一致しました。

旧朝鮮半島出身労働者問題に関し、率直な意見交換を行い、岸田総理大臣から、6日に日本政府が発表した立場に沿って発言しました。

両首脳は、日韓両国が共に裨益するような協力を進めるべく、政治・経済・文化など多岐にわたる分野で政府間の意思疎通を活性化していくこととし、具体的には、まずは日韓安全保障対話及び日韓次官戦略対話を早期に再開すること、またハイレベルの日韓中プロセスを早期に再起動する重

要性について一致しました。また、両首脳は、サプライチェーンの強靱化や機微技術流出対策など、日韓両国が共に直面する課題を解決するため、日韓間で経済安全保障に関する協議を立ち上げることで一致しました。さらに、輸出管理分野においても進展があったことを歓迎しました。

岸田総理大臣から、両国間の人的交流がより一層活発化することで関係改善の好循環が更に加速することを期待する、政府としても対日理解促進交流プログラム（JENESYS）等により未来を担う若者の交流を支援していく旨述べました。また、両首脳は、今般の尹大統領の訪日を契機として、両国の経済団体が未来志向の日韓協力・交流のための「日韓・韓日未来パートナーシップ基金」を創立すると表明したことを歓迎しました。

現下の地域における厳しい安全保障環境の下で戦略的連携を進めていく必要性についても意見を交わしました。北朝鮮への対応に関し、両首脳は、今朝の北朝鮮によるICBM級弾道ミサイル発射を強く非難した上で、こうした北朝鮮による最近の核・ミサイル活動の活発化を踏まえ、日米同盟及び韓米同盟の抑止力及び対処力を一層強化するとともに、日韓、そして日韓米の安保協力を推進していくことの重要性で一致しました。また、拉致問題については、尹大統領から改めて支持を得ました。

また、両首脳は、この歴史の転換期において自由で開かれたインド太平洋を実現する重要性について確認し、法の支配に基づく自由で開かれた国際秩序を守り抜くため同志国が力を合わせていく必要性について認識を共有しました。

ウクライナ情勢についても意見交換を行い、ロシアによるウクライナ侵略は、力による一方的な現状変更の試みであり、こうした暴挙は東アジアを含む世界のどこであっても許してはならないとの点で一致しました。

両首脳は、今後も首脳間での意思疎通を継続していくこととしました。

(資料5)

日本による強制動員被害者への賠償に関する政府発表に対する  
国家ヒューマンライツ委員会委員長の声明

—ヒューマンライツ侵害行為に対する認定と謝罪を含む賠償責任を果たすべき—

□ 国家ヒューマンライツ委員会（委員長宋斗煥）は、日帝強占期の日本企業の強制動員による被害を賠償する問題に関する政府の発表に深い憂慮を表します。また、韓日両政府及び責任のある日本企業に対し、必要な措置をとるよう要請し、以下のように声明を発表します。

□ 外交部は2023年3月6日、強制動員被害者たちに対する日本企業の賠償責任について、日帝強制動員被害者支援財団が、国内企業16社の出捐資金を活用して被害者たちに賠償する（「第三者弁済」）を行う計画を発表しました。政府の発表後、強制動員被害者と遺族の中には、加害者の謝罪や賠償への参加なしに第三者による弁済は屈辱的であるとして抗議しています。

□ 大法院は2018年、強制動員被害者たちの慰謝料請求権が1965年の韓日請求権協定の対象外であり、責任ある日本企業は慰謝料を賠償すべきとの判決を下しました。しかし、日本政府は、強制動員被害者への賠償問題が韓日請求権協定によって解決されたと繰り返し主張しており、当該の日本企業も賠償金支払いを拒否しています。

□ 強制動員被害の賠償問題は、単に金銭的な債権・債務の問題ではありません。それは、ヒューマンライツ侵害事実の認定と謝罪を通じて、被害者の尊厳を回復することに関する問題です。日本企業と日本政府が、日帝強占期の強制動員などの違法行為を認め、被害者とその家族に謝罪するこ

とは、被害回復と和解、韓日両国の未来志向的協力関係の確立のために不可欠です。

□ しかし、残念ながらここ数年間、日本政府と企業のこの問題に関する発言や行動は、ヒューマンライツ侵害行為の深刻さを認識して責任を取る態度としてふさわしくありませんでした。韓日両国間の財政的債権及び債務関係を政治的合意により解決するために締結された日韓請求権協定によって、被害者個人に対する賠償問題が解決されたと主張することは極めて不適切です。

□ 国連総会が2005年に採択した「国際ヒューマンライツ法の重大な違反行為と国際人道法の重大な違反行為の被害者救済に対する権利に関する基本原則と指針」によれば、賠償には“事実の認定と責任の承認を含む正式な謝罪”、“被害者の記念及び追悼”、“あらゆるレベルの教育で違反行為に対する正確な説明”が含まれなければなりません。国連拷問等禁止委員会も2012年の上記ガイドラインに基づき、一般意見第3号で被害者が救済過程に参加することが、被害者の尊厳を回復するために重要であるとし、“被害者中心のアプローチ”を強調しました。

□ 我が国政府がこの問題の解決のために関心を持って努力することは望ましいが、ヒューマンライツ侵害行為に対する加害者からの承認と謝罪なしに、さらには第三者への弁済を通じて、賠償問題が解決されたと評価することは非常に憂慮されることです。強制動員の被害者が同意しない方法での賠償は、国際ヒューマンライツ基準が強調する被害者中心のアプローチに反することでもあります。

□ 強制動員の被害者に対する賠償問題は、人間の尊厳を回復するための

重要な問題であり、すべての対策は、被害者が被った情緒的・心理的被害を考慮しなければなりません。韓日両国政府及び責任ある日本企業が、被害者中心に賠償問題を解決するよう要請し、韓国政府は強制動員の被害者が責任ある日本企業及び日本政府から当然のこととして受けるべき認定と謝罪を受けられるよう引き続き努力することを要請します。

2023年3月7日

**国家ヒューマンライツ委員会委員長 宋斗煥**

일본 강제동원 피해자 배상 관련 정부 발표에 대한 국가인권위원회 위원장 성명

담당부서 : 홍보협력과 등록일 : 2023-03-07

<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=7608888&menuLevel=3&menuNo=91> visited on 6/5/2023

（資料6）

韓国政府『解決策』と日韓首脳会談に関する声明

3月16日、韓国の尹錫悦大統領が来日し、12年ぶりに岸田文雄首相と日韓首脳会談を開催しました。この会談で、韓国側が強制動員問題で「第三者弁済」による「解決策」を提示し、日本政府はこれを「日韓関係を健全な関係に戻すものとして評価」し、受け入れました。「解決策」の内容は、①「日帝強制動員被害者支援財団」が判決の確定した被害者に賠償金相当額を「肩代わり」して支払う（第三者弁済）、②被害者の苦痛を記憶し、継承していくための事業を推進する、③支払いの財源は「民間の自発的寄与」等で用意する—というものです。

しかし、これでは加害企業に賠償を命じた韓国大法院判決は実質的に否定されてしまいます。被害者が求めているのは加害企業の謝罪と賠償です。それがないままに「第三者弁済」で判決と同額の金額を受領させようとするのは、被害者の尊厳を損なうものです。

存命の被害者原告（3名）は全員、今回の「第三者弁済」を拒んでおられます。韓国の民法も日本の民法と同様に、「第三者弁済」による支払いを受領することを望まない者に対しては、受領を強制することはできないと規定しています。今回の韓国政府の「解決策」を認めるとしても、問題の解決につなげるためには、日本の被告企業の謝罪と「財団」への資金拠出が最低限必要です。

そもそも加害企業が謝罪し、償いのためのお金を支払うなどして問題を解決することは、日本の司法も促していることでもあります。

今回の韓国人被害者らが日本で三菱重工業や新日本製鉄（現・日本製鉄）を訴えた裁判では、裁判所は「時効」「別会社」等を理由に原告の請求は棄却しました。しかし、被害者の受けた被害事実（強制連行、強制労働）は認定し、不法行為請求権が発生すること自体は確認しました。

また、中国人強制連行被害者が西松建設を訴えた裁判では、最高裁は日中共同声明（1972年）で戦争賠償は放棄されており、サンフランシスコ条約（1952年）の枠組みで個人の請求権は残っているものの、裁判上訴求する権能は失われたとして原告の訴えを退けました。しかしその判決の付言で、強制連行・強制労働の被害者に対し、企業と関係者（国を示唆）は自発的に補償するなどして解決すべきだと勧告しました（2007年4月27日）。西松建設はこの付言に従って、中国人被害者への補償金の支払いや慰霊碑の建立などを行うことで和解しました。

日韓請求権協定も日中共同声明と同じくサンフランシスコ条約に依拠する協定です。西松建設訴訟最高裁判決で示された付言は、日韓の間でも妥当します。日本政府は、日韓請求権協定で「完全かつ最終的に解決」済み、個人請求権に基づく請求に応じる義務はなくなったと言いますが、韓国人の強制連行・強制労働の被害者に対しても、企業と国は自発的に補償するなどして解決すべきなのです。

ところが日中間の問題では当事者間の解決を妨げなかった日本政府が、韓国の被害者との問題では企業が自発的な解決をすることに介入し、妨害しています。これは、日本政府の韓国に対する植民地主義継続の表れと言うほかありません。

国連総会は1960年12月14日、「植民地と人民に独立を付与する宣言」を採択しました（決議 1514（XV））。同宣言は、「外国による人民の征服、支配および搾取は基本的人権を否認するもので、国連憲章に違反し、世界平和と協力の促進にとっての障害である」と述べました。2001年のダーバン宣言は、「植民地主義によって苦痛がもたらされ、植民地主義が起きたところはどこであれ、いつであれ、非難され、その再発は防止されねばならない」ことを確認しました。

今日の国際社会では、植民地主義は誤ったものであり、克服されなければならないものと認識されているのです。ところが今回、日本政府の取っ



ている対応は、朝鮮半島を植民地支配したことを現時点でも正当なものであったことを前提とするものであり、韓国国民の尊厳をも損なっています。強制連行・強制労働の被害者、そして植民地支配の被害者である韓国国民、彼らの尊厳を損なうような「解決」はあり得ません。「被害者不在では解決にならない」のです。

日本が韓国との関係を改善していくためには、過去の植民地支配が正当であったとの歴史認識を改め、韓国人の被害者の尊厳を損なわない解決を目指すべきです。

2023年 3月30日

〔声明発出者〕

足立修一（弁護士）・阿部浩己（明治学院大学教授）・庵逄由香（立命館大学教授）・伊地知紀子（大阪公立大学教授）・岩月浩二（弁護士）・内河恵一（弁護士）・内田雅敏（弁護士）・宇都宮健児（弁護士・元日弁連会長）・太田修（同志社大学教授）・大森典子（弁護士）・奥村秀二（弁護士）・加藤圭木（一橋大学准教授）・海渡雄一（弁護士）・清末愛砂（室蘭工業大学大学院教授）・具良鉦（弁護士）・在間秀和（弁護士）・高橋哲哉（東京大学名誉教授）・張界満（弁護士）・戸塚悦朗（弁護士）・外村大（東京大学教授）・中沢けい（小説家・法政大学教授）・飛田雄一（神戸学生青年センター理事長）・前田朗（東京造形大学名誉教授）・宮下萌（弁護士）



## 判例内縁法の現代的課題（５）

～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55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55巻2号)
  - II 平成16年最高裁判決
  - III その後の内縁関連事例
    - 1 内縁の成立事情 (以上、本誌55巻3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
  - IV 小括 (以上、本誌55巻4号)
- 三 重婚的内縁の裁判例
  - I 平成16年代までの重婚的内縁関連事例
    - 1 重婚的内縁の成立事情
    - 2 重婚的内縁の法的保護
    - 3 重婚的内縁関連事例 (以上、本誌)
  - II その後の重婚的内縁関連事例
- 四 まとめに代えて

### 三 重婚的内縁の裁判例

#### I 平成16年代までの重婚的内縁関連事例

重婚的内縁事例についても、一応は平成16年最高裁判決を基準としながら、その前後の時代を識別して分析することとした。ここでも内縁それ自体は通常内縁の条件が求められていることのほか、男女関係の多様性からみても、かなりの相違がみられるからである。

なお、本稿は「内縁の成立事情」を重視しているので、本章でも、まず内縁の成否の問題から出発することとした。

##### 1 重婚的内縁の成立事情

###### (一) 内縁肯定例

重婚的内縁が法的保護の対象となるためには、判例では伝統的に法律婚の形骸化が必要とされていることのほか、内縁の成立時期が婚姻の形骸化の後か前かという事情が重要な意味をもっているので、この問題視角から事例を類型化する必要がある。

###### (1) 法律婚が形骸化したのちに内縁関係が形成された場合

(ア) 不当破棄事例 つぎの例では、法律婚の破綻後に内縁関係が約30年にわたり継続していたところ、その間に男性が別の女性との関係でも夫婦類似の関係をもったことから、いずれが保護に値する内縁かという問題も争点となっているので、紹介に値しよう。

[113] 東京地判平成3・7・18判時1414号81頁（慰謝料請求事件）

【事実】X女（昭和7年生）は、昭和26年頃上京して速記学校に通学するなどしていた。Xは、祖母の遺産を処分して、同29年頃、都内の土地及び家屋を取得してここに居住して会社に勤務していたところ、同年秋頃、同所に出入りしていたY男（明治41年生）の誘いに応じて箱根に赴き性的関係を結ぶに至った。その後、Xは、上記不動産を処分して借家に移転した後、土地を求め、Yが出捐して建築

した甲建物に居住して、Yの子（同34年認知）を出産した。昭和30年当時、Yには、妻A及び四人の男子がおり、小規模ながらタクシー運送業を営んでいた。Yは、Aと離婚すると言って、Xに対して結婚の意思があることを明らかにして交際を求めて性的関係を結ぶに至り、Xの妊娠後、写真館においてXと共に婚礼写真を撮影したほか、Xの甲住宅から出社し、帰宅するのを常とする生活をしていた。XとYは、以来、昭和60年頃までの間に、甲住宅に友人を招き、結婚の媒酌人を務めたり、Xの妹などの結婚式に参列したりするほか、時には子を伴って旅行するなどしており、Xの自宅内で撮影したものを含め、数多くの写真が撮影されている。また、Yは、母親の仏壇及び位牌をX方に置いている。ところが、Yは、Xとの生活を始めて間もないころから、B女とも性的関係を生じ、昭和37年5月以降、二子を得ている（認知済み）。Yは、Bとも、多くの機会に旅行や催しに共に参加し、その際に数多くの写真が撮影されている。Yは、昭和53年、戸籍上の妻との協議離婚の届け出をしたが、その10年後（昭和63年）にAが死亡した時には、Aを自己の妻として葬儀を行った。Yは、昭和61年頃、Xに対して従前支払ってきた生活費を支払わなくなり、Xと絶縁状態となった。Xの慰養料請求（10億円）に対して、Yは、Xの男性関係を理由に昭和36年頃に関係は終了し、Bの下に去り、Bとは内縁関係が成立していた、などと反論した。

【判旨】Xが甲住宅に居住するようになって以来、Yも同所から出社するなど同所を生活の本拠としているものと認められ、その後も同様に生活を継続していたことをも考慮すると、XとYの関係は内縁関係に当たると認め得る。この関係は、昭和38年頃以降もYが甲住宅のから出社して、万国博での家族の写真があること、また、昭和57、8年頃にも、X方でXの友人と共に撮影した写真も存在することなどに鑑みると、性的関係はともかく、その当時においても、なおX親子との親密な関係が継続していることが窺える。加えて、YとBの関係については、両者及び子を含めた団欒の様子を示す写真が皆無に近いのに反して、Xの提出する写真には、これを示すものが数多くあることに照らすと、「内縁と称するにふさわしいのは、Bとの関係よりも、Xとの関係であることは、常識ある通常人であれば、誰も否定しないであろう」。ただし、XとYとの関係は、内縁関係を生じた昭和30年頃当時、Yには妻子がいたので、「いわゆる重婚的内縁関係」に当たるが、Yは、女性関係にはだらしのないところが窺われ、また、Aとの離婚届けも、女性関係を整理する方便として押印を求め、押印を得るや時日を置かず届け出をしていること、Aにおいても、X Yの関係を知る以前から、離婚を望んでいたものの、四人の子の養育費の負担等についてYの責任のある対応が得られないために離婚にまで至らなかったこと、また、Aにおいても、Yの女性関係の被害者の一人と

してXに同情の念すら抱いていたことが認められる。したがって、YとAの関係は、Xが内縁関係に入るまでには、既に形骸化していたものと認められるので、重婚的内縁であっても、保護される（慰謝料金1千万円）。

（イ）居住利益関連事例　下記の例では、内縁の妻の居住する亡夫所有建物の相続人による明渡請求が排斥されたところ、本件男女の不倫関係によって婚姻関係が事実上破綻しているが、内縁夫婦が同居する前に法律婚が離婚によりすでに解消していた、とされている。

[114] 東京地判平成4・1・31判タ793号223頁（土地建物明渡請求、建物所有権移転登記等請求事件）

【事実】 A男とY女は内縁関係にあったが、A死亡（昭和63年）により、現にYが占有するA所有の甲建物と、AとYが内縁中に取得したA名義の乙建物をめぐって、Aの相続人XとYとが争った。AとYの内縁関係については、つぎのような経緯があった。A（大正10年生）は、代々資産家の長男として出生し、昭和27年4月にB女と婚姻して、昭和28年以降、長男Xと長女をもうけた。ところが、Aは勤務先で知り合ったYと昭和51年頃から情交関係をもつに至り、両者の関係は昭和52年3月頃にはB・Xらに発覚した結果、当時、甲建物で同居していたBらは家を出て大学生であったXの下宿先に身を寄せるようになり、それ以降、Aは家族とは絶縁状態となった。その後、昭和55年6月、Aが相応の財産分与をすることで裁判上の和解が成立して、AとBは協議離婚をした。また、B・Xらが提起した損害賠償訴訟も和解によりYが70万円を支払うことで決着した。しかし、この間もAとYの関係は続き、Yは、Aの入院中は（昭和55年7月から同年10月）付添看護をするとともに、退院後は甲建物に移り住み、同居生活を続け、Aは、親戚・知人らに対しYを再婚相手として紹介する披露宴を開くとともに、親戚の冠婚葬祭の席にもYを妻として同伴するなどした。その間、Yは専らAの身の回りの世話など家事に専念し、他方、Aは、それまでの手持資金と一緒に乙建物その他賃貸物件の賃料・利息収入等からYとの生活費に充当するほか、貯蓄・投資等の蓄財に励んだ。Aは、病床につくようになってから、Yとの婚姻届書に署名押印してその提出方法等も詳細に指示してYに渡し、入院に際しては、預貯金等の明細をYの手元に残していた。しかし、婚姻届についてはAが死亡するまで結局提出されないままで終わった。Aは、その後、入院中の昭和63年10月4日に急死した。Yは、Aの葬儀に際しては、Xを喪主に立て、自らはAの妻として参列

した。

【判旨】 A・Yの関係については、当初は不倫の情交関係に始まり、また婚姻届が最後まで提出されなかった理由についても一部疑問のふしがないとはいえないものの、両者の関係がBらに発覚して以降は、A・Bの関係はもはや夫婦たるの実なきものであり、「特にYとAが甲建物で同棲生活を開始した頃には、既にA・Bの法律上の婚姻関係は正式に解消され、爾来YとAは8年以上にわたって公然と同棲生活を続け、双方に婚姻意思を有し、周囲からも正当な夫婦関係として容認されてきたのであるから、両者間の同棲生活は法律上の保護を受けるべき内縁関係ないし少なくともそれに準ずべき関係と認めるのが相当である」。建物の明渡請求については、「Xとしては、亡父Aにおいて死を予期したならば少なくともYに無償使用をさせるべく措置を講じたであろうとされる相当の期間Yの甲建物の居住を認めるべきであるところ、右の期間が経過したとみるべき事情は未だ明らかになし得ないので、その事情の到来を肯定し得ない現在、占有権原がないという一事をもって他に行きどころのない老齢のYを甲建物から追い立てる結果となるXの甲建物の明渡請求は、人間の情義上許し難いものといわねばならない」とした（なお、乙建物については、その取得のためにYがしゅつ捐した金員相当分の共有持ち分権を認めている）。

本判旨が無償使用権を認めたこと自体は評価しうるが、後述のように（[125]を参照のこと）、その論理には問題が残される。

（ウ）財産分与関連事例　つぎの例は内縁の夫の死後に「財産分与」が申請された事例であり、そうした分与は、のちに最高裁は否定しているが、ここでは、主として内縁の成立事情を検討する。本件の男女関係はきわめて複雑であり、法律婚のほかに、いわゆる二つの内縁関係が絡んでいるところ、判旨は、法律婚破綻後の内縁は保護され、法律婚の破綻の原因となった別の内縁は保護の外にあるとしている。その関係をやや詳細に見てみよう。

[115] 大阪高決平成4・2・20家月45巻1号120頁（財産分与審判に対する即時抗告等）、

【事実】 被相続人A男（昭和63年死亡）は、昭和29年にB女と婚姻し、相手方Y<sub>1</sub>と同Y<sub>2</sub>をもうけた。Aは、建売住宅販売の仕事をしており、Bも宅地建物取引主

任の資格を取得して、Aの仕事に協力した。Aは、昭和41年ごろ、アルバイトでキャバレーに勤めていた看護助手の申立人X<sub>1</sub>女と知り合い、昭和42年ごろから男女関係を持つようになって、Y<sub>3</sub>が生まれた（認知済み）。Aは、X<sub>1</sub>にアパートを借り与えて、X<sub>1</sub>のところに通っていたが、AとX<sub>1</sub>との関係に苛立ったBが酒をのんで怒鳴り込んだりすることが度々あり、X<sub>1</sub>は、怒鳴り込みを避けるため、度々転居した。Bは、Aの女性関係のことで精神的に不安定となり、昭和55年6月、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>を連れて、Aと別居した。Y<sub>1</sub>は、Aと別件の申立人X<sub>2</sub>女との噂も聞き、Aにはっきりするように決断を求めているが、Aは「妻が帰ってきたら女と別れるようにする」と言うだけで、自らは何もしないため、これ以上放置したら母Bが駄目になると考えるようになり、Aに決断を迫り、結局のところ、BはAと昭和57年12月に協議離婚した。その際、BはAの当時の財産の3分の1位に相当する分を財産分与として受け取っている。

一方、婚姻歴のあるX<sub>2</sub>は夫の病死後、一品料理店を営み生計を立てていたが、昭和55年10月末ごろから、客のAと顔見知りになった。Aは、Bらと別居していたこともあって、毎日のようにX<sub>2</sub>の店に通い、同年12月29日「妻とは離婚するので結婚して欲しい」と申し込み、X<sub>2</sub>もこれを受けて、翌日X<sub>2</sub>は、実子の2人にAを紹介した。X<sub>2</sub>は、昭和56年2月ごろから店が終わった後、Aの事務所に通うようになって生活を一緒にするようになった。昭和57年12月、Aが離婚したのを契機に、X<sub>2</sub>の店の2階で子供達を含めて4人で暮らすようになり、Aは、そのころから生活費として月6万円を渡していた。

他方で、X<sub>1</sub>は、一時、Aと別れて暮らしていたが、昭和58年1月ごろ、当時病院で働いていたところにAが訪ねてきて「妻と離婚ができたので、もう一度一緒に住んで欲しい」と言い、同年3月に甲家で一時的に一緒に住むようになった。その後、Aは、昭和58年9月ごろ先の事務所を売却し、事務所兼住居を購入して、そこでは、X<sub>1</sub>らと3週間位一緒に暮らしたが、Aは、再び、X<sub>2</sub>のところに住み、昼間は事務所に通うという生活をしていたところ、昭和59年1月、X<sub>1</sub>は、甲家を出て府営住宅を借りて住むようになった。

X<sub>2</sub>は、昭和59年4月Aの希望で亡夫の親族との姻族関係終了の届けを出し、昭和60年11月、Aの希望により一品料理店をやめて、Aの建売住宅の販売の仕事に協力するようになり、月15万円の生活費を受け取るようになった。同年12月、X<sub>2</sub>は、乙家を900万円で購入し、うち400万円を店を売却した費用で賄い、500万円をAの有する定期預金を担保にして手形貸付を受けて支払った。X<sub>2</sub>は、昭和60年12月29日、乙家に転居して、Aと暮らすようになり、Aから婚姻届けを出すと言わ



れたが、同女の方で出すのを拒んでいた。その理由は、AにX<sub>1</sub>との問題をはっきり処理してもらってから入籍したかったことと母子年金を受給していたことによる。

X<sub>1</sub>は、昭和59年1月、甲家を出てからはAと接触がなかったところ、昭和61年11月Y<sub>3</sub>が進学のことでAに相談したため、関係が復活し、同年12月、Y<sub>3</sub>と2人は丁家に住むようになった。ところが、Aは、昭和62年1月7日ごろからは、再びX<sub>2</sub>のところで暮らすようになり、同年7月肺ガンのため入院した。病院では、X<sub>2</sub>を配偶者として扱い、ガンであることをX<sub>2</sub>に告知した。Aは入院したときは既に轉移していて手術もできない状態であった。Aは、同年8月15日一旦退院し、X<sub>1</sub>のところに帰ってきたがすぐにX<sub>2</sub>のところに行きそこで療養し、同年11月6日病状が悪化し呼吸困難になり再入院した。X<sub>2</sub>は、毎日泊まり込みで看病したが、同年末Y<sub>1</sub>の要望で週1回前妻のBが看病することになった。Aは、Bが看病している昭和63年1月1日死亡し、Y<sub>1</sub>が遺体を引き取り、葬儀はY<sub>1</sub>が取り行い、X<sub>2</sub>は葬儀に参列するだけとなった。

なお、X<sub>1</sub>は、Aの入院中、病院でX<sub>2</sub>と鉢合わせをしたらAが困るであろうと考え、見舞いには行かなかった。Aが死亡し、Y<sub>1</sub>らが相続人となった。X<sub>2</sub>は、その後、警備会社で警備員として働いている。X<sub>1</sub>とX<sub>2</sub>は、それぞれY<sub>1</sub>ら相続人に対して財産分与を請求した。家裁は、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清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して財産分与の請求をすることができると解するのが相当であるとしたが、X<sub>1</sub>とAとの関係は内縁といえないとして、X<sub>1</sub>の申請を却下したが、X<sub>2</sub>とAとの関係は内縁になるとしたうえで、一定額（6分の一相当額）の分与を認めた。

【決定要旨】「内縁関係にある男女の生存中における内縁解消の場合については、法律上の婚姻をしている夫婦の離婚の際の財産分与の規定の準用により、配偶者の一方から他方への財産の移転を命ずることができると解するのが準婚姻関係にある当事者双方の実質的公平をはかり、経済的弱者である当事者の一方の離婚後の扶養をも一定期間につき考慮する制度的保障を容認するものとして相当である」。しかしながら、「離婚による婚姻解消の場合には、財産分与制度によって清算し、また、一方の死亡による婚姻解消の場合には、相続制度によって取得させることにしているのであって、婚姻の届けをした夫婦の一方が死亡した場合には、財産分与の規定の適用はなく、また、内縁の夫婦の一方が死亡した場合には、相続の

規定の適用はないと解すべきところ、内縁の夫の死亡により内縁関係が解消されたときにも、財産分与の制度を準用して、内縁の夫の遺産に対する内縁の妻の財産分与を認めることは、右のような離婚法並びに相続法につき、現行法の体系を崩すものというべきである」。

本高裁の判断については、下級審で意見の対立があったが、周知のように、のちに最高裁によって決着がつけられた。ここでは、むしろ、AとX<sub>1</sub>ないしX<sub>2</sub>との男女関係が内縁に当たるかという争点に応接した家裁の立場を検討してみよう。内縁と非内縁との識別基準を指摘しながら、双方の男女関係につき、その成否を具体的に説示しているところは、その当否は別にしても、大変興味深い。家裁は、AとX<sub>1</sub>との関係については、つぎのように説示している。「内縁関係の保護基準をいかに解すべきかについて、単なる男女関係があるとか、同棲しているということではなく、内縁を成立させようとする真摯な合意及び社会観念上夫婦共同生活と認められるような共同生活の事実が存在しなければならない」としたうえで、AとX<sub>1</sub>の関係は、期間は20年以上に及ぶものであり、2人の間にY<sub>3</sub>が生まれてはいるものの、「関係の始まりにおいてAには妻子がおりこの関係によってAと妻との婚姻関係が破綻していったこと、共同生活の実体が継続的なものでないこと、特にA死亡の際に完全に共同生活の実体がなかったこと等を考慮すると保護すべき内縁関係になかったものと考えられる」とした。

これに対して、AとX<sub>2</sub>との内縁性は認めている。両者が関係した時期は前妻と離婚する前であるが既に婚姻関係は完全に破綻しており別居した後であること、X<sub>2</sub>の姻族関係終了の届出の経緯をみると両者が「婚姻しようと考えていたことを推測させること」、夫婦共同生活は相当程度継続的であること、医師がX<sub>2</sub>に癌であることを告知していることから推測されるように客観的にも夫婦関係としての実体があったこと、Aの入院期間中最後まで献身的に看護してきたことが窺われること等を考慮すると、保  
(龍法 '23) 56-1, 64 (64)

護に値する内縁関係があったものと認められ、「その始期については、明確に認定することができないが、昭和59年4月26日の婚族関係終了の届けのころにAの明確な意思があったものと推定することができる」とした。

本件の婚外関係は、重なっており、婚姻関係も含めると、Aを中心としてB、X<sub>1</sub>およびX<sub>2</sub>の各関係は、それぞれ外形上は一応「夫婦」のかたちで成立している。家裁は、X<sub>1</sub>とAとの関係は、Aの死亡時には共同生活の実体がなかったとしているが、それ以前の段階で内縁の成立が認められなかったかは、不問としているようである。しかし、20年以上も夫婦同様の関係が曲がりなりにも継続しているので、その間に断続している期間があるとしても、その説示には不十分な点があり、説得力を欠くように思われる。

そもそも事実的な共同生活の継続は重要な判断要素ではあるものの必須の要件ではないし、また、重婚的内縁の成立によって婚姻関係が破綻させられること自体は、決定的なマイナス要因ではない。大なり小なり重婚的内縁の成立する前段階の男女関係は、通常は不倫関係であり、それが継続して婚姻関係が破綻ないし形骸化するのは、有責配偶者からの離婚請求訴訟からも、明らかである。一方、X<sub>2</sub>との関係については、両者の「婚姻意思」の存在にも注視している点は評価できる。こうした複雑な重婚的内縁関係では、いきおい婚姻の意思の存在も考慮せざる得ないからであろう。

なお、X<sub>1</sub>とAとは内縁関係になかった点については、高裁判決も認めている。また、X<sub>2</sub>との関係については、仮に内縁関係にあったとしても、その内縁であった期間は短期間であって、Aの遺産はBとの協力で得た財産であり、X<sub>2</sub>がA死亡後にその遺産から実質的に500万円を取得していることから、もはや財産分与を求める権利はない、としている。

（エ）包括遺贈等の関連事例　下記の例は、重婚的内縁の妻に夫が不動産を包括遺贈したため、その無効が争われるとともに、戸籍上の妻が内縁の妻に対し慰藉料を反訴請求した事案であるが、法律婚はすでに破綻して

おり、内縁配偶者が法律婚破綻に何ら関係していない事実が認定されている。内縁配偶者の有責性に留意した判決でもある。

〔116〕 仙台高判平成4・9・11判タ813号257頁（所有権移転登記抹消登記手続請求本訴、慰謝料請求反訴事件）

【事実】内縁関係の成立経緯は、原判決の事実認定も含めて整理すれば、大略、つぎのようになる。X女は、昭和53年2月、亡夫の職場の同僚であったA男から何回となく「妻Y<sub>1</sub>と別居して3年位になる。妻とは必ず離婚する。一人暮らしなので暖かい生活がほしい。是非一緒になってほしい。親子三人を路頭に迷わすことは絶対にしない。」などと言われ一緒に生活することを懇願されたため、娘の了解を得て、同年3月末頃からAと借家で娘二人と共に四人で暮らすようになった。一方、Y<sub>1</sub>は、昭和50年7月に別居して以来、Aが死亡するまでの約14年間同人の住居を訪れたことがなく、Aとは別居当初同人の勤務先に電話を入れて連絡し合っていた程度で、その後も1か月に1、2度Y<sub>1</sub>の実家の離れや自動車の中などで会って話し合いをする程度であって、Aが昭和63年3月に病気で入院しても、Aの方からY<sub>1</sub>にそれを知らせなかったし、Y<sub>1</sub>の方もAの入院を人伝に知りながら、見舞いに行くこともなかったことのほか、Aも同62年4月にY<sub>1</sub>が直腸腫瘍で入院手術した際に見舞いをしなかった。なお、Aは、昭和58年ころY<sub>1</sub>方を訪れたり、同60年10月には長女Y<sub>2</sub>の結納にも出席したりしたが、Y<sub>2</sub>や長男Y<sub>3</sub>の結婚式には出席しなかった。また、別居期間中は両者に肉体関係があったことは認められない。

Aは、昭和57年7月、甲不動産を購入し、Xもその手付金等の支払いに充てるため国民金融公庫から恩給（遺族年金）を担保に入れて借り入れ、A・Xはここに移り住んだ。Aは、別居直前の昭和50年6月にY<sub>1</sub>との共有の乙不動産をY<sub>1</sub>名義にし、また、Y<sub>1</sub>に昭和61年4月に1千万円を贈与したが、他方で、昭和63年3月22日に入院中に、Xの将来の生活の場所を保全するため、甲不動産などをXに与える趣旨でA所有の遺産全部を包括して遺贈する旨の公正証書遺言をしたのち、平成元年3月に死亡した。Yらは、甲不動産等につき相続登記を経由して、遺産分割によりY<sub>2</sub>らはY<sub>1</sub>に持分を移転したところ、Xは、Yらに対しその抹消登記手続等を求めて提訴した。Yらは、包括遺贈は公序良俗に反して無効であるなどと反論し、Y<sub>1</sub>は、Xに対して家庭の平和を侵害したなどとして、慰謝料を求めて反訴請求した。原判決は、遺贈の有効性を認めたとうえで、Y<sub>1</sub>には特別受益（乙不動産の持分と1千万円の生前贈与）により遺留分はないとし、Y<sub>2</sub>らの遺留分を限度に共有の更正登記を命じるとともに、反訴請求を棄却し、控訴審も、原判決を

是認した。

【判旨】「Y<sub>1</sub>とAの婚姻関係は、右認定の別居以来次第に夫婦としての実体を喪失し、遅くともXがAと同棲を始めた当時から右婚姻関係は破綻した状態にあったものというべきである」。Aは本件公正証書遺言をなすまでの10年間もXと内縁関係を継続していたこと、本件包括遺贈の目的となったAの主たる遺産である土地建物はAがXとの共同生活を営むためXと同棲生活に入った後に購入したものであるし、Xもその代金の一部を負担していること、本件遺言はXの将来の生活を案じその生活を保全するためになされたものであることなどの諸事情をも合わせ考えると、本件包括遺贈が公序良俗に反するということはできない。反訴請求も理由がない。XがAと同棲生活を始めた昭和53年3月当時、Y<sub>1</sub>はAと別居生活を2年半以上続けていて、婚姻関係は事実上破綻し、形骸化していたところ、Xは、Aに妻がいることを承知していたが、Aからその婚姻関係はそのような実体にあることを知らされ、同人から懇願されて同棲生活に入ったものであり、Xはその婚姻関係破綻に何ら関係を持たなかったものというべきである。そもそもY<sub>1</sub>は、昭和59年4月頃にXがAと同棲していることを知った後も、AやXに対し特別な対応を示さなかったのに、Xから本訴を提起されるや反訴として本件慰謝料請求をなしたものであって、慰謝するに値する精神的苦痛を被ったかどうか極めて疑わしい（本件は、最高裁に上告されたが、原判決が是認されている。最二小判平成7・3・10平成4年(オ)第2079号所有権移転登記抹消登記手続請求本訴、慰謝料請求反訴事件D1-Law.com判例大系）。

（オ）「生命保険金の受給資格」関連事例 つぎは生命保険金の受取人が重婚の内縁関係にある女性であるとされた事例であるが、夫は子供のことを慮って離婚を考えず、生活費を妻に渡していたものの、契約締結時にはすでに法律婚の破綻が確実視され、他方で内縁夫婦は社会的にも夫婦としての実績を積み重ねてきたことなどから、その受給資格を肯定した。

[117] 福島地裁郡山支判平成11・3・17生命保険判例集11巻185頁保険金請求事件  
【事実】妻帯者である生命保険の保険契約者兼被保険者A男が、続柄欄に妻と記載したうえ妻と異なる名の内縁の妻X女を死亡保険金受取人に指定して死亡したため、Y生命保険会社が受取人の不確定を理由にXへの保険金の支払いを拒んだので、Xが本訴に及んだところ、Aの妻子らも当事者参加をしてYに対しその支払

を請求した。

A（昭和24年生）とB女は昭和60年ころ不仲となり、Aは、翌61年ころからX（昭和38年生）の借家においてXと同居するようになり、そのころから自営業も同借家を主たる事務所として行うようになった。Xは以後、事業を手伝い、Aの死後、有限会社を設立して、これを承継した。Aは、Xと暮らすようになって、子供のことを慮ってBと離婚することは考えず、住民票上の住所移転手続もしなかった。Aは別居後もB方に出入りし、子供の成長に関心を寄せておおむね毎月15ないし20万円ほどの生活費をBに渡していたが、他方でBは、AがXと暮らしていることを放任し、これをめぐってXと目立った諍いを起こすこともなかった。AとXの仲は時を重ねるごとに親戚、知人間で公然のものとなり、Xは日常的にAの妻として行動し、周囲からも妻ないし内妻と認識されていた。Aの葬儀や法要もすべてXが妻として執り行った。Aは、末の二女（参加人・昭和53年生）が大人になるのを待って、Bと正式に婚姻するつもりであった。Aは、平成3年3月ころ、事業上の借財の返済などについて将来に不安を感じたことから、本件契約を締結した。

【判旨】Aは、本件契約の死亡保険金の受取人指定の際、内縁関係のXを日常生活における同様に妻・X女と表記したものであり、これによりXが右受取人として指定されたことは明らかであり、妻表記のゆえに、Bが受取人と指定されたと解することはできないし、その指定を無効ということもできない。そこで、当該指定が不倫相手を指定したという理由で公序良俗に反し無効であるか否かについて判断する。確かに、一夫一婦制の法律婚尊重という法的要請があり、また死亡保険金が残された家族の生活を保障し、遺贈に代替する機能をもっていることからすると、不倫相手を保険金受取人とする指定をすべて有効とすることは相当といえない。しかしながら、法律婚が破綻しつつも解消されずにいるような事態は珍しいことではなく、他方で内縁関係をその実態に即して正当に保護しようという法的要請もあるから、そのような実情や保険契約の締結目的等を考慮することなく、妻帯者が妻以外の女性を受取人に指定したというだけで直ちにこれを無効とすることもできない。したがって、保険契約者の意思を尊重しつつも、契約締結の動機・目的、保険料支払いの実情等の諸般の事情を総合して保険金受取人指定の有効・無効を決するほかないが、その際、法律婚の破綻の原因・内容・程度、保険契約者及び家族の経済状態及び扶養関係、内縁関係や不倫関係の実態やその相手方への保険金給付の必要性・相当性を重要な判断要素とすべきものと思われ

る。そして本件の場合、AとBの婚姻関係破綻の原因は明らかではないものの、Bは破綻について容認の姿勢を示していたといえるから、破綻の原因がもっぱらAの側にあったとはいえず（Xの主張によれば、Bの不倫が原因）、しかも本件契約締結当時、その破綻状態はほぼ確定し、一方、本件契約締結当時、AとXの内縁関係はすでに定着・安定しており、その共同事業の収益により、共同生活の将来の保障のため本件契約が締結されている。また、Aは、婚姻関係破綻後も、子供らのために、Bに対し少なくとも額の生活費を渡していた。それゆえ、Aが、自ら不当に婚姻を破綻させながら、その妻子らの扶養も顧みずに不倫関係の維持・継続のために本件契約を締結したなどということはできないので、Aの意思を尊重して有効とみるのが相当であるというべきである。

（カ）「交通事故死による損害賠償請求」関連事例　内縁の妻が夫の交通事故死による損害賠償を709条等に基づいて請求した事件であるが、重婚的内縁の保護の要否について詳論しているので、とくにここで紹介しておこう。本件も法律婚の破綻後に約17間にわたって内縁関係を継続していたところ、夫の事故死で内縁関係が解消している。

[118] 鹿児島地判平成15・3・26平成13年(ワ)第941号損害賠償請求事件D1-Law.com判例体系、裁判所ウェブサイト掲載判例

【事実】A男は、妻Bおよび娘と東京の自宅で暮らしていたが、昭和47年ころ、自宅に兩名を残し、実家のある福岡に単身戻った後、Bらとの間には、一切行き来がなかった。一方、Xは、昭和56年7月ころ、貿易関係の仕事を通じて、Aと知り合って、Aの助言を得て、同年11月に貿易の仕事を始めるとともに、Aと交際するようになり、昭和57年1月ごろ、Aから結婚を申し込まれた。Xは、Aの実母や姉妹らとも親しく交際するようになり、同年11月ごろには、Aの転居先のマンションで同居して暮らすようになった。そのころから、Xは、Aの姓を名乗り、Aの妻として振る舞い、AもXを妻として周囲に紹介していた。同年暮れころ、Aの戸籍謄本を偶然見たXは、Aに妻子がいることを知って、数回にわたりBとの関係を清算することを求めた。しかし、離婚の際にはBにまとまった金を渡したいと考えていたAは、金策がつかなかったことから、離婚に向けての具体的な行動を取らなかった。昭和58年6月ころ、XとAは、法人を設立し、2人で手分けして貿易関係の仕事で生計を立てるようになった。Xは平成元年4月にガンの



手術を受けたが、Aは献身的にXの身の回りの世話をを行った。Aは、老齢年金を受給するようになり、Bに渡すまとまった金の目処がついたことなどから、平成11年ころから、離婚に向けて動き始め、本件事故に遭遇する約1か月前の平成12年4月下旬ごろ、東京でBと話し合いをした。Xは、Aから、Bが離婚に応じる意向であると聞かされ、また、そのころ、Xに全財産を残せるように遺言書を作成するつもりであるとも伝えられた。

その後、Aは交通事故で死亡したが、Xは喪主を務め、「お別れ会」でも、Xは「A」の名で謝辞を述べ、49日の法要を執り行った上、遺骨もXの郷里にある寺院で保管している。なお、Bからの遺骨の引取りなどの申入れはない。

【判旨】「同棲生活を送っている男女の一方が他の者と法律上の婚姻関係にある場合であっても、法律上の婚姻関係の実質が失われて事実上離婚同様の状態となった後に同棲関係が成立したものであって、同棲関係が社会的かつ対外的にも夫婦と認められて相当の年月が経過しているときには、当該男女間に社会的にも認められた内縁関係が成立しているというべきであり、これを不貞関係と評価することはできないから、その一方が不法行為により死亡した場合には、民法711条の類推により、他方の者に固有の慰謝料請求権が生じると解するのが相当である」。上記認定事実によれば、Aは、Bらとの別居から約9年が経過した昭和56年にXと知り合い、昭和57年11月から本件事故により死亡するまでの17年間余りにわたり、Xと同居して実質的に夫婦の実体を備えた生活を送り、対外的にも内縁の夫婦として振る舞っており、XとAの間には社会的にも認められた内縁関係が成立していたものと認められるから、Xについて民法711条を類推して法の保護を与えるのが相当と考えられる（X固有の慰謝料額1千万円）。

## （2）法律婚の相手方が行方不明となったのちに内縁関係が形成された場合

つぎの例では、法律婚の夫が行方不明になったのちに妻が他男と内縁関係に入っているのが、法律婚がすでに形骸化していた事例と考えて大過なからう。判例では、すでに古くから保護されていた内縁タイプでもある。

〔119〕大阪地判平成6・8・25交通民集27巻4号1089（損害賠償請求事件、保険金請求事件）

【事実】X女の内縁の夫Aが運転する車両と加害車両が衝突した結果、Aが死亡した。Xは、加害者側Y<sub>1</sub>（運転手と使用者）と自賠責保険契約の保険会社Y<sub>2</sub>に対



して、それぞれ損害賠償と保険金とを請求したが、Xには戸籍上の夫Bがいたので、重婚的内縁の妻が保護されるかが一つの論点となった。XとAとの関係は、つぎのように認定されている。

Xは、昭和31年7月にB男と婚姻し、三人の子をもうけた。X・Bは、昭和42年8月以降住み込みで共稼ぎをしていたが、昭和44年7月ごろ、Bが荷物も一切持たず、突然行方不明となり、現在まで同人からの連絡や仕送りはまったくない。このため、Xは、住み込み先に居りづらくなり、昭和44年9月ごろから、友人の紹介によりA男が経営する「甲塗装」で三人の子供を連れて住み込みで働くようになった。Aは、昭和28年に先妻と離婚し、その当時は女手がなかったうえ、Xが三人の子供を抱えて生活していることに同情したこともあって、昭和44年10月ごろから、XとAは、Aと先妻の子Cとともに同棲生活をするようになった。その後、本件事故でAが死亡するまで、Xは、Aと夫婦同様の生活をし、Xと三人の子供も「甲塗装」を手伝い、三人の子供とAは、実の親子と同様の生活をしてきた。一方、Xは、Bが行方不明になった直後ごろ、心当たりを探したが見つからなかった。昭和47年ごろにBと離婚しようと考え、弁護士に相談したが、Bの行方が分からなかったため、結局、離婚手続をしないままとなった。Aの葬儀は、CとX、Xの子供らが行った。

【判旨】Xは事故当時まで20年間以上にわたりAと夫婦同様の生活を送ってきたもので、その間、Xの子らもAと実親子と同様な関係にあったほか、Xらが、Aの実子CとともにAの葬儀を行つたことをも併せ考慮すれば、XとAとは重婚的な内縁関係にあったものの、Xの婚姻関係は形骸化していたと解され、それゆえ、Xについては、Aの内縁の妻として民法711条の「配偶者」に準じて慰謝料請求権を認めるべきである（慰謝料300万円）。

(3) 法律婚の形骸化も、完全な同棲もなかったが、正妻の死亡後は内縁になるとしたケース

下記の判決は、本件の婚姻関係が形骸化していないので、重婚的内縁は準婚とはいえないとしたが、正妻が死亡したことから、その後は内縁として保護されるとした。本件は内縁の夫死亡後は財産分与の申し立てはできないとした最決平成12・3・10の原々審と原決定が認定した内縁関係であるが、完全な同棲ではなかったものの、家政婦でも愛人でもないとしている。

[120] 高松高決平成11・3・12判時1691号76頁（財産分与審判に対する即時抗告事件）

【事実】 事実認定と法律論は詳細にわたるが、大略すれば、下記ようになる。X女（昭和4年生）は、昭和23年に婚姻し、昭和30年6月までに二女一男をもうけ、夫の死亡（昭和45年）後は、サウナで働いていたが、平成5年以降は自らが賃借して居住する賃貸マンションの管理人として雇用され、月収9万円及びマンション一室の無償供与を得ている。ただし、平成10年3月、マンション所有会社が破産したため、その管理人の地位は安定したものとはいえない。一方、A男（大正9年生）は、昭和22年にBと婚姻し、Y<sub>1</sub>女、Y<sub>2</sub>男をもうけた。Aは、昭和29年1月、タクシー有限会社を設立し、以後、死亡するまで代表取締役として経営に当たった。Xは、昭和46年3月ころサウナ客としてのAと知り合い、Aには妻子がいることを知っていたが、交際を始めた。Aは、同年5月以降、Xの住居に出入りするようになり、その家賃や生活費等の費用を負担するようになり、生活負担費は増大し、昭和55年4月、Xが現住居に転居したときには月額15万円、A死亡時では少なくとも月額20万円となった。その間にAの妻は昭和56年ころ筋無力症にかかり、同62年8月に病死した。

Aは、昭和60年から63年にかけて、肺炎、気管支炎のほか、結核にも罹患し、結核による2度の入院中には、XはAの指示に従って、殆ど毎日、料理道具を持ち込んで夕食を調理した。Aは、昭和63年10月4日結核は治癒したとして退院し、同年11月28日、Y<sub>1</sub>家族と同居するため自宅を新築した。そのころ、少なくとも週のうち1、2日はX宅で寝泊まりしていたところ、次第にX宅で過ごす時間が長くなっていった。その間、Xの陳述によれば、XはAの世話をしていたが、肺気腫による激しい咳を繰り返すため眠れない旨の事情をうったえたところ、Aは、毎週土曜日及び日曜日には自宅に帰るようになり、この状態は、以後、入院時を除いて死亡するまで続き、また、平成2年2月ころ、XはAの態度を信用することができず、世話を拒否していたところ、世話を懇願したため、看護や世話ができるのは自分しかいないと考え直し、再び療養に協力することになったようである。Aは、平成3年や平成6年から7年にかけて入退院を繰り返し、その後も入退院を繰り返したのち、入院したまま平成9年1月19日急死した。XがY<sub>1</sub>らに対して財産分与を申し立てた。家裁（高松家審平成10・5・15平成9年<家>第1931号）は、正妻のBが死亡するまでは、いわゆる重婚の内縁関係に該当するので、準婚関係としての保護は受けられないので、詳論は避けるとしたうえで、XとAとの生活関係は、完全に同棲していたとはいえないとしても、夫婦共同生活関係の一種であったと解することができるとして、内縁関係の成立を認めたとうえで、

財産分与の申立を認めたので、Yらが抗告した。

【決定要旨】内縁の成立については、原審の判断を基本的に是認して、つぎのように説示した。Xは、Aの入院期間中はほとんど毎日のように病院に行き、Aの求めに応じて夕食を調理した。Aは、退院して通常の社会生活を送っている間は、その過半の期間をX宅で過ごした。Xは、平成2年か平成4年に上記の生活費以外にAから現金で300万円の贈与を受けた。Xは、Aの通夜に外形上は親族の一員のような立場で参列し、葬儀の際には親族と一緒に焼香した。その時、Y<sub>1</sub>は、県外から参列した親族に対し、Xの療養看護に関する貢献を説明した。Xの近隣の知人らは、Aの死亡により、配偶者が死亡したものと考えてXに香典等を送った。Xは、自分の老後の保障がないことに不安を感じ、Aに対して財産の分与もしくは婚姻届出に応じるように要求していたところ、Aは、入籍には応ぜず、家を一軒買い与えると繰り返し述べながら、いざ売買が成立しそうになると、契約を成立させなかった。このようなことから、Y<sub>1</sub>は、Xに対し、平成2年2月ころ、「家の一軒くらい買ってもらって当たり前」と言ったり、本件の調停係属中の平成9年6月ころ、電話で2千万円から3千万円を支払うことで解決したいと考えていた旨の発言をした。なお、Xの両親は、既に昭和50年代にAとの交際や生活関係を承認しており、Xの子らも、X宅を訪問した際に、Aと食事を一緒にすることがあった。Y<sub>1</sub>は、少なくともAの療養看護についてはXの世話になったとの意識があり、葬儀という一般の人も参列する場で一応XをAの家族と同様に扱ったことが認められるのであって、XとAとの関係を「夫婦に近いものとして認識していたものと解される」。Aの療養生活におけるXの貢献は、生活費を得るための労働といったものではなく、それなりの相互の愛情に基づいたものであって、Aとの関係を単なる家政婦や愛人関係にとどまるものと評価するのは相当ではない。

## （二）内縁否定例

下記の高裁判決は、男女が同居・同棲していたものの、婚姻手続きをとらず、また両親等にも婚姻を前提とする付き合いをしていたことも報告しなかったことなどから、婚約や内縁関係は成立していない、と判示した。ただし婚約者がいながら、それを秘して男女関係を継続していたことから、人格侵害による損害賠償責任を認めている。

〔121〕東京高判平成13・11・28平成13(ネ)第3005号D1-Law.com判例体系

【事実】Y男（昭和33年生・被控訴人）は婚姻していたが、平成8年11月調停によ

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

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

【判旨】Xがプロポーズされたという時期から双方が婚姻の手続を採ることなく過ごし、双方の両親や親族その他の関係者に婚姻を前提としてお互いを紹介したこともないし、YがXの結婚の申し込みを否定するような書面があることなどの諸事実から判断して、婚約は成立していないし、「一定期間同棲していたこと」が認められることを考慮しても、婚約や内縁関係が成立したことを認めるには足りないというべきである。しかし、X・Yが男女関係を継続していたことは明らかであり（Yもこの点を明らかに争っていない。）、Yが週末や休日のほとんどをAとともにホテルで過ごして、自宅で週末等を過ごすことがなかったのはYの自宅に

Xが同居していたからではないかとも思われる。結局、Xは遅くとも平成10年6月にはY方で同居するに至ったことを認めることができる。Yは、Aと結婚を前提とした付き合いをしていたのにこれをXに告げることなく平成9年9月ごろからXとの男女関係を伴う交際を復活してこれを継続し、遅くとも平成10年6月には同居するにまで至り、この間、XはY方で家事をまかなうとともに、Yが実質経営するレストランで長時間働く等してYと共同で生活を維持していたことが認められる。もっとも、Yは週末あるいは休日を自宅以外でAと過ごす等しているところ、XにとってYとの関係は、特にYがAとの関係を秘匿し同棲していたこと等の事情も考慮すると「通常の男女の交際の範囲を超えたものであったというべきであり、XとYとの同居は内縁関係とまでは評価できないにしても、互いに事実上の配偶者というに近い立場で共同の生活関係を送っていたものと評価することが可能である」。そして、Xは「婚姻の実現に向けての期待」さえ抱いていたことが認められる。Yは、Aとの関係を告げずにXと男女関係に入り少なくとも半年以上は同居をしてXに婚姻の実現に向けての期待さえ抱かせながら、「婚約者の存在を理由として一方的にその関係を絶った行為」は、人格侵害にあたる（慰料金80万円）。

### （三）法律婚と事実婚との併存を認めたケース

下記の例は、多額の債務を負担する内縁の夫が妻にマンションの持分を贈与した行為が詐害行為になるとされたものであるが、そこでの内縁関係の判断について、興味深いものがあるので、その説示部分のみを紹介しておこう。資産家の男性には、正妻のほか、他にも女性がいたことのほか、法律婚はいまだ形骸化していないとされたので、内縁といえるか、微妙な事案でもあり、判旨の説示に合理性があるのか、疑問が残るが、とにかく、その奔放な男女関係には驚くばかりであり、倫理観の欠如もはなはだしい。なお、婚姻夫婦による財産分与については、原則として詐害行為性はないとする最高裁判決（最判昭和58・12・19民集37巻10号1532頁）があるが、その準則は内縁夫婦の財産分与には必ずしも当て嵌まらない旨を説示している。

〔122〕東京地判平成8・7・12判時1612号84頁（詐害行為取消請求事件）

【事実】A男（昭和9年生）はY<sub>1</sub>女と関係をもった当時は有名企業の代表取締役

に就いており、AがYに本件マンションの持分3分の1を贈与したことに對して、債権者Xが詐害行為になるとして、その取消しを訴求した。Aは、昭和36年12月にB女（昭和16年生）と結婚し、二子を儲けたが婚姻時から約30年後の平成3年7月に協議離婚した。一方、Y<sub>1</sub>（昭和33年生）は、昭和52年6月、18歳でAの経営する会社に就職したが、入社当初より、Aから交際を申し込まれ、昭和57年から58年にかけてY<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>をもうけた。Aは昭和63年ごろ、本件区分建物を1億3千円余で自己名義で取得し、ここにY<sub>1</sub>を住ませた。Aは、子が生まれるまでは月50万円、生まれてからは月100万円をY<sub>1</sub>に生活費として渡し、Y<sub>1</sub>のもとで寝泊まりすることが多かった。しかし、Aは、C女とも交際があり、C女との間でも二子（昭和62年・平成2年生）をもうけ、他にも、昭和60年ごろ、別の愛人をつくっていた。AとY<sub>1</sub>とは、法律上の婚姻関係には至らず、その後疎遠となり、少なくとも現時点では交際関係にはない。

AとY<sub>1</sub>が親密な交際関係に入った後の昭和54年5月、Aは、B（戸籍上の妻）の居住用の豪華な建物を新築し、その建物においては、毎年会社の幹部を招待して新年会を開いた。その席には、当時16歳の両名間の長男Y<sub>2</sub>も出席していた。Aは、Y<sub>1</sub>と親密な交際関係に入ってから、Bの家族に毎月100万円の生活費を渡していたし、住民票上の住所は平成4年2月までその住居にあった。Aは、不良保証・貸付に起因して平成3年に入ると資金繰りに窮し、同年6月ごろには万策が尽き、自己の財産の処分及び隠匿とYらの生活を保障する趣旨で自己名義であった本件区分建物をYらの名義に移転した。

【判旨】「Y<sub>1</sub>は、Aと二人の子をもうけるほどの親密な関係にあり、AがY<sub>1</sub>の許で寝泊まりしている期間も多かったのであるから、Aと内縁関係にあったといえることができる」として、婚姻意思には言及せずに内縁性を肯定している。他方で、「重婚的内縁」については、財産分与は詐害行為にはならないとするY<sub>1</sub>の反論との関連で、つぎのように説示する。一般に内縁関係の解消にあたっては、財産分与に関する規定もある程度は準用されると解するのが相当であるところ、離婚の場合には、当該財産分与によって分与者の一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法768条3項の規定の趣旨に反し、不当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として債権者による取消の対象となり得ないものと解するのが相当である（最高裁判決）。しかし、本件のA・Y<sub>1</sub>の関係は、法律婚が存する上での、いわゆる重婚的内縁関係というべきであり、このような内縁の解消

の場合には、「右の内縁に財産分与の規定がある程度準用されるところまでではよいとしても、詐欺行為との関係でも無制限に準用されるところのは相当でない。というのは、法律婚の解消に伴う財産分与が原則として右法理により詐欺行為の対象とならないので、それに加えて重婚的内縁の解消に伴う財産の譲渡が原則として詐欺行為の対象とならないとすれば、一般債権者は通常の場合に比べて重婚の数だけ不利益を受けることとなり、逆にいえば、法的に本来は認められていないはずの重婚を第三者に対する関係でも容認することに他ならないからである。そうすると、重婚的内縁関係の解消に伴う財産の譲渡が譲渡当事者の一般債権者に対して原則として詐欺行為とならないということは極めて困難である。仮に例外の場合を想定するとすれば、法律上の婚姻が破綻しており、かつそれについて財産分与行為がおよそ考えられないという稀な場合ということになる」。本件では、Bの住居地はAの新年会の主催地及び住民票記載地であり、Aは、Y<sub>1</sub>と重婚的内縁関係に入ったと主張される昭和52年4月以降も、依然として戸籍上の妻（B子）との関係を継続していたとみるのが相当であり、「法律婚は未だ形骸化してはおらず、両名は事実上の離婚状態にはなかったといわなければならない」。しかも、「Aが、Y<sub>1</sub>との内縁関係の存続中、Y<sub>1</sub>に時折要求されながらも、結局法律婚解消の手続きを一切とらなかった事実、AがY<sub>1</sub>との間の二人の子を平成6年4月まで認知しなかった事実、Y<sub>1</sub>が、Aの妻として会社の幹部等に一切紹介されたことがない事実が認められ、反面、前示のとおり、正月だけとはいえ、B方には幹部が招待されて長男も同席していた事実をも総合すると、AがY<sub>1</sub>との内縁関係に入った以降も、なおAとBとの法律婚はともかくも存続し、事実婚との両立がはかられていたとみるのが相当である」。くわえて、最も注目すべきなのは、本件贈与の直後に、Aが、協議離婚してBにその居住する土地建物を財産分与（平成3年7月22日登記原因・財産分与）している事実である。したがって、右に加えて、本件区分建物のY<sub>1</sub>に対する譲渡が原則として詐欺行為の対象とならないというのは、いかにも不合理である。

## 2 重婚的内縁の法的保護

### (1) 財産分与

つぎの判決は、内縁の成立をみとめたものの、夫死亡後は分与の申請は認められない、とした。上告審（最決平成12・3・10民集54巻3号1040頁）に



よって、本決定の説示は是認されている。

〔123〕 高松高決平成11・3・12判時1691号76頁（財産分与審判に対する即時抗告事件）

【事実・判旨】 事実関係は、前掲〔120〕を参照のこと。内縁関係が死亡により解消した場合には、離婚による財産分与をみとめる規定の準用は認められないとして、これを認めた原決定を取り消して、Xの申立てを排斥した。内縁関係にも可能な限り、法律上の夫婦と同様の保護を与えるべきであるとしても、婚姻届が行われていない以上、現行法上は、「配偶者」ではなく、相続する地位を認めることはできない。確かに、生存内縁配偶者に死亡内縁配偶者の相続人に対する財産分与を認めなければ、生存内縁配偶者は内縁関係において生じた実質的夫婦共有財産を非訟事件手続によって取得することができないという不利益を被ることは否定できない。しかし、民法等の関連法令は相続関係における内縁夫婦の保護内容を法定相続人の相続権と抵触しない限度にとどめたものであるから、このような事態を法は容認しているといわざるを得ない。そのみならず、死亡内縁配偶者は、遺言ないし贈与（生前あるいは死因）により、その名義に属する財産につき生存内縁配偶者に所有権等の権利を帰属させることができるのである。そうであるのに、死亡内縁配偶者が遺言ないし贈与をすることもなく死亡した以上、たとえば実質的共有財産が相続財産に帰属し、法定相続人がこれを取得することになったとしても、これは婚姻届を行い法律上の夫婦となる途を選択しなかったことによって生じたやむを得ない事態であるというべきである。なお、内縁関係が一方当事者の死亡によって終了した以上、その性質上一身専属的な義務である離婚後の扶養義務が死亡内縁配偶者の相続人に承継されるものとみる余地はない。そうであるから、本件において、離婚後の扶養の必要性を根拠として財産分与請求を認めることはできない。以上判示したところを考え併せると、内縁夫婦の一方が死亡することによって内縁関係が消滅した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与の規定を準用ないし類推適用することはできない。

## （2）居住利益

（ア）土地の無償使用 つぎの事例の男女関係はやや複雑であり、妻帯の男性が妻の失踪後に内縁関係を結んだが、その後、別の女性と入籍合意のもとに関係をもち、将来の婚姻後における婚姻住居まで購入したが、結局は、先の内縁関係を破棄してまで婚姻を決断できなかった。そのことが要



因となって、本件紛争が生じている。

[124] 東京高判平成 8・9・9 平成 7 年(ネ)第5568号建物収去土地明渡等請求事件D1-Law.com判例体系

**【事実】** A男（大正3年生）は、某島で小学校の音楽教師をしていたが、昭和27年にB女と婚姻し、翌28年にXが出生した。昭和32年ころにBが失踪したため、Aは、昭和33年ごろC女と内縁関係を持った。Cは、以後Aと同居し、母親代わりとしてXを養育し、周囲からもAの妻と認められてきた。Aは、その後C及びXと共に東京都に転居して小学校で音楽の教師をしていたが、昭和45年ころに生徒の母親であり夫と離婚していたY女と交際するようになった。AとYは、昭和47年ころに将来の婚姻を約し、双方の子供の成人を待っておよそ10年後に入籍することを合意した。なお、Yは、婚約時には、Aが長年にわたりCと同居し内縁関係にあることは知っていた。AとYは、昭和48年2月に、婚姻後に二人で居住する目的で、新築の建売住宅を購入し、代金のうち、600万円をAが、200万円をYが負担したが、土地はAが、建物はYが購入して、それぞれの所有名義で登記を経由した。

その後、Yは本件建物に居住するようになったが、Aは、C及びXと二間のアパート暮らしを続け、昭和51年9月には、Xを同アパートに残し、Cとともに埼玉県の家へ引っ越し、結局、本件建物には居住しなかった。本件建物は、昭和56年にAの要望もあって約7平方メートル程度増築された。Aは、Yと一緒に音楽会に行ったり、ときどき本件建物で食事をする程度の交際を続けていたが、やがて心臓、肝臓疾患が悪化し、病院に行くのもやっとという状態になった。このためAは、Cとの内縁関係を破棄してまでYと婚姻することに自信がなくなり、昭和59年にYに対し婚約解消を申し入れ、昭和61年3月に死亡した。その後、Xは昭和63年にYに対し、本件土地の明渡しを求める訴訟を提起したが、平成元年7月に、未だ使用収益に十分な期間が経過しておらず使用貸借が終了したとはいえないとする請求棄却の判決が言い渡され確定した。他方、同判決後に、YはXに対してAの婚約不履行を理由とする損害賠償請求訴訟を提起したが、Aの婚約解消は、健康を害したことと昭和33年以来の長期にわたるCとの内縁関係を維持することを理由とするものであるから、不当とはいえないこと、他方、右内縁関係の存在を知っていたと推認されるYにおいてそのような内縁関係の維持を理由とする婚約の解消を責める立場にはないことなどを理由に請求が棄却され、同判決

は平成3年12月上告棄却により確定した。

なお、Bは平成元年5月に失踪宣告がされたが、その後生存が確認され、平成5年2月4日に失踪宣告が取り消された。そして、XとBは、Aの遺産である本件土地をXが取得する旨の遺産分割協議をした。Yは、現在本件建物に一人で居住している。他方、Xは、母親代わりのCとともに借家住まいをしており、老朽化を理由に家主から明渡しを要請されているが、本件土地の外には居住の用に供すべき不動産等を有していない。

【判旨】昭和48年2月にAが本件土地を、Yが本件建物を購入し、それぞれ所有権を取得するとともに、AがYに対し婚姻後に同居する予定の本件建物の敷地として本件土地を無償で貸与したというべきである。ところで、使用貸借は、無償の法律関係であるから、契約成立の時より相当の期間（使用収益をなすに足るべき期間）が経過した場合には貸主に返還請求が認められるものである。そして、その期間が相当であるか否かは、土地が無償で貸借されるに至った事情、その後の当事者間の人的なつながり、借主の土地の使用目的、方法、程度、貸主の土地の使用を必要とする緊要度など双方の事情をも比較衡量して判断すべきである（最高裁昭和四四年（オ）第三七五号同四五年一〇月一六日第二小法廷判決・裁判集民事一〇一七頁）。これを本件についてみると、本件土地の使用貸借は、「AとYが婚姻後に同居するための建物である本件建物の所有を目的とするものである」が、婚約の解消に伴い両名が本件建物で同居する事態があり得ない状況となったこと、右婚約解消は、Aの都合によるものであるが、必ずしも不当といえないこと、使用貸借契約の締結からすでに23年余が経過し、昭和56年の小規模な増築からも約15年が経過していること、婚約解消により貸借の実質的前提が失われてから約12年、Aの死亡からも10年余が経過したこと、Xには本件土地のほかには所有不動産がなく、現在も本件土地の固定資産税を負担する一方、自らはCとともに借家住まいを余儀無くされていることなどを考慮すると、本件使用貸借については使用収益すべき相当の期間が経過したというべきである。なお、Yが本件建物の取得に際し200万円を出捐し、現在本件建物に居住していることは前記のとおりであるが、XがYに対し、かねてから200万円を上回る額の立退料を提供し、本訴の和解期日において500万円の立退料の提供をしたにもかかわらず、Yにおいて、新たに本件土地の所有権を主張するなどしてこれらの提案を拒絶し続けること、これまでの経過から見て、本件土地使用貸借の終了が認められた場合、500万円の支払がされることはほぼ確実であると認められることなどを考慮すると、

Xの本件請求が権利の濫用であるとはいえない。

（イ）建物の無償使用 内縁の夫の相続人が内縁の妻の居住する建物の明渡しを請求した事例であるが、同居する前に法律婚がすでに破綻していたとされている。

〔125〕東京地判平成４・１・31判タ793号223頁（土地建物明渡請求、建物所有権移転登記等請求事件）

【事実・判旨】事実関係等については、〔114〕を参照のこと。建物の明渡請求については、財産分与は内縁の夫婦の一方が死亡した場合には認められないので、分与手続が終了するまでは甲建物の占有権限があるとのYの主張は認められないが、「Xとしては、亡父Aにおいて死を予期したならば少なくともYに無償使用をさせるべく措置を講じたであろうとされる相当の期間Yの甲建物の居住を認めるべきであるところ、右の期間が経過したとみるべき事情は未だ明らかになし得ないので、その事情の到来を肯定し得ない現在、占有権原がないという一事をもって他に行きどころのない老齢のYを甲建物から追い立てる結果となるXの甲建物の明渡請求は、人間の情義上許し難いものといわねばならない」とした（なお、乙建物については、その取得のためにYが出捐した金員相当分の共有持分権を認めている）。

本判決が無償使用権を認めたこと自体は評価しうるが、「Yを終身の間、甲建物に居住させるべき義務があるものとまではいえない」として、居住利益の保護を相当期間に限定したのは、わざわざ争いの火種を将来に残してしまったといえよう。本件のA Yの関係は、なんとなく内縁関係を継続していたという類いのものではなく、Aは明らかに「婚姻届出をする意思」を表明していたのであり、これこそ婚姻と同視してもよいような内縁であったといえよう。Yが届書を提出しなかった事情は判旨のいうように不分明であるが、夫婦関係を客観的に観察すれば、建物に対する持分を認めてもよい事案であり、Aの遺産の大半を取得しているXと比べて、少なくとも生涯無償利用権（居住権）を認めてもなんの問題もなく、Aが急死しなければ、そうなったはずであり、かつまた、それがAの意思にそうゆえんでもある。現に、Yは乙建物の取得に際して、自己の高額な退職金全

部を抛出しているのである。本判旨は、Yに有利なあれこれの推論を縷々述べているので、共感できるところも少なくないが、結局のところ、上記のような歯切れの悪い曖昧な結論に陥り、現実感覚の希薄な判決であったように思われる。

### (3) 内縁子の養育費申請事例

外国人との男女関係も問題となっている。つぎの例では、妻子ある男性が外国人女性と同棲し、その間の出産子の養育料のみが論点となっているが、「妻と別れて結婚する」と述べた事実が認定されている。

〔126〕浦和家裁川越支審平成11・7・8家月51巻12号37頁（子の監護に関する処分（養育費）申立事件）

【事実・判旨】X女（1970年フィリピン生）は、地元の高校を卒業した後、18歳で来日し、各地でスナックのホステスとして稼働し、平成7年6月からY男と同棲して妊娠した。Yは、「妻と離婚して申立人と結婚する」といい、胎児認知をした。Xは、平成9年3月にフィリピンの実家に戻って出産することとし、Yもフィリピンまで付き添って行った。その際、2人でマニラ市役所に行って婚姻届を提出しようとしたが、受け付けられなかった。Xは同年4月29日に出産したが、Yは、出産後も6回位フィリピンのX方を訪れ、その都度、お金を置いていったので、Xは、それを（合計約100万円）を生活費としていた。ところが、平成10年5月の電話を最後にYからの連絡が全く途絶えたので、Xは同年8月に子共を連れて来日し、内縁関係解消の調停の申立てをしたが、Yは一度も出頭しなかった。そこで、Xは、子供の養育費を申請した。家裁は、Y（建築業）の収入など諸般の事情から未成年者が成年に達するまで月4万円の養育料の支払いを命じた。

## 3 重婚的内縁関連事例

### (1) 暴力・傷害による損害賠償事例

つぎの例では、ともに配偶者のある男女が「半ば夫婦同様の関係」にあったとされ、男性の暴力・傷害による損害賠償責任が認められている。

〔127〕東京地判平成4・1・24労働判例605号81頁（給料等請求事件）

【事実・判旨】X女とY男とは、昭和63年6月ころ、それぞれ配偶者がいる境遇の

もとで知り合い、平成元年９月に別れるまでの間、一緒に台湾や四国、青森などに旅行をし、また、昭和63年10月には、Ｙを借主、Ｙを同居者と表示（Ｙの氏名を「乙田花子」、続柄を「妻」と記載）してマンションを借り受けるなどの緊密な間柄にあり、Ｙも夜中にマンションを訪れて朝帰りするという生活を続けていたもので、「両者は、半ば、夫婦同様の関係にあった」。しかし、ＹがＹに暴力をふるって傷害を与えたため、警察沙汰となり、関係が破綻したようである。Ｙは、Ｙの給排水等の配管工事業の開始及び継続のために、Ｙが金銭を立替え、かつ、労務を提供することを約したと主張して、その相当額を請求したが、そのような事実はないとして、棄却された。ただし、受傷による損害として治療費のほか、慰謝料10万円は認容されている。

## （２）「改氏」申請事例

改氏に関する例がいくつかあるので、簡略化して取り上げておこう。

（ア）父の氏への改氏 つぎの例では、重婚的内縁夫婦間の出生子の氏を父の氏へ変更することの可否が争点となっているが、本件は仮に破棄責任が論点ならば、「詐欺誘惑の論理」が適用可能な事例でもあるので、ここでは重婚的内縁の成立事情などに焦点を絞って紹介しておこう。なお、家裁は、本件では、別件の入籍による氏の変更ではなく、子の単なる氏の変更にとどまることなど種々の理由から、これを認めている。

[128] 京都家審平成6・10・3判タ875号277頁（氏の変更申立事件）

【事実・審判要旨】 Ｘ女は、大学１年生であった昭和52年ころ、祇園のクラブでアルバイトをしていたが、客として訪れた妻子のあるＡ男（昭和11年生）と知り合った後、離婚後には結婚したい旨の申込みを受け、昭和53年7、8月ころ、「今日妻と離婚した。判をつく時とても嫌だった。」などと言われたため、離婚したものと信じ、同年9月ころから結婚を前提にＹの山科のアパートでＡと同棲を始めた。Ｙは、昭和54年2月ころ、妊娠していることに気付いて強く入籍を求めたが、優柔不断な態度を示して容易に応じないため、同年5月ころ、Ａが未だ離婚していないことを知り、驚愕してＡに事情を問い詰めたが、Ａは、今すぐには離婚できないという弁解をした。しかし、既に妊娠5か月の状態になっていたため、同年10月19日Ｂを出産し、Ｙは、Ｂの出生後は主婦として生活するようになり、昭和

63年10月にはCを出産した（いずれも認知済み）。以来16年余り同棲を続け、Xは、Bを妊娠していたころから今日までA姓を使用している。他方、Aは、建築業を営み、妻D（昭和22年生）、長男・二男と家庭を有しており、Dは、BらがA・Dらの戸籍に入る形での別件の氏変更の申請には強く反対している。家裁はつぎのように説示した。重婚的内縁の妻の改氏については、夫婦同姓に基づく呼称秩序の維持とXら家族の10数年にわたる使用による利益等を比較考量して判断すべきものである。本件申立の主たる動機は、単なる永年使用を目的とするものではなく、Bの精神的安定を主たる目的とするX家族全体の利益を目的とするものであること、現在中学三年生である非嫡出子のBらの福祉をも考慮すべき事案であることから、本件申立は、戸籍法107条1項に規定する「やむを得ない事由」に該当するものと認めざるを得ない。

（イ）夫の氏への改氏 つぎの例では、姉の夫と内縁関係を長期間継続し、その間の出生子をすべて姉夫婦の子として入籍していたが、姉夫婦の死亡後10年が経過している段階で、永年使用を根拠に夫の氏への改氏を申請したところ、家裁はこれを認めた。

〔129〕 横浜家審平成4・7・8家月45巻1号140頁（氏の変更許可申立事件）

【事実・審判】 申立人X女（明治40年生）は、昭和3年頃上京し、実の姉夫婦であるB女・A男方に身を寄せた。ところが、XはAと男女関係が生じ、同年に一子を出産したのち、Bと別居したAと同居生活を始め、Aが死亡する昭和46年2月までの間、事実上の夫婦として、同居生活を継続してきた。その間、Xは、5男4女をもうけたが、非嫡出子にしたくないとのAの意向で、いずれもAB間の子として出生届が出され、戸籍上、同人らの嫡出子となっている。Aは公私共にXを妻として遇し、Xも妻としての立場でAを助け、子供らとの家庭を守ってきたため、周囲もXをAの妻と認め、また、子供らもXとAを正式な夫婦と信じて育っていたが、就職等で戸籍謄本を見て、初めてXらが事実上の夫婦であることを知る状況にあった。XはAとの同居以降、同人の氏を名乗って生活して現在に至っている。一方、BはA死亡時まで、Aと別居のままで経過し、この間にAは離婚を申し出たが、Bがこれに応じなかったところ、Bも昭和55年に死亡した。Xは、自己の氏を永年使用を根拠として「事実上の夫の姓」に変更したいことを希望している。家裁は、次のように述べて、申請を認めた。本件のような重婚的内縁関

係の場合、婚姻関係法規秩序の維持といわゆる本妻並びにその親族の感情と考慮されなければならないところ、すでにAとBの死亡後10年以上も経過しており、かつ、もともとBとXは実の姉妹であるから、重婚の内縁関係といっても、通常の場合と異なる心情にあったものと推認でき、Xの子らがすべてA B間の嫡出子として戸籍上記載されたことは、婚姻関係法規秩序に著しく反するものというほかないが、一面、Bもこれを容認していたものと推認でき、また、その子らはいずれも本件申立てをやむを得ないものと受け止めている。

（ウ）父の氏への改氏と婚姻家族の利益保護 つぎの例では、認知された内縁子の氏を父の氏に変更することの可否について、戸籍上の妻とその家族の立場が問題となっている。

〔130〕大阪高決平成9・4・25家月49巻9号116頁（子の氏変更許可申立却下審判に対する即時抗告申立事件）

【事実】A男（昭和15年生）は昭和42年5月にB女（昭和17年生）と婚姻し、二子をもうけたが、Aの不貞が度々発覚したこともあり、昭和63年9月下旬にAは自宅に戻らなくなって、以来、両者は別居状態にある。別居後、AはBに対して毎月約20万円などの婚姻費用を分担している。一方、Aは、Bと別居した頃からC女（昭和38年生）と同棲を始め、平成3年2月にX（認知済み）が出生した。現在通園中の幼稚園での生活を含め、Xは母と共に社会生活全般でAの氏を通称として使用しているところ、今春入学する予定の小学校でも父の氏を名乗らせることを切望している。家裁は、少なくともA Bの離婚訴訟が決着するまでは、従前どおり、Aの氏をXの通称として使用するのが相当である、とした。

【決定要旨】（取消自判）Xは、出生以来約6年間余父と同居して父の氏を通称として使用し続けており、戸籍上と異なる氏を使用していくことが今後の生活上さまざまな支障をきたす可能性があり、また、日常使用している氏が戸籍上の氏と異なることを知り、しかもその変更が認められないまま推移することがXに重大な精神的負担を与え、その健全な人格の形成に悪影響を及ぼす可能性もあることは否定できない。一方、本件では、Bの子らの就職や婚姻に支障をきたす可能性は少ない。もっとも、父の別居の主たる原因は、父の不貞行為であり、その間、父は、婚姻関係を修復する努力を惜しんだこと等の事情に鑑み、Bの反対を単なる主観的感情に基づくものということとはできないとしても、婚姻関係が修復される可能性は現時点では到底期待できず、Xや父母の共同生活関係はさらに定着し

## 論 説

ていくものと推認されるので、現段階に至っては、子の福祉、利益を尊重するべきである。

(未完)



## 「法社会学論争」の教訓（二十三）

——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・  
ひとつの素描——

——昭和の天皇制ファシズム期——

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)

[口] 牧野英一

(a) 序論

(b) 「自由法」論と「条理」論

(c) 「法解釈方法論・判例論」

(d) 「契約法論・信義則論」

(e) 「所有権論・権利論」

(以上、龍谷法学54巻3号)

(f) 「法律の社会化」＝「市民法から社会法へ」

(g) 若干の整理

(以上、龍谷法学54巻4号)

③ 「市民法学」の継続とその変容

[イ] 末川博

(1) 序論

(2) 権利侵害論の概要

(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

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」

(3) 「史観と法律史の方法」

(以上、龍谷法学55巻2号)

[ロ] 加古祐二郎

(1) 序論

(2) 恒藤恭の弟子としての加古祐二郎

(3) 加古法学におけるカントからヘーゲルへ、そしてマルクスへの発展

(4) 加古法学の意義——加古法学における「マルクス主義」的要素と「市民法学」的要素との関係

(以上、龍谷法学55巻3号)

#### 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

〔a〕日本法理研究会と国家総動員法との関係——「前奏曲」としての国家総動員法

〔b〕日本法理研究会の「準備段階」——司法研究所・日本固有法調査委員会・日本諸学振興委員会

〔c〕日本法理研究会の結成と目的

##### (3) 「市民法学」の崩壊と再生の胎動

〔a〕戒能通孝と「日本の法律学」

〔b〕市民的自由主義への着眼

〔c〕近代的市民主義への批判的考察

〔d〕戒能による法律学研究の目的

〔e〕「近代諸国家の財産法秩序」

〔f〕「財産法秩序に於ける誠実性」

〔g〕「財産法秩序に於ける諸問題」

##### (4)小括

(以上、本号)

### 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（続き）

### 4. 昭和の天皇制ファシズム期

#### （1）その時期の一般的動向

この時期の主要な動向として、1937年7月盧溝橋事件・日中全面戦争、1938年4月国家総動員法、1940年9月日独伊三国同盟、同年10月大政翼賛会発足、1941年3月治安維持法第三次改訂<sup>1</sup>を経て、同年12月の真珠湾奇襲攻撃・日米開戦に至ることにつき、それほど多くを語る必要はないであろう<sup>2</sup>。本稿は、上記一連の出来事を総称して、「昭和の天皇制ファシズム」と規定する<sup>3</sup>。なるほど、当時、全体主義的な右傾化を基軸としながら、その内部で、ナチス政権をモデルにした統制派と、国家神道<sup>4</sup>・国粹

1 治安維持法は、すでに1928年の第二次改訂により、その第一条で「国体を変革することを目的として結社を組織したる者」等につき、「死刑又は無期」もしくは「五年以上の懲役」とあったところ、1941年第三次改訂によって、有期刑につき「七年以上の懲役」とされた。この点、藤田正＝吉井蒼生夫＝小澤隆司＝林真貴子（編著）『日本近現代法史（資料年表）・第2版』（信山社、2015年）142頁以下。なお引用について、本稿では、カタカナ表記をひらがな表記とし、旧漢字を常用漢字に改めた。

2 この時期に関する論著として、加藤陽子『満州事変から日中戦争へ』（岩波書店、2007年）、吉田裕『アジア・太平洋戦争』（岩波書店、2007年）などを参照。

3 「昭和の天皇制ファシズム」という規定の仕方については、歴史研究家の方々をはじめ異論の余地もあるであろう。本稿では、これまでの考察の少なくない箇所帝憲法、教育勅語、治安警察法、治安維持法等に触れてきた経緯を重視し、すでに準備されていた思想的・軍事的・法制度的な「ファシズム」の萌芽が、対外的な1937年盧溝橋事件・日中全面戦争を経て、対内的な1938年国家総動員法で本格化し、より内部的な1940年大政翼賛会の構築で完成をみたものと規定する。しかも、それらは「天皇制」というレジームのもとで一大展開を遂げたものであった。なお、「天皇制ファシズム」は、天皇制というわが国に特殊な制度を通じて「日本型ファシズム」をも生み出した。その意味で両者は同義である。これと関連して、「日本ファシズム」という用語法については、戒能通孝「暴力——日本ファシズムの暴力機構」（1950年）同『戒能通孝著作集Ⅰ 天皇制・ファシズム』（日本評論社、1977年）169頁以下、特に185頁以下で、「天皇制」との関係に留意しつつ描かれているところを参照。

4 国家神道については、村上重良『国家神道』（岩波書店、1970年）が、そのメ

主義を指導モデルとした皇道派の二つの対立があった<sup>5</sup>。結局、統制派が実権を握ったとされるが<sup>6</sup>、いずれにせよ国家総動員法・大政翼賛会発足以降の日本型ファシズム＝天皇制ファシズム<sup>7</sup>による思想統制・言論封殺は、治安維持法の暴圧と重なって反戦と平和・自由と人権・民主主義のために闘う民衆（労働者、農民、進歩的インテリゲンチアら）に決定的な痛打を

---

ゝ全体において優れた概観を示している。近時、これとスタンスを異にするものとして、皇室祭祀から帝国憲法＝「神格天皇」へと移行した系譜を重視すべきであるとする見解がある。島蘭進『国家神道と日本人』（岩波書店、2010年）81頁以下、129頁以下。

5 その両派の対立が戦後の「東京裁判」にも及ぶことにつき、松沢弘陽＝植手通有（編）『丸山眞男回顧談（上）』（岩波書店、2006年）185頁（丸山発言）。——「ぼくらには、真崎（甚三）という人物は非常に大きくクローズアップされている。（真崎は）教育総監として国体明徴運動の大推進派なのです。」「その真崎が東京裁判のときに、なぜ被告にならなかったのかということ、東京裁判は、天皇を生かしたというのもそうなのですが、非常に政治的で、キーナン検事が真崎と取引をしている。つまり、（戦時中の実権を行使した）統制派をやっつけるということで取引が成立しているのです。」（括弧内・引用者）。

6 統制派のあり方としては、形式論理上、「天皇制否定」にまで及びうるものであったかもしれないが（後注7も参照）、現実的には天皇制と妥協しつつ、かつ癒着しつつ権力掌握を目指すというものであった。なにより帝国憲法における天皇神聖及び天皇不可侵（帝国憲法1条、3条）、さらに天皇大権（帝国憲法31条）など幾重にも張り巡らされた「天皇制」諸条項は文字通り絶対的存在であった。その意味で統制派・皇道派の境界線は流動的であった。また、そこにわが国「日本型ファシズム」と「天皇制ファシズム」を一体化して把握する可能性も開かれてくる。

7 ところで、1940年大政翼賛会の発足は、二重の意味を持っていた。すなわち、政党政治の全面的な解体の帰結としてのナチス型の一国一党政治体制＝一党独裁を志向するという側面においては、天皇制をも否定する可能性を持ち得た。これに対し、翼賛体制の頂点にわが国に独特な天皇制を置くという側面においては、ナチス的な一党独裁を否定することに繋がり得た。そして大政翼賛会は、それらの矛盾を微妙に糊塗しながら、1938年国家総動員法をさらに全国民的な規模で機能化せしめたもの、つまりは「下からのファシズム」化を成就するための役割を担いつつ、帝国主義戦争への国民総動員体制の整備・完遂を企図したものの、と言えよう。この点につき、白羽祐三『『日本法理研究会』の分析——法と道徳の一体化』（中央大学出版部、1998年）74頁注28。

打ち下そうとしていた<sup>8</sup>。その結果、少なくないインテリゲンチヤが「転向」の荒波にもまれた<sup>9</sup>。また、学生の自治組織も同様な道を辿らざるをえなかった<sup>10</sup>。

そのような思想動向のもとで、わが国における法学への「日本精神」ないし「国体」思想の貫徹を目指そうとして設立された「日本法理研究会」は、どのような経緯を辿って、どのような目的を持ちつつ設立されたであろうか。その概要を次に記し、わが国「市民法学」崩壊の重要な過程を確認しておくことにする。

## （２）「日本法理研究会」の発足

「日本法理研究会」は、1940年7月に設立された。法学者・小野清一郎（1891-1986年）と司法大臣・塩野季彦（1880-1949年）とが指導力を発揮して

---

8 『丸山眞男回顧談（上）』（前注5）190頁（丸山発言）を参照。そのような時期に加古祐二郎が病に倒れたことについては、彼の代表的作品の論評ともども、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（二十二）——加古祐二郎の法学理論」龍谷法学55巻3号（2022年）177頁以下を参照。

9 東京帝大在学中にマルクスやレーニンの文献に親しんだ亀井勝井一郎も、転向後は「近代の超克」派の潮流に属し、次のように述べている。——「戦争より恐ろしいのは平和である。平和のための戦争とは悪い洒落にすぎない。今次の戦乱は、かの（近代精神が生み出した機械主義の病弊を克服し、もって「近代の超克」を克ち取るに必要不可欠な）深淵のための戦争であつて、この戦場において一切の妄想を斥ける明哲さと恐れを知らぬ不拔の信念とが民族の興廃を決するであらう。奴隷の平和よりも王者の戦争を！こゝでの勝利は、勝利といふ観念では存在しない。悲願あるのみ。」（括弧内・引用者）。亀井勝一郎「現代精神に関する覚書」知的協力会議『近代の超克』（創元社、1943年）17-18頁。

10 「たとえば、当時、第二次近衛内閣ができて、新体制を掲げると、これに呼応して東大に全学会というのを組織する。これは各自治会、緑会とか経友会を解体して、それをまとめて全学会とするという案です。産報〔産業報国会〕と似ている、翼賛会的構想です。（中略）法学部の教授会で最も強く反対したのは南原先生です。大多数、我妻栄先生も含めて、まあいいじゃないか、あるいはしょうがないじゃないかということで、全学会を容認する。」『丸山眞男回顧談（上）』（前注5）248頁（丸山発言）。

発足に至った<sup>11</sup>。当初「日本法理」に批判的であった末弘厳太郎（1888-1951年）も、ついに塩野の勧誘に従った。その意味で、塩野こそ「日本法理研究会」発足のための立役者であった。以下本稿は、「日本法理研究会」に関してわが国で最初の体系書である白羽祐三（1925-2005年）の著作<sup>12</sup>に基づきその内容を紹介しつつ、若干の考察を試みる。

### 〔a〕日本法理研究会と国家総動員法との関係——「前奏曲」としての国家総動員法

白羽によれば、1938年公布の国家総動員法と1940年設立の日本法理研究会とは思想的に密接な関係を持つ。まず、白羽は国家総動員法体制（ファシズム法体制）の発足をもって日本法理研究会の「前奏曲」と位置づける<sup>13</sup>。とはいえ、その「前奏曲」もすんなりいったわけではなかった。というのも、すでに帝国憲法31条が「天皇大権」を定めていることから、かかる天皇大権——臣民の諸権利に対する超法規的な優越——が憲法上明文化されている以上、非常時への国家的な対応につき国家総動員法がなくても天皇大権の発動があれば十分ではないかという議論があったからである<sup>14</sup>。そ

11 ちなみに、末弘厳太郎（1881-1951年）と、その弟子・戒能通孝（1908-1975年）も日本法理研究会に参加している。末弘厳太郎は、日本法理を自己流に理論的かつ現実的に上げたい——エールリッヒがドイツ語圏で法社会学を形成・展開せしめたように——という願望があったようである。おそらく、戒能通孝は師・末弘の勧誘に応じたのであろう。戒能が日本法理研究会の会員として書いた論文は、日本法理研究会に終始批判的な白羽祐三（1925-2005年）も高い評価を与えている。この点、のちほど触れる。

12 白羽祐三『「日本法理研究会」の分析——法と道德の一体化』（中央大学出版部、1998年）。この文献は注7末尾にも掲げたが、論旨の展開上、ここで改めて取り上げる。以下の脚注表記は、本注の番号による。なお、この文献からの引用にあたっては、白羽がゴチック体で強調する文章も、ゴチック体を外して引用する。旧漢字も現代表記に改めている。

13 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）39頁。

14 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）40頁。天皇大権に基づく委任立法で十分とする観点からの国家総動員法（案）に対する反対論を主張してい



の対立を煎じ詰めれば、天皇大権論優位の思想は皇道派に通じ、国家総動員法優位の思想は統制派に通じたと言えよう。そこに両者の架け橋を作出せしめたのが司法大臣・清野季彦であった。要するに「忠君愛国の精神」が国家総動員法の上に置かれた<sup>15</sup>。言い換えれば、国家総動員法が天皇大権に従属する形で両者の一体化が図られた。そのようにして、塩野がのちに日本法理研究会に期するところのスローガン＝「法道一如」の基礎が彼の内面で築かれはじめていった<sup>16</sup>。

### 〔b〕日本法理研究会の「準備段階」——司法研究所・日本固 有法調査委員会・日本諸学振興委員会

すでに述べたように、塩野が目指そうとする日本法理は「法道一如」の精神によって構築されるべきものである。しかしながら、その具体化は容易ではなかった。白羽の整理によれば、第一に司法研究所、第二に日本固有法調査委員会、第三に日本諸学振興委員会の三つの組織が塩野の日本法理＝「法道一如」の方向に力を与えた。とはいえ、上記三つの組織がストレートに「日本法理」ないし「日本法理研究会」を支援したわけではない。そこには様々な力関係とそれらが生み出す葛藤があった。

#### （あ）司法研究所

まず、司法研究所について略述してみよう。戦前、司法研究所が設立されたのは1939年7月である<sup>17</sup>。塩野は、当時の司法大臣として、司法研究

---

ゝたのは、当時、齋藤隆夫議員と牧野良三議員であった。白羽・前掲書43頁以下、63頁以下（齋藤）、46頁以下（牧野）。

15 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）69頁。その箇所では白羽は、1937年以降の「国民精神総動員運動」にも留意している。

16 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）70頁。ちなみに、塩野が「法道一如」というスローガンで指し示す「道」とは「道徳」のことであり、しかも「教育勅語」的な意味での「道徳」であった。この点、のちほど改めて指摘する。

17 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）79頁。

所が「科学的研究施設」としての機能も完備することに期待を寄せた<sup>18</sup>。ところが、司法省の高級官僚の頭には、司法研究所とは司法官（裁判官、検察官）の再教育のための場である、という発想がこびりついていた<sup>19</sup>。加えて1939年8月に平沼騏一郎内閣総辞職に伴い塩野が司法大臣を辞任するに至ったことも、塩野の構想の実現を妨げた<sup>20</sup>。こうして塩野は、その司法大臣在任中に司法研究所をして「日本法理」の「研究機関」とすることに失敗した<sup>21</sup>。

### （い）日本固有法調査委員会

司法大臣を辞した塩野は、1939年11月「日本固有法調査委員会」を立ち上げる。後任の司法大臣を口説いて司法省内の組織として立ち上げたのである<sup>22</sup>。塩野は、自己の構想、すなわち「日本固有法調査委員会」をして「現存の天皇制法体系を新しくファシズム的に再編成するための調査・研究機関」とするというプランを実現するため、自分自身で「日本固有法調査委員会」の委員長を引き受けた<sup>23</sup>。ところが、後任の司法大臣は、塩野のように積極的ではなかった。すなわち、後任者は「記念事業」<sup>24</sup>として「古典的な日本固有法」を単に「調査研究する機関」であれば十分、という立場であった<sup>25</sup>。学界からも批判が出た。たとえば、田中耕太郎（1890-

18 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）80頁。さしあたり塩野のいう「科学的研究施設」とは、犯罪や証拠面でのことをいうのであり（白羽・同頁）、直接「日本法理」と関連づけられてはいない。しかしながら、「日本法理」の研究に科学性を具備せしめようという塩野の発想は、その後日本法理研究会に末弘厳太郎を誘い入れる大きな吸引力をもった。

19 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）78頁。

20 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）80頁。

21 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）81頁。

22 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）81頁。

23 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）82頁。

24 裁判所構成法50年を記念する事業という意味である。白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）81頁。

25 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）82頁。

1974年）は、世界共通の技術法として「世界法」の概念を主張する立場から、「日本固有の「現人神」天皇制法体系とファシズム法体系とのドッキング」を目指す塩野的な「日本固有法調査委員会」のあり方を激しく批判した<sup>26</sup>。こうして、塩野の目的は、ここでも挫折するに至った。

#### （う）日本諸学振興委員会——塩野季彦と末弘厳太郎

上記、日本固有法調査委員会で塩野が委員長を務めていたほぼ同時期に、文部省のもとで設置された「日本諸学振興委員会」も塩野の格好のターゲットになった。この委員会によって「第1回法学会並に講演会」が開催されたところ、同委員会が「国体・日本精神の本義」に基づく法学を目指していることを知った塩野は、その活用を企図し、同時に法学者のオルグを開始した<sup>27</sup>。

上記法学会は、1939年11月9日から11日まで行われ、公開講演会は11日に開催された<sup>28</sup>。その講演会では、「国体」＝「日本精神の本義」に即した授業方法ないし「教授の実際」が広くテーマとされた。それゆえ、かなり幅広い学者が報告者として名乗りを上げた。たとえば、小野清一郎、牧健二、高柳真三、高柳賢三、黒田覚、杉村章三郎、石田文次郎、米谷隆三などが、そうである<sup>29</sup>。ともあれ、日本諸学振興委員会は、文部省直轄の事業として大学教授らが「国体」＝「日本精神の本義」を深めあうことを目的としていたわけであるが、その「歴史的背景」として白羽は二つの要因を指摘する。一つは1935年の「天皇機関説事件」であり<sup>30</sup>、第二は1937年の文部省発行の『国体の本義』である<sup>31</sup>。前者（「天皇機関説事件」）は、

26 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）82頁。その時期に、東京帝大関係者で塩野の日本法理を支援したのは、寛克彦（1872-1961年）くらいであった。

27 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）105-106頁。

28 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）106頁。

29 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）107-108頁。所属機関名・大学名などは省略した。また研究発表の論題も割愛した。

30 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）113頁以下。

31 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）120頁以下。

大学の自治、学問の自由、研究の自由、思想の自由へのあからさまな侵害が問題となった。こうして前者（「天皇機関説事件」）は、あまりにも著名な事件<sup>32</sup>となったことからこれを検討することは割愛し<sup>33</sup>、ここでは後者（「国体の本義」）について、白羽が着目することを簡潔に取り上げておく。

——「国体の本義」では、その冒頭で「国体を明徴し、国民精神を涵養振作すべき刻下の急務に鑑みて編纂」された旨、示される<sup>34</sup>。しかも、その国体は「古事記」、「日本書紀」など神話の世界と融合した形で描き出されたものであった<sup>35</sup>。当時の文部省のアナウンスによれば、この「国体の本義」は、「久しきに互る西洋文化の受容から由来した流弊を矯める」ため、「学生生徒、学校教育等」にとつてのみならず「一般国民」にとつても重要な文献であった<sup>36</sup>。「国体の本義」は、西洋化がもたらす「流弊」を洗い流し、わが国独自の「国体」の本義を全国民の骨髓に埋め込むため、記紀神話と「万世一系」の天皇制を融合せしめ、もって「教育勅語」の精神を「国体」レベルで敷衍したのである<sup>37</sup>。そのような背景のもと、日本諸

32 たとえば、山崎雅弘『「天皇機関説」事件』（集英社、2017年）15頁は、「天皇機関説」事件によって「天皇機関説」という立憲主義の「ワイヤー」が切断されたこと、「天皇機関説」事件と「国体明徴運動」とが車の両輪のように押し進められたこと、その推進役は「軍部」であったことが記されている。なお「天皇機関説」事件は、政治的事件であったところ、それとは別に、憲法學上「天皇機関説」論争が長年にわたって繰り広げられた。この論争に関する比較的早い時期の論稿を収めたものとして、星島二郎（編）『最近憲法論——上杉慎吉対美濃部達吉』（実業之日本社、1913年）がある。その他、宮沢俊義『天皇機関説事件——史料は語る（上・下）』（有斐閣、復刊1997年）など。

33 白羽は、天皇機関説事件の時期に美濃部達吉（1873-1948年）と並んで末弘厳太郎も右翼による批判・恫喝の対象となったことを記す。白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）115頁。

34 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）121頁。

35 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）121頁。

36 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）121頁。文部省によれば、「国体の本義」は、菊判156頁、印刷部数30万部で発行され、小中学校、高等学校、大学、その他図書館等に配布された。白羽・前掲書122頁。

37 教育勅語（正式には「教育に関する勅語」）については、藤田＝吉井＝小澤ノ

学振興委員会が発足するに至った。

白羽によれば、日本諸学振興委員会の旗印たる「国体・日本精神の本義」は、塩野季彦の「日本法理」とマッチするものであり、逆に言えば「日本法理」こそは日本諸学振興委員会の精神の法学バージョンであった<sup>38</sup>。やや見方を変えて言えば、塩野のいう「日本法理」は、「法道一如」、すなわち「法と道義との一体化」によって、現行法＝「翻訳法」の狭くて形式的な枠組みを脱却し、もって日本の「国体・日本精神の本義」を体現しうるものである、とされた<sup>39</sup>。

ところで、その後塩野の勧誘に従って「日本法理研究会」に参加する末弘厳太郎は、1939年12月の「日本諸学振興と日本法学」という論稿で日本諸学振興委員会の態度を批判していた<sup>40</sup>。もとより西洋法の翻訳のみをこととする法律学の姿勢を批判する点では、末弘も塩野と同様であり、それゆえにこそ、その約半年後、1940年7月には末弘も「日本法理研究会」に参加するに至るのである。とまれ、末弘は、なにゆえ日本諸学振興委員会

---

ㄨ＝林（編著）『日本近現代法史（資料年表）・第2版』（前注1）73頁参照。略記すれば以下のである。——「朕惟ふに我か皇祖皇宗国を肇むること宏遠」、「我か臣民克く忠に克く孝に億兆心を一にして世々厥の美を済せるは此れ我か国体の精華にして教育の淵源亦実此に存す」、「一旦緩急あれば義勇公に奉し以て天壤無窮の皇運を扶翼すへし」。ここには、わが国の「国」の始まりが天皇なしで天皇家にあり、国民が天皇の臣民として天皇・天皇家に尽くすことこそ「国体の精華」であって、一旦戦争が始まれば「公」＝天皇のため命を差し出すべきことが説かれている。「教育の淵源」もそこにある、というわけである。

38 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）124-125頁。

39 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）125頁。このような「国体・日本精神の本義」を決定視する塩野の「法道一如」が、平沼騏一郎（1867-1952年）の右翼的路線（「国本社」）と結びつくことは必然のことであった。この点につき、白羽・前掲書155頁以下、特に161頁以下を参照。

40 末弘「日本諸学振興と日本法学」法律時観1939年12月号（法律時報11巻12号／通巻120号）日本評論社（編）『末弘厳太郎 法律時観・時評・法律時評集（上）』（日本評論社、2018年）381頁以下、白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）125頁以下。

の立場を批判したのであろうか。まずもって末弘はいう。「苟も日本諸学振興を標榜する以上主催者は何故に此機会を利用して、凡そ法学に関して日本的なるものとは何ぞや、眞に日本的なる法学を振興する方途如何と言ふが如き題目を選んで之を討論の課題と爲し、以て参加者一同をして十分討論を爲さしむるの挙に出でなかつたのであろうか、後れ馳せ乍ら吾人は之を最も遺憾とするものである。」<sup>41</sup>——この点、白羽は「末弘のいう日本法学なるものはここではなんら説明されているわけではない」<sup>42</sup> というのであるが、1924年に『農村法律問題』（改造社）を刊行し、1926年に『労働法研究』（改造社）を上梓していた末弘厳太郎にとって、すでに「日本法学」の内実は、明らかであったように思われる。すなわち、農村、労働、家庭などの具体的・現実的な諸場面で日本国民が当面する法律問題を通じて、いかに日本的な「生ける法」の生成・展開の様相を理論的に把握し、そこにいかなる合理的根拠をもって欧米の法を組み入れていくか。末弘にとって肝心であったのはこのことであつたろう。要するに「欧米の法」は排斥の対象ではなく、日本の法現実を自己認識するための鏡であり、「導きの星」でもあった。それゆえ、この論文で末弘が「法の史的研究」や「比較法」の重要性に説き及んでいることは一層の重みを持つのである。すなわち「我国学会の現状」は、「日本的なるものとは何ぞ」という肝心な問題をわきにおいて、各自が独断的なことを述べるだけであるから、「それが為、或者は日本の法理を提唱しつゝ、之を法的に活用せしむべき技術の研究を欠き、或者は自らの史的乃至比較法学的智識の不足に気付かずして我国に於ける或種習俗の特殊性を過大視するの弊に陥り、又或者は自ら大に日本的のものを捉えんとして努力しながら若しくは捉え得たりと自称しながら、実はそれを捉えるに必要な法的技術知識が貧弱である為に正

41 末弘「日本諸学振興と日本法学」法律時観1939年12月号・日本評論社（編）『末弘厳太郎 法律時観・時評・法律時評集（上）』（前注40）381-382頁。

42 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）126頁。

に捉ふべきものを捉へ得ず若しくは見逃してゐる。』<sup>43</sup>——「希くは司法当局者よ、注意を末梢的な事柄に捉はるゝことなしに、何所に現在日本法学の病弊があるかを眞に学術的に考へてほしい。今更特別の学的衝動なしに所謂日本独特なるものを求めるやうな無駄のことを企てるよりは、現在司法官のすべてを例外なしに支配してゐる法学的智識乃至技術に根本的の欠陥なきや否やを反省して欲しい。』<sup>44</sup>

この末弘の主張は、もっぱら「司法官」＝裁判官に向けられたものであるが、法学者に対しても彼は同様な考えを抱いていた。いくら外国法に通じていても、それが学者の粉飾の道具であればつまらない。たとえば、独仏の法学に通じた牧野英一（1878-1970年）の一般条項法学的な自由法論は、エールリッヒ的な法史的・比較法学的な自由法論＝法社会学を解体し、法解釈学をして裁判官に全権委任する。末弘は、さらにエールリッヒをも突き抜けて日本の現実の裁判の土俵で実用法学＝法解釈学・立法学を具体化する<sup>45</sup>。

とまれ塩野は、上記末弘の日本諸学振興委員会への批判を知っていたように思われる。塩野はすでに幾度か末弘と面会し、直接彼の見解を熟知していた。そこで塩野は、いわば最後の策として、末弘を論駁するのではなく、末弘が日本諸学振興委員会を批判する点を末弘自身の手で改善させる方策に打って出た。とにもかくにも、民事法学の柱<sup>46</sup>としては、その学問

43 末弘「日本諸学振興と日本法学」法律時観1939年12月号・日本評論社（編）『末弘厳太郎 法律時観・時評・法律時評集（上）』（前注40）382頁。

44 末弘「日本諸学振興と日本法学」法律時観1939年12月号・日本評論社（編）『末弘厳太郎 法律時観・時評・法律時評集（上）』（前注40）383頁。

45 この点につき、より詳しくは、拙著・川角由和『末弘厳太郎の法学理論——形成・展開・展望』（日本評論社、2022年）243頁以下、408頁以下を参照。

46 これに対し、刑事法学の柱は、言うまでもなく小野清一郎であった。その小野の師は牧野英一であったが、主観的な新派刑法学を主導する牧野を裏切るノ



的業績、社会へのアピール力、さらに法学部長としての経験からして末弘  
 厳太郎の他、適任者はいなかったのである<sup>47</sup>。言い換えれば、塩野は、末  
 弘厳太郎の「名」が欲しかったのであり<sup>48</sup>、末弘の「改心」を求めたわけ  
 ではない<sup>49</sup>。とはいえ、何事にも真剣に打ち込む末弘の影響もあって、塩  
 野主導の日本法理研究会が「研究会」として活発な活動をなしたことも  
 付言しておくべきであろう<sup>50</sup>。

こうして末弘厳太郎の参加を得る形で、ようやく「日本法理研究会」が  
 結成された。1940年7月のことであった。

---

ゝ形で応報刑主義に立つ小野に牧野は辛辣な態度をとった。牧野が日本法理研究  
 会に参加しなかったのも、この確執が原因であったとされる。白羽『「日本法理  
 研究会」の分析』（前注12）129頁参照。

47 白羽は、1939年の国家総動員法体制に呼応する民法学の動向として、末川博  
 （1892-1977年）、我妻栄（1897-1973年）のナチス型統制法学ないしファシズム契  
 約論を取り上げている。学問業績の評価は別として、末川の影響は全国区とい  
 うより関西地区に限定されており、我妻は40歳代前半であって「柱」としては  
 まだ若すぎたということであろう。

48 「つまり塩野の術策にまんまとはまったといってもよい」とは、白羽の評言で  
 ある。白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）148頁。

49 この点、白羽は、「道義」を軸に形成された（と彼がみずから位置づける）末  
 弘の「家団論」と塩野の「法道一如」との「ドッキング」が、その後の末弘の  
 日本法理研究会への参加をプッシュしたものとする。白羽『「日本法理研究会」  
 の分析』（前注12）128頁。白羽の理解は一面では正当であろうが、やや形式的  
 に過ぎるように思われる。念のため、末弘の見解を示せば以下のようである。  
 ——「①家は伝統的に存在する祖先祭祀を中心とする同族的結合とそれに伴う精  
 神とに即して民法が規定した思想的の結合体なるに反し、②家団は現実の社会的  
 存在たる世帯に即し私法的目的に従って理論的に想定せられたる生活共同体  
 である。両者は事実上互いに相合致することがありうるけれども、観念的には  
 全く別個の範疇に属する別物であり、したがってそこに行われる法律原理も両  
 者についておのずから異なること以上の説明によって一応わかることと思  
 う。」（丸数字は引用者によるもの）。末弘「家団と家と世帯」（1944年）末弘著  
 作集Ⅲ『民法雑記帳（下）・第2版』（日本評論社、1980年）200頁以下、特に  
 213頁。「生活共同体」としての「家団」の方がはるかに戦後の「家族」に近く、  
 また「生ける法」として「ある」家族に近いこと明らかであるように思われる。

50 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）147頁。



### 〔c〕日本法理研究会の結成と目的

日本法理研究会の開会式では、塩野季彦が会長として選出され、開会の辞が読み上げられた。それによれば、塩野の当初の構想、すなわち当時の法務省管轄下の「司法研究所」での「日本法理研究会」の活動を企図したところ、それに成功せず、また民間団体としての発足を計画しても資金難に直面したことが述べられた<sup>51</sup>。ようやく資金繰りに目途をつけ、結成に漕ぎつけたとされる<sup>52</sup>。いわば難産のうえでの船出であったと言えよう。もとより、塩野の信条は「法道一如」であるが、その信条の影響力は法学の諸分野に応じ濃淡を伴うこと必然であった。ともあれ、日本法理研究会による研究活動は、以下の通り大きく八つの部会に広がりをもせる<sup>53</sup>。

第一部会（憲法その他一般法理関係）——「日本国家に関する基本事項、憲法原理、基本法理、戦時法律体制の基本理念、戦時司法体制研究要綱等。」

第二部会（民事法関係）——「日本身分法理研究要綱、日本身分法研究要綱、日本民事政策、日本取引法、日本団体法、戦時民事法の基本原則等。」

第三部会（刑事法関係）——「日本刑事法理研究要綱、日本刑事政策、戦時刑事法の基本原則等。」

---

51 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）140頁。

52 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）140頁。白羽の依拠する塩野「回顧録」によれば、「昭和15年（1940年）4月から準備に着手し、先ず資金調達の為め年額2千円宛拠出する賛助会員20名を勧誘することとし、友人知己の間にて略15名を得たので7月より日本法理研究会を創り、法曹会館に一室を借受け学者を糾合するのに苦心した。」とある。白羽・前掲書同頁（丸括弧で西暦表記を挿入したほか、漢数字を洋数字に改めた——引用者）。

53 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）142-143頁。白羽は『日本文化団体年鑑』＝『戦時下日本文化団体事典第三巻』（1990年）から引用している。筆者は、直接参照し得ておらず、その学恩に感謝の念を表する次第である。

第四部会（大東亜法関係）——「大東亜諸国の法制及び慣習法等。」

第五部会（弁護士法その他司法補助機構関係）——「日本弁護士制度の基本原則、司法補助機構の整備等。」

第六部会（政治行政関係）——「行政法の基本原則、官吏法制、翼賛体制等。」

第七部会（経済法関係）——「日本経済法研究要綱、戦時経済法の基本原則等。」

第八部会（思想信仰関係）——「思想戦と日本法理、日本法律思想史、神社法制、宗教法制等。」

以上のうち、末弘厳太郎が第二部会（民事法関係）で指導的役割を發揮したこと明らかであり、1943年3月15日時点での第二部会の活動として以下のことが紹介されている<sup>54</sup>。——「第二部会 末弘厳太郎（東大）氏を中心に学者、司法官等毎回10余人出席、毎週1回開会、16年（1941年）6月日本身分法理研究要綱を完成したのをはじめ、家事審判制度、財産法、民事責任法等それぞれ分科会に於て要綱をまとめ、目下非訟事件手続法の研究に進んでいる。その他研究題目としては家族制度、土地制度、予防司法制度等が挙げられている。」——以上のような研究方針のもと、第二部会での戒能通孝の「ころんでもただでは起きない」という活動が展開される<sup>55</sup>。この

---

54 白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）146頁。なお、白羽が参照したのは『法律新報』1943年3月15日号である。白羽・前掲書145頁。

55 参考までにこの時期の戒能通孝の論文を掲げておく。1941年2月に「家族生活と家族法」が出された。『戒能通孝著作集Ⅵ 家族』（日本評論社、1977年）249頁以下。1942年8月には「財産法研究に於ける二三の問題」が出た。また1943年9月には、従来の入会権に関する論文をまとめた『入会の研究』（日本評論社）が単著として刊行されている。このうち「財産法研究に於ける二三の問題」は、本稿で取り上げる。「家族生活と家族法」については、拙稿・川角「わが国における近代の家族法思想形成の一つの軌跡：戒能通孝著作集Ⅵ『家族』をメ

戒能の「日本法理研究会」の成果については、後ほど立ち入るであろう。

その前に、入会後の末弘厳太郎の日本法理研究会へのスタンスはどうであったか、ここではそれを検証してみよう。そのための手がかりが「日本法理研究会」と題する法律時報「時評」に出ている<sup>56</sup>。それを以下に列挙しておく。

- （イ）末弘はなぜ日本法理研究会に参加したか。——「私が此際特に本会の成立について多大の興味を感じる所以のものは、それが学者机上の理論的思索から生まれたのではなくして、日常司法の局に当つてゐる法曹の体験に基く実感から生まれたことである。司法官の毎日相手にしてゐる人々は言ふまでもなく日本人として生き日本人として考えてゐる日本人である。」
- （ロ）末弘の訓戒（その1）——「新しきを知らんとするに当り、古きを温めるの用意あるべきは素より当然なりと雖も、過去に於て形成せられたる「形態」に外ならぬものを「精神」と誤信し、之に依つて反つて生々発展の精神を死物たらしむるの弊は今日吾々の随所に見出して甚だ遺憾とする所である。」
- （ハ）末弘の訓戒（その2）——「我国現実の生活に即した技術を自ら創造することなしに、反つて技術の為に生活そのものが抑制されてゐる。日本法理の研究・日本法学の樹立に志すもの、最も意を用ゐねばならないのは正に此点であると私は考へるのである。」
- （ニ）末弘の訓戒（その3）——「凡そ自らの特殊性を自覚し、而も自ら内に省みて其自ら特殊たらざるを得ない根拠を探索する必要があること

---

ㄨ 読む」龍谷法学45巻4号（2013年）1255頁以下、『入会の研究』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』（2022年）214頁以下。

56 末弘「日本法理研究会」時評1940年11月号・日本評論社（編）『末弘厳太郎法律時観・時評・法律時評集（上）』（前注40）425頁以下、白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）150頁以下。

勿論であるが、他面同時に吾々の怠るべからざるは歴史的若くは比較的考察を通して自己の特殊性の世界史的意義を明らかにすることである。従つて法に関して日本的なるもの、何たるかを求めるに付いても法史的乃至比較法的に古今東西の事実に関する精確な智識をもつことが絶対的に必要であつて、それなしに只菅日本的なるものを求めやうとすれば結局世界史的に全く価値のない、従つて凡そ理性をもつ人間を納得せしめるに足りない独善的なものが生まれるだけのことである。」

要するに末弘のスタンスは、日本法理研究会に参加する前と後とでほとんど変化がない<sup>57</sup>。「日本法理研究会」に入会後は、なるほど「日本法理」への期待感が幾分か前に出てくるが、それだけに一層、末弘の歴史的・世界史的、あるいは比較法学的な研究態度への期待と願望が大きく迫ってくるのである<sup>58</sup>。このような末弘の指導のもとに、戒能通孝（1908-

57 とはいえ、1943年11月の「法律と慣習——日本法理探求の方法に関する一考察」法律時報15巻11号2頁以下、特に6頁、そして1945年1月～3月の「法律関係と道義則」末弘著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）・第2版』（日本評論社、1980年）71頁以下の記述内容は、別途考察を要すると考える。なお、末弘の「法律と慣習」は、戦後、表現を改めたものが戒能通孝の手によって出されている（末弘「法律と慣習」前掲書『民法雑記帳（上）・第2版」292頁以下）。また、末弘の「道義則」論は彼の戦後の一般条項論批判との関係で見ていく必要がある。日本評論社（編）『日本の法学』（日本評論社、1950年）71頁下段。

58 ちなみに白羽は、小野清一郎と末弘との交友関係が末弘の日本法理研究会への加入動機としてあったことを示しつつ、「根本的・決定的理由」としては、「末弘自身の理論的関心から」とする。白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）154頁。とはいえ、塩野の「法道一如」のスタンスを末弘が如何に自己の法学理論と接合したかについては、検討の余地が残る。特に「末弘の訓戒（その3）」をめぐって一個の論点となりえよう。たとえば、現場の司法実務の感覚を論じた箇所、末弘は「日本人的道義感と法的要請との板挟み」を問題にしている。末弘「日本法理研究会」時評1940年11月号・日本評論社（編）『末弘巖太郎 法律時観・時評・法律時評集（上）』（前注40）426頁。これと「末弘の訓戒（その3）」との関係をどのように解きほぐすか。おそらく末弘の真意は、「日本人的道義感と法的要請との板挟み」問題を解決するためにこそ世界史的なスケー／

1975年）の論文が、日本法理研究会の成果として打ち出される。1942年8月の「財産法研究に於ける二三の問題」がそれである<sup>59</sup>。

### （3）「市民法学」の崩壊と再生の胎動

上記で確認したように、「日本法理研究会」の出現を見て、いよいよ「市民法学」的な傾向は全面的に窒息させられたかのような感がある。ことに1941年以降は末弘厳太郎の懸念をよそに世界史的視野から遠く隔絶されたファナティックな「法道一如」ないし「忠君愛国」の精神が支配する末期的段階に到達した。とはいえ、「市民法学」が全く滅し去ったかといえそうではなかった。先ほども示したことであるが、むしろ我々は、「日本法理研究会」の内部で「市民法学」再生の産声を聞くことができることに喜びを見出すべきであろう。それは、戒能通孝の「財産法研究に於ける二三の問題」による産声である。

本稿では、『戒能通孝著作集Ⅳ 所有権』（日本評論社、1977年）から引用しつつ、戒能が如何に不屈の闘志でこの論稿を書き上げたかを示す。それは、戒能の先輩であり、同じく末弘門下であった平野義太郎（1897-1980年）との対比においても興味深い<sup>60</sup>。

---

ゝルで常に比較法的な考察を忘れない、という点にあったように思われるのだが…（白羽は末弘の「日本人的道義感」という表現にアクセントを置いている。白羽・前掲書151頁）。

59 これは「日本法理研究叢書第17輯」として、日本法理研究会から刊行されたものである。利谷信義（1932-2019年）によれば、戒能のこの「財産法研究に於ける二三の問題」は、その冒頭から「日本の法律学」を徹底的に批判し、「向こう見ず」を通したものであること、そしてこれは「当時の抑圧状況からみて幸運と言う外はない」ところ、むしろ「著者の勇気を讃えるべきであろう」とされる。『戒能通孝著作集Ⅳ 所有権』（日本評論社、1977年）318-319頁（利谷による解説）。

60 平野は1944年3月18日の日本法理研究会機関誌『法律新報』に、「大東亜共栄体の構成原理たる家秩序について——特に異形血統を同家化する日本精神」という論稿を載せた。筆者は直接参照し得ていない。白羽によれば、「この平野ノ

### 〔a〕 戒能通孝と「日本の法律学」

まず、戒能は書き出しの文章で次のようにいう。——「日本人が日本の法律を研究する場合には、日本の地盤について之を行わねばならぬこと、蓋し言うまでもないことである。」<sup>61</sup>。にもかかわらず、日本の法律学樹立の声のみ高くして、「日本の法律学」が一般的傾向になりえていないことは、「日本の法学者」にも責任の一部があると言わなければならない<sup>62</sup>。

それどころか、「日本の法律学」ないし「日本の精神」という言葉が一人歩きをし、その「濫用」が行われるようになったがゆえに、「寧ろ縮小主義的な、高圧的な、悪い意味での警察精神が日本の法律学の基調を為した」とも言い得るのではないか<sup>63</sup>。そのような「日本の法律学」なればこそ、「日本の法律学」を伸び伸びと世界の法律学の中で鍛え上げ、その視野をより広くし自己の内面から豊かなものに仕上げるのができなかったのである。それゆえ、「所謂日本の法律学の内容が、何時までも従来の儘に止るとしたならば、日本の法律学そのものは、伝統的な注釈的概念法学に比較して、もっと下等なものであり且低級なものであることは当然であって、寧ろ日本の法律学を敵視して居た傾向の方が妥当でさえもあるのである。」<sup>64</sup>。

それでは戒能が要求する「日本の法律学」とは、いかなるものか。それを整理すれば次のようになる<sup>65</sup>。(ア) 警察取締的日本の法律学ではなく、

---

ゝの論稿は、一言でいえば大東亜共栄圏論をさらに日本軍事型共同体論（天皇制一大家族共同体）に徹底させようということである。つまり日本によるアジア新植民地のプロパガンダである。」と規定される。

61 戒能通孝「財産法研究に於ける二三の問題」（1942年）『戒能通孝著作集Ⅳ 所有権』（日本評論社、1977年）3頁。なお、白羽による戒能通孝へのコメントとしては、白羽『「日本法理研究会」の分析』（前注12）519頁以下。

62 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）3頁。

63 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）3-4頁。

64 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）4頁。

65 以上は、戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）4頁の記述を整理・要約したものである。

「進歩的な、明日の世界を約束するような日本の法律学」が希求されるべきである、(イ)「今日まで創られた、世界中で最も良きものを取り出して、その上に新なる展開を試みること」が肝要であり、その際「狭量な排他的精神を発揮することは、毫も日本法学の課題ではない」。(ウ) 要するに、「日本の法律学とは、日本の地盤についた法律学を意味するのであって、世界文化から切断された懐古的法律学を意味するものではない」。

このように、世界史的精神ないし世界文化の息吹のもとで、日本の地盤に根付かせながら合理的法律学を探求する精神は、戒能通孝が末弘厳太郎から深く学び取ったものであり、それをまともに継承しようとしたもの、と言いうることである。

#### 〔b〕市民的自由主義への着眼

ところで、従来の注釈的概念法学が対象としてきたのは、一般に議会制立法としての「市民法」であり、注釈的概念法学を批判する社会法のごときも同様であった。しかしながら我々は、「市民的自由原理そのもの」を果たしてよく理解し得ているだろうか<sup>66</sup>。戒能はそのように問題を展開して行く。そして、二つの側面から「市民的自由主義」が把握される。

第一は、「市民的自由主義」が「自由主義一般」と混同されてはならない、ということである。それは封建制度に対抗するという時代の使命を帯びた自由であって、おのずから「利己的自由主義」とは異なる。もとより「市民的自由主義」は、「人間の野獣的な自由」とも異なるものであり、「当然に一定の精神的制約を自己自身の内部に伴って居た」のである。要するに、「市民的自由主義は、刑罰・破門その他の外部的方法によらずして、初めて人間の内心的規律の中に権利の正当なる行使を基礎づけた、最初思想の一つである」<sup>67</sup>。

66 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）6頁。

67 上記の箇所は、戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）6-7頁ノ



第二に、「市民的自由主義は、其の成長の過程に於て、近代的市民を形成するとともに、国家と国民とを形成した。」<sup>68</sup>。すなわち「市民的自由主義」がその目的を貫徹するため「敵」とした、「封建的諸勢力」ならびに「宗門的諸勢力」との抗争において、市民は一面「中央政府」の権力と結びつくことにより、「国家と市民の中間にある」封建的諸勢力を排斥するとともに、「国家以上の国家」たる「教権」の政治的破壊に成功した<sup>69</sup>。このように市民的自由主義がみずから封建的諸勢力・宗門的諸勢力と闘いながら内面から鍛えられたことにより、「近代の国家の権力」は「市民生活の外形」のみならず、「市民生活の内面まで規律し秩序づける底の強力なる基礎」を求めている。こうして我々は、「市民的自由主義の成長が、少なくとも事実として国家と国民とを形成した歴史的意義を忘るべきでなく、此点に於ても亦市民主義の貢献を無視することはできないであろう」<sup>70</sup>。

このように、国家総動員法体制及び翼賛体制が声高く叫ばれるなか、戒能は、いわば「闘う市民的自由主義」を掲げ、「市民主義の貢献」をアピールしたのであった。ところで戒能は、さらに論を進めていう。それは近代的市民主義の欠陥に対する批判である。

### 〔c〕 近代的市民主義への批判的考察

戒能は「市民的自由主義」に貢献するものとして「市民主義」の旗を高く掲げつつ、同時に「近代市民主義」の欠陥を鋭く指摘する。

第一に、「近代的市民主義自体の内部には最初に抽象的人間を仮定しておきながら、具体的に存在する人間の性格を、之に合致せしめる努力が本

---

ゝを整理したものである。

68 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）7頁。

69 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）7-8頁。

70 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）8頁。



格的に行われて居なかった。』<sup>71</sup>。たとえば、「個々の卓越せる個人は別として」、「一般の平凡なる民衆全体」について言えば、彼等が権力を付与された場合、「権力を濫用するにいたること当然」であり、「市民的自由主義」そのものが「放恣的自由主義」と混同されるに至る<sup>72</sup>。こうして「従来の法律学全体」が、「恣意的な自由主義自体の学」であり、「恣意的な自由主義の所産たる社会機構の弁護術であると解された」<sup>73</sup>。

第二に、「近代的市民主義の予定する人間的性格のありかた」が、「専ら抽象的人間」であるために、「人間相互の間に展開する具体的な関係が捨象され、近代法律学の分野でも、抽象的な法技術的側面のみが重視されることにより、財産若くは債権を媒介とする人相互の結び付き方を無視して来た。』<sup>74</sup>。たとえば、「所有権や小作の観念」についても、それが問題となる「地域的要素」を具体的に解析しつつ——「日本・独逸・フランス・支那等」の地域的な差に慎重に留意しつつ——その当該社会において「社会的規範意識の承認」がある場合に初めて「現行法」となるという点を重視すべきである<sup>75</sup>。しかも、そのような「社会的規範意識の承認」は、その「担当者」たる国民や人民に「より高次なる精神」を抱かしめ、「一層強度なる誠実性」を植えつけ、もって国民や人民の眼を「次の時代を創造するに足る政治の目標を定立すること」へと導かなければならない<sup>76</sup>。こ

71 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）8頁。

72 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）8頁。ちなみに、別の論文で戒能は「鳥の如く自由なる消極的自由」を含むものとしての「自由一般」と、近代市民もしくは国民の「徳性」を内在せしめたものとしての「近代的自由」とを対比している。戒能「土地法研究への覚書」（1941年）『戒能通孝著作集Ⅳ 所有権』（前注61）137-138頁。

73 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）8頁。

74 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）9頁。

75 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）9頁。ここで展開される戒能の「社会的規範意識」論は、ほぼ末弘厳太郎の慣習法論を下敷きにしたものである。

76 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）9-10頁。

の点、法律学から政治的要素を抜き取り、法律学の孤立を平然と見過ごし、政治を無視して当然とする態度は根本的に反省されなければならない。——「我々の時代に至っては、法律が裁判を俟たずして国民の自発的意識から実現されていくような過程を形成することに協力しなくてはならぬこと当然である。その意味で法律学にもまさしく政治的見識が必要であり、政治的見識を欠く法律学の破産を宣告せられなければならないことも言うまでもない。我々は斯くして法律学の中に政治的見識を吹き込むことによってのみ、新なる法律学建設の途を発見することを得るのである。」<sup>77)</sup>

ここで戒能は慎重かつ抑制的に表現しているが、「法律学の中に政治的見識を吹き込む」という場合、近代法律学原理の基礎として近代政治学原理をドッキングせしめることであり、近代法律学原理を支える進歩的な要素として近代政治学原理を把握することを意味したであろう。それはまた同時に、国家論、権力論の基礎の解明、それらの歴史的研究をも要求したであろう。経済学の素養（いわゆる「下部構造」論）が必要なこと言うまでもない。言い換えれば、戒能は、近代政治学原理の中に国家論や権力論の歴史的研究及び経済学的研究の必要性を読み込んだのである。もとよりその実践は、当時命がけでやるほかなかった。戒能は、その全面的展開を断念した。そこで彼が選択した「法律学研究の目的」は、以下の通りである。

#### 〔d〕戒能による法律学研究の目的

戒能は、「註釈的概念法学」——それ自体は「平板」である——の外に、

---

77 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）10頁。戒能は、特に憲法や刑法・民法などを取り上げて、「政治的見識」の必要性、あるいは法律と政治との関係を具体的に論ずるわけではない。とはいえ「憲法」が「政治的原理の規範化的体系」であること（加古祐二郎「法律学における政治的性格」〔1936年〕同『近代法の基礎構造』〔日本評論社、1964年〕5頁）は、戒能も当然に承認するところであろう。

以下の三つのことを「法律学研究の目的」として設定する<sup>78</sup>。

第一に「単なる抽象的制定法規の比較研究だけでなく、その国又はその社会に行われる法的規範意識の比較研究に関する学」が、それである<sup>79</sup>。言い換えれば、「此事は例えば外国法制の条文及び判例紹介と云うだけでなく、従来の各国に於ける法制が、どれほどまでに社会生活の内部にまで浸透し、その国民によって遵守せらるべき自律的規範となって居るかの比較研究をも含むべきものであり、結局の所その問題の要点は、その国の社会構造と、国民の精神的規律の体系とに還元せらるべきものである。」<sup>80</sup>。

第二に「日本の現行法を知らねばならぬ。」ということである。それも単なる「現行法」を指しているのではない。法的規範意識と現行制定法規とのズレを含めて「現行法」という。すなわち、「我々は、現行制定法自体の予想する社会生活の構造が、如何なるものであるかを明にするのみならず、日本の現実の社会生活の構造が、之にどれほどまで合致するかを問題にしなければならぬことであり、又此点をできるだけ事実について究明するに非ざれば、将来の立法の準備にしても、効果ある政策を期待するこ

78 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）11頁。ここでは、戒能が「註釈的概念法学」の外に幾つかの目的を設定する場合、「註釈的概念法学」を「平板的な」ものと規定しつつも、その必要性を決して捨て去ってはいないことに注意すべきであろう。末弘にとってもそうであるが、戒能にとっても、「註釈的概念法学」とは注釈の対象となる「制定法規」がそもそも「生ける法」が立法化されたものであり（憲法、民法、刑法など各分野の法規ごとにその濃淡はありうることであるが）、その「生ける法」が注釈によって再生されるものである限り、「註釈的概念法学」もそれ自体「生ける法」に関する法律学になり得るからである。

79 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）11頁。

80 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）11頁。その箇所では戒能は、たとえば、社会的規範意識の主体が高利貸的商人である場合、「契約自由原則」が「一の自然法意識」をもって強行せられている代りに、財産の安全は債務者の反抗・逃亡等によって不安定となることなどを指摘し、各歴史的段階における「契約的制度」の変遷を描出している。

とは困難でなければならぬであろう。」<sup>81</sup>。

第三に「我々の問題にしなければならぬ法的規範意識の結論は、国民の最後の一人に至るまで内面的な自己規律として把握されるべき誠実性の問題であり、之を確保せんとするためには、無論日本国民の性格を規律発展せしめて来た、社会生活の歴史にまで遡らねばならぬものがあるであろう。」<sup>82</sup>。

### 〔e〕「近代諸国家の財産法秩序」

次に戒能は、西ヨーロッパを基軸としながら「近代諸国家の財産法秩序」を論じる。というのも、西ヨーロッパでは「資本主義の社会史的起源と市民主義の精神的起源とが略々時を同うし、且略々一致して両者の普及をみていった」ことが肯定されうからである<sup>83</sup>。戒能は、西ヨーロッパにおける財産法秩序の特徴を以下の五点にわたって整理する<sup>84</sup>。

第一に「市民主義は個人の良心に対する忠誠と誠実を喚起した。」。その

81 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 12頁。ここで戒能が「将来の立法」を展望しつつ立論していることは注目に値するであろう。

82 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 12頁。ここで戒能が「誠実性」を問題にする場合、一見すると塩野季彦的な「法道一如」に通じる側面があるように見える。戒能もそれを意図しつつ「誠実性」というタームを使っているふしがある。たとえば、戒能が「皇室と国民」との関係を論じた箇所「国民の忠誠及び誠実意識の本能的存在」という記述がある。戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 20頁。むろん、これは戒能の日本法理研究会に対するリップサービスである。戒能における本来的な「誠実性」は、ヨーロッパにおける「宗教改革」、あるいは「資本主義の精神」と結びつけられたものである。この点、後ほど触れるところであろう。

83 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 14頁。

84 以下の引用は、戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 14-15頁からのものである。なお、以下の五点にわたる記述は「市民的自由主義の抽象的性格」ないし「市民主義の抽象的側面」に重点を置いて記述されたものである。その際に戒能は、この抽象的側面と現実の歴史とを区別する。その「現実の歴史」として、彼は、アメリカのインディアンや黒人奴隷の辿った歴史等を例示している。戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 15-16頁。

意味において、「我々は何物をも求めずして自己に対して忠実であると云うことは、市民主義の一つの成果であった」し、その限りで「市民的忠誠は西ヨーロッパ財産法秩序の一つの支柱となった」こと、否定しえない。

第二に「市民的自由主義は労働を尊重した。」。要するに、「勤勉は善行」であり、「勤勉の結果たる蓄積」に対しては「合理的な」利息<sup>85</sup>が付される必要がある。これは「カソリシズムの利息禁止的精神」と対立するところの、「近代的資本主義成立の精神的地盤を形作って居る」<sup>86</sup>。

第三に、上記で確認したように、市民的自由主義は「労働の尊重」を認めたがゆえに、「労働によらざる財産の蓄積と取奪とを否定した」。かくして、「封建的領主」の特権たる「封建的諸権利」は市民の手で——場合によっては国王と「締契」し、その他の場合には「独力」で——「抹消」された。このような形で、得られた帰結は、「市民的自由主義」が、その「市民的自由主義」の枠の中で生み出した「生産的施設」であり、また「労働の成果たる商品」への「合理性」の付与であった<sup>87</sup>。

第四に、「勤勉の奨励はまた節約の原理をも生み出す。」。なぜなら「自身の労働の成果に対する神聖権の要求は、他人の労働成果に対する神聖の要求をも当然内包するからである。」。その意味で「節約も亦一つの美德」

85 戒能は合理的利息の基準値として「年4分又5分」と言っている。戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）15頁。

86 ここで戒能は、明らかにプロテスタンティズムと近代資本主義の精神をカトリシズムと対比している。その際、プロテスタントとかプロテスタンティズムなどの「敵性語」の使用を可能な限り回避しようとしたように思われる。

87 「市民的自由主義」が、一方で歴史上例を見ない精神の奥底からの「労働の尊重」を現出したのと同時に、それは「市民的自由主義」の限界をも露呈することになった。たとえば「恐慌」という社会的・経済的現象と「市民的自由主義」との関係如何にかかる問題は、すでに周知の古典的問題というべきことである。戒能は当然にそのことをわきまえつつ、「市民的自由主義」の限界を乗り越えて、より高次の「市民的自由主義」を開花せしめる必要性——市民的自由主義に内在的な自己批判的形成の論理の必要性——を、それとなく指し示そうとしたのであろう。上述〔c〕近代的市民主義への批判的考察も参照されたい。

として「内心的に厳守しなければならぬ規則」であった。

第五に、「市民的自由主義は市民の総体的利益を守るために中央集権国家を形成した。」この場合、市民主義と国家主義ないしナショナリズムとの関係が問題となる。その場合、「一旦国政の主人となった市民等は自己の良心的判断に基づいて国政に参加して居る」のだから、「国家の命令する所に背反することは、徳義として許され得ない」。その限り、「市民は即ち国民」であるわけであり、「西欧ナショナリズムの出現は寧ろ市民主義の裏側であった」。それゆえ、またその限りで、「我々は市民主義と国家主義との二つのものを、外形に囚われて別異に観察することは正しくない。」。西欧の市民的自由主義とナショナリズムに関して言えば、その「両者」は「盾の両面」であり、「不可分の一体」であった<sup>88</sup>。

ところで、戒能によれば西ヨーロッパを含む広範な地域での「労働運動や帝国主義戦争の勃発」は、西ヨーロッパで確立されたはずの「市民的原理」が、それ自体として諸個人の内面にまで根差すものにならなかったことを如実に物語っている<sup>89</sup>。ましていわんや、「市民的原理」を知らないで済ませたり、それを意図的に排斥したり、あるいはそれを時代遅れとして捨て去ろうとする風潮の強い国々においてをや、と言うべきことになる。

ともあれ、西ヨーロッパの「市民的自由主義」にも光と影があったこと確かであるが、戒能の眼はさらに中国（＝支那）に及ぶ。まずなにより、西ヨーロッパの「市民的自由主義」は質量ともに支那のそれを凌駕する<sup>90</sup>。

88 一般論として言うことが許される場合、真の祖国防衛戦争である限り、防衛側が強いのも、「市民主義と国家主義」の強固な結合にその根拠を見出すことができよう。かつての大東亜共栄圏なるものに仮託された偽装の「祖国」（そのほとんどは植民地）を「防衛」するための戦争がいかにもろいかを考えてもよいだろう。

89 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）16-17頁。

90 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）17頁。この「財産法研究に於ける二三の問題」が公表された5か月ほど前に、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3月）を公表す

支那では、「家族主義」ないし「家族主義の擬制的拡大」はあってもそれ以上に出るものではなかった<sup>91</sup>。それゆえ一方では、「殆ど罪悪と思われるような高利率（例えば年2割5分）」が貸付利息として蔓延した<sup>92</sup>。他方で、罪悪視されるべき高利貸も村民にとっては命綱であり、また「盗賊は村民の通謀によって侵入」した<sup>93</sup>のであるから、「支那では高利貸が同時に仁人であり、盗賊が同時に義者である。」<sup>94</sup>。しかしながら、戒能の眼からすれば「此様な支那的な社会形態は、却って支那のみに限定せず、其他の非ヨーロッパ的地帯にもあるだろう。」<sup>95</sup>。

### 〔f〕「財産法秩序に於ける誠実性」

以上、我々は西ヨーロッパに優位なものとして承認されるべき「市民的自由主義」についてみてきた。そして、そこですでに「誠実性」の問題が断片的ながら語られていることも確認してきた。次に戒能は「財産法秩序に於ける誠実性」に重点を置いて考察を進める。もとよりリアリストである戒能は、ここで改めて、西洋的な市民的自由主義が二つの波のぶつかり合いによって複雑な現実を生み出していることを指摘する。すなわち、資本主義経済がもたらす貧富の格差によって、一方で帝国主義戦争への加担か、他方で社会主義運動への参加か、二者択一を迫られている。その選択問題から身を避けようとするれば西洋的なニヒリズムのうちに迷い込む<sup>96</sup>。

---

ゝしている。『戒能通孝著作集Ⅳ 所有権』（前注61）149頁以下。しかも現場で慣行調査を行っている。それが、「財産法研究に於ける二三の問題」にも如実に反映していると言ってよいだろう。

91 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）17頁。

92 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）17頁。

93 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）18頁。

94 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）18頁。

95 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）18頁。この「非ヨーロッパ的地帯」に当時の日本が属していたこと言うまでもない。

96 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）19-20頁。



だからこそ、却って日本独特の「誠実性」が肯定されることにも一定の必然性が出てくる。それゆえ「近代の日本国民の忠誠及び誠実意識」<sup>97</sup>を考察することが要求されてくると同時に、封建制度の内部で育ってきた「誠実意識」ないし「誠実性」についても検討しておく必要がある<sup>98</sup>。これが戒能の立場である<sup>99</sup>。

わが国封建制下の「誠実性」につき、戒能は「武士」と「農民」の二つに焦点を当てて考察する。また「自由民権運動」についても言及する。与えられた紙数の関係上、「武士」については割愛する。以下では封建制下の「農民」と明治初期の「自由民権運動」における「誠実性」の問題を概括しよう。

第一に、「封建制そのもの」は初期においては「荘園制」と結合していたから、出来る限り有能で勤勉な農民を確保するため「領主相互間に一種の改善競争」が行われた。その後の封建制の成長に基づき「高利貸的精神に基づいた、各種の収奪的行為」が比較的減少したことが、「農民」の誠実性涵養に一定の積極的な役割を發揮したであろう<sup>100</sup>。また、封建制が歴史的意義を担うのは、「封建制そのものの一の特質」としての「凶作による減免慣行」である<sup>101</sup>。こうして奴隷制の時代と比べる限り、「封建制」には「何等かの意味に於て、よりよき生活を営むための希望をもたしめるものがあつたことと信ぜられる。」<sup>102</sup>。このような「生活の余裕」な

97 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）20頁。

98 戒能は、いわゆる「武士道」をもって「封建制そのものの中に、一つの誠実性の基礎を見出すことは可能である」と位置づけ、「武士道」が明治以降の強力な軍隊の土台を提供したという。戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）21頁。ともあれ、戒能が「皇室と国民」（前掲論文20頁）の問題に「誠実性」を収斂させることなく、それを封建制の学問的解明の課題と関連付けていたことに学ぶべきものがあるように思われる。

99 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）20-21頁。

100 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）21頁。

101 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）21頁。

102 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）21頁。なお戒能は「封建



くして「誠実性」は生み出され得ない。

第二に、わが国の「封建制そのもの」については、徳川期に入っても「領主の直接的な支配権」は、必ずしも大きいものではなかった」がゆえに、農民村落の「寄合」での全員一致の決議が決定的な力を持ち得た<sup>103</sup>。その「寄合」という組織の中で農民は訓練され、そこで相互の信頼関係を築いて行くことができた。かくして戒能によれば、「村落は、其自身として一の秩序形成の単位」であり、少なくとも同じ村という狭い範囲においては、「村民は相互に誠実な組仲間であった」とも見うるとされる<sup>104</sup>。

第三に、明治以降、「西洋的自由主義政治思想」が謳歌され、しかもそれこそが「現在に於けるあらゆる弊害の根源」であるように批判されているところ、「果たして一概にそういう断言を為し得るか否か」は、「更に反省すべきものがある」<sup>105</sup>。その際、まず確認しておくべきこととして、「日本に於ける自由民権運動の一つの特色」は、それがわが国において「近代的市民を創ることに目標をおくよりも、より多く富国強兵の途を志した国家主義運動であったこと」である<sup>106</sup>。そこに戒能は「西洋的自由主義」と「日本的自由主義」の「重要な差異」を読み取ろうとする<sup>107</sup>。

---

ゝ制」について批判することも忘れない。戒能による「封建制」批判については前掲論文23-24頁。日本の場合、「死ぬことの倫理」としての「忠誠」が急速な成長を示したにもかかわらず、「生きることの倫理」としての「誠実」がこれと歩調を合わせるができなかったのはなぜか、という問題も提起している。前掲論文25-26頁。

103 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）22頁。

104 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）22頁。

105 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）28-29頁。

106 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）29頁。戒能が自由民権運動の「国家主義的運動」の側面を強調する場合、「後期」自由民権運動との関係を重視しており、「前期」ないし「初期」自由民権運動との関係をそれほど重視していないようにも思われる。また、これを大井憲太郎（1843-1922年）の「自由民権運動」と中江兆民（1847-1901年）の「自由民権運動」との対比と言い換えてもよいかも知れない。

107 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）29頁。

第四に、「自由民権運動」が「国民の人格形成」に主眼を置くというよりは、むしろ「功利的要求」を内包してきた結果として、「日常生活」を覆い尽くすレベルでの「誠実性」が確保され、培養されるには至らなかった<sup>108</sup>。その理由は、村落の崩壊にある。すなわち、すでに封建制下で形成されてきた「寄合」における満場一致原則は、1888年（明治21年）町村制の実施前後に至って「多数決制度」にとって代われ、特に村の利害と国家の利害が衝突するところでは、多数派形成の行政的な切り崩しが行われた。これは「民主制」の形を取りつつも、「旧来の村落自治及び村落デモクラシーと全く異なるものである。」<sup>109</sup>。さらに言えば、以上のことは、「明治初期以降の日本の自由主義なるもの」が、「確固たる安定的な地盤を持ち得なかったこと」の帰結であることに注目すべきである<sup>110</sup>。それゆえ、折角、「議會制」が整備されたかのような外観を持ち得たとしても、政府による与党側のための「選挙干渉」が横行し、「与党による投票買収を黙認する先例さえも」生み出されてきた<sup>111</sup>。このような不正義がはびこる土壤のもとでは「誠実性」は育ちえない<sup>112</sup>。

### 〔g〕「財産法秩序に於ける諸問題」

最後に戒能は、「財産法秩序に於ける諸問題」を補論的に考察して、この論文を締めくくる。ここでの戒能の考察の重点は、「農村法」と「社会政策」に関する問題である。その際戒能は、両者を架橋するものとして、

108 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）29頁。

109 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）30頁。この文脈では、戒能による『入会の研究』が1943年に日本評論社から出版されている事情があることにも留意したい。

110 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）30頁。

111 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）30頁。

112 戒能は、財産法研究を民法のみならず憲法や行政法の問題として、あるいは政治的自由主義の課題として考察する点で、その考察に独特な広がりや深みを帯びている。

小作・地主関係を温存して成り立つ貧困な「農村」が、都市における低賃金労働力の供給源となっているという構造的問題に着眼する。この場合、戒能が問題にする「社会政策」が当時未成立であった労働組合法等の「労働立法」論＝「労働法」の言い換えに他ならないことは明らかである。要するに、このように戒能は、「農業」ないし「農村」（農村法）と「社会政策」（労働法）とを相互対照的に分析する<sup>113</sup>。

まず前者からその概要を記す。当時の貧困な農村では、ことに「名子制度が残ったり、刈分け制度が行われる地帯では、近代的な国民たるに必要な自律心と自制心とが薄弱で、つまらぬ原因から恐るべき結果」を生み出すこととなる<sup>114</sup>。ともあれ、このような農村では概して子供が多く、長男以外の子は（女子を含めて）都市部工業資本の労働力の供給源であった。ところが大規模な重工業であれば、その「発達」という視点でこれを捉える限り、「自己の職業を神聖化し、腕に確実な自信を持ち、平和な家庭生活に恵まれた、高度の熟練労働者群」を供給するだけの「農村の地盤」が必要なはずである<sup>115</sup>。ところが現実はどうか。「貧窮にしてじめじめした、時によると子供の身売ぐらいはやりかねない、零細小作農の家庭から」は、上記で示したような「責任感を身につけた良き労働者を得ることは困難」であり、そこにおいて「農村法の問題」が「国家の国防・産業政策全体の問題として現れざるを得ないような根柢がある。」<sup>116</sup>。

だとするなら、その限りで、ことの本質はすでに「社会政策」の問題に移行する。ところが、従来の「社会政策」は、大きな限界を抱えていた。

113 この点、戒能の胸に恩師・末弘巖太郎が切り開いた『農村法律問題』（改造社、1924年）と『労働法研究』（改造社、1926年）との創造的・発展的継承の課題がよぎったであろうこと、明白であるように思われる。

114 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）32頁。「つまらぬ原因」とは「些細な相続に関する争い」や「くだらぬ口論」であり、「恐るべき結果」とは「尊属殺・一家皆殺し・放火等」のことである。前掲論文31-32頁。

115 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）33頁。

116 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）33頁。

それはどういうことかという、従来の「社会政策」は「一に懸って資本家階級の持つ同情心と飴の多少」によって労働争議を防ぐことが中心課題であったことを意味している<sup>117</sup>。そして、その行き着く先は「帝国主義の実現」によって労働者に分配する「飴」の量を若干程度拡大せしめるに過ぎなかった<sup>118</sup>。それでは、将来のあるべき「社会政策」とはいかなるものか。それを戒能は、以下の五点にわって指摘する。

〔1〕「将来に於ける社会政策乃至企業法の目標は、精神的ならびに物質的に、国家・社会に対して寄与するが如き、生産的労働に従事する広義の労働者のための政策でなければならぬ。従ってそれは国民の協同的事業として展開せらるべく、又単純なる恩恵政策であると理解せられてはならぬであろう。」<sup>119</sup>。これは「社会政策」の国民的性格を明確にした文章である。それゆえ「社会政策」の一つの目標として「国民の文化的自律意識を創設すること」が掲げられる<sup>120</sup>。

〔2〕「社会政策は、生産的労働の尊重と、生産的労働者の人格保障を内容とするものでなければならぬと思われる。即ち生産的労働への参加行為そのものが、労働を通しての国家への奉仕であり、単なる利己的対価行為でないとするならば、労働者に対する指揮監督権そのものも、企業経営の必要の範囲に限定せらるべきは当然であり、其以上の人法的支配関係まで此処に認める必要はないのである。」<sup>121</sup>。これは、たとえば今日的なパワハラなどの問題に関わる。それゆえ戒能は、「雇傭契約」を締結したからといって、「雇傭者」（経営者）が「被用者」（労働者）の「人格侮辱」を行ってよいなどと言う理由は少しもないであって、むしろ「雇傭者」が「企業者」としての適格性を問われる限り、彼が「労働者の尊敬と信望を

117 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）35頁。

118 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）35頁。

119 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）37頁。

120 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）37頁。

121 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）37頁。

受けるに足る資質」を有するか否かが決定的だとされるべき状態を「創り出すこと」が望ましい、という<sup>122</sup>。

〔3〕「企業経営に参加する全ての種類の労働者は、夫々自己の地位に従ってより良き国民たるための教養を身につくべきである。労働時間や労働賃銀の問題の如き、結局此の観念から再検討せらるべく、単なる賃銀引上が将来の社会政策の基礎たるべきではないことは、必しも賃銀・労働時間の問題が生じないことを意味しない。」<sup>123</sup>。ここで戒能は、もっとも彼らしい提言を行っている。労働者に「学べ」・「教養を身につけよ」というのである。しかしながら、あまりにも狭い住宅での窮屈な生活や満員電車での息苦しい通勤が恒常化しているのが現実である限り、労働者の教育はさらに遠ざかっていくほかないであろう<sup>124</sup>。

〔4〕「企業者は行政命令其他の強制が存しなくても、国家社会の要求する需要に答えるように自発的な努力を為すべきであり、此処に企業自由の基礎がある。」。そして戒能は、「企業の自由」の意味について論じる。それは企業者としての資本家にふさわしい「自由」である。その意味で「国家の産業干渉」は「末梢的な警察干渉であってはならぬ筈である。」。同時に、それによって「企業の自由」は、企業者の自発的な創意工夫を経て「社会的寄与への手段」として自己を高めていくのである<sup>125</sup>。

〔5〕最後に我々は、「企業経営に参加しない企業所有者の問題についても顧みなければならないと考える。」<sup>126</sup>。ここで戒能は、いわゆる「経営と所有」に関する問題を取り上げる。すなわち、経営に参加しない企業所有者も、「或程度の教育を受ける義務と、企業参加以外の方法による文化事業其他への協力を期待せらるべく、少くとも所有は義務の裏側であると

122 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）37頁。

123 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）37-38頁。

124 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）38頁。

125 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）38頁。

126 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（前注61）38頁。

云う原則を、一層進展せしむべきものがあるのではなからうか。」<sup>127</sup>。

#### (4) 小括

以上が、1942年、天皇制ファシズムの体制下で書かれた論文「財産法研究に於ける二三の問題」の概略である。戒能通孝は、時には「奴隷の言葉」で、もしくはいずれとも取れる両義的な表現で、巧みに、最も基礎的で包括的な「財産法研究」の基礎的な事柄を考察した。それは、ある意味、戦後の日本国憲法の出現を見通したかのような論述であり、あるいは日本国憲法下の今でも一層問題になっていることへの予言的・警告的な論述であった。

戒能は、この論文によって、戦時下の窒息させられそうな環境のもとで、なお今日の「市民的自由主義」の問題や、「誠実性」に関する問題<sup>128</sup>、さらには「農村法」と「社会政策」(労働法)に関する問題を取り上げた。これを一言で言えば、戒能ならではの「市民法学」のお手本づくりといつてよい。あるいは、戒能に独特な「不屈の精神」の滲み出るが如き発露といってもよい。

ところで、このような「市民法的精神」、ないし「市民法学」は、戦時下、部分的な、あるいは端緒的なものにとどまったとはいえ、すでに山中康雄(1908-1998年)の『市民社会と民法』(日本評論社、1947年)、および川島武宜(1909-1992年)の『所有権法の理論』(岩波書店、1949年)によって、その具体的な形姿をみせようとしていた<sup>129</sup>。本稿は、戒能通孝の論文

127 戒能「財産法研究に於ける二三の問題」(前注61) 39頁。

128 言うまでもないことであるが、「誠実性」の問題を、戒能は、いわゆる「信義則」などのような一般条項の問題と切り離して論じている。

129 山中は、『市民社会と民法』の「はしがき」で、すでに戦時下、原稿の一部が法律時報に掲載されていたと述べている。他方、川島は『所有権法の理論』の「はしがき」で、「本書の基礎となつたのは、昭和17年から同19年にいたる間に私が毎年東京帝国大学法学部においてなした「民法第一部」の特別講義である。」とする。

「財産法研究に於ける二三の問題」を取り上げたに過ぎないが、それは、その論文が「日本法理研究会」の叢書として出されている点を特に考慮したためである。

とまれ、1945年8月6日の広島、同月9日の長崎への惨劇的原爆投下のち、ようやくポツダム宣言を受諾した日本が「新生日本」として記念碑的な「日本国憲法」を得た直後に展開された「法社会学論争」で、戒能通孝の作品、はたまた山中康雄や川島武宜らの著作がどのように評価されたのか。あるいは、どのように批判され、どのように位置づけられたのか。それは、わが国法学史上、いかなる意味を持つのか。どこに特徴ないし歴史的限界があったのか。あるいはまた、「普遍的」と言いうる側面はどこにあったのか。次号ではそれらのことを踏まえつつ、いよいよ「法社会学論争」そのものに立ち入り、そこから「教訓」を引き出すための基礎的作業へと繋いでいきたい。

（未完）





# イギリス行政法における「正当な期待」の 法理の展開（5・完）

—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、龍谷法学55巻2号）

第2款「実体上の正当な期待」の進展(1)—審査手法

- （1）*Richmond* [1994] 事件
- （2）*Hamble* [1995] 事件
  - （i）比例原則の端緒
  - （ii）*Hamble* [1995] 事件の概要
- （3）*Hargreaves* [1997] 事件

第3款「実体上の正当な期待」の進展(2)—判断基準

- （1）権限の濫用の法理
- （2）*MFK* [1990] 事件

第4節 小括

第3章「正当な期待」の法理の展開—*Coughlan* [2000] 事件および当該事件以降

第1節 確立—*Coughlan* [2000] 事件

第1款 概要

第2款 Lord Woolf MRの意見の内容及び意義

- （1）類型アプローチの内容
- （2）「実体上の正当な期待」に関する類型（第3類型）の規範内容
  - （i）行政上の表示の明白さに着目した基準—「契約」の性格の行政上の表示の存在
  - （ii）権限の濫用の法理の拡張とWednesbury原則とは異なる審

査手法の採用

(a)権限の濫用の法理の拡張

(b)Wednesbury原則とは異なる審査手法の採用

(iii) 規範内容の整理

第3款 まとめ (以上、龍谷法学55巻3号)

第2節 定着期―「手続上の正当な期待」の定着（2000年代以降）

第1款 *Coughlan* [2000] 事件以前の先例の踏襲

第2款 協議に関する法理

(1) Lord Woolf MRによる協議義務の定式化

(2) 協議と公正性の法理

(3) 協議と「正当な期待」の法理

(i) 権利利益手続の保護としての協議

(ii) 参加手続の保護としての協議

第3款「実体上の正当な期待」と「手続上の正当な期待」の中間に  
位置する事件への対処

第3節 定着期―「実体上の正当な期待」の定着（2000年代以降）

第1款 行政上の表示の明白さに着目した基準

(1) 要件化―明白性の要件

(2) *Bancoult* [2008] 事件

(3) *Bancoult* [2008] 事件以降

第2款 権限の濫用の法理、比例原則・衡量審査

(1) *Nadarajah* [2005] 事件

(2) *Paponette* [2010] 事件

(3) 追加の判断基準を示した事件

(i) *Begbie* [2000] 事件 (以上、龍谷法学55巻4号)

(ii) *Rashid* [2005] 事件

(4) まとめ

第3款「正当な期待」の法理と国民の権利利益の保護の拡大

第4節 小括

第1款 第2章第4節であげた課題への対応

第2款 第3章第1節第3款であげた課題への対応

第3款 定着期における新たな展開

第4款 類型アプローチの規範性

第4章 総括

第1節「正当な期待」の法理の深化

第1款 整理

第2款 法理の深化におけるダイナミクス

第2節「正当な期待」の法理の規範構造（内容）

第1款 整理

第2款 法理の規範構造（内容）

第3節「正当な期待」の法理の課題

おわりに

（以上、本号）

## （ii）*Rashid* [2005] 事件

*Rashid* [2005] 事件<sup>423</sup> は、policyタイプの事件に該当するものである。*Rashid*氏（原告、上诉人）は、2001年12月にイラク・クウェートの情勢悪化によりイギリスに庇護（asylum）を申請したものの、内務大臣によって拒否された。しかし、内務大臣が定立する当時の庇護指針（asylum policy）では、イラク・クウェートからの庇護申請は認められていたため、当該大臣による拒否処分は当該指針と矛盾したものであった。その後、2003年3月に原告の関係者が当該指針の存在を認識し、原告の庇護申請を再検討するよう求めた。しかし、この時点では、当該指針は既に変更されており、従前の庇護指針に基づいた原告の庇護申請は拒否された。そこで、当該指針の変更を認識していなかった原告は、本来、（原告の最初の庇護申請時に）内務大臣が従前の当該指針を適用していたならば、原告の庇護が認められていたはずであり、原告は従前の当該指針が適用されるという「正当な期待」を有すると主張して、原告に対する庇護認定の宣言的判決を求めた。

Pill LJは、結論として、原告の庇護認定の書簡で記載されている内容<sup>424</sup>を踏まえて、「裁判所は、上诉人がイギリスの永住権の認定を得られると

423 *R (on the application of Rashid) v Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 744.

424 書簡では、「『あなたはイギリスの永住権（indefinite leave to remain）を与えられており、そして、これはあなたがイギリスに永久に滞在できるということを意味する』」と記されていた。Ibid [38].

宣言すべきであり、この状況下での不公正さへの救済や適切な対応を提供すると指摘して<sup>425</sup>、原告の請求を認めた。

Pill LJは、この結論に至るにあたって、権限の濫用の法理の活用に触れた先例<sup>426</sup>を引用ないし参照し、本件は「正当な期待」の法理に関する典型的な事件ではないと断りつつ<sup>427</sup>も、「その濫用は、庇護申請を処理するために一般的な指針（policy）が適用され、かつ、画一的に適用されるという期待に基づくものであり、「行政の重大な誤りが原告に対して著しい不公正（conspicuous unfairness）という結果をもたらした」と指摘し<sup>428</sup>、先例でみられた「権限の濫用に帰する不公正」という基準に「著しい」という文言が加わった新たな基準を明示した。そして、Pill LJは、本件の下級審の裁判官が出した「その不公正の程度が裁判所の介入を必要とする権限の濫用に帰するものであった」という結論に賛成し、その一因として「その行為の持続性とその行為に対する説明不足」を挙げ<sup>429</sup>、その上で本件を次のように説いた。

「当時、被告の審議の最前線にすることが期待されていたであろう国との関係で、その状態が長期にわたって続くことが許されていた。私は、行政上の過誤が濫用に帰する著しい不公正の認定に繋がる場合があると言うつもりは毛頭ない。私の意見では、裁判所は、原告が難民の地位を与えられる権利があるという宣言的判決をなすべきではない。それは、国際条約で定められた基準に基づいて与えられる地位であり、また、それらの基

---

425 Ibid [39].

426 一例として、*Coughlan* [2000] 事件（第71段落）のLord Woolf MRの意見（ibid [26].）、*Begbie* [2000] 事件（第76段落および第83段落）のLaws LJの意見（ibid [28].）などである。

427 Ibid [34].

428 Ibid.

429 Ibid [36].

準が〔内務大臣の〕決定の時点で満たされていない場合に与えられるべきではない。しかし、裁判所は、濫用を発見する場合には、そのような救済を与えるために、適切、かつ、適正に介入することができる<sup>430</sup>。〕（〔 〕内は引用者注。）

また、本判決では、Dyson LJも権限の濫用の法理に関する意見を附した。Dyson LJは、次のようにPill LJの意見よりも詳細に権限の濫用の法理を構成する要素を示した。

「場合によっては、原告の立場からすると不公正であるとしても、公の権限ある機関による針路（tack）の変更は、公衆全体に影響を及ぼす一般的なpolicyの内容に関わっている場合がある。すなわち、そのような事件では、裁判官はWednesbury原則に基づいて判断する場合は格別として、そうでなければ、『policyの策定者（policy maker）の衣を自ら着用することなしに』判断する立場であってはならない。別の事件では、例えば、多岐にわたるpolicy上の争点がない場合には、裁判所はその決定に対してより介入的な審査様式を適用することができるかもしれない。争われている〔公的主体の〕決定が純粋な政策（policy）分野、特に、裁判所が判断するのに不適応な争点であればあるほど、本当の権限の濫用が発見される可能性は低いだろう<sup>431</sup>。」

「それ故に、〔公的主体の〕決定の性格は、その期待の破棄が権限の濫用になるかどうかという問題に絶えず関連するだろう。裁判所は、多岐にわたるpolicy上の争点に関わっているかどうかだけでなく、その約束又はpolicyに公的主体を拘束することが一時的に限られた影響しかもたらさないかどうか、また、その決定が大部分の者に影響を与えるかどうかにも配

---

430 Ibid [36] - [37]

431 Ibid [49].

慮することになるだろう。不公正の程度もまた重要である。そういうわけで、Unilever事件のSimon Brown LJは、権限の濫用に帰する『著しい不公正』に言及したのである。その不公正が極端であればあるほど、権限の濫用として特徴づけられる可能性が高い。正当な期待の破棄が悪意によってなされる場合は権限の濫用であり、それ故に違法だとみなされる可能性が非常に高い<sup>432</sup>。」（〔 〕内は引用者注。）

まず、両裁判官は、いずれも内務大臣が庇護指針を変更して「正当な期待」を破ることが権限の濫用に帰するかどうかを判断する際に著しい不公正という基準を採り入れて審理することを示した<sup>433</sup>。

また、両裁判官は、公的主体による「正当な期待」の破棄が濫用に帰するかどうかの場合分けをした。すなわち、Pill LJは、行政上の過誤は著しい不公正ではないので権限の濫用に当たらないこと、Dyson LJは、純粋な政策分野では公的主体の決定に関する権限の濫用が認められにくいこと、公的主体の決定の不公正の程度が深刻なものであるほど、濫用が認められやすいこと、特に、悪意によって「正当な期待」を破棄した場合には、著しい不公正であり、権限の濫用に帰する可能性が非常に高いことを示した。

さらに、両裁判官は、従来の比例原則・衡量審査を採ることなく判断したため、（特に、Pill LJの意見に注目して、）権限の濫用の法理に特化して結論を下したと評価されている<sup>434</sup>。

432 Ibid [50].

433 両裁判官が重視した「著しい不公正」が本判決の特徴と捉え、当該基準に関するその後の裁判例・判例の展開を分析した文献として、以下のものがある。  
See Kristina Stern SC & Joanna Davidson, 'Substantive Fairness: A Case for Reconsidering the Breach between English and Australian Law, in Matthew Groves and Creg Weak (eds), *Legitimate Expectations in the Common Law World* (Hart Publishing 2017) 79, 82-89.

434 Mark Elliott 'Legitimate Expectations and the Search for Principle: Reflections on Abdi & Nadarajah' (2006) JR 281, 283.

ところで、著しい不公正という基準を初めて示したのは、*Uniliver* [1996] 事件のSimmon Brown LJであった<sup>435</sup>。Simmon Brown LJは、不公正な行為とは「少し不条理な (a bit rich)」ものとして特徴づけられる行為」のこと、著しい不公正な行為とは「余りにも法外に (outrageously) 不公正なので、放置するのを許されない」行為のことだと指摘して不公正の内容を区別し<sup>436</sup>、これを権限の濫用の法理のサブ・カテゴリーの基準として位置づけた。*Uniliver* [1996] 事件当時の裁判所は、先に触れたように、権限の濫用の法理を内国歳入庁関係の事件に限定して活用していたため、当該法理の射程は狭いものであったが、本件は難民保護指針の適用に関するものであるにも関わらず、「権限の濫用に帰する著しい不公正」という形で権限の濫用の法理が基準として活用され、その射程が拡大した。また、定着期では「正当な期待」の認否が争点になった事件ではないものの、近年では著しい不公正という基準に注目し、当該基準の内容を詳述するものもみられるようになった<sup>437</sup>。

435 *Uniliver* [1996] (n 190) 695.

436 Ibid 697. また、関連する近年の裁判例として、以下のものがある。*R (on the application of Hely -Hutchinson) v Revenue And Customs* [2015] EWHC 3261 (Admin) [47] (Whipple J).

437 この点に関係する事件として、以下のものがある。*MM (Zimbabwe) v Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 135; *Dudley Muslim Association v Dudley Metropolitan Borough Council* [2015] EWCA Civ 1123. *MM* [2012] 事件のHughes LJは、「著しい不公正は、所管の国務大臣側に違法行為がない限り、裁判所が行動できる独立した根拠ではない」(ibid [18].) と述べ、*Dudley Muslim Association* [2015] 事件のLewison LJは、私法上の契約に係わる問題は、公法上の法理である権限の濫用は適用されないと述べた (ibid [46].) 上で、*Uniliver* [1996] 事件を踏まえて、「権限の濫用は公の権限ある機関側に違法行為がない限り、裁判所が行動できる独立した根拠ではない」ことや、「裁判所の適切な〔判断〕領域は違法性である」ことを指摘する (ibid [47].) (〔 〕内は引用者注)。これらの裁判例を踏まえると、権限の濫用の法理や当該法理に紐づけられた著しい不公正という基準は、いずれも公的主体による違法行為を前提にしたものだと思われる。



このように、本判決は、権限の濫用の法理の射程を拡げるとともに、当該法理に著しい不公正を組み合わせた新たな基準で「正当な期待」の認否を判断したものであった。そして、本判決で呈示された規範は、「実体上の正当な期待」に関する事件で活用されており<sup>438</sup>、本判決には一定の先例性があると考えられる。

#### （４）まとめ

ここまで、「正当な期待」の法理に関する事件での権限の濫用の法理の展開をみてきたが、このように権限の濫用の法理が突出してきたことについて、Dalyは、それは「裁判官が新たな責任を捉える一般用語を思案してきたということを示唆」するものであり、当該法理は「見事にその機能を果た」してきたと評価する<sup>439</sup>。裁判官の間でも、例えば、権限の濫用の法理は「特殊で、かつ、より極端な違法性のカテゴリーではなく、むしろ

---

438 e.g. *R (S)* [2007] *ibid* (Carnwath LJ) ; *R on the application of Hargreaves v London Borough of Hackney* [2007] EWHC 2305 (Admin) (Sullivan MR) ; *R on the application of City Shoes Wholesale Ltd v HM Revenue and Customs* [2016] EWHC 107 (Admin) (Whipple J) ; *R (on the application of Gallaher Group Ltd & Ors v The Competition and Markets Authority* [2018] UKSC 25 (Carnwath LJ).

他方で、*Rashid* [2005] 事件で示された権限の濫用の法理をベースにした理由付けを批判する裁判官もいる。例えば、*R (S)* [2007] 事件のCarnwath LJは、次のように批評した。

「『権限の濫用』を別の形態の違法性では釣り合わせない法的救済の結果をもたらすことができる魔法の成分 (magic ingredient) に一変させようとする。それは、当該判決で引用されたものも含めて、既存の判例をかなり拡大しているように思われる。」*R (S) v Secretary of State for the Home Department* [2007] EWCA Civ 546 [39].

439 Paul Daly, 'A Pluralist Account of Deference and Legitimate Expectations' in Matthew Groves and Creg Weak (eds), *Legitimate Expectations in the Common Law World* (Hart Publishing 2017) 101, 105.

ろ、他の「違法性に関する」『特定の形態』の基礎となる『一般概念』にあたる<sup>440</sup>」もの（〔 〕内は引用者注）、「一般的な公法原理を支配し、かつ、調整する根源的な概念<sup>441</sup>」などと説かれている。

このように、定着期の裁判所は、権限の濫用の法理を内国歳入庁に関する事件に限定して使うのではなく、また、当該法理の規範が示された *Coughlan* [2000] 事件の第3類型という枠組みで用いることもなく、広く「正当な期待」の認否を判断するものの1つに昇華した。

### 第3款「正当な期待」の法理と国民の権利利益の保護の拡大

第2章第1節でみたように、「正当な期待」の法理は、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し、国民の権利利益の保護を拡大するものであった。その後、「正当な期待」の法理は、今日に至るまで一般に公的主体が発した行政上の表示に対する国民の信頼を法的に保護するものとしてみられている。

もっとも、従来の「正当な期待」の法理の意味合いがなくなってしまったかと言えばそうではなく、この点注目すべきものとして、*Bibi* [2001] 事件がある。

*Bibi* [2001] 事件<sup>442</sup> は、確約タイプの事件に該当し、1977年の住宅（ホームレス）法（Housing (Homeless Persons) Act）（1977年法）（1977年法は1985年の住宅法（Housing Act）（1985年法）に吸収されている）に基づくホームレスに対する恒久的住居（permanent accommodation）の提供の約束（promise）の破棄に関するものである。

440 *R (S)* [2007] (n 438) [40] (Carnwath LJ).

441 *Begbie* [2000] (n 401) [76] (Laws LJ) ; *Nadarajah* [2005] (n 368) [67] (Laws LJ).

442 *R (on the application of Bibi) v London Borough Of Newham* [2001] EWCA Civ 607. *Bibi* [2001] 事件について、伊藤 正当な期待前掲注11 79頁～81頁参照。

住宅局（Housing Authority）は、住宅法に基づいて住居を提供する権限を有し、1977年法以降は、特定のホームレスが利用可能となる適切な住居を確保する義務も負っていた。その後、この義務は、*Awua* [1996] 事件<sup>443</sup>まで彼らが利用可能となる恒久的住居を確保する義務を意味するものと解釈されてきた。しかし、この解釈は*Awua* [1996] 事件で否定されたため、1985年法は1996年に改正された。新たな住宅法では、1985年法の第３部（前述した恒久的住居を確保する義務に関する条項など）が1997年１月20日以前に住居申請を行った申請者を除いて廃止された。２組の家族のホームレスら（Bibi氏ら（原告ら））は、以前よりニューアームロンドン特別区の住宅局から住居を供給され、また、当該局は原告らに対して18カ月以内に恒久的住居を確保する旨を約束していた。しかし、*Awua* [1996] 事件が住宅局の恒久的住居を確保する義務を否定したことで、住宅局は、原告らに対して恒久的住居を提供しなかった。そこで、原告らは、住宅局が恒久的住居を確保する旨の約束を根拠にして「正当な期待」の発生を主張した。

Schiemann LJは、結論として、「住宅局は、安定した賃借契約（secure tenancy）に基づいて適切な住居を住宅局によって提供されるであろうという正当な期待を理由に適切な住宅を求める上訴人の申請を考慮する義務がある<sup>444</sup>」と宣言的判決をし、原告らの請求の一部を認めた。

まず、Schiemann LJは、本題に入るにあたって、裁判所は「行政官による行動の適法性（legality）を審査することおよび行政官側に違法性（unlawfulness）があると認定する場合、いかなる救済を与えるべきなのかを決定する」職能があると述べ<sup>445</sup>、その上で、次のように「正当な期待」の法理との関係で裁判所の役割を指摘した。

443 *R v Brent L.B.C. ex parte Awua* [1996] 1 AC 35.

444 *Bibi* [2001] (n 442) [69].

445 *Ibid* [40].

「裁判所は、上訴人が何らかの利益に関する正当な期待を有している  
と判断した場合であっても、権限ある機関に約束を遵守するよう命ずるこ  
とが、裁判所をして行政権を担わせることになるような場合には、そのよ  
うな命令はしないだろう。裁判所が濫用を確証した時点で、決定権者に対  
して意思決定過程に含まれる正当な期待を適切に考慮するよう求める場合  
がある<sup>446</sup>。」

「公費による住宅の提供のように、歳出の優先事項の社会的、かつ、  
政治的価値判断（social and political value judgments）に基づいて決定  
がなされている分野では、裁判所はそのような不公平な変更（invidious  
choices）が本質的に司法的というよりもむしろ政治的であるという認識  
から始めることになるだろう。私たちの判断では、本件の状況において、  
そのような変更をなす適切な主体はその権限ある機関である。しかし、そ  
の権限ある機関は、当該機関の相手方の正当な期待に照らして判断しなけ  
ればならない<sup>447</sup>。」

Schiemann LJの意見の特徴は、従来の「正当な期待」の法理に関する  
事件での違法性の認定とは異なり、原告が主張する「正当な期待」の発生  
との関係で、公的主体側に濫用が認められた場合には当該「期待」を考慮  
する義務が生じるので、裁判所は、それがたとえ政治的領域であったとし  
ても審理できることや、公的主体は相手方の「正当な期待」の存在を適切  
に考慮した上で判断すること（本件に即すると、住宅局は「正当な期待」  
の存在を適切に考慮して恒久的住居の提供の変更の判断をすること）を示  
したところである。そこで、Schiemann LJは、研究者の間で「救済の柔  
軟性<sup>448</sup>」を示したと評価されている。例えば、Steeleは、本判決は十全な

---

446 Ibid [41].

447 Ibid [64].

448 Yaaser Vanderman (n 299) 179.

実体上の保護に代わる方法を展開し、この法的救済では裁判所が当該公的主体の裁量や職能に対して過度に介入せずに申立人の「期待」が保護される場合があることを示したと指摘する<sup>449</sup>。また、Thomasは、Schiemann LJが住宅局に求めたことは「カウンシルが家族の期待を関連考慮事項として考慮し、安定した施設を提供しない場合は理由を付記する」ということであったと述べる<sup>450</sup>。

他方で、このようなSchiemann LJの意見には、懐疑的な見解もみられる。例えば、Pievskyは、裁判所はある考慮事項が関連するのは明らかかどうかを決定権者に伝える権限を与えられているとしても、どの程度、その関連考慮事項に帰すべきなのかということまでも伝えることはできず、「正当な期待」には実体上の効果がないだろうと述べる<sup>451</sup>。この見解は、裁判所は公的主体に考慮すべき事項を示すことはできるとしても、それをどの程度、考慮しなければならないのかの裁量は公的主体側にあるので、結局のところ、「正当な期待」の法理で実体的保護を求めるのは難しい旨を示したものだと考えられる。

議論の余地はあるものの、Schiemann LJは、裁判所は「正当な期待」に関わる公的主体の政治的判断に濫用が認められた場合に当該「期待」を適切に考慮するよう要請でき、また、公的主体は政治的判断の変更をする際に相手方の「正当な期待」を適切に考慮して判断しなければならないことを示し、従来、司法権の過度の介入にあたることから「正当な期待」が認められていなかった政治的領域で、裁判所の判断過程を拡げた。Schiemann LJは、行政上の表示の変更それ自体の違法性の判断に立ち入ることなく、配慮義務という手法をとおして当該法理の射程を拡大させた理解

---

449 Iain Steele (n 306) 320.

450 Robert Thomas (n 293) 73.

451 David Pievsky, 'Legitimate Expectation as a Relevancy' (2003) JR 144, 147-148.

できよう<sup>452</sup>。

#### 第4節 小括

本章では、*Coughlan* [2000] 事件で明示された類型アプローチの内容を精査しつつ、当該事件以降の「手続上の正当な期待」と「実体上の正当な期待」に関する裁判例・判例を検討、分析し、確立（*Coughlan* [2000] 事件）および定着期の「正当な期待」の法理の展開を明らかにしてきた。

本節では、本章の内容を整理しつつ、第2章第4節で示した「正当な期待」の法理の残された5つの課題に対して、また、第3章第1節第3款であげた*Coughlan* [2000] 事件の3つの課題に対して、それぞれどのような対応をしてきたのか、さらに、定着期の裁判所がこれらの課題以外で当該法理との関係で新たに展開させたことは何か、そして、類型アプローチの規範性の有無を示す。

##### 第1款 第2章第4節であげた課題への対応

*Coughlan* [2000] 事件では、手続上実体上それぞれの「正当な期待」の認否に関する判断基準や審査手法が類型アプローチとして明示された。それは、先例ではみられなかった「正当な期待」の法理に関する統一した規範内容であった。そして、これは、主に第一および第二の課題に対応したものであった。

第一の課題は、裁判所は、原告の「実体上の正当な期待」が認められるか否かとの関係で公的主体による原告の確約の破棄への対処方法を明示していないというものであった。この点につき、Lord Woolf MRは、「実体

---

452 なお、Schiemann LJが*Coughlan* [2000] 事件の類型アプローチ（第1類型又は第3類型）をベースにしているのか否かについては、当該裁判官が具体的な言及をしていないため、はっきりとしていない。

上の「正当な期待」の射程を丹念に検討し、第１類型をpolicyタイプの事件に関する規範、第３類型を確約タイプの事件に関する規範にそれぞれ区別した。すなわち、第１類型はWednesbury原則に基づいて、第３類型は、行政上の表示の明白さに着目した基準（「契約」の性格の行政上の表示）、権限の濫用の法理に公正性の法理（著しい不公正を含む）や良き行政の法理を組み合わせた判断基準および衡量審査という審査手法に基づいて、「実体上の正当な期待」の認否を判断した。*Coughlan* [2000] 事件は、確約タイプの事件への対処方法を明示したものであった。

第二の課題は、「実体上の正当な期待」について、進展期の裁判例・判例を踏まえても、依然として、裁量拘束禁止の法理との関係でそれをどのように扱うべきなのか、明確な回答は示されなかったというものであった。

この点につき、Lord Woolf MRは、policyタイプの事件への対処として、Wednesbury原則を中心とした審査を第１類型として、また、確約タイプの事件への対処として、公的主体の裁量それ自体を「正当な期待」の法理をもって直接、統制するのではなく、当該公的主体による約束の破棄それ自体が権限の濫用に帰する不公正さがあるという形で権限の濫用の法理を入れた審査を第３類型としてそれぞれ呈示し、いずれも裁量拘束禁止の法理に抵触しない論理を構成した。

このように、Lord Woolf MRは、「正当な期待」の法理が裁量拘束禁止の法理に抵触しない枠組みを第１類型と第３類型という形で摘示したが、このうち、policyタイプの事件に対処する第１類型は、従来のWednesbury原則に基づいて審査するものであり、事実上、「正当な期待」が認められないおそれがあった（本章第１節第３款を参照）。

第三の課題は、裁判所は、原告の「実体上の正当な期待」が認められるか否かとの関係で、公的主体がpolicyの変更をすること自体を違法とするのか又は従前のpolicyに基づいて決定しなかったことを違法と解するのかをはっきりとさせていないというものであった。

この点につき、*Coughlan* [2000] 事件のLord Woolf MRは、公的主体が従前のpolicyに基づいて決定しなかったことを違法と判断し、また、当該事件以降の裁判所も、policyを変更すること自体の違法性を問えるとは示さなかった。振り返ると、「実体上の正当な期待」に関する事件では、確立（*Coughlan* [2000] 事件）および定着期の裁判所は、「正当な期待」の法理を通して裁量拘束禁止の法理を否定するような論理を展開するのではなく、当該法理を活用するにあたって、明白性の要件、権限の濫用の法理（公正性の法理と組み合わせた基準も含む）、比例原則・衡量審査という判断基準や審査手法を採り入れた論理を展開し、国民の権利利益の救済を確保してその拡大を試みていた。確立（*Coughlan* [2000] 事件）および定着期の裁判所は、裁量拘束禁止の法理に抵触しない「正当な期待」の法理に関する様々な規範を形成し、公的主体の定立したpolicyそれ自体の違法性を問うのではなく、あくまでも原告が主張する「実体上の正当な期待」に関わる公的主体のpolicyの定立を個別具体的に審理し、当該「期待」を破棄することは正当か否かという点で違法性を問い、経時的にそれがより一層、明白になった。

第四の課題は、原告の純粋な「実体上の正当な期待」の認否が問われている事件に対する裁判所の対処方法と、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との区別が不明確であり、また、この点における裁判所の対処も鮮明ではないというものであった。

この点につき、*Bhatt Murphy* [2008] 事件のLaws LJは、「手続上の正当な期待」を2つに整理し、公的主体と原告との間でpolicyの定立にあたって協議の確約がなくても「手続上の正当な期待」が認められる場合が（龍法 '23）56-1, 142（142）



あるという規範を形成した。Laws LJが「手続上の正当な期待」を２つに細分化し、「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を「手続上の正当な期待」に関する事件として扱えられるようにした結果、「手続上の正当な期待」の射程の拡大をもたらした。

第五の課題は、裁判所は、進展期に出現した、協議に関する法理、権限の濫用の法理、行政上の明白さに着目した基準、比例原則・衡量審査について、裁判所がこれらと関連性をもって「正当な期待」の法理の規範構造や、原告の「正当な期待」が認められるか否かを論理的に展開すべきではないかというものであった。

まず、協議の法理について、裁判所は、コモン・ロー上の協議義務を導くために「正当な期待」の法理をベースに公的主体の意思決定過程で適正な協議が行われるよう要請した。要するに、裁判所は、公的主体に制定法上の協議義務がなかったとしても、協議に関する「正当な期待」が認められる場合にはコモン・ロー上の協議義務が存在し、公的主体に対して適正な（公正な）協議を実施するよう求めたのである。そして、その際に、*Coughlan* [2000] 事件のLord Woolf MRが定式化した「正当な期待」の法理の類型とは直接的に関係のない協議義務の要件を呈示した。そして、裁判所はこの組み合わせに基づいて判断し、「正当な期待」の法理の射程がコモン・ロー上の協議義務へも拡大した。

次に、権限の濫用の法理について、裁判所は、当該法理を内国歳入庁に関する事件に留めることなく持ち出し、当該法理に公正性の法理（著しい不公正も含む）や良き行政の法理を呈示して、これらを組み合わせた判断基準で「正当な期待」の認否を審理した。定着期の裁判所は、権限の濫用の法理は「正当な期待」に関する事件の判断基準として重要視した。

また、裁判所の審査手法について、*Coughlan* [2000] 事件では、第３類型で衡量審査が採用されたが、当該事件以降の裁判所は、比例原則・衡

量審査に触れつつも、主に明白性の要件や権限の濫用の法理といった別の判断基準をもって、また、公的主体と原告との衡量の問題に踏み込むことなく、双方の立証責任の話へと話を変える形で「正当な期待」の認否を審理した。これは、イギリスの裁判所が比例原則・衡量審査を用いる難しさを表している。

さらに、行政上の表示の明白さに着目した基準について、裁判所は、これを明白性の要件として定め、他の判断基準や審査手法と合わせて積極的に活用した。*Coughlan* [2000] 事件では、「契約」の性格の確約という極めて限定化した要件が示されたが、当該事件以降の裁判所は、ここまで厳格に位置付けることなく、また、明白性の要件の文言も様々な言い回しをし、文言の具体性および特定性を審理した。なお、*Coughlan* [2000] 事件のように、明白性の要件として「契約」の性格の確約を求めるものはなかった。

こうして、確立（*Coughlan* [2000] 事件）および定着期の裁判所は、第2章第4節で示した5つの課題への解決策を見出すとともに、*Coughlan* [2000] 事件の類型アプローチを引用ないし参照しつつも、「正当な期待」の認否を判断するために、個々の事案に即して様々な判断基準や審査手法を展開させ、「正当な期待」の法理の規範を定立した。

## 第2款 第3章第1節第3款であげた課題への対応

*Coughlan* [2000] 事件以降の裁判所は、当該事件のLord Woolf MRの意見で明らかとなった課題をどのように対処したのだろうか。

第一の課題は、行政上の表示の明白さの基準として「契約」の性格の約束を示したところであった。

この点につき、定着期の裁判所は、「契約」の性格の行政上の表示の存在を明白性の要件として求めておらず、その該当範囲を狭めなかった<sup>453</sup>。

453 ただし、定着期では、Lord Woolf MRの意見自体を否定した裁判官はみらぬ（龍法 '23）56-1, 144（144）

第二の課題は、第１類型をpolicyタイプの「実体上の正当な期待」に関する事件（従来型）、第３類型を確約タイプの「実体上の正当な期待」に関する事件（新型）として、「実体上の正当な期待」を明確に類型化したが、このような区別は適切（妥当）なのかというところであった。

この点は、*Coughlan* [2000] 事件と同時期に示された*Begbie* [2000] 事件のLaws LJが第１類型と第３類型とを区別しない横断アプローチを呈示し、その後の裁判所がこれに倣ってpolicyタイプの事件でも権限の濫用の法理や比例原則・衡量審査を用いて判断した。*Begbie* [2000] 事件以降の裁判所は、類型アプローチそれ自体を否定していないものの、特に、policyタイプの事件を柔軟に対処できるようにするために横断アプローチを採った。

第三の課題は、第２章第４節で挙げた課題の１つである、原告の純粋な「実体上の正当な期待」の認否が問われている事件に対する裁判所の対処方法と、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「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扱い方について、明確な応答が示されなかったところである。

この点は、*Bhatt Murphy* [2008] 事件のLaws LJが「手続上の正当な期待」を２つに細分化し、このような中間に位置付けられる事件を「手続上の正当な期待」の枠組みで対処できるようにした。

第四の課題は、「正当な期待」の法理が裁量拘束禁止の法理に抵触しない枠組みを第１類型と第３類型という形で呈示されたものの、このうち、policyタイプの事件（第１類型）は、従来のWednesbury原則で対処するため、事実上、「実体上の正当な期待」が認められないおそれがあるところである。また、そもそも裁量拘束禁止の法理の問題は、双方の類型を区れなかった。

別せずに権限の濫用の法理を活用することで対処できるのではないかという点である。

これらの点につき、定着期の裁判所は、*Begbie* [2000] 事件のLaws LJが示した横断アプローチを採り入れ、policyタイプの事件でも権限の濫用の法理をベースに「正当な期待」の認否を判断した。そして、裁判所がこのような形で審査する限りは、「実体上の正当な期待」が裁量拘束禁止の法理との関係で問題にならなかった<sup>454</sup>。その結果、「実体上の正当な期待」は裁量拘束禁止の法理（公的主体によるpolicyの変更）を制限するものではないという評価へと至った。

こうして、定着期の裁判所は、第3章第1節第3款で示した4つの課題に対する解決策を見出した。

### 第3款 定着期における新たな展開

第2章第4節では、*Coughlan* [2000] 事件以前の「正当な期待」の法理の展開でカギとなったのが優越的公益の存在の有無であることを示した。

---

454 この観点とは別に、そもそも「実体上の正当な期待」は、裁量拘束禁止の法理に抵触しない旨を示した研究者として、Hilsonがいる。Hilsonは、「非拘束の法理〔裁量拘束禁止の法理、以下同じ意味〕が、当初のpolicyを厳格に守らないことを意味するならば、公のpolicy上の理由が新たなpolicyとは対照的に当初のpolicyに基づいて対処される個人の期待よりも優先される場合は、いかなる事件でも正当な期待は存在しないことになり、「他方で、非拘束の法理が新たなpolicyを厳格に従わないことを意味するならば、両法理は対立しない」と述べた上で、「当初のpolicyにしたがって対処されるという実体上の正当な期待が存在すると判断される場合は、少なくとも個人との関係では新たなpolicyを適用する権限ある機関の裁量は代わりに拘束され」るものの、「当初のpolicyとの関係で享受した正当な期待を認めることは、権限ある機関がその新たなpolicyを厳格に守らないという非拘束の法理を遵守するということの意味するに等しい」ので、「実体上の正当な期待は非拘束の法理に対立しない」と指摘する（〔 〕内は引用者注）。Chris Hilson, 'Policies, the Non-Fetter Principle and the Principle of Substantive Legitimate Expectations: Between a Rock and a Hard Place?' (2006) JR 289, 293.

では、ここから定着期（*Coughlan* [2000] 事件以降）の裁判所が新たに展開したことは何か。次の３点を挙げたい。

第一に、定着期の裁判所は、従来、「正当な期待」の法理で認めてきた公正な聴聞の機会や意見表明の機会に留まることなく、新たにコモン・ロー上の協議義務を導き、「手続上の正当な期待」の射程を拡げた。そこでは、主に「正当な期待」の法理をとおして権利利益手続にかかる協議をコモン・ローで保護する術が明示されてきたのだが、この点につき、*Greenpeace* [2007] 事件が、公衆の参加手続にかかる協議について、「正当な期待」の法理でコモン・ロー上の協議義務を導いた。*Greenpeace* [2007] 事件は、この点関する１ケースに過ぎないものだが、不特定多数の者の「手続上の正当な期待」が保護される場合があることを示した。こうして、定着期の裁判所は、「手続上の正当な期待」をさらに深化させ、結果として、「正当な期待」の法理の射程の拡大に寄与した。

第二に、定着期の裁判所は、政治的領域に関係する事件での裁判所の役割について言及した。*Bibi* [2001] 事件のSchiemann LJは、相手方の「正当な期待」との関係で公的主体の濫用が認められた場合には、当該公的主体はその「期待」を考慮する義務が生じるので、裁判所はこの点を審理できることや、公的主体は相手方の「正当な期待」の存在を適切に考慮して判断しなければならないことを示した。Schiemann LJは、行政上の表示の変更それ自体の判断に立ち入ることなく配慮義務という手法で裁判所が対処できることを示し、これも結果として、「正当な期待」の法理の射程の拡大につながった。

第三に、定着期の裁判所は、第１類型（policyタイプの事件）と第３類型（確約タイプの事件）とを特段、区別することなく、主に第３類型を引用ないし参照して、「実体上の正当な期待」の認否を判断する基準や審査手法を明示し、特に権限の濫用の法理をベースに審理して「実体上の正当な期待」の認否を決定した。そして、その契機となったのが*Begbie*

[2000] 事件のLaws LJの意見であり、当該裁判官はCoughlan [2000] 事件のLord Woolf MRが示した類型アプローチを横断アプローチへと深化させ、類型アプローチを柔軟に説いた。横断アプローチは、Begbie [2000] 事件以降の裁判所で主流のものとなった。

このように、定着期における「正当な期待」の法理も新たな展開がみられた。

#### 第4款 類型アプローチの規範性

最後に、Coughlan [2000] 事件のLord Woolf MRが提示した類型アプローチの規範性の有無を小括する。

「手続上の正当な期待」は、Ng Yuen shiu [1983] 事件、GCHQ [1984] 事件やCoughlan [2000] 事件で明確な基準が定められたにもかかわらず、Coughlan [2000] 事件では第2類型として形成され、当該事件以降の裁判所は、コモン・ロー上の協議義務に「手続上の正当な期待」の射程を拡げることで、国民の手続的利益を保護しようとしている。定着期の裁判所では、コモン・ロー上の協議義務を導くため「正当な期待」の法理に触れる際に第2類型を引用ないし参照するものはみられなかったが、当該事件のLord Woolf MRが意図したこととは異なった形ではあるものの、基本的に第2類型で提示された内容と類似している。よって、第2類型の規範性はあると理解できよう。

「実体上の正当な期待」は、Coughlan [2000] 事件で従来型（第1類型）と新型（第3類型）とに区別され、当該事件以降の裁判所は、もっぱら第3類型を引用ないし参照しているが、当該類型をそのままあてはめるのではなく、柔軟に解釈していた。そこでは、先に触れた第四の課題との関係で、明白性の要件、権限の濫用の法理に公正性の法理（著しい不正を含む）や（公正性の法理をベースした）良き行政の法理を組み合わせた判断基準や、比例原則・衡量審査という審査手法が積極的に活用された。

定着期の裁判所は、第３類型の規範性を認めているものの、各事案の個々の事情に即して当該類型を柔軟に解し、「実体上の正当な期待」の認否を判断しており、当該類型それ自体は、あくまでも「実体上の正当な期待」が認められるか否かを判断する際の考慮要素を示したものに溜まった。また、定着期の裁判所は、第１類型に該当しそうな事案でも第３類型の事案として昇華しつつも、第３類型に沿って審理するのではなく、先述した判断基準や審査手法を柔軟に用いて「正当な期待」の認否を決定してきた。これは、定着期の裁判所が、第１類型は事実上、Wednesbury原則に基づいて判断するので従来の行政法に関する事件の対処方法と変わらず、国民の実体的利益の保護に繋がらないことへの懸念の表れだと考えられる。さらに、*Begbie* [2000] 事件のLaws LJが第１類型と第３類型とを区別せずに横断アプローチをし、当該事件以降の裁判所がこのアプローチで審理している。

こうして定着期の裁判所は、第１類型や第３類型の規範性を認めつつも、「正当な期待」の法理で国民の実体的利益を保護し、また、その保護範囲を拡げるために当該類型に固執することなく、あくまでも、「実体上の正当な期待」の認否を判断する際の考慮要素として理解し、判断基準や審査手法のバリエーションを明示した。その結果、第１類型および第３類型が起点となって*Coughlan* [2000] 事件以前よりも「実体上の正当な期待」の射程が拡大しており、これらの類型の規範性はあると言えるだろう。

定着期の裁判所は、類型アプローチをそのまま活用して判断するのではなく、どのように「正当な期待」の法理に基づいて国民の手続的実体的利益を保護し、また、その保護範囲を拡げるのか、各事案の個々の事情に即して類型アプローチで提示された判断基準や審査手法を柔軟に活用する横断アプローチをして「正当な期待」の認否を審理し、その判断基準や審査手法の精緻化を積極的に試みているように思われる。いずれにせよ、類型アプローチは、裁判所が論理構成を立てるベースとなっており規範性を有



するものと理解できる。

## 第4章 総括

第4章では、「正当な期待」の法理の歴史的展開を総括する。第1節は、裁判所が展開してきた「正当な期待」の法理の深化におけるダイナミクスを示す。第2節は、「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例の検討、分析を踏まえて、当該法理の規範構造を整理する。そして、第3節は、本稿での探究からみえた「正当な期待」の法理に関する課題を抽出する。

### 第1節「正当な期待」の法理の深化

#### 第1款 整理

本題に入る前に今一度、本稿で明らかにした「正当な期待」の法理の展開を整理する。

揺籃期では、「正当な期待」は、自然的正義の法理や公正性の法理ではカバーできない利益や、原告適格を基礎づけるという意味での利益を拾い上げ、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位置付けることができる概念と、「正当な期待」は、行政上の表示（確約又はpolicy）に対する国民の信頼を法的に保護することができる概念という2つの意味が見出された<sup>455</sup>。

生成期では、「正当な期待」は手続上の行政上の表示を信頼した国民の手続的利益を保護するものとして要件が定立され、法理化された。もっとも、行政上の表示がpolicyに関係する実体上のものである場合には、「正

---

455 もっとも、発端となった*Liverpool* [1972] 事件は「正当な期待」という用語が使用されず、後の裁判例・判例が当該事件を「正当な期待」の法理に関するものだと説いたことで、このように位置付けられるに至ったという点に留意すべきである。



「正当な期待」の法理は、そのような表示を信頼した者の実体的利益を保護するか否かが裁判官の間で論争的になった。結果として、生成期の「正当な期待」の法理に関する裁判例・判例は、純粋に「実体上の正当な期待」を説いたものではなく、実際には、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「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ものであった。生成期では、「実体上の正当な期待」を認めることは裁量拘束禁止の法理に抵触するとされ、当該法理の射程は手続上に限られるというのが一般的な理解であった。

進展期では、「正当な期待」の法理には、概ね、3つの展開がみられた。第一に、「正当な期待」の法理の射程を実体上に拡げることを認める裁判例、すなわち、「実体上の正当な期待」は公的主体のpolicyの変更を制限するものではなく、公的主体が原告に対して例外的な取扱いをしなければならぬにもかかわらず、そうしなかった場合に従前のpolicyへの遵守を求めて、原告の実体的利益を保護する裁判例が出現した。第二に、「正当な期待」の法理が、協議に関する法理、権限の濫用の法理といったイギリス行政法の別の法理との関係だけでなく、裁判所の審査手法（Wednesbury原則および比例原則・衡量審査）との関係でも推論されるようになった。第三に、「正当な期待」の認否を判断するために行政上の表示の明白さに着目した裁判例・判例が現れた。このように、進展期の「正当な期待」の法理は、その射程が急速に拡大する兆候がみられた。

確立（Coughlan [2000] 事件）では、「手続上の正当な期待」と「実体上の正当な期待」、それぞれの認否に関する判断基準や審査手法が類型アプローチとして明示された。類型アプローチでは、第1類型がpolicyタイプの事件に関する「実体上の正当な期待」の規範を、第2類型が「手続上の正当な期待」の規範を、そして、第3類型が確約タイプの事件に関する「実体上の正当な期待」の規範を示した。とりわけ、第3類型は、公正性

の法理、権限の濫用の法理、比例原則・衡量審査を通して確約タイプの「実体上の正当な期待」の認否に関わる判断基準および審査手法を明示した。類型アプローチは、先例にはみられなかった「正当な期待」の法理に関する統一した規範内容であった。

定着期では、「手続上の正当な期待」と「実体上の正当な期待」、それぞれの認否に関する判断基準や審査手法がより規範化されるとともに、類型アプローチが横断アプローチへと変化して、「実体上の正当な期待」の射程が広がった。

「手続上の正当な期待」の展開について、裁判所は、これをコモン・ロー上の協議義務を導くものとして説き、権利利益手続にかかる協議を保護し、また、一例のみだが、公衆の参加手続にかかる協議の保護も認めた。

「実体上の正当な期待」の展開について、まず、裁判所は、行政上の表示の明白さに着目した基準を明白性の要件として位置付けた。次に、裁判所は、権限の濫用の法理を中心に据えて、当該法理に公正性の法理（著しい不公正を含む）や良き行政の法理を組み合わせた判断基準を形成した。さらに、裁判所は、確約タイプ又はpolicyタイプ双方の事件を問わず、比例原則・衡量審査の活用を示していたが、実際はそれを言及するのに留めていた。

確立（*Coughlan* [2000] 事件）および定着期における裁判例・判例の集積によって、「実体上の正当な期待」は、裁量拘束禁止の法理（policyの変更）を制限するものだと評価されなくなった。

## 第2款 法理の深化におけるダイナミクス

「正当な期待」の法理は、当初、（a）手続面では自然的正義の法理や公正性の法理を、実体面では禁反言の法理をそれぞれ活用しても対処できなかった事案に対応するために創られたものであり、また、当該法理は、ある権利を拡張し、ある利益を法的保護の対象に引き上げるものという意味（龍法 '23）56-1, 152（152）

でも見出されてきた。その後、「正当な期待」の法理は、 $(\beta)$  行政上の表示に対する国民の信頼を法的に保護するためという意味で展開、一般化された。

もっとも、 $(\alpha)$  の意味が完全に失われてしまったのかといえば、そうとは言えない。例えば、*Baker* [1995] 事件は、「正当な期待」の法理のカテゴリーの１つに  $(\alpha)$  の意味がある旨を示した（当該事件のカテゴリー(2)を参照）。また、*Bibi* [2001] 事件は、裁判所が政治的領域でも相手方の「正当な期待」との関係で公的主体の濫用を確証した場合には、当該公的主体はその「期待」を考慮する義務が生じ、この点を裁判所は審理できることや、相手方の「正当な期待」を考慮するよう要請できることを示し、当該法理をととして国民の権利利益の保護の拡大を試みたものであった。さらに、*Greenpeace* [2007] 事件は  $(\beta)$  の意味に該当するものではあるが、その内容は公衆の協議という参加手続の保護を導いたものであり、これは、裁判所が事実上、国民の手続的利益の保護範囲を拡げたともみることができる。つまり、「正当な期待」は、法理としては  $(\beta)$  という意味で展開しているものの、その根底には一見すると筋違いのように思われる  $(\alpha)$  という意味が依然として存在し、裁判所は、「正当な期待」の法理という拡張因子をととして国民の権利利益の救済に実効性をもたせてきたのである。

さて、「正当な期待」の法理は、イギリスの伝統的な法理では対応できないものを保護するという前提で展開されてきたが、当該法理の深化はそれだけに留まらない。

まず、多くの裁判例・判例で明示されたように、「正当な期待」の法理は公正性の法理を基礎にしたものとしてみられている以上、当該法理は公正性の法理の規範的意義からもたらされる限界に対応するもの（要するに実体的公正さを確保するもの）である。「実体上の正当な期待」は、当初、裁量拘束禁止の法理との関係で認められなかった。しかし、進展期以降、

それは徐々に認められるようになり、確立（*Coughlan* [2000] 事件）および定着期では、「実体上の正当な期待」に関する事件の判断基準や審査手法が精緻化した結果、それを否定する見解はみられないようになった。

次に、「正当な期待」の法理は、進展期（1990年代半ば以降）に外在的要因との関係で大きく変動した。これは、*Hamble* [1995] 事件から読み解くことができる。*Hamble* [1995] 事件は、EU（EC）の共通漁業政策に基づいて国内で整備された指針の変更が問題になったものであり、Sedley LJは、EU（EC）の「正当な期待」の法理の判例も踏まえて、論理を展開した<sup>456</sup>。EU（EC）の「正当な期待」の法理は、1970年代の判例で登場し、EU（EC）法の基本原則として認められた<sup>457</sup>。また、公的主体によるpolicyの変更と「正当な期待」の法理の関係について、EU（EC）では、一般的に「正当な期待」を認めることが公的主体のpolicyの変更を妨げるとはみられていない<sup>458</sup>。イギリスにおいて比例原則が導入された背景と

456 例えば、Hilsonは、「*Hamble* [1995] 事件は、直接的で強制的なヨーロッパ化（direct, mandatory Europeanization）に関わる事案であり、それ自体が正当な期待に関するイギリス法の間接的で非自発的なヨーロッパ化（indirect, involuntary Europeanization）をもたらす事案だと考えられ得る」し「又は*Hamble* [1995] 事件自体を間接的で非自発的なヨーロッパ化の事案とみなせるかもしれない」、「*Hamble* [1995] 事件は、純然たる国内法がヨーロッパの規範（norm）に影響された、間接的なヨーロッパ化の事例であった」と指摘して、当該事件を挙げながら（「正当な期待」の法理も含む）イギリス行政法のヨーロッパ化を説明する。Chris Hilson, 'The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence' (2003) 9 EPL 125, 143.

457 Philippe Boymans & Mariolina Elia Antonio (n 20) 724. See also Jürgen Schwarze, *European Administrative Law Revised Edition* (Sweet and Maxwell 2006) 872-873.

458 *Case 120/86 Mulder v Minister van Landbouw en Visserij* [1988] ECR 2321. *Mulder* [1988] 事件について、以下の文献がある。See Robert Thomas (n 102) 43-44; Paul Craig (n 213) 575-576, 585. なお、Gordonによると、EU（EC）もイギリスと同様に単なる一般的なpolicyでは、「期待」を十分に誘発したとみなし得ないとされる。Richard Gordon QC, *EC Law in Judicial Review* (Oxford University Press 2007) 233.

同様に、「正当な期待」の法理も*Hamble* [1995] 事件を契機にEU（EC）という外在的要因の影響を受けてきたと推察されよう。

*Hamble* [1995] 事件で示された比例原則の活用は、その後、*Hargleaves* [1997] 事件において拒絶された一方で、*Coughlan* [2000] 事件では、第3類型で衡量審査と称して登場し、当該事件以降の裁判所も、これを否定することなく、「正当な期待」の法理に関する推論の中で言及している。本稿ではEU（EC）の「正当な期待」の法理の展開を探究していないが、*Hamble* [1995] 事件のSedlay Jの意見に照らせば、進展期（1990年代半ば以降）をみると、EU（EC）の影響を受けてきたと言わざるを得ない<sup>459</sup>。つまり、イギリスの裁判所がEU（EC）の「正当な期待」の法理に関する判例に影響されたことが契機となって、イギリスにおける当該法理の射程が拡大したということである。

もっとも、イギリスの裁判所が、EU（EC）の「正当な期待」の法理の展開をそのまま吸収して当該法理の規範を定立したとまでは言えないように思われる。例えば、*Coughlan* [2000] 事件は、「正当な期待」の法理を3つに類型化し、そのうち、policyタイプの事件（第1類型）では先例（*Findlay* [1985] 事件）に沿った規範（Wednesbury原則に基づく対処）を立て、他方で、確約タイプの事件（第3類型）では衡量審査の活用を示しつつも、行政上の表示の明白さに着目した基準（「契約」の性格の行政上の表示）、権限の濫用の法理に公正性の法理又は良き行政の法理を組み合わせた判断基準の使用も規範に入れていた。また、定着期の裁判所は、比例原則・衡量審査に触れつつも、主に明白性の要件や権限の濫用の法理に公正性の法理（著しい不公正も含む）又は良き行政の法理を組み合わせ

459 Hilsonは、*Coughlan* [2000] 事件以後は、「正当な期待」の法理との関連で作動する国内の法体系とヨーロッパ化の法体系の2つが別々にあるのではなく1つの統一された体系があると述べて、EU（EC）の影響があったことを示唆する。Chris Hilson（n 456）144.

た判断基準を活用して、「正当な期待」の認否を審理していた。つまり、イギリスの裁判所は、EU（EC）という外在的要因による影響を受けつつも、それを丁寧に昇華させて「正当な期待」の法理の規範を定立し、当該法理の射程の拡大に繋げたのである。

以上を踏まえると、「正当な期待」の法理の深化のダイナミクスは、①実効性のある国民の権利利益の救済の確保、②公正性の法理、③EU（EC）という外在的要因の影響であり、当該法理は、裁判所がイギリス行政法上の原理として創造（create）<sup>460</sup> したものであった。

## 第2節「正当な期待」の法理の規範構造（内容）

### 第1款 整理

本題に入る前に、「正当な期待」の法理が展開される事案を整理すると次のとおりである。

---

460 創造という用語について、例えば、イギリス行政法の歴史的発展を裁判官による創造の観点から解説した、J.L.ジョーウェル（安本典夫訳）「イギリス行政法のコモン・ロー的發展——基準、原理及び権利に向けて——」天野和夫・P.アーレンス・J.L.ジョーウェル・王叔文編『裁判による法創造——現代社会における裁判の機能——』（晃洋書房 1989）69頁～81頁を参照。なお、J.L.ジョーウェルは、イギリス行政法の発展の契機になった裁判例・判例として、*Ridge* [1963] 事件、*Wednesbury* [1947] 事件、*GCHQ* [1984] 事件などをあげる。同上 72頁～74頁を参照。

また、Oliverは、現実の裁判は複雑な事件との関係も相まって、「裁判所は法を創り、憲法的次元の場合では公法を創り」、その結果、判例が公法の重要な根源としてみなされると述べるなど、近年でも裁判官の法創造に関する見解がみられる。Dawn Oliver, 'Themes, Sources, and Principles' in Mark Elliott and Robert Thomas (eds), *Public Law* (3rd edn, Oxford University Press 2017) 36, 46-47. なお、Oliverは、裁判官の法創造（judge-made law）の内容についても、①裁判官は制定法を解釈し、その解釈をとおしてその法を修正させ、また、その法に明確な趣旨を与えるために法創造する、②裁判官の法創造はコモン・ローとの関係で制定法の解釈を超えて拡大する、③裁判官の法創造は裁判所がコモン・ローの憲法的原理と関連付ける限りにおいて公法の根源になると指摘する。Ibid.

- （Ａ）（Ａ１）既存の法理では救済することができずに、従来、法的に保護されなかった領域（例えば、特定の外国人が被った利益侵害、原告適格に関係する利益など）に関する事案。
- （Ａ２）従来の救済方法では対応できない事案。
- （Ｂ）（Ｂ１）公的主体が特定の個人又は集団に対して特定の手続きを与える明確な又は暗黙の確約をし、その後、それを破棄して行政的決定をした事案。
- （Ｂ２）公的主体が特定の個人又は集団に対して特定の手続きに関するpolicyを示し、その後、それとは異なるpolicyに基づいて又はそれを変更して行政的決定をした事案。
- （Ｂ３）公的主体が特定の個人又は集団に対して特定のpolicyを示し、その後、それとは異なるpolicyに基づいて又はそれを変更して行政的決定をした事案。
- （Ｂ４）公的主体が特定の個人又は集団に対して特定のpolicyを適用する旨の確約をし、その後、その確約を破棄し、そのpolicyとは異なるpolicyに基づいて又はそのpolicyを変更して行政的決定をした事案。

## 第２款 法理の規範構造（内容）

「正当な期待」の法理に関する規範構造（「正当な期待」の認否を判断する基準になるもの）を整理すると、次の箇条書きのとおりである。

### 〔認められる場合〕

- １）「正当な期待」の発生を主張する者は、個別具体的な行政上の表示を示された特定の個人や集団でなければならない。

▼ 明言する裁判例・判例はないが、*Greenpeace* [2007] 事件を除いて、いずれの事案もこれを前提に審理されている。



- ▼ 特に、明らかに保護の対象となる者の特定性を前提に論理を展開した事件として、*Coughlan* [2000] 事件、*Begbie* [2000] 事件、*Bhatt Murphy* [2008] 事件がある。

- ②「期待」の正当性は、公的主体が示した行政上の表示の性格に左右されるが、次の(a)～(c)に該当する場合（重複する場合も含む）には、「期待」の正当性は認められる。

(a)(手続きに関する行政上の表示として、) 公的主体の「代表者として与えられた明示の約束」又はその「継続性を合理的に期待し得る通例」や、「明示の約束」又は「確立した慣行」などに該当するものである場合。

- ▼ *Ng Yuen Shi* [1983] 事件、*GCHQ* [1984] 事件、*Baker* [1995] 事件。(手続きに関する明確な確約又はpolicyの存在を前提に論理構成をした事件として、*Coughlan* [2000] 事件、*Bhatt Murphy* [2008] 事件、*Moseley* [2014] 事件。)

(b)公的主体が示した行政上の表示が「契約」の性格のものである場合。

- ▼ *Coughlan* [2000] 事件。

(c)「明白、かつ、一義的な」行政上の表示など明白性の要件を満たすものである場合。

- ▼ *MFK* [1990] 事件、*Baker* [1995] 事件、*Unilever* [1996] 事件、*Hargreaves* [1997] 事件、*Coughlan* [2000] 事件、*Begbie* [2000] 事件、*Bancoult* [2008] 事件、*Bhatt Murphy* [2008] 事件、*Paponette* [2010] 事件、*Davies & Anor* [2011] 事件。

もっとも、上記の(a)～(c)に該当しなかったとしても、次の(d)および(e)に該当する場合には、例外的に「期待」の正当性は認められる。

(d)行政上の表示がなかった又は明確ではなかったとしても、裁判所が原告の侵害された利益が法的保護に値するものであると判断した場合。

- ▼ *Schmidt* [1969] 事件、*Breen* [1971] 事件、*O'Reilly* [1982] 事件。



(e)行政上の表示がなかった又は明確ではなかったとしても、裁判所が policy が継続するであろうという確約に相当するものと判断した場合。

▼ *Ruddock* [1987] 事件。

③ 公的主体が原告の「期待」に関係する確約をその後に破棄又は policy をその後に変更して行政的決定をしたことが以下の(a)～(e)に該当する場合には、「正当な期待」が認められる。

(a)公正性の法理、良き行政の法理に反する又は著しい不公正を生じさせる場合。

▼ *Liverpool* [1972] 事件、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件、*Khan* [1985] 事件、*Ruddock* [1987] 事件、*MFK* [1990] 事件、*Baker* [1995] 事件、*Hamble* [1995] 事件、*Coughlan* [2000] 事件、*Begbie* [2000] 事件、*Greenpeace* [2007] 事件、*Papounette* [2010] 事件、*LH* [2014] 事件。

(b)権限の濫用の法理に反する場合（以下の（b1）と（b2）に区別される）。

（b1）権限の濫用に帰する不公正がある場合。

▼ *MFK* [1990] 事件、*Matrix Securities* [1994] 事件、*Coughlan* [2000] 事件、*Begbie* [2000] 事件、*Bibi* [2001] 事件、*Nadarajah* [2005] 事件、*Bhatt Murphy* [2008] 事件。

（b2）権限の濫用に帰する著しい不公正がある場合。

▼ *Unilever* [1996] 事件、*Rashid* [2005] 事件。

(c)公正性の要件（国民の「期待」を破る公的主体の諸々の行為の公正さ）と優越的公益との間の均衡が取れない場合や、公的主体が公益を遂行するのを正当な目的とみなしてきたことに比例した対応がなされていない場合など。

▼ *Hamble* [1995] 事件、*Coughlan* [2000] 事件、*Nadarajah*

[2005] 事件、*Paponette* [2010] 事件。

(d)コモン・ロー上の協議義務に反する場合も含めて公正な手続きに反する場合（手続上の瑕疵がある場合）。

▼ *Coughlan* [2000] 事件、*Greenpeace* [2007] 事件、*Bhatt Murphy* [2008] 事件、*Trillium* [2011] 事件、*LH* [2014] 事件、*Moseley* [2014] 事件。

(e)行政上の表示との関係で相手方に損害を生じさせる信頼がある場合。

▼ *Begbie* [2000] 事件、*Bibi* [2001] 事件、*Nadarajah* [2005] 事件。

そして、裁判所が上記の基準を満たしたと判断したとき、「正当な期待」は認められる。もっとも、裁判所は、①、②の基準を踏まえた上で③で判断する場合や、逆に①、②のみで判断する場合もあり、詰まる所、各事案を個別具体的に審理する中でこれらの判断基準（判断基準を構成する考慮要素）や審査手法を取捨選択し、柔軟に解釈している。

#### [認められない場合]

①公的主体による行政上の表示の履行が公的義務と両立しない又は当該表示が公的主体の制定法上の義務若しくは大権的権限の行使における義務に抵触する場合。

▽ *Liverpool* [1972] 事件、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件、*Khan* [1985] 事件、*Ruddock* [1987] 事件、*Baker* [1995] 事件。

②「期待」が政権公約などの「マクロ政治的目的」などから生じたものである場合。

▽ *Begbie* [2000] 事件<sup>461</sup>。

▽ ただし、政治的判断に関わる行政上の表示における考慮義務とい

---

461 その他、脚注350で詳述した*Wheeler* [2008] 事件がある。

う位置付けならば、認められる場合がある。(Bibi [2001] 事件)

③権限踰越の法理に抵触する場合。

[ほぼ認められない場合]

④裁量拘束禁止の法理に抵触する場合。

▽ *Findlay* [1984] 事件、*Richmond* [1994] 事件。

⑤公的主体が、確約を破棄する又はpolicyを変更する正当な理由や優越的公益がある場合（例えば、公的主体側が国家安全保障上の利益があるなどと優越的公益の存在を証明した場合）。

▽ *Liverpool* [1972] 事件、*Ng Yuen Shiu* [1983] 事件、*Khan* [1985] 事件（policyの逸脱の事例）、*Findlay* [1984] 事件、*Ruddock* [1987] 事件（policyの逸脱の事案）、*Coughlan* [2000] 事件、*Bancoult* [2008] 事件（多数意見）、*Paponette* [2010] 事件。

⑥行政上の表示が過誤のものである場合。

▽ *Begbie* [2000] 事件。

このうち、③の権限踰越の法理や⑥の誤表示については、*Begbie* [2000] 事件のPeter Gibson LJおよびLaws LJの意見を踏まえた議論が研究者の間でされている。両裁判官の意見は、いずれも誤った行政上の表示と違法な行政上の表示との区別を明確にしていなかったため、権限踰越の法理との関係で問題が生じるおそれがあった。特に、権限踰越の法理と「正当な期待」の法理との関係については、Sedlay Jが、禁反言の法理は権限踰越の法理に優越することはない旨を述べた*Hunkin* [1948] 事件や*Matthews* [1949] 事件を挙げて、権限踰越の行政上の表示では「正当な期待」は認められないことを明示したように<sup>462</sup>、イギリスの裁判所では、

462 Sedlay Jは、公的主体を違法な行政上の表示に拘束させることは、「制定法ノ

原則、これに該当する「期待」の正当性を認めていない。

ただし、この点は、補償の観点から議論されている。例えば、Craigは、権限踰越の行政上の表示に拘束させるのを認めるよりも、権利益侵害を受けた者に対して補償を与える方がはるかに簡単なことと述べて、この種の問題は金銭的救済が有用であることを示す<sup>463</sup>。公的主体が示した行政上の表示が権限踰越の法理に抵触するものであったとしても、「正当な期待」の発生を主張する者にとっては、基本的に同主体の内部事情を知る由もないため、これを理由に一切、救済されないとするのは酷なように思われる。そのため、このような見解は、実効性のある国民の権利益の救済の確保に繋がるとともに、「正当な期待」の法理の限界を克服する新しい視点として評価すべきだろう。

最後になるが、裁判所は、Wednesbury原則や比例原則・衡量審査という審査手法に基づいて、「正当な期待」の認否を判断する場合がある（採り入れてはいないが比例原則・衡量審査に触れた裁判例・判例（③と重複するもの）も含む）。

#### ▼ *Hamble* [1995] 事件、*Hargreaves* [1997] 事件、*Coughlan*

---

ゝの権限を違法に拡張し、公的主体の権限を恣意的に拡張するのを許すことになり、権限踰越の法理を破壊するという二重効果」をもたらずと警鐘を鳴らしていた。*Hamble* [1995] (n 186) 731.

もっとも、Sedlay Jは、*Begbie* [2000] 事件にも関わっており、当該事件でも信頼の観点から誤った行政上の表示であったとしても、それが真なる「期待」を発生させるのに十分であり、その「期待」に正当性があるならば、その「期待」を破ることは権限の濫用になるかもしれないと述べていた。*Begbie* [2000] (n 401) [102]. Sedlay Jが、*Hamble* [1995] 事件で示した立場を変えていないならば、当該裁判官は、誤った行政上の表示の場合と違法な行政上の表示との場合とを区別していると言えるだろう。しかし、*Begbie* [2000] 事件におけるSedlay JもPeter Gibson LJやLaw LJと同様にこの点に関して具体的な言及をしておらず、その真意は定かではない。

463 Paul Craig *Administrative* (n 1) 722-723. また、Craigと同様にRobertsも、裁判所が権限踰越の行政上の表示を認めて「正当な期待」を認めるよりも、むしろ補償による解決を指摘する。*Melanie Roberts* (n 121) 122.

[2000] 事件、*Begbie* [2000] 事件（Laws LJの意見）、*Bibi* [2001] 事件、*Nadarajah* [2005] 事件、*Greenpeace* [2007] 事件、*Paponette* [2010] 事件。

### 第３節「正当な期待」の法理の課題

最後に、本稿で「正当な期待」の法理の展開を明らかにした中で、今後、検討すべき課題を摘示する。

第一に、「正当な期待」の法理は、結局のところ、実体法的なものに対して満足に適用できておらず、適用の限界がみられるところである。定着期で積極的に用いられた判断基準や審査手法は、いずれも「実体上の正当な期待」を認めやすくし、「正当な期待」の法理の射程を拡げるものであったが、裁判所は、「期待」に関わる公的主体の行政上の表示それ自体を直接、違法とは言えず、踏み込むことができなかった。そこで、裁判所は、「期待」の発生に関係する公的主体の行政上の表示の違法性を争う方法を検討しなければならない。

まず、裁判所は、公的主体に「期待」に関わる行政上の表示が適正なものであったか否かを権限の濫用の法理をとおして違法事由を説き、相手方に対して適正な行政運営ができていないので当該公的主体の濫用を認めるという方法が考えられる。

次に、裁判所は、公的主体が自ら定立したpolicyの内容の関連考慮事項を一切、考慮していないことや全く関係のない事項を考慮したことを問題にして、個別事情考慮義務ないし他事考慮の観点から当該公的主体の行政上の表示の違法性の有無を審理するという方法である。なお、この点につき、「正当な期待」の法理を用いていないものの、個別事情考慮義務ないし他事考慮の観点から審理可能である旨を示したものとして、*Khan* [1985] 事件のDunn LJの意見が参考になろう。

さらに、例えば、「行政上の表示の破棄又は変更をする場合は、この制

定法に規定する「正当な期待」の規定に従うものとする」のように立法的措置を施す方法もある。制定法に違法となる要件を明確に定めることで、「実体上の正当な期待」の射程外のものに対応することができる。

第二に、裁判所は、「正当な期待」が生じる事項的範囲を拡げてきたが、逆に従来、「正当な期待」によって公的主体の行政的決定を覆せる筈であった事案を考慮事項の審理に押し留めるおそれが出てきたところである。例えば、*Bibi* [2001] 事件は、公的主体が政治的判断の変更をする場合には、相手方の「期待」に配慮しなければならないとしたが、このとき「正当な期待」を考慮義務として昇華しており、政治的領域とは無関係の事案でこの論理が展開されると、当該法理の射程はむしろ狭まるだろう。つまり、これは、「正当な期待」の法理の適用対象が拡がり過ぎた結果、当該法理の効果が過剰となったため、裁判所は当該効果を緩和する方法を模索しているという見方ができるのである。そして、*Bibi* [2001] 事件が採り入れたこの手法は、宜野座村事件を始めとする日本の行政法上の信義則に関する裁判例・判例で示された対処方法に類似している。しかし、この手法が「正当な期待」の法理自体が持っている力を削ぐものにならないのか、前述したように一部の研究者の間で「正当な期待」が本来、認められない事案の対処方法として補償が注目されていることも踏まえて、考えていかなければならない。

以上、「正当な期待」の法理に関する課題を検討してきたが、当該法理の限界を克服する新しい視座を見出すことが、射程の拡大に繋がると考えられる。

## おわりに

本稿では、イギリス行政法における「正当な期待」の法理の展開について、当該法理の裁判例・判例の検討、分析を中心に探究してきた。最後に、  
(龍法 '23) 56-1, 164 (164)

はじめに、で呈示した筆者の問題意識との関係で考究する。

まず、裁量統制の議論との関係についてである。

イギリスの裁判所が「正当な期待」の法理をとおして事案に対処してきたのは、自然的正義の法理、公正性の法理、禁反言の法理、権限の濫用の法理といったものを適用するだけでは処理することができない事案、すなわち、これらの法理の適用対象外となる事案が登場したためであった。結果として、裁判所は、実効性のある国民の権利利益の救済を確保し、また、その拡大をするとともに、公的主体が示した行政上の表示を信頼した者の「期待」を保護し、当該公的主体がその表示に基づかないことが違法となり得る規範を定立した。そして、「正当な期待」の法理がこれらの法理と異なるのは、法理それ自体に固有の中身が存在しないところである。要するに、「正当な期待」の法理は、あるときには引き込んだ他の法理を制約し、また、あるときには、引き込んだ他の法理を組み合わせる新たな規範を生成し、裁判所が臨機応変に対処できる状況をもたらしめている。

そして、様々な法理との関係の中でも、特に、裁判所が「正当な期待」の法理をとおして公正性の法理の意味づけをしたところが注目されよう。すなわち、裁判所は、「正当な期待」の法理で公正性の法理を公的主体に手続上の公正さを要求するものとしてだけでなく、実体上の公正さも要求するものとしても位置付けた。現に、定着期の「実体上の正当な期待」に関する事件では、裁判所はpolicyの変更それ自体を違法と判断しない一方で、policyの変更に係る公的主体の行為を別途、権限の濫用の法理、明白性の要件、比例原則・衡量審査で審理し、当該公的主体に結果の公正さを要求している。

このように、「正当な期待」それ自体は、国民の権利利益を手続上実体上保障する固有の法理として存在するのではなく、様々な法理を吸収する拡張因子のような法理であり<sup>464</sup>、先行研究で示されてきた裁量統制の法

464 補足として、イギリスの行政法や司法全般に関する概説書の中には、「正当な

理という位置づけでは収斂しきれないものである。

次に、日本の行政法上の信義則との比較および「正当な期待」の法理それ自体の本質とは何かについてである。

「正当な期待」の法理は、行政上の表示に対する国民の信頼を法的に保護するものと説かれており、一見すると日本の行政法上の信義則に類似するもののようにみえる。しかし、結論から言うと、その実は似て非なるものだと考えられる。

日本の行政法上の信義則に関する裁判例・判例をみると、そこでは、主に債務不履行責任（契約責任）や不法行為責任（に基づく損害賠償）との関係で適用されてきた<sup>465</sup>。その中でも著名な宜野座村事件<sup>466</sup> 上告審判決

---

「正当な期待」の法理を「司法審査」や「司法審査のground」といった章立ての中の一節として挙げて解説するものがみられる。つまり、これは、「正当な期待」がイギリス行政法に影響を及ぼす法理であるとともに同国の司法審査論にも影響を与えている法理であることを表している。本稿で参照した文献では、以下のものがある。See Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur, Catherine Donnelly, Ivan Hare (n 1) ; Liz Fisher (n 294).

465 該当する裁判例として、熊本地判玉名支部昭和44年4月30日（判例時報574号60頁）、最判昭和50年2月25日（民集29巻2号143頁）、高知地判昭和57年6月10日（判例時報1067号114頁）、福島地判郡山支部平成1年6月15日（判例時報1521号59頁）、仙台地判平成15年12月15日（判例タイムズ1167号202頁）、福島地判郡山支部平成17年2月22日（判例地方自治269号84頁）、横浜地判平成23年12月8日（判例時報2156号91頁）を参照。

このうち、例えば、市長交代にともなう市営団地の建築計画の廃止によってその場所で浴場建設を予定していた者（原告）が損害を受けたとして不法行為に基づく損害賠償請求をした、熊本地判玉名支部昭和44年4月30日（判例時報574号60頁）は、被告市と原告との間に「目的共同関係」があることや「協助・互恵の信頼関係が成立して」いることを重視し、この関係に基づくならば、「原告の有する利益は十分法律上の保護に値する」と摘示して不法行為責任に基づく損害賠償を認めた。また、別の事例として、被告県が臨港道路などの開設を計画し、それに必要な土地の提供の協力を地権者ら（原告ら）に依頼し、実際に買取額の提示まで至っていたものの、その後の社会情勢の変動によって当該買取が中止となったため、原告らが被告県に対して債務不履行責任および不法行為責任を求めた、仙台地判平成15年12月15日（判例タイムズ1167号202頁）は、行政主体と私人との関係であったとしても、「契約交渉がある段階に達し、相



は、信義則を適用するにあたって、民事不法行為上の相関関係に基づいて従前の政策の実施を期待・信頼した者の利益（私的利益）を法的に保護すべきかどうかを審理し、被告の不法行為責任を認めた<sup>467</sup>。

ㄨ 手方に対して契約の成立に対する強い信頼を生じさせるに至った場合」や「契約成立に向けて緊密な信頼関係にあった相手方に損害を被らせた場合」は、契約締結に至らずとも「契約類形の信頼関係に基づく信義則上の責任」があり、「被告には、本件土地の買収に関し、契約締結前の段階における信義則上の義務違反行為がある」と摘示して契約締結上の過失責任から信義則違反を判断し、不法行為責任に基づく損害賠償を認めた。

466 最判昭和56年1月27日（民集35巻1号35頁）を参照。宜野座村事件について、赤間聡「工場誘致施策と信頼の保護」斎藤誠・山本隆司編『行政判例百選Ⅰ 第8版』（有斐閣 2023）44頁～45頁、首藤重幸「工場誘致施策と信頼の保護」宇賀克也・交告尚史・山本隆司編『行政判例百選Ⅰ 第6版』（有斐閣 2012）60頁～61頁を参照。

467 上告審判決は、地方公共団体による政策変更が、①「単に一定内容の継続的な施策を定めるにとどまらず、特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をするを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘を伴うものであり」、かつ、②「その活動が相当長期にわたる当該施策の継続を前提としてはじめてこれに投入する資金又は労力に相応する効果を生じうる性質のものである場合」、③「密接な交渉を持つに至った当事者間の関係を規律すべき信義衡平の原則」に照らして、原告企業の従前の政策への「信頼に対して法的保護を与えられなければならない」ず、従前の政策が実施されるであろうと信頼して「活動に入った者がその信頼に反して所期の活動を妨げられ、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合」、④「地方公共団体において右損害を補償するなどの代替的措施を講ずることなく施策を変更することは、それがやむを得ない客観的事情でない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして、違法性を帯び、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものといわなければならない」とし、これらに該当するならば、たとえ、行政の適法な行為であったとしても、信義則に基づいて違法になる旨を指摘した。上告審判決は、行政が政策を変更したことの違法性を直接、問うのではなく、従前の政策に対する原告の信頼を保護すべきかどうかの観点から審理し、一定の場合に行政による政策の変更が当事者間の信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を有し、不法行為責任が生じると呈示した。

なお、第1審判決（那覇地判昭和50年10月1日（判時815号79頁））は、上告審判決とは異なり、地方公共団体は「地域住民の福祉増進を目的とし、その住民に副うことを前提」に活動するということに注目し、地方自治の根源の1つである住民自治を挙げて、被告が原告に対して「代替的措施をとることな

本上告審判決の結論は概ね評価されているが、「信義衡平の原則」と言いつつも、その適用の有無の議論を特別の犠牲や損失補償など代償措置の議論に置き換えて判断した点、政策変更は民主主義的な決定によりされたものである、それ自体は適法としつつも、結果として被告（村）の不法行為責任を認めるとした点（すなわち、行政側の行為は適法であるにもかかわらず、信義則を適用することで不法行為責任を負い、結果として違法となるという論理構成をした点）に留意しなければならない。つまり、本上告審判決は、正面から信義則の議論を避けたことで、信義則が法理として有する力を削いだ、その効果を緩和したという見方もできるのではないだろうか。行政法上の信義則の理解に基づいて本上告審判決を捉え直す必要がある。

では、宜野座村事件を「正当な期待」の法理で説くとどうなるのか。まず、本件は、個別の確約タイプで「実体上の正当な期待」の事件に該当するものである。すなわち、村所有の土地の一部を工場敷地として譲渡する旨の議会の議決および当時の村長の工場建設に全面協力する旨の言明をその後に破棄し、工場建設に係る建築確認申請に同意しなかったことが「正当な期待」の法理との関係で争われることになる。このとき、裁判所は、確約の性格（例えば、当時の村長の口頭での約束ではなく、工場誘致に関わる議会の議決がされている）とその妥当性、確約の破棄が認められる優越的公益の有無（例えば、工場が建設されることで工場誘致による利益よりも不利益が上回る）、相手方の「期待」に関わる確約も含む行政側の諸々の行為の不公正さや濫用性の有無（例えば、当時の村長が原告の機械設備

---

ㄨ く本件製紙工場建設についての協力を拒むことのできない何ら法的作為義務があるとはいえない」と示して、信義則の適用を一蹴した。このような判断の背景には、本件は選挙を通じて新たな施策が民主的、かつ、適法に決定されている以上、そこでは従前の政策通りになるであろうという信頼は生じないので信義則の適用の余地はなく、むしろ、なぜ、行政の適法な行為が信義則の適用で違法なものへと変化するのかという考えがあるように思われる。

発注の融資に関する依頼文書を金融機関に送付して原告と密接な関係を築いたこと、実際にその発注や工場敷地の整地を終わらせるなど工場誘致を前提とした行動がされていること）を中心に審理する。そして、本件の場合、原告が当然、工場誘致の成立を「期待」するだけの行政側の諸々の行為が認められることから、権限の濫用に帰する不公正さがあり、原告の「正当な期待」が認められ、違法となるように思われる。

ここまで日本における行政法上の信義則について触れてきたが、他方でイギリスの裁判所は、行政権との間で緊張関係があるものの、「正当な期待」の法理をととして公益のそれ自体の内容の審理を試みている。つまり、イギリス行政法における「正当な期待」は、従前の公益と新たな公益との間の対立を調整し、適切な公益の実現を図る法理なのである。国民が、公的主体が従前に示した行政上の表示（確約又はpolicy）から生じる「期待」を法的保護に値する利益だと主張することから、イギリスの裁判所は、*Liverpool* [1972] 事件以降、「正当な期待」が認められることで保護される手続的実体的利益（「期待」から生じた手続的実体的利益）を純粋な私益ではなく公益として説いている。したがって、「正当な期待」の法理に関する事件で問題となるのは、国民への従前の行政上の表示から生じる公益（国民が「期待」した行政上の表示から生じる利益）とその後に当該表示の破棄又は（逸脱ないし）変更によって新たに生じる公益（公的主体が主張するところの優越的公益（当該公的主体が新たに実現したい公益）のうち、いずれの公益が法的に保護されるのかということである。そして、裁判所は、この点から「正当な期待」の認否を判断し、公的主体側が主張する新たな公益に優越性がない場合（公的主体が新たな公益の優越性を証明できない場合）に、国民の「期待」を正当化し、その「期待」から生じる利益（従前の公益）を保護する。

このように、「正当な期待」の法理は、従前の公益（公的主体が示した行政上の表示から生じる国民の「期待」に関わる利益）と新たな公益（当

該公的主体が行政上の表示の破棄又は（逸脱ないし）変更によって出現する利益（優越的公益））とが対立する際に、この対立を調整するとともに、従前の公益を「正当な期待」として個人の利益に還元し、各事案で適切な公益の実現をすべく創られたものであり、裁判所は、「正当な期待」の法理をとおして公益実現過程そのものを法的に秩序づけている。そして、これが「正当な期待」の法理それ自体の本質だと考える。

よって、「正当な期待」の法理と日本の行政法上の信義則との相違は明らかであろう<sup>468</sup>。

以上、本稿では、「正当な期待」の法理の展開を行政法裁判例・判例の展開と裁判所の役割の観点から明らかにしてきた。帰するところ、「正当な期待」の法理は、行政を統制してイギリスの裁判所が実効性のある国民の権利利益の救済を確保し、また、それを拡大させるものとしてだけでなく、様々な法理を吸収する拡張因子のようなものとして、従前の公益と新たな公益との間の対立を調整し、適切な公益の実現を図るものとして創造されてきたものでもあった。そして、これらが、「正当な期待」の法理の総合的な像だと言えよう。

現代行政は、国内外問わず、質的量的に目まぐるしく変化し、行為形式

---

468 その他、「正当な期待」の法理と日本の行政法上の信義則との相違を挙げると、次のような点もあろう。

まず、日本では、裁判所が信義則を直接の根拠として挙げるのは実定法が存在しないといった例外的な場合に限定されており、信義則それ自体を直接の根拠とする場合は極めて稀である一方で、イギリスの裁判所は、「正当な期待」の法理を直接の根拠としている。

次に、日本とイギリスでは、そもそも行政上の表示の意味が異なる。イギリスの裁判所では、「正当な期待」の認否を判断するにあたって、明白性の要件を満たすかどうかが審理され、また、特定の個人又は集団に対する表示であるならば、表意者（公的主体）の地位や権限といったものは特段、重要とされていない。他方で、日本の裁判所では、行政主体の発した「公的見解の表示」（最判昭和62年10月30日（判例時報1262号91頁））、すなわち、行政上の表示をした行政主体の権限や地位が重視されている。

の多様化や行政主体の複雑化を生ぜしめている。そして、このような状況下でも、裁判所は、行政の諸々の行為によって侵害された国民の権利利益を救済するのか又はその活動ないし行為の適法性を維持して公益を保護するのかという判断が求められており、裁判所が果たす役割は、益々、重要になっている。この点、イギリスの裁判所は、様々な法理を裁判例・判例の集積を踏まえて展開し、従来の法理では対処できない事案（従来の法理では、行政を統制して実効性のある国民の権利利益の救済の確保ができない事案）が出てきた場合に、新たな用語を示し、後にそれを概念化し、最終的に法理化するというサイクルを繰り返し行ってきた。そしてそれが、結果として、イギリス行政法の発展に繋がった。本稿では、「正当な期待」の法理の展開を明らかにする中で、この点を少なからず示すことができたように思われる。

本稿で扱えられなかったことに対する本格的な研究は、他日に期し、本稿は、一先ずここで筆を置くことにする。

#### 〔追記〕

本論文は、筆者が2021年度（2021年11月30日）に龍谷大学大学院法学研究科に提出し、認められた博士論文に加筆修正をしたものである。

龍谷法学55巻2号～同55巻4号の掲載部分において、次の誤りがございました。謹んでお詫び申し上げますとともに訂正いたします。

#### ①龍谷法学55巻2号203頁9行目

誤：「…申立人〔原告〕に〔面接を受ける機会〕を与え、…」

正：「…申立人〔原告〕に〔面接を受ける機会をを〕与え、…」

#### ②龍谷法学55巻2号209頁10行目

誤：…を調査するための手続を怠っていた。

正：…を調査するための手続きを怠っていた。

③ 龍谷法学55巻 2 号222頁11行目

誤：…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。

正：…に基づいてコモン・ロー上の協議義務を導く旨を示したものである。

④ 龍谷法学55巻 3 号250頁23行目

誤：…「(手続とは対照的に) 実体の…」

正：…「〔手続きとは対照的に〕 実体の…」

⑤ 龍谷法学55巻 4 号318頁15行目

誤：「…協議しなければならない (手続上の期待の第 2 ケース。)…」

正：「…協議しなければならない (手続上の期待の第 2 ケース)。…」

⑥ 龍谷法学55巻 2 号204頁 脚注137

誤：Yoav Dotan, 'Why Administrators Should be Bound by their Policies' (1997) OJLS 17 41, 38.

正：Yoav Dotan, 'Why Administrators Should be Bound by their Policies' (1997) OJLS 17 23, 38.

⑦ 龍谷法学55巻 3 号274頁 脚注294

誤：Liz Fisher, 'The Grounds of Judicial Review' in Mark Elliott and Robert Thomas (eds), *Public Law* (3rd edn, Oxford University Press 2017) 531.

正：Liz Fisher, 'The Grounds of Judicial Review' in Mark Elliott and Robert Thomas (eds), *Public Law* (3rd edn, Oxford University Press 2017) 497, 531.

# The Removal of ‘Lunatics’ from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s

Takehiko Ochiai<sup>\*</sup>

## Introduction

Britain once held the four colonies of Nigeria, the Gold Coast (present-day Ghana), Sierra Leone, and the Gambia in West Africa. Of these British West African colonies, Sierra Leone was the first to open a facility in which those who were officially certified as ‘lunatics’ were detained, also known as a lunatic asylum. In the mid-19th century, Sierra Leone opened a lunatic asylum in Kissy, located on the outskirts of the capital of Freetown, after which lunatics not only from Sierra Leone but the other British West African colonies were transferred to the Kissy Asylum. However, the transfer of lunatics from British West African colonies other than Sierra Leone to the Kissy Asylum almost completely stopped following the

---

This is a revised English version of my paper originally published in Japanese, entitled ‘1930 nendai niokeru ganbia kara shierareone heno seishinbyousha no isou’ (*Journal of Swahili and African Studies*, (34): 39–49). I am grateful to the Editorial Board of *Ryukoku Law Review* for permission to publish this English version in the journal.

<sup>\*</sup>Professor in African Politics and International Relations at the Faculty of Law, Ryukoku University, Kyoto, Japan.

opening of lunatic asylums in the Gold Coast in the late 1880s and in Nigeria in the first decade of the 1900s. In contrast, the Gambia continued to send its lunatics to the Kissy Asylum until it finally established its own asylum just before the outbreak of the Second World War.

The objective of this paper is to examine the actual circumstances of the transfer of lunatics from the Gambia to Sierra Leone during the colonial period, with a primary focus on the 1930s, just before the start of the Second World War. More specifically, in this paper, I will refer to government documents of the Colonial Office (CO) and colonial governments that I have collected at the National Archives (NA) in London, U.K., and in the National Archives of Sierra Leone (NASL) in Freetown, Sierra Leone, as appropriate to illuminate the reality of the scale and procedure of the transfer of lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s.

It should be noted that 'Elder Dempster and the Transport of Lunatics in British West Africa.' (Heaton 2016) has already discussed the transfer of lunatics in British West Africa. However, this paper analyses in detail the role played by Elder Dempster, which was a shipping company that operated ocean liners between the U.K. and British West Africa, in the 'transport' of lunatics. Meanwhile, in the present paper, I focus on the 'removal' of lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s, and I will investigate the legal systems in place for moving lunatics out of the colonies, the scale of transfer of lunatics, and specific cases.



## **1. Ordinances relating to lunatics and their removal**

The Gambia was once a thin and narrow British colony along the Gambia River, officially known as the Colony and Protectorate of the Gambia. The estimated population of the colony in the mid-1930s was just under 200,000, and its capital of Bathurst had a population of just 14,000–15,000 (Brown 1938: 3). It was only in 1939, when the Second World War broke out, that a detention facility exclusively for lunatics called the Observation Home was built in the Gambia, and its operation actually commenced in 1940 (The Gambia 1940: 7). Prior to this, suspected lunatics in the Gambia were temporarily detained in prisons, hospitals, or the Home for the Infirm, and if their symptoms did not subsequently improve, they were officially certified as lunatics (i.e., certified lunatic). Since there were still no detention facilities exclusively for lunatics in the Gambia, such individuals were transferred to the U.K. if they were European, and to the Kissy Asylum in Sierra Leone by boat if they were of West African origin.

The Gambia during the colonial period had two major ordinances relating to the treatment of such lunatics. The first is the Lunatics' Detention Ordinance of 1917. In this 1917 Ordinance, Article 3 stipulated that suspected lunatics were officially recognized as lunatics by order of the Judge of the Supreme Court, Police Magistrate, or two Justices of the Peace, as well as by two certificates of lunacy by two doctors; and were to be detained in 'a place of detention' stipulated by the Governor. Furthermore, Article 4 stipulated that if a Senior Medical Officer or a substitute

determined the matter urgent, then their signed certificate of emergency alone would suffice for detaining the suspected lunatic for up to seven days without any court involvement. The maximum detention period of the suspected lunatic by this emergency certificate was stipulated by law as up to seven days, but in reality this period was easily extended at the doctor's discretion depending on the need and situation.

Incidentally, in other British West African colonies such as the Gold Coast, District Commissioners and Magistrates were given the authority to detain suspected lunatics for the purposes of observation for a period not exceeding one month without a doctor's certificate (Brown 1938b: 19–20). However, in the Gambia, although it was permitted to detain suspected lunatics for up to seven days with only a doctor's emergency certificate, conversely, it was not legally permitted to detain suspected lunatics for the purpose of observation at the discretion of the government or judiciary without a doctor's certificate.

The second is the Lunatics' Removal Ordinance of 1904. In this 1904 Ordinance, Article 4 gave the Governor the authority to transfer West African natives who were lunatics to the colony in Sierra Leone. It was stipulated that such transfers must be accompanied by the following: (1) a removal order of the Governor in the Gambia, (2) a medical certificate jointly signed by Medical Officers, and (3) a guarantee that the colonial government of the Gambia would undertake to cover the costs of transfer of the lunatic and their stay in the asylum (Brown 1938a: 5).

Incidentally, Article 2 of the 1904 Ordinance stipulated that non-

African lunatics such as Europeans could be ordered to be transferred to the U.K. by the Supreme Court instead of the Governor as necessary. In contrast, there were no clear rules regarding the transfer of African lunatics from other than West Africa. It was stipulated that non-African certified lunatics, mainly Europeans, were first to be transferred to the U.K. by order of the Supreme Court; and West African certified lunatics were to be transferred to Sierra Leone by order of the Governor. In contrast, the legal underpinnings of and procedures for the international transfer authority of African certified lunatics from other than West Africa were ambiguous, likely due to the extreme rarity of cases of African lunatics from other than West Africa in the Gambia at the time.

The 1917 and 1904 Ordinances of the Gambia thus relied upon the medical examinations of doctors – often colonial medical officers – to temporarily detain suspected lunatics based on only the medical judgment of the emergency certificate. Afterwards, when the suspected lunatic was officially recognized as a certified lunatic by the judiciary under another medical judgment of the certificate of lunacy, then the individual was transferred to the U.K. by order of the Supreme Court if they were European (i.e., non-African) and to the Kissy Asylum in Sierra Leone by order of the Governor if they were West African. In the Gambia in the 1930s, when there were still no lunatic asylums or observation homes, prisons located in the outskirts of Bathurst at the time were often used as detention sites for suspected lunatics. However, if the lunatic was significantly debilitated due to some other illness, then they were either directly

detained in a hospital or the Home for the Infirm instead of a prison, or temporarily detained in a prison and then transferred to a hospital or home for the infirm.

Next, I take a look at the scale of the transfer of West African certified lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s.

## 2. The scale of the removal of lunatics

In the approximately half-year period from April to October 1936, the British psychiatrist Robert Cunyngham Brown visited four British West African colonies, including the Gambia, at the request of the U.K. Colonial Office. The objective of this visit was to conduct a survey on the care and treatment of lunatics.

Table 1, drawn from the report of Brown’s survey in 1936, shows the treatment of lunatics in the Gambia.

Table 1 The Treatment of Lunatics in the Gambia (1932–1936)

Year	Admitted to Prison under Emergency Certificate	Discharged, no further action. Not certified	Transferred to Home for the Infirm	Transferred to Hospital	Died in Prison	Transferred to Kissy Asylum	Remaining in Kissy Asylum
1932	15	9	1	0	1	4	12
1933	6	2	1	0	1	2	10
1934	8	2	4	1	0	1	9
1935	13	11	0	0	0	2	11
1936	10	6	0	0	0	4	10
Total	52	30	6	1	2	13	

Note: Values in 1936 were up to 27 August.  
Source: Brown (1938a: 6).

According to Table 1, in the Gambia, during the approximately 4-year-8-month period from 1 January 1932 to 27 August 1936, 52 suspected lunatics were temporarily detained in prison based on an emergency certificate. Of these, 30 (57.7%) were discharged without final certification as a lunatic, 6 (11.5%) were transferred to the Home for the Infirm due to the need for special care, 1 (1.9%) was transferred to a hospital for medical treatment, and 2 (3.8%) died in prison; in contrast, 13 (25%) were transferred to the Kissy Asylum in Sierra Leone as a certified lunatic. Even at the time of Brown's visit to the Gambia (October 1936), 10 certified lunatics who were transferred from the Gambia were detained in the Kissy Asylum (Brown 1938a: 3, 6).

The period during which such lunatics were detained in prisons due to emergency certificates until they were discharged, transferred to a hospital, or transferred to Sierra Leone ranged from a minimum of 2 days to a maximum of 15 weeks, though on average it was less than 3 weeks. However, among those who were officially certified as lunatics and transferred to Sierra Leone, the detention period in prisons ranged between 2 and 13 weeks due to the time required for transfer procedures, with an average of 8 weeks (Brown 1938a: 7).

Such data show that the annually, only a few suspected lunatics were detained in a prison based on an emergency certificate in the Gambia, a British colony with a small population – around 15 people. Furthermore, of these, about 60% on average were temporarily detained for approximately several weeks, after which their symptoms stabilized or improved and they were allowed to be

discharged. In contrast, those who were officially certified as lunatics based on the 1917 Ordinance and transferred to the Kissy Asylum in Sierra Leone based on the 1904 Ordinance only numbered one to four people each year. Even so, in the 1930s, the Kissy Asylum in Sierra Leone almost always detained an average of about 10 lunatics who had been transferred from the Gambia.

Such lunatics from the Gambia who were detained in the Kissy Asylum were forced to live a lonely life of detention in the closed-off facility of the asylum in Sierra Leone, a foreign land where the lunatic had almost no relatives or connection with the land, and while suffering from various symptoms of mental illness such as hallucinations (Brown 1938a: 9). In many cases, the Kissy Asylum in Sierra Leone became the so-called final resting place of such lunatics transferred from the Gambia, living out their lives there without remission or return to their homeland.

Next, I will look at specific cases of lunatics who were transferred to the Kissy Asylum in Sierra Leone from the Gambia in the 1930s.

### 3. Some Cases

The National Archives of Sierra Leone in Freetown contain many originals or copies of letters or telegrams between the colonial governments of the Gambia and Sierra Leone regarding the transfer of lunatics during the colonial period. Most of these fall under the category of CSO, referring to the 'Colonial Secretary's Office' of the colonial government of Sierra Leone.

According to the CSO documents of the National Archives of

Sierra Leone, the transfer of certified lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s usually began with a single telegram from the Colonial Secretary of the Gambia to the Colonial Secretary of Sierra Leone. For example, in the case of the male criminal lunatic DN,<sup>1</sup> on 19 July 1935, the Acting Colonial Secretary of the Gambian colonial government sent a telegram to the Colonial Secretary of the Sierra Leonean colonial government, which stated, 'Can you please accommodate one male criminal lunatic at Kissy if so he will leave by steamer July 25<sup>th</sup>.'<sup>2</sup> Then, on 23 July, the removal order by the Governor, one medical certificate, and two certificates of lunacy were prepared as stipulated by the 1917 and 1904 Ordinances of the Gambia, as well as a guarantee stating that the Gambian colonial government promised to cover all costs associated with the transferee in Sierra Leone.<sup>3</sup> Afterwards, DN left Bathurst via steamer on 25 July, being detained at the Kissy Asylum on 27 July. However, DN died in Kissy just one month later on 27 August.<sup>4</sup>

Such cases as that of DN, in which a lunatic transferred from the Gambia to Sierra Leone died shortly after being detained at the Kissy Asylum, appears to have been a common occurrence in the 1930s. For example, the Gambian certified lunatic DB was detained in the Kissy Asylum on 21 July 1934 but died approximately one month later on 30 August.<sup>5</sup> Additionally, the male lunatic KJ, who was transferred from the Gambia and detained in the Kissy Asylum on 7 January 1933, died half a year later on 15 July, 1933.<sup>6</sup> Their individual causes of death were not clear. However, the mortality rate of individuals admitted in the Kissy Asylum in the 1930s was generally high, and a court that saw this as problematic reported in

a survey conducted in the late 1930s that ‘pneumonia and pleurisy seemed to figure prominently.’<sup>7</sup>

Many lunatics who were transferred from the Gambia to Sierra Leone lost nearly all contact with their family and acquaintances in the Gambia. However, some of the family members remaining in the Gambia of those transferred to Sierra Leone made efforts to determine the status of their relatives detained at the Kissy Asylum through the Gambian colonial government.

For example, on 26 May 1934, the Colonial Secretary of the Gambia sent a public message to the Colonial Secretary of Sierra Leone that a relative of a Gambian male lunatic SN, who was detained in the Kissy Asylum, wanted to know the status of their relative.<sup>8</sup> In response, on 14 June 1934, the Colonial Secretary of Sierra Leone responded in writing to the Gambian colonial government, while directly citing the following report from the Director of Medical and Sanitary Services.

I have to inform you that since his admission to the Kissy Asylum the patient SN has improved slightly. At first he was very troublesome and potentially dangerous; he is now more reasonable in obeying asylum routine and eats and sleeps well, and has not been violent.

At times he destroys his clothing and has delusions of people talking to him. He has not been ill since his admission and on the whole his general health is good; but his mental state does not yet warrant his discharge.<sup>9</sup>



However, on 26 June 1935, approximately one year after this document was written, SN died in the Kissy Asylum, like many other lunatics who were transferred from the Gambia, never reuniting with his Gambian family members, who held him in their thoughts. Ultimately, SN was detained in Kissy Asylum for two years and three days.<sup>10</sup>

As a general rule, the Gambian colonial government had to bear the full costs of the residence at the Kissy Asylum of lunatics who were transferred to Sierra Leone. It would not have been legally possible even to transfer the certified lunatics from the Gambia to Sierra Leone without such a financial guarantee from the Gambian colonial government. However, there were frequently non-Gambian West Africans among the certified lunatics who were transferred from the Gambia to Sierra Leone. In the case of such non-Gambians, the Gambian colonial government covered the initial cost of residence in the Kissy Asylum but would ask either the colonial government of the lunatics' origin or the lunatics' families to cover the cost of residence.

For example, in January 1933, the male lunatic OD was transferred from the Gambia to Sierra Leone and detained in the Kissy Asylum. OD was a single man aged around 37 years at the time of detention, and he was diagnosed with mania. OD was originally from the town of Kano in northern Nigeria, where he was born to a Sierra Leonean father and Nigerian mother. When he was five, he was entrusted to his aunt RL, who lived in Freetown, Sierra Leone. Afterwards, his father died, and he lost contact with his mother. OD was involved in water transportation in inland Sierra

Leone and he immigrated to the Gambia in 1921, where he joined the Gambia Police Force, and after his discharge he was said to have been employed by the Public Works Department of the Gambian colonial government.<sup>11</sup>

In the case of OD, who was originally born in northern Nigeria, lived in Sierra Leone from around the age of five, and immigrated to the Gambia once an adult, where he developed mental illness, the Gambian colonial government covered the initial costs of transferring OD to Sierra Leone. However, the Gambian colonial government first requested the Sierra Leonean colonial government to cover the financial cost on the basis that OD was not a Gambian but rather a Nigeria-born individual who grew up in Sierra Leone. In response, the Sierra Leonean colonial government contacted OD's aunt RL and requested her to pay for the cost of residence at Kissy Asylum, but she refused to pay. Therefore, the Sierra Leonean colonial government, on behalf of the Gambian colonial government, then contacted the Nigerian colonial government and requested that they agree to pay for the cost of residence at Kissy Asylum, and if not, asked whether they were prepared to detain OD in a lunatic asylum in Nigeria.<sup>12</sup> In response, the Nigerian colonial government refused either to cover the cost of residence at Kissy Asylum or to detain OD in a Nigerian asylum, on the basis that it could not be confirmed that OD was from Kano.<sup>13</sup>

This issue of the cost of residence of lunatics at the Kissy Asylum was of some importance to at least the Gambian colonial government, and the CSO documents of the National Archives of Sierra Leone included several other documents between the

Gambian and Sierra Leonean colonial governments over such issues of who was to bear the cost.

For example, there is the male lunatic AP, aged around 40 years, who was transferred from the Gambia to Sierra Leone in July 1932 and detained in the Kissy Asylum. He was born in Sierra Leone, immigrated to the Gambia as an adult, and temporarily enlisted in the Gambia Police Force, but was discharged due to health reasons, after which he worked as a baker. In a document to the Sierra Leonean colonial government in 1 August 1932, the Acting Colonial Secretary of the Gambia stated the following: 'Having regard to the fact that AP is a native of Sierra Leone and that he has lived the major portion of his life in his native country, I am to suggest that it would be reasonable and fair if, after the first six months of AP's detention, the liability for his maintenance thereafter be assumed by the Sierra Leone Government.'<sup>14</sup> However, AP died while detained in the Kissy Asylum only five days after this document was written, on 6 August 1932. Therefore, the cost of his residence no longer was an issue between the two colonial governments.<sup>15</sup>

## Conclusion

In this paper, I have provided an overview of the transfer of lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s largely with reference to colonial administrative documents in the colonial era that were stored in the National Archives of the U.K. and Sierra Leone. In the Gambia in the 1930s, the annual number of suspected lunatics who were detained in prisons in the outskirts of Bathurst based on

doctor's emergency certificates ranged from several to around 15 people, but over half of these people saw their symptoms either stabilize or improve and were allowed to be discharged. However, suspected lunatics whose symptoms did not improve or who were at risk of harm to the self or others even after prison detention were ultimately officially certified as lunatics by a judicial decision based on certificates of lunacy, and if the lunatics were West African in origin, they were transferred to Sierra Leone by order of the Governor. The number of certified lunatics who were transferred to Sierra Leone was just a few people every year. Even so, throughout the 1930s, there were almost always around 10 lunatics from the Gambia who were detained at the Kissy Asylum in Sierra Leone. Many such lunatics from the Gambia were denied almost all opportunities for contact with family or acquaintances once transferred to Sierra Leone. It is thought that many such lunatics died in the Kissy Asylum after at most a few years of detention.

This paper's discussion of the transfer of lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s has one serious omission, or rather, an important flaw that cannot be overlooked. This is the omission of the voices of the lunatics transferred from the Gambia to Sierra Leone and their family members, and the fact that hardly any such voices are included in this paper's discussion is a serious flaw. Of course, such omissions and flaws derive from the fact that this paper's discussion relies exclusively on the administrative documents of the colonial authorities. The lunatics and their families are almost entirely objectified as subjects in the broad sense of the administrative measure of transfer in the administrative documents

housed in the National Archives that were used in this paper. Although it was not the case that the thoughts and desires of the lunatics and their families were completely ignored or not considered at all, as previously mentioned, neither were they prioritized. What was of major interest to the colonial authorities was which colonial government would cover the cost of residence of the lunatics in the Kissy Asylum, for example; of less interest were the issues faced by the transferred lunatics or their families.

However, any description and analysis of the transfer of lunatics from the Gambia to Sierra Leone cannot be complete without discussing it from the perspectives of the lunatics or their families, such as how the transferred lunatic perceived and responded to their own transfer or how their family members felt about the transfer of their relative and how much they worried over their relative, or alternatively, how much relief they felt over their transfer. Needless to say, this is because the 'transferred' lunatic is a 'transfer stakeholder' in a similar vein as the 'transferring' colonial government, and because family members are strongly interested in this transfer and are important parties who are sometimes greatly impacted by such a transfer.

That being said, it is no easy task to find the voices of lunatics who were transferred from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s or of their families from the historical documents. Given the current historical constraints, such a task may be next to impossible. However, a discussion of the transfer of lunatics from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s cannot be fully explored without such an attempt. For the time being, I would like to leave this important

work as a future task.

## Acknowledgements

This work was supported by the Japan Society for the Promotion of Science (JSPS) KAKENHI Grant Number 20H04431.

## References

- Brown, Robert Cunyngham. 1938a. *The Gambia*. Typescript, NA CO 554/114/12.
- . 1938b. *General Commentary*. Typescript, NA CO 554/114/12.
- The Gambia. 1940. *Annual Medical and Sanitary Report for the Year 1939*. Bathurst, Government Printer.
- Heaton, Matthew M. 2016. 'Elder Dempster and the Transport of Lunatics in British West Africa.' In Greenwood, Anna. ed. *Beyond the State: The Colonial Medical Service in British Africa*. Manchester, Manchester University Press, 104–125.

## Archives

The National Archives (NA), London, U.K.

The National Archives of Sierra Leone (NASL), Freetown, Sierra Leone.

## Notes

- 1 In this paper, the names of lunatics and their families are given as

- initials, including in parts that are directly cited from historical documents, with a view to human rights protection.
- 2 Acting Colonial Secretary, The Gambia, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 19 July 1935, NASL CSO M/47/31.
  - 3 Acting Colonial Secretary, The Gambia, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 23 July 1935, NASL CSO M/47/31.
  - 4 Acting Director of Medical and Sanitary Services, Sierra Leone, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 29 August 1935, NASL CSO M/47/31.
  - 5 Acting Colonial Secretary, Sierra Leone, to Colonial Secretary, The Gambia, 3 September 1934, NASL CSO M/47/31.
  - 6 Acting Director of Medical and Sanitary Services, Sierra Leone, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 18 July 1933, NASL CSO M/47/31.
  - 7 Acting Chief Justice, Sierra Leone, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 2 September 1939, NASL CSO M/83/39.
  - 8 Colonial Secretary, The Gambia, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 26 May 1934, NASL CSO M/47/31.
  - 9 Colonial Secretary, Sierra Leone, to Colonial Secretary, The Gambia, 14 June 1934, NASL CSO M/47/31.
  - 10 Colonial Secretary, Sierra Leone, to Colonial Secretary, The Gambia, 29 June 1935, NASL CSO M/47/31.
  - 11 Acting Colonial Secretary, Sierra Leone, to Chief Secretary, Nigeria, 18 March 1933, NASL CSO M/47/31.
  - 12 Acting Colonial Secretary, Sierra Leone, to Chief Secretary to the Government, Nigeria, 18 March 1933, NASL CSO M/47/31.
  - 13 Chief Secretary to the Government, Nigeria, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 4 May 1933, NASL CSO M/47/31.
  - 14 Acting Colonial Secretary, The Gambia, to Colonial Secretary, Sierra Leone, 1 August 1932, NASL CSO M/47/31.
  - 15 Colonial Secretary, Sierra Leone, to Colonial Secretary, The Gambia, 22 August 1932, NASL CSO M/47/31.





## ホームレスの人と人権（その５・完）

石 井 幸 三

- I はじめに
- II ホームレスの人の法的定義 (本誌54巻4号)
- III ホームレスの人の出現の過程 (ロンドンを素材にして)  
(本誌55巻1号)
- IV ホームレス権利章典 (本誌55巻3号)
- V 日本でのホームレスの人の権利に関する判決  
(本誌55巻4号)
- VI 論点の再検討
  - VI-1 本稿（その５）の目標
  - VI-2 公機関のホームレス自立支援特措法の認識
  - VI-3 ホームレスの人と公的給付そして住民票
  - VI-4 その他の権利
- VII これらの権利はホームレスの人だけの権利か？
- VIII 結び (本誌本号)

### VI 論点の再検討

#### VI-1 本稿（その５）の目標

本稿（その４）は、大阪で提起されたホームレスの人に関わる訴訟の幾つかの判決と決定を検討した。本稿（その５）で掲げる「論点の再検討」は、次の考察を行なう。

第１．ホームレス自立支援特別措置法（以下、ホームレス自立支援特措

法と略記する)は、権利と義務を定めた法規範的性質をもった法律ではなく、国と地方公共団体にホームレス問題解決措置を講じるよう規定した政策的性質をもった法律である。そうであるならば、ホームレスの人の具体的権利問題に行政機関と裁判所は法規範形成的な作用をなすことができる。しかし、多くの判決と決定は、ホームレスの人の権利の確認や確定に消極的であった。そこで、なぜ行政機関と裁判所はそのような態度をとったかを調べるのが、ホームレスの人の権利擁護の観点から必要になる。その調べは、具体的には、裁判所と行政機関が、ホームレス自立支援特措法をどう理解しているかになる。

第2。ホームレスの人が現状置かれている法的立場の問題は、ホームレスの人の私の説明「社会の公的そして私的領域において周辺化された人で、法的に私法上のそして公法上の主体と認められにくい主体」からすれば、彼らの法的主体の確立のために、国家や地方の公的機関は無関心であってはならないどころか、むしろ積極的な行動をなすべきである。日本のホームレス自立支援特措法もそう規定している(当該法第1章)。しかし、本稿(その3)で見てきたように、選挙権は、憲法第15条によって国民固有の権利と規定されているが、日本国籍のあるホームレスの人たちには、その行使が阻まれている。その阻害要因に、住民基本台帳法の「住民票(の写し)」があった。そこで、この住民票の問題が取り上げられる。

第3。本稿(その3)で紹介した他の地域のホームレス権利章典における権利が再度検討に付される。

第4。ホームレスの人の権利問題は彼らだけに特有の問題ではないという観点から、それらの権利が吟味される。その結論如何では、ホームレス特措法が適切な立法名かどうかの問題が浮上するが、本稿では対象外にしておく。

## VI-2 公機関のホームレス自立支援特措法の認識

裁判官の構成が一人入れ替わる、<sup>オオギマチ</sup>扇町公園訴訟（2006（平18）年1月27日大阪地裁判決「住民票転居届不受理処分取消請求事件」）と<sup>ウツボ</sup>鞆公園訴訟（2006（平18）年1月25日大阪地裁決定「平成18年（行ク）第8号執行停止申し立て事件」）の裁判所の判断を見てみると<sup>(1)</sup>、その判断の論理構成に、ホームレス自立支援特措法第6条による「当該地方公共団体におけるホームレスに関する問題の実情に応じた施策」の有無そして施策ありの場合の施策の評価が大きく関わっている。扇町公園訴訟は、住民基本台帳法の住民票の住所登録に関わるのみで、本人の選挙権や公園に対する市の施策実施に直接関係していない。それ故、大阪地裁は、その判断をホームレスの人に傾けた。扇町訴訟の第一審の被告（大阪市）は、「（４）なお、原告らについては、自立支援センター等の活用により住民登録をすることが可能であり、生活保護等は住民登録がされていなくても可能であるから、原告が本件テントの所在地で住民登録を受けることができなくても原告が主張するような不利益はない。」（PDF、３ページ）と主張したが、大阪地裁判決はそれには言及しなかった。その判決は、ホームレスの人の住民票の有無による公的権利の享受に配慮した。

鞆公園訴訟は、大阪市によるホームレスの人の鞆公園立ち退き要求そのものの是非が争点になった。裁判所は、大阪市の主張を認めた。裁判所は、その決定の法的正当化の根拠を市の公園の管理権に求めながら、決定の補強に大阪市のホームレス自立支援対策を重視した。大阪市のホームレス自立支援対策は、大阪市対ホームレスの人の訴訟の中での大阪市側の正当化の根拠となっていく。裁判所は、大阪市の主張を容認していく。「大阪市においては、ホームレスの自立の支援等に関する施策……〔は〕一定の成果を上げているものと一応認められるのであり、……ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法11条に違反するということもできない。」<sup>(2)</sup> 同様に、扇町公園訴訟の控訴審判決を下した大阪高裁は、前稿（その４）358－359ページで触れたように住民票の住所を「健全な社会通念に基礎付

けられた住所」であると解釈したが、その判決文で、「(5) 自立支援法と都市公園法との関係について」という項を設け、「被控訴人が、これに応じて自立支援センターに入居し、同所で住民登録をすることを妨げる事情を窺うことはできない。」(PDF、17ページ)と記している。また、「河川敷住民と選挙権訴訟」(正式名、大阪地方裁判所、2019 (R.1) 年7月18日判決、平成29年(行ウ)第237号「土地の使用許可申請不許可処分取消等請求事件」)でも、判決は、生活保護法やホームレス自立支援特措法を援用しながら「国会は、貧困等のために住所を有しない日本国民に対して、生活の本拠である住所を確保することで、選挙権の行使や行政上の各種サービスを楽しむ立法意思を有していることが明らかであるから、原告の上記主張は採用することはできない」(PDF、47ページ、同趣旨、46ページ。)と書いている。

大阪の諸裁判所の判決は、ホームレス自立支援特措法第6、9条を根拠に制定された大阪市のホームレス問題対策に好意的な理解を示し、その政策とホームレスの人の主張を天秤に掛け、後者を軽く見積もった。ホームレス自立支援特措法は、ホームレスの人の人権への配慮や擁護が法文にあっても(特措法第1条、3条)、彼らが特に必要とする具体的人権を列挙していないし、享受している権利を行使できる手立てを示していないので、法的推論に直接的な規範的機能を果たせない。それどころか、その法律は、行政が「ホームレスに関する問題の実情に応じた施策」を策定、実施した場合(第6条、9条)、裁判所がそれを好意的に見る理由を裁判所に与えてしまっている。

何故裁判所が大阪市のホームレス問題対策を自らの判断の重要な事実として受け入れるのか。この理由として、私は、ホームレス自立支援特措法の基本概念である「ホームレス(の人)」の定義にあると考える。当該特措法第2条は「この法律において『ホームレス』とは、都市公園、河川、道路、駅舎その他の施設を故なく起居の場所とし、日常生活を営んでいる

者をいう」と定義している。この法律では、「ホームレス」で、物理的な意味での家（住宅や住居）のない人と定義されている。物理的な意味での家は、通常、英語ではHouseを使うようにと辞書では書かれている。英米では、homeとhouseは微妙に異なる。『ウィズダム和英辞典』第2版、「家」の項目はこう説明している。「house 住居用の家屋のこと、直前にtheやone'sなどを伴うことが多い。……home 家族とともにある家庭のこと。くつろぎ・団欒（だんらん）・暖かさ・安心感などを含意する。work at home（在宅勤務する）のように、しばしば職場の対照概念としての家をさす。……」本来ホーム（home）は物理的な家と異なる意味を含んでいる。近代的なホームでは、物理的な家の中にそこに居る正当な理由を持つ人が、自由に振る舞える私的領域（プライヴァシーの領域）がなければならない<sup>(3)</sup>。残念ながら、日本では、この法律の立法機関だけでなく行政機関、司法機関に携わるの多くの人は、ホームレスの人を物理的な家（house）がない人と理解している<sup>(4)</sup>。

訴訟に表われた行政機関や裁判所の考えを単純化すればこうなる。ホームレスの人とは物理的な家がない人であり、それ故に困っている。そうならば、その人が、それなりの権利をもって住める家や部屋を持てるように行政機関は援助し、その人がその家や部屋が確保できない期間、行政機関は、その人が当分の期間住める部屋を貸し、その人が経済的に自立できるのを助ける。この方針と異なって、ホームレスの人が、ホームレス状態にとどまるのは自由であるが、その場合、その人は住民基本台帳法の住所登録が条件になる公的権利の行使ができなくなる可能性があっても、救済されることは少ない。司法機関である裁判所は、ホームレス問題の解決は物理的な家のない人に住む家（住居）を与えることであり、それ自体は裁判所が扱うべき法律問題ではないので中立的と言うよりも無関心な立場をとれ、それに尽力している行政機関をホームレスの人の主張よりも評価しやすくなる。

ホームレスの人をこのように物理的に家のない人と解すれば、当該特措法におけるホームレスの人の「自立」の意味の狭くならざるをえない。その法律の第3条1号は、こう規定している。「一 自立の意思があるホームレスに対し、安定した雇用場の確保、職業能力の開発等による就業の機会の確保、住宅への入居の支援等による安定した居住の場所の確保並びに健康診断、医療の提供等による保健及び医療の確保に関する施策並びに生活に関する相談及び指導を実施することにより、これらの者を自立させること。」そして同法第6条は、各地方公共団体に「ホームレスに関する問題の実情に応じた施策を策定し、及びこれを実施する」責務を課している。大阪市の場合もこの法律の規定を受けて、ホームレスの人に対する施策を作成している<sup>(5)</sup>。大阪市の場合、就労意思のあるホームレスの人に対して2002（H.14）年制定の特措法よりも早い2000年に一時的な宿泊施設を設けそこで就労支援等を行なう自立支援センターを開設している。ホームレス自立支援特措法の施策は、医療や法律の相談、生活保護の相談といった副次的施策も定めているが、主は、就労支援による経済的自立である<sup>(6)</sup>。しかし、ホームレス自立支援特措法の自立がそのように経済的自立を中心として理解されるにとどまり、しかも国や地方の公機関が、彼らの社会的、法的位置を少なくともいわゆる普通の人と同程度にする努力をしなければ、他国や他地域で制定されているホームレス権利章典でのホームレスの人の理解とかけ離れたものになる。

ホームレス自立支援特措法は、ホームレスの人の権利を法律という紙の上で表面上配慮をするが（特措法第1条）、ホームレスとしての彼らが生活したり、ホームレス状態から脱出したりする時、彼らに必要とされるホームレス権利章典に記載されているような具体的な権利を規定していない<sup>(7)</sup>。ホームレスの人が持つ問題が全ての機関や人々によって扱われる場合に求められるのは、ホームレスの人をホームレス問題解決の施策の対象者＝法的客体としてみるのではなく、他の人と同様の権利と義務をもつ

法主体として認め、彼らの私的あるいは公的な権利が他の人と同様に行使できるようにしていくことである<sup>(8)</sup>。

ホームレスの人の問題を経済的自立の問題としてのみ捉えるのではなく、近現代の国家と社会で生活するのに必要である人権の享受主体の問題として理解するならば、前稿（その4）で取り扱った投票権の問題も違う答えが出るはずである。扇公園訴訟決定文では、地裁は、一定の成果を上げていると評価している自立支援センターに関して「原則として3か月、最大6か月とされているが、現実には状況に応じて6か月を超えて入所を認める弾力的な運用が行われており」という部分を私は取り上げてみる<sup>(9)</sup>。扇町公園訴訟大阪高裁判決も「自立支援センターAの「施設利用の手引き」には、入所者については、住民登録も可能である旨の記載がされている。」（PDF、9ページ）と評価している。世の中は法律に忠実な裁判官のような人たちで成り立っているのではない。恐らく、住民登録が可能であるという意味は、選挙以外の事項で、住居を借るとか就職（活動）とかに住民票が必要になる場合を指しているのだろう。しかし、住民票を取る必要あるいはそうする有益性が無い限り、多くの人は短期間にしか住めない所に住民票の移転をなすだろうか。（また、何らかの理由で住民票移転を拒む人もいるだろう。）選挙権の場合、公職選挙法によれば、住民票が作成された日から引き続き三箇月以上登録市町村等の住民基本台帳に記載されることで行使できる状態になる（第21条）が、そうでないならば第21条の異議申し出をなし、それでも認められないなら第25条の訴訟という手続きを経なければ権利行使ができない。（私は、人の移動が激しくなった社会において、戦後まもない1950年に制定された公職選挙法の「三箇月以上」は、見直されるべきと考えている。前稿（その4）、368-370ページも参照。）今日明日の生活に不安を抱えている人に、このような厄介な手続きを採らせることは、法的には言えても、現実的ではない。裁判所が、ホームレスの人の選挙権を考慮していれば、自立支援センターの入所を自

己の理論の補強として使用するには、より慎重な吟味が必要であろう。

ホームレス問題の一つの解決方法は、公的及び私的領域において周辺化された人の地位の回復であり、そのためにも法的には、ホームレスの人をそうでない人と同様の法主体としての取り扱い、ホームレスの人が法的にも周辺化されるのを防ぐことである。そうであるならば、ホームレスの人がホームレスという理由で権利を十分行使できない場合に、裁判所が局外に立つことは、司法の任務それ自体に、そしてホームレス自立支援特措法の趣旨に反する。社会経済的な原因で私的領域から周辺化されたホームレスの人が、自立する支援をなすと言う公的機関によって、権利の保護と平等の取り扱いで差別を受けたり周辺化されたりしていると感じれば、その人はどうして自立のために公機関を頼ることができるのか。ホームレス問題は市民社会での経済的構造の矛盾からその問題が発生しているので、市民社会それ自体だけで解決できる問題ではなく、市民社会を維持するためには国家（の諸機関）が憲法の枠内で積極的に関与しなければならない問題である。

### VI-3 ホームレスの人と公的給付そして住民票

大阪でのホームレスの人が関係している裁判の判決と決定は、私が参考にしてきた他国と異なる日本の法制度、つまり社会的権利を認めた憲法と住民票制度へ、私の注意を向けさせる。

本稿で言う「解放会館住民票消除訴訟」（大阪地方裁判所、平成19年（行ウ）第54号住民票消除処分取消請求事件、2007（H.19）年4月3日判決）を再度取り上げる。この訴訟の争点は、選挙権と住民票を巡ってであるが、この訴訟の過程で述べられている事実に私は注目する。正確を期するため判決を引用する。「ア 大阪市 $\alpha$ を中心とする地域（ $\beta$ と通称される。以下でも、「 $\beta$ 」ということがある。）は、建設現場等での日雇労働に従事する多数の者が拠点とする場所であり、これらの者は、当該地域で求職活動（龍法 '23）56-1, 198（198）



を行った上、大阪近郊ないし遠方の建設現場等で稼働し、遠方の建設現場等で稼働する際には、 $\beta$ を離れていわゆる飯場生活を送り、当該建設現場等での仕事が終了すれば、簡易宿所に戻るといった態様の生活を営んでいる（以下、このような労働者を「建設労働者」ということがある。）（疎甲2、疎乙1）。

イ  $\beta$ に所在する簡易宿所には、大阪府内の簡易宿所業者の組合であるP1組合〔〕は不要か？〕に加盟しているものもあるが、加盟していないものも相当程度ある（疎甲2、疎乙1）。

ウ 継続的かつ安定的な住居を持たない上記の建設労働者のうちには、 $\beta$  $\gamma$ （以下「 $\gamma$ 」という。）〔いわゆる釜ヶ崎解放会館〕の所在地である「大阪市 $\delta$ ×番23号」（以下「 $\gamma$ の所在地」ということがある。）を住所として西成区長に転入届ないし転居届をし、西成区長からその旨の住民票の記載を受けて住民基本台帳に記録されている者が相当数おり、その数は、平成18年12月当時では、3000人を超えていた（疎甲2、疎乙1）。」（PDF、6ページ）

2007（H.19）年4月8日の大阪府と大阪市の議員の一般選挙を控えて、住民票の確認を迫られた西成区長は次のような措置を講じ、区民に告知した。

「西成区長は、簡易宿所の所在地を住所として住民基本台帳に記録することのできる場合の基準を整理して、① 実際に長期間継続して宿泊している者、② 料金の前払により長期間部屋を確保している者、③ 料金の前払をしていなくとも長期間継続して宿泊する意思を持っている者、④ 長期間遠方に出張しその間は部屋を確保していないものの $\beta$ に帰ってきたときには特定の簡易宿所に宿泊している者などについて、記録することができることとした上（以下、①ないし④の記録できる場合の例を「本件記録できる場合の例」ということがある。）、P1組合と協議し、同組合加盟の簡易宿所は、宿泊客につき、宿泊証明書を発行して宿泊客が当

該簡易宿所に生活の本拠を有することを証明する便宜を図ることとなり、簡易宿所の中には、平成19年3月1日以降、宿泊証明書を発行しているところもある（疎甲2，疎乙1，14）。」（PDF、8-9ページ）

西成区長のこのような処置に対して判決はこう判断する。「しかしながら、簡易宿所等の所在地をもって住民基本台帳法にいう住所と認めることができるためには、当該簡易宿所等の所在地がその者の一時的な滞在所にすぎないのではなく客観的に生活の本拠たる実体を具備していると評価するに足りる事実関係が認められることが必要であり、そのような事実関係が認められない限り、当該簡易宿所等の所在地をもって住民基本台帳法にいう住所と認めることはできないというべきである。」（PDF、18-19ページ）

私がここで注目するのは、西成区長の採った措置に対する裁判所の否定的見解ではなく、その措置以前に、裁判所が認定している次の慣行である。すなわち、「住民基本台帳制度の適用上これらの者〔労働者街を拠点にしながら仕事がある時は現場で住み労働する人〕の住所の認定についての取扱いが必ずしも明かでなかったところ、これらの者が雇用保険法の定める日雇労働求職者給付金の支給を受ける前提となる日雇労働被保険者手帳の交付を受けるためには、雇用保険法施行規則72条により日雇労働被保険者資格取得届に住民票の写し又は住民票記載事項証明書を添えて管轄公共職業安定所の長に提出しなければならないとされていることや、国民健康保険法5条により国民健康保険の被保険者資格として市町村の区域内に住所を有することが規定されていることなどから、便宜上の措置として、長期間にわたり、 $\gamma$ の所在地を住所とする転入届等を少なくとも黙認」（PDF、36ページ）してきた慣行である。西成区長は、選挙のため選挙人を確認するため、その慣行を廃止して、新たな措置を講じたのである<sup>(10)</sup>。廃止された慣行は、ホームレス権利章典の係わりで言えば、ホームレスの人の権利行使のための代理住所的な機能を果たしていた<sup>(11)</sup>。裁判所は、当然、住民基本台帳法の住所が各種の公的給付をその資格者が受（龍法 '23）56-1，200（200）

給する時には必要であることはわかっている<sup>(12)</sup>。裁判所は、頭ではわかっているけれども、争点の選挙権の行使可否の問題の裁定のために、西成区のような現場の措置を否定したのである。

日本国憲法で謳われた日本国は、制度として福祉国家の面を持っている。選挙権という公的能動的権利以外に、日本国に住んでいる人は、一定の条件を満たせば、健康保険、失業保険、介護保険、生活保護等の給付を受ける権利を得る。保険のように、その費用の一部を保険受給者が負担している場合もあり、この場合、その者に、より一層権利意識が生じて不思議ではない。西成区役所がある意味では慣行として釜ヶ崎解放会館を住民基本台帳法の住所として登録することを黙認してきたのは、その住民票が、失業保険の給付を受ける際の鍵として機能していたからである。従って、選挙権確認という名目で住民票を消除する影響は、他の公的請求や申請にも大きく及ぶのである。日本のように福祉国家の政策を採用している所では、支給側は、給付等の福祉政策の対象者と連絡する態勢を維持することは必要であり、住民基本台帳法の住所がその機能を果たせないなら、現行の確認方法を変えるかあるいはそれを補助する制度を設けなければならないだろう。政府が盛んに喧伝している個人番号カード（いわゆる「マイ・ナンバーカード」）も代替になり得ない。それは、「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」の規定により住民基本台帳を基本に作成されからである。危惧されるのは、この個人番号カードの不交付と不所持によって、そのカードを持たない人は、ますます公的領域から切り離される可能性が高くなることである。

最近では、新型コロナウイルス（covid-19）蔓延に対処した政策を政府が実行する際にも、住民票を基礎とするのには限界が生じてきている<sup>(13)</sup>。その蔓延を理由にした特別定額給付金の支給に際して、総務省は2020（R.2）年4月30日付け「特別定額給付金給付事業実施要領」を出した。その中には、ホームレスの人を対象にした項目がある。「カ ホームレス等

の取扱い（本件実施要領第5の4，第13の1）」に関して言及している。そこでは住民基本台帳への固執が見られる一方、他方では（それ自体重要である）擬似的住所が認められている。その実施要領第5の4，第13の1の必要部分を抜粋する。「(ア) 居住が安定していないいわゆるホームレスの方や事実上ネットカフェに寝泊まりしている方（以下「ホームレス等」という。）であって、いずれの市区町村の住民基本台帳にも記録されていない者について、本件基準日〔4月27日〕の翌日以降、居住地の市区町村（以下「居住市区町村」という。）において住民基本台帳に記録されたときは、当該居住市区町村において申請・受給権者とする。……

ホームレス等のうち本件基準日の翌日以降、居住市区町村において住民基本台帳に記録される場合、ホームレス等の住居については次のような方法も考えられること。

- ① 自立支援センター等が生活の本拠たる住所として認定される場合があること。
- ② ネットカフェの利用について長期契約を締結し、長期にわたって滞在する利用者の意思が明確にされ、かつ、店舗が利用者の住所として住民基本台帳に記録されていることについて店舗の管理者が同意しているようなケースにおいては、生活の本拠たる住所として認定される場合もあること。」

この国の方針は、「ホームレス等の住居については次のような方法も考えられること。」が明確な方針でないため（すぐ後で言及される大阪地裁判決は、この国の指針の法的規範性を認めていない。）、現実に住民に対応する行政機関として裁判所に十分理解されたわけではない。総務省の取り扱いによって、住民票を消除されたホームレスの人が特別定額給付金を受け取れるようになったわけではない。大阪地裁（令和2（行ウ）60）「特別定額給付金の支給義務付け等請求事件」判決（2021（R.3）年4月27日）は、大阪市の言い分である「特別定額給付金給付事業を具体化する仕（龍法 '23）56-1, 202（202）

組みを設けるに当たっては、専門的・技術的な知見を要し、その限りでは一定の裁量が認められるところ、事務負担の軽減を図り、迅速な給付を実現することや、同時に二重給付を防止することという要請に応えながら、それらの者を網羅的に給付対象とする組みを設けることは必ずしも容易ではない」（PDF、60ページ）を認めることで、原告ホームレスの人の申請を大阪市が拒否したことを合法とした<sup>(14)</sup>。この訴訟で、裁判所は特別定額給付金の給付を贈与契約であると認定しており、その法的位置づけで良いのかという私には答えることができない問題が横たわっているが、感想としては、不正受給排除のためにとはいえ、住民票に記載がないことが、生活に実際困っている人に対する支給拒否の排除理由になりうるのか、また判決でも触れられている法の下での平等という趣旨をも優越する理由になるのか、疑問が残る。

ホームレス自立支援特措法は、その第１条で「ホームレスの人権に配慮し」と記しながら、現実には、住民票がない理由で彼らが社会権によって必要としている援助が拒否されているか、あるいは彼らの人権を尊重した支援態勢が整えられていない<sup>(15)</sup>。

ホームレスの人が選挙権を行使しにくい、あるいは生活保護を申請しにくい事例の原因の一因には、既述しているように、日本の法制度に特有の住民基本台帳法の住民票制度がある。忌憚なく言えば、日本では日本国籍をもって十分な公的権利をあるいは重要な私法的権利を行使できるには、固定した住居をもたねばならないという隠れた要件がある。これは、前稿でも見てきたように、イギリスの選挙権行使資格でも、住民票ではないが住居がその要件であったことことを考えれば、この要件設定は日本だけに特有だと言うことはできないが、住民票という制度が、公私にわたる様々な権利行使の制限となっている<sup>(16)</sup>。特有性が長所なら良いが、そうでなければ検討されねばならない。私は、後述するように、日本国憲法下の法制度との適合性と事実的な日本社会の在り方から、現行の住民票制度を補

完する制度がない限り、この制度は人々の権利の行使を阻む場合があると考える。

以上では、私は主に成年のホームレスの人を対象に論じている。しかし、本稿提出が近くなって報道で知った、新宿東宝ビル周辺の路地裏に*い*わゆる「トー横キッズ」や大阪市内南の戎橋下グリコサインの下に*い*わゆる「グリ下」と言われる人の問題の重要さを、私のこの件に関する知識不足にもかかわらず、指摘する必要を感じた<sup>(17)</sup>。「トー横キッズ」や「グリ下」は、家に帰ると息苦しさを感じ、都会の片隅で集団で夜を過ごしている未成年者や若年者を意味する。彼らには形式上の家があってそこには親権者はいるが、実質的に親権者との関係は彼らの主観では破綻しており、彼らはホームレス状態になっている。彼らは本稿で扱っているホームレスの人の説明に確実に入る<sup>(18)</sup>。彼らは、公的な身分証明書を持っていないし、そもそも未成年一人で「住民票」を役所で交付申請することは不可能に近い<sup>(19)</sup>、年齢の関係で容易に職に就けないし、健康保険も通常は保護者の健康保険の被扶養者になっているので独立した健康保険証を持っていない場合が多い。彼らには、彼らが必要と考える時に、自らを公的に証明する手立てがない（あっても拒否している）ので、公的領域そして証明書が要求される私的領域に接触する機会が少なくなる。破綻した親権者との関係を修復することなく、現行でよくなされている住民票の写しあるいは健康保険証を要件とする援助方式は、彼らを悲惨な状態、より傷つきやすい状態に放置するに等しい。彼らがホームレス状態から脱出するのを支援するには、一度、現行制度を根本的に見直すことが必要だろう。

#### VI-4 その他の権利

直近で未成年者（若年者）のホームレス問題の解決には住民票制度の見直しも必要であると書いた。諸外国ではホームレスの人が私的、公的権利を行使できるためには郵便物宛先を保持することが重要とされたのに対し

て、日本では住民票という制度があり、それが郵便物宛先よりも多くの機能と結びつけられている。住民票を普通に申請できる人にとっては、住民票に結びつけられた権利や公的役務を受けるのに便利な仕組みであるが、住民票をとれないあるいは作れない人にとっては、自らの権利さえも行使できない事態に追い込まれる。本稿では、ホームレスの人の権利行使に関わる訴訟の考察を媒介にして、外国で制定された或いは制定されようとするホームレス権利章典で述べられている諸権利の若干のものが間接的に言及された。ホームレス権利章典には、言及しておくべき他の権利がある。以下それに触れる。

それらの権利を見る指標として、ヨーロッパの非政府組織FEANTSA (Fédération Européenne d'Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri「ホームレスの人と共に働く国家的諸組織ヨーロッパ連合」) が提唱しているホームレス権利章典に掲げられている権利を挙げる (F型と呼ぶ)。(1) ホームレス状態から脱出する権利。(2) 適正な緊急宿泊所の利用。(3) 公共空間を利用し自由に移動する権利。(4) 平等な扱いの権利。(5) 郵便物宛先の権利。(6) 基本的な衛生設備 (sanitary facilities) [利用] の権利。(7) 衛生援助 (hygiene services) の権利。(8) 投票権。(9) [個人情報] データの保護権。(10) プライヴァシー権。(11) 法の範囲内で [物乞いや食物漁りという] 生存に必要な行為をなす権利。

F型(1)は、福祉国家的な政策が関与するものである。日本では生活保護法のように給付行政による経済的援助がある。また、当事者も一部負担している失業保険や健康保険もこれに当たるだろう。(健康保険はF型(7)にも相当する。)物理的な家については、自立センターがあり、そこでは各種の相談や援助が設けられている。この点では、それ自体重要である数量と質の問題を仮に差し置くと、外見的には、日本のホームレス対策はホームレスからの脱出の制度は整えている。日本の対策の欠点は、それらの制度を利用することがホームレスの人の権利として書かれていないこ



とである。

F型（3）は、アメリカ合州国の諸ホームレス権利章典でも定めている権利である。プロスツカは、この権利は本来は「移動の自由」であり、敢えてホームレスの人の「権利」として表記することに疑問を提起している<sup>(20)</sup>。日本では、自由権と言われるので、権利と自由の差の指摘は文化的な背景もありプロスツカの考えは理解しにくい、ホームレス権利章典が移動の自由を権利として強調したことは、ホームレスの人の行為に対する公権力の不必要な介入を抑止しようとする意図があろう。

多くの人が公共交通機関を利用する時代になると、移動の自由には、一定の制限を受けながらも交通機関という移動手段を利用する自由も含まれる<sup>(21)</sup>。一定の制限と書いたが、どの程度まで制限を受けるのかという問題が残る。日本の旅客自動車運送事業運輸規則第13条3号は「泥酔した者又は不潔な服装をした者等であつて、他の旅客の迷惑となるおそれのある者」は乗車拒否できると定めている。人の感覚には差があり、その判断の適否を客観的になすことは難しいが、ホームレスの人を一律に排除する反ホームレス法（ホームレス状態にあるような人が行ないがちな行為を取り締まる刑事法）的な運用は禁止されるべきであり、その規定の適用には慎重な判断が求められる<sup>(22)</sup>。プロスツカは、ポーランドのグダニスクでのホームレス権利章典作成の際に意見を求められたホームレスの人は、衣服の交換や処分の権利をF型（6）基本的な衛生設備利用の権利に求めたと紹介している<sup>(23)</sup>。衣服の交換を法的権利とするかどうかは考慮の余地があるが、当然ながら、ホームレスの人でも社会的交わりをなさざるをえない現代社会では、最低限の身なりは必要だろう。もちろん、衣服交換のような事柄は、政府や地方自治体といった公機関に委ねるだけでなく、我々の社会を豊かにする活動として、我々自身や企業の社会貢献活動、非営利法人等に委ねる方が良いかもしれない<sup>(24)</sup>。

移動の自由は、移動しない自由を含む。むしろ、ホームレスの人にとっ



て、その人の生命維持には、他人から追い立てられることなく休むことが大切だろう。Western Regional Advocacy Projectのサイトによれば、カリフォルニア州、コロラド州、オレゴン州の3州において、ホームレス権利章典の法制定運動と並行して、〔公共の場で〕彼らの休息権（right to rest）を認めることを法として制定させる運動がある。この運動は、なお制定に漕ぎつけていない。カリフォルニア州の法案（2018年）を一部紹介する。

「(a) 居住状態に基づく差別は、禁止されるべきである。〔原文改行〕  
(b) 全ての人は、法強制機関、公的または私的保安員、または市町ないし郡の法の下で設立された公私共同体の如何なる機関による刑事上または民事上の処罰や嫌がらせに服すること無く、公共空間において以下の権利を持つ。

（1）他を邪魔しない方法で休息する権利〔原文改行〕（2）他を邪魔しない方法で天候と自然災害から身を守る権利。〔原文改行〕（3）食事が禁止されていない公共空間で食べ物を摂り、分かち合い、受け取り、与えたりする権利。（4）モーターで動く乗り物あるいは娯楽用乗り物が公共用地にまたは所有者の許可を得て私有地に合法的に駐車されている場合、その乗り物を占有する（occupy）権利。〔原文改行〕（5）自己の個人財産における道理ある期待プライバシー権。」

休息はこう定義されている。『『休息』は、座る、立つ、物に寄りかかる、ひざまずく、しゃがむ、寝る、横になるを含む、他を邪魔しない方法で一定の姿勢を保ち動かない状態を意味するが、これらに限られない。それは、また、食べたり他を邪魔しない方法で身を守ったりすることを含む、休息と関連してなされる生命維持活動を含む。』<sup>(25)</sup>

この法案は、ホームレス権利章典の最小限版とも言える。それは、アメリカ合州国の若干の州で成立しているその章典の中の「公共空間を自由に移動する権利」をより具体化したものでもある。上で訳出された条文の中

では、(4)の規定がその権利章典に付け加えられている。この法案は、生命維持活動に必要な、身を清める行為や洗濯、排便行為に関しては何も言っていないのも特徴である<sup>(26)</sup>。しかし、ホームレスの人にとって本当に重要なのは、寝ることや休息と並んで、公園等の水のある場所での体の清めや洗濯、乾燥、排便の行為である。「例えば、公の場で寝ることや、歩道で座りこむことを禁止する法は、ホームレスの人の悪気のない、自然で、生命維持の諸行為を犯罪行為にしている。」<sup>(27)</sup> 私的領域での私的な行為とみなされている行為をなす人の目からすれば、これらの行為は公共領域の不適切使用として禁止されるべき行為に見える。しかし、上述したように、多くのホームレスの人は禁止された行為を私的に行なう場がないのである。果たして、彼らの行為は、犯罪（構成要件）に該当する理由で罰せられてよいのだろうか<sup>(28)</sup>。

公共領域での当該の行為を犯罪としない考えには異議が出されよう。反対は、J・S・ミル（John Stuart Mill.1806-1873.）の（他者に対する）危害原理の応用からなされうる。彼は『自由論（*On Liberty*, 1859）』でこう記している。「文明社会の成員に対し、彼の意思に反して、正当に（rightfully）権力を行使しうる唯一の目的は、他人にたいする危害の防止（to prevent harm to others）である。」<sup>(29)</sup> つまり、公共領域での休息は、公共領域を利用する他人に危害を与えるという理由から反対されうる。もちろん、この危害が通行の邪魔という程度の低いものなら、その危害を人々の多くが受忍できたり寛容に取り扱ったりできる場合もあり、そして価値の優先度からは、ホームレスの人の休息を優先できるという考えもある。（しかし、車椅子や他の歩行補助具を使用している人、乳母車使用者を考えればそうとも言えない。）この問題は、法や立法政策の問題でもあるが、それよりも重要な問題は社会の構成員がどのような社会を形成したいのかという構成員自身の問題であることである。公園、公共の空き地、公共交通機関待合場所のように広い場所やそれ相応の設備のある公共空間には休

む権利を認める方向での検討は必要であり、ホームレスの人を含めた多様な人の視点からのより緻密な議論が要請されよう。

私が承認を躊躇するのは、F型（11）「法の範囲内で〔物乞いや食物漁りという〕生存に必要な行為をなす権利」である。F型（1）が社会権的な権利であるのに対し、F型（11）は、法の範囲内と書いてあるけれども、ホブズ（Hobbes, *Leviathan*, 1651）『リヴァイアサン』の第1の自然権（Jus Naturale, the Right of Nature）を想起させる程の<sup>(30)</sup>、人間の存在にとって根源的な欲求の権利化である。この権利が主張される実務的、実際的理由は、反ホームレス法の行為として（国や自治体で）立法され執行されるのを防ぐということに求められる。国民所得が高いと言われる国で、なお日本のように社会権を保障している国で、このような行為は本来自由権の行使としてみなされたとしても、行使されないように国や地方自治体は、立法上そして道徳的にも努めるべきだろう。もしこのような行為がなされたとしても、その行為は国や自治体の施策の計測器であり、国が処罰を振りかざすものでない。もっとも、その行為が、他人の所有権を侵害する場合があります、その場合は程度によって、処罰の可能性も生じる。

公共領域を利用し自由に移動する権利と法の範囲内で〔物乞いや食物漁りという〕生存に必要な行為をなす権利との中間にあるのが、フロリダ州のホームレス権利章典の法制定運動で提唱されている「他の人と同じ様なやり方で公共の場所で寄附を願う権利」（Right to solicit donations in public spaces in the same manner as any other person.）である<sup>(31)</sup>。日本では公共の場所で寄附を願う行為は、場合によれば、軽犯罪法第1条第22号「こじきをし、又はこじきをさせた者」に抵触するかもしれないが、ホームレスの人を狙い撃ちする措置は避けるべきである。

F型（2）適正な緊急宿泊所の利用は、F型ではこの項目だけ「権利」という言葉は使われていない。憲法で人間の尊厳を謳っている<sup>(32)</sup> プエルト・リコのホームレス権利章典では、「シェルターに入る権利」が明記さ

れている。明らかにプエルト・リコの場合、ホームレス問題の深刻さを理解している。例えば、こういう文章がある。「極最近確認される傾向として、保護シェルターで生活している虐待された女性とその子供から成る子供連れのホームレス家族がある。これらの女性の多くは、適切に彼女らの必要を受け入れるシェルターの場所がないために虐待を受けながら家に留まっている。」<sup>(33)</sup> シェルター（緊急宿泊施設）に入る「権利」かどうかは別にしても、人は、資金がなくて、その夜安心して過ごす場所がなければ、誰でもがホームレス状態になりうるので、できれば様々な形態の緊急宿泊所の利用ができることが望ましい<sup>(34)</sup>。

F型で本稿が触れなかった権利（6）（7）（9）（9に関してはアメリカ合州国の若干の州で制定されたホームレス権利章典の共通する項目（A型と呼ぶ）の（6）個人情報の開示から守る権利、（7）個人の所有物に対するプライバシーの合理的な期待の権利、も参照）そして更には（4）緊急医療援助の権利は、もう少し後で触れられる。

本稿で紹介したホームレス権利章典では触れられなかったが、ホームレス問題に関して、居住権（the right to housing）、正確には相当な住居（adequate housing）の権利を主張する者もいる<sup>(35)</sup>。ホームレスの意味を単に物理的な家（住居）がないというだけでなく、自分が他人に邪魔されずに自由に振る舞えるというプライバシーの領域が欠如していると理解するならば、居住権の問題は無視されるべきではないどころか、ホームレス問題の要諦になる。しかし、この問題は、ホームレスの人だけに限られず、文化的な生活をするための条件としての居住空間はどうあるべきかという多くの人に共通する問題を孕んでいる。この問題に言及するのは、私の能力を超える<sup>(36)</sup>。

## VII これらの権利はホームレスの人だけの権利か？

以上ホームレス権利章典で記載されている権利が検討された。それらの権利すべてが、新奇な権利ではない。それでもなお、これらの権利に違和感もたれるとすれば、それらの権利は、ホームレスの人にのみ関係していると考えられるからだろう。確かに、これらの権利の大部分を享受するのは、ホームレスの人である。しかし、今まで言及しなかった、F型（6）基本的な衛生設備（sanitary facilities）〔利用〕の権利、（7）衛生援助（hygiene services）の権利、さらにはアメリカ型（4）「緊急医療援助の権利」も加えた上でこれらの権利を取り上げてみると、それら個々の権利は、場合によればホームレスの人に限られない全ての人によって要求される。例を挙げながら、私は、自己の考えを現段階では非常に粗雑であることを承知で書いておく。

第1、自然災害（私は、自然災害を純粋な自然現象の結果として理解していない）。自然災害多発国である日本を考えれば、災害になれば、災害被災者や災害避難者はこれらの権利の対象の幾らかを必要とするだろう。国民の生命や財産を守ることを国家の存在理由にしている国では、それらの対象への要求を権利に昇華する論議がなされても不思議ではない。特に、自然災害で物理的家を失なう人は、ホームレスの人と同じ境遇になってしまう。自然災害の被災者、避難者は、家という私的領域を奪われ、公的領域に投げ出されそこでしか生活できないという状態に置かれる。場合によれば、彼らは、彼らが自立していた生活基盤を失う。自然災害と社会現象としてのホームレス事態との違いはある。一つは、事実的なものであり、自然災害の場合、物理的な家という私的領域は地域的に一挙に崩れ去る。災害が大きければ、場としての公的領域もほぼ同時にそうなる。公的領域も崩壊するとなると、被災者、避難民は正に行き場がなくなる。社会的現象であるホームレス事態の場合、ホームレスの人の私的領域は、時間的にも瞬時にではなく徐々に崩壊し、場所的にも（主に都市であるが）点能的に生じ、彼らが頼りとする公的領域は存在し続けるが、そこは彼らにとっ

て閉ざされたり監視されたりする領域になっている。自然災害では、周りが被災者という同じ境遇の人で構成されるが、ホームレスの人はややもすれば周りから孤立し、点在化する。もう一つは、法的ないし政策的違いであり、自然災害には、日本の場合、人々の関心や共感も高く、政府も、被災者の人命や財産の保護、国土の維持、国家経済の継続を国家の目的に直接関わる事項と考えているので、被災者に対して公的な証明が発行され、援助等の施策がなされやすい<sup>(37)</sup>。従って、自然災害の被災者は公的領域から周辺化されることは少ない。この点で、自然災害の被災者は、公的領域からも周辺化されるホームレスの人とは異なる。(もっとも、福島原発事故によるいわゆる自主避難者のように、政府や自治体の政策に従わない場合、彼らは、公的領域から離される傾向をもつ。逆に言えば、公機関から援助を得ている人は、ややもすれば、自らの要望も言えないように公的領域に取り囲まれてしまう恐れもある。)

そういう相違があるにしても、自然災害被災者や避難者に対しては、ホームレス権利章典の観点と比較した場合、十分な権利保護がなされていない事柄が浮かび上がる。手掛かりは、避難所である。災害対策基本法の86条の6の条文は、避難所に関して「必要な安全性及び良好な居住性」<sup>(38)</sup>と規定している。榛沢和彦<sup>はんざわ</sup>は、こう書いている。「避難所が、被災者の立場や人格を尊重しないハラスメント状態になっていることを支援者だけでなく、被災者自身も気づいていません。」<sup>(39)</sup> 自然災害の被災者の多くは、援助を得るだけでも有り難いという気持ちがあるのだろうが、ここには「良好な居住性」を政府や公機関が保障するという義務意識とそれを被災者が要求する権利意識が薄いのがわかる<sup>(40)</sup>。

第二は、自然災害でなくても、いわば勝ち組と負け組で分断されている社会では、ホームレスの人とは違う形での生活困難者と言うべき人が年齢や性別を問わず存在していることである。例えば、最近では、「生理の貧困」、「フードバンク」、「子供食堂」という言葉が報道で登場する。彼らは、(龍法 '23) 56-1, 212 (212)

ホームレス状態に陥っていないけれども、ホームレスの人が要求する権利を部分的に持ちうる。ホームレス問題の観点からより深刻な問題は、先に少し記した未成年（若年）のホームレスの人の問題である。彼らは、成人でないので公的な身分を保障する証明書もなく、ホームレス状態に陥っている。彼らに対しては、より手厚い援助や支援が与えられるべきだろう。少なくとも、彼らに見合ったシェルターや緊急避難所のような施設と相談員が必要だろう。例えば匿名や仮名でも良いというような条件で、支援や援助をする位の仕組みを設ける方法も考えなければならないだろう。これらの人々が必要とする事柄は、ホームレス権利章典のある部分に該当する事項である。

私は、これらの支援や援助活動を公機関にのみ責任を押しつけるつもりはない。これらの活動は、国家や公機関が援助したりしながらも非営利組織と協力してなされるべきだろう。例えば、イギリスのロンドンには、ホームレス状態で苦境に陥っている若者に力を注いでいる非営利団体がある。(London Youth Gateway, New Horizon Youth Centre) 後者のサイトは利用者からの意見も載せているが、その中には批判的意見もあり、相談人と被相談人との関係をどのようすれば良いのかという難しさが垣間見られる。このことは、非営利組織の存立理由と支持基盤をどこにおくのかという非営利組織の在り方に関わる。

第三。個人的にも短い時間で生じることである状況まで考えれば、ホームレス権利章典にある基本的な衛生設備（sanitary facilities）も、高齢化した人や乳幼児を連れ添った人等だけでなく、通常健常者と考えられている人も体調の急変により必要な場合がある。このような人のこのような事態は、権利を構成しないかもしれない、あれば助かるという水準かもしれない。ただ、公共の設備が極端に少ない時、あっても利用者に不安や不快感を与えている場合、あるいは公園で気分が悪くなった子をベンチで横にしようとしたらベンチには一人幅で木の区切りがあったりして横にできな



くなると、生存に関わる基本設備の設置は権利問題の視点で考えなければ改良が進まない。日本では公衆便所に関する法律は無く、地方自治体に任せられている<sup>(41)</sup>。ホームレス権利章典で主張されている生存に必要な施設や物資への権利は、ホームレスの人に特有のものではなく、必要度、時間幅や程度の差はあれ、多くの困難な状態に陥った人にも共有できる権利、あるいは法的権利と言わないまでも要求である<sup>(42)</sup>。もともと、こう書いたものの、施設や物資の管理を含む事柄の実現の難しさは、理解できる。例えば、私の住んでいる地区にある野球グラウンド一面がある規模の公園には公衆便所が設置されているが、清潔とは言えないし、使用不能の場合もある。しかし、政府も注意喚起しているような、近未来に起こりうる自然災害による帰宅困難者や避難者を考えれば、衛生施設は合理的に推計できる程度で充実しなければならない。問題は、公機関（官）に委ねるだけで無く、我々が我々当事者の問題として理解し、どのように意見を出し合い、それらを集約し、企画し、運営していくかの、ということである。

## VIII 結び

本稿でのホームレス権利章典とそれを基にしてなしている日本の法制度と判決に対する私の批評の基礎には、個人主義の原則がある<sup>(43)</sup>。私に対して、欧米流の個人主義を私が評価しているから、そういう論の運びなるのだという反論が出されるだろう。それに対して、私はこう答えておく。第1。第2次世界大戦の敗戦後、日本国憲法を頂点にした法体系は、民法の家族法の改正が如実に示すように、個人主義的な国家や社会像を求める方向に転換した。（個々の法律がその精神で制定されたかどうか疑問も残る法律もあるが。）これは、規範的なあるいは価値的な意味での個人主義を意味している。第2。社会的事実としての個人主義化は、戦後日本の国家が工業製品輸出国家として舵を切り始めた時から、政府が社会の個人主

（龍法 '23）56-1, 214（214）



義化を意図したかどうかに関わらず、結果として社会の個人主義化が生じた<sup>(44)</sup>。これは事実的レベルでの個人主義化である。戦後日本社会は、規範的レベルと事実的レベルでの個人主義化した社会に向かっていたならば、ホームレス事態とは言わないまでも予想可能な社会問題に対して個人を基礎にした社会的安全網の対策を講じておくことは、社会福祉国家を標榜している日本の国家にとって義務である<sup>(45)</sup>。

ホームレス自立支援特措法は、政策を示した基本法であっても、ホームレスの人の個人とその個人の権利を尊重した法律になっていない。その法律に関しては抜本的な改正が必要とされる。

以上で私のこの研究ノートは終わる。私がこの研究ノートをイギリスの近代社会からホームレスの人の発生を説いたのは、ホームレスの人の社会的ないしは法的位置づけをしなければ、ホームレス問題の法的解決はややもすれば個人責任に帰されるのではないかという危惧からであった。私は、法の問題として、ホームレスの人を、私法的領域からも公法的領域からも周辺に置かれている人と位置づけたが、それは歴史を辿ることで引き出した結論であり、日本のホームレスの人に関する訴訟を批評する際の基準として役立った。私がなすホームレスの人の説明は、ホームレスの人の権利行使が難しくなるのは私的領域だけではなく、公的領域にも及んでいることを示している。このことは、二つの論点を提出している。

第1は、ホームレスの人あるいは物理的家をなくした人から明らかになる、公（共）的（public）領域の問題である。近代社会は、私的領域と公的領域を明確にした。確かに、資本主義体制を円滑に動かすためには、都市、住宅、衛生施設、道路や鉄道の交通網といった様々な建設と維持に関して、先導したり設計したり資金を投入したりして政治（官）の要素を大きく取り入れた公共領域にしていなければ、その体制は維持できないだろうし、そうすることは、ある層のあるいは多くの人の公共領域の利用にも叶うことであった。公共領域に官が関与する場合があることは、その関与

がもたらす安全、清潔、規則の制定、効率等を考えると、ある程度許容されよう。しかし、もし公共領域の利用に「人々の」意見や望みそして将来のための改善の要求を反映する機会や手続きがなくなったら、あるいはその領域の在り方に人々の関心が薄れるにつれ、その公共領域は、支配に有利な領域あるいは私的領域と対比すれば人々を統制や監視しやすい「官」領域になる。ホームレスの人だけではなく公共領域をどう管理し、どう使用していくかの問題は、その国に住む人々自身の社会の在り方の問題なのである<sup>(46)</sup>。

第2。私法的権利の行使の領域でも、ホームレスの人が十分な権利主体として現われる訳ではない。重要な私法的権利の行使にも、ややもすれば公的証明書が必要とされるし、日本では公的証明書には多くの場合住民票が利用されており、ホームレスの人にはそれを得るのが難しい状況である。この状況が、公的機関による法律の適正執行という名の下でホームレスの人の社会的生活をより過酷なものにしている。

日本の国会はホームレス自立支援特措法を制定したが、国の機関全てが、まず率先して、ホームレスの人の自立支援のための行動を起こす法的、社会的責任を負わねばならない。しかし、上述したように国の機関にはその意識がない。私は、その理由として、国の諸機関の人権知識の停滞性があると考える。停滞性とは、端的に言えば、自戒を込めて言うが、日本国憲法制定以後の日本国外で起こっている、国際機関や国家間協定で示される人権に関する内容の充実化、豊富化に対する日本の機関の対応の遅さである。ホームレスの人の人権で言えば、立法機関である国会は、他国のホームレス問題解決のための立法を把握していない。裁判所と行政機関は、日本国憲法で書かれた権利を理解（解釈）する際、国際的な潮流や「自由権規約委員会（United Nations Human Rights Committee）」や「経済的、社会的及び文化的権利委員会（Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 英語略称 CESCR）」の意見を参照したり採用したりすること（龍法 '23）56-1, 216（216）

ともしない。よく言えば、裁判所は、自国の国内法の枠組みを堅守している。昨今、いわゆる自国は民主主義国家であると称する国々の間では、様々な人権分野において、人権擁護に関する国際比較がなされてきている。日本政府も、一方では、人権を軽視する国家には人権を持ち出しているが、他方では、人権の擁護度を試されたりしている。日本が、人権尊重の模範国になるには、国の諸機関が人権の伸張に向かって常に新しい知見を取り込む必要がある。ホームレスの人の人権に関して私が利用した外国法の中でも学ぶべき記述は、プエルト・リコのホームレス問題に関する法律の条文の中にある。「政府は、また、ホームレスであることは、それが我々の市民においてホームレスの人々に対する無関心、軽蔑、厳しい態度、忌避、恐怖の態度をもたらすゆえに、それが我々の人々の健全な共同生活を脅かすことを周知している。〔原文改行〕人間の尊厳と法の下の平等への尊重は、人々の良い共同体と共同生活を保障するために基本的で不可欠な原理である。」<sup>(47)</sup>

#### 本稿での諸記号の使用法

本稿で利用した文献の収集に際しては、インターネットを介してなしたものが多々ある。本来なら、そのウェブ・サイトを正しく書くべきだろうが、それを省略して、検索語の部分に下線の波線（XXXX）を付けるかあるいは論文の場合（PDF版）と付記して省略する場合がある。おおむね、それらの文献は、2021年10月1日まで掲載してあったものである。

本稿で利用した判決と決定の引用に関しては、特段の記載がない限り、「裁判例検索 | 裁判所 - Courts in Japan」からである。

字体や記号に関して。

斜体字は、原文イタリック体である。

丸括弧（ ）は、英文のものであり、亀甲括弧〔 〕は石井が使用している。括弧（「 」または『 』）内の二文字分の……は、原文を略した場

合用いられる。

- (1) 靫公園訴訟決定は、遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』(2007年)、247ページ以下の資料に依る。
- (2) 遠藤、前掲書、資料、263ページ。
- (3) 本稿(その3)『龍谷法学』55巻3号(2023年)、380ページ、注(32)で引用しているCESCR(経済的、社会的及び文化的権利委員会)の「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」第11条のadequate housing(相当な住宅、十分な住宅、適切な住宅といった訳がある)に関する意見を再度記述する。「適切な仮設住宅〔シェルター〕は、……〔原文が中略している〕適切なプライバシー、適切な空間、適切な安全、適切な照明と換気、適切な基本設備そして仕事と基本的な施設に関して適切な場所を意味し、これら全てが合理的な費用で済ませることができることを意味する。」
- (4) 私は、このことを私が利用した判決と決定で示す。2006年の扇町公園訴訟大阪地裁判決は、「およそ法令において人の住所につき法律上の効果を規定している場合、反対の解釈をすべき特段の事由のない限り、住所とは各人の生活の本拠(民法22条参照)」(PDF、5ページ)であるとした。生活の本拠という限り、それは、一定の場所を指示しているが物質的な家の観念を指示するには至らない。この判決に関して、最高裁は、「社会通念上、上記テントの所在地が客観的に生活の本拠としての実体を具備しているものと見ることはできない」(PDF、1ページ。下線は原文。)という理由で住民基本台帳法の住所に枠をはめた。最高裁(と大阪高裁)判決は、社会通念という概念を通じて物質的な家の観念を導入する。扇町公園訴訟大阪地裁判決の裁判長であった裁判官(西川知一郎)が、合議制裁判の裁判長として下した大阪地方裁判所2007年8月10日平成19(行ク)47「仮の義務付け申立て事件」決定(結果は却下)は、上記の大阪高裁と最高裁の社会通念論を利用せず、基本台帳法の住所を定義しようと努力する。「住基法にいう住所は、少なくとも住居表示に関する法律にいう住居番号によって特定される場所ないしそれに準じる程度に限定された場所を指すものと解すべきである。」(PDF、22ページ)この住所の説明は、先の扇町公園訴訟での自らの判断が覆されたために、最高裁の判断に従いながらも、社会通念論での正当化には満足できず、「住居表示に関する法律」(1962(S.37)年)の援用によって自らを納得させたものである。しかし、扇町公園訴訟の大阪地裁判決とそれ以後の判決や決定の間には、生活の本拠について、生活の実体から物理的な家への移行がある。なお、2007年8月10日平成19(行ク)47「仮の義務付け申立て事件」決定の少し前に、この同じ西川裁判官が他の2人の陪席裁判官とともに下した「解放会館住民票消除訴訟」(2007(H.19)年4月3日判決)では、「当該簡易宿所等の所在地がその者の一時的な滞在場所にすぎないのではなく客観的に生活の本拠たる実体を具備していると評価するに足る事実関係が認められることが必要であり、そのような事実関係が認められない限り、当該簡易宿所等の所在地

をもって住民基本台帳法にいう住所と認めることはできない」（PDF、18ページ）という文章がある。その文は、物理的家（建物）を前提とした上で、実体的な生活の本拠を構成する事実関係があるかどうかを問題にしている。この点、その後に出された「仮の義務付け申立て事件」決定と矛盾しない。

私は、この仮の義務付け申立て事件の決定に関して疑問をもつ。2022年9月30日たまたま見た指宿市のサイト（<https://www.city.ibusuki.lg.jp/main/machi/syakaikiban/sinsei/page001573.html>、更新日2022年2月13日）では、「指宿市では、大字十町及び十二町の一部において住居表示を実施しています。」という記事があった。この記事を見ると、住居表示がなくても人は住んでおり、指宿市もそれを認識しており、住民基本台帳法の住所は土地の地番を元に作成されている。「仮の義務付け申立て事件」大阪地裁判決は、住居表示に関する法律を参照して、住民基本台帳法の住所を、法律で説明しようとした。指宿市のような事例は、その裁判所の判断では「それに準じる程度に限定された場所」で対応されることになろうが、「準ずる」の基準が曖昧になる。曖昧さを避けるためには、大阪地裁は、その基準を物理的な家（建物）にしたのだろう。したがって、この判断は、扇町公園訴訟大阪地裁判決から離れる。私は、この判決には、無理があると考えている。住居表示に関する法律よりも後年（1967（S.42）年）に制定された住民基本台帳法（その前法は住民登録法である）は、住居表示に関する法律への言及を行っていない。確かに、住民基本台帳法施行令第12条2項第7号は住民基本台帳法に言及している。「七 行政区画、郡、区、市町村内の町若しくは字若しくはこれらの名称の変更、地番の変更又は住居表示に関する法律（昭和三十七年法律第百十九号）第三条第一項及び第二項若しくは第四条の規定による住居表示の実施若しくは変更に伴い住所の表示の変更があつたとき〔には、市町村長は、住所表示の書き換えをしなければならない〕。」この施行令を理由にして当該の決定を正当化するのは強引である。この大阪地裁決定は、この施行令に言及していない。

- (5) 本稿であげた訴訟の時期と異なるが、大阪市（福祉局自立支援課）が2019（H.3）年3月に発表した「大阪市ホームレスの自立の支援等に関する実施計画【2019（平成31）年度～2023（平成35）年度】」（PDF版）が参考になる。
- (6) ①白波瀬達也『貧困と行政』（2017年）、95ページは「ホームレス対策の中心は就労による経済的自立の支援」と記している。菊池馨英「ホームレス自立支援をめぐる法的課題」『季刊・社会保障研究』45巻2号（2009年）（PDF版）、115-116ページは、ホームレスの人の自立支援は、現行法のような経済的自立に留まらず、『「自律」が目指される目標』である主張している。②この公機関による「自立」の解釈は、2013（H.25）年制定の「生活困窮者自立支援法」第3条1項の定義と整合している。生活困窮者自立支援法の定義はこうである。「この法律において「生活困窮者」とは、就労の状況、心身の状況、地域社会との関係性その他の事情により、現に経済的に困窮し、最低限度の生活

を維持することができなくなるおそれのある者をいう。」

- (7) 2007年8月28日発表のホームレス自立支援特措法見直しに関する大阪弁護士会意見書 ([https://www.osakaben.or.jp/web/03\\_speak/iken/iken070828.pdf](https://www.osakaben.or.jp/web/03_speak/iken/iken070828.pdf)) も、権利性の宣言と自立の多義性を強調している。
- (8) ①例えば、裁判所が評価している大阪市の自立センターに関しても、入居者と施設管理者と間における権利と義務、入居部屋のプライバシーの確保と保護等、が明示されるべきである。また、入所者がセンターに居ることで法的差別されないというようなホームレス権利章典で書かれているような保障がなされるべきである。大阪市の自立センターの一つであり大阪市から委託経営している「自立支援センター舞州」(<https://safetynet.miotsukushi.or.jp/business02/>) には、次のような項目がある。「Q. 入所後、仕事で得た収入は自由に使えますか? A. 入所期間中は現金・通帳(作成していただき)を預かります。就労経費等を担当職員に申し出ること、必要に応じて、預かり現金より出金します。嗜好品等の購入が必要な場合もまずは相談してください。」確かに、入所者の金銭感覚も人それぞれである。それならば、入所の際に、入所者の将来を見据えた上で、両者が話し合って、金銭の管理と処理を決めることであり、上記の規定の機械的適用は避けるべきである。プエルト・リコの法律にあるように「ホームレスの人々を輪郭づけよう (profiling) とする主張は、彼らの個人的な顔や彼らの個別的な経歴、彼らが必要としている事柄、彼らの望みを見ることを拒否することである」。自立支援センターの仕事は、ホームレスの個人個人に対応していかなければならない重要な仕事であり、軽視されるべきではない。この支援の問題には、支援側の人、組織と支援される人の関係はどうあるべきかという重要な論点がある。例えば、バターナリズム (paternalism. 父権的介入主義) の問題。②鞆公園訴訟の場合、立ち退きを迫られたホームレスの人たちから大阪市側に対して話し合いの要請があったが、大阪市は拒否した。(遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』(2007年)、「資料」250ページ) 裁判所は、大阪市の処置を合法と認定したが、ホームレス問題という大きな社会問題を解決する上で、その拒否は誠実さを欠く。この判決に関しての私の見解は、本稿(その4)『龍谷法学』55巻4号(2023年)、370-354ページ及び375ページ注(22) 参照。例えば、財界オンライン、2022年6月13日記事 (<https://www.zaikai.jp/articles/detail/1709>) では、小田急の「下北線路街」が全面開業に至る過程で、反対派を含めて住民と200回以上も話し合いを重ねたと書かれている。営利を目的とする私企業(私企業と言っても鉄道会社ゆえ、鉄道や施設が周辺の人々や環境に与える影響が大きいという意味で公共性が強い)と自治体との違いがあるが、自治体だからこそ公園利用者の声を聞くべきであろう。
- (9) 遠藤、前掲書、「資料」261ページ。
- (10) 遠藤比呂通『国家とは何か、或いは人間について』(2021年)、194-196ページによれば、少なくとも1986年頃から釜ヶ崎解放会館を住所とする届け出が



西成区では認められており、西成区長の採った措置は選挙権問題対策のために採った窮余の策である。

- (11) 大阪地方裁判所 2007年 8月 10日決定のあった「仮の義務付け申立て事件」事件番号：平成19（行ク）47において、ホームレスの人側弁護士は「架空の住所」として引き合いに出している。なお、ホームレス権利章典では、代理住所や架空の住所と同様な機能を果たすものとして「郵便物宛先を持つ権利」が規定されている。石井幸三「ホームレスの人と彼らの人権（その3）」『龍谷法学』55巻3号（2023年）、375-6ページ。
- (12) 例えば、引用した訴訟と同じ裁判長（西川）が関わった扇町公園訴訟大阪地裁判決では、選挙権が問題になっていないが、選挙人名簿の登録を引き合いに出して公園を生活の本拠として認定した（判決、PDF、4、7ページ）。
- (13) 新型コロナウイルスに対するワクチン接種については、本研究ノート（その1）、『龍谷法学』54巻4号（2022年）、320ページ参照。
- (14) この事件の原告は、2013（H.25）年4月1日に西成区の住民基本台帳の記録が職権で削除された後、淀川水系の河川敷に生活の根拠を置き、そこを住民基本台帳法の住居登録を申請したが、大阪市淀川区長に不受理とされたので、次回衆議院選挙等の選挙権の確認を求めて訴訟を起こしていたが、大阪地裁（大阪地方裁判所平成29年（行ウ）第237号）、大阪高裁（大阪高等裁判所令和元年（行コ）第117号）、最高裁（2020（R.2）年10月8日上告棄却及び上告不受理）で主張が認められなかった原告である。
- (15) このことは、ホームレスの人と関わる生活保護受給でも見られている。石井、前項（その4）、372ページ注（10）で示したように、2003（H.15）年7月31日に（社援保発第0731001号）「各都道府県・各指定都市・各中核市民生主管部（局）長あて厚生労働省社会・援護局保護課長通知」、「ホームレスに対する生活保護の適用について」で、「1 ホームレスに対する生活保護の適用に関する基本的な考え方。……ホームレスに対する生活保護の適用に当たっては、居住地がないことや稼働能力があることのみをもって保護の要件に欠けるものでないことに留意し、生活保護を適正に実施する。」と行政上の指針が示された。あるサイト（<https://seikatsuhogo.biz/blogs/44>）は「生活保護は住所不定でも申請出来る。受給開始になるには住所が必要」と簡潔に要約している。生活保護申請は、ホームレス状態でもできる（生活保護法第19条第1項2号）が、その受給開始には住所が必要になる（居宅保護原則）。この2つの間に、様々なことが生じる。例えば、「生活保護申請を退ける役所窓口『非情な言い分』」（『週刊女性PRIME』編集部、2021/03/21、<https://toyokeizai.net/articles/-/417600>）は、仕事と住まいを失った生活困窮者の生活保護申請の拒否を報道している。「生活保護窓口の水際作戦事例④京都市下京区〈住民票のある自治体で申請せよ〉（1/24記者会見報告）」（<http://seikatuhogotaisaku.blog.fc2.com/?mode=m&no=193>）は、実家の住所と申請場所が違うことを理由での生活保護申請拒否が報告されている。また、遅らく生活保護が

受給できても、生活保護の支給を当てにした貧困ビジネスの存在（支給費の搾取を目的にした低額宿泊所の存在）がある。さらに、生活保護法第4条2項は、親族扶養先行主義を採っているので、生活保護を申請すると親戚にわかったり迷惑をかけたりするという理由で、生活保護申請をためらう事例があるのも事実である。生活保護法は、1950（S.25）年に施行されているが、日本国憲法下の社会は個人主義的社会を想定しているので、親族扶養先行主義も再考する必要がある。

- (16) 石井、前稿（その4）、360ページ。
- (17) 参照、中井芳野「「グリ下」に「トー横」たむろする少年少女」産経WEST、2021年11月20日<https://www.sankei.com/article/20211120-UFWKCUFTL50-7JJ42LKYYJO3JFUE/2/>、TBS報道特集、2023年4月15日放送「トー横に集まる若者達」
- (18) 日本のホームレス自立支援特措法には、未成年（若年）のホームレスの人の言及はない。従って、ホームレスになっている家族は除くとして、未成年の人には帰る家があるので彼らはホームレスの人の定義には当てはまらないという反論がありうる。しかし、ホームレス自立支援特措法の定義は、未成年のホームレスの人には言及していない限り、彼らは、彼らの親権者の関係が彼らの主観では破綻していることを重視すれば、彼らを例外とすることはできない。ホームレスの人を定義している他国の法律では、未成年のホームレスの人を視野に入れた定義をしているのに対して、日本の法律は、立法時にそれを考慮していない。私が参考にした他国のホームレスの人の定義をみれば、こうなる。イギリスの法律では、未成年のホームレスの人の定義はないが、ホームレスの人の定義に、居室があっても「その人がその居室の安全に入ることができない……」という記述があり、家庭内暴力が想定されている（石井、前掲（その1）『龍谷法学』54巻4号（2022年）、324ページ）。アメリカ合州国連邦法では、「他の連邦法でホームレスとして定義される、同伴者のいない若者そして子供と若者を伴ったホームレス家族」の項目の下に「家庭内暴力や幼児虐待の経験」という語句がある（石井、同、327ページ）。プエルトリコ法律では、「趣旨の宣言。公的政策の根拠。」という条文の中に「より一層若い〔ホームレスの〕人々の数の増加が、2005年の行なわれた調査によれば目立ってきている。」という記述がある（石井、前掲（その3）、365ページ参照）。}
- (19) <https://住民票.com/?p=121> 参照。
- (20) プロスツカ、石井幸三訳「ホームレスの人びとの諸権利を守るための新しい手段としてのホームレス権利章典」『龍谷法学』54巻1号（2021年）、389ページ。
- (21) ロードアイランド州のホームレス権利章典にも「公共交通機関（public transportation）」と明示されている。石井、前稿（その3）、369ページ参照。
- (22) 法的レベルでなくても、例えば、日本の場合、コロナ禍で公共交通機関での



マスク着用が推奨された時、マスクを着用していない人を恫喝するようないわゆるマスク警察なる人が出現した。ホームレス状態にある人は、社会的に排除されやすいので、こういう私人による行為にどう対応していくかも重要な問題として存在する。

- (23) プロスツカ、前掲論文、396ページ。
- (24) 認定NPO法人ビッグイシュー基金、『路上脱出・生活SOSガイド 大阪編』（改訂3版、2022年）、12、13ページは衣服提供の活動団体が記載されているが、団体数が極めて少ない。
- (25) <https://wraphome.org/wp-content/uploads/2018/01/R2R-CA-Legislation-01.05.2018-1.pdf>
- (26) 排尿行為については、次注の*From Wrongs to Rights* p.12によれば、カリフォルニア州で2012年ホームレス権利章典を導入しようとしたTom Ammann議員の案では「他の選択肢がない場合、公の場で排尿する権利」が入れられていたが、論争の末外された。
- (27) National Law Center on Homelessness & Poverty, *From Wrongs to Rights: The Case for Homeless Bill of Rights Legislation* (2014) (PDF版。本稿では、この冊子は、*From Wrongs to Rights*と略記されている。), p.6. この冊子の立場は、これらの禁止法は憲法の権利を侵害しているし、残酷で、非人道的であると考えている (*ibid.*)。橋本圭子「アメリカにおける反ホームレス法の憲法適合性(1)」『広島法学』39 巻4号(2016年)、84-91ページは、アメリカ合州国の諸都市での禁止事項を書いている。日本の場合、軽犯罪法があり、その第1条第26号は「街路又は公園その他公衆の集合する場所で、たんづばを吐き、又は大小便をし、若しくはこれをさせた者」を処罰している。
- (28) Jeremy Waldron, Homelessness and the issue of freedom, in *Liberal Rights* (1993), p.313「ホームレスの個人の窮状に関するより法の正確な技術的な叙述は、私的財産の規則が支配している所では、その人が選ぶ時にはいつでも居ることができるような場所がない、すなわち、私的財産の規則が支配している所では、他人がそこから排除すると言う結果が、その人がいつでも排除されないような場所がないということである。*Ibid.*, p.335.「我々の社会的制度が、彼ら〔ホームレスの人〕にこれら〔生命の維持にとって基本的な〕事柄をなす権利を、あらゆる場所でなされることを否定することで、実際に否定するだろう事は、最もゆゆしい関心事であるべきである。なお、この論文は、サイトでも公開されている。*From Wrongs to Rights*, pp.8-9によれば、ホームレスへ刑罰は、費用が掛かり、非効率的で、時には反憲法的である。
- (29) ミル、早川忠訳「自由論」『世界の名著 第38巻 ベンサム ミル』(1967年)、224ページ。英文は石井が追加。この原理に関する解説は、ゴールディング、上原行雄、小谷野勝巳訳『法の哲学』(訳書1973年)、74-80ページを参照。
- (30) ホップズ、水田洋訳『リヴァイアサン』(岩波文庫)、第1部第14章。
- (31) <https://www.change.org/p/florida-state-legislature-enact-florida-s-homeless>

bill-of-rights

- (32) Constitution of the Commonwealth of Puerto Rico 1952, Article II, Section 1.
- (33) 石井、前掲（その3）、365ページ。
- (34) 認定NPO法人ビッグイシュー基金、前掲『路上脱出・生活SOSガイド 大阪編』、8ページによれば、大阪市の場合、NPO法人が運営している生活ケアセンター（最大2週間の宿泊可能）や「あいりんシェルター」（一日ごとの宿泊可能）がある。これらは、主に西成区の釜ヶ崎（あいりん）地区に多い。本稿204ページで述べた未成年前後でホームレス状態に陥った人のシェルターが少ない（サイトで、家出、シェルター、受け入れ施設、20代等の検索用語を入れれば、少ないがある）。ホームレスの人の宿泊施設を提供するイギリスのロンドンの団体の幾つかは、24時間か夜遅くまで相談窓口を開けている。当日の宿泊者を受け入れるあいりんシェルターでも、17時には相談窓口は閉まる。この違いは、大きい。
- (35) Rankin, A Homeless Bill of Rights (Revolution), *45 Seton Hall Law Review* (2015), pp.407, 422-423. 日本が1979年に批准した「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」第11条では、「この規約の締約国は、自己及びその家族のための相当な食糧、衣類及び住居……」と訳され、訳文それ自体は問題ないが、「相当な」が食糧だけを修飾するようにもみえるが、英語の原文は‘the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing,’である。「国連人権高等弁務官事務所（Office of the High Commissioner for Human Rights: OHCHR）も‘the human right to adequate housing’という言葉を使用している。家正治編集代表『居住の権利』とくらし』（2012年）では、adequateは、「十分な」（家記、51ページ）や「適切な」（熊野勝之訳、18ページ）と訳されている。相当な居住権の概観については、家正治「国際法と居住権」（家編集代表、前掲書所収）参照。
- (36) *From Wrongs to Rights*, p.16.この団体の見解は、[http://www.nlchp.org/Simply\\_Unacceptable](http://www.nlchp.org/Simply_Unacceptable) 参照。
- (37) 災害対策基本法、第86条の6はこう定めている。「災害応急対策責任者は、災害が発生したときは、法令又は防災計画の定めるところにより、遅滞なく、避難所を供与するとともに、当該避難所に係る必要な安全性及び良好な居住性の確保、当該避難所における食糧、衣料、医薬品その他の生活関連物資の配布及び保健医療サービスの提供その他避難所に滞在する被災者の生活環境の整備に必要な措置を講ずるよう努めなければならない。」
- (38) この良好な居住性に関しては、注（3）の参照。
- (39) 榛沢和彦「体育館を避難所にする先進国なんて存在しない」災害大国・日本の被災者ケアが劣悪である根本原因」PRESIDENT Online 2022年3月10日配信（聞き手・構成、山川徹）<https://president.jp/articles/-/55248> 早川和男

「居住福祉から見た災害復興」（家編集代表、前掲書、所収）、76ページも参照。なお、2023年3月4日放映のNHKの番組では、避難所の劣悪な環境が災害関連死を増加させると報道している。

- (40) 他の権利問題に関して、本稿が問題にしたホームレスの人の選挙権と住民票との関係に対応するのではないが、東日本大震災での福島原子力発電所事故による避難者は、法律によって避難後の生活の本拠地とは異なる避難前の住所の投票権を得ることとなっているので、ホームレスの人とは異なった形で、住民票の問題が横たわっている。石井、前稿（その4）、注（43）参照。
- (41) ①私は、2023年4月24日「都市 公衆便所 設置 法」でコンピュータ検索をしてみたが、法律は無いようである。掲載されていた情報では、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」第5条第6項「市町村は、必要と認める場所に、公衆便所及び公衆用ごみ容器を設け、これを衛生的に維持管理しなければならない。」があるだけである。参考になるのは、東京都千代田区の公衆トイレに関する検討協議会、2004年1月発表の「公衆トイレの在りかたについての提言」（PDF版）である。この提言でも、ホームレスの人、幼年者、災害遭遇者や帰宅困難者による公衆便所の利用についての提言が曖昧が無い。②2022年11月頃に「コンビニトイレ」なる用語をパソコンのサイトで見つけた。これは、トイレ施設のない場所で、コンビニが公共トイレの役を担わされているが、トイレ使用した人の中には購買者になっていない場合が相当数あるという記事であった。日本では、安心して利用できる公共のトイレが少ないのである。また、いつどこの放送局で報道されたのか私は明確にできない（多分、2023年2月1日～20日のテレビ報道）が、日本では、子供が安心して一人で利用できる公衆便所が少ないという事が報じられていた。コンビニトイレの問題については、東京新聞、2022年3月13日付け「特報面」（<https://www.tokyo-np.co.jp/article/168366/2>）を参照。ベンチの例については、五十嵐太郎『誰のための排除アート？』（2022年、岩波ブックレット）参照。
- (42) 私は、基本的な衛生設備だけ指摘した。その他に、人がホームレス状態に陥る原因にアルコールや薬物や賭事の依存、さらにはその個人に特有の社会への適応の困難がある。ホームレスの人に対して依存症対策がなされているなら、当然、その対策は、ホームレス状態でない人も利用する権利がある。また、日本の太平洋岸では近未来大地震が想定されており、非常に多くの避難者や帰宅困難者が生じると推計されている。これらの人に対する支援設備や支援物資の計画と準備は、予想されているだけに、国や自治体の責任となる。
- (43) 本稿は、個人主義の原則と言われる個人主義を、社会の構成が、地縁や血縁を媒介にしない個人から成立しているという事実的な意味とそのような方向で構成しようとする規範的な意味で使っている。このように個人主義の意味を限定しておくのは、「個人主義（individualism）」には、多様な意味があるからである。私が、参照した本はSteven Lukes, *Individualism* (1973) (S.M. ルークス著、間宏監訳『個人主義』（1981年））である。著者は、「『個人主義』

という用語で多様に表現されそして結びつけられるその構成要素となる諸々の考えを区別」(p.42、訳書、63ページ)し、「確認された様々な個人主義の説 (doctrines) の間にある一定の相互関連性があることとそれら幾つかは個人主義の核となる諸価値を訴えている」(*ibid.*, p.145、訳書、208-209ページ参照) ことを明確にしようとしている。私の粗雑な読解が、この本で用いられた「個人主義」が、当為として使われる言葉なのか事実として使われる言葉なのかの理解を阻止した。(特に、*ibid.*, p.73、訳書、109ページの冒頭3行の理解。)

- (44) 「政府が社会の個人主義化を意図したかどうか」と書いたのは、戦後の労働者確保のために、政府が採った政策に、すなわち出稼ぎ労働者に対する政策と集団就職(集団赴任)政策の間に、統一した意図が見えにくいからである。「出稼ぎ労働者」対しては、彼らに生じるかもしれない、住民票の移動、選挙権の投票地、地方税の納入自治体等の問題に対処した政府の法的処理を見ると、政府は、出稼ぎ労働者(季節労働者)を地方(農業地)を拠点とする人として捉えていた。そこでの出稼ぎ労働者は、農閑期に都会に働きに出る成人の人が想定されている。それは今日も地方公共体が発行している「出稼ぎ労働者手帳」を見ると推察される。戦後の高度経済成長期の初めと言われる1955(S.30)年頃から盛んになっていく集団就職(集団赴任)については、主に工場への就業者は、もし帰郷すればなすであろう就業の体験をすることなく、工場へ送り出されている。黒田英一「集団就職世代のライフヒストリー」『生活学論叢』第10号(2005年、PDF版)、43ページは、実証的・数量的データが少ないとしながらも(45ページ)、「集団就職の世代が農漁村から大都会にできて、……今なお市民生活を営んでいる事例は多くみられる。」(43ページ)と記している。客観的にいえば、集団就職という政策は、出稼ぎ労働の政策と異なり、就職者の帰郷を考えず、都市化＝個人主義化されるのに任せていたとも言える。前稿(その4)、368-370ページは、この都市化＝個人主義化と選挙権の問題に触れた。
- (45) ここで、私は、義務という言葉を使った。日本国憲法第25条「すべての国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」に即して言えば、国民は法的権利を持っており、仮に権利義務対応説を採れば、それに対応して国には法的義務があると言える。ただ、この問題は、2、3行で済ましう問題ではないので、私は「義務」については何の義務か不明確にしておく。
- (46) ①ここで「人々」という言葉を使ったが、「国民」と言っていないことに注意してほしい。厳密に言えば、ここでの「人々」は官対私で考える場合には、私的個人だけではなくいわゆる私企業や非営利団体も含む。(但し、公対私を考慮すれば、株式会社は、株式を株式市場で売買する限り、あるいはその私企業がいわゆる人々のライフライン(生活の基本的部分)に関わっているなら、株式の公開や会社の形態如何に関わらず、公的性格を持つ。)むしろ、英米の事例を見ると、ホームレス問題に関わる数多くの非政府組織があり、その資

金や様々な運営のやり方について企業から援助を得ている場合が多い。もちろん、援助する企業側にはその企業のイメージ戦略がある。②プロスツカ、石井幸三訳「ホームレスの人びとの諸権利を守るための新しい手段としてのホームレス権利章典」『龍谷法学』54巻1号(2021年)論文によれば、ヨーロッパでは、主に市という地方自治体の立法機関がホームレス権利章典を制定している。この立法方式は、制定過程において、当該地域の住民そしてそこを主に生活拠点にしているホームレスの人、更にはホームレス問題に関わる人々や団体、の意見を反映させたり、調整するのに、全国的な立法形式よりも適しているかもしれない。このような手続き重視の立法過程については、ホームレスの人達とホームレスの人を支援する諸団体が、統一的な意見を出していけるのかという現実問題に我々は直面するかもしれない。これは理想論であるという批判が出される。この批判が認められたとしても、この手続きには、ホームレス問題を常に公けにし、人々の関心を引くことで、ホームレス現象とホームレスの人に関する人々の理解を深める契機を含んでいるという特徴がある（この理解を深める過程も、人々の意見や感情の相違から簡単ではない）。ホームレス問題の解決は、ホームレスでない側のホームレス現象とホームレスの人達に対する理解がなければ、進まない。別の事案から例をとれば、日本では時折生活保護の不正受給の記事が新聞に掲載される。不正受給は、犯罪になる悪い行為である。しかし、この不正受給の背景を深く報道することなく報道すれば、それは、本当に生活保護を必要としている人に対して申請を躊躇させる（萎縮）効果をもたらすし、読者に不必要な偏見や汚名を生活保護受給（申請者）者に与えるだろう。

(47) 石井、前掲（その３）、364ページ参照。



フェリックス オリヴィエ＝マルタン  
『ローマ法における賃約の分割』(3・完)\*

—Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936—

フェリックス オリヴィエ＝マルタン (著)  
柊 山 尚 子 (翻訳)

〈P.448〉最初の指摘は、すでに少し異なる局面で検討されているので、すぐに却下されてしまう。賃約の本質的な効果の一つは、賃借人 (preneur) の報酬の支払義務である。報酬の支払方法は、ここで求められている意味での指標となり得たかもしれないが、そこに使える基準を見出すのは無駄であることは前述の通りである。

ここでクク<sup>(448-1)</sup>が物の賃約と仕事の賃約の違いを見たと思った詳細なポイントは次の通りである。雇い主は、一定期間雇っている職人を恣意的に解雇することはできない<sup>(448-2)</sup>。物の賃約でも同様ではないだろうか。議論は意味がないように思われる。実際、例えば、家を一定期間借りている場合、家主は借家人を恣意的に追い出すことはできないし、借家人も理由なく解約の申入れ (congé) をすることもできない。

ここでは、実際に関心を持ちそうな効果は、本稿の便宜上、危険 (risques) と責任 (responsabilité) の名の下にグループ化されたものだけである。これらの問題については、現代の著者の間では、使用する語彙に

---

\*本翻訳では、原文の448頁から475頁を対象とする。

(原文448頁)

(注448-1) 486頁参照。

(注448-2) D.19, 2, 19, 9.

ついてさえも一致していない。しかし、賃約に関する危険を語ることは正当であると思う。売買における危険は有名な問題であり、ローマ人が持つ賃約と売買の2つの契約の対称性は、賃約のための類似した理論の構築を正当化するものである。さらに、いくつかのテキストでは、仕事の賃貸しに対して「危険」(periculum)という表現が使われているものである<sup>(448-3)</sup>。〈P.449〉しかし、危険の領域と責任の領域を切り離すことは困難である。ローマの法学者たちの精神は、この種の考えをあまりにも排除していたため、今日ではテキストをそのように変えることはできない。このように、現代の危険概念に最も対応されている「危険」という表現は、偶然性や不可抗力 (force majeure) に起因する事実だけでなく、過失 (culpa) や損害 (damnum) に起因する他の事実<sup>(449-1)</sup>にも使われている。したがって、最近の著者の中には、危険とより曖昧で便利な責任という概念を区別することに消極的な人がいるのも理解できる<sup>(449-2)</sup>。問題の本質が何であれ、曖昧な論争に秩序をもたらすためには、危険と責任を区別しなければならないが、これは多くの著者によって多かれ少なかれ明確にされている。

危険に関する限り、従来の学説はほぼ同じである。危険は賃貸人、すなわち物や労働を提供する人が負うものであり、労務の賃約となされるべき仕事の賃約を区別する必要はない<sup>(449-3)</sup>。しかし、この規則には本質を含

---

(注448-3) D.19, 2, 36, フロレンティヌス：概算で賃貸された仕事は承認されるまで、危険は賃借人に属する。h.t., 27, 1参照、あるいは、この用語はあまり専門的でない意味で使われている。

(原文449頁)

(注449-1) このようにD.40, 12, 13, 1. を与えている。

(注449-2) クク、486頁から488頁参照に続いて、R.モニエ, t.II, 213頁から214頁参照。

(注449-3) P.F.ジラルド、608頁参照と注意書きがある。プティ、398頁と400頁参照。この2人の著者は、いくつかのニュアンスを除いて、完全に一致している。多くの著書では、この問題を引き留めるにはあまりにも速く終わってしまい、何の役にも立たない。前の注釈で述べたような危険と責任を区別しない人たちは、制度の提示の仕方に違いはあっても結論は基本的に同じである。



む。物の賃約において、数年間の農業（agricole）目的の土地の賃貸借の場合、収穫が収入を下回った場合でも、あらかじめ収入を得ているため地主は危険を負担することがない。労務の賃約では、労働を遂行する上での障害が、労働者とは関係のない出来事に起因する場合、労働者は危険を負担しない。なされるべき仕事の賃約では、仕事が偶然の出来事で破壊されても請負人は危険を負担しない。〈P.450〉しかしこの場合、仕事の受領と報酬の決定方法に関する特別規則が介入し、仕事の期間の長さに応じて定められたり、本質を支えるものとみなされたりして、一般的な原則の適用をより複雑なものにしている。結局、適用の種類の多さによって細かな違いを持ち、ただ1つの契約類型にまとめることができない。しかし、著者らは一部の著者が認めている明確な分割に対して、法的に深く差異を示していない<sup>(450-1)</sup>。そして、もし学説を離れてテキストを読めば、3分割とは全く逆の結論に達する。それは、より慎重な著者達の書物がすでに示唆していることである。確かに、危険が賃貸人にある場合、多くの例外はあるが、それは従来の分割に対応しないいくつかの特別なケースに関するものである。この危険に関する規則は、都市部の住居賃貸借であれ、土地（exploitation）賃貸借であれ、材料が主人によって供給されたものであれ、請負人によって供給されたものであれ、仕事が規模の変わる建築であれ、特定の対象物であれ、同じように適用されるわけではない<sup>(450-2)</sup>。この点については長くなるが、ここでは賃約における危険を検討する場ではないのでこのような指摘で十分である。

（原文450頁）

（注450-1）アカリア、490頁参照。アカリアは、労務の賃約となされるべき仕事の賃約との間に差異を設けてはいるが、彼は、私達がここに立っている根拠とは少し異なる根拠で質問しており、他方で、何も示していない危険なテキストから論拠を引き出しているので彼の意見は無視することができる。

（注450-2）例えば、以下のような法文がある。都市の建物：D.19, 2, 30, 1；19, 2, 33, pr.；農村の建物：D.19, 2, 25, 6；19, 2, 27, 1；不定額の賃金：D.19, 2, 9, 2；19, 2, 11, 1；請負：D.19, 2, 36；19, 2, 51, 1。

責任の問題は、すべて似たような事例のようにテキストの中に出てくる。〈P.451〉賃貸人が賃借人に何かを引き渡す場合、問題は同じではない。すなわち引き渡された物が、加工すべき原料、教育すべき奴隷、住居、輸送される商品、あるいは自由人を託される場合である。つまり、職人に弟子入りする子息、海上輸送を目的とした船の船長に託される女性、あるいは契約内容が個人的な関係のみで成立する場合である<sup>(451-1)</sup>。私達は一見すると切り離せないような非常に多くの状況があり、それぞれに異なる解決策が与えられている。この最初の一連の困難に加えて、ディゲスタの法文が、過失、保管責任 (custodia)、注意義務 (ditigentia) の考え方を進めた結果、多かれ少なかれ大幅に作り直されたという事実を加えれば、問題の複雑さも理解できるだろう<sup>(451-2)</sup>。3分割がどう関係してくるのか。一般的には何も関係していない。説明責任に取り組む著者は、テキストの検討によって責任による説明を放棄するよう制約され、資料が提示する混乱した判断の数々を秩序立てなければならないのは、別の理由によるものであり、責任とは異なる視点に基づかなければならない。このように、3分割はここでも役に立たない。それは3分割を受け入れる著者が責任を論拠として使おうとすると、混乱の原因となり、困難な物事の秩序を理解できないようにするということになる<sup>(451-3)</sup>。

---

(原文451頁)

(注451-1) この問題に関連する多くのテキストは、まずディゲスタで、題材の所在を確認することができる。19, 2, 賃約；そして表題9, 2, アクウーリウス法；4, 9, 船員, 店主, 厩舎；40, 2, 窃盗, 等。

(注451-2) 最近、V.アランジョ・ルイス (V. Arangio-Ruiz) 『ローマ法における契約責任』 (Responsabilità contrattuale in diritto romano, Naples, 1933) によって取り上げられ、賃約に関する多くのテキストを研究している。しかし、M.アランジョ・ルイス (M. Arangio-Ruiz) は、この行の著者以上に賃約の3分割の理論を受け入れていないし、残念ながらM.パリス (M. Paris) の善良な管理者としての注意義務に関する重要な著書を知らないの、彼の仕事は今回の研究にとってほとんど関心がない。

(注451-3) これがM.パリスを参照した場合である。彼は倉庫、船長、船員、厩ノ

〈P.452〉また、責任について言及している一般的なテキストもある<sup>(452-1)</sup>。これは訴権（judicia）または貸主訴権（actiones locati）、または賃約、あるいは稀に貸主訴訟（res locates）を意味する。時々、テキストは賃約の非常に特殊なケース<sup>(452-2)</sup>に言及しているが、ここでは3分割を示唆するような表現は決してない。それは、常に賃約そのものの問題、あるいは、特別な種類の問題である。

このように報酬の義務も、恣意的な解雇の禁止も、危険も、責任も、賃約の3分割の理論を裏付ける証拠を見つけることはできなかった。同じように、仮に単に否定論にとどまっていたとしても、その論拠は有力なものとなるだろうが、それを提供した研究では否定論に反する肯定的で重要な論拠が明らかになった。

ここでは、別の疑問が生じるかもしれない。賃約の効果や契約の適切な

- 
- ↘ 舎といった法律行為を古典的な分割に戻そうと試みたが、非常にためらいがあったのも無理もない。前掲V.431頁。そして、それぞれの部類について、善良な管理者としての注意義務の責任について検討した。タイトルI、1章；なされるべき仕事の賃借人の善良な管理者としての注意義務の責任；タイトルII、1章、物の賃借人の責任である。なされるべき仕事の賃借人には善良な管理者としての注意義務の責任があり、物の賃借人にはないという結論に至ったようである。ボーダーラインや疑わしい場合をなされるべき仕事の名目の下に置くことによって、排除された労務の賃約の問題はない。

（原文452頁）

（注452-1）よく知られたテキストを引用するまでもない。D.50, 17, 23.以下、いくつか紹介する。D.4, 65, 28：裁判において、賃貸人と賃借人のそれぞれに故意があり、善良な注意義務がなかった場合には、訴権がなくなり反論する余地はない。D.47, 2, 14, 10：そして、自分の所有物が他人に属している場合は、貸されたかのように賃貸されている。D.40, 12, 13, 1：同様に、私たちの財産と他人の財産の両方が、危険にさらされているにも関わらず、この訴権に持ち込まれ、借りられたり賃貸されたりすることは確かである。

（注452-2）法学提要（Inst.）, III, 25, 5：衣服、銀、または牛の使用と引き換えに、報酬を与えたり約束したりした人は、最も誠実な家主が自分が使用するよう使用することを後見人として望まれる。ただし、万一財産を失った場合には、返還する義務を負わないものとする。

適用とは別に、労務の賃約と仕事の賃約を区別することを可能にするような兆候はあるのだろうか。クク<sup>(452-3)</sup>はディゲスタ<sup>(452-4)</sup>の使い方に関するテキストの中で1つ言及している。〈P.453〉奴隷の使用者は、その奴隷に関して労務の賃約を禁止されるが、仕事の賃約は引き続き認められる。実際には、この問題は誤った形で提起されている。奴隷の所有者は、奴隷を貸すことによって労務の賃約とすることはできない。なぜなら、奴隷は物だからである。もし奴隷を貸せば、それは物の賃約である<sup>(453-1)</sup>。使用者の場合、使用者は使用権を持っている（usuarius）家を借りるのと同様には、使用人（servus）を借りることはできない。しかし、例えば奴隷の使用者は奴隷の労働力を自分のためにせよ他人のためにせよ、自分が行う様々な労働のために、使うことができる。例えば船を造り直す場合である。それが労務の賃約か仕事の賃約かという問題はある得ない<sup>(453-2)</sup>。そして、ここでも議論は破綻している。

賃約の難しさを説明できないことをさらに証明するのは、特に複雑な状況を説明するために、4番目の賃約の種類に頼らざるを得なかったという事実である。不規則な賃約の概念は、アルフェヌス・ウォルス（Alfenus Varus<sup>(453-3)</sup>）のテキストに含まれる有名な性質を説明するために作られた。この契約はドグマ的な観点からすると、不規則寄託（dépôt irrégulier）

---

（注452-3）487頁n.5引用：“これはサービスの賃約と仕事の賃約を区別していることの結果である”。340頁n.6も参照。

（注452-4）D.7, 8, 12, 6.

（原文453頁）

（注453-1）前掲420頁参照。

（注453-2）しかし次の7、8、13の抜粋は、より繊細な解釈でこの見方を裏付けるものである。そこには、奴隷の用益権者は、自分が働いた第三者から報酬を受け取ることができるが、主人はそれを借りることができるので、受け取ることができないと書かれている。これは、法学が奴隷の法律の条件にもたらす事実上の減衰の一つである。

（注453-3）D.19, 2, 31. 解説者は、ポンポニウス（Pomponius）のD.34, 2, 34のテキストと関連させている。

と対をなすものであり、最近の著者ではほとんど研究されていないが<sup>(453-4)</sup>、前世紀の弁証法においては重要な位置を占めていた<sup>(453-5)</sup>。

〈P.454〉ここでは、この概念の価値を歴史的に知ることが問題なのではなく、テキストが提供するすべての具体的なケースを分類するには、賃約の3分割では不十分であることを示すために、この概念の存在を思い出すだけで十分だったのである。この種のカテゴリーは、少なくとも包括的であるというメリットがある。

ここで、この説明を明確にするために、これまで体系的に無視されてきた点の研究に着手する。これを著者は通常、当事者の名前の反転（*inter-version des noms des parties*）と呼んでいる。賃約は、その適用範囲に多くの種類があるため、法律上の状況や職業が互いに大きく異なる当事者が集まっている。現代の実務、俗語、さらには民法、労働法、家賃法など立法に関するテキストでは、売買契約の当事者の売主と買主のように、賃約の当事者の正式な名称を決めることができなかった。私達は借家人（*locataire*）と言っているが、これは都市の建物の賃貸借に限ったことであり、オーナー（*propriétaire*）と言えは契約外の法的概念に訴えるものであり、ファーマー（*fermier*）と言えは、土地の特定の借地制度を示すものである。私達は今でも雇い主（*patron*）、主人（*maitre*）、職人（*ouvrier*）、使用人（*domestique*）と言っているが、これは非技術的な用語であり、雇用者（*employeur*）、被雇用者（*salarié*）という新しい社会的概念に依存した用語である。賃貸人（*locateur*）と賃借人（*conducteur*）という学

（注453-4）ジラールもモニエもこのことに言及していない。

（注453-5）ペラ、『学説彙纂からの抜粋』（*Textes choisis des Pandectes*, p.41 à 60）。アカリア, II, p.490, n.3引用。クク, 487頁488頁引用。オットリーノ・クレリチ（*Ottorino Clerici*）『ローマ法における不定期賃借の成立』（*La formazione delle locazioni irregolari in diritto romano*）とJ.デュケイン（*J. Duquesne*）『新・歴史法学論集』（*Nouv. Revue hist. de droit*, 1909, p. 508-509）の記述にある。

問上の名称は、特に前者は教義の言葉として使われる以外では使われていない。このような語彙の不確定性は、同じ様に法的な不確定性を明示しているため、無関心ではいられない。ローマ時代の古代においても同じことが言える。ただラテン語の語彙は貧弱で柔軟性に欠けるため、用語の数は多くないが、適用条件は複雑である。〈P.455〉所有者（dominus）という用語は対象となる種において、所有権の問題がある場合にごく例外的に使用される。特に請負契約の場合には、請負人（redemptor）（仕事を請け負う）（redemere opus）という言葉より頻繁に使われる。しかし、通常の専門用語は、賃貸人と賃借人であり、買主と売主とは対称的である。しかし、この類推は単にうわべだけのものである。というのは、買主と売主が規則正しく、普遍的に使用されるのに対して、賃借人と賃貸人は普遍的ではない。建物の賃貸借に関する時には、それが何の契約であったとしても、さらに一般的に物を借りる時には、何の問題もなく、所有者は賃貸人、相手は賃借人と言われる。修理または改造されるために与えられた物、使用されるために与えられた材料の問題である場合、ここでも所有者は賃貸人、他の当事者は賃借人（あるいは請負人）と言われる。しかし、より複雑な場合では一見したところ、賃貸人と賃借人の用語の使用に関する法則を決定することは困難である。とりわけ問題は、請負（entreprise）、サービス（services）、奉公（apprentissage）、輸送（transport）などの場合である。

このような用語の変化に注釈者達が翻弄されるようになって久しい。彼らの説明は無限と言ってもいいほど多様である。アゾン（Azon）は注釈学派（Glose）に言及するまでもなく、すでに所有権（propriété）ということに執着していたのである。所有者は賃貸人であり、相手のものを使用する者であり、指揮者である。従って、もし私が、私の物でサービスを利用する場合、あなたは賃貸人、私は賃借人であるが、やるべきこと、提供すべきサービスの観点から物事を考えることもでき、その場合、用語は交

換可能である<sup>(455-1)</sup>。〈P.456〉この説明は、ある種の懐疑心を反映した柔軟なものであるが、16世紀にはセバスチャン・ブラン（Sébastien Brant）<sup>(456-1)</sup>がまだ受け入れていた。キュジャス（Cujas）はこの問題を全体的に取り上げ、規定の1つをこの問題に充てることになった<sup>(456-2)</sup>。

家を建てる人は確かに賃貸人と呼ばれるが、それでも報酬を払うのは家を建てる注文者なので、基準として賃貸人には報酬を受ける人、賃借人には報酬を与える人とみる人の意見をまず否定する。だから、報酬を考えてはいけない。実際には賃貸人は何かを与える側であり、使う側でもあり、何かに使われる側でもある。このように、家を貸す家主、衣類を管理するクロークの管理人、学生を指導する法学部の教授、みんな賃貸人である<sup>(456-3)</sup>。この基準は、キュジャスも認めているように、微妙に適用が難しいものである。まず第一に、私達はその正確な範囲について躊躇してしまふ。従ってキュジャスにとっては、親が個別に教えてもらうために自分の子どもを教授に差し出せば、その学生が賃貸人である<sup>(456-4)</sup>とすると、

---

（原文455頁）

（注455-1）アゾン、ディゲスタの19、2でまとめた…：1596年版、614頁：賃貸人は、契約によれば、他人が自分のものを使用することを許可する人であると言われている。一方、他人のものを使用する賃借人は、合意された賃金を受け取る。したがって、私があなたのように家を持っている場合、合意した料金でそこに住むことを許可する。あなたは借主と呼ばれ、私は貸主と呼ばれる。あなたも、あなたの報酬に同意し、それを私の仕事に使用する場合、あなたは製作物の貸主と呼ばれ、私はその借主でもある。私がある人に仕事を任せたら、あなたに報酬を与える。私は賃貸人であり、あなたは賃借人と呼ばれるが、仕事に関しては逆だが、私たちはしばしば一方を他方に置く。

（原文456頁）

（注456-1）『民法上のすべての項目における解説書』（Expositiones in omnes titulos corporis juris civilis, éd. Lyon, 1553, P.65）。序文は1505年のものである。

（注456-2）I、II、第28章注視：ローマの賃貸人と賃借人の違い。

（注456-3）キュジャスは、バルトール（Bartole）以前と同様に、ローマ法で自由な行為とその他のものとが区別されていることを指摘していない。

（注456-4）そして、法学教授が、教えるための仕事を提供したり、給与を交渉ノ



同じ操作を2つの異なる視点から解釈することができる。海上運送契約 (contrat de transport maritime) において、船舶の船長は自分の船舶を物品の持ち主に貸すことができ、彼は賃貸人である。物品の持ち主は賃借人である。〈P.457〉しかし、物品の持ち主は、運送のために船長に商品を委ねることもでき、その場合、賃貸人は物品の持ち主であり、船舶の持ち主は賃借人となる<sup>(457-1)</sup>。キュジャスは働きの名前について疑念がある時には、有名な法律であるDigeste. 19, 5, 5を用いたバルトールの伝統に従い、訴権は前書きされた文言によって与えられなければならないと結論づけた。

賃約の用語の問題について、古代（ローマー訳者）の解説者が与えた解決策を探すことは立派な研究である。本研究は、契約の歴史やある種の近代的な制度の起源について興味がないわけではないが、今回の研究の範囲を超えるものである。問題をうまく提起し、この問題に関する古代の著者の中で最も優れた人物の不確実性を示すことができれば十分であった。この不確実性は、現代の著者の姿勢とは確かに完全に対照的である。これについては以下のような一定の規則があり、問題はない<sup>(457-2)</sup>。賃貸人とは賃約において、物あるいは仕事の主人を意味し、もう一方の当事者を賃借人と呼ぶが、物の賃約となされるべき仕事の賃約に関してのみである。労務の賃約については「用語の反転」(interversion des termes) があり、主人、つまり報酬を与える人が賃借人で、賃貸人は自分のサービスを賃貸しする職人であり、自分の労務の賃貸である。このように、テキストが示

---

ㄨ したりする場合、法学教授は賃貸人であり、学生は賃借人である。しかし、法学教授が自分の専門分野で多くの科目を教えることを約束する場合、彼は賃借人であり、学生は賃貸人である。

(原文457頁)

〈注457-1〉最後に、船の船長は、使用するために船を貸す場合は賃貸人であり、同様に、支払われる報酬を受け取る場合は賃借人であるが、どちらの場合でも、船長は賃金を受け取る。

(注457-2) 今日では普遍的に受け入れられているこの学説の存在を、引用によって説明する必要はない。



す用語の難しさは納得のいく説明をしてくれる賃約の3分割の学説に結び付けられている。そしてそれ故、用語の逆転が問題となっている学説の根拠となり、ある著者にとってはより一層強い根拠となった。

〈P.458〉しかし、この種の根拠は、その説を唱える人にとっては危険である。用語の逆転が賃約の3種類の存在を間違いなく立証するためには、すべてのローマのテキストが先に述べたように賃借人と賃貸人という用語を使用する必要がある。しかし、実際にはそうではない。多くのテキスト、つまり大多数のテキストは示された規則に従っているが、中には完全に無秩序な用語の使い方をしているものもある。これが一番重要である。それは建物の建設（インストラの建設の賃貸）を参照する必要がある。これは紛れもないなすべき仕事の賃約の場合であり、難しい問題は請負人が作成した供給品の所有権に関するものである。仕事の賃約について法学者はこう言っている。「すなわち熟練した自身の労務でなされるべき必要がある」<sup>(458-1)</sup>。このテキストは今日認められている学説に対する2つの重要な反論を提起している。本来ならば賃借人とすべきところを、請負人を賃貸人と言い、私達は労務と言うが、これは原則として労務の賃貸人のための用語である。また、別のテキストでは、（一般的意見によると）なされるべき仕事の賃借人に適用される言葉として同様に労務という表現があるが、これは金属の地金を受け取って変形させる彫金師のことを指している<sup>(458-2)</sup>。逆の例もある。女性を船で運ぶことを引き受けた人についてウルピアヌスは、女性は航海のために彼を雇い、それは賃貸に違いな

（原文458頁）

（注458-1）D.19, 2, 22, パウルス。テキストの終わりは間違いなく加筆されているが、我々の目的には関係がない。

（注458-2）D.34, 2, 31, pr., ポンポニウス：地金については、金細工師にとっては金だが、所有者は変わっておらず、それを与えた人のままであり、金細工師の仕事に対して支払われたようである。ガイウス『法学提要』（Les Institutes de Gaius, III, 147 et de Justinien, III, 24, 4）に指輪の製作を任された金細工師の話もある。また、金細工師の労務の問題でもある。

い<sup>(458-3)</sup>。まだまだ多くのテキスト<sup>(458-4)</sup>を呼び出すことができるが、これらは「反転」(interversion)の規則の虚しさを示すのに十分であり、同時に賃約の3分割の説を支持するために呼び出されたものの中で最も強い根拠を覆すものである。〈P.459〉現代の学説では、この名称と役割の反転は密接に結びついている。アカリアはこの区別の意味を確定すると同時に、仕事の賃約の特徴である名称と役割の奇妙な反転を説明する必要があると述べている。

このような形式的なテキストが現代あるいは最近のすべての著者の目に触れなかったことに驚くかもしれない。実際には、この点については区別しなければならない。アカリア<sup>(459-1)</sup>のように、前世紀半ばに間違えていた著者たちは、名称と役割の反転があったことを知っていて、多かれ少なかれ私の推測の域を出ない議論でその重要性を減らそうとした。その数の少なさ、例外性が強調され、ローマの用語の歴史的変遷が推測された。困った時には、法学者が捨て切れなかった間違った言葉の慣習の存在に仕方なく頼ることになる<sup>(459-2)</sup>。そしてモムゼン (Mommsen) の賃約と売買

---

(注458-3) D.19, 2, 19, 7.

(注458-4) Notamment D.19, 2, 51, 1, ヤウォレヌス。この箇所については、L.ミシヨンの論文を引用し、15頁以下を参照されたい。D.19, 2, 58, 1のラベオの曖昧な表現も参照のこと。

(原文459頁)

(注459-1) 諸々に引用。D.19, 2, 22, 2について一通り議論されている。ククの著書の447頁には、この高度さの痕跡が残っており、特定の論証によって逆転を説明しようとしている。

(注459-2) これらの点については、アカリアの著書のほか、1880年から1900年にかけて、新たな強い社会的関心が生み出した多数の賃貸借に関する論文において、その情報を見出すことができる。ヴィントシャイトには不完全な列举があり、とりわけミシヨンとアルミライルの列举はすでに述べたとおりである。一オルトランはこの点に関して非常に慎重で、相互変換は頻繁に起こるが、かなり多くの例外を含んでおり、それはアカリアのものとは異なる母体であると説明している。

の起源に関する<sup>(459-3)</sup>優れた論文が出版された。この論文は一気に全ての拗れた意見をまとめ、それまで論争的になっていた立場を決定的なものとした<sup>(459-4)</sup>。〈P.460〉モムゼンはデーゲンコルプ（Degenkolb）<sup>(460-1)</sup>が提唱した仮説に基づき、公法に着目して賃約と売買の起源を探った。彼はこの研究で、特に3つの賃約の起源を明らかにした。1年の賃貸期間を持つ物の賃約は、財務官（censeurs）による国庫の土地の貸し出しに由来し、なされるべき仕事の賃約は、財務官が発注した公共事業の契約に由来し、労務の賃約は、様々な財務官の部下、特に従者（appariteurs）の採用に由来している。また、同時に用語の反転についても説明した。賃貸人はlocareから来ている。実際、財務官はローマの人々の利益のために、空いている土地や実施すべき事業を提供した。一方、財務官が自分の従者を従事させたい時は、彼らを一緒に集めたのでconducereという言葉が生まれ、労務の賃約に見られるような反転が起きた。このようにして3つの賃約と反転の理論は歴史的に正当化され、ある著者を悩ませていた疑問も解消されたのである。モムゼンの高い権威、シンプルで厳格な議論は、すべての人の納得を得た。ヴィントシャイトが彼の結論を採用したことで、彼の学説はフランスやイタリアなどで広まっていった<sup>(460-2)</sup>。前述の用語の反転に関連して引用したガイウス、ユスティヌアヌス、パウルス、ウルピアヌス、

（注459-3）Th.モムゼン、『古代ローマの売買と賃貸の始まり』（Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe, dans Zrilsohr. des Sav., Stift., Röm.Abt., VI, p.260 et s.）。

（注459-4）その出版後まもなく、A.エスマイン（A. Esmein）はこれを『ローマ法における5年間の賃貸借』（Les baux de cinq ans en droit romain）と改作し、同じ著者による『法学・評論史』（Mélanges d'histoire du droit et de critique）の219頁から229頁に収められている。

（原文460頁）

（注460-1）『使用権及び賃貸料』（Platzrecht und Miethe, Bartin, 1867, 149）。

（注460-2）ジラルがヴィントシャイトに非常に忠実であることは、これまで見てきたとおりである。イタリアでは、ヴィントシャイトの論文は翻訳され、何度も再版され大きな反響を呼んだ。

ポンポニウスのテキストはその後忘れ去られ、議論はおさまっていた。

しかし、偉大なモムゼンに敬意を表しても、3つの賃約が存在することを否定するものではなく、他方では、モムゼンの有名な主張に対して多くの批判が語られている。conducereという表現の使用は、モムゼンが主張しているような規則性がテキストにはない。〈P.461〉キケロ（Cicéron）、リヴィ（Tite-Live）、そしてさらに重要なことに、財務官に関するシラ（市）の法律では、conducereまたはconducere locareとは言わず、legereまたはlegere sablegereと言っている<sup>(461-1)</sup>。出版された研究論文に関する限り、リヴィのテキストはとても明確で、モムゼンの主張に真っ向から反するものであるが、モムゼンはこれを無視している。ここでは、モムゼンの主張が認められてきた過程を修正することを問題とすることはできず、修正の余地があることを示すだけで十分であり、いずれにしても、モムゼンの主張は上述した公的なテキストの議論に対しては使えない。

もちろん賃貸人や賃借人という言葉の使い方は謎のままである。もしこの用語の使い方についての説明が見つければ、関連するローマの賃約の構造の謎が解けたことになる。しかし、このような語彙のバリエーションを説明するために発見したと私達が考えていた規則は、契約の3分割論と同様に幻想であり、私達が軽率に積み重ねてきたこれらの理論は共に崩壊する。

---

（原文461頁）

（注461-1）それは馴染みのある習慣であり、財務官Q.ペティリリウス（Q. Petilius）が評議会ですれを読み上げたときに書く。Liv. XL, 20, 10. 最近、私が造営官（aedilicium）のD.マトリニウス（Matrinium）を、M.ユニウス（Junium）、Q.ピュブリシウム（Publicium）の前で弁護したとき、長官たちは…陪審員に書記を読むように説得した。プロ・クルエンティオ（Pro Cluentio），45，126。そして財務官がプレプスの法を知って下役人を補完する必要がある場合は、いつでも財務官はその法律を読んで下役人を補完しなければならない。モムゼン『公法』（Droit public），1，386頁によって引用された財務官に関するシラの法律。

このような3つの賃約の理論の検証はそれまで行われておらず、3つの賃約の理論に関連する教義は批判的というよりも伝統的な方法で伝えられてきた。しかし、特にモムゼンによる説明が流行する前には、その難しさを感じながらも最終的に元の概念に立ち返る著者もいた。アカリアは、自分が考えていた引渡しと賃約の間の類推がかなり難しいことを認識していた。ドゥマンジュアは本気で「ひどく大恥をかい」と認めた。〈P.462〉ククはまず、「この区別は、それ自体がかなり微妙なものだ」と述べた。同時代のM.バックランド（M. Buckland）<sup>(462-1)</sup>は、古典的な学説を明らかにした後さらに進んで、この分割の信憑性を根本的に信じていないことを正式に示し、特に曖昧なケースの例を挙げている。しかし、彼はこの留保を正当化せず、意見としてではなく感覚として提示している。M.V. アランジョ・ルイス（M.V. Arangio-Ruiz）<sup>(462-2)</sup>はより明確である。彼は、内面的な理由とも言えるが、3つの賃約の区別を拒否している。彼にとってローマの賃約は売買と同様に「単一の」契約であり、ローマ人にとって完全に明確な法的概念に対応しており、伝統的に与えられてきた契約の目的の分析を修正することで再構成することができる。このようにして彼はポティエ（Pothier）と大きく異なるが、賃約という概念に辿り着いたのである。M.アランジョ・ルイスは、自分の論文の説明を優秀な学生であるウーゴ・ブラジエロ（Ugo Brasielle）に託し、彼は見事に説明をした<sup>(462-3)</sup>。彼の論文は、主に実質的な理由に基づくもので、全く異なる分野で行われているため、否定的な結論だけが本研究と類似している。さら

---

（原文462頁）

（注462-1）『ローマ私法の主な制度』（Main institutions of the Roman private Law）。

（注462-2）『制度』（Istituzioni）、3版、1935年。

（注462-3）U.ブラジエロ、『ローマ時代における場所と行為についての考察』（Sull'unitarietà della locatio-conductio in diritto romano, dans Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1927 et 1928）。

に、M.バックランドの懐疑論も、M.アランジョ・ルイスやブラジエロの洗練された理論も3つの部分から成る賃約への信頼を揺るがすものではないようである。最近の著作ではこの点が考慮されていない。そのため、3つの賃約に直接取り組むことが適切であると考えた。

〈P.463〉これまでに展開されてきた議論がどれほど説得力のあるものであったとしても、内部的な矛盾、テキスト上の正当性の欠如、ドグマ的な結果、学説の変遷、契約の効果に関する有効性のなさ、テキスト上の反論の根拠など、その性質上さらに反論の余地のない議論を展開する必要がある。実際、長い間知られていなかった3つの賃約の理論が追跡可能な学説上の変遷の結果であること、比較的最近になって現れゆっくりとしか広がらなかったこと、最終的には名前の挙げられる法学者によるものであることを示すことができれば、この説の信憑性に対する特に正式な証明となるのではないだろうか。さて、この証明は少なくとも大まかには可能である。

まず第一に、心に直接訴えかけてくるような感覚的な研究は排除しなければならない。学説では「反転」という名称で知られている。用語の難しさは、アゾンがすでに懸念していたため、非常に早くから気づかれていた。このような反転が論者に3つの賃約の理論を構築させたのではないだろうか。これは紛れもなく、危険を孕んだ理論の出発点ではないだろうか。しかし、そうではなく、3つの賃約の理論は全く独立した形で生じたものであり、それと反転との因果関係が確立され、その無意味さが示されたのはごく最近のことである。

さて今度は、研究を周到に進めるために、いくつかの標柱を立てる必要がある。この区別は中世に生まれたものではない。偉大なる注釈学派はそれを見捨て、アゾンも同様であった<sup>(463-1)</sup>。ホスティエンシス (Hostien-

---

(原文463頁)

(注463-1) 彼が示した賃約の定義はこうだ。現金での支払いによって行われる使用人の賃貸借である。前掲455頁。

sis) はアゾンの学説を一語一語再現し、それはレビュフ (Rebuffe) までの、そしてそれ以降のカノン主義者の間で再び見出すことになる。バートルと彼の学派は、多くの法的カテゴリーの創始者だが、このカテゴリーの創始者ではない。そして、16世紀の研究に関しては、さらにいくつかの調査だけで十分である。世紀の初め、S.プランは非常に人気のある概論<sup>(464-1)</sup>で、アゾンの学説を維持した。キュジャスは賃約を繰り返し扱っているが、彼はその区別を無視している<sup>(464-2)</sup>。ホットマン (Hotmann) も同様である<sup>(464-3)</sup>。キュジャスの思想をドイツで普及させたボルホルテン (Borcholten) は、conductorとlocatorという言葉に関する彼のモデルの教義を不合理に推し進めただけだった<sup>(464-4)</sup>。また、17世紀前半にオルレアンで教鞭をとっていたキュジャスのフランス人の学生、アヴェザンのジャン (Jean) も何も書いていない<sup>(464-5)</sup>。今世紀に入ってから、その状況を概観できる非常に重要な本が出版された。これは、イタリアの法学者ヴィンセント・カロッチ (Vincent Carocci) の『賃約に関する条約』 (Traité du louage) で、少なくとも6つの版がある<sup>(464-6)</sup>。この歴史上重要な意味を

(原文464頁)

(注464-1) 上記より引用。

(注464-2) 特に、上記に引用した批評において、顕著である。Digesta, XIX, 2, dans l'édition du Corpus juris civilis de 1612に関するパラタイトルの中にある。以下は、パラタイトルにおける彼の賃約に関する定義である。賃約とは、確定された報酬で何かを為すという、簡素な契約である。

(注464-3) 『法学用語集』 (Vocabularium juris civilis), v° Locatioでは、次のように定義されている。賃貸とは、民法が認めている範囲内で、善意で、明確な支払いを行う、または一定期間使用する、または行う契約である。

(注464-4) 『制度』 (Institutiones, éd. de 1599, t.240)。

(注464-5) 賃約に関する彼の非常に興味深い論文は、1644年にオルレアンで出版された『先行予約契約』 (Contractuum liber prior) に掲載された。メルマン (Meermann, t.IV) の『用語集』 (Thesaurus) でより簡単に見つけることができる。

(注464-6) 賃約に関する論文であり、賃借料、用益権 (fructibus)、不帰属財産 (caducitatibus)、免除 (remissionibus)、賃金および手当、新たな日常のおよび実務的な事項が正確に網羅されている。Vincenzo Carocci Tu-



持つ条約は、まさに賃約の真理である。中世と16世紀の両方の初期の文献がすべて綿密に分析され、豊富に引用されている。〈P.465〉3つの賃約の疑問についてはどこにも言及されていないので、この理論がこの著書の執筆以前に発せられたものでないことは確かである。従って、1675年頃までこの説は知られていないのである。

さらなる標柱は、民法典の助けを借りて設定することができる。法典は<sup>(465-1)</sup> 3つの賃約を知らない。第1708条は次のように規定している。第1708条では「賃約には物の賃約と仕事の賃約の二種類がある」と規定されている。さらに、第1711条では次のように分割している。「この賃貸借の2種類は、さらにいくつかの個別の種類に分けられている。家屋と動産の賃貸借を家屋賃貸借 (bail à loyer)、農事用の土地建物の賃貸借を小作契約 (bail à ferme)、労働あるいはサービスの賃貸借を労働賃貸借 (loyer)、家畜の賃貸借でその利益が家畜の所有者とそれを託された人との間で分割される賃貸借を家畜賃貸借 (bail à cheptel) と呼ぶ。見積書、取引き、あるいは一定の価格によって仕事を請負う時も、仕事を行う者によって材料が提供された時も同様に賃約である」。賃約の第三章は、タイトルにもなっている。「仕事と勤労の賃約」は、一部の人に誤解を与えたかもしれないが、以下の第1779条の再編集が示すように、「et」は分離的な意味を持たない。「仕事と勤労の賃約には、大きく分けて3つの種類がある。労働者の賃約…、運送業者の賃約…、請負人の賃約…」このように民法典にはいくつかの分割と細分化された賃約があるが、3つの賃約については

---

↘ dertino J.C.clar. authore. La Bibi.nat. (F 768) en possède la sirième édition, Venise, 1675, in-fol.

(原文465頁)

(注465-1) この見解は、何人かのローマ人によって支持されている。しかし、民法学者達はこの間違いを共有しなかった。コランとカピタンを参照すると、法典が3つの賃約を知らないことを示している。もっとも彼らは後悔しているようである。



どこにも書かれていない。その上、編纂の過程では、この問題について明らかに明示されている。この問題を立法機関に報告した治安判事のムリコー(Mouricault)は、仕事の賃約の対象となるものについて同じ考えに立っている。つまり管理(soins)、サービス(services)、労働と勤労(travail et l'industrie)である<sup>(465-2)</sup>。〈P.466〉このことはムリコーが用語の反転について明確に言及していることからより重要である。

フランス民法典は、当然ポティエを参照する。しかし、民法典ではポティエが法典の唯一の情報源ではなく、賃約はポティエとは多少異なる方法で扱われている。基本的な分割は同じで「賃約には2種類ある。物の賃約と仕事の賃約である」とする。しかし、その内容は様々である。このように「職人や家事使用人のサービスの賃貸借契約」は家屋の賃貸借契約や農地賃貸借契約と並んで、物の賃約の1種であると考えられていた<sup>(466-1)</sup>。民法典の編集者がこの点で影響を受けたのは何よりもドマからである。ドマの『民法』(Lois civiles)は、よりゆりぎない学説と、より理解しやすいカテゴリーを提供したのである。当然彼も3つの賃約を知らない<sup>(466-2)</sup>。

---

(注465-2) Lucré, I.14, 441頁。以下はその全文である。「治療、サービス、労働、勤労は、仕事の賃約の内容を組成する。定められた家賃はいくらで、給料はいくら。真の意味での賃貸人とは、家事使用人、芸術家、職人あるいは請負人である。それを支払う者が真の賃貸人であり、法律や法学者の著書において、これらの性質が入れ替わっているのは不適切である」。

(原文466頁)

(注466-1) ポティエ,「賃約に関する条約」(Traité du contrat de louage)、は、『民法上の諸条約』(Traites de droit civil, t.II, p.198 et s.)の第1版の集まりに収録されている。ポティエは、仕事の賃約について次のように定義している。「仕事の賃約とは、契約当事者の一方が他方に対してある仕事を与え、他方は両者間で合意された代価でそれを行う義務を負い、仕事を与えた側はその代価を支払う義務を負う契約である」。同書、325頁。

(注466-2) 以下は、ドマの賃約に関する総評である。「このタイトルには、人が一定の代価を得て、物または勤労や労働の使用を伝え合うことによって行う取引が含まれる。なぜなら、すべての人が必要なものを自分自身で持つことは不可能であり、また、勤労と労働によってのみ得られるものを各人ノ

〈P.467〉もしポティエとドマがこの分割を知らなかったとしたら、彼らを参考にした著者達もこの分割を知らなかったことは間違いないだろう<sup>(467-1)</sup>。この推測を裏付ける研究もある。ポティエ自身が認めているように、ローマ法の真の教授であったヴィニウス（Vinnius）である。すなわち、ポティエとドマはグローティウス（Grotius）からプーフENDORF（Pufendorf）に至るまでの自然法の全ての学派から育てられた<sup>(467-2)</sup>。これらの事実と、1830年から1840年頃にドイツとフランスのすべての学説が3つの賃約について知っていたという事実を考慮すると、この理論は1675年から1820年の間にフランスの教義的な伝統や自然法の伝統の外で生まれたという結論に達する。

実際、3つの賃約の理論が最初に示されたのは、ジャン・フォート（Jean Voet）による『学説彙纂注釈書』（Pandectes）である<sup>(467-3)</sup>。フォート、ヴォエティウス（Voetius）は神学者、歴史家、法学者、言語学者などをオランダに輩出した一族の一員で、父親はフリースラント州のフラネカルでデカルト（Descartes）に苦言を呈していたが、彼はライデン大学の教授だった。17世紀末から18世紀初頭にかけてのことである。賃約とい

---

ㄨ 自分が行うことも不可能であり、他人の物の使用やその勤労と労働は常に無償ではないので、それらを取引する必要があった…からである。このように勤労と労働は行為の代価か、日単位か、あるいはその他の契約によって取引される」。『自然の摂理の中の民法』（Les lois civiles dans leur ordre naturel, éd.Paris, 1777, t.I, p.61）。

（原文467頁）

（注467-1）ポティエは『学説彙纂』（Pandectes）の冒頭で、参考にした著者の重要な参考文献を入れた。

（注467-2）民法の起草者たちが時に直接的に利用した18世紀の自然法の著者たちは一そして運悪く—M.ネイバー（M.Naber）が指摘したウルフ（Wolf）のように、同様に3つの賃約を無視している。

（注467-3）ジャン・フォート『学説彙纂注釈書』（Johannis Voet Jcti et Antecessoris in Academia Lugduno Batava, Commentarius ad Pandectas）。特にローマ法の原則は、より目覚ましい論争によって揺らいでいる。1773年版2巻の全文を引用することができる。

うテーマでこのように表現している。さらに、物の使用を除けば、自由人の労務であれ、農奴の労務であれ、傭兵の労務と同じである。彼らは慣習として賃金ではなく、報酬を支払われる自由主義の弁護士などではない<sup>(467-4)</sup>。—さらに賃約の主な目的である使用と労務に加えて、仕事を賃することが可能であり、賃貸することができる<sup>(467-5)</sup>。〈P.468〉そして、この仕事の賃約では、賃借人は報酬を受領し、賃貸人は与える。労務の賃約では、賃貸人が報酬を受領し、賃借人が与える。これもまた事実だが、仕事の賃貸人は、製作物の貸主、つまりインストラなどを建設する必要がある製作者と呼ばれることもある。ここには現代の学説の要素がすべて揃っている。奴隷の労務と自由人の労務は区別されていたが、中世やキュジャスではまだ混同されていた。奴隷の労務と自由人の労務が混同されており、これは法的な誤りであるが、フォートの後に何度も出てくることになった。しかしながら、その理論は、後に持つ厳密さをまだ持っていなかった。フォートはテキストに忠実に従いながら、人間の労務による行為をなされるべき仕事の賃約に求めているが、この非論理性は後に消える。フォートはテキスト、特に法律22条 § 2 (loi 22, § 2) を考慮しているため、今日のように反転を説明することはない。しかし、反転と3つの賃約の間にはすでにつながりが存在している。つまり、2世紀後の現代の賃約の理論は構成されていると言えるのである<sup>(468-1)</sup>。

2つのポイントを明らかにする必要がある。第一に、フォートの理論は無名のままである可能性がある。問題はなぜフォートの革新が1世紀以上も影に隠れていなければならなかったのか、そして、なぜ突然別の世紀に渡って共通する見解のゆるがない対象となったのか、ということである。

---

(注467-4) I, 668頁引用。

(注467-5) D.19, 2, § 33. I, 678頁引用。

(原文468頁)

(注468-1) 前掲455頁参照。

ドマはおそらく早死にしたので、『学説彙纂注釈書』を知ることはできなかっただろうが、普段からオランダ文学に精通していたポティエが、フォートが書いた学説集に注目しなかったのは驚くべきことである。〈P.469〉第二に、適切な研究によって明らかになるであろうことはフォートの学説がどのような経路で、まずドイツに、次にフランスに広まったのかということである。とりあえず、18世紀のフランスで、王政復古の頃までに、この規模の書物としてはかなり頻繁に『注釈書』が出版されていたことを示すにとどめておこう。

ジャン・フォートが提唱した理論に前例があるかどうかを調べるこの方がより重要であり、より困難であることは間違いない。このような重要な革新の前にそれを準備し、その出現を予想外のものにしないための試験や実験が行われなかったとは一見して考えられないことである。そのためには、イタリアでコモンローと表現されているもの、つまりルネッサンス以降の卑俗なローマ法の文献という巨大な海に乗り出す必要がある。これは中世の注釈者が代表していた法の領域よりもさらに広く、未開拓の領域である。文献および書誌的知識の現在の状態では、網羅的という表現に値するような研究を行うことは絶対に不可能だが、現在のところ3つの賃約の学説につながる学説の変遷の輪郭を非常に大まかな筆致で、広い範囲の近似性をもって辿ることができる。

フォート以前にも、この説がすでに生まれていると思わせるような表現をしている著者がいる。綿密に調べてみるとそうではないが、重要な要素がすでに備わっていることがわかる。アントニウス・マテウス (Antonius Matthaeus)<sup>(469-1)</sup>の論争の中には、その点を示す次のようなタイトル

---

(原文469頁)

(注469-1) アントニウス・マテウス,『義務に関する論究 XLII. 犯罪の定義 VII. 奴隷 VII. その他』(Disputationes De Obligationibus XLII. De criminibus VII. De servitutibus VII. Et aliquot miscellaneae)。そして、混合されたものについては、著名な学術研究機関において例外なく討議され、法とノ

の論争がある。仕事の賃貸、労務、船舶、運搬手段等々である。〈P.470〉定番となる2つの表現を紹介する。仕事の賃約、労務の賃約である。しかし、議論の中で著者はこれらの用語を第3の契約である物の賃約に対抗する2つの特定の契約を指定するためには使いたくなかったことがわかる。彼は単に建物や家具以外のすべての賃約を研究したかったのであり、彼にとって行為、労働は船や馬車と変わらない価値がある。それは法的なカテゴリーではなく、実際の性質に関するものであり、これらの性質をすべて平等に扱っている<sup>(470-1)</sup>。それでもなお、指定されたものすべてが賃約であるという考えは残り、彼らのドグマによるその内容はもはや推測できない。

イエナ大学の教授であるアントニウス・マテウスに先立ち、ザクセン以外ではあまり広まっていなかったと思われるマティアス・コレラス（Matthias Colerus）<sup>(470-2)</sup>が、3つの賃約の理論をほぼ確立していた<sup>(470-3)</sup>。彼は主人が死亡した時の主人の召使いは時間を賃貸しているのだから、たとえサー

---

ㄨ 優れた文献の擁護者は、個々の名を挙げ議論している。Utrechm, 1660。例えば、Bibi, nat., F25, 747。この名前の法学者は3人おり、17世紀にオランダ連合州に在住し、教鞭をとっていたと思われる。ここで研究されている論文は21巻69頁から173頁までである。

（原文470頁）

（注470-1）例えば、責任というテーマで、こんな表現をしている。特に、職人は取引のルールに従って注意をする必要がある。私たちの主は、ヤギと子牛を飼う最下層の飼育係にさえもそれを適用する。それは正確か、それとも最も正確か。このような契約の性質から正確であると信じる。4章引用。

（注470-2）前掲436頁引用。コレラスの『ドイツの決議』（Les Decisions Germanias）には少なくとも4つの版があった。4つ目は、1681年のものである。フォート以前にコレラスの引用は見つかっておらず、彼の名声がいかに広がらなかったことを示唆している。

（注470-3）商工会議所（CCI）の決定において報酬または賃金のどちらが支払われるかについて、使用人は雇用者を常に精査するわけではない。512頁引用等。

ビスを成し遂げなくても、その対価を召使いに支払うことを命じたザクセンのミロワール（Miroir）の判決に心打たれた<sup>(470-4)</sup>。〈P.471〉そして、ローマ法を参考に、サービスの2種類を区別している。職人は時間をかけたとしても、約束したものを提供しなければ部分的な成果に応じての報酬は支払われない。他の人達は、実際にはほとんどサービスを提供していても時間に比例して支払われる<sup>(471-1)</sup>。コレラスは労務の賃約やなされるべき仕事の賃約という表現を使っていないが、ドグマ的な理由で区別している。フォートはそれを明らかにし、重大な誤りを取り除き、名前を与え、物の賃約と対比させなければならないが、彼はコレラスの理論において非常に重要な資料を見つけたことになる。

また、公共工作物については、17世紀にフラネケルの教授であったジャン＝ジャック ヴィッセンバッハ（Jean-Jacques Wissenbach）に非常に詳しい説明を求めている<sup>(471-2)</sup>。ヴィッセンバッハは、特にディゲスタ第

---

（注470-4）しかし、ザクセンの法律によれば、例えば、主人が死亡し、全期間の賃金を受け取る場合がある。主人が時間前に死亡した場合、主人の相続人に報酬を返還する義務はない。彼は報酬を労働の割合を超えて受け取った。

（原文471頁）

（注471-1）主に労働を伴う役職に割り当てられた家族法によれば、このように雇われた人が期間の前に死亡した場合、時間の割合を除いて、賃金または報酬は支払われない。また、死亡した、または正当な理由で辞めた場合、彼らに与えられるのは、労働に対する少しの報酬である。彼らは雇われているからである。そして、建築家のすべての職人も同様で、仕事の割合を除いて、支払いさえも与えられない。ある物の生産を職人に賃貸した場合は、一定期間であっても、彼は給与さえ与えられない。労働の対価は、実際には完成していない状態に対して支払われるべきものである。なぜなら、ここでは時間の割合ではなく、仕事の部分的な出来高が見られるからである。したがって、何かが満たされているように見えない限り、私たちには何の義務もないが、受け取るべきかなりのものが残っており、それが満たされていないと彼は主張している。著者によって多数の引用は削除されている。

（注471-2）J.J.ヴィッセンバッハ、Nassovii, Jcti et Antecessoris Frisii, 『学説彙纂第二部に関する研究』—1661年にフラネケルで発行された第3版（Exercitationum ad quinquaginta libros Pandectarum partes duae. —Troisième

50巻のタイトル10、operibus publicisに鑑みて、賃約というタイトルも同様に用いて、事実上、請負契約の理論を構築しているのである。〈P.472〉フォートはなされるべき仕事の賃約を扱う際に、彼から多くのことを学ぶが、行政の命令と個人を支配する規則を混ぜ合わせることの矛盾には気づかないだろう。

マテウス、コレラス、ヴィッセンバッハはフォートに資料を提供し、それなしには3つの賃約の理論を形成することはできなかった。しかし、彼ら自身が長い伝統に依存しており、それについて言及する必要がある。なぜなら、そのような伝統がなければ、またそのような伝統がもたらした混乱がなければ、またそのような伝統による後に発見されることになる歴史的誤りがなければ、フォートは16世紀および17世紀にはローマ法大全の単純な規則を理解できなくしていた、いわば学説上の混乱の結果として、異なる性質の賃約を厳格に分類する必要がなかったのであろうからである。彼は16世紀から17世紀にかけてローマ法大全のより単純な規定を理解できなくしていた、学説上の混乱にきっぱりと終止符を打つためにそうしたのであった。

それにはかなり昔にさかのぼる必要がある。バルトール学派 (l' école de Bartole) の中でまず先生自身とバルデ (Balde) との間で、次に先生の後継者であるペルージャのアンジェロ (Angelo)、マイノのジェイソン、この二つの学派 (Socin) の間で、俸給生活者のサービスに関する広範な法的概念が形成されている。このような問題が提起されるのは、法学部の教授や弁護士、依頼人の権利に関わることが多い。どんなに形式的なものであっても、賃約から自由な労務を排除するテキストは無視される。そして教授の雇い入れは長い間conductio、conduite、condottaと呼ばれてきた。このテキストでは賃金を支払われる委任を賃約とした。やがて、どん

---

↘ edition parue a Franeker en 1661)。Bibl.nat., F11, 416. Disputatio XLI, p.1120 et s.の第二部において興味深い一節を見つける。



な形であれ、報酬という考え方が登場する委任の場合は、すべて賃約のケースとみなされるようになった。これは訴訟代理人、検察官、法務官、あらゆる種類の法律行為の代理人に対して行われた。〈P.473〉後見人や保佐人は被後見未成年者の代理人として賃約の規則に従わなければならない場合もあった。司法機能についても同様に考えられており、後期ローマ帝国（Bas-Empire）にあるテキストによれば、代理を委任できる陪席判事も含まれており、教会法学者達があれほど煽った委任の問題は再び学説を混乱させた。公職が普及すると実質的な立法機能として捉えられ、後期ローマ帝国の従者の無償奉仕になぞらえられた。混乱が生じた例として、ローマの賃約は、賃金と人のサービスという2つの考えに対応するすべてのものが集められたあいまいな法律の一種の中心となった。16世紀の著者メノキウス（Menochius）は、医者サービスを農村の家の賃貸借契約をすることに例えた<sup>(473-1)</sup>。たまにしかこの理論に出会わなかったキュジャス自身もこの理論に納得しているようだ。

しかし、このような同化には行き過ぎがあることに気づいていたに違いない。おそらくキュジャスの後に何人かが実行している解釈への回帰は、このあまりに広大な構造の中で何が不自然であったかを示している。彼らはそこに秩序を与え、分類を導入しようとした。いくつかの基準が法学者によって共有されている。16世紀には、選ばれたものであるかどうかに関わらず、勤労という概念が支配的になり、とりわけドイツ人の医師アンドレアス・ゲイル（Andreas Gayl）による有名な著書が読まれた。すべてのサービスは賃貸しした彼らの勤労を実行することを求めるが、誰でも彼の

---

（原文473頁）

（注473-1）メノキウス、『推定』（*Praesumptiones*, t.III, *prasumptio LXXXV*）：『賃借人が賃借物を返還したと推定される事例』（*Oonductor quando praesumatur reconduxisse rem conductam*, Cologne, 1615, P.344）も参照する。アンドレアス・ゲイル、『論評』（*Observationes*），Cologne, 1690, P.168）；カロッチ、196頁引用。



勤労を提供できる場合と、パラシウス（Parrhasius）に肖像画を描いても  
らいたい、キュジャスに講義を受けたいというように特に名を挙げて指名  
された人の勤労が必要な場合がある。後者の場合、勤労は選ばれたもので  
あり、規則はもはや同じではない。〈P.474〉弁護士のアントワヌ モル  
ネー（Antoine Mornay）は、サービスを提供した後に交代させられる可  
能性について、officia（義務、責任、給与一訳者）とmune（無償奉仕、任  
務、責任一訳者）を区別しており、これは勤労を彷彿させる。個人的な  
ものもあれば、選ばれた本人が交代することもある。いくつかは個人的な  
もので、そうなると例え選ばれたものとして誰も交代することはできない。  
世襲の場合はそうではなく、利益によって義務（engagement）が発生す  
る<sup>（474-1）</sup>。

これはローマの解決とはかけ離れたものだった。これに近づいたのは  
ヴィッセンバッハをはじめとする彼以前の人々が、ローマ時代の自由な労  
務と自由でない労務という分割を再発見した時だった<sup>（474-2）</sup>。しかしそう  
なると、俸給制度の統一された概念を崩すことになり、14世紀以降に受け  
入れられてきた学説をすべて放棄することになる。このドグマによる崩壊  
を修復し、再び分裂したローマの解決策に秩序を取り戻す必要があった。  
そこで登場したのがJ.フォートである。彼の役割が何であったのかはこの  
時点で理解できるだろう。

このようにして辿り着いた3つの賃約の理論の起源は、ローマ法の軌跡

---

（原文474頁）

（注474-1）アントニイ・モルナシイ（Antonii Mornacii in Senatu Parisiensi patro-  
ni）、『フランスでの使用に関する規範の要点に関する所見』（Observa-  
tiones in librurn primum Codicis ad usum fori Gallici, Paris, 1635, p. 33）。  
個人的な贈与は、世襲の贈与と区別されなければならない。この人によ  
って選択され、承認されたある人の活動力は、専門知識が未踏で未知の別  
の人によって満足されることはない。しかしながら、世襲は…別である。実  
際、私達は世襲の危険について話している。

（注474-2）1120頁引用。

による承継ではなく、2世紀余り前にオランダの法学者によって賃約の3分割という名前を示されることなく考案されたものである。

ローマ法大全のテキストに示されている賃約は非常に曖昧である。〈P.475〉語彙の曖昧さは、間違いなく訴訟手続きの機能の混乱したやり取りを隠しているが、現代の賃約の概念がローマの契約に正確に適合させることができないことを示すのに十分である。しかし、3つのカテゴリーの区別のように誤った明快さや思わせぶりの説明をもたらすことは、不明瞭さを軽減することにはならない。これらの解決策は問題を覆い隠すだけのものであり、問題を覆い隠すことは問題の解決にはならない。この問題を解決することは本研究の目的から外れているが、煩雑な理論の実態を示したことでそれを正当化するには十分であろう。

---

〔内容要約と結び〕

以上、フェリックス オリヴィエ＝マルタンの『ローマ法における賃約の分割』という論文の訳出を試みた。甚だ不十分なものであるが、そこから内容として以下のようなことが明らかになった。以下、マルタンの論文の訳出から、マルタンの論文の内容を整理し、賃約についての検討の手掛かりとしたい。

マルタンの論文執筆当時のフランスの学説において、賃約は、物の賃約 (locatio conductio rei)、労務の賃約 (locatio conductio operarum)、なされるべき仕事の賃約 (locatio conductio operis faciendi) に分けられるとされている。この賃約の3分割の説明を大きく変える著者がおり、アカリアは、賃約を物の賃約と仕事の賃約に分け、ジラールは賃約を物の賃約と人間の労務の賃約に分類している。この二人は物の賃約と人間の労務の賃約を同じように扱うことを認めていないが、この2分類説は最近の著者は採用していない。2分類説が存在することに対してマルタンは、重要なのは、契約を分類している要件が信頼できるものではないという点であるとする。

マルタンによれば、契約を分類する要件について検討するためには、賃約の3分割について書かれているローマのテキストを探すことが必要であるとするが、ほとんどの著者は、ローマの法学者のテキストを参照せず、ただ賃約の分割を示しているだけである。ローマ法文を引用している著者もD.50, 15, 5, 1のみ引用していた。しかし、このローマ法文によって概念を定義することは避けるべきであるとマルタンは述べている。そして、ディゲスタにおいて、賃約の異なった様々なケースを3分割することを提示するようなテキストはない。

ガイウスは賃約も売買と同じルールに基づいているとしている。そして、賃約には報酬が必要であるとし、定められた報酬があったのか疑わしいケースについて探究し、賃約は売買に非常に近いものであると仮定し、売

買があったのか、賃約があったのかを探究している。このケースは、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約の例として分析できるが、ガイウスはこの区別をしていない。

パウルスは、責任の問題について述べているが、賃約を3分割した痕跡はない。

ユスティヌアヌスは、ガイウスの学説を展開し、賃約の訴権、賃借人の義務、保管の問題、賃約の承継を示した。しかし、賃約にいくつかの種類があるとは書かれていない。

ジラルは、法務官の告示には賃約の3種類に対して、ただ1つの方式書 (formules) が含まれていたか、あるいは例証だけが賃約の性質に応じて変化していたようであるとして、これらの方式書を示している。

レーネルは、実際に賃約の3種類の方式書を述べている。しかし、レーネルが引用した多くのローマのテキストは、物の賃約と労務の賃約となされるべき仕事の賃約のケースと考えられる例を挙げているが、この3種類の一般的な分割に当てはまるものとして、実用的な例を提示しているものはなく、レーネルが唱えたのはローマのテキストではなく、彼の信念であるに過ぎない。

以上のことから、現代では、ローマ人が3つの賃約を知っていたことを認めているが、この分割を裏付けるローマの法文は1つしか示されず、この法文は分割について明示していない。また、分割について直接言及しているローマのテキストはなく、どの時代の法学者も知らなかったことがわかる。

マルタンは、賃約の3分割は古代ローマにはなかったが、便利であり、現実をよく表しており、ある種の問題を解決することができると指摘している。しかし、賃約の3分割が、不明瞭で複雑な賃約が提示する問題を解決できるのか、歴史的に非難され、ドグマ的に受け入れられているのかが問題であるとし、これを文献やテキストを通して探していくとしている。

そのために、マルタンは、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約という3つのカテゴリーの賃約があることを認め、これらのカテゴリーのそれぞれの性質とは何か、特定のカテゴリーに含まれることを可能にする実質的な基準とは何かを探す。

物の賃約は、形あるものを賃貸借することである。倉庫の所有者とクライアントが交わした契約は賃約の事例と思われるがそれ以上は踏み込まず、傭船契約は通常、労務の賃約またはなされるべき仕事の賃約であるとし、宿屋の主人と厩舎の主人の間の契約においては、賃約の一種と見なすとマルタンは認めている。そして、法律行為の分析を省いていることにマルタンは賛同している。マルタンは、以上のような保留事項や微妙な点があるにも関わらず、学説は全体として物の賃約のケースを明確にしているとす

る。

次に、労務の賃約となされるべき仕事の賃約の違いを説明するための基準に移る。

労務の賃約と仕事の賃約を区別する基準として、4つの基準が議論された。引渡しの有無による区別、報酬の仕組みによる区別、職人が働いている場所による区別、労働の指揮を執る人による区別である。しかし、この4つの基準による区別はいずれも正式なローマのテキストと直接対峙していないか、歴史的な根拠がないか、不明確で使い物にならないかのいずれかであり、明確な基準にはならなかった。そこでマルタンは、契約の外的な要素ではなく、サービスの内部、契約自体の分析において基準を探す。

まず、契約で定められた労働が明確であるか否かによる区別が挙げられる。次に、労働が明確であるか否かによる基準を更に進めた、行われた仕事の内容の濃さの度合いによる区別がある。さらに、契約の対象が労働そのものであるか、労働ではなく最終結果であるかで区別する理論がある。最後に、労務の賃約があるのは、仕事の賃約を見つけられない時のためであるとする理論がある。

これらの理論は、労働そのものや、結果のための労働という概念のドグマ的な価値を認めたとしても、ローマ人がこれらの概念を共有していたとは認めがたい、とマルタンは指摘し、外的な要素や契約の内容によって区別する理論の混迷に終止符を打つためには、ローマのテキストを引用する必要があるとするが、誰もできなかったとしている。そして、労務の賃約と仕事の賃約を区別することができないことよりも、多くの理論があったことが、労務の賃約と仕事の賃約を区別することの困難性を示すことになり重要であるとする。マルタンは3つの賃約が目的によって区別できないので、その効果によって区別できるだろうとして、賃約の効果による区別の検討に移っている。

賃約の本質的な効果としては、報酬の義務、恣意的な解雇の禁止、危険負担、責任について挙げられるが、関心を持つのは、危険と責任についてである。そして、危険と責任を区別しなければならないが、これは多くの著者が明確にしている。

危険に関する限り、従来の学説はほぼ同じである。危険は賃貸人、すなわち物や労働を提供する人が負うものであり、労務の賃約となされるべき仕事の賃約を区別する必要はない。テキストを読めば、賃約の3分割とは全く逆の結論になる。危険が賃貸人にある場合、多くの例外はあるが、それは従来の分割に対応しないいくつかの特別なケースに関するものである。危険に関する規則は、都市部の住居賃貸借であれ、土地賃貸借であれ、材料が主人によって供給されたものであれ、請負人によって供給されたものであれ、建物の大きさが異なる建築であれ、特定物であれ、同じように適用されるわけではない、とマルタンは指摘している。

マルタンは責任の問題について、ディゲスタの法文が、過失、保管責任、注意義務の考え方を進めた結果、大幅に作り直されたことを踏まえると問題の複雑さも理解できるとしている。また、賃約の3分割を受け入れる著者が責任を論拠として使おうとすれば、混乱の原因となるとも述べてい

る。

以上のように、賃約の効果においても賃約の3分割の理論を裏付けるものはなかった。また、4番目の賃約の種類として不規則寄託（d'epôt irrégulier）が挙げられるが、ここではすべての具体的なケースを分類するためには、賃約の3分割では不十分だったことを示せば十分であるとマルタンは述べている。

次に、「当事者の名前の反転」と呼ばれていることについて検討する。賃約は、その適用範囲に多くの種類があるため、法律上の状況や職業が大きく異なる当事者が集まっている。しかし、賃約の当事者の正式な名称を決めることはできなかった。この語彙の不確定性は、同じように法的な不確定性を明示している。しかし、賃貸人と賃借人の用語の使用に関する法則を決定することは困難である。マルタンは賃約の用語の問題については、今回の研究の範囲を超えるので、その不確実性を示せば十分であるとした。しかし、以下のような規則があるとする。賃貸人とは賃約において、物あるいは仕事の主人を意味し、もう一方の当事者を賃借人と呼ぶが、物の賃約となされるべき仕事の賃約に関してのみである。労務の賃約については「用語の反転」があり、主人、つまり報酬を与える人が賃借人で、賃貸人は自分のサービスを賃貸しする職人であり、自分の労務の賃貸であるとした。このように、用語の難しさは納得のいく説明をしてくれる賃約の3分割の学説に結び付けられている。そしてそれ故、用語の逆転が問題となっている学説の根拠となった。

しかし、用語の逆転が賃約の3種類の存在を確実に立証するためには、すべてのローマのテキストが賃借人と賃貸人という用語を使用する必要があるとマルタンは述べている。しかし、実際にはそうではなく、建物の建設は紛れもないなすべき仕事の賃約であるが、法学者は「熟練した自身の労務でなされるべき必要がある」と言っている。このテキストは今日認められている学説に対する2つの重要な反論を提起している。本来ならば、

賃借人とすべきところを、請負人を賃貸人と言ひ、私達は労務と言うが、これは原則として労務の賃貸人のための用語である。他にも多くのテキストがあるが、これらは「反転」の規則の虚しさを示すのに十分であり、同時に賃約の3分割の理論を支持するために提示されたテキストの中で最も強い根拠を覆すものである。現代の学説では、名称と役割の逆転は密接に結びついている。

モムゼンは賃約と売買の起源についての研究で、3つの賃約の起源を明らかにした。物の賃約は、財務官が国庫の土地を借りたことに由来し、なされるべき仕事の賃約は、財務官が発注した公共事業の契約に由来し、労務の賃約は、様々な財務官の部下、特に従者の採用に由来している。また、同時に用語の反転についても説明した。賃貸人はlocareから来ている。実際、財務官はローマの人々の利益のために、空いている土地や事業を提供した。一方、財務官が自分の従者を従事させたい時は、彼らを一緒に集めたのでconducereという言葉が生まれ、労務の賃約に見られるような逆転現象が起きた。このようにして3つの賃約と逆転の理論は歴史的に正当化され、疑問も解消されたのである。

しかし、モムゼンの主張は、3つの賃約が存在することを否定するものではない。また、conducereという表現の使用について、モムゼンが主張しているような規則性がテキストにはなく、根拠がない。従って、賃貸人や賃借人という言葉の使い方は不明確なままである。

以上のように、賃約の外的な要素、目的、効果、危険、責任、用語の反転について検討しても、賃約を3分割する基準を見つけられなかったので、マルタンは3つの賃約に直接取り組むことにした。マルタンは、賃約の3分割の理論の信憑性を高め、証明するためには、3つの賃約の理論が追跡可能な学説上の変遷の結果であること、比較的最近になって現れ、ゆっくりとしか広がらなかったこと、最終的には名前の挙げられる法学者によるものであることを示すことが必要であると考えた。この証明は大まかには



可能であり、賃約の3分割論は1675年頃以降に生まれた説であるとしている。その理由として、賃約の3分割が中世に生まれたものではないこと、バートルと彼の学派が賃約の3分割を提案したのではないこと、16世紀においてはキュジャスやホットマンが賃約の3分割については何も語っていないこと、17世紀前半ではジャンも何も知らなかったこと、ヴィンセント・カロッチが中世と16世紀の両方の初期の文献を綿密に分析し、豊富に引用しているにも関わらず、3つの賃約については何も言及していないことを挙げている。さらに、フランス民法典においては、いくつかの分割と細分化された賃約があるが、賃約の3分割についてはどこにも書かれていないことも根拠としている。民法典はポティエを参照しているが、賃約はポティエとは多少異なる方法で扱われている。基本的な分割は同じで、「賃約には2種類ある。物の賃約と仕事の賃約である」とするが、ポティエは職人や家事使用人のサービスの賃貸借契約は物の賃約の1種であると考えていた。さらに、ドマも3つの賃約を知らなかった。

以上のことから、マルタンは、賃約の3分割の理論は1675年から1820年の間に生まれたという結論に達する。実際、3つの賃約の理論が最初に示されたのは、ジャン・フォートの1773年の論文によってである。フォートはテキストを考慮しているため、今日のように反転を説明することはない。しかし、反転と3つの賃約の間にはすでにつながりが存在しており、2世紀後の現代の賃約の理論は構成されていると言える。

このようにして辿り着いた3つの賃約の理論の起源は、ローマ法の軌跡による継承ではなく、2世紀余りにオランダの法学者によって賃約の3分割という名前が示されることなく考案されたものであることがわかった。また、マルタンは、ローマ法大全に示されている賃約は非常に曖昧であり、賃約の語彙の曖昧さは訴訟手続きの機能の混乱したやり取りを隠しているが、現代の賃約の概念がローマの契約に正確に適合させることができないことを示すのに十分であるとしている。そして、賃約に関する煩雑な理論

の実態を示したことで、本研究を正当化するには十分であるとする。

以上見てきたように、マルタンは賃約に関する学説の変遷を整理し、賃約の3分割の理論の起源についてフォートが提案したことを明らかにしたことにより、賃約の3分割を認めていると考えられる。そして、ローマにおける賃約は3分割されておらず、賃約という1つの曖昧なものであり、現代の賃約の概念とは違うものであるとしている。

ここで注意しなければならないことは、現代の請負においては、請負人に仕事を頼む際には、当然のように注文者が請負人に報酬を払うという形になっていることである。しかし、ローマでは、請負人が注文者に代金を支払うという仕組みになっていたのである。例えば、注文者が持っている農地の果実を請負人に依頼して収穫する時、請負人は注文者に対して果実を取らせてもらうために代金を支払う。そして、収穫した果実は請負人のものとなり、請負人はその果実を売り、報酬を得る。請負人は、売買によって得た代金から注文者に支払った代金を引いた差額を収入とするのである。この点が、現代の請負とは大きく違う点である。つまり、代金を支払うベクトルが現代とは反対だったのである。この点に注意しなければ、ローマの賃約について理解することが困難であると思われる。

この作用については既に、木庭顕教授が詳細に言及されている<sup>1</sup>。そして、この請負人が注文者に対して先に代金を支払うという点について着目した際、生産された物、収穫された果実の所有権、占有の問題が出てくると考えられる。しかし、マルタンの本論文ではその点については触れておらず、本論文の主旨から外れることから、この点の検討については今後の課題としたい。

また、森田修教授は、ポティエにおける賃約の概念について言及されて

---

1 木庭顕『新版ローマ法案内』（勁草書房 2017年）

いる<sup>2</sup>。その中で森田教授は、ポティエは賃約を物の賃約と仕事の賃約とに二分していたことについて述べられ、さらに「Pothierは『労務の賃約』という概念をそもそも用いないが、彼は労務者（ouvrier）・家内奉公人（serviteur）の『賃約』を『役務の賃約』（louage des services）として一括する（Pothier, TdL, n.165）。」としている。そして、「そのうえでこれを、『仕事の賃約』とは峻別して」、「『物の賃約』と法性決定する。」と述べられている。

マルタンが本文で、フランス民法典とポティエの見解が多少異なると言及した理由は、ポティエが「役務の賃約」を物の賃約に分類したからである。フランス民法典では、労務の賃約は仕事の賃約として分類されており、森田教授もこの見解の相違について言及されている。

マルタンは本論文で賃約の3分割理論についての学説の変遷を整理したが、賃約を3分割する基準については明確な基準を確定することはしなかった。しかしそれは、ローマの賃約が明確な基準において分けられていたのではないということを明確にしたと言えるだろう。

また、今日の日本でも、特に請負契約においては、所有権、先取特権、危険負担等、様々な問題がある。また、従来から議論されていることだが、製作物供給契約をどのように考えるかについてもまだ課題が残っている。

さらに、フランスでは、2016年に債権法を改正するオルドナンス（2016年2月10日のオルドナンス第131号）による民法典改正があり、役務提供契約に関する規定が設けられている。日本においては、この度の民法改正では取り入れられなかったが、役務提供契約についても検討する必要があると考える。役務提供契約は、雇用、請負、委任、寄託という役務を提供する契約を包括するものであると考えるが、役務提供契約という契約の考

2 森田修「フランス民法典における『賃約』概念——『役務提供契約』の基礎理論のために（その2）」沖野眞已他編『これからの民法・消費者法（I）』（信山社 2023年）。

え方を推し進めると、現在でも曖昧になっている契約類型が1つの役務提供契約として包括されることにより、さらに不明瞭なものになってしまうのではないかという疑念が生じる。このような疑念を払拭するためにも、そもそも賃約がどのようなものであったかを知り、本来の性質を明確にし、他の契約との区別を図りたいと考える。そうすることにより、各契約類型の本質を保ち、日本で生じている様々な問題を解決する手掛かりになると考える。またそのためには、自由人と奴隷の労務の違いについても触れる必要があると考える。既に森田教授は、プイグ（Puig）に依拠しつつ、Projetの賃約という点に言及されている<sup>3</sup>。この点についても検討したい。なぜならば、本論文にもあったように自由人と奴隷の労務は賃約の中でも同様には扱われていないからである。これも賃約の性質決定のための1つの手掛かりとなるであろう。今回はマルタンの本論文の翻訳の整理に終わったが、これらの問題をどのように考えるかについて今後の課題としたい。

また、翻訳の訳出においては、未熟な訳につき不十分な点が多々見つかっている為、今後修正を図っていきたい。

---

3 森田修「ローマ法における『賃約』（location conductio）とその現代的意義」  
中田裕康先生古稀祝賀論集『民法学の継承と展開』（有斐閣 2021年）。

## 法学会消息

### 〈人 事〉

○石塚伸一教授は、2023年3月31日をもって退職した。

○カライスコス アントニオス教授は、2023年4月1日をもって着任した。

### 〈学会・研究会報告〉

今 川 嘉 文 ・福岡県中小企業団体中央会 会員研修会「第1編 株主  
間・会社株主間契約の活用と課題」および「第2編 取締役  
の利益相反取引等に関する事例の考察」のタイトルで講演  
(2023年3月) 龍谷大学今川研究室からWEB配信

・神戸大学商事法研究会「合併プロセスの信頼性と株式買取  
請求における取引価格の採用基準 (Brigade Leveraged Ca-  
pital Structures Fund Ltd. v. Stillwater Mining Co., 240  
A.3d 3 (Del.2020)」のタイトルで報告 (2022年2月) 神戸大  
学

・一般社団法人よ・つ・ば親愛信託普及連合、協同組合親愛  
トラスト会員研修会「第2編 高齢であるオーナーの財産管  
理と承継 (『中小企業オーナーのための財産・株式の管理と  
承継の法律実務』より)」のタイトルで講演 (2022年5月)  
龍谷大学今川研究室からWEB配信

・大阪司法書士会 会社法研究会チューターとして、「司法  
書士が直面する企業法務の課題と対応」について、2022年4  
月～2023年3月の毎月1回、報告 (大阪司法書士会館)

牛 尾 洋 也 ・牛尾洋也「農林業問題研究への多様な接近——地域資源の

発掘と持続的利用——・都市における混在化した地域資源に  
注目して・「コメント」,「第72回地域農林経済学会」、2022年  
10月22日 龍谷大学

・牛尾洋也,「高さ規制とまちづくり」,「京都弁護士会主催  
シンポジウム・京都市の新たな規制緩和計画の問題点を考える」,  
2023年1月28日(京都弁護士会館、オンライン併用)

落合雄彦 「皇帝のものは皇帝に?——ナイジェリアの連邦制は軍事政  
権下でいかに変容したのか」,2022年4月16日、日本ナイル・  
エチオピア第31回学会大会、日本貿易振興機構アジア経  
済研究所。

「植民地時代のナイジェリアにおけるハンセン病コントロール」,  
2022年5月22日、日本アフリカ学会第59回学会大会、  
長崎大学。

川角由和 「末弘巖太郎の法学理論とドイツ法学のあり方」2022年11月  
10日、ドイツ民法研究会(東京)、オンライン開催

中田邦博 デジタルプラットフォーム取引と消費者保護——デジタル  
プラットフォーム事業者の責任を中心に・2022年4月4日・  
近畿弁護士連合会 夏期研修のための研究会・オンライン  
ヨーロッパ契約法原則から学ぶこと——公正な契約ルールと  
は・2022年12月9日・京都弁護士会消費者問題勉強会・オン  
ライン

消費者契約の解釈と消費者契約法の意義——裁判官に期待さ  
れる役割・消費者法と要件事実・2023年11月19日・法科大学  
院要件事実教育研究所・オンライン

消費者目線から見たプラットフォーム取引——プラット  
フォーム事業者の責任を中心に・2023年3月24日(金曜  
日)・神戸大学・法と経済学セミナー シンポジウム「労働

- プラットフォームを働き方改革に生かせるか」・オンライン
- 山田卓平
- ・「紹介：Charlotte Beaucillon (ed.), Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions (Edward Elgar, 2021)」2022年6月11日 国際法研究会（オンライン開催）
  - ・「外国の中央銀行の資産凍結は国家免除規則に反するか」2022年10月15日 国際法研究会（オンライン開催）

〈著書・共著・論文・翻訳〉

石 埼 学 （その他）・「石埼学 龍谷大学教授（令和4年11月21日）」  
「故安倍晋三国葬儀に関する意見聴取結果と論点の整理（内閣府大臣官房 故安倍晋三国葬儀事務局編）2022年12月22日

・「生殖可能性のない同性婚を法律で認める理由はない…憲法学の専門家が『同性婚の法制化』にクギを刺す理由 現状では——国家が保護すべき利益が見当たらない」PRESIDENT Online 2023年2月18日

今 川 嘉 文 （著書）・単著『会社法の制度と機能』（中央経済社・2022年4月）総頁数273頁の執筆

・共著『注釈金融商品取引法【改訂新版】（第4巻） 不正取引規制』 岸田雅雄〔監修〕、神作裕之＝弥永真生＝大崎貞和〔編集〕（きんざい・2022年8月） 分担執筆＝「第6章 有価証券の取引等に関する規制」における「第159条 相場操縦行為等の禁止」20頁～58頁、「第160条 相場操縦行為等による賠償責任」59頁～67頁、「第6章の3 暗号資産の取引等に関する規制」における「第185条 相場操縦行為等の禁止」642頁～657頁所収

（論文）・「株主間・会社株主間契約の実務対応」大阪司法書士会 会社法研究会編著『司法書士のための会社法務の手引きⅡ～種類株式・役員・株主間契約について～』156頁～184頁所収（大阪司法書士会刊・2023年3月）

・「SECによる利得の吐出措置における衡平法上の条件」旬刊商事法務2311号102頁～106頁（商事法務刊・2022年11月）

・「外貨建て保険のリスクと消費者保護法制の検討」先物・証券取引被害研究51号81頁～95頁（先物取引被害全国研究会



刊・2022年10月)

(書評・学会回顧、その他)・法律意見書の提出 Stoyas v. Toshiba Corp., No.2: 15-cv-04194 (C.D.Cal) 米国カリフォルニア州中央地区連邦地方裁判所

・法律意見書の提出 令和3年(ワ)第1145号(損害賠償請求事件)大阪地方裁判所

・NHK NEWS 7「SMBC日興証券 相場操縦事件の解説」出演および「NHK事件記者 取材note (NHK NEWS WEB)」2022年5月

牛尾 洋也 (著書)・牛尾洋也「不動産賃貸借の効力に関する一考察——ローマ法を素材に——」沖野真已・丸山絵美子・水野紀子・森田宏樹編『これからの民法・消費者法(Ⅰ)——河上正二先生古稀記念』(信山社 2023年3月) 401-421頁

(論文)・牛尾洋也「『新しい農村政策』と『国土の管理構想』——国土・土地利用計画との関係で——」『農業法研究』第57巻(農文協 2022年6月) 7-22頁

・牛尾洋也「『山論』の現代的意義をめぐって——御池岳所有権・境界確定訴訟の検討——」『里山学研究センター2021年度年報』(2022年5月) 117-129頁

・牛尾洋也・橋本誠一(共著)「明治初期におけるアイヌ民族の土地所有に関する研究覚書」(「明治初期のアイヌの土地所有に関連する研究の位置づけ」,(資料紹介)北海道立文書館所蔵『北海道地所規則』関連資料)(『龍谷大学社会科学研究年報』第52号、2022年11月) 1-22頁

落合 雄彦 (著書)『アフリカ潜在力のカレイドスコープ』(編著)、晃洋書房、2022年。

(論文)「英領西アフリカの植民地精神医療——ロバート・カ

ニンガム・ブラウンによる、精神病者のケアと処遇に関する  
1936年調査」、『龍谷法学』第55巻第3号、2022年、1-27頁。

“Colonial Psychiatry in British West Africa: Dr Robert Cunnyngham Brown’s 1936 Visit to Advise and Report on the Care and Treatment of ‘Lunatics’”, *Asian Journal of African Studies*, Vol. 54, 2023, pp. 25-52.

「リベリアにおける「マンディンゴ問題」の史的変容——紛争前、紛争中、そして紛争後」、『国際政治』第210号、2023年、17-32頁。

“Leprosy Control in Colonial Nigeria: A Historical Overview,” *Sophia Journal of Asian, African, and Middle Eastern Studies*, No. 40, 2022.

（書評・学会回顧、その他）“Lunatic Asylums in the British Cape Colony, 1846-1910,” *Ryukoku Law Review*, Vol. 55, No. 3, 2022, pp. 337-356.

“Albinism in Africa,” *Annual Bulletin of Research Institute for Social Sciences*, No.52, 2022, pp. 151-156.

「1930年代におけるガンビアからシエラレオネへの精神病患者の移送」、『スワヒリ&アフリカ研究』第34号、2023年、39-49頁。

川 角 由 和 （論文）・「「法社会学論争」の教訓（二十）——昭和初期：末川博の民法学（「権利侵害論」）」龍谷法学55巻1号（2022年）197-236頁

・「「法社会学論争」の教訓（二十一）——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」龍谷法学55巻2号（2022年）67-104頁

・「「法社会学論争」の教訓（二十二）——昭和初期：加古

- 祐二郎の法学理論」龍谷法学55巻3号（2022年）177-215頁
- 神吉正三（論文）・銀行と倉庫業の関係・龍谷法学55巻2号1頁～34頁（2022年9月）
- ・銀行の他業金利規制に関する歴史的考察（1）——銀行はなぜ他業を営むことを禁止されるのか・龍谷法学55巻3号29頁～71頁（2022年12月）
  - ・銀行の他業金利規制に関する歴史的考察（2・完）——銀行はなぜ他業を営むことを禁止されるのか・龍谷法学55巻4号251頁～302頁（2023年3月）
- （判例研究・判例紹介）・社員2名の合同会社において1名の社員の除名の請求が認められた事例——東京地判令和3年11月29日金融・商事判例1641号50頁・龍谷法学55巻3号383頁～396頁（2022年12月）
- 中田邦博（著書）[共著]・法律文化社・プリメール民法・2022
- [共著]・日本評論社・消費者法と要件事実・2023
  - [共著]・信山社・これからの民法・消費者法(Ⅱ)・2023
  - [共著]・日本評論社・基本講義消費者法[第5版]・2022
- （論文）[共同執筆]・EU消費者法の現代化・現代消費者法57号・2022・14-23頁
- デジタル時代におけるドイツ不正競争防止法（UWG）の現代化——2021年改正の概要・信山社・これからの民法・消費者法（Ⅱ）・2023・1053-1084頁
- 消費者契約の解釈と消費者契約法の意義——裁判官に期待される役割・田村伸子編『消費者法と要件事実』・日本評論社・2023・31-45頁
- （判例研究・判例紹介）「建物の敷地の欠陥と敷地賃借権の契約不適合」『民法判例百選Ⅱ』別冊ジュリスト263号・有斐閣

98-99頁

(資料) 共同執筆・2021年ドイツ不正競争防止法改正の意義と条文訳・社会科学研究年報52号・2022

「日中韓における共通契約法に向けての試み『概説国際物品売買条約翻訳プロジェクトの記録——CISGの生誕40年を記念して』社会科学研究年報52号253頁

畠山 亮 (論文) 明治初期日本の司法制度における近代と前近代——広義の司法資料からの考察・序論 石塚 伸一 編著『刑事司法記録の保存と閲覧 記録公開の歴史的・学術的・社会的意義』日本評論社、2023年3月 所収

山田 卓平 (論文)「経済制裁」法学教室509号25-29頁 (2023年2月)

若林 三奈 (著書)〔共著〕新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch 【2023年4月】(速報判例解説vol.32)』日本評論社、2023年3月

〔共著〕池田真朗, 片山直也, 北居功編『判例講義民法Ⅱ債権〔新訂第3版〕』勁草書房、2023年2月

〔共著〕金尚均編集代表『インターネット時代のヘイトスピーチ問題の法的・社会的捕捉』(第4章「インターネット上の集団に対する差別的言動による人格権侵害」を担当)、日本評論社 2023年2月

(論文)〔単著〕「福島原発事故損害賠償訴訟における慰謝料論の現在と課題——2022年3月最高裁決定を受けて——」龍谷法学55巻1号123-159頁、2022年7月

(判例研究・判例紹介)〔判批〕「全盲の視覚障害をもつ未就労の交通事故被害者の後遺障害逸失利益」私法判例リマークス66号 (2023年3月) 46-49頁

〔判批〕「人身侵害の不法行為における損害－労働能力の喪

失」窪田充見＝森田宏樹編・民法判例百選Ⅱ〔第9版〕2023年2月

[判批]「離婚慰謝料債務が遅滞に陥る時期（最判令和4・1・28）」新・判例解説Watch 民法（財産法）（233）2022年8月

渡辺博明（著書）[編著書]『ポピュリズム、ナショナリズムと現代政治——デモクラシーをめぐる攻防を読み解く』ナカニシヤ出版、2023年

（論文）「スウェーデンの社会民主主義と右翼ポピュリズム——社会民主党の対応をめぐる考察」、『社会科学研究年報』第52号（37-47頁）、2022年5月

## 2 2022年度龍谷大学法学会決算報告

### <一般会計>

収入の部

2022/4/1～2023/3/31

単位:円

項 目		2022年度決算	2022年度予算	増減
前年度繰越金		9,340,185	9,340,013	172
当 年 度 収 入	新入生会費	2,002,000	2,670,000	-668,000
	編転入生会費 * 1			
	大学院会費			
	在学生会費 * 2	6,358,000	5,408,000	950,000
	教職員会費	148,000	148,000	0
	賛助会費(投稿料含む)	4,000	0	4,000
	雑収入	4,000	0	4,000
当年度収入額 計		8,516,000	8,226,000	290,000
前期末前受金 * 3		-2,002,000	-2,670,000	668,000
前受金 * 4		1,652,000	2,670,000	-1,018,000
合 計		17,506,185	17,566,013	-59,828

\* 1: 当年度入学生の入会金・会費

\* 2: 前年度以前入学生の会費

\* 3: 資金残高を期末現預金に合わせるための資金調整勘定

\* 4: 次年度入学生の入会金・会費(当年度末に入金される)

\* 5: HP作成運用経費(pdf作成経費)

\* 6: 2021年度法学会HP試作ページ作成にかかる雑費

一般会計 残高 9,095,147 円

特別会計 残高 17,334,112 円

合計 26,429,259 円 2023年3月31日現在

### <特別会計>

60周年積立金 \* 7 3,000,000 円

別途積立金 14,333,818 円

雑収入 \* 8 294 円

合計 17,334,112 円

\* 7: 2017～2026年度(10年間)に60周年積立金として毎年度50万円を積立予定。

\* 8: 2022年度定期預金により発生した利息(一般会計より)

## 支出の部

単位:円

項 目		2022年度決算	2022年度予算	増 減
事業活動費	研究活動費(研究会)	237,218	1,000,000	-762,782
	学会誌発行費	5,750,270	5,980,000	-229,730
	1) 印刷製本費	1) 4,108,170	1) 4,000,000	1) 108,170
	2) 原稿料	2) 1,422,000	2) 1,700,000	2) -278,000
	3) 発送費	3) 169,500	3) 180,000	3) -10,500
	4) 電子化費 * 5	4) 50,600	4) 100,000	4) -49,400
	5) その他	5) 0	5) 0	5) 0
	法律相談補助費	49,600	500,000	-450,400
	学術活動費	0	400,000	-400,000
	学習活動費	675,470	1,000,000	-324,530
	法学論集刊行費	840,500	800,000	40,500
	演習論集刊行費	595,847	800,000	-204,153
	2021法学会HP試作ページ作成雑費 * 6	220,000	400,000	-180,000
	その他	42,133	100,000	-57,867
計		8,411,038	10,980,000	-2,568,962
事務費	会議費	0	20,000	-20,000
	印刷費	0	0	0
	通信費	0	20,000	-20,000
	用品費	0	0	0
	消耗費	0	70,000	-70,000
	人件費	0	0	0
	計	0	110,000	-110,000
当年度支出額 計		8,411,038	11,090,000	-2,678,962
次年度繰越金(普通預金期末残高)		9,095,147	6,476,013	2,619,134
予備費		0	0	0
合 計		17,506,185	17,566,013	-59,828

2022年度 法学会支出明細

斜めは昨年分 番号は執行順

研究活動費				1,000,000
(講師代等)	2	6月23日	法学会研究会、講師謝礼	33,333
	3	6月23日	法学会研究会、交通費、宿泊費	38,450
	4	6月23日	法学会研究会、講師謝礼	11,111
	35	2月2日	法学研究会開催に伴う講師謝礼(12月23日)	33,333
	36	2月2日	法学研究会開催に伴う講師交通費、宿泊費(12月23日)	32,298
	49	3月13日	法学研究会開催に伴う講師謝礼(3月17日)	33,333
	50	3月13日	法学研究会開催に伴う講師交通費(3月17日)	1,320
	51	3月15日	法学研究会開催に伴う通訳謝礼(3月17日)	15,000
	52	3月15日	法学研究会開催に伴う通訳交通費、宿泊費(3月17日)	39,040
	計			237,218
(研究会費)				
計			0	
研究活動費計				237,218

学会誌発行費				4,810,000
(印刷製本費)	12	10月28日	『龍谷法学』第55巻第1号 並製本400部	1,143,560
	13	10月28日	『龍谷法学』第55巻第2号 並製本400部	611,600
	27	12月19日	『龍谷法学』第55巻第3号 並製本400部	871,200
	58	3月16日	『龍谷法学』第54巻第4号 並製本400部/上製本23冊/テープ起こし	1,481,810
計				4,108,170
(原稿料)	7	9月1日	『龍谷法学』第55巻第1号執筆者への原稿料支出	459,000
	8	10月12日	『龍谷法学』第55巻第2号執筆者への原稿料支出	228,000
	29	1月26日	『龍谷法学』第55巻第3号執筆者への原稿料支出	359,000
	56	3月16日	『龍谷法学』第54巻第4号執筆者への原稿料支出	376,000
計				1,422,000
(電子化費)	14	10月31日	『龍谷法学』第55巻第1号 PDF製作費	12,650
	15	10月31日	『龍谷法学』第55巻第2号 PDF製作費	12,650
	28	12月19日	『龍谷法学』第55巻第3号 PDF製作費	12,650
	59	3月16日	『龍谷法学』第55巻第4号 PDF製作費	12,650
計				50,600
(發送料)	38	2月9日	『龍谷法学』第55巻第1号～第4号 發送用レターバックプラス、ライト、切手代金	134,500
	39	2月9日	『学生論集-法学論集-』第52巻發送用、レターバックプラス12冊、切手84×15枚	7,500
	53	3月15日	『龍谷法学』第55巻第1号～第4号 海外發送用切手代金	27,500
計				169,500
学会誌発行費計				5,750,270



法律相談活動補助費			500,000
20	12月15日	学生無料相談部に対する研修に伴う講師 謝礼(11月15日) 成松 重人	15,000
21	12月15日	学生無料相談部に対する研修に伴う講師 交通費(11月15日) 成松 重人	980
22	12月15日	学生無料相談部に対する研修に伴う講師 謝礼(11月15日) 近藤昌裕	15,000
23	12月15日	学生無料相談部に対する研修に伴う講師 交通費(11月16日) 近藤昌裕	2,340
24	12月15日	学生無料相談部に対する研修に伴う講師 謝礼(11月29日) 島津ゆう子	15,000
25	12月15日	学生無料相談部に対する研修に伴う講師 交通費(11月29日) 島津ゆう子	1,280
法律相談活動補助費計			49,600

学術活動費	400,000
学術活動費計	0

学習活動費	1,000,000
1 8月23日 特定非営利活動法人 法律専門秘書教育協会 2022年度会費	100,000
6 8月10日 龍谷大学・立命館大学日本法制史ゼミ合同発表会への助成	34,000
9 10月17日 司法試験合格祝金 3万円×1名	30,000
10 10月17日 司法試験合格祝金 3万円×1名	30,000
11 10月20日 司法試験合格祝金 3万円×1名	30,000
17 11月26日 龍谷大学・宇都宮大学政治系合同ゼミへの助成 (11月26日、27日)	12,000
18 12月2日 第8回刑事法系合同討論会開催に伴う助成金(12月11日)	86,000
19 12月6日 龍谷大学・大阪経済大学政治系合同ゼミへの助成(12月3日)	12,000
26 12月15日 龍谷大学・立命館大学日本法制史ゼミ合同卒論構想発表会への助成	56,000
30 1月26日 第29回インターカレッジ民法討論会における昼食代(教員)(12月18日)	10,620
31 2月2日 プレ・インターカレッジ民法討論会(7月10日)	56,000
32 2月2日 第29回インターカレッジ民法討論会における交通費、謝礼(12月18日)	25,000
33 2月2日 第29回インターカレッジ民法討論会における昼食代(学生)	5,850
34 2月2日 第29回インターカレッジ民法討論会(12月18日)	128,000
41 2月10日 法学部卒業生内成績優秀者への表彰助成	60,000
学習活動費計	675,470

法学論集刊行費	800,000
40 2月10日 『法学論集-学生論集-』第51巻執筆者への図書カード購入代金	120,000
57 3月16日 『法学論集-学生論集-』第51巻 印刷900部	720,500
法学論集刊行費計	840,500

演習論集刊行費			800,000
37	2月2日	瀬畑ゼミ	13,360
43	3月3日	浜井ゼミ	58,468
44	3月3日	若林ゼミ	33,990
45	3月3日	畠山ゼミ	62,978
46	3月3日	斎藤ゼミ	54,285
47	3月3日	牛尾ゼミ	94,617
48	3月7日	特別講義 法学部内外研修 牛尾先生担当	101,316
54	3月15日	石塚ゼミ	76,142
55	3月15日	渡辺ゼミ	100,691
演習論集刊行費計			595,847

2021法学会HP試作ページ作成雑費			
16	11月21日	2021法学会HP試作ページ作成雑費	220,000
2021法学会HP試作ページ作成雑費計			220,000

事務費		110,000
(会議費)		
	計	0
(印刷費)		
	計	0
(通信費)		
	計	0
(用品費)		
	計	0
(消耗品費)		
	計	0
(人件費)		
	計	0
事務費計		0

その他			100,000
5	7月14日	2022年度法学会助成(広報活動推進に伴う講師謝礼)	33,333
42	2月21日	2023年度法学会助成(広報活動推進に伴う消耗品)	8,800
その他計			42,133

特別会計への補填	0
特別会計への補填計	0

予算額計	9,520,000
執行額計	8,411,038

次年度繰越金	9,095,147
--------	-----------

予備費	0
-----	---

総計	17,506,185
----	------------

# 龍谷大学法学会会則

制 定	1968年（昭和43年）	4月 1日
一部改正	1972年（昭和47年）	4月 1日
	1973年（昭和48年）	4月 1日
	1975年（昭和50年）	6月18日
	1995年（平成 7 年）	5月10日
	2004年（平成16年）	12月 1日
	2007年（平成19年）	4月 1日
	2017年（平成29年）	4月 1日
	2021年（令和 3 年）	9月22日

**第1条**（名称） 本会は、龍谷大学法学会と称する。

**第2条**（事務所） 本会の事務所は、龍谷大学法学部内に置く。

**第3条**（目的） 本会は、法学・政治学を中心とする研究及びその促進をはかることを目的とする。

**第4条**（事業） 前条の目的を達成するため、本会は次の事業を行う。

- （1） 定期的研究会及び学術講演会の開催
- （2） 機関誌その他出版物の編集及び発行
- （3） その他本会が必要と認めた事業

**第5条**（会員） 本会は、普通会員、名誉会員及び賛助会員をもって組織する。

2 次の者を普通会員とする。

- （1） 本学法学部の教授、准教授、専任講師及び助教
- （2） 本学大学院法学研究科の学生
- （3） 本学法学部の学生
- （4） その他評議員会の承認した者

3 評議員会の承認した者を名誉会員とすることができる。

4 本会の目的に賛同し、その事業を援助する者で、評議員会の承認した者を賛助会員とする。

**第6条**（評議員会） 本会に評議員会を置く。

2 評議員会は、第4条所定の事業遂行に必要な事項を協議決定する。

3 評議員会は、法学部の教授、准教授、専任講師及び助教をもって構成する。

**第7条（役員）** 本会に次の役員を置く。

- (1) 会 長 1名
- (2) 副 会 長 1名
- (3) 編 集 委 員 3名
- (4) 庶 務 委 員 2名
- (5) 会 計 委 員 1名
- (6) 会計監査委員 1名

2 役員は、評議員会において互選する。

**第8条（業務）** 役員は、次の業務を行う。

- (1) 会長は、本会を代表し、業務を統括する。
- (2) 副会長は、会長を補佐し、会長事故あるときは会長の業務を代行する。
- (3) 編集委員は、機関誌その他出版物の編集を行う。
- (4) 庶務委員は、本会の庶務を行う。
- (5) 会計委員は、本会の会計をつかさどる。ただし、会計事務は、本学経理課長に委嘱する。
- (6) 会計監査委員は、本会の会計監査を行う。

**第9条（任期）** 役員の任期は、1カ年とする。ただし、重任を妨げない。

**第10条（経費）** 本会の経費は、入会金、会費、寄附金及び本学からの助成金、その他雑収入をもってこれにあてる。

**第11条（会費）** 普通会員は、入会金及び会費を納入しなければならない。入会金及び会費の納入については、評議員会においてこれを定める。

**第12条（会計年度）** 本会の会計年度は、毎年4月1日に始まり翌3月31日に終わる。

**第13条（会則の変更）** 会則の変更は、評議員全員の3分の2以上の出席を要し、その3分の2以上の同意がなければならない。

付 則

この会則は、昭和43年4月1日よりこれを施行する。

付 則（昭和47年4月1日）

この会則は、昭和47年4月1日から施行する。

付 則（昭和48年4月1日）

この会則は、昭和48年4月1日から施行する。

付 則（昭和50年6月18日第5条改正）

この会則は、昭和50年6月18日から施行する。

付 則（平成7年5月10日第3条及び第5条改正）

この会則は、平成7年5月10日から施行する。

付 則（平成16年12月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成17年4月1日から施行する。

付 則（平成19年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成19年4月1日から施行する。

付 則（平成29年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成29年4月1日から施行する。

付 則（令和3年9月22日第5条及び第11条改正）

この会則は、令和3年10月1日から施行し、令和3年9月1日に遡って適用する。

## 執 筆 者 紹 介（掲載順）

戸 塚 悦 朗	元本学法科大学院 教授
岡 本 詔 治	本学 名誉教授
川 角 由 和	本学法学部 教授
眞 田 章 午	本学法学研究科 博士後期課程修了生、同特別専攻生
落 合 雄 彦	本学法学部 教授
石 井 幸 三	元本学法学部 教授
梶 山 尚 子	本学法学研究科 博士後期課程 研究生

2023年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	川 角 由 和	畠 山 亮	嶋 田 佳 広
丹 羽 徹	河 村 尚 志	浜 井 浩 一	庶務委員
副会長	神 吉 正 三	濱 中 新 吾	武 井 寛
橋 口 豊	カライスコ アントニオス	玄 守 道	濱 口 晶 子
評議員	金 尚 均	本 多 滝 夫	会計委員
赤 池 一 将	越 山 和 広	山 田 卓 平	堀 清 史
石 埼 学	斎 藤 司	吉 岡 祥 充	会計監査委員
石 塚 武 志	鈴 木 龍 也	渡 辺 博 明	橋 本 祐 子
今 川 嘉 文	瀬 畑 源	編集委員	
牛 尾 洋 也	寺 川 史 朗	若 林 三 奈	
大 森 健	中 田 邦 博	古 川 原 明 子	
落 合 雄 彦	野々上 敬 介	松 尾 秀 哉	

龍 谷 法 学 第56巻 第1号

2023年 6 月23日 印刷

2023年 6 月30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. 56, No. 1

June 2023

---

### *Articles*

Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 1)

2018 Judgment by the Korean Supreme Court and 2023 Japan ROK Summit Meetings  
..... Etsuro TOTSUKA ( 1 )

Li problemi contemporanei sulla convienza *more uxorio* in giurisprudenza(5)

Relativa alle casista in dai tempo Heisei periodo.  
..... Shoji OKAMOTO ( 57 )

Eine kritische Analyse über „die Kontroverse von der  
Rechtssoziologie“ in Japan (23)

„Vor“ und „Nach“ des zweiten Weltkrieges von  
der japanischen Zivilrechtstheorie

Die Zeit des Showa-Faschismus  
..... Yoshikazu KAWASUMI ( 87 )

The Evolution of the Doctrine of Legitimate Expectation in United  
Kingdom Administrative Law (5)

–Focusing on the Role of Judges in the Development of Court Cases  
and Precedents –  
..... Shogo SANADA (127)

### *Notes*

The Removal of ‘Lunatics’ from the Gambia to Sierra Leone in the 1930s

..... Takehiko OCHIAI (173)

Homeless Persons and their Human Rights (5/5)

..... Kozo ISHII (191)

### *Translation*

—Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, RHD, 15, 1936—

..... Naoko KABAYAMA (229)

---

*Published by*

**The Association of Law and Politics  
Ryukoku University  
Kyoto, Japan**