ISSN 0286－4258

２０２３年９月22日 印 刷
２０２３年９月29日 発 行

龍谷法學

第 56 巻 第 2 号

論 説 Leprosy Control in Colonial Sierra Leone:
A Historical Overview
Takehiko Ochiai

判例内縁法の現代的課題（６）
～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（二十四）
――市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・
ひとつの素描――
――戦後・法社会学論争（その一）――
川角 由和

韓半島植民地支配の不法性（その２）
――安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討――
戸塚 悦朗

翻 訳 性刑法の発展過程
――道徳の保護から法益保護へ、再び道徳保護へ回帰するのか？――
ヨアヒム・レンツィコフスキー（著）／山下 裕樹（翻訳）

龍 谷 大 学 法 学 会

第56巻　第２号（通巻209号）

目　　　　　次

論　　説

Leprosy Control in Colonial Sierra Leone: A Historical Overview
……………………………………………………………… Takehiko Ochiai…　1（287）

判例内縁法の現代的課題（６）
～平成時代以降の裁判例を中心として～ ……………………………岡本　詔治…　21（307）

「法社会学論争」の教訓（二十四）
――市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・
ひとつの素描――
――戦後・法社会学論争（その一）――
………………………………………………………………………川角　由和…　49（335）

韓半島植民地支配の不法性（その２）
――安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討――
……………………………………………………………………… 戸塚　悦朗…　91（377）

翻　　訳

性刑法の発展過程
――道徳の保護から法益保護へ、再び道徳保護へ回帰するのか？――
……………… ヨアヒム･レンツィコフスキー（著）／山下　裕樹（翻訳）…123（409）

論　　説

Leprosy Control in Colonial Sierra Leone: A Historical Overview

Takehiko Ochiai*

Introduction

The purpose of this article is to provide an overview of the historical development of leprosy control in colonial Sierra Leone. Presently, literature on leprosy and its control in colonial Sierra Leone is scant. For example, while *Leprosy Review*, a journal published by the British Empire Leprosy Relief Association (BELRA), founded in 1923, contains several local reports from leprosy experts who visited Sierra Leone during the colonial period (e.g., Innes, 1958a, 1958b, 1961; Muir, 1936), there are almost no full-fledged research articles that historically consider leprosy control in colonial Sierra Leone.

Therefore, in this article, I describe the historical evolution of leprosy control in colonial Sierra Leone based on the historical materials I obtained from the Wellcome Library in London, England. I examined, in particular, annual medical reports released by the Sierra Leone colonial government from 1905 to 1958, stored at the library and currently available online, and materials of the British

*Professor in African Politics and International Relations at the Faculty of Law, Ryukoku University, Kyoto, Japan.

Leprosy Relief Association (LEPRA),[1] which too are stored at the library but are not available online as they are part of a special collection. I divide the historical development of leprosy control in colonial Sierra Leone into three periods — (1) before World War I (WWI), (2) between the two World Wars, and (3) after World War II (WWII) — and consider the circumstances and characteristics of leprosy control in each.

1. The Pre-World War I Period: Pre-1918

Sierra Leone has its historical roots in the settlement built by British slave trade abolitionists for the Black Poor in Britain in 1787. Later, former slaves from the United States and Jamaica and their families began to settle there; in the early 19th century, a law prohibiting the slave trade was passed by the British Parliament, and the British Navy captured slave ships in a wide area off the west coast of Africa. Sierra Leone then became a base for bringing in the so-called 'recaptives' from the captured ships, and many freed slaves came to the area. After landing in Freetown, the centre of the Sierra Leone Colony (hereafter, 'the Colony'), those freed slaves formed ethnic group settlements in the surrounding areas. Sierra Leone then expanded to the whole are of peninsula, as well as the surrounding islands such as Sherbro Island. There was also a transition to a colonial administration named the Colony and Protectorate of Sierra Leone with the inland area declared as a protectorate in 1896 (see Figure 1); while the Colony, centred around Freetown, had direct rule as a system of governance, with a

governor at the top, the Sierra Leone Protectorate (hereafter, 'the Protectorate') was under indirect rule, a system in which local leaders called paramount chiefs, sub-chiefs and headmen collected taxes and performed other tasks under the supervision of a small number of administrative officers, including district commissioners, deployed by the government.

Hundreds to thousands of freed slaves (then called 'Congo') arrived at the Colony each year through the first half of the 19th century. This is why the Colony was at perennial risk of infectious disease epidemics, such as smallpox, yellow fever, dysentery, and yaws, brought by the new arrivals such as liberated slaves and sailors. Moreover, many of the newly released slaves suffered from illnesses such as ulcers, dropsy, and ophthalmia, and complained of symptoms such as severe diarrhoea and fever (Clarke, 1856). The government then opened a hospital for freed slaves in Leicester, a suburb to the south of Freetown, in 1817, and moved it to Kissy, a suburb to the east of Freetown, in the mid-1820s. Eventually, in Kissy, several facilities were established to address various symptoms and treat different types of patients, and not only the newly released slaves but even the colonial residents and European sailors were accommodated there. In addition to sick people, individuals housed in those facilities included the socially displaced and those engaging in problem behaviours, including the physically challenged, the needy, vagrants, the mentally ill, and people with leprosy.

In 1837, a doctor named Robert Clarke was appointed as the medical officer in charge of the Kissy institutions. In a speech in

Glasgow, Scotland, in September 1855, Clarke said that black people in Sierra Leone were susceptible to skin diseases such as leprosy, and among them were lepers in various stages of the disease (Clarke, 1856: 67–68).

By the 20th century, a colonial hospital had been established in Freetown. In Kissy, there was an asylum for the mentally ill, separate hospitals for male and female patients with incurable diseases (hereafter, 'Male Incurable Hospital' and 'Female Incurable Hospital'), a smallpox hospital, and a lazaretto for isolating sailors suffering from infectious diseases such as yellow fever, in three different locations. In addition to these, in the Colony, there was a nursing home exclusively for Europeans in Freetown, and several dispensaries with permanent medical staff called dispensers in and outside the city; in the Protectorate, small hospitals administered by medical officers were opened in major towns, and dispensaries managed by dispensers in various locations.

According to the government's 1905 Annual Medical Report, of these medical facilities, the colonial hospital in Freetown had 12,651 new outpatients that year, including Europeans and natives — of these, only two — one male and one female — had leprosy, both of whom were local residents. Also, while the number of outpatients treated in 1905 at hospitals and dispensaries other than the colonial hospital in the Colony and the Protectorate reached 39,022, only 14 amongst them had leprosy — 11 male and three female patients,[2] all local residents. Thus, in 1905, very few people with leprosy visited medical facilities, almost all of which were occupied by local residents. Leprosy was initially considered a low-incidence disease

in Sierra Leone with a low morbidity risk for Europeans, and therefore, was neglected, or practically ignored, by colonial officials.

However, in the 1908 Annual Medical Report, a medical officer stationed in Moyamba, a town in the Ronietta District in the southern part of the Protectorate, wrote the following about leprosy: 'Looking back over a period of some ten and a-half years I find evidence of this disease having made extensive inroads amongst the aboriginal population'.[3] The officer also reported advising local leaders to establish a leper reservation colony to isolate them. Then, in the 1910 Annual Medical Report, a medical officer stationed in Kabala in the Koinadugu District in the northern part of the Protectorate recorded coming across people with leprosy in mobile clinics and instructing the local chiefs to isolate them.[4] As such, in the pre-WWI period, some medical officers stationed in different parts of the Protectorate had already become aware of leprosy's prevalence in some areas.

Some of the people with leprosy living in the Protectorate came to the Colony (Freetown and its surrounding areas), instead of going to the hospitals and dispensaries in the Protectorate, for treatment and protection. The incurable hospitals in Kissy hospitalised and treated them — it seems that the Female Incurable Hospital initially also had an exclusive segregation ward for people with leprosy, but after 1910, only the Male Incurable Hospital had such a ward. This ward at the Male Incurable Hospital, later known as the Leprosy Asylum, had eight patients, for example, at the beginning of 1911, and while there were three new admissions, two died later; thus, ultimately, there were nine hospitalised patients at the end of that year.[5]

In the Protectorate, people with leprosy were not subjected to compulsory segregation. As mentioned above, when European medical officers stationed in the Protectorate encountered them in mobile clinics, they advised local traditional rulers such as paramount chiefs to segregate them, but neither the medical nor the administrative officers ordered their compulsory segregation. At that time, leprosy's prevalence in the Protectorate was not considered to be very high, and therefore, countermeasures were left at the discretion of the local communities, including traditional rulers. Perhaps this is why, in the Protectorate, segregation villages, where people with leprosy (the disease became widespread in other British West African colonies such as Nigeria) and their families lived, were rarely voluntarily set up by the local communities after that time.

In contrast, in the Colony, people with leprosy were subjected to limited but forced quarantine. For example, Article 11 of the Prisons Ordinance of 1924 stipulated that the Governor may transfer prisoners with leprosy from the prison to a hospital; Article 53 of the Public Health Ordinance of 1924 allowed the sanitary authority of the government to hospitalise people with infectious diseases, including leprosy, based on medical certificates; and Article 55 allowed police officers and others to hospitalise people with leprosy seen on the streets.

However, as also symbolised by the small number of those housed in the Leprosy Asylum (the leprosy ward at the Male Incurable Hospital in Kissy) (up to 10), compulsory segregation in the Colony was merely a nominal matter.[6] Also, many of those housed there

fled because they disliked the isolation and treatment. For example, at the beginning of 1913, only three patients were housed in the Leprosy Asylum, and 10 others were admitted over the course of the year, with ultimately one dying and 10 fleeing.[7] In other words, compulsory segregation of people with leprosy in the Colony at that time was not very effective.

Leprosy control was first addressed seriously in the 1914 Annual Medical Report — it introduced cases of leprosy control over a considerable duration in Nigeria and South Africa, stating that voluntary segregation of patients was preferred, but if compulsory segregation was opted for, then Bunce Island at the mouth of the Sierra Leone River near Freetown was a good candidate.[8] However, due to the outbreak of WWI in 1914, the debate over such leprosy facilities did not immediately begin in earnest.

Figure 1. Administrative Divisions in Sierra Leone (1896)
Source: Ochiai (2017: 63).

2. The Interwar Period: 1919–1938

In 1922, after the end of WWI, treatment using chaulmoogra (*Hydnocarpus wightianus*) oil was tried for the first time in Sierra Leone on two male patients in the Leprosy Asylum at Kissy. A fatty oil obtained by pressing the seeds of a plant called chaulmoogra, it has long been used as a folk remedy for leprosy in India, Myanmar, and China. The first dose in Sierra Leone in 1922 was an ester mixture called 'Moogrol' made from the ingredients of chaulmoogra oil, and it was administered to the patients through weekly intramuscular injections — consequently, visible improvement in symptoms was observed in one patient, but the treatment was discontinued due to severe side effects such as headache and fever; moreover, the symptoms of the other patient did not improve even after multiple injections.[9]

Treatment involving administration of chaulmoogra oil and its ingredients through subcutaneous or intramuscular injections often caused the patients severe pain due to suppuration at the injection site. Moreover, while the treatment seemed to provide relief initially, it gradually became clear that the symptoms worsened or recurred. However, in Sierra Leone, the chaulmoogra oil treatment continued until the 1950s, when drug therapy with sulfones such as dapsone became widespread.

Initially, the number of patients willing to undergo the chaulmoogra oil treatment was small, as it was often painful — for example, in 1924, 25 new patients were reported across the Colony and Protectorate of Sierra Leone, but only five of them agreed to

receive the treatment; and later, after just the first injection, all of them failed to show up for the subsequent doses.[10] However, as awareness of the treatment's effectiveness in improving symptoms and curing leprosy became widespread, especially among the Protectorate residents, the number of patients receiving it gradually increased — as mentioned above, only two at the Leprosy Asylum were administered the treatment in 1922, but the number increased to 45 in 1926, 80[11] in 1927, and 127[12] in 1929 across Sierra Leone.

As such, in the latter half of the 1920s, the number of people with leprosy taking treatment at hospitals and dispensaries in various parts of the Colony and the Protectorate increased, but behind this was the spread of the bismuth treatment, which is effective for yaws, besides the introduction of the chaulmoogra oil treatment. Yaws is a bacterial infectious disease that mainly afflicts children — at that time, drugs containing bismuth began to be administered to patients and showed impressive therapeutic results. Thus, those with leprosy, expecting the chaulmoogra oil treatment to have the same dramatic effect as the bismuth treatment for yaws, visited hospitals and dispensaries in various places to receive injections. However, unlike the bismuth treatment, the chaulmoogra oil treatment took some time to be effective; it was also often accompanied by side effects such as pain. Therefore, many of those with leprosy were soon left disappointed with the oil and stopped the treatment. For this reason, to improve the treatment's effectiveness, the government realised that dedicated colonies or settlements were needed to enable the patients to voluntarily segregate and receive regular treatment while living in a group

setting.[13] However, with the Great Depression taking hold in the 1930s and the subsequent rapid deterioration of its finances, the colonial government abandoned this idea. The first leprosarium was opened in Sierra Leone during the British colonial rule — in the Protectorate where many had the disease — but in the late 1950s when the country was on the verge of gaining independence.

In 1929, as mentioned above, 127 people with leprosy across Sierra Leone received the chaulmoogra oil treatment, but the number of those who visited hospitals and clinics in each region in the same year was much higher at 431. While the number of new patients peaked at 521[14] (or 531[15]) in 1930, it fell to 293[16] in 1931, 244[17] in 1932, and 206[18] in 1933. It again rose slightly, to 212[19] in 1934 and 245[20] in 1935, but this increase was temporary and the numbers fell again, to 195[21] in 1936 and 126[22] in 1937, further dropping to 96[23] in 1941 during WWII. In other words, the number of new patients between the two World Wars in the Colony and the Protectorate increased in the late 1920s following the start of the chaulmoogra oil treatment in the early 1920s, peaking in 1930 and then declining throughout the 1930s.

There are two notable points regarding leprosy control in Sierra Leone during this interwar period. First, prevalence studies, the basis for leprosy control, were conducted at least twice. The first was conducted in the Protectorate by D. B. Blacklock, a professor of tropical diseases at the University of Liverpool; he travelled in the northern part of the Protectorate four times, from November 1927 to April 1928, to examine 4,337 people, and surveyed the southern part five times, from October 1928 to October 1929, examining 5,153

people — thus finding 183 and 60 leprosy patients respectively. Based on this data, leprosy's prevalence in the northern part was estimated 42.2 per 1,000 people, which was nearly four times the prevalence rate in the southern part, 11.6 per 1,000. Blacklock thus noted that leprosy needed to be recognised as an important disease, at least in the northern part of the Protectorate (Blacklock, 1930). The second was a survey conducted by the government in 1935, which confirmed about 3,600 people with leprosy across the Colony and the Protectorate.[24]

The second notable point regarding leprosy control in Sierra Leone during the interwar period concerns the establishment of hospitals by Christian missionary societies. In 1929, two North American Christian missionary groups — the American Wesleyan Mission and the United Brethren in Christ — opened hospitals in the Karene District in the north and the Kono District in the east of the Protectorate respectively (see Figure 2).[25] Like the government hospitals and clinics, the mission hospitals too started leprosy treatment.

Figure 2. Administrative Divisions in Sierra Leone (1931)
Source: Abraham (1978: 229).

3. The Period After the Outbreak of World War II: 1939–1961

In 1940, the year after the outbreak of WWII, the British Parliament enacted the Colonial Development and Welfare Act. Although the Colonial Development Act of 1929 was used as a template for this one, the 1929 Act had focused on improving Britain's economic interests, including measures against unemployment, while the 1940 Act was aimed at promoting the welfare of colonial residents and the development of colonial resources. It was a pathbreaking law that set it apart from the 1929 Act in that it was the first to recognise the home country's responsibility for the development and welfare of people in colonies. However, due to the war and other factors, the actual amount of aid under the 1940 Act was low. Under these circumstances, the British Parliament passed an

amendment in March 1945, just before the end of the war. The essence of the amendment was that Britain would provide a total of £120 million to implement the development and welfare plans of its colonies during the 10-year period from 1946 to 1955. Thus, after the war, the Colonial Office ordered the colonies to develop a 10-year development and welfare plan, with assistance for its implementation to be provided under the Colonial Development and Welfare Act of 1945 (Havinden and Meredith, 1993).

Accordingly, a 10-year development and welfare plan was formulated in Sierra Leone, and since the 1940s, medical facilities such as hospitals have been expanded and measures against infectious diseases such as malaria and trypanosomiasis promoted through financial support from the fund established under the 1945 Colonial Development and Welfare Act. By 1948, the Endemic Diseases Control Unit (EDCU) was established based on the Yaws and Sleeping Sickness Campaign, which was promoted with this financial support.[26] The EDCU investigated, treated, and raised awareness of endemic as well as infectious diseases, and was also responsible for training staff necessary for these activities. It later assumed responsibility of implementing countermeasures for leprosy in addition to yaws and trypanosomiasis.

Also noteworthy under the Colonial Development and Welfare Act of 1945 is the establishment of health centres. The government planned to open 50 health centres, financed by the Colonial Development and Welfare Fund, in the Protectorate over a 10-year period. Health centres were conceived as facilities with trained midwives providing midwifery and health education services, in

addition to the functions of the traditional government dispensary with permanent dispensers.[27] Their establishment was not swift though, partly due to the rapid rise in demand for other public works after the war.[28] Health centres were, however, gradually established in various areas of the Protectorate, replacing the previous dispensaries. In Sierra Leone today, primary healthcare facilities are called peripheral health units (PHUs). There are three types of PHUs: maternal and child health posts for 500–5,000 people, community health posts for 5,000–10,000 people, and community health centres (CHCs) for 10,000–30,000 people (Robinson, 2019). The health centres opened across the Protectorate after the war, financed by the Colonial Development and Welfare Fund, are likely the historical origin of CHCs, the largest of these post-independence PHUs in Sierra Leone.

After the war, the government planned a large-scale leprosy survey, financed by the Colonial Development and Welfare Fund. The survey was part of the preparations to open the first full-scale leprosy settlement in the Protectorate.[29] However, it was ultimately not conducted due to insufficient manpower and other issues,[30] and no such settlement was opened either. The first leprosarium in the Protectorate was opened just a few years before Sierra Leone's independence in 1961.

It was the BELRA, and not the colonial government, who made the move to open this leprosarium in the Protectorate. In June 1957, an unofficial meeting was held at the BELRA Secretariat in London to discuss leprosy control in Sierra Leone; the meeting participants confirmed that sufficient leprosy countermeasures had not been

implemented in Sierra Leone despite the high need for them. They arrived at a consensus to send Dr Charles Ross, Senior Leprosy Officer of the Northern Provinces of Nigeria, to Sierra Leone for several months to conduct an investigation to promote leprosy control, and that prior to Dr Ross's full-scale investigation, a BELRA leprosy worker named Alan Waudby would be dispatched to Sierra Leone for advance preparations.[31] In October 1957, Waudby arrived in Sierra Leone and started preparations, after which, Dr Ross conducted the investigation over three months, starting that December.[32] Following this investigation, the Protectorate's first leprosarium was opened with BERLA funding in 1958 in the village of Masanga in the Tonkolili District (see Figure 3). Sierra Leone achieved independence from Britain in 1961, and in 1965, the Masanga Leprosarium was transferred to the Seventh-day Adventist Church.

Figure 3. Administrative Divisions in Sierra Leone (the early 1950s)

Source: Lewis (1954).

Conclusion

This article summarised the historical development of leprosy control in colonial Sierra Leone in three periods: (1) the pre-WWI period, (2) the interwar period, and (3) the post-WWII period. Sierra Leone, before WWI, did not have full-scale leprosy control. In the early 20th century, some medical officers stationed in the Protectorate encountered people with leprosy in mobile clinics and other places and realised that the disease had spread to some extent among the local residents. However, compulsory segregation was not imposed on those people. At that time, leprosy's prevalence in the Protectorate was not considered to be very high, and countermeasures were left at the discretion of the local communities, including traditional rulers. In contrast, in the Colony, people with leprosy were subjected to limited but forced quarantine. However, there were only up to 10 patients housed in the Leprosy Asylum at Kissy before WWI. In other words, compulsory segregation of people with leprosy in the Colony was only a nominal matter.

During the interwar period, the government began to develop leprosy control, albeit in a limited fashion. For example, chaulmoogra oil treatment was piloted in Sierra Leone in 1922 by administering it to two male patients in the Leprosy Asylum at Kissy. Later, as the treatment gained in reputation, people with leprosy began visiting hospitals and dispensaries throughout the Colony and the Protectorate, and the number of new patients at such facilities continued to increase throughout the 1920s. Partly due to the effects of the Great Depression, this number peaked in

1930 and then began to decline, showing a downward trend throughout the 1930s.

Full-scale leprosy control was finally achieved after WWII. In particular, a BELRA-led leprosy survey was conducted for three months, starting in December 1957, and based on its results, the first leprosarium was opened in the Protectorate, in Masanga in the north, in 1958. Sierra Leone achieved independence from Britain in 1961, and in 1965, the management of the Masanga Leprosarium was transferred to the Seventh-day Adventist Church.

After independence, leprosy control in Sierra Leone was greatly promoted by Catholic Relief Services, a Christian charity, with support from several other organisations like the German Leprosy and Tuberculosis Relief Association. Exploring this historical development of the post-independence leprosy control in Sierra Leone sounds interesting, but it is beyond the scope of this article. The post-independence leprosy control in Sierra Leone will be discussed in another article.

Acknowledgements

This work was supported by the Japan Society for the Promotion of Science (JSPS) KAKENHI Grant Number 20H04431.

Notes

1 LEPRA is the successor organisation of the aforementioned BELRA, and it was renamed LEPRA Health in Action in 2008.

2　Sierra Leone (1906). *Annual report on the Medical Department, for the year ending 31st December, 1905*. London: Waterlow and Sons, p. 19, 30.

3　Sierra Leone (1909). *Annual report on the Medical Department for the year ending 31st December, 1908*. London: Waterlow and Sons, p. 31.

4　Sierra Leone (1911). *Annual report on the Medical Department for the year ending 31st December, 1910*. London: Waterlow and Sons, p. 34.

5　Sierra Leone (1912). *Annual report on the Medical Department for the year ending 31st December, 1911*. London: Waterlow and Sons, p. 23.

6　Sierra Leone (1914). *Annual report on the Medical Department for the year ending 31st December, 1913*. London: Waterlow and Sons, p. 6.

7　Sierra Leone (1914). *Annual report on the Medical Department for the year ending 31st December, 1913*. p. 25.

8　Sierra Leone (1915). *Annual report on the Medical Department for the year ending 31st December, 1914*. pp. 5–7.

9　Sierra Leone (1923). *Annual medical and sanitary report for the year 1922*. Freetown: Government Printing Office, p. 19.

10　Sierra Leone (1925). *Annual medical and sanitary report for the year 1924*. Freetown: Government Printing Office, p. 9.

11　Sierra Leone (1928). *Annual medical and sanitary report for the year 1927*. Freetown: Government Printing Office, p. 17.

12　Sierra Leone (1931). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1929*. Freetown: Government Printer, p. 33.

13　Sierra Leone (1931). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1929*. p. 33.

14　Sierra Leone (1931). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1930*. Freetown: Government Printer, p. 11.

15　Sierra Leone (1933). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1931*. Freetown: Government Printer, p. 11.

16　Sierra Leone (1933). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1931*. p. 11.

17　Sierra Leone (1934). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1932*. Freetown: Government Printer, p. 13.

18　Sierra Leone (1934). *Annual report of the Medical and Sanitary*

Department for the year 1933. Freetown: Government Printer, p. 11.

19 Sierra Leone (1935). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1934*. Freetown: Government Printer, p. 11.

20 Sierra Leone (1936). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1935*. Freetown: Government Printer, p. 10.

21 Sierra Leone (1937). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1936*. Freetown: Government Printer, p. 11.

22 Sierra Leone (1938). *Annual report on the medical services 1937*. Freetown: Government Printer, p. 11.

23 Sierra Leone (1942). *Medical report for the year 1941*. Freetown: Government Printer, p. 3.

24 Sierra Leone (1936). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1935*. Freetown: Government Printer, p. 10.

25 Sierra Leone (1931). *Annual report of the Medical and Sanitary Department for the year 1929*. Freetown: Government Printer, p. 21.

26 Colony of Sierra Leone (1949). *Annual report of the medical and health services for the year 1948*. Freetown: Government Printer, p. 2.

27 Colony of Sierra Leone (1949). *Annual report of the medical and health services for the year 1947*. Freetown: Government Printer, p. 4.

28 Colony of Sierra Leone (1951). *Annual report of the medical and health services for the year 1949*. Freetown: Government Printer, p. 2.

29 Colony of Sierra Leone (1949). *Annual report of the medical and health services for the year 1948*. p. 2.

30 Colony of Sierra Leone (1952). *Annual report of the medical and health services for the year 1950*. Freetown: Government Printer, p. 2.

31 'Memo for Sierra Leone File', WTI/LEP/C/3/1 (Special Collections, Wellcome Library).

32 Colony of Sierra Leone (n.d.). *Report on the medical and health services 1957*. Freetown: Government Printer, p. 12.

References

Abraham, A. (1978). *Mende government and politics under colonial rule: a historical study of political change in Sierra Leone 1890–1937*. Freetown: Sierra Leone University Press.

Blacklock, D.B. (1930). *Report on a survey of human diseases in the Protectorate of Sierra Leone*. Freetown: Government Printer.

Clarke, R. (1856). 'Short notes of the prevailing diseases in the Colony of Sierra Leone, with a return of the sick Africans sent to hospital in eleven years, and classified medical returns for the years 1853-4. Also tables showing the number of lunatics admitted to hospital in a period of thirteen years, and the number treated from 1st April, 1842, to 31st March, 1853'. *Journal of the Statistical Society of London*, 19(1): 60–81.

Havinden, M. and D. Meredith (1993). *Colonialism and development: Britain and its tropical colonies, 1850–1960*. London and New York: Routledge.

Innes, J.R. (1958a). 'Editorial'. *Leprosy Review*, 29(1): 4–16.

——— (1958b). 'Editorial'. *Leprosy Review*, 29(3): 132–135.

——— (1961). 'Editorial'. *Leprosy Review*, 32(1): 4–15.

Lewis, R. (1954). *Sierra Leone: a modern portrait*. London: Her Majesty's Stationery Office.

Muir, E. (1936). 'Leprosy in Sierra Leone: report on a visit to the Colony and Protectorate of Sierra Leone with suggestion for development of anti-leprosy work'. *Leprosy Review*, 7(4): 191–199.

Ochiai, T. (2017). 'In a grove? Sierra Leone's 1898 hut tax war reconsidered'. *Asian Journal of African Studies*, 41: 55–86.

Robinson, C. (2019). 'Primary health care and family medicine in Sierra Leone'. *African Journal of Primary Health Care & Family Medicine*, 11(1): 1–3.

論　説

判例内縁法の現代的課題（6）

～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　平成16年最高裁判決以降の内縁関連事例
　　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56巻1号）
　Ⅱ　その後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）
　Ⅲ　小括
四　まとめに代えて

三　重婚的内縁の裁判例（続）

Ⅰ　平成16年代までの重婚的内縁関連事例（前号まで）

Ⅱ　その後の重婚的内縁関連事例

平成16年度以降の男女関係については、基本的には前代と変わりがないといえようが、やや特殊な事例も散見されるので、特にそれらについては、他の事例よりもやや詳細に検討することとした。

なお、本節でも、従来どおり、「内縁の成立事情」を軸として裁判例をとりあげることに変わりがない。内縁夫婦の実態を探索・分析するためには、裁判例の具体的事実から学ぶしかないからである。

1　重婚的内縁の成立事情

（一）内縁肯定事例

⑴　内縁成立前に法律婚が形骸化していたと思われる事例

（ア）「財産分与」関連事例　　つぎの事例では、男性が、紛争中の財産分与との関連で、同居していた女性とは内縁関係にはなかった旨の確認を求めたが、内縁関係の存在がみとめられたところ、本判旨は、それが法律婚の形骸化の前であるかは明示していないものの、事実認定では、同居の開始当時すでに法律婚夫婦の別居後相当の年月が経過しており、逆に内縁関係は約15年間に及んでいるとしているので、そうした判断を前提としているものと考えて大過なかろう。

［131］東京地判令和１・10・28平成30年（ワ）第23246号内縁関係不存在確認請求事件TKC.Law Lab.

【事実・判旨】離婚歴のあるＸ男（昭和34年生・歯科医師）は、ホステスとして働いていたＹ女（昭和30年生）と平成８年４月頃から関係をもつようになり、Ｙに同居を申し入れ、平成12年12月以降、同居を開始した。Ｙは婚姻していたが、平

成２年２月頃、子供を連れて自宅を出て、夫と別居していた。Ｘは、平成16年２月本件自宅を購入し、ＸとＹは本件自宅に転居した。Ｙは、Ｘ姓を使用し、家事を行い、Ｘから毎月生活費を渡されて扶養を受けており、預貯金通帳も預かるようになっていた。Ｘも、Ｙの親族と交流して、Ｙの先祖や母の墓のための費用を負担するなどしていた。Ｙは、夫との婚姻関係は既に形骸化していたものの、夫に現住所やＸとの関係を知られるの避けたいと考えていたため、Ｘが入籍を望んだにもかかわらず、これに応じることができなかったことがうかがわれる。ところが、Ｘは、平成25年頃、Ａ女と知り合い、平成28年１月、Ａとの婚姻届を提出したことから、Ｙは、平成28年５月財産分与の調停を申し立てるとともに、平成28年７月に本件自宅を退去した。判旨は、ＸとＹとの間の15年以上にわたる共同生活の実態等を考慮すると、両者が同居を開始した後に社会的には夫婦と認められる実体を有する内縁関係が形成されていたというべきであり、Ｙが本件自宅を退去することによって内縁関係が確定的に解消されたと認めるのが相当である、とした。

（イ）「事故死による損害賠償請求」関連関連

(a)つぎは、料理店の経営者の夫が事故死した妻・女将の損害賠償を求めた事例であるが、同棲開始当時には法律婚の妻は長男をおいて家を出ている。判旨は、内縁夫婦の同居当時には、法律婚夫婦には交流がなく、内妻の事故死から相当以前に法律婚が形骸化していたとする。なお、女将として無給で稼働していたことは逸失利益にはならないが、それは夫の慰謝料額に反映している。

［132］大阪地判平成21・12・11交通事故民集42巻６号1620頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】内縁の夫Ｘ（昭和11年生）が経営する料理店の女将Ａが平成18年１月に交通事故で即死したによる損害賠償請求事件である。Ａは事故当時78歳であるが、稼働による逸失利益、固有の慰謝料などのほか、内縁の夫の慰謝料請求も認容された。両者の男女関係の経緯はつぎのように認定されている。Ａ女は婚姻中の昭和22年に長男（相原告）を出生した後、昭和27年に協議離婚したのち、昭和50年ころからＸ経営の料理店に勤め始め、その後女将として働くようになり、まもなくＸと男女関係を持つようになった。Ａは、昭和52年ころから本件事故当

時まで二人で同居していた。Ｘは、昭和51年に長女が死亡したことなどをきっかけに妻Ｂと不仲になり、同年ころ、Ｂは長男（昭和40年生）を置いて家を出た。その後、Ｘは、平成２年３月ころにＢが健康保険証が必要という理由で会いに来た際、自己の署名押印をした離婚届をＢに交付したが、離婚届は提出されなかった。Ｘは、それ以外にＢと交流はなく、両名は、平成21年８月に協議離婚の届出をした。Ｘは、同居者としてＡの死亡の届出、葬儀等を行い、墓を建立するなどした。判旨は、上記の事実から、ＸがＡと長年内縁関係にあったものと認められるとしたうえで、昭和51年ころ以降ＸはＢと交流がなく、本件事故当時より相当以前に婚姻が明らかに破綻していたと認められることなども考慮すれば、本件事故との関係でＡとの内縁関係が法的保護に値しないものということはできない（ＡがＸの事業では重要な役割をもっていたことも考慮されて、Ｘ固有の慰謝料金1300万円）、とした。

(b)内縁夫婦の同居開始当時には法律婚夫婦の共同生活が実質的に破綻していたところ、夫が外国籍であったことや仕事が不安定であったので、未届のままに推移したが、双方の親族や勤務先の者は夫婦として接していた。

［133］東京地判平成27・５・19判時2273号94頁（損害賠償請求事件）交通事故民集48巻３号608頁

【事実】Ｘ女は、昭和58年頃、妻帯のＡ男と知り合った。当時、ＡはＢ女と婚姻関係にあったが別居しており、Ｂの署名押印のある離婚届をＸに示して離婚する旨を告げ、昭和59年頃、Ｘと同居を始めた。Ｘのパート収入とＡの稼働収入により維持していたが、Ａが外国籍であったことから、Ｘの両親が入籍に反対するなどしたため、婚姻の届出をしなかった。その後、国籍による障害は特段問題とならなくなったが、Ａの仕事が不安定であったことなどから、入籍には至らなかった。Ａは、不動産を購入してＸと居住したが、経営していた喫茶店の業績悪化により、不動産を手放し、転職・転居してＸと一時別居したが、Ａの収入が安定したことから、平成11年４月頃にはＸも転居して同居した。その後もＡは転職・転居してＸと一時別居し、生活が安定した頃に同居を再開するなどした。平成15年10月、Ａは、Ｄ市でパブを営むため、本件マンションの賃貸借契約を自己名義で締結し、ＸもＡの仕事が安定した平成16年５月頃、本件マンションに転居した。その後、Ａは、パブをたたんで知人Ｃのつてで働くこととなり、平成22年11月中旬頃、Ｃ

と業務委託契約を締結し、Ｅ市の雑居ビルで飲食店及びカラオケ店の業務を行った。Ａは、当初、本件マンションから通勤し、その後、上記雑居ビルの１室に住むようになったが、平成24年７月、Ｄ市に住民登録している。Ａは、ひと月に少なくとも２回程度は本件マンションに来て洗濯物を持ってくるなどしており、本件事故当日も本件マンションからＥ市に戻った後であった。ＸとＡは、Ｘの弟の結婚式（昭和62年）や妹の結婚式（平成元年）に出席した。また、両名は平成３年Ｘの祖母の米寿を祝う親族の旅行に参加するなどした。本件事故当時、Ｘは、Ｄ市でパート勤務をしており、月額概ね７万円ないし８万円程度の収入を得ていた。Ａは、月額18万円の報酬を受領し、本件マンションの家賃と水道光熱費約を支払い、その他、Ｘに生活費を渡していた。Ｘは扶養利益侵害による財産損害と慰謝料を請求したが、加害者ＹはＸとＡは重婚的内縁関係にあるので、法的保護に値しないなどと反論した。

【判旨】遅くともＸとＡが同居を始めた昭和59年頃には、ＡとＢとの間に夫婦としての関係が継続していたことは窺われず、双方の婚姻関係は実質上破綻していたので、Ｙの反論は採用しがたい。内縁の配偶者が他方の配偶者の扶養を受けている場合において、その他方の配偶者が不法行為によって死亡したときは、内縁の配偶者は、自己が他方の配偶者から受けることができた将来の扶養利益の喪失を損害として、加害者に対してその賠償を請求することができると解されるところ、ＸとＡは約29年間にわたり、Ａの転職に伴って一時別居することがあったものの、ほぼ住居を同一として生活し、Ｘは主にＡの稼働収入によって生計を維持してきたこと、当初は国籍の問題から婚姻の届出がなされず、その後入籍に障害がなくなった後も届出はされていないが、生活の実態に大きな変化はないこと、両名の親族は、いずれも、Ｘらを夫婦と同様の関係として接しており、Ａの勤務先でもＸは妻として認識されていたことを考慮すると、本件事故当時、ＸとＡは内縁関係にあり、Ａの扶養を受けていたものと認めるのが相当である。また、ＸとＡは、事実上婚姻と同様の関係にあるので、内縁の生存配偶者には民法711条の類推適用により慰謝料請求権が認められる（慰謝料金500万円）。

（ウ）「生命保険金の受給資格」関連事例

つぎの例では、内縁の夫が相続人を受取人とする生命保険契約を締結していたが、内縁の妻を受取人とする保険契約に転換したところ、内縁の妻には婚姻上の夫がいたので、相続人が、それは不倫関係の維持継続を目的

とする契約で公序良俗違反であると争ったが、婚姻上の夫は以前から音信不通で、転換手続はその婚姻関係が実態を失っていた段階でなされているので違法ではない、とされている。

［134］広島高裁岡山支判平成17・５・24生命保険判例集17巻414頁（損害賠償請求事件）

【事実・判旨】原判決が不明であるため、事実関係は委細不分明であるが、内縁の夫が生命保険契約の受取人を内縁の妻Ｚ（補助参加人）とする契約に転換したことから、夫の相続人Ｘ女がＹ保険会社による手続上の違法性やＺには婚姻中の夫がいるので公序良俗違反を問題とした。Ｘは、ＺがＡに近い将来の同居と結婚を持ちかけ、Ｚとの不倫関係の維持発展のために、平成７年５月に本件変更の手続をしたものであり、不法な動機によるものであるから、本件受取人の変更は、公序良俗に反し無効である、などと主張した。判旨は、つぎのように説示した。Ａは、平成元年８月ころには、Ｚと同居生活を始めていたのであるから、Ｚが、Ａに、近い将来の同居と結婚を持ちかけたから、Ａが平成７年５月の本件受取人変更の手続をしたとするＸ（控訴人）の主張は、その前提を欠くといわざるを得ない。また、ＺとＢとは、既に昭和57、８年ころには音信不通の状態となっていて、両者間の夫婦関係は、平成７年５月当時は、既にその実態を失っていたものと認められる。そうすると、ＡとＺが平成元年８月ころから同居生活を送り始めたことを、直ちには違法な不倫関係であるということはできず、したがって、Ａが補助参加人を生命保険金受取人とした本件受取人変更の手続も、不法な動機によるものということはできない。なお、Ｙ会社はＺがＡと同居10年以上で婚姻の約束をしている内縁の妻であるという旨の説明をＡから受けていたから、Ｙにおいて、Ｚを正当な保険金受取人と信じたことに過失はない（Ｘ敗訴）。

本件では、重婚的内縁が法律婚の完全な破綻後に成立したかについては、必ずしも断定的な判断はなされていないが、すでに同居以前に法律婚夫婦には音信不通の状態があり、そのままの状態で婚姻関係が破綻しているようなので、法律婚の破綻後に重婚的内縁が成立した場合と同視してもよい事例である（本判旨もそのような趣旨て説示している）と考えて大過なかろう。

⑵　内縁成立後に法律婚を知悉した事例

下記の例では、重婚的内縁の違法性については、特に言及されていない

が、女性が内縁成立後に法律婚の存在を知ったというケースであり、女性が離婚して婚姻するよう強く求めていたが、これに応じないまま、男性が他女と関係を結んでいる。

［135］東京地判令和３・６・16平成31年(ワ)第7975号損害賠償等請求事件TSK. Law Lib.

【事実・判旨】Ｘ女とＹ男は、平成14年６月頃から交際を開始したが、Ｙは、平成18年10月７日、Ｂ女と婚姻し、平成22年５月、エクアドル国籍から日本国籍に帰化した。平成22年４月頃、ＸがＹの子を妊娠していることが判明し、同年７月31日、両者は、結婚式・披露宴を執り行ったが、このとき、ＸはＹが婚姻していたことを知らなかった。Ｘは、平成22年から同28年までに３児をもうけている。Ｘは、婚姻を望んでいたものの、Ｙから、日本においてＸ以外の者と婚姻関係にあること以外の理由を告げられるなどして、婚姻届を提出することなく、Ｙとの関係を続けていた。Ｘとその父は共有名義で、平成23年12月、新築建物を建築所有してＸ・Ｙ家族が自宅として利用した。Ｙは、勤務先での海外出張等があり自宅に戻る頻度は、１か月当たり３、４回程度であり、多いときでも８回程度であった。Ｘは、長男の出産を機に教員の仕事を休職し、その後、臨時的な短期の仕事をすることはあったものの、正社員として復職することはなかった。Ｘ親子の生活費は、主としてＹの収入によりまかなわれていたが、Ｘに定期的に一定額が送金されていたわけではなく、必要とする時期に必要な額の送金がされず、両者間で口論となることもあった。Ｘは、Ｙが既婚者であることを知った後、Ｂと離婚して婚姻することを求め、Ｙは、それに応じる回答をしたり、平成30年中には離婚して入籍する旨回答したりしていたが、離婚することなく現在に至っている。Ｙは、ＸがＹの既婚事実を知ってから２年間も内縁関係を継続していたのであるから、それと内縁関係の破綻とは関係がないなどと反論した。しかし、判旨は、つぎのように説示してＹの不法行為責任を肯定した。両者は、結婚式、披露宴を執り行い、３人の子らをもうけ、後にＹは認知した。Ｘは、子の出産を機に休職しており、Ｘらの生活は主としてＹの収入によりまかなわれていた。これらの事情からすれば、両者の関係は、「婚姻に準じる内縁関係」にあったといえる。「一般に、交際相手が他者と婚姻関係にあるか否かは、交際関係や内縁関係に至りこれを継続するか、子を出産するかなどを意思決定するに当たり重要な事項というべきである」から、これを告げないまま内縁関係に至りこれを継続したＹの背信性は大きい。Ｘが挙式後５年以上経過し、三男も妊娠中であったので、Ｙが既婚者であること

を知ったからといって、直ちに内縁を解消するのが合理的な状況であったとはいえず、Ｘが内縁関係を維持していたとしても、Ｙの背信性を低減する事情と評価するのは相当でない。Ｙが自宅に戻らない日が多く、育児や家事は専らＸが担っていたことのほか、必要とする時期に必要な額が送金されないこともあったことなどの事情から、主としてＹの責任により内縁関係が破たんしたというべきである（慰謝料金100万円)。

本件では、重婚的内縁関係の違法性については、特に問題とされていない。婚姻がすでに破綻していたのか、不分明であるが、Ｙが婚姻を秘して内縁関係をむすんだことに対して強い非難がなされているので、詐欺的言動が結論に強く影響した事例といえよう。

（二）内縁の否定事例

⑴　妻帯の事実を知悉し、法律婚も破綻していなかった事例

（ア）「一方的関係破棄」関連事例

⒜つぎの例では、一時同棲もして相当程度親密な男女関係を形成していたが、女性が妻帯の事実を知っており、婚姻関係が破綻していなかったことや結婚への実現の可能性を期待し得ないような状況があったことなどから、婚約も内縁も成立していないとされている。

［136］東京高判平成22・８・９平成22年(ネ)第2879号慰謝料請求事件D1-Law.com判例体系

【事実】Ｘ女（アルゼンチン国籍・昭和37年生）は、平成３年に本邦のスナックで稼働中にＹ男（昭和20年生）に妻子あることを知りながら性的関係を結び、平成４年ころ、仕事を辞め、Ｙから生活費の支給を受けて生活するようになり、まもなく台湾でＡ（認知済み）を出産した。Ｙは、Ａと会うために台湾を訪れ、その際には、Ｘの親せき宅を訪問したこともあった。Ｙは、平成12年当時、単身赴任で社宅のマンションで生活していたところ、来日したＸやＡが社宅に身を寄せ、平日は同所で３人が同居し、週末や東京への出張がある時には、都内の自宅に帰宅するという生活が始まった。Ｙは、平成13年９月、Ａの小学校入学に先立ち、Ｘ親子が我が国で安定して生活できるようにするため、Ｘと「内縁」の関係にある者として、在留に関して身元保証人となった。しかし、ＹがＡの出自に疑問をもっ

て認知の無効を主張してDNA鑑定を強くもとめたことなどから、両者の関係は破たんした。

【判旨】婚約の成立につき、つぎのように説示して、否定した。両者が交際を開始した後、正式な婚姻に向けての具体的な準備をしたり、双方の親族を引き合わせ、相手を婚約者として紹介したなどの事実を認めることはできない。Ｘは、交際するに当たり、Ｙに妻子がいると知っており、Ｙが自分を独身であると説明したことはないと認めるのが相当である。Ｘは、Ａを出産した平成７年以降、Ａの認知を求めて来日した平成11年11月までの４年間は、台湾又はアルゼンチンで生活しており、その間、結婚や入籍へ向けての働きかけがあったなどの事実は認め難いこと、Ｙは、Ａを認知しＸと同居を始めた後も週末には自宅に帰っており、Ｙと妻との婚姻生活は破綻せず続いていたと認められることなどに照らすと、Ｙは、「妻には内密にして重婚的内縁というべきＸらとの同居生活を一時期継続したものの、妻と離婚してＸと婚姻するという意思をもっていたとも認められ（ない）」。不法行為責任については、つぎのように説示する。Ｙとしては、「単なる愛人という関係にとどまらず、Ｘとの間で相当程度親密な関係を維持してきたといえるのであって、Ｘが、Ｙに妻子があると知っていたとしても、Ｙの言動からやがてはＹと結婚できるのではないかとの思いを持つに至ったとしても、首肯できないものではない」。しかしながら、Ｘは、Ｙとの関係がいわば不倫の関係であることを知っていたと推認できること、台湾又はアルゼンチンで生活していた４年間、結婚に向けての働きかけをした形跡は窺えないこと、ＹがＡを認知した後に社宅で同居していた当時も、Ｙは週末や東京出張の折には自宅に帰っており、Ｘも当然そのことを知っていたものと認められ、結局、このように、知り合ってから約12年間もの間、結婚が実現していなかったことなどに照らせば、Ｘとしては、むしろ、Ｙとの結婚は実現困難であり、これを期待できる状態にはなかったものと認識していたと認めるのが相当である。以上の事実によれば、ＹがＸに結婚への期待を抱かせ、また、Ｘがそのような期待を抱いていたと認めることは困難である。

本件の事実関係のもとでは、内縁関係の成立を認めるのは困難であり、判旨の説示には合理性があるように思われるので、あとは詐欺誘惑の論理による救済しかないが、この点についても、男性の行為態様には非難に値するものは認められないであろう。それでは、ＸとＹとの男女関係とは、

いったい何であったのか。法的には「私通関係」というしかないが、女性もそれを承知のうえで不倫関係を継続していたと判断されたものと思われる。

(b)下記の例では、重婚的関係にある男女間のマンション使用貸借契約の存続と婚約・内縁の成否が論点となっているが、ここでは、後者を軸として紹介しておこう。女性は妊娠・出産しているものの、当初から妻帯の事実を知悉し、同居中に離婚の話も入籍の話もなされていないので、長期間の同棲があったものの、婚姻意思が不透明であることなどから、婚約の成立は否定され、また、男性と正妻との交流があり法律婚が破綻していなかったことのほか、男女が常時同居していたわけではなかったことなどから、内縁の成立も否定されている。

［137］東京地判平成26・１・29平成24年(ワ)22724号損害賠償等請求本訴事件／29461号損害賠償請求反訴事件D1-Law.com判例体系

【事実】Ａ女と婚姻していたＸ男（昭和46年生）は、平成16年頃、浮気が発覚したため、夫婦関係を維持するか否かについての話合いが行われたが、結局、夫婦関係を継続していくこととなった。また、その頃、Ｘの母親の体調が悪化したことから、Ｘは、母親の家に頻繁に帰宅するようになった。一方、独身のＹ女（昭和46年生）は、平成17年１月のパーティでＸと知り合い、同年２月頃、交際を開始した。Ｘは、当初は既婚であることを伝えていなかったが、同年夏頃までには結婚していることをＹに伝えた。Ｘは、交際中、週に３日程度、Ｙの自宅を訪問し、その余の日は、母親宅ないしＡのもとに戻っていた。Ｙは、仕事をしていたが、Ｘのための炊事洗濯等の家事を行い、その実費等として、月数万円程度の金員を受け取っていた。両名は、平成18年６月、〇店で結婚衣装を身に付けて、スタッフの面前で、誓いの詞を読み上げて指輪を交換して写真撮影を行うといった儀式を行ったが、これは一切招待客を招かずに行われたものであった。同年11月、Ｙに子宮外妊娠の疑いがあり、病院で手術を受けることになったが、その際、Ｘは、手術同意書の続柄の欄に「婚約者」と記載した。また、平成19年６月頃、Ｘは、「結婚１周年おめでとう夫婦として一生支え合っていきましょう」とのメッセージを記した手紙をＹに渡した。Ｙは、Ｘの母親とも親しく交際しており、頻繁に贈り

物や手紙の交換などをしていた。その一方で、Ｘは、Ａとの離婚に向けた手続を進めることはなかった。また、Ｘと喧嘩した際などは、Ｙも、Ｘと結婚できないことは分かっているとの趣旨のメールをＸに送信していた。Ｙの妊娠が発覚すると、Ｘは、平成22年６月頃、Ｙの実家に挨拶に訪れ、同年８月には胎児認知を行った。Ｙは、仕事を休職した上で、同年10月、居住していた賃貸マンションを退去して、実家に出産目的で帰郷したが、それに先立ち、Ｘは、出産等のための費用として、Ｙに50万円を渡した。また、同年11月、Ｘは、富山県に赴き、Ｂの出産に立ち会った。しかし、この段階に至っても、ＸはＡとの離婚に向けた手続や話合いを行うことはせず、また、Ｙの側でも、それを強く求めることはなかった。Ｘは、平成23年１月Ｙ親子のために本件マンションの賃貸借契約を締結したが、その賃貸借契約の連帯保証人には、双方の母親がなった。また、Ｘは、その頃、10万円をＹに送金した。同月末、ＹとＢが本件マンションに入居したが、Ｘは、同年２月頃、Ｙとの関係が悪化したことから、本件マンションに来なくなった。Ｘは、Ｙとの関係解消を申し出るとともに、Ｙに対し、本件マンションからの退去を求めた。Ｘは、退去までの賃料相当額の損害賠償を請求したが、これに対して、Ｙは、Ｘとの間で婚約ないし重婚的内縁関係が成立していたにもかかわらず、Ｘがこれを不当に破棄したと主張して、慰謝料を反訴請求し、その対等額での相殺を抗弁とした。

【判旨】反訴請求については、つぎのように説示して、婚約の成立を認めなかった。ＹはＸの妻帯の事実を交際の比較的初期の段階で認識していたところ、その後、ＸとＹは、長年の交際を続け、平成22年には、認知した子供が生まれるといった事態に至っているにもかかわらず、その間、ＸがＡと離婚してＹと入籍するといった具体的な話は何ら進展しなかった。かかる事実からすると、Ｘにおいて、真に婚姻する意図があったとは考え難く、Ｙにおいても、そのようなＸの意図を十分認識していたというべきであるから、婚約が成立していたとは認められない。これに対し、Ｙは、結婚式の挙式、双方の親族に対する紹介や親密な交流、婚約者としての振る舞い等、将来夫婦になるという合意の徴表行為があった旨を主張するが、Ｙが結婚式と称するものは、一切招待客を招かずに２名だけで行われたものであるから、むしろ、正式な結婚ができないことに対する慰謝等の趣旨で行われたものであると考えられるし、手術同意書に「婚約者」と記載したのも便宜上記載されたものと見るのが相当であって、婚約の成立を裏付けるものとはいえない。そして、ＹがＸの母親と親密な関係にあったことや、ＸがＹの実家に挨拶に行っ

たこと等についても、これらがAと離婚してYと婚姻することに向けての具体的かつ現実的な話合いを行う契機となり得たにもかかわらず、実際にはこれが行われなかったという事実をより重視すべきである。

つぎに、「重婚的内縁関係」については、つぎのように説示して、その成立を否定する。まず、XとAの婚姻関係については、Yとの交際中も概ね週3回程度はAのもとへ定期的に帰っていたということ自体を虚偽とはいえないし、XとYの間に子供が生まれたという事実があるにもかかわらず、Aが、Xのことを「パートナーとして人生を一緒に生きていく相手」と表現して、現在も婚姻関係を継続していることも踏まえると、Yとの交際期間中、婚姻関係がその実体を失っていたと認めることはできない。一方、XとYとの交際の態様についても、週3回程度一緒に過ごしていたとはいえ、常時同居していた訳ではなく、両者が生活の本拠を共にしていたとは認められないし、YはXから一定額の生活費を受け取っていたものの、それをもって生計を共にしていたと評価することはできず、両者の共同財産が形成されたといった事実も存しない。さらに、Xは本件マンションを賃借した後も、Y親子と常時同居することは予定していなかった上、結局、1か月も経たないうちに関係を解消しているのであり、これらの事実からすると、社会通念上夫婦としての共同生活といえるような生活実態を有していたと認めるには足りない。そうすると、本件では、婚姻関係がその実体を失っていたとしても、XとYとの生活実態が社会通念上夫婦としての共同生活に当たるとも認められないのである、と。

（イ）「扶養義務」関連事例　　重婚的内縁が法的保護に値する関係とされると、通常内縁と同様に夫婦は相互に扶養義務を負担するが、そうでないと、同棲していても、資力ある当事者には扶養義務はないこととなる。

つぎの例では、妻帯の男性に対する同居女性の負債が双方の内縁関係の扶養義務に含まれるかという点が一つの論点となっているが、法律婚が形骸化していたといえるほどの疎遠にはなっていないので、内縁の夫にはそうした扶養義務はない、とされている。

［138］東京地判平成30・9・18平成28年（ワ）42103号遺留分減殺請求事件D1-Law.com判例体系

【事実】本件は、亡A女が同居のY男に公正証書遺言により包括遺贈したので、A

の相続人・長女Ｘ（昭和40年生）が遺留分減殺請求を申し立てたが、Ａ（平成27年死亡）とＹとの間でＹに対するＡの債務を精算する趣旨の債務弁済承認契約がなされていたところ、減殺額がその債務額に満たないとされた事件である。ＡとＹの男女関係が興味深いので、その点に限定して紹介しておこう。Ｙは、昭和44年にＢと婚姻しているが、昭和50年頃、当時Ａ経営のスナックの常連客となり、その後、Ｙがそのスナックの経営権を買い取り、Ａがママ、Ｙがマスターとして、そのスナックを共同して経営していた。Ｙは、昭和63年、Ｘの結婚式に参列し、Ｘとともにバージンロードを歩き、両家の親族との写真において、Ａの隣に並んで撮影された。Ｘの子であるＣは、少なくとも20年以上前から、Ａの自宅に、正月や夏休みにＸと帰省した際、Ｙがいたと記憶している。Ｙは、少なくとも、平成19年以降は、ＡとＡの自宅で同居生活するようになり、以後Ａが亡くなるまで継続していた。Ａの収入はわずかな年金のみであり、保険料や水道光熱費などが口座から引き落とされる前にＹの口座からこれに近い金額がＹによって引き出されていた。また、Ａが自動車を購入した資金もＹの援助によるものである。Ｙは、がんで入院した際に、ＡはＹを看病し、Ｘらも見舞いにきたことがあったが、一方で、Ｙの妻ＢもＹを看病し、手術の同意書に署名をしたのはＢであった。死期に近づいたＡは、本件債務承認弁済契約を締結し、その後、これを被担保債権として、Ａの自宅に抵当権を設定登記をした。Ａの葬儀は、Ｙが喪主として執り行い、Ａの位牌、遺影等はＹが保管している。Ａの死亡後、Ａの自宅は、Ｙが居住し管理しており、自宅で過ごすよりも、Ａ宅で過ごすことの方が多い。

【判旨】少なくとも同居するようになった平成19年以降、ＹがＡの生活費等のために継続的に毎月10万円前後の金員を渡していたし、自動車の購入も代金のうち200万円を負担した。本件債務承認弁済契約は、これらを清算する趣旨で締結されたものである。これが内縁関係に基づく扶養義務等による負担であり、旧債務の存在が認められず無効であるかについては、つぎのように考えるべきである。上記のＹの種々の行状のほか、少なくとも平成19年以降はＡと同居し、その生活を支え、Ａの葬儀の際には喪主を務め、祭祀に関する物を保管するなどしていることからすれば、「ＡとＹとの関係は、相当に親密なものであった」と認めることができる。しかし、Ｙは婚姻中であり、仮にＡとＹとの関係が内縁関係といえるものであるとしても、重婚的内縁関係となるものであり、「ＹのＢに対する扶養義務等が存在することからすると、亡Ａに対する扶養義務等を認めるにはＹとＢとの婚姻関係が形骸化しているといった事情が認められなければならない」が、ＹとＢやその子らとの婚姻関係、親族関係が形骸化しているとは認め難く、「ＹとＢの関係は、疎遠になっていることはうかがえるものの、それが形骸化しているとまでは認め

難い」。したがって、ＹのＡに対する扶養義務等を観念できるような内縁関係にあったと認めるに足りない。

本判決が、法律婚が形骸化していないと判断した根拠となる事実は、Ｙの入院の際にＢやＹ・Ｂの子らが看病し、見舞うなどするほか、手術の同意書に署名をしたのはＢであったということでしかない。これに対して、ＹがＡとの同居を継続するとともに、その間の生活費等を負担するほか、Ａの子の結婚式に父親としてふるまったという事実は、Ｙ・Ａが夫婦であることを自認したうえで、自らの立場を公然としたに等しいので、単なる親密な関係にはとどまらず、社会的には夫婦というしかない。Ｘの請求を排斥するためには、そうした姑息な手法によるのではなく、Ｙが負担した経緯費は、通常の扶養義務を超えるものであるとれば、すっきりした推論になるのではないか。

（ウ）「居住利益」関連事例　　つぎの例では、離婚歴のある女性が妻帯の男性と関係をもち、法律婚の妻が女性関係を解消することを望み、女性も妻の意向を承知していたことなどから、内縁の成立が否定されている。いわゆる不倫関係にあったことになるが、女性が離婚したもと夫から無償使用を許されていた建物に男性が宿泊することもあったので、前夫としては、このまま当該建物の使用を認めるわけにはいかなかったので、裁判手続きをとったのであろう。実際、当該建物で同居する娘の立場を考えれば、この女性の行状はまったく理解に苦しむ。

［139］東京地判令和２・10・28令和１年(ワ)第18044号建物明渡等請求事件TKC Law Lib.

【事実・判旨】Ｘ男は離婚したＹ女にＹと娘に本件建物の無償使用を認めていたところ、Ｙは登山のツアーで知り合った妻帯のＡ男と関係をもち、平成30年５月ごろから、Ａが登山の前後などに当該建物に宿泊するなどしたことから、Ｘは使用貸借を解約して本件建物の明渡し等を請求した。判旨は、その請求を認容したうえで、ＹとＡとの関係については、つぎのように説示している。Ａには妻Ｂがおり、Ｂは、ＹがＡとの交際を解消するように望み、ＹもＡの妻の意向を承知していた

ことからすれば、ＹとＡとの交際が、婚姻意思をもってなされた内縁関係にあったとは認められない、と。なお、ＹはＢに対し100万円の慰謝料を支払っている。

（三）重婚的内縁関係と法律婚関係の並存を認めた裁判例

つぎの例では、内縁の亡夫の所有建物に同居していた内縁の妻に対し、亡夫の相続人が同建物の明渡し等を請求したものの、建物使用につき夫婦間に無償合意があるとされて、妻の居住利益が保護されているが、ともに婚姻している内縁夫婦の成立事情が興味深いので、ここでは、その点に限定して紹介しておこう。

［140］名古屋地判平成23・２・25判時2118号66頁（建物明渡請求事件）

【事実】婚姻中のＹ女は、昭和60年ごろは既に夫とは別居状態にあり、一人でお好み焼き店を経営していたが、ここでＡ男と知り合って親密な関係となった。Ａは、昭和62年、スナックの経営を始め、このころ、妻Ｂに対しＹと交際していることを伝え、Ｙを交え三者で話し合いを行ったが、関係の解消とも離婚とも、いずれの結論にもならず、Ａは、その後も、Ｙの住居で生活をし、Ｙの援助を受けながらスナックを営業する一方で、朝方にはＢや子のＸの暮らす自宅に帰り、午後３時ころ、再びＹ宅や仕事にでかける生活を続けて、Ｂに対し生活費を不定期であるが渡していた。Ａは、スナックの経営が次第に苦しくなったことから、平成２年４月個人事業として建築業を始めたが、このときスナック廃業に伴い750万円ほどあった借金は、主としてＹが自己資金で返済した。ＹとＡは、平成６年６月Ａが賃借人、Ｙが連帯保証人となって一軒家を賃借し、そこで同居を開始した。ＡとＹは、事業が次第に軌道に乗ってきたことから、平成９年４月Ａを代表者とする甲会社へと組織変更したが、このときの設立資金約300万円も主としてＹが親族から借りるなどして工面した。この間、Ａは自宅に１週間に１度程度帰宅し、毎月20万円程度の生活費を渡していた。平成11年ころ、当時の事務所が手狭になったことなどから、工場兼居住用の本件建物を建築した。その取得費用は、Ａ名義でローンを組むなどして捻出した。Ｙは、甲会社の従業員として経理をすべて担当し、通帳及び実印を保管してその入出金を管理したり、従業員への給料の支払や、税務、労務関係の書類、決算書作成、打ち合わせ等の手続を行ったりしていた。また、自分の給料は７万円にとどめ、会社の運転資金が足りないときは、自分の定期預金等を解約したり、自分の親戚から金銭を借り入れるなどしてこれを補てんしていた。Ｙは、本件建物にＡと同居して身の回りの世話をするのみならず、甲

会社の従業員に食事を食べさせたり、本件建物に泊めたりするなどして生活の世話も行った。このようなことから、Ｙは、甲会社の従業員から「お母さん」などと呼ばれて慕われ、平成７年３月には従業員の結婚式に夫婦として仲人を務めたほか、従業員の冠婚葬祭には夫婦として列席した。また、Ｙは、甲会社の取引先や従業員からはＡと夫婦として認識されていた。Ａは、平成21年９月交通事故により死亡し、甲会社が掛け金を支払っていたＡの自動車保険３千万円と生命保険金300万円については、受取人を会社としていなかったことから、甲会社には受給権がないことが判明した。Ｙは、Ｘに対し会社の借金を返済するため上記保険金を甲会社へ譲渡するよう求めたが、Ｘはこれを承諾せず、自動車保険金を既に受領しているほか、団体生命保険金についてもＸが受給権を獲得しＹから請求関係書類を受領している。なお、Ａの死亡後に甲会社の清算手続が開始している。

【判旨】ＡとＹは、遅くとも、建築業をたちあげ、二人で家を賃借した平成６年ごろまでには、夫婦同様に共同生活を営みはじめ、本件土地建物を取得した平成11年ごろには、対外的にも、甲会社の経営者夫妻として認知されるようになっていたことが認められ、遅くとも同時点までに内縁関係を形成したものと評価できる。しかし、他方で、Ａは、法律婚の離婚手続をしておらず、自宅に最低でも１か月に一度以上は戻り、生活費を渡し、ＢやＸらに対しては、夫として、又は父親としてふるまっていたこと、Ｙもそのような状態を容認していたこと、また、Ｙ自身もみずからの婚姻関係を維持していたことも認められる。このような関係に照らせば、Ｙは、Ａの内縁の妻として保護されるが、その関係が重婚的内縁関係にあることに鑑み、その権利の性質に応じ、競合する法律婚の配偶者の権利を不当に侵害し、一夫一婦制の趣旨が没却されることがない限度で保護されるにとどまるというべきである。

本判決は、ＡとＹの重婚的内縁関係の違法性については何も言及していない。通常内縁として認められるための条件、つまり夫婦としての共同生活と社会的評価に言及するのみである。たしかに、夫が正妻家族との交流を維持しながら、他女と夫婦類似の共同生活をしているので、従来の裁判例の傾向からいえば、法律婚が完全に破綻しているわけではないことから、愛人ないし妾関係に酷似した関係にとどまり、内縁としての保護には消極的にならざるをえなかったはずである。ところが、本件男女はともに協力して事業を立ち上げ、女性の公私にわたる長年の内助の功に鑑みれば、世

評通りに、事実上の妻と認めざるを得なかったのではなかろうか。

ともあれ、本判決が内縁の妻の居住利益を保護したのは正当であったが、法律婚と事実婚との「二重の結婚関係」を認めたことに等しいので、現実的対応としての弥縫策とはいえ、現行の婚姻法秩序の基本理念と矛盾することから、それを論理的にどのようにして正当化できるのか、今後の課題・難題となろう。

（四）その他の関連事例

下記の裁判例は、婚姻中の夫が他女と体外受精により子をもうけたことから、妻が医療機関に対し婚姻共同生活の平和の維持という権利を侵害したことなどを理由として損害賠償を請求した例であり、内縁の成否が論点となったものではないが、治療行為時には婚姻が破綻していたことなどの反論がなされている。本件では、夫が他女と同棲する一方で、妻とも交流していたので、夫を中心とする男女関係には興味深いものがあり、その限りで本稿の課題とも関連するので、紹介に値しよう。

［141］東京地判平成25・７・19平成23年（ワ）第18054号損害賠償請求事件TKC Law Lib.

【事実】 Ｘ女（昭和28年生）は、昭和52年２月、Ａ男（昭和18年生）と婚姻し、昭和53年長男Ｃが生まれ、平成２年頃、自宅を建築・居住して現在まで婚姻関係を継続している。Ａは、平成４年頃、クラブでホステスとして働いていたＢ（昭和42年生）と知り合い、Ｂは、当初から同人に妻子があることを知っていたが、平成21年２月、不妊治療を専門とするクリニックＹ院長に対してＡ・Ｂの夫婦として署名のある同意書を提出した。Ｂは平成22年12月頃、本件体外受精によって妊娠したことが明らかとなり、Ａは、平成23年２月18日、その胎児を認知し、Ｂは女児を出産した。Ｘは、Ｂに対して不貞関係をもったこと及び本件体外受精によって子を妊娠して出産したことによる不法行為に基づく損害賠償を請求した。Ｙの治療行為には過失がなかったとしてＸの請求が棄却されたが、ここでは、Ｘ・Ａの婚姻関係がすでに破綻していたか否かつき、ＡとＢの関係も考慮しながら、本件を検討することとする。

Ａは、平成19年初め頃、Ｘとの口論をきっかけに自宅を出た。その後、Ａは、

ホテルやＡが代表取締役を務める会社の所有ビルなどに寝泊まりしたほか、時折は自宅に帰るなどしていた。しばらくして、Ａは、Ｂに対して同居を求めたが、Ｂはこれを拒否した。しかし、Ａが、Ｘとの口論をきっかけに再び自宅を出た平成19年10月頃、再度、Ｂに対し、同居してくれるよう頼んだところ、Ｂは了承し、同居を始めた。Ａは、Ｂとの同居後も、最も少ないときでも月に１度は自宅に帰り、Ｘに対して毎月の生活費85万円を渡していたほか、Ｘと同居しているＡの母の様子を見たり、Ｃの結婚披露宴の準備をしたりした。ＸとＡは、電話で、Ｃのことや Ａの母のことについて話すこともあったが、その際、具体的に離婚について話し合ったことはなかった。また、ＸとＡは、平成21年10月24日、Ｃの結婚披露宴にそろって出席し、Ａは、新郎の父親として親族代表の挨拶（その内容はＸ・Ａが考えた）をした。Ａは、Ｘに対し、Ｃの結婚披露宴で着るための約250万円相当の黒留袖を贈与した。Ａは、平成22年４月３日、自宅において自殺を図ったが、一命を取り留めた。ＸとＣは、Ａの搬送された病院に行き、当日中にＡを連れて自宅に帰った。帰宅後、３名の間で口論となり、Ａは、Ｂとの同居先に帰えった。もっとも、Ａは、その後も自宅に戻ることがあった。

【判旨】Ａは、平成19年10月頃にＢとの同居を開始した後も、少なくとも１か月に１度は自宅に帰えり、具体的に離婚について協議したことはなく、平成23年３月にＸが胎児認知届について問いただした際にも、Ｘとの離婚はしない旨を述べていたことに照らすと、Ａが平成19年初めからＸと別居し、同年10月からＢと同居するなど極めて親密な関係にあったことを考慮しても、Ｂが本件クリニックを初めて訪れた平成21年１月頃から本件体外受精が終了した平成22年10月頃までの間、ＸとＡとの間の婚姻関係が破綻していたと認めるには足りない。

本件では、ＡとＢの関係については、事実婚の成否につき特に争点とはなっていないこともあって、本判決は、その点につき具体的に説示していないが、Ｙが、Ｘの有する配偶者としての権利はＢとの不貞行為によって既に侵害されており、ＡとＢとの間に子が生まれることによって上記不貞行為以上に配偶者としての権利を侵害するものではない旨を主張したことについて、つぎのよう説示している。婚姻関係にある男女の一方が第三者との間で肉体関係を持った場合、第三者は、他方の配偶者の有する配偶者としての権利を侵害するが、第三者との間で子をつくることは、肉体関係

を持つこととは別の意味で配偶者に対して苦痛を与え、婚姻関係を破綻に導く要素を有するのであって、子をつくることが肉体関係をもつことによって評価し尽くされているということはできない、と。

ところで、AがXとの不仲を回避するために別居したが、なお相互間に一定の交流が継続し、離婚の具体的な話もないことを前提とすれば、従来の裁判例の傾向からいえば、婚姻を予定した内縁でもないので、その成立は難しい事案であろう。単なる同棲に近い面もあるが、体外授精当時Aは65歳、Bは41歳であり、この年齢で体外授精をしてでも、双方が子をつくりたかったという意思からすれば、単純な大人同士の同棲とも断定できない面もなくはないので、興味深い事案といえよう。

なお、医院の過失については、日本不妊学会の見解においては、事実婚関係にある男女に対する本人同士の生殖細胞を用いた生殖医療行為を可能とすべきとされているが、「事実婚関係にある男女に対する体外受精」が配偶者としての権利を侵害するおそれがあることや、それを防ぐための身分関係の調査義務等についての記載はないとするなどして、結局のところ、Yの過失を否定した。

2　重婚的内縁の法的保護等

⑴　妻の共有持分

下記判決は、妻が相当程度に本件建物の取得につき直接間接協力してきた事情を認めながら、夫の所有名義などを重視して、妻の共有持分の取得を否定している。その推論には形式論が先走り、多々疑問があるように思われるが、通常内縁でないことが影響しているのであろうか。

［142］名古屋地判平成23・２・25判時2118号66頁（建物明渡請求事件）

【事実・判旨】事案は［140］を参照のこと。判旨は、競合する法律婚の配偶者の権利を不当に侵害し、一夫一婦制の趣旨が没却されることがない限度で保護されるにとどまる、とする立場から、本件建物の共有持分権の主張に対しては、つぎ

のような厳しい消極的な結論を導き出している。Ｙは、Ａとの共同事業として甲会社を経営し、本件建物のローンが甲会社の収益から支払われていた、と主張する。しかし、そもそも、登記名義人でない者が不動産の取得資金を出捐した場合に、出捐の事実のみから直ちに、出捐に見合う持分を取得しているとまでは認めがたい。本件においても、Ｙが甲会社のために相当程度金銭的な貢献をしていたことは認められるものの、Ｙが甲会社やＡのために援助した金員と本件建物の取得資金との関係は間接的であること、ＡとＹは合意のもとで本件建物の名義をＡとし、ローンの名義もＡとしていること、Ａの生前、ＹやＡが登記名義をＹに移転することを検討していた形跡もうかがわれないこと、ＹはＡと内縁関係にあり、Ｙの甲会社に対する貢献はＡに対する協力扶助義務や情愛による部分が大きかったと考えられることを合わせ考えれば、ＹがＡの生活や事業に協力したことのみから直ちにＹが共有持分を取得しているとまではいえない、と。

本判旨が、Ｙの寄与が共有持分にも相当するものとしながらも、本件建物の共有持分を認めなかったのは、不当であり、従来の裁判例の傾向とも調和しないであろう（大阪昭和57・11・30家月36巻１号139頁）。ことにＹは自己の資産の全部といってもよいほどのものをＡないし会社のために拠出していることのほか、そもそもＹの協力なくして会社の経営は著しく困難であったはずである（共同経営の実態があったと考えられる）ことからいっても、実質的な共有持分を取得していると考えるべきであろう。判旨は、重婚的内縁という点に必要以上にとらわれすぎたのかもしれない。

⑵　居住利益の保護

⒜つぎの判決は、内縁の妻の具体的な協力寄与を根拠として、妻が居住する建物につき亡夫との間で無償使用の合意を認めている。

［143］名古屋地判平成23・２・25判時2118号66頁（建物明渡請求事件）

【事実・判旨】事案は、前掲［140］を参照のこと。内縁の妻Ｙが共有持分を取得したことを認めるに足りる証拠はないが、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときには、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である（最判平成10・２・26民集

52巻1号255頁）。上記のとおり、Ｙには正妻Ｂの権利を侵害しない範囲で内縁の妻と同等の保護が与えられるべきであるところ、Ｂは本件建物とは別の住居に本拠を構え、本件建物の存在や夫Ａのそこでの生活を一切意識しない生活を営んで10年以上が経過した以上、そこに生活の本拠をおいてきたＹの同所での居住権を保護したとしても、法律婚の相手方であるＢの既存の権利が新たに侵害されるものとはいえない。本件土地及び本件建物は、いずれも、ＡとＹが二人で協力して訴外会社の経営を軌道に乗せた結果、今後の事業の発展と双方の生活の本拠とするために工場兼自宅として購入したものであること、その後も、Ｙは、本件建物で同居し、従業員の世話や経理の仕事を引き受けながら、事業を営み、資金的な支援も相当行っていること、本件土地建物の購入資金は、このようなＹの援助によって得られたＡの収入から支払われていたことが認められるのであって、これらの事実からすれば、Ｙは、Ａの本件建物の取得について共有持分取得に相応する程度の寄与をしていると評価できる。それゆえ、Ａが、自身の死後に本件建物がＹが本件建物から出て行くことになるなどということを想定していたとは考えられず、当然Ｙが本件建物を単独で無償使用することを想定していたと考えるのが合理的であり、ＹとＡの間ではかかる合意が黙示に成立していたものと認めるのが相当である。仮にそうではなくとも、Ｘの請求は権利乱用になる。

本判旨の権利乱用論は蛇足といえるが、ただそのなかで、つぎのように説示している点に注目させられる。正妻Ｂは、Ａが日常はＹと共に生活していることに容易に気付くことができたし、実際にも承知していたと認められるが、Ａの生前は敢えてこのような状態を是正しようとはせず、離婚をしようともしなかったもので、こうして、ＹはＡと婚姻関係を結ぶことができないまま、Ａの扶養義務を果たさせるためにＹとＡの共同生活から得られた収入のうち相当額をＢ及びＸに渡すことになっていたともいえる。その結果、Ｂは、20年以上にわたり、Ａの収入から生活費を得てＸと自らの生計をたて、現在では、ＸとＢはそれぞれ自分の生活の本拠地を本件建物以外に有している。そして、両名は本件土地及び本件建物を必要としているものではなく、その売却を求めているにすぎない、と。

婚姻した当事者の責任の重大性はいうまでもなく、別居の理由ないし原

因も無視しえないとしても、本件のような形骸化した婚姻夫婦は、もはや夫婦というに値しないので、そうした実体の喪失は、戸籍上の身分関係も空虚なものとし、余ほどの格別な事情がないかぎりは、扶養義務を含む基本的な権利関係は存在しないものと解すべきではなかろうか。

(b)つぎは、重婚的関係にある男性が、相手方女性の出産した子とともに共同生活をするためにマンションを賃借したところ、転居直後に関係が破綻したことから、退去までの賃料相当額を不当利得として請求した事例であるが、弱者である妻子が保護されている。

［144］東京地判平成26・１・29平成24年(ワ)第22724号損害賠償等請求本訴事件／第29461号損害賠償請求反訴事件D1-Law.com判例体系

【判旨】事案は、前掲［137］を参照のこと。内縁の夫Ｘは生まれたばかりの子供と内妻Ｙが都内で生活できるためのマンションを探して、本件マンションの賃貸借契約を締結したものであり、その賃貸借契約の連帯保証人となることをＸ・Ｙの母親に依頼したのは、出産子の存在が大きいと考えられることも併せ考慮すると、本件マンションは、生まれたばかりの子の安定した成育のための場所をＹに提供する目的で、Ｙに無償で貸し渡されたものと認められる。本件使用貸借契約を締結したのは、ＸとＹが交際していることを前提とするものであって、その交際が解消した場合には、いずれ終了することになると考えられるものの、上記のとおり、本件使用貸借が生まれたばかりの子供の安定した成育のための場所の提供といった目的を有していることからすると、Ｙとの交際が終了したからといって直ちに使用貸借が終了するということにはならず、子供を連れた引越しを実際に行うための具体的条件が整って、他所への転居が現実に期待することができるようになった時点で、初めて目的を達して終了することになるものというべきである。本件においては、Ｙが本件マンションに入居したのは平成23年１月末であり、それから１か月も経たない時点でＸから退去を求められても、生まれたばかりの乳児を抱えたＹが転居することが事実上容易でないことは明らかである。また、経済的な問題としても、休業中であったＹが、転居のための十分な貯蓄を有していたことを認めるに足りる証拠もないから、職場への復帰を果たしたり、Ｘからまとまった額の養育費を受領するといった条件が整わない限りは、本件マンションからの転居が現実的ではなかったということができる。そして、Ｙは、平成23

年12月中旬に職場に復帰し、翌年２月には養育費の問題も解決する見込みとなったところ、それから間もない同月24日に本件マンションを退去したことが認められる。以上によれば、Ｙが本件マンションを退去した平成24年２月24日以前において、Ｙが子供とともに本件マンションを退去するための具体的条件が整っていたということはできず、したがって、それまでの間、本件使用貸借は継続していたものと認めるのが相当であるので、賃料相当額の支払い義務はない。ただし、返還時に必要となったルームクリーニング費用やソファー等の廃棄費用などは不当利得としてＸに返還する責任がある。

３　「詐欺誘惑の論理」関連事例

妻帯の男性が妻と離婚して結婚するとの約束を信じて男女関係を結んだ女性は、その関係を一方的に破棄されても、婚約も内縁も成立する余地がないのが原則であるので、私通同然の関係となる。しかし、男性がもともと結婚する意思もないのに、それを口実に関係をもったとすれば、女性の軽率な行動もさることながら、男性側の行為態様に何ら非難に値するものがないともいえない場合もあろう。成熟した大人同士の諧謔的な性関係であればともかくも、未婚・未成年の女子であればもちろん、そうではなく場合でも、真に結婚を信じていたとすれば、虚言をつくして関係をもった男性の行為態様は社会的には許容されないこともあろう。判例は、そうした場合に、双方の不法性を比較して、男性側の不法性が著しく高い場合には、人格侵害による損害賠償が可能である旨の準則（「詐欺誘惑の論理」と略する）をつくっている（最判昭和44・９・26民集23巻９号1727頁）。最高裁判決の事案は、いわゆる婚約事例であるが、内縁事例でも適用可能であり、そうした事例を紹介しておこう。

(a)下記判決は、男性が本件の男女関係は真面目なものではなく予約は成立しないと反論したことに対して、およそ婚姻に発展する可能性のない男女関係とはいえないとしたうえで、上記の最高裁の準則（「詐欺誘惑の論理」）によって女性を保護した。なお、別件では、男性の妻からの当該女性に対する不法行為責任が認められている。

［145］東京地判平成28・４・26平成26年(ワ)32311号慰謝料請求事件D1-Law.com判例体系

【事実】Ｘ女は、離婚して独身であると告げられてＹ男と交際を始め、後にＹが既婚者であることを知って交際解消を求めたが、間もなく離婚するとして交際継続を執拗に求められて交際の継続を余儀なくされ、もって貞操を侵害されて著しい精神的苦痛を受けたとして、民法709条に基づき、Ｙに対し慰藉料を請求した。Ｘは、平成25年９月、当時勤務していた社交飲食店に客として訪れたＹに対する接客を行ってＹと知り合った。Ｙは、左手薬指に指輪をしていたが、かつて婚姻関係にあった元妻Ａとは離婚しており、子供も元妻が引き取った旨説明し、Ｘは、Ｙが独身であると誤解してＹと交際を始めたところ、実際にはＹは、Ａと同居しており、Ａとの婚姻生活に別段支障は生じていなかった。Ｘは、平成25年11月頃までにＹとの間の子を懐胎し、同年12月中旬頃には、ＸとＹとの間で、同居先の物件の選定のほか、入籍の日付をいつにするのかも話題になり、ＸがＹに婚姻届の入手を依頼する場面もあった。Ｙは、Ｘに対する愛情を強調する一方、前妻との間の子の実の父親が自分ではなかったなどと称して子の中絶を望むことをほのめかし、ＸからＹと別れることになっても出産したいとして交際関係を終えることを示唆されることもあったが、結局、Ｘが流産したこともあり、Ｙとの交際関係が続いた。Ｘは、平成26年１月、Ｙの態度を不審に感じ、知人を介してＹの自宅の様子を確認し、Ａと子が居住していることを知り、Ｙは、同月31日、Ａとの間の婚姻関係が継続しており、２人の子がいることを明らかにした。Ｘは、Ｙに対し、慰謝料請求をする可能性を留保する一方、ＹとＡの婚姻関係を破壊したくないとして交際を終えてＡと生活するように繰り返したが、Ｙは、Ａと離婚するとして交際を継続することを求める態度を変えず、Ｘは、Ｙが早期に離婚に向けた対応をとることを前提にＹとの交際を継続することにし、遅くとも同年３月頃までにＹとの間の子を懐胎した。Ｘは、Ｙが約束どおり離婚に向けた対応をとることを期待する一方、Ｙに対する不信感もあり、次第に苛立ちを募らせ、Ｙにいつ離婚が成立するのか頻繁に確認を求め、Ｙは、離婚に向けた手続が進んでいるかのように装ったが、実際には、Ｘの存在や離婚を望むことをＡに告げていなかったため、Ｘに納得の行く説明ができず、その不信感を更に強める結果となった。Ｘは、平成26年４月30日には友人に対し、Ｙが実際には離婚をＡに持ちかけていないかもしれず、離婚の実現が無理だと感じていることを明かした。

【判旨】Ｙは、Ｘとの間の交際が真剣なものではなく、婚姻予約も成立していない

から、Ｘとの交際関係は法的保護に値しないと主張するが、Ｘが20代半ばに近い女性であることに加え、平成25年12月頃までにＸがＹの子を１度懐胎しており、入籍についても話が相当具体化していたことからすれば、ＹとＸの交際関係がおおよそ婚姻関係に発展することを予定しないものであったとは認め難く、Ｘが婚姻に対する期待を強く抱く状況であったと認められる。このように、交際相手について、婚姻関係にある配偶者が存在することを知った者は、本来はその交際を終了させるべきであるから、この者による交際相手に対する交際の継続に基づく貞操侵害を理由とする損害賠償請求は、民法708条の趣旨にかんがみ、交際関係を継続した動機が主として交際相手の詐言を信じたことにあるなど交際関係を継続した責任が主として交際相手にあり、この者の動機に内在する不法の程度に比し、交際相手の側における違法性が著しく大きいものと評価できるときに限り許されると解すべきである（最判昭和44・９・26民集23巻９号1727頁参照）。そこで、ＸがＹとの交際関係を継続した経過についてみるに、Ｘは、ＹとＡの婚姻関係を把握した当初、交際関係を終える意向であったにもかかわらず、Ａと確実に離婚するかのように述べて交際関係を維持することに固執したＹの態度を受けて交際関係を継続したことが明らかである。加えて、その後もＹがＸとの交際関係を維持するために、現実にはＡとの間で話題にさえなっていなかった離婚について、これが進展しているかのように装い続けたことからすれば、ＸがＹと交際関係を継続した動機は、主としてＹの詐言を信じたことにあり、交際関係を継続した責任が主としてＹにあり、Ｘの動機に内在する不法の程度に比し、Ｙの側における違法性が著しく大きいといわざるを得ない（慰藉料99万円）。なお、正妻Ａ（原告）の別件のＸ（被告）に対する不法行為請求については、Ｘが婚姻関係を知った後の平成26年１月以後では、Ｘは、「Ａの婚姻関係に基づく法的利益を侵害することについて故意が認められることは明らかである」ところ、未だ幼い２児の育児をこなす多忙な日々の中で平穏な婚姻生活を送っていたことなどから、Ａが著しい精神的苦痛を受けたことが認められる、とした（慰藉料金120万円）。

⒝つぎの例では、離婚後単身であることや十分な給料を得ていることなど男性の虚言を信じて、女性が仕事をやめて同棲したが、男性がいまだ離婚しておらず、仕事もやめるなどしたことから、結局ところ、男女関係が破綻している。

［146］東京地判令和１・10・23平成31年(ワ)第9187号損害賠償請求事件TKC. Law Lib.

【事実】X女は、平成30年５月６日頃、いわゆる婚活サイトでY男と知り合い、Yは、Xに対し、２年前に離婚して現在は単身であり、子供はいない、両親は病気で他界しているなどと説明して、同棲の提案をした。しかし、Xは、同棲しても残業が多かったので、一緒に過ごす時間がないと考えていたところ、Yから人並みの貯金と十分に養っていける給与はもらっているとの説明があったことから、仕事を辞める決意をし、家財道具を処分したうえで、同年８月24日から、Yの自宅において、同棲を始めた。ところが、仕事を辞めるなどYのさまざまな不審な行状から不信感が増大し、同年12月17日に互いの戸籍証明書を見せ合ったところ、Yが同年12月６日に離婚していたことや両親が健在であることなどが明らかになった。そこで、Xは、Yに対し、既婚者であったことや仕事をしていないことについて説明を求めたが、つじつまの合った説明はされず、話合いをきちんとすることもできない以上、一緒に暮らし続けていくことは難しいと考え、同棲を解消することとし、同年12月19日、Yの謝罪などのほか生活費の支払い等に関する署名押印のある書面を作成させた。

【判旨】婚姻を前提とする交際を行うに当たって、既婚者であることはそれだけで法的な婚姻障害に該当する重要な事情である以上、たとい離婚の話し合いが進んでいたとしても、これについて虚偽の説明をした上で、交際を開始することは、不法行為を構成するものというべきである。また、共同生活を開始するにあたり、相手が仕事を辞める意向であることを知りながら、自らの仕事の状況や今後の収入の見通しについて、誇張の程度を超え、全くの虚偽の説明を行うことは、相手の将来にわたる継続的な収入の方策を絶つことになり、その将来に重大な影響を与えることに鑑みると、不法行為に該当するものといえる。

⒞つぎの例では、内縁の妻の父親がその夫に対して娘に対する詐欺的な言動により結婚式をあげて同棲したことなどを理由として慰謝料等を請求したが、否定されている。

［147］東京地判令和２・３・24平成30年(ワ)第18562号損害賠償請求事件等TKC. Law Lib.

【事実・判旨】Y男は、平成18年10月結婚していたにもかかわらず、Xら夫婦やXらの娘Aらに対してだけでなく、勤務先や知人に対しても結婚の事実を秘してお

り、ＸＡに対しては、入籍はできないが、Ａと結婚したい旨を述べて、平成22年７月Ａとの結婚式を挙げるなどし、さらに、帰化していたにもかかわらず、Ａと住む住居が欲しいが、外国人であるからローンを組めない旨虚偽の事実を述べ、Ｘに土地建物の購入代金等の一部を支出させるなどした。Ｘらは、平成28、９年までＹの戸籍謄本の内容を確認するまでの間、Ｙの生活状況等を不審に思いつつも、Ｙが既婚者であることまでは認識していなかったので、判旨は、長年にわたってＹのことをＡの夫と考えていたＸらの衝撃は相当に大きかったものと考えられるとしたが、Ｘらが主張するＡとＹの婚姻関係あるいは内縁関係の問題は、Ａの年齢（結婚式の当時28歳）からしても、同人らの問題であり、基本的には、ＡからＹに対する法的責任を追及することで解決されるべき問題というべきである、とした。

（未完）

論　説

「法社会学論争」の教訓（二十四）

――市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・ひとつの素描――

――戦後・法社会学論争(その一)――

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

⑴　自由民権運動前史

⑵　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

⑴　その時期の一般的動向

⑵　旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期

⑶　いわゆる「民法典論争」

⑷　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

⑴　大正デモクラシーの時期

①　その時期の一般的動向

〔ⅰ〕　大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）

〔ⅱ〕　大正デモクラシー期の一般的動向

②　その時期の民法学の状況

〔ⅰ〕　序論――明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価

〔ⅱ〕　大正デモクラシー期の民法学

［イ］　岡松参太郎

［ロ］　鳩山秀夫

［ハ］　牧野英一

（以上、龍谷法学50巻１号）

［ニ］　末川博

［ホ］　我妻栄

（以上、龍谷法学50巻２号）

［ヘ］　穂積重遠

（以上、龍谷法学50巻３号）

［ト］　中島玉吉

（以上、龍谷法学50巻４号）

③　その時期の「市民法学」（ないし市民法論）

［イ］　岡村司

（以上、龍谷法学51巻１号）

［ロ］　末弘厳太郎

(a)　末弘厳太郎の略譜と末弘民法学の特徴

(b)　若き末弘厳太郎の民法学

（以上、龍谷法学51巻２号）

(c)　末弘民法学の＜転換＞と「法社会学」そして「市民法学」

（以上、龍谷法学51巻３号）

〔補論〕末弘厳太郎の「入會權」論に関する一つの考察

（以上、龍谷法学51巻４号）

＜iv＞『農村法律問題』の意義

（以上、龍谷法学52巻２号）

＜ｖ＞『労働法研究』の内容と影響

＜vi＞ 末弘法学に関する中間的な整理

（以上、龍谷法学52巻３号）

〔補論〕末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係

（以上、龍谷法学53巻１号、２号）

［ハ］〔大正デモクラシー期民法学の補論〕平野義太郎

（以上、龍谷法学53巻３号、４号）

(2)　昭和初期

①　その当時の一般的動向

②　その当時の民法学の状況

［イ］　我妻栄

(a)「資本主義生産組織における所有権の作用——資本主義と私法の研究への一寄与としてのカルネルの所論」

（以上、龍谷法学54巻１号）

(b)「近代法における債権の優越的地位」
(c) 若干の覚書

（以上、龍谷法学54巻２号）

［ロ］ 牧野英一
(a) 序論
(b)「自由法」論と「条理」論
(c)「法解釈方法論・判例論」
(d)「契約法論・信義則論」
(e)「所有権論・権利論」

（以上、龍谷法学54巻３号）

(f)「法律の社会化」＝「市民法から社会法へ」
(g) 若干の整理

（以上、龍谷法学54巻４号）

③「市民法学」の継続とその変容
［イ］ 末川博
（１）序論
（２）権利侵害論の概要
（３）若干の考察――我妻「相関関係的違法論」との関係を中心に（「まとめ」に代えて）

（以上、龍谷法学55巻１号）

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

⑴　その時期の一般的動向

⑵「日本法理研究会」の発足

⑶「市民法学」の崩壊と再生の胎動

（龍谷法学56巻１号）

三「法社会学論争」について（その一）

１．歴史的背景

２．論争の端初的展開――法社会学の基礎理論をめぐって

〔ａ〕川島武宜「労働法の特殊性と労働法学の課題」

〔ｂ〕杉之原舜一「法社会学の性格」

〔ｃ〕川島武宜「法社会学における法の存在構造」

〔ｄ〕長谷川正安「マルクシズム法学と法社会学」

〔ｅ〕補論――戒能通孝「法律社会学」

３．論争の特殊的展開――マルクス主義法学との関係をめぐって

〔ａ〕山中康雄「民主主義と法認識――法と正義の矛盾にかんする一考察」

〔ｂ〕杉之原舜一「科学としての法学――山中教授の教えをこう」

〔ｃ〕山中康雄「法範疇の発展ということについて――杉之原教授にたいするおこたえとおねがい」

〔ｄ〕戒能通孝「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」

〔ｅ〕山中康雄「法学の科学としての限界についての一考察――戒能教授からあたえられた批判を機縁として」

〔ｆ〕長谷川正安「マルクシズム法学の近況」

〔ｇ〕補論――戒能通孝「法律社会学における合法性と正当性」

（以上、本号）

４．論争の「教訓」

四　結語――残された課題等を中心に

三 「法社会学論争」について（その一）

これまで本稿は、終戦直後の「法社会学論争」を、わが国「市民法学」ないし「市民法」の到達点如何という評価観点から批判的に捉え直す準備的作業として、戦前の民法学のあり方をやや詳細に検討してきた。その考察を圧縮的に表現するならば、それは、戦前のわが国民法学が注釈的概念法学的傾向から社会法的方向へと脱却するにあたって、およそ牧野英一（1878-1970年）の一般条項的自由法学、ないし我妻栄（1897-1973年）の団体主義的利益衡量法学・統制経済適合的法学[1]へと「転回」を遂げた、ということであった。その際、わが国で通説的民法学を形成した我妻法学が、それ自体として牧野の自由法学的民法学イコール「一般条項法学」を積極的に継承し、同時に「個人主義から団体主義へ」という方向に収斂していったことも明らかにした[2]。そのような傾向に対して正面から対峙し

1　我妻栄の統制経済適合的法学は、すでに「近代法における債権の優越的地位」（1929-1931年）同『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）300頁以下の「金銭債権による企業の統制」以下の箇所で示されるところである。たとえば、我妻は「資本主義経済組織の一特徴たりし生産関係の無政府状態は、金融資本の統制力の確立によって消滅する」と規定する。我妻・前掲書305頁。それを展開せしめて我妻は、「金銭債権の支配力そのものを、漸次、国家の統制の下に収めることを努めねばならぬこと勿論である。」という。我妻・前掲書327頁。要するに、当時、国家独占資本主義ないし国家的金融資本主義こそ我妻の目指す方向であった。我妻自身は、それをワイマール型の経済民主主義と合体せしめる意図があったかも知れないが（我妻『経済再建と統制立法』〔有斐閣、1948年〕258頁以下）、そのような我妻的理解は、当時にあっては、容易にわが国天皇制ファシズムの全体主義的・統制立法的傾向を促進せしめるものとなったこと明らかである。なお、戦前の我妻法学につき、拙稿・川角「「法社会学論争」の教訓（十六）」龍谷法学54巻１号59頁以下、同「「法社会学論争」の教訓（十七）」龍谷法学54巻２号81頁以下を参照。

2　拙稿・川角「「法社会学論争」の教訓（十九）」龍谷法学54巻４号（2022年）69頁以下、特に94頁以下。なお、牧野英一は民法典立法者の一人・穂積陳重（1855-1926年）の弟子であり、穂積陳重はその長男・重遠（1883-1951年）と共に家族法を含めた民法学の全体に規定的な影響を与えた。三者の相互関係につき、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論――形成・展開・展望』（日本評論社、↗

たのは、末弘厳太郎（1888-1951年）の「市民法学」[3]であった。末弘において肝心であったのは、「事実」を認識・思考・判断＝「解釈」の基盤に据えたところの「法社会学的な市民法学」であり、それゆえまた「市民法学的な法社会学」であった[4]。なかでも「事実」を決定的に重視する彼の「判例研究理論」は、当時のわが国法学界に大きな影響力を行使した[5]。ところが、「日本法理研究会」の発足とそれへの末弘の参加によってわが国「市民法学」は実質上崩壊に向かう[6]。そのような中、我々は戒能通孝「財

↘2022年）の補論480頁以下、特に504頁注57、528頁以下。

3　末弘厳太郎の「市民法学」については、磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、1975年）62頁以下、前掲・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注２）第５章240頁以下、及び第８章408頁以下を参照。他方、末弘は「生ける法」を承認し、独自の「法社会学」を構築したが、それはあくまで彼の「法解釈学」・「判例法学」と整合的なものである。

4　末弘自身は「行為規範」か「裁判規範」かの対立をそれほど重視してはいなかった。むしろ、「行為規範」ないし「生ける法」が立法行為を通じて「裁判規範」に転化するというダイナミズムを重視した。末弘にとって、実用法学としての法解釈学及び立法学を科学に近づけるため、それらは基礎法学ないし理論法学としての法社会学と積極的に協働すべきであった。拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注３）第８章第１節408頁以下。

5　拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注２）第３章〔e〕140頁以下。なお末弘自身は、「事実から法が生まれる」という視点を重視しているところ、そのことに関連して次のように言っている。――「自分の眼の前に出てきた事実を一つの型として把握する。しかもその型としてというのは、法律規範によって規律せらるべき型としてであります。」。末弘厳太郎講義「法律社会学」（1949年）六本佳平＝吉田勇（編）『末弘厳太郎と日本の法社会学』（東京大学出版会、2007年）45頁。事実から型へのルートで出てくる「法律規範」の次元を高度化して「法制度」（Rechtsinstitut）として把握する観点とその意義については、のちほど触れたい。

6　私見によれば、戦前、わが国「市民法学」が崩壊した原因として、末弘厳太郎の日本法理研究会への参加のみならず、マルクス主義法学のフロントラインを形成した平野義太郎（1897-1980年）の民法学がゲルマン法学的団体主義・連帯主義という牧野英一的なライン上で展開されたことも無視することはできないように思われる。そして、そのことはまた、戦前のわが国マルクス主義法学が「市民法学」を深め、それを支えるという観点を持ち得なかったことの証左でもあった。平野義太郎については、拙稿・川角「「法社会学論争」の教訓↗

産法研究に於ける二三の問題」(1942年)[7] によってわが国「市民法学」再生の息吹を強く感じ取ることができたように思われる。筆者の見るところ、末弘の一番弟子・戒能通孝（1908-1975年）は、上記1942年論文のスタンスを貫きながら、「戦後」のわが国「市民法学」の形成と「法社会学」の樹立を目指し、かつまた市民的自由主義・民主主義の確立、さらに平和と人権擁護のため貴重な論陣を展開した。そして戦後初期の、その論陣の場の主要な一つが「法社会学論争」であった[8]。以下では、その戒能の見解を含め、川島武宜（1909-1992年)、山中康雄（1908-1998年)、杉之原舜一(1897-1992年)、長谷川正安（1923-2009年）らの主張を概括的に紹介することに力点をおく。その際、出来る限り論争の時系列的な展開に留意したい。内容面での評価に関する作業は次号に譲る。まずは、「法社会学論争」の歴史的背景を確認しておくことから始める。

1．歴史的背景

ここでは、1969年の藤田勇＝江守五夫の解説を参照しつつ論点を整理し

↘（十四)」龍谷法学53巻３号（2020年）73頁以下、同「「法社会学論争」の教訓（十五)」龍谷法学53巻４号（2021年）267頁以下。

7 『戒能通孝著作集Ⅳ 所有権』（日本評論社、1977年）３頁以下。なお、「財産法研究に於ける二三の問題」の翌年に戒能は『法律社会学の諸問題』（日本評論社、1943年）を出しているが、その「序に代へて――法律社会学の目標及び方法と本書の課題」4-5頁に、「市民的性格が国民の内部にあつて成長した所では、法典主義的法律学も亦必然的に市民的社会科学の一つの分野を為すのであり、反対に市民的性格の充分に成長して居ない地帯では、法典主義的法律学は多かれ少なかれ、一の抽象論若くは一の机上論たるの性質を帯びるのは自然であろう。」という重要な指摘をしている。

8 以上の記述からも明らかなように、本稿は民法学ないし「市民法学」のあり方に基軸を置いて、その観点から「法社会学論争」に関する幾つかの問題を考察するものである。その際、戒能にあっては、彼の「法社会学」は「市民法学」と統合されていた。川島武宜もほぼ同様であったが、微妙な点で違いがあった。本稿では、そのことも明らかにしていきたい。

ておく[9]。いわゆる「法社会学論争」は、1948年夏頃に始まり、1949年に「ピーク」を迎え、1950年の後半に「問題をのこしたまま収束」した、とされる[10]。その歴史的背景をまとめると、以下のようになる。――「法社会学論争の行なわれた48～50年の時期は、周知の通り、戦後世界史の、そしてその中での戦後日本史の転換点であった。東欧人民民主主義革命の発展と冷戦の激化、中国革命の急激な進展とアメリカの極東政策の転換、日本の民主勢力の空前の高揚（たとえば49年１月総選挙での共産党の躍進）と占領権力の政策転換――反共・再軍備政策の推進、そして朝鮮戦争、戦後日本史の暗い谷間への暗転。」[11]。このような中で、当初はアメリカ占領権力もその推進の一翼となった戦後日本の民主化・近代化の運動は、日本国憲法の制定・施行を目指す運動として展開された。ところが、あたかもアメリカの対日政策が民主化運動弾圧の方向に転換するに伴う形で、その「民主化・近代化の運動」は「社会主義への展望をもつ近代化」へと移行して行った。そしてそれは、アメリカ占領権力を中心とした「社会主義を阻止するための近代化」と鋭く対峙することになった[12]。このような二極対立

9　藤田勇＝江守五夫「（解説）法社会学論争について」（1969年）藤田勇＝江守五夫（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（日本評論社、1969年）293頁以下。

10　藤田＝江守「（解説）法社会学論争について」（前注９）296頁。

11　藤田＝江守「（解説）法社会学論争について」（前注９）296-297頁。なお、「戦後日本史の暗い谷間への暗転」とは、公安条例等による大衆運動の弾圧、マッカーサーによる２・１ゼネストの禁止声明、政令201号による公務員弾圧、団体等規制令に基づく治安体制の強化、各種治安事件の続発（平、下山、三鷹、松川事件）、イールズ事件（大学教授等のレッド・パージ）、在日朝鮮人連盟の解散、マッカーサーによる再軍備促進声明、共産党中央委員24名とアカハタ幹部17名の追放、アカハタ発行の停止、共産党幹部への逮捕状、警察予備隊令の公布施行、レッド・パージの言論界等への拡大など。藤田＝江守・前掲解説297頁。

12　藤田＝江守「（解説）法社会学論争について」（前注９）297頁。ここで言われる「社会主義」が具体的にいかなるものであったかについては別途問題にされる必要がある。それは「社会主義への展望をもつ近代化」における「展望」の距離関係の問題であり、変革の成熟度に関する問題でもある。

構造が、「法社会学論争」のあり方に一定の影響を与えたことは否定しえない[13]。ともあれ、わが国「法社会学論争」時の一般的な認識傾向は、わが国戦後の法社会学が「戦前の市民法学が挫折した地点から出発しなければならなかった」[14]というものであったし[15]、他方で「マルクス主義法学」についても「政治的弾圧に直接原因する、明白に「暗い谷間」の時期（1937～45年）があり、戦前と戦後をつなぐ人も業績もなかった」とされる[16]。このような中、いわゆる「法社会学論争」が展開された。

２．論争の端初的展開――法社会学の基礎理論をめぐって

まず「法社会学論争」では、法社会学における法の本質が、「行為規範」か「裁判規範」か、という形で争われた。これを「論争の端初的展開」として位置づけよう。具体的には、川島武宜「労働法の特殊性と労働

13　このことは、「論争の行なわれた時期が、このような戦後日本史の転換期、日本の民主化ないし近代化の分岐点であったこと」を意味しているのであり、かくして「社会主義への展望をもつ近代化」か、「社会主義を阻止するための近代化」かの問いは、「法律学界」にその研究への重要な「社会的要因」を付与した。藤田＝江守「（解説）法社会学論争について」藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）297頁。

14　藤田＝江守「（解説）法社会学論争について」藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）300頁（なお、藤田＝江守「解説」の引用文は渡辺洋三の論文を基礎にしたものである。渡辺「戦後法社会学の回顧と展望」法律時報1965年４月号)。このような一種の「総決算路線」は、戦前戦中の「伝統的法解釈学」による「反動的役割」を「反省」するという重要な課題（藤田＝江守・前掲解説297-298頁）を呈示しえたであろうが、「伝統的法解釈学」そのものの具体的な解剖図をいかように描きえたかは別問題であるように思われる。

15　あとで示すように、マルクス主義法学からの法社会学批判の一つの論拠は、法社会学的な「行為規範」＝「生ける法」では、「ネオ・ファシズム」とも言うべきアメリカ占領権力の超法規的命令（２・１ゼネスト禁止や政令201号、団体等規制令など）に対処することができないということであった。藤田＝江守「（解説）法社会学論争について」藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）304頁。

16　長谷川正安『法学論争史』（学陽書房、1976年）15頁。

法学の課題」（1947年１月）に対する杉之原舜一「法社会学の性格」（1949年５月）による批判という形をとった[17]。最初に川島の立論を整理しておくなら、こうである。

〔a〕川島武宜「労働法の特殊性と労働法学の課題」

第一に、「行為規範と裁判規範とは厳密に区別されなければならない二つの法の範疇である。」。そして、裁判規範は多くの場合「一定の現実の行為規範を前提としている」のであるから、この意味において行為規範は「裁判規範の基礎」であり、かつ「裁判規範を産みだすところの根拠」である[18]。

第二に、民商法との対比で労働法を見た場合、労働力と賃金との商品交換関係（それ自体は市民法秩序に属する）のみならず、労働力の使用による「剰余価値」の生産とその領得が現実化されることにより、その資本制的な矛盾に基づいて「自主的労働運動」をも産出する。ここに労働法の特殊性がある[19]。

第三に、このような「自主的労働運動」は、市民法の形式的限界性を労働者の主体性によって変革する契機を内在せしめている。それゆえ、それは「市民法秩序に対立しこれを変革するものであり、歴史における進歩的意義をもつのである。」[20]。

17　1947年１月に川島論文が出た頃、杉之原は再建中の法政大学の法学部長として多忙をきわめていた。また、同年５月にはかねてより移籍の話があった北海道大学法文学部に移っている。杉之原舜一『波瀾萬丈・一弁護士の回想』（日本評論社、1991年）67頁以下。そのような事情のもと、杉之原の川島批判論文が1949年５月に出たという経緯がある。なお、本稿で示す論文等の公刊の「年・月」については、藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）329頁以下を参照した。

18　川島武宜「労働法の特殊性と労働法学の課題」（1947年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）３頁以下、特に５-６頁。

19　川島「労働法の特殊性と労働法学の課題」（前注18）７-８頁。

20　川島「労働法の特殊性と労働法学の課題」（前注18）８頁（傍点・原著）。

第四に、このように「労働法の生成期、変転期にある労働法学にとっては、法解釈学よりもまず法社会学が重要な地位をしめなければならない。そうして、国家法のみならず、国家法をつくりだしまた国家法を変えてゆく現実の行為規範が、研究の主要な対象にならねばならない。」[21]。

第五に、たとえば「ストライキ」の合法性は、固定的な市民法秩序の課題ではなく、労働者（労働組合）が「たたかい取るための闘争」であり、「新しい法的原理」としての「法社会学」が担うべき闘争である[22]。

第六に、こうして労働法の諸課題を積極的に担い、闘うための法原理を提供するのは国家法（広い意味での裁判規範）[23]ではなく、法社会学である[24]。

これに対して、1949年５月、杉之原舜一は、次のように批判した。

〔ｂ〕杉之原舜一「法社会学の性格」

第一に、「法社会学は行為規範をそれがどのような段階の社会経済的地盤に生いたつかの点においてのみとらえる」[25]のであって、「行為規範が生い立っている社会経済的地盤がいつどうして生れてきたか、それがどのような仕組みになっておるか、それを発展させる力は何であるか」という立場での問題の捉え方ではない。「この意味で法社会学は法の社会学ではあっても、法の社会科学ではありえない。」[26]。

21　川島「労働法の特殊性と労働法学の課題」（前注18）９頁（傍点・原著）。

22　川島「労働法の特殊性と労働法学の課題」（前注18）10-11頁（傍点・原著）。

23　「国家法たる法規範」を「ひろい意味での裁判規範」として捉えることについては、川島「労働法の特殊性と労働法学の課題」（前注18）９頁（傍点・原著）。

24　川島武宜「労働法の特殊性と労働法学の課題」（前注18）13頁。「労働法学の主な課題が法社会学的なそれである」という文章を参照。

25　杉之原は、法社会学イコール川島武宜の見解というように捉えている。それは当時、アカデミズムの分野における法社会学の代表的学者として川島の名が挙げられるのを常としていたからである。長谷川正安『法学論争史』（前注16）26頁。ちなみに長谷川は、「在野での牽引車的役割を果していたのが戒能通孝であった。」とする。長谷川・前掲書同頁。

26　杉之原舜一「法社会学の性格」藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・↗

第二に、いわゆる法社会学は、「行為規範」と「裁判規範」との間の「国家権力による強制の有無」にかかる相違点を看過している。それゆえに「国家の発生成立その性格」ないし「法とは何か」という法の基本問題に踏み込むことをしない。結局、法社会学は「行為規範」と「裁判規範」との厳密な区別をすることなしに、ひとしくその論点を「法の範疇」の中に押し込み、「法の階級性」を抹殺している[27]。

第三に、ストライキの合法性に関して言えば、「裁判規範」は、資本家階級の力として、「国家権力によって武装され、擁護された力」として機能する。このような資本家階級の力を分析し、「敵の武器が何であるか」をみきわめることこそ「緊急の課題」であるのに、法社会学は、その課題から目をそらしている[28]。

第四に、ストライキが合法か否かを「現実の力関係」次第で決しようとする法社会学の態度は、結局、そのときどきの力関係により「あるいは右しあるいは左する」ことを肯定する。ここに「法社会学」が「反動的学問、ファッシズムへ奉仕する学問になる危険性と余地」を残している[29]。

第五に、「法社会学は、それがいかに法の社会科学になろうとしても、まず自らをすてないかぎり、もって生れた歴史的な宿命から自らを解放して、真の科学たりえない」[30]。

第六に、「法社会学はその歴史的性格として、保守的あるいは場合により反動的学問たり得ても、革命的学問とはなり得ない」[31]。それゆえ、法社会学は「あくまで現存の社会経済を維持するための学であって、これを変

↘法社会学論争』（前注９）30頁以下、特に31頁。

27　杉之原「法社会学の性格」（前注26）32頁。

28　杉之原「法社会学の性格」（前注26）33頁。

29　杉之原「法社会学の性格」（前注26）33-34頁。

30　杉之原「法社会学の性格」（前注26）34-35頁。

31　杉之原「法社会学の性格」（前注26）35頁。

革するための学ではない。その点法解釈学に少しの差異もない。」[32]。

これに対する直接的な反論というわけではないが、川島武宜自身の「法社会学」論を検討したものが、1949年５月の「法社会学における法の存在構造」として出ている。

〔c〕川島武宜「法社会学における法の存在構造」

第一に、「ひとつの社会現象であるところの法が何であるかという問題に対して、社会科学としての法社会学の立場から経験科学的に答えること」は、「法とは何であるか」という「古典的な問題」を明らかにする上に、「何らかの寄与をなしうるはずである。」[33]。

第二に、伝来的な「法律学」の支配の下にあっては「権利や義務は、ただ、法規から生ずる観念的論理的関係として意識される」のであり、その場合「その妥当の根拠は、法規そのものの自然的本性のごとくに見える。」。かくして「ここに、法規（法律）の物神崇拝Fetischismusに基くところの法律家的世界観が発生する。」[34]。

第三に、「社会的現実」と法規Rechtssatzをつくる「人間の精神・意識・観念等々」との「関係」がどのようなものであるかが解明される必要がある。その際、重要なことは「人間が作った法規が現実の社会関係にはたらきかけこれを規定するということは疑いのない事実である」ところ、「しかし、その法規は常に現実の社会関係によって一定の仕方で規定されている。」[35]。

第四に、むしろ「法規」は、それが妥当することによって「一定の事実関

32　杉之原「法社会学の性格」（前注26）35頁。

33　川島「法社会学における法の存在構造」（1949年）藤田＝江守（編）「文献研究 日本の法社会学・法社会学論争」（前注９）50頁以下、特に52頁（傍点・原著）。

34　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）53頁。

35　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）54頁（傍点・原著）。

係を強力によって作り出す社会的過程の経過点にすぎない。」[36]。この意味において、「法規はSollenであるが、決して単なるSollenではなく、Seinへの移行乃至 Seinの実現をその中に含むものであり、そのようなものとして法規は本来ひとつの社会的現実であることを目的としているのである。」[37]。

第五に、そのような「法規」は、「強制（そのもっとも典型的な完成された型態は政治的権力の強制）」を「媒介」として「一定の社会関係を現実に作り出すことを保障することによって、一定の社会的諸関係を維持することを、その現実的な使命としている。」[38]。他方、「生ける法」lebendes Rechtは、必ずしも「強制」の媒介を経ることなしに「人間に一定の社会的行為を要求する命令」を内在せしめている。要するに「強制」の媒介的契機を前提とする「法規」に対して、「生ける法」の「存在型態」は「法の直接的な存在型態」として規定されるべきところのものである[39]。

第六に、「われわれにとっての次の課題は、規範関係として存在し、規範関係によって自らを維持している現実の社会関係は何であるか」ということであるところ、エールリッヒは、これを「社会的団体」gesellschaftliche Verbändeの「内部の秩序」innere Ordnungあるいは「組織規範」

36　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）55頁（傍点・原著）。川島が「強力」に傍点を付しているのは、当時Gewaltというドイツ語の翻訳につき「暴力」とするものが多かったことを踏まえたものである。川島のこの判断には、「先見の明」があったというほかない。

37　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）55頁。

38　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）56頁（傍点・原著）

39　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）57頁。すなわち、「法規」Rechtssatzが「強制」を媒介に第一次的に「観念的」なSollenそのものとして現象するのに対して、「生ける法」lebendes Rechtは、「社会生活における現実の要求」としてSollenを自己の内に含み持ちつつ、そのSollenが社会的規模で実現するに至るや否や同時にSeinとしての法をも産出する。それゆえそこでは、「SeinとSollenとは一定の歴史的な社会関係そのものとして、直接的に統一されている。」。川島・前掲論文同頁（本注における傍点はすべて原著によるもの）

Organisationsnormenであるとし、さらにこれを「具体的に一定の事実関係」――「法を産出する能力を備えた事実」という意味での „Tatsachen des Rechts“に還元した。そのようなエールリッヒの態度は、一面では近代法の個人主義の行き過ぎに対抗するものとして「団体」を決定視する点で進歩的な役割を果たしながら、他面、諸個人の関係から形成される近代的な「市民社会の本質」を見失わせる点で根本的な弱点を持つ[40]。

第七に、「市民社会」を個人と個人との関係に還元して分析することが可能になったのは、「その対象たる市民社会が事実上諸々の協同体の解体の結果としての個人を単位として構成されており、歴史自らが分析を現実に実現したからであった。」。そして、「法社会学は近代社会学のこの歴史的遺産の上に立脚しなければならない。すなわち、法社会学の分析は、社会関係を社会的諸個人相互の間の現実の関係として再構成することを要するのである。」[41]。

第八に、「「生ける法」の規範性」の根拠は、結局、「一つの自然史的行程としての・社会関係を貫徹する自然必然性そのもの」に求められる[42]。そして、「法社会学は、観念形態たる法規から出発してこれをこのような現実の関係とその必然性にまで還元するときにはじめて、法現象を一つの自然史的行程として把握し、それを貫徹する自然必然性乃至法則性を分析することを得るのであり、それによってはじめて自らを一つの社会科学とし

40　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）57-58頁。――「このように団体を法の担い手と考え、法の現実的関係を団体関係としてとらえることは、法の現実的現象における重要な側面を見のがす危険を含んでいる。」、「法の担い手・法の創造者を団体と考えることによって、法の現実的な社会的諸関係はいわば前提され、絶対視され、時に神秘化される。」。川島・前掲論文58頁。

41　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）59頁（傍点・原著）。

42　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）60頁。ここでの「社会関係」が、「個人と個人との関係」ないし「人間と人間との間の協働の仕方」（川島・前掲論文同頁）を意味するに注目する必要がある。川島が「史的唯物論」を意識していることが窺い知れるからである。

て確立することができるのである。」[43]。

第九に、改めて「生ける法」に立ち返って検討を加えるならば、それは「規範」が「何らかの強制力を伴うところの社会的な力social forceとしてあらわれ」るものであり、「具体的な現実においては、ある利益・ある力と他の利益・他の力との力関係そのもの」であり、「止むことのない運動においてある」という事実を通じて「自己を貫徹してゆくものなのである。」[44]。かくて、「法社会学の一つの重要な課題は、この力関係を分析し、この力関係を測定し、またこの力関係が現実に形成され発展してゆく過程および構造を明らかにすることである。」[45]。

第十に、すでに「生ける法」に内在していた強制力ないしsanctionは「政治的社会の組織的権力」のもとで最も強力なものになるところ、「ブルジョア革命」の成立によって「ブルジョアジー」が自己の権力を確立すると、「そのブルジョア革命の完成の程度によって多少の差はあっても、常にひとつの理想型としての近代的所有・近代的契約・近代的法主体性等々についての法の規定をかかげた。」[46]。それらの「理想型」それ自体、単に自明視されるべきものではなく、「われわれは、近代的私的所有・近代的契約等々をまさに問題とする現実的必要に迫られるのである。」[47]。

43　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）60頁（傍点・原著）。

44　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）62頁（傍点・原著）。この箇所に関して川島は、末弘厳太郎の「法律と慣習」（1943年）末弘著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）・第２版』（日本評論社、1980年）292頁以下の「社会秩序の力学的構造」・「不連続線的渦流」の理論を参照している。川島・前掲論文63-64頁注（１）。

45　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）62頁（傍点・原著）。

46　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）63頁。

47　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）63頁。そのうちの「近代的私的所有」の構造及び問題点を解明しようとした川島自身の労作が、『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）であった。もとより、「近代的私的所有」論が、法解釈学上のレベルでどのように展開して行くかは、別問題である。たとえば、所有権侵害の防御機能は、いわゆる「物権的請求権」であるところ、原島重↗

第十一に、要するに「法社会学」の「課題」は、「第一次的な直接的な法」（「生ける法」lebendiges Recht）の「存在型態」から、「人間の法的意識・観念等々を媒介」として、「法規」Rechtssatzという「観念型態にまで発展する現実の過程」を「追求すること」である[48]。

第十二に、「法はまた歴史の世界において、それぞれの歴史的社会に固有な概念をもって成立する。というのは、それぞれの歴史的社会はそれに固有な生産関係の上になりたっているのであり、それぞれの生産関係の歴史的型態の中に、その固有の・これと直接的に統一されたところの生ける法が存在するのであるからである。」[49]。

川島の「法社会学における法の存在構造」が出た約半年後、1949年12月に長谷川正安「マルクシズム法学と法社会学」が公刊された。長谷川は、杉之原による川島批判を整理したのち、以下のように言う。

↘ 義「わが国における権利論の推移」（1976年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）445頁以下、特に486頁以下は、物権的請求権における川島「責任説」の・その不法行為責任への接近を鋭く批判している。

48　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）64頁。この論文で川島は、意識的に「行為規範」・「裁判規範」というタームを避けているようであるが、いわゆる「生ける法」が行為規範であり、「法規」が裁判規範を意味するものとして捉えられていることは明らかであると思われる。ただし、その二つが相互に流動的なプロセスの内に捉えられており、相互に移行可能な存在として把握されていることが川島論文の持ち味の一つになっている。「法は何であるか」を巡る議論の「大半は意味のないスコラ的論議でしかない」（川島・前掲論文同頁）という言葉が川島の気持ちを代弁していると言ってもよかろう。

49　川島「法社会学における法の存在構造」（前注33）64頁。「法はまた歴史の世界において、それぞれの歴史的社会において固有な概念をもって成立する。」という文章は、山中の「客観的法秩序」論を彷彿とさせるように思われる。川島が、その『所有権法の理論』の〔参考文献〕として、特に山中康雄『市民社会と民法（総則・物権・債権）』（日本評論社、1947年）を挙げていることも故なきことではない。

〔d〕長谷川正安「マルクシズム法学と法社会学」

第一に、「杉之原氏はマルクシズムの立場に立つ。これはこれでよい。だが、川島氏の理論がマルクシズムではない、ということと、川島氏の理論は反動であり、ファシズムに奉仕するものだということを杉之原氏は混同してはいないだろうか。わかりやすくいえば、杉之原氏は、共産党員でないものはみなファシストか、それにちかいものだ、と断言したいような気持を、少しでも、どこかにもっているのではなかろうか。」[50]。

第二に、「わずかにせよ法律学者の目を、ともかく法の条文から現実にむけさせた法社会学の功績は、今日の法学界では偉大なものといわなければならない。その上、どの国でも、ブルジョア革命は、ブルジョア的な憲法・法律をつくることによって、いちおう完成するのが通常であるのに、日本のように、新しい憲法が、法律が、決して何らブルジョア革命の完成をしめしていない国では、ひとびとの目を形だけはととのった法律の条文からはなして、現実にむけさせた法社会学の功績は、諸外国の法社会学いっぱんとは、いちおう切りはなして、高く評価しなければならないはずである。」[51]。

第三に、階級社会前には「行為規範」の成立が想定されるのに対して階級社会においては国家権力による裁判制度が整うのに伴って「行為規範」のみならず、「裁判規範」の成立をもみるのであるが、同時に国家権力による立法行為によって「行為規範」のあるものについては「裁判規範」に転化する。また「行為規範」とは無関係に立法行為が行われて、それが「裁判規範」となり、同時に「行為規範」となることがある。そのような「行為規範」・「裁判規範」のダイナミズムこそ重要であるにもかかわらず、「行為規範を法の端初的段階だという川島氏の法社会学論も、裁判規範が

50　長谷川正安「マルクシズム法学と法社会学」（1949年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）109頁以下、特に111頁。

51　長谷川「マルクシズム法学と法社会学」（前注50）111-112頁。

行為規範の基礎だといおうとする杉之原氏のマルクシズム法律論も、卵と鶏とどちらが先かという問答ににてどちらの結論も問題のたて方自体が不充分なことをしめしているのである。」[52]。

第四に、労働者のストライキの合法性を「力関係」に還元する川島説について、杉之原は、もしストライキが不成功に終われば、その場合に法社会学は当該ストライキを「不当視」することになると批判するが、少なくとも川島説からそのような理解が導かれるわけではない。――「ストライキを川島氏が不当視するということは、川島氏のどの論文をよんでも、わたくしには感じられないのである。」[53]。

第五に、一方で「法社会学の根本的欠陥」が「法の階級制の軽視」にあるとすれば、他方「これまでのマルクシズム法学の欠陥は、法と深い関係をもつ、行為規範いっぱんの軽視にあると思われる…。このマルクシズム法学の欠陥は、いっぱんに、唯物史観研究における、イデオロギー研究の不充分さをあらわしていたともいえよう。」[54]。

第六に、「せまりくる狂暴なファシズムに対抗する、反ファシズム統一戦線は、思想的にも、理論的にもできるだけその相異を越えて、基本的な面＝反ファシズム＝反暴力という面で一致するならば、できるだけ広汎に組織されなければならないし、事実このことは、われわれの努力しだいで不可能ではない。このことは最近の歴史が、明白に教えているところである。」[55]。

52 長谷川「マルクシズム法学と法社会学」（前注50）113-114頁。
53 長谷川「マルクシズム法学と法社会学」（前注50）114頁。
54 長谷川「マルクシズム法学と法社会学」（前注50）115頁。
55 長谷川「マルクシズム法学と法社会学」（前注50）115頁。長谷川は、反ファシズム統一戦線は「政治的要請」であるから、「統一」の課題が重視されるところ、そのような中でも「理論的批判」は展開されなければならず、つまりは「政治的批判」と「理論的批判」を「いたずらに混同しないように極力注意しなければならない。」とする（傍点・原著）。長谷川・前掲論文同頁

〔e〕補論――戒能通孝「法律社会学」

この戒能の論文は1948年８月に出されたものである。それゆえ、時系列的にはやや前後するが、「論争の端初的展開」を総括する上で、内容的に重要な意味を持つように思われる。以下、その概要を示そう。

第一に、「社会に関する過去の学問は法律学によって代表されていた。」。言い換えれば、「第十九世紀初期頃の法律学はまだできあがった法律の文字解釈に専念していたわけでない」のであり、むしろ反対に「何が法律として通用しているかの発見や、どんな法律を作らねばならぬかの研究を通し、特定の法律が適用せらるべき社会の実体を探求していたのである。」。そのような意味において「法律学」は、「この時代には唯一の社会に関する知識提供者であった。」[56]。

第二に、その後の「法律学」は国家制定法本位主義となり、社会との接点を見失って貧弱化した。よって、「法律学者」は「社会科学者でない法律学者」と化した。「法律学者」の「研究」といえば、もっぱら「現行法の絶対化とその矛盾なき字句解釈」に限定された[57]。

第三に、「法律学は法律現象を厳正な科学的立場から、科学的に研究することにその出発点を求めねばならない。我々はこの種の出発点的研究を、法律社会学と名づけていた。法律社会学は、従って市民法の科学であるが、また同時に市民法――及び市民法学――の現実形態を批判するための科学である。」[58]。

第四に、「学校教科書型の法律哲学は、法を市民社会の客観的自己規律と

56　戒能通孝「法律社会学」(1948年) 藤田＝江守 (編)『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』(前注９) 25頁。

57　戒能「法律社会学」(前注56) 25-26頁。戒能は日本国憲法９条の意義を明らかにするために「理想的自由の確立」や「思想的自由の物的基礎」が問われなければならないのに、多くの法学者は「ただそういう条文のあることを、確認するだけである。」と指摘している。戒能・前掲論文26頁。

58　戒能「法律社会学」(前注56) 26頁。

みることに代え、法を市民社会でも市民社会でなくても、社会一般の規律にしてしまったので、法自体の成立過程が明らかにされていなかった。学校教科書的法律哲学のこの難点は、自然法を取扱う場合に最もはっきりするだろう。」[59]。

第五に、「出発点としての法律社会学を缺いた法律学は、法律の文字解釈技術の外、法律技術を知らなかった。」。しかも「法律解釈の技術は完全に抽象化」され、そのような傾向は「法律学を官房術の一種にひき下し」、「本格的な討論の芸術」を教えず、もって「秘密主義、暗黒政治」の支配を招いた[60]。これに対し、少なくとも社会科学としての「法律社会学」であれば、「討論の芸術」を教えるのみならず、「何が最も人民のために必要かを決定したりする機会」を尊重し、それを確保しようとするであろう[61]。

第六に、ここで「法律社会学」を問題にし、それを「法の社会科学」と呼ばなかったのはなぜか。その理由の一つは、「我々の取上ぐべき問題が、イデオロギー自体の分析であって、イデオロギーの成立根拠を直接の課題に選ばなかったからである。我々は勿論ある特定の法的イデオロギーの成立過程を問題にはするであろう。しかしイデオロギー一般の成立根拠を論ずることは当面省略されてよいように思われた」からである[62]。

第七に、「法律社会学の対象は、法的イデオロギーの成立過程、その論理的構造、下部構造への反作用過程を明らかにすることであり、そのかぎり法律社会学はブルジョア的科学であり、又解釈、理解の学である。法律社会学は、その意味で、むしろ保守的な学である。それは政治に対して重要

59　戒能「法律社会学」（前注56）26頁。ここで戒能が「法を市民社会の客観的自己規律とみる」という立場に立っていることを特に確認しておきたい。

60　戒能「法律社会学」（前注56）27頁。

61　戒能「法律社会学」（前注56）27頁。

62　戒能「法律社会学」（前注56）27頁（傍点・原著）。ちなみに戦前、「社会科学」という名がつく研究会や機関誌等々が弾圧の対象になったことも、頭に入れておいてよいだろう。この点につき、戒能・前掲論文28-29頁。

な資材を提供しているが、政治そのものたることを主張していない。」[63]。
第八に、「法律社会学は保守的科学ではあるが、反動的知識であってはならない。…法律社会学を反動化しようとする人は、法律社会学を簡単に「慣行調査」に結びつけ、慣行は容易に変えることができないから、法律によって慣行を変えるより、慣行に合致した法律を作る方が正しいと屡々主張するのである。このような人々も通常法律社会学の必要を口にする。しかしこのような人々によって主張される法律社会学とは、我々の主張する種類の法律論をぬきにしてひたすらに慣行を量的に集めること、そして量的に集められた資料を利用して、それ故にこそ新しい秩序が必要なことを説かずして反対にそれ故にこそ旧い秩序の維持が必要なことを力説する手段である。法律社会学はこの場合には法律学の出発点にならずして、解釈的、概念的法律学のたかだか侍女におとされる。」[64]。
第九に、「法律社会学は比喩的にいえばウァーレス派の学問である。それは精神の自由、人間の独立および平等をかかげているが、しかし決して革命的でない。反動に対しては進歩的、革命に対しては保守的、それが法律社会学の使命であり限界である。そして法律社会学の本質は、常にブルジョア科学である。しかしそれにもかかわらず、私はこの学問に従事することを恥しいとは思っていない。」[65]。

３．論争の特殊的展開――マルクス主義法学との関係をめぐって

いわゆる法社会学論争は、マルクス主義と「市民社会」ないし「民主主

63　戒能「法律社会学」（前注56）27頁。
64　戒能「法律社会学」（前注56）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）27-28頁。戒能は、一例として「家制度廃止反対論者」による慣行調査を念頭に置いている。戒能・前掲論文28頁。なお、「慣行調査」の評価に関する末弘厳太郎と戒能通孝の微妙な相違については、『日本の法学』（日本評論社、1950年）130頁以下を参照。
65　戒能「法律社会学」（前注56）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）29頁。

義」との関係をめぐっても展開して行く。その論争は、山中康雄の「民主主義と法認識」（1946年10月）の評価から始まった[66]。まず、山中論文の概要を記す。

〔a〕山中康雄「民主主義と法認識――法と正義の矛盾にかんする一考察」

第一に、「経済学や社会学をたんに法律的用語をもちいて叙述しなおすことが、法律学なのではけっしてない。また、もろもろの法律のなかに階級支配的あらわれをもとめたり、また法の解釈を階級戦術理論的な解釈技術としてとりあつかうことも、それらは必要なことかもしれないが、しかし法の科学的理論の名にあたいしないことである。」[67]。

第二に、「法律学が真に科学として成立しうるためには、私は、法におけるもろもろの概念や範疇を、それらのあいだに成立している弁証法的な相互発展的移行の関係を具体的個別的に発見してゆくことによって、そこに成立してあるべきひとつの体系を構成することが、とくに重要だと考えるのである。法は経済の上部構造のひとつをなすものであり、窮極において前者が後者によって決定せられることは否定できぬところであるが、それだからといって、経済学を直接に法律学的用語をもちいて解釈したり、個々の法現象を経済学的または社会学的に説明したりすることのみをもって、能事おわれりとしてはならぬ…」[68]。

66　この山中論文は、山中康雄『市民社会と民法』（前注49）の刊行を目前にして、山中が法律時報編集部から「マルクス主義的法理学」をテーマに執筆を依頼されたという背景がある。にもかかわらず、山中自身は自己をマルクス主義法学者であるとは規定していないため、題名を「民主主義と法認識」として執筆したと説明している。山中「民主主義と法認識――法と正義の矛盾にかんする一考察」（1946年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）169頁。

67　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）169頁。

68　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）169-170頁。

第三に、すなわち「われわれは法の分野にも独自のもろもろの概念や範疇の体系的発展が存在しており、それが経済的な社会の歴史的なあゆみと、表裏の関係――たちいっていえば、相互に規定しあいつつ、しかも窮極的には後者によって決定される関係――にたっていることを、看過してはならないのである。」[69]。

第四に、「マルクス主義を絶対的真理――ないし真理の基準をなすもの――なることを確信しつつ、法の研究にのりだすことは、マルクス主義の立場からも許されぬ観念論だと信ずる」、なぜならそれは「マルクスはかく考える、故に世界もかくある」の観念論に堕することを意味する」のであり、そのような考え方は「なおさら私の絶対にしないところである。」[70]。

第五に、「民主主義」は「市民社会が歴史上はじめて展開した理念であり、したがってまた必然的に市民社会に固有の制約を受けるものであり、かくてその完成は、資本制社会のヨリ高き社会型態への発展的止揚にまたねばならぬものなのである。」[71]。

第六に、この「市民社会」が要求する「民主主義」は、市民社会によって建設された「資本制国家」に特有のものであり、各人民に「法形式上」の「自由平等独立」な「法主体」性を要求するものである。そのような「資本制国家」は「市民社会による、市民社会のための、市民社会の国家たるべきものとせられる。」[72]。

69　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）170頁。

70　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）170頁。

71　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）170-171頁。山中は、この引用文末尾に註を打って、ギリシャ・ローマ的な古代文明世界での「市民社会」を、「近世の資本制社会」としての「市民社会」と対比している。前者は奴隷制生産関係を基礎とするのに対し、後者は資本主義的生産関係を基礎とする点で相違する。にもかかわらず階級社会としての共通性があることは否定しえない事実である、という趣旨であろう。

72　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）172頁。ここで、山中がリンカーンによって掲げられた著名なスローガンを踏まえて立論していることは言うまでもない。もとより山中も、市民社会が資本制社会の実質をもつ点で「資本に↗

第七に、それゆえに国家は、法制度上「人民の人格と所有権の神聖不可侵性を、絶対に尊重すべき」であり、そのことは要するに「人民の自由平等独立と、人格の神聖不可侵性を、人民の基本権とする自由主義的個人主義的世界観の成立」を意味するのである[73]。

第八に、「あらゆる社会はそれに固有な法秩序を、客観的（人々の意識するとせざるとにかかわらざる）実在として、もっている。」、それゆえ「成文法」は「かかる客観的法秩序にたいする立法者の主観的法認識にほかならない。」[74]。なお「法の缺陥」の事案につき、「法の解釈家」が行う「主観的法認識」は、「立法者」のなすそれと「本質をまったく同じくする」のであり、他方「成文法条に立法者の主観的法認識の誤謬」がある場合には「法解釈家」は当該「成文法条」に羈束されるいわれのないこと当然であり、その場合に「法解釈家」は「成文法条」の基礎にある「客観的法秩序」に「妥当する法規範の認識をなす」ことになる[75]。

第九に、「真に民主主義的な国家政治機構が樹立せられてある場合」、いいかえれば「基本的人権を遺憾なく享有行使しえたる場合にのみ、社会構成員の多数意思の決定せる価値的法認識に忠実に服従すべき法的義務をおう」、これに反して「右の基本的人権を制限し否定する反民主主義的政治機構のもとにありては、各人は自己の正義と信ずるところにのっとりて価値的法認識をなし、かつ行動しうるのであって、その場合、それが立法者

↘よる、資本のための、資本の国家」という性質をもつことを指摘している。にもかかわらず山中は、たとえ「法形式上」のものであれ「市民社会による、市民社会のための、市民社会の国家」が承認される至ったことを――その最大限度の相対的独自性の範囲で――決定視するのである。山中・前掲論文175頁も同旨。

73　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）172頁。にもかかわらず問題は、山中が「社会契約理論」についてはやや消極的な態度を示す、ということである。山中・前掲論文173-174頁註１。ただし、この「社会契約理論」については、山中『市民社会と民法』（前注48）110頁以下の記述が参照される必要がある。

74　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）176頁。

75　山中「民主主義と法認識」（前注66末尾）176-177頁。

の価値的法認識と矛盾し相容れざるものなるの故をもって、国法によりその行動を不法のものとして処断せられるがごときことありとするも、なお彼は自己の行動をもって正法に適えるものであることを確信しうるのである。」[76]。要するに、肝心であるのは「個人の自主的精神」であり、もっとも拒否されるべきは「権威への盲従、長いものにまかれる式の卑屈さ」である[77]。

以上の山中論文を批判したのが、杉之原舜一「科学としての法学――山中教授の教えをこう」(1949年6月)であった。

〔b〕杉之原舜一「科学としての法学――山中教授の教えをこう」

第一に、「科学としての法学がいかにあるべきか？」、これは「法学を専攻する者にとって重大な関心事であらねばならぬだけでなしに、今やわれわれ人民に課せられているわが国の人民民主革命の遂行のために、きわめて重要な課題である。」[78]。

第二に、「唯物論」的法認識からすれば、法とは「支配階級の意志」の発現であり、よって諸々の法は「国家権力によって具体的に保障せられるところの社会の諸関係の中に客観的に存在する規範のたんなる反映であるはずである。」[79]。

第三に、そのように「法範疇」なり、「法概念」なりは、「科学としての法学」であるためには、「実在する法現象としての社会関係のまったくの反

76　山中「民主主義と法認識」(前注66末尾) 182頁。山中は、治安維持法を例に取りながら、悪法は法たりうるかという観点から上記の結論を導いている。山中・前掲論文179-180頁。

77　山中「民主主義と法認識」(前注66末尾) 182頁。

78　杉之原「科学としての法学――山中教授の教えをこう」(1949年) 藤田＝江守(編)『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』(前注９) 67頁。なお「人民民主革命の遂行」というスローガンは杉之原・前掲論文74頁にも出てくる。

79　杉之原「科学としての法学」(前注78) 69頁。

映でなければならない。これがわたくしの主張である。」[80]。

第四に、このように社会関係の「まったくの反映」たるべき「法範疇」や「法概念」を、「範疇は法の世界では認識形式であると同時に、実在する制度でもある」[81]とする山中の態度は「観念論と唯物論との折衷、いな、それはまったくの観念論ではなかろうか。」[82]。

第五に、法は「その社会の経済的構造を土台としておるのであるから、それ自身固有の歴史をもち得ない。いわんやそこから抽象された規範法則とか法的な概念ないしはんちゅうが自己固有の歴史をもち、自己固有の「弁証法的な相互発展的移行の関係」をもちうるはずがない。」[83]。

第六に、山中は「法とはなにか」を研究の出発点とするのではなく、「あらゆる社会は、それ自身に固有なる法秩序を、内在せしめてゐる。」[84]として、むしろ「社会あれば法あり」という点にその思考を固定させている。しかしながら、「科学としての法学にとってはまずこの出発点の批判が最初の問題であり、しかも最後の問題ではなかろうか。」[85]。

この杉之原論文を1949年９月の山中康雄「法範疇の発展について――杉之原教授にたいするおこたえとおねがい」が反批判している。次にそれをみる。

80　杉之原「科学としての法学」（前注78）70頁。

81　山中「法学の科学性」（1948年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）15頁以下、特に23頁。山中は、この文章を「私は、法における抽象的なものは、たんに人間が観念的に抽象して構成したものでなく、歴史的にも現実的にも、客観的法秩序に実在しているのであり」という文章のあとに繋いでいる。

82　杉之原「科学としての法学」（前注78）70頁。

83　杉之原「科学としての法学」（前注78）68頁。この箇所は、杉之原「法律学に於ける唯物論の課題」東北学生新聞44号（1948年）から、杉之原自身が引用したものである。筆者は当該新聞を未見。

84　山中『市民社会と民法』（前注49）１頁。

85　杉之原「科学としての法学」（前注78）71-72頁及び74頁。

〔c〕山中康雄「法範疇の発展ということについて――杉之原教授にたいするおこたえとおねがい」

第一に、「私は、経済社会としての商品交換取引の発展にともなって、いままでそれらを法的に把握していた一般的抽象的普遍的法範疇では、もはや把握することができないような、特別の具体的特殊的な商品取引が発生してくると、そこに実態をなす経済的事実としての商品交換と、それを法認識する形式たる法範疇とのあいだに矛盾を生じ、右の矛盾を克服するために、右のような特別の具体的特殊的な商品交換行為を法認識するための、より具体的特殊的特別の法範疇がつくりだされるという事情を、のべているにすぎない。」[86]。たとえば、近代法上の「解除」は、そもそもローマ法上「解除条件」(lex commissoria) という形式で「条件」という法範疇の内部に生成したものが、「商品取引の発展」とともに「解除条件」とは異質の「契約解除」そのものを可能にする近代法上の法制度としての「解除」を産み出したのである。すなわち「解除」は、「条件という法範疇をすてて、ここに独立の解除という法範疇」となった[87]。

第二に「法範疇の発展は、つねに、その認識の対象となる経済取引――商品交換取引――と認識形式たる法範疇との矛盾によるものであり、しかも経済取引こそ目的であり、法範疇はたんに手段――経済取引の成立を保障するためという手段性――にすぎないのであって、経済取引の発展そのものが、それに相応した法範疇をうみだしてゆくのである。」[88]。

第三に、「法は経済の上層建築」であって、「社会におけるいっさいのイデ

86　山中「法範疇の発展ということについて――杉之原教授にたいするおこたえとおねがい」(1949年) 藤田＝江守(編)『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』(前注９) 87頁以下、特に91頁。

87　山中「法範疇の発展ということについて」(前注86) 87頁以下、特に91頁。なお、山中の解除論につき、同「解除の遡及効(一)(二)(三・完)」法学協会雑誌55巻１号62頁以下、55巻２号107頁以下、55巻３号75頁以下(いずれも1937年)。

88　山中「法範疇の発展ということについて」(前注86) 91-92頁。

オロギイ的現象を窮極において決定するものは、社会における生産力の発展であり、生産関係であり、経済である。」。しかしながら、「問題」は「これからは、法が経済にたいしてどんなふうの上層建築であるかを、建築の細部にわたって具体的に検討することにあるであろう。」[89]。――「私は、法にかぎらず法以外のすべての文化現象についても、それは経済の上層建築であるとともに、もろもろの文化現象それじたいは経済の発展によって規定されつつそれ自身の進化発展をもっていると考える。」[90]。――「この点に関する杉之原教授の御見解はまだ明らかには示されていないのであるが、教授がもし経済以外の社会現象にはぜんぜん発展を認められないような立場をとられるのだとすると、私はそのような唯物論こそ、発展的な見方を自分でいつしか否定してゆくような機械論の方向にそれてしまうのではないかと、危惧するのである。」[91]。

第四に、「私が法範疇は同時に制度でもあるといういいかたをするのにたいし、杉之原教授は、かような考えかたは観念論と唯物論の折衷であると、批評された。」[92]。しかしながら、たとえば「所有権という法範疇」は「じつはそれじたい、制度として客観的実在なのであり、たんに客観的存在の人間の意識への一反映――杉之原教授は反映にすぎぬとされる――にすぎ

89　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）92頁。

90　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）94頁。これに関連して、山中が「私は法範疇だけの発展を考えるのではない」と述べ、そうでなければ「法範疇のなかに矛盾をとらえねばならない」ところ、「そのようなものは原則としてみとめえない」としていることは無視できない。山中・前掲論文同頁。山中のいう規範相互の弁証法的発展的統一という観点も常に社会・経済的ファクターの変化への着眼に裏づけられたものであった。先ほどみたところの、ローマ法上の解除条件（lex commissoria）から、近代法上の――法制度としての――「解除」への移行が商品交換という社会・経済的事実の質的変化＝「発展」と対応していることが今一度想起されてよいだろう。前注87に対応する本文を参照。

91　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）94頁。

92　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）95頁。

ないものなのではない。法的な認識形式の獲得は、そのかぎりで現実を変革し、制度として結晶する。私は制度の認識論的意義をみとめるが故に、それが同時に法範疇であるとして、範疇という哲学上の用語をもちいるのである。」[93]。

第五に、「私」は「「法と哲学」という本がほしいと思う…。あたかも「弁証法的唯物論と自然科学」というような本が書かれるのと同じ意味で、「弁証法的唯物論と法学」の本が、私はほしいのである。」[94]。「私は、哲学が現実を認識し変革する武器であるように、実証的な哲学の一部門たる法学が、いかに現実を認識し変革する武器であるかを、あきらかにすることによって、法学を哲学によって武装するとともに、哲学をうみだす実証的基礎となりうると考えるのである。」[95]。

第六に、「人」「物」「行為」という三つの端初的な法範疇は、マルクス『資本論』における「商品」の端初的な位置づけとパラレルなものである。すなわち、自転車や靴などの「商品」としての「物」の担い手として「人」（売主とか買主）が法律行為たる売買契約（「商品交換行為」）を締結することによって交換されるというプロセスを想定しつつ、しかも法範疇として抽象化されたものが「人」「物」「行為」である[96]。その限りで、杉之原の「唯物論の、したがって科学としての法学はまずなによりも具体的客観的なものから出発」せねばならぬという「批評」は、批判としては妥当しない[97]。

93　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）96頁。
94　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）96頁。
95　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）96-97頁。
96　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）98頁。「人」「物」「行為」の三つの端初的法範疇については、山中・前掲論文87-88頁にも同旨。なお後注122も参照。
97　山中「法範疇の発展ということについて」（前注86）98頁。

ところで、山中は1949年２月に日本評論社から『市民社会と親族身分法』を出した。その書評が同年６月戒能通孝によって活字にされた（戒能は山中の『市民社会と民法』も併せて論評している。）。次にその概要をたどっておこう。

〔d〕戒能通孝「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」

第一に、山中は「市民社会と親族身分法」をテーマにこの書物を刊行し、しかも「身分法」を「身分的支配服従関係の原理」ないし「父家長権的家族制度」の法として捉えていながら、それに対する「市民社会原則」からする批判的考察をしないまま、民法総則の規定が親族・相続における「親族身分的共同関係の法秩序」に「適用あるべきものなりや」という「伝統的解釈法学上の問題」に論点をずらしている[98]。

第二に、山中は、身分法の財産法に対する「異質的なもの」の検討については、すでに中川善之助の「身分法」研究に尽くされていると「告白」、山中の著作もその域を出ないとすれば、あえて「市民社会」との関係を問題にする意味が減殺されてしまうのではないか[99]。

第三に、山中が「もしマルクシズム法学の建設者であることを目ざすなら」、山中は、「まず問題の叙述を「市民社会と国家」から起さねばならなかったはずである。ところが著者の行論は逆だった。」[100]。

第四に、「山中君は政治的権力体としての国家という代りに、しばしば「立法者」もしくは「立法起草者」という言葉を使用する。しかし山中君

98　戒能通孝「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（1949年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）76頁以下、特に77-78頁。

99　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）78-79頁。なおこの場合、中川善之助（1897-1975年）の著作として、『略説 身分法学――親族相続法の社会法律学』（岩波書店、1930年）、『身分法の基礎理論――身分法及び身分関係』（河出書房、1939年）を挙げることができよう。

100　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）79頁。

のいう「立法者」の内容は、この著書でも、また前著「市民社会と民法」でも間接的にしか語られていない。…山中君のいう客観的法秩序を主観的に認識する立法者もしくは立法起草者の性格が何者か、それを直接に分析することからはじめられたであろうなら、この著書の構成は全く異ったものになっていたにちがいない。」[101]。

第五に、戒能の個人的記憶によれば、山中は「法律社会学」という「えたい」の知れない領域に進出するよりむしろ、「あくまでも民法のなかで法の性格、その論理的構造を明らかにすることを念願して」いると聞いたことがある[102]。そうであるなら、「民法の論理的構造を明らかにするという仕事、わけてもそれがマルキシズムの立場に立っていわれる場合には、伝統的法解釈学の軌道とはちがったもう一つの軌道が必要なのであって、その新たなる軌道の上に車を走らせることが、何よりも大事なことである。山中君は率直にいって、民法学教授でありすぎる。」[103]。

第六に、「山中君が三つのカテゴリーとしてならべているものは、終局において民法総則の人、物、法律行為と同じである。交換が人によらず、物を対象とせず、法律行為に基づかずして行われ得ないことは、敢てマルキシズム法学の教えをまつことを要しない。従ってそれらに「範疇」という不正確な名前を与えることにより、いかにマルキシズム化することができるかも不思議である。」[104]。

第七に、「山中君は「市民社会と親族身分法」の連関を論ずるについて、日本の家父長的家族制度自体を取り上げずに、日本旧民法の家父長的家族制度をとり上げている。これは一つの問題からの逃避である。」。すなわち、

101　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）80頁。

102　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）80-81頁（傍点・原著）。

103　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）81頁。

104　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）82頁。「人」「物」「行為」については、後注122も参照。

「あらゆる場所に強く根をはる天皇制」に関する問題からの逃避であって、それゆえ「山中君の取り上げた旧民法の家父長的家族制なるものは、職場の天皇制、民主主義によって偽装された天皇制、それらのもつ植民地化への契機といったようなことについて、何一つとして明らかにしてはくれないであろう。」[105]。

第八に、「民法は既に戸主権制度を廃止した」のであるから、それゆえ「戸主権に関する分析」は、「戸主権の背後にあった諸要因と併せ、機能的にその意味を摘出しなければならない」にもかかわらず、山中のスタンスは「法解釈的な立場」にとどまっている[106]。

第九に、「法学におけるマルキシズムとは資本論第一頁の言葉を引用することでなく、マルクス、エンゲルスの立場において、プロレタリアートのための法律批判、プロレタリアートのための法律解釈を、組織的かつ体系的に樹立することだと僕は考えているのであるが、山中君の公表した数個の著作には、こうした立場からみての体系化、組織化が全くといってよいほどみられなかった。」[107]。

以上の戒能による批判にリプライしたのが、1949年11月の山中論文「法学の科学としての限界についての一考察」であった。その概略をたどっておく。

〔e〕山中康雄「法学の科学としての限界についての一考察——戒能教授からあたえられた批判を機縁として」

第一に、「日本の家父長的な家族制度をテッテイ的にバクロする——これを戒能教授は私の本に期待されたらしい——ことは、右の私のやったよう

105　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）83頁。
106　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）84頁。
107　戒能「山中康雄著「市民社会と親族身分法」（書評）」（前注98）85頁。

な法学者としてのやりかたでは、たいしたことを期待できないのは、あたりまえのことである。そのようなテッテイ的なことは社会学の仕事になるわけである…。」[108]。

第二に、「私は法学を通じて資本制社会の本質的構造をバクロしたいと考えて、法学の領域にふみとどまっている。しかし私は同時に、法学を通じてそれをするということは、きわめてはがゆいていどにしか、それはできないという限界があるのではないかと考えている。なぜなら法は、なんといっても社会の上部構造をなしているのであるから、かの――経済学が、社会の下部構造的土台をなしている経済の分析を通じて、資本制社会の本質を土台からほりくずして根底からハッキリさせて見せることができるのにくらべれば、それこそ文字通り靴をへだててかゆいところをかくていどの仕事しかできないであろうということは、はじめから見当のつくことである。」[109]。

第三に、「しかしそれではマルキストは、資本制社会の本質をあきらかにするためには、政治学や経済学や唯物史観をやるべきであって、これ以外の、たとえば法学――とりわけ民法学や商法学のような有産者的な学問――などにはぜんぜん手をだすべきではない――それは手をだしていいような値打のない――ものであろうか。法学の分野をマルキストは放棄して、敵の陣営にあけわたしてよいか。あるいは法学教授でありながら、他の研究分野ではマルキストなのだが、法の講義だけは、ブルジョア法学をうけうりしてやっていればよいのであろうか。私はそうは思わない。」[110]。

108　山中「法学の科学としての限界についての一考察――戒能教授からあたえられた批判を機縁として」(1949年) 藤田＝江守 (編)『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』(前注９) 102頁以下、特に103頁。山中が「法社会学」と「社会学」を区別する点については、山中「法学と社会学の区別についての一考察」民主主義科学者協会法律部会・編『法社会学の諸問題』(北隆館、1950年) 53頁以下。

109　山中「法学の科学としての限界についての一考察」(前注108) 103頁。

110　山中「法学の科学としての限界についての一考察」(前注108) 103-104頁。

第四に、「私は、法の角度からも資本制社会の本質をうかがうという仕事がなされないかぎりは、社会をあらゆる角度からながめてその本質をあきらかにするという仕事は完成されないのだと思い、民法学の専攻として法学の領域にとどまっているのである。――だから私は戒能教授から「君は民法学教授でありすぎる」といって叱られても、まことに痛いところをつかれるのであるが、しかしまだまだ民法学教授的な仕事をアッサリとすてさる気にはなっていないのである。」[111]。

第五に、山中の著書『市民社会と親族身分法』で指摘したのは、「市民社会が残存せしめる家は、ほんらいならば封建的な家を解体させて、そこに「市民社会の、市民社会による、市民社会のための家」とでもいうべき近代的な家の制度が成立すべきであったにかかわらず、日本民法の旧規定においては立法者の主観的法認識がきわめて封建的な家のとらえかたをしていること、あらたに改正によってもうけられた新規定においてはじめてそのような近代的な家の制度ができたことなど」であったが、「これらについては遺憾ながら戒能教授の批判を戴くことができなかった…。」[112]。

以上みたように、論争は1949年に集中している。その後、1950年５月にマルクス主義法学の観点から論争を集約しようとする文献があらわれた。長谷川正安「マルクシズム法学の近況」がそれである。

〔ｆ〕長谷川正安「マルクシズム法学の近況」

第一に、「マルクシズム法学の立場から、法の妥当性、拘束力の問題をどう考えるべきかは明白であろう。すなわち、国家権力そのものの羈束力的権威（これが言葉の矛盾でないところに、ブルジョア法の物神性がある）をぬきにして、法の羈束的権威を考えても、それはブルジョア法学者がす

111　山中「法学の科学としての限界についての一考察」（前注108）105頁。
112　山中「法学の科学としての限界についての一考察」（前注108）106頁。

る観念的・形式的な法理論が展開されるだけにすぎない。山中さんの両著はこれにどう答えているか。」[113]。

第二に、「成文法典は、立法者が客観的法秩序を主観的法認識して、その成果を、条文のテイサイにおいて、紙のうえに書きあらわしたものだ」という言葉が、「国家は右の社会規範をとりあげて、国家の名においてする強制規範の定位によって、それに法的保証を与え、」という句と同じ頁（「民法と哲学」三頁）にあるのをみても、客観的法秩序と社会規範が同一視されていることは明白であり、山中さんの社会規範の把握の仕方からすればこれは当然の帰結であろう。しかし、立法者（これが正に国家だ）が法認識するまえに、すでに法秩序が存在したという用語じょうの矛盾は、山中さん自身感じてないわけでない。」[114]。「国家が強行してできた秩序を、立法者が価値判断するというのでは、この立法者とは、一体何者なのか。」[115]。

第三に、山中の「法範疇」は、「マルクスがはじめて科学的に、資本主義経済を分析しえた成果として、正しくそれを反映させて作った資本論の範疇と、ブルジョアジーが前に述べたような過程で作りあげた一面的な法範

113　長谷川「マルクシズム法学の近況」（1950年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）144頁。ここで長谷川が、山中の「両著」というのは、山中『民法と哲学――民法学の基本問題』（朝倉書店、1949年）、同『法の羈束力的権威』（日本評論社、1950年）を指す。

114　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）148-149頁（傍点・原著）。

115　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）149頁。山中は、「市民社会」に成立する「市民社会」のための「市民社会」による「社会規範」を一種の「生ける法」的なものとして肯定するのであり、それが立法者による主観的法認識によって国家的強制規範となると解している（山中の場合、「個人所有の基礎のうえにたつての資本の再生産運動が円滑におこなわれることを保障するために必然的になされねばならぬ」ことを内容とするところの「社会規範」と言い換えられる。山中『民法と哲学』〔前注113〕３頁）。もとより山中にあっても、市民社会の「社会秩序」は、ことに警察行為などの権力的秩序維持行為が要求される場合、それに固有な「法秩序」を具有せざるをえない（警察に関する基本法たる刑法典がなくても、「国家」の「強制」ないし「実力」でもって、それ↗

疇を同じ平面で類比している。」[116]。また山中の「範疇」概念は、哲学上の「範疇」と法学その他「実証的な社会科学」の「範疇」を区別する（前者は普遍妥当性を抽象的に追求する傾向にあるのに対して、後者は「具体的なもの」をその内容する点で区別する）ところ、そのような区別は、ことマルクス資本論における「範疇」（「写実的直観から抽象的思惟への下向、もっとも抽象的なものから具体的現実的なものを再現する上向運動」）をみれば分かるように、いわば反マルクス的な形式論的な区別にすぎない[117]。

第四に、山中の「法範疇」は、それ自体人間の意識諸形態から独立した客観的存在であるのだからという理由で、それも「物だ」とされるのであるが、「これまで物だというのでは、正しい認識はすべて物に還元されてしまい、それこそ山中さんのよく批難する機械的唯物論の立場に堕してしまう。」[118]。

第五に、「階級的裁判におけるプロレタリアートの法解釈は、けっして裁判官（有権者）のそれと同じではありえない」[119]のであって、「法の虚偽性」を暴露し「法廷闘争」が備えもつ「一定の枠」を認識すると同時に、「階級闘争の力関係」によって「刻々変りつつある枠を、有利におしひろ

↘を実質的に支持するところの「法秩序」は客観的に存在しうる。）。ちなみに山中は、「共産主義社会」（「理想郷」）であってもこの種の「法秩序」の存立可能性を肯定する。山中『市民社会と民法』（前注49）４頁。しかるになお、同時に山中は「成文法以前の客観的実在としての社会法秩序」を承認する。山中・前掲書６頁注１（山中は内縁の夫婦関係を例示している。）。このように山中は、「成文法」以前にそれとは別に自律的に存在する「客観的法秩序」（この場合は「立法者」とは無関係に「法秩序」が形成される）と、「成文法」に基礎を置き、それに依拠する「客観的法秩序」（この場合には「立法者」の主観的法認識による価値判断が必須である）との、その「法秩序」の「二元化」を承認する。そして「成文法」による国家的法秩序とは別に、「成文法」以前の段階での国家的な、「支配強制的な意義を有する法規範」を含む「法秩序」を承認する。

116　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）151頁。

117　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）151頁。

118　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）151頁。

119　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）152頁。

げる」ことに留意する必要がある。とはいえ、それも「無限」にできることではない。この場合、「これはちょうど、プロレタリアートの少数代表が、国会において果す役割ににている。」。にもかかわらず、「議会主義的偏向といわれているものを山中さんは裁判についてやっているのではないか。」[120]。

第六に、「ただ山中さんのためにつけ加えておかねばならないのは、唯物弁証法的発展はなくても常識的意味での発展、すなわち法範疇の進歩は、形態的・技術的にみとめられねばならないことである。だがそれは、大まかな概括としての話であり、厳密にいえば無法則的面はいくらでも指摘しうる。…法を全体としてみれば、山中説は常識用語としては使えても、学術用語にはならないであろう。」[121]。

〔g〕補論――戒能通孝「法律社会学における合法性と正当性」

この論文は1950年４月に出た。論争に直接的にコミットするというよりも、法社会学とマルクス主義法学に関して戒能自身の見解を総括したものである。本稿のこれまでの記述全体をまとめる意味合いをもつので、最後にこの戒能論文の内容を概括しておく。

第一に、「法律社会学をぬきにした法律の解釈」は、「低級な常識や依頼者の注文にあわせるために予め得られた結論を、合理化し、理屈づける技術にすぎないということは、次第にはっきりさせられてきつつあるようである。」[122]。「法律社会学が、もし解釈法学のもっていたこのような弱点に、自らをうちこむだけでなく、そこに自己を発展させる契機を見出していくならば、それは解釈法学とは無縁な、独自な法学もしくは社会学の分枝としてではなく、解釈法学それ自身をもそのなかに取りこんだ、むしろ法学

120　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）153頁。
121　長谷川「マルクシズム法学の近況」（前注113）154-155頁。
122　戒能通孝「法律社会学における合法性と正当性」（1950年）藤田＝江守（編）↗

自体の体系として成立することができるようになるだろう。」[123]。

第二に、ところで、「日本社会の内部にある民主主義的な要請と、それを撃砕しようとするものの間に起る衝突について、いかにして前者のために有利な支柱を作るか」という問題を立てて、それを法律社会学の課題として捉える場合、それは「合法性」の課題ということになり、「正当性」の課題ではない。要するに「法律社会学はその点では、なおマルキシズム法学と同一物であるということはできない。というのは法律社会学における主題をなすものは、どこまでも合法性であって、正当性ではないからである。」[124]。

第三に、その意味で「法律社会学」は「市民的法学」であることを主張する。それゆえ、「法律社会学にこの種の性格があるかぎり、法律社会学は少くとも市民革命の成果をそのまま原理的に承認しなければならない。そして市民革命の原則として当然生み出されているものを、合法、非合法の基準として、完全に利用するのでなかったら、それ自身として全く無意味な概念遊戯にすぎなくなるであろう。」[125]。

第四に、「法律社会学」は「市民」社会の法学であると同時に市民「社会」の法学である。「なぜならば社会学は市民社会なしには成立することができないし、また成立することがなかったからである。」。そのような「法律社会学」の主要な問題の一つは「市民社会の法体系はいかにして生れたか、それを支えている力は理論的には何であり、実際的には何であるか。法律社会学はこの点では、その内容をいかに解釈するにせよ、社会契

↘『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）130頁以下、特に133頁。

123　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）133頁。

124　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）134頁。

125　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）137頁。この本文（「第三」）との緊密な連関のもと、戒能は、「法律社会学はそのかぎり市民法学の体系であり、決して権威法学の体系でも、マルキシズム法学の体系でもあることはできない。」とし、さらに「法律社会学」こそは「市民を代表する法律学」であると言っている。戒能・前掲論文同頁。

約説に基礎をおかねばならない。」[126]。すなわち、「社会契約」こそは「社会生活の中に法規範」として普遍的に成立するものであり、人民支配の根拠として「人民の同意もしくは承認によるのだ」という見解が「法律社会学の基礎」として「受入れられるのでなかったら、この種の学問は成立しない。」[127]。

第五に、「社会契約によって生み出されている現実の法体系は何者であるか。そこに市民社会において存在するはずの実定法の内容が、現行の法規との関連において浮びあがらざるを得ないのである。権威的解釈法学の成果にしても、それが市民社会の法体系のなかに理論的にとり入れられる限度において、法律社会学の要求する法体系の一部を構成する。その結果、民法総則、物権、債権の大部分の条文と、新しい親族、相続の原則や商法、手形法等の条文は、法律社会学の要求する法の体系にも多くの場合合致しているのである。」[128]。

第六に、「法律社会学の要求する法の体系と、権威的解釈法学の是認する法の体系で最も大きな喰いちがいを現出しているものは、憲法や労働法の部面である。けだし法律社会学は社会契約によって是認されないような立法を、技術的には違憲であると主張すべく準備しているが、解釈法学はその違憲性いかんを論ぜずに、まず解釈しようと待っているからである。」[129]。

第七に、「法律社会学の研究に従事しようとするそのことは、事実において日本国憲法を積極的に支持するという立場に立っていなければならない。

126　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）137頁。

127　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）137-138頁。

128　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）138頁。そのような「契約」に関する戒能の立論からすれば、近時の民法「改正」における定型約款（民法548条の２以下）の「契約」としての導入は不当であるとされよう。戒能「約款と契約——契約観念の未成熟と約款の制度理論」（1959年）同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）165頁以下。

129　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）138頁。

日本国憲法をやむを得ざる害悪として、「堪え難きに堪え、忍び難きを忍ぶ」つもりで受入れた人々は、世間に多いだけでなく、法学者にも決して少くない。しかし法律社会学の立場に立つものは、民主主義、少くとも日本国憲法に具体化された民主主義の勝利を信じ、それを擁護しようというだけの確信が必要である。」[130]。

第八に、「法律社会学は思想の自由を理解して、思想的自由は少数者独裁のためにあるのではなく、民衆の幸福に奉仕するための自由であることを認めるとともに、ファッシズムが民主的憲法の正面の敵であることは知っている。しかし同時にファッシズムに対する問題も、思想、表現の自由のなかで解決し、実力、警察力で解決すべきではないという考えを、それほど易々とすてることができない。それはマルキシズム法学にとっては何でもない問題であるにせよ、法律社会学にとっては最重要な基本的課題の一つである。」[131]。

第九に、「法律社会学の立場に立つ人が、自己の学的な自由を守ろうとするならば、自己の批判者の自由を守るべく心掛けていかねばならない」のであり、そのような自由へのスタンスはいわゆる「自己批判の自由」についても妥当する[132]。にもかかわらず、「市民的民主主義の発展形態」として「本質において階級のない社会を作ること」を目指す「マルキシズム自体」が、「たとえば川島教授の法社会学的な研究成果をつかまえて、ファッシズムの方向にむかう要素を潜在させているという風に批判する」ことによって、マルキシズムの「基本原則」は「どのように達成されるこ

130　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）139頁。

131　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）140-141頁。とはいえ、「ファッシズムが勝利を得た」場合には、法律社会学は、「反ファッシズム」における「最も戦闘的な要素」としての「マルキシズム的正当性」ないし「マルキシズム法学の立場のなかに移行せざるを得なくなるだろう。」とも記す。戒能・前掲論文141頁。

132　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）142頁。

とができるだろうか。」[133]。むしろ川島の「企図していることの全体は、明かに民主主義であって、ファッシスト的ではなかった。マルキシズム法学がその点を認めずに、民主主義法学の成果すら、拡充しようとするのでなく、敵視する立場に立つならば、マルキシズムの認める自己批判の限界が少しく狭すぎることを感じさせるものがなくもない。」[134]。

以上、法社会学論争で議論された内容、さらに本稿が当初から論点にしたわが国市民法学の展開とその到達点を踏まえ、法社会学論争の「教訓」というべき事柄を可能な限り具体的に検討すること。次号では、その課題に立ち入り、もって本稿の連載に一応のピリオドを打つことにする。

（未完）

133　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）143頁。

134　戒能「法律社会学における合法性と正当性」（前注122）143頁。ちなみに、1950年４月に出された杉之原舜一「法とは何か――行為規範と裁判規範」藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注９）117頁以下、特に129頁では、川島及び山中の立場を指して「ファシズムへの移行とともに、かかる社会民主主義的法律学の育成、これこそがいまやブルジョア階級の期待するところである。」と述べる。

論　　説

韓半島植民地支配の不法性（その２）

――安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討――

戸　塚　悦　朗

（56-１目次）
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
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
　２．2023年３月16日韓首脳は、何を合意したのか
　３．2023年３月16日の日韓首脳会談をどう評価するか
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？

（安重根義軍参謀中将裁判の判決について）

①安重根外三名に対する判決[1]

大日本帝国関東都督府地方法院（旅順）による判決（1910年２月14日）は、外交要報による。（資料）に判決抜粋を掲載する。

②主文は、「被告安重根を死刑に処す」[2]とした。

1　関東都督府地方法院判官真鍋十蔵「安重根外三名に対する判決」明治43年２月14日、外交要報第12号明治43年３月31日外務大臣官房、101-113頁。
https://www.jacar.archives.go.jp/aj/meta/listPhoto?LANG=default&BID=F2013090216110010414&ID=M2013090216110110424&REFCODE=B13080611200 2022年12月５日閲覧。判決の引用については、筆者の判断にしたがって、当用漢字及びひらがなを使用し、随時句読点を振ることにする。

2　前掲外交要報、101-102頁。

安重根義軍参謀中将は、この判決に対して控訴しなかった。ハルビンにおける伊藤博文公爵射殺の日（1909年10月26日）の５か月後である1910年３月26日に旅順監獄に於いて絞首刑による死刑が執行された。

③その認定事実はどのようなものだったか。

判決の理由中の判断[3]の安重根義軍参謀中将の行為に関する部分は以下の通りである。

「被告安重根は明治42年10月26日午前９時過ぎ露国東清鉄道ハルビン停車場内に於て枢密院議長公爵伊藤博文並に其随行員を殺害するの意思を以って之にめがけ其所有に係る拳銃を連射しその三弾は公爵に中りて之を死に致し、又随行員たるハルビン総領事川上俊彦宮内大臣秘書官森泰二郎南満州鉄道株式会社理事田中清次郎には各一弾命中し其の手足又は胸部に銃創を負はしめたるも三名に対しては被告の目的を遂げざりしものなり」

第３．安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討[4]

上記の通り、安重根は、伊藤博文をハルビン駅に於いて射殺した。安重根はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その理由を明らかにするために、歴史的事実の検討を試みてみよう。

3　前掲外交要報、102頁。

4　本論文は、筆者による以下のセミナーにおける報告の前半部分である。2023年３月26日戸塚悦朗報告「コリアンワールド歴史問題究明委員会への報告――安重根義軍参謀中将裁判の不法性についてー」、第１回コリア民族・国際大学「民族義士 安重根刑死113年の現代的意義」――1919年３・１独立運動と民族教育　世界的意義――日時2023年３月26日（日）集合13：00 開始13：30 終了16：00　場所たかつガーデン２階「ガーベラ」大阪市天王寺区東高津町７-11 06-6768-3911主催コリアンワールド文化知性塾　日本・朝鮮半島・アジア／戦前戦後歴史問題究明委員会。

１．事件に至る歴史的背景

１－１．大日本帝国による朝鮮支配政策の源流
（伊藤博文公爵を撃った動機と幸明天皇の殺害告発）

安重根義軍参謀中将は、検察官に対して提出した漢文の文章によって伊藤博文公爵（元長州藩士、前韓国統監）を撃った理由として罪悪十五個條（1909年11月６日）をあげている。その一つに、孝明天皇の殺害告発がある。その真偽は未解明であるが、疑惑を受けるのには理由がある。孝明天皇の崩御（1867年１月30日）は、長州藩には好都合だったにちがいなかったのである[5]。

長州藩は、欧米列強に対して単独でも武力によって攘夷を実行しようと、外国船を砲撃し、下関戦争（1863年、1864年）を起こした。だが、列強諸国の反撃を受けて敗北した。孝明天皇は、攘夷を求めてはいたが、外国との戦争は希望しなかったし、公武合体によって徳川幕府と協調する姿勢をとっていた。過激な長州藩士らが熱望した攘夷も討幕も壁にぶつかっていた。長州藩を嫌った孝明天皇と敵対することになって、長州藩は、激発し、ついに京都御所を武力攻撃するに至った[6]。長州藩士らの思想と行動を象徴するこの歴史（1864年）を想起することが重要である。この御所に対する武力攻撃は失敗し、長州藩は朝敵となった。だが、その後敵対していた薩摩藩との同盟を実現し、戊辰戦争（1868-1869年）を官軍として戦い、明治維新政府（1878年）の中枢を占めることに成功した。長州藩は、朝敵

5　倒幕に至るこの一連の政変の過程は、幕藩体制を武力で破壊しようとする薩摩藩・長州藩ら外様大名によるクーデターだったと評価すべきではないだろうか。それにもかかわらず、明治維新という言葉で歴史を美化することによって、真相を覆い隠したとする見方がある。そのような明治維新批判を力説する原田伊織『明治維新という過ち――日本を滅ぼした吉田松陰と長州テロリスト』講談社、2017年は、説得力に富んでいる。

6　禁門の変（蛤御門の変）は、1864年７月20日に起こった。田中彰「禁門の変」国史大辞典　https://japanknowledge.com/introduction/keyword.html?i=795　2023年１月10日閲覧。

から官軍への逆転を遂げた。「勝てば官軍」だが、この逆転は、もし孝明天皇の崩御がなければ、実現しなかった可能性があったのである。

日本の朝鮮支配の過程でも、日本軍による王宮への武力攻撃が後記のように繰り返し敢行されたことに注目すべきである。外国の王宮への武力攻撃は主権侵害の最たるものであり、戦争とみなすことができる。これを重ねることで、後述のように大韓帝国を植民地化して行った手法は、明治維新に際して武力で朝廷を手中におさめ、政権奪取に成功した長州藩士らによる暴力的な手法に酷似していると言えないだろうか。

薩摩藩・長州藩出身者らを中心とする新政権によって明治新政権を無批判に賛美する歴史認識が流布され、日本の近代史の一般的な認識が創り上げられてきたと言えよう。この点を批判的に検討する必要がある。幕末から明治維新にかけての長州藩士らによる組織的暴力による政権奪取の手法は、その後1945年まで継続した大日本帝国による軍国主義的な対外侵略政策、とりわけ大韓帝国の武力による植民地化、その後に続いた中国さらにはアジア太平洋地域に対する膨張主義的な武力侵略の過程にそのまま応用されたとみることができるのではないだろうか[7]。

１－２．朝鮮奪取への軍事行動のプロセス
（朝鮮の開国を要求する軍事行動に至る歴史）

日本による対朝鮮政策はどのような歴史の流れの中で立案されたのであろうか。多くの日本の研究を参照しつつ植民地支配の過程を解明した韓国近現代史の第一人者である李泰鎮名誉教授（ソウル大学）は、「近代日本長州藩閥の韓国侵略――法と倫理の失踪」という論文[8]で、「日本の韓国

7　このような構造的暴力による政権奪取によって達成された支配体制は、薩摩・長州閥が主導した明治政府の軍国主義政策の基盤となり、これが1945年８月まで続いたと言えよう。

8　李泰鎮「近代日本長州藩閥の韓国侵略――法と倫理の失踪」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↗

に対する侵略と支配は、近代以前からあった日本特有の対外侵略主義の線上に成立したのであり、帝国主義とは関係のないことである」としている。この研究成果から多くを学ぶことができるであろう。

李泰鎮名誉教授は、この論文中の「前近代的侵略主義「征韓論」の実体」を関ヶ原の合戦（1600年）から説き起こしている。毛利輝元は、関ヶ原の合戦の際には、徳川家康の東軍に敗北した西軍の総大将だったが、外様大名（長州藩）として徳川時代を生き延びた。しかし、豊臣秀吉の二度にわたる朝鮮出兵（1592-98年）に参加した毛利氏の怨念は、長州藩士らの記憶の底流に生き残り続けたと思われる[9]。

大韓帝国併合に至る過程で主役を担った明治政府の重鎮である伊藤博文公爵（初代韓国統監）、寺内正毅伯爵（第三代韓国統監）などは、長州藩の軍学者吉田松陰[10]の影響を強く受けていたことに注目する必要があろう。明治政権は、徳川幕府の平和外交政策を放棄し、欧米列強の帝国主義政策を無批判に模倣し、アジア諸国の植民地支配を軸とする暴力的外交へ転換

↘石書店2013年、28-58頁。

9　秀吉の朝鮮出兵は、李朝朝鮮に激甚な被害を与えて収束した。徳川家康は、秀吉とは逆に平和的な対外政策をとった。徳川時代を通じて、朝鮮通信使（仲尾宏『朝鮮通信使：江戸日本の誠信外交』岩波書店，2007年参照）受け入れに象徴されるように、隣国との友好関係が継続した。しかし、秀吉の朝鮮出兵を担った体験を記憶し続けた長州藩（毛利氏）などの外様勢力の対外的な暴力性は、徳川幕藩体制によって抑え込まれていたに過ぎなかったのである。前述のように薩摩藩士・長州藩士らは、クーデターによって権力を握り、幕藩体制を崩壊させ、明治新政権を樹立すると、秀吉時代を彷彿とさせるような軍事的な対外侵略の記憶と野望を想起したのではないのだろうか。

10　李泰鎮「近代日本長州藩閥の韓国侵略」。なお、吉田松陰については、吉野誠『東アジア史のなかの日本と朝鮮――古代から近代まで――』明石書店2004年、205-206頁参照。吉野によれば、吉田松陰は、「欧米との条約は守り、不平等条約のもと経済関係で失った分は、朝鮮や満州への領土拡張で取り戻そう」と唱えた。その獄中書簡には、「魯・墨講和一定す、決然として我より是を破り信を戎狄に失うべからず。但だ章程を厳にし信義を厚うし、其の間を以て国力を養ひ、取り易き朝鮮・満州・支那を切り随へ、交易にて魯国に失ふ所は土地にて鮮満にて償ふべし。」とあるという。

したのである。その延長としての帝国主義的な対外軍事侵略政策が大日本帝国の基本政策となった。朝鮮支配を経て中国侵略へと進んだ継続的な対外軍事行動には相似性があり、とどまるところを知らなかった。

（日清戦争直前の王宮攻撃）

戦史から消されていた歴史だったが、1884年に宣戦布告のない「日朝戦争」と呼ぶにふさわしい本格的な朝鮮王宮への武力攻撃が敢行されていた。日本政府によって偽造されていた歴史的事実が、日本の歴史学研究者によって発掘された[11]。1884年７月23日未明、大鳥公使は日本軍歩兵一個聯隊を派遣してソウルの朝鮮王宮（景福宮）を占領、李朝朝鮮王の高宗を虜にして圧力を加えた。日本に「内政改革」を強要された高宗は、24日に改革開始を宣言して大院君に政権を委譲し、閔氏政権に代わってかつての改革派に属していた金弘集に内閣を組織させた[12]。このように、日清戦争[13]に先立って、日本軍が李朝朝鮮王宮に対する本格的武力攻撃を敢行した隠された歴史があったことに注目する必要がある。

それに先立ち全州地方に起きた農民蜂起の鎮圧を理由に清国軍から出兵を「要請」するよう強要された李朝は、再三拒否していたが、最後には農民軍が動き出した場合に、ソウルまで200里以内には入らないことを条件に清国軍の限定的な出兵を認めた。諜報活動によってこの事実を事前察知した日本軍は、農民蜂起の鎮圧に清軍が出兵したことを口実として清より先に出兵した。ところが、8000名規模の日本軍は、蜂起がおきている全州方面に向かわなかったのである。日本軍は、仁川から上陸してソウルに向

11　中塚明『歴史の偽造をただす:戦史から消された日本軍の「朝鮮王宮占領」』高文研、2013年。

12　「日清戦争」『世界史の窓』https://www.y-history.net/appendix/wh1303-138.html　2023年１月14日閲覧。

13　清に対する宣戦布告は、1894年８月１日だった。1894年７月25日、日本海軍は黄海上の豊島沖で奇襲攻撃をかけて北洋艦隊の戦艦１隻を沈めた。

かい、朝鮮王宮を攻め、王宮を占領して王を虜にすることを目的とする軍事行動に出たのである。日本帝国軍は、激戦を余儀なくされ、決して簡単に王宮占拠に成功したのではなかった。この戦闘は、日本政府が偽装したような短時間の「偶発的」な軍事衝突とは言えないものであり、実質的な「日朝戦争」の開戦だったと言って間違いない。大鳥公使は、「閔族除去」を目的としていた（李朝の内政への干渉は、内政不干渉原則＝国際法の違反である）のであって、李泰鎮名誉教授は、明成皇后殺害（実際には後述のように１年後に実行された）はすでにこのときに計画されていたとしている[14]。日本政府は、王宮の軍事占領下に、高宗に対して「内政改革」と称して親日政権を樹立させ、攻守同盟条約の締結を強要して、清国軍の撤退を要求させようとしたのである。日清戦争の名分を得るためでもあった。

李泰鎮名誉教授は、前掲論文[15]でこの王宮攻撃事件について以下のように記述している。「この時、日本の大本営をはじめとする陸軍首脳部は1880年代に朝鮮半島に施設された電信線を掌握して、通信手段を確保して優位に立つ作戦計画をたてた。東学農民軍の蜂起が起きて清国がこの鎮圧を名目に朝鮮政府に清国に出兵要請をするよう強要して「同時出兵」の機会がくると、すぐに8000人余りの兵力（大島師団）を仁川を通じてソウルに侵入させた。日本陸軍参謀部は７月23日０時30分に一個大隊の兵力を景福宮に投じて王を宮中に監禁するようにして、景福宮のすぐ前にある電信総局を掌握した。日本軍は直ちに南に降りて行って７月25日に成歓と豊島の清国軍を攻撃して戦争を始めた。通信手段を掌握した日本軍は連戦連勝して戦争を７カ月で終わらせた」。

李泰鎮名誉教授は、さらに、「日本は日清戦争を起こした当日、すなわち７月25日付で朝鮮政府に対して「大朝鮮国大日本両国盟約」の締結を要

14　李泰鎮著＝鳥海豊訳『東大生に語った韓国史――植民地支配の合法性を問う』明石書店2006年、85-106頁。

15　前掲李泰鎮「近代日本長州藩閥の韓国侵略」。

求した。日本軍が清兵を撃退するのに両国が「攻守を相助する」という要旨の条約であり、その有効期間は清国との和解が成立する時までとされた。……日本は前述したように1894年７月23日夜明けに朝鮮半島に施設された電信線を掌握するために君主がいる景福宮に侵入したのち、その日の朝から内政改革を要求して二日後に戦争を起こした」としている[16]。

李朝朝鮮は、清国による冊封を受けていたので、日本が朝鮮への支配権を確立するためには、まず日清戦争を起こして清の影響力を排除する必要があった。しかし、日清戦争を起こすためには、李朝朝鮮に清に対して撤兵を求めるよう強要することから始める必要があった。王宮に対する武力攻撃という形で、この事実上の「日朝戦争」が日清戦争に先立って開始されていた歴史を改めて確認しておきたい。宣戦布告抜きで、事実上の戦争行為を敢行する大日本帝国軍の手法はその後も繰り返され、のちに1931年満州事変以降の宣戦布告ぬきの中国への全面的な軍事行動のモデルになったのではないだろうか[17]。

しかし、安重根義軍参謀中将があげた前記伊藤博文の罪悪十五個條には、大日本帝国軍による1884年７月23日の事実上の「日朝戦争」はあげられていなかった。

（明成皇后殺害事件と王宮攻撃）

安重根義軍参謀中将は、明成皇后殺害（1895年）のための王宮（景福宮）攻撃[18] を伊藤博文罪悪十五個條の第１に挙げている。この事件当時の

16　前掲李泰鎮「近代日本長州藩閥の韓国侵略」。

17　同様の軍事行動は、現在でも実行されている。2022年２月24日以来現在進行中のロシア軍によるウクライナに対する特別軍事行動も宣戦布告なしの軍事侵攻であって、事実上の戦争である。

18　ウェブサイト『世界史の窓』は、この事件について、「朝鮮王朝は、日清戦争の結果の下関条約で清の宗主権が否定され、正式に独立を確定させた。続いてロシアを中心とした三国干渉で日本が遼東半島を清に返還すると、朝鮮の政府内部にロシアと結んで日本の勢力を排除しようとする親露派が形成された。↗

大日本帝国の首相は、伊藤博文だった。三浦梧楼公使がこの攻撃を指揮したことはよく知られている。彼は、職業軍人（陸軍中将）出身の外交官だったが、それでも独断でこのような大事件を起こすとは考えにくい。大日本帝国政府が派遣した公使とこれと共謀した軍の行為については、時の政府の首相であった伊藤博文首相が責任を負うべきことは当然である。当時の伊藤博文政権がこの事件にどのように具体的に関与したのかについては、今後の研究の深化を期待したい。

李泰鎮名誉教授は、「1895年10月８日の明成皇后殺害は韓国近代史で最も衝撃的な事件であった。…現場の総指揮は朝鮮駐在公使として新しく赴任した三浦梧楼だと知られているが、彼がなぜ誰の指示を受けて実行したことなのかについては、最近まではっきりとわからなかった。…著者は今まで活用されなかった日本軍部の関連資料を活用して、当時大本営の現役総帥の参謀次長が陸軍監軍山県有朋などと共に主管した事件だったことを突き止めた。」と書いている[19]。

日本が強要した「内政改革」によって、高宗は、親日政府への影響力を制限されたばかりでなく、日本軍の監視下におかれ、明成皇后同様に殺害される恐怖を感じていたことは想像に難くない。1896年２月義兵闘争への対応で景福宮の日本軍による警備が手薄になったすきをねらって、高宗はひそかに王宮を脱出し、ロシア公使館に移ることに成功した。この事件は、「露館播遷」として知られている。高宗は、以後１年間ロシア公使館内にとどまって、日本に対する劣勢を挽回するための努力を重ねた。

↘その中心が閔妃（明成皇后、びんひ、ミンビ）であった。その動きを危ぶむ日本の公使三浦梧楼は、1895年10月８日、自ら公使館員等を王宮に侵入させ、閔妃らを殺害し、死体を焼き払った。」と要約している。「閔妃暗殺事件」『世界史の窓』から。https://www.y-history.net/appendix/wh1403-037_1.html　2023年１月17日閲覧。角田房子『閔妃暗殺――朝鮮王朝末期の国母』新潮社、1993年。

19　前掲李泰鎮「近代日本長州藩閥の韓国侵略」。ここで「著者」とされているのは、金文子（『朝鮮王妃殺害と日本人』高文研、2009年の著者）のことである。

1897年２月高宗は、ロシア公使館から慶雲宮（現在の徳寿宮）に帰還し、大韓帝国へ国の体制を変えた。清や日本の影響力が減少した状況で、大韓帝国は近代化事業を自力で推進した。李泰鎮名誉教授は、「大韓帝国が滅びたのは、近代化の能力がなかったからではなく、むしろ自力近代化の可能性が高かったために、日本の露骨な妨害、すなわち侵略を受けるようになった」と、「近代化機会被奪論」を唱えている[20]。

（「韓国戦争」と「日露戦争」）

和田春樹名誉教授は、「日露戦争と韓国併合――ロシアという要因から考える」という論文[21]で、日露戦争と並行して「朝鮮戦争」が存在したと述べている。大韓帝国に対する侵略を「朝鮮戦争」（筆者は「韓国戦争」と呼ぶ）とする見方の存在に注目することは、日韓関係を検討するうえで極めて重要である。そこで、同論文を詳しく引用することにしたい。和田名誉教授によれば、「一九〇〇年に義和団の反乱に対して列国が天津、北京方面に連合国軍を送り込んだとき、ロシアは満州での鉄道建設破壊に対処するとして、軍隊を満州に送り込んだ。一九〇〇年九月には、満州全土がロシア軍十七万三〇〇〇人の制圧下に入ったのである」。

それでは、大日本帝国や大韓帝国はロシアの軍事的侵略の脅威にさらされていたのだろうか。

そうではなかったことが同論文で明らかにされている。ロシアが満州から撤退するかどうかは、清＝ロシア間の外交交渉の主題だった。日清戦争ののち、清の影響力から離れ、大韓帝国は、独立国として中立政策をとろ

20　前掲李泰鎮『東大生に語った韓国史』、107-158頁。

21　和田春樹「日露戦争と韓国併合――ロシアという要因から考える」前掲笹川ほか『国際共同研究韓国強制併合一〇〇年』81-101頁。なお、この論文の基礎になる研究としては、和田春樹『日露戦争：起源と開戦（上）』岩波書店2009年12月及び同『日露戦争：起源と開戦（下）』岩波書店2010年２月がある。同書（上）は、日清戦争の経緯についても、詳しい記述をしている。

うとしていた[22]。ロシアは、朝鮮を占領することは考えず、大韓帝国の中立化政策を支持した。もし、中立の大韓帝国が実現すれば、緩衝地帯となり、日本へのロシアの脅威は大きく減ることになるはずだった。ヨーロッパにおけるスイスの永世中立政策や、のちのスウェーデンの中立政策などから考えても、合理的な外交政策だったと言えよう。

すでに哲学者は平和構想[23]を明らかにしていたし、領土獲得競争を当然のこととしてきた帝国主義戦争を抑制し、20世紀の国際社会が世界平和を実現できるかどうかは、大きな国際的な課題だった。この課題については、ロシア皇帝の呼びかけで19世紀末、1899年５月18日から７月29日に26か国が参加して開催された国際会議（ハーグ平和会議）[24]で論議された。高宗が大韓帝国の成立を宣言した直後に開催された第１回ハーグ平和会議では、戦争を一般的に禁止する決定はできなかったし、国際連盟（1919年設立）や国際連合（1945年設立）のような常設の一般的国際機関の設立には至らなかった。しかし、戦時国際法を成文化し、国際紛争の平和的解決のルー

22　前掲李泰鎮『東大生に語った韓国史』、90-91頁は、「朝鮮は永世中立国になるのが生きる道だと考えていた人が多かったのです。君主からしてそうでした」と述べている。

23　イマヌエル・カント（1724年～1804年）の『永遠平和のために』は、1795年に出版された。この時代の平和運動については、戸塚悦朗『歴史認識と日韓「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、101-102頁で述べた。

24　第１回ハーグ平和会議については、以下を参照。“Final Act Of the International Peace Conference. The Hague, 29 July 1899.” The First Hague Peace Conference of 1899 was convened on the initiative of the Czar of Russia, Nicholas II, “with the object of seeking the most effective means of ensuring to all peoples the benefits of a real and lasting peace, and, above all, of limiting the progressive development of existing armaments”（Russian note of 30 December 1898/11 January 1899). The Conference, at which 26 governments were represented, assembled on 18 May 1899 and adjourned on 29 July 1899.
https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-finact-1899?activeTab=historical　2023年３月14日閲覧。

ルを制度化する重要な条約を採択することに成功し、継続して第二回ハーグ平和会議を1906年（実際には1907年に開催された）に開催することを決めるなど大きな成果を上げた。その結果、ハーグに平和宮殿（現国際司法裁判所の建物）が建設されることになった。19世紀末にはそのような画期的な国際的平和会議が開催され、世界には新しい時代が到来していた。

だから、大韓帝国皇帝となった高宗や韓国の人々が20世紀には国際法が世界平和を保障する時代になる可能性があることに期待をかけ、中立政策をとることで平和に生存しようと希望したとしても、決して無理はなかった。そのような新時代だったことを想起する必要がある。

前掲和田論文によれば、「このとき韓国皇帝高宗は韓国は中立国たることをのぞむという路線を始めて正式に打ち出し、日本政府にその承認を求めた。千九百年八月趙秉式（チョビョンシック）が公使として日本に派遣された。これに対してロシアの駐日公使イズヴォリスキーは強く支持し、彼の説得でロシア外相ラムスドルフも皇帝もこの案を支持することになった。…千九百一年一月イズヴォリスキーが正式に日本政府に申し入れをおこなうと、加藤外相は小村駐清公使の意見も聞いて、断固この提案を拒絶した。…このときから日露対立が決定的になったとみることができる」。

もし、大日本帝国が吉田松陰以来の朝鮮支配の野望を捨て、大韓帝国の中立を支持する政策に転換したなら、その後の世界はどうなったであろうか。日本とロシアとの間の緊張は劇的に緩和し、東アジア地域の平和と安定を実現することができた可能性があろう。列強諸国も大韓帝国の人々も中立政策を支持していたし[25]、日本にも日露戦争に反対する人々も居たの

25　列強諸国は、大韓帝国の中立政策を支持していた。李泰鎮名誉教授は、「(1904年）一月二一日、局外中立が実際に宣言される…局外中立宣言に対して英国とドイツが一月二二日、フランスが二五日、イタリアが二九日にそれぞれ承諾の回答を送ってきた。」としている。李泰鎮「一九〇四〜一九一〇年、韓国国権侵奪条約の手続き上の不法性」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、122↗

である[26]。大日本帝国の指導者たちが、世界の平和運動の流れに注目し、国内の反戦の声に耳を傾け、大韓帝国の立場に共感し、それらを誠心誠意尊重し、新たな平和外交に舵を切ったならば、日露戦争は防止できたはずである。20世紀初頭のこのときに、そのような転換に成功したなら、日本は、その後満州事変、日中戦争、そしてアジア太平洋戦争へと向かう暴力的且つ破滅的な対外政策にのめりこむことを避けられた可能性は充分あった。今後の研究課題として重要なポイントではなかろうか。

ところが、日本の指導者たちは、吉田松陰の教えを墨守し、あくまでも大韓帝国を武力で支配しようとする攻撃的な政策を放棄しなかった。伊藤博文は、その主要指導者の一人だった。彼らは、大韓帝国の領土を取ることを至上命令としていたために、中立を求める大韓帝国内の勢力も、これを支持するロシアをも韓国支配の邪魔と切り捨てて、双方をともに排除しようとするための武力行使を進めたのである。

前掲和田論文は、日露戦争開戦直前の状況について以下のように述べている。「ここから日露交渉がはじまるが、この交渉における基本的な対立点は、日本が韓国において「優勢ナル利益」をもつことの承認、保護国化することの承認をもとめたのに対して、ロシア側は日本が朝鮮に対する無制限の支配権をもつことを承認しないとしたところにある。それが、「韓国領土ノ一部タリトモ軍略上ノ目的ニ使用セザルコト」というロシア側の条項に表現されていた。日本側はついにこの条項をうけいれることなく、ロシア側はこの条項を引き下げることはなかった。ロシアは、自ら朝鮮に対する支配権を主張したのではない。日本による朝鮮の保護国化を条約によって承認することはできないとしたのである。…千九百四年二月六日、

↘頁。大韓帝国の人々が中立を支持していたことについては、前掲李泰鎮『東大生に語った韓国史』、90-91頁。

26　ドロン・B・コヘン「反戦の声――内村鑑三と与謝野晶子――」『一神教学際研究２』78-92, 2006年。http://www.cismor.jp/uploads-images/sites/２/2014/02/01125fe650a６d332d732ce07b82d2972.pdf　2023年１月25日閲覧。

日本はロシア政府に対して、交渉の断絶、国交の断絶を通告し、独立の行動を取る権利を保留すると宣言した」とする[27]。

それでは、「朝鮮戦争」（筆者は「韓国戦争」と呼ぶ）とはどのような戦争だったのか、前掲和田論文を見てみよう。

「日露戦争といわれる戦争は千九百四年二月六日の日本海軍による鎮海湾と馬山市電信局占領によってはじまった。ついで日本軍は二月八日夕刻より仁川に上陸し、翌朝よりソウルに進駐した。以上は戦時中立を宣言した大韓帝国に対する公然たる侵略行為であり、朝鮮戦争の開始だとみることができる。日本軍の上陸の途中、二月八日の深夜、日本海軍は旅順のロシア艦隊を攻撃し、日露戦争も開始された。しかし、その作戦は大韓帝国皇帝に抵抗は無駄だと思わせる効果を持った。この状況の中で、ロシア皇帝は二月九日、対日宣戦の詔書を発した。これに対して、日本天皇も、二月一〇日夕刻、宣戦の詔勅を発した。」[28]

日露戦争に先立って、戦時中立を宣言した大韓帝国に対する大日本帝国による侵略である「朝鮮戦争」（筆者は「韓国戦争」と呼ぶ）が開始され[29]、その後大日本帝国による韓国[30]に対する国際法違反の軍事行動（韓

27　前掲和田春樹「日露戦争と韓国併合」。

28　前掲和田春樹「日露戦争と韓国併合」。

29　中立宣言をした国に対する軍事行動は、慣習国際法の違反である。第二回ハーグ平和会議で調印された「陸戦の場合に於ける中立国及び中立人の権利義務に関するハーグ条約」第１条によれば、「中立国の領土は不可侵とす」とされている。立作太郎『戰時國際法』有斐閣書房1913年、434頁は、「中立国の領域は交戦区域以外に立ち交戦国は自衛のための緊急の必要あるに非ざれば中立国の領域を侵すことを得ざるを以て…」と述べている。中立についての国際条約が制定されたのは、1907年第二回ハーグ平和会議であった。しかし、これは、それまで実行されていた中立に関する慣習国際法の成文化と見ることができる。それ以前にもスイスの中立などの国際実行が存在していた。大韓帝国がこの当時大日本帝国による不法な中立法規違反に対して軍事的に阻止する実力を持たなかったことは、歴史的な事実ではあった。だが、そのことによって大日本帝国による中立法規違反の違法な侵略が正当化されることはない。

30　韓国は、憲法上は1919年３月１日独立宣言以降は、「大韓民国」となったと↗

国では、不法な「強制的占領」とされている）は、1945年８月15日まで継続したのである。

和田名誉教授は、続けて次のようにロシア政府の見方について述べている。「ロシア政府はのち二月二二日に各国政府に通牒を送り、日本が韓国になした数々の「暴力行為acts of violence」に注意を喚起した。韓国の独立は各国の承認してきたところであり、韓国皇帝は一月に中立宣言を発している。しかし、日本軍は「すべてを無視し、国際法のルールに反して」、ロシアとの敵対行為開始以前に、中立宣言を発している韓国に上陸し、ロシアとの宣戦布告以前に、仁川港でロシア軍艦を攻撃し、その他の港でロシア商船を拿捕した。日本公使は、韓国皇帝に対して、韓国はこののち日本の行政のもとに置かれると宣言した。

ソウルを占領する日本軍がますます多くなる中で、日本は二月二三日、大韓帝国政府に日本の保護の下に入ると約束する日韓議定書に調印させた。第一の降伏文書であると言っていい。日本軍の占領は平壌に拡大し、三月には占領軍は韓国駐箚軍という名称を与えられた。その規模は二個師団である。

日露戦争は本格的に千九百四年五月から満州ではじまった。この戦争は一年以上にわたって続き、翌年五月日本海海戦における日本の完勝にいたり、八月のポーツマス講和条約で終わった。しかし、日露戦争がおわっても、日本軍の韓国軍事占領にはいささかの変化もなかった。日露戦争は朝鮮戦争にもどったということができる」[31]。

こうして、大日本帝国による「朝鮮戦争」（筆者は、「韓国戦争」と呼ぶ）は、その後も継続した。この戦争のさ中に起きたのが、以下に詳述する1905年11月17日付「保護条約」（外務省出版の条約集によると「日韓協約」とされている）の強制締結を迫るための伊藤博文公爵による王宮の軍

↘される。

31　前掲和田春樹「日露戦争と韓国併合」。

事占拠だった。

（1905年11月17日伊藤博文公爵による王宮軍事占拠）

安重根義軍参謀中将は、1905年11月17日付「日韓協約」（いわゆる保護条約）強制のための王宮慶雲宮（現在の徳寿宮）占拠を伊藤博文罪悪十五個條の第２に挙げている。その事件について、安重根義軍参謀中将は、裁判の最終陳述で次のように述べていることに注目すべきである[32]。

> 尚ほ最前弁護士検察官あたりの論告弁論の大要を聞きますと、何れも伊藤公爵の施政方針は完全無欠である、それに対し誤解を懐ひて居るといふ事を云われましたが、これは甚だ当を得て居ない。決して伊藤公の施政方針が完備しては居りません。であるから、全く誤解といふ事はありません。私は伊藤公の施政方針は充分知り抜いて居るものであります。伊藤公が韓国に駐在して対韓政策については詳細には申されませんが、その大要を述べたいと思ひます。
>
> 千八百九十五年[33] の五ヶ条の条約を締結せられた。それは保護条約でありますが、韓皇帝を始め韓国の臣民が保護を受ける希望がなかったにも拘らず、韓国の希望に依って締結したものであると云ふ事を伊藤公が評判せられました。それは一進会を使嗾して金銭を与へて運動せしめて、皇帝の玉璽もなし、総理大臣の承諾もなし、只権勢を以て瞞着して、伊藤公が五ヶ条の条約を締結したのである。決して韓国の希望でやったのでないと云ふことが全然判るのであります。

１－３．日露講和会議録に残る日露の合意

32　満洲日日新聞社編輯『安重根事件公判速記録』満洲日日新聞社、172頁。
33　保護条約と言っているので、この年号は千九百五年の誤りである。

大日本帝国軍は、日露戦争後も前記「朝鮮戦争」（筆者は「韓国戦争」と呼ぶ）を継続し、大韓帝国領である韓半島を強制的に軍事占領下に置いていた。だから、大韓帝国を保護国化する方法としては、そのまま武力による実効支配を確立し、保護国化を一方的に宣言する手法をとることもあり得たであろう。現に、閣議決定（1905年10月27日）では、保護条約の締結ができない場合は、一方的に保護国化を宣言するという二段構えの決定をしていた[34]。しかし、実際には、高宗皇帝が条約案に同意しなかったにもかかわらず、伊藤博文公爵は、あたかも大韓帝国の合意のもとに韓国を日本の保護国とする条約が締結されたかのような偽装を強引に創り上げることにこだわった。

それはなぜなのか？という問題がある。

一つのカギは、日露講和条約（1905年９月５日署名）の交渉議事録に残る日露の合意が存在したことである。この日露合意があったために、大韓帝国の保護国化への合意を確保した形を創る必要性があったのではないか[35]。

日露講和条約は、その第２条１項で、「露西亞帝國政府ハ日本國カ韓國ニ於テ政事上、軍事上及經濟上ノ卓絶ナル利益ヲ有スルコトヲ承認シ日本帝國政府カ韓國ニ於テ必要ト認ムル指導、保護及監理ノ措置ヲ執ルニ方リ之ヲ阻礙シ又ハ之ニ干涉セサルコトヲ約ス」と定めた[36]。日露戦争の結果、ついにロシアは大日本帝国が韓国を保護国化することを承認したのである。

しかし、交渉の中で、ロシア全権は、これに関連して大日本帝国が執る措置によって韓国の主権を侵害しないことを条文で明記することを要求し

34　「韓国保護権確立実行に関する閣議決定」前掲『歴史認識』、135-137頁。

35　中塚明名誉教授講演録「韓国併合」100年市民ネットワーク編『今、「韓国併合」を問う～強制と暴力・植民地支配の原点～』アジェンダ・プロジェクト 2010年、32-44頁。

36　日露講和条約　国立公文書館HP　https://www.digital.archives.go.jp/img.pdf/1678004　2023年２月２日閲覧。

た。これに対して、日本全権は、講和条約の条文に明記することには同意しなかったが、議事録で以下の声明を残すことによって妥協をはかった。

> 「日本國全權委員ハ日本國カ将來韓國ニ於テ執ルコトヲ必要ト認ムル措置ニシテ同國ノ主權ヲ侵害スヘキモノハ韓國政府ト合意ノ上之ヲ執ルヘキコトヲ茲ニ聲明ス」[37]。

この議事録上の声明があることから、大日本帝国としては、大韓帝国が保護国化について条約によって合意したという外形を創り、それを対外的に示す必要があったとみる見方には説得力がある。

１－４．大韓帝国保護国化への政府方針

大日本帝国政府の対韓政策は、一貫していた。既定方針通り、「韓国保護権確立の件」[38] と題する閣議決定が「韓国戦争」及び「日露戦争」の開戦後間もない、1905年４月８日に採択されている。基本政策として、全くゆるぎなく、着々と韓国を保護国とする政策が確立されてきたのである。「韓国戦争」も「日露戦争」もそのために開始され、それらの戦争が並行して継続していた。大日本帝国は、大韓帝国に対するこれらの戦争のさなかに、保護権確立政策を閣議決定していたことに注目する必要がある。

保護権確立の実行をどうするかの問題がある。韓国保護権確立実行に関する閣議決定（1905年10月27日）は、「日露戦争」終結後、「韓国戦争」が継続しているさなかで決定された。この当時、国際法学会は、実行に関する方法の研究を進めていた。国際法雑誌は、保護国化についての比較法的

37　日露講和会議録　講和会議録第二号　明治三十八年八月十二日の会議　13頁。アジア歴史資料センターHP　https://www.jacar.archives.go.jp/das/image/B06150093600　2023年２月２日閲覧。

38　「韓国保護権確立の件」前掲『歴史認識』、131-132頁。

な研究成果をタイムリーに公表していた[39]。フランスが条約によって保護国化した複数の事例を検討していた。

これらの事例から学んだとおもわれるが、前記閣議決定（1905年10月27日）は、韓国を保護国とする方法として、第１案としては、具体的詳細な条文まで定めたうえで、条約によるべきことを決定している。しかし、条約の締結ができない場合は、第２案として一方的に保護国化を宣言する方法をも定めていた。この閣議決定からも、条約によって大韓帝国の合意を確保したとの外見を演出する必要性に力点がおかれていたことがわかる。

しかも、この保護権確立実行の方法を定めた10月27日の閣議決定は、「長谷川司令官へ對シ林公使ニ必要ノ援助ヲ與ヘ以テ本件ノ滿足ナル成功ヲ期スヘキ旨ノ命令ヲ發セラルルコト」（第６項）及び「京城駐屯ノ目的ヲ以テ輸送中ノ帝國軍隊ヲ可成本件着手以前ニ悉皆入京セシムルコト」（第７項）と定めていた。このように条約締結のために軍事力を行使することをあらかじめ計画していたことを記憶にとどめておく必要がある。後述の保護条約強制の段階で、伊藤博文公爵が軍事的圧力を使ってどのように韓国皇帝及びその閣僚個人を脅迫する行動に出るかを想像できる決定である。

２．伊藤博文公爵は1905年11月17日に大韓帝国に対して何をしたのか？

伊藤博文公爵が指揮した1905年11月17日付「日韓協約」の強制締結について、筆者は、以下のように報告している[40]。

（安重根による「伊藤博文罪悪十五個條」）

1909年10月26日伊藤博文を射殺した直後に逮捕された安重根は、日本人である溝渕検察官から、なぜ伊藤博文を撃ったのかと尋問を受けた。その

39　前掲『歴史認識』、93-138頁。
40　前掲『歴史認識』、213-218頁。

際、回答として、安重根が旅順監獄で書いた漢文が「伊藤博文罪悪十五個條」[41] であった。1909年11月、旅順獄中で、大韓帝国人安重根義軍参謀中将が執筆した。ここには、日本による韓国の植民地化の暴力的プロセスを象徴する重要事件が端的に記述されている。これを総合的にみれば、伊藤の東洋平和の思想は、恒常的且組織的な暴力を根幹としていたことがはっきりとわかる。

筆者は、その第２にあげられている理由に注目したい。韓国の植民地化の過程で、日本による恒常的且組織的な暴力を象徴する事件だからだ。安重根は、「二、一千九百〇五年以兵力突入于帝国皇宮威脅皇帝陛下勒定五條約事」と書いている。韓国史を少しでも学んだ研究者にはすぐわかるが、これは、いわゆる1905年「韓国保護条約」が強制・捏造されたことを告発している。

伊藤が何をしたのかは、「以兵力突入于帝国皇宮威脅皇帝陛下勒定五條約事」という漢文からもわかるであろう。この条約の強制締結は、伊藤が日本軍を率いて実行したが、その事実には大きな争いはない。

注目すべきことは、安重根は、その第14の理由で、伊藤博文は、このような罪を犯したのに、天皇を欺いてきたと主張し、検察官に天皇に真相を

---

41 「伊藤博文罪悪十五個條」は、2012年３月25日龍谷大学社研安重根東洋平和研究センター主催のシンポジウムにおいて筆者が撮影した韓国ソウル所在安重根義士紀念館前に展示されている石碑の写真（同シンポジウム講演録の筆者の講演に【写真３】として掲載されている）により紹介した。筆者の質問に答えた、韓国安重根義士紀念館事務局長李恵筠氏のメール（2018年９月17日）による情報（同紀念館学芸士の意見）によれば、安重根義士は逮捕後少なくとも４回にわたって伊藤博文の15の罪悪を供述した。最初の供述は1909年10月30日溝淵検事の１回審問時であり、二番目は、1909年11月６日溝淵検事に書面提出（〈安応七の所懐〉と共に提出、外務省所蔵、紀念館庭の石碑に刻まれている）したもの。三つ目は、1910年２月９日、第３回公判の時、真鍋鋳造判事に供述したもの（〈公判速記録〉に掲載）である。四つ目は　自叙伝〈安応七歴史〉に掲載されたもの。四つのバージョンの内容が少しずつ違うのは、安重根義士がこの内容を話すとき、順序を覚えて述べたのではなく、その時の感情によって順序が少しずつ違っていただけだと思われる。

伝えてほしいと要請していたことである。伊藤は、真相を知っていたのに、それを天皇に報告しなかったのだから、当然の要請だったが、安重根の（忠臣としての）この要請も天皇に伝えられていなかったであろう。筆者は、この事例をめぐる真相を究明することが、伊藤が「余の政策」という対韓政策の根本的な問題を浮き彫りにするうえで決定的に重要だと考える。1905年11月17日の韓国保護条約捏造事件こそが、韓国植民地化の入り口になった。それればかりか、伊藤博文公爵と安重根義軍参謀中将のヴィジョンの違いを解明するうえで最もわかり易い研究の端緒となるからである。「二、一千九百〇五年以兵力突入于帝国皇宮威脅皇帝陛下勒定五條約事」で安重根が言おうとしていたのはどのようなことだったのだろうか？1905年11月17日に、具体的には何が起こったのか？筆者の認識[42]は、以下のとおりである。

（1905年11月17日「保護条約」強制締結）

どのような歴史的経過で「保護条約」[43]が締結されたと（少なくとも日

42　筆者の認識は、ロンドン大学で客員研究員として研究していた当時（1992年秋）の研究成果であって、いくつかの機会に明らかにしたが、学術書に発表したのは、下記の2006年の論文である。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。2023年本論文執筆当時もこの基本認識を変更する必要性を感じるような新たな事情は知りえていない。そこで、当時の研究成果を、そのまま援用する。

43　1905年11月17日「保護条約」という一般的に普及している名称の条約原本は、日本にも韓国にも存在しない。それればかりか、1905年11月17日「日韓協約」という名称の条約が存在したという日本外務省による条約集も学術書もあるにもかかわらず、その条約原本もどこにも存在しないことが、近時明らかになってきている。仮に、条約が存在したとしても、1993年国連ＩＬＣ報告書は、日本軍が、韓国の高宗皇帝とその閣僚個人を脅迫して署名を強制したので、絶対的無効であったとしている。また、韓国の白教授および国会は、高宗皇帝による批准がないことから効力を発生していないとし、日本側の合法・有効説を批判している。

本においては）言われるようになったのだろうか。この条約は、（日本側では）、文書上は、1905年11月17日付で大韓帝国外部大臣・朴斉純と大日本帝国特命全権公使・林権助がそれぞれ署名したとされている。

　ところが、具体的な署名に至る経過はどうかと、歴史書を検討して見て驚いた[44]。1905年「保護条約」は、前記の通り、軍を伴う大日本帝国政府代表らが、大韓帝国側の韓皇はもとより、参政大臣（首相）、外部大臣ほか内閣を構成する大臣ら国家を代表する人々個々人を直接「強制」することによって署名させたものだったと言われている。このことは、ほぼ一様にどの歴史書にも書いてあったのだ。言わば「周知の事実」だったが、筆者は、このような重大な事実を、全く知らなかった。人権擁護を使命とする日本の法律家として極めて恥ずかしいことだった。無知だったことを反省している。

　代表的な歴史書の記載例をあげてみよう。ハーバード大学朝鮮研究所のためにイルチョカク出版社（ソウル）より1990年出版・ハーバード大学販売、C. J. エッカートほか著の英語の歴史書がある（Eckert, C. J.; Lee, K.,; Lew, Y. I.; Robinson, M.; Wagner, E. W.: *KOREA OLD AND NEW A HISTORY*; published for the Korean Institute, Harvard University: by Ilchokak, Publishers: distributed by Harvard University Press, 1990. p. 239.）。問題の部分のみ和訳してみよう。

「保護条約締結のために、日本は政界の元老伊藤博文を送った。伊藤は、日本軍を従え宮中に入り、高宗（皇帝）とその大臣を強制して、日本側の条約案の承認を迫った。しかし、韓国側が拒絶するや、これに最も強く反対する首相（参政大臣）ハン・キュウソルは日本憲兵によって会議場から引きずり出された。その後、日本兵は外務（外部）省に行き、公印を持ち出し、1905年11月17日日本人の手により条約文に押捺がなされた。」と同

44　以下は、1992年秋当時ロンドン大学SOASの図書館を活用して研究した結果であるが、現在もその認識を改める必要はないと考えている。

書は記述している。

李基白著『韓国史新論』（宮原兎一＝中川清訳、清水弘文堂書房1971年、382頁）にも同様の記載がある。同原書の記載が、ハーバード大学朝鮮研究所の前掲書にも採用されたのだろう。これは、これらの研究書の独自の見解ではない。ほかに同様の記述をするものが多い。朝鮮総督府が出版したもの（市川正明編『日韓外交史料（８）保護及併合』原書房1980年、36〜39頁[45]）を除くと、ほとんどが同様の記述をしているのではなかろうか。筆者が入手したものをあげてみよう。

“*HISTORY OF THE KOREAN PEOPLE KOREA TRADITION & TRANSFORMATION*”（Nahm, A. C., Fourth printing, 1991, Hollym, pp. 209-210.）はソウル（金浦）空港でも販売されていた。『日本帝国主義の朝鮮支配　上』（朴慶植著、青木書店1973年、20〜21頁）、『朝鮮民族解放闘争史』（李羅英著・朝鮮問題研究所訳、新日本出版社1960年、199頁）、『韓国通史』（韓㳓欣著・平木実訳、学生社1976年、522頁）などがロンドン大学の図書館（SOAS，東洋アフリカ研究学院）でも入手可能である。

そのほかにも研究努力次第で、相当資料は入手できるだろう。①当時の大韓帝国内の報道がある（その一部は、前掲朴が引用している）。②英国人ベッセル記者の報告（前掲史料39頁）など海外の報道も重要な資料になるだろう。ベッセル記者は真相を的確に報道したからだろうが、日本政府に嫌われ抜いて、迫害された（前掲史料参照）。③総督府など日本政府関係の資料がある。その多くは極秘扱いされたり、焼却されたりしたであろう。一部は入手可能である（前掲史料。前掲朴が（注）にあげる「秘話」など）。なお、秘密資料については、政府に全面公開するよう強く要請したい。

45　なおこの史料は、朝鮮総督府の極秘資料だが、戦後、印刷公表されたものである。日本側の目からみた詳細な間接事実を知るのによいが、もちろん生の強制行為には触れていない。

日本政府が秘匿しているはずの秘密文書その他を総合的に研究すれば、具体的かつ詳細な真相が判明するだろう。だから、日本政府、歴史学者は、なお一層の真相究明をする必要があろう。前掲の歴史書が「偽り・誤りである」という積極的証拠が提出されない限り、これらの記載が「周知の事実」であって、これに対する有効な反論がないのであるから、これらを真実として法的判断を加える以外方法がないだろう。日本人である筆者としては、自らの恥部を暴かれるような気がして、内心じくじたるものがある。しかし、それが真実なら、万やむを得ず、受け容れるしかない。過去の国際法違反にもとづく原状回復・賠償義務のなかには、補償・謝罪などとともに、真相の究明、事実・法的責任の承認が含まれていることを忘れてはならない。

最近になって知ったのであるが、李泰鎮名誉教授の研究[46]は、筆者の認識が正しかったことを裏付けている。上記したのは韓国側研究者の研究だが、日本側研究者による研究がそれを裏付けていることを忘れてはならない。海野福寿教授による研究[47]は、どのように脅迫と強制がなされたか、高宗皇帝及び大韓帝国閣僚個人についての基本的な事実関係についてかなり詳しい報告をしている。荒井信一教授の研究[48]は、日本軍の司令官として軍事的な脅迫を指揮した長谷川好道大将自身の自慢話、大韓帝国閣僚ら個人を伊藤博文公爵が直接脅迫した現場である重明殿のすぐ裏手にあった米国公使館側からの目撃情報に関する情報を報告していて、脅迫の実態を裏付けている。

なお、「韓国戦争」下にあって、大日本帝国が大韓帝国に締結を強いた

46　前掲李泰鎮『東大生に語った韓国史』。Yi, Taejin, 2007. *The Dynamics of Confucianism and Modernization in Korean History*, Cornell University.

47　海野福寿「1905年「第２次日韓協約」」駿台法学第91号、1994年３月３日、１-34頁。

48　荒井信一「韓国「保護国」化課程における軍事と外交」笹川ほか『国際共同研究・韓国併合と現代』、231-256頁。

国際文書としては、1905年11月17日付日韓協約（いわゆる「保護条約」、韓国では「乙巳五条約）」）の前には、これに至る二文書があり、その後1910年８月22日韓国併合条約の前に一文書がある[49]。これら五つの文書の合法性については、白忠鉉教授は、「これらすべての条約の内容は、国家の主権制限に直接関連した事案だ」とし、「当然条約締結のための全権委任状及び批准手続のすべての要件を取り揃えるべきだった」と主張して批准手続きなどを欠いた故に不成立の条約だったと指摘している[50]。

（大韓帝国による主権守護運動）

大韓帝国の皇帝高宗は、1905年11月17日「乙巳五条約）」について、この条約を締結したことはないと明確に主張し続け、その批准を迫り続ける大日本帝国の圧力にも屈しなかった[51]。高宗は、その旨を国際的に訴え続けたが、ここでは以下二つの重要な外交的な行動をとったことに触れておく。

その一つは、1906年米国人ヘルベルトに託して大韓帝国と正式な国交があった欧米列強の元首にあてた親書を送り、1905年11月17日付保護条約を締結していない事実を列強諸国に訴え、国際裁判による解決をめざそうとする外交努力だった[52]。

もう一つは、1907年６月第２回ハーグ平和会議に３人の韓国人外交官を派遣して、大韓帝国が主権（外交権）を失っていないことを国際会議で訴

49　前掲李泰鎮「一九〇四～一九一〇年、韓国国権侵奪条約の手続き上の不法性」、117頁表五参照。

50　この点については、批准の要否の問題に関連して後述する。

51　金基ソク「主権守護外交の終焉と復活――ハーグ密使派遣・急逝・独立運動」前掲笹川＝李共編著『韓国併合と現代』、314-329頁。

52　前掲金基ソク「主権守護外交」。高宗親書は、コロンビア大学図書館に保管されている。その写真を撮影し、田中宏・戸塚悦朗・鈴木敏夫著『千円札の伊藤博文と安重根:入管体制、日韓協約、教科書検定から制度と社会を考える』（日韓記者・市民セミナーブックレット９）社会評論社、2022年、52頁に掲載した。

えようとした外交努力だった[53]。

これら二つの外交努力は、その時は成功しなかった。しかし、1905年11月17日付保護条約（日本政府の条約集によれば「日韓協約」）が締結されていない事実を高宗皇帝が平和的な外交手段を活用して明確に且つ一貫して国際的に主張しようとしていたという事実は、今日に至るも歴史研究の対象になっている。この事実は、欧米ではかなり広く知られ、後述の国際連盟時代のハーバード草案[54]から1963年ILC報告書（資料３）[55]に連なるという成果につながった。極めて重要な外交努力だったと言えよう。

（韓国強制併合から三・一独立万歳運動へ）

これに対し、伊藤博文統監は、高宗の主権守護を目指した外交を理由に、高宗皇帝を強制的に退位させ（1907年７月）、偽の詔勅によって大韓帝国軍を解散させる（1907年７月31日）という強硬手段をとった[56]。滅亡に瀕

53　前掲金基ソク「主権守護外交」。問題の「ハーグ密使事件」に関する興味深い以下の小説が出版されたので、紹介しておきたい。チョンミョンソプ（北村幸子訳）『消えたソンタクホテルの支配人』影書房、2022年。筆者は、オランダ政府公文書館を訪問し、大韓帝国外交官とオランダ政府の交渉を調査した。前掲『歴史認識』、40-47頁。

54　国際連盟時代の条約法研究のハーバード草案については、笹川紀勝「ハーバード草案のとらえるグロチウスとマルテンス――代表者への条約強制無効の法理の特徴を示すために」前掲笹川＝李共編著『韓国併合と現代』、519-554頁。李泰鎮〈翻訳・崔誠姫〉「韓国併合無効化運動と欧米のメディアと学界――特に三・一運動以降、国際連盟の動向を中心に」笹川紀勝＝李泰鎮＝邊英浩共編著『国際共同研究　三・一独立万歳運動と植民地支配体制：国民意識の誕生』明石書店、2020年、641-692頁。

55　YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1963 Volume II, UN Documents of the fifteenth session including the report of the Commission to the General Assembly, p.197.
　国連国際法委員会（ILC）報告書（1963年）は、ハーバード研究草案を引用し、安重根が「一千九百〇五年以兵力突入于帝国皇宮威脅皇帝陛下勒定五條約事」と述べた、「保護条約」強制事件を取り上げた。

56　李泰鎮（鳥海豊訳）「三・一独立万歳運動の京城（ソウル）学生デモ実況↗

した大韓帝国では、義軍によるレジスタンスが最高潮に達した。行き詰まった伊藤博文統監は、1909年４月天皇に統監辞任の意思を伝えることとなった。1910年５月30日第三代統監に任命された寺内正毅は、1910年８月22日大韓帝国に対して併合条約の締結を強い、その結果８月29日併合にいたった。こうして、大韓帝国は朝鮮と呼ばれ、日本領となった。

世界大戦終結後の世界政策について「民族自決」原則を掲げたウィルソン米国大統領の演説（1918年１月８日年頭教書の「14個条」）の知らせを知って、朝鮮では1919年パリ講和会議の機会に独立を回復できるのではないかと期待する人々もあった。

なおも1905年11月17日付保護条約への批准を迫る寺内正毅首相の圧力に抗し続けた高宗（李大王）は、ついに1919年１月20日不審死を遂げたが、韓国では大日本帝国によって毒殺されたといううわさが広がった[57]。高宗の国葬が３月３日に、その予行演習が３月１日に執り行われることになった。韓国の人々の間に、「高宗殺害の仇を取る」という気持ちが充満しても不思議はなかった。３月１日の京城（ソウル）における宗教者らによる独立宣言は、この予行演習の日に発表されることとなり、学生たちによるデモもこの日に実行されることが計画されたのである。結局、大日本帝国による1905年11月17日付保護条約の批准の要求を拒否し続けたことから高宗が毒殺され、その葬儀が三・一独立万歳運動の導火線となったのである。

↘――「京城地方法院予審終結決定書」の分析」前掲『国際共同研究　三・一独立万歳運動』145-182頁。李泰鎮（鳥海豊訳）「国民誕生の歴史――三・一独立万歳運動の背景」前掲『国際共同研究　三・一独立万歳運動』41-96頁。

57　前掲李泰鎮「学生デモ実況」151頁は、「彼（総理大臣の寺内正毅）は、…第二に、後任の朝鮮総督の長谷川好道に特別な密命を下した。つまり徳寿宮の「李大王」に今からでも一九〇五年の「保護条約」を認める文書を要求してこれを拒否した場合には殺せと言うものだった。…第二の密命も「李大王」が拒否したので一九一九年一月二〇日に毒殺が恣に実行されたのだ。」と断定している。前掲金基ソク「主権守護外交」も大日本帝国による高宗の毒殺説をとっている。

（資料）

安重根外三名に対する判決

（外務要報第12号、外務大臣官房、明治43年３月31日、101-113頁
　https://www.jacar.archives.go.jp/aj/meta/listPhoto?LANG=default&BID=F2013090216110010414&ID=M2013090216110110424&REFCODE=B13080611200　2022年12月５日閲覧。なお、カタカナを平仮名に、旧漢字を当用漢字に直すほか、句読点を付すなど、筆者の判断で読みやすく修正している）

　安重根外三名に対する判決

判　　決

韓国平安道鎮南浦　無職　安応七事

安　重　根

三十二年

（中略）

　右四名に対する殺人被告事件に付き本院は審理を遂げ判決すること左の如し。

主　　文

　被告安重根を死刑に処す。

（中略）

理　　由

被告安重根は明治四十二年十月二十六日午前九時過ぎ露国東清鉄道ハルビン停車場内に於いて枢密院議長公爵伊藤博文並びに其の随行員を殺害するの意思を以って之にめがけ其の所有に係る拳銃を連射しその三弾は公爵に中りて之を死に致し又随行員たるハルビン総領事川上俊彦宮内大臣秘書官森泰次郎南満州鉄道株式会社理事田中清次郎には各一弾命中し其の手足又は胸部に銃創を負わしめたるも三名に対しては被告の目的を遂げざりしものなり。

（中略）

以上認定したる被告等の犯罪事実に付き法律を適用するに当たりては先づ本件に関し本院が法律上正当管轄権を有することを説明せざるべからず。本件の犯罪地及び被告人の逮捕地は共に清国の領土なりと雖も露国東清鉄道附属地にして露国政府の行政治下に在り。然れども本件記録に添付せる露国政府の廻送に係る同国国境地方裁判所刑事訴訟記録によれば露国官憲は被告を逮捕したる後直ちに被告を審問し、しかも迅速に証拠の蒐集を為したる上即日被告等は何れも韓国に国籍を有すること明白なりとし、露国の裁判に附すべからざるものと決定したり。而して明治三十八年十一月十七日締結せられたる日韓協約第一条によれば日本国政府は在東京外務省に由り今後韓国の外国に対する関係及び事務を監理指揮すべく日本国の外交代表者及び領事は外国に於ける韓国の臣民及び利益を保護すべしとあり、又光武三年九月十一日締結せられたる韓清通商条約第五款には韓国は清国

内に於いて治外法権を有することを明記せるを以って、右犯罪地及逮捕地を管轄するハルビン帝国領事官は明治三十二年法律第七十号領事官の職務に関する法律の規定する所に従い本件被告等の犯罪を審判するの権限あるものと謂わざる可からず。然るに明治四十一年法律第五十二号第三条には満州に駐在する領事官の管轄に属する刑事に関し国交上必要あるときは外務大臣は関東都督府地方法院をして其の裁判を為さしむことを得と規定しあり。本件に在りては外務大臣は此の規定に基づき明治四十二年十月二十七日本院に裁判を移す旨を命令したるものなれば、即ち其の命令は適法にして之に依り本院が本件の管轄権を有すること亦明白なりとす。

被告弁護人は日本政府が前顕日韓協約第一条に依り外国にある韓国臣民を保護するは固と韓国政府の委任に因るものなるを以って、領事官は韓国臣民の犯したる犯罪を処罰するに当たりても宜しく之に韓国政府の発布したる刑法を適用す可く帝国刑法を適用すべきものにあらずと論ずるも、日韓協約第一条の趣旨は日本政府が其の臣民に対して有する公権作用の下に均しく韓国臣民をも保護するに在るものと解釈すべきに依り、公権作用の一部に属する刑事法の適用に当り韓国臣民を以って帝国臣民と同等の地位に置き其の犯罪に帝国刑法を適用処断するは最も協約の本旨に協ひたるものと謂わざる可らず。故に本院は本件の犯罪には帝国刑法の規定を適用すべきものにして韓国法を適用すべからざるものと判定す。

案ずるに被告安重根の伊藤公爵を殺害したる所為は帝国刑法百九十九条に人を殺したる者は死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処すとあるに該当し、……即四個の殺人罪の併合したるものとす。然るに其中被告が伊藤公爵を殺害したる行為たるや其の決意私憤に由るものにあらずと雖も、深謀遠慮に出で且つ厳粛なる警護を犯し全都知名人士の集合せる場所に於いて敢行したるものなれば、之に殺人罪の極刑を科するを以て至当なりと認め此の所為に依り被告安重根を死刑に処すものとす。……

（中略）

以上の理由に因り主文の如く判決す。

検察官溝渕孝雄本件に干与す。

明治四十三年二月十四日

関東都督府地方法院

判　官　　眞鍋十蔵

書　記　　渡邊良一

翻　　訳

性刑法の発展過程

――道徳の保護から法益保護へ、再び道徳保護へ回帰するのか？――

ヨアヒム・レンツィコフスキー*
山下裕樹（訳）

Ⅰ．導入

本稿では、性刑法の歴史について概観する。ここでは、個々の解釈論上の問題は、周辺部分のみ述べることにする。性刑法の発展は、２つの極、すなわち法益保護と道徳の間で揺れ動いているがゆえに、それ自体興味深いものである。とはいえ、争いのある不明確な法益概念に代わって[1]、基本法第２条第１項を参照することができよう。すなわち、禁止は、「他者の権利」、「憲法に基づく秩序」あるいは「道徳律（Sittengesetze）」の保護を通じて正当化されうるのでなければならないのである。ここでの中心的問題は、刑法はリベラルな社会において、いかなる姿・形を有するべきかということである。すなわち、刑法の第13章において、いかなる権利が重要であり、この関連で、いかなる役割を（なお）道徳律は果たすのであろうか？特徴的なことに、1970年代の性刑法の改正は、まさに法益保護思想の模範だと見なされている[2]。他方で、すでに1990年代の終わりから「逆

* Joachim Renzikowski　ドイツ ハレ大学（Martin-Luther-Universität Halle-Wittenburg）教授

1　これに関して、多くの文献に代わり、*Engländer*, ZStW 127（2015）, 616 ff.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635 ff.; NK-StGB-*Hassemer/Neumann*, 5. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn. 108 ff. およびその都度挙げられている参照文献を参照。

2　これに関して、LK-StGB-*Hörnle*, 12. Aufl., 2009, Vor § 174 Rn. 4 ff. も見よ。

戻り（roll back)」が批判されてきた。第４次刑法改正法のリベラルな非犯罪化傾向の後、重罰化および可罰性の拡張という反対方向への振れ方は、振り子の振れ戻りのように思えるであろう[3]。

各則の第13章が、刑事政策の特に好まれる活動領域であることは無視できない。つまり「セックスは儲かる（Sex sells)」のである。各則のほんの一部の領域は頻繁に改正されてきたが[4]、常に最善のものになっているわけではない――刑事訴追実務における性刑法の実際の意義に、いずれにせよ対応するものではないのである。しかし、性犯罪は、まさしく非常に感情的な形で占領されるものであり、それゆえに優れて「刑事政策の原動力」としてふさわしいのである[5]。この方法で、性刑法は、1990年代に、ますます刑事政策的な改革のための手段へと発展した――おそらく、この領域は、重大な性犯罪行為が周知されるようになったことを理由に、一方で立法者の反応を誘発し、他方で、市民の安全という関心において、基本権の制限の必要性を根拠づけることに適していたのであろう[6]。１つの例として挙げられるのは、欧州人権裁判所の判例によって再び巻き戻されることになるまで、ほんの数年のうちに著しく拡大された保安拘禁の発展である[7]。それを用いて、一貫して、立法者は、改正は決して性刑法に限られるものではないにもかかわらず、重大な性犯罪行為を防ぐことが重要だと論証したのである。さらに、性的な暴力の被害者の保護は、刑事手続法における改革を基礎づけた。特に、1998年４月30日の証人保護法を通じた

3　*Schroeder*, JZ 1999, 827（833）の「性刑法の改革」というタイトルが付された論文を見よ。さらに例えば、*Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182は（第50次刑法改正法に関して）「再道徳化」と述べる。

4　これに関して、MüKo-StGB-*Renzikowski*, 4. Aufl. 2021, Vor § 174 Rn. 57を参照。

5　*Sack/Schlepper*, KrimJ 2011, 247 ff. を見よ。

6　*Albrecht*, ZStW 111（1999), 863（864 f.）も参照。

7　これについての詳細は、*Renzikowski*, ZIS 2011, 531 ff.; *ders.*, NJW 2013, 1638 ff.

ビデオリンク方式による尋問（Videovernehmung）の導入や、性的自己決定に対する罪に関する規定の改正および2003年12月27日の他の規定の改正に関する法律を通じたDNA鑑定の拡大が挙げられる――これら全ての措置は、今日の我々にとっては自明のものだと考えられているであろう。

性的自己決定について概観（Ⅱ.）した後、性刑法の発展過程を、模範的に、幾つかの犯罪グループ、つまり性的強要および強姦（Vergewaltigung）（Ⅲ.）、青少年保護犯罪（Jugendschutzdelikte）（Ⅳ.）そして性的嫌がらせ（Ⅴ.）において示すことにする。

Ⅱ.「性的自己決定」

a）性道徳の保護から法益の保護へ

「性的自己決定に対する罪」という第13章の表題は、Schroederの定式化にまで遡る[8]。この表題は、道徳的な規準の保護を志向する刑法から法益の保護への根本的な転換を示している。これに対して、立法者は、さしあたり「道徳（Sittlichkeit）に反する犯罪行為」を根本的に変更するつもりはなく、むしろ「国民の存立および自然な生活秩序の保持のための重要な前提条件」としての「性生活の純潔さと健全さ」の維持のために、当時の現行法を完璧なものとし、考えられる可罰性の欠缺を埋めようとしていた[9]。

刑事政策的思考の変革の意義をよく示しているのは、連邦通常裁判所の２つの決定である。1954年には、婚約者同士の婚外性交はふしだらなもの

8 *Schroeder*, ZRP 1971, 14. 立法の議論においてこの概念は争われなかったが、結局のところ、あらゆる反対提案（BT-Drucks. 6/1552, 18 f. を見よ。）に反対する形で押し通された。.

9 BT-Drs. 4/650, 204 ff., 359. これについて詳細には、*Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, S. 81 ff.

（unzüchtig）だと述べられている。その際、裁判官は、疑わしい形で自然法を再び取り上げ、次のように説明した。すなわち、「道徳律が人間に一夫一婦制と拘束力を持った生活形式としての家族を設定し、この秩序が国民および国家の生活の基礎にもなったことによって、同時に、性的交渉は原則的に結婚生活においてのみ行なわれるべきであり、それに反することは性的な規律の根本的要求に違反する。」と[10]。15年後、「ファニー・ヒル（Fanny-Hill）」判決において、連邦通常裁判所は、「刑法は、性的な領域において、成人した市民の道徳的な規準を貫徹するという任務を有しておらず、むしろ、共同体の社会秩序を、妨害や重大な迷惑行為から守らなければならないのである。」ということを簡潔に確認した[11]。

大幅な改正を先取りして、すでに1969年に、姦通、成人同士の同性愛、動物とのわいせつ行為や婚外性交のような時代遅れだと感じられていた幾つかの犯罪構成要件は削除された。それまで、同性愛行為および獣姦は、刑法旧175条および旧175条aにより、上限を10年とする法定刑によって「反自然的なわいせつ行為」として可罰的であった。連邦通常裁判所は、1957年には、なお同性愛行為は一般的な道徳観への明白な違反だとして可罰性を正当化していた[12]。

ようやく、反道徳的であることを理由にある行為が罰せられるのではなく、「刑法はもっぱら社会的行為の外部的秩序を守らなければならない」という考えが広く受け入れられることになった[13]。この改正は、可罰性の

10　BGHSt 6, 46（53 f.）. 1962年に同様の判断をしたものとして、BGHSt 17, 230.

11　BGHSt 23, 40（43 f.）. 刑法学においては、とりわけこの変革は、マインツの刑法の教授であったHanackによる第47回ドイツ法学者会議での所見を通じてもたらされ、白熱した議論を呼んだ。Verhandlungen des 47. DJT, Bd. 2, 1969, K 6 ff., 74 ff.を見よ。1968年の刑法典対案（AE, Besonderer Teil - Sexualdelikte）も重要である。

12　BVerfGE 6, 389 ff. 男性および女性のセクシャリティに関する乱暴な叙述がある。

13　BT-Drs. 6/1552, 15. 読むべき価値があるのは、*Paulsen/Kadish*（Hrsg.）, ↗

基本的な制限という形で第13章に大幅な変更を加え、本質的に、これに今日なお存在している形を与えた。この種の性刑法の包括的な改正に対して批判がないわけではない。不適切な自由化という批判[14]がすぐに収まった一方で、一義的に社会侵害的な態度へと可罰性を制限することで、立法者は十分に踏み込まなかったという批判は、今日までその正当性を有しているのである[15]。

しかし、（性）刑法を道徳的なイメージから完全に切り離すという表象は、実生活とはかけ離れている。むしろ、性刑法の改正は、セクシャリティに関する社会的なスタンスにおける持続的な変化に基づいているのである。特に個人の意義を強調し、道徳的イメージの多元性が有利になるように一元的なリゴリズムを剥ぎ取ることによって初めて、時代に即した新たな性刑法のための道が開かれるのである。このことは、その後の法改正にも同じように当てはまる[16]。今日もなお、性道徳に関する社会的なイメージが刑法の保護の範囲を形成しており、このことは、例えば、夫婦間強姦、青少年保護に向けられた構成要件および売春やポルノの取扱いについて妥当している。それにもかかわらず、法益保護思想を通じて、刑法の限界線に対しては、厳しい視線が向けられている。立法者に課せられる根拠づけの負担は高められており、それは逸脱的な行為を制裁化する場合に初めてというわけではなく、「他者の権利」（基本法第２条第１項）に基づく行為自由の制限としての行為の禁止を規範化する場合にすでに高められているのである[17]。

↘ Criminal Law and ist Processes, 1962, S. 5 - 17にあるウルフェンデン報告に関するDevlin裁判官と法哲学者H.L.A Hartの間の論争である。これについて、*Lenz*, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht, 2017, S. 203 ff.も見よ。

14　特に、*Dreher*, JR 1974, 45 ff.

15　これに関して、*Weigend*, ZStW 129（2017）, 513（517 ff.）を見よ。

16　*Brüggemann*（Fn. 9）, S. 64 ff., 98 ff., 490 ff.を参照。

17　この点につき詳細は、*Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 77 ff.

b）「性的自己決定」の内容と意味

性的自己決定権は、積極的な意味では、性交渉を「するかどうか」、「いつするか」、「どのようにするか」、「誰とするか」に関する自由な決断と関係する[18]。その限りで、性的自己決定は、基本法第２条第１項を通じて保障される個人の自由の一つの観点であり、それゆえに結局のところ、人間の尊厳に関するものである[19]。しかし、刑事立法の中心に、セクシャリティに対する権利としての性的自己決定の積極的な観点は存在しない。なぜなら、刑事立法はその限界を、他者の権利と関係するところに見出さなければならないからである。まさに、他者の権利的地位（Rechtsposition）への介入の阻止が刑法の任務なのである。それゆえ、消極的な意味における性的自己決定は、抵抗権として、すなわち他者が決めた性的介入の客体に貶められることからの自由として意味されるのである[20]。

性交渉の状況に関する決断の自由は、ある他者がその表象を性交渉のパートナーの意思に反して貫徹したときに侵害される。その限りで、刑法第177条１項は、性的自己決定への攻撃の基本事例を記述している。そのため、性的な行為はそれ自体法的に否認されておらず、このことは明白に正しいとする批判は[21]、空を打つものである。他者の意思を無視することは、法的には否認されるべきである。

自己決定はそれ自体、ある者が選択を有しているということを意味する。ある自由な選択は、一定の理性的な権限を有していること、すなわち、自

18　*Sick*, ZStW 103（1991）, 43（51）.

19　BVerfGE 120, 224（238 f.）も参照。そのため、セクシャリティに関するあらゆる国家的な統制は原則的に問題がある。これに関しては、*Lembke*（Hrsg.）, Regulierung des Intimen, 2017における論考を見よ。

20　これに関して、*Sick/Renzikowski*, FS Schroeder, 2006, S. 603（604）; *Hörnle*（Fn. 2）, Vor § 174 Rn. 29 ff.; *dies.*, ZStW 127（2015）, 851（859, 863 ff.）を見よ。

21　*Lamping*, JR 2017, 347（351）はそのように述べ、立法者の過剰統制を非難する。セクシャリティの「契約主義化（Kontraktualisierung）」だとする*Herzog*, KritV 2015, 18（24 ff.）も参照。

らの好みに従った有意義な選択ができるために、他の選択肢を認識し、十分な情報を有していることを前提とする[22]。しかし、――緩やかな理由から常に――法的に有効な意思形成をする状態にない者についてはどうなのであろうか？

必要な賛同なしには、他者は、同様に他者により規定され、客体化される[23]。この状況は、通常、刑法では虐待だと言われる。ここで、性的自己決定の規範的な性格が明らかとなる。なぜなら、他者の意思形成および意思活動に影響を与える特定の方法を強要的強制として特別扱いすることだけが、規範的な措定だというわけではないからである。同様に、特定の動機（例えば、刑法第174条bにおける好都合な決断を得ようとすること、刑法第174条cにおける「転移性恋愛（Übertragungsliebe）」、刑法第182条２項における反対給付の獲得）を自由な決断とは相容れないものだと評価することも、一つの規範的な措定である[24]。この種の「緩やかな」パターナリズムは、自由な法治国家においても正統化可能である[25]。当然に、精神的な制約のために法的に有効な処分ができない者にも、セクシャリティに対する権利は与えられなければならない。どのようにしてその者達のセクシャリティが法によって保障され保護されうるのかは、性刑法に関する最も難しい未解決の問題の一つである[26]。

性的自己決定権は、隙間なく保護されているわけではない。性刑法は、例えば、欺罔を通じた攻撃を広く不可罰としている。欺罔からの保護が存在するのは、ある行為の性的な性格についてだまされたときだけである。

22　性的な自律性の要件に関して基礎的なものとして、*Holzleithner*, in: *Lembke*（Fn. 19), S. 31（36 ff.）; *Lenz*（Fn. 13), S. 164 ff.等がある。

23　*Hörnle*（Fn. 2), Vor § 174 Rn. 31を参照。

24　可罰的な虐待と被害者の決断の自由に関する法的な制限の関係については、*Hörnle*, ZStW 127（2015), 875 ff.を見よ。

25　詳しいのは、*Lenz*（Fn. 13), S. 184 ff., 223 ff.

26　例えば、*Zinsmeister*, in: Lembke（Fn. 19), S. 71（76 ff.）を見よ。

例えば、ある者が性的な行為を、治療行為を隠れ蓑にして実行するような場合である[27]。この関連で、合意の上で始められた性交の最中に男性が黙ってコンドームを外し、パートナーから気づかれないように避妊していない状態で性行為を続ける（いわゆる「ステルシング（Stealthing）」）という「流行」も存在する。判例は、正当にも刑法第177条第１項の犯罪行為を肯定した。なぜなら、性交のパートナーは予め明確に避妊された状態での性交に合意したのであり、コンドームのない状態での性交の継続は「認識可能な意思」に合致しないからである[28]。確かに、あらゆる欺罔行為は自律性を侵害すると言える。実際の状況を知った場合に、だまされた者は違った決断をなしたであろうと言えるからである[29]。しかし、最終手段としての刑法は、他の保護された法的地位の場合にも、自己決定を包括的に保護していない。それゆえに、性的自己決定権を包括的な真実性の要求と結びつけ、それに加えてプライベートな事柄（Privatheit）に対する他者の権利を無視することは、説得的ではないのである。

Ⅲ．性的強要から「ノー・ミーンズ・ノー（Nein heißt Nein）」へ

大幅な刑法改正は、以前の道徳的性格を帯びていた「強姦（Notzucht）」（ライヒ刑法第176条１項）を、性的強要（刑法旧178条）および性交を通じて加重される強姦（Vergewaltigung）に対する処罰規定に置き換えたが、ただし婚姻関係にない性的接触に限定していた。行為者たりうるのは男性であり、被害者たりうるのは女性であった。この規定は、民

27　BGHSt 56, 226（234）; 61, 208（215）を参照。

28　OLG Schleswig, NStZ 2021, 619 ff. これに反対するのは、例えば、*Denzel/Kramer da FonsecaCalixto,* KriPoZ 2019, 347（353 f.）.

29　*Vavra,* ZIS 2018, 611（612 f.）は、詐術的行為という欺罔による一般的な可罰性を擁護し、この点を強調する。*dies.*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 365 ffも見よ。

法第1353条から妻の性交に関する義務を導き出すという旧来の観点と合致するものであった[30]。1980年代の初め、新たに、これまで単に強要罪としてのみ処罰されうるものであった夫婦間強姦に関する議論が始まった。反差別法の草案は、刑法旧177条および旧178条の従来の構造にも、根本的に疑問を呈していたのである。

a）1997年７月１日の第33次刑法改正

再統一によって刑事政策的な議論が先送りされた後、1997年に、性的強要および強姦に対する処罰規定の最初の根本的改正に至った。最もセンセーショナルで争いのある改正は、夫婦間における性的行為を取り込むことに関連していた。長い議論の最後になお問題となったのは、当該配偶者がどの程度刑事訴追に影響を与えてよいのかという点――だけ――であった。議論されたモデル――異議申し立て解決（Widerspruchslösung）、申し立て解決（Antragslösung）および和解解決（Versöhnungslösung）――は、結局のところ、相互的に中和され、その結果、可決された枠組みは関与の可能性を定めていなかった[31]。

注目に値するのは、時たま法学において述べられるある批判である。なぜなら、それは、保守的な立場を明らかにしているからである。配偶者――通常女性――の性的自己決定は、夫婦においては、他の場合と比べてあまり保護されていない。なぜなら、ここでは、この行為者との性的接触の根本的な拒絶が問題なのではなく、むしろ「ここで、この時点で（Hier

30　例えば、BGH, NJW 1967, 1078（1079）は、「女性は夫婦間の義務を、性交に無関心であることによってすでに果たしていない。その体質やその他の理由から夫婦間の性交に満足を見出すことができないままである場合、それでも結婚は、夫婦間の愛情や献身さにおける供与を要求し、無関心であることや嫌悪をあらわにすることを禁止するのである。」と述べる。

31　*Harbeck*, Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/Vergewaltigung, 2000, S. 20 ffを見よ。

und Jetzt）」だけが問題になっているからである[32]。保身を隠す一つの方法としての夫婦間強姦のこの理解は、これ以上コメントするに値しない。端的に指摘されるべきは、なお言及されるべきイスタンブール条約第46条は、（夫婦を含む）パートナーに対する行為に対して加重された刑罰を要求しているということである。

1997年の第33次刑法改正法により、強姦と性的強要が一つの統一的な構成要件にまとめられた。同時に、強姦が、性交から肛門性交、口腔性交および凌辱なやり方にまで広げられた。不法内容にとって、「行為者がいずれを選択する」のかは重要ではないからである[33]。今では、性別に関する中立的な定式化により、被害者としての男性および行為者としての女性もカバーされている。最後に、身体あるいは生命に対する現在の危険を伴う暴行および脅迫という従来の行為手段と並んで、更なる構成要件バリエーションとして、「被害者が行為者の影響に対して無防備であるという状況」を利用し尽くすことが挙げられた。これにより、被害者が性的行為を、驚愕のあまり硬直して、あるいは暴力への恐怖から受け入れるというケースにおける可罰性の間隙が閉じられることになったとされる[34]。そのきっかけは極めて制限的な判例であり、判例は、しばしば意味もなく被害者に対して危険を伴う抵抗を要求してきたのである[35]。

b）法定刑の調整

32　そのように述べるのは、*Schünemann*, GA 1996, 307（314 ff.）. *Schroeder*, JZ 1999, 828も参照。

33　*Feldmann*, Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen, 1992, S. 83. 詳細には、*Sick*, Sexuelle Selbstbestimmung und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 224 ff.

34　BT-Drs. 13/7324, 6. 批判として、*Fischer*, ZStW 112（2000）, 75 ff. その他の変更点については、*Renzikowski*（Fn. 4）, § 177 Rn. 20 f.を見よ。

35　模範的なのは、BGH, NJW 1981, 2204 ff. 判例の基礎的な分析が見られるものとして、*Sick*（Fn. 33）, S. 100 ff.

その後すぐに、性刑法はもう一度改正された。1998年の第６次刑法改正法の主な関心は、法定刑の調整であった。すなわち、最も高次の人的な権利的地位は、財産よりも低く保護されるべきではないということである[36]。そのきっかけとなったのは、「リューネブルクのテント事件（Lüneburger Zeltfall）」である。テントに宿泊していた若いカップルが二人の男に襲われ、武器でもって脅迫された。襲撃者は男性を木にくくりつけ、女性を連れ去り、この女性と２日間テントで過ごした。この間、女性は二人の男から何度も強姦された。行為者らは、重大な強盗について５年の刑で、強姦についてはたった４年の刑でもって有罪とされた[37]。この価値矛盾を取り除くために、刑法第177条は、第３項および第４項に、性的強要の加重されたケースに対する新たな構成要件を備えることになったが、それは、本質的には、刑法第250条や第251条に相当するものである。結果的に、性的自己決定の侵害の重大性に対する決定的基準としての性的行為の強度は、ダミーの武器問題（Scheinwaffenproblematik）を通じて、完全に重なり合うことになったのである。「単なる」暴行により強制された性交渉は、それ以来、たまたまドライバーをポケットに入れていた行為者が胸を合意なく触ることと比べ、法定刑が低くなったのである[38]。

ｃ）強要コンセプトから「ノー・ミーンズ・ノー」へ

現行の刑法第177条は、2016年11月４日の第50次刑法改正法に基づいている。改正へのきっかけは外部的なものであった。イスタンブール条約第36条は、合意のないあらゆる性的接触（“non-consensual act of a sexual nature”）の処罰を要求している。それに先立って、M.C. 対ブルガリアの

36　BT-Drs. 13/8587, 32; 13/9064, 12; *Kreß*, NJW 1998, 638（643）を見よ。

37　BT-Drs. 12/6164, 2.

38　同様に批判するものとして、*Schroeder*, JZ 1999, 829; Schönke/Schröder-*Eisele*, StGB, 30. Aufl., 2019, § 177 Rn. 109 f.

抗告事例におけるヨーロッパ人権裁判所の基本判例があった。原告は何度も強姦にあったと訴えていた。しかし、強要が立証されえなかったがゆえに、被告人に対する刑事手続きは中断されることとなった。M.C. が抗弁しなかったからである。裁判所は、強要が重要なのではなく、同意が欠けていることが重要なのであるから、性的自己決定の保護は合意のない性的接触の処罰を要求するということを強調していた[39]。ドイツの性刑法に対する結論は、しばしば争われているのである[40]。

立法者は、根本的なパラダイム転換を是とする決断をした。すなわち、これまで合意に基づかない性的接触はそれ自体として当然に可罰的でなかったが、第13章は、同意がない場合あるいは法的に有効でない同意という様々な構成要件記述を含むことになったのである。今や、刑法第177条第１項は、合意がないことを中心に据えている。性的侵害として可罰的であるのは､｢認識可能な意思」に反するあらゆる性的接触である。そのため、いわゆる「ノー・ミーンズ・ノー」解決が実定化されている[41]。新しい規定の中心にあるのは、コミュニケーションおよび性的な関係というコンテクストの再構成である。そのような関係が相反する感情を通じて形成されるのは珍しくなく、ゆえに、自らの自己決定を伝えるという責務がパート

39　EGMR v. 4.12.2003 - 39272/98（M.C. gegen Bulgarien), §§ 150 ff., 166は次のように述べる。すなわち､｢現代の基準に従えば､……被害者による身体的な抵抗がない場合を含めて、この条約は、あらゆる合意に基づかない性的行為の罰則化と効果的な刑事訴追を要求していると見なさなければならない｡」と。これに関して、より詳細には、*Pitea*, Journal of International Criminal Justice 2 (2005), 447 ff.

40　保護が欠けていることについては、例えば、*Sick/Renzikowski*, FS Rössner, 2015, S. 928 ff.を見よ。さらに、多くの文献に代わり、*Hörnle*, ZIS 2015, 206 ff.と*Fischer*, ZIS 2015, 312 ff.の間の論争を参照。

41　「イエスのみがイエスである（Nur ein Ja ist ein Ja)」というさらなる要求については、*Kempe*, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 230 ff. これに反対するのは、*Hörnle*, GA 2015, 313（319 ff.).

ナーには課せられているのである[42]。第２項は、立法者の表象によれば、コミュニケーションが不可能か期待できないような事例を記述している。

第４項は、削除された刑法旧179条によってこれまで可罰的とされていたケースの一部を取り上げている。第５項から第９項までは、これまでの刑法旧177条第１項から第５項までに対応しており、重要な修正を含んでいる。すなわち、第５項において「強要（Nötigung）」の文言が明確に削除されたのである。ところで、このことは、法律の見出しの「性的強要（Sexuellen Nötigung）」は残ったままだという疑問を投げかける[43]。これに伴い、強盗罪との並列関係が放棄されたが、それにより、もう一度、新たな規定の意味が疑わしいものとなった[44]。

性的自己決定とは、性交渉のパートナーの意思を尊重することを意味するのであるから、性道徳の保護への回帰だという批判[45]は正当ではない——この改正の失敗に対するその他の全ての批判にもかかわらずである。これに対して、この改正は、現実的な問題を実務にもたらしている。というのも、供述のみが手がかりとなる状況（Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen）においては、ある規定において構成要件要素が少なくなればなるほど、証拠評価が難しくなるからである。しかし、有罪判決あるいは無罪判決は、法廷で巧みな弁舌を操り、共感を得る者に左右されるべきではない[46]。

42　注目すべきことに、連邦司法消費者保護省（BMJV）により投入された性刑法の改正に関する委員会は、その最終報告書において、ほとんど全会一致で、刑法177条の（新たな）改正を要求していたのである。これに関しては、*Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325 ff.を見よ。

43　これに関しては、*Renzikowski*（Fn. 4), § 177 Rn. 107 ff.を見よ。

44　*Hörnle*, NStZ 2017, 13（15).

45　そのように述べるものとして、Matt/Renzikowski-*Eschelbach*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 3.

46　*Eschelbach*（Fn. 45), § 177 Rn. 14 ff.およびそこに挙げられている参照文献を見よ。

Ⅳ．青少年保護犯罪における発展

様々な保護年齢の限界線に従って区分された青少年保護規定は、刑法の大改正によって、次のようになっていた。すなわち、刑法旧176条は、包括的に、14才未満の子どもとの性的接触を処罰していた。今日までほとんど変更されていない刑法旧180条は、未成年者の性行為の助長に関連し、刑法旧174条は、被後見人の性的虐待を処罰していた[47]。これと並んで、性別に特化した２つの構成要件が存在していた。すなわち、成人の行為者と未成年の被害者との間の同性愛行為は、刑法旧175条によって可罰的とされていたのである。このイメージは、すでに当時時代遅れとなっていたイメージ、すなわち青少年は思春期にいわば性的に「転極」されうるというイメージに基づいている[48]。16歳未満の少女を性交するようそそのかすことは、刑法旧182条によって処罰されており、それは、たとえ行為者がそそのかされた少女と結婚していたとしてもであった（第２項)。このことが示しているのは、実際には、少女の性的自己決定ではなく、結婚するための前提条件としての少女の品行方正さが重要だったということである[49]。

ａ）児童の性的虐待：可罰性の拡大とヒステリックな重罰化

1973年バージョンの刑法第176条が、さしあたり現行刑法第176条～第176条eと比較されなければならない。そうすると、それほど困難なく、改正が矢継ぎ早に行なわれていたここ数年において、いかなる重大な改正が

47　この規定の形は、今日まで全く変更されていない。可罰性は、あらゆる生活パートナーおよび教育施設の者にまで拡大するであろう。これに関しては、*Renzikowski*（Fn. 4), § 174 Rn. 8 ff.を見よ。

48　BT-Drs. 6/3521, 30 f.; 7/514, 6 f.

49　BT-Drs. 6/3521, 33.; 7/514, 6を参照。詳細な批判を展開するのは、*Sick*, ZStW 103（1991), 71 ff., 77 ff.

行なわれたのかを見て取ることができる。多くの構成要件バリエーションの意味については議論の余地があるが、詳細に述べることは本稿の関心を超えてしまう。しかし、幾つかの例でもって、２つの問題のある展開を確認することができる。

規定の濃密さ、まさに現行法の規定が肥大化していることは、その出発点を個別事例に持っているのも珍しくない刑法完璧主義に基づいている。１つ目の例は、刑法旧176条第５項であり、2003年に導入されたものである。その背景にあるのは「ローゼンハイム事件（Rosenheimer Fall）」である。被告人は、インターネット上で拷問部屋を紹介し、注文に応じて性的虐待のために児童を斡旋することを、前払いで約束していた。この背後には、巧妙な詐欺の手口があった。騙された小児性愛者が警察に問い合わせないことは極めて明白だったからである。被告人は、幾つかの薬物事犯を理由に有罪判決を受けたが、刑法第176条aおよび第176条bの共謀（Verabredung）に関する非難（刑法第30条）については無罪となった。被告人について真摯性が立証されえなかったからである[50]。立法者の表象によれば、新たな規定は、行為者が、他者が申し出を真摯なものだとみなしうる可能性しかないと考えている限りで、まさにこの証明の問題を回避するものであり、「うわべだけの説明（Scheinerklärung）」もカバーするとされる[51]。しかし、証明の問題を回避することは犯罪構成要件の任務ではない！刑法第30条は、とりわけ、コントロールされることなく独立して継続的に作用する事象経過を行為者が設定することによって根拠づけられている[52]。この根拠は、刑法旧176条第５項の場合、明らかに役割を果たさない。なぜなら、他者にその虐待行為について支援があるように見せかけた

50　BGH, NStZ 1998, 403 m. Anm. *Geerds*, JR 1999, 426 ff. これについて、より詳細には、*Funcke-Auffermann*, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, 2007, S. 120 ff.
51　BT-Drs. 15/350, 18; 同様に、すでに述べていたものとして、BT-Drs. 15/29, 10.
52　LK-StGB-*Schünemann/Greco*, 13. Aufl., 2021, § 30 Rn. 4およびRn. 11を参照。

のは行為者自身だからである。行為者が初めから、他者のために虐待の被害者を調達あるいは仲介するつもりがないのであれば、児童の性的自己決定に関する抽象的な危殆化は一度も問題になりえない[53]。「児童をいつでも性的虐待のために利用できるという印象」により侵害されるとされる「公的な平和」という呪文[54]も根拠たりえない。さしあたり、「公的な平和」はあらゆる犯罪行為によって侵害されるが、それはあらゆる行為の結果に他ならないからである。むしろ、この根拠づけは循環論法だということが示される。「公的な平和」は、具体的な法益が脅かされて初めて侵害されるのである[55]。

この種の批判を無視して、2021年６月16日の児童に対する性的暴行の対策のための法律は、この前倒し（Vorverlagerung）を削除せず、むしろ拡大した。うわべだけの提案は、児童虐待との関係では、法定刑の下限が１年とされた――見渡す限り、保護客体が目に見えないにもかかわらずである！[56]犯罪として形成することは、刑法第30条の適用の可能性を開き、これにより更なる可罰性の前倒しの可能性を開くことになる。つまり、共謀のための共謀、うわべだけの提案のための（真摯な）共謀である。「敵刑法（Feindstrafrecht）」という大げさなものを印象的に証明するものを、Jakobsは1985年に[57]想像もしていなかった。

刑法完璧主義があまり説得的でないことに対する２つ目の例は、いわゆる「サイバーグルーミング（Cybergrooming）」と関係している。刑法第176条b第１項は、児童が行為者や第三者との性的接触を持つこと、ある

53　*Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065（1068）を見よ。
54　BT-Drs. 15/29, 10.
55　*Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1068.
56　特徴的なのは、立法理由が何も述べていないことである。BT-Drs. 19/23707, 22, 38は、この種の被害者の居ない行為を「特に非難に値する」とする。同様に批判するものとして、LK-StGB-*Hörnle*, 13. Aufl. 2023, § 176 Rn. 63.
57　*Jakobs*, ZStW 97（1985）, 751 ff.

いは児童ポルノを製造することを目的として児童に影響を与えることに関連する。児童の性的自己決定の侵害が可罰的なのではなく、刑法第176条第１項第１文および第２文により可罰的とされる行為を準備することが可罰的なのである。それ自体中立的な接触開始の性的関連性は、もっぱら行為者の意図を通じて生じる。その背景には、無秩序なコミュニケーションに対する児童の不安がある。すなわち、コミュニケーションの相手方の匿名性のために、小児性愛者が欺罔を用いて児童を出会いの場に誘い、その性的目的を実際に実行に移すためにインターネット上で児童と接触するという危険が否定できないのである[58]。これに対応する犯罪構成要件は、2003年に導入されたが、ここでは、その基本的な意義に疑問を呈することはしない[59]。

批判的なコメントを受けるのは、第51次刑法改正法により2015年１月21日に導入された刑法第176条b第３項における不能未遂の可罰性に関する特別規定である。その結果、行為者が実際に児童と関係を持っていないことについて錯誤していた場合、影響を及ぼそうと試みることは処罰されうることになる。立法理由は、「効果的な一般予防あるいは特別予防の意味において、行為者の可罰性について、行為者とインターネット上で接触した被害者が、行為者の表象に対応する形で実際に児童であるか否かは重要でない」と述べている[60]。簡潔に言えば、行為者は、その悪しき考えを理由として、誰も害されえないことが初めから確定している場合にも可罰的でなければならないということである。この国際的に比較しても比類のない客体の不能に対する不能未遂の規定は、行為刑法にとって受けいれがたい。なぜなら、不法および責任は、もっぱら行為時の事情から生じるので

58　BT-Drs. 15/350, 17 f.を見よ。

59　批判については、例えば、*Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1067 f.; *Eisele*, FS Heinz, 2012, S. 697（700).

60　BT-Drs. 19/13836, 1.

あり、評価されるべき行為に属さない反復の危険から生じるのではないからである。特に警察的側面から要求される不能未遂の可罰性についての真の理由は、外見上、捜査の端緒を得させるところにある[61]。しかし、それは処罰規定に対する十分な正統性を与えないのである。

未遂の可罰性を解釈論上受けいれ可能な方法で規定しようとしていたのならば[62]、他の方法が提案されていたであろう。2011年12月13日の欧州議会の児童の性的虐待および性的搾取等に関する指令第６条第１項第２文（Art. 6 Abs. 2 S. 2 der RL 2011/93/EU[63]）によれば、インターネットを通じた接触開始の可罰性は、次のように制限されている。すなわち、行為者が性的意図の下で児童に会うよう提案しなければならず、この提案に基づいてその後の具体的な行為がなされなければならないのである。刑法第176条b第３項による場合とは異なり、単なる接触開始では十分ではなく、会うことに関連する具体的な危険がすでに存在していなければならないのである[64]。この種の（より）狭く捉えられた構成要件の場合、一般的な未遂の可罰性は何らエキゾチックなものではないだろう。しかし、立法者はそのようにはせず、一つ目の誤り、つまり構成要件をかなり広く捉えることと、二つ目の誤り、つまり不能未遂の処罰に関する解釈論上疑問のある比類なき特別規定を同列に扱ったのである。

もう一つ、３つ目の例を挙げよう。刑法第184条lは、すでに挙げた児童に対する性的暴力の対策に関する法律により導入されたものであるが、「児童の外見を模したラブドール（Sexpuppen）の流通、取得および所持」

61　BT-Drs. 19/13836, 9を参照。

62　特に批判するものとして、*Schneider*, KriPoZ 2020, 137 ff.

63　その完全な名称は次のとおりである。RL 2011/93/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. L 335 v. 17.12.2011, 1 ff.

64　Erwägungsgrund 19, ABl. L 335 v. 17.12.2011, 3を参照。

を捕捉し、罰金刑あるいは５年以下の自由刑を定めている。輸入および販売の未遂も処罰される（第３項)。立法者は、この種の姿を似せた物は｢児童の性的搾取を直接に促進」しうると危惧している。というのも、「それを利用することは、児童に対する性的暴行の抑制動機（Hemmschwelle）を引き下げ、そのような客体の利用を通じて、その客体に対する性的行為を現実に児童に実行したいという願望が呼び起こされ、あるいは強められる」という危険が存在するとされるからである[65]。ただし、立法理由はこの危惧を証明するようなものを挙げておらず、学問的にも、そうした危惧を証明するものはこれまで知られていない[66]。これに対して、そのような人形が、欠けていた機会を埋めるためのものとして利用されているという推測、すなわち児童ポルノに関する作用研究において議論されている関係は説得的に思える[67]。これ以外に由々しき疑念が残っている。つまり、謀殺罪の規定の改正との関係で初めて大きく批判された行為者類型論が、新たな衣をまとって帰ってきたのである。誰がそのような人形を利用するのか？それは、そうした性質のある小児性愛者である。つまり、「小児性愛者」は、それが何かをする前に社会生活上の関係から排除されるべきだとされるのである。

第２の展開は、刑法第176条第１項が重罪に格上げされ、それにより、保守的な刑事政策が長く抱いていた目的が実行されたことである。この目的が時代遅れであることは、それを通じて、ライヒ刑法典から1970年代の刑法大改正における刑法のリベラル化まで妥当していた法状況が回復されるという点に示されている。性的児童虐待の場合における犯罪の解決に関

65　BT-Drs. 19/23707, 23.

66　例えば、*Brown/Shelling*, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice No. 570, March 2019を見よ。そのため、LK-StGB-*Berghäuser*, 13. Aufl. 2023, § 184l Rn. 9 f.における批判は正当である。

67　これに関しては、*Renzikowski*, FS Beulke, 2015, S. 521（527）における参照文献を見よ。

する争いは、1998年の第６次刑法改正法における大きな刑事政策的な取り組みの一つであった[68]。確かに、立法者はこの不当な要求には従わなかった。しかし、自由刑の下限を１年とすることによって、刑法旧176条a第１項第１号において、自動的に時代に逆行する重罰化の導入が容認されたのである[69]――それは、行為責任の原則を考慮すると非常に疑念のある、とうの昔に克服されたと思われていた時代への逆行である。それゆえ、議論は尽きなかった。むしろ、法定刑の下限をより高くすることへの要求が、定期的に繰り返されていた[70]。次の2003年における改正は、更なる妥協を含んでいた。刑法旧176条第１項および第２項は軽罪のままだったが、法的効果は、広範囲にわたり重罪におけるそれに順応されたのである。新たに導入された無名の特に重い事例は、法定刑の下限を１年と定めているが[71]、一方で同時に、その者に向けられた犯罪行為があまり重くないものとして分類されるとき、それは被害者にとって重大でないとは言えない精神的負担を意味するのである[72]。

2020年の終わり頃、機は熟した。無数の被疑者を伴ったセンセーショナルな虐待事例があり、児童への行為がインターネット上で広く拡散され、それと結びついて多くのメディアで取り上げられたことによって、さらなる重罰化への要求が加速したのである[73]。その成果は、刑法第176条以下

68　BT-Drs. 13/8587, 58, 61を参照。これに関しては、*Kreß*, NJW 1998, 633（638 f.）も見よ。

69　*Kreß*, NJW 1998, 639を見よ。批判に関しては、*Funcke-Auffermann*（Fn. 50), S. 139 ff.; *Renzikowski*, NStZ 1990, 440（441）を見よ。

70　そのようなものとして、第14会期におけるBT-Drs. 14/1125および14/6709、第15会期におけるNT-Drs. 15/29. これに関しては、*Funcke-Auffermann*（Fn. 50), S. 167 ff.も見よ。

71　批判として、*Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1066.

72　BT-Drs. 15/350, 17. ただし、この根拠づけによって、多くの中間的なケースは削除されなければならなくなった。これに関する批判として、*Funcke-Auffermann*（Fn. 50), S. 151 ff.を見よ。

73　BT-Drs. 19/23707を見よ。これに関する批判として、*Hörnle*, ZIS 2020, 440↗

の重大な変更であり、児童への性的虐待の基本事例がついに重罪となった[74]――それとは反対に、ドイツでの性刑法の改正に関する委員会の投票では、その最終報告書において、中間的な（minderschwer）事例をさらに導入することが支持されていた[75]。改正の焦点が、本質的には、刑罰を引き上げることに置かれていたということは、刑法第176条c第１項にも示されている。累犯者に対しては、今や、法定刑の下限は２年となっているのである。ここでも、改正委員会は反対のことを推奨していた。それどころか、この疑念のある規定を削除することを支持していたのである[76]。立法理由において作り出された、2017年、2018年、2019年および2020年においてよく知られることとなったシュタウフェン、ベルギッシュ・グラートバッハ、リュクデおよびミュンスターの虐待事例[77]との関係は、――ただし影響の大きい――ポピュリズムとして示されるにすぎない。というのも、挙げられた事案では、中心的行為者は二桁の自由刑を科せられたものの、大部分の者には、保安拘禁を伴う形で刑が宣告されたからである。それゆえ、重罰化への要求は、前面に担ぎ出されたにすぎないのである。

立法者の処罰ヒステリーを次に示す例が明らかにするが、それは同時に、本来的に、いかなる方向へ考えなければならないのかを示している。すなわち、2011年に、テューリンゲンのアルンシュタット区裁判所は、クラスメートの女性の首に同意を得てキスをし、その結果「キスマーク」をつけた行為当時14歳であった生徒を、児童に関する性的虐待を理由として有罪とした。この判決に基づき、エアフルト区裁判所は、DNA分析を刑事手

↘ ff.; *Renzikowski*, KriPoZ 2020, 308（312 f.）.

74　ちなみに、各則全体において、中間的なケースを持たない唯一の重罪である。これに関しては、BT-Drs. 19/23707, 38を見よ。

75　BMJV（Hrsg.）, Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Sexualstrafrecht, 2017, S. 112 f., 316 f.

76　Abschlussbericht（Fn. 75）, S. 174, 322 f.

77　BT-Drs. 19/23707, 20.

続法第81条gに従って命じた。エアフルト地方裁判所への上訴は却けられた。連邦憲法裁判所が初めて、この馬鹿げた行ないを終らせた。しかし、刑事司法上誤っていた最初の判決が、それ自体極端なものだと批判されることはなかったのである[78]。現実的には、そのような性的接触においては、「若さゆえの過ち（jugendliche Fehltritte）」が問題になっているのではなく、むしろそれはセクシャリティに関する至って普通の発育である[79]。

この普通さが、いまや――保守的な刑事政策の大勝利であるが――ついに犯罪としてラベリングされたのである。少なくとも立法者は、処罰は――すでに可罰性ではなく（！）――この種の事案では「不均衡」だと認識していた[80]。それゆえ、刑法第176条第２項が、新たな人的処罰阻却事由を規定したのである。これによると、「年齢および成育状態あるいは成熟度における違いが僅かである」ときには、「行為者が、児童の性的自己決定に関する能力の欠如を利用したのでない限り」、合意のある性的接触[81]に対して刑罰は科されないことになる。ただし、刑罰阻却は必要的なものでなく、任意的なものであり、つまり裁判所の判断に任されている。加えて、刑法第176条は、自身のセクシャリティについて決定するという能力が児童にはないという考慮に基づいている[82]。刑法第176条第２項を文字通りに理解する場合、処罰免除条項は適用不可能である。児童において性的自己決定の能力が欠けていることは、刑法第176条の行為によって常に利用される。さらに、いかなる基準によって成育状況や成熟度が規定

78　BVerfG, StV 2014, 578.

79　例えば、Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Jugendsexualität. Repräsentative Wiederholungsbefragung: Die Perspektive der 14-25 Jährigen, 2015, S. 97 ff.を見よ。

80　BT-Drs. 19/23707, 38. Abschlussbericht（Fn. 75), S. 314 ff.も見よ。

81　これは自明なことである。さもなければ、刑法第177条第１項に該当するからである。

82　多くの文献に代わり、*Lenz*（Fn. 13), S. 253 ff.; *Fischer*, StGB, 69. Aufl., 2022, § 176 Rn. 2; *Hörnle*（Fn. 2), Vor § 174 Rn. 39, § 176 Rn. 4.

されるのか、あるいはどのようにしてそれらが区別されるのかは明らかではない[83]。

b）時代遅れの固定観念から統一的な保護コンセプトへ

統一的に性差のない形で捕捉された、女性および男性の青少年を損害的な性的接触から保護するための規定は、1994年５月31日の第29次刑法改正法によって導入された。これまでで初めての大きな性刑法における改正は、ドイツ民主共和国（DDR）の加入によって突き動かされた。連邦共和国において、２つの時代遅れの構成要件、すなわち成人と未成年の間の同性愛行為に関する構成要件および女児を性交へと誘惑することに関する構成要件が妥当していた一方で、この観点では一歩リードしていたドイツ民主共和国の刑法は、青少年の性的虐待に関する統一的な処罰規定を有していた。ドイツ民主共和国の加入後、西ドイツと東ドイツにおいて法状況が異なっていることが[84]、改正を求める声を強くしたのであった。

立法手続きにおいて、刑法旧175条の削除および女性青少年の保護の拡張と結びついて、同性愛と異性愛を同置することが非常に争われた[85]。他方で、行為者領域を女性へ拡大することに対する処罰欲求には異論が唱えられた[86]。この論争は、一部ではセクシャリティに関する時代遅れのイメージに、一部では青少年保護思想の絶対視に基づいていた。しかし、性別や性的志向には左右されない性的自己決定の保護が重要なのであるから、

83　その本文は以下のように述べている。すなわち、「行為者の年齢が未成年者の年齢を４歳以上上回っておらず、第３項の結果〔重大な身体傷害あるいは死亡：著者補足〕が生じていないならば、未成年者が12歳に満たない場合を除き、行為者は第１項および第２項〔刑法第176条第１項および第２項に合致する「単純な」児童虐待：著者補足〕により処罰されない。」

84　これと結びつく問題については、BGHSt 40, 64; BGH, NStZ 1992, 383を見よ。

85　前者については、*Bruns*, ZRP 1991, 325 ff. と*Tröndle*, ZRP 1992, 297 ff. の間の論争を見よ。後者については、*Steinmeister*, ZRP 1992, 87 ff. を参照。

86　*Bruns*, ZRP 1991, 327; *Tröndle*, ZRP 1992, 300を見よ。

統一的な性差のない虐待構成要件は正しいのであり、刑法第182条は、ドイツ民主共和国法の面影を持って、その今日にまで妥当する体系性において作り出されたのであった[87]。

青少年保護規定の構造の中で特に疑わしい構成要件は、刑法第180条第１項である。すなわち、それは、同胞同士の関係を淫らな行為から遠ざけて純粋に保つことを目的としていたライヒ刑法典のかの売春斡旋構成要件と結びついているのである[88]。確かに、婚外の行為を助長することは、もはや刑罰に値する不法ではないが[89]、改正の立法者は、代替案を出さずに削除するということはせず、未成年者の性的領域の保護を新たな法益として「発見」したのであった。したがって、その後は、正犯にまで高められた幇助的なもの（Quasibeihilfe）、つまりそれ自体許されている他者との性的接触の助長が可罰的となったのである。これはナンセンスなことである。すなわち、ある者が、第三者による未成年者との性的接触を可能にした場合、その者は可罰的とされる一方で、自分自身による未成年者との性的接触は、その他の状況が同じであっても、不可罰にとどまることになるのである。それゆえ、実際上は、青少年の性的自己決定が問題なのではなく、特定の性的道徳の貫徹[90]、しかも第２文の教育者の特権が示すように、教育をする権限を有する者の表象が重要なのである。それゆえ、この正統化されえない規定は削除されるべきであるが、立法者はこれまで、改正委員会の満場一致の提案[91]に感銘を受けることができていないのである。

87　結論の変化については、*Renzikowski*（Fn. 4）, § 182 Rn. 26 f.
88　OLG Celle, GA 1971, 251（252）を参照。
89　BT-Drs. 6/1552, 18; 6/3521, 42.
90　*Weigend*, ZStW 129（2017）, 513（524 f.）.
91　Abschlussbericht（Fn. 75）, S. 144 f.; 330 f.

V. 性的嫌がらせ

性刑法の大改正によって、（現行の刑法第184条hと同じ文言の）刑法旧184条cは、性的行為における可罰性の下限を際立たせた。この規定は、かつての法状態に後退することをはっきりと示していた。詳しく定義づけられていない「性的行為」が、道徳的な概念である「わいせつ（Unzucht）」および「わいせつ行為」に置き換えられ、羞恥心や道徳感情の侵害が重要となったのである[92]。該当するのは、「その都度の法益を考慮して、幾分か重大性のある」性的行為だけであった。判例によれば、「社会的に甘受可能」であるときには、その限りではない[93]。このあやしい言い回しを措けば、この背後には、刑法は均衡性という理由から重大な性的行為にのみ配慮すべきであるという考えが存在している。

このハードルを超えていない身体的な接触（例えば、「胸を鷲づかみにする」）の場合、いわば「性刑法ではないもの」[94]として、法実務はときどき侮辱罪を取り上げて処理しようとするが、このことは複数の理由から説得的ではない。一方で、両方とも人の尊厳に関する異なった観点を記述しているにもかかわらず、性的自己決定のあらゆる侵害が、同時に名誉への攻撃を含むわけではない。他方で、刑法第185条の「埋め合わせ的な役割」を通じて、刑法を重大な法益侵害に限定するという改正の関心事は妨害された[95]。それゆえ、連邦通常裁判所は、侮辱については、性的嫌がらせを超えて、被害者の名誉の不尊重の意味を行為に与える追加的な事情を要求

92　RGSt 32, 418; 72, 67を参照。
93　BGH, NJW 1992, 324を参照。
94　生殖器を不意に掴むことについて、例えば、OLG Karlsruhe, NJW 2003, 1263（1264）; OLG Bamberg, NStZ 2007, 96を見よ。
95　批判については、*Amelung*, FS Rudolphi, 2004, S. 373（378）; *Sick*, JZ 1991, 330 ff. を見よ。

したのである[96]。

ａ）身体的接触の可罰性

後に一般平等法（das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz）により解消される被雇用者保護法の施行によって、法状況は少し変化した。目的は、「職場における性的嫌がらせからの保護を通じた女性および男性の尊厳の保持」であった。それゆえ、職場における性的嫌がらせは、労働契約上の義務の侵害として、解雇通告にまでなる労働法上の制裁に服することになった[97]。労働法に限定された保護に対して、独自の犯罪構成要件の創設が求められ[98]、その際、オーストリアおよびスイスにおける処罰規定が、この模範になった[99]。

ケルンの大晦日の夜に起こった事件の後、性刑法における対応する構成要件の機は熟したように思われた。すでに言及した2016年の第50次刑法改正法によって、刑法第184条h第１号における重大性ハードルよりも低い性的属性のある身体接触のための受け皿構成要件が、刑法第184条iに導入されたが[100]、このことは、あらゆる性的な嫌がらせの場合に刑法が介入することは不均衡であるという反論を招いた[101]。

イスタンブール条約第40条が、性的嫌がらせについて刑法的制裁は必ずしも必要でないとしているにもかかわらず、刑法による包括的な保護が語られているのである。伝統的な性犯罪の場合とは異なり、そのような不当

96　BGHSt 36, 150; NStZ 2007, 218; NStZ-RR 2012, 336を見よ。
97　これについて詳細には、*Lembke*, APuZ 8/2014, 35（36 ff.).
98　*Sick*（Fn. 33), S. 366 ff.; *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 f. を見よ。
99　スイス刑法第198条およびオーストリア刑法第218条を見よ。ただし、その法定刑は、ドイツ刑法第184条iよりも明らかに低いものとなっている。
100　BT-Drs. 18/9097, S. 30を見よ。
101　批判として、例えば、*Fischer*（Fn. 82), § 184i Rn. 2; *Eschelbach*（Fn. 45), § 184i Rn. 1.

な介入は、しばしば見知らぬ者により、公的な場所で行なわれる[102]。些細な干渉だと誤解されがちな行為は、被害者の生活形成にとって重大な帰結に結びつきうる。その帰結は、不安感、ストレス、心身の不調から退職や社会的接触を断つことにまで至るのである[103]。確かに、刑法第184条iは、そのボンヤリとした構成要件記述のために、裁判官に大きな裁量の余地を与えると批判されうるであろう[104]。しかし、国際的な研究では、他者からの身体的接触がどの部分であれば受け入れ可能かということにつき、驚くべきような広い一致が示されているのである[105]。

特に重い事案について３月以上５年以下の自由刑を科している刑法第184条i第２項の法定刑は、完全に大げさである。典型例としては、対向犯が挙げられる。例えば、刑法第174条〜第174条cと比較して、この刑罰威嚇は極度に高められている――処罰ヒステリーの美しくない表現の一つである。

現在、アクチュアルに議論されているのは、口頭での性的嫌がらせ（例えば、キャットコール［Catcalling］）も可罰的とすべきかという問題である[106]。

102　*Müller/Schröttle*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Studie zur Gewalt gegen Frauen in Deutschland im Auftrag des BMFSFJ, 2005, S. 96を参照。同書で性的嫌がらせのその他の形態についても見よ（S. 97 ff.）。

103　*Buchanan/Bergmann/Bruce/Woods/Lichty*, Basic and Applied Psychology 31（2009）, 267 ff.; *Schneider/Swan/Fitzgerald*, Journal of Applied Psychology 82（1997）, 401 ff.を参照。

104　批判するのは、*Pohlreich*, HRRS 2019, 16（22）; *Fischer*（Fn. 82）, § 184i Rn. 9 ff.; *Eschelbach*（Fn. 45）, § 184i Rn. 9.

105　例えば、*Diehl/Rees/Bohner*, Aggressive Behavior 38（2012）, 521（524 f.）を見よ。

106　可罰的だとするものとして、*Burghardt/Schmidt/Steinl*, JZ 2022, 502（510 f.）. これに反対するのは、*Pörner*, NStZ 2021, 336（339 ff.）.

b）一緒に出かけて一緒に捕らえられたら一緒に首をくくられるのか？

この関連で、ケルンの大晦日の夜に関する更なる刑事政策的な「成果」に言及するべきであろう。第50次刑法改正法は、刑法第184条jによって、立証の問題を回避することを目的とする構成要件を作り出した[107]。ケルンおよび他の場所での大晦日の夜における事件の刑事手続きは、ほとんどの事件で、当時妥当していた刑法に穴があったことではなく、行為者が特定されえなかったことで中断したのである[108]。そのため、この規定のポイントは、性的行為が単に可罰性に関する客観的条件として整えられていることである[109]。それゆえに、この規定によれば、あるグループに――明白に（何らかの）犯罪的――意図を持って加わっている者は、このグループにおいて、あるいはこのグループから性的な介入もしくは性的嫌がらせが行なわれ、そのことについて何ら知らなくとも処罰されることになる[110]。この種の広範な集団責任は、責任主義とは相容れない[111]。

c）性的自己決定の描写への拡大

2020年、第59次刑法改正法は、性刑法をプライベートな部位（Intimbereich）の撮影にまで拡張した（刑法第184条k）。法改正のきっかけは、のぞき見の新たな形態の被害者となった二人の若い女性の陳情書であった。「アップスカーティング（Upskirting）」とは、合意に基づかず、たいてい

107　*Fischer*（Fn. 82），§ 184j Rn. 4; *Eschelbach*（Fn. 45），§ 184j Rn. 4もそのように推測する。

108　これについては、*Aichele/Renzikowski*, FS Fischer, 2018, S. 491（494 f.）を見よ。

109　BT-Drs. 18/9097, S. 31.

110　刑法第184条jの理解し難いメルクマールについては、多くの文献に代わり、*Bock*, in: *Papathanasiou/Schumann/Schneider/Godinho*（Hrsg.）, Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, S. 49 ff.を見よ。

111　*Berghäuser*（Fn. 66），§ 184j Rn. 12およびRn. 18 f. は、グループの一般的な危険性を指摘しつつ異なる見解を主張する。これによれば、行為規範は「人混みを避けよ！」とならなければならないであろう。

の場合はこっそりと、公の場所で服の下の性欲を刺激するゾーンの写真を撮ることである[112]。処罰規定の基本的な正当性が広く承認されている一方で、新たな規定の位置づけについては一致が見られなかった[113]。そのため、結局のところ、体系的な位置づけは第13章に基礎づけられたのであるが、このことは被害者の関心と一致していた。立法理由に基づけば、性的自己決定は、「プライベートな部位の描写を通じて、他者による性的な意味合いの観察の対象となることを望むかどうか、どの程度望むのかを自ら決定する」という権利も含むとされる[114]。この定式化は誤解を招くものである。法は、他者が考えていることや自らに対して行なうことへの要求を媒介しえない。ある者の身体的な完全性が、ダーツの矢をその者の写真に投げつけることによっては侵害されないように、ある者の性的自己決定は、その者の写真をマスターベーションの際に利用することによって侵害されないのである。むしろ、性的自己決定が自らの画像に対する権利を超えて関連するか否かは、議論されなければならないであろう。これまで、裸の写真を撮ることは刑法第201条a第３項に該当していたが、それは未成年者を描写する場合に限られていた。いずれにせよ、この分裂状況は説得的ではない[115]。

注目に値するのは、刑法第184条kの体系的構造が刑法第201条aの構造

112　これに関して、OLG Nürnberg, NStZ 2011, 217; *Bonin/Berndt*, HRRS 2019, 450（451 ff.）を見よ。

113　新たな性犯罪を肯定とするものとして、例えば、BT-Drs. 19/15825, 9 f.; *Bonin/Berndt*, HRRS 2019, 456. 刑法第201条aの拡大を肯定するものとして、BT-Drs. 17795, 9 f. 同様に、*Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367（369, 373）.

114　BT-Drs. 19/20668, 15.

115　性的自己決定が自らの身体の描写にも関連するのかという問題は、アップスカーティングの刑法的評価を超えている。「画像に基づく性的虐待（image-based sexual abuse）」というキーワードの下で、例えば英語圏においては、リベンジポルノやディープフェイクポルノのような現象が議論されている。この問題の議論は、ドイツにおいて始まったばかりである。これについて詳しくは、*Greif*, Strafbarkeit von bildbasierten sexuellen Belästigungen, 2022.

と対応しており、性刑法が、今や性的自己決定の侵害に対する新たな正当化事由を有するという誤った帰結を伴っていることである。刑法第184条k第３項は、「優越的に権限のある利益の行使」のための、すなわち「芸術や学問、研究や教育、目下の出来事や歴史的出来事に関する報道」、あるいは類似の目的のためのプライベートな部分の権限のない撮影を許容している――これは、身の毛のよだつ程の失態である[116]。

Ⅴ．まとめ

性刑法では、立法がどのように機能しているのかが幾つかの例において観察されうるだけでなく、それはリベラルで啓蒙された刑法に対する凸レンズでもある。この――疑いなく点的でしかない――概観は、道徳化に立ち返ることへの非難を確認するものではない。大部分の改正の強調点は、常に、性的自己決定をより保護しようという点にある。むしろ、すでに、道徳的に形作られた処罰規定からの離別は、第４次刑法改正法では完全には成功せず、刑法第180条第１項が示すように、今日においても成功していないのである。本稿で言及された正統化の問題は、道徳への回帰とは異なる理由に基づいている。ただし、1970年代の刑法改正の非犯罪化傾向と1990年代からの幅広いレベルでの性刑法の拡大の間の対立が存在している。

以下のような傾向が示された。

- 人目を引くのは、体系的なアプローチではなく、点的な規定だということである。このことは、明白に、多くの枝条文に示されている。性刑法の新たな体系化に対する提案は、長い間棚上げにされている[117]。

116　*Renzikowski*（Fn. 4）, § 184 k Rn. 5.
117　例えば、*Bezjak*, ZStW 130（2018）, S. 303（328 ff.）; *Laubenthal*, FS Fischer, 2018, S. 431（435 ff.）を参照。

性刑法の改正に関する委員会は、一致して、第13章を根本的に新しく整序し直すことを要求していたが[118]、この点について、これまでのところ、立法者には洞察が欠けている。

- 性刑法は国際的なものとなっている。改正にとっての重要なきっかけは、国際的なモデルが提案されたことであった。その最たる例は、イスタンブール条約の刑法第177条の改正への影響ではあるが、EU（欧州連合）の規準が重要でなかったということではない[119]。
- 更なる傾向は、刑法の警察化であり、これも、例えば「サイバーグルーミング」を考慮して、国際的な規準により突き動かされたのであった。多くの改正計画において、対策レトリックが支配している。可罰性は、あらゆる起こりうる危険からの防衛のために早期化されるのである。
- 結局のところ、このことと絶え間ない法定刑の上昇は関連しており、それはまさに威嚇の幻想によってもたらされている。ステレオタイプな根拠づけに威嚇効果を発動させる頑固さは、刑事政策的な基礎知識とは正反対のことである[120]。最近の改正において、例えば刑法第176条において、学問的認識を無視する刑法のイデオロギー化が明らかに示されている。方向転換するときなのである！

118　Abschlussbericht（Fn. 75）, S. 180 ff., 343.

119　これに関して、*Renzikowski*（Fn. 4）, Vor § 174 Rn. 114 ff.を見よ。

120　例えば、*Bussmann*, Wirtschaftskriminologie I, 2016, Rn. 923 ff.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 53 ff.を見よ。

（訳者あとがき）

本稿は、2023年３月17日に龍谷大学で開催された、ドイツはハレ大学（Martin-Luther-Universität Halle-Wittenburg）のヨアヒム・レンツィコフスキー（Joachim Renzikowski）教授による講演の原稿を翻訳したものである。我が国では、つい先日、性刑法の改正案が成立し、施行されたものの、その内容ではなお不十分だとの指摘もあるように、性刑法という領域は、未だ議論の絶えない領域である。そうした事情はドイツも同じで、様々な要請に応える形で、いわばパッチワーク的に立法がなされており、そうした改正作業は、かつて克服されたはずの性道徳の保護へと逆戻りしているような印象を受ける。そうしたドイツにおける性刑法の改正状況を、レンツィコフスキー教授は、講演にて、我が国で十分に紹介されていない条文も含めて詳細に紹介してくださった。その講演内容は、今後の我が国における性刑法の議論にとって有益な情報および示唆を提供するものだと思い、訳者のドイツ語能力に限界はあるものの、ここに本翻訳を掲載する次第である。翻訳を掲載するにあたり、ご快諾いただいたレンツィコフスキー教授に、この場を借りて改めて御礼申し上げたい。

〔付記〕本研究は、JSPS科研費（研究課題番号：21K01209）の助成を受けたものである。

執　筆　者　紹　介（掲載順）

落　合　雄　彦	本学法学部　教授
岡　本　詔　治	本学　名誉教授
川　角　由　和	本学法学部　教授
戸　塚　悦　朗	元本学法科大学院　教授
山　下　裕　樹	國學院大學法学部　准教授

2023年度　龍谷大学法学会役員および評議員

会長
丹羽　徹

副会長
橋口　豊

評議員
赤池一将
石埼　学
石塚武志
今川嘉文
牛尾洋也
大森　健
落合雄彦
川角由和
河村尚志
神吉正三
カライスコス アントニオス
金　尚均
越山和広
斎藤　司
鈴木龍也
瀬畑　源
寺川史朗
中田邦博
野々上敬介
畠山　亮
浜井浩一
濵中新吾
玄　守道
本多滝夫
山田卓平
吉岡祥充
渡辺博明

編集委員
若林三奈
古川原明子
松尾秀哉
嶋田佳広

庶務委員
武井　寛
濵口晶子

会計委員
堀　清史

会計監査委員
橋本祐子

龍谷法学　第56巻　第２号

2023年９月22日　印刷
2023年９月29日　発行

編集兼発行人　龍谷大学法学会会長　丹羽　徹

発行所　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. 2 September 2023

Articles

Leprosy Control in Colonial Sierra Leone:
A Historical Overview
…………………………………………………… Takehiko OCHIAI (1)

Li problemi contempronei sulla convienza *more uxorio* in giurisprudenza(6)
Relativa alle casista in dai tempo Heisei periodo.
…………………………………………………… Shoji OKAMOTO (21)

Eine kritische Analyse über „die Kontroverse von der Rechtssoziologie" in Japan (24)
„Vor" und „Nach" des zweiten Weltkrieges von der japanischen Zivilrechtstheorie
――„Nach" des zweiten Weltkriges :
Über die Kontroverse von der Rechtssoziologie (1)
………………………………………… Yoshikazu KAWASUMI (49)

Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 2)
Why did Ahn Chunggun shoot Ito Hirobumi?
Searching for its historical facts.
…………………………………………………… Etsuro TOTSUKA (91)

Translation

Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Entwicklungslinien des Sexualstrafrechts
— vom Moralschutz zum Rechtsgüterschutz, und wieder zurück?
……………………………………………… Hiroki YAMASHITA (123)

Published by

The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan