

龍谷法学

第56巻 第3号

-
- 論 説 流動性預金と預金口座の現代的意義（1）
～資金移動業者の口座とも対比して～
神吉 正三
- 「即日告知・即日執行」訴訟の意義
—死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件（1）—
古川原明子
- 判例内縁法の現代的課題（7・完）
～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（二十五・完）
——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（その二）——
川角 由和
- 韓半島植民地支配の不法性（その3）
——日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討——
戸塚 悦朗
- 研究ノート Death Penalty Lawsuits in Japan: Is Execution with Dignity a Paradox?
Akiko Kogawara
- 【報告】「ワークショップ&リリース」
「日本における死刑と再審」2023年9月4日イン・ベルリン
～日本政府は、まだ死刑を存置し、生命と人権を侵害し続けるのか!?～
暮井真絵子／石塚 伸一
- 翻 訳 ヨアヒム・レンツィコフスキー『行為理由としての規範』
In: Rechtsstaatliches Strafrecht.
Festschrift für Ulfried Neumann zum 70. Geburtstag.
C.F. Müller, Heidelberg 2017, S. 335 - 346.
ヨアヒム・レンツィコフスキー（著）／玄 守道（翻訳）
- ルイス・グレコ『注意義務違反と結果との間の「因果関係」?』
——因果関係と客観的帰属の関係について
ルイス・グレコ（著）／井田 良・佐土美由紀（翻訳）
-

目 次

論 説

流動性預金と預金口座の現代的意義（1）

～資金移動業者の口座とも対比して～ ……神吉 正三… 1（443）

「即日告知・即日執行」訴訟の意義

—死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件（1）

……………古川原明子… 37（479）

判例内縁法の現代的課題（7・完）

～平成時代以降の裁判例を中心として～ ……岡本 詔治… 53（495）

「法社会学論争」の教訓（二十五・完）

—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（その二）—

……………川角 由和… 89（531）

韓半島植民地支配の不法性（その3）

—日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討—

……………戸塚 悦朗…135（577）

研究ノート

Death Penalty Lawsuits in Japan : Is Execution with Dignity a Paradox?

……………Akiko Kogawara…183（625）

【報告】「ワークショップ&リリース」

「日本における死刑と再審」2023年9月4日イン・ベルリン

～日本政府は、まだ死刑を存置し、生命と人権を侵害し続けるのか!?～

……………暮井真絵子／石塚 伸一…203（645）

翻 訳

ヨアヒム・レンツィコフスキー『行為理由としての規範』In: Rechtsstaatliches Strafrecht.

Festschrift für Ulfried Neumann zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Heidelberg 2017, S. 335 - 346.

……………ヨアヒム・レンツィコフスキー（著）／玄 守道（翻訳）…219（661）

ルイス・グレコ『注意義務違反と結果との間の「因果関係」？』

—因果関係と客観的帰属の関係について

……………ルイス・グレコ（著）／井田 良・佐土美由紀（翻訳）…241（683）

流動性預金と預金口座の現代的意義（1）

～資金移動業者の口座とも対比して～

神 吉 正 三

序章

かつての前払式証票は、特定の物品等との交換ができる紙型の金券やデパート券が主であった。ところが、その後、前払式証票に代わる前払式支払手段は、驚くほど多様化するとともに利便性を著しく向上させている⁽¹⁾。各種のIC型前払式支払手段・電子マネー（サーバ型前払式支払手段）は、これらを用いて決済を完了することができる場面が著しく拡大し、ほとんど現金に代わる機能を果たしている⁽²⁾。支払をする側は現金を持ち歩くことが要らない便利さ、店舗の側では現金の取扱いと管理の要らな

(1) 交通系電子マネーの歴史について見ると、1985年に旧国鉄が切符の購入が可能な磁気型の「オレンジカード」を発行し、その後、JR東日本が切符の購入と改札機への投入による運賃精算を可能とする磁気型の「イオカード」を発行した。そして、2001年には改札機に触れることで運賃精算を可能とするIC型の「Suica」が発行され、2004年には鉄道運賃の精算に加えて、商品・サービスの購入代金の支払を可能とする「Suica電子マネー」のサービスが始められた。以上、金融審議会金融制度スタディ・グループ「「決済」法制及び金融サービス仲介法制に係る制度整備についての報告〈基本的な考え方〉」（2019年7月26日）7頁の注7参照。（https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20190726/houkoku.pdf）

(2) 金融審議会「決済ワーキング・グループ報告」（2022年1月11日）37頁。（https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20220111/houkoku.pdf）

い便利さが広く認識されている⁽³⁾。また、2020（令和2）年⁽⁴⁾からのコロナ禍は、不特定多数の者に取り扱われた紙幣に触れることに対する国民の忌避感とともに、支払手続の迅速さといった利便性を根拠として、キャッシュレス決済の必要性を高め⁽⁵⁾、前払式支払手段に対する需要も高まっている⁽⁶⁾。電子マネーを用いて物品やサービスの対価の支払に充てれば、場合によってはポイントが付与されたり、各種の特典が得られることもある。これらは、ゼロ金利政策の下で、預金の利息に代替する役割を果たしてきた。前払式支払手段と預金との違いは、一体何なのかが問われる状態である。

また、銀行等以外の者が為替取引を業として行う資金移動業が平成21（2009）年に創設され、送金額の上限を100万円とする規制が令和2（2020）年に大幅に緩和されるとともに、令和5（2023）年からは資金移動業者の口座への賃金の支払が認められるようになった。一部の資金移動業者の口座には、利用者資金の滞留が認められとともに、賃金の受入れによって必然的に利用者資金の滞留が生じる。資金移動業者の口座に滞留した利用者資金と預金との違いが、問われることになる。

このような状況を踏まえると、預金とは何であり、現代社会においてそ

(3) 金融機関の預金口座に一定枚数以上の硬貨を入出金する場合に、手数料が必要になったことも、このような動きを加速させていると考えられる。

(4) 本稿における年の表記については、本文中では和暦と西暦を原則として併記するものの、どちらを先に記載するかは、必ずしも統一していない。

(5) 経済産業省の資料（2023年4月6日公表）によれば、2022年のキャッシュレス決済の比率（クレジットカード・デビットカード・電子マネー・コード決済の支払額の合計が民間最終消費支出に占める比率）は36.0%である。
(<https://www.meti.go.jp/press/2023/04/20230406002/20230406002.html>)

(6) 一般社団法人日本資金決済業協会の資料（2023年1月17日公表）によれば、2021年度の前払式支払手段の年間発行額は28兆318億円（2016年度対比で18.2%増）で、基準日未使用残高は3兆1176億円（2016年度対比で18.1%増）と、初めて3兆円を超えた。（https://www.s-kessai.jp/info/document_i.html）

の法的性質やその機能はどのようなものなのか、預金と「預り金」との違いは何であり、「預り金」をすることはなぜ禁止されているのか、資金移動業者の口座との違いをも踏まえて預金口座とは何なのか、といった点があらためて問われていると考えられる。

そこで、本稿では、預金の機能を一部であれ代替する上述の各種媒体の利便性が著しく高まっている状況を踏まえつつ、流動性預金と預金口座の現代的意義について幅広く検討を試みる。まず、第1章では、預金の法的性質と「預り金」を規制する趣旨について検討する。第2章では、平成29（2017）年の民法改正を踏まえて、民法上の預金契約について検討する。次に、第3章では、これまで意識的に検討の対象とされてこなかった預金口座と口座番号について、歴史的に考察する。以上の検討を踏まえて、第4章と第5章では、預金が果たす現代的な機能と預金口座の法的性質について検討する。そして、第6章では、資金移動業創設の経緯と3つの種別に区分された資金移動業について説明した上で、資金移動業者の口座への貸金支払の解禁も踏まえ、資金移動業者の口座と口座内の利用者資金について、預金と預金口座とを対比しつつ検討する。最後に、終章で、全体のまとめを行うとともに、若干の将来展望を示す。

第1章 預金の法的性質と「預り金」を規制する趣旨

第1節 預金の意義と預金の法的性質

預金は、銀行をはじめとする預金取扱金融機関⁽⁷⁾が預金者から金銭を

(7) 本稿において「金融機関」とは、預金保険法2条1項各号が規定する者および農水産業協同組合貯金保険法2条1項が規定する「農水産業協同組合」をいう。銀行法をはじめとする個別の法律に基づいて預貯金と定期積金の受入れが認められた銀行、信用金庫、信用協同組合といった主体を指す。ただし、預貯金等の受入れが認められた主体であることを明確にするため、「預金取扱金融機関」と表記する場合があるほか、「銀行等」と表記する場合がある。➤

預かってそれを消費し、後日、これと価値の等しい金銭を預金者に返還するという点が最大の特徴である。この点を捉えて、預金を金銭の消費寄託であると解するのが従来通説であった⁽⁸⁾。このような預金の特徴は、預金の種類を問わず認められるところから、預金の基本的性格は法律的にみて消費寄託契約であると指摘されている⁽⁹⁾。

ただし、預金について定義した法律は、わが国には存在しない。銀行の固有業務について規定した銀行法10条1項1号は、「預金又は定期積金等の受入れ」と規定するだけで、銀行法に預金の定義規定は置かれていない。わが国では、預金とは何かという点は、もっぱら解釈に委ねられている。

そこで、「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律」（昭和29年法律第195号。以下、「出資法」という）を見ると、2条1項は、「他の法律に特別の規定のある者を除いて、何人も業として預り金をしてはならない。」と規定している。そして同条2項は、預り金について、不特定多数かつ多数の者からの金銭の受入れであることを示したうえで、1号で「預金、貯金又は、定期積金の受入れ」とし、2号では、「社債、借入金その他のいかなる名義をもつてするかを問わず、前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの」と定義している。そこで、預り金の経済的性質が問題となる。これについては、①不特定多数の者を相手とすること、②金銭の受入れであること、③元本保証のあること、④主として預け主の便宜

また、本稿で「預金等」とは、預金、貯金および銀行法2条4項が規定する定期積金等の受入れを指す。「預金」とした場合も、「貯金」と「定期積金等の受入れ」を含む意味で用いる。なお、引用との関係で「預貯金」「預貯金等」と表記する場合がある。預金と貯金に違いがなく、単に呼称の違いにすぎないことについて、小山嘉昭『銀行法精義』（金融財政事情研究会、2018年）115頁参照。

(8) 我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、1962年）729頁、寿田秀夫『銀行実務講座第3巻 預金』（有斐閣、第3版、1964年）15頁、西原寛一『金融法』（有斐閣、1968年）79頁、田中誠二『新版銀行取引法〔再全訂版〕』（経済法令研究会、1979年）67頁。

(9) 小山・前掲注(7)109頁。

のためになされたものであること、の４点が指摘されている⁽¹⁰⁾。ただし、この４つの点から、預り金と預り金でないものとを分ける明確な基準が導けるとはいえないであろう。

上記４点のうち、③と④について若干の補足説明を行う。③の「元本保証」に関する私見は、債務者が債務の元本を保証すると表明することに、経済実態としての意味はないと考えている。ただし、預金の「元本保証」には、厳格な金融監督の下に置かれた預金取扱金融機関による表明である点に重要な意義があり、預金者の側に預金の返還が確実行われることに対する信頼が形成されると考えている⁽¹¹⁾。また、元本保証に関しては、後述するように、預り金を預かる主体が元本保証を表明することではなく、確実に払戻しが受けられることによって実質的に元本が保証されている状態にあることが重視されている。次に、④に関しては、金融機関が自らの資金調達必要性に基づいて金銭の受入れを行うと消費貸借となる。たとえば、経営危機に瀕した金融機関が自らの資金繰りに窮して高利を付して預金を集める行動をとった場合、その実態は、預金に名を借りた消費貸借である。

出資法の規定を踏まえつつ預金を定義すると、預金は出資法上の預り金であって、具体的には、銀行法をはじめとする個別の法律に基づいて、その受入れが認められた主体によって行われる預金という名の預り金であるということができる。預り金の性質を踏まえて、預金が満たすべき特徴に

(10) 佐竹浩＝橋口収『新銀行実務講座第13巻 銀行行政と銀行法』（有斐閣、1967年）132頁。金融庁「事務ガイドライン第三分冊：金融会社関係」2－1－1(2)では、③について「元本の返還が約されていること」と、元本の返還を重視した表現がとられている。

(11) 拙著『金融法の現在と未来』（成文堂、2020年）141頁。なお、本節における記述については、拙著133頁～142頁、拙稿「金融機関による特定の預金者に対する担保提供」流経法学3巻2号（2004年）38頁～41頁と、記述の内容に重複がある。

についても、同じ4点が指摘されている⁽¹²⁾。

上述の諸点を踏まえると、銀行は、銀行法10条1項1号によって、預金という名の預り金を業として行っていると理解できる⁽¹³⁾。なお、「銀行業」については、銀行法2条2項に定義規定が置かれており、これを踏まえれば、「預金又は定期積金の受入れ」だけを行う営業は、銀行業に該当しない。預金業務だけを行う者が銀行法による規制を受けないことの不都合を回避するため、銀行法3条は、預金または定期積金等の受入れを行う営業を銀行業とみなして、銀行法を適用すると規定している。これにより、預金業務のみを行う者にも、銀行法が適用される。預金業務で集めた資金でもっぱら有価証券投資を行う場合のように、「資金の貸付け又は手形の割引」を併せ行わない場合も、この「みなし銀行業」に該当する。さらに、銀行法4条1項は、銀行業を営むには内閣総理大臣の免許を受けなければならないと規定しているから、銀行業の免許を受けないで預金業務だけを営んだ場合、銀行法の罰則規定が適用されるほか、出資法2条の適用対象となる。

第2節 「預り金」を禁止する意義

(1)出資法の立法経緯と「預り金」の禁止

前節で述べたとおり、出資法2条1項は、銀行法等の法律に特別の規定のある者を除いて、業として預り金をすることを禁止している。そして、

(12) 小山・前掲注(7)110頁～111頁。ただし、「元本保証」については「元本保障」と表現されている。法律上の保証ではないことと、預金保険法による保護の対象となる点を踏まえて、「保障」という言葉を使うと説明されている。

預金を考える懇談会「預金を考える懇談会報告書」(平成7年5月29日)2。(1)では、「当面、金融機関は、その受け入れる預金の商品設計に当たり、元本を保証するという前提を維持すべきであると考えられる。」として、「元本保証」の用語を用いている。金融1995年7月号(580号)43頁参照。

(13) なお、「預り金」を消費寄託であるとは解せないとする見解として、来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)624頁～625頁がある。

業として預り金をすることができる銀行等の者は、預り金である預金等の受入れが行えることと引き換えに、厳しい金融監督の下に置かれている（銀行法24条以下など）。金融機関が預金に関する業務を独占することと、金融当局による「監督」とが対向的に位置づけられていることになる。預金の元本保証は、金融監督が実施的な担保になっていると考えることもできる。

そもそも出資法が1954（昭和29）年に制定されたのは、保全経済会事件が契機とされている⁽¹⁴⁾。保全経済会は、1949（昭和24）年頃から、匿名組合方式によって元本保証と月2分の高利配当を謳って一般大衆から零細な資金を集めたものの、1953（昭和28）年に休業し、翌1954年に倒産した⁽¹⁵⁾。これにより、多くの国民が経済的損害を被った⁽¹⁶⁾。当時の貸金業等の取締に関する法律（昭和24年法律第170号。以下、「貸金業取締法」という）7条1項は、「貸金業者は、預り金をしてはならない。」と規定するとともに、2項で、「前項の「預り金」とは、不特定多数の者からの金銭の受入で預金、貯金、掛金その他、何らの名義をもつてするを問わず、これらと同様の経済的性質を有するものをいう。」と規定していた。預り金を行うことが禁止されていたのが貸金業者であったため、保全経済会事件に貸金業取締法を適用することができなかった⁽¹⁷⁾。この反省に立って出資法が新たに立法化され、法律の規定によって認められた場合を除いて、

(14) 田宮重男「利殖機関の取締法立案の経緯」金融法務事情28号（1954年）4頁参照。

(15) 齋藤正和編著『新出資法』（青林書院、2012年）4頁。

(16) 同会は、約15万人の加入者から出資約45億円を集めたといわれ、当時は同種の闇金融機関が全国に約300存在したとされている。菅原菊志「保全経済会事件」ジュリスト900号（1988年）86頁参照。

(17) 貸金業者に預り金を禁止する趣旨は、貸金業者の資金供与の原資となる金銭の受入れを禁止することにあつたと説明されている。加毛明「金銭その他の支払手段の預かりに関する規制について」金融法研究39号（2023年）61頁。

業として預り金をすることが禁止されるに至った⁽¹⁸⁾。ただし、出資法制定後も、高利を謳って預り金を集める保全経済会事件と同種の事件は、近年まで多数起きている⁽¹⁹⁾。

なお、出資法では、預り金を「業として」行う場合を禁止している。「業として」とは、営利の目的を不要とする趣旨であり⁽²⁰⁾、行為の継続反復性が認められれば足りる⁽²¹⁾。営利目的を不要とする点で、規制の適用範囲が広げられている。

では、預り金に関する定義規定である出資法2条の意義について、どのように理解すればよいか。出資法2条2項の「不特定且つ多数の者」（現行法では「不特定かつ多数の者」）の意義が争点の一つとなった最判昭和36年4月26日刑集15巻4号732頁で最高裁は、出資法2条について、次のように判示した。

「預金の受入等の受信業務は、それが一般大衆を目的とするときは、その一般大衆から財貨を受託することになるのであるから極めて公共的色彩が強く、したがって、その契約の履行には確乎たる保障がなければならぬとともに、その業務がひとたび破綻をきたすようなことがあれば、与信者たる一般大衆に不測の損害を及ぼすばかりでなく、ひいてはこれら大衆と取引関係に立つ者までつぎつぎに被害を拡大して、社会の信用制度と経済秩序を攪乱するおそれがあり、これを自由に放任することは、預金等を為さんとする一般大衆の地位を保護し、社会の信用制度と経済秩序の維持と発展を図る上で適当でないので、

(18) 出資法の立法経緯については、斎藤正和『出資法〔改訂版〕』（青林書院、2000年）48頁～49頁・76頁、古川伸彦「刑法による消費者保護」山口厚編著『経済刑法』（商事法務、2012年）298頁参照。

(19) 斎藤・前掲注(15)17頁～28頁に昭和29年から平成16年頃までに起こった22件の事件が紹介されている。

(20) 田宮・前掲注(14)5頁。

(21) 津田実「出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する法律」法曹時報6巻7号（1954年）31頁。

既に銀行法等他の法律によつて、免許ないし認可を受けた金融機関等のみに行わせ、それ以外の者がこれを営むことを禁止しているのである」(下線は引用者による)

判旨からは、出資法2条の意義について、一般大衆の地位の保護と、社会の信用制度と経済秩序の維持という2つの点が読み取れる。2条1項は、①業として預り金をするを一般的に禁止するとともに、②業として預り金をする者が認められる者を銀行法等の法律に特別の規定のある者に限定している。①の側面は、より直接的には、国家による国民の財産を保護する目的である。そして、②の側面からは、預金等にかかる営業を営むことができる者を金融機関に限定することによって預金等に対する国民の信頼を醸成し、銀行法等の金融機関を規制する業法を補完する目的を読み取ることができる⁽²²⁾。銀行法等の金融監督法と預金保険法は、原則として無担保である預金⁽²³⁾に対する国民の信頼を保護するため、金融機関を監督当局の厳格な監督の下に置くとともに⁽²⁴⁾、預金を預金保険の対象とすることによって、金融機関の破綻に備える手立てを講じている。監督当局は、多くの預金者の実質的な代理人として、金融機関の資産状況を含め

(22) 京藤哲久「出資法の預り金・出資金規制について」西原春夫先生古稀祝賀論文編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第3巻』(成文堂、1998年)351頁～352頁。

ただし、高橋康文編著『詳説 資金決済に関する法制』(商事法務、2010年)46頁は、為替取引に関して、為替取引を規律する基本的な法律は「資金決済に関する法律」であって、銀行法はむしろ為替取引に関する特例法であると指摘している。

(23) 金融機関が特定の預金者に対して担保を提供していることについては、拙稿「金融機関による特定の預金者に対する担保提供」流経法学3巻2号(2004年)35頁以下参照。

さらに、預金が無担保であることが、預金と借入金とを分ける判断の基準とされる場合がある。たとえば、佐竹＝橋口・前掲注(10)137頁～138頁参照。

(24) 銀行法等の金融監督法には、預金を供託や国債等の安全資産で管理すべきことを規定した条文はいっさい存在しない。金融機関の経営の健全性は、金融機関の自助努力と、金融監督に委ねられている。

て、経営全般を監視しているといえる。大層を占める小口の預金者が、金融機関の経営を監視することに対してインセンティブを持たないことも、金融監督を正当化する根拠となる。

ただし、判旨には、銀行法等の金融監督法の目的に通じる内容を含んでいる。判旨の下線部は、為替取引による金融ネットワークを介して生じる、いわゆるシステミックリスクに関係するものである。金融ネットワークにつながっていない利殖機関の場合、システミックリスクが大規模に発生する可能性はほとんど考えられない。そうであれば、出資法の目的と、銀行法等の金融監督法の目的とを、どのように切り分けるべきかが問われる⁽²⁵⁾。各種の電子マネーを含む第三者型前払式支払手段⁽²⁶⁾や、資金移動業者の口座への賃金支払の実現後の資金移動業者の口座といった、金銭の価値を一時的であれ保存する機能を果たす各種の媒体・手段と、預金を含む預り金との違いが一体どこにあるのかが、あらためて問われるとともに、そのような媒体・手段の機能の高度化・多様化とともに、その違いを明確にすることは、いっそう困難になっているように思われる⁽²⁷⁾。

(2)出資法に対する批判

出資法1条と2条をめぐるっては、批判がある。1条の出資金規制について

(25) 銀行法等の金融監督法は、それぞれの業を規制する業法であるのに対して、出資法は、行為規制による社会秩序の維持を目的とする行為法であって、規制の対象に限定のない経済刑法の一つである。

(26) 自家型に比べて金融機能が高いとの指摘がある。高橋康文編著＝堀天子＝森毅『新・逐条解説 資金決済法』（金融財政事情研究会、2021年）64頁。

(27) 近年、数千万円規模の高額のチャージを可能とする国際ブランドの前払式支払手段のサービスが提供されていることについて、金融審議会（2022年1月11日）・前掲注(2)37頁参照。数千万円のチャージが可能であれば、現金を貯蔵する機能を果たす点で、預金との類似性が高まる。なお、IC型またはサーバ型の前払式支払手段に入金できる金額の上限については、資金決済法に規定がない。未使用残高の保全義務とも関係するため、前払式支払手段発行者が利用約款で上限額を定めておくのが一般的である。

ては適用範囲の拡張が、２条をめぐっては適用範囲の限定が、それぞれ主張される⁽²⁸⁾。１条の出資金規制については、元本の返還を明示・黙示に示してする出資金の受入れに限ってこれを禁止しているところから、これまでの摘発事例はほとんどなく、元本を保証した金銭の受入れは２条違反として処理されてきたとされている。そこで、投資判断を誤らせるような行為への拡張が必要であると主張される。２条の預り金の禁止規制については、幅広い適用範囲に対して起訴便宜主義（刑事訴訟法248条）に基づく実務対応がとられているものの、適用範囲が予測不能になることと、構成要件が厳格な詐欺罪の補完的な機能を排除するとともに、預り金禁止規制がさまざまな経済活動を統制することにつながる懸念もあるところから、適用範囲の絞り込みが主張されている⁽²⁹⁾。

預金の定義が明確でないなか、預金と類似する機能を果たす媒体や手段がある。古くは前払式証票、現在の前払式支払手段（資金決済に関する法律３条１項。以下、同法を「資金決済法」という）が典型である。前払式支払手段は、物品・サービスと交換されることが前提であって、払戻しが原則として禁止されている（資金決済法20条５項）。払戻しを自由に認めると、元本の返還が約束されている結果となって、「預り金」に該当する可能性が生じること⁽³⁰⁾のほか、送金の手段として利用することが可能になって、為替取引に該当するおそれがある⁽³¹⁾と指摘されている。金融庁も、現金の引出し機能を付与したものは第三者型前払式支払手段には該当せず、このようなサービスの提供を希望する場合、資金移動業の登録が必

(28) 京藤・前掲注(22)363頁。本文の以下の記述では、同論文の要点を示した。

(29) 芝原邦爾「出資法と大衆の資産形成」法律時報58巻10号（1986年）95頁も、投機性の高い運用方法を伴う金銭の受入れこそ規制されるべきものであるとしている。加毛・前掲注(17)63頁も参照。

(30) 高橋・前掲注(22)58頁。

(31) 堀天子『実務解説 資金決済法〔第５版〕』（商事法務、2022年）268頁。

要であると指摘している⁽³²⁾。

とくに、サーバ型とIC型の第三者型前払式支払手段において払戻しを随時可能とすれば、キャッシュカードをデビットカードとして使用した場合の預金との違いがなくなってくる⁽³³⁾。ほかにも、資金移動業者の口座への資金の預入れ、暗号資産（資金決済法2条14項）といったものも、預金との違いが問われる。

(3)前払式支払手段の払戻し禁止との関係

あらためて上述の預り金の経済的性質を見ると、前払式支払手段については4つの性質を満たしている。預り金を満たすべき「元本保証」については、実質的に元本が保証された状態になるよう、資金決済法で保全措置が一定の範囲で講じられている⁽³⁴⁾（資金決済法14条～16条、同法施行令9条）。前払式支払手段は、払戻しが原則として禁止されてはいるものの、換金性の高い物品の対価として使用し、それを売却すれば、払戻しを受けたのと経済的な実質において等しい効果が発生する⁽³⁵⁾。ただし、金融庁「事務ガイドライン第三分冊：金融会社関係」2-1-1（2）では、預

(32) 金融庁「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」（2010年2月23日）No67の回答（<https://www.fsa.go.jp/news/21/kinyu/20100223-1/00.pdf>）参照。高橋＝堀＝森・前掲注(26)72頁も参照。

(33) 高橋・前掲注(22)55頁は、前払式支払手段に自由な払戻しを認めれば、預金に似た機能を持つところから、現金・預金に代わりうると指摘する。

(34) 前払式支払手段発行者は、基準日未使用残高（毎年3月31日および9月30日における前払式支払手段の未使用残高）が1000万円を超えるときは、基準日未使用残高の2分の1以上の額に相当する額の発行保証金を供託する必要がある。資金決済法14条1項、同法施行令9条参照。

(35) 金融審議会（2022年1月11日）・前掲注(2)43頁の「参考2-3」では、第三者によるマネーロンダリングの観点から、このような行為によって、事実上の資金移動を行うことが国内外を問わず可能であると指摘している。

IC型またはサーバ型の第三者型前払式支払手段については、加盟店の増加によって、現金に類似した機能を果たしているから、なおさら、このようにいえよう。

り金が満たすべき４要件のうちの「元本が保証されていること」について、「元本の返還が約されていること」としている。元本返還の有無が強調されるのは、前払式支払手段が預り金に該当しないことを明確にする趣旨であろう。ただし、前払式支払手段発行者に払戻しが義務付けられる場合（資金決済法20条１項）があるほか、払戻しが認められる場合がある（同条５項ただし書）。これを踏まえて、前払式支払手段について、元本の返還が約束されていないとはいえないとの指摘がある⁽³⁶⁾。

ところで、資金移動業者の口座への入金に際して前払式支払手段を使用すると、資金移動業者の口座からの払戻しが可能であるところから、実質的に前払式支払手段に払戻しを認めるのと同様の効果が生じる。そこで、前払式支払手段によって入金された資金は、払戻しの資金には充当できず、送金をはじめとする決済のための資金としてのみ使用することが求められると指摘されている⁽³⁷⁾。これを実現するには、資金移動業者が同一利用者の口座を複数用意し、前払式支払手段・クレジットカードを使用した入金の口座と、現金と預金口座からの振替入金といった、払戻しを行っても問題のない口座を分けて管理する方法が考えられる。ただし、そもそも口座への個々の入金について、資金移動業者がその資金の出所までを厳格に識別・管理できるのかは分からない。前払式支払手段の払戻しの禁止が、社会全体でどこまで厳格に徹底できるのかについては大いに疑問がある。厳格に、かつ徹底して管理するためには、資金移動業者への口座への入金は、前払式支払手段・クレジットカードによっては行えないことを明確にする以外に方法はないと考える。

さらに、前払式支払手段の多機能化、とくにIC型またはサーバ型の第

(36) 加毛・前掲注(17)67頁。

(37) 堀・前掲注(31)67頁。クレジットカードを使用した入金についても、換金目的によるクレジットカードの利用を禁じる利用規約で禁じられており、前払式支払手段を使った入金と同様の問題が生じると指摘している。

三者型前払式支払手段の著しい機能の向上（使用できる加盟店の増加やチャージの手段の多様化等）により、前払式支払手段に「払戻し」を禁止することによって、前払式支払手段が預り金の「元本保証」の要件を満たさないとの説明は、実質的に非常に困難な状況にある。むしろ、「預り金」の満たすべき4要件のうちの「元本保証」について、「払戻し」の可否に着目して要件充足の有無を判断するのは、もはや時代錯誤であると考える。払戻しを禁止することによって「元本保証」の要件を満たさないとすることができるのは、紙型を典型とした特定の物品等の購入に使用範囲が限定される自家型前払式支払手段に限られると考えられる。

そこで、預り金禁止規制における「元本保証」は、元本の返還が実態としてどの程度確実なものであるかによって判断すべきである。預り金禁止規制における「元本保証」は、当該預り金を受け入れる主体の表明のみによることなく⁽³⁸⁾、資金決済法における保全措置等の全体を踏まえて、要件充足の有無を判断すべきである。

(4)預り金禁止規制に関する考え方

以上を踏まえれば、出資法2条1項が業として預り金をすることを一般的に禁止しているのは、一般大衆の財産を保護することを直接の目的とするとともに、業として預り金を行うことができる者を金融機関に限定することによって、金融機関に対する社会からの信用を維持し、もって社会の信用秩序の維持を図ることを目的としていると考えられる⁽³⁹⁾。

そして、預り金禁止規制については、国民の財産を保護する目的は今後

(38) 預金は元本が保証されている。しかし、預金受入金融機関が預金の受入れに際して「この預金は、元本が保証されています。」と表明しているケース、あるいは「随時預金の払戻しに応じます。」と表明しているケースはない。

(39) 金融庁「事務ガイドライン第三分冊：金融会社関係」2-1-1(1)も参照。齋藤・前掲注(15)16頁は、出資法の立法経緯を踏まえて、出資法全体としての保護法益は一般大衆の財産であるとしている。

とも認められ、維持されるべきと考えられるものの、預り金を広範囲に規制することについては、資金決済法をはじめとする個別の法律によって実質的に変化が生じているといえる。むしろ将来的には、国民の経済生活における利便性の向上を図る観点から、適用範囲を限定するとともに、柔軟に考える必要がある。具体的には、国民の財産を保護する仕組みが構築されるなら、正面から預り金であることを認めてよい。

このような観点に立てば、前払式支払手段は、預り金に該当すると認めべきである。前払式支払手段の発行者は、出資法２条１項が規定するように、他の法律（資金決済法）に特別の規定のある者に該当するため、業として預り金をすることができると考えられる。さらに、資金決済法の規定に基づいて全額が保全される資金移動業者の利用者資金についても、第６章第４節で検討するとおり、同様に考えられる。

第２章 債権法の改正と預金契約の現代的意義

第１節 平成29（2017）年の民法改正と預金の法的性質

平成29（2017）年改正前民法の下では、預金、預金債権、預金契約といった預金に関係する個別の規定はいっさい置かれていなかった。民法改正の過程では、預金契約が消費寄託契約であることを前提として、流動性預金口座をめぐる法律関係について条文で規定することが検討された⁽⁴⁰⁾。しかし、それは見送られた。

(40) 例えば、民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ－各種の契約(2)』（商事法務、2010年）221頁の【3.2.11.17】（流動性預金口座における消費寄託）では、①流動性預金口座への入金記帳によって既存の残高債権との合計金額について預金債権が成立すること、②預金口座への振込みによる預金債権の成立時に金銭債務の弁済の効力が生じること、③預金口座の預金債権が差し押さえられた場合、差押えの効力は差押えの時点に存した残高債権についてのみ生じること、の３点を指摘している。本文で後述するように、②の点は条文化されたものの、①③は見送られた。

平成29（2017）年の民法改正では、消費寄託と預金に関連して、以下のような改正が行われた。

第一に、寄託の諾成契約化である（民法657条）。改正前民法の下でも、当事者の合意に基づいて、受寄者に対して寄託物を受け取って保管することを義務付ける契約が可能であると解されており、このような取引実態に合わせて、寄託が諾成契約に変更された⁽⁴¹⁾。銀行実務においても、郵送やインターネットによる口座開設手続において、ゼロ円で普通預金口座を開設し、その後、口座への入金を受け入れるという場合があった⁽⁴²⁾。このような金融実務を踏まえれば、口座開設の時点で、消費寄託契約を基本的性質とする預金契約が有効に成立していることが明らかになったことは評価できる。

第二に、預金⁽⁴³⁾債権に譲渡制限が付された場合の取扱いに関する規定が新設された（民法466条の5第1項）。預金債権には、通常、預金規定で譲渡制限特約が付されている⁽⁴⁴⁾。改正後民法466条2項は、当事者が債権

(41) 筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）357頁。

(42) 取引の途中で残高がゼロ円になっても、預金契約は当然には終了しないと指摘されている。中田裕康「銀行による普通預金の取引停止・口座解約」金融法務研究会「金融法務研究会報告書(12)最近の預金取引をめぐる諸問題」（2005年）25頁参照。

(43) 銀行では「預金」と呼ばれ、ゆうちょ銀行等では「貯金」と呼ばれている。本稿では、「預貯金」と表記する場合があるほか、「預金」と表記した場合も、「貯金」を含む。前掲注(7)参照。

(44) 普通預金規定ひな型8条。

普通預金規定ひな型は、昭和44年に全国銀行協会連合会によって制定され、長らく預金取扱金融機関の統一的な普通預金規定として使用されてきたものの、近年では、各金融機関が規定に追加と変更を加えており、統一を欠く。そのため、本稿では、普通預金規定ひな型の条項を用いて記述するとともに、現行の普通預金規定については、三菱UFJ銀行の規定を参照する（<https://www.bk.mufg.jp/regulation/futsu.html>）。制定当初の普通預金規定ひな型については、金融法務事情684号（1973年）38頁参照。なお、普通預金規定ひな型では、数字のみで条数が示されているため、本稿では、条と項を用いて、

の譲渡制限の意思表示をした場合であっても、債権譲渡の効力が妨げられないと規定している。これに対して、預金債権の譲渡制限特約については、悪意または重過失のある譲受人その他の第三者に対抗できる特則が新設された（民法466条3項）。これは、①極めて大量の債権について迅速な支払が求められる金融機関には弁済の相手方を固定する必要性が高いこと、②金融機関が預金債権と貸付債権との相殺を前提として貸付けを行っているところから、債権譲渡によって相殺できなくなる事態を防止する必要性が高いことに基づく⁽⁴⁵⁾。譲渡制限特約のある預金債権の現状を明文化する点で、重要な意義がある。

第三に、預金口座への振込みによる弁済に関する規定が新設された（民法477条）。これは、預金口座への振込みが有効な弁済となることを明確にするとともに、弁済の効力が生じる時期について、規定を設けるものである⁽⁴⁶⁾。弁済の効力が生じる時期については、債権者（預金者）が「預金又は貯金に係る債権の債務者に対してその払込みに係る金額の払戻しを請求する権利を取得した時」とされている。通常は、預金口座への振込みによる入金記帳時に弁済の効力が生じると考えられるものの、誤振込み等の事態を想定すると、預金者が有効に預金債権を取得した時に、有効な弁済としての効果が生じるとされたのであろう。

第四に、消費寄託としての預金の返還時期について、消費貸借における借主の返還時期に関する規定を準用する旨の規定が新設された（民法666条3項）。これは、返還時期の定めの有無にかかわらず目的物をいつでも返還できる旨の消費貸借の規定（民法591条2項）等について、預金契約に準用するものである。これにより、金融機関が従来行ってきた、預金債

ㄨ 対象となる条項を特定する。

(45) 筒井＝村松・前掲注(41)172頁。

(46) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(40)221頁の【3.2.11.17】〈2〉参照。

権の弁済期到来前の貸付債権との相殺が引き続き可能になる。

平成29（2017）年の民法改正により、改正前民法には何も規定が置かれていなかった預金をめぐるさまざまな問題について、上記のような改正が行われたことは、積極的に評価できる。ただし、現代社会において重要な機能を果たす流動性預金口座をめぐる基本的な法律問題について、規定の新設が見送られたことは残念である。

第2節 預金債権と預金契約の法的性質をめぐる裁判例の検討

第1章第1節で検討したように、預金は金銭の消費寄託契約であると解するのが従来通説であった。ところが、最近、預金口座の不正利用等に基づく口座の解約⁽⁴⁷⁾、残高が変動する普通預金をどのようにして担保化するか⁽⁴⁸⁾、誤振込みにおける預金債権の帰属に関する問題⁽⁴⁹⁾といった預金をめぐるさまざまな問題に起因して、預金の法的性質にとどまらず、預金口座、預金債権、預金契約といった概念の明確化が求められるようになっていく。

そこで本節では、預金債権、預金契約の法的性質について、判例を題材として検討する。

(1) 東京高判平成7・3・29金法1424号43頁

(47) 中田・前掲注(42)23頁～38頁参照。

(48) この問題を論じる先駆的な論文として、道垣内弘人「普通預金の担保化」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）43頁～62頁と、ここで提唱された方法を批判する論文として、森田宏樹「普通預金の担保化・再論」道垣内弘人＝大村敦志＝滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』（有斐閣、2003年）299頁～334頁がある。

(49) 古くて新しい預金をめぐる重要な法律問題である。最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁によって、判例においては一応の解決をみた。膨大な文献の蓄積があるものの、森田宏樹「振込取引の法的構造——「誤振込」事例の再検討」中田＝道垣内編・前掲注(48)123頁～198頁を挙げておく。

最初に、預金債権の性質に関する判断を示した東京高判平成７・３・２９金法1424号43頁をみる。

本件は、普通預金口座を開設した者が他者から詐取した小切手を口座に入金し、払戻しを受けたところ、小切手を詐取された者（原告・控訴人）が、銀行（被告・被控訴人）に対して預金の返還を求めた事案である。原審（東京地判平成６・７・２９金法1424号45頁）が原告の請求を棄却したため、原告が控訴した。東京高裁は、控訴審において追加された請求について判断を示すとともに、「原判決は相当である」として、控訴棄却の判決を言い渡した。そこで、口座に入金された預入金と預金債権に関する東京地裁の判旨を示す。

「普通預金は、取引開始の際に、預金者と銀行との間で約定書を作成して払込み払戻しの方法、利息等について契約を締結し、預け入れられた金額は常に既存の残高と合計された一個の債権として取り扱われ、預入れごとに金額を区分けして取り扱うことはおよそ予定されていないものであるから、一個の包括的な契約が成立しているものと解すべきであり、個々の預入金ごとに各別の預金債権が成立するとみることはできない。」

これは、流動性預金口座への預入金が、預入れの都度、既存の残高と一体化して一個の預金債権になるとの判断を示したものであって、当然の判断である。なぜなら、流動性預金口座への預金は、個々に独立した預入金となり、それが積み重なり、払出しの際には、先に預け入れられた預入金から順次払戻しが行われるといったように、個別に独立して預金契約が成立しているといえる状態では管理されていないからである。そのような方法で預け入れられた預金を金融機関が管理することは實際上、不可能である⁽⁵⁰⁾。預入後の預金残高が預金通帳に表示されていることも、預入金

(50) 有体物を売買する業では、在庫は個別に管理されており、在庫の陳腐化を避けるためにも、先に仕入れた商品から先に販売するといったことが行われるのと決定的に異なる。金融機関は、預入金を封金の形で預かってはいない。

と既存の債権にかかる残高が一体化して一個の預金債権になることを端的に示している。

これは、すでに水の入っているコップに新たに水を注ぎ足した場合に、コップの中の水は混然一体としたコップの中の水になるのであって、コップの中に間仕切りを設けて、既にあった水と新たに注いだ水が混ざらない状態で水を注ぎ足すことができないことと似ている。流動性預金口座の中の預金は、預入れと払出しの都度、その直後の預金残高によって示される混然一体とした預金債権となる。

ただし、預入金と既存の残高が預入れの際に即時に一体化しない預入の例として、他店券入金がある。預金口座に入金できる他店券は、翌営業日に銀行が手形交換のために持ち出すことが可能なものである⁽⁵¹⁾。そして、他店券にかかる預入金は、入金日の翌々営業日の不渡返還時限が経過するまで、払い出すことができないのが原則である⁽⁵²⁾。これは従来、他店券入金による預金の成立時期に関する問題として議論されてきた点である。ここでは、他店券入金の際、入金金額が既存の残高と即時に一体化せず、他店券入金分が入金日ごとに個別に管理されることだけを示す。他店券にかかる入金額が既存の残高と完全に一体化するのは、入金日の翌々営業日

ㄨ い。個人生活においても、金銭を新たに財布に入れた途端、新たに入れた金銭自体を識別できなくなることと同様である。ましてや、現金が預金債権を示す債権額という数字になれば、なおさらである。

(51) それ以外の他店券は、取立扱いとなる。取立扱いの場合、取立て完了後に取立金が口座に入金される。

(52) 普通預金規定ひな型3条1項には、「証券類は、受入店で取立て、不渡返還時限の経過後その決済を確認したうえでなければ、受入れた証券類の金額にかかる預金の払戻しはできません。その払戻ができる予定の日は通帳の〇〇欄に記載します。」と規定することによって、この点が明確に示されている。

他店券は、入金日の翌日に手形交換にかけられるものの、不渡りとなった場合、入金日の翌々営業日に逆交換による返還、または事前に定められた時刻までの店頭返還によって返却が行われる。不渡りにならないことが確定するのは、入金日の翌々営業日の不渡返還時限経過後となる。

の不渡返還期限経過後に、銀行内部で「資金化」と呼ばれる作業をホストコンピュータに対して行うことによって生じる。

このような預金債権の特徴について、平成29（2017）年の民法改正に際して、条文を新設することによって明確にすべきとの提案が行われていた。すなわち「寄託者である預金者によって預入れがなされ、または第三者によって振込みがなされたときは、受寄者が当該預金口座にその入金記帳〔入金記録〕を行うことにより、既存の残高債権の額に当該金額を合計した金額の預金債権が成立する。」という内容の条文を新設する提案である⁽⁵³⁾。しかし、これが実現しなかったことは、上述したとおりである。

（2）最判平成21・1・22民集63巻1号228頁

本件は、被相続人たる預金者の死亡後に、その共同相続人の一人が、預金者の取引金融機関に対して、1件の普通預金口座と2件の定期預金口座の取引経過の開示を求めた事案である。金融機関が共同相続人全員の同意がないとして開示に応じなかったため、本件訴訟となった。最高裁は、預金契約の性質について、次のように判示した。

「預金契約は、預金者が金融機関に金銭の保管を委託し、金融機関は預金者に同種、同額の金銭を返還する義務を負うことを内容とするものであるから、消費寄託の性質を有するものである。しかし、預金契約に基づいて金融機関の処理すべき事務には、預金の返還だけでなく、振込入金の受入れ、各種料金の自動支払、利息の入金、定期預金の自動継続処理等、委任事務ないし準委任事務（…）の性質を有するものも多く含まれている。」

最高裁は、預金契約が消費寄託の性質を有するとしつつも、とくに流動性預金については、金融機関が預金契約に基づいて処理すべき事務に、委任・準委任事務の性質を有するものが多く含まれていると判示した。これ

(53) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(40)221頁の【3.2.11.17】〈1〉参照。

は、預金契約の法的性質を単純に消費寄託契約と性質決定するのではなく、金融機関が処理する事務の観点から、委任・準委任契約を含むとする見解を示したものである。預金契約を単なる消費寄託契約と見るのは、自動継続扱いの存在しない時代の定期預金にはそのまま妥当するものの、現在における預金契約は、全体として見るならば、消費寄託契約に委任・準委任契約を含む無名契約であると見るべきである。

(3)最判平成28・12・19民集70巻8号2121頁

本件は、共同相続された預金債権、通常貯金債権、定期貯金債権が、遺産分割の対象となるか否かが争われた事例である。最高裁は、上記最判平成21・1・22以上に踏み込んで、預金契約の法的性質について判示している。預金契約の法的性質に関する判旨は、次のとおりである。

「預貯金契約は、消費寄託の性質を有するものであるが、預貯金契約に基づいて金融機関の処理すべき事務には、預貯金の返還だけでなく、振込入金を受入れ、各種料金の自動支払、定期預金の自動継続処理等、委任事務ないし準委任事務の性質を有するものも多く含まれている（最高裁平成19年（受）第1919号同21年1月22日第一小法廷判決・民集63巻1号228頁参照）。そして、これを前提として、普通預金口座等が賃金や各種年金給付等の受領のために一般的に利用されるほか、公共料金やクレジットカード等の支払のための口座振替が広く利用され、定期預金等についても総合口座取引において当座貸越の担保とされるなど、預貯金は決済手段としての性格を強めてきている。また、一般的な預貯金については、預金保険等によって一定額の元本及びこれに対応する利息の支払が担保されている上（預金保険法第3章第3節等）、その払戻手続は簡易であって、金融機関が預金者に対して預貯金口座の取引経過を開示すべき義務を負うこと（前掲最高裁平成21年1月22日第一小法廷判決参照）などから預貯金債権の存否及びその額が争われる事態は多くなく、預貯金債権を細分化してもこれに

よりその価値が低下することはないと考えられる。このようなことから、預貯金は、預金者においても、確實かつ簡易に換価することができるという点で現金との差をそれほど意識させない財産であると受け止められているといえる。」（下線は引用者による）

この判決で最高裁は、預金契約の法的性質にとどまらず、預金が果たす現代的意義についても判断を示している。最高裁は、上記最判平成21・1・22を引用して預金契約の法的性質について判示するとともに、現代における預金口座の果たす機能についても詳細に判示している。振込金の受取口座としての利用にとどまらず、年金等の給付金の受取口座としての利用やクレジットカードの利用代金の口座振替による支払のための利用、さらに、総合口座取引における定期預金を担保とする当座貸越にも言及している。そして、預金の決済手段としての機能・役割が高まっていると指摘する。

なお、預金が現金と同様の機能を果たしている典型例として、キャッシュカードをデビットカードとして利用する場合を挙げることができる。デビットカードの機能は、キャッシュカードを使って預金口座から現金を払い戻して現金を用意し、小売店で購入した物品の対価を当該の現金で支払うことに代えて、かつ、個別の振込み手続によることなく、預金者の預金口座から小売店の預金口座に対価を即時に振り替えることによって、商品売買に伴う決済を完了する仕組みである。このように、現代社会では、預金は、現金と同様の機能を果たしている。

第3節 預金契約の現代における法的性質

すでに述べたように、預金契約の法的性質をめぐることは、従来は、消費寄託契約とするのが通説であった。ただし、現時点で、預金契約を消費寄託契約であると単純に性質決定することには、無理がある。

金融機関は、預金者から金銭を預かってそれを消費し、後日、これと価

値の等しい金銭を預金者に返還することのほか、上記最判平成28・12・19が詳細に判示するように、預金契約とそれに付随して締結される各種の契約に基づいて、さまざまな事務処理を行っている。また、定期預金においても、預金者からの申し出によって、金融機関が期日に自動的に書替手続を行うことがある。書替えの方法も、①元利金を従来と同一の預入れ期間で継続する方法、②元金のみを継続して利息を普通預金口座に入金する方法、といった種々のものがある⁽⁵⁴⁾。定期預金についても、金融機関の事務処理内容を踏まえると、単純に消費寄託契約であると性質決定することはできなくなっている。

以上を踏まえると、現代における預金契約は、消費寄託契約であることが基本的な性質であることのほか、委任・準委任契約を含む無名契約であると性質決定すべきである。

次に、流動性預金口座における預金債権の性質についてまとめる。

これについては、上記東京高判平成7・3・29が、「預け入れられた金額は常に既存の残高と合計された一個の債権として取り扱われ、預入れごとに金額を区分けして取り扱うことはおよそ予定されていないものであるから、一個の包括的な契約が成立しているものと解すべき」であると判示しているとおりである。預入れの都度、個別に独立した預金債権が発生することがないことは、古くから銀行実務家によっても指摘されている。すなわち、「一回の預入毎に各別個の預金債権が成立すると見るべきでなく、数回にわたって預入、払出がなされても預金債権は一個であつて、唯その額が増減するに過ぎないというべきである。」⁽⁵⁵⁾との指摘、さらに「口座開設後は預入ごとに消費寄託契約が成立するが、発生した債権は既存の債

(54) 書換継続の方法として、寿円・前掲注(8)293頁～294頁参照。このような事務処理は、預金業務のコンピュータ化によって可能となる。

(55) 寿円・前掲注(8)225頁。

権と融合して一つの債権を形成する。』⁽⁵⁶⁾との指摘である。

研究者の見解には、預金契約を根拠として次のように解する見解がある。すなわち、「個々の入金による契約ごとに個別的に預金債権が発生し、ただ特約によりそれらが一体化するのだ、と解しなければならない理由はなく、むしろ、預金契約に関する基本契約のなかに「一体として預かる」という約定があり、その効果として、預金契約の成立以後の、個々の預入れ・払戻しによる預金債権額の増加・減少が生じるにすぎないと、解した方が明快である。』⁽⁵⁷⁾との指摘である。ただし、現在の普通預金規定には、「一体として預かる」旨を明確に規定した条項は存在しない⁽⁵⁸⁾。普通預金規定では、流動性預金口座への受入れについて、証券類の受入れ、振込金の受入れに関する条項を置いている⁽⁵⁹⁾。この見解は、証券類と振込金の受入れについて、区別して預かる旨を明確に規定していないことの反対解釈によるものと思われる。

次に、上記東京高判平成７・３・２９をさらに精緻に説明する見解がある。「流動性預金口座においては、口座名義人または第三者による預入れ等がなされたときに、個々の預入金ごとに預金債権が成立しているわけではなく、ある時点までのすべての個別の入金と支払とを差引計算した残高（バランス）として、その時点における「一個の暫定的な残高債権（solde provisoire）」が存在しているだけである。』⁽⁶⁰⁾との指摘である⁽⁶¹⁾。

(56) 堀内仁ほか『新銀行実務講座１ 預金・付随業務』（金融財政事情研究会、1987年）14頁〔堀内仁〕。

(57) 品川孝次『契約法 下巻』（青林書院、1998年）509頁。我妻・前掲注(8) 742頁も、預金者と銀行との間の約定書に基づく契約によって「預入された金額は常に既存の残高と合計された一個の債権として取り扱われる…とみるのが実情に適するであろう。」と指摘する。

(58) たとえば、三菱UFJ銀行の普通預金規定参照。URLは前掲注(44)を参照。

(59) 普通預金規定ひな型２条１項。

(60) 森田・前掲注(48)306頁～307頁。

(61) ほかに年代順に、中馬義直「預金契約」松坂佐一ほか編『契約法大系Ⅴ 特殊の契約(1)』（有斐閣、1963年）47頁、西原・前掲注(8)93頁～94頁、小ノ

ただし、預入金によって生じる債権が既存の債権と融合して一つの債権を形成するメカニズムをどのように説明するのかが問題となる。これについては、従来、交互計算によって説明する見解⁽⁶²⁾と、更改によって説明する見解⁽⁶³⁾があった。

まず、交互計算に基づいて説明する見解から検討する。交互計算には、古典的交互計算と段階的交互計算がある、前者は、一定の期間に発生する債権債務を個別に決済せずに交互計算に組み入れることによって独立性が失われ、一つに融合した債権になるとする。これに対して後者は、個々の取引が行われるごとに決済され、残高債権が存在するとする。両者の大きな違いは、差押えに関するものである。古典的交互計算の場合、計算期間中は残高が確定しないから差押えの効力が認められず、段階的交互計算の場合、債権額がそのときどきに確定するからそれに対する差押えが可能である⁽⁶⁴⁾。

預金業務のオンライン処理が貫徹された現在では、預金口座の記帳処理手続は、取引発生の都度、即時に行われ、そのときどきの預金残高が常に確定される。そして、預金債権の額も同時に確定されるところから、預金契約に古典的交互計算契約を含むと解する余地はない。流動性預金に段階的交互計算が含まれるかについては、当座預金を対象として、これを肯定する見解がある⁽⁶⁵⁾。入出金の都度、新たな預金残高を確定させる金融機

ㄨ 橋一郎「預金契約の成立」加藤一郎＝林良平＝河本一郎編『銀行取引法講座〈上〉』（金融財政事情研究会、1976年）113頁、田中・前掲注(8)105頁、野村重信＝谷啓補「各種の預金」鈴木録弥＝竹内昭夫編『金融取引法大系 第2巻 預金取引』（有斐閣、1983年）252頁、木内彦彦『金融法』（青林書院、1989年）162頁も同旨。

(62) 松本丕治『商行為法〔第32版〕』（中央大学、昭和4年）334頁～335頁。

(63) 小野正一『銀行取引法概論』（巖松堂書店、昭和6年）26頁～27頁。

(64) 本文の以上の記述は、前田庸「当座勘定取引」遠藤浩ほか編『現代契約法大系第5巻 金融取引契約』（有斐閣、1984年）118頁～119頁による。

(65) 当座預金について、西原・前掲注(8)85頁、前田・前掲注(64)119頁。これは、銀行に対する支払の委託である当座預金契約に基づく手形と小切手のメ

関の預金債権に関する管理方法を踏まえれば、とくに普通預金契約について交互計算が含まれることはないと考える。

次に、更改によって説明する見解に対しては、預金債権は常に同じ債権の増減であるところから、説明には無理がある⁽⁶⁶⁾。

以上の検討を踏まえれば、預金契約においては、不渡返還時限到来前の他店券入金の場合を除いて、預金債権が一体として管理されることが当初から予定されていると考えれば十分である⁽⁶⁷⁾。

第３章 預金口座と口座番号の生成に関する考察

第１節 預金業務のオンライン化前の預金口座

本章では、預金口座と口座番号の概念がどのようにして金融機関内部で生成し、認識されるに至ったのかについて検討する。

結論を先に示せば、預金口座の概念とその必要性が銀行業界で明確に認識されたのは、預金業務のコンピュータ化を契機とする。預金業務のコンピュータ化は、オフライン処理を経てオンライン処理に至る場合と、オフライン処理を経ずにオンライン処理を実現する場合とがある⁽⁶⁸⁾。本節では、コンピュータによる預金業務の事務処理が行われる前に、預金業務において預金口座がどのように扱われていたのかを確認する。

まず、普通預金について、口座番号がどのように管理されていたのかをみる。

ㄨ 引き落としが、預金の払戻しと同視できるかという点とも関係する。

(66) 西原・前掲注(8)93頁。

(67) 西原・前掲注(8)94頁。

(68) 第一勧業銀行（現みずほ銀行）発足前の第一銀行では、オフライン処理を経由しないで、一挙にオンライン処理へ移行する方針がとられた。鹿島田一平「国産初めてのオンライン預金システム」OHM56巻4号（1969年）84頁参照。

普通預金は、明治13（1880）年に「小口当座預金」「別口当座預金」「特別当座預金」といった名称により、一般大衆の零細資金を吸収することを目的として創設された。その後、昭和2（1927）年の旧銀行法（昭和2年法律第21号）の制定により、「特別当座預金」の名称に統一され、さらに、昭和20（1945）年に、貯蓄銀行の「普通貯金」と「特別当座預金」が「普通預金」として統合されて現在に至っている⁽⁶⁹⁾。

預金契約が成立すると、銀行は預金者に預金通帳を交付する⁽⁷⁰⁾。預金通帳は、預金者が有する預金債権の存在を銀行が証明するものであって、証拠証券にすぎない⁽⁷¹⁾。預金業務のコンピュータによる事務処理が行われる前までは、預金通帳の発行に際して、記番号と預金者名を記入し、発行日、店名と責任者氏名を記載し、職印または店名に押切印を押印することとされていた⁽⁷²⁾。通帳の記番号が、口座番号に相当すると考えられる。

コンピュータを用いた事務処理が実施されるまで、金融機関の各支店で預金者ごとの預金の入出金を管理するためには、普通預金元帳、つまり預金者ごとに帳簿を備える必要があった。カード式元帳を採用した場合、各

(69) 以上、寿円・前掲注(8)225頁～226頁、堀内ほか・前掲注(56)166頁〔穴戸育夫〕。なお、普通預金が普及発達したのは、金本位制が確立した明治30年前後とされている。工藤昭四郎『新銀行実務叢書第2巻 預金（下）』（物価調査会、第3版、1952年）13頁～14頁参照。

(70) ただし、現在のインターネット専業銀行では、預金者に通帳を交付することはない。

なお、預金事務が手作業で行われていた時代には、預金口座をゼロ円で開設し、預金者となるべき者に預金通帳を交付するということは、行われなかったと考えられる。第2章第1節における郵送やインターネットによる口座開設に関する記述も参照。

(71) 寿円・前掲注(8)36頁。預金事務のコンピュータ化が行われる前は、預金通帳への記帳も当然に銀行員によって手書きで行われていた。手書きであるから、入金を行っていないのに入金の記帳を預金通帳に行うことは容易である。このような点からも、預金通帳は証拠証券にすぎないといえる。預金通帳に関する考察は、後述する。

(72) 寿円・前掲注(8)229頁。

口座の元帳のカードは、通帳の記番号と一致する口座番号順に配列することとされていた⁽⁷³⁾。コンピュータによる事務処理が実施される前の口座番号は、口座の番号というより、通帳の番号さらには預金者ごとの元帳の番号として扱われていたと考えられる。これは、迅速な事務処理の要請から、元帳をどのような方法で管理し、配列すべきかという観点から、元帳に付された番号の順で元帳を配列するべきであるとの結論に至り、その結果として通帳に記番号が付され、そして、これに基づいて、元帳が配列されたということである。

普通預金の場合、預金者が多数であることと、同姓同名の預金者が存在しうるところから、預金者の氏名のみに基づいて元帳を管理することはできない。氏名以外の情報に基づいて、預金者を特定する必要がある。その要素となるものが通帳の記番号であるとともに、元帳の番号であったと考えられる。

これに対して、コンピュータ化前の当座預金の場合、口座番号は存在しなかった。それを具体的に示す。なお、当座預金に通帳は発行されない。

当座預金への入金手続には、「当座勘定入金帳」を使用して行うこととされ、この入金帳には、注意事項として、入金帳の「入金票には、口座名又は商号、御入金の日附、総金額、及び小切手、手形、利札、配当領収証〔ママ〕その他の証券類を含む場合には、その金額も御記入の上、綴込帳のまま現金、小切手等を添えてお差出し願います。」と記載されているものの、口座番号を明記すべきことは求められていない⁽⁷⁴⁾。取引先が入金帳を持参しないで入金を行った場合や第三者による店頭振込みの場合、銀

(73) 寿円・前掲注(8)236頁。他に、昭和初期に出版された青木定次郎『銀行預金事務精義』（文雅堂、昭和8年）176頁も参照。なお、普通預金の預金元帳は、昭和初期までは、綴合式の帳簿が採用されていたところ、元帳管理の容易さを根拠として、カード式への切り替えが推奨されている。青木・同前書173頁～174頁参照。

(74) 寿円・前掲注(8)127頁～128頁。

行は「当座勘定入金受取証」を発行することとされていた。しかし、この受取証には、口座名義の記入欄はあるものの、口座番号の記入欄は存在しない⁽⁷⁵⁾。そして、当座勘定元帳は、ルーズリーフ式が多く採用され、その配列はアイウエオ順とするのが一般的とされていた⁽⁷⁶⁾。以上から、当座預金については、そもそも口座番号は存在せず、口座名で預金口座が管理されていたことがわかる。

このような方法で当座預金口座の管理が可能であったのは、銀行の各支店における当座預金の口座数が限定的であったことと、現在のように、口座番号と預金者の名義に基づいて電信振込みが行われるということがなかったという時代背景によるものと考えられる。口座への入金と口座からの引き落としは、すべて銀行員の手作業による元帳への記入によって行われていた。銀行員による個別作業によって、預金者が具体的に特定されていたということである。

第2節 「預金口座」と「口座番号」の必要性

(1)預金業務の機械化・オンライン化の実施と口座番号の必要性

本節では、預金業務の機械化とコンピュータによるオンライン化がどのように始まったのかを確認するとともに、その過程で口座番号の必要性がどのようにして認識されたのかを確認する。

預金業務の合理化と機械化は、第二次世界大戦後に、それまでのペンとソロバンによる手作業による事務処理⁽⁷⁷⁾に事務機械を使用することによって本格的に始まった。また、その過程は、①営業店単位の事務合理化、

(75) 寿円・前掲注(8)128頁～130頁。

(76) 寿円・前掲注(8)192頁。青木・前掲注(73)102頁～103頁では、カード式の利点を強調するとともに、カードの配列は五十音順が理想的であるとしている。

(77) 住友銀行事務管理部編『新銀行実務講座 第11巻 事務合理化』（有斐閣、1968年）13頁。

②コンピュータによる事務の集中処理、③本部・営業店または事務センターを結ぶ通信・連絡手段の強化による事務合理化の3段階を経ていると指摘されている⁽⁷⁸⁾。手作業による事務処理は、事務量の増大に耐えられないところから、必然的に事務の合理化の動きを発生させた。第二次世界大戦後の高度経済成長によるわが国の経済発展により、銀行に預金口座を開設する需要は、飛躍的に高まったと考えられる⁽⁷⁹⁾。

預金事務の機械化は、昭和26年頃から普通預金と当座預金とで同じ時期に始まった⁽⁸⁰⁾。これは、記帳式会計機を用いた記帳事務の機械化である⁽⁸¹⁾。次にコンピュータを利用した事務処理について見ると、オフライン処理が先行し、その後、オンライン処理へと移行する。具体的には、オフライン処理は昭和34（1959）年頃から行われ、オンライン処理は昭和40（1965）年頃から採用されたと指摘されている⁽⁸²⁾。オンライン処理を可能

(78) 以上、住友銀行事務管理部・前掲注(77)12頁。

(79) 貨金の預貯金口座への振込みが拡大したことも、この要因である。貨金の銀行振込みは、昭和40(1965)年代に企業の事務合理化の観点から、労働基準法24条1項ただし書が規定する例外的措置として広がった。労働省は、貨金の銀行振込みが違法ではないための要件を行政解釈として示し（昭和50・3・25基発112号）、その後、昭和62(1987)年の労働基準法改正に際して、同法施行規則7条の2第1項に金融機関の預貯金口座への振込みについて、満たすべき要件とともに、明確に規定が置かれた。以上、片岡昇ほか『新労働基準法論』（法律文化社、1982年）243頁～246頁〔長淵満男〕参照。

なお、昭和44(1969)年頃からオフライン方式による現金自動支払機（CD）の設置が始まり、昭和47(1972)年頃にオンライン方式に切り替わったことによって、CDの利用が飛躍的に広がった。堀内ほか・前掲注(56)169頁〔穴戸育夫〕参照。銀行閉店後に預金口座から出金が可能となるCDの普及も、貨金の銀行振込みを普及させる要因となった。

(80) 菊池勤「当座預金事務の機械化」千葉茂編『事務合理化と機械化』（東洋経済新報社、1964年）51頁。

(81) 記帳会計機については、寿円・前掲注(8)258頁～259頁参照。この会計機は、入出金の計算、元帳カード、通帳への記載を同時に行うことが可能で、日記帳に相当するジャーナルが作成されるとともに、伝票への承認印刷も同時に行えた。

(82) 堀内ほか・前掲注(56)50頁〔堀内仁〕。昭和40年には、オフライン・パッ

にするためには、コンピュータと通信技術の両方の技術の進展が不可欠である⁽⁸³⁾。

預金事務について、コンピュータを用いて各種の記帳処理（預金元帳の手作業による書替え作業に相当するコンピュータ内の預金データの書替え処理）を行う場合、まず、データを書き替える預金者の元帳を具体的に特定する必要がある。コンピュータを用いてこの作業を即時に行うためには、同姓同名の預金者が存在しうることを踏まえれば、預金者ごとに特定の番号を付番し、その番号に基づいて預金者を特定する以外に方法はない⁽⁸⁴⁾。口座番号は、口座相違を防止するためにも、預金者を特定するための不可欠な要素である⁽⁸⁵⁾。

預金業務のコンピュータ化に際して、金融機関が預金者ごとに口座番号を具体的にいつ、どのように付番し、それと既存の通帳番号との関係をどのように整理し、どのように付番された口座番号に移行したのかといった銀行側の問題があるものの、口座番号の付番の必要性和預金業務のコンピュータ化の過程について説明した資料は、筆者が調査した限り、見当たらない。これは、このような作業があくまでも銀行の内部的な事務処理問題であることによると考えられる⁽⁸⁶⁾。

ㄨ チ・システムが終了し、預金業務のオンライン処理は、昭和40年に三井銀行の一部の店舗で開始されたのが、わが国初とされている。斎藤清「銀行業務のオンライン化について」Fujitsu：技術情報誌19巻5号（1968年）35頁。

(83) 住友銀行事務管理部・前掲注(77)272頁。

(84) 現在、国民に交付が進められているマイナンバーカードにおいて、個人を特定する情報として、個々の自然人に付与されたマイナンバーが活用されているのと同様である。

(85) 市川栄一郎「オンライン・リアルタイム・システム」千葉茂編『事務合理化と機械化』（東洋経済新報社、1964年）58頁は、「口座相違の防止は、口座番号のチェック・ディジットの設定と、前残高の電子計算機による自動照合、さらには電子計算機による同名異人口座の注意信号などにより、ほぼ完全に防止されている。」と指摘する。

(86) 口座番号は、1番ごとに連続して付番されることはない。下一桁は口座ノ

そこで、預金業務のコンピュータ化において、口座番号が預金者を特定するうえで、不可欠な要素であることを示すいくつかの資料をあげておく。

口座元帳ファイルについて、口座番号をキーとして口座番号順にファイルを編成するのが便利であると指摘する文献がある⁽⁸⁷⁾。オンライン預金システムにおけるセンターとターミナル間のデータ処理手順として、ターミナル側でキーインするインプットデータとして、「口座番号、旧残高、取引金額、取引種別」の4つをあげる文献がある⁽⁸⁸⁾。

このように、更新の対象となるコンピュータ内の元帳ファイルを特定するために、口座番号が不可欠な要素であることがわかる。

（2）為替業務のオンライン化と口座番号の必要性

次に、為替業務のオンライン化に関連して、口座番号が預金者を特定するために不可欠な要素であることを確認する。

全国銀行データ通信システム（以下、「全銀システム」という）による全国銀行内国為替制度は、昭和48（1973）年4月9日に始まった⁽⁸⁹⁾。この全銀システムを成立させる前提条件としてのコンピュータを用いた銀行業務のオンライン化は、前述のとおり、昭和40（1965）年代以降に急速に進んだ。昭和30（1955）年代までの普通預金規定には、預金として受け入れる対象として、現金のほか、小切手、利札、配当金領収証等と規定する

-
- ㄨ 相違を防止する等の観点から検証数字になっており、口座番号の付番は下二桁目の数字が10番刻みで行われる。したがって、オンライン化前の口座番号は、そのままオンライン化後の口座番号として使えなかったと考えられ、オンライン化に際して、口座番号の付け替えが行われたと考えられる。これは、筆者の実務経験に基づく。

(87) 尾上浩一「オンライン預金システム」Fujitsu：技術情報誌19巻5号（1968年）712頁。

(88) 鹿島田・前掲注(68)85頁の図2。

(89) 堀内ほか・前掲注(56)52頁〔堀内仁〕。

のみで、振込金を預金として受け入れる旨の規定を欠いていた⁽⁹⁰⁾。そのため、普通預金口座に振込みが行われることは、例外的扱いであるとされていた⁽⁹¹⁾。

なお、全銀システム稼働前のオフラインによる内国為替の種類としては、①普通送金、②電信送金、③当座口振込、④電信当座口振込の4種が存在した。①②は、送金の受取人が支払銀行に預金口座を持たない場合の送金方法である。①は送金小切手を用いた方法であり、②は送金小切手に代えて、電報によって支払銀行に支払を委託する方法である。これに対して③④は、受取人が被振込銀行に預金口座を保有する場合の振込方法である。③は、当座勘定受入報告を振込銀行から被振込銀行に送付する方法によって行い、④は、当座勘定受入報告に代えて、振込銀行から被振込銀行に対して電信暗号によって振込みを行う方法である⁽⁹²⁾。

昭和48（1973）年の全銀システムの稼働以後は、①～③の方法による内国為替業務は銀行から姿を消し、④についても、受取人が保有する預金口座に宛てた電信振込みの方法がもっぱら用いられている。電信振込みによれば、振込金はコンピュータの中で預金元帳の記帳処理までが自動的に行われるところから、為替業務と預金業務とが完全に結合したと評価されて

(90) 寿円・前掲注(8)226頁の普通預金規定参照。当座預金には、当座勘定約定書に「当座勘定には当行本支店又は他行から正規の手続により確実に振り込まれたと認めた入金もお受け致します。」との条項が存在した。同78頁～79頁参照。

全国の普通銀行の普通預金規定に振込金を受け入れることが規定されたのは、全国銀行協会連合会制定の普通預金規定ひな型（昭和48年4月20日付昭和48年通業28号）を契機とする。堀内ほか・前掲注(56)12頁〔堀内仁〕。

(91) 以下の本文で述べるように、当座口振込は、受取人が被仕向銀行と当座勘定取引があることが前提とされており、普通預金口座への振込みは例外扱いとされていた。井上薫『新銀行実務講座 第7巻 内国為替』（有斐閣、1966年）120頁の注参照。

(92) 以上の内国為替に関する説明については、井上・前掲注(90)9頁による。

いる⁽⁹³⁾。

預金業務をオンライン化する上で、本節（1）で検討したように、預金の種別を問わず口座番号が必要になる。預金者の預金は、預金種別、口座番号、口座名義に基づいてコンピュータによって管理することが可能になる。紙ベースの預金元帳は存在しないから、預金種別ごとに預金者を具体的に特定するために、口座番号を付すことが絶対に必要になる。同姓同名の個人名義の預金を考えれば、口座番号なしに口座を管理することは不可能である。そして、当座預金と普通預金の別と口座番号、口座名義によってコンピュータを用いた自動的な振込みと、口座への入金手続が可能になる。全銀システムの稼働により、口座番号は預金事務の処理にとどまらず、為替取引を行うためにも必要になった。

（以下、次号へ続く）

（後記）本稿は、科学研究費補助金（基盤研究（B）（一般）課題番号22H00860）の研究助成を受けた研究成果の一部である。

（93）堀内ほか・前掲注（56）52頁〔堀内仁〕。

「即日告知・即日執行」訴訟の意義

—死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件(1)

古川 原 明 子

- 1、はじめに
- 2、「即日告知・即日執行」訴訟の概要 (以上、本号)
- 3、「即日告知・即日執行」訴訟の経緯
- 4、検討
- 5、おわりに

1、はじめに

2021年11月4日、死刑確定者2名が、現行の死刑執行日告知の運用が憲法に反するとして、大阪地方裁判所に国を被告とした民事訴訟を提起した(以下、本訴訟を「『即日告知・即日執行』訴訟」という)¹。現在、提訴から約2年が経過しており、裁判官の交代による弁論の更新を経て、まもなく結審となることが見込まれている。

本訴訟は、執行日告知のあり方に関する日本で初めての訴訟というだけ

1 本稿において「告知」とは、死刑執行の予定日(時)を死刑確定者に知らせることを言い、書面交付や提示だけではなく、口頭によるものも含む。従来、死刑確定者に執行の数時間前になるまで執行を知らせずにおくことは「不告知」と呼ばれることもあったが、「即日告知・即日執行」または「直前告知」と称するのがより適当であろう。これに対して、当日よりも前に執行日を告知することを、本稿では「事前告知」とよぶ。古川原明子「死刑と直前告知」赤池・石塚・斎藤・武内編著『刑事司法と社会的援助の交錯 土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集』(2022、現代人文社)571頁以下。

でなく、即日告知・即日執行という行政運用が、適正手続、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、「自由権規約」という）、そして人間の尊厳という3つの観点から違法であることを主張する点で注目される。そこで本稿ではまず、訴状・証拠・原告および被告の準備書面をもとに論点を整理する²。その上で、人間の尊厳に関する主張を中心に検討し、本訴訟の意義を示すことを試みる。

なお、本訴訟に先立って2020年12月25日には、再審請求中に死刑執行された死刑確定者の元再審請求弁護人であった弁護士らが、弁護権侵害を理由に国会賠償請求訴訟を提起した³。さらに本訴訟の翌年2022年11月29日には、大阪拘置所に収容中の死刑確定者3名が、絞首刑が残虐で非人道的な刑罰を禁ずる自由権規約に反する執行方法であること等を理由として、絞首刑による死刑執行の差し止めや、絞首による死刑宣告を受けた精神的苦痛に対する賠償等を求めた訴訟を提起している⁴。本訴訟を含めていずれも大阪地方裁判所に提起されたこの3つは、それぞれ死刑1号事件、死刑2号事件、死刑3号事件とも呼ばれ、2023年9月20日現在全てが係属中である。

2、「即日告知・即日執行」訴訟の概要

本件訴状は請求の趣旨を述べる第1から始まり、結論を示す第10までの

2 本件訴状は、以下のサイトから入手可能である。CrimeInfo、「金子武嗣&上原邦彦・死刑確定者人権基金 支援事件：第2号事件 死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件」、<https://www.crimeinfo.jp/data/osaka/>（最終閲覧2023/09/20）。証拠や準備書面等は弁護団より提供を受けた。

3 再審請求中に死刑執行は「違法」元弁護人が異例の提訴、朝日新聞2020年12月25日

4 「絞首刑は国際法違反」死刑囚3人が執行差し止め求め提訴、毎日新聞2022年11月29日

構成となっている。以下、それぞれの概要を示す。

（１）訴状の構成

第１ 請求の趣旨

原告である２名の死刑確定者は国を被告として、以下を請求した。

- １ 被告は、原告Ａに対し、金１,１００万円及びこれに対する訴状送達日の翌日から支払い済みまで年３パーセントの割合による金員を支払え
- ２ 被告は、原告Ｂに対し、金１,１００万円及びこれに対する訴状送達日の翌日から支払い済みまで年３パーセントの割合による金員を支払え
- ３ 原告らには死刑執行告知と同日になされる死刑執行を受忍する義務がないことを確認する
- ４ 訴訟費用は被告の負担とするとの判決並びに１項ないし３項につき仮執行の宣言を求める

第２ 死刑執行はどのようになされるか

刑事訴訟法（以下、「刑訴法」という）４７２条以下および執行事務規程９条・１０条^５を挙げながら、死刑判決の確定後、執行までの手続きがどのようなものかを示している。刑の執行指揮をする検察官が執行に関する上申をし、その上申を法務大臣が検討した上で検察官に対して死刑執行命令を行う。そして検察官が、この命令を受けて刑事施設の長に対して死刑の執行を指揮することになる。この指揮は、法務大臣の死刑執行命令から５日以

５ ９条「刑訴法第４７２条の規定により刑の執行指揮をすべき検察官（以下「執行指揮検察官」という。）の属する検察庁の長は、死刑の判決が確定したときは、法務大臣に対し、死刑執行上申書（様式第３号）に刑事確定訴訟記録（裁判所不提出記録を含む。）及びその裁判書の謄本２部を添えて提出し、死刑執行に関する上申をする。」、１０条「刑訴法第４７５条第１項の規定により法務大臣から死刑執行の命令があったときは、検察官は、死刑執行指揮書（様式第４号）により刑事施設の長に対し死刑の執行を指揮する。」

内になされなければならない（刑訴法476条）。

第3 死刑確定者に対する死刑執行の告知時期

次に訴状は、死刑執行の告知時期が執行の1、2時間前に死刑確定者の舎房で行われることを、国会答弁⁶と自由権規約の政府報告⁷をもとに示している。具体的には、死刑執行の告知は死刑確定者に対しては「執行の当日」、「直前」、「（告知をしてから執行するまでが）普通は一、二時間」であること、その理由は「執行の当日より前の日に告知した場合、当該死刑確定者の心情に及ぼす影響が大きく平穏な心情を保ち難いと考えられること等」であることを確認する。

その上で、死刑執行に関する法律上の規定は上記の第2に示したものに限られること、すなわち告知に関する規定が存在しないことを踏まえて、即日告知・即日執行は政府の行政運用として行われていることを明らかにする⁸。

第4 違法理由その1：「即日告知」による死刑執行の運用は違憲である

第4から第6までは、即日告知・即日執行の違法性について3つの理由を述べるものである。

原告らが即日告知・即日執行の違法性を基礎づけるものとして第一に挙

6 2000（平成12）年の保坂展人衆議院議員による質問に対する森喜朗内閣総理大臣（当時）の答弁、2013（平成25）年の福島みずほ参議院議員による質問に対する安倍晋三内閣総理大臣（当時）の答弁。

7 自由権規約40条1（b）（政府報告書審査）に基づく2006（平成18）年の第5回政府報告書、2012（平成24）年の第6回政府報告書、2020（令和2）年の第7回政府報告書における回答。

8 前掲・注6にある福島みずほ参議院議員による質問主意書においては、死刑確定者に対して行なった2012年のアンケートが示されている。それによると、執行日より前に告知をして欲しいかとの問いに対して4割近い死刑確定者が「知らせて欲しい」と回答した。以下、このアンケートを「2012年アンケート」と呼ぶ。

げたのは、憲法31条の保障する適正手続の違反であった。訴状はまず、憲法31条が保障する適正手続の射程に関する判例の展開を、いわゆる死刑合憲判決（死刑は、「法律の定める適理の手続」によって認められる）⁹、第三者所有物の没収違憲判決¹⁰、旧関税法の第三者追徴に関する違憲判決¹¹、旧収賄罪の第三者追徴に関する違憲判決¹²を挙げて確認した上で、この適正手続の保障が行政処分にも及ぶに至ったとする¹³。そして、国による不利益処分のうち、とりわけ刑罰については適正手続が厳格に要求されることを述べ、死刑については執行停止事由の定め（刑訴法479条）があること、刑訴法が不服申立制度等¹⁴を設けていることが、その現れであると解する。

ところが、現行の即日告知・即日執行の運用においては、死刑確定者には不服を申立てる等の時間的余裕が現実的には存在しない。執行の2時間前に死刑執行が告知されても、死刑確定者は不服申立をすることができないし、弁護人に連絡を取ることもできないからである。そして、この点に

9 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁

10 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁。これが、翌年の「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」制定につながった。

11 最大判昭和37年12月12日刑集16巻12号1672頁

12 最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号203頁

13 最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁（個人タクシー免許事件）、最判平成4年7月1日民集46巻5号437頁（成田新法事件）。その結果が、1993（平成5）年の行政手続法制定であり、行政手続に基づく不利益処分を行う際には、「告知、弁解、聴聞」の手続を設けることが原則となった。また、訴状は下級審判決として、難民認定処分に関する東京高判令和3年9月22日をあげる。難民認定処分の異議申立に対する棄却決定を申請者が送還される直前まで告知せず、かつ告知後に第三者と連絡することを事実上認めずに強制送還をしたことについて、難民認定性に対する司法審査を受ける機会を奪ったとして憲法32条、同31条、同13条に違反することを認めた事案。

14 解釈申立権（刑訴法501条）、不服申立権（同502条）のほか、即時抗告（同504条）、特別抗告（同433条）の権利を挙げる。これらが可能な期間は3日から14日と幅があるものの、2時間以内というごく短期間に限るものは存在しない。

ついて「執行に対して異議の申し立てができないように仕組まれている」と指摘する死刑確定者がいることを、2012年アンケート¹⁵をもとに示す。以上のことから、即日告知・即日執行は、制度的に認められた不服申立等の権利を死刑確定者から剥奪し、裁判を受ける権利を侵害するものであって、憲法31条に反する違憲があると述べるのである。

第5 違法理由その2：「即日告知・即日執行」は自由権規約に違反する
自由権規約6条、7条、10条¹⁶の保障は死刑確定者にも当然に及ぶところ、即日告知・即日執行の運用はこれらの規約に違反すると述べるのが、訴状の第5である。この主張にあたって原告らは、国際人権法の理念と必要性、その歴史を詳らかにした後に、当該条約が締約国である日本を法的に拘束するものであること及び直接適用性があることを政府の回答¹⁷や判例・裁判例¹⁸をもとに示している。

15 前掲・注8参照。坂口弘死刑確定者（筆者注：原告ではない）は以下のよう
に回答している。「刑務官は、確定者の室の扉を開けて死刑執行を告知すると、
その場で確定者を拘束し、すぐ刑場に引致します。刑場の中には拘置所長が待
機していて、彼が正式に死刑執行を告知します。終わると、確定者は緊縛され、
手錠をかけられ、そのままの格好で処刑台に連行され、そこで首縄をかけられ、
踏み板を外されて、首吊り状態で殺されるのです。この流れの中で、私たち死
刑確定者は異議を申し立てることができません。」

坂口氏が述べるのが事実であれば、「告知」の定義も問題となるだろう。こ
の点は、被告国による関連する主張とあわせて次号で検討する。なお、前掲・
注1も参照されたい。

16 6条「すべての人間は、生命に対する固有の権利を有する。この権利は、法
律によって保護される。何人も、恣意的にその生命を奪われない。」、7条「何
人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑
罰を受けない。特に、何人も、その自由な同意なしに医学的又は科学的実験を
受けない。」、10条「自由を奪われたすべての者は、人道的にかつ人間の固有の
尊厳を尊重して、取り扱われる。」（外務省訳より）

17 1980（昭和55）年の第1回政府報告書及びその審査会期である自由権規約委
員会第12会期での政府代表回答。

18 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁（国籍法3条違憲判決）、最大ノ

そこで導かれた自由権規約委員会の解釈の重要性を前提に¹⁹、当該委員会がすでに一般的意見において、死刑確定者に「適切な時に処刑日時を知らせないことは、通例、虐待となり、その後の死刑執行は自由権規約違反となる」との解釈を示していること、そして、この解釈を個人通報申立事件にも適用していることを明らかにする²⁰。それに加えて、委員会が日本政府報告書に対して個別に総括所見の中で改善勧告を繰り返していることから²¹、法律上の根拠のない行政運用としてなされている即日告知・即日執行は、明らかに自由権規約に違反すると結論づける。

第6 違法理由その3：「即日告知・即日執行」は人間の尊厳を損なう違法がある

ㄨ 判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁（非嫡出子相続分違憲判決）、高松高判平成9年11月25日判時1653号117頁、徳島地判平成8年3月15日判時1597号115頁、大阪高判平成6年10月28日判時1513号17頁。

19 自由権規約委員会が長年にわたる政府報告書審査や膨大な個人通報事例の積み重ねを通じて示した総括所見および一般的意見は、自由権規約の最も権威ある重要な解釈指針として機能しており、すべての当事国に共通の規範的ガイドラインとしての権威を有するという。

20 6条についての一般的意見40（Failure to provide individuals on death row with timely notification about the date of their execution constitutes, as a rule, a form of ill-treatment, which renders the subsequent execution contrary to article 7 of the Covenant…）、7条についての一般的意見20および21。個人通報申立事件としては、Johnson v. Jamaica（CCPR/C/56/D/588/1994）、Brown v. Jamaica（CCPR/C/65/D/775/1997）、Eshonov v. Uzbekistan（CCPR/C/99/D/1225/2003）、Kovaleva and Kozyar v. Belarus（CCPR/C/106/D/2120/2011）を挙げる。ただし、死刑確定者本人ではなく親族が死刑執行についての詳細を知らされなかったことに対するもの。

21 たとえば2006年の第5回日本政府報告審査への自由権規約委員会の総括所見は「死刑執行に自ら備える機会がないことにより被る精神的苦痛を軽減するために、死刑確定者及びその家族に、予定されている死刑執行の日時について合理的な事前の告知が与えられることも確保すべき」ことを求め、2014年の第6回日本政府報告審査への総括所見は「死刑確定者とその家族に対して、死刑執行の予定される日時を合理的な余裕をもって事前告知すること」を求めている。

国連憲章前文と自由権規約10条²²が人間の尊厳の保障を定め、日本国憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される」と定めている。これらが保障する尊厳が死刑確定者に認められていないことが、即日告知・即日執行の違法性を基礎づける3つ目の理由とされている。

訴状が展開するのは、執行日が決定された死刑確定者と末期患者の状況が同じであるとの位置付けのもと²³、間近に迫った死を受容する機会²⁴が奪われることは人間の尊厳を侵害するという主張である。このような主張、あるいは死刑確定者と末期患者の比較は、いくつかの批判を受けるだろう。たとえば、死刑確定者は判決が確定した段階で死の受容に向けた期間に入ることができるはずだ（したがって、死を受容する機会は即日告知・即日執行によって奪われない）というものがある。これを予想して、原告らは、「ガンに罹患し死亡する可能性がある」と宣告されることと、「余命3ヶ月」など末期であると宣告されることの間に違いがあるように、死刑判決の確定と死刑執行日の告知は異なる衝撃を死刑確定者に与えるのだとあらかじめ反駁する。その上で、死の受容には一定の時間が必要であるところ、2時間前の告知のもとで受容はおよそ不可能であると述べる。

さらに原告らは、日本の死刑確定者に対する執行日の告知の異常性を、日本の医療慣行における癌告知とアメリカ合衆国（以下、「米国」という）の死刑制度との比較を通じて浮き彫りにしようと試みる。医療慣行との対比においては、日本の即日告知・即日執行が、まるで末期患者が「あなたの余命はあと2時間です」と告げられるようなものであり、1990年代までの医療慣行にさえ及ばないと断じる。他方、即日告知・即日執行によ

22 被拘禁者の尊厳の尊重について自由権規約10条は「自由を奪われたすべての者は、人道的にかつ人間の固有の尊厳を尊重して、取り扱われる」とする（外務省訳より）。

23 自由を拘束されている点のみが異なるとする。

24 エリザベス・キューブラー・ロスが著書『死ぬ瞬間』で提唱した死の受容プロセスをもとに、否認、怒り、取引、抑うつ、受容の5段階を示す。

る死刑執行は米国では違憲となりうることを明らかにした上で²⁵、実際にそこでは1ヶ月から数日前には死刑執行日が死刑確定者に知らされているという事実に基づき、直前告知は可能であるとする。その一例として、死刑執行が毎年続いている米国・オクラホマ州の執行プロトコルの該当箇所や手続書類を示す²⁶。

そして、もしも自己の死を受容する機会を与えられたならば死刑確定者ができるであろうことを列挙し²⁷、その機会なく命を奪うことが人間の尊厳を著しく損ねるものであることを牛や豚の屠殺にも喩えて訴えている²⁸。

第7 原告らの損害賠償請求：慰謝料

原告らが即日告知・即日執行によりどのような利益を侵害されるかについて、訴状は大きく2点を指摘する。第一に、いつ執行されるか分からないことにより恐怖の日々を送っているという状況である。これについて原告らは、免田栄元死刑確定者が獄中生活を振り返って述べたことばと、坂口弘死刑確定者のことばを事実として挙げる。第二に、仮に執行当日より前に告知されていたならば、すなわち事前告知がなされていたならば死刑確定者は何ができるかを検討し、即日告知・即日執行によりそれが奪われていることを述べる。ここで示されたのが、過去に日本で事前告知がなされていたことを示す音声テープである。このテープは、1956年に大阪拘置

25 原告らが証拠として提出したのは、キャロル・S・スタイカー、ジョーダン・M・スタイカー、笹倉香奈訳「死刑事件と適正手続（1）死刑と憲法的規制：アメリカと日本の比較」法時91（4）、96-101頁（2019）。

26 この点に関する回答書をもとにしたものとして、前掲・注1参照。

27 例として、食べたいものを食べる、嗜好品や俳句づくりなどしたいことをする、会いたい人に会う、手紙を送る、自らを振り返る、不服申立をする、財産処分・遺言書作成・献体など死後の処理をする等を挙げる。

28 2007（平成19）年、丸山和也参議院議員（当時）が法務大臣と法務省矯正局長との質疑において即日告知・即日執行を受ける死刑確定者の状況について「牛や豚の屠殺じゃないんですから、どこかへ引き出されて屠殺場に連れていかれる…幾ら死刑囚でも」等と述べたことを引用しながらの主張。

所において1人の死刑確定者が恩赦却下を所長から知らされてから執行までの3日間を記録したものであり、姉や他の死刑確定者、さらに刑務官と死刑確定者が体を触れ合いながら別れを交わす様子を確認することができる²⁹。この音声テープの他にも、かつて日本では事前告知が行われていたことを裏付ける検察官や刑務官の体験談が残っていることも明らかにする。これらのことから原告らは、事前告知がなされたならば、少なくとも他の死刑確定者や関係者らと別れを交わすことができるはずだと主張する。

このうち第一の点について、原告らの苦痛は現在進行形であり、国が即日告知・即日執行の運用を変えるまで苦痛が存続することをふまえ、慰謝料が算定されている。

第8 被告国の違法行為と原告らの受任義務の不存在：公法上の当事者訴訟

原告らの主張を阻みうるものとして、行政事件特例法に関する最高裁判例がある。これは、死刑の執行方法の適法性をめぐる訴訟において、行政事件訴訟特例法に基づいて執行方法を争うのは、実質上は行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求めることになるため許されないと判示したものである³⁰。

原告らはこれに対して、本件は死刑判決自体の有効性を争うものではないこと、告知の運用については法令上の根拠がないことから執行方法を争う場合とは異なること等を理由として、上記判例の射程が本件には及ばないと反論する。

その上で、今後も変わる見込みのない即日告知・即日執行から原告らを救済するためには、行政事件訴訟法上の義務付け訴訟も差止訴訟も不適法

29 大阪拘置所に収容されていた死刑確定者が、執行日を告知されてから執行後に至る1955年2月9日から同月11日までの経緯を当時の大阪拘置所所長が録音編集したもの。2022年10月、原告らはこの音声テープを反訳とともに新たな証拠として提出した。詳しくは次号。

30 最判昭和36年12月5日民集15巻11号2662頁

であり、公法上の当事者訴訟を提起する以外にないと主張する。

第9 被告国の死刑の行政運用には理由がないこと

国はこれまで即日告知・即日執行について、死刑確定者の「心情の安定」を保つことが理由であると繰り返し述べてきた。当日より前に死刑執行の事実を伝えたならば、執行を受ける当該死刑確定者の心情を著しく害するため、事前告知は適切ではない、すなわち即日告知・即日執行は合理的であるという。

これに対する反論として原告らは、前述のような米国の状況をみれば、事前告知によっても死刑制度は維持しようとはまず述べる。そして、事前告知を求める死刑確定者の声を示し、国の一方的な運用が現に執行を控えている死刑確定者達の希望に沿っていないことを指摘する。

また、おそらく1970年代半ばに、1人の死刑確定者が執行日の告知後に自殺をしたことが変更の理由であろうと思われるものの、いつからどのような理由で告知の運用を実際に変更したのかは不明確であると指摘し³¹、この点を含めた国の「秘匿主義」を批判する結論につなげる。

第10 結論

告知のあり方にとどまらず、どのように死刑確定者の執行の順番が決まるのか、そして法務大臣の死刑執行命令の後に、どのように執行が進むのか、執行の後にどのような措置が取られるのかは不透明である。このことは、日本の死刑制度の密行主義として長らく批判されてきた³²。訴状は、

31 国は、その後の弁論においても、前述（訴状第7）の事前告知がいつどのように変更されて現在の即日告知・即日執行になったのか、またその手続や根拠は何かについて開示することを拒んでいる。その詳細な検討は、次号にて扱う。

32 たとえば、団藤重光『死刑廃止論（第6版）』（有斐閣、2000）の「死刑囚の処遇の問題」（第I部4章最終節）136頁は米国の告知のあり方を紹介した上で、日本の死刑制度の秘密主義を悲しむべき文化として指摘している。↗

戦後から約60年の間に500人以上の死刑確定者が執行されてきたことを示し、これほどの人数の命が奪われながらも死刑の実態が「闇の中」にあったことの不当性を述べる。そして、即日告知・即日執行の行政運用は日本の秘匿主義の一つの証左であり、恥ずべきものと断罪して司法に判断を求めている。

(2) 小括

本件は訴状にして100頁以上、提出された書証は50を超えた。即日告知・即日執行の違法性を適正手続、国際人権、そして人間の尊厳という3つの論点に則して展開し、それぞれに対応する事実を積み重ねることで克明に示そうとしたものと評価できる。また、その試みが、死刑制度に関する一次情報の入手を極めて困難にする密行主義（秘匿主義）により阻まれていることを同時に訴える点も看過しえないだろう。

なお、「即日告知・即日執行」訴訟提起後の2022年11月に、第7回政府報告書審査に対する自由権規約委員会の総括所見が示された。これに先立ち委員会は、政府定期報告に関する事前質問票において、死刑確定者及びその家族に対して予定されている執行日時に関する妥当な事前通知を与えることのために措置が取られているか否かの報告を日本政府に求めた。これに対して政府は、「本人に当日より前に告知した場合には、その心情の安定を害することが懸念されるとともに、かえって過大な苦痛を与えることにもなりかねない。また、家族等に事前に執行を通知した場合には、通

ㄨ 最近のものとしては、自由権規約委員会の第7回日本政府報告書審査におけるカウンターレポートの中で、「過去10年における死刑執行について、国会議員を通じて執行告知時刻などの開示を求めた。しかしながら、法務省はこれらの情報を一切開示しなかった」と指摘した監獄人権センター・国際人権規約連盟共同報告書がある。監獄人権センター、「国際人権（自由権）規約委員会第7回日本政府報告書審査に対するNGOレポート」8頁、<https://prisonersrights.org/article/article-394/>（最終閲覧2023/09/28）。

知を受けた家族等に対して無用な精神的苦痛を与えること、仮に通知を受けた家族等と本人との面会が行われ、本人が執行の予定を知った場合には、同様の弊害が懸念されることから、現在の取扱いはやむを得ない」と、従前の回答をただ繰り返している。即日告知・即日執行の行政運用が今後変更されることは期待できないという、原告らの主張を裏付けるものといえるだろう。このような政府回答に対して総括所見は、「死刑確定者とその家族が、執行に備える機会を欠くことで生じる心理的苦痛を軽減するために、死刑執行の予定日時について合理的な事前の告知を行うこと（giving reasonable advance notice of the scheduled date and time of execution to death row inmates and their families with a view to reducing the psychological suffering caused by the lack of opportunity to prepare themselves for this event）」を改めて求めたのである³³。

さて、「即日告知・即日執行」訴訟の提起は、その主張の明快さ、なにより死刑確定者が原告というインパクトゆえに、大きな注目を集めた。提訴日の午後に行われた司法記者クラブでの会見には報道各社が詰めかけ、弁護団に対して質問が相次いだ。その多くは原告となった死刑確定者を特定しようとするものではあったが³⁴、告知の運用に対する日本で初めての裁判により、これまで隠されてきた死刑執行の実態がいくばくか明らかになること、少なくとも現行の死刑制度の適正さについての議論が活性化することへの期待が共有された。

国外メディアも、ロイター³⁵を皮切りに一斉に報道を行なった。フラン

33 外務省、「国際人権規約」、<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html>（最終閲覧2023/09/28）。

34 訴訟代理人は、民事訴訟法92条に基づき、原告となった死刑確定者が特定されるような情報については閲覧等の制限をするよう裁判所に申立を行っている。

35 Elaine Lies (November 5, 2021), Japan death row inmates sue over 'inhuman' same-day notification, *Reuters*, <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/japan-death-row-inmates-sue-over-inhumane-same-day-notification-media-2021-11-05/> (Accessed September 25, 2023).

ス³⁶、イギリス³⁷、アメリカ³⁸で訴訟提起が報じられ、その影響であろう、現地時間11月5日のイギリス国内におけるグーグルの検索キーワードでは、"Japan Death Penalty"が5位にまで上がったという。また、ロイターの記事を転載するメディアが多いなか、アジア諸国でも独自に本訴訟提起を報じるものが散見された。こうした国外での反応の大きさ、そして自由権規約に基づく本訴訟が国際的にも重要であることに鑑みて、弁護団は訴訟提起の翌月には日本外国特派員協会に訴状の英訳版を送付した³⁹。

本訴訟に対する一般社会の反応は、国外と国内で対照的であったように思われる。欧米では、日本がいまだに死刑を存置していることへの衝撃を述べるものや、即日告知・即日執行の非人道性を指摘するものが支配的であったのに対して、日本国内のネットニュースに対するリアクションの中では原告らの主張への反発や非難が圧倒的であった。媒体の性質によっては死刑確定者に対する暴言、誹謗が少なくなかったが、その中には「被害

36 November 5, 2021, Japon : des condamnés à mort poursuivent le gouvernement en justice, *Le Figaro*, <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/japon-des-condamnes-a-mort-poursuivent-le-gouvernement-en-justice-20211105> (Accessed September 25, 2023).

37 November 5, 2021, Japan death row inmates sue over same-day executions, BBC, <https://www.bbc.com/news/world-asia-59173259> (Accessed September 25, 2023). Death row inmates sue over Japan's brief notice of execution, *The Guardian*, https://www.theguardian.com/world/2021/nov/05/japan-death-row-inmates-sue-over-same-day-notification-of-execution-report?CMP=Share_iOSApp_Other (Accessed September 25, 2023).

38 Adela Sulima (November 5, 2021), Japanese death row inmates sue over same-day notification of executions, *The Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/world/2021/11/05/japan-death-row-inmates-lawsuit/> (Accessed September 25, 2023).

39 絞首刑の違法性を問う訴訟の提訴がされた後の2023年1月には死刑1号、2号、3号事件の各事務局長（宇野裕明弁護士、植田豊弁護士、水谷恭史弁護士）及び全体を統括する金子武嗣弁護士が、日本外国特派員協会にて記者会見を行った。The Fight Against the Death Penalty in Japan, *FCCJchannel*, <https://www.youtube.com/watch?v=Lv6asMNZfnA> (Accessed September 25, 2023).

者が死を受容する機会を奪った殺人者が、それを求めることは絶対に許されない」という非難も散見された。このような反発は、被害者遺族への素朴な共感や感情移入の表出であり、刑罰の目的や限界といった刑罰論とは距離があるといえるだろう。ところが被告である国が、同様の趣旨と取れるような主張を第2準備書面において示している。その主張の大部分は訴状第8の点への反論、すなわち行政訴訟で争うことが不適法であるとの訴えに費やされているが、国が告知の意義をいかに捉えているかが、即日告知・即日執行の合理性を主張する過程で時に表面化するのである。

本件は大阪地裁の第2民事部に配点され、2022年1月13日の第1回期日は傍聴券交付対象となった。

(次号につづく)

判例内縁法の現代的課題（7・完）

～平成時代以降の裁判例を中心として～

岡 本 詔 治

- 一 問題の所在と課題の限定
- 二 通常内縁の裁判例
 - I 平成16年代までの内縁関連事例
 - 1 内縁の成立事情 (以上、本誌55巻1号)
 - 2 内縁の法的保護
 - 3 内縁関連事例
 - 4 社会的婚姻としての内縁 (以上、本誌55巻2号)
 - II 平成16年最高裁判決
 - III その後の内縁関連事例
 - 1 内縁の成立事情 (以上、本誌55巻3号)
 - 2 内縁の法的保護
 - 3 内縁関連事例
 - 4 社会的婚姻としての内縁 (以上、本誌55巻4号)
 - IV 小括
- 三 重婚的内縁の裁判例
 - I 平成16年代までの内縁関連事例
 - 1 内縁の成立事情
 - 2 内縁の法的保護等 (以上、本誌56巻1号)
 - II その後の内縁関連事例
 - 1 内縁の成立事情
 - 2 内縁の法的保護等 (以上、本誌56巻2号)
 - III 小括
- 四 まとめに代えて
 - I 通常内縁の裁判例
 - II 重婚的内縁の裁判例
 - III 結語 (以上、本誌)

三 重婚的内縁の裁判例（続）

I 平成16年代までの内縁関連事例

II その後の内縁関連事例（前号まで）

III 小括

ここでは、内縁保護の論理的節目を前提としながら、いくつかの類型に区別して、裁判例の実情と問題点を含めて、あらためて総括しておこう。なお、昭和後期までの歴史的推移と「事実類型」については、別稿で整理しているので⁽²⁶⁾、以下では、それを前提としながら、まとめることとした。

1 重婚的内縁の成立事情と内縁の成否

(1) 法律婚が破綻したのちに同棲したケース

下記の諸例ではいずれも内縁の成立が認められている。[115]（大阪高決平成4・2・20）は、婚姻関係破綻前に成立した男女関係の保護を否定する一方で、その破綻後に成立した別の女性との内縁関係は保護される、としている。[118]（鹿児島地判平成15・3・26）も、内縁が法律婚の破綻後に成立したことを特に強調して、内縁の成立を認めている。さらに、[116]（仙台高判平成4・9・11）も、正妻との別居後2年半の経過後に同棲したことから、内縁配偶者が法律婚破綻に何ら関係していない事実が認定されて、内縁性が認められている。本判決も内縁配偶者の有責性に「留意」した判決でもある。また、[132]（大阪地判平成21・12・11）も、離婚歴のある女性が妻帯の男性の経営する料理店で女将として働くようになり、まもなく同居するようになったが、すでに法律婚が破綻していたことが認定されている。加えて、[133]（東京地判平成27・5・19）でも、同居当時には法律婚は実質的に破綻していたという。最近の[131]（東京地判令和1・10・28）で（龍法 '23）56-3, 54（496）

は、男性（医師）が婚姻中の女性（ホステス）と関係を結び、15年以上にわたり同居しているが、女性の財産分与申請を意識して、内縁関係不存在の確認を求めているところ、女性が子供を連れて法律婚の夫とは別居し、すでに法律婚は形骸化していたことなどから、内縁の成立が認められている。

（2）法律婚の相手方が行くえ不明であるケース

女性の夫が行く不明になり、子供を抱えて男性経営の職場で働いていたところ、離婚後に実子と暮らしていた男性は、女性の境遇に同情したこととあって、双方の家族が同棲している例[119]（大阪地判平成6・8・25）のほか、女性の夫が音信不通となり、その間に男性と同居して、結婚約束をして10年以上経過している例もある[134]（広島高裁岡山支判平成17・5・24）。この種のタイプも古くから存在し、いずれも内縁性が認められている。

（3）男女関係ないし内縁の成立によって法律婚が破綻したケース

[114]（東京地判平成4・1・31）では、夫の不倫で家族全員が家を出て絶縁状態となっているので、法律婚の破綻の原因は女性関係であるが、そこに女性に移り住んで同居し、再婚相手として披露宴が開かれ、その間に離婚も成立して、男性の死亡まで8年が経過し、同棲後には法律婚が形骸化していたことなどから、保護に値する内縁ないし「少なくともそれに準ずべき関係」とする。女性の有責性は問題とされていないが、いうところの「準ずべき関係」という曖昧な表現には、内縁夫婦の有責性を意識した結果であるとも考えられる。また、大阪高判平成16・7・30（家月57巻2号146頁「所有権移転登記手続請求事件」）では、男性が、他女との間の子への愛情もあって他女の家と妻宅を行き来し、妻が夫婦関係調整の調停を申し立てた時から完全に別居して他女と同棲したことから、まもなく離婚しているが、夫婦としての振る舞いのほか他女の先祖の墓所参りをしたことなどを考慮して、内縁性あり、とされている。

（4）妻と離婚して結婚するとの言を信じて同棲したケース

一定の条件が必要であるが、このケースの場合も内縁の成立が認められ

やすい。法律婚妻も離婚を望んでいたものの養育費の問題で離婚の合意が成立していない間に夫が他女に妻と離婚して結婚する旨を述べて同棲している例[113](東京地判平成3・7・18、30年間の同棲)、妻と別居して3年になり、必ず離婚して一緒になるなどと称して女性とその娘2人と同棲している例[116](仙台高判平成4・9・11)、幼なじみで、双方の知人の送別会に際して、妻とは別居しているなどとして関係を結び、賃貸マンションを借り受けて同居し、女性が出産した直後に一方的に破棄した例(京都地判平成4・10・27判タ804号156頁慰謝料請求事件)などがある。また、[133](東京地判平成27・5・19)では、外国籍の男性が正妻の署名押印のある離婚届を女性に示して離婚する旨を告げたのちに同居を始めている。

(5) 妻帯の事実を知らないで同棲したケース

[135](東京地判令和3・6・16)では、女性が、男性の妻帯の事実を知らないで妊娠・出産し、結婚式と披露宴をすまして同棲したが、既婚の事実を知ったので離婚して婚姻の届出をすることを求めてもこれに応ぜず、やがて他女と関係をもって不当に破棄したという事案で、判旨は「準婚関係」を認めて、男性の背信性を非難している。

(6) 法律婚が形骸化していないが、内縁の成立を認めたケース

なかには法律婚と内縁との競合をみとめる例も散見される。[140](名古屋地判平成23・2・25)は、内縁関係を長期間継続する一方で、正妻宅に月一度は通って生活費を渡すなどしていたことから、法律婚の維持を認めながら重婚的内縁の存在も認めている。[122](東京地判平成8・7・12)も、夫(有名会社の代表取締役)による内妻への贈与が詐害行為になるとした例であるところ、内妻との間に二子をもうけ、高額的生活費を渡し、内妻宅で寝泊りすることが多かったことなどから内縁の成立を認めたが、内妻から離婚を求められてもこれに応じなかったことのほか、経営する会社の幹部には内妻を紹介しない一方で、本妻には多額的生活費をわたして、正月には本妻宅で長男もともに幹部に紹介していたことや住所は本妻宅にして

いたことなどから、法律婚は形骸化していなかったとする。

2 重婚的内縁の解消事情

(1) 不当破棄ケース

内縁の夫は他女とも関係を結び、他女が出産するなどしたことから、内縁関係が破綻した例（[113]東京地判平成3・7・18）、夫が気功療法に傾倒して僧侶になると称したことなどから内縁夫婦は別居し、生活費の支給も停止して、その間に相談相手となってくれた女性と婚姻した例（上掲・大阪高判平成16・7・30）などがある。さらに、[135]（東京地判令和3・6・16）でも、他女との関係により内縁関係が破綻している。

(2) 事故死や病死による解消ケース

この種のケースも少なくない。事故死では、約17年間継続した例（[118]鹿児島地判平成15・3・26）や約20年間同居した例（[119]大阪地判平成6・8・25）のほか、[132]（大阪地方裁判平成21・12・11）では、ほぼ30年程度に及んでいる。病死では、夫死亡まで身の世話を尽くした例（[114]東京地判平成4・1・31）のほか、[116]（仙台高判平成4・9・11）では、約13年間同棲して、病死する少し前に包括遺贈・公正証書遺言がなされている。

四 まとめに代えて

本節では、これまで検討してきた種々の裁判例を整理するとともに、今後の課題や展望についても、すでに明らかにしたことと重なるところもあるが、制度や判例の歴史も織り交ぜながら、あらためて総合的な観点から整理しておきたいと思う。あわせて、学説による裁判例の理解の仕方や学説それ自体の問題点についても、批判的に検討することとした。

I 通常内縁の裁判例—歴史と理論

まず、内縁保護の裁判例の歴史的推移から始めなければならないであろう。その正確なプロセスと論理的節目を確認することによって、現在ないし将来における判例内縁法のより明確な像が見えてくるからである。

一 内縁保護裁判の前史

1 初期の状況（事実婚主義の確立）

内縁論の歴史は相当程度に古くまで遡ることができるので、これに関連する裁判例も、未公表判決例も含めると、膨大な量に上るが、大正4年の民事連合部「婚姻予約有効判決」を客観的に評価するためにも、その原点にまで遡る必要がある。まず、明治民法施行当時までの推移を述べておこう。大略、つぎのようにまとめることができる。

明治8年の太政官達第209号は、婚姻につき戸籍登記を必要としていたが、同10年の司法省丁第46号では、「夫婦の実際」があれば、これを法律婚として取り扱う旨を明らかにした（事実上の親子関係も嫡出子関係とした）。後者は元来、刑事事件に関するものであったものの、とにかく、大審院は、届出婚主義と事実婚主義との調整に苦慮していたところ、旧民法（儀式婚を重視）の制定直後の明治26年代以降の裁判例では、民事でも事実婚主義に舵を切ったと解されている（大判明治26・1・20大審院判決録明治26年1月乃至2月32頁〈寄託物件取戻事件〉など）。さらに事実婚夫婦の子の嫡出性も認められたので、事実婚主義が確立したといえよう（大判明治29・6・23民録2輯6巻83頁など）。ただし、事実婚を認めた裁判例では、夫婦は、単に同居しているだけではなく、当時の婚姻習俗による婚礼儀式をすましていることが重要な判断指標となっていた⁽²⁷⁾。そうした事実婚主義時代の判決で特に注目すべきは、事実婚の効果として戸籍登記を強制することができたことであろう。戸籍は、すでに成立した法律婚を単に公証するものにすぎないと考えられた結果である。この種の「婚姻届出請求事件」は少なくないが、実体法上は、いわゆる「入籍権」を前提とするものにほかなら（龍法 '23）56-3, 58（500）

ない。

2 明治民法施行後の内縁

(1) 内縁問題の発生

周知のように、明治民法典は法律婚・届出婚主義を採用したことから、その施行後に成立した内縁の保護は否定された。立法の趣旨は、そうした曖昧な婚外の男女関係は婚約も含めてすべて否定して、近代的な婚姻制度を確立しようとしたところにあった。このような内縁問題は、社会生活上にも影響が出ており、当時の法律実務書は、すでに『内縁』用語を使用して、種々の注意点を喚起し、各種の『届書モデル』まで巻末に掲記している⁽²⁸⁾。

(2) 法律婚主義と事実婚主義

ただし、当時の大審院は、先述のように、事実婚主義を採用していたので、これとの調整問題が生じたところ、民法施行前に成立していた内縁については、下級審裁判例では、事実婚主義をとる例がある一方で、法律婚主義に執拗に固持する例もあり、相当程度に混乱していた。しかし、大審院は繰り返し事実婚主義をとる旨を宣言し、たとえば、施行直後の大審院判例（大判明治32・9・19民録5輯8巻6頁〈婚姻届請求事件〉など）は、媒酌結婚をした夫が妻に対し戸籍登記を請求したところ、原院は、戸籍登記がないかぎり婚姻ではないなどとして、その請求を排斥したが、大審院は、これを破棄して、民法施行前では「**実際夫婦タル事実**」があれば、婚姻の効力が認められる、とした。さらに、下級審判決でも、オジ・メイ間の婚姻も「**正当ニ婚姻ノ目的ヲ以テシタル公然ノ結合ナル以上**」は有効として、その間の子の嫡出性を認めた例がある（東京地判大正2・11・14評論2巻民753）。こうした事実婚主義判決は、明治・大正期を経て昭和期に入っても存在するのである。

とまれ、後の民事連合部「婚姻予約有効判決」は、婚姻をなすべき旨の

予約は有効ではあるとしても、その履行を強制しえない旨をわざわざ説示しているのは、その身分行為性もあるが、同時期に並存する事実婚主義判決を意識していたからであり、このことを決して見逃してはならないであろう。

3 婚姻予約の無効判決と有効判決との並存

一方、民法典施行後に成立した婚約・内縁については、すでに婚姻予約と表現されていたが、当初の大審院は、婚姻儀礼をすまして同居していたとしても予約は無効である、と判断していた。しかし、これでは内縁の妻や事実上の婿養子は夫・妻の家にふさわしくないと判断されると、自由勝手に家から放逐されることになり、そうした法的処遇は正義公平の觀念に反するし、社会生活上も性的秩序が紊乱されるような事態が生じていた。かくて大正4年の「民事連合部判決」（大連判大正4・1・26民録21輯49頁）が「婚姻予約有効論」を宣言した所以でもあり、本件は内縁事例であったが、翌年に「婚約事例」でも（大判大正5・6・23民録22輯1161頁）、女性の不当破棄につき男性側の慰謝料請求が認められている。

4 婚姻予約有効判決の内在的要因

上記のような無効論の一般的な問題点のほかに、当時、婚約や内縁を有効と判断せざるをえない別の法的問題が伏在していた。ひとつは、「持参金契約」であり、慣行的に行われていた持参金の授受は、事実婚を無効と解すると、理論的には、これも軌を一にして無効と解さざるを得なくなるであろう（「内縁なければ持参金なし」）。大正2年の大審院判決は、婿養子縁組の解消による持参金の返還請求事件で、「事実上の婚姻ないし縁組」がなされたときに持参金の所有権は縁家に帰属するとして、その請求を排斥したが、その際に、わざわざ、このことは婚姻・縁組が未届けでも有効であるという趣旨ではない旨を説示している（大判大正2・10・9大正2年（龍法 '23）56-3, 60（502）

〈オ〉299号持参金取戻請求事件）。しかし、いかにも首尾一貫しない説示であり、大審院は、そうした無効論の難点に直面していたといえよう。もう一つは、結納の授受の取り扱いである。予約無効時代では、予約を前提として授受される慣行上の結納の法的効力いかなの問題であり、下級審裁判例は混乱していた。この場合も、無効な婚姻予約に基づいて授受される結納も無効であるとの結論にならざるを得ないが（「婚約なければ結納なし」、伝統的な婚姻儀礼である結納を無効であると判断するのは、慣行に矛盾するので、何とか結納だけでも有効と解したいところである。下級審裁判例は、結納品を交付したが婚姻が成立しなかったという事案で、婚姻が成立しなくとも一般の慣習として婚姻の意思表示とともに相手方に贈与する趣旨のもの、という苦しい解釈をする例もあった。一方、他の例では、結納の授受により事実上の夫婦となった以上は、その所有権は相手方に完全に帰属し、その後に婚姻を解除したとしても、その返還請求は認められないとしたものもあり、本判決は実質的には内縁有効論に立っていたこととなろう。

かくて、大審院は婚姻予約有効論と結納の授受を直結させたわけである⁽²⁹⁾。

とまれ、内縁無効論には婚姻習俗とは調和しないような種々の歪みが出ており、有効論が待ち望まれていたように思われる。実際、無効論が一般化するなかでも、民法施行直後に婚姻予約の有効を宣告するいくつかの下級審裁判例もあり、いずれも婚姻習俗にしたがって挙式同棲した夫婦関係を私通と同視することはできないと説示している⁽³⁰⁾。

二 「婚姻予約有効判決」の登場

1 当時における婚姻外関係の社会状況

「穂積重遠」によれば、法律婚主義と家族制度のもとでは、内縁の発生は日常茶飯事であったとされており、「少々誇大に云はば新聞の三面記事に『内縁の妻』なる文句を見出さない日は一日もない位我国の社会の最も

普遍なる現象である」としたうえで⁽³¹⁾、このような内縁という「醜事実醜名称」を嫌忌している。たしかに、大正9年の国勢調査時では、内縁率（総配偶者にたいする割合）は男子17%内外、女子16%内外と解されているので⁽³²⁾、隠れ内縁も考慮すれば、相当の数に上っていたように思われる。

ところで、巷間では、「婚姻予約有効判決」が宣言される以前から、つまり、明治も後半になると、欧米諸国の影響も加わって、「自由結婚」とか「自由恋愛」とかの風潮が声高に叫ばれていた。また、外国での「試験的な結婚」を紹介する著書には、当時の内縁状況と比較しながら、分析するものが存在したことのほか、著名な雑誌「青鞥」を創刊・編集した「平塚らいてう」や「伊藤野江」らのメンバーが実践した「事実婚」や「同性婚」は、こうした時代を象徴する多様な婚外関係ないし自由な生き方を希求する若い男女の生きざまそのものであった⁽³³⁾。もっとも、そうした自由な人格の関係が、そのまま法的に保護されるべき関係になるというものではない。法は一定の社会秩序、ここでは婚姻秩序を大前提とせざるを得ない。なによりも原則的な男女関係の秩序があつてこそ、一国の法秩序全体が確保されよう。ことに裁判所は、一方では硬直した考え方に距離を置くとともに、他方では、原則的な秩序を確立しなければならないところのいわば二律相反する責務を担っていかなければならないのである。

2 「婚姻予約有効判決」の論理構造

大審院の婚姻予約有効論は、「婚姻制度」を大前提としながら、婚姻に至るまでの関係を構成したものであった。多様な婚外の男女関係のうちでも、伝統的な婚姻習俗のもとで認知されていた「婚約」と「内縁」のみに対して婚姻予約という衣を着せることによって、法的保護に値する関係を析出したといえよう。同じく伝統的に適法とされていた「妾関係」は民法典施行当時にはすでに立法によって排斥されていたが、大審院も明治30年に無効判決を宣告していたところ（大判明治30・12・4民録3輯11巻15頁）、

予約論には、そうした妾関係も排斥する意図が潜在していたといえよう。しかし、実社会では、妾関係は、その後も根強く生き残り、戦後の裁判例にも繰り返して登場している。ともあれ、民事連合部判決は、婚約や内縁を保護しただけにとどまらないのであって、世界に類例のない「知の革命」ともいえる大改革を成し遂げたものであったと思われる。わが国の裁判所が外国法に依拠した草創期から脱して、真の意味で自立の途をみつけ出したことを象徴する判決の一例でもあったが、遺憾ながら、準婚学説は、批判に終始して、今日に至っている。

3 当時の婚外関連裁判例の状況

「婚姻予約有効判決」が大審院（田部芳裁判長）に継続していた当時に、先述した「婚約・婚姻予約有効判決」の婚約事例も同時期に大審院第一民事部（田部芳裁判長）で審議されていた。また、未公表判決例であるが大正5年の「客分（足入れ婚）」事件では（大三判大正5・3・15大正4年〈オ〉第1103号損害賠償請求事件・横田秀雄裁判長）、女性が「客分」として迎えられて同棲したものの、正式の挙式前に破棄されたので、「試験的な同棲」であり、男性にはもともと婚姻意思がなく貞操を弄ぶために同棲したと主張して、その不法行為責任を追及している。本件の原審は、予約不履行を根拠とすれば、認められる可能性を示唆していたが、女性側は不法行為責任に固執したため、敗訴している。本判決の直後に先述した「婚約・婚姻予約有効判決」が宣告されているので、大審院もそうした当時の風習を認識したうえで、客分として迎え入れた後に「公然婚姻ヲ為ス目的ヲ以テ同棲スルニ至リタルモノ」であると判断していることから、予約論でこれを克服しようとしたものと考えて大過なからう⁽³⁴⁾。一方で、この当時に内縁夫婦の子を嫡出子とする「事実婚主義判決」も宣告されていたが（大三判大正4・5・1大正3年〈オ〉第859号家督相続回復請求事件・横田秀雄裁判長）、本件は、その事件番号から推知すれば、民事連合部の内縁事例と同時期に

審議されていたものと思われる。他方で、この当時に妾関係や私通関係に関する大審院判決も、いくつか出されている⁽³⁵⁾。加えて、先述したように、婚姻予約の「無効判決の当時」では、慣行上の結納の法的位置づけにつき、下級審裁判例はかなり混乱していたが、「婚姻予約有効判決」の直後に結納事例が登場し⁽³⁶⁾、大審院は、結納を婚姻予約と直結させてその意義ないし趣旨を説示していることから、この判決によって、結納の法的論拠と性質が確立したといえよう。ここでも予約論の実際上の意義が見出されるわけである。

内縁学説は、上記のような判決例の展開を素直に見極めるべきであった。実務と理論との協働関係が求められるべき格好のフィールドワークでもあったが、遺憾ながら、準婚学説は空滑りをおかしたまま、持論に固執して判例の批判に終始した。多少は評価する学説でも、せいぜい「窮余の策」という程度にとどまる⁽³⁷⁾。一方、最近では、「二宮周平」は、予約構成ならば届出婚制度の趣旨に反しないし、法の欠缺を補充することは裁判所の権限内のことで立法を侵害することにはならないなどと解説し、いわば当然のことをわざわざ指摘しているが⁽³⁸⁾、このような一般的抽象的で消極的な評価では、内縁保護の「判例史」の歴史的推移に深く切り込むことなどは到底なしうるものではない。二宮自らが批判した準婚学説の立場を前提とした結果ではなかろうか。

4 婚姻予約論と夫婦の共同生活

準婚学説は、判例の契約構成では、男女関係の発端をとらえるのみで夫婦共同生活の実体を把握しえていないと批判する⁽³⁹⁾。この批判は、きわめて皮相的であり、ドイツ法流の契約理論に慣らされた結果であろう。民事連合部判決を子細に分析すれば、婚姻予約について、婚約を経て挙式後に同棲したうで、やがて婚姻にいたるのが普通である旨が指摘されており、これが当時の婚姻習俗であるとしているので（本稿は、この立場を『挙

式同棲から届出へ』という標語で表現している。）、当然のことながら、大審院も、そうした夫婦共同生活の実際を認識していたものと思われる。ここにいう「予約」とは、夫婦の合意のみならず、「夫婦の実質」も含意し、それを「抱合」する概念であり、大審院も明確にしているように、婚姻予約は単なる債権契約ではないのであって、その「身分契約」性を決して見逃してはならないのである。

実際、その後の大審院判決例には、婚家での「共同生活」は婚姻目的の労務とされたり、それが「婚姻予約の内容」になるとされたりするほか⁽⁴⁰⁾、さらには内縁関係とは「事実上夫婦同様の生活」であるとして、そうした同居は「夫婦共同の利益」のためになされるものであると明確に述べる例も登場しているのである⁽⁴¹⁾。要するに、大審院は、婚姻予約の「内容」として「夫婦の実質」もその中に取り込んでいると解しても大過なからう。

かくて、こうした判決の趣旨を承けた下級審裁判例は、その間の必要な生活費等の経費は、夫婦が等しく分担するものであると解しているわけである⁽⁴²⁾。まさしく、夫婦平等の観念に定礎されたものであり、戦前の婚姻法が夫婦不平等観を基本としていたので、この意味でも画期的な判断をしていたこととなろう。当時の準婚学説では、そうした不平等観に基づく婚姻規定を準用せざるを得なくなり、不当破棄ケースでは格別、それ以外の関係では、かえって内縁の妻に過酷な結果になる場合もあったのではなかろうか。夫の不貞行為についても、制度的には妻は非難できなかったくらいである⁽⁴³⁾、そうした婚姻規定を準用するなどというのは、有害無益であったはずである。

判例の婚姻予約論では、内縁夫婦はあくまでも婚姻夫婦ではないので、そうした呪縛からは自由であり、契約的構成は、男女平等観を前提としていることから、内縁の効果についても柔軟な解釈が可能であった。いわば戦後の男女平等観を先取していたともいえるのである。戦前の内縁関連裁

判例は膨大な量に上るが、そこから学ぶべきものは少なくない。

三 婚姻予約論的特質

1 婚姻予約の「身分行為」性

大審院判決のいう「婚姻予約」とは、いかなる性質の契約であるのかという問題もある。「中川善之助」が主導する内縁学説は、これを財産契約における予約と何ら異ならないとの理解を前提にして、漫然と批判を繰り返してきた。しかし、すでに述べたように、婚姻予約とは、婚姻習俗を前提とした契約であり、夫婦の実質を内容とし、それを「抱合」した特殊の概念であるので、当然のことながら、そうした学説の理解は謬見であったこととなる。実際、大審院は、婚姻予約は債権契約ではなく（大判大正8・4・23民録25輯695頁）、予約に基づく「婚姻を求める権利」は「親族上の権利」であるとし（大判大正8・5・12民録25輯760頁）、下級審裁判例でも、「婚姻の予約は一種の身分契約にして、純粹なる債権契約を以て目すべきものにはあらず」と明言しているのであり（東京地判大正8・3・10評論8巻民197頁）、学説は、そうした判決例も無視ないし見落としてきたわけである。予約それ自体は単なる合意に過ぎないが、その合意に包みこまれる中身こそが、予約論の本体なのである。いわば卵の本体は黄身であり、その生命体を保護するために白み・卵膜・卵殻が用意され、それらが一体となっていわゆる卵を形成しうのと同じである。外側に見える卵殻だけを取り上げて、卵の価値を評価しても無意味であろう。その本体の意義を見極めることこそが、研究者たるべき者の責務である。学説準婚理論は、中川・我妻説の絶対的な権威の前に、あまりにも従順でありすぎたように思われる。その主張の中身に切り込んで、命ともいえる「議論の核心」が那邊にあるのかという問題意識に欠けていたように思われる。

これに対して、裁判例は、事実のあり様からさまざまな厳しい判断を迫られ、これを繰り返して経験することによって、その蓄積の結果、予約論（龍法 '23）56-3, 66（508）

を大前提とする今日の判例内縁法が形成されてきたように思われる。その論理構造を歴史的に解きほぐすことによって、種々の裁判例に通底する実質的価値判断を明らかにすることこそが、学説の使命である。

2 婚姻予約と「届出義務」

民事連合部判決は、予約にもとづく「婚姻をなすべき義務」につき言及していたが、その具体的な中身は必ずしも明確ではなかった。その後の大審院判決例に委ねたものと思われ、現に具体的に明確にされてきた。その軸となるものが、夫婦双方に課される「届出に協力すべき義務」であり、その強制履行はできないものの誠実な履行が期待されており、この義務不履行に基因する不当破棄事例は少なくない。すでに民事連合部判決直後にこの種の裁判例がみられるが⁽⁴⁴⁾、まもなく「届出義務」不履行が論点となった一連の大審院判決例が登場して、判例が確立している⁽⁴⁵⁾。特筆すべきは、「届出義務」の不履行それ自体を予約不履行と断じた判決例であり、本件では、妻側が繰り返して入籍をもとめたにもかかわらず、格別の理由もなくこれを拒絶した夫の損害賠償責任を真正面から認めた判決であろう⁽⁴⁶⁾。「唄孝一・佐藤良雄」も、本判決をもって大審院が「届出義務を不履行の中心にすえた最初の判決」であると評している⁽⁴⁷⁾。ただし、最初の判決というのは不正確であるが、とにかく、届出義務に気がついている点は、注目に値する。加えて、大審院によれば、格別の理由がなければ、挙式・同棲後は、「遅滞なく婚姻の届出をなす義務」があるとされているのである⁽⁴⁸⁾。ところが、「太田武男」や「二宮周平」のほか、一般に学説は大審院判決例を取り上げる場合でも、「届出義務」にはまったく触れていない。「中川善之助」がこの予約的性質ひいては届出義務を繰り返して否定してきたことから、中川が主導する学説も、これに従ったものと思われるが、持論であるならば格別、判例の論理構造を取り上げる場合には、必ず「届出義務」に言及しなければ、正確に判例を解析したことにはなら

ないであろう。中川も我妻も、敗戦直後の著書では、判例が届出義務を認めていることに言及していたのであるが⁽⁴⁹⁾、「内縁準婚判決」以来、まったく触れていないので、その影響下にある今日の内縁学説が届出義務に言及しなくなったのは、いわば自然の流れであるともいえなくはないが、最高裁判決が婚姻予約論を捨てていない限りは、予約論の本体ともいえるこの種の届出義務を決して無視・軽視してはならないであろう。

3 「控え目」な判例内縁保護論

婚姻予約法のもとで保護されたのは、主として正当理由のない不当破棄責任であったことは、周知の事実である。その他の効果については、学説が準婚的保護と称するような事例については、いずれも過大に評価しすぎているので、ここでは、とくに学説が好んで指摘する大審院判決をいくつか取り上げて再検討してみよう。まず、内縁の妻に対する日用品供給債権は民法310条所定の先取特権に服するかが論点となった事案で、大審院は、妻も夫の「扶養すべき者」に含まれるとして、これを肯定したところ、学説は、大審院が同条にいう「扶養すべき親族」に内縁の妻も含まれると判断したと解しており、これが今日一般的な理解になっている。しかし、原審は、内縁の妻は法所定の同居の親族等には該当しないが、「同一視すべき者」としており、大審院は、これを承けてより明確に「条文を解釈」して、原判決を是認したものであり、決して「親族」とは説示していないので、今日の通説の理解は、謬見であろう⁽⁵⁰⁾。さらに一例をあげれば、私生子である内縁子が父の事故死による損害賠償請求権を有するかが論点となった事件で、711条の慰謝料請求権を排斥したが、「財産損害」については、「妻子或ハ之ト同視スベキ関係ニ在ル者」は、709条による損害賠償請求権を有するとした大審院判決例がある⁽⁵¹⁾。本件の事案はかなり複雑であるが、判旨は、妻・母は示談により賠償請求権を放棄していたので、たといその成立を容認しうるとしても、和解契約で消滅していたとしたもの

(龍法 '23) 56-3, 68 (510)

の、事故当時胎児であった未成年子については、胎児の代理は認められないとしたうえで、その扶養利益の損害は認められる、とした。私生子に父の事故死による財産損害の賠償を認めたことから、名判決と評価する学説もあり、他方で、内縁の妻については、学説では709条により内縁の夫の事故死による損害賠償請求権を有することを前提とした判決と評価されていた。ところが、「中川善之助」は、そこにとどまらずに持論に引き付けて、本判決は内縁の妻を法律上の妻と同視すべき関係にある者としたので、予約論によっては説明がつかない、と断じている。すでにこの当時から、中川の強引な解釈論の姿勢が看取できるであろう。

なお、「居住権」を認めた判決として、学説が好んで引用する事例もある（大判昭和8・8・10新聞3592号5頁損害賠償請求事件）⁽⁵²⁾。本件は、内縁の夫死亡後に夫の父の所有家屋にそのまま居住していた内縁の妻を父親ら家族が実力を行使して理不尽にも妻の退去を余儀なくさせたことから、妻が慰謝料を請求した事案で、大審院は、住居の安穩は生活上最重要な利益であるとの一般論を述べたうえで、家族らの非道な実力行為は住宅で平穩に生活すべき権利を侵害したこととなし、まして居住者が「居住すべき権利」を有する場合には、なおさらである、とした。本判旨が、亡夫の父親などは、「家族（ここでは夫）の事実上の妻」を保護すべき身分にある、と判示しているところが重要であろう。判旨のいう本件内縁の妻の「居住すべき権利」とは、そうした父親らの責務に反する理不尽な実力行使を眼前にして、不法行為責任・慰謝料請求を認めるための伏線であったといえよう。

ともあれ、本判決は、たしかにいわゆる「居住権」に言及しているが、戦後の「内縁寡婦の居住権」問題とは異質であり、そこでの「居住権」とは、所有権に基づく返還請求権に対抗しうる何らの占有権限がないにもかかわらず、居住の必要性などの事情から、その請求権を排斥するための技術用語であったので、大審院が内縁寡婦の居住権を認めたというのは、一

部の学説がいうように、すこし言い過ぎの感が否めないであろう。仮に夫の父親が所有権に基づいて返還を請求していたとするならば、せいぜい「権利乱用」で保護されたにすぎないからである（最判昭和39・10・13民集18巻8号1578頁を参照のこと）。

三 戦時下の内縁問題

1 内縁法の状況

当時、国家総動員体制（昭和13年）が敷かれたことから、あらゆる生活分野で国家の統制力が強化され、「家庭の平穩」は著しく危機的状況におかれたが、判例内縁法それ自体は依然として堅持され、いっそうの発展を経験している。ことに昭和15年の民事連合判決は、内縁中に懐胎された子について、内縁夫婦の子であることを「事実推認」している（大連判昭和15・1・23民集19巻58頁）。

2 民事調停制度と内縁

一方、制度的改革で見逃せない点は、戦乱期の家族紛争を道義・温情で解決すべきことを理念とする「人事調停法（昭和15年）」のもとで、「家庭に関する調停事件」が導入されたことであろう。内縁についても、入籍を求める「婚姻予約履行事件」という調停も可能とされた⁽⁵³⁾。判決では、届出の強制履行は認められないが、調停では、相手方の同意があれば、調書に届出の履行合意を明記することができるようになった。この調書には執行力はないものの、当事者の自覚、届出の励行をうながす効果は期待しえたはずである。

この調停事件は、いうまでもなく判例婚姻予約・「届出義務」論を前提にしたものであり、戦時体制下で政策的に導入されたものであるとしても、注目に値し、決して見逃してはならない制度的改革であったが、内縁学説では見過ごされ、ないし無視されている。

3 内縁の社会状況

当時の内縁に関する社会状況については、興味深い事情が指摘されている。特に軍人家族の場合には、内縁のままであると、妻は軍事扶助料の受給資格がなかったので、戦時下の応召との関連で、婚姻率が増加していることから、内縁夫婦による届出が増大しているとの評価もある⁽⁵⁴⁾。実際、昭和15年の国政調査当時では、内縁の割合は7.12%となっているようであり⁽⁵⁵⁾、大正期のそれと比べるとほぼ半減しているので、内縁状況は、かなり改善されてきているが、このような「駆け込み結婚」とも無関係ではなからう。もっとも、依然として、内縁関連の裁判例はあとをたない⁽⁵⁶⁾。

四 敗戦後における内縁問題

1 敗戦後の法状況

(1) 届出婚の維持

新憲法のもとで民法の家族法は大改正され、家族制度等の家的拘束はすべて廃棄されて「婚姻の自由」、「男女の平等」などの種々の改革がなされたが、当時、学説でも法律婚主義について、その功罪が議論されたものの、届出婚制度を維持すべきであるとする立場が大勢を占めたので、戦前からの内縁問題はそのまま持ち越されることとなった。社会生活の実際でも、いえる意識は容易にはなくならなかったもので、内縁問題は依然として温存された。そこで、「川島武宜」は、内縁原因（家族制度的要因など）とその問題点を指摘したうえで、「婚姻の即日届出」の「啓蒙」の必要性を強調していた⁽⁵⁷⁾。

(2) 裁判例の状況

(ア) 婚姻予約構成の堅持 最高裁も下級審裁判例も、届出婚を前提として、大審院時代の婚姻予約構成を堅持した。たとえば、昭和27年の最高裁判決は、「事実上の婚姻」をした内縁夫婦につき、性病に罹患した夫が

治療に不誠実であったことから関係が破綻したという事案で、婚姻予約不履行責任を認めている⁽⁵⁸⁾。下級審裁判例のなかには、届出義務不履行を予約不履行と解した例もあるが（高松高判昭和30・3・31下民集6巻3号238頁）、一方で、学説と同趣旨を説いて「内縁準婚理論」を説示する裁判例もなくはなかった⁽⁵⁹⁾。

（イ）家族の不法行為責任 この当時で注目しなければならないのは、夫の家族の不法行為責任を追及する裁判例が目につくことである。夫のみならず家族の理不尽な行為態様は、戦前からみられたが⁽⁶⁰⁾、新時代を迎えたこともあってのことと思われるが、こうした裁判例の傾向が顕著となっている。もっとも、内縁婚姻予約法のもとでは、夫は予約不履行責任、家族は不法行為責任となるので、双方の共同不法行為構成は、理論上は困難であった。そこで、裁判例では、単に連帯責任としたり、論拠を示さないうまま請求を認容したりするなど、かなり混乱していた。内縁破棄の不法行為構成が待ち望まれていたように思われる。すでに、大審院時代に不法行為責任の権利侵害要件は生活利益の侵害に置き換えられていたので、時間の問題であったといえよう。

2 最高裁「内縁準婚判決」の登場

（1）「内縁準婚判決」の論理構造

こうした状況の中で、昭和33年最高裁判決（最判昭和33・4・11民集12巻5号789頁慰謝料請求事件）は、「いわゆる内縁は、…男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というに妨げない」としたうえで、不当破棄につき予約不履行構成も不法行為構成も可能であること、および婚姻費用の夫婦分担規定が内縁夫婦にも類推適用されることを認めて、粟粒性肺炎に罹患した内縁の妻との関係を一方的に破棄した内縁の夫の破棄責任を認容するとともに、妻の家側が負担した治療費の返還義務を認めた。

学説は、これを「中川判決」と称するなどして、こぞって本判決を歓迎したことから、ますます準婚理論が勢いを増して、その結果、学説準婚理論はあたかも不動の定理にまで昇華されたかのような観を呈するに至った。しかしながら、本最高裁判決の上告理由では、夫側は、原審が不法行為責任を認めたのは判例違反であり、かりに予約不履行と解しているならば、治療費の負担を認めたのは講学上の準婚理論によるものであって、双方は矛盾する、などと主張して上告した。しかし、最高裁は、これを排斥して、上記のように説示したわけであるが、現にその後も最高裁は予約論を堅持しているのである。実は、この夫側の上告理由は、中川理論と軌を一にするものであり、中川は、かねてから予約論を批判する中で準婚理論と予約論とは相容れないことを繰り返して指摘していたからである。

したがって、昭和33年最高裁「内縁準婚判決」を「中川判決」と称するのは、明らかな謬見というしかなかろう。こうした誤解は、もともとは先述した大審院「婚約・婚姻予約有効判決」を見落としたことにまで遡るように思われてならないわけである。

3 「内縁準婚判決」以降の推移

「内縁準婚判決」後は、下級審裁判例も準婚理論を前提として種々の内縁問題を解決してきたが、昭和期では、準婚学説のつよい影響下で、内縁関係が婚姻を目的ないし前提としているかどうかは、もはや重要な判断指標とはなくなっている。婚姻意思の必要性は前提とされているが、この要件の判断は、学説と同様に客観的な事情から判断されているので、婚姻目的とは無関係になるという状況に立ち至っている。

しかしながら、婚姻を前提としない内縁関係に婚姻規定の類推適用を認めることは、それ自体として論理的には矛盾していることとなろう。これでは、曖昧な男女関係に対して曖昧な規準で対応することにならざるを得なくなるので、内縁の成否の判断は裁判官にいわば白紙委任することに等

しい結果となり、判断をゆだねられた裁判官自身も困惑するのではなからうか。実務上の指針としてはきわめて稚拙にすぎるのである。

ともあれ、男女関係の多様性が本格化する時期になると、ことに平成16年最高裁判決によって改めて内縁準婚理論がいくつかの具体的な視点も含めて再確認されたことによって、今日の下級審裁判例では、内縁の成否の判断において、再び婚姻を目的ないし前提とするという指標を重視する傾向が見られるようになったものと思われる。

4 婚姻を目的・前提とする内縁

中川理論は、婚姻目的の内縁もそうではない内縁も区別することなくして、夫婦然とした共同生活があれば、すべて内縁としたうえで、婚姻予約論を「完膚無きまで」に批判したことから、通説も中川理論に同調した。学説の中には、夫婦共同生活を重視して婚姻意思を軽視・無視する見解すらも出てきた。そうした最高裁「内縁準婚判決」の真の意義を見誤った学説準婚理論が圧倒的な影響力をもって学説を席卷したので、昭和後期の下級審裁判例は、基本的にはこれに従っていたように思われる。しかし、それでも、一部の判決例では、予約論を意識した準婚理論を説示するものも散見された。

一方で、ことに昭和50年代に入ると、別氏制夫婦など種々の目的で意識的に婚姻を避ける男女関係が社会的にも拡がりを見せるようになり、積極的に婚姻を拒否するものの夫婦同然の曖昧な男女関係が登場するに及んで、あらためて内縁とは、いかなる男女関係であるのかという問題が浮上したように思われる。大審院も最高裁も、『いわゆる内縁』と称するだけで、その定義を避けていたように思われるが、学説準婚理論は、婚姻夫婦と同様の夫婦の実体を有するが、ただ婚姻届出がなされていない点においてのみ婚姻と異なるに過ぎないとして、『内縁は婚姻（事実婚）である』ことを旗幟としながら、その保護を拡大してきたが、ここにきて、内縁保護の（龍法 '23）56-3, 74（516）

限界を自問自答せざるを得ない状況に追い込まれることとなったようであり、内縁保護は、これ以上拡大すべきではないとの言説をわざわざ声高に主張する学説もでてきた。

こうした状況の中で、婚姻を積極的に否定する夫婦同然の男女関係の一方的破棄紛争が登場した（〔69〕最判平成16・11・18）。本判決は、内縁の定義はしないものの、内縁夫婦とはならない消極的な諸事情を当該男女関係との関連で、多面的に説示したように思われる。別居・別生計で共通の財産をもたないこと、妻が出産子の養育を拒否していること、婚姻の届出をしない旨の合意をしていることである。

正式の結婚とは法律婚であるとの社会的意識の浸透に加えて、上記のような平成16年判決の登場によって、改めて「婚姻の届出」を前提としたカップルの社会的価値が再確認されたように思われる。現にこの当時から、内縁性につき当該男女が届出を目標としていたかどうかが重要な考慮事情とするかに見える裁判例が目につくようになった。ことに、ごく最近の〔87〕判決（東京地判令和3・3・9）が注目に値し、婚姻目的を前面に押し出している。他方で、重婚的内縁がますます増大する傾向がみられ（ことに社会補償給付の受給資格との関連事例が多いが、この種の事例は割愛している。）、この内縁夫婦では、法律婚の解消後に婚姻するという目的をもつのが普通であるので、この種の夫婦の増大が、奇しくも婚姻届出の重要性の認識に拍車をかけることになったように思われる。要するに「婚姻目的の内縁」というタイプが原則的な内縁であるという当初の判例内縁法に立ち帰ったといえよう。

5 現代の内縁問題

「内縁学説の動向」も単純ではない。準婚学説に対しては、婚姻届出を軸とする現行の婚姻法秩序とは相容れないとして、これを積極的に否定する見解も登場している。さらに、こうした伝統的な内縁論では、多様な男

女関係の現状に対処できないとして、ライフスタイルの自由を旗幟として、継続して安定した男女関係であれば、広くその保護の必要性（要保護性の論理）から、婚姻類似の保護を認めようとする見解も主張されている⁽⁶⁰⁾。

「内縁の実態」については、平成16年判決に見られるように、婚姻を積極的に否定する夫婦類似の男女関係も珍しくはなくなり、男女関係の多様性が一層進展して、内縁論を悩ましている。一方、「内縁夫婦の出会い」も、従来のような飲食店やサロンなどのほか、インターネットのサイトを介して同棲する例もみられるようになった。

「夫婦が婚姻届をしない事情」も、将来の生活に不安があるとか、近いうちに離別の可能性があるとか、単純に再婚だからとか、さまざまでありかつての家的拘束による「やむを得ないような理由」は、今日では、なくなっている。ただし、親との関係を重視する長男長女時代の今日、親の承諾が得られるまでは内縁のまま推移することもあるだろう。なお、婚姻の最終的な決断のまえに、いわゆる「試験的な結婚」を試みるタイプも出ている（[19]東京地判平成6・1・28、[87]東京地判令和3・3・9）。かつてのような「家族制度」下の「試婚」ではなく、互いの価値観などを確かめるための同棲であるが、内縁性の判断は必ずしも容易ではない。

四 当面の今日的課題

（1）非所有配偶者の居住利益

従来から、内縁配偶者の居住権保護は一貫している。最近では、権利濫用論もさることながら、当事者間で無償使用の合意を認める判決も出ている。最高裁判決（[28]平成10・2・26）は、夫婦共有不動産であったが、亡夫との間に無償合意が成立している、とする。また、[143]（名古屋地判平成23・2・25）は、内縁の亡夫所有の建物につき夫婦間に無償使用の合意があるとして、相続人の明渡請求を排斥している。今後は、この方向性を発展させるべきであり、権濫用論による保護は拙劣であろう。

（2）財産分与の可否

内縁配偶者が死亡すれば、生存配偶者が遺産に対して財産分与の申請ができるかどうかについては、意見が分かれていたが、[21]最高裁平成12年判決の消極論によって決着がついた。しかし、これでは、たしかに不公平感が残り、「二宮周平」らの主張にも一理ある⁽⁶¹⁾。反面、これを認めると、相続権のない内縁配偶者に制度上これを認めたことと同じ結果にもなりかねない。それゆえ、悩ましい問題であるとしても、判例の立場にも合理性はなくてはならない。

本稿は、余ほどの不合理な論理であれば格別、基本的には判例の立場を前提としているので、そのうえで、当事者間の公平な取り扱いを具体化する方途としては次のような考え方も可能ではないかと思う。ケアサービスも含めて、夫婦間であればこそ、生活上の様々な局面で相互に協力せざるを得ないわけであるので、離反・離別している夫婦ならば格別、そうした具体的な相互的寄与（家事労働を含む）が相手方配偶者の財産の形成にとって大なり小なり必要となるのが普通である。そうとすれば、物権法の共有関係をできるだけ緩やかに判断して、生存配偶者に幾分かの共有ないし準共有の持分が認められても不合理ではなかろう。ストレートにこれを認めるわけにはいかない面もあるので、夫が死亡した場合には、生前に「黙示の合意」があったと解する方途もありうる。ことに夫婦協働生活が相当の期間にわたって営まれるならば、そうした思いは自然に醸成されることとなろう。いったい誰が自らの死後に内縁の妻を差しおいて自分の財産が処分・処理されるような結果を望むだろうか。多くの裁判例が、夫の財産につき死因贈与ないし遺贈を認めているのは、それが「死者の合理的意思」にそう結果となるからである。内縁の妻が居住する亡夫所有建物に対する相続人の明渡請求につき、夫婦間の無償使用の合意を認めたり、権利濫用としたりするのも、同様の発想による。

個別の処理の仕方には、まだまだ問題が残されるものの、そうした処遇

を法的に統合すれば、上記のような私見の結果となろう。それが法の固有の価値である信義や正義の観念を具現することにつながるわけである。

五 本稿の立場

私は、先達の貴重な業績に依拠しながら、判例内縁法の歴史的推移とともに、その論理構造を探索してきた。本稿の基本的な姿勢は、裁判例自体に語ってもらうという観点から、執拗なほど、裁判例の事実と判旨を引用することに務めた。本稿は、そうした裁判例から得られた判例法理を前提として、個別裁判例を整理・分析してきたわけであり、同時にこれまでの研究の総まとめでもある。結論を先取すれば、下級審裁判所は、昭和後期には、一時期、学説準婚理論の強い影響下で自らが進むべき途を見失いかけたが、平成時代に入ってから、その軌道を大きく修正して、歩むべき方向性を再び見つけ出したといえよう。ここで改めて、戦後の判例の推移を簡略化して、まとめてみよう。

昭和後期では、「婚姻を前提とする内縁」という観念は、一部の裁判例を除いて、基本的には後退した。もともと、そうした観念は、大正4年の民事連合部「婚姻予約有効判決」に始まる。当時の婚姻習俗を前提とした判例婚姻予約論は、婚約から挙式後に同棲して間もなく届出をするという通常の婚姻儀礼を婚姻目的の予約論に収斂したわけであり（『挙式同棲から届出へ』という基本的なシェーマを軸とする）、この基本的立場は、民事連合部判決の翌年に宣告された前掲「婚約・婚姻予約有効判決」で再確認されたうえで、その後も大正・昭和前期を通して敗戦直後まで堅持されていた。この予約論は、その基本的シェーマからも明かなように、当事者双方に婚姻届出に協力すべき義務（届出義務）を課すものであった。むろん、この義務は誠実に履行されるべき旨を示すことにとどまり、強制履行の対象ではないが、この届出義務とは、いわゆる「入籍権」を認めていた「事実婚主義判決」時代からの沿革があり、大審院は、挙式同棲したならば届

（龍法 '23）56-3, 78（520）

け出がなされるべきことを理想としていたわけであり、それをいわば訓導する機能をもたされていたものと思われる。実際、理由もなく遅滞したり、拒否したりすれば、そのことが損害賠償責任の重要な積極的要素となっていた。それゆえに、予約論・届出義務論は、当時の家制度下では、挙式同棲後に家風に合わないなどという理由で家から放逐される当事者（嫁や婚養子）の一定の保護に資する機能を果たしていたといえよう。

さらに、予約論のもとでも、夫婦の共同生活の社会的価値は認められており、婚姻費用は、相互に分担する（資力ある者が負担する）という準則のほか、内縁中に懐胎された子は夫婦の子と事実推認するという準則などが形成されていた。それゆえ、判例婚姻予約論は、学説が非難するような関係の発端のみに依拠する論理では決してなく、夫婦共同生活を予約の「内容」として把握していたわけである。

ところが、中川準婚理論を墨守する通説的内縁学説は、そうした判例の論理構造を客観的に分析する努力を怠り、「届出義務」や「予約の内容」を見落としていたり無視したりするなどして、予約論は「仮託論」であるという批判に終始してきた。なによりも重大なる過誤は、先述の大正5年「婚約・婚姻予約有効判決」を見落としていたという歴史的事実である（「知られざる婚姻予約有効判決」ともいわれる）。加えて、戦時中の家事調停制度下で導入された「婚姻予約履行」の申請事件は、判例「届出義務論」と直結した調停であったが、通説的内縁学説は、これも見落としていたのである。とまれ、「婚約・婚姻予約有効判決」や「婚姻予約履行」調停事件の重要性を認識していたならば、みずからの謬見に気が付いていたはずであるが、学説は、そのチャンスを二度も逸してしまったといえよう。

翻って学説準婚理論の論拠をみれば、内縁も社会的には婚姻であるということのみを根拠とするものであるが、なにゆえに社会的婚姻が法律上の婚姻と同視されうなのか、その内在的論拠を示さないまま、今日まで推移してきた。届出婚制度は社会的婚姻を婚姻とはしないということを立法の

大前提として出発しているので、両者を同視するならば、その積極的な論拠がなければならなかったはずである。ことに、敗戦後では、社会的結婚と正式の結婚とは明確に峻別されるようになっているので、もはや「内縁（事実婚）は婚姻」であるという準婚学説は、社会的にみても、合理性が欠けることとなり、内縁保護の論拠や今日的意義を明確にすべき課題が学説に課されているといえよう。

一方、戦後の最高裁は、内縁の準婚的側面を強調するようになったものの、依然として「民事連合部判決」以来の伝統的な婚姻予約論を堅持して⁽⁶⁴⁾、今日にいたっていると考えて大過なからう。そうした判例婚姻予約論とは届出義務論を軸として展開してきたのである。奇しくも、このような判例の基本的立場は、平成・令和時代を迎えて、下級審裁判例の底流にあることが、本稿の裁判例の分析によって明確になったように思われる。すでに検討したように、近時の裁判例では内縁性の判断において、ことに男女が婚姻を目的ないし前提にしている事情が、きわめて重視されているからである。裁判例は、このことを原則論としたうえで、例外的に保護されるべ婚外関係を探索してきように思われる。

ともあれ、上記のような判例の立場、つまり婚姻予約論をベースとする準婚理論は、わが国独自固有の伝統的な発想に基因し、双方を組み合わせる、いわばハイブリッドの構造をもって、多様な婚外関係に対して、きわめて柔軟な対応を可能とするものであり、判例は、現にそうした法的処理をしながら、正義公平の観念を具現してきたといえるであろう。このことを正確に認識することなくして、謬見を重ねたまま古典的な準婚理論を漫然とオウム返しにするだけでは、新時代の男女関係をただしく分析するための視角を見出すことは著しく困難となろう。実際、誤った判例評価の横行すらを許容する結果となっているのは、精緻な論理を誇ってきたわが民法学においては、稀有な例に属するのではなからうか。

Ⅱ 重婚の内縁の裁判例

1 歴史的推移

重婚の内縁に関する判例法の現状を整序する場合も、まず戦前から戦後にかけての判例の推移を念頭におくことによって、いっそう現状を深く分析することが可能となるが、そうした推移の分析については⁽⁶⁵⁾、別稿で、すでに詳論したうえで、その概要もまとめているので、ここでは歴史的考察は割愛し、昭和後期までの判例の「論理的節目」のみを再確認したうえで、そうした視角に依拠しながら平成時代の裁判例を総括してみよう。

かつて昭和40年代には、あえて法律婚を破綻せしめたときには、たとい内縁夫婦が長期間にわたって家業に協力してきたとしても、そうした内縁成立の発端を重視して、その保護を否定する判決例も登場し、法律婚を破綻させた内縁配偶者の有責性が厳しく問われていた。こうした中で、法律婚が破綻した後に内縁関係に入った場合には、婚姻秩序にも社会倫理にも、必ずしも矛盾するわけではないので、このような事情を内縁保護の重要な判断指標と解する裁判例が登場した（広島高裁松江支判昭和40・11・15高民集18巻7号527頁）。この視角は、戦前の裁判例にも潜在していたものであり、昭和後期を経て、後述するように、基本的には今日まで維持されているといえよう。

しかし、問題となるのは、妻と離婚して結婚するとの言明を信じて同棲を始める場合である。この種のカップルも、法律婚夫婦の共同生活ことに正妻の立場を積極的に侵害しているので、その関係の違法性を払拭するのは容易ではない。ただ、夫婦共同生活が継続し、その反面、法律婚夫婦の関係が形骸化するにつれて、その修復の可能性もなくなると、内縁夫婦の方に夫婦としての世評も加われば、内縁成立の可能性が出てくるであろう。もともと社会的にも許容されざる反倫理的な男女関係（いわゆる不倫関係）であり、それが適法な関係になるための諸条件については、これまでの裁

判例は慎重なうえにも慎重を期してきたように思われる。ことに、重婚的内縁夫婦に内縁としての保護の条件が一応は存在するが、夫が正妻との交流を大なり小なり続けているようなケースもあり、そうした場合には消極的判断をする傾向があるからである。裁判例のなかには、当事者および対第三者との関係では有効であるとした判決例もあるが、こうした対症療法的な弥縫策は個別事案との関連では苦肉の策として許容できなくはないとしても、内縁概念の分裂を招来し、決して一般化しうような賢明なる解釈論ではない。他方で、法律婚の維持とともに、内縁の成立を認める例もあるが、一夫一婦制を理念とする現行婚姻秩序のもとで結婚の併存を論理的に説明することが可能かという難題がある。

2 重婚的内縁の成立・解消事情

重婚的内縁が認められるためには、少なくとも「法律婚が完全に形骸化していること」が、伝統的に基本的な条件と解されている。その際、法律婚がすでに破綻している（ないし破綻に瀕している）段階で内縁関係が形成された場合には、内縁性がきわめて認められやすいが、これは、判例の伝統的な立場でもある⁽⁶⁶⁾。具体的には、法律婚夫婦が別居して離婚の話が進捗中とか、離婚の合意があるものの、子の結婚や就職までは手続きをしないとか、子供の養育費などにつき合意が成立しないとか、あるいは一方が音信不通で話し合いが進まないとか、要するに、夫婦としての相互協力関係が完全に破綻している場合が条件となる。こうした条件は、戦前から戦後の昭和後期までの裁判例の一般的傾向といえるが、今日でも依然としてこれを重視する裁判例がある。

逆に、内縁関係の成立当時にはいまだ法律婚が形骸化していない場合には、婚外関係は、不倫関係のままであり、元来は婚約でも内縁でもない。ところが、そうした関係が長期間継続して、夫婦としての世評も確立すると、内縁と認めている事例も見られなくはない。たとえば、[114]（東京地

判平成4・1・31)では、重婚的關係が法律婚家族に発覚してから、法律婚が破綻しているが、判旨は、内妻の有責性には言及しないで、その後は裁判上の和解による離婚があったこと、内妻が謝罪して和解金を支払ったことなどを指摘している。

また、重婚的内縁の違法性ないし法律婚の形骸化には言及されることなくして、内縁の成立経緯や内縁夫婦の現状を重視して、準婚關係の成立をみとめた判決例もある（[135]東京地判令和3・6・16）。今後の動向に注目する必要がある。

なお、[121]（東京高判平成13・11・28）では、一時同棲して男性經營の料理店や家事の協力をしていたものの、婚姻手続もとらず、相互に親族に紹介していないことなどから、婚約でも内縁でもないが、男性が他女との婚約を秘して關係を続け、女性も結婚の期待をもっていたことなどから、「事実上の配偶者というに近い立場で共同の生活關係を送っていたもの」と判断され、一方的破棄につき人格侵害による慰謝料請求が認められている。

ところで、男女關係によって法律婚に亀裂が生じ、やがて法律婚夫婦が別居したのちに内縁夫婦が同棲するというケースも少なくない。この種のケースでは、純客觀的にみれば法律婚夫婦の別居・破綻後の同棲といえるが、その破綻の原因が同棲前にあり、その連続的な婚外關係によって法律婚が破綻しているので、同棲前に法律婚が完全に破綻している場合とは、一応は区別しなければならないであろう。いわゆる不倫關係が要因となって、結局のところ、法律婚が形骸化したのであれば、なお、破綻の有責性（悪意の遺棄責任）の烙印は残るのではないか。それゆえ、この種の内縁保護の条件は、より厳しくなるように思われる。たとえば、[114]（東京地判平成4・1・31）では、關係が妻子に発覚して以降は、法律婚が形骸化し、同棲開始時には婚姻關係は解消され、その後8年以上にわたって公然と同棲生活を続け、世評もあることから、保護されるべき内縁關係ないし少な

くともそれに「準ずべき関係」と認められる、とする。「準ずべき関係」とわざわざ付言しているのは、そうした関係の発端に留意しているものであろう。もっとも、単純に婚姻破綻前の内縁は保護されないが、破綻後の別の内縁は保護されるとする例もなくはない（[115]大阪高決平成4・2・20）。

Ⅲ 結語—課題と展望

1 通常内縁の未来像

通説的内縁学説は、内縁（事実婚）と婚姻とを同視する中川準婚理論とそれを支持した我妻説によって主導されてきたが、正当な結婚とは婚姻であるとする一般意識が浸透した今日では、もはや、その論理は、そのままでは維持しえない状況にある。他方で、判例婚姻予約法理と判例準婚理論とに関する解釈それ自体の中川らの謬見についても、決して曖昧なままに放任しておくことは許されないであろう。そのうえで、わが民法学としては、婚姻秩序に関する伝統的な習俗を踏まえたうえで、膨大な量に上る裁判例を分析しながら、新たな課題を発見して、その解決に取り組まなければならないわけである。

かつて、大正4年の民事連合部判決が宣言した婚姻予約論とは、西洋法流の予約概念を借用して、わが国の婚姻習俗（結納・婚約・挙式同棲後に届出にいたるまでの通過儀礼）を包摂しようとした「和洋折衷の独自固有の論理」ともいえるものであり、世界に類例のない先駆的な内縁保護論であった。戦後の最高裁は、これを承けて、内縁の実体にも直接に光を当てることによって、夫婦共同生活という「社会的事実」の面では婚姻夫婦とは異ならないとしたが、依然としてそのいわゆる準婚的夫婦関係は予約に媒介されているので、内縁は単なる社会的事実ではなく「婚姻を目的・前提とする規範的な男女関係である」といえよう。今日では、そうした伝統的な手法に何を新しく付け加えることが可能かという視点が重要であり、その

ことによって社会の変化に対応しながら、現実的な要請にも応えうるものとなろう。

なお、本稿は、いわゆる「別姓夫婦の内縁性」については、割愛している。そうした夫婦の実際も単純ではないので、将来、「この種の裁判例」が増大すれば、内縁成否の判断指標も見えてくることを期待したいと思う⁽⁶⁷⁾。

2 重婚的内縁の未来像

本稿は、重婚的内縁の成立事情、ことに内縁の成否の判断指標を重視してきたが、今日でも依然として法律婚が形骸化する前に内縁関係に入って法律婚を破綻させたことの有責性を大なり小なり意識している裁判例が少なくないことが判明したと思う。

平成時代にはいると、「生命保険金の受給資格」をめぐる裁判例が目につくようになったが、今後も、この種の裁判例は跡をたたないであろう。

なお、学説には、有責配偶者の離婚請求の要件を緩和すれば、重婚的内縁問題は基本的には解消するとの立場もあるが、このような見解はわが国の婚姻道德とは整合しないし、近い将来においても、そうした社会状況も法状況も容易には現出しないであろう⁽⁶⁸⁾。

3 おわりに

学説の役割・使命とは、権威的な学説の見解をそのまま承け入れることでもないし、抽象論を旗幟として大胆な新説を声高に叫ぶことでもない。たとい定説と称される見解でもみずからが自覚的に再吟味する必要がある、ことに裁判例の歴史的推移をフォローする手間暇を怠るならば、学説の存在意義が問われることとなろう。むろん本稿が「内縁法の闇」に光りを当てることができたかは諸賢の判断に委ねるしかない。

- (27) この当時の大審院判決例については、沼正也『財産法の原理と家族法の原理（新版）』（三和書房、1980年）215頁、406頁以下は、婚姻の届出に関する自説（「選択的要件説」）を論証するために、明治11年から明治民法典制定直後の裁判例（未公表判決例も含む）を逐一分析して内縁論の展開をフォローしているが、必読の文献である。岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（2）」185頁以下は、これによりながら、初期の段階から明治民法典制定前後の裁判例の状況を明らかにしている。なお、村上一博『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003年）3頁以下も貴重な業績である。
- (28) 引松操『國民必讀法律之友』（榎本書店、明治45年）32頁（婚姻予約）と巻末の各種届出モデル（婚姻届の書式）を参照のこと。
- (29) 持参金返還請求事件については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（3）」77頁を参照のこと。結納の法的構成については、岡本・前掲注（18）『婚約・婚姻予約法の理論と裁判』132頁以下を参照のこと。
- (30) 内縁有効論を説く当時の下級審裁判例については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（3）」86頁以下を参照のこと。
- (31) 穂積重縁『親族法大意』（岩波書店、大正6年）166頁、169頁。
- (32) 戸田貞三『家族と婚姻』（中文館書店、1934年）53-4頁。
- (33) 当時の社会状況や「青鞥」などにおける男女関係については、先行文献も含めて、さし当たり、岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（4・完）」1頁以下を参照のこと。
- (34) 民法施行前における「足入れ婚」の慣習と種々の下級審裁判例については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法序説（4・完）」19頁以下を参照のこと。
- (35) 「民事連合部判決」当時における婚外関係の裁判例については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（1）」龍谷法学50巻4号（2018年）67頁（私通と手切金契約）と68頁（妾関係と生活費支給契約）を参照のこと。
- (36) 大判大正6・2・28民録23輯292頁（結納金返還請求事件）
- (37) 岩田新『判例婚姻豫約法解説』（有斐閣1935年）226、川井健『民法判例と時代思潮』（日本評論社1981年）112頁。
- (38) 二宮・前掲注（9）『事実婚の判例総合解説』8頁。
- (39) その代表的な学説としては、我妻栄『親族法』（有斐閣、1965年8冊）195-200頁。
- (40) 大判大正7・3・23大正(オ)87号不当利得金返還請求事件。本件（その典拠）については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（1）」77頁以下を参照のこと。
- (41) 大判大正10・5・17民録27輯934頁。本判決については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（2）」185頁を参照のこと。
- (42) 婚費分担義務を認めた下級審裁判例については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（3）」269頁以下を参照のこと。
- (43) そこで、「男性貞操義務違反事件」（刑事事件）が登場し、大審院は、わざ

- わが男性にも貞操義務がある旨を明言しているわけである（大判昭和2・5・17新聞2692号6頁）。
- (44) 初期の「届出義務」関連裁判例は、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（1）」82頁。
 - (45) 届出義務を認めた一連の判例については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（2）」龍谷法学51巻1号（2018年）194頁以下。
 - (46) 大判大正13・4・14新聞2254号21頁。本判決については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（2）」199頁以下を参照のこと。
 - (47) 唄孝一・佐藤良雄『判例における婚姻予約（5）』都法3巻1・2号（1963年）320頁。
 - (48) 大判大正9・10・13大正9年（オ）642号損害賠償請求事件は、挙式後は遅滞なく届出をなすべきことを説示している。本件については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（2）」198頁を参照のこと。
 - (49) そうした敗戦直後における中川の見解については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の新展開（2）」180頁、我妻の見解については、同182頁を参照のこと。
 - (50) この先取特権判決については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（2）」187頁以下を参照のこと。ことに内縁論に詳しい裁判官の「小石壽夫」も、中川準婚学説を支持するものの、本判決については、そうした通説的評価には従わずに、本稿と同様に正しく評価している。小石壽夫「判例を中心として観たる『内縁』の諸問題（2）」法曹会雑誌11号（1932年）38頁。岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」247頁（注）358を参照のこと。
 - (51) 大判昭和7・10・6民集11巻2026頁。本判決については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（3）」277頁以下を参照のこと。
 - (52) 岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（3）」279頁以下。
 - (53) 人事調停法の「婚姻予約履行事件」については、岡本・前掲注（1）「判例内縁法の展開（4・完）」231頁を参照のこと。
 - (54) 岡崎文則『結婚と人口』（千倉書房、昭和16年）57頁を参照のこと。湯沢雍彦『昭和前期の家族問題』（ミネルバ書房、2011年）336頁は、「駆け込み結婚」とも称する。
 - (55) 太田武男『内縁の研究』（有斐閣、1965年）75頁以下。
 - (56) 太田・前掲注（55）『内縁の研究』313頁以下「後編内縁判例集成」には明治時代からの判決例が収録されているところ、昭和10年代以降の大審院・控訴院のほか地・区裁の判決例も、戦時中とかさなるので、減少傾向もなくはないが、とにかく内縁裁判例は絶えることはない。
 - (57) 川島武宜「事実婚主義か法律婚主義か」『日本社会の家族的構成』（日本評論社、1950年）187頁以下所収。
 - (58) 最判昭和27・10・21民集6巻9号850頁（慰謝料請求事件）。敗戦直後の下

- 級審裁判例については、岡本・前掲注（１）「判例内縁法の新展開（１）—昭和後期の裁判例を中心として」龍谷法学52巻4号（2020年）10頁以下。
- (59) 岡本・前掲注（１）「判例内縁法の新展開（１）—昭和後期の裁判例を中心として」17頁および同18頁を参照のこと。
- (60) 家族の不法行為責任を認めた戦前の裁判例については、岡本・前掲注（18）『婚約・婚姻予約法の理論と裁判』497-501頁を参照のこと。
- (61) 内縁準婚判決後の内縁学説の多様性については、岡本・前掲注（１）「判例内縁法の新展開（３）」100頁以下で詳論している。
- (62) 二宮周平編『新注親民法』（有斐閣、2017年）97頁（二宮執筆）、同『家族法5版』（新世社、2022年）157頁以下など参照。
- (63) 敗戦後の昭和期における内縁裁判例の展開については、岡本・前掲注（１）「判例内縁法の新展開（１）～（９・完）」を適宜参照のこと。
- (64) 戦前からの裁判例の紹介・分析については、二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）49頁以下が詳細にわたり、必読の文献である。ただし、私見からみれば、重要な判決例が欠落していることなど、問題が少なくはないので、かなり詳細に歴史的推移を分析することとした。その概要については、岡本・前掲注（１）「判例内縁法の新展開（９・完）」37頁以下（重婚の内縁の歴史的推移）、45頁以下（事実類型）を参照のこと。
- (65) 昭和後期における重婚の内縁の裁判例については、岡本・前掲注（１）「判例内縁法の新展開（６）」28頁以下、同「判例内縁法の新展開（８）」32頁以下を参照のこと。
- (66) なお、夫婦同氏制度の憲法上の問題については、最高裁判決「（最大判平成27・12・16民集69巻8号2586）もあり、かつて私は、この判例を前提としたうえで、現行法上、別姓問題を解決する一つの方途として、夫婦同氏の原則の主意は、夫婦共同体（将来の子も含めて）の名称を夫婦合意によって新たに統一することにより、一方の生来の氏を他方の氏に改変するものと解すべきではない、と述べたことがある。新たな統一的な家庭の氏は、夫婦のいずれかの氏に限定されるものの、各自の生来の氏は婚姻によっても変わることはなく、それゆえ生来の氏と統一的な共通氏は二重に重畳することとなる。法の連続性を重視する立場であり、現行法を前提として若干の法改正をすれば足りるという、利点がある。また、そうした論理構造は、現行法の解釈論としては、いわゆる「通称使用」の法的論拠ともなるのではなかろうか。
- (67) ちなみに、東京高判平成7・10・26（平成7年（ネ）274号離婚請求控訴事件D1-Law.com判例体系）は、法律婚が完全に破綻していることを認めただけで、それでもなお妻が夫の帰還を願っている事情なども考慮して、離婚請求を排斥している。参考とされるべきであろう。

（完）

「法社会学論争」の教訓（二十五・完）
——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（その二）——

川 角 由 和

〈目 次〉

- 一 はじめに——本稿の目的とその限界
- 二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）
 - 1. 明治期自由民権運動
 - (1) 自由民権運動前史
 - (2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉
 - 2. 明治期日本民法典の成立
 - (1) その時期の一般的動向
 - (2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期
 - (3) いわゆる「民法典論争」
 - (4) 明治日本民法典の成立
- (以上、龍谷法学49巻4号)
- 3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期
 - (1) 大正デモクラシーの時期
 - ① その時期の一般的動向
 - 〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向
 - ② その時期の民法学の状況
 - 〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学
 - 〔イ〕 岡松参太郎
 - 〔ロ〕 鳩山秀夫

[ハ] 牧野英一

(以上、龍谷法学50巻1号)

[ニ] 末川博

[ホ] 我妻栄

(以上、龍谷法学50巻2号)

[ヘ] 穂積重遠

(以上、龍谷法学50巻3号)

[ト] 中島玉吉

(以上、龍谷法学50巻4号)

③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)

[イ] 岡村司

(以上、龍谷法学51巻1号)

[ロ] 末弘厳太郎

(a) 末弘厳太郎の略譜と末弘民法学の特徴

(b) 若き末弘厳太郎の民法学

(以上、龍谷法学51巻2号)

(c) 末弘民法学の＜転換＞と「法社会学」そして「市民法学」

(以上、龍谷法学51巻3号)

〔補論〕末弘厳太郎の「入會權」論に関する一つの考察

(以上、龍谷法学51巻4号)

<iv>『農村法律問題』の意義

(以上、龍谷法学52巻2号)

<v>『勞働法研究』の内容と影響

<vi> 末弘法学に関する中間的な整理

(以上、龍谷法学52巻3号)

〔補論〕末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係

(以上、龍谷法学53巻1号、2号)

[ハ] 〔大正デモクラシー期民法学の補論〕平野義太郎

(以上、龍谷法学53巻3号、4号)

(2) 昭和初期

① その当時の一般的動向

② その当時の民法学の状況

[イ] 我妻栄

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

(以上、龍谷法学54巻1号)

- (b) 「近代法における債権の優越的地位」
- (c) 若干の覚書

(以上、龍谷法学54巻2号)

[ロ] 牧野英一

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

(以上、龍谷法学54巻3号)

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

(以上、龍谷法学54巻4号)

③ 「市民法学」の継続とその変容

[イ] 末川博

- (1) 序論
- (2) 権利侵害論の概要
- (3) 若干の考察——我妻「相関関係的違法論」との関係を中心に（「まとめ」に代えて）

(以上、龍谷法学55巻1号)

[ロ] 橋本文雄

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

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

[イ] 平野義太郎

- (1) 序論
- (2) 「法律における階級闘争」
- (3) 「史観と法律史の方法」

(以上、龍谷法学55巻2号)

[ロ] 加古祐二郎

- (1) 序論
- (2) 恒藤恭の弟子としての加古祐二郎
- (3) 加古法学におけるカントからヘーゲルへ、そしてマルクスへの発展
- (4) 加古法学の意義——加古法学における「マルクス主義」的要素と「市民法学」的要素との関係

(以上、龍谷法学55巻3号)

4. 昭和の天皇制ファシズム期

- (1) その時期の一般的動向
- (2) 「日本法理研究会」の発足
- (3) 「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

1. 歴史的背景

2. 論争の端緒の展開——法社会学の基礎理論をめぐる

- 〔a〕川島武宜「労働法の特異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. 論争の特殊の展開——マルクス主義法学との関係をめぐる

- 〔a〕山中康雄「民主主義と法認識——法と正義の矛盾にみる一考察」
- 〔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、龍谷法学56巻2号)

4. 論争の「教訓」

(a) 「市民社会」論の位置づけをめぐる幾つかの問題

- 〔i〕「法社会学論争」と「市民社会」論
- 〔ii〕藤田勇によるマルクス「市民社会」論
- 〔iii〕ジョン・ロック「市民社会」論と山中説との連結
- 〔iv〕「市民社会」と「社会契約」——戒能通孝の所説によせて
- 〔v〕「市民社会」と「市民法」

(b) 「法の上部構造」に関する問題提起とその意義

- 〔i〕山中康雄と戒能通孝の問題提起
- 〔ii〕山中の「客観的法秩序」と「法の上部構造」
- 〔iii〕藤田勇の「法の上部構造」論との関係

（c）末弘巖太郎による「法社会学論争」の「教訓」

〔i〕「傍観者の言葉」

- ① 五つの論点
- ② 論点へのコメント

〔ii〕「末弘・講義「法律社会学」」

- ① 「法学の科学化」
- ② 「学説史の研究」

（d）若干の検討

四 結語——重要論点の再確認と残された課題等の提示

（以上、本号）

三 「法社会学論争」について（その二）

4. 論争の教訓

ここでは、前号で確認し得た「法社会学論争」をめぐる議論に即して幾つかの「教訓」を抽出し、それに関する若干の考察を施すことにより、本稿考察の「全体」を締めくくる。要するに、＜戦後＞の市民法論に関する考察を一気に圧縮し、「法社会学論争」の「教訓」を筆者なりに提示することで本稿全体を終えることにする。当初の予定から変更を行うところ小さくないが、寛容を乞いたい。

（a）「市民社会」論の位置づけをめぐる幾つかの問題

〔i〕「法社会学論争」と「市民社会」論

「法社会学論争」で戒能通孝、山中康雄、川島武宜らによって「市民社会」がキーワードの一つとして提起された¹。この「市民社会」という思考枠組みは、近代及び現代の「デモクラシー」と「自由」、ならびに「人

1 戒能につき、拙稿・川角・龍谷法学56巻2号（2023年）2〔e〕、3〔g〕、山中につき龍谷法学同巻同号3〔a〕〔c〕、川島につき龍谷法学同巻同号2〔c〕などを参照。

権」の成立・展開のプロセスと密接に関連する。しかも「論争」当時は日本国憲法が制定・公布されたばかりの時期であったから、「市民社会」論は「日本国憲法」論としての側面も持ち得たはずである。

ところが、この「市民社会」に関する問題提起について、「論争」の過程においては十分な考慮が払われなかったように思われる。筆者は、まずこの事実そのものを「法社会学論争」の「教訓」の第一に位置づけたい。たとえば、藤田勇が「日本では…「絶対主義的天皇制」崩壊の1945年以降に「市民社会」論が「新しい」トピックとして華々しく登場するという特殊性がある。」と指摘する場合、「市民社会」論登場の舞台として「法社会学論争」がその念頭に置かれていたことは明らかであるように思われる²。また、論争の当事者の一人であった長谷川正安は、戒能の市民社会論を踏まえつつ「漠然とですが、戒能さんが仰しかったように、市民社会の法を探究するという目的意識で皆は法社会学を称えていたのです。そして日本の法体系を市民社会の法体系にまで近付けたい。その点では一致し得たでしょう。」と述べる³。

しかしながら、そこで捉えられようとした「市民社会の法」ないし「市民社会の法体系」とはいかなるものであったのか。むしろ、当時のマルクス主義法学は、概して「法社会学」否定・「市民社会」否定の論調に傾い

2 藤田勇「『社会構成体と法の上部構造』論 追考」同『マルクス主義法理論の方法的基礎』（日本評論社、2010年）101頁。なお、藤田が示唆するように「法社会学論争」での「市民社会」論が戦後の第一次的な「市民社会」のルネサンスと言いつつするならば、広渡清吾が注目する1980年代以降の世界的な「市民社会」のルネサンスは、より規模の大きい、より奥行き深い第二次のルネサンスと言えよう。広渡「市民社会論のルネサンスと法社会学」（2019年）同『社会投企と知的観察——日本学術会議・市民社会・日本国憲法』（日本評論社、2022年）155頁以下、特に199頁、239頁以下。

3 座談会「法社会学前進のために」（1949年5月）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）196頁以下、特に203頁（長谷川発言）。

ていたのではなかっただろうか⁴。先に紹介した長谷川も、「いわゆる法社会学者の、日本を「近代化」しよう、「市民社会化」しようとする発想は、なんだか、なまぬるくてしかたがなかった」と回顧している⁵。仮に「市民社会」イコール「ブルジョア社会」であるとすれば、すでに語感の上で「市民社会」は利己的な私益追求社会として、全面的に否定の対象でしかないかのようなのである⁶。このことについては、さしあたりマルクス「市民社会」論の理解が一つの鍵を握るように思われる。ここでは藤田勇の研究を素材にしよう。

〔ii〕藤田勇によるマルクス「市民社会」論

藤田によれば、マルクスは「市民社会」（die bürgerliche Gesellschaft）の語を「つねにいえば「経済学的抽象」のレベルでのみ用いているわけではない」⁷。すなわち、「土台」としての経済的諸モメント（生産、交易、

4 当時のマルクス主義法学が、「人民民主革命」の成功を目標にしていた限りで「市民社会」否定は論理必然的な帰結であったかも知れない。「人民民主革命」につき、たとえば杉之原舜一「科学としての法学——山中教授の教えをこう」（1949年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注3）67頁。しかしながら、アメリカ占領下の日本でマルクス主義法学が目指したような「人民民主革命」がどれほどの現実性をもっていたのか。なぜ、それが「市民革命」であってはならなかったのか。当時の情勢判断及び政治目標を含めて再検討を要すると思われる。

5 潮見俊隆（編）『戦後の法学』（日本評論社、1968年）37-38頁（長谷川発言）。

6 「市民」ないし「市民社会」の欧米語圏での用語上の問題につき、藤田「「社会構成体と法の上部構造」論 追考」（前注2）101-102頁、「ブルジョア」・「ブルジョアジー」の語感上の特殊的意義につき藤田・前掲論文122-123頁。さらに、「ブルジョア」に代えて「ツィヴィル」ないし「シトワヤン」を「市民」にあてる試みとして、広渡「変革の戦略としての市民社会論」同・前掲書（前注2）156頁以下、特に158頁、180頁、同「現代ドイツの市民社会論と市民法について」同・前掲書191頁以下、特に201頁以下、232-233頁。

7 藤田「「社会構成体と法の上部構造」論 追考」（前注2）107頁。なお、「経済学的抽象」の一例として「歴史のほんとうの竜（かまど）」としての「市民社会」、という著名な定式が出てくるであろう。マルクス＝エンゲルス「ドイツ・イデオロギー」（1845-1846年）マルクス＝エンゲルス全集3巻（大月書店、1963年）7頁以下、特に32頁。

消費など)の上に、「それに応じた社会構成 (constitution sociale)」が、また「それに応じた家族、身分、階級の組織」が、「一言でいえばそれに応じた市民社会 (société civile)」が得られる、とする⁸。そして、そのような「市民社会」(société civile)が「前提」とされる場合、その「公的表現にすぎない」ものとして「政治的国家」(état politique)が登場する⁹。その上で藤田は、次のように述べる。——「「市民社会」イコール「ブルジョア社会」は、それに固有の「物質的社会関係」に根ざす階級的＝階級意識的諸関係を含み、その生み出す国家およびその他の観念的上部構造の反作用を受けた諸関係、中でも法的諸形態によって媒介された諸関係を含んでいる。」¹⁰。——すなわち、マルクスの見解を肯定的に受けとめる藤田は、「市民社会」イコール「ブルジョア社会」という枠組みを維持しつつも、「国家」と「法的上部構造」の相対的独自性及びその反作用過程の承認に相当程度傾いている。言い換えれば、藤田のマルクス理解によれば、「経済的土台」そのものを体現するものとしての「市民社会」と、国家とともに法的上部構造を「その他の観念的上部構造」と併せて自己のうちに媒介的に内在せしめつつ、それらを社会的レベルで継続的に産出する「母胎」としての「市民社会」との、「市民社会」の二重構造論が想定されているといってよいであろう¹¹。

8 藤田「「社会構成体と法的上部構造」論 追考」(前注2)107頁。この文章は、マルクスからアンネンコフへ宛てられた手紙(1846年12月28日付)からの引用である。マルクス＝エンゲルス全集(大月書店、1971年)27巻388頁以下、特に389-390頁。

9 藤田「「社会構成体と法的上部構造」論 追考」(前注2)107頁。「政治的国家」が「市民社会」の「公的表現にすぎない」とは、「政治的国家」が「市民社会」によってすでに質的に規定された存在であることを含意している。つまり、その場合「市民社会」と「政治的国家」は内容的に同一物であるが、「市民社会」がすぐれて公権力の担い手として現れ出るときには、「市民社会」のその一面が「政治的国家」という特殊性を帯びて登場するのである。

10 藤田「「社会構成体と法的上部構造」論 追考」(前注2)107-108頁。

11 たとえばアントニオ・グラムシが、「上部構造としての市民社会」を「下部」

〔Ⅲ〕ジョン・ロック「市民社会」論と山中説との連結

たとえば、「政治的国家」が「市民社会」の「公的表現」にすぎないというマルクスの見解のうち、「公的表現」を「社会契約」に置き換えることが許される限りで、われわれはジョン・ロックの「市民社会」論と彼の「市民政府」＝「市民国家」論¹²との論理的・規範的結合をみることができるであろう¹³。なぜなら、「市民社会」は「社会契約」を媒介にして初めて「政治社会」、すなわちロック的な「市民政府」＝「市民国家」をその内に含み持つところの「市民社会」へと高まるからである¹⁴。同時に、「市民社会による、市民社会のための、市民社会の国家」という山中康雄の見解をここで想起することも有益であろう¹⁵。ここでいわゆる近代国家

ゝ構造としての市民社会」（加えて「将来社会の基盤としての市民社会」）とともに多面的に構想していたことにつき、広渡・前掲書（前注2）204頁。なお、グラムシの重層的市民社会論につき、吉田傑俊『市民社会論——その理論と歴史』（大月書店、2005年）230頁以下。そこではグラムシに依りつつ「上部構造としての市民社会」における「[知的道徳的指導]すなわち「同意形成」的ヘゲモニーの形成」が重視される。吉田・前掲書231頁。

12 ジョン・ロック「市民社会」論と「市民政府」論・「市民国家」論との関係については、筆者も若干立ち入ったことがある。拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論——形成・展開・展望』（日本評論社、2022年）562-563頁及び注224。なおイギリス革命を論ずる場合に、産業革命と関連づけることも可能であるが、ここではイギリス市民革命（1688年名誉革命）の思想的リーダーであったジョン・ロックに注目する。フランス革命とルソーについても言及すべきであるが、割愛する。ルソーについて、川角・前掲書557-558頁。

13 ちなみに、若きヘーゲルも「社会契約説の立場から、国家を市民社会と同一視していた」。澤田章『ヘーゲル』（清水書院、2015年）160頁。この点、晩年のヘーゲルは『法の哲学』で国家を「普遍」・市民社会を「特殊」として対立せしめるが、そこにヘーゲル特有の弁証法的モメントが貫徹することを忘れてはなるまい。

14 ジョン・ロック（鶴飼信成・訳）『市民政府論』（岩波書店、1968年）81頁・第7章の表題は「政治社会、すなわち市民社会について」となっている。そして同訳書90頁では、市民が「自然法執行権」を放棄してこれを「公共」に委ねるような仕方では社会を結成する場合には、「政治的または市民的社會が存する」と規定する。

15 山中康雄「民主主義と法認識」（1946年）藤田＝江守（編）『文献研究 日本ノ

は、「市民社会」の存在を前提に、「市民社会」(＝市民)によって、「市民社会」(＝市民)のために機能する公的存在とされる。これが、いわゆる「市民国家」である。そして、その意味での「市民国家」は——自由平等独立の主体、男女平等、所有権の自由、契約の自由、罪刑法定主義、国民主権、基本的人権の保障、反戦と平和主義などの——「市民社会」の法的価値基準を自己に投射し、かつまたその基準に全面的に服属すべき存在となる。ここにジョン・ロックの思想と山中説を連結せしめることは、それほど困難なことであるとは思われない¹⁶。

ちなみに——のちほど改めて言及されることであるが((b)〔i〕〔ii〕)——山中は土台－上部構造の関係を踏まえつつ、山中なりの「法の上部構造」論を展開しようとしていたことも見逃すことができない¹⁷。その際、山中は、公式的ではなく、自分の頭で「法の上部構造」論を法的に、トータルに捉えようとした。そのような観点から、「客観的法秩序」論や、民法のうちに弁証法的相互移行を遂げ行く法的範疇論の解析は、もっと積極的に受けとめられるべき要素をもつと言えよう¹⁸。なお山中は、別の論文で、「市民社会法秩序の研究」は「市民社会の構造と内部法則が科学的につかまえられることからはじまらねばならぬ」として、「資本論の法学的研究こそ社会科学としての法学にとって、あらたにすすむべきみちでは

ゝの法社会学・法社会学論争』(前注3)172頁。その箇所では、「もれなく市民社会人であるところの、人民による、人民のための、人民の国家」とも規定される。もとより山中は、「市民社会」の本質が資本制社会擁護にあることを指摘することを忘れない。それは「市民社会」の限界である。にもかかわらず山中は、同時に「法形式」としての側面にも留意するから、「自由平等独立の市民」の存立という思考様式を決定的に重視するのである。

16 山中によるロックへの傾倒を回顧形式で示すものとして、山中「科学としての市民法学」早稲田法学60巻1号(1984年)47頁以下、特に72-73頁。

17 山中「民主主義と法認識」(前注15)170頁。なお「法の上部構造」については、のちほど改めて立ち入るところを参照。

18 この点、原島重義「私の見た九大教授山中康雄の法律学」(1996年)同『民法学における思想の問題』(創文社、2011年)247頁以下を参照。

なかろうか。」と述べている¹⁹。——こうして、ジョン・ロックの思想とマルクス『資本論』とを整合的・統一的に捉えようとしたことも山中法学の特徴の一つと言えよう。

〔iv〕「市民社会」と「社会契約」——戒能通孝の所説によせて

先ほど述べたことであるが、「市民社会」は「社会契約」と密接な関係をもつ。たとえば、戒能通孝は以下のように述べていた。——「市民社会の法体系はいかにして生まれたか、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、社会契約説に基礎を置かねばならない。社会契約、すなわち社会生活の中に法規範として成立するものは、人民を支配する或る神秘的な、もしくは現実的な力によって与えられるものでなく、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。」²⁰。——たとえば、政党が選挙で公約（「社会契約＝国家設立契約の草案」）を市民に示し、国会で多数を得て内閣を組織する場合、当該政党は政治権力とともに国家権力をも掌握する。もとより複数の政党が「市民」とともに政党間の選挙協力にか

19 山中「法社会学についての一考察」（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3）36頁以下、特に49頁。なお、山中は次のように述べている。——「資本論から始まって法律学的に研究したら相当なものが得られるのではないかと思います。加古祐二郎氏が最近の法社会学の論文の中に、資本論の法律的研究論をちょっとやっている。日本で最初といえると思う。ああいうものをこれからずっとやって行きたいと思います。」。座談会「法社会学前進のために」（前注3）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』（前注3）235頁（山中発言）。もっとも山中は、後述するように「資本論」の仕組みに関する経済学的理論を法律学的ワードで置き換えるような姿勢には反対していた。

20 戒能「法律社会学における合法性と正当性」（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3）130頁以下、特に137-138頁。なお、山中は「社会契約説」の「革命的意義」・「革命性」に触れている。山中「科学としての市民法学」（前注16）71頁、76頁。

かる合意のもとで政権構想を提示しつつ多数を握る場合もそうである²¹。そのとき、われわれは、選挙公約が「市民社会」の内部法則に合致しているか、なかでも日本国憲法の諸規定、ならびに日本国憲法「前文」の精神に適合しているかを審査し、その上で「同意もしくは承認」を与える。だからこそ、「市民社会の基礎理論」と「日本国憲法」との普及及び学習活動が重要な課題となる。なぜなら、「同意もしくは承認」という規範的行為においてこそ「社会契約」の契約としての実体が如実に表現されているからである。上記戒能の提言は、「市民社会」及び「市民国家」の存立基盤としての「社会契約」の不可欠な意義を説いたものである。なおこの場合、「社会契約」の基本的な存立のために、「市民社会の基礎理論」と「日本国憲法」の理解とそのための学習が、政党と市民との双方に要求される。「市民」が学ぶだけでなく、「政党」も学ばなければならない。学ぶべき課題は数多いが、戒能によれば、「精神的な面からいえば、ブルジョア・デモクラシーのなかに表れている思想、学問、政治的自由」、さらに「暴力を排除する思想の自由」が徹底して学ばなければならない²²。この戒能流の「ブルジョア・デモクラシー」、つまりは近代的デモクラシーの保障こそは、「社会契約」の存立根拠を実体的に確保せしめるものであり、ひいては「市民社会」と「市民政府」・「市民国家」とをより実効的に繋留せしめるものである²³。

21 これは、「市民が政党連合を求める必要性」という問題に関連する。たとえば、衆議院選挙における小選挙区制の比重が高い日本ではその「必要性」は大きく、比例代表制の比重が高いドイツではそれほどでもない。広渡「市民社会論のルネサンスと法社会学」同・前掲書（前注2）261頁。

22 座談会「法社会学前進のために」（前注3）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』（前注3）208頁（戒能発言）。ちなみに戒能が、特に「学問の自由」に言及していることは、今日、日本学術会議が直面している問題（推薦候補6名の任命拒否など）に照らして教訓的である。なお広渡「『日本学術会議問題』と学問の自由」・同前掲書（前注2）38頁以下。

23 「市民社会」を作り上げた市民は、次に、あるいは同時に「市民政府」・「市民国家」を創設し、その政府ないし国家に公共的な事項（学校教育、医療、

〔v〕「市民社会」と「市民法」

さらに「市民社会」を、「市民法」を通じて展開し、より豊かなものにするという課題も重要である。なぜなら「市民法」は、「市民社会」を基盤として生成・発展し、「市民社会」の理念を具体化するため「法社会学」のみならず、同時に「法解釈学」としての役割をも担うからである。ここでは例示的に、契約と所有権を取り上げよう。たとえば戒能通孝は、契約の意思的要素を剥ぎ取ることにつながる「約款」に対して根底的な批判を展開した²⁴。なぜなら「約款」は、大企業が一方的に作成した契約草稿の「丸ごと承認」へと導くものであり、そこには市民の自己決定の要素が根本的に欠落しているからである²⁵。かくて契約の、契約としての本質的契機たる「意思」ないし「意思合致」モメントを社会全体で尊重し、擁護するということも「市民社会」の基本的要請である。

他方それは、所有権に関して、たとえば農民や市民の所有権も、大企業の所有権も法的レベルでは「等価値」であると考えることとパラレルである。少なくとも大企業が農民や市民の所有権を無断で侵害した場合に、大企業の侵害行為はその「社会性」・「公共性」のゆえに許されるなどという主張が一方的にまかり通るなら、それは、上記の「等価値性」を正面から否定するものとなる。そのように「等価値性」が否定されてしまえば、裁判上、いわゆる「裸の利益衡量」、あるいは「所有の階層化＝独占化」が

ゝ福祉、租税、道路・港湾、外交など）を委託する。なお山中は、「市民政府」・「市民国家」の根拠を「国家設立契約」として定式化する。山中「市民革命と市民社会」戸澤鐵彦教授還暦記念論文集『ブルジョア革命の研究』（日本評論新社、1954年）37頁。

24 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）『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）165頁以下。ちなみに2016年民法改正により、同法548条の2以下に「定型約款」規定が新設された。それに対する批判として、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注12）462頁以下。

25 原島重義「約款と「市民法」」（1984年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）678頁以下、特に687頁。

招来されてしまうであろう²⁶。要するに、そのようなことを「市民法」の名で肯定してしまえば、それは「市民法」の「法」としての自己否定を意味するであろう。そのような無法状態を回復して市民法秩序としての権利保護の法的価値を取り戻すためには、農民や市民の土地所有権への侵害を大企業の「社会性」・「公共性」主張によって許容する態度を改め、逆に原告農民や市民の「妨害排除請求権」²⁷ ないし「差止請求権」が第一次的に承認される法的判断をこそ是認すべきである。

こうして、「市民法」の原則を再確認することを通じ、「市民社会」そのものが実質的規範性＝普遍性を持つに至る。すなわち、「市民社会」が私たちの身体を指すとすれば、「市民法」はそこに流れる血液を意味するのではないか。栄養豊かなバランスの取れた血液なしに健康な身体はありえないだろう。筆者によればこのような比喻は、「市民社会」を、「経済的土台」＝「下部構造」の究極の規定性を受けつつ、相対的独自に一種の自己運動をなす自律的組織体として捉えることを可能にするであろう。それは、いわゆる「法の上部構造」とその相対的独自性の問題につながる。以下では、この点に言及しよう。

(b) 「法の上部構造」に関する問題提起とその意義

「市民社会」をいわゆる「上部構造」の基本的構成要素ないしその「母胎」として捉える場合²⁸、「市民法」は、それ自体「法の上部構造」の重

26 原島「民法における「公共の福祉」概念」（1968年）同『市民法の理論』（前注25）233頁以下、特に257頁以下（併せて253頁）。たとえば、電力会社や鉄道会社による農民の田畑等の所有権侵害につき、農民の「妨害排除請求」を「社会経済」的な利益衡量によって棄却した熊本電気発電用水路事件（大判昭和11年7月17日民集15巻1481頁）、及び高知鉄道線路敷設工事事件（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）が参照されるべきである。この点、原島「所有権の濫用——最高裁板付基地事件判決再論」同・前掲書339頁以下、特に350-351頁。

27 「妨害排除請求権」については、さしあたり拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ法へ』（日本評論社、2019年）を参照されたい。

28 「市民社会」を「上部構造」として捉えるグラムシの見解については、前注ノ

要な「骨格」をなすに至る。この点、「法社会学論争」で、山中康雄・戒能通孝によって一定の問題提起が行われたが、これについても「論争」の過程において十分な対応がなされないままであった。筆者は、この事実を「教訓」の第二として捉えたい。

〔i〕山中康雄と戒能通孝の問題提起

いわゆる「法の上部構造」につき、山中は次のように述べた。——「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のであって、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。」²⁹。ここで山中がいう「経済的な社会」が「市民社会」を包括すること、明らかである。また山中が、「経済的土台」＝「下部構造」による「法の上部構造」に対する究極の規定性を肯定することも明らかである。

他方、戒能は次のようにいう。「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的過程を明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の科学であり、又解釈、理解の学である。」³⁰。この戒能の文章では、明らかに法の上部構造の下部構造に対する「相対的独自性」ないし「反作用的過程」が説かれている。

↘ 11及び後注117を参照。

29 山中「民主主義と法認識」（前注15）170頁。

30 戒能「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3）25頁以下、特に27頁。

しかしながら、当時のマルクス主義法学からは然るべき議論がされないままであった。

この点、藤田勇＝江守五夫は、法社会学論争を回顧しつつ、批判者たる当時のマルクス主義法学が「問題点の指摘にとどまり」、「法制的上部構造の論理的・歴史的分析を提示しうるまでにいたらなかった。」とする³¹。その後、藤田勇は、「『法社会学論争』がのこした方法上の問題」として、「内容と形態との、歴史的なものと論理的なものとの統一の方法をどのようにしてわがものとするかという問題意識」のもと、『法と経済の一般理論』、要するに「法制的上部構造」にかかる基礎理論を析出していった³²。しかしながら、結局のところ、藤田にとっても山中の見解はもっぱら批判の対象でしかなかったようである³³。

〔ii〕山中の「客観的法秩序」と「法制的上部構造」

私見によれば、山中の「客観的法秩序」を「法制的上部構造」に組み入れる理論的可能性を探る試みが重要な鍵を握る。ところが藤田によれば、一般に「客観的法秩序」は、「『弁証法的な相互移行の関連』にたつもろもろの法範疇・法概念の一大体系を構成している」ところ、その内部で山中が「法範疇・法概念」の「自己運動」を承認するがゆえに不当と批判される³⁴。この、藤田の批判をどのように受けとめるべきか。ここでは、今少し立ち入って山中の見解をみることが要求されてこよう。以下では彼の『市民社会と民法』に即し、五点にわたって整理しておく。

- ①「市民社会」を構成する「市民社会人」は——資本家と労働者であるが——「法形式的」にはすべて「自由平等独立の主体」と解すべ

31 藤田＝江守「(解説) 法社会学論争について」同・前掲書（前注3）293頁以下、特に316頁。

32 藤田『法と経済の一般理論』（日本評論社、1974年）「はしがき」3頁

33 藤田・前掲書（前注32）220頁以下。

34 藤田・前掲書（前注32）221-222頁。

きである³⁵。

- ②「社会発展の起動力が経済現象に所在するといふ…所論」は「けつして、法秩序なり政治が逆に経済現象に重大な影響力をおよぼしてゐる事実を否定するものではない。…法と政治と経済が相互に重要な影響をおよぼしあつてゐる事實は、すでにあきらかである…。」³⁶。
- ③「社会の歴史的一步前進は、つねに、経済において先鞭をつけられねばならぬものでもある。この意味で経済学的な社会の運動法則が、また法や政治の運動法則の展開される基盤を提供するものであることは、否定しがたい。しかしそれにもかかはらず私は、法秩序の発展はそれ自身に固有の運動法則をもつて展開せられるといふ命題を、しかも、経済社会の歴史的発展を規定する運動法則が法社会のその基盤とならねばならぬといふ命題と、なんら矛盾せざるものであるとして主張したいと思ふのである。」³⁷。
- ④「法秩序は、法概念や法範疇の論理的発展を通じて展開されてゆくものであつて、右論理的発展の起動力こそ法の世界においてではなく経済や政治の世界においてもとめられねばならぬとはいへ、法秩序の歴史的発展それじたいは、いつも法の世界に固有独特な表現形式をとつてあらはれねばならぬものなのである。」³⁸。

35 山中『市民社会と民法（総則・物権・債権）』（日本評論社、1947年）14頁。

36 山中・前掲書（前注35）49頁。このような形で法の上部構造の相対的独自性を積極的に位置づける山中の態度は、「法的制度が上部構造の一契機として、厳密にはむしろ社会における中部的構造を形造り、宗教・哲学・芸術乃至は政治等々の上部の諸構造と経済的下部構造との云はば中間的媒介的契機をなす」とする加古祐二郎のスタンスと共鳴するであろう。加古「法律学における政治的性格」同『近代法の基礎構造』（日本評論社、1964年）1頁以下、特に4頁。おそらくそれは、「ある科学をそれ自身の内的連関において展開しようとする試み」（マルクス）と関わる可能性を秘めている。この点、藤田・前掲書（前注32）267頁。

37 山中・前掲書（前注35）50頁。

38 山中・前掲書（前注35）56頁。それゆえ山中は、「マルクスの資本論」につ

⑤よって「問題」は、いわゆる「立法者意思」に終始する考え方を乗り越えて「人の意識するとせざるとにかかはらず独立の運動法則をもつて歴史的発展を展開してゆく客観的法秩序…内」において、「問題となつてゐる法規範ないし法原則の論理体系的地位を決定するところ」にまで、ほりさげて考察せられねばならない。」³⁹。

このように、山中において「客観的法秩序」とは、「市民社会的法秩序」が「それじしんに固有の運動法則をもつて歴史的発展を展開してきたものである」⁴⁰とされる場合、常に「経済的土台」による「法制的上部構造」に対する究極的な規定的性格が前提となっていることが忘れられてはならない。その上で山中は、「法制的上部構造」の相対的独自性を自覚的に押し進め、「客観的法秩序」の「固有な発展」という理論的な骨組みを正面から肯定するに至る。こうして山中は、いわば「経済的土台」と「客観的法秩序」との両輪による法の理論的展開の可能性を追究する。

たとえば、契約解除という近代的な法制度は、ローマ法的な「解除約款」(lex commissoria) からドイツ法的な「解除」(Rücktritt) へと生成・展開するプロセスが反映したものである。その基底には、ローマ法や

ゝいて、「それは、こと経済の世界にかんする限り比類なき真理的な歴史的論理的分析をほどこして」いるとはいえ、それを「市民社会にかんする客観的法秩序の分析として代用すべからざるもの」と注意を喚起する。山中・前掲書56-57頁。これと前注19及びそれに対応する本文で出てくる「資本論の法律的研究論」・「資本論の法学的研究」との関係は別途考察を要するであろう。

39 山中・前掲書(前注35) 69頁。その際に山中は、「借りた金はかならず返さねばならぬ」という法規範を考察する場合、「債権法中にその趣旨の規定が存するが故に妥当してゐるのではなく」、むしろ「資本制社会における法秩序においてそれが客観的に妥当してゐるが故に、さうなのである。」とし、「問題」は、当該「法規範」が資本制社会法秩序において、いかなる必然性をもつて、またいかなる体系的地位をあたへられて生成し、妥当するにいたつたのかの点にまで、ふかくほりさげて検討せられねばならぬのである。」とする。山中・前掲書(前注34) 69-70頁。

40 山中・前掲書(前注35) 57頁。

中世法を産み出した素朴で単純な商品交換社会から近代法がその基盤とする大規模な商品交換社会への普遍的な発展があったのであり、それが起動力となって狭隘で特殊なlex commissoriaから一般的で普遍的なRücktrittへの質的転化が実現せられたのである⁴¹。

また役権否認訴権（actio negatoria）は、土地に対する役権＝利用権を持たない者が無断で耕作・牧畜等の利用行為をしている場合に、土地の所有者が、無権限者の役権の主張を否認し、もってその妨害行為を客観的に排除せしめる訴権を意味した（actio negatoriaは「対物訴権」であり、「対人訴権」に固有な損害賠償とは無縁であった。）。それが、その後近代的所有権の一般化⁴²に伴い、物権的請求権の一類型としての「妨害排除請求権」（Be-seitigungsanspruch）として普遍的発展を遂げたのである⁴³（その延長線上に現代的な「差止請求権」が位置する）。このように、ローマ法以来の法制度

41 山中「法範疇の発展ということについて」（1949年）藤田＝江守・前掲書（前注3）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）。

42 Dirk Olzen, Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs, JuS 1984, S. 324 ff. なお、川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）18-19頁は、「近代的な法的型態」の「歴史的——特に近代的——構造」の「端初・基礎」を「私的所有権と契約」に定礎しつつ、さらに「この諸型態への全発展の起動力」として「近代的所有権に存在するところの私的性質と社会的性質との矛盾」、つまりは「私的所有権と契約との対抗と矛盾」に求めている。この点に関する批判として、藤田・前掲書（前注32）271-272頁。

43 川角・前掲書（前注27）の第一章、第二章、第三章、第四章。ちなみに、actio negatoria自体は対物訴権であり、不法行為責任などの対人訴権の要素とは無関係であったが、19世紀初頭から中期にかけてプフタ、ヴィントシャイトらによる歪曲（物権的請求権の効果として不法行為責任を認めるという歪曲）があった。現行ドイツ民法上の物権的妨害排除請求権は基本的に、その歪曲を克服して成り立っている。この点、前注42で取り上げた川島武宜の著書は、物権的請求権の費用負担につき、いわゆる「責任説」を採用することによって、プフタ、ヴィントシャイトによる「歪曲」の影響を受けている。川島・前掲書（前注42）127-128頁。

的發展に関する歴史的探究⁴⁴の「内的連関構造論」は、それを「弁証法的」な相互移行の関係といつかどうかにかかわらず、山中のいう「客観的法秩序」のうちに、その確固不可欠な構成要素として存立していると言えよう⁴⁵。

その際、「客観的法秩序」が「法」(jus, Recht)を産出し、「立法者の主観的法認識」を経て「成文法典」＝「法律」(lex, Gesetz)が形成される⁴⁶。そしてその場合、山中が留意していたように社会發展の原動力としての経済的モメント、及び経済的モメントと「法制的上部構造」との連関を社会科学的に検証する努力が常に要求されよう(このような「内的連関構造論」は、社会科学としての法学の課題であるところ、山中はそのような課題の解決の道筋を明らかにするために『資本論』を活用すべきであると考えたように思われる。この点、前注19とそれに対応する本文を参照)。

ところで、いずれにせよ山中は、「経済的土台」による「法制的上部構造」への究極的な制約を承認しつつ、その範囲内でいわば最大限度の「法制的上部構造」の相対的・独自の展開を図るのであるから、その結果、制定法規＝「成文法規」の解釈も当該法規から直接妥当性が付与されるのではなく、常にその「成文法規」を産み出した「客観的法秩序」(市民社会ない

44 原島・前掲論文(前注18)249頁は、山中法学において「現代法を理解するためにローマ法を生かす」という観点が採用されていたとし、さらに272頁は、「ローマ法から近代民法に至るその歴史的研究を抜きにしては、山中法学を語ることはできません。」と注意を喚起する。

45 「客観的法秩序」における歴史的主体の契機(奴隸－農奴－労働者・市民)にかかる問題は別途検討される必要がある。ちなみに山中は、「人」＝市民が「封建国家」を打倒し、近代的な「市民国家」を樹立せしめたという趣旨の文章を残している。山中・前掲書(前注35)184頁。

46 山中・前掲書(前注35)63頁以下。それゆえ、いわゆる「不文法主義」を採用する国家のもとであっても、「それに固有な法秩序がかならずや実在」するとし、「我々はその顕著な例を英米法における判例法の成生のうちにみいだすことができる。」と述べる。山中・前掲書63頁。なお、山中におけるjus, Rechtとlex, Gesetzとの対比については、原島・前掲論文(前注18)263頁、267頁を参照。

し資本制社会を法的に支える基本的諸秩序の複合体）に立ち返って妥当性の根拠が与えられるべきことになる。山中は次のように述べる。——「法の妥当根拠を探究する努力は、成文法条をこえて、成文法典を生みいだした客観的法秩序のなかに、直接そそがねばならぬ。」⁴⁷。これは、「概念法学」を越えて、いわゆる歴史的＝目的論的解釈の立場に繋がりをうるものであるように思われる⁴⁸。

〔Ⅲ〕 藤田勇の「法の上部構造」論との関係

1960年代半ば以降、藤田は精力的に「法の上部構造」について論じてきた。近時、藤田によれば、「肝心なことは「場の比喩」としての土台－上部構造カテゴリー的方法的意味」にある、とされる⁴⁹。その際に藤田は、マルクスがその経済学批判「序言」で示したように「「法的諸関係ならびに国家諸形態は、それ自体からも、またいわゆる人間精神の一般的発展からも理解されうるものではなく、むしろ物質的な生活諸関係に根ざしている」のだとすれば」、「この物質的な生活諸関係という法の存立の根拠（Grund）に降り立って、そこからこの根拠によって法が根拠づけられる（begründen）社会過程の論理的諸階梯を思考において再現しつつ、その

47 山中・前掲書（前注35）69頁。それゆえ「古き制定年代をもつ成文法典」と「現在の客観的法秩序のもつ論理構造」との間に「背反・不合致」の生ずる場合が出てくる（山中・前掲書71頁）。この場合には現在の客観的法秩序を優先して、反制定法的解釈が承認されうるといふ趣旨であろう。

48 近代法における「客観的法秩序」は、常にローマ法との対比において歴史的に析出されなければならない。山中・前掲書（前注35）262頁以下。なお、歴史的＝目的論的解釈については、サヴィニー、エールリッヒとの関係に留意してそれを展開する、原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論』（創文社、2002年）302頁以下。他方、山中自身は、どちらかといえば「概念法学」へのこだわりというか、愛着があったようだが、それでも彼の解釈学的態度は「法の欠缺」を承認し、また「目的論的解釈」を組み入れたものであった。山中「概念法学であることの反省——民法の解釈」季刊法律学22号（1957年）3頁以下、10頁以下、13頁以下。

49 藤田「社会構成体と法の上部構造」・同前掲書（前注2）13頁。

中で右の基本的諸カテゴリーの連関を明らかにするという観点」が重要であるとする⁵⁰。その上で藤田は、「すなわち」と述べて以下のように続ける。——「すなわち、物質的生活過程で生みだされる社会的意識がイデオロギー的社会関係として客観化され、この実在的・客観的社会的関係の運動の中でその体化（Verkörperung）として制度なり組織なりが形成され、これがまた新たな社会的意識形態を生みだしていく全社会過程の諸階梯を追求し、これを所与の歴史的社会的物質的社会的諸関係の構造とこれによって規定される精神的生活過程——社会的意識＝表象方法の諸帰結、イデオロギー的社会的関係、制度・組織——の構造との相互関係という視角から土台—上部構造としておさえる、という筋道をたどることである。」⁵¹。その上で藤田は、「社会的意識の階級的被制約性」につき言及し、その「機械論的決定論」を排すべきことを指摘しつつ、いわゆる「経済的土台」＝「下部構造」による「上部構造」の「究極」的規定性の「プロセスの被媒介性、多段階構造」を指し示す⁵²。

この点、一定の留保付きながら、藤田の上記観点は、山中の「客観的法秩序」論と相容れざるものとは思われない。なぜなら、「経済的土台」＝「下部構造」の「法的上部構造」への究極的規定性を確保しつつ、次のようなプロセスを承認する場合、すなわち「物質的生活過程で生みだされる社会的意識がイデオロギー的社会的関係として客観化され、この実在的・客観的社会的関係の運動の中でその体化（Verkörperung）として制度なり組織なりが形成され、これがまた新たな社会的意識形態を生みだしていく」というプロセスを承認する場合、「物質的生活過程」を「商品交換過程」

50 藤田「社会構成体と法的上部構造」・同前掲書（前注2）14頁。なお、藤田が「基本的諸カテゴリー」という場合、「社会的意識」、あるいは「精神的」・「政治的」生活過程、「イデオロギー的関係」などが念頭に置かれている。藤田・前掲書13頁参照。

51 藤田「社会構成体と法的上部構造」・同前掲書（前注2）14頁（傍点・原著）。

52 藤田「社会構成体と法の上部構造」・同前掲書（前注2）17頁（傍点・原著）。

ないし「私資本再生産過程」と言い換えることができるという留保⁵³を付しつつ言えば、山中も「経済的土台」＝「下部構造」の究極的規定性を承認しつつ、資本制社会としての「市民社会」における一つの「イデオロギー的社会関係」＝法的・法律的社会関係を「客観化」して捉え、しかもローマ法以来の歴史的な法の産出基体として「客観的法秩序」を把握し、かつ「実在的・客観的社會關係の運動」を重視して「その体化（Verkörperung）として制度なり組織なりが形成され」という関係ないし構造を、「客観的法秩序」という太いパイプ（いわば「大動脈」）を通じて描き出そうとしたように思われるからである。

なるほど山中には、藤田のようなイデオロギー諸関係の動態的考察及び詳細で奥行き深い土台－上部構造論は欠けていたであろう。しかしながら、山中は「経済的土台」による「法的上部構造」への規定的性格を承認しながら、同時に、あくまで「客観化」された法的・法律的社会関係の運動の帰結として、法の「制度」なり法の「組織」なりを内的に包摂した「客観的法秩序」が「独自」に実在するものとして「構想」したのである。そして、たとえば山中のローマ法的な「解除約款」から近代法的な「契約解除」制度への発展（「法制度」への発展）という視点は、藤田のいう「これがまた新たな社会的意識形態を生みだしていく全社会過程の諸階梯を追求」する観点と内的に連関せしめることが可能である、と言えよう⁵⁴。さらに「経済的土台」による「法的上部構造」への究極的規定性の「多段階

53 藤田においては「物質的生活過程」は、商品生産過程に重点があり、基本的に商品交換関係を重視する山中と異なる。しかし、「論争」後の論文で山中は、「商品交換社会より私資本再生産社会への過程」に考察視点の比重を移している。山中「市民革命と市民社会」前掲書『ブルジョア革命の研究』（前注23）3頁以下、6頁。

54 そのような「内的連関構造」を「諸秩序・諸法規の弁証法的な相互移行の関係」として重点的に表現するのが山中の立場であり、それがゆえ、その点に集中的な批判を浴びたゆえんでもあった。しかしながら、本稿ですでに指摘したように、山中説への批判のあり方は少なからず見直されてよいように思われる。

構造」が藤田によって承認されていると解される限りで、「法制的上部構造」の「相対的独自性」及び「反作用的過程」のみならず、山中のいう「客観的法秩序」の正統性ないしそのキャパシティも増大すると言うべきことになろう。

他方、藤田が「ブルジョア法体系の諸要素的カテゴリー」を、「とりわけ経済的諸関係の直接的媒介形態を表現する所有権、契約、法的人格等のカテゴリー」⁵⁵として規定的に把握する場合、「法的人格」を「人」、「所有権」を「物」、「契約」を「行為」と置き換えれば、山中テーゼの出発点たる「人」、「物」、「行為」の三つの基礎的カテゴリーがすぐに想起されよう⁵⁶。このようにみるなら、素朴な形でありながらも、「論争」時の山中の「客観的法秩序」論は、法社会学的にみても有益であり、かつその後のマルクス主義法学の発展にも資する要素を保持し得るものであったように思われる。

以上で、「市民社会」論、「法制的上部構造」論に関する考察を終える。以下では、視点を変えて「末弘厳太郎による「法社会学論争」の「教訓」というテーマに目を移して考察する。

(c) 末弘厳太郎による「法社会学論争」の「教訓」

わが国における「法社会学」の創始者は末弘厳太郎その人であったが、「法社会学論争」において彼は「傍観者」としての地位にとどまった⁵⁷。とはいえ、末弘晩年の「傍観者の言葉」(1951年)と「末弘・講義「法律社

55 藤田「社会構成体と法制的上部構造」・同前掲書(前注2)64頁。なお、藤田・前掲書(前注31)289頁も参照。

56 なお、原島・前掲論文(前注18)265頁の指摘も参照。

57 末弘自身「傍観者」ととどまらざるをえなかった原因を二つ挙げている。体調面と中労委での仕事の面である。なお、末弘「傍観者の言葉——創刊の辞」(1951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3)253頁の上段には単に「大患」とあるが、直腸がんであった。末弘『断腸前後——遺稿と日記』(一粒社、1951年)47頁以下に手術の状況やその後の闘病生活の様子が描写されている。

会学」』（1949年）とを相互に関連づけてみると、末弘による「法社会学論争」の「教訓」がある程度具体的に浮かび上がってくる。末弘徹太郎が残した「法社会学論争」の「教訓」とは何であったろうか。まず「傍観者の言葉」からみていこう。

〔i〕「傍観者の言葉」

この1951年の論稿で、末弘は、五点にわたって「法社会学論争」への「要望」あるいは「批判」を提示する。筆者にとって、それぞれが重要な「教訓」であるように思われる。

① 五つの論点

第一点は、法社会学の法体系的な位置づけに関する要望である。——「法社会学の問題を根本的に究明するためには、どうしても法学全体の構図を想定して、法社会学がその全体の中で含むべき地位をハッキリさせると同時に、それとその他の法学部門との関係を十分に考えて見る必要がある。さもないと法社会学の学としての性格も目的も明確にならず、他の部門との間に無用の重複や摩擦が起って研究上支障を生じ易い。」⁵⁸

第二点は、「学説史の研究」及び「法学の科学化」・「国家」論に関する要望である。——「学説史の研究がもっともっと為されねばならないように思う。戦前に既に欧米の法社会学に関する文献はかなりの程度に紹介されている。しかし、大事なことは個々の学者の所説を紹介するよりは、寧ろ法社会学的の考方が近代法学の発達途上にどういう意図で又どういう形で段々に現われて来たかを系統的に研究して見ることだと思う。」「私が特に希望したいのは、法社会学的の考方が法学全体との関係においてどういう過程をへて発展を遂げたかを研究したものの現われることである。と云うのは、自然科学はもとより他の社会科学と比べても、真に科学の名に値する法の科学研究が著しく後れている原因を究明して見たいからである。

58 末弘「傍観者の言葉」（前注57）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注3）253頁。

法学の世界には今尚「神」が現われて来る。少くとも「神」の近代的後継者である「国家」が神の如き権威を以て現われて来る。…法社会学が自然科学と同じような意味で法に関する真の科学でなければならないとすれば、国家の権威を以てしても如何ともし難い法に関する自然法則が法社会学の研究を通して見出さるべきであると信じている私には、こうした権威万能の法思想に徹底的の批判を加えない限り、法の科学研究の価値はいつまでたっても十分に認識されるに至らないと思われてならない。」⁵⁹。

第三点は、「法に関する社会法則」を探索する科学としての「法社会学」についての要望である。——「私は法社会学は法の理論科学だと考えている。理論科学だというのは、物理学や化学と同じように、一応は実用目的と全く離れて、法に関する社会法則を理論的に探究することを使命とする学だという意味である。窮局においては実用目的に役立つべき使命をもっていること勿論であるが、初めから実用にのみ没頭した事を考えるとその面から反って自由に真理を探究することに対して障害が生まれて来る。このことは科学一般について云われ得ることだが、法学については特に重きを置いて考えていいことだと思う。」⁶⁰。

第四点は、法社会学が「保守的学問」か否かに関する議論への要望である。——「法社会学は保守的の学だと云う人がいるようだが、科学としての法社会学そのものには保守的も進歩的もない。この科学によって発見された真理を実目的に利用する段になれば、保守的の利用が可能であると同様に進歩的の利用も可能である。例えば、慣行調査によって発見された結果に基いて将来への対策を考える場合に、保守的な人々は、慣行の実情に重きを置いて国家の法的干渉の後退を主張するであろうけれども、進歩的の

59 末弘「傍観者の言葉」（前注57）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注3）253-254頁。

60 末弘「傍観者の言葉」（前注57）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注3）254頁。

人々はそれと反対に従来国家の法が実際十分に行われ得なかった原因を考えてそれを除去する方策を考えるに違いないのである。』⁶¹。

第五点は、法社会学の科学性に関する党派的傾向への批判である。——「法社会学は法の社会科学に違いないが、わが国には今尚社会科学をマルキシズムの独占物のように考えて、マルキシズム的でない法社会学は社会科学ではないというようなことを主張する人が出て来る。私はマルキシズムも法社会学の方法として一つの価値をもっていることを十分に認めるけれども、マルキシズム的でない法社会学は科学でないと主張するのは根拠のない独断だと思う。それよりもマルキシズム的の傾向をもつ人人の間にややもすると反って非科学的な権威主義的の考方が見出されることをわれわれは看逃がすことができない。』⁶²。

以下、それぞれの点につき簡単なコメントを付す。

② 論点へのコメント

第一点について、法社会学をわが国「市民社会」の現状分析・組織分析・構造分析の法であると規定する場合、その「法学全体の構図」とは、日本国憲法に関する法学を起点として市民法学全般の解析に及ぶであろう。それゆえ市民法は、民法のみならず、「憲法の分野」における諸制度・諸概念⁶³にまたがり、さらに「刑法の分野」における諸制度・諸概念⁶⁴を包括するのであり、いずれも「市民法が市民社会を律する基本法であること

61 末弘「傍観者の言葉」（前注57）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注3）254頁。

62 末弘「傍観者の言葉」（前注57）藤田＝江守（編）『文献研究 日本の法社会学・法社会学論争』（前注3）254頁。

63 立憲主義、国民代表制、法治主義、権力分立主義、基本的人権の保障、裁判の独立、地方自治、軍事力の市民による統御など。清水誠『時代に挑む法律学——市民法学の試み』（日本評論社、1992年）7頁。

64 罪刑法定主義、適正手続の保障、弁護権の尊重、拷問の禁止、無罪の推定（「疑わしきは罰せず」）、冤罪は許されない、など。清水・前掲書（前注63）7頁。

から理解できる。』⁶⁵ものとなろう。なかでも日本国憲法重視型の「法学全体の構図」設計の方向性は、すでに戒能通孝や山中康雄の論稿に示されていたことである⁶⁶。その際、考察観点の比重を私法に移す場合には、山中の「客観的法秩序」論の再評価が改めて要求されてこよう。そのような「法学全体の構図」の中に法社会学を整合的に組み入れる努力を通じて、他の法学諸部門との均衡のとれた研究の進展が望まれるであろう。

第二点について、「学説史の研究」がさらに進められなければならないことについては異論の余地はなかろう。留意すべきであるのは、末弘厳太郎が「大事なことは個々の学者の所説を紹介するよりは、寧ろ法社会学的の考方が近代法学の発達途上にどういう意図で又どういう形で段々に現われて来たかを系統的に研究して見ることだ」と述べていることである。たとえば、欧米における法社会学の代表者の一人がエールリッヒだとすれば、その「生ける法」の思想と私法学の泰斗サヴィニーの「フォルクス・ガイスト」（人民の精神・民族の精神）の思想とを相互に関連づけ、サヴィニーからエールリッヒへの発展がいかに法社会学的に系統だったものでありえたのかを解明する歴史的作業が要求されるであろう⁶⁷。

加えて、「法学の科学化」という命題について、末弘は「権威万能の法思想に徹底的の批判を加えない限り、法の科学研究の価値はいつまでたっても十分に認識されるに至らない」と述べる。わが国の場合、「権威

65 清水・前掲書（前注63）7頁。

66 戒能につき、同「法律社会学における合法性と正当性」藤田＝江守・前掲書（前注3）139頁、山中につき「批判者の批判のしかたを批判する（一）」法律時報22巻7号（1950年）80頁。山中は「私はブルジョア・デモクラシー一般を論じたのではなく、日本の1946年憲法にあらわれたそれを論じたのである」と特に断っている。

67 原島重義『法的判断とは何か』（前注48）291頁以下は、そのための一つのサンプルを提供する。Vgl. Gerd Kleinheyer=Jan Schröder (Hg.) Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Auflage, 2017, S. 385 (Schröder).

万能の法思想」とは、「神」＝天皇や「国家」などを基軸とした権威主義的・非合理主義な「法思想」を指す。そして、法社会学こそ、それらの権威主義や非合理主義と闘い抜く知的勇気をもつべきだというのが末弘の願いであったろう。このことは「国家論」のあり方に関わり、ひいては「市民国家」の位置づけとも密接に関わるように思われる。

第三点について、末弘は法社会学を「理論科学」であり、「社会法則」を「理論的に探究することを使命とする学」とであると規定する。あとでも確認するように、末弘は、一定の留保を付しながらマルクス主義法学をも受容するという立場であるから、「理論科学」とは何であるか、「社会法則」とは何であるかについてマルクス主義法学からの寄与があれば、それを喜んで受け入れたであろう。もとよりマルクス主義法学的ではない著作であっても、その内容次第で高い評価を惜しまなかったであろう。

第四点について、末弘は、法社会学が「科学」であるかぎり、保守的も進歩的もないと考えている。その場合、「科学」は、やみくもに「中立」でありさえすればいいというものではない。先に示したようにマルクス主義法学からの貢献であっても、それが実質的な科学的寄与であれば、末弘は歓迎したであろう。

第五点について、「法社会学論争」の当時、確かにマルクス主義法学の多くは「社会科学」を「マルキシズム」の独占物のように考える傾向があったように思われる。他方、戒能通孝は戦前「社会科学としての法律学」を正面から取上げることは殆ど不可能な時代だった」がゆえに、「私は法の社会科学という言葉避け、法律社会学という言葉を使いました」という⁶⁸。これは、「法律学が社会科学でなければならないということは、私も承知しておりました。」という戒能の言明と併せて理解されるべきこと

68 座談会「法社会学の前進のために」・戒能発言（前注3）藤田＝江守・前掲書（前注3）197頁。

である⁶⁹。こうして戒能によれば、「法社会学」もそれ自体として「社会科学」である。それゆえ、「社会科学」の役割分担として「法社会学」と「マルクス主義法学」があるとすることによって、末弘の懸念も基本的に払拭されるであろう。

〔ii〕「末弘・講義「法律社会学」」

この「末弘・講義「法律社会学」」は、先に概説した「傍観者の言葉」より2年ほど前の講義録である。正確な論題は「末弘・厳太郎講義「法律社会学」(1949年)」であるが、引用に際しては「末弘・講義「法律社会学」」とする。1949年といえば、「法社会学論争」の最盛期であった。この時期に、末弘がどのような「講義」を展開したか。興味深い。

以下、「傍観者の言葉」と関連し、それを補完すると思われる範囲に絞って「講義」の論点を抽出する。最初に「法学の科学化」について末弘の見解をやや詳しく紹介したのち、最後に「学説史の研究」に触れる。

① 「法学の科学化」

第一に「法学の科学化」と「概念と理論との統合」に関する問題から取り上げる。末弘は、社会科学をできる限り自然科学と近づけることを切望していた。それゆえ、ベルグソンやポアンカレの著作を若い時から読んでいた⁷⁰。そのような自然科学の影響を受けて、末弘が学んだのが、困難な問題に出くわす度に「出発点に戻った方が一番早い」ということであった⁷¹。そうすると、まずなによりも「法学の科学化」を考える場合には、そもそも「法律学における科学とは何か」という論点に行き着くはずであ

69 座談会「法社会学の前進のために」・戒能発言（前注3）藤田＝江守・前掲書（前注3）197頁。

70 末弘・講義「法律社会学」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）23頁以下。なお、出版年が示すように、この講義録は講義から約60年遅れて刊行された。それゆえこの講義録は「法社会学論争」に直接コミットしたものではない。それを承知の上で本稿は、1949年の講義から「論争」への教訓を汲み取ろうとしている。

71 末弘・講義「法律社会学」（前注70）40頁。

る⁷²。末弘に言わせれば法律学における「科学」とは、「法律の知識を概念化して言葉にして、そうして他人にその言葉を通して伝えられるようになるということである」⁷³。それは、「ある概念と理論との組み合わせ」である⁷⁴。そしてそれは、いわば高次の理論的な「概念法学」の立場に到達するであろう⁷⁵。そうすれば「熟練」と「勘」に頼る非科学的な段階を越えて、科学的方法で法律家を「養成」することも可能となる⁷⁶。

第二に「法学の科学化」と「類型論」との結合である。ことに末弘は、眼前の事実が制定法（＝成文法）や、あるいは判例法に即して、かつて存在し認識された事実と同じ「型」に属するか否かを重視する⁷⁷。それゆえ、「この成文法はどういう社会関係を予定して立てられているか」という視点が決定視される⁷⁸。したがって、先に示した末弘の「高次の理論的な「概念法学」」も、上記のような制定法（＝成文法）を支える社会関係＝社会的事実の型的把握と密接に関連するのである⁷⁹。

第三に「法学の科学化」と「立法」との関係についてである。末弘によ

72 末弘・講義「法律社会学」（前注70）41頁。

73 末弘・講義「法律社会学」（前注70）41頁。

74 末弘・講義「法律社会学」（前注70）41頁。

75 瀬川信久「末弘厳太郎の民法解釈と法理論」六本＝吉田（前注70）195-196頁は次のようにいう。——「末弘は概念法学を、条文から出発しながらも条文にこだわらず法原理を構築する作業として高く評価した。」「末弘の概念法学批判は、制度の目的全体について具体的な目標を持たない点に限定されていた。」。なお、「概念法学」と「概念主義法学」・「注釈的概念（主義）法学」との違いにも留意すべきである。

76 末弘・講義「法律社会学」（前注70）42頁。

77 末弘・講義「法律社会学」（前注70）45頁及び98頁。

78 末弘・講義「法律社会学」（前注70）45頁。

79 末弘は、「型」による認識を行う場合に、契約なら「契約とはそもそも何か」を重視して立論する。それゆえ約款＝「付従契約」*contrat d'adhésion*については、「科学的に批判して行ったら、あのくらい筋の通らないものはない」のであって、「契約でもなんでもないものを契約だと言っているだけです。」と手厳しい。末弘・講義「法律社会学」（前注70）46頁。

れば、「単なる熟練」でやられるような立法、要するに「立法職工」が「成り上がりの技師になっておるような調子」でやられる立法は、科学たりえない⁸⁰。むしろ科学としての立法のためには、「事実学としての法史学・比較法学・法哲学・法社会学」との関係が重視されるべきである⁸¹。このように「立法」の科学的裏付けとして、「法史学・比較法学・法哲学・法社会学」による検証を要求するというのが末弘の基本的見地である。しかもアフターケアを用意しておく。もし立法に不備があれば、改めて「科学的な方法」で修正が図られるべきである⁸²。

第四に、末弘による「トライアル・アンド・エラー」の精神について。この「トライアル・アンド・エラー」の精神とは——自然科学の場合も同様であるが——法学の場合も、最大限度のデータを収集した上でその最大限度科学的な運用が図られるべきところ、にもかかわらず失敗が生ずる場合の対応につき、適切に失敗の原因をサーベイすることによって科学的処理を図ろうとする研究態度を指す。言い換えれば、仮説を作っては壊し、また作る。このような姿勢により、常に自己への批判の目を鋭く研ぎ澄ますのが末弘法学の真骨頂である⁸³。

第五に、末弘における「生きた法」＝「不連続線」の理論についてである。末弘は、当時の自然科学——化学、生物学、物理学などの到達点を自己の法学（なかでも慣習法論）に取り入れようとした。それゆえ「生きた法」についても「私は例えば、ちょうど低気圧と高気圧の間に出来る不連続線的な状態として動いているという感じを、持つのであります。」と述

80 末弘・講義「法律社会学」（前注70）50-51頁。

81 末弘・講義「法律社会学」（前注70）51頁。

82 末弘・講義「法律社会学」（前注70）52頁。立法後のアフターケアについては、末弘・前掲講義128頁、及び末弘「立法学に関する多少の考察——労働組合法に関連して」（1946年）末弘著作集Ⅲ『民法雑記帳（下）・第2版』（日本評論社、1980年）228頁以下、特に246-247頁参照。

83 末弘・講義「法律社会学」（前注70）76頁及び106頁。

べる⁸⁴。これも末弘流の「法学の科学化」の一つの特徴、と言うことができよう。

第六に、末弘の「自由法論」への立ち位置についてである。彼は、牧野英一の「自由法論」を取り上げつつ、こう言っている。——「自由法論と一概に言うが、法律社会学という面から言うと、人によって非常に違うと思います。牧野先生の理論なども、刑法の部門では非常に法律社会学的だけれども、先生のたくさん書かれた民法に関する論文は、甚だ法律社会学的でないという感じがするのです。」⁸⁵。——末弘にとって「法律社会学」それ自体すでに「科学」として把握される存在であるわけだから、「法律社会学」的な「自由法論」もまた「科学」でなければならなかったはずである。そのような観点から末弘は、もっぱら一般条項を駆使することによってゴムのような伸縮自在を本位とする牧野的な「自由法論」を批判したのである（前注85も参照）。——対するに末弘的な「自由法論」とは、制定法

84 末弘・講義「法律社会学」（前注70）91頁。ちなみに、山中康雄は東京帝大での末弘の講義を回顧して、次のように述べている。——「末弘先生の法社会学は私の法学と弁証法的唯物論の接近の第一歩でした。先生のいわれる社会秩序もそのなかに生きて動いている法も、人の意識するとせざるに拘らず外界に実在するものそれ自体ではないか。先生のいわれるとおりの裁判は、外界の物それ自体としての社会に生きて動いている法の認識であり、その認識による裁判は、認識は実践だということの一つの例証であると思いました。」。山中「科学としての市民法学」（前注16）53頁。

85 末弘・講義「法律社会学」（前注70）96頁及び122頁、126頁。末弘による牧野の「自由法論」批判は、すでに1922年の「嘘の効用」から始まっている。末弘著作集Ⅳ『嘘の効用・第2版』（日本評論社、1980年）3頁以下、特に35頁を参照。——ゴムのように伸縮する尺度のみ求めているは、ただ「過去」を破壊する効果があるだけだという。この「自由法論」は、牧野の場合、融通無碍な「一般条項論」、そして同じく融通無碍な「社会法論」（「市民法から社会法へ」）の立場を拡大再生産せしめるものであった。牧野の民法学については、拙稿・川角「「法社会学論争」の教訓（十八）——昭和初期：牧野英一の民法学（その一）」龍谷法学54巻3号（2021年）61頁以下、同「「法社会学論争」の教訓（十九）——昭和初期：牧野英一の民法学（その二・完）」龍谷法学54巻4号（2022年）69頁以下。

絶対主義的概念法学を克服した上で、個々の制定法条文の歴史的根拠を確かめつつ、その体系的・論理的地位を画定することによって条文の客観的な意味を確認すること、しかも「法の欠缺」を正面から承認し、社会定型的事実の認定を経た上で類型論的な解釈を重視することであつたろう。

第七に、「実用法学」と「法律社会学」との関係についてである。末弘は、まず「実用法学」が学として先行的に進化し、その後ようやく基礎科学としての「法律社会学」が発展したとみる。医学を例にすれば「実用医学」としての「臨床医学」がまず展開したのち、基礎科学的な「基礎医学」が発展していったのと同様である。その際、末弘によれば、「法律社会学」には「一つの理論科学」として独立の地位が承認されるべきである。要するに、「実用法学」のように「役立てるという面を全く忘れていい」⁸⁶。

第八に、「法学の科学化」に向けて「データ」収集から「理論」構築への往復運動⁸⁷が要求されるべきところ、「データ源」として重視されるべきは「歴史」である⁸⁸。しかしながら、「法制史」だけに終始するような狭い態度はよくない。末弘は、こう言っている。——「われわれの必要とするようなデータを集めようと思ったならば、経済史、政治史、つまり法という現象に対してかなり強い決定的な影響を与える、いろいろな社会的要素との関係において考えなければならない関係上、データをとる歴史の方面というものが非常に広いということを、感じております。現に例えば私なども、長いこと労働法学を勉強しておりまして痛切に感ずることは、経済史、政治史の知識が足りないということであります。」⁸⁹。したがって、

86 末弘・講義「法律社会学」（前注70）105頁。とはいえ、実用法学ないし判例法学も、同一の社会関係の有無から「型」としての同一性判断を経て「法学」の学としての性格規定が行われる（その範囲内で「裁判官の法創造的作用」が承認される）。末弘・前掲講義99頁。その際、実用法学は法社会学の手を借りて自己を「科学化」するのである。

87 末弘・講義「法律社会学」（前注70）106頁。

88 末弘・講義「法律社会学」（前注70）108頁。

89 末弘・講義「法律社会学」（前注70）108頁。末弘によれば、外国法の研究、ノ

マルクス主義法学のサイドから「経済史」・「政治史」に関する歴史科学的寄与がなされていれば、末弘はそれを高く評価したであろう。

第九に、「実用法学」も「科学」たりうる。すなわち、その基礎に置かれるべき「基礎科学」としての「法社会学」が「科学」となることによって——その際のキーフレーズは、「データ源」たる「歴史」を「経済史」・「政治史」にまで広げること、さらにトライアル・アンド・エラーに徹し「仮説」を作っては壊しまた作る知的勇気をもつことである——そのような「基礎科学」に規定されて「実用法学」も「科学」となりうる⁹⁰。ちなみに「解釈法学」は、「物事を処理するための技術の学問」であり、つまりは「法的処理学」である⁹¹。末弘によれば「技術の学問」も「法社会学」による科学的な洗礼を受けたものである場合、それはそれ自体として「科学」たりうる。

第十に、「法の欠缺の場合の創造的補充」について。この場合には、同時に「実用法学」に特殊かつ固有な「科学」が探求される。たとえば、すでに存在する法規範は、それ独自に、その存立基盤をなした「社会関係」が一個の「型」としてあったはずである。——「ある法を創るときには、必ずある社会関係を頭の中に描いて、むしろそのときに必ず一つの型として社会関係を描く。それで型として描かれた社会関係を対象として立法者は一つの法規範を定立するわけである。そうしたならば、その法律の妥当するものはその型として描かれ、定立されたる社会関係に限る。」⁹²。これを「立法」に即して言い換えれば、立法者は個別的事案に対してではなく、

↘ すなわち比較法研究をする場合にも、「その国の法の背景をなしている経済的、政治的背景を離れて理解することは、法律社会学的に見て全然無意味である。」とされる。末弘・前掲講義同頁。

90 末弘・講義「法律社会学」（前注70）112頁。科学としての「実用法学」を、基礎科学としての法社会学との対比で「技術科学」と呼んでいる。末弘・前掲講義113頁。

91 末弘・講義「法律社会学」（前注70）116頁。

92 末弘・講義「法律社会学」（前注70）122頁。

すぐれて「事案類型に対して立法する」⁹³。末弘によれば、このような「立法」が科学的な「実用法学」に属すること明らかであるところ（上記「第三に」を参照）、「解釈法学」ないし「判例法学」についてはどうか。「立法」の場合と同様にその「科学性」を肯定することができるか。この点、「解釈法学」・「判例法学」についても「法の欠缺」の場合の「創造的補充」が要求される場合には、まず既存の法規がその基礎とした「社会関係」に当該事案が属しうるか否かの判断を介して、「型」的観点から科学的に行われることになるというのが、末弘の立場である⁹⁴。もとより、最終的な判断は個々人（裁判官、弁護士、学者）に委ねられている⁹⁵。そのような観点からすれば、末弘は個々の解釈者の主観的判断を前提としたところの、「型」的媒介項を内在せしめた歴史的＝目的論的解釈の立場に立っていたと言えよう⁹⁶。

② 「学説史の研究」について

最後に「学説史の研究」についてである。「歴史が元から好き」⁹⁷と自認する末弘は、それほど体系的なものとはいえないまでも、みずから「学説

93 末弘・講義「法律社会学」（前注70）123頁。

94 末弘・講義「法律社会学」（前注70）125頁。「解釈学」において、「法規の欠缺」がある場合、事実の「型」Typologie, Typusが社会的規模で確定され、同時に「類推」されるべき既存の法規が一定の尺度で確定される。その際に肝心であることは「規則的に伸縮する尺度」形成のルールである。磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、1975年）100頁。

95 ちなみに「判例」を重視し、あるいは「類推」という法技術を問題にする場合、末弘は裁判官とか学者など「人間の問題として研究されている」という趣旨のことを述べている。末弘・講義「法社会学」（前注70）115頁。「立法」を行う人間についても、同様であろう。

96 この点につき、瀬川・前掲論文（前注75）195頁、202頁を参照。なお、末弘における「歴史的解釈」の可能性については、後注116を参照。私見によれば、末弘厳太郎も、山中康雄も「歴史的＝目的論的解釈」の立場に属する。その延長線上に、より系統的・体系的な、原島重義の「歴史的＝目的論的解釈」が位置づけられる。原島につき前注48参照。

97 末弘・講義「法律社会学」（前注70）10頁。

史の研究」を実践している。詳細は省くが、恩師・川名兼四郎から読むように薦められた Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde, 1840-1849の読解から始まり⁹⁸、エールリッヒ及びパウンドに至っては「必読」と強調されている⁹⁹。また末弘のモンテスキューへの高い関心も特徴的なことである¹⁰⁰。モンテスキューは、デカルトの合理主義から「百科全書派」の「中間」に位置する¹⁰¹。他方、ジェニーの著作に対しては「科学ではない」と批判的である¹⁰²。ともあれ、末弘の内面における「サヴィニーからエールリッヒへ」のラインの存在には注目すべきものがあるように思われる¹⁰³。

（d）若干の検討

これまでの記述を踏まえ、末弘が「法社会学論争」により積極的に参加することが出来たと仮定する場合、どのような「教訓」を残したか、考えてみたい。すでに幾つかの事柄については末弘による「教訓」として示したところである。以下では三つの点について、補足しておく。

98 末弘・講義「法律社会学」（前注70）12頁。末弘が実際にサヴィニーをどのように読んだかは一個の課題である。末弘はサヴィニーを「かなり勉強して読んだことを今でも感謝しておるのです。」と述懐している。なお、戒能はサヴィニーなどが活躍した「19世紀初期頃」の「法律学」を指して、それを「この時代には唯一の社会に関する知識提供者であった。」と規定する。戒能「法律社会学」藤田＝江守（前注3）25頁。

99 末弘・講義「法律社会学」（前注70）29-30頁。

100 末弘・講義「法律社会学」（前注70）63頁。その箇所では末弘は、モンテスキューを「法律社会学の先駆者」として描いている。そして、モンテスキュー以前の学者として特にヴィコーを挙げている。末弘・前掲講義64頁。

101 末弘・講義「法律社会学」（前注70）78頁。

102 末弘・講義「法律社会学」（前注70）50頁。末弘がジェニーの著作を「科学的でない」とするのは、それが実用法学面での「事実関係」に関する法＝「生ける法」の科学的把握に及んでいないからである。

103 サヴィニーとエールリッヒの継承関係については、近時、原島重義『法的判断とは何か』（前注48）291頁以下が注目するところだが、そのような観点からすれば末弘・厳太郎→原島重義という今一つ別の学説史上のラインが存在すると言えるかも知れない。

第一に「市民国家」の構想について。末弘は、「市民社会」論・「市民国家」論など基礎的カテゴリーにコミットすることはあまり好きではなかったようであるが、「国家」については「神」の近代的後継者としてのその「権威」を批判しつつ「国家」の非合理主義的性格を断罪した¹⁰⁴。それに取って替わる末弘自身の「国家観」は、「国民の利益のための道具的存在としての国家という構想」¹⁰⁵であり、「「国民のための国家」の立場」¹⁰⁶というスローガンであった。私見によれば、これは、いわゆる「市民国家」の規範モデルに接近する（市民による、市民のための、市民の国家¹⁰⁷）。この「市民国家」は、「市民社会」の法的価値基準、すなわち、市民の自由平等独立、男女平等、自由で絶対的な所有¹⁰⁸、契約自由の原則、罪刑法定主義、国民主権、基本的人権の保障、反戦と平和主義などの価値基準に服属すべきものである。この法的価値基準は、いわゆる「ブルジョアジー」を含めた市民共通の価値基準である。そして、このような法的価値基準を侵害する国家は市民みずからの手で取り替えられなければならない¹⁰⁹。その意

104 これとの関連で、「階級社会の歴史性」が問い直されるべきことになる。山中「批判者の批判の仕方を批判する（二・完）」法律時報22巻8号（1950年）52頁。

105 磯村・前掲書（前注94）73頁。

106 磯村・前掲書（前注94）74頁。

107 念のためながら、「市民による、市民のための、市民の国家」は、山中のいう「市民社会による、市民社会のための、市民社会の国家」と基本的に同義であると考ええる。

108 ここで「自由で絶対的な所有」という場合、恣意的な所有権行使を絶対化してそれを容認するという意味ではなく、他者から所有権侵害を受けた者は誰であれ「等価値的」に保護されるべきであるという意味での、保護の絶対的平等性を指す。

109 ジョン・ロックが、いわゆる「抵抗権」・「革命権」を主張したことは周知のことに属する。もとよりこの「革命」は、「市民革命」の範囲内のことであるが、「人民こそ審判者たるべきである」（„The people shall be judge.”）というロックの言葉を許される範囲で広く捉えるならば、いわゆる人民民主主義革命までその射程に含め得る点は注目に値するであろう。なおロックの見解につき、ロック・前掲翻訳（前注14）241頁、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注ノ

味で、このような「市民国家」とその基礎に据えられる諸々の法的価値基準の設定は、マルクス主義法学の立場からも大方の賛同を得られるであろう。にもかかわらず、「法社会学論争」で決定的に不十分であったのは、このような「市民国家」とその法的価値基準をめぐる議論それ自体であった。

第二に、自然科学と社会科学の協働のもとでの「法学の科学化」という観点について。末弘は、自然科学の成果を踏まえつつ、まずなによりも法社会学が基礎法学として科学化する必要があるのであり、「法社会学の科学化」なしに「実用法学」（立法学、法解釈学〔判例法学〕）の科学化は基本的に有り得ないと考えていた。その際、科学のための「データ源」は「歴史」（なかでも経済史、政治史）に求められるわけであるから、「実用法学」のサイドから独自に「歴史」の研究を深め「法社会学」との協働にあらかじめ備えておく必要がある。もとより、ローマ法以来の法の歴史的研究も要求されるであろう¹¹⁰。このような論点設定を「法社会学論争」の「教訓」として確認することができるとするならば、「法社会学論争」とその後の「法解釈学論争」・「判例研究論争」との内面的関連性がより明瞭に浮き彫りになったように思われる¹¹¹。

↘ 12) 562頁。

110 この点に関連して、次の山中の回顧を参照。——「しかし、あの時（「法社会学論争」の当時——引用者）、ローマ法以来今日までの財産法の発展を発展として把握することを、観念論ときめつけられたことは、私には驚きであった。あの頃、私の理論の批判的討論がなされた民科の法律部会のあとの総会か何かのとき、私の隣の椅子の人から、かみつくように「発展があるのは経済だけです。それ以外のものは経済の上部構造にすぎず、それ自身の発展などありません。」と高飛車に宣告され、その確信の強さに、私は啞然として返す言葉もなく、お名前を聞くのも忘れてしまったほどであった。」。山中「論争をふりかえて」法律時報37巻5号（1965年）47頁。

111 長谷川正安は、「法社会学論争」・「法解釈学論争」・「判例研究論争」につき、それら三つの論争の基底にあるものとして「科学としての法学」の方法を位置づけ、そのような観点から三つの論争の共通性・連続性を追究しようとする。↗

第三に、末弘の「型」的アプローチについて。これも「法学の科学化」に関連する。末弘は、適用されるべき法規範が一定の定型化された「社会関係」の結晶体であるとする。また問題となっている事件事実についてもその「定型性」の有無が独自に判定されなければならない。要するに、規範と事実の両方に即し、同時に「定型性」の有無の判断がされる必要がある。そして、「定型性」の枠内で事件が収まる場合には、それに関する法規範がそのまま適用される。また「定型性」の枠が一定の幅で変動する場合が出てくる。すなわち、枠が拡張される場合（条文の文言の射程が狭すぎる場合には「拡張解釈」が、枠が縮小される場合（条文の文言の射程が広すぎる場合には「縮小解釈」が施される¹¹²。さらに、当該法規範の枠内に収まらないが、その枠に対応する共通基盤をもつ別の法規範が存在する場合に、その別の法規範を「類推」する手法が採用される¹¹³。それに対して全く新しい「型」の事件＝事実が生じ、同時に「法の欠缺」が承認される場合に、裁判官による法の創造的機能が全面的に行使されるべきことになる¹¹⁴。とはいえ、その場合でも法体系・法秩序などの、広く一般的に「社会関係を規律」する「高次の法律規範」¹¹⁵との整合性が確保されて

↘ 長谷川『法学論争史』（学陽書房、1976年）80頁。この点、長谷川（編）『法学文献選集1・法学の方法』（学陽書房、1972年）の目次編成を参照。

112 原島・前掲書（前注48）274頁以下。

113 「類推」に関して末弘は、エールリッヒの見解を熟知していたように思われる。エールリッヒの「類推」については、磯村・前掲書（前注94）276-277頁。なお末弘における「類推」の意義につき、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注12）371頁以下、401頁。

114 末弘は、より広い範囲で「法の欠缺」を承認し、もって「法創造の原理的承認」を肯定すると同時に「法創造の合理性の確保」を強調する。この後者の観点から牧野英一的な「一般条項」論に対する批判が出てくることになる。磯村・前掲書（前注94）99頁。

115 磯村・前掲書（前注94）92頁。磯村は、「高次の法律規範」を「司法の規範定立を拘束する立法の与える法律規範」（傍点・原著）として位置づけ、その「存否の探求」を「法の欠缺」の「発見」と関連づけている。磯村・前掲書同頁。

おかなければならない¹¹⁶。この点が「法社会学論争」で論じられておれば、やはり上記「第二」と同様に「法社会学論争」の延長線上に「法解釈学論争」と「判例研究論争」を、より効果的に据えることができたように思われる。

四 結語—重要論点の再確認と残された課題等の提示

以上、本稿は、「法社会学論争」の「教訓」として、(a)「市民社会」論の位置づけをめぐる幾つかの問題」、(b)「法的上部構造」に関する問題提起とその意義」、(c)「末弘巖太郎による「法社会学論争」の「教訓」という三つの観点から若干の考察を試みた。

以下では、重要と思われる論点を再度確認しておきたい。また、残された課題も提示しておきたい。

第一に、(a)と(b)の両者に関して、再び指摘しておくべき点は、「上部構造としての市民社会」という観点である¹¹⁷。そして、この「市民社会」論がそもそも「法社会学論争」でまともに議論の対象にならなかったことを再度指摘しておかなければならない¹¹⁸。ところで、究極的に

116 磯村・前掲書（前注94）95頁を参照。そこでは、「法規の想定する定型的社会関係・それに対応する規範内容の確定」の重視。併せてそれを実効化せしめるための「歴史的解釈」への着眼。すなわち「歴史のおよび社会学的方法」の応用・活用の視点が提示されている。なお、末弘の「歴史的解釈」において「法規を法的伝統に即して理解する」とされる場合（磯村・前掲書同頁）、裁判官の法創造を法体系・法秩序に即して整序するという趣旨が含意されているように思われる。その場合には、山中の「客観的法秩序」論に基づく歴史的＝目的論的解釈との接点が問われることになろう。

117 「上部構造としての市民社会」を、「下部構造としての市民社会」、さらに「将来社会の基盤としての市民社会」の多層的コンセプトの一環として提示するのはグラムシであり、それをわが国市民法学に導入したのは広渡清吾（前掲書〔前注2〕204頁）である。本稿では単なる参照しかできなかったが、「市民社会」と「市民法」に関する今後の議論の前進は広渡の著作（前掲書155頁以下）から始まるであろう。なお、前注11も参照。

118 藤田＝江守・前掲「(解説)法社会学論争について」（前注31）前掲書（前ノ

「経済的土台」＝「下部構造」に規定されつつ、相対的独自に自己形成を遂げるものこそ「上部構造としての市民社会」である。それを前提とする場合、その限りで「法的上部構造」としての「市民法」の独自の位置づけが明確になる。すなわち「市民法」は「法的上部構造」に属するものとして「市民社会」の歴史的に固有な内容に直接規定されるから、その限りで「経済的土台」は——究極的に規定性を保持しながらも——間接的な影響を与えるにとどまり、むしろ逆に「経済的土台」は「市民法」による「反作用」を受けることによって自己を规定的に変化せしめる。もとより法分野ごとに、またテーマごとに「経済的土台」との距離関係が「市民法」のあり方として別途問われるであろう。ともあれ、そのような観点から「市民社会」の法としての「市民法」を自覚的に展開しようとしたのは、戒能通孝であり、山中康雄であり、川島武宜であった¹¹⁹。近時の広中俊雄、清水誠、原島重義らの「市民法」論は、その「後継者」(„Nachfolger“)としての地位を担うものである¹²⁰。

ㄋ 注3) 325頁は、「民主主義と市民社会論の問題」が「論争において法学方法論の基本問題にまでにつめた形で論じられていない。」と総括している。

119 なお、川島武宜については、彼が「論争」の初期から「論争」と距離を置き、「論争」後には「経験法学」への傾斜を示すようになったことを考慮する必要があるように思われる。川島の「経験法学」については、前掲書『戦後の法学』(前注5) 146頁以下、219頁以下。なお、末弘厳太郎の「相続人」としての川島法学の基本的問題点に関する考察として、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』(前注12) 415頁以下。

120 1980年代末から2010年代初頭にかけての作品に、集中的に「市民法」への問いかけが示されている。1989年の広中『民法綱要・第一巻総論・上』(創文社)、1992年の清水『時代に挑む法律学——市民法学の試み』(日本評論社)、2002年の原島『法的判断とは何か——民法の基礎理論』(日本評論社)、2006年の広中『新版民法綱要・第一巻総論』(創文社)、2011年の原島『市民法の理論』(創文社)。そしてこれに、1999年の吉田克己『現代市民社会と民法学』、2012年の池田恒男＝高橋眞(編著)『現代市民法学と民法典』(日本評論社)を加えることができる。なお、広渡清吾・前掲書(前注2) 161頁以下、164頁以下、247頁以下も参照。

第二に、(a) (b) (c) 三者に通底する論点は「国家論」である。とりわけ「市民国家」について再論しておきたい。「市民国家」は「市民」が主体的に、自律的に織りなす「市民社会」（「上部構造としての市民社会」）の内部で、市民の市民による市民のための「社会契約」（統治契約＝国家設立契約）によって創設されるべきものである。その場合、「市民国家」は、市民ないし市民社会のための「道具的存在」であり、かつまた「市民社会」に成立する法的価値基準を承認することを前提に成立し、その限りで権力的作用を合法的に営むことができる。山中のいう「市民社会による、市民社会のための、市民社会の国家」が、それである。それゆえ——すでに述べたように——「社会契約」の内容に照らして、「市民国家」に重大な「契約」違反——外在的な「権威」に屈服してそのイデオロギーを市民に押しつけたり、憲法に反する形で人権侵害・環境破壊を継続することなど——が認定されれば当該国家は存立基盤を失い、崩壊する¹²¹。こうして「市民国家」の形成と展開、崩壊と展望のプロセスは、最も大きな教育的効果を市民に与えるであろう¹²²。

第三に、(c) で得られた論点に比重を置く場合、「法解釈学論争」を経た時点（1968年）で発せられた次の発言は重要である。——「要するに、川

121 現代民主主義国家では、この「市民国家」の担い手の交替（＝既存の「市民国家」の崩壊）は国政選挙を通じて実現される。もとより、国政選挙を通じ、一層民主主義の徹底した「市民国家」を創出する「自由」も、市民と市民社会に帰属する。

122 国家ないし法の教育者の機能について、次のグラムシの見解を参照。——「およそ国家なるものはすべて一定の型の文明と市民を（ひいては一定の型の共同生活と個々人のあいだの諸関係を）創造し維持しようとめざすのであり、一定の慣習や生活態度を消滅させて、べつの慣習や生活態度を普及させることをめざすのであってみれば、法は（学校その他の制度や活動とならんで）この目的のための手段であろう。」「国家は、まさしく新しい型ないしは水準の文明を創造しようとめざしているかぎりで、現実には「教育者」であるとかんがえられなければならない。」。アントニオ・グラムシ（上村忠男〔編・訳〕）『新編・現代の君主』（青木書店、1994年）252-253頁（括弧内・原著）。

島さんも来栖さんも、基本的には末弘法学——末弘さんの出した問題のワケ——を出ていないんじゃないですか。そして、大正時代に東大で出発した『判例民事法』の序文の精神が、その後、さきほどの言葉を借りれば法社会学と法解釈学との安易な結びつきのままにとどまって、ほんとうに十分に生かされてこなかったわけでしょう。そして戦時体制に突入してからは、戦中から占領期にかけて法解釈学が崩壊する時期で、その間に断絶があるわけです。そこで、ごく巨視的に言えば、昭和の初めから占領中くらいまでは法解釈学の方法論的發展がなく、戦後、解釈学のこの再建期に、もう一度大正時代の末弘法学の提起した問題に立ち返って、そこにふくまれていた意味を改めて再検討し、そこから出発するというふくみというか、あるいは昭和以来ある程度常識になっていた法と事実との結びつきというものに、もう一度メスを入れなおすというか、そういうことだったんじゃないでしょうか。」¹²³。

この指摘を踏まえるならば、末弘法学の再確認から「論争」を開始するだけの余裕が「法社会学論争」になかったことは惜しむべきことである¹²⁴。さらに「論争」では、末弘法学と我妻法学¹²⁵との対比も試みられる必要があったように思われる¹²⁶。この課題は、文字通り、法社会学と

123 前掲書『戦後の法学』（前注5）106-107頁（渡辺洋三発言）。

124 すでに触れたように、末弘の体調不良や中労委での職務等（前注57）が特に考慮された結果、末弘法学を素材にして「論争」することが自覚的に控えられたという側面もあるかもしれない。

125 我妻法学について、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（十六）——昭和初期：我妻栄の民法学（その一）」龍谷法学54巻1号（2021年）59頁以下、同「法社会学論争」の教訓（十七）——昭和初期：我妻栄の民法学（その二・完）」龍谷法学54巻2号（2021年）81頁以下。特に我妻の「近代法における債権の優越的地位」につき、渡辺洋三『法社会学とマルクス主義法学』（日本評論社、1984年）140頁以下、拙稿・川角前掲論文（十七）84頁以下。

126 このテーマについては、我妻の直弟子であり、末弘の「相続人」たる川島武宜が最適任者であつたろう。しかし実際には前注119で示したように、川島は「法社会学論争」から身を引き、「経験法学」にシフトを移して行った。

法解釈学との関係に関連する基礎的作業を意味したであろう¹²⁷。

最後に戒能通孝、山中康雄、川島武宜。これら三人の、日本を代表する市民法学者に関するより詳細な研究は、今後稿を改めて独自に行われる必要がある。それを受けて、現代民法学の諸問題をより具体的に考察することも、今後の課題である。

以上、本稿は未熟なものながら25回の連載に及んだ。そこでは、明治期自由民権運動から大正デモクラシー及び昭和の天皇制ファシズム、そして戦後の法社会学論争に至るまでの「市民法」・「市民法学」の生成・展開・発展・変質・衰亡・再生のあとを追跡した。なかでも「法社会学論争」は、終戦直後のわが国大変動期において「市民法」・「市民法学」の「再生」をめぐる一種の理論闘争としての側面を持ちうるものであった。そこからいかに学ぶか。本稿はその輪郭を描いたにとどまる。このことの確認をもって本稿の連載を終える。

（完）

127 筆者は、末弘と我妻における社会法的傾向、団体主義的傾向の異同関連につき、それを両者の法解釈学方法の異同関連との観点から掘り下げて研究の対象にできればと考えている。

韓半島植民地支配の不法性（その3）

——日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討——

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？

（56-2 目次）

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

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

- 1．事件に至る歴史的背景
- 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？

第4．安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

1．安重根義軍参謀中将がハルビンで伊藤博文公爵を射殺

安重根義軍参謀中将の「ハルビン義拳」（韓国での呼び方）についての歴史研究としては、韓国の安重根義士纪念馆による資料及び獄中自叙伝が出版されている¹。日本語でも近時多数の文献が出版されるようになった²。

1 韓国語版が多いが日本語版もある。①金鎬逸編『大韓国人安重根』安重根ノ

最近、安重根義軍参謀中將の東洋平和論に注目した共同研究の成果が出版されている³。安重根義軍参謀中將の裁判については、公判速記録が死刑執行直後に出版されている⁴。

最近の現象で注目すべきなのは、文学や芸術分野の関心が高まっていることである。2022年8月に韓国で著名作家キム・フン著による『ハルビン』（韓国語）が出版され、小説としてベストセラーになった⁵。それも

ゝ 義士記念館、2016年は多数の写真等資料が掲載されている。②『安重根義士の生と国を愛するストーリー：獄中自叙伝』（社）安重根義士崇慕会・安重根義士記念館、2013年。

2 第二次世界大戦が終わってからは、朝鮮史についても研究が進んだ。1951年に岩波書店から出版された旗田巍著『朝鮮史』は、進歩的な学風で朝鮮史のバイブルとして知られていたが、同書でさえも、「伊藤博文がハルビン驛頭で朝鮮人に殺され、…」(同書198頁)と安重根義軍参謀中將については単に「朝鮮人」とされ、その固有名詞では記述していなかった。しかし、近時詳細な記述をする書物が相次いで出版されるようになった。貴重な資料を掲載しているものとしては、①市川正明著『安重根と朝鮮独立運動の源流』（明治百年史叢書457）原書房、2005年。一般書としても、優れた書物が出版されている。②斎藤泰彦著『わが心の安重根：千葉十七・合掌の生涯』（増補新装版）五月書房、1997年。③中野泰雄著『安重根と伊藤博文』恒文社、1996年。④佐木隆三著『伊藤博文と安重根』文芸春秋、1992年。

3 ①李泰鎮・安重根ハルビン学会編著＝勝村誠・安重根東洋平和論研究会訳『安重根と東洋平和論』日本評論社、2016年。②李洙任・重本直利編著『共同研究安重根と東洋平和：東アジアの歴史をめぐる越境的対話』（龍谷大学社会科学研究所叢書第116巻）明石書店、2017年。③龍谷大学社会科学研究所付属安重根東洋平和研究センター・李洙任教授退職記念刊行委員会編『安重根・「東洋平和論」研究：21世紀の東アジアをひらく思想と行動』明石書店、2022年。④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。

4 ①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、1910年。

②満洲日日新聞社編纂『安重根事件公判速記録』（復刻版）批評社、2014年。

5 韓国の教保文庫によるベストセラー・ランキングでは、2022年小説部門で2位になった。김훈 저자(글) “하얼빈” 문학동네 · 2022년 08월 03일. 近々同書の日本語訳が日本で出版されることが期待されている。

<https://product.kyobobook.co.kr/detail/S000061532442> 2023年2月12日閲覧。

あって、人気俳優ヒョンビンが主演する安重根義軍参謀中將を主人公とする映画『ハルビン』の撮影が2023年現在進行中である。

これは一気に起きた現象ではない。中央日報の報道（2022年12月22日）によれば、「映画『英雄』が21日に公開された。独立活動家・安重根（アン・ジュンゲン）義士の花火のような生涯、韓国人なら胸が熱くなること間違い無しの物語だ。…『英雄』は創作ミュージカルとして制作された初めてのミュージカル映画という点で韓国ミュージカル史で「事件」となった。…安重根義士が伊藤博文を狙撃したハルビン偉業100周年に合わせて2009年10月26日に初披露されたミュージカル『英雄』は初演から13年間で、歌までスクリーンで再現されることになった。」⁶と言う。

朝日新聞（吉田純子編集委員）は、「「私も当事者」劇場での気づき」（日曜に想う）で、「本や劇場は「当事者」となる疑似体験の装置であり、他者への想像力を培う触媒になり得る。そこから始まる「個」と「個」の議論こそが重要だ」と述べている⁷。韓国では、多くの人々が、本や劇場で、安重根義軍参謀中將を当事者とする疑似体験を重ねていることになる。そこから始まる「個」と「個」の議論が韓国の人々の歴史認識を形づくる。

日本の人々は、そのことを知ったうえで、歴史認識を深化し、改めて行くことができるだろうか。日本では、2010年に韓国併合百年を迎えることになることから設立された「韓国併合」100年市民ネットワーク（100年ネット）が安重根東洋平和論に関する日韓の運動・研究の交流に顕著な貢献を果たした。安重根義軍参謀中將の遺墨を4点保管している龍谷大学の

6 中央日報日本語版【コラム】「映画『英雄』は韓国ミュージカル界の「事件」（1）」2022年12月22日。

<https://s.japanese.joins.com/JArticle/299113?sectcode=120&servcode=100>
2023年2月12日閲覧。

7 朝日新聞（吉田純子編集委員）【日曜に想う】「「私も当事者」劇場での気づき」2023年2月12日朝刊https://www.asahi.com/articles/DA3S15554101.html?iref=com_rnavi_rensai_2
2023年2月12日閲覧。

社会科学研究所附属安重根東洋平和研究センターが「100年ネット」による研究を引き継いでさらに発展させてきた。筆者は、日韓の研究者による交流によって安重根東洋平和論をめぐる共同研究が近時顕著な発展を見えてきたことを報告した⁸。

2. 安重根義軍参謀中將が伊藤博文公爵を撃った動機

筆者は、安重根義士記念館の前庭にたたずむ石碑、伊藤博文罪惡十五箇條をみて衝撃を受けたことを忘れることができない⁹。その石碑の写真を拙著『日韓関係の危機をどう乗り越えるか？——植民地支配責任の取り方』¹⁰の表紙にも掲載した。その内容を知れば知るほど、安重根義軍参謀中將と伊藤博文公爵の「東洋平和」のヴィジョンには大きな違いがあることが明らかになるであろう¹¹。

安重根義軍参謀中將の「東洋平和」のヴィジョンを知るためにもっともよい方法は、伊藤を撃った当時の大韓帝国の状況について彼がどのように認識していたかを直視することである。伊藤博文公爵は、この戦争の状況を「東洋平和」であると主張していたのに対し、同じ言葉を用いて安重根義軍参謀中將が夢見た「東洋平和」は全く異なるものだった。彼の裁判での主張からみると、伊藤博文公爵が主導してきた大日本帝国による度重なる軍事的攻撃（戦争）の下で、大韓帝国の独立を回復しようと義軍参謀中將として戦ってきたのであり、彼は、その戦争の一環として伊藤博文公爵を射殺したと言うのである。

8 戸塚悦朗『歴史認識と日韓の「和解」への道——徴用工問題と韓国大法院判決を理解するために』日本評論社2019年、1-26頁。

9 前掲『歴史認識』、213-215頁。

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

11 前掲『歴史認識』、211-213頁。

（安重根義軍参謀中將による裁判での主張）

安重根義軍参謀中將本人の法廷での陳述（ハーグ第2回平和會議への特使派遣ののちの状況に関するもの）を公判速記録¹²から見てみよう。

.....

それから伊藤公が更らに韓国にやって来て、宮中に参内して剣を抜いて脅やかし陛下に迫って七ヶ条の条約を締結しました。そうして皇帝を廃立し、日本に謝罪使を派遣するといふ事も七ヶ条の内に這入って居った。そういふ状態であるから韓民は上下を問はず憤慨して有志のものは腹を斬って殉するとか日本と戦ふとか人民は剣を持って日本の兵隊に抵抗する兵乱が起きましたのであります。それから其後数十万の義兵が朝鮮八道到る處に起りまして、それと同時に韓国皇帝から詔勅が出ました。外国が朝鮮を征服しつつある誠に国家危急存亡の秋である。この場合静座して国事を蠢々傍観するものは国民の義務でないといふ詔勅が出ました。それが為に益々憤慨して今日迄戦って納まりがつかないやうになって来たのであります。

かような訳で今日迄の間に逆殺せられた韓民は十万以上と思ひます。即ち十万有余の韓人は国家の為に盡して斃れたならば本望でありませうが、伊藤の為に逆殺せられたのであります。即ち生殺しにして頭をつらぬいて縄を通ふし、社会を威嚇する為に良民に示すといふやうな惨逆無道の事をやって、十万有余名を殺したのであります。其為に義兵の将校も尠なからず戦死をしました。伊藤の政策がさういふ塩梅であるから、一人を殺せば十名起り十名殺せば百名起るといふやうに漸次に起って来て、何等の利益のある所はありません。

12 前掲『公判速記録』、173-177頁。

却ってそういふ害がある為に伊藤の政策の方針を変へなかったならば、韓国の独立は出来ない。又戦争は絶へないと思ひます。伊藤其者は英雄と云ひますが、奸雄であります。あれは奸智に長けて居るから、韓国の保護は円満に行くといふようなことを新聞なんかに殊更らに書いて、傍ら日本天皇陛下或は政府に対して韓国の保護は円満に行つて日に月に進みつつあるといふやうに欺いて居る。其罪惡に対して韓国人民は尠なからず伊藤を憎むで是を亡きものにしようといふ敵愾心を起したのであります。人誰か生を楽しみ死を忌まないものがありませうか。けれども韓国の臣民は、四六時中塗炭の苦しみを受けてつたのでありますから、平和に暮らしたいといふ考へは日本よりも深く且つ重いだらうと思ひます。

.....

それで今日申上げました日本の色々の階級の人に話をしても、東洋の平和を希望して居るといふ事はそれで判るだらふと思ひます。それと同時に奸臣伊藤公をどの位惡むで居るか、その程度が判るだらうと思ひます。日本人でさへさうである。況んや韓国人は自分の親戚知己が逆殺せられて、どうして伊藤を惡まないといふ事がありませうか。であるから私がつまり伊藤を殺したといふのは、此前申上げました通り、義兵の中将といふ資格でやったのであります。日韓両国の親密を阻害し東洋の平和を攪乱するものは伊藤公であるから、義兵中将の資格で殺したのである。決して刺客となつてやったのではない。さうして自分の希望は、日本天皇陛下の御趣意の如く東洋平和を期するならば延いては五大州までも範を示さうといふのが目的である。私が過つて罪を犯したといふ事でありますが、決して誤つて居るではありません。

.....

（義軍と戦時国際法）

安重根義軍参謀中將は、大日本帝国の軍事行動（上記するように「韓国戦争」というべき戦争）に対して大韓帝国の独立を守ろうという大韓帝国義軍として防衛戦争を戦っていたと考えていたことは明らかである。正規軍による国家の防衛戦であれば、戦時国際法上の戦闘行為として法的に戦時国際法違反の行為がなければ、違法とはされない¹³。それでは、義軍による防衛戦争のための戦闘行為は戦時国際法上禁止されていたのであろうか？

安重根は義軍中將であると主張するが、正規軍の軍人ではなかった。一体安重根が主張するように、正規軍ではない義軍の軍人であっても、戦時国際法が適用され、捕虜として扱われる資格があるのであろうか。

当時の戦時国際公法は主として慣習国際法であったが、19世紀末ころからこれを成文化しようとする国際的な流れが活発になった。1899年ハーグで開かれた第1回万国平和会議において採択された「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」¹⁴は当時の戦時慣習国際法を成文化しようとしたものと考えてよい。

ところで、1899年陸戦規則¹⁵は、以下のとおり義勇軍を交戦者として認

13 立作太郎『戦時国際法』有斐閣書房1913年、10-11頁。「戦争ハ對手国ニ對シテ平時ニ於テ許サレサル加害手段ヲ行フコトヲ認メラレタル状態ナリ」とする。

14 1907年第2回万国平和会議で改定され、日本は、これを1911年11月6日批准、1912年1月13日に陸戦ノ法規慣例ニ関スル條約として公布。この条約の付属文書に陸戦規則がある。

15 英文では、Yale Law School Lillian Goldman Law Library

http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague02.asp#art1 2023年7月2日閲覧。

Annex to the Convention

REGULATIONS RESPECTING THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR
ON LAND

SECTION I.-ON BELLIGERENTS

CHAPTER I.-On the Qualifications of Belligerents

Article 1



めていた。

第一章に「交戦者の資格」が定められた。

第一条は、「戦争の法規及権利義務は単に之を軍に適用するのみならず、左の条件¹⁶を具備する民兵及義勇兵団にも亦之を適用す」としていた。つまり、1899年当時の国際社会では、「義勇兵団」にも「交戦者」としての資格及び「戦争の法及権利義務」を認めていたのである。

だから安重根義軍参謀中將には、交戦者としての資格を認めるべきだったし、捕虜としての処遇を与えるべきだったのである。少なくとも、其の資格があるかどうかの検討が必要だったのに、検察官の主張にも、弁護人の主張にもこの論点は全くあらわれていない。裁判所の判決もこれを一顧だにしていない。

それでは、安重根義軍参謀中將の行為は、戦時国際法が適用される戦争行為だったのであろうか。

大日本帝国は、朝鮮にも大韓帝国にも宣戦布告をしたことは無かった。

↘ The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps, fulfilling the following conditions:

To be commanded by a person responsible for his subordinates;

To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;

To carry arms openly; and

To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war.

In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination "army."

1907年規則1条も同旨。広部・杉原編集代表『解説条約集2006』三省堂参照。

- 16 ①部下のために責任を負う者其の頭にあること。②遠方より識別し得べき固有の特殊徽章を有すること。③公然兵器を携帯すること。④其の動作に付戦争の法規慣例を遵守すること。条件は以上の4点である。安重根義軍参謀中將に此の条件がみたされていたかは、裁判で審理すべきであった。伊藤射殺の場面では、すべてを満たしていたとはいえないが、獄中で安重根が執筆した『安応七歴史』を読むと、それ以前の相当期間、義軍としての軍事行動をとっていたことが明らかである。日本軍人を国際公法にしたがって捕虜として扱い、尋問後釈放するという、陸戦の法規慣例を尊重した人道的な処遇をしていた。

しかし、江華島を攻撃して以降、朝鮮と大韓帝国に対して軍事行動をとらなかったときにはないほど絶え間なく武力行使を続けていた。日清戦争、日露戦争というが、（その2）論文で述べた通り、それらの前後を通じて、朝鮮半島を武力によって征服する過程で起こした、朝鮮・韓国に対する戦争をも継続していたと言ってよいであろう。

その過程で、安重根義軍参謀中将が裁判の中であげた、伊藤博文公爵の十五個条の罪の大部分が犯された。日本は、宣戦布告なしで大韓帝国の宮廷を何度も武力により占領したし、明成皇后をはじめとする多数の韓国人を殺害したのであるから、それらの行為がなぜ殺人罪に問われなかったのが疑問になる。軍人であれば、人を殺害してよいという法は無いであろう。戦時国際法で正当化される戦争の過程での正当な交戦権の行使に際して犯された殺人については、戦時国際法に違反する戦争犯罪にあたらない場合には処罰を免れるのであるから、国内法的に言えば正当な職務行為に当たる場合と同視できるものと考えられる。

その意味で、狩野琢見弁護士が其の論文¹⁷で、安重根の伊藤殺害を、国内法的に正当行為¹⁸にあたると主張したのは傾聴にあたいする。

筆者は、安重根義軍参謀中将の行為は、独立国であった大韓帝国を植民地にしようとする日本の侵略的な軍事行動（上記するように「韓国戦争」と呼ばれる）に対して、韓国の独立を守ろうとする自衛行為である義軍としての軍事行動であったと考える。そうであるなら、安重根義軍参謀中将には、前記陸戦規則第一条の「義勇兵团」として「交戦者」としての資格

17 狩野琢見「安重根無罪論」『安義士の生涯と思想——殉国第81周年忌念国際学術シンポジウム報告集』安重根義士記念館、1991年10月25日発行、83-108頁。

18 前掲狩野83-103頁。狩野は、安が伊藤を射殺した根拠としてあげた伊藤の罪状を詳しく研究し、安の行為は、「刑法上緊急止むことを得ずして為した「正当な行為」なのであります」とした。安がその行為により保護しようとする法益と侵害される法益と対比したうえで、安の行為の形式的違法性の推定を破る「超法規的違法阻却事由が存する」と結論している。

があり、「戦争の法規及権利義務」が認められていたとしてよいと思われる。

日本の朝鮮（大韓帝国）に対する軍事（戦争）行為自体を適法とするか、違法とするかどうかは、議論があるであろう。しかし、適法であろうとなかろうと、主権国家に対する武力攻撃（戦争）に対して自国の独立を守ろうとする自衛のための軍事行動（戦争）の過程で起こした人（この場合は伊藤博文公爵）の殺害は、それ自体では国内刑事法規の犯罪として違法とは言えないはずである。軍事行動（戦争）に際して、戦時国際法に照らし戦争犯罪といえる違法行為があったか否かが別途問題になる。

だから、安重根の行為を、韓国刑事法で処罰出来ないからと言っても、ただちに無罪として処罰できないということはできない。安重根が「国際公法万国公法に依って処分せられん事を希望」したのは正当な主張であった。

それでは、安重根義軍参謀中将は、捕虜としての地位を与えられるべきであったのであろうか。

同第二章「俘虜」（捕虜）は、第4条で「俘虜は、敵の政府の権内に属し、之を捕らへたる個人又は部隊に属することなし。俘虜は人道をもって取り扱はるべし。…」としており、敵軍（日本）の司法官憲に捕らわれた韓国側の交戦者は、日本帝国政府の権内に属し、「人道をもって取扱」われなければならない。

戦闘員は、戦闘の過程で、当然敵を殺害するなどの行為を行っている。にもかかわらず、捕らわれる前の戦闘行為の故に、捕虜を直ちに殺害することは許されない。その殺害行為が、戦争の法規慣例に違反する戦争犯罪であった場合には、裁判により処罰されることになる。

そこで、交戦者であった安重根義軍参謀中将が、伊藤博文を殺害した行為が戦争の法規慣例に違反したかどうかを審理する必要があるのである。適用法令としては、日本帝国刑法典ではなく、戦時国際公法である陸戦法規でなくてはならない。その点の審理を全くしないままに、日本帝国の刑

法典の殺人罪を適用して死刑判決を言い渡している点で、この裁判には、致命的な不法性が認められると言わざるを得ない。

以上は、筆者が2015年当時に報告した¹⁹ ことであるが、現在に至るも判断を変更する必要性を感じていない。

安重根義軍参謀中將は、ロシア軍によって逮捕され、取り調べ後、韓国入であることが判明し、日本官憲に引き渡され、関東都督府旅順監獄に移送された。

3. 倉知鉄吉政務局長の旅順での活動

旅順には、外務省政務局長倉知鉄吉が急派された。倉知は何を使命としていたのか？外務省との往復電報（資料1）などにより具体的な倉知の行動を知ることができる。

当時、重要な法的な問題点として、日本に安重根義軍参謀中將の裁判管轄権があるかどうかという管轄権問題、さらには、裁判管轄権があるとしても、韓国人に対して韓国刑事法ではなく日本刑事法を適用法規とすべきか否かという準拠法問題があった。当初からこのような法的な問題があり、旅順現地の倉知政務局長と外務省首脳が密接に連絡を取りつつ研究していたことが電報の往復からよくわかる²⁰。その内容から、倉知政務局長と法院との間でもこの問題をめぐって協議が進んでいたことがうかがえる。

これを法的に整理してみれば、二つの法律問題が検討されていたと考えられる。一つは、安重根義軍参謀中將を裁判にかけるとすれば、どこの国の裁判所が裁判管轄権を持つか？という管轄権問題がある。第二に、その裁判で、適用されるべき法は、どの国の法とすべきか？という準拠法問題

19 戸塚悦朗「安重根裁判の不法性と東洋平和」龍谷法学42巻2号2015年、1-27頁。

20 倉知政務局長から石井外務次官への電報3号：韓国歴史研究院編『石橋歴史資料集2：安重根ハルビン義挙』大学社、2021年添付CD（別冊）倉知政務局長旅順へ出張中発受書類第1巻（0023L-0024R）。

があった。

外務省からの電報では、この二つが混然一体になって書かれているが、外務省は、裁判管轄権は日本にあり、準拠法は日本法であるという立場をとっていた（資料1）²¹。

そして、その根拠としては、外務省（外務次官）からの電報は、大韓帝国が大日本帝国の保護国となったことをあげている。したがって、大韓帝国の保護国化が条約（1905年11月17日付）によって合法的になされたとは大日本帝国政府が考えていたことこそが、安重根義軍参謀中将裁判の裁判管轄権を確立する根拠であり、この裁判を合法的なものとするための大前提となっていたのである。

したがって、もし、条約による保護国化の合法性が崩れてしまえば、安重根義軍参謀中将裁判の裁判管轄権が不在ということになり、結局裁判の合法性も崩壊してしまうことになる。

さらに裁判所の公開審理が始まる前から、小村外務大臣は、安重根義軍参謀中将を死刑にすることを決定しており、倉知を通じて法院に対してその旨の判決を下すよう働きかけていたことは、電報の往復で明らかである²²。

4. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性

（裁判所による弁護士依頼権のはく奪）

日本政府は（そして関東都督府地方法院も）、安重根義軍参謀中将を弁護しようとする私選弁護士が複数旅順に来ていたことを事前に熟知していた。ところが、裁判所は、これらの弁護人の弁護を拒否した。安重根義軍

21 外務省石井外務次官から倉知政務局長への電報3号11月8日：前掲『石栖歴史資料集2』CD第1巻（0045L-0047R）。

22 小村外務大臣から倉知政務局長への電報22号極秘12月2日：『石栖歴史資料集2』CD第2巻（0221L-0223R）。

参謀中将は、これらの私選弁護人による弁護を希望していたのであって、裁判について次のように述べている²³。

それからもう一つは裁判の事について申し上げます。大体私の今回の凶行は個人としてやったのではないといふ事を再三申し上げましたから、御了解になりましたでせうし、又国際関係を審理する上に、裁判官を始めとして通訳弁護士迄如斯日本人を以て組織せられたまま、韓国の弁護士も来て居る。自分の弟も来て居るからこれにさすのを至当と思ふのであります。且つ弁護士の弁論でも検察官の論告でも通訳をして其大要を聞かせられた丈けで甚だ其点は私の見解からしても面白くない。のみならず、客観的に地位を替へて見ても偏頗の取扱ひだといふ事は或は免れないだろうと私は思ひます。

弁護人依頼権問題（韓国の弁護士も来ているのに弁護させないという主張）、裁判管轄権問題（1905年11月17日付五箇條の保護条約は、軍による脅迫によって強制されたもので、皇帝による合意も玉璽もなかったなどという主張）、捕虜の待遇及び戦争犯罪問題（義軍参謀中将として自国の独立を守るための戦時下の行為であるから、国際法による裁判を求めるという詳細な主張）は、安重根義軍参謀中将本人だけが主張した。しかし、裁判所が任命した日本人弁護人二名は、安重根義軍参謀中将によるこれら重要な主張を全く取り上げなかった。

これらを総合すれば、私選弁護人の弁護を拒否した裁判所が安重根義軍参謀中将の弁護人依頼権をはく奪したことを意味し、この裁判が不法であった一つの重要な理由となる。

23 前掲『公判速記録』、171-172頁。

(政府が裁判官の独立を侵害)

量刑については、極刑を外務大臣が指示し、倉知政務局長を通じて法院にその旨が伝えられていた。判決は、前記の通り外務大臣の指示通りの結果となっている。政府が、裁判官の独立を犯した疑いが濃厚であり、この裁判の不法性を示している。

しかし、後述の裁判管轄権の不存在の方がより重大な問題であるので、弁護人依頼権のはく奪と裁判官の独立の侵害に関わる問題については、これ以上深入りしないこととする。

(法令の適用と裁判管轄権についての判断の誤り)

裁判所は、前記した日本政府の指示通りに関東都督府地方法院の裁判管轄権を認め、準拠法としては日本法の殺人罪を適用した。

これら二つの問題について裁判所が判断を誤ったことが最も重要なポイントになる。そこで、まず裁判所の法的判断の論理展開の詳細を見てみたい。

判決は、裁判管轄権問題にかなりの字数を費やし、次いで準拠法に関する判断を下している。

いずれの判断についても、その根拠は、1905年11月17日付「日韓協約」(明治三十八年十一月十七日締結せられたる日韓協約)とされた。この「日韓協約」の存在を証明できない場合は、これら二つの法的判断の根拠が崩れ去ってしまう。そうすると、安重根義軍参謀中将裁判の裁判は不法と言わざるを得なくなるのである。

(裁判管轄権についての判断の誤り)

判決は、(その1)論文添付(資料1)のとおり、日本の裁判所である関東都督府地方法院に裁判管轄権があることは、「明白である」としている。その判断の論理は、かなり複雑なので論理的な段階を踏んで、改めて(龍法 '23) 56-3, 148 (590)

丁寧に読み直してみたい²⁴。

- ① 判決²⁵は、まず「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」と、関東都督府地方法院が、「法律上正当管轄権を有すること」を説明する必要性を認めている。
- ② 次に、判決は、「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」としている。犯罪地及び逮捕地が「清国の領土」であるから、本来なら領土主権を持つ清国が裁判管轄権を持つことが国際法上の領土主権の原則にしたがうことになる。ところが、事件が起きたハルビン駅が、ロシアの「東清鉄道附属地」であることから、ロシア政府の「行政治下」にあって、先ずはロシア政府に裁判管轄権があることになるというのである。
- ③ 判決は、さらに以下のとおり、複雑な論理を展開している。
「然れども本件記録に添付せる露国政府の廻送係の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」と判断してい

24 筆者は、これまで判決を丁寧に引用することを怠っていた。裁判管轄権についての判断の部分（以下の①から⑤まで）を飛ばして、準拠法の判断のみを引用してきた。論理が粗雑だったことを反省している。本論文では、煩瑣にわたるくらいはあるが、裁判管轄権の判断部分を（その1）論文添付（資料1）に含めたほか、本文中でも5段階の判断の論理を全部引用した。

25 （その1）論文添付（資料1）判決末尾の法律の適用判断部分を参照。

る。ロシア官憲は、逮捕された安重根義軍参謀中將らを取り調べた結果、韓国籍を持つことが明らかになったから、ロシアには裁判管轄権がないと判断したというのである。

それでは、どこの国に裁判管轄権があるのかが問題になる。

④ その点について、判決は、次のように判断している。

「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ところに従い、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」と、一気に「犯罪地及逮捕地を管轄するハルビン帝国領事官」に領事裁判管轄権があると結論づけた。

判決のこの部分の判断に最も重大な誤りがあったのである²⁶。

26 判決のこの論理の運びには、問題なしとしない。この部分の判断は、大韓帝国の裁判管轄権の存在の判断と、その大韓帝国の裁判管轄権が、「日韓協約」によって日本の領事官によって行使されることになるという、二つの重要な判断を一つの文章の中に組み込んでしまっている。だから、論理的な筋道がわかりにくくなってしまったのである。この部分は、原則的な論理展開としては、二段階に分けて書かれるべきであったと思われる。まず、第一段階として、「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」という判断を先行させ、そのうえで、第二段階として「日韓協約」に言及するのが論理的であった。もしそうしていれば、判断の過程がよりわかりやすくなったはずである。国際法上の原則から言うなら、「韓清通商条約」によって、清国領内での韓国人の裁判管轄権が、大韓帝国に存在したことは、この判決が自ら肯定していたのである。

このことは、重要な歴史的な事実であって、この判決を読む者は、この点を改めて確認すべきであろう。ところが、その判断が、一つの文章の一節内に埋

- ⑤ 判決は、このように条約などの国際法の解釈によって、大日本帝国のハルビン帝国領事官に裁判管轄権を認めた。そうすると、次の段階として、大日本帝国国内法上の裁判管轄の分掌がどうなるのが問題になる。その点について、判決は、以下のように国内法上の判断をしている。「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明白なりとす。」と外務大臣による事件の移送決定を適法であると判断した。

（準拠法についての判断の誤り）

判決は、前記のような裁判管轄権の存在を前提として、どの国の刑法を適用すべきかという準拠法の問題について以下のように判断している。弁護人が、大韓帝国の刑法を適用すべきだと主張したから、この判断が必要になったのである。

判決は、次のように述べている。

被告弁護人は日本政府が前掲日韓協約第一条に依り外国にある韓国

ゝめ込まれてしまったために、大韓帝国の裁判管轄権の存在が埋もれてしまうという結果になってしまっている。論理展開としては、その次の段階として、果たして「明治三十八年（1905年）十一月十七日締結せられたる日韓協約」なる条約が実際に存在するのか否かという判断が行われるべきであったということになる。筆者の研究成果（この日付の「日韓協約」なる条約の原本は存在しなかった）から言うと、判決は、結論として、条約の不在を確認し、大日本帝国の裁判管轄権を否定し、原則に従って大韓帝国の裁判管轄権を肯定しなかったことになる。もし、判決が二段階の論理的展開を採用していたなら、この点がより明確になったはずであった。

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。

弁護人の弁論は、興味深い論点を含んでいるが、裁判所はそれを採用しなかった。しかし、判断の根拠には、ここでも「日韓協約第一条」をあげている。後述のとおり、筆者の研究ではこの日付の「日韓協約」なる条約原本は、存在しない。だから、この判決の判断も誤りと言わざるを得ない。

論理的には、大韓帝国の裁判管轄権を前提として、準拠法は大韓帝国の刑法を適用すべきという結論になるはずである。

(安重根義軍参謀中将の主張を無視した判決)

それでは、安重根義軍参謀中将は、弁護人主張のとおり韓国法に国外犯処罰規定がなかったことを理由に、無罪と判断すべきだったのであろうか。安重根義軍参謀中将自身は、法廷に於いて、戦争犯罪に当たるか否かの審理を要求し、戦時国際法違反の理由があれば、処罰を受ける旨述べた。裁判所としては、この論点について真剣に検討すべきだったのに、それを怠ったことは判決から明らかである。

安重根義軍参謀中将は、法廷に於いて最後に以下のように述べている²⁷。

27 前掲『公判速記録』、177頁。

もう少しあります。それで私は今申上げました通り、今度の事件は決して誤ってやったものではありません。誤解してやったものではありませんから、今日伊藤公が対韓政策上に於て方針を誤って居るといふことを今日日本の天皇陛下がしろしめしたならば、安は忠臣として嘉せられるであろうと思ひます。伊藤公を殺した刺客として待遇せられないと云ふことを私は確信して居ります。日本の方針が改正せられて日本の天皇陛下の思召しの通り日韓両国のみならず東洋の平和が何時々々までも維持することを私は希望致すのであります。尚ほ申上げたいのは、二人の弁護士の説に依りますと、光武三年の清韓通商条約に依って韓国人は清国に於ける治外法権を有して居る。又清国は韓国に於て治外法権を有して居るから、韓国人が海外に於て罪を犯せば何等の明文がないから無罪であると云ふ説でありましたが、これは甚だ其当を得ない説だと思ひます。今日の人間は、悉く法律の下に生活して居るのである。人を殺して何等の制裁が加へられないといふ訳がない。併し私がそうすれば、私は個人的にやったのでなく、義兵としてやったのであるから、戦争に出て捕虜になってここに来て居るものだと信じて居りますから、私の考へでは、私を処分するには国際公法、万国公法に依て処分せられん事を希望致します。

安重根義軍参謀中將は、処罰を求めていたのである。ただし、そのためには、慣習戦時国際法を適用して、安重根義軍参謀中將を捕虜として処遇することが必要になる。

その前提としては、当時の大韓帝国に対する大日本帝国による軍事行動を戦争状態（中立宣言を無視して対韓戦争を始めたことから、違法である）と認めて、慣習戦時国際法を適用する必要があった。韓半島の大韓帝国（中立国であった）とそこに暮らす人々は、宣戦布告こそ受けてはいな

かったものの、実態として大日本帝国が送った大規模な正規軍による軍事行動に継続してさらされ続けていたのである。大韓帝国の正規軍が解散させられたのちに、安重根義軍参謀中将らの義軍は、独立の回復を目指して、大日本帝国軍に対して軍事的な手段を行使し、義軍として激しく抵抗していたのである。だから、その行為には戦時国際法が適用され、仮に戦時国際法の違反が認められるのであれば、これを戦争犯罪として処罰することは、慣習国際法上可能であったと思われる。ハーグ陸戦法規条約(1899年、1907年)は、戦時の慣習国際法を法典化したものと考えられるが、大韓帝国がこれを批准していなくても、慣習国際法を適用することは十分可能だった。

安重根義軍参謀中将は、前記最終弁論の最後に、

私の考へでは、私を処分するには国際公法、万国公法に依て処分せられん事を希望致します。

と弁論の最終結論を述べている。

裁判所は、安重根義軍参謀中将が主張したように、日本刑法(又は韓国刑法)のような国内法を適用するのではなく、戦時国際法に違反するか否かについての審理を尽くすべきであった。しかし、検察官は、安重根義軍参謀中将に対して戦時国際法違反についての訴追をしなかった。不思議なことに、弁護人もこの点について何らの弁論をもしなかった。裁判所もまた、この点について判断を回避し、沈黙した。その結果、判決には何の言及もなかったのである。

第5. 日韓旧条約の国際法上の効力の検討

1. 1905年11月17日付日韓協約の不法性

(龍法 '23) 56-3, 154 (596)

（1905年11月17日付日韓協約の不法性に関する研究の概要）

1905年11月17日付「日韓協約」の不法性及び安重根義軍参謀中将裁判の不法性については、筆者は1992年以降現在まで研究を続けてきた。筆者の研究成果をあげてみると末尾論文リスト（戸塚悦朗著文献リスト；1905年11月17日付日韓協約の不存在及び安重根義軍参謀中将裁判の不法性）のとおりである。

その結論を要約すると以下のとおりである。

- ① 国際連盟の研究（ハーバード草案）でも、1963年国連ILC（国際法委員会）の総会宛て報告書でも、大韓帝国代表個人に対する脅迫を理由にこの1905年の条約（いわゆる「保護条約」）は絶対的無効とされていた。
- ② 1905年11月17日付「日韓協約」（上記判決が安重根義軍参謀中将裁判の管轄権の法的根拠として引用している）の原本は存在せず、条約（条文のみ）草案しかない。したがって、このタイトルを持つ条約の存在は証明できない。
- ③ 大韓帝国政府代表として署名した外部大臣朴齊純には高宗皇帝の全権委任状は出されていず、この条約には条約締結権者であった高宗皇帝による批准もなかった。したがって、この条約は効力を発生せず、法的には締結されなかったとせざるを得ない。これら3点の法的判断の詳細については、後述する。

したがって、正当な裁判管轄権の法的な根拠を持たない裁判所によるこの裁判は、不法だったと判断せざるを得ない。模擬裁判と同じである。不法な裁判による死刑判決による安重根義軍参謀中将に対する死刑の執行（1910年3月26日旅順監獄にて）は、正当な法的根拠を欠いており、国家による違法な人の殺害であった。したがって、安重根義軍参謀中将の死刑執行は、法的には殺人だったと判断される。

そこで、安重根義軍参謀中将裁判の不法性を論じるのであれば、その焦

点は、1905年11月17日付「日韓協約」の不法性に関する法的問題点を検討することになる。詳細は、前掲論文リストの文献を参照していただきたいが、前記三つの法的な理由について、それぞれのポイントを以下にあげてみたい。

2. 1963年国連ILC総会宛て報告書²⁸

(ILC報告書(1963年)発見の経緯)

国連国際法委員会(ILC)報告書(1963年)(資料2)が、「一千九百〇五年以兵力突入于帝国皇宫威脅皇帝陛下勒定五條約事」と安重根義軍参謀中將が述べた、「保護条約」強制事件を取り上げたことは上記した²⁹。1963年ILC報告書は、ハーバード研究草案が「……、保護条約の受諾を得るため韓国皇帝及びその閣僚に加えられた強制、……」と述べて事例の一つにあげていることを指摘したうえで、「条約の署名…を得るために、個人の人身、又は個人的な能力に対して強制又は強迫を加える行為は、国家が条約の無効性を主張することを必然的に正当化することについては、一般に認められたことであると思われる。」と報告していたのである。

筆者が、この報告書を知ったのは、ロンドン大学留学時代の1992年秋だった³⁰。筆者は、日本軍「慰安婦」の韓国からの動員の根拠となった法的根拠を研究していた。日本の国内法には何の法的根拠も見当たらなかったため、当時の植民地法制の基本法であった1905年「保護条約」にさかのぼって考えるしかほかに方法がなかった。国際法違反こそが問題の核心であって、そこが日本政府側の論理(従軍慰安婦問題ほかの重大ヒューマンライツ侵害について「何の法的責任もない」とする)の最大の弱点だと考

28 前掲『歴史認識』、218-229頁。

29 前掲『歴史認識』、139-164頁。

30 前掲『歴史認識』、1-26頁。

えるようになっていた。ロンドン大学の図書館で研究しているときに、ILC報告書（1963年）のなかに上記の記載を発見した³¹。幸運というしかなかった。

実は、筆者がこの発見をもとに研究成果の論文を執筆していたころには、まだ日朝交渉が継続していた。1990年9月の3党共同宣言に基づいて始まった日朝国交正常化交渉は、この年（1992年）11月15日に6カ月ぶりに北京で開催された。ところが、第8回会談の初日、15日午前中に本会談が行われただけで決裂し、交渉は中断してしまった。この日には何が協議されたのであろうか。

後で入手したのだが、『第8回朝・日政府間会談に関する資料』³²によると、朝鮮側李三魯団長は、その冒頭発言で、本議題（第1議題）の討議において、「もっとも本質的問題、基本的問題」に対する見解として、歴史認識問題を取り上げた。とりわけ、1905年11月17日「乙巳五条約」（日本側が言う保護条約の韓国・朝鮮側の呼称）の問題を集中的に論じていたのである。詳細には触れないが、筆者は、「最近、歴史学者らにより、日本の武力による脅しと強圧の方法で「締結」されたと言われていた旧条約が、事実上締結されておらず、捏造されていたことが暴露されて世人を驚愕させているこんにち、…」という李団長の発言³³に注目した。これは、韓国の歴史学者による最新の研究について述べていたのではないだろうか。ところが、李団長は、上記のILC報告書には言及していなかった。

大韓民国も、朝鮮民主主義人民共和国も国連に加盟して間もなかったこともあり、この情報が知られていなかったことは当然のことであろう。日本では、外務省内の一部はともかく、一般には全く知られていなかった。

31 前掲『歴史認識』、139-164頁。

32 在日本朝鮮人総連合会『第8回朝・日政府間会談に関する資料』1992年12月、9-16頁。

33 前掲『歴史認識』、247-248頁。

このとき中断した日朝交渉では、旧条約、とりわけ1905年「保護条約」の効力問題は、「もっとも本質的問題、基本的問題」とされていたことに留意すべきである。

(1993年国連ヒューマンライツ委員会とIFOR文書提出)

筆者は、ILC報告書（1963年）の発見後まもなく1992年秋には、論文（日本語）原案を書きあげていた。しかし、この発見をどのようにして発表するかは、悩ましい問題だった。

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

ところが、日本の状況を考慮すると、すぐに公表することにはためらいがあったのである。日本では、これまで一般には知られていなかった衝撃的な情報だったから、政治的にも社会的にも特に保守層からの強い反発を招く可能性があった。そこで以前から交流があった本岡昭次参議院議員（当時）³⁴の事務所に論文の原稿を送って、助言を求めた。「実名入りで公表すれば、テロリストに狙われる。公表しない方が賢明だ」という返事が返ってきた。「殺されるかもしれない」という強い警告を受けたのには、困惑した。それでは日本には学問の自由がなくなってしまう。念のために、定年退職した元ジャーナリストの友人にも尋ねてみたが、同意見だった。

34 2004年7月に政界を引退した本岡昭次元参議院副議長は、2017年4月17日急逝された。その功績については、前掲『歴史認識』、180-184頁。

しばらく英国で研究生活を送っていたので、日本社会の状況に疎くなっていたのかもしれない。植民地支配の正当性への疑問を提起する研究が厳しいタブーに触れることに思い至っていなかった。1905年条約が無効であれば、それを前提として締結されたことになっている1910年の韓国併合条約は砂上の楼閣と評価せざるを得なくなる。そうすると、「韓国併合」が「不法だった」との結論を導くことになる。日本による植民地支配を正当化したいと考える人々にとっては、是が非でも封印しておきたい法律問題だったのである。

極めて重要な発見だったから、公益的な観点からは、公表しないで済ませるという選択肢はなかった。そこで公表の方法に工夫が必要となった。結局、筆者が選んだのは、国連ヒューマンライツ委員会へのNGO文書の提出という手段だった。それまでの国連活動では口頭発言を活用していたが、複雑な問題については書面提出の方が優れていると、知り合いの米国人教授から助言されていた。これなら、英語で出すことになるから、世界に向けた発信になる。日本語と違って、日本社会への影響は間接的になるだろう。審議の場も国連会議なら、日本社会とは距離もある。NGOの名前は出さなければならないが、執筆者の実名を書面上に明記しなくても済む。提出者として表に出るのは、NGOのジュネーブ主席代表である。幸い、国際友和会（IFOR）のジュネーブ主席代表（当時）だったレネ・ワドロウ氏とは親しくなっていた。同氏に要請して、1993年の国連ヒューマンライツ委員会に提出してもらうことができた。

このIFOR文書（1993年）³⁵の内容は、筆者の日本語論文³⁶の英文による

35 UN. Doc. E/CN.4/1993/NGO/36, Written statement submitted by the International Fellowship of Reconciliation, a non-governmental organization in consultative status (category II). この文書は、筆者が執筆を担当し、国際友和会（IFOR）ジュネーブ首席代表（当時）レネ・ワドロウ氏によって国連人権委員会に提出された。

36 前掲「統監府設置100年と乙巳保護条約の不法性」。拙稿を掲載したパンフ

要約である。国際社会向けの初めての発信として重要である。その要旨は、以下のようなものである。国連国際法委員会（ILC）1963年総会宛報告書を紹介し、1905年「韓国保護条約」は、仮に形の上では締結されたように見えても、日本軍と伊藤博文が大韓帝国の政府代表個人（外部大臣外皇帝を含む）を脅迫して締結の形を作ったものであって、追完（無効なものでも後に有効なものとする行為）も許さない絶対的無効（無効性あるものの中でも無効性が強い）な条約で、はじめから効力を発生していなかったとする。1910年「韓国併合条約」は、それまでに日本が大韓帝国政府代表に署名を強制した諸条約、とりわけ1905年「韓国保護条約」に基づいているから、韓国併合も不法・無効なものだとせざるを得なくなる。したがって、韓国からの「慰安婦」動員の法的根拠は不法なものであり、被害者は強い奴隷的拘束を受けたことになる。

韓国政府も共和国政府もともに、このときまでには国連に加盟していたから、国連ヒューマンライツ委員会を経由してILC報告書（1963年）による1905年「韓国保護条約」の絶対的無効性に関する記述は、両国を含めた国連加盟国ばかりか、国連NGOにも知られることになった。IFOR文書提出のニュースは、毎日新聞とジャパントゥデイに報道され³⁷、日本社会にも、日本語と英語で知られることになった。

このことは、国連ができてから初めて指摘されたことではなく、この報告の注に記載されているように、国際連盟時代にすでに「ハーバード草案」（1935年）として結論が出ていた。しかし、日本では全く知られてい

ㄴレット（国際人権研究会編『1905年「韓国保護条約」は成立していたのか』（1993年4月）参照。その他、民間団体が主催したいくつかのシンポジウムにおける筆者の同趣旨の講演および要旨を発表した雑誌論文がいくつかあるが、列挙は省略する。

37 ①伊藤芳明「慰安婦問題「日韓保護条約は無効」スイスの人権組織、63年、国連委が報告書」毎日新聞93年2月13日。②“Treaties ‘were forced on Korea’ U.N. intervention urged over ‘comfort women’”, The Japan Times, February 16, 1993.

なかったのである。上記の報道は日本社会に衝撃を与え、国会でも審議され政治問題化しただけでなく、日韓の学術的な対話（雑誌『世界』誌上論争）にも発展した³⁸。筆者は、統監府設置100年の年（2006年）になってようやく龍谷法学へ論文を発表した³⁹。

3. 「1905年11月17日付日韓協約は不存在」という発見⁴⁰

筆者は、自らが発見した1963年ILC報告書の研究に限定し、その範囲の研究にとどまっていたが、韓国の研究者との交流を通じて、李泰鎮教授の研究に応答する必要性を痛感するようになった。

以下述べるとおり、1905年11月17日付「日韓協約」と言われる「条約(?)」には条約文の原本とされる文書には「日韓協約」というタイトルさえなく、条約文が完成していなかった。衝撃的な結論だが、事実を偏見なしに直視するなら、それ以外の判断をすることは困難である。合理的理性と良心を備えた人であれば、納得できるであろう。この問題に関しては、筆者は、「自らの守備範囲ではない」と自制して、十分な研究をしていなかった。その点を含め筆者の研究が「不十分ではないか」と李泰鎮教授から指摘されたことは衝撃だった。

李泰鎮教授の研究を見てみよう。

李泰鎮教授の著書⁴¹に掲載されている1905年「韓国保護条約」の英訳には、“CONVENTION”というタイトルがある。この英文への翻訳は、日本政府が作成し、日本の内外に広く公表したものである⁴²。“CONVENTION”

38 前掲『歴史認識』、222-229頁。

39 前掲「統監府設置100年と乙巳保護条約の不法性」。

40 前掲『歴史認識』、51-58頁

41 Yi, Taijin, 2007. *The Dynamics of Confucianism and Modernization in Korean History*, Cornell University, p. 200.

42 According to the footnote of *supra* Yi, Taijin, 2007, p. 200 to Figure 3b, the translation in English is compiled in the *Kankoku choyaku ruisan* (1908).

という英語の用語は、ウィーン条約法条約⁴³に使用されている英文用語と同じである。日本政府は、【ウィーン条約法条約】の“CONVENTION”の日本語訳としては、「条約」を使っている。ところが、日本政府刊行物は、1905年「韓国保護条約」の場合は、「協約」という日本語をタイトルに付して流布している。このように、日本政府は、韓国語版「条約(?)」の原本には実在しないタイトルを、あたかも真実存在するようにみせかけるタイトルを勝手に付して英文翻訳文を作成し、国際的に流布した。これは、この文書が適法に成立したかのような外観を作って、文書に外形的信用性を与え、欧米列強を欺くための作為であったと批判されてもやむを得ない。少なくとも、そのような疑惑を招く。これを、誤解と言い切れるだろうか。

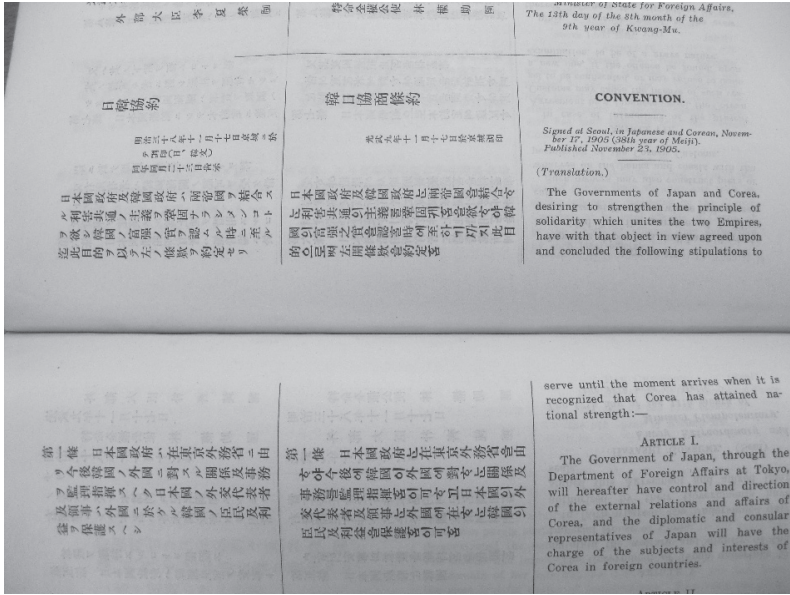
なお、日本政府外務省条約局による英語版であるが、李教授が注記している文献は、前掲注に記載したが、1908年に出版されたものである。

筆者が李教授の「捏造（偽造）説」を支持するに至ったのは、李教授の著書掲載の韓国語版原本の写真（タイトルがない）と英文訳写真（タイトルがある）を見比べたことによる。李泰鎮教授の指摘する英文“CONVENTION”という英文タイトルを、1934年に大日本帝国外務省が出版した日本所在の文献⁴⁴によって自ら確認したことにより、確信にまで強まった。この1934年版『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』は、2009年11月15日京大付属図書館において自ら閲覧、写真撮影したのである。以下にそれ（写真1）を掲載し、読者の参考に供したい。

（写真1）

43 Vienna Convention on the Law of Treaties. Vienna 23 May 1969.

44 外務省条約局、1934年、『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』外務省条約局（昭和9年3月）、204頁。【外務省が京都帝国大学に寄贈したものであるが、2009年11月14日京大付属図書館所蔵において閲覧し、確認した】



この文献から分かることを列挙してみよう。

第1に、1934年段階で、大日本帝国外務省の出版物は、1905年「韓国保護条約」の英文翻訳文のタイトルとして、“**CONVENTION**”を付していた。この事実は、李教授の著書掲載写真の出版物よりも、26年後の外務省出版物でも確認できたのである。

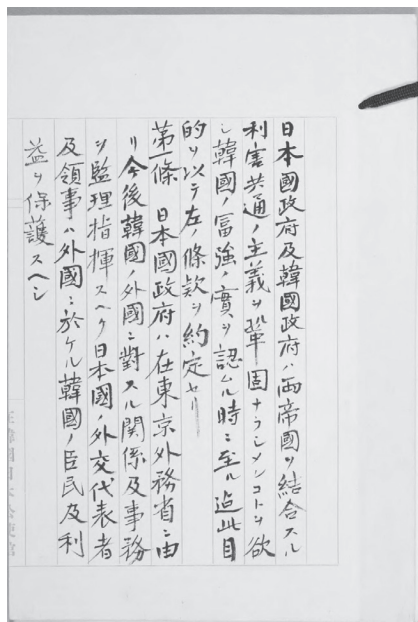
第2に、李教授の著書の韓国語版原本写真にはタイトルが存在しない。ところが、大日本帝国外務省は、同出版物の韓国語版（1934年出版）で「韓日協商條約」との名称を付していた。これは、筆者には新たな発見であった。

第3に、筆者は日本語版原本を確認していなかった。「これにはタイトルがあるのであろうか？日本政府が保管する日本語版1905年「条約（？）」原本を自分自身で確認する必要がある。」そう考えて、2010年2月9日に日本の外務省外交史料館において、日本語版原本を筆者自ら視認し

て確認した。

驚いたことに、日本語版文書原本の文面の1行目は、空白になっており、タイトルがなかった。原本は、外務省職員が白い手袋をはめて持参してくれたのであるが、筆者は原本に触れることも、写真を撮ることも許されなかった。そこで、外交史料館が閲覧とコピーを許しているマイクロフィルム版のコピーと原本をその場で自ら視認して見比べ、1字ずつ比較対照のうえ、原本とコピーが同一であることを確認した。なお、インターネットでも写真⁴⁵（写真2）が公開されているが、これもマイクロフィルム写真と同一であることを確認することができたので、これを下に掲載する。

（写真2）



45 外務省外交史料館所蔵資料。ウェブサイト：www.jacar.go.jp/goshomei/index.html 2010年6月25日閲覧。

大日本帝国外務省は、1934年の政府刊行出版物の日本語版（写真1）には、「日韓協約」との名称を付していた。ところが、日本の外務省が保存する日本語版文書（写真2の原本写真には、タイトル・名称がないことに注意）の冒頭部分には、「日韓協約」というような文字は全く見当たらず、1行目の空白だけが確認できた。

つまり、大日本帝国外務省による出版物には、日本語版【筆者は2010年2月9日原本を自ら視認して確認した】にも、韓国語版【日本外務省が保管する原本を前同日筆者が視認して確認した。韓国に保存されている韓国語版原本にタイトルがないことは李教授の著書写真で確認できる】にも、タイトルがある。筆者が確認した1934年の大日本帝国外務省出版物に掲載されている英文翻訳は、日本語版「条約（?）」文及び韓国語版「条約（?）」文と並べて掲載されているのであるが、そのいずれにも、タイトルがあることになっていたのである。

これは、筆者には新たな発見であった。英語版については、李教授の著書に写真が掲載されているが、1908年出版の条約集と同様の英文タイトル“CONVENTION”が1934年出版物でも付されていたことが確認できた。また、韓国語版原本には、李教授の著書掲載写真でみるかぎり、タイトルがないにもかかわらず、1934年大日本帝国外務省出版の条約集には、「韓日協商條約」というタイトルがあった。

結論としては、1905年「韓国保護条約」は、大日本帝国政府が、韓国語版も、日本語版も、英訳版さえも、すべて「捏造」して公表したと評価されてもやむを得ない。韓国語版原本【李教授の著書掲載写真】にも、日本語版原本【上記写真2】にもタイトルがないことが真実であると確認できたのである。だから、主要国に配布されたであろう英文訳も捏造であると判断される。

以上の次第であるから、1905年「韓国保護条約」原本には、もともとタイトルもなかったのであり、これは未完成な文書に過ぎなかった。言い換

えれば、条約文起草段階の原案、すなわち、草案（条文部分）でしかなかったと考えるのが合理的である。大日本帝国政府は、未完成の条約文原案に、勝手にタイトルを付して1905年「韓国保護条約」を捏造し、これを内外に一方的に公表したものと判断される。

ジュネーブ条約法条約が確認した当時の慣習国際法では、条約は文書によって締結されるのが通則であることを考えるなら、このような条約の捏造行為が重大な問題であることはあきらかである。日本政府が「日韓協約」（韓国語では「韓日協商條約」、英文では“CONVENTION”）という「条約（?）」が存在する旨政府刊行物などによって捏造した影響は大きかった。世界諸国政府がそのように誤信したのである。100年余のちまで日本の研究者は、「日韓協約」が存在することを当然の前提として研究し続けてきた。最近でも、1905年日韓協約を政府刊行物からそのまま転載して資料として掲載する学術書⁴⁶さえある。専門の研究者さえ政府刊行物の真実性・誠実性を信頼しきってきたのである。だから、日本の首相たちが、1905年「韓国保護条約」ばかりか、1910年「韓国併合条約」など旧条約が法的に合法的に締結され、有効なものとして実施されたとする歴史認識を改めることができなかったのも無理がなかった。1905年「日韓協約」として捏造された1905年「韓国保護条約」が実際に存在することを前提に、日韓関係に関する研究、教育、言論、啓蒙活動がなされてきたのである。だから、政治家を含め日本に暮らす人びとの歴史認識が歪むのも無理がない

46 例えば、海野福寿編『日韓協約と韓国併合史』明石書店、1995年、187-189頁。同書に掲載された明治38年11月17日付けの文書には、日本語版は「日韓協約」、韓国語版には「韓日協商條約」、英語版には“CONVENTION”との3カ国語のタイトルが付されている。これは、海野教授が外務省條約局出版（1934年3月）の前掲『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』より転載して同書付録につけたものである。海野教授は、この1905年のこの文書の原本には、外務省宣伝のとおりタイトルがあるものと確信していたのであろう。日本のこの分野の研究者も、この文書が「捏造」されたときから100年経過した後までも日本の外務省によって欺かれ続けていたことを示す一つの証拠としてあげておく。

と言えよう。

- 存在する日本語版の原本には、外務省が存在すると主張する「日韓協約」というタイトルがなく、これは条約の草案に過ぎないと判断される。したがって、外務省が存在すると主張する1905年11月17日付日韓協約という条約の存在を証明できない。すなわち、この日韓協約という条約は存在しないと判断される。
- したがって、裁判所が判決で「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…」として裁判管轄権の存在の法的根拠とした「日韓協約」というタイトルの条約原本の存在は証明されなかった。

4. 1905年11月17日付「日韓協約」は条約として不成立

以下論述するように、1905年11月17日付「日韓協約」については、（仮にそれが存在すると仮定しても）以下述べるようにその批准書が存在せず、韓国側研究者が主張するとおり条約として成立していなかったと判断される。しかし、日本の研究者が迷路に入り込んでしまい、このような韓国側の法的判断に疑問を提起してきた。どこで迷路に入り込んでしまったのだろうか⁴⁷。

この溝を埋めるためには、日本側の研究者がより研究を深めて、日韓の対立を克服する必要がある⁴⁸。そのためには、この論点（国家代表者個人に対する強制による無効論）の研究に止まることなく⁴⁹、韓国の研究者

47 前掲『歴史認識』、229-239頁

48 大変残念なことではあるが、批准不要説を主張してきた海野教授及び坂元教授は、途中から国際共同研究から抜けてしまい、論文を撤回してしまった。だから、笹川紀勝＝李泰鎮（共編著）『国際共同研究・韓国併合と現代——歴史と国際法からの再検討』明石書店、2008年には、同教授らの論文が掲載されていないし、それ以後の2冊の共同研究にも掲載されていない。その経緯については、前掲書序文（9-34頁）に笹川教授が報告している。

49 筆者は、1963年ILC報告書を発見したので、『龍谷法学』39巻1号の論文を発表した2006年当時までは、『世界』誌上対話を横目で見ながらも、この問題にメ

が提起してきた批准の欠如の問題に関する研究をも進めることが重要だと思われる。

1905年「韓国保護条約」（1905年11月17日付日韓協約）には批准書がなかったことについては、日韓の間で争いがない。

問題は、批准が必要であったか否かである。

条約、とりわけ独立主権国家の外交権を奪うという、国家の存立に関わる重要な条約を、その国の外務大臣の署名限りで締結できるか否かという問題がある。主権国家が外国に外交権を奪われて、独立を失うほどの重要な条約が皇帝など主権者の同意（批准）なしに、有効に締結されるなどということは、当時の国際法上も有り得なかった。

1905年当時の大韓帝国では、全権代表により署名された条約は、一定の手続を経た後、皇帝が条約批准書に署名し、玉璽を押捺して承認・批准しなければ、効力を発生しないこととされていた。ところが、1905年「韓国保護条約」には高宗皇帝は最後まで署名も玉璽の押捺もしなかった。同条約に批准がなかった点では、日韓間で争いはない。

しかし、日本政府側は、大韓帝国皇帝の同意に基づく批准なしに国家が外交権を委譲し、独立を失う条約を締結することが国際法上あり得るとして、「批准不要説」を唱えてきた。

「批准不要説」を代表する海野説は、日本の外務省の実務（1936年当時のもの）を根拠に、1905年「韓国保護条約」は、高宗皇帝の批准がなくても有効に締結されたと「批准不要説」を主張する⁵⁰。

ㄴ 限定して研究を進めてきた。ところが、前掲『歴史認識と日韓の「和解」への道』シリーズの第1回目である『龍谷法学』48-1（2016年）論文で詳しく報告したとおり、安重根義軍参謀中将の裁判の不法性を研究する過程で、李泰鎮教授など韓国側の研究者からの建設的批判に応答して、1905年保護条約について批准の要否の問題にも研究範囲を広げるようになった。

50 海野福寿「I 研究の現状と問題点」、海野福寿編『日韓協約と韓国併合——朝鮮植民地支配の合法性を問う』明石書店（1995年）17頁参照。海野教授は、「後考をまちたい」としながらも、「韓国・北朝鮮の歴史学者などが主張している」

これに対して、韓国ソウル大学で国際法を教えていた故白忠鉉教授は、1905年「韓国保護条約」及び1910年「韓国併合条約」を含め、「日本が・・・韓国の主権を段階的に強奪した五つの条約」について、「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、「批准必要説」を唱えて、日本側と対立していた⁵¹。

李泰鎮教授は、「略式条約で国権を委譲できるのか（上）」、『世界』2000年5月）及び「同（下）」（同2000年6月）などで詳しく述べているように「批准必要説」を唱えてきた。

海野教授は、すでに1994年の段階で批准不要説を唱えていたが、その根拠として挙げていたのは、1936年の外務省の行政基準⁵²であった。これをもとに、「韓国・北朝鮮の歴史学者などが主張している全権委任状、批准書の欠如をもって法的欠陥とみなす無効論に対しては、批准を必要としない第二種形式の国家間協定もありうるので、にわかに賛成し難い」と主張する。1936年の基準を根拠として、1905年締結の条約の有効性を主張することが法的に妥当な論理になり得るか否かについては、後に検討する。

この批准欠如問題について坂元教授が発表した代表的論文には、「日韓

ㄱ 全権委任状、批准書の欠如をもって法的欠陥とみなす無効論に対しては、批准を必要としない第二種形式の国家間協定もありうるので、にわかに賛成し難い」と、「批准不要説」を唱えている。

51 白忠鉉「日本の韓国併合に対する国際法的考察」前掲『国際共同研究・韓国併合と現代』、389頁。

52 海野教授は、前掲駿台法学論文（1994年）ですでに批准不要説を唱えていた。その根拠として上げたのは1936年の文書、外務省条約局『各国ニ於ケル条約及び国際約束締結の手続ニ関スル制度』である。この文書に、「我国に於テハ批准ノ形式ニ依リ締結スル条約ノ外ニ、天皇ノ裁可ヲ以テ締結スル国際約束ト、御裁可ヲ仰グコトナク政府又ハ関係官庁限ニテ締結スル国際約束」とがあり、次の三種に区分されるとする。「…第二種 批准ヲ要セズ、唯陛下ノ御裁可ヲ以テ締結スル国際約束…」とされていることをあげる。

保護条約の効力——批准問題を中心に——」⁵³がある。坂元茂樹教授は、条約法を専門分野とする国際法研究者である。それだけに坂元教授がこの論文で批准不要説を唱えたことは、日本の研究者ばかりか一般社会にも大きな影響を与えたと思われる。これに対して、伝統的国際法の多数の資料を参照した筆者の研究成果⁵⁴は、故白忠鉉教授（国際法学）と李泰鎮教授（歴史学）が唱えてきた批准必要説を支持するものだった。

ところが、坂元教授の批准問題に関する前掲論文も、日欧の論文を多数引用し、国際法学者らしい論理を展開して執筆されているように見える。何度読んでみても、どこで迷路に入り込んでしまって、結局批准不要説に到達してしまったのだろうか？理解することが難しかった。しかし、この疑問を解決できないと、批准不要説（日本側）と批准必要説（韓国側）の対立は、永久の平行線となる。結局、水掛け論に終わってしまうだろう。そうなると日韓の和解の前提としての歴史認識について相互理解が深まらないだろう。電車に乗る時にも、坂元論文をカバンに入れて持ち歩いて考え続けた。

そんなある日、突然「謎が解けた！！」と直感した。分かってみると簡単なことではあったが、重要な発見と思われた。武漢大学での発表（2018年10月）に招かれていたときだったので、その中心に据えて、参加者の意見を尋ねてみたいと思い、大至急英文の論文⁵⁵を仕上げた。その発表の核になる部分は以下のとおりである。

53 坂元茂樹「日韓保護条約の効力——批准問題を中心に——」『中央大学法学新報』第104巻10・11号、1998年、1-30頁。

54 筆者が本論文末尾の文献リストにあげた論文等を参照されたい。

55 Totsuka Etsuro, "A way towards Japan's defreezing of its decolonization process" International Conference: Beyond the San Francisco System: Exploring East Asian Peace and Cooperation system in the 21st century, October 27-28, 2018, Wuhan University China Institute of Boundary and Ocean Studies.

（‘Inter-temporal Law’が鍵）

今考えてみると、なぜ今までこの問題に気が付かなかったのだろうか？「コロンブスの卵」の逸話がある。わかってみれば、誰にでもわかりそうな視点なのだ。それなのに、なぜ誰もこの視点からの検討をしなかったのだろうか？学生時代、幾何学の難問を解くときに、的確な補助線を引くことを思いついたら、一気に問題が解けた。筆者以外にも、そんな経験をした人は少なくないのではないだろうか。

それと同じで、要は今までと違う角度、視点から問題を見直してみることなのである。

ここで補助線は、‘Inter-temporal Law’という概念である。これをもとに考察すると、難問が簡単に解けることがわかった。これこそが迷路から抜け出す鍵になったのである。

オッペンハイム（第9版、1996年）の『国際法』は、日本でも広く参照されているが、そこには、「条約は、その締結の時に実施されていた国際法の一般規則に照らして解釈されるべきである——いわゆるinter-temporal law」とされている⁵⁶。これは、日本語では「時際法」として知られているが、藤田久一教授によるパルマス島事件判決に関する解説⁵⁷が参考にな

56 “A treaty is to be interpreted in the light of general rules of international law in force at the time of its conclusion - the so-called inter-temporal law”. Robert Jennings and Arthur Watts, (eds.), *Oppenheim's International Law Ninth Edition Vol. 1 Peace Parts 2 to 4*, Longman, 1996, p. 1281.

57 藤田久一『国際法講義I国家・国際社会』東京大学出版会、1992年、214頁は、1928年4月4日のパルマス島事件判決に関する注（3）で、「この判決でフーバー仲裁人は、行為又は法状態の有効性はその時点で有効な法に従って判断されなければならないという時際法の関連原則について検討した。法的事実（行為）はそれに関連する紛争が発生または解決される時に有効な法ではなくて、それと同じ時代の法に照らして評価されなければならない。…なお、この判決では、特定事件の事実について一定の日（時期）が「決定的」となる、所謂クリティカル・デートの用語が使われた。この事件では、…この条約の日付は「決定的時点（critical moment）」と呼ばれた。」としている。

るであろう。「法的事実（行為）はそれに関連する紛争が発生または解決される時に有効な法ではなくて、それと同じ時代の法に照らして評価されなければならない。」のである。

ところで、坂元教授の前掲「日韓保護条約の効力——批准問題を中心に——」論文は、1905年11月17日保護条約について批准が不要だったという説を主張している。その理由だが、この条約の条約文には、批准を必要とするという文言がないことを根拠にしている。

坂元教授は、まず、「議論の出発点として、そもそも、日韓保護条約が批准を要する条約であったかどうかという点がまず問題になる。全文五カ条からなる本条約にはいわゆる批准条項が存在しない。…こうした場合であっても、批准条約と考えるべきなのであるか。」という問題提起から議論を始めている⁵⁸。

そして、最終的には、「しかし、前述したように、同条約が批准を要する条約であったということは条約の文言からもまた当時の状況からも考えにくい。」という批准不要説の結論が導かれている⁵⁹。

議論の出発点から、最終的結論までの間には、多数の日欧の論文や条約などが引用されていて、国際法学者らしい議論に見える。一か所ごとの論理の運びは細部を見れば、「もっとも」と思えないでもない。ところが、まるで迷路のような議論が続いていて、「わけがわからない」という印象を持ったことを告白しなければならない。

そこで、前述した‘Inter-temporal Law’という補助線を引いて読み直してみた。

第1に問題になるのが、前記パルマス島事件判決の藤田教授の解説がのべている「決定的時点（critical moment）」をいつと考えるか？という問題から解いてゆきたい。

58 前掲坂元論文「批准問題を中心に」、6頁。

59 前掲坂元論文「批准問題を中心に」、16頁。

「決定的時点」は、1905年11月17日の日韓保護条約に関する紛争を解決しなければならない現在の時点なのであろうか？それとも、この条約が締結されたとされる1905年11月17日なのであろうか？一般規則から言えば、「条約は、その締結の時に実施されていた国際法の一般規則に照らして解釈されるべきである——いわゆるinter-temporal law——」（前掲オッペンハイム9版）という公式に当てはめて考えなければならない。そうだとすると、正解は、「決定的時点」は、この条約が締結されたとされる1905年11月17日ということになる。したがって、この条約の効力の問題は、現在の法ではなく、1905年11月17日当時に実施されていた国際法の一般規則に照らして解釈されるべきであるということになる。

これに気が付くのに、ずいぶん回り道をしてしまった。そのために、迷路に入り込んで訳が分からなくなっていたのである。ところで、坂元論文が取っている論証過程（前掲論文6-16頁）に戻って検討して見よう。

この少し前の部分（5頁）では、条約法に関するウィーン条約（1969年採択、1980年発効、1981年日本加入）の批准の定義（第2条）から議論を始めている。続いて大韓帝国国制（1899年）に触れている。「条約は明示に規定されていない場合でさえ通常批准を必要とするのが一般規則であると主張されることがある」としてマクネアー論文（1961年）を引用しているが、この注（4）で1935年ハーバード草案が同じ立場であることも述べている。これに対して、「条約は、別段の明示の規定がない場合には、批准を要しないというのが一般規則だと主張する論者もいる」として、注（5）でフィッツモーリスの論文（1934年）、シンクレアの論文（1984年）をあげている。

冒頭部分だけが、坂元論文が論拠としている資料を検討してみた。これ以上つづけても相当煩瑣になる⁶⁰。ここでやめておきたい。一体坂元論

60 それ以後（注6以降）の引用論文等の資料もほとんどが、「決定的時点」である1905年11月17日以降のものである。例外としては、中村進午『国際公法ノ

文は何を論証しようとしているのだろうか？論文等が作成されたときを見てみると、韓国の研究者が批准必要説の根拠としてあげている大韓帝国法制だけは違うが、そのほかは、すべて1905年以降に書かれたり、採択された文書である。坂元論文は、迷路に迷い込んでしまって、結局現在の国際法上の原則を論証しようとしているように見える。筆者は、これに気が付いて、「これでよいのか？」と疑問を抱いたのである。

前に検討した通り、「決定的時点」は、この条約が締結されたとされる1905年11月17日であるから、この条約の効力の問題は、1905年11月17日当時に実施されていた国際法の一般規則に照らして解釈されるべきなのである。したがって、1899年制定の大韓帝国法制をのぞき、その他の「決定的時点」（1905年11月17日）以降の資料は、すべて不適当として引用することを避けなければならなかったのである。ところが坂元論文が依拠したほとんど大部分の資料は、「決定的時点」以降に作成されたものである。これこそが、坂元論文が迷路に入り込んでしまって、批准不要説の立証に失敗してしまった原因と思われる。

1936年の外務省資料を引用して批准不要説の根拠としている海野論文への疑問についても同じことが言える。これも「決定的時点」である1905年11月17日以降の1936年の資料をもとに、それ以前の国際法を証明することは適当ではない。

そうすると、批准不要説を唱えてきた海野論文と坂元論文は、‘*Inter-temporal Law*’の視点から言って、説得力を失ったと結論してよいだろう。

筆者のそれまでの研究を振り返って見ると、決定的時点である1905年11月17日当時の日本の国際法学者の国際法に関する著作を網羅的に調査していた。その結果、批准不要説は見いだせず、批准必要説一色だったことが

ゝ 論』（明治30年、1897年）などがあるが、これらは、批准必要説をとっているもので、坂元論文の結論である批准不要説の根拠とはならない。

分かった⁶¹。また、当時の国際法雑誌に掲載された研究成果をみても同様だった⁶²。詳細は、これらの筆者の研究成果を参照していただきたい。ここでは、筆者の研究成果は、韓国側の研究者の主張と一致するという結論のみにとどめておきたい。

以上3つの理由から、安重根義軍参謀中将裁判が裁判管轄権の根拠とした条約が存在しない（あるいは、無効又は不成立）のであるから、結局、安重根義軍参謀中将は、裁判管轄権を持たない不法な裁判所により死刑判決を受けたことになる。

第6．結論

1．安重根義軍参謀中将裁判の不法性についての結論

結論は以下のとおりである。

- 1905年11月17日付「日韓協約」は存在しないことが証明された。
- この条約が存在することを裁判管轄権の根拠とした日本による安重根義軍参謀中将裁判は不法であった。
- 判決が認めているように、大韓帝国に安重根義軍参謀中将の裁判管轄権があった。
- したがって、その後継である大韓民国には安重根義軍参謀中将の名誉回復措置をとる権限がある。
- 安重根義軍参謀中将の行為は、不法な軍事的侵略に対して大韓帝国の独立を守るための正当な自衛行為の一環であった。

2．韓半島植民地支配の不法性についての結論

61 前掲『歴史認識』、49-92頁。

62 前掲『歴史認識』、93-138頁。

結論は以下の通りである。

- 1905年11月17日付「日韓協約」の存在を前提とする併合条約による大韓帝国（韓半島）の併合は不法だった。
- したがって、強制動員問題に関する2018年10月30日韓国大法院判決（憲法判断を根拠にして大日本帝国による韓半島の植民支配は「不法強占」であるとした）の判断は、国際法の視点でも正当であると判断できる。

（まとめ）

誤った裁判の被害者側であり、裁判管轄権を持っていた韓国の公的機関は、安重根義軍参謀中將の名誉回復措置をとることができると考える。

ところで、それは、どのようなプロセスで可能になるだろうか。今後、これに向かって研究を進めることが求められている。

日本の公的機関が、筆者が到達した判断を受け容れ、裁判の過ちを認めることができるようになることが望ましい。

そのためには、以下述べるようないくつかの困難を克服する必要がある。

第1に、沈黙を強いる社会からの圧力に抗して、研究者が研究を蓄積し、討議することが必要である。

第2に、沈黙を強いる頑強な抵抗にもかかわらず、研究成果を日本社会に自由に公開できるようになる環境を実現することが期待される。

第3に、目を背けたいことではあるが、日本社会の多数の人々及びメディアが、公開された研究成果を率直に受け容れることができるまでに成熟する必要がある。

第4に、そのようなプロセスの次にくるのが、日本の公的機関が研究成果に沿った結論を公式に公表することができる勇気を持てるようになる段階である。

現在の日本の状況は、ようやく第2段階の入口にたどり着いたところで

はないだろうか。たとえば、筆者が所属する実務法律家の自治組織である日本弁護士連合会は、会内で研究者の研究成果を学習し、その報告書をまとめることができる段階にまでは到達した。しかし、2023年7月現在では、残念ながら、未だその成果を一般に公開することができない段階にとどまっていることを告白しなければならない。

最後に、過去の自らの過ちを承認することは、いずれの組織でも極めて困難であることを想起する必要がある。過去の過ちを認めて、自ら真実を受け容れることが如何に困難かを示す分かりやすい事例がある。

筆者が着目したのは、ガリレオの地動説に対する迫害の事例である。1632年『天文対話』が発禁となり、1633年宗教裁判で有罪判決が下され、軟禁されたガリレオは1642年に死亡した。その後1992年教皇パウロ2世がこの宗教裁判が誤判であったことを認めてガリレオに謝罪するまでには、実に没後350年というときが流れたのである。

(資料1)

韓国歴史研究院編『石橋歴史資料集2： 安重根ハルビン義挙』大学社、
2021年添付CD（別冊）倉知政務局長旅順へ出張中発受書類第1巻
(0045L-0047R)

東京発十一月八日後一時十分

? 旅順着 ヶ 後三時七分

石井外務次官

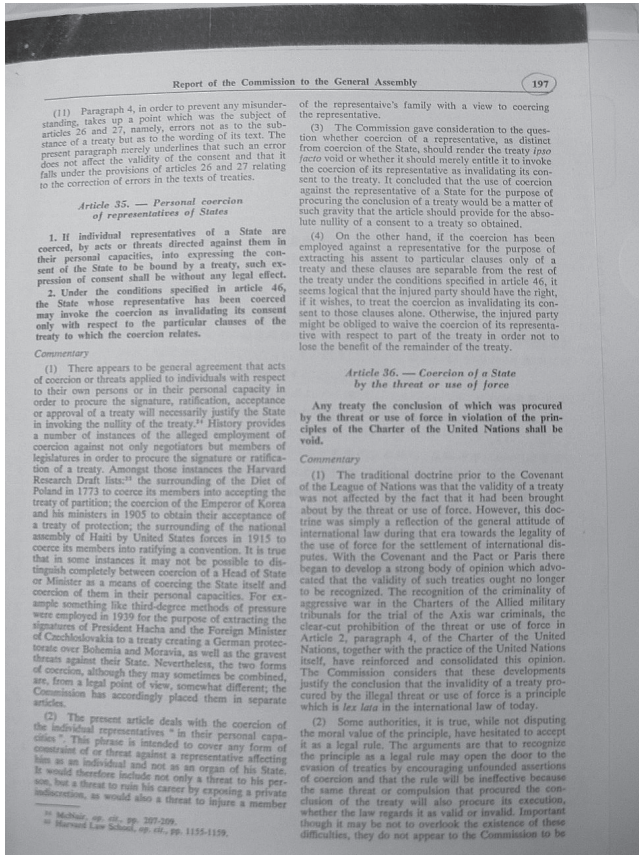
倉知政務局長

第三号

貴電第三号に關し清国に於ける韓国人は韓国が日本の保護国となりたる結果帝国の法権の下に立つに至りたるが故にその犯罪の刑法第一条に所謂帝国内に於ける犯罪と見做し当然帝国刑法を適用すべき義と思考す刑法第一条第二条第三条に所謂帝国内外の區別は原則として帝国領土内外の區別を指すものなるも帝国が治外法権を有する国は帝国臣民に關しては刑法の適用上帝国の領土と同視すべきものと解釈せられ司法省とも協議の上其旨昨年八月各領事に訓令しあり帝国の法権の下に立つ韓国人も帝国臣民と同一の地位にあるものなるが故に齊しく右の解釈に依り差支えなかるべく隨て清国に於ける韓国人は刑法三条に列記せる犯罪に限らず其他一切の犯罪に付帝国刑法の適用を受くるものと解す

（資料2）

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.



戸塚悦朗著文献リスト

1905年11月17日付日韓協約の不存在及び安重根義軍参謀中将裁判の不法性
2022年11月17日現在

(論文)

1. 「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。
2. 「安重根裁判の不法性と東洋平和」龍谷法学42巻2号、2009年、1-27頁。
<https://mylibrary.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00069008>
3. 「最終講義に代えて——「韓国併合」100年の原点を振り返る——1905年「韓国保護条約(?)」は捏造されたのか」龍谷法学42巻3号、2010年、311-336頁。(「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、45-65頁に、「1905年「韓国保護条約(?)」は捏造だったのか」として転載)
<https://mylibrary.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00070024>
4. 「東アジアの平和と歴史認識——安重根東洋平和論宣揚の必要性をめぐって」龍谷法学、45巻3号、2012年12月、957-993頁。
<https://mylibrary.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00373001>
5. 「龍谷大学における安重根東洋平和論研究の歩み：100年の眠りからさめた遺墨（上）」、龍谷大学社会科学研究所社会科学年報第44号、2014年5月、57-66頁。
<https://mylibrary.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00493015>
6. 「龍谷大学における安重根東洋平和論研究の歩み：100年の眠りからさめた遺墨（下）」、龍谷大学社会科学研究所社会科学年報第44号、2014

年5月、67-78頁。

<https://mylibrary.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00493010>

（著書）

7. 『「徴用工問題」とは何か？——韓国大法院判決が問うもの』 明石書店、2019年10月、1-209頁。
8. 『歴史認識と日韓の「和解」への道——徴用工問題と韓国大法院判決を理解するために』 日本評論社、2019年11月、1-248頁。
9. 『日韓関係の危機をどう乗り越えるか？——植民地支配責任のとりかた』 アジェンダ・プロジェクト、2021年4月、1-69頁。

Death Penalty Lawsuits in Japan : Is Execution with Dignity a Paradox?

Akiko Kogawara

1. Introduction

Japan has retained capital punishment, and executions are conducted almost every year. The most recent execution occurred on July 26, 2022. A man convicted of killing seven people and injuring ten others in Tokyo's Akihabara electronics district in 2008 was executed. As of the end of August 2023, there are 106 death row inmates in Japan¹.

Why does Japan, which is known as a civilized country, retain the death penalty? According to the White Paper on Crime 2020, the number of homicides has not increased². Compared to other countries, Japan's homicide rate is much lower. Despite this fact, the vast majority of the population has supported the death penalty. In pub-

1 This number of death row inmates is confirmed at the following website: Kyousei Tokei (https://www.e-stat.go.jp/statsearch/files?page=1&layout=dataлист&toukei=00250005&tstat=000001012930&cycle=7&year=20220&month=0&stat_infid=000040081396&tclasslval=0). Of this number, 98 are male.

2 WHITE PAPER ON CRIME 2022, PART 1 Crime Trends, Chapter 2 Penal Code Offenses by Category, 3 Other Penal Code Offenses. (https://hakusyo1.moj.go.jp/en/71/nfm/n_71_2_1_1_2_3.html)

lic opinion polls, approximately 80% of the respondents favor this punishment³. These results have been used to justify the retention of the death penalty system. However, questions have been raised about whether the public is fully informed when making their choices⁴.

Several lawsuits challenging the constitutionality of the death penalty system have been brought forth, but the Supreme Court has never found it unconstitutional. For example, in 1948, the Supreme Court ruled that the death penalty system in Japan does not violate the principle of due process as stipulated by Article 31 of the Constitution⁵. Also, in 1955, the Supreme Court held that the method of execution, hanging, does not violate the constitutional ban on torture or cruel punishment⁶. As a result, the debate on whether or not the death penalty should be retained has stalled.

Under these circumstances, since 2020, three notable lawsuits have been filed challenging the constitutionality of the death penalty system. Hereinafter, they are referred to as Death Penalty Lawsuit 1, 2, and 3⁷.

3 HIROYOSHI ITABASHI (January 19, 2020), Survey: 80.8% approve of death penalty, while 9% opposed, *The Asahi Shimbun* (<https://www.asahi.com/ajw/articles/13047497>)

4 Mai Sato, *The Death Penalty in Japan: Will the Public Tolerate Abolition?*, London, Springer VS, 2013.

5 Supreme Ct decision, March 12, 1948 (Keishu, Volume 2, Number 3, Page 191)

6 Supreme Ct decision, April 6, 1955 (Keishu, Volume 9, Number 4, Page 663).

7 Three lawsuits' complaints translated into English are available from CrimeInfo (<https://www.crimeinfo.jp/data/osaka/>).

2. Death Penalty Lawsuit 1

In 2020, three defense attorneys sued the government for compensation. They had been representing a death row inmate, but the person was executed while his demand for a retrial was still in process. Thus, the defense attorneys claimed that the execution violated their right to counsel⁸. In response, the Japanese government has continued to argue that the retrial has no immediate bearing on whether the execution should be paused under the Code of Criminal Procedure, Article 442 (“The request for a retrial shall have no effect to suspend the execution of a sentence”). In reality, past cases do not always support their argument. Prior to 1999, the government had refrained from executing death row inmates during requests for retrials. However, in 1999 and 2017, the government executed condemned individuals who had requested retrials. After the 2018 executions of former leaders of Aum Shinrikyo, a doomsday cult behind the Tokyo subway sarin attack that killed 13 people and injured more than 5,000, the then Minister of Justice stated that just because they were demanding a retrial did not guarantee their executions would be postponed⁹.

8 They claim that the execution of the Death Penalty Retrial Petitioner is a direct infringement of the right to counsel for the Death Penalty Retrial Defense Counsel.

9 Okamoto, Sakamoto and Abe (September 24, 2018), *Saishin-Seikyu-Chu no Shikei, Zehi ha?*, *The Asahi Shimbun* (<https://digital.asahi.com/articles/ASL9Q544LL9QUTIL01Q.html>).

The general assumption behind this interpretation is that there are death row inmates who repeatedly request retrials in order to escape executions.

More significantly, in addition to the defense attorney's rights being violated, the right of the death row inmate to a fair trial was also violated by the execution during a request for retrial¹⁰. Given the possibility that the death sentence may have been a miscarriage, inmates' right to a retrial should not have been ignored. Notably, there is a wrongful conviction case currently receiving significant attention in Japan. In a retrial expected to be nearly 60 years after his initial arrest, Mr. Iwao Hakamata, who was sentenced to death for murder and arson, may finally be exonerated. In deciding to open the retrial, the Tokyo High Court even mentioned an "extremely high possibility" that the evidence was fabricated¹¹. Since it is believed that the retrial will undoubtedly end in his acquittal, if he had been executed during his request for a retrial, it would have been a terrible injustice, an execution of an innocent man.

After Death Penalty Lawsuit 1 was filed, three death row inmates were hanged in 2021. These executions were the first executions that occurred since 2019. As two of them were demanding a retrial, this turn of events seems to signify that the government decided to disregard Death Penalty Lawsuit 1, which is still ongoing.

10 Regarding this point, the plaintiffs argue as follows: It has been made difficult or impossible to pursue the mission to right the wrongful conviction and restore faith in the legal system for the plaintiffs, as the death penalty retrial defense counsels. In addition, the purpose of the retrial petition to save the "life" entrusted by the death penalty retrial petitioner can no longer be fulfilled.

11 Tokyo High Ct. decision, March 13, 2023

3. Death Penalty Lawsuit 2

Contrary to the first case that were brought forth by lawyers, in the second case, the plaintiffs are two death row inmates who filed a lawsuit against the government in 2021¹². In Japan, death row inmates are not informed of the execution date and time until two hours before (the last-minute notification procedure)¹³. They asserted that being notified on the morning of the execution is inhumane and therefore, should be illegal. By this logic, the inmates demanded that the government pay each 11 million yen from the government in compensation for their mental suffering. In addition, they sought a court ruling stating that the plaintiffs will be under no obligation to

12 Among the three lawsuits, this lawsuit received the most international media reaction. Elaine Lies (November 5, 2021), Japan death row inmates sue over 'inhumane' same-day notification, Reuters, <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/japan-death-row-inmates-sue-over-inhumane-same-day-notification-media-2021-11-05/> (Accessed September 25, 2023). November 5, 2021, Japon : des condamnés à mort poursuivent le gouvernement en justice, Le Figaro, <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/japon-des-condamnes-a-mort-poursuivent-le-gouvernement-en-justice-20211105> (Accessed September 25, 2023). November 5, 2021, Japan death row inmates sue over same-day executions, BBC, <https://www.bbc.com/news/world-asia-59173259> (Accessed September 25, 2023). Death row inmates sue over Japan's brief notice of execution, The Guardian, https://www.theguardian.com/world/2021/nov/05/japan-death-row-inmates-sue-over-same-day-notification-of-execution-report?CMP=Share_iOSApp_Other (Accessed September 25, 2023). Adela Sulima (November 5, 2021), Japanese death row inmates sue over same-day notification of executions, The Washington Post, <https://www.washingtonpost.com/world/2021/11/05/japan-death-row-inmates-lawsuit/> (Accessed September 25, 2023)

13 When the execution date is announced to inmates was made clear in responding to questions in the Diet. In 1998, the then director general of the Ministry of Justice's Bureau of Corrections stated that executions are usually carried out one or two hours after the time of notification.

accept the execution when informed a few hours prior to their execution.

The Code of Criminal Procedure contains several articles regarding the execution of the death penalty:

Article 475: Execution of the death penalty shall be ordered by the Minister of Justice.

Article 476: When the Minister of Justice orders the execution of the death penalty, the death penalty shall be executed within five days.

When the Minister of Justice orders an execution of the death penalty pursuant to Article 475, paragraph 1 of the Code of Criminal Procedure, the prosecutor shall direct the warden of the penal institution to execute the death penalty by means of a death penalty execution command (Article 10, paragraph 1 of the Rules on Execution Affairs). In addition to these, there are other exceptional provisions, such as suspending execution in the case that the death row inmate is insane (Article 479¹⁴). On the other hand, in Japan, no legal provision stipulates when death row inmates must be informed of the execution date and time. In other words, the last-minute notification procedure is not specified by law but only through administrative practice. Additionally, information on the process of execution has rarely been made public. Hence, it is unclear how this process will be put into practice once the Minister has issued the order for execution.

14 Paragraph 2 of this article stipulates that where a woman who is sentenced to death is pregnant, the execution shall be suspended by order of the Minister of Justice.

In fact, until the mid-1970s, death row inmates were notified one day prior to the day of execution. This operational procedure has been revealed by several former prison officers. This fact is also confirmed by an audiotape recording of farewell exchanges between a prisoner and his relatives. However, the Ministry of Justice has never clarified when and why this practice changed. They have merely reiterated that the last-minute notification operation is reasonable for the emotional stability of the inmate who is to be executed¹⁵. As of present, there has been no indication that the government is reexamining this procedure.

The plaintiffs' claims are as follows:

1) Guaranteed “due process” in Article 31 of the Constitution

As mentioned earlier, the execution announcement on the very day is given no more than two hours prior. This administrative operation violates the “due process” guaranteed by Article 31 of the Constitution. It stipulates, “No person shall be deprived of life or liberty, or be subjected to any other punishment, except under due process of law.” Consequently, the Supreme Court has held that due process under Article 31 of the Constitution is required for any infringement by the authorities, not just punishment, and this requires notice and opportunity for a

15 According to the plaintiffs, the Japanese prime minister has made several statements regarding the death penalty notification. In 2000, the then Prime Minister Yoshiro Mori stated that “I do not believe that it is appropriate to announce the fact of execution prior to the day of execution, as it would be extremely harmful to the emotional stability of the person who will be executed.”

hearing. Therefore, inmates sentenced to death are guaranteed the right to appeal their execution. However, if the opportunity to exercise this right is not given, it cannot be called a genuine guarantee. Because, it is almost impossible for death row inmates who have only received their execution notice at the very last minute to exercise their right to object. Nor are they able to contact their lawyers. For example, even if an inmate under the death penalty is considered insane, and a stay of execution is appropriate, they would not be able to take action for appeals to court.

2) International Covenants on Human Rights

It has frequently been pointed out that prisoners sentenced to death but are not informed of their scheduled execution date live in abject terror each day thinking they could be executed at any moment. International human rights organizations have criticized this practice as a breach of human rights. In particular, they point out the psychological distress of death row inmates. The government of Japan submits reports to the International Covenant on Civil and Political Rights that this last-minute notification practice is reasonable for maintaining the peace of mind of death row inmates. However, it is clear that this practice violates the Covenants, which are considered higher than domestic laws.

3) Human Dignity: Providing the Opportunity to Face One's Own Death

Both death row inmates and terminally ill patients experience imminent and inescapable deaths. Based on the principle of re-

spect for individual choice, terminally ill patients must be guaranteed the opportunity to accept their impending death. Therefore, not informing a terminally ill patient of the name of his or her disease and life expectancy is a deprivation of this opportunity and a violation of the patient's dignity. Similarly, not informing death row inmates of the date of their execution is a violation of their dignity. While the acceptance of death requires a certain amount of time, it is almost impossible to prepare for death with two hours' notice before the execution.

The comparison between death row inmates and terminally ill patients may be subject to several criticisms. One such argument is that death row inmates should be able to begin accepting their impending death once their sentences are finalized. If this were so, the opportunity to accept death is not necessarily taken away by the last-minute notification practice. However, there is a qualitative difference between being diagnosed with a life threatening disease and being told only three months left to live. By the same token, the finalization of a death sentence and the notification of the execution date have a different impact on the death row inmate.

The Death Penalty Lawsuit 2 is ongoing, and the plaintiffs submitted as evidence a tape-recorded conversation of a death row inmate exchanging farewells with relatives. They also submitted a researcher's statement indicating that among the State Parties to the Covenant of Civil Liberties, Belarus is the only country that does not notify death row inmates of their execution date.

The government, in this case the defendant, cited to a case where an inmate committed suicide after being notified of his execution date, and therefore, the last-minute notification is a reasonable practice to protect inmates from potential acts of suicide, self-harm, or harming others. However, the government has not made clear the process which led them to conclude that the suicide was caused by the execution date notification. The government has also not disclosed the exact procedure that led them to change their practice.

In addition, the government argued that notifying inmates of their execution date is not their legal obligation. Surprisingly, they also claimed that individuals on death row who deprived victims of the chance to face their own natural deaths does not deserve the same opportunity. If the Japanese government considers that the significance of the death penalty lies solely in retribution, it must be said that this view is incompatible with the modern conception of punishment.

4. Death Penalty Lawsuit 3

The third lawsuit, filed in 2022, challenges the constitutionality of the execution method, which is hanging. The long drop hanging method has been the only method of execution used in Japan for the last 150 years¹⁶. From the viewpoint of American policy makers,

16 After being blind folded, the condemned prisoner is forced to stand on top of a trap door, and the noose is placed around his or her neck. Then the trap door is opened, leaving the prisoner's body suspended approximately 30 centimeters off the ground. See the video created by lawyers in Osaka, which tells about the cruelty of capital punishment in Japan and the history of this punishment in Europe (https://www.osakaben.or.jp/02-introduce/movie/hang_dat/english.php).

which abolished hanging about 70 years ago for reasons of cruelty, the current execution method in Japan may be regarded as an “unusual punishment”¹⁷.

The plaintiffs and their counsel attorneys demands are as follows:

- 1) The defendant¹⁸ shall not execute the plaintiffs by hanging,
- 2) The court confirms that the plaintiffs are not obligated to accept the death penalty by hanging,
- 3) The defendant shall pay to the plaintiffs 11 million yen each,
- 4) The defendant shall bear the costs of the lawsuit, etc. The plaintiffs also demand a declaration of provisional execution.

To date, the counsel has been attempting to explain the mechanism of death by hanging and what happens to the mind and body of the person who undergoes the execution. They also point out that hanging is a cruel punishment even for correctional officers and prosecutors who must be present. In addition, the plaintiffs argue that Japanese death row inmates are treated worse than animals because hanging is not even used in the euthanasia of dogs and cats.

5. Dignity of Death Row Inmates

Among the three lawsuits mentioned, Death Penalty Lawsuit 2 presents a new framework for considering the dignity of death row

17 Although the U.S. introduced the electric chair in place of hanging, it gradually became clear that the electric chair was also a cruel method. Now, lethal injection is the most common method of execution in the U.S., but some states still offer the option of a firing squad or an electric chair.

18 The Minister of Justice as the representative of the government of Japan

inmates¹⁹. By comparing the situation of death row inmates to that of terminally ill patients, the plaintiffs ask whether death row inmates should be given the opportunity to face their own deaths.

Death row inmates and terminally ill patients have one thing in common: their deaths are imminent and inescapable. This analogy may be criticized because the method, place, and circumstances of death row inmates' deaths differ significantly from that of terminally ill patients. Above all, death row inmates are people who have been found to have committed crimes serious enough to deserve their lives being deprived. Consequently, their deaths have particular meanings: condemnation and retribution. However, it is undeniable that even those who have committed serious crimes are still human beings and deserve to be treated with dignity.

It would be worthwhile to turn to medical practices here. In Japan, it used to be common practice to avoid revealing cancer diagnoses from patients unless the prognosis for cure was excellent. Conducted within the culture of medical paternalism, this was done in order to “protect” patients from despair. Until the 1990s, the prevailing tendency was to tell the family that the patient was incurable and had limited time to live and was not to share this information with the patient. However, this policy has changed. These days, physicians generally inform patients of their diagnosis and life expectancy, even in the case of terminal illness.

This change is partially due to improved cancer treatments and survival rates, but a greater reason could be attributed to the grow-

19 Akiko Kogawara (2022), An Inquiry on Capital Punishment in Japan: Is the Dignity of Death Row Inmates Guaranteed?, *Ryukoku Hogaku* 55(1), 33-86.

ing awareness of patients' rights²⁰. The importance of ensuring that people have the opportunity to express their wishes about how they will face their own death has come to be recognized. The significance of such an opportunity is also reflected in several civil cases where damages were granted for the tort of failing to inform the diagnosis to patients and/or families without valid reasoning²¹.

Nowadays it is common practice for medical professionals to consider the quality of the doctor-patient communication, how to convey that the patient is dying, and how to support the patient after the prognosis is given. As a result, in medical settings, patients are given the time and support to accept their own death after learning of their life expectancy. On the contrary, death row inmates do not have the luxury or time to accept their impending death. The cur-

20 In January 1990, the Japan Medical Association's Bioethics Roundtable issued a report on informed consent to the text of the note that has become a point of reference for every subsequent discussion of the topic. This report concluded that the principle of informed consent has become a necessary basis for the construction of a trusting relationship between doctor and patient. However, the report concluded that American-style informed consent cannot be simply imported completely intact into Japanese health care. Robert B Leflar, ARTICLE: INFORMED CONSENT AND PATIENTS' RIGHTS IN JAPAN, 33 *Hous. L. Rev.* 1, 1996.

21 Supreme Ct decision, September 24, 1955 (Hanta, Number 1106, Page 87). In a case in which family members of a terminally ill lung cancer patient sued a hospital for failing to inform them of the name of their disease although there was no difficulty in making contact with the patient's wife and children, the Supreme Court upheld a high court ruling that ordered the hospital to pay compensation. (At the time of the incident, 1990, cancer disease notification was not a common practice.) Tejima Yutaka, Recent Developments in Informed Consent Law in Japan (1), 36 *Kobe University law review* 45, 2002.

See also, the Ministry of Health, Labor & Welfare, Guideline on the decision-making process for medical and nursing care at the last stage of life, 2018.

rent practice of last-minute notice deprives death row inmates the opportunity to learn about their life expectancies and contemplate their options regarding last minute visitors, witnesses for the execution, how their properties should be distributed, or last meal preferences. Approaching the death penalty system in this manner allows us to reexamine death-row inmates as individuals with only a few days left to live. Drawing a contrast between death row inmates and terminally ill patients from the perspective of how individuals must face their deaths would be meaningful in this regard.

Japanese death row inmates are being deprived of multiple benefits under the discretion of the authorities²². They are kept in solitary confinement and allowed minimal visits aside from their defense counsels and family members. Additionally, they are not allowed to interact with others, including other prisoners or condemned persons. Although the government claims that these practices are for the inmates' mental stability under the Act on Penal Detention Facilities and Treatment of Inmates and Detainees, Article 32 ("Upon treatment of an inmate sentenced to death, attention

22 Mai Sato, "Koritsu no Naka de Shi wo Matsu Hitobito" applies Sykes' analytical framework, pains of imprisonment (G. M. Sykes, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*) to the results of a questionnaire survey of death row inmates in Japan. She identifies the death row inmates' "lived experiences", which is their knowledge and perspectives from direct, first-hand involvement. Her article reveals the situation of death row inmates who have been incarcerated in a solitary confinement awaiting their execution while experiencing many losses on a daily basis over the course of years. Mai Sato, "Koritsu no Naka de Shi wo Matsu Hitobito: Sikei-Kakuteisha he no Anketo Chousa Kekka kara Mietekuru Nihon no Sikei Seido", *CrimeInfo* (<https://www.crimeinfo.jp/wp-content/uploads/2022/12/13.pdf>).

shall be paid to help them maintain peace of mind”), it has been criticized that they are too broadly restrictive of the interests of death-row inmates. In particular, the inhumanity of not announcing the execution until the last minute is obvious. It should also be noted that death row inmates are treated in a significantly different manner from that of terminally ill inmates in general prisons. Nowadays, several prisons offer palliative care and end-of-life care to long-term prisoners. If conceived this way, the last-minute notification practice in capital punishment would have to be called unacceptable.

It could also be described that the current practice is equivalent to imposing a separate penalty in addition to the death penalty. If the death penalty is the deprivation of human life by public authority, restriction of rights during the period of physical restraint up to the execution should be minimized. International Covenant on Civil and Political Rights, Article 7 stipulates that no one shall be subjected to torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. Both the punishment and the treatment of the prisoner leading up to the execution need to be evaluated.

Is it impossible to inform death row inmates of their execution date as soon as it is set? Taking a brief look at the execution processes in the U.S. indicates that the answer to this question is an emphatic no. The U.S. has a well-established procedure to notify inmates of the execution date several days in advance.

Section 26 of Title 28 of the U.S. Code of Federal Regulations establishes the procedures by which federal executions are to take place. Section 26.4 states:

(a) The Director of the Federal Bureau of Prisons or his designee shall notify the prisoner under sentence of death of the manner of execution and the date designated for execution at least 20 days in advance²³...

Similarly, states with the death penalty system have their own execution procedures. Each procedure states that death row inmates will be notified of the scheduled execution date approximately 30 days in advance, or at the very latest, several days before.

For example, Oklahoma, which has already carried out three executions in 2023²⁴, has detailed procedures on what matters the state should inform death row inmates of prior to the execution. The protocol titled Execution of Inmates Sentenced to Death requires the warden of penal facilities to inform condemned prisoners of several matters²⁵. Upon receipt of the order establishing the date of execution, the warden should deliver the “35-Day Notification Packet”. The documents are then presented during a meeting with the inmate, and he/she first hears a summary of the rules and procedures to be followed during the next thirty-five days, such as those pertaining to physical restraints, personal property, and equipment in the cell. Then, the inmate has the opportunity to discuss certain privileges regarding visitations, witnesses, disposition of his/her

23 28 CFR 26.4(a)

24 Death Penalty Information Center, State and Federal Info: Oklahoma. <https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/state-by-state/oklahoma>. Accessed September 20, 2023.

25 Ibid. <https://oklahoma.gov/content/dam/ok/en/doc/documents/policy/section-04/op040301.pdf>. Accessed September 20, 2023.

body, and the last meal. The inmate may list five witnesses from relatives and friends²⁶, and two spiritual advisors or clergies. The inmate may also submit a list of visitors and request his/her last meal within the limit of \$25. After the discussion, the inmate will be placed in a special cell under 24-hour surveillance until the time of his/her execution. The family members of the inmate and his/her victims are also informed that an execution date has been set. Many states other than Oklahoma have similar procedures, most of which are publicly available.

The importance of advanced notice in the U.S. cannot be stressed enough for many reasons. The primary reason is the principle of due process. Besides, bearing witness to the execution would only be possible with advance notice of the execution date. As a result, not only the inmate but also his/her relatives, defense attorneys, bereaved families of victims, and the media are given the opportunity to learn of the date prior to the executions.

Several criticisms are to be expected regarding the advance notice of execution in Japan. One such critique is that if death row inmates are to be informed of their execution timing, a definite time period should be established between the sentence finalization and the execution, and strictly followed²⁷. This objection is based on the concern that requiring advance notice may result in the waiting period before execution to be shored. Article 475, Paragraph 2 of the

26 Persons under 18 years old or members of the facility staff are not allowed to become witnesses of the execution.

27 The plaintiffs in Death Penalty Lawsuit 2 are death row inmates: one has been on death row for nearly three years since his death sentence was finalized, and the other has been on death row for nearly 10 years.

Code of Criminal Procedure stipulates that the order set forth in the preceding paragraph, which is the execution order of the Minister of Justice, shall be rendered within six months from the date when the judgment becomes final and binding. However, this article is generally interpreted as merely an instructional rather than a mandatory provision.

Second, it could be pointed out that some death row inmates may not want to know the date of execution. This suggestion is essential from the standpoint of this paper, which compares death row inmates with terminally ill patients²⁸. Those who do not want to know their own life expectancy should obviously not be informed of it, and therefore, death row inmates who do not want to know their execution date should not be given advance notice. Whether or not such practical operations would be possible within the death penalty system is complicated due to multiple elements involved. In addition, the U.S. notification practice informs even death row inmates who do not necessarily want to know the date of their executions.

6. Obstacles to Death Penalty Lawsuits

A significant obstacle to plaintiffs in the second and third lawsuits is Japan's secrecy policy regarding the death penalty.

Information on the process of execution has rarely been made public. Hence, it is unclear how matters proceed once the Minister

28 According to the plaintiffs' claim in Death Penalty Lawsuit 2, the results of a survey in 2012, 40% of the respondents answered they would like advance notice to be given more than one day prior to their executions.

has issued the order for execution. One example of this lack of transparency is that, aside from the Tokyo Detention Center, death row chambers have never been open to the public. Victims, families of death row inmates, and their lawyers can only find out that an execution had occurred after the Ministry of Justice reveals it. However, the public, not just death row inmates and their relations, have the right to know how the ultimate penalty of capital punishment is carried out.

There is a stark contrast between the U.S. and Japan, although both are developed and retentionist countries. In the U.S, after a rush of federal executions under the Donald Trump administration, President Joe Biden reversed the situation. During his campaign, Biden openly took an abolitionist position on the death penalty and promised to eliminate the punishment. Under his administration, Attorney General Garland issued a moratorium on federal executions in July 2021, and in recent cases federal prosecutors have withdrawn their requests for it.

In addition, the number of states that have abolished the death penalty continues to grow; 23 states have eliminated it by the end of September 2021. Additionally, three states retain the death penalty but have suspended executions and several states have not carried out any executions in more than ten years. Consequently, the total number of executions in the U.S. has decreased dramatically. These movements are the result of the perpetual reexamination of the death penalty system, but what makes this possible is their transparency, which is significantly lacking in the Japanese death penalty system. This difference is epitomised in the timing death row in-

mates are notified of their scheduled execution dates and how much of the execution process is made public.

Although these lawsuits do not directly seek to abolish the death penalty, they may lead to a de facto suspension by revealing the illegality and inhumanity of the current Japanese death penalty system, including the execution method, the way inmates are treated leading up to the execution, and the appeal procedure. However, the question of whether the death penalty system can be improved is an issue that needs to be resolved by the government and those who support capital punishment. They must prove that execution with dignity is feasible and not a paradoxical notion. In order to address this challenge, it will be essential to open the door to increased transparency in Japan's death penalty system.

This research note is based on my presentation, "Death Penalty Lawsuits in Japan" at the 23rd Annual Conference of the European Society of Criminology (2023).

【報告】〔ワークショップ&リリース〕
「日本における死刑と再審」2023年9月4日イン・ベルリン
～日本政府は、まだ死刑を存置し、生命と人権を侵害し続けるのか!?～

(主催) 一般社団法人刑事司法未来 (CJF)
(共催) 龍谷大学刑事司法・誤判救済研究センター
フンボルト大学ベルリン ルイス・グレコ研究室
(後援) 龍谷大学犯罪学研究センター
マルティン・ルター／ハレ・ヴィッテンベルク大学 ヘニング・ローゼナウ研究室

暮 井 真絵子¹
石 塚 伸 一²

1. 第1部 司会：石塚伸一（龍谷大学名誉教授）
 - (1) 第1報告「袴田巖事件について～47年の拘禁の末に始まった再審裁判～」
 - (2) 第2報告「再審法案の起草について～日本には、再審に関する法律がない～」
 - (3) 第3報告「死刑囚人権訴訟～大阪で死刑囚の権利を争う裁判が始まった～」
2. 第2部 司会：ヘニング・ローゼナウ (Henning Rosenau) (マルティン・ルター／ハレ・ヴィッテンベルク大学教授)
 - (1) 第4報告「日本における再審のこれまでと再審制度」
 - (2) 金尚均（龍谷大学教授）からのコメント
 - (3) 古川原明子（龍谷大学教授）からのコメント
 - (4) キリアン・ヴェグナー (Kilian Wegner) (フランクフルト・オーダー・ヨーロッパ大学教授) からのコメント
3. ディスカッション
4. 閉会の辞

参考資料1 日本の死刑と再審に関する声明（日本語版・英語版）

参考資料2 当日の様子（写真）

1 本学法学部非常勤講師、本学犯罪学研究センター嘱託研究員
2 本学名誉教授、本学犯罪学研究センター嘱託研究員

2023年9月4日、一般社団法人刑事司法未来（CJF）は、龍谷大学刑事司法・誤判救済研究センターとの共催で「日本の死刑と再審～日本政府は、まだ死刑を存置し、生命と人権を侵害し続けるのか!?～」をフンボルト大学ベルリン（ドイツ・旧王宮ウンター・デン・リンデン9）213号教室で開催した。会場参加者とオンライン参加者を含め、約250名が参加した³。なお、各報告およびコメントの概要は、筆者が要約したものである。

はじめに、石塚伸一（龍谷大学名誉教授・CJF代表理事）が、開会の挨拶と本ワークショップの趣旨説明を行った。

日本は、絞首による死刑を存置しており、再審請求を行っても再審開始が認められにくく、再審請求中に法務大臣が死刑執行を行ったケースも存在している。「このような状況に対して、日本弁護士連合会をはじめとした、様々な団体が改善の努力をしている。しかし、未だ死刑の廃止や再審関連規定の改正には至っていない。このような日本の現状を改革するために現状を訴え、具体的な改善策を提案しているわたしたちの声に耳に傾けてほしい。今回、ここベルリンから、世界に発信をしていることの意味を考えてほしい。日本では、多くの人びとが死刑と再審の問題に目を閉ざし、口を噤んでいる。わたしたちは確信している。日本政府は、人権を侵害している。」と述べた。

3 本イベントの概要や報告された各事件の概要については、一般社団法人刑事司法未来ウェブサイト<<https://cjf.jp/archives/673>>および龍谷大学ウェブサイト<<https://www.ryukoku.ac.jp/nc/event/entry-13145.html>>を参照（2023年9月20日最終閲覧）。

1. 第1部 司会：石塚伸一（龍谷大学）

（1）第1報告「袴田巖事件について～47年の拘禁の末に始まった再審裁判～」

袴田事件⁴ 弁護団で弁護人を務める弁護士・戸館圭之（第二東京弁護士会）は、袴田事件の概要に加え、袴田巖が拘置所から送った死刑執行の恐怖を語った手紙を紹介しながら、死刑囚として留め置かれている状況を説明した。これらを踏まえ、弁護活動を通じて確信した死刑制度の問題点を指摘した。

刑事訴訟における事実認定は、あくまでも仮説である。この仮説は、有罪無罪の判定だけでなく、刑の量定の判断の前提となっている。仮説は、反証の可能性が担保されていることによって真実性が保証される。死刑の執行は、仮説の反証の可能性、すなわち、誤判救済の道を不可逆的に閉ざすものであり、人権尊重の理念と相容れない。現在、袴田巖は87歳、姉の秀子は90歳である。事件発生から57年もの年月が経過している。静岡地裁は、1日も早く無罪判決を示すべきである、と主張した。

（2）第2報告「再審法案の起草について～日本には、再審に関する法律がない～」

4 1966年6月30日に静岡県で発生した強盗放火殺人と関連して、袴田巖が死刑判決を受けた事件である。二度の再審請求を経て、2014年3月27日に静岡地裁が再審開始を決定し、拘置の執行を停止した。これにより、袴田は、47年7か月ぶりに東京拘置所から釈放された。しかし、静岡地検は、これを不服として即時抗告した。2018年6月11日、東京高裁は、検察官の即時抗告を受け容れて再審開始決定を棄却した。これに対して、弁護側が特別抗告した。2020年12月22日、最高裁は、高裁の再審開始棄却決定を取り消して事件を高裁に差し戻した。2023年3月13日、二度目の即時抗告審で東京高裁は検察官の即時抗告を棄却し、再審開始が確定した。2023年10月27日から、静岡地裁で再審公判が開始される予定である。しかし、検察官は、事実を争う構えである。

大崎事件⁵ 弁護団で事務局長を務める弁護士・鴨志田祐美（京都弁護士会）は、大崎事件における確定判決の認定した事実と「冤罪の構図」と再審請求の経過を紹介し、大崎事件に見られる日本の再審制度の問題点を指摘した。

刑訴法435条6号は、再審請求理由として無罪を言い渡すべき「明らかな証拠をあらたに発見したとき」と定めている。しかし、実務では、再審請求人に無罪を証明する証拠の提出を求めている。現行法は、「不利益再審」を認めていないことから、再審の目的は、無害の救済である。1975年5月20日最高裁判所第一小法廷は、いわゆる「白鳥決定」において、再審請求段階における証拠の明白性判断にも「疑わしいときは被告人の利益に」原則が適用されると判示した⁶。しかし、現実には、「疑わしいときは確定判決の利益に」になっている。

大崎事件の再審請求では、再審制度の不備が2つ顕在化した。

第1の不備は、再審請求段階には警察・検察に証拠開示を義務づける規定がないことである。そのため、証拠開示については、裁判所の訴訟指揮にすべて委ねられている。要するに、裁判所の「やる気次第」である。これにより、裁判体によって著しい「再審格差」が生じている。

第2の不備は、裁判所による再審開始決定に対して、検察官抗告が認められていることである。大崎事件では、裁判所は3度、再審開始を決定した。ところが、検察官抗告によって、上級審が再審開始決定を覆した。ほとんどの再審事件では、再審開始決定までに何十年もの歳月を要している。

5 1979年10月15日に鹿児島県で発見された変死体と関連して、原口アヤ子が懲役10年の有罪判決を受けた事件である。第一次から第三次までの再審請求では、再審開始決定が3回示されたものの、検察官抗告によっていずれも取り消されていた。第四次再審請求では、2022年6月22日、鹿児島地裁が再審請求を棄却した。これに対して、弁護側が即時抗告した。しかし、2023年6月5日、福岡高裁宮崎支部は即時抗告を棄却した。弁護側は即時抗告審決定に対して特別抗告し、現在は最高裁に係属中である。原口は、96歳である。

6 最決昭50・5・20刑集29巻5号177頁。

いつ執行されるかわからない死刑事件もある。再審開始決定がなされた場合には、検察官は抗告せず、速やかに再審公判を開始すべきである。

このような事態を改善するためには、再審によって雪冤された事件の教訓を活かし、誤判の反省を制度改革の原動力にすべきである。

（３）第３報告「死刑囚人権訴訟～大阪で死刑囚の権利を争う裁判が始まった～」

弁護士・西愛礼（大阪弁護士会）は、元裁判官としての経験を踏まえ、現在、大阪地裁に係継中である３件の死刑囚の権利を巡る国家賠償訴訟を中心に報告した。

日本の職業裁判官は、個人として死刑に反対であったとしても、「法と良心」に従って、死刑判決を宣告しなければならない（憲法76条3項）。2009年から始まった裁判員裁判では、市民も、自らの死刑に対する賛否の意見にかかわらず、裁判体として、死刑を宣告しなければならないことがある。

このような日本の死刑制度を巡り、弁護士・金子武嗣（大阪弁護士会）が中心となって３件の国家賠償訴訟を進めている。民事訴訟のメリットとして、刑事訴訟と異なり、比較的自由に証拠を提出できることが挙げられる。また、日本の国内法である憲法だけでなく、国際人権法に依拠して人権侵害を主張していることも、これらの訴訟の特徴である。

第１訴訟は、元弁護人が原告となって「再審請求中の死刑執行の違憲・違法」を訴える裁判である。第２訴訟は、現在の「死刑の即日告知・即日執行の違憲・違法」を訴える裁判である。第３訴訟は、西が代理人を務める訴訟で、「絞首による死刑執行の違憲・違法」を訴える裁判である。

日本の死刑は、絞首刑で執行される。死刑囚は、執行方法を選択することができない。絞首の方法は「ロングドロップ」方式と呼ばれるもので、踏板が開落することにより、首に縄をかけられた死刑囚が３～４メートル

落下して死に至る。1955年の最高裁判決は、当時の法医学者の意見を容れて、この方式による死刑執行は、残虐な刑罰ではないと判示した⁷。しかし、近年、オーストリアの法医学者ヴァルテル・ラブル博士は、絞首の死に至る機序には5つの可能性があること、ギロチンと同じような頭部離断による死亡が起こりうること、さらには、死に至る機序は誰もコントロールできないことを指摘した⁸。このような執行方法は、日本国憲法の「残虐な刑罰の禁止」規定や、自由権規約の「残虐、非人道的、品位を傷つける刑罰の禁止」規定に反する。これまでの同種訴訟において、裁判所は、「死刑に処されるような犯罪を行なった者は、この程度の苦痛は甘受すべきであり、苦痛を最小限度にする必要までではない」という理由で、死刑は残虐な刑罰ではないと判示している。しかし、自由権規約7条は、死刑執行にあたっては身体的・精神的苦痛は最小限度にしなければならないことを要求していると理解されている。したがって、日本の判例は、明らかに国際人権法に反している。

これら3件の訴訟に共通するのは、死刑そのものへの賛否とは直接関係なく、死刑存置派と廃止派の立場を越えて、議論をすることができることである。この裁判を通じて、死刑について議論をしていくことが重要である。

司会の石塚は、「日本の研究者や実務家は、死刑について語ることで不利益な取扱いを受ける場合がある。自由を尊ぶ国であるドイツの首都ベルリンのフンボルト大学から日本にメッセージを送ることができたことを非常に嬉しく思う」と述べて、第1部を終えた。

7 最判昭30・4・6刑集9巻4号663頁。

8 中川智正弁護士＝ヴァルテル・ラブル編『絞首刑は残虐な刑罰ではないのか？——新聞と法医学が語る真実』（現代人文社、2011年）を参照。

2. 第2部 司会：ヘニング・ローゼナウ（マルティン・ルター／ハレ・ヴィッテンベルク大学教授）

ローゼナウは、冒頭で、「ドイツに、死刑制度は存在しない。基本法（憲法）102条が規範的に禁じているだけでなく、社会も容認していない。しかし、再審については、再審請求人に不利益な判断が行われるという実情があり、現在も議論がある。『死刑と再審』について、日本とドイツの研究者と実務家がそれぞれの立場から議論することは、重要である。」と述べて、報告が始まった。

（1）第4報告「日本における再審のこれまでと再審制度」

斎藤司（龍谷大学教授／刑事司法・誤判救済研究センター長）は、日本の刑事訴訟法が、フランス法、ドイツ法、そして第二次大戦後にアメリカ法の影響を受けており、現在の日本の再審制度は、憲法の要請を受けて「誤って有罪とされた無実の人を無罪とするための制度」であることを確認した。

現行法上、再審請求は、有罪判決を受けた人だけではなく、検察官も行いうことができる。しかし、検察官による請求は極めて稀である。再審請求手続は、再審理由を判断する再審請求審と実体的な判断をする再審公判の二段階構造になっている。

再審請求理由は、「ノヴァ型」と「ファルサ型」の混合システムである。

刑訴法435条6号が定める「明らかな証拠」とは後者の要請であるが、規定自体が抽象的で、立証は困難である。この明白性要件については、1975年「白鳥決定」⁹と1976年「財田川決定」¹⁰の2つの最高裁判例によって、新証拠だけで無罪を証明することまでは要求されず、他の証拠も含め

9 最判昭50・5・20刑集29巻5号177頁。

10 最決昭51・10・12刑集30巻9号1673頁。

て総合的に判断して、有罪判決に合理的な疑いが生じればよいとされた。しかし、実務を見る限り、確定判決を見直すべきであると考えられる証拠の提出まで求められているように思われる。

また、日本では再審開始決定に対する検察官抗告が認められている。再審開始決定が確定するためには、再審請求審の裁判官だけでなく、検察官や再審公判の裁判官までの、すべての関係者を説得できる「合理的な疑い」が存在することを示す新証拠の提出が求められる。このことから、事実上、請求人には無罪の証明責任が課されている。

さらに、再審関連規定がほとんど存在しないため、請求人は警察・検察が有する証拠等にアクセスできないまま、無罪の証明を強いられている。

白鳥決定・財田川決定により上げられた再審開始の門は、現在、解釈や運用によって狭められている。この門をどのように上げていくのかが課題である。1980年代には、死刑再審で4人の再審無罪が認められたにもかかわらず、再審制度は見直されなかった。誤った裁判への反省から、国費による被疑者弁護制度や重大事件における裁判員制度の導入等の改正はなされてきた。しかし、再審制度については何らの改善もなされていない。速やかに再審関連規定の改正を行うべきである。

（2）金尚均（龍谷大学教授）からのコメント

日本の殺人罪（刑法199条）の最も重い法定刑は死刑である。この規定は、市民の生命が最も重要な法益であること、さらには、「人を殺すな」という規範命令を市民に対して発していることを示している。主権者である市民の利益を保障するのが、国家の役割である。その最大の役割は、市民の生命を守ることにある。しかし、刑法199条は人を殺すなどと市民に訴えているにも関わらず、国家が殺人を行うことを正当化しており、国家の役割と矛盾している。

現行刑法は、主権者が天皇であった1907年に制定されたものである。第
(龍法 '23) 56-3, 210 (652)

二次世界大戦後の1947年に現行憲法が制定されたことにより、刑法にも当然に影響が及ぶべきであり、その最たるものが死刑制度である。

死刑は、特定の人々の排除の容認に繋がる。人々を「市民」と「敵」に二分化することは、社会の分断をもたらすものであって、社会の安定に資するものではない。分断は、法の下での平等に反する。死刑は、廃止されるべきである。

（3）古川原明子（龍谷大学教授）からのコメント

終末期医療に関する患者の権利を研究してきた見地から、死期が迫っている患者と死刑確定者を比較しながら意見を述べた。

近年、日本では、患者の権利保障の高まりから、病名や余命等の医療情報を提供しないというパターンリズム的な医師の裁量は容認されていない。医師は、患者とコミュニケーションをとり、予後を伝えたいうえで、サポートすることが重視されている。このような現状を踏まえると、現在の死刑執行の直前の告知は、不合理である。

アメリカでは、死刑執行日が事前に告知されている。死刑確定者の中には、親しい人に別れを告げたり、被害者遺族に連絡をとりたい人もいるだろう。精神的に不安定であれば、カウンセラーと相談する機会も与えられる。しかし、日本の死刑確定者には、このような機会がない。死刑執行の直前告知は、単に執行の恐怖を死刑確定者に与えるだけでなく、死と向き合う機会を奪うものである。

直前告知は、死刑確定者の生きる権利を奪うものであり、死刑確定者に生命剥奪以外の別の刑罰を科すことと同じである。加えて、執行までの身体拘束は刑罰の内容ではない。死の直前まで、可能な限り社会の一員として扱わなければならない。人権尊重は成熟した社会の基本原則である。

西が紹介した大阪地裁の三訴訟によって、死刑制度の透明性が高まり、死刑に関する議論が活性化することを期待している。

(4) キリアン・ヴェグナー(Kilian Wegner) (フランクフルト・オーダー・ヨーロッパ大学教授) からのコメント

旧西ドイツ(ドイツ連邦共和国)では、1949年に基本法(憲法)が制定され、102条により死刑廃止が明文化された。それに対して、旧東ドイツ(ドイツ民主共和国)では、死刑が存続していた。しかし、1987年に死刑は廃止された。

死刑の再導入については、法的にも政治的にも議論されていない。連邦議会が死刑制度再導入の議論を行ったのは、1952年が最後であった。1960年代以降の世論調査では、再導入賛成派が多数を占めたことはない。1996年ドイツ連邦憲法裁判所は、「基本法1条1項が定める人間の尊厳の尊重と死刑は相容れないものである」と判示した。したがって、基本法102条の死刑廃止規定が憲法改正によって削除されたとしても、死刑は人間の尊厳を侵害するものであることから、死刑を再導入することはできない。たとえ、ヨーロッパ諸国が政治的変革によって死刑を導入したとしても、ドイツの理念が揺らぐことはあり得ないと確信している。

最後に、司会のローゼナウは、第2部の報告およびコメントについて、以下のように述べた。2002年に「あらゆる状況の下での死刑の廃止に関する人権および基本的自由の保護のための条約についての第13議定書」が追加された。これにより、ヨーロッパ人権裁判所(ECHR)は、「ヨーロッパにおいては、死刑は人権の侵害であると理解されている」と判示した。死刑には、合理的根拠がない。

ドイツでは、再審請求がなされた場合には裁判所の裁量において刑の執行を延期できる(刑訴法360条2項)。仮に、ドイツに死刑が存在したとしても、死刑執行の場合には裁判所の裁量は認められず、当然に執行を延期しなければならないであろう。日本においても、死刑確定事件において再審請求がなされた場合には、死刑執行が必然的に不可能となるよう法改正する

べきではなかろうか。

3. ディスカッション

会場参加者とオンライン参加者双方から、多数の質問や意見が寄せられた。

「ドイツは死刑存置国への犯罪人引渡しを行わない。他の死刑廃止国から犯罪人が引き渡された場合、日本で死刑を執行されないという保証はあるのか」との質問に対し、日本側は「そのような保証はない。最近では、日本への犯罪人引渡しを求めた際に、相手国側が、『死刑存置国であること』を理由に日本への引渡しを拒否したケースもあった」と回答した。

「日本では、再審を担当する弁護人の負担が大きいと聞く。実際はどうか」との質問に対し、鴨志田は「再審弁護人は、長い時間をかけて再審に取り組む必要がある。日本の場合再審には国選弁護人制度の適用がないこと、ほとんどの弁護人は、費用を自己負担して活動していることから、経済的援助が必要である。再審制度改正と同時に国選弁護人制度の創設が必要である」と回答した。ローゼナウは、「ドイツでは再審でも国費で弁護人を付すことができることに加え、再審に特化した弁護士もいる」とドイツの状況を補足した。

このほかにも、ジェンダー問題や少数者保護と死刑との関連性、死刑に対する一般市民の意見、袴田事件の今後の展開などについて議論が行われた。

4. 閉会の辞

石塚は、「1993年にドイツで死刑と終身刑について講演をした際、『日本は、死刑を廃止することができるか』という質問に、『できる』と答えたが、いまだ改革は行われていない。しかし、本日、日本の死刑や再審制度は、人間の尊厳を傷つけるものであるという問題をドイツの皆さんと共有できた。同じ認識の人たちと集えたことに大きな意義がある」と総括した。

加えて、石塚は、「今回のワークショップ&リリースは、この間の死刑問題への取り組みの中間総括である。本日の議論を踏まえ、参加者一同による『日本の死刑と再審に関する声明』を発表したい」と提案し、異議なく了承された。

これにより、本ショップ&リリースは終了した。

【謝辞】

今回の試みを支援していただいた団体や個人、とりわけ、献身的に協力していただいたフンボルト大学ベルリンのルイス・グレコ研究室のみなさん、北九州大学の大杉一之教授、ベルリン在住のジャーナリスト池永記代美さん、そして、素晴らしい通訳をしていただいたシュテファニー=暁子・ハシュケさんに心より感謝申し上げたい。

参考資料1 日本の死刑と再審に関する声明（日本語版・英語版）

〔日本の死刑と再審に関する声明〕

わたしたちは、「日本における死刑と再審の現状が、日本国憲法および国際人権の観点から見て大きな問題を抱えており、刑事司法において深刻な人権侵害をもたらしていることを確認した。

わたしたちは、日本国に対して、下記の5点について速やかに改善を求める。

- 1 袴田事件の再審裁判において、検察官は、自らの過ちを認め、再審裁判で争うことやめる。このことによって、可及的速やかに袴田巖さんを死刑囚という法的地位から解放する。
- 2 大崎事件の再審請求裁判において、最高裁判所は、自らの過ちを認め、再審裁判を開始する。このことによって、可及的速やかに原口アヤ子さんを有罪者という法的地位から解放する。
- 3 日本政府は、再審請求中の死刑執行を止める。死刑執行期日を事前通告する。絞首刑という人道に反する執行方法を止める。そして、死刑に関するすべての情報を当事者および市民に公開する。
- 4 日本政府は、再審の手続きを明確化し、かつ適正化するために、再審に関する特別法を速やかに制定する。
- 5 日本政府は、死刑の執行に関する手続きを明確化し、かつ適正化するために、死刑の執行に関する特別法を速やかに制定する。

以上、声明する。

2023年9月4日 ベルリンにおいて

参加者一同

[Statement on the Death Penalty and Retrial in Japan]

We have confirmed that the current situation of the death penalty and retrial in Japan is highly and seriously problematic from the perspective of the Constitution of Japan and the International human rights, and that it constitutes a serious violation of human rights in the criminal justice system.

We call on the State of Japan to promptly improve the following five points:

1. In the retrial of the HAKAMADA-case, prosecutors must recognize their mistakes and stop fighting the retrial. This will release Mr. Iwao Hakamada from his legal status as a prisoner on death row as soon as possible.
2. In the trial for retrial of the Osaki-case, the Supreme Court shall recognize its own error and commence the retrial. This will release Ms. Ayako Haraguchi from her legal status as a convicted person as soon as possible.
3. The Government of Japan shall not order any executions during pending retrial; shall give advance notice of the execution date and shall stop the execution by hanging, a method of execution that is contrary to humanity. In addition, the Government shall open all information on the death penalty available to the parties and the public.
- 4 The Government shall enact the special law on retrial in order to clarify the due procedure for retrial as soon as possible.
5. The Government shall enact the special law on the execution and process of the death penalty in order to clarify the due procedures for exe-

【報告】〔ワークショップ&リリース〕「日本における死刑と再審」2023年9月4日イン・ベルリン

cutions as soon as possible.

We hereby declare the above.

4 September 2023, in Berlin.

All participants

参考資料2 当日の様子（写真）



プロイセン国王フリードリヒ2世像
（フンボルト大学前）



フンボルト大学校舎の様子



鴨志田祐美弁護士による報告の様子

ヨアヒム・レンツィコフスキー『行為理由としての規範』
In: Rechtsstaatliches Strafrecht.
Festschrift für Ulfried Neumann zum 70. Geburtstag,
C.F. Müller, Heidelberg 2017, S. 335 - 346.

ヨアヒム・レンツィコフスキー(著)
玄 守道(翻訳)

A.

本稿は、規範が行為理由としてどの程度、機能しているのかという問いと取り組む。行為理由とは、人格にとって、一定の条件の下で、ある特定の行為を実行する理由である¹。法規定は²、「通常の」行為理由を凌駕する行為理由である。法規定の名宛人は、それが他の動機付けに反するのかどうかとは無関係に、求められている行為を行うよう義務付けられている³。行為理由としての規範の包括的分析を*Joseph Raz*が提示した。しかしながら、筆者にとって、一方で行為理由の序列化(Hierarchie)の展開、あるいはこれと関連する、一方の禁止及び命令と、他方の許容との関係が重要なのではない⁴。筆者の狙いは、慎ましいものである。議論されるべきなのは、態度規範(例えば、「汝、殺すなかれ!」)と制裁規範(例えば、

1 *Raz*, Practical Reason and Norms, 2. Aufl. 1990 (in deutscher Übersetzung von *Zimmerling*, Praktische Gründe und Normen, 2006), S. 19.

2 *Raz* (Fn. 1), S. 49 は、「命令規範(mandatory norms)」という表現を用いている。

3 *Raz* (Fn. 1), S. 73 ff. はそれゆえ、「排除理由(exclusionary reasons)」という。

4 Vgl. etwa *Renzikowski*, Hruschka-FS, 2005, S. 643 ff.

ドイツ刑法典第212条にいう「人を殺した者は、「…」罰せられる」との区別およびそれぞれの名宛人の範囲なのである。ここでは、さしあたって、複数の異なる組み合わせが可能である。

1. 態度規範だけが存在する。これは市民に対してのみ向けられている (a)、国家の諸制度だけに向けられている (b) あるいは両方に向けられている (c)。選択肢b及びcがあらかじめ除外されるのは、容易に見てとることができる。というのも、もっぱら態度規範を含む法秩序は、その遵守について監視し、規範違反を追及すべき国家の諸制度に関知しないからである—なぜなら、態度規範は、それらの活動に対応するルールを含んでいないからである。そのような法秩序は、*Hart*によれば、まったくあり得ないわけではない。しかしながら、彼はこれをプリミティブな社会においてのみありうると見ている。というのも、そのような法秩序においては、態度規範の内容に関する不明確なものを解明することができる審級が存在せず、態度規範が等閑視されたのかどうかを確認する審級が存在しないからである。その限りで、すでにそのような態度規範をそもそも—単なる—道徳規範と区別しうるのかどうかは疑わしい⁵。加えて、ルールのさらなる重要なカテゴリー、すなわち、変化した生活関係に適合させるための（一次的な）態度規範の変更のためのルールが欠けているのである⁶。
2. 制裁規範だけが存在する⁷。これは国家の諸制度にだけ向けられてい

5 Vgl. *Aichele*, Bedingungen von Normativität, Zukunft, Kontingenz und was sonst noch damit zusammenhängt - eine Erinnerung, in: *Aichele/Renzikowski/Rostalski* (Hrsg.), Normentheorie - Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 21, 25.

6 *Hart*, The Concept of Law, 3. Aufl. 2012, S. 91 ff.; ferner *Raz* (Fn. 1), S. 159 f.

7 S. etwa *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. 276 ff.; *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989, S. 104 ff.; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1996, S. 42 ff.

る (a)、市民だけに向けられている (b) あるいは両方に向けられている (c)。選択肢bはしかしながらナンセンスである。というのも、自ら自身を処罰する法的義務は存在しないからである⁸。

3. (一次的な) 態度規範と並んで、(二次的な) 制裁規範が存在する。ここでは、以下の組み合わせが考慮に値する。すなわち、態度規範はもっぱら市民に向けられており、制裁規範はもっぱら国家の諸制度に向けられている (a)⁹。あるいは、両規範は、市民と同時に国家の諸制度にも向けられている (b)。

以下では、まず、選択肢 2 aが議論されるべきである。そこから、一さらなる一二元的な規範理論の論拠がもたらされる (B)。次いで、選択肢 3 のいずれのバリエーションが優れているのかが表示される (C)。このことから、「法律なければ刑罰なし」(基本法103条 2 項) 原則に対する帰結および最後に示唆されるべき不法の意識の対象に対する帰結がもたらされる。

B.

選択肢 2 aの例として、*Kelsen*と*Schmidhäuser*が挙げられよう。

*Kelsen*は*Binding*の二元的な規範構想に否定的な判断を下した¹⁰。ここでは、この論争にこれ以上立ち入るつもりはない。彼の見解によれば、一

8 Vgl. auch *Hobbes*, De Cive(1646), Malmesburiensis Opera quae latine scripsit omnia, in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth, Vol. II, London 1839, Cap. XIV.23; *Bentham*, Of Laws in General, ed. by H.L.A. Hart, 1970, Chap. XI.12.

9 *Binding*においてそのような響きが感じられる, s. Die Normen und ihre Über-tretung, Erster Band: Normen und Strafgesetze, 1872, S. 28 ff.; *ders.*, Hand-buch des Strafrechts, Erster Band, 1885, S. 155, 162 ff.

10 *Kelsen*, Hauptprobleme (Fn. 7), S. 276 ff.

少なくとも、純粹法論の時代の間¹¹—あらゆる完全な法規範は、ある一定の人間の態度に対する制裁—刑罰あるいは強制執行¹²—の予告 (Androhung) を含んでいる¹³。一般的に定式化すると、ある特定の要件 (Tatbestand) が存在すれば、法効果—制裁—が生じなければならない。規範の、実際の事案への適用を、Kelsenは「帰責 (Zurechnung)」と呼ぶ。この帰責は、人間の意思活動によって行われるものであり、その意思活動の意味がひとつの規範である¹⁴。Kelsenにとってすなわち裁判官による判決もまた一個別の一規範である¹⁵。裁判官の活動は、規範的な性格を、その活動が繰り返し、より高度の—一般的な—規範へと立ち還ることができることを通じて初めて得るのである¹⁶。つまり一般的な規範—本稿の文脈では、刑罰法規—は、裁判官にとって権限付与の機能を有する¹⁷。しかしながら市民にとってそれはいかなる本来的な規範の意味も有するものではない。というのも、法的に義務付けられているのは、処罰される態度を差し控えることではなく、制裁の付与だからである¹⁸。

11 後にケルゼンの見方は変えたようである。彼は、彼の死後1979年に刊行された規範の一般理論において、強制行為の創出 (Setzung) を行うべきと指図する一次規範と並んで、法主体の一定の態度を行うべきと指図する二次規範を明示的に承認している。(S. 43, 115 f.).

12 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 114 ff.

13 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 12), S. 51 ff., 55 ff.

14 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 12), S. 79 ff.; näher dazu Heidemann, *Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen*, in: Paulson/Stollleis (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker*, 2005, S. 17, 19 ff.

15 S. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 12), S. 85, 107, 121, 244.

16 そして、最高度の規範、すなわち根本規範に至るまで継続する、Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 12), S. 26, 35, 47, 79 ff.; この点について詳細は、 dazu eingehend Heidemann, *Law and Philosophy* 19 (2000), 263 ff.

17 Näher dazu Paulson in: Klatt (Hrsg.), *Institutional Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, 2013, S. 61, 78 ff.

18 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 12), S. 124.

よりシンプルなのは、*M.E. Mayer*が*Binding*に反論をし、そして、その後、*Schmidhäuser*によって採用された、以上とは異なる考察である。市民に直接、向けられた態度規範の表象は、非現実的であるとする。個々人は、通常、刑罰法規に認識が至らないために、それはその態度指導機能を充たすことができないとするのである。この課題は、むしろ社会において承認された社会道徳の価値の中に認められるとする。それに対して、国家による法秩序は、もっぱら国家機関へと向けられているとする¹⁹。

この見方は、刑事立法が実効的であることを望むならば、それが社会において支配的な倫理的標準に向けられるべきであることを認めるものでなければならぬ。新たな態度の標準の導入と貫徹を刑法は企てるべきでないとするのである²⁰。この点は、後述する。しかしながら、*Schmidhäuser*は、社会倫理的に非難されるあらゆる態度が到底可罰的なわけではなく、立法者が自己の裁量により比例原則²¹に応じて、いかなる態度が最も厳格な手段で制裁を科せられるべきかを選択するということを無視している。法はいずれにせよ道徳的な標準を貫徹するという課題を有するのではなく、法的な地位を保護するという課題を有するのである²²。より重要なのは、2つ目の異議である。犯罪訴追の当事者である市民にとって、*Schmidhäuser*の構想において制裁はほとんど不意に現れる。というのも、市民は何につ

19 M.E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 4 f., 30 ff. et passim; *Schmidhäuser*, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964, S. 10 ff.; *ders.*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, S. 36 ff.; ebenso *Alwart*, Recht und Handlung, 1987, S. 146 ff.; zur Kritik s. *Hoerster*, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ 1989, 10 ff.

20 Vgl. *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 1, 11.

21 Betont von BVerfGE 120, 224, 239 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 367 ff. et passim.

22 S. *Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7 ff. m.w.N.; vgl. auch BGHSt 23, 40, 43 f.

いて処罰されるのかを全く知らないからである—そして、このことを知る必要も全くない。なぜなら、あらゆる反道徳的な態度は潜在的に可罰的であるからである。しかし、このことであらゆる種類の刑罰目的の基礎が消失するのである²³。

*Kelsen*の法論にはこの批判は当てはまらないが、しかし彼の構想もまた、いかに法が態度を制御するのかについて説得的に説明されてはいない。*Binding*に反論して、彼は「不法（犯罪（Delikt））は、否定ではなく、法の条件 [である]」²⁴と説明する。それによれば、犯罪者は（態度規範の意味における）法に反するのではなく、彼は（制裁発動条件としての）法を充たすのである。法命題に掲げられた制裁は、その場合、単に、処罰—あるいは他の制裁—を回避すべく従うべきとされる仮言命法として、すなわち利口さのルール（Klugheitsregel）として機能する。しかし、この代価を支払う用意のある者に対して何が通用するのか？²⁵ 確かに、法規範のあらゆる等閑視が何らかの法効果を引き起こさなければならないというのは、さもないと道徳的な規範と区別しえないために、的を射ている²⁶。この点もまた後述する。しかし、態度規範の意味は制裁規範の要件として機能

23 この点につき、しかしまた *Schmidhäuser* は詳細に述べている、s. etwa Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971.

24 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 12), S. 116 f.

25 犯罪を準売買契約（Quasi-Kaufvertrag）として解釈することは、例えば *Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus (1929), Nachdruck 1966, S. 160 ff.; *Gary S. Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), 169 ff., 196 f.; *Hoyer* (Fn. 7), S. 265 ff. において見られる—その代価として、例えば報酬が理解されうとする。それゆえ、規範の制裁理論に対する広範に流布した異議は、それは刑罰と報酬とを区別しえないとも述べる、s. statt vieler *Weinberger*, Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie, in: *Lenk* (Hrsg.), Normenlogik, 1974, S. 89, 102 ff.

26 法規範と単なる道徳規範との区別が、*Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 12), S. 64 f. にとって、法の制裁理論に対する決定的な根拠である。*Bentham*, Of Laws in General (Fn. 8), XI.8. und 9. は、制裁なき法律を「無能力」と称する。

する点に汲み尽くされるのではない。そして、まったく確かなのは、態度規範はその従属が規範の名宛人の任意に位置づけられる仮言命法を単に定式化するものではないということである。法は規範の名宛人に規範従属と制裁との選択を委ねておらず、他者の法的地位の尊重義務は定言的に妥当するのである。

C.

このことは、すべて、一次的な態度規範と二次的な制裁規範の間の二元的な区別を擁護している。しかしながら、刑罰法規はもっぱら国家機関に向けられ、その基礎となる規範はもっぱら市民に向けられている（したがって、選択肢 3 a）というように解する排他的区別は、あまりに短絡的な理解であろう。

I.

まず第一に、態度規範は市民に向けられ、これらの者に、何をなすべきであり、何をなすべきでないかを提示する。態度規範は、多面的な観点において行為理由である：

法規範は複雑性を態度予期の存続（Bestand）を作り出すことによって縮減する²⁷。このことによって、社会的な共同生活が初めて可能となる。これは、例えば道路交通の事例で示すことができる。公的な交通領域の利用の可能性は実践的にはなんの制限もないが、しかし交通領域それ自体は非常に制限されている。道路交通に参加するすべての者が自分勝手に振る

²⁷ この点について基礎的なのは、Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 31 ff.; ferner Raz (Fn. 1), S. 157 ff.

舞うとすれば、道路交通は不可能であろう。それゆえ、交通ルールは不可避である。すべての交通参加者は他の参加者が等しく交通ルールを遵守すると信頼することができなければならない。法による運転規則は、その場合、例えば、その他に罰金が規定されているという理由からのみ従われるのではなく、とりわけ、自身が交通事故に巻き込まれないためでもある。

さらに、法規範は、たとえ法律が個別事例であっても個別の道徳から逸脱するにしても、規範の名宛人がその正当性と通用性を確信しているために、従われるのである。社会の大多数の関与者は単に処罰への不安から遵守するのではない。さもなければ、社会の存続は維持しえないであろう²⁸。

II.

制裁規範は犯罪訴追機関を名宛人としている。これは、起訴法定主義（ドイツ刑事訴訟法第152条2項及び第160条1項）と関連して犯罪行為を訴追することを義務付けている²⁹。そのため、制裁規範は犯罪訴追機関に対する（一次的な）態度規範であり、その違反がそれ自体として、制裁を発動させうるのである。それゆえ、訴追機関は自らの側で、（二次的な）制裁規範という上部構造、例えば刑法第258条a（公務における処罰妨害）

28 すでにHorazは次の通り、意識していた: „quid leges sine moribus vanae proficiunt“ (Carminum liber tertius, XXIV, 35 f., in: Oden und Epoden, Textausgabe von Fink, 2002, S. 192); 受け入れることに基づく規範従属についてs. die Beiträge in: Pichler(Hrsg.), Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung, 1998; vgl. auch Hart(Fn. 6), S. 98 f., 105 f.; 経験的な視点に基づくわずかながらの刑法を通じた威嚇効果もまたこのことを支持する, s. Bussmann, Wirtschaftskriminologie I: Grundlagen - Markt- und Alltagskriminalität, 2016, Rn. 923 ff.

29 Bentham, Of Laws in General(Fn. 8), Chap. XI.15.; ebenso Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 9 f.

や第339条（枉法）を有している³⁰。

制裁規範はしかしながら義務規定だけでなく、同時に権限付与規範として機能する。なぜなら、科刑で初めてではなく、すでに刑事手続を遂行することそれ自体が、被告人の法的に保障された自由へと介入しているからである³¹。むしろ、制裁規範は、犯罪訴追機関の活動をすべての詳細において指導する刑事訴訟のルールとの関連の中に見出されなければならない³²。

それに対して、*Binding*は国家を刑罰法規の名宛人と見なしている。なぜなら、裁判官は行政官庁のように、国家の刑法を行使するのではなく、不偏の審級として判定するものであるからとされる³³。*Altenhain*も同じように考えている。すなわち、制裁規範は国家に犯罪行為ゆえに犯罪者に対して向けられた、刑罰甘受のための義務を目的とする形成権を付与するとされる。この形成権を国家は、これは検察官を通じて主張されるものであるが、裁判所に対して請求するとされる³⁴。このようなイメージは、しかしながら、現行の刑事手続の権限の分配に適合するものではない。検察官のイニシアティブは捜査手続きの指導及び公的な起訴の提起に限定される。この時点から裁判所は申請に拘束されることなく自ら決定し、事態を職務上、解明するのであり、何らかの観点において他の手続き関与者の申し出を通じて制限されることはない³⁵。すなわち、裁判所は、例えばコモ

30 Vgl. *Bentham*, Of Laws in General (Fn. 8), Chap. XI.16: „a train of subsidiary laws to itself”.

31 S. *Lagodny* (Fn. 21), S. 109 f.

32 Vgl. *Bentham*, Of Laws in General (Fn. 8), Chap. XI.13.

33 *Binding*, Normen I (Fn. 9), S. 15, 28 ff; *ders.*, Handbuch (Fn. 9), S. 155, 162 ff.

34 *Altenhain*, Das Anschlußdelikt, 2002, S. 307 ff.

35 詳細につき *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 349 ff.

ンローの刑事訴訟におけるように³⁶、手続進行の監督者であるだけでなく、裁判所自らで刑罰正義を確立するのである。

しかしまた、一次的な態度規範は、間接的に犯罪訴追機関に対する行為理由である。というのも、刑罰は、有責に遂行された不法、より正確には態度規範違反に対する制裁であるからである。態度を不法として評価するための基準は、裁判官の帰責判断を指導する態度規範それ自体である。したがって、一次的な態度規範に二重の機能が付与されるのである。すなわち、展望的視点に基づく規範服従者の態度を決定すること及び回顧的視点に基づく態度を評価することである。決定と評価は、そのため、1つの規範の、正確に区別されるべき2つの側面である³⁷。それゆえ、態度規範の評価規範あるいは評価機能ともいう³⁸。

III.

残された問題は、制裁規範が法服従者の態度にとっていかなる意味を有するのか、である。*Binding*の回答は、明白である。すなわち、態度規範と刑罰の威嚇との結びつきは、余計な付随的なもの（Annnex）にすぎない。なぜなら、名宛人自身はこの付随的なものに従うことも、違反するこ

36 Vgl. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, 3. Aufl. 2000, S. 31 ff.

37 詳細な分析につき、s. *Hruschka/Joerden*, Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP 73 (1987), 93, 95 ff.; それに対して、刑法解釈学においては、異なる言語使用が普及している。それによれば、決定規範が行為反価値、評価規範が態度の結果反価値に関わる、vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 57; *Kühl*, AT, 8. Aufl. 2017, § 3 Rn. 6; *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 93. 以上によれば、評価規範は独自の規範、すなわち分配規範であろう。

38 Vgl. *Eisele* (Fn. 37), Vor § 13 Rn. 57; *Kühl*, AT, § 3 Rn. 6; *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 93.

ともできないからである。規範の拘束性（Verbindlichkeit）は、規範それ自体から生じるのであり（「汝、為せ」）、その実効性（Wirklichkeit）とは区別されなければならない³⁹。この異議は、しかし決定的な点を見誤っている。刑罰法規の実効性は、経験的に追求されうるものであり、どれほどの規範の名宛人が規範に違反し、その後、その違反のために処罰がどれほどなされたのかに応じて評価されうるのである⁴⁰。制裁の予告が、法律に準拠するということの追加的な行為理由でありうるのかどうかは、別の問題である。

1.

実際に *Bentham* はそのように見ている。法律は、態度規範、すなわち「とりわけあなたの知性（understanding）へ」向けられる態度規範と並んで、これとは異なる部分、すなわち「立法者が、その指示に従うためにどのような動機を与えたかをあなたに知らせる役割を果たすこと」、すなわち「あなたの意思に」向けられるものを含んでいる⁴¹。つまり、態度規範は規範の名宛人の理性的な洞察に訴えるのである。しかしながら理性によって決定づけられない者は、強制されなければならない。規範違反への誘惑が蔓延りそうになるとき、刑罰法規は、制裁の予告を通じて名宛人の動機付けに有効な釣合いの採れるものを創出することを試みるのである。

Kant もまた類似の主張を行っている。法が「一方の選択意志が他方の選択意志と自由の法則に応じて調和されうるところの条件の総体」であ

39 *Binding*, Normen I (Fn. 9), S. 26 ff.; *ders.*, Handbuch (Fn. 9), S. 160 f.

40 *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl. (hrsg. v. *Rehbind-er*) 1987, S. 30 ff., 167 ff.

41 *Bentham*, Of Laws in General (Fn. 8), Chap. XI.4., 18. und 19.

る]]⁴² 場合、実践理性が既に法規定を行為の挙動理由にするよう命じている。法秩序はしかしながらこのことを信頼することはできない。なぜなら、精神的な出来事はその存在において検証されえないからである⁴³。法秩序はそのことを信頼してはならない。なぜなら、法はそもそも考え方 (Einstellung) について気を配ってはならず、外部的な自己 (Mein) と他者 (Dein) だけを規制するからである⁴⁴。それゆえ、法秩序は、「すべての者の自由と一般法則に応じて両立しうる外部的な強制可能性の原理」のうえにのみ築くことができる⁴⁵。

この基礎をもとにして積極的に、フォイエルバッハは、その後、心理強制説を展開している⁴⁶。

「あらゆる違反は、人間の欲求能力が行為に際してのあるいは行為からの快楽を通じてその遂行へと駆り立てられる限り、その心理学的な発生理由を肉体的欲求 (Sinnlichkeit) に有している。この感性的な衝動は、各人がその犯行に続いて必ず害悪が生じること、しかもその害悪は充たされていない犯行への誘因に由来する不快よりも大きな害悪であることを知っていることによって放棄されうるのである。(…) そのような害悪を必ず阻止するという一般的確信は侮蔑的害悪 (Beleidigungen) で根拠づけら

42 Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: Kants gesammelte Schriften. Hrsg. von der Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 6, 1907, S. 203, 230.

43 S. Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (2. Aufl. 1787), in: Kants gesammelte Schriften, Band 3, 1911, B 373 Fußnote: 「したがって、行為の本来の道徳性 (功績と責任) は、我々自身の態度でさえも、我々から完全に隠されたままである。我々の帰責は、経験的な性格に関連するものでしかない。」

44 Kant (Fn. 42), S. 219.

45 Kant (Fn. 42), S. 232.

46 Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Erster Theil*, 1799, S. 43 ff. に詳細に纏められている。

れるであろうために、Ⅰ．法律はそのような害悪を犯行の必然的帰結として規定しなければならない（法律上の威嚇）。そして、上述の法律上規定されている観念的な連関の現実性があらゆる者の表象の中に根拠づけられるであろうために、Ⅱ．上述の原因連関が現実にも生じなければならない、すなわち、違反がなされれば即時に、法律においてその違反と結び付けられた害悪が付与されなければならない（執行、強制執行）。このことと合致する、抑止目的のための執行権および立法権の実効性が心理的強制を形成するのである。」⁴⁷

刑罰法規は一他のあらゆる法律と同様に一、それがそもそも何らかの効果を発揮しうるためには、適用されなければならないのは自明である。刑罰法規は、しかしながら、これが知られている場合に、その名宛人を動機づけうるに過ぎないのである。このことに、フォイエルバッハは、「法律なければ刑罰なし」原則の拠り所を求めている⁴⁸。以上によれば、予告された刑罰は、禁じられている行為を抑えるための「決断理由（Bestimmungsgrund）」⁴⁹である。

しばしば、*Hegel*の論駁が引用される：

「同様のことは人間を自由でないものと前提し、害悪の表象を通じて強制しようとする。（…）このことは、あたかも犬に対して杖を振り上げる

47 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., hrsg. v. Mittermaier, 1847, S. 38.

48 *Feuerbach*, Lehrbuch (Fn. 47), S. 41; krit. dazu *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, S. 253 ff.

49 *Feuerbach*, Lehrbuch (Fn. 47), S. 155 f.; ebenso bereits ders., Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Zweiter Theil, 1800, S. 44:「行為を差し控えることの拘束性及び差し控えの決断理由としての刑罰についての法律の表象」。

ような方法での刑罰の基礎づけを伴うものであり、人間はその名誉及び自由に応じてではなく、まるで犬のように扱われるのである。』⁵⁰

この批判は、しかしながら、行為理由としての規範のあらゆる構想が規範の名宛人がさまざまな行為選択の間で決定することができるということを直に前提としているために、すでに誤っている。*Feuerbach*が依拠する*Kant*にとって、人間の選択意志は確かに感性的な衝動によっても同様に触発されるが、しかしこのことによって、動物の選択意志と区別して規定されなくなる。むしろ、それは、純粋な意思から行為へと決定されうる。それは自由である、なぜなら、それは自ら自身に対して実践的である、すなわち自由の法則によって自らを決定づける能力を有するからである⁵¹。別の観点においてこの格言は一図らずも一当てはまる。理性的に振る舞う者は、態度規範に反するのではなく、法に準拠するであろう。善良な意思を持つそのような人間にとって、国家による法秩序は必要とされない⁵²。それに対して、他者にコストを強いるエゴイズムは一般化に適しておらず、それゆえ理性的でもない。自由の法則に照準するのではなく、「好みや嫌悪の選択意志」に従う者は、*Kant*によれば、「異常な決断理由 (pathologische Bestimmungsgründe)」から振る舞っているのである⁵³。それは、自ら自身を文字通り、犬のように、抑止的な挙動理由しか提供しえない動物にするのである⁵⁴。このような利口さへの訴えもまた役立たないことはあらゆる法規範の運命である。

50 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts(1821), Nachdruck 1911, Zusatz zu § 99.

51 *Kant* (Fn. 42), S. 213 f.

52 S. *Augustinus*, De libero arbitrio, I.15, 31.

53 *Kant* (Fn. 42), S. 219.

54 この意味における「機能的な抑止概念」につき。 *Greco* (Fn. 48), S. 358 ff.

つまり、主として、態度規範は規範の名宛人によって行為理由として受け止められなければならないであろう、なぜならそれは分別のあるもの (einsichtig) あるいは少なくとも妥当するものであるからである。それゆえ、制裁の予告は、*Raz*が述べるように、誤った性質の理由あるいはせいぜいのところ理性への訴えよりも確固とした理由を必要とする者に対する補助的理由 (auxiliary reason)⁵⁵なのである。

2.

制裁規範は潜在的な法違反者への通告と並んで、原則として法に忠実な者へのシグナルも含んでいる。それは法の貫徹を信頼することができると思われるものである。「ずる賢い者 (Schlaunen)」は法違反から利益を得る一方で、法への服従は、「愚かな者 (Dummen)」のためだけのものではない⁵⁶。おそらく直説法上の定式化 (「…」は罰せられる) は、偶然ではない。当局はそこで市民に約束する：あなた達の権利は確実である、と。それによって、当局は規範服従者に法の妥当性について信じる補助的理由を生み出すのである。しかしながら、積極のおよび消極的一般予防は、この意味において刑法あるいは刑罰の基礎づけの独自性ではなく、法秩序それ自体に当てはまるのである。法規を執行しない法秩序はその権威を失っているのである⁵⁷。

55 *Raz* (Fn. 1), S. 161.

56 刑法を通じた規範確証について、s. *Bussmann* (Fn. 28), Rn. 933 ff. mwN; vgl. auch *Baurmann*, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 1, 10 ff.; *Hörnle/von Hirsch*, Positive Generalprävention und Tadel, in: *ibid.*, S. 83, 91 ff.

57 このことが、最終的に *Kant* (Fn. 42), S. 331 が刑罰法規を「定言命法」として示すことで考えているものである; s. dazu *Renzikowski*, Strafe und Strafrecht bei Kant, ノモス52号75頁。正確に受け取れば、したがってあらゆる法律は定メ

3.

制裁規範がいかなる態様で機能するのは、2つの例で示されよう。

a)

刑法典第226条は刑法典第223条1項の「単純」傷害に対する加重事由を含んでいる。そこで、一次的な態度規範は、「汝、如何なる者も害するなかれ！」と述べる。しかし、それは刑法典第226条1項1文においては如何に述べるのか。「汝他人を害する場合、少なくとも彼の眼を突き刺してはならない」という定式は、考慮に値しない、なぜならあらゆる傷害はどのような条件なしに禁じられているからである。「汝、如何なる者にも目を突き刺してはならない」という一次的な態度規範は、確かにありうるが、しかし223条に直面してその基礎に置く一般的な侵害規範に鑑みれば、必要である。*Binding*はそれゆえそのような加重メルクマールを態度規範のメルクマールとしてではなく、制裁化にとってのみ重要である「可罰性メルクマール」とする⁵⁸。

*Bentham*は立法者に、犯罪者が犯罪行為へと決断した場合、彼は少なくともより程度の低い犯罪を遂行し、可能な限り損害を少なくすることに配慮するよう推奨する⁵⁹。それゆえ、彼はルールとして次のように定式化する：

↘ 言命法である。

58 *Binding*, Normen I, 2. Aufl. 1890, S. 196 ff.

59 *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780, Chap. XIV, IV.2. und V.3.

「2つの犯罪が競合する場合、より大きな犯罪に対する刑罰は、より小さな犯罪を選ぶよう誘導するのに十分なものでなければならない。」⁶⁰

そして、

「刑罰は、あらゆる害悪に対して、犯罪者が害悪を生まないように抑制する動機であるような方法において、特定の各犯罪に適合させられるべきである。」⁶¹

b)

未遂からの任意の中止は刑法典24条によれば不可罰である。この点につきすでに*Feuerbach*は次のように述べている：

「国家が人間にすでに試みられた行為を処罰することなしには後悔させられないのであれば、彼はある程度犯罪を遂げている必要がある。というのも、未遂へと引き寄せられうる不幸な者（Unglückliche）は、さもなければ、彼がすでに刑罰の責めを負ったこと、彼はもはや悔悟によってより重大なものを得ることができず、犯行の既遂によってもはや重要なものは何も失い得ないと認識するからである。処罰する権力（strafenden Gewalt）が自らの権力によって抑止され犯行を差し控えた者を処罰しようとすることは、おおそ処罰する権力の自ら自身との矛盾であろう。」⁶²

60 *Bentham*, Introduction (Fn. 59), Chap. XIV, XI. Rule 3.

61 *Bentham*, Introduction (Fn. 59), Chap. XIV, XII. Rule 4. もっともBenthamは、このルールの脚注において、刑法典第52条及び第53条において規定されている「減輕Mengenrabatt」に反する一種の点の刑罰（eine Art Punktstrafe）を支持する。

62 *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen

このことに代えて、被害者保護を強調するにしても⁶³、不可罰への見通しが中止へと動機づけうる行為理由として生じる。このことと、行為者が行為をその他の理由から完遂しないことは、対立しない⁶⁴。

行為による悔悟（例えば、刑法典第142条4項、第239条a4項、第306条eなど）の様々な事例もまたこの態様において行為理由として解釈しうるのである。

D.

上述のように、法的な態度規範の特殊な性格とは、それが道徳と異なり犯罪者の権利への国家による介入を通じて保障されることである。ここで示されているのは、法の特別な強制的性格である。法規範は、好ましくない法効果を回避するために、法規範として遵守されるのである。このことから明らかになるのは、刑法に対して二つの点で論じられるべき帰結である。

I.

刑法典24条による中止における刑罰からの解放は、行為者が再び法の地平へと帰還することによって刑罰からの解放に値するということとしばし

↘ Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten. Zweyter Theil, 1804, S. 102 ff.; heute etwa *Hoffmann-Holland*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 21.

63 So etwa BGHSt 39, 221, 232; *Puppe*, Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984, 488, 490; *Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, S. 31 f.

64 So aber BGHSt 9, 48, 52; *Roxin*, AT II, § 30 Rn. 17 ff.; この心理主義化に正当にも反対するのは、*Hoffmann-Holland* (Fn. 62), § 24 Rn. 24.

ば結び付けられる。求められるのは、将来の法への忠実さへの動機であり、その結果、被害者が行為者に金銭を提供するために行為者が強姦未遂を中止する場合⁶⁵あるいは侵入者が窃盗未遂を偶々現れた敵を殴り倒すためだけに放棄する場合⁶⁶、刑罰からの解放は否定されるとされる。最近の裁判例は正当にもこの見解に従っておらず、中止の任意性それ自体が疑問視されない限り、後戻りへの動機づけを重要でないとみなしている⁶⁷。法は単にその規定との外部上の一致を求めるために、道徳性はいかなる中止の要件でもないのである⁶⁸。

他方で、未遂行為者に行為の中断への行為理由を提供するという刑法典第24条の機能の観点において、処罰に対する恐れが常に任意の中止を排除するという想定は疑わしい⁶⁹。それに代えて、重要なのは、差し迫った発覚が行為の既遂をどの程度、阻止するのか、である⁷⁰。任意性は、未遂行為者が発覚すれば既遂行為の果実を享受しえないということを前提にする場合もまた、欠けるであろう。それゆえ、通説との実際上の相違はわずかであるかもしれない。にもかかわらず、処罰に対する恐れと盗品を失う恐れとは異なる動機であり、より精密でなければならないであろう。それに

65 *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 314 ff.; das Beispiel steht auf S. 341.

66 So *Walter*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980, S. 67 ff.; das Beispiel findet sich auf S. 78 f.; als „Urvater“ derartiger Ansätze kann *Zachariae*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Theil, 1839, S. 241, gelten.

67 Vgl. BGHSt 35, 184, 186 m. abl. Anm. *Bloy*, JR 1989, 70, 72; BGHSt 39, 221, 230 f.; BGH, NSTz 2005, 150 f.; abl. *Roxin*, AT II, § 30 Rn. 359.

68 そのようにも明示するのは、*Zaczyk*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 68.

69 So BGHSt 9, 48 ff.; *Roxin*, AT II, § 30 Rn. 378.

70 同様に細分化するのは、Maurach/Gössel/Zipf-Gössel, AT-2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 196 f.

対して、予防志向的な試みによって強調される、場合によっては継続する未遂行為者の危険性は⁷¹、なされた犯行に対する刑罰の有無に対して何らの役割も果たさず、執行に対してのみ役割を果たすのである（刑法典56条参照）。

II.

Nomos-Kommentarにおける刑法典第17条の注釈において、*Neumann*は通説⁷²に対して、次のような見方を主張する。すなわち、不法の意識は可罰性に関わるものであり、態度の禁止だけに関わるわけではないという見方である。問題とされる態度が法によって処罰されるということを前提とする者だけが不法の意識で行為するとするのである。何らかの法規範の違反の承認だけではなお十分とすべきではない⁷³。すでに*Feuerbach*は帰責にとって可罰性の認識を求めている。

「帰責の本質に求められるのは、以上によれば、犯罪の原因である（消極的あるいは積極的）意思決定が、刑罰法規が（…）犯罪及びその市民的な処罰で知られている（…）ことによって、内面においても、つま行為者の心情において刑罰法規に反するということである。」⁷⁴

71 Vgl. etwa *Roxin*, AT II, § 30 Rn. 7 ff.

72 Vgl. BGHSt 2, 194, 196 f.; 202; 10, 35, 41; 45, 97, 101 f.; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 17 Rn. 3; *Roxin/Greco*, AT I, § 21 Rn. 12 f.; *Vogel/Bülte*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 17 Rn. 19. *Schmidhäuser*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Hellmuth Mayer-FS, 1966, S. 317 (329) は、一彼の規範理論上の観点から一貫して一態度の社会侵害性の意識で十分とする。

73 Vgl. *Neumann*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 21; ebenso etwa *Joecks/Kulhanek*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 17 Rn. 16.

74 *Feuerbach*, Lehrbuch (Fn. 45), S. 155 f.「行為を差し控えることの拘束性及び

可罰性の認識は、「法律の表象であり、法律およびその効果に応じて行為を評価すること」⁷⁵である。

規範理論上の視点からすれば、このことを全く異なるものとみることはできない。その場合にだけ、不法の意識の分割可能性もまた、規範Aに違反するという表象は、同時に規範Bの違反に関する不法の意識を意味しないというように基礎づけられうるのである⁷⁶。

【紹介者あとがき】

本稿は、Joachim Renzowski, Normen als Handlungsgründeの翻訳である。原著者のJoachim Renzowskiは、現在、ドイツのハレ・ヴィッテンベルク大学の教授であり、共犯論や正当防衛及び緊急避難論で高い評価を得ており、近年では性刑法や規範論の分野で活躍している。Renzowski教授が2023年2月に関西大学に招聘研究員として、2か月ほど、大阪に滞在された際に、訳者が規範論に関心を有しているとの話をし本論文を紹介したいと申し出たのがきっかけで、翻訳の了解を得て、ここに公表するものである。

訳者の認識によれば、戦後、刑法学の基礎理論としていわゆる行為反（無）価値対結果反（無）価値という対立軸のもと、様々な問題が論じられ、理論的に深められてきた。しかし、近年ではそのような対立軸が影響力を失い、それに代わるものとしての刑法学の理論的基礎は、因果主義（心理主義）対規範主義という対立軸が主張されているものの多くの支持を得るには至っていない。このことに伴い、多くの研究者にとって基礎理論への関心は薄れているように思われる。そのような状況にあって、近年では、刑法学の基礎を理論に求めるのではなく、判例・裁判例に求め、

ㄨ び差し控えることの決断理由として刑罰」

75 Feuerbach, Lehrbuch (Fn. 45), S. 163 (Hervorh. von mir).

76 So auch die hL, s. BGHSt 10, 35, 39; Roxin/Greco, AT I, § 21 Rn. 12 f.

判例・裁判例の帰結をいかに正当化するのか、さらには整合的に説明するのかという観点から解釈論上帰結を導き出す研究も有力化している。このような状況認識の下、訳者は規範論の観点から、刑法学の基礎理論を再検討したいという問題意識を有しており、このような問題関心から、本論文が、訳者のみならず読者にとっても、刑法学の基礎理論を規範論の観点から深める機会・手掛かりになればと思い、本論文を紹介した次第である。

ルイス・グレコ『注意義務違反と結果との間の「因果関係」?』

——因果関係と客観的帰属の関係について

ルイス・グレコ（著）

井田 良＝佐土美由紀（翻訳）

I. はじめに

われわれが学んだり教えたりしているところの客観的帰属は、因果関係〔＝事実的因果関係〕とは異なるものとして理解され、現に相互に区別されてもいる。ロクシンの言葉によれば、「因果関係と帰属の区別は学問的成果の1つであり、そう簡単に放棄されるべきものではない」¹のである。しかし、それは正しいのであろうか。因果関係と帰属とはどのような関係にあるのか。「注意義務違反の因果関係」なるものは存在するのか。以下の考察は、もともとインゲボルク・プッペの80歳祝賀の機会に文章化されたものなのであるが²、プッペは、この点について、多数説とは非常に異なった見解をはっきりと述べている。すなわち、プッペの「客観的帰属の体系」³という論文の冒頭には、次の文章が置かれているのである。「客観的帰属の理論の、生まれながらの欠陥は、ホーニッヒが帰属を因果性および因果関係から切り離れたところにあり、この理論は現在に至るまでこの病から快復していない」。

以下ではまず、この点をめぐる見解の対立についてその概略を述べたい

1 Roxin/Greco, AT I, § 11 Rn. 22.

2 Böse, ZfStW 2022, 575を参照。

3 Puppe, GA 2015, 203.

(Ⅱ.)。次に、対立に決着を付けるために意味がありそうな論拠を取り上げて検討する(Ⅲ. およびⅣ.)。その際、私は、持ち出されている論拠を2つに分けたいと思う。第1のグループは、議論においてしばしば見られるが、それにもかかわらず説得力がないことが明らかとなる見解である。その次に、2つの考察を提示したいと思う。これらは文献においてはそれほどはっきりとは述べられていないところであり、そこから見解の対立に直ちに決着が付けられるものではないが、少なくとも、見解の対立を生じさせているのがそもそも何なのかは明確にできるものなのである。

Ⅱ. 議論について

因果関係と客観的帰属との分離は、前述の通り、文献においてはまったく支配的である。そしてそれは、1970年代に客観的帰属論が「復活」して以来、そうなのである⁴。この理論の綱領は、ロクシンが1970年のホーニヒ祝賀論集に寄せた画期的論文の中で明らかにしたもので、「結果犯につき、因果ドグマから完全に解放された、一般的な帰属理論を構築していかなければならない」⁵というものであった。しかし、それはロクシンにとり決して新しい見解ではなく、すでに1962年にロクシンが「過失犯における義務違反と結果」という、これまでの議論の基礎を築いた論文において書いていたことをさらに深めたものにすぎない。すなわち、〔1957年の〕連邦裁判所判例(BGHSt 11, 1)は、「トラック = 自転車運転者事故(LKW-Radfahrer-Unfall)」のケース〔トラック運転手が走行中、自転車運転者を追い越そうとしたが、その際、道交法により要求される間隔を空けずにそうした

4 この「復活」については、最近の論文である *Greco*, in: M. Dölling/Rennicke/Hirsch (Hrsg.), Richard Martin Honig, Prägender Göttinger Rechtswissenschaftler [2023年に刊行予定] を参照。

5 *Roxin*, FS Honig, 1970, S. 133 (135 f.).

ところ、相当に酔っていた自転車運転者が酒酔いゆえの反射でトラックに近づき、トレーラーの後輪に巻き込まれて死亡したという事例で、ただし、トラックが十分な間隔を空けて追い越したとしても、高い蓋然性で同じ死亡事故が生じていたであろうと考えられたという事例〕において、義務にかなった行為を行っていればその結果を回避できていたのかどうかを問題とし〔そして「刑法的意味における因果関係」を否定し〕たが、この種の事例においては、「実は因果関係が問題となっているのではない。というのは、ここでは条件関係の意味における結果惹起の関係が存在することはおよそ否定することができないからである。ある人が車に轢かれたというとき、または注射で死亡したというとき〔＝コカイン・ノヴォカイン事例〕、当然、車の運転ないし注射はそれぞれ死亡結果の条件となっていた。これらの事例で、〔連邦通常裁判所がそうしたように〕『刑法的意味における』結果の惹起ないし法的に重要な因果関係を肯定できるかと問うとき、そこでは別の結果帰属の要件が持ち出されているのであり、それはもはや因果関係の問題ではないのである」⁶。

プッペは、まさにこの、その後の理論の展開にとり決定的な一歩であるロクシンの主張、すなわち因果関係と客観的帰属とを区別された別個の問題として見るべきだとした、まさにそのことが、前述のように、客観的帰属の理論の「生まれながらの欠陥」であり、「実のところ、この理論全体にとり不幸なことであった⁷」とする。プッペによれば、これらの事例では、注意義務違反が当該結果にとり因果的であったかどうか問われている⁸。その際、「言葉の厳密な意味における因果性が問題⁹」なのだとする。

6 Roxin, ZStW 74 (1962), 411 (412 f.).

7 Puppe, GA 2015, 209 Fn. 32.

8 Puppe, GA 2015, 209 ff. これ以前のプッペの著作として、たとえば、*dies.* JuS 1982, 660 (661 f.); *dies.* ZStW 99 (1987), 595 (599 ff.); Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 2000, S. 73 ff.; *dies.* NK-StGB, 5. Aufl., vor § 13 Rn. 200 ff.がある。プッペと同旨の見解として、たとえば、*Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 96 ff.; *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 318 ff.があり、新しい

すなわち、「〔結果帰属を肯定できるのは〕まさに当該行為をして注意義務違反という評価を可能とする記述的属性それこそが、結果発生因果的説明における必要不可欠な構成要素となるときなのである」¹⁰。

どちらの見解が正しいのであろうか。プッペと判例の側か、それとも学説の圧倒的通説の側なのか。そのことを明らかにするのが、以下の考察の意図するところということになる。

Ⅲ. 議論においてしばしば持ち出される根拠

学説における通説は、この問題はそんなに詳しい理由づけなど必要のない問題だと考えているようである。なぜ注意義務違反と結果との関係が因果関係とは異なるのかにつき、はっきりとした理由が示されないことも多い。因果関係はとにかくあるのだから、その次のステップで問われるべき問題はもはや因果関係の問題ではない、と主張される。「トラック運転手が自転車通行者を死亡させたことは疑いようもないことではないか」¹¹ というのである。私はここで、先ほど引用したロクシンの画期的論文を一瞥

ゝものとして、Schladitz, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 131 Fn. 270がある。

9 Puppe, GA 2015, 210. これと同旨の見解として、Grosse-Wilde (前掲注8), S. 321があり、そこには「論理的、価値論的に正当である」とある。

10 Puppe, GA 2015, 210.

11 Baumann, JZ 1962, 41 (46). さらに、前掲注6でロクシンの論文から詳細に引用した一文に加えて次のような当時の文献でも、同様のことが述べられている。Spendel, JuS 1964, 14 [15]; Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, 1965, S. 102 f. [S. 109 f. には文献の引用もある]; Wessels, JZ 1967, 449; Hardwig, JZ 1968, 289 [289]; 今日では、たとえば Otto, FS Lampe, 2003, S. 491 ff. [494]; Sch/Sch/Eisele 30. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 99a; Sch/Sch/Sternberg-Lieben 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 173. ただしこれは、他の因果関係の問題が生じうることを否定するものではない。

することが役に立つと考える。そこには、学説史上、後の議論を方向づけた考え方と引用文献が見出されるのである。ロクシンは、以前の世代の偉大な刑法学者たちを引用している。エクスナーやエンギッシュ、メツガー（とその重要性説）やヴェルツェル（とその過失論）である¹²。そのうち、エクスナーとエンギッシュの引用は特に示唆に富むもののように思われるので、ここで簡単に紹介しておく価値があろう。

a) 無からは何も生じない

エクスナーからは、ロクシンは次の文章を抜き書きしているが、たしかにそれは中心的論拠を一言でまとめたものであろう。「すでにエクスナーは、結果は義務違反により惹起されていないとするのは『きわめて不適切な物言い』であるとしていた。『というのは、義務違反は観念的なものにすぎず、それが何かを惹起できるというものではない。結果を惹起できるのは行為のみである。そして、この事例ではその行為は疑いなく結果を引き起こしているのである』」¹³。ただ、もともとのエクスナーの言葉は、ふた通りに解釈できるように思われる。

まず、この文章は、因果関係を作用する力として理解することを前提とするものと読むことができる。「結果を惹起できるのは行為のみである」という文章は、力を有するもの、ビリヤードの球のようにエネルギーを伝えることのできるもののみが結果を惹起できるという意味に解釈できる。周知のように、因果関係に関する、こうした狭い理解をとるなら、不作為については因果関係を語りえなくなる。無からは何も生じない (ex nihilo nihil fit) からである。だからこそ多くの教科書は、対応に窮して、いささかの恥じらいとともに、不作為犯については「準因果関係」というような

12 Roxin, ZStW 74 (1962), 420 f.

13 Roxin, ZStW 74 (1962), 420は、ここでFrank-Festgabe I, S. 583 f.を引用している。

言い方をしている。

こうした考え方が説得力をもたないことについては、すでにエンギッシュが完璧な論証を与えた。すなわち、「何かを引き起こすということが、現実的な力により一定の変化を生じさせることを意味するのではなく、時間的に引き続いて起こる複数の現象の間に法則的つながりが認められることを意味するに過ぎないことを理解するならば、すべての疑問は氷解するのである」¹⁴。まさに、その通りであろう。何かがないということも一定の事実の条件となりうることは、それ自体として何らミステリアスなことではない。犬は散歩に連れて行ってもらえないと、その結果として機嫌が悪くなる。注目されないと、その結果としてさびしい思いをする犬もいる。餌がないがゆえに、または酸素がないがゆえに、その結果として死んでしまった犬だったことであろう。そこで、プッペ¹⁵も、そしてまたロクシン¹⁶も、エンギッシュの見解を支持している。このこともまた、因果関係の存在論的本質をめぐるそれぞれの見解のいかんにより、今われわれが検討の対象としている問題の解決が決まってしまうというものでないことのもう1つの傍証であろう。

b) 経験的世界に存在するもののみが因果関係をもちうる

上のエクスナーの文章については、また別の理解も可能である。私が推測するところでは、そうした理解こそが、学説史的に見てより大きな影響力をもった基本的見解を表明したものなのである。すなわち、それは新カ

14 *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931 (Nachdruck 2021), S. 31; それ以前の同旨の主張として、*M.L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 19 f.

15 *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (896); *dies.*, JR 1992, 30 (33); *dies.*, JZ 1994, 1147 (1148 f.); *dies.*, ZJS 2008, 600 (600 f.); *dies.* NK-StGB vor § 13 Rn. 117 ff.

16 *Roxin*, Strafrecht, AT II, 2003, § 31 Rn. 42.

シト主義的な、存在と当為を峻別する二世界論であり、そこから、存在に関わる因果関係と当為に関わる帰属とは区別すべきだとする要請もまた生じてくる。「非現実的」というのは、ここでは「経験的存在ではない」という意味である。文献においては、これまで幾世代にもわたり、価値判断は原因となりえないから、義務違反の因果関係なるものを論ずるのは不適切であるという主張がくり返されてきた¹⁷。アルトゥール・カウフマンの言葉によれば、「因果的原因となりうるのは、具体的で現実的な行為者の挙動のみである。これに対し、『違法性』とか『過失』とか『義務違反』とか『交通規則違反』等々のように、抽象的で非現実的なものはそうではない」¹⁸。

こうした主張には正しいものが含まれている。しかしながら、この主張を文字通り理解する限りは、簡単に反論を加えることも可能である。注意義務違反が「単なる」評価であるとしても、経験的な現実世界には、この評価の基礎となっている事実的基盤が存在するはずである。評価は宙に浮いているのではないからである。まさにこの反論を自説として展開しているのが、すでに見たようにプッペである。プッペは、注意義務違反の因果関係は「言葉遣いの誤り」¹⁹ だとした上で、これを修正し、結果と裸の評価との間の因果関係ではなく、結果と、注意義務違反の評価の基盤となっ

17 たとえば、以下のものを参照。Mezger, JZ 1958, 281 f. (彼の重要性説に依拠したBGHSt 11, 1の評釈における指摘); Oehler, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 232 ff. (S. 239においては、「因果関係 (Kausalität)」と「刑法上の原因連関 (Ursachenzusammenhang)」とが区別されている); Spendel, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 183 ff. (S. 186には「責任問題と結果惹起問題の混交 (Verwischung von Verschuldens- und Verursachungsfrage)」とある); Otto, NJW 1980, 417 (420):そこには、「機械論的・自然科学的因果関係と対置される刑法上の因果関係なるものはおよそ概念として成立しない」とある。

18 Art. Kaufmann, in: Schuld und Strafe, 2. Aufl., 1983, S. 49 ff. (68) (= FS Eb. Schmidt, 1961).

19 Puppe, GA 2015, 210.

ている事実的諸事情との間の因果関係を問題とするのである²⁰。

c) 法的因果概念と哲学的因果概念の一致

ロクシン²¹ はまた、エンギッシュも引用している。エンギッシュは、その重要な因果関係についての著書の中で「危険の現実化」という概念を先駆的に導入した²²。エンギッシュ²³ は、この危険の現実化という要素と、その他の構成要件要素、特に因果関係（といっても、よく知られているように、エンギッシュはこれをコンディチオ公式ではなく、合法則的条件公式の適用により決められるとした）および相当性との関係についても検討を加えている²⁴。エンギッシュは、危険の現実化を条件関係と並ぶ、別個の構成要件要素として位置づけることに賛成していた。「刑法における因果概念を条件関係として定義し、『危険性』〔＝広義の相当性〕のほかに『危険の現実化』〔＝狭義の相当性〕をも特別な構成要件要素として、因果関係と並んで要求する可能性が十分認められるであろう。こうした可能性を探ることはまた、まことに合目的的であるように思われる。なぜなら、それにより刑法的な因果理解と哲学的な因果理解とを一致させることができるのであり、それは軽視できぬメリットだからである」²⁵。

ここには新カント主義の気配も感じられるが、しかしそればかりではない。ここにおいて重視されているのは、刑法学の因果概念と哲学の分野で

20 これをきわめて明快に述べているのは、*Puppe*, NK-StGB vor § 13 Rn. 214; それ以前の文献として、*dies.* O. ZStrR 107 (1990), 153; *dies.*, Erfolgszurechnung (前掲注8), S. 76; これと同旨なのは、*Grosse-Wilde* (前掲注8), S. 321.

21 *Roxin*, ZStW 74 (1962), 422.

22 このように述べると実は不正確である。もともとこの概念は、*M. L. Müller* (前掲注14), S. 57 f.においてはじめて登場したものと思われ、エンギッシュはこれに明示的に依拠したのであった (*Engisch* [前掲注14], S. 61)。

23 *Engisch* (前掲注14), S. 62 ff.

24 *Engisch* (前掲注14), S. 67 f.

25 *Engisch* (前掲注14), S. 68.

の因果概念とを相互に一致させようとするねらいである。もっとも、現在の哲学の分野においては、諸見解が様々に分裂し錯綜とした議論状況²⁶となっていることに鑑みると、そうしたねらいは今やおよそ実現困難なものとなってしまったといえようが。

d) 小括

われわれのゲームは、前半終了の時点では、1対1の同点だといえよう。因果関係とは作用する力であるとする主張はオフサイドの反則である。哲学的な因果関係概念なるものを前提としてそこから法的な結論を導こうとする試みについてもまったく同じである。これに対し、因果関係は経験的なものを前提とし、注意義務違反は規範的なものであるとする論拠は、通説の側にとっては1得点として理解することができよう。しかし、プッペはこれに対し、注意義務違反の評価の担う事情は経験的なものであるという反論を直ちに加え、これにより点数は同点となったのである。

IV. 2つの重要な考察

ハーフタイム後の後半においても、このゲームには実は部分的にしか決着を付けることができないであろう。それでも、議論の緻密さのレベルをほんの少し向上させることが必要だと考えるのである。

因果関係と客観的帰属には共通性もある。つまり、いずれも、2つの事柄（関係項）の間の何らかの関係を記述しているということである。そして以下では、その理解をより精確なものとすることを目指したいと考える。あらかじめ述べれば、因果関係と帰属は3つの要素に還元することが

26 恐れ入るほどの詳細な概観を与えるものとして、*Beebee u.a.* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Causation*, 2. Aufl., Oxford, 2012だけでも参照されたい。また、*Puppe*, NK-StGB vor § 13 Rn. 109 ffも見よ。

可能である。取っかかりとしての暫定的なアプローチにおいてこれを記述すれば、その3つの要素とは、①行為に関連した要素、②結果に関連した要素、そして③それらを結びつける関連性ということになる。

a) 関係性：条件関係としての因果関係、回避可能性ないし危険増加としての危険現実化

私はまず、関係性、すなわち結びつきについて検討したいと思う。

aa) 因果関係の議論においては、判断式をめぐる見解の対立はあるものの、その関係は条件説（等価説）の把握が正しいという点で、大方の見解の一致がある²⁷。それによれば、発生結果にとって条件となったすべての条件は、発生結果との関係で等しく因果関係を認められる。

判例は、条件説を適用するにあたりコンディチオ公式²⁸〔仮定的消去法〕を用いる。賢明なるわれわれ大学教員は、コンディチオ公式を循環論法であり内容空虚であるとして批判する傾向にあるが²⁹、学生にはこれを教え、また答案を書かせるときにもそれがきちんと書かれているかを採点する。ただ理論的には、われわれはコンディチオ公式より、エンギッシュの合法則的条件公式の方をとる³⁰。それは、プッベにより、(十分な) 最小限条件 (hinreichende Mindestbedingung) の理論へとさらに発展させられたが、私見によれば、それは正当なものである³¹。

bb) これに対し、帰属をめぐる議論においては、周知のように見解が大

27 さしあたり、*Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 6 ff.を参照。そこに関連文献も引用されている。

28 前掲注27を見よ。

29 *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 12 ff.でもそうである。

30 *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 15.に関連する文献が引用されている。

31 *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 15a ff.を参照。そこに文献も詳細である。とりわけプッベの多数の著作については、その脚注31に引用している。

きく分かれている³²。まったく通説的な見解は、〔帰属を肯定するために必要な〕注意義務違反と発生結果との間の関係を次のように理解している。すなわち、もし注意を払った行為を行っていれば確実性に境を接する蓋然性をもって当該結果を回避しえたであろうという関係としてである（いわゆる回避可能性説³³）。これに反対する陣営は、数的には劣勢であるが、危険増加説（Risikoerhöhungstheorie）を支持する。すでに言及したロクシンがそうであるし、たとえば、私の師であるシューネマンがそうであり、プッペ、そして私が危険増加説の支持者である³⁴。

ここでは、通説が危険増加説に対して幾世代にもわたりくり返してきた、批判にもならない古くさい批判の2つに対しあえて反論するには及ばないであろう。それらが循環論法に過ぎないことはすでに何度も言われてきたことであるし、今日は文献を引用しておくだけで十分であろう³⁵。われわれの目的との関係で、それよりはるかに重要であるように思われるのは、回避可能性説が——この点について判例と学説とは意外なことに一致している——まさに学説の多くが条件関係の判断においては批判している仮定的消去法をここにおいては用いている、ということに気づくことである。そのことが興味深い理由は、因果関係のレベルではコンディチオ公式を排斥する論者であれば、危険の現実化の判断において、循環論法であり内容空虚であるとして斥けたその同じ公式を用いることはできないはずなのにそうしている、ということであるが、そればかりでなく、何より通説は、因果関係と帰属を区別すると言いつつ、回避可能性説に依拠するのであれば、回避可能性の関係を因果関係と呼ばない理由はもはやなくなってしまう

32 この論争については、*Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 90 ffを参照。関連する文献は、その脚注281および283で紹介している。

33 さしあたり、BGHSt 11, 1 (5); BGH NJW 2010, 1087 (1091)を見よ。

34 文献については、後掲注36に引用するものを見よ。

35 *Greco*, ZIS 2011, 678 f.そして、より詳しくは、*Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl., § 11 Rn. 88 ff.

うという理由できわめて興味深いのである。なぜなら、そこでは内容的に同じ関係が問題とされており、その存否の判断のために同じ仮定的消去法の公式が用いられてもいるからである。判断公式の問題を措いて、実質的な判断構造となっている条件説に注目しても、事態は変わらない。回避可能性説の主張とは、注意義務違反が結果発生（少なくとも1つの）条件とならなければならないという主張にほかならないのだからである。

cc) それでは、危険増加説についてはどうであろうか。

（1）ロクシン学派の中では——すなわち、ロクシン、特にシューネマン、同様にルドルフィやヴォルターにおいて³⁶——そして、それ以外³⁷でも、危険増加説の根拠は、条件説にではなく、規範的考慮、すなわち行為規範の一般予防的・法益保護的機能に求められている。その根拠づけによれば、注意を払った行為をしたとしても確実性に境を接する蓋然性をもって法益を救えたかどうか確言できない場面というのは、まさに法益が最高度の危険にさらされている事態なのであるから、刑法がその場面で法益の保護から撤退することはできない、というのである。しかし、こうした根拠づけに対しては、ここでは行為規範違反が認められるかどうかの問題なのではなく、現に発生した結果を、疑いの余地なく存在する行為規範違反に帰することができるかどうかの問題となっており、そのことが理解されていない、という説得力ある批判が存在する³⁸。そこで、私は、シューネマンの見

36 Rudolphi, JuS 1969, 549 (554); ders. SK-StGB, 6. Aufl. 26. Lfg. 1997, vor § 1 Rn. 66 ff.; Roxin, ZStW 78 (1966), 214 (218); ders. FS Honig, S. 139; Schöne-mann, JA 1975, 647 (651 f.); ders. StV 1985, 229 (230); ders. GA 1985, 341 (356) (「規範的に再構成された危険増加説」); Wolter, ZStW 89 (1977), 649 (686); ders. Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 30, 31 ff., 336 ff.

37 特に、Stratenwerth, FS Gallas, 1973, S. 227 ff. (239): 彼の重要な論文の最後の文章にある。

38 特に、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Er-

解³⁹をさらに発展させる形で、危険増加説の根拠に関する試論を提示した。それによれば、ここでは、生じた法益侵害が、注意規範をそこに定立したことが有意味であったことの確証と見うるかどうか〔したがって、事後的に見て、行為者に当該注意義務の遵守を求めたことが当該結果回避のために有意味的であったといえるかどうか〕こそが問題なのである（そこで私は、結果無価値の「確証的機能」という言い方をした⁴⁰）。

しかし、その点はここでは措くこととしよう。こうした「仲間うちでの論争」に誰が勝利したかなどということより重要であるのは、ここで問題とされている連関が規範的考慮の現れ、ないし「侵害規範の規範目的から導出されたもの⁴¹」と見る論者は、その連関を因果関係とは内実の異なる関係として理解している、ということである。そのことは、次のことを意味する。規範的に根拠づけられた危険増加説の主張者は、危険現実化の関係を因果関係として把握することはできないということである。因果関係の存否の問題にとつては、法益保護とか、一般予防とか、結果無価値の確証的機能とかいったことはすべて関係がないからである。

（２）ただ、危険増加説の根拠としては、いま紹介したものが唯一のものではない。シュトラーターテンウェルト⁴²、そして、その後、特にプッペ⁴³が

↘ folgs, 1988, S. 540 ff. また、Greco, ZIS 2011, 676も見よ。

39 その論文の引用は、前掲注36にある。

40 Greco, ZIS 2011, 678; ただし、この表現は、この論文のポルトガル語によるロングバージョンでのみ使用していた。Greco, Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, São Paulo, 2018, S. 30.

41 Schünemann, GA 1985, 341 (356)の表現による。

42 基本的文献として、Stratenwerth, FS Gallas, S. 233があり、その後、Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 13 Rn. 56がある。これを支持するのは、Wolter (前掲注36), S. 339.

43 Puppe, ZStW 95 (1983), 286 (294); dies., ZStW 99 (1987), 595 (603); dies., JR 1992, 30 (31); dies., JR 1994, 515 (517); dies., FS Roxin I, 2001, S. 298 ff. (302 f.); dies., GA 2010, 551 (564); dies. NK-StGB, vor § 13 Rn. 135 ff.これに従う

別の理由づけを提案したが、それは規範的なものではなく、存在論的な性格の理由づけである。論者は、合義務的な行動の際に結果を回避できたかどうかの問題に解答を与えることができず、その結果として、危険増加説以外の見解をとる余地がない、そういう生活領域がある、と主張する。なぜなら、合義務的な行動の際に結果を確実性に境を接する蓋然性をもって回避できたかどうかという問いは、厳密に決定論的な法則が認められるところにおいてのみ意味をもつが、人の意思決定や、ミクロ物理学的・ミクロ生物学的プロセス、病気や治癒のプロセスについてはまさにそうではないというのである。そうした領域では、確率論的な法則のみが妥当するという。注意義務違反と発生結果との間の関係があるかという問いの検討の際に確率論的な法則を適用することは、ほかならぬ危険増加説をとることを意味する、と主張するのである。

私は、危険増加説の根拠づけとして、以上のような論拠はよいものではないと考える⁴⁴。というのは、それらの領域が現実には、つまり存在論的に非決定論的であるのか、それともその非決定性はわれわれの不知に基づいているのか、つまり認識論的根拠に基づいているのかは法律家の視点では解決できない問題であり、「下手に手を出すと火傷をすることになりかねない」からである。私は手に火傷をしたくないので、この根拠づけは使わないことにしたいと思う。

プッベは、もちろんそうは考えないのであろう。ただ、ここで大事なことは、プッベがその点で正しいのかどうかということではなく、次のことであらう。すなわち、プッベがいうような論拠で危険増加説を支持するるのであれば、たしかにプッベがいうように、危険増加説を因果関係の理論として、そして危険現実化の関係もまた因果関係として理解しなければならぬであらうということである。

ㄴ のは、*Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S. 203 ff.

44 *Greco*, ZIS 2011, 677.

dd) ここで私は第1の結論を述べたいと思う。以下のように整理することで参考になると考えてもらえれば、大変有難いことである。

- 通説である回避可能性説をとるとき、2つの関係項の間の関係を因果関係と違うものとする理由はない。学説は、義務違反の因果関係という判例の取る考え方からは距離をとろうとするが、実のところ学説自身が考えるよりもはるかにそれに近い考え方である。学説にとり、因果関係と帰属は異なった種類の関係のことではなく、内実は同一なのである。
- 規範的基礎をもつ危険増加説、したがってロクシンの見解の支持者にとり、因果関係と客観的帰属とは、規範的考慮は因果関係の判断には関係しないという理由で区別されなければならない。因果関係と帰属とは——私が正しいと考えるこの理解によれば——根本的に異なったもの、ということになる。
- プッペがそのモデルを示した存在論的に根拠づけられた危険増加説は、こうした区別を認めることができない。というのはプッペにとり、危険の現実化は因果関係（蓋然性の法則に基づくそれ）にほかならないからである。

b) 関係項：行為と結果、注意義務違反と法益侵害

上で検討した2つの関係性は、それぞれ2つの関係項を関連づけるものである。先ほどは、これを行為関係の要素と結果関係の要素として抽象的に表現したが、これらの関係項は、因果関係の場合と結果帰属の場合とで同じではない。ここにおいては、たしかに、因果関係と帰属関係を区別しなければならない（ほぼ）必然的な理由が存在すると思われる。

aa) 行為に関わる側面における関係項が、因果関係と帰属とで異なっていることはすでに十分に認識されているところである。因果関係を問うと

き⁴⁵、行為、したがって身体挙動を起点として考えるであろう。学生の答案演習でいえば、法的三段論法でいう大前提に含まれている行為の記述を起点とする（たとえば、「Aは、ナイフで何度も刺したことにより、刑法223条1項、224条1項2号の傷害罪の罪責を負うものかどうかが問題となる…」とか「当該の追い越し行為により…」とかいうように）。これに対し、帰属の問題は、注意義務違反の行為ないし許されない危険を創出した行為が起点となる。より正確に言えば、この注意義務違反性ないし許容されない危険創出を担う事実的な諸事情（上記Ⅱ. 2.）が起点となる。結果帰属が肯定されるためには、こうした諸事情〔＝行為に関わる関係項〕と、第2の関係項、つまり結果に関わる関係項との間に、上で見たような回避可能性連関ないし危険増加連関が認められなければならない。

すでに述べたように、こうしたことは十分はっきりと認識されてきたことである。そればかりか、前述の「トラック＝自転車運転者事故」のケースに関する連邦裁判所判例（BGHSt 11, 1）は、2つの因果関係判断の区別を基礎に置いている。すなわち、まずそれは事実的な因果関係判断であり、その関係項は「被告人の運転態様」である。次に、刑法的な因果関係判断であり、それは行為の行動準則違反性に関わるものである。「もちろん、被告人の運転態様は、力学的・自然科学的な意味では、被害者である自転車通行者の死亡の一条件ではあった。しかし、それだからといって、被告人の行動に認められる行動準則違反性、すなわち追い越しにあたり接近しすぎたことが、刑法222条の過失致死罪を構成する事実の惹起との関係で刑法的意味における原因をなすということにはならない」⁴⁶。そして、ロクシンは、すでにその1962年の論文において、バイエルン州上級地方裁判所の判例（BayObLG NJW 1953, 1641）を引用しており、その判例は、「因果

45 この関係項の本質についての掘り下げた検討は、Grosse-Wilde, ARSP-Beih. 135 (2012), 45に見られる。

46 BGHSt 11, 1 (7) ——引用中の強調部分は著者による。

関係の2度目の検討」を行うことがぜひ必要だとしている⁴⁷。そこで裁判所が述べていることは、まさに非の打ちどころのないものである。「とはいえ、この2度目の検討はもはや、被告人の何らかの作為、したがってその全体的行為——ここでは運転行為——が結果の因果的原因となっているかを対象とするものではない。そうではなくて、被告人の全体的行為のうち、まさに責任非難を理由づける個々の諸事情——ここでは酩酊 (b) および安全な車間距離をとることの懈怠 (c)——が原因であるかどうかに目を向けるものなのである」。

bb) これに対し、結果に関わる関係項もまた、因果関係と帰属とでそれぞれに異なったものであることは、ほとんど気づかれていない⁴⁸。むしろ無神経にただ「結果」とだけ言われることが多い。つまり、因果関係の問題においても、帰属の問題においてもそうなのである。帰属においては、もはや結果という言葉ではなく、——正当にも——「法益侵害」という用語を用いる論者でさえ、大抵の場合、結果という言葉を用いる場合と内容的には変わらないと考えているように感じられる。

2つの〔因果関係の場合と帰属の場合とで問題となる〕結果に関わる関係項の同一視が正しくないことは、通説が因果関係の場合の関係項を決めるにあたり用いている具体的・個別的態様における結果の理論からまさに必然的に導かれることである。ただし、この理論に対してプッペは批判的なのであるが⁴⁹、この点についてはすぐ次に論及したいと思う。一般的に支持

47 Roxin, ZStW (1962), 419. そこではBayObLG NJW 1953, 1641を引用している。

48 わずかにしか存在しないこの問題の議論については、Toepel (前掲注7), S. 100 ff. (具体的・個別的結果の理論の修正バージョンを主張する); さらに、Duttge, MK-StGB, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 171 ff., 184も見よ。ドットゲは「抽象化された態様における」結果を基準にするという、本文ですぐ私が主張するところとはほぼ同一と思われる見解を主張している。

49 次の脚注に引用する文献を参照。

されているこの理論にしたがうとき、ナイフで被害者を刺し殺した被告人が、被害者はどうせすぐに死亡するはずであったとか、どうせ人は皆いつか必ず死ぬとかと主張したとしても、われわれはその主張を認めない。われわれは言い返すことであろう。いや犯人はその死亡結果、すなわちその「具体的な」死亡の結果、その具体的な態様における死亡の結果を間違いなく惹起したのである、と。具体的態様というときには、単に法益侵害という以外に、多数の、結果を個別化するさらなる諸事情がそこに含まれる、と答えることであろう。

しかしながら、それはいかなる諸事情なのであろうか。まさにここにおいて、つまり、いわゆる具体的態様にとり重要な諸事情というものがどこまで及ぶのか不明確であるという点に、私の見るところ説得力のある、プッペによる批判の要点がある⁵⁰。プッペは、この具体的態様という観念がまったく恣意的な操作に道を開くものだということを子細に示した。もしわれわれが具体的態様の中に、行為者の行為を含ませるとするならば、(たとえば、「午前2時35分における、ベルリン・モンビジュー公園における死亡、ナイフでの一突きによって」)、その行為(ナイフでの刺突)は、経験的事実の検討によってではなく、すでに定義上因果関係があるということになってしまうであろう。付随事情(たとえば、「証人Zの前で」とか、「それに対しGが反対したものの」とかの事情)に言及するとすれば、そこでもまた定義上、因果関係が肯定されるということになるであろう。これらすべてのことは、明らかにおかしいことであり、犯罪論の以降の検討段階でこれを修正できるというものでもない。そこで、もし結果の具体的態様の観念を

50 *Puppe*, ZStW 92 (1980), 872; *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (596); *dies.*, SchwZ-StR 107 (1990), 141 (143 Fn. 2); *dies.*, GA 1994, 299; *dies.*, GA 2010, 551 (558); *dies.* NK-StGB, Vor § 13 ff. Rn. 62 ff.; プッペの弟子である *Osnabrügge* (前掲注 43), S. 51 ff.; *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 73 ff. も同旨である。さらに検討を進めているのは、*Hilgendorf*, GA 1995, 515 (524)。

維持したいのであれば、具体的態様というときに何を考慮するか⁵¹の基準を明らかにしなければならない。そこで、私は、結果発生⁵²の時点と、結果の侵害程度⁵³というファクターのみを考慮すべきものと主張したことがあった⁵¹。

そうした私の主張の当否はここではどうでもよいことである。これやあれやの結果の具体化が重要であるかどうかも、ここでのわれわれの関心の外にある。むしろ私としては、因果関係の判断においては結果発生⁵²の態様の具体化が必要であることを示すことにより、帰属と因果関係⁵³とは、それぞれの関係項が異なっていることを明らかにしたいのである。すなわち、因果関係の判断と異なり、帰属の判断の関係項は、結果ではない⁵²。もしかりにそれが結果であるとしたら、因果関係が肯定されながら、危険の現実化が否定される場合など、およそ1例も考えられないということになってしまうことであろう⁵³。

私はこのことを、連邦裁判所判例 (BGHSt 11, 1) の「ラック＝自転車運転者事故」のケースを用いて明らかにしたいと思う。厳密に言うと、ここでは、注意にかなった行動をとってさえすれば当該の結果は確実性に境を接する蓋然性をもって回避しえたであろうか、ということが問われているのではない（また、注意にかなった行動をとってさえすれば結果発生⁵²の危険は減少していたであろうか、ということが問われているのでもない）。なぜなら、発生結果を厳密にその具体的態様において把握するのであれば、注意にかなった行動をとることにより、それは常に回避可能であつたはずだからである。かりにトラックの運転手が最低限あけるべき間隔をあけていたとす

51 Roxin/Greco, AT I, § 11 Rn. 21. これに対し、Greco, ZIS 2011, 680 では、場所と時間という指標を重視するErb, JuS 1994, 449 [452] に従い、少し異なった見解を主張している。

52 この点については、すでにGreco, ZIS 2011, 680 f.においてそのように述べた。

53 この点について、Toepel (前掲注7), S. 101も見よ。そこでは、Gimbernatの博士論文も引用している。

れば、その自転車通行者はおよそ死亡しなかったであろうかが証拠により認定できないというケースであったとしても、少なくとも被害者が数秒ないし何分の一秒か長く生きていたであろうことであれば十分に確信できるはずである。すなわち、この具体的な結果、すなわち、（およそ死亡というのではなくて）t時点における死亡は、注意にかなった行為により確実性に境を接する蓋然性をもって回避しえたであろうというのである。

以上から明らかになることは、帰属の問題においては、決して（その具体的態様における）結果が問題となるのではなく、むしろ関係項としての法益侵害が問題となるのであり、またそのことが問題されてきたということである。われわれは、t時点における死亡が発生していたであろうかどうかではなく、当該の死亡結果が「追い越し行為との関係で」発生したのかどうかを知りたいのである。われわれは因果関係の判断においては、厳密な意味での結果の具体化・個別化を行うが、しかし帰属の判断においてはこれを緩和して判断する。ここでは具体的な結果ではなく、（具体的な）法益侵害〔＝保護状態の不良変更〕が問題とされる。

それでは、この具体的な法益侵害にはどういう事情が属し、どういう事情は捨象されるのであろうか。私はその点について厳密には分かっていないし、それをいまここで検討しようとも思わない。ここでは、帰属関係で問題となる関係項は結果ではありえないという確認で十分であり、現在の議論の状況からすると、それでも新たな知見を得たと考えることができると思う。

cc) こうした洞察から、因果関係と帰属関係は、すべての関係項において区別されることが導かれる。因果関係とは、行為と結果との間の関係である。帰属関係とは、許されない危険と法益侵害との間の関係である。ここから、因果関係の判断と帰属の判断とは区別されるべきこと、そしてそれは決してプッペがいうように「生まれながらの欠陥」ではないことが必然

的な帰結となる。因果関係と客観的帰属とは相互に分離されているのである。

dd) これに対し、プッペは、具体的・個別的態様における結果の理論にはまったくいいところがないと考える⁵⁴。また、プッペは、私がまさにいま試みたような形でこの理論を救おうとすることもしない。むしろこの理論全体を放棄し、これとは異なる、最初から法益侵害に関係づけられた結果の定義を行おうとする。プッペによれば、結果とは、法益の状態を「その法益にとり不利益な方向に」変更することを意味する⁵⁵。

このように結果を定義することの長所と短所について、ここでは論じない⁵⁶。確認が必要なことは、プッペがこれにより、帰属関係の結果に関わる関係項と、因果関係の結果に関わる関係項とをまさに同一のものと把握していることである。すなわち、通説的見解にとり、因果関係と帰属とを分離することが必然的帰結であるのと同様に、プッペにとっては、この分離に疑義を差し挟むことが当然の帰結なのである。実のところ、真の争点は、因果関係と帰属関係を分離するかどうかというより、それぞれの関係項をどのように定めるかというところにある。

c) 結論

明らかになったことは、因果関係の判断と帰属の判断とは、すでにそれぞれの関係項が異なるという理由で区別されなければならないということである。因果関係の判断は、行為と（その具体的態様における）結果の関係

54 前掲注50を参照。

55 Puppe, ZStW 92 (1980), 870 ff., 881; dies., GA 1994, 306; Erfolgszurechnung (前掲注8), S. 15 ff., 17; NK-StGB, vor § 13 Rn. 72 ff.; これに賛同するものとして、Röh, Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1995, S. 60.

56 これに対する批判として、Roxin/Greco, AT I, § 11 Rn. 22.

を記述するものであり、帰属の判断は、注意義務違反ないし危険創出と法益侵害の間の関係を記述するものなのである。

これに対し、プッペは、因果関係の関係項を通説とは異なって理解する。すなわち、具体的態様における結果というのではなく、不利益方向での法益の変更として、である。そこから、プッペは、因果関係の判断と帰属の判断を部分的に同一視することにならざるをえない。

関係項の間の関係そのものについていえば、規範的基礎に立脚する危険増加説は、帰属の問題と因果関係の問題とでこれを異なって理解する。これに対し、回避可能性説の論者（つまり、連邦裁判所と学説の通説）および存在論的な理由づけに基づく危険増加説（プッペ）は、これらを同一視することになり、そこで、「注意義務違反の因果関係」という言い方をしても矛盾とはいえないということになる。

V. 全体的な結論

結論の中核部分については、すでにⅢ. 3. のところで要約して示した。が、ここでは、異なった言い方で「再トライ」させていただくこととし、最後の全体的な結論を示すこととしたい。それは、見解の対立する当事者のいずれの顔もつぶさない、大岡裁きのように思われるかもしれないが、それでもこの全体的結論は、厳密な学問性に立脚するものと考えているところである。

1. a) 回避可能性説の主張者にとり、因果関係と客観的帰属は、たしかに分けられる（なぜなら関係項が異なるから）が、しかし異なったものではない（なぜならまったく同じ関係性が問題となるから）。こうした考え方に基づくとき、両者の区別は必要だが、しかし別の呼称を与える必要はない。したがって、判例が「注意義務違反の因果関係」という言い方をするとき、

何ら矛盾とはいえないのである。

b) 危険増加説のほとんどの主張者は規範的考慮に立脚するが、これによれば、因果関係と客観的帰属は単に分けられるばかりでなく、異なったものである。論者ないしわれわれは、因果関係と帰属とを分離しなければならない。「義務違反の因果関係」というような言い方はわれわれにはできない。

c) プッペは、因果関係と客観的帰属とを分けられるものでもないし（というのは、結果に関する関係項は両者においてまったく同一だからである）、異なったものでもない（というのは、その関係はいずれにおいても「最小限条件の公式」により表現されるものだからである）と考えている。プッペが危険増加説に賛成するのは、規範的考慮に基づくものではない。プッペの見方からすれば、「義務違反の因果関係」という言い方をすることは、まさに必然的なことなのである。

2. こうして、最も重要な結論は以下のことである。因果関係と客観的帰属とが相互に区別されるものか・異なったものかという問題は、実のところ、二次的な議論にすぎず、派生的問題にすぎない。本来の見解の対立はその背後に隠れており、そこでは基準となる諸カテゴリーをめぐる根本的な理解がくい違っているのである。

それでは、このゲームは結局、引き分けに終わったのであろうか。いえ私はそう考えない。はっきりと敗北したのは、学説における回避可能性説の主張者である。論者は、判例に対し論理的誤謬があると批判するが、誤っているのは自分たちの方である。はっきりと勝利したのは、私見では、規範的考慮に基づく危険増加説である。それは、帰属論の体系的理論構成にとり、より整合的な見解であることが明らかになったといえよう。

それでは、結局のところ、これは用語法の問題にすぎないのであろうか。いえ私はそう考えない。ここで問題とされているのは、単に用語法なのではなく、客観的構成要件の構造そのものである。その構造が、評価の対象（基体）に適合した用語法において適切に捕捉され、また表現されなければならない、ということなのである⁵⁷。

[訳者あとがき]

本稿は2023（令和5）年4月4日に龍谷大学において行われた、ルイス・グレコ（Luis Greco）教授の講演（原題は、„Kausalität“ der Sorgfaltspflichtverletzung? Zum Verhältnis von Kausalität und objektiver Zurechnung）の原稿を訳出したものである。もともと、その原稿は、プッペ（Ingeborg Puppe）教授の80歳祝賀シンポジウムにおける報告のために書かれ、そこで読み上げられたものであるが、事情により（ただし、著者がその内容に不満足なためではないという）ドイツでも未公開のままとなっている。

原著者であるグレコ教授について簡単に紹介しておきたい。1978年、ブラジルのリオデジャネイロに生まれ、2000年にリオデジャネイロ連邦大学の法学部を卒業した後、ドイツ・ミュンヘン大学に留学し、ロクシン（Claus Roxin）教授の下で研鑽を重ねた。2008年に博士学位を取得したが、その論文のテーマは「フォイエルバッハの刑罰論における生けるものと死せるもの（Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie）」であった（2009年にDuncker & Humblot社より出版されている。なお、本書については、飯島暢氏による詳細な紹介と批評がある〔川端博ほか編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010年）221頁以下〕）。2014年には、シューネマン（Bernd Schünemann）教授の指導の下、教授資格を取得した。論文のテーマは「刑事訴訟理論と実体

57 刑法における体系構成・概念構成の成功の基準としての「評価の対象（基体）への適合性」についての比類のない論述として、Schünemann, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1 ff. (56).

的確定力 (Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht)」であり、2015年に1100頁を超える浩瀚な書物として出版されている。

教授資格を取得した後、2015年にバイエルン州の司法試験に良好な成績で合格し、ただちにアウグスブルク大学教授となり、2017年には、ベルリン・フンボルト大学法学部の正教授に就任し、刑法・刑事訴訟法講座の担当者となり現在に至っている。グレコ教授は、刑法と刑事訴訟法の両分野で多岐にわたる活躍をしており、ドイツ語のほか、母語であるポルトガル語での著作も多い。研究の中心は刑法と刑事訴訟法の基礎理論、特に刑法総論の諸問題であり、ロクシン教授の大部の（2巻から成る）刑法総論の教科書の改訂者としても有名である（その第1巻はすでに2020年に出版されている）。

執筆者紹介（掲載順）

神吉正三	本学法学部 教授
古川原明子	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
石塚伸一	本学 名誉教授
暮井真絵子	本学法学部 非常勤講師
玄守道	本学法学部 教授
井田良	中央大学大学院法務研究科 教授
佐土美由紀	本学法学研究科 博士後期課程

2023年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	川 角 由 和	畠 山 亮	嶋 田 佳 広
丹 羽 徹	河 村 尚 志	浜 井 浩 一	庶務委員
副会長	神 吉 正 三	濱 中 新 吾	武 井 寛
橋 口 豊	カライスコ アントニオス	玄 守 道	濱 口 晶 子
評議員	金 尚 均	本 多 滝 夫	会計委員
赤 池 一 将	越 山 和 広	山 田 卓 平	堀 清 史
石 埼 学	斎 藤 司	吉 岡 祥 充	会計監査委員
石 塚 武 志	鈴 木 龍 也	渡 辺 博 明	橋 本 祐 子
今 川 嘉 文	瀬 畑 源	編集委員	
牛 尾 洋 也	寺 川 史 朗	若 林 三 奈	
大 森 健	中 田 邦 博	古 川 原 明 子	
落 合 雄 彦	野々上 敬 介	松 尾 秀 哉	

龍 谷 法 学 第56巻 第3号

2023年12月8日 印刷

2023年12月15日 発行

編 集 兼
発 行 人
発 行 所

龍谷大学法学会会長 丹羽 徹

龍谷大学法学会
京都市伏見区深草塚本町67
電話 (075) 645-7922

印 刷 所

サンメッセ株式会社
京都市下京区西洞院通七条下る東塩小路町607-10
電話 (075) 366-0124

RYUKOKU HOGAKU

Ryukoku Law Review

Vol. 56, No. 3

December 2023

Articles

Modern Meaning of Savings Account and Deposits (1)
Compared with the Account by Fund Transfer Service Providers
..... Shozo KANKI (1)

A Lawsuit Challenging the Legality of Death Penalty Execution
under the Last-Minute Notification Practice (1)
..... Akiko KOGAWARA (37)

Li problemi contempronei sulla convienza *more uxorio* in giurisprudenza(7)
Relativa alle casista in dai tempo Heisei periodo.
..... Shoji OKAMOTO (53)

Eine kritische Analyse über „die Kontroverse von der
Rechtssoziologie“ in Japan (25)
„Vor“ und „Nach“ des zweiten Weltkrieges von der japanischen Zivilrechtstheorie
——„Nach“ des zweiten Weltkrieges : Über die Kontroverse von der Rechtssoziologie(2)
..... Yoshikazu KAWASUMI (89)

Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 3)
Validity of Japan-Korea old treaties and an examination of unlawfulness of
the trial of Lieutenant General An Chunggun of the Voluntary Corp
..... Etsuro TOTSUKA (135)

Notes

Death Penalty Lawsuits in Japan : Is Execution with Dignity a Paradox?
..... Akiko KOGAWARA (183)

Humboldt University, Berlin, Germany Workshop & Release
The Death Penalty and Retrial in Japan
Why does the Japanese Government still maintain the death
penalty and continue to violate the right to life and human rights?
..... Maeko KUREI/Shinichi ISHIZUKA (203)

Translations

Joachim Renzkowski, Normen als Handlungsgründe
In: Rechtsstaatliches Strafrecht.
Festschrift für Ulfried Neumann zum 70. Geburtstag,
C.F. Müller, Heidelberg 2017, S. 335 - 346.
..... Sudo HYUN (219)

Luís Greco, „Kausalität“ der Sorgfaltspflichtverletzung?
Zum Verhältnis von Kausalität und objektiver Zurechnung
..... Makoto Ida/Miyuki Sado (241)

Published by

**The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan**