

龍谷法学

第 57 卷 第 3 号

論 説 「民法理論の古典的体系とその限界」に関する一考察
——原島民法学における「古典」の系列と「思想」の系列との関連——
川角 由和

ドイツ捜査法における開示的捜査措置と秘匿的捜査措置について
——ドイツ刑法95条aの議論から見る「開示性」の保障という法的規律——
藤本 航平

文化財返還問題と戦時国際法（その2）
——19世紀後半の慣習戦時国際法の発展
戸塚 悦朗

翻 訳 スロバキアの民法と民法典
——本質的な改正への途
マーティン・ハムリク（著）／カライスコス アントニオス（翻訳）

資 料 Z世代のための漱石「ことはじめ」（中の一）
——「木庭先生の庭」散策・番外篇——
児玉 寛

目 次

論 説

「民法理論の古典的体系とその限界」に関する一考察

——原島民法学における「古典」の系列と「思想」の系列との関連——

……………川角 由和… 1（469）

ドイツ捜査法における開示的捜査措置と秘匿的捜査措置について

——ドイツ刑訴法95条aの議論から見る「開示性」の保障という法的規律——

……………藤本 航平… 43（511）

文化財返還問題と戦時国際法（その2）

——19世紀後半の慣習戦時国際法の発展……………戸塚 悦朗… 83（551）

翻 訳

スロバキアの民法と民法典

——本質的な改正への途

…マーティン・ハムリク（著）／カライスコス アントニオス（翻訳）…119（587）

資 料

Z世代のための漱石「ことはじめ」（中の一）

——「木庭先生の庭」散策・番外篇——……………児玉 寛…139（607）

「民法理論の古典的体系とその限界」に関する一考察 ——原島民法学における「古典」の系列と「思想」の系列との関連——

川 角 由 和

〈目 次〉

1. はじめに
2. 「民法規範の抽象的性格について」=1963年「綱領論文」の位置づけ
3. 「民法理論の古典的体系とその限界」=1973年「体系論文」の概要
4. 「なぜ、いまサヴィニーか」=1988年「サヴィニー論文」への展開
5. 結語——「古典」の系列と「思想」の系列との関連、末弘法学との繋がり

1. はじめに

原島重義先生は筆者の恩師である。先生は1925年にお生まれになり、2013年に亡くなられた。享年88であった。不肖の弟子に過ぎない筆者が先生の学問的生活の根本を定礎した「民法理論の古典的体系とその限界」（1973年論文）の意義を論じようとするのはなぜだろうか。二つの理由がある。一つは、この1973年論文が先生の「なぜ、いまサヴィニーか」（1988年論文）によって如何に継承され、またどこがどのように変化したのか、その変化の意味とはどのようなものか、出来るだけ詳しく確かめたいと考えるからである。筆者の見解によれば、そのことを確認するための着眼点は、「古典」の系列と「思想」の系列との関連如何にあるように思われる¹。さらにその二は、近年筆者が手がけた末弘厳太郎の法学理論と

原島民法学との繋がりを少しく掘り下げて考えてみたいと思うからである。そのうち、末弘法学との関連については、本稿末尾の「結語」で言及する。なお、上記目次からもすでに明らかであるが、本稿では、1963年の「民法規範の抽象的性格について」を1963年「綱領論文」と呼び、1973年の「民法理論の古典的体系とその限界」を1973年「体系論文」と呼ぶ。さらに1988年の「なぜ、いまサヴィニーか」を1988年「サヴィニー論文」と呼称する。

以下では、まず、原島先生ご自身が「綱領論文」(Programmschrift)²と呼ばれる「民法規範の抽象的性格について」を取り上げる。それによって、1973年「体系論文」にかかる考察の「前提」がえられるであろう。なお、以下で取り上げる先生の論文は、決して網羅的な仕方で紹介され、検討されるわけではない。筆者の関心と能力の許す範囲で考察されるにとどまる。また小見出しは、基本的に先生の論文の小見出しに従ったが、一部そうでない箇所もある。これは、本稿の内容との整合性を重視した結果として施される暫定的な措置に過ぎない。

1 原島先生は、2011年に同時刊行された『市民法の理論』と『民法学における思想の問題』（いずれも創文社）の「はしがき」で「古典」の系列と「思想」の系列の相互関係について触れておられる。本稿では、適宜それを参照しつつ、筆者なりの見解を付記するものである。なお、本稿では上記二つの著作から数多くの引用を行う。前者を「第一著書」とし、後者を「第二著書」として引用する。

2 先生が1963年論文を「綱領論文」と呼ばれるのは、ヘーゲルの1807年『精神現象学』を意識されてのことである。『精神現象学』がその後のヘーゲル哲学の展開とその存在意義を方向づけたように、先生の1963年論文（「民法規範の抽象的性格について」）もその後の原島民法学の展開とその存在意義を方向づけたのである。その他、1814年のサヴィニー「立法と法学に対する我々の時代の使命」、1903年のエールリッヒ「自由な法発見と自由法学」も「綱領論文」として位置づけられる。原島『法的判断とは何か——民法の基礎理論』（創文社、2002年）109頁、137頁、293頁、295頁。

2. 「民法規範の抽象的性格について」=1963年「綱領論文」の位置づけ

原島先生は、1954年に「手形裏書の社会関係——有価証券理論に関する一つの覚え書」を九州大学法学部助手論文³として提出されたあと、1963年「綱領論文」を完成されるまで、ドイツ無因性論およびわが国不動産物権変動論に関する論文を数多く公表された⁴。そのような比較法学上・法史上・法解釈学上の研究蓄積を踏まえて1963年「綱領論文」が生み出される。この「綱領論文」は、いわば「思想」の系列の代表的作品と言い換えることができるものであるが、しかしながら、先生は「思想」の問題にことを終始させるわけではない⁵。

3 1954年の「手形裏書の社会関係——有価証券理論に関する一つの覚え書」は、公表されないままであった。それが公表されたのは1988年の久留米法学3号であった（なお題名は2011年第二著書刊行時に「手形裏書の社会関係——統一的有価証券法成立の可能性を探る」とされた。）。ちなみに、長らく公表されなかった経緯について、第二著書163頁の「追記」を参照。

4 ドイツ無因性論の研究として、原島重義「『無因性』概念の系譜について——『無因性』概念の研究その1」九州大学法学部30周年記念『法と政治の研究』（有斐閣、1957年）451頁以下、同「『無因性』確立の意義について——『無因性』概念の研究その2」法政研究24巻1号（1957年）71頁以下、同「『無因性』概念の一考察——サヴィニー、パールの理論的系譜の側面から」私法18号（1957年）32頁以下がある。他方、不動産物権変動論に関する研究として、原島重義「遺産分割と登記」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅶ 相続2』（有斐閣、1960年）29頁以下、同「登記法改正と不動産の現況確認」法政研究27巻2-4合併号（1961年）43頁以下、同「債権契約と物権契約」『契約法大系Ⅱ 贈与・売買』（有斐閣、1962年）102頁以下がある。なお、先生の博士論文は『『無因性』概念の研究——ドイツ普通法学におけるWillensdogmaの分析を基軸として』であるが、先生はこれを1962年に国立国会図書館に収納され、自費出版として2010年に刊行された。

5 原島先生の「民法規範の抽象的性格について」は、先生の第二著書である『民法学における思想の問題』冒頭に収録されていることからすれば、「思想」の系列を代表する作品であることは言うまでもない。ただ、先生の作品は、「思想」の系列が扱われる場合も常に実用法学の諸問題（公害差止め問題や約款問題）

- ①「実定法規範に内在する「抽象的性格」」——とまれ、ここで先生が問題にされる民法規範の「抽象性」とは何であろうか。たとえば、「公序良俗・公共の福祉・信義誠実・権利濫用」などの一般条項の解釈の場合に代表されるような「抽象性」が、第一次的な直接的「抽象性」を意味するとするなら、他方で「われわれはなお、法解釈をするとき、つねに実定法と社会的素材との連関回復を繰り返さざるをえない、という意味で抽象的なのである」という意味での二次的な媒介的・特殊的「抽象性」が存在する⁶。この場合には「実定法規範の抽象化の根源そのものをつきとめる作業が必要」⁷であるがゆえに、法解釈をするにあたって、つねに経済学や経済史、哲学や哲学史、政治学や政治史などに目配りされた「法の社会科学的研究」が要求されざるをえない⁸。このように「抽象性」の二重構造——民法規範のそれ自体の抽象性と社会的諸連

ゝなど)が念頭に置かれている。そして、その実用法学の原型を形作ったものがサヴィニーに代表される「古典」の系列であるからには、「思想」の系列と「古典」の系列も常に内面的に関連づけられるのである。

6 原島「民法規範の抽象的性格について」(前注1、第二著書)7頁。たとえば、それ自体抽象的な「法の下での平等」は、その形式的平等のラインにとどまる場合には、第一次的抽象性として把握される。ところが、形式的平等を生み出した資本主義生産関係における商品の物神的性格という根源に視点を求めるとき、第一次的抽象性から第二次的抽象性へと思考が深まる。なるほど、形式的平等も常に実質的平等と関連づけられて初めて、その歴史的役割と限界が見えてくるのであるが、先生の場合には、単に実質的平等の優位を唱えて形式的平等を批判するのではない。むしろ、資本主義生産関係それ自体が生み出した形式的平等を資本家やその代理人が無視したり、尊重しない態度を批判するのである。こうして、形式的平等は実質的平等によって補完され、補強されるべき存在となる。

7 原島「民法規範の抽象的性格について」(前注1、第二著書)7頁。傍点は原著。

8 原島「民法規範の抽象的性格について」(前注1、第二著書)6頁。そのような「法の社会科学的研究」にあたって、法の社会法則の追求と法解釈学的作業との二元論が登場する。原島先生は両者の独自性をそれぞれ踏まえつつ、しかも両者を統合する科学的な法解釈学理論の構築を目指そうとする。

関から民法規範が隔離されたところで生じるところの抽象性——を確認された先生は、この論文の獲得目標として次のように述べる。すなわち「ここでは、「抽象性」の根源そのものに眼を据えて、民法規範の歴史的展開に「抽象性」の深まりを、その「抽象性」の意味の変化を見ることに集中しよう、と思う。そして、このことにより、法解釈に従事するときにも見失なわないような、財産法全体と社会との連関を手繰り寄せるいとぐちを得たい、と思う。」⁹。これは、現代市民法を近代市民法それ自体の姿態変換＝メタモルフォーゼとして捉え、その近代市民法の積極面（市民的自由、市民的合理性）が「公共」＝国や公共企業によって崩壊せしめられる側面を具体的に告発し、もって近代市民法が固有に備えもつ健全な規範形態をそれに対置しようとするものである。ここには、個別テーマにかかる法解釈学的作業ではえることの困難な、法全体（近代民法の総体）と社会総過程とを結合するトータルな視点が要求される。

- ②「封建・近代・独占と「抽象的性格」」——ところが従来、わが国の有力な論者からは、やや異なった観点が示されてきた。たとえば、渡辺洋三教授は、封建との対抗関係のうちでは積極的な意義を担いえた「市民法体系」（たとえば「所有権の自由」）は、現代においてはその「抽象性」のゆえに、むしろ「そっくり独占の支配の主要な法的支柱」となりえた、という¹⁰。しかしながら、原島先生の観点からすれば、渡辺テーゼは、「市民法体系」そのものの丸ごとの消極的な把握に導くものにほかならない¹¹。それはまた「市民法の抽象的性格と独占の支配との結びつき」そのものにおいて、前者を「理念」、後者を「現実」として、それ自体形式主義的な「二元論」で説明しようとするものにほかならない¹²。

9 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）7-8頁。傍点は原著。

10 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）11頁。

11 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）11-12頁。

12 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）12頁。ただし、ノ

さらに市民法の「客観的ルール性」、すなわち法の「物神性」の現実的基盤が現代法では崩壊したにもかかわらず、かえってそれを無批判に「固定化」する傾向が強いと批判し、独占段階の法学の独自性を強調する伊藤道保教授の所説も、大要、先の渡辺説と同様である¹³。原島先生によれば、伊藤説にいう「物神性」は、市民法の「客観的ルール性」の姿態を借りて独占の支配がまかり通るという「矛盾」を指すことになるのであるが、それよりは、むしろ「法律家をして「法＝近代法の超歴史的・形而上学的な固定化のイデオロギー」を清算することを困難ならしめるもの、このような民法を基礎法とする実定法の存在性格こそが物神性ではないだろうか」と指摘される¹⁴。先生は、そのような物神性理解を基軸にして「「抽象的性格」そのものの推移」を次のように解明する。

- ③ 「「抽象的性格」そのものの推移」——すなわち先生によれば、「民法規範の抽象的性格」は、端的に、「近代市民法が資本主義法として根源的に規定されるところの、ルカーチによって具体的社会関係の物象化 (Verdinglichung)、あるいは、マルクスに遡って、人間疎隔ないし疎外 (Entfremdung)、さらには、ヘーゲルによって人間労働の外在化 (Entäußerung)、非現実化 (Entwirklichung) とよばれて来たものの中に求めなければならないだろう。」¹⁵とされる。このような「物象化」現象の問題性は、「法の下の平等」ないし「所有権の等質性」という価値基準——それ自体「物象化」現象を生み出した資本主義社会が本来自己のために要請したところのもの——を、みずから掘り崩すという側面において立ち現れる。すなわち、本来市民がその現実的生活の内部で生み出した紛争解決のための基礎的規範である民法（第一次的な抽象性を担う民法

ゝ先生が「形式主義的「二元論」」という文言を用いられているわけではない。

13 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）13頁以下。

14 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）15頁。傍点は原著。

15 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）19頁。

典上の諸規範）が、その第二次的な「抽象性」のレベルにおいて（民法規範を社会的諸連関から切り離して現象化する抽象性において）、市民と直接的に対立し、市民の生活基盤を脅かすことがある。たとえば、水力発電会社が市民の土地の地下に無断でトンネルを掘削した事件（大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁）、また鉄道会社が市民の土地を無断で埋め立てて線路敷設を強行した事件（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）において、市民の原状回復の請求は「社会通念上不能ニ属ス」として棄却された¹⁶。これは一種の「権利濫用法理」の濫用であり、既成事実の作出に最優先の価値を置くところの「具体的利益衡量」＝「裸の利益衡量」の極端な帰結であった。こうして、「不法な行為でも、一たん既成事実をつくってしまうと、逆に、侵害を受けた所有権者が受忍を要求される。（中略）ここで判断の規準はなまのまの「事実性」（Faktizität）」そのものである。」¹⁷。要するに、ここで示されているのは、「侵害行為」が「強い公共性」を帯びたものである場合（電力会社や鉄道会社が侵害者である場合）に、侵害者の所有権を被侵害者の所有権よりも「優越するもの」として直接的に肯定し、もって「所有権の階層秩序」を「法的に追認」する姿勢にはかならない¹⁸。

このように、資本主義社会の法としての「民法」の建前——それ自体「抽象性」を帯びるものとしての建前たる「所有権の等質性」が、現代

16 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）23頁。この「社会通念上不能ニ属ス」という判断は、昭和13年大判のものだが、昭和11年大判の判断も実質上ほぼ同様である。

17 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）24頁。傍点は原著。

18 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）23頁。傍点は原著。なお、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）129-130頁注7は、大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁のケースを取り上げて、これを「所有権侵害の違法性も相対的な価値判断なることを示すもの」と述べ、大審院判決を合理化している。またそこでは今日の「受忍限度論」の基礎（「侵害行為の態容」如何によって違法性の有無を判断する見解）が記されている。

社会において、その「等質性」を直接的に否定するところの「所有権の階層秩序」¹⁹として介入するとき、民法規範の抽象性はさらに二重性を帯びつつ現出する。そのような二重性によって、民法規範はますます「社会的素材・実体からの疎隔を強める」²⁰。それゆえ、民法の解釈において必要な観点は、問題となっている民法規範を自覚的に「社会総過程」との関連において捉え、たとえば「所有権の等質性」を生み出した近代市民法の規範体系との関係を具体的かつ歴史的に問い直すことを要求する²¹。そして、この規範体系こそは「古典的体系」の一つの表現形態としての「法の下での平等」を基盤とするところの、「所有権の等質性」そのものである。そうであるならば、「具体的利益衡量」、そのメタモルフォーゼとしての「裸の利益衡量論」を生み落としたわが国民法学との対比において、理論重視・体系重視のドイツ民法学を素材に「古典」の系列に焦点が当てられていくのも必然の成り行きであったと言える²²。それが1973年「体系論文」に結実した。以下では、1973年「体

19 ちなみに「所有権の階層秩序」というヒエラルヒー的観点は、「法の下での平等」という民法規範の「合理的法則性」のための根拠を崩壊せしめるものである。先生は、この問題を重視し、1968年の「民法における「公共の福祉」概念」（前注1，第一著書）233頁以下、特に253頁、257頁以下でより具体的に、かつ批判的に論じられた。

20 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）24頁。このような民法規範と社会的素材との「疎隔」をそのまま直接的に肯定し、もっぱら利益衡量によって合理化する姿勢のもとでは、「資本制社会における主体の静観的態度」（原島・前掲論文・21頁。傍点は原著。）は固定されたまま、支配的なイデオロギーのうちに組み込まれていくであろう。

21 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）25頁。したがって、社会的現実重視というスローガンが「なまのまの「事実性」」しか表現せず、しかもそれを理由なしに肯定する場合、「新たな立法」あるいは「新たな「解釈」」によって「実定法がますます事実に着目するほど、内包的にますます空虚に、外延的にますます拡大していく。」。原島・前掲論文・同頁。傍点は原著。

22 原島先生は、「とりあえず」ご自分の専門領域に属するドイツ民法学に即して「古典的民法」の理論と体系を描き出そうとされる。それゆえ、フランス法やメ

系論文」に至る先生の研究の軌跡を簡潔にたどった上で、1973年「体系論文」の概要を提示する。

3. 「民法理論の古典的体系とその限界」＝1973年「体系論文」の概要

原島先生は、1963年「綱領論文」を書かれたのち、不動産物権変動に関する論文を引き続き作品化された²³。そしてさらに、「古典」の系列に属するものとして「軍事基地用地の「賃貸借」と民法規範——とくに最高裁「板付」判決を中心として」(1966年)²⁴、「民法における「公共の福祉」概念」(1968年)²⁵、「思想」の系列に属するものとして「所有秩序と商品交換過程の法」(1967年)²⁶、「民法学における思想の問題」(1968年)²⁷などを著わされた。これらの論文を介して、先生は、およそ以下のような見解を提示された。すなわち、わが国で所有権の「社会的」制限が「所有権の階層秩序」を追認する場合にも拡張された結果として、「法は二重の意味で虚偽性を帯びる」に至る。すなわち第一に「所有権の等質性」の理由な

、英米法にも「古典的民法」が存在したことを否定されるわけではない。むしろ、それぞれの法領域の研究者からそれぞれの「古典的民法」のサンプルが出されることを希望されている。原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)7頁の趣旨を参照。

23 原島「登記の対抗力に関する判例研究序説——とくに相続登記の場合を素材として」法政研究30巻3号17頁(1963年)17頁以下、同「対抗問題」の位置づけ——「第三者の範囲」と「変動原因の範囲」との関連の側面から」法政研究33巻3-6合併号(1967年)43頁以下。なお、先生は、1967年、有斐閣から出された『注釈民法(6)』に、「対抗の意義、登記がなければ対抗しえない物権変動」の箇所を執筆しておられる。

24 前注1、第一著書298頁以下。

25 前注1、第一著書233頁以下。

26 前注1、第二著書30頁以下。

27 前注1、第二著書60頁以下。

き崩壊として。第二にその結果として、鉄道会社や電力会社の所有権、つまりは「公共」的所有権に対する市民による妨害排除請求権の行使の不許として。ここでは、「所有権の等質性」それ自体の基本的性格とともに、「所有権の階層秩序」のもつ虚偽の性格が同時に解明されなければならない²⁸。そのうち前者の場合は、万人に等しく妨害排除請求権が承認されるという意味において、なお古典的市民法の健全性によって裏づけられたものである。これに対し、後者の場合＝「所有権の階層秩序」は、力づくでの既成事実の作出を、裁判所が社会的に見て価値のより大きいものと判断し、よって感覚的に市民の権利主張を斥けた点に問題がある。前者の価値基準（普遍的価値基準）と後者の価値基準（特殊的価値基準）との二重構造をどのように捉えたらよいのか²⁹。このような、いわば複眼的思考が1973年の「体系論文」の基礎となっている。その内容とはこうである。

- ①「問題の提起」——概念法学批判の場合が一般にそうであるように、「民法学がその対象を法規範の演繹的な体系としてとらえることをすでに断念した」としても、なお「民法学もすべての学問と同じように、無数の個別的な法命題を、たんなる事実として、その内的な関連を追求することなく、ただ列挙するということにとどまることはできないはず」である³⁰。つまりは、「解釈論上・立法論上の諸問題に対応」するにあ

28 所有権の等質性は、「法の下での平等」の一帰結として所有権の実質的な階級的な存在性格を覆い隠す側面をもつ。それは一種の虚偽の性格の現われである。しかしながら「所有権の階層秩序化」は、所有権の等質性が担った市民法的側面を丸ごと捨て去り、現実重視のスローガンのもとに裸の利益衡量を肯定する。それに対して、市民法は抵抗の武器であり、その一つが「所有権の等質性」である。それは資本制社会において闘う独立した主体形成のための価値原理でもある。

29 これは、「所有権の等質性」＝「正規の法」(regelmäßiges Recht)と「所有権の階層化」＝「変則的法」(anomalisches Recht)との対立として把握することができよう。なお「正規の法」と「変則的法」は、のちほど言及するところを参照。

30 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)5-6頁。

たって「大局的に理論化・体系化する作業」が要求される³¹。もとより、「理論化・体系化の作業」といっても、「急速かつ複雑な展開をとげた法秩序の中で、はたして、かつてのように民法理論がその中心的な地位を回復しうるかどうかわからない。」、また「その中で民法をあらたに位置づけることじたい困難な作業であろう。」³²。しかしながら「少なくとも、もしも古典的な民法像が色あせ、その基本概念の機能が衰えたとなれば、それはどの点に現われ、どのような理由によるのか、を明らかにしてゆくことはできよう。」³³。こうして、1973年「体系論文」では「もろもろの個別的問題とその解決が民法の古典的体系とどのように関連をもつのか」、それを説明することが獲得目標とされる³⁴。それでは1973年「体系論文」が構想する「古典的体系」はどのように把握されていくのか。

- ②「古典的体系の素描」—— 先生は、まず「民法学の古典的体系」を「一九世紀のパンデクテン法学」、なかでも「サヴィニーの「現代ローマ法体系」に求めること」、そしてその「社会像ないし思考様式の源」を「ドイツ古典哲学（とくにカント、ヘーゲル）に、さらにさかのぼって啓蒙期自然法思想」（ヴォルフ、ライプニッツ、デカルト）」の内に確認すること

31 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）5頁。

32 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）6頁。

33 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）6頁。ちなみに、「イデオロギー」という観念形態を自覚的に「虚偽意識」として捉える場合に、先に取り上げた、先生の「民法規範の抽象的性格について」という論文とこの1973年論文との内面的な繋がりが見えてくる。イデオロギーの「虚偽的性格」を認めることは資本制社会の根源的矛盾を明らかにするための作業を意味するのであるから、「民法のイデオロギー的性格を認めることは、決して民法学者のベシミズムやニヒリズムの理由とはならない」のであり、「むしろ、民法のイデオロギー的性格を明らかにするためにも、その前提として、民法を法的な観念形態・概念装置の次元で、体系化・理論化されたかたちでとらえておく必要があろう。」原島・前掲論文・同頁。

34 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）7頁。

から出発する³⁵。ここで私たちは、「民法学の古典的体系」としてサヴィニーの「現代ローマ法体系」が重視され、それを支えるドイツ古典哲学としてカント、ヘーゲルの思想が取り上げられていることに注目しておくべきであろう。とはいえ、カントを起点に、カントからヘーゲルへ、さらにカントからサヴィニーへ、そしてまたヘーゲルからサヴィニーへの思考の複線的な系列が自覚的に展開されているわけではない³⁶。とまれ、「民法学の古典的体系」の根底にあって、その「全体を支える基本的な価値」は、「ドイツ古典哲学でいうところの、個人人格の自律的な展開を可能にする自由であった。」³⁷。そして「この自由を端的に現わすものが私的自治の原則（das Prinzip der Privatautonomie）」である³⁸。たとえば、「主観的権利（subjektives Recht）」、なかでも「所有権」は「個々の人格が支配する自由領域（Freiheitssphäre）を保証するものであるから、体系上もっとも重要な意味をもつ。」³⁹。そしてこのような「所有権」ないし「主観的権利」の主体＝「にない手」の自由な人格的意思力（Willensmacht）の形成作用の帰結として「法律行為」が成立し、その効果の帰結として「法律関係」が創出され、あるいは変更される⁴⁰。対するに、このような、ある権利主体の自由領域を「自己の責に帰すべき行為によって侵害した者」には、その行為が「不法行為」（unerlaubte Handlung）にあたるがゆえに「損害賠償義務」が課

35 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。

36 そのような複線的な系譜理解が展開されるのは、2002年の原島『法的判断とは何か』（前注2、末尾）148頁以下、206頁以下においてであった。

37 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。

38 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。私的自治の一つの現象形態が「自己決定・自己責任」の原則である。原島理論において自由は常に責任を伴うのであるが、自己責任を問うためには、自己決定を実質化する基盤づくりが必要となる。このことは約款論においても展開される論点である。

39 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。

40 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8-9頁。

せられる⁴¹。このように「法律行為と不法行為が法律関係を形成してゆくほんらいの原因となる」ものと想定する場合、事務管理や不当利得などは「準契約」(Quasi-Kontrakte)として「いわば困惑した末の解決(Verlegenheitslösung)とみなされる。」⁴²。

ところで「私法上の主体は主観的権利のにない手たりうる地位を意味する」のであり、それは「歴史的な規定を脱ぎすてた自由のにない手、自律的な人格として、すべての人に平等に認められた。」⁴³。これは自然人を第一義的な権利能力者とみて中間団体を排し、もって主に自然人からなる市民社会を国家と対置せしめる「啓蒙主義の社会モデル」と合致する⁴⁴。その結果、古典的法人概念は積極的な法の関与の帰結として生み出されたものではなく、消極的に「組織体も自然人と並んで権利能力をもちうる、ということの意味するにとどまる」ものとされる⁴⁵。——要するに「ここに要約した古典的体系は、近代市民社会の方向づけ(Orientierung)をする明確な思想によって支えられている。これが、ふつう、自由主義(Liberalismus)・個人主義(Individualismus)といわれるものである。加えて、法律的構成がこの思想によって貫かれている、という意味で、きわめて特徴的であり、また体系的でもある。このような体系は今日原則としてそのまま維持されている。それは、この体系の中に、私法が互いに独立し、自己の決定に基づいて行動する市民の法である、ということの表現が見られるから」である⁴⁶。それでは、こ

41 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。

42 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。

43 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。

44 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。それゆえ個人を超えた人の結合体は家族だけということになる。原島・前掲論文・同頁。

45 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。これは、法人の本質論に関わる問題提起に繋がる。古典的な法人概念からすれば、いわゆる法人実在説は無縁な存在であろう。

46 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)10頁。傍点ノ

のような市民法的古典的体系について、その「限界」が、どの点に、なにゆえ生じてきたのか。次に先生が注目するのは「限界の意味」である。

- ③「限界の意味」——先生は「古典的体系のもつ「限界」」を「法律の欠缺」をめぐる議論と関連づけて、その意味を確認する⁴⁷。その際、このような「古典的体系」を中核として形成された「ドイツ民法典」を「対象」として「限界」の意味づけが図られていく⁴⁸。先生は、それを三点に整理する。第一に、「民法典の中に規定があり、したがって法律の欠缺といえない場合であっても、なお古典的体系の限界を示す事例は数多い」として、いわゆる「黙示の意思表示」(stillschweigende Willenserklärung)によって解釈論上の処理が施される場合を例示する⁴⁹。第二に、「衡平判決」(Billigkeitsentscheidung)と呼ばれる数多くの判決が示すように「法律の解釈において古典的体系とこれに体系的になじまない法命題との区別がなされないとすると、法律の欠缺の確定はいっそう困難となる。」⁵⁰。すなわち、法学者や裁判官の「規範適合」の姿勢から「個別事件適合」への姿勢の比重移動は、法律にしたがった法の発見(Rechtsfindung secundum legem)か、法律の傍らでの法の発見(Rechtsfindung praeter legem)か、法律に反する法の発見(Rechtsfindung contra legem)かの区別を見えにくいものになっている⁵¹。しかしながら第三に、そのように「古典的体系の価値基準や構成が他の独自の

ㄨは原著。

47 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)11頁。傍点は原著。

48 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)11頁。

49 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)13頁。その理由を、先生は「法律の解釈上で困難な問題は、しばしば古典的体系からはみ出し、体系になじまない(systemfremd)法命題に関して生ずるからである。」と指摘する。原島・前掲論文同頁。傍点は原著。

50 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)13頁。

51 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)13頁。

(古典的体系になじまない) 法命題の価値基準や構成によって補完され修正される」という側面があること確かだとしても、なおそれは民法理論の古典的体系をただ批判・克服の対象と見るべきことを意味しない⁵²。すなわち「その歴史的な制約性を脱ぎすて、それじたいが実体化された主観的権利や法律行為の基本的な法概念も、じつは、古典理論によって立つ一定の社会像との関係で、相対的・歴史的に限定された意味をもつものであるということが顧みられるに至る。』⁵³。こうして、「ここでは、古典的体系とその体系になじまぬ法命題の限界線を確認する、ということにとどまらず、今日の変化した社会・経済的關係の下での、古典理論そのものの歴史的意味の限定ないし機能限定、さらには現在においてなおもつその積極的な意味の確認という問題を自覚することになる。』⁵⁴。その様相を、先生は主観的権利論、法律行為論に即してより具体的に説明する。

- ④「主観的権利論の限界」——まず主観的権利論の限界というテーマからみていく。言うまでもないことであるが、主観的権利 (subjektives Recht) は絶対権 (所有権など) と相対権 (債権など) の両方を含む。そのうち債権は、それが契約に基づく債権である限り、(債務不履行によって損害が発生した場合には) もっぱら契約当事者間で損害賠償責任が生ずる。これが原則である。ところが、たとえばAがBを間接代理人 (問屋) として選任し、Bが自己の名でCと契約関係を結んだところ、Cの契約違反行為によってAに損害が生じたとき、Cは第三者Aに対して損害賠償責任を負うことになるのであるが、その際にB-C間の契約を考慮して

52 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 14頁。括弧内・引用者。

53 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 14頁。

54 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 14頁。傍点は原著。

Bが自己の名でCにAへの損害賠償給付を請求することが認められる⁵⁵。この場合に先生は、権利ないし法律関係の「人格関連」(Personenbezogenheit)から「機能継承」(Funktionsnachfolge)へという「性格変化」の可能性に関する問題提起に着目する⁵⁶。

この「性格変化」は主観的権利論の「限界」を示唆するものであるが、先生は、さらに主観的権利論の古典的意義の現代的再生ともいうべき現象に注目する。それは、いわゆる「営業権」(設営され、稼働している営業に対する権利、das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)ないし「企業権」(das Recht am Unternehmen)の主観的権利適合性に関する問題である。ドイツ民法の条文に即して言い換えれば、企業の名誉が侵害され、それによって企業利益が侵害された場合に、営業権の権利性が承認されるならばドイツ民法823条1項の「その他の権利」(sonstiges Recht)の侵害として、企業に割り当てられた収益の損害賠償が認められそうである。主観的権利の中核にあるものこそ「割当内容」(Zuweisungsgehalt)である、と言うべきだからである⁵⁷。しかしながら、営業の利益保護＝「企業の保護」とは、「違法行為による経営の流れ(Wirtschaftsablauf)に対する妨害、特に商品仕入れ・販売などのいわゆる給付競争(Leistungswettbewerb)の妨害をしりぞけることにある。」⁵⁸。それゆえ、このような妨害の排除請求の条文上の根拠は、妨害者による特定の行為態様からの保護を許容するドイツ民法823条2項(保護法規違反の場合の不法行為責任)に求められるべきであり、主観的

55 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)15頁。

56 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)16頁。その他、「債務関係に基づく占有権」(ドイツ民法986条1項)や「仮登記」(ドイツ民法883条以下)のもつ特殊な効力も、絶対権か相対権かという「Entweder-Oder」では処理しがたいとされる。原島・前掲論文同頁。

57 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)17頁。

58 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)19頁。

権利の「割当内容」への侵害を要件とする同条1項に求められるべきではない⁵⁹。要するに、営業に割当内容ありとして「営業権」としての主観的権利構成を承認することは、「各企業に固定した活動領域を帰属させる」ことを意味することになるのであり、よって「各企業がその活動領域を不断にあらたにみずからのたたかいの中で獲得することを当然の前提とする競争秩序そのものの否定を意味する。」⁶⁰。これは一見したところ主観的権利論の「限界」を語っているようであるが、自由競争の古典的秩序としての競争秩序を同じく古典的な主観的権利論と対比し、かつ体系的に関連づけた結果として出てくる結論である⁶¹。

- ⑤「法律行為論の限界」——次に法律行為論の限界について先生の見解をみていく。まず先生は、「危険負担」が、契約当事者の意思とどのように関連づけられるかを問題とする⁶²。むしろこれは当事者意思と無関係に「法律に基づく義務」(Verpflichtung ex lege)として把握されるべきではないか。すなわち、「危険負担」は任意法規による法律行為・契約の補完であり、つまりは「法律行為の常素」(naturalia negotii)を意思的要素と切り離した上で、当事者意思を法規が直接補完するものとみる⁶³。言い換えれば、これは「契約の解釈」に関わる問題でもある。

この「契約の解釈」について、先生は4点にわたって論点を抽出する。すなわち、第一に当事者の「給付の仕方」については、「契約で使われ

59 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)19頁。823条2項のほか、826条(故意の良俗違反に基づく不法行為)の適用も論じられている。原島・前掲論文同頁。もとより妨害排除請求権そのものの直接的な根拠条文は1004条である。

60 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)20頁。

61 このように自由競争を競争秩序の基軸に据えて、差止請求と損害賠償請求との棲み分けを図るのが原島理論の一つの特色である。たとえば、1997年の原島「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」(前注1、第一著書)187頁以下、特に211頁以下。

62 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)26頁。

63 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)26-27頁。

た文言の解釈」が行われるが、その際に裁判官は、必要に応じて「文言の基礎にある契約秩序」あるいは「債務関係の社会的慣習」に対応する意味を根拠にしつつ契約文言の解釈をなす⁶⁴。これは意思表示の解釈に直接関わる問題である。第二に、当事者意思とは無関係に契約内容を形成する原理が存在する。それが先にみた「法律行為の常素」である。その場合、「事物の本性」(Natur der Sache)に基づく「付随義務」(Nebenpflicht)が確認される必要がある⁶⁵。第三に、裁判官は、自己の*officium iudicis* (審判人の職務)にのっとり、信義則の展開として、保護、告知、説明に関する義務、「いわゆる保護義務 (Schutzpflichten)」を具体化していく⁶⁶。さらに第四に、十二表法以来認められてきた*minima non curat praetor*「法務官は些少を考慮せず」の原則⁶⁷も裁判官の契約解釈を拘束するのであり、たとえば、賃料支払いに関する未履行部分がごく一部にとどまる場合には、「賃料不払いを理由とする土地明渡請求は許されない (RGZ86, 334)」⁶⁸。このように先生は、契約解釈にあたっての社会的慣習、さらに信義則論⁶⁹を踏まえ、法律行為ないし契約責任に関する古典的体系とその限界を探ろうとする。

- ⑥「古典的な私的自治と契約制度の現代的な理論化」——ところで、「社会的慣習」や「信義則論」が契約の解釈にとって必要視される場合に、契約制度それ自体の「有機的な機構」(Organismus) への変化＝「変

64 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)28頁。傍点は原著。

65 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)28-29頁。

66 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)29頁。

67 先生は、この「裁判官は些少を顧慮せず」という原則を活かして、裁判事件(福岡ラッキータクシー事件)への鑑定意見を書かれた。原島「債務の一部不履行と反対給付義務」(1983年)前注1、第一著書357頁以下、特に385頁。

68 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)29頁。

69 原島先生の信義則論は、その一般的適用ではなく、類型化を施した上での具体的適用が志向されている。原島「民法における「公共の福祉」概念」(前注1、第一著書)233頁以下、同「信義則論ノート」(前注1、第一著書)265頁以下。

質」を重視するのか、それとも、なお古典的な私的自治（Privatautonomie）を基盤に据えつつ契約制度の現代的な理論化（「契約概念の再構成」）を図るべきか、ドイツでは争いがある⁷⁰。先生は、後者のラインに立つフルーメもしくはライザーの見解を支持される。その結論を先生の整理を借りて示せば、こうである。——「このようにして法律行為、ないし契約概念を再構成するとき、最近の法の発展における「契約自由の制限」にもかかわらず、私的自治の「危機」なるものは、当たっていないということになる。すなわちフルーメによれば、それは、私的自治の誤解、つまり、私的自治を、社会的正義の原理による制約に服す必要のない個人の優越した自主性の承認、と解することに由来するのであって、一九世紀の法律学にはこのような「自主性」（Selbstherrlichkeit）が決して無制約なものではなく、法秩序による限定の中においてのみ展開しうることは自明のことであったという。またライザーによれば、問題を生ずるのは、一九世紀初めの法律行為論、すなわち意思主義（Willensprinzip）に対してであって、法律関係の形成における自己決定、すなわち、私的自治の制限ではない、とする。」⁷¹。——ここで先生は、さらに私的自治の現代的再生という側面に注目される。それは孤立した「私的自治」ではなく、社会過程における市民の行為を動態的に把握する法概念としての「私的自治」である⁷²。なお、「私的自治」に基づく責任（法律行為責任、契約責任）は、当事者に「自己決定」があったがゆえに引き出される「自己責任」であり、典型的な古典理論の所産である。もっとも、当事者の一方が契約締結行為を明示的に拒否して利用行為をした場合（たとえば当事者の一方が駐車場の利用料を支払わないと述べてつ駐車

70 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）30頁。

71 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）31-32頁。

72 古典的私的自治論とその現代的機能について、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義（編著）『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会、1988年）119頁以下を参照。

したような場合) には、古典理論＝私的自治が妥当しないとして、「事実に契約関係論」が提唱され、しかもそれが「信頼責任」で根拠づけられることがある⁷³。このように、相手方の「信頼」を決定視して「事実」から「契約」が出てくるという＜背理＞をどう見るか。先生は「事実に契約関係論」を批判し、「支払いを拒む表示」は顧慮されざる「表示留保」として、つまりは「矛盾した留保は顧慮されない (Protestatio facto contraria non valet.) という法命題の適用の帰結とするフルーメ説を支持する方向性を示す⁷⁴。そのフルーメの考察態度は、「信頼責任」及び「事実に契約関係論」の不当な拡張を批判するカナリスの見解とも共鳴する⁷⁵。こうして、古典理論の「限界」を正当に視野に収めつつ、しかも「古典理論」を投げ捨て「事実に契約関係論」などのような「新理論」に頼るのではなく、むしろ「古典理論」の射程距離を慎重に見定めつつ対処しようとする先生の姿勢がここでも示されている。そのような先生の姿勢は、この論文の「結語」で、より明示的に語られる。次にそのことを確かめておく。

⑦「結語」——二つのポイント

(1) 「裁判官による法の創造 (Rechtsfortbildung) の内面的な構造」——古典理論の「限界」が法律規範の欠缺において如実に示される場合、法律規範に反する (contra legem) な法発見とともに特に問題となるのは、「法律の傍らでの法発見」 (Rechtsfindung praeter legem) である。この場合には、古典理論に基づく法律規範そのものに従うのではないが、それを視野に収めつつ、つまりはそれとの位置関係を探りつつ、裁判官による新たな法的判断が古典的法律規範の「傍ら」で実施される。この

73 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 40頁。

74 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 40頁。

75 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 40頁。なお、カナリスの「統一的な信頼責任論」への批判として、児玉・前掲「古典的私的自治論の法源論的基礎」(前注72) 173頁(傍点は原著)。

ように「法」(Recht)と「法律」(Gesetz)を区別する観点からすれば、「法律の傍らでの法発見」は、「法律外的な価値判断の侵入を意味する。」⁷⁶。とはいえ、この「あらたな価値観点の設定」は、「法の中での既存の価値基準との関連なしには不可能である。しかもこの既存の価値基準は、民法の中核をなす古典理論の、「自由」という基本的な価値基準を中軸として成り立つそれじたい統一的な価値基準との関連においてのみ、位置づけられ、明らかにされる、と考えられる。」⁷⁷。このように現代的で、新たな法現象に直面する場合にも、なおそれ自体古典的な「自由」を基本的価値基準とする理論に立ちかえて、それ(古典的理論)との位置関係を確認しながら法の発見＝判決規範の創造的な析出を目指すというのが先生のスタンスである。それは古典的体系の限界に立ち向かおうとする場合の先生の基本スタンスと呼応する。

(2)「古典的体系の限界」の意味づけ——先生にとって、改めて「限界」の意味するところのものは何か。先生は次のように言われる。——「わたくしには、古典的理論の「限界」を問うことは、その限界の故に、古典理論をたんに否定的に評価し、これに代置しうるものを探がす、というような単純な作業ではないように思われた。このことが、民法解釈論・立法論のイデオロギー的性格を見るさいにもきわめて重要な意味をもつのではないか。」⁷⁸。したがってこのことを、ドイツにおける法律行為論・契約論に即して言い換えれば、「古典的法律行為論ないし契約制度観の直線的な変質観ではなくて、これとは対照的な、法律行為ないし

76 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)51頁。傍点は原著。

77 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)51頁。傍点は原著。

78 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)51頁。ここで「民法解釈論・立法論のイデオロギー的性格」とは、それ自体として社会的総過程の物質的基盤から引き離して成り立ちうる民法解釈論・立法論の「観念論的性格」を指すものと考えておくことにする。

契約規定の性格論を介して古典理論へ立ち返り、あらためて法律行為ないし契約概念の再構成を試みている事実」に関心がそそがれる⁷⁹。それゆえ「一見保守的と見えるものが、じつは、あらたな段階に即して、古典的なものの、もっとも積極的な側面をとり出し、継承する」という価値的判断に焦点が定められていく⁸⁰。そして「それはあたかも、社会の大きな転換期に当たって、近代思想の源流たるドイツ古典哲学がくり返し取り上げられることとあい通ずるものがあるのではないか、という、わたくしなりの推測に基づくものであった。」⁸¹。——このような先生の姿勢は、1976年「わが国における権利論の推移」⁸²、1980年「開発と差止請求」⁸³、1983年「契約の拘束力——とくに約款を手がかりに」⁸⁴、1984年「法と権利に関するひとつの試論——民法学から」⁸⁵などを経て、1988年「なぜ、いまサヴィニーか」でさらに研ぎ澄まされたものとなっていく。次に取り上げるのは、その「サヴィニー論文」である。

4. 「なぜ、いまサヴィニーか」=1988年「サヴィニー論文」への展開

①「はじめに」——サヴィニーは、1779年に生まれ1861年に亡くなった。

ドイツ・パンデクテン法学の泰斗である。サヴィニー評価については、従来から二つの消極的な傾向があった。一つは、それを150年前の古い

79 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）52頁。傍点は原著。

80 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）52頁。

81 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）52頁。

82 前注1、第一著書445頁以下。

83 前注1、第一著書523頁以下。

84 前注1、第一著書625頁以下。

85 前注1、第一著書53頁以下。

学説であるとして最初から問題にしない態度である⁸⁶。二つ目はそれを考慮する場合であっても、たとえば錯誤論において錯誤の認識可能性要件・重過失要件の取り込みを図った表示主義・取引安全主義の主導者としてサヴィニーを捉える態度である⁸⁷。先生によれば、錯誤についての表示主義的理解をそもそもどうみるか、あるいはサヴィニーを錯誤論における表示主義の先導者とみるかどうかという問題は、現代民法学に課せられた重要な課題であり、それは、まさしくサヴィニーをいかに読み込み、理解するかにかかってくる。こうして先生は、サヴィニーを正しく読めば、表示主義的な錯誤理解ではなく、むしろ錯誤評価に関する〈契約当事者合意内容評価説〉ともいべき新たな現代的錯誤論の形成との関わりにおいて、サヴィニーの錯誤論が深く関わっていることが示される⁸⁸。これこそは、「サヴィニーをとり上げることの「現代の実際の意義」」⁸⁹を示す一例にほかならない。

- ②「「古典」理論への視座」——このように、サヴィニーをいかに読むかという問題は、先生によれば、論者が時代ごとの法的課題、とりわけ「現代の法的諸課題」といかに取り組むかという問題と、一体不可分の問題である。そのような観点から「現代法の見方、その課題のとり上げ方によって、サヴィニーを見る眼も違ってくるのではないだろうか。」⁹⁰という観点が導かれる。この場合、サヴィニーの個人的な性格問題を越

86 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）60頁、同『法的判断とは何か』（前注2末尾）121頁。ちなみに、わが国では歴史的に古い学説を法史学の領域に追いやり、対するに民法学を現代的な実用法学の領域に専属するものとする二分論が強いように思われる。原島先生は、「現代」を、「過去」の延長線上で、その「展開」として捉えるので、おのずと民法学と法史学との統合が企図されていく。先生のサヴィニー論はその実践的な応用である。

87 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）81-82頁。

88 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）83頁。

89 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）83頁。

90 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）86頁。

えて、いかに彼が時代に規定された学者であったかを丹念にみてゆく態度が要求される。すなわち、サヴィニーも「時代の子」であり——彼の人格に固有な保守的傾向⁹¹にかかわらず——ドイツにおける市民革命の息吹とともに、同時にカントやヘーゲルの思想とともに、その学問的生活を送ることができたという側面を確認することが重要である。要するにサヴィニーの天才は、単に机上の天才ではなく、世界観上の天才⁹²であり、法解釈学上の天才であった⁹³。そして、サヴィニーが生きたその市民革命期＝「古典的市民法」期の法は、その後の産業革命以降における妥協や変質を被る前の段階の法として「健全で積極的なものを含んでいた」⁹⁴。たとえば所有権を「ある人のある物に対する無制限で排他的な支配」⁹⁵（die unbeschränkte und ausschließende Herrschaft einer Person über eine Sache⁹⁶）とみる見解（純粹に理論化された個人的所

91 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）91頁及び92頁注26。

92 サヴィニーを「世界観上の天才」と呼ぶためには、一定の留保が必要であるかも知れない。とはいえ、法的な領域に限定すれば、サヴィニーこそは、その後、ようやくエールリッヒによって受け継がれた社会的な法理論建設のための開拓者的な役割を果たしたこと、確かであった。Kleinheyer = Schröder (Hg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neuen Jahrhunderten, 6. Auflage, 2017, S. 385. またサヴィニーは、フォルク（Volk）を起点に、それを媒介にして国家（Staat）を規定した。すなわち、「国家とは原初的に、かつ自然適合的に、フォルクの中で、フォルクを通じ、フォルクのために発生するものである。」（der Staat ursprünglich und natuargemäß in einem Volk, durch das Volk, und für das Volk entsteht.）, Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 29. 戒能通孝「サヴィニー」（1953年）戒能通孝著作集Ⅶ『法社会学』（1977年）223頁以下、特に245頁。

93 サヴィニーが「世の人から尊敬を受けるのは、彼の博学なローマ法、ローマ法学史の知識ではなしに、整然たる体系の樹立者たる資格において、近代的な法律的考えかたをおしすすめたためである。」。戒能「サヴィニー」（前注92）238頁。

94 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）89頁。

95 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）89頁。

96 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, S. 367. もっともサヴィニーは、所有権を必ずしも孤立した存在とみるのではなく、むしろ同ノ

有権)こそは、ローマ法以来「役権否認の訴」として狭隘化されてきた *actio negatoria* の、所有権保護請求権としての「妨害排除請求権」への一般的な展開を準備したものである⁹⁷。とまれ、「こうしてサヴィニーの業績が、例えばその国際私法論がそうであったように、ドイツ的でありながらもそれを超えて広く影響を与え、この意味においても「古典的」たりえたのは、サヴィニーの業績にも、その根底に「世界市民主義 (*Weltbürgertum*)」とでもいうべきものがすわっているからだ、とも見ることが出来るように思われる。」⁹⁸。このように、サヴィニーにおいては「古典的なもの」と「世界的なもの」とが「市民主義」で結合されている。そこにはみずからの「自己決定」に「自己責任」を負う、独立した市民によって形成される市民社会のうちに、法学者も積極的に参加してこうとする姿がある。それがより個別具体的に「私的自治論・法律行為論」でどのように受け継がれようとしているのか。それを確かめることが次の課題である。

- ③「サヴィニー理論の現代的継承」⁹⁹——先生はサヴィニー継承の現代的な典型をフルーメに見て取る。とりわけ、「法律学の歴史的見解」(*die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft*) に関するサヴィニー

↘ じような所有権が相互に接触し合う事態を想定し、よって所有権の相互承認(=「所有権の等質性」)の必要性を説いている。S. 367

97 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)89頁。なお、拙著・川角『物権の妨害排除請求権の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ民法へ』(日本評論社、2019年)の第1章を参照。なお、サヴィニーが直接、「役権否認の訴」から「妨害排除請求権」への展開を示しているわけではない。

98 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)91頁。

99 この原文見出しは「古典理論の「批判」的検討」である。たとえば、サヴィニーが動機錯誤を契約との関連で把握することをしないというフルーメの批判が指摘されている。原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)97-98頁。しかしながらここでは、そのフルーメその人が代表的なサヴィニーの「現代的継承者」とされていることを特に留意して、「サヴィニー理論の現代的継承」とした。

の立場を、フルーメは現代的に再生させようとする¹⁰⁰。そのサヴィニーの立場とは、こうであった。——「現代を過去に結びつけるところの、そしてその認識なしにはわれわれが、現在の法状態について、単に外的な現象だけを認めるに過ぎず、その内的な本質を認識しないところの、生きた関連を認識する」¹⁰¹ ことに現代法学の基本線を設定することが、それである。その場合、サヴィニーは、folk = 民族（市民社会における「市民」）を歴史形成主体 = 法産出主体と見るわけであるから、初めから「法律ありき」を旨とする法律実証主義の立場とは無縁である。「法」(Recht)と「法律」(Gesetz)は、厳格に区別されなければならない。いわば「法」は民族精神 = 市民の法意識によって規定されるのに対して、「法律」は形式上国家意思による裁可に従属する¹⁰²。サヴィニーの「法秩序」(Rechtsordnung)もフルーメの「法秩序」も、その意味において同一である。それゆえ、いわゆる「法律行為」(Rechtsgeschäft)が法的拘束力をもつのは、上記の意味での「法秩序」への適合性が承認されるからであり、フルーメが法律行為の妥当について「法秩序」を重視するからといって、フルーメを「法律実証主義」と同一視すべきではない。これが先生の出発点である。そうすると、サヴィニーが錯誤論において「意思説 (Willenstheorie) の無効ドグマ」を採用しているとしても、それを単に「概念法学の産物」とみて捨て去るべきではなく、むしろ意思表示を「自己決定の行為」(ein Akt der Selbstbestimmung)と「理解し評価する」ことによって、当事者の「契約」＝

100 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)93頁。

101 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)93頁。Savigny, a. a. O. (Fn. 96), Vorrede, S. X V. なお、訳文は原島先生の翻訳に従っている。

102 それゆえ、国家も真の「市民社会の国家」(「市民国家」)として「再生」していくことができるとするなら、法律の国家的裁可は、独自の市民法の創出行為として位置づけることが可能となろう(その場合の法律は、法の裏づけがあり、常に法に根拠をもつものとなろう)。

「合意」の問題に関連づけることの方が重要である¹⁰³。このような錯誤論における私的自治への定礎は約款（普通取引約款）の場合にも応用される。

④「古典理論と現代の法現象」——約款論を中心に

なるほど約款論は現代的問題である。ドイツでは約款規制法の趣旨を踏まえたBGBの一部改正法が2002年から施行され、近時、日本民法では548条の2以下に定型約款に関する一般的規定が置かれた。ドイツの場合には、約款の「規制」に重点があり、日本の場合には約款の一般的・包括的な「妥当」に重点がある。原島先生が注目されるのは、ドイツにおける約款規制である。たとえばドイツでは、不明瞭規則（Unklarheitsregel）がBGBの305条cに置かれている。これは、理解が曖昧な不明瞭規則においては、その規則の作成者に不利に解釈すべし、というものである（作成者不利の原則ともいう。）。先生によれば、サヴィニーも、この不明瞭規則を「契約解釈の問題として詳しく論じ、この規則の根拠を、契約の表現形式を引き受ける者は疑問発生防止をその手中に握っており、また通常は、契約対象の性質や範囲をよりよく知っているからである、と述べている。」と指摘される¹⁰⁴。こうして、「ここでは、古典理論が現代法で意味を失い、死滅したのではなく、文字通り甦ったのである。」¹⁰⁵。このように先生においては、150年前のサヴィニー理論の積極性がまともに視野に取り込まれる。それでは、約款の内容も知らされないまま、この約款でいくと指示された消費者は、そのまま当該約款に拘束されるか。日本では「定型約款」それ自体を包括的に契約の内容とする合意があれば、あるいは定型約款準備者（企業）があらかじめそ

103 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）96頁以下。

104 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）113頁。Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2, 1853, S.129 ff.

105 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）113頁。

の定型約款を契約の内容とする表示をおこなえば、定型約款の個別条項についても契約内容とするという合意があったものとみなされる（548条の2の1項）。これに対してドイツでは、普通取引約款の各条項そのものを明示的に示すか、あるいはその明示的指摘が不釣り合いな困難をきたす場合には、契約締結の場所に消費者の眼に見えるように掲示しておかなければ、約款は契約内容として取り込まれない（BGBの305条2項1文）¹⁰⁶。要するに、日本では約款内容に一方的かつ包括的に拘束されるから、異議のある消費者は異議を提起する義務を負う。言い換えれば、約款に関する沈黙は、約款を全面的に承諾したことを意味する。これに対して、サヴィニーは「沈黙」を三つの類型に分ける。「黙示の意思表示」（*stillschweigende Willenserklärung*）、「たんなる沈黙」（*blosses Schweigen*）、「擬制された表示」（*fingierte Erklärung*）が、それである¹⁰⁷。ここでは「たんなる沈黙」の法的拘束力の有無が問題となる。すなわち、約款はそもそも企業側の単なる「契約草稿」に過ぎず、それ自体として「法規範」ではありえないのであるから¹⁰⁸、約款に対する「たんなる沈黙」から法的拘束力は出てこない。サヴィニーによれば、「他人がわたくしに契約の申込みをして、わたくしの沈黙を同意とみなす、と言ったとしても、これはわたくしを拘束しない。なぜなら、わたくしが同意をしないときは、わたくしに積極的な異議を要求する権利を彼は持たないからである。」¹⁰⁹。ちなみに先生は、このサヴィニーの見解に触発されて「約款使用者（企業）は通常、黙っていると同意とみな

106 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）114頁。

107 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）114頁。Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, S. 242 ff.

108 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）129頁、同「法と権利に関するひとつの試論——民法学から」（前注1、第一著書）69頁。同「約款と「市民法」論」（前注1、第一著書）687頁。

109 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）115頁。Savigny, *Bd. 3* (Fn. 107), S.248-249.

す、という表示すらしないではないか。』¹¹⁰と手厳しい。こうして「サヴィニーに帰ってみると市民法の変質・崩壊の様相があらわに見えてくる。』¹¹¹。言い換えれば、約款論における約款の「契約への取り入れ要件」の重要性が、サヴィニーに立ちかえてみるとよく分かる¹¹²。これが先生の言われる「契約法の「復活」」である¹¹³。

⑤「古典理論の法規範性質論と現代の権利論」——「正規の法」と「変則的法」

先生によれば、サヴィニーを通じた現代的法現象への批判においてのみならず、法の一般的な捉え方そのものに関してもサヴィニーには「きわめてすぐれたものがある」とされる¹¹⁴。なかでも正規の法 (regelmäßiges Recht) と変則的法 (anomalisches Recht) との対比が重要である。これは、すでにティボーに由来し、サヴィニーがそれを受け継ぎ展開したという関係がある¹¹⁵。サヴィニーによれば、「正規の法」とは、純粋な法領域に存するところの「衡平」(aequitas)に基づく法であり、すべての関係者の平等な扱いに向けられたものであり、これに対し、「変則的法」とは、制定者の権威により特別の目的のために「外から法に割り込む便益」(die von außen in das Recht eingreifende utilitas)

110 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)115頁。

111 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)115頁。

112 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)116頁。

113 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)116頁。先生の言われるカッコつきの「復活」は、約款使用者(企業)の経済的地位の優越を前にして「裁判所という国家権力の「強制」に頼る、という矛盾」に直面する。これが約款における「契約法の「内容充実」」に転化する。原島・前掲論文・同頁(傍点は原著)。

114 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)119頁。この点については、同「法と権利に関するひとつの試論」(前注1、第一著書)53頁以下。

115 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)120-121頁。なお、同「法と権利に関するひとつの試論」(前注1、第一著書)58頁注2も同旨。Savigny, Bd. 1 (Fn. 96), S. 61, Fn. (p).

を実現するためのものである¹¹⁶。そのうち、「正規の法」は既存の上位の法規則 (die schon vorhandene höhere Rechtsregel) のうちにその存在根拠をもつ。それゆえ、「変則的法」も、それが仮に「上位の法規則」に適合するに至り、衡平の要請を充足する場合には、「正規の法」に同化し、これへと高まることがある¹¹⁷。この「変則的法」は、弱者保護などの場合に、その目的的な特殊性が承認されるときにも成り立つ。しかしながら他方で、一部の者に特殊な利益や権利 (特権) を付与する場合に、それが「法の理性」 (ratio juris) に反するものであるときにもそのまま成立するとみてよいか、問題となる。たとえば、先にみた約款問題においては、合意原則と異なる要件での約款契約成立を認めるのであるから、それは「約款使用企業」に「特別の利益 (beneficium) ないし特権 (privilegium)」を付与することを目的とするところの、「変則的法」が成立していることを意味する¹¹⁸。そのような「変則的法」を野放し状態で放置することはできない。すなわち、「変則的法」を「正規の法」に近づけるための手立てが必要である。約款の場合、それは「契約への取入れ要件」の実現であり、いわば「契約法の「復活」」であった。

また、公害の差止めについても、「受忍限度論」が支配的であるわが国では、「損害賠償」は認められても「差止め」はそれ以上の違法性が立証されない限り受忍すべしということになっており、それ自体「変則的法」にはかならない。にもかかわらず、そのような「受忍限度論」が

116 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)121-122頁。Savigny, Bd. 1 (Fn. 96), S. 64.

117 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)126-127頁。Savigny, Bd. 1 (Fn. 96), S. 64-65.

118 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)129頁。同様のことは民事違法論でも生じているのであり、違法即差止めの原則が、わが国では受忍限度論・違法段階説によって逆転せしめられている。これでは、公害企業に汚染物質排出の特権を与えているのと同然である。原島・前掲論文・128頁。

「正規の法」であるがごとく称されている。このようにわが国では、「変則的法」が「正規の法」であるかのような倒錯した傾向が根強い。それゆえ先生は言う。——「正規の法の歪みを正し、無視を止めて、この状態を逆転しなければ、市民ないし消費者の利益主張は法内在的に、すなわち権利とはならないだろう。」¹¹⁹。——この場合の「法」とは「正規の法」を指す。それゆえ、たとえばクーリングオフ規範（割賦販売法4条、特定商取引法9条）は個別の特別法（「変則的法」）に根拠をもつため、その「類推」に障害が生じる¹²⁰。しかしながら、クーリングオフを「自己決定の阻害」という規準の延長線上」に置いて、つまりは詐欺・強迫などの「正規の法」とリンクさせることによって、クーリングオフを「類推」する道が開かれる。これは、いわば変則的法の正規の法への「同化」に基づく「類推」である¹²¹。

こうしてサヴィニーに立ちかえることにより、わが国における約款や公害問題などでの、いびつな「変則的法」の実体が見えてくる。言い換えればサヴィニーに立ち返ること、それは、約款や公害問題などの現代的な法現象において、如何にして「正規の法」を発見し、それを実際に活用していくかを、はっきりと指し示す。そして、明らかにこの1988年論文では古典的体系の比重がより大きくサヴィニーに置かれており、しかもサヴィニー理論の活用の奥行きがより大きく広がっていることに注目する必要がある。それは、先生が研究生生活を始めて以来、そして特に1963年「綱領論文」を仕上げられて以来、1973年「体系論文」で方向づけられた「古典的体系」を、1988年の論文でサヴィニーに即して、より

119 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）129頁。傍点は原著。

120 「正規の法」の類推は可能であるが、「変則的法」の類推は原則不可とされる。

原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）125頁。System, Bd. 1 (Fn. 96), S. 294.

121 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）130-131頁を126-127頁ともども参照。

現代的な「実用法学」の実践的境地にまで高められた経緯を如実に提示するものである。

5. 結語——「古典」の系列と「思想」の系列との関連、末弘法学との繋がり

ここでは原島民法学における「古典」の系列と「思想」の系列との関連を簡潔に整理する。その上で、末弘法学と原島民法学との関係について言及する。それをもって本稿全体の「結語」とする。

- ①「古典」の系列について——原島先生は、1973年「体系論文」では、当時いまだ未分離状態にあった「古典」の系列と「思想」の系列とが、1984年の「法と権利に関するひとつの試論」及び1988年「サヴィニー論文」を経て分離・区別されるに至ったとする¹²²。そして、そのプロセスは、「古典」の範囲を広げる傾向をもったところの1973年「体系論文」¹²³に対して、1984年「法と権利に関するひとつの試論」及び1988年「サヴィニー論文」を通じて「古典」の範囲を「サヴィニー段階」に絞り込む思考過程の重視を意味した¹²⁴。その「サヴィニー段階」の特徴は、それが「市民革命の法」に限りなく接近したということである。それは、どういうことか。先生は、民事違法における受忍限度論や企業本位の約款論を「民法の変質」と規定する¹²⁵。その場合、「民法の変質」とは「民法はんらいの姿」からの「離反」を意味するところ、歴

122 原島・前注1、第一著書「はしがき」ii-iii頁。

123 1973年の「体系論文」では、サヴィニー(1779-1861年)からヴィントシャイト(1817-1892年)を経て、さらに現在の法律学者までが「「古典」の対象・範囲」になっている、とされる。原島・前注1、第一著書「はしがき」iv頁。

124 原島・前注1、第一著書「はしがき」iv頁。

125 わが国の民法学者が、仮に「民法の変化」には敏感であっても、「民法の変質」に「無頓着」であるならば、それはファシズムへの抵抗力を失うに等しいことである。原島・前注1、第二著書「はしがき」iv頁。傍点は原著。

史上、民法本来の姿を示すようになったのは、産業革命の時点ではなく、市民革命の時点であると解することが重要である¹²⁶。サヴィニーはその市民革命期の代表的な民法学者であった。そのようにして、市民革命の息吹がサヴィニーの法学理論をその内面から色濃く染め上げている。先生が「わたくしのいう「サヴィニー段階」に「市民法」の旗が掲げられた」¹²⁷とされるのは、まさしくそのことを指す。こうして「古典」の系列には、その基軸として「サヴィニーの民法学」（『現代ローマ法体系』）が置かれ、その外延にティボーやプフタを含めた「サヴィニー段階」が形づくられる¹²⁸。こうして市民革命期の「サヴィニー段階」の法が「「古典」的法律学」となる。その「古典」的法律学においては、「市民が抽象的・形式的な法的主体になるところの、いわゆる「疎外態」にありながらも、なお、市民革命の成果として市民の自由、ないし平等を追求する側面があった」¹²⁹。先生によれば、このような自由と平等を基軸とする「サヴィニー段階」の法は、「古典」の系列の法として、その「限界」に軸足を置くよりも、むしろその「展開」に重点を置く必

126 原島・前注1、第二著書「はしがき」iv - v頁。民法の「ほんらいの姿」は「すなわち市民法」である（原島・前掲「はしがき」iv頁。傍点は原著。）。にもかかわらず、市民法が市民革命の成果として存立しつつも、それが産業革命の時期になると、当初高く掲げられた旗がだんだん降ろされていき、妥協的になる（原島・前掲「はしがき」v頁）。

127 原島・前注1、第二著書「はしがき」v頁。この「サヴィニー段階」は、哲学ではカント、ヘーゲル、文学ではゲーテやシラー、音楽ではベートーヴェンやシューマンらを輩出している。原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）90-91頁。同『法的判断とは何か』（前注2末尾）136頁も同旨。

128 原島・前注1、第一著書「はしがき」v頁。先生は「サヴィニー段階」にイエーリングやヴィントシャイトを包括しないとっておられる。原島・第一著書「はしがき」同頁。

129 原島・前注1、第一著書「はしがき」v頁。ここで言われる「疎外態」とは、すでに見たようにヘーゲル、マルクス、ルカーチの用語であり、「思想」の系列に属する用語である。のちほど、言及する。

要がある¹³⁰。とはいえ、それは考察視点の比重の置き方の問題であり、「限界」への視点が全面的に排除されるわけではない¹³¹。要するにサヴィニーを出発点とし、それを中軸とする「サヴィニー段階」に視点を定めれば、より明瞭に現代の法現象の「古典」的法律学からの離反がみえてくるのであり、その対処方法の多くをサヴィニーがすでに用意していたことが明らかとなる。サヴィニー自身に、なお「限界」があり、それに対する批判的検討が必要であること言うまでもないとしても¹³²、それ以上にサヴィニーから学び取るべき事柄が数多く存在するのではないか¹³³。そのような先生のスタンスが1988年「サヴィニー論文」に結実したと言ってよからう。

- ②「思想」の系列について——先生の「思想」の系列は、「古典」の系列と区別されながら、常に相互に関連づけられる。先生は、カント、ヘーゲル、マルクス、マックス・ウェーバー、ルカーチなどを好んで読まれたが、その際に留意されたのが、物事をトータルに考える、歴史と社会を重視するということであった。そのように、先生の哲学や歴史・社会に関する問題関心・問題意識は、常に個別の法解釈学論文の基礎に据えられている¹³⁴。その意味において、「古典」の系列の結晶体である『市

130 原島・前注1、第一著書「はしがき」iv-v頁。

131 1973年「体系論文」と1988年「サヴィニー論文」との違い、「これは、いずれが正しいか、という問題ではない。」と書かれていることに注意したい。原島・前注1、第一著書「はしがき」iii頁。

132 原島「なぜ、いまサヴィニーか」前注1、第一著書93頁以下に、フルーメによるサヴィニーの現代的継承とサヴィニー批判、サヴィニー理論の再構成などが示されている（サヴィニー錯誤論の意思主義的傾向を是正して、契約理論と適合するように再構成すると、瑕疵担保責任＝契約責任優位のバランスのとれた結論に至るのではないかと。原島・前掲論文97-98頁）。

133 権利侵害・法益侵害の場合の民事違法論の考え方（受忍限度論の排斥）、古典的契約理論からの現代約款論への批判、「正規の法」と「変則的法」の区別と同化など。

134 たとえば、177条の不動産物権変動の登記による対抗要件主義を「対抗問ノ

民法の理論』(前注1、第一著書)の総論的な「序説」の役割が、「思想」の系列から構成された『民法学における思想の問題』(前注1、第二著書)によって担われている、という相互関係が存在する。言い換えれば、『民法学における思想の問題』は、そのものとして、その全体が『市民法の理論』の「序説」というべき作品になっている¹³⁵。こうして、「思想」の系列は常に「古典」の系列を支え、補強する。その逆もまた正しいのである。そのような観点から、「思想」の系列と「古典」の系列は実質的に統合され、合体せられる。すなわち、両者はそれぞれ自己を保存しつつ、相互に関連づけられ、支えられ、補強されることによって、より高い次元で統一される。なかでも先生にとっては、利益衡量論=利益考量論を批判することで、自己の「思想」の系列と「古典」の系列を相互に関連づけながら、原島民法学の内実をさらに鍛えて行くことをなされたように思われる¹³⁶。このこととの関連で、次の文章が意味をもつ。——「利益衡量とは価値判断のことである。価値判断である以上、つねに一定の価値基準に立たねばならない。その価値基準は、法秩序全体とのつながりにおいて、つまり統一的な価値体系を前提として、その中においてはじめて正当な位置が確認され、そこから導き出されること

ㄨ 題」という媒介概念によって各論(相続と登記、遺産分割と登記、時効と登記、取消しと登記)を個別に検討し、相互に関連づけた上で、民法全体にわたる解釈論を構築しようとする姿勢を参照。しかしこの「対抗問題」という把握の仕方は、もっぱら法的対象物の「直接知」のみを視野に入れるにとどまる利益考量論の立場からは批判される。星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」(1988年)同『民法論集・第八巻』(1996年)187頁以下、特に237頁。

135 原島・前注1、第二著書「はしがき」vii-viii頁。

136 加藤一郎教授に対する批判として、「民法学における思想の問題」(1968年)前注1、第二著書60頁以下、特に67頁以下。この利益衡量論について、先生は「認識論上の不可知論(Agnosticism)の立場をとった一種のプラグマティズムといえるであろうか」と規定する。原島・前掲論文・69頁。さらに加藤教授、星野教授に対する批判として、原島『法的判断とは何か』(前注2、末尾)110頁以下。

になろう。もちろん、個別的な法解釈・法決定の結果が「妥当」であったか否かによって、経験的に価値基準が検証される。しかし、この価値基準は検証によって修正されずとも、それを統一的な価値体系における位置づけと無関係に行うことはできない。このような価値体系の認識は、つまりは、わたくしがここで取り上げた思想の問題にほかならない。」¹³⁷。——ここで言われる「価値判断」とは、事実認定を基礎にし、価値基準・価値体系との関連づけを媒介とした「法的判断」＝主体的判決・主体的判断形成のことであろう。そして「価値基準」とは、「法の下の平等」、「所有権の等質性」、「私的自治」、「契約自由」、「過失責任主義」などを指すのであろう。さらに「価値体系」には、「自由」という法秩序、あるいは「デモクラシー」という法秩序、あるいは「人権」という法秩序などが含まれるのであろう。このような捉え方は、民法の古典的体系に内在的な基礎的価値原理を重疊的に映し出したものであり、それ自体民法学における一種の「方法論」と関りをもつ¹³⁸。他方、同時に先生は、ご自身を、あくまで実用法学を旨とする民法解釈学者であると規定されている¹³⁹。要するに、個別の解釈論的な問題を検討することが先生の一貫した課題であり、その課題の考察は常に「思想」の系列と「古典」の系列を踏まえ、両者を具体的に関連づけることを通じて実行された、ということである¹⁴⁰。

137 原島「民法学における思想の問題」（前注135）70-71頁。傍点は原著。このように、「価値基準」を包括する「価値体系」は、いわば山中康雄教授（原島先生の師）の「客観的法秩序」に対応するように思われる。なお、山中『市民社会と民法』（日本評論社、1947年）56頁、69頁。

138 原島・前注1、第二著書「はしがき」v頁。

139 「わたしは、実用法学としての民法学を離れたつもりはない。わたしの関心はつねに、直面する紛争について、正しい判断を下すための手だてを見つける、ということに帰着した。」原島、前注1、第二著書「はしがき」xii頁。

140 先生の著書、共編著、さらに個別の諸論文以外に、判例研究だけでも21にのぼる。河内宏・大久保憲章・采女博文・児玉寛・川角由和・田中教雄（編著）『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、2006年）原島重

③末弘法学と原島民法学

原島先生の民法学の源流は、基本的に、山中法学と磯村法学そして来栖法学にある¹⁴¹。ここでは、その系列とは別に、末弘法学との関係について簡単に述べておきたい。末弘法学の特徴は、(1) 社会との関連で民法を捉えること(「生ける法」の民法への吸い上げ)、(2) 官僚法学を概念法学の現われとして批判すること(官僚法学批判=概念法学批判)、さらに(3) 解釈法学・判例法学の内面に類型論的視点を取り入れること(社会定型的思考の重視)にあった。それら三者は、末弘法学の内面に具体的に結実した。すなわち、社会との関連で民法を捉えることは、日々市民=「民衆」の生活事実の中で生み出される紛争事実の「生ける法」的な整序を可能にした。それは末弘法学の社会定型的類型論を介して、「似たものを似たように」という「公平」の要請に基づく類推的解釈手法を編み出した。そして末弘法学の考察視点は端的に「民衆の視点」に置かれるのであるから、官僚的利益衡量論は、官僚の立場からの目先の便宜論に終始する「概念法学」として鋭く批判された。この点、なるほど戦後の利益衡量論も、概念法学批判から出発したが、しかし利益衡量論は、基本的に、価値基準や価値体系などの客観的ファクターを媒介にして結論を出すという意味での、「理由づけのプロセス」を欠いていた¹⁴²。それゆえ原島先生は、次のようにいう(先生は、末弘法学と川島法学を共通項で括って論じておられる。)。——「その概念法学批判という点では末弘法学、川島法学と、加藤法学、星野法学は同じだと言えるのです

↘義先生研究業績・判例研究(17)頁以下。

141 原島、前注1、第二著書第三部の表題は「三人の民法学者」となっていて、山中康雄教授、磯村哲教授、来栖三郎教授の法学理論が取り上げられている。

142 解釈の決め手は利益に関する比較考量であり、ドイツ法学式の理論構成は「排除」される方がよく、「中間の論理構成」も「できるだけ少なくすることが望ましい」。星野英一「民法解釈論序説」(1968年)同『民法論集・第一巻』(1970年)11-12頁。傍点は原著。

が、中身は非常に違って来ているように思います。末弘先生の場合に概念法学批判というのは、統治上の便宜でやっていく官僚的な利益衡量というものに対抗する法律学である、と言えましょう。¹⁴³——そして、末弘法学の基礎には、「思想」ないし「哲学」があった、とされる¹⁴⁴。このように概念法学批判の仕方一つをとっても、末弘法学は原島民法学の先行者であった。

また、「自由法学」の捉え方も、両者に共通する。たとえば末弘法学では、あくまで「時代」が当該社会において現実に生み出したもの、それが法規範であるから、その意味での法規範は「生ける法」と同一物であり、そのように「生ける法」として産出される「法規範」との内的関連において「自由法学」を精確に捉えていくべきであって、要するに「自由法学」とはゴムのように伸縮自在なものであってはならない、とされる¹⁴⁵。他方、原島法学においても、「自由法学」とは、いかなる制約原理にも服さない単なる放恣な「自由」を意味しない。すなわち、原島先生も「自由法論を、自由に法律を解釈することを提唱したと十把ひとからげに理解するのは、単純に過ぎます。」と述べつつ、「法律」はそのものとして、すでに「利益衡量の結果を体現している」と規定し、その上で「法」と「法律」を区別する¹⁴⁶。それゆえ法規の欠缺があって、それを充填する場合

143 原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）113頁。

144 原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）113頁。なお、「思想」・「哲学」については、直接的には川島法学に関して言われていることだが、末弘法学に関してもそれを否定されるわけではないと思料する。

145 末弘「嘘の効用」（1922年）同『嘘の効用・第2版』（日本評論社、1980年）35頁。「「自由法運動」が単なる——ゴムのごとくに——「伸縮する尺度」を求めているかぎり、それはただ「過去」を破壊する効果があるにすぎません。」——末弘法学が希求したのは「規則的に伸縮する尺度」であり、「伸縮の法則」であった。末弘・前掲書同頁。

146 原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）112-113頁。その場合の「法律」と区別された「法」には、「慣習法」・「法曹法」・「学問法」が属し、それらは、トータルな形で、重層的に「法源」を形づくっている。原島・前掲書215頁。他方、ノ

も「法を発見して、判決の基準にする」¹⁴⁷。この場合の「法」は、末弘法学における「高次の法律規範」と同じものと考えてよからう¹⁴⁸。すなわち、末弘法学は次のように述べる。——「解釈者は、より高次の法律規範の存在する場合必ず之に服従するの義務あるは勿論、常に他の一般法律規範との均整を顧慮しつつ解釈を与へる必要があるのであつて、解釈者は其範囲に於てのみ「自由であり且創造的」である。」¹⁴⁹。さらに末弘法学はいう。すなわち、「一定の社会関係」つまりは「定型的社会関係」に関して「一定の法律関係が成立してゐる場合には」、「内容上類を同じうする法律規範を創造して裁判せねばならない。」¹⁵⁰と。これは、法律ないし裁判の基本的要請である「公平」を踏まえた「類推」(Analogie)による「法

↘ 末弘法学が「判例と学説は両々相俟つて法的原則を創造する。」という場合に「判例」を「法曹法」と言い換えれば、末弘法学が原島法学と共鳴し合うことが明らかとなる。末弘「法源としての学説」(1938年)同『民法雑記帳(上)・第2版』280頁以下、特に289頁。

147 原島『法的判断とは何か』(前注2末尾)113頁。

148 末弘は「高次の法律規範」として「立法」を想定しているような記述をする。末弘「法律解釈に於ける理論と政策」(1931年)同『民法雑考』(日本評論社、1932年)23頁。しかしながら、「法と「法律」を厳格に区別する立場から「高次の法規範」として法制度や法秩序を含めることは可能である」と考える。

149 末弘「法律解釈に於ける理論と政策」(前注148)32頁。解釈者の判断が、その範囲において(高次の法律規範及び一般的法律規範との関連づけを踏まえた範囲内で)「自由且創造的」であるという末弘法学のスタンスは、「三つ巴」・「一切一時」の理論においても継承されている。すなわち「裁判官の創造作用」は、第一に事実認定に関する客観性による制約を受け、第二に「解釈の対象たるべき法律そのもの」のうちに存する「動かしたい一定の客観性」(「法律立案の沿革」などを含む)による制約を受ける。この二つの限界の範囲内で、「裁判官の創造作用」、つまりは「三つ巴」で「一切一時」の判断が行われる。末弘『法学入門・第2版』(日本評論社、1980年、初版は1934年)117-118頁。このような「裁判官の創造作用」は、原島先生の「判決規範」(Entscheidungsnorm)の考え方に近い。「判決規範」(事件事実=個別と法規範=普遍との間にあって、両者を特殊な形で繋ぎとめるもの)については、原島『法的判断とは何か』(前注2末尾)80頁、98頁、244頁を参照。

150 末弘「法律解釈に於ける理論と政策」(前注148)33頁。

律規範創造」のことである。——ここで「高次の法律規範」を法制度¹⁵¹に置き換え、「一般法律規範」を民法典における諸条文と読み替えるならば、末弘法学も原島法学と同様に、「自由法学」（法の欠缺承認、法の創造的形成力の承認）を肯定しつつ、法創造の根拠を「高次の法規範」（法制度Rechtsinstitut、法秩序Rechtsordnung）に服属せしめ、それと均整のとれた法解釈を要請する、と言えよう。「類推」は、その応用であり、社会的事実の定型関係を顧慮しつつ、類似した事実関係には類似した法律規範を「類推」し、もって事案適合的な法的規範創造が可能となる。

この点、原島先生は「類推」に関する問題を、サヴィニーに即して論じている。すなわち、サヴィニーは「二つの類推」を構想したとされる。一つは、立法者に知られていない新たな法律関係が問題となった場合に、しかもそれがいかなる法制度（原型的法制度）にも包摂されないとき、それでもなお「このような原型となる法制度が、既知の法制度との内的類縁（innere Verwandtschaft）という法則に基づき、新たに形成される」というやり方。二つ目に、該当する既知の法制度は存在するが「法規則だけが欠けている場合」であって、その場合にはそれに対応する法制度はすでに存在するのだから、その法制度のうちに属している諸々の法規（Rechtssätze）との「内的類縁」に基づいて類推するというやり方が、それである¹⁵²。このように、サヴィニーによる「内的類縁」に依拠して類推するという方法は、末弘法学のいう「似たもの」（「公平」を担保するための架橋物）としての、つまりは「内的類縁関係」にあるものとしての「法制度」の発見という作業において、両者間で一定の共通性が存在していることを

151 原島法学における「法制度」は、サヴィニーのいう「法律関係の類型Typus」としての「法制度」のことである。原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）273頁。この意味において、「法律関係は法制度に支配される」のである。原島・前掲論文・同頁。

152 原島「なぜ、いまサヴィニーか」前注1、第一著書123頁以下、同『法的判断とは何か』（前注2末尾）280頁以下。Savigny, Bd.1 (Fn. 96), S. 291.

確証せしめるものであろう¹⁵³。そしてその際、とりわけ末弘法学、原島法学において、その根底において、類型的思考、Typusに規定された思考が重視されていることにも留意しておきたい¹⁵⁴。

原島先生は学生として東大在学中、末弘法学に魅かれ、末弘法学に強い関心を抱いた¹⁵⁵。そして先生は、その後、民法上、数多くの点で末弘法学を乗り越える業績を創り上げた。しかるにそれは。末弘法学をはじめ、山中法学、磯村法学、来栖法学など、日本の民法学を「市民法学」として鍛え上げた偉大な先人たちの足跡を正面から継承するものであった。そして先生は、若いころからカント、ヘーゲルの哲学に親しみ、その上で、片やサヴィニー、フルーメ、エールリッヒに打ち込み、片やマルクス、ルカーチにも打ち込んだ。そのような学問遍歴が原動力となって、1963年「綱領論文」、1973年「体系論文」、1988年「サヴィニー論文」、2002年『法的判断とは何か』など、重要な作品が次々と生み出されていった。

本稿は、その一端に触れたにとどまる。

以上

153 とはいえ、サヴィニーの類推論と比べれば末弘の類推論は「法律関係」・「法制度」・「法秩序」による媒介が弱く、より素朴である。

154 私見によれば、法律関係のTypusとして法制度を確認し、あるいは発見する思考プロセスは、「擬制」ないし「フィクション」と関わりをもつ。それは個別・特殊（事件事実）から普遍（法規範）を見出す媒介的な思考プロセスとも関わりをもつ。本稿では立ち入ることができなかった問題である。これについては、原島「法的判断論の構想——来栖三部作によせて」（1995年）前注1、第一著書139頁以下、同「法における擬制と判断——来栖三郎先生への手紙」（書き下ろし、2011年）前注1、第二著書277頁以下。

155 原島「法律の社会的意味を考える可能性」（1977年）前注1、第二著書91-92頁。

ドイツ捜査法における開示的捜査措置と 秘匿的捜査措置について

——ドイツ刑訴法95条aの議論から見る「開示性」の保障という法的規律——

藤 本 航 平

I. はじめに

2021年6月25日に立法されたドイツ刑訴法95条aは、ドイツ捜査法のあり方を大きく変える可能性のあるものとして注目され、議論を呼んでいる。本稿の第1の目的は、この議論の内容の検討を通じてドイツ捜査法の特徴の1つを可能な限り明らかにすることである。第2の目的は、非常に簡単にはあるがドイツ捜査法の特徴の検討から得られた結論をもとに比較法的検討を行い、日本の捜査法における搜索差押えに対する法的規律について、令状主義以外の観点からの規制がさらに必要となりうることを示すことである。

まず、第1の目的について、後述するが、ドイツ捜査法においては、開示的捜査措置と秘匿的捜査措置という区別があり、両者で法的規律の態様が大きく異なっている。この両者の区別とそれによる法的規律の態様の違いがドイツ捜査法の1つの特徴として指摘できる。

それでは、両者の区別はなぜ存在するのか。また、なぜ両者の法的規律の態様は異なっているのか。結論から言えば、この区別の基準は措置の実施を対象者に認知させるという「開示性」が存在するかどうかにある。そして、この「開示性」の有無に従って、法的規律の態様が決定されるのである。したがって、本稿は、ドイツ捜査法における「開示性」の具体的な

内容と「開示性」の有無により措置に対する法的規律の態様が異なる理由を可能な限り明らかにしようとするものである。

その際、ドイツ刑訴法95条aの議論の確認・検討は、本稿の目的達成の手段としてまさにうってつけであると思われる。というのも、ドイツ捜査法では、差押えは開示的捜査措置に分類されるが、ドイツ刑訴法95条aの立法により、秘匿的捜査措置としても行うことができるようになったとされる。すなわち、「差押え」という1つの処分について、開示的捜査措置としての法的規律と秘匿的捜査措置としての法的規律が与えられたのである。それゆえ、ドイツ刑訴法95条aの規定やそれに対する批判を確認し、そこで明らかになった秘匿的捜査措置としての差押えの法的規律と開示的捜査措置としての差押えの法的規律とを比較検討することは、本稿の目的達成の手段として最適であるといえよう。

次に、第2の目的についてであるが、近年、GPS捜査を始めとする監視型捜査に対する法的規律についての議論を1つの契機として、令状主義による事前の司法的統制以外の法的規律の態様を探るべきではないかという方向性が示されているところである¹。筆者自身も、同様の関心を持っており、日本の捜査法におけるデータ（電磁的記録）の取得の場面においても令状主義以外の観点からの法的規律が求められるべきではないかという問題意識を有している。

1 例えば、笹倉宏紀『「令状主義」の射程と機能』刑雑58巻3号（2019年）421頁以下は、令状主義について詳細な検討を加えた上で、「令状主義は今後も重要な役割を担うべきである」としつつ、他方で、「今後、捜査手段の多様化がますます進んだとき、それで対処しきれぬかは疑問なしとしない。犯罪捜査における逮捕や搜索・差押えプロトタイプとして行われてきた規律の整備の努力の到達点は十分活用しつつ、他方それに過度に縛られることなく、それぞれの手段に相応しい規律を提供しうる捜査法を構築することが理論刑訴法学に与えられた課題である」としている。また、笹倉宏紀ほか「(座談会) 強制・任意・プライバシー—[続]—GPS捜査大法廷判例を読む、そしてその先へ」法時90巻1号（2018年）80頁以下での令状主義に関する議論も参照。

本稿は、上記の問題意識に取り組み、データの取得ための捜査措置に対して求められるべき具体的な法的規律の内容を検討するための準備作業と位置付けられる。すなわち、本稿は、現行捜査法における搜索差押え規定に対して、令状主義以外の観点からの法的規律が不十分ではないかということを指摘するものである。また、最近、立法が議論されている電磁的記録提供命令についても、上記の指摘を踏まえて若干ではあるがコメントを加えたい。

この際、ドイツ捜査法における「開示性」についての検討結果は、まさに上記のような令状主義以外の観点からの法的規律の必要性を示すために、重要な意義を有するものと思われる。なぜならば、第1の目的において明らかにされる「開示性」は、令状主義のような司法による事前統制とは異なる観点から措置を法的に規律するものであるからである。

II. ドイツ刑訴法95条aの立法理由とその概要²

1. ドイツ刑訴法95条aの立法理由

(1) 「開示的捜査措置」としての差押え（94条2項）

95条aが新設されるに至った理由の確認に入る前に、ドイツ刑訴法における差押えの制度設計について簡単に整理をしたい。

まず、本稿の関心との関係で重要なのは、ドイツの捜査法における「開示的捜査措置〈offene Ermittlungsmaßnahmen〉」と「秘匿的捜査措置〈verdeckte Ermittlungsmaßnahmen〉」との区別である。前者は、措置を実施する際にはそのことを対象者に知らせなければならない——すなわち、対象者の知らないうちに措置が行われてはならない——ということを前提として設計された措置であり、例として、差押え（94条、98条）や搜索

2 IIでは、特に断りがない限り、条文は全てドイツ刑事訴訟法である。

(102条、103条、105条)が挙げられる。これに対して、後者は、措置の実施の際にはそのことを対象者に知らせない——さらに言えば、対象者の知らないうちに措置が行われることに意味がある——措置であり、例として、電気通信の傍受(100条a)や屋内の音声の傍受(100条c)が挙げられる。

ドイツの捜査法は、法治国家原則や欧州人権条約6条の「公正な裁判」の要請を背景として、捜査手続が原則上「開示的な」手続になるように設計されたとされる³。そのため、上記の原則や要請に反する秘匿的捜査措置は、あくまでも例外として位置付けられているのである。秘匿的捜査措置は、当該措置が「開示される」ことによって保障されるはずの対象者の権利を侵害する点で開示的捜査措置よりも侵害強度が高く、それゆえ、そのことを考慮して手続規定を設計しなければならないとされている⁴。

以上を踏まえてドイツ刑法における差押えの規定を確認する。先に述べた通り、差押えは、その実施を対象者⁵に示さなければならない開示的捜査措置を原則的な類型として規定されている⁶。このことを反映している差押えの手続規定として、以下の3点を挙げることができる。第1に、35条2項の規定によれば、差押えの実施は、送達により対象者に告知される⁷。35条2項による送達を通じた告知によって、対象者が差押えの現場に立ち会うことがなかった場合でもその実施を知ることができ、さらには当該差押えに対する不服申立てなど、適切な権利回復手段を可及的速やかに取ることができるのである。

第2に、98条2項2文によれば、緊急の場合の検察官やその捜査員によ

3 BT-Drs. 19/27654, S. 61f.

4 BT-Drs. 19/27654, S. 62.

5 ここでいう「対象者」とは、「差押えによりその物の保管に介入される、または、所有権あるいは占有権を侵害される全ての者」と言われる。*Meyer-Goßner/Schmitt* StPO, 67. Aufl. 2024, § 98, Rn. 15.

6 BT-Drs. 19/27654, S. 61; *Meyer-Goßner/Schmitt*(Fn. 5), § 94, Rn. 16b.

7 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, S. 302; *Meyer-Goßner/Schmitt*(Fn. 5), § 98, Rn. 10.

る命令によってなされた差押えに対して、対象者はいつでも裁判所の裁判を求めることができる。ドイツでは、差押えの権限は原則として裁判所にあるが、緊急を要する場合には、検察官とその捜査員にもその権限が認められている（98条1項）。そこで、裁判所の命令なしに差押えが行われた場合には、捜査機関の権限濫用などから自身の権利を守るために、①差押えの対象者は、いつでも裁判所の裁判を求めることができ（98条2項2文）、②そのような申立権を持っていることを教示される（同項5文）⁸。

第3に、98条2項1文によれば、「裁判所の命令なしに物の差押えをした公務員は、差押えに際し処分を受ける者若しくは成年の親族が立ち会っていなかったとき、又は処分を受ける者若しくは処分を受ける者が不在の場合に、これに代わる成年の親族が差押えに対し明示的に異議を申し立てたときは、3日以内に裁判所の承認を求めなければならない」⁹。そして、33条3項によれば、裁判所が上記の承認をする前には、措置の対象者に対して法的聴聞の機会を与えなければならないとされる¹⁰。35条2項と合わせて、差押え後に当該措置が行われたことを知り、その上で適切な権利回復を行うことが保障されているのである。

（2）差押えが「開示的捜査措置」であるために生じる問題

以上で確認したように、差押えは、開示的捜査措置として規定されているために措置が行われた際には対象者に通知がなされる。この通知が招く弊害こそ、まさに95条aの立法の理由となっている。

立法理由では、まず、通知を行うことによって生じうる弊害を具体化するために、被疑者の物やデータを保管する第三者に対して差押えが行われた場合が挙げられている。立法者が典型事例として念頭に置いているのは、

8 Meyer-Goßner/Schmitt(Fn. 5), § 98, Rn. 11.

9 法務省刑事局「ドイツ刑事訴訟法」(2018年) 43頁 [98条2項]。

10 Meyer-Goßner/Schmitt(Fn. 5), § 98, Rn. 17.

プロバイダーに記録されているEメールやチャット、SNSのユーザーアカウントの内容及びクラウドに記録されているデータなどを差し押さえるような場合である¹¹。このような場合にも、当然、当該差押えの間接的な対象となっている被疑者に対して通知がなされることになる。

しかしながら、実務では、多くの捜査手法が同時に進行することも少なくない。とりわけ、児童ポルノや薬物などの法禁物のインターネット上で売買やサイバー犯罪に対する捜査においては、通信傍受やオンライン搜索といった秘匿的捜査措置がすでに行われていることも多くある。その際に、通常、捜査の初期段階で行われることが望ましいはずの第三者を通じた証拠物（Eメールやチャットなど）の差押えがなされ、そしてその通知がなされれば、同時進行する秘匿的捜査措置は、通知により暴露され、捜査の実効性を奪われる危険がある、とされる¹²。

また、確かに、捜査手続が対象者に対して開示されることは、ドイツ捜査法における原則であり、非常に重要であるが、他方で、原則上の手続の対象者への「開示性〈Offenheit〉」が、捜査それ自体を完全に無に帰すことは許されないとされる¹³。

以上を理由として、第三者に対して行われた差押え等の際において被疑者に対する通知を延期する旨を規定する95条aが、立法されることとなった。

2. ドイツ刑法95条a（被疑者〈Beschuldigten〉）に対する通知の延期： 口外禁止）の概要

（1）1項について

以下では、95条aの各項の概要について見ていきたい。95条a第1項は、

11 BT-Drs. 19/27654, S. 61.

12 BT-Drs. 19/27654, S. 61.

13 BT-Drs. 19/27654, S. 61f.

被疑者に対する通知の延期が許容される要件を規定している。

(1) 被疑者以外の者が保管している対象物の差押えを裁判所が命令又は承認する際、以下の場合には、通知により捜査の目的〈Untersuchungszweck〉を危険にさらすおそれがある限りで、当該差押えに関する被疑者への通知を延期することができる。すなわち、

1. 被疑者が、個別の事案においても重要な意義を有する犯罪、特に100条a第2項に掲げられた犯罪を正犯又は共犯として実行し、未遂が可罰的であるときに、その実行に着手し、又は犯罪行為によってその予備をしたことの嫌疑が、特定の事実によって根拠付けられ、かつ、
2. 事案の解明又は被疑者の居所の捜査が、他の方法では本質的に困難であるか、見込みのないものである場合である。

(a) 被疑者に対する通知の延期に関する要件

1 項柱書で規定されている通知の延期の要件について、立法理由では以下のような説明がなされている。第1に、延期をすることができるのは、被疑者に対する通知のみである。例えば、被疑者Bと第三者Dが共同で利用している物を保管者Iが保管している際に、Iの保管物を直接の対象とする差押え命令がなされたとする。この場合において当該差押えの通知の延期が認められるのはBに対してのみであり、Dに対しては遅滞なく通知がなされることになる¹⁴。

第2に、通知の延期は、無体物が差し押さえられる場合に限られず、有体物への差押えの際にも行われる。ドイツの捜査法における差押えでは、無体物に対する差押えについても認められている¹⁵。立法者の想定する典

¹⁴ BT-Drs. 19/27654, S. 63.

¹⁵ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 5), § 94, Rn. 3, 4. また、そのことを紹介する日ノ

型事例として、プロバイダーなどに蔵置されているデータを差し押さえる場面が挙げられていたが、それにも関わらず、本規定は、電磁的記録の差押えの場合に限らず、有体物の差押えの場合にも適用される。その理由は、有体物と無体物を厳密に区分することの困難さを回避し、そして、差押えに内在する有体物と無体物の証拠の本質的な平等の取り扱いを維持するためだとされている¹⁶。

第3に、通知の延期がなされるのは、35条2項による被疑者への差押え命令の通知が捜査の目的〈Untersuchungszweck〉を危険にさらす場合に限られる。その理由は、依然として比例原則が考慮されるからと説明されている¹⁷。また、本規定の例外的性格を強調するためとも言われている¹⁸。ここでいう捜査の目的への危険とは、101条5項における文言をそのまま持ち出したものであり、その意味もそれに準ずるとされる。すなわち、捜査の目的への危険は、秘匿的捜査措置により証拠関連性のある情報〈beweiserhebliche Erkenntnisse〉が獲得されるという正当な期待が存在する限り、生ずることになるとされる¹⁹。

(b) 1号の要件―「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」

1号は、通知の延期の対象となる犯罪を「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」と規定している。ここでは、軽微な犯罪の際に差押えの「開示性」を害することは許されないということが表れている。

「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という概念は、従来の判例や実務においてすでに形成されているとされており、法的平穩

ゝ 本語文献として、池田公博「ドイツにおけるサイバー犯罪の捜査」刑ジャ51号(2017年)43頁。

16 BT-Drs. 19/27654, S. 63.

17 BT-Drs. 19/27654, S. 63.

18 BT-Drs. 19/27654, S. 63.

19 BT-Drs. 19/27654, S. 63.

〈Rechtsfrieden〉を甚だしく害する犯罪や、市民の法的安全の感情を害するような犯罪、重罪として規定されている犯罪、軽罪であっても刑の上限が高く規定されている犯罪と説明されている²⁰。

また、ここでは、電気通信監視に関する規定である100条a第2項の犯罪行為カタログも、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」を判断するための指針として有用だと指摘されている。その理由は、現在のドイツにおける法的状況にあるとされる。すなわち、連邦通常裁判所の判例²¹によれば、プロバイダーに中間的又は終局的に蔵置されるEメールへの秘密的なアクセスは、100条aの適用領域に含まれるとされる。そして、上記のような秘密的なアクセスを、例えばクラウド上に蔵置されているデータといった、電気通信概念に含まれない部分にまで拡張するのが、95条aであるからだという²²。

他方で、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」は、100条aのカatalog犯罪行為と完全に一致するわけではないとされている。なぜならば、前述のように、有体物の差押えの場合にも95条aは適用されるためである。それゆえ、電気通信傍受に関する100条aのカatalog犯罪行為に制限されず、より柔軟な適用可能性が与えられるべきだとして、このような定式化が選択された²³。

さらに、契機となる行為〈Anlasstat〉が、個別具体的な場合においても重要な意義を有していなければならないとされる。すなわち、確かに抽象的に見れば犯罪は重要な意義を有しているが、しかし、個別具体的な事案における十分な重要性が欠けており、秘密的介入が正当化されないというような場合には、比例原則の観点から95条aの適用は認められないので

20 BT-Drs. 19/27654, S. 63f.

21 BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – 5 StR 229/19.

22 BT-Drs. 19/27654, S. 64.

23 BT-Drs. 19/27654, S. 64.

ある²⁴。

(c) 2号の要件—補充性条項

2項は補充性条項である。ここで重要なのは、個別の審査において、「本当に差押えは直ちに行われなければならないのか」ということが判断されることであるとされる。すなわち、「差し当たり他の捜査措置を代替し、捜査目的に対する危険がなくなった後に差押えをするということができないか」といったことが、個別の審査において検討されなければならないとされる²⁵。

(2) 2項について

(2) 1項による被疑者への通知の延期は、裁判所のみが命じることができる。延期には6か月までの期限が付される。命令の前提条件が継続している場合、3か月を超えない範囲で、その都度、裁判所による命令の延長が許される。

2項では、通知の延期についての命令権限が規定されている。通知の延期は、裁判所のみが命令することができる。検察官は、通知の延期の正当化されうる状況が差押え命令の申立ての時点ですでに存在する場合には、差押えとその通知の延期の申立てをまとめてすることができる²⁶。

そして、裁判所の命令によらない緊急の差押えの際に通知の延期が必要な場合、検察官は、3日以内に裁判所に当該延期の命令を申し立てなければ

24 BT-Drs. 19/27654, S. 64.

25 BT-Drs. 19/27654, S. 64.

26 BT-Drs. 19/27654, S. 65.

ばならないとされる²⁷。

また、2項は、通知の延期の期間についても規定しており、1度目の命令では最長6か月が許容される。延期期間の延長については最大3か月ごとに行うことが許されている²⁸。

(3) 3項について

(3) 被疑者以外の者が保管している対象物に対する裁判所によらない差押えから3日以内に、当該差押えの裁判所による承認及び1項による被疑者への通知の延期が申し立てられたときは、98条2項5文による当該差押えに係る被疑者への教示を行わないことができる。98条2項による手続においては、裁判所による被疑者・被告人の事前の聴聞(33条3項)を要しない。

3項では、通知の延期が申し立てられた場合には、裁判所の命令によらない差押えにおいて、本来、行われなければならない被疑者への教示をしなくてもよいということ、さらに、裁判所の当該差押えの承認の前に行われるべき事前の聴聞を要しないということが規定されている。

被疑者の権利にも間接的に介入することになる被疑者以外の者に対する差押えがなされた場合においては、98条2項5文によれば、被疑者に対しても、98条2項2文による申立権を教示しなければならないとされている²⁹。また、98条2項1文によれば、裁判所の命令によらない差押えが行

²⁷ BT-Drs. 19/27654, S. 65.

²⁸ BT-Drs. 19/27654, S. 65.

²⁹ BT-Drs. 19/27654, S. 65. ここでは、第1に、差押えの対象者にはいつでも裁判所に対して当該差押えに関する裁判〈Entscheidung〉を求めることができる権利があること、第2に、どの裁判所に申立てができるのかということが、教示されなければならない。*Tido Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5.7

われた際に対象者が立ち会っていない場合などには、当該差押えを行った職員〈Beamte〉は、3日以内に裁判所の承認を申し立てなければならないとされる。そしてこの裁判所の承認の際には、33条3項により、対象となる被疑者にも法的聴聞が保障されなければならないとされている³⁰。

しかしながら、上記の教示や裁判所の承認の前に行われる法的聴聞が行われれば、当然、被疑者は措置の認識を得ることになり、差押えの通知の延期が行われる意味がなくなってしまう。そのような事態を防ぐために、本規定は設けられたとされる³¹。

(4) 4項について

(4) 1項により延期された被疑者への通知は、捜査の目的への危険なくこれが可能となり次第、速やかに行われる。通知の際、被疑者には、5項による事後的な法的保護の可能性とそのために予め定められた期間が指示される。

4項は、捜査の目的が危険にさらされなくなった場合には可及的速やかに被疑者へ通知をしなければならない旨を規定している。これは、裁判所により命令された通知の延期期間が満了する前にもすることができるとされる³²。この通知をもって、被疑者は、次の5項による法的保護〈Rechtsschutz〉の可能性とそれに関する妥当な期間を指示される。

(5) 5項について

↘ Aufl. 2022, Rn. 557.

30 BT-Drs. 19/27654, S. 65.

31 BT-Drs. 19/27654, S. 65.

32 BT-Drs. 19/27654, S. 65.

(5) 被疑者は、当該処分命令について管轄を有する裁判所に対し、1項による延期の終了後も、4項による通知から2週間以内に、当該差押え、その方法及び態様、並びに通知の延期の適法性について再審査(Überprüfung)を申し立てることができる。これに関する裁判所の決定に対して即時抗告を申し立てることができる。公訴が提起され、被告人が通知された場合、事件を取り扱う裁判所が、当該手続に関する終局裁判の中で、申立てについて決定する。

5項は、当該差押えやその方法及び態様、並びに通知の延期に対する事後的な法的保護について規定している。連邦憲法裁判所の判例を踏まえると、秘匿的捜査措置を法治国家のもとで形成するにおいては、事後的な法的保護は、必要不可欠な要素であるとされている³³。また、本項は、101条7項の規定を参照して作られたとされる。それゆえ、101条7項に妥当する原則は、本規定にも妥当するとされる³⁴。

(6) 6項について

(6) 1項による被疑者への通知の延期が命じられる際、これと共に、個別の事案におけるすべての事情を評価し、かつ関与者の利益を考量した上で、措置の対象者に対し、延期の期間中、差押え及びそれに先行する103条及び110条による搜索又は95条による引渡し命令について、被疑者又は第三者への口外禁止を命じることができる。3項により教示が行われず、裁判所による差押えの承認と被疑者への通知の延期が申し立てられている場合に、遅延の危険があるときは、検察官又はそ

33 BT-Drs. 19/27654, S. 65.

34 BT-Drs. 19/27654, S. 65.

の捜査員（裁判所構成法152条）も、1文による命令を行えるという前提で、2項が準用される。検察官又はその捜査員がそのような命令をした場合、裁判所の承認が3日以内に申し立てられなければならない。

6項では、通知の延期が命じられる際には、差押え等の措置の対象者に、被疑者や第三者へ当該措置の口外禁止〈Offenbarungsverbot〉を命じることができる旨が規定される。この口外禁止は、被疑者への通知の延期の実効性の確保のために必要であるとされる。それゆえ、口外禁止の命令は、当然、通知の延期がされ得る場合に限定される³⁵。

口外禁止の命令は、個人ごとに審査されるべきであり、別個の裁判上で命令されるべきとされる³⁶。

また、口外禁止が命令されたとしても、例えば差し押さえた物の返還を被疑者が求めてきた場合など、実際上の理由から被命令者がそれを守ることができないことも生じうる。このような命令に従うことが困難である特別な場合にまで口外禁止が求められることはないとされる³⁷。

口外禁止の命令権限は、原則として裁判所にある。その期限は、2項に従うとされる。ただ、通知の延期の命令権限とは異なり、緊急的な命令権限が検察官とその捜査員にも与えられている。これは、裁判所の命令のない差押えと裁判所の口外禁止の命令の間に生じる規定の間隙を埋めるためであるとされる³⁸。すなわち、裁判所の命令のない差押えが行われた際に、それと合わせて緊急的に口外禁止の命令を出すことができれば、裁判所からの口外禁止の命令が出されるまでにタイムラグが生じ、その間に差

35 BT-Drs. 19/27654, S. 65f.

36 BT-Drs. 19/27654, S. 66.

37 BT-Drs. 19/27654, S. 66.

38 BT-Drs. 19/27654, S. 66.

押えの直接の対象者が被疑者へ知らせることができるので、その後の通知の延期命令も口外禁止命令も無意味になってしまうのである。上記のような事態に対応するために、検察官とその捜査員にも緊急的な命令権限が与えられるべきであるとされる。

他方で、口外禁止が課された者は、命令に対する迅速な法的保護の可能性が与えられなければならない。そのために必要な行為、特に弁護士に当該措置や命令について伝える行為は、口外禁止の射程外とされる³⁹。

(7) 7項について

6項の口外禁止に対する違反があった場合、95条2項が準用される。

7項は、口外禁止の強制的な実現のために、秩序的措置を規定している。7項の準用する95条2項は、証拠物の引渡を拒絶する者に70条の定める秩序罰及び強制的手段を用いることを規定している。すなわち、7項は間接強制により、口外禁止の実現を確保しようとするのである。なお、ここで課される秩序的措置は、間接強制による予防的機能だけにとどまらず、制裁的機能も備えているとされる。それゆえ、予防的機能がもはや達成され得ない場合にも、口外禁止は維持され続けるとされる⁴⁰。

3. 小括

ここまで、95条aの立法理由について概観してきた。以下ではこれを整理しながら、必要な範囲でドイツの差押えの体系の確認も行う。

第1に、95条aの立法理由の背景には、被疑者に対して開示的に行われる差押えと、それと同時に進行する被疑者に対して秘匿的に行われる捜査

39 BT-Drs. 19/27654, S. 66.

40 BT-Drs. 19/27654, S. 66.

措置との不整合があった。すなわち、対象者に対して開示的な捜査措置である差押えは、被疑者ではない者の保管する物の差押えが行われる際にも、当該差押えの間接的な対象者である被疑者に開示されなければならない。それゆえ、当該差押えの通知や、法的保護を受けるための申立権などが与えられている。他方で、上記のような第三者への差押えがなされている場合には、通信傍受などの被疑者に秘匿されて行われる捜査措置が同時進行していることも多いとされる。そのため、問題となるのは、開示的な捜査措置である差押えが通知された結果、秘匿的な捜査措置が行われていることが被疑者に気づかれ、捜査の成果が無に帰す、あるいはその実効性が失われてしまう危険があるということである。それゆえ、ある一定要件を満たす限りで、被疑者への差押えなどの通知を延期する旨の95条aが設けられる必要があった。

第2に、95条aの規定内容であるが、①被疑者に当該差押えが知らされること一通知に限らず、教示や事前の法的聴聞も含めて一を延期する規定（1項ないし5項）と、②当該差押えの直接の対象者に対して口外禁止を命令する規定（6項及び7項）の2つに大きく分けることができる。①に関して、立法者は、すでに現行刑訴法にある秘匿的な捜査措置の規定を参照し起草することで、より厳格な要件の下で通知の延期を可能とした。例えば、通知の延期ができる要件を、「捜査の目的を危険にさらす場合」や、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」である場合など、差押えが開示的に行われる際よりも厳格に規定した点や、通知の延期の命令権限を裁判所のみに限定した点が挙げられる。②に関しては、通知の延期の実効性の確保のために、措置の直接の対象者に対する口外禁止に対して間接強制を必要とするとしたが、その他方で、被疑者ではない者の利益や法的保護も十分考慮し、規定されることとなった。

以上のような経緯や理由で95条aは、2021年6月25日に制定、2021年7月1日から施行されている⁴¹。

Ⅲ. 95条aに対する批判⁴²

95条aに対しては、立法当初から多くの批判がなされている。以下ではそれについて見ていく。

1. 「秘密的差押え」に対する批判

(1) 秘匿的捜査措置としての厳格な要件の欠如について

まず、立法理由において慎重に検討されていたように思われる、秘匿的捜査措置に匹敵するような通知の延期に対する厳格な要件について、いまだその厳格さが不十分であると批判されている。

95条aの立法により、ドイツ捜査法における差押えは、直接の対象者に対しては開示的な捜査措置であり、被疑者に対しては秘匿的な捜査措置という、二面的なもの〈Zwitter〉へと変質したことになる。しかしながら、秘匿的捜査措置の一般的な侵害強度に鑑みれば、これには問題があると指摘される⁴³。

95条aにより被疑者に対して差押えが秘匿されること―「秘密的差押え」が可能となること―に対しては、特に100条a（電気通信監視）との関係が論じられる。なぜならば、プロバイダーに中間的に又は終局的に蔵置されているEメール（「休止中の〈Ruhende〉」Eメール）へのアクセスについて、次のような判例があるからである。2008年の連邦憲法裁判所の判例によれば、94条以下の措置（差押え、引渡し命令など）は、上記のようなEメールに対しても可能であるとされる⁴⁴。他方で、2020年の連邦通常裁判所の判例によれば、上記のようなEメールは、100条a第1項における電気

41 BGBl. 2021 I, S. 2100f.

42 Ⅲでは、特に断りがない限り、条文は全てドイツ刑事訴訟法である。

43 Nico Gallus/Lukas Zeyher, § 95a StPO als „Rettungsanker“ für die heimliche Beschlagnahme vom E-Mails beim Provider?, NStZ 2022, 464.

44 BVerfG, Beschluss vom 16. 6 2009 – 2 BvR 902/06, Rn 55.

通信に当たるといふ⁴⁵。それゆえに、上記のようなEメールに対しては、100条aの規定に基づいて秘密的にアクセスし、その内容を記録できるというのである⁴⁶。

以上のような法的状況から、上記のようなプロバイダーに蔵置されるEメールを差し押さえ、それについての通知を延期する際には、100条aと同様の基本権侵害が生じうるといふことが指摘できる。それゆえに、95条aにおいては、少なくとも100条aと同等あるいはそれ以上の厳格な要件が求められるはずであるが、「柔軟な適用可能性」という立法理由からもわかる通り、100条aよりも緩やかな要件設定がなされたのである。以下では、100条aとの関係も踏まえた95条aに対する批判を具体的にみていきたい⁴⁷。

(a)「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という要件について

1項1号の「個別の事情においても重要な意義を有する犯罪」という要件は、立法理由で確認した通り、ある程度柔軟な適用を可能とすることを意図して、このような文言が選択されている⁴⁸。言い換えれば、100条a第2項のように対象となる犯罪行為が完全にカタログ化されていない。この点について、規範の特定性〈Normenbestimmtheit〉及び明確性〈Normenklarheit〉原則に違反するのではないかと指摘されている⁴⁹。

45 BGH, Beschluss vom 14. 10. 2020 – 5 StR 229/19, Rn. 15.

46 BGH, Beschluss vom 14. 10. 2020 – 5 StR 229/19, Rn. 17f.

47 なお、95条aは、Eメールのような通信上のデータ以外にもクラウド上のデータなどに秘密的にアクセスすることを可能とし、その際に秘密裡のIT基本権の侵害が生じる点で、100条b(オンライン検索)との関係でも問題視されている。BRAK, Stellungnahme Nr. 21, 2021, S. 5f; *Gallus/Zeyher* (Fn. 43), 465. しかしながら、100条bとの関係を掘り下げると、本稿の趣旨から大きく逸れるおそれがある。また紙幅の都合もあり、100条bとの関係については、別稿にて検討を行いたい。

48 BT-Drs. 19/27654, S. 64.

49 *Gallus/Zeyher* (Fn. 43), 464; *Irine Vassilaki*, Heimliche Beschlagnahme von digital gespeicherten Informationen, MMR 2022, 103f.

先に述べた通り、95条aは、例えば休止中の通信データへのアクセスが可能となる点で、基本法10条1項（電気通信の秘密）に由来する基本権を侵害しうるので、規範の特定性と明確性という法治国家上の要請に適合する法律上の根拠が必要不可欠とされる⁵⁰。この要請を受けて、当該捜査措置の対象となる市民がそれに備えることができるということ、すなわち、規範の内容の明確性と規範適用の結果の予見可能性が確保されなければならないという⁵¹。この明確性と予見可能性は、秘匿的捜査措置の規定においてとりわけ重要であるとされる。なぜならば、秘匿的捜査措置の秘密性を考慮すれば、対象者や第三者は、どのようなきっかけ〈Anlass〉があり、どのような要件の下であれば、自身の行動〈Verhalten〉が差押えの通知の延期のリスクと結びつくのかということを知ることができなければならないからである⁵²。

さらに、規範の特定性と明白性は、捜査機関の行動やその内容、目的などを制限する役割をも果たすといわれている⁵³。すなわち、法律による執行権〈Exekutive〉に対する制限的機能は、国家の適法な行為を確保し、それを通じて市民の自由を国家による権限濫用から保護する。この点も、秘匿的捜査措置の場合にはとりわけ重要である。なぜならば、対象者は措置が行われていることを知らないがゆえに、当該措置に伴う基本権侵害に対する防御を自ら行うことができないからである⁵⁴。

したがって、上記のような意義を有する特定性及び明確性原則を、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という定式化が満たすかということには疑問があるとされる⁵⁵。

50 BVerfGE 110, 33, Rn. 106.

51 Vassilaki (Fn. 49), 103.

52 Vassilaki (Fn. 49), 103.

53 Vassilaki (Fn. 49), 103.

54 Vassilaki (Fn. 49), 103.

55 Vassilaki (Fn. 49), 104.

(b) 裁判官留保による事前の統制が骨抜きにされてしまう危険について

ドイツ刑法では、裁判官留保とは、「中立的なレフェリー又は監視人〈unparteiisches Schiedsrichter oder Wächter〉」としての裁判官が捜査の適法性を事前に審査することで、基本権侵害を予防するというものであるとされる⁵⁶。現行ドイツ刑法に規定されている秘匿の捜査措置は、その侵害強度に鑑みて、原則として裁判官留保による事前の統制を受け（100条e第1項、2項など）、その際には、当該措置の秘密性を考慮したより厳格な審査がなされることとなる⁵⁷。

しかしながら、差押えの規定構造上の問題により、95条aの裁判官留保を通じた秘密的差押えの事前統制が骨抜きにされる危険が指摘されている。

第1に、95条aによって開示的捜査措置である差押えが秘匿的捜査措置へと性質を変えるのは、あくまでも95条aの適用時点からであり、94条の差押えの命令の時点では95条aによる裁判官留保を通じた事前統制はなされない⁵⁸。すなわち、94条の差押え命令に関する裁判官の審査の時点では、秘密的捜査措置の際になされるより厳格な審査はなされず、単なる犯罪の初期嫌疑だけが決定的な審査基準となるのである。しかし、上記のような開示的捜査措置としての差押えに対する審査の内容では、「秘密的差押え」に対する審査の内容として不十分であり、規範の明確性の原則に違反すると指摘されている⁵⁹。

56 Mark A. Zöller, Heimliche und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren, ZStW 124(2), 2012, 428f.また、裁判官留保について詳細な検討を加えている邦語文献として、山田哲史「続・権利ドグマティックの可能性(2)」岡山大学法学会雑誌70巻1号(2020年)156頁以下(山田①)、山田哲史「続・権利ドグマティックの可能性(3・完)」岡山大学法学会雑誌70巻2号(2020年)282頁以下(山田②)も参照。

57 *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

58 このことは、立法理由においても当然の前提とされている。BT-Drs. 19/27654, S. 65.

59 *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

第2に、上記の指摘の通り立法者は94条による差押えの時点において95条aの要件は不要であるとするが、そのために差押えの実施自体によって95条a第1項1号における「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」に関する証拠が獲得されるリスクが指摘されている⁶⁰。このリスクは、秘匿的捜査措置に対する裁判官留保を通じた事前の統制が95条aによる秘密的差押えの場合には欠けていることをまさに示している。

したがって、95条aで規定されている裁判官留保を通じた事前の統制は、ほとんどその役割を果たすことができないと批判されている。

(2) 補充性条項について

1項2号に規定されている補充性条項が、実務ではしばしば機能しえないのではないかということが指摘されている。

前提として、ここでの補充性は、秘匿的捜査措置と通知の延期との関係ではなく、秘匿的捜査措置と差押えとの関係で判断されなければならない。なぜならば、秘匿的捜査措置が同時進行している際に差押えが行われた場合には、常に「捜査目的に対する危険」が生じるということになってしまうからである。それゆえ、95条a第1項2号の補充性条項は、実質的には、「差押え自体が今すぐ行われるべきか、それとも『捜査目的に対する危険』が無くなるまで少し待ってから、開示的捜査措置として行われるべきか」というような、差押え自体についての補充性を規定しているというべきであるとされる⁶¹。もちろんこのことは、立法者も当然の前提としていた⁶²。

しかしながら、問題となるのは、この補充性を満たすかどうかの判断が

60 *Hiéremence*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

61 *Eva Kiel*, Strafprozessuale Dogmatik zwischen Effizienz und Norm: Eine Untersuchung der Befugnisnormen zum Einsatz verdeckter Ermittlungsmaßnahmen am Beispiel der §§ 95a, 163g StPO, ZStW 134(3), 2022, 767.

62 BT-Drs. 19/27654, S. 64.

捜査機関自身によっても行われうるということである。ドイツ刑法の捜索差押えは、緊急の場合においては、検察官やその捜査員によっても命令されうる。すなわち、立法者の想定に従うと、この場合の補充性の判断は緊急時の裁判官の命令によらない差押えを行う時点で、そして、捜査機関によりなされることになる。しかし、捜査機関がこのような補充性要件の判断主体としてふさわしいかどうかには疑問があるとされる⁶³。

（３）事後的な法的保護の制限

98条2項によれば、裁判官の命令によらない差押えの際にはいつでも裁判所の裁判を求めることができるとされる。

しかしながら、95条a第5項では、裁判所への審査の申立期間が2週間以内と期限づけられている。それゆえ、開示的捜査措置として差押えが行われる場合と比較して法的保護が制限されることとなっているのである⁶⁴。

（４）証拠使用禁止〈Beweisverwertungsverbot〉について

ドイツにおける証拠使用禁止とは、「既に収集された証拠を判決に向けたい心証形成において考慮できないものとする」ことである⁶⁵。そして、立法された95条aは証拠使用禁止について何ら規定していないため、差押えの通知の延期に関する手続違反の際に獲得された証拠が証拠使用禁止に当たるかどうかは、従属的証拠使用禁止の問題と整理される⁶⁶。しかしながら、従属的証拠使用禁止は例外として位置づけられており、判例はこれを極めて限定的に理解しているとされる⁶⁷。

63 Vassilaki(Fn. 49), 104.

64 Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. 2023, § 95a, Rn. 16.

65 川島享祐「違法収集証拠排除法則の比較法的考察—裁判官による事前審査の位置づけという観点から」法時95巻12号（2023年）43頁。

66 川島・前掲注65）43頁；Hiéremente, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

67 Hiéremente, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1. ドイツにおける従属的証拠使用ノ

差押えの通知に関する手続違反と証拠使用禁止の関係については、実際に、95条aの立法以前の連邦通常裁判所の判例がある⁶⁸。この判例では、プロバイダーのメールサーバーに蔵置されるデータの差押えの際に対象者に通知されなかった違法があったが、差押え自体が適法であったことや犯罪行為の重要性にも鑑みて、証拠使用禁止は認められなかった⁶⁹。

これらを踏まえて、95条aに関する手続違反があった場合に事後的な法的保護を申し立てたとしても、証拠使用禁止が考慮されず、5項による事後的な法的保護がほとんどその意義を有しないのではないかという批判がなされている⁷⁰。

他方で、膨大なデータが差し押さえられた場合には個人のプロファイリングが容易になされてしまう危険や、同時進行の他の秘匿的捜査措置との重疊的な侵害の重さにも鑑みて、証拠使用禁止を考慮しなければならないとの指摘がある⁷¹。

また、延期の期間が長ければ長いほど被疑者の手続的負担が増すことに鑑みて、証拠使用禁止を適用する可能性も指摘されている⁷²。

2. 共同保管の場合について

95条aは、被疑者ではない者が保管する物やデータに対する差押えに関する通知の延期を規定するものである。そのように考えると、被疑者と第三者により共同保管されている対象物について95条aの適用は可能なのか⁷³が疑わしいとされる⁷³。

↘ 禁止についての判例の論理を検討している邦語文献として、川島・前掲注65) 43頁以下。

68 BGH, Beschluss von 4. 8. 2015 – 3 StR 162/15.

69 BGH, Beschluss von 4. 8. 2015 – 3 StR 162/15 Rn. 5, 6.

70 Vassilaki (Fn. 49), 105; *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

71 SSW-StPO (Fn. 64), § 95a Rn. 18.

72 *Kiel* (Fn. 61), 750f.

73 Münchener Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2023, § 95a, Rn. 3.

立法理由では、典型事例としてプロバイダーのメールサーバーに蔵置されているEメール、インターネットプロバイダーに蔵置されているチャット内容及びソーシャルネットワークのユーザーアカウントの内容、そしてクラウドに保存されているデータが挙げられていた⁷⁴。ここでは、上記のようなデータは、被疑者ではない者が保管しているものとされている。

しかしながら、被疑者のローカルデバイスに記録されているデータと、インターネット環境さえあればいつでもアクセスすることができるプロバイダーが保管するデータの違いは、必ずしも明確ではないとされる⁷⁵。このように考えると、データの要保護性は変わらないにも関わらず、蔵置されている場所だけを理由に95条aの適用の可否が変化することになる一すなわち、通知がなされるか、それとも通知の延期することができるかが決まることになる一が、この結論は妥当なのだろうかと疑問視されている⁷⁶。

また、95条aによれば差押えだけでなく、その前段階に行われる被疑者以外の者についての搜索（103条）や書類及び電磁的記録媒体の通覧（110条）に関する開示性も失われうることにも注意しなければならないという。95条a第6項によれば、「個別の事案におけるすべての事情を評価し、かつ関与者の利益を考量した上で、措置の対象者に対し、延期の期間中、差押え及びそれに先行する103条及び110条による搜索又は95条による引渡し命令について、被疑者又は第三者への口外禁止を命じることができる」。仮に、共同保管又は住居の共同利用の際に、103条に基づく搜索が行われ、差押えが行われたならば、当該差押えだけでなく、被疑者が実質的に直接の対象となっていたはずの搜索についてまでも秘密化されてしまうことになる。このような結論は、102条の被疑者についての搜索の通知の

74 BT-Drs. 19/27654, S. 61.

75 MK-StPO (Fn. 73), § 95a, Rn. 3.

76 *Hiérement*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1; MK-StPO (Fn. 73), § 95a, Rn. 3.

延期を予定していない95条a第6項に鑑みれば、妥当ではないとされる⁷⁷。したがって、共同保管の場合には、被疑者に対する法的保護の確保のために、102条による捜索が行われなければならない、それゆえに95条aの適用は排除されるべきであるとされる⁷⁸。

IV. ドイツの捜査法の特徴に関する検討と日本法への若干の示唆

1. ドイツの捜査法における開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の違いについて—ドイツ捜査法における「開示性」とは⁷⁹

以上で確認してきた95条aの立法理由とそれに対する批判を見ればわかるように、95条aに関する議論は、開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の違いがその中心となっている。そして、その議論からは、後者により厳格な規制が求められるということも読み取ることができる。したがって、捜査措置において開示的であるか秘匿的であるかによって求められる規制のレベル—いわゆる、規律密度—が変わることは、ドイツ捜査法の1つの特徴として指摘できよう。

それではなぜ両者の規律密度は異なるのであろうか。その理由として、措置の実施を対象者に認知させるという「開示性」が重要な役割を果たしていると考えられる。以下では、開示的捜査措置と秘匿的捜査措置に対するそれぞれの法的規律の内容を比較するという方法で「開示性」について検討する。

(1) 「開示性」の背景にある「公正な裁判」

立法理由では、捜査は原則として開示的に行われるべきであるとされ、

77 MK-StPO (Fn. 73), § 95a, Rn. 3.

78 MK-StPO (Fn. 73), § 95a, Rn. 3.

79 IV.1.では、特に断りがない限り、条文は全てドイツ刑事訴訟法である。

その背景に欧州人権条約6条の「公正な裁判」という考え方があることが指摘されていた⁸⁰。

そもそも欧州人権条約6条の「公正な裁判」は、ドイツにおいてどのようなものとされているのだろうか。欧州人権条約6条の規定する被疑者・被告人の「公正な裁判を請求する権利」は、ドイツ基本法上に明文で規定されているわけではない。しかしながら、先行研究によれば、連邦憲法裁判所の判例でこの権利は承認されているという。先行研究は、ドイツにおける「公正な裁判を請求する権利」とは、被疑者・被告人が「自己の権利を守るために、手続の進行及び結果に対して影響を及ぼす機会が与えられなければならない」ということを保障するものであり、その具体的内容として、「機会均等という意味での武器対等」、「無罪推定」を内容とするものであると整理する⁸¹。

上記のような内容とされる「公正な裁判」を背景とする捜査措置の「開示性」は、ドイツ捜査法においてどのように表れているのだろうか。この「開示性」を検討する方法として、開示的捜査措置としての差押えに関する法的規律と秘匿的捜査措置としての差押えに関する法的規律を比較することは、非常に有用であるだろう。なぜならば、両者の違いはまさにその「開示性」の有無だけにあり、純粹に「開示性」についてだけを比較することを可能とするからである。

（2）開示的捜査措置である差押えに対する法的規律

開示的捜査措置として行われる差押えは、以下のように法的に規律されている。第1に、裁判所を通じた措置の統制である。98条1項によれば差押えの命令権限は原則として裁判所にあり、差押えは裁判所による事前統制を受ける。確かに、同項で例外的に緊急時の検察官とその捜査員の命令

80 BT-Drs. 19/27654, S. 61f.

81 斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』（法律文化社、2015年）271頁以下。

権限が認められているが、その際には差押えを行った捜査官は3日以内に裁判所の承認を申し立てなければならないとされ、それによって裁判所による事後的な統制を受けることになる（98条2項）。

第2に、措置の対象者に対する手続へ関与する機会の保障である。33条3項によれば、裁判所による差押え命令や98条2項の緊急時の検察官又はその捜査員による差押え命令がなされた場合の裁判所の承認の前には、差押えの対象者に法的聴聞の機会を保障しなければならないとされる⁸²。この法的聴聞の際に、差押え対象者は当該差押えがどのような事実に基づいてなされるのかを知ることができ、そしてその事実に対して自身の意見を述べるのできるのである⁸³。また、35条2項による送達による告知によっても、対象者は差押えを知らされることになる。さらに、98条2項によれば、緊急時の検察官又はその捜査員による差押え命令がなされた場合には、差押えの対象者は、いつでも裁判所の裁判を求めることができ、また自身の権利について教示がなされなければならないとされる。このような様々な形で差押えの手続に関与する機会は対象者に与えられることになる。そして、差押えが行われた後、差押えの対象者による請求があれば、差し押さえた物の目録が交付されなければならない（107条）。

第3に、差押えの対象者は、裁判所の差押え命令や事後的な承認（98条2項）に対して抗告することができる（304条）。

（3）開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の両側面を有する95条a

82 なお、裁判所による差押え命令については、33条4項によれば、事前の聴聞が処分の目的を害するおそれがあるときは33条3項の規定を適用しないとされている。しかし、33条における事前の聴聞の機会の保障は、基本法103条1項の法的聴聞請求権を保障するものとされる（MK-StPO(Fn. 73), § 33, Rn. 1）。また、33条4項により事前の聴聞がなされなかった場合について、ドイツの連邦憲法裁判所によれば、「法的聴聞権は、その抗告手続におけるすべての場合において、事後的に保障されなければならない」とされている（斎藤・前掲注81）348頁）。

83 MK-StPO(Fn. 73), § 33, Rn. 1.

95条aにより被疑者に対する通知が延期される場合の差押えの法的規律についてであるが、内容の確認に入る前に注意すべきことがある。それは、95条aが適用された差押えは、完全な秘匿的捜査措置となるのではなく、あくまでも被疑者・被告人との関係で秘匿的捜査措置となるだけであるという点である。それゆえ、95条aに対する法的規律と秘匿的捜査措置に対する法的規律を直ちに同一視することはできない。

この点については、立法者も、95条aの規定に批判を加える論者たちも前提としていることである⁸⁴。それゆえ、95条aの法的規律について、例えば1項1号は対象犯罪の限定していること自体が批判されているのではなく、具体的なカタログ化がなされていないことが規範の明確性及び特定性の観点から不十分であるとの批判がなされているのである。

しかしながら、上記の批判は、規律密度の不十分さを指摘するものであって、法的規律のあり方を根本的に否定するものではない。また、立法理由を見ればわかる通り、95条aの規定は、100条aをはじめとする秘匿的捜査措置に関する規定を参照し作成されたものである。さらに言えば、措置の目的や侵害される基本権に応じて求められる規律密度は、当然異なりうるだろう。

したがって、95条aが開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の両側面を有する措置であることは、開示的捜査措置としての差押えとの比較を通じた「開示性」の検討を妨げないといえよう。

(4) 95条aを通じて秘密化される差押えに対する法的規律

84 実際、立法者は、95条aの立法理由において被疑者ではない者に対しては差押えの開示的になるよう設計されていることを明確に述べている (BT-Drs. 19/27654, S. 62)。また、95条aに対して批判的な論者も95条aについて「差押えの措置は曖昧なもの〈Janusköpfig〉となってしまった」(Vassilaki (Fn. 49), 103) や、「開示的措置と秘匿的措置の両側面を有するもの〈Zwitter〉」(Gallus/Zeyher (Fn. 43), 464) と表現することからも明らかである。

95条aによる差押えの秘密化は、次のように法的に規律されている。第1に、裁判所を通じた事前の統制である。95条aでは通知の延期についての命令権限が裁判所に限定されており、例外は設けられていない。確かに、規定の構造上の問題により差押えの実施時点で必ずしも通知の延期に関する要件が満たされていなくてもよいために、95条aによる裁判所による事前の統制が実質的な意義を有さないかもしれないという懸念は、すでに指摘されているとおりである⁸⁵。しかし、通知の延期がなされるまで差押えが開示的に行われるので、一その適否はともかくとして一差押えの秘密化に対する裁判所による事前の統制が図られていると言えよう。

第2に、厳格な要件の設定である。95条a第1項では、「捜査目的を危険にさらす場合」という要件が規定されている。また、同項1号では、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という定式化で、適用対象を限定している。そして同項2号では補充性条項も規定されている。このような厳格な要件を設定することで、適用対象を事前にフィルタリングしているのである。

第3に、継続的な裁判所による審査である。95条a第2項では、通知の延期について6か月までの期限を付すことができるとされ、通知の延期の期間を延長するためには、裁判所の審査が必要ことが規定されている。また、延期は3か月ごとになされ、その都度裁判所の命令が必要となる。これによって通知の延期措置は、裁判所の事前の統制を受けるだけでなく、継続的な統制のもとに置かれることになるのである。

第4に、可及的速やかに行われる事後的な法的保護である。95条a第4項には、捜査の目的への危険が無くなり次第速やかに被疑者へ通知が行われることが規定されている。また、併せて同条5項に規定されている法的保護やそれを受けるための期間について教示を受けることが規定されてい

85 *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

る。これによって、秘匿的捜査措置に伴う権利侵害を速やかに回復する機会が被疑者に与えられることになる。また、裁判所の決定に対しては即時抗告も認められている。

（５）開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の比較検討

以上を踏まえて、開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の比較検討に入る。

最初に、開示的捜査措置における「開示性」は規定においてどのように表れているのかを検討する。「開示性」とは、単純に言えば、「開示的捜査措置にあって、秘匿的捜査措置にないもの」であるため、まずは、両者の法的規律の内容を比較することでそれぞれの共通する部分と異なっている部分を明確にしたい。開示的捜査措置と秘匿的捜査措置は、一前者において例外があるにせよ一両者ともに裁判所による事前の統制を受ける点で共通している。また、開示的捜査措置において認められている抗告についても、秘匿的捜査措置において即時抗告が認められているので、この点でも共通している。他方で、その他の法的規律の内容は全く異なっている。

したがって、この異なっている部分に注目したい。開示的捜査措置の２つ目の法的規律について見てみると、そこでは措置の対象者に対する手続へ関与する機会が保障されている。具体的には、通知や事前の法的聴聞の機会を得ることで措置について知ることができるということや、措置についていつでも裁判所の裁判を求めることができるということ、法的聴聞の際にどのような事実に基づき措置が行われるのかを知り、その事実に対して意見を述べることができることが保障されている。この「措置の対象者に対する手続関与の機会の保障」は、まさに開示的捜査措置の「開示性」を表しているといえるのではないか。なぜならば、「開示性」の背後にあるとされる欧州人権条約６条の「公正な裁判」—すなわち、被疑者・被告人が「自己の権利を守るために、手続の進行及び結果に対して影響を及ぼす機会が与えられなければならない」ということを保障するもの—との類

似性を有するからである。

次は、秘匿的捜査措置の法的規律との違いという視点からも「開示性」について検討したい。開示的捜査措置には存在しない秘匿的捜査措置の独自の法的規律は、①厳格な要件設定による適用対象のフィルタリング、②裁判所による継続的な統制、③可及的速やかに行われる事後的な法的保護である。すなわち、上記3点は、秘匿的捜査措置において失われる「開示性」の代替として、手続の公正性を保障するために求められる法的規律であると言える。したがって、この3つと「開示性」の表れである「措置の対象者に対する手続関与の機会の保障」を比較することで、「開示性」が何を保障しているのかを抽出することができるだろう。

①について、なぜ「開示性」が失われると厳格な要件設定による適用対象のフィルタリングが必要となるのか。その理由は、「開示性」の背景にある「公正な裁判」から生じる「公正な裁判を請求する権利」が侵害される点で、侵害強度が増大するからである⁸⁶。その結果、比例原則の観点から開示的捜査措置よりも適用対象事例を絞らなければならないのである。また、厳格な要件を設定することは、裁判所による審査もより厳格にさせる。その意味では、厳格な要件の設定は、捜査機関の権限濫用を抑制する効果も有するといえる。

②について、なぜ「開示性」が失われると継続的な裁判所による統制が必要となるのか。その理由は、「開示性」が「措置の対象者に対する手続関与の機会の保障」をすることによって、対象者に措置の開始前及び進行中の捜査機関の違法行為や権限濫用を指摘できる機会をもたらしからである。「開示性」が失われることによって、上記のような機会を対象者は奪われることになる。したがって、上記のような機会の保障に代わる手段と

86 なお、95条aが適用される場合、33条3項による事前の聴聞の機会の保障もなされないために基本法103条1項における法的聴聞請求権も侵害されるということも、措置の侵害強度を増大させる要因として指摘できる。

して、裁判所の統制は事前だけではなく、措置の継続中にもなされる必要が生じるのである。

③については、理解が容易である。すなわち、「開示性」によって本来保障されるべき権利や利益が奪われている状況を最小限にとどめるために必要なのである。

以上の比較検討から、ドイツ捜査法における「開示性」とは、欧州人権条約6条の公正な裁判を請求する権利を背景とする「措置の対象者に対する手続関与の機会の保障」を措置の対象者にもたらしものであるといえる。そしてこのような機会の保障は、措置の対象者に、「捜査機関の違法や権限濫用をいつでも指摘できる状況」を与える。したがって、「開示性」は、上記のような措置の対象者による捜査機関への監視及び点検を通じて、当該措置を規律するものであるといえよう。

2. ドイツ捜査法の特徴に関する検討から得られる日本法への若干の示唆⁸⁷

(1) 日本の捜査法における差押えについて

最後に、非常に簡単にではあるが、以上で検討してきたドイツ法と日本法の比較検討を行いたい。まずは日本の捜査法における差押えについて確認する。

日本の捜査法における差押えに関しては、①令状主義による事前の司法審査（憲法35条、刑訴法218条）、②処分対象者への令状の呈示（222条1項、110条）、③住居主等の立会い（222条1項、114条）、④押収品目録の交付（222条1項、120条）、⑤押収品の還付等（222条、123条）、⑥押収に対する準抗告（430条）が規定されている。

まず、①について、令状主義の趣旨は、次のように説明されている。すなわち、「対象となる人や場所・目的物について、逮捕や搜索・押収を行

87 IV2.では、特に断りがない限り、条文は全て日本刑事訴訟法である。

う根拠—『正当な理由』—が存在すること……を予め裁判官に確認させ……、当の人や場所・目的物を令状の上に命じさせて、その範囲でのみ逮捕や搜索・押収を行うことを捜査機関に許すこと……により、捜査機関の恣意ないし裁量の濫用・逸脱などによる不当な権利侵害の余地を封じるということにある」と⁸⁸。したがって、令状主義は、捜査機関による権限の濫用や対象者の権利侵害に対して、非常に厳格な事前の統制をもたらしている。

②は、「差押状、記録命令付差押状又は搜索状の執行を受ける者に対して、裁判の内容を了知させることにより、手続の明確性と公正を担保し、処分を受ける者の不服申立てなどを確保してその利益を保護するための規定である」とされる⁸⁹。

③は、「執行を受ける者の権利保護（押収拒絶権行使・不服申立て等の確保）を図り、かつ、手続の公正を担保しようとするものである」とされる⁹⁰。

そして、④の趣旨は、不服申立ての実効性の確保や、押収の公正さの担保にあるとされている⁹¹。押収目録の交付の際、その相手方は、所有者・所持者・保管者のうち「直接に押収を受けた者を指す」とされる⁹²。また、交付時期は、「趣旨に鑑み、押収を終了した段階で直ちに交付すべきである」とされる⁹³。

（２）比較法検討

それでは、日本の捜査法における差押えについて、ドイツの捜査法にお

88 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014年）61頁。

89 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第2巻』（青林書院、第3版、2024年）382頁〔渡辺咲子＝加藤俊治〕。

90 中山・前掲注89）465頁〔渡辺咲子＝加藤俊治〕。

91 中山・前掲注89）493頁〔渡辺咲子＝加藤俊治〕。

92 中山・前掲注89）495頁〔渡辺咲子＝加藤俊治〕。

93 伊丹俊彦ほか編『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、2018年）217頁〔佐藤剛〕。

ける「開示性」という観点から検討する。

日本の差押えに関する規定の中で「開示性」と関連すると思われるのは、②③④である。なぜならば、これらは手続の公正さを担保し、その後の不服申立てに重要な役割を果たすとされるからである。

しかしながら、ドイツにおける「開示性」と比較した際には、特に被疑者・被告人との関係において②③④の保障で実質的に十分なのか疑問が生じるように思われる。例えば、②に関しては、令状呈示の相手方は差し押さえるべき物又は搜索すべき場所を現実に支配しているものであるとされ⁹⁴、被疑者・被告人やその弁護人に対しても令状の謄写の送達が行われるわけではない。③に関しては、222条1項が113条を準用していないため、被疑者・被告人及びその弁護人の立会い権は認められていない。さらに、④についても、押収目録の交付は、「直接に押収を受けた者」に「押収を終了した段階で直ちに交付すべき」とされるだけで、被疑者・被告人やその弁護人に直ちに交付されるというわけではない。

上記を踏まえれば、ドイツ刑法95条aで議論となっていた典型事例である「被疑者の物又はデータを保管者が保管している際の当該保管物又はデータを対象とする差押え」が日本で行われた際には、被疑者には「開示性」が保障されないということになる。そうすると、被疑者は、自身の権利侵害について指摘を行う機会を奪われることになり、⑤の還付請求や⑥不服申立ての実効性も著しく減少するように思われる。また、保管者が差押えの対象となっている物やデータについて権利や利益を有しておらず、なんら関心を抱いていないような場合には、②③④の保障があったところで必ずしも公正な手続が保障されるとはいえないだろう。その意味で、②③④の保障という法的規律は、上記のような場合の差押えに対しては、実効的に機能しないのではないか。それゆえ、「開示性」の観点からは、日

94 中山・前掲注89) 421頁〔渡辺咲子＝加藤俊治〕。

本の現行捜査法の差押えに対する法的規律で本当に十分であるのか、規律密度が不足しているのではないか、という疑問が生じるのである。

他方で、—いうまでもないことであるが—上記の「開示性」の観点から得られる結論は、日本の差押えに関する規定を直ちに否定するものではない。なぜならば、日本の捜査法には、ドイツ捜査法には存在しない、令状主義という非常に厳格な事前の司法統制が存在するからである。

ドイツの捜査法における差押え規定との決定的な違いは、緊急時の差押え命令権限である。ドイツ刑訴法98条1項は、緊急時には検察官とその捜査員にも差押えの権限を認めている。そして、同条2項において特に強く「開示性」が保障されているのは、主にこの検察官とその捜査員による命令がなされた場合なのである。また、現在のドイツ捜査法の実務において裁判官の命令という原則と検察官及びその捜査員の命令という例外の関係が逆転しているという問題も指摘されている⁹⁵。

以上の検討をまとめたい。第1に、日本の捜査法における差押えへの法的規律は、手続の公正性を十分に保障しうるのか、疑わしいように思われる。他方で、令状主義という司法による厳格な事前統制を通じて、手続の公正性はいくらか補われうるのだろう。第2に、逆にドイツの捜査法における差押えの法的規律は、司法の事前統制が日本の捜査法よりもいくらか緩和されており、それによって不十分となる規律密度を「開示性」によって補っているといえる。第3に、被疑者の保管する物又はデータを対象とする差押えである場合には、両者には有意な差は生じないと思われるが、被疑者ではない者が保管する物又はデータを対象とする場合には、被疑者に通知がなされない分—すなわち、「開示性」を欠いている分—、日本捜査法の規律密度の不足感が否めないのである。

95 山田②・前掲注56) 18頁。

（３）電磁的記録提供命令について

ここ数年の間、「刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会」や「法制審議会—刑事法（情報通信技術関係）部会」において刑事手続のIT化が議論されてきた。そして2024年2月15日、法制審議会（総会）は、上記刑事法部会において取りまとめられた「要綱（骨子）」を採択し、法務大臣に答申した。

この「要綱（骨子）」の中で、電磁的記録提供命令という強制処分が提案されている。この電磁的記録提供命令は、「電磁的記録を保管する物その他電磁的記録を利用する権限を有する者」に対し、刑事罰という間接強制を用いて、電磁的記録の提供を強制する処分である⁹⁶。

しかしながら、提案されている電磁的記録提供命令の内容には、上記で検討した「開示性」の観点からみた日本の捜査法における差押え規定の規律密度の不十分さへの指摘がまさに妥当するように思われる。

すなわち、被疑者ではない者が保管するデータを被疑者に秘密裡に取得することを可能とする処分でありながら、令状主義とは別の形式における厳格な法的規律を有していない電磁的記録提供命令の立法は、ここまで指摘してきた「開示性」という観点からの手続の公正性の保障を欠いている日本の現行捜査法の問題点を受け継いでいる。ましてや、現代は、自身の情報があらゆる情報デバイス（スマートフォンやPCなど）を通じて常に一しかも意識的・無意識的を問わず一記録され続けている情報社会である。このような社会状況に鑑みれば、データの取得に特化している電磁的記録提供命令は、上記の問題を深刻化させる危険があるのではないと思われる。

電磁的記録提供命令については、紙幅の都合上、検討会や部会の議論状況まで踏まえた詳細な検討はできないが、本稿における検討結果と関係す

96 法制審議会「要綱（骨子）」11頁（<https://www.moj.go.jp/content/001413269.pdf>）。

る限りで、「要綱（骨子）」の内容に対して若干のコメントをしておきたい。

第1に、電磁的記録提供命令に対しても、やはり「開示性」の観点からの法的規律が欠けているように思われる。「要綱（骨子）」では、電磁的記録の提供が行われた際に当該電磁的記録に対して利益を有する者が通知を受ける旨は提案されておらず、また電磁的記録提供命令の際の目録の交付対象が命令を受けた者とされている⁹⁷。例えば、被命令者がプロバイダーなどの通信事業者である場合には、その者が当該電磁的記録に対して実質的な権利や利益を有する者であるとはいえないため、目録の交付は必ずしも公正な手続を担保するとはいえない。また、当該電磁的記録媒体に対して実質的な利益を有する者にも目録の交付はされず、それどころか提出命令についての通知すらされないこととなるので、不服申立てによる権利回復の実効性すら損なわれるように思われる⁹⁸。ましてや、国民の誰しもが提供の命じられる電磁的記録について実質的な権利や利益を有する者となりうる点に鑑みれば、「開示性」が欠けていることは、「被疑者」への延期の通知を規定するドイツ捜査法における95条aの問題よりもはるかに深刻な問題を生じさせることになるかもしれない。

第2に、「要綱（骨子）」では、電磁的記録提供命令を受ける者に対し、「みだりに……(電磁的記録の提供—引用者注)の命令を受けたこと及び提供を命じられた電磁的記録を提供し又は提供しなかったことを漏らしてはならない旨を命ずることができるものとする」とされており、またこの命令違反（以下、「口外禁止命令」とする）に対しては罰則が提案されてい

97 法制審・前掲注96) 11頁。

98 この点に関して、日本弁護士連合会「電磁的記録提供命令の創設を含む刑事訴訟法等の改正に当たり、プライバシーの権利等を保護するための修正を求める意見書」（2024年）（<https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2024/240314.pdf>）は、自身の情報を取得された者の不服申し立ての機会を保障するために、その者に対する提供命令の通知と目録の交付を求めている。

る⁹⁹。しかしながら、ドイツ刑訴法95条aと比較すると1つの問題点が見える。すなわち、その命令の期限についてである。ドイツ刑訴法95条a第2項では、通知の延期について最大6か月の期間上限が設けられており、延期期間の延長は3か月ごととされる¹⁰⁰。しかし、「要綱（骨子）」では、口外禁止命令の期間の上限が提案されていない¹⁰¹。それゆえ、口外禁止命令の期間の上限を適切に設定するに加えて、例えば、1度で命令可能な延長期間を非常に短期間とするなど、継続的な裁判所による適法性審査を可能とする制度設計が求められるように思われる。

V. 結びにかえて

1. 本稿のまとめ

本稿では、ドイツ捜査法における特徴である開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の法的規律の違いについて最近立法されたドイツ刑訴法95条aに関する議論から検討を行い、その検討から得られた結果をもとに若干ではあるが日本法との比較法的検討も行った。

まず、ドイツ刑訴法95条aの立法理由の確認を行った。ドイツ捜査法において差押えは開示的捜査措置とされており、差押えがなされた時には対象物の保管者だけでなく、所有者や占有者にも措置についての通知がなされることとなっている。しかし、ドイツ刑訴法95条aは、第三者の保管する物やデータを差し押さえる際に行われる被疑者への通知によって、同時に進行している秘匿的捜査措置の実効性が失われうる点などを懸念して、上記通知を延期することができるようにしたのであった。

このような95条aに対しては、開示的捜査措置として設計されている差

99 法制審・前掲注96) 12頁以下。

100 これは口外禁止の期間にも準用される。BT-Drs. 19/27654, S. 66.

101 この点に関しても、日弁連・前掲注98) は指摘している。

押えを秘匿的捜査措置へと変質させる規定だとして、多くの批判がなされていた。その多くは、95条aが備えている法的規律の規律密度は、秘匿的捜査措置としては不十分であるという旨のものであった。

そして、上記の立法理由とそれに対する批判を踏まえて、開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の法的規律がなぜ違うのかについて検討を行った。その結果、開示的捜査措置は、措置の対象者に対する手続へ関与する機会を保障するという「開示性」を備えており、秘匿的捜査措置では、その「開示性」が失われるということが明らかになった。すなわち、秘匿的捜査措置は、「開示性」が保障していたものを埋め合わせる別の法的規律を用意しなければならなかったのである。それゆえ、両者の法的規律は異なっているのである。

さらに、秘匿的捜査措置において規定される「開示性」の埋め合わせとしての法的規律を検討することで、「開示性」の内容をより明確にしようと試みた。その結果、ドイツ捜査法における「開示性」とは、措置の対象者に捜査機関の違法や権限濫用をいつでも指摘できる状況を与えることで、当該措置を規律するものであるという結論に至った。

最後に、上記のドイツ法の特徴についての検討結果を踏まえて、日本法との比較検討を行った。当然、日本の捜査法には「開示性」という概念はないが、他方で、差押えの直接の対象者には令状の呈示や押収目録の交付などによって手続の公正さを担保しようとしている。しかし、差押えによって間接的に権利・利益侵害を受ける者に対しては、上記の手続の公正の担保のための措置は規定されていない。それゆえ、例えば、被疑者ではない者が保管する被疑者の物又はデータが差し押さえられた場合、被疑者に対しては上記の手続の公正の担保のための措置は取られないのである。このような法的状況は、日本の令状主義がドイツにおける裁判官留保よりも事前の司法統制としてより厳格であることを考慮したとしても、その規律密度の不十分さを疑うに足りるといえよう。

そして、上記の規律密度の不十分さに対する懸念は、今まさに立法が議論されている電磁的記録提供命令においても指摘できるだろう。電磁的記録提供命令に対しては、「開示性」という観点と、ドイツ刑法95条aの規定の観点から、提案の内容ではその規律密度が不十分かもしれないということを、非常に簡単ではあるが指摘した。

2. 今後の課題

今後の課題は山積しているが、差し当たりここでは、日本の捜査法における公正な手続の意義を挙げておきたい。

本稿ではドイツ捜査法における特徴の検討を中心に行ったため、日本捜査法に関しては詳細な検討ができなかった。しかし、電磁的記録提供命令の議論が進んでいることからわかるように、電磁的記録（データ）の取得に関する法整備は、今後ますます進展してくだろう。電磁的記録の取得に関する議論においては、当然プライバシーの保護の観点も重要であるが、公正な手続の保障という観点も非常に重要であると思われる。この時、日本の捜査法における「公正な手続」とはどのような意味を有するのか。先行研究の蓄積を詳細に確認した上で、電磁的記録の取得との関係ではどのように表れるのかを検討する必要がある。

以上

文化財返還問題と戦時国際法（その2）

——19世紀後半の慣習戦時国際法の発展

戸 塚 悦 朗

57巻2号目次

文化財返還問題と戦時国際法（その1）—来歴調査と举证責任の転換

第1. 「不当な時代」とはどのような時代だったのか？

第2. 「正当な商取引」が成立し得たか？

第3. 文化財取得の来歴調査について

第4. 19世紀後半の慣習戦時国際法発展の原点：リーバー法典（1863年）

19世紀末であった1899年には、陸戦法規慣例に関する19世紀後半の慣習戦時国際法の発展を背景にして、第1回ハーグ平和会議が開催され、陸戦の法規慣例に関する条約（1899年）が成立した。引き続き、1907年の第2回ハーグ平和会議でも、修正討議がなされ、陸戦の法規慣例に関する条約（1907年）が採択された。このように19世紀末から20世紀初頭にかけて、初めて陸戦法規が国際条約として法典化され、戦争に関する国際法の画期となった。

ただし、国際条約として法典化されていなかっただけで、それ以前にも慣習戦時国際法は、以下のとおり存在するものとして認識されていた。

★リーバー法典（1863年）

1863年当時の慣習戦時国際法を具体的に目に見える形にして、国内法上の法典として公布し、実践したわかりやすい先例がある。以下の「リー

バー法典」(The Lieber Code)の重要性に注目したい¹。

General Orders No. 100: The Lieber Code
INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF ARMIES OF THE
UNITED STATES IN THE FIELD
Prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No. 100
by President Lincoln, 24 April 1863.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the
Field, prepared by Francis Lieber, LL.D., Originally Issued as General
Orders No. 100, Adjutant General's Office, 1863, Washington 1898:
Government Printing Office

リンカーン大統領が、南北戦争中であった1863年に、合衆国陸軍（北軍）の一般命令第100号として布告した国内法典（起草者であるフランシス・リーバー教授の名にちなみ「リーバー法典」として知られている）である。全157条からなる。日本では、その詳細がよく知られていないようなので、今後更なる研究が必要であろう。

当時の日本は幕末だった。嘉永7年3月3日（西暦1854年3月31日）、日米和親条約（神奈川条約）が締結された²。開国後間もなかったのに、日本でこの1863年の「一般命令第100号」が知られていなかったのも無理

1 https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp

Visited on July 19, 2024. THE AVALON PROJECT, Department in Law, History and Diplomacy, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library in memory of Sol Goldman.

2 国立公文書館「激動幕末——開国の衝撃」

<https://www.archives.go.jp/exhibition/digital/bakumatsu/contents/20.html>
2024年9月15日閲覧。

はなかった。しかし、米国では、すでに欧米圏で発達した慣習戦時国際法が精緻な形で国内法化して具体化していたのである。慣習戦時国際法が国内法として公布され、目に見えるかたちになって、「リーバー法典」として公布され、米国の南北戦争では実践された。その歴史的事実に注目する必要がある。

国際的には、1899年のハーグ陸戦法規採択に至る慣習戦時国際法の法典化のプロセスの原点となった。19世紀後半の慣習戦時国際法の発展を研究するためにも、後の戦時国際法の発展を研究するためにも、避けては通れない出発点としての重要性をもっている。だが、いまでも日本ではその条文が一般に普及していないように見える。

ところで、1863年「リーバー法典」など19世紀後半の慣習戦時国際法がなぜ文化財返還問題の研究にとって重要性を持つのだろうか？

文化財返還問題と戦時国際法の関わりについて、龍谷法学57巻2号の前論文「文化財返還問題と戦時国際法（その1）——来歴調査と举证責任の転換」で報告した。1904年1月21日の中立宣言によって守られていた大韓帝国の領土主権を侵害した大日本帝国による慣習戦時国際法（中立国領土不可侵の原則）違反の軍事侵略（1904年2月8日から1945年8月15日まで）についての研究を基礎にして検討した。それを「不当な時代」の根拠の土台として据えたのである。その際、日本も批准した1899年陸戦の法規慣例に関する条約をも併せて焦点化して、大日本帝国による文化財略奪を戦時国際法違反とする国際法的判断の根拠とした。そうすると、1904年から5年さかのぼって、土台（1904年）と条約（1899年）とをあわせて二重の戦時国際法違反を取り上げたことになる。1899年以降の文化財略奪事件については、相当程度理論的な研究が強化されたと言ってよいであろう。

★しかし、問題が残った：1899年以前の戦時国際法は？

大日本帝国軍が1899年以前の事件に関わっている場合には、時際法原則

上、1899年陸戦法規を基準にはできない。それでは、どのような国際法上の法理によって文化財返還問題を研究すればよいのだろうか？なぜ1899年以前の慣習戦時国際法を研究する必要があるのだろうか？わかりやすい事例があることに気付いたので、以下にあげてみたい。

第5．景福宮宝物略奪事件（1894年）

荒井信一茨木大学名誉教授（西洋史・国際関係史）は、次のように書いている³。

日清戦争での日本軍最初の武力行使は、宣戦布告以前の1894年7月23日、ソウルの景福宮（キョンボックン）に押し入り王宮を占領したことである。日清開戦の名目を作るために陸奥宗光外相の要請によりおこなわれ、朝鮮駐在の大鳥圭介日本公使が指揮した。韓国には、その際、大鳥公使が宮中の財貨・宝物を略奪したことの同時代の記録がのこっている。

大日本帝国軍が1894年7月に朝鮮の王宮から王室財産（財貨・宝物）を略奪したという事件については、どう考えるべきなのであろうか？当時の国際法を適用すると、日本にはこの王室財産を返還する義務があるのであろうか。ハーグ陸戦法規（1899年、1907年）成立の前である1894年に起きた事件である。このときの大日本帝国軍による景福宮攻撃については、戦史が偽造されていたことが中塚明名誉教授によって解明されたが、そのことは、前掲拙稿「文化財返還問題と戦時国際法（その1）」で触れたので、

3 荒井信一『コロニアリズムと文化財——近代日本と朝鮮から考える』岩波書店2012年、21頁。その根拠は、ファン・ヒョンによる1864年から1910年までの見聞を記した『梅泉野録』であると言う。

ここでは詳述しない。

このとき（1894年）の大日本帝国による略奪行為については、時際法の視点から言って、まだ締結されていなかった条約（1899年ハーグ陸戦法規）を遡及適用して、戦時国際法違反を問題にすることはできない。そうすると、1894年当時の慣習戦時国際法を研究する必要があることになる。

残念ながら荒井信一名誉教授は、すでに逝去されていて、前掲『コロニアリズムと文化財』は遺著になってしまった。この問題について意見交換ができないのが残念である。荒井名誉教授の戦争責任問題研究と運動についての貢献については、既に報告した⁴ので、ここでは述べない。

遺著となった『コロニアリズムと文化財』についてのシンポジウム（2018年）⁵に参加した際、筆者は、次のように述べた。

本書は、コロニアリズムが、「文明」の名のもとにむき出しの暴力をふるって弱小国の人々の文化を奪ってきた歴史とその実態を明らかにした。荒井教授は、近年の文化財に関わる国際法の発展にも触れているが、この研究をもう一步進めるにはどのような視点が必要だろうか？ 私は、最近安重根と旧条約の研究を進めている。これが、文化財返還問題を考えるうえで、国際法の視点から脱植民地化を進めるために貢献する可能性はないだろうか？

4 荒井教授の功績については、戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その6）」龍谷法学51巻1号、2018年、372-377頁。

5 戸塚悦朗「『コロニアリズムと文化財』をどう読んだか—国際法の視点から—暴力・文化財・法—」【荒井信一先生追悼シンポジウム】—文化財をめぐる日韓・日朝の葛藤の歴史、現状と今後を語る—荒井信一著『コロニアリズムと文化財』（岩波新書・2012年刊）を考える。呼びかけ・共催：韓国・朝鮮文化財返還問題連絡会議、東アジア歴史・文化財研究会

日時：2018年6月3日（日）14：00～17：00（開場：13：30）会場：大阪経済法科大学・東京麻布台セミナーハウス2F大会議室。

そのときに研究の必要性を強調した視点については、その後の研究で相当程度の発展があった。そのことは冒頭でのべたとおり、前掲論文「文化財返還問題と戦時国際法（その1）」で報告したとおりである。

荒井名誉教授は、以下のように『コロニアリズムと文化財』を締めくくっている。

世界戦争の時代であった二〇世紀がつきつけた課題は、いうまでもなく持続的な平和の確立であり、その出発点が戦争の違法化であった。戦争の後始末も違法な侵略戦争の責任を問うことから始まった。しかし世界戦争の前提が、諸帝国による植民地の分割、世界の一体化であったことが認識されるにしたがい、植民地支配責任の究明がさらなる課題となった。

私は、二〇一一年四月の貴重図書に関する日韓協定の審議に際し、衆議院外務委員会で参考人として意見を述べる機会があった。これが長く戦争責任問題を研究してきた私の、文化財に関する最初の公的発言であり、その延長線上で本書はうまれた。国家間の関係の好転のためには、文化財問題についても未来志向の対応が必要であることを重ねて強調しておきたい。

荒井名誉教授は、最近の国際社会が文化財の原産地国への返還の流れを進めている傾向を、植民地支配の反省の視点から詳しく研究してきた。民主党政権下だった2010年8月10日付の菅直人首相談話で首相が約束した儀軌など貴重な文化財が韓国に「引き渡される」経過の国会での意見陳述についても報告している。これらを併せ考えると、今後の文化財返還の行方にはかなり明るい見通しを持っていたのではないと思われる。

ところが、民主党政権が短命に終わったために、その後安倍政権など自公連立支配が長期間続いた。それもあって、文化財返還問題の新たな進展

は、日本においては見られていない。

停滞を打開し、荒井名誉教授が開いた地平をさらに未来志向の方向に開いてゆくためにも、残された課題の研究を深める必要がある。

とりわけ、前記したとおり、1899年以前の問題を解決するためには、未だに十分な研究が行き届いていなかったことを反省し、その当時、すなわち、19世紀後半の慣習戦時国際法の発展に関する新しい視点を発見することが必要である。

前述したとおり、日清戦争直前に大韓帝国で起きた前記景福宮宝物略奪事件を始め、日清戦争（1894～5年）に際して中国（清）で起きた大日本帝国軍による文化財略奪事件にどう対応することができるか？という問題もある。後者については、2024年7月にシンポジウムが開催されたことに注目したい⁶。

前述した時際法の問題がある。1899年陸戦法規から最短でも5年さかのぼって、1894年の大日本帝国の朝鮮に対する侵略及び日清戦争当時をカバーできる慣習戦時国際法を研究する必要があるのである。

第6．1899年ハーグ法成立以前の慣習戦時国際法

19世紀後半は、慣習戦時国際法の時代だった。

重要なヒントがある。荒井名誉教授は、『コロニアリズムと文化財』で以下のように書いている⁷。

6 「中国文化財返還を大きなうねりに！7.27集会」2024年7月27日（土）18時30分開会、場所文京区民センター2A、講演○吉田邦彦「中国文化財返還の現状と課題——特に東京大学東洋文化研究所玄関前の石獅子について」○五十嵐彰「東京大学総合研究博物館が所蔵する東亞考古学会発掘資料」、主催中国文化財返還運動を進める会・一瀬法律事務所。

7 荒井前掲『コロニアリズムと文化財』、139頁。

文化財を戦火からまもる国際法は、十九世紀後半から戦時国際法（のちの国際人道法）の一部として発展した。アメリカの南北戦争（一八六一～六五年）のときに、南軍がだした「一般命令一〇〇号」（一八六三年四月二四日）は、敵味方を問わず文化財の破壊を禁じた。…

筆者は、この米国の1863年の法令については、何も知らなかった。荒井名誉教授著の『コロニアリズムと文化財』を読んで初めて知ったのである。

★「一般命令一〇〇号」（一八六三年四月二四日）とは何か？

知らなかったから、新しい視点として、これについて研究を深める必要性を痛感した。荒井名誉教授は、どこからこの情報を得たのだろうか？おそらく末尾の「欧文文献」（205～206頁）リストのいずれかの文献によってと思われるが、注がないので、原文にたどりつけない。そこから探求が始まり、あとで報告するような経過で、英文資料を探し回った結果、まわりまわって、ようやく下記英文資料にたどり着いた。

ところで、荒井名誉教授が書いているところでは、「南軍」の法令とされている。だが、あとで分かったところでは、それは「北軍」（合衆国）と訂正する必要がある。しかし、その他は、「一般命令一〇〇号」（一八六三年四月二四日）という法令番号も日付も、前記資料と合致しているので、間違いがない。

これも、あとで分かったのだが、日本語では「リーバー法典」（1863年4月24日）として知られている。それ自体は、米国のリンカーン大統領が布告した米合衆国陸軍（北軍）のための「一般命令100号」という命令（国内法）だった。

その発布時期は、日本の幕末にあたる。ペリー提督の黒船来航は、1853年だったが、その10年後と言えはわかりやすいのではないだろうか。だか（龍法 '24）57-3, 90（558）

ら、時代、地理的距離、国際的な交流の不足状況と語学の壁などを考えれば、徳川時代の日本では、この法令のみならず、米国の事情も、欧米の慣習戦時国際法の詳細も、まだ十分な研究がなされていなかったのは無理もなかったのである。

荒井名誉教授が「南軍」と書いたのは、なぜだったのだろうか。タイプミスかも知れない。荒井名誉教授は、西洋史の専門家として、長年戦争責任研究に専念していた第一線の指導的研究者だった。それほど専門家でも、この法令を熟知してはいなかったのだろうか。校正がしっかりしていることで定評がある岩波書店による校正作業もすり抜けて、見逃された。それには、それだけの理由があるのではないか？日本では最近でもこれが広く知られていなかったことを示しているのだろうか。だからこそ起きた誤解か、見逃された誤記だったのではなかったかと思う。

これも、後からわかったのだが、米国や欧州では良く知られていた法令だった。だが、「一般命令一〇〇号」という法令名は、日本ではほとんど知られていなかったようであって、この日本語用語で検索してみても、論文等の文献はほとんど見つからない⁸。

★慣習戦時国際法の原点：The Lieber Codeにたどりつくまで

それでは、どういう経過で、これにたどりついたのであろうか。それを説明する必要がある。

結論を言えば、ICRC（国際赤十字委員会）のIHLD（国際人道法データ

8 2024年7月18日時点のことだが、cinii検索で、「一般命令100号」を検索用語にして探してみても、日本語の学術論文などは、ほとんど見つからなかった。例外的に探し出すことができたのは、わずかに、黒崎将広「米国一般命令第百号における「ゲリラ」の地位——Francis Lieberの「戦争法」理論」国際法外交雑誌104（4）2006.1, pp.623～643. だけだった。初めから「一般命令100号」を活用して検索すればよかったのだが、当初思いつかなかったことが残念だった。黒崎論文を探し当てていれば、そのタイトルから、Francis Lieberの名前を知ることができたはずなので、その後の研究は急速に進んだはずであった。

ベース）で検索したことから、慣習国際人道法（CIHL）のなかに詳細な The Lieber Codeの条文などの貴重なデータが見つかることが分かったのである。

今では、ICRCデータベースのCIHLの初めにThe Lieber Codeが出てくる。

ただし、2011年に検索したときにはブラッセル宣言（1874年）が最初に出てきていた。The Lieber Code（1863年）は、2011年段階ではまだこのデータベースには載っていなかったのだろう。筆者は、2011年に朝鮮からの「歴史的記念碑」の日本軍による略奪問題を中心に、国際法との関わりを研究して、発表したことがある⁹。

そのときの講演の準備のために、ICRCの英文ホームページ上のデータベースで歴史的記念碑（historic monument）をキーワードとして戦時国際法の情報を検索した。その発表の際に配布したレジメを見直してみた。歴史的に古い順からデータが並んでいる。1874 Brussels Declaration（Art. 8）がトップで、最も古い。その次に1880 Oxford Manual（Art. 53）が出てきていた。その次にやっと条約の時代として1899年ハーグ陸戦法規が出てきた。その筆者によるレジメには、1863 The Lieber Codeが見当たらない。

このことから考えると、2011年から現在（2024年）の間に、ICRCがCIHL（慣習国際人道法）に関する歴史的情報のデータベースのトップとして1863年のThe Lieber Codeを加えたのではないと思われるのだ。

そうすると、1863年のThe Lieber Codeは1899年以前の米国の国内法上の法典ではあるが、今では、実際に国際的に実践されていた早期の法典として、ICRCのような国際人道法の世界的専門機関によっても歴史的な慣

9 戸塚悦朗「文化財（歴史的記念碑）と国際法」（発表）、2011年3月12日14：00-16：00、会場：水道橋「千代田ボランティアセンター」、主催者：韓国・朝鮮文化財返還問題連絡会議。

習戦時国際法の原点と見なされていることを知ることができる。

このことから、19世紀後半の慣習戦時国際法（1863年）の原点の証拠として、The Lieber Codeを研究する必要があると考えるに至ったのである。

★文化財問題に関する1863年当時の慣習戦時国際法

以上から明らかになったことを前提にすると、1863年当時の慣習戦時国際法を知るためには、The Lieber Codeを調べればよいということになる。

文化財問題に関するThe Lieber Codeの定めは、以下のとおりである。

リーバー法典第35条¹⁰は以下のように定めている。

古典的芸術作品、図書館、科学的収集物、天体望遠鏡のような貴重な装置、あるいは病院は、要塞化された場所にあっても、包囲攻撃又は砲撃の際には、避止可能なあらゆる棄損を避けなければならない。

荒井教授は、前述したとおり、「……アメリカの南北戦争（一八六一～六五年）のときに、南軍（筆者注：「北軍」の誤り）がだした「一般命令一〇〇号」（一八六三年四月二四日）は、敵味方を問わず文化財の破壊を禁じた。……」と書いていたが、条文については特定していない。たしかに、「リーバー法典」35条は、文化財の破壊を禁止していたのである。

また、同36条¹¹は、以下のように定めている。

10 Art. 35.

Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded.

11 Art. 36.

If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the

敵国又は敵政府に属するかかる芸術作品、図書館、科学的収集物、装置であって、毀損することなく搬出可能なものについては、占領国の支配者は、同国のために、それらを押収し搬出することを命じることができる。最終的な所有権の帰属は、後に締結される平和条約によって定められる。

いかなる場合でも、それらは売却され、又は譲渡されてはならない。もし、合衆国軍隊によって獲得された場合には、それらは私的に所有され、又は恣に破壊又は毀損されてはならない。

「リーバー法典」第36条によると、文化財等の、売却、譲渡は禁止されていた。私的所有も、破壊も、毀損も禁止されていた。しかし、占領者である国家には、文化財等を持ち出すことが許されていた。最終的な所有権の帰属は、後の平和条約で決めるという。しかし、これでは、景福宮宝物略奪事件のような暴力行為を実効的に防止することは容易ではないだろう。1863年当時の慣習戦時国際法は、非文明的且つ未成熟な弱点を残していたとせざるを得ない。

★ハーグ法にいたる経過

もちろん、1893年以前から慣習戦時国際法が、諸国によって実践され、発達してきていたことは、研究者の間では、知られていた。たとえば、リーバー法典について詳しく解説したアダム・ロバーツ卿（SIR ADAM

↘ conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace.

In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly destroyed or injured.

ROBERTS KCMG FBA) による論文がわかりやすい¹²。「リーバー法典」以前の状況についても言及している。

国際赤十字委員会（ICRC）によれば、リーバー法典から1899年ハーグ陸戦法規に至る慣習戦時国際法の発展の経過は、以下のとおりである¹³。

「リーバー法典」発布の11年後である。

ロシアのツァー・アレキサンダーⅡ世の提唱によって、欧州の15か国政府が1874年7月27日にブラッセルで国際会議を開き、ロシア政府が提出した戦争の法規慣例に関する国際条約案を協議した。この国際会議は、原案にわずかな修正を加えるだけで合意を採択した。これが1874年ブラッセル宣言（Brussels Declaration）である。しかし、すべての政府がこれを法的拘束力ある条約として受け容れるに至らなかったため、条約としては批准されなかった。

この年、万国国際法学会（The Institute of International Law）は、ジュネーブで開催された会議で、1874年ブラッセル宣言をもとに、さらに補充的な提案を研究し、同学会の意見をまとめることを決議した。その努力が実を結び、同学会は、6年後の1880年にオックスフォードで戦争法規慣例に関するマニュアルを採択するに至った。1874年「ブラッセル宣言」¹⁴及び1880年「オックスフォード・マニュアル」¹⁵が1899年及び1907年

12 https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0020/3144314/Roberts.pdf visited on Sep. 9, 2024.

FOUNDATIONAL MYTHS IN THE LAWS OF WAR: THE 1863 LIEBER CODE, AND THE 1864 GENEVA CONVENTION The 1863 Lieber, SIR ADAM ROBERTS KCMG FBA.

13 <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/brussels-decl-1874?activeTab=undefined> visited on Sep. 9, 2024.

Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874.

14 1874年ブラッセル宣言は、国家が接収できる敵国の資産については、以下のよう

に定めていた。

Brussels Declaration

➤

ハーグ平和会議で採択された陸戦法規慣例に関するハーグ条約に結実したのである。

★1874年「ブラッセル宣言」と文化財¹⁶

ブラッセル宣言

第6条

占領軍は、厳格に国家の資産であるところの現金、基金及び現金化できる有価証券、武器庫、運輸手段、商店、補給物資、及び原則として軍事作戦に有用な性質の国家に属するすべての動産を接収できる。

1863年「リーパー法典」では未熟であった、占領者が（仮にではあっても）文化財等を接収できるとした点について検討すると、1874年「ブラッセル宣言」ではそのようには書かれていない。動産については、「原則として軍事作戦に有用な性質の国家に属するすべての動産」という限定がついていることに注目すべきだろう。文化財は、軍事作戦とは原則として関

↘ Article 6 of the 1874 Brussels Declaration provides: An army of occupation can only take possession of cash, funds, and realizable securities which are strictly the property of the State, depots of arms, means of transport, stores and supplies, and generally, all movable property belonging to the State which may be used for the operations of the war.

Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brussels, 27 August 1874, Article 6.

後述する1880年オックスフォード・マニュアルは、これを引き継いでいる。

15 <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/oxford-manual-1880> visited on Sep. 9, 2024.

1880年オックスフォード陸戦法規（The Laws of War on Land. Oxford, 9 September, 1880）.

16 Brussels Declaration

Article 6 of the 1874 Brussels Declarationは、注14のとおり。

係がないから、接收はできないのである。ここに慣習戦時国際法の発展を見ることができる。

「ブラッセル宣言」が採択された1874年は、明治7年である。大日本帝国は、この国際会議に参加していない。この会議の情報を直接入手できていなかった可能性もある。参加国については、ICRCによれば15国とされているが、招待されても参加しなかった米国の例もあり、欧州だけが対象であったわけではなかった¹⁷。

★1880年「オックスフォード・マニュアル」と文化財

万国国際法学会は、1873年に創設され、一定の固定メンバー及び異なる国の組織からなる学術団体である。その目的は、漸進的且つ進歩的な国際法の法典化を支援することによって国際法学の一般的な原則を研究するように努め、国際法の発展を助けることである。以下のマニュアルは、グスタフ・モイニアー（Gustave Moynier）によって起草され、全会一致で同学会によって採択された。

17 The Conference was convened in Brussels from 27 July to 27 August 1874. Represented at the Conference were the great powers of Germany, France, Austria-Hungary, the Ottoman Empire, Russia, and Great Britain, as well as the secondary powers of Belgium, Denmark, Spain, Greece, Italy, the Netherlands, Sweden and Norway, and Switzerland.¹¹⁸ Portugal joined the Conference on the 3rd of August.¹¹⁹ Several Delegates from the South American states were offered a place on the eve of the Conference, but they declined as they had not been formally invited.¹²⁰ Persia was invited but did not attend for reasons that have not been recorded.¹²¹ The United States was also invited to the Conference, but declined.¹²²

Dowdeswell, Tracey Leigh. "The Brussels Peace Conference of 1874 and the Modern Laws of Belligerent Qualification." *Osgoode Hall Law Journal* 54.3 (2017) : 805-850.

<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=3159&context=ohlj>

visited on Sep. 1, 2024.

日本との関連だが、外務省資料¹⁸によると、初めて会員になったのは、金子堅太郎（1891年）だったとされている。同資料は、「我が国は学会の設立当初からこれに関与し、…」とされているので、同学会関係の情報を外務省が入手していた可能性はある。しかし、1880年には、日本出身の会員がいなかった。そうだとすると、1880年「オックスフォード・マニュアル」を日本に積極的に知らせようと推進する者が日本にいなかった可能性はある。

文化財に関する規定は以下のとおりである¹⁹。

「オックスフォード・マニュアル」

18 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000013567.pdf> 2024年9月1日閲覧。この外務省作成の資料「万国国際法学会 Institut de Droit International (IDI)」によれば、日本との関係は、以下のとおりである。「我が国は学会の設立当初からこれに関与し、過去、金子堅太郎（1891年。元司法大臣、大日本帝国憲法の起草者）、安達峰一郎（1921年。アジア初の常設国際司法裁判所所長）、立作太郎（1921年。元東京帝国大学国際法教授）、横田喜三郎（1952年。元東京大学国際法教授、元最高裁判所長官）、田中耕太郎（1967年。元最高裁判所長官、元国際司法裁判所判事）、藤田久一（2003年。関西大学名誉教授）等が、現在は、小田滋（名誉会員）、小和田恆、安藤仁介（以上、正会員）村瀬信也、道垣内正人（以上、準会員）の5名が会員となっている。本学会の会員に選ばれることは、当該学者個人についてはもとより、当該国の国際法の水準についての国際社会の評価を示すものとされている。」

19 Article 50

¹ Although the occupant replaces the enemy State in the government of the invaded territory, his power is not absolute. So long as the fate of this territory remains in suspense – that is, until peace – the occupant is not free to dispose of what still belongs to the enemy and is not of use in military operation. Hence the following rules: ¹

Art. 50. The occupant can only take possession of cash, funds and realizable or negotiable securities which are strictly the property of the State, depots of arms, supplies, and, in general, movable property of the State of such character as to be useful in military operations.

第50条（理由）

占領者は、侵入した敵国領土の政府に代わって支配するが、その権力は絶対的なものではない。この領土の運命は、——すなわち平和までの一時的なものである限り、占領者は、敵に属するものであって、また、軍事的作戦に利用されていないものを処分する自由はない。したがって、規則は、以下のとおりである。

第50条（条文）

占領者は、厳格に国家の資産であるところの現金、基金及び現金化できるか又は交渉可能な有価証券、武器庫、補給物資、及び原則として軍事作戦に有用な性質の国家の動産のみを接収できる。

第51条²⁰

輸送手段（鉄道、船舶及びc.）及び陸上電報と陸上電信は、占領者が使用するためにのみ接収することができる。破壊は、軍事的必要によって要求されたときを除いては禁止される。平和が回復したときにその時の原状に修復される。

第52条²¹

20 Art. 51. Means of transportation (railways, boats, & c.), as well as land telegraphs and landing-cables, can only be appropriated to the use of the occupant. Their destruction is forbidden, unless it be demanded by military necessity. They are restored when peace is made in the condition in which they then are.

The Laws of War on Land, adopted by the Institute of International Law, Oxford, 9 September 1880, C (a) and Articles 50 and 51.

21 Art. 52. The occupant can only act in the capacity of provisional administrator in respect to real property, such as buildings, forests, agricultural establishments, belonging to the enemy State (Article 6).

It must safeguard the capital of these properties and see to their maintenance.

占領者は、国家に属する建造物、森林、農業施設のような不動産については、暫定的管理者の権限においてのみ行為できる（第6条）。

53条²²

地方自治体、宗教、慈善、教育、芸術及び学術のための施設の資産は接収できない。

かかる性質の施設、歴史的建造物、資料館、芸術又は学術的作品に対する故意による棄損は、軍事的必要に緊急に迫られない限り、公式に禁止される。

第54条²³（理由）

もし占領者の権力が敵国の資産について制限されるとすれば、ましてや個人の資産についての制限は、より大きな理由による。

第54条（条文）

個人又は法人に所属するか否かを問わず、私的資産は尊重されな

↘ nance.

22 Article 53

Art. 53. The property of municipalities, and that of institutions devoted to religion, charity, education, art and science, cannot be seized.

All destruction or wilful damage to institutions of this character, historic monuments, archives, Works of art, or science, is formally forbidden, save when urgently demanded by military necessity.

23 Article 54

' If the powers of the occupant are limited with respect to the property of the enemy State, with greater reason are they limited with respect to the property of individuals. '

Art. 54. Private property, whether belonging to individuals or corporations, must be respected, and can be confiscated only under the limitations contained in the following articles

ければならず、且つ以下の条文に含まれる制限のもとでのみ接収され得る。

1863年「リーバー法典」は未熟であった。占領者が（仮にはあっても）敵国の文化財等を接収できるとしていた点について、前述の1874年「ブラッセル宣言」でも、同宣言を基本的に引き継いでいる1880年「オックスフォード・マニュアル」でも1863年「リーバー法典」のように書かれていないことに注目すべきだろう。ここに慣習戦時国際法の発展を見ることができる。

第7．景福宮宝物略奪は、慣習戦時国際法に違反していたか？

「オックスフォード・マニュアル」を1880年当時の慣習戦時国際法の表れと考えれば、その14年後（1894年）に起きた景福宮宝物略奪事件に関する大日本帝国軍の行為は、慣習戦時国際法違反だったと認定できよう。「ブラッセル宣言」を1874年当時の慣習戦時国際法の証拠と考えても、その20年後（1894年）の景福宮宝物略奪事件に関する大日本帝国軍の行為は、慣習戦時国際法違反の略奪だったと判断できる。

以下に検討を必要とする論点を列挙してみよう。

★景福宮宝物略奪事件とは

荒井名誉教授が書いた事件の記述を復習してみよう。

日清戦争での日本軍最初の武力行使は、宣戦布告以前の1894年7月23日、ソウルの景福宮（キョンボックン）に押し入り王宮を占領したことである。…その際、大鳥公使が宮中の財貨・宝物を略奪したことの同時代の記録がのこっている。

ということである、

事件が起きたのは、1894年である。そうであるなら、その当時の慣習戦時国際法を表している1874年「ブラッセル宣言」及び1880年「オックスフォード・マニュアル」を適用することは時際法の原則にてらすと、適当であると思われる。

ブラッセル宣言

第6条

占領軍は、厳格に国家の資産であるところの現金、基金及び現金化できる有価証券、武器庫、運輸手段、商店、補給物資、及び原則として軍事作戦に有用な性質の国家に属するすべての動産を接収できる。

オックスフォード・マニュアル

第50条（条文）

占領者は、厳格に国家の資産であるところの現金、基金及び現金化できるか又は交渉可能な有価証券、武器庫、補給物資、及び原則として軍事作戦に有用な性質の国家の動産のみを接収できる。

に照らして検討してみることにしたい。煩瑣になるので、以下では、「オックスフォード・マニュアル」のみに依拠するが、「ブラッセル宣言」も実質的に同旨と考えてよいであろう。

★王室の宝物を国家の財産として接収できたか？

○国有財産の接収については、上記のオックスフォード・マニュアル第50条を検討することになるのは間違いなさそうである。王室の「財貨・宝物」が「厳格に国家の資産である」であると言えるかどうかは

疑問があるが、ここでは一応大韓帝国の国有財産と仮定して検討する。

○接收したのは国家だったか？という点が問題になるが、大鳥公使は、大韓帝国において大日本帝国を代表していたのであるから、その指揮する大日本帝国軍が接收したのであれば、軍事作戦として王宮を占領した、少なくとも外形上は、「占領者」としての大日本帝国軍が国家として接收したと言えるだろう。

○戦争の目的から必要な接收か？も検討する必要がある。第50条は、「…、及び原則として軍事作戦に有用な性質の国家の動産のみ」を接收できるとしているところ、王室の「財貨・宝物」は、戦争には関係がなく、「軍事作戦に有用な性質の国家の動産」とは言えないと判断できる。

○現金等でなければ接收の対象にならないのではないかとと思われるが、王室の「財貨」のなかに「現金、基金及び現金化できるか又は交渉可能な有価証券」が含まれていたのであれば、一応接收の対象になりそうにも見える。この点は、事実関係を確認する必要がある。

★王室の財宝を私有財産と見れば、接收できたか？

私有財産としての王室財産の保護は、オックスフォード・マニュアル54条によって保護されていた。

オックスフォード・マニュアル

第54条（条文）

個人又は法人に所属するか否かを問わず、私的資産は尊重されなければならない、且つ以下の条文に含まれる制限のもとでのみ接收され得る。

○王室財産は、私有財産か？

この点を検討する必要がある。国王は、国家財産を管理する最高権力者だったが、王室はそれ自体としては、王の私的な領域であったと考えられるので、王室として王の居住空間を含む景福宮において私的に資産を保有し管理していたとも考えられる。そう考えると、王は「個人又は法人に所属するか否かを問わず、私的資産は尊重されなければならない…」という原則にしたがって、略奪を禁じられていた私有財産としての王室の「財貨・宝物」を所有していたと考えられるのではないだろうか。

そうであるとするなら、これらは私有財産であったのであるから、オックスフォード・マニュアル第54条を適用すれば、原則として接収は禁止されていたことになる。

★権力乱用による略奪ではなかったか？

国家による接収と見せて、実は、大日本帝国の公使、軍人が権力を乱用して権限外の行為をおこなったのだろうか？

個人的な略奪の禁止は、1863年「リーバー法典」のときからすでに、禁止されていた。

リーバー法典

第36条

敵国又は敵政府に属するかかる芸術作品、図書館、科学的収集物、装置であって、毀損することなく搬出可能なものについては、占領国の支配者は、同国のために、それらを押収し搬出することを命じることができる。最終的な所有権の帰属は、後に締結される平和条約によって定められる。

いかなる場合でも、それらは売却され、又は譲渡されてはならない。もし、合衆国軍隊によって獲得された場合には、それらは私的

に所有され、又は恣に破壊又は毀損されてはならない。

リーバー法典第36条の第2項によれば、「いかなる場合でも、それらは売却され、又は譲渡されてはならない。もし、合衆国軍隊によって獲得された場合には、それらは私的に所有され…てはならない」のであって、大鳥公使や大日本帝国軍の軍人が権限を乱用して、私的に恣に略奪し、それを売却したり、贈与したり、私的に所有することは厳格に禁止されていた。

古くから倭寇などによる桃太郎型の押し込み強盗による私的略奪が横行していたことは歴史的事実である。しかし、19世紀後半の慣習戦時国際法では明確に禁止されていたことを忘れてはならない。

景福宮宝物略奪事件の詳細が未だによく知られていないのは、なぜなのだろうか。略奪者が私的に所有していたか、売却あるいは贈与されて、日本のどこかに秘匿されているのではないか？このような行為は、慣習戦時国際法によって禁止されていたのである。

この当時の公文書には、この事件の詳細は、記録されたのだろうか？戦史が偽造されたのだから、真相は闇の中なのだろうか？どこかに真相が記録されていないのであろうか？研究すべきことは、山ほどありそうである。

★最終的な所有権の帰属は平和条約による

リーバー法典36条では、仮に接収された文化財などの「最終的な所有権の帰属は、後に締結される平和条約によって定められる。」とされていた。

「平和条約によって定められる」というが、1965年日韓基本関係条約及び関係する日韓文化財協定などは、1904年2月から1945年8月まで続いた事実上の戦争による「不法強占」を終結させるための平和条約だったのだろうか？

前掲拙稿「文化財問題と戦時国際法（その1）」で明らかにした通り、併合条約などの大韓帝国と締結した五条約の原初の無効を前提とせず、当時は有効であり、「植民地支配は合法だった」との日本側の認識を前提として締結された1965年日韓文化財協定は、最終的な平和条約とはみなせない。植民地支配の不法性を認めて、「不法強占」の状態を含め一切を清算するという条約ではなかった。

「不法強占」の清算は終わっていないのである。少なくとも、未決の領域を残していると考えるべきだろう。荒井名誉教授の遺著前掲『コロニアリズムと文化財』は、2010年8月10日菅直人首相談話が実現した儀軌等の返還をもってまとめとしているが、「残された問題」（190頁から198頁）を取り上げ、「小倉コレクション」と「李朝の五重石塔」の返還運動に触れている。これらを実現するためにも、これらが原産国である大韓帝国領土から日本に移された際に慣習戦時国際法違反がなかったか否かを改めて検討する必要があるのではないだろうか。そのうえで、改めて文化財協定を締結し直し、あるいは追加の文化財協定を締結して、返還を実現する必要があると思われる。

第8．19世紀後半の慣習戦時国際法の発展と日本

これまで文化財に関して、19世紀後半の慣習戦時国際法の発展を概観した。一見してみると、19世紀後半の慣習戦時国際法は、文化財に関する大日本帝国の軍事政策には反映していなかったように見える。大日本帝国政府と軍は、慣習戦時国際法を知らなかったのか？それとも無視していたのか？そのような疑いが深まってきたのである。少なくとも、両者の間には相当の隔たりがあるように感じる。

★大日本帝国軍の中枢には、19世紀後半の慣習戦時国際法は認識されてい

たのか？

これは、今後、研究を深める必要がある課題である。

1894年景福宮宝物略奪事件の真相が不明であることだけをとって見ても、19世紀後半の慣習戦時国際法は、大日本帝国軍の実践には反映していなかったと考えられる。

1863年「リーバー法典」も、1874年「ブラッセル宣言」も、1880年「オックスフォード・マニュアル」も、当時の大日本帝国軍の軍人にはほとんど知られていなかったのではないだろうか？

★そうだとすると、それはなぜなのか？を検討する必要がある。

1863年「リーバー法典」が發布されたのは幕末だが、1874年「ブラッセル宣言」が採択されたのは、明治時代の初頭（明治7年）のことだったし、1880年「オックスフォード・マニュアル」ができたのは、明治13年のことである。すでに、幕末から万国公法に対して強い関心が向けられ、欧米の学術書の翻訳などが始まっていたときだった²⁴。しかし、19世紀後半、とりわけ明治初頭の日本では、慣習戦時国際法にまでは関心が向けられず、翻訳作業がなされていなかったのではないかと思われる。

○万国公法の出版

米国人ヘンリー・ウィートン（Henry Wheaton）の“Elements of International Law”（1836年）の漢訳『万国公法』は、中国で1864年に出版された。日本は、それを翌年1865年に翻刻した。その日本語訳は、何人かの学者によって出版された。明治維新の年（1868年）には、西周がオランダで聴講したフィセリング（Simon Vissering）の講義の筆録を『畢洒林氏萬國公法』（（和蘭）畢洒林氏〔説〕；西周助譯敦賀屋為七、慶應4

24 加藤周一「明治初期の翻訳——なぜ・何を・如何に訳したか——」加藤周一・丸山真男『翻訳の思想』岩波書店1991年、358-359頁。

[1868])として出版している。1865年当時の段階での万国公法の研究は、日本の研究者が独自に行うのではなく、中国語での出版の復刻版を活用して、中国語で学ぶという段階だった。この当時は、日本人研究者が万国公法に関する英語などの外国文献を直接自由に読みこなすという段階ではなかった。

○箕作麟祥による国際法研究

筆者の体験的な発見を振り返ってみたい。1992年のことである。ロンドン大学の図書館(SOAS)には日本語の図書も所蔵されているが、その中に1875年(明治8年)発行の『国際法(巻五)』(テオドル・ドワイト・ウールシー著・箕作麟祥訳、東京書林、「第百条・第四」)が見つかった。和紙に古風な印刷がされたもので、糸による袋とじの書物である。貴重な骨董品と言ってよいであろう。日本でならいざ知らず、当地で手に取ることができたことに感激した。英国人である著者に敬意を表して寄贈されたものなのであろうか。句読点もない。文章も漢文を読むのに近い難解なもので、英文の原書(Woolsey, Theodore Dwight, INTRODUCTION TO THE STUDY OF INTERNATIONAL LAW, 1860)を読んだほうが分かりやすいかと思うほどだ。箕作麟祥は、Woolseyによる1860年の英文による国際法の著書を1875年(明治8年)に翻訳出版していたのである。

1975年は、「ブラッセル宣言」採択の翌年である。箕作麟祥の翻訳能力は極めて高く正確である。その当時の日本の研究者の英語文献による国際法の理解が高度の水準に達していたことを証明している。日本政府が望みさえすれば、「リーパー法典」も、「ブラッセル宣言」も、「オックスフォード・マニュアル」も翻訳し、研究することは十分可能だったはずだ。

○金子堅太郎と万国国際法学会

万国国際法学会については、前掲外務省資料によると、初めて会員に
(龍法 '24) 57-3, 108 (576)

なったのは、金子堅太郎である。それは、同学会が「オックスフォード・マニュアル」を採択した1880年よりも11年後である1891年のことだった。

○高橋作衛による戦時国際法研究

戦時国際法の研究書の出版については、高橋作衛がハーバード・ロースケールのケースメソッドによる戦時国際法の講義を研究して、『戦時国際法理先例論』東京法学院大学を出版した。それは、明治37年（1904年）のことだった。

○1904年当時の慣習戦時国際法研究

筆者は、1904年当時の戦時国際法に関する文献研究を試みたが、相当充実した研究書が出版されていたという印象を持った²⁵。

しかし、19世紀後半とりわけ、1864年「リーバー法典」、1874年「ブラッセル宣言」、1880年「オックスフォード・マニュアル」当時の慣習戦時国際法の日本における研究については、未だに確実な資料を発見できていない。

今は、なぜ慣習戦時国際法が明治初頭の日本によって実践されなかったのかを推測するしかない。

★大日本帝国の軍事文化による拒否という仮説

当時の日本の軍事文化から見ると、慣習戦時国際法の要求があまりにも隔絶していたため、これを受け入れることが困難だったのではないかと少なくとも、この仮説を検討してみる必要があるのではないだろうか。

以下は、筆者の当面の仮説にすぎない。

しかし、明治初頭の日本文化と、欧米の慣習戦時国際法の間には、巨大

25 戸塚悦朗「韓半島植民地支配の不法性（その4）——1904年1月21日大韓帝国中立宣言と「不法強占」」龍谷法学56巻4号（2024年）。

な落差があったことは間違いがないのではないか。このような仮説を立てるに至ったのには、以下のような日本の思想状況に気づいたからである。

★伝統的な略奪文化と明治時代の教育

○19世紀後半の慣習戦時国際法と文化財略奪の禁止

前述したとおり、1880年オックスフォード・マニュアル（第50条、54条）がまとめられたころの慣習戦時国際法によれば、軍事的な文化財の略奪は原則として禁止されていた。

ところが、大日本帝国軍は、1894年景福宮宝物略奪事件で宝物の略奪を行ったと言われている。当時の大日本帝国軍が慣習戦時国際法を知らなかったか、あるいは無視したのかはわからないが、このような略奪行為が行われたとすれば、それは何故だったのか？を検討する必要がある。

○伝統的な日本の略奪文化と日本人の精神構造

朝鮮に対する日本人による加害行為の歴史は長く続いていた。倭寇が略奪を繰り返したばかりか、16世紀には豊臣秀吉による2度の朝鮮出兵が、膨大な被害を朝鮮の人々に与えた²⁶。朝鮮が日本に対して加害行為を行ったわけでもなかったのに、何の合理的な理由もなく、殺戮、略奪、技術者の略取など膨大な暴虐行為が行われた。

17世紀になって徳川幕府は、朝鮮通信使を受け入れ友好関係を築いたこと²⁷に象徴されるように、太平の世を開いた。しかし、幕末には、長州・

26 豊臣秀吉の朝鮮出兵については、公知の歴史的な事実である。北島万次『秀吉の朝鮮侵略と民衆』（岩波書店、2012年）が参考になる。筆者は、ソウルの世宗通りに建てられている李舜臣の像を見るたびに、滅亡寸前にまで追い詰められた朝鮮がどのように防衛戦争を戦ったのかを想像させられざるを得なかった。無批判に秀吉を英雄視していた自らの歴史認識を反省させられた。

<https://www.y-history.net/appendix/wh0801-113.html> 2024年9月11日閲覧
「世界史の窓 世界史用語解説 授業と学習のヒント」。

27 仲尾宏『朝鮮通信使：江戸日本の誠信外交』岩波書店、2007年。

薩摩藩士によるテロリズムが横行するようになって、徳川幕府は大政奉還をするに至った²⁸。

ところが、長州藩の松下村塾で軍学を教えた吉田松陰は、国内では幕府の老中の暗殺を企てるなどテロリズムを実践し、対外的には秀吉を髣髴とさせるような朝鮮などに対する略奪的な軍事政策を立案した²⁹。これらの松陰の教えは、その門下として明治維新を実現した伊藤博文らによって実際に実行された。

このような日本人の対外政策の底流には、外国人を同じ仲間とはみなさず、外国人に対して加害行為を行っても意に介さない精神構造が存在した。日本人の精神構造の基本に「ムラ社会」があることを解明した研究³⁰に注目すると理解が深まるのではないか。神格化された天皇を中心とする日本も大きなムラである。隣ムラの人々を同じ仲間とみることができないように、大きなムラである日本の人々は隣国の人々を同じ仲間とみることができなかったのではないか。同じムラの仲間に対しては思いやりが持てても、隣ムラの人々には同じ思いやりを持つことができない。吉田松陰が、日本は欧米諸国によって失うものがあるなら、それを取りやすい朝鮮や支那を切り随えることで補うという政策を立てたのも不自然ではなくなる。

28 原田伊織『明治維新という過ち 日本を滅ぼした吉田松陰と長州テロリスト〔完全増補版〕』（講談社、2017年）。

29 吉田松陰については、田中彰『吉田松陰 変転する人物像』中央公論新社2001年（162頁）は、「松陰が松下村塾で、周知のように出身や貴賤にかかわらず、一人ひとりを個性のある人間として対等に扱ったのはなぜなのか。」と問い、「彼のヒューマニズム」に注目している。しかし、吉野誠『東アジア史のなかの日本と朝鮮——古代から近代まで——』明石書店2004年（205-206頁）が、松陰の対外戦略を以下のように指摘していることに注目したい。吉野によれば、吉田松陰は、「欧米との条約は守り、不平等条約のもと経済関係で失った分は、朝鮮や満州への領土拡張で取り戻そう」と唱えた。その獄中書簡には、「魯・墨講和一定す、決然として我より是を破り信を戎狄に失うべからず。但だ章程を厳にし信義を厚うし、其の間を以て国力を養ひ、取り易き朝鮮・満州・支那を切り随え、交易にて魯国に失ふ所は土地にて鮮満にて償ふべし。」とあるという。

30 神島二郎『近代日本の精神構造』岩波書店、1961年。

○明治時代の教育

明治時代の教育は、富国強兵政策の基礎に据えられた。教育勅語は、「一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ以テ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ」と現人神とされた天皇のために命を捨てる覚悟を学童に求めた³¹。

尋常小学校の国定教科書（文部省、明治20年）は、桃太郎説話（資料）を学童に教えた。ここでは、桃太郎は、宝物をうばうことだけを動機として鬼ヶ島に押し入り、鬼を暴力によって組み伏せ、打ち出の小づちなどの貴重な宝物を奪取して家族のもとに凱旋する物語として記述されている。これは、押し込み強盗、すなわち、外国からの略奪のすすめだったのではないか。鬼が島は外国であり、鬼は外国人の表象であろう³²。この物語は、景福宮宝物略奪事件を彷彿とさせる。

31 https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1317936.htm
2024年9月9日閲覧。

教育ニ關スル勅語（明治二十三年十月三十日）

朕惟フニ我力皇祖皇宗國ヲ肇ムルコト宏遠ニ徳ヲ樹ツルコト深厚ナリ我力臣民克ク忠ニ克ク孝ニ億兆心ヲ一ニシテ世々厥ノ美ヲ濟セルハ此レ我力國體ノ精華ニシテ教育ヲ淵源亦實ニ此ニ存ス爾臣民父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和シ朋友相信シ恭儉己レヲ持シ博愛衆ニ及ホシ学ヲ修メ業ヲ習ヒ以テ智能ヲ啓發シ徳器ヲ成就シ進テ公益ヲ廣メ世務ヲ開キ常ニ國憲ヲ重シ國法ニ遵ヒ一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ以テ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ是ノ如キハ獨リ朕力忠良ノ臣民タルノミナラス又以テ爾祖先遺風ヲ顯彰スルニ足ラン

斯ノ道ハ實ニ我力皇祖皇宗ノ遺訓ニシテ子孫臣民ノ俱ニ遵守スヘキ所之ヲ古今ニ通シテ謬ラス之ヲ中外ニ施シテ悖ラス朕爾臣民ト俱ニ拳々服膺シテ咸其徳ヲ一ニセンコトヲ庶幾フ

32 <https://www.nippon.com/ja/japan-topics/g02276/>
2024年9月9日閲覧。

小山聡子「鬼とは何か―差別、偏見、排除」明治時代以降、鬼は戦争と結び付けられる。日露戦争では桃太郎が「露西鬼（ロスキー）」を征伐する絵本が描かれ、太平洋戦争では「鬼畜米英」として、米兵、英兵が倒すべき鬼になる。日本初の長編アニメーション『桃太郎 海の神兵』（1945年4月公開）では、鬼ヶ島の鬼は西洋人そのままの姿で、一本角を生やしている。

★伝統的な日本の軍事文化

○19世紀後半の慣習戦時国際法と捕虜の処遇

1863年「リーバー法典」によって示された捕虜に関する慣習戦時国際法の概要は以下のとおりである。

敵の将兵等であっても、負傷して戦闘できない者、武器を捨て降伏した者には、戦争捕虜（POW）としての特権を認める（第49条）。戦争捕虜は人道的に処遇する。意図的に苦痛を与えること、残虐な拘禁、食物のはく奪、殺害その他の野蛮な処遇はしてはならない（第56条）。安全のため拘禁するが、苦痛を与えることはしない（第75条）。健康な食事を与え、人道的に処遇する（第76条）。傷病兵は治療する（第79条）。捕虜の拷問は禁止する（第80条）。

このように、すでに1863年の時点で、戦争捕虜は、慣習戦時国際法によって人道的な処遇を求める特権を持つ者として認識されていた。

○対比すべき明治以降の日本の軍事文化

「リーバー法典」の19年後のことである。1882年（明治15年）軍人勅諭は、「死は鴻毛よりも軽しと覺悟せよ其操を破りて不覺を取り汚名を受くるなかれ」³³とした。軍人の生命を鳥の羽よりも軽いものとして扱ったのである。

33 軍人勅諭

<https://worldjpn.net/documents/texts/pw/18820104.O1J.html>

2024年9月9日閲覧。

一軍人は忠節を盡すを本分とすへし凡生を我國に稟くるもの誰かは國に報ゆるの心なかるへき況して軍人たらん者は此心の固からては物の用に立ち得へしとも思はれず軍人にして報國の心堅固ならざるは如何程技藝に熟し學術に長するも猶個人にひとしかるへし其隊伍も整ひ節制も正くとも忠節を存せざる軍隊は事に臨みて烏合の衆に同かるへし抑國家を保護し國權を維持するは兵力に在れば兵力の消長は是國運の盛衰なることを辨へ世論に惑はす政治に拘らす只々一途に己か本分の忠節を守り義は山嶽よりも重く死は鴻毛よりも軽しと覺悟せよ其操を破りて不覺を取り汚名を受くるなかれ

その上に、1941年の戦陣訓は、「生きて虜囚の辱を受けず、死して罪禍の汚名を残すこと勿れ」³⁴と捕虜になることを恥ずべきこととした。大日本帝国軍は、日本軍の将兵に対して捕虜となることは、特権ではなく、避けるべきことという思想を植え付けたのである。

★19世紀後半に発展した慣習戦時国際法は、なぜ日本に学ばれなかったのか？

これまで見たように、明治日本が育てた軍事文化は、19世紀後半に発展した慣習戦時国際法とは相いれないものだったのではなかったか。そのため、仮に、「リーバー法典」、「ブラッセル宣言」、「オックスフォード・マニュアル」などの情報を得た日本人があつたとしても、翻訳し、日本に広く報告することをためらった可能性がある。もしそうすれば、日本の軍事文化との衝突を避けることができなかったからである。

○19世紀後半に発展した慣習戦時国際法を無視した結果、何が起こったか？

朝鮮など大日本帝国軍が侵略した諸国で文化財の略奪を防止することができなかった。

そればかりではない。自国の将兵に対して、戦時国際法上の捕虜の特権を無視して、死ぬことを要求したのである。命を鴻毛より軽しとして、重

34 戦陣訓

https://www.library.pref.nara.jp/event/booklist/W_2013_02/senjinkun.html

第八 名を惜しむ

恥を知るもの強し。常に郷党家門の面目を思ひ、愈々奮勵して其の期待に答ふべし。

生きて虜囚の辱を受けず、死して罪禍の汚名を残すこと勿れ。

結

以上述ぶる所は、悉く勅諭に発し、又之に帰するものなり。されば之を戦陣道義の實踐に資し、以て聖諭服行の完璧を期せざるべからず。戦陣の将兵、須く此の趣旨を体し、愈々奉公の至誠を擧げて、克く軍人の本分を完うして、皇恩の渥きに答え奉れべし。

(陸軍省昭和16年1月8日)

視しない軍事文化は、多数の自国民の生命を犠牲にしたばかりか、膨大な数の敵軍の将兵、民間人の生命を奪っても意に介さないという結果につながった。敵軍将兵にも、同様の感覚を持って接してしまったから、敵の捕虜に対して人道的に接することができなかった。自軍の将兵ばかりか、自国の民間人に対しても、勝利の見込みがない状況下でも、死ぬことを要求した。それを「玉碎」と美化したのである。必然的な結果として、特攻隊を生む軍事文化が育った。将兵にも一般市民にも自決を迫ることになり、沖縄戦の悲劇を生んだのである。

これを厳しく見れば、実は、生命を軽視し、将兵の捕虜の特権を自軍によって認められなかった日本軍人は、自国によって殺されたとも言えよう。その軍事文化は、戦後も生き残り、空襲の被害者への補償もしない文化となって生き残っている。

このように戦時国際法に逆らう日本の軍事文化が、勝利の見込みのない戦争を開始し、絶体絶命の危機に至るまで戦争をやめず、膨大な人命被害を拡大することにつながった根本原因だったのではないか。

戦時国際法違反の事態を隠蔽することをやめ、日本人自身がその真相を究明し、真摯に反省し、戦後憲法に新たに制定された憲法98条2項（国際法遵守の責務）を遵守する決意を再確認し、そこから再出発することが必要である。それ抜きには、米軍による原爆投下による被害を人道に対する罪として批判しても十分な説得力を持たないのではないだろうか³⁵。

35 原爆裁判判決とドラマ「虎に翼」のモデル三淵嘉子裁判官については、山我浩『原爆裁判—アメリカの大罪を裁いた三淵嘉子』（毎日ワンス2024年）を参照されたい。筆者は、かねて交流があった松井康浩弁護士から原爆裁判判決のことを直接教示頂いた。同弁護士については、池田眞規「松井康浩先生を偲ぶ一核時代における日本の法律家として松井先生が貫き通した一すじの道とは—」（2008年12月16日）に譲りたい。米軍による広島、長崎への原爆投下が重大なヒューマンライツ侵害をもたらしたと、それが戦時国際法に違反する人道に対する罪であったことは疑いがない。原爆の被害者の救済が必要であること、国際法による原爆への対応が十分ではないことも確かである。しかし、それ

ゝらだけで、問題に対する対応として十分だろうか？「何かが足りない」と感じていた。だが、何が足りないのか答えがなかった。多分以下の筆者の個人的な体験との関係を整合的に理解できるように整理できていなかったためではなかったかと感じている。

筆者は、日本の大学の理学部で物理学（原子物理学専攻）の基礎を学んだ。1960年に入学し、東京オリンピックの年1964年に物理学科を卒業した。そのときのことだった。公表されてはいなかったものの、教授たちの間には、戦時中軍に協力して原爆開発に携わっていたことを、学生にこっそり漏らす人もあった。当時は、「原子力産業は、将来性がある」と、多くの人々が信じていた。筆者の父親も例外ではなく、原爆を製造する大企業に就職するようにと熱心に勧めたが、あえてそれに逆らって、方向転換した。嫌いではなかった学問から「逃げ出した」第一の理由は、「放射線はとても怖い」ということを骨身にしみて学んだからだった。しかし、潜在的には、軍に協力して日本の物理学者たちが秘密裏に原爆開発のために働いていたのに、その事実を公式に明らかにしていなかったことも影響していた。

筆者の恩師たちは、原爆開発競争でオッペンハイマーに負けただけだったのではなかったのか。もし、競争に勝っていたら、日本軍は米国の大都市に原爆を投下したのではないか？この第1の問いへの明確な答えがない。法律家になって、日本による戦時国際法違反について研究してきた筆者は、最近『韓半島植民地支配の不法性』（アジェンダ・プロジェクト2024年）を出版した。1904年1月21日に大韓帝国が中立宣言を発したにも関わらず、大日本帝国は中立国領土の不可侵の原則を破って韓半島を軍事占領し、以後1945年8月まで「不法強占」した。この戦時国際法の重大違反による隣国の強奪行為が、原爆投下にいたる日本の滅びの道を開いたのである。日本による戦時国際法の重大違反の問題を総合的且つ根底的に研究して、自ら反省しないまままで済ませてしまうのか？その長いプロセスの最後の結果だけを切り取って記憶し、敵軍の戦時国際法の重大違反を責めるだけで良いのだろうか？これが、第2の問いとして迫ってくるのである。

（資料）

桃太郎説話

<https://nierlib.nier.go.jp/lib/database/KINDAI/EG00011735/>

<https://www.nier.go.jp/library/rarebooks/textbook/K120.8-12-1/>

2024年9月9日閲覧。

26～28課

むかし、じじとばばとが有りました。じじは、山へくさかりに、ばばは川へせんたくに行きました。

川上から、大きな桃が一つ、ながれて来ました。それを取りて見ますと、大そううまさうな桃でありました故、じじとふたりで、たべようとて、家に持ちかへりました。

じじが、山からかへりますと、ばばは、直ちに桃を出しました。そして、ふたりがたべようと思うて居ると、桃は、二つにわれて、中から、かはゆらしいをとこの子がうまれました。

二人は、喜んで其子を取りあげ、ゆをつかはせますと、其子は、たらひをたくさしあげて、投げ出した力に、二人はおどろきました。

此子は、桃の中からうまれた故に、桃太郎と名を付けました。

桃太郎は、だんだん大きくなりて、まことにつよくなりました。ある日じじばばに向うて、私は、鬼がしまへ、たから物を取りに行きたいといひました。

二人は、喜んで、朝早く起き、べんとうに、きびだんごをこしらへてやりました。

桃太郎は、其だんごをこしにつけて、家を出立し、山をこえて行きました。すこし行くと、川のむかふから、犬が来て、あなたは、どこへお出でなされますか、又おこしに付けたのは、何でござります。

われは、鬼がしまへ行くので、こしに付けた物は、日本一のきびだんごだ。一つ下され、お供いたしませう。

桃太郎は、だんごをやり、犬を供につれました。次に猿がまいり、其次に雉が来て、犬とをなじやうに、供をねがひ、だんごをもらひました。

桃太郎は、犬猿雉を供につれ、鬼がしまへわたりてみると、鬼は門を閉じて入れませぬ。それ故、雉は、一ばんさきに、門のやねをとびこえ、次に猿は、へいをのりこえて、内から門を開きました。

そこで、桃太郎は、犬と一しょに門の内におし入り、多くの鬼とたたかひ、つひにおくまでせめこみました。其時、大しょうのあかんどうじは、太いてつのぼうを持ちて、桃太郎に打ちてかかると、桃太郎は、受けながして、くみうちをはじめ、つひにあかんどうじをしばりあげてしまひました。

鬼どもは、おそれてかうさんをねがひ、かくれみの、かくれがさ、打出の小づち、さんごじゅなどの、たから物を出しました。桃太郎は、それを車につませ、これは、たれの手車、桃太郎どのの手車とはやさせながら、じじばへの、みやげに持ちてかへり、犬猿雉にも分けてやりました。

スロバキアの民法と民法典

——本質的な改正への途

マーティン・ハムリク（著）

カライスコス アントニオス（翻訳）

はじめに

スロバキア共和国の領土は、中央ヨーロッパの小さな内陸国として、その歴史を通じて様々な国家の一部であってきただけでなく、多くの他の国の影響を受けてきた。そのため、スロバキアの歴史は、国家の歴史というよりもむしろ領土の歴史として理解されており、このことは、法秩序の発展にも完全に当てはまる。スロバキアの法秩序は、私法を含めて、様々な政治的および国家の設立にかかわる状況の下で頻繁に変化した。今日のスロバキア民法の主たる法源であるスロバキア民法典（1964年法律第40号（民法典（Občiansky zákonník））。その後、改正されている）の歩みも、例外ではなかった。現行のスロバキア民法典は、スロバキアがチェコスロバキア社会主義共和国の一部であった1964年に遡る。そのため、当時の基本的な発想源となったのは、ソビエトの法制度であった。スロバキアの法秩序と民法典は、共産主義時代の終焉（1989年）の後に大きく変化した。当時、完全に新しい現代的な民法典を作成することを目的とした再編プロセスが開始されたが、現在まで成功裏に終了していない。本稿の主な目的は、継続しながらも実現されていない変化の象徴としての民法典に代表されるスロバキアの民法闘争の歴史的概要を分析しつつ、新たな民法典を制定する試みのためのベスト・プラクティスを見つけることにある。

1. スロバキアの民法と民法典の歴史

前述のように、スロバキア地域における民法の発展は、同地域の歴史的発展と様々な転換点を反映している。歴史的な視点から見た民法の発展は、20世紀の激動に照らして、同地域の一般的な国家体制を反映した次の4つの主要な段階に分けることができる。

- ① 中世初期（西暦1000年まで）
- ② ハンガリー王国時代（1000年から1918年まで）
- ③ チェコスロバキア時代（1918年から1992年まで）
- ④ スロバキア共和国時代（1993年から現在まで）

1.1. 民法の初期の歴史的資料

今日のスロバキアの領土は、ローマ帝国が最も繁栄した時期でもそのほんの一部に過ぎず¹、主に国境にある要塞（limes Romanus）によって形成されていた。これらの要塞は、かつてのケルト人の後継者であるその地域に定住した蛮族であったゲルマン民族の攻撃に抵抗するためのものであった。それにもかかわらず、大陸法圏の一部としてのこれに対するローマ法の支配的な影響は、スロバキア民法にまで及んでいる。

今日のスロバキアの領土で最初の国家制度が確立した時代からの法的資料は、かなり限定的な形でしか残されておらず、民法に関する情報は、国家の境界の歴史についての明確な証拠に関する情報と同じくらい限られている。しかし、これらの初期の資料からでも、今日では民法に含まれている行為準則の存在を推測することができる。様々なゲルマン部族とその王国（ゲピド王国）、および様々な起源のユーラシア遊牧民のいくつかの集団の同盟であるアヴァール・カガン国（567年から822年まで）を除けば、

1 トレンチーン（ラウガリシオ）城の岩の碑文や、いくつかのローマ軍の野営地（ゲルラタなど）が保存されている。

現在のスロバキアの領域には主にスラヴ部族が居住していた。この地域におけるスラヴ人の最初の国家（部族連合）は、サモ帝国（623年から658年まで）であると考えられているが、それは（おそらく）フランク人商人によって統治されていた²。大モラヴィア時代以前の慣習法に基づく私法制度が存在したことは、奴隷（rab）、主（istina）、価格（cěna）などの言語的特徴や用語の存在によって示されている³。

西スラヴ部族の初期の国家のもう一つの例は、ニトラ公国（またはプリビナ公国、825年から833年まで）であり、後に大モラヴィア（初期封建君主制、833年から907年まで）の一部となった。この期間中、フランク法、そして後にビザンチン法の影響を受けた慣習法が施行されていた。その数少ない出典の1つは、元々ビザンチンにおける大モラヴィアのキリスト教信仰者（聖キュリロスと聖メトディオス）の生涯を描いた伝説であり、彼らはスロバキアの異教徒の領土にやって来て⁴、おそらく大モラヴィアの領土で人民のための法廷法（Zákon sudnyj ljudem）を作成した。ビザンチン法（Ekloga）に触発されて教会の規範を世俗社会に適用したものである、スラヴ語の法律文書としては最古のものが後に追加された。主に刑法に関するものであるが、民法の範囲においては一夫一婦制、損害賠償、和解などにも関係している⁵。

中世初期に形成された国家が比較的短く存続し、大モラヴィアが解体された後、スロバキアの領土は、徐々にハンガリー王国の一部となり、その

2 『フレデガーの年代記』（7世紀のフランクの年代記）の情報に基づいている。

3 GÁBRIŠ, T, JÁGER, R. *Najstaršie právo na Slovensku? Pokus o rekonštrukciu predcyrilometodského normatívneho systému.*, Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2016.

4 著者は、おそらく聖キリルと聖メトディオスの弟子である聖クリメント（916年死去）である。詳細については、LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Vydanie pôvodného diela. Bratislava: Iura Edition, 2002, p. 44を参照。

5 この文章の一部は、スロバキア語でオンライン（<http://www.hradiska.sk/2011/04/zakonnik-velkwj-moravy-zakon-sudnyj.html>）で入手可能である。

状態が千年続いた。

1.2. ハンガリー王国の慣習民法

1000年から1918年の間、現在のスロバキアの地域が多民族国家ハンガリー王国 (Regnum Hungariae) の一部であった際、スロバキア人は、自治権をまったく有さず抑圧され、ハンガリーの法制度が全面的に適用された。私法では、このことは、主に慣習法によって表され、この慣習法は、最初はスラブの慣習、後にはゲルマン法、教会法、ローマ法の影響を受けていた。この時期の最も重要な法源は、いわゆる三部法書 (Opus Tripartitum) であった⁶。これは、ステファヌス・デ・ヴェルベツ (Stephanus de Werbőczy) によるハンガリーの慣習法の集大成であり、当時施行されていたハンガリーの私法と公法を記述してまとめたものである。封建法体系を成文化することを目的としており、ハンガリー議会は、それを法典の草案として承認したが、国王の裁可が得られなかったため、結局効力を発することはなかった⁷。しかし、司法実務では広く使用され、後に法令や学説によって認められた。ハンガリー王国の法律が、新チェコスロバキア共和国 (1918年) の一部であったスロバキア領土で受け入れられたため、三部法書は、1950年まで、ハンガリー王国後期のいくつかの小規模の法令とともに、ハンガリーの慣習法の集大成であったと結論付けることができ

6 Stephanus de Werbőczy: *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti Regni Hungariae partiumque adnexarum* (1514). ラテン語版は<https://www.digitale-sammlungen.de/en/details/bsb10142179>、ハンガリー語版は[https://net.jogtar.hu/getpdf?docid=51400001.TVJ&targetdate=&printTitle=Tripartitum&refere](https://net.jogtar.hu/getpdf?docid=51400001.TVJ&targetdate=&printTitle=Tripartitum&referrer=1000ev)

r=1000evにて、それぞれオンラインでアクセス可能である。
7 三部法書に反対する高位貴族の多数による結果であった。詳細については、FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A.: *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. (1935), III. vydanie pôvodného diela., Šamorín: Heuréka, 1998, p. 24を参照。

る⁸。慣習法が適用されなかったのは、いわゆるパッサ絶対主義の短い期間であり、その間、1811年のオーストリア民法典（Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, JGS Nr. 946/1811）が、スロバキア領を含むハンガリー王国（1853年から1861年まで）で適用されていた⁹。オーストリア民法典の適用は、いわゆる司法会議（1861年）の結果として中断され¹⁰、そのことによって、後にスロバキアとハンガリーの領土がオーストリア＝ハンガリー帝国（1867年から1918年まで）の一部となったにもかかわらず、ハンガリーの慣習法が再び適用されることになった。しかし、慣習法の解釈に対するオーストリア民法典の影響は、すでに認識可能な形で見られ¹¹、20世紀初頭にスロバキアの領土がチェコスロバキア共和国の一部となった後もさらに続いた。

1.3. チェコスロバキアにおける最初の民法典

第一次世界大戦の終結により、スロバキア人の民族解放運動は最高潮に

8 具体例としては、財産継承に関する法律第 XVI:1894号、婚姻法に関する法律第 XXXI:1894号などが挙げられる。

9 1852年11月29日の帝国特別許可（1853年5月1日に発効）により、オーストリア民法典がハンガリー王国で1861年7月23日まで施行された。

10 ハンガリー王立教皇庁（ハンガリー王国最高裁判所）は、司法会議（1861年）が作成した規則を採用した。司法会議規則（Ideiglenes Törvénykezési Szabályok, 1861）第1条の規定を参照（ハンガリー語で、<https://net.jogtar.hu/getpdf?docid=86100002.TV&targetdate=&printTitle=Ideiglenes+T%C3%B6rv%C3%A9nykez%C3%A9si+Szab%C3%A1lyok&referer=1000ev>でアクセス可能）。

11 アルマシは、1861年以降もハンガリーの私法の形態は一貫性がなく、司法実務におけるオーストリアからの移民の事実上の使用によってさらに複雑化しており、1880年代までハンガリーではオーストリア民法典の影響力が支配的であったと言えるほどだと考えている。詳細については、ALMÁSI, A.: *Ungarisches Privatrecht I. band.*, Berlin und Liepzig: Walter de Gruyter & Co., 1924, p. 5 et al.を参照。

達し、オーストリア＝ハンガリー帝国は崩壊し、チェコスロバキア共和国が独立した。しかし、その運命は、私法の成文化とともに、20世紀の激動の歴史的出来事の影響を受けた。その発展は、次のように区分して説明することができる。

- A. チェコスロバキア共和国（1918年から1939年まで。Československá republika） オーストリア＝ハンガリー帝国の領土的継承国の1つであるチェコ共和国（現スロバキア共和国）は、私法の領域において既存の法律を採用した。つまり、新共和国のチェコ部分ではオーストリア民法典が使用され、スロバキア部分では三部法書に基づく慣習法が使用された。新しい共通民法典の準備作業は、新共和国の樹立直後に始まったが、第二次世界大戦が差し迫ったために、完成することはなかった¹²。
- B. スロバキア共和国（1939年から1945年まで。スロバキア国（Slovenský štát）として知られる） スロバキア共和国は、ミュンヘン協定（1938年）に基づいてドイツがチェコの一部を併合しボヘミア・モラヴィア保護領を創設した後に、第二次世界大戦中に存在した、部分的に承認されたドイツ帝国の従属国であった。スロバキア国家がナチスドイツと協力している間、民法典の制定や私法の成文化は行われなかった。
- C. チェコスロバキア共和国（1945年から1960年まで。Československá republika） チェコスロバキア共和国は、正式には議会制共和国であり、第二次世界大戦後に再統一されたが、1948年2月の共産

12 多くの部分的な提案が作成され、その結果、1931年のいわゆる民法典要綱（Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský : návrh superrevisní komise）が完成した。チェコ語で、オンライン（<https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/19238>）でアクセス可能である。その後、1937年に民法に関する政府提案が議会に提出された。チェコ語で、同じくオンライン（<https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/7035>）でアクセス可能である。

主義クーデターで全盛をきわめ、ソビエト連邦の傀儡国家となった。新たな社会経済的現実、ソビエト連邦の社会主義体制の根本的な転換点となった。チェコスロバキアの民法の発展においては、ヨーロッパ大陸の「ブルジョア」的財産法を、財産の国有化などに体现された全体主義的なソビエトの概念に変換することが中核となった¹³。社会全体の変化はまた、スロバキアの領土でも効力を有していた最初の共通民法典、すなわち1950年法律第141号（民法典）の採択を加速させた¹⁴。しかし、この法典化の主なモデルとなったのは、スターリン憲法に表現されているソビエト社会主義民法とソビエト民法の指導原則であった¹⁵。

- D. チェコスロバキア社会主義共和国（1960年から1989年まで。Československá socialistická republika） チェコスロバキア社会主義共和国は、社会主義共和国としての体制を正式に採用したかつての共和国の正式名称である。憲法の制定は、資本主義から社会主義への移行期という歴史的段階の終わりを告げるものであった¹⁶。1950年の民法では社会主義の理念が十分に表現されていなかったため、今日までスロバキア共和国で効力を有する多くの改正を経て、新しい民法（1964年法律第40号（民法典））を適応させる必要があった¹⁷。

13 1950年法律第141号（民法）の註釈の序文にも次のように述べられている。「ナチスの敗北後、私たちの労働者は社会主義への責任ある道を歩み始めた。コシツェ政府の綱領は、労働者の責任ある代表者が、解放された共和国の都市や田舎の労働者の利益よりも、個人や集団の略奪的利益が優先されることを許さないと明確に宣言した。」

14 スロバキア語版はオンライン（<https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1950/141/19510101>）でアクセス可能である。

15 1950年法律第141号（民法）の註釈。

16 チェコスロバキア社会主義共和国憲法（1960年法律第100号）を参照。英語版は、オンライン（<http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1960/>）でアクセス可能である。

17 1964年法律第40号（民法）の註釈では、次の通り説明されている。「したがって

E. チェコスロバキア [チェコスロバキア連邦共和国 (1990年) および チェコ・スロバキア連邦共和国 (1990年から1992年まで) *Česká a Slovenská federatívna republika*] 1989年11月17日のビロード革命 (*Nežná revolúcia*) で共産主義政権が崩壊した後に形成された連邦制である。政治体制の変化は、基本法典としての民法典をも不可欠に含む広範な立法上の変更をもたらした。これらの変更は、市民の権利と自由の再確認、民間企業の発展、資産の再民営化を含む市場経済への移行に関連するものであった¹⁸。数年かかるプロジェクトであろう包括的な再編の必要性を認識しつつ、これらの変更は、民法典の改正に関する1991年法律第509号を中心に、既存の民法典を大幅に改正することによって実施された。これは、両共和国を対象とする最後から2番目の共同改正でもあった。チェコスロバキアは、1993年に、国民投票を行わずに、国をチェコ共和国とスロバキア共和国に平和的に分割して独立させることを決定した。

1.4. スロバキア——物語の始まり？

「我々スロバキア国民は、祖先の政治的、文化的遺産、そして国家の存続と国家としての地位をめぐる何世紀にもわたる闘争の経験を心に留めて……」¹⁹、1993年1月1日に独立したスロバキア共和国を創設した。いかなるイデオロギーや宗教にも縛られない法の支配による主権民主国家とし

ゝて、この新しい規制は、主に、我々の社会の階級構成が変化し、今日では労働者と協同組合農民の友好階級と働く知識階級で構成されているという事実に基づいている。」。

18 1991年法律第509号の註釈2頁。チェコ語で、オンライン (http://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t0685_07.htm) でアクセス可能である。

19 スロバキア共和国憲法 (1992年法律第460号) 前文。スロバキア共和国憲法裁判所のウェブページで英語版がオンライン (<https://www.ustavnysud.sk/en/ustava-slovenskej-republiky>) でアクセス可能である。

で²⁰、スロバキア共和国は、チェコスロバキアの共産主義政権の崩壊後に大幅に改正された旧民法を採用し、これは、他の多くの変更はありつつも、現在まで施行されている。

2. スロバキア民法典（民法）——現状

既に述べたように、ビロード革命は、体制の変化をもたらし、私法の中で重要な変更を生じさせたが、これらの変更は、民法典に変貌を遂げた。民法典は、商法典（1991年法律第513号）や、一般的に民法の一部とされる法的関係を規律する他の多くの法律の制定にもかかわらず、私法の一般法（*lex generalis*）としての地位を維持し続けた。ここでいう他の多くの法律の1つとして挙げられるのが、ほとんどの国では民法典の一部でありながらスロバキアでは独立している家族法であり、2005年法律第36号（家族法）によって規制されている。家族法が民法から分離した理由は、社会主義的な法的アプローチに基づいており、これによれば、家族法は私法の別個の一部とみなされていた（この特殊性は、民法典の将来的な再編により解消される可能性が高い）。一方、社会主義時代以降に完全に再編されたのは家族法だけではない。民法の一部であり言及する価値のある他の法律としては、たとえば、共同住宅および非居住用建物の所有権に関する1993年法律第182号、非居住用建物の賃貸および転貸に関する1990年法律第116号、共同住宅の短期賃貸に関する2014年法律第98号、不動産台帳に関する1995年法律第162号、訪問販売および通信販売における消費者保護に関する2000年法律第108号、消費者信用に関する2010年法律第129号、住宅金融に関する2016年法律第90号などがある。他にも多くの法律があり、2015年にすでに法典化された手続部分（2015年法律第160号（民事紛争手

20 スロバキア共和国憲法第1条第1項。

続法) および2015年法律第161号(民事非紛争手続法)) がそうである²¹。

2.1. 絶え間ない変化の象徴

1964年に採択されて以来、スロバキア民法は、60回以上改正されているが、社会主義時代には4回しか改正されていない。スロバキア民法の重要な改正は、ビロード革命(1989年)の直後に行われた、1991年に民法の改正に関する1991年法律第509号によるものであった。この改正は、政権交代によって生じた主な変更の中でも、民法の体系に根本的な影響を与えるものであり、その結果、現在の体系が形成された。スロバキア民法は、次の9つの章に分割されている。

1. 第1章—用語の定義、自然人および法人に関する規定、意思表示、法律行為、時効、および(概念的ではないが)消費者契約などの一般規定(第1条から第122条まで)
2. 第2章—所有権、共有権、配偶者の共有財産、および他人の物に対する権利(rights in re aliena)、すなわち地役権、質権契約など(第123条から第151条まで)
3. 第3章—社会主義時代の建物や土地の個人使用に関する法的規制を含んでいたが、個人所有は不可能であったため、廃止された。
4. 第4章—社会主義時代に、社会主義組織が提供するサービスの規律が含まれていたが、廃止された(多くの規定は第8章に移されている)。
5. 第5章—社会主義体制下で、市民同士の援助、購入、交換、寄付など、市民同士の間で認められた限られた数の法律行為が含まれていたが、廃止された。
6. 第6章—各種損害賠償および不当利得に対する責任を規律する(第

21 これらの立法は、残念ながらスロバキア語のみで、スロバキア共和国の法令集の公式オンライン版(<https://www.slov-lex.sk/domov>)で閲覧可能である。

415条から第459条まで)。

7. 第7章—遺贈および相続を規律する(第460条から第487条まで)
8. 第8章—債務法(第488条から第852条まで)を含む。債務法は、スロバキアでは1991年法律第513号(改正商法)によっても規律されている。
9. 第9章—最終規定、移行規定、廃止規定によって構成されている(第853条から第880条まで)。

スロバキア民法典は、大幅な変更を経て民主主義国の標準的な私法典に近づいたが、社会主義の影響の残存や名残も多い(例えば、地上物は土地に従う(*superficies solo cedit*)という原則が適用されないことがそうである)。スロバキア民法典は、私法の主体の平等、所有者の自由意思という形での私的自治、法規範の任意的性質や原則としての非要式性に反映される契約の自由、遺言の自由その他の自由、さらには、契約は守られるべし(*pacta sunt servanda*)という原則、法的安定性、衡平法、誠実さ(*bona fides*)など、人権などに関連する基本的な民主主義の原則を反映しているにもかかわらず、少なくとも複雑な再法典化が行われるまでは、いくつかの条項を随時調整する必要がなおある。そのため、スロバキア民法典は、今日でも様々な改正の対象となっている。これらは、政治体制の変化に伴う変更には包括性が欠けていることだけでなく、動物を他の動産とは異なる生き物として位置付ける近時の法律の強化など、私法の一般的な発展²²、または、EU法の結果としての変更の結果でもある。たとえば、デジタル・コンテンツとデジタル・サービスの供給における消費者保護に

22 スロバキア民法第119条(3)は、次のように定めている。「生きている動物は、自らの感覚で知覚できる生き物として特別な意味と価値を有し、民法上の関係において特別な地位を有する。動産に関する規定は、生きている動物に適用される。ただし、生きている動物の生き物としての性質に反する場合は、この限りでない。」。

関する改正は、EU法の国内法化の結果であり²³、近い将来に行われると予想されている²⁴。

3. スロバキア民法の将来

少し比喩的に言えば、スロバキア民法典の将来を予測しようと試みることは、当たりそうもない水晶玉占いをするようなものと結論付けることができる。そこで、以下の文章では、少なくとも確実なこと、すなわち、スロバキアにおける新しい私法典を作成する取組みの短い歴史的な分析と、将来の再編の取組みの潜在的な発想源の概要について述べる。

3.1. 実現されなかった変化の象徴

スロバキアにおける私法の再法典化のプロセスは、新たな再法典化委員会が立て続けに設立されるという悲惨な状況であり、そのいずれも、より根本的な変更や新しい民法典の採用を推進するための（おそらく政治的な）十分な支援をこれまでのところ得ていない。時が経つにつれ、必要性はますます緊急性を増しているが、同時に、実行はますます不可能になっている。

新しい民法典の立法作業は、1989年の革命的な変化の直後から始まった。そこには、プランク（Plank）教授の指導によるスロバキア民法典の最初

23 2019年5月20日の欧州議会および理事会のデジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの供給契約に関する特定の側面に関する指令(EU)2019/770。【訳者注：同指令の和訳として、カライスコス アントニオス＝寺川永＝馬場圭太訳「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive(EU) 2019/770）」ノモス45号（2019年）121頁以下を参照。】

24 指令（EU）2019/770の国内法化期限は2022年1月1日であったが、スロバキア民法の関連する改正は、まだ立法手続中である。

の草案（1998年）を始めとして²⁵、ヴォイチーク（Vojčík）教授の指導による民法典の立法趣旨（2002年）²⁶、ラザール（Lazar）教授の主導による民法典の立法趣旨（2009年）を経て²⁷、デュラック（Dulak）博士の指導の下で作成された最新版（2015年）²⁸が含まれ、シュテフチェク（Števíček）教授が主導する唯一の債務法の再法典化作業（2018年）²⁹もある。現在、事実上の第6次再法典化委員会がスロバキアで私法の再法典化に取り組んでいるが³⁰、新しい政治体制（2023年）では私法の再法典化が最終候補に挙がっていないようである。したがって、どこで変更が行われるかについて述べることは、推測の域を脱しないことになる。

3.2. スロバキア民法典の発想源

再編纂の発想源をどこに求めるかという問題は、それほど単純ではない。

-
- 25 プランク（Plank）教授の指導の下で作成された民法の草案は、1998年8月18日のスロバキア共和国政府の決議1998年第550号により承認されたが、スロバキア共和国の国民評議会では議論されなかった。
- 26 ヴォイチーク（Vojčík）教授の指導の下で作成された民法の立法趣旨は、2002年8月7日のスロバキア共和国政府の決議2002年第827号により承認された。スロバキア語で、オンライン（<https://lrv.rokovania.sk/3889/2-/>）でアクセス可能である。
- 27 2009年1月14日のスロバキア共和国政府の決議2009年第13号により承認された。スロバキア語で、オンライン（https://www.justice.gov.sk/dokumenty/2022/02/Legislativny-zamer-OZ_2009.pdf）でアクセス可能である。
- 28 ドゥラック（Dulak）博士の指導の下で作成された新民法の草案は、スロバキア共和国政府に提出されることはなかった。スロバキア語で、オンライン（https://www.justice.gov.sk/dokumenty/2022/02/Navrh-OZ_2015.pdf）で入手可能である。
- 29 契約法に関するスロバキア民法の抜本改正案は不成立に終わった。スロバキア語版は、オンライン（https://www.justice.gov.sk/dokumenty/2022/02/Navrh-OZ_2018.pdf）でアクセス可能である。
- 30 スロバキア共和国における私法の再編に関する作業の進捗状況についての最新の概要は、スロバキア共和国法務省のウェブサイト（<https://www.justice.gov.sk/aktualne-temy/rekodifikacia-sukromneho-prava/>）にて、スロバキア語で閲覧可能である。

可能性のあるビジョンは、大陸法制度内の各国だけでなく、コモンロー制度の中にも見出すことができる。コモンロー制度は、特定の側面（信託法など）でインスピレーションを与える可能性がある。私法の調和を目指す様々なヨーロッパのプロジェクトも同様である。

スロバキア民法典の将来において必然的に考慮されなければならない側面は、民法のヨーロッパ化である。欧州連合の主な目的の1つである域内市場の確立は³¹、民法に最大級の影響を与えているが、このような平準化作業には2つの主な流れがある。1つ目の流れは、公式のものであり、アキ・コムノテール（共同体既得事項）や判例を含む。欧州連合の各種の規則は、加盟国による措置を要することなく直接的に拘束力を有するのに対し³²、指令は、まず国内秩序で実施されなければならない³³。したがって、特に消費者保護の分野（消費者契約における不公正な契約条項）については、スロバキアにはまだ消費者保護に特化した別個の法典がないため、民法典内で国内法化が行われる。2つ目に、考慮されるべき同様に重要な情報源として欧州連合司法裁判所の判例³⁴があるが、ソフト・ローやヨー

31 欧州連合条約第3条第3項。

32 具体例として、契約上の義務に適用される法に関する2008年6月17日の欧州議会および理事会の規則（EC）No 593/2008（ローマ I規則）、域内市場における電子取引の電子識別および信頼サービスに関する2014年7月23日の欧州議会および理事会の規則（EU）No 910/2014、ならびに指令1999/93/ECの廃止などが挙げられる。

33 スロバキア民法典を通じて国内法化されているもの（例えば、消費者契約における不公正な条項に関する1993年4月5日の理事会指令93/13/EEC【訳者注：同指令の和訳として、河上正二訳「消費者契約における不公正条項に関するEC指令（仮訳）」NBL534号（1993年）41頁以下を参照】）から、最新のもの（例えば、デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの提供に関する契約の特定の側面に関する2019年5月20日の欧州議会および理事会の指令（EU）2019/770など）まで。

34 スロバキア民法に関する最新の判決としては、2023年11月9日の欧州連合司法裁判所判決、事件番号C-598/21、2021年6月10日の欧州連合司法裁判所判決、事件番号C-192/20を参照。

ロッパ契約法原則 (PECL)³⁵、共通参照枠草案 (DCFR)³⁶ などの様々な学術プロジェクトやヨーロッパ共通売買法 (CESL)³⁷ から、主に債務法におけるインスピレーションを得ることができる可能性がある。

EUの影響以外にも、世界中の様々な民法典も、将来的な発想源として考えられる。共通の歴史を考えると、民法の分野に限らず、最も自然な発想源はチェコの法制度であろう。チェコ共和国は、2012年に新しい民法典 (zákon č. 89/2012 Sb. občanský zákoník) を採択することで私法の再編プロセスを完了した。これは、スロバキアで現在も効力を有するチェコスロバキア共通民法典に置き換わった。チェコ民法典は、度々批判の対象とされてきたが³⁸、実のところ、2024年1月には施行から10年が経過しており、

35 ヨーロッパ契約法原則 (PECL) 【訳者注：PECLの和訳としては、オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編 (潮見佳男ほか監訳) 『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』(法律文化社、2006年)、オーレ・ランドーほか編 (潮見佳男ほか監訳) 『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』(法律文化社、2008年) がある】は、故ランドー(Lando) 教授の率いる委員会によって2002年にまとめられた契約法モデル準則集である。オンライン (<https://www.trans-lex.org/400200>) で閲覧可能である。

36 共通参照枠草案 (DCFR) 【訳者注：DCFRの和訳としては、クリスティアン・フォン・パールほか編 (窪田充見ほか監訳) 『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則——共通参照枠草案 (DCFR)』(法律文化社、2013年) がある】は、2009年にフォン・パール (von Bar) 教授の主導の下、ヨーロッパ民法典のスタディ・グループに所属する学者によって作成された、私法に関する最も包括的なプロジェクトの1つである。詳細については、von BAR, Ch. et al. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Oxford: University press, 2010を参照。

37 ヨーロッパ共通売買法 (CESL) 【訳者注：CESL規則提案の和訳として、内田貴監訳『共通欧州売買法(草案)』(別冊NBL No.140、2012年)を参照】は、2011年に欧州連合内で失敗したプロジェクト (2020年に終了) であり、任意の売買法を確立することを目的としていた。詳細については、COM/2011/0635 final - 2011/0284(COD); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Lawを参照。

38 民法の草案は、その準備段階においては、近代に向けて書かれた法典としては概念的に成り立たないのではないかという意見もあった。詳細については、LAVICKÝ, P. Kritické poznámky ke koncepci návrhu občanského zákoníku. *in Právní rozhledy*. 2007, č. 23. s. 848を参照。

ほとんどの問題は重大なものではなかった³⁹。一方、チェコ共和国とスロバキアでは、主に歴史的な理由から発展の異なる分野（土地所有の詳細な規律など）が多くあり、それがチェコ民法典をスロバキアでそのまま実施するのに適さない多くの障害を生み出している。ハンガリー民法典も2013年に包括的に再編され（2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről⁴⁰）、多くの点でハンガリー王国の伝統に従っているため、潜在的なインスピレーションの源の選択肢でもある。しかし、言語の壁はさておき、スロバキアの領土という文脈において、スロバキア人の自治権の欠如により権威的に押し付けられたものであり、つながりが断ち切られてすでに100年以上が経過しているハンガリー王国の歴史的な伝統を反映することが適切であるかどうかという疑問が残る。

他の近隣諸国では、オーストリア民法典からインスピレーションを得る可能性も検討されるべきであろう。前述のように、オーストリア民法典は、ハンガリー民法の最終発展段階に影響を与え⁴¹、いわゆる第一次チェコスロバキア共和国の時代を根本的に決定づけた。というのも、オーストリア民法典は、ボヘミアとモラヴィアでは1950年まで施行されていたからであ

39 すでに5年が経過した2019年時点で、一部の著者は、民法典の再編は差し迫った問題とは感じられず、少なくとも専門家の間では多少の困難はあるものの現行の状態で受け入れられていることは明らかだと指摘している。詳細については、BEZOUŠKA, P., HAVEL, B., HULMÁK, M., MELZER, F., KRÁLÍČKOVÁ, Z., PIHERA, V., RONOVSÁ, K., TELEČ, I. Pět let poté: Nové soukromé právo v předškolním věku. in *Právní rozhledy*, 2019, č. 1, s. 1を参照。

40 最初の公式ハンガリー民法典（1959. IV. TÖRVÉNY a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről）を廃止した。

41 19世紀末から20世紀初頭にかけての私法の法典化の取組みには、オーストリア民法典の影響が見られた。詳細については、KÉPES, G. An Overview of the Hungarian Private Law Codification until 1918, with Special Regard to the Codification Aspects of a Separate Commercial Law in: ŠVECOVÁ, A., LANCOZOVÁ, I.(eds.) *Legal-Historical Trends and Perspectives V.*, Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, 2020, p. 61 et al. available online at: http://publikacie.iuridica.truni.sk/wp-content/uploads/2020/12/Svecova-Pravo-V_tlac.pdfを参照。

る⁴²。このことは、スロバキアの領土についても、判例の統一という文脈だけでなく、その時代の再法典化の取組みの観点からも該当する⁴³。同様に、オーストリア民法典は、ドイツ民法典（Bürgerliches Gesetzbuch）および1931年の民法典概要と共に、チェコ民法典の現在の再法典化版の重要な発想源となった。しかし、オーストリア民法典は、1853年から1861年までの期間を除き、スロバキアの領土では直接的に拘束力を持つことはなかったことに留意しなければならない。1950年までは慣習法が適用されていたため、オーストリア民法典は、法移植の適切な手段とみなすべきではないであろう。

共産主義体制から民主主義への移行が顕著な他の旧ソ連国も忘れてはならない。地理的に近い国では、ポーランドを挙げるべきだろう。ポーランドはスロバキアと似た状況にあり、ポーランド民法典（Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny）は、共産主義時代から効力を有するが、言うまでもなくその間に大きな変化を経ている。バルト諸国や隣国のウクライナ（2003年のЦивільний кодекс України）やロシア（1994年のГражданский кодекс Российской Федерации）でも、民法典が再編されている。しかし、社会主義時代（および1919年から1945年までの、いわゆるカルパティア・ルーシがチェコスロバキアの一部を形成していた短い期間）を除いて、スロバキアにはこれらの国々との共通の伝統はない。

42 独立したチェコスロバキア国家の樹立に関する1918年法律第11号に基づき、第2条には「現行のすべての州および帝国の法律および規則は、当分の間、引き続き効力を有するものとする」と規定されている。

43 新しい（共通）民法典の再編作業は、基本的にチェコスロバキア共和国の成立直後に開始された。その結果は、1931年の民法典の概要（Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský: návrh superrevizní komise. チェコ語で、オンライン（<https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/19238>）で閲覧可能である）、および、1937年の民法典に関する政府提案（チェコ語で、オンライン（<https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/7035>）で閲覧可能である）を含み、オーストリア民法典の影響を根本的に受けたが、どちらも歴史的出来事により採用されることはなかった。

地理的または歴史的により遠い法秩序も、再法典化のプロセスにとって興味深いものとなるかもしれない。スロバキアの領土にも上述のように特別な、間接的な影響を与えたドイツの法伝統に基づく、ドイツ民法典やスイス民法（Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907）がそうである。その点では、主にドイツ民法に影響を受けているため、日本の民法（明治二十九年法律第八十九号）も可能性として考えられる。日本民法は、様々な歴史的および文化的側面、ならびに適用上の影響を受けている。このように、自国のものとは異なる法体系を日本の民法に取り入れたという経験は、スロバキアの再法典化プロセスにとって優れたインスピレーションとなり得る。現在、このプロセスでは、スロバキアの領土では本来的ではなく、歴史的にも正当化されていないドイツの法伝統からインスピレーションを最も多く得ているように思われる。もう一つの遠いインスピレーションとなり得るのは、フランス民法典（Code civil des Français）だが、概念的には異なるものであろう。ケベック民法典（Code civil du Québec）は、基本的にフランス民法典の影響を受けており、現代的な民法典であるとされている。スロバキアの私法は、一般的にフランス法よりもドイツ法に近いと考えられているにもかかわらず、ケベック民法典がノウハウの刺激的な源泉となる可能性は否定できない。同じことは、フランス民法典からも影響を受けている、イタリア民法典やスペイン民法典（Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil）など他のヨーロッパの法体系にも当てはまる。

上記を踏まえると、外国の民法典は、いずれもスロバキア共和国のニーズに完全には適合しないという結論に至らざるを得ない。その一方で、このことによって、スロバキアという国の特性を反映し、機能的な私法制度を構築しながら、多くの国から最も適切な解決策を選択する余地が生まれる。

まとめ

すべての法秩序や民法典は、社会のニーズと発展を可能な限り忠実に反映する必要のある、生きた有機体である。スロバキアの法秩序は、初期の封建主義的な起源を除けば、スロバキア人のアイデンティティを求める何世紀にもわたる闘争を具体化したものとなっている。チェコスロバキアの共同国家で採択されて間もなく、20世紀後半には民主主義の原則に立ち戻るための闘争があった。しかし、ほぼ35年前に全体主義体制が終わったにもかかわらず、チェコ共和国とは異なり、スロバキア共和国における私法の再法典化の取組みは成功裏に終了しなかった。2024年4月には、現在のスロバキア民法典が発効してから60年が経過し、スロバキア共和国の民主主義体制においてこれが効力を有してきた35年という期間は、社会主義体制におけるその存在期間である25年を超えている。したがって、スロバキア民法典が依然として思想的に時代遅れであるとみなされるべきかどうかは、疑問である。スロバキア民法典が施行されてから長い年月が経っていること自体は立派であるといえるが、そのことにもかかわらず、歴史的背景や数え切れないほどの部分的改正を考慮すると、社会主義法制度のこれまで解決されていない多くの課題の蓄積がある状況下でも、必要な抜本的解決をさらに遅延させることは、私法の衰退を深めるだけだと言わざるを得ない。

結論として、スロバキア民法典、またはスロバキアの民法および私法は、慣習形式の時代から絶えず変化してきただけでなく、新しい現代民法典の創設が不成功に終わったこと、そして、この実現されていない変更が願わくはできるだけ早く実現されなければならないという確信を強調したい。上述した理由により、私法の再編と新しいスロバキア民法典の創設の実施のためのインスピレーションを見出す際に、チェコやハンガリーの民法典を含む既存の諸外国の民法典のいずれもそのまま用いることはできない。

なぜなら、それらはスロバキアの多くの特徴を十分に反映していないからである。したがって、立法者は、ベスト・プラクティスを見つけることに焦点を当て、それを21世紀の進歩した現代社会に適した有意義かつ機能的な民法典に実装する必要があるだろう。

〔訳者付記〕本稿は、マーティン・ハムリク博士が、2023年5月15日に龍谷大学法学部で行った講演の基となった原稿に、ハムリク博士が自ら加筆等を行ったものを訳出したものである。訳出に際して、読者の便宜のために、脚注において訳者が関連文献を追加している。

Z世代のための漱石「ことはじめ」(中の一)⁵²

——「木庭先生の庭」 散策・番外篇——

児 玉 寛

5) <③学生と教師の二重生活>。学生時代の漱石は、三つの組織で教師を経験した。第一に、予備門予科三年の19年9月頃から江東義塾という本所の私塾で英語の教科書を使って予備門志望者などに地理や幾何学を教えた〔参照：『永日小品』の「変化」。『猫』三(98)、六(221)にみる幾何学の知識。『坊ちゃん』一(16)の主人公の設定は「数学の教師」〕。教科書を英語にしたのは、英語力の育成や「科学上有益なる言語を覚えて将来の利益となる事多し」という配慮のほか、日本語による教科書が充実していないという事情に因る〔参照：前註52・大井田編・71。漱石の予備門時代

52 まず、お詫びから。従来の伝記的記述を補正する必要から、中では漱石学の一端に言及することとなり、愈々以て「繁簡よろしきをえない」仕儀に至り、中を一と二に分割する。留学前の漱石については、第一に、予備門入学以降に菅虎雄や狩野亨吉や藤代素人などが漱石の歩みの節々で与えた影響の詳細につき、菅と同じく福岡県久留米出身の原武 哲 (1932-) が十年に亘って一次資料を探索した論考の集成、『夏目漱石と菅虎雄——布衣禅情を楽しむ心友——』教育出版センター・1983。第二に、大井田義彰編『教師失格 夏目漱石教育論集』東京学芸大学出版会・2017。同書は、前註37にいう「落第」、「不勉強」などのほか、漱石が25年12月に教育学の単位取得のために提出した無題ながら全集編輯者の命名による「中学改良策」(巻26-37—72)、松山時代の「愚見数則」(巻16-3—9)、五高時代の「福岡佐賀二県尋常中学参観報告書」(30年。巻26-243—252。その「発見者」原武によるコメントにつき、前掲原武・162—170)に加え、クレイグならびにケーベルに関する夏目の小品を収める。第三に、川島幸希『英語教師 夏目漱石』新潮選書・2000は、「〔修学時代の〕漱石の英語力」、「漱石の英語教育論」などを紹介する。

の教科書はすべて英語であった⇒談話「語学養成法」(44年。巻②5-391—400=前註52・大井田編・111—123))。前註37・『不勉強』に曰く、「家から学資を仰がずに遣つて見やうといふ考へから、月五円の月給で中村^{よしこと}是公と共に〔各々毎日午後二時間〕私塾の教師をしながら予科の方へ通つてゐた……。一ヶ月五円と云ふと誠に少額ではあるが、その頃はそれで不足なくやつてゆけた。塾の寄宿舎に入つてゐたから、舎費即ち食糧費としては月二円で済み、予備門の授業料といへば月僅に二十五銭(尤も一学期分宛^{ママ}全納することにはなつてゐたが)それに書物は^{シマ}大抵学校で貸し与へたから、格別その方には金も要ら^かなかつた。……〔中村と〕一所に出歩いては多く食ふ方へ費^{シマ}して了つた」(324。五円は19年の小学校教員の初任給と同額)。

しかし約一年後、「此の土地〔現・墨田区両国3-10〕は非常に湿気が多い為め、遂^{シマ}ひ〔に〕急性のトラホーム〔クラミジアによって伝染する結膜炎〕を患つた。それが為め、今も私の眼は丈夫ではない。親はそのトラホームを非常に心配して、『兎に角、そんな所なら無理に勤めてゐる必要もなからう』といふので、塾の方は退き、予備門へは家から通ふことにした……。それから、後の学資はいふまでもなく、再び家から仰いでゐた」(前註37・『不勉強』324以下)。ちなみに、予備門改組の第一高等学校本科を23年7月8日に卒業した漱石は20日付け子規宛に曰く、「何の因果か女の祟^{たた}りかこの頃は持病の眼がよろしくない方で読書もできずといつて執筆はなほわるし。実に無聊閑散^{ぶりよう}の極^{きわみ}、試験で責めらるるよりはよほどつらき位也」(『往復書簡』49。8月9日付けも同旨。『往復書簡』51=『書簡』21)。8月下旬から漱石は眼病の殺菌に効能があると評判の箱根^{かんざん}(函山)の姥子温泉^{うばこ}に二週間ほど逗留する(参照：『猫』十一(467)の姥子についての挿話)。その折りの「函山雑咏」五言律詩八首の其七の第一句^{さんねんなおめをわずらう}「三年猶患眼」につき、巻⑱-159〔一海知義：1929-2015〕は、典拠を唐の張籍の詩「眼を患う」としたうえで、前掲の子規宛二通に言及しつつも、「張籍の句にもとづいた表現ゆえ、『三年』は必ずしも実数をいうのではない」とする。しかし、

(龍法 '24) 57-3, 140 (608)

前述の『不勉強』での回想からすれば、「実数」では。

第二に、大学二年の25年5月から東京専門学校(通称・早稲田大学)で英語を担当した⁵³。しかし、年末頃に漱石に対する排斥運動が起ったと言

53 T7年の大学令までは、「大学」は官立に限定されていた(⇒前註32)。15年創設の東京専門学校は35年から早稲田大学を通称として使用する(⇒前註40)。②7-609の年譜によれば、「ゴールドスミスのThe Vicar of Wakefield A Tale(1766。小野寺健訳『ウェイクフィールドの牧師—むだばなし—』岩波文庫・2012)や、ミルトンのAreopagiticaの講読を行なった」。Oliver Goldsmith(1728?-74)は、イギリス系アイルランド人の牧師の子。漱石は、26年2月20日の文科大学英文学談話会で行なった「英国詩人の天地山川に対する観念」(巻⑬・21—60)でGoldsmithの自然主義(⇒下の一)を取り上げた(漱石文庫は6点を所蔵。巻②7-35)。また、ドイツのアイヘンドルフ(Joseph von Eichendorff: 1788-1857)のAus dem Leben eines Taugenichtsの訳書への「木村恒訳『南国へ』再版序」(T4年。巻⑩・573。参照:『愉しき放浪児』関泰祐訳・岩波文庫・1952)に曰く、「私が今迄読んだ小説の中で、好なもの、一つとして何時でも教へたいのは、^オカー、^フオフ、^エークヒールドであります、あの云ふに云はれない愉快な平和な懐かしい空気の中から、骨組丈を拾ひ出すと矢張り不自然な構造が後に残ります。然し私は其不自然さへナイーブな美点として認める位好きなのです」。

ちなみに、The Vicarへの漱石の関心は、第一高等学校1年生の22年5月24日付けの「英作文」“My Friends in the School”にまで遡る。そこでは、友が「自然の営みはいつもせわしく、営みの1つ1つが運命の浮沈をもたらしている。輝かしい希望、耐え難い不幸、傷心、死など——これが、人間共通の運命だ。だから幸せになりたいと望むなら、あまり外界に左右されてはいけない。……それならば、ウェイクフィールドの牧師の筆にならおう」と語って主人公Dr. Primroseの名を挙げる(巻②6-441。原文には教師や漱石自身による多くの添削が付されているため、訳文で引用する。「友」は不明。架空の人物か、ひょっとしたら米山保三郎か?)。漱石の作品に登場する<富と権力との癒着への批判>の原点の一つはThe Vicarの第19章にあるのかも知れない。問題は、癒着の構造の推移(18世紀型、19世紀型、20世紀型)であろう(⇒下の一)。

なお、漱石が教材を自主的に選択したかに思えるが、一部についてはそうではない。談話「僕の昔」(40年。『趣味』2巻2号。巻⑩・237)によれば、「昔の東京専門学校へ英語の教師にいつてミルトン(John Milton: 1608-74。清教徒革命のクロムウェル政府でラテン語書記官。主著『失楽園』(Paradise Lost. 1667)。漱石文庫は10点を所蔵。巻②7-48)の『アレオパジチカ』といふ六ヶ数本を教へさゝれて大変困ったことがあつた」。また、談話「ミルトン雑話」(41年。巻②⑩-314)によれば、「Areopagiticaを先任教师から受継いで教へた」。さらに、「生徒は虚栄心から難しい書物に手をつけたがり」(教師も不得已自己の力にてさへ

われている。日本新聞社に入社したばかりの子規からの書状でそのこと知った漱石は、12月14日付けに曰く、「小生は教方下手の方なる上過半の生徒は力に余る書物を捏ね返す次第なれば不満足の生徒は沢山あらんとその辺は疾くより承知なれど……。無論生徒が生徒ならば辞職勧告を受けてもあながち小生の名誉に関するとは思はねど。学校の委託を受けながら生徒を満足せしめ能はずとあつては責任の上または良心の上よりいふも心よからずと存候間この際断然と出講を断はる決心に御座候」（『書簡』43、『往復書簡』119）。しかし、追伸風に曰く、「〔ハ歳年長の〕坪内へは郵便にて委細申し遣はすべく候。その文言中には証人として君の名を借る。親友の一言なれば固より確實と認むるといへば突然辞職しても軽卒の誹りを免がる訳なればなり。……」。そして、『往復書簡』111の日録（12月17日）には、「漱石、子規宅を訪問。東京専門学校講師退職の決意を伝える」とある。しかし、辞職するのは松山赴任が決まった28年3月。

第三に、27年10月からの東京高等師範学校⁵⁴。二年数ヶ月も早稲田を辞

覚束なき者を無理に講読するに至る是目今私立学校の通弊なり」（⇒前註52・大井田編『教師失格』67）。

ちなみに、同書は言論・出版の自由について最も影響力のあった古典とされる〔原田純訳『言論・出版の自由：アレオパジティカ 他一篇』岩波文庫・2008〕。書名は、制限民主制への復帰を説くイソクラテス（前436-前339）の「アレイオス・パグス会演説」に由来する。参照：小池澄夫訳『イソクラテス 弁論集1』西洋古典叢書・1998・197—220；廣川洋一『イソクラテスの修辞学校——西欧的教養の源泉——』岩波書店・1984・82；DEM・593〔4・1・6・2〕。検閲に対する後年の漱石の見識は、同書の講読の産物かもしれない〔⇒「下の一」〕。

他方、25年7月の落第を機に退学を決意した子規は、翌年3月の退学以前に、9月には漱石同席で早稲田の文学科の看板講師たる坪内逍遙と面談して『早稲田文学』（⇒後註126）の俳句欄を担当することになる。また、12月1日には月給15円で日本新聞社に入社する。

- 54 師範学校は、5年に初等・中等教育の教員養成機関として東京に設置され、19年の教育制度改革の一環たる師範学校令によって東京高等師範学校に改組される（35年に広島高等師範学校設置。23年に東京高師から独立した女子高等師範学校は、41年の奈良女子高等師範学校（現・奈良女子大）の設置により、東京女子高等師範学校に改称（現・お茶の水女子大））。これにより教員の主たる

職しなかった背景としては、(坪内との折衝に関わる書簡が存在するとしても所在不明であるが) 坪内が子規の報告の事実誤認を指摘した可能性、あるいは、事実であっても坪内の強い慰留に翻意した可能性がある。事実であり翻意もしなかった場合、辞職のタイミングとしては、26年1月からの第二学期あるいは4月からの第三学期それぞれの開始時か終了時、あるいは、26年7月10日の自身の卒業時がありうる。にもかかわらず辞職していない背景には、何らかの事情がありえよう。卒業と同時に大学院入学を許可された漱石は、再び実家から帝大の寄宿舎に移り〔前註41に追加すべき最初の入寮につき、23年提出の英作文“Removal to Dormitory”, 巻26-67を参照〕、26年8月7日付け西谷虎二宛に曰く、「当夏卒業の文学士売口^{オオイ}大に悪しく皆困却^(てい)の体気の毒に存候小生忝も如何成る事やら噸と不相分今^{アイワカラス}日とのみ未来の考へなく打暮らし居候此分にては九月に御馳走の約束もあり当にならず当にせずと御待ち可被下候」(巻22-58)⁵⁵。「九月の約束」の背景を示唆するのが、当時四高に赴任していた狩野亨吉宛の26年10月27日付け。曰く、「当夏中は〔東京に帰省中の貴兄の〕御多忙の処度々参上

供給源の系列は、(初等教育) 尋常小学校では府県立の尋常師範学校(⇒後註62)、(中等教育) 尋常中学校や高等女学校や尋常師範では官立の高等師範学校や各種の専門学校、(高等教育) 高師や高校や大学では官立大学となる。『坊ちゃん』一(15)の主人公が卒業した「物理学校〔現・東京理科大学〕」は前註40にいう通称の専門学校。大学卒の中学教師は少数であり、同・一(22)の文学士「赤シャツ」のモデルを漱石とする俗説につき、⇒前註29、後註64。

- 55 『三四郎』三の三(42)に曰く、「講義の間に今年の卒業生が何処^{どこ}何処^{どこ}へいくらで売れたという話を耳にした。誰と誰がまだ残っていて、それが官立学校の地位を競争している噂などと話しているものがあつた。三四郎は漠然と、未来が遠くから眼前に押し寄せると鈍い圧迫を感じたが、それはすぐ忘れてしまった」。なお、「レファレンス協同データベース」の千葉県立図書館提供データ(2017.3.26)によれば、西谷は27年東大漢文科卒の漱石の知人。29年山形県庄内尋常中学校長、32年千葉県視学官〔府県の視学官は教員や教育事務の監督に当たるために数次に亘る制度変更ののち32年に府県に置かれた数名の官吏⇒前註31〕。小学校教科書の審査をめぐる34年の収賄事件で翌年仙台第一中学校に転出。

毎度意外の長座定めて御邪魔の事と存候……貴校英学教師は何人に定まり申候や……兼て御出京中は種々御配慮煩はし候処其後高等師範学校英語教授の囑托を受け去る十九日より出講仕居候へば^{ハバカリナガラ}乍憚御安意可被下候」〔巻②②-60。狩野は四高時代も五高時代も京大時代も東京と赴任地の二重生活を維持した〕。文面から察するに、漱石は卒業後の生活費を調達する方便を確保すべく、広い人脈をもつ狩野に就職を相談し、就職祝いの食事を西谷と約していたようである。以下、「〔十月〕十九日より出講」に至る経緯をざっくりと辿ることにする（詳しくは、東京大学教養学部図書館所蔵の「狩野亨吉日記」にもとづく前註52・原武・73以下を参照）。

漱石は、7月12日の夕方に知人の高師教授⁵⁶を訪問して相談するも高師での採用の見通しは暗かった旨を帰宅後に立花銃太郎宛に認めて曰く、「〔高師の件は〕余程あやしく存候に付き此際断然決意の上学習院の方へ出講致し度因て御迷惑ながら御周旋^{クダサレタガ}被下度〔明朝から三日ほど日光に行くので〕^{リョクギナガラ}右乍略儀書状にて御願申上候村田君へも右の事情よろしく御話の上（貴君同様の尽力をお願いしたい）」（巻②②-56）⁵⁷。しかし朗報がなかなか来ない。

56 漱石は「織田氏」とするが、巻②④-669の注解によれば、「磯田良（1867-1924）歴史家。東京の生れ。明治23年東大史学科卒。東大講師を経て、東京高師教授」。呉秀三・菅虎雄・藤代素人は予備門では医科の同級生であり、18年春頃から磯田も加えた四人が借家で共同生活をした。管と藤代は医科卒業後に文科に転科する（前註52・原武・20）。

57 立花（1867-M34）は、25年東大哲学科を卒業し学習院教授。『種の起源』（1859）を『生物始源』と題して本邦初訳（1896、M29）。32年に英・独に留学したが肺病のため帰国途上に香港で病没。『満韓ところどころ』十にいう二人の立花の話（⇒前註46。詳しくは、この書簡を発掘した前註52・原武・68以下を参照）。村田祐治（1864-?）は、25年東大英文科選科修了後に学習院教授。学習院は、皇族と華族（2年の版籍奉還の際に公家と大名を一括した総称。当初の427家が漸増したうえ明治期の功労者（岩崎、三井、渋沢など）が新華族として加わり1945年の敗戦による制度廃止時には924家）の子弟のために10年に設立された男女別学で宮内省管轄の官立の教育機関。当時は中等科と高等科のみ。高等科は七年制のため、プラス二年分を「大学」とする見解もある。（官立高校中退で編入した者も含めて）五年の課程を修了すれば、大学入学資格を取得できた（参照：

8月15日付け立花宛に曰く、「小生出講の儀につきては種々事情出来余程奇観に御座候何しろ駄目の事とあきらめ居候」(巻②-59)。とは言え、8月23日付け村田宛に曰く、「其後の成行は如何相成居候や最早九月に間も^{コレナク}無之候へば其模様承知仕りたる上方向の^{ウエ}つけ方も有之候へば何卒至急御報知被下度過日承り候へば茂見氏学習院の方へきまり候様にも御座候へば小生方は到底駄目と存候へども猶念の爲め伺ひ上候猶当月一ぱいに^{ツカマツラス}落着不仕候はゞ夫迄の縁とあきらめ他の学校へ従事致すべく候間左様御承知被下度右御含みまで」(巻②-60)。結局、学習院では不採用⁵⁸。ところが、『私の個人主義』が「今日の講演に必要な部分だ」と前置きして詳述するように、9月から10月にかけて第一高等学校(27年から一高に改称)と東京高師から殆ど同時に口が掛かる(前者は先輩による推挽、後者は文科大学長による推薦。参照：前註37・『時機』279)。双方に半分承諾を与えるような挨拶をしたことで事がもつれ、周旋した先輩からの叱責に癩癪持ちの漱石

巻②-162。五高中退者の学習院編入を依頼する漱石の書簡)。

前註54にいう教員の供給ルートからすれば、26年卒の英文学士第二号の漱石に相應しい官立の就職先は、東京市内では東京高師・学習院・一高・東大に限られる(地方であればナンバースクール⇒前註34)。なぜ代案が一高でなく学習院なのかは不明。

- 58 学習院でのT3年の講演『私の個人主義』でのニュアンスは書簡と微妙に異なる。曰く、「私は現に昔しこの学習院の教師になろうとした事があるのです。尤も自分で運動した訳でもないのですが、この学校にいた知人が私を推薦してくれたのです。その時分の私は卒業する間際まで何をして衣食の道を講じていいか知らなかったほどの迂闊者でしたが、……教育者になれるかなれないかの問題はとにかく、何処かへ潜り込む必要があったので、ついこの知人のいう通りこの学校へ向けて運動を開始した次第であります。その時分私の敵が一人ありました」(前註15の略称で、『文明論集』104、『社会評論集』176以下)。そこでいう「敵」が「英語教師の空位を充たす事に〔なった、今は名前も忘れた〕何でも米国帰りの人」であり、村田宛にいう「茂見氏」、巻⑩-750の注解にいう「エール大学理学部・医学部を卒業した重見周吉〔1865-1928〕」。詳しくは、奥村紀子「漱石のライバル重見周吉と『日本少年』」英学史研究38号(2005)1-14。なお、「日本少年」とは、留学中の重見が1899年に英文で発行した自伝的作品“A Japanese Boy By Himself”を指す。

は双方とも断る手続きに着手する。一高校長からの呼び出しに応じたところ、この先輩と高師の校長嘉納治五郎〔1860-1938。15年に講道館を創設した柔道家〕が同席しており、「相談は極^{きま}った、こっちに遠慮^{いとや}は要らないから高等師範の方へ行ったら好かろうという忠告です。私は行掛^{いっ}り上^う否^ふだとはいえませんから承諾の旨を答えました。が腹の中では厄介な事になってしまったと思わざるを得なかったのです。というものは今考えると勿^も体^{つた}い話ですが、私は高等師範などをそれほど有難く思っていなかったのです」〔『文明論集』107、『社会評論集』178。もっとも、『時機』279以下のニュアンスはやや異なる〕。大学院に在籍したままの出講であり、27年6月29日に大学院の研究事項変更届を提出し（「聴許」は7月23日）、退学許可は（他筆の履歴書ではあるが）松山赴任の28年4月（巻26-295）。巻27-611は「〔東京高師の〕報酬〔年450円〕の月額三十七円五十銭のうち、七円五十銭ずつ貸費を返済し、また父へ十円ずつ送金していた」とする。しかし実際の手取りは33円75銭であったかもしれない⁵⁹、院の授業料負担もある。早

59 もっとも、『野分』一（97以下）の「富豪が製艦費を献納して従五位を頂戴する」への注解（巻3-513）によれば、「明治二十六年二月十日、海軍拡張のため、文武官（⇒前註31）の俸給十分の一を〔向こう6年間〕献納すべしとの詔勅が發布された」。日清戦争（27年7月）に先立って朝鮮半島での日清の利害対立が深刻化しつつあり、清国の背後には24隻の英国の東洋派遣艦隊が控えていた。このような状況下で海軍の不祥事を理由とする軍艦製造費の予算削減を求める野党（いわゆる民党）と政府の対立に端を発する詔勅發布の経緯につき、後掲・岡『明治政治史』下・33以下を参照。製艦費が差し引かれたとすれば、可処分所得は（その他の税を度外視して）33円75銭。巻27-615は熊本時代について製艦費を控除する。律儀な漱石は、返済や送金を松山時代も熊本時代も続ける。『坊ちゃん』四（40）は、「金は借りるが、返す事は御免だ」という「下劣な根性」を糾弾する（参照：38・9年の断片32E。巻19-206以下⇒後註86）。但し、同・六（58）の＜清に借りた3円を俺は5年経っても返さない＞という屈折した心情。

なお、明治史については、岡義武（M35-1990）の一連の著作（2019年の岩波文庫版）に依拠する。『明治政治史』上（初出・1962）；下（初出・1992）；『近代日本の政治家』（初出・1979。伊藤博文、大隈重信、原敬、犬養毅、西園寺公望）；『山県有朋^{アリトモ}』（初出・1958）；『転換期の大正』（初出・1969）のほか、『国際政治史』（初出・1955。岩波現代文庫・2009）。また、三谷太一郎氏の一連の論考、「学問の

稲田の報酬は不明であるが、早稲田を辞めなかった背景には、漱石の経済的自立の不首尾、そして、後述の朝日入社の際に漱石が発揮するリスク回避へのこだわりがあるのかも知れない〔或る意味での「計算高さ」につき、『坊ちゃん』一(15)にいう600円の支出計画を参照)。

しかし、英文学を専攻した漱石には、大学卒業に当って「経済生活の収支」にとどまらない深刻な問題があった。それが、『私の個人主義』で漱石が回顧した「不安」である。曰く、「とにかく〔大学で〕三年勉強して、遂に文学は解らずじまいだったのです。私の煩悶は第一に此所に根ざしていたと申し上げても差支えないでしょう。／私はそんなあやふやな態度で世の中へ出てとうとう教師になったというより教師にされてしまったのです。幸いに語学の方は怪しいにせよ、どうかこうか御茶を濁して行かれるから、その日その日はまあ無事に済んでいましたが、腹の中は常に空虚でした。空虚ならいっそ思い切りが良かったかも知れませんが、何だか不愉快な煮え切らない漠然たるものが、至る所に潜んでいるようで堪らないのです。しかも一方では自分の職業としている教師というものに少しの興味ももち得ないのです。教育者であるという素因の私に欠乏している事は始め

客観性と人格——岡義武先生追悼——」(初出・1991。『学問は現実に関わるか』東京大学出版会・2013・212—219)、「戦争の時代についての少数派知識人の回想——岡義武の場合——」(初出・1997。『近代日本の戦争と政治』岩波書店・1997・359—377)、「岡義武とドイツ・デモクラシー」(初出・2015。『戦後民主主義をどう生きるか』東京大学出版会・2016・46—60)のほか、前註1・木庭・PPW86、119以下を参照。【筆者：日本学士院会員であった岡につき、丸山眞男「故岡義武会員追悼の辞」(初出・1991。『丸山眞男集』第十五巻・岩波書店・1996・115—124)；篠原一＝丸山眞男＝三谷太一郎「岡義武——人と学問——丸山眞男氏に聞く——」(初出・1993。『丸山眞男座談』第九冊・岩波書店・1998・238—283)。なお、「松沢裕作「統治者たるの覚悟はあるか?——三谷太一郎「日本の近代とは何であったか」〔岩波新書・2017〕」図書901号(2024年1月号)24—25を参照。また、上168頁の長谷川如是閑の項に、「如是閑の時代と思想——丸山眞男氏に聞く——」(初出・1991。前掲『座談』191—237)；三谷太一郎「学外と学内」(初出・1993。前掲『学問』194—195)を追加する】

から知っていましたが⁶⁰、ただ教場で英語を教える事が既に面倒なのだから仕方ありません。私は始終中腰で隙があったら、自分の本領へ飛び移ろうとのみ思っていたのですが、さてその本領というものがあるようで、ないようで、何処を向いても、思い切って（エイ）やっと飛び移れないのです。／私はこの世に生まれた以上何かしなければならん、といって何を
して好いか少しも見当が付かない。私は丁度霧の中に閉じ込められた孤独の人間のように立ち竦んでしまったのです。……私はこうした不安を抱いて大学を卒業し、同じ不安を連れて松山から熊本へ引越し、また同様の不

60 『私の個人主義』が振り返るように、高師が求める教師像は「教育者として学生の模範になれ」というものだが、「教育者として偉くなり得るような資格は私に最初から欠けていたのですから、私はどうも窮屈で恐れ入りました。……当時の私はまあ肴屋が菓子屋へ手伝いに行ったようなものでした」（『文明論集』107以下、『社会評論集』179。⇒後註64）。『坊ちゃん』一（16）に曰く、「おれは三年間学問はしたが実をいうと教師になる気も、田舎に行く考えも何もなかった。尤も教師以外に何をしようというあてもなかつたから、この相談を受けた時、行きましよう」と即席に返事をした。これも親譲りの無鉄砲が祟ったのである」。同二（21）に曰く、「校長は」生徒の模範になれの、一校の師表として仰がれなくては行かんの、学問以外に個人の徳化を及ぼさなくては教育者になれないのとむやみに法外な注文をする。そんなえらい人が月給四十円（⇒後註62）で遙々こんな田舎へ来るもんか」。

ちなみに、前註52・大井田編・『教師失格』所収の『中学改良策』（25年12月）は、嘉納との面談以前の作品であるが、奇しくも「教師の改良」の項に曰く、「次に憂うべきは教員道德上の資格なりとすその欠点に二種あり第一には道德高からざる事第二には中学教員として徳義完からざる事なり……教育の大任を負うからには能々ここに注意して自ら率うるに高尚なる徳行を以てし以て衆生の模範たらざるべからず大学の教授及び高等師範学校の教授等は深くここに鑑みて道德高き教員を製出する事に尽力すべし……〔中学の教員に腰掛け的な者やデモシカ的な教師が多いという第二の欠点については23年当時の中学教員の三百円程度の年俸に原因の一端があるのだから〕これが俸給を増加して且つ（囑託方式の非正規でなく）終身官たらしめ安んじて力を教育に尽くさしむるべし」（71以下）。また、前註52・川島・『英語教師』の第二章「漱石の英語教育論」の末尾に曰く、「自ら教師にこの厳しい義務の遂行を求めたがゆえに、教育者の適性が無いと自認していた漱石は、絶えず教職から離れたたいと願ったのであろう。……逆に言えば、それだけ漱石は、次代の若者を育てる教育という職業を真剣かつ真面目に考えていたのである」（122）。

安を胸の底に^{たた}畳んで遂に外国まで渡ったのであります」(『文明論集』110以下、『社会評論集』181以下)。

そういったストレスも影響したのか、27年12月23日から1月7日まで菅虎雄の紹介で鎌倉の臨済宗円覚寺で参禅を体験⁶¹。漱石は1月中旬か下旬に菅の仲介で横浜の英字新聞「ジャパン・メール Japan Mail」の記者への方針転換を試みるも、採用試験で提出した参禅体験についての英文が難解とされて不採用。転進は未遂に終る(⇒前註52・原武・105以下)。以下、松山・熊本・ロンドンの漱石を一瞥する。

6) <④留学前の教師生活>。漱石は、菊池謙二郎からの山口高校(⇒後註63)への招聘に対する28年3月18日付けに曰く、「今般愛媛県尋常中学へ赴任の事と粗決定し十中八九迄は相談も可纏と存候。貴校の方は^{シツレイナガラ}乍失礼御断り申上候」〔巻22-74。松山への幹旋につき、前註3・江藤・『漱石第一

61 21年から参禅していた菅につき前註52・原武・32以下、また、漱石自身の参禅につき同92以下を参照。この経験が『門』十八の一(197)以下の宗助の参禅に反映される。『門』にいう若き釈宜道が就いた老師のモデルが^{モウロン}釋宗演(十八の二、四。199、203)。同三(202)にいう「剽軽な羅漢のような顔をしている気楽そうな」居士(在家のまま禅修業をする者。出家しておれば雲水)を、半藤一利『漱石先生 お久しぶりです』(初出・2003)文春文庫・2007・96以下は禅を世界に広めた鈴木大拙(M3-1966。本名・貞太郎)に比定する。

ちなみに、神戸の臨済宗祥福寺の鬼村元成と富沢敬道という二十代前半の雲水からのT3年のファンレターを機に、禅に関心を持ち続けた漱石と彼等との文通が始まる。T4年4月22日付け富沢宛に曰く、「私は禅坊さんとあまり交際がありません。しかし禅坊さんが好きです」(『書簡』287)。死の一ヶ月前の漱石は、T5年10月に上京して面談と宿を所望する二人を山房に泊めるのみならず、東京や日光の観光を勧めて、毎日5円ずつの小遣いを渡し、妻に帝国劇場での観劇を案内させ、知人に名所見物の便宜を計るように依頼する(巻24-580)。それを回想する富沢瑤堂(M24-1968)「“風呂吹きや頭の丸き影二つ”」は、その折りの「一人の人が真面目な生き方をするということがあれば、世の中がたすかる」という漱石の言葉について(⇒松根東洋城)、「〔禅の言葉で〕^(はたらき)芳躅

部』260以下；前註52・原武・113以下）。漱石やその周辺では「友達の好しみ」によるカネの貸し借りは珍しくなかったようで、気の早い漱石は松山赴任の支度金50円程度の融通をこの書簡で菊池に依頼しその可否を「電報にて御報被下度（若し出来なければ外に奔走せねばならぬ故）」とする。英語教師として赴任すべく高師の職を辞して4月7日に東京を発ち9日に松山着、10日に辞令交付。漱石にとって松山は、まったく見知らぬ土地ではなく、帰省中の子規を訪ねて25年8月10日から26日まで滞在して松山中學にも足を運んだ。月俸は、前任の米国人英語教師の俸給を引き継いで80円とされてきた⁶²。校長の60円を凌ぐ。とは言え、英文学士第二号の突然

62 サイト「三好恭治の熟田津今昔」の「第四十五章 漱石に先行する松山中学校 外国人教師の来歴『伊予史談』364号（平成24年1月号）掲載分より抜粋」によれば、前任者（Cameron Jhonson）の俸給は150円あるいは120円であり、漱石は文学士として80円の評定とのこと（サイト名は、万葉集の額田王「熟田津に船乗りせむと……」にいう道後温泉近くの地名に因むようである）。より一般的には、大野延胤「明治後期における外国教師」学習院女子短期大学紀要20号（1982）12—25を参照。尋常中学校は県立なので、官吏（⇒前註31）に課される製艦費の対象外。当時は給与以外に臨時に支給される「賞与（いわゆるボーナス）」はない（『猫』五（196）にいう「盆暮の配当」は一部の民間の話。賞与の一般化は1947年の労働基準法による）。県立の平教員の給与は月40円（参照：『坊ちゃん』一（16）の巻②-449の注解）。ちなみに、同七（83）によれば「坊ちゃん」の授業負担は週21時間。19年の高等官等俸給令により、明治期の官吏の任命権は究極的には天皇に由来するが、任命について天皇の信任式を経るのが高等官、信任式を天皇の委任により行政の長が代行するのが判任官（下級官吏。「属」と称し十階級制）。高等官の内部序列は、①三権の長や大臣などの親任官、②次官や局長級の勅任官、③課長級以下の奏任官。『坊ちゃん』四（35）にいう県立中学の校長と教頭は吏員であるからのこの序列とは無関係。にもかかわらず、地方勤務の官吏と同等の優遇を受けるという意味での「奏任待遇」。この優遇は、後註63にいう中学校と地元有志との癒着の一証左か。

28年4月11日付け東大書記官の清水彦五郎宛に曰く、「在学中の貸費本月より早速返済可申上筈の処始めて赴任の折色々の都合にて手元不如意につき兩三月間御猶予相願度……」（巻②-75）。5月26日付け子規宛に曰く、「当地にては先生然とせねばならぬ故、衣服住居も八十円の月俸に相当せねばならず小生如き（何の準備もない）丸裸には当分閉口なり」（『往復書簡』145）。6月25日付け清水宛に曰く、「申し出期限も既に経過致候に付ては其中何とか致す心得に有之候

の都落ちの理由については、憶測さまざま(⇒下の一)。『坊ちゃん』一(16)では「四国^{へん}辺の中学校」だが、前註53・「僕の昔」に曰く、「あの『坊ちゃん』にあるぞなもしの訛を使ふ中学の生徒はこゝ〔松山〕の連中だ。僕は『坊ちゃん』見たよなことはやりはしなかつたよ、しかしあの中にかいた温泉なんかはあつたし、赤手拭をさげてあるいたことも事実だ」(237)。ちなみに、『坊ちゃん』七(74)にいう「萩野といって老人夫婦ざりで暮らしているもの」のモデルが松山での二番目の借家の上野という家主。二階建ての離れを借りた漱石はこれを「愚陀仏庵」と呼び(⇒前註21)、28年8月から病後の正岡子規が居候を決め込んだ際には一階を子規に譲って二階に上がる。漱石と子規は、家主の母屋に同居していた当時十二歳の孫娘を可愛がる。彼女が京都大学福岡医科大学(後の九大医学部)教授に嫁いだ後も福岡から年に一度漱石宅を訪ねた久保より江(M17-1941。T4年5月31日付け横地敏子(後註64にいう横地石太郎の娘)宛。巻24-429)。久保の「松山と千駄木(談)」(1936。『追想』351—358)の末尾に、談話の筆者で岐阜出身の森田草平は付記して曰く、「実際、漱石先生が他人の服装、持物などに目を付けられることの素早かったこと〔を指摘するの〕は、一人より江女史ばかりでない、……これは先生が生れつきの都会人であつた処から、自ら制しようにも制し切られなかったものであろう」。たとえば、『三四郎』二の四(30以下)での二人の女の描写、三の十三(65)での「池の女」の描写、『それから』十の四(145)や十四の八(239)での三千代の描写、『門』九の一(101)での坂井の外套や懐中時計の描写。また、(改元直後の)T元年8月2日に汽車の中で見かけた女の帯につい

処忽ち責書を拝受し慚愧の至に不堪仰の通り追々兩三月中より月賦にて御返済可致候」(巻22-81)。月7円50銭の返済を開始したのか(参照:『猫』十一(493))、7月25日付け斎藤阿具宛に曰く、「小生当地に参り候目的は金をためて洋行の旅費を作る所存に有之候処夫所ではなく月給は十五日位にてなくなり申候」(巻22-82)。松山時代につき、真鍋嘉一郎「雨月荘談片(談)」(1937。『追想』301—305)、鶴本丑之介「漱石先生と松山」(1936。『全集月報』243—248)を参照。

て、「白麻に薄い藍で松を染め下に茶色の線で家 薄紅の紅葉。むかしの御殿女中の着物かかいどり〔長い小袖〕にありさうな野暮なものなり。変な好みの復活と思ふ」と日記にするす（巻②0-405）。鷗外『青年』〔⇒後註64〕もまた服装描写に余念がない。

各府県には、小学校教員の養成機関として設置され学資をも府県の課す税金（地方税）で賄う無償の尋常師範学校〔⇒前註54。卒業生に課される尋常小学校での十年間の就業義務につき、後掲『破戒』第11章〕と、地方税と授業料で運営される尋常中学校が併存した。『坊ちゃん』十（116）に曰く、「中学と師範とはどこの県下でも犬と猿の様に仲がわるいそうだ」。巻②-460の注解が引用する、真鍋嘉一郎（M11-1941。松山で松根東洋城と同級。理学療法の実験者で東大教授。漱石の最期を看取る）の回想に曰く、「松山中学の前身伊予中学は教育義会の醸金でありますから⁶³、地方税の厄介になつて居りません。それで師範学校の生徒を目して地方税地方税と嘲つて云つて居りました。処が〔伊予中学が地方税の投入される〕県立中学になつても、従前からの慣習で師範学校の生徒を地方税と罵詈トコロし、事ある毎に中学生と師範学校の生徒が衝突しておりました」。

この環境のなかで暑中休暇の頃あたりまでは松山に落ち着くやに見える。前註62の5月26日付け子規宛に曰く、教員と生徒の折り合いは良いが「当地の人間随分小理屈をいふ処のよし。宿屋下宿皆ノロマのくせに不親切なるが如し」（145）、同じく7月25日付け斎藤宛に曰く、山口高校〔⇒前註63〕の菊池謙二郎から招聘を受けたが「当地の人間に対し左様の不親切は

63 旧制高校の原型たる中等学校は東京・京都の順に設置され19年に高等中学校に改組。そのほかに、旧藩の地元有志が寄付金を原資にして自前の「中等学校」を設置・運営する。まず旧長州藩の山口、次ぎに旧薩摩藩の鹿児島。旧宇和島藩の伊予中学もそのひとつ。それらのうち、19年の改組の際に文部省の管轄下に移して準官立の「高等中学校」としたのが、19年移管の山口（27年に山口高校に改組）。鹿児島はやや複雑な経緯ののち20年移管〔最終的に七高として再出発〕。伊予中学は県の管轄下に移されて県立松山中等学校となる。

出来悪く候へば一先辞退仕候」。そして、10月8日付け菊池謙二郎宛に曰く、「段々田舎び申候結婚の事も漸く落着候……矢張東京より貰ふ」(巻②-84)。11月6日(摺筆)、7日(消印)付け子規宛に曰く、「この頃愛媛県には少々愛想が尽き申候故どこかへ巢を替へんと存候。今までは随分義理と思ひ辛防致し候へどもただいまでは口さへあれば直ぐ動くつもりに御座候。貴君の生れ故郷ながら余り人気(地方一帯の気風)のよき処では御座なく候」(『書簡』51、『往復書簡』167)。『坊ちゃん』七(73)に曰く、「世の中にはどうして、こんな要領を得ない者ばかり揃ってるんだろう」。そして、翌29年4月7日に第五高等学校講師への転任が決定し(仲介者につき、前註52・原武・125以下)、9日に松山での退任式を終える⁶⁴。

64 松山での送別会の締めが句会であったことなどにつき、前註48・近藤・46。「赤シャツ」のモデルとされる横地石太郎(1860-1944:漱石離任時の校長)旧蔵の『坊っちゃん』の手沢本の書き込みをもとに小説と事実の対応関係を探索した、半藤一利『漱石先生ぞな、もし』(初出・1992)文春文庫・1996・10以下を参照。

余談ながら、『猫』一(9)の「主人」の「鼻の下の黒い毛」と重なる漱石の口髭のこと(『浮雲』(上篇。20年)の冒頭にいう各種の髭の描写)。松山の卒業式の集合写真(巻②の口絵。着任の年の四月⇒前註36の本文)の漱石は口髭を蓄えている。各巻の口絵写真を時系列で辿ると、25年12月撮影の巻⑬の口絵まで髭はない。27年3月撮影の巻⑳の口絵では見事に生え揃っており、松山の卒業式での写真では『三四郎』七の四(173)の「原口さん」と同じフランス式(ハの字髭)で、両端を細く長く伸ばしている。察するに、高師の教壇に立つことが決まったので半年ほど髭を蓄えたのではあるまいか。熊本時代の31年6月撮影の巻③の口絵では、両端を上跳到ね上げたドイツ式のカイゼル髭。修善寺大患後の44年4月撮影の巻⑦の口絵では両端を伸ばさない英国式。なお、27年10月に引っ越した尼寺法蔵院(⇒前註41)の尼僧が漱石を占って「早く顎の下へ髭を生やして、地面を買って居宅を御建てなさいと勧めた」とのこと(『思ひ出す事など』二十八)。修善寺大患で寝付いたとき顎髭も伸びてきたが、気持ちが悪かったので床屋を呼んで剃った。「其時地面と居宅の持主になるべき資格を又奇麗に失つて仕舞つた」。漱石の容貌につき、久米正雄「永久の青年——夏目漱石氏——」(1917。『追想』164—165)、松岡譲「漱石先生の顔(抄)」(1929。同166—169)、馬場孤蝶「追想の断片」(1917。同200—210)を参照。

ちなみに、鷗外(1862-1922)は『三四郎』(41年9月から12月の連載)を意識した最初の創作長編連載小説『青年』を『昂』に発表する(43年3月から44年8月。引用は岩波文庫・改版・2017による。⇒後註123)。本作で自らを「鷗村」

松山時代の漱石の作品について言えば、〔前掲11月7日付け子規宛と近接する〕28年11月発行の校友会雑誌『保惠会雑誌』四十七号の「愚見数則」がある(巻⑩-3—9。前註15・『文明論集』285—293；前註52・『教師失格』16—22)。巻⑩-653の注解に曰く、「中学校の生徒むけに書かれた文章ではあるが、まず教育現場の現状批判からはじまり、自らの教育者としての不適格さにおよぶ論述には、まず自明性を崩したところから思考をはじめようとする漱石の、その後に一貫する姿勢がうかがえる」。もっとも、前註63にいう「松山中学」の設立経緯からしても、『坊ちゃん』十一(128以下)での「新聞屋」についての書きぶりからしても、「校友会」は、「地方の有志、県会議員などを後盾とした生徒の団体」とも解される〔山本信博「松山から熊本」(1916。別-85)。⇒前註62〕。そうだとすれば、漱石は生徒を増長させる「後楯」をも意識していることになろう。なお、当時の地方の教育界と地元有志との密な関係につき、島崎藤村(M5-1943。本名・春樹)『破戒』二の一(39年3月。岩波文庫・2002・25)を参照〔39年4月1日日付け高浜虚子宛に曰く、「藤村の『破戒』という小説をかって来ました。今三分の一ほどよみかけた。風変わりで文句などを飾っていない所と真面目で脂粉の気がない所が気に入りました」(『書簡』157)、また、同3日付け森田草平宛に曰く、「『破戒』読了。明治の小説として後世に伝ふべき名篇也。『金色夜叉』の如きは二、三十年の後は忘れられて然るべきものなり。『破戒』は然らず。僕多く小説を読まず。しかし明治の代に小説らしき小説が出たとすれば『破戒』ならんと思う」(同158)。但し、巻⑩-370では、「冗長」という批判も)。

に擬した鷗外は、その七(53)で漱石をモデルとする平田拊石にノルウェーの劇作家「イブセン(1828-1906)」に関する講演をさせ、『三四郎』の小川三四郎を意識して命名された主人公の小泉純一の眼に写った登壇する拊石を、「少し赤み掛かった、たっぷりある八字髭が、油気なしに上向に振じ上げてある。純一は、髭といふものは白くなる前に、四十代で赤み掛かって来る、その頃でなくては、日本人では立派にならないものだと思つた」と描く。

「愚見数則」の冒頭に曰く、「昔しの書生は、^{きゅう}笈^おを負ひて四方に遊歴し、この人ならばと思ふ^{もと}先生の許に落付く。故に先生を敬ふ事、父兄に過ぎたり。先生もまた弟子に対する事、真の子の如し。これでなくては真の教育といふ事は出来ぬなり。今の書生は学校を^{たびや}旅屋の如く思ふ。金を出して暫く逗留するに過ぎず、厭になればすぐ宿を移す。かかる生徒に対する校長は、宿屋の主人の如く、教師は番頭丁稚なり。主人たる校長すら、時にはお客の機嫌を取らねばならず、いはんや番頭丁稚をや。薰陶^{どころ}所か解雇されざるを以て幸福と思ふ位なり。生徒の増長し教員の下落するは当前の事なり」〔『文明論集』286。子安宣邦『思想史家が読む論語「学び」の復権』岩波書店・2010・14に曰く、「江戸時代の学校とは自発的に、志をもって『学ぶ』ものの場であっても、上からの『教育』施設ではなかった」。参照：辻本雅史『江戸の学びと思想家たち』岩波新書・2021）。そして、「余は教育者に適せず、教育家の資格を有せざればなり。その不適當なる男が、糊口の口を求めて、一番得やすきものは、教師の位^ゐ地^ちなり。これ現今の日本に、真の教育家なきを示すと同時に、現今の書生は、^え似^せ非教育家でも御茶を濁して教授し得るといふ、悲しむべき事実を示すものなり。……余の教育場裏より放逐さるときは、日本の教育が隆盛になりし時と思へ」(同287)。

さて、10日に松山を発ち宮島で一泊して海路で下関(⇒後註129)、関門海峡を渡船で渡り途中一泊して13日に熊本着。14日付けの委嘱状では「英語教授」(週24時間)。6月に熊本で挙式した漱石夫婦(⇒前註22)の(所得税を度外視した)当初の可処分所得は、月俸100円から<製艦費10円、貸費返済7円50銭、父への仕送り10円、異母姉への仕送り3円>を差し引いた69円50銭(下女は一人)⁶⁵。着任早々のエピソードとして、笹本二郎

65 借家を五度替えたが(前註52・原武・133以下)、家賃は7円50銭から13円程度。29年9月25日付け子規宛に曰く、「かかる処へ来て十三円の家賃をとられんとは夢にも思はざりし」(『往復書簡』227)。借家の離れに五高の同僚長谷川貞一郎

は「夏目君が自己の責任を重んずることは終始一貫して、屢々感心したことがある」と述べて、短艇部（ボート部）の部長に選ばれた漱石が部員の不祥事について一言も愚痴を言わずに百円近くの尻拭いをして部長を辞めたと伝える⁶⁶。そんななか、『江湖文学』〔4号。30年3月。参照：『野分』

〔M3-?。26年東大史学科卒。28年からT7年まで五高教授）や学生を賄い付きで下宿させ、数字上は家賃を帳消しにする。巻⑭の口絵に家賃7円50銭の三番目の借家〔市外の大江村。皇太子（のちの大正天皇）の傳育係であった落合東郭の留守宅〕での写真。東郭の帰郷のため31年3月下旬に市内に転居するも、7月の狩野亨吉の一高転出によりその借家を五番目として転居。巻⑯の口絵に年次不詳の五高の卒業写真。

吉田美里（生没年不詳。東大法卒。外交官）「夏目先生を憶う」（1917。『追想』69以下）によれば、漱石は正課のほかにボランティアで春夏秋冬を通じて毎朝始業前一時間宛英語の課外講義（参加自由。いわゆる補習授業ではない）をした。「……熊本¹の冬は随分寒い。殊に朝の始業前の七時から八時迄はまだ教室にはストーブもは入って居ない、この寒い室に先生は七時にはきちんと来ておられる。然かも先生の（大江村の）お宅から学校迄は約一里（約4km）もある。早朝には霜柱をざくざくと踏んで来ねばならぬ」。寺田寅彦²の歌「春寒き午前七時の課外講義オセロを読みしその頃」、同「思ひ出るまゝ」（1917。『追想』126。⇒後註104）。熊本時代につき、長谷川貞一郎「熊本時代の漱石と米山天然居士」（1936。別56—59）、木部守一「私の見た漱石先生（談）」（1936。同79—92）、大村喜吉「夏目漱石の熊本時代」英学史研究5号（1972）81—90、岡村一郎「夏目漱石『熊本住いのこと』」同19号（1986）1—14を参照。

- 66 「五高時代の夏目君」（1936。『全集月報』205—209。⇒前註39）。もっとも、高原操（8年-1946。東大哲学科、京大政治学科を経て39年に大阪朝日入社。T9年に主筆兼編集局長。後註130の漱石の関西講演で前座を勤めた）「師匠と前座（談）」に曰く、「明治三十年に初めて五高に短艇部が出来た。……その時の寄附金勧誘状を先生に頼んで書いて貰ったことを憶えています。先生が部長であったか何かは、つい忘れました」（1936。『追想』195）。典拠不明だが、漱石は「第二代の短艇部長」という情報を前提にすれば、高原の「証言」にもかかわらず短艇部創設は漱石赴任以前であり、笹本の「証言」から察するに、漱石の部長就任は着任早々の29年であり、＜日清戦争の戦利品で海軍省が保管に持て余した二艘の大型ボートの下げ渡しを受けるために佐世保に赴いた部員が羽目を外して大宴会で散財して借金を作ったという事件は29年の夏頃に発生し、穴埋めの寄附を高原のいう「寄附金勧誘状」の名目で募ったところ、真相を「漏れ聞」いた漱石が「弁償金」の支払いを引き受けて同僚の菅虎雄がそれを工面したのではあるまいか。前註52・原武・263にいう「日付も宛名もない。ただ百三十円入りの封筒を漱石が受け取ったということだけしかわからない」受取

三(127)掲載の「トリストラム、シャンデー」で学生時代から関心のあったスターンを紹介する〔巻⑬-61—77。⇒後註69〕。そして30年4月23日付け子規宛に曰く、「教師は近頃厭^{イヤ}になりをり候……。去年十月頃教師をやめたいが好分別なきやと〔岳父の〕中根に相談致し候」〔該書簡の所在は不明。参照：赤木格堂(M12-1948)「漱石と子規」(1917。別-9)〕。＜岳父は翻訳官の可能性を探ってくれているが、決まってから職務内容を勘案して自信がないから断ると外務省秘書課長の子規の叔父〔加藤恒忠：1859-1923。のち、衆議院議員、貴族院議員、松山市長〕に迷惑がかかるやも知れないので、自分に勤まる職務かがはっきりするまで話を進めないことにした。⇒後註71＞。曰く、「仙台の(二高)に目下行きたく考なし。仙台は愚^{オロ}か東京の高等学校でも多分は辞する考なり。……当地の校長は是非とも居つてくれねば困ると懇々の依頼なりし故、宜^{よろ}しい貴公がそれほど小生を信じてゐるならば小生も出来るだけの事はすべし、……御校のために尽力すべしと明言したり。……／小生の目的御尋ね故御明答申上たけれど実は当人自らがいはゆるわが身でわが身がわからない故、……単に希望

証書(同書の口絵)の素性についての私の憶測である。短艇部創設や不祥事などに関する史料の探索が先決であるが、当方の手に余る。

ちなみに、『不勉強』に曰く、「不勉強位であつたから、どちらかと云へば運動〔体操や散歩や今風で言えばスポーツ〕は比較的好きの方であつたが、その運動も身体が虚弱であつたため、規則正しい運動を努めて行つたといふのではない。唯遊んだといふ方に過ぎないが、端艇競漕などは先づ好んで行つた方であらう」(322以下)。前註42・大田・「予備門時代」22に曰く、「短艇も漕ぎました。その時分いろんな色の帽子を造つて被ることが流行つたもんだから、吾々の仲間でも黒い帽子を被ることにして、Black Clubと名づけました」。22年に二人の兄を肺結核で相次いで亡くした漱石は(⇒前註44)、25年の「中学改良策」で、「必要なる体操の科なきは甚だ惜むべしとす……毫も健康に注意せざりし為め大に肺病患者の数を増加せしめた」として、「体操」を正課とすることを提案する(前註52・大井田・53)。27年3月に極初期の肺病と診断され体力の回復を奨められた漱石は、大学の弓道サークルに入って熱心に稽古に励む〔5月21日付け菊池謙二郎宛、巻②-67。参照：『猫』一(12)の苦沙弥先生の趣味；前註61・半藤・14。⇒後註124〕

を臚列するならば教師をやめて単に文学的の生活を送りたきなり。……
 月々五、六十〔円〕の収入あれば今にも東京へ歸りて勝手な風流を仕る覚
 悟なれど、……衣食だけは少々堪忍辛防して何かの種を探し（但し教師を
 除く）、その余暇を以て自由な書を読み自由な事を言ひ自由な事を書かん
 事を希望致候」（『書簡』57以下、『往復書簡』270）。

これに先立って、漱石は29年10月発行の校友会雑誌『龍南会雑誌』
 四十九号に「人生」と題する論考を寄せる（巻⑩-10—15。前註15・『文明
 論集』295—302）。西洋の作家十一名を引くその大意は以下のようである。
 事物〔出来事〕と心は表裏一体であるから、「事物の変遷推移」を「人生」
 と呼ぶ。「小説」は「錯雑なる人生の一側面を写すもの」である。小説には、
 「境遇を叙するもの」、「品性を写すもの」、「心理上の解剖を試むるもの」、「直
 覚的に人世を観破するもの」がある。しかし、「人生」にはこれら四者を
 超える「一種不可思議のもの」がある。それは、「因果の大法を蔑ろにし、
 自己の意思を離れ、卒然として起り、幕地に来るものをいふ」。世人はこ
 れを「狂気」と呼ぶが、何ら特別のことではなくて、人は誰でも何時でも
 「狂気し得る資格を有する動物」である。「三陸の海嘯濃尾の地震」を「天
 災」と呼ぶが、「天災とは人意の如何ともすべからざるもの」である。人
 間の行為は意思や良心に支配されているように言われるが、「盲動的動作」
 は決して「人意」によるものではない。西洋人のいう「インスピレーション
 」（『猫』ハ（294）。談話「人工的感興」（39年。『新潮』5巻4号。巻⑤
 -190—196））とは人意か將た天意か。突然に「臆病風」に吹かれること
 もある。「大丈夫」が突然に「卑怯」者になった後で急に「猛烈の勢」を
 示すこともある。「皆これ自ら解釈せんと欲して能はざるの現象なり。い
 わんや他人をや。二点を求め得てこれを通過する直線の方角を知るとは幾
 何学上の事、吾人の行為は二点を知り三点を知り、重ねて百点に至るとも、
 人生の方角を定むるに足らず。人生は一個の理窟に纏め得るものにあらざ
 して、小説は一個の理窟を暗示するに過ぎざる以上は、サイン、コサイン
 （龍法 '24）57-3, 158（626）

を使用して三角形の高さを測ると一般なり。吾人の心中には底〔辺〕なき三角形あり、二辺並行せる三角形あるを奈何せん。……不測の変外界に起り、思ひがけぬ心は心の底より出で来る、容赦なくかつ乱暴に出で来る。……剣呑なる哉〔あやういことだ〕⁶⁷。

30年6月29日に実父直克が逝く。学年末試験を控えていた漱石は夏休みを待って弔問のために妻と共に上京し、7月9日から妻の実家(内幸町の貴族院官舎の中根宅)に滞在する⁶⁸。翌31年11月9日に五高評議員、33年4月24日に教頭心得、6月12日に英国留学命令。この時期に四篇の評論を

67 「三陸の海嘯濃尾の地震」について。24年10月28日の岐阜と愛知を中心とする大地震では死者7273人。29年6月15日に三陸海岸を襲った大津波では死者2万7122人。29年7月28日付けドイツ在の大塚保治宛に曰く、「〔三陸地方の大津波につき〕義捐金徴集の廻状がくるや否や月俸百分の三を差出して微哀をあらはした……是は職員全体共に大金致したる事故別段小生の名誉にもなるまじかと心痛致居候」(巻22-105)。漱石が幾何学の比喻を用いるのは、江東義塾で幾何学を英語で教えたことの名残か(⇒本稿の5。参照:『猫』三(98)の「首縊りの力学」)。また、『猫』一(16)で「吾輩」は、大きな黒猫に遭遇して「挨拶をしないと剣呑だと思ったから『吾輩は猫である。名前はまだない』と……冷然と答えた」。「剣呑」は漱石の常套句。

68 39年12月22日付け小宮豊隆宛に曰く、「おとっさんを持つより厄介な事はない。僕はおやじで散々手こずった。不思議な事はおやじが死んでも悲しくも何ともない。旧幕時代なら親不孝の罪を以て火あぶりにでもなる倅だね」(『書簡』189)。とは言え、前註22・松岡『思ひ出』40によれば、「一体夏目は生家のものに対しては、まづ情愛がないと申してもよかつたでせう。有るものは輕蔑と反感位のもので、勿論義理固い人ですから、義理を欠くやうなことはなかった」。しかし、トラホーム罹患での配慮(⇒本稿冒頭)からすれば、実父はそれなりに漱石に愛情を注いだのでは、と思いたくなる。北海道への「送籍」(⇒前註49)もその一例とも言えそうだが、前註64・半藤・146や後註92本文・半藤・107によれば、「送籍」を配慮したのは兄直矩(⇒前註44)とされる。

ちなみに、妻鏡子は、この長旅が祟って実家で流産し、父の縁故で借りた大木喬任伯爵(1832-M32:枢密院議長などを歴任)の鎌倉の別荘で静養して、10月25日頃に熊本に戻る。漱石は、鎌倉と子規による根岸庵での句会とをたびたび往復し、9月8日に東京を発つ(前註52・原武・152以下が東京滞在中の日々を簡潔に伝える「狩野亨吉日記」を引用する)。9月11日付け子規宛に曰く、「小生海陸無事昨十日午後到着致候途上秋雨にて困却す当地残暑劇し／今日ぞ知る秋をしきりに降りしきる」(巻22-134;『往復書簡』284)。

『ホトトギス』（10月に発行地を松山から東京に移す。主宰は子規、発行人は高浜虚子）に発表する。四篇とは、「不言之言」（31年11月。署名は糸瓜先生）、「不言之言（続）」（12月。両篇が巻⑩-16—22）、「英国の文人と新聞雑誌」（32年4月。⑬-78—89）、「小説『エイルモン』の批評」（32年8月。⑬-90—108）⁶⁹。それらに登場する洋書と漱石文庫の蔵書目録を対照すれば、

69 まず、前述の30年の「トリストラム、シャンデー」は、スターン〔Laurence Sterne：1713-68。聖職者。漱石文庫は1858年版と1891(M24)年版を所蔵（巻②⑦-61）。朱牟田夏雄訳・岩波文庫・三巻本・1969〕の小説The Life and Opinions of Tristram Shandy, Gentleman(1759-67)の本邦初の詳細な紹介。冒頭に曰く、「最も坊主らしからざる人物にて、最も坊主らしからぬ小説を著はし、其小説の御陰にて、百五十年後の今日に至るまで、文壇の一隅に余命を保ち……たるは、作家『スターン』の為に祝すべく、僧『スターン』の為に悲しむべきの運命なり」（巻⑬-61）。また曰く、「単に主人公なきのみならず、又結構なし、無始無終なり、尾か頭か心元なき事海鼠の如し」（同63）。はたして、『吾輩ハ猫デアル』（上篇・38年9月）の自序の末尾に曰く、「此書〔『猫』〕は趣向もなく、構造もなく、尾頭の心元なき海鼠の様な文章である……」（巻⑩-29）。参照：飯島武久『『吾輩は猫である』と『トリストラム・シャンディ』〕山形大学紀要人文科学編9巻1号（1978）193—243。

つぎに、「不言之言」と「不言之言（続）」は、素朴な東西比較文学の論考。曰く、「俳句に禅味あり。西詩に耶蘇味あり。故に俳句は淡泊なり。洒落なり。時に出世間的なり。西詩は濃厚なり何処迄も人情を離れず」（巻⑩-29。『草枕』の一（13以下）に繋がるであろう見方）。また、「〔フランスの動物叙事詩〕『レナード』（主人公の）狐は猿蟹合戦と好一對ならずとせんや」とか「日本にて瓜二つとあるべき処に西洋にては豆二つといふぞ面白き」といったく此には彼が対応する>式の対比の紹介。そして、「英国の文人と新聞雑誌」について巻⑬-607の注解に曰く、「注目される点は、ジャーナリズムがイギリス文学の発展に貢献しただけでなく、『スペクテイター』（The Spectator：1711年3月1日から1712年12月6日までの日刊誌。巻⑩-183）の例に見られるように、ジャーナリズム自体が文学であったという事実である」。後年の朝日新聞での文芸欄の創設のルーツかも知れない（⇒下の二）。最後の論考にいう『エイルウィン（Aylwin）』は、文芸批評誌The Athenaeum(1828-1921。⇒後註103)に寄稿していた批評家Walter Theodore Watts-Dunton(1832-1914)による1898(M31)年のベストセラー（⇒戸川秋骨）。漱石は出版後ほどなく注文し届いた十三版を翌年8月に論評した〔漱石文庫所蔵の1899(M32)年版（巻②⑦-67）は472頁〕。巻⑬-103は、理と情が合致しているのは聖人であって凡夫では一方が他方に遅れるとしたうえで、曰く、「人の言語動作は、己の知り得たる理に基かずして、己の養ひ得たる情に

前註22・松岡『思ひ出』29にいう「〔可処分所得70円のうち〕大概の月に二十円位づつ本を買っておりました」も強ち誇張ではあるまい。

7) <⑤ロンドン留学時代>。29年7月28日付け在ドイツの大塚保治宛に曰く、「小生は東京を出てより松山松山より熊本と漸々西の方へ左遷致す事に被存候へば向後は琉球か台湾へでも参る事かと我ながら可笑しく存居候……^{ゾンジラレ}。京都大学は愈^{イヨイヨ}設立のよしにて過日来続々官費留学生派遣に相成候」(巻22-105)。その四年後の33年4月、国語学者で文科大学教授と文部省の局長を兼任していた上田万年(1867-1937)の発案により、高等学校長が推薦し文部省が認めた高校教授を官費で留学させる制度が発足⁷⁰。6月に漱石に現職のまま満二年の期限で留学の命が下る。『文学論』の「序」に曰く、(前註62の松山時代とは異なり)「当時余は特に洋行の希望を抱かず、かつ他に余よりも適当なる人あるべきを信じたれば、一応その旨を時の校長及び教頭に申し出でたり。校長及び教頭はいふ、他に適当の人あるや否やは足下の議論すべき所にあらず、……足下にして異義あらば格別、左もなくば命の如くせらるるを穩当とすと。余……^{そつか}固より他に固辞すべき理由あるなきを以て、承諾の旨を答へて退けり」(『文学論』上・13)。また、「余の命令せられたる研究の題目は英語にして英文学にあらず。余はこの点について範囲及び細目を知る必要ありしを以て時の専門学務局長上田万年氏を文部省に訪ふて委細^{ただ}を質したり⁷¹。上田氏の答へには、別段窮屈な

基くものである。日清戦争の当時如何に御札御守の類が流行したかを知れば、如何に吾人の感情が幼稚にして、又勢力あるかを知るに足るだらう」。

70 日清戦争の賠償金(⇒中の二の10)を原資として、京都大学が設立され、また、平価を半分に切り下げる貨幣法(30年)によって実質的に金本位制に復帰しわが国の金融市場は国際金融市場に結合される(前註59・岡『明治政治史』上・139註2)。後者が開設に向けての留学生の大量の派遣やこの留学制度と関係するののかについては手に余る。前註4・江藤の講演も要領を得ないようである。

71 わざわざ上京して上田と面会したのは、リスク回避を求めるゆえか。その折りに漱石と会った藤代素人の「夏目君の片鱗」に曰く、「君が斯う云う際に内にも省みて深く慮る所があるのは、流石だと感じた」(1928。『追想』52)。藤代はこの制度により漱石と同じ船で渡欧した。

る束縛を置くの必要を認めず、ただ帰朝後高等学校もしくは大学にて教授すべき課目を専修せられたき希望なりとありたり。ここにおいて命令せられたる題目に英語とあるは、多少自家の意見にて変更し得るの余地ある事を認め得たり」(同・13以下。傍点は原文)。慌ただしいことに、7月中旬には留学準備のため熊本を引き払って妻子とともに上京。9月8日に横浜を単身で出航し10月28日^{ロンドン}倫敦着⁷²。俸給に代わる学費は目的地によって異なる⁷³。五回に及ぶ転居などのロンドン生活は『日記』5—78などに譲り⁷⁴、以下では、方針転換や転職願望に関わる幾つかの書簡を紹介する。

72 ハバロフスクからモスクワまでのシベリア鉄道全面開通(1916年)前の時代、漱石の日記によれば旅程は、9月8日横浜発、10月13日スエズ運河通過、10月21日ジェノヴァ経由でパリ着、パリで遊んだのち(英仏海峡トンネルのない時代)10月28日朝10時パリ発・夕7時ロンドン着(『日記』6—20。前註71・藤代・『追想』52—57)。船内での日記は巻⑨の口絵。巻⑨-421に航海路の地図と旅程。留学期間二年間は、ロンドン到着の翌日から起算して35年10月28日まで(巻②⑥-276)。

73 英国留学生は月150円。岡倉由三郎^し「朋に異邦に遇ふ」(1936年。別-122—128)によれば、月手当て〔俸給でないため時限勅法の延長による前述の製艦費の適用除外〕は当時のレート(1円=2シリング、10円=20シリング=1ポンド)で換算して150円=300シリング=15ポンド。平均的な賄い(朝夕二食)付き下宿の払い週30シリングを差し引いて残る180シリング(一日6シリング=72ペンス)程度は、「物価は大方やすかったにしろ、誠に遣ひでの無いもので……。好きな芝居も、ろくろく見物できないみじめさであった」(125。「英国留学ノート」)(⇒後注80。巻②①-224)に芝居通の岡倉の見解が見える。33年12月26日付け鏡子宛に曰く、「金のなきには閉口致候。日本の五十銭は当地にて殆んど十銭か二十銭位の資格に候。十円の金は二、三回まばたきすると烟になり申候。……なるべく衣食を節して書物だけでも買へるだけ買はんと存候故非常にくるしく候」(『書簡』71)。『道草』五十九にいう昼食を節約してサンドウィッチあるいはビスケットで済ます健三は、33年11月20日の日記に「Biscuitを買い昼飯の代りとなさんと試む。一カン80銭(約1.9シリング)なり」と記した漱石と重なる(『日記』23)。留守家族の家計については後述。参照：長尾半平「(談話)ロンドン時代の夏目さん」(1928。『追想』60—62)。

74 漱石のロンドン日記は34年11月13日で中断する。巻⑨-426以下に当時の案内地図による「ロンドン漱石関係略図」。漱石の日記を図版などの豊富な情報で肉付けした、出口保夫／アンドリュウ・ワット『漱石のロンドン』(初出・1985年。中公文庫・1995年)を参照。但し、同241は1ペンス=4銭とする。

34年 2月9日付け狩野亨吉、大塚保治、山川信次郎、菅虎雄宛の末尾に曰く、「もうひとつ狩野君と山川君と菅君に御願ひ申す。僕はもう熊本へ帰るのは御免蒙りたい。帰ったら第一〔高等学校〕で使ってくれないかね。未来の事は分らないが物が順にはこぶと見て僕も死なず狩野君も校長をしているとしたところで如何ですか。御安くまけて置きますよ」(『書簡』91、『日記』35)。また、4月9日、20日、26日付けの長文の子規宛(『往復書簡』375—410、『日記』53)でロンドン事情を伝える⁷⁵。ところが、6月19日付け藤代禎輔〔素人〕宛に曰く、「僕はね、留学生になって何にも所得はない。少しは進歩した事があるかと思って考えて見ても心が許さんから仕方がない。自惚るより少しはよいかも知れぬ。／第一高等学校で僕を使ってくれないかと狩野へ手紙を出した。返事が来ない。熊本はもう御免蒙りたい。／近頃は英学者なんてものになるのは馬鹿らしいような感じがする。何か人のためや国のために出来そうなものだとボンヤリ考えている。こんな人間は外に沢山あるだろう」(『書簡』94)。波線を付した心境の変化の背景には、第四の方針転換がある。その火付け役が、ドイツからの帰国の途次に5月5日から6月26日まで漱石のもとで起居を共にした池田菊苗(『日記』59—67)。前註37・「時機」に曰く、「池田君は理学者だけれども偉い哲学者であつたには驚ろいた⁷⁶。大分議論をやつて大分やら

75 子規がこの書簡を一部省略のうえ『ホトトギス』(5月、6月)に発表したのが「倫敦消息」(巻⑫-3—31、その抄録として前註15・『文明論集』277—284。文集『色鳥』(T4)に収録された全面改稿版は巻⑫-33—56)。ちなみに、後述の35年10月頃の「漱石発狂事件」に先立つ9月頃、下宿の女主人の「命令的な申し渡し」により同宿の犬塚武夫(⇒小宮豊隆)を「監督兼教師」として漱石は自転車の練習を始める。それを滑稽な話に仕立てて帰国後に『ホトトギス』(36年6月)に発表したのが、「自転車日記」(巻⑫-57—70)。不評だったこれを、前註14・小宮『芸術』1以下は『猫』に通じる斬新な試みとする。

76 池田は東京に引き取った弟との生活費を捻出するために大学在学中から英語や哲学の教師のほかさまざまな分野の翻訳を手掛けた。大学院在学中は青山学院で英語を教えるほか、國學院では都合で出講できなくなった坪内逍遙の後任としてシェイクスピアを講じた。参照：渡部英雄「池田菊苗の業績」英学史研

れた事を今に記憶してゐる。倫敦で池田君に逢つたのは自分には大変な利益であつた。御陰で幽霊の様な文学をやめて、もつと組織だつたどつしりした研究をやらうと思ひ始めた。それから其方針で少しやつて、全部の計画は日本でやり上げる積で西洋から歸つて来ると、大学に教へてはどうかといふことだつたので、そんならさうしやうと言つて大学に出ることになった。(是も今云つた自分の研究にはならないから最初は断つたのである。) (282)。前掲の藤代禎輔宛に曰く、「目下は池田菊苗氏と同宿だ。同氏は頗る博学な色々の事に興味を有している人だ。かつ頗る見識のある立派な品性を有している人物だ。しかし終始話ばかりして勉強をしないからいけない。近い内に同氏は宿を替る」(『書簡』94)。

この一件以降、漱石のテンションは次第に高揚する。9月12日付け寺田寅彦宛に曰く、「学問をやるならコスモポリタンのものに限り候。英文学なんかはえん様の下の力持、日本へ歸っても英吉利イギリスにおつてもあたまの上がる瀬はこれなく無之候。小生のようなちょっと生意気になりたがるものを見せしめにはよき修業に候」(『書簡』95)⁷⁷。また、妻の実弟を念頭におきながらも自分を鼓舞するかのような35年 3月10日付け鏡子宛〔『書簡』104。⇒下の一〕に次いで、3月15日付け岳父中根重一宛では、1月30日に調印された日英同盟を日本人が喜ぶのを「貧人が富豪と縁組を取結びたる喜しさの余り鐘太鼓を叩きて村中かけ廻る様なものにも候はん」と評し⁷⁸、「カールマル

究1号(1969)87—94。

77 続けて曰く、「(帰国した池田菊苗は)僕の友人の中で尊敬すべき人の一人と思う。君の事をよく話して置たから暇があつたら是非訪問して話をし給へ。君の専門上その他に大に利益がある事と信ずる。／僕も歸って熊本へは行きたくない。なるべく東京におりたい。しかし東京に口があるかないか分らず、その上熊本へは義理があるから頗る閉口さ」(『書簡』96)。

78 極東におけるロシアの南下に脅威を感じていた日本とイギリスが締結した同盟。どの国とも同盟を結ぶことなく「光榮なる孤立」を誇つてきたイギリスが初めて締結した同盟であるため、日本の国際的地位の向上の証しとして国内が沸いた。『虞美人草』十六の三(306)で宗近は、「日英同盟だつて、何もあんなに賞めるにも当らない訳だ。弥次馬共が英国へ行つた事もない癖に、旗許押し(ばか)

クスの所論の如きは単に純粹の理屈としても欠点有之べきとは存候へども今日の世界にこの説出づるは当然の事と存候⁷⁹。小生は固より政治経済の事に暗く候へども一寸^{ちよっと}気焰が吐きたくなり候」と述べ、数年を要する著作のための読書とノート作り⁸⁰に昨年八、九月から没頭していると伝える。

立てゝ、丸で日本が無くなった様じやありませんか」と言う。また、『三四郎』六の九(152)では、大学の陸上運動会の会場入り口にあった日英の国旗について、「日の丸は合点が行くが、英吉利の国旗は何のためだか解らない。三四郎は日英同盟のせいかとも考えた。けれども日英同盟と大学の陸上運動会とはどういう関係があるか、噺と見当が付かなかった」。

79 漱石文庫の和・洋全通し番号(2446)の1105としてMarx, Capital, 1902(Das Kapitalの最初の二巻本の英訳)がある〔ドイツ語版の刊行は第一部・1867年、第二部・1885年、第三部・1894年〕。藤尾健剛「漱石とクロージャとマルクス」によれば、「書き込みやアンダー・ラインなどは全く認められない。……関係文献からの間接的知識よと考へた方が自然であるように思われる」(月報一次・⑩-10-6-9)。Crozier(1849-1921)は、『三四郎』四の十三(98)にいう広田先生の蔵書の著者であり、次註の「ノート」に多く引用される。

80 いわゆる「英国留学時代のノート」は、漱石が東大で36年9月から38年6月まで六学期(丸二年)に亘って科目名称「英文学概説」で行った「文学内容論」に材料を提供した。講義の筆記録から中川芳太郎が起こした草稿に漱石が徹底的に加筆して刊行したのが『文学論』(加筆の一例として巻⑭の口絵)。村岡勇『漱石資料——文学論ノート』岩波書店・1976は、このノートと他のノートを主題にそくして混配する。これに対して『新版全集』は、この混配を抜本的に再編する(1997。巻⑫-708)。『新版全集』第一次刊行版の『文学論』(巻⑭、1995)の第二次刊行版(2003)は、巻⑫所収の新資料などにもとづいて注解にかなりの改変を施した『改訂版』となる。後者を底本とするのが岩波文庫版(2007)(⇒前注23)。参照：野間真綱「文学論前後」(1928。別-162—164)；松浦一「『文学論』の頃」(1917。別-165—169)；服部徹也『はじまりの漱石——「文学論」と初期創作の生成』新曜社・2019；小倉脩三『漱石の文学理論』翰林書房・2019。

ちなみに、『私の個人主義』に曰く、「(帰国後の)私は(ロンドンで)私の企てた事業を半途で中止してしまいました。私の著わした『文学論』はその記念というよりもむしろ失敗の亡骸です。しかも畸形児の亡骸です。あるいは立派に建設されないうちに地震で倒された未成市街の廃墟のようなものです」(前註15・『文明論集』116、『社会評論集』187)。その序に曰く、「余の文学論は……重に心理学社会学の方面より根本的に文学の活動力を論ずるが主意なれば、学生諸子に向て講すべきほど体を具せず。のみならず、文学の講義としては余りに理路に傾き過ぎて、純文学の区域を離れたるの感あり」(上・22)。

曰く、『世界を如何に観るべきやと云ふ論より始め、それより人生を如何に解釈すべきやの問題に移り、それより人生の意義目的及び其活力の変化を論じ、次に開化の如何なる者なるやを論じ開化を構造する諸原素を解剖しその聯合して発展する方向よりして文芸の開化に及す影響^{およぼ}及其何物なるかを論ず』る積りに候」(『書簡』107以下)⁸¹。

帰国を12月に控えた35年9月12日付け鏡子宛に曰く、「近来何となく鬱陶^{うっとうしく}歎書見も碌々出来ず心外に候生を天地の間に享けて此一生をなす事もなく送り候様の脳になりはせぬかと自ら疑懼致居候」(巻22-263)。そして藤代素人によれば、帰国の一ヶ月ほど前に、『夏目ヲ保護シテ帰朝^{および}セラルベシ』と云う電命が僕に伝えられた。これは君の精神に異状があると云うことが大袈裟に当局者の耳に響いた為めである⁸³。それだけでなく僕は

81 同じ書簡で曰く、「但欲^{ただ}しきは時と金に御座候。日本へ歸りて語学教師などに追つかはれ候ては思索の暇も読書のひまも無之かと心配致候。時々金^お金を十万円拾つて図書館を立て其中で著書をする夢を見る」(108)。また、この書簡と連続する35年3月18日付けの鏡子宛に曰く、「近頃は著述をしようと思って大に奮発している。己の著書だからどうせ売れるようなものではない。また出来上るとも保証出来ん。先々ゆっくりかまえてやる。著書なんかやろうと思うと金が欲しくなる。教師なんかはいやになる」(『書簡』109)。ちなみに、ロンドン到着早々の33年12月26日付け子規宛に曰く、「買ったきものは書籍なれどほしきものは大概三、四十円以上にて手がつけ兼候」(『往復書簡』369)。

82 明治時代には欧米に旅行・留学することを「洋行」、官費による洋行者の帰国を「帰朝」という。帰朝者が下船する港の地元紙はその名簿を掲載した。もっとも、大実業家の子息で米・仏に五年間ほど私費で遊んだ永井荷風(M12-1959)の『新帰朝者日記』(M42)のように、洋行一般からの帰国を「帰朝」とする例もある。参照：秋庭太郎『考証永井荷風(上)』岩波現代文庫・2010・118。

83 真相は定かではない(⇒前註14・小宮・中・129—133)。たとえば、前註73・岡倉・127に曰く、「これは、察するに、夏目君に極めて接近してゐた某氏が、文人にはありがちのハルウシネーション(hallucination: 幻覚症状)の気味を、夏目君のうへに認めて、こは一大事とばかり、精神に異状あるものごとく、大陸の旅先から〔内信を發した〕」。『中央公論』(1928年2月号)に掲載された土井晩翠「漱石さんのロンドンにおけるエピソード(夏目夫人にまゐらす)」(別・129—136)は、明示はしないが、『改造』に連載中の鏡子の口述が同年1月号で<打電の張本人を土井と特定した>ことに対する全否定の反論である(前註22・松岡

無論同船して帰朝するつもりで、その前に君と打合せを仕て置いた」(前註71・『追想』58)。<そこで藤代がベルリンからロンドンに駆けつけたところ、漱石は申し込んでいた便をキャンセル済み。理由は荷造りが間に合わないということ。荷造りは人に任せて先に乗船することを勧めるも応じない>。「成る程君の部屋には留学生としてはよくもこんなに買集めたと思う程書籍が多い。これを見捨てて他人に後始末を任せると云うことは僕にしても出来相もない。それに今日一日見た様子では別段心配する程の事もないらしい」(同59)。ということで、漱石は藤代より二便遅れの12月5日⁸⁴の便で36年1月22日に神戸に帰着し⁸⁵、岳父と妻が静岡の國府津駅で出迎える(丹那トンネル開通(1934年)前は、箱根山を越えるための補助機関車を上りは沼津駅で連結して國府津駅で切り離れた(下りはその逆)。修善寺へは沼津から南下。参照：前註64の鷗外『青年』二十二の舞台設定。あるいは、『行人』(塵勞)三十の旅程)。

8) <帰朝後の漱石の借家三題>。漱石留学中に妻の実家の離れに身を寄せた留守家族には年300円が月25円ずつ分割支給されたが、〔26年から6年間の時限勅法のはずの〕製艦費2円50銭を差し引かれて22円50銭。しかも、

『思ひ出』96以下は『改造』掲載版を何の注記もなしに跡形も無く改変する)。この一件もあって漱石は、「神経衰弱」(⇒後註86)と評され、『道草』の健三と重ねて論じられてきた。

84 子規の9月19日の逝去を11月下旬に虚子の手紙で知った漱石は、春頃には子規が安楽死を望んでいたことを知ってか知らずか、出国間際の12月1日付け虚子宛に曰く、「小生出発の当時より生きて面会致す事は到底叶ひ申まじくと存候。これは双方とも同じやうな心持にて別れ候事故今更驚きは不致、ただただ気の毒と申より外なく候。但しかかる病苦になやみ候よりも早く往生致す方あるいは本人の幸福かと存候」(『書簡』114、『往復書簡』420)。

85 前註3・江藤『漱石(第二部)』224は、後述の「英国留学始末書」には言及することなく、次のように述べる。すなわち、「金之助を乗せた博多丸は、当初の予定では明治三十六年(1903)一月二十一日に神戸に帰港するはずであったが、途中で丸二日遅れて十六日に香港を出航し、二十日朝にいたってようやく長崎に到着した。同船は二十二日正午に長崎港をあとにし、同日夜神戸和田岬沖にいたった。乗客が検疫を済ませて上陸したのは翌二十三日である」。

34年1月に恒子が生れ岳父は株で失敗し〔⇒後註87・中根・509〕、一族の家計に余裕はなかった。漱石が36年1月24日に旅装を解いた実家の模様は、前註22・松岡『思ひ出』104の記述からしても、『道草』五十八と五十九の光景に近いようである。ともあれ、漱石は26日に文部大臣宛で「三十六年一月二十日長崎港着同二十一日熊本着」と記した虚偽の「英国留学始末書」（巻②⑥-276）を提出。ちなみに、前註52・原武・240は、帰国早々の『道草』の健三（=漱石）にカネを工面する「旧い友達」を一高教授の菅と推測する。漱石は、2月3日（大雪の日）、14日、3月6日、9日、28日に文科大学長の井上哲次郎宅を訪問する〔⇒後註99・関口・43〕。2月末頃までには一高教授（年俸700円）と東大講師兼任（年俸800円）の見通しがついたらしく借家を探して3月3日に引っ越す。他方、五高辞任について。3月8日付け五高の奥太一郎宛に曰く、「帰朝後身の事に関しては矢張熊本^{ママ}向へ下向の筈の処色々事情有之^{ママ}当地にとゞまる事と相成候……」（巻②②-270）。3月9日付け一高の菅虎雄宛に曰く、「小生熊本の^{イヨイヨ}方愈辞職と事きまり候〔？〕に就ては医師の^総診断書入用との事に有之候へども知人中に医師の知己無之大兄より^{クレ}呉秀三君に小生が神経衰弱なる旨の^{ママ}診断書⁸⁶を書いて呉る様依頼して被下間舗候や小生は一度倫敦にて面会致候事あれど君程懇意ならず^{ちよつと}鳥渡ちかにたのみにくし」（②②-271。呉と菅の関係につき前註56）。ちな

86 神経衰弱は明治中期から大正期にかけての流行語の一つで「文明」の進化の副産物と解されていた（巻⑩-324）。『広辞苑』によれば、「神経が過敏となり、思考障害・集中困難があつていららし、仕事の能率が上がらず、疲労・脱力感・不眠・頭痛・頭重・肩こり・眼精疲労などを訴えるが、他覚的所見にとぼしい」。そのような症状をもつ神経症をGeorge Miller Beard(1839-83)が1869年に“neurasthenia”と命名した。当初の訳語は「神経症」、次いで「神経衰弱」、戦後は「ノイローゼ」（前註7・槌田・278）。『猫』十一（39年8月。487）で迷亭に「死ぬのを苦にするようになったのは神経衰弱という病気が発明されてから以後の事」と言わせた漱石は、前註59・断片32Dで、「Self-consciousnessの結果は神経衰弱を生ず。神経衰弱は二十世紀の共有病なり」と記して、イギリス人が最も早く罹患し、高慢な国民性や刺激に走る文学を産んだとする。なお、3月31日付けで五高を依願免官となる漱石が提出したとされる診断書は所在不明。

みに、『文学論』の序は、神経衰弱と狂気を逆手にとって曰く、「英国人は余を目して神経衰弱といへり。ある日本人は書を本国に致して余を狂気なりといへる由。賢明なる人々の言ふ所には偽りなかるべし。ただ不敏にして、これらの人々に対して感謝の意を表する能はざるを遺憾とするのみ。／帰朝後の余も依然として神経衰弱にして兼^{けん}狂人のよしなり。親戚のものすら、これを是認するに似たり。親戚のものすら、これを是認する以上は本人たる余の弁解を費やす余地なきを知る。ただ神経衰弱にして狂人なるがため、〔帰朝後の作品を〕公けにするを得たりと思へば、余はこの神経衰弱と狂気とに対して深く感謝の意を表するの至当なるを信ず。……〔今後作品の出版を希望するので〕余は長しへにこの神経衰弱と狂気の余を見棄てざるを祈念す」〔『文学論』上・26。『猫』ハ(295)にいう「臨時の気違」がもたらす「インスピレーション」を参照〕⁸⁷。

以下、先取りの帰朝後の東京での三つの借家を一瞥しておく。ちなみに、借家はいずれも和風。ケーベル宅での食事の答礼につき、44年7月11

87 後日談となるが、漱石が帰国後の講義負担などで精神に変調を来したと受け取った妻は、36年7月に人を介して呉秀三に診察を依頼する。前註22・松岡『思ひ出』5に曰く、「呉さんから診て貰ひましたところ〔但し、漱石が呉の問診に応じたのかは疑問〕、それは〔誰かに尾行されたり監視されたりしているという強迫観念に苛まれる〕追跡狂といふ精神病の一種だらうと申して居られました」。漱石は尾行や監視のプロを「探偵」と呼び、『猫』四(132)で「凡そ世の中に何が賤しい家業だと云つて探偵と高利貸程下等な職はないと思つて居る」と猫に語らせ、「探偵」を使う金田君を随所で話題にする。

これに対して、前註14・小宮・中・174は、「鏡子が漱石を精神病者であると信じていたことには、疑いがない。しかし……呉秀三の診断にもかかわらず、こういうのを精神病者と見做していかどうかについて、私は深刻な疑いを持っている」として、この診断の妥当性をさまざまに難じる。妻以外の身内による証言として、松岡筆子(長女:M32-1981)「夏目漱石の『猫』の娘」(1966。別-516—534); 夏目純一(長男:M40-1999)「父の周辺(抄)」(1970。『追想』384—392); 夏目伸六(次男:M41-1975)「父夏目漱石」(1956。別-535—547); 中根倫(妻鏡子^{ミタシ}の実弟)「義兄としての漱石」(1936。別-506—511)。他方、精神病理学者の千谷七郎(1912-92)の見立ては「躁鬱病」(『漱石の病跡 病氣と作品から』草堂書房・1963)。各人における精神病のイメージが問題であろう。

日付け安倍能成宛に曰く、「僕の家が洋式に出来てゐると先生を招待したいのだが椅子もテーブルもないのだから^(十ム)已を得ない」(巻23-465)。

第一は、36年3月3日に通勤の便を勘案して引っ越した本郷区駒込千駄木57番地〔現・文京区向丘2-20-7の日本医科大学同窓会の敷地⁸⁸。家賃は25円。千駄木と一高との位置関係につき巻10-322の駒込界限の地図を参照〕。家主は斎藤阿具。前註22・松岡『思ひ出』135が紹介する家の間取りは、『猫』を読む際に重宝する(巻28の口絵に書斎の写真)。熊本時代の32年5月生まれの第一子・長女筆子、留学中の34年1月生まれの第二子・次女恒子に続いて、36年11月に第三子・三女栄子が誕生。諸税を差し引いた可処分所得は詳らかではないが、月俸125円で親子5人と下女数名の所帯の維持は楽ではなかったらしく、37年9月から明治大学予科の非常勤として月30円(休暇中も含めて年俸360円)で出講する⁸⁹。38年12月に第四子・四女愛子が誕生⁹⁰。東京に一戸専用の上水道が敷設され始めるのは32年。『それから』一の三(15)の代助は水道も内風呂もある借家暮らし〔但し、内

88 20年に落成し鷗外も23年10月から25年1月まで住んだこの家の跡地に現在は、川端康成(M32-1972)の筆による「夏目漱石旧居跡」の石碑が立つ。鷗外最員の森まゆみ「千駄木の漱石・鷗外」(1999。「月報一次」巻28-29-7、『月報精選』206)はこのアンバランスを惜しむ。もっとも、1964年に愛知県犬山市の明治村に移築されたこの建物は、「鷗外・漱石二代文豪の居宅」として展示されている。

89 37年6月頃に転居先探しをするも、賃料が25円を超えるため断念(巻22-304以下の書簡)。明治大学で38年3月11日(日露戦争の奉天陥落の翌日)に行ったのが、ロンドンの興業物などについての「倫敦のアミューズメント」と題する講演(巻25-3-27)。闘鶏(鶏の蹴合)の話の最中のこと。「(此時校外へ号外売来る)、……どうもアンなもの来るといふと、奉天の方が面白いですからな、鶏の蹴合より日本と露西亜の蹴合つての方が余程面白いです」(18)。

90 前註22・松岡『思ひ出』164によれば、夫婦と女兒ばかり4人と〔下女3人。⇒後註95〕の月200円程度の生計費を月俸(本給125円+非常勤30円)と原稿料や印税で賄っていた。38年11月9日付け鈴木三重吉宛は、外套を誂えたことを述べて、「ちょっと景気がいいでしょう。『猫』(上篇)の初版は売れて先達印税〔⇒後註92〕をもらいました。妻君曰く、これで質を出して、〔一括後払いの〕医者の薬礼をして、赤ん坊〔四女愛子〕の生れる用意をすると。あとへいくら残るか聞いたなら一文も残らんそうです。いやはや」(『書簡』136)。

風呂は桶の下部に焚き口と通風孔を設けて煙突を付け、木炭や薪で沸かす^{すゑぶろ}据風呂。漱石の作品に「銭湯」が頻出する背景でもある。湯船での釜焚きが普及するのは、ガス釜を内蔵させた43年の「瓦斯風呂」の発売以降)。39年8月31日付け虚子宛に曰く、「僕の第三女〔栄子〕が赤痢の模様で今日大学病院に入院した」(巻②-548)。9月16日には鏡子の実父が他界〔野村伝四「『二百十日』前後」は、＜本作は落ち着かない環境で執筆されたからか、華族や金持への批判が露骨すぎる＞とする(1929。『全集月報』143—145))。11月7日付け家主宛に曰く、「僕のうちに先日赤痢が出来た故僕奮発して水道をつけたり、代金十八円也此水道は君に寄附仕るから堀を直してくれ玉へ」(巻②-613。造作買取請求権の放棄か。当時の水道料金金は水道税と呼ばれ、東京市では一戸5人までは年額五円。巻⑥-493の注解)。ところが突然年末に、第二学期からの家主の一高転任が決まり、漱石はあたふたと転居⁹¹。

エピソードは印税の話。39年の断片35Bに曰く、「ヨキ作品ヲ出シタル人ガ、ヨキ地位ト報酬ヲ得ベキガ正当デアル」(巻⑩-233)。前註49・本多・248に曰く、漱石は「深く現代文士と一般書肆^{しやうし}というものの間、世間の文士に対する待遇等に感慨が深かったようだ。そして先生の頭には一般の本屋というものは、余りに算勘にあたじけない〔同・438の注では「勘定に細い、けち臭い」〕というお考えが一杯で、劇くこれを不快におもわれて居られたようだ」。漱石は、最初の単行本『吾輩ハ猫デアル』(大倉書店・38年10月)の出版に際して原稿買取方式(前払い)ではなく印税方式(後払い)を採用。本邦初は21年に東京朝日の初代編集長となる小宮山天香

91 転居先の西片町の家主から「〔既設の水道の〕敷設費二十何円」を請求された漱石は、12月13日付け斎藤宛で、「先約を取消すのは甚だ厚顔の至故強ひてとは申かね候へども水道の所は実費で御引受を願へれば当方は非常な好都合に御座候が如何のものに御座候や。是はあまりな申条なれど当方にも色々の事情有之万ー御聞済も被下候はゞ幸甚此事に存候」と伝える(巻②-643)。違約を嫌う漱石(⇒前註39の本文・笹本)の苦渋の選択か。

(1855-1930) の19年の翻訳書の出版契約（半藤一利『続・漱石先生ぞなもし』初出・1993。文春文庫・1996・21は不正確）⁹²。

第二は、39年12月27日（但し、28日説もあり）に引っ越した、千駄木から小石川の方へ下る坂道の上の方の本郷区駒込西片町十番地ろノ7号（家賃27円）⁹³。学期試験の採点で忙しい漱石は、24日以降方々に「二十七日晴天ならば転宅興業に付何卒御来援の（程）^{ヒトエ}偏に奉願上候」という類いの

92 38年7月15日付け^{トマドイ}中川芳太郎宛によれば、〔何号分かは不明だが『ホトトギス』掲載の『猫』の）原稿料は15円（『書簡』125）。また、39年4月30日付け高浜虚子宛（巻22-496）によれば、『猫』十（高額の定価52銭で5500部となった4月号）の原稿料は38円50銭、同時掲載の『坊ちゃん』では148円。参照：前註4・山本『家計簿』40以下。

出版物の印税について。発想の原点は英国の出版界の趨勢のようである。①出版者と著者は「出版者が著者に支払うべき著作権使用料（印税）」の算定ベース＜「定価」×「一定の率（印税率）」×「発行部数」＞などについて契約を交わす。漱石は版を重ねる毎に印税率を15%、20%、30%へと通増させる。②出版者は部数分の「著者検印紙」を用意し、著者側がこれに押印する。③出版者は「押印済み検印紙」を1冊ごとに奥付頁に貼って出荷する。一万五千部を越える大正期の岩波版漱石全集では、検印紙添付作業を省くために、社員が「著者検印紙」を予め刷り込んだ奥付頁を山房に持参して印を借りて捺印し漱石家の確認を得て製本に廻した（前註10・矢口・29）。④販売開始から一定期間を経て出版者が著者に契約に従った著作権使用料を支払う。この仕組みが「収入印紙」による直接税の徴収と似ているところから、出版者が著者に支払う金銭を「印（紙）税」と呼ぶ。本来の税とは無関係なので、出版者にも著者にも「所得税」などが課される。松岡譲『漱石の印税帖 娘婿がみた素顔の文豪』（初出・1955。文春文庫・2017）がある。

93 12月25日付け^{トマドイ}松根東洋城宛書簡に曰く、「人間も自分の家がないと方々へ行つて戸迷をする。二十七円も出して下宿見た様なつまらぬ家（⇒後註118）へ這入るのは愚だね。発憤借金の上一大邸宅を新築しやうかと思ふ」（巻22-651）。日露戦争批判と目すべき『趣味の遺伝』は、「〔学校教師の余が住む〕西片町は学者町か知らないが雅な家は無論の事、落ちついた土の色さへ見られない位近頃は住宅が多くなった。学者がそれ丈殖えたのか、或は学者がそれ丈不風流なのか」と語る（39年。巻2-208）。ちなみに、漱石を愛読した魯迅（M14-1936。本名・周樹人。M35-M42に日本に留学）は、41年4月に漱石の旧借家に引っ越し、帰国後に漱石の「クレイグ先生」の中国語訳を発表した。参照：平川祐弘「クレイグ先生と藤野先生」、『新潮』70巻2号（1973年2月号）103—196。

葉書を出し、五指を越える友人がトラックならぬ馬車2台による二往復の引越しの手伝いに駆けつける(巻②-649以下、前註22・松岡『思ひ出』160以下)。40年6月に第五子・長男純一が誕生。エピソードは、漱石に先んじて37年に朝日に(小説家としてはなく)東亜経営問題担当として入社して同じ区画の「ろの14号」に住んでいた長谷川辰之助(二葉亭四迷)のこと〔但し、岩波版『二葉亭四迷全集』第九巻・1965・340では「にノ三十四号」〕。「長谷川君と余」(巻⑫-219—226)に曰く、「長谷川君は余を了解せず、余は長谷川君を了解しないで(長谷川君は)死んで仕舞った。生きてゐても、あれ限りの交際であつたかも知れないが。あるひは、もつと親密になる機会が来たかも知れない」(巻⑫-226)⁹⁴。「了解」の不成立は、
 <文士たることを恥ず>、<文学は自分の死場処でないと云ふような気がする>という41年頃の二葉亭の立場(同・224)ゆえかも知れない。

第三は、40年9月29日に引越して漱石の終の住み処となる、いわゆる「漱石山房」。40年4月に朝日に入社した漱石は、同年9月初めの35円への家賃の値上げ⁹⁵を不服として牛込区(現・新宿区)早稲田南町七番に転居

- 94 談話「標準の立てかたに在り一文芸は男子一生の事業とするに足らざる乎」(『新潮』、41年11月。巻②-303—307)。ちなみに中国古典では、友人には親密度に応じて、『易経』にいう「朋友」と『梁書』にいう「(心に逆らうものがないほど極めて親密な)莫逆の友」とがある。「池辺(三山)君の史論に就て」に曰く、「もし池辺君が長く生きてゐたら、或いは莫逆の交りが二人の間に成立し得たかも知れなかつた。不幸にして其交りが熟し切らないうちに彼は死んだ。死んだけれども、余は未だに彼の朋友として存在するのである」〔45年。巻⑩-503。⇒後註118〕。なお、西片町で仲働き代わりに住み込んだ妻鏡子の妹の子で十八歳の山田房子は山房に移った後44年5月に嫁ぐ〔別-574の森田草平の付記のほか、5月6日付け小宮宛、巻②-440〕。彼女の「真面目な中に時々剽軽なことを仰る方」(1935。『追想』359—365)は、「お掃除をして、机の上の物を一つ片附けるにも、硯は硯、筆は筆、ペーパーカッターはペーパーカッターというように、ちゃんとあるべき所に置いてないと気が済まない、いわば几帳面な質でした」と回想する。
- 95 40年9月4日付け4戸川秋骨宛に曰く、「小生の家主家賃を上げる事に堪能なる人物にて二十七円を忽ちに三十円と致し今や三十五円に致さんと準備最中にて此方にも御同様立退の準備を取り急ぎ候」(巻②-120)。また、同じく戸川宛

(家賃35円)⁹⁶。千駄木から連れてきた初代「ネコ」が死に、他方、謡の出稽古に招いた師匠がもたらした犬が二代・三代の「ネコ」と共生⁹⁷。41年

の9月8日付けに曰く、「意外に繁殖力多き家族にて〔女中三人を含めて〕大供五人プラス小供五人の大景気故五六間にては少々間に合ふまじかとそれが心配に候」(巻②3-123)。巻②328の「断片」にいうような借家探しが、『三四郎』四の二以下(70以下)の広田先生の引っ越しに反映する。参照：前註51・森田草平の『漱石(二)』の「早稲田南町時代」339以下。

ちなみに、43年からT2年まで漱石家に女中として働いていた清水みね(参照：巻②406)の三男服部又彦が伝える母直伝の話(1958)によれば、「先生のうちには女中さんが三人いました。おつねさんは、子供さん達のお世話。おすぎさんは、炊事。私は書斎及び来客のこと、その他、先生の身の廻りの雑用ということになっていましたが、月給は三円でした。しかし炊事係は特にむずかしい役目でしたので五円となっていました。というのは、先生はいつも胃が悪く食事についてやかましかったからです。胃の薬は欠かさず用いておられ、食後三十分必ず私が胃の薬をオブラートに包んで差し上げることになっていました」(長尾剛「数奇なる半切の一句」、「月報一次」巻②5-22-12(1996)、『月報精選』269)。

96 千駄木や西片町が位置する本郷台地から南下した牛込台地の早稲田南町は漱石生誕の馬場下の隣りだが、漱石にとっては<僻地>という印象らしい。40年10月4日付け渡辺和太郎宛に曰く、「新居僻遠にて……閑人ならでは参るものなき辺鄙に有之……。今度の引越につき始めて借家の私底を感じ書物が邪魔になり殆どいやになり申候昔の人は自分の家蔵を持たねば一人前でないとか申居候漂浪を分とする小生の如きも成程と思ひ当り候」(巻②3-133)。漱石自身による山房の紹介として、談話「文士の生活」(大阪朝日、T3年3月22日。巻②5-425—430)。書斎と一続きで木曜会では十数名が集った一段低い畳敷きの十畳の客間(座敷)などにつき、前註13・和辻「漱石」・360以下、芥川龍之介「山房の中」(1920。列・331—333)、戸川秋骨「漱石先生の憶出」(1935。『追想』215以下)を参照。林原耕三(M20-1975。旧姓・岡田)による『漱石山房の人々』(初出・1971。講談社文芸文庫・2022)は、前註3・江藤・『漱石』の文献主義や前註22・『思ひ出』への批判を始めとする論考を含む。現在、山房の土地の一部は「漱石公園」となり、(巻⑨の口絵写真に見る板敷き十畳の書斎を含む)建物の一部が、漱石生誕150年を記念する「新宿区立漱石山房記念館」で再現展示されている。

97 朝日に42年1月から連載した「春の日中の長さ」という意味とされる、『永日小品』の一篇「猫の墓」(巻②158—162)は、初代ネコの最期についての漱石の哀惜溢れる追想。参照：『硝子戸』二十八の<ネコ三代漸>；『書簡』204にいう猫三十五日の墓参。また、謡の稽古につき、談話「稽古の歴史」(44年。巻②5-412—414)、野上豊一郎「漱石先生と謡」(1929。『追想』282)、40年11月8日

12月に「第六子・次男」伸六が誕生〔巻②④の口絵に男児二人の写真〕。42年7月20日には台所に三口のガスを引く(巻②⑥-60)。釜焚きの内風呂の設置は前述の43年製造のガス釜の発売後のことであろう(前註6・半藤・『月報精選』240、前註20・中村・251)。42年11月28日付けベルリン在の寺田寅彦宛に曰く、「僕の家は経済が膨張して金が入^いって困る。……とうとう〔君が買へ買へと saying it〕ピアノを(400円で)買わせられた。……筆〔子〕が稽古をしている」(『書簡』217)。43年3月に生まれた「第七子・五女」ひな子は翌年11月29日に急逝(巻②⑥-351以下)⁹⁸。43年は修善寺の大患の年(⇒前註9。人事不省に陥った日の状況を克明に辿る、坂元雪鳥「八月廿四日の夜」(43年。別-189—196))。妻鏡子が漱石の看病に出向いた間の留守を預かったのが、鏡子の母(豁子。『道草』七十五にいう健三の妻君の母)と三人の女中(9月1日付け子供宛。『書簡』232)。修善寺から10月11日

から出稽古をした宝生新(M3・1944:下掛宝生流)による「謡曲の稽古」(談)(1936。別-248—253)。『硝子戸』三から五(巻②⑤-521—528)に登場する仔犬を漱石にもたらしHが宝生。漱石は、『イーリアス』に登場するトロイアーの勇猛な王子Hektor(『猫』ハ(303))にちなんで「ヘクトー」と名付けた。その死と埋葬につき、巻②⑥-433(T2年10月31日)。漱石の「ヘクトー」の可愛がり振りにつき、出入りの植木屋・内田辰三郎の「庭から見た漱石先生」(1936。『追想』339—347)を参照。

98 44年12月1日付け杉村楚人冠宛に曰く、「幼児の事故入^{ことゆえに}らぬ人騒せも憚^{はばかり}と思ひわざと何処へも通知を發せざりし次第あしからず……葬式も喪車に生等夫婦と亡兄の姉妹兄弟位がついて行く丈の極めて簡単なものにしてしまいました」(巻②③-502)。『彼岸過迄』(45年)の「雨の降る日」四で急死する宵子の情景のモデルはひな子。45年3月21日付け中村古峽宛に曰く、「『雨の降る日』につき小生一人感慨深き事あり、あれは三月二日(ひな子の誕生日)に筆を起し同七日(同女の百ヶ日)に脱稿、小生は亡女の為^{ため}好い供養をしたと喜び居候」(巻②④-17。中村「『雨の降る日』」(1928。『全集月報』72以下)。夏目鏡子「雛子の死(『雨の降る日』の思い出)」(1928。『追想』366—373)、中島國彦「一つの葬列——漱石の見た落合風景——」(1994。「月報一次」巻⑦-7-13—16、『月報精選』84—89)。墓所は、『心』四に登場する「先生」ゆかりの豊島区の雑司ヶ谷墓地。漱石もそこに眠る。なお、漱石の実家の菩提寺は文京区小日向にある真宗大谷派の本法寺。

に長与病院に転院した漱石は、10月31日付け鏡子宛に曰く、「世の中は煩わしい事ばかりである。ちょっと首を出してもすぐまた首をちぢめたくなる。おれは金がないから病気が癒りさえすれば厭でも応でも煩わしい中にこせついて神経を傷めたり胃を傷めたりしなければならない。しばらく休息の出来るのは病氣中である。その病氣中にいらいらするほどいやな事はない。おれに取ってありがたい大切な病氣だ。どうか楽にさせてくれ」(『書簡』234。「いらいら」の背景にある大患をめぐる医療費や滞在費などの金銭問題につき、前註3・江藤『漱石(第四部)』358以下)。とは言え、病院で年を越した漱石は、「独逸へ手紙を出す。英国へたよりを書く。(朝日文芸欄を預かる) 森田に小言を云ふ。知らぬ人の書翰に礼の返事を出す。それや是で今朝は病院も大分多事」(44年1月20日付け。巻²³-398)。ちなみに、当時の通信手段は郵便が主で〔午前6時から深夜12時まで18時間に亘る収集順に1時間毎の消印を打って即刻配達するシステム。⇒前註19)、急ぎのときは近隣の「郵便電信(支局)」に行って頼信紙に文言を書いて打電を依頼する方式で『三四郎』三の七(52)の野々宮君や彼の妹のように電報を打つか、『門』十一の三(125)の宗助のように大家の電話^{おおや}を借りるか、『それから』一の四(17)の門野のように「自働電話」という公衆電話〔33年から街頭に設置され始め35年に1通話5分間15銭という高額から一挙5銭に値下げ。前註7・槌田・99以下〕。38年の東京市の人口は約197万人。電話加入数は一般家庭・官庁・事業所等すべて合せても1万4440件(巻①-600の注解)。電話のなかった漱石は、近所の山田三良^{さぶろう}(M2-1965。東大法学部の国際私法教授)宅の電話を借りた。43年11月15日付け山田夫人(繁子。漱石の俳句の弟子)宛に曰く、「〔修善寺や長与病院からの〕電話の御取次を度々願ひまして済みません」(巻²³-380、382)。山房の電話架設はT元年。「二三日前拙宅へ電話据付相済候番号は番町四五六〇に候」(12月11日付け安倍能成宛。巻²⁴-125)。まず交換手と呼ばひ出して相手の番号を告げて接続してもらう方式。

【Ⅲの訂正】 138頁3行：繁閑⇒繁簡。153頁2行：9年⇒20年。159頁註42：『追憶』⇒『追想』。160頁13行：『坊っちゃん』をゴチック体に。この種の見落としは最終号で一括して掲出。163頁の池辺三山の項：翌1日⇒閏年の翌1日。163頁の上田敏の項：41年⇒42年5月17日（『日本文化総合年表』岩波書店・1990・371）。166頁の坪内逍遙の項：雄三⇒雄蔵。167頁の寺田寅彦の項：翌年赴任した⇒翌年から。167頁の鳥居素川の項：後註10⇒後註110。脚註の参照指示の誤記は最終号で一括して掲出。168頁の二葉亭四迷の項：雄三⇒雄蔵。

〔提出：2024.9.18。二分割のうえ再提出：9.25。初校：10.18。校了：10.27〕。

執 筆 者 紹 介 (掲載順)

川 角 由 和	本学 名誉教授
藤 本 航 平	本学法学研究科 博士後期課程
戸 塚 悦 朗	元本学法科大学院 教授
カライスコス アントニオス	本学法学部 教授
児 玉 寛	本学 名誉教授

2024年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	金 尚 均	玄 守 道	庶務委員
越 山 和 広	古 川 原 明 子	堀 清 史	今 川 嘉 文
副会長	嶋 田 佳 広	本 多 滝 夫	畠 山 亮
武 井 寛	鈴 木 龍 也	山 田 卓 平	会計委員
評議員	瀬 畑 源	渡 辺 博 明	カライスコス アントニオス
相 澤 育 郎	永 岩 慧 子	編集委員	会計監査委員
石 埼 学	丹 羽 徹	寺 川 史 朗	中 田 邦 博
石 塚 武 志	橋 口 豊	斎 藤 司	
牛 尾 洋 也	橋 本 祐 子	松 尾 秀 哉	
大 森 健 彦	浜 井 浩 一	若 林 三 奈	
落 合 雄 彦	濱 口 晶 子		
河 村 尚 志	濱 中 新 吾		

龍 谷 法 学 第57巻 第 3 号

2024年12月13日 印刷

2024年12月20日 発行

編 集 兼
発 行 人
発 行 所

龍谷大学法学会会長 越山 和広

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. 57, No. 3

December 2024

Articles

Eine Betrachtung über „das klassische System der Zivilrechtstheorie und dessen Grenze“

Der Zusammenhang zwischen der Reihe „der Klassik“ und der Reihe des „Gedankens“ in der Zivilrechtswissenschaft von Herrn Prof. Harashima
..... Yoshikazu KAWASUMI (1)

Offene und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im deutschen Ermittlungsrecht

Die rechtliche Regelung der Gewährleistung der „Offenheit“ im Lichte der Diskussion um § 95a StPO
..... Kohei FUJIMOTO (43)

Restitution of Cultural Properties and Wartime International Law (Part 2)

Development of Customary Wartime International Law in the second half of 19th century
..... Etsuro TOTSUKA (83)

Translation

Martin Hamřík, CIVIL LAW AND CIVIL CODE IN SLOVAKIA
: THE ACRONYM FOR A CONSTANT BUT UNDELIVERED
CHANGE?

..... Antonios Karaiskos (119)

Material

A Invitation to Soseki Natsume for Generation Z (2-1)

An extra version of “Walks in the Garden of Professor Koba”
..... Hiroshi KODAMA (139)

Published by

**The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan**